國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law
College of Law
National Taiwan University
Master Thesis

加拿大最高法院關於權利與自由憲章第 15 條判決之分析—以實質平等的內涵與審查模式為中心

Review on The Supreme Court of Canada's Decisions on Section 15 of the Charter of Rights and Freedoms: Focused on The Understanding of Substantive Equality and The Analytical Approach

黃君華

Chun-Hua Huang

指導教授：黃昭元 博士

Advisor: Jau-Yuan Hwang, S.J.D

中華民國 103 年 8 月

August 2014

謝辭

（一）關於老師們

103 年 7 月 30 日，陽光普照的星期三，我終於在霖澤館通過論文口試，了結長久以來的一樁心事。論文形諸文字的內容是在很短的時間內寫成，因為倉促，實在不甚完整，留下很多遺憾。不過這本論文從寫不出來到奇蹟似完成的整個過程，仍真切反映我就讀臺大法研所期間所思所學，甚至口試的委員，都是研究所期間對我影響最深的幾位老師，我的論文最終有幸得到他們的批評與指點，直到現在我內心仍激動地感覺死而無憾。

學習法律十幾載，一直任性地只學習自己有興趣的部分，最初便是昭元老師充滿啓發性的憲法課，讓我喜歡上法律思辨的過程。大學階段我的學習態度很被動，大二時一時興起跟著政治系好友仙宜決定雙修法律，若不是一開始教憲法與民法兩位學養與口才俱佳的老師（黃昭元與陳忠五老師）深深吸引我，將政治系那些無趣的課完全比下去（不能全怪政治系，主要怪我當時年幼無知難以領略該領域的學術樂趣），我大概無法將雙修完成，更不可能進入公法組。考研究所的過程其實也滿辛苦（主要是民刑法基礎太差考不上），幸運的是當時分別修習昭元老師和李建良老師的憲法與行政法專題，精彩的授課與師生間熱烈的討論總讓我沈浸在求知與思考的喜悅中，維持了我對公法的興趣與對研究所的嚮往。後來如願進入公法組，自然也拜入黃老師門下（老師應該有點後悔收了我 XD），只是沒想到碩士班念了八年才畢業，最後要不是老師積極鼓勵我、用盡方法幫助我延長休學年限，我在論文寫不出來跑去調查局工作的這幾年，早就自動退學放棄學位了（其實是因為退學還要找指導教授簽名，我實在沒膽跟老師提起）。現在工作後腦筋比較開竅，非常惋惜學生時代個性怯懦沒有積極「纏」著老師好好學習，總是不太敢親近老師向老師請益，老師文筆好、思考縝密又靈活，學術著作不但嚴謹清晰往往還兼具風趣，更別提平日無論聊天、教學、演講都能帶給學生莫大的啟發甚至歡樂，寫到這裡忍不住要感謝老師去年來參加我的婚禮，準備了

一篇無敵幽默、風雅的台語賀辭，我牽著老公的手，聽著老師為我這個不成材的學生「站台」，心中又驕傲又感動，蒙老師不棄指導我這麼多年，真真切切是我的貴人，說千萬次感謝也不足以形容我心中複雜的感覺。

因為昭元老師的啓蒙，研究所階段我的學術興趣自然也以平等權為中心，並延伸至與此相關的議題，包括女性主義、批判種族理論等與平等權相關的學術研究。在進入研究所前一年，我從網路與期刊中注意到當時作為學術新銳的廖元豪老師對平等權與移民人權的關心，因為相當欣賞老師的關懷與論述，在研一時異想天開，每週都到政大上廖老師的課（而且維持超過一年）。廖老師熱情慷慨的教學風格使我賓至如歸（當時政大公法組的同學包括宇修、馥瑤、德田等的親切友善也功不可沒），更因為作為突兀的臺大旁聽生的自尊，讓自己格外認真閱讀指定文獻。事實上在研究所之前我的英文閱讀能力相當弱，一篇判決看兩不到兩頁就要一個小時，而且因為背景知識缺乏很難真正看懂，往往看不到四、五頁就再也看不下去，從前修林子儀老師的課，便從未看完每週教材。總之因為廖老師的課，讓我英文閱讀能力大增，紮實地讀了許多關於平等權、優惠性差別待遇的重要文獻（甚至是批判法學理論與麥金儂），尤其廖老師上課會很貼心地為學生仔細解釋文獻內容、順便補充美國法 ABC（還包括美國法律文獻搜尋系統、引註格式的種種），讓我越來越能看懂美國學者的文章與判決，不僅奠定之後修習相關課程的基礎，持續累積的英文閱讀能力也幫助我第一次考托福就通過學校要求，不用經歷許多同學一考再考、勞民傷財的噩夢，是極為可貴的收獲。

除了黃老師與廖老師，研究所期間我最認真上的課就是昭如老師的女性主義。昭如老師每學期從大綱、文獻安排到課堂作業，無不展現令學生驚歎的用心，很高興上老師課時我已經能確實讀完文獻，並從討論與作業撰寫中得到充分的反思。唯一可惜的是我從未修習昭如老師關於法律史的課程，導致一直以來都不夠了解法律史的重要，直到口試當天，昭如老師提示我許多關於加拿大制憲過程對之後憲法解釋的影響，包括女權團體在這期間的角色，我才突然有點領悟昭如老師向來致力研究的這部分，到底有怎樣的學術價值與意義。感謝老師秉持一貫驚人的

認真，讀完我這宛如瞎子摸象的論文，老師當天給的意見，每一句都彷彿點燃一朵明燦燦的火花，瞬間照亮我原本迷濛的思考圖像。

口試當天昭元老師、元豪老師、昭如老師和曉薇老師給我的意見非常精彩，我清楚看見老師們的高度，看見他們為我拓展的視野。但我並未因為自己與老師的差距而失望，反而感覺充滿新的動力與熱情。在這知識與學問的殿堂，我心悅誠服，敬拜不已。除了前面提過的三位教授是求學階段對我貢獻良多的恩師，官曉薇老師雖然先前較少接觸，但老師在極短的時間內耐心閱讀我的論文，並從參與台灣推動 CEDAW 的經驗給我相當中肯的建議，我心中除了歉意，也衷心感謝老師提點我更寬廣的研究方向。

（二）關於論文

如前所述，受惠於昭元老師、元豪老師與昭如老師的指導，我自然希望能寫一篇結合平等權、優惠性差別待遇、女性主義等相關議題的論文，充分運用這幾年讀過的文獻。然而無論是從美國法談優惠性差別待遇、從女性主義談平等的主題都相當多人寫過，讓我光是想適當的題目就拖過了應該畢業的時候。我曾經想以歐盟法院的相關判決為主題，但閱讀之後感覺歐盟法院的見解既保守又乏善可陳，寫來了無新意，最後還是不了了之。直到今年一月，我想起在課堂中曾稍微接觸的加拿大平等權判決，印象中是相當進步的實質平等觀，於是抱著姑且一試的心態開始搜尋，很幸運地關於該國判決的網路資源相當充足甚至「整理得很好」，讓我終於找到喜愛又可親的素材。

研讀過幾個重要判決之後，我發現加拿大最高法院對實質平等的詮釋與審查，與美國法學界包括女性主義等進步學者所倡議的實質平等理論或反壓迫、反階級理論（anti-subordination、anti-caste principle）高度符合，且加拿大法院前所未有地將其落實在個案的違憲審查中，這是美國聯邦最高法院大概不可能實現的事情。不過也因此加拿大最高法院的審查模式對於已經習慣美國法院審查模式的研究者來說，會感覺其審查規則不夠清楚明確，欠缺可預見性（口試時元豪老師

與昭元都表達了類似疑慮）。對此我認為較佳的論述方式應該是將加拿大與美國的平等權審查模式做一詳細比較，以清楚呈現形式平等觀（美國）與實質平等觀（加拿大）的內涵差異，也使人更容易理解加拿大的審查方式；尤其值得強調的是，加拿大學者主張「平等權並不是分類精確與否的問題」，這對美國式的平等權理解，不啻是種徹底的顛覆。除此之外，為了充分說明加拿大最高法院實質平等觀與 Catharine MacKinnon 的宰制女性主義、Jack Balkin、Cass Sunstein 等人的反壓迫、反階級理論的關聯性，本文也應該有足夠的篇幅闡述這些重要的平等權理論基礎。但不幸地由於時間與能力不足，沒辦法依照理想寫作，參考的文獻也未盡充分，最終只能勉強介紹加拿大最高法院幾個重要判決的內容以及部分女性主義學者的批評，並以我國大法官解釋作為比較對象。但由於我國大法官解釋對平等權的審查原本即相當貧弱，連美國式的形式平等觀都還未達到，以我國與加拿大的審查模式相比，反而難以彰顯加拿大模式的進步性。這些原本結構上的缺陷，加上口試後老師們點出的不足，實在令我深感遺憾，只能嘆口氣說有緣再努力吧。

（三）關於其他重要的人

終於畢業的喜悅，第一個要獻給父母、偉仁和喬婷。爸媽從以前很愛念我罵我，到後來怕傷害我而隨便我、容忍我，謝謝你們對我無條件的愛與寬容，我擁有的一切都是因為你們，有你們在，我很幸福。

偉仁和喬婷是必須相提並論的存在，是我念研究所最珍貴的收獲。雖然我只能和其中一人結婚，但你們兩人無庸置疑是我一輩子的精神伴侶。喜愛你們的正直、善良、認真、努力，也因此不但是我有力的依靠，也常令我感到尊敬，並從你們身上獲得激勵與鼓舞。我一路的喜樂哀愁，有你們理解便相當足夠，口試時你們都在我身邊，但最令我滿足的原因不是有形的陪伴，而是你們在精神上必定能與我分享當時被學問與知識洗禮的快感。偉仁一直為我寫不出論文承受極大的壓力，簡直比我還煩惱。雖然他到現在還學不會正確的幫忙，不過我想除了我父

母，不會有人比他更看重我的事情，所以恭喜我的先生，你老婆總算畢業，你也解脫了。

雖然感謝來得有點太晚，但詩薇、小麥、博翔，謝謝你們總是熱切又不保留地分享自己對生活的感受，我非常驕傲我有這樣對生命充滿熱情，永保敏銳感覺的朋友。與你們聊天，對我總有滿滿的啟發與滋潤，謝謝你們提供我如此豐富的精神滋養。

最後特別感謝法務部調查局，在我最沮喪時給我一個好工作，一年訓練所的生活，紓解了我寫不出論文的精神壓力，更因為作息正常、充分運動讓我調養生息，因壓力冒出的滿臉痘痘都消失無蹤。受訓過程也意外使我心境上轉為積極，此番生涯轉變雖非原本所期待，但對我卻是好的影響；只能說上天有好生之德，我相當感謝命運的安排。寫論文期間請了不少假，非常感謝嘉義縣調查站同事尤其哲儀、忠政兩位組長的包容、協助，還有最常幫我處理瑣事的智雄、惠婷、舜閔、麒元。哲儀組長平常在工作上幫助我最多，常提醒我大小事，請假時也不免 cover 許多工作。雖然你們大概不會看到我的謝辭，但你們的照顧我銘感在心。

本文摘要

「實質平等觀」是當前國內許多平等權研究者認為較符合當代政治、哲學平等理論的平等權內涵或價值，惟國內文獻對實質平等觀之說明或運用，多停留在批判層次，較難將其深刻的平等意涵轉化為平等權違憲審查上可操作的概念或模式，而這也是目前國內平等權研究面臨的挑戰。

本文藉由整理分析加拿大最高法院對於加拿大權利與自由憲章第 15 條平等權保障所做成之重要判決，首先從加拿大最高法院對平等權保障的宗旨及核心關懷、具體審查架構以及重要路線爭論等方面，釐清以實質平等觀作為解決平等權爭議基礎時，可能面臨的困難或質疑，續則挑選準嫌疑分類的界定、對優惠性差別待遇的態度與積極保障義務的發展等對我國平等權相關學說具有重要啟示之面向，呈現加拿大平等權保障體系更完整的實質平等圖像。

本文發現加拿大最高法院基於實質平等觀所展現的審查特色主要有三：結果取向、脈絡化審查、敏於壓迫。其所建立的平等權審查模式，透過憲章第15條與憲章第1條相分離的分析架構，能更清楚地凸顯實質平等重視族群分類（對族群身份與權力關係敏感）、重視歧視或壓迫效果（而非意圖）的特色，避免對於目的與手段的檢驗，模糊了平等權真正關心的重點，此點於本文第三章將加拿大最高法院平等權審查模式適用於本國案例的過程更為明顯。透過與加拿大審查模式的比較，會發現我國大法官對於平等權的理解不僅經常與實質平等觀相違，甚至可說是並未發展出真正獨立於自由權的思考，欠缺保障弱勢族群的價值觀與決心。

其次本文參考加拿大學者之見解，發現儘管加拿大最高法院努力發展基於實質平等觀的審查模式，但仍有未臻周全之處，不論是對於「刻板印象」概念或者「嫌疑/準嫌疑分類」概念的使用，都有未能落實實質平等觀針對「結果」（outcome、impact、effect）審查的問題，學者認為大法官還未能清楚地意識到

「差異」本身即代表社會經濟權力結構對弱勢者的宰制與壓迫，對「多元交錯的壓迫」（intersectionality）也不夠敏感。這些針對加拿大最高法院的批評，對於本國平等權的研究而言，是比加拿大最高法院判決更為進步的觀點。

從加拿大的經驗可以看出，實質平等作為平等權保障內涵，並非只是批判性理論不切實際的美好想像，而是真實可能，但或許國內要能走到那一步，還差不止一哩路。

關鍵字：加拿大最高法院;實質平等;優惠性差別待遇;權利與自由憲章;加拿大憲法;釋字 649 號解釋;釋字 584 號解釋;平等權。

Abstract

This thesis can be roughly dividied into two parts. In the first part, I review a series of the Supreme Court of Canada's decisions on section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, includes *Andrews*, *Law*, *Eldridge*, *Vriend*, *Lovelace*, and *Kapp*. To clarify how the Supreme Court of Canada achieve the promise of substantive equality, my case review focuses on the judges' explaination of the purpose of section 15, the definition of discrimination, the diverse approachs taken by different justices during the 1995 trilogy, and the analytical framework since *Andrews, Law* to *Kapp*. Then I reflect on the enumerated and analogous grouds approach, the court's attitude toward amelioratve measures, and the opinion on the government positive obligations. Those are important issues that researchers in Taiwan mostly concern and the Canadian experience may give some inspirations. To sum up, the most significant features of the Supreme Court of Canada's approach are the emphasis on the impact of the distinction rather than the intent, contexualized methods, and concerns about disadvantages.

