



國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所

碩士論文

Graduate Institute of National Development

College of Social Sciences

National Taiwan University

Master Thesis

公部門低性別比例員工優先進用升遷之研究

—比較法之觀察

The Affirmative Action for Underrepresented Sex in
Employment Recruitment and Promotion in Public
Sector--A Comparative Law Study

黃綉雅

Hsiu-Ya Hwang

指導教授：邱文聰博士

Advisor: Wen-Tsong Chiou, S.J.D.

中華民國 106 年 6 月

June, 2017



誌謝

本論文的完成，首先要衷心感謝指導教授 邱文聰老師。他在中研院繁忙的教學研究及業外的 NGO 熱忱參與中仍然撥出時間與我討論，引導我將論文的問題意識與脈絡梳理，使整篇論文的主題與結構更為精準。邱老師非常仔細分梯次討論各個章節，給予很多的意見，總是帶著鼓舞的語氣，讓我每次總是有很好的學習與體會。

除此之外，我也要感謝口試委員林明昕老師，對於德文翻譯的部分給予修改意見，建議使用著名的憲法註釋書與參考文獻，提供有關基本國策的見解，並指出重要的大法官解釋。我也要感謝口試委員官曉薇老師，她於口試時提出諸多有關 CEDAW 公約施行法以及我國實施以來的問題與改革意見。兩位口試老師的意見，使得整篇論文更為深刻與完整。

在論文寫作的過程上，我深刻體認到法學知識的層層累積及人生路上的許多道理，需要不斷的學習與體會。

我要感謝我的家人。在寫作的過程中，難免有遇到挫折，感謝你們無比的耐心，默默地包容與支持，給予層層的鼓勵，讓我能夠滿懷信心，最後順利地將論文交出，完成人生的一個階段，並得到心靈上與學識上的成長。其他我需要感謝的人很多，盡在不言中。

黃綉雅

2017 年 6 月 25 日

於家中書房



中文摘要

本論文討論公部門低性別比例員工優先進用升遷之「積極平權措施」。這種措施旨在對於自歷史以來至今持續受到結構性之不利益之群體，在其求職、受教育或與政府簽約時，由立法者制定法律，提供特別的優惠對待(*preferential treatment*)，以增強他們的競爭力關注。但這種措施將干預男性競爭者之服公職與工作之平等權，屬於基於性別而為之歧視。本論文針對公務人員，進行歐盟法、德國法、英國法之比較觀察，檢討我國憲法、法律之規定解釋問題及現行政策之改革。

歐盟經由一級法、二級法之規定及歐盟法院判決，對於公部門處於「低性別比例者」(*underrepresented sex*)，通常為女性，得經由立法引進「積極平權措施」(*positive action*)，旨在補償既往所造成之不平等，該保障名額規定必須合於目的，而且不得過當(必須合於比例原則)，以免過當而侵害其他性別者之平等權保障。其發展出如下的要求：低性別比例者必須具有與另一性別比例競爭者「相同或相等價值之資格」(*equal or equally qualification*)，始能獲得優先進用升遷；但若另一性別比例者經「客觀評估」(*an objective assessment*)，確認其有個人之特別弱勢事由而須予以保障時，則即使相競爭之低性別比例者有相同或相同價值的資格條件，則也將不能獲得優先進用升遷，而回復到兩性公平競爭，稱為「保留條款」(*saving clause*)。

1994 年德國聯邦修憲，於基本法第 3 條第 2 項引進「國家促進男女之事實上平權之貫徹，並致力消除現存之歧視」，亦即引進男女積極平權之規定，性質上為「國家目標條款」。由此得導引出，立法者於一定要件下採行女性優先進用升遷之名額規定。由於女性公務人員優先進用升遷規定對於男性競爭者構成逆歧視，兩者均屬「憲法位階之法益」，構成「基本權之衝突」，應由立法者首先進行「利益衡量」(*Güterabwägung*)，以「創造出實踐之和諧」(*Herstellung praktischer Konkordanz*)，使兩方衝突的法益能夠得到「最適化之實現」；積極平權措施必須有時間上 (*zeitlich*) 與事務上 (*sachlich*) 之界線。在法律層次上，德國聯邦兩性積極平權法規定，女性保障名額必須在男女競爭者在相同資格條件下



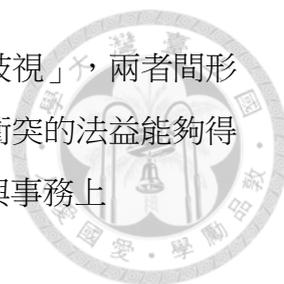
始可作為進用升遷上之個案決定輔助標準，並規定有男性個人具體特殊事由之例外條款(稱為「開放性條款」(Öffnungsklauseln))，而與前述「保留條款」相近；行政機關必須制頒「性別平等計畫」，自行建立階段性的目標(值)與為達成目標所擬採行的措施，並應公告使各界周知，而得進行監督；該計畫的作成須「兩性平等保護官」(Frauenbeauftragter)之參與，而且要經過機關內部「職工委員會」之參與。這是一種「(經由)高權規範的自我管制」(Hoheitlich Regulierte Selbstregulierung)，與英國法所採「反思性管制模式」相近。

英國「2010年平等法」內容上主要規定「禁止歧視」，但也有少數條文規範「積極措施」。本法將年齡、身障、跨性別者(transgender；sex reassignment)、婚姻及民事伴侶關係(civil partnership)、懷孕(pregnancy)及產後照顧(maternity)、種族、宗教信仰、性別、性傾向全部納入，所欲解決的問題包括禁止歧視、積極平權措施、促進「具保護特徵者」與「不具保護特徵者」之間之良好關係。

其要求公部門主體或其他受委託而承辦「公共功能」之私部門主體，須就其所掌領之部門領域，必須踐行「平等影響評估」或「平等分析」，主要報告內容包括該部門(領域)其年度所制訂之內部欲達成之平等目標與措施，以及課予年度公告，近期實際改善情形。其次，就公部門之員工進用升遷而言，該法留給雇主自主決定是否引進「積極平權措施」；但就優先進用與升遷之個案決定，雇主仍須遵守歐盟法發展以來之「相同資格條件」、「保留條款」與「合比例原則」。

於我國，就公部門女性優先進用升遷之保障，我國憲法沒有直接明文，主要的依據為增修條文第10條第6項；司法院大法官對於弱勢保障之優惠措施，也已經作出釋字649、719號解釋。就法律層次，我國公務人員任用法、考績法、陞遷法與性別工作平等法，欠缺性別保障名額之條文。我國已經制定消除對婦女一切形式歧視公約施行法。公約第4條第1項引進性別積極平權規定，仍然留下解釋適用的問題，例如其目的「為加速實現男女事實上的平等」，而且所得採取為「暫行特別措施」。但該施行法畢竟只是法律位階，與其他法律之適用上之優先性不明。我國目前在政策上，主要為「性別平等政策綱領」，其中規定「提升女性參與機會，擴大參與管道」，持續推動並擴大實行「三分之一性別比例原則」。

本論文認為，公部門女性之優先任用進用升遷係依據憲法增修條文第10條



第 6 項基本國策之「憲法委託」，但其造成男性競爭者之「逆歧視」，兩者間形成「基本權之衝突」，首先應由立法者審慎規定，旨在使兩方衝突的法益能夠得到「最適化之實現」；積極平權措施必須有時間上（zeitlich）與事務上（sachlich）之界線。

我國公務人員任用法、考績法、陞遷法與性別工作平等法，欠缺性別保障名額(主要為女性)。其次，歐盟法、德國法、英國法對於公部門之女性保障名額均要求女性競爭者必須與男性競爭者「相同或相等價值之資格條件」，所以乃後續將重點置於職缺之徵選、關於面談之要求、關於任用與升遷與訓練機會之選拔決定、關於男女競爭者之資格要件、在職訓練及公務旅行等面向，旨在去除女性所蒙受之結構上不利益。我國前述法律對此可謂完全沒有規定，應予改進。

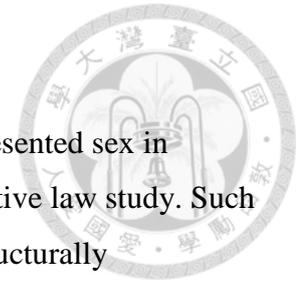
我國目前的規定，主要為「性別平等政策綱領」。因涉及男性競爭者之工作或服公職平等權，其中之重要事項應以法律為之，所以是有不足。其次，我國「性別平等政策綱領」所稱女性競爭者優先進用升遷之「資歷相當」要件，應從比較法與我國憲法，而妥為界定。第三，其所規定三分之一性別比例之目標值也欠缺實證上的基礎，只能稱為粗略的階段目標。整體而言，經由比較法觀察，宜以男女競爭者具有相同或相同資格條件作為前提，此外並應建立不帶有歧視意涵之認定標準及合宜的決策主體與程序，而且也得引進德國法所稱「（經由）高權規範的自我管制」(Hoheitlich Regulierte Selbstregulierung)、英國法「反思式管制模式」，由各行政機關經由性別平等委員會與公務人員協會之參與而制頒「性別平等計畫」，設定該機關之男女積極平權目標與措施，並公告週知以利各方監督。本模式的特色，為國家建立一個管制的架構並建立管制的目標，可稱為「由國家所設定的框架」(ein Staatlich gesetzter Rahmen)，留下業者自我進行管制的空間，其優點一方面在於避免國家之過度介入，另一方面在於善用當事人之能力。對於同一公部門主體性別比例之階段性目標與達成期程，因為涉及該主體兩種性別員工之間之競爭敏感性，而且也與機關之傳承與工作性質(含挑戰、壓力等)，國家不宜過度介入。

就我國「性別平等政策綱領」所規定之性別影響評估之規定而言，其名稱為「實施計畫」，性質上為不具外部效力之行政規則，英國早先及德國係以法律規定，我國從而相對有所不足。其次，在實質內容面，其仍有諸多有待精緻化的部分。

關鍵字：「性別平等」、「婦女保障名額」、「優惠性差別待遇」、「積極平權措施」、「英國 2010 年平等法」、「性別積極平權」、「性別影響評估」。



英文摘要

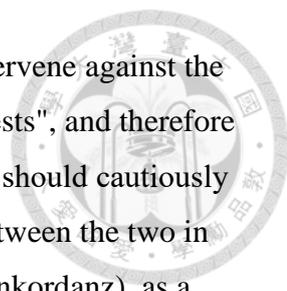


The topic of this thesis is the positive actions for the underrepresented sex in employment recruitment and promotion of public sector--a comparative law study. Such measures are intended for groups who have been continually and structurally disadvantaged, in fields of employment, education etc. In order to enhance their disadvantaged situations, the legislators endorse special preferential treatment.

Nevertheless, such measures would intervene the male competitor's equal rights of services in public office and work, and therefore these measures are deemed as discrimination of sex. This thesis aimed at the public sector, and select the EU law, the German law, and the British law, in comparative law observation. This thesis intends to review constitution of Republic of China, along with the several interpretations of justices of constitutional court in Judicial Yuan and suggesting the reform of the current policy and system.

The EU, by practicing the provisions of the treaties and directive, and judgments of Justice in the European Court, it accepts "positive action" in the public sector in case of "underrepresented sex", usually female, due to the reason to compensate for the disadvantaged situation constructed during the past history. The measures must be constructed to the purpose and must be proportionate, so as not to infringe upon the equal rights of other sexes. In order to balance the gender ratio in this public sector department, it establishes the requirements as the following: 1.the sex which is underrepresented must have the equal or equally valued qualification as the other sex competitor. 2.After examining an "objective assessment" and found out there is an individually particular reason or condition to the other sex competitor, although the underrepresented sex has attained the equal qualification requirement, the final decision to promote or recruitment of this very office will return to the fair competition between the two sex, known as the " saving clause".

As for the German Case, in 1994, the German Federal Constitution (known as "Basic Law") was introduced in Article 3 (2):"State should dedicate to the equality between men and women in practice, and the elimination of existing discrimination". This introduction is in defined as "State-goal provision ", from which can be derived: the legislators can under certain restrictions adopt gender quota as a method to improve the disadvantaged situation of women in the workplace.



The gender affirmative actions for female civil servants will intervene against the equal protection of male (competitors). Both are "constitutional interests", and therefore it constitutes the "conflict of the fundamental rights". The legislators should cautiously balance these interests at hand (Güterabwägung), and to reconcile between the two in order to attain practical concordance (die Herstellung praktischer Konkordanz), as a result, both sides can be in the "best of the realization"; positive action must have time limit (zeitlich) and distinguished by its nature (sachlich).

The German federal gender affirmative action law stipulates the women priority in recruitment and promotion, women competitors should attain the same qualifications as men. Secondly, Statue must provide with "Öffnungsklauseln" in the meaning of EU "saving clause". Thirdly, the authorities must design a "Gender Equality Plan" every four years, including establish phase goals and timeline date and have to publicize it, so that the public can supervise. The "Frauenbeauftragter" should participate in the plan-initiation, and the "Staff Committee" within the organization should also be involved. Fourthly, the selection standards and procedures, the method of how should male and female competitors be defined as same qualified, must be fair and objective. This mode of regulation is called as "regulated self-regulation" (Hoheitliche regulierte Selbstregulierung), which resembles "reflexive regulation" in the British Equality Act of 2010.

As for the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the "Equality Act of 2010" mainly include "non-discrimination", but there are a few provisions contains "positive actions". First, the main body of the public sector, and those entities which are entrusted to undertake "public function", must carry out the duty of "Equal Impact Assessment" or "Equality Analysis". The EIA include the internal goals and measures to achieve the gender ratio, as well as the annual report of the current figure of the gender statistic data and the recent improvement development. Secondly, in the promotion in the public sector, the law leaves the employer to decide whether or not to introduce "positive actions". However, if adopted, the employer must comply with "the equal qualification" criteria, "saving clause" and "principle of proportionality".

In R.O.C, women priority in the recruitment and promotion in public sector, is based on Additional Article 10(6) of the Constitution(憲法增修條文第 10 條第 6 項).Justices of the Constitutional Court has introduced No.649 and 719 with regard to affirmative actions. The relevant laws regarding recruitment and promotion of civil

servant service, along with "Act of Gender Equality in Employment"(性別工作平等法) at present, all lack of gender quota provisions.

R.O.C has enacted "Enforcement Act of Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women"(消除對婦女一切形式歧視公約施行法). Article 4, paragraph 1 of the Convention introduces a gender-based affirmative provision, with precise wording such as the purpose of "achieving the achievement of the de facto equality of men and women" and the adoption of "temporary special measures". But the implementation of this enforcement Act, after all, cannot violate Constitution and laws. Current gender ratio policy in R.O.C, mainly is the "Gender Equality Policy Program", which encouraging that "enhancing women's participation in opportunities and expanding their participations in politics", and promote the "one-third gender ratio principle".

This thesis argues that the promotion of the priority recruitment and promotion of women in the public sector, is based on constitution Additional Article 10 (6), and it constitutes the conflict of fundamental interests with the male competitors' rights of equality, and the measure should be carefully tailored by the legislators. Secondly, current "Gender Equality Policy Program" does violate the principle of legality, and the requirement of " seniority "among the promotion and recruitment of female public employee should be clearly defined by the comparative law and according to the constitution of R.O.C.Last but not least, the "one-third of the gender ratio" lacks empirical basis, and therefore is a roughly formulated preliminary goal.

Key words: gender equality, gender quota, affirmative action, positive action, Equality Act 2010, gender affirmative action, gender impact assessment

簡目



論文口試委員審定書.....	I
誌謝.....	II
中文摘要.....	III
英文摘要.....	VII
目錄.....	XII
圖目錄.....	XVI
表目錄.....	XVII
第一章緒論.....	1
第一節研究動機與目的.....	1
第二節研究範圍與限制.....	7
第二章歐盟法.....	9
第一節歐盟的一級法與二級法規定.....	9
第二節歐盟法院之判決.....	13
第三節歐盟二級法之最新發展.....	34
第三章德國法.....	41
第一節 1994 年修憲之前.....	41
第二節修憲之條文規定與理由.....	45
第三節修憲之後學界的詮釋趨向一致.....	47
第四節男女積極平權條文與公務人員法制之績效原則之調和	65
第五節法律面之觀察：德國聯邦兩性積極平權法律.....	75
第六節德國「一般平等對待法」.....	87
第四章英國法.....	92
第一節立法前身與脈絡.....	93
第二節 2010 年平等法.....	94
第三節關於管制方式的選擇.....	100
第四節「公部門之提升平等責任」.....	107
第五節小結.....	134
第五章我國法之檢討.....	137
第一節我國現行規定.....	138
第二節我國憲法之積極平權依據與解釋.....	148
第三節我國現行規定與政策之檢討.....	181
第六章結論與建議.....	203
第一節結論.....	203
第二節建議.....	210
參考文獻.....	212

中文.....	212
英文.....	216
德文.....	218





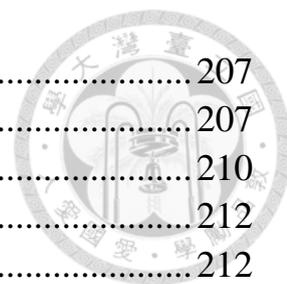
目錄

論文口試委員審定書	I
誌謝	II
中文摘要	III
英文摘要	VII
目錄	XII
圖目錄	XVI
表目錄	XVII
第一章緒論	1
第一節研究動機與目的	1
壹、研究動機	1
貳、問題意識與研究目的	1
參、研究途徑、方法與章節安排	6
第二節研究範圍與限制	7
壹、研究範圍	7
貳、研究限制	8
第二章歐盟法	9
第一節歐盟的一級法與二級法規定	9
壹、條約層次(一級法)	10
貳、指令層次(二級法)	11
第二節歐盟法院之判決	13
壹、 <i>Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen</i> (1995)	13
貳、 <i>Helmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen</i> (1997) ...	16
參、 <i>Georg Badeck and Others v. Hessischer Ministerpräsident</i> (2000)	19
肆、 <i>Katarina Abrahamsson, Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist</i> (2000)	23
伍、歐盟判決的歸納	26
陸、歐盟法院的進一步判決	28
第三節歐盟二級法之最新發展	34
壹、目前現行「性別對待指令(重鑄)」(Gender Recast Directive 2006/54/EC)	34

貳、歐盟執委會 2012 年指令草案.....	36
參、 歐盟之禁止歧視指令.....	38
肆、小結.....	39
第三章德國法.....	41
第一節 1994 年修憲之前.....	41
壹、舊法的規定.....	41
貳、針對舊法的詮釋.....	42
參、聯邦憲法法院見解.....	44
第二節修憲之條文規定與理由.....	45
壹、修憲引進「男女積極平權」之規定.....	45
貳、修憲時之構想.....	45
第三節修憲之後學界的詮釋趨向一致.....	47
壹、 <i>W. Heun</i>	47
貳、 <i>C. Langenfeld</i>	54
參、 <i>L. Osterloh</i>	56
肆、 <i>D. König</i>	57
伍、對以上不同作者意見之歸納.....	61
陸、對於基本權衝突之補充說明.....	62
第四節男女積極平權條文與公務人員法制之績效原則之調和	65
壹、條文規定.....	66
貳、進用升遷之要件.....	67
參、 小結.....	75
第五節法律面之觀察：德國聯邦兩性積極平權法律.....	75
壹、聯邦兩性積極平權法(<i>Bundesgleichstellungsgesetz</i>).....	75
貳、聯邦委員會席位之男女積極平權法(簡稱「聯邦席位分派法」).....	82
參、歸納與小結.....	86
第六節德國「一般平等對待法」.....	87
壹、歐盟法之要求.....	87
貳、主要內容.....	88
參、小結.....	91
第四章英國法.....	92
第一節立法前身與脈絡.....	93
第二節 2010 年平等法.....	94
壹、本法之章節概說.....	94
第三節關於管制方式的選擇.....	100
壹、「純粹(業者)自願辦理」(<i>purely voluntarist approach</i>).....	101

貳、	「命令與控制」(command and control)	102
參、	「反思性管制」(reflexive/responsive regulation)	103
第四節	「公部門之提升平等責任」	107
壹、	公部門之一般平等責任	107
貳、	適用要件及相關案例發展	112
參、	評估責任方式：平等影響評估	117
肆、	公部門平等責任特殊要求(specific duties)	119
伍、	主管機關權力之修改—管制模式之改變	122
陸、	公部門主體之積極措施：一般規定	124
柒、	公部門主體之積極措施：進用與升遷之積極措施	130
第五節	小結	134
第五章	我國法之檢討	137
第一節	我國現行規定	138
壹、	憲法	138
貳、	法律	140
參、	現行政策	145
第二節	我國憲法之積極平權依據與解釋	148
壹、	憲法第 7 條作為男女積極平權之規範依據？	148
貳、	憲法增修條文第 10 條第 6 項作為積極平權之規範依據	157
參、	我國有關積極平權之大法官解釋與學者見解	160
肆、	我國憲法性別積極平權規定之主要解釋問題	169
肆、	消除對女性一切形式歧視公約施行法作為規範依據	176
伍、	兩公約施行法作為規範依據	180
第三節	我國現行規定與政策之檢討	181
壹、	關於法律保留原則	181
貳、	關於各部會委員會、國公營事業董監事會代表之「三分之一之性別比例」之檢討	182
肆、	針對一般公務人員之「三分之一之性別比例」之檢討	182
伍、	針對特殊領域之公務人員	188
陸、	關於公部門男女進用升遷之評定標準與執行之要求	192
柒、	關於「性別影響評估」	196
第六章	結論與建議	203
第一節	結論	203
壹、	就歐盟法	203
貳、	就德國法	204

肆、就英國法	207
肆、就我國法	207
第二節建議	210
參考文獻	212
中文	212
一、專書	212
二、期刊論文	212
三、學位論文	214
四、研討會論文	214
五、官方出版品	214
六、統計資料庫	215
七、報紙	216
八、其他官方或非官方文件	216
英文	216
一、專書	216
二、期刊論文	216
三、研討會論文	217
四、報紙	217
德文	218
一、專書	218
二、期刊	219



圖目錄

- 圖 1：我國性別現況及發展(主要為女性重要指標與事實比率)..... 190
圖 2：105 年職業別從業人員(女性比例)..... 192



表目錄



表格 1：銓敘部及所屬機關各官等職員性別統計「就民國 100 年至 104 年之統計數字.....	184
表格 2：105 年行政院暨所屬機關(構)學校進用女性情形.....	186
表格 3：104 學年度大專校院女性學術主管人數與比率.....	187
表格 4：104 學年度大專校院女性一級行政主管人數及比率	187

第一章緒論

第一節研究動機與目的



壹、研究動機

身為女性，本論文關注女性職場之發展。其中的主要面向，為我國於公部門於個案人事任用升遷決定上，有無必要引進女性(本論文使用「低性別比例者」一詞，雖然目前處於低性別比例情形為女性，但也不排除男性)積極平權規定？相關實證數據如何？其次，若吾人擬經由法律引進之，其正當性事由為何，是否在憲法上找得到依據？但是否因涉及男性競爭者之工作或服公職之平等權，而又應如何衡量？

女性保障名額，為促進男女積極平權的重要手段，得適用於公務部門人員(廣義而言，包括一般公務人員、公部門約聘僱人員、法官、檢察官，也得適用於政務官、民意代表之席次)，於社會團體與私經濟部門，也得適用於政黨之內部職位。

我國公務人員法律對於進用升遷欠缺性別積極平權之規定，「性別工作平等法」亦然，只有在政策層次之「行政院性別平等政策綱領」有所規定。

貳、問題意識與研究目的

對女性競爭者之保障名額，得有多種研究目的與研究途徑，例如法學、政治學、社會學、文化人類學等。

本論文採法學研究途徑。主要的關懷為

- 1、本論文涉及平等權當中之男女平等，屬於「積極平權措施」，積極平權係指對於自歷史以來、至今持續性地受到結構性之不利益之群體，在其求職、受教育或與政府簽約時，由立法者制定法律，提供特別的優惠對待(preferential treatment)，

以增強他們的競爭力¹。與此區別「禁止歧視」則係指，依留德學者見解，為「要求不得恣意地差別對待」，如果立法者或獲有法律授權的行政機關對於差別對待的基準的選擇，即無違反平等原則的問題。相反的，某些情形應區別對待而未區別，亦屬於違反平等原則²。

- 2、我國憲法的規定為何？精確言之，我國憲法本文與增修條文有無男女積極平權之規定，若規範依據係基本國策，則基本國策有如何之效力？而又有哪群體(例如男性)的基本權或國家之基本國策係受到波及？這兩大規範之間形成如何的關係？大法官就平等權之解釋，多以「實質平等」一語，其內涵是否結合憲法本文第 7 條與增修條文第 10 條第 6 項之內涵？
- 3、我國大法官對於弱勢保障之優惠措施，也已經作出釋字 649、719 號解釋。其大意为：(1)積極平權措施有憲法本文或增修條文之規定作為依據，旨在追求正當目的。(2)若其對於第三人的基本權造成干預，則應審查系爭優惠措施之適當性(合目的性)、最小干預手段、狹義比例性。(3)就此等規範所生的憲法爭議，原則上大法官不應採行低度審查基準。(4)於涉及第三人基本權干預或國家之資源配置，相關的措施必須有所節制，例如應有時間上之限制。
- 4、以上的命題，與消除對女性一切形式歧視公約(我國已經制定施行法，詳下述)第 4 條第 1 項大致相同：締約各國為加速實現男女事實上的平等而採取的暫行特別措施，不得視為本公約所指的歧視，亦不得因此導致維持不平等的標準或另立標

¹ 定義參考自，王玉葉(1998)，〈美國最高法院處理優惠待遇(Affirmative Action)案件之新趨勢：Adarand Constructors, Inc. v. Peña 案例之評析〉，焦興鎧主編，《美國最高法院重要判決之研究：1993~1995》(Essays on Important Decisions of the U.S. Supreme Court: 1993~1995)，臺北市：中央研究院歐美研究所。頁 183-184，頁 173。為促進男女積極平權，美國以「affirmative action」一詞，中文譯稱有「優惠性差別待遇」，此種譯法見廖元豪(1996)，〈美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究〉，東吳法律學報，9 卷 2 期，1996 年 8 月，頁 37-38；又有學者譯為「積極平權措施」，由國家透過積極作為，以「積極平權措施」實踐憲法平等權保障人民「實質平等」之意旨，見吳秦雯(2015)，〈歐盟平等權保護中之積極平權措施〉，收錄於洪德欽、陳淳文、陳靜慧、吳志光、黃舒芃、吳秦雯、楊通軒、陳麗娟(2015)，《歐盟法之基礎原則與實務發展(上)》。台北：國立台灣大學出版中心。

² 李惠宗(2012)，《憲法要義》六版一刷。台北：元照出版，頁 135-136。

準；這些措施應在男女機會和待遇平等的目的達到之後，停止採用。

5、以上顯示，我國憲法經由大法官兩號解釋，建構出優惠措施的基本體系，而使未來優惠措施而涉及第三人基本權干預案件之合憲性審查有一定的參考。儘管如此，以上的命題仍未觸及性別積極平權。

6、我國固然於民國 100 年 6 月 8 日公布「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」，並自民國 101 年 1 月 1 日起施行。儘管該公約之規定堪稱周延，但施行法畢竟只有法律位階，並沒有同時修正相關法律，所以在法律解釋適用上仍然留下諸多問題，而有必要進行比較法之觀察：

(1)按其公約目的「為加速實現男女事實上的平等」，則何謂「男女事實上的平等」？其與我國憲法第 7 條所稱「中華民國人民，無分男女……，在法律上一律平等」，有無差別？於此留德學者主張，該條只及於法律上之平等，屬於「禁止(無正當理由之)歧視」，而不及於事實上之平等，屬於「積極平權」。

(2)該公約條文對於男女所得採取之「暫行特別措施」，其目的之正當化事由為何？究竟為補償性理論或是公部門人事上之多元化成員組成所得帶來之產出較高效率效能之理論？

(3)對於低性別比例者之優先進用保障，究竟為集體權還是個人權？按低性別比例(**under-represented**)為單一公部門中事實上之狀態，吾人為追求如上之補償理論或效能理論之正當事由調和該部門中性別不均衡的事實狀態，而對於低性別比例者加以優惠(積極平權)措施，這在比例上、手段上可能造成對於另一性別比例者不利益(逆歧視)，故從事實狀態而言，低性別比例者於憲法層次上所能主張之基本權，應為個人權；就另一性別比例者，其工作平等權、服公職平等權之侵害或限制，亦應以其個人基本權加以出發為當。(4)該公約條文規定，所採取的手段只能是「暫行性」且具「特別性」，其意義

為何？所考量之因素為何，究竟影響到哪些人的基本權利或公共利益，又只能優惠到如何的界線？

(5)該公約在我國畢竟係經由施行法而引進，所以只是法律層次，一方面仍不得違反憲法之規定，另一方面，公約內容應與我國憲法條文與增修條文為最大化的調和，在此程度內，也應進行憲法層次的討論。

7、就以上的問題，本論文擬比較積極平權有相當發展之歐盟(一級法與二級法)、英國、德國的規定、判決與學說³。其中，就一級法或憲法層次而言，例如，這種名額保障性質上究竟為集體權或個人權，而又應如何防範對低性別比例者形成集體權，如何設定要件以避免過當限制另一性別比例者之權利，而這也為憲法禁止性別歧視之保障所在？其中，歐盟法與德國法在引進女性保障名額的構想(補償理論)與要件相近。英國法則因為有如下特色而值得討論：首先，我國已經制定「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」。該公約第 3 條規定：「締約各國應承擔在所有領域，特別是在政治、社會、經濟、文化領域，採取一切適當措施，包括制定法律，保證婦女得到充分發展和進步，以確保婦女在與男子平等的基礎上，行使和享有人權和基本自由。」本規定課予各會員國檢視既有的規定，並指出重點領域及所追求的目標。這近乎英國 2010 平等法第十一篇「提升平等」當中之「公部門之平等責任」。其次，公約適用於公部門與私部門⁴，與英國 2010

³ 美國於此脈絡以「美國就業上積極行動」為討論，涉及公部門政府所實施之積極行動方案(public sector affirmative action programs)及私部門所實施之積極行動方案(private sector affirmative action programs)。學者焦興鎧指出，前者是指由聯邦、各州、地方政府及公立教育單位所採行之各種「自願性積極措施」，一般而言，根據聯邦最高法院在各相關案例之判決，將種族或性別因素列入考慮及有關晉升配額之積極措施，通常都會為法院所接受，但在涉及裁員之情形，由於往往對特定對象造成過重之負擔，因此，法院是採否定之看法。後者則是指由私人事業單位所採行之各種「自願性積極措施」，一般而言，只要這些措施具有前述之補償性質，又不至於過份影響原有優勢團體成員之既得利益，且具有暫時之性質，則聯邦最高法院通常都是持肯定之態度。事實上，這兩種類型之積極措施在基本上並沒有多大之差異，只是在前者之情形，往往是涉及聯邦或各州政府所採行之做法，常另會引發聯邦憲法第五及第十四增修條文有關平等保護條款之爭議而已。參見焦興鎧(2009)，〈論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力〉，《長庚人文社會學報》，2 卷 1 期，頁 66。學者並於文中提及由於美國法就此議題多採自願性措施，於討論上案例以及立法例則非常有限。

⁴ 張文貞(2015)，〈CEDAW 國內法化：CEDAW 施行法〉，《性別平等教育季刊》70 期，頁 37-42，頁 38。

年平等法，從而得有借鏡之處。第三，英國為歷史悠久的民主與法治國家，其對於公私部門男女積極平權的構想(例如目的不限於補償理論)具參考價值。第四，英國在男女積極平權上採「反思性管制」模式，為一種管制創新，值得參考。

8、經由比較法的借鏡，展開我國憲法的解釋討論，並對於現行規定加以檢討。

(1)憲法層面包括，積極平權之規範依據為何？出於如何的正當化事由而為積極平權措施？於此，應注意，我國就積極平權之依據，學界一直存有爭議。一說以留德學者為主，主張憲法第7條之平等權只及於法律上之平等，亦即禁止無正當理由之歧視，但另一說認為第7條也涵蓋積極平權，例如學者黃昭元⁵。

(2)憲法之規定得由消除對婦女一切形式歧視公約施行法所引入之公約第3、4、5條，加以補充，蓋兩者間並沒有衝突，且我國憲法條文較為抽象，而得由此等公約條文加以充實(詳後述第五章)。

(3)積極平權措施對於另一性別比例者是否造成逆歧視？

(4)其須否有法律明文規定(法律保留原則)？

(5)如何才是適當的女性保障名額規定，包括如何的性別分配比例、要件(比較法顯示，以男女競爭者具有相同或相同資格條件作為前提)、具體個案之選拔標準與程序。就名額比例而言，我國現行規定為政策層次之「性別平等政策綱領」，其中規定「提升女性參與機會，擴大參與管道」，主要的內容為：持續推動並擴大實行三分之一性別比例原則，又可分為三個部分：針對政務官⁶；針對行政院所屬各部會的委員會、國公營事業董監事會(2004年行政院婦權會決議行政院所屬各部會的委員會都應符合三分之一性別比例原則以來，委員會治理的部分已經廣泛適用性別比例原則，未來持續推動外，將性別比例原則擴展至國公營事業

⁵ 黃昭元(2009)，〈平等權與自由權競合案件之審查－從釋字第六四九號解釋談起〉，法學新論，7期，頁17-43。

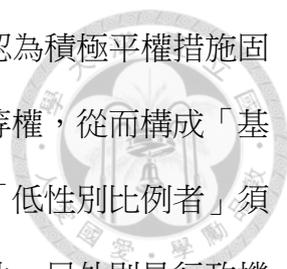
⁶ 我國政務官的性別比例並未有法律規範，而是植基於總統的競選承諾。然而，除內閣閣員外，考試委員、監察委員、與大法官也是總統任命職。因此針對總統任命職的部分，修改相關法令，設定性別比例。

董監事會、政府出資或贊助超過 50% 之財團法人董監事會與社團法人之理監事會等)；針對公務人員：公職人員簡任官的拔擢或是升任簡任官前的九職等官員，以單位為基礎，在資歷相當情形下，優先晉升少數性別，以達到各單位中每一職等符合三分之一性別比例為原則。以上之「三分之一比例」，究竟如何得出，有無實證數字作為依據，或只是一種大略的政策進程當中之階段性目標而已，蓋若立即設置二分之一之性別比例，從漸進改革角度而言，不免過於急躁，而容易招致強烈的批評與反對。我國上開政策之名額為「三分之一之性別比例」，而不是同等比例，這是否充足，或是否過當？

- 9、就女性競爭者之優先進用升遷之要件而言，歐盟、英國、德國都採女性競爭者必須擁有與男性競爭者「相同或相等價值資格條件」，我國在現行憲法規定與消除對婦女一切形式歧視公約施行法之架構下，是否也應採行相同規定？
- 10、因為有如上「相同或相等價值資格條件(equal or equally qualification)」之要求，所以歐盟法、英國法與德國法均強調人員選拔之標準及有關程序之客觀公正性，避免女性競爭者因為家庭照顧與生育等因素而致訓練、升遷調動上相較男性競爭者而相對延後，我國也有相同的採行必要。
- 11、於私經濟部門領域引進女性保障名額之憲法與法律問題，儘管歐盟執委會已經作出指令建議，德國更於 2015 年包裹立法完成有關改革，應具有高度專門性，本文將不予討論。

參、研究途徑、方法與章節安排

本論文採法學研究途徑。簡單檢視我國現行的規定與問題。其次，從教科書、學術論文集、法學期刊與法院裁判中，蒐集歐盟法、英國法、德國法的規定、判決與主要學者的見解，並進行詳細的解釋討論，例如：主要國家都不認為這構成對於女性之集體權保障；為避免積極平權措施對男性競爭者逆歧視，應進行利益衡量；女性保障名額規定旨在衡平女性典型之結構上之不利益，須設有「男女競爭者須具



備相同或相同資格條件」之要件；德國法與歐盟法架構相同，認為積極平權措施固然為憲法委託，但也涉及另一性別比例者之工作或任公職之平等權，從而構成「基本權之衝突」而必須由立法者進行利益衡量，原則上還是要以「低性別比例者」須有相同或相等價值之資格條件作為個案優先進用升遷決定之要件，另外則是行政機關必須制頒「平等計畫」，與英國法所採「反思性管制模式」有可比較性。這些對於我國法的解釋與法政策的採用，都具有意義(第二、三、四章)。其次則指出我國憲法、法律與政策之規定，並進行深度的討論；本論文並將依據我國官方或主要學者所提出的公務人力性別統計數字，提出性別保障名額之結論與修改建議(第六章)。

第二節 研究範圍與限制

壹、 研究範圍

本論文集於一般公務人員，亦即我國公務人員任用法施行細則第 2 條「本法所稱公務人員，指各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等、職等之人員」。這主要是出於精確討論，另一方面是因為公務人員為國家行政之核心成員而具有重要性。本論文所稱「進用」，係指第一次之任用，而使當事人成為員工；所稱「升遷」，係指對於現任者拔擢，使晉升更高的職位。

在比較法的研究上，本文將討論歐盟法、英國法、德國法。這是因為歐盟有 28 會員國，其法制具有重要性；其會員國當中，雖然英國目前已通過脫歐公投，惟其 2010 年平等法尚未修正前，於歐盟法、德國法之規定有一定比較性，就手段採取上，呈現一定之差異，相關比較已可提供相當完備的視角。為精確比較起見，且限於篇幅，本文不擬對其他國家加以比較⁷。

⁷ 英國於 2016 年 6 月 23 日進行公投「脫歐」，但相關談判依據報載將於 2017 年 7 月才開始。

貳、 研究限制

在研究限制上，由於本論文採法學研究途徑，所以不討論造成女性低性別比例之政治上、社會上、文化人類學之原因及當今結構情形。

其次，本文並不進行訪談與問卷之研究，所使用的實證資料取自於官方報告或人事行政學者之調查發現。



第二章 歐盟法



本文所關注的「女性優先進用升遷」屬為本章的重點，從歐盟法一級法、二級法，直至完整發展出成熟的女性優先進用升遷規範要件之歐盟法院四大判決，值得研究⁸。

第一節 歐盟的一級法與二級法規定

為促進男女積極平權，美國以「affirmative action」一詞，中文譯稱有「優惠性差別待遇」⁹、「積極平權措施」¹⁰，由國家透過積極作為，以「積極平權措施」實踐憲法平等權保障人民「實質平等」之意旨。從歐盟法上則使用「積極措施」(positive action)，本質上是否與上開美國法上所稱之「積極平權措施」完全一致，學者間仍有爭議。然而，此種積極實踐憲法保障實質平等意旨之政策或具體作為，且已被列為歐盟基本人權憲章之重要內容，由各國普遍採行積極措施來促進並消弭男女間不平等。歐洲聯盟在一級法與二級法有男女平權之規定，歐洲聯盟法院也有重要判決，這些是本節的討論重點。

歐盟之各種憲法性或基礎性條約，以及據此由歐盟機構訂定之派生法律(secondary law)、行政法規及命令、對外簽屬的條約等，構成歐盟法概念。歐盟法之廣義概念進一步包括歐盟判決、解釋以及歐盟透過相互承認原則所致力於法律調合

⁸ 歐盟的平等權規定得區分為「禁止歧視」與「積極平權」，於章末將簡單介紹歐盟禁止歧視規定，這個附帶說明的意義在於，就本論文第四章擬引介之英國法，係以單一之一部平等法而涵蓋二者，閱讀者必須有兩方面的理解。

⁹ 此種譯法見廖元豪(1996)，〈美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究〉，東吳法律學報，9卷2期，1996年8月，頁37-38；王玉葉(1998)，〈美國最高法院處理優惠待遇(Affirmative Action)案件之新趨勢：Adarand Constructors, Inc. v. Peña 案例之評析〉，焦興鎧主編，《美國最高法院重要判決之研究：1993~1995》(Essays on Important Decisions of the U.S. Supreme Court: 1993~1995)，臺北市：中央研究院歐美研究所。頁183-184。

¹⁰ 此種譯法見吳秦雯(2015)，〈歐盟平等權保護中之積極平權措施〉，收錄於洪德欽、陳淳文、陳靜慧、吳志光、黃舒荳、吳秦雯、楊通軒、陳麗娟(2015)，《歐盟法之基礎原則與實務發展(上)》。台北：國立台灣大學出版中心。

(legal harmonization)之各會員國法律¹¹。歐盟法源主要由「歐盟條約」(Treaty on the European Union, TEU)、「歐洲聯盟運作條約」(Treaty on the Functioning for the European Union, TFEU)¹²；歐盟基本權利憲章(Charter of Fundamental Rights of the European Union)依據現行歐盟條約第 6 條第 1 項¹³，也成為歐盟條約成文法；歐洲人權公約依據同條第 2 項亦有同樣法效力，為直接有效之歐盟一級法規範。

壹、條約層次(一級法)

里斯本條約修訂後，歐盟運作條約第 157 條第 4 項允許各會員國得採取「積極平權措施」來達成實踐上之男女完全平等(full equality in practice between men and women)；同羅馬條約第 119 條第 4 項以及阿姆斯特丹條約第 141 條規定¹⁴，在「公部門雇用」(public employment)領域，會員國得對於低性別比例者(under-represented sex)於職業活動(pursue a vocational activity)採取特別積極平權措施(specific advantages)，來克服職業生涯的不利益¹⁵。其第 3 項規定，歐盟國會以及議會，應於諮詢歐盟經濟社會委員會後，就雇用及職業之男女機會平等原則，包括男女同工同酬原則，應採行措施以確保之。第 4 項規定，為確保男女工作平等之完整實現，平等原則應不阻止各會員國於性別比例較低之專業活動維持或採行特別積極平權待遇，使更易於阻止或補償性別比例較低者於職業上所受之不利益¹⁶。

¹¹ 洪德欽、陳淳文、陳靜慧、吳志光、黃舒芃、吳秦雯、楊通軒、陳麗娟(2015)，《歐盟法之基礎原則與實務發展(上)》。台北：國立台灣大學出版中心。頁 3。

¹² 本論文所討論之歐盟條約，不含舊的歐盟條約，其沿革首先為 1951 年 4 月 18 日之巴黎條約；1957 年 3 月 25 日的兩項羅馬條約，依此成立「歐洲經濟共同體」(European Economic Community, EEC)，其後依 1992 年 2 月 7 日馬斯垂克條約(舊的歐盟條約)，成立「歐洲聯盟」並將 EEC 更名「歐洲共同體」(European Community, EC)，1997 年 10 月 2 日阿姆斯特丹條約及 2001 年 2 月 26 日尼斯條約修正部分馬斯垂克條約，2007 年 12 月 13 日里斯本條約修改並更名為現行之歐洲聯盟條約以及歐盟運作條約，於 2009 年 12 月 1 日生效。

¹³ 歐盟承認於 2000 年 12 月 7 日歐盟人權憲章所規範之權利與自由與原則，並於 2007 年 12 月 12 日於 Strasbourg 實施，與歐盟條約有相同法律價值(the same legal value as the Treaties)

¹⁴ 原為羅馬條約第 119 條，於阿姆斯特丹條約時修正為第 141 條；里斯本條約簽訂後修正為歐洲聯盟運作條約第 157 條，其規定為社會政策建立男女平等原則，其中第 4 項涉及積極平權。條文為：就有效擔保男女勞動生活之完全平等對待，本原則不限制會員國針對低度性別代表之職業工作或為防止或平衡職業部門，採行或排除特別的有利措施。

¹⁵ E.Howard , EU Equality Law: Three Recent Developments, 17(6) *European Law Journal* , 785(2011)

¹⁶ specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity

因里斯本條約通過(第 6 條第 2 項)而同步生效之歐盟基本權利憲章，其第 21 條第 1 項與第 23 條第 1 項也明定禁止性別歧視，其規定，男女平等必須於各方面被確保，包括雇用、工作以及報酬；「平等原則」並不阻止對於「性別比例較低者」(under-represented sex)維持或採行特別積極平權措施，並明確指出其為歐盟法之重要法律原則。

歐盟運作條約第 8 條規定，與歐洲共同體條約第 3 條第 2 項內涵相符，規定各會員國需致力消弭男女間不平等，並促進兩者間平等。而這些條約之義務，並非要求會員國須完全依照歐盟法來制定其國內法，而是應將歐盟法內涵納入會員國立法中。

性別積極平權因具有重要性，而逐漸成為歐盟一級法所規範，。此處用詞為「並不阻止」，但畢竟不積極要求，應予注意。歐盟條約類如一般國家之憲法，所以條文多具有抽象性，而須有進一步法律加以落實，此即由歐盟二級法之任務。本論文關注之公部門女性員工優先進用升遷條款，多依據於如上一級法規範，然而迄今歐盟一級法以及歐盟基本權利憲章與相關規定仍然持續發展，本論文限於篇幅，而不予討論。

貳、指令層次(二級法)

歐洲聯盟於 1976 年肯認禁止性別歧視原則，並制定 76/207/EEC，有稱為「男女平權指令」、「男女平等對待指令」等，雖然已在 2009 年正式停止適用，惟其內涵仍保留於「2006 年性別對待指令(重鑄)」(Gender Recast 2006/54/EC)。然而，歐盟判決歷來男女平權，尤其是女性優先進用條款之建立，均於 76/207/EEC 指令適用期間內大抵完成(以下稱本指令)，其內容涵蓋迄今以來男女平權之相關指令內涵，包括「禁止歧視」、「性別主流化」等任務，會員國對於低(性別代表)比例(under-

or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

representative)，亦即在該部門中，女性員工與男性員工人數比例相較下，處於較低的情形，通常情形為女性處於低性別比例，本論文為兼顧原文義，以「低性別比例」加以稱之。對於此種群體，予以「積極措施」來改善其於各領域上(尤其是工作雇用領域)之不利益。本論文為討論方便，於歐盟以下判決所稱指令，即以此作為討論。

76/207/EEC 指令作成於 1976 年 2 月 9 日，男女平等原則適用於工作雇用、職業訓練以及升遷、工作條件¹⁷。本指令在本論文所關注之女性優先進用問題上，為相當重要之歐盟法規定，且多數具指標性意義之判決，均出自本男女平權指令。

本指令第 1 條第 1 項指出規範目的在於，將「男女平等待遇原則」(the principle of equal treatment for men and women)於進入雇用、升遷、職業訓練與工作條件上，促使會員國將其原則付諸實現(put into effect)。同條第 2 項指出，本指令適用範圍在社會安全領域，其中當然包括工作進用升遷，而且適用於公部門與私部門。部長理事會就社會安全有關之男女平權之逐步實現，經由歐盟執委會建議案，將建立規定，來界定社會安全之本質與範圍及其有關適用之安排。

第 2 條規定：以下所稱「男女平等對待原則」係指，不得基於性別，尤其有關婚姻、家庭者為直接或間接之歧視(第 1 項)。本指令不反對各會員國將特定之職業性活動以及就其適當之所必要的教育訓練等，若性別就其種類而言係構成不可或缺條件，排除本原則之適用(第 2 項)。本指令並不反對女性保障法規，尤其與懷孕或生產有關者(第 3 項)。

為本論文重點關懷者為--本指令不反對會員國採行促進男女機會平等之措施，尤其經由排除本指令第 1 條第 1 項所列之領域中影響女性機會不平等之既有法規(第 4 項)。

¹⁷ 資料來源：<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31976L0207>
(最後造訪日期：2017/5/31)

以上顯示，本號指令所採行之男女平權係限定一定領域且係逐步實現，旨在促成機會平等，必須由歐盟執委會提案。



第二節 歐盟法院之判決

歐盟法院就此問題，透過四個重要判決，建立完整的女性公務人員優先進用升遷條款之要件。對於積極措施之表現，本論文主要關注女性優先保障之制度，其多以名額比例方式表現之。自 1995 年以來歐盟法院對於此種案型之逐漸發展出脈絡，學者 Croon 指出¹⁸，認為其得與德國憲法法院之違憲審查方式有可類比之處，並也將歐盟法院之審查基準分為三種，歐盟法院對於「以性別相關之女性名額比例」積極措施與判決，係以中度(intermediate)審查基準。

壹、*Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* (1995)¹⁹

第一件為 1995 年 10 月 17 日所作成，亦即「Kalanke 案」。本件發生於德國布萊梅邦(Bremen)，其兩性積極平權法第 4 條規定此種無條件女性優先升遷制，適用於女性公務人員呈現低度比例之領域，且目標在於達到男女比例均達 50% 為止。

原告為參與升遷該部門公園管理局之主管職位之失利男性(Kalanke 先生)，其本身為約聘之職員，具有花園與景觀之碩士學位，自 1973 年起即在該局任職，甚至曾一度代理該部門之主管。最後獲得優先升遷之女性(Glissmann 女士)，其本身也是約聘之職員，於 1983 年始取得景觀規劃保育之工程科別碩士學位，自 1975 年始任職於該局。該局主管推薦之升遷名單為原告，但該部門之職工委員會--性質上為產業民主下之組織，對人事案件享有參與權--卻拒絕同意該名單。案件乃經過調處，調

¹⁸ J. Croon, Comparative Institutional Analysis, the European Court of Justice and the General Principle of Non-Discrimination—or--Alternative Tales on Equality Reasoning, 19(2) European Law Journal, 153 (2013)

¹⁹ Case C-450/93[1995] ECR I-3051

資料來源：<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1475294608869&uri=CELEX:61993CJ0450>
(最後造訪日期:2016/09/09)

處結果為推薦原告，但職工委員會仍不同意，最後乃經由仲裁決定，由仲裁法庭作出具有最終拘束力之決定，而仲裁決定指出，兩者資格要件相同，而依該邦兩性積極平權法之規定(LGG)，必須由女性優先升遷。Kalanke 先生不服，主張該名額系統(Quota system)之規定違反不萊梅(Bremen)憲法，以及德國基本法、德國民法 BGB 第 611A 條，而上訴地區勞動法院，敗訴後上訴到聯邦勞動法院。該法院以事涉先決問題暫停審判，而請歐盟法院審查系爭邦法規定有無抵觸本號指令。

本件系爭條文為邦兩性積極平權法(Das Landesgleichstellungsgesetz)第 4 條有關選任公務人員升遷。其第 1 項規定，在非屬訓練日之公務人員選任時，擁有與男性競爭者相同選任資格之女性，在性別比例(女性)較低的情形或部門下，女性應優先獲得該職位²⁰(women who have the same qualifications as men applying for the same post are to be given priority in sectors where they are under-represented)。第 2 項規定，在有較高薪資、報償之薪資階層之職務選派下，擁有與男性競爭者相同任命資格之女性，在性別比例女性較低的情形或部門下，女性應優先獲得該職位，本規定亦適用於不同公務職位與升遷(different official post and promotion)。第 4 項規定，本條所稱「選任資格」(qualification)，需特別針對該職業所需要件(requirement of occupation)、該職務所需(post to be filled)或該職業階層(career bracket)相關加以評估；至於特殊經驗以及能力，例如為照顧家庭的結果(result of family work)、社會承諾(social commitment)以及未支薪活動等，均為本條第 1、2 項所稱之選任資格意義之內，但前提為這些必須在該執行職務時有所助益。

第 5 項規定，本條所稱「性別比例女性較低」(under-representation)是指，在該部門個人薪資、報酬以及薪資階層中，女性雇員未達一半之情形而言²¹(women do not make up at least half of the individual pay, remuneration and salary brackets in the relevant personnel group within a department)。

²⁰ *Id.* at I-3072, para. 3

²¹ *Id.* at I-3072, para. 3

德國聯邦勞動法院第一庭認為²²，本案並非嚴格名額系統(亦即並未嚴格審核女性競爭者是否具有與男性競爭者相同之選任資格而逕自選任之)，而是以競爭者能力作為選派特定比例之系統(system of quotas dependent on candidates' ability)，以女性競爭者之能力到達與男性競爭者選任資格相當或相同始享有女性優先(women enjoys no priority unless the candidates of both sexes are equally qualified)，所以系爭規定未違反德國基本法。其並主張，本件規範之名額系統可以幫助女性克服過去未來以來以致現今之不平等狀態，將有效改善傳統女性於職位分派上之不利益。故而暫停訴訟而聲請，系爭規定是否抵觸歐盟指令？

歐盟法院判決指出²³，系爭規定係基於性別而為之歧視，該當在歐盟指令第 2 條第 1 項，而該歧視僅能在本指令第 2 條第 4 項範圍內正當化²⁴，其保障會員國之立法追求男女職業追求上之立足點平等(pursue a career on a equal footing with men)。歐盟指令第 2 條第 4 項係建立於個人(基本)權之上，有關個人基本權之侵害應嚴格解釋²⁵(a derogation from an individual right laid down in Directive, Article 2(4) must be interpreted strictly)。從而，會員國法律若採行絕對且無條件之優先選任進用之規定，將逾越前述歐盟指令第 2 條第 4 項之界線。(national rules which guarantee women absolute and unconditional priority for appointment or promotion go beyond promoting equal opportunities and overstep the limits of the exception in Article 2(4))。為追求部門內各階層男女性別比例相同之目標，歐盟指令第 2 條第 4 項之結果僅在於提供機會平等，並非絕對使女性得到升遷(such a system substitutes for equality of opportunity as envisaged in Article 2(4) the result which is only to be arrived at by providing such equality of opportunity)。

²² *Id.* at I-3074, para. 7

²³ *Id.* at I-3077, para. 16

²⁴ *Id.* at para. 17 para. 18

²⁵ *Id.* at I-3078, para. 20, para. 21, para. 22

最後判決主文指出²⁶，歐盟指令第 2 條第 4 項有關男女平等原則適用於工作雇用、職業訓練以及升遷、工作條件之適用，如本件會員國之規定在選任升遷之不同性別之競爭者間，即便當事人雙方均具有相當任用資格下，(歐盟指令)排除在該部門內或在該組織功能程度上「性別比例女性較低」(under-representation)，或在該部門個人薪資、報酬以及薪資階層中，女性雇員未達一半之情形下，無條件自動由女性優先(automatically give priority to women)之立法。

貳、*Helmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* (1997)²⁷

本件原告 Marschall 先生，其為北萊茵-西發利亞邦(Nordrhein-Westfalen)所屬某個綜合學校之終身聘任教師，德國公立學校教師屬於公務人員—我國則採公教分離，教師的權利義務主要規定於教師法。他的職務列等為 A12 職等(德國的公務人員俸表有四個，分別為 A 適用於中低階公務人員、B 適用於高階文官、W 適用於大學教師、R 適用於法官與檢察官；A 俸表又分為 A1~A16。)

其於 1994 年 2 月 8 日提出進升 A13 職等之職缺申請案，但被地區公署(District Authority)告知該職位升遷機會將任予一位女性。Marschall 先生於提起申訴遭駁回，乃提起行政訴訟²⁸。

本件規範依據為邦公務人員法第 25 條第 5 項。其規定²⁹：

在允許之升遷範圍內，在特定高職等職缺中，若女性雇用者少於男性(there are few women than men in the particular higher grade post in the career bracket)，而女性應徵者若在與男性應聘者在(工作)適性、工作能力上、專業表現上均達相同評價時，女性應優先獲得該升遷(women are to be given priority for promotion in the event of

²⁶ *Id.* at para. 24

²⁷ Case C-409/95[1997]ECR I-6363

資料來源：<http://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1475296264610&text=C-409/95&scope=EURLEX&type=quick&lang=en>
(最後造訪日期:2016/09/12)

²⁸ *Id.* at I-6387, para.8

²⁹ *Id.* at I-6386, para.3

equal suitability, competence and professional performance), 除非有該男性有個人具體原因而因此在評斷上應傾向於該男性競爭者時(unless reasons specific to an individual male candidate tilt the balance in his favour), 由男性競爭者獲得該職位。本論文以下將除書規定, 稱為「保留條款」(Saving Clause)³⁰。

依邦所提意見, 上述系爭條文旨在拔擢女性, 由於過去採行傳統升遷條件, 使得女性處於結構上之弱勢(例如年齡、年資長短與否、以及與之相競爭職位之男性競爭者是否為一家之主以及是否一家主要經濟來源等原因, 多對於女性競爭者不利)。立法者本法中審慎選用「在法律上而言不精確之文字表達」(legally imprecise expression), 來確保個別競爭者之特別因素均納入考量(any reasons which may be specific to individual candidates), 使系爭規定有充足的彈性。所以, 雖然有女性優先進用之規定, 但該部門仍得以基於其「升遷條件評估」、「傳統」而將該職位給予其偏好之男性競爭者³¹(notwithstanding the priority, the administration can always give preference to a male candidate on the basis of promotion criteria, traditional or otherwise)。

德國行政法院指出, 在評估(男性、女性)競爭者時, 若僅在男女數量上(numerical proportion of men to women at the level concerned)考量, 將過度限縮歐盟指令第 2 條第 4 項。其在評估時, 應考慮該措施是否會改善女性於勞動市場上發展, 並以達成與男性相同之立足平等基礎為目標(give a specific advantage to women with a view to improving their ability to compete on the labour market and to pursue a career on an equal footing with men), 並認為歐盟指令第 2 條第 4 項僅允許「促進平等升遷機會之措施」, 而非必然導致女性均為最後獲得職位之結論³²。

西班牙法、奧地利法、芬蘭法、瑞典法、挪威政府等提供意見, 認為本件之保

³⁰ *Id.* at I-6390, para.24

³¹ *Id.* at I-6387, para.5

³² *Id.* at I-6388, para.12

留條款，因涉及提升男女性別間平等之國內法，該當歐盟指令第 2 條第 4 條，惟其採行之理由不同而已³³。故本案仍在前揭 *Kalanke* 案所劃定之界線範圍內。

然而亦有反對意見。法國與英國政府認為³⁴：本件所涉保留條款之國內法規，並非歐盟指令第 2 條第 4 項之基本權侵害案型，但承認本件給予女性競爭者優先條款，其係為促進男女機會平等之目的，因此適用歐盟指令第 2 條第 1 項，故前揭 *Kalanke* 案仍適用於本案。其次，系爭「保留條款」並未使得該條款較不具歧視性，因為保留條款只有在例外情形才適用，且在通常情形，並不存在所謂「男性競爭者個別具體原因而可以推翻女性優先進用條款」。再次，系爭保留條款太過抽象且不精確，違反法律明確性原則³⁵。

歐盟法院認為：歐盟指令第 2 條第 4 項並不保證對於女性競爭者有絕對且無條件、無限制、無例外之優先升遷(a national measure specifically favoring female candidates cannot guarantee absolute and unconditional priority for women in the event of a promotion without going beyond the limits of exception laid down in that provision)。且並重申 1984 年歐盟共同體宣言(84/635/EEC)，對於積極措施(積極平權待遇)為個人權，不是集體權³⁶。

保留條款本身並不與歐盟指令第 2 條第 1 項相悖，其無偏見地採用手段來提升男女間機會平等，特別是為消除現今仍持續存在之女性機會不平等之情形(Be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women's opportunities)，故本案

³³奧地利政府認為此種國內法是為了匡正雇員選任之歧視情形(correct discriminatory in the selection of staff)；芬蘭、瑞典以及挪威政府則是以提升女性職位之責任以及為重新建構目前仍是以女性勞動力處於較低階層之職業階層化勞動市場(female labour in lower positions in the occupational hierarchy)。 *Id.* at I-6389, para.16

³⁴ *Id.* at I-6390, para.18, para.19

³⁵ *Id.* at para.18, para.20

³⁶ *Id.* at I-6391, para.28, in the preamble to Recommendation 84/63 5/EEC of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women, existing legal provisions on equal treatment, which **are designed to afford rights to individuals**, are inadequate for the elimination of all existing inequalities unless parallel action is taken by governments.

法院再次強調歐盟指令雖允許對於女性採取積極平權措施，但其並不完全否定該部門對於該競爭職位最終人選決定上，其部門選擇之偏好可能性(possibility of giving preference)，尤其是對於男性競爭者而言。

換句話說，歐盟指令第 2 條第 1 項並不排除本案所稱之「保留條款」(Saving clause)。判決結論為³⁷：是以，會員國於國內法規定，於公部門兩性比例中，女性比例較低的情形下，系爭男女競爭者在「(工作)適性」、「(工作)能力」、「專業表現」上，均達相同或相等價值情形下，女性應優先獲得該升遷機會，然而仍允許男性競爭者在經過評估個人具體事由之客觀評估(an objective assessment)後，倘因其事由而必須加以保護時，由該男性獲得該升遷。

此際，本件「保留條款」(Saving clause)應解為，系爭男性競爭者：

- 1、與女性競爭者具有相同或相等升遷條件資格，
- 2、應被保證給予「個人所有具體(特殊)條件之客觀評估」(objective assessment which will take account of all criteria specific to the candidates)
- 3、就其評估結果，倘有特別需保障之事由(例如：單親、具有其他相類弱勢情形)，則將會推翻女性優先獲得升遷條款³⁸(override the priority accorded to female candidates where one or more of those criteria tilts the balance in favor of the male candidates)。

參、*Georg Badeck and Others v. Hessischer Ministerpräsident* (2000)³⁹

第三件為 2000 年 3 月 28 日作成，黑森(Hesse)邦議會，對於其兩性積極平權法所規定之「女性積極平權措施」⁴⁰，就具體規定，除了前揭「女性公務人員優先條

³⁷ *Id.* at I-6393, para.35

³⁸ *Id.* at para.33

³⁹ Case C-158/97[2000] ECR I-1875

⁴⁰ The HessischesGesetzüber die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichenVerwaltung (Law of the Land of Hesse on equal rights for women and menand the removal of discrimination against women in the public administration,以下簡稱「HG1G」)

款⁴¹」--於條件資格與其他男性競爭者相同或相等價值時，由女性(公務人員)優先進用，另設有「促進女性積極參與(職場)計畫」，其內容包括⁴²：

- 1、該部門職位之性別平衡比例應設有期間目標。
- 2、該部門內部職位，於兩性比例上，於女性處於性別比例較低的情形，進用升遷上，女性(職位)競爭者於符合一定要件下，優先獲得該職位。
- 3、與本件最為相關者為，該法亦適用於該邦大學法下之學術單位：(1)對於具有固定期間之學術服務者⁴³(academic service which are filled for a fixed term)及學術性助教(academic assistant)之任用，必須以至少等同於該學科領域之研究生、較高學位學生等其他學生數量之一半，留予女性保障名額(at least to the same proportion of women as the proportion of women among the students in the discipline in question)；(2)於分配訓練機會(按，實習機會)時⁴⁴，則應保留一半之名額予女性(at least one half in the allocation of training places)；(3)於決定男女競爭者面試名單⁴⁵，至少男女參與面試之數量應相同，或全數女性競爭者均納入面試等規定；(4)最終職位獲取人選決定作成過程⁴⁶，要回歸男女競爭者對於該工作職位之「適性」(suitability)、「能力」(capability)以及「工作表現」(professional performance)等，進行資格評比(qualifications)；(5)在選任上，就行政機關(構)、監督性質之委員會上⁴⁷，其委員會成員之性別比例上，女性應佔一半。

本案法院基於對於上述規定有違憲之虞，而向邦憲法法院提其抽象的違憲審查。該邦憲法法院暫停審判，向歐盟法院提出有無逾越對於歐盟指令男女平等原則第2條第1項及第4項⁴⁸。

⁴¹ HG1G, para.3, *Id.* at I-1909, para.9

⁴² HG1G, para.5, *Id.* at I-1911, para.9

⁴³ 亦等同歐盟法院於結論中載明之「學術服務之暫時性職位」(temporary post)。

⁴⁴ HG1G, para.7, *Id.* at I-1912

⁴⁵ HG1G, para.9, *Id.* at I-1912

⁴⁶ HG1G, para.10, *Id.* at I-1913

⁴⁷ HG1G, para.14, *Id.* at I-1914

⁴⁸ *Id.* at I-1905, para.1

本案共有五項爭點，歐盟法院判決結論為：

一、歐盟法院同意會員國男女平權法之促進女性(職場)積極措施

歐盟法院重申歐盟指令第 2 條第 1 項及第 4 項規定⁴⁹，並不排除會員國於男女積極平權法，採行對於女性之積極平權措施，本件為「促進女性積極參與(職場)計畫」並於該計畫定有拘束力之目標值」(to female candidates where that proves necessary for complying with the binding targets in the women's advancement plan)，在「不抵觸其他更大的法益」(if no reasons of greater legal weight are opposed)，立法者得於公務人員領域制定女性優先升遷法律規範—在該職位部門中，女性性別比例較低，於男女職位競爭者具有相同或等值任用資格時，由女性優先取得該升遷⁵⁰。該規定必須擔保，申請人作為客觀評價之客體，並在「該客觀評價中，男女競爭者之所有個人特殊情形都必須被考慮」(that rule guarantees that candidates are the subject of an objective assessment which take account of the specific personal situations of all candidates)，不論對於競爭者個人有利或不利因素均應納入考量⁵¹。

值得注意者為，歐盟法院並於判決中指出⁵²，黑森邦之規定屬於「彈性最終名額(名額)」(flexible result quota)，其特色在於該法並不硬性規定所有部門或單位必須留下嚴格硬性之名額予女性，而係要求該單位或部門自行制訂目標值，並自訂期程達成其目標；此外，該法並不採行僵化(stalemate)規定—在女性與男性競爭者均具相同資格條件時，並不全由女性獲得職位⁵³，此點於本論文後續觀察會再提及。

⁴⁹ *Id.* at I-1923, para.38

⁵⁰ *Id.* at I-1915, para.12

⁵¹ *Id.* at I-1920, para.31, para.32

⁵² *Id.* at I-1920, para.28

⁵³ The characteristics of that system are, first, that the HGIG does not determine quotas uniformly for all the sectors and departments concerned, but states that the characteristics of those sectors and departments are to be decisive for fixing the binding targets. Second, the HGIG does not necessarily determine from the outset — automatically — that the outcome of each selection procedure must, in a 'stalemate' situation where the candidates have equal qualifications, necessarily favour the woman candidate.

