



平等法的國際視野與立法展望

行政院2022人權日 學術研討會會議實錄



行政院
人權及轉型正義處
Department of Human Rights and
Transitional Justice, Executive Yuan

例 言

我國於 1970 年 11 月批准消除一切形式種族歧視國際公約，嗣後陸續將公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約、消除對婦女一切形式歧視公約、兒童權利公約、身心障礙者權利公約等聯合國核心人權公約國內法化，致力接軌國際人權標準，強化人權保障體系，並建立國家報告在地審查機制。「平等與不歧視」是國際人權法的核心原則，也是各該人權公約要求政府履行之國家義務，政府邀請來臺審查國家報告之國際審查委員認為我國反歧視條款散見於就業、性別平等及身心障礙等法律中，且涵蓋範圍不足，尚未有一部完整針對禁止歧視或平等保障的專法，多次建議政府應完成立法。

2022 年 5 月行政院提出首部國家人權行動計畫，將制定綜合性平等法列為政府優先辦理之人權事項，本處於 2022 年 6 月 27 日揭牌成立後，即積極研議規劃立法相關工作。為使各界了解國際人權之趨勢及拓展對平等法的國際視野，行政院 2022 人權日學術研討會特別以美國聯邦就業歧視法的演進與執行機制、德國聯邦反歧視局的組織與變革、法國刑法及勞動法之反歧視措施為專題研討之主題，並以我國平等法的立法展望進行綜合座談，邀請國內對於反歧視、平等法議題長期關注並有相當研究的學者、專家、律師、法官及國家人權委員會

委員齊聚一堂，以不同角度的多元思考進行深度交流。本次研討會內容極具參考價值，期待能藉此開啟各界對平等與不歧視議題之關注與討論，共同擘劃臺灣平等法的未來藍圖。

本書完整收錄研討會各場次主題演講論文，並將各場次與談內容製成會議紀錄，供各界參考。各場次報告人、與談人之簡報資料電子檔另以提供 QR Code 方式，供各界下載參閱。本書雖經本處同仁悉心校對文稿，惟疏漏在所難免，尚祈各界先進不吝指正。



行政院
人權及轉型正義處

謹誌

行政院 2022 人權日學術研討會會議實錄

目 錄

壹、議程表	1
貳、開幕致詞	3
參、美國聯邦就業歧視法的演進與執行機制	7
◎論文..... 范秀羽	9
◎會議紀錄.....	45
肆、德國聯邦反歧視局的組織與變革	83
◎論文..... 李長曄	85
◎會議紀錄.....	111
伍、法國刑法及勞動法之反歧視措施初探	141
◎論文..... 陳盈雪	143
◎會議紀錄.....	175
陸、我國平等法的立法展望	207
◎會議紀錄.....	209
柒、會議剪影	251



行政院 2022 人權日學術研討會

平等法的國際視野與立法展望

議 程 表

場次/時間	主 持 人	主 題 / 報 告 人 / 與 談 人
08:30 - 09:00		報 到
開幕致詞 09:00 - 09:10		羅秉成 行政院政務委員
第一場 09:10 - 10:40	廖福特 中央研究院 法律學研究所 研究員	主 題：美國聯邦就業歧視法的演進與執行機制 報告人：范秀羽 東吳大學法學院副教授 與談人：焦興鎧 中央研究院歐美研究所兼任研究員 李念祖 東吳大學法學院兼任教授
10:40 - 11:00		茶 敘
第二場 11:00 - 12:30	林明昕 臺灣大學 法律學院教授	主 題：德國聯邦反歧視局的組織與變革 報告人：李長曄 逢甲大學土地管理學系助理教授 與談人：孫迺翊 臺灣大學法律學院教授 吳瑛珠 淡江大學公共行政學系助理教授
12:30 - 14:00		午 餐
第三場 14:00 - 15:30	黃昭元 司法院大法官	主 題：法國刑法及勞動法之反歧視措施初探 報告人：陳盈雪 法國巴黎南泰爾大學公法學博士候選人 與談人：吳秦雯 政治大學法學院副教授 翁燕菁 政治大學政治系副教授
15:30 - 15:50		茶 敘
第四場 綜合座談 15:50 - 17:00	羅秉成 行政院政務委員	主 題：我國平等法的立法展望 與談人：高涌誠 國家人權委員會委員 郭銘禮 臺北高等行政法院法官 黃嵩立 人權公約施行監督聯盟召集人 陳俊翰 律師/美國密西根大學法學博士 廖元豪 政治大學法學院副教授 蔡志偉 Awi Mona 東華大學法律學系副教授



開幕致詞

時 間：2022 年 12 月 9 日（星期五）上午 9 時

地 點：財團法人張榮發基金會國際會議中心 B1

司儀：

研討會正式開始前，我們想跟各位分享一段影片。明天是國際人權日，回顧今年，我國在人權及轉型正義上有許多進展，行政院於 2022 年 6 月 27 日正式成立人權及轉型正義處，也是今天研討會的主辦單位。主辦單位特別準備一支以臺灣人權及轉型正義進程為主題的影片跟大家分享，請各位與我們一起欣賞這段影片。



臺灣人權及轉型正義
進程影片 QR Code

羅秉成政務委員致詞：

行政院人權及轉型正義處賴俊兆處長、全國律師聯合會尤美女理事長、現場的廖教授、焦教授、范教授、念祖兄、各位在人權路上同行的先進、夥伴、各位女士、先生大家好，大家早！

明天就是國際人權日，我們在上個月剛完成了一場激烈的九合一大選。恰好在 150 年前，美國也有一場大選，150 年前這個大選，選舉結果現在記得的人大概不多，甚至沒有人記得，但那一場大選，歷史上卻記得一個人、一件事。這個人是一位女性，這件事是她因為那一場選舉被罰款 100 元美金，這件事後續對美國有重大影響。這位勇敢的女性終身未繳納罰款，在她已經過世多年之後，川普總統在 2020 年特赦這 100 元美金的罰款。為什麼會特赦一個 19 世紀發生的事情？一個女性被罰了 100 元美金，然後川普總統特赦她，這在美國的憲政意義上，我認為無比重要，整個世界人權史也應該記取這個時刻。這位女性就是大家熟知的蘇珊·安東尼女士。在 1872 年的美國，女性沒有選舉權，但她跟另外 14 位女性硬是要投票，遭逮捕後，陪審團清一色是男性，罰她 100 元美金。蘇珊·安東尼女士就開啟了一個美國女性公民要行使公民權的運動，但這個運動從那一刻起也奮鬥了好久，直到 1920 年才實現。各位都知道美國黑人一開始也沒有選舉權，但黑人反而比女性先有選舉權，女性甚至是晚黑人 50 年才取得選舉權，1920 年美國憲法第 19 條增補條文才賦予女性選舉權。川普為何在 2020 年撤銷這個罰款？他正是在美國女性取得選舉權 100 周年撤銷這個罰款。這是爭取自己權利，不平則鳴的奮鬥史，至今仍令人印象深刻！



今天研討會的主題就聚焦在平等這件事。我們憲法第 2 章規定了人權清單，其中第 7 條是什麼？平等權？還是平等原則？「平等」到底是不是一個權利是學術上討論的議題，但現在大概沒有人否認這是一個可以主張的權利。但平等除了是憲法權利之外，如何落實到制度上，是我們這代人的功課。行政院在這個議題上面一直想多方徵詢意見，是不是該提出一部綜合性的平等法？這件事情我們已經醞釀一段時間了，也跟今年 6 月 27 日行政院成立人權及轉型正義處有莫大關係。在幾次的人權公約國際審查，包括兩公約、消除對婦女一切形式歧視公約、身心障礙者權利公約的國家報告國際審查中，國際專家都在提出說，雖然我們有反歧視的相關法律，但缺少一個完整的、系統性處理反歧視與平等問題的法律。這功課不好做，一開始我請各部會研究之後，也麻煩廖教授提出研究報告，做一個參考的基底，但應該由誰來承擔這個責任？因為這是一個跨部會、綜合性的平等法，當時就把這個責任放在一個 2 年前期待會成立的人權處。行政院人權及轉型正義處為什麼會舉辦這個研討會？就是要聽取大家的意見，這是人權及轉型正義處的工作。這工作早在今年的國家人權行動計畫放入 6、7 成，這是一個起點也是一個重要的事情。

人權清單一開始在憲法第 7 條就講平等，第 8 條以後接續講自由。我認為當時制憲先賢極有智慧，先講平等後講自由，而且放在一起講，這樣的結構提醒我們一件事情：就像是 1948 年世界人權宣言

第1條所講的，人人生而自由，在尊嚴及權利上一律平等。自由跟平等是並列而且互相支援，不是緊張的關係；不因為平等影響自由，更不會因為自由而影響平等，反而是一個加成的效果，是既平等又自由。這件事情有賴各位現場的人權夥伴先進、學者專家一起努力，希望各位幫忙行政院落實這個政策，能推出一部大家能接受、滿意的綜合性平等法，這是我個人的期待，也是我的拜託。

今天研討會有很多學者專家提出報告及與談，我藉此機會表示感謝，也謝謝在場的各民間團體先進，也請大家踴躍貢獻意見。請賴處長蒐整相關意見並繼續推動立法，我們期程雖然訂得比較遠、比較保守，但如何早日落實，對我們來講是一件人權的大事情。

今年是我們的人權大年，除了通過國家人權行動計畫、漁業與人權行動計畫外，還有總共有5部人權公約國家報告審查：兩公約、身心障礙者權利公約、兒童權利公約、消除對婦女一切形式歧視公約，一年進行5部人權公約國家報告的國際審查是史無前例。我也要利用這個機會謝謝各位人權專家學者、前輩團體以及大家的協力。這些國際審查委員的結論性意見，對我們有很高的期許乃至於指責，政府部門後續要虛心檢討落實相關人權工作。最後謝謝大家的與會！

第一場

美國聯邦就業歧視法的演進與執行機制

主持人：廖福特

中央研究院法律學研究所研究員

報告人：范秀羽

東吳大學法學院副教授

與談人：焦興鎧

中央研究院歐美研究所兼任研究員

與談人：李念祖

東吳大學法學院兼任教授



本場簡報 QR Code

美國聯邦就業歧視法的演進與執行機制

范秀羽*

（尚未經審查與定稿程序，引註也未完備，敬請避免引用）

* 臺灣大學國家發展研究所副教授，論文發表時為東吳大學法學院副教授。



目 次

壹、美國反歧視法概觀

一、美國聯邦反歧視法立法簡史

- (一) 憲法認可的奴隸制度與種族歧視
- (二) 州法維繫的種族隔離與種族歧視
- (三) 民間社會與私人的種族隔離與種族歧視
- (四) 聯邦反歧視法立法

二、聯邦反歧視法與州反歧視法施行概況

- (一) 公共場所歧視 (Title II)
- (二) 就業歧視與住居歧視
- (三) 州反歧視法或政策

貳、就業歧視法管制之歧視類型與理論架構

一、個案性差別待遇歧視

- (一) 種族、膚色、性別、宗教與原國籍
- (二) 年齡、身心障礙與基因資訊

二、系統性差別待遇歧視

三、差別影響歧視

參、就業歧視法執行機制與法院之角色

一、EEOC 美國平等就業機會委員會

二、法院與司法訴訟程序

- (一) 民事侵權責任
- (二) 證據提出責任轉換機制

肆、代結論



壹、美國反歧視法概觀

一、美國聯邦反歧視法立法簡史

(一) 憲法認可的奴隸制度與種族歧視

美國建國之初，聯邦憲法中不但沒有關於平等權之記載，甚至以憲法禁止國會廢除奴隸制度，等同於以憲法明文保障白人將黑人視為財產之權利。美國雖於 1808 年加入英國¹禁止奴隸國際貿易的行列²，但依然承認其國內奴隸之所有權與交易的合法性。即令美國聯邦最高法院，也曾在（飽受後世批評的）*Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857) 一案當中表示，非裔後代因為其祖先曾為奴隸，永遠不能成為美國公民³。由此可知，美國建國後，至少長達 3 到 5 個世代，即令獨立在奴隸制度之外，各層級政府

¹ Slave Trade Act 1807, 47 Geo III Sess. 1 c. 36 (Eng.).

² The Act of March 2, 1807, ch. 22, 2 Stat. 426 (1807).

³ 60 U.S. 393, 404-405 (1856): “The words ‘people of the United States’ and ‘citizens’ are synonymous terms, and mean the same thing. The question before us is whether the class of persons described in the plea in abatement compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word "citizens" in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate and inferior class of beings who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them.”【底線後加】當時聯邦最高法院判決當中毫不遮掩地立論於當時美國社會所廣泛採信的白人至上主義(white supremacist)，並直指根據憲法，黑人團體無論是否具有奴隸身分，都不享有任何憲法權利，且應受制於白人之統治。

建制與法律上都存在著廣泛且深刻的種族歧視。無論個體差異如何，黑人或是混血的有色人種都無法與白人相提並論，這不但反映了該時代社會中多數主流意見，甚至業經聯邦最高法院認可為美國憲法原始立場。

(二)州法維繫的種族隔離與種族歧視

直至南北戰爭後，透過 1868 年增修憲法，美國憲法才正式廢除奴隸制度、解放黑奴，並將黑人承認為憲法之權利主體。當中增修條文第 14 條「平等保障條款」(Equal Protection Clause)更是美國憲法首次出現(種族)平等之概念。至此，憲法終於明文保障黑人(男性)之公民身分與各項附隨其上之公民權利，法律應予美國公民平等之保障。然而，戰前反對廢除奴隸制度的南方州以及其他各州⁴，後續依舊透過州法在各州州境內實施種族隔離制度，透過各種法律邊緣化境內有色人種人口，就有色人種投票、就業、受教育、結婚等各種社會參與層面，構築各種制度障礙，將有

⁴ 此種法律以南方州居多，但其實當時種族隔離法律也不僅在南方州出現，關於其他本非蓄奴州的種族隔離與歧視法律與社會情狀，可以參見 KOMOZI WOODARD, *THE STRANGE CAREERS OF THE JIM CROW NORTH: SEGREGATION AND STRUGGLE OUTSIDE OF THE SOUTH* (2019)。即令遲至 1850 年才作為自由州(free state)加入美國的加州，也一直在公共場所施行種族隔離與排斥非裔、西語裔、亞裔等有色人種在內的深遠歷史，參見如 MARTHA MENCHACA, *THE MEXICAN OUTSIDERS: A COMMUNITY HISTORY OF MARGINALIZATION AND DISCRIMINATION IN CALIFORNIA* (1995)或 NATIONAL PARK SERVICE, *A History of Japanese Americans in California: Discriminatory Practices*, in *FIVE VIEWS: AN ETHNIC HISTORIC SITE SURVEY FOR CALIFORNIA* (2004) (Nov. 14, 2022, 2:12 PM), https://www.nps.gov/parkhistory/online_books/5views/5views4d.htm. 亦即，儘管南北戰前的奴隸制度對美國社會的種族歧視有很關鍵的影響，但其實種族隔離與歧視始終都是美國全國性的歷史社會現實。



色人種徹底排除於白人多數之社會之外。此等州法或地方政府法律被統稱「金克勞法」(Jim Crow laws)⁵，此等法律甚至曾獲得聯邦最高法院以「隔離但平等」(separate but equal)⁶為由，宣告隔離法律並未違反憲法平等保障條款。被認為試圖對抗金克勞法者，不但會面臨當地政府之逮捕與處罰，也經常受到白人優勢的民間社會以私刑暴力報復，甚至謀殺⁷。美國社會的種族歧視問題有複雜的歷史根源，不僅僅是白主黑奴的階級史，更是南北歧見與內戰血腥的跡證，是以儘管戰後增修後的憲法消滅了奴隸制度，種族主義與敵意也不可能就此戛然而止。

(三) 民間社會與私人的種族隔離與種族歧視

直至聯邦最高法院於 1954 年以 *Brown v. Board of Education*⁸一案宣告在公立學校的種族隔離係「隔離即不平等」，推翻過去法院的見解，再經

⁵ C. Vann Woodward, *The Strange Career of Jim Crow* (3rd edition ed. 1955).

⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁷ 有無數的史證確實記錄了大量針對有色人種的私刑暴力，參見，例如：Equal Justice Initiative, *Lynching in America: Confronting the Legacy of Racial Terror* (3d Ed., 2017) (Nov. 14, 2022, 2:12 PM), <https://lynchinginamerica.eji.org/report>. 今年（2022 年 3 月）美國總統拜登(Joe Biden)也簽署國會通過之反私刑法 Emmett Till Antilynching Act of 2022, Pub. L. No. 117-107 用以紀念 1955 年在密西西比州因為被控與一名 21 歲白人女性 Carolyn Bryant 調情而被一群白人男性綁架、殘忍虐待、肢解槍殺後被棄屍河川的 14 歲芝加哥黑人男童 Emmett Till。

⁸ 347 U.S. 483 (1954). 在 *Brown* 案之前，也曾經在黑人民權運動團體如 NAACP 的努力下一度在法院成功挑戰種族隔離的州法，即宣告肯德基州 Louisville 市禁止黑人居住於白人街區的法規違憲的 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. 60 (1917)，不過該判決的依據是憲法增修條文為第 14 條正當程序條款(Due Process Clause)所保障的契約自由，而非平等保障條款。

由一連串無意見書之全體同意判決(*per curium decisions*)確認下級法院判決對隔離法律的違憲性判斷⁹，逐漸將憲法平等保障條款解釋為全美國社會各層面的解隔離(*desegregation*)規範性誡命，始開始鬆動美國社會各州原本牢不可破、持續且綿密壓迫種族少數的金克勞法。但是南方州當時幾乎全數國會議員對聯邦最高法院如 *Brown* 案等解隔離判決聯名抗議，認為法院濫用權力且侵奪州權¹⁰，即便金克勞法被宣告違憲，民間社會與私部門之種族歧視與隔離依舊。

於是，促請聯邦政府制定私部門的反歧視法，就成為黑人民權運動者的努力方向。20 世紀初的美國，由於聯邦政府一連串經濟性立法，包含勞動標準之相關法律，可謂因此展開了聯邦法律就私人僱傭行為之管制（關於司法積極主義時代(*Lochner Era*)到新政時期(*New Deal*)司法與聯邦政府

⁹ 與 *Brown* 一案判決中明確表示在公立教育中的種族隔離政策是對黑人學童的歧視與傷害不同，這些 *per curium* 判決並未逐一說明種族隔離措施在其他社會生活上為何也對憲法平等保障條款有所違反，例如宣告亞特蘭大市立高爾夫球場種族隔離措施違憲的 *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955)判決、宣告維吉尼亞州公營公車種族隔離措施違憲的 *Johnson v. Virginia*, 373 U.S. 61 (1963)等判決，都未附具推翻原先「隔離但平等」法則的具體理由。批評此等判決說理不夠客觀中立者，可參見 Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 Harv. L. Rev. 1, 22-35 (1959).

¹⁰ 當時由 82 名眾議員、19 名參議員（約佔所有國會議員人數 1/5）於 1956 年 3 月 12 日聯名發布了一份「南方宣言」(*Southern Manifesto*)，呼籲南方人士盡所有合法手段抵抗學校解隔離以及相關的混亂發生。詳參，History, Art & Archives, U.S. House of Representatives, Office of the Historian, *The Civil Rights Movement And The Second Reconstruction, 1945—1968* (2008) (Nov. 14, 2022, 2:12 PM), <https://history.house.gov/Exhibitions-and-Publications/BAIC/Historical-Essays/Keeping-the-Faith/Civil-Rights-Movement/>.



之角力¹¹，於茲不贅)，但是此階段的勞動立法專注在一般勞工勞動條件之提升，並未關注種族或是性別勞動歧視的問題，可以說雇主雖須對勞工提供聯邦法律所定之勞動條件保障，但是繼續保有歧視不同膚色與性別的勞工之自由。更遑論社會其他層面上的廣泛種族隔離與性別歧視，也依然繼續普遍存在。儘管有無數的黑人民權運動團體—如全國有色人種協進會(The National Association for the Advancement of Colored People, NAACP)—的持續努力，顯然也不足以支持聯邦全面性的立法¹²以對抗整體社會的種族歧視心態。

(四) 聯邦反歧視法立法

關於兩性性別平權法的聯邦立法，甚至還比種族平權的立法早踏出了一步。因應二次世界大戰美國國內對女性勞動力的大量需求，女性權利團體遂把握時機要求檢討關於私部門職場種種性別歧視的法規範與社會實踐，並刻意將此等法律稱為珍克勞法(Jane Crow Laws)¹³，以比擬金克勞法

¹¹ 國內文獻的相關介紹可參照，姚思遠、范秀羽、李劍非(2021)，《美國憲法基本原則與案例》，頁 53-55、299-300，台北：新學林。

¹² 即便是被後世認為是民權法推手的甘迺迪總統(President John F. Kennedy)就曾經表示反對引介全面性的聯邦民權法案，認為此等法案不但無法被國會通過，反而會嚴重影響民主黨就國內其他事務的推動。因為民主黨內就此一議題在當時同時存在幾股難以調和的勢力：南方白人、黑人民權運動人士、北方的自由派人士等，而南方州又由於當時黑人幾乎無法實際享有投票權，這些南方白人在選舉當中對政黨來說就是代表南方州唯一有影響力的民意，參見如 Mark Stern, *John F. Kennedy and Civil Rights: From Congress to the Presidency*, 19 PRES. STUD. Q. 797 (1989).

¹³ 參見如 Alice Kessler-Harris, *Out To Work-A History Of Wage-Earning Women In The United States* 180 (Oxford 2003).

之歧視惡意，終於促成（已經年年在國會提案近 20 年先前一直未能成功立法的）「1963 年平等工資法」（Equal Pay Act of 1963，以下簡稱 EPA）¹⁴ 立法的通過，以增補原有的「勞動基準法」（Fair Labor Standards Act）¹⁵，首先禁止雇主以受僱人之性別為由在僱傭薪資上作出差別待遇。

在 1963 年到 1964 年間美國社會劇烈動盪，黑人民權領袖馬丁路德金恩博士(Dr. Martin Luther King, Jr.)1963 年 4-5 月間伯明罕(Birmingham)的和平演講與示威遭到警方以強勢武力驅離（包含孩童在內之）群眾，畫面透過新聞傳送給全國¹⁶，迫使甘迺迪總統(President John F. Kennedy)不得不改變原本對民權法提案的反對立場，轉為支持民權法提案，進而促成全國性解隔離政治共識之形成，並由甘迺迪總統於 1963 年 6 月 19 日將民權法草案送入國會。¹⁷嗣後甘迺迪總統在同年 11 月 22 日遇刺身亡，繼任的強森總統(President Lyndon B. Johnson)藉此向國會喊話促請通過甘迺迪總統所支持之民權法。然而，國會當時依然就應否以一定道德價值立法管制個

¹⁴ 29 U.S.C. § 206(d) (1970). 當時全職在私部門工作的女性所領取之薪資大約僅有男性同事的 59%，女性企業家更僅不到男性所得的一半，參見 Warren Farrell, *Are Women Earning More Than Men?*, FORBES, May 12, 2006, https://www.forbes.com/2006/05/12/women-wage-gap-cx_wf_0512earningmore.html?sh=55034eb528ae。

¹⁵ 29 U.S.C. § 201-219.

¹⁶ 參見 David Benjamin Oppenheimer, *Kennedy, King, Shuttlesworth and Walker: The Events Leading to the Introduction of the Civil Rights Act of 1964*, 29 U.S.F. L. REV. 645, 645-646 (1995).

¹⁷ *Id.* At 670-672.



人行為辯論不休¹⁸。最後，儘管在反對者杯葛議事的種種嘗試下，國會終於通過了甘迺迪總統生前所提案的 The Civil Rights Act of 1964¹⁹（以下簡稱為「民權法」），明文禁止在選民資格(Title I)、與州際商業活動相關之公共場所(Title II)、公營設施(Title III)、學校種族隔離(Title IV)、聯邦經費之運用(Title VI)與公私機構僱傭行為(Title VII)²⁰上，基於種族(race)、膚色(color)、宗教(religion)、原國籍(national origin)或性別(sex)²¹的歧視，底定美國反歧視法的主要骨幹，也使得聯邦法院從此得以審理發生在各州州內的私人歧視行為。1968 年 4 月 4 日金恩博士被暗殺，作為民權法之延伸，強森總統再次促請國會通過金恩博士生前大力支持的「1968 年公平住居法」(Fair Housing Act of 1968)²²，禁止在房屋之買賣、租賃與購屋貸款上

¹⁸ 對於此等辯論對話之相關整理與論述，可參見如 Linda C. McClain, *The Civil Rights Act of 1964 and “Legislating Morality”: On Conscience, Prejudice, and Whether “Stateways” Can Change “Folkways”*, 95 B.U. L. REV. 891, 893-894 (2015)，當中整理支持反歧視法立法之主張，如認為反歧視法可以打破惡性循環，增加不同族群之平等互動，最終促進偏見與歧視之消弭，at 896-912；也整理反對陣營主張強制融合違背自然法則、反而有害各族群各自之社會架構，以及強制隔離僅強迫中下階層接受，偽善的支持者所屬的富裕社會依然可以置身其外等，at 912-924。

¹⁹ Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 214 (codified as amended in scattered sections of 28 U.S.C. and 42 U.S.C.).

²⁰ Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241, 253-66 (codified as 42 U.S.C. § 2000e et seq.).

²¹ 不過性別僅有在民權法 Title VII 禁止就業歧視當中出現，民權法中其他編章如公共場所、公營設施、學校解隔離、聯邦經費運用等，都未禁止基於性別的歧視或差別待遇。

²² 42 U.S.C. §§ 3601 – 3619，是同時通過的「1968 年民權法」(Civil Rights Act of 1968)當中的 Title VIII 和 Title IX。

之種族、宗教、原國籍、性別等歧視，同時讓聯邦法院具有管轄權以審理違反該法之歧視行為。

二、聯邦反歧視法與州反歧視法施行概況

迄今民權法之立法已經有超過 50 年之歷史。由於政府部門之行為即使不受到民權法之限制，也應受有憲法平等保障條款之拘束，故本文在此暫且不論民權法對政府部門限制之編章（如民權法 Title I、Title III、Title IV、Title VI）。針對民權法禁止私人歧視之編章而言，當中就業歧視（民權法 Title VII）與住居歧視（1968 年公平住居法），今日依然可見為數眾多之案件進入法院爭訟、並引發公眾關注。但是當年曾經觸動南方人士敏感神經的公共場所種族歧視禁令²³（民權法 Title II），如今幾乎已經不再是美國社會與法院關注的歧視類型²⁴。

（一）公共場所歧視 (Title II)

在民權法當年通過日的前後，Title II 的反對者猛烈批評聯邦政府干預州與地方事務，他們主張聯邦政府強迫公開場所解隔離，已同時侵害場所

²³ 當年聯邦政府的執法主管機關民權部(Civil Rights Division)在民權法即將通過之際，擔憂法律通過後依然會遭遇大規模的不合作對抗，包括例如 Ku Klux Klan 對黑人民權運動者與解除隔離公共設施的暴力攻擊（例如對跨州灰狗巴士的縱火等），成為執法的噩夢，曾一度在南方州部署律師以調查餐廳的待客情形。結果發現所有的公共場所，包括廁所、咖啡館、餐廳、飲水設備，都嚴密都區分白人與非白人使用者，白人餐廳只容許黑人外帶餐點，電影院會將黑人安排在看台包廂區等。參見，Brian K. Landsberg, *Public Accommodation and the Civil Rights Act of 1964: A Surprising Success?*, 36 HAMLINE J. L. & PUB. POL'Y 1, 2-3 & 10-11 (2015).

²⁴ *Id.* at 1.



主人選擇接待何等顧客的憲法權利（此一權利包含了結社權(right of association) 與財產權)、顧客選擇與何人往來的結社自由、宗教信仰自由、契約自由、以及「在私人商業場所的『歧視自由』(right to discriminate)」²⁵。甚至，當 1964 年民權法在參議院討論時，反對陣營的參議員 Strom Thurmond 更引用法學家 Alfred Avins 之論述，主張 Title II 屬於憲法增修條文第 13 條廢除奴隸制度條款中所稱之非自願勞役(involuntary servitude)²⁶，意即 Title II 等同強迫白人事業主違反自己意願服務有色人種²⁷。

民權法立法的目的是在幫助（人口少數的）有色人種對抗（人口多數的）白人的種族歧視惡意。但是，對當時的保守派人士來說，民權法是聯邦政府強行將多數人的道德價值觀（種族融合）透過法律強加在少數人上²⁸。於是很快地，Title II 的合憲性問題就遭受到挑戰，聯邦最高法院 1964

²⁵ *Id.* at 4-6. 其中，此稱「歧視自由」，反對者主張應在憲法增修條文第 9 條非列舉自由權的保障範圍內。

²⁶ George Rutherglen, *The Thirteenth Amendment, the Power of Congress, and the Shifting Sources of Civil Rights Law*, 112 COLUM. L. REV. 1551, 1561 (2012) (Alfred Avins 將憲法增修文第 13 條解釋為禁止強迫任一私人為他人提供服務，等同重申新政時代 (New Deal) 之前的契約自由，但是受到民權法反對陣營的支持)。

²⁷ Linda C. McClain, *Involuntary Servitude, Public Accommodations Laws, and the Legacy of Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 71 MD. L. REV. 83, 83 (2011).

²⁸ 例如當年民權法草案在眾議院審議時，路易斯安那州的眾議員 Gillis W. Long 就曾經在程序委員會面前發言主張道德不能立法，也不應以法律強制消滅人性本質的衝突 (“My people, who have elected me to represent their views, say that they do not believe in this kind of law; they believe, as I do, that we cannot legislate morality or reason, and we cannot eliminate by injunction the conflicts of human nature.”- Civil Rights Act of 1964: Hearing on H.R. 7152 Before the H. Comm. on Rules, 88th Cong. 563 (1964) (statement of Rep., Louisiana))。

年 12 月在 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*²⁹一案中，以 9 比 0 的一致決認定國會有憲法上的立法權源，同時宣告 Title II 合憲。不過，儘管國會立法時是同時基於其憲法第 1 條第 8 項第 3 款商業條款(Commerce Clause)管制州際貿易事項的權力與憲法增修條文第 14 條與第 5 條平等保障條款的立法權，但在 *Heart of Atlanta Motel* 中聯邦最高法院僅選擇肯認國會得基於商業條款制定 Title II，對平等保障條款部分未予討論³⁰，不過聯邦最高法院也表明，不受政府管制自主選擇顧客，並非私人事業主的憲法「權利」³¹，同時也否定聲請人基於憲法增修條文第 13 條非自願勞役之主張³²。

儘管在 Title II 甫通過之時，南方州曾出現諸多挑戰法律的行為，例如白人事業主以非法侵入(trespassing)為名報警逮捕欲進入消費的黑人顧客或是被餐廳拒絕招待的黑人顧客同時遭到白人襲擊等³³，但是 Title II 依然

²⁹ 379 U.S. 241 (1964).

³⁰ *Id.* at 250. 儘管民權法的支持者多數希望基於平等保障條款來制定民權法(名正言順)，但由於聯邦最高法院過去針對 1875 年民權法案(Civil Rights Act of 1875)曾在 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883)當中，明確指出憲法增修條文第 13 條與第 14 條並未授權國會訂定法律禁止私人於公共場所之歧視行為，所以民權法提案過程中，提案者也同時仰賴了國會商業條款之權力。而在 *Heart of Atlanta Motel* 一案中，聯邦最高法院即在國會得以依據商業條款立法之前提下，也並未推翻 *Civil Rights Cases* 的判斷。

³¹ *Id.* at 259.

³² *Id.* at 261. 聯邦最高法院在判決中指出，當時已有 32 州州法禁止在公共場所的種族歧視，而且將此等早在民權法前就存在之法律視為判例法(common law)中對旅館業主責任(innkeeper rule)之成文化，而旅館業主責任的判例法更早在憲法增修條文第 13 條前即存在，也顯然難以類比該增修條文所欲透過修憲而改變之奴役非裔制度。

³³ Landsberg，前註 24，頁 13-15。



在短時間內在全國發揮效力，確保了有色人種得在公共場所不受歧視的權利，解隔離尤其在城市地區特別順利。儘管如今公共場所的種族歧視依然偶發地存在³⁴，Title II 禁止公共場所的種族隔離，一方面歧視行為易於辨認、二方面也不涉及如就業歧視法的民事求償問題，此外該法事實上也為南方事業主帶來更多的生意與獲利，故成為民權法下迄今收效最明顯且較不具爭議的反歧視法³⁵。

(二) 就業歧視與住居歧視

至於就業歧視與住居歧視，由於兩者都提供且協助被歧視人透過司法爭訟來對抗歧視行為並獲得損害賠償，故而迄今依然不斷有司法案件與法律爭議產生。在住居歧視上，由於住居市場之管制通常由各地方政府所掌理，具有極高的在地性，眾多的州與地方也有與聯邦 1968 年公平住居法類似的反歧視法規規範，且聯邦執法單位「公平住居與平等機會辦公室」(Office of Fair Housing and Equal Opportunity, FHEO)也補助地方執法單位

³⁴ 參見如 Derrick Bell, *Race, Racism, and American Law* 570-579 (6th ed. 2008).

³⁵ Landsberg, 前註 24, 頁 16-19。不過對於晚近將 Title II 適用在除了種族歧視之外的其他歧視類型，如性傾向歧視，進而要求宗教教義保守派之事業主提供服務予同志顧客，則因涉及美國憲法增修條文第 1 條之宗教自由與結社自由等問題，而另有討論，參見如 Richard A. Epstein, *Public Accommodations Under the Civil Rights Act of 1964: Why Freedom of Association Counts as a Human Right*, 66 STAN. L. REV. 1241 (2014)。國內文獻也有對科羅拉多州州反歧視法下相關爭議案件 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 584 U. S. ____ (2018) 進行深入討論者，參見林冠廷(2021)，〈同性婚姻平權與宗教信仰自由之衝突與權衡——以宗教信徒及團體拒絕服務同性伴侶之憲法爭議為中心〉，國立政治大學法律學系碩士班碩士學位論文。但因非 Title II 適用之爭議，本文於茲不贅。

並形成合作關係，此類案件一方面較少進入聯邦法院，另一方面各地方之執法標準也有不小的差異³⁶，迄今較難透過聯邦法院的累積判決形成可觀而有意義的一致論述體系。相關的研究³⁷也多以實證方式進行，以蒐集各地方執法事例的方式，突顯各地在社會住居歧視上的現狀。相對的，民權法 Title VII 對就業歧視的管制與執法，則由於事權相對集中於單一主責機關，即美國平等就業機會委員會（Equal Employment Opportunity Commission，簡稱為 EEOC），加上美國大型企業普遍都受到就業歧視法之管制，透過 EEOC 調查後由聯邦政府提起或被歧視人自行提起而在聯邦法院審理之案件，數量相當可觀³⁸，也因此得以累積出較為完整的反歧視法論述體系。

³⁶ 參見，Government Accountability Office, Housing and Community Grants: HUD Needs to Enhance Its Requirements and Oversight of Jurisdictions' Fair Housing Plans (2010), <https://www.gao.gov/assets/gao-10-905.pdf>.

³⁷ 此類以各地之法實踐事例為研究主題與材料之法學論文，可參見如，Monica C Bell, Anti-Segregation Policing, 95 N.Y.U. L. Rev. 116 (2020); Brumfield, Gregory, *A Closer Look at the Fair Housing Act of 1968: Can the Disparate Impact Theory Affect the Urban Crisis in the City of New Orleans*, 37 S.U. L. REV. 41 (2009); Jamie Langowski, William L. Berman, Regina Holloway & Cameron McGinn, *Transcending Prejudice: Gender Identity and Expression-Based Discrimination in the Metro Boston Rental Housing Market*, 29 YALE J.L. & FEMINISM 321 (2018). 國內文獻可參見，許炳華，〈差別影響歧視理論適用之爭議—以美國聯邦最高法院 Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project Inc.案為探討核心〉，《中正大學法學集刊》第 54 期（2017 年 1 月），頁 57 - 114。

³⁸ 以聯邦地方法院民事案件量統計來看，於 2021 年 3 月 31 日到 2022 年同月日這一年期間，聯邦地方法院收案的民權案件當中，一般就業歧視案件 10,639 件加上美國身心障礙者法(Americans with Disabilities Act, ADA)之特殊就業歧視案件 2,297 件，就合計



(三) 州反歧視法或政策

歷史上，各州對於是否制定自己的反歧視法有不斷變動的立場與態度。由於州法律只適用於頒布該法律的州，各州對執法方式之設計也各有不同，有些州也透過州立法之外的方式來處理歧視問題，例如透過州長發布的行政命令來禁止公部門內的就業歧視。不過，時至今日，美國多數州在聯邦反歧視法之外，也都分別通過了該州自己禁止歧視的法律。

在就業歧視法方面，如前所述，由於聯邦法規範與事權相對集中，大部分州的就業歧視法律只反映或重申聯邦法律之規定，僅有少數州立法提供聯邦法律沒有的反歧視保障，例如，某些州在禁止歧視類型中會增列如：軍旅狀態(military status)（阿拉巴馬州、加州、伊利諾州等）、婚姻狀態(marital status)（加州、康乃狄克州、華盛頓特區等）、家暴或性侵受害身分(domestic / sexual violence victim status)（紐約州、夏威夷州、波多黎各）、犯罪受害者身分(crime victim status)（佛蒙特州等）、犯罪或法院或逮捕紀錄(crime / conviction / arrest / court record)（威斯康辛州、夏威夷等），華盛頓特區的禁止歧視類型還包含家庭責任(family responsibility)、政治黨

共有 12,936 件訴訟案件，相對地，住居歧視與公共場所歧視案件的合計數也僅有 745 件，兩者案件量有超過 17 倍的差距。UNITED STATES COURTS, TABLE C-2—U.S. DISTRICT COURTS—CIVIL FEDERAL JUDICIAL CASELOAD STATISTICS (MARCH 31, 2022); U.S. DISTRICT COURTS—CIVIL CASES FILED, BY JURISDICTION AND NATURE OF SUIT—DURING THE 12-MONTH PERIODS ENDING MARCH 31, 2021 AND 2022, <https://www.uscourts.gov/file/44153/download>.

派(political affiliation)等³⁹。倘一州反歧視法之保障優於聯邦法律，原告也多半會改以州法進行追究。至於在公共場所(public accommodation)歧視法上，目前仍有 5 州：阿拉巴馬州、喬治亞州、密西西比州、北卡羅萊納州、德州，沒有禁止公共場所歧視的州法，所有其他州則都已立法禁止基於種族、社會性別(gender)、祖先來源(ancestry)與宗教的公共場所歧視，另外也有數州將禁令延伸到婚姻狀態、性傾向、性別認同、年齡、退役狀態、軍旅狀態、懷孕生育狀態等⁴⁰。關於住居歧視，目前除了密西西比州之外的 49 州及華盛頓特區都訂有州法禁止基於種族、膚色、性別、身心障礙之住居歧視。但是針對年齡、性傾向、性別認同、HIV 帶原等類型，則只分別有少數州訂有州法管制⁴¹。在沒有州法保障之州民，如果受歧視者要就住居歧視提出申訴，就要直接向聯邦的 FHEO 提出，因缺乏當地房屋相關執法單位的協助，進行申訴的困難度較高。

此外，奠基於前述民權法在對抗種族歧視上披荊斬棘、開疆闢土的成果，後續無論美國聯邦政府或州政府，在種族以外所推動的反歧視法，往往也就直接透過立法或是行政機關之法律解釋，在民權法所建立出來的反

³⁹ IRIS HENTZE & REBECCA TYUS, NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURE, *Chart: Types of Prohibited Discrimination in State Law*, August 12, 2021, <https://www.ncsl.org/research/labor-and-employment/employment-discrimination.aspx>.

⁴⁰ NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURE, STATE PUBLIC ACCOMMODATION LAWS, June 25, 2021, <https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/state-public-accommodation-laws.aspx#1>.

⁴¹ POLICY SURVEILLANCE PROGRAM, STATE FAIR HOUSING PROTECTIONS, Aug. 1, 2019, <https://lawatlas.org/datasets/state-fair-housing-protections-1498143743>. 網站中有就各州平等住居法之保護項目進行統計，並以地圖方式清楚顯示。



歧視法架構上推行或發展。例如，晚近對性少數族群的公共場所、住居或就業歧視等，聯邦或州政府如未能更新立法，會直接透過將民權法 Title VII、1968 年公平住居法等反歧視法中的「性」(sex)解釋為包含性傾向 (sexual orientation)與性別認同(gender identity)，進而禁止對性少數之歧視行為，此等法律解釋也已經經過聯邦最高法院以 *Bostock v. Clayton County*⁴²一案判決表示認同⁴³。

貳、就業歧視法管制之歧視類型與理論架構

如前所述，民權法自 1964 年立法以來發展至今，在各編章執法重點與機制各異的情況下，迄今依然持續不斷有案件進入聯邦法院者，即屬民權法 Title VII 及聯邦後續立法所禁止之就業歧視，也因此藉由司法判決發展論述、國會立法明文化承認或推翻判決的方式，漸次建立了較完整的反

⁴² 590 US __ (2020). 由 Neil Gorsuch 大法官主筆的多數意見書，就民權法 Title VII 所禁止之性別歧視(“discrimination... because of ... sex”)解釋為文義清楚地包含對同性性傾向與跨性別者歧視之禁止，儘管判決中也承認民權法立法時之原意可能並未考量至此，但該判決並未受限於此等本於立法史之解釋觀點。

⁴³ 繼 *Bostock* 一案判決後，現任美國總統拜登就隨即在 2021 年 1 月 20 日發布行政命令第 13988 號表達對抗性別認同或性傾向歧視的執政立場，1968 年公平住居法執法單位 FHEO 也隨即發布備忘錄表明，根據 *Bostock* 之意旨及執政團隊之立場，1968 年公平住居法所禁止之性別歧視也包含性傾向與性別認同歧視，也就是透過行政機關解釋法律之方法，將保護範疇擴及性傾向與性別認同。參見 FHEO, MEMORANDUM: IMPLEMENTATION OF EXECUTIVE ORDER 13988 ON THE ENFORCEMENT OF THE FAIR HOUSING ACT, Feb. 11, 2021, [https://www.hud.gov/sites/dfiles/PA/documents/ HUD_Memo_EO13988.pdf](https://www.hud.gov/sites/dfiles/PA/documents/HUD_Memo_EO13988.pdf).

歧視法理論體系。故本文此一部分即以聯邦就業歧視法為主，介紹主要的歧視類型與相關爭議。

聯邦就業歧視法主要的法規範，就是民權法 Title VII。但後續國會也再透過立法增加了其他禁止歧視的聯邦法律，如禁止歧視年長受僱人之「1967 年年齡就業歧視法」(Age Discrimination in Employment Act of 1967，簡稱為 ADEA)⁴⁴、懷孕歧視法(The Pregnancy Discrimination Act of 1978，簡稱為 PDA)⁴⁵、「美國身心障礙者法」(Title I of the Americans with Disabilities Act of 1990，簡稱為 ADA)⁴⁶，以及最晚近的「基因資訊無歧視法」(The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008，簡稱 GINA)⁴⁷，儘管各法就主要條文的文字都大同小異，不過聯邦最高法院在幾個代表性判決當中，依然會以各法具有不同的立法史，而就相同的法條文字作出不同的法律解釋。

⁴⁴ 29 U.S.C. §§ 621 – 633a.

⁴⁵ 增補民權法 Title VII 後編入 42 U.S.C. §§ 2000e 以下。

⁴⁶ 42 U.S.C. §§ 12101 – 12102. 關於 ADA 立法沿革及法規內容相關介紹，國內文獻可參見，張兆恬，〈從平權到融入——簡介美國身心障礙者法之發展與挑戰〉，《月旦醫事法報告》第 49 期（2020 年 11 月），頁 99-112；或：人權公約施行監督聯盟（2020），ADA Then & Now – ADA 頒布前／後的故事，<https://covenantwatch.org.tw/ada30/ada-thennow%E4%B8%A0%E5%B8%83%E5%BE%8C%E7%9A%84%E6%95%85%E4%BA%8B/>（最後瀏覽日期：2022 年 11 月 19 日）。

⁴⁷ 42 U.S.C. § 2000ff.