In the second part, I employ the Supreme Court of Canada's analytical framework developed in section 15 cases to review the judicial interpretation no. 584 and no. 649 of the Council of Grand Justices to show the differences of the approaches to solving cases on equality between the Supreme Court of Canada and the Council of Grand Justices in Taiwan. The couclusion is that the Council of Grand Justices failed realizing the promise of substantive equality and not yet develop an analysis for the equal protection clause distinct from the analysis for freedom-protecting clauses. Compared with the Supreme Court of Canada, the Concil of Grand Justices usually lays greater stress on the majority groups' need in society and not sensitive to the subordinations or disadvantages experienced by minorities.

Keywords : Supreme Court of Canada; Substantive Equality; Affirmative Action; Canadian Charter of Rights and Freedoms; Constitution of Canada; Judicial Interpretation no. 649; Judicial Interpretation no. 584; Equal Protection; Equality Rights

第一章　緒論 1

第一節　問題意識 1

一、從我國大法官對形式平等與實質平等的用語談起 1

二、學說上對形式平等與實質平等的理解 2

三、實質平等作為憲法平等權內涵的挑戰 3

第二節　用語的說明 4

一、　積極改善措施與優惠性差別待遇 4

二、　嫌疑分類與準嫌疑分類 6

第三節　論文架構與章節安排 7

第二章　加拿大最高法院採用實質平等觀的違憲審查分析 9

第一節　加拿大權利與自由憲章訂定前的平等權保障 9

一、　舊憲法規範下弱化的法院角色 9

二、Canadian Bill of Rights 的平等權規範與實務見解 10

第二節　加拿大權利與自由憲章的平等權保障規範 12

一、憲章第 15 條規範內容 12

二、制憲者明示的實質平等觀 13

第三節　加拿大最高法院關於平等權的判決之一：審查模式的建立與憲章第 15 條第 1 項的目的 17

一、建立平等權審查基本架構的 Andrews 案 18

二、1995 年最高法院的分歧：Miron、Egan、Thibaudeau 案 26

三、延續並細緻化 Andrews 案平等權審查架構的 Law 案 34

第四節　加拿大最高法院關於平等權的判決之二：準嫌疑分類或弱勢族群的認定 44

一、Andrews 案—國民身份為準嫌疑分類 45

二、Miron 案—婚姻狀態為準嫌疑分類 45

三、Egan 案—性傾向為準嫌疑分類 47
四、小結 48
第五節　加拿大最高法院關於平等權的判決之三：平等權保障的積極義務 ... 50
一、未能提供適應措施與積極關照義務：Eldridge 案 51
二、立法闕漏與積極立法義務：Vriend 案 55
第六節　加拿大最高法院關於平等權的判決之四：對優惠性差別待遇的立場 57
一、排除其他弱勢族群（涵蓋過窄）的積極改善措施：Lovelace 案 57
二、排除主流或優勢族群的積極改善措施：Kapp 案 60
三、小結 65
第三章　加拿大平等權保障體系與我國之比較 71
第一節　平等權之規範與內涵的比較 71
一、加拿大權利與自由憲章關於平等權之規範方式 71
二、對我國憲法關於平等權之規範與內涵的啟示 74
第二節　平等權違憲審查模式的比較 80
一、加拿大最高法院審查模式於 584 號解釋之模擬操作 80
二、加拿大最高法院審查模式於 649 號解釋之模擬操作 88
第四章　結論 99
一、　研究發現與貢獻 99
二、研究展望 100
參考文獻 102
中文文獻 102
英文文獻 104
網路資源 106
相關之加拿大最高法院判決簡表 108

本文詳目

第一章　緒論 1

第一節　問題意識 1

一、從我國大法官對形式平等與實質平等的用語談起 1

二、學說上對形式平等與實質平等的理解 2

三、實質平等作為憲法平等權內涵的挑戰 3

第二節　用語的說明 4

一、　積極改善措施與優惠性差別待遇 4

二、　嫌疑分類與準嫌疑分類 6

第三節　論文架構與章節安排 7

第二章　加拿大最高法院採用實質平等觀的違憲審查分析 9

第一節　加拿大權利與自由憲章訂定前的平等權保障 9

一、　舊憲法規範下弱化的法院角色 9

二、Canadian Bill of Rights 的平等權規範與實務見解 10

第二節　加拿大權利與自由憲章的平等權保障規範 12

一、憲章第 15 條規範內容 12

二、制憲者明示的實質平等觀 13

（一）平等保障用語的擴張 13

（二）憲章第 15 條 2 項的意義 14

（三）Abella Report 對憲章第 15 條的影響 15

第三節　加拿大最高法院關於平等權的判決之一：審查模式的建立與憲章第 15 條第 1 項的目的 17

一、建立平等權審查基本架構的 Andrews 案 18

（一）背景事實與判決結果 18

（二）本案重要內容 18

1. 平等權保障的目的與歧視的定義 19
2. 憲章第 15 條與第 1 條的關係 20
3. 憲章第 1 條的審查模式：Oakes 案 22
4. 準嫌疑分類（相類似的分類基礎）如何認定 22
5. 平等權爭議審查模式的初步建立 23
（三）小結 25
二、1995 年最高法院的分歧：Miron、Egan、Thibaudeau 案 26
（一）背景事實與判決結果 26
（二）意見分歧的大法官與其主張 27
1. Lamer、La Forest、Gonthier 和 Major 28
2. McLachlin、Iacobucci、Cory 和 Sopinka 30
3. L'Heureux-Dube 31
（三）小結 32
1. 形式平等與差異論的復辟 32
2. 〈族群本質+立法目的〉v.s〈族群處境+法律效果〉 33
3. 需要嫌疑分類/準嫌疑分類以外的歧視指標 33
三、延續並細緻化 Andrews 案平等權審查架構的 Law 案 34
（一）背景事實與判決結果 35
（二）本案重要內容 35
1. 憲章第 15 條第 1 項的宗旨與目的 35
2. 平等權審查模式的細緻化 36
3. 本案事實適用結果 38
（三）小結 39
1. 侵害人性尊嚴作為歧視要件的困境 40
2. 憲章第 15 條第 1 項審查功能角色的強化 41
3. 憲章第 1 條〈目的—手段〉檢驗的發揮空間？ 42

（四）Andrews 案與 Law 案未能充分實踐實質平等之處 42
1. 對刻板印象的強調屬於「差異論」的思考 42
2. 對於多元面向的壓迫不夠敏感 44
第四節　加拿大最高法院關於平等權的判決之二：準嫌疑分類或弱勢族群的認定 44
一、Andrews 案—國民身份為準嫌疑分類 45
二、Miron 案—婚姻狀態為準嫌疑分類 45
（一）Lamer、La Forest、Gonthier 和 Major 的否定見解 46
（二）McLachlin、Iacobucci、Cory、Sopinka 的肯定見解 46
三、Egan 案—性傾向為準嫌疑分類 47
四、小結 48
（一）　準嫌疑分類的判斷標準 48
（二）嫌疑分類的侷限與多元交織的壓迫 49
第五節　加拿大最高法院關於平等權的判決之三：平等權保障的積極義務 ... 50
一、未能提供適應措施與積極關照義務：Eldridge 案 51
（一）背景事實與判決結果 51
（二）判決重要內容 51
1. 憲章適用對象的問題 51
2. 聽障者屬於嫌疑分類 52
3. 系爭措施構成效果歧視 53
4. 由禁止歧視衍伸的積極義務 53
二、立法闕漏與積極立法義務：Vriend 案 55
（一）背景事實與判決結果 55
（二）判決重要內容 56
1. 憲章能否適用於「立法闕漏」 56
2. 系爭措施效果構成基於性傾向的歧視 56

第六節　加拿大最高法院關於平等權的判決之四：對優惠性差別待遇的立場 57

一、排除其他弱勢族群（涵蓋過窄）的積極改善措施：Lovelace 案 57

（一）背景事實與判決結果 57

（二）判決重要內容 58

1. 憲章第 15 條第 1 項與第 15 條第 2 項的關係 58

2. 以憲章第 15 條第 1 項而非第 15 條第 2 項審查積極改善措施 59

3. 本案適用憲章第 15 條第 1 項審查模式結論 59

二、排除主流或優勢族群的積極改善措施：Kapp 案 60

（一）背景事實與判決結果 60

（二）判決重要內容 61

1. 第 15 條第 2 項的第 3 種詮釋 61

2. 本案適用第 15 條第 2 項審查模式結論 64

三、小結 65

（一）憲章第 15 條第 1 項內涵即允許積極改善措施 65

（二）積極改善措施是平等的完整表述 65

（三）對 Kapp 案模式的批評 66

（四）加拿大的積極改善措施與其他國家優惠性差別待遇的區別 67

1. 針對嫌疑/準嫌疑分類所為之優惠性差別待遇基本立場不同 67

2. 爭議不在排除優勢族群，而在排除其他弱勢族群 68

（五）積極改善措施的界限 68

第三章　加拿大平等權保障體系與我國之比較 71

第一節　平等權之規範與內涵的比較 71

一、加拿大權利與自由憲章關於平等權之規範方式 71

（一）憲章第 15 條的規定 71

（二）憲章中其他與平等權有關的規定 72

（三）聯邦最高法院對平等權內涵的理解 72
1. 憲章第 15 條的宗旨與目的 72
2. 不對稱的平等觀 72
3. 並非僅保障法律上平等，亦保障事實上平等 73
4. 國家負有積極關照差異乃至於不得保障不足的義務 73
5. 積極改善措施為平等的完整表述而非例外 74
二、對我國憲法關於平等權之規範與內涵的啟示 74
（一）憲法其他關於平等之規範可輔助解釋平等權內涵 74
1. 我國大法官未結合憲法其他涉及平等之規範解釋第 7 條平等權內涵 74
2. 加拿大則以其他條文補充解釋以釐清平等觀 75
3. 不以優惠性差別待遇之明文授權為採實質平等觀之前提 76
（二）憲法第 7 條文義能否涵括事實上平等 77
1. 我國學說之爭議 77
2. 加拿大採目的性解釋認為平等權保障範圍及於事實上平等 79
第二節　平等權違憲審查模式的比較 80
一、加拿大最高法院審查模式於 584 號解釋之模擬操作 80
（一）加拿大最高法院針對單純歧視案適用之審查模式 80
（二）釋字 584 號解釋之案例事實與我國大法官審查模式 81
1. 案例事實 81
2. 我國大法官審查模式與結果 81
（三）以加拿大最高法院平等權審查模式適用結果 82
1. 差別待遇存在 82
2. 應為準嫌疑分類 82
3. 系爭規範致生侵害人性尊嚴效果 83
4. 憲章第 1 條〈目的—手段檢驗〉的審查 84
（四）與我國大法官解釋審查模式之比較 85

1. 將屬於平等權核心的爭議與對目的—手段之檢驗相互區分 85
2. 平等權核心關懷之重塑 85
3. 效果上類似以憲章第 15 條的審查取代我國審查標準的選擇 86
4. 判斷歧視的標準是否過於抽象？ 87
二、加拿大最高法院審查模式於 649 號解釋之模擬操作 88
（一） 加拿大最高法院針對優惠性差別待遇適用之審查模式 88
（二） Kapp 案的優惠性差別待遇審查模式 89
（三） 釋字 649 號解釋案例事實與我國大法官審查模式 90
1. 案例事實 90
2. 大法官審查模式與結果 90
（四）Kapp 案審查標準於釋字 649 號解釋之適用結果 91
1. 目的具有積極改善特定族群處境之意旨 91
2. 優惠對象確實為弱勢個人或族群 92
（四）與我國大法官解釋審查模式之比較 92
1. 審查模式的差別 92
2. 對優惠性差別待遇立場的比較 93
3. 如何審查「涵蓋過窄」的情形？ 95
3. 實質平等觀對侵害「量」的審查與我國自由權審查之差異 96
4. Kapp 案的審查模式是否太寬鬆而有過度侵害主流族群自由權之虞？ 97
第四章 結論 99
一、 研究發現與貢獻 99
二、研究展望 100
參考文獻 102
中文文獻 102
1. 專書、專書論文、碩士論文 102
2. 期刊論文、研討會論文 102

英文文獻 104

網路資源 106

相關之加拿大最高法院判決簡表 108

第一章　緒論

第一節　問題意識

一、從我國大法官對形式平等與實質平等的用語談起

我國大法官對於憲法平等權保障內涵的詮釋，向以釋字 485 號解釋的內容為代表：「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，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」。這樣的敘述，每每在關於平等權的大法官解釋中如同通關密語般被反覆引用。參照林子儀大法官在釋字 571 號解釋不同意見書對我國大法官平等權上述用語的反省：「本院習稱之「實質平等」，其實不脫『等者等之，不等者不等之』(People who are similarly situated should be treated similarly, and people who are not similarly situated should not be treated similarly.）的平等公式思考……然而單憑『等者等之，不等者不等之』公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，『等者等之』公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞、且同義反覆的說法，因此與所謂『實質平等』之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種『形式平等』。」，可見為平等權另謀真正的實質價值，是關心平等權的研究者不可迴避的任務。

二、學說上對形式平等與實質平等的理解

對平等權內涵與價值的探討，國內許多學者嘗試以外國法上廣被作為平等權核心議題的「形式平等」（formal equality）與「實質平等」（substantial equality）來思考[1]，並主張應以實質平等為我國憲法平等權內涵[2]。依照此派學者的分析，所謂「形式平等」（formal equality），最初僅是亞里斯多德提出的平等公式：「等者等之，不等者不等之」（People who are similarly situated should be treated similarly, and people who are not similarly situated should not be treated similarly.）。但亞里斯多德對於怎麼比較人與人是否相等，並沒有清楚的說法，即便有，其主張某些人天生適合為奴的觀點也早被揚棄，因此之後作為形式平等價值內涵的理論也已經與亞里斯多德無關，獨獨「等者等之」的公式至今仍被作為平等的分析工具而已[3]。

所謂形式平等的價值內涵，根源於啓蒙時期後人生而平等的政治哲學思想，與古典自由主義的理論基礎相同[4]，主張人人都有與生俱來的理性能力而為平等之道德主體，並於法國大革命之後逐漸轉化為法律上的權利概念，主張所有人在法律上享有平等人格。而所謂「實質平等」（substantial equality）則根源於二十世紀以後社會主義思想對自由主義的批判，認為法律上平等的意義如同 Anatole France 的名言：「法律平等地禁止富人與窮人在天橋下偷麵包」[5]，已無

[1]此處所指之「形式平等」與「實質平等」與我國大法官解釋的概念完全不同，學者以下所稱之形式平等與實質平等是對應於英文 formal equality 和 substantive equality 的概念。

[2] 例如黃昭元，〈平等理論與憲法解釋：實質平等的挑戰與難題〉，收錄於《第九屆憲法解釋理論與實務研討會：憲政主義與人權理論的移植與深耕》，中央研究院法律學研究所主辦，2013 年、廖元豪，種族積極平權措施（Race-Based Positive Action）與平等原則之關係─歐洲角度的評析，「歐洲人權」學術研討會，2004，「優惠」弱勢族群？─不公平競爭？實質平等？，月旦法學教室，25 期，2004 年、陳昭如，婚姻作為法律上的異性戀父權與特權，女學學誌：婦女與性別研究，27 期，2010，頁 133-199。

[3] 黃昭元，〈平等理論與憲法解釋：實質平等的挑戰與難題〉，收錄於《第九屆憲法解釋理論與實務研討會：憲政主義與人權理論的移植與深耕》，中央研究院法律學研究所主辦，2013.6，頁 5。

[4] Anne Peters, Women, Quotas and Constitutions: A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, EC and International Law, 1999，Kluwer Law International, at 74.