二、所予女性之積極平權措施係以實際事實為依據

系爭「促進女性積極參與(職場)計畫並具拘束力目標值」，針對「學術服務之暫時性職位」(temporary post)及「學術性助教」(academic assistant)之任用，必須提供等同於該學科領域之研究生、較高學位學生及其他學生數量，至少須保留一定的女性保留名額比例(a minimum percentage of women)。歐盟法院判決指出⁵⁴，這些人員也必須以「經相當(適當)訓練」為前提(personal who have received appropriate training which amounts to using an actual fact as a quantitative criterion for giving preference to women)，誠如其該邦法律顧問(Advocate General)於其意見書中所指⁵⁵，該進用規定並不構成「絕對透明天花板效應」(absolute ceiling)，本件所給予女性之積極平權措施，係以實際事實(亦即受到此項積極平權措施之女性均為「已經適當(相當)訓練」)作為女性保障名額要件限制(an actual fact as a quantitative criterion for giving preference to women)。歐盟法院從而認為該規定不違反歐盟指令第 2 條第 1 項及第 4 項。

三、非公部門獨佔提供之「訓練機會」同時開放予男女競爭者

該邦法規定，針對非公部門所能提供之「訓練機會」(亦即公私部門均得提供之訓練機會而言)，要求公部門必須留下至少一半名額予女性(the minimum quota applicable to training places)，該規定雖看似為「嚴格名額規定」，但仍有其調和規定⁵⁶；且此種訓練機會並非僅有公部門才能提供。在這過程中，男性並未因而受到不利益⁵⁷；系爭規仍然具相當彈性，倘若此訓練機會，未能有足額女性參與時，則這些名額將開放給男性。該邦憲法法院並指出，訓練機會之提供與最終進用升遷之決定，有所不同，前者僅是成功進入該勞動市場之前提要件(formal training is a precondition for successful participation in the labour market)，歐盟法院並認為此項規定

⁵⁴ *Id.* at I-1924, para.44

⁵⁵ *Id.* at I-1924, para.42

⁵⁶ *Id.* at I-1926, para.50, para.51

⁵⁷ *Id.* at I-1927, para.53

並不違反歐盟指令第 2 條第 1 項及第 4 項⁵⁸。



四、女性競爭者於符合要件時均得給予面試機會

該邦法規定，在女性代表人數較低的公務人員領域，符合法律或其他規定的要件之所有女性競爭者，在升遷時都應被給予面試機會(are called to interview)，但男性競爭者則沒有此項優待。此規定頗有僵硬而不具彈性之意涵，但其不是最終進用升遷之決定⁵⁹，而且女性競爭者須達到前述合格要件(與男性競爭者相同或相等價值之資格)時，始得被給予面試機會⁶⁰。歐盟法院判決認為，其並不違反前述之歐盟指令規定⁶¹。

五、納入勞工之「代表團體」參與代表，亦符合歐盟指令規定

該邦法規定，勞工之「代表團體」及公司或工廠之行政機(構)、監督性質之成員委員會(employee's representative bodies and administrative and supervisory bodies)，應以「至少保留一半名額予女性」作為理想目標，立法及行政部門應於有關法規及法律將此目標納入考量。由於此規定僅為建議性質 (not compulsory ;not non-mandatory)，歐盟法院認為其並不抵觸前述之歐盟指令規定⁶²。

肆、*Katarina Abrahamsson, Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist* (2000)⁶³

1996 年 6 月 3 號，瑞典哥德堡大學公布水圈科學部門一個教授職缺，於公告上載明該人事案有積極平權措施，即有關性別比例較少優先進用措施之適用，總計八個競爭者前來應徵，包含本件的兩造當事人⁶⁴。該學院的選任委員會一共進行兩輪

⁵⁸ *Id.* at para.54,para.55

⁵⁹ *Id.* at I-1929, para.60，歐盟法院於判決中，提及該邦法律顧問(Advocate General)於其意見書指出 it does not imply an attempt to achieve a final result-- appointment or promotion --but affords women who are qualified additional opportunities to facilitate their entry into working life and their career.

⁶⁰ *Id.* at I-1929, para.61

⁶¹ *Id.* at para.63

⁶² *Id.* at para.65

⁶³ Case- C-407/98 [2000] ECR I-5539

⁶⁴ *Id.* at I-5572, para.16，在此所指優惠措施規定瑞典大學法中針對教授與學術研究助理之職位進用平

投票，第一輪係針對競爭者之學術條件(scientific qualifications)，結果是由 Anderson 先生獲得 5 票勝出，Desouni 小姐獲得 3 票。第二次投票係涵蓋學術成就(scientific merits)與女性優先進用條款，Desouni 小姐兩票之距勝出，而後委員會向校長推薦 Desouni 小姐，並明確指出雙方之進用資格相距不大，主張最終選任 Desouni 小姐，指出該決定並未違反該積極平權規定之客觀性要求。

後來 Desouni 小姐撤回自己的申請案，該校校長則將申請案發回給委員會，由其依據原規定從剩餘競爭者中再行決定。委員會指出本案不能重行決定，蓋有關平等考量已經在第一輪投票加以納入，而且多數決認為 Anderson 先生與第三名 Fogelqvist 小姐(最終職位獲得人)之間差距很大，難謂合於女性優先進用之要件前提——男女競爭者必須具有相同或等值資格要件。但校長最終還是任命 Fogelqvist 小姐出任教職，理由為就學術績效而言，兩人難謂有如此大之差別，所以基於女性優先進用條款而任命 Fogelqvist 小姐。至於本件共同原告 Abrahamsson 小姐則是主張，該選任委員會在第一輪投票時未能審慎評估每一個競爭者之具體條件，並主張雖然承認自己學術表現不如 Anderson 先生，但自己的學術成應優於 Fogelqvist 小姐；且自己為女性，所以應適用女性優先條款而能夠優先獲得拔擢，兩人分別起訴而成為本件原告。

案件爭論過程包括以下爭點：

(一)、就雙方進用資格是否相當或差距大之爭議

等之相關規定，以下以「Regulation1993:100;1995:936」，其具體規定要求：
當當其一職位競爭者為性別比例較低者且具有充足被選任之資格時，且於競爭者雙方之個別資格相距不大時，由性別比例較低者優先進用。此際積極歧視(優惠措施)(positive discrimination)得於必要時成立。

Regulation1993:100(*Id.* at I-5569, para.9)

In suchcases, a candidate belonging to an under-represented sex and possessing sufficient Qualifications for the post may be chosen in preference to a candidate belongingto the opposite sex who would otherwise have been chosen, provided that thedifference in their respective qualifications is not so great that application of therule would be contrary to the requirement of objectivity in the making ofappointments.

Regulation1995:936(*Id.* at I-5570, para.14)

.....must be granted preference over a candidate of the opposite sex who would otherwise have been chosen ("positive discrimination") where it proves necessary to do so in order for a candidate of the underrepresentedsex to be appointed.

其為事實爭議，縱 Anderson 先生於學界領域中勝出 Fogelqvist 小姐，但是因為性別比例較低者應優先進用條款之適用(按，本件系爭規定對於女性競爭者符合相同或等值資格要件加以放寬)，則由 Fogelqvist 小姐獲得該職位。



(二)、歐盟法院之結論：

歐盟法院第一個問題，指出本案與前揭三個歐盟關於女性保障名額優先進用之判決最大的不同—在於本案國內法規定於性別比例較低之競爭者，雖有符合「職位任用資格，但與另一性別競爭者未具相同資格」(although sufficiently qualified, does not possess)，為保障其性別比例較低者獲得職位而予其優先進用之規定，依據歐盟指令第 2 條第 1 項及第 4 項，應排除之。

細言之，會員國立法者針對公務職缺之選任進用，倘規定當競爭者屬於性別比例較低之一方，且其擁有「充分的進用條件」(sufficient qualifications)時，儘管另一性別之競爭者也有相同或等值之資格條件，但為確保性別比例較低方能夠獲得最後選任決定之必要(it is necessary to secure the appointment of a candidate of the under-represented sex)，雙方競爭者於個別條件下之差距並不甚大時，由性別比例較低者優先獲得職位之規定，不符合歐盟指令第 2 條第 1 項及第 4 項⁶⁵。

其理由在於「雙方競爭者於個別條件下之差距並不甚大」之事實，違反歐盟法院自 Marschall 案、Badeck 案⁶⁶後建立之「選任客觀評估」之要件⁶⁷(the difference between the merits of the candidates of each sex is not so great as to result in a breach of requirement of objectivity in making appointment)。

第二個問題為，根據歐盟指令第 2 條第 4 項，排除以下立法:會員國女性優先進

⁶⁵ *Id.* at I-5583, para.56

⁶⁶ *Id.* at I-5572, para.47 指出在客觀評估下，對於(該競爭者個人而言)有利不利的條件均應被納入考量，即便其可能為性別中立的條件--不但有利於男性，亦有利於女性。

the purposes of that assessment for certain positive and negative criteria to be taken into account which, although formulated in terms which are neutral as regards sex and thus capable of benefiting men too, in general favour women.

⁶⁷ *Id.* at I-5582, para.52

用升遷規定只針對一定領域預先決定職位名額(for filling predetermined number of posts)或針對特定高等教育機構的特別方案(specific programme of a particular higher educational institution)之職位，所予積極平權措施，縱縮小其適用範圍，仍未改變該待遇帶有「絕對且不合比例」之本質⁶⁸。

第三個問題為，歐盟指令第 2 條第 1 項及第 4 項是否容許會員國之判例法(case-law)，於將競爭者擁有相同或實質相同績效時(equivalent or substantial equivalent merits)，由性別比例較低方優先進用？歐盟法院認為在本件會員國法有規定上述條件能力，須經競爭者之具體個人狀況與條件為客觀評估(an objective assessment which takes accounts of the specific personal situations of all the candidates)而為判斷，則得允許之⁶⁹。

第四個問題為，立法者將職缺開於權限較低或較高機構是否造成差別？歐盟法院則指出，在此必須要討論國內法關於職缺任用上於較高教育機構適用積極歧視條款(按，性別比例較低方優先任用，即積極平權措施)於該會員國內是否合法，而非取決於職缺是開缺於較低或較高機構⁷⁰。

伍、歐盟判決的歸納

歐盟法院針對歐盟指令第 2 條第 1 項及第 4 項作出判決四個主要判決。所發展出的命題為，在女性於性別比例較低(underrepresented)時其必須符合以下要件才能獲得優先升遷：

(一)、須與男性競爭者具相同資格(equally qualified with the male candidates she is competing against)

(二)、且同時男性須經「客觀評估」(an objective assessment)，以確保其未有其

⁶⁸ *Id.* at I-5584, para.58

⁶⁹ *Id.* at I-5585, para.61, para.62

⁷⁰ *Id.* at para.65

他特別個人具體事由，其他學者有稱「艱困條款」(hardship clause)或稱「打破僵持/決勝者條款」(tie-break rules)而必須特別保障時，則例外由男性取得該職位。

故，在歐盟法發展下，其並非自動且無條件地完全由女性升遷(hard quotas)，即非僵化且無討論空間之比例。學者 Stephens 指出⁷¹，此種條款的引進，使僵化的比例規定與功績原因因此而得以相協調，並使得女性積極平權措施能夠實施。

由 Kalanke 案中，法院首度提出據本條之立法目的與達成目標所採行女性積極平權措施，並非毫無邊際，並非僅審酌男女競爭者均須擁有相當或相等之進用資格而逕一律自動地由女性升遷為優先；Marschall 案則發展出「保留條款」，在個案競爭者評估中，必須要適當並完整涵蓋個人具體情形，給予客觀之審查。而到 Badeck 案中，進一步認可邦內部得制定對於該部門總體對於女性促進計畫，除仍需要符合首先要件：男女競爭者均須擁有相當或相同之進用資格外，仍然要有前述保留條款適用；至於一律給女性競爭者面試機會之規定，則因為其限縮於訓練機會之給予，而不是最終給予職位升遷，所以此積極平權措施並不違反歐盟前述指令第 2 條第 1 項及第 4 項之範圍。Abrahamsson 案則是重新強調男女競爭者間必須達成相同或相當之資格要件後，才有討論性別積極平權的空間。

整體而言，歐盟法院不認同男女競爭者於相同任用資格下自動並無限制地女性優先升遷(automatically and unconditionally)。其次，其必須有一個客觀的評價(an objective assessment)，而且該評價標準必須衡量到所有男女競爭者之個人特殊情形」(the specific personal situations of all candidates)，也稱為「保留條款」(saving clause)。第三，關於男女方資格必須相等或實質相等的要件，必須明確規定，而不得過於模糊。第四，就暫時性職位、訓練機會、邀請面試等類型，其與最終職位人選決定仍有所不同，但歐盟法院也是採取不硬性規定期程、目標值之性別優先見

⁷¹ S. Stephens, Adopting a Positive Action Approach to Sex Discrimination, 35(1) *Alternative Law Journal* 36 (2010)資料來源：<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AltLawJl/recent.html>(最後造訪日期:2016/11/27)

解。

以上歐盟法院見解，係針對歐盟指令而為判決，所以關鍵在歐盟指令有無修改之必要？(後見 2012 歐盟執委會草案之意見仍是維持此基調)。

在論述上，歐盟法院強調其為個人基本權(individual right)，而不是集體權⁷²。其次，這種積極平權措施首先該當第 2 條第 1 項禁止基於性別而為之直接或間接歧視，但這並不排除同條第 4 項促進男女機會平等之措施(measures to promote equal opportunity for men and women)，尤其是為除去於第 1 條第 1 項領域現存諸多男女不平等。

陸、歐盟法院的進一步判決

歐盟法院其後關於女性積極平權之相關判決，則是進一步對於上揭條件的具體化，具有「相同或相當資格」，而該男性競爭者並無其他「個人具體事由」而需特別保障的情形下，得由女性優先升遷，本論文挑選與本論文所關注之男女積極平權措施較相關之判決，挑選較具代表性者依照年份介紹，議題仍持續發展：

一、*Julia Schnorbus v Land Hessen* (2000)⁷³

本件為德國案例，其黑森邦對於已完成具有強制力之軍務或公服(civil service)者(通常為男性)，提供實務法律訓練(practical legal training)之規定，這使得男性於未來進用升遷上獲得一定的優勢性。儘管這並不是最終之個案進用錄取之決定，而是先前的準備階段，但對女性競爭者也有可能構成「間接歧視」，因為女性不需進行軍務或公務之服務所以不能享受之。問題從而在於，這種規定有無客觀正當化之事由？

⁷² 廖元豪(1996)，〈美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究—兼論平等原則之真意〉，《東吳法律學報》，9 卷，2 期，頁 1。

⁷³ Case C-79/99 [2000] ECR I-11015

資料來源: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0079&from=EN>
(最後造訪日期:2016/11/27)

歐盟法院認為⁷⁴，系爭規定構成對女性之間接歧視，但其立法目的在於為保障因為軍務或公務服務而延誤其教育者能獲得實務法律訓練，在某程度上平衡男性競爭者因服役而延誤教育，而具有客觀上的正當性(in so far as such provisions are justified by objective reasons and prompted solely by a desire to counterbalance to some extent the delay resulting from the completion of compulsory military or civilian service.)，系爭規定從而合於歐盟指令。

二、*Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland* (2000)⁷⁵

本件同樣為針對德國法之案例，歐盟法院指出，各會員國對於公共安全(public security)領域，本件涉及德國聯邦軍事部門的人力進用升遷之職位不完全開放予女性競爭者，得自由採取特定立法措施，不需完全照歐盟法統一之立法。

約言之，本案中，德國聯邦軍事部門，依本指令第 2 條第 2 項男女平等對待原則之例外規定，依據其職業內容(context)與本質特性(nature)之執行，得對特定領域之職業，而制定因性別不同對待規定——其得只限男性加入德國聯邦國防軍(Bundeswehr)，其排除女性之規定幾乎涵蓋所有軍職。即便如此，歐盟法院判決指出，其仍符合上述例外規定(因事涉特殊領域，得交會員國自由採取特定立法規範)。至於本指令第 2 條第 3 項規定(按，依同條第 2 項得於特定領域職業別排除女性)，其正當化事由，是出於保護女性，但將女性排除於全部軍職，則非為本指令所許。

故系爭案件，德國法得於總則，概括排除女性擔任軍職之規定，並只允許女性進入特定部門，例如醫藥以及軍樂服務。

此判決指出，其立法目的為保護女性，而且基於職業內容(context)與本質特性

⁷⁴ *Id.* at I – 11035.

⁷⁵ Case C-285/98 [2000] ECR I-95

資料來源: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0285&from=EN>
(最後造訪日期:2016/11/27)

(nature)，作為正當化依據。其次，並以細分職位性質(例如醫藥、軍樂)，不得過於籠統。深具意義，對於我國警察、消防、海巡、監所管理、調查、國安、移民等領域是否應分訂男女錄取名額(多指限縮女性名額)，有相當啟發性。



三、*H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* (2002)⁷⁶

本案 Lommers 先生為荷蘭農業部的公務人員，但其配偶在其他部門工作，該國對於公務人員之親職照護(nursery place)規定一個方案，內有特別補貼。該員向該國農業部長申請，但遭拒絕，理由為，依該補助方案係提供給該部門任職之女性公務人員，若為該部男性公務人員，則以上的補助方案只限於緊急情形時，或是該男性公務人員之配偶也在本部門工作。Lommers 認為這剝奪權益違反本指令，提起訴訟，並經法國法院裁定暫停審判而申請歐盟法院作出先行決定(preliminary ruling)。

歐盟法院指出，為促進男女間機會平等，藉由引入有利於在職母親之手段，基於如下理由，仍然「合比例性原則」：相關統計數據顯示，該職業領域女性已處於相較而言之弱勢情形，而該部能給予之照護資源也相對稀少，更顯對女性有扶助之義務。其次，系爭規定也提供男性員工，但要件較為嚴格，亦即限於男性競爭者處於緊急情況、雇主認為有必要而首肯之⁷⁷或與女性競爭者有相同弱勢情形⁷⁸(例如男性單親家庭)。

以上例外情形，都可視為「保留條款」(Saving Clause)之具體化規定，是一種合於比例性之安排(proportionality)，旨在避免因給予女性積極平權措施而造成男性競爭者受逆歧視之情形。

⁷⁶ C-476/99 [2002] ECR I-02891

資料來源:

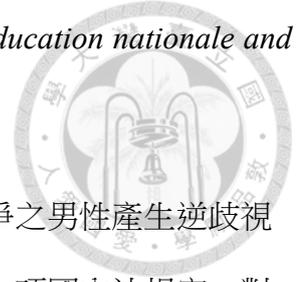
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47197&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10543>

(最後造訪日期:2016/11/27)

⁷⁷ *Id.* at para. 45

⁷⁸ *Id.* at para. 46-47

四、*Serge Briheche v Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice* (2004)⁷⁹



本件則為在對於女性給予積極平權措施時，將造成與之競爭之男性產生逆歧視的效果，並由該男性提起訟爭的案例。本案系爭法規為法國的一項國內法規，對於報考公務人員之招募(recruitment)，除非有法律特別規定有更高之年齡限制，其上限定為 45 歲。而 1975 年 1 月 3 日所頒定規則，上述年齡限制不適用於未再婚且必須養家活口之寡婦(按，其係針對女性之積極平權措施，對於未再婚且有經濟壓力之寡婦，則不限制年齡均可報考公務人員)。

原告為一位 48 歲鰥夫，育有一個尚未獨立的小孩(亦即其也需養家活口)，其申請公務人員考試而遭到駁回，乃向法國法院起訴，並由法國法院暫停審判而向歐盟法院聲請先行決定。

歐盟法院指出，該年齡條件限制為基於性別而對於進入該工作之選擇條件(selection criteria)歧視。其次，其也無法通過歐盟指令第 2 條第 4 項之檢驗：該項規定旨在減少或消除在社會現實中的不平等(actual instances of inequality)；其不僅是對女性採取特定(積極平權)措施，使其能改善其女性於勞動市場中所受之結構上不利益，並且能期待女性得以與男性於職業上，具有相同之立足點(on an equal footing with men)，其立法目的是為了達成「實質平等」(substantive)而非「形式平等」，其藉由減少社會所生之「事實上不平等」(de facto inequalities)，呼應歐盟條約第 141 條第 4 項—補償或避免於職業上受有不利益之人群⁸⁰。

法院並指出，該項進入公部門(public sector employment)之年齡限制之適用結果

⁷⁹ C-319/03[2004]ECR I-8807

資料來源：

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5cc0902f8fbac4987861bbf6f50bed62e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKb3v0?text=&docid=49543&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=158999>

(最後造訪日期:2016/11/27)

⁸⁰ *Id.*, at I-8831, at para. 25

將使符合條件之女性自動且無條件地優先升遷，將對於具有同樣條件之男性造成不利益。一如 *Lommers* 案判決要旨，會員國法規在決定任何減損個人基本權(如本指令所揭示之男女平等對待)時，必須要有「適當衡量」(due regard)其「合比例性原則」(the principle of proportionality)--其對於個人基本權之侵害範圍，其目的須適當其手段須為必要，並且兩者間必須盡可能地相協調(be reconciled as far as possible)⁸¹。

基於以上理由，前述法規不符合比例性原則，造成男性競爭者之逆歧視。

五、*Pedro Manuel Roca Álvarez v Sesa Start España ETT SA* (2010)⁸²

本件涉及西班牙所制定之「哺乳假」(breastfeeding leave)，其賦予女性每天一次一小時或一天兩次而每次半小時之哺乳時間；其請假資格限於有 9 個月以下的新生兒家庭，且配偶雙方均在職。本件聲請人 *Roca Álvarez* 先生因為配偶非為在職，其聲請案遭拒絕因而爭訟。

歐盟法院認為，本件涉及工作條件，且為基於性別而為之不同對待，西班牙政府提出其立法意旨—過去以來僅有在職之女性(成為母親)才具請假資格，其目的在於補償女性所受之真正不利益，並提出相關事實作為制定系爭法規時佐證，指出在職母親較不易繼續維持職業生活等理由，並指出因為社會變遷，「哺乳假」目前已經克服男女生理事實不同之情形而也應適用於男性員工。

系爭規定的資格限制，對於女性是自營作業者(self-employed)而言，則會限制其職業或營業自由，蓋其配偶無法享受前述「哺乳假」，以致於其必須承受獨自離開其新生兒在家，且無另一半得分擔照顧幼兒之負荷⁸³。

⁸¹ *Id.*, at para. 24..

⁸² C-104/09[2010]ECR I-8677

資料來源：

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83738&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=159176>

最後造訪日期:2016/11/27

⁸³ *Id.* at I-8691, at para. 37

基於本指令之第 2 條第 4 項規定，目的在於消除或減少社會中已存在對於女性之不平等、不利益，男性若與女性有相同資格—同樣在職且養育孩子的情形，男性也應該具有相同請假的權利，不得因為其妻為非在職，而予以拒絕。更不能以保護女性、消除男女間不平等之名義、或作為一種補償女性於職業生活中不平等的手段來正當化此種歧視情形。

六、歸納與整理

Schnorbus 案，則是訓練與機會的給予，但此種類似於預先教育的實習經驗，對於未來擔任公務職位上，有相當的優勢—如得以搶先一步洞見該職位部門的生態以及事務處理。基於因男性有服役義務而特別設立衡平(counterbalance)之教育機會，其成立間接歧視，但因其立法目的是為補償這些為保家衛國而受「犧牲」之弱勢(男性)而受補償的積極措施。

Kreil 案則是針對不同的職業性質，在特定領域上(如軍事戰爭下)，仍有因為男性與女性因體能不同，在相對比較下，如各國軍備性別下，兩國交戰下，可能會出現的情形，歐盟法也承認此種領域得予會員國自由規定，而列為男女平等對待之例外規定。故對於職業上之內容(context)與本質特性(nature)，必須詳細分列出那些是確實生理上無法改變或至少現今科技下仍無法達到男女競爭者間相同或相當資格的要件下，在不歧視女性的情形下，合理適當地進用人才。

Lommers 案，則是完整呈現「保留條款」(Saving Clause)的適用，對於女性所採取之積極措施，該案最大的不同在於，其在比較女性與男性於該部門之比例上，本案相關統計數據顯示，該職業領域女性已處於相較而言之「女性處於相當低性別比例」(significant under-representation of women)，並設有其他得讓男性同樣享有積極措施之利益數種方式—舉照顧男女間機會平等，下，對男性之條件，得以較嚴格，

而可以被證立，仍然「合比例性原則」⁸⁴。

Briheche 案，則是典型的對女性與弱勢之積極措施，弱勢之守寡之年長寡婦與尚需扶養義務之兒童，惟其符合同樣弱勢之鰥夫也同樣弱勢。並非全然僅基於性別而得以正當化。

Roca Álvarez 案，指出社會變遷下，許多傳統過去習慣，已經逐漸改變，也帶入男女社會分工的重新建構，並也提及不能以扶助女性職場上弱勢之目的而對男性造成逆歧視。

第三節 歐盟二級法之最新發展

歐盟法自歐盟整合後，對於一級法加以修正，而二級法部分，則增加適用到各種形式之「自行雇用/個體經營」(self-employed)領域⁸⁵。

壹、目前現行「性別對待指令(重鑄)」(Gender Recast Directive 2006/54/EC)

阿姆斯特丹條約(Treaty of Amsterdam)於 1999 年生效，男女平權有進一步發展。消除歧視之新的一級法規定、指令逐漸出現，歷經幾次變革：

1、2002/73/EC 指令⁸⁶：其係針對前述 76/207/EEC 指令加以修正，對於男女於雇用、職業活動以及工作條件之平等對待補充規定。

2、2004/113/EC 指令⁸⁷：則針對男女於貨物與服務領域之男女平等對待原則之補充規定。

3、2006/54/EC 指令⁸⁸：將先前指令加以整併，成為當今規範依據「性別對待指

⁸⁴ Hartley, T.C., *The Foundations of European Union Law*, Seventh Edition, Oxford.165-166(2010).

⁸⁵ 近期 2012 年「強化一定要件以上股票上市公司(非執行董事)監事會會性別平衡指令」草案，已經獲得執委會同意。

⁸⁶ 資料來源：<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:EN:PDF> (最後造訪日期：2017/5/24)

⁸⁷ 資料來源：<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:en:PDF> (最後造訪日期：2017/5/24)

⁸⁸ 資料來源：<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF> (最後造訪日期：2017/5/24)

令(重鑄)」(Gender Recast 2006/54/EC)，故有必要於以下詳細討論。

該指令適用於公部門與私部門，所以對於本論文所關懷公務人員女性進用優先有適用餘地。其第 1 篇(Title I)為總則規定，其第 3 條定義「積極措施」(positive action)，會員國須維持或採取合於舊歐盟條約第 141 條第 4 項(即現行歐盟運作條約第 157 條)下確保男女於工作生活領域實踐上完全平等(full equality in practice)，此條文便是當今歐盟二級法男女積極平權規定。就其內容為總則部分，包括直接與間接歧視、工作騷擾以及性騷擾)；第二部分包括平等薪資、平等對待(範圍包括雇用、職業訓練與升遷及工作環境)；第三部分則為救濟與處罰規定、舉證責任、升遷須經專職平等組織(equality bodies)、與非營利組織展開對話、與社會對話(social dialogue)。

2006/54/EC 指令，其內容實質上包括「平等薪資報償指令」(the Equal Pay Directive 75/117/EC)與「男女平等對待指令」(the Equal Treatment Directive 76/207/EEC)，後者因多項指令(2002/73/EC 以及 97/80/EC)加以修正，前後總共取代過去 7 個先前性別平等之指令。

「男女平等對待原則」(principle of equal treatment)，不得基於性別而歧視，其保障範圍包括工作場域的設施、設備，於原業務擴展而來之其他形式的經營活動等，以 2010/41/EC 指令⁸⁹取代 86/613/EEC 指令，進一步將推行到男女間「自行雇用/個體經營」(self-employed)領域，就定義上，依第 2 條規定，指所有追求得以自身名義下之有利益活動(againful activity for their own account)

本指令不只適用於個體經營者，更適用於其配偶，甚至生活夥伴(life partner)其於本領域之工作均應受到承認。此外，本指令第 5 條也支持各會員國為促進女性創業(promoting entrepreneurship initiatives among women)採行積極措施以實踐男女之間

⁸⁹ 資料來源：

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:180:0001:0006:en:PDF>(最後造訪日期：2016/12/23)

的工作生活平等。於第 20 條也要求各會員國必須增設平等機構 (Equality Bodies) 監控並分析國內對於男女平等對待原則之執行，其機構得為國家級別，對於人權捍衛(defence of human rights)與個人權保障(the safeguard of individuals' rights)為任務。



兩最新之歐盟二級法，都強調男女平等對待原則，並分別於第 17 條與第 9 條均規定適用客體均須被給予「防禦權」(Defence of rights)，會員國若未能執行男女平等對待義務，應對他們承受之持續損失或損害給予行政或司法訴訟加以救濟。就其討論脈絡，應得確認歐盟法係以「個人權」而非集體權為出發。

貳、歐盟執委會 2012 年指令草案

本指令草案全稱為「強化一定要件以上股票上市公司(非執行董事)監事會會性別平衡指令」草案，已經獲得歐盟執委會同意。

歐盟執行委員會之任務⁹⁰，依據歐洲聯盟條約第 17 條規定，促進歐盟的一般利益與為達成此目標而採取適當的作法。應提出預算案與管理計畫，並行使協調行政與管理職權。聯盟的法案由執行委員會提出。

草案指出⁹¹，其衡量許多因素，包括歐盟一級法依據、歐盟曾經鼓勵企業自主管理但成效不彰、諸多研究顯示私部門管理階層女性比例與整體績效、營運之正關連性、性別比例有助於經濟成長之穩定性、女性於企業領導職位之比例提升非常緩慢、企業相關選拔與資格措施欠缺功能性，從而應該有女性保障之名額目標⁹²。

⁹⁰ 陳麗娟(2013)，《里斯本條約歐洲聯盟新面貌》，五南出版，頁 34-37。

⁹¹ 草案全稱為「強化一定要件以上股票上市公司(非執行董事)監事會會性別平衡指令草案」(Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures)，由歐盟執委會於 2012 年 11 月 14 日提出，並已獲得歐盟經濟與社會委員會之同意。

⁹² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving the Gender Balance among Non-executive Directors of Companies Listed on Stock Exchanges and Related Measures, at para. 17-20.

資料來源：<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012PC0614>
(最後造訪日期：2016/11/20)

本指令草案係針對股票上市公司，不適用於中小型企業(small and medium-sized enterprises ;SME)，見第 3 條。草案名額僅適用於「非執行(監事會)之董事」(non-executive directors)之範圍。詳言之，第 4 條第 1 項規定，各會員國須確保本法所規定之公司其單一性別比例低於 40% 之非執行董事職位之任命，須給予性別比例低者，但前提須基於個別競爭者之資格相對分析(a comparative analysis of the qualifications of each candidate)，這必須預先已經建立的、清楚且以中性用語表示且不模糊的標準。該 40% 的目標就私部門上市企業而言須於 2020 年 1 月 1 日達成，就公部門企業(public undertakings)而言則更須提早於 2018 年 1 月達成。

為達成第 1 項保障名額，第 3 項採行歐盟法院判決以來之標準：會員國應確保，於選任非執行(監事會)之董事時，於各競爭者適性、能力與專業表現相同時，由性別比例較低者獲得優先；除非另一性別競爭者經客觀評估(an objective assessment)，而且該評估是衡量另一性別競爭者個人所具有特別情形，而認為應該另一性別競爭者獲得該職位，亦即採用歐盟法院完全採用 Marschall 案⁹³「保留條款」(saving clause)。第 4 項規定，會員國應確保，負有上述義務之公司，基於未能成功獲得職位競爭者要求，就相關資格及客觀比較評估或甚至最後導致選擇另一性別競爭者的因素，加以公開。第 5 項規定，各會員國應於國內司法體系規定下，採取必要之措施，以確保，若競爭失利者提出相較於另一性別競爭者更有利於己事實，則公司必須證明其未違反⁹⁴。第 6 項規定，各會員國得規定，若上市公司低性別的比例低於 10% (the members of the under-represented sex represent less than 10 per

⁹³ Case C-409/95[1997]ECR I-6363

資料來源：<http://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1475296264610&text=C-409/95&scope=EURLEX&type=quick&lang=en>(最後造訪日期：2016/11/20)

詳細參照本論文第二章第二節

⁹⁴ 法律推定具有相同資格而未能成功獲得職位之競爭者，於涉訟時，須由該上市公司負第 3 項其證明其已盡詳查資格審查之舉證責任。(Member States shall take the necessary measures, in accordance with their national judicial systems, to ensure that where an unsuccessful candidate of the under-represented sex establishes facts from which it may be presumed that that candidate was equally qualified as the appointed candidate of the other sex, it shall be for the listed company to prove that there has been no breach of the rule laid down in paragraph 3.)

cent of the workforce), 則不受本條第 1 項之限制。第 7 項規定, 各會員國得規定, 若其公司能證明, 其執行或非執行董事已達至少三分之一, 則亦符合本條第 1 項之名額比例規定。

除了以上名額比例規定之外, 本指令針對上市公司進一步就執行董事(executive directors)引進「自我承諾」。第 5 條規定, 各會員國應確保其上市公司自我承諾(individual commitments)其執行董事之性別比例, 且就私部門企業最遲須於 2020 年 1 月 1 日達成, 就公部門企業(public undertakings)則更須提早於 2018 年 1 月 1 日達成。第 2 項規定, 各會員國須要求其上市公司向國內主管機關, 提報自採行代表性別平等比例兩年後, 其執行與非執行董事會性別比例狀況及所採取之措施, 並將該資料適當對外公告⁹⁵。

參、 歐盟之禁止歧視指令

歐洲聯盟一共制定如下禁止歧視之指令, 拘束會員國, 成為後述德國「一般平等對待法」、英國 2006 年平等法、2010 年平等法的由來⁹⁶。

1、2000/43/EC(禁止種族及血統來源之平等待遇原則指令)

此指令之適用範圍不僅限於就業事項, 尚及於教育與社會安全領域, 學者陳靜慧指出, 此指令為歐盟反歧視法將其影響力延伸進入成員國民事契約法領域, 展現該指令以促進社會民主與寬容為目標的企圖⁹⁷。

⁹⁵ 第 6 條, 會員國應建立規定, 就違反如上條款者, 加以處罰, 並確保執行, 相關處罰須為有效、合比例性、減少違反性。這些措施得包括罰鍰、或經由司法機關宣告系爭人員選任或任命違反國內法而無效。此外應注意者為, 2013 年歐盟經濟社會委員會對該草案表示同意。其指出, 本指令草案旨在回應在上市公司董事會中, 女性名額太少之問題, 執委會資料提出數據指出, 目前歐盟會員國內董事會男性比例佔 83.6%, 而亦達就董事會主席之男性比例 96.8%。該草案並認為性別平等屬於個人基本人權(a fundamental right), 而且是歐盟共同價值。在此階段下, 女性保障名額儘管不應被需要, 但卻是破除「男性能力優於女性偏見」之唯一途徑。Id. supra note 92.

⁹⁶ 以英國來說, 學者陳靜慧指出, 英國為轉化歐盟一系列反歧視指令, 公布 2010 年平等法, 於涉及房地產之交易設有除外條款, 雖然該除外條款於涉及種族歧視的情況不適用, 原因是歐盟反種族歧視指令並未給予成員國轉化時得設定除外的空間。陳靜慧(2013), 〈反歧視法與契約自由的衝突與調和--以歐盟反種族歧視指令之實踐為例〉, 《公法研究的世代對話: 法治斌教授逝世十週年紀念論文集》, 國立政治大學法學院公法學中心主編, 臺北: 新學林, 頁 145-170, 頁 163。

⁹⁷ 陳靜慧(2013), 〈反歧視法與契約自由的衝突與調和--以歐盟反種族歧視指令之實踐為例〉, 《公



2、2000/78/EC(實現職業活動平等待遇原則指令)

3、2002/73/EC(實現男女平等待遇原則之修正指令)：修正原先的 76/207/EEC 指令。要求會員國應確保男女在就業、職業教育與訓練以及工作條件可獲得平等待遇。本指令僅與勞動關係有關，並未涉及狹義的私法上交易關係。雖然 76/207/EEC 指令在 2009 年正式停止適用，其內涵完全保留於「2006 年性別對待指令(重鑄)」(Gender Recast 2006/54/EC)。

4、2004/113/EC(實現男女獲取貨品或服務之平等待遇原則指令)

本指令要求會員國應確保男女在貨品及服務之取得上，能享有平等的待遇。因為大多數貨品與服務之取得，經由私法上之交易關係而提供，故本指令主要的適用範圍為私法上的商品與服務交易。

肆、小結

1、就晚近女性保障名額之規定與目標值

歐盟執委會草案中之名額規定，針對上市公司之非執行董事設定名額比例及最晚達成期限，所以是一種僵化的名額規定，在此程度內，於歐盟法院判決要旨，並不相符。其次，就這些名額的具體人選決定，則回到歐盟法院自 **Kalanke** 判決以來，四大判決所建立的選任標準與保留條款之制定。以上這兩個規定，得整體加以觀察：欲打破高度由男性掌握(席次)之領域，這並非僅經由歐盟法院判決要旨而得以於短期、中期時程內加以克服。此外，草案引進公部門、私部門企業「自我承諾」，由各該企業自行設定目標值及措施，然後公告週知，並且明文規定應達成的期限。這是一種法定設定框架，而由行為主體自行完成細部規定的管制措施。

如上硬性名額規定，是否符合歐盟一級法與二級法(詳前述)規定，非無爭議。關鍵在於，現行二級法以至於判決要旨，能否經由修改而採納這樣的硬性名額規

法研究的世代對話:法治斌教授逝世十週年紀念論文集》，國立政治大學法學院公法學中心主編，臺北:新學林，頁 145-170，頁 152。

定？而更根本在於，歐盟一級法對於硬性名額，但其最終具體個別人選決定上回到歐盟法院四大判決標準，兩者有無互相矛盾？

2、儘管有如此爭論，德國於 2015 年修法，已經對於女性保留名額硬性僵化的規定，與前述歐盟指令草案、判決相近。

(1)、歐盟法院強調其為個人基本權(individual right)，而不是集體權⁹⁸。

(2)、這種積極平權措施該當歐盟男女平等對待指令第 2 條第 4 項促進男女機會平等之措施(measures to promote equal opportunity for men and women)，尤其是為除去於該指令第 1 條第 1 項領域現存諸多男女不平等情況。

(3)、在說理上，這是一種補償性的平等觀，亦即積極平權措施旨在補償女性因為歷史發展以來就業上的弱勢性。而不是如美國最高法院於種族平等所提出之「多元化之理論」(diversity theory)⁹⁹。

(4)、值得注意的是，歐盟執委會 2012 年指令草案，對於公私部門之領導性職位之積極平權建議採「企業經營效能」觀點。這也是德國聯邦政府於 2015 年包裹立法引進公私部門領導性部門積極平權改革所稱「促進企業效能」之觀點，來強化或正當化硬性名額之正當性。

⁹⁸ 同樣見解也可見我國學者廖元豪(1996)，〈美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究—兼論平等原則之真意〉，《東吳法律學報》，9 卷，2 期，頁 1。

⁹⁹ 進一步文獻可參見張伯涵(2011)，《論優惠性差別待遇之司法審查基準》，臺北：東吳大學法律學研究所，碩士論文。

第三章德國法



德國為聯邦國家，聯邦與邦都具有國家屬性，各有憲法與憲政機關，聯邦與邦的立法權與行政權的劃分等，規定於基本法。聯邦與邦的憲法都有基本人權的及公務人員法制建制原則之規定，而且主要的內容大致相近，以下以聯邦之規定作為討論。

本章將區分為基本法與實定法之討論。由於前者具有拘束性，框定後者的立法形成空間，而且得與歐盟法進行比較，所以於結束之時，將作一個小結¹⁰⁰。

第一節 1994 年修憲之前

德國基本法於 1994 年修正，對男女積極平權之規定有相當影響，以下針對舊法與新法及有關的學者解釋與判決，加以說明。整體而言，當今通說為：嚴格的、與績效無關的名額規定在德國係屬違憲(unzulässig)。反之，與績效相關之女性優先名額留有男性競爭者之個人特殊事由之例外規定，則屬合憲，至於正當化的理由，則為「典型化之補償」(typisierende Kompensation)，其並非是針對過去，而是對女性迄今仍持續的之不利益為基礎之潛在偏見與行為態樣型塑(typisierende Kompensation ,nicht vergangener, sondern nach wie vor aktueller Nachteile für Frauen aufgrund unterschwelliger Vorteile und Verhaltensprägungen)。

壹、舊法的規定

舊法第 3 條規定：「所有人於法律之前平等(第 1 項)。男女享有平等之權利(Männer und Frauen sind gleichberechtigt.)(第 2 項)。任何人不得因性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治見解而受歧視或享受特權(第 3 項)。」1994 年修憲則是針對第 2 項增加第 2 句，詳後述。

¹⁰⁰德國聯邦的平等權規定得區分為「禁止歧視」與「積極平權」，本文所關注的女性優先進用升遷屬於後者。如同於歐盟法章節之討論方式，本章之末也進行德國聯邦禁止歧視規定之說明。

貳、針對舊法的詮釋



一、通說

依據上述版本，關於男女之平等，第 3 項為禁止無正當理由之歧視，第 2 項的用詞則十分抽象，究竟為積極促進平權或單純之禁止歧視，若為後者，則又與第 3 項有如何之區分？依據德國的優勢見解(nach überwiegender Ansicht)¹⁰¹，本條第 2 項為「明確的差別對待禁止」(explizites Differenzierungsverbot)，男女享有同等權利，所以言下之意，立法者不得作出差別對待；第 2 項係針對男女，所以在區分標準上擠壓了同條第 1 項；第 2 項將第 1 項所賦予立法者立法形成自由給予較窄的界線。

至於第 2 項與第 3 項之間的關係，依通說--聯邦憲法法院較早時期也採之，第 2 項與第 3 項除有文字上些許不同外，均為「差別對待」，而且兩者的內容都必須以第 3 項為範圍，並提出的理論，來加以確定第 2 項。以上見解固然局部得從基本法第 3 條之制定過程而找到支撐，但此項見解無疑將使第 2 項實際上淪為空洞化(praktisch leerlaufen)。就「禁止歧視」的見解下¹⁰²，第 2 項被理解為--完全與第 3 項平行，並且為針對性別特徵之嚴格的「連接上禁止」(Anknüpfungsverbot)或是作為「(以性別為)理由上的禁止」(Begründungsverbot)。

二、少數說

以上為舊法下的通說，對於第 3 條第 2 項解釋可能，尚有若干少數說¹⁰³。

(一)、「女性平等對待之憲法委託」

本說「女性平等對待之憲法委託」(der Verfassungsauftrag zur Gleichstellung von Frauen)將第 3 條第 2 項內涵上包含「男女平等對待」(Gleichberechtigungsgebot)與

¹⁰¹ W. Heun, in : H.Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar Bd I*, 3.Auflage. 2013,Art.3.Rn.100.

¹⁰² W. Heun, a.a.O.(Fn.101.) Rn.101.

¹⁰³ W. Heun, a.a.O.(Fn.101.) Rn.102.

「禁止歧視」(Diskriminierungsverbot)。本說在論證上，通常要搭配「社會國原則」與基本權之「客觀規範面向」(objektiv Gehalt)，同時也要注意，對於男性而言，其所得主張基本法第 3 條第 3 項之禁止出於性別(出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治見解、身障)之歧視。

本說問題在於，本說所稱第 2 項具有雙重性質，將使第 3 條第 3 項成為贅文，更無法將第 3 條各項作系統性之理解¹⁰⁴。

(二)、「對於女性之集體優待誡命」或「屬於個人權利但為集體有關之(男性/女性)主導禁止(也得譯為宰制禁止)」

本說有兩個立論內容，第一個是「對於女性之集體優待誡命」(kollektives Förderungsgebot zugunsten von Frauen)，其缺點在於忽略基本法係取向個人基本權。

第二個立論內容係將第 3 條第 2 項以個人基本權出發，但其又有女性群體有關之內涵，為體系上最具有說服力之見解，與平等權之人憲歷史(Entstehungsgeschichte)並不衝突，並且經由第 2 項第 2 句而得到強化。其所稱「(男性/女性)主導禁止(也得譯為宰制禁止)」(individualrechtliches, aber gruppenbezogenes Dominerungsverbot)，顧名思義，係禁止任一性別處於優於另一性別之主導地位，兩相最理想狀態為和諧共治，彼此不互相抵制。其內涵並非禁止連結到一項有嫌疑的特徵(verpönte Merkmale)，而是於納入社會現實之考量下，受歧視的、受到不利益的效果(diskriminierende, benachteiligende Auswirkungen)而特別應被保障的群體，為了避免上述情形而發展之規定；直到女性於事實上平等對待達成前，本項規定禁止採行對於女性集體性質之不利益規定，而且不論形式上或實質上，但有利於女性者不

¹⁰⁴ W. Heun, a.a.O.(Fn.101.) Rn.103.

在此限。直至達成事實上(女性)平等對待前，依據本項規定也得授權制定有利於女性的名額規定，但並非強制必須制定。



(三)、「結果取向機會平等之規範化」

本說主張「結果取向機會平等之規範化」(Normierung ergebnisorientierter Chancengleichheit)，其與前述「主導禁止」之間，不存有原則性(prinzipiell)差異，而只是文字上的差別。本說認為，尤其新法第 3 條第 2 項第 2 句所引進之憲法委託，目的在於創造一個有效的、個人的機會平等，從而是個人權(Individualrecht)，但與此同時並未將其集體有關、與社會現實相關之性質加以排除。在本概念之框架內，第 3 條第 2 項與第 3 項之間必須有一個為合比例的關係，這個必要性應予特別強調(die Notwendigkeit einer verhältnismäßigen Zuordnung)，故若女性優待規定(Privilegierungen)連結到男性之不利益時，則其所受限制則要更嚴格。

參、聯邦憲法法院見解

儘管有以上的學者意見，聯邦憲法法院的判決也具有重要性。但聯邦憲法法院迄今未對女性保障名額作出判決。儘管如此，在若干判決中，吾人仍然得以找出其對於第 3 條第 2、3 項的解釋。

於此常被引述者為「禁止女性夜間工作案」判決¹⁰⁵。本案涉及當時的勞工工作規定(Arbeitszeit Ordnung)第 19 條第 1 句之「禁止女性勞工於晚間 8 時至隔日早上 6 時以及在假日不得於下午 5 時以後工作」之規定，並對違反者處以罰鍰。本件部分為當事人婦女因為違反系爭規定而被處以罰鍰而提起爭訟敗訴後提起憲法訴願，部分法院法官聲請具體的規範違憲審查。聯邦憲法法院指出，基本法第 3 條第 2 項男女具有相同權利，提出一個男女平權之誠命(Gleichberechtigungsgebot)，旨在調和生

¹⁰⁵ BVerfGE 85,191,Nachtarbeitsverbot, Rn.54；資料來源：<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085191>
(最後造訪日期：2017/02/28)

活關係，所以女性必須取得與男性相同之就業機會(Die gleichen Erwebschancen)，傳統以來的角色分派，若是導致女性更大的負荷或不利益，則不得經由國家措施加以固定化；典型之涉及婦女不利益(faktische Nachteile, die typischeweise Frauen treffen)，得因為基本法第 3 條第 2 項之規定(按，指基本法修正前之版本，亦即沒有積極平權之憲法委託之明文規定)，而由國家以有利於女性之規定(durch begünstigende Regelungen)而加以衡平。

第二節 修憲之條文規定與理由

壹、修憲引進「男女積極平權」之規定

對於德國基本法 1994 年 10 月 27 日修正，關於平等權，於第 3 條第 2 項新增第 2 句「國家促進男女之事實上平權之貫徹，並致力消除現存之歧視」，並於第 3 項新增第 2 句「任何人不得因其殘障而受歧視」。

修正後第 3 條第 2 項為：「男女有平等之權利 (Männer und Frauen sind gleichberechtigt.)(第 1 句)。國家促進男女之事實上平權之貫徹(tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung) (第 2 句半句)，並致力消除現存之歧視 (Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken)(第 2 句後半句)」。

貳、修憲時之構想

1994 年 10 月 27 日基本法修正，該次修法為德國聯邦眾議院與聯邦參議院所組成「共同修憲委員會」(Gemeinsame Verfassungskommission)之決議。

一、性質上為國家目標條款，旨在追求出發點之平等

該決議係反應長久以來相關爭議之一項妥協，亦即，「男女平權之事實上貫徹」為憲法所應促進者，且為前述聯邦憲法法院「禁止女性夜間工作案」判決所明

白指出。共同修憲委員會之報告指出：該新增規定性質上為「國家目標條款」(Staatsziel)，而非擔保一定達成目標，也不是個人可起訴之基本權(Einklagbares Grundrecht)，其既非團體權(Gruppenrecht)，也不是個人之得要求國家為一定行為之請求權。其次，其係目的在於追求男女之出發點平等(Ausgangschancen)，而非結果平等(Ergebnisgleichheit)。共同修憲委員會一致反對「嚴格的、與資格無關的保障名額規定」(Starrer,qualifikationunabhängiger Quoten)，亦不允許正當化「與不利益無關的補償」(eine vom Nachteil losgelöste kompensation)。

反之，就具彈性的名額規定(flexible Quoten)，則尚未有定論，其具有與相同資格相關，帶有「針對嚴苛情形為衡平考量之條款」(Härteklauseln)，亦即在個案中，要能允許從特別的社會觀點，加以衡量(Härteklauseln, die im Einzelfall die Berücksichtigung besonderer sozialer Gesichtspunkte erlauben)或「社會開放性條款」(sozialer Öffnungsklauseln)—在此得指為本論文於歐盟法、德國法所稱「保留條款」(saving clause)，則其合憲性爭議仍開放的。

二、非集體權，旨在補償女性於結構上之不利益，不得過當

基本法對於公務人員法之女性優先進用升遷，並沒有直接之名額規定。基本法第3條第2項第2句有積極促進平權之規定，由此得導引出，立法者於一定要件下採行女性優先進用升遷之名額規定。德國通說接受歐盟法院的判決，反對絕對且無條件之名額保障規定，而且也要求具有「開放條款」(按：個人具體事由之保留條款,saving clause)。換言之，女性保障名額必須在男女競爭者在相同資格條件下始可作為進用升遷上之個案決定輔助標準，並應附有男性個人具體特殊事由之例外條款。

德國學界於此指出，首先，女性優先保障名額只能適用於以下情形：女性係蒙受社會結構上不利益之下所應受到補償為正當化理由，所以若立法者明顯地旨在每

一個薪資群(約指職等))或功能層級(約指官等)都追求「性別等比例性之目標」(das Ziel paritätischer Repräsentanz)，則有違憲的嫌疑。

其次，女性保障名額規定的積極平權性質，並不是集體權。而是類型化觀察的結果。這銜接到保障名額的要件。其中「開放性條款」的必要性在於，其一方面確保國家之促進義務之合於比例性之衡平，但另一方面也得作為男性競爭者平等對待的請求權，而這係顯示德國法否定「集體權性質之基本權理解」；換言之，個別男性競爭者對於女性之過去且現今持續存在的歧視情形儘管負有概括責任，但於男性競爭者有個人特殊因素之個案得免去承擔此種責任。

第三節 修憲之後學界的詮釋趨向一致

修憲後第 3 條第 2 句條文文字的增加以及用詞的精確，學界間對於男女積極平權的憲法依據與要件的理解已經一致，即使對於「間接歧視」曾經產生究竟以第 3 條第 1、2、3 項之何者作為規範依據之爭議，除此之外，學界間的理解漸趨一致。以下引述主要基本法註釋書的理解，加以說明。

壹、W. Heun

一、第 3 條第 2 項第 1 句「男女有平等之權利」性質上為「絕對之差別對待禁止」

第 3 條第 2 項第 1 句「男女有平等之權利」的性質為「絕對之差別對待禁止」(Absolutes Differenzierungsverbot)，其並非僅為同條第 1 項「所有人於法律之前平等」之重申，蓋憲法條文有其重要性，制憲者或修憲者不可能於兩項條文作出完全相同的規定。毋寧，制憲者於第 2 項建構較強的要件，禁止基於性別為理由之不平等對待——但同時也係允許於具有特別說理下之個別例外規定(einzelne Ausnahmen, die

besondere Begründung bedürfen), 故雖稱「絕對差別對待禁止」, 但事實上並非絕對(因為允許例外)¹⁰⁶。



二、「絕對之差別對待禁止」之例外

第 3 條第 2 項「絕對之差別對待禁止」, 經由解釋, 允許以下之例外。

1、基於其他基本權或相同位階之憲法明確規範下依據性別而為之區別規定

本說主張, 基於其他基本權或相同位階之憲法明確規範下依據性別而為之區別規定(andere Grundrechte oder gleichrangige Verfassungsnormen explizit Differenzierung nach dem Geschlecht), 此類別之區別規定, 指基本法第 12a 條第 1 項兵役義務¹⁰⁷, 以及第 12a 條第 4 項受徵召而提起武器之義務¹⁰⁸, 二者於條文都已明確規定性別, 沒有留下解釋的空間, 為制憲者所作出的清楚的而且特別的區別。

與以上情形不同, 若立法者並未以清楚的文字表示, 則最多只能說是制憲者另外建立此等價值, 而有待立法者具體化, 例如「社會國原則」及基本法第 6 條第 1 項對婚姻與家庭之保障¹⁰⁹。

2、對於欠缺具有男女性相同要素之案型, 應以欠缺「可比較性」而不為比較

¹⁰⁶ W. Heun, a.a.O.(Fn.101.).Rn.108.

¹⁰⁷ 原文為(1) Männer können vom vollendeten achtzehnten Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband verpflichtet werden. 男性自年滿十八歲起, 有在軍隊、聯邦邊境防衛隊或民防組織服事勤務之義務。

¹⁰⁸原文為(4) Kann im Verteidigungsfalle der Bedarf an zivilen Dienstleistungen im zivilen Sanitäts- und Heilwesen sowie in der ortsfesten militärischen Lazarettorganisation nicht auf freiwilliger Grundlage gedeckt werden, so können Frauen vom vollendeten achtzehnten bis zum vollendeten fünfundfünfzigsten Lebensjahr durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zu derartigen Dienstleistungen herangezogen werden. Sie dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden. 在防衛事件中, 民事衛生及醫療事務, 以及固定地點之軍事醫護組織中民事勤務之需要, 如無從以自願方式支應時, 則十八足歲至五十五足歲之婦女得依法受徵服事該項勤務, (但)絕對不得課予其從事武裝勤務之義務。

¹⁰⁹ W. Heun, a.a.O.(Fn.101.).Rn.110.

本說主張，欠缺具有男女性相同要素(*gemeinsame Elemente zwischen Mann und Frau*)，從而欠缺「可比較性」，蓋平等權之審查，是經由一組具有可比較性(*die Vergleichbarkeit*)之案例，若案例不同，則難以比較。若案例(*der Sachverhalt*)上係根本僅存在某單一性別(*überhaupt nur in einer Geschlecht verwirklicht*)，例如懷孕(*Schwangerschaft*)、生育只及於女性，所以對於母性為特別保護之規定(*Mutterschutzregelungen*)係無涉於第 3 條第 2 項，而係源於基本法第 6 條第 4 項¹¹⁰。

3、基於男女生理上或功能上之不同，而且對於生活事實具有重大型塑關係者，應允許立法者為差別待遇

依德國聯邦憲法法院之見解，當男性與女性基於生理上或功能上之不同，而對於生活事實具重大型塑關係時(*biologische oder funktionale Unterschiede den Lebenssachverhalt so entscheidend prägen*)，則應允許立法者為差別待遇，亦即構成第 3 條第 2 項之例外。應注意者為，就憲法法院就此等案型之法律違憲審查密度而言，立法者並無決定上之特權(*Entscheidungsprärogative*)，而憲法法院享有完整的審查空間¹¹¹。

重要者，從而在於何謂「生理上之不同」？通說將此項例外限定於「絕對的生理不同」(*ausschließlich biologische Unterschiede*)，其他則不得作為不同對待之正當化基礎。

其次，男女「功能上之不同」得作為區別對待的正當化理由，大部分也得溯及到生理上之不同，這個概念從而不無顯得多餘，但若進一步思考，則會發現，男女功能上之不同是經由傳統而被型塑(*durch die Tradition geprägt*)，傳統的角色分配(*überkommene Rollerverteilung*)經由法律而被不斷存續下去(*rechtlich perpetuiert*)。於

¹¹⁰ W. Heun, a.a.O.(Fn.101.),Rn.111.基本法第 6 條第 4 項，其內容為婚姻、家庭以及非婚生子女之保障。

¹¹¹ W. Heun, a.a.O.(Fn.101.),Rn.112.

此，Heun 提出兩項見解。首先，此種例外無論如何應被狹義地解釋¹¹²。其次，社會的發展及傳統以來的角色理解之改變，將逐漸地使得傳統以來而至今仍存在之部分見解面臨違憲的挑戰，例如所謂「典型之男性職業」(die typischen Männerberufe)、
「典型之女性職業」，後者例如助產士(Hebammenberuf)自傳統以來多為女性所從事
113。

4、對於女性優先之規定應屬例外性質

本論文所關注者，為「對於女性優先之規定」(Bevorzugungen von Frauen)，德國法對於此項規定，界定為例外性質，這是從第 3 條第 2 項的整體概念及第 3 條第 2 項第 2 句的憲法委託正當化而來。Heun 提出兩項見解：首先，只要(soweit)對於女性優先之規定已經連結到對於男性之「直接不利益」(unmittelbare Benachteiligung)，則需要衡量以下兩項法地位並使兩者達到衡平(in einer Abwägung zum Ausgleich)：一個是第 3 條第 2 項，另一個是第 3 條第 3 項。於此，若系爭案型特色於比重上愈是傾向第 3 條第 2 項，則女性優先之規定愈是得被允許；反之，若系爭案型比重上愈是傾向第 3 條第 3 項，則女性優先之程度愈是得被調降。其次，無論如何，依照通說，嚴格的、與績效無關的名額規定在德國係屬違憲(unzulässig)；在美國亦然¹¹⁴；歐盟法也係肯認與績效相關之女性優先名額之規定，其正當化的理由為「典型化之補償」(typisierende Kompensation)，而且並非是針對過去，而是對女性迄今仍持續的之不利益為基礎之潛在偏見與行為態樣型塑(typisierende Kompensation ,nicht vergangener, sondern nach wie vor aktueller Nachteile für Frauen aufgrund unterschwelliger Vorteile und Verhaltensprägungen)，其以績效原則(der

¹¹² W. Heun, Ebd.Rn.112.

¹¹³ W. Heun, Ebd.Rn.112.並未特別說明理由，而只是引述聯邦憲法法院「禁止女性夜間工作案」之判決。本論文認為，若過於寬鬆之界定，則傳統以來的男女角色分配及所連結到的家庭、工作、社會、經濟、政治等領域都會受到根本性的衝擊。這問題在不同的女性主義流派，得有不同的見解。

¹¹⁴ W. Heun, a.a.O.(Fn. 101.),Rn.113.