一、個案性差別待遇歧視

差別待遇歧視(“disparate treatment” discrimination)是民權法 Title VII 所欲管制的最根本歧視型態，也是國會立法 Title VII 時所欲打擊之歧視，亦即，雇主僅因種族、性別、宗教等原因，對特定個人作出僱傭上的差別待遇之情形。禁止個案性差別待遇(individual disparate treatment)之目的，在於平反對特定個人之不公平待遇，訴訟之結果通常也僅在於為原告單一個人回復損害，除了衡平法上之救濟(equitable relief)：如回復到未受歧視之狀態(make whole)，如獲得工作機會(hiring)、升遷(promotion)、加薪(pay raise)、補給薪資(back pay)、復職(reinstatement)等外，尚有個案賠償⁴⁸。

證明個案性差別待遇歧視之要件有三：(1)雇主具備歧視意圖(intent to discriminate)、(2)具有負面影響的僱傭行為(employer's action with adverse effect)、(3)雇主之僱傭行為與其歧視意圖有所連結(action was linked to the discriminatory effect)。

歧視意圖指基於法律禁止的考量因素（即種族、性別、宗教、年齡等）而予個人與他人不同之差別待遇之意圖。由於雇主之歧視意圖往往未必表露於外，被歧視者往往難以取得歧視事實之直接證據(direct evidence)，因此歧視意圖通常也是個案當中最難證明的一個要件。司法實務上，以遭到歧視而未獲應得的僱傭對待為例，作為滿足初步證明案件(*prima facie* case)之標準，原告通常必須能夠透過以下三項情境證據(circumstantial evidence)

⁴⁸ 包含補償性賠償(compensatory damages)與懲罰性賠償(punitive damages)等。

來推測(inferring)⁴⁹ 歧視意圖確實存在：(1)職缺／升遷機會／加薪機會之存在、(2)原告具備該職缺所需能力但未獲僱用／升遷／加薪，以及(3)不具備被歧視因素之他人被僱用／升遷／加薪，以推測之方式進而證立原告很可能受到被禁止之歧視之初步事實。

(一) 種族、膚色、性別、宗教與原國籍

如前所述，種族、膚色、性別、宗教與原國籍是民權法 Title VII 當初立法之際即放入聯邦反歧視法當中之禁止歧視類型，背後也都反映了長期以來美國聯邦最高法院根據憲法增修條文第 14 條平等保障條款所嚴加審查之歧視類型，說明了這些類型正是美國社會歷史上存在長久歧視…。然而，各類型背後其實存在不同的歧視動機，在各類型的個案中，也出現不盡相同的爭議。種族、膚色兩者，其實均指種族或族裔(ethnicity)，與民權法立法運動所欲打擊之種族歧視密切相關，基於種族全然不得作為表徵個體能力真實差異之代用品，以此二者所生之就業歧視可以視為 Title VII 反歧視規範之基本型態。

⁴⁹ *Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 325, n. 15 (1977): “‘Disparate treatment’ ... is the most easily understood type of discrimination. ... Proof of discriminatory motive is critical, although it can in most situations be inferred from the mere fact of differences in treatment ... Undoubtedly disparate treatment was the most obvious evil Congress had in mind when it enacted Title VII.. .”



但是，性別一項，首先就如何定義與理解性別(sex)，就存在些許爭議，例如生理性別、社會性別、性別認同、性傾向⁵⁰等是否都包含在此稱「性別」當中。對懷孕或生育之歧視，過去也並不被聯邦最高法院認為是性別歧視而不受到 Title VII 保障⁵¹，直到國會通過 PDA 增補 Title VII 的§ 701(k)，明確將對懷孕、生育及相關症狀之歧視納入性別歧視的範疇當中，推翻了司法判解。不過 PDA 僅是禁止雇主作出較不利的差別待遇，並未課予雇主積極的照顧義務，所以對毫不提供任何員工傷病假或保險之雇主而言，就無所謂基於懷孕等症狀之歧視。此外，對性別、宗教、原國籍歧視來說，雇主可以舉證證明考量個體之性別、宗教、原國籍係基於「真實必要之職業資格」(*Bona Fide Occupational Qualification*，簡稱 BFOQ)作為個案性差別待遇歧視之抗辯⁵²。換言之，除了種族與膚色外，雇主對性別、宗教、原國籍依舊可能在例外情形下，進行合法的歧視。

另外，就宗教而言，由於宗教之保障包含宗教信仰(beliefs)、遵循(observances)與實踐(practices)，此時禁止宗教歧視就不僅是消極地要求雇主不得在僱傭行為上有差別待遇而已，而必須包含積極允許職場上之宗教實踐，而存在合理調整支應(reasonably accommodation)的積極義務⁵³。因為如此，宗教與種族或性別在個案審認上就存在很大的不同。

⁵⁰ 就聯邦最高法院 *Bostock* 一案判決前，Title VII 的性別歧視是否包含性傾向之爭議，國內文獻可以參考，焦興鎧，〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》第 39 卷第 1 期（2009 年 3 月），頁 29-77。

⁵¹ *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976).

⁵² 42 U.S.C. § 2000e-2 (e).

⁵³ 42 U.S.C. § 2000e (j).

此外，目前雖然社會上經常討論到職場上之騷擾行為(harassment)，但是其實聯邦法律中並沒有直接保護受僱人免於騷擾的規範，而是仰賴 Title VII 對差別待遇歧視之禁止。換言之，雇主之騷擾行為是因為屬於一種具有負面影響的僱傭行為，而受到 Title VII 禁止，原告也必須證明雇主之騷擾行為是基於原告之種族、性別、宗教或原國籍所為，也就是騷擾案件中依然需要證明雇主之歧視動機，也就是並非所有的職場騷擾⁵⁴或霸凌行為⁵⁵都為聯邦法律所禁止。

(二) 年齡、身心障礙與基因資訊

雇主根據年齡⁵⁶、身心障礙與基因資訊所為之就業歧視，目前也由 EEOC 擔任執法機關，然而，其個別之立法與民權法不同，分別各自源於不同的政治契機與背景，而不盡然如同民權法旨在對抗根深蒂固於美國社會中的歧視與衝突問題，而使其正當性存有不一樣的討論與疑慮。例如 ADEA 所禁止之年齡歧視，就不若種族或性別此等與生俱來難以改變的個體差異，年齡反而對個人而言是公平的條件（每個人都年輕過、也都會老去），而非長期存在社會而有優勢族體壓迫弱勢群體之結構問題。此外，ADEA 僅保障 40 歲以上之中高齡受僱人，且僅禁止對年齡較高者的不利差別待遇。

⁵⁴ 以性騷擾之主張為例，相關救濟制度與架構之分析批評，國內文獻可以參考，焦興鎧，〈工作場所性騷擾被害人在美國尋求救濟途徑之研究〉，《歐美研究》第 29 卷第 3 期（1999 年 9 月），頁 1-76。

⁵⁵ 透過 Title VII 主張職場霸凌之詳細國內文獻介紹可以參考，焦興鎧，〈美國處理職場霸凌問題之法制與經驗〉，《臺大法學論叢》第 49 卷第 3 期（2020 年 9 月），頁 1004-1008。

⁵⁶ 關於 ADEA 的詳盡介紹，國內文獻可以參照，焦興鎧，〈美國最高法院與就業上年齡歧視之禁止〉，《歐美研究》第 41 卷第 3 期（2011 年 9 月），頁 679-762。



換言之，ADEA 並未完全禁止雇主單純考量年齡作出僱傭決定，只要此等僱傭決定並非不利於較高齡者即可，此等單向保障即飽受批評⁵⁷。

身心障礙歧視之禁止，則只是 ADA 各項身心障礙保護規範中之一環。ADA 比民權法 Title VII 與其他就業歧視法有更濃厚的社會安全法制色彩，當中並不只是要求雇主消極不歧視身心障礙求職者而公平評估其能力而已，而是雇主也被課予積極調整職場、支應其所需的義務(reasonable accommodation)。此與身心障礙者在美國社會上通常都有相當高的失業率（ADA 草案審議時，16 歲到 64 歲間的美國身心障礙者有高達 2/3 都處於有工作意願卻失業的狀態⁵⁸）與經濟貧窮問題有關，致使身心障礙之就業歧視，並不僅僅是為了克服身心障礙者因刻板印象所受之不利差別待遇而已，而也伴隨著積極容許並協助身心障礙者就業的規範意義。是以，雇主會因此承擔額外的成本，故而在 ADA 下，雇主另外可以主張這樣的積極義務造成其事業上之「不當困難」(undue hardship)⁵⁹，作為其抗辯事由。

基因資訊歧視之禁止，同時兼及對生來特徵受到歧視之保護、以及對個人隱私資訊之保護。GINA 的 Title II 禁止雇主因基因資訊而歧視受僱人或求職者。基因資訊包括個人之基因測試資訊、其家庭成員之基因測試資訊，以及個人之家族醫療史等。既然 GINA 禁止雇主考量基因資訊而做出僱傭相關決定，雇主依法也不能要求或購買受僱人或求職者之基因資訊，

⁵⁷ 此等批評參見例如，D. Aaron Lacy, *You Are Not Quite as Old as You Think: Making the Case for Reverse Age Discrimination Under the ADEA*, 26 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 364 (2005).

⁵⁸ H.R. Rep. No. 101-485, pt.2, at 32 (1990).

⁵⁹ 42 U.S.C. §§ 12112 (b) (5).

也嚴格禁止在職場上揭露基因資訊。這是因應科技發展而生的立法，也是目前聯邦就業反歧視法中最新的立法。

二、系統性差別待遇歧視

系統性差別待遇歧視(systemic disparate treatment)，也是雇主存在歧視意圖之類型，待證事實也包含歧視意圖、負面僱傭行為，與兩者間之連結，這三個要素。系統性差別待遇歧視與前述個案性差別待遇歧視最大的不同，在於個案性差別待遇歧視可能是偶發的單一事件，但系統性差別待遇歧視，則可能是下列兩種情形之一：(1)雇主明文規定之歧視性僱傭政策(discriminatory formal policy)，或是(2)長時間存在之歧視性僱傭慣行(inferred discriminatory practices)。若原告能成功主張特定雇主存在系統性差別待遇歧視，也就是歧視性政策或慣行，除了起訴之原告可以獲得個案賠償外，法院更可以裁判提供更強的衡平法上之救濟措施，令被告改變該等歧視性之僱傭政策（例如考試、資格條件等）或是慣行。就此意義上，相較於個案性差別待遇歧視本於個人主義式之侵權行為賠償，在反歧視的道路上一次走一步，系統性差別待遇歧視可以說成就了更大的正義，但從另外一個角度來看，因為不僅是改變雇主個案僱傭決定的結果，而更進一步強制雇主改變篩選或評估受僱人之方式、以避免未來類似歧視情事之發生，這也對雇主之營業自由形成更大的公權力干預。



三、差別影響歧視

差別影響歧視(“disparate impact” discrimination)是指雇主之僱傭政策對特定群體造成不成比例之不利影響，且無適當的正當理由以支持該等政策，則此等僱傭政策構成對該群體之差別影響歧視。與差別待遇歧視不同，差別影響歧視並不要求雇主具備歧視意圖，也就是雇主不具歧視故意、甚至對被歧視者個體之種族等禁止考量特徵毫無所知，依然構成差別影響歧視。顯而易見，差別影響歧視要處理的也是系統性的、甚至結構性的歧視問題。相較於差別待遇歧視，差別影響歧視究竟是不是國會當年制定時民權法所欲打擊之雇主行為之一，迭有爭論，也是迄今最具爭議性之歧視類型。

差別影響歧視類型是由聯邦最高法院在 1971 年 *Griggs v. Duke Power Co.*一案⁶⁰判決中，透過對立法史之回顧，採納 EEOC 對 Title VII 703(h) 之法律解釋，即認為國會民權法 Title VII 之立法意圖為要求雇主評估受僱人或求職者的方式限於「與工作相關」者(job-related)：「國會要求的是，任何被（雇主）採用的測驗，必須為了工作需求評估個人，而非抽象地評估個人。」（“What Congress has commanded is that any tests used must measure the person for the job, and not the person in the abstract.”）⁶¹將 Title VII 所禁止

⁶⁰ 401 U.S. 424 (1971).

⁶¹ *Id.* at 436.

之歧視類型解釋為包含差別影響歧視(disparate impact)⁶²，而於 1991 年為國會以立法方式⁶³增補進 Title VII 的規範當中。

將差別影響歧視納入民權法 Title VII 的打擊範圍中，顯然有其正當理由。在民權法施行不久的美國社會中，由於過去長期的歧視歷史，社會現實上明顯存在種族或性別間差異（如學歷上之差異、語文能力差異、過去薪資差異等），倘若不將差別影響歧視納入法所禁止之範圍中，毋寧將鼓勵雇主以表面中立(facially neutral)卻與工作無關之判準，作為一種隱約的機制，進而達到或是繼續維持過去明目張膽的歧視手段才能達成的歧視性效果。然而，Title VII 原先僅禁止雇主考量特定之因素做成僱傭決定，在

⁶² 差別影響歧視究竟是不是國會 1964 年制定時民權法所欲打擊之雇主行為之一，迭有爭論，如 *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009)一案判決中，5 位大法官的多數意見書即認為國會 1964 年制定民權法時，並未打算禁止差別影響歧視，at 577-578: “As enacted in 1964, Title VII's principal nondiscrimination provision held employers liable only for disparate treatment. That section retains its original wording today. ... The Civil Rights Act of 1964 did not include an express prohibition on policies or practices that produce a disparate impact. But in *Griggs v. Duke Power Co.* ..., the Court interpreted the Act to prohibit ... employers' facially neutral practices that, in fact, are ‘discriminatory in operation.’”；但是另外 4 位大法官的不同意見書則持相反意見，認為國會當年也希望打擊表面種族中立卻不利特定族體的僱傭行為，at 620: “Congress, the landmark decision recognized, aimed beyond ‘disparate treatment’; it targeted ‘disparate impact’ as well. Title VII's original text, it was plain to the Court, ‘proscribe[d] not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation.’... Only by ignoring *Griggs* could one maintain that intentionally disparate treatment alone was Title VII's ‘original, foundational prohibition,’ and disparate impact a mere afterthought.”

⁶³ Civil Rights Act of 1991, Pub. L. No. 102-166, 105 Stat. 1071-1100 (codified in various sections of 29 U.S.C. and 42 U.S.C.).



差別影響歧視出現之後，倘若僱傭措施操作之結果較不利於特定群體（如黑人、女性、穆斯林），雇主則必須證明所採行之僱傭措施具有「事業必要性」(business necessity)，否則就必須改變該措施。換言之，由於法院與法律將審認各該事業中此一可能抽象難以確認之必要性為何，而使得私人企業的實驗和探索空間更加限縮。

此外，差別影響歧視仰賴各群體間不成比例之統計結果作為原告證立初步證明案件(*prima facie case*)之方法，卻致使雇主必須看見原本差別待遇歧視所禁止考量之種族或性別，甚至去控制錄取或晉升的弱勢種族或性別人數、以避免構成差別影響歧視，而反而因此出現了歧視意圖。*Ricci v. DeStefano* 一案⁶⁴就是呈現在差別待遇歧視與差別影響歧視兩大迥異甚至互相衝突的歧視禁令下，雇主可能陷入動輒得咎反歧視法困境的經典案例⁶⁵。

參、就業歧視法執行機制與法院之角色

其實在競爭性就業市場上，僱傭行為之本質就是差別待遇：在眾多求職者當中作選擇，作成錄取與不錄取的差別待遇；在眾多受僱人當中進行評估，作成升職／調薪與否等等的差別待遇。換言之，歧視是僱傭市場的常態，雇主的所有僱傭行為都是歧視性的(discriminatory)，法律自亦無從

⁶⁴ 557 U.S. 557 (2009).

⁶⁵ 詳細評述聯邦最高法院晚近最重要的反歧視法判決、並深入探討此一代表性案例之國內文獻，可以參考，黃昭元，〈論差別影響歧視與差別對待歧視的關係——評美國最高法院 *Ricci v. DeStefano* (2009)〉，《中研院法學期刊》第 11 期（2012 年 9 月），頁 21-56。

以消滅所有歧視性僱傭行為為己任。就業歧視法，與其說是反歧視法，不如說是歧視的管制法，就雇主之特定歧視性僱傭行為訂出管制之標準，鑑別合法之歧視行為與法所不許之歧視行為。以下美國聯邦政府就業歧視法的主責機關 EEOC 與聯邦法院，在就業歧視法之執行上，各自都擔綱了十分重要的任務。

一、EEOC 美國平等就業機會委員會

美國就業歧視法規體系，如前所述，與我國相關法制最大不同處，在於當年伴隨民權法立法而成立之執法聯邦專責機關 EEOC。EEOC 除了民權法 Title VII 之外，嗣後也成為其他聯邦後續就業歧視立法之執法機關，包含前述的 EPA、ADEA、PDA、ADA，以及 GINA。

在 Title VII 差別待遇歧視之訴訟當中，對於原告最為困難者就是舉證之問題。求職者或受僱人在求職過程或職場中，就雇主之各項僱傭行為，通常僅能掌握極少之資訊。尤其在證明就業歧視時，必須提出與其他求職者或受僱人之條件與待遇之比較，始能證立初步證明案件(*prima facie case*)使得法院願意受理案件。就此，原告與被告雇主之資訊極度不對等，是以即便確實存在歧視性的僱傭行為，求職者或受僱人也難以就此舉證。此時挾帶行政資源的 EEOC 就扮演關鍵性角色，可以介入勞資雙方之爭議進行調解、發動調查並要求雇主配合提供個案相關資料（EEOC 核發之傳票如遭不願配合之雇主挑戰時，法院通常也會維持 EEOC 發出之傳票⁶⁶），倘若 EEOC 發現違反歧視行為的存在，可以有效促成勞資雙方之和解與談

⁶⁶ EEOC v. Shell Oil Co., 466 U.S. 54 (1984).



判，否則 EEOC 將以聯邦政府的經費代行訴訟。在此一過程中，EEOC 所提供之人力、財力之資源與專業支持，都對於通常處於弱勢也無力進行勞費爭訟的受歧視勞方來說，成為關鍵且實質之協助⁶⁷。



二、法院與司法訴訟程序

(一) 民事侵權責任

在國會於 1991 年增補民權法 Title VII⁶⁸後，Title VII 兼具了原本立法時即存在的衡平法救濟措施：使原告回復到未受歧視之狀態並避免未來歧

⁶⁷ 不過也有主張因為案件量過多，EEOC 應該轉為以規則制定(rule-making)為主之機關，而不要大量參與個案之處理，參見如 Julie Chi-hye Suk, *Antidiscrimination Law in the Administrative State*, 2006 U. ILL. L. REV. 405, 467-73 (2006).

視再度發生，如獲得工作機會、升遷、加薪、補給薪資、復職、令被告改變該等歧視性之僱傭政策或慣行等，也提供了傳統民事侵權行為損害賠償的求償機制：補償性賠償（原告證明因為歧視行為所遭受到的心理壓力等）與懲罰性賠償（雇主存在惡意(malice)或輕率漠視(reckless indifference)⁶⁹）。此一於 1991 年新增的民事侵權損害賠償機制，一方面成為原告願意起訴追究的重要誘因，另一方面也迫使大型公司作為雇主，必須重視制度下主管個人行為導致的歧視案件或職場騷擾等問題，以免帶來嚴重的法律賠償責任。不過此等侵權的金錢賠償只提供給差別待遇歧視案件的原告，差別影響歧視個案中，由於被告不具備歧視意圖，原告只能請求衡平法救濟措施以除去歧視結果，但不能獲得金錢賠償；ADEA 的年齡歧視案件亦同。

（二）證據提出責任轉換機制

如前所述，差別待遇歧視當中最為困難者，就是證明雇主之僱傭行為是基於歧視意圖所為，因為多數的雇主並不可能將此種意圖表露於外。倘若如同一般民事侵權案件，要求原告證明故意、以及該等故意與僱傭行為間存在「若非」的因果關係(but-for)，則原告幾乎難以期待可以成功挑戰就業歧視，Title VII 也將難發揮功效。經過聯邦法院長時間的判決累積與形塑，Title VII 中的差別待遇歧視案件，發展出一個證據提出責任(burden of production)在原被告之間不斷轉換的機制，使得個案當中的歧視行為更

⁶⁸ *Supra* note 64.

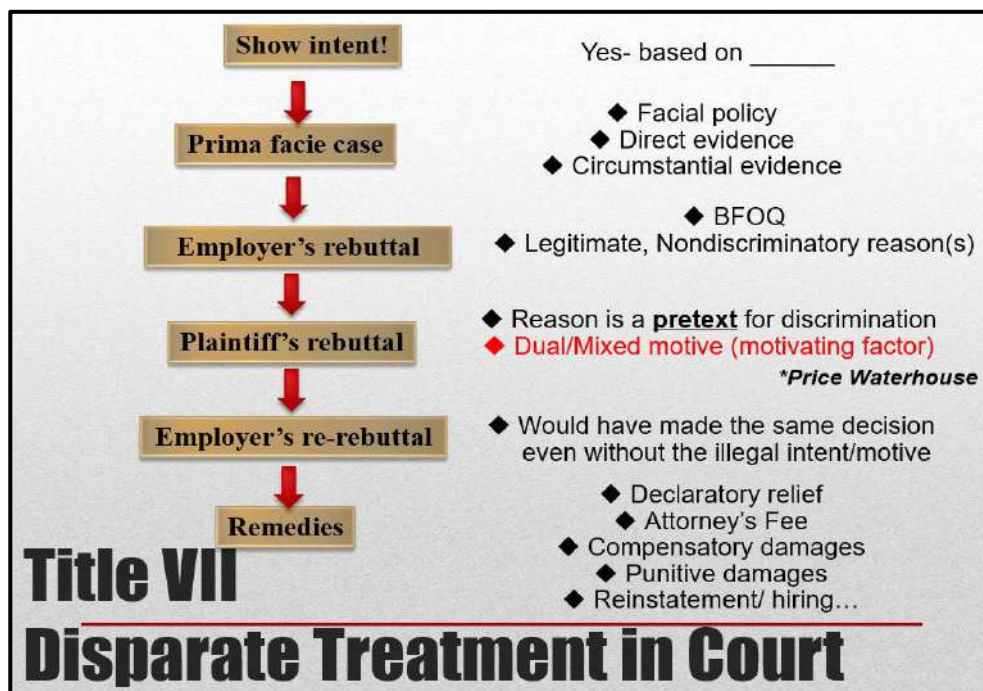
⁶⁹ 42 U.S.C. § 1981a (b) (1) 以及 *Kolstad v. American Dental Association*, 527 US 526 (1999).



容易透過法院審理程序而逐漸顯明，也有助於原告依審理進行而逐步證明各項要件，不再僅僅於被告雇主消極應訴，而因為身為原告，敗在難以擔負之舉證責任下。

此一證據提出責任轉換機制簡述如下：首先，原告依其起訴之歧視類型，如前所述，證立初步證明案件，然後被告雇主就被期待應該要就此提出抗辯：(1)否認原告之初步證明，並舉證僱傭行為是基於其他非歧視性的理由（如業績或工作表現等），或是(2)承認考量了法律所禁止之因素，但抗辯此等考量屬於前揭所介紹之 BFOQ。嗣後，原告則必須再提出證據，證明(1)被告所稱非歧視性理由為偽，僅是託辭(pretext)，或(2)混合動機(mixed motive)案件⁷⁰：儘管有非歧視性理由，但被告決策過程中依然納入了禁止考量之歧視性動機。如為前者，則留待法院審就證據與事實。如屬後者混合動機的案件，則被告尚可透過證明即令除去不得考量之因素，仍會做出不利原告之僱傭決定（亦即反證該歧視動機與僱傭決定間並不存在「若非」的因果關係(but-for)）。混合動機案件嗣後也由國會 1991 年增補進民權法 Title VII 的明文當中。

⁷⁰ 此類案件類型首為聯邦最高法院於 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989)當中肯認也受到 Title VII 所禁止，嗣後國會於 1991 年修法增補 Title VII 時，直接把此類案件明文化於 §703 (m) 當中，甚至也未放入該案中 O'Connor 大法官所稱需要以直接證據證明之舉證限制。



附帶一提，以 ADEA 的主要法條文字§4 (a)⁷¹來說，其實與 Title VII §703 (a)⁷²幾乎如出一轍，僅是把 “... to fail or refuse to hire or ... otherwise discriminate against ... because of such individual’s ‘race’,” 最後的種族...(race ...)換成年齡(age)，其他法條之結構與用語相同。但是在 *Gross v. FBL Financial Services, Inc.*⁷³一案當中，Thomas 大法官主筆之多數意見書，主張由於國會 1991 年增修 Title VII 時並未一併增修 ADEA，而拒絕

⁷¹ 29 U.S.C. §§ 623 (a).

⁷² 42 U.S.C. § 2000e-2 (a).

⁷³ 557 U.S. 167 (2009).



將適用在 Title VII 的原告舉證責任標準與舉證責任轉換機制適用在 ADEA 上，也不允許原告證明混合動機案件，如此一來，ADEA 的案件中，原告就必須證明「若非」因為高齡，雇主就不會對其做成不利之僱傭行為始可。

肆、代結論

我國目前就業歧視之管制，是由就業服務法第 5 條第 1 項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙、星座、血型或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」作為法源，而違反之法律效果，是同法第 65 條第 1 項的行政罰則（30 萬到 150 萬的高額罰鍰，得按次處罰），但是對於被歧視人卻沒有相應的損害賠償機制，而民事侵權之求償在實務上不但困難、對於此等精神損害之賠償金額也非常少。此等以行政處罰出發之反歧視法，具有主動地位者為機關，而在訴願或訴訟機制中，呈現機關對抗受裁罰人的兩方關係，可能實際上擔負各種後果（在職場上因提告雇主之污名或是其他壓力等）的被歧視人卻不具主體性地位，也不存在主動追究的誘因。此是與美國法的一大不同。

再者，此單一法條並未提供何謂「歧視」之要件，僅能作為框架性規定，相較於本文所介紹美國聯邦法下複雜之立法設計與司法判決所建立出執法體系，我國就業歧視法，除了廣泛納入包含星座、血型、容貌等各種禁止歧視之因素，將個體先天條件與後天行為同樣放入法規範中之外，實際上「不得...予以歧視」究應如何解釋適用，依然非常模糊。勞動相關函

釋也依然允許雇主或是就業服務機構向求職人要求如照片、性別、生日等基本資料提供與雇主，等同容許雇主透過該等資訊形成歧視意圖、做成僱傭決定。

此外，職司其他勞動法令的地方勞動主管機關，也同時作為就業歧視之主管機關，依法掌理就業歧視之認定。然而，雖然依行政罰之設計，勞動主管機關具有主動追究之角色，但實質擔綱就業歧視認定者，卻是由各地方主管機關由相關政府機關、單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會而為，直轄市與縣市勞動局作為主管機關，通常都完全採納尊重評議委員會之個案決定，機關本身並無執法之實質立場。且直轄市、縣市勞動局之就業歧視評議決定書並不對外公開，所以除了個案當事人，外界並無從得知何等具體僱傭行為可能構成法所不允之歧視。勞動主管機關僅有偶發的且並不具體系性的函釋，其實並無法提供勞資雙方充分之指引，進而難以積極促使資方改善僱用政策，也難以保障不知自身權益究竟具體為何又如何提出證明之勞方。

本文之主要目的依然在於介紹美國反歧視法之演進與執行機制，未及完整地先審視梳理我國在社會歧視、就業歧視上所存在之歷史與結構問題，進而探究就業歧視法規的實質功能。然而，於本文最末處點出的幾項觀察，或許依然可以突顯出，我國目前的就業歧視法尚待更進一步地思考—從法規範邏輯到執法機制的整體性設計，以確保反歧視法不僅只是宣示性、聊備一格的法規範，而確實有其所欲處理之明確問題意識。



第一場 會議紀錄

美國聯邦就業歧視法的演進與執行機制

時 間：2022 年 12 月 9 日（星期五）上午 9 時 10 分

地 點：財團法人張榮發基金會國際會議中心 B1

主持人：中央研究院法律學研究所廖福特研究員

報告人：東吳大學法學院范秀羽副教授

與談人：中央研究院歐美研究所焦興鎧兼任研究員

東吳大學法學院李念祖兼任教授

主持人廖福特研究員：

賴處長、在場各位先進朋友大家好，我是廖福特，在中研院法律所服務，這個場次由我擔任主持人。今天的研討會著重在平等法的國際視野與立法展望，第一場集中在美國法的探討，我相信第一場一定有非常豐富的內容與分析。我們有三位在這方面學有專精的學者，請容許我先介紹我們三位參與人。報告人是范秀羽副教授，報告的題目是「美國聯邦就業歧視法的演進與執行機制」，范教授現在在東吳大

學法學院服務。今天更厲害的是兩位與談人，有這兩位今天應該主持人不用緊張，可以享受非常豐富的内容，但發表人可能稍微要緊張一下。在我右手邊的是與談人焦興鎧教授，焦教授長期在中研院歐美研究所服務，除了是性騷擾防治專家之外，在就業平等方面，也有非常豐富的研究。我過去有段時間在歐美所服務，所以我知道他幾乎以研究室為家，他是我的範例，反面的範例，晚上我就趕快離開，不然會干擾他的研究。我相信焦教授應該會有非常豐富的與談。另一位與談人是李念祖教授，李教授也在東吳大學法學院擔任兼任教授，不過李教授也是知名律師，我們在學術界常常會因為他學術經驗豐富而忘了他的律師身分。他在公法學界是非常知名的學者，有非常豐富的論述與精彩的分析。主辦單位請我擔任主持人，可能跟一般人一樣有誤解。我的名字雖然很國際化或者很美國化，但其實我只有短時間在美國擔任訪問學者，沒有長時間在美國就學，所以我今天是來聽課的。不多耽擱時間，先請范教授發表，謝謝！

報告人范秀羽副教授：

非常感謝今天有此機會可以來這裡跟大家介紹這個題目。感謝廖老師、焦老師、李老師願意撥時間幫我糾錯。今天報告大部分的内容，是我在東吳法律系已經開了 6 年課的内容跟心得。這本來是一堂很大的課，雖然因為時間跟篇幅的關係無法深入說明，但我仍希望藉此機



會幫大家了解美國的反歧視法，以及提供主辦單位希望給大家參考的資訊。

大約在 50 年前，波士頓市計畫用公車載學童上學，促進學校黑白種族融合時，白人發動大規模的抗爭行動。在圖上可以看到有一位白人抗爭人，拿著美國國旗想要攻擊另一位黑人人士。我用這張圖是想要說明美國的整體歧視法設計背後有一個歷史成因，就是嚴重的種族歧視。在 50 年前，所有法制都在，憲法也已經有平等條款，但種族歧視仍是一個全國性的問題。

今天的內容分成三大部分：第一部分是就美國整體的反歧視法做簡單說明，包括歷史成因、歧視來源，以及法規範架構（包括憲法），再介紹整體反歧視法的內容。第二部分則針對反歧視法中的就業歧視規範做說明，選擇就業歧視是因為它有最詳盡的法規範及理論架構。第三部分則介紹美國聯邦就業歧視法的執法機制，包括行政機關及法院的角色。

首先是美國聯邦反歧視法的由來及現況。以下這段話看起來好像歷史名句，但其實是我自己寫的：「美國社會的種族歧視問題有複雜的歷史根源，不僅僅是白主黑奴的階級史，更是南北歧見與內戰血腥的跡證，是以儘管戰後增修後的憲法消滅了奴隸制度，種族主義與敵意也不可能就此戛然而止。」其實美國並不是我們想像中的 United States，美國剛開始有憲法時，其實是一個蓄奴的社會，之後有南北戰

爭，南北對於種族的歧見曾經一度導致美國要徹底分裂。儘管戰後增修的憲法消滅了奴隸制度，但種族主義跟敵意沒有那麼容易結束。美國為什麼會有反歧視法？其實是為了因應一個現實問題，就是他們社會需要反歧視法來解決一個結構性的長久問題，就是種族問題。

1789 年美國憲法出現時，憲法中完全沒有平等二字，甚至不是平等的憲法，在憲法當中明定種族歧視，明文禁止代表美國民意的國會廢除奴隸進口。立法不得禁止奴隸進口，奴隸必須在美國存在。其次，憲法第 1 條第 2 項計算眾議院席次人口比例，明文規定每一個黑奴所占的人口比例只是一般人的 $\frac{3}{5}$ 。美國憲法一開始是一部明文寫明我們要歧視不同人的憲法。甚至聯邦最高法院判決都曾明文寫出：因為黑人曾經是奴隸，所以永遠不可能成為美國公民。這些字句都曾經出現在美國憲法及憲法判決中。也就是說，美國憲法跟大家想像不太一樣，美國建國後至少長達 3 到 5 個世代的時間，不但有奴隸制度，各層級政府制度與法律（包括憲法）都存在著種族歧視，種族歧視甚至被認證為是美國憲法原始的立場。

南北戰爭後增修的重建憲法增補條文(reconstruction amendment)第 13 條廢除了奴隸制度，第 14 條則是平等保障條款。美國憲法遲至 1868 年才第一次出現種族平等的概念。不過 1868 年的憲法修正，只是表達今後美國境內不能出現奴隸制度；正如剛剛羅政委說的，黑人



男人終於有了憲法保障的投票權。不過，各州還是利用州法施行種族隔離制度。

「Colored Seated in Rear」(有色人種坐後座)是種族隔離時期在公車或火車上常見的標誌。我常跟學生開玩笑，colored 這個字(被上色)，好像大家本來應該是白的，所以你不是白的，就是被上色(colored)的人。這種廣泛的隔離制度普遍地存在於全美國。我們常聽到南方州蓄奴，似乎代表只有南方州有種族隔離制度，但如我在文章中註 5 說明的，其實種族隔離是全美國的事情。即便沒有蓄奴歷史的北方州也力行隔離制度，將有色人種在投票權、就業權、受教育權、結婚各方面的權利構築制度障礙，把有色人種的社會跟以白人為多數的社會分開，這個就是金克勞法(Jim Crow Laws)。

美國聯邦最高法院認為這些隔離的法律是「隔離但平等」(separate but equal)，只是把黑白分開而已，並沒有對有色人種比較不好。即便在憲法已經出現平等保障條款，這些隔離法律依然被聯邦最高法院認為沒有違反平等保障的規定。想要對抗金克勞法的人，經常會遭到以白人為優勢的民間社會用私刑的方式暴力地報復。比方說有一些美劇或電影中會有掛一個繩索的標誌，這就是展現當時一種社會恐怖的概念。如果有任何人想要反抗種族隔離，想讓黑人白人融合在一起，就會遭到反對的人報復。那是一個可怕、恐怖的過去跟歷史。

這種隔離但平等的見解，一直到 1954 年才發生改變。美國聯邦最高法院在 1954 年的 *Brown v. Board of Education* 案中宣告，公立學校中的種族隔離其實是不平等的；隔離就不平等，因為隔離這個制度會殘害黑人幼童的心靈，黑人幼童會覺得他之所以不能跟白人念同一個學校，是因為自己不夠好。這是美國聯邦最高法院第一次推翻過去法院關於隔離但平等的見解，認為隔離並不平等(separate is not equal)。美國聯邦最高法院在 *Brown* 案作成後，再陸續作成許多無意見書(per curium)的判決，確認了隔離法律不管在哪個學校都是違憲的判斷。此時，從司法開始促成全美社會感覺到應該要解隔離的規範性誠命，但民間社會仍不接受。南方州有很多的法律理論：例如強迫解隔離等同於強迫我接受不喜歡的人，這是對自由權的限制；甚至有人認為法院根本就是濫用權力來侵害州的權力。所以即便當時已要求公立機關、公家單位必須解除隔離，但私部門依舊維持種族歧視跟隔離：餐廳只能白人使用，黑人只能外帶；旅館只能白人使用，黑人只能住別的地方。電影「幸福綠皮書」就是在講這種情形。

即便有了 1954 年的 *Brown v. Board of Education* 案，社會跟民間反抗勢力依然持續。因此促請聯邦政府制定一個私部門的反歧視法，由國會立法限制私人行為，成為黑人民權運動者努力的方向。憲法規定廢除奴隸沒有用、加入平等條款沒有用，限制公部門行為也沒有



用，因為民間依然在對抗種族平等，所以這時必須由國會嚴正宣示種族隔離是錯誤的、是需要改變的，才制定了反歧視法。

1964 年民權法立法之前，其實社會劇烈動盪。在反歧視法尚未提案前，馬丁·路德·金恩博士在 Birmingham 演講遭到警方驅離的畫面，包括驅離黑人孩童的畫面傳播到全美國，形成嚴重的社會壓力。當時甘迺迪總統本來不支持反歧視法，因為他有其他的政治計畫，他覺得如果這時提案，會導致其他立法提案不會通過，所以他本來是反對的，但因為這樣的輿論壓力，他轉為支持反歧視法提案。後來發生什麼事大家也都知道，他把民權法案送入國會後就被刺殺身亡，死了一個偉大的政治領袖。繼任的強森總統說，為了紀念甘迺迪總統，我們趕快通過民權法吧！民權法通過的契機就是死了一個總統。第二部反歧視法是金恩博士大力支持的法律，公平住居法(Fair Housing Act of 1968)，但一直都沒有通過。Fair Housing Act 規定白人不可以不把房子租給黑人、不可以不把房子賣給黑人。這部法律怎麼過的呢？就是馬丁·路德·金恩博士也被刺殺了，第二個偉大的民權人士也被殺了，促成國會通過第二部反歧視法。反歧視法的制定過程一直有很大的壓力與阻力，無論在政治或社會層面，都非常不容易。

接下來介紹現在有什麼反歧視法。用甘迺迪總統生命換來的 1964 年民權法，有幾個 Title，我們譯為「編章」，很多編章約束的是政府部門、公部門行為。規範私部門行為的反歧視法則有三大類。第一類

是民權法 Title II 的公共場所(public accommodations)歧視，例如當時有一些餐廳只有白人能來用餐，黑人不能進入，Title II 就是要消除這樣的行為。所以可以想像 Title II 在立法的時候遭受到很大的抗議，特別是南方人士主張要他們打開餐廳歡迎不想歡迎的人，就是強迫他們違反自己的意願服務有色人種，甚至說這是讓自己變成奴隸(involuntary servitude)了。他們用這種方式反諷平等法規，主張平等法規把他們變成黑人的奴隸。Title II 後來被聯邦最高法院宣布是合憲的立法。這個法律當時引發的爭議很大，不過今天我不花很多時間講這件事，因為它已經功成身退了，這是最好的事情。從事人權運動的各位都知道，其實不論是人權團體或是我們，都希望人權立法有一天可以功成身退謝幕離場，不要永遠存在那裡，不然這表示歧視永遠都存在。所以公共場所反歧視立法在美國近乎功成身退是一件很好的事情，你現在不會看到有任何一間餐廳，在美國明目張膽說我要拒絕單一種族的人。這是 Title II 公共場所歧視，現在案例已經很少了。

第二類是住居歧視，就是馬丁·路德·金恩博士用生命換來的公平住居法，該法禁止的範圍不只包含種族，還有其它的類型。為什麼今天不專門討論公平住居法？原因在於各地方的租賃、住屋狀況都非常具有地方性，公平住居法雖然是聯邦法，但多半由地方執法單位擔綱執法任務。聯邦並沒有打算要佔領這整個立法領域，沒有禁止各州可以跟聯邦一樣做相關的反歧視立法，州法跟聯邦法是可以並行的，



只要州法不牴觸聯邦法，州可以有自己的反歧視法規。因此在住居這一塊，州常有自己的法規。所以雖然公平住居法是聯邦法，但因為是由不同的地方政府擔綱執法任務，沒有累積一套統一的反歧視法解釋，所以不是今天主要介紹的範疇。

第三個是今天主要要討論的民權法第7編章 Title VII 規範的就業歧視。就業歧視的事權集中在單一聯邦機關：公平就業機會委員會（Equal Employment Opportunity Commission，簡稱 EEOC）。就業歧視有很多法院裁判案例，慢慢形成了穩定的理論體系。有些時候是法院判決出來之後，國會承認法院判決的內容或根據法院判決內容修正立法。因為有這種有趣的立法跟司法的對話關係，使得就業歧視法的體系非常清晰。

最後是州反歧視法跟政策，各州依照各州民情，其實會規範各州重視、在意的事項。例如有些州認為不能基於婚姻狀態為歧視，有些州會認為軍旅狀態不能成為歧視的原因，退役的軍人也應該也要獲得反歧視法的保障。所以各州州法中會增列一些聯邦法律中沒有規範的內容，禁止歧視的類型可能比聯邦法更多。美國是在聯邦法律的框架下，各州可有不同的規範。

接下來是第二個部分：聯邦就業歧視法的管制架構。正如前面講的，就業歧視法由單一行政機關處理，同時也有非常多的法院案例，所以就業歧視法的架構很完整。首先是一個詞彙上的問題，我們講「就

業歧視法」，為什麼沒有「反」字？為何不叫「就業反歧視法」？就業歧視跟公共場所歧視不一樣，對公共場所歧視是一律要消弭，不能因為一個人的性傾向、膚色就不讓你用餐，這樣的歧視是要消弭的，但就業市場本來就是一個競爭性的市場，雇主沒有一刻不在做歧視。歧視就是做出差別待遇，雇主每天都在做差別待遇，僱用市場本來就是歧視性的，也因此不太可能立一個「就業反歧視法」，大家應該知道我的意思。就業市場是歧視的管制，哪一些雇主的歧視是我們可容許、接受的？哪些歧視是不能接受的？就業領域是對某一些範圍進行管制，比較像是就業歧視的管制法。

先從禁止就業歧視的類型開始講起。第一種是種族歧視、膚色歧視，依據 Title VII，種族、膚色的歧視是絕對禁止的，並沒有設定任何例外。也就是說不論任何情況或理由，都不能因為種族或膚色做出就業上的差別待遇。不能因為她的膚色比較黑不適合這個工作，就考慮另外一個人，這是不被接受的理由，任何情況之下都不能被接受。但其實這有一個很有趣的討論，大家也可以思考看看：可不可以主張說因為這個角色在歷史典籍是白人，面試演員就因為演員的膚色而拒絕他？這裡有很大的爭議。根據 Title VII 的規定，這不能當作一個理由，只能看這個演員的能力，不能看她的膚色。種族、膚色歧視是絕對禁止，也是爭議最小的類型，因為在將近有 200 多年的種族歧視歷史的美國社會中，所有人都意識到這是一個嚴重的問題。



相對而言，性別歧視、宗教歧視、原國籍歧視就存在比較多爭議。很多人會主張，在一定情況下也許可以以性別為差別待遇；宗教歧視的管制可能可以跟種族歧視不一樣，因為宗教好像不是生來就具備的特徵；原國籍是什麼可能會影響擔任這個工作的狀況。這就是所謂的真實職業資格（*bona fide occupational qualification*，簡稱 BFOQ）的抗辯，在舉證責任轉換的部分會有比較詳細的說明。BFOQ 的意思是，雇主在某些狀況下可主張，他使用性別、宗教或原國籍做限制，是因為這一些特質真的跟能力有非常大的關係。不過真實職業資格抗辯的使用也有非常大的限制，有機會希望可以在 QA 跟大家進一步解釋。

除了真實職業資格之外，另一個比較多的爭議是歧視的心理成因不太相同。種族跟膚色歧視是基於種族仇恨而開始，可是性別歧視不見得是基於性別仇恨。比方說，男性剝奪女性投票權是基於對女性的仇恨嗎？這有點奇怪，因為每個人都有媽媽，你一定會跟女性有接觸，所以這是仇恨嗎？宗教歧視又是因為其他的歷史成因，跟種族、膚色也不一樣。原國籍歧視有時候是因為 *xenophobia*，是對不熟悉的外來事物的排斥，所以歷史成因不太一樣。基於以上這些原因，這些禁止歧視的類型是否都應該放在 Title VII 下就有很多複雜的考量，是不是應該做一樣的管制，就會有不同的想法。其中關於宗教歧視又有一個合理調整(*reasonable accommodation*)的義務，不僅是消極地不能歧視不同宗教的人，更必須請雇主積極支應員工。如果員工想要禮拜