[5] France, A., LE LYS ROUGE, (Paris:Editions Gallimard)(1992)，轉引自 Anne Peters, Women,

法實現社會正義，進而主張另一種著眼於保障社會中受壓迫者的平等觀。

「形式平等」在法律層面展現的特徵是以「法律上無差別待遇」為平等之預設，因此促進平等的方式就是消除法律上差別待遇，雖然承認社會上確實存在壓迫與社經地位的不平等，卻不認為國家必須介入。而「實質平等」則以「現實上無壓迫」為平等原則之理想，因此會要求國家積極介入調整事實上的不平等，甚至是以差別待遇來實現消除壓迫的目標。以此為出發，形式平等因要求相同對待，所以被稱為是「對稱」（symmetric）的平等觀；實質平等因訴求足以改變壓迫的區別對待，因此被稱為「不對稱」（asymmetric）的平等觀。

形式平等觀以法律上人人平等之主張，在過去固然曾有效地推翻專制、獨裁、少數統治與階級統治的社會，為被統治者爭取到基本的權利主體地位，但隨著民主與多數統治成為政治制度之主流，當代政治哲學思想的平等關懷逐漸轉移至資本主義、市場自由競爭下多數或主流族群對於非主流或少數族群的宰制、壓迫，批判法學者將此種現象的根源理解為權力的不平等，並認為此時形式平等不但無法改善壓迫，甚至會強化宰制弱勢族群的權力結構，無法發揮憲法平等權保障弱勢的功能，因此毋寧應以實質平等為憲法平等權保障內涵[6]。

三、實質平等作為憲法平等權內涵的挑戰

然而實質平等作為一種學說上較晚近的平等權理論，最大的問題就在於性質上仍然較接近某種受到哲學或政治理論啓發的批判性思考，導致法律學者多半將

Quotas and Constitutions: A Comparative Study of Affirmative Action ofr Women under American, German, EC and International Law, 1999, at 75.

6 例如美國女性主義法學者凱瑟琳麥金儂對性別不平等的理解與主張，CATHARINE A. MACKINNON (1988), FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW，Harvard University Press, 凱瑟琳麥金儂，言語不只是言語：誹謗、歧視與言論自由，邵允鍾、莊韻親、陸詩薇、林實芳、林昱辰、劉又慎譯，2010 年；此外雖然種族平等問題並非麥金儂學術研究的主要重點，但她對種族歧視的理解也是出於相同的脈絡，其對形式平等的批判，可參考 CATHARINE A. MACKINNON (ed.) (2001), SEX EQUALITY, New York, NY: Foundation Press, 頁 6-10，JACK M. BALKIN (ed.)(2001), WHAT BROWN V. BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID: THE NATION'S TOP LEGAL EXPERTS REWRITE AMERICA'S LANDMARK CIVIL RIGHTS DECISION，New York University Press，at 143-157 (by MacKinnon).

其作為批判主流平等價值的觀點，卻較難將之轉化為違憲審查上可操作的法律概念，此為實質平等觀的弱點，也是憲法解釋若採納實質平等觀的難題與挑戰。[7]

為了了解實質平等觀如果成為違憲審查者解決平等權爭議的主要依據，會呈現如何的風貌、釋憲者如何審查始能真正實踐實質平等，本文選擇明示採取「實質平等觀」的加拿大最高法院（Supreme Court of Canada）平等權判決作為分析素材，嘗試釐清該國大法官對實質平等更具體的闡釋、所建立的審查模式以及操作時仰賴的概念（如準嫌疑分類的認定），以及對特定重要平等議題的理解（如對於優惠性差別待遇的態度、國家應負何種積極義務），並以加拿大的經驗反思比較我國的釋憲實務與學說見解，以回答實質平等觀是否與我國憲法文本相容、加拿大最高法院與我國大法官會議審查平等權案件模式的差異、我國憲法平等權保障是否能發展出主觀權利面向等問題。

第二節　用語的說明

本文因以加拿大最高法院判決為分析對象，行文間最明顯的困擾就是如何將該國特有之用語或專有名詞翻譯成中文。本文採取之解決方式除了盡量加註原文，也會以註腳說明翻譯成特定中文的原因。以下僅針對進行制度比較分析時比較容易引起誤解的幾則用語特別提出說明。

一、 積極改善措施與優惠性差別待遇

美國法上「affirmative action」或歐盟等國慣用之「positive action」相近，

[7] 學者指出必須解決的問題可能有三：一是「哪些人」為應受積極保障的族群？二是如何認定歧視存在？三是如何促進平等？參見黃昭元，〈平等理論與憲法解釋：實質平等的挑戰與難題〉，收錄於《第九屆憲法解釋理論與實務研討會：憲政主義與人權理論的移植與深耕》，中央研究院法律學研究所主辦，2013 年 6 月，頁 16-21。

都是為了改善弱勢族群地位的措施。關於 affirmative action 與 positive action，國內過去有將之譯為「優惠性差別待遇」、「積極平權措施」、「積極糾正歧視待遇」、「積極行動」等，各有其表意上的優點。惟本文認為在大法官於釋字 649 號解釋以「優惠性差別待遇」稱呼本國的類似措施後，未來任何針對此類措施的學術討論均不可避免地要提及此一用語，可以想見「優惠性差別待遇」會因此成為最廣為知悉的說法，故本文亦以「優惠性差別待遇」作為此類措施總稱[8]。

至於加拿大權利與自由憲章第 15 條第 2 項所規定「目的在改善因種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡、或身心障礙而處於弱勢之個人或團體的法律、計畫或行動[9]」，在加拿大也被理解為是類似美國 affirmative action 的政策[10]，惟因憲章之用語為「amelioration」，導致加拿大實務與學界普遍以「ameliorative measures」稱呼加拿大本身的類似措施。因本文在研究過程中觀察到加拿大的制憲者或立法者往往為了刻意與其他法體系（主要是指美國）用語有所區別，即便是功能相近的措施也寧可採用不同的名稱，以強調「加拿大式」的某某措施與其他國家的意義或內涵並不相同[11]，因此為了配合加拿大立法者的用心良苦，更為了避免與國內文獻指涉 affirmative action 或 positive action 的總括性用語「優惠性差別待遇」混淆，本文將加拿大的 ameliorative measures 翻譯為「積極改善措施」，用以專門指稱加拿大的優惠性差別待遇措施。[12]

---

[8] 對 affirmative action 中文翻譯的說明較詳細者，參見黃昭元，從釋字第 649 號解釋看優惠性差別待遇的合憲性審查，立憲國家之課題與挑戰：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集，2013，頁 161-188。

[9] 15(2) "Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability."

[10] See, Abigail B. Bakan and Audrey Kobayashi, affirmative action and employment equity: Policy , Ideology, and Backlash in Canadian Context, Studies in Political Economy, vol. 79 (2007)

[11]例如 Abella Report 的作者 Abella 直接在報告中提到為了避免與美國的優惠性差別待遇混為一談，她選擇以「employment equity」作為優先僱用弱勢族群法制的名稱，*See,* Rosalie Silberman Abella, EQUALITY IN EMPLOYMENT: A ROYAL COMMISSION REPORT, Minister of Supply and Services Canada, 1984，網路摘要版：
http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/cws/article/viewFile/12792/11875.

[12] 其實在本文作者心目中最適合的用語應該是「積極平權措施」，能充分呈現加拿大實質平等觀的思考。惟因先前已有學者以積極平權措施稱呼 affirmative action 或 positive action，所以為免混淆，只好選擇接近文意但較像一般描述用語不像專有名詞的「積極改善措施」。

二、 嫌疑分類與準嫌疑分類

加拿大實務與學界習慣將加拿大權利與自由憲章第 15 條第 1 項明文列舉應禁止歧視之分類標準，包括種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡、身心障礙，稱為「列舉之分類基礎」（enumerated grounds）。最高法院在平等權違憲審查的發展過程中，將使用「列舉之分類基礎」的差別待遇，視為較有可能侵犯平等權的措施，並以此為違反憲章第 15 條的要件之一（詳細內容請見本文第二章內容）。但同時最高法院也認為，具有侵犯平等權之「高度嫌疑」的分類基礎，應不限於憲章明文列舉之類型，某些非列舉之族群分類與列舉者性質相近，在違憲審查操作上應作相同處理，此即所謂「非列舉但相類似之分類基礎」（non-enumerated analogous grounds），可由釋憲者隨時代與社會脈絡變遷而擴充認定之。由於「列舉之分類基礎」與「非列舉但相類似之分類基礎」的中文用語過於繞口，為避免行文間詞彙冗長妨礙理解，本文將此二者簡稱為「嫌疑分類」與「準嫌疑分類」，一方面較為簡略，一方面也能直接表達其於違憲審查中的意義—即違反平等權的高度嫌疑。

但應特別注意的是，「嫌疑分類」與「準嫌疑分類」的用語，以往在我國學界常被用以指稱美國法實務上「suspect classification」與「semi-suspect classification」此組概念[13]，且同樣是對於差別待遇分類標準的說明。惟美國法上此組概念與憲法本身的規範文字無關，美國憲法第 14 條對平等權的保障，並不像加拿大權利與自由憲章，有明文列舉禁止歧視的分類標準；美國法上「suspect classification / semi-suspect classification」完全是美國聯邦最高法院以判決建立的操作性概念，用以指稱在平等權違憲審查中，應適用較嚴格之審查標準的族群分類。

此外，雖然美國法上「suspect classification / semi-suspect classification」所涵

[13] 如黃昭元，平等權案件之司法審查標準—從釋字 626 號解釋談起，收錄於憲法解釋之理論與實務第六輯，頁 551-580，2009。

括的類型也及於種族、性別、身心障礙等等，與加拿大權利與自由憲章所列舉的分類基礎、加拿大最高法院以判決擴張的「相類似之分類基礎」有高度重疊，但由於兩國對平等權內涵的理解、審查平等權爭議的模式相迥，所以實際上兩者在各自國家違憲審查當中所扮演的角色也截然不同[14]。

第三節　論文架構與章節安排

承接本文第一章對形式平等與實質平等概念大致的整理，論文第二章為加拿大最高法院採用實質平等觀的違憲審查分析，第一節先介紹加拿大權利與自由憲章制定前的平等權保障規範與當時較保守之法院見解，作為加拿大權利與自由憲章採取實質平等觀的背景說明；第二節介紹加拿大權利與自由憲章關於平等權的規範，以及制憲者的考量、其他影響該憲章平等權基本價值的因素（主要是 Abella Report 對歧視概念的影響）；第三節至第六節挑選足以展現實質平等觀特徵的加拿大最高法院平等權判決，分別從四個面向呈現加拿大對實質平等的具體實踐。其中第三節是憲章平等權所欲達成的目與審查模式，第四節是準嫌疑分類或弱勢族群的認定，以上主要是涉及「如何審查始能落實實質平等觀」的問題；第五節是國家（是否承擔）積極義務，第六節是對優惠性差別待遇的立場，以上則屬於實質平等觀對特定平等權議題的影響。

以上述第二章第三節至第六節的主題說明加拿大最高法院如何實現實質平等的理想之後，本文續以第二章加拿大最高法院對平等權保障的理解與論述，在

[14] 雖然本文將加拿大的 enumerated grounds 和 analagous grouds 稱為「嫌疑分類/準嫌疑分類」，可能導致本國讀者將之與美國法上 suspect classification/semi-suspect classification 概念混淆，但由於「相類似之分類基礎」的用語難以直接表達其意義，本文仍選擇較為簡單易懂的「準嫌疑分類」。另外，口試時陳昭如老師曾建議不要使用「嫌疑分類/準嫌疑分類」的用語，因為在實質平等觀的前提下，「平等權保障」並非「分類精確與否」的問題，英文原文也僅稱其為 grouds 而非 classification。我雖完全認同老師的看法，且本文也竭盡所能希望能強調「實質平等觀」與「分類精確與否」應脫鉤的基進理想（這在國內文獻是幾乎未曾被提及的見解），但 enumerated grounds 若不加上「分類」二字，僅稱「列舉之基礎」，又有意義不明的問題。想來想去既然無法避免使用「分類」一語，還是「嫌疑分類/準嫌疑分類」較為簡明，故仍維持之。

論文第三章回頭檢視我國目前的平等權保障圖像，包括憲法平等權的內涵、保障範圍，以及對積極義務、優惠性差別待遇的具體審查或學說觀點。其中第一節是關於兩國憲法條文文字規範與平等權保障內涵的關係，主要目的是說明我國憲法文字應無礙我國司法者關懷事實上平等、採取實質平等觀。第二節為兩國平等權違憲審查模式之比較，透過將加拿大最高法院發展出的審查模式分別適用於我國大法官會議曾審查之一般歧視案件（釋字 584 號解釋）與優惠性差別待遇案件（釋字 649 號解釋），更能清楚地分析本國大法官的平等權思維與實質平等觀的差異，並得出我國大法官在平等權議題上的思考與論述仍然相當空泛貧乏，有待發展。惟從加拿大的經驗可以看出，實質平等作為平等權保障內涵，並非只是批判性理論不切實際的美好想像，而是真實可能，但或許國內要能走到那一步，還差不止一哩路。

最後，論文第四章說明本文之研究發現與研究展望，充作本文結論。

第二章　加拿大最高法院採用實質平等觀的違憲審查分析

第一節　加拿大權利與自由憲章訂定前的平等權保障

一、 舊憲法規範下弱化的法院角色

加拿大最早的憲法是1867年由英國國會通過的「英屬北美法」（British North America Act, 1867），該法承襲了英國民主制度的特色，以國會至上（parliamentary supremecy）與聯邦體制（Federalism）為兩大核心[15]，此外大部份的重要原則並未明文規範於憲法，而是存在於規約（conventions）、傳統（traditions）與各種慣行（practices）中。相對於國會享有無限制的立法權，法院的角色則限縮於依據國會制定的法律或是習慣法（common law）裁決案件，尤其無權拒絕適用或宣告國會依正當民主程序制定的法律無效。至於自由民主社會的基本權利與自由，諸如言論、宗教信仰、結社的自由以及公平審判、無罪推定、不得任意逮捕等權利，則由深厚的國會立法傳統來維護、決定其意義與保障範圍。法院固然有權在規範本身不夠明確時，得依據習慣法所建立的原則來解釋法律，但基本上只有立法者能夠決定如何平衡保障個人權利與公共利益，亦即政策制定的權力由立法者獨享，司法者無權置喙。因此在 1982 年制定新憲之前，加拿大法院在人權保障方面能發揮的功能相當微小，宣告法律違憲的判決僅為少

[15] Robert J. Sharpe & Kent Roach, The Charter of Rights and Freedoms, third edition, at 4-5, (2005).