Leistungsgrundsatz)為必要且在請求上得依程度區分(allenfalls in abgestufter Intensität Geltung beanspruchen)¹¹⁵。



三、第 3 條第 2 項作為禁止間接歧視之規範依據？

德國基本法第 3 條第 1、2、3 項因為問題抽象，所以易發生解釋適用上的爭議，其中的一個，為「間接歧視」究竟係以哪一項作為規範依據？

1、間接歧視的定義

間接歧視是繼直接歧視已經逐漸穩定之後，平等權「禁止歧視」之進一步發展，旨在找尋立法者非直接針對之案型，但其適用結果對某一性別產生壓倒性不利益。對於「間接歧視」的找尋與最後之判定，相較於直接歧視，不免有較多的不確定性，包括憲法上的規範依據、構成要件¹¹⁶。

間接歧視的定義為：一個以性別中立的用詞加以表達之規定，在結果上絕大多數地造成某一個性別成員不利益—例如女性，而此種不利益是建立在男女生理上或功能上(社會角色分派上)之不同，而立法者漏未斟酌考量，而欠缺一個事理上的正當化事由¹¹⁷。與此重要者為，對於系爭規定是否造成性別上的不利益，以及是否欠缺事理上正當化事由，兩者都需要事實資料上的佐證與價值上的評斷¹¹⁸。

¹¹⁵ W. Heun, Ebd.Rn.113.

¹¹⁶ 間接歧視之成立，對於既有的或甚至長久的制度、見解、價值觀、文化觀構成挑戰。在判斷時，如何衡量始為妥當，值得關注。就我國而言，葉百修大法官於釋字第 728 號解釋不同意見書指出：這種直接歧視之類型，隨著對於法律合憲性審查之重視，以及對於明確分類標準所生之權利意識日升，司法者對於直接歧視之審查越趨嚴謹，立法者自逐漸避免直接歧視。然而，歧視之所以應予禁止，在於國家或人民已經長期對於特定分類標準失去憲法權利保障之意識，甚至特定分類標準之適用，已經內化於國家公權力行為或人民私法行為之中，形成整個社會文化的差別待遇而視為理所當然。我國進一步文獻請參閱參見陳靜慧(2014)，〈歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念之適用與實踐〉，《憲法解釋之理論與實務第九輯》，李建良主編，臺北中央研究院法律學研究所，頁 1-52；黃昭元(2012)，〈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》，11 期，頁 1-63。

¹¹⁷ 這個定義引自 C. Langenfeld, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 78.Ergänzungslieferung, 2016, Art.3.Rn.28, 而該處指出，該定義係引自聯邦憲法法院之判決，BverfGE 104,373(393);113,1(20).

¹¹⁸ 就女性之間接歧視與改革，我國最近有一個案例。蔡英文總統推動，而由陳建仁副總統所主持

2、W. Heun 認為，間接歧視應屬第 3 條第 2 項之適用範圍

Heun 認為¹¹⁹，將間接歧視納入第 3 條第 2 項，係合於聯邦憲法法院之見解。該法院在相當長的期間內，認為第 2 項不只是針對形式上，而且也適用於實質上的歧視。

首先，歐盟於里司本條約後之歐盟條約法第 157 條規定「男女間之實踐上之完全平等」(full equality in practice between men and women)(參見本論文第三章第一節)並以之作為積極平權的依據。若要貼近之，則基本法第 3 條第 2 項應解為同時涵蓋直接與間接之不平等對待(direkte und indirekte Ungleichbehandlungen)¹²⁰。其次，在討論上必須小心，首先要區分「隱藏歧視」(Versteckte Diskriminierung)與「事實上不利益對待」(die faktische Benachteiligung)，前者本身為「直接歧視」(unmittelbare Diskriminierungen)之一種，只不過在證明上因隱藏了真正歧視原因而較為困難，從而只具有舉證責任移轉(Beweislast Verschiebung)之特徵。所謂「事實上之不利益」係指，此類措施對女性而言，事實上清楚地較男性更常遇到，所以討論的重點，系爭差別待遇之理由在事務上是否具有說服力，使得以正當化事實上對女性不利益之效果。在證據水平之要求上，對於事實上不利益意義下所稱的「間接歧視」(mittelbare Diskriminierungen im Sinne faktischer Benachteiligung)，吾人應提出較嚴格

的國家年金改革委員會決定，年改方案中將引進，針對育嬰留職停薪期間年資，規劃可選擇全額自費，繼續撥繳保費與退撫基金，未來仍可併計退休、資遣或撫卹年資。這是婦女團體極力爭取的方案，蓋若不如此改革，則以目前的公務人員退休法之月退休金之計算標準，亦即為本俸乘以二作為基數，每一年得到 2%，最高 35 年，共計 70%，看似性別中立，但實際上對女性不利，蓋女性在我國傳統以來的家庭角色扮演中，較有可能申請留職停薪而在家照顧嬰兒，而且依現行「公務人員留職停薪辦法」(民國 105 年 07 月 05 日修正)第 5、6 條，以二年為限，必要時得延長一年，但期間最長至子女、收養兒童滿三足歲止，換言之，時間最長可達 3 年，這 3 年期間都不計入工作年資，所以最後的月退休金所得當然低於同時進入職場的男性。這是一種看似性別中立但實則對絕大部分女性不利之規定，所以是典型的間接歧視規定。參見，蘋果日報，「年改兩亮點：年資可攜、育嬰留職年資不中斷」，資料來源：

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20170122/1040718/>(最後造訪日期：2017/03/11)

¹¹⁹ W. Heun, a.a.O.(Fn.101.), Rn.109.

¹²⁰ W. Heun, a.a.O.(Fn. 101.), Rn.109

的要求(strengere Anforderungen)，所以事實上之不利益需達到相當程度(erhebliches Gewicht)，始得定性為間接歧視¹²¹。



四、第 3 條第 2 項之「第三人效力」

第 3 條第 2 項是否對於私法主體也係有直接效力(直接生效)? 聯邦勞動法院肯定之，但聯邦憲法法院採否定說。儘管如此，立法者於制定私法時，仍應受第 3 條第 2 項之拘束，而不應作出基於性別而為之不合憲的區分對待，特別是在婚姻法與家庭法之領域。於此，第 3 條第 2 項尤其禁止對於「傳統角色分配加以穩定化之持續」(eine Festschreibung der überkommenen Rollenverteilung)及促使「女性只是在家相夫教子之家庭主婦」(eine Begünstigung der Hausfrauenehe)之規定。在此範圍，聯邦憲法法院至今已作出一連串逐漸而且已經是貫徹意旨(allmählich durchgesetzt)之判決並促成立法者之多次修法。

在公務人員法領域(Das Beamtenrecht)，公務人員之進用(der Zugang)與升遷(der Aufstieg)為基本法第 33 條所特別規定，第 3 條第 2 項之男女享有平等權利得適用於進用與升遷以外之公務人員法領域，包括俸級與遺族撫卹(gleiche Versorgungsansprüche für die Hinterbliebenen)。其次，第 3 條第 2 項(舊版)允許，而且經由修憲後之第 2 項第 2 句所強化，在公務人員法上引進至少是「彈性之名額規定」(flexibler Quotenregelungen)，而且係指依據歐盟法院判決所建立之標準，亦即不是強迫性、無條件自動女性優先之名額規定¹²²。

五、由第 3 條第 2 項導引出「國家的保護義務」

¹²¹ 本處的架構，類似於「基本權之間接侵害」(mittelbare Grundrechtseingriffen)。約言之，基本權的直接侵害為長久以來已經穩定的一項制度，有無可能隨著時代的發展而進一步擴張到間接侵害，而且其法律效果係等同於向來之基本權直接侵害。於此，在制度的建立上，必須是系爭侵害達到相當程度，始得調該當，否則將會無邊際地增加基本權侵害的案例，而使得公權力主體所得採行的措施受到過度的限制。W. Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd I, 3. Auflage, 2013, Art. 3, Rn. 109.

¹²² W. Heun, a.a.O. (Fn. 101), Rn. 115.

晚近的發展為，聯邦憲法法院從第 3 條第 2 項導引出「國家的保護義務」(Die Schutzpflicht)，而且是針對私法上主體所採行之性別歧視措施(Geschlechts Diskriminierung privater Dritter)。這與「平等對待誡命」延伸至社會現實之趨勢有關，並使得第 3 條第 2 項取另外一項支撐¹²³。

除此之外，聯邦憲法法院也從第 3 條第 2 項第 2 句導引出若干具體義務，尤其，國家應就家庭活動(die Familientätigkeit)與職業活動(die Erwerbstätigkeit)兩者間之相互配合，加以照料¹²⁴。

貳、C. Langenfeld

本作者為現任聯邦憲法法院法官，更為著名的 Maunz/Dürig 基本法註釋書之第 3 條平等權撰寫者¹²⁵。其詮釋具有重要的參考意義。

一、第 3 條第 2 項第 2 句男女積極平權規定旨在補償結構上之不利益

公部門之女性名額規定構成第 3 條第 2 項與第 3 項第 1 句之「出於性別不同而為之不平等對待」。依照合宜的見解，這種規定得經由第 3 條第 2 項(按，第 2 句)憲法委託且為相互產生衝突之憲法規範(Verfassungsauftrag als kollidierendem Verfassungsrecht)，而得到正當化。以上正當化之前提為，名額規定之設計(形成)必須合於憲法委託之目的。在以上範圍內，應予確認者為，第 3 條第 2 項，其係以衡平結構上不利益(um den Ausgleich von strukturellen Benachteiligungen geht)為範圍，且係一個補償性的衡平(einen kompensatorischen Ausgleich)，而且只得於系爭領域尚

¹²³ W. Heun, a.a.O.(Fn. 101), Rn.115.

¹²⁴ W. Heun, in : a.a.O.(Fn. 101), Rn.116.

¹²⁵ C. Langenfeld, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 78. Ergänzungslieferung, 2016, Art. 3, Rn. 92-103.

本論文使用台大圖書館資料庫 Beck-online 之線上版本(https://beck-online.beck.de/Dokument?VPATH=bibdata/komm/maunzduerigkogg_78/gg/cont/maunzduerigkogg.gg-a3.x2.htm&POS=4&HLWORNNS=on&showSendDocumentDialog=true 最後造訪日期：2017/02/28)。

未達到一個合憲之狀態才被容許。換言之，促進平權的規定有存續期限及積極平權對待程度之限制。若系爭領域已經達成事實上平等，則名額規定不再合法¹²⁶。

二、涉及憲法位階法益之衝突，屬於基本權衝突，應進行利益衡量，且須合於歐盟法院判決

除了應遵守補償性之外，名額規定應如此設計，使得第 3 條 2 項第 1 句與第 3 項第 1 句、第 3 條第 2 項第 2 句之規定，相互之間存有競爭關係之法地位，能夠達到一個合於比例的衡平(in einem verhältnismäßigen Ausgleich)。所謂「合於比例的衡平」只是一個框架，在此框架之內，端視案型特徵，若愈是傾向兩性平權之憲法委託，則立法者在措施選用上愈是應取向積極平權，反之，若是案型特徵愈是取向禁止歧視，則立法者愈是應採行不同於前之措施¹²⁷。

其次，比例性也應回溯歐盟法院之判決，此判決在文獻上獲得廣泛的支持，而且也得在聯邦與邦之公部門領域兩性平權法找到有關的規定。

三、「間接歧視之禁止」屬於基本法第 3 條第 2 項之適用範圍

C. Langenfeld 與 *W. Heun* 見解相同，認為「間接歧視之禁止」屬於基本法第 3 條第 2 項之適用範圍。

於此學界存有反對說，其主張，其主要理由在於，在間接歧視的情形，性別僅是屬於「法律效果發生之典型伴隨特徵」(typische Begleitmerkmale des Rechtsfolgeneintritts)，並非完全必要條件(conditio sine qua non)，故反對間接歧視作為部分憲法積極平權委託之內容者。

其次，間接歧視也非基本法第 3 條第 3 項第 1 句的適用範圍，因為在嚴格的文義解釋之下—該句規定「基於」(wegen)，限定必須具直接因果關係。此種(男女性

¹²⁶ *C. Langenfeld*, Ebd., Art.3,Rn.92.

¹²⁷ *C. Langenfeld*, Ebd., Art.3,Rn.93.

別)特徵並不在本項「連結禁止」(Anknüpfung verbot,按,禁止基於連結因素的差別對待)範圍內,而因為間接歧視並非基於直接因果關係而來,故間接歧視不在第3條第3項第1句「連結禁止」之範圍¹²⁸。

禁止間接歧視因為是基於性別而來,故其僅在「連結禁止」之外(außerhalb des Anknüpfung verbot),從而係以第3條第2項為說理依據。按基本法第3條第2項之促進目的,依目的性解釋(teleologisch)--第3條第3項所規定之「因果地結構之連結禁止」(kausal strukturierte Anknüpfungsverbot),應加上第2項這個自成一格的禁止規定--典型上只有大部分是性別中立效力的區別對待(eigenständiges Verbot von typischerweise nur vordergründig geschlechtsneutral wirkenden Differenzierungen)(按,第2項為少數基於性別而有不同效力之區分對待)來加以理解之。

由於「間接歧視禁止」為實現基本法第3條第2項的工具--亦即實現「社會現實的積極平權委託延伸」。這些因為性別而典型地發生效果於社會現實中之不利益與相關的規定應被修正克服。這也包括在事實上發生(不利益)效果、其他區分不同法律效果規定也應被納入考量¹²⁹。

參、L. Osterloh

Osterloh 主張,前述歐盟法院判決反對硬性僵化之個案決定名額:任一在公部門各不同的薪資群(按,職等)與功能層級(按,官等)中,女性比例並未達最低 50%情形下,女性競爭者無條件自動地獲得優先進用與升遷)。名額規定必須含有「開放條款」,此也為德國基本法之解釋所接受¹³⁰。理由為,基本法第33條第2項(績效原則與其衍生之「最佳決勝者」原則)係留予立法者裁量空間--於依照上述最佳決勝者

¹²⁸ 不同於如上得規定,第3條第3項第1句禁止「直接連結一個禁止特徵」以及因此(特徵)而生的法律上不正對待。這個禁止規定原則上是嚴格地來理解,例外規定則只允許相當窄(嚴格)的要件才合法。C. Langenfeld, Ebd., Art.3.Rn.29

¹²⁹ C. Langenfeld, Ebd., Art.3.Rn.29.

¹³⁰ L. Osterloh, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Auflage. 2011, Art.3.Rn.286.

原則無法得出明確的個案決定時，亦即在男女競爭者具有相同資格條件(hinsichtlich gleichermaßen qualifizierter Bewerber)之「僵持情形」，得以第 3 條第 2 項及第 3 項作為「選任決定之應予衡量之輔助標準」(zu messende Hilfskriterien einer Auswahlentscheidung)¹³¹。



其次，儘管以男女競爭者必須擁有相同之資格作為名額規定之條件，若立法者一概採行達到男女各占 50% 之性別等比例，則這種規定因超出促進平權規範所追求之機會平等界線，從而不被允許。

Osterloh 也指出，若吾人衡量，一方面，於社會與法律之基礎結構上存有諸多關於家庭的條件之女性乃至也包括男性之為照顧家庭(合於家庭生活的)教育與工作情形之問題，另一方面，就職位取得與職業資格評價之免於歧視也存有諸多問題，則將不免令人懷疑，以上的規定只是將男女積極平權之爭議改為經由名額保障與要求相同資格條件之象徵性的「代理人戰爭」(der Verdacht eines symbolischen Stellvertreterkriegs)而已(按，指相同資格條件在現實上幾乎是無法達成的)¹³²。

肆、D. König

本作者為現任聯邦憲法法院法官，本篇文章發表於就任之前，特在於區分類型之保障名額規定，整理出女性保障的四種理念型¹³³，有助於有關討論。

一、區分四種類型之保障名額規定

(一)、僵化硬性之名額規定(Starre Quoten)

這係指稱「一定名額」之職位保留予女性優先，無須男女競爭者有相同資格條

¹³¹ L. Osterloh, a.a.O.(Fn.130.)Art.3,Rn.287.

¹³² L. Osterloh, a.a.O.(Fn.130.),Art.3,Rn.288.

¹³³ D. König, Die Grundgesetzänderung in Art.3 Abs.2 GG-Ein Fortschritt auf dem Weg tatsächlichen Gleichberechtigung? DÖV, 1995 ,S. 837(841).

件之限制。這種名額制與我國憲法增修條文第 4 條第 2 項「各政黨當選名單中，女性不得低於二分之一」之規定相同。此種名額比例，並無提及其候選人之績效表現。



(二)、取決於相等條件之名額規定(leistungsbezogenen Quoten)

本類型課予機關首長(Dienstherr)義務：在男女競爭者，具有「相同或具相等價值的資格」(gleicher oder gleichwertiger Qualifikation)」時，在一個特定功能群體下(eine bestimmte Funktionsgruppe)，於該職位達到法律所規定之比例前(bis ein gesetzlich vorgeschriebener Prozentsatz der Stellen)由女性優先任用或進用。本類型與前者不同的地方在於，其選任與進用，須個案個別決定(im Einzelfallen schieden)--對於該職位之競爭者—男性或女性，其前提要件必須具有相等價值之資格。

(三)、女性合於最低任用資格之保障名額規定(Quoten bei Vorliegen einer Mindestqualifikation)

此種名額規定介於前二者之間，其不要求男女競爭者須有相同資格，但另一方面也非指女性不需具任何資格條件均可勝出，而是女性應達到所設定之必要最低任用資格要求(erforderliche Mindestqualifikation)。只要女性競爭者合乎最低資格要求，則不論男性候選人是否符合此項資格，仍得選擇女性候選人，使取得最後職位。若有多位女性候選人同樣具有前揭相同任用資格時，由其中最適合者(die Qualifizierteste)獲得該職位。換言之，本制度要求優先獲得進用升遷者必須具有最低資格條件(Mindestqualifikation)，而不需與男性競爭者有相同績效條件。

König 指出，聯邦警察官法(Bundespolizeibeamtengesetz)規定，曾任職於聯邦邊界巡防署(約為我國之海岸巡防署)之退職人員及依軍人退休撫卹法(Sodatenversorgungsgesetz)退休之人員，於申請轉進聯邦警察官職位時，得有一定的錄取上優待。這些是出於國防及確保邊界巡防之安全下所為的特別規定，得局部突

破職位競爭者必須有相同或相等資格條件之限制。以上的規定也得擴張到其他的領域，而且針對男女公務人員比例，亦即若某領域因為工作屬性或結構特色，以致於女性有嚴重之低比例性，則一定的時間及領域範圍內，也得規定，女性只需符合最低任用資格即可優先進用升遷¹³⁴。

應注意者為，歐盟法院之判決，精確言之，未有直接針對本類型之名額規定。

(四)、目標名額制(Zielvorgaben)

本制度與前三者不同，課予機關首長如下義務，亦即於預計的時程內針對一定比例的職位由女性競爭者獲得(innerhalb eines vorgegebenen Zeitraumes einen bestimmten Prozentsatz der freiwerdenden Stellen mit Frauen zu besetzen)。這一般係指，聯邦與邦性別平等法中明定機關應該制頒「性別平等計畫」，與計畫中確立該計畫實施期間之性別積極平權之目標與手段。與前述第二種的不同在於，其並未強行規定於個案進用升遷決定時男女競爭者必須擁有相同或相等價值資格¹³⁵。

在立法例上，聯邦與邦係同時採行「目標名額制」(第四種)與「取決於相等條件之名額規定」(第二種)，亦即女性競爭者必須與相同或相等資格條件，而且在進用的速度與所採行的手段上係由各該行政機關於「性別平等計畫」中加以規定。

二、女性保障名額與績效原則不相抵觸

前述第二種之名額規定大部分學者認為合憲(verfassungsgemäß)，理由為，其非在基本法第 33 條第 2 項(功績制原則)之保護範圍內。詳言之，因為此種名額制度首先必須先符合基本法第 33 條第 2 項功績制要件:(1)適性(Eignung)(例如個人資質、發

¹³⁴ D. König, Die Grundgesetzänderung in Art.3 Abs.2 GG-Ein Fortschritt auf dem Weg tatsächlichen Gleichberechtigung? DÖV, 1995 ,S. 837(845).

¹³⁵ König 並指出，上述四種制度，得區分為「結果名額規定」(Ergebnisquoten)與「個案決定名額規定」(Entscheidungsquoten)。前者旨在達成性別名額之比例，上述之「僵硬名額制」與「目標名額制」屬之；後者則指尚須經由「個案之人事決定」(einzelne Personalentscheidung)始能達成名額比例，前述「取決於相等條件之名額規定」及「女性合於最低任用資格之保障名額規定」屬之。D. König,a.a.O.(Fn.134.) S, 845

展等特質，如天分(Begabung)、生理、心理建構以及人格等)，(2)能力(Befähigung)，例如於特定領域之適性，如取得一定學位、取得職業經驗之通常知識(Berufserfahrungen; fachrelevant Allgemeinwissen))以及(3)與職業有關之績效(fachlicher Leistung)，且得於實務上被驗證之績效--在此所指之績效，男性競爭者與女性競爭者於「取決於相等條件之名額規定」，須被展現於其具有「相同或相等價值之資格」，並納入衡量。

若女性競爭者於適性、能力、職業有關之績效上經由個案衡量都與男性競爭者相同，亦即男女競爭者已具有相同資格條件，則此時基本法第 33 條第 2 項績效原則已經該當(窮盡)，此時機關首長得考量其他進一步標準，例如性別比例問題，將之作為輔助性指標(Hilf Kriterium)。

三、涉及「基本權之衝突」應尋求兩者最適化

依據「基本權之衝突」(Konflikt der Grundrechte)之理論。女性公務人員優先升遷之規定在時間上與事務上應加以限制(sowohl zeitlich als auch sachlich zu beschränken)，以免過當而限制另依憲法位階之法益，而喪失兩者最適化實現之可能，例如保障名額最高限制比例只能達 50%，或是用於女性迄今呈現低度名額之科別或領域，而且應規定有對男性競爭者個人具體事由之保留條款¹³⁶。

四、男女競爭者具有相同資格條件之標準與個案判斷，具有重要性

「取決於相等條件之名額規定」(Leistungsbezogenen Quoten)能否促成女性優先升遷，其關鍵在於何謂相同或相同資格之條件，尤其後者，於此存有主管對於公務員之考績評定(Dienstliche Beurteilung)上之判斷餘地(Beurteilungsspielraum)，而行政法院能審查之密度有限，考績評定之標準、程序、爭訟可能等均應審慎研議。就標

¹³⁶D. König, a.a.O.(Fn.134) ,S, 844.

準而言，家庭與懷孕之因素等不得被列為不利之考量；女性之生產與照顧子女等女性特質，在某些特定的職位上應具有一定之優先意義，例如「女性保護官」(Frauenbeauftragter)之職缺。就評定程序而言，應強調透明性，強調升遷職缺應經過公開徵選程序，女性保護官應有相關監督權力。於提起行政爭訟時，也應考量是否暫時停止陞遷處分之效力進行¹³⁷。

伍、對以上不同作者意見之歸納

以上不同註釋書與作者之討論，相當一致，以下略作歸納。

一、1994年修憲前依社會國原則；這種規範依據之缺失，在於社會國原則過於抽象，且包括太多種類型(例如貧窮線下救助、自然災害下的救助或補助，例如台灣九二一大地震；再如犯罪受害者補償、弱勢保障)。其內容不夠具體，而且因為女性保障名額會限制男性競爭者工作平等權、服公職平等權等，而且基本法第3條第3項明白禁止出於性別、種族、宗教等之歧視，所以爭論更大，更需要有清楚明白的憲法依據。德國修憲前早期的文獻，著重在為何要給予女性優先名額之保障？

二、修憲後第3條第2項為男女積極平權之依據，對於歷史以來所形成之當今對女性之結構性不利益的補償、性質上是國家目標設定，為一種憲法委託。

三、其非個人可起訴之基本權，其非擔保一定達成目標，也不是個人對國家為一定行為之請求權。其次，其目的在於追求男女之出發點平等，而非結果平等。於基本法修憲當時，制憲委員會明確指出為實現本句之目標，所謂「嚴格的保障名額規定」不被允許。反之，若是帶有「針對嚴苛情形為衡平考量之條款」(即歐盟法判決之保留條款)--在個案中，要能允許從特別的社會觀點(例如男性為單親爸爸)，加以衡量。

四、德國通說認為女性保障名額非集體權，因為女性競爭者要與男性競爭者有

¹³⁷D. König, a.a.O.(Fn.134), S844f.

相同或相同價值之資格條件，並非所有女性都得享受；其次，其有所謂保留條款——男性競爭者若有類如社會弱勢性之因素或情形，則即使女性競爭者已滿足上述相同資格要件，也非指女性競爭者當然取得該職位，仍可能由男性競爭者取得之。因為此時男性競爭者有需加以保障的情形。

五、女性優先保障名額，儘管於形式法制面係為基本國策之憲法委託，且實質面係出於歷史以來女性所面臨並於現在仍持續存在之結構上不利益，但畢竟還是影響了男性競爭者的基本權(工作平等權、服公職平等權)，而且這也是基本法第3條第3項所明定，所以兩者間形成基本權之衝突。

六、立法者應進行利益衡量，旨在調和兩種相衝突的憲法位階的法益。前述文獻一致指出，積極平權措施必須有時間上(zeitlich)與事務上(sachlich)之界線。時間上(zeitlich)係指不可能有永久施行之女性保障名額，而是在目標達成後便必須退場。事務上(sachlich)係指：例如保障名額最高限制比例只能達50%，或是用於女性迄今呈現低度名額之科別或領域，而且應規定有對男性競爭者個人具體事由之保留條款。到底要設多長的期間、速度達成男女同等比例性，德國聯邦與各邦兩性平權法規定，各機關應制訂「性別平等計畫」，於4-6年為期，而且要有期中檢討(年度、階段性檢討，包括已達成未達成之部分成就，以及如何繼續達成性別目標之手段與子計畫)。若沒有達成，則該機關有說明的義務，並公布於網頁，以便公共課責。

七、女性保障名額規定應以法律為之：女性保障名額規定具有基本權之重要性(grundrechtswesentlich)，必須以法律規定¹³⁸。

陸、對於基本權衝突之補充說明

¹³⁸ 於此應注意者為，德國於1983年前後，聯邦與各邦多有制頒行政規則(die Verwaltungsvorschriften)，旨在去除女性在公務人力於特定領域職位取得上有相對弱勢情形，自1980年代末起，各邦改為制定法律。聯邦於1994年制頒包裹立法，修改有關法律：「女性權益促進法」(das Frauenördergesetz)、「職業保障法」(das Beschäftigtenschutzgesetz)(保障其於工作場域免於性騷擾)、修正民法(BGB)第611a規定(新引入於就業任用時受到歧視之受害者之請求權)。自1994年修憲以來，聯邦與各邦都已經制定男女積極平權之法律，其中有女性保障名額之條文。

前述通說均指出事涉基本權之衝突，以下略作有關之討論，至於我國法，將於後述的章節討論。



一、基本權之衝突有兩種

基本權之衝突有兩種，首先為「真正的基本權衝突」(echte Grundrechtskollisionen)，指一個人的基本權應受憲法保障，而立法者出於公共利益得限制基本權，但視案型有時候系爭公共利益是憲法對於第三人基本權之保障，而形成基本權之間之衝突，例如新聞自由之保障與人格權當中之隱私權保障，再如研究自由與動物所有人之基本權，藝術自由與青少年之人格身心發展之保障。

第二種為「不真正之基本權衝突」(unechte Grundrechtskollisionen)，其係指個人基本權之保障與其他之憲法位階的法益之間之衝突。所謂「憲法位階之法益」(sonstige mit Verfassung ausgestattete Rechtsgüter)顧名思義，指該公共利益較諸其他公共利益有更高之等級。依德國教科書見解¹³⁹，此處的憲法位階法益包括「國家目標條款」(Staatsziel)，例如基本法第 20 條規定之民主國原則、法治國原則、聯邦國原則、社會國原則及第 20a 條之「自然生活基礎與動物保護條款」¹⁴⁰。

二、基本權衝突之理論與基本權限制條款有關

基本權之衝突之理論，與德國法之「基本權限制條款」有關，簡而言之，我國憲法基本權之限制統一規定於憲法第 23 條，而不是於各基本權條文中個別限制。德國基本權限制之模式，有以下幾種：1、得出於一般公共利益而以法律加以限制。2、得出於較高等級公共利益，以較高之法律內容要求加以限制(例如對於言論自由之限制，立法者只能以一般性之法律加以限制)。3、不具有任何限制規定之基本

¹³⁹ F. Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 4.Auflage. 2014. C.H.Beck, Art.9. Rd.32.

¹⁴⁰該條規定，對於後代的責任，國家在憲法秩序的範圍內，通過立法並依法由行政和司法部門對對自然生活環境和動物予以保護。參閱 J.Casper/ M.Geissen, Das neue Staatsziel "Tierschutz" in Art.20a GG, NVwZ 2002.S.913-917.

權。其中第 3 種引起諸多討論，從字面上以觀，似乎此種基本權不受任何限制，但通說均指出，吾人生活於共同體中，不得有絕對之權利行使而不受任何限制，進一步經由判決與討論建構出如上之真正與不真正之基本權衝突。所以簡言之，基本權衝突之理論也就是指，對於基本權出於第三人基本權保障及其他之憲法位階法益(公共利益)，而正當化立法者之立法干預。基本權衝突之案型，顯示一方面為重要的基本人權(所以基本法沒有直接規定其得受到限制)，而另一方面則為憲法位階的法益。

三、基本權衝突之解決應經由利益衡量，旨在追求最適化的調和

對於如上兩種憲法位階的法益衝突，妥善之計在於兩者能得兼，得到最適化的調和，而不是根本地偏惠一方而完全犧牲另方，妥善的方法從而進行利益衡量，於此之拿捏必須非常慎重，可以說超過一般案型下之比例原則之操作(ein Schritt mehr als die Verhältnismaßigkeit)¹⁴¹。德國學界也有使用「實踐性和諧」(praktische Konkordanz)之用語。一般而言得區分不同案型，或就所偏惠措施作出時間上與事物上的限制。這種衝突的解決，因涉及人權干預及國家重要事項，所以應由立法者以法律決定之。

四、對於「最適化調和」之標準與操作程序之努力

第四，以上的最適解決方式仍不無空洞，德國學界持續針對「最適化調和」之具體作法與標準進行努力¹⁴²。一說企圖對基本權之保護範圍加以限制；另說則是從「基本法對於該基本權無任何限制」之制憲者本意出發，而原則上應認為於利益衡

¹⁴¹ T.Kalenborn, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016.S.6(8).

本論文使用使用台大圖書館資料庫 Beck-online 之線上版本，資料來源：

<https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fja%2F2016%2Fcont%2Fja.2016.6.1.htm&pos=3&hlwords=on>(最後造訪日期：2017/6/22)

¹⁴² S. Lenz / P. Leydecker, Kollidierendes Verfassungsrecht-Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte, DÖV 2005, S.841-850.中文參見陳怡凱(1995)，〈基本權之衝突－以德國法為中心〉，臺北：臺灣大學法律學院法律學研究所，碩士論文。

量時，應優先傾向之；也有一說企圖從程序面出發，認為基本權之衝突解決之理性方式，為經由對於基本權行使之程序化(durch eine Prozeduralisierung der

Grundrechtsausübung)，要求主張基本權保障者(例如：某醫學院學生以宗教自由為由主張免修動物實驗課程)於向主管機關或法院行使(主張)基本權之前，必須被課予一個程序上之義務，亦即必須採行特定的措施或步驟，亦即必須踐行基本權之先行程序(Grundrechtliches Vorverfahren)；這程序旨在避免基本權之衝突。舉例言之，該主張基本權保障者必須先尋求是否有其他替代行為可能，這可能是單方尋求或同對造溝通討論而尋求，旨在找出兩個衝突的基本權都可獲得保障之行為方案，若其已經完成如上作為，則改由反對方進行陳述與舉證。以前述主張免修動物實驗課程而自動取得該課堂成績之學生而言，其應於進行爭訟前完成前述行為，而不得無任何作為而等待被校方駁回後提起爭訟，並主張基本權衝突¹⁴³。

以上的命題完詮釋用於本論文所關注之女性積極措施與禁止基於性別之歧視。

至於我國法的部分，由應注意我國基本權之限制體系與德國基本法有別，詳見後述。

第四節 男女積極平權條文與公務人員法制之績效原則之調和

女性優先保障名額之規範依據為基本法第 3 條第 2 項，但其與基本法之其他規定必須取得一致。於此最重要討論意義者，為基本法第 33 條第 2 項之公務人力之「績效原則」(Leistungsprinzip，我國在討論公務人員法制則多使用「功績制原則」

144。

¹⁴³ G. Britz, Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch Grundrechtliches Vorverfahren, Der Staat. 2003. Bd.42.S.35(39ff).

¹⁴⁴ 參見，施能傑(2010)，〈公務人員淘汰機制之研究〉，《考試院研究發展委員會專題研究報告彙編(四)》，其中第伍節公務人員淘汰機制建構之原則中特別提到「功績原則」

資料來源：<http://www.exam.gov.tw/cp.asp?mp=1&xItem=4220&ctNode=72>

(最後造訪日期：2017/5/29)

依據基本法第 33 條第 2 項，每個德國人均得依照其「適性」(Eignung)、「能力」(Befähigung)(具體化為依考試及格取得資格)和「專業成就(表現)」(fachlich Leistung)，享有相同的接近(進入)(Zugang)公職之權利。通說認為，這條規定公務人員法領域之「績效原則」，旨在使德國永業文官制度能銜接到國家之民主、人權、依法行政之憲法原理原則或國家目標之設定，強化公部門服務人員的效率與效能，避免「肉桶分肥」之情形，其主要內涵較為細緻。

此規定為公務人員進用升遷之特別規定，是否根本排除第 3 條第 2 項第 2 句下之女性保障名額規定可能？

壹、條文規定

德國基本法第 33 條規定公務人員之法制之建置原則。該條標題為「公民權利平等」(Gleichstellung als Staatsbürger)與「公共職務」(öffentlicher Dienst)。

第 1 項規定，每個德國人民於各邦均有相同的公民權利與義務。

第 2 項規定，每個德國人均得依照其「適性」(Eignung)、「能力」(Befähigung)(具體化為依考試及格取得資格)和「專業成就(表現)」(fachlich Leistung)，享有相同的接近(進入)(Zugang)公職之權利。

第 3 項規定，公民權利和國家公法上權利之享受、進入公職權以及進入公共職務部門後所取得的權利(例如退休金之請領)，與個人宗教信仰無關。任何人均不得因其屬於或不屬於某一宗教派別或信仰，而受到不利益。

第 4 項規定，國家高權職務之行使，一般而言須由以常設性任務之方式，授予與國家處於公法上職務(öffentlich-rechtlichen Dienst)與忠誠關係(Treueverhältnis)之公職成員。

第 5 項規定，關於公共職務之法制，應衡量傳統職業公務人員體制諸原則(*der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums*)加以規定，並與時俱進(*fort zu entwickeln*)。



其中，與本論文較相關者，為第 2 項以下。

貳、進用升遷之要件

德國公務人員之選任要件(*Auslese Kriterien*)，主要由基本法第 33 條第 2 項規定，又稱為「功績制原則」(*Leistungsprinzip*)。公務人員之選任應取向「適性」(*Eignung*)、「(依考試及格取得之資格)能力」(*Befähigung*)和「專業成就(表現)」(*fachlich Leistung*)，三個子概念共同組成公務人員之整體能力特徵(*Eigenschaften*)，亦即每個公務人員都應具備就其所掌有之職務的有關特徵。其中並沒有規定低性別比例者優先進用升遷，並成為解釋適用之問題。

一、「適性」(*Eignung*)

其係指「個性」(*Persönlichkeit*)與對於特定的職位具有重要性之「人格上特質」(*charakterlich Eigenschaften*)，見聯邦公務人員職涯辦法，(*BundesLufbahnverordnung*，性質為法規命令)第 2 條¹⁴⁵。亦即，其為個體「才能」(*Anlage*)與「發帶領展能力」(*entwicklungsbedingte*)之個人特徵、心理與生理能力、情緒及智能之要件。舉例來說，作為公立學校之女教師而言，其必須能夠帶領男女學生學習自由與民主法治國之基本概念，並經由其本身之值得信賴之模範說服力(*Überzeugungskraft*)來教導學生們有關市民共同體之角色(*eine Roller als Bürger das Gemeinwesens*)及相應的權利與責任。在著名的「頭巾案¹⁴⁶」判決，聯邦憲法法院則指出，若邦之公務人員法沒有明

¹⁴⁵ *U. Battis*, in: *Sachs*(Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 6. Auflage. 2011, Art. 33. Rn. 98-117.

¹⁴⁶ 詳細案例事實，得參閱吳庚(2016)，《行政法之理論與實用》增訂十四版。台北：三民，第 202 頁。

文規定穆斯林女老師不得於課堂中披帶具宗教象徵之頭巾，而邦主管機關以當事人於課堂中帶頭巾為理由，而試用期滿評定為不及格，則於當事人敗訴確定提起憲法訴訟時，聯邦憲法法院宣告其違反基本法第 33 條第 2 項與第 3 項、第 4 條，指出其欠缺明白的條文基礎(eine ausdrückliche Grundlage)；若邦之立法者決定禁止公立學校教師在上課中披戴或穿著具有宗教象徵之物品，則不應只限於單一宗教，而應對全體宗教一視同仁。

此外，對於「健康體能適性」(die gesundheitliche Eignung)而言，若公務員於強制退休年齡屆至之前有經常生病¹⁴⁷(häufige Erkrankung)或持續性無法執行職務(dauernde Dienstunfähigkeit)等無法執行職務之高度可能性(mit hoher Wahrscheinlichkeit)，則屬於欠缺健康體能適性，而不適於繼續擔任該公務職位。就此，應進行必要之醫學檢查，其中可包含愛滋檢測，但必須事先告知受檢人。

二、「能力」(Befähigung)

此要件則包含「公務上行使職權所必要之能力」(die dienstlich Verwendung wesentlichen Fähigkeiten)、「專業知識」(Kenntnisse)、「專業能力」(Fertigkeiten)以及其他子能力，例如動機有關之傾向(motivierende Neigungen)、個人對公職興趣(Interessen des Beamten)。以上也就是：基於適當的(學校教育)學歷與職業行為有關專業知識(fachliche Wissen)、一般知識(allgemeine Wissen)、與職務相關經驗值(Erfahrungsgut)與職業能力(berufliche Können)。

¹⁴⁷台灣近年來也有相關之案例，新聞以「退休校長年請 278 天病假期間月薪 7 萬照領」
<http://hottopic.chinatimes.com/20170111002097-260803>
(最後造訪日期：2017/02/16)

三、「專業成就(表現)」(fachlich Leistung)

此要件係指稱依照「職務工作結果之評價」(Anforderungen bewerteten Arbeitsergebnissen)，涉及專業知識(Fachwissen)、專業技巧(Fachkönnen)及專業成果(Bewährung im Fach)。



四、績效原則與兩性積極平權憲法委託之關係

這是男女積極平權的重大問題，也是本論文的核心關懷，但很可惜地，憲法法院迄今尚未對此作出明確的判決¹⁴⁸。

(一)、*U. Battis*

其首先指出歐盟法院(EuGH)的判決，而指出女性保障名額規定必須是女性競爭者於「適性」(Eignung)、「能力」(Befähigung)和「專業成就(表現)」(fachlich Leistung)上與男性競爭者均相同的情形下，並且必須輔以個人具體情形之「開放性條款」，始合於歐盟法規¹⁴⁹。

(二)、*C. Langenfeld*

*Langenfeld*¹⁵⁰，對於公務人員領域之女性優先進用升遷規定，有深刻的討論，值得詳細引述。

1、公務人員進用與升遷之名額規定之合憲性要件

Langenfeld 首先指出，依照通說，公務人員法領域之(女性)彈性名額(Flexible Quoten)條款之合憲性要件為，在相關的可資比較團體中(zur relevanten

¹⁴⁸ *U. Battis*, a.a.O.(Fn.145), Art.33.Rn.37. 該處並指出一個相近但畢竟不同之判決：本件涉及一位女子中學校長人選之選任案，於該案中，經最後錄取之女性候選人係基於本身之較佳「適性」(Eignung)，例如其具有特別教育之專長以及對於女子學校學子之身教典範得有更好之成效，而獲得勝出。這並非基於「女性保障名額」，所以並不觸及基本法第3條第3項之「不得出於性別等因素而為歧視待遇」。

¹⁴⁹ *U. Battis*, Ebd., Art.33.Rn.37.

¹⁵⁰ *C. Langenfeld*, a.a.O.(Fn. 125.), Art.3.Rn.95ff.

Ausgangsgruppe), 若與男性相比, 女性員工只占較低比例(unterrepräsentiert), 則在相同的資格條件下(bei gleicher Qualifikation), 則女性被優先進用升遷, 只要沒有以下情形, 亦即存有男性競爭者個人本身之原因而且係超過女性競爭者, 例如社會的原因(按, 即歐盟法判決所稱「保留條款」)。以上係合於歐盟法之判決, 也與當今聯邦與各邦兩性平權法之標準規定相符。

2、優先進用升遷之名額規定之正當化事由：非集體權，而是典型化之補償

名額規定的性質並非賦予當事人集體權(Gruppenrechte), 而是以「典型化補償」而獲得正當化, 而且其非針對過去, 而是直至現在仍然存在之對女性之不利益, 而這係基於諸多潛在之偏見與行為態樣(aufgrund unterschwelliger Vorurteile und Verhaltensprägungen)。這不須以女性本身為不利益之受害者為要件, 毋寧, 只要對於女性於勞動生活中之結構上不利益(die strukturelle Benachteiligung von Frauen im Arbeitsleben)至今仍持續存在, 即為已足, 蓋於今儘管男女有等質的學歷, 但女性仍然未能如同男性般在職業上升遷成功。同樣地, 兩性之間薪資差異也是持續存在¹⁵¹。經由女性職業狀況有關之統計資料, 立法者之如下的認定, 亦即單以個案有關之歧視制裁為手段對於女性之結構上不利益之匡正難以發生效果, 而且第 3 條第 2 項所要求之機會平等也在事實上仍然難被達成, 從而採行通案性的名額規定, 應是

¹⁵¹ 我國事實上也存在此問題, 「男女不平等! 女性薪資僅佔男性 8 成, 連最高納保薪資也只佔一半」2016 年 9 月 22 日舉行的第 13 次「國家年金改革委員會」中, 性平處在會中提到, 女性受僱者平均薪資低於男性, 雖然差距逐漸縮小, 但女性受僱員工每人月薪平均僅為男性的 83.01%。而勞保最高納保薪資, 男性占 62%, 女性占 38%; 公教保險最高級距中, 男性占 74%, 女性占 26%, 都呈現男性多於女性的情況。其並提出由於傳統社會要求女性負起家庭照顧責任, 導致女性因結婚生子退出職場, 在職場上未能連續就業, 無法累積年資。由於在勞動市場中投入的時間不長, 將使將來女性年老時的經濟安全受到威脅。李安妮: 須透過所得重分配達到社會正義。資料來源:

<https://today.line.me/tw/article/9633c269dd160209f108138dc38bd01725fbb6da06751744885bf42050c12bc8>(最後造訪日期: 2017/03/03)

可被支持，而且應是得以通過憲法法院於「可支持性審查」審查密度下之合憲性評定(im Bereich verfassungsrechtlich vertretbarer Einschätzung der Realität)¹⁵²。



3、積極平權之憲法委託與公務人員法制績效原則之關係

Langenfeld 認為¹⁵³，從基本法第 33 條第 2 項規定可得推論而出，公務人員進用與升遷應遵循「最佳者勝出原則」(Grundsatz der Bestenauslese)，所以女性優先名額規定只得於男女競爭者有等值的資格下採行，亦即只允許「與績效有關之名額規定」(Leistungsabhängige Quotierung)。反之，於女性具較差的資格條件而仍給予優先進用升遷之名額規定，則不應納入考量。基本法第 3 條第 2 項所追求之機會平等，係指稱在「等值的條件下之平等」(eine Gleichheit bei gleichwertiger Qualifikation)¹⁵⁴。

4、於等值資格條件下女性優先進用之應有的衡量標準

既然女性優先進用規定只能適用於男女競爭者具等值資格條件之下。則如何判斷兩者間具有等值資格條件，乃具有重要性。與績效相關之名額規定之有效性取決於以下環節—如何確定男女競爭者擁有相同的適性(die Feststellung gleicher Eignung)。對於女性之體系性不利益的衡量標準(systematische Benachteiligen)，例如年資較短及持續性的生活過程(Dienst aller und kontinuierliche Lebensverläufe)，不得直接或至少不得架構性地被引用上來，換言之，立法者必須有所取捨。相反地，歐盟法院認為，以性別中立的方式呈現而一般而言對女性較有保障之規定，係屬合法。舉例來說，黑森邦兩性平等對待及於公部門對於女性歧視之減輕法(Hessisches Gleichberechtigungsgesetz--HGIG)第 10 條規定，便屬合法，其規定，在兩性競爭者

¹⁵² C. Langenfeld, a.a.O.(Fn. 125.),Art.3,Rn.95.

¹⁵³ C. Langenfeld, a.a.O.(Fn.125.),Art.3,Rn.96.

¹⁵⁴ C. Langenfeld, Ebd.,Art.3.Rn.96.

之能力要件之評斷上，女性於家庭工作所獲得之「能力與經驗」(Fähigkeiten und Erfahrungen)，於其對於競爭者之適性(Eignung)、績效表現(Leistung)與能力(Befähigung)判斷上具有意義；與此相反，年資(Dienstalter)、年齡(Lebensalter)與上一次之升遷時點(der Zeitpunkt der letzter Beförderung)則是不予考量，除非與如上三個衡量要素具有重要關連性。出於照顧孩童與眷屬之部分工時(Teilzeitbeschäftigung)、(因懷孕)休假(Beurlaubung)、延緩完成訓練(Verzögerungen beim Abschluss der Ausbildung)等，不得直接地對女性競爭者產生不利益效果¹⁵⁵。

5、合憲的女性保障名額之要件—兼論「開放條款」之功能與意義

依據歐盟法院之判決，首先，絕對且無條件之名額保障規定，違反歐盟法。其次，不具有開放條款(按：個人具體事由之保留條款,saving clause)的名額規定，也違反禁止歧視。

換言之，具有「開放條款」(Öffnung Klausel)與「衡量條款」(按，應是指合比例原則,Abwägungsklausel)之規定，如此才能因應特殊的個案情況(Fallkonstellationen)，才係合憲，而於有關的適用標準的選用上，不得對女性有不利之效果。從而，取向「年資」或「男女競爭者所需扶養之眷屬人數」或是「男女競爭者之伴侶的薪資所得」(例如女性競爭者有個很會賺錢的丈夫)等項目，不得納入「開放條款」之內。「開放性條款」的必要性在於，其一方面確保國家之促進義務之合於比例性之衡平(die Sicherung des verhältnismäßigen Ausgleichs)，但另一方面也得作為男性競爭者平等對待的請求權(der Anspruch der Männer auf Gleichbehandlung)；將男性員工的具體生活情形(die Lebensumstände des männlichen Bewerbers)納入考量，並得於超越女性競爭者之個人情形時得優先獲得進用升遷，係再次強調其否定集體權性質的基本權理解(die Ablehnung eines kollektivrechtlichen

¹⁵⁵ C.Langefeld, a.a.O.(Fn.125), Art.3.Rn.97.

Grundrechtsverständnisses)；這也係指個別男性競爭者對於女性之過去且現今持續存在的歧視情形負有概括責任(pauschal für vergangene und fortbestehende Diskriminierungen in Haftung genommen)，但於男性競爭者有個人特殊因素時，得免承擔此種責任¹⁵⁶。



6、創造新的職缺或促進積極平權的補助方案之合憲性

儘管德國法有如上的命題，但進一步言之，針對公部門之特別創設新的職缺，或是特別擬定之積極平權方案，後者例如在大學法，邦政府增加考量女性教授名額過少而特別頒定僅對女性開放補助方案¹⁵⁷(聯邦與邦都曾經頒佈有關的補助方案)，在其屬於特別針對女性設置外加的職位之範圍內(die Schaffung neuer Stellen)，係與基本法第 3 條第 3 條(禁止歧視)及基本法第 33 條第 2 項相符合。此外，聯邦與邦所制頒促進積極平權方案，針對 W2 及 W3 女性教授之至少新增 200 個的名額，其為基本法第 3 條第 2 項所涵蓋從而為合憲¹⁵⁸。

7、女性保障名額規定的架構目的

在某一領域的名額規定只有在以下情形才是合憲的--女性確實在事實上處於處於較低性別比例的情形，而且，其低性別比例是因為性別特殊性而來的結構上不利益的結果(diese Unterrepräsentanz Folge einer geschlechtsspezifischen strukturellen Benachteiligung)。

若名額規定架構上的目的為「結果平等」，而非基於第 3 條第 2 項職業上機會平等，則其為違憲。換言之，架構目的應為職業上之機會平等(berufliche Chancengleichheit)。

¹⁵⁶ C. Langenfeld, a.a.O.(Fn.125), Art.3.Rn.97.

¹⁵⁷ C. Langenfeld, a.a.O.(Fn.125), Art.3.Rn.99.

¹⁵⁸ C. Langenfeld, Ebd., Art.3.Rn.99.

對於預計達成之目標名額(下文稱「目標名額制」, Zielvorgaben), 其名額多寡原則上即是在無歧視性的人員選拔中--在各個具選拔資格的競爭者群中, 要達成的女性比例目標。

現行的聯邦兩性平權法之名額規定, 作者認為是相當有問題的, 蓋其係以如下為出發點, 亦即當女性在個別受薪等級(Vergütungsgruppe)與其處於各官職等¹⁵⁹(Laufbahngruppe)之比例低於 50%, 則女性係處於低性別比例。其問題點在於, 蓋於此等情形, 立法者只是建立一般性之性別等比例(按, 男女各佔一半, generelle Geschlechterparität), 而欠缺對現存之事實上不利益的連結考量(按, 指對於各領域或案型的事實情形, 應有更細緻的名額規定)。儘管如此, Langenfeld 基於以下兩點¹⁶⁰, 認為該法的如上假定與名額規定還有正當化的空間, 蓋(1)女性在聯邦公部門的比例, 於此期間, 已與男性相同。(2)原則上, 於公部門領域, 對於同時角逐某一特定職位, 都已經存在具有相同資格的女性員工(競爭者)。在以上情形下, 女性在某一特定受薪等級或官職等領域低於 50%比例, 可謂係一直都受到事實上之不利益。

8、第 3 條第 2 項原則上不及於男性保障名額

在一個男性處於低比例的部門中, 若立法者採行對男性競爭者有利而對女性競爭者不利的名額規定, 則此與第 3 條第 2 項不相符合, 蓋吾人難以找到明顯的男性在公部門進用升遷上受到阻礙情形。一個對於選拔資格未加以進一步精確限制的男性名額規定, 而這曾一度於聯邦兩性平法(Bundesgleichstellungsgesetz)的修正草案中出現, 因是在兩性積極平權之憲法委託的目標範圍之外, 在國會審查過程中明顯地被往以下方向修改, 亦即男性之低比例為各該領域之結構上的不利益結果(Folge einer strukturellen Benachteiligung in dem jeweiligen Bereich)。男性保障名額規定通常

¹⁵⁹ 我國區分為以下三種, 簡任(10~14 等)、薦任(6~9 等)、委任(1~5 等)等官等, 而近期的各官等之性別比例, 請參見第五章第二節。

¹⁶⁰ C. Langenfeld, a.a.O.(Fn. 125.) Art.3.Rn.100.

是有疑慮的，蓋男性公部門個別不同領域一般而言應該不會發生出於性別特殊性而生的結構上不利益，而應是男性對於特定職業偏好所致之結果¹⁶¹。



9、性別(女性)名額規定須有專門法律之規定(法律保留)

引進性別特殊性之名額規定具有基本權利之重要性(*grundrechtswesentlich*)，從而須有特別的法律規定¹⁶²。

參、小結

德國通說認為，在績效原則之下，女性保障名額只能當成輔助的進用升遷標準(*Hilfsmaßstab*)，亦即其必須要以男女競爭者之間適性、能力、績效表現下必須相同之下，才有適用餘地。從而，以上之積極平權措施與基本法第 33 條第 2 項「績效原則」並不衝突。

第五節 法律面之觀察：德國聯邦兩性積極平權法律

於討論完憲法(基本法)的規定與釋義之後，得展開實定法之觀察。一般而言，憲法只建立框架性的規定，所以立法者還是有一定的形成自由，尤其表現於所選用的政策。

就公部門之男女積極平權，立法權分屬聯邦與各邦，聯邦有兩個法律規範，都經過 2015 年包裹立法(詳後述)之修正。

壹、聯邦兩性積極平權法(*Bundesgleichstellungsgesetz*)

¹⁶¹ C. Langenfeld, a.a.O.(Fn. 125.)Art.3.Rn.101.

¹⁶² C. Langenfeld, a.a.O.(Fn. 125.)Art.3.Rn.102.

就低性別比例者之進用升遷保障之立法例而言，首先，德國為聯邦國家，聯邦與邦均為國家、均享有立法權，相關立法權之劃分規定於基本法。其次，就兩性積極平權事項，聯邦與各邦各享有立法權。因限於篇幅，以下只針對聯邦。



一、立法沿革

聯邦所制定的法律有過修改。1994年6月24日制定者為「女性促進法」(Frauenförderungsgesetz)，2001年11月30日修改成為「聯邦兩性積極平權法」(Bundesgleichstellungsgesetz)。從字面而言，「Gleichstellung」一詞，係指平等地位，就動詞而言，係指「使享有平等地位」，文字上並未指稱男女之間，但從條文整體以觀，可以得出此項內涵。

最新發展則是2015年包裹立法「男女平權參與私經濟及公部門領導職位法」之修正，擴大適用範圍，廢止2001年之法律並新定「聯邦行政暨公營事業暨聯邦法院男女積極平權法」(Gesetz für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Unternehmen und Gerichten des Bundes, Bundesgleichstellungsgesetz - BGleiG)，旨在落實基本法第3條第2項第2句之兩性積極平權憲法委託。本法的名稱清楚標釋出男女之積極平權。

二、2015年之修正：引進「領導性職位」之性別比例規定

前述「聯邦行政暨公營事業暨聯邦法院男女平權法」，原先對於領導性職位並無特別規定，而是籠統的規定在各機關(構)之平權計畫，參見後述。

就本次改革，聯邦政府指出¹⁶³，儘管自1994年各邦有女性優先進用升遷保障之法律，聯邦也制定如上之法律，但在聯邦公務領域中還是沒有達到積極平權的結

¹⁶³ 本處及以下之說明，引自 Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, 資料來源：http://www.fidar.de/webmedia/documents/Gesetze/Kabinettsbeschluss_Gesetz_gleichberechtigte_Teilhabe_20141211.pdf(最後造訪日期：2017/03/25)

果，尤其就「領導性職位」(Führungspositionen)而言，蓋就 2014 年 12 月 10 日的數據而言，聯邦各部會總共 700 個司處長職位中，只有 150 位為女性(於我國約係指各部會之十二職等司處長或各部會所屬三級機關之十三職等行政首長，但警政署、調查局等為十四職等，這些機關之副首長則是調降一個職等)¹⁶⁴。



本次修正並未規定硬性之名額比例，而是要求本法所適用之行政機關與公營事業及法院制訂每一個別階層(jede einzelne Führungsebene)之人員進用升遷之「具體目標」與如何達成的「具體措施」(konkrete Zielvorgaben und Maßnahmen)，載入各關機關的平等計畫(im Gleichstellungsplan jeder einzelnen Behörde darzustellen)，且每 4 年應更新一次。本法要求機關(構)每年公布兩性平權指標，並賦予各機關(構)內部「兩性平權之監督官」(Gleichstellungsbeauftragte)之監督權責。

整體而言，本次修正儘管課予義務，但仍賦予各機關(構)主管相當大的裁量權，而一併地引進內部與公共課責監督之制度。

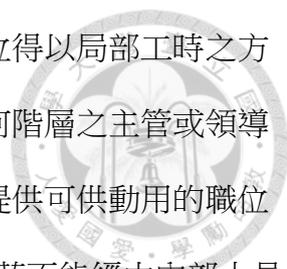
三、主要規定

聯邦兩性積極平權法第二章「性別主流化」(gender mainstreaming)，為進用升遷上之積極平權規定，落實歐盟法院判決以來之要求。

(一)、職缺之徵選

第 6 條規定「職缺之公開徵選」(Arbeitsplatzausschreibung)之諸多要求。首先，此職缺之公開徵選必須採性別中立之方式，不得規定只保留予男性或女性。其次，公開招募之內容須以兩性相同方式加以說明，而且得較高強度地督促該招募人員領

¹⁶⁴ Fragen und Antworten zu dem Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst.S.20.
[http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/FAQ-zur-Umsetzung-der-Geschlechterquote.pdf/\\$file/FAQ-zur-Umsetzung-der-Geschlechterquote.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/FAQ-zur-Umsetzung-der-Geschlechterquote.pdf/$file/FAQ-zur-Umsetzung-der-Geschlechterquote.pdf)(最後造訪日期：2016/10/30)



域之低性別比例者前來應徵。第三，此招募公告中得說明該職位得以局部工時之方式出任，除非有相反之職務上之事由存在；這也適用於不論任何階層之主管或領導職位。第四，當某領域之男性或女性處於低性別比例時，則得提供可供動用的職位(ein freier Arbeitsplatz)，以提高低性別比例者之數目。這個職位若不能經由內部人員選任或不能從同一機關之其他部門選任時，應公開徵選。第五，職位的公開徵選必須確立該職位之要求，而且應針對職系或功能領域對於男女競爭者之未來可預期職能要求與資格條件之輪廓(Anforderungs- und Qualifikationsprofil)。

(二)、關於面談之要求

第 7 條規定「徵選或特殊選拔程序之面談」(Bewerbungsgespräche)。首先，若有多位女性競爭者同時滿足招募公告之職能要求與資格條件之輪廓，若該領域女性居於低比例性，則必須男女競爭者有相同比例受邀參加面談或特殊之選拔程序；若該領域男性居於低比例性且是出於結構上之不利益，則男性競爭者也獲得如上的保障。其次，在面談或特殊的選拔程序中，特別是關於家庭狀況，是否已經懷孕或打算懷孕，或是否打算承擔家庭或子女照顧任務的問題，乃是不合法的。第三，選拔委員會應以男女同比例性成員出任；若出於有充分根據的理由以致於無法以男女等比例性組成，則應該將個別理由加以記錄。

(三)、關於任用與升遷與訓練機會之選拔決定

第 8 條「關於任用與升遷與訓練機會之選拔決定」(Auswahlentscheidungen bei Einstellung, beruflichem Aufstieg und der Vergabe von Ausbildungsplätzen)，

首先，若女性競爭者於某一特定領域係居於低比例性，則該部門在提供訓練機會、職位任用與升遷之決定上，應優先考量女性(bevorzugt zu berücksichtigen)。

其次，於降級、改調其他機關或在同一機關內之改調其他部門(Abordnung, Versetzung und Umsetzung)，而且期間超過三個月以上，也適用之。優先進用的要件為，與女性競爭者展現(aufweisen)與男性競爭者相同之資格條件(gleiche Qualifikation)。以上(女性)優先進用將被排除，若男性競爭者有法律上值得保護之個人事由而應被加以保障時。以上也適用於男性於某一個別領域受到結構上不利益而呈現低比例性之時。

(四)、關於男女競爭者之資格要件

第 9 條規定「男女競爭者之資格要件」(Qualifikation von Bewerberinnen und Bewerbern)。這是人員招募決定上之重要因素，向來的問題是不夠精確，或納入對於性別比例較低者的歧視類別。在前述歐盟法院判決中多次被提及。

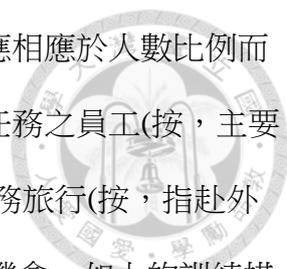
第 1 項規定，應徵者之資格要件應經由職缺徵選之要求(anhand der Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes)，加以界定，尤其是該職系或功能領域所必須擁有的教育訓練、職能要求與資格條件之輪廓，以及職業上之經驗。在男女應徵者之服務年資及上一次升遷之時點只有在對系爭升遷具有重要性時，始得被納入考量。特別之經由家庭或照護任務而取得之經驗與能力於與本工作職缺有相關聯時，應被納入考量。

第 2 項規定，就多位競爭者之具體資格條件之比較評估上，因家庭額外照護等因素而造成之職業中斷、所減少之服務年資、所減少工作時數或所延宕個人訓練、對於上班時間有特殊要求等，應予排除。應徵者眷屬之收入狀況、家眷之額外照護需要、打算申請減少工作時數或請假等，也不得納入競爭上之衡量。

(五)、在職訓練及公務旅行

第 10 條規定「在職訓練及公務旅行」(Fortbildung, Dienstreisen)。

首先，各該機關應支持員工參與在職訓練。在一開始進入職場時之新人訓練，



以及有關升遷性之訓練，以及因為職位轉換之調整訓練，女性應相應於人數比例而在個該訓練群體中被納入。其次，各機關應促使有家庭或照顧任務之員工(按，主要為女性)，在可能的職務範圍內，有機會參加在職訓練及參與公務旅行(按，指赴外地出差)，以及提供職務上正式訓練(dienstliche Ausbildungen)之機會。如上的訓練措施也得於必要時提供照顧兒童或其他需受照顧者之設施；若有必要，也得基於當事人之申請而由當事人負擔額外之照顧費用。機關也得對於暫時離開職場而回任者提供訓練機會，以減輕回任之困難。第三，機關的人事部門官員與首長或具有領導任務之官員有義務聽取有關性別平權措施以及與家庭、照顧及職業行為之相一致性措施之資訊。這些官員應事先參加(接受)有關訓練。第四，機關之性別平權保護官(Der Gleichstellungsbeauftragten)及其代理人於工作之始與期間，應參加有關之課程講習，尤其有關性別平權法、公務人員法、職工委員會法、組織法與預算法。

(六)、性別平等計畫

該法第三章為「性別平等計畫」(Gleichstellungsplan; Equality Plan)。

這是法律課予行政機關之責任，但並不是最後機關性別保障比例，而是由行政機關加以計畫並實行，違反者並無其他法律責任。

德國聯邦儘管規定各機關以男女均達 50% 為目標值，但並沒有規定最終達成年度或中間的期程，而是由各行政機關裁量決定，這使得憲法委託之積極平權措施效力(適用結果)大打折扣。儘管如此，該計畫的作成，必須由「兩性平等保護官」(Frauenbeauftragter)參與，而且要經過職工委員會之同意(德國採「產業民主」，包括私經濟產業與公部門產業，必須由員工依民主程序選出全部都是職工身份之代表，組成職工委員會，享有協商權與共同決定權，若與雇主之間無法達成共同一致之決定，則要交付仲裁)¹⁶⁵。

¹⁶⁵我國之公務人員協會法也規定公務人員協會之參與權，包括第 6 條建議權、第 7 條協商權與第 38

如上之兩種參與，尤其後者之同意，有相當的強度，所以機關行政首長的意志未必能夠貫徹到最後。

第 11 條規定，性別平等計畫旨在達成本法目標，並為人員規劃及人員升遷發展上的重要工具。其執行，是機關人事部門或管理部門、機關首長的一項特殊義務。

第 12 條規定「準備」。各機關應每 4 年制定一個性別平等計畫¹⁶⁶，須於 12 月 31 日準備完成，並於來年 1 月 1 日實施¹⁶⁷。第 13 條規定性別平等計畫之內容，具有重要性。第 14 條規定，性別平等計畫應於生效後一個月內公告於機關內部網路，且應立即開放公務人力瀏覽。

條爭議裁決機制。

公務人員協會法第 6 條規定：

公務人員協會對於下列事項，得提出建議：

- 一、考試事項。
- 二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休事項。
- 三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。
- 四、公務人員人力規劃及人才儲備、訓練進修、待遇調整之規劃及擬議、給假、福利、住宅輔購、保險、退休撫卹基金等權益事項。
- 五、有關公務人員法規之制（訂）定、修正及廢止事項。
- 六、工作簡化事項。

公務人員協會法第 7 條規定：

公務人員協會對於下列事項，得提出協商：

- 一、辦公環境之改善。
- 二、行政管理。
- 三、服勤之方式及起訖時間。

有下列各款情形之一者，不得提出協商：

- 一、法律已有明文規定者。
- 二、依法得提起申訴、復審、訴願、行政訴訟之事項。
- 三、為公務人員個人權益事項者。
- 四、與國防、安全、警政、獄政、消防及災害防救等事項相關者。

第 38 條規定，全國公務人員協會或機關公務人員協會之主管機關於接獲調解申請後，未依期限進行調解或調解不成立時，原申請調解之公務人員協會得於期限屆滿後或收到調解不成立證明書之日起七日內向其主管機關申請爭議裁決。全國公務人員協會或機關公務人員協會申請爭議裁決時，全國公務人員協會、總統府、國家安全會議、五院、各部及同層級機關公務人員協會之主管機關應於接獲申請之日起十四日內組成爭議裁決委員會處理之。各直轄市、縣（市）機關公務人員協會之主管機關應於接獲申請之日起十日內提出爭議裁決申請書，函請銓敘部組成爭議裁決委員會，銓敘部應於接獲爭議裁決申請書之日起十四日內組成爭議裁決委員會處理之。

¹⁶⁶ 員工代表之權利以及嚴重身障者代表權仍維持不變。

¹⁶⁷ 但較大的部門因涵蓋較大業務領域及組織變遷可能，而可以另定期日。



貳、聯邦委員會席位之男女積極平權法(簡稱「聯邦席位分派法」)

第二個就公部門領域之男女積極平權，規定於聯邦委員會席次分派之法律。其原先 1994 年 6 月 24 日名稱為「聯邦影響範圍所及之委員會之男女任命與派遣法」(Gesetz über Berufung und Entsendung von Frauen und Männern in Gremien im Einflussbereich des Bundes)，2015 年經包裹立法後¹⁶⁸，修正並更名為「聯邦委員會席位之男女積極平權法，簡稱「聯邦席位分派法」(Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien; Bundesgremienbesetzungsgesetz–BgreMBG; 英文名稱為 Act on the Participation of the Federation in Appointments to Bodies ; Federal Act on Appointment to Bodies)¹⁶⁹。

一、本次包裹立法之構想，尤其「領導性職位之男女等比例參與」

依聯邦政府主管部的說明，此次包裹立法是基於「補償理論」與「效能理論」

¹⁶⁸ 2015 年聯邦制定一個包裹立法「男女平權參與私經濟及公部門領導職位法」，顧名思義係針對領導職位，且適用於一定要件之公部門與私經濟部門。德國對於低性別比例之領導職位之積極平權措施之法律規定為「男女平權參與私經濟及公部門領導職位法」(Das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst ; 英文名稱為 Law for the Equal Participation of Women and Men in Leadership Positions in the Private Sector and the Public Sector) 制定於 2015 年 4 月 24 日。該法為一個包裹立法(Artikelgesetz)，一共包含 24 條。第 1 條至第 22 條是修改諸多不同的法律，包括：聯邦委員會席位之男女積極平權法(Bundesgremienbesetzungsgesetz ,BGreMBG)、聯邦兩性積極平權法(Bundesgleichstellungsgesetz ,BGleIG)、股份有限公司法(Aktiengesetzes)及其施行法、(一般之)員工共同參與法(Mitbestimmungsgesetzes)、「礦業、鐵道、鋼鐵企業員工參與公司監事會與董事會法」(性質上為特殊領域之員工參與法；Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie 及其補充法(Änderung des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie，針對本類型企業之特殊事項進行特別補充之規定)、三分之一參與法(Drittelbeteiligungsgesetzes)，此外尚有社會法典、商法典、保險業監督法、軍人性別平權法、有限責任公司法、同業合作社法(Genossenschaftsgesetz)、(歐盟公司法之)歐洲股份有限公司法(Societas Europaea)等。第 23 條則規定聯邦政府必須對施行成效進行評估並為報告。第 24 條則為若干過渡時期之適用。

¹⁶⁹ 德文條文資料來源：https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgrembg_2015/gesamt.pdf (最後造訪日期：2017/3/25)

英文名稱取自國際勞工組織(International Labour Organization)網頁，並非德國官方的版本。資料來源：http://ilo.ch/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=101572&p_count=99261&p_classification=02&p_classcount=3752(最後造訪日期：2016/10/30)

聯邦政府指出，首先，數字顯示，德國符合資格之女性每年穩定成長；且至今發展以來，女性從未受到如此完整的訓練；大多數的大學畢業生都為女性。種種以上情形，在女性占德國總人口比例超過 50%，在經過良好發予文憑(gut abgeschlossenen Ausbildung)的訓練下，德國社會政策並無從解釋，為何女性於德國經濟代表下，僅佔小部分--於領導(據負責能力)主管職位女性比例較低的情形，並不符合性別正義參與比例(Geschlechtergerechten Teil habe)。在以上背景下，對於「領導性職位之男女等比例參與」，從基本法第 3 條第 2 項之男女積極平權之憲法委託而言 (Verfassungsrechtlichen Auftrag zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen zu erfüllen)，存有一個迫切的政治行動需要(dringender politischer Handlungs bedarf)¹⁷¹。

二、適用範圍

聯邦席位分派法第 2 條規定適用範圍，因具重要性，所以本法詳為界定。

¹⁷⁰ J. Wieland, Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Euoparecht vereinbar? NJW, 2010,S.2408(2408f.).