或想要在不能戴頭巾的商店中，戴著頭巾工作，雇主有沒有義務允許、配合？

至於年齡歧視的禁止是規定在 Age Discrimination Employment Act（簡稱 ADEA），是另外的立法，不在 Title VII 下。ADEA 的爭議更大，它是在某個歷史契機下的立法。ADEA 的爭議在於它只禁止單向歧視，也就是如果因為一個人太年輕，歧視他不讓他獲得這份工作是可以的，但不能因為一個人年紀大歧視他不讓他獲得工作。這種只禁止單向的歧視就引起很大的爭議。另外從平等觀而言，管制年齡歧視的正當性也向來有爭議。每個人都曾經年輕、每個人也都會變老，所以年齡比較不像是種族或性別，是一種生來具備、無法改變的特徵。既然每個人都會年輕都會老，在年齡這件事情上，每個人的個人條件應該是平等公平的。所以針對年齡歧視進行管制的規範目的跟種族、性別歧視的目的就不太一樣，在細部規範上會做出相應的微調跟設計。

身心障礙歧視是規範在 The Americans with Disabilities Act（簡稱 ADA），ADA 是更特殊的立法，不太像是反歧視法的範疇，而是更大的社會福利法制。美國制定 ADA 的時候，身心障礙者在美國就業率非常低，很多人都有工作求職意願但找不到工作，貧窮率也非常高。為了處理這些問題，所以 ADA 就比較像是大型的社會福利制度立法。社會福利制度跟反歧視法有非常不同的要求，身心障礙歧視禁止在



ADA 中只是一部分，多數法規範內容都是對身心障礙者的照顧，還有整體的扶助。

基因歧視禁止是規範在「基因資訊無歧視法」(The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008)，是很新的法律，也兼具資訊隱私保障的目的。它禁止雇主探知求職者、受僱人的基因，雇主不能說大家都要做基因檢測，不能說比較相信出現哪一個特別基因特徵的人適合當工程師，而以此限制受僱人。這是最新的基因歧視立法。

講完就業歧視的整體規範後，我想接著談訴訟型態的演化，這是在聯邦法院跟國會交互作用下演化出這樣的架構。第一個是我們最熟悉的「個案性差別待遇歧視」(individual disparate treatment)，就是大家心中想像的那種典型的歧視案件，例如我要僱用時，因為我覺得亞洲人數學比較好，所以將這份工作給一個亞洲人，這就是明顯的個案性差別待遇歧視。原告要證明雇主存在歧視意圖；第二個是要證明有不利的僱用行為，例如沒有僱用你、沒有讓你加薪、給你比較低的薪水；第三個是雇主的歧視意圖跟行為之間要存在連結。意圖跟行為間連結的因果關係是司法上經常爭執的，到底要證明多強的連結才可以？要不是我是黑人就能拿到這份工作了嗎？要證明什麼程度的連結，或是舉證責任怎麼轉換，都會影響訴訟的成敗。這是個案性差別待遇歧視，沒有任何政治意識型態的人會反對禁止這種類型的歧視，

因為這是個人主義式的考量，請衡量這個人的能力，不要因為種族、膚色或其他特徵及刻板印象否定這個人的能力。

第二個是「系統性的差別待遇歧視」(systemic disparate treatment)，也沒有很大的爭議。承認系統性差別待遇的訴訟型態，可以一次打擊很多東西，可以改變公司的慣行。假設該公司有明文標準規定護理師只能由女性從事，若雇主有一個明確的標準，訴訟型態選的是系統性的差別待遇，可以一次改變雇主的政策，但第一種訴訟型態是不行的。如果是個案性差別待遇的訴訟，只能為自己爭取正義，只能幫自己找到這份工作、幫自己獲得賠償，可是系統性的差別待遇訴訟中，當你證明雇主的明文僱用政策或長期僱用行為有一個 *pattern of discrimination*，即雇主有一個樣態，常常做一些歧視行為不利一個單一身分特徵的人時，可以去改變雇主的行為。但從另一個角度看就是干預雇主的營業自由，因為雇主不能自己決定他要僱用什麼樣的人。第二種型態比起第一種型態，雖然以反歧視法的角度而言可以達成更多正義，但對雇主的干預更大、更深，這不是個案性行為，不是決定單一個人是否被歧視，而是決定公司的政策是否需要徹底改變。

第三種型態就是爭議最大的「差別影響歧視」(disparate impact discrimination)，這種型態的歧視第一次被承認不是由國會立法，而是出現在司法判決中，聯邦最高法院透過解釋，認為國會立法應該要保障這種類型。有一些國內文獻會稱呼這種類型為「間接歧視」。在這



種型態中，找不到或不用證明雇主的歧視意圖。我不知道雇主今天不僱用這位黑人女性，是不是因為雇主知道她的身分是黑人女性，雇主可能無意地不僱用黑人、女性，但長期累積的結果導致黑人白人族群獲得受僱的機率，或男女獲得受僱的機率明顯不同，這時候就存在一個初步證明的案件(*prima facie case*)，這個案件就可以進入法庭了。第三個是爭議最大的類型，雇主主張說我沒有歧視，在公平競爭下，某一個族群就是自然而然沒辦法獲得某個工作，法律也要管這種情形嗎？雇主會做這樣的爭執。再者，差別影響歧視好像是根據結果論斷遊戲結果公平與否，可能干預雇主的僱用自由更甚。雇主要證明他的篩選標準都是 *job-related*，都跟工作有很大的關係，不然就不能採用這種會導致不同族群中出現不同比例的受僱或是薪水高低的僱用行為，因此第三種型態產生很大的爭議。還有一個問題是，為了避免發生差別影響歧視，可能反而會造成違反第一種差別待遇歧視的問題。例如雇主為了避免發生差別影響歧視，統計受僱者中有幾個黑人白人，統計結果發現，糟糕，我這家公司目前僱用的黑人太少了，所以下一個僱用的可能最好是黑人，但這意圖一出現就是第一種差別待遇歧視。黃昭元老師寫過一篇文章講 *Ricci* 這個案子，討論差別影響歧視、差別待遇歧視會發生互相衝突，導致雇主不知道該如何選擇、規劃自己的僱用行為的問題。

為什麼要存在這種爭議很大的差別影響歧視？這也是基於現實的需求，美國社會有 200 多年長期歧視的歷史，所以其實黑人跟白人的社經地位、語言能力、學歷有非常大的差別，即使不用膚色，也可以輕而易舉地用已經知道黑白差距很大的特徵作為標準，就可以達到篩掉所有黑人求職者的效果。這可以用來保存過去的歧視結果，又或是直接問求職者前一份工作的薪資，來決定這一份工作的薪資。這個雖然看起來都是中性政策，但如果 1964 年民權法立法之前都受到歧視，現在的條件就是導致不利的公共政策結果。這是為何要承認差別影響歧視的第一個原因。第二個原因是隱微偏見的問題，這是社會學、心理學討論的問題，某些人會對某些族群做不公平的決定，但你不知道，你只是仰賴你的習慣、過去的背景，甚至你沒用到決策腦，自然而然就做出不利邊緣族群的決定，這是隱微偏見討論的問題。因為即便到今天美國黑白社經地位仍有很大的差距，男女就業率仍有很大差距，過去歧視的結果一直存在，差別影響歧視是想要針對這個問題做準備，是否適合放在反歧視法中就有各種討論。

最後關於執行機制的部分，我想講兩件事情。一個是 EEOC，EEOC 是很重要的行政機關，是單一主責單位，美國目前大概所有的就業歧視法都歸 EEOC 處理，這樣的設計有什麼好處？當你向 EEOC 提出申訴，會先由外部的調解員進行調解，再做 EEOC 的調查。EEOC 的調查非常有用，因為你如果要挑戰雇主，要怎麼抓到他歧視的證據？雇



主會把所有資料給你看嗎？你可以進去人事室嗎？不行。但 EEOC 是強力的主管機關，可以提出傳票，要求雇主提出所有資料，有點像是勞動部、各地勞動局做的勞動調查，可以由 EEOC 做這個強而有力的調查；調查出來後，就可以確認存在一個違法行為，再詢問雇主要不要跟受僱人和解？如果不要和解，有一個機會是由 EEOC 用它的資源與經費幫受僱人提起訴訟。很多 Title VII 案例的一造名稱就是 EEOC，就是國家幫你告邪惡的雇主，由 EEOC 豎立標誌彰顯我們在打擊歧視。即便 EEOC 調查後沒有查出違法行為，也會讓申訴人在 90 天內自己提出告訴。EEOC 是個專責機關，立場非常明確，有很多很多相當於我們法規命令的文書解釋何謂歧視、什麼行為構成歧視，這些對於求職者或受僱人而言是清晰的，可以期待什麼樣的情況之下他有權利起訴。

進入到訴訟後，就有舉證責任轉換的問題。我今天可能沒時間詳細介紹，不過我想強調，舉證責任轉換在就業歧視法相當重要，你要怎麼證明歧視？不會有雇主把歧視掛在嘴上，很難證明他的意圖，所以舉證責任在誰身上，就會決定誰勝訴、誰敗訴。我今天先講到這裡，謝謝大家！

主持人廖福特研究員：

謝謝范教授！要把 16 周的課程內容濃縮成 30 分鐘真的很不容易，接著請焦教授與談。

與談人焦興鑑研究員：

主持人廖老師、發表人范老師、與談人李老師，今天很榮幸有這樣的機會來與談。我拜讀了范老師的大作之後滿感動的，在這麼短的篇幅能做這麼詳細的說明。整個論文的問題意識、論文提到的一些問題，甚至包括引註的部分，我都覺得是非常稱職的會議論文。國際上對就業歧視議題非常重視，這篇論文對於國內在建構就業歧視的法制，不管學術或理論上都有一定的參考價值，我給予高度肯定。

與談人有義務要把讀過這篇文章的感想，跟大家分享。我個人的與談大概會分成三個部分。范教授的代結論的部分，給我一些啟發。剛剛范老師因為時間關係無法把 EEOC 做比較詳盡的說明，就這部分的補充，我會把 EEOC 在本世紀以來各會計年度中所接受的申訴案件數量給大家做一個簡單的說明，也可以佐證為何我們臺灣在建構就業歧視制度時，希望用美國的制度做取法對象，EEOC 的經驗確實足資我們做參考。我們今天的研討會中，還有德、法的制度，我想大家來做個比較，所以我會把 EEOC 在就業歧視上的貢獻，稍微用一些數據跟大家說明。我剛剛也提到這是國際趨勢，防止就業歧視是核心的國



際勞動基準，是全世界所有的勞工朋友所應該享有的基本人權。我們臺灣既然說要人權立國，而且更重要的是我們要參與國際社會的一些活動，包括勞動事務方面，所以我會提出一些關於勞動法上的例子作為參考。最後是我們臺灣怎麼建構一個更好的一個防制就業歧視的制度，范老師在她的論文裡有提出她的期許，我也會從我長期研究的心得提出比較粗淺的看法。

首先，從 2000 年千禧年開始，一直到最近，美國的 EEOC 一年平均要處理大概將近 8 萬到 9 萬件的申訴案件，主要可能是種族歧視，還有性別、身心障礙、年齡歧視等等。從這 20 個會計年度的圖表可以看到，美國的 EEOC 處理的案件數量非常多，全世界大概沒有一個國家像美國這麼重視就業歧視的問題。在上個會計年度，美國 EEOC 所處理的案件，雖然可能因為疫情的關係，不像前面那麼多，但每一年還是有將近 6 萬多件的正式申訴案件。案件的發展趨勢，除了傳統上一般講的種族或性別等等，可以看到身心障礙歧視，還有隨著人口老化，年齡歧視的部分也逐漸往上攀升。美國 EEOC 接受的案件量跟臺灣相比，我們到現在為止可能還不到 5 千件，30 年來可能還不到 5 千件，所以美國的經驗的確滿多地方值得我們學習。

第二個是就業歧視禁止已經是全球所有勞工都應該享有的基本人權。雖然我們大老張忠謀先生說，全球化已經過去了，但其實我們知道經濟全球化跟區域整合，到現在為止還是不斷地影響我們。經濟

全球化與區域整合對於全球的勞動市場跟勞工，所造成的不利影響昭然若揭，所以國際勞工組織(International Labor Organization, 簡稱 ILO) 在 1998 年通過一個非常重要的宣言(工作基本原則與權利宣言, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work) 中特別提到，不論經濟全球化、區域整合的程度為何，有 4 種勞工的基本人權不能偏廢。

這 4 個權利當中，就包含了同工同酬跟就業歧視的禁止這 2 個權利。ILO 通過的公約裡也有兩個與此相關的。一個是 1951 年通過的第 100 號同工同酬公約(Equal Remuneration Convention)，這個公約共有 174 個會員國核准，ILO 共有 187 個會員國，核准這個公約的國家比例相當高，所以這個公約有普世的價值。重要的是，我們在還是 ILO 會員國時，立法院也在民國 47 年時就批准了這個公約。另一個公約是 1958 年消除就業和職業歧視公約(Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation)，這個公約也有 175 個會員國批准，我們臺灣也是在民國 50 年的時候就批准，也發布了全球報告，不過我們也知道直到現在為止，我們還是受到美國要改善我們勞工人權的壓力。美國國務院從 1979 年卡特總統在位直到現在為止，每年都會公布各國人權概況報告，報告中有特別列一章是勞動人權(worker rights)，在勞動人權章中也是用 ILO 這兩個公約來



檢視我們臺灣對人權尊重的情形，也就是說在就業平等方面，美國對我們的影響很大。

從國際參與的角度，就業歧視禁止已經是全球所有勞工都應該享有的基本人權，這樣的看法對我國也很重要。不論是已經胎死腹中的跨太平洋夥伴協定，或是我們現在要申請加入的跨太平洋全面進步夥伴協定，都有勞工專章，都提到就業歧視的禁止具有普世價值，所有的會員國都必須遵循。除此之外，美墨加協定、美韓簽訂的雙邊自由貿易協定，當中也都有勞工專章專屬的條文，條文中也明確規定，就業歧視的禁止是普世的價值。我們跟美國現在在談判 21 世紀的臺美貿易倡議，這個倡議當中勞工的議題有 11 個重點，也是美國檢視是否要跟我們簽訂準雙邊自由貿易協議的標準。

最後一個部分，我想討論一下在普世都注重就業歧視的時候，我們的落實情形如何？范老師在論文中提到就業服務法有 18 個法定禁止項目，這 18 個項目大概是全世界最進步的，因為其他國家禁止的項目很少。在檢視一些資料後，我發現只有韓國比我們進步，韓國有 20 種，而我們只有 18 種，還有努力的空間。經過這次選舉洗禮，我認為又多了兩種可以考慮的禁止項目，一個是學歷歧視，這個在韓國有禁止；另外一個是門閥歧視，例如這次選舉我們可以看到有攻擊人家父親做了什麼事。在禁止項目上請大家共同努力，讓我們的就業歧視法制更為完整。

我們就業歧視項目做的最好的是性別歧視，我看到尤律師坐在這裡就想起 20 年前一起工作的過程。我們有性別工作平等法，對臺灣最容易發生的性別歧視、性傾向歧視都有所規範。性別工作平等法把范老師提到的直接歧視、間接歧視、真實職業資格的抗辯、同工同酬、同職同酬，還有懷孕歧視等等，都完整包含在內。臺灣在這一方面是非常進步的，性別工作平等法第 2 章、第 3 章、性騷擾防治，甚至執行的部分，都是臺灣在過去 20 年來的成果，為我們將來建構一個全面性的防制就業歧視的法制，奠定了非常好的基礎。前陣子通過的中高齡者及高齡者就業促進法，當中第 2 章放進了年齡歧視，也納入了性別工作平等法當中很多規定，像是舉證責任的轉換等等。此外，據我所知，對於身心障礙者，除了有就業促進以外，對身心障礙者在就業上碰到的歧視問題也都有相關規範。所以就建構一個完整的禁止就業歧視的法制而言，不論是從符合本土需求或符合國際潮流的面向，我們一直都非常的努力，也奠定了很好的基礎。此外，勞動事件法對這一類勞資或勞勞爭議也有一定的規定，以我國現有的基礎，可以再學習美國 EEOC 可以提供我們的一些東西。

因為時間關係，我可能比較沒有辦法暢所欲言，但我個人的感受是，我們臺灣在進步，而且在就業歧視的防制上，美國對我們的批判已經越來越少，而且把我們當作一個開發中國家的典範。所以在就業歧視方面，我們可以很自豪地說，只要繼續努力，我們的制度不只是



可以符合我們自己的需求，甚至在國際上也都能有一席之地，也讓國際上看到臺灣是這方面的模範生，把臺灣排除在外實在是國際的損失而不是我們的損失。我的評論到這邊告一段落，謝謝大家！

主持人廖福特研究員：

非常感謝焦教授，接下來請李教授。

與談人李念祖教授：

主持人、范老師、焦老師、各位在座先進、各位女士先生，大家早安。非常高興也非常榮幸能來就范老師的論文進行與談。我很贊成焦老師對這篇文章的評價，這篇文章寫得很棒。

幸好我是與談人，所以可以選擇只就相關的主題來討論。我對范老師報告內容的理解是，范老師可能不僅僅只是要談就業歧視，而是拿美國在歧視問題的經驗跟它在法律上對應的經驗，給我們作為參考。范老師剛講到許多歧視的重要觀念，也就是我們怎麼看待歧視這件事情。這次研討會的主題是平等法，剛剛羅政委說到，我們憲法有規定平等權，我覺得今天講平等法，如何看待歧視會是最核心的議題。我特別從范老師的開頭以及結尾來找我的與談主題，范老師文章中間的內容非常紮實，我就不需要再多做補充。

美國人的歧視，非自今日始，至今也還沒有結束，白人至上主義到今天都還在美國作亂，請容許我用「作亂」這兩個字。這是從美國

建國開始到今天 200 餘年都沒有解決的問題，當然美國是一直在解決，而且美國解決的經驗很多可以給我們參考。從就業歧視法的憲政演進史來看，1789 年制憲的時候，各州公民資格最標準的一種規格，就是白人男性有產才有投票權，充滿了各式的歧視。最重要的兩種歧視就是種族歧視跟性別歧視。種族歧視跟性別歧視都是很典型的歧視，也是必須要正視的兩種歧視類型。種族與性別歧視都牽涉到同一個問題，我稱之為「身分歧視」。什麼叫身分歧視？就是一個人從出生就與生俱來，而且沒辦法靠己力改變的因素。范老師剛才講到美國一個新的法律是關於基因歧視的防止，因為基因所形成的因素而為歧視，就是我所說的身分歧視。這是最不公平的事，這個特徵是與生俱來，但卻好像原罪一樣，這個特徵是個人沒辦法改變的，性別跟種族都是這樣的特徵，都是與生俱來的。

1857 年 *Dred Scott* 這個案子，是許多美國憲法學者羞於啟齒的案子。范老師的詮釋，其實是把這案子的解釋，當作了美國憲法的一個解釋的基礎，但事實上當初美國聯邦最高法院做這個解釋的時候，不是沒有別的機會。美國的確在憲法就有歧視，但說美國憲法歧視黑人，其實是隱喻、隱藏式的，因為黑人這個字並沒有出現，*negro* 這樣的字眼沒有出現在憲法中，真正出現的種族字眼是印地安人。范老師提到說，*Dred Scott* 案中說黑人從來就不是 *citizens*，這是這個案子的見解。在制憲的時候就有要不要廢奴的爭議，他們當時 *agree to*



disagree，然後就有了美國憲法第 1 條第 9 款，規定 1808 年之前國會不能禁止 immigration 或是 importation of persons，「進口人」這個詞聽起來很怪，1808 年之前不可以立法禁止人的進口，這的「人」指的就是黑人，范老師說的特別「禁止『禁止黑奴』」，可能是在講這一條，但條文用語是 persons，所以這個條文還是把黑人看成 persons，因此其實是有空間講人生而平等(all persons are created equal)。可是美國聯邦最高法院卻說，制憲當時沒有決定要解決這個問題，所以顯然沒有把黑人當人，憲法上黑人不是 citizens，黑人若要變成 citizens 必須修憲，這也演變成南北戰爭的根源之一。

范老師很謙虛地說以下這段文字不是歷史名言，而是她自己寫的：「美國社會的種族歧視問題有複雜的歷史根源，不僅僅是白主黑奴的階級史，更是南北歧見與內戰血腥的跡證，是以儘管戰後增修後的憲法消滅了奴隸制度，種族主義與敵意也不可能就此戛然而止。」我覺得這段文字是這篇文章的眼，我從這段文字所體會，以及我所想要呼應的，就是打擊歧視最重要的是觀念的改變。如果沒有正確的觀念，制度再怎麼寫，用錯誤的觀念做錯誤的解釋，錯誤依然會存在。也因此，美國在南北戰爭後的 1868 年修憲，增補條文第 13 條廢奴，第 14 條平等條款，第 15 條是給黑人投票權，但仍然寫了男性。剛剛前面提到美國一直到 20 世紀才用增補條文第 19 條給女性投票權。相較而言，黑人於制度上獲得投票權比女性早了一個世紀。因此我認為

種族歧視與性別歧視，是美國就業歧視法制的根源，當然歧視絕對不止這兩種而已。剛剛焦老師講到 18 種、20 種禁止歧視的項目，但我認為必須在這 18 種、20 種，區別哪一些是所謂的身分歧視，哪一些不是。我說的身分歧視，最直接講就是基因的歧視；相較而言，譬如說學歷，學歷在我們來看常成為某一種歧視之源，但學歷可以靠努力爭取來的，當然什麼叫努力，這現在又有不同的討論，但我必須要說學歷不是與生俱來，也不是不能改變的，所以他跟基因歧視所形成的不公平現象並不同，我們要對不同的歧視因素做不同的處理，我想這也是范老師在文章中特別提到的。

接下來我想就范老師文章代結論當中的一段話做一些回應與補充。范老師提到我們就業服務法只有罰則，對於被歧視的人沒有相應的損害賠償機制，而且民事侵權求償在實務上不但很困難，對於精神賠償的賠償金更是非常少。就這個點，我想補充說明的是，能不能成立侵權損害賠償跟賠償金的數額多少，其實取決於觀念。

剛剛羅政委致詞時提到憲法第 7 條，我們的法制跟美國真的不一樣，剛剛范老師說平等這個詞在美國制憲時是沒有出現的，我們則是憲法已經明文規定平等，所以美國人反歧視要靠國會立法去寫。我們的反歧視憲法規定除了第 7 條之外，還包括憲法增修條文第 10 條 6 項、第 12 項。剛剛羅政委講到自由與平等，然後說第 7 條平等的規定是放在人權章節之首，我非常同意羅政委的看法，這是非常好的立



法。羅政委提出一個 18、19 世紀沒有的觀念，是 20 世紀平等思想討論進步以後才出現的觀念，也就是自由與平等的關係是無平等則無自由。美國黑人就是最好的例子，黑人不被認為是人的時候就沒有自由，所以平等是取得同樣自由的前提，這是平等重要的價值。所以把平等寫在自由之前，人權是從平等開始的這點非常重要。平等是不是權利？當然是，因為每個人都有基本權，每個人的基本權都平等，所以平等當然是權利，但問題在於很多時候不平等或歧視，不是只有在結果上發生，而是在分類上就不平等。我們的憲法第 7 條說在法律上一律平等，前面寫的是無分男女、宗教、種族、階級、黨派 5 樣因素，一律在法律上平等，禁止國家包括法律，用這 5 個因素作為歧視人的因素。

不瞞您說，你我在日常生活上經常用這 5 個因素來認識人。這人我記得他：他是男人、他爸爸做什麼的、他信什麼教、他是藍的還是綠的、他的職業是什麼，我們記人，會用這些因素，我會記得他是男性或她是女性，或者他（她）不是。這是我們平常生活上很容易用來區別人的因素，問題是，私人這樣區別是一回事，國家可不可以用這些因素區別，造成法律上的地位不平等？這 5 個因素在憲法學理上稱為可疑的區別，不能說絕對不可以，但有這樣的區別時，就會引起特別注意，看這樣的區別有沒有問題，這裡面就包含性別跟種族。當然憲法寫到男女，看起來還是兩性的觀念，而忘記了性別可能不只兩

性，不過幸好第 7 條寫的是無分男女，就是不要分兩性，也許可以勉強做正面的解釋。

我認為重點是憲法增修條文第 10 條 6 項，這是結構上更進一步要求國家，積極地破除社會上的歧視與不平等，所以這是一種積極平權措施。這個條文特別標明性別（女性），變成另外一個概念，看起來是 **affirmative action**。**Affirmative action** 的翻譯在學界有不同討論，我在此用優惠性差別待遇。有學者認為不應該寫優惠性差別待遇，因為優惠性本來就是一種差別待遇。不過我認為積極平權措施是積極地破除民間的歧視，就是政府有一個義務，憲法課予政府有義務去積極破除民間的歧視，消極性的是要求政府不能歧視。對於這種特別標出女性的條文，是用一個不平等的方式去破除不平等，因此先天上 **affirmative action** 就帶有繼續加深刻板印象的缺點，也因此 **affirmative action** 消除不平等的功能很早會消失，在初期會有效，後來就會繼續強化或者是服從刻板印象。如果要講功成身退的話，**affirmative action** 應該要比其他促進平等的措施更早功成身退。

另外我想很簡單地說一下就業服務法第 5 條 1 項，條文內容說除了這 18 種因素之外，其他法律有明文規定者從其規定。我想特別指出這裡所謂的「其他規定」應該包括民法的規定，也就是說民事的救濟。在就業服務法找不到被歧視者的民事救濟，但在其他法律，包括性別工作平等法或民法，都應該可以找到。在我來看，如果我們要把



平等看成權利，就一定要有救濟。救濟牽涉法律適用，適用的觀念是什麼？身分的歧視、基因的歧視，其實都是侵害人格尊嚴的態樣，就是侵害人格權。如果各位同意這個看法，那麼民法第 18 條就完全可以適用。民法第 18 條對於人格權提供了 *injunctive reliefs*，也就是對於作為跟不作為的保護，民法第 195 條也是對人格權的保護。各位試想，我們歧視一個人，歧視他的種族、歧視他的性別，因為他的種族或性別看不起他、看輕他，這難道不是對其人格的侵害嗎？相當於人格侵害的程度，其實是可以用法救濟的。假如有一個雇主把一個不該辭退的人卻因為她的性別或種族辭退了，大家都知道這個人被辭退了，難道不構成名譽權的侵害？這時候是不是可以有適當的處分，可不可以包括復職的請求？如果我們認真對待這種歧視是侵害權利的話，應該在法律適用上就提供救濟；如果我們能夠對法律做適當的認識、做觀念的調整，其實在現行法下的救濟或是反歧視是更有可能的。謝謝各位。

主持人廖福特研究員：

非常感謝李教授。各位來賓一定有許多問題想要請教發表人或與談人，現在開放現場提問。請人權處賴處長。

提問人賴俊兆 Semaylay・i・Kakubaw 處長：

有幾個簡單的問題請教。先請教范老師，我們在制定平等法要處理歧視的定義，各界都期待能把間接歧視納進來。您的論文特別提到差別影響歧視，也就是間接歧視，是用衡平救濟措施除去歧視效果，而沒有辦法獲得金錢賠償。就這個部分我們想要多了解是基於什麼樣的考量，故而在間接歧視的狀況沒有損害賠償的效果。

第二個問題我想請教范老師、焦老師及李老師。我們在制定平等法時，法律效果包括救濟措施是重要的考量，美國法可以給我們一些啟示，范老師的文章中，對於現在的制度是行政罰，也有一些反思。不知道幾位老師對未來平等法的法律效果及救濟措施有什麼建議？比較朝向美國的方式，用民事的方式處理？還是維持現在行政罰的方式？或是兩者並行？另外一個問題比較是法律體系上的問題，就是包括現行的就業歧視法制（例如就業服務法、性別工作平等法），其實都有一定的機制在運作，剛剛焦老師也多所肯定目前臺灣發展的機制，但未來制定綜合性的平等法時，要如何處理現行的機制？例如現在就業歧視處理機制是留在原來的相關法制，維持現行的行政罰機制，還是應該納入整個綜合性平等法的方式一併處理？以上簡要問題請教，謝謝！



主持人廖福特研究員：

這個問題需要相當多時間回答，所以就直接進入這部分，先請范教授回答，待會再麻煩焦教授、李教授。

報告人范秀羽副教授：

非常謝謝處長的問題，謝謝廖老師，這兩個問題可以一起回答。我的代結論提到美國就業歧視法的特殊之處是設計私人之間互相求償的機制，也就是被歧視人去告歧視他的雇主，要求雇主賠償，是個民事侵權行為法的概念，跟我們就業服務法規定是行政裁罰，一開始法律責任的設計就不一樣。我們似乎會覺得在我們就業服務法之下，像是有一個嫉惡如仇的行政機關，出來糾舉歧視的雇主。可是其實我們不是這樣設計的，我們的主責機關是勞動部或各地方政府，勞動部或是各地方政府勞動局通常是組成就業歧視評議委員會，去決定什麼樣的行為是歧視，機關其實沒有獨立性很強的立場或色彩，反而是在個案中由評議委員會、專家們去判定說是不是歧視。這樣的設計就有點奇妙，因為做裁罰的機關不確定什麼情況下會觸犯就業歧視法的歧視。就業歧視法的規範又非常簡單，這也是為什麼目前的主責機關無法以它的專業解釋、判斷什麼是歧視。雖然就業服務法有許多禁止歧視的項目，但到目前為止，我們都還允許求職人上傳履歷時，把這些項目通通放進去資料交給雇主，而雇主知道了這些資料，但卻不

能考量；如果他不能考量，又為什麼要讓他知道？這類的規範有點令人困惑。

民事侵權設計似乎只是受僱人／求職者與雇主兩方之間的事，但美國法很奇妙，用強勢的主責機關 EEOC 來介入，所以臺、美兩邊的制度設計、法律責任的規範都有點不同。美國的設計有什麼好處？美國的制度提供受僱人或求職者一個很大的誘因，我告成功了，可以請求很大的賠償，特別是在惡質雇主的情況，可以有懲罰性損害賠償金 (punitive damage)。作為求職者或受僱人，要去對抗一個雇主，會有很大的心理壓力，你不但可能會失去這個工作，下一個職場還會有污名問題，這是一個找麻煩的求職者，所以大部分的人即便遭受就業歧視，但想想我這麼辛苦走完後可獲得多少賠償，可能就會打退堂鼓。剛剛李老師提到賠償，我之前看過相關案例，在一個性騷擾案件中，精神損害賠償若有 10 萬算是很多，但我經過很多的訴訟過程，最後只爭取到 10 萬，可能連律師費都不夠付，為什麼要做這件事情爭取正義？所以在美國法下，是提供民事侵權求償的誘因，讓被歧視者願意參與這件事，包括訴訟費用也是有特別的規定，通常美國法的訴訟費用規定是原告被告各自付訴訟費用，但是 Title VII 下的規定是由敗訴方負擔律師費。如果我是一個受害人、受歧視人，我有比較大的誘因，比較小的經濟壓力去利用反歧視法爭取自己的正義，這是臺、美兩邊不太一樣的地方，供主辦單位參考。



主持人廖福特研究員：

感謝范教授，接下來請焦教授。

與談人焦興鑑研究員：

處長的提問是很核心的問題，我個人的想法是這樣，臺灣社會雖然已經相當成熟，但是要直接制定綜合性的禁止歧視法律，我個人覺得還是有相當的困難，不如採取一般講的 **building block** 的方式，一塊一塊來做，讓我們達到社會上一定的共識後再推動綜合性的禁止歧視法，這樣在施行上的效果可能比較好。美國曾經希望能禁止年齡歧視，不僅僅是就業領域，而是也在其他領域禁止對中高齡以上的人為歧視，也制定了禁止年齡歧視的聯邦立法，但效果非常非常有限，反而效果沒有僅禁止就業上的年齡歧視的法律 **Age Discrimination in Employment Act** 來的好。

我從就業服務法施行開始，就擔任臺北市就業歧視評議委員第 1 屆委員至今，努力了快 30 年，根據我本身經驗，我們對就業歧視還無法建立一個很好的概念。所以我個人的看法是，先從工作這個領域開始可能是比較好的作法，因為工作非常重要，如果我們在沒有歧視的環境工作，我們經濟獨立，我們追求其他的平等，尤其在性別這部分，可能發揮的功效更大。同時更重要的是扎根的工作，也就是在教育方面，像美國因應歧視的方法不僅是在職場平權，在教育方面的平

權部分也下了很大的功夫。我們國內在性別平等、性傾向平等方面做得非常好，我們有性別平等教育法，從幼兒園一直到博士班都要有一定的課程，做一個扎根的工作。若我們可以把這兩個領域的東西做好，我們將來做一個一般性、綜合性的禁止歧視法律，可能更容易水到渠成。

我們跟美國制度的差別是什麼？一開始我們認為不歧視是一個普世價值，不應該有雇主規模的限制，所以就業服務法或是性別工作平等法都沒有雇主規模（僱用人數）的限制，以臺灣是中小企業為主的市場來看，現行法對雇主的責任過重了。就業服務法罰鍰是 30 萬到 150 萬，現在有檢舉達人，看麵攤上有沒有寫徵求洗碗的阿嬤，如果是寫阿嬤，就拍照下來去縣市政府檢舉。這樣的案例要不要處理？罰鍰是 30 萬到 150 萬，他要賣多少麵才能支付？美國的就業歧視是有企業規模限制的，本來是 25 個人的企業規模，現在稍微降到 15 個人，柯林頓總統曾經想把 15 人門檻取消，但根本無法做，因為資方反對的太厲害。企業有一定規模，才能盡這個企業的社會責任，所以我對處長剛提出的問題，我個人認為我們一步一步來，把扎根工作做好後，慢慢就會水到渠成。我們對歧視的概念還不完足，大家社會的共識不夠，臺灣社會對話機制也不夠進步，在這個情況下立刻制定綜合性的平等法，會不會有一點陳義過高？實施效果也會打折扣，這是我個人淺見。



主持人廖福特研究員：

好，謝謝焦教授，請李教授。

與談人李念祖教授：

處長問了很棒的問題，我接著焦老師的說法，舉一個案子，釋字第 728 號解釋是關於女子可不可以當祭祀公業派下員的解釋，我們剛剛講憲法增修條文第 10 條第 6 項，大法官作為國家機關環節，就有破除社會歧視的義務，但這個案子我們都知道大法官止步，最大的問題是學理要討論到底社會歧視要破除到什麼地步？焦老師提到雇主刊登廣告說要請一個阿嬤洗碗，這個歧視要不要破除？要破除到哪？這都需要精緻的討論。回應剛剛處長講的，我覺得我們在推動平等或反歧視的努力，主要應該放兩件事情上，一個是立法的方式，另一個是立法的時候特別課予行政機關破除歧視的功能，包括訂定罰則、罰鍰，像就業服務法就是以罰鍰為主，但我們不可偏廢，立法時要知道立法除了由行政機關執行之外，若要貫徹權利的保障，案子最後會到司法機關，行政機關做了行政處分，最後也可能到法院打行政訴訟。如果司法的部分被忽略，將無法落實權利的實現。

我今天特別談民法是想講這件事，如果司法有觀念的話，很多已經存在的法律其實應該可以提供很多保護的功能，若你沒有這個觀念，就會一直寫新法，但寫新法也不代表就會有觀念。像是范老師講

的，法院判的賠償金額很少，當然立法的時候可能要加上 **punitive damage**，但你的慰撫金額度要不要用立法加強？有沒有 **injunction**、作為、不作為救濟？這些其實都是司法的觀念。我們除了強化立法跟行政之外，也不要偏廢司法。如果我們相信平等是一個 **right**，最後要靠司法實踐。剛剛范老師講到美國法規定求償者的律師費用要由敗訴的被告負擔，我們的訴訟法規定，訴訟費用由敗訴者負擔，但不包括律師費，而訴訟費用可能比律師費低。如果我們要藉由司法來落實權利，用我們現有的規定就沒有辦法達到立法目的，要落實反歧視，就應該讓被歧視的人可以請好的律師，讓歧視者負擔這個費用，如此對歧視者就有更大的嚇阻作用，不要小看這樣的條文，這都是看訴訟程序司法怎麼做。

我個人另外有一個小小建議。剛剛講到教育，法官教育非常重要，法官教育當然要靠司法院，司法院有一個法官學院，但別忘記法務部有司法官學院，就是司法官訓練所，法官、檢察官的教育，其實在這裡就可以進行。什麼叫歧視、怎麼在法律實現，這是行政部門可以思考怎麼做，但是行政部門要重視司法的重要性，不是只思考立法與行政的事情，這是我的一點想法。

主持人廖福特研究員：

范教授還有很重要的意見要分享。



報告人范秀羽副教授：

我忘記回答處長第一個問題，間接歧視為什麼不能請求損害賠償？美國法是民事侵權損害賠償的方式，而間接歧視不追究歧視意圖。雇主雖然造成了一個不成比例的結果但沒有歧視意圖，如果要他負擔損害賠償，等於是課予雇主無過失責任。這是為什麼美國法不就間接歧視規定損害賠償，而只有衡平法措施的原因。雇主弄錯了，就把員工重新僱用、改變僱用策略，但不會叫雇主就間接歧視掏錢賠償。

主持人廖福特研究員：

謝謝范教授。歐巴馬總統在 2009 年得到諾貝爾和平獎，我那時候剛好到挪威奧斯陸，那裡有一個諾貝爾和平獎博物館，剛好有一個美國民權運動的展覽，主題是「From I Have a Dream to This Is Our World」，這個主題就是希望從 1960 年代的美國民權運動到歐巴馬當選後，民權運動的願景變成是「This Is Our World」這樣美好的境界，但最終不可能因為歐巴馬當選總統就實現。

我想在臺灣也是一樣，我們開始有許多關於平等、反歧視的立法，但我們希望有更好的境界，相對完整的平等法與反歧視法的立法。感謝發表人范教授，以及兩位與談人，焦教授、李教授，以及各位參與聆聽。

第二場

德國聯邦反歧視局的組織與變革

主持人：林明昕

臺灣大學法律學院教授

報告人：李長曄

逢甲大學土地管理學系助理教授

與談人：孫迺翊

臺灣大學法律學院教授

與談人：吳瑛珠

淡江大學公共行政學系助理教授



本場簡報 QR Code

德國聯邦反歧視局的組織與變革

李長曄*

（本篇論文經報告人於研討會後增補修正，
尚未經審查與定稿程序，引註也未完備，敬請避免引用）

* 逢甲大學土地管理學系助理教授。



目 次

壹、前言

貳、德國聯邦反歧視局之組織架構及任務

一、德國一般平等法規範內容概述

二、組織架構

三、任務及權限

(一) 協助受歧視者

1、歧視者依據德國一般平等法應負之法律責任

2、德國聯邦反歧視局協助受歧視者之方式

(二) 其他任務

參、德國聯邦反歧視局之局長：聯邦反歧視獨立專委

一、2022 年之修法：增設聯邦反歧視獨立專委

(一)新法規定之概述

(二)增設此項職務之立法理由

二、學說針對此次修法之回應

肆、由德國反歧視法之變革論我國未來設立「反歧視專責單位」 之考量 (代結論)



壹、前言

早於 1965 年 12 月 31 日，聯合國大會即決議通過「消除一切形式種族歧視國際公約」，而我國則是在 1966 年 3 月 31 日始簽署此項國際公約，並在 1970 年初批准後，於同年 12 月 10 日向聯合國存放批准書¹。除前述國際公約之外，我國立法院亦在 2009 年三讀通過兩公約及制定兩公約施行法²，以防止歧視，並全面強化人權保障的落實。以我國目前的**法制現況**，係在**不同的專業法規**當中，納入消弭及防制歧視的規定，例如《就業服務法》第 5 條第 1 項、《入出國及移民法》第 62 條等，尚欠缺一部**綜合性的反歧視法**；因此，制定一部這樣的法律，即被我國政府視為一項重要的法制建設工作³。

在一部綜合性的反歧視法當中，最為重要者，固然是各種消弭歧視行為的實體法規；然而，若要有效達到防止各種形式的歧視行為，或許仍然需要有相對應的**反歧視主管機關**，來執行該法當中的各項規定，以達到工

¹ 參見全國法規資料庫 <https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=Y0000059>（最後瀏覽日：2023/2/25）

² 兩公約分別是指「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」，而兩公約施行法之全稱則是「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」。

³ 例如「『消除對婦女一切形式歧視公約 CEDAW』第 4 次國家報告國際審查會議」之結論，相關新聞可參見 <https://www.rti.org.tw/news/view/id/2152361>（最後瀏覽日：2023/2/25）。然而，這裡要特別提出的是，在我國目前現有的法制面貌下，是否需要一部全面的、綜合性的反歧視法，絕對是需要更深入討論的，不能只是抱持著向國際專家交功課的心態為之。

欲善其事，必先利其器之效⁴。換個角度來說，從**組織法**的角度，去思考反歧視法主管機關的設立與否、組織架構、任務內容等，對於消弭歧視，進而全面深化人權的保障，係有其必要性。

既然我國目前尚未有一部專門的反歧視法，在立法過程中，比較法之參照即能發揮許多功能。以我國法制重要參考國的德國為例為轉化歐盟自2000年開始，所發布與反歧視相關的四部指令⁵，德國在2006年8月通過「**一般平等對待法**」(Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, AGG) (以下簡稱：**一般平等法**)，自此以後，在德國境內就由該部法律來承擔著「綜合性反歧視法」的功能。其中，有關反歧視**主管機關**的部分，「一般平等對待法」係在第六章，即該法第25至第30條當中，規定了「**聯邦反歧視局**」(Antidiskriminierungsstelle des Bundes)，並設置局長一名，綜理局務並擔負領導之責。然而，在「一般平等對待法」通過即將滿16年之際，德國立法者在2022年5月，針對該法當中有關「**聯邦反歧視局**」局長的任命方式及法律地位等規定，進行修正；其中，新增「**聯邦反歧視獨立專委**」(Unabhängige Bundesbeauftragte oder unabhängiger Bundesbeauftragter für Antidiskriminierung)一職，並由其擔任「**聯邦反歧視局**」的局長。

展望未來我國欲制定的反歧視法，若能就德國「一般平等法」當中，有關主管機關－即：聯邦反歧視局－及其首長的法規內容、修法歷程，加

⁴ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 25 AGG, Rn. 1.

⁵ 四部指令分別是：Richtlinie 2000/43/EG, Richtlinie 2000/78/EG, 2002/73/EG, 2004/113/EG, 參見 Däubler, in: Däubler/Beck (Hrsg.), Einleitung, Rn. 3.



以介紹及分析，應可對我國未來相關立法及討論，提供更為多元、比較之觀點。

本文以下將先就聯邦反歧視局本身的組織架構、任務權限，整理目前現行法規的概況；接著，將針對 2022 年之修法內容，即新增的「聯邦反歧視獨立專委」一職加以介紹，並一併整理目前德國學界對此次修法所提出的評論。最後，本文擬以德國截至目前為止的「一般平等法相關規定及其討論」為基礎，提出對我們未來設立反歧視專責機關時，應予考量的因素，以供參酌。

貳、德國聯邦反歧視局之組織架構及任務

一、德國一般平等法規範內容概述

根據德國聯邦反歧視局的官方網頁，其任務係在德國一般平等法的規範之下，協助遭受歧視者，並提供相關諮詢⁶。是以，為了更好理解聯邦反歧視局的組織架構以及權限任務，應先就德國一般平等法的規範內容為扼要介紹，以作為後續討論之基礎。

德國一般平等法總共有七章，第一章為「**總論**」（第 1-5 條），其中第 1 條揭櫫本法之立法目的，係在「防止或消弭基於種族、血統出身、性別、宗教或世界觀、身心障礙、年齡或性向認同所生的歧視」。除立法目的之外，第一章也就反歧視所涉及的相關基本原則作規範；而這些涉及基本原

⁶ <https://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ueber-uns/unsere-aufgaben/unsere-aufgaben-node.html>（最後瀏覽日：2023/2/24）

則的規定，對於本法後續有關勞動法以及私法的章節，皆具有指標性作用⁷。第二章（第 6-18 條）之名稱則是「**保障就業者免受歧視**」，其中第 6 條第 1 項特別也將「求職者」納入保障範圍內。第三章（第 19-21 條）則是涉及**私法交易**中的歧視保障，其中，第 20 條規定了例外事由，即在特定情況下，得在私法的契約關係中，給予差別對待。

緊接在第三章之後，第四章（第 22-23 條）的主題係「**權利救濟**」。第 22 條有關「**釋明與舉證責任**」(Darlegungs- und Beweislast)的規定，可謂本法有關反歧視權利救濟的基石，對於實務操作具有重大意義⁸；其中，基於歧視案件因果關係的特殊性，遂降低有關「證明度」(Beweismaß)的要求，以提升被歧視者權利救濟的實效性⁹。第五章僅有第 24 條一條規定，係「**公法職務關係的特別規定**」。由於歐盟有關反歧視的指令，皆未區分公法與私法上的職務關係，因此第 24 條遂擴張一般平等法第 6 條當中「受僱者」的概念，納入特定的公務人員，並明文要求在處理歧視案件時，應顧及他們特殊的法律地位(Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung)，例如基本法第 33 條第 5 項的「職業文官」(Berufsbeamtentum)原則，以及基本法第 97 條針對法官受憲法保障的地位¹⁰。

德國一般平等法第六章（第 25-30 條）則為本文的主題，也就是有關**聯邦反歧視局及其首長**－即：聯邦反歧視獨立專委－的規定。最後則是第

⁷ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), Einleitung, Rn. 13.