數特例[16]。尤其在聯邦體制的框架下，法院的功能很大部分在於維持憲法為聯邦與各省立法機關設定的權限劃分，法院有權依據憲法判定聯邦或各省法律的制定，是否逾越其權力範圍。1982 年新憲章制定前法院對於人權保障的態度，相當程度也與此種功能角色有所關聯[17]。

舊憲章規範下法院對人權的保護，受限於前述國會至上原則，著重於對行政行為合法性的審查，至於對法律本身的審查，則侷限於涉及權限劃分的爭議，若聯邦或各省的立法機關制定了侵害人權的法律，只要並未逾越憲法所賦予之權限範圍，法院並沒有推翻的權力。因此在 1982 年加拿大制憲，並將基本權保障的部份規範於「加拿大權利與自由憲章」（Canadian Charter of Rights and Freedoms）[18]之前，關於各項人權及平等權的保障，係以 1960 年制定的 Canadian Bill of Rights[19]及 1977 年制定的 Canadian Human Rights Act 兩部人權法案為基礎。但受限於人權法案並不拘束各省立法機關，又無憲法優越效力，當其他聯邦法律與其抵觸，法院不僅無法宣告其他法律無效或拒絕適用，又因 Canadian Bill of Rights 對平等權的規範用語相當限縮，早期加拿大最高法院曾做出相當保守而備受批評的平等權判決[20]。

二、Canadian Bill of Rights 的平等權規範與實務見解

1960 年制定的 Canadian Bill of Rights 第 1 條：「下列權利及自由在加拿大境內已存在且應該繼續存在，不因種族、原國籍、膚色，宗教或性別受到歧視：… (b) 在法律之前平等以及依法律所受之保護應平等。」[21]該條文雖提及禁止歧視

16 Robert J. Sharpe & Kent Roach, The Charter of Rights and Freedoms, third edition, at 5, (2005); Michael Mandel, The Carter of Rights and The Legalization of Politics in Canada: Revised, Updated and Expanded Edition, at 5-10, (1994).
17 Robert J. Sharpe & Kent Roach, The Charter of Rights and Freedoms, third edition, at 6, (2005); Bernard W. FunstonCanada's Constitutional Law in a Nutshell, third edition, at 166-167, (2003).
18 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982.
19 Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.
20 Emily Grabham, Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada), at 11, (2000).
21 "It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to

與平等字眼，卻將受保護的權利限縮於「已存在且應繼續存在」者（have existed and shall continue exist），學者指出這樣的文字限制了司法者透過解釋方式積極促進平等權的實現，且同法第 2 條：「加拿大的任何法律除非經國會通過，明示其實施可無視本法規定，否則必須以不致生廢除、限制、侵害本法所承認並保障的權利與自由之方法解釋、適用…。」[22]此規定亦使法院傾向以「合憲解釋方法」審查法律，而較不願意宣告法律因悖於人權法而無效[23]。70 年代最高法院雖然在 Drybones[24]一案宣告一項禁止印第安人在保留區外喝醉的刑罰違反人權法第 1 條 b 項而無效[25]，但之後卻在 Lavell[26]以及 Bliss[27]兩案中以極度限縮平等權內涵與適用範圍的方式認為系爭法律不違反平等權保障。

Lavell 案涉及印第安法規定印第安女性與非印第安人結婚後，將喪失其原住民身分以及依該身分於法律上所能獲得之權利。大法官 Ritchie 主張 Canadian Bill of Rights 第 1 條 b 項所謂「法律前的平等」（equality before the law），僅要求法律的「執行」或「適用」不得歧視任何人，而非使人民得免於任何類型的歧視。根據此一原則，Ritchie 認為系爭印第安法規確實平等地適用於每位印第安女性，因此不違反人權法平等權保障[28]。

Bliss 案則是關於失業保險法（Unemployment Insurance Act）規定，女性工作超過 8 週以上離職可享有一般失業給付，但未滿 10 週不能享有懷孕的保險給

---

exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,……(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law.", Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.

[22] "Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared...."

[23] Christopher P. Manfred, Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism, at 108(second edition, 2001).

[24] *The Queen v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282.

[25] 系爭印第安法令（Indian Act）第 94 條規定，印第安人在保留區外的公眾場合或私人場所均不得喝醉，否則須承擔刑責，但當時一般性的禁酒法令僅禁止白人在公共場所喝醉且非以刑法處罰，因此系爭印第安法對印第安人顯然課予一般白人所無之負擔，對印第安人造成不利之差別待遇。

[26] Attorney General of Canada v. Lavell, [1974] S.C.R. 1349.

[27] Bliss v. Attorney General of Canada, [1979] 1 S.C.R. 183.

[28] *Lavell*, at 110.

付。Stella Bliss 正好是工作滿 8 週但未滿 10 週便因懷孕而離職的女性，依照該法規定，工作滿 8 週原本可以請領一般失業給付，但由於一般失業給付限於目前有工作能力者始能請領，然而懷孕期間的女性依該法被視為沒有工作能力，所以 Stella Bliss 既無法領取懷孕給付（工作未滿 10 週）也不能領取一般失業給付，故而主張該法性別歧視。Ritchie 大法官表示該法並未造成性別歧視，該不平等的結果並非法律造成而是自然（by nature）所致[29]。加拿大學者 Baines 指出，1970 年間的 10 個判決中只有 Drybones 一案被大法官宣告違反 Canadian Bill of Rights 第 1 條 b 項，更重要的是大法官用以認定 Bliss 案不構成性別歧視的審查方式，是所謂「合理關聯性檢驗」（relevant distinction test），只要差別待遇的分類基礎與差別待遇之間具備合乎邏輯的關聯，即不違反平等權。然而由於立法者總是能提出一套立法理由，這樣的檢驗標準實際上只是再次肯認差別待遇的「合理性」，無法推翻造成歧視的邏輯。

第二節　加拿大權利與自由憲章的平等權保障規範

一、憲章第 15 條規範內容

1982 年時加拿大終於從英國手中奪回制憲權，制定加拿大權利與自由憲章（Canadian Charter of Rights and Freedoms），經過 3 年的緩衝期後於 1985 年開始實施。其中平等權的保障規範位於第 15 條：

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or

[29] *Bliss*, at 190.

physical disability."

第一項　法律前及法律上人人平等，任何人均有權享有法律之平等保護及法律所賦予之權益且不受歧視；特別是基於種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡或者身心缺陷的歧視。

第二項　前項規定並不排除目的在改善因種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡、或身心缺陷而處於弱勢之個人或團體的法律、計畫或行動。

二、制憲者明示的實質平等觀

（一）平等保障用語的擴張

由於先前 Canadian Bill of Rights 對平等權保障的效果不彰，依據該法做出的判決諸如 Bliss 案、Lavell 案備受批評，因此在加拿大權利與自由憲章的制定過程中，如何避免法院採取過度保守限縮的平等權見解，遂成為制憲者的關注焦點[30]。聯邦最高法院在 Bliss 案與 Lavell 案之所以將平等權的內涵解讀為僅僅只是「適用法律的平等」，主要的理由在於 Canadian Bill of Rights 對平等權保障的規範內容僅為「法律前的平等」（equality before the law）。雖然說這樣抽象的用語也未必只能解釋成「適用法律的平等」，但為了避免未來解釋上的困擾，許多論者均建議新憲章的用語應有所擴張及調整。例如 The Canadian Advisory Council on the Status of Women（CACSW）便主張應明白應加入「法律上的平等利益」（equal benefit of the law）來強調不只是法律適用必須平等，法律本身對利益的分配亦應平等。憲章第 15 條第 1 項規範的平等保障最後是包含了「法律之前平等」（equal "before" the law）、「法律之下平等」（equal "under" the law）、「法律對個人的保護平等」（the right to the equal protection），以及「法律上的利益平等」（equal benefit of the law）這四種[31]，幾乎囊括了所有平等權可能

[30] *Andrews*, at 251

[31] 由於這四種平等的區分在國內欠缺對應的概念，實在有其翻譯上的困難，而且即便依照字面勉

受到影響的類型，法院也相當依賴這幾種平等保障的概念來分析提起訴訟的原告，是否確實有平等權受損（但未必構成歧視）的結果。

（二）憲章第 15 條 2 項的意義

CACSW 除了對平等保障的用語提出建議，也主張憲章第 15 條的標題應以「平等權」（equality rights）取代「不被歧視的權利」（non-discrimination rights），表示平等權的內涵應包含積極面向，不僅止於消極禁止歧視，這也是後來憲章第 15 條第 2 項強調積極改善措施（ameliorative measures）[32]無悖平等原則的意旨。1982 年加拿大制憲時美國對「反向歧視」（reverse discrimination）的爭論正熾，1978 年的 Bakke 案[33]以形式平等、個人主義傾向的方式解讀社會實存的不平等現象，並認為維持弱勢族群不利益的措施（例如種族歧視）與改善弱勢族群社經地位的措施（例如種族優惠性差別待遇）本質上並無不同，在「族群中立」（color-blind）的原則下只要是基於種族的差別待遇，都應以最嚴格的標準審查。儘管在憲法中明示允許積極改善措施的條文未必能保證加拿大法院不步上美國最高法院的後塵，但有鑒於加拿大最高法院在 1970 年間的保守見解，加拿大權利與自由憲章的立憲者仍為平等權保障的規範增添了第 15 條第 2 項的內容[34]，這也被認為是權利與自由憲章明白採取「實質平等觀」的證明。不過值得注意的

強翻譯成中文，恐怕還是有無法真實呈現其內容的困擾。本文參照維基百科的解釋以及自己閱讀加拿大平等權違憲審查判決的心得，提出對這四種平等的內涵理解如下：首先 equal before the law 在加拿大的司法實務中長期被理解為法律的適用或政策執行上的平等；under the law 似指法律的實質內容對任何人而言均屬平等、公平；has the right to the equal protection 指任何人均受法律平等保護，equal benefit of the law 指平等享有法律賦予之優惠或利益。

[32]憲章第 15 條第 2 項所謂「ameliorative measures」從目的上來看應與美國法上「affirmative action」或歐盟等國慣用之「positive action」相近，都是為了改善弱勢族群地位的措施。但據筆者觀察，加拿大的制憲者或立法者往往為了刻意與其他法體系（主要是指美國）用語有所區別，即便是功能相近的措施也寧可採用不同的名稱，以強調「加拿大式」的某某措施與其他國家的意義或內涵並不相同，例如 Abella Report 的作者 Abella 直接在報告中提到為了避免與美國的優惠性差別待遇混為一談，她選擇以「employment equity」作為優先僱用弱勢族群法制的名稱。因此為了配合加拿大立法者的用心良苦，更為了避免與國內文獻指涉 affirmative action 或 positive action 的總括性用語「優惠性差別待遇」、「積極平權措施」混淆，本文將加拿大的 ameliorative measures 翻譯為「積極改善措施」，用以專門指稱加拿大的優惠性差別待遇措施。

[33] Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

[34] Emily Grabham, Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada), 2000, at 23.

是，加拿大最高法院基本上認為，即便只憑憲章第 15 條第 1 項禁止歧視的文字，也能推導出容許積極改善措施的內涵，所以憲章第 15 條第 2 項基本上只是輔助解釋平等權宗旨與目的的補充性條文，並非憲章第 15 條第 1 項的例外規定（最高法院見解的詳細內容請詳後文）。

（三）Abella Report 對憲章第 15 條的影響

加拿大權利與自由憲章第 15 條的制定，除了檢討先前人權法規範對司法判決的影響，亟欲避免對平等權保障不足的情形重演，1984 年間由聯邦就業平等委員會（Commission on Equity in Employment）主席 Rosalie Silberman Abella 針對平等就業問題作成的一份報告：Equality in Employment: A Royal Commission Report[35]（通常被簡稱為 Abella Report），其中對就業歧視現象、加拿大社會中弱勢族群處境的描述，對憲章第 15 條的制定或後來法院的詮釋也造成許多影響。為了作為聯邦就業平等委員會制定政策的參考，主席 Abella 對加拿大社會中 4 種較弱勢的「指定族群」（designated groups）：女性、原住民、身心障礙者（disabled persons）、顯見的少數族群（visible minorities）[36]在公部門（crown）與國營企業（government-owned cooperation）的就業情況，乃至於各政府或國營企業本身的職場文化、影響就業的政治、社會、歷史因素等等作了詳細的調查。該報告指出，影響以上 4 個指定族群就業平等機會的關鍵在於「系統性歧視」（systemic discrimination）。所謂系統性歧視，「是指某些慣行或態度，不論是出於刻意的設計或是偶然的結果，會導致特定個人或族群因與生俱來（attributed）的特質而難以取得機會的情況。這無關乎是否存在妨礙某

[35]Rosalie Silberman Abella, EQUALITY IN EMPLOYMENT: A ROYAL COMMISSION REPORT, Minister of Supply and Services Canada, 1984，部分摘要可自網路取得：http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/cws/article/viewFile/12792/11875.