一、提出目前德國勞動市場之現狀

儘管德國基本法中明確規定男女平等參與(Die Gleichberechtigung von Frauen und Männern)，但於德國現今前 160 大企業中，女性於企業監事會之比例僅有 18.9%，而女性於上述企業董事會中，僅有 5.8%，且這 160 個企業體中，僅有 5 名監事會主席為女性。顯示到本法制定之前德國所採行之由各企業「自願自行課予義務」(freiwillige Selbst Verpflichtungen)模式下，提升女性於領導職位之平權措施並無顯著的上升，其原本期望並未實現。「德國公司治理典範」(Deutschen Corporate Governance Kodex ;DCGK)中第 5.1.2 條建議，監事會得選任或解職董事會之成員，同時也決定董事會中女性參與之比例(Der Aufsichtsrat legt für den Anteil von Frauen im Vorstand Ziel größten fest)第 5.4.1 條則規定，受最低限額 30%之規定上市股份有限公司，受工人參與法、歐洲煤鋼共同決定法所規定之上市股份有限公司，其監事會需有至少 30%為女性，30%為男性。二、其指出，性別多元化「效能理論」有助於公司治理成效聯邦政府指出性別多元化有助於公司治理成效，可稱為「效能理論」：研究顯示，在領導性職位上引進異質多樣性組成--具有多樣性，得擔保更好的決策，因此能伴隨著更好的經濟結果一當女性於領導性職位之比例增加，使德國成為各企業所選擇投資據點以及企業之競爭力之所以能穩定成長。這也符合目前德國專業能力需求與口發展之不斷成長結果。故此項立法規定，具有整體經濟意義(gesamtwirtschaftlich sinnvoll)。對於監事會之名額規定，將打破企業文化的結構，將有更多女性進入領導性職位，有助於女性於各科層體制之流動(Mehr Frauen in Führungspositionen werden andere Frauen nachziehen. Es wird mehr Frauen auf allen Hierarchieebenen geben.)

¹⁷¹a.a.O.(Fn.163.) ,S.2.

首先，其適用於聯邦政府所設置之監督性之委員會，包括監事會、行政委員會、其他相類之具有監督性權責之委員會(Aufsichtsgremien: Aufsichts- und Verwaltungsräte sowie vergleichbare Aufsicht führende Organe)。



其次，其適用於聯邦重要的委員會，而且係指其聯邦政府至少有權派任一個成員席次或就該組織成員選任聯邦政府有權聽取意見者，或該委員會被聯邦政府依本法宣告為「重要之委員會」(wesentliche Gremien: Gremien, bei denen die Mitgliedschaft von mindestens einem seiner Mitglieder durch die Bundesregierung zu beschließen oder zur Kenntnis zu nehmen ist, oder Gremien, die als wesentlich bestimmt worden sind)。

第三，本法也適用於聯邦之如下機關或法人：

- 1、聯邦政府作為一個整體(die Bundesregierung als Gesamtheit)
- 2、聯邦內閣總理府(das Bundeskanzleramt)，可比擬為我國行政院秘書處。

聯邦各部會及聯邦文化暨媒體之專門政務委員，以及二者所屬之下位機關(die Bundesministerien sowie die oder der Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien einschließlich der Behörden des jeweiligen Geschäftsbereichs)。

3、聯邦政府之其他重要專門領域之專責受委託人(die weiteren Beauftragten der Bundesregierung und die Bundesbeauftragten)，例如依據外國人法所設置者，旨在依該法律獨立行使一定職權以保護外國人，再如國防領域之專責受委託人。

4、聯邦直接設置之公法人，但不具有自治權者(die bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts ohne Recht auf Selbstverwaltung)。

第四，本法不適用於依法律獨立行使職權之合議制組織、法院及聯邦政府之部會(首長)。

二、就監事會之席次分派

該法第 4 條第 1 項規定監事會之人員分派要求(Vorgaben für Aufsichtsgremien)。凡聯邦政府得派遣至少 30% 成員之委員會—通常指規模大到一定程度以上者，其監事會之席次自 2016 年 1 月 1 日起，單一性別比例必須達到 30%，但若於聯邦最多只能派遣 2 個席次之監事會，則以上規定不適用(第 1 項)。自 2018 年起，兩性比例須達到 50%(第 2 項)。若無法達成如上目標值，則各有關機關應立即通知聯邦主管部，該通知中並應說明理由(第 3 項)。

三、就聯邦定性之「重要委員會」之席次分派

該法第 5 條第 1 項規定聯邦重要委員會之席次分派要求(Vorgaben für wesentliche Gremien)。相關之聯邦機構(die Institutionen des Bundes)應促使男女等比例之代表(eine paritätische Vertretung von Frauen und Männern)。

四、資訊公開與統計

該法第 6 條規定聯邦機構應在其網頁公布其如上監事會與重要委員會之名稱以及男女分派規定，以及於每年 12 月 31 日前於遵守「個人資料保護法」規定下公布實際男女名額分派情形。以及說明與前年之比較情形。以上資料也必須於網頁公布之，並向聯邦統計局(das Statistische Bundesamt)申報(Meldung)。聯邦統計局每兩年整理作出一份統計報告，送交聯邦主管部。該統計為聯邦兩性積極平權法之性別平權數字之一部分(Bestandteil der Gleichstellungsstatistik)。

本法第 7 條規定，聯邦政府每 4 年應作成一份本法之執行報告(Bericht)，送交聯邦眾議院。

五、採「高權規範的自我管制」之管制模式

以上顯示，本法並未對於違反者作出制裁規定，而是透過資訊公開而讓公共得以瞭解與進行監督。約言之，德國學界稱此模式為「高權規範的自我管制」

(Hoheitliche Regulierte Selbstregulierung; regulated self-Regulation ;在國家法律管制框架之自我管制)。其特色在於，其仍然停留為業者之自我管制，但國家建立一個管制的架構並建立管制的目標，可稱為「國家所設定的框架」(ein Staatlich gesetzter Rahmen)，留下業者自我進行管制的空間，其優點一方面在於避免國家之過度介入，另一方面在於善用當事人之能力¹⁷²。

參、歸納與小結

一、正因為男女競爭者必須具有相同或相等資格條件，所以「相同資格條件」之標準與評定程序，具有重要性。德國聯邦兩性平權法在招聘(公正)、面談(均給予女性面談機會)要予女性特別保護(育嬰、留職停薪)，在評選標準上，對於女性之典型因為性別與家庭角色扮演上之典型不利益事項，在評分上應不加以納入，例如「年資」(因為女性生育必有中斷，不利女性)；「上一次升遷時點」，除非對該職位選任具有重大影響才例外納入。

二、德國法接受歐盟法之見，採性別比例 50%作為性別積極平權目標值，但並沒有規定硬性的期程，而是由各機關制定性別平等計畫。立法者要求各機關要完成性別平等計畫，但留予機關很大的裁量餘地，並要求主管機關資訊公開，以便公共課責，顯示其採「高權規範的自我管制」模式。

¹⁷² W. Schulz / T. Held(2002) Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens. Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien.Endbreicht, S.A-5,Hamburg: Verlag Hans –Bredow-Institut, Mai.資料來源：<https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/a80e5e6dbc2427639ca0f437fe76d3c4c95634ac.pdf> (最後造訪日期：2017/6/22)，中文文獻參閱陳耀祥(2004)，〈「論國家對於通訊傳播之管制—從德國之規範取向論我國通訊傳播基本法之基本議題」〉，《銘傳大學法學論叢》，2期，頁47-74；詹鎮榮(2004)，〈德國法中「社會自我管制」機制初探〉，《政大法學評論》，78期，頁79-115。

第六節 德國「一般平等對待法」



本論文關懷性別之積極平權措施，但平等權的另一重點，為「禁止歧視」。禁止歧視可謂為平等權之最基本出發點，所以具有重要性。禁止歧視與積極平權均為憲法規範之問題。

在法律層次，就立法例而言，德國係區分前述之男女積極平權立法與一般平等對待法，後者旨在針對禁止歧視，而且涵蓋多種弱勢群體。除此之外，對於身心障礙者保護，德國有專門之適用於聯邦與各邦之身心障礙者保護法(Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft; Schwerbehindertengesetz; SchwbG)，非屬本論文研究範圍。

與如上德國立法例不同，英國係將禁止歧視與積極平權統一規定於一部法典，亦即「2010年平等法」，均涵蓋弱勢群體。為方便後續之英國法觀察，於此得略介紹德國「一般平等對待法」(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)。

德國一般平等對待法係適用於聯邦與各邦，針對「禁止歧視」，亦即出於種族、宗教、性別、性傾向、身障等事由而為之歧視，符合歐盟法之指令要求。

本法區分直接禁止歧視(依據基本法第3條第3項)與間接歧視(規範依據為基本法第3條第2項)。本法於公部門與私部門主體均有適用。

壹、歐盟法之要求

自1980年代所興起的「反歧視法」(Antidiskriminierungsgesetz)以及基本法修正後對「女性(保障)名額」之引進，造成相當大的討論，德國將歐盟反歧視法引入，此舉並非對性別差別對待加以限制，而是將基本法第3條所列性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治見解、身障等特徵均加以納入。

德國法於歐盟二級法的要求，雖然國內有反對說(主要出於私法自治、本法將成

進入美德或集權國家的入口、違反比例原則)與贊成說(保護受歧視者的契約自由、保護受歧視者的分享權、本法是擔保人性尊嚴的方法)，但最後以限定適用的範圍與案型之方式，避免過於擴大打擊面，於 2006 年 6 月 29 日制定「一般平等對待法」(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz; AGG)。

本法可區分為「勞動法關係之反歧視原則」與「民事交易關係之反歧視原則」¹⁷³。由於本法與英國 2010 年平等法(第五章)有一定的相似性，英國法更為龐大細緻，為幫助瞭解，以下略作觀察。

貳、主要內容

本法分為 7 章，共 33 條。第一章「總則」。第二章「受僱人之免於歧視之保障 (Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung)」：第一節「禁止歧視」(Verbot der Benachteiligung)；第二節「雇主之組織義務」(Organisationspflichten des Arbeitgebers)；第三節「受僱人之權利」(Rechte der Beschäftigten)，第四節補充規定。第三章的標題為「私法交易之免於歧視之保障」(Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr)，包含私法上禁止歧視、合法之差別待遇、當事人之請求權。第四章為「權利保護」(Rechtsschutz)，包括舉證責任之轉換、反歧視團體之協力。第五章「公法上勤務關係之特別規定」(適用於聯邦、邦與地方公務人員、法官與替代役)；第六章「反歧視委員會」(設置聯邦反歧視委員會)；第七章「附則」。

其第 1 條列舉「歧視表徵」，包括血統、性別、宗教或世界觀、身障、年齡或性取向等 8 種面向之禁止歧視，所以非僅限於性別。其主要規定「禁止歧視」，包括直接歧視與間接歧視，但在第一章總則第 5 條也規定「積極措施」(Positive

¹⁷³ 參見葉啟洲(2014)，〈民事交易關係上之反歧視原則—德國一般平等待遇法之借鏡〉，《東吳法律學報》，26 卷 3 期，頁 143-200；周伯峰(2014)，〈「歧視禁止」作為司法自治的限制？--檢評《德國一般平等待遇法》中的民事上歧視禁止規定〉，《月旦法學雜誌》，224 期，頁 127-150；林佳和(2008)，〈2006 年德國一般平等待遇法—勞動法領域平等貫徹的新契機〉，《成大法學》，15 期，頁 115-172。

Maßnahmen)：「若經由適當且合理的措施可避免或消除因第 1 條之原因所生之不利
益者，則差別待遇為可容許的。」

第 2 條規定適用範圍，共有 8 款：前四款為有關勞動條件，包括：(1)選拔標準、任用條件；(2)受雇後之雇用與勞動條件，其中包括報酬、解雇之條件；(3)勞工參加各種層級與方式之職業諮詢、訓練與教育等；(4)勞工參加工會等組織之事項(5)社會保障，包括社會安全與健康照護給付有關事項；(6)各種社會福利給付事項；(7)教育；(8)對公眾提供貨物與服務之取得事項，包括住宅在內

一、就勞動關係之禁止歧視

在本法制定之前，德國本身於勞動法領域已經存在若干禁止歧視之規定，而憲法平等權保障之規定依據基本權之間接效力理論也適用於私法領域，而且也有若干散見於不同法律之個別條文與判決¹⁷⁴。就本法的規定，林佳和教授指出¹⁷⁵，本法第二章「受僱人歧視保障」分為以下三節：第一節「禁止歧視」，第二節「雇主義務」，第三節「受僱人權利」。簡而言之，本法條列雇主與受僱人之權利義務。

本法第 8 條規定，雇主得因為該工作職位上的要求，採取合法差別對待(zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen)。第 9 條規定，雇主得因為宗教或世界觀而採取合法的差別對待。第 10 條規定，雇主得基於年齡而採取合法差別待遇(限於客觀上適當且正當的目的)。第 11 條規定職位公開招募之禁止歧視。第 12 條規定雇主措施與義務：採取歧視保護之必要措施，含預防式措施(vorbeugende Maßnahmen)；雇主應於職業教育與訓練中之曉諭教示歧視措施之違

¹⁷⁴ 林佳和(2008)，〈2006 年德國一般平等待遇法—勞動法領域平等貫徹的新契機〉，《成大法學》，15 期，頁 115-172，頁 131，指出(以下，逐字)：A、德國基本法存在憲法層次之一般平等原則與歧視禁止之規範，但在私法領域中，並未存在一普遍的平等待遇原則之制訂法明文。B、散見於諸多法律中。德國立法者確實亦有相關歧視保護之規定出現，包括勞動關係在內，一方面多片段枝節，在區別比較要素上則多限於性別與身心障礙，在內容上亦多限於個別勞動法問題(性騷擾與無障礙環境)，未能全面關照所有勞動法次領域(如解雇保護)。C、德國勞動司法實務上，多本於法示意學體系中廣維接受之「一般勞動法上之平等待遇原則」去進行操作與裁判。D、在一般勞動法平等待遇原則的適用方面，主要見於下列問題與領域(略)。

¹⁷⁵ 林佳和(2008)，前註 174，頁 148。

法性，並促使不發生；雇主對於違反禁止歧視規定之受僱人，應採取必要之懲處措施；若受僱人於執行職務時遭第三人歧視，則雇主須對該第三人採取適當措施。第 13 條規定，受僱人有向企業內部負責一般平等對待規定的單位提起申訴。第 14 條規定，若雇主未採行有效防制措施，則受僱人之履行抗辯權；第 15 條規定雇主之損害賠償與補償責任。

二、就一般交易關係之禁止歧視

就一般交易關係而言，本法無疑以特別法突破了民法之規定。我國學者林佳和指出，本法無疑投下一個巨大的定時炸彈，至少在德國學者的眼光中如此¹⁷⁶。

(一)、適用範圍

本法嚴格限定適用範圍¹⁷⁷。首先，就其第 19 條規定範圍，包括「大眾交易」、「準大眾交易」及「保險契約」納入於直接民事歧視禁止。其適用客體不只含個人，亦包含企業體¹⁷⁸。

(二)、就正當化事由

本法所規定的「直接民事歧視禁止」並非完全不准許進行任何差別對待，本法第 20 條規定，只要有正當理由的話，那麼該差別對待即沒有違反歧視禁止之誡命。

¹⁷⁶ 林佳和(2008)，前註 174，頁 151-152。

¹⁷⁷ 周伯峰(2014)，〈「歧視禁止」作為司法自治的限制？--檢評《德國一般平等待遇法》中的民事上歧視禁止規定〉，《月旦法學雜誌》，224 期，頁 132-135。

¹⁷⁸ 周伯峰(2014)，前註，頁 131-133。其指出：所謂「大眾交易」是指，多數交易個案上，依照典型狀況可以不用考慮當事人個人情形，而可以用相類似的條件來訂立契約，並排除偶然或一次性的個案情形。所謂「準大眾交易」係指在債之關係下，相對人的個人狀況，依據契約的特性，在具體交易中僅具有次要地位—在此情形對於行為人的定不會造成重大影響，性質上是一種概括條款。就認定上，必須要考量具體交易的目的評價，雖然當事人的特性在交易中被提及，但關於細節的詳細討論或探究不會進行，或者是一個大略的評估即可構成交易時，即可稱之。具體例子為居住空間出租契約。所謂「保險契約」是指對於經濟上個別風險的契約承擔，承保人將其所承擔的整體風險分配給那些遭受同樣危險威脅的人去分擔，而這項風險承擔是建立於依據大數法則所進行的風險計算上。基本上當事人個人情形對於保險契約來說是具有決定性意義的，故保險契約並非為前述「大眾交易」或「準大眾交易」，但在本法規定下，被列為禁止歧視的範圍內。

民事歧視禁止意義與目的，旨在於排除那種事實上無法合理證明成立的差別對待。

至於如何認定「正當化事由」，其必須依據誠信原則來觀察判斷，且必須關係到一個客觀、必要的目的，如果為了履行交易安全義務時，也必須進行比例原則的判斷—即所採取的手段必須與達成目的是必要且妥當。

(三)、就法律效果

本法第 21 條則對歧視行為規定了妨害除去請求權、妨害預防請求權及損害賠償請求權作為法律效果。

參、小結

就本法的特色，林佳和教授指出¹⁷⁹，首先，本法對於私法秩序中歧視核心領域「勞動法」與「一般私法交易」，分別就成立歧視之定義、構成合理化差別待遇之間、相關當事人之權利義務，乃至於程序事項等，均有明確規定。其次，本法針對「直接歧視」、「間接歧視」、「騷擾」、「性騷擾」等，均清楚定義。第三，本法不僅在通則部分，進一步定義「多重歧視」(Mehrfachdiskriminierung)(第 4 條)，於此情形只以單一歧視之合理化事由即可治癒所有歧視的可能性，同時清楚指明「如雇主為防止或彌補基於特定事由而蒙受不利益者而採取適當且相當之積極措施(positive Maßnahmen)，即可視為合法的差別待遇。一方面清楚採納歐盟法院之見解，另一方面亦繼受許多穩定司法實務見解。第四，在個別勞動法與私法交易秩序領域中，均再針對過去爭議極大之比較要素，例如勞動法領域之年齡、宗教或世界觀等可能引起之歧視與合法差別待遇之問題，作出具體化與類型化之嘗試。

這些對於英國法的觀察，有很大的幫助。

¹⁷⁹ 林佳和(2008)，〈2006 年德國一般平等待遇法—勞動法領域平等貫徹的新契機〉，《成大法學》，15 期，頁 145-147。

第四章英國法



德國法 2006 年一般平等對待法，主要針對「禁止歧視」，至於「積極平權」雖然在總則有所規定，涵蓋所有受保護的特徵群體，但只有一個條文，規範密度不足，但就身障者與低性別比例者之積極平權措施則有另外法律規定。英國法 2010 年平等法歷經同時涵蓋禁止歧視與積極平權，後者並以專門章節加以規定，就禁止歧視的部分與德國一般平等對待法有諸多呼應。

在歐盟法之發展脈絡下，於 2006 年第一次制定平等法¹⁸⁰，並於 2010 年 10 月修改而成為「2010 年平等法」(Equality Act 2010)。

本論文關注者為英國 2010 年平等法第十一篇「提升平等」當中之「公部門之平等責任」¹⁸¹。英國 2010 年平等法係同時規範公私部門主體¹⁸²，但有「公部門平等責任之特殊要求(specific duties)」之法規命令，得有借鏡之處。

第三，英國於 2016 年 6 月 23 日通過脫歐公投，預計 2017 年年中展開談判，現仍為歐盟會員國，儘管將要退出歐盟，但曾為歐盟主要國家之一，而且為歷史悠久的民主與法治國家，其對於公私部門男女積極平權的規定，包括所追求目的之多元性(不限於補償理論)等，仍有參考價值。

第四，如後所述，英國在男女積極平權規定上，採行反思性管制之模式，可謂為一種管制方式之創新，也值得引介。

¹⁸⁰ 學者指出，歐盟在 2000 年訂定相關指令之後，英國於 2001 年開始回應此議題，因此才有「2006 年平等法」之制訂，擴大法定反歧視，而從時間點觀之，符合歐盟指令的最後期限。同時因為歐盟指令之要求，英國也建構或修正其有關追尋平等之國家機制，設立「平等及人權委員會」，廖福特(2007)，〈英國平等及人權委員會之探究〉，《臺灣國際法季刊》，4 卷 2 期，頁 207-241，頁 220。

¹⁸¹ 這種規定與我國已經引進「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」。該公約第 3 條規定：「締約各國應承擔在所有領域，特別是在政治、社會、經濟、文化領域，採取一切適當措施，包括制定法律，保證婦女得到充分發展和進步，以確保婦女在與男子平等的基礎上，行使和享有人權和基本自由。」本條係本公約的一項重要手段，課予各會員國檢視既有的規定，並指出重點領域以及所追求的目標。在以上範圍內，英國法有比較觀察之必要。

¹⁸² 消除對婦女一切形式歧視公約第 2 條第 e 款規定，締約國「採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視」，顯示該公約也適用於私領域，見張文貞(2015)，〈CEDAW 國內法化：CEDAW 施行法〉，《性別平等教育季刊》，70 期，頁 37-42，頁 38。

第一節立法前身與脈絡



早期英國關於平等議題之相關立法，多以「禁止歧視」(anti-discrimination)出發，故對於前揭歐盟條約中對於僱用方面之「特別的積極措施」(specific positive action)向來欠缺成效¹⁸³。

原本由工黨強力支持並提議完成立法之「2006年平等法」(Equality Act 2006)，因2010年英國大選工黨挫敗，新內閣¹⁸⁴對於「2006年平等法」加以修改(而非全面擱置或否定)，主要為減弱主管機關「平等暨人權委員會」的權力：首先，減少其預算近三分之二；其次，將其權力限於所謂「核心」功能；第三，原本該原委會得對公部門主體違反第149條「適當衡量」(due regard)促進平等之責任加以處罰，新法相當程度減輕任何與利益受影響者之互動之責任，此項公部門平等責任也轉為「反思性管制」架構，詳見後述。

英國「2010年平等法」(Equality Act 2010)為統整既有複雜且多不同法規範層級之消除歧視規定，而制定。內容上，除繼承前身「2006年平等法」主要內容：

「1970年男女同酬法」(Equal Pay Act 1970)、「1975年性別歧視法」(Sex Discrimination Act 1975)、「1976年種族關係法」(Race Relation Act 1976)及「1995年之身障人士歧視法」(Disability Discrimination Act 1995)外¹⁸⁵，旨在確保雇主與受

¹⁸³ 近期民間所組成「歐盟平等組織」(Equinet, European Network of Equality Bodies)聚集了來自32個歐洲國家的42個組織，包括年齡，殘疾，性別，種族或族裔等致力於使國家平等機構於歐盟組織間維持並發展網絡平台。對於積極措施的報告書中，英國代表則僅以北愛爾蘭(Northern Ireland)關於宗教與種族為主的雇用積極措施，並未提及英國其他立法措施與經驗。Equinet, *Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies*. 50-55 (2014)資料來源：(最後造訪日期：2016/12/17)http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/positive_action_measures_final_with_cover.pdf

¹⁸⁴ 2010年由保守黨與自由民主黨之協商，簽署協議(Conservative - Liberal Democrat coalition agreement)組成聯合內閣，由保守黨卡麥隆(Cameron)擔任首相，自由民主黨黨魁克雷格(Clegg)作為副首相。直到2016年7月13日英國通過脫歐公投後，卡麥隆辭職，由同樣為保守黨的梅伊(May)接續其任期。

¹⁸⁵ 其他相關規定包括：

the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003
the Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003
the Employment Equality (Age) Regulations 2006
the Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007

雇人間能夠創造出一個公平的工作環境，並使合於法律之規定。

本法將年齡、身障、跨性別者(transgender；sex reassignment)、婚姻及民事伴侶關係(civil partnership)、懷孕(pregnancy)及產後照顧(maternity)、種族、宗教信仰、性別、性傾向全部納入，所欲解決的問題包括禁止歧視、積極平權措施、促進「具保護特徵者」與「不具保護特徵者」之間之良好關係。整部法典所要處理的問題龐大，具抽象性與複雜性；其雖然得解決以上諸體系分別立法之不協調性，但也造成解釋適用上的問題，所以主管機關發佈許多函釋加以說明¹⁸⁶。

英國平等法學者 Hepple 指出，對於平等意涵，其提出「轉變的平等」(transformative equality)，特徵為以積極措施作為手段來解構體系下之不平等(systemic inequality)並消除貧窮與不利益，而「民主參與」(democratic participation)則是直接影響這些積極措施的核心，這部法典已經走向這個方向，但仍有所不足¹⁸⁷。

第二節 2010 年平等法

壹、本法之章節概說

本法分為十六篇¹⁸⁸(part)，各篇之下有章(Chapter)與條(section)，共 218 條。在內

¹⁸⁶ J.Wafham, A. Robinson, D. Ruebain, S.Uppal, *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010*, Second Edition, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 152, para.7.07(2012)

¹⁸⁷ B. Hepple, Transformative Equality : The Role Of Democratic Participation, *Conference Facing development: the North-South Challenge to Transnational Labour Law- LLRN*, Barcelona June 2013

¹⁸⁸ 第一篇「社會經濟不平等」(Socio-economic inequalities)、第二篇「平等：核心概念」(Equality: key concept)、第三篇「服務和公共功能」(Service and public functions)、第四篇「住居」(Premises)、第五篇「工作領域」(Work)、第六篇「教育」(Education)、第七篇「協會」(Association)。以上篇章規定主要規範主體與其雇用人員間之關係，雇用者(employer)均須恪守第二篇之禁止行為，且對於各領域中均負有「合理調整」(reasonable adjustment)責任。第八章至十章則規範本法於訴訟管轄以及執行之規定。至於第十一篇「提高平等」(Advance of Equality)為本文之重要核心章節，而容後述討論。本法並特別對於身障者交通運輸之無障礙環境有具體要求，規定於第十二篇「身障者：交通」(Disabled persons: transport)及第十三篇「身障：其他雜項規定」(Disability: miscellaneous)。第十四篇「一般例外」(General exceptions)、第十五篇「家庭財產」(Family property)、第十六篇「一般和雜項」

容上¹⁸⁹，本法主要規定「禁止歧視」，只有少數條文規範「積極(平權)措施」。以下針對本論文較相關者，略作介紹。



一、第一篇「關於社會經濟不平等的公共部門責任」

第一篇規定社經上的不平等(socio-economic inequalities)共 3 個條文。第 1 條規定「關於社會經濟不平等的公共部門責任」(Public Sector duty regarding socio-economic inequalities)。其第 1 項規定，本條適用之主體於職權行使上，就策略性決定(decisions of a strategic nature)，必須「適當衡量」該措施被設計為旨在減少社會經濟不利益之不平等結果(due regard to the desirability of exercising them in a way that is designed to reduce the inequalities of outcome which result from socio-economic disadvantage)。

此種模式承襲過去 1975 年禁止性別歧視法(Sex Discrimination Act 1975, SDA)第 47 條以及 1976 年種族關係法(Race Relations Act 1976, RRA)第 37 條，課予權責機關須消除或改善該領域之不平等之情形(含事實狀態)，同時，公部門須踐行「適當衡量」(due regard)之法定要件。

但本條 2010 年由保守黨與自由民主黨所組成的聯合內閣凍結¹⁹⁰。

二、第二篇「平等：核心概念」

第二篇規定平等之核心概念(equality: key concepts)。

¹⁸⁹ 本法簡而言之，有以下重要突破，包括：建立統一的公共部門職責，以促進公共政策和決策之平等為目標，將現有規定擴大到受到性取向，年齡，宗教或信仰的保護特徵，並提出與社會經濟有關的新的公共部門職責不平等(第一篇)；將禁止年齡歧視保護擴展到工作場域以外的領域，本法已將年齡納入保護特徵(第 5 條)；並立法要求雇主審查其組織內的性別工資差異並公佈結果(第 77 至 78 條)；對於性別重置者禁止歧視擴大於就學期間(第 85 條)；新增加禁止因加入協會(結社)歧視(第 101 條第 1 項)，例如加入照顧殘疾兒童協會的人士；將禁止歧視原則擴張適用到私人俱樂部和協會成員之福利方面(第 101 條第 2 項)；延長所有女性候選人名單可用於議會和其他選舉的期限，直到 2030 年，並允許締約方為種族或身障人士預留名額(第 105 條)；對個人索賠執行方式的變更，並賦予僱用關係爭端機制更廣泛的權力，為員工的集體利益提出建議(第 120 至 126 條)；允許部長修改英國關於平等之立法，以符合歐盟法律，而不需要國內立法(第 203 至 204 條)。

¹⁹⁰ 資料來源：<https://www.holyrood.com/articles/news/nicola-sturgeon-plans-revive-legal-duty-public-bodies-reduce-inequalities>(最後造訪日期：2017/4/16)

其首先定義本法所稱之「保護特徵」(protected characteristics)，然後建立六種禁止歧視行為。九大保護特徵為：第 5 條「年齡¹⁹¹」、第 6 條「身障¹⁹²」、第 7 條「跨性別者」(transgender; sex reassignment)、第 8 條「婚姻暨民間伴侶關係」、第 9 條「種族」、第 10 條「宗教或信仰」、第 11 條「性別」、第 12 條「性傾向」、第 17 至 18 條「懷孕暨產後照顧」(pregnancy and maternity)，此種立法方式係為將過去多種不同法全數納入保護範圍所致。

本法所禁止之行為(prohibited conduct)，規定於第二篇第 2 章，自第 13 條至 27 條，包括如下六種：禁止歧視部分含直接歧視(第 13 條)、間接歧視(第 19 條)、禁止出於身障之歧視(第 15 條)、對於身障者之調整責任(第 20 條；Duty to make adjustments for disabled persons)、騷擾¹⁹³(第 26 條)、報復使權益受害¹⁹⁴(第 27 條；victimization，指雇主使某一員工受到損害(detriment)，而這係出於該員工為自身利益而採取或可能採取措施，或支持其他具保護特徵之第三者提起本法所許可之爭訟。

約言之，本法將歧視的範圍擴大，從傳統上規定「直接歧視」(第 13 條)及「間接歧視」(第 19 條)，並發展出新的類型，包括規定於第 14 節之「累積歧視」(Combined discrimination)，意指具雙重保護特徵而造成之歧視；「對身障所造成的歧視」(第 15 條)；「因性別重置歧視：失業的情況」(第 16 條)；第 17 條至第 18 條，關於女性懷孕於工作崗位上之表現，適用客體涵蓋整個懷孕期以及懷孕 26 週早產兒母親或懷孕

¹⁹¹ 基於年齡之保護特徵(第 5 條)，並不限定於特定年齡層，而為與其他不具保護特徵之利害關係人相比下「較年輕」或「較年長」即符合要件。

¹⁹² 第 6 節對身障人士之保護特徵，出於本身為生理上或心理上之不健全，使其於實質長期每日正常活動。

¹⁹³ 第 26 條「騷擾」(Harassment)，包括以下：對申訴人造成恐嚇(intimidating)，有敵意(hostile)，有辱其人格(degrading)，羞辱或攻擊性(humiliating or offensive)環境或違反申訴人尊嚴的目的或效果的不利行為；性騷擾行為(sex harassment)，以及其他因性轉換(性別重置)而受到不利益對待(less favorable treatment)，在定義「騷擾」，行為的接受者(receiver)的主觀為重要因素。即便行為人不具騷擾的意圖，但因接受者相信他們正受到騷擾時，仍成立騷擾。

¹⁹⁴ 第 27 條「受害化」(Victimisation)具受保護特徵者，因其特徵而受到「不利益」(detriment)情況下，依據本節規定可以提起訴訟，主張者必須提供證據加以證明。「不利益」可能包括不提供，或終止某項服務或以較不利對待(less favorable treatment)提供服務，或以協調(disciplining)或解僱(sacking)某人，或拒絕某人獲得利益。

24 週以上而流產的女性均適用，名稱為「因女性懷孕和生育歧視：非工作案件」第 18 節「因懷孕和生育歧視：工作案例」；第 16 至 18 條共同特點為該受保護特徵客體因其生理上之改變而造成其在工作上之表現或其因此而未能在工作崗位上，可能遭受之歧視(不利益)之情形均屬之。

第 20 條「進行調整的義務」(Duty to make adjustments)，為總則規定，對於本法所規定之適用主體，均負有對於身障者之調整責任¹⁹⁵。相較於第二篇之基本規定，自第三篇起針對各種不同領域加以規定(application of equality law in different sectors)。

三、第三篇「服務與公共功能」

自第三篇起，針對各種生活領域或案型，進行規定。首先為第三篇之「服務與公共功能」(services and public functions)。其適用於貨物(goods)和設施(facilities)，而且無論是在私部門或公部門且不論為有償或無償，以及其他自願受本條款約束之部門(voluntary sector)；本篇也適用於提供「公共功能」(public function)或具有公共性質之功能(a function of public nature)，得由私人公司(private company)或「公部門主體」(public authority)提供之¹⁹⁶。

四、第四篇至第十篇

第四篇為「住居」(premises)。住居的管理與物權處置，為社會生活中重要服務類型之一，也易發生平等爭議，第 32 條規定本篇「住居」的適用範圍，並對於建築物

¹⁹⁵ 這可包括以下三要件：1、若某項條款(provision)，標準(criterion)或實踐(Practice)事實使身障者處於相當不利的地位，那麼(雇主)應採取合理步驟(reasonable steps)來避免這種不利。2、若某項設施(physical feature)使身障者立於顯著不利益。3、若未提供輔助(auxiliary aid)，身障者相較於一般人將受不利益，此時(雇主)應提供輔助。雇主不得要求身障者支付以上輔助以及調整環境責任所需之費用。第 21 節「未遵守職責」(Failure to comply with duty)；第 22 節「規則」(Regulations)及其他歧視補充規定(supplementary)。至於本法其他篇所規定之「調整責任」，如第三篇服務與公共功能領域、第六篇教育第 1 章學校、第七篇協會則為「期待性責任」(anticipatory duty)；例外部分如第 4 篇住居，出租人對於承租人所請求改善之調整義務則為法定應履行之義務。

¹⁹⁶ 約言之，第 28 條規定適用範圍；第 29 條則為「提供服務」之定義；此外，在船和氣墊船上提供服務者特別規定於第 30 條；第 31 條則為解釋和例外規定。至於運輸服務業，則在第 12 篇有特別規定，尤其針對身障人士提供無障礙空間之責任。

之廢棄(Disposals)和管理(Management)規定於第 33 至第 35 條，第 36 條則規定對於建築物之合理調整義務，包括出租人與承租人得對於該出租(承租)之住居建築物為維持(安全)而為調整(Reasonable adjustments)，亦規定公用土地(common parts)的調整義務。第 38 條則為解釋和例外規定。

第五篇為工作有關之規定(work)，屬於核心規定。首先針對工作領域中常見問題，從招聘廣告(advertising)至聘僱與選任過程(recruitment and selection)的所有階段，包括雇用中、僱用後以及職業退休金計劃(occupational pension scheme)，就業培訓(employment training)和同工同酬(equal pay)，並適用於主要的就業類別¹⁹⁷，其第 1 章規定受雇人(employees)、警官(police officer)、合夥人、律師、公部門或私部門之職位掌有者(Office holders)、地方機關成員，僱傭與服務提供者、貿易組織等領域。其第 2 章針對職業退休金計劃明文規定「禁止歧視原則」(non-discrimination)，第 3 章有關平等條款，包含第 64 條至 71 條之性別平等(Sex equality)、第 72 至 76 條之懷孕和生育平等(Pregnancy and maternity equality)及第 77 條至 80 條之揭露性別薪資(Gender pay gap information)資訊。

第六篇針對教育部門(education)，分為第 1 章「學校」(schools)與第 2 章「進一步及高等教育」(further and higher education)。對於前者，課予學校平等責任，在蘇格蘭地區，公立學校或公立托兒所為依其資金來源而區分：對於公眾資助(grant-aided)之學校，其董事會為本篇之適用主體，而對於私人獨立學校，其業主(proprietor)則為規範對象。這些教育機構，關於學生之入學、接受教育及其所應獲得之福利、設施使用與服務，均不得歧視(discriminate)或使學生因自身或支持他人之行使本法所賦予之攻防而權益受損(victimize)或任何其他損害。此外，這些機構亦不得騷擾申訴人(學生)。這

¹⁹⁷ 本篇所指的「雇主」包括前述第 55 至 59 條所稱服務業者、商業組織以及地方政府等，亦包括第 53 條合於資格之機構。同樣地，未成為正式僱員之工作者(workers)、警官(police officer)、訴訟代理人(advocates)、合夥人、有限合夥人等，公私職位掌有者(office holder)等均屬本篇所稱「受僱人」，規定第 41 至 52 節。

些機構對於身障學生應負有調整環境之責任¹⁹⁸。第 2 章進一步及高等教育(further and higher education)。適用對象為大學教育機構，在蘇格蘭地區適用主體為大學機構之董事會、理監事會以及管理該機構之內部機關，例如管理委員會等，見本章第 90 條。第 92 至 93 條進一步將其他提供高等教育課程(Further and higher education courses)之組織，如地方政府(local authority)及地區娛樂與培訓設施(Recreational or training facilities)均成為適用對象。第 3 章進一步納入其他機構(General qualifications bodies)，規定於第 96 條，例如蘇格蘭地區，經蘇格蘭資格認證局(Scottish Qualifications Authority, SQA)所認證之其他機構，也同為本篇之適用主體。同時該認證主管機關(SQA)也得對於這些機構課予具體合理調整(reasonable adjustment)責任而要求履行¹⁹⁹。

第七篇為協會(associations)。第 100 條規定本篇的適用範圍，凡擁有 25 個或更多成員之非商業聯盟和職業組織之協會，受到本篇之規定²⁰⁰。

第八篇為「禁止行為之輔助規定」(Prohibited conduct: ancillary)，包括雇主與校長之法律責任等。第九篇為「執行」(Enforcement)，規定民事法院、雇用關係爭端解決機制(employment Tribunal)之訴訟管轄與起訴要件等。

第十篇契約等(Contracts, etc.)。就勞資契約與其他協議、勞資雙方集體協議和企業內部規則所常產生之解釋適用問題，作出規定。

五、第十一篇「提升平等」

¹⁹⁸ 第 84 條「本章的適用範圍」、第 85 條「學生：進入學院和對待」(admission and treatment)、其他對學生之權益受損行為(Victimisation of pupils)規定，舉例來說，第 86 條「因家長行為而導致學生受害之行為」，如假造出生證明，而延遲註冊等。第 87 條「1996 年教育法之適用條款」，第 88 條「對於身障學生提供無障礙環境」等。

¹⁹⁹ 本篇第 4 章其他雜項(Miscellaneous)包括第 98 節「合理調整」(Reasonable adjustments)、第 99 節「教育慈善和捐贈」(Educational charities and endowments)，分別規定於附表 13 與 14。

²⁰⁰ 第 104 至 106 條設有政黨特別規定，對於候選人之選任過程(selection process)、任期限制與候選人多樣性(Information about diversity in range of candidates)等。其他商會與職業工會等則規定於第五篇。本部分不適用於婚姻暨民事伴侶之保護群體。「協會禁止歧視」原則內容包括，協會就入會申請(admit to membership)，對於特別利益或設施、服務之提供、或對於剝奪會員資格或改變會員之條件等，不得予以歧視。此外，不得因為會員自身主張或協助他人主張本法權益而使之遭受不利益(victimization)；進一步，也不得騷擾會員(harassment)。

第十一篇「提升平等」(Advancement of Equality)為本論文所關注，為「積極促進平等」。若謂本法第一支柱或目標為「禁止歧視」，如前所述，佔據主要篇幅，則第二支柱或目標則為「提升平等」，但因為英國立基於個人基本權之保障，而不及於集體權。其平等之目標確認為達到「機會平等」，採行較為低度之規範。本篇分為公部門於政策制定時應「適當衡量」(Due Regard)及公部門應致力促進平等之責任(約指「平等影響評估」或「平等分析」之責任)，以及公部門主體於裁量認為合理時(reasonably thinks)時得採行「積極措施」(Positive actions)。詳見後述討論。

本法對於身障者之交通運輸及其他事項高度重視，規定於第十二篇「身障者：交通」(Disabled persons: transport)及第十三篇「身障：其他雜項規定」(Disability: miscellaneous)。

第十四篇為「一般例外」(General exceptions)，規定本法平等保護所不適用之領域，例如國家安全部門之排除、對於慈善機構細緻規定、對於運動領域之例外規定等。第十五篇「家庭財產」(Family property)，針對丈夫對妻子之照護責任等之調整。第十六篇「一般及雜項規定」。以上三篇均屬於次要地位。

本論文針對「積極措施」而不及於「禁止歧視」。本論文關懷為「公部門低性別比例員工之優先進用升遷」(英國 2010 年平等法第十一篇第 2 章第 158 條、第 159 條規定)。為完成有關討論，將一併討論「一般平等責任」(英國 2010 年平等法第十一篇第 1 章第 149 條規定)。

第三節關於管制方式的選擇

於進入詳細條文解說之前，得先說明本法所採的管制模式。「命令與控制」(command and control)為光譜的一端，另一端的理念型為「純粹(業者)自願辦理」(purely voluntarist approach)。英國平等法自 2006 年第一次制定(較為靠近「命令與控制」端)，直至保守黨為主之聯合內閣，對於管制模式有大幅改變，2010 年平等法

(較前者而言，更靠向「純粹(業者)自願辦理」模式)，學者稱為「反思性管制」(reflexive regulation)，介於兩者之間²⁰¹。為方便讀者理解，以下先針對各極端的管制模式加以介紹。



壹、「純粹(業者)自願辦理」(purely voluntarist approach)

此模式之假設前提為，個別業者會自動地，(不論是否)係出於自身利益考量或是連結大眾福祉(wider public good)，致力於消除有害於公共利益的事項(於本處所指為 2010 年平等法所列舉的諸多不平等障礙、事實狀態)，包括市場失靈的外在與內在形式(including externalities and related forms of market failure)²⁰²。業者利益將得經由自願辦理而與達成重要的社會利益相一致，從而有利於業者，而且得免去或降低國家的立法管制。然而本模式被認為是相當無效果的，蓋業者規模大小不一，階段性的發展情形與困難也各有別，完全由業者進行自我管制，只能聽憑良心道德，難能有實際成效。

與以上個別業者自願模式有差別者，為經由「同業公會」而為之管制。約言之，同一行業的業者們出於各種商業利益考量，會結合起來，成為一個群體，而且為了大眾福祉，而致力於消除有害於公共利益的事項。同業業者們的利益將得經由同業組織體的決議或甚至監督執行，而與重要的社會利益相一致，又有利於個別業者，而得免去或降低國家的立法管制²⁰³。

²⁰¹ C. McLaughlin, S. Deakin, D. H. Chai, Gender Inequality and Reflective Law: The Potential Of Different Regulatory Mechanisms For Making Employment Rights Effective, *University of Cambridge Working Paper No. 426*, Centre for Business Research, 4 (2011)

參考資料：http://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp426.pdf

(最後造訪日期：2016/12/6)

²⁰² *Id.*

²⁰³ 我國學者林明鏘也指出，在經濟自律的時代潮流下，各種行業紛紛組成區域性之同業公會，藉以透過公會組織，追求該同業之最大利益，並協調同業間之歧見，定紛止爭。但是，過度追求同業之最大利益外，有時反而造成與公共利益相互悖離，形成一種「私利團體」，而有以法律規範加以限制之必要。所以，若要讓同業組織體發揮功能，則須由國家制定法律賦予權力、要求其組織必須符合社團法人之模式、決策機關成員必須依民主程序選出、受國家監督；林明鏘(2009)〈同業公會與經濟自律—評大法官及行政院相關解釋與判決〉，《臺北大學法學論叢》，71 期，頁 41-79。頁 47。

貳、「命令與控制」(command and control)

命令與控制模式與上揭自願模式相反，由國家全面負責。這類型相當於德國法所稱「干涉行政」，特色在於，國家制定法律(法律保留原則)建立管制規定，並設置行政機關以為執行。國家建立管制標準(法律初步規定，然後由主管機關依授權制頒管制標準)、事前許可制(業者須取得許可，始得經營)、營運中之監督(業者於營運中仍須遵守各種有關的要求)；而主管機關係依法執行，包括調查業者有無違法以及確認違法時進行裁罰，乃至行政強制執行²⁰⁴。這種模式必須由精確的立法行為(管制標準不得過於嚴苛，亦即於制頒管制標準時，除衡量人民生命身體健康財產之公共利益之外，也應納入經濟可行性與技術可行性，而且必須有強而有力的行政機關與素質精良的公務人員，甚至必須有守法的文化。除此之外，吾人也應區分不同領域或案型，而選擇或搭配使用不同種的管制模式。

「命令與控制」模式係完全依賴條文的控制性規定，再加上對違反者之制裁。這種「硬法」(hard law)模式，英國學者也指出，在勞動法若干子領域被認為欠缺效果(ineffective)，例如就男女同工同酬而言，即使相關立法在英國已經制定 30 年，仍然存有持續性薪俸差距²⁰⁵。

「命令與控制」(command and control)模式被批評太過依賴預先規定的控制(prescriptive controls)，其原因很大部分是因為「命令與控制」模式下，立法者必須對於各種情境(contexts)下進行各種情境預測。因為此種模式下，任何必須被遵守的規定均必須經立法者加以立法才能被實施。

對「命令與控制」(command and control)更深一層的批判，學者指出，在於法律對於經濟與組織領域之全面管制之效率上之限制：若法律於形式層面上規定的越多，其於實踐上能得到所渴望的結果則有可能越少；過度的規制性法律將造成在雇

²⁰⁴ 參見我國行政法學教科書，吳庚、陳淳文(2016)，《憲法理論與政府體制》增訂四版。台北：吳庚；陳淳文，頁 18-19。

²⁰⁵ C. McLaughlin, S.Deakin, D. H.Chai, *supra* note 201, at.2

用法上一增加其正當性之證成與規定細緻化要件的問題²⁰⁶。

英國過去以來對於平等議題下對於積極措施的立法，多半師事美國法之「命令與控制」(command and control)模式²⁰⁷，其意義在於賦予該部門或機關具體目標以及結果，於一定期間內必須要達成，並輔以調查與立法措施來達到整體的目標。此種管制方式則是賦予個人權利，就其提出之該機關(構)之不法歧視(unlawful discrimination)之申訴狀作為權利行使之開端。然而此種立法措施下，多半由於個人金錢、資源有限，縱單一個人訴訟成立，多半也無法持續訴訟多年，更無法達到震懾不法行為的作用，更妄論改變社會結構上不平等的事實現狀。

學者 Hepple 則指出²⁰⁸，此種由上而下、官僚式的管制方式，依靠「個人找錯」(individual fault-finding)以及「回顧式調查」(retrospective investigation)來進行，容易造成負面、防備以及反面的反應，也因此此種管制方式無法在全球經濟下、科技創新下的環境下繼續維持，勢必須依市場而為彈性、適應性的改變。

參、「反思性管制」(reflexive/responsive regulation)

英國 2010 平等法所採取的管制方式，學者稱為「反思性管制」(reflexive/responsive regulation)，介於上述兩種極端模式之間。

(一)、界定與用詞商榷

學者多指出，本模式的特色有二，從名稱中已經得窺見。首先其仍然維持為自

²⁰⁶ C. McLaughlin, S. Deakin, D. H. Chai, *supra* note 201. at 5

這得以「不斷自我再生產化之理論」(Autopoiesis)或所謂「系統理論」(systems theory)，加以說明。由於法律系統對於社會行為之影響是基於法律系統內部的一致性(internal consistency)，亦即法律有其自成一體系的特殊的語言形式(unique linguistic forms)與制度過程，而經濟本身也是自成一體系，具有高度複雜性與動態發展性，法律系統的用語與制度只能部分翻譯(translate)到經濟與組織層面

²⁰⁷ 具體的例子如美國「平等雇用部門」(Fair Employment agencies)以及加拿大人權委員會(Canadian Human Rights commissions)，英國過去對於平等上立法如 1970 年男女同酬法」(Equal Pay Act 1970)、「1975 年性別歧視法」(Sex Discrimination Act 1975)、「1976 年種族關係法」(Race Relation Act 1976)及「1995 年之身障人士歧視法」(Disability Discrimination Act 1995)，經過 35 年來對於工作領域的不平等狀態，均採「命令與控制」(command and control)的管制方式，然而卻沒有顯著改善的效果。

²⁰⁸ B. Hepple, *supra* note 187, at 14

我管制(self-regulation)²⁰⁹，亦即國家立法未採高強度或高規範密度，所以留下很大的空間，所以留下當事人得自我裁量決定的適當措施空間，這樣得避免過度管制(over regulation)。其次，本模式與「純粹業者(自願)管制模式」的差別在於，本模式畢竟是由國家建立一個較為寬鬆的管制要求，因為此種要求的標準較低，故也可稱為管制「架構」(framework)，業者若違反之，將遭到一定的不利益，此種不利益未必是來自國家的裁罰，也可能因為資訊公開而受到社會各界的責難。

換言之，本模式能夠配合立法設定之目的，並搭配適合的法律規定，經由具法律效力加以規定，從而是一種「激勵的自我管制」(stimulated self-regulation)，於此係指經由如上的國家管制，刺激業者，使其在社經以及組織層次上為的適當行為。以上從而也係指，經法律系統本身，而對社經系統造成了刺激的結果²¹⁰。立法者對於其立法目標為負責，且必須嚴格剪裁其適用對象與架構，應包含須給予各機關有激勵或誘因(incentive)²¹¹，促使其展開內部審查(internal scrutiny)並與相關之利益群體來展開對話，以達成所立定之目標。

本模式英國文獻稱為「反思性管制模式」(reflexive regulation)，德國則稱為「高權規範的自我管制」(Hoheitliche Regulierte Selbstregulierung)。德國法用詞的特色在於，其仍然停留為業者之自我管制，但國家建立一個管制的架構並建立管制的目標，可稱為「國家所設定的框架」(ein Staatlich gesetzter Rahmen)，留下業者自我進行管制的空間²¹²。

所稱反思性，有相當程度屬於後現代性用語，旨在於人類現代性文明加以反

²⁰⁹ 就定義，參考，王彥期(2010)，〈「他律」、「自律」或「共律」？--從暴力電視節目之分級看管制之未來〉，臺北：台灣大學法律學院法律學研究所，碩士論文。

²¹⁰ C. McLaughlin, S. Deakin, D. H. Chai, *supra* note 201. at 4

²¹¹ 參考，李翱宇(2010)，〈行政法上自我管制之研究〉，臺北：國立台北大學法律學系，碩士論文。

²¹² W. Schulz / T. Held, *Regulierte Selbstregulierung als Form moftmrn Regulierens. Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien. Endbreicht, S.A-5, Hamburg: Verlag Hans -Bredow-Institut, Mai 2002.* 中文參閱陳耀祥(2004)，〈「論國家對於通訊傳播之管制—從德國之規範取向論我國通訊傳播基本法之基本議題」〉，《銘傳大學法學論叢》，2期，頁47-74；詹鎮榮(2004)，〈德國法中「社會自我管制」機制初探〉，《政大法學評論》，78期，頁79-115。

思，尤其對現代性當中的理性主義、科學萬能主義、團體至上主義、父權與倫理價值等之反思，而朝向更大的個人解放自由與正義。反思性管制強調對於既有制度與價值加以檢討，而且以一種較大的格局。在本用詞之下，國家要檢討向來的「命令與控制」模式於當今的合宜性。其次，本模式在文獻上也稱為「回應性管制」(responsive regulation)，指業者應回應於國家的管制規定(管制架構)。第三，本說也稱為「具法效性的自我管制」(enforced self-regulation)，蓋業者若不遵守，則並非不受到任何的不利益。

(二)、特徵：九大原則

2011年英國法學界針對新政府上台後所採行之治理(governance)模式—特別是所謂「反思性管制」(reflexive/responsive regulation)，集大成之學者 John Braithwaite 對於此種模式提出九大原則，這主要是給國家立法者(在內閣制國家為內閣本身或主管部長，蓋其有法律案之提案權)之建議²¹³：

1、在脈絡情境(context)中思考，並不以先入為主的理論施加其上²¹⁴。

2、積極聆聽，並建立對話的結構(structure dialogue)：包括讓利益相關者得有機會發表意見；促使達成相互同意的結果，並且包括如何監督之；透過幫助參與者發現自己改進的動機，進而讓參與者能夠提出承諾；傳達堅定的決心直到該目標被達成²¹⁵。

3、管制者(國家立法者或執行之主管機關)於立法或制定法規命令時，應與反對者建立連結(engage)，並要對他們表達尊重，而且係以「對於他們的抵抗作為學習與改進有關措施的機會」之方式²¹⁶。

²¹³ J. Braithwaite, *The Essence Of Responsive Regulation*, 44 *University of British Columbia Law Review*, 475, 476(2011)

²¹⁴ 本文的理解為，立法者在立法政策決定上，必須考量本土的政經社等條件，而不是以某一學派理論某一國家立法例作為唯一的依據。

²¹⁵ 本文的理解為，就如何促進積極平權措施，國家立法者不以制定高強度或高密度的規定，而是應該讓雇主所屬的從業人員進行對話並協商出兩相滿意的結果。

²¹⁶ 本文的理解為並非一味否定反對者(團體)之任何異議。

4、讚揚已經履行承諾者：經由政策措施而支持其所承諾或完成的創新；培育持續改進的動機；協助領航者來幫助落後者，並且是以設定新的卓越的天花板(new ceilings of excellence)之方式。

5、向公眾發出訊號，宣稱政府希望能夠經由公眾的支持，來達到政策所設想的諸成果(outcomes)，以及經由對於公眾的教育，來建立公眾的相關能力(build capacity)²¹⁷。

6、釋出訊號，但不威脅，指出國家(政府)得進行一系列由低而高強度的制裁手段；對受管制者表明，最終制裁是相當嚴重的，且將於必要時使用，然而這只是作為最後手段。

7、以金字塔式之網絡治理(network pyramidal governance)，亦即並非由單一行政機關單獨執法，而是找尋並建立較為寬廣的執法夥伴的網絡，並整體形成一個金字塔(意味者有階層化的權責安排)²¹⁸。

8、先引出(elicit)業主之「主動責任」(active responsibility)，亦即業者對於未來之創造更好成果之責任(responsibility for making outcomes better in the future)²¹⁹；另一方面，也對業者追究「消極責任」(passive responsibility)，亦即針對業者之違反過去所承諾的主動責任，所應承擔的責任(holding actors responsible for past actions)。

9、國家立法者或執法者或甚至被管制者(私部門主體)均應「學習」(learn)²²⁰；應評估迄今的成果有多好以及係以如何成本達成；不同的公部門主體或公私主體應相互交流所取得的經驗與教訓。

²¹⁷ 本文的理解為新的制度或價值，最好能夠引發更多的支持，所以必須有此處所舉之措施。

²¹⁸ 本文的理解為，例如得促使成立對本政策有關之民間積極社團，來積極監督業者之遵法，並鼓勵於認為有違法嫌疑時之舉報，再如行政機關於法規命令於制頒或行政處分之作成過程中，若有必要，得請民間專業的社團或財團法人提供意見或或鑑定意見。

²¹⁹ 本文的理解為，在反思性管制下，國家的法律只建立管制架構或低度要求，所以業者有很大的裁量決定空間，所以業者有可能承諾採行有較為先進(proactive)的方案。

²²⁰ 該作者於此並未界定應學習的主體，公部門主體作為管制者，當然應該學習，但私部門企業主有相當裁量決定空間，所以也得有「學習」之必要。

第四節 「公部門之提升平等責任」



討論完本法的管制模式之後，得進一步細膩觀察相關規定。過去對於公部門的平等責任，僅限於特定的種族族群，然而本法制定後，則首次將所有具保護特徵之弱勢群體均納入保護範圍，而課予公部門有提升增進各群體間平等之責任，規定於本法第十一篇，標題為「提升平等」(Advancement of equality)，下分為兩章(chapter)：第 1 章「公部門平等責任」(public sector equality duty)，第 2 章則專門針對「積極措施」²²¹(英國法使用 Positive action)，其下又分為「一般規定」(第 158 條)與「針對進用升遷之規定」(第 159 條)²²²。本論文核心為最後一項，但為完整說明，有必要將前面項目也略作說明。

在公部門以及私部門、行使委託公權力之營利、非營利組織(voluntary organizations)之員工雇用上，其工作環境也須合於「公部門平等責任」，系爭條款於 2011 年 4 月 5 日施行。

壹、公部門之一般平等責任

第 149 條規定公部門於之一般平等責任，涵蓋禁止歧視與積極措施。本條取代先前存在之政府關於種族、身障以及性別之促進平等義務。更擴大其適用範圍，以「具保護特徵」之人群—年齡、性轉換、宗教或信仰、懷孕與產後照顧、性傾向

²²¹ 英國學者對於「positive action」，其定義運用特殊措施(special measure)協助弱勢群體成員克服他們在現今社會所面臨的障礙以及歧視。但有學者指出，「positive discrimination」會更接近美國法的優惠性差別待遇(Affirmative Action)--其為藉由辨識出既存(inherent)不利益者之特別特徵(particular characteristic)來尋求達成平等結果(equality of outcome)之措施。也有學者認為經由英國 2010 平等法及第 159 條，其性質已轉為「優惠措施」(preferential treatment)參見 C.M .Davies and M.Robinson, Bridging the Gap: An Exploration of the Use and Impact of Positive Action in the United Kingdom, 16 *International Journal of Discrimination and the Law*,83,84-86 (2016)；亦有學者持完全不同意見，認為第 159 條非屬「積極措施」且其為重新定義功績制(redefinition of merit)之規定參見 N. Johns, S. MacBride-Stewart, M. Powell, A. Green, When is Positive Action Not Positive Action? Exploring the Conceptual Meaning and Implication of the Tie-break Criterion in the UK Equality Act 2010,33(1) *An International Journal*, 97-113 (2014)

²²² S. Ashtiany, The Equality Act 2010: Main Concepts, 11 *International Journal of Discrimination and the Law*, 37 (2011)

等。

為使讀者容易理解，得先簡單說明有關概念。首先，本條旨在建立公部門主體的一般性平等責任，要求其於行使職權時必須「適當衡量」前述三目標²²³。所謂行使職權，不外指行政機關：研擬法律草案，依法律授權而制頒法規命令，依職權頒佈行政規則，依法作成行政處分，依法制頒各種計畫(其中包括預算計畫與政府採購計畫)，依法進行內部組織與人事管理等。若以我國向來行政法教科書架構而言，本條係針對行政機關行使職權享有裁量時應適當衡量本法所保障的各種具保護特徵之族群利益，否則可能該當漏未裁量、裁量不足、裁量濫用，而構成相關決定之違法。

其次，為完成本條之「適當衡量」之要求，公部門主體於制定政策時負有評估責任，具體手段可以「平等影響評估」或「平等分析」(此兩用詞的差別在於前者於舊法有一定內容要求而且於違反時須負一定責任；後者則內容相對具開放性，法律就此並未明文要求，對違反者也不課予法律責任)。

第三，其課予公部門主體針對該法所稱之具保護特徵之群體均納入評估考量，而非僅限於性別差異。

第四，就不同之受保護群體之平等保障比例，由公部門主體裁量。

一、條文規定

「公部門平等責任」包括第 149 條至第 157 條。第 149 條為基本規定，第 150 條界定公部門主體，並將基本的部門主體規定於表 19 (schedule 19)，第 151 條授權英格蘭、威爾斯、蘇格蘭的主管部得制頒特別規定，第 152 條規定於制頒有關規定

²²³ 英國對於公部門積極平權責任之衡量要素包括如下，使得相關主體有更大的衡量與形成空間：
1、禁止歧視(eliminate discrimination, harassment, victimisation) and any other conduct that is prohibited by or under this Act;
2、強化弱勢群體與大眾間之機會平等(advance equality of opportunity between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it)
3、促進「具保護特徵者」與大眾之間之良好關係(foster good relations between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it.)