⁸ Benecke, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 22, Rn. 1.

⁹ Benecke, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 22, Rn. 1.

¹⁰ Benecke, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 24, Rn. 1.



七章（第 31-33 條）「**附則**」的規定；其中，根據第 31 條之規定，僅有在更有利於受保護者的情況下，才可以免除本法之適用，換言之，透過第 31 條之規定，使一般平等法具有「最低限度保障」之特性¹¹。

藉由前述，除可對德國一般平等法的規範內容有初步掌握外，亦可知該法係在其第六章，即第 25 條以下，針對「**聯邦反歧視局**」及其首長為規定。以下將就相關法條，整理介紹聯邦反歧視局的組織架構、任務權限。

二、組織架構

根據德國**一般平等法第 25 條第 1 項**之規定，在不影響德國聯邦議院或聯邦政府專委之管轄權的前提下，為了保障人民免於遭受本法第 1 條所稱之歧視，應於「**聯邦家庭事務、老年、婦女及青年部**」（以下簡稱聯邦家庭部）下，設立聯邦反歧視局。德國立法者此舉－即：決定設立一個專門處理反歧視的聯邦政府局處－，其目標不僅是為了彰顯「反歧視」事務本身的重要性以及位階，更是為了減輕「遭受歧視者」之負擔，因此設立一個專責的聯邦政府單位，提供這些「遭受歧視者」諮詢以及協助¹²。另外，應予注意的是，縱使聯邦反歧視局是設立於「聯邦家庭事務、老年、婦女及青年部」之下，但實際上則是屬於依據德國基本法第 87 條第 3 項所設立的「**單獨之聯邦中央機關**」(selbständige Bundesoberbehörde)，因此，

¹¹ Benecke, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 31, Rn. 1.

¹² Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 25 AGG, Rn. 3.

縱使仍須受到「聯邦家庭部」一定程度的監督，但在組織上仍與其保有區隔性¹³。

聯邦反歧視局性質上為「單獨之聯邦中央機關」，因此其是採取「集中式」(zentral)履行任務的方式，屬於一個「單一辦事處」(eine zentrale Anlaufstelle)¹⁴；然而，這並非意謂著聯邦反歧視局就必須「孤軍奮戰」。根據一般平等法第 29 條之規定，聯邦反歧視局在執行其職務時，應(soll)以適當的方式(in geeigneter Form)，將「非政府組織」，以及「其他隸屬於歐盟、聯邦、各邦以及各地區層級的反歧視機構」納入。此處所謂「納入」的意義，具體來說，有學說認為就是彼此之間經驗以及專業知識的分享交流¹⁵。

¹³ Felz, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 25, Rn. 2. 所謂「單獨之聯邦中央機關」(Selbständige Bundesoberbehörde)，係指聯邦立法者依照基本法第 87 條第 3 項第 1 句，在聯邦的立法權限內所設立之聯邦行政機關。此種機關的特色在於，其所擔負之行政任務是屬於全國性的，且需要「集中式」(zentral)處理。因此，此種機關的「單獨性」，係顯現在其組織層面(organisatorisch)，具體而言，即表示此種機關無須配置下屬機關(ohne Mittel- und Unterbau)，參見 Suerbaum, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 87 Rn. 28; Sachs, Grundgesetz, Art. 87 Rn. 64 ff. 另外要強調的是，基本法第 87 條第 3 項所謂的「單獨性」，並非表示該機關就可以免除「來自所屬聯邦部會的職務性、專業性之監督 (Dienst- und Fachaufsicht)」，參見 Burgi, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 87 Rn. 97. 然而，這僅表示在憲法層級上，並沒有讓「單獨之聯邦中央機關」可以免除上級聯邦部會的職務、專業監督；個別專業法規仍可就各機關的特殊性，作進一步有關「是否受上級機關監督」，以及「若是，受到何種程度監督」的特殊規定，例如現行一般平等法第 26a 條第 2 項規定，聯邦反歧視獨立專委僅受到聯邦政府的「法律監督」(Rechtsaufsicht)，即為一例。

¹⁴ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 25 AGG, Rn. 3.

¹⁵ Bauer/Krieger/Günther, § 25 AGG, Rn. 21. 亦有其他學者批評第 29 條之規定，就何謂「以適當的形式納入」(der geeignete Form der Einbeziehung)，欠缺明確的定義，參見 Thüsing, in: Säcker (Hrsg.), MüKoBGB, § 29 AGG, Rn. 6.



在同屬聯邦層級的部分，本法第 25 條第 1 項除了確立聯邦反歧視局的設立基礎外，也同時明文規定，其他隸屬於聯邦議院，或聯邦政府的專委之管轄權不受該局成立的影響。藉此規定，來避免彼此之間，因可能的管轄權重疊所造成的「互踢皮球」的現象，並減少額外的成本支出¹⁶。於此，可能會與聯邦反歧視局產生管轄權衝突的「聯邦政府或聯邦議院之專委」(Beauftragten des Deutschen Bundestages oder der Bundesregierung)，理論上包括：在防止基於種族、血統、宗教，以及與自身移民背景有關係的世界觀之歧視上，應優先尊重「**聯邦政府移民、難民與融合事務專委**」(Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration) 以及「**聯邦政府移民問題與國內少數族群專委**」(Beauftragte der Bundesregierung für Aussiedlerfragen und nationale Minderheiten)之管轄權¹⁷；其次，在有關身心障礙所引發的歧視案件上，也應避免損及「**聯邦政府身心障礙者權益專委**」(Beauftragte der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen)之管轄權¹⁸。

聯邦反歧視局的所應具備的人力及物力資源，則是規定在一般平等法第 25 條第 2 項。根據本項之規定，應提供聯邦反歧視局，為履行其任務所必要的人力及物力資源(Personal- und Sachausstattung)，並將其明文列在**聯邦家庭部預算個別計畫(Einzelplan)**的獨立章節之中。此項規定，不僅確保聯邦反歧視局的組織運行能力，更使其能獨立、自我負責地來支配其所

¹⁶ BT-Drs. 16/1780, S. 49.

¹⁷ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 25 AGG, Rn. 6.

¹⁸ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 25 AGG, Rn. 6.

有的資源，可謂其**執行任務之獨立性**的延伸(Ausfluss der unabhängigen Aufgabenwahrnehmung)¹⁹。至於何種人力及物力資源是屬於「必要的」(notwendig)，則要視個別具體任務執行而定²⁰。

三、任務及權限

(一) 協助受歧視者

1、歧視者依據德國一般平等法應負之法律責任

從德國一般平等法之整體內容以觀，其主要係在防治「就業職場」(第三章)以及「私法交易」(第四章)當中的歧視案件，已如前述。準此，倘若**雇主**違反本法第7條第1項所規定之「歧視禁止」時，應依第15條第1項負擔損害賠償責任；縱使所受損害並非財產上損害，被歧視者亦得依據第15條第2項，請求適當之金錢賠償。應予注意者，本條之規定，並不會影響受僱者依照其他法規，對雇主得主張之請求權(第15條第5項)，且本條第1項之請求權，按照第6項之規定，除非有其他法律基礎，否則並不表示其他請求權－例如僱傭關係、職訓關係以及職位升遷－的成立。

除「就業職場」的歧視外，倘若在一般私法的法律交易當中，出現歧視情況時，受歧視者得依據一般平等法第21條第1項之規定，在無損其他請求權的條件下，請求消除該歧視行為(Beseitigung)；倘若擔心會有其他進一步的損害時，亦得訴訟請求「不作為」。而第21條第1項前後兩句所規定的「去除」與「不作為」的請求權，則是以歧視行為是否已經發生

¹⁹ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 25 AGG, Rn. 8.

²⁰ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 25 AGG, Rn. 9.



並持續存在，為區別標準²¹。一般平等法第 21 條所規定之請求，不僅限於「去除與不作為」，針對因歧視所生之財產及非財產損害，受歧視者亦得依照該條第 2 項之規定，請求損害賠償。

綜上所述，德國一般平等法針對「違反本法規定者」所應負之法律責任，主要是以**民事請求權**為主，透過第 15 條、第 21 條的規定，賦予被歧視者「損害賠償」以及「去除與不作為」的請求權，並藉由第 22 條舉證責任的減輕，已達其權利之救濟。而聯邦反歧視局於此所扮演的角色，即如同其官網上所說，僅在於輔助當事人經由民事程序主張其權利，至於對「違反本法規定者」來說，聯邦反歧視局則**無行政裁罰**或其他相關權限。

2、德國聯邦反歧視局協助受歧視者之方式

按照德國一般平等法之規定，聯邦反歧視局最主要之任務是在於協助遭受歧視者尋求權利救濟，並提供諮詢，因此以下將依照該法之規定，詳述其協助之方式及內容。

聯邦反歧視局的協助任務，主要是規定在一般平等法第 27 條。依據**第 27 條第 1 項**規定，凡認為自己基於本法第 1 條所列之事由，遭受歧視者，均可向聯邦反歧視局尋求協助。此項規定特殊之處在於，並未再額外增設其他要件，**大幅減輕**遭受歧視者尋求協助的**負擔**²²。因此，凡認為自己遭受歧視者，只要該歧視的原因屬於一般平等法第 1 條所規定的事由之一，無論其所主張的事實，是否實際上屬於「**法定的歧視禁止**」

²¹ Mörsdorf, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 21, Rn. 25.

²² Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 27 AGG, Rn. 1.

(ein gesetzliches Benachteiligungsverbot)²³，皆可立即向聯邦反歧視局請求協助²⁴。

當遭受歧視者向聯邦反歧視局尋求協助後，根據一般平等法**第 27 條第 2 項**之規定，聯邦反歧視局應以「**獨立之方式**」(auf unabhängige Weise)，幫助遭受歧視者實施其權利，以保障自己免受歧視。所謂之協助，該項第 2 句明文指出包括：(1) 依照相關法規，告知其所有之請求權及後續法律程序上的可能性，以保障其免受歧視；(2) 轉介該名受歧視者至其他機構尋求諮詢；(3) 促使當事人之間達成和解。若在協助的過程中，發現該案件涉及其他聯邦議院或聯邦政府專委的管轄權時，聯邦反歧視局應按照本項第 3 句之規定，將受歧視者之請求，連同其同意一併轉呈予具有管轄權之專委。

(二) 其他任務

除前述協助遭受歧視者之外，聯邦反歧視局之任務，亦包括其他與防治歧視案件相關之事務。一般平等法**第 27 條第 3 項**規定，在不涉及其他聯邦議院或聯邦政府專委的管轄權之情形下，聯邦反歧視局應以「**獨立之方式**」，執行下列任務：(1) **公眾事務**(Öffentlichkeitsarbeit)：係指向社會大眾提供各種反歧視相關資訊的工作，例如推廣及介紹自己的任務、出版

²³ 所謂「法定的歧視禁止」(ein gesetzliches Benachteiligungsverbot)，例如德國「部分工時與定期勞動契約法」(Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, TzBfG) 第 4 條第 1 項規定，禁止給予「部分工時員工」將較於「全部工時員工」較差之待遇，除非具有合理正當之事由。

²⁴ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 27 AGG, Rn. 1.



各式報告等²⁵。(2) 針對基於本法第 1 條事由所生之歧視，採取**防治措施**：例如提供各種培訓課程及講座，以期達到預防歧視行為發生的效果²⁶。(3) 就歧視行為進行相關**學術研究**：除由聯邦反歧視局自己投入研究之外，聯邦反歧視局亦可委託其他單位進行相關研究²⁷。

德國立法者進一步在**第 27 條第 4 項**當中，就聯邦反歧視局以及其他相關的聯邦政府或聯邦議院專委，設立了一個共同任務，即每四年應向聯邦議院**提出報告**之義務，並以此份報告為基礎，進一步提出消除與預防相關歧視行為的**建議**。在此份報告中，除聯邦反歧視局各式作為的資訊外，也應包括被歧視行為波及的人的現況²⁸。除此之外，該項也規定，聯邦反歧視局與其他專委，得共同執行有關歧視的學術研究。最後，聯邦反歧視局為處理各種因為本法第 1 條所提到的多重原因，進而引發的歧視案件時，應當依照**第 27 條第 5 項**之規定，與其他同樣具有管轄權之聯邦政府或聯邦議院專委，共同合作。

參、德國聯邦反歧視局之局長：聯邦反歧視獨立專委

如本文前言所述，德國聯邦反歧視局在 2022 年迎來一波變革，經由一般平等法的修法，於第 26 條以下（第 26a-26i 條）增設「聯邦反歧視獨立專委」(Unabhängige Bundesbeauftragte oder unabhängige Bundes-

²⁵ Felz, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 25, Rn. 50.

²⁶ Felz, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 25, Rn. 51.

²⁷ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 27 AGG, Rn. 13.

²⁸ Felz, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 25, Rn. 52.

beauftragter für Antidiskriminierung)一職，並由該專委擔任聯邦反歧視局之局長。以下將簡介此項職務相關的新法內容、立法設立之緣由，以及學說上所提出之回應，以供參酌。

一、2022 年之修法：增設聯邦反歧視獨立專委

(一) 新法規定之概述

舊法時期，依照第 26 條第 1 項之規定，聯邦反歧視局設有局長一職，係由聯邦家庭部基於聯邦政府之建議加以任命，並依照本法之規定，與聯邦之間為公法上的職務關係。再者，第 26 條第 1 項第 3 句亦明確規定，局長係獨立執行職務，不受制於他人指令，僅受法律之拘束²⁹。爾後，德國聯邦議院於 2022 年 4 月 5 日提出一般平等法的修法草案，其中一項重點即在於增設「**聯邦反歧視獨立專委**」一職，並按照新修正之第 25 條第 3 項，由其擔任聯邦反歧視局的局長³⁰。該法草案，最終於同年 5 月 23 日通過³¹，並由 Ferda Ataman 女士，自該年 7 月起擔任第一任的聯邦反歧視專委。根據一般平等法新法第 26 條第 1 項規定，聯邦反歧視專委是由德國聯邦議院，依照聯邦政府的建議選舉產生；另依照同條第 3 項之規定，其當選門檻則是聯邦議院成員過半數之同意。當選後，其任期為五年，並得連選連任一次（第 26b 條第 1、2 項）。根據立法理由，德國國會希望藉由

²⁹ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 26 AGG, Rn. 1.

³⁰ BT-Drs. 20/1332, S. 2 ff.

³¹ BGBl. 2022 I S. 768 ff.



固定的任期，能夠保障並強化聯邦反歧視獨立專委在專業上的獨立性 (fachliche Unabhängigkeit)，不受德國國會屆期之影響³²。

聯邦反歧視專委之法律地位，則是規定在新增的第 26a 條之中。按照該條第 1 項之規定，其與聯邦間屬於**公法上的職務關係**，**獨立履行其職務**，僅受到本法的拘束。在獨立行使其職權之外，第 26a 條第 2 條仍明文規定，聯邦反歧視專委應受到聯邦政府的**法律監督**(Rechtsaufsicht)。就其**權限**之部分，則是在**第 28 條**當中，仿效「聯邦移民、難民及融合專委」在德國居留法第 94 條第 1 項之規定，增設了聯邦反歧視獨立專委就其他聯邦政府事項的**參與權**(Beteiligungsrecht)³³。其中**第 1 項**第 1 句規定，所有與其任務有關之**計畫**(Vorhaben)，聯邦反歧視獨立專委皆必須參與其中；且該參與，依照「德國聯邦各部會共同部務法」(GGO)第 21 條第 1 項之規定，應盡早進行(fürhzeitig)³⁴。學說認為，此項所稱之「計畫」(Vorhaben)應作廣義解釋，不僅包括法律之發布，也應包括法規命令以及行政規則的頒布；是以，聯邦政府的各種計畫，只要是與反歧視專委權限任務相關的，都應將相關資訊轉通知予反歧視專委³⁵。除此之外，該項第 2 句規定，反歧視獨立專委也有權向聯邦政府提出各種建議，並得發表相關聲明。

再者，第 28 條**第 2 項**則是規定了聯邦反歧視獨立專委對於其他聯邦部會的通知權限。依照該項規定，當涉及其他聯邦部會的任務時，反歧視

³² BT-Drs. 20/1332, S. 14.

³³ BT-Drs. 20/1332, S. 16.

³⁴ BT-Drs. 20/1332, S. 15.

³⁵ Felz, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, AGG § 25, Rn. 54.

獨立專委按照其他法律的規定，在具有**政治根本重要性**的事項上 (Angelegenheiten von grundsätzlicher politischer Bedeutung)，應儘早通知其他聯邦部會。當聯邦反歧視局受理歧視案件，並想要在各方人士之間促成調解(gütliche Beilegung)時，在取得「報案者」同意的情況下，聯邦反歧視獨立專委得依據第 28 條**第 3 項**之規定，要求各方人士提供聲明 (Stellungnahmen)。

(二) 增設此項職務之立法理由

之所以會有上述的修法變革，其中一個重要原因乃是在於過往任命聯邦反歧視局局長時，時常會發生「**競爭者訴訟**」(Konkurrentenklagen)，因此導致此職務上的不穩定³⁶。舊法第 26 條第 1 項規定，聯邦反歧視局之局長係由「聯邦家庭事務、老年、婦女及青年部」之部長，依據聯邦政府的建議而加以任命。然而，在舊制之下，縱使是遵從由德國基本法第 33 條第 2 項規定而來的「擇優錄取原則」(Prinzip der Bestenauslese)，卻還是時常在任命過程中，就哪些標準才是符合此職務的最優條件產生爭議，進而引發訴訟，並因此導致此項職務的懸缺³⁷。因此，德國立法者遂在新法的第 26 條第 1 項當中，增訂「聯邦反歧視專委」一職，在任命方式上，改由聯邦議會依據聯邦政府的建議，選舉產生，以杜絕以往「競爭者訴訟」的情形。

³⁶ BT-Drs. 20/1332, 1 ff.

³⁷ Thüsing/Bleckmann, BB (2022), 1332 (1333).



促成此次修法的第二項重要原因，則是在於強化聯邦反歧視局局長的**獨立性以及權限**³⁸。透過法律的明文，不僅增設「獨立的聯邦反歧視專委」一職，並就其資格、權限以及義務，作更詳細的規定，以為未來職務之行使，提供明確之法律指引及準繩³⁹。除此之外，就任期結束的部分，舊法時期乃是規定在第 26 條第 3 項第 1 句，除了死亡之外，聯邦反歧視局之局長的職務關係結束原因包括：(1)新一屆聯邦議院議員之上任；(2)任期結束，並同時達到聯邦公務員法第 51 條第 1、2 項所規定之年齡上限；(3)解職。然而，為了保障聯邦反歧視局局長的獨立性，因此舊法第 3 項第 2 句進一步規定，僅有在符合終身職法官解職事由存在的前提下，才得以將聯邦反歧視局局長解職。

此項有關職務終結規定的立法，與最早的立法草案不盡相同，因此有論者曾指出，尤其是著眼於與國會任期綁在一起這一點，將有礙聯邦反歧視局局長執行職務的獨立性⁴⁰。2022 年之修法，第 26b 條第 1 項遂將「聯邦反歧視獨立專委」之任期固定為五年，並取消年齡上限，以強化其獨立性。

二、學說針對此次修法之回應

針對此次修法當中所強調的重點 – 即：新設「聯邦反歧視獨立專委」一職，並強化其獨立性及權限，Thüsing/Bleckmann 一文則是保持懷疑的

³⁸ BT-Drs. 20/1332, 2 ff.

³⁹ BT-Drs. 20/1332, 2 ff.

⁴⁰ Ernst, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § 26 AGG, Rn. 4.

態度⁴¹。首先，就之前所發生的競爭者訴訟爭議，該文認為重點不在於法規本身，毋寧是在於當初認命的過程當中，並未如實遵守法律的規定，才會導致相關爭議的產生⁴²。按照舊法之規定，遴選之原則乃是「擇優錄取原則」，新法修正之後，反而更多的會是政治性任命；縱使新法第 26 條第 4 項有要求被任命者的專業資格及歷練，但是否能夠完全取代舊法時期的「擇優錄取原則」，仍有不少疑慮⁴³。

其次，就強化獨立性之部分，Thüsing/Bleckmann 一文也認為，固然越多的獨立性保障是好事，且也符合歐盟法之要求，但值得探究的是，難道舊法時期的規定，就無法達成獨立性的要求嗎⁴⁴？舊法時期（現行法依然保留，並未做變動）已經有明文規定，聯邦反歧視局係「**以獨立的方式**」執行其職務，因此，單憑本條規定，是否無法保障該單位之獨立性，或是無法保障其首長「免受上級機關之指令」（Weisungsunabhängigkeit）⁴⁵？若是立法者真的認為舊法無法保障其首長之獨立性，那為何也沒有在此次修法當中，明文賦予更多在執行職務方面的獨立性，尤其是可以免受上級機關指令的獨立性⁴⁶？

除此之外，就算在舊法時期，上級的「聯邦家庭部」部長想要將聯邦反歧視局局長免職時，也要比照終身職法官解職的事由，換言之，在此種

⁴¹ Thüsing/Bleckmann, BB (2022), 1332 ff.

⁴² Thüsing/Bleckmann, BB (2022), 1332 (1333).

⁴³ Thüsing/Bleckmann, BB (2022), 1332 (1333).

⁴⁴ Thüsing/Bleckmann, BB (2022), 1332 (1333).

⁴⁵ Thüsing/Bleckmann, BB (2022), 1332 (1332 f.).

⁴⁶ Thüsing/Bleckmann, BB (2022), 1332 (1334).



嚴格的免職條件限制下，新法的提名及任命程序，也不會帶來更多的獨立性保障⁴⁷。

縱然有前述對 2022 年新法修訂的質疑，Thüsing/Bleckmann 的文章仍對此次，在新修正的第 28 條當中所規定的「聯邦反歧視獨立專委之參與權限」，給予肯定的看法。然而，該文仍強調，若在解釋上，能夠透過「德國聯邦各部會共同部務法」(GGO)第 45 條第 3 項之規定，將其參與權限擴張至立法過程當中的即早協力參與(Mitwirkung an Gesetzgebungsverfahren)，將會更有意義。

肆、由德國反歧視法之變革論我國未來設立「反歧視專責單位」之考量（代結論）

在歐盟法規層級，歷來有許多與反歧視相關的指令⁴⁸，處理各種基於不同原因、事由所產生的歧視，而德國立法者當初在思考如何將這些指令轉化為內國法規時，最終所採取的方案是將所有基於不同事由所形成的歧視，統一交由聯邦歧視局管轄，由其擔負協助受歧視者主張權利，並提供諮詢之責⁴⁹。由此可知，德國立法者並未將不同的歧視緣由（例如種族、身心障礙），或者是來自不同場域（例如職場或各種不同的私法交易場合）

⁴⁷ Thüsing/Bleckmann, BB (2022), 1332 (1333).

⁴⁸ 主要即是前面所提到的四部反歧視指令，分別是：Richtlinie 2000/43/EG, Richtlinie 2000/78/EG, 2002/73/EG, 2004/113/EG.

⁴⁹ BT-Drs. 16/1780, S. 49.

的歧視，交由不同的機關管轄，也未將聯邦反歧視局的管轄範圍侷限在某些特定的歧視緣由上。

以我國目前現行法制而言，不乏防治歧視的規定，其中包括：《入出國及移民法》第 62 條⁵⁰、《就業服務法》第 5 條、《性別工作平等法》第二章（第 7-11 條）、《精神衛生法》第 37 條、《人類免疫缺乏病毒感染者權益保障辦法》第 7 條等。由此可知，我國目前防範歧視的規定，是依照保護對象的類型以及歧視發生的場域，分散於不同專法，因此，執行及管轄權限自然也就是交由不同的主管機關加以負責。

倘若未來我國將制定一部專門的反歧視法時，即應思考：是否要在當中，設立**專責的主管機關**？參照目前由孔文吉等 18 位立委於民國 109 年 10 月 23 日所提出的《**反族群歧視法**》草案⁵¹，第 2 條是有關「主管機關」之規定，當中第 1 項規定：「本法所稱主管機關：在中央為內政部；在地方為直轄市及縣（市）政府。」第 2 項則係：「本法所定事項，涉及各目的事業主管機關執掌者，應會同各目的事業主管機關辦理之。」此種規範模式，縱然在我國法上並非罕見，但未來是否有利於反歧視之防治，仍有待進一步研議。

⁵⁰ 基於入出國及移民法第 62 條第 3 項之授權，內政部亦制定「居住臺灣地區之人民受歧視申訴辦法」，其中第 2 條規定：「居住臺灣地區之人民對於任何人以國籍、種族、膚色、階級、出生地等因素所為歧視，致權利受不法侵害者，除其他法律另有規定者外，得向主管機關提起申訴。」

⁵¹ 參見法源法律網 <https://www.lawbank.com.tw/news/NewsContent.aspx?NID=173064.00>
（最後瀏覽日：2023/2/26）



其次，若要設立專責的主管機關，則進一步就應思考其**具體的權責及任務範疇**。對照前述德國聯邦反歧視局的介紹，值得注意的是，其主要任務係在於「協助」受歧視者，並無直接的行政裁罰權限，因此，我國是否要如同德國一般平等法的規定一樣，抑或是要賦予將來反歧視的專責主管機關直接的行政裁罰權限，以及配套的調查權限，甚至由未來的反歧視主管機關肩負起一定程度的「調解權限」，皆可為詳細之討論。

除本身之權限及任務外，亦可進一步討論反歧視法之主管機關，是否也要設定為一個**獨立機關**。就此點而言，參照德國於 2022 年修法新增之「聯邦反歧視獨立專委」，其是否可確實達到其當初立法之目的，從德國學說以觀，仍有待檢驗；但是無論如何，對我國立法來說，應予關注的是，德國法並未將整個聯邦反歧視局設立為獨立機關，而是透過修法，賦予其首長具有獨立性，這與我國法上習慣的獨立機關，似有未同，兩者之間差別何在？尤其是根據我國《中央行政機關組織基準法》第 3 條第 2 款之規定，獨立機關在我國就一定等同於合議制機關，此種連結性究竟從何而來？是否為不可挑戰之鐵律？按照德國一般平等對待法當中，有關聯邦反歧視局之規定，縱使其首長具有獨立性，但該局仍是採取所謂的首長制，因此，此種立法模式是否可供我國未來在討論反歧視法之主管機關，甚至是其他法規的主管機關時，有更多的想像與空間，也有待各界繼續關注及討論。

總結而言，從法制面強化反歧視的防治，絕對是重要的立法課題，也會是我國人權保障的重要里程碑，但從是否要設立反歧視專法，以及在專法當中，應如何妥適安排主管機關的設立及權責，縱使我國未必要完全移

植德國之規定，但本文仍希望透過相關之介紹，提供我國立法時有更多元之參酌。

參考文獻

Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens, AGG EntgTranspG, 5. Aufl., 2018. (zit.: Bauer/Krieger/Günther, § Rn.)

Däubler, Wolfgang/Beck, Thorsten (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar, 5. Aufl., 2022. (zit.: Bearbeiter, in: Däubler/Beck (Hrsg.), § , Rn.)

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 53. Edition, Stand: 15.11.2022. (zit.: Bearbeiter, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. Rn.)

Looschelders, Dirk (Hrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR AGG, Stand: 01.12.2022. (zit.: Bearbeiter, in: Looschelders (Hrsg.), BeckOGK, § , Rn.)

Sachs, Michael, Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., 2021. (zit.: Sachs, Grundgesetz, Art. Rn.)

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 5. Aufl., 2007. (zit.: Bearbeiter, in: Säcker (Hrsg.), MüKoBGB, § , Rn.)



Thüsing, Gregor/Bleckmann, Lena, Der Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung nach §§ 26 ff. AGG n.F., BB 2022, S. 1332-1334. (zit.: *Thüsing/Bleckmann*, BB (2022),)

v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 3, Aufl. 7, 2018. (zit.: Bearbeiter, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. Rn.)



第二場 會議紀錄

德國聯邦反歧視局的組織與變革

時 間：2022 年 12 月 9 日（星期五）上午 11 時

地 點：財團法人張榮發基金會國際會議中心 B1

主持人：臺灣大學法律學院林明昕教授

報告人：逢甲大學土地管理學系李長曄助理教授

與談人：臺灣大學法律學院孫迺翊教授

淡江大學公共行政學系吳瑛珠助理教授

主持人林明昕教授：

主持人大概都是簡單講一下話，就把時間留給報告人、與談人，我剛得到的訊息是報告人 30 分鐘、與談人 15 分鐘，我看一下三位都有準備長短不一的簡報，所以接下來報告會非常精彩，我們就開始由三位老師發揮，直接進入主題。

我先簡單介紹今天的報告人李長曄老師，李老師現職為逢甲大學土地管理學系助理教授，為德國耶拿大學法學博士，是比較新的學

者，他碩士論文還是我口試通過，算是我的學生輩。與談人一位是孫迺翊老師，孫老師現職為臺灣大學法律學院教授，為德國海德堡大學法學博士；另一位與談人是非常年輕的吳瑛珠老師，吳老師現職為淡江大學公共行政學系助理教授，為德國特里爾大學法學博士，臺灣人可能比較不清楚，特里爾是馬克思出生的故鄉。

三位老師，包括我在內，都是德國派，今天報告的題目也與德國有關，所以是有意安排，把時間交給報告人李長曄老師。

報告人李長曄助理教授：

主持人林老師，兩位與談人孫迺翊老師、吳瑛珠老師，還有在座各位先進貴賓、線上各位參與貴賓大家好，謝謝林明昕老師介紹，我的題目是「德國聯邦反歧視局的組織與變革」。今天的報告包括四個部分：（一）前言；（二）第二部分是德國聯邦反歧視局的組織架構及任務；（三）第三部分是德國今年度剛新修法的重點，將所謂的首長、局長，用一個比較大篇幅的修法幅度，來增加這個職位的獨立性及相關的權限，我也會就學說及學者針對修法做出之回應做簡單介紹；（四）最後是簡單的結論，以提問式的方式提問，若臺灣未來想要在反歧視法的架構下設立一個專責單位，我們應該怎麼設計、有什麼權限？這是我今天整個報告的脈絡跟大綱。



一開始進入前言，今天一整天的主題，都環繞在平等法或是反歧視法，制定反歧視法的時候，我們都會遇到一個問題，是不是要有一個專責機關，並不是所有法律都會有這樣的設計，例如：這陣子很熱門的個人資料保護法，就一直沒有專門的主管機關處理，當然現在也有這樣的立法建議，在個人資料保護法架構下設立專責主管機關，未來如果我們要有反歧視法或平等法的話，是否要有這樣的組織？很多人會有這樣的主張是因為，一部法律要發揮一定的功效，工欲善其事，必先利其器，或許一個專責機關是一個好的方法。同樣的，我們從比較的觀點來看，在座包括我的四位老師都是留學德國的背景，德國也有制定這樣一部法律，稱為一般平等待遇法，以下我們簡稱平等法。一般平等待遇法也有設立聯邦反歧視局的單位，但在今年度對這部法律來講，有一個重要的修法，將首長（我們簡稱局長）透過立法方式，修法成聯邦反歧視的專任委員、專委，並由他直接擔任首長位置，這樣的修法德國有其立法考量。這樣的設計是不是真的完全毫無爭論，我稍後會介紹，學者也有一些討論，包括德國聯邦反歧視局他們自己的權限，也有在網站上說明，後續會一併說明。

首先就組織架構簡單介紹，聯邦反歧視局本身的組織架構，主要規定在平等法第 25 條第 1 項，聯邦反歧視局本身是聯邦部會下的單位，是設置在「聯邦家庭事務、老年、婦女及青年部」（以下簡稱聯邦家庭部）下的專責單位，該項規定也有特別提到，透過本條明文，

也就是說在不影響德國聯邦議院（即德國國會）或聯邦政府其他的專任委員之管轄權的前提下，設立聯邦反歧視局。所謂的聯邦議院或聯邦政府其他專委指的是什麼？其他專委包括，例如聯邦政府當中設立移民、難民與融合事務專委，還有移民問題與國內少數族群專委，這些專委本來就負責處理在防止基於種族、血統、宗教，以及與自身移民背景有關之世界觀的歧視外，還有聯邦政府中設身心障礙者專任委員，負責處理有關身心障礙者歧視的爭議。所以在處理時，很多爭議案件可能是帶有多面向的歧視，當然也有各自既有的管轄權。德國當初立法時，有將這一點納入考量，意思是設立聯邦反歧視局，原則上尊重既有的專委在自己管轄權的處理權限，所以特別在法律中明白地說，不能影響其他聯邦政府或聯邦國會的專任委員管轄權。這樣的設計也會引發大家好奇，我自己看的時候也會好奇，不影響其他專任管轄權，那聯邦反歧視局要做什麼事？後續我會介紹。

再來，平等法第 25 條第 2 項規定，為了讓聯邦反歧視局認真地、好好地做他該做的事情，條文明文規定應配有必要的人力及物力資源，且預算是放在聯邦家庭部下個別預算計畫的獨立章節之中予以編列。此項規定，不僅確保聯邦反歧視局的組織運行能力，更使其能獨立、自我負責地來支配其所有的資源，可謂其執行任務之獨立性的延伸，這個獨立行使職權的延伸，讓它在預算上能脫離上級單位（即聯邦家庭部）的掌控空間，這是它組織的另外一個面向。



接下來介紹聯邦反歧視局的任務，誠如剛介紹德國組織架構在立法時，即考量不要影響其他既有專任委員處理權管業務，產生的管轄權爭議。我本身研讀時也思考聯邦反歧視局業務職掌會是什麼，因此從這點出發，我先簡單介紹德國平等法責任體系，從中了解被歧視者在主張自己的權利時，有什麼救濟管道可實現他的權利，獲得一定的責任補償。我們簡單介紹一下德國平等法的架構：第一章為總論；第二章為保障就業者免受歧視，也包含求職的時候；第三章為私法交易中免受歧視之保障；第四章為權利救濟；第五章為公法職務關係的特別規定；第六章為聯邦反歧視局及聯邦反歧視獨立專委設計，也是今天報告重點；第七章為附則，最後的補充規定。

我們先看平等法第 1 條規定，本法目的為防止或消弭基於種族、血統出身、性別、宗教或世界觀、身心障礙、年齡或性向認同所生的歧視。主管機關的任務就是，如果有人被歧視的話，向聯邦反歧視局尋求救濟，但它在整個法律下並無裁處的權限，它並不會處罰歧視的人，它要做的就是幫助及輔助的工作。而這些尋求救濟的人是透過民事上訴訟管道，即民事上請求權，包括「去除與不作為」及「損害賠償」之請求權，讓自己的權利得到救濟。我認為是蠻特別的設計，意思是聯邦反歧視局本身並無直接裁罰的權限，會積極介入但卻不會處罰做歧視行為的人，其功能就是幫助被歧視者有權利救濟的機會。我在聯邦反歧視局的網站上也有發現，他們會公開近期重要案件，上面

會顯示案件事實，聯邦反歧視局的初步評估、建議，幫助被歧視者的結果等資訊。

我特別想和大家介紹，在整個架構下，聯邦反歧視局並無行政處罰之權限，他主要是輔助功能，幫助被歧視者透過民事責任賠償體系，尋求自己想實現的救濟，例如被歧視者認為自己因被歧視而沒有被續約或改變合約內容，如從附期限變更為不附期限，那反歧視局就會幫助他從民事訴訟管道達到救濟。所以剛提到的情況下，就是協助受歧視者，這規定在第 27 條第 1 項，凡認為自己因為本法第 1 條所列之事由遭受歧視者，皆可向聯邦反歧視局尋求協助。這規定在德國文獻上也提到，本法規定並未再增設其他額外要件，減輕受歧視者的負擔。亦即受歧視者只要自己認為有符合第 1 條原因，不需提供許多證據證明，只要有事實，反歧視局就可幫助你。

在聯邦反歧視局幫助受歧視者之過程中，第 27 條 2 項也特別規定，以獨立之方式協助受歧視者實施其權利，我本身研讀時也好奇「獨立之方式」是什麼。透過德國學說跟新修法內容，獨立之方式，其具體協助為：第一，告知受歧視者，其依照法規所有之請求權以及後續法律程序上的可能性，以保障其免受歧視；第二，轉介該名受歧視者至其他機構尋求諮詢；第三，促進當事人之間達成和解。這裡我要強調是「促進」，聯邦反歧視局並無直接作成調解、達成和解的權限，我後續會報告德國未來可修法調整的重點。



前面是從受歧視者的角度出發，聯邦反歧視局除可以幫助受歧視者外，還有其他任務，在第 27 條第 3 項也規範以獨立的方式執行下述工作：第一，是公眾事務，例如向社會大眾介紹各種反歧視相關資訊、提供出版品；第二，是防制措施，例如提供培訓課程、講座，研討會也是由聯邦反歧視局舉辦；第三，學術研究，除聯邦反歧視局本身投入外，也可以委託其他單位執行。除第 27 條第 3 項規定之任務外，還有該條第 4 項規定，就聯邦反歧視局以及其他相關的聯邦政府或聯邦議院專委，設立了一個共同任務，即每四年應向聯邦議院提出報告之義務。最後，該條第 5 項規定，聯邦反歧視局為處理各種因為本法第 1 條所提到的多重原因，進而引發的歧視案件時，應與其他同樣具有管轄權之聯邦政府或聯邦議院專委共同合作。這些我想比較多都是對於被歧視者本身的協助之外，其他聯邦反歧視局應該要從事的事務性工作。

接下來報告進入 2022 年 5 月德國提出平等法的修法重點，也是現在的規定，將聯邦反歧視局的局長，在 5 月的修法，改成由聯邦反歧視獨立專委擔任，在修法通過後新設「聯邦反歧視獨立專委」這樣的職務，第一任聯邦反歧視專委由 Ferda Ataman 女士擔任。當時修正平等法第 25 條第 3 項、第 26 條，並增加第 26a 條至第 26i 條，規範聯邦反歧視專委的權限。之所以會有上述的變革，在立法理由呈現出

有兩個理由，一個是避免競爭者訴訟造成的職務懸缺，第二是要強化首長的獨立性。

第一個理由，為何會避免競爭者訴訟造成的職務懸缺？剛有提到反歧視局是放在聯邦家庭部下，聯邦反歧視局之首長產生，是由部長依據聯邦政府之建議加以任命。然而，在舊法之下，是遵從依據德國基本法第 33 條第 2 項而來的「擇優錄取原則」，卻仍時常在任命過程中，就哪些標準才是符合此職務的最優條件產生爭議，大家都可以了解，比方說我們在評分、考試都涉及你的要件是什麼，畢竟只能任命 1 位，我認為我很優秀、為何任命你？這樣的狀況引發訴訟，並導致此職務的懸缺。所以德國在立法理由提到，為避免這樣情況一再發生，造成首長位置懸缺，增設聯邦反歧視專委，改變任命方式，是依照聯邦政府先提議一個人選，然後聯邦國會加以選舉同意後產生。

第二個理由，則是在於強化聯邦反歧視局首長的獨立性以及權限。剛我們提到反歧視局權限時，一直看到法條提到獨立的方式，這個獨立的方式是什麼？一直有人討論。這涉及到邏輯上的問題，組織本身有獨立性，但首長本身的獨立性有沒有被保障？德國透過該次修法，強化首長本身的獨立性，即新修法將首長任期規定為 5 年，以明確任期的保障；另一個是解職的相關規定，就是他怎樣會離開這個職務。在舊法時期，聯邦反歧視局之首長職務終結除了死亡之外，還包括：第一個原因，配合新任聯邦議會選舉產生後職務就終結；第二個



原因，任期屆滿後，同時符合聯邦公務員法第 51 條第 1 項及第 2 項規定之年齡上限；第三個原因，經局長本人申請或符合德國終身職法官離職事由存在時，聯邦家庭部之部長將其解職。換言之，第 3 款是在說明部長可決定將首長解職的規定。

上述在舊法時有關免職的規定，德國文獻上有提到，這與最早的立法草案不同，原始的立法草案有規定任期，但之後舊法時代的規定，是將任期與新任聯邦議會做聯結，這樣的狀況會讓他的政治性很強，很多層面去跟國會綁在一起，增加國會或其他國家影響力，將有可能造成首長受到較多的政治干預造成他獨立性的損害。另文獻上第二個指出，聯邦反歧視局的首長還有年齡上限，我們要去去除年齡歧視，結果年齡到上限，局長先下台，證明年齡到上限就是能力不足，所以這些是舊法時期被質疑的地方。2022 年修法規定固定任期 5 年，連選可連任一次，用這樣的角度強化其獨立性，固定首長任期不像舊法規定將任期與國會連結在一起，也不像舊法規定部長有機會決定將你免職，保障職務上的獨立性，這是今年修法強化的獨立性的部分。

接下來報告聯邦反歧視獨立專委擔任局長的法律地位，規定在第 26a 條，第 1 項規定公法上職務關係，獨立履行他的職務，僅受本法拘束。雖然上述提到他有獨立性的保障，但第 2 項規定他應受到聯邦政府的法律監督，即合法性的監督。在聯邦反歧視獨立專委的權限部分，他本身能做什麼事？這也是德國 2022 年修法重要的內容，修正

第 28 條規定，第一個新增第 1 項對聯邦政府各項計畫，若各項事務計畫有涉及其任務者，他有及早參與權，能提供建議並給予意見。這部分是參照德國聯邦各部會共同部務法(GGO)第 21 條，基本上是把這樣的規定搬過來，賦予給聯邦反歧視局首長。第二個新增第 2 項規定，在具有根本政治重要性的事項上，按照其他法律之規定，在涉及其他聯邦部會任務時，要儘早通知其他聯邦部會。基本上在第 28 條新修正規定下，賦予首長更多參與其他聯邦部會的權限，就是首長知道涉及我任務時，首長可及早參與，提供意見，但及早是多早，這也是我自己再往下深入研讀之處。再者就是涉及其他聯邦部會時，可以參與並通知其他部會，明文規範首長共同參與的工作，屬參與權限的部分。以上是介紹德國 2022 年修法，針對首長修正的重點。

德國文獻上對 2022 年修法有些討論，目前因為如同前面所談，畢竟是很新的修法，我基本上以 Thüsing/Bleckmann 這篇文章為主，列出對該次修法的回應，這篇文章我研讀後，認為該次修法新設聯邦反歧視獨立專委職務有點畫蛇添足，但就文章評論的角度我們也可參考，是不是有其合理性。我前面報告此次新設聯邦反歧視獨立專委職務有兩個修法理由，第一是避免競爭者訴訟，第二是要增加首長獨立性，Thüsing/Bleckmann 一文認為這兩點都沒必要。第一就競爭者訴訟部分，首先之前會有那麼多問題產生導致職務懸缺，皆因任命過程中沒確實執行任命程序，文章中有分析一個德國法院的判決，指出在任



命過程該遞交的文件都未確實遞送，法院當然裁予任命程序瑕疵，而被提起競爭者訴訟，所以若有確實執行遴選程序及要件，就不須修法新設此職務。其次，他認為透過原先之遴選程序，適用「擇優錄取原則」，對該首長職務可能有更好的保障。新法當然有針對擇優錄取原則作回應，新法第 26 條第 4 項有要求被任命者的專業資格及歷練，但不像是以前一樣適用擇優錄取原則，這是否能夠完全取代舊法時期的「擇優錄取原則」，仍有疑慮。