[36]所謂「顯見的少數族群」，根據加拿大僱用平等法（Canadian Employment Equity Act）的定義，是指原住民以外，種族上非高加索種或膚色非白人的族群。「顯見」的用語，是相對於語言、宗教這兩種從外觀無法辨識（invisible）的特徵。加拿大從 60 年代開放移民以來，有一部分人口組成是來自歐洲以外的移民（包括華人、印度人、阿拉伯人等等），也因此產生從外觀上即可辨識出差異的少數族群。資料來源：http://en.wikipedia.org/wiki/Visible_minority、陳昭如(2012)，顯見的少數：一個台灣女性主義法學教授的溫哥華札記（一），在野法潮，12 期，頁 80-85。

些人潛在發展機會的故意，或只是一般良善行為或體制的副產品，只要這種限制不成比例地負面影響某些族群，這種導致不利影響的措施便很有可能是歧視性的」[37]。Abella Report 並認為光靠自願性的措施並不足以克服普遍的系統性歧視現象，因此建議立法要求所有聯邦管轄的僱主（federally regulated employers）採用平等僱用（employment equity）措施，各省（provinces）及其他層級的地方政府（territories）則應儘快制定與聯邦政策相符的法令以實施平等僱用措施，此外對於私人企業建議透過其與政府締結的契約關係要求其遵守平等僱用政策。不過 Abella 特別強調，她建議的改善措施雖然目的上接近美國法的「優惠性差別待遇」（affirmative action），但為了與這個在美國引起極大紛爭的制度相區隔，以免受累於美國對優惠性差別待遇激烈的戰火，她刻意使用完全不同的名稱—Employment Equity，一方面構築一道概念上的防火牆，一方面也將焦點完全置於加拿大本國社會脈絡，發展出加拿大本土化的平權政策[38]。

Abella Report 透過對職場上僱用、陞遷等制度實際的查訪、研究，例如廣發問卷、親自訪談、在全國舉辦超過上百場人次逾千人的座談會、甚至發表針對薪資、托育、教育等相關問題的個別報告，發現女性等 4 個特定弱勢族群的成員雖然具有充分的知識與技能，在職場各領域的代表性仍嚴重不足，進而認為限制弱勢族群平等就業機會的原因並非特定人的惡意歧視行為，而是錯綜複雜的「系統性歧視」[39]，也因此政府應積極消除的歧視乃是對弱勢族群產生不利影響結果的系統性歧視，而非特定僱主的惡意歧視行為。這種論點不僅之後為加拿大最高法院所採，而且也使得加拿大對反歧視、平等權保障的觀點與美國法實務上多數見解有重大區別。相較於美國法主流見解認為影響機會平等的歧視為政府或個人的惡意歧視行為，並因此限於先前具體歧視行為存在始能基於補償目的而實施優惠

[37] Rosalie Silberman Abella, EQUALITY IN EMPLOYMENT: A ROYAL COMMISSION REPORT, Minister of Supply and Services Canada, 1984, at 2，轉引自 Andrews, McIntyre 多數見解意見書。
[38] Abigail B. Bakan and Audrey Kobayashi, *affirmative action and employment equity: Policy, Ideology, and Backlash in Canadian Context*, Studies in Political Economy, vol. 79, 2007 at 149.
[39] Abigail B. Bakan and Audrey Kobayashi, affirmative action and employment equity: *Policy, Ideology, and Backlash in Canadian Context*, Studies in Political Economy, vol. 79, 2007 at 148-153.

性差別待遇，加拿大最高法院透過系統性歧視的概念，將反歧視的重點轉置於對抗「效果」、救濟受害者，而非懲罰歧視行為人，因此大幅放寬積極改善措施的施行，可見 Abella Report 對憲章第 15 條在詮釋上的影響意義重大。

第三節　加拿大最高法院關於平等權的判決之一：審查模式的建立與憲章第 15 條第 1 項的目的

以下第三節至第六節介紹自 1985 年加拿大權利與自由憲章制定後，加拿大最高法院就平等權憲法爭議所作成，較能反映實質平等重要內涵的判決[40]。

第三節首先介紹加拿大最高法院平等權審查模式的演變歷程。最初於 1985 年 Andrews 案確立實質平等路線，否定「等者等之」衍生的「相同處境檢驗」（similarly situated test），但在 1985 至 1995 年間最高法院大法官們見解分歧，某些案件的多數意見認為應以「差別待遇與立法目的的關聯性」來審查是否違反憲章第 15 條第 1 項，例如 Egan 案。學者一般認為直到 1999 年的 Law 一案，最高法院才又統一歧見，至少一致認同 Andrews 案奠定的基本架構，並發展出

40 平等權的討論向來可由多種面向切入，例如從不同族群（種族、性別、身心障礙者、性傾向等）角度來討論所需要的平等觀或平等保障，也是相當普遍且重要的研究方式。本文因將重點置於實質平等觀的內涵與在司法審查上的操作或功能，所以選擇加拿大最高法院判決當中，較能反映實質平等重要特色的判決介紹，也因此主要聚焦於憲章第 15 條的適用。但其實加拿大權利與自由憲章當中並非只有第 15 條是涉及平等的規範。縱使撇開「間接」與平等權有高度相關的原住民權利、多元語言與文化保障的規範不談，憲章第 28 條：「不論憲章有何其他規定，男女均平等享有憲章所保障之權利與自由」（Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.）即明顯屬於性別平等特殊規定，因此可以想見加拿大最高法院審查性別平等案件，必然存在與其他類型平等不同之內涵。因本文寫作之目的並非（也不可能）對加拿大所有平等權判決作完整的分析，儘先嘗試介紹部分與「實質平等」內涵有關的判決，是以僅以此為主軸挑選若干評析，其他重要的平等權主題，如性別平等或其他族群的平等保障（例如近日相當受到重視的同志權利相關判決），便不特別強調。關於憲章第 28 條與憲章第 15 條的關係，可參考 Beverley Baines, *Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Purposive Interpretation*, Canadian Journal of Women and the Law, Volume 17, Number 1, 2005, pp. 45-70, 關於加拿大同志平等權的判決，可參考 Robert Wintemute, *Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits*, 49 McGill L.J. 1143, 2003-2004, Craig D. Bavis, *Vriend v. Alberta, Law v. Canada, Ontario v. M. and H.: The Latest Steps on the Winding Path to Substantive Equality*, 37 Alta. L. Rev. 683 (1999).

取得共識的 Law 案審查模式。雖然 Law 案審查模式究竟有無如大法官自己所認為的那樣忠於實質平等，但至少相較於 1995 年 Gonthier 等大法官的見解，又更貼近實質平等的理想一點。

一、建立平等權審查基本架構的 Andrews 案[41]

（一）背景事實與判決結果

1989 年，加拿大最高法院首次就人權憲章第 15 條作成 Andrews 一案。本案為該條文的適用建立了基本架構，此後的平等權爭議，大體上均遵循本案奠定的模式進行審查[42]，因此 Andrews 案有其不可動搖的始祖地位。

本案涉及英屬哥倫比亞省法律規定，僅限加拿大國籍人民始能取得律師資格，原告Andrews其他條件均符合，唯獨因不具有加拿大國民身份而無法成為律師，故主張該法律違反權利與自由憲章第 15 條第 1 項，侵害其平等權。

本案判決結果為全部大法官一致同意系爭法律對國民身份（citizenship）的限制，違反憲章第15條第1項構成歧視，惟尚須依憲章第1條進行「目的—手段」關係的審查，多數大法官認為系爭法律無法依憲章第1條取得正當性。McIntyre大法官對於本案適用憲章第1條的結論雖與多數見解相左，但其對平等權審查模式的論述則獲得其他大法官一致認同。

（二）本案重要內容

本案的重要性並不在於具體事實的違憲結果，而是確立權利與自由憲章第 15 條所保障之平等為「實質平等」（substantive equality），進而闡述「歧視」

[41] Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143.
[42] Mary C. Hurley, *Charter Equality Rights: Interpretation of Section 15 in Supreme Court of Canada Decisions*, Law and Government Division, revised March 2007, from parliamentary Information and research service, http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp402-e.pdf.

的定義，並初步建立平等權爭議的審查模式。大法官在本案不僅處理了憲章第15條與第1條的關係，建構出先後進行第15條與第1條兩階段審查的外層框架，更進一步在憲章第15條的審查中採用差別待遇係基於「嫌疑/準嫌疑分類」以及差別待遇造成「效果歧視」之兩項要件來取代由「等者等之，不等者不等之」發展出的「相同處境檢驗」。

1. 平等權保障的目的與歧視的定義

McIntyre認為憲章第15條的目的在使任何人於法律上均為值得平等尊重、關懷、考量的個體，不止法律的適用必須平等，法律被形塑的內容也應平等。第15條的目的絕非去除所有差別待遇，否則權利與自由憲章不必制定保障多元文化、宗教與信仰自由、原住民權利等維持差異的規定；同時第15條第2項的存在亦明示了相同待遇未必能達成平等的宗旨[43]。對於不相等之個人或族群所為之相同待遇，往往是更嚴重的不平等[44]。

至於何謂歧視，大法官強調在人權憲章制定之前，加拿大各省許多人權法案的平等權規範與相關案例早已確立須禁止、消除的歧視是「系統性歧視」（systemic discrimination），並引述Abella Report on equality in employment[45]對系統性歧視的定義：「歧視是指某些慣行或態度，不論是出於刻意的設計或是偶然的結果，會導致特定個人或族群因與生俱來（attributed）的特質而難以取得機會的情況。」換言之，只要該慣行或態度對特定族群或個人帶來不成比例（disproportionate）的負面影響，該措施就很有可能是歧視性的[46]。

此外，平等權的目的固然在去除歧視，但並非為了懲罰歧視者，而是為了補償或救濟受害者，所以重要的是歧視效果而非歧視動機。憲章第15條所要求之「equality before and under the law」，應解釋為法律的「效果」（impact）不

43 *Andrews*, at 257.
44 *Andrews*, at 199.
45 Rosalie Silberman Abella, EQUALITY IN EMPLOYMENT: A ROYAL COMMISSION REPORT, Minister of Supply and Services Canada, 1984，部分摘要可自網路取得：http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/cws/article/viewFile/12792/11875.
46 Abella report p2, Andrews, at 268

得因不相關之個人特質（irrelevant personal characteristic），導致對某些族群或個人增加他人所無之限制與負擔，或欠缺法律上之利益或保護。

McIntyre 指出，上訴法院用以審查平等權爭議的「相同處境檢驗」源於亞里斯多德的形式平等原則，但「等者等之，不等者不等之」的形式化邏輯可以被用來正當化納粹對猶太人的種族歧視，也曾在美國最高法院 Plessy[47] 案中被適用並得出「隔離且平等」不違憲的結果，這套邏輯或公式專注於尋找「差異」，卻並未充分考量「差異」的成因以致無法反省法律的歧視本質，所以並不適合用以解決平等權爭議。

2. 憲章第 15 條與第 1 條的關係

最高法院首度以權利與自由憲章審查平等權案件，不僅須決定如何適用第 15 條，憲章第 1 條：「本憲章所保障之權利與自由，僅得以法律合理明確限制之，且該限制須符合自由與民主社會精神。」[48]應在平等權違憲審查中扮演何種角色，以及第 1 條與第 15 條之間的關係，也是最高法院建立平等權審查模式時特別著重之點。大法官們基本上對於平等權爭議在審查上必須經過該 2 條文分別檢驗均有共識，如同 McIntyre 所說，憲章第 1 條的設計為之前 Canadian Bill of Rights 所無，甚至觀諸美國憲法、歐洲人權公約也不存在這樣的條文，因此在先前 Canadian Bill of Rights 的規範下，差別待遇能否正當化的考量全由平等權保障規定處理。但既然權利與自由憲章在個別權利的保障規範外制定了第 1 條，便有必要發展出不同以往的審查結構，且應維持憲章第 15 條與第 1 條的論證相互獨立，以符合憲章的整體意旨。基此，平等權違憲審查最基礎的架構就是先後依憲章第 15 條及第 1 條進行兩階段審查：（1）依憲章第 15 條判斷有無侵害平等

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

48 section 1: "The Canadian Charter of Rights and Freedom guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. "，其內容類似我國憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」加拿大最高法院對憲章第 1 條的審查模式類似美國法上對於立法目的正當性與手段相對於目的關聯性（比例原則）之審查，因此本文以下直接以「目的—手段檢驗」或「比例原則」指涉加拿大權利與自由憲章第 1 條在違憲審查上的功能。

權，答案若為肯定，再進入（2）依憲章第 1 條〈目的—手段檢驗〉判斷系爭法律對平等權的侵害，能否被正當化；前階段由主張受侵害之人民負舉證責任，後階段則由政府舉證該侵害符合比例原則。

McIntyre 提出三種關於第 15 條與第 1 條如何分工的審查模式，其一是學者 Peter Hogg 所倡，將所有差別待遇都視為違反第 15 條第 1 項的歧視，而後直接以第 1 條比例原則審查。其二由當時擔任該案上訴法院（Court of appeal）法官的 McLachlin 所主張，認為差別待遇需欠缺某程度的「合理性」（reasonableness）才構成歧視。McLachlin 認為 Hogg 的模式將社會上普遍認為適當的差別待遇例如酒醉者不得駕駛等規範等同為歧視，且弱化第 15 條的功能，因此主張將立法目的與差別待遇之間「合理性」（reasonableness）的考量加入第 15 條的審查中，第 1 條則用於例外可正當化歧視的情形，例如國家處於戰爭時期[49]。McIntyre 大法官批評 Hogg 的模式會使憲章第 15 條被架空，反之 McLachlin 的模式又使憲章第 1 條無用武之地，所以 McIntyre 提出第三種模式，他稱之為「嫌疑分類或準嫌疑分類」（enumerated or analogous grounds）模式，一方面不認為所有差別待遇都直接構成違反第 15 條第 1 項的歧視，應先剔除無歧視疑慮的差別待遇，但並不贊同 McLachlin 以「合理性」為篩選標準，而是主張以第 15 條第 1 項所列舉的分類基礎（enumerated grounds）或相類似的分類基礎（analogous grounds）為判斷因素之一[50]，再進一步審酌系爭法律有無對特定族群或個人造成不利益的歧視效果。不過由於 Andrews 一案中大法官們對於系爭法律對無國民身份者造成的不利益（即不能當律師）沒有爭議，該法禁止一整個族群無法從事某職業的不利效果相當明顯，所以 McIntyre 除了強調準嫌疑分類，並未詳細發

49 *Andrews,* at 289

50 McIntyre 引用 Hugessen 法官在 Smith, Kline & French Laboratories v. Canada 案中的看法，認為從憲章第 15 條文義觀之，列舉的分類基礎應為歧視的判斷因素之一，並將憲章第 15 條禁止的歧視與「偏見」、「不利益」相連結：「憲章第 15 條保障的不是絕對、數量上（譯註：應係指完全無差別待遇）的平等概念，否則幾乎所有法律都至少在表面上違反了憲章第 15 條，而須尋求憲章第 1 條的正當化，這等於把例外轉化成常態。因此憲章第 15 條應解讀為有其內在限制，限制哪些對人的分類或區辨本質上即誤將相等者視為不平等，故不應許可其作為分類基礎，因此系爭法律一旦使用這些分類則極可能構成歧視。」。Smith, Kline & French Laboratories v. Canada, at 367-369, Andrews, at 290.