時需諮詢及取得同意，第 153 條以下對於特別主體課予特別責任²²⁴，以便有更好的成果與績效產出(power to impose specific duties)。



以下為第 149 條之規定：

第 1 條規定，任何行政機關(public authority)於行使職權時必須進適當考量如下需要(must have due regard to the need to...)：

(a)消除不法歧視、騷擾、造成犧牲受害及其他本法禁止之行為(Eliminate unlawful discrimination, harassment and victimisation and other conduct prohibited by the Act.);

(b)促進具有保護特徵與不具保護特徵人群間之機會平等(Advance equality of opportunity between people who share a protected characteristic and those who do not);

(c)培養以上兩種人群間友好關係。

以上顯示，第一句為禁止歧視。第 2、3 句為積極措施，尤其第 2 句提出「提升」「機會平等」(to advance equality of opportunity)，其採用 advance 一詞，而不是 promote 一詞，英國已故平等權威教授 Hepple 曾指出，這是一種更為「主動積極」(proactive)的方式。

該條第 2 條規定：儘管不是行政機關，但有履行公共功能(public functions)之主體，也適用前項規定。

第 3 條規定：在促進具有保護特徵之不利益族群與不具保護特徵之族群兩者間機會平等時，要特別考量如下需求：(a)消除具受保護特徵者之不利益狀態；(b)採取手段來滿足其特殊之需求；(c)鼓勵(encourage)其參與比例較低的公眾生活或其他活動。

第 4 條規定：針對身障人士，於衡量滿足需要之手段時，必須特別考量身障因

²²⁴ 就此英國立法者具體制定 The Equality Act 2010 (Specific Duties) Regulations 2011，並有威爾斯與蘇格蘭不同規定。詳請參見：<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/2260/contents/made> (最後造訪日期：2016/11/14)

素。

第 5 條規定，前述「培養以上兩種人群間友好關係」，尤其應包括消除偏見及促進理解，來使雙方能夠關係友好。

第 6 條規定，於遵守本條之如上規定時，可能涉及公部門主體之採行對某些人特別有利之措施，但這不得解釋為得違反本法直接或經由解釋所禁止之行為

第 7 條規定，本條所稱「具有保護特徵」係指：年齡、身障、性別重置(又稱為性別轉換 transgender；sex reassignment)、懷孕(pregnancy)及產後照顧(maternity)、種族、宗教信仰、性別、性傾向。

二、性質：預見並斟酌採行措施(Proactive Action)

本條建立公部門主體預見並斟酌未來可能會遇到的問題、需要與變遷而採取行動之責任。這是一種反思性管制模式，亦即國家立法者經由法律課予義務，但未採取高強度、高規範密度之方式，而是留給公部門主體很大的裁量權。相較於國家之不採取本條規定模式，亦即放任公部門主體完全自行決定，此種模式仍有其積極意義。學者 Fredman 指出，此種模式，由於不平等是鑲嵌於社會架構以及基礎中，從個人基本權出發以對抗具體歧視者的立法措施，雖然也是一種政策工具，但畢竟還是受限於此環境架構²²⁵。為了真正改善此種不平等，對於這種結構式的不平等狀態，必須以創新的方法加以解決—特別是一種「預見並斟酌採行措施」(proactive)的方式，而不是一種事後消極的回應²²⁶。本次立法將改善或消除不平等的責任加諸公部門機關(構)，不僅是解決造成歧視來源本身，更是應由該部門主動帶動改變²²⁷；

²²⁵ S. Fredman, Equality as a Proactive Duty, 60(1) *The American Journal of Comparative Law*, 265, 266 (2012)

²²⁶ Proactive 頗難精確且傳神翻譯，Merriam-Webster 字典定義為 acting in anticipation of future problems, needs, or changes 本文依照此界定而翻譯為「預見並斟酌採行措施」。此用詞也得翻譯為有相當主動積極意涵，但其未能兼顧公部門於衡量時尚須納入未來的將發生的問題、需要與變遷之意涵。資料來源：<https://www.merriam-webster.com/dictionary/proactive> (最後造訪日期：2016/12/18)

²²⁷ S. Fredman, *supra* note 225, at 266

其應考量任何與平等有關新建立政策與立法將造成的影響，並將其加以調整；此種預見並斟酌採行措施的目標在於促進平等，例如本論文所關注的對於低性別比例群體進入部門的積極措施，或經由家庭友善的方式(family-friendly measures)行之。

學者指出，此種促進平等的主動積極措施，取決於行使機關對於「平等」本身的定義，廣義而言，其包括本法所規定之「機會平等」(equality of opportunity)，甚至是「結果平等」(equality of results)²²⁸。此種模式與「反思性管制」(reflexive/responsive regulation)不謀而合，因為在此種管制模式下，社會並非為階層制，而是區分為數個子系統，各自以其語言與模式相互翻譯影響，此舉造成彼此系統間的外在刺激，進而相互反思。因此法律本身得做為外部的刺激使其內部產生改變，也就成為最佳推動改變的重要因素，而非僅以預先規制來抵制所面對的不平等狀態²²⁹。

三、部分特定領域適用例外

英國 2010 年平等法第 11 篇第 1 章第 151 條第 9 項規定²³⁰，將特定領域明列表格 18²³¹，排除第 149 條「公部門平等責任」之適用範圍：包括 1、兒童(children)與學生(pupil)，採部分排除，主要排除「針對年齡而為之歧視」、2、涉及「移民」事項(Immigration)，則重申前揭九大保護特徵中「種族」(race)，包括國籍(nationality)、民族或出身(ethnic or national origins)「移民與國籍功能」(Immigration and nationality functions)則指英國國內移民法規之適用客體稱之。3、「司法部門」(Judicial functions)不適用之，其包括具有「司法功能」(judicial function)，為他人或

²²⁸ *Id.* at 271.

²²⁹ *Id.* at 272.

²³⁰ (9) An order may not be made under this section so as to extend the application of section 149 to—
(a) the exercise of a function referred to in paragraph 3 of Schedule 18 (judicial functions, etc);
(b) a person listed in paragraph 4(2)(a) to (e) of that Schedule (Parliament, devolved legislatures and General Synod); (c) the exercise of a function listed in paragraph 4(3) of that Schedule (proceedings in Parliament or devolved legislatures).

²³¹ 資料來源：<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/schedule/18>
(最後造訪日期：2017/5/30)

經指示(按，行政助手)之運作「司法功能」之機關(構)，亦包含法院或審判授權執行「司法功能」之私人。並明確指出排除國會上下議院、蘇格蘭地區國會、威爾斯國民大會、英國國教總會、英國安全局(the Security Service)、英國情報局(the Secret Intelligence Service)、政府通訊總部(Government Communications Headquarters)、基於國務卿之請求並協助政府通訊總部，成為「(國安)防禦軍」(armed forces)之一部者。

貳、適用要件及相關案例發展

重點在於，何謂「職權行使」？以及何謂「適當考量」？此要件在英國先前各種禁止歧視法律已有規定，從而可謂已有多年發展，其義務本身即是立法者有意將最終決定裁量權交由公部門主體(decision-maker)。本條「適當考量」要件意味公部門有相當大的裁量權，其中一個重要價值取向，為「(性別)主流化」(mainstreaming)²³²。公部門主體於作成決定的過程中，須謹慎考量其不利益群體的政治社經地位與利益；本條雖非要求最終決定均須由不利益群體取得，但是該主體仍須藉由履行「適當衡量」的義務，達成「主流化」的最終目的。

一、適當衡量(due regard)

本要件十分抽象，涉及公部門根本有無進行衡量，以及即使有之，其衡量是否適當。就有無裁量而言，主管機關常須保留有關過程資料與文件，以備舉證之用。其次，依我國學界通說及釋字第 553 號解釋理由書，行政法院應尊重行政機關之裁量空間，蓋此為立法者所賦予之權責，除非有「漏未裁量(也稱為「裁量怠惰」)」、「裁量逾越」、「裁量濫用」之情形²³³。

以下檢視英國法院對於系爭要件之詮釋與操作：

²³² S. Fredman, *supra* note 225.at.272-273.

²³³ 就此三種裁量瑕疵，參見吳庚；陳淳文(2016)，前註 204，頁 122-123。

在 Birmingham 一案中²³⁴，原告有數人，均為重度身障人士，被告為 Birmingham 縣政府，對於該縣議會所制定關於扶助弱勢之積極措施立法，在界定「弱勢」的範圍中，原告被認為不符合弱勢定義而被拒絕給予相當之照顧金，故原告起訴，除爭執「弱勢」群體之定義外，也挑戰「公部門平等責任」(Public Sector Equality Duty ,PSED)中「適當衡量」(due regard)的要件。

本件爭訟僵持許多年，在英國 2010 平等法修法過渡期間仍繼續爭訟，故本件 Birmingham 縣政府並未被強制自行進行平等影響評估(Equality Impact Assessment, EIA)。法院最後認為被告在為「適當衡量」(due regard)時，行使機關包括在 2010 年平等法下所適用的各公部門機關(Public sector bodies)，

應考慮尤其是對具有保護特徵的人群所為積極措施，事前、事後的影響與後果，並應考量所有的條件—包括與該具體領域、人群相關的分析以及資料，且必須要開放的態度(open-minded)制定特別條款而為考量。舉例來說，本件系爭具保護特徵之人群為身障者，故該機關被賦予的任務是消除對其不法歧視與騷擾，其機關也須將促進機會平等(promotion of equality of opportunity)與身障者的身體狀況納入考量，不單是個人因素，整體因素也要考慮進去²³⁵。

在 Brown 一案中²³⁶，該案請求權基礎為 1976 年種族關係法，其中第 71 條也有要求公部門在消除不法種族歧視以及促進機會平等、與不同種族間相互友好必須為適當衡量(due regard)要件。在審查公部門是否履行要件時，首先，該公部門必須知其有履行適當衡量(due regard)之義務²³⁷。其次，必須於特定政策(如本案將受影響的

²³⁴ [2011] EWHC 1147

資料來源: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2011/1147.html>

²³⁵ *Id.* at para. 85.

²³⁶ [2008] EWHC 3158 資料來源: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2008/3158.html>(最後造訪日期: 2016/12/5)

²³⁷ 原文為 the public authority who have to take decisions that do or might affect disabled people must be made aware of their duty to have "due regard" to the identified goals，同樣的論述在[2008] EWHC 1865 at para. 114；[2008] EWHC 2062 (Admin) at para. 45

身障人士所為的政策)制定前，便已經履行本要件²³⁸。第三，適當衡量(due regard)的要件必須實質(in substance)，並且需以嚴格(rigour，按，指嚴格文義解釋)且開放的心態來履行，且必須在該公部門得行使的公共功能內為之²³⁹。第四，此種義務不得由其他公部門轉讓(non -delegable duty)，僅能由該部門行使之，其他例外情形僅限於有其他第三方被指派並有能力且自願地履行本義務或該公部門對於該第三方有適當的監督機制，並得以確保其完善地履行此義務²⁴⁰。第五，此義務是持續不斷地，在作成決定前中後都必須履行²⁴¹。第六，此種義務的履行對於系爭需受積極措施保障之弱勢，也是展現該部門對於他們的關心並且解決他們的困難實踐，此舉得使積極措施之實行得以透明化並且使該義務的履行更為切實²⁴²。以上的判決要旨確立了後來稱為「Brown Principles」。

而在 Baker 一案中²⁴³，法院定義了「適當衡量」(due regard)--是指該被賦予平等義責任的公部門，在考慮所有特殊具體的情形後，對於「必須要達成此目標所必須」(have due regard to the need to achieve these goals)所採取的「適當」(appropriate)的決定，其中包括這些弱勢群體所受的不平等程度以及「補償因素」(countervailing factors)²⁴⁴，這種義務並非一定要達成結果，而是在消除這些不法的歧視以及促進機會平等。故在該案中，公部門主管必須將該弱勢人群的「需要」(the need to promote such equality of opportunity)納入考量²⁴⁵。

²³⁸ *Id.* at para. 90-91., See [2006] 1 WLR 3213 at para. 274; [2008] EWCA Civ 882 at para. 49.

²³⁹ *Id.* at para. 92., See [2008] EWHC 2062 (Admin) at para.24 - 25

²⁴⁰ *Id.* at para.94., See [2007] EWHC 1941 (Admin) at para. 92 and 95.

²⁴¹ *Id.* at para. 95.

²⁴² *Id.* at para. 96. "good practice for a decision maker to keep records demonstrating consideration of the duty", See [2007] EWHC 199 (Admin) at para. 69 ;

²⁴³ [2008] EWCA Civ 141 資料來源：<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/141.html>(最後造訪日期：2016/12/5)

²⁴⁴ Dyson LJ 法官判決書原文是 What is due regard? In my view, it is the regard that is appropriate in all the circumstances. These include on the one hand the importance of the areas of life of the members of the disadvantaged racial group that are affected by the inequality of opportunity and the extent of the inequality; and on the other hand, such countervailing factors as are relevant to the function which the decision-maker is performing.

²⁴⁵ [2008] EWCA Civ 141 at para.31

資料來源：<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/141.html>

目前最新的 Moore 案中²⁴⁶，法院則是除了舉上述 Brown Rule 後，再進一步指出：第一，若法院認為系爭機關已盡本義務，則在最終決定時，要如何拿捏本要件的輕重，則是公部門本身的權力。法院得為審查者僅為該公部門是否有妥善適當考量而已；第二，本義務要求公部門在為最終決定前，需被妥善告知其須履行適當考量，若欠缺相關重要資料，則該部門得要求取得並對系爭應受保障人群加以照顧；第三，此平等義務是對於禁止歧視立法目標機制確保履行的實質重要的一環²⁴⁷；第四，「適當衡量」(due regard)的義務與所有具有保護特徵的人群，特別是任何將會因為即將施行的政策而受到嚴重影響的弱勢群體，都必須納入考量；第五，在有相當人數的弱勢群體案件，此要件的重要與必要性也增高²⁴⁸。

最後，本案法院指出，雖然本案英國 2010 平等法下，平等暨人權委員會未要求公部門需為平等影響評估以證明其已妥善履行「適當衡量」(due regard)的義務，但法院不得僅憑公部門一方主張而遽認其已履行²⁴⁹。

二、如何始不違反「適當」衡量--「相對照性的衡量因素」(countervailing factors)

行政機關於「平等影響評估」或「平等分析」時，得否於財政有限，時間有限(急迫)，人力不足等等因素，而根本不採行或採行低度之積極給付或安排措施？於此種情形，當事人乃起訴主張，認為行政機關未履行「適當衡量」。

於此涉及所謂的「相對照性的衡量因素」(countervailing factors)。在多數案件中多為金錢成本(cost)因素，本條款並不限制公部門須減支或組織重造的義務，但對於金融決定(financial decision)則需要有公平、透明以及課責的方式行之。學者指出，大部分涉訟案件，肇因於該部門(機構)的預算(cost)因素²⁵⁰。

²⁴⁶ [2015] EWHC 44

資料來源：<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2015/44.html>

²⁴⁷ *Id.*, at para. 110

²⁴⁸ *Id.*, at para.112.

²⁴⁹ *Id.*, at para. 133-134

²⁵⁰ *S. Fredman, supra note 225, at 265.*

於此具體爭訟案例為 Luton 案²⁵¹，詳後述。



三、公部門主體之概念與擴大，涵蓋具「公共功能」之私部門主體

公部門主體概念規定於第 150 條，規定於附表 19(Schedule 19)詳列各級機關，簡而言之，包括如下：中央部會(government department)、地方主體之行政機關(local authorities)、英國健康服務機關(構)(National Health Service ,NHS)、各級運輸與教育主體(transport and educational bodies)、警察部門(police)以及其他具「公共功能」之主體²⁵²。

依第 149 條該條第 2 條規定：儘管不是行政機關，但有履行公共功能(public functions)之主體，也適用前項規定。

問題從而在於，何謂「公共功能」？

在 YL 一案中²⁵³，法院指出，在私經濟領域，也有公共功能的展現(如對於監所犯人的心理照護)，其目的有的為了自己而為，也有以人民全體為客體而為之²⁵⁴。

而對於所謂的「公共功能」的本質，傳統上得想像者由國家賦予責任，使用公共經費，以及為公共利益(public interest)而運行者，故其中重要的因素為：第一，其被賦予完成行政任務的責任；第二，「公共利益」必須備考量，例如弱勢群體的福祉—為不能自行照護自己的老弱、幼兒、身心障礙者提供照護等；第三，公共資金(public funding)，對於提供服務予這些弱勢群體者，其花銷由公共費用支出者，則也被賦予其責任²⁵⁵。最新行為主體為慈善機構(charity)²⁵⁶。

²⁵¹ [2011] EWHC 217, Holman 法官於其說理第五點中有詳細指出該案主管機關的成本因素考量。

資料來源：<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Admin/2011/217.html&query=luton+and+schools&method=boolean>
其他案例為 R(Rahman) v Birmingham City Council [2011] EWHC 944 (Admin); R(JM) v Isle of Wight Council [2011] EWHC 2911 (Admin).

²⁵² Age UK factsheet 79 August 2016 : The Equality Act 2010: the Public Sector Equality Duty, 5

資料來源：(最後造訪日期：2016/12/30)http://www.ageuk.org.uk/Documents/EN-GB/Factsheets/FS79_The_Equality_Act_2010_the_public_sector_equality_duty_fcs.pdf?dtrk=true

²⁵³ [2007] UKHL 27 資料來源：<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/27.html>

²⁵⁴ *Id.*, at para. 62.

²⁵⁵ *Id.*, at para. 65-68.

²⁵⁶ 資料來源：

最後的判斷標準則是該行為主體所行使的公共功能，是否具有「法律強制力」(statutory coercive power)，例如本件則是該主體依據英國 1983 年心靈健康法第五項，對於所有於該機構內依法須接受精神治療者，須加以監禁。此舉侵害其人權，但該機構的監禁行為為法律強制規定所致²⁵⁷。

參、評估責任方式：平等影響評估

「公部門一般平等責任」(public sector equality duties)雖然自 2006 年平等法即已經引進，但經過 2010 年聯合政府則大幅修正。原先規定為，公部門作成最終決定前必須進行「平等影響評估」(Equality Impact Assessment, EIA)，這是一項法定義務，但 2010 年平等法已不再明文要求²⁵⁸，亦即，目前已不明文規定此一評估之名稱，但公部門依該法必須履行「適當衡量」，而與法院易產生緊張關係—究其是否已完全踐行「適當衡量」要件，原先最直接的檢驗方式為有無進行「平等影響評估」。

在現行規定下，公部門主體得自行決定採行何種程度與方式之評量，稱為「平等分析」(equality analysis)，端視各該公部門主體之意願與需要，也得作成與舊法時期相同作法。縱採較簡單的「平等分析」也必須達到有效且整合，否則相對人三個月後仍得提起司法救濟。

一、「平等影響評估」(Equality Impact Assessment, EIA)

在此種模式下，法院認為必須採行完整的平等影響評估，才算履行本條所規定之「適當衡量」要件，在 Luton 該案，對於系爭案件原教育部門預計將英國所有中學重新改建計畫。繼 2010 年 5 月大選後，新政府取消了其中一些措施，而就其決定之作成，爭執點在於，國務卿在取消該項目時，未履行「適當衡量」要件，法院最

<https://www.equalityhumanrights.com/en/publication-download/what-equality-law-means-your-voluntary-and-community-sector-organisation>(最後造訪日期：2016/12/5)

²⁵⁷ *Id.*, at para. 69.

²⁵⁸ D. Pyper, *The Public Sector Equality Duty and Equality Impact Assessments*, *House of Commons Library, the Briefing papers UK Parliament commons-library*, 1,8(2015)

資料來源：<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06591>

後因國務卿未為「平等影響評估」，而認為其違反本條款。法院舉出 **Brown Principle** 第二點，若公部門主體意圖考量或僅在為最終決定前才考慮該決定是否正確，則不足以滿足此要件，因此此為時已晚，成為一個逾時後衛防守的行動(a rearguard action)²⁵⁹。

二、「平等分析」(equality analysis)

目前「平等影響評估」已非法定義務，惟公部門主體仍受到「適當衡量」要件的約束，目前得採行的「平等分析」模式，法院意見得歸納：**Baker** 案以及 **Brown Rules** 所承襲的原則仍須遵守，尤其對於其他「相對照性的衡量因素」(countervailing factors)，並不因此而減弱公部門本身應首先履行法律規定之實質「禁止歧視」之義務²⁶⁰(first to have regard to the statutory criteria on discrimination.)。適用主體仍須完全知悉(well aware)其平等義務，且必須對其履行「特殊/具體」考量(paid specific regard)，其具體例證包含「使用相關得取得之資料」(make use of relevant data that was readily available)。且其平等分析必須涵蓋「充足的資料」使該適用主體得以因而執行其平等義務(sufficient information to enable the Defendant to discharge his general equality duties)或「其他可能影響(該弱勢群體)的訊息」(on the basis of the information available to conclude that the measures "may" impact on)，具體例子被告於其報告中提供該年度對於採取該行動後(因此影響降低的)「確切預測值」(accurate estimate of the impacts of the reduction)，以及「確切具體量化(對於該弱勢群體)影響

²⁵⁹ [2011] EWHC 217 at para. 115, attempts to justify a decision as being consistent with the exercise of the duty when it was not, in fact, considered before the decision, are not enough.

資料來源：(最後造訪日期：2016/12/29)<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Admin/2011/217.html&query=luton+and+schools&method=boolean>
其他案例為 R(Rahman) v Birmingham City Council [2011] EWHC 944 (Admin); R(JM) v Isle of Wight Council [2011] EWHC 2911 (Admin).

²⁶⁰ [2011] EWHC 2616, At para. 71-75 資料來源:(最後造訪日期：2016/12/29)

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2011/2616.html>
其他案例為 R(Cordant) v BIS [2010] EWHC 3442 (Admin); R(JG) v Lancashire CC [2011] EWHC 2295 (Admin) R(Police Negotiating Board Staff Side) v SSWP [2011] EWHC 3175 (Admin), Hurley & Moore.; Bailey v Brent LBC [2011] EWCA Civ 1586.

程度」(quantify accurately the level of impact on ethnic minority groups)，法院認為被告甚至得算出影響程度之百分比(assess the percentage amount of any such likely impact)等。



肆、公部門平等責任特殊要求(specific duties)

依據本章「公部門提升平等」，除對於公部門適用主體於附表列舉以及私部門的適用亦有「須履行公共功能」之要求外，尚列出其他應進一步遵行之特殊責任，經 2011 年制訂「2011 法規命令」(The Equality Act 2010 (Specific Duties) Regulations 2011)²⁶¹，其授權依據與適用對象規定於第 153 條第 1 條，第 154 條第 2 條及第 207 條第 4 條。

(一)、適用對象

公部門平等責任規定於 2010 年平等法第 149 條，適用之公部門主體(public authorities)詳細第 150 條所稱「附表 19²⁶²」(Schedule 19)，其包括 Crown 部長及其政府部門；任何(英屬)武裝部隊；廣播事業(包括英國廣播公司 British Broadcasting Corporation, BBC；第四頻電視公司 The Channel Four Television Corporation 威爾士當局的電視公司)；民權保護組織(包括平等暨人權委員會及資訊委員(The Information Commissioner)；司法和法律服務(包括兒童和家事法庭諮詢服務、司法任命委員會 The Judicial Appointments Commission、法律服務委員會等)；刑事司法部門(包括女皇所屬警察總督察、皇家檢察署總督察、女皇陛下監察長、英格蘭和威爾士的首席檢察官、假釋委員會 Parole Board、少年(司法)院(the Youth Justice Board)等；環境，住房和發展部門(包括家園和社區機構、承租戶和社會出租人辦公室 The Office for

²⁶¹ The Equality Act 2010 (Specific Duties) Regulations 2011, 資料來源：(最後造訪日期：2016/12/30)<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/2260/introduction/made>

²⁶² 資料來源：

(2017/01/04)https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/84984/Schedule-19.pdf

Tenants and Social Landlords)等；健康，社會關懷和社會保障部門；警察組織；監管機構(Regulators)包括會計師公會等；威爾士和蘇格蘭政府；國家衛生服務機(關)構(National Health Service)；地方政府(包括威爾士的縣議會或縣行政委員會)等，總歸來說，其適用於英國大多數公共機構，如地方政府(authority)和學校，大部分為英屬(國營)機構，例如政府部門(除了其本身職責外)和少數的海外機(關)構(cross-border bodies)。

(二)、「特殊責任」(specific duty)

最先於 2011 年 9 月 10 日制訂，迄今共有以下四項：「2011 年規則²⁶³」(Regulations 2011)，規定英國地區；其後頒布的「2012 年規則」(Regulations 2012)，經「2015 年修訂規則²⁶⁴」(Amendment Regulations 2015)及「2016 年修訂規則²⁶⁵」(Amendment Regulations 2016)些微調整，其後三者均規範蘇格蘭地區之公部門平等責任之具體責任。並依據本法第 153 條²⁶⁶，得由部長(Minister of the Crown；Scottish Ministers；The Welsh Ministers)授權加以頒布。

(三)、規範內容

其內容要求公部門機(關)構必須公佈相關的、合比例的(proportionate)之資訊，以彰顯這些機(關)構已確實遵守其平等責任；這些部門並制定具體可衡量的平等目

²⁶³ 2011 年第 2260 號法律文書，資料來源：

(2017/01/04)<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/2260/contents/made>

²⁶⁴ 2015 年第 254 號蘇格蘭法律文書，資料來源：

(2017/01/04)<http://www.legislation.gov.uk/ssi/2015/254/contents/made>

²⁶⁵ 2016 年第 159 號法律文書，資料來源：

(2017/01/04)<http://www.legislation.gov.uk/ssi/2016/159/contents/made>

²⁶⁶ 153Power to impose specific duties

(1) A Minister of the Crown may by regulations impose duties on a public authority specified in Part 1 of Schedule 19 for the purpose of enabling the better performance by the authority of the duty imposed by section 149(1).

(2) The Welsh Ministers may by regulations impose duties on a public authority specified in Part 2 of Schedule 19 for that purpose.

(3) The Scottish Ministers may by regulations impose duties on a public authority specified in Part 3 of Schedule 19 for that purpose.

(4) Before making regulations under this section, the person making them must consult the Commission.

標，並每年出版相關的平等資訊，制定和公佈平等目標，使這些公部門機構之決策過程對社會大眾透明化，並對其服務使用者負責。至少每四年須以易於人們訪問使用(is accessible to the public)的方式來發布。

而這些經公部門內部「適當考量」(Due Regard)而公布內容，展現對於自身所設定之平等責任三目標之實踐²⁶⁷，並作為決策過程的一部分。所公布的資訊必須包括：有關具有保護特徵的員工的資訊(information)(此項要件是用於有 150 名或更多員工的公部門機關(構)，但最新修正的「2016 規則」則將「2012 年規則」第 7 條和第 8 條出版性別工資差距和同工同酬的期限，這兩項資訊則不論是否雇用超過 150 名員工均須公佈，惟若僅雇用 20 名僱員總額，則不須公布之；其他與這些有保護特徵之員工一同工作，而其利益受到影響的人(利害關係人)之資訊等。

依據「2011 年規則²⁶⁸」(Regulations 2011)之附表，大多數公共機構必須在 2012 年 1 月 31 日之前公佈此資訊²⁶⁹。學校必須在 2012 年 4 月 6 日之前發布²⁷⁰。

對於該機關構之訊息，取決於該機構之規模大小；其職責執行功能範圍以及所採取之政策可能影響其他利害關係人之平等程度。並無硬性規定格式。

簡而言之，其主要適用於員工超過 150 人之主體²⁷¹，主要義務包括²⁷²：準備並出版其適用主體認為為達成一般平等責任所「必要」之資訊，並以公式化且得為大眾所理解的方式為之；出版並製作關於一般責任之操作手冊(compliance)，其必須要具體(specific)且得以衡量實施(measurable)，並於每年(12 個月)出版一次，每 4 年重

²⁶⁷ 此三大目標為第 149 節所指消除非法歧視、騷擾和傷害以及本法所禁止的任何其他行為；促進具有保護特徵的人與不具保護特徵者間的機會平等；促進具有受保護特徵的人與不具保護特徵者之間的友好關係。

²⁶⁸ 2011 年第 2260 號法律文書，資料來源：

(2017/01/04)<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/2260/contents/made>

²⁶⁹ 資料來源：(2017/01/04)<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/2260/schedule/1/made>

²⁷⁰ 資料來源：(2017/01/04)<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/2260/schedule/2/made>

²⁷¹ Equality Act 2010: Specific Duties to Support the Equality Duty What Do I Need to Know? A Quick Start Guide For Public Sector Organisations

資料來源：(最後造訪日期：2016/12/30)

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85049/specific-duties.pdf

²⁷² *Id.*

新衡量一次；對於具保護特徵之族群於其平等提升影響(impact)之相關證據(evidence)與分析(analysis)，以及相關利益人士之參與證據(evidence of engagement with the persons with an interest)。



(三)、初步評論

本條所規定之公部門一般平等責任之特別責任，公部門應將其決策過程所納入考量之各種資訊(兼含前述「平等影響評估」或「平等分析」)並於該條規定期限內公布或出版，以顯示該部門已善盡「適當考量」之要件，以受社會各界之監督—由民間 NGO 組織或權益受侵害之個人經由訴訟途徑完成。這顯示「反思性管制」之精髓，亦即國家建立規範，留下適用公部門主體自主空間，但仍有第三方監督機制。

伍、主管機關權力之修改—管制模式之改變

本法的主管機關，為「平等暨人權委員會」(the Equality and Human Commission, EHRC)，最早於 2006 年平等法時即已建立²⁷³，其功能取代過去「平等機會委員會」(Equal Opportunities Commission ,EOC)、「種族平等委員會」(Commission for Racial Equality ,CRE)以及「身障權利委員會」(Disability Rights Commission ,DRC)，並統整這些委員會之專家學者以及資源，致力促進各具保護特徵之人群間平等，同時也處理人權議題。

性質上屬於非部會之政府機關，隸屬於教育部。其主要負責系爭法案效力執行，且具有為個人或部門監督公部門平等責任之義務與權力；其具體作為在於蒐集資料，包括資訊取得、研究並整理最佳實踐(best practice)、提供建議與升遷，對大眾推廣並說明系爭法案之目的與義務、協助公私部門完成平等責任，並公告公部門

²⁷³ 詳請參見學者廖福特(2007)，〈英國「平等及人權委員會」之探究〉，台灣國際法季刊 4 卷，2 期，頁 207-241。

平等責任之指導手冊、並公告於網頁上。該委員會除了得出具研究意見外，雖可對個案進行干預(intervene)，但仍須恪守中立立場。學者 Hepple 指出²⁷⁴，此主管機關，雖然大部分取得前身各委員會之執行方式，但其仍需要有確實的「不法行為證據」(evidence of unlawful acts)作為基礎，2006 年平等法給予平等暨人權委員會法律拘束力—限於平等暨人權委員會「懷疑」(suspect)該部門或機構確實已構成違法行為，才能展開正式調查，且該機關也不得對公私部門執行「平等稽查」(equality audits)。

2010 年平等法則大幅減弱其法效力，學者 Fredman 指出，新執政的聯合政府，認為舊法限制過多，而應予以鬆綁，而將整體方向專注於公共開放以及透明化等要件，將推動平等與消除不平等的任務，交由地方選民或社會大眾來推動²⁷⁵。

修法結果導致平等暨人權委員會所作之意見或協議則不再具有法律拘束力，僅得為「詢問調查」(inquiry)並作成相關報告以及建議，然而雖未具法律拘束力，但可以在法院判決上作為正式的調證據引述。學者 Fredman 更進一步指出，主管機關的法效力被剝奪後，使得法院的司法審查肩負衡平與法效的責任²⁷⁶。

故，該機關之存在比較像是我國訴願前階調解程序，由平等暨人權委員會先進行干預，促使勞資雙方得達成一定合意，若無法達成，則進入法院訴訟。

若該相對人認為系爭機關有違背平等責任與義務，應為正式訴狀(compliant)，載明系爭機關違反公部門平等義務，並具體指摘該機關何項行政作為違反其義務，於窮盡一切救濟途徑後，交由平等暨人權委員會加以審查。該委員會得於審查後，提出意見(compliance notices)，指正機關並改正之。

相對人必須先對系爭機關窮盡內部救濟後，才可向法院(high court)提起救濟，法院則須確定相對人除司法爭訟外無其他救濟手段，始可以訴訟方式為之；該直接

²⁷⁴ B. Hepple, *supra* note 187, at 17

²⁷⁵ S. Fredman, *supra* note 225, at 269-270.

²⁷⁶ *Id.* at 267.

或間接之相對人須於該行政行為救濟三個月內向法院提出。



陸、公部門主體之積極措施:一般規定

公部門平等責任包括一般責任與特別責任，前者為第 149 條以降公部門須履行之「適當衡量」要件，而實質內涵為「平等影響評估」或「平等分析」已如前述。後者，又分為專門針對進用升遷者(第 159 條)與一般規定(第 158 條)，至於何謂一般與特別，詳後述。

應注意者為，本法使用之概念及實質內容與其他主要國法制有所差異，使用上應特別小心，以下略作說明。

英國學者對於「positive action」，其定義運用特殊措施(special measure)協助弱勢群體成員克服他們在現今社會所面臨的障礙以及歧視。但有學者指出，「positive discrimination」會更接近美國法的積極平權性差別待遇(Affirmative Action)--其為藉由辨識出本質上(inherent)不利益者之特別特徵(particular characteristic)來尋求達成平等結果(equality of outcome)之措施。但也有學者認為，經由英國 2010 平等法及第 159 條，其性質已轉為「積極平權措施」(preferential treatment)²⁷⁷。亦有學者持完全不同意見，認為第 159 條非屬「積極措施」且其為重新定義功績制(redefinition of merit)之規定²⁷⁸。

整體而言，本論文認為，英國法與美國法用詞不同，英國承襲歐盟法之脈絡，係嚴守個人基本權之立場，反對集體權性質之積極平權；但另一方面，英國 2010 年平等法本條規定還在發展中，有待後續觀察。

先前歐盟法之討論已經指出，歐盟條約與指令禁止各會員國為性別歧視措施，但允許各會員國採取之「積極措施」以消除男女間不平等，但不得過當。這是一個

²⁷⁷ C. M. Davies and M. Robinson, Bridging the Gap: An Exploration of the Use and Impact of Positive Action in the United Kingdom, 16 *International Journal of Discrimination and the Law*, 83, 84-86 (2016)

²⁷⁸ N. Johns, S. MacBride-Stewart, M. Powell, A. Green, When is Positive Action Not Positive Action? Exploring the Conceptual Meaning and Implication of the Tie-break Criterion in the UK Equality Act 2010, 33(1) *An International Journal*, 97-113 (2014)

純粹允諾(purely permissive provision)的條款，允許各會員國採取各種措施，並以克服或最小化任何不利益，或鼓勵弱勢參與各參與比例較低的活動為目的。



一、條文規定

於進入第 158 條討論前，為有助於讀者們的理解，得先作如下觀察。

我國性別工作平等法規定雇主應提供女性員工之生產假、分娩前後之請假、育嬰留職停薪與復職、每天減少工作時間或調整工時以育兒、哺乳時間、家庭照顧假、雇主於雇用 100 名雇員以上者，必須提供哺(集)乳室及托兒設施或適當措施。這些措施均為「促進工作平等措施」，局部規定於本法第五篇(part)第三章第 73 及 74 條「懷孕與女性生育平等」(Pregnancy and maternity equality)²⁷⁹。

積極平權措施為當代世界性「性別主流化」議題，而且得適用於許多領域與案型，涵蓋的範圍得從最早階段之訓練、招募廣告，應徵資格之設定、是否擴大邀請參加面談、評分項目涵蓋範圍、個別評分項目之比重、面談提問技巧、最終錄取決定。於個案升遷上也得有類似環節。

以上環節，英國法區分為兩部分，亦即非針對進用升遷之個案錄取決定之「一般規定」(第 158 條)及針對「進用升遷個案決定之特別規定」(第 159 條)。

第 158 條第 1 條規定，若雇主合理推論，(a)當事人具有本法所規定之保護特徵而蒙受有關的不利益；(b)具有本法所規定之保護特徵之當事人有別於不具保護特徵者之特別需要；(c)參與一項職位(活動)，而在參與比例上較低情形，則有積極措施之適用。

第 2 條規定，為達成三種目的--(a)消除具受保護特徵者之不利益狀態；(b)採取手段來滿足其特殊之需求；(c)鼓勵(encourage)其參與比例較低的公眾生活或其他活動，本法並不禁止雇主採行合於比例措施的任何手段」(any action which is a

²⁷⁹資料來源：<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/part/5/chapter/3/crossheading/pregnancy-and-maternity-equality>(最後造訪日期:2016/12/30)

proportionate means)。

第 3 條授權主管部門頒制法規命令以界定或描述如上手段。

英國官方說明(explanatory notes)指出，就如何界定「合於比例性」(proportionate)，其係取決於系爭族群所受不利益以及必須依照其所受不利益之嚴重程度，並衡量相對人之所受利益、其性別比例較低與否與達成目的之手段關聯性，進行比例原則之操作，且其仍須符合歐盟法之規定作為限制範圍²⁸⁰。

二、其立法沿革與相似立法

由於英國 2010 年平等法第 158 條，其立法結構與 1975 年性別歧視法第 47 條與 1976 年種族關係法第 37 條相似，研究其立法脈絡有助於理解 2010 年平等法積極措施適用。

1976 年種族關係法(Race Relations Act ,RRA)，其中例外於培訓(training)上得採取積極措施，以糾正少數族群參與比例不足特定活動與組織等。該法令第 37(1)條經 1989 年就業法(the Employment Act)第 7(3)條規定，為改善少數族群的代表性不足問題，對於訓練計畫得採取歧視性措施(discriminatory training programmes)或特殊歧視性徵聘活動(special discriminatory recruitment campaign)

同樣，「2003 年就業平等(性取向)條例」(Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003)有例外允許積極措施的規定，該法第 26 條允許雇主為消除女性、男性或少數族群於該部門機構參與比例不足之問題，採取鼓勵(積極措施)僅限女性或男性，或其他只有特定種族群體者才能享受到雇用機會(opportunities for employment)。就此，英國對雇主與雇用者給予建議、調和調解之「勞動調解仲裁委員會」(Advisory, Conciliation and Arbitration Service, ACAS)於系爭法規解釋

²⁸⁰ T. Jarrett, The Equality Act 2010 and Positive Action, *House of Commons Library, the Briefing papers*, UK Parliament commons-library, October 24(2011)
<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06093>

(guidance)指出，對於雇主在徵聘或晉升的選擇決定必須基於功績(merit)，不論性取向如何。倘雇主有理由相信特定性取向的人在勞動力中參與代表不足，可以採取某些措施來糾正任何過去以來的機會不平等的影響，這被稱為「積極措施」。

ACAS 關於英國平等法第 158 條的立法解釋(guidance)中，也提及積極措施須以功績為基礎，且其特徵上於前揭 1976 年種族關係法(Race Relations Act ,RRA)建立，本論文整理如下²⁸¹：

1、「允諾式立法架構」(permissive framework)

2、由適用主體「自願」(voluntary)採取積極措施，至於主動採取積極措施動機在於運用積極行動創造更多樣化的勞動力，能夠更好地了解客戶的需求和吸引新業務。正因為該條款完全是自願的，給予企業與適用主體有選擇空間。

3、於立法背景下，英國未允許「積極歧視」(positive discrimination)，故強調本條款雖具有積極矯正弱勢地位功能，但並非為「積極歧視」。故非指只要屬於弱勢族群就一定能得到相應好處。

4、在任何這種情況下，該條款將使各組織，公共當局(public authority)，雇主和服務提供者採取廣泛的積極行動措施，以解決不利情況，並增加具有好護特徵的人群參與。此外，任何措施必須是以「合比例的方式」實現。本條款並未限定措施實行之方式，故採取任何形式的積極措施，只要其符合比例性即可。

三、雇主若欲採行積極平權措施須遵守的要件

1、相當資格(as qualified as)

英國 2010 年平等法，是歐盟法院對於女性各種積極措施判決的精華，其立法上，對於進用資格上，同樣沿襲了歐盟判決以來的要件—具有相當資格，而且須為各種具體條件的客觀評估。故英國 2010 年平等法第 158 條，對於以積極措施任用人

²⁸¹ The Equality Act 2010 – guidance for employers, Advisory Conciliation and Arbitration Service
資料來源：<http://www.acas.org.uk/media/pdf/8/a/Equality-Act-2010-guide-for-employers.pdf>

事上，英國平等處(Government Equalities Office)的立法解釋下²⁸²，在雇主在決定招聘或晉升候選人選時，除必須考慮該候選人是否具備具保護特徵。當最終決定只有一個特定的空缺而有數位候選人時，必須符合彼此具有「相當資格」(as qualified as)的前提。該要件這並非指著他們必須具有完全相同的資格，而是指雇主得一連串系列標準的「選擇評估」，來評鑑這些候選人是否同樣有能力來勝任這項工作。

具有「相當資格」(as qualified as)這項要件，並不會阻止雇主於最終決定時，仍得選擇最合適的候選人，並非只要通過某種低門檻，就無條件使通過要件者均得到進用資格。符合雇主對該職位的具體要求者，任何關於考核到他們的能力，能力，經驗和可能與特定工作相關的任何客觀條件等，都須納入考量。

2、合理認為(reasonably thinks)

為符合此項要件，雇主還需要一些客觀的證據來證明，其部門機構中，具有保護特徵的人群在工作場所面臨特別的困難，或者此種人群在有空缺的特定工作中，其參與比例代表不足的情況下，雇主可以選用具有受保護特徵的候選人。

此項要件配合客觀證據指證，可以做為雇主並非恣意構成「間接歧視」的反證²⁸³。必須在每次招聘或晉升過程中始終考慮所有候選人的能力，優點和資格。否則將違法並構成歧視。

3、其他要素

雇主在為選擇最終人選時，其他要素包括²⁸⁴：

(1)、在選任過程中，必須為候選人為合理調整(reasonable adjustments)，

²⁸² Equality Act 2010:A Step-By-Step Practical Guide to Using Positive Action When Making Appointments, Government Equalities Office,2 資料來源：
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85015/positive-action-practical-guide.pdf(最後造訪日期：2016/12/12)

²⁸³ *Id.*

²⁸⁴ 參考資料：<http://www.acas.org.uk/media/pdf/8/a/Equality-Act-2010-guide-for-employers.pdf>
(最後造訪日期：2016/12/12)



(2)、對於候選人的決定，其是否得實施對於該工作本質最重要(essential or intrinsic)的功能

(3)、對於該候選人組成之多元性監控(monitor diversity among people making application)

(4)、求職者對於雇主所提出的違法或歧視性問題，不能提起訴訟至「雇用法庭」(Employment Tribunal)，但可以向平等暨人權委員會投訴。但是若雇主因為提出禁止的問題而不僱用求職者，求職者可自行提出該雇主有歧視嫌疑，舉證責任將落在雇主，證明自己沒有歧視。

(5)、雇用法庭(Employment Tribunal)，爭端解決機制的權力擴大

雇用關係爭端解決機制可以對於雇主提出建議，即雇主必須消除或減少對申訴人的任何歧視的影響。本法擴大了這項權力，使雇用關係爭端解決機制於一個組織採取措施消除或減少歧視對其他僱員的影響，而不僅僅是索賠人(申訴人)。例如，法庭可能規定雇主需要培訓所有工作人員關於該組織的欺凌和騷擾政策。

4、公共當局(public authorities)

本法建立一個兩層制度(two-tier system)，使公私人組織在招聘和任命過程中繼續採取積極措施是合法的，前揭近期對於公部門平等責任，也適用於其他具有公共功能(public function)的私部門，可以類推所謂的「公共功能」的本質²⁸⁵。

²⁸⁵官方所提出民間成功案例：Carillion (2016)為解決自 2012 年以來，該公司 45%的領導級職位女性均在產假後返回崗位 18 週內離職，而這其中 65%的職業婦女表達仍想要發展自己的職業生涯，但只有 20%的女性被允許以較彈性工作時間來達成。該公司為使將其女性人才往更高領導級職位加以任命，以吸引新的女性領導進入公司，該公司強烈相信實現該公司的性別多樣性目標，更高的性別多樣性，是公司往更好的發展的重要基礎，能夠提高盈利能力，激勵員工。根據 Carillion 自身數據，採行本法所規定措施後，其改變成果，女性人員於領導和業務職位增加，而產婦返回崗位者，其職位保留率增加了 20%。這些政策具體包括在家工作，育兒假，更多的兼職工作選擇，特別請假事由等變化幫助改善性別多樣性：領導職位的女性從 17%到 21%；操作職位的女性從 20%到 26%；產婦保健從 76%到 96%。其並指出在，最近的畢業生招聘審查中，該公司工作與家庭間，彈性靈活的工作時間，被認為是新畢業生選擇該公司的重要原因。 案例資料來源：

<https://www.gov.uk/government/case-studies/carillion-case-study>
(最後造訪日期：2016/12/29)

柒、公部門主體之積極措施：進用與升遷之積極措施

於進入第 159 條討論前，為方便讀者理解，得先作如下之觀察。本條所規定者為公私部門對於員工之進用與升遷之積極措施，這於上條之一般積極措施不同，在於進用與升遷，這是對於個人工作平等權影響最為重大的條款，而歐盟有前述一級法與二級法及歐盟法院判決之脈絡為基礎。

一、條文規定

第 159 條第 1 條規定適用於「受有不利益且具有應受保護特色之人群」與「在某活動之參與上比例較低之人群」。

第 2 條規定，本法並不禁止—但也不要求—雇主採行有利之措施，促使前項人士克服或減少其不利益，或使他們能參與原本低度參與之活動(職位)。

但依第 3 條，在給予特殊積極平權時，應基於「當 A 與 B 同時競爭任用與升遷時—正因為 A 具有保護特徵，與未具保護特徵之 B 相較下，A 應受較為有利的對待。」

第 4 條為第 2 條之適用前提，為歐盟法院自 *Kalanke* 案判決以來之結晶：

159(4)(a)-- A 與 B 兩位競爭者在進用與升遷上，具有同樣的資格；(b)雇主就該進用升遷並未預先有特別保護政策(p does not have a policy);(c)所採取的系爭措施合於目的之實現且須合於比例性。值得注意者為，本條項並沒有規定歐盟法院判決所稱「保留條款」(saving clause)。

第 5 條列舉「進用」(Recruitment)的範圍，包括提供職務工作機會、在訂定(勞動)契約上、在合夥事業、公司企業合夥人選擇上、在見習機會(訓練機會)(pupilage or tenancy)上、(私人企業)分配個人職務(office)、公部門推薦或同意任用上(an appointment to a public office)、提供個人尋求職務上等，均有本條之適用²⁸⁶。最後第

²⁸⁶ Equality Act Explanatory Note, at para. 521.並指出，本項規定突破以往雇主僅能針對提供訓練機會

6 條則是原則性規定，依據本法所為之積極平權措施不得有違反其他法律規定。



二、立法目的與沿革

本條目的是解決系統性和已存在之女性職涯玻璃天花板。並允許雇主採取積極行動，使他們的勞動力更多樣化，更能代表他們所服務的社區(representative of the communities they serve)。並突破過往立法，本法將積極平權措施擴大到各具有保護特徵的人群，不再僅限於種族。本法在歐洲法律允許的範圍內擴展可能的範圍，並適用於所有受保護的特性。

第 159 條本質上仍為積極措施，故其大致架構仍與第 158 條相同，包括各候選人具有「相當資格」的情況下，並由雇主決定哪位候選人最適合該工作的相關標準語判斷，這包括諸如工作適性(suitability)，工作能力(competence)和專業表現(professional performance)。本條不允許雇主制定一項政策自動進用具保護特徵之人群；每個案件都必須根據其客觀情況以及功績(merits)加以考慮。採取的任何行動必須是消除這種不利或參與代表比例不足的相稱手段始可行之。

第 159 條在立法初期，原本為第 158 條下(4)(b)款，然而由於其引發的討論與其本質上為積極措施有重大影響，第 159 條將進用(recruitment)與升遷(promotion)，禁止一項囊括全部的政策(blanket policy)--與所有進用招募有關的政策，但允許涉及任命(appointment)的原則性政策(general policy)。

後來該條款直接成為目前第 159 條，每個案件都須根據其案情加以考慮，並沿襲第 158 條之立法架構，不容許積極歧視，只是容許雇主在面對兩名有資格執行特定工作的候選人時，利用擴大勞動人口多樣性的理想，作為選擇的標準。

三、學界討論相關爭議--Tie breaker 未顯見於條文條件:equal merit

與鼓勵的方式，進一步成為真正職位給予職位之積極平權措施。資料來源：
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/notes/data.pdf>(最後造訪日期：2016/12/29)

在實務上，該規定允許雇主在面對在兩個以上候選人之間作出選擇，而這些候選人均具有相當資格，而考慮是否一個以其中參與比例代表不足或處於不利地位的群體(具保護特徵之群體)來取得最終職位，此情形這有時被稱為「選出最適決勝者」(tie-breaker)或「臨界點」(tipping point)。

「相當資格」(as qualified as)一詞在該法第 159 條之要件與第 158 條並無不同之處，然而仍是適用前提--只有在兩個(或多個)候選人符合相當資格的情況下才能在徵聘和晉升方面採取積極措施，在「選出最適決勝者」(tie-breaker)情形下適用積極措施規定：

1、雇主必須首先確定候選人具有「相當資格」。就此雇主應該制定一套標準，以便在申請工作時評估候選人。這可以考慮候選人的整體能力，能力和專業經驗以及任何相關的正式或學術資格，以及執行特定工作所需的任何其他素質。

2、然而上述標準制定，雇主應確保其標準對申請人不構成間接歧視，且並未歧視具有保護特徵的人群。

3、「相同功績」(equal merit)不等於同樣適合該工作。

4、雇主必須相當確信，最終人選符合積極措施條款所適用的所有標準，並且有客觀證據以支持其立場。就此，雇主應保留清楚的記錄，以支持他們的選擇決定。

針對以上規定，英國政府為便利民眾理解而有諸多解說²⁸⁷。本積極措施在學界最引起討論者，為競爭同一職位雙方條件高度相近而呈現高度拉鋸時之優先進用低性別比例問題，英國學界使用「突破(僵持)選出最終勝者」(tie-break provision)²⁸⁸一詞。這個問題涉及不同的平等觀，包括形式的、自由的激進的平等觀(formal, liberal

²⁸⁷ The Quick Start Guide to Using Positive Action In Recruitment And Promotion, Government EqualitiesOffice 資料來源：
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85014/positive-action-recruitment.pdf(最後造訪日期：2016/12/29)

²⁸⁸ 也有稱「相同績效條款」(equal merit provision)，C.M .Davies and M. Robinson, Bridging the Gap: An Exploration of the Use and Impact of Positive Action in the United Kingdom, 16 International Journal of Discrimination and the Law,83,87(2016).

and radical approaches to equality of opportunity), 解釋上非無疑問。

首先, 第 159 條為允許而非義務的(permissive), 而非強制性規定, 從文義上及通說主張, 該條並未禁止也未立法要求, 而是委諸公部門主體的裁量²⁸⁹。

故在此爭論點在於, 英國 2010 平等法第 149 條所規定之公部門平等職責, 其重點在於使該公部門之核心達到「提升平等」(advance of equality), 故在第 158 條與第 159 條之積極措施的適用上, 「至少」要將促進平權、消除歧視內涵納入考量。也因此, 本說主張以公部門平等職責(PESD)面向來說, 第 159 條規定若被理解為積極措施旨在糾正「間接歧視」, 則其並不全然為自願性條款²⁹⁰(not entirely voluntary)。

其次, 英國傳統以來採行一種自由主義式的觀點, 只有在種族與身障者保障上才有較明顯的優先進用升遷措施, 但在前述歐盟四大判決之下, 本次立法已經逐漸脫離自由主義式觀點²⁹¹。這些規定太過抽象, 成效如何有待實務發展; 2016 年文獻指出, 在對企業界所進行調查發現, 企業主對於條件相同時優先進用低性比例者之規定採行非常謹慎態度, 甚至有嚴重關切(evident wariness)²⁹²

第 159 條規定, 在雇主合理地認為具有受保護特徵的人在部門機構中參與代表比例不足或其遭受與具保護特徵有關不利益時, 可以採用積極的招聘(進用)和升遷措施²⁹³。

²⁸⁹B. Hepple, *Equality: The Legal Framework*. Second Edition, Oxford and Portland, Oregon: Hart publishing, 155 (2014)指出, 以當代管制而言, 本法係採用一種具有被課予義務之自我管制(enforced self-regulation)

²⁹⁰ C.M .Davies and M.Robinson, Bridging the Gap: An Exploration of the Use and Impact of Positive Action in the United Kingdom, 16 International Journal of Discrimination and the Law, 83,91(2016)

²⁹¹ N. Johns, S. MacBride-Stewart, M. Powell, A. Green, When is Positive Action Not Positive Action? Exploring the Conceptual Meaning and Implication of the Tie-break Criterion in the UK Equality Act 2010, 33(1) *An International Journal*, 97,99-110 (2014)

²⁹² C.M .Davies and M.Robinson, *supra* note 290, at 93-97

²⁹³官方所提出民間成功案例: Hogan Lovells(2014)

自 2012 年以來, Hogan Lovells 制定了一項全球多樣性計劃, 重點關注為對於擁有才能的女律師職涯發展, 一直是其關鍵優先事項。對於全球和地方多樣性活動, 欲解決該公司內部對於女性前往更高階職位進步的障礙。除明確規定了女性合作夥伴數目, 以及女性於管理職能方面的目標和具體目標, 以及實現這些目標所需的具體可衡量的時程步驟。在其所屬的重要管理機構及區域辦公室管理合作夥伴, 均須根據該計劃的目標達成進展加以負責, 為了推進該地區辦公室所負責之性別目標, 每個辦事處現在都有一個合作夥伴級別的多元化中心。除對於有抱負的女律師有吸引力的工作環境外, 對於男性/女性受訓人員, 員工和領導級同事採取廣泛甚至分散的人員配置。然而過去這種作法經內部多樣性統計數據指出, 女性未能以與男子相同的速度升到合夥人。 2014 年數

第五節小結



英國 2010 年平等法對於我國之啟發為：

(一)、其將九種具保護特徵之族群之六種常見歧視類型²⁹⁴加以規定，進一步在諸多特別領域為精確的規定。所以係完成單一一部平等法；換言之，其以一部法典課予公私部門單一責任(singular responsibility)。相較而言，我國對於積極平權措施之立法係分散於老人福利法²⁹⁵、兒童暨青少年福利法、身心障礙者保護法、性別工作平等法、性別教育平等法等，對於保護對象與面向仍有不足。最典型為對身障者之積極平權措施，多規定於身心障礙者權益保護法。大法官解釋則列有第 290 號、第 649 號解釋、第 719 號解釋等，學者孫迺翊著文從我國自 2016 年 5 月經立法院二讀通過之「身障者權利公約」，對於身障者之「合理對待」(reasonable accommodation)，打造身障者無障礙空間²⁹⁶。

據該公司在倫敦的合作夥伴中有 23% 是女性。該公司指出，雖然數據遠高於其他競爭對手，但仍有進步空間。關注重點在於女性於公司內部的伙伴關係和其在管理職位方面的進展。根據本法所採取的積極措施包括以下：2012 年，該公司全球多元化計劃得到了公司的國際管理委員會和董事會的支持。該計劃設定目標為 2017 年達到至少 25% 的女性夥伴關係，2022 年達到 30%，2015 年達到 30%。其進程管理透明度和公共報告均為本計劃的重要組成部分，內部高層的支持，包括區域辦公室管理，其合夥人選及其指定的合作夥伴，追求各領導級別性別多元化，並由區域管理合夥人負責監督。迄今已達成 2015 年 30% 的女性在管理崗位的目標，針對訪談的女性候選人的反應，該公司被認為是女性律師的首選。其他成就還包括保留女性在人才的繼任計劃和改進方法。特別是，由於此領導計劃造成女性候選人人數增加 2013 年，46 名婦女參加，而 2012 年有 39 名婦女。此外重新制定了該公司彈性工作政策，與員工進行了工作選擇的討論，並成立了一個全球敏捷工作小組，目標是考慮如何以彈性並靈活運用方式作為可接受和積極的方式來增進效能。其他在民間女性網絡參與。如在國際婦女節活動中，該公司有超過 150 名女性參加，這是正常出席率的兩倍。種種措施的達成，該公司在於性別多元化的基礎上贏得了大部分客戶。顯見，民間大眾對該公司性別多元化目標的承諾有感，並在這方面發揮了招攬顧客關鍵作用。 案例資料來源：
<https://www.gov.uk/government/case-studies/think-act-report-hogan-lovells>(最後造訪日期：2016/12/29)

²⁹⁴英國 2010 年平等法所禁止之行為(prohibited conduct)，規定於第二篇第 2 章，自第 13 條至 27 條，包括如下六種：禁止歧視部分含直接歧視(第 13 條)、間接歧視(第 19 條)、禁止出於身障之歧視(第 15 條)、對於身障者之調整責任(第 20 條；Duty to make adjustments for disabled persons)、騷擾(第 26 條)、報復使權益受害(第 27 條；victimization，指雇主使某一員工受到損害(detriment)，而這係出於該員工為自身利益而採取或可能採取措施，或支持其他具保護特徵之第三者提起本法所許可之爭訟。

²⁹⁵本法於最後一次修訂於民國 104 年 12 月 09 日，其適用範圍年滿六十歲之國民。本法之立法意旨在於維護老人尊嚴與健康，延緩老人失能，安定老人生活，保障老人權益，其中包括生活津貼之發放、標準以及其他老人福利政策等。主管機關至少每五年舉辦老人生活狀況調查出版統計報告以掌握現今社會老化狀況。

²⁹⁶進一步文獻請參閱孫迺翊(2016)，〈無障礙／可及性、合理調整與平等不歧視原則〉，《臺大法

(二)、其要求公部門主體或其他受委託而承辦「公共功能」之私部門主體，須就其所掌領之部門領域，必須踐行「平等影響評估」或「平等分析」，性質上為自行衡量之內部平等報告(含相關資料之蒐集)，且對於較大雇用規模者(例如擁有 150 人以上雇員)課予公布前述文件，主要報告內容包括該部門(領域)其年度所制訂之內部欲達成之平等目標與措施，以及課予年度公告，近期實際改善情形。部分地區例如威爾土地區，立法者明訂完成公布期限，其公布方式與管道均不限，但使大眾得以接觸(access)。這個模式一般被稱為「反思性管制」(reflexive regulation)，立法者並不窮盡規定或強硬規定，而是留予適用主體相當之自主空間，並經由資訊公開而促使公共監督成為可能。這個模式我國固然也有採用(詳見第二章第二節)，但並未法律化且執行上流於形式，並未相當之注意。

(三)、就比較法之先行簡單觀察而言，我國性別工作平等法並未明文規定公部門「平等影響評估」或「平等分析」之責任。而是在我國「性別平等政策綱領」中提及²⁹⁷。由研考會制頒「性別影響評估」，但只限於行政院重大中長程計畫與法律案，並非針對所有政策，而且沒有法律位階，各部會則是逐漸發展中。

(四)、英國對於公部門積極平權責任之衡量要素不限於「補償理論」，而是包括如下，使得相關主體有更大的衡量與形成空間：

1、禁止歧視(eliminate discrimination, harassment, victimisation) and any other conduct that is prohibited by or under this Act;

2、強化弱勢群體與大眾間之機會平等(advance equality of opportunity between

學論叢》，45 卷特刊，頁 1163-1228。

²⁹⁷ 其中指出，「研考會(按，已經與行政院經濟建設委員會合併成為「國家發展委員會」)更研擬了『性別影響評估』，將行政院重大中長程計畫與法律案修訂納入性別觀點，建立各種指標及管考機制；各部會也逐漸發展具促進婦女權益或友善性別的專屬業務。在每一次法規與政策的推動改革上，雖無法立即改變社會文化及行政體系中既有的性別關係，但能將性別觀點逐漸帶入到政府各項施政計畫中，使國家資源能做最有效且公平的配置，何嘗不是國家邁向文明與實質性別平等的重要里程碑！」行政院性別平等處，性別平等政策綱領編輯委員會，所出版「性別平等政策綱領」，頁 15。100 年 12 月。資料來源：<http://www.gec.gov.tw/cp.aspx?n=363DC330E476B467> (最後造訪日期：2016/12/18)

persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it)

3、促進「具保護特徵者」與大眾之間之良好關係(foster good relations between persons who share a relevant protected characteristic and persons who do not share it.)