第二就強化獨立性部分，首先 Thüsing/Bleckmann 一文認為，就是我們剛剛前面所談，你要怎麼去看到原本就有的，以獨立的方式履行任務，以獨立的方式是什麼？若能以獨立的方式好好詮釋跟適用，其實不一定要透過現在新法方式來加強，所謂的聯邦反歧視局的首長獨立性，例如：他就談到如果以獨立方式能讓聯邦反歧視局執行其職務時，不受到上級機關的指揮監督，亦即將這個以獨立的方式，明文給予其更多免受他人指令，獨立執行職務之空間，就可以保障他的內容。其次，舊法時期的解職，縱使我們看到聯邦家庭部部長得加以解職的規定，也必須比照終身職法官解職的條件，要件很嚴格，未必因此侵害首長的獨立性。

雖然 Thüsing/Bleckmann 一文對此次修法的兩個理由，指出不須大動功夫修正沒有必要的規定，但對於新修正的第 28 條當中所規定的參與權限，則保持肯定之看法。文章最後提到，真正應該修法的地

方是強化聯邦反歧視局的權限，讓它更有效率的履行任務，例如：這不是文章提到的，是聯邦反歧視局在個案上對自己的檢討，聯邦反歧視局認為在法律上明文賦予調解權限，或許可增加歧視案件解決的速度，也可讓當事人更快得到救濟，這個調解最後的決定能拘束雙方當事人，這是在聯邦反歧視局網站上，他們自己所談的。

最後我的結論，對未來臺灣如設立「反歧視專責單位」的考量，有哪些可考慮之觀點。我們先看歐盟法及德國法層面，德國立法者當初在考量如何轉化歐盟相關指令時，將所有基於不同事由（包括種族、族群出身、性別、宗教或世界觀、身心障礙、年齡、性傾向）所產生的歧視，統一交由新設立的聯邦反歧視局管轄，換言之，德國立法者並未將不同的歧視緣由，交由不同的機關管轄，也未將聯邦反歧視局的管轄範圍限縮在某些特定的歧視事由上。我個人的看法是，因為德國聯邦政府沒有給聯邦反歧視局太多權限，聯邦反歧視局沒有真正裁罰的空間、無法真正調解，所以在這樣的立法當中是否因此形成阻礙，這是我自己的一個疑問，有機會大家可以問問在座先進或德國的看法。

臺灣的部分，現在當然有與歧視相關的規定，但我們沒有專法，而是散落在各種不同專業法規當中，依照歧視發生的場域或保護對象的類型，例如，與就業有關的歧視或與外來移民有關的歧視規定。是否有反歧視的專法會比較好？我初步認為，有一部專門法律當然比較



好，一方面有政治性的宣示效果，此外這樣的明確規定能明確化未來歧視案件的處理，包括我們在處理歧視案件上，會有非常多跟其他法律上利益衝突的地方，例如：契約自由，或基於一些宗教自由引發的歧視，當然也不能忽略的就是站在對立面的宗教自由的保障。

再者，在專法當中，如何規範其主管機關（專責機關），我個人認為，在討論時要先思考專責單位要做什麼？像德國單純做公共事務從旁輔導幫助？或賦予裁罰權限？或在爭議案件中，成為調解機關？所以在臺灣的環境下，先期待專責機關可做什麼事，再考量用什麼方式賦予專責機關執行任務上的空間，這個空間是不是非得用獨立機關不可？我認為可以討論，不一定要給它獨立機關的頭銜，也可讓它履行權限，在法律規定上有獨立執行任務的空間，這是我個人目前簡單看法，我先報告到此，謝謝大家！

主持人林明昕教授：

謝謝李老師的報告，李老師的這篇文章特色，不是去討論專法的實質規定，而是討論專責機關、組織法的問題，這一部分也是很重要，因為一個好的組織才能發揮好的功能，這是今天李老師報告的特色，就是注意到組織法方面，當然跟它發揮的功能有關。接下來請兩位老師來與談，首先請吳老師報告，再由孫老師報告，謝謝！

與談人吳瑛珠助理教授：

謝謝主持人林老師與李老師非常精彩的報告，孫老師還有在座各位先進、各位老師們，大家好。

今天很榮幸有這個機會來與談，誠如林老師所說，李老師比較著重在組織法部分，但李老師又一直強調，希望給聯邦反歧視局什麼樣的任務，可因此決定要給予相對應的組織體。當我第一次看到這個議題的時候，會覺得這有點奇怪，為什麼要反歧視？為什麼要設立反歧視局？今天在憲法上，不管是德國基本法或我國憲法，都有規範平等權或平等原則要求，意思是說這應該要落實在各個領域裡面，而不會是特定、單一領域，所以有必要設立一個主管機關嗎？如果需要的話，與其他機關之間的權限如何劃分？

我現在討論的是反歧視法這一部法律，我們今天的討論脈絡中，有人稱作一般平等對待法，有人稱是一般平等待遇法，我簡稱為反歧視法。反歧視法或平等法，與其他法律間的關係如何？負責什麼領域？接著我們才說這個機關要擔負什麼樣的責任。德國一般平等法的規定裡面，歧視原因寫了種族、族裔、出身、性別、信仰、身心障礙、年齡及性別認同，這些就是在歐盟指令中轉換來的，那在這當中難道只有一般平等法囊括嗎？其實不是，早在其他的領域中，不管是在私法或公法的領域，其實都有相當多的規範，也就代表當這些法律其實都有類似的規範時，我再規範一個一般平等法，它的目的在於什麼？



我們再來看德國歧視範圍，又會出現一個問題，譬如說一般平等法歧視範圍中，其中社會福利跟教育事業，若我們搭配前述歧視的原因，代表一件事，種族、族裔、性別、宗教，我們知道涉及宗教事務、教育事務，此時有很大的可能性會落入在德國各邦的權限範圍內討論。所以在這種情況下，一方面我已經有其他全國性的規範，包含民法、刑法、媒體法或其他各個法律裡面，還有部分事務，如宗教、教育，在德國有非常多這種事業，那這時他其實是屬於各邦的權限範圍之內，這時如果聯邦反歧視局要介入，是一個非常敏感的事情。再加上剛李老師報告中，還有其他專委負責專有管轄的問題，假設反歧視局遇到其他移民及難民或是少數族群的專委，反歧視局還要退讓出去。所以這個代表的是，當法律在逐漸設定的過程中，其實是最後防護網的概念存在，亦即先讓其他領域該負責的人去負責，若真的找不到對口的時候，再去找聯邦反歧視局，反歧視局是不是有這樣的存在地位。所以平等法跟其他法律規範，在德國可能是備位的，可能是一般防護網的性質。

最後討論機關的任務應該是什麼？當人民權益受到侵害時，救濟途徑是所謂的行政管制或一般民事訴訟？我們已經知道在一般平等法直接規定，救濟途徑是要請求不作為訴訟，這個請求不一定是金錢損失部分，也可能是精神慰撫金，此時已經產生一個問題，就是反歧視局的任務角色及地位是什麼？反歧視局權限有限，真正出現歧視原

因時，卻是受歧視者自己去走救濟訴訟，所以反歧視局的任務要做什么？這部分剛才李老師報告已非常詳盡介紹，我就不再重複。原則上反歧視局的任務，第一是協助受歧視者，不論是告知受歧視者權利，盡力輔導他，或甚至於轉介，有很多案件是必須轉介到各邦的反歧視局，一大部分是這個，還有和解的功能，及一般公共任務等。德國在這次修法將原本聯邦反歧視局局長，改變為反歧視獨立專委兼局長的地位，將反歧視局組織予以改變後，是不是有助於前述任務達成。誠如李老師已提到，學說上有些學者認為這是比較存疑的事情。舊法的規定只是單純在新一屆聯邦議院上任，首長就須解職，僅是基於內閣總辭的概念。

剛才李老師有提到反歧視局局長有年齡上限，新修法也將其刪除，當初舊法規定年齡上限，是不是有考量文官系統的意涵或法令？新修法將其刪除，單純以任期作為規定，也許在獨立性上是更為明顯，但就前述局長這些任務的履行，是不是有必要做這樣的改變？如同李老師提到新修法這個獨立性增加，是為了履行局長任務的必要性？如果它的任務、組織其實沒有太大的改變，那麼在這部分，是否是畫蛇添足？抑或者是在這次的修法中，是要讓聯邦反歧視局與其他機構是平行對等的？是不是有這個目標存在？亦即讓它在行政組織的改造之中，讓首長與其他機構位階一致，在組織上一體性更為明確，是否這個原因在立法理由中沒有特別明確說明？若是這樣，是否



仍值得我們予以參酌？轉介、報告義務、協助諮詢，是否是我國設立專責機構之所必要？其實這也是會有問題，就如同剛剛其實李老師有提到一件事，我們要賦予它什麼任務？

此時我們也許必須要回歸去看，有哪一些歧視原因是我們覺得應該要被納入的，我們參看臺灣的就業服務法，就業服務法的歧視原因遠大於這個德國歧視原因，其中有一個最有趣的是星座，星座也被包含在歧視原因裡面。所以其實臺灣很可能歧視的原因包含類別比德國多，僅僅只有差異的是我們要適用在哪一個範圍之內？這一件事情因為我們已經放在，譬如說性別工作平等法、就業服務法，我們已經有一部分特別指定在工作領域裡，當然我不是反對我們另立一個一般平等法，因為在就業範圍裡面其實有一部分是目前在就業服務法及性別工作平等法中，甚至民法裡面，比較不容易被包含進去的，就是進入職場時前階段，譬如，我要去應徵某公司，如果我連為什麼沒有進去都不知道，裡面會不會有隱含歧視的產生，其實不會沒有問題，更不要講這邊還有職業培訓或職業諮詢、職業教育，這些其實很可能在我們目前現行規範中，也許都還是可以被加強的部分。

對我個人來說，德國一般平等法給予我最大的啟示，是德國其實逐漸從歧視的排除到預防歧視，特別是新增專委的參與權限，有事前的參與，是不是讓他更明顯要將歧視予以排除之外，我們很希望更進一步地去預防避免歧視的產生，這一件事情是不是我們在立法時（不

管是專法或在各個法領域中）要予以落實，其實很可能是我們必須要思考的。

這邊有一個部分幫李老師補充，就是當人們權益受到侵害的時候，在德國一般平等法裡面，雖然要求人們要走訴訟途徑，但在法律裡有幫當事人降低舉證責任，在這邊他不需像民法一樣，負擔這麼高的舉證責任。所以德國一般平等法規定，除了課予聯邦反歧視局要提供當事人協助、各種權利上的諮詢義務外，另一方面對於當事人的舉證責任也予以降低，這部分在我們法制中及我們未來要立法時，是否可以納入一併考量。我簡單與談至此，謝謝！

主持人林明昕教授：

謝謝吳老師，我們將時間交給孫老師。

與談人孫迺翔教授：

主持人、報告人及與談人，還有在座各位先進，大家好。接下來由我繼續這個議題及從另一個角度上提供一些觀點分享。從報告人李老師的報告及與談人吳老師的與談內容，我們大致對德國在反歧視法的組織與任務有初步的印象。這個部分我就不再重複，但有一點也是回應剛才吳老師及報告人的報告內容，為什麼會立法？我們得到一個印象是德國的聯邦反歧視局，現在把它的權限朝向獨立機關的模式，但它的權限其實不多，就是實質上我們覺得很有力的權限是少的。這



很奇怪，既然它在組織上是獨立機關，但權責上卻相對柔性，這凸顯出德國在反歧視法的立法及組織等等進程上，其實是一個發展中的過程，我必須說它也是在發展中的過程。

為什麼會有反歧視法？為什麼設反歧視局？我想有很大的背景來自於，他們必須要落實歐盟的反歧視指令，歐盟的反歧視指令大概在 2000 年前後，一共有 4 個指令，歐盟的各個國家，包括下午場次法國的報告，也一樣要落實反歧視指令，因此有了這些立法。這表示在歐洲國家，至少德國或法國，在平等權的落實進程或法律途徑上，其實與第一場范秀羽老師介紹的美國途徑是很不一樣，我們可看到美國反歧視法、民權法及相關的 EEOC 一直是非常有力，能夠帶動這個社會往前走。

在歐陸國家，社會的融合或透過其他的法律途徑進來，我們沒辦法詳細地講，但在法律制度跟法理的進展上，路徑上的原始出發點與美國反歧視法或民權法的路徑不一樣。歐盟包括就業等各方面的反歧視指令，要求各國開始落實後，各國才開始把這些指令慢慢轉換到各自的國家法律體系。當然各自國家在轉換的過程中，就如我們現在看到在德國法上呈現出，已經有其他的法，與其他法之間我們看到沒有完全整合在一起，在德國一般平等對待法還是看到，它沒有改變或碰觸其他既有的難民、移民，甚至身心障礙權益相關的規定。另外德國

法上也看出，它有很強的聯邦體制，為何他們的組織、首長選任方式會有改變，也是他們體制下衍生出的問題，因而帶動的改變。

對我們臺灣而言，可借鏡的地方是在哪裡？聯邦體制也好，或與其他法的關係，也許現在從德國法角度來看，似乎沒辦法獲得很好的一個借鏡方向，但是以德國法而言，就我所知，如同剛才吳老師也提到，是否一般平等法是一個最後的補充機制。那某程度來講，就我所知身心障礙歧視的部分，因為德國現在有一般平等對待法，還有身心障礙平等對待法，各自在他們的法律適用。在一般平等對待法裡，除了前面提到反歧視局的任務，有提供倡議與諮詢等等外，在一般平等對待法裡有一個章節是專門處理就業相關的，這也在吳老師的簡報裡，就是與就業、求職，及工會等因素有關，比較類似臺灣就業服務法的內容。

除此之外，一般平等對待法有規定民事責任，即民事上的損害賠償請求權，也有規定舉證責任的轉換，這些是一般平等對待法除反歧視局以外的規範，實質上可以說他們有把就業領域的各種歧視因素放進來，有規定什麼樣情況下可以做差別待遇的理由，譬如對於年齡可容許差別待遇理由，比起其他差別待遇因素寬鬆一點，譬如因種族、宗教等其他因素要做的差別待遇，在合法理由上會比較困難，亦即合理差別待遇的合理性在立法上做了不同的規定。然後它有做舉證責任的轉換，這個是更具體、實質內容或重要性在此。



但即便如此，以我比較熟悉的身心障礙者，他們在適用法律時仍遇到困難，在身心障礙權利中，有一個重要的反歧視做法就是合理調整的請求權，這在美國的 ADA 是很重要的法律權利，但在德國的一般平等對待法裡面是沒有規定的，即便是身心障礙者，他們在德國的一般平等對待法裡面要去主張，就業上的合理調整請求權，目前仍沒有直接清楚的請求權基礎。此外，德國有身心障礙者平等對待法，但該法其實是規定一般我們提到的無障礙要求，所以以我比較知道的面向來看，德國還是多元立法並進的狀況，單從某一種因素的歧視出發來看，在法律適用上仍可看到非常多立法上的問題。大致上德國法在反歧視法上，我覺得是一個發展中的狀況，雖然如此，我想從這樣的一個發展經驗，對我們來說，也許還是可以做一些參考的地方。

若要問為什麼我們要制定這個法？在會議提供的資料裡面，人權處已經整理了一份資料，非常確定我們現在通過各個公約的國際專家提供的結論性意見，一致要求臺灣要有通盤性的反歧視法的立法，這可能是一個外部壓力。當然這邊要做反歧視法的話要規定什麼？我們現在有非常多的立法，各自有零散的反歧視規定，剛剛提到最完整的就是就業服務法，連星座都有規範，除此之外還有廣泛的是在入出國及移民法，其他各個身心障礙者權益保障法、教育相關法規等，很多法律都有反歧視的規定，但為什麼這些國際專家仍希望我們有通盤性的反歧視法，這樣的法到底能有什麼內容？我初步想法是可作為一個

基本法，完備現在歧視的概念，我們現在只是說不能基於什麼因素而有差別待遇，不能有歧視，但歧視在各個國際人權法上已經有直接歧視、間接歧視、交織性歧視、系統性歧視等等不同類型的歧視。這些歧視其實在目前我們個別法律，光是運作最久的就業服務法裡面的歧視，恐怕還不一定發展到這麼完整，所以我覺得可以在基本的立法裡面，把歧視的態樣能做一個規定。

第二個是適用的範圍，是不是有適用私人與私人間的關係？如果是，要適用到什麼範圍？譬如說，在德國法上看到的就是就業領域，除此之外就是商品、服務的提供，對提供者要不要設定一定的規模有其適用，若參考德國法，這可放在反歧視總法裡。

第三，各該法律所定的行政罰，我覺得可以繼續保留。在一般性的反歧視法裡我覺得可參考德國立法，將民事責任放進來，即損害賠償的部分，甚至可能必須考慮特定情境之下，是不是有需要承認強制締約的權利，這非常強，當然也必須限縮在特定情況。還有舉證責任，在民事的部分，舉證責任是不是要有一定程度地倒置，這也是我覺得反歧視法可以建立的內容。但是有了這個反歧視法後，其他個別法律的反歧視規定，我覺得還是可以保留，因為每一種因素的歧視以及反歧視的措施不盡相同。在身心障礙上，很強調無障礙環境跟合理調整，但若放在宗教或種族等歧視上，他的反歧視措施重點就不太一樣；在性別部分，我們有比較長久的實務經驗，所以性別平等要做到



實質平等，也有不同的手段，可能跟身心障礙也不太一樣。所以我覺得各相關的反歧視立法手段還是可以維持，讓我們現在一般性反歧視法做為基本法，來做互相的補充。

至於我們行政機關或在立法上，國家該做的首要任務，我覺得很重要的是必須建立直接歧視、間接歧視、系統性歧視等各種歧視認定的指引。因為這對我們來說，很多內涵還是很陌生，很多時候我們並不知道什麼是歧視，所以在組織上牽涉到下一個問題，就是我們是否要另設一個新機關。在報告人的報告中非常強調德國反歧視局反歧視專委的獨立性，這個引發我一個聯想，因為我有參與行政院人權小組會議，也有與監察院國家人權委員會參與一些討論，在這兩個不同的場域裡，國家人權委員會的組織法裡有一個權責是，對構成各種形式歧視的事件進行調查，並依法處理及救濟，這是現在國家人權委員會也在摸索中，到底對歧視的事件受理到什麼程度？要怎麼進行調查？要有多大的可能性？

我們現在以臺灣自己的脈絡來講，我們成立國家人權委員會，希望它多少能符合獨立人權監督機構的標準，我們在立法上賦予它能夠就構成各種歧視事件進行調查，好處是國家人權委員會某程度具有獨立性，這是比較能呼應德國法上很強調反歧視局的獨立性。但在現行的實務狀況下，除獨立性之外，我個人覺得把一般性反歧視法的主管機關，先設在行政部門，好處是每一種歧視事由會牽涉到不同的部

會，例如性別、就業、教育、文化、衛福，涉及各種部會，各種歧視緣由都會牽涉到生活不同面向，即牽涉到不同部會權責上，甚至有中央及地方。放在行政院下的好處是，它可以收統整之效，有點像行政院性平會，在性別平等部分扮演的角色是比較被肯定的，所以對於透過行政權去落實各種平等的部分，可以收平行的協調及上下監督的功能。放在國家人權委員會，它是獨立性，對於國家整體的作為上，能發揮的功效沒那麼直接。以上是我認為從德國一般平等對待法的立法，可以提供我們參考的地方，謝謝！

主持人林明昕教授：

謝謝兩位老師精彩的與談，有 1 個線上提問，我想現場可提出 3 個問題，我們再請老師回應，因為發言時間有限，請於 2 分鐘內將重點提出，我們請在場各位參加人提問。

問題一：

今天聽學者們報告我有點驚訝，因為討論反歧視法，居然是在公約國際審查委員外部的壓力之下，並不是來自於人民的需要，這個讓我非常的驚訝，在這樣的背景下討論這個法案。更驚訝的一件事情是，如果連學者都很陌生，我從上一場到現在還在摸索，那一般老百姓是不知情的，國家人權委員會也像教授說的在摸索的階段，但國家人權行動計畫已將立法期程定在 2024 年？請回答我這個疑問。另有



一個重要的問題是，如果舉證責任轉換或倒置，會不會造成一個法律規則的改變失去公平公正的可能性？以前我告誰，我要舉證他歧視我或他對我怎樣，現在反過來的時候，這樣的情況是什麼樣的遊戲規則？最後，李教授剛剛說，你看到很多跟宗教自由的衝突，事實上我們也看到有言論自由的衝突，上一場、這一場也有講到契約自由的問題，這裡面要怎麼權衡？這些權利誰上誰下？請回答，謝謝。

問題二：

我有幾個問題，第一個想請教，德國是不是一樣有國家人權委員會？如果有，設置這樣的專責機構，與他們國家人權委員會的關聯為何？依照剛剛報告，這樣的獨立機關、專責單位要做宣導、教育及協助，還有做學術研究，並且跟國會提出報告，這些在我們國內與國家人權委員會的職責是很類似的，所以想請問德國是不是也有國家人權委員會，與反歧視局的關係如何？第二，一般我們在講說，反歧視法跟平等法，這兩個內涵是不是不一樣？如果說一般平等法所涵蓋的，是不是比較積極面的？反歧視法是比較消極面的對個案的救濟調查，平等法是不是較強調積極面的消除障礙、教育、宣導，提升整個無障礙的環境，是不是比較積極面的？我們當初設立國家人權委員會，就是說它其實比較是從積極面來看的部分，以上兩個問題，謝謝！

問題三：

與第一位提問者一樣，我們現在是因為從外部來的壓力，所以立這個專法，會覺得有點奇怪，在此想分享一個法稅改革聯盟志工觀察到，臺灣出現的實際上歧視案例，聯合國認可具諮詢地位的非政府組織，叫做爭取個人及組織良心自由協調會(CAP-LC)，他的主席公開強調說，臺灣已經批准公民和政治權利國際公約，不應該容忍司法三審判決是無罪無稅的判決，確定太極門遭受國家機器剝奪權利達數十年，CAP-LC 已經數度提出請聯合國人權理事會關注太極門案件，譴責臺灣國稅局濫用稅收武器，傷害企圖摧毀太極門信仰自由上的不法手段，這個案件已經受到監察院分別糾正法務部濫權起訴八大違法，也糾正財政部國稅局七大開具稅單的違法，但仍然無法獲得有效的處理，已經損害臺灣人權的形象。請問教授們，這樣的信仰歧視問題，要怎麼樣從剛剛討論的角度去解決？謝謝。

主持人林明昕教授：

第三位提問者問題與線上問題一樣，所以線上問題就不特別說明，三個問題我先請兩位與談人簡單說明，最後時間讓給報告人李老師。

與談人孫迺翔教授：

先強調我剛才講的，我們在討論要不要制定一般性的反歧視法，並不單純只是國際專家跟我們怎麼講我們就得做，正好是這個時間點



推進的力量，但不要忘記各個公約都是經立法院審議通過施行，有這個立法基礎，落實各種人權規定。所以這並不是簡單的說人家叫我們做我們才做，何況國內有非常多人權團體一直都在訴求反歧視法的落實及立法，簡單做個補充，我剛才的原意並不是說因為國外專家叫我們做我們才做。

至於德國的一般平等對待法，我們現在只是口語說成反歧視法，但他就是平等對待，它的用語就是一般平等對待法。兩位老師報告都有提到，裡面規定不得基於特定因素為差別待遇，其實就是反歧視的規定，裡面再特別針對就業部分比較完整的規定，還有民事損害賠償、舉證責任倒置的規定，這其實是不得基於這些因素而為不合理的差別待遇，謝謝。

主持人林明昕教授：

謝謝孫老師，我們將時間交給報告人李老師。

報告人李長曄助理教授：

謝謝兩位老師的與談，我自己也學到非常多，也謝謝在座的提問。我很快回應一下，因為問題有點多，若沒有很完整請多多見諒。剛剛提到德國有沒有國家人權委員會，這些管轄權怎麼分配，抱歉這部分我不是很了解，就我看到的文獻，只看到德國處理反歧視局與其他聯邦部會專委的權限劃分，在這樣的配置下，像臺灣有國家人權委

員會，未來如果將專責機關放在孫老師提到的行政權之下，管轄權的衝突我要再想一下，目前沒有確定答案。只是放在監察院會有一個特殊性，因為監察權本身就是糾正國家機器的一些狀態，所以放在這邊，如果讓它有一些權力，會不會補足國家公權力內部的狀況，是不是有這樣的考量，這是可以再討論的。

提到舉證責任的倒置，其實非常多法律都會規定舉證責任的倒置，這邊德國只是認定被歧視者是相對弱勢，在一些證明上比較困難，例如我在德國反歧視局網站上看到的案件，一個雇主一直不讓他的身心障礙者勞工的契約轉成不附期限，他有談到他們就算介入也很難得到一個真實狀況，真正原因雇主不會講出來，雇主不會擺明說是因為員工的某種狀況而給予不同的對待，很多時候原因是被隱藏起來的。所以必須要透過舉證責任倒置的方式幫助受歧視者，請雇主說明為什麼要這樣做，因為實施歧視者很多時候並不會真的明說是基於什麼原因，而是用其他理由掩蓋他可能歧視的動機，這是我了解的一些狀況。

還有宗教自由及太極門事件，我簡單回應一下，太極門事件到底有沒有因為宗教自由被歧視，這個我不是很確定，這樣的狀況是不是因為信仰本質造成被不同的對待，我覺得是可以進一步的討論。宗教自由的部分，因為我自己在德國的關係，看到很多德國教會的狀況，德國天主教會近年有非常多涉及勞動法規的修正，例如它經營的醫院



對於遭到性侵害者不給予避孕藥的狀況，還有勞工內部因天主教會禁止離婚，離婚的人被予以解職，這些狀況都被德國法院糾正，這部分我覺得要思考涉及到宗教自由的核心是什麼？剛才提到天主教團體經營的事業機構禁止離婚者，那是否主張天主教只有男生才可當神父？因為只有男生神父才有機會升主教，這部分有權利不平等的問題，是否可主張神父開放女生擔任？德國有人在天主教內部主張，但這就碰觸到，這是不是宗教自由的核心，是不是只有男生才能當神父，在天主教會立場說這從聖經而來，這是我們的核心，這是一個解決的方式，我先簡單提供我的看法，謝謝。

主持人林明昕教授：

謝謝三位，因為我們要討論這樣的問題，從組織面向或實質面向，特別是平等權跟其他自由的衝突問題，這永遠都討論不完，感謝各位聆聽，我的主持到此結束，謝謝。

第三場

法國刑法及勞動法之反歧視措施初探

主持人：黃昭元

司法院大法官

報告人：陳盈雪

法國巴黎南泰爾大學公法學博士候選人

與談人：吳秦雯

政治大學法學院副教授

與談人：翁燕菁

政治大學政治系副教授



本場簡報 QR Code

法國刑法及勞動法之反歧視措施初探

陳盈雪*

（尚未經審查與定稿程序，引註也未完備，敬請避免引用）

* 法國巴黎南泰爾大學博士班。Université Paris Nanterre, CTAD.



目 次

- 壹、法國之反歧視立法：從否定歧視存在到積極打擊歧視
- 貳、設置獨立之維權機關以打擊歧視和促進平等
- 參、禁制和刑罰的反歧視取徑
- 肆、就業及職場歧視：勞動法與刑法並行
- 伍、疊床架屋的反歧視規範？



壹、法國之反歧視立法：從否定歧視存在到積極打擊歧視

法國法上禁止歧視的概念可追溯至第二次世界大戰之後¹，為了與維琪(Vichy)政權下基於種族與性別為差別待遇的立法明確切割、並再次肯認法國大革命以來的普世主義(universalisme)和公法上的普遍性原則，1946 年憲法於前言中明訂「所有人不分種族、宗教信仰均享有神聖不可剝奪的權利」，1958 年憲法第 1 條再度重申「法蘭西共和國保障所有公民不分出身、種族、宗教於法律前一律平等」。在法國法上，禁止歧視原則源於平等原則，法國最高行政法院認後者屬於一般法律原則(principe général de droit)，依據平等原則，除法律例外允許、一般利益得加以正當化、或有不同情形之差異存在，對於相同情形應予同等對待，禁止差別待遇或歧視²。法國法傳統上對於平等原則的詮釋奠基於普遍(universaliste)、齊一(uniformisante)的平等觀，以及共和國不可分割原則³與抽象的公民概念—原則上不承認任何以「種族」、宗教等差異為標準所劃分之社會次群體。此種詮釋方式源於法國大革命的歷史及其理念，即法律之前人人平等⁴，故平等原則的重要內涵在於規範的普遍性

¹ 同樣也是在第二次世界大戰之後，多數法國法上的歧視和差別待遇才遭廢除。Olivia Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, 2004, Paris : Economica, p.173.

² CE 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, no88032, no 88148. 不過，即便不同情形得以正當化差別待遇，依族裔、種族、宗教、性別所為之差別對待原則上仍絕對禁止。

³ 1958 年憲法第 1 條。Article 1er de la Constitution de 1958.

⁴ 人權宣言第 1 條。Article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

(généralité de la règle)⁵—禁止差別待遇，而這也意味著法國法過去對平等原則的理解以形式平等為限，且難以納入間接歧視的概念⁶；此外，法國法拒斥「群體」的概念，不承認所謂少數族群的存在⁷，並絕對禁止以族裔、「種族」⁸和宗教為標準的分類⁹。法國法對於平等原則之詮釋亦影響其處理歧視問題的方式。

然而，一方面，前述憲法上的平等原則條文被視為足以防止歧視，另一方面，戰後法國政府持續低估或否認社會上的歧視問題和立法抑制種族主義的必要¹⁰，故直到 1972 年¹¹，法國始出現對違法之區別對待處

⁵ Conseil d'État, 1996.

⁶ Elsa Fondimare, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? » Revue des droits de l'homme, n° 11, 2017 ; « La difficile appréhension juridictionnelle des discriminations indirectes fondées sur le sexe », Revue des droits de l'homme n° 9, 2016.

⁷ Olivia Bui-Xuan, Le droit public français entre universalisme et différentialisme, 2004, Paris : Economica, pp.3-9; 38-40.

⁸ 法國禁止以種族為分類標準的資料蒐集或統計(Cons. const. 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC)，並有關於是否將「種族」(race)一詞自憲法及其他法規完全刪除的辯論。

⁹ 1958 年憲法第 1 條、1946 年憲法前言。Article 1er de la Constitution de 1958 ; préambule de la Constitution de 1946.

¹⁰ Erik Bleich, Mona de Pracontal, « Histoire des politiques françaises antidiscrimination : du déni à la lutte », Hommes et Migrations, n°1245, 2003, pp.6-8.

¹¹ 該立法並非起因於特定重大的歧視事件，毋寧是公民社會自 1950 年代以來之反種族歧視倡議，以及部分國會議員持續施壓最終達致的成果。不過當時立法者並未真正致力於創設有效的打擊歧視手段，立法之象徵意義大於其實際效力；其中被害人舉證有歧視行為之困難為適用該法之一大阻礙。Erik Bleich, Mona de Pracontal,



以刑罰的立法¹²；於 1980 年代，旨在打擊歧視的規定逐漸增加—禁止違法區別對待的適用領域擴大、禁止之行為態樣和分類標準亦逐漸增多。1982 年時，法國勞動法納入禁止歧視之規範，使反歧視措施進入就業領域¹³，接著反歧視措施在 1983 年適用於公部門¹⁴，禁止對於公務員之歧視。不過，不同的反歧視規範間欠缺一致性，亦欠缺實效；直到 1990 年代末期，歧視所導致的社會問題—尤其是基於族裔和性別之歧視—才逐漸受到政治人物的重視，政府也才開始修法並構思一套較為完整且一致的打擊歧視政策¹⁵。另外，歐盟 2000 年有關平等待遇的二個指令分別涉及種族歧視之禁止，以及就業和工作領域禁止歧視的整體法律架構¹⁶，對法國的反歧視政策和立法產生重要影響。該二指令擴大歧視的概念—包含直接和間接歧視、歧視性的騷擾(harcèlement discriminatoire)、

« Histoire des politiques françaises antidiscrimination : du déni à la lutte », Hommes et Migrations, n°1245, 2003, pp.6-9.

¹² Loi n° 72-546 du 1er juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme. 該法僅處罰因種族、國族和宗教因素而拒絕提供某物品或服務之行為。

¹³ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

¹⁴ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁵ Olivia Bui-Xuan, Le droit public français entre universalisme et différentialisme, 2004, Paris : Economica, pp.173-174. Erik Bleich, Mona de Pracontal, « Histoire des politiques françaises antidiscrimination : du déni à la lutte », Hommes et Migrations, n°1245, 2003, pp.10-11.

¹⁶ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

教唆歧視，規範民事程序之舉證責任分配並減輕受害人之舉證責任，規定工會和特定團體得成為損害賠償訴訟之原告，並要求各國成立促進平等、打擊歧視及協助歧視受害者的機構¹⁷。法國 2001 年旨在打擊歧視的立法¹⁸才真正初步建構了反歧視的一般性法律架構；該法規定禁止直接及間接歧視，惟尚未就間接歧視予以明確定義；在勞動法方面，將禁止歧視原則適用於所有職場生活之相關事項，包含實習和受訓機會，而不再限於聘僱階段；在刑法方面，該法增加了禁止之歧視動機；在公部門方面，該法除增加禁止之歧視理由外，亦於公務員依禁止歧視之規定向上級投訴或訴諸司法救濟、或就歧視行為作證之情形，擴大對公務員之保障，確保其考績、升遷、懲處等方面不受影響。不過，由於法國立法者意願欠缺，2001 與 2002 年的立法並未完整轉化適用上述歐盟關於平等待遇的指令。另外，為回應各該歐盟指令，2004 年創設平等暨反歧視委員會(Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, HALDE)的立法除設立該委員會外，並試圖將舉證責任分配的規定擴大適用至就業以外的領域（如社會保障、健康、教育、取得財貨和服務的機會、財貨和服務的提供等）以及除刑法外的所有審判權。

接著，歐洲執委會(Commission européenne)於 2007 年以意見書(avis motivé)要求法國及其他成員國將平等指令徹底轉換為國內立法。因而，法國 2008 年以適用歐盟法禁止歧視規範為目的之立法始完整地將

¹⁷ 上開指令促成法國成立平等暨反歧視委員會(Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, HALDE)。

¹⁸ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.



歐盟指令之納入內國法，並為法國反歧視法提供整體性的架構。該法第 1 條對於歧視予以明確定義，包含直接與間接歧視、歧視性的騷擾(harcèlement discriminatoire)，以及唆使他人為該法禁止之歧視行為。惟最初該法配合歐盟指令，僅納入有限的歧視動機（種族、宗教信仰、年齡、身心障礙、性傾向、性別）。此外，該法亦保障出於善意就歧視行為作證或陳述者、遭受歧視者或拒絕遭受歧視者不因此受不利對待，以保護歧視行為之證人與受害者並鼓勵其採取必要行動；該法並規範爭訟時之舉證責任分配—遭受歧視者僅需提出足以推定有歧視存在之事實，由被告證明其行為係以其他客觀因素為基礎。

至此，法國之反歧視法制趨於完善，除上述與打擊歧視相關之數個立法外，禁止歧視之規定散見於刑法、勞動法和公務員法。禁制(répression)性質的措施在法國反歧視法中具有相當的重要性，其反歧視措施的核心在於刑法規範，而其他非規定於刑法者—如勞動法及公務員法之禁止歧視規範，亦具有禁制性質，故歧視行為在法國法上被定位為輕罪(délictuel)。這個禁制和刑罰的(répressive et pénale)反歧視取徑和多數歐洲國家的情況構成鮮明的對比。

貳、設置獨立之維權機關以打擊歧視和促進平等

在負責促進平等、打擊歧視及協助歧視受害者的機構方面，2004 年時法國透過立法¹⁹創設平等暨反歧視委員會(Haute Autorité de lutte contre

¹⁹ Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

les discriminations et pour l'égalité, HALDE), 其性質為獨立之公權力機關 (autorité administrative indépendante, AAI), 任務包含進行調查、發表報告、協助歧視行為之受害人等, 該委員會於 2011 年與其他獨立機關併入以保障基本權利為宗旨的權利維護使(Défenseur des droits)²⁰。後者於 2008 年法國修憲時創設, 2011 年頒布組織法正式成立, 其內部設有打擊歧視及促進平等之部門²¹。權利維護使由部長委員會(conseil des ministres)任命, 為一獨立之公權力機關²², 其一方面致力於保障權利, 一方面致力於提倡權利。在打擊歧視和促進平等之領域, 於保障權利之面向, 權利維護使協助受害人準備其案件資料、選擇適合其個案的程序等。任何自認為直接或間接歧視受害者的自然人或法人、合法成立五年以上的團體其章程以打擊歧視為宗旨者偕同被害人或經被害人同意, 均得向權利維護使提交相關案件²³。權利維護使擁有特定調查權, 如請求(被指控者)提供書面陳述、傳喚以聽取陳述²⁴、現場勘查²⁵、實施刑

²⁰ 直譯為「權利捍衛者」。

²¹ 此外, 其主要任務尚包含維護公共服務使用者之權利、保障及提倡孩童之權利、保護吹哨人等。

²² Articles 1 & 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits. « Protection des droits », Défenseur des droits.

<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/moyens/protection>

²³ Article 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

²⁴ 被指控者不得拒絕提供資訊或拒絕接受權利維護使之傳喚; 若其拒絕, 權利維護使得透過緊急審理程序聲請法官(juge des référés)命其為特定行為, 依 2011 年之權利維護使組織法(Loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits)第 12 條, 並可能遭受一年有期徒刑和 1 萬 5 千歐元罰金。Articles 18, 20 & 21 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.



法歧視犯罪章節所規範之取證方式—「testing」²⁶等，該機關亦得協助兩造達成和解²⁷，並於和解不成時作成建議(recommandation)²⁸，即書面要求於特定期限內解決問題或採取特定措施²⁹。權利維護使不具有懲處的權力，但被指控者必須向其報告依上開建議所採取的後續行動，若未回應或回應不充分，該機關得命其於特定期限內實現建議之內容。若被指控者對命令仍未採取任何行動，權利維護使得公開一份特別報告並揭露其姓名³⁰。對於行為須經行政機關授權或批准之自然人或法人的歧視行為，權利維護使得請求該行政機關予以處分³¹。在司法爭訟之情形，權利維護使得於法國或歐洲各層級的訴訟提出其對案件之分析，並在一造或法官請求、或自認介入有實益的情況下，以口頭或書面形式表示意見³²。惟無論如何，權利維護使須維持其獨立性、不代表任何一造。另外，於促進權利之面向，權利維護使主要透過培訓課程及宣導活動等來

²⁵ Article 22 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

²⁶ Article 225-3-1 du code pénal，詳如下述。

²⁷ Article 26 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

²⁸ Article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

²⁹ Défenseur des droits 作成之決定原則上不具直接法律效力。Sophie Sereno, « Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi : Un bilan en demi-teinte ou quand la volonté ne suffit pas », Revue de Droit du Travail, Dalloz, 2019, 06, pp.422.

³⁰ Article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³¹ Article 30 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

³² Article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits. 較知名的歧視案件例如 Paris, 31 janv. 2018, n° 15/11747 ; Paris, pôle 6, ch. 10, 21 févr. 2018, n° 16/02237. (affaire des Chibanis contre la SNCF ; rupture discriminatoire de la période d'essai du salarié coiffeur)

影響日常實踐，致力於去除刻板印象以促成行為模式和制度的改變；該機關亦透過相關受理案件及實地考察以辨識遭受歧視的高危險情境和群體，或甚至系統性歧視的存在，並提出因應各該現象的策略³³。

成立權利維護使後產生的主要質疑為其行動的實效³⁴。該機關自詡為落實基本權利的獨立外部監督者與權利保護的唯一窗口，不過，這個全面性的策略是否適合用於打擊歧視領域——特別是就業歧視³⁵，仍有討論餘地，因反歧視問題之可見度和重要性可能被稀釋³⁶；此外，權利維護使收受之歧視通報案件實際上偏低，無法反映社會中實際存在的歧視問題數量³⁷。以就業和職場歧視為例，權利維護使一方面須確保該領域的相關行動者如雇主及受僱者充分了解反歧視的法律框架，一方面須確保各種形式的歧視均受到法律規範³⁸。首先，由於反歧視法之實效極大

³³ Sophie Sereno, « Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi : Un bilan en demi-teinte ou quand la volonté ne suffit pas », Revue de Droit du Travail, Dalloz, 2019, 06, pp.422.

³⁴ Sophie Sereno, « Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi : Un bilan en demi-teinte ou quand la volonté ne suffit pas », Revue de Droit du Travail, Dalloz, 2019, 06, pp.422.

³⁵ 就業歧視案件之數量長期佔權利維護使受理之歧視案件首位。Défenseur des droits, « Rapport d'activité 2018 », p.42.

³⁶ 2018 年共有 95,836 件通報案件，其中有 5631 件涉及歧視問題，2019 年共有 103,066 件通報案件，其中有 5448 件涉及歧視問題。Défenseur des droits, « Rapport d'activité 2018 », p.9 ; « Rapport annuel d'activité 2019 », p.15.

³⁷ Sophie Sereno, « Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi : Un bilan en demi-teinte ou quand la volonté ne suffit pas », Revue de Droit du Travail, Dalloz, 2019, 06, pp.422.

³⁸ 同前註。



程度上取決於人民及法律專業者對該制度的認識，故權利維護使的重要任務在於推動相關宣導工作，如詮釋、闡明不同形式的歧視概念內涵、具體列舉可能構成歧視的行為及情境、提升人民對歧視的敏感度、確保其知悉可行使之權利等³⁹。再者，歧視通報案件數量有限亦與就業和職場歧視的能見度有關，惟某些歧視行為可能未充分為法律所規範；就此

³⁹ 例如，2008 年以適用歐盟法禁止歧視規範為目的之立法(loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations)第 1 條將歧視性的騷擾(harcèlement discriminatoire)界定為一種歧視行為，例如，在此定義下，性騷擾構成以性別為基礎的歧視。惟人民對該規範了解有限，受害者未必知悉得援引該規定，加以數個禁止和處罰騷擾行為之規定同時存在，且各該規定之規範方式不一，導致法規範更為紊亂。如法律上一般對騷擾之定義以反覆為騷擾行為為其要件，相對的，單一行為即可能構成歧視性的騷擾。就此 2018 年時權利維護使曾致力於闡明和推動「歧視性的騷擾」概念，並曾提出建議(recommandation)試圖促使立法者修法並統一性騷擾之法律定義(Avis au parlement 18-03 du 25 janvier 2018 relatif au harcèlement sexuel)，該建議最終未被採納，權利維護使轉而採取其他行動，例如於訴訟中表示意見(observations)，以使上開概念為法官及訴訟當事人知悉或被判決採納，並進行各種推廣活動、發送文宣給公私領域的雇主(Défenseur des droits, « Rapport d'activité 2018 », pp.45-47.)、具體列舉可能構成歧視性騷擾之情境並說明可能產生的處罰(Défenseur des droits, Le harcèlement discriminatoire au travail. Fiche pratique à destination des employeuses et des employeurs, sept. 2018)、提供預防和應對歧視性騷擾的指引(Défenseur des droits, Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale. 9 fiches pratiques, nov. 2017)；同時，其亦採取行動提升受僱者對上開問題的敏感度，在此過程中，權利維護使以具體方式定義並舉例闡明歧視性騷擾之概念內涵，以確保受僱者在了解何為歧視性騷擾行為及法規架構的情況下，得於必要時行使權利。Sophie Sereno, « Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi : Un bilan en demi-teinte ou quand la volonté ne suffit pas », Revue de Droit du Travail, Dalloz, 2019, 06, pp.422.