展其他判斷歧視效果的要件。

3. 憲章第 1 條的審查模式：Oakes[51]案

系爭差別待遇若構成違反第 15 條第 1 項的歧視，必須再依憲章第 1 條審查政府能否提出具有充分正當性的事由，證明系爭法律屬於憲章第 1 條所謂「自由與民主社會所容許的合理明確限制」（a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society）。依照最高法院在 Oakes 案發展出的審查模式，一項法律或政府措施若要構成「自由與民主社會所容許的合理明確限制」，首先立法目的必須足夠重要（sufficiently important）到能超越基本權保障；所謂「足夠重要」的意思是必須「迫切且重大」（pressing and substantial）。其次是手段與目的的關係須符合比例原則（proportionality test）[52]，法院應平衡考量權利的性質、受侵害的強度、手段與目的之間關聯性的緊密度等因素，具體評斷是否達到充分合理關聯、儘可能微小的侵害、目的與受侵害的權利不致失衡等 3 項次原則[53]。

Andrews案在憲章第1條目的一手段審查部分，政府主張為確保律師對加拿大法律充分了解與熟悉，且對本國社會具忠誠度及向心力（commitment to Canadian society），有必要限制無本國籍者不得擔任律師。最高法院多數見解認為，就熟悉本國法律的程度或是對本國社會的認同度，有無國籍都是無法達成上開目的的分類標準；至於對本國社會是否具備忠誠度及向心力，亦未必與國民身份有合理關聯，因此系爭法律無法依憲章第1條正當化而違憲。

4. 準嫌疑分類（相類似的分類基礎）如何認定

如前所述，差別待遇是否構成歧視的要件之一為使用憲章 15 條列舉的「嫌疑分類」，如種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡、身心缺陷等，但大法官一致認為憲章允許透過解釋的方式，隨時代與社會脈絡之變遷，將其他相

---

51 *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.
52 *Andrews*, at 127.
53 *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at 768.

類似之「準嫌疑分類」（analogous ground）實質納入禁止歧視的範圍。至於準嫌疑分類的建立標準為何，本案中 McIntyre 引用美國聯邦最高法院 Carolene 案[54]Stone 大法官在註腳 4 中所提到「分離而孤立的少數」（discrete and insular minority）概念[55]，來證立「國民身份」（citizenship）應屬準嫌疑分類；Wilson 大法官在同意前述概念之餘，又補充美國學者 John H. Ely 所謂「利益無法被充分代表」，在政治上欠缺權力的弱勢族群」[56]為參考標準，並強調應從族群所處的政治、經濟、社會脈絡予以考量。La Forest 大法官雖然也同意國民身份屬於準嫌疑分類，理由卻稍與 McIntyre、Wlison 有異，La Forest 是基於國籍並非可由個人控制或改變的特徵（immutable personal characteristic），至少短期內無法以自主行為改變，或需支付難以承受的代價始能改變，且不具國民身份者在政治權力上相對弱勢，其利益易於立法程序中被犧牲，因此國籍屬於準嫌疑分類[57]。

5. 平等權爭議審查模式的初步建立

綜合以上關於平等權的各項討論，Andrews 一案為平等權的違憲審查建立了以下基本模式：

[54] United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)
[55] *Andrews*, at 105
[56] JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980), at 151, Andrews, at 107
[57] *Andrews*, at 379

如圖所示，最高法院多數見解認為平等權違憲爭議需藉由憲章第 15 條第 1 項與憲章第 1 條的依序審查來完成，其中憲章第 15 條第 1 項的部分必須篩選出構成「歧視」的差別待遇，而非任何差別待遇都有侵害平等權的疑慮而直接以憲章第 1 條比例原則審查。McIntyre 為憲章第 15 條第 1 項的審查初步建立了幾項篩選標準：（1） 確立系爭法律造成區別（distinction）或差別待遇，亦即對於憲章第 15 條保障的 4 種平等—equality before the law, equality under the law, the equal protection of the law, 以及 equal benefit of the law 有所否定或減損；（2）該差別待遇係基於憲章第 15 條列舉之嫌疑分類或相類似之準嫌疑分類；（3）差別待遇對特定族群或個人帶來不成比例的負面效果[58]。

[58] 這些審查步驟有時會被之後引用的大法官們依論理需求，簡述為兩步驟，例如將第一步驟歸納為確認區別存在即可，第二步驟則探討是否構成歧視，再於第二步驟中分別討論分類標準是否屬於嫌疑或準嫌疑分類、有無造成負面效果，亦即對 4 種平等保障型態有減損。但不論怎麼切割，依照 *Andrews* 案 McIntyre 大法官的見解，憲章第 15 條第 1 項全部必須審查的內容大致如本文此處所述。

（三）小結

雖然最高法院堅持保留「憲章15條第1項＋憲章第1條」的分析架構，但實際上關於平等權的審查，重點幾乎完全在於憲章第15條第1項—差別待遇是否構成歧視的判斷上。藉由「何謂歧視」的叩問，最高法院才得以開展關於平等權保障內涵的論述，並與基於形式平等邏輯的「相同處境檢驗」互相區別。本案令人激賞的實質平等論點包括強調相同待遇（identical treatment）極可能造成不平等的不對稱（asymmetric）觀點、引述「系統性歧視」（systemic discrimination）的概念、平等權的目的主要在於救濟受害者及改善弱勢族群地位，因此辨別歧視的關鍵在於「效果」（impact）而非「意圖」（intent）等等，這些都不是「相同處境檢驗」能凸顯的爭點，更不會是決定性的關鍵。

除了實質平等特色的凸顯，McIntyre建立之分析架構另外頗值注意之疑問在於，違反憲章第15條第1項構成歧視的法律進入憲章第1條進行〈目的—手段〉審查時，是否還有審查密度上的區分？就加拿大最高法院的意見看來，憲章第1條（無論是否關於平等權）一概是以Oakes案的標準來審查，亦即目的需「迫切重大」，手段要符合比例原則，似乎未有審查密度或審查標準之分。但以Andrews案適用的具體情形而言，應是以較嚴格的標準或密度審查。本文認為或許可以將前階段憲章第15條第1項的審查理解為足以影響憲章第1條審查密度的重要因素，亦即若法院已認定違反憲章第15條第1項，則除非有相當例外的正當性因素，否則無法正當化歧視[59]。

Andrews一案做成之後，儘管多數學者讚許該案不僅為憲章第15條的適用建立基礎，更對源於形式平等原則的「相同處境檢驗」提出批判與拒斥[60]，然而最高法院的批評仍有許多模糊、力有未逮之處，以至於Andrews案之後10年間

[59] 此點從最高法院做成的無數平等權案件當中，違反第 15 條第 1 項但能通過憲章第 1 條的案例相當之少，且通常是具有特別的正當性理由來看，違反憲章第 15 條第 1 項應已代表法院在憲章第 1 條的審查時屬於推定違憲的立場。

[60] See Sheppard, C., Recognition of the Disadvantaging of Women: The Promise of Andrews, 35 McGill L.J. 207(1989), Emily Grabham, Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada), 2000, at 31.

大法官們的立場即有所動搖與分歧，略有重返形式平等原則之勢[61]。此外，最高法院於Andrews一案在「如何判斷弱勢族群」方面亦著墨不深，有待後續發展[62]。

二、1995 年最高法院的分歧：Miron[63]、Egan[64]、Thibaudeau[65]案

1995年，加拿大最高法院大法官們在連續數個案件中對Andrews案建立的平等權審查模式分歧為三種立場，學說認為此三者分別代表對形式平等與實質平等不同程度的支持：Lamer、La Forest、Gonthier和 Major等4位大法官認為應修正Andrews案的模式（朝形式平等的方向），McLachlin、Iacobucci、Cory和Sopinka等4位大法官主張維持原本的架構，L’ Heureux-Dube則朝深度探索並擴充實質平等內涵的方向調整。這種分裂現象被加拿大學界慣稱為「the equality trilogy of 1995」，也是本節標題由來[66]。

（一）背景事實與判決結果

Miron案：保險法規定當保險人發生意外，其合法結婚之配偶（married spouses）可取得補償金，但未締結法律上婚姻關係、僅屬民事法伴侶（common law spouses）者則否。判決結果是「婚姻狀態」（marital status）屬於準嫌疑分類，系爭法律違反憲章第15條且無法依憲章第1條正當化，最高法院以五票（McLachlin、Iacobucci、Cory、Sopinka和L’ Heureux-Dube）對四票（Gonthier、Lamer、La F

61 Craig D. Bavis, Vriend v. Alberta, Law v. Canada, Ontario v. M. and H.: The Latest Steps on the Winding Path to Substantive Equality, 37 Alta. L. Rev. 683 (1999), at 689.
62 Emily Grabham, Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada), 2000, at 32
63 *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418
64 *Egan v, Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513
65 *Thibaudeau v. Canada,* [1995] 2 S.C.R. 627
66 See, Craig D. Bavis, Vriend v. Alberta, Law v. Canada, Ontario v. M. and H.: The Latest Steps on the Winding Path to Substantive Equality, 37 Alta. L. Rev. 683 (1999), Mary C. Hurley, Charter Equality Rights: Interpretation of Section 15 in Supreme Court of Canada Decisions, Law and Government Division, revised March 2007, from parliamentary Information and research service, Emily Grabham, Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada),

orest和 Major）宣告違憲。

Egan 案：原告 Eagan 和 Nesbit 是一對共同生活將近 40 年，已建立如婚姻般彼此承諾、互相依賴關係的（男性）同性伴侶。Egan 於 1986 年滿 65 歲時，開始依照老年社會安全法（Old Age Security Act）領取老年津貼，同時由於 Nesbit 已滿 60 歲，Nesbit 便依照同法第 19 條第 1 項申請「配偶給與」（spousal allowance），即 60 歲至 65 歲收入在特定標準之下的配偶所能領取之給付。然而 Nesbit 的申請遭駁回，因為 Egan 與 Nesbit 的同性伴侶關係不符合老年社會安全法第 2 條對「配偶」（spouse）的定義：「兩個性別不同之人公開以如同夫妻的關係生活在一起達一年以上。」（包含未進入婚姻的伴侶關係），Egan 和 Nesbit 不服，認為該法對「配偶」的定義已構成違反憲章第 15 條的歧視，主張應將配偶的定義擴張及於同性伴侶，並上訴至聯邦最高法院。最高法院 9 位大法官當中有 5 位（McLachlin、Iacobucci、Cory、Sopinka 和 L'Heureux-Dube）認為系爭法律構成憲章第 15 條的歧視，但最後仍有 5 位（Gonthier、Lamer、La Forest、Major 和 Sopinka）認為通過憲章第 1 條比例原則而合憲[67]。

Thibaudeau 案：所得稅法（Income Tax Act）規定，夫妻離婚後獨自扶養子女之一方必須將他方給付子女之扶養費列為應稅收入，但給付扶養費的他方則可將該筆費用列為扣除額。原告主張該法是基於「親子狀態」（parental status）的歧視，其他訴訟參加者則主張是基於性別的歧視，因為通常離婚後扶養子女的一方是女性。最高法院多數見解（除了 L'Heureux-Dube 和 McLachlin 兩位女性大法官）認為所得稅法對應稅收入與扣除額的認定並未造成扶養子女之一方負擔，該法既非基於親子狀態的歧視，也不是性別歧視，並未違反憲章第 15 條。

（二）意見分歧的大法官與其主張

如前文所述，最高法院9名大法官在以上3個1995年的案件中，對平等權

[67] *Egan*, at 514.

的審查模式出現重大分歧，且分裂為三個陣營。在詳述個別陣營見解之前，首先回顧爭議的起點—Andrews案所建立關於憲章第15條第1項的審查模式大致是先判斷有無差別待遇，例如使原告（及屬於該族群之人）蒙受他人所無之不利益、負擔或義務，或者使其無法享有他人得享的利益，接著再審查有無構成憲章第15條第1項所禁止之「歧視」。三個陣營的大法官們對於上述審查的大框架均表接受，但應如何評估原告所受的負面影響該當「歧視」，例如準嫌疑分類如何使用，有無其他參考因素等等，才是以下不同陣營大法官們爭執的重點。

1. Lamer、La Forest、Gonthier 和 Major

Lamer，La Forest，Gonthier 和 Major 等 4 位大法官在這幾個案件中，都對平等權審查模式採取相同看法，適用的結論也相同。其歸納 Andrews 案所建立憲章第 15 條第 1 項的基本架構為以下 2 步驟：（1）系爭法律在原告與他人之間做出區別，造成差別待遇；（2）該差別待遇導致原告所屬族群之人蒙受他人所無之不利益、負擔或義務，或者使其無法享有他人得享的利益。然而 Gonthier 等主張必須加入關鍵性的第 3 步驟：分類標準（必須為嫌疑分類或準嫌疑分類）不僅應為嫌疑分類或準嫌疑分類，還必須是「不相關的個人特徵」（irrelevant personal characteristic）。

為了判斷分類標準是否相關，Gonthier 在 Miron 案的不同意見書中提到，要以充分關照脈絡的方式審視系爭法律之立法目的與所欲達成之根本性的重要價值（underlying functional value）。當然，某些法律所欲達成的價值本身可能就是歧視性的，但這樣的功能或價值必然無法通過立法目的正當性的審查。Gonthier 特別強調脈絡化觀察的對象是分類標準的本質與法律所追求的基本價值，並進而深究該分類標準是反映偏見，或是反映族群的客觀身體或生理事實（objective physical or biological realities）。他以最高法院之前關於性別平等的案件為例[68]，說明如果分類標準能反映男女之間的生理差異，便不構成歧視。值