(五)、英國針對公部門與私部門引進「積極平權措施」(positive action)但並非為強制性規定，仍給予雇主自主決定，適用於進用(recruitment)與升遷(promotion)之個案決定以及除此之外之決定(例如訓練機會之分配、招募人員之廣告或通知對象)。就進用與升遷之個案決定，雇主仍須遵守歐盟法發展以來之「相同條件」(as qualified as)、「保留條款」(Saving clause)與「合比例原則」(proportionality)。

(六)、—不單是傳統上禁止歧視類型，更增添積極措施之責任。此外，原先多搭配於身障者之「合理調整」(Reasonable adjustment)責任也擴張到各種弱勢族群領域，同時，對於其實質內容也有放寬，以身障者為例，不再僅對於提供無障礙環境，且對於其於工作領域(work，第五篇)，尚課予雇主須對於其身體狀況必須先為雇用前之詢問。

(七)、以上顯示英國對於個案進用升遷之決定，仍採取傳統之態度，公私部門被鼓勵，但不強迫其採取「積極措施」，即使採行也須符合歐盟判決所確立之要求。英國法最顯著特色從而在於公私部門「適當衡量」、作成「平等影響評估」或「平等分析」及「接受公開揭露之公共課責」與「反思性管制模式」。

第五章我國法之檢討



於比較歐盟法、德國法、英國法之後，得進入我國法之討論。

先前章節顯示，歐盟法與英國法均採行個人平等權出發之積極平權措施。但並非為強制性規定，仍給予雇主自主決定，適用於進用(recruitment)與升遷(promotion)之個案決定以及除此之外之決定(例如訓練機會之分配、招募人員之廣告或通知對象)。就進用與升遷之個案決定，雇主仍須遵守歐盟法發展以來之「相同條件」(as qualified as)、「保留條款」(Saving clause)與「合比例原則」(proportionality)。其不單是傳統上禁止歧視類型，更增添積極措施之責任。德國聯邦於 1994 年修憲，學界已趨一致：首先，女性優先保障名額只能適用於以下情形：女性係蒙受社會結構上不利益之下所應受到補償為正當化理由，所以若立法者明顯地旨在每一個薪資群(約指職等)或功能層級(約指官等)都追求「性別等比例性之目標」(das Ziel paritätischer Repräsentanz)，則有違憲的嫌疑。女性保障名額之積極平權規定，並不是集體權，而是類型化觀察的結果。女性公務人員優先進用升遷之規定對於男性競爭者之構成不利益，而且也對於公務人員法制體系之績效原則帶來衝擊，二者皆為憲法所明定而為「憲法位階之法益」，與女性之優先升遷之積極促進平等規定之間，應進行「利益衡量」(Güterabwägung)，以「創造出實踐之和諧」(die Herstellung praktischer Konkordanz)，使兩方衝突的法益能得到「最適化之實現」。

我國現行規定可分為憲法、法律與政策，後者主要為「行政院性別平等政策綱領」。憲法面主要為憲法第 7 條平等權(有爭論)及基本國策中之女性保障條款。後者指第 156 條「國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施女性兒童福利政策」與增修條文第 10 條第 6 項「國家應維護女性之人格尊嚴，保障女性之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」。為求精確，以下只針對較具直接性之後者，加以討論。

第一節我國現行規定



我國現行規定包括憲法、法律與政策(性質上為法規命令或行政規則)，法律包括一般法律與公約施行法。

壹、憲法

一、憲法之積極平權與禁止歧視之規定

我國憲法本文與增修條文有若干性別積極平權規定，但整體而言過於零碎與間接，而有待解釋。

首先，憲法本文第 64 條第 2 項，亦即，立法委員選舉，女性在第 1 項各款之名額，以法律定之；第 134 條規定，各種選舉應規定女性當選名額，其辦法以法律定之。第二大類的規定，為憲法增修條文第 4 條第 2 項：「前項第一款依各直轄市、縣市人口比例分配，並按應選名額劃分同額選舉區選出之。第三款依政黨名單投票選舉之，由獲得百分之五以上政黨選舉票之政黨依得票比率選出之，各政黨當選名單中，女性不得低於二分之一。」這規定為明確的女性保障名額規定，但須否對女性有一定學經歷資格要件之限制？對於男性競爭者是否構成逆歧視？為了避免逆歧視，是否應有名額比例之限制，而上述比例是否過當或不足？

其次，對於性別積極平權之一般性規定，憲法本文第 7 條平等權旨在追求實質平等，其是否包括積極平權，我國學者見解不一，而有待討論。

第三，基本國策中對女性保障(第 156 條，國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施女性兒童福利政策)，增修條文第 10 條第 6 項「國家應維護女性之人格尊嚴，保障女性之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」。這些規定性質上為基本國策，其是否含有憲法委託之意涵，憲法委託是否意味立法者有較大的裁量權(如陳新民大法官於釋字第 719 號解釋部分協同部分不同意見書所稱「高度裁量空間」)？其與憲法第 7 條禁止性別而為之歧視之關係(亦即對於男性

之逆歧視)，究竟處於如何之關係，也有待討論(歐盟法認為女性積極平權係出於女性處於不利益地位之補償，但並非集體權，相關積極平權措施應合於目的性與比例性；德國法亦然，而且採行基本權衝突之理論)。

以上顯示，在憲法層次而言，吾人應找尋性別積極平權措施之憲法依據及其所影響到的相對人的基本權(對男性競爭者之逆歧視)

二、憲法之公務人員制度之功績制原則

我國憲法第 85 條「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，...非經考試及格者，不得任用」，以及憲法增修條文第 6 條將公務人員考試(含法制與執行)及公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休(含法制與執行)以及公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項(只有法制)，劃交考試院，另外，從憲法第 18 條人民有應考試服公職之權。都可以論證得出，我國對公務人員制度係採功績制原則²⁹⁸。

學者李惠宗指出，所謂「功績制度」係指公務人員與專門職業技術人員之選拔，完全以才能智識為準，知識能力愈高，可以考取愈高等級的公務員與專門職業技術人員(薪水或收入當然愈高)，由於公務員的「名額有限」，專門職業技術人員亦具有競爭性，故各種考試須以公開競爭方式為之。憲法之所以如此詳盡規定，「無非貫徹功績制度，並務求公平，摒棄分贓制度的公務人員選任制度」²⁹⁹。

蘇永欽大法官於釋字第 717 號解釋協同意見書指出，憲法第 18 條規定的人民服公職權，配合考銓制度的完整規定，顯示我國制憲者有意建立「現代化、中立而有效能的公務體系」，也指向功績制原則。

公務人員制度之功績制與男女積極平權，兩者之間究竟有如何的關係，立法者應為如何整體衡量？

²⁹⁸ 參考，董廷璽(2005)，〈美國聯邦功績制保護委員會之研究〉，臺北：臺灣大學政治學研究所，碩士論文。

²⁹⁹ 參見李惠宗(2012)，《憲法要義》，六版第一刷。台北：元照出版，頁 326-327。

貳、法律

憲法層次的討論旨在建立框架或指引，具體的制度則有賴法律規定。

我國在法律層次規定仍然多所缺漏，以下略作檢索。



一、公務人員法律

我國公務人員任用法、公務人員考績法、公務人員升遷法並沒有女性優先任用升遷名額規定。其次，如後所述歐盟法、英國法、德國法對於女性保障名額均設定「男女競爭者須具有相同之資格條件」要件，在進用升遷個案中就此的審查標準與程序具有重要性，以上法律並沒有特別的規定。

二、地方制度法

我國地方制度法第 33 條第 4 項規定，各選舉區選出之直轄市議員、縣(市)議員、鄉(鎮、市)民代表「名額達四人者，應有女性當選名額一人；超過四人者，每增加四人增一人」，係於區域選舉保障女性當選名額。

三、性別保障之法律

我國對於性別的保障共有兩個重要的法律。首先為「性別工作平等法」(民國 105 年 05 月 18 日修正)。該法條文於公務人員領域原則上也有適用，見第 2 條規定：「本法於公務人員、教育人員及軍職人員，亦適用之。但第三十三條、第三十四條、第三十八條及第三十八條之一之規定，不在此限(第 2 項)。公務人員、教育人員及軍職人員之申訴、救濟及處理程序，依各該人事法令之規定(第 3 項)。

第一章為總則，第 1 條規定立法目的，「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神，爰制定本法」，有男女積極平權之用詞，但畢竟在總則章沒有進一步條文，而於後述歐盟 1976 年指令及 2006 年指令，有所不同。

第二章規定「性別歧視之禁止」，屬於憲法平等權之禁止歧視之範疇，非屬「積極平權」，不在本文討論範圍；第三章性騷擾防制，亦然。第四章「促進工作平等措施」，規定女性員工之生產假、分娩前後之請假、育嬰留職停薪與復職、每天減少工作時間或調整工時以育兒、哺乳時間、家庭照顧假、雇主於雇用 100 雇員以上者，必須提供哺(集)乳室及托兒設施或適當措施。此處的女性保障條款固然有多種，但畢竟沒有任用與升遷上之「女性優先保障名額」條款，而與德國法及歐盟法有別(詳見第四章)。

第二個為「性別平等教育法」。本法之目的，在於促進性別地位之實質平等，消除性別歧視，維護人格尊嚴，厚植並建立性別平等之教育資源與環境(第 1 條)。性別平等教育旨在以教育方式教導尊重多元性別差異，消除性別歧視，促進性別地位之實質平等。而學校包括公私立各級學校。

其第二章規定「學習環境與資源」、第三章為「課程、教材與教學」、第四章為「校園性侵害、性騷擾及性霸凌之防治」、第五章為「申請調查及救濟」，應與積極平權措施沒有關連，所以原則上不予討論。

該法值得注意者，為各級委員會組成之性別比例規定，與考績委員會之組成相近³⁰⁰，甚至局部更為強烈。該法第 7 條規定：中央主管機關之性別平等教育委員會，置委員十七人至二十三人，採任期制，以教育部部長為主任委員，其中女性委員應占委員總數二分之一以上；性別平等教育相關領域之專家學者、民間團體代表及實務工作者之委員合計，應占委員總數三分之二以上。第 8 條規定，直轄市、縣(市)主管機關之性別平等教育委員會，置委員九人至二十三人，採任期制，以直轄

³⁰⁰我國公務人員考績法施行細則有關考績委員會之組成。依據公務人員考績委員會組織規程第二條於民國 104 年 9 月 21 日修正時，已經於第三項引入性別比例規定。其規定：考績委員會委員之任期一年，期滿得連任(第 1 項)。考績委員會置委員五人至二十三人，除本機關人事主管人員為當然委員及第六項所規定之票選人員外，餘由機關首長就本機關人員中指定之，並指定一人為主席。主席因故未能出席會議者，得由主席就委員中指定一人代理會議主席(第 2 項)。考績委員會組成時，委員任一性別比例不得低於三分之一。但受考人任一性別比例未達三分之一，委員任一性別人數以委員總人數乘以該性別受考人占機關受考人比例計算，計算結果均予以進整，該性別受考人人數在二十人以上者，至少二人(第 3 項)。

市、縣(市)首長為主任委員，其中女性委員應占委員總數二分之一以上；性別平等教育相關領域之專家學者、民間團體代表及實務工作者之委員合計，應占委員總數三分之一以上。第 9 條規定，學校之性別平等教育委員會，置委員五人至二十一人，採任期制，以校長為主任委員，其中女性委員應占委員總數二分之一以上 (!)，並得聘具性別平等意識之教師代表、職工代表、家長代表、學生代表及性別平等教育相關領域之專家學者為委員。

四、消除對女性一切形式歧視公約施行法：儘管引入性別積極平權，仍留下諸多問題

我國於民國 100 年 6 月 8 日公布「消除對女性一切形式歧視公約施行法」。第 1 條規定，為實施聯合國一九七九年消除對女性一切形式歧視公約³⁰¹(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)(以下簡稱本公約)，以消除對女性一切形式歧視，健全女性發展，落實保障性別人權及促進性別平等，乃制定本法。本論文之關懷，為該公約之積極平權規定。

該公約第 4 條儘管引進性別積極平權規定，仍然留下諸多解釋適用的問題，例如其目的「為加速實現男女事實上的平等」，而且所得採取為「暫行特別措施」，這目的與手段的考量為何？其次，消除對婦女一切形式歧視公約施行法只是法律層級，所以不是憲法位階。第三，消除對婦女一切形式歧視公約施行法當中，並不是直接將我國現行諸多法律立即修改一次到位修改完成，而是由各機關檢討改進³⁰²。在檢討改進的時候仍不免碰到其他法律規定或其他憲法條文，所以憲法層次的積極

³⁰¹ 資料來源:行政院性別平等會，消除對女性一切形式歧視公約專區
<http://www.gec.ey.gov.tw/news5.aspx?n=0FA95BAEF8038564&sms=6E4F72C75BA15E25>
(最後造訪日期:2016/10/17)

³⁰² 該施行法第 3 條規定，適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國消除對婦女歧視委員會對公約之解釋。第 4 條規定，各級政府機關行使職權，應符合公約有關性別人權保障之規定，消除性別歧視，並積極促進性別平等之實現。第 5 條規定，各級政府機關應確實依現行法規規定之業務職掌，負責籌劃、推動及執行公約規定事項，並實施考核；其涉及不同機關業務職掌者，相互間應協調連繫辦理。

平權規定之找尋，仍有意義。



五、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

我國於民國 98 年 3 月 31 日制定「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」。其中，經社文公約有諸多保障兩性於勞動與生活領域之權利，例如第 7 條規定締約國確認人人有權享受公平與良好之工作條件³⁰³，第 8 條參與工會權利，第 9 條規定締約國確認人人有權享受社會保障(包括社會保險)等。依學者張文貞引述經社文公約委員會之具體改善建議而指出(以下逐字)：締約國必須保證在法律及實際情形下，男女均享有公平獲得工作的機會；公私營單位都必須提供男女適當之職業訓練，使其平等享有工作權。此外，締約國應保證同工同酬，輔以適當之托兒機構與家庭扶助政策，以減少男女在兼顧家庭及職業時所遇之障礙

177。《經社文公約》第 8 條保障受僱者組織工會的權利，在落實性別平等的目標下，這表示女性亦有權加入工會；委員會特別關注幫傭工人、農村婦女、在家女性等加入工會的權利保障。此外《經社文公約》第 9 條也要求婦女享有社會保險、平等地享有社會福利及退休保障之權利；婦女應有產假、男子應有陪產假、且男女都必須享有育兒假³⁰⁴。

以上都是本公約施行上的具體要求(制度)，我國既然制定施行法，就應該一併加以繼受。但這些仍然屬於法律層次，不得抵觸我國憲法，而且其也有待我國檢討修正有關法律而加以落實，在檢討時仍不免發生諸法律間之衝突與協調問題。

³⁰³ 尤須確保：

(一)所有工作者之報酬使其最低限度均能：(1) 獲得公允之工資，工作價值相等者享受同等報酬，不得有任何區別，尤須保證婦女之工作條件不得次於男子，且應同工同酬；(2) 維持本人及家屬符合本公約規定之合理生活水平；

(二) 安全衛生之工作環境；

(三) 人人有平等機會於所就職業升至適當之較高等級，不受年資才能以外其他考慮之限制；

(四) 休息、閒暇、工作時間之合理限制與照給薪資之定期休假，公共假日亦須給酬。

³⁰⁴ 張文貞(2014)，〈性別平等之內涵與定位：兩公約與憲法之比較〉，《國立台灣大學法學論叢》，43 卷特刊，頁 771-838，頁 815。

六、對跨性別者之適用問題

我國以上法律並沒有規範女性(傳統以來之弱勢群體)優先進用升遷，遑論針對跨性別者³⁰⁵。

就現行法律之解釋適用，跨性別者得「類推適用」低性別比例者。為求周延，而且因為涉及另一性別比例者之逆歧視，理想上，應於前述各該法律中明定跨性別比例者之保障。

七、有關公部門之進用人員之適用問題

我國公部門的服務人員，可分為公務人員與非公務人員，前者係指依公務人員任用法，經考試及格任用者而取得正式公務職位者，此外也得包括依「派用人員派用條例」³⁰⁶及依「專門職業及技術人員轉任公務人員條例」所進用之人員。我國依聘任人員之聘任條例所聘任者，係以契約進用，但性質上為公務人員。我國公務體系之非公務人員，包括聘用、約僱之人員，係以契約進用，不具有公務人員之終身職保障，所適用的規範為「聘用人員聘用條例」、「行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法」。

對於女性之優先進用升遷，我國現行公務人員法律與性別工作平等法等並無規定，遑論對於公部門契約進用人員。由於公務人員與契約進用人員(不具終身職保障)還有一定的差距，所以法律適用上，似乎較難類推適用。此外，為求精確，並符合對另一性別逆歧視禁止之保障，未來仍應修法明文規定。

就契約進用部分，我國學界意見不一，而有主張行政契約說與私法契約說。就此類人員中之低性別比例者之保障，一說主張，若採「對國庫效力之理論」，則可

³⁰⁵ 這是口試時一位老師的提問。

³⁰⁶ 該條例已經於民國 104 年 06 月 17 日廢止，同時修正增訂公務人員任用法第三十六條之一條文、第三十六條條文，對於原依派用條例進用之現職人員，加以保障。

以導引出此類人員也得主張優先進用升遷之保障³⁰⁷。本論文認為，本處涉及另一性別比例者之逆歧視問題，宜以法律明文規定；即使從基本權之對國庫效力理論，也應注意本案類型涉及逆歧視問題，而有別於其他之國庫行為類型。



參、現行政策

我國現行性別主流化的立法主要有性別工作平等法、性別平等教育法，主要仍是針對禁止歧視，非屬法律而為政策層次的方案乃具有重要性，主要有二³⁰⁸。

一、「行政院性別平等政策綱領」，尤其三分之一名額規定

現行政策為「行政院性別平等政策綱領」。其係由行政院女性權益促進委員會(自民國 101 年 1 月 1 日起更名為行政院性別平等會)第 36 次委員會議於 2011 年 9 月 7 日召開，通過「性別平等政策綱領」，並於 100 年 12 月 2 日奉行政院核定，作為未來性別平等政策指導方針，並由 101 年成立之行政院性別平等處主政，規劃我國性別平等施政藍圖。該綱領整體架構為總論及 7 篇專論(核心議題)，內容以三大基本理念、七大核心議題、四項論述架構為主。

與本論文相關者，為第一篇的「權力、決策與影響力」。其提出「政策願景與內涵」，包含：1、權力的平等：縮小職位上的性別差距；2、決策的平等：降低參與上的性別區隔；3、影響力的平等：使決策具備性別敏感度；4、建立性別間的平等，也建立性別內的平等；5、亞洲標竿，接軌國際。

其中，權力的平等：縮小職位上的性別差距，在國家事務、市場經濟或社會組織中，對於具有決策權力的職位，縮小男女兩性在數量上的差距。雖然數量的平衡

³⁰⁷ 這是口試時，一位老師的提問。

³⁰⁸ 2016 年行政院所舉辦之性別研討會及其他相關研究報告，行政院進一步指出，相關亮眼的表現包括改善出生嬰兒性別比、縮小男女性教育落差、提升女性參與決策的機會與管道、女性勞動參與率逐年成長及性別薪資落差日益趨減等，使我國的性別平等狀況在亞洲國家居於領先的地位。此外，行政院表示，面臨人口少子化及高齡化的衝擊，政府已著手規劃托育、長照、就業三合一政策，期整合資源建構優質、平價、普及的社區整體照顧體系。同時研擬如何提升僱主雇用中高齡女性、提供更為彈性的工作時間與地點等措施，以創造有利於女性的就業環境。

並不等於實質的平等，但是仍舊是平等的重要指標與基礎³⁰⁹。

其下之「具體行動措施」有「提升女性參與機會，擴大參與管道」，內容主要為三分之一之女性保障名額規定³¹⁰；持續推動並擴大實行三分之一性別比例原則，又可分為三個部分：

(一)、針對政務官

我國政務官的性別比例並未有法律規範，而是植基於總統的競選承諾。然而，除內閣閣員外，考試委員、監察委員、與大法官也是總統任命職。因此針對總統任命職的部分，修改相關法令，設定性別比例。

(二)、針對行政院所屬各部會的委員會、國公營事業董監事會

2004 年行政院婦權會決議行政院所屬各部會的委員會都應符合三分之一性別比例原則以來，委員會治理的部分已經廣泛適用性別比例原則，未來持續推動外，將性別比例原則擴展至國公營事業董監事會、政府出資或贊助超過 50% 之財團法人董

³⁰⁹ 第二點以下為：

(2)決策的平等：降低參與上的性別區隔，女性與男性在參與上的性別區隔同時存在垂直的區隔與水平的區隔。水平的區隔肇因於正式職位上所存在的差距，因此在國家事務上擴大非政府組織的參與管道以及提高政策的透明度有助於降低水平區隔。垂直的區隔則與性別刻板印象有關，因此在市場經濟與社會組織中突破與性別有關的參與限制、在家庭生活中，建立兩性共同參與的文化，都有助於增加決策上的性別平等。

(3)影響力的平等：使決策具備性別敏感度，男女生命經驗有所不同，為促進兩性從國家事務到家庭生活影響力的平等，應使女性的經驗也能夠受到相同重視、感受得到認可、觀點獲得肯定，才有可能使相關決策具備性別敏感度。

(4)建立性別間的平等，也建立性別內的平等：除了建立性別間之平等，也應從多元的角度，增加性別內之平等。增加原住民、新移民、老年、農村及偏遠地區女性參與決策的機會，並且在相關決策中，不但具備性別敏感度，也對於不同年齡、職業、階級、文化、族群、及居住地之女性的經驗與觀點，具備敏感度。

(5)亞洲標竿，接軌國際：近年行政院主計處對於臺灣性別權力測度的計算，顯示臺灣在亞洲國家中排名不弱。我國在政治場域中兩性差距持續縮小有助於性別權力測度的提陞，未來若能在經濟場域中有效降低性別差距，在社會福利與勞動參與領域中致力性別平等，則無論是就性別權力測度或性別發展指標而言，我國都有機會成為亞洲性別平權的標竿。在性別平權上我國若能引領亞洲接軌國際，不但有助於提陞我國的國際地位，也能使性別平權的國際趨勢與國內進程相互援引，良性互動。資料來源：行政院性別平等處，性別平等政策綱領編輯委員會，所出版「性別平等政策綱領」，頁 35-36。100 年 12 月。

³¹⁰ 行政院性別平等委員會，「性別平等政策綱領」，頁 37。資料來源：

<http://www.gec ey.gov.tw/cp.aspx?n=363DC330E476B467>

(最後造訪日期：2017/03/30)

監事會與社團法人之理監事會等³¹¹。



(三)、針對公務人員

公職人員簡任官的拔擢或是升任簡任官前的九職等官員，以單位為基礎，在資歷相當情形下，優先晉升少數性別，以達到各單位中每一職等符合三分之一性別比例為原則。

這些規定通通規定三分之一性別比例，一般而言之有無過當或不足？其次，應否考量不同部門(例如國安、調查、海巡、消防、警察、監獄管理)而有不同比重？

二、行政院所屬各機關推動性別主流化實施計畫

我國為推動行政院性別主流化施政，於行政院之下設有委員會，先前稱為「行政院婦女權益促進委員會」，民國 101 年 1 月 1 日行政院院本部組織改造時於行政院內成立性別平等處(為我國第一個性別平等專責機制)，並將該會擴大為「行政院性別平等會」。性別平等處擔任性平會的幕僚工作，統合跨部會各項性別平等政策，督導中央各部會及地方政府落實性別主流化，使政府整體施政能落實性別平等及納入性別觀點³¹²，為我國性別主流化之重要推手。

以上的委員會向政府提出相關的各項政策綱領與建言，如民國 89 年所提出的「跨世紀婦女政策藍圖」、民國 83 年通過的「婦女政策綱領」、如民國 84 年起通過各部會訂定「性別主流化實施計畫」，具有重要意義³¹³。現行版本為「行政院所

³¹¹ 我國有非常多的公設財團法人，其中政府捐資的比重佔據相當部分，所以政府擁有過半或居於優勢地位之官股席次；我國也有為數眾多的國營事業，主管部會對於這兩方面的董監事席次有相當的掌握權。這些領域都應該納入積極平權之適用範圍。本處限於政府出資或贊助超過 50% 之財團法人董監事會與社團法人之理監事會，仍得擴大適用範圍。

³¹² 詳細沿革歷史請參見楊婉瑩(2004)，〈婦權會到性別平等委員會的轉變：一個國家女性主義的比較觀點分析〉，《政治科學論叢》，21 期，頁 117-148。

³¹³ 歷次實施計畫的重點為：1、於 94 年 12 月通過「行政院各部會推動性別主流化實施計畫(95 至 98 年)」，分培訓、試辦及推廣 3 個階段協助各部會逐步落實性別主流化工作。2、前本院婦權會續於 98 年 12 月通過「行政院各部會推動性別主流化實施計畫(99 至 102 年)」，以重要中長程個案計畫及法律修訂進行性別影響評估為推動主軸，廣續推動性別主流化工作。3、「行政院各部會推動性別主流化實施計畫(99 至 102 年)」執行期程至 102 年底屆滿，實施以來各部會推動成效良好，重要成果計有：各部會均已訂定推動性別主流化實施計畫並成立性別平等專案小組；全面實施重要中長程個案

屬各機關推動性別主流化實施計畫(103至106年度)」(民102年10月28日行政院院臺性平字第1020150856號函)³¹⁴。實施計畫當中規定「性別影響評估」，與英國「平等影響評估」相近，值得觀察。



第二節我國憲法之積極平權依據與解釋

於羅列我國現行條文與政策之後，於進入法政策之討論前，應對於我國憲法及公約施行法之精義，加以討論，以釐清體系性之指引。

壹、憲法第7條作為男女積極平權之規範依據？

憲法第7條規定，男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。單就文字以觀，其近似於德國基本法第3條第3項。我國留德學者多以「法律上平等/事實上平等」此組概念而為討論。

一、屬於基本權的一種

本條規定於憲法「第二章人民之權利義務」，顯示性質上為基本權之一種，從而得為主觀公權利³¹⁵。我國一說將平等權界定為平等原則，但也有兼採二者之見解。從憲法本文將平等權規定於第二章人民之權利義務以觀，以及從基本權才能銜接到基本權之功能(主觀之防禦權與客觀之價值秩序，後者又得包括給付請求權/分享

計畫及法案報行政院審議前應進行性別影響評估；各部會網站建立性別統計專區及持續充實指標；推動中央及地方公務人員應接受性別主流化訓練。4、為持續精進性別主流化工作，及強化性別觀點融入各機關業務，以落實執行「消除對婦女一切形式歧視公約」(以下簡稱 CEDAW)所要求採行之措施，提升性別平等業務成效，爰訂定本實施計畫，除續行各項工具外，將以強化於重要性別平等業務中運用性別主流化工具，融入性別觀點，達成促進性別平等成果為推動重點。資料來源：行政院各部會推動性別主流化實施計畫，行政院性別平等處官方網頁

http://www.gec.ey.gov.tw/Content_List.aspx?n=DE4C0FE1DE37E6E0

(最後造訪日期：2016/10/23)

³¹⁴ 資料來源：行政院各部會推動性別主流化實施計畫，行政院性別平等處官方網頁

http://www.gec.ey.gov.tw/Content_List.aspx?n=DE4C0FE1DE37E6E0

(最後造訪日期：2016/10/23)

³¹⁵ 基本權的性質，為人民生而有之(man is born free and equal)，旨在對抗國家，立法者必須出於正當事由始得限制之，而且應以法律為規定。

權功能、制度性保障功能、行政組織與程序保障功能、國家保護義務功能等)，以及司法院大法官對於法律之侵害基本權保障之違憲審查制度，吾人應可認憲法本文第 7 條為平等權。

平等權與自由權有所不同。學者李惠宗指出³¹⁶，平等權係一基礎性之基本權，其本身並無意義，而必須與其他基本權競合，而成為複數基本權，例如考試權與平等權競合而成為「考試平等權」；工作權與平等權競合而成「工作平等權」；訴訟權與平等權競合而成「訴訟平等權」，大法官解釋稱為「訴訟權之平等保障」。吳信華也指出³¹⁷，平等權的本質必然依附(或聯繫)於某個基本權利方能有所表徵。

二、平等權非指機械式之平等，而是指實質平等

大法官於解釋中將第 7 條平等界定為涵蓋「實質平等」：就憲法第 7 條平等權，司法院大法官關於平等之見解，大法官看法為涵蓋形式平等與實質平等，就後者，如釋字第 485 號解釋所稱，其並非指絕對、機械之形式平等，而是保障人民於法律上地位實質平等，立法機關基於憲法之價值體系與立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理之區別對待」。釋字第 666 號解釋也指出：憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法律為貫徹立法目的，而設行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違。

釋字第 696 號解釋理由書對於「實質平等」為定義性的闡釋：「法規範是否符合(憲法第 7 條)平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性

³¹⁶ 李惠宗(2012)，《憲法要義》六版一刷。台北：元照出版，頁 137。

³¹⁷ 吳信華(2011)，《憲法釋論》，初版，三民：臺北，頁 224。

而定³¹⁸。

問題在於，這種「等者等之，不等者不等之」之公式，仍然過於空洞，欠缺實質的標準。



三、憲法第 7 條平等權是否包括「事實上之平等」？

這問題國內學者意見不一，在討論上也應觀察大法官的有關解釋。

(一)、否定說

學者李建良認為，依照我國憲法文義及規範體系，憲法第 7 條只保障法律上平等(按，應是指「禁止歧視」之範圍，約指德國基本法第 3 條第 3 項)，憲法基本國策及憲法增修條文第 10 條則是賦予國家促進事實上平等的積極作為義務³¹⁹。

學者林明昕採相同見解，將基本法第 3 條界定為法律上之平等³²⁰。

學者孫迺翊也指出³²¹，我國基本權利篇章僅規範「法律上平等」，而其餘事實上平等之國家積極作為義務均置於基本國策篇章條款，屬於社會國原則，而不屬於第 7 條之保障範圍。

以上見解，與德國基本法 1994 年修憲前相同，基本法第 3 條只涵蓋禁止歧視，就男女事實上之不平等或其他之不平等之去除，必須引據「社會國原則」。

³¹⁸ 其他尚有：第 526 號、第 547 號、第 565 號、第 584 號、第 596 號、第 605 號、第 614 號、第 648 號、第 666 號、第 675 號、第 682 號、第 694 號、第 696 號、第 701 號、第 719 號、第 722 號、第 727 解釋、第 728 號解釋。

³¹⁹ 學者李建良指出，平等議題之爭議在於「平等審查的結果」，其所蘊含的「價值內涵」或「價值預設」。故平等權規定固然得涵蓋事實上平等，但具有特殊性，其實所謂的「實質平等」其實是「價值判斷後的結果」。吾人以為，即所謂「接納事實平等之實質平等觀」，黃昭元、林子儀大法官，張文貞文章中有提及此種實質平等觀。這種討論方式就可以休止語意思辨，意指就現階段事實統計資料掌握之實際情形，加以改現現存之不利益。李建良(2013)。〈「形式平等」與「實質平等」語辨的反思：比較現學方法論的初步探討〉，「憲政主義與人權理論的移植與深耕--第九屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」論文。台北：中央研究院法律學研究所。06 月 21-22 日，頁 20。

³²⁰ 林明昕(2016)，〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，《臺大法學論叢》，45 卷特刊，頁 1335。

³²¹ 孫迺翊(2016)，〈無障礙／可及性、合理調整與平等不歧視原則〉，《臺大法學論叢》45 卷特刊，頁 1163-1228，頁 1174。

(二)、肯定說

針對平等權，學者黃昭元指出：首先，從「實質平等」出發，為憲法第 7 條包括實質平等，「事實平等」也是「實質平等觀」(為一種法價值觀)所(得)考量的要素³²²。平等權旨在建立實質平等，實質平等觀的第一項重要要素就是重視「特定弱勢族群或團體人民」之保障。在美國法上，此為平等權論述中所常見的「分散又隔離的少數³²³」(discrete and insular minorities)。其次，實質平等觀的第二項重要要素是：在手段上容許或要求國家的積極保障以實現平等，而不只是消極的禁止歧視。禁止歧視的規範目標，原則上只是禁止歧視的繼續加害而已，並不挑戰既有的政治、經濟、社會架構的階級不正義，也不質疑因過去歧視、政策或行為而受益者地位。反之，實質平等觀則容許或要求國家採取類似「轉型正義」、「不當得利」返還的觀點，而採取積極性的保障或手段以減少既有的法律或事實上不平等。而國家的積極保障的實踐方式，經常就是釋字 649 號解釋所稱的「優惠性差別待遇³²⁴」。

黃昭元認為，我國憲法第 7 條所稱「在法律上一律平等」當然不會僅是指國會立法而言，而應指是以憲法為最高法所架構成的整體表現³²⁵。至於常見的事實上不平等的原因或類型，至少得包括以下幾種：1、表面中立的國家公權力(不論是立法或執行)之現實適用結果，造成事實上之系統歧視後果或差別影響(discriminatory or disparate impact)。2、過去國家歧視行為雖然已經結束，但其歧視後果或影響仍延續至今。例如過去存在歧視女性、原住民的法令。3、私人所為的社會性歧視，因此對某些人民或群體造成長期、固定性的不利益影響。4、先天或後天所致，個人或結構性的事實上不利益地位，例如身心障礙、貧窮或急難、城鄉差距等³²⁶。

³²² 黃昭元(2009)，〈平等權與自由權競合案件之審查—從釋字第六四九號解釋談起〉，法學新論，7 期，頁 23。

³²³ 同前註，黃昭元(2009)，頁 25

³²⁴ 同前註，黃昭元(2009)，頁 26-27

³²⁵ 同前註，黃昭元(2009)，頁 27。

³²⁶ 學者黃昭元，對於此四種類型，有可能有相互交錯。有些類型的事實上不平等本身甚至可能和法律上不平等混雜，而難以清楚區別，例如上述第 2 種類型。且第 3 種類型的事實上不平等也可能

黃昭元指出，我國將憲法平等權益含不及於事實平等者，似乎是將事實平等理解為人民某事實狀態(無政治、經濟、社會地位)的無差別待遇，也就是結果平等³²⁷。他並將「法律平等」與「事實平等」比為連續性的光譜，而非兩相對立的概念³²⁸，並指出各種類行的事實上不平等是否有憲法平等保障的適用，關鍵應在於是否有歧視行為或後果存在？在理念上，就應該是平等保障的規範對象。平等保障的範圍外延也應該是劃在有無「歧視」，而非事實平等與法律平等之間³²⁹。至於為何要將事實上平等納入平等規範內涵，則係因為以下理由³³⁰：

1、「由國家所為的事實上歧視」只有納入平等規範考量才能有所救濟

國家在表面上保持中立，但系爭公權力行使或法令適用結果卻可能產生結構性、系統性差別影響的適用上歧視，也就是國家所為之事實上歧視，相當於其上述第 1 類型的事實上不平等。因此需要將事實上不平等納入平等規範的內涵，才能有所救濟³³¹。

2、將消除歧視的後果與影響，作為優惠性差別待遇的規範依據及對象。

消除歧視包括消除既有歧視所遺留之「結果或影響」以及消除進行中的歧視「行為」。

3、消除「社會性」歧視

私人間的社會性歧視，即第 3 種及部分第 4 類型的事實上不平等。這個問題也涉及得對「誰」主張憲法權利的傳統議題。從憲法觀點來看，也就是現代憲法如何規範私人間基本權利衝突之問題。在比較憲法上，如美國憲法上的國家行為(state

具有第 1 種類型的特徵。例如國家沒有考慮身心障礙者種種不利地位，也未採取應有的(積極、保護性)差別待遇(應區別而未區別)，因此造成適用上、事實上的差別影響。換言之，第 2 至 4 種類型都可能解釋成國家在規範上應區別而未區別」而導致歧視性結果，其已是法律上歧視而屬法律平等的問題。同前註，黃昭元(2009)，頁 29。

³²⁷ 同前註，黃昭元(2009)，頁 29

³²⁸ 同前註，黃昭元(2009)，頁 30。

³²⁹ 同前註。

³³⁰ 同前註，黃昭元(2009)，頁 31

³³¹ 蘇永欽大法官於釋字 728 號解釋也採此種見解，指出該案「由國家所為的事實上歧視」是立法機關所為之法律規範。

action)理論、德國憲法之基本權第三人效力，都是用來解決這類問題的憲法理論。由於司法違憲審查制度的限制，我國私人間基本權利衝突的問題，在程序上是由民、刑事法院審理，實體上則採基本權利第三人效力的理論以解決爭議。在實體規範內涵上，基本權利第三人效力理論的適用前提必然是要先承認系爭基本權利的規範內涵得及於私人間的行為，而不只是個人對抗國家的權利³³²。

因此，黃昭元提出，「實質平等」觀的平等規範內涵是以保障、救濟弱勢者，或積極調整既有結構性不正義為目標，因此在解釋我國憲法第七條所規範內涵時，自不應侷限於所謂的「法律平等」，而必然排除「事實平等」。反而應容許國家將事實平等列入考量，而得以「事實上不平等」為啟動平等保障的原因，或成為實質平等的保障目標。當然，不論是出之以消極歧視或積極保障弱勢之手段，其目的及手段都仍要適用寬嚴不同的適當審查標準，而予以審查，自不待言³³³。按，本來就是在克服不平等，手段上包括禁止歧視與積極平權措施，兩者均為政策工具。

除此之外，我國還是有相當學者認為，「實質平等」係指促進公平正義之平等。林子儀大法官於釋字第 571 號解釋協同意見書註六指出，實質平等所指涉者應為「一種特定的平等價值，或分配正義的理念」，然而其具體內容學說理論爭論已久，尚難有共識，顯示其係指稱一種濟弱扶傾之概念。我國憲法增修條文第 10 條第 6 項「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之『實質平等』」係「關切兩性『社會地位』的平等」。

釋字第 485 號為較早期的解釋，解釋文指出：憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。促進民生福祉乃憲法基本原則之一，此觀憲法前言、第一條、基本國策及憲法增修條

³³² 同前註，黃昭元(2009)，頁 32

³³³ 同前註，黃昭元(2009)，頁 34

文第十條之規定自明。立法者基於社會政策考量，尚非不得制定法律，將福利資源為限定性之分配。國軍老舊眷村改建條例及其施行細則分別規定，原眷戶享有承購依同條例興建之住宅及領取由政府給與輔助購宅款之優惠，就自備款部分得辦理優惠利率貸款，「對有照顧必要之原眷戶提供適當之扶助，其立法意旨與憲法第七條平等原則尚無牴觸」(引號為本論文所加)。

釋字第 728 號解釋涉及祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定(「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」)之合憲性爭議，其解釋文針對禁止歧視，但理由書也有針對積極平權之部分³³⁴。在理由書中，該號解釋進一步指出(以下逐字)：...但整體派下員制度之差別待遇仍然存在。按「中華民國人民，無分男女.....，在法律上一律平等」、「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」憲法第七條(!)及憲法增修條文第十條第六項分別定有明文。上開憲法增修條文既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約第二條、第五條之規定，國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等。」其中，其將憲法第 7 條與憲法增修條文第 10 條第 6 項同時並列，有肯認第 7 條包含針對事實上平等之意涵，但大法官就此並沒有進一步說明³³⁵。

³³⁴ 解釋文指出：「(其)並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫(含養子)為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」以上，係爭對憲法第 7 條禁止歧視而為立論。

³³⁵ 就釋字第 728 號解釋，葉百修大法官提出不同意見書，指出本件涉及性別之間接歧視。其次，葉大法官提問，「文化傳統」得否作為歧視與差別待遇之理由？這種祭祀公業規定「是誰的文化傳統」，以何人、何種標準所形成之文化傳統？當憲法面對這種文化傳統時，究竟應該予以完全尊重？還是應該回歸當代憲法秩序之中？憲法秩序又應如何介入文化傳統？是對立狀態而完全取代或居中協調？這涉及當代憲政主義與多元文化主義的論辯，需要進一步的研究與省思。葉大法官認為，傳統習慣不足以作為法治國原則之例外，並批評多數意見沒有意識到這種論辯與衝突的可能性。就大法官的角色而言，首先，司法院向來「以當代社會現狀而詮釋傳統習慣之正當性」，絕非如本件解釋多數意見對於當代社會現狀視若無睹，對於傳統習慣如此心悅誠服。其次，「目前我國當代社會現狀，已是迫不及待地朝向建立一個更符合性別正義的社會而邁進」，並引述有關憲法位

(三)、積極平權意義之平等權最好能有專門規定，以減少解釋上爭議

學者林明昕指出，其基本上贊成德國通說，懷疑基於我國憲法第 7 條之平等權的規定，而能導出促進所謂人與人間之全面實質平等的國家保護義務。理由為，憲法上之平等權，與同法第 8 條至第 22 條的各種自由權間，實有規範內涵上的本質差異。因為自由權有其個別具體的私人利益之標的，如人格、言論或財產等；至於平等權反是，並無個別具體的私人利益之標的，作為保護的特定對象。然其在憲法中卻仍以基本權利的規範模式出現，毋寧是在客觀上，具有全面性要求國家，只要其任何行為觸及人民之利益，即不得為無正當理由之差別待遇的義務，且在主觀上，同時賦予人民有請求國家嚴守如此之義務的權利。換言之，我國憲法第 7 條之平等權規定，其實偏向於與同法第 23 條所揭示的法律保留原則及比例原則等規範性質同種類，皆在於要求國家「如何」對待各種個別具體的私人利益。因此，以自由權之保障為中心的憲法第 8 條至第 22 條，乃「what」的問題；相反地，前後夾集這些自由權之保障條文的憲法第 7 條及第 23 條所處理的，則是「how」的問題。既然憲法第 7 條平等權的規範內涵，因之而有異於自由權，故其是否適用原本從自由權所發展出來的國家保護義務理論，容有商榷餘地³³⁶。

學者張文貞指出，積極平權意義之平等權的困難，在於吾人難以原則性承認人民對於國家有出於積極平權之請求權³³⁷。目前我國對於平等意涵，大致接受大法官

階規範與公約施行法。最後葉大法官認為系爭規定違反禁止歧視，而構成違憲。

³³⁶ 林明昕(2016)，前註 320，頁 1335。

³³⁷ 學者張文貞認為，在釋字 372 號以及釋字 666 號解釋中，大法官確實已關注到婦女家庭地位與社會經濟地位的問題，大法官也將實質平等、間接歧視概念納入其判斷中，解釋婦女在性別身份與其他身份交織下更顯弱勢的問題，大法官於若干說理中，儘管不承認憲法第 7 條涵蓋事實上的平等，但也指出應關切現實社會上所存在之不平等，林子儀大法官所認為憲法意義下的「平等意涵」(實質平等)應被理解為「關切兩性社會地位的平等」。許宗力大法官於釋字 666 號協同意見書也指出對(女性)之事實上歧視也必須被看見，並應檢驗性別平等，許大法官於理由書指出，規範上非以性別作為差別待遇基準的法律，如果實際施行的結果，在男女間產生非常懸殊的效應，尤其是對女性構成特別不利的影響，即可能涉及間接(indirect)或事實上(de facto)的性別差別待遇，須進一步檢討有無違反性別平等的問題，這在我國有憲法增修條文第十條第六項明文規定，賦予國家消除性別歧視積極任務，而應提高違憲審查密度的脈絡下，尤具意義。見張文貞(2014)，〈性別平等之內涵與定位：兩公約與憲法之比較條〉，《國立台灣大學法學論叢》，43 卷特刊，頁 792。

於多號釋字解釋中所使用之「實質平等」，惟其實質意義是否包含事實上平等與人民對於國家有出於積極平權之請求權之間未必為直線關係，無寧將本論文所討論之女性保障名額之性別比例目標值，確認為國家保護義務，抑或為一項值得公部門於提升該部門間性別平等中應遵循的憲法上的客觀價值。學者孫迺翊指出，無論是形式平等或實質平等，均不脫「合理差別待遇之容許」之範疇，並未觸及事實上的不平等問題，顯示大法官以「實質平等」稱之有待商榷；更進一步指出「實質平等」應指一種特定之平等價值，即分配正義之理念，相較於形式平等強調既有的「個人」觀點，實質平等同時注意並重視個人所屬族群、團體或身分，以及社會性、結構性的實存不平等，將其納入評價範圍，其與系統性歧視造成的事實不平等乃屬一體兩面³³⁸。

以上問題，德國於 1994 年於基本法修正前也同樣面臨。然而，其處理方式則是由聯邦憲法法院於「禁止女性夜間工作案」判決指出，基本法第 3 條第 2 項男女具有相同權利，提出一個男女平權之誡命(Gleichberechtigungsgebot)，旨在調和生活關係，所以女性必須取得與男性相同之就業機會，傳統以來的角色分派若導致女性更大的負荷或不利益，則不得經由國家措施加以固定化；典型之涉及婦女不利益(faktische Nachteile, die typischeweise Frauen treffen)，得因為基本法第 3 條第 2 項之規定(按，指基本法修正前之版本，亦即沒有積極平權之憲法委託之明文規定)，而由國家以有利於女性之規定(durch begünstigende Regelungen)，加以衡平。換言之，聯邦憲法法院還是經由解釋，肯認國家得對於典型之女性不利益案型，採行積極措施而為衡平。

我國憲法第 7 條是否包含積極平權措施，如前所述，學界見解不一。若日後有修憲機會，則為求精確，得考量德國 1994 年基本法修改方式，於憲法第 7 條平等權適度引入積極平權之規定。但於此應注意，德國該條款的性質為「國家目標條

³³⁸ 孫迺翊(2016)，前註 307，頁 1168。



款」，而非擔保一定達成目標，也不是個人可起訴之基本權，其既非團體權，也不是個人之得要求國家為一定行為之請求權；其目的在於追求男女之出發點平等，而非結果平等；共同修憲委員會一致反對「嚴格的、與資格無關的保障名額規定」，亦不允許正當化「與不利益無關的補償」。若我國擬規定為積極平權意義的平等權，則效果將強於基本國策。其次，在內容規定上，這種條款得只規定引進積極平權，旨在消除既存之事實上歧視或採消除對婦女一切形式歧視公約第 3、4、5 條之立法例，或者直接規定女性保障名額，前者留下較大的政策手段選樣。另一種方式係在增修條文第 10 條第 6 項引入更為清楚的性別名額保障，以精確化有關規定。

貳、憲法增修條文第 10 條第 6 項作為積極平權之規範依據

以上肯定說與否定說之爭論，對於積極平權措施於憲法上之依據，憲法解釋上並不構成特別困難，蓋我國於 1997 年第四次修憲後已經建立規範依據(增修條文第 10 條第 6 項)。

我國公部門對於女性優先進用升遷之積極平權措施的第二個規範依據，得為憲法增修條文第 10 條第 6 項「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」。

該條項並不列於基本權章節，而修憲當時的構想與章節安排上係清楚定性為基本國策。進一步的問題在於，基本國策在我國有如何之規範效力？

一、關於基本國策之拘束力

學者李惠宗指出³³⁹，對於基本國策之法律性質，須依其規定內容而定，可區分為(一)、方針條款，亦即憲法所規定者，僅指出國家應有的努力方向，尚不發生直接拘束國家公權力的法效用，國家格於情勢未能達成一定目標者，尚不發生違憲的問題，其同時也為行為授權規定，具體化的制定，立法裁量有極大的空間。並指

³³⁹ 李惠宗(2012)，前註 301，頁 704-706。

出，除具有憲法委託的立法裁量界線性質外，皆屬方針條款之規定。(二)、具有立法裁量界線性質之憲法委託，其下又分為「明確規定，並無解釋餘地」及「禁止性條款」。

學者林明昕持以下見解³⁴⁰：1、憲法增修條文之基本國策規定，非僅為(無拘束力之)「方針條款」，而係具有法拘束力的憲法規範。2、其進一步引述歐盟基本權利憲章中「權利」與「原則」之區分來對照比較出基本國策與基本權利之差別：(以下逐字引述)相對於「權利」既屬所各高權機關(立法、行政、司法等)所必須遵守的(客觀)義務，也屬人民個別得向請求法院救濟的(主觀)權利(憲章第 52 條第 1 項參照)，所謂「原則」缺乏個人得向法院請求救濟的權利性質，而係單純拘束各高權機關的義務(憲章第 52 條第 5 項參照)。從而這兩種基本權利的類型分別有其不同的規範效力，各高權機關在屬於僅屬「原則」層次的基本權利方面，盱衡國家財政，乃至立法權及司法權間之權力分立等因素，柔性地加以全部或部分之實現。只是在此同時必須注意的是歐盟基本權利憲章中所規定的各項基本權利，究竟哪些僅具「原則」層次，又究竟哪些已達「權利」的位階，該憲章本身在若干有爭議的類型，由歧視涉及第 4 章的情形，大都保持沈默，而俟學說與實務進一步釐清。職是，同憲章在此顯然又為所謂「社會基本權利」的問題預留彈性空間，留待歐盟及各成員過依其不同時代下的不同情形解決。總之，社會基本權利在歐盟基本權利憲章中係屬特殊問題，而面對此問題的未來發展，憲章就此至少確立其為「原則」的底線上，保持某種開放的態度³⁴¹。3、基本國策一方面得提供國家以法律限制人民基本權利的合憲性目的基礎，從而基本國策對於基本權利有「制約」作用；亦即，其對於基本權利得有「要求立法者不作為」(禁止義務)及「要求立法者作為」(誠命義務)³⁴²。其次，基本國策對於基本權利有「填充」作用，基於事物關連性，以基本國策來擴充

³⁴⁰ 林明昕(2016)，前註 320，頁 1305-1358。

³⁴¹ 林明昕(2016)，前註 320，頁 1321。

³⁴² 林明昕(2016)，前註 320，頁 1331。

相關基本權利的「保護範圍」與「功能」³⁴³。第三，基本權利對於基本國策具有「回饋」作用，基本國策除客觀法效力外，也可能有主觀權利之性質。

學者陳新民(時任大法官)於釋字第 719 號解釋部分協同部分不同意見書指出：我國憲法基本國策之憲法委託條款的特色，立法者對於採行措施之方式、範圍與時間長短，享有甚大裁量空間：憲法委託是一種「動態性」制度，期盼國家持續性的立法與修法來達成憲法理念之要求。故將重心置於立法者之上；憲法委託亦可稱為「立法委託」(Der Gesetzgebungsauftrag)。立法者要持續地依據憲法條文的精神，斟酌事務的特性、社會環境、國民情感、國家財政能力……等，逐步達成憲法理念，質言之，立法者面對各種憲法委託的條款，擁有可審時度勢，定其緩急先後之程序，並採行一切可行的方式，形諸於法律條文的高度裁量空間，正是憲法委託的概念具體寫照³⁴⁴。

本論文認為，既然制憲者將女性積極平權規定於基本國策，其應有拘束國家權力機關之地位。若謂有差別，其應是在文字的明確性或規範密度高低而導致之解釋適用上之直接性高低差別，亦即愈是抽象或外型上不指向拘束力之用詞，在適用上必須更為小心，可能必須連同其他條文而為整體觀察。其次，基本國策既然為憲法條文，而且性質上為立法委託但立法者有較大的裁量權，則對釋憲者而言當然構成憲法解釋上的標準之一，得補強基本權之規定。

二、增修條文第 10 條第 6 項應定性為憲法委託

一般而言，基本國策規定不得過度具體，否則將構成憲法條文之與時俱進與開

³⁴³ 林明昕(2016)，前註 305，頁 1332-1333。

³⁴⁴ 其指出：憲法委託的制度與理念，乃制憲者期待所有國家權力應當履行特定憲法價值。其主要的期盼對象，甚至規範力，雖然及於行政、立法與司法權，惟在五權體制的我國，即連考試權與監察權亦無法推卸相關責任。在論及實踐的積極性與成果時，最重要的當是立法權，其次才是司法權。先以司法權而論，主要發揮的是「事後糾正」功能，消極面上可宣告違反憲法委託的法律無效或命予修正。至於積極性面上一要求立法者應於一定期限內完成立法，容易引起釋憲權與立法權的摩擦，由於具體規範內容的形成權仍操之在立法者手中，故釋憲者只要給予合理、從容的修法期限，當可避免兩權可能的衝突。

放性之阻礙，所以原則上不宜規定手段，而應揭櫫目標³⁴⁵。本條項堪稱妥當規定，蓋其從目標著手，規定「國家應維護婦女之人格尊嚴」，甚至規定施政重點領域「保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」。

這個規定在實質內容上，合於世界性之性別主流化思潮與政策，也合於我國歷史以來女性弱勢處境之積極平權正當性。所以，吾人應將之定性為一種憲法委託之基本國策，立法者負有義務完成，如同德國基本法 1994 年於第 3 條第 2 項之增修。至於該條項未進一步規範手段，乃係出於基本國策性質及本領域特色使然，旨在賦予立法者之裁量空間。

問題在於，積極平權只有憲法委託，而憲法委託原則上係賦予立法者相當大的裁量權，人民一般而言並不享有請求立法者制定有關積極平權措施之權利。妥善之道，在於進一步修憲引進更為清楚的規定，一如德國基本法 1994 年之修憲、歐盟一級法之修改。

參、我國有關積極平權之大法官解釋與學者見解

司法院大法官有關積極平權措施之解釋，主要有二，主要為釋字第 649 號與第 719 號。這兩號解釋之案例與本論文所關注之公部門女性員工優先進用升遷之優惠措施，尚有差別，但得作為若干的思考。

以下所關注者，為積極平權措施之憲法規範依據及大法官所採之違憲審查基準。

一、釋字第 649 號解釋

本解釋案情為，民國 90 年 11 月 21 日修正公布之身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」(96 年 7 月 11 日該

³⁴⁵ 我國基本國策有諸多社會國性質之條款，若干條文相當精確，例如憲法本文第 157 條國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度，這限制了立法者的形成空間。

法名稱修正為身心障礙者權益保障法，上開規定之「非本法所稱視覺障礙者」，經修正為「非視覺功能障礙者」，並移列為第 46 條第 1 項前段，規定意旨相同)，其為對視障者的優惠措施，但是否違憲？

本號解釋同時審查系爭規定所涉及之自由權與平等權(工作之平等)合憲性，以下只針對後者。

大法官指出，首先，視障非屬人力所得控制之生理狀態，基於我國視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定。換言之，這是優惠措施。

其次，大法官提出該優惠措施之違憲審查基準：該規定所追求之目的為 重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。換言之，大法官採「中度審查基準」。

本件中，大法官指出，系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。

民國六十九年殘障福利法制定施行之時，視障者得選擇之職業種類較少，禁止非視障者從事按摩業之規定，對有意選擇按摩為業之視障者確有助益，事實上視障就業者亦以相當高之比率選擇以按摩為業。惟按摩業依其工作性質與所需技能，原非僅視障者方能從事，隨著社會發展，按摩業就業與消費市場擴大，系爭規定對欲從事按摩業之非視障者造成過度限制。而同屬身心障礙之非視障者亦在禁止之列，並未如視障者享有職業保留之優惠。在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之

經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權。

就本論文而言，本號解釋的意義在於指出，視障者積極平權措施的憲法依據以及涉及第三人基本權之侵害，並採中度審查基準，結論上採違憲，理由為系爭規定對於第三人(對欲從事按摩業之非視障者造成過度限制。而同屬身心障礙之非視障者亦在禁止之列)基本權造成過度的限制。

本案與女性保障名額之類型相較，案型上有一定的差距，但也有共通的部分，亦即都是優惠措施而干預第三人的基本權，且為相當重大的干預。德國學者認為於此構成基本權衝突，但我國大法官未明白指出。

二、釋字第 719 號解釋

相較於釋字 649 號解釋全面禁止非視障者從事按摩業之嚴厲性，本件的優惠措施對第三人的干預性較小，有關優惠措施之合憲性討論更為細緻，從而更值得關注。

(一)、緣起與本號解釋大要

本件的聲請人為興農公司、壹傳媒出版公司、蘋果日報公司、台灣高鐵公司，各參與政府採購案，因得標後履約期間未依上開規定進用原住民，經行政院原住民族委員會(現為原住民族委員會)命繳就業代金 50 餘萬元至 4 百餘萬元不等。(共 4 案)。各聲請人均不服，認所繳代金已佔各採購案實際履約所得之甚高比例，循序爭訟敗訴後，主張上開各規定違憲，分別聲請解釋。

大法官就各案受理後合併審理，於今日作成釋字第 719 號解釋，宣告上開各規定不違憲。理由：(一)人民之營業自由受憲法保障，如予限制，應符平等及比例原則。(二)上開各規定對廠商增僱或選擇受僱對象等營業自由形成限制，且對未達進用標準者令繳代金，亦侵害其財產權。(三)惟各該規定是為貫徹憲法保障原住民族意旨，促進其就業、改善其經濟與社會狀況所為優惠措施，係為維護重要公益，目

的洵屬正當。(四)因要求進用比例僅 1% ，比例不大，對廠商選用原住民之負擔尚無過重之虞；未達進用標準者，按每月基本工資標準繳納代金，對廠商營業自由之限制並未過當。

應說明者為，本號解釋在聲請解釋的標的上，略有爭議。葉百修大法官將本件系爭規定以得標廠商員工人數為分類標準形成差別系爭規定以得標廠商員工人數為分類標準形成差別待遇：可區分為 1、以得標廠商員工人數以及是否為原住民之種族等兩項標準，同時產生因員工人數是否逾百人而有無進用一定比例原住民或須繳納代金，以及 2、因種族是否為原住民族而有無保障一定比例進用之「優先受僱」等兩項差別待遇³⁴⁶。本論文只關注後者。

解釋理由書指出，首先，我國憲法第五條規定「中華民國各民族一律平等」、憲法增修條文第十條第十二項並規定「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……」，屬於憲法位階的規定。所以系爭規定旨在追求重要公共利益³⁴⁷。其次，系爭措施合於比例性，亦即能夠達成目的、最小侵害、合於比例性：「系爭規定固然限制得標廠商之財產權及營業自由，然其僅係要求該廠商於其國內員工總人數每逾一百人者，應於履約期間僱用原住民一名，進用比例僅為百分之一，比例不大，整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞；如未進用一定比例之原住民，亦得按每月基本工資為標準繳納代金代替，對於得標廠商營業自由之限制並未過當。」

(二)、針對大廠商之差別對待，本號解釋採低度審查基準

³⁴⁶葉百修大法官的協同意見書指出，基於司法權之性質，本件聲請人均為廠商，所以以其聲請人之角度而言，則對於系爭規定之合憲性審查，所以違憲審查的標的只有第一個。

³⁴⁷系爭規定係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神（原住民族工作權保障法第一條、聯合國原住民族權利宣言，是系爭規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。

以上顯示，本號解釋針對系爭規定對於得標廠商之營業自由限制，採合理審查基準。其次，本號解釋似未直接針對系爭優惠對於非原住民，至少未詳細論證，只是簡單提及「僅係要求該廠商於其國內員工總人數每逾一百人者，應於履約期間僱用原住民一名，進用比例僅為百分之一，比例不大」。

蘇永欽大法官、葉百修大法官、陳新民大法官、羅昌發大法官則對這部分有較多的論述³⁴⁸，以下進一步加以討論。

(三)、蘇永欽大法官

蘇永欽大法官指出，首先，儘管美國對於種族優惠性差別待遇採嚴格審查基準，但各國憲法有別；我國的憲法增修條文對於原住民族之保障有所規定，既有的大法官解釋對於弱勢性也有所界定，而且也有原住民族保障之國際公約；所以，系爭規定旨在追求重要的公共利益³⁴⁹。

其次，系爭優惠措施涉及第三人廠商，手段上是否妥當，以及是否為最小侵害及合於狹義比例性？

蘇大法官認為，從資源有限性的角度以觀，很少優惠可以免於對他人使用同一資源的排擠，以強制雇用一比例員工來說，依市場行情使用勞動力的機會就會受到影響，廠商可能需使用較不合需求的勞動力。如果優惠特定對象是以由特定對象來

³⁴⁸本號解釋之個別意見書有：協同意見書：蘇永欽大法官；黃茂榮大法官、葉百修大法官；部分協同部分不同意見書：陳新民大法官；不同意見書：林錫堯大法官、陳碧玉大法官、羅昌發大法官。

³⁴⁹其指出：美國憲法上的平等權，確實不具有「民族平等」的歷史意識，一如我國憲法第五條所宣示，臺灣特有的原漢歷史問題雖與五族共和的歷史不同，但從憲法內涵的、在共存共榮以外追求結構性的和諧，如憲法第一百六十九條所彰顯者，來讀增修條文第十條第十二項，即可理解其精神的一貫。因此對我國而言，此處所為結構性弱勢確實有必要從民族集體來觀察。換言之，不同憲法有其不同的歷史意識，其合理化某些優惠性差別待遇的理由，對於其為個人或集體化的特徵是否在直接性上有別，還不能相提並論。以我國的脈絡而言，應該說對視障者和原住民的優惠性待遇也可以作相同的評價。緊接著這部分可以作的另外一個比較因素，是跳脫此一特徵的可能性，釋字第六四九號解釋特別強調「系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準」而「視障非屬人力所得控制之生理狀態」，可見這一點在平等原則保障程度的判斷上也很具關鍵性。本案涉及的原住民族，同樣是以人力無法改變的血緣為其分類標準，目前有十四族，到民國一百零二年底為止，共有五十三萬三千六百零一人。因此就這一點在重要性的評價上和釋字第六四九號解釋也應該一致。