權利維護使致力於分析現存歧視的多樣性並將其與實證法的現狀況做比較，以完整評估考量歧視問題的現實，並充實法律架構⁴⁰。

參、禁制和刑罰的反歧視取徑

本文以下就法國刑法及勞動法上之禁止歧視規定做初步分析介紹。法國刑法的禁止歧視規定始於 1972 年之立法⁴¹。首先，在歧視的定義方面，法國刑法第 225-1 條規定：「因自然人之族裔、性別、家庭狀況、懷孕、外貌、顯見或為行為人所知之經濟條件造成之弱勢、姓氏、居住

⁴⁰ 例如，權利維護使自 2018 年以來強調不同歧視動機可能同時存在，致力於使司法體系納入「多重歧視」(discriminations multiples)的概念。不過其行動遭遇重大困難，因目前實務或學界對該概念之內涵及範圍並不存在任何共識。權利維護使曾列舉三類「多重歧視」，即接續性的歧視(discrimination successive)—不同歧視原因接連出現，累積的歧視(discrimination cumulative)—不同歧視原因同時出現且互相累加，以及交錯歧視(discrimination intersectionnelle)—不同歧視原因相互影響且難以分開。(Défenseur des droits, « Rapport sur l'emploi des femmes en situation de handicap », nov. 2016.)另外，權利維護使亦指出法規歧視動機不斷增加可能產生的問題；一方面，該現象確實可能有助於更妥善地考量個別歧視案件中的行為以及歧視原因的多樣性、強化可資依循的司法途徑，惟另一方面，該現象可能影響反歧視法的可理解性，成為一般人民採取法律途徑的阻礙。

⁴¹ La loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972.

其後經其他重要立法修改及補充(如 loi n° 77-574 du 7 juin 1977、loi n° 87-588 du 30 juillet 1987、loi n° 90-615 du 13 juillet 1990、loi n° 92-684 du 22 juillet 1992、loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001、loi n° 2002-303 du 4 mars 2002、loi n° 2004-204 du 9 mars 2004、loi n° 2006-340 du 23 mars 2006、loi n° 2006-396 du 31 mars 2006、loi n° 2008-496 du 27 mai 2008、loi n° 2012-954 du 6 août 2012、loi n° 2014-173 du 21 février 2014)，始成為今日的樣貌；其中禁止歧視之規定曾歷經改寫並移至現行條號（修正後新刑法於 1994 年生效）。



地、健康狀況、自理能力喪失、身心障礙、遺傳特徵、風俗習慣、性傾向、性別認同、年齡、政治理念、工會活動、2016 年反貪腐法⁴²第 6 條第 1 項和第 6-1 條第 1、2 款定義之吹哨人、幫助人及關係人身分、使用法語以外其他語言的能力、真實或推測隸屬或不隸屬於某族群、國族、所謂種族、宗教信仰而予以差別對待，構成歧視。對於法人因其成員或某些成員之上述特徵而予以差別對待，亦構成歧視。」⁴³另外，依刑法

⁴² La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁴³ « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un

第 225-1-1 條規定，「因曾遭受或拒絕同法第 222-33 條定義之性騷擾或見證此類行為，而給予差別待遇，包括性騷擾言語或行為沒有被重複的情形」⁴⁴，以及依刑法第 225-1-2 條規定，「因經歷或拒絕同法第 225-16-1 條定義之霸凌行為或見證此類行為而給予差別待遇」⁴⁵，亦構成歧視；此二規範分別於 2012⁴⁶及 2017⁴⁷年修法時增設。在不同歧視動機同時交錯存在的情形，依現行規定並不影響歧視犯罪行為之要件該當或刑責，僅法官須在判決中分別宣告之，以合乎罪刑法定主義⁴⁸。

接著，法國刑法規範之歧視行為類型包含基於上述歧視性動機而拒絕提供利益或服務、妨礙經濟活動的正常進行、拒絕僱用、懲處或解僱

lanceur d'alerte, au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales », article 225-1 du code pénal.

⁴⁴ « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés », article 225-1-1 du code pénal.

⁴⁵ « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de bizutage définis à l'article 225-16-1 ou témoigné de tels faits », article 225-1-2 du code pénal..

⁴⁶ Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

⁴⁷ Loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

⁴⁸ 相對地，在勞動法之民事案件，許多判決經常未明確指出歧視動機或清楚說明歧視行為的基礎為何。Frédérique Chopin, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », Droit Social, n°4, avril 2020, p.361.



某人、提供財物或服務附加條件、給予聘僱、實習或培訓機會附加條件、拒絕給予實習機會⁴⁹。私人的歧視行為可能有拒絕提供財貨或服務、拒絕僱用、懲處或解僱某人、給予聘僱、實習或培訓機會附加條件、阻礙經濟活動的正常進行，而公部門的歧視行為則可能有拒絕授予基於法律保障之權利可獲取之利益，以及阻礙經濟活動的正常進行⁵⁰。在法國的相關判決中，法院認為表達拒絕提供財物或服務的形式無關緊要；「財貨或服務」(**biens et services**)包含所有能夠成為權利客體並具有經濟價值或利益的事物⁵¹。私人拒絕提供財物或服務的具體案例如房東拒絕出租房屋予非裔人士(**personnes de race africaine**)⁵²、房東因買方的族裔而拒絕對其出售房屋⁵³、商店拒售啤酒給穆斯林顧客(**de race arabe**)⁵⁴、航空公司拒絕行動能力受限的身心障礙者登機⁵⁵、電影院拒絕售票予輪椅使用者⁵⁶。聘僱上的歧視行為如聘僱保全人員以出示選舉人卡片為條件⁵⁷、招募美髮產品促銷人員排除非歐洲裔及有色人種⁵⁸、航空公司拒絕應徵空服員的男性應徵者⁵⁹、牙醫診所招募牙醫師以穆斯林

⁴⁹ Article 225-2 du code pénal.

⁵⁰ Article 432-7 du code pénal.

⁵¹ C.A. Paris, 12 nov. 1974.

⁵² C.A. Paris, 12 nov. 1974.

⁵³ C.A. Besançon, 27 janv. 2005.

⁵⁴ TGI Strasbourg, 21 nov. 1974.

⁵⁵ C.A. Paris, 19 sept. 1994.

⁵⁶ C.A. Poitiers, 1^{er} sept. 2005.

⁵⁷ Crim. 20 janv. 2009, n° 08-83.710.

⁵⁸ Crim. 23 juin 2009, n° 07-85.109.

⁵⁹ T. corr. Morlaix, 20 janv. 1984.

為限⁶⁰。此外，法院認為，雇主有關派任職務及薪資的決定，若欠缺正當化事由，構成法條所謂「懲處」行為⁶¹。「阻礙經濟活動的正常進行」主要指針對特定人或企業的經濟抵制行為，例如在超市的商品上貼標籤倡議抵制以色列產品⁶²。公部門拒絕授予基於法律保障之權利可獲取之利益的案例則如以國籍為給予出生補助的條件⁶³；行使公權力者之歧視行為案例如市長於議會中剝奪某配戴十字架之議員的發言權⁶⁴。

再者，行為人須基於上述歧視性動機而故意为歧視行為，始構成上開法條規定的犯罪行為，實務上的主要問題之一是如何證明各該歧視性動機。一般而言，若欠缺文字或口語等將歧視意圖外顯的媒介，歧視意圖的證明十分困難。故容許透過「測試」(testing)的方式取證有其實益—在此「測試」指的是以證明歧視行為存在為目的，而請求刑法第225-2 條中提到的利益、行為、服務或契約等，且確實能取得歧視行為的證據。此種取證方式原先由最高法院於判決中承認⁶⁵，後來於 2006 年

⁶⁰ TGI Paris, 19 déc. 1991. 另外，法院並指出，基於宗教(伊斯蘭教)的歧視不得與種族歧視混為一談，因隸屬不同「種族」者均可能為伊斯蘭教徒。

⁶¹ Crim. 28 avr. 2009, n° 07-82.901.

⁶² C.A. Bordeaux, 22 oct. 2010.

⁶³ Crim. 17 déc. 2002, n° 01-85.650.

⁶⁴ Crim. 1^{er} sept. 2010, n° 10-80.584.

⁶⁵ 系爭案件中，上訴法院認為「testing」違法，因其違反取證之誠信原則並侵害防禦權；最高法院於該判決中則認為，依刑事訴訟法規定，法官不得僅因證據係以違法或違反誠信之方法取得而排除證據，而應於對質詰問後衡量其證明力。「Testing」本身不足以作為有罪判決之唯一基礎，仍須結合其他證據。Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.559. 另參 Laurence Collet-Askri, « La Chambre criminelle valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal... », Recueil Dalloz 2003 p.1309.



納入刑法第 225-3-1 條規定中⁶⁶。此種取證方式曾引起違憲疑慮——該取證方式是否侵害人權宣言第 16 條保障之防禦權以及正當法律程序的要求？最高法院認為，該措施只是便利犯罪事實——即歧視行為——之調查，而未牴觸追訴和審判刑事犯罪的原則，亦未賦予檢察官教唆犯罪的權力，或減損法官於對質詰問後判斷證據證明力的權力，故既未侵害防禦權，亦未違反正當法律程序；最終法院認為並無請求憲法法院進行違憲審查之必要⁶⁷。

至於歧視犯罪之刑罰，依法國刑法規定，對私人歧視行為的處罰為最高三年有期徒刑及 4 萬 5 千歐元罰金，若係於對公眾開放的場所或出於禁止進入的目的而拒絕提供利益或服務，該行為的處罰提高至五年有期徒刑及 7 萬 5 千歐元罰金⁶⁸。此外，自然人可能的附加處罰有剝奪被選舉資格、剝奪擔任司法職務或鑑定人之權利及協助或代表一造進行訴訟之權利至多五年、公告或傳佈判決結果、永久或至多五年間關閉其名下一個或數個公司行號、永久或至多五年禁止參與政府招標⁶⁹。對於法人所處罰金則為自然人法定罰金的五倍；其可能的附加處罰有永久或至多五年禁止從事一個或數個涉及犯罪行為之業務或社會活動、接受司法監督至多五年、永久或至多五年關閉其所屬一個或數個涉及犯罪行為的

⁶⁶ Article 45 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

⁶⁷ Crim. 4 févr. 2015, n° 14-90.048.

另參 Jérôme Lasserre Capdeville, « L'article 225-3-1 du code pénal, régissant le testing, est conforme aux droits de la défense et au droit à un procès équitable », AJ Pénal 2015 p.139.

⁶⁸ Article 225-2 du code pénal.

⁶⁹ Articles 225-19, 131-16 du code pénal.

公司行號、永久或至多五年禁止參與政府招標、沒收財產、透過書面媒體或任何電子通訊方式向公眾公告或傳佈判決結果⁷⁰。對行使公權力者或從事公共服務者於行使權能或執行職務時之歧視行為的處罰為最高五年有期徒刑及 7 萬 5 千歐元罰金⁷¹；可能的附加處罰⁷²有剝奪公民權(droits civiques)、特定個人權利(droits civils)及家庭權⁷³、永久或至多五年禁止行使涉及犯罪行為之公職或從事涉及犯罪行為之業務或社會活動、沒收犯罪人非法取得之款項或物品、公告或傳佈判決結果。

肆、就業及職場歧視：勞動法與刑法並行

法國勞動法中亦有反歧視規範⁷⁴，適用於私法關係中的雇主及受僱者，包含公法人依私法關係僱用之受僱者⁷⁵。首先，在歧視之預防方

⁷⁰ Articles 225-4, 131-38, 131-39, 131-21 du code pénal.

⁷¹ Article 432-7 du code pénal.

⁷² Article 432-17 du code pénal.

⁷³ 所謂「剝奪公民權、特定個人權利和家庭權」具體而言涉及：投票權、被選舉權、擔任司法職務或鑑定人之權利及協助或代表一造進行訴訟之權利、出庭作證之權利、擔任監護人或財產管理人之權利；法院得決定剝奪一部或全部上述權利，期間最長為五年。Article 131-26 du code pénal.

⁷⁴ 影響法國勞動法禁止歧視規定的重要立法有 loi n° 85-10 du 3 janvier 1985、loi n° 85-772 du 25 juillet 1985、la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990、loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992、loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001、loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002、loi n° 2002-303 du 4 mars 2002、loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004、loi n° 2008-496 du 27 mai 2008、loi n° 2011-939 du 10 août 2011、loi n° 2013-404 du 17 mai 2013、loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013、loi n° 2012-954 du 6 août 2012、loi n° 2014-173 du 21 février 2014 等。另外，將歐盟法規範適用至法國勞動法的轉化過程於 2008 年大抵完成，於 2008 年生效的新勞動法典將禁止歧視規範移至勞動法現行相關條文目



面，勞動法第 L1131-2 條要求僱用三百名以上員工的公司和專門從事招聘的公司中，負責招聘任務的員工至少每五年須接受一次招聘禁止歧視的培訓。在招聘階段，勞動法有匿名履歷的規範⁷⁶，現行條文規定審查應徵者的履歷得以匿名方式為之，2015 年修法前，同條規定要求應以匿名方式為之。

其次，禁止歧視原則要求雇主之行為及決定必須合理(exigence de rationalité)，不得出於歧視動機。該原則規定於勞動法第 L1132-1 條⁷⁷：

「不得因族裔、性別、風俗習慣、性傾向、性別認同、年齡、家庭狀況、懷孕、遺傳特徵、顯見或為行為人所知之經濟條件造成之弱勢、真實或推測隸屬或不隸屬於某族群、國族、所謂種族、政治理念、工會及互助會活動、擔任民選公職、宗教信仰、外貌、姓氏、居住地、指定薪資付款銀行 (domiciliation bancaire)、健康狀況、自理能力喪失、身心障礙、使用法語以外其他語言的能力、2016 年反貪腐法⁷⁸第 6 條第 1 項和第 6-1 條第 1、2 款定義之吹哨人、幫助人及關係人身分，而將某人排除

前的條號和章節位置。該次修法保留勞動法舊條文關於歧視動機的規定內容，而末如 2008 年適用歐盟指令之立法配合歐盟指令採取最低限度的規範（即僅列出禁止因族群、種族、宗教信仰、年齡、身心障礙、性傾向及性別而有所歧視）。

⁷⁵ Article L1131-1 du code du travail.

⁷⁶ Article L1221-7 du code du travail.

⁷⁷ 1982 年之立法(loi no 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise)創設勞動法之禁止歧視規定（原規範於第 L.122-45 條），最初的規定僅有九個歧視動機—族裔、性別、家庭狀況、族群、國族或種族身分、政治理念、工會活動、宗教。

⁷⁸ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

於招聘及提名程序或實習和訓練機會之外，懲處、解僱某員工，或予以2008年適用歐盟法禁止歧視規範之立法⁷⁹第1條所定義之直接或間接歧視，尤其是涉及勞動法第L3221-3條定義之薪資、分紅、股份分配、員工訓練、級別調整、職務分派、資格認定、分級、升等、工時分配、考評、調職、延長契約等事項。」⁸⁰換言之，禁止歧視之保障範圍包含從

⁷⁹ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁸⁰ « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte, au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », article L. 1132-1 du code du travail.



招聘直到聘僱契約終止之間的所有人事管理行為。雇主有所歧視可能導致某受僱者相較於其他處於同樣情形的受僱者受到較差對待，或某受僱者若未受到歧視，應可受到的較佳待遇或特定利益⁸¹。此外，勞動法亦規定「不得因受僱者正當行使罷工權而予以處罰、解僱或直接或間接歧視」⁸²，「不得因受僱者就 L1132-1 和 L1132-2 所規範之歧視行為作證或陳述而予以處罰、解僱或歧視」⁸³，「不得因受僱者擔任陪審員而予以處罰、解僱或直接或間接歧視」⁸⁴，「不得因受僱者因其性傾向而拒絕調任至處罰同性戀之國家，而予以處罰、解僱或直接或間接歧視」⁸⁵，「不得因某人就行使職務所知犯罪行為基於真實善意作證或陳述各該事實而對之採行本法第 L1121-2 條規範之行為」⁸⁶ ⁸⁷。與刑法歧視犯罪之規範不同的是，勞動法所列之歧視動機和歧視行為所涉及的事項僅為例

⁸¹ Commentaire de l'article L. 1132-1 du code du travail, Dalloz.

⁸² Article L1132-2 du code du travail. 正當行使罷工權於 1985 年列入勞動法禁止歧視之事由，並於 1992 年時自歧視事由的清單移出，成為獨立的違法解僱或懲處事由；有學者指出，解僱或懲處罷工之受僱者嚴格來說並非歧視，毋寧是限制受僱者行使憲法保障之基本權利。Serge Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », Revue des droits de l'homme, n°9, 2016. <https://journals.openedition.org/revdh/1791>

⁸³ Article L1132-3 du code du travail.

⁸⁴ Article L1132-3-1 du code du travail.

⁸⁵ Article L1132-3-2 du code du travail.

⁸⁶ 即排除於招聘程序或實習或受訓機會之外、懲處、解僱、予以直接或間接歧視，以及 loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 第 10-1 條第 2 項所列行為。

⁸⁷ Article L1132-3-3 du code du travail.

示規定⁸⁸。目前勞動法的禁止歧視規定羅列最多的歧視動機⁸⁹，由此可見就業和工作領域為打擊歧視的主要戰場⁹⁰。在立法者不斷增加禁止之歧視動機的過程中，雖未使該清單在數量上與刑法規定一致，惟可看出

⁸⁸ Commentaire de l'article L. 1132-1 du code du travail, Dalloz. Morgan Sweeney, « Les critères discriminatoires », Droit social, Dalloz, n°4, avril 2020, p.293.

⁸⁹ 有學者將歧視動機歸類為四大類型，並指出在勞動法歷次修法過程中，可發現立法者對於歧視受害人的理解從抽象的人逐漸擺盪至具體環境脈絡下的人(personne « située »)。四種歧視動機的類型為：屬於人的生物屬性(phénotype)或身分(l'état des personnes)之分類標準、源於基本權利之分類標準、源於公民責任的分類標準，以及情境標準。人的生物屬性指的是非出於選擇且個人難以改變的外顯特徵，如性別、族裔、種族等，這些歧視動機的規範部分源於憲法所禁止之分類，亦反映法國憲法自大革命以來抽象的公民概念，即不得考量個人的生理特徵；屬於人的身分之分類標準則如國籍、家庭狀況、姓氏、懷孕、居住地等，其中某些分類標準有助於簡化歧視的證明，如加入姓氏有助於打擊基於族裔的歧視。源於基本權利之分類標準如宗教信仰、政治理念、工會活動和罷工權之行使，就此禁止歧視原則旨在保障人民行使其基本權利。源於公民責任的分類標準則如擔任陪審員或民選公職，此二標準僅存在於勞動法中，未見於刑法或 2008 年之適用歐盟指令之反歧視立法；另一屬於公民責任的分類標準則是吹哨人的身分。情境標準與前述屬於生物屬性之分類標準相對立，例如居住地、經濟弱勢，前者由平等暨反歧視委員會依其觀察法國社會上存在基於居住地之刻板現象及歧視而建議立法者加入，後者則是須透過受害者的背景及環境始能判定。另外，健康狀況、身心障礙等亦屬情境式的分類標準，將具體環境脈絡下的人及其與就業環境的互動納入考量。Morgan Sweeney, « Les critères discriminatoires », Droit social, Dalloz, n°4, avril 2020, pp.294-297.

⁹⁰ Morgan Sweeney, « Les critères discriminatoires », Droit social, Dalloz, n°4, avril 2020, p.293. Frédérique Chopin, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », Droit Social, n°4, avril 2020, p.360.



立法者欲針對人本身、其信念及其行為、在其個人和職涯發展的環境脈絡中確保並強化刑事及民事保障的意圖⁹¹。

勞動法在區別對待為不可或缺且決定性的職業上條件(exigence professionnelle essentielle et déterminante)、追求合法目的，且合乎比例原則時，例外容許為之⁹²；並在特定條件下容許以年齡、健康狀況、身心障礙為分類標準的區別對待⁹³，以及給予身心障礙者、居住在特定區域者、經濟弱勢者優惠的區別對待⁹⁴。在間接歧視的情形，於特定分類或措施追求合法目的，且為適於實現該目的之必要手段時，始得為之⁹⁵。

在雇主歧視行為之法律效果方面，刑事上可能構成前述刑法第2525-2 之犯罪；而其針對受僱者所為違反勞動法禁止歧視章節規範的行為無效(nul)⁹⁶。為保障受僱者之救濟權利，若受僱者依禁止歧視章節規定提起爭訟或因為之提起之爭訟遭解僱，經證明欠缺真實理由(défaut de

⁹¹ Frédérique Chopin, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », Droit Social, n°4, avril 2020, p.361.

⁹² Article L1133-1 du code du travail.

⁹³ Articles L1133-2 & L1133-3 du code du travail.

⁹⁴ Articles L1133-4 - L1133-6 du code du travail.

⁹⁵ Article 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁹⁶ Article L1132-4 du code du travail.

在雇主歧視行為之制裁方面，在得以辨識系爭措施、而非企業隱性政策之情況下，依勞動法規定歧視行為無效。

惟某些類型之歧視如外貌歧視—肥胖、衣著、髮型、刺青等，實際上歧視行為之證明十分困難。Frédérique Chopin, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », Droit Social, n°4, avril 2020, p.365.

cause réelle et sérieuse)、且係雇主因上開爭訟所為之解僱行為亦屬無效，受僱者視為從未離職⁹⁷。因上開二情形（欠缺真實理由）遭解僱之受僱者若不欲回復其職務，或事實上不可能回復職務，法院得命雇主給予數額相當於六個月薪資以上之損害賠償，該賠償不影響法定或約定資遣費(indemnité de licenciement légale ou conventionnelle)以及無效期間到期薪資之給付⁹⁸。

另外，因雇主違反勞動法禁止歧視章節之規範而進行爭訟時，遭受歧視者—某職位、實習或培訓的申請者或受僱者不須證明被告之歧視意圖，惟應提出可據以推定有差別待遇或直接或間接歧視的事實，並由被告主張所提出之事證不足以證立歧視行為存在，或提出客觀事實證明其行為係以非關歧視之其他條件為基礎⁹⁹。全國性、各省區、各企業的工會組織對於涉及勞動法禁止歧視章節規範之事項得為上開司法程序上之所有行為。在依勞動法第 L1134-1 條為前述申請者或受僱者之利益為訴訟上行為之情形，工會組織不須獲委任，僅須將其司法行為書面通知前述申請者或受僱者，且 15 日內未收到其反對之表示¹⁰⁰。合法成立至少五年以上、以打擊歧視或維護身心障礙者權益為宗旨的組織(associations)對於涉及勞動法禁止歧視章節規範之事項亦得為司法程序上所有行為，惟依勞動法第 L1134-1 條為前述申請者或受僱者之利益為

⁹⁷ Article L1134-4 du code du travail.

⁹⁸ Article L1235-3-1 du code du travail.

⁹⁹ Article L1134-1 du code du travail ; loi n° 2011-1066 du 16 novembre 2001.

¹⁰⁰ Article L1134-2 du code du travail.



訴訟上行為之情形，該組織須取得歧視受害者書面同意¹⁰¹。在上開二種情形，遭受歧視之申請者或受僱者均得隨時介入相關司法程序。

2016 年以司法現代化為目的之立法¹⁰²擴大集體訴訟(action de groupe)之適用範圍，當數個自然人遭受同一行為人基於同一分類標準（動機）的直接或間接歧視，得提起歧視行為之集體民事或行政訴訟¹⁰³；該集體訴訟應由合法成立五年以上、以打擊歧視或維護身心障礙者權益為宗旨的團體，或合法成立五年以上、章程目的包含保護因系爭歧視行為而受損害之利益的團體為訴訟上行為¹⁰⁴。集體訴訟須於催告命停止行為或賠償損害經四個月後始得提起¹⁰⁵；若集體訴訟涉及請求停止違法行為，法院將於確認歧視行為存在後命停止該行為，若集體訴訟涉及請求損害賠償，法院就被告實體上之責任進行審理，並界定損害賠償之對象，限期命符合得受損害賠償之群體之條件，且欲藉該訴訟取得賠償者加入求償之群體¹⁰⁶。

¹⁰¹ Article L1134-3 du code du travail.

¹⁰² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. 對於該法生效前已終止之歧視行為則無適用集體訴訟之餘地。

¹⁰³ Articles 61 & 62 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. 集體訴訟除另有規定外，適用法國民事訴訟法第 826-2 條以下規定。

¹⁰⁴ Article 63 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016; article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

¹⁰⁵ Article 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

¹⁰⁶ Articles 65 & 66 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

在就業和職場歧視之情形，刑法與勞動法同時有適用之可能，若刑法與勞動法之禁止歧視規定於歧視動機之規範上略有出入，二者在尋求對個人賦予最大程度保障上具有一致性¹⁰⁷。在歧視行為之認定方面，刑法列舉有限的歧視犯罪行為，法院判決原則上予以嚴格解釋；而勞動法上禁止之歧視行為並非列舉限制，而僅是指示性之例示規定(« notamment en matière de... »)。另外，刑法上無法因疏忽(omission)而構成歧視犯罪，惟在勞動法上，雇主可能因欠缺預防措施而違反禁止歧視原則¹⁰⁸。在責任之認定方面，刑事程序上行為人基於自己責任始負刑責；惟在勞動法上，雇主可能須為受僱者之行為負民事責任，尤其是雇主有事實上或法律上監督權能時，或如針對精神上騷擾(harcèlement moral)雇主未盡安全義務(obligation de sécurité)之情形，就此打擊歧視與保障受僱者的健康之義務相結合¹⁰⁹。

法國民事程序上有取證之誠信原則要求(principe de la loyauté de la preuve)，除必要及合比例性之情況外，雇主不得使用違法取證方法或侵犯受僱者之隱私權以蒐集證據。相對的，在難以透過固有方法證明雇主之違法行為時，法國立法者傾向容許受僱者一方得以使用「不符誠信」的取證方式，即刑法中規範之「testing」；該取證方法並未為勞動法所採納。不過，在該影響下，勞動法判決見解之發展趨勢為承認在被錄音或

¹⁰⁷ Frédérique Chopin, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », Droit Social, n°4, avril 2020, pp.361-362.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid., p.362.



被錄影者不知情之情況下違法取得之錄音或錄影等證據¹¹⁰。在舉證責任分配方面，刑事程序中公訴方須證明歧視動機存在及其與不利措施之間的因果關係；相對的，在勞動法之民事程序上，被告須證明其決定係以無關歧視之客觀因素為基礎，不過原告仍須提出足以推定歧視之確切且一致的事實，故該舉證責任分配尚未違反武器平等原則¹¹¹。在歧視行為之認定上，法院可能行使調查權並依某些客觀因素進行比較性的調查 (*étude comparative*)，例如比較工會成員及其他受僱者之薪資和薪資指數 (*coefficient de salaire*)，以決定是否有基於受僱者工會行為所為之歧視。此一調查方式同為刑事程序和民事程序所採¹¹²。最後，法國立法者採取特定措施以降低職場歧視受害者尋求司法救濟之困難，例如容許工會組織和其他符合特定條件之組織加入原告方或公訴方；為平衡間接歧視案件之困難，並設置集體訴訟制度。惟於刑事程序，社會組織之介入被批評為侵害公訴之獨佔性¹¹³。

伍、疊床架屋的反歧視規範？

有學者指出，從 1972 年以來，反歧視規範和禁止之差別待遇分類標準均不斷增加；目前法國刑法、勞動法、公務員法均有禁止歧視規定，再加上適用歐盟指令的立法，有疊床架屋之嫌。同時，反歧視法的

¹¹⁰ Ibid., pp. 363-364.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid., p.365.

法源亦具多重性—國際法、歐盟法和內國法。再者，現行反歧視規範中禁止之歧視動機繁多，且不同法規中禁止之分類標準有所不同；此外，不同的法領域和反歧視規定各自有其規範體系，如適用範圍、例外容許之差別待遇等。學者批評法國的反歧視規範是數十年來的立法層層疊加的結果，欠缺確保其統一性的反思。這個反歧視規範日趨繁複的現象可能影響其可理解性和實效，並導致規範四散欠缺一致性¹¹⁴。

有學者認為，歧視可能有二種定義方式¹¹⁵，較廣義的歧視概念源於公法，歧視是未能予以正當化、故違反平等原則的區別對待，而最常見的正當化事由為「不同情況」或公共利益，這也是法國憲法法院和最高行政法院判決先例的觀點。較為限縮的歧視概念則著重對於特別弱勢者因其隸屬特定群體的身分所為之不利對待，該群體得由特定特徵予以界定，如性別、種族、身心障礙等，此一概念為法國刑法、勞動法、公務員法所採取之觀點。不過，學者指出，若仔細檢視上開法規，可發現諸多與上開原則不相容的情況，導致現行反歧視法難以理解。例如目前法國刑法之歧視犯罪置於侵害個人尊嚴(*atteintes à la dignité de la personne*)的章節，其所列出的歧視理由中，確實有屬於個人內在固有之特質者（如族裔、性別、外在特徵、身心障礙、年齡、遺傳特徵等），

¹¹⁴ Serge Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *Revue des droits de l'homme*, n°9, 2016.

¹¹⁵ Édouard Dubout, « Principe d'égalité et droit de la nondiscrimination », *JurisClasseur*, coll. « Libertés », fasc. 500, 2009, cité par Serge Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », *Revue des droits de l'homme*, n°9, 2016.



但其他分類標準可能屬於社會身分（如家庭狀況、姓氏、宗教信仰、居住地、性別認同）、狀態（健康狀況、懷孕）、意見（如政治理念和工會活動）或行為（如風俗習慣），另外尚有附加的分類標準，即遭受或拒絕性騷擾或霸凌、為各該行為作證，惟並非所有歧視動機均與個人尊嚴直接且確實相關¹¹⁶，而基於種族所為歧視與基於參與工會活動所為之差別待遇實難以等同視之¹¹⁷。

因而，面對上述問題，有建議應以相同且唯一的歧視定義為基礎—包含直接、間接歧視、歧視性的騷擾、命令或唆使歧視，建立統一的違法歧視動機清單，甚至是統一的法條文字。這個禁止歧視的共通規定得作為其他領域法規（如社會安全、租賃關係等）的參照標準。關於歧視動機的規範方式，除刑法之規範須做不同處理外，可參考歐洲人權公約第 14 條的用語「特別是...以及其他所有情形」（« notamment... ou toute autre situation »）採例示開放規定，以避免違法歧視動機的清單隨著不同時期關注的議題和人權團體倡議焦點而不斷膨脹。接著，再依不同法領域調整該清單，以合乎刑法上的特殊性（無罪推定原則、規範明確性原則），以及個別法規（勞動法和公務員法）和某些歧視動機的特殊性。惟這些特殊考量不須納入禁止歧視的一般規定中，而是置於個別法規當中，例外允許之合法區別對待（正當化事由）規定亦同，有關合法區別

¹¹⁶ Frédérique Chopin, « La lutte contre les discriminations au travail dans le code du travail et le code pénal : quelle cohérence ? », Droit Social, n°4, avril 2020, p.361.

¹¹⁷ Serge Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », Revue des droits de l'homme, n°9, 2016.

對待之規範並應考量歧視動機是否涉及個人身分及尊嚴。再者，亦須思考羅列每個違法歧視動機（禁止之分類標準）的正當性，因某些分類標準的規範實益不大或構成重複規定¹¹⁸。此外，並應納入多重歧視(discriminations multiples ou discriminations combinées)、交錯歧視(discriminations intersectionnelles)、系統性歧視(discriminations systémiques)等概念¹¹⁹，而非不斷增加羅列的禁止歧視理由¹²⁰，這些概念有助於更精確地辨識實際社會生活中的歧視行為，同時使打擊歧視更有效¹²¹。

¹¹⁸ 例如喪失自理能力可為健康狀況或身心障礙所涵蓋。

¹¹⁹ Philippe Martin, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? : Un point de vue français et comparatif », Revue internationale de droit comparé, Vol.63, n°3, 2011, pp.585-608.

¹²⁰ Serge Slama, « La disparité des régimes de lutte contre les discriminations : un frein à leur efficacité ? », Revue des droits de l'homme, n°9, 2016.

¹²¹ Morgan Sweeney, « Les critères discriminatoires », Droit social, Dalloz, n°4, avril 2020, p.297.



第三場 會議紀錄

法國刑法及勞動法之反歧視措施初探

時 間：2022 年 12 月 9 日（星期五）下午 2 時

地 點：財團法人張榮發基金會國際會議中心 B1

主持人：司法院黃昭元大法官

報告人：法國巴黎南泰爾大學公法學陳盈雪博士候選人

與談人：政治大學法學院吳秦雯副教授

政治大學政治系翁燕菁副教授

主持人黃昭元大法官：

今天下午這一場是關於法國的反歧視法還有平等法的報告跟討論，上午已經進行過美國法和德國法的討論，可能是國內法學界比較熟悉的領域跟議題，相對而言，國內法國的留學學者及相關研究沒有那麼多，所以我想今天下午這一場是很難得的。接下來的報告人是我左手邊的陳盈雪，她目前是法國南泰爾大學博士候選人，臺大法律系、法律研究所畢業後，接著到法國史特拉斯堡讀了碩士，再到南泰

爾大學攻讀博士，也是國內年輕一輩裡留學法國，在憲法或公法領域當中少數的幾位，很榮幸她是我碩士班的指導學生。

今天的與談人是在我右手邊的兩位，分別是吳秦雯教授，她目前是政治大學法學院的副教授，另一位是翁燕菁教授，是政治大學政治系的副教授，兩位也是國內，相對而言不是那麼多留學法國研究憲法、行政法、公法領域，而且在研究上有相當不錯成就的中生代代表性學者。先請盈雪做不超過 30 分鐘的口頭報告，再分別請吳秦雯和翁燕菁兩位教授，各自做不超過 15 分鐘的與談，希望最後有 30 分鐘時間開放給所有先進進行詢答。

報告人陳盈雪博士候選人：

黃老師、吳老師、翁老師，還有與會者大家好，我今天要報告的主題是「法國刑法及勞動法之反歧視措施初探」，我會先介紹法國的反歧視法制發展，刑法、勞動法上反歧視措施的實體法規範，還有違法的處理機制，接著介紹法國獨立的維權機關，最後稍微討論對我國的立法建議跟啟示等。

法國的反歧視立法大概可以追溯到二戰之後，在二戰期間的維琪政權之下，有種族歧視、性別歧視的規定，一直到戰後 1946 年憲法重申平等的規定，所有人不分種族、宗教，擁有相同權利，在 1958 年憲法也是重申此原則。但是在這個平等觀之下，是一個「法律之前，



人人平等」的形式上平等觀，法國憲法完全禁止以種族、宗教等等身分為基礎的差別待遇，但是這個平等的規定大概在 2、30 年間就被法國政府認為已經足夠處理社會上的歧視問題，當然法國政府也傾向否定社會上有歧視問題或打擊種族主義的必要，直到 1972 年法國才出現刑罰的規定，1982 年禁止歧視原則也被納入勞動法，1983 年禁止歧視的規定也適用於公務員。

在反歧視法制發展過程中，歐盟指令對法國發展有很重要的影響，尤其是 2000 年的兩個指令，一個是關於種族歧視的禁止，另一個是就業、工作領域的歧視禁止。在 2000 年的指令當中，歧視的概念包含直接、間接歧視，還有歧視性的騷擾、教唆歧視，同時也規範民事程序上的舉證責任分配，讓舉證責任移到被指控歧視的那一方，另外還要求成員國必須成立獨立的打擊歧視、促進平等的機構。在 2000 年指令影響之下，法國在 2001 年有一個打擊歧視的立法，包含直接、間接的歧視，勞動法上禁止歧視規範的適用範圍也擴大，但在 2001 年，法國立法者並不是很情願，所以當時並沒有完整的轉換適用歐盟法規。

但法國在 2004 年成立平等及反歧視委員會，直到 2007 年歐洲執委會要求法國和其他歐洲國家徹底適用歐盟法，所以到 2008 年法國有一個非常完整的打擊歧視的立法。2008 年的立法對歧視有非常完整的定義，包括直接、間接歧視的定義，還有歧視性的騷擾、唆使他人

歧視的行為。「歧視性的騷擾」是指出於歧視動機的行為或帶有性暗示的行為，且以損害尊嚴或製造恫嚇、敵意、貶抑、羞辱、冒犯之環境為目的，或產生損害尊嚴或製造該環境的效果，亦構成歧視。還有很重要的是爭訟時的舉證責任分配，認為自己遭受歧視的人只需要提出可以推定有歧視存在的事實，被告就必須證明他的行為是以其他客觀因素為基礎。所以一直到 2008 年，法國的反歧視法制才趨於完善，這些反歧視的措施散見在不同立法中，刑法、勞動法、公務員法規，還有 2008 年關於打擊歧視的立法。

法國法上反歧視措施的特色在於禁制性的措施，因為在刑法裡面有規定，所以被視為是一個相對於 crime（重罪）的輕罪。在刑法上，歧視是規範在侵害個人尊嚴的章節，法國刑法第 225-1 條就是最基礎的規範，列了 20 多個禁止歧視的動機。跟臺灣法比較有趣的對照是在種族的部分，因為基本上法國的通說認為種族並不存在，只是一個社會上建構的東西，在法國法上也有關於是不是要把種族從憲法和所有法規刪除的辯論，目前還留著，但會以「所謂種族」之用語呈現，就是質疑種族的概念。除了上一條所有禁止的歧視動機的清單外，還有一些附加的歧視動機（性騷擾、霸凌）。刑法上禁止的歧視行為，包含投影片上列的這幾項，比較常見的可能包含：如出租房子、僱用上的歧視、電影院或航空公司拒絕身心障礙者進入、拒絕登機等等。



刑法上違反禁止歧視規定的處罰，包括有期徒刑跟罰金。法國立法後到現在歧視犯罪的案件並不算多，我找到的數字是誹謗加上歧視的有罪判決，所以不太確定其中因為歧視而被定罪的判決有多少件。在適用刑法上反歧視的規定時，很大的困難，或是說在所有歧視案件上都有同樣的困難，在於要如何證明行為人的歧視動機，尤其在歧視的行為或是欠缺文字或任何口語等等外顯媒介時，會很難證明歧視的意圖。在勞動法上有舉證責任倒置的適用，但是刑法上沒有舉證責任倒置的適用，所以公訴方還是必須負舉證責任。

刑法上有一個有趣的制度是 **testing**，其定義是：以證明歧視行為的存在為目的，而做各種刑法上規範的禁止的歧視行為，像請求特定行為、服務、契約等等。其背景是 1980 年代末期，某些社會團體開始使用這個方式，揭穿一些特定領域的歧視行為，尤其像是我上面所列的舞廳經營者、房東出租房子的歧視、雇主僱用上的歧視。因當時背景是種族歧視，所以這些團體會派不同族裔的人請求進入舞廳、要求租房子或應徵職位，如果很明顯的，特定族裔的人無法取得服務或無法進入特定場域，就可以了解其實是有歧視的存在。

承認 **testing** 這種取證方式的背景是，法國法院的刑事庭立場傾向承認以違法或違反誠信原則手段取得的證據，只要這個證據可以在審判中經過兩造雙方辯論，以探詢事實為優先，就可以承認這個證據。最高法院在 2002 年判決正式承認 **testing** 的合法性，當時的個案是有

一個反種族歧視的團體，在舞廳的門口進行 testing，發現這些舞廳拒絕北非裔的顧客進入。當時在上訴法院，法院認為舉證方式違反誠信原則、侵害被告防禦權和正當法律程序，但最後最高法院認為，不應因取證程序違法而直接排除證據，應在辯論後再由法官享有完全自由，認定證據的證明力。最後立法者在 2006 年把 testing 正式納入刑法規定中，但在 2015 年的時候，有訴訟的當事人仍希望最高法院針對這個刑法規定聲請釋憲，但最後最高法院的立場仍認為，testing 規定沒有賦予檢察官教唆犯罪的權力，也沒有剝奪法官判斷證據證明力的權力，所以最終還是認為這個刑法規定沒有侵害被告的防禦權，也沒有違反正當法律程序。但是在實際適用上，testing 的結果不能當作有罪判決的唯一依據，法院仍要有其他證據支持其決定，即便 testing 的結果是否定，仍不可因此排除對被告的追訴，還是要考量其他的因素排除犯罪事實。Testing 除了是私人、社會團體常見的舉證狀況，檢察官也適用這個舉證方式，如同剛剛所說最高法院的見解，testing 取得的證據在審判中必須經過對質、辯論才能使用。

另外一個背景是，法國法院對於教唆取證和教唆犯罪的區分，教唆取證就是有一個明確的目的，要取得違法行為的證據，教唆犯罪是假設沒有這個教唆行為，在正常情況下犯罪應該不會發生，但是其實這個區分非常的細微，有時候並不是那麼容易區分。實務上針對 testing 結果的報告，通常必須說明選擇這個測試的對象並不是偶然的，而是



某一個機構或是某一個公司等等，其實已經屢次被舉報有歧視的行為，才接著進行 testing。目前實務上 testing 還沒有被非常頻繁地使用，判決也沒有很多，學者認為 testing 並沒有對刑法打擊歧視的規範產生重大的影響，但被當作一個簡化取證的工具。

接下來是勞動法上禁止歧視規範，基本規定在勞動法第 1132-1 條，也列了 20 多個禁止的歧視動機，目前勞動法上列出的禁止歧視動機是最多的，在刑法、公務員法、勞動法與 2008 年立法之間，勞動法規範為最長，在勞動法規範上的禁止歧視動機、禁止的行為都是例示規定。除了基本規範之外，勞動法也有附加的禁止歧視動機規範。如果違反勞動法上禁止歧視規範，雇主的行為是無效的，勞動法上有舉證責任倒置的適用，必須由被指控者證明他的決定跟歧視的動機無關，而是有其他的客觀因素在。

在勞動法上的違反禁止歧視規定的訴訟，工會組織和其他社會團體可能會介入相關司法程序。法國的勞動法也有集體訴訟的規定，在 2016 年納入勞動法當中，原本只適用在消保法的領域，2016 年開始適用到勞動法上，條件是這些起訴的人，遭受到同一個行為人基於同一個分類標準的直接或間接歧視。在提起集體訴訟之前會先要求雇主停止歧視的行為，還有協商等等的規定。在集體訴訟的時候，工會組織同樣被賦予重要的角色，因為在法國工會的組織非常地嚴密，工會

的力量很強大，所以工會在訴訟之前有比較強的協商能力，和受僱者之間的關係也比較親近。

在集體訴訟引進勞動法之前，法國勞動法上比較有名的案件是 *Affaire dite des 《Chibanis》 contre la SNCF*，Chibanis 在阿拉伯語是白髮的意思。當時有很多摩洛哥裔的員工，向法國國鐵提起歧視訴訟，員工是 1970 年代由法國國鐵在摩洛哥當地招募，但是他們長期以來身分類似契約工，始終沒有取得正式的鐵路職工地位，接下來各種福利薪資退休制度對他們非常不利，在 2000 年左右就和其他社會團體集結，開始採取法律行動，但在當時的法律架構下，這應該還是一個共同訴訟，而不是集體訴訟。近期比較有名的集體訴訟的案子是，2017 年的法國總工會曾經因為某些員工參與工會活動，而有薪資上的差別待遇，但比較可惜的是，法國法院在 2020 年判決的時候，認為案件的事實有些發生在 2016 年之前，所以以程序上的理由駁回。另外一件也是法國總工會提起的集體訴訟，這個案件涉及的是性別的薪資歧視。工會提起這一類案件的時候，必須以比較性的調查和報告，呈現女性受僱者如何在職涯發展上，遭受相對於男性員工的不利待遇，最後 2021 年時，巴黎上訴法院命被告銀行要給付銀行工會損害賠償。

接下來介紹法國的獨立的維權機關，剛剛有提到，2004 年法國因為歐盟指令的要求，當時已經成立平等及反歧視委員會，是一個獨立的公權力機關，任務包含進行調查、發表報告、協助歧視行為受害人



等。在 2011 年平等及反歧視委員會和其他的獨立機關，共同併入權利維護使，權利維護使的主要任務就是保障基本權利，其主要任務範圍有維護公共服務使用者權利、保障孩童權利、打擊歧視、提倡平等、確保國安人員有遵循職業倫理、保護吹哨人，在打擊歧視、維護平等上，只能算是任務之一。權利維護使在促進權利的面向上，會進行各種調查、發布報告，還要進行法律與權利的宣導，確保人民了解現在法律上有什麼樣的制度，權利受侵害時可以如何請求救濟。權利維護使也會受理各方面的申訴，包含來自於個人、社會團體、國會議員、權利維護使在各地的代表、律師的申訴，或是自行介入，向權利維護使提出請求不影響法律上的追訴期間。法國的權利維護使有一個調查權，可以請求被指控者提供書面陳述、傳喚被指控者聽取陳述，或者進行現場勘查，若涉及刑事程序，在調查之前權利維護使必須經法官或檢察官同意。經傳喚者，不能以職業上的秘密等理由拒絕陳述，如果拒絕權利維護使的傳喚或拒絕提供資訊，權利維護使可以命限期為之或是請求法官命被指控者為必要的行為。