[68] Gonthier 在這裡提到的是 *Weatherall v. Canada (Attorney General),* [1993] 2 S.C.R. 872。該案是關於男性受刑人主張，監獄中女性受刑人必定由女性獄警執行搜身及巡房，但男性則無此規定是

得注意的是，Gonthier 特別澄清他強調分類標準要能反應差異的審查模式，並不至於錯誤地正當化性別歧視，例如先前最高法院在 Bliss[69]案的見解。他說，Bliss 案的教訓並非政府不應該實施任何基於男女生理差異的差別待遇，而是必須審慎地理解脈絡，以分辨哪些基於真實差異的差別待遇是良善（benign）的，哪些是歧視的。例如最高法院在 Brooks[70]案便正確地掌握事實脈絡而推翻 Bliss 案的見解，認為因健康因素導致無法工作的救濟金排除懷孕為給付事由構成歧視，懷孕明顯屬於與健康相關的因素，以此為分類標準顯然與政策目的欠缺關聯性。

Gonthier 認為憲章第 15 條的重點是「分類標準是否密切相關」，儘管 McIntyre 在 Andrews 案將嫌疑分類與準嫌疑分類當作判斷歧視的主要因素，但那是因為嫌疑分類與準嫌疑分類較常被「欠缺關聯地」使用，事實上即便系爭法律以嫌疑分類或準嫌疑分類為分類基礎，只要能證明與立法目的、族群特質之間具備充分的關聯性，差別待遇便不構成歧視。

依照 Gonthier，Lamer，La Forest 和 Major 大法官對平等權審查方式的修正，Miron 案的保險制度只限婚姻關係配偶得領取意外事故給付，其立法目的並非救助任何有此經濟需求的伴侶關係，而是蘊含社會政策扶植婚姻制度的功能價值，因此以婚姻狀態作為分類標準並非不相關之個人特徵，不構成歧視。Egan 案的老年社會安全法將同性伴侶排除於「配偶」定義之外（但包括異性非婚伴侶），雖然所用的分類標準性傾向為難以改變的個人特徵，屬於準嫌疑分類，但基於異性伴侶關係的生理差異與社會功能（生育）是傳統婚姻根深蒂固的「本質」，老年社會安全法亦蘊含有支持傳統婚姻的基本價值，因此性傾向仍屬與立法價值相關的分類標準，不構成歧視。至於 Thibaudeau 案情況較特殊，除了 L'Heureux-Dube 和 McLachlin 這 2 位女性大法官，其他屬於 Gonthier 陣營的 4

否構成歧視的問題。最高法院清楚地說明，憲章第 15 條第 1 項並不以相同待遇為原則，有時反而須訴諸差別待遇才能達成平等。尤其考量男女的生理、歷史、社會等方面因素的不同，顯然由不同性別的獄警執行搜身與巡房，對女性受刑人將造成較嚴重的安全威脅，因此該規定不違憲。

69 *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183，事實背景與法院見解請見本章第二節。

70 Brooks v. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219.

位以及 Sopinka、Cory、Iacobucci，都認為所得稅法不過是將原本就屬於同一「家戶」的總應稅收入移轉到扶養子女的一方身上，所以根本沒有增加扶養子女的一方負擔，因此毋庸討論是否屬於歧視。

2. McLachlin、Iacobucci、Cory 和 Sopinka

McLachlin、Iacobucci、Cory 和 Sopinka 等 4 位大法官主張維持 Andrews 案原本的模式，對於 Gothier 以分類標準與立法目的的關聯性來判斷是否構成歧視並不贊同。McLachlin 等大法官一方面認為 Gonthier 陣營的修正會使得憲章第 15 條與憲章第 1 條的分析有所重疊，破壞了兩者的獨立架構，另一方面認為即使分類標準與立法目的具有關聯性，該法律的效果仍然可能是維持並強化對弱勢族群的刻板印象。以 Miron 案為例，Gonthier 大法官將系爭法律目的解讀為「並非為了給予所有經濟互賴的家庭援助，而是為了幫助進入婚姻關係的配偶」，並以此論述婚姻狀態是符合立法目的的分類標準，McLachlin 批評這是先用分類標準決定立法目的，再以立法目的認定分類標準與之相關，顯為循環論證。而突破此種循環論證最好的方法，就是將判斷歧視的關鍵置於法律的實際效果。

McLachlin 等從準嫌疑分類的認定出發，分析系爭差別待遇有無違反憲章第 15 條第 1 項保障弱勢族群、避免偏見、刻板印象持續傷害特定族群的效果。在 Miron 案，此派大法官認為儘管婚姻表面上是個人自由選擇的結果，但事實上並非如此，故婚姻狀態仍屬於難以改變的個人特徵（immutable personal characteristic）。其次，基於婚姻狀態的歧視和其他基於嫌疑分類的歧視一樣，具有影響個人基本尊嚴與價值的效果。最後，未進入婚姻關係者屬於過去長時間蒙受不利狀態（historically disadvantaged）的族群，儘管近年來不利的情況已減少許多，但仍有被刻板印象化的危險。綜上，系爭法律受影響的對象為弱勢族群、有侵害人性尊嚴及強化刻板印象的效果，所以構成歧視。在 Egan 案，性傾向顯屬難以改變的個人特徵；同性戀長期蒙受刻板印象、偏見，是歷史悠久的弱勢族群。系爭法律對同性戀伴侶關係的排除，正凸顯了立法者認為同性伴侶無法

建立如同異性伴侶般長久穩定、互相扶持依賴關係的偏見，因此構成歧視。

3. L'Heureux-Dube

L'Heureux-Dube大法官獨樹一格，雖然大體上依循著Andrews的模式，審查時以「差別待遇是否為原告族群造成他人所無之負擔、不利，或無法享有他人得享的利益」以及「是否構成歧視」作為問題意識，大方向和 McLachlin 等並無明顯不同，但 L'Heureux-Dube 卻開始質疑 Andrews 以來強調分類標準是否屬於嫌疑分類或準嫌疑分類的意義，進而直接主張是否構成歧視的關鍵不在分類標準的性質、是否為嫌疑分類或準嫌疑分類，而純粹在於系爭差別待遇有無造成歧視的「效果」[71]。以嫌疑分類/準嫌疑分類來判斷歧視是一種間接的方式，更直接的方式應該是給歧視一個獨立的內涵。從憲章第 15 條第 1 項的目的為思考起點，系爭法律若促成或加深原告族群不值得被社會認同、不應被法律平等關懷尊重的觀點，該法律便構成歧視。她強調，歧視的定義應聚焦在產生什麼「影響」（impact）或「效果」（effect），而非有無涉及那些可能（卻不必然）導致歧視的參考因素，例如分類標準。而且歧視效果的認定，要從受規範影響族群的角度評估而非國家的角度，另外也應注意該族群被損及的利益的性質與範圍，是否足以影響人性尊嚴。

整體而言，L'Heureux-Dube 是將平等權審查模式的重心從分類基礎的性質轉移到差別待遇造成的效果。學者認為這種審查取徑的轉換，比原本著重嫌疑分類的模式更能看見多元交錯的歧視（intersectionality），並掌握屬於多重弱勢族群的不利處境[72]。確實，L'Heureux-Dube 在 Miron 案的意見書中，便採取交錯的切入角度以觀察保險法拒絕非婚關係配偶申請給付，對非婚關係伴侶整體、非婚關係伴侶中的女性或男性各自的影響。在 Thibaudeau 案中，L'Heureux-Dube 不像 LaForest 或 Cory 等男性大法官，將分居或離婚的配偶視為一整個家庭單位觀察，並因此認為系爭法律未增加其他家庭所無之負擔，而是注意到分居或離婚

71 *Egan,* at 545, 548-549, L'Heureux-Dube, dissenting opinion.
72 Emily Grabham, Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada)(2000), at 40.

後扶養子女的一方多半為女性，並容易處於經濟與社會的弱勢位置，她們因某些個人特徵而屬於同一族群（儘管這些特徵並非無法改變），且系爭法律確實惡化了這些女性在現實生活中原本即弱勢、不平等的處境[73]。

（三）小結

1. 形式平等與差異論的復辟

1995 年加拿大最高法院大法官的立場分歧，是加拿大平等權違憲審查實務相當重要的反思過程。制憲之初雖已宣示採取實質平等為主軸，但傳統上強調「等者等之」、「類似處境之人應獲得相同對待」的平等權思考方式擁有深厚的歷史、哲學思想基礎，且確實曾在禁止某些類型歧視上發揮一定功效，又豈是能輕易劃清界限的概念？Gonthier、LaForest、Lamer、Major 陣營為歧視的認定加入分類標準關聯性的判準後，形同將歧視的重心與內涵，完全轉移至「分類標準是否足夠精確」的問題上，這與美國法上聯邦最高法院所謂「剪裁是否嚴密」（narrowly tailored or not）是相同的意義。更重要的是，Gonthier 等大法官所強調的「脈絡化審查」，審查對象一方面是指受規範影響族群的「本質」或「天性」，另一方面是指系爭法規的目的、所欲追求的根本性價值。只能說此派大法官努力從政治、社會、歷史的脈絡去探索的目標，其實是去發現受規範族群的「相同或差異」（sameness/difference），再與政策目的互相比對。這種途徑最大的缺陷就在於任何兩族群之間永遠都有無數相同與差異，只要沒有積極質疑立法者目的是否帶有歧視性，很容易就陷入立法者的思考邏輯而「找到」可相配合的「差異」。所以學者批評 Gonthier 等的審查模式會使政府相當容易正當化歧視性的差別待遇

[73] 呼應 L'Heureux-Dube 大法官在 Thibaudeau 案從系爭法律對離婚或分居「女性」的不利影響認定該法構成歧視，許多女性主義法學者也批評該案代表最高法院未能看見國家稅制對女性造成的系統性歧視。Lahey, K, *The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Income Tax Law and Policy,* in Schneiderman and Sutherland (eds.), CHARTING THE CONSEQUENCES: THE IMPACT OF CHARTER RIGHTS ON CANADIAN LAW AND POLITICS (University of Toronto Press, 1997); Phillips and Young, *Sex, Tax, and the Charter: A Review of Thibaudeau v. Canada* 2 Review of Const. Studies (1995) 221.

[74]。從 1995 三個案件此陣營大法官的操作結果看來，這個模式也的確無例外地一概正當化了有違憲疑慮的法律[75]。

2. 〈族群本質+立法目的〉v.s〈族群處境+法律效果〉

除了 Gonthier、LaForest、Lamer、Major 等四位大法官如前所述，見解實際上完全符合形式平等、差異論的觀點，已偏移 Andrews 案的精神，其他包括 L'Heureux-Dube 的大法官們大體上仍維持實質平等的路線。兩者之間最大的差別，在於表面上所有大法官都不停地強調「脈絡化」（context）觀察，然而觀察的對象完全不一樣。Gonthier 等主張進入脈絡、仔細探究的對象是〈族群本質+立法目的〉，McLachlin 等同樣訴求脈絡分析的對象卻是〈族群處境+法律效果〉。所謂「族群本質」，意在分辨「相同/相異」，「族群處境」則意在分辨誰是弱勢、誰是刻板印象、偏見的受害者；所謂「立法目的」，意在證立族群分類的關聯性，「法律效果」，則在檢視是否加劇刻板印象、偏見與弱勢處境。例如 Cory 與 Iacobucci 在 Egan 案指出，重點不在於同性伴侶可否結婚，或他們應否與未結婚的異性伴侶被相同對待，而是系爭法律藉由給予異性伴侶差別待遇，透露出他們沒有能力（incapable）締結同等親密、經濟互賴的關係的訊息，這形同再次確認社會歧視、否定他們的理由，並因此侵犯人性尊嚴。由此即可進一步看出，Cory 等比較接近 Andrews 案強調歧視應著重於效果的理論。

3. 需要嫌疑分類/準嫌疑分類以外的歧視指標

從 Andrews 案建立的審查架構以來，顯然憲章第 15 條審查的重點就是「如何判斷構成第 15 條第 1 項所禁止的歧視」，這點對不論哪一陣營的大法官都一樣。相較於 Gonthier 等明確加入「關聯性」作為主要的歧視判準，對 Cory 等（包

[74]Emily Grabham, Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada)(2000) 事實上這種審查方式也正是美國女性法學者包括麥金儂等所嚴厲批判的「差異論」，亦即過分著重於分辨族群間本質的「相同/差異」，反而忽略了許多差異正是社會不平等或壓迫造成的「結果」，所以這些「差異」並不適合用以正當化基於此分類的差別待遇。

[75] 有學者認為，1995 年 Miron、Egan 案的結果是鞏固了婚姻關係的階級制度：異性婚姻關係伴侶在最頂端、異性非婚關係配偶居次，在最下面的是同性伴侶關係。Emily Grabham, *Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law*, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada) (2000), at 42.