承擔的方式，同樣是一加一減，但因為這時減的不利是由少數人來承擔，比由其他人來共同承擔的單純資源使用的「排擠」，又會造成更大的不公平。因此強制特定廠商雇用一定比例員工和提供老人優待票的優惠措施相比，前者的影響又更為重大。本案歧視的對象為政府招標案的得標廠商，即屬這種在差別待遇上比較嚴重的情形。

蘇大法官最後認為，本案所涉的優惠性差別待遇，從平等原則的觀點來評價其影響，在重大性上確實應該比釋字第六四九號解釋處理的情節要輕一點，但差距應該還未大到可以從中度標準降到低度標準的程度。即使本件適用中度審查標準，蘇大法官認為也能通得過。

(四)、葉百修大法官

葉大法官指出，系爭規定，亦即因進用一定比例之原住民，致使該一定比例之非原住民，其平等工作機會受到排擠與剝奪，是否因此構成「反向歧視」(reverse/benign discrimination)，以及有無因此造成原住民之弱勢性刻板印象或次等公民身分之烙印，為積極優惠措施的核心問題。這種優惠措施在社會資源分配上，對於人民形成若干差別待遇或特定權利之侵害，所以其目的與使用方法，乃至於司法審查介入之判斷標準，乃有不同的看法。支持者強調其具有社會資源重分配與補償的社會正義、促進社會多元發展、積極創造實質平等價值觀等論點，或者反對者認為以群體式提供優惠措施，無法確實保障個別人民需求、優惠措施可能因此使非受歧視者獲得利益、優惠措施將因此造成既得利益者或因資源分配而造成反向歧視、同時也對於因優惠措施而得利者容易有標籤化或刻板印象之負面影響，而應僅具階段性任務，當弱勢少數族群「不再弱勢」，即不具正當性與存在價值等。各國家(憲法)得有不同規定。美國聯邦最高法院概予以較嚴格或嚴格審查基準加以判斷其合憲

性³⁵⁰。

葉大法官進一步引介南非的法制。南非憲法第九條第二項明文規定：「平等包括完全及公平地享受所有權利和自由。為了促進平等的達成，可採取立法或其他措施以保護或提升受害的不公平歧視的人們或其他種類的人們。」南非憲法法院大致上建立以群體觀點判斷平等權保障範圍，對於積極優惠措施，認為應推定具有合理性。**Moseneke** 大法官進一步提出三項判斷基準：「第一個需跨越的問題涉及該措施是否針對曾因不公平歧視而受到不利益之特定人或者特定分類之人；其次應判斷該措施是否確為保障或提供利益予該特定人或特定分類之人；第三則視該措施是否確實可促進平等之實踐。」至於優惠措施之違憲審查基準，南非憲法法院在要件操作上，實際上也接近嚴格審查基準，係以該優惠措施形成差別待遇之目的，是否係「恣意、反復無常或僅是單純偏好的展現」(arbitrary, capricious or displaynaked preference)，以及該措施是否確實能「彌補」過往歧視而實踐南非憲法所保障的「實質平等」，而這個實質平等，依據 **Moseneke** 大法官所言，是建立一個「多元」的社會。

由於採行如上的審查基準，積極優惠措施之合憲與否的一個重要衡量因素，為「時間」。時間因素一方面是積極優惠措施本身適用或實行的時間長短，另一方面是適用對象受到歧視以及優惠促進平等的時間長短³⁵¹。

(五)、小結

這兩號解釋已經觸及優惠措施而干預第三人之基本權之情形，彌足珍貴。儘管其與本論文所關注之公部門女性員工優先進用升遷保障有別，但已經接近，相關命題足供參考。

³⁵⁰其進一步指出，在美國積極優惠措施最常出現的教育領域，於 **Regents of the University of California v. Bakke** 一案中，由大法官 **Lewis Powell** 主筆的相對多數意見，就曾強調美國憲法平等權保障的「個人主義」。

³⁵¹就如上比較法之命題，葉大法官並未運用到本件中進行具體討論。

釋字第 649 號解釋就積極平權之優惠措施而造成第三人基本權受干預之情形，係採中度審查基準；釋字第 719 號解釋文不無偏失而針對政府採購案之得標大廠商課予特別義務而造成差別對待，所以採行低度審查基準，實則優惠措施而干預第三人之基本權之情形，仍應採行中度審查基準，正如蘇永欽大法官、葉百修大法官所論述者。

兩號解釋均肯認弱勢保障之優惠措施，甚且指出憲法增修條文之依據，於涉及第三人基本權干預或國家之資源配置，相關的措施必須有所節制，例如應有時間上之限制。

三、學者王韻茹之見解

我國直接討論弱勢者之優惠性差別待遇之合憲性問題，為學者王韻茹。本篇文章發表於釋字第 719 號解釋之前，但有討論釋字第 649 號。

其針對身心障礙者之定額進用條款之合憲性討論，其指出性質上為優惠性差別待遇，得以憲法第 155 條與憲法增修條文第 10 條第 7 項作為依據，並授與國家對事實上遭受不利社會條件者加以特別扶助與保護的權限。然而，國家實踐國家目標規定之立法，其具體化若涉及其他憲法規範時，應如何加以理解與解決，此為主要爭議所在³⁵²。至於違憲審查基準，王韻茹指出我國已經有釋字 649 號解釋，其採「中度審查基準」，並贊同該號解釋的考量，亦即，追求社會正義肢實質平等的優惠性措施也有其憲法界限，亦即至少要考量對於受有不利益差別待遇者有無「過度」限制其權利，以及至少要有「利益衡量」：是否過度限制他人權利以及有無造成利益失衡之情形。換言之，對於是否存在負擔較輕的區分可能性(必要性)或者差別待遇與正當化理由之間是否存在適當關係(狹義比例性)，乃借助「比例原則」而為思考³⁵³。

³⁵²王韻茹(2011)，〈身心障礙者定額進用條款之合憲性探討—以身心障礙者權益保障法為中心〉，《中正大學法學集刊》，33 期，頁 145-183，頁 157-158。

³⁵³ 同前註，頁 166。



就身障者定額進用條款之合憲性問題而言，該措施旨在促進身障者就業，屬於重要的公益目的，而且為憲法所明定，目的洵屬正當。但其對於私人僱主契約自由及一般行動自由造成限制，二者均屬於憲法第 22 條之保障範圍。問題從而在於，系爭差別待遇措施是否合於比例性，亦即手段適當、必要而且合於狹義比例性。於此，王韻茹認為立法者就基本國策條款有「很大的立法形成自由」(其並引述釋字 472、485 號解釋)，而且從功能法的角度，應尊重立法者享有較廣的立法空間³⁵⁴，應參考釋字 649 號解釋採中度審查基準。

在結論上，王韻茹認為系爭措施對於私人僱主進用身障者之規定，因未規定有排除適用「固定」比例之可能性，對於個別職業領域，若存在無足夠職業資格之身障者，私人僱主「事實上」有不能達成進用比例時，可能對私人僱主造成「過度」負擔之嫌，進一步造成有違憲之疑慮³⁵⁵。

四、小結

就我國憲法面之討論而言，以上顯示，我國得以增修條文第 10 條第 6 項「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」作為男女積極平權措施之憲法規範依據。積極平權措施從而旨在追求正當目的。其次，若其對於第三人的基本權造成干預，則應審查系爭優惠措施之適當性(合目的性)、最小干預手段、狹義比例性。第三，於此，原則上大法官不應採行低度審查基準。於涉及第三人基本權干預或國家之資源配置，相關的措施必須有所節制，例如應有時間上之限制。

以上，可謂已經證成並補充我國憲法優惠措施之主要命題。消除對女性一切形式歧視公約(我國已經制定施行法，詳下述)第 4 條第 1 項也有類似的意涵：締約各國為加速實現男女事實上的平等而採取的暫行特別措施，不得視為本公約所指的歧

³⁵⁴ 同前註，頁 174。

³⁵⁵ 同前註，頁 174-175。

視，亦不得因此導致維持不平等的標準或另立標準；這些措施應在男女機會和待遇平等的目的達到之後，停止採用。

總之，我國憲法經由大法官兩號解釋，建構出優惠措施的基本體系，而使未來優惠措施而涉及第三人基本權干預案件之合憲性審查有一定的參考。

肆、我國憲法性別積極平權規定之主要解釋問題

以上係針對視障者及原住民之優惠措施，至於本論文所關注之女性優先進用升遷之保障規定，又應有如何之討論？

如前所述，我國性別積極平權之憲法規範依據為增修條文第 10 條第 6 項。至於憲法本文第 7 條是否包含事實上平等，國內學界通說採否定說，本論文採之(儘管學者黃昭元有不同意見)³⁵⁶。

為精確討論，以下以憲法增修條文第 10 條第 6 項作為主要的討論。

一、增修條文第 10 條第 6 項採「實質平等」之保障，旨在衡平歷史以來之女性結構上不利益

其規定，「國家應維護婦女之人格尊嚴，...消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，這文字與德國基本法第 3 條第 2 項第 2 句「國家促進男女之事實上平權之貫徹，並致力消除現存之歧視」，有一定的相近性。其中，消除性別歧視可謂指出消弭歷史以來對女性之結構上之不利益，從而係有補償理論的色彩。

該條項的「促進兩性地位之『實質平等』」，顯示採行合於實質需要之積極平權措施，所以相關措施必須合於目的性與比例性。

³⁵⁶ 若參考德國聯邦憲法法院「禁止女性夜間工作案」判決之精義(立法者對於典型之女性不利益事項得經由有利於女性之國家措施，加以衡平)，參照釋字 485 號解釋文(將眷村改建優惠措施也納為憲法第 7 條平等權之範疇)，似乎憲法第 7 條平等權也得作為積極平權之依據，亦即第 7 條得包括事實上之平等。釋字 719 號解釋涉及原住民族之優惠性差別待遇，大法官於解釋文中使用「平等原則」一詞。

本論文認為，若參照 1994 年基本法之修正與通說見解，得論證得出：1、增修條文第 10 條第 6 項儘管促使國家立法者針對歷史以來的弱勢群體採行積極平權措施，但必須合於目的性與比例性。2、個別人民原則上對國家並無此項請求權。3、這並非集體權，而是旨在衡平結構上不利益(um den Ausgleich von strukturellen Benachteiligungen geht)。4、性質上為一個補償性的衡平(ein kompensatorischer Ausgleich)。

二、涉及男性競爭者之工作平等權，釋字第 649 號解釋、第 719 號解釋也是針對優惠措施而干預第三人權利者

我國的規定從而一方面建立積極促進女性平權之目標，至於手段上得有多種，其中有對第三人基本權較小干預者，但也有嚴重衝突者，而公部門職位之女性保障名額措施則無疑為後者。從干預的嚴重度而言，此等措施必須受到較嚴格的合憲性審查。在此程度內，得銜接到本論文對於釋字第 649 號解釋、第 719 號解釋之討論。

三、本論文見解：公部門女性優先進用升遷措施，干預男性之服公職與工作之平等權，構成基本權之衝突

本論文參考德國法，認為女性保障名額措施，干預男性之服公職與工作之平等權，構成基本權之衝突。

這個命題大法官於釋字第 649 號解釋、第 719 號解釋並未明白提及。

德國憲法學認為女性保障名額規定所依據之積極平權憲法委託與男性競爭者之工作或服公職之平等權構成基本權衝突。本論文認為我國的規定也係如此。以下略作基本權衝突制度之討論。我國個別大法官於協同意見書及學者於論著上均肯定之，但大法官解釋文或理由書並沒有明確建立。

(一)、基本權之衝突概說

基本權衝突之理論於我國學界與大法官解釋中，也有一定的討論與使用。

1、蘇俊雄大法官

於釋字 509 號解釋協同意見書，其指出定義以及在處理上得區分通案與個案處理：一個基本權主體在行使其權利時，會影響到另一個基本權主體的基本權利實現。基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求（對不同基本權的實現要求）同時存在；此時，必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序的內部和諧。「由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。就此，立法者應有「優先權限」（Vorrang）採取適當之規範與手段，於衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後，決定系爭情形中對立基本權利實現的先後。而釋憲者的職權，則在於透過比例原則等價值衡量方法，審查現行規範是否對於相衝突的基本權利，已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量，而不至於過份限制或忽略了某一項基本權」（引號為本論文所加）。

2、許宗力大法官

於第 656 號解釋許宗力大法官部分協同意見書，其指出基本權衝突之利益衡量應取向「最適調和」：要解決基本權衝突，自然就須對相衝突之基本權作適切的利益衡量。利益衡量不脫價值判斷。一涉及價值判斷，利益衡量就難免披上一層神秘面紗，令外界不易窺其堂奧。「然再怎樣神秘，權衡相衝突之基本權，總不得任憑衡量者自身之恣意與好惡，最基本的要求是不得偏袒任何一方基本權，致作出全有或全無之認定，而是必須在對雙方基本權盡可能兼顧，盡可能都傷害最小的前提下，作出適當之調和，以避免對任一方基本權造成過度侵害，否則將構成錯誤、違憲的利益衡量」（引號為本論文所加）。

3、蘇永欽大法官

於第 689 號解釋協同意見書，蘇大法官指出，對於基本權衝突，德國聯邦憲法法院是透過利益衡量原則(Grundsatz der Güterabwägung) 加以解決。我國對於此種利益衡量，多在基本權利侵害審查模式中的限制是否合憲之問題上加以判定。然而，前已述及，倘無保障範圍之確認，自無後續限制是否合憲之審查，故基本權衝突可能成為劃定基本權保障範圍之方式之一；但亦可能成為基本權之憲法上隱含限制(內在限制)之成因，「無論採取何一見解，均足使各該基本權在憲法價值體系上進行調和，而為憲法層次的利益衡量。對於基本權衝突之利益衡量之審查，與依憲法第二十三條對依據法律限制基本權之合憲性審查，容有不同」(引號為本論文所加)。

4、林錫堯大法官

於第 699 號解釋協同意見書，其指出，比例原則之實際操作，可能使許多經民主多數決成立之規定違憲，亦可能使行政法某一法官之決定取代行政之衡量或裁量。於比例原則之審查時，如要求必須作成唯一正確之最佳決定，則將取代立法或行政之地位，瓦解具民主正當性之決定與形成空間。「比例原則之審查應僅要求目的與手段間有適當比例，對於基本權衝突或公益私益間衝突之衡量，經常難以依據某一明確之規範性標準獲得法律上唯一正確之決定。於比例原則之審查，對於立法者或行政者之評價亦僅審查是否『適當(Vertretbarkeit)』」(引號為本論文所加)。

5、學者吳庚、陳淳文

兩位的共同著作指出³⁵⁷：基本權衝突是指因自由權自然的行使而引起的衝突。換言之，因基本權的行使發生與他人自由權或憲法法益相抵觸的情形所謂與他人自由權相抵觸，譬如自由發表評論，攻訐他人的創作(包括圖書、影片等)要求公眾加以抵制(也涉及基本權第三人效力的問題)，所謂其他憲法法益衝突，譬如因宗教信仰而拒絕當兵，自與防衛國家的憲法益不符；又如因發表言論毫無限制，而可能危

³⁵⁷ 吳庚、陳淳文(2016)，前註 204，頁 163。

及國家安全之保密等情形。德國通說認為基本權與第三人基本權衝突或與憲法上所保障的其他法益相對立時，「其解決不外以合乎比例原則的方式，求相互的調和，就個案加以衡量」(引號為本論文所加)。



6、其他學者

陳慈陽、李惠宗、吳信華的意見，與前述大法官們相近。

吳信華指出「實踐和諧原則」³⁵⁸。約言之，在個案解決上基本權衝突之模式，學界嘗試提出有不同見解，例如基本權利核心部分的衡量等，但均尚無完善解決方法，多認最後均須回歸「法益衡量」的思考。即於個別案件中對所衝突的基本權利加以衡平考量，視本案何種基本權利較應受保護。學理上，參考德國理論，亦有提出「實踐和諧原則」(praktische Konkordanz)，要求在基本權利衝突實應盡可能的注意雙方基本權利的和諧實現，而較不是衝突衡量後全有權無(全贏或全輸)的情況。尤其在國家公權利行為須考量私人間基本權利的地位或重要性而須做出決定時，更應注意此一實踐的調和性。

學者陳慈陽指出³⁵⁹：就基本權衝突之解決，有兩大途徑。首先係由立法者依據憲法第 23 條規定，為基本權行使限制，或規範兩種或多種可能會發生衝突之基本權關係的立法，此例如對墮胎之規定來消弭上述孕婦行為自由與人格自我發展自由與胎兒權之衝突。其次則是依個案狀況而進行「法益衡量」：也就是在具體個案中，就衝突之基本權中，尋找那個基本權具優先地位，而給予優先保障。此時不是所謂的由該優先基本權完全擠壓其他基本權，而是尋找彼此間之衡平點。如果此種常識仍無法達成衝突之解決時，應就該類型個案之傳統現象及該個案之特殊狀態，來決定何種法益在此個案中應退居次。

學者李惠宗指出³⁶⁰，解決基本權衝突尚無一定模式，唯由司法權於個案上做最

³⁵⁸ 吳信華(2011)，前註 317，頁 185-187。

³⁵⁹ 陳慈陽(2016)，《憲法學》，三版，臺北：元照，頁 609。

³⁶⁰ 李惠宗(2012)，前註 316，頁 132。於此應區分：(1)不同基本權之衝突：須考慮到各種基本權的價值位序。此時憲法基本價值的一致性可作為準則。例如民主秩序在我國憲法上是一項重要原則，載

後之確定。所謂基本權衝突解決並非各為退讓之情形，而是在個案中有一方優於他方，他方須壓抑其他基本權。法院在具體個案處理基本權衝突時須盡可能加以調和，「此時應先類型化處理」(引號為本論文所加)。

以上顯示，我國以上見解有一致性，但留下若干有待細緻討論的部分。

(二)、基本權衝突，應由立法者優先立法解決，旨在追求最適化衡平

以上國內見解均主張，於構成基本權衝突時，首先應由立法者進行利益衡量，妥為規定，其次才於個案討論上之標準建立，均旨在求得兩種憲法位階之法益之最適化調和，所以應區分不同的案型的兩種法益的配置情形而妥為決定。

就本處之基本權衝突之最適化調和之立法而言，應採行如下作法：首先，若欲保障女性優先進用升遷之名額規定，則應嚴格化有關要件，非旨在達成男女之同等比例，而是須視各該領域歷史以來之發展以及有無產生對女性之結構上之不利益。其次，必須女性競爭者與男性競爭者有同等價值之資格要件。第三，必須在該名額規定設有「個人具體特殊事由條款」(保留條款,saving clause)。第四相關的規定必須以法律為之。第五，在以上的嚴格要件下，為確保女性仍有勝出的機會，必須針對男女資格條件評比標準、程序，加以重視，排除典型女性因生育、家庭生活而致之劣勢。

(三)、基本權衝突之適用案型

於憲法第 1 條甚明，當然私有經濟制度亦為所保障。然二者相較，民主性的基本權應較私經濟性的基本權為優。故記者之因報導特定政治消息致被解雇者，該記者可主張其以言論自由為內容的工作權(基本權競合)可優於電視台主人的進用員工的營業自由。(2)、同種基本權衝突：釋字第 414 號解釋理由書稱「言論自由載於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，上不能與其他言論自由之保障等量齊觀。換言之，此號解釋已認為，縱使在言論自由的範疇內，言論種類之不同，其價值位序亦有不同。法院在具體個案處理基本權衝突時須盡可能加以調和，此時應先類型化處理。若屬於同種基本權衝突，依「基本權核心接近」理論解決。例如單身條款，依此理論思考：就女性員工而言，此為工作權之核心；就雇主的工作自由權而言，此為進用其員工之自由。二者相較，自然可之女性員工的工作權是更接近工作權的核心，故金融機構或各種機構皆不得制訂所謂的單身條款。

本論文所遇到的問題為，基本權之衝突是否包括基本國策與基本權之衝突之案型³⁶¹？

本論文所關注之女性保障名額規定，在德國法係規定於基本法第 3 條第 2 項第 2 句，性質上為國家目標條款，其比重是否小於第 3 條第 3 項之禁止基於性別而為之歧視(性質上為平等權，屬於基本權)，從而排除基本權衝突之適用？

首先，就比較法而言，前述德國修憲後之通說，均認為第 3 條第 2 項第 2 句之「國家目標條款」與基本法第 3 條第 3 項產生基本權衝突，這是一種「非真正的基本權衝突」，詳見前述有關德國法之專門討論。

其次，我國憲法基本權之限制條款係統一規定於第 23 條，與德國基本法之限制條款散落在各基本權條文中，有所不同。我國憲法第 23 條所列之四種公共利益之「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益」，難謂對各基本權有不同限制事由。儘管如此，吾人就具體案型中所涉及之公共利益，還是得加以區分成不同的位階，而賦予基本權干預之不同強度的正當化事由³⁶²。所以我國對於基本權衝突架構，也可以涵蓋真正與不真正兩種。

第三，以上見解，為國內學者肯認，得以學者林明昕如下意見，作為觀察：1、基本國策為制憲者所明定，有拘束立法者之功能，儘管人民原則上不能直接據之享有請求權，但於提起爭訟時，基本國策條款得作為限制基本權利的依據，亦即得禁止立法者不得作為的禁止義務；或作為指示立法者有一定作為之誠命義務。2、這種以基本國策之實現作為限制基本權之目的，究其實，無非是立法者義務衝突的問題(Pflichtenkollision)。3、此種現象在個法規範領域及各法規範位階中均常見，而受相衝突之規範所拘束的義務人，則僅能於個案中以法益衡量之方法，力使兩箱衝突之義務所欲追求的法益儘量並存地實現。4、至於如此的所謂「最佳化要求」

³⁶¹ 這是口試時一位老師的提問。類似的問題得為，基本權衝突只限於自由權與自由權之間？換言之，就平等權與自由權之間，或平等權與平等權之間，是否也可能產生基本權衝突？

³⁶² 我國大法官於釋字 613 號解釋，儘管涉及國家組織法，也明白提及「憲法位階的法益」；只有這種情形，才能正當化獨立機關的設置。

(Optimierungsgebot)，究竟如何具體操作，則公法學上常稱的「比例原則」無疑地得以提供一個妥善的解決方案³⁶³。

(四)、禁止基於性別歧視之平等權，是否在利益衡量上必然優於女性積極平權之基本國策？

就基本權衝突之解決，前述德國通說見解係採「最適化調和」，而不是以基本權條款一定優於基本國策³⁶⁴。我國修憲時不採憲法本文之修改，而是經由增修條文之基本國策，而且憲法制定於民國 36 年，距今已頗有年代，從憲法變遷角度、台灣當今社會發展情形及世界性趨勢，另外從我國憲法本文與增修條文有原住民族及弱勢族群之保障之規定，整體以觀，吾人也應作靈活的解釋。

總之，女性保障名額措施與男性競爭者之工作或服公職之平等權保障(憲法第 7 條之禁止出於性別之歧視)，兩者均為憲法位階法益，構成基本權之衝突，積極平權措施必須合於目的性與比例性。

四、憲法之公務人員功績制原則與性別積極平權措施之關係：兩者間不發生衝突

從德國法的比較觀察得知，績效原則所強調之公務人員進用升遷應取向「適性」、「能力」與「專業成就(表現)」，於這三個指標經衡量完畢之後，而男女競爭者仍然符合相同或相等價值的資格條件時，得以性別作為輔助性的衡量標準。我國法也得採這項結論。

肆、消除對女性一切形式歧視公約施行法作為規範依據

³⁶³ 林明昕(2016)，前揭註，頁 1331。

³⁶⁴ 但也有少數意見指出，從制憲者制定未設有基本權限制條款之基本權以觀，於利益衡量時，「國家目標條款」應退讓。參見 S. Lenz / P. Leydecker, Kollidierendes Verfassungsrecht-Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte, DÖV 2005, S.841(847ff).

國際公約中與本論文最為相關者，為「消除對女性一切形式歧視公約」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women；以下簡稱本公約)。我國於民國 100 年 6 月 8 日制定「消除對女性一切形式歧視公約施行法」。其雖非憲法，但因為銜接國際重要且知名的公約，所以公約的規定在憲法解釋上或法政策上，也具有意義，得略作若干討論。

一、公約施行法作為法源，不得牴觸憲法

施行法是法律位階，不得牴觸憲法。其次，其不能直接取代現行法律，但因為揭櫫此一重要的國際公約，使得我國在有關的釋憲、修法、法律解釋適用上也得引述或依據。

釋字第 728 號解釋便是一個經典的案例。本件涉及祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定(「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」)之合憲性爭議。大法官在理由書中指出：...但整體派下員制度之差別待遇仍然存在。按「中華民國人民，無分男女.....，在法律上一律平等」、「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」憲法第七條及憲法增修條文第十條第六項分別定有明文。「上開憲法增修條文既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約第二條、第五條之規定，國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等」(引號為本論文所加)。惟無論如何，公約施行法第 2 條規定，公約所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定，「具有國內法律之效力」。所以，其並非憲法位階的條文。即使該條約是國際知名條約，具有普世價值，但也是法律位階而已，若要具有憲法位階，則須進行修憲，將該條約主要內容明定於憲法。其次，該公約施行法並不是直接將我國現行諸多法律立即

修改一次到位修改完成，而是由各機關檢討改進³⁶⁵。在檢討改進的時候仍不免碰到其他法律規定或其他憲法條文，所以憲法層次的積極平權規定之找尋，仍有意義。



二、本公約的積極平權規定

第 1 條規定，為實施聯合國一九七九年消除對女性一切形式歧視公約³⁶⁶，以消除對女性一切形式歧視，健全女性發展，落實保障性別人權及促進性別平等，乃制定本法。

在本公約中，「對女性的歧視」一詞指基於性別而作的任何區別、排斥或限制，其影響或其目的均足以妨礙或否認女性不論已婚未婚在男女平等的基礎上認識、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權和基本自由。

本公約先規定禁止歧視(第 2 條)，積極平權措施規定於第 3、4、5 條。

第 3 條規定：「締約各國應承擔在所有領域，特別是在政治、社會、經濟、文化領域，採取一切適當措施，包括制定法律，保證婦女得到充分發展和進步，以確保婦女在與男子平等的基礎上，行使和享有人權和基本自由。」本條係廣泛的賦權予締約國，同時也是一種國家義務。國家必須全面的檢視既有的法律與政策，以實現本條所規定之目標(一種廣義的積極平權)。

與本論文最密切相關者，為公約第 4 條第 1 項。其規定：締約各國「為加速實現男女事實上的平等」而採取的「暫行特別措施」，不得視為本公約所指的歧視，亦不得因此導致維持不平等的標準或另立標準；「這些措施應在男女機會和

³⁶⁵ 該施行法第 3 條規定，適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國消除對婦女歧視委員會對公約之解釋。第 4 條規定，各級政府機關行使職權，應符合公約有關性別人權保障之規定，消除性別歧視，並積極促進性別平等之實現。第 5 條規定，各級政府機關應確實依現行法規規定之業務職掌，負責籌劃、推動及執行公約規定事項，並實施考核；其涉及不同機關業務職掌者，相互間應協調連繫辦理。

³⁶⁶ 資料來源:行政院性別平等會，消除對女性一切形式歧視公約專區
<http://www.gcc.gov.tw/news5.aspx?n=0FA95BAEF8038564&sms=6E4F72C75BA15E25>
(最後造訪日期:2016/10/17)

待遇平等的目的達到之後，停止採用」(引號為本論文所加)³⁶⁷。以上顯示，本公約如歐盟法判例之結論，認為各會員國不得採行無條件、無資格限制之女性優先名額等之規定³⁶⁸。這是一種「積極平權措施」，而且係以另一性別者權益受到侵害作為對價，所以是出於補償原因且為暫行措施。本條為本論文所關注者。

第 5 條為向來各國社會和文化行為模式及家庭教育領域下所形成之女性劣勢地位或形象之改善要求。

以上三個條文，建立相當周延的積極平權措施機制，而且於歐盟法、德國法、英國法找到相應的規定，值得我國參考。

官曉薇指出，依據該公約第 4 條，為加速實現男女事實上平等而採行之暫行特別措施，此類暫行特別措施之正當性已足以被證立。因為其為「暫行的」，若達到目的。則手段上即應停止³⁶⁹。

三、我國施行法之主要規定

本法第 2 條規定，「公約所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定，具有國內法律之效力」。第 4 條規定，各級政府機關行使職權應符合公約有關性別人權保障之規定，消除性別歧視，「並積極促進性別平等之實現」，所以我國立法者也明白揭示「積極平權」。儘管如此，本法於制定時未同步檢討修正當時法律與法規命令、行政規則等，而是於第 8 條規定「通盤檢討」：各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法規及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法規之制(訂)定、修正或廢止及行政措施之改進。

此立法方式有助於各機關之緩衝，但也導致在此過渡期間之制度改變緩慢與

³⁶⁷ 該條第 2 項規定：締約各國為保護母性而採取的特別措施，包括本公約所列各項措施，不得視為歧視。這是特別類型之積極平權，因限於篇幅而不予討論。

³⁶⁸ 參見官曉薇(2015)，〈性別實質平等：簡介 CEDAW 宗旨與條文(1-16)〉，《性別平等教育季刊》，70 期，頁 25。

³⁶⁹ 參見林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇、許玉秀主持(2015)，〈私法自治 VS. 性別平等--從釋字 728 論祭祀公業條例之合憲性〉，《臺灣法學雜誌》，270 期，頁 75。

個案解釋之爭議。2016年由行政院所出版之「消除對婦女一切形式歧視公約法規檢視案例彙編」一書中，對於公約之第4條之「暫行措施」亦未有具體案例³⁷⁰。



伍、兩公約施行法作為規範依據

我國於民國98年3月31日制定「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」。其中，經社文公約有諸多保障兩性於勞動與生活領域之權利，就此，學者劉定基進行研究，指出我國行政法院的判決與法官聯席會議之決議。最高行政法院於103年度8月第1次庭長法官聯席會議作成決議，其理解公約第23條第1項與經社文公約第10條第1款前段有關「家庭權」的規定，並承認上述規定具有國內法效力，但以該等規定就「請求權內容及要件，並未明確規定」為由，而認定「不得據以認為本國配偶有為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權」；因此，當本國配偶以其外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回為由提起課予義務訴訟時，最高行政法院即認為原本就沒有請求權的本國配偶，「不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形」，不得提起課予義務訴訟。因最高行政法院決議具有實質拘束力，新近判決已不見有肯定本國配偶得提起課予義務訴訟者」。於此顯示，公約施行法所引進之公約若未經我國實定法化，實務上不認為其應優先適用³⁷¹。其次，學者劉定基指出，司法院大法官有關人民權利保障的解釋，卻經常在行政訴訟實務(尤其是行政法院)相關討論中消失，而且不論是涉及工作權保障與限制的案件，或是有關強制入會與結社自由關係的爭議，又或是影響本國人民家庭婚姻關係保障的案件，這是因為相關行政法院的判決經常出現「重國際公約而輕本土憲法(解釋)」的情形³⁷²。

³⁷⁰ 消除對婦女一切形式歧視公約法規檢視案例彙編，行政院性別平等處，105年5月，最後造訪日:2016/12/22

<http://www.gcc.gov.tw/Upload/RelFile/3210/737169/%E5%BD%99%E7%B7%A8%E6%9C%AC%E6%96%87.pdf>

³⁷¹ 劉定基(2016)，〈國際人權公約內國法化對司法實務的影響—以行政法院裁判為觀察中心〉，《法令月刊》，67卷10期，頁78-103，頁94。

³⁷² 其並指出，長此以往，對於我國人權法制發展是否有利，恐怕值得思考。舉例而言，在相關公約

學者張文貞引述經社文公約委員會之具體改善建議，而指出諸多衍生制度，例如締約國必須保證在法律及實際情形下，男女均享有公平獲得工作的機會；公私營單位都必須提供男女適當之職業訓練，使其平等享有工作權；婦女享有社會保險、平等地享有社會福利及退休保障之權利；婦女應有產假、男子應有陪產假、且男女都必須享有育兒假³⁷³。我國既然制定施行法，就應該一併加以繼受。但這些都只是施行法層次，不得抵觸我國憲法，有待我國檢討修正有關法律而加以落實。

此外，近期 2017 年 1 月，國際專家受邀來台，針對我政府落實兩公約情形完成第二次審查³⁷⁴，學者陳長文也指出：(1)兩公約的法律位階優先性不明，當法院遇到「法律與兩公約牴觸」時，未必優先適用兩公約；(2)司改會議無法處理所有人權議題，也無法追蹤決議未來的成效；(3)有必要設立「符合巴黎原則」的常設國家人權機構，並倡議無論是「新設機構」或「強化監察院」都是可行方案³⁷⁵。

第三節我國現行規定與政策之檢討

於掌握我國憲法規定與釋義之後，得檢討我國當今的規定。我國現行法律如公務人員任用法、公務人員陞遷法並沒有「女性公務人員優先任用升遷」之規定。性別工作平等法、性別平等教育法係集中於「禁止歧視」，而沒有名額保障規定。

壹、關於法律保留原則

以上三種名額規定，第一種涉及政務官，與公務人員較無關連，第二種與第三

內國法化之前，行政法院或許早就可以依據大法官有關婚姻家庭自由的解釋，賦予本國人民在其外籍配偶遭拒絕入境或居留案件中一定的訴訟地位，而不需等待兩公約的內國法化，頁 98。以上，劉定基(2016)，〈國際人權公約內國法化對司法實務的影響—以行政法院裁判為觀察中心〉，《法令月刊》，67 卷 10 期，頁 78-103。

³⁷³ 張文貞(2014)，〈性別平等之內涵與定位：兩公約與憲法之比較〉，《國立台灣大學法學論叢》，43 卷特刊，頁 771-838，頁 815。

³⁷⁴ 國際審查是由締約周期性地（4 年 1 次）接受聯合國人權機構的檢視，以監督該國的人權狀況。由於我國暫時無法參與聯合國，便獨創「在地審查模式」。

³⁷⁵ 陳長文(2017)，〈落實兩公約 從司改會做起〉，中國時報，社論。資料來源：<http://opinion.chinatimes.com/20170527003379-262105>（最後造訪日期：2017/5/31）

種則顯然有德國法的色彩(但名額比例仍然有別)，最大的差別載於德國係規定於法律中。

由於女性保障名額規定干預男性競爭者之工作、服公職之平等權，而且屬於重大的干預，因為男性競爭者將被排除(德國法稱為「重大基本權干預性」)，所以依我國憲法第 23 條，應以法律為規定。

貳、關於各部會委員會、國公營事業董監事會代表之「三分之一之性別比例」之檢討

這個比例並沒有實證的依據，所以是很粗糙的政策結論。德國法 2015 年之包裹立法，對於(1)聯邦政府所設置之監督性之委員會，包括監事會、行政委員會、其他相類之具有監督性權責之委員會，以及(2)聯邦重要的委員會(指聯邦政府至少有權派任一個成員席次或就該組織成員選任聯邦政府有權聽取意見者，或該委員會被聯邦政府依本法宣告為「重要之委員會」)，就前者，該法規定自 2016 年 1 月 1 日起，單一性別比例必須達到 30%，自 2018 年起，兩性比例須達到 50%；相關之聯邦機構應促成男女等比例性。若無法於如上期程達成目標值，則各機關應立即通知聯邦主管部，該通知中並應說明理由。就聯邦重要委員會之席次分派要求(Vorgaben für wesentliche Gremien)，則課予相關之聯邦機構(die Institutionen des Bundes)應促使男女等比例之代表，並沒有設定硬性比例與期程。

我國如上規定若有任何的正當性，則應是在於，為避免對男性競爭者於短時間造成過大的衝擊，而且制度採初步引進，而且有如上德國法之參考。這個比例只是階段性的目標而已，旨在避免過於急躁所可能招致的強烈反對。

肆、針對一般公務人員之「三分之一之性別比例」之檢討

「行政院性別平等政策綱領」規定，就一般公職人員而言，從「簡任官的拔擢」或是「升任簡任官前的九職等官員」，以單位為基礎，在資歷相當情形下，優

先晉升少數性別，以達到各單位中每一職等符合三分之一性別比例為原則。



一、比較法之觀察

從比較法而言，德國儘管規定女性公務人員則上應達到與男性同一比例，但期程則是由各機關於「性別平等計畫」加以裁量決定³⁷⁶，所以得有較長的達成期。英國法亦然。就此以觀，我國也得規定目標值為二分之一，但不規定達成的期限，但這樣的立法例又不無失諸空泛。

二、就簡薦委之官等

就民國 105 年數字而言，截至 105 年 3 月底，全國公務人員中男性人數 20 萬 1,730 人，占 58.14%，較上季底減少 0.17 個百分點；女性人數 14 萬 5,242 人，占 41.86%，較上季底增加 0.17 個百分點。就簡薦委三個官等而言，委任人員男性比率為 42.75%，女性所占比率為 57.25%，較男性高 14.50 個百分點。薦任則男性比率為 47.03%，女性所占比率為 52.97%，較男性高出 5.94 個百分點，另簡任人員之女性比率，則由上一季之 30.63%，續增為 31.11%³⁷⁷。

³⁷⁶ 該計畫的制定必須經由機關職工委員會之參與，所以並非由機關首長單方決定。

³⁷⁷ 數據資料:銓敘部及所屬機關各官等職員性別統計(截至 105 年 3 月)<http://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=1120&Page=4230&Index=4>
(最後造訪日期:2016/10/14)

表格 1：銓敘部及所屬機關各官等職員性別統計³⁷⁸就民國 100 年至 104 年之統計數字

銓敘部及所屬機關各官等職員性別統計													
中華民國100年底至104年底													
單位:人;%													
年別	總計			銓敘部及所屬機關									
	總人數	男性比率	女性比率	政務		簡任		薦任		委任		雇員	
				男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率
100	342	34.5	65.5	100.0	-	58.0	42.0	32.5	67.5	20.7	79.3	-	100.0
101	348	33.6	66.4	100.0	-	56.6	43.4	31.7	68.3	20.6	79.4	-	100.0
102	346	31.8	68.2	100.0	-	54.0	46.0	29.6	70.4	20.0	80.0	-	100.0
103	348	32.8	67.2	100.0	-	53.7	46.3	29.4	70.6	25.0	75.0	-	100.0
104	351	33.6	66.4	100.0	-	49.1	50.9	32.0	68.0	23.1	76.9	-	100.0
年別	總計			銓敘部									
	總人數	男性比率	女性比率	政務		簡任		薦任		委任		雇員	
				男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率
100	258	34.5	65.5	100.0	-	60.0	40.0	32.5	67.5	17.4	82.6	-	100.0
101	266	33.5	66.5	100.0	-	62.8	37.2	30.7	69.3	16.7	83.3	-	100.0
102	264	31.8	68.2	100.0	-	60.0	40.0	29.0	71.0	15.6	84.4	-	100.0
103	264	33.0	67.0	100.0	-	59.1	40.9	28.6	71.4	21.4	78.6	-	100.0
104	267	34.1	65.9	100.0	-	53.3	46.7	32.0	68.0	18.4	81.6	-	100.0
年別	總計			公務人員退休撫卹基金管理委員會									
	總人數	男性比率	女性比率	政務		簡任		薦任		委任		雇員	
				男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率	男性比率	女性比率
100	84	34.5	65.5	-	-	50.0	50.0	32.3	67.7	33.3	66.7	-	-
101	82	34.1	65.9	-	-	30.0	70.0	34.5	65.5	35.7	64.3	-	-
102	82	31.7	68.3	-	-	30.0	70.0	31.6	68.4	33.3	66.7	-	-
103	84	32.1	67.9	-	-	30.0	70.0	31.7	68.3	35.7	64.3	-	-
104	84	32.1	67.9	-	-	30.0	70.0	31.7	68.3	35.7	64.3	-	-

資料來源：銓敘部

以上顯示，公務人員體系中目前僅就簡任官等的公務人員性別比例—有女性比例較低的情形，而且在比例上為簡任官等，比較有差別，男女比例為 53.3:46.7；但在政務官的部分，男女比例為 1:0。

³⁷⁸數據資料:銓敘部及所屬機關各官等職員性別統計，全國公務人員人力素質統計季報 105 年第 1 季 <http://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=1185&Page=4998&Index=4>(最後造訪日期:2016/10/14)

三、就簡任官等中之各個職等

就簡任官等而言，其係從第 10 職等到第 14 職等，其中各職等性別比例，學者施能傑統計分析發現³⁷⁹：「目前高階主管職位中最具關鍵性簡任第 12 職等的女性比例有 22%，第 10 和 11 職等女性比例約近三成，中階關鍵薦任第 9 職等(主管職是科長)的女性比例有 40%，第 8 職等是 42%，第 7 職等則大幅跳增至 55%。整體觀之，儘管第 8 職等以上中高階女性公務人員比例是持續快速成長，但各職等女性比例依舊低於整體比例，愈高職等的女性比例約僅及整體比例的一半。」

2016 年 10 月 31 日我國行政院人事行政總處公布官方的統計³⁸⁰：行政院所屬機關學校簡任官員女性有 26.07%。女性政務首長、政務副首長計有 15 人，占行政院及所屬(含公平會、通傳會、中選會等 3 個獨立機關及北協)政務首長(含兼任部會首長之政務委員及發言人，不含未兼任部會首長之政務委員)及政務副首長之總數(86 人)比率為 17.44%³⁸¹。

另教育部公布 104 學年各教育階段女校長比例，國小 30.12%，國中 33.42%、高中 20.16%、大學 7.14%；大學一級行政主管女性也僅 22.89%，學術主管女性也僅佔 24.29%³⁸²。

³⁷⁹ 見施能傑(2016)，〈政府部門女性公務人員的代表性分析〉，台灣政治學刊 20 卷，1 期，頁 194-195。

³⁸⁰ 行政院統計處資料來源(最後造訪日期：2016/11/05)
<http://www.dgpa.gov.tw/lp.asp?ctNode=429&CtUnit=204&BaseDSD=7>

³⁸¹ 行政院統計處資料來源(最後造訪日期：2016/11/05)
<http://www.dgpa.gov.tw/lp.asp?ctNode=429&CtUnit=204&BaseDSD=7>

³⁸² 行政院統計處資料來源(最後造訪日期：2016/11/05)
<http://depart.moe.edu.tw/ED4500/cp.aspx?n=C1EE66D2D9BD36A5>



表格 2：105 年行政院暨所屬機關(構)學校進用女性情形³⁸³

行政院暨所屬機關(構)學校進用女性情形表 (單位：人)

職務／性別		男	女	合計	女性所佔比例
政務首長及相當職務		37	6	43	13.95%
其他政務職務(中央)		51	14	65	21.54%
其他政務職務(地方)		191	49	240	20.42%
民選首長		185	38	223	17.04%
簡任(派)	主管	3870	1365	5235	26.07%
	非主管	2942	1298	4240	30.61%
薦任(派)	主管	27800	18707	46507	40.22%
	非主管	84488	51766	136254	37.99%
委任(派)		67659	40164	107823	37.25%
聘任人員		544	677	1221	55.45%
醫事人員		4903	22170	27073	81.89%
教師		66174	121481	187655	64.74%
雇員		560	1340	1900	70.53%
法官及檢察官		864	508	1372	37.03%
合計		260268	259583	519851	49.93%

資料來源：公務人力資料庫
 資料截止日：105年8月底
 資料統計日：105年10月21日

³⁸³行政院統計處資料來源(最後造訪日期：2016/11/05)

<http://www.dgpa.gov.tw/lp.asp?ctNode=429&CtUnit=204&BaseDSD=7>

表格 3：104 學年度大專校院女性學術主管人數與比率³⁸⁴

104學年度								
	總 計		大 學		學 院		專 科	
	女		女		女		女	
人 數								
總 計	4,759	1,203	4,410	1,071	252	74	97	58
公 立	2,049	484	2,030	476	6	4	13	4
私 立	2,710	719	2,380	595	246	70	84	54
百 分 比								
總 計	100.00	25.28	100.00	24.29	100.00	29.37	100.00	59.79
公 立	100.00	23.62	100.00	23.45	100.00	66.67	100.00	30.77
私 立	100.00	26.53	100.00	25.00	100.00	28.46	100.00	64.29

單位：人；%

說明：學術主管(學院院長、科系所主任、所長，不因學校認定標準不同而異)依學校員額。學校視為教學單位且非為對外招生之院、系、所、學位學程之教學單位主管亦計入。100學年(含)以前僅計列歸為一級單位之學術主管人員。

表格 4：104 學年度大專校院女性一級行政主管人數及比率³⁸⁵

104學年度								
	總 計		大 學		學 院		專 科	
	女		女		女		女	
人 數								
總 計	2,514	589	2,158	494	227	51	129	44
公 立	844	216	813	205	10	4	21	7
私 立	1,670	373	1,345	289	217	47	108	37
百 分 比								
總 計	100.00	23.43	100.00	22.89	100.00	22.47	100.00	34.11
公 立	100.00	25.59	100.00	25.22	100.00	40.00	100.00	33.33
私 立	100.00	22.34	100.00	21.49	100.00	21.66	100.00	34.26

單位：人；%

說明：一級行政主管包括副校長、教務長、學務長、總務長、研發長、主任秘書館長、進修部主任、資訊中心主任、人事主任、會計主任及其他經學校

四、法政策之思考

³⁸⁴ 教育部統計處資料來源(最後造訪日期：2016/11/05)
<http://depart.moe.edu.tw/ED4500/cp.aspx?n=C1EE66D2D9BD36A5>

³⁸⁵ 教育部統計處資料來源(最後造訪日期：2016/11/05)
<http://depart.moe.edu.tw/ED4500/cp.aspx?n=C1EE66D2D9BD36A5>

以上顯示，我國簡任官等中，女性人數多處於下級職等，故仍有引進積極平權之空間。至於是否以三分之一或二分之一比例為目標值，應經由實證數字才能決定。

其次，從德國與英國的比較而言，吾人也得設立較高的目標值，由各該行政機關關於「性別平等計畫」規定達成的期程與措施，但該計畫之作成應由公務人員協會之參與，而且我國於未來也得在公務人員相關法律中規定「兩性平等保護官」，並且在相關法律中納入性別平等觀點，最後，相關的計畫應公開，以方便各界監督。

伍、針對特殊領域之公務人員

就本處問題意識而言，我國於警、消、海巡、國安、調查、移民、獄所之公務人力，出於職務內容與本質，是否呈現較嚴重的性別比例差異，以及得否以領域特色而得正當化之？

一、學者的調查發現

學者施能傑區分四類型政府部門公務人員，指出女性比例是有著非常大的差異性³⁸⁶。

其指出(以下逐字)：公營事業機構(包括交通、金融和生產事業)的女性公務人員比例一向最低，不過隨著許多生產事業機構民營化後，目前以交通和金融為主的事業機構中女性比例也持續增加至 29.3%。公立醫療機構和公立學校職員兩個部門的女性比例一向就超過七成，兩個部門不僅女性人數持續增加，女性比例也都持續成長至 75%以上。

就行政機關而言，目前全國行政機關公務人員有 23.1 萬人，女性公務人員約有 8.3 萬人，較 2001 年大幅增加 2.6 萬人成長率超過 44%(1975 年含醫療機構

³⁸⁶ 見施能傑(2016)，〈政府部門女性公務人員的代表性分析〉，台灣政治學刊 20 卷，1 期，頁 183-184。

在內的行政機關之女性公務人員總數僅有 1.65 萬人，1984 年約 4 萬人，1990 年增至 5.3 萬人)，但占全體人力比例迄今仍僅持續增至 36.6%。此一比例看似不高，深層分析後會發現主要和行政機關的工作圖像有關，廣義行政機關粗分為一般行政機關體系(簡薦委官等人員)和警察機關體系等兩大類，絕大部分女性公務人員是簡薦委官等人員並服務於一般性行政機關，因此，一般性行政機關女性公務人員比例並不低，從 42% 成長至今 52%，若再扣除一般性行政機關中不是警察官的執法人員，如矯正、移民、海巡和消防等業務工作者，女性比例則已經達 63%。相對地，警察機關體系中僅有 5,133 人是女性，相較 2001 年總人數雖成長超過一倍。但占警察體系總人力比例仍僅增至 6.7%。

二、現行的職系列統計數字

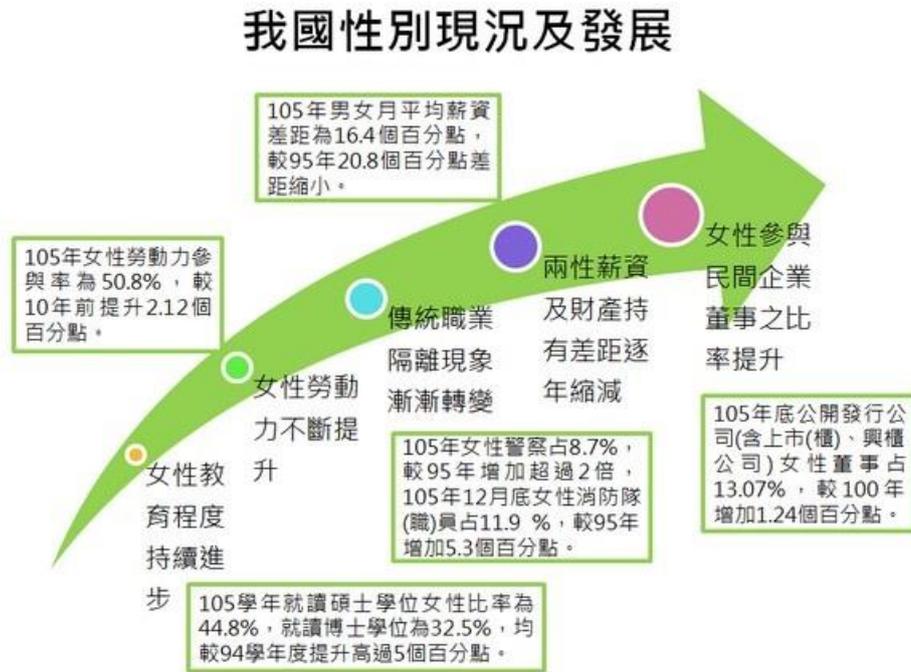
我國行政院性別平等處於重要節日(三八婦女節)前發佈性別統計數字。最新的數字包含於 106 年 03 月 02 日「中央地方攜手·共創性別平等—我國性別平等推動成果及未來展望」報告³⁸⁷。其中顯示，特殊部門之女性公務人員比例仍然偏低，如下圖，警察領域 8.7%，消防領域 11.9%。這種低比例性是針對名額比例，但一般而言也將反映於各該官等或職等上之男女比例分派；甚至，愈往上面層級，因為相關的考績與升遷之委員會之成員組成、組織文化等都是男性佔據優勢比例，而且形成此結構之時代久遠，女性競爭者勝出的比例更低。

³⁸⁷ 行政院性平處、行政院性別平等會，資料來源：

http://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=4E506D8D07B5A38D&s=B6DC7008F2ABDF5
(最後造訪日期：2017/03/03)。也請參看 2017 年 3 月 3 日，國人女性逾 30 歲 退職潮大增，中國時報，資料來源：<http://www.chinatimes.com/newspapers/20170303000044-260202>(最後造訪日期：2017/03/03)逾 30 歲女性勞參率遽降 林全要性平處改善，聯合報，資料來源：<https://udn.com/news/story/7238/2317245>(最後造訪日期：2017/03/03)。該報導並指出，林全院長在聽取後表示，行政院性別平等會、各部會、地方政府及民間團體努力下，我國女性的各項社經地位及相關指標逐年提升，性別落差持續縮小，值得肯定，但仍有許多努力的空間；我國卅歲以上的女性勞動力參與率明顯急遽下降，於在行政院會上裁示，希望透過努力改善，共同營造性別友善的幸福社會；行政院性平處將透過促進二度就業等兩措施改善。



圖 1：我國性別現況及發展(主要為女性重要指標與事實比率)³⁸⁸



三、比較法之觀察

在德國法脈絡，因為二分之一性別比例並沒有明文規定達成期程，而是由各機關裁量各階段的目標值與措施。換言之，德國採「目標名額制」(Zielvorgaben)，所以這問題並不嚴重。

四、法政策之思考

我國迄今對警察、消防、海巡、監所管理、調查、國安、移民等領域並無女性優先升遷之規定，這些領域是否出於職務內容與本質，得排除女性優先進用與升遷？

精確言之，這裡應區分「禁止歧視」與「積極平權措施」。前者係指，於此等

³⁸⁸ 行政院性平處，資料來源：

http://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=4E506D8D07B5A38D&s=B6DC7008F2ABDDFF5

(最後造訪日期：2017/03/03)



領域，立法者及考選部(經由授權而制定考試規則，性質上為法規命令)得否於錄取名額上壓低女性之比例？後者係指，就已經進入此等領域服務之公務人員，於升遷上得否優先保障女性以及應於如何之程度？

(一)、關於限制女性錄取名額

就禁止歧視而言，目前於(1)司法人員監獄官及監所管理員 (2)法警類科³⁸⁹，增訂分定男女錄取名額。

支持分訂男女錄取名額者指出(1)鑑於收容人特殊屬性及其性別考量，監所管理員為第一線直接戒護人員，舉凡生活管理、沐浴、更衣、如廁、檢身(有無紋身或夾藏違禁品、現金、毒品等)，隨時需嚴密戒護或處理緊急突發事故，皆需近身戒護，且不能脫離視線，其工作性質較適合由同一性別擔任；另監所戒護警力比例方面，美國男女戒護人員採混同戒護管理，戒護人員與收容人比例介於 1：2 至 1：4 之間，而我國為 1：13，戒護人力上明顯較美國不足；此外，若為配合取消男女分定錄取限制，我國監所硬體設備品質亦需同步提升，否則將造成不必要的人身困擾及戒護人員自身安全之危險。故為因應監所特殊勤務制度，尚有分定男女錄取名額之限制³⁹⁰。(2)法警依法執行解送、戒護、扣押等勤務，面對之人犯九成以上為男性，且近年錄取女性法警比例有增高趨勢，為避免法警性別比例與監所收容人比例嚴重失衡，影響勤務人力調度及法庭安全，爰增訂法警類科得依用人機關實際任用需要，分定男女錄取名額之規定³⁹¹。

³⁸⁹考試院 105 年 2 月 25 日第 12 屆第 75 次會議，於 105 年 3 月 4 日修正。

³⁹⁰考選部(2013)，〈國家考試性別平等白皮書〉，頁 9-10。資料來源：

<https://www.google.com.tw/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=14&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjSu9HX0YXUAhVGmZQKHTfWCiM4ChAWCDUwAw&url=http%3A%2F%2Fwww.exam.gov.tw%2Fpublic%2FAttachment%2F52315223390.pdf&usg=AFQjCNEIuklrEuOXdgeIYt19L-He3HWFaQ>

(最後造訪日期：2017/5/23)

³⁹¹考選部(2016)，〈司法人員考試規則修正簡介〉，資料來源：

https://www.google.com.tw/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjw7pab4IXUAhVCmZQKHUgrDHkQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.moex.gov.tw%2Fmain%2FExamCom%2FwHandExamCom_File.ashx%3Fexamcom_id%3D1178&usg=AFQjCNEsYX1ajqIkRDvfvPvzK2EOSBSJkw

(最後造訪日期：2017/5/23)



(二)、關於女性進用升遷

在法政策之因應上，除非女性係出於生理上無法改變特徵而影響職位的内容與本質—但這問題須有相關科學上之依據，否則仍應針對女性於整體與領導層級處於低比例，仍應採行積極平權措施。

其次，因為男女現職人員比例於此領域之重大落差，為避免造成男性競爭者造成過於嚴厲的衝擊，女性優先進用升遷之名額比例得有所調降，不必以二分之一或三分之一或四分之一為短期的目標。

圖 2：105 年職業別從業人員(女性比例)³⁹²

▶ 職業別從業人員

- ▶ 女性擔任警察、消防工作人員年年增加，105年女性警察官計5,405人(占8.7%)，較95年增加超過2倍，105年12月底女性消防隊(職)員計1,669人(占11.9%)，較95年增加5.3個百分點
- ▶ 105年國軍女性比例占10.5%，較104年增加0.6個百分點，另志願士兵招募女性占15%。



▶ 14

資料來源：內政部警政署、消防署、國防部

陸、關於公部門男女進用升遷之評定標準與執行之要求

³⁹² 行政院性平處、行政院性別平等會，資料來源：

http://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=4E506D8D07B5A38D&s=B6DC7008F2ABDF5
(最後造訪日期：2017/03/03)

依照歐盟法、英國法與德國法之比較法觀察，女性競爭者必須具有與男性競爭者相等價值之資格條件(涵蓋適性、能力與專業成就)，始能獲得優先進用或升遷。重要者從而在於「相等價值之資格要件」應如何界定(標準)?如何評量(評量之主體與程序)?甚至，後續有關的行政爭訟之規定為何?這些制度必須排除對女性因為生理或社會角色扮演之不利益，否則女性將永遠無法在個別職位競爭中取得「相等價值之資格條件」，從而難以勝出。

如前所述，德國聯邦與各邦之性別積極平權法律大多規定，對於女性於家庭工作所獲得之「能力與經驗」(Fähigkeiten und Erfahrungen)於判斷上具有意義；出於照顧孩童與眷屬之部分工時(Teilzeitbeschäftigung)、(因懷孕)休假(Beurlaubung)、延緩完成訓練(Verzögerungen beim Abschluss der Ausbildung)等，不得直接地對女性競爭者產生不利益效果；在男女應徵者之資格相同下，才可考量「服務年資」及「上一次升遷紀錄」。就家眷或是否需要額外照護有關之特別紀錄與技能，原則上不能納入考量，除非與衡量要素具有重要關連性才可例外為之。我國是否有類似的規定？

一、公務人員任用法、考績法、陞遷法、退休法

我國公務人員任用法，仍限於考試及格即取得任用資格(第 13 條)，對於工作之「適性」、「能力」之判斷，並無具體要求。

公務人員考績法施行細則第 4 條第 5 項規定，各機關辦理考績時，不得以下列情形，作為考績等次之考量因素：「一、依法令規定日數所核給之家庭照顧假、生理假、婚假、產前假、娩假、流產假、陪產假及因安胎事由所請之假。二、依法令規定給予之哺乳時間或因育嬰減少之工作時間。」這兩款為我國女性生理或社會典型之角色分派之不利益加以排除，堪稱妥當。

我國公務人員陞遷法第 7 條並無性別平等考量³⁹³：首先，其第 1 項規定各機關

³⁹³ 該法第 5 條規定，於各機關職務出缺時，除依法申請分發考試及格或依本法得免經甄審(選)之職缺外，應就具有該職務任用資格之人員，本功績原則評定陞遷，亦即，必須同時符合「出缺」與

辦理本機關人員之陞任，應注意其品德及對國家之忠誠，並依擬陞任職務所需知能，就考試、學歷、職務歷練、訓練、進修、年資、考績(成)、獎懲及發展潛能等項目，訂定標準，評定分數，並得視職缺之職責程度及業務性質，對具有基層服務年資或持有職業證照者酌予加分³⁹⁴。其次，第 2 項各機關職缺擬由本機關以外人員遞補時，得參酌前項規定訂定資格條件辦理之，所以同樣也沒有類如德國法之規定。第三，其第 3 項規定，就最後任用結果無法產生而僵持時，亦即依第一項所評定之積分有二人以上相同時，則以較高職等或訓練進修及發展潛能積分較高者，排序在前。

以上，並未納入女性因為生理或社會角色扮演之不利益，更無排除對女性較為不利之「年資」、「年齡」與「上一次之升遷時點」等因素³⁹⁵。

我國公務人員退休法目前月退休金之計算公式，是以「本俸乘以二」作為基數，每滿 1 年給予 2%，所以公式為： $(\text{本俸} \times 2) \times 2\% \times \text{年資}$ ³⁹⁶。其中對於「育嬰留職停薪」的期間並沒有採計為年資，而我國絕大多數為女性公務人員承擔這個角色，所以對女性公務人員不利。

二、性別工作平等法

我國對於性別的保障兩個重要的法律規定，與本論文有關者為「性別工作平

「未有其他考試及格之具資格者」時，才適用我國之功績原則。

³⁹⁴該項並規定，必要時，得舉行面試或測驗。如係主管職務，並應評核其領導能力。

³⁹⁵本法施行細則第 7 條則規定，甄選委員會之成員單一性別不得低於三分之一該條規定，各機關依本法第八條第一項規定組織甄審委員會，應置委員五人至二十三人，組成時委員任一性別比例不得低於三分之一。但本機關人員任一性別比例未達三分之一，委員任一性別人數以委員總人數乘以該性別人員占本機關人員比例計算，計算結果均予以進整，該性別人員人數在二十人以上者，至少二人。這固然保障女性名額，但因成員得以兼任方式組成，所以縱然女性達三分之一比例，其中有可能為兼任，所以該委員會之機關女性成員實質上仍可能不滿三分之一。

³⁹⁶例如銓敘部於新聞稿中所舉例，軍公教人員退休金是以本俸 2 倍為基數，再按每 1 年給與 2% 的月退休金，如以薪資 6 萬元、本俸 4 萬元計算，平均退休年資 30 年者，其每月退休金為 $(40,000 \times 2) \times 2\% \times 30 = 48000$ ，可領金額為 48,000 元。

資料來源：<http://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=489&Page=4798>

(最後造訪日期：2017/04/02)

等法」(民國 105 年 05 月 18 日修正)³⁹⁷。該法條文於公務人員領域原則上也有適用，見第 2 條規定：「本法於公務人員、教育人員及軍職人員，亦適用之。但第三十三條、第三十四條、第三十八條及第三十八條之一之規定，不在此限(第 2 項)。公務人員、教育人員及軍職人員之申訴、救濟及處理程序，依各該人事法令之規定(第 3 項)。」

第一章為總則，第 1 條規定立法目的，「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神，爰制定本法」，所以係含有男女積極平權之意涵，但畢竟在總則章沒有進一步條文，而與歐盟 1976 年指令及 2006 年指令有所不同。

第二章規定「性別歧視之禁止」，屬於憲法平等權之禁止歧視之範疇，非屬「積極平權」，不在本論文討論範圍；第三章性騷擾防制，亦然。

第四章「促進工作平等措施」，規定女性員工之生產假、分娩前後之請假、育嬰留職停薪與復職、每天減少工作時間或調整工時以育兒、哺乳時間、家庭照顧假、雇主於雇用 100 名雇員以上者，必須提供哺(集)乳室及托兒設施或適當措施。這些女性保障條款多屬於「生兒育女」之假期，固然有助於女性之繼續維持工作，但畢竟非屬於「相等價值資格條件」有關(例如職缺之徵選、關於面談之要求、關於任用與升遷與訓練機會之選拔決定、關於男女競爭者之資格要件、在職