另一個任務是協助有爭議的兩造達成和解，和解不成會做成建議，以書面的方式要求被指控歧視者在特定期限內解決問題，或是採取特定措施，如果被指控者後續沒有採取行動或回應不夠充分，權利維護使可以用命令的方式，命其實現建議內容，若最後被指控者仍不願意採取行動，會用公開報告的方式揭露歧視的行為。在刑事程序

上，在還沒有開始進行公訴之前，權利維護使可以提出交換條件，讓被指控者避免刑事的追訴，內容是繳交罰金、公開歧視的內容等等，交換條件必須經過行為人同意及檢察官批准。在訴訟當中，有可能是當事人請求或法官請求，或是權利維護使自己認為有介入有實益時，可以對案件表示意見，但權利維護使並不算是訴訟上的任何一造，所以他的意見比較像是法庭之友的角色。依據統計，權利維護使目前每年約就 50 件以上的案件表示意見，最高法院認為，權利維護使表示意見，並沒有違反正當法律程序或武器平等原則，像剛剛所提，法官仍需要依照審判中經過辯論的事證，審酌意見的證明力。

最後關於法國反歧視法制的檢討，在整個法制發展過程中，很明顯的趨勢是反歧視規範不斷增加，禁止差別待遇的分類標準也不斷增加，不同法規中禁止的分類標準有差異。從法國最初 1972 年的刑罰規定以來，一直到 2018 年之間，在刑罰上已經修法 12 次，勞動法修法 11 次，公務員法修法 5 次，2008 年的反歧視法已經修法 6 次，法國學界對於反歧視法制的最大批評是欠缺一致性，還有修法是局部性的、欠缺整體性的思考。所以目前法國法的反歧視立法散落在不同法規，在不同法規裡面對於歧視及禁止歧視有不同的規範方式、定義，還有例外允許的規定、禁止歧視的動機清單也不具有一致性，包含分類標準、數量上不具有一致性，一直到司法現代化的立法，才稍微統一這個分歧。



目前在不同法規之間有 23 個共同標準，所以法國的學界建議應該要做一個統一且唯一的歧視定義，並且要有一個統一的歧視清單，這個清單除了刑法的領域以外，應該是採取開放性的例示規定。如果規定一個單一的清單的話，有助於法律的明確性及可理解性，而且開放式的清單並不影響日後繼續增加歧視動機，也可能以司法機關承認其他的動機。在這部分，一方面可以避免禁止歧視的清單無止盡的延長，也可以避免沒有規範到的死角，因為清單是可以繼續增加的，這部分牽涉到立法者、司法機關的角色，一方面如果採取不斷增加禁止歧視動機的規範方式，是把反歧視措施交給立法者，另一個處理方式是由司法機關承認其他可能的動機，以既存的分類標準為基礎做廣泛的解釋，這時候就會把反歧視的任務交給司法者。

關於臺灣的反歧視立法，可能可以思考的是，除了打擊歧視之外，同時在歧視的預防上也是非常重要的，例如法國勞動法上的規範，包含像是匿名的履歷審查、負責招募的人資部門，必須有禁止歧視的訓練、培訓等。還有，我們需要的是獨立的關於平等保障、打擊歧視的機關，或是像法國目前的獨立維權機關，它的任務就不只限於打擊歧視。另外還有關於禁止的歧視動機要如何規範的問題，是要不斷延長、不斷增加，或是以盡可能完整的方式規範所有的禁止的分類標準，還是說有限的例示歧視標準，做一個開放式的規定，這也是值得思考的一個點，可能還要進一步地細分在清單裡面所有的歧視動

機，因為可能背後的立法目的會是不一樣的。還有在刑罰的層次，必須避免的問題是，在罰金的規範上要如何避免，例如說企業選擇歧視，認為付了罰金就可以解決問題，還有可能一個比較重要的問題，要反思當下臺灣社會的歧視問題，目前我們最需要關注的是哪些領域及受歧視的群體，我的報告到這裡結束，謝謝！

主持人黃昭元大法官：

謝謝盈雪的報告，從剛剛的報告我確實收穫很大，扼要地提出關於法國在處理歧視方面很多的特色，例如以刑法來處罰這些歧視的行為，可能在比較法上是一個相對比較少見的。第二個是大家可能也有注意到，法國從刑法到勞動法到各個法律所列的歧視事由非常廣泛，可能遠超過我國就業服務法第 5 條所列舉的歧視事由，這也是值得注意的特色。另外像是盈雪提到的，不管是舉證責任的倒置，乃至於 testing，看起來違反正當法律程序、誠信原則，這樣的釣魚式（我暫時這樣描述）一種舉證的方式，法院到底要怎麼看待？在集體訴訟的機制，應該也是法國法的一個特色。最後在處理反歧視的機關、機構的部分，比方說盈雪報告特別提到的權利維護使，聽起來是一個統一，不只是處理反歧視，這跟國內就業歧視評議機關，性平有自己的評議機關，相對而言，國內走比較分殊化的處理機制，其實也有不一樣的特色所在。接下來請兩位與談人做各不超過 15 分鐘的與談。



與談人吳秦雯副教授：

主持人黃大法官，在場各位先生女士、今天的報告人、另外一位與談人，很高興有這個機會與談，盈雪在這篇文章當中把法國在平等法的立法趨勢，做了一個滿完整的爬梳，我想我今天的與談功能，是希望能夠再增加一些巨觀的觀點比較。

今天研討會重要的目的，當然也是希望可以對我國有一些啟示，因為我事前有收到主辦單位關於綜合座談的題綱，我推測主辦單位想要了解幾個問題主題，所以就針對這些主題對我國做一些啟示。從早上的議題安排，到法國法，甚至到我國可能主要是因應國際審查委員，對於我國各種在平等工作上的努力提出的一些建議，所以可能要有一個單一集體式的反歧視法或平等法的立法方向，不論名稱叫做什麼，這樣的一個平等觀，是不是一個全球化的趨勢？這是我的第一個疑問。

國際審查委員給我們的建議，是否表示我國目前看起來分散式立法的平等權保護方式應該有調整的可能性？盈雪的報告提供我們從法國角度看待這個問題的看法，報告提到從 1789 年法國大革命人權宣言之後，他們認定的是普遍的平等原則，法律之前人人平等，所謂的人人就是沒有不同，這些人都是一樣的，在法律看來都是一視同仁的。可是事實上普遍性的平等可能反而忽略兩個重要的差異，一個是每個個體的差異，另外一個是個體聚合成的群組的差異。個體差異可

能是法律在個案中，或是判決可以處理的部分，但是個體聚合成的群體差異，往往必須透過法律來進行仲裁跟決定，像是現在可能最重要或討論最多的以性別作為分類標準就是一個趨勢。所以從法國法的脈絡上可以看到，法國法是抗拒了國際上平等觀非常長的一段時間，但終究不敵國際平等觀的概念，因此反而非常積極納入法國特色，針對歧視特徵、歧視領域，這些類型有他們自己法國法上的規範。所以剛剛盈雪的報告有提到兩大趨勢，一個針對刑法的部分、一個是針對勞動法，也有針對公務員法，還有一塊很重要，報告中沒有提出，但也值得我們關注，就是社會安全法典當中，其實也有針對反歧視的部分進行相關的規範。

在組織面，我的報告為什麼會寫，立法方向、主管機關、權利救濟途徑三個脈絡？第一，我們有沒有一定要單一式的平等法？法國法的立法方式。雖然剛剛聽起來刑法是一個重要主軸，但也別忘記在勞動法上也有很多的規定，公務員法也有很多分散的規定，再加上我剛剛補充的社會安全法典也有自己的規定，所以法國採取的是分散式立法的方式。剛剛大家聽到權利維護使看起來是單一主管機關，但報告也有提到，這個主管機關是類似獨立機關的形式，產生糾紛的時候也不是自己做判斷，比較像是法庭之友的身分。事實上在行政組織上，法國在今年新設一個部會，其實這個部會一直存在，只是一直在調整，在總理之下設了一個部，簡單翻譯成性別多元與機會平等部，另



外在跨部會的組織上，也有對抗種族歧視、猶太人以及仇恨 LGBT 的跨部會組織。所以除了權利維護使之外，在行政部門上，其實還有兩個很重要，一個是部，一個是類似跨部會聯席的功能性小組，針對特定歧視領域的相關組織，所以其實他們的主管機關，也不是我們想像中單一主管機關，權利維護使有它重要的功能，但不是唯一的機關。

權利救濟的部分，這部分可能是我們關注的，盈雪的報告有提到刑法上有一些特殊的規定，但這是因應刑法的規定，其他的在勞動法典、公務員法甚至社會安全法典領域，事實上還是會落入各自的權利救濟範圍，也就是回到行政法院、普通法院來進行相關的權利救濟，並不是單一的，只是中間會依據不同的法規範，像是勞動法當中，會有工作權益調查官介入，進行積極的調查。所以在平等法的國際觀來看，到底要設置什麼樣的立法、行政機關、救濟途徑，其實都有各國的想像。

回應在我國法上，我個人認為今天的主題有三個部分要考量，到底哪些應該納入我們想像中的平等法，應該要被認定的可能構成歧視的特徵，或者是稱為分類標準？剛剛在盈雪的報告裡面有完整地翻譯出來，在法國法上目前主要是透過刑法第 225-1 條，有 25 項標準，可能時間關係沒有辦法一一說明，我舉幾個可能大家想像中不會放在我國法，但在法國法有的，像居住地，為什麼會有人因為居住地被歧視？這在我國可能不可想像，但在法國卻是非常普遍的狀況，應徵工作，

看你從哪裡寄？你住哪裡？寫居住的地點，法國人就可以看出你可能是什麼族裔的人，你可能的經濟背景是什麼？可能因此不讓這個人進入面試，這是法國法很大的特色，而是我們無法一下子了解的，至於在自理能力喪失、身心障礙這部分，這跟身心障礙保護有關。另外風俗習慣，我可能要做個說明，它的範圍更大一點，其實跟行為模式、行為舉止有關，例如有人因為吸菸被歧視，也會被放在法國法討論，可能也是我們可以進一步思考的部分，我國是不是要採取這麼大範圍的特徵？我想這就是在我國法脈絡跟文化脈絡下進行思考。

另外關於領域部分，在法國法上領域有很多的類型，事實上會根據剛剛講的 25 類進行不同的規範，大致上目前法律上的類型，在職業上，因為我們的綜合座談題綱中有問到，哪些情境領域下會被認為有歧視問題，法國法會針對就職、升遷、職業上懲處、解聘，這些都可能考慮到剛剛講的 25 個因素之一進行評定。還有針對補助、社會救助，甚至使用私人的服務或財產，什麼叫做使用私人的服務或財產？包括買賣房子、租賃房子、辦理信用貸款，或從事娛樂活動都放在法令範圍中，當然大家熟悉的在公共服務上，關於學校、照護、戶政、社會服務這種公共服務的使用，也會是他們的領域範圍，甚至在一些公眾可以使用的設施也在他們的領域範圍。我覺得有趣的是，我在相關資料看到能不能進入夜店也在他們的考慮範圍，領域包山包



海，這是法國非常具有特色的規範。還有針對教育，能不能報名、註冊、評分標準如何，也在他們的考慮範圍，所以領域上幾乎無所不包。

最後，我快速講一下處理機制方面，剛剛盈雪報告中特別講到，刑事上他們會放寬 **testing** 方式。不過事實上，在刑事上要構成歧視會比較困難，因為要求受害者必須要證明加害者的主觀意圖，舉證責任在被害者，但若被害者提出的是民事或行政訴訟，就不需要證明加害者的歧視主觀意圖，只需要提出究竟遭受哪些歧視的要素，在民事或行政上就可以該當歧視。

至於權利維護使，究竟在權利救濟的途徑當中扮演什麼功能？目前比較是輔助者的角度，如果受害者不知道如何使用刑事、民事、行政訴訟，可以打簡碼 3928，就會連接到權利維護使，由權利維護使的相關服務機構幫助他，告訴他怎麼提出相關救濟。如果想要直接提出申訴，可以透過 **email**、寫信，當然到現場也沒問題。這次提問有特別提到，國家人權委員會可能可以做什麼，我想國家人權委員會也許可以提供類似這樣簡單、親民、容易接近的權利行使方式。另外在救濟方面，特別提到在訴訟過程中可以請求由對抗歧視的社團幫助受害者，在訴訟上保護他們的權利。我想這是針對法國法的部分補充，這樣大家對於法國法的脈絡，跟他們幾乎無所不包的特徵、領域可以有初步理解。

對於我國可能的啟示，我個人的意見是，我們未必要跟隨某一個國家的立法方式，因為每個國家會有現在的立法，其實都有各自的文化及歷史的脈絡，我們應該要從自己國家當中尋找最符合我國的歷史文化脈絡，來制定相關的法規以及對應的權利保護模式。

主持人黃昭元大法官：

謝謝吳秦雯教授精采與談，現在請翁燕菁教授與談。

與談人翁燕菁副教授：

謝謝主持人、盈雪、吳秦雯老師、在場各位貴賓，今天盈雪這篇論文，不僅她自己是公法人，我們兩位與談人也都是公法人，但我們要面對刑法跟勞動法，其實一開始我們也必須要做功課，因為法國刑法畢竟是在臺灣熟悉的體系中算是滿特例的。這邊順便解釋，之前行政院也問說為什麼行政罰領域的事務會擺在刑罰？因為他們行政罰滿晚近才發展的，近 20 年從稅的領域跑出來，以前只有在稅裡面，現在因為歐盟法的影響慢慢跑出來，但其實他們以前國家認為你做錯的事情就算罪，當然有輕罪、重罪的差異，像歧視法的罪，幾乎都是五級，是比較輕的罪，他們還是保留自己的特色。

但近年法國法，尤其在人權領域強調交互規範性，所謂交互規範性是指已經沒有純種的法國法，秦雯老師也提醒大家，我們覺得法國很厲害，堅持這麼久，平等觀就是人都沒有差別，大家就性別盲、種



族盲、各種盲，在國際法的影響下，尤其在歐盟法、甚至歐洲人權公約的影響下，慢慢地去轉向。但反過來有沒有影響這些法？有，歐盟法慢慢也是要看法國，像最近的企業與人權方面的立法，法國反而變成歐盟法要去觀察的範例，所以其實交錯規範性之下，很純的法國法其實也沒有了。就算立法的方式不太一樣，但其實很多是在解決歐盟法的義務，以及為什麼這裡規定一個、那裡規定一個，社會安全領域、勞動法領域，甚至每隔一段時間就追加分類標準，其實很多是歐洲人權法院判決先例，像社會安全法典，就是大概 2000 年到 2001 年間的判決，因為法國敗訴就必須要修正，所以就會產生每一個時期留下來的印記，這個時期解決這個問題。

其實法國有自己跟踉的地方，先一筆一筆做，最後再整合，同樣的事情也發生在權利維護使，權利維護使是後來整合專門管歧視的機關、兒童權利的機關、身心障礙者權利的機關，雖然整合到護權使底下，但這之下還是有兒童護權使、身心障礙者護權使獨立作業，沒有完全整合進去，還有酷刑防制也沒有整合進去。他也是一步一步修正，一開始很多機關都在管人權與歧視，最後透過 2008 年修憲整合，但還是會有保留一定的特殊性。像兒童權利跟身心障礙者權利為什麼要特別獨立出來？因為他有他的特色，希望還是保留獨立作業，護權使則處理其他的案件。

還有一個從中衍生出來，值得對照的，法國的國家人權諮詢委員會，這是最古老的，裡面成員非常多，來自民間社會代表、政府代表、資方代表、環境權的代表等各種的代表；另外一個是護權使，底下有很多人，護權使比較新，國家人權諮詢委員會比較舊，兩者並存。我們臺灣可能想說是否可整併到國家人權委員會，會產生一個有趣的問題，要選擇一個類似像這種比較合議的平臺，可以發現問題、討論問題、做成獨立的報告、建議立法，還是要一個處理個案、調解的機關？

護權使的制度任務其實很簡單，我去法國訪問護權使代表時，其實最大宗的工作還是在調解，很軟性的調解，調解滿受歡迎的，因為有時候打個電話就解決了，有時候是親自訪問，他們也採取一定程度的對審，兩造的意見會反反覆覆地問，問到覺得可以做成建議，再建議他們作為。但也會反應一個問題，法國的刑法、勞動法，為什麼分類標準要一直追加？為什麼要定到這麼細？不就是不利的差別待遇、欠缺合理的事由，就可以懷疑是歧視嗎？這就反應出法國法院，我自己也當面問過法國社會庭的法官，他們非常的實證法，覺得刑法是要判刑的，如果法律沒有辦法明文寫出來，就沒辦法接受、沒辦法判；護權使這邊的立場不一樣，他覺得有這麼多公約施行，都是國家的義務，裡面每一個歧視的認定，譬如說身心障礙者權利公約規定拒絕合理調整就是歧視，法國已經是該公約的締約國，難道要等歐盟法確認才做？



像這樣的掙扎，其實法國的機構也不斷在對話，看起來好像一團混亂，法官講一套、護權使講一套，國家人權委員會可能有另外的見解，但這造就了法國的立法動態，他們在裡面不斷的吵，到時候歐盟法院或歐洲人權法院也會進來。歐洲人權法院有時候在判決直接引國家人權諮詢委員會報告，你們自己不採用，其實他說得對，機構多會產生見解不一致，護權使明明認定歧視成立，為何法官不認為？但是他最後可能會朝一個方向去前進，等於說在這些機構裡面的爭議，甚至護權使自己的人也承認，有時候兒童護權使的認定，可能跟護權使有一點不一樣，產生這樣的問題，可是因為這樣的差異反而他們會去溝通。

我們看到這裡面長長的一串，其實背後很多都是他們的社會爭議，以及他們在歐盟法或歐洲人權法上遇到的問題，去追加是為了讓法官覺得既然是刑罪，一定要師出有名，要有可以引用的東西，不然不能判刑。這一點不知道在我國司法實務上有沒有到這樣的地步？我想應該還不至於，但與談人或報告人都已點出追加的缺點，如不寫，出了新的狀況，社會不斷變遷，未來我們對企業課責的人權保障義務越來越重時，怎麼跟企業說這是你防範的？企業說沒有任何規定、指引，我不知道這要防範。像是法國有吹哨人特別保障，甚至跟吹哨人有關的都不能歧視，這變成一個分類標準，因為要配合 2016 年重要的反貪腐法的吹哨人保障機制，隨著這些立法不斷修正。

舉一些我們會很驚訝的，如授信銀行所在地，因為法國有海外屬地，他在法國本土工作，但銀行在海外屬地，會有因為歧視而不任用他的情況。我們臺灣自己的問題，可能要做一个滿詳細的盤點，我知道工程很浩大，但可以藉助民間團體一起盤點，臺灣常見的歧視類型與場域發生在什麼地方。法國 25 個分類標準的清單，也是歷年的血淚換來的，包括所謂的受性騷擾受害者，或相關的在企業霸凌的情況都要盤點進去，所以其實交叉規範性，我們不是只有去看外國法例，而是看臺灣需要什麼，再從池子撈我們覺得有用的，包括國家人權委員會要扮演什麼角色。

另一個值得一提的是，臺灣族群式、族群型的群體，是普遍歧視的對象。比方說移工是一個典型少數群體的例子，還有原住民族族群、新住民族群，在這個情況之下，值得參考法國同樣刑法章節下在歧視後接著的社會刑法，所謂的誹謗，對人的傷害，就是尊嚴的傷害部分，結合歐洲人權公約最基本的兩個大禁忌，禁止非人道侮辱待遇、禁止奴役跟強迫勞動，加上人口販運及職場霸凌，你會覺得很驚訝，怎麼會擺在一起？但這對他們是社會刑法，經濟社會生活中會受到的這些歧視。其實就像歐洲人權公約，不是只有用第 14 條強調不利之差別待遇構成歧視，而是要搭配第 3 條、第 4 條禁止奴役與禁止酷刑的條款，強調歧視構成對人性尊嚴的踐踏，歧視會構成在經濟社



會裡面是次等的，因為歐洲人權公約沒有平等權條款，就用這兩條去搭配第 14 條，強調社會生活當中受到的霸凌跟侮辱待遇。

所以在法國有這樣的刑法章節，可以連結到在歐洲人權法院幾個判決先例當中建構這樣的體系，這個對群體的，包括剛剛講的預防，刑法不是為了要罰，是要恫嚇他們。因為現在臺灣一直在講人口販運，但人口販運主管機關是移民署，管的是邊界管制，邊界管制是境外犯罪跟境內犯罪互通的問題，不是真的人權專業，我們設主管機關的時候，會不會有這樣的問題？如果只有一個部會管這件事，比方說內政部管歧視，其他部會不管，這會很危險，所以社會刑法給我們啟示是，如果希望預防，我們可能要預設一個群體，從假想敵當中建立一個比較大的恫嚇壓力，對這些族群構成比較強的預防機制，其他個案我們再尋求反歧視法的救濟。我的與談到這邊，謝謝。

主持人黃昭元大法官：

謝謝兩位與談人的與談，開放給在場的來賓提出問題，麻煩提出問題的時候扼要說明問題，或是可以表達你的意見，假如是問題請說明是不是要指名，比方說由盈雪或兩位與談人回答您的問題。

問題一：

大法官您好，我們知道法國是人權的發源國家，我想請問報告人，法國在保護宗教人權在職場上的特殊性有什麼著墨？我知道在法

國和美國曾經因為神父，還有美國的原住民基於巫術的信仰，可能需要進行打獵，在美國的地方法院跟聯邦法院的判法不一樣。同樣的道理，我們看過法國關於婚姻的人權調整，部分的宗教信仰者，或者說傳教士，本於宗教的認知也提出了反駁，那麼法國整個社會或法學界是怎麼看待這樣一個人權上的跟宗教人權的衝突？

問題二：

謝謝報告人還有與談人非常精采的分享，各位其實都提到，法國法的特點就是分類的種類相當多，扣連到臺灣，大家也在問我們自己的社會脈絡中，什麼是最常被歧視的一些特徵？不過這個問題如果是在立法技術的層次上，譬如我國憲法第7條講無分男女，不過顯然釋字第748號解釋已經明白地說這是例示，無論性傾向或身心障礙，即便第7條沒有明白講出來，這條就不是列舉的條文，或是像公政公約第2條談到歧視時，也是先舉一些例示，再加上一個概括的「或其他身分」。所以更精確地掌握我們的社會實況，了解歧視的運作機制，也許不同的因素有不同的審查密度等等，或是不同的處理救濟的方式，分殊化的處理或許有可能。不過我在想窮盡列舉是否有其必要，恐怕也不符合我國目前行政與司法實務上的做法，也就是有可能壓縮了所謂司法形成的空間、促進社會改進的空間。



問題三：

關於剛剛有教授說，我們應該先盤點自己的問題，然後在自己的文化歷史脈絡中再看看未來我們立法的想像，我個人是同意，但我覺得我們國家可能這部分是缺乏的。第二，如果要做一個單一的法，預期成效跟預期平衡怎麼處理？因為國外有各種的情況，法國或德國紛爭的案例比較少，是不是由於他們的現況，所以會造成某一些紛爭比較少的情形？第三個是關於性別認同，到底我們國家準備好了沒？幾個性別的認同？在 2014 年 FB 好像有 20 幾個，現在已經有 56 個，可能會繼續增加，我們國家到底要定多少個認同的性別，而給予真正的尊重？我們國家已經準備好了嗎？到底是幾個？

問題四：

謝謝報告人、與談人給我們的幫助，因為對法國法不是很清楚，但今天有機會請教。剛剛提到在構成要件或法律規範上採取開放式的方法，他們內部關於平等法有沒有規範的自我拘束的內在界線？意思是，我們一直在談外延，不斷發展的社會脈絡或什麼情況下蔓延出來，有一些具體狀態，在法制上做出規範、增加規範，我想問有無一個內在自我的界線，歧視性規範有沒有一個邊界？我沒有在這一場聽到基本權或權利衝突的問題，比方說言論自由、信仰、宗教自由，甚

至在民事上的契約自由，我想知道在規範上有沒有規範密度的差異？或是在面對衝突，法國法是怎麼處理的？

報告人陳盈雪博士候選人：

基於宗教信仰所為的歧視，我在看文獻的時候，其中一個案例是市長在議會上請求一位配戴十字架的議員離席，這是一個基於宗教行為歧視的案例。法國比較特殊的是政教分離原則，就是世俗主義，國家跟宗教是完全區分開的，所以例如在公立學校，學生是不可以配戴外顯、明顯的宗教配飾的，這個算是法國在維護宗教平等的方式之一。

關於禁止歧視的事由部分，目前我看到比較多的文獻，對於無止盡列舉歧視事由是採取質疑的態度，比較多數的見解認為，做一個統一的歧視事由的清單，但該清單是開放性的，除了刑法以外，之後再由立法者繼續增加，或者交由司法者在具體案件上，對於既存的分類標準做比較寬鬆的解釋，或以其他方式保障。如果是一一列舉的話，它的好處會是很明確地指出這些分類標準，宣示功能比較強的，明顯告訴社會大眾這些是我們社會價值不能允許的，但最後也可能影響法律實際上適用上的效力、實效。

主持人黃昭元大法官：

還有一些問題是盈雪剛剛還沒有完全回應的，燕菁還有秦雯，你們是不是可以幫忙先回應？



與談人翁燕菁副教授：

關於宗教自由，我不建議我們跟法國比，因為法國歷史脈絡的關係，國家跟教會間，尤其天主教會，楚河漢界一直在掙扎。對所謂勸人改宗這件事，我今天才舉例給同學聽，臺灣沒有這個忌諱，但在法國非常敏感，所以我們跟法國如果要做比較，會有基礎不對的問題。但同樣的，他是把所有宗教團體都當民間團體，他們是平等的，這點倒沒有問題。至於例示，我自己也不是很支持，不過法國法官是說，因為是刑罰的關係要定清楚，這是他們要掙扎的，我猜我們臺灣不需要這個，但有一些定義真的要很小心，比方說他的種族定得很清楚，是看得出來，有可能他身上某一些線索跟種族有關，所以他們的判決先例顯示，你不是那個種族的，可是當初那個歧視你的人，他認定你是那個種族的，這樣也算歧視，不要把它卡死說，你一定是那個種族才會遭到歧視，而是你看起來像、你看起來有那個模樣，當初歧視你的人也是這樣認定，就成立歧視。

這些我們真的要比較留意，至於盤點自己的問題，我覺得我們需要借助社會學的幫助，做比較完整的方法上嚴謹的統計，建立一個我們的歧視地圖，再去尋找我們可以做的解決方案，不是現在開始吵要單一法律或分開的法律。至於法國法，權利衝突當然有，如果有種族歧視意味言論的表現，會不會構成或是該當他們刑法上對人性尊嚴的

侵害，當然就是要看個案，他們還是會去衡量，這種權利衝突在法國法下不是問題。

與談人吳秦雯副教授：

感謝與會先生女士提出的問題，宗教部分剛剛已經解釋過了。關於公約的例示性，我國有無必要窮盡列舉，法國目前的 25 個指標分類標準是因為在刑法，我們都知道刑法的謙抑性和構成要件的明確性，在法律上的要求是高的，所以這個是他們一個比較特殊的地方。但其實在解釋上也不是完全沒空間，若大家有機會看法國的原文，事實上在刑法裡規定是以什麼為基礎，也就是說以種族為基礎、以什麼為基礎，這在解釋構成要件上仍有其含糊性，我不覺得法國已經窮盡列舉，但盈雪也有補充目前這樣的分散規定，在法國法也受到一些討論。至於我國法上的，譬如說性別類型到底要承認多少？這不是法律可解決的問題，因為法律事實上是針對大家已經形成共識的，把它落入法律，而不是一個完全指導性的立法，當然指導性立法也是一個立法學上的選擇，但可能要有更多的討論。

關於歧視有沒有自我拘束的內在界線，所有跟歧視有關當然就是回歸到人，也就是說，法國法在不不論是歧視或平等原則的討論，只要涉及人，仍回到燕菁說的人性尊嚴的考量。有沒有高低價值的判斷？可能因為我國現在在憲法的操作上非常熟悉，有所謂的高低價值基本



權利，權利衝突如何評斷，我個人初步觀察，我覺得法國法上有他自己的判斷標準，但跟我們熟悉的方式不大一樣，所以無法短時間跟大家說明。

我還是回歸到平等這個認知或類型，我覺得各國有自己的特色，就像剛剛有舉例，在法國，住在哪裡為什麼變成歧視的重要分類標準，可能是我國無法想像的，這也是為什麼我說各國有自己的文化脈絡。至於我國究竟要有哪些類型，是不是比較缺乏文化社會上的盤點，這可能是我們要繼續努力的部分。

主持人黃昭元大法官：

謝謝兩位與談人以及盈雪的回應，線上有一個問題請教盈雪。歧視屬於人權保障的範疇，行政機關之行政處分若構成歧視，在今天的報告中，在法國關於宗教信仰的歧視如何認定，這題跟剛剛有點重複。下一題是，法國、歐洲國家針對國家機關或公務員的歧視、犯罪行為，究責有無追溯或懲處時效的限制？

報告人陳盈雪博士候選人：

線上有 1、2 位夥伴問到關於政府機關的歧視行為，刑法上其實是有規範的，剛剛有提到刑法上禁止的歧視行為裡面，包含基於某些歧視的事由而拒絕提供利益或服務，例如政府機關基於國籍拒絕某種社會補助，如出生補助等等。在刑法上，針對行使公權力者的處罰也

是比較重的，有期徒刑和罰金的部分，對於私人歧視行為處罰最高 3 年有期徒刑和 4 萬 5 千歐元的罰金；對於行使公權力者或從事公共服務者，在行使職權上、行使職務上的歧視行為，最高是 5 年有期徒刑和 7 萬 5 千歐元的罰金，是在刑責上做區分。追訴權的部分，可能要再回歸刑法上的規定，但我目前手邊沒有法條，所以沒辦法回答。

主持人黃昭元大法官：

還有一個線上的問題，是要請教翁燕菁老師的。如何強化預防歧視的守門員，如何預防行政機關因為缺乏人權意識的歧視行為，以及如何強化司法，使法院、法官成為反歧視的人權守門員？

與談人翁燕菁副教授：

我記得在法國訪問行政法院時，法官很驕傲地說我們現在案件很多，已經是人權守門員，我第一個反應是覺得你們案件多不覺得很累嗎？我們是人權守門員，也要付出很大的代價，法官人力如何調配才不會讓他們需要換肝三次。現在公部門也不容易，我們的行政機關負擔真的很大，還要去受訓、受新的觀念的教導，所以有時候我會比較傾向稍微有耐心但保持對話的機會，講對話很溫文，其實就是要吵架，有這種場合大家來吵架。我們這邊都很客氣都不會吵架，但是文明有文明的吵法，像在憲法法庭去言詞辯論、交鋒，是用非常有力的法律論證交鋒，跟政府機關對話時我們也盡量了解各機關的困難處，



可以提供稍微有一點建設性、可以逐步改進的。所以不斷的去爭吵，我倒是覺得至少是我們目前可以做的，至於比較宏大的怎麼去改善？我想我們要從長計議。

主持人黃昭元大法官：

這一場很高興聽到盈雪報告法國關於歧視的實體規範，一直到救濟的機關，剛剛在報告還有問答中有很多的問題，例如法國歧視事由的增加，像刑法總共有 25 種事由，我國就業服務法第 5 條規定的歧視事由也有 18 種，從民國 81 年的 12 種，歷經修法到今天的 18 種，所以我覺得我們跟法國也有類似立法上逐步的演進。剛剛與會者也特別提到「例示」跟「列舉」的問題，也許也要注意，因為像我們今天討論的刑法、就業服務法，都是對人民的處罰，會有罪刑法定主義、處罰法定主義的問題，所以在這些法律中的歧視事由，可能就不能是一個開放性的，不然人民無法預見什麼行為會被處罰。但是像憲法是規範對國家公權力，對於政府機關、對於立法的歧視事由，像是憲法第 7 條例示有解釋空間，可能也是要列進去考量的範圍。當然比方說將來民事責任上，究竟要不要受限於列舉或採取一樣的例示，這恐怕是一個很大的問題，也是我想主辦機關舉行今天這個會議要納入的考量。一般法跟個別法，這兩者我覺得不會是互相衝突的，像是美國民權法是一般性法，可是另外關於身心障礙跟 housing，還是有它的特別

主管機關，我想在立法體例上，不管是法國跟其他國家都有面臨類似的地方。很高興這一場可以讓我們聽到通常在國內接觸不是那麼多的關於法國法的規定。

綜合座談

我國平等法的立法展望

主持人：羅秉成

行政院政務委員

與談人：高涌誠

國家人權委員會委員

與談人：郭銘禮

臺北高等行政法院法官

與談人：黃嵩立

人權公約施行監督聯盟召集人

與談人：陳俊翰

律師/美國密西根大學法學博士

與談人：廖元豪

政治大學法學院副教授

與談人：蔡志偉 Awi Mona

東華大學法律學系副教授



本場簡報 QR Code



綜合座談 會議紀錄

我國平等法的立法展望

時 間：2022 年 12 月 9 日（星期五）下午 3 時 50 分

地 點：財團法人張榮發基金會國際會議中心 B1

主持人：行政院羅秉成政務委員

與談人：國家人權委員會高涌誠委員

臺北高等行政法院郭銘禮法官

人權公約施行監督聯盟黃嵩立召集人

陳俊翰律師/博士

政治大學法學院廖元豪副教授

東華大學法律學系蔡志偉 Awi Mona 副教授

主持人羅秉成政務委員：

今天學術研討會進入第四場綜合座談「我國平等法的立法展望」，與談人有國家人權委員會高涌誠委員、臺北高等行政法院郭銘禮法官、人權公約施行監督聯盟召集人黃嵩立教授、陳俊翰律師/博士、政治大學法學院廖元豪副教授、東華大學法律學系蔡志偉 Awi

Mona 副教授，請與談人開始就這個議題給個意見，次序上的建議是有準備投影簡報者優先，時間分配 1 人 8 分鐘。

與談人郭銘禮法官：

謝謝主持人羅政委，各位女士先生大家好，很榮幸可以來此參加座談，也讓我反省了自己之不足，從事前準備到今天聽了一天的座談，覺得收穫非常多，希望藉此機會從各位身上學習到更多。

我先以平等法定位開始談起，我在想有無可能把國內現有憲法、人權公約有關平等不歧視之規定彙整在一起，等於將現在國內既有人權公約的規定、憲法平等原則放在一起，這就是我們本來既有的現存規範，是沒有問題的，這是第一個部分：定位。

其次，現在也有類似的環境基本法、原住民族基本法、教育基本法，我不知道平等法算不算是一種基本法，如果是或不是，平等法與現有或既存的法律適用關係可能是什麼？比方今天討論很多就業服務法歧視因素，包括五官、星座等，平等法需要繼續規範嗎？列入或不列入規範有什麼利或不利的影響？

接下來，有關歧視的類型、種類、態樣，我個人希望平等法有一個定義，關於形式歧視、直接歧視、間接歧視、多重歧視、交織歧視、連帶歧視、系統性歧視，以及合理調整或是身心障礙者權利公約特別講的融合式平等，以及舉證責任的分配，這也是訴訟上一



翻兩瞪眼，誰負責舉證就大概比較不容易勝訴，這是很重要的。另外，允許差別待遇的例外是什麼？這是最會引起爭執的地方，訴訟上大概都在講這個，我希望平等法能把這些都定義。即便我們定義很抽象，但我希望立法理由可以說明，比方說幾個國際人權公約都舉例過，什麼情況聯合國條約機構認定這是歧視，它也許是連帶歧視或交織歧視的狀態，立法理由適合說明聯合國有哪些案例是這樣闡釋。因為法官判案時，真的會去看立法理由是怎麼講這個法條的意義是什麼，兩造律師也會主張立法理由是如何說明，立法理由可能因此看起來會比較長，但我覺得那是必要的。

我也希望平等法可以把平等作為一個權利或原則，把它定性清楚，平等是權利之間，平等和不歧視是一個基礎，相連的也有實體權利，相連的權利之間不可分割、相互關聯、相互依存，平等、不歧視其實具有立即落實的功能在。實務見解對人權公約的理解侷限於這不能當請求權，因為規範要件不清楚，我覺得這個理解恐怕是對人權公約的一種誤解，我不傾向這麼想，而且我也覺得同一個權利可能在不同公約，或是同一個公約不同條文會有不同內涵，這都是有可能的。

有關平等法的效果，我會希望它的效果很多，特別指出以下兩點：

第一，我期待憲法法庭引用人權公約的模式再多一點，我整理了憲法解釋或裁判引用到人權公約的文號，最近一次是 111 年憲判字第 18 號判決，有關刑法沒收制度是否違憲之憲法裁判，它有引用到聯合國反貪腐公約等等，我發現大法官越來越不講人權公約，乾脆平等法講清楚，就把平等法當作國內法。透過平等法的立法理由講人權公約，這樣引出來會不會比較好？此外，聯合國條約機構對於個人申訴之決定具有個案教學作用，今年我在審理一個身心障礙公務員合理調整的案例時，我在判決中就談了 2 個聯合國身心障礙者權利公約委員會的申訴案例，其中一個是我主動找的，另一個是律師找的。這有助於國內實務對於人權保護的進展，希望能有機關可以來做這件事，但我不知道會是誰。

接下來我們看禁止歧視的特徵，消除對婦女一切形式歧視公約第 35 號一般性意見共有 30 個禁止歧視的特徵、身心障礙者權利公約一般性意見列出 19 個、消除一切形式種族歧視國際公約有 12 個、經濟社會文化權利國際公約有 17 個，在此我特別注意到最下面有一個居住地點，跟剛剛講的法國法也許有類似關係。

監察法修正案有提到的分類類型是種族、膚色、性別、語言、宗教、民族本源或社會階級、出生、身心障礙、年齡，它特別去除



「政見和其他主張」，我不是很清楚原因，另有增加「身分」以及「情節重大」之要件，這樣的案子是希望由國家人權委員會處理的案子。

8 年多前我曾跟總統府人權諮詢委員會黃默委員去加拿大訪問，加拿大有制定加拿大人權法，加拿大人權法規定歧視定義、禁止歧視的行為，有成立加拿大國家人權委員會，亦有加拿大人權審判庭。因與談時間已超過太多，我的結論是，我們可以在平等法裡面期待它做到一些，可以讓訴訟上或是主張權利的人有更好的做法，謝謝！

主持人羅政務委員秉成：

似乎有工作人員舉牌提醒，我聽到沒有時間感，一直想聽下去，第二輪如有機會再請郭法官補充。郭法官引言開了一條好路，把幾個定義、功能還有應該有的立法模式，禁止歧視的特徵等等做了很好的整理。

郭法官簡報中有特別提到兩點，剛才口頭沒講到，就是大法官太少引用人權公約，「憲法法庭請加油，籲請民間成立影子憲法法庭」，這是不錯的建議，請民間團體參考。另有建議政府出版聯合國條約機構之申訴決定，具有個案教學作用，這也是很好的建議，請人權處規劃各公約主管部會開始蒐集資料編輯。接著請黃嵩立召集人發言。

與談人黃嵩立召集人：

各位好！非常高興有機會來跟大家分享，我以英國為例，本來英國反歧視條款是分別規定在好幾部法律，後來經過一番努力才整合成一部平等法(Equality Act)。一部好的平等法應該具有以下特性：第一是可以禁止基於各種歧視的理由(comprehensive)；第二是法律標準要清晰一致可理解；第三是包含生活各個面向；第四是能鼓勵各個公私部門的自我管理，包含機關、私人機構；第五是必須可以有效執行。這是我們在想一部平等法的時候，應該要具備的特性。

有關於歧視的定義，我覺得涵蓋的範圍非常廣，對我來講相對容易判斷的是，我們在公約講的歧視待遇，也就是基於直接或間接行為導致公約權利受減損的歧視，我覺得是相對容易定義的，但下面幾種包括微歧視(microaggression)，或是騷擾、羞辱、霸凌、仇恨言論、仇恨犯罪，這些廣義來講都屬於歧視範疇。

我特別要說的是，羞辱、霸凌、仇恨言論，在公約上已經屬於禁止酷刑及其他殘忍不人道或有辱人格的待遇。仇恨言論以及一些霸凌已經構成了有辱人格的待遇，而仇恨犯罪當然已經是殘忍不人道的待遇。仇恨言論、仇恨犯罪有可能會是需要由刑法來界定，所以反歧視法跟刑法當中可能會有一些交錯的地方需要釐清。

歐洲理事會發布的一個 General Policy Recommendation，它講的是說，每個國家都要成立一些專門負責平等的國家機關，稱之為



equality body，其負責的工作主要有三大項：第一類，要促進平等、預防歧視；第二類，支持受歧視者、協助訴訟；第三類，可以採取一些決定權，也就是可以調處或是審裁；第四類決定權就是經由訴訟判決。

我用下面這張圖表示，字有點小，請見諒。我們在最上面有一個反歧視法，接著下來是如果我們要有一個平等機構，應該要有的四種功能，最左邊的功能就是促進平等、預防歧視，例如英國的 **Equality and Human Rights Commission**，相對於我們的國家人權委員會，或是行政院人權處、性平處，或加起來，它要做的事情就是發表各式各樣的指引、標準。有的時候是透過行政規則規範各機關，或者透過法規命令直接指導私人機構，或者請各機關發揮協助或監督的效果去管理私人機構，同時它也要去做調查研究、教育意識提升及監督的功能，這是平等機關要做的第一個工作。

第二個工作，如同各位早上聽過的美國 **EEOC** 之運作機制，**EEOC** 主要工作是接受個人、群體或團體申訴後，開始進行調查，提供法律諮詢，它可以調解、協助和解或協助訴訟，或者向法院提出法庭之友，或直接成為訴訟代理人提起訴訟。這個部分它就是一個策略性的訴訟，因為它不是對所有爭訟案件都提起訴訟，它會選一些對於促進平等有關鍵重要性的案例來發起訴訟，這是第二個功能。第一個功能及第二個功能在英國、美國都是由相同的機關來做，但比

重有點不同，例如英國平等及人權委員會，可以接受申訴也可以處理 EEOC 所做的事情。

第三個功能，以加拿大為例，加拿大卑詩省的一個審裁處 (tribunal)，它不是由法官身分的人進行聽審，它可以做裁處、補償或其他補救措施，經過 tribunal 之過程後，如民眾不服可以提出訴訟，這就是 equality body 的第四個功能：訴訟，由法院法官判決，只有訴訟可以真正懲罰歧視者。

雖然在第二個功能也會有一些行政裁罰，但通常是對於公司未發出應該讓員工知道的一些通知，或是有一些行政作為違法。加拿大卑詩省的 tribunal 可以直接做出一些違規罰款的決定，包含：第一，停止跟避免命令，例如命令歧視者停止歧視；第二，聲明性命令，聲明你這樣做就構成歧視；第三，解決歧視問題的步驟或方案，跟你講說可以怎麼做；第四，可以得到投訴者被拒絕的內容，他本來要面試，他不讓你去，他做出一個決定，你應該讓他去面試；第五，工資損失賠償；第六費用補償，因為被你罵了，我去看病，現在我要來跟你要求費用的補償；第七，對尊嚴、感情跟自尊所受的傷害賠償；第八，工資損失的利息等決定，但不是司法判決，不服的可以提訴訟。

我的結論就是說，以上四個功能一定都要有，但不見得每個功能都各自要有對應的獨立機關，可以是一個功能數個機關做，也可



以一個機關做數個功能，無論如何，這四種功能都應該具備，我們的機制才會完整。

主持人羅秉成政務委員：

謝謝黃嵩立召集人更進一步地把平等法未來的想像架構描述得更清楚，透過比較制度的分析，綜合性的平等法與已經既存的各法間如何做，看起來更綜合，交錯不一定是集中，看議題、任務功能分散交錯使用，也是一個可能的方法。加拿大的制度，剛剛郭法官有介紹，它的人權審判庭不是法官審，郭法官說是律師審，很特別，顛覆我們對審判的想像，這大概是制度不同使然，可以看看別的國家怎麼做，我們要更加地了解國際相關作法，回頭盤點自己現在的規範。也可能有一個立法方式，先檢討現在既有的，把各法做得更好一些，不太有機會立一個總法通包，除非要在架構上做大改變，分散型就是在基本法下如何銜接到各法，各法如何符合基本法，這是我中間穿插講一些感想參考。再來請廖元豪教授。