³⁹⁷ 另一個法律為「性別平等教育法」，其規定，本法之目的，在於促進性別地位之實質平等，消除性別歧視，維護人格尊嚴，厚植並建立性別平等之教育資源與環境(第 1 條)。性別平等教育旨在以教育方式教導尊重多元性別差異，消除性別歧視，促進性別地位之實質平等。而學校包括公私立各級學校。其第二章規定「學習環境與資源」、第三章為「課程、教材與教學」、第四章為「校園性侵害、性騷擾及性霸凌之防治」、第五章為「申請調查及救濟」，應與積極平權措施沒有關連，所以原則上不予討論。該法值得注意者，為各級委員會組成之性別比例規定，與前述考績委員會之組成相近，甚至局部更為強烈。該法第 7 條規定：中央主管機關之性別平等教育委員會，置委員十七人至二十三人，採任期制，以教育部部長為主任委員，其中女性委員應占委員總數二分之一以上；性別平等教育相關領域之專家學者、民間團體代表及實務工作者之委員合計，應占委員總數三分之二以上。第 8 條規定，直轄市、縣(市)主管機關之性別平等教育委員會，置委員九人至二十三人，採任期制，以直轄市、縣(市)首長為主任委員，其中女性委員應占委員總數二分之一以上；性別平等教育相關領域之專家學者、民間團體代表及實務工作者之委員合計，應占委員總數三分之一以上。第 9 條規定，學校之性別平等教育委員會，置委員五人至二十一人，採任期制，以校長為主任委員，其中女性委員應占委員總數二分之一以上(!)，並得聘具性別平等意識之教師代表、職工代表、家長代表、學生代表及性別平等教育相關領域之專家學者為委員。

訓練及公務旅行等)，從而對女性競爭者仍然不利。



三、關於管制模式

我國性別平等政策綱領不是法律位階，所以儘管規定三分之一名額比例，但不具強制性，若有違反，機關首長亦不受到懲處。

在比較法上，英國法採行「反思性管制模式」，德國法對於一般公務人員之進用升遷(各機關必須制頒「性別平等計畫」)及聯邦政府與部會所掌握的委員會與國營企業席次之人選指派，也均採行。這種模式係由立法者課予公部門主體自行檢視以確立目標並採行措施，並要求資訊公開，但沒有直接的制裁。

這種模式屬於法律位階，但又給予行政機關相當的裁量空間，輔以資訊公開之公共監督，值得我國引進。

柒、關於「性別影響評估」

「性別影響評估」(Gender Impact Assessment，簡稱 GIA)，是落實性別主流化的工具之一，目的在促使政策制定者更能清楚掌握男女不同處境，並設定預期的結果，使性別落差獲得改善，確保政策、計畫與法案，從研擬規劃、決策、執行、監督評估與事後檢討建議等各階段過程，都能納入性別觀點³⁹⁸。英國 2010 年平等法因為涵蓋各具保護特徵之群體，所以評估的範圍超過性別。

現行版本為「行政院所屬各機關推動性別主流化實施計畫(103 至 106 年度)」(民 102 年 10 月 28 日行政院院臺性平字第 1020150856 號函)³⁹⁹。

一、適用對象、計畫目標與措施

³⁹⁸ 資料來源：2016/12/28

http://www.gec.ey.gov.tw/Content_List.aspx?n=FC0CD59A5BF00232

³⁹⁹ 資料來源：行政院各部會推動性別主流化實施計畫，行政院性別平等處、行政院性別平等會網頁

http://www.gec.ey.gov.tw/Content_List.aspx?n=DE4C0FE1DE37E6E0

(最後造訪日期：2016/10/23)

本實施計畫適用對象很廣，包括中央一二三四級機關(構)與學校及國營事業，各級地方政府得參考本計畫自定實施計畫，或準用本計畫。

就以上而言，適用對象堪稱完備，若要更為精確，則應進一步討論受委託行使公權力之私人(私法人)也應一併納入；除此之外，不同的公部門主體得被課予採行不同種類或程度之措施。

本實施計畫提出兩項「計畫目標」，攸關性別主流化之發展。

(一)、加強性別觀點融入機關業務

本計畫目標「加強性別觀點融入機關業務，強化 CEDAW 及重要性別平等政策或措施之規劃、執行與評估」。

若從英國法觀察，應係指第 149 節「公部門平等責任」(public sector equality duty)，其係對公部門整體規定，要求公部門主體於作成決定的過程中，須謹慎考量其不利益群體的政治社經地位與利益；其雖非要求最終決定均須由不利益群體取得，但是該主體仍須藉由履行「適當衡量」(Due Regard)的義務，達成「主流化」的最終目的。

該實施計畫指出，關鍵指標為，加強性別觀點融入機關業務，強化 CEDAW 及重要性別平等政策或措施之規劃、執行與評估，以達成實質性別平等之目標。至於作法上，各部會以 CEDAW 為藍本，就機關特性及業務推動狀況，每年自訂計畫或措施，運用性別主流化工具，融入性別觀點，達成促進性別平等效果。行政院所屬中央二級機關屬「部」者，每年自訂 2 至 4 項計畫或措施；其餘機關，每年自訂 1-2 項計畫或措施，每年自訂之計畫或措施以不重複為原則，惟多年度方能達成目標之計畫或措施各年得訂定相同計畫或措施；各部會得視需要，統合部會本部及所屬機關(構)提出綜合型之計畫或措施⁴⁰⁰。

⁴⁰⁰ 為呈現促進性別平等之努力成果，每項計畫或措施訂定衡量性別目標達成情形之績效指標，且該績效指標宜能呈現促進性別平等之效果(如縮小性別落差，或滿足不同性別之需求)，並列入部會執行

(二)、賡續推動性別主流化各項工具，提升推動品質及擴大成效

「行政院所屬各機關推動性別主流化實施計畫(103 至 106 年度)建立之第二項政策目標，為各部會賡續推動當今先進國家之性別主流化工具。

本目標涵蓋五個子目標：強化各機關性別平等專案小組之運作功能；提升性別影響評估辦理品質及管考性別目標達成情形；施政規劃、執行及評估時，加強運用性別統計及分析資料；擴大性別預算檢視範圍及加強性別預算說明；加強落實性別主流化訓練。

針對以上兩項政策目標，各部會必須在業務權責範圍內進行評估並採行措施行政院於每年度邀集各部會，針對各自推動者彙集成為「成果報告」⁴⁰¹。

(三)、性別影響評估規範之修訂及現行依據

2006 年 11 月行政院召開「建立國家重要政策性別評估指標會議」，將「性別影響評估」之體制化往前推進一步。行政院婦權會與婦權基金會邀請專家學者民間團體的多次研討後，在 2008 年修訂了「性別影響評估檢視表」，並且搭配出版一本「性別影響評估操作指南」(以下簡稱「操作指南」)，以具體案例說明檢視表的操作方式。又為了避免全面施行新制可能重蹈前述的一團混亂，2014 年又重新修訂的「中長程個案計畫性別影響評估檢視表」。

現行規範依據有二，一為國發會 2014 年修定的「中長程個案計畫性別影響評估

計畫，以利每年檢視實際達成情形。

⁴⁰¹ 針對上述行政院性別主流實施計畫的兩項計畫目標，各部會機關應設定年度具體措施計畫與：舉例以內政部年度報告為觀察，該部針對計畫目標一，展開以下措施：(一)檢視我國基於性別而分尊卑的生命禮儀(如出生、成年、結婚等禮儀)，推展新時代的禮儀文化。(二)促進參與公共事務之性別平等。(三)落實警政機關性別友善辦公環境及強化警政組改後之婦幼人力培育。(四)強化外籍配偶之照顧輔導及性別觀點。針對計畫目標二，展開以下：(一)加強落實性別主流化訓練。(二)逐年提升性別考核指標之案件數。(三)逐步擴充公務統計方案之性別統計。(四)逐年提升性別影響評估計畫預算比重。行政院性別平等處，行政院性別主流化成果報告，104 年 5 月，最後造訪日:2016/12/22
http://www.gec.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=C140B3333DBBD379&sms=609B5D461AED33C6&s=852334855B39A57B

檢視表⁴⁰²」，顧名思義，只適用於中長程計畫。二為行政院性別主流化工具「性別影響評估」之下「法案及性別影響評估檢視表」



1、2014 年「中長程個案計畫性別影響評估檢視表」

其係由二大部份所構成：第一部分係由機關人員填寫；第二部分「程序參與」則由民間性別平等專家學者填寫。

第一部分的前三項是計畫基本資訊，包含計畫名稱、主管機關、計畫內容所涉領域，第四項到八項性別相關資訊，包括問題與需求評估、性別目標、性別參與機制或改善方法、受益對象、資源投入及效益評估，第九項則為評估結果。

第二部分「程序參與」，主要分為三個項目，包括基本資料、主要意見與參與時機及方式之合宜性。程序參與規定如以書面審查方式，至少邀請 1 位性別專家，審閱前面幾項由承辦人填寫的性別影響評估是否具有性別敏感度，並提出審查意見。當外部意見回來後，機關人員則需要在第一部分第九項「評估結果」的欄位內，填寫承辦單位如何回應，以及參採前述專家意見的情形，如果無法參採則需要敘明理由或替代規劃。

2、「法案及性別影響評估檢視表⁴⁰³」

本表，見附件一，顧名思義，為行政院所屬各機關主管法律案報院審查前所應填寫，亦即，應依「行政院所屬各機關主管法案報院審查應注意事項」及「中央行政機關法制作業應注意事項」規定辦理，其中必須進行此項評估檢示表之填寫。

「法案及性別影響評估檢視表」第一部分的前三項是計畫基本資訊，即(一)計畫名稱、(二)主管機關、(三)計畫內容所涉領域，第四項包括問題界定、問題描述、執行現況及問題之分析、相關之性別統計及性別分析、須強化的性別統計及其方法、訂修需求、解決問題可能方案、訂修必要性。

⁴⁰² 行政院性別平等處，資料來源：<http://www.gec.gov.tw/cp.aspx?n=10114BD486499798>

⁴⁰³ 國家發展委員會(2015)，行政院所屬各機關中長程個案計畫編審要點，資料來源：[http://www.ndc.gov.tw/cp.aspx?n=F6FEBFBFDA1BBD82\(最後造訪日期:2017/06/25\)](http://www.ndc.gov.tw/cp.aspx?n=F6FEBFBFDA1BBD82(最後造訪日期:2017/06/25))

以上顯示，兩表所應填寫之內容差別不大。關鍵在於評估者是否有心建立較高的標準、較高的調查精密度、較高的目標內容、較快之期程，來建立與完成評估之目標。



(四)、我國現今「性別影響評估」之問題

行政院性別主流化政策執行成效探討之委託研究⁴⁰⁴，學者就各國推動性別主流化的模式，於研究結論中指出⁴⁰⁵：首先，就我國性別主流化之推動方式，我國屬橫向連結模式，由不同政府部門共同參與性別平等計畫或方案的施行，需要跨部門的一定程度取得共識並相互協調才能達成性別主流化目標，其特徵為積極平權措施之實施，甚至有時積極平權措施才是最主要的措施，多以女性為主要提升對象，跟積極平權措施的界線難以區分，代表國為法國與部分西班牙地區。

⁴⁰⁴ 彭滄雯、協同黃淑玲、黃長玲、洪綾君等人進行行政院性別主流化政策執行成效探討委託研究，1、針對政策內容(content of policies)的評估：其指標包括：(1)、平等/不平等(equality/inequality)的問題意識。(2)、政策目標的清晰度。(3)、政策本身的涵容性。(4)決策本身與其評估有證據支持。2、針對行動者參與(participation of actors)的評估：其指標包括：(1)、參與行動者的範圍與性質。(2)不同行動者間協調與協力合作的程度。3、針對機制(institutions)的評估：指標包括：(1)、機制的聲望和權力。(2)、機制擁有的資源水平。(3)、機制任務的明確性。(4)、領導者和員工的品質。行政院性別平等處，行政院性別主流化政策執行成效探討委託研究，104 年 8 月，最後造訪日:2016/12/22

<http://www.gec.ey.gov.tw/Upload/RelFile/3180/730944/%E8%A1%8C%E6%94%BF%E9%99%A2%E6%80%A7%E5%88%A5%E4%B8%BB%E6%B5%81%E5%8C%96%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%9F%B7%E8%A1%8C%E6%88%90%E6%95%88%E6%8E%A2%E8%A8%8E%E5%A7%94%E8%A8%97%E7%A0%94%E7%A9%B6.pdf>

⁴⁰⁵ 其他模式包括：1、整合模式(The integrated model)：從結構的觀點去理解平等與不平等，將性別化的權力關係模式視為一種社會問題，必須囊括一切環境因素，代表國為瑞典；2、歐盟驅動模式(The EU-driven model)：以達成性別主流化之目標來獲得歐盟資金(如愛爾蘭、希臘和西班牙)或加入會員(如立陶宛)者。特徵為歐盟對這些國家有支配性的影響力，其採取手段相當官僚取向的，如執行性別影響評估和其他政策評估等手段，且對於性別主流化技術工具的執行是獨立於其他政策，其適用範圍僅限於歐盟結構基金內，且性別主流化的目標並未納入政府整體政策目標內；3、普遍平等模式(The generic equality model)：此模式在英國最顯著。將平等的觀點融入所有公共機構和活動制定政策、提供服務等方面。採用此途徑與「傳統禁止歧視」途徑而高度依賴訴訟救濟來爭取平等的方式相比，更為積極的。且性別為在執行平等考量中之項指標，有女性主義者對於平等議題下性別討論會因此而變得薄弱。行政院性別平等處，行政院性別主流化政策執行成效探討委託研究，104 年 8 月，頁 6-8。最後造訪日:2016/12/22

<http://www.gec.ey.gov.tw/Upload/RelFile/3180/730944/%E8%A1%8C%E6%94%BF%E9%99%A2%E6%80%A7%E5%88%A5%E4%B8%BB%E6%B5%81%E5%8C%96%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%9F%B7%E8%A1%8C%E6%88%90%E6%95%88%E6%8E%A2%E8%A8%8E%E5%A7%94%E8%A8%97%E7%A0%94%E7%A9%B6.pdf>



其次，並指出我國實施以來有以下問題⁴⁰⁶。

1、針對性別主流化工具實施情形⁴⁰⁷

其指出問題有二：(1)、過度強調形式工具，過度技術官僚化而未思考背後的性別目標與意義。(2)、「工具」與「目標」發生錯置情況，性別主流化工具反客為主成為各部會的成果目標，並且由於技術官僚化等問題導致部分工具流於文書作業。

2、針對「性別影響評估」實施情形

據問卷受訪者透過書面意見⁴⁰⁸，依當時機制，似乎僅需依規定照章行事(依規定填表、找民間人士填寫「程序參與」、再依規定送院)，欠缺真正「審議」的機制，因此使受訪者認為性別影響評估可能讓人產生「徒具形式」之感⁴⁰⁹。

政府雖然對性別影響評估這項工具投入最多資源並以行政法規加以規範，惟該研究針對改版後的性別影響評估檢視表，探討其執行成效，經內容分析統計後，可簡述為以下發現⁴¹⁰：(1)性別目標不明確：抽樣分析的多數計畫之計畫目標(67.9%)，與性別平等無關；雖然該研究受限於無法閱讀原計畫書來判斷每項計畫的性別意涵，但是將近七成計畫找不到性別目標這個比例，依常理判斷應屬過高，有改善空間。(2)證據基礎薄弱，多數缺乏性別證據或統計，包括前述缺少性別目標的 18 件計畫中，就有 9 件並無提出適當的性別分析或統計為根據⁴¹¹。

⁴⁰⁶ 同前註，頁 17-18。

⁴⁰⁷ 性別主流化之工具，包括「性別平等專案小組」、「性別意識培力」、「性別統計」、「性別影響評估」、「性別預算」共計六種工具。

⁴⁰⁸ 同前註，頁 95-96。

⁴⁰⁹ 該報告亦指出根據追蹤訪談發現，有 62.5%原計畫書並未依照性別影響評估的評估結果修正，其原因多數承辦人說明，因評估結果的內容較為細節，在原計畫書本來就不會明列，故亦不會因應評估結果調整原計畫內容，同前註，頁 102-103。

⁴¹⁰ 同前註，頁 103-105。

⁴¹¹ 另一委託研究為「臺灣婦女權益調查及政策建議」。其中與本論文較相關者為：其一章節為「就業與經濟」，針對《性別工作平等法》中「育嬰留職停薪」、「職場權益」、政府提供之「托育服務」、「就業與創業輔導服務」及「國民年金制度」等進行訪談，調查發現，多數女性即便知道自己的權益，其使用率也相當低。顯示以上政策之執行未能達到預期目標。參見，「臺灣婦女權益調查及政策建議」委託研究，103 年 12 月，最後造訪日:2016/12/22

[http://www2.chcg.gov.tw/main/files/8_1040122_%E8%87%BA%E7%81%A3%E5%A9%A6%E5%A5%B3%E6%AC%8A%E7%9B%8A%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%8F%8A%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%BB%BA%E8%AD%B0_%E7%A0%94%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A\(%E5%AE%9A%E7%A8%BF\).pdf](http://www2.chcg.gov.tw/main/files/8_1040122_%E8%87%BA%E7%81%A3%E5%A9%A6%E5%A5%B3%E6%AC%8A%E7%9B%8A%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%8F%8A%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%BB%BA%E8%AD%B0_%E7%A0%94%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A(%E5%AE%9A%E7%A8%BF).pdf)

(五)、檢討

就我國性別影響評估之規定與發展而言，吾人得有以下之評論。首先，就形式法制面而言，其名稱為「實施計畫」，性質上為不具外部效力之行政規則，英國及德國係以法律規定，我國從而相對有所不足。人民難以要求主管機關進行評估，也難將行政機關之不作為定性為違法。其次，在實質內容面，其仍有諸多有待精緻化的部分，詳見前述委託研究報告。



第六章結論與建議



以下先將本論文主要章之命題加以羅列，然後提出建議。

第一節結論

壹、就歐盟法

- 1、歐盟運作條約第 157 條第 4 項允許各會員國得採取「積極平權措施」來達成男女間實踐平等。歐盟基本權利憲章，其第 21 條第 1 項與第 23 條第 1 項也明定禁止性別歧視，其規定，男女平等必須於各方面被確保，包括雇用、工作以及報酬；「平等原則」並不阻止對於「性別比例較低者」(under-represented sex)維持或採行特別積極平權措施，並明確指出其為歐盟法之重要法律原則。歐盟運作條約第 8 條規定，各會員國需致力消弭男女間不平等，並促進兩者間平等。
- 2、歐盟法院針對歐盟 76/207/EEC 指令第 2 條第 1 項及第 4 項(現今 2006/54/EC)作出四個主要判決。
- 3、女性名額保障規定係基於性別而為之歧視，所以該當在歐盟指令第 2 條第 1 項，而該歧視僅能在本指令第 2 條第 4 項範圍內正當化，其保障會員國之立法追求男女職業追求上之立足點平等。歐盟指令第 2 條第 4 項係建立於個人(基本)權之上，有關個人基本權之侵害(a derogation from an individual right)，應嚴格解釋 (must be interpreted strictly)。會員國法律若採行絕對且無條件之優先選任進用之規定，將逾越歐盟法第 2 條第 4 項之界線。為追求部門內各階層男女性別比例相同之目標，在歐盟法第 2 條第 4 項之結果僅在於提供機會平等，而非結果平等。歐盟法並非自動且無條件地完全由女性升遷(hard quotas)，即非僵化且無討論空間之比例。

- 
- 4、在女性於性別比例較低(*underrepresented*)時其必須符合以下要件才能獲得優先升遷：
- (1)、須與男性競爭者具相同資格(*equally qualified with the male candidates she is competing against*)
 - (2)、且同時男性須經「客觀評估」(*an objective assessment*)，倘確認其有個人之特別弱勢事由而須予以保障時，則即使相競爭之女性有相同或相同價值的資格條件，則也將不能獲得優先進用升遷，而回復到兩性公平競爭。
- 5、歐盟對私經濟部門之領導階層並沒有直接的法規或指令規定，而只有執委會的建議草案(見第二章第三節)。

貳、就德國法

- 1、德國基本法原第 3 條規定：「所有人於法律之前平等(第 1 項)。男女享有平等之權利(*Männer und Frauen sind gleichberechtigt.*)(第 2 項)。任何人不得因性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治見解而受歧視或享受特權(第 3 項)。」1994 年修憲則是針對第 2 項增加第 2 句：「國家促進男女之事實上平權之貫徹，並致力消除現存之歧視」。其性質上為「國家目標條款」(*Staatsziel*)，而非擔保一定達成目標，也不是個人可起訴之基本權(*Einklagbares Grundrecht*)，其既非團體權(*Gruppenrecht*)，也不是個人之得要求國家為一定行為之請求權。其次，其係目的在於追求男女之出發點平等(*Ausgangschancen*)，而非結果平等(*Ergebnisgleichheit*)。
- 2、依當今通說，嚴格的、與績效無關的名額規定在德國係屬違憲。與績效相關之女性優先名額留有男性競爭者之個人特殊事由之例外規定，則屬合憲；至於正當化的理由，則為「典型化之補償」(*typisierende Kompensation*)，其並非是針對過去，而是對女性迄今仍持續的之不利益為

基礎之潛在偏見與行為態樣型塑。

3、在基本法第 33 條第 2 項建立公務人員法之績效原則下，女性保障名額只能當成輔助的進用升遷標準(HiFlsmaßstab)，亦即其必須要以男女競爭者之間適性、能力、績效表現下必須相同之下，才有適用餘地。

4、女性公務人員優先進用升遷之規定對於男性競爭者之構成不利益，而且也對於公務人員法制體系之績效原則帶來衝擊，後二者皆為憲法所明定，所以為「憲法位階之法益」，與女性之優先升遷之積極促進平等規定之間，應進行「利益衡量」(Güterabwägung)，區分不同的案型，旨在「創造出實踐和諧」，使兩大方面衝突的法益能得到「最適化之實現」。

5、德國通說接受歐盟法院的判決，反對絕對且無條件之名額保障規定，而且也要求具有「開放條款」(按：個人具體事由之保留條款,saving clause)。換言之，女性保障名額必須在男女競爭者在相同資格條件下始可作為進用升遷上之個案決定輔助標準，並應附有男性個人具體特殊事由之例外條款。

6、就法律層次：(1) 就一般公務人員而言，以達到男女等比例性為最終立法目標，但聯邦兩性積極平權法並沒有設定最終達成年度或中間的期程，而是由各機關於「性別平等計畫」中訂定目標值與所採行的措施，並應公告，使各界周知，這是一種「反思性管制」。該計畫的作成須「兩性平等保護官」(Frauenbeauftragter)之參與，而且要經過職工委員會之同意。(2)因為女性競爭者之優先進用升遷，還是必須符合相同或相等價值資格條件限制，所以相關的標準與認定程序，具有重要性，德國聯邦與各邦之兩性積極平權法中乃有進一步的規定。(3)針對與邦有關之委員會席位分派之「聯邦席位分派法」，於 2015 年經包裹立法修改之後，凡聯邦政府得派遣至少 30% 成員之委員會，其監事會之席次自 2016 年 1 月 1 日起，單一性別比例

必須達到 30%，自 2018 年起，兩性比例須達到 50%。相關之聯邦機構應促成男女等比例性。若無法於如上期程達成目標值，則各機關應立即通知聯邦主管部，該通知中並應說明理由。邦機構應在其網頁資訊公開與統計實際男女名額分派情形，並說明與前年之比較情形，而且應向聯邦統計局申報。聯邦統計局每兩年整理作出一份統計報告，送交聯邦主管部，邦政府每 4 年應作成一份本法之執行報告(Bericht)，送交聯邦眾議院。德國於此所採的模式與英國相同，但德國法稱為「高權規範的自我管制」

(Hoheitliche Regulierte Selbstregulierung)。其仍然停留為業者之自我管制，但國家建立一個管制的架構並建立管制的目標，可稱為「國家所設定的框架」(ein Staatlich gesetzter Rahmen)，留下業者自我進行管制的空間，其優點一方面在於避免國家之過度介入，另一方面在於善用當事人之能力。對於同一公部門主體性別比例之階段性目標與達成期程，因為涉及該主體兩種性別員工之間之競爭敏感性，而且也與機關之傳承與工作性質(含挑戰、壓力等)，國家不宜過度介入。

7、以上為德國聯邦與邦之性別積極平權之憲法與實定法之規定。德國德國另外也有禁止無正當理由之歧視之法制。在憲法層次為基本法第 3 條第 3 項，在實定法則接受歐盟四個反歧視指令，而於 2006 年制定「一般平等對待法」。其區分勞動法與私法交易秩序之領域。對於前者，條列雇主與受僱人之權利義務。對於受僱人之年齡、宗教或世界觀等可能引起之歧視與合法差別待遇問題，囊括「受僱人歧視保障」，並區分作出類型化之規定：「禁止歧視」、「雇主義務」、「受僱人權利」；對於後者，為避免對私法契約自由造成過大衝擊，只納入「大眾交易」、「準大眾交易」及「保險契約」。其適用客體不只包含個人，亦包含企業體，並賦予當事人妨害(歧視)除去請求權、妨害預防請求權及損害賠償請求權作為法律效

果。以上規定，於英國法可以找到一定呼應。



肆、就英國法

- 1、英國 2010 年平等法，內容上主要規定「禁止歧視」，但也有少數條文規範「積極措施」。本法將年齡、身障、跨性別、婚姻及民事伴侶關係、懷孕及產後照顧、種族、宗教信仰、性別、性傾向等具「保護特徵」之群體全部納入，以一部法典完成規範。適用範圍涵蓋公私部門。
- 2、英國對於公部門積極平權責任之衡量要素不限於「補償理論」，而是包括禁止歧視、強化弱勢群體與大眾間之機會平等、促進「具保護特徵者」與大眾之間之良好關係。
- 3、公部門主體必須踐行「平等影響評估」或「平等分析」，性質上為自行衡量之內部平等報告(含相關資料之蒐集)，主要報告內容包括該部門(領域)其年度所制訂之內部欲達成之平等目標與措施，以及課予年度公告，近期實際改善情形。留予適用主體相當之自主空間，並經由資訊公開而促使公共監督，這個模式被稱為「反思性管制模式」(reflexive Regulation)，留給公部門主體自我進行管制的空間，與德國法相同。
- 4、針對公部門引進「積極平權措施」，該法留給雇主自主決定，包括進用與升遷之個案決定以及其他決定(例如訓練機會之分配、招募人員之廣告或通知對象)。就進用與升遷之個案決定，雇主仍須遵守歐盟法發展以來之「相同資格條件」、「保留條款」與「合比例原則」。

肆、就我國法

- 1、就女性優先進用升遷，我國憲法沒有直接明文，但得由憲法積極平權規定導引而出。我國憲法的有關規定，主要為憲法增修條文第 10 條第 6 項「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地

位之實質平等」。憲法第 7 條平等權規定，依絕大部分學者意見，不包括事實上之平等。我國消除對婦女一切形式歧視公約施行法只是法律位階，除非經由修憲，否則吾人仍應找尋憲法積極平權之依據。



- 2、我國大法官對於弱勢保障之優惠措施，也已經作出釋字 649、719 號解釋。積極平權措施有憲法本文或增修條文之規定作為依據，旨在追求正當目的。其次，若其對於第三人的基本權造成干預，則應審查系爭優惠措施之適當性(合目的性)、最小干預手段、狹義比例性。第三，於此，原則上大法官不應採行低度審查基準。於涉及第三人基本權干預或國家之資源配置，相關的措施必須有所節制，例如應有時間上之限制。消除對女性一切形式歧視公約(我國已經制定施行法，詳下述)第 4 條第 1 項也有類似的意涵：締約各國為加速實現男女事實上的平等而採取的暫行特別措施，不得視為本公約所指的歧視，亦不得因此導致維持不平等的標準或另立標準；這些措施應在男女機會和待遇平等的目的達到之後，停止採用。以上顯示，我國憲法經由大法官兩號解釋，建構出優惠措施的基本體系，而使未來優惠措施而涉及第三人基本權干預案件之合憲性審查有一定的參考。但以上的命題仍未觸及性別積極平權。
- 3、憲法增修條文第 10 條第 6 項性質上為憲法委託，與憲法第 7 條禁止性別歧視(指男性競爭者之工作、服公職平等權)構成「基本權之衝突」，應由立法者首先進行利益衡量，一般而言須由立法者精確規定要件，以成就兩種相衝突之憲法法益之最適調和。
- 4、我國已經制定消除對婦女一切形式歧視公約施行法，該公約第 3 條係廣泛的賦權予締約國，同時也是一種國家義務。國家必須全面的檢視既有的法律與政策，以實現本條所規定之目標(一種廣義的積極平權)。與本論文最密切相關者，為公約第 4 條第 1 項。顯示本公約如歐盟法判例之結論，認為各會員

國不得採行無條件、無資格限制之女性優先名額等之規定。這是一種出於補償原因且為暫行的「積極平權措施」。第 5 條為向來各國社會和文化行為模式及家庭教育領域下所形成之女性劣勢地位或形象之改善要求。以上三個條文，建立相當周延的積極平權措施機制，而且於歐盟法、德國法、英國法找到相應的規定，值得我國參考。惟其目前於實務適用上，法律位階優先性不明，仍應從憲法依據加以導正。

- 5、我國公務人員任用法、考績法、陞遷法與性別工作平等法，欠缺性別保障名額(主要為女性)之條文。目前是在「性別平等政策綱領」加以規定，不無違反法律保留原則，而與德國法有別。
- 6、我國公務人員之性別比例之合宜性，得區分簡任官等與簡任官等之各個職等，我國簡任官等中，女性人數多處於下級職等，故仍有引進積極平權之空間。至於是否以三分之一或二分之一比例為目標值，應經由實證數字才能決定。其次，從德國法的比較而言，吾人也得原則上以男女等比例為終局目標，但交由各該行政機關於「性別平等計畫」規定達成的期程與措施，該計畫之作成應有公務人員協會之參與，而且我國於未來也得在公務人員相關法律中規定「兩性平等保護官」，使其對於平等計畫有參與權；除此之外，在相關法律中納入性別平等觀點；最後，相關的計畫應公開，以方便各界監督。換言之，前述德國與英國之管制模式，值得參採。
- 7、我國迄今對警察、消防、海巡、監所管理、調查、國安、移民等領域並無女性優先升遷之規定。在法政策之因應上，除非女性係出於生理上無法改變特徵而影響職位的内容與本質—但這問題須有相關科學上之依據，否則仍應針對女性於整體與領導層級處於低比例，仍應採行積極平權措施。其次，因為男女比例於此領域之重大落差，為避免造成男性競爭者造成過於嚴厲的衝擊，保障名額的比例得有所調降，不以二分之一或三分之一或四分之一為短

期的目標。



第二節建議

經由比較法與我國法的檢討，本論文提出如下的法政策建議，以條列方式為之。

- 1、我國憲法第 7 條是否包含積極平權措施，如前所述，學界見解不一。若日後有修憲機會，則為求精確，得考量德國 1994 年基本法修改方式，於憲法第 7 條平等權適度引入積極平權之規定。但於此應注意，德國該條款的性質為「國家目標條款」，而非擔保一定達成目標，也不是個人可起訴之基本權，其既非團體權，也不是個人之得要求國家為一定行為之請求權；其目的在於追求男女之出發點平等，而非結果平等；共同修憲委員會一致反對「嚴格的、與資格無關的保障名額規定」，亦不允許正當化「與不利益無關的補償」。若我國擬規定為積極平權意義的平等權，則效果將強於基本國策。其次，在內容規定上，這種條款得只規定引進積極平權，旨在消除既存之事實上歧視或採消除對婦女一切形式歧視公約第 3、4、5 條之立法例，或者直接規定女性保障名額，前者留下較大的政策手段選樣。另一種方式係在增修條文第 10 條第 6 項引入更為清楚的性別名額保障，以精確化有關規定。
- 2、我國公務人員任用法、考績法、陞遷法與性別工作平等法，欠缺性別保障名額(主要為女性)⁴¹²。儘管我國「性別平等政策綱領」有所規定，因涉及男性競爭者之工作或服公職平等權，應以法律為之，所以是有不足。
- 3、歐盟法、德國法、英國法對於公部門之女性保障名額均要求女性競爭者必須與男性競爭者「相同或相等價值之資格條件」，所以乃後續將重點置於例如職缺之徵選、關於面談之要求、關於任用與升遷與訓練機會之選拔決定、關

⁴¹²目前只於考績法施行細則針對考績委員會之組成與性別教育平等法有規定，仍有不足。

於男女競爭者之資格要件、在職訓練及公務旅行等相關面向，旨在去除女性所蒙受之結構上不利益。我國前述法律對此可謂完全沒有規定，應予改進。

4、我國也應研議，於私部門引進性別積極平權之規定。



參考文獻



中文

一、專書

- 吳庚(2016)，《行政法之理論與實用》，增訂十四版。台北：三民。
- 吳庚、陳淳文(2016)，《憲法理論與政府體制》，增訂四版。台北：吳庚、陳淳文。
- 吳信華(2011)，《憲法釋論》，初版，三民：臺北。
- 李惠宗(2012)，《憲法要義》，六版第一刷。台北：元照出版。
- 洪德欽、陳淳文、陳靜慧、吳志光、黃舒芃、吳秦雯、楊通軒、陳麗娟(2015)《歐盟法之基礎原則與實務發展(上)》，台北：國立台灣大學出版中心。
- 陳慈陽(2016)，《憲法學》，三版，臺北：元照出版。
- 陳麗娟(2013)，《里斯本條約歐洲聯盟新面貌》，台北：五南出版。
- 廖福特(主編)，《憲法解釋之理論與實務第六輯(下冊)》，台北：中央研究院法律學研究所。

二、期刊論文

- 王韻茹(2011)，〈身心障礙者定額進用條款之合憲性探討—以身心障礙者權益保障法為中心〉，《中正大學法學集刊》，33期，頁145-183。
- 周伯峰(2014)，〈「歧視禁止」作為司法自治的限制？--檢評《德國一般平等待遇法》中的民事上歧視禁止規定〉，《月旦法學雜誌》，224期，頁127-15。
- 官曉薇(2015)，〈性別實質平等：簡介 CEDAW 宗旨與條文(1-16)〉，《性別平等教育季刊》，70期，頁22-29。
- 官曉薇(2015)，〈從《消除對婦女一切形式歧視公約》(CEDAW)之實質平等評論釋字728號〉，《台灣法學雜誌》，第270期，頁53-56。
- 林佳和(2008)，〈2006年德國一般平等待遇法—勞動法領域平等貫徹的新契機〉，《成大法學》，15期，頁115-172。
- 林明昕(2016)，〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，《臺大法學論叢》，45卷特刊，頁1306-1358。
- 林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，許玉秀主持(2015)，〈私法自治 VS.性別平等--從釋字728論祭祀公業條例之合憲性〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁57-84。
- 施能傑(2016)，〈政府部門女性公務人員的代表性分析〉，《台灣政治學刊》20卷，

1 期，頁 169-227。

- 孫迺翊(2016)，〈無障礙／可及性、合理調整與平等不歧視原則〉，《臺大法學論叢》，45 卷特刊，頁 1163-1228。
- 張文貞(2014)，〈性別平等之內涵與定位：兩公約與憲法之比較〉，《國立台灣大學法學論叢》，43 卷特刊，頁 771-838。
- 張苙雲、莊淵傑(2004)，〈科層勞動市場之兩性職等差距〉，《台灣社會學刊》，32 期，頁 149-187。
- 張瓊玲(2014)，〈文官制度中性別平等之研究—性別主流化觀點〉，《中國行政評論》，20 卷 4 期，頁 77-103。
- 陳靜慧(2013)，〈反歧視法與契約自由的衝突與調和--以歐盟反種族歧視指令之實踐為例〉，《公法研究的世代對話：法治斌教授逝世十週年紀念論文集》，國立政治大學法學院公法學中心主編，臺北：新學林，頁 145-170。
- 陳耀祥(2004)，〈「論國家對於通訊傳播之管制—從德國之規範取向論我國通訊傳播基本法之基本議題」〉，《銘傳大學法學論叢》，2 期，頁 47-74。
- 焦興鎧(2003)，〈美國女性主義法學者對工作場所性騷擾爭議之批判〉，《歐美研究》，33 卷 1 期，頁 57-123。
- 焦興鎧(2009)，〈論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力〉，《長庚人文社會學報》，2 卷 1 期，頁 53-99。
- 黃昭元(2001)，〈「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性司法院釋字第四八五號解釋評〉，《台灣法學雜誌》，6 期，頁 19-38。
- 黃昭元(2004)，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 45-104。
- 黃昭元(2009)，〈平等權案件之司法審查標準：從釋字第 626 號解釋談起〉，廖福特(主編)，《憲法解釋之理論與實務第六輯(下冊)》，頁 551-580。台北：中央研究院法律學研究所。
- 楊婉瑩(2004)，〈婦權會到性別平等委員會的轉變：一個國家女性主義的比較觀點分析〉，《政治科學論叢》，21 期，頁 117-148。
- 葉啟洲(2014)，〈民事交易關係上之反歧視原則—德國一般平等待遇法之借鏡〉，《東吳法律學報》，26 卷 3 期，頁 143-200。
- 詹鎮榮(2004)，〈德國法中「社會自我管制」機制初探〉，《政大法學評論》，78 期，頁 79-115。
- 廖元豪(2009)，〈建構以平等公民權(Equality Citizenship)為基礎的憲法權利理論途徑—對傳統基本權理論之反省〉，廖福特(主編)，《憲法解釋之理論與實務第六輯(下冊)》，頁 376，台北：中央研究院法律學研究所。
- 廖福特(2007)，〈英國「平等及人權委員會」之探究〉，《台灣國際法季刊》，4 卷，

2 期，頁 207-241。

劉定基(2016)，〈國際人權公約內國法化對司法實務的影響—以行政法院裁判為觀察中心〉，《法令月刊》，67 卷 10 期，頁 78-103。



三、學位論文

王彥期(2010)，《「他律」、「自律」或「共律」？--從暴力電視節目之分級看管制之未來》，臺北：臺灣大學法律學院法律學研究所，碩士論文。

李翔宇(2010)，《行政法上自我管制之研究》，臺北：國立台北大學法律學系，碩士論文。

張伯涵(2011)，《論優惠性差別待遇之司法審查基準》，臺北：東吳大學法律學研究所，碩士論文。

陳宇萱(2016)，《論女性董事制度作為我國促進公司決策階層性別平等之措施》，臺北：臺灣大學法律學研究所，碩士論文。

陳怡凱(1995)，〈基本權之衝突—以德國法為中心〉，臺北：臺灣大學法律學院法律學研究所，碩士論文。

陳靖涵(2013)，《訂作公務員：國家考試女性限額的女性主義法律史考察》，臺北：臺灣大學法律學院法律學研究所，碩士論文。

董廷璽(2005)，〈美國聯邦功績制保護委員會之研究〉，臺北：臺灣大學政治學研究所，碩士論文。

四、研討會論文

李建良(2013)，〈「形式平等」與「實質平等」語辨的反思：比較現學方法論的初步探討〉，「憲政主義與人權理論的移植與深耕--第九屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」論文。台北：中央研究院法律學研究所。06 月 21-22 日。

五、官方出版品

銓敘部(2016)，《中華民國 104 年銓敘統計年報》。

行政院性別平等處(2011)，《性別平等政策綱領》。100 年 12 月。性別平等政策綱領編輯委員會。

考選部(2013)，〈國家考試性別平等白皮書〉，頁 9-10。資料來源：

<https://www.google.com.tw/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=14&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjSu9HX0YXUUhVGmZQKHTfWCiM4ChAWCD>

[UwAw&url=http%3A%2F%2Fwww.exam.gov.tw%2Fpublic%2FAttach
ment%2F52315223390.pdf&usg=AFQjCNEIuklrEuOXdgeIYt19L-He3
HWFaQ](http://www.exam.gov.tw/public/Attachment/2F52315223390.pdf)

(最後造訪日期：2017/5/23)

考選部(2016)，〈司法人員考試規則修正簡介〉，資料來源：[https://www.google.com.t
w/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjw7pab4IXUAhVCmZQKHUgrDHkQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.moex.gov.tw%2Fmain%2FExamCom%2FwHandExamCom_File.ashx%3Fexamcom_id%3D1178&usg=AFQjCNEsYX1ajqIkRDvfvPvzK2EOSBSJkw](https://www.google.com.tw/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjw7pab4IXUAhVCmZQKHUgrDHkQFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.moex.gov.tw%2Fmain%2FExamCom%2FwHandExamCom_File.ashx%3Fexamcom_id%3D1178&usg=AFQjCNEsYX1ajqIkRDvfvPvzK2EOSBSJkw)

(最後造訪日期：2017/5/23)

國家發展委員會(2015)，〈行政院所屬各機關中長程個案計畫編審要點〉，資料來源：<http://www.ndc.gov.tw/cp.aspx?n=F6FEBFBFDA1BBD82>(最後造訪日期:2017/06/25)

行政院性別平等處(2015)，〈行政院性別主流化政策執行成效探討委託研究〉，最後造訪日:2016/12/22

<http://www.gec.gov.tw/Upload/RelFile/3180/730944/%E8%A1%8C%E6%94%BF%E9%99%A2%E6%80%A7%E5%88%A5%E4%B8%BB%E6%B5%81%E5%8C%96%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%9F%B7%E8%A1%8C%E6%88%90%E6%95%88%E6%8E%A2%E8%A8%E5%A7%94%E8%A8%97%E7%A0%94%E7%A9%B6.pdf>

行政院性別平等處(2014)，〈「臺灣婦女權益調查及政策建議」委託研究〉最後造訪日:2016/12/22

[http://www2.chcg.gov.tw/main/files/8_1040122_%E8%87%BA%E7%81%A3%E5%A9%A6%E5%A5%B3%E6%AC%8A%E7%9B%8A%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%8F%8A%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%BB%BA%E8%AD%B0_%E7%A0%94%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A\(%E5%AE%9A%E7%A8%BF\).pdf](http://www2.chcg.gov.tw/main/files/8_1040122_%E8%87%BA%E7%81%A3%E5%A9%A6%E5%A5%B3%E6%AC%8A%E7%9B%8A%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%8F%8A%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%BB%BA%E8%AD%B0_%E7%A0%94%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A(%E5%AE%9A%E7%A8%BF).pdf)

六、統計資料庫

行政院人事行政總處(2016)，〈各部會所屬委員會及所管政府捐助基金累計超過50%之財團法人及國營事業董事及監察人(監事)性別比例改善情形〉，105年9月23日。

行政院人事行政總處(2016)，〈行政院暨所屬機關〈構〉學校進用女性情形表〉，105年10月31日。

勞動部(2016)，〈我國女性政經參與報告〉，《勞動統計通報》，105年8月29日
銓敘部(2016)，〈全國公務人員人力素質統計季報105年第1季〉。
銓敘部(2016)，〈銓敘部及所屬機關各官等職員性別統計〉。國中小女性校長人數及
比率(104學年度)、307-1各級學校校長人數、307-2高級中等學校
女性校長人數及比率(104學年度)、307-3大專校院女校長人數及比
率(104學年度)〉。

七、報紙

青年日報(2016)，〈續推性別平等，提升國家競爭力〉，09月27日，版2。
聯合報(2016)，〈女性政經參與10年增34%〉，08月29日，版A12。

八、其他官方或非官方文件

聯合國(1981)，〈消除對婦女一切形式歧視公約〉。

英文

一、專書

Equinet (2014) *Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies.*
Hartley, T.C. (2010) *The Foundations of European Union Law*, Seventh Edition,
Oxford, United Kingdom, Oxford University Press.
Hepple, B. (2014) *Equality: The Legal Framework*. Second Edition, Oxford and
Portland, Oregon: Hart publishing.
Wafham, J., Robinson, A., Ruebain, D., Uppal, S. (2012) *Blackstone's Guide to The
Equality Act 2010*. Second Edition, Oxford, United Kingdom,
Oxford University Press.

二、期刊論文

Ashtiany, S. (2011) “The Equality Act 2010: Main Concepts.” *International Journal
of Discrimination and the Law*, 11:29-42.
Braithwaite, J. (2011) “The Essence Of Responsive Regulation” *University of British
Columbia Law Review*, 44:475-520.

- Croon, J. (2013) “Comparative Institutional Analysis, the European Court of Justice and the General Principle of Non-Discrimination or Alternative Tales on Equality Reasoning”, *European Law Journal*, 19(2):153–173.
- Davies, C.M. and Robinson, M. (2016) “Bridging the Gap: An Exploration of the Use and Impact of Positive Action in the United Kingdom.” *International Journal of Discrimination and the Law*, 16:83-101.
- Fredman, S. (2012) “Equality as a Proactive Duty” *The American Journal of Comparative Law*, 60(1):265-287.
- Howard, E. (2011) “EU Equality Law: Three Recent Developments”, *European Law Journal*, 17(6):785–803.
- Johns, N., MacBride-Stewart.S., Powell.M., Green.A,(2014) “When Is Positive Action Not Positive Action? Exploring the Conceptual Meaning and Implication of the Tie-break Criterion in the UK Equality Act 2010.” *An International Journal*, 33(1):97-113.
- McLaughlin, C., Deakin, S., Chai, D.H. (2011) “Gender Inequality and Reflective Law: The Potential Of Different Regulatory Mechanisms For Making Employment Rights Effective” *University of Cambridge Working Paper No . 426*, Centre for Business Research.
- 參考資料：http://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp426.pdf
- (最後造訪日期：2016/12/6)
- Stephens, S. (2010) “Adopting a Positive Action Approach to Sex Discrimination”, *Alternative Law Journal* 35(1)資料來源：<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AltLawJl/recent.html>(最後造訪日期:2016/11/27)

三、研討會論文

- Hepple, Bob (2013) “Transformative Equality : The Role of Democratic Participation” Conference Facing development: the North-South Challenge to Transnational Labour Law- LLRN, Barcelona June 2013.

四、報紙

- Jarrett, T. (2011) “The Equality Act 2010 and Positive Action” *House of Commons Library, the Briefing papers*, 24, October, 2011.

<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06093>

Pyper, D. (2015)“The Public Sector Equality Duty and Equality Impact Assessments”
House of Commons Library, the Briefing papers, 22 January 2015.

資料來源：<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06591>

五、官方出版品

Age UK factsheet 79 August 2016 : The Equality Act 2010: the Public Sector Equality Duty, Age UK Advice.資料來源：http://www.ageuk.org.uk/Documents/EN-GB/Factsheets/FS79_The_Equality_Act_2010_the_public_sector_equality_duty_fcs.pdf?dtrk=true(最後造訪日期：2016/12/30)

Equality Act 2010:A Step-By-Step Practical Guide to Using Positive Action When Making Appointments, Government Equalities Office Government Equalities Office,資料來源：(最後造訪日期：2016/12/30)

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85015/positive-action-practical-guide.pdf

Equality Act Explanatory Note,資料來源：(最後造訪日期：2016/12/29)

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/notes/data.pdf>

The Equality Act 2010 (Specific Duties) Regulations 2011,

資料來源：<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2011/2260/introduction/made>(最後造訪日期：2016/12/30)

The Equality Act 2010--guidance for employers, ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service)

資料來源：<http://www.acas.org.uk/media/pdf/8/a/Equality-Act-2010-guide-for-employers.pdf>(最後造訪日期：2016/12/30)

The Equality Act 2010 – guidance for employers, ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service),參考資料：<http://www.acas.org.uk/media/pdf/8/a/Equality-Act-2010-guide-for-employers.pdf>(最後造訪日期：2016/12/12)

The Quick Start Guide to Using Positive Action In Recruitment And Promotion, Government Equalities Office 資料來源：(最後造訪日期：2016/12/29)

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85014/positive-action-recruitment.pdf

德文

一、專書

- Dreier, H.(2013) Grundgesetz Kommentar Band I, 3. Auflage.Mohr Siebeck.
- Hufen, F. (2014) Staatsrecht II, Grundrechte, 4.Auflage.München.C.H.Beck.
- Sachs, M.(2011) Grundgesetz-Kommentar, 6.Auflage.München.C.H.Beck
- Maunz/Dürig(2016)Grundgesetz-Kommentar,78.Ergänzungslieferung, München.C.H.Beck

本論文使用台大圖書館資料庫 Beck-online 之線上版本，資料來源：https://beck-online.beck.de/Dokument?VPATH=bibdata/komm/maunzduerigkogg_78/gg/cont/maunzduerigkogg.gg.a3.x2.htm&POS=4&HLWORNS=on&showSendDocumentDialog=true
(最後造訪日期：2017/02/28)。

二、期刊

- Britz, G.(2003) *Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch Grundrechtliches Vorverfahren*, Der Staat.Bd.42.S.35-59.
- König, D.(1995) *Die Grundgesetzänderung in Art.3 Abs.2 GG-Ein Fortschritt auf dem Weg tatsächlichen Gleichberechtigung?* Die Öffentliche Verwaltung,S. 834-840.
- Kalenborn, T.(2016) *Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung*, Juristische Arbeitsblätter.2016.Heft 1.本論文使用使用台大圖書館資料庫 Beck-online 之線上版本，資料來源：<https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fja%2F2016%2Fcont%2Fja.2016.6.1.htm&pos=3&hlwors=on>(最後造訪日期：2017/6/22)
- Lenz, S./Leydecker, P.(2005) *Kollidierendes Verfassungsrecht-Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte*, Die Öffentliche Verwaltung, S.841-850.
- Schulz, W./Held, T.(2002) *Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens. Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien. Endbericht*,S.A-5, Hamburg:Verlag Hans-Bredow-Institut, Mai.資料來源：<https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/a80e5e6dbc2427639ca0f437fe76d3c4c95634ac.pdf>
(最後造訪日期：2017/6/22)
- Wieland, J. (2010), *Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Euoparecht vereinbar?*, Neue Juristische Wochenschrift 2010,S.2408(2408f.).

Casper,J./Geissen, M.(2002) *Das neue Staatsziel ‘Tierschutz’ in Art.20a GG* , NVwZ 2002.S.913-917.

三、官方出版品

Fragen und Antworten zu dem Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst(最後造訪日期：2017/03/25)

[http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/FAQ-zur-Umsetzung-der-Geschlechterquote.pdf/\\$file/FAQ-zur-Umsetzung-der-Geschlechterquote.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/FAQ-zur-Umsetzung-der-Geschlechterquote.pdf/$file/FAQ-zur-Umsetzung-der-Geschlechterquote.pdf)

Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst , Bundesministerium für Familie,Senioren, Frauen und Jugend mit Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

資料來源：http://www.fidar.de/webmedia/documents/Gesetze/Kabinettsbeschluss_Gesetz_gleichberechtigte_Teilhabe_20141211.pdf(最後造訪日期：2017/03/25)

附件

附件一 法案及性別影響評估檢視表

附件一

法案及性別影響評估檢視表



【第一部分】：本部分由機關人員填寫 103.08.15 生效

填表日期：年月日		
填表人姓名：職稱：		
電話：		e-mail：
身分： <input type="checkbox"/> 業務單位人員 <input type="checkbox"/> 法制單位人員 <input type="checkbox"/> 其他，請說明：_____		
<u>填表說明</u>		
<p>一、 行政院所屬各機關主管法律案報院審查，應依「行政院所屬各機關主管法案報院審查應注意事項」及「中央行政機關法制作業應注意事項」規定辦理。</p> <p>二、 除廢止案(及配合行政院組織改造整批處理、單純訂修之法律案)外，皆應依據本表進行「法案及性別影響評估」。</p> <p>三、 建議各單位於法案研擬初期，即徵詢性別平等專家學者或各部會性別平等專案小組的意見；法案研擬完成後，應併同本表送請民間性別平等專家學者進程序參與(至少預留 1 週的填寫時間)，參酌其意見修正法案內容，並填寫「玖、性別影響評估結果」後通知程序參與者。</p>		
壹、法案名稱		
貳、主管機關	主辦機關	
參、法案內容涉及領域：	勾選(可複選)	
3-1 權力、決策、影響力領域		
3-2 就業、經濟、福利領域		
3-3 人口、婚姻、家庭領域		
3-4 教育、文化、媒體領域		
3-5 人身安全、司法領域		
3-6 健康、醫療、照顧領域		
3-7 環境、能源、科技領域		
3-8 其他(勾選「其他」欄位者，請簡述法案涉及領域)		
肆、問題界定與訂修需求		
項 目	說 明	備 註

4-1 問題界定	4-1-1 問題描述		簡要說明所面臨問題之梗概。
	4-1-2 執行現況及問題之分析		1.業務推動執行時，遭遇問題之原因分析。 2.說明現行法規是否不足、須否配合現況或政策調整。
	4-1-3 相關之性別統計及性別分析		1.透過相關資料庫、圖書等各種途徑蒐集既有的性別統計，並作出性別分析，以說明該問題是否會對不同性別人口造成不同影響。 2.性別統計與性別分析應儘量顧及不同性別、性傾向及性別認同者之年齡、族群、地區等面向。
	4-1-4 須強化的性別統計及其方法		如既有性別統計不足，請提出須強化之處及其建置方法。
4-2 訂修需求	4-2-1 解決問題可能方案		請詳列解決問題之可能方案及其評估(涉及性別平等議題者，併列之)。
	4-2-2 訂修必要性		請說明最終必須訂修法案以解決問題之理由；如有立委提案，並請納入研析。
4-3 配套措施及相關機關協力事項			配套措施諸如人力、經費需求或法制整備等；相關機關協力事項請予詳列。
伍、政策目標			簡要說明政策取向。
陸、徵詢及協商程序			
項 目		說 明	備 註
6-1	法案主要影響對象		請說明法案內容主要影響之機關(構)、團體或人員。

6-2 對外意見徵詢		1. 請說明對社會各界徵詢意見及與相關機關(構)、地方自治團體協商之人事時地。
6-3 與相關機關(構)及地方自治團體協商		2. 徵詢或協商時，應敘明其重要事項、有無爭議、相關條文、主要意見、參採與否及其理由(含國際參考案例)，並請填列於附表；如有其他相關資料，亦請一併檢附。 3. 對社會各界徵詢意見，應落實性別參與。

柒、成本效益分析及對人權之影響：

項 目	說 明	備 註
7-1 成本		1.關於成本及效益，指政府及社會為推動及落實法案必須付出之代價及可能得到之效益。
7-2 效益		2.得量化者應有明確數字，難以量化者亦應有詳細說明。
7-3 對人權之影響	7-3-1 憲法有關人民權利之規定	請檢視法案是否符合憲法有關人民權利之規定及司法院解釋。
	7-3-2 公民與政治權利國際公約	依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，請檢視法案是否符合公約規定及聯合國人權事務委員會之一般性意見，以積極促進各項人權之實現。

	7-3-3 經濟社會文化權利國際公約	依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，請檢視法案是否符合公約規定及聯合國經濟社會文化權利委員會之一般性意見，以積極促進各項人權之實現。
--	--------------------	---

捌、性別議題相關性

8-1 規範對象：

- (1)若 8-1 任一指標評定「是」者，應繼續填列項目「捌、8-2 及 8-3」及「第二部分－性別影響評估程序參與」；如 8-1 皆評定為「否」者，則免填「捌、8-2 及 8-3」，逕填寫「第二部分－性別影響評估程序參與」，惟若經程序參與後，11-5「法案與性別議題關聯之程度」評定為「有關」者，則需修正「捌、8-1 至 8-3」，並補填列「玖、性別影響評估結果」。
- (2)本項不論評定結果為「是」或「否」，皆需填寫評定原因。

項 目	評定結果 (請勾選)		評定原因	備 註
	是	否		
8-1-1 訂修內容以特定性別、性傾向或性別認同者為規範對象				如規範對象以男性或女性為主，或以同性戀、異性戀或雙性戀為主，或個人自認屬於男性或女性者，請評定為「是」。
8-1-2 訂修內容未區別對象，但執行方式將因性別、性傾向或性別認同不同而有差異				規範對象雖無區別，但因性別、性傾向或性別認同之本質差異，而有不同執行方式者，請評定為「是」。
8-1-3 訂修內容所規範對象及執行方式無差異，但對於不				規範對象及執行方式雖無差異，惟其結果乃因性別、性傾向或性別認同而有不同者，請評定為「是」。

同性別、性傾向或性別認同者將產生不同結果			
8-2 性別目標			
項 目	說 明	備 註	
8-2-1 採取積極作為，去除不必要差別待遇，或促進實質平等		基於憲法平等權之規定，採行一定方式去除現行法規及其執行所造成之差別待遇，或提供較為弱勢之一方必要之協助，以促進其實質地位之平等。(本項及 8-2-2 不得全部填列無關)	
8-2-2 營造平等環境，預防及消除性別歧視		消除或打破性別刻板印象與性別隔離，以消弭因社會文化面向所形成之差異，或提供不同性別、性傾向或性別認同者平等機會獲取社會資源，提升其參與社會及公共事務之機會。(本項及 8-2-1 不得全部填列無關)	
8-3 性別效益			
項 目	說 明	備 註	
8-3-1 對於消弭性別歧視、促進性別平等有積極、正面綜效		請詳加說明性別效益何在，本項不得填列無關。	
8-3-2 符合憲法、國際規範(包括消除對婦女一切形式歧視公約 CEDAW)、性別平等政策綱領等要求		依消除對婦女一切形式歧視公約施行法，請檢視法案是否符合公約(CEDAW)規定及其一般性建議，並請再查核法案內容之合宜性，本項不得填列無關。	
<p>政、性別影響評估結果：請填表人依據性別平等專家學者意見之檢視意見提出綜合說明，包括對「第二部分、性別影響評估程序參與」主要意見參採情形、採納意見之法案調整情形、無法採納意見之理由或</p>			

替代規劃等；經「第二部分－性別影響評估程序參與」後，11-5 「法案與性別議題關聯之程度」評定為「無關」者，9-1至9-3 免填。	
9-1 評估結果之綜合說明	
9-2 參採情形	9-2-1 說明採納意見後 之法案調整
	9-2-2 說明未參採之理 由或替代規劃
9-3 通知程序參與之專家學者本法案的評估結果(請填寫日期及勾選通知方式，請 勿空白)： 已於年月日將「評估結果」以下列方式通知程序參與者審閱 <input type="checkbox"/> 傳真 <input type="checkbox"/> e-mail <input type="checkbox"/> 郵寄 <input type="checkbox"/> 其他_____	
拾、法制單位復核(此欄空白未填寫者，將以不符形式審查逕予退件。)	
10-1 法案內容： <input type="checkbox"/> 提經法規會討論通過 <input type="checkbox"/> 已會法制單位表示意見	
10-2 徵詢及協商程序： <input type="checkbox"/> 已徵詢及協商法案主要影響對象 <input type="checkbox"/> 已適當說明與回應徵詢及協商對象所提之主要意見	
10-3 對人權之影響： <input type="checkbox"/> 已由法規會具人權專長委員、曾受人權教育訓練之參 事、其他高階人員或委請之人權學者專家檢視	
10-4 訂修程序： <input type="checkbox"/> 本檢視表已完整填列	
復核人姓名及職稱：_____	

【第二部分－性別影響評估程序參與】：本部分由性別平等專家學者填寫

拾壹、性別影響評估程序參與：若採用書面意見的方式，至少應徵詢 1 位以上性別平等專家學者意見，並填寫參與者的姓名、職稱及服務單位；專家學者資料可至台灣國家婦女館網站參閱 (http://www.taiwanwomencenter.org.tw/)。		
(一)基本資料		
11-1 程序參與期程或時間	年月日至年月日	
11-2 參與者姓名、職稱、服務單位及其專長領域		
11-3 參與方式	<input type="checkbox"/> 法案研商會議 <input type="checkbox"/> 性別平等專案小組 <input type="checkbox"/> 書面意見	
11-4 業務單位所提供之資料	相關性別統計資料	法案內容
	<input type="checkbox"/> 有 <input type="checkbox"/> 很完整 <input type="checkbox"/> 可更完整 <input type="checkbox"/> 現有資料不足須設法補足 <input type="checkbox"/> 無 <input type="checkbox"/> 應可設法找尋 <input type="checkbox"/> 現狀與未來皆有困難	<input type="checkbox"/> 有，且具性別觀點 <input type="checkbox"/> 有，但不具性別觀點 <input type="checkbox"/> 無
11-5 法案與性別議題關聯之程度	<input type="checkbox"/> 有關 <input type="checkbox"/> 無關 (若性別平等專家學者認為第一部分「捌、8-1 規範對象」8-1-1 至 8-1-3 任一指標應評定為「是」者，則勾選「有關」；若 8-1-1 至 8-1-3 均可評定「否」者，則勾選「無關」)。	
(二)主要意見：就前述各項之合宜性提出檢視意見，並提供綜合意見		
11-6 性別統計及性別分析之合宜性		
11-7 正當程序中性別參與之合宜性		
11-8 性別目標之合宜性		
11-9 性別效益說明之合宜性		
11-10 綜合性檢視意見		
(三)參與時機及方式之合宜性		

本人同意恪遵保密義務，未經部會同意不得逕自對外公開所評估之法案。
(簽章，簽名或打字皆可)

- * 第一部分「捌、8-1 規範對象」8-1-1 至 8-1-3 皆評定為「否」者，若經程序參與後，11-5「法案與性別議題關聯之程度」評定為「有關」者，則需修正列第一部分「捌、8-1 規範對象」，並補填列「捌、8-2 性別目標、8-3 性別效益」及「玖、評估結果」。
- * 本表所提專有名詞之定義及參考資料，請詳見「性別影響評估操作指南」(網址：
<http://www.gec.ey.gov.tw/cp.aspx?n=FC0CD59A5BF00232>)。

陸、徵詢及協商程序之附表



重要事項	有 無 爭 議	相 關 條 文	相關機關(構)、團體或 人員之主要意見	參採與否及其理由 (含國際參考案例)
1.	<input type="checkbox"/> 有 <input type="checkbox"/> 無			
2.	<input type="checkbox"/> 有 <input type="checkbox"/> 無			
3.	<input type="checkbox"/> 有 <input type="checkbox"/> 無			
4.	<input type="checkbox"/> 有 <input type="checkbox"/> 無			
5.	<input type="checkbox"/> 有 <input type="checkbox"/> 無			

註：為茲簡明，「相關條文」欄位中，各條、項、款、目等，分以下列方式表達：條→§(條號以阿拉伯數字表達)、項→I(羅馬符號)、款→(1)(括弧內置阿拉伯數字)、目→(圓圈內置阿拉伯數字)，目以下

則以「之○(阿拉伯數字)」表達。