與談人廖元豪副教授：

今天很高興有這個機會跟各位分享，雖然只有 8 分鐘，我之前有收到主辦單位提供的討論題綱，一看就知道是專家寫的，我就完全針對討論題綱回答一些問題或想法。

基本上我很高興反歧視法已經納入立法重要歷程，但對於怎麼立法我認為要提醒一些方向，才不會在沒有解決問題時產生新的麻煩。我們要注意，反歧視法或平等法跟目前人權公約、憲法有很大的不同：第一，它管的是私領域，私領域管很多；第二，它有罰則，是有牙齒的。沒有罰則的反歧視法，我覺得沒有太大意義，既然是有罰則，就會產生一個問題，就是一方面在做 *social regulation*，希望改變社會的偏好，同時也會侵犯一些人的權利，譬如我自己的店不愛僱用這個人就要被處罰，所以其實會有兩面，因此要很小心的權衡。

一面是保障，不是保障人民免於所有的歧視(*discrimination*)，因為我們要了解一件事情，*discrimination* 這個詞彙我們翻譯成歧視，但英文就是差別待遇，在自由社會裡，差別待遇才是正常的，立法限制你不能差別待遇是例外。我每天買各種的食物，我交朋友，我做所有的事情都在做差別待遇，所以原則是可以的，什麼時候要立法處理？簡報黃色的部分，有一些群體，如原住民族、新移民、身心障礙者，它一定是涉及個人身分認同、改變非常困難的事項，不應該被拿來當作不利對待的原因，這個不利對待不只是心裡不舒服，而是被排拒在社會生活空間之外，例如不能就業、就學。

另一面是侵害，一個反歧視法下去馬上可能侵犯了被管理人的契約自由，我必須要跟你締約嗎？結社自由、財產權，我房子為什麼要租給你？工作權，隱私人格權，最近吵得最兇的是表現自由、宗教自



由，所以這是兩面刃，比例原則在這裡又要進來，立法不是想得越廣越好、罰越重越好，兩邊要平衡一下。我有個例子，假設周子瑜徵婚，身高 180 公分、35 歲以下、臺灣人或白人，存款 5000 萬以上，這若公家機關這樣做，做什麼都是歧視，但周子瑜這樣做，有沒有歧視？沒有，因為這是私領域，越私密的領域越不能說是歧視。

我要結婚，不能說先來先到、公開招標，我交朋友愛交誰就交誰，所以公領域可以管，越私領域就越不能管。還有一個例子，出版社徵人限大學畢業，其實學歷歧視很莫名其妙，害我們現在技職系統都垮掉，很多工作根本不需要大學畢業做，可是公司可以這樣嗎？可以，沒有任何法管學歷的差別待遇。我們還舉了好幾個例子，譬如說泰雅族臺北同鄉會，卑南族不能進來，這不會是種族歧視吧，所以我們要區分哪些領域可以差別待遇，哪些領域不能差別待遇。

我認為比較沒有爭議的是種族、性別、身心障礙、性傾向、宗教，這五種類型原則上禁止差別待遇，我認為納入比較沒有問題。消除一切形式種族歧視公約是我們最早加入的公約，而且全世界各國最早制定反歧視法都是為了種族，種族、性別、身心障礙者、性傾向、宗教以及其他的類型要不要納入，我覺得都可以考慮，但你要看懂不懂他在講什麼，原則跟例外關係是什麼，是需要考慮的，需不需要在現行就業服務法外另加其他類型在其他領域。

第二個，哪些領域？除了目前就業服務法、性別工作平等法效果最好，另外就是性別平等教育法。除此之外，教育跟就業之外還要不要增加？一樣，越私領域越不適合管理，同樣是租房子，我是房東，如果我是物業公司，我可能要受比較多的管理，但我自己就居住在屋內，我要分租給誰，你真的要管嗎？這要分，法律要分級，不能一口氣全管，所以我比較傾向這個順序：公權力行使第一，就業、教育很多法都納入了，公開的商業交易、私部門提供之非營利服務，要不要加入管制、力道要強到什麼程度？這可以考慮，因為這個領域比較沒有獨占性、權力排他性。例如，你不買我家賣的蛋糕，你可以去別家買，而且現實世界常有這一類的差別待遇。

請問要處罰什麼行為？第一個是差別待遇，尤其是有貶抑跟排除性的差別待遇，這才是主要的類型，但我不知道為什麼臺灣討論什麼叫歧視，很愛討論最後一個我覺得最危險，就是仇恨言論，我覺得仇恨言論可以管，我是臺灣第一個寫仇恨言論文章的人，公民與政治權利國際公約第 20 條、消除一切形式種族歧視國際公約第 4 條都要求要管族群仇恨言論，但除此之外其他仇恨言論要不要管？你怎麼定義什麼是仇恨言論？近年大家對言論自由的想法跟以前不一樣，現在好像你讓我不舒服、不愉快就是仇恨言論，但言論自由最核心精神就是，你必須忍耐讓你不舒服的言論，怎麼樣是貶抑、排拒、傷害，怎麼樣是單純的聽來不舒服，這個我們要區分開。對



於仇恨言論，除了種族之外，我認為要考慮暫緩放進去，或等我們定義清楚再來處理。

接著，反歧視法一定要有很多例外規定，比方規模小的企業、性質是 *private club* 的私人單位，譬如說宗教組織在某些領域，你一定要有個劃分。若前面禁止歧視之生活領域範圍很大，後面就要有很多例外，所有夜店都女性免費，以後若納入管制，這些通通違法，那你怎麼下例外？在執行手段方面，我認為行政罰最方便，但如果只靠行政罰，一方面被害人沒有辦法被救濟，另一方面是造成濫行檢舉，主管機關疲於奔命，我認為民事賠償要加上去而且要有懲罰性損害賠償，但我的民訴老師都很反對，這是我的建議，謝謝。

主持人羅秉成政務委員：

謝謝廖元豪教授，巧合的安排，這樣的發言順序下來，廖教授提供另一個視角，從最上位該不該納管的問題，也提出平等跟自由的雙面性。早上我也特別在講平等跟自由之間的一些關係，我國憲法分別規定在第 7 條及第 8 條以下，我最近看余英時教授早期的文章也在講這個問題，我認為他講得非常好，他認為這兩個價值，存在有某種的內部緊張關係，他會有一些衝突與矛盾，比較極端的講無拘無束、恣意任意的自由，可能讓政治走向虛無或無政府的制度，但若絕對性的平等，可能就往極權跑了。兩個價值最好的調和要素就是人權，用人權去調和，調和

是形容如何落實變可行的方法來做，這個就真的不容易，廖教授提出很多我們在後面立法時要注意的事項及問題，非常謝謝！

廣告一下，消除一切形式種族歧視國際公約應該是我們現在最早有國內法效力的人權公約，於退出聯合國前就通過存放有效，但它跟其他 5 部透過施行法國內法化的公約不同之處在於，到目前為止還沒有提出過國家報告，但還好我們 12 月 14 日一樣在此場地，將要進行第一次國家報告的發表記者會，歡迎各位關注。當時在討論過程確實觸及到許多定義相關問題，盤點出來有好多問題要處理，我剛說的平等、歧視問題，除了今天討論要不要一個綜合性平等法的立法，各法的問題也不少，各法的部分怎麼處理，也請大家再集思廣益。謝謝，接著請蔡志偉 Awi Mona 教授。

與談人蔡志偉 Awi Mona 副教授：

各位午安，我是 Awi Mona，賽德克族，大家平安，大家今天聽了美國、德國、法國的立法例，談的都是一個比較整體性的法律架構，還有它應該有的一些執行層面，我來之前就在想，怎麼跟大家與談，我當然要利用這個機會跟大家談一談原住民的觀點，畢竟第一我是原住民，第二我還是原住民，所以這個議題很重要。

剛剛其實有討論很多議題、規範主體、構成要件、法律效果，我要跟大家談原住民族的議題，大家可以觀察到，不只是臺灣，國



際的脈絡有一個發展就是國家向原住民族道歉，到底為什麼國家要向原住民族道歉？以臺灣為例，總統的道歉文提到，我們國家指的是整體的臺灣社會，對於原住民族的刻板印象、歧視仍未消逝，原住民族經歷過臺灣非原住民沒有經歷過的痛苦挫折，包含加拿大、澳洲都有這樣的情況。我舉幾個新聞為例，這是 2016 年總統道歉之後，立法院通過野生動物保育法的修法，新聞標題就寫「《野保法》鬆綁！原住民狩獵保育類最高罰 10 萬免坐牢」，這樣的新聞標題是不是一種歧視？怎麼解讀它？下面我列的這些，是這則新聞下的留言，一般所謂的網民發表的留言，大家可以自己看，我就不念了，這種情緒性的言論，甚至是仇恨言論都在留言出現了。另外，教育也是原住民常常會遇到的一種歧視現象，這是一個雜誌報導，討論到大學的教育，有提到硬課真的是硬課嗎？如果你是原住民在大學沒有硬課？因為期中、期末分數再也沒有乘 1.35，在大學全部都是硬課，這種表達我們怎麼理解、解釋？

國家的一些公開場合、文藝活動，大家會特別對於原住民族的傳統服飾，給予不同的理解與呈現方式，可能都是廣義的公領域。實際上判決文，我們怎麼去理解它？今天很多人都是學法律的，比方說大法官解釋，我舉幾個例子，這些都是公開資訊，一些大法官解釋對於原住民族存有錯誤的文化想像，例如原住民主張其狩獵文化有保育觀念，大法官說你沒有科學實證，他認為原住民文化應該

轉型為觀察研究兼具保育探險的旅遊活動才是正道，這個也許是大法官對這個議題公開的看法，但是這樣的一個文字公開發表之後，對於原住民族在閱讀過程中的感受，我們怎麼做一個討論，這只是一個例子，更多的是刻板印象投注在原住民身上。釋字第 719 號解釋有許多大法官分別提出意見書，有大法官用八旗子弟比擬臺灣原住民族，另一位大法官提到我們應針對原住民歌唱表演、運動之能力，協助原住民開發這個領域的發展，類似的論述其實很多。釋字第 803 號解釋也是，大法官提到原住民在運動、歌藝表現傑出，所以到底對於原住民的理解與想像從何而來？這樣的一種印象又如何加深？這是原住民在臺灣社會面臨到的一些情境。

現在移民署做消除一切形式種族歧視國際公約專區，我們去尋找跟今天討論議題有關之資料，那個資訊量不夠，這是另一個層面問題，若在網頁中找到「相關法令連結」，我們可以看到列出的，大概就是今天大家討論的勞動、教育、性別議題等，還有新移民的問題。在這裡我們會看到構成要件、規範對象，目前這麼多法律裡面，以入出國及移民法規定歧視要導致權利受損，才可以有其他的一些法律效果，所以到底哪種權利受損才是我們要關注的議題，我覺得是我們今天討論未來的平等法修法上對於規範主體、構成要件、法律效果，很多人都提出不同的立法例及相關看法；可是，投射在原住民族議題上時，我們今天討論的所有這種議題也好、對象也好，



規範法律效果也好，我們關注的都是個人這件事，討論的都是一個個人，在整個社會參與過程如何受到歧視，而跟這個人具關聯性的文化脈絡，還有他的社會連結，可能都不是那麼有直接的關聯性。這件事情就是我覺得未來立法上，若要處理原住民族議題，納入原住民族議題時，不能不處理、注意的現象，因為畢竟原住民或原住民族是一種種族的類別。

我要跟大家講，至少在我國法律範圍中，原住民跟原住民族本來就不是一種種族類別，但我們又試圖將其認為是一種種族，至少戰後中華民國政府對原住民族山胞，第一個政策是我把你當成一樣的人，既然如此，我怎麼會認為你是一種種族？可是國家一方面認為你跟我一樣，一方面又用種族概念給你標籤化、分類化，帶向文明之路的政策思維。今天有社會歧視標籤化在原住民身上，國家統治行為扮演重要的角色，而我們今天要回頭檢視這些現象、行為時，其實就應該要去思考的事情。

我最後講一件事情，回到原住民族基本法來看，我覺得原住民今天在臺灣社會面臨到的歧視有兩個層面，第一個是因為他這個人，跟我們其他社會弱勢面臨歧視的連結關係，另一個是原住民基於他原住民族的身分參與社會生活過程中莫名而來的歧視，而第二種情況是大家比較沒辦法留意，或大家比較無法感受的事情，這部分我覺得是後續立法，要特別關注的部分。

之前在討論消除一切形式種族歧視國際公約國家報告時，其實原住民族的議題一直都被忽略，因為大家會想說 消除一切形式種族歧視國際公約沒有一個字寫原住民族，沒有一個字寫原住民，到底原住民的議題可否放在這裡面討論？但實際上，我為什麼要用消除一切形式種族歧視國際公約一般性意見之英文版本而不用中文版本給大家看，不是因為我英文比較好，而是中文版本翻譯是錯的，標題中消除一切形式種族歧視國際公約關注的是「原住民族」的權利，可是我們中文版本翻譯成「原住民」的權利，當我們把主體概念的個體與集體混淆時，對整體理解會產生錯誤，我最後想做這樣的提醒跟分享，謝謝大家！

主持人羅秉成政務委員：

謝謝 Awi，剛剛提到 12 月 14 日將發表消除一切形式種族歧視國際公約首次國家報告，因為您有提到原住民族是一種種族嗎？我剛聽起來，您不認為是？

與談人蔡志偉 Awi Mona 副教授：

不單純只是一個種族。



主持人羅秉成政務委員：

在消除一切形式種族歧視國際公約首次國家報告討論過程中，這是一個待討論議題，但最後還是將原住民族納入了，在這個面向上，包括新住民也納入了，這可以再討論，這在內部討論過程中確實有這樣的敏感性議題，謝謝 Awi 從原住民族的角度與主體性，去看待這一個法律以後的發展。

現在立法院確實有幾位原住民立委，非常關切此議題，也在倡議推動立法。也有人從性別平等的角度出發，消除對婦女一切形式歧視公約國家報告國際審查委員也一直在結論性意見認為說，臺灣應該有一個性別平等法，倘若如此，則廖元豪教授所提 5 個較無爭議的特徵，可能都要有各自的平等法，這是另一個法律架構。而綜合性平等法等於要全包，全包要納入哪些東西？是不是都放進去？韓國申惠秀主席很關切此議題，她很擔心性別平等因此被稀釋掉，只會從個別特徵的角度去看，尤其很多性平角度的歧視定義，會不會跟其他特徵的定義一樣？有沒有可能包裹住其他各種定義？她有一點擔心，懷疑這做得到嗎？如果能做，至少在性平反歧視的定義等等，要特別注意須符合消除對婦女一切形式歧視公約相關要求，這個難度就高了，謝謝。接著請陳俊翰律師。

與談人陳俊翰律師/博士：

主持人、各位與會的前輩、夥伴大家好，我今天很榮幸受邀到這個場合跟大家分享我自己對於平等法或反歧視法的一些想法，當然前面幾位與談人也都談了很多，重複的部分我就不再提。

我想要先提出一個觀點是為什麼我們需要一部綜合性的平等法，當然這個思考可能有不同意見，譬如說像美國就沒有一個綜合平等法，但它透過很多不同的法律規範，對於不同類型在不同生活領域中受到歧視的問題去規定，你說這樣一定比較不好嗎？對我而言，這個問題的重點在於，就目前臺灣法律來看，當然我們性別領域發展的比較早，已有相對完整的規範，即使如此，在性別領域也只有工作、教育兩個主要的法律的規定。

另外一個是就業服務法，它列出的那些項目涵蓋的就只有就業，如果我們覺得工作、教育這兩個領域不夠，是不是需要其他更多的立法，可能基於被保護的身分特質，譬如說像剛剛羅政委提到種族需要平等法，或身心障礙需要一個特別的平等法，或是各個不同重要的生活領域，需不需要另外立法？可是問題是，當你這樣想，你就會知道說，以臺灣立法效率或立法院的工作來講，這可能就要很多分散式的立法才能達到我們想要的目的，相對而言，如果有一個綜合性的平等法，就可以含括我們認為還沒有被現有法條涵蓋的範圍。有了綜合性的平等法，下一個問題是這個法規規範密度的問



題。這裡規範密度的問題，指的是像英國、加拿大的平等法真的不只是綜合，而是全面性的規定，等於是把所有相關平等反歧視法都納入了平等法的範圍。

但就我國目前現況來看，似乎即使有一個所謂的綜合性的平等或是反歧視法，它比較會是一種原則式的規範。就是對一些重要的，不管是歧視的類型或歧視的行為領域，現有的法律規範似乎還是會規範進去，那就會有一個規範競合的問題。當然你會想說，那是不是在立法上，只要其他法律有規定就從其規定，或沒有規定才涵蓋在綜合平等法，可是就我來看這個問題沒有那麼單純，因為很多規範是涉及到構成要件的解釋，或是你對於歧視內涵了解的不同，所以有可能某一些歧視行為，在綜合性平等法裡面被規定，但譬如在就業服務法或其他法律的解釋、認定並不一樣，可是這時候你可以說綜合平等法優先那些特別法令的規定嗎？所以雖然說制定綜合性的平等法看來是目前想要朝向的目標，但同時我覺得很重要的工作是檢視目前我國已經存在的反歧視的法律，看裡面有哪些可能產生衝突，甚至哪些法律是否有需要配合修改，所以我覺得這兩個必須同時進行，不能說好像只是先立一個平等法就覺得可以解決掉其他法律沒有規範的問題，這是我想要提出的第一個看法。

第二個是有關於哪些分類，哪些歧視的特徵應該被含括的問題。我覺得當然大家都會提到說，像是國際人權公約包括十幾個、

二三十個不同的類型，可是我覺得我們要考慮到的是，哪些是臺灣社會環境真的需要的，最根本的問題是到底有哪一些群體是在臺灣這片土地，是真的受到歧視？真的遭受到不利待遇？我覺得這是可以透過，包含社會學、文化學、法實證科學研究判斷，而不是說好像規範得越多越好。我個人認為一個反面的範例就是就業服務法，它規定看似洋洋灑灑 18 個類型，可是其中像是血型、星座，你覺得真的有很多人是因為血型或星座在找工作受到歧視嗎？換個角度講，就算真的有，你覺得這是國家社會需要迫切去管的議題嗎？這些人真的會因為他的血型、星座，而受到實質上的不利益嗎？當然你會說多立一些，用得到就用到，用不到就算了，可是我國人民對於司法的信賴已經很低了，如果再去做一些沒有規範實益，且根本不可能執行的東西，放在法規裡面，其實是在傷害司法的尊嚴及可信度。

有關救濟的部分，上午報告的學者、與會者都提到，舉證責任轉換的部分，除此之外我覺得還有一個重要的是，團體訴訟、公益訴訟的納入，特別是身心障礙歧視的方面，可能要允許身心障礙者團體（disabled people's organization，簡稱 DPO）可以代表多數障礙者提出一個公益訴訟、集合訴訟的類型，才可以達到效果。

另外，有關民事損害賠償，我國法律實務對於民事損害賠償金額的認定相當低，除了應思考使受害者可以請求加害者幫他負擔律



師費之外，我覺得還有一個可以思考的是，因為人民提起這樣的歧視訴訟，其實是有公益性的，他不是只是為了自己爭取這個權利，事實上是有助於這個群體、甚至是有助於社會達到更加融合、公平、平等，所以應該要讓歧視的受害者有足夠的誘因去提起這個訴訟，而要排除掉一些困難。因為現在我國有關於行政罰鍰的規定，在目前審判實務還沒辦法改變對於損害金額的認定前，可能可以思考將部分行政罰鍰提供給受害者作為一些補償。另外包含懲罰性賠償金，我覺得對於惡意、屢次歧視的機構團體，實際上命他們繳納罰金不痛不癢，我覺得這就需要加重處罰機制之設計，去遏止這類的歧視，因為時間關係我先分享到這裡，謝謝！

主持人羅秉成政務委員：

謝謝陳俊翰律師，陳律師發言的後段著墨救濟跟權利的一些類型，這個早上我有提到，憲法第 7 條的平等所揭示的到底只是一個原則，或者變成跟自由一樣是具有內涵的權利，可以變成侵害的標的？如果看入出國及移民法第 62 條規定，已經有歧視行為了，被害人還要證明其權利受不法侵害，確實很多案子因此無法申訴，被害人要舉證什麼權利被侵害，講不出來，但它已經是一個歧視行為，從這個角度來看，該法似乎並沒有承認平等是一個可以行使的權利，像是自由權。自由權具體內容大致有人身自由、言論、宗教、

出版等等，但是第7條就單單這麼一條，而且最後一句話寫說「在法律上一律平等」，不像世界人權宣言講的「在尊嚴及權利上一律平等」，憲法只規定在法律之前人人平等，宣示這樣的原則，不帶有權利內涵在裡面，這類學術討論很多，但我自己整體感覺是，平等應該被落實到權利層次來保障。不過正如剛剛廖元豪教授特別提醒，如果過度發散範圍，對個人私領域、個人享有他自己偏好的那一塊，可能會產生重大的衝擊及影響，也要非常留意，這對自由可能的侵蝕，那個規範密度就是大問題，要放哪些東西？怎麼放才有用？沒有用就不用寫，假如像宣言大概沒什麼用，謝謝。最後請高涌誠委員。

與談人高涌誠委員：

各位在場朋友大家好，今天所探討的主題是我國平等法的國際視野與立法展望，當然就立法展望來講，聽完前面幾位先進發言，我要處理的主要就是涉及國家人權委員會之議題，以後綜合性平等法的機制，國家人權委員會怎麼看待這個處理機制的問題，因為國家人權委員會畢竟還是國家機關的一環，所以我最後發言，前面幾位先進的發言我都贊成，包含綜合性平等法的特徵或是領域，最後才是回到處理機制。

這一次為什麼人權處特別討論綜合性平等法？當然是這一次消除對婦女一切形式歧視公約國際審查中政府已確實承諾，行政院最



後經討論後承諾要制定綜合性平等法，不然兩公約之前的幾次結論性意見與建議，都已經提出相關建議，但當時還沒有一個確定意見，現在等於說在消除對婦女一切形式歧視公約國際審查中，我們已承諾要制定一部綜合性平等法。就我個人觀察，國家會如此回應，我覺得也蠻微妙的，原因在於為何 IRC（國際審查委員）會這樣建議？我們雖然從非常早以前就有各式各樣相關法規，比方就業服務法、性別工作平等法、入出國及移民法等，會前人權處有提供我一份國內相關法規的整理，今天會議手冊沒有，整理得非常詳細，法規很早就有分散式的狀況，但為什麼 IRC 會這樣的建議？我的觀察是因為，其中一個原因如同廖元豪教授說的，有一大部分涉及私領域的管制，私領域管制以國家角度來講是困難的，所以你會看到說，就業服務法就是盡量去規範雇主方，行政罰的對象就是雇主方，因此對一般的受歧視者而言，尤其是從弱勢的被迫害者角度，他會認為這樣的保護是不足的，所以 IRC 是聽到這樣的意見，並不是說我們國家對於各領域分散式的規範，其實是不夠。

我想 IRC 在短短的審查期間內，大概不太了解我國整個法律規範，真的是洋洋灑灑非常多，現在的問題是說，它沒辦法有效保護真正被歧視的弱勢被迫害者。另外一個問題是舉證困難，如同剛剛陳俊翰律師講的，以及羅政委回應的，目前為止只有一個機制有處理，就是性別工作平等法第 26 條，可以因為被歧視而主張行為人應

負損害賠償責任，還有精神慰撫金，損害賠償的問題在哪裡？在於舉證困難，被害人怎麼舉證雇主違反性別工作平等法？種種因素導致 IRC 要求我們這樣做，更何況除了這些個別領域以外，一般性領域並無相關規範，包含社會都感受到的歧視狀況是無能為力的，舉一個例子，有政府首長說，臺灣女生不化妝直接上街嚇人，所有人都覺得這是一個歧視言論，我們能奈他何？所以為什麼最後討論出我國要制定綜合式的平等法，大概不出這些原因，我想 IRC 也很高興這次政府能夠正視。

接下來是有關特徵、領域之部分，我覺得其實它的核心應該是像翁老師講的人性尊嚴，我也不認為說真正全私領域的部分就不會有侵害人性尊嚴的問題，可能還是有，但這是人性，有偏好、刻板印象，我們從小到大受的教育會形成我們負面印象，變成偏見，再更深入一點變成是歧視，而且大家對於這種歧視往往是不自覺的。國家如果要在社會發展過程中防止人性尊嚴被侵害，我覺得還是規範密度的問題，所以我認為國家應該正視最嚴重的問題要優先處理，可以用綜合式的立法，但最重要、要優先處理的是公民與政治權利國際公約第 20 條的誹謗、仇恨式言論、仇恨式歧視的狀況，應該要優先管制，接下來可能就是考量會造成弱勢者直接受害的狀況，用這樣的規範密度去思考。回到清單要放什麼東西，有一些確



實是我們長期要透過教育，讓人民能理解，會造成歧視、以後會造成社會問題的，我覺得是要用規範密度的方式來處理。

最後，有關處理機制中，國家人權委員會的角色，我先提一點，最近適逢世界盃足球賽，不知道大家有沒有注意到一個新聞，足總有一個紀律準則，最近開罰兩個國家的足球協會—克羅埃西亞、塞爾維亞，雖然行為人是克羅埃西亞的球迷，他開罰的是足協，主要是在克羅埃西亞跟加拿大的分組賽中，加拿大的球門是克羅埃西亞裔，但因為戰亂的原因而離開原屬國，兩國在對戰的時候，克羅埃西亞的球迷就去嘲笑球門，就造成一個歧視的狀況，被罰 5 萬馬克。另外一個塞爾維亞也是，塞爾維亞是因為球員在更衣室拿出一個旗幟，不承認科索沃的獨立。我要表達的是，處理機制若從這個角度來講，一個國際足總是否為公權力機關？它連聯合國都不是，但大家覺得它這樣做有沒有效果？是不是很好的示範？對於種族歧視、國族紛爭產生問題的消弭，是不是一個有效的做法？我個人當然認為是。

國家人權委員會已經討論過的就是監察法草案在人權專章特別放了一個「情節重大」的要件，雖然國家人權委員會組織法中對於歧視事件之調查並沒有「情節重大」的要件，但很抱歉，國家人權委員會還是存在人力及資源的問題，我們 36 個工作人員沒有辦法處

理各式各樣的申訴案，必須盡量先想辦法做一個協調平臺，無法個案式的逐一處理每件受侵害個案。

此外，依國家人權委員會的想法，是希望行政機關還是要有行政機關的權力在，舉例而言，若有公部門歧視侵害他人，我們可以轉給監察院處理，但是如果是發生在私部門，第一、我們有沒有調查權？第二、當私部門違反的時候，我們如何行政罰？這不是國家人權委員會能做的。我們想像上還是認為應該要跟一個負責的行政機關平行合作，這就變成有沒有可能是分散式的做法，我也不反對，只是我要解釋國家人權委員會在監察法修正草案的人權專章為何會這樣規定。

最後跟各位說，我們已經有在討論，關於陳情申訴案件、職權案件的立案派查原則，在此也是重申，關於歧視事件且情節重大，就是比照監察法修正草案特別規定須達情節重大，很抱歉這是因為機關的資源限制，這也回復到行政院說，其實國家人權行動計畫也有承諾人權會的預算要獨立保障，希望我們資源多一點，就能多做一點事。



主持人羅秉成政務委員：

謝謝高涌誠委員，第四場綜合座談我國平等法的立法展望，今天 6 位與談人都已經把他們的意見看法跟大家分享了，接下來開放提問。

問題一：

大家好，以下問題我想請教 Awi 老師。原住民教育方面的歧視應該如何救濟？我是原住民，我的國小老師只會叫我運動、唱歌、跑步，我都不喜歡，好像我的漢人朋友都不會這些事。再來，只是用一種立法技術，用一部平等法是不是可以涵蓋臺灣族群間的多數文化，誠如陳律師前面所講，立法者有沒有無法負荷的可能性？最後，從法制層次探討這些議題，沒有及於國民教育的話，成效會不會很輕微？謝謝。

主持人羅秉成政務委員：

我們先把問題蒐集後，如果有特別指名者就優先回答，請各位與談人就提問內容回答，如果沒有指名，與談人認為可以回答就直接回答，我們就進行一輪。

問題二：

公民團體關心很多受歧視的當事人是社會結構上的弱勢，平等法草案有沒有考慮，可以讓這個議題相關群體的公民團體，也可以成為提出行政申訴或司法救濟的主體？例如，入出國及移民法第 62 條是 2008 年制定的，但 2010 年的一個案件，一位老師對他的學生說你是野蠻人，你暑假要跟著你的印尼媽媽回去，那你就滾回去印尼當野蠻人好了，這很明顯是對新住民及其二代子女的一個群體歧視，當時南洋姐妹會想要去向移民署提起申訴，但不被受理，沒有成立歧視，我很想了解，這個移民的歧視單位，到底這些年來有哪些歧視案件是成立的？我只是要舉例說，可以想像很多當事人是沒有能量去進行這樣的行政申訴，公民團體是有可能的，以上。

主持人羅秉成政務委員：

謝謝你的提問，剛剛陳俊翰律師好像有稍微提到，希望建立團體訴訟及公益訴訟的類型，等一下或許再回應一下。

問題三：

委員、各位與談人、各位貴賓好，我今天有兩個問題，第一個問題是今天各位與談人都談到歧視類型與樣態，主持人也有談到綜合性的平等法之外，各法問題也可以清一清，我們今天促進這個平



等，可以例外立法，但是目前法律上也有歧視為自己權利努力奮鬥不懈者的情況，我們可以看到大家都是想要保護弱勢者，但積極保護自己的權利也會被歧視，行政程序法第 117 條和第 128 條，在行政程序重啟上因為實務上錯誤而違反國際人權的見解，即使是冤案，只要經過法院確定判決，即使有再多證據顯示當初行政程序違法，或是法院誤判，都沒辦法用這兩條解決自己的冤案。另外，也舉其中的以下幾個法條，也出現政府歧視為自己權利奮鬥不懈者，請各位先進討論，可以參考一下稅捐稽徵法第 28 條第 3 項、訴願法第 85 條第 1 項、行政訴訟法第 4 條 1 項、稅捐稽徵法第 35 條第 1 項、第 4 項、第 5 項等，這些都和行政程序法第 117 條、第 128 條非常類似，是政府的一個歧視，這是我第一個問題。

第二個問題是，法稅改革聯盟志工們有觀察到，臺灣有稅務侵害平等權與不受歧視原則的案例，太極門冤案經監察院調查，已糾正法務部的濫權起訴八大違法，還有財政部國稅局七大稅單開具的違法，國稅局未調查就開稅，臺灣全部團體都沒有因為敬師禮被課稅，可是國稅局將其中的 6 個年度認為是補習班，最後又將 5 個年度認為是敬師禮，所以更正為零，卻不一致，還是有一個年度有課稅，並強制執行，至今 26 年沒有被平反，以上再請委員關注政府歧視積極為自己權利奮鬥者的部分，謝謝！

主持人羅秉成政務委員：

好，蔡志偉教授因為有火車班次的問題，我先請他回復第一個問題。

與談人蔡志偉 Awi Mona 副教授：

謝謝主席，因為星期五回花蓮很難買票，我想剛剛同學提到的，這是教育領域的議題，其實如果撇開平等法，在教育場域方面其實已經有相當多對於學生受教權保障的討論，如果從學生作為受教權的主體出發，檢視老師在教學實質上的行為，其實已經有相關的救濟或申訴的平臺及管道，但我想你關注的應該是整體性，在整個教育場域當中對於我剛剛所講的，這不是來自於原住民個人，而是整體社會對有原住民身分的群體呈現的態度或行為，這當然可以透過後續的立法處理，這是比較細膩的問題，我想這個也是我們今天辦理研討會最主要的目的。但是結論來說我覺得教育場域或教育議題，也許透過教育方式處理才是比較友善且能達到目的之方法，這是我給同學的回應。

問題四：

我這個問題想要請問羅政委，關於平等法的英文，應翻譯為 equality 或 equity？



問題五：

今天聽下來有點納悶，剛剛有位學者提到，現在國家做這件事，可能需要考量自己國家特色、文化、歷史脈絡、自己的問題，國家要先做盤點，這些做好了嗎？我發現今天的學者對平等法並不是這麼熟悉，一般老百姓不知情，國家人權委員會也還在摸索的階段，現在卻已經承諾要制定綜合性的平等法，這我非常納悶，請解釋一下，為何還沒有準備好卻已經承諾。第二件事情是，憲法保障人民的生存權、工作權、財產權等，我要問的是，在德國一般平等待遇法出來後，我們比較了幾個國家，德國是發生侵犯言論自由、宗教自由、契約自由案例最少或衝突最輕的國家，有兩位德國學者很嚴重地說，這個法案基本上就是動機審查，會讓他們退回納粹時代，德國學者的這席話，我不是學法的，不知道各位思考到什麼情形？就像羅政委所言，余英時先生曾經提到，這個沒有弄好的話，可能國家就會退回獨裁，所以人民跟公權力到底平等嗎？人民對付得了公權力嗎？在立這個法的時候，我想國家要非常認真思考，先做功課。第三個，大法官曾經肯認健康權要納入人民的基本人權，是不是立法時需要有其他專業一起進來，比如說醫學各方面，或是各位法律就可以這樣做？這是不是也是專業上的歧視呢？以上。

問題六：

請問為什麼公務人員有績效獎金？稅捐處有績效獎金，執行署還有執行獎金，這是公私部門工作權的歧視問題，合理懷疑超徵是這樣來的，如何去除？

問題七：

為什麼政府官員違法，不能由法律制定罰則，例如超額查封，違法拍賣程序不符合比例原則，還要人民陳情訴願，勞民傷財，這明顯是歧視與不平等，為什麼官員違法沒人處理呢？

主持人羅秉成政務委員：

我剛剛有講，大概就是先蒐集題目，再給與談人回應一輪，剛才有一部分提問是希望我回答，我來做最後的說明，我們把次序倒過來，因為時間原因，沒辦法每項提問都能回答周全，還請見諒。

與談人高涌誠委員：

各位的問題好像沒有特別針對國家人權委員會，但也不全然如此，因為國家人權委員會應該要做人民與政府中間的橋樑，尤其是弱勢被迫害者。在歧視的案件上，我們也在討論這樣的機制，確實以後不管主、被動，我們會接受這樣的申訴案件，檢視個案狀況，在情節重大、有一個系統性問題時，我們就會將這個問題反映給政



府知道。同時也希望政府部門，不要將接受個人申訴的責任完全放在國家人權委員會上，我們認為行政部門還是有行政部門的責任，包括美國 EEOC、德國、法國權利維護使等，看起來都有個別的專責機構，綜合性平等法的立法可以朝這個方向思考。

與談人陳俊翰律師/博士：

剛剛提到有關於團體訴訟，我認為不管是新住民或移工相關團體、身障團體、婦女團體，相關的代表組織都應該要有可以代為提起訴訟的權利，相關受害者也可以加入這個訴訟，我覺得這對於被歧視者的保障會有很大的幫助。剛剛與談時有一點漏掉，我想要提，譬如說種族、身心障礙，它的定義都應該在綜合平等法強調，種族不是所謂生物學上分類的種族，而是一種文化概念的分類。身心障礙的概念應該是基於社會模式、人權模式而來的，而不是我國現行身權法所採的醫療模式，亦即必須要有身障手冊才屬身心障礙者，所以這一些重要的概念都應該在綜合性平等法有一個規定，這也是為什麼我說可能會與既有法律產生衝突，既有法律也必須要檢討。

與談人廖元豪副教授：

我大概提出一兩個重點，今天很多稅法上的問題，確實都是問題，但這就是反歧視法的侷限性。平等法或反歧視法所要處理的，

就像我在簡報中說的，是特定群體，通常是性別、種族等等天生無法改變的某些 groups，這些群體受侵害所要給予的保護，所以這是第一個，一般的差別待遇不是我們這個法要處理的，所以反歧視法或平等法，有時而窮。

第二個是要剛剛問題 2 提到，當年我們一起去移民署抗議入出國及移民法的歧視案件，我記憶猶新。其實歧視事件非常難證明，但是以國外經驗，它的作用是也許 100 件案子只有 1 件案子能告贏，但只要告贏 1 件，那個老闆可能就破產，公司受到嚴重傷害，信譽受到嚴重打擊，所以逼得大公司都知道要調整自己的 practice，不可以亂搞。所以我一直認為除了團體訴訟外，反歧視法也要有懲罰性賠償機制，因為歧視太難成立，一成立後果就要很嚴重，否則就沒有意義。

最後，剛才也有人提到，應該要有一些本土研究，哪一些群體在我國是受到嚴重侵害、迫害、歧視，而需要法律來處理，有一些東西是法律有時而窮，微侵害、微歧視、閒言閒語難以用法律處罰，哪一些是嚴重、須特別處理之情況，我們要有自己的看法。例如種族與性別歧視態樣就很不一樣，種族方面不允許分別設立黑人廁所跟白人廁所，可是在性別方面分別設立男性廁所跟女性廁所，不叫違反男女平等，為什麼？因為它們的內涵不一樣，所以當我們列很多自己沒有經驗的新領域，比方說星座、血型、跨性別這些都該處



理，但我們沒有做過研究討論，不知道怎麼處理，所以我覺得本土實證研究很重要。

回應到剛剛同學說的教育領域，我確實覺得反歧視法或平等法，應有一個專章處理宣導教育的問題，甚至我以前會建議國家應該每幾年就做一次臺灣某一種歧視的研究報告，譬如臺灣種族歧視之報告、性別歧視之報告等，然後檢討分析我們要用什麼方法化解消弭，我覺得這些東西其實很重要，不要只想著處罰，因為罰不勝罰，有時候法律有時而窮，謝謝！

主持人羅秉成政務委員：

廖教授最後的提醒蠻好的，我看各公約都跟反歧視、平等有關，很多實證研究與教育宣導並不涉及修法，但涉及社會集體的涵養如何提升。

與談人黃嵩立召集人：

我覺得我們永遠不會好像已經準備好要來制定一部完美的反歧視法，正是因為如此，所以我們現在要開始討論。我們第 1 次兩公約國際審查是在 2013 年，當時就說應該要制定一部反歧視法，至今已經快 10 年了，所以這個準備如果不開始，我們永遠不會進行。

我們制定一個反歧視或是平等法的時候，對於歧視嚴重的程度以及政府該如何介入，或一個機構大小跟它應該負擔的平等責任要如何分配，這都是需要討論的問題。我直接回答說，為什麼我們需要一個整合性的法律，是因為例如我們在身心障礙者權益保障法也明文禁止歧視，但對於歧視並沒有定義，而且它不像性別工作平等法，被歧視的人可以請求損害賠償，所以一樣遭受歧視會因不同的身分在不同法律，會有不一樣的保護範疇，這是不合適的，所以我們需要檢視相關規定制定一部法律，我相信有足夠理由。

與談人郭銘禮法官：

我要講一下公益訴訟，我分兩個層次談，現在比方說行政訴訟法規定，要以法律有特別規定者為限，才能提起公益訴訟，或許可以直接說這是保障不足的，也許甚至已違憲，可以挑戰它的合憲性，又或者另外從實際的角度請法扶協助。我要講加拿大的作法，他們有審判委員會，也有法扶機構，他們覺得三角關係是很重要的機制，當然我們的法扶也做的很不錯，剛才提到新住民子女遭受歧視事件，若是發生在現在，可能就不會是法扶沒辦法處理的問題。



主持人羅秉成政務委員：

我的部分，指名我回答的問題是平等法的「平等」該怎麼翻譯，剛剛徵詢幾個委員的意見是 equality，這個問題還可以討論，英國是稱為平等法，比較正面，其他國家也有稱為反歧視法。立法必要性剛剛黃嵩立召集人已有回應，我們都說臺灣在人權上應該做更多，在價值上應該大家更有共識，是要往一個價值去提升，讓社會的包容性、韌性越來越強，因為這是我們大家一起生活所必要，大家互相尊重，平等看待，這不單是國家的義務而已，可能是每個人都應該有的素養。但要規範責任這件事，就要稍微小心一點，剛剛廖元豪教授有特別提醒，所以在實施步驟上應先公後私，公部門應該率先做好，因為它是公權力行使者，對相關職務行使，公權力的實施都應該要符合平等要求，這在行政程序法都有相關規定，只是怎麼落實得更好，請大家多指教，這樣一個立法的策略怎麼樣比較好。

今天整天下來，從比較法的觀察來看，如剛剛黃嵩立召集人講的，就算有規範存在，但規範之間有落差，有的是權利侵害可以請求損害賠償，有的不行，一樣是歧視，為什麼法律效果不同？或者有的部分，保障可能是欠缺的，因為我們法規散見在勞動、性平，但涉及歧視的領域或特徵可能不限於此，會涉及到所謂的歧視或是平等的問題可能還有很多。一個綜合性的平等法，是不是可以把相關問題都整理好，然後在這個平等法一併處理，還有跟其他各法的

嫁接問題，這是很複雜的工程，10 年前就開始倡議，一直講，講到現在，稍微有一個影子。兩年前在我主責的會議上已經在醞釀了，這個醞釀要多方討論，各位可以想見這不是容易推動的立法，實務上這種先有各法、再有總法的現象其實都有存在，例如揭弊者保護法，在推動過程也有一些不同的意見，但揭弊者、吹哨者之規定在各法也有，怎麼接起來？性質是普通法或特別法要講清楚，怕有衝突、落差，就要更多人一起參與，要怎麼拿捏、處理，這裡面還要有很多立法過程的溝通與協調。這就是為什麼任務落在行政院的人權及轉型正義處身上，因為先前大概認為沒有一個單一部會可承擔這個綜合性平等法的任務，所以就要一個跨部會的院級單位來做，這很少見。跟各位講，把這個任務交給院的處是極為例外的，一般是部會負責法案，比方說我們講的性平三法，主管機關都在部會，不在行政院性平處，而這個平等法的設計構想，就是等行政院人權及轉型正義處成立，兩年前有做過跨部會研究，廖福特教授幫我們做了一個基礎，在此基礎下大家一起努力看看。

我非常認同剛剛有個講法是，你認同這個法，也不見得能順利立法完成，雖然已經醞釀了 10 年，氣候不到、條件不成熟都有可能，因此可以思考現在既有的法規部分能不能整理拉齊修整得更好？這給我一個啟示，或許請人權處回去把各部會涉及歧視的法律，大概來核對一下，其實你們已經盤點了，並研究現在國外一些做法是怎



樣，我們各法能否先推動修法，這個策略上再想一下，終局來講有沒有機會走到最後我們想要的平等法，今天是一個起步，但一定會往下走，謝謝大家，整天的座談大家都在場，互相交換意見交流，謝謝大家指教，謝謝各位與談人、報告人，我們今天到此圓滿結束。



會議剪影



- 「行政院2022人權日學術研討會」以平等法的國際視野與立法展望為主軸，由羅秉成政務委員開幕致詞。



- 行政院2022人權日學術研討會與會人員合影，手上的人字，象徵對人權的關注。





- **第一場：美國聯邦就業歧視法的演進與執行機制**
左起：與談人李念祖教授、與談人焦興鎧研究員、
報告人范秀羽副教授、主持人廖福特研究員



- **第二場：德國聯邦反歧視局的組織與變革**
左起：與談人吳瑛珠助理教授、與談人孫迺翊教授、
報告人李長曄助理教授、主持人林明昕教授



● **第三場：法國刑法及勞動法之反歧視措施初探**

左起：與談人吳秦雯副教授、與談人翁燕菁副教授、
報告人陳盈雪博士候選人、主持人黃昭元大法官



● **第四場：我國平等法的立法展望**

左二起：與談人陳俊翰律師/博士、與談人黃嵩立召集人、
與談人高涌誠委員、主持人羅秉成政務委員、
與談人郭銘禮法官、與談人廖元豪副教授、
與談人蔡志偉 Awi Mona 副教授



- 與會人員專注聆聽講者分享。



- 行政院2022人權日學術研討會圓滿結束。

行政院

Executive Yuan