括 L'Heureux-Dube)等大法官而言,由於 Andrews 一案對此提供的指示並不多,幾乎只提到嫌疑/準嫌疑分類可為判準,但這等於只解決「誰是弱勢」的問題,關於怎樣的法律效果嚴重到堪稱歧視,或許因為 Andrew 案裡限制無國籍者不能擔任律師的效果無異議地被認為夠嚴重,所以當初 McIntyre 法官便無甚著墨。然而並非每個案件的法律效果都如此無爭議,如果不可能主張只要對弱勢族群有一點點輕微的負面效果都構成歧視,那麼法律造成負面影響的「量」或「質」,還是需要一些具體的標準衡量。對此,Cory 等大法官在這幾個案件中唯一的解決方法是對憲章第 15 條第 1 項進行目的性解釋,可惜最後只得出一個依然抽象的看法—侵害人性尊嚴或延續刻板印象及偏見。面對如此抽象的參考標準,最後大法官也只能進入個案,個別判斷 Miron 案與 Egan 案的法令拒絕給付異性非婚關係伴侶或同性伴侶金錢給付,到底有沒有侵害人性尊嚴。最後此派大法官在 Miron 案與 Egan 的見解都是有侵害人性尊嚴而構成歧視,但平心而論,大法官依據的理由主要還是這些族群過去曾受偏見與刻板印象所害,因此法律對他們的排除,有延續偏見的作用。這樣的理由說穿了還是回到族群是否為弱勢的認定,與準嫌疑分類的認定理由共通,而非法律效果是否貶損人性尊嚴的判斷。換句話說,在這幾個案件裡大法官認定歧視的判準除了嫌疑分類/準嫌疑分類,似乎真沒有更好的參考因素。所謂人性尊嚴內涵為何?顯然需要更具體的解釋。這樣的困境,最高法院並非沒有察覺,本文接下來所介紹的 1999 年 Law 案,就是大法官們的嘗試與回答。

三、延續並細緻化 Andrews 案平等權審查架構的 Law 案

1999 年的 Law 一案對平等權違憲審查發展而言相當重要,加拿大最高法院經過 Andrews 案之後 10 年間的見解浮動與分歧,終於在 Law 一案取得共識,重新確立 Andrews 案奠定的平等權審查架構並予以細緻化,也更強調憲章第 15 條改善弱勢族群處境的目的。此後幾乎所有關於平等權的案件都會以 Law 案建

立的審查模式來分析有無構成歧視[76]。

（一）背景事實與判決結果

Nancy Law 為 30 歲的女性，其於配偶死亡時未滿 35 歲且身心健全無殘疾，亦無未成年子女需扶養，因此依 Canadian Pension Plan 的規定在 35 歲之前不得領取任何生存者給付（survivor's benefit）。Law 主張該規定為基於年齡的歧視[77]。聯邦最高法院大法官一致認為系爭規定不構成憲章第 15 條的歧視，也毋庸再審酌可否依憲章第 1 條正當化該限制。

（二）本案重要內容

本案判決由 Iacobucci 大法官主筆，且無其他大法官提出不同意見書。論述內容主要圍繞著闡明憲章第 15 條的宗旨與目的，以及如何透過以 Andrews 案為基礎的平等權審查模式，審酌系爭法律是否抵觸憲章第 15 條的目的而構成歧視。

1. 憲章第 15 條第 1 項的宗旨與目的

Iacobucci 強調憲章第 15 條第 1 項以「保障人性尊嚴」為核心，立法目的在於防止刻板印象（stereotyping）、政治與社會偏見（political or social prejudice）、弱勢與不利的處境（disadvantage）侵害人性尊嚴與自由；並促進人人在法律上被認同為平等的個體與加拿大社會成員，且值得被法律平等考量、關懷與尊重[78]。

---

[76] *Law* 案在加拿大平等權違憲審查歷史上的重要性雖無爭議，是歷經 1995 最高法院分裂後，重新回歸 Andrews 案實質平等基礎的代表性案件，但 Law 案的審查模式是否完美地與實質平等觀相契合，卻頗受批評。參見陳昭如(2011)，用法律改變未來：加拿大的楓葉女性主義行動，國際性別通訊，7 期，頁 10-13；性別平等教育季刊，57 期，頁 107-114。亦有加拿大學者批評 Law 案只看見系爭法律以年齡為分類標準，並認為年輕人非屬弱勢族群，卻沒能更深刻地探討，原告不只是年輕人，而是年輕的寡婦。該法主張年輕人不屬於弱勢、尚有良好工作能力足以自行負擔另一半死亡造成的經濟損失，是以一般年輕男性為基準，並因此忽略了年輕寡婦特殊的弱勢處境。Denise Réaume, *The Women's Court of Canada: The Virtues of Blending Theory and Practice,* 2006.

[77] *Law*, at 498.

[78] 原文為"the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice,

系爭法律的目的或效果若與憲章第 15 條第 1 項的宗旨相違，則構成歧視。

至於何謂人性尊嚴？Iacobucci 承認人性尊嚴可能有多種不同概念，但至少就憲章第 15 條第 1 項所關注的人性尊嚴來說，是指個人自主決定（personal autonomy and self-determination）的實現，是指自尊（self-respect）與自我價值（self-worth）的感受，關乎個人身心的完整性（integrity）與具有能動性（empowerment）的狀態。未能正確考量個人能力、需求等差異的對待會傷害人性尊嚴，被邊緣化、被忽略時亦同；反之，人性尊嚴也會被敏於個人差異的措施促進、增強[79]。憲章第 15 條第 1 項的目的即確保法律所造成的差別待遇不侵害人性尊嚴。

2. 平等權審查模式的細緻化

為了避免平等權審查淪為僵固的形式化檢驗，司法者應從平等權規範的目的與主張受歧視者的社會脈絡思考。平等權的分析架構可分為三個步驟：（1）該法律創設某種基於個人特徵的差別待遇，或者該法律規範上雖未直接施予差別待遇，但由於漏未考量某些族群的弱勢處境，導致適用的效果會對具有某種特徵的族群造成相當的差別待遇。（2）前述差別待遇是以第 15 條列舉的嫌疑分類或非列舉但相類似的準嫌疑分類為基礎。（3）差別待遇係課予受規範者負擔或未給予其利益，且此種不利益反映出對特定族群或個人的刻板印象，造成該族群不值得被法律平等認同、平等關懷與尊重的效果，或強化了此種處境[80]。

重點是如何檢驗差別待遇是否侵害人性尊嚴？這點仍需緊扣憲章第15條的目的來判斷。輔助判斷差別待遇是否侵害人性尊嚴的脈絡因素（contextual factors）應保持開放性，最高法院提出下列4項值得參考之因素：

（1）對於受影響之特定族群或個人既存（pre-existing）的偏見、刻板

---

and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.", Law, at 500.

79 *Law*, at para 53.

80 *Law*, at 499.

印象，或弱勢處境（disadvantage、vulnerability）；Andrew 案曾強調憲章第 15 條的目的之一是對抗偏見性的刻板印象，所謂刻板印象，就是對個人或族群的錯誤認知，不公平地描繪該族群具有某些負面特質，或是該族群當中至少部分人並未擁有的特質。差別待遇造成歧視最普遍的情況就是反映或加深對特定族群才能（merit）、能力（capability）與價值的錯誤認知，以致帶來烙印效果（stimitization）。偏見、刻板印象、弱勢無權力都代表該族群在社會上曾因為某些特質遭受不公平的待遇，所以針對他們的差別待遇特別容易強化原本對他們不公平的社會分類（social characterization），加上他們較弱勢又無權力，不利的效果又會格外嚴重。不過既存的偏見、刻板印象或弱勢處境並非構成歧視不可或缺的要件，如果主張平等權受侵害的原告並非以上弱勢族群而為其他社會上較優勢的族群，在某些情況也有可能構成歧視[81]。此外，原告是否屬於任何社會群體成員之一也並非必要條件，雖然若原告屬於某特定族群較容易證明系爭措施是針對該族群的歧視，但即便沒有其他與原告類似的人經歷相同的不公平待遇，也有可能構成歧視。Icobucci 強調，族群是否經歷偏見、刻板印象與不利處境雖然是判斷歧視的重要因素，但並不欲以此建立優勢/弱勢族群的二分概念（dichotomy），必須硬性區分原告屬於何者。對歧視而言最重要的仍然是法律效果，弱勢族群只是參考指標之一。

（2）**系爭法律之分類標準與受影響族群的實際需求、能力（merit or capability）、現實處境是否相符（correspondence），亦即立法者有無以尊重受影響族群人性尊嚴與價值的方式，充分考量其實際需求、能力及現實處境等狀態；**除了個人或族群曾經歷的弱勢處境，分類基礎的使用與差別待遇的關係也是判斷歧視的參考因素。若立法者充分關照考量族群實際需求、能力、現實處境而做成的差別待遇，較不至於造成侵害人性尊嚴的效果。但這絕非認為立法者只要某程度有考量原告族群的實際狀況便不構成歧視，而是必須從原告的角度衡量有無侵害人性尊嚴的負面影響。即便系爭措施能為某些人或族群達成某

[81] *Law*, at 535

種社會性目的，也有可能為其他人帶來足以違反憲章第15條平等權保障的效果。以此要素而言，要認定政府沒能充分考量受規範者處境或需求、能力，通常會比認為系爭措施已充分關照差異因此符合平等保障的目的容易。例如 Eldridge[82]案就是政府未能考量醫療健康保險未提供手語通譯服務對於聽障人士的差別影響而構成歧視的情形。

（3）**系爭法律如出於改善弱勢族群處境的目的（ameliorative purpose）或具有此類效果**；因其與憲章第 1 條的積極目的相符，縱使對優勢族群較不利，亦不應被認為貶抑優勢族群的人性尊嚴或否定其價值。但如果系爭措施並非排除優族群，而是涵蓋不足未能包括其他弱勢族群，則仍然很可能構成歧視，Vriend[83]案亞伯達省個人權利保護法雖然目的在於積極保障弱勢族群免於歧視，但該法未將性傾向納入禁止歧視的保護範圍，便是一種違反憲章第 15 條第 1 項的涵蓋過窄。

（4）**受系爭法律影響的利益性質與範圍**；亦即受負面影響的程度若較嚴重，且該不利益非常特定於某族群，則較可能成立歧視。

此外最高法院也提到，雖然是由主張受侵害的人民負擔系爭法律違反憲章第 1 條的舉證責任，但並不需要具體證明該法律侵害人性尊嚴，基本上只要證明系爭法律造成基於嫌疑分類或準嫌疑分類的差別待遇即可。

3. 本案事實適用結果

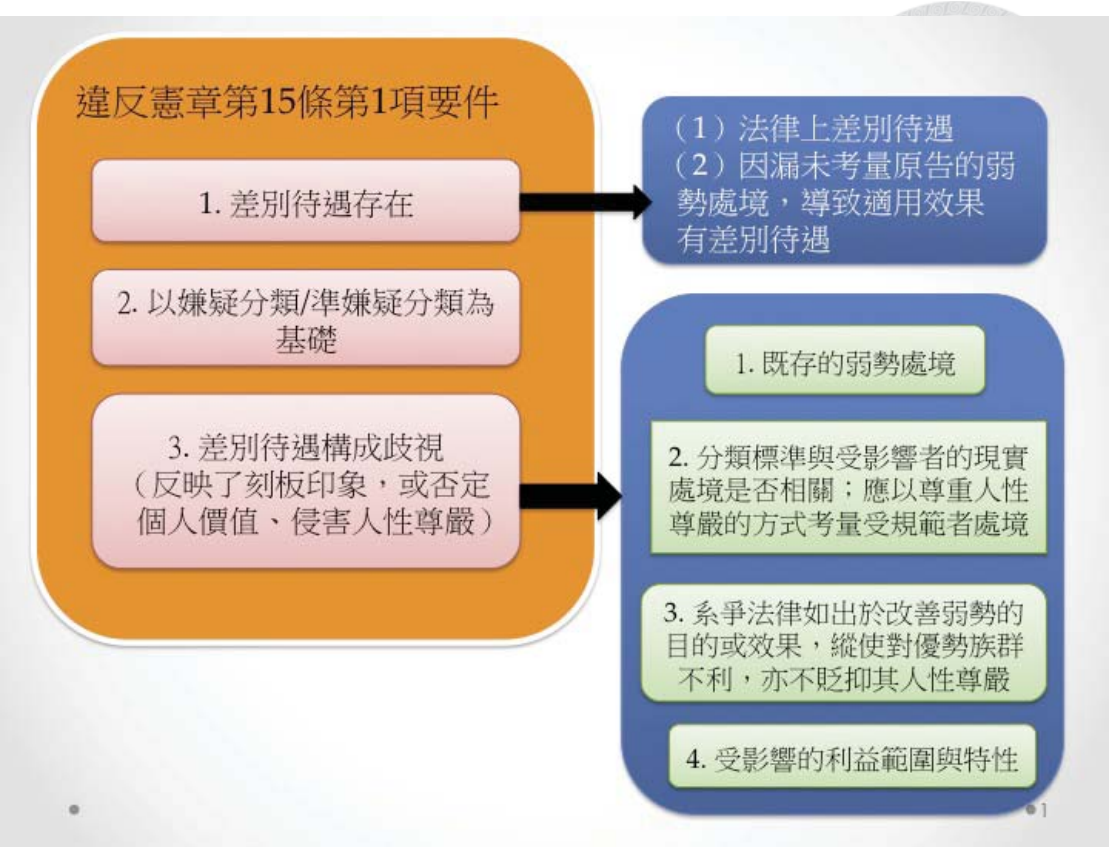
本案系爭法律明確以年齡為區分標準使原告無法取得法律上之利益，因此差別待遇確實存在，且是基於憲章第 15 條第 1 項所列舉之嫌疑分類（年齡）。但相對而言，35 歲以下之人並不像加拿大社會中某些分離而孤立的少數族群那樣經常遭受歧視，此族群難認有既存的不利處境。其次，觀諸 Canadian Pension Plan 的立法目的與對於受規範族群處境之考量，該措施主要目的在於維持年老失偶者

[82] Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624，詳見本章第五節的介紹。
[83] *Vriend v. Alberta,* [1998] 1 S.C.R. 493，詳見本章第五節的介紹。

長期的基本生活需求，而非填補失偶者立即的經濟缺口，並基於年輕失偶者相較於年長者有較佳的勞動參與率，容易自行以其他方式取代原本配偶提供的經濟支援而限制對年輕失偶者的補助，此種差別待遇並未隱含年輕失偶者不值得法律平等尊重關懷、或不被法律平等認同的暗示，也未導致 35 歲以下之人蒙受刻板印象或偏見，況且年輕失偶者因此遭受的不利益長期來看影響並非重大，系爭規範只是延後 35 歲以下之人取得給付的時間，難認有侵害人性尊嚴的情形。此外，Canadian Pension Plan 具有改善年老失偶者弱勢處境的立法目的，此種措施藉由長時間維持其基本生活水準，足以提升年老失偶者的人性尊嚴，也因此即便原告主張立法者作為立法事實參考的數據資料與真實情況略有不符，最高法院仍採取較寬容的立場，不致於得出違反憲章第 15 條的結論。反之若系爭措施是限制較弱勢族群的利益，則最高法院將要求政府作為立法依據的數據資料更為精確。

（三）小結

最高法院於 Law 案中發展出的審查模式可以用圖表說明如下：



如圖所示，最高法院在Law案中，主要是針對Andrews一案沒說清楚的歧視判準做進一步的闡述，不僅強調應以是否侵害人性尊嚴為核心，更增加四項參考因素。

1. 侵害人性尊嚴作為歧視要件的困境

Iacobucci 強調憲章第 15 條第 1 項以「保障人性尊嚴」為核心，立法目的在於防止刻板印象（stereotyping）、政治與社會偏見（political or social prejudice）、弱勢與不利的處境（disadvantage）侵害人性尊嚴與自由；並促進人人在法律上被認同為平等的個體與加拿大社會成員，且值得被法律平等考量、關懷與尊重。並認為未能充分考量個人能力與功績的對待即構成「人性尊嚴」的侵害。學者指出，如果最高法院認為當前的社會不平等現象在於權力結構（power structures）、階級化（hierarchies）、系統性與多元交織的歧視（systemic and interlocking discrimination），那麼「人性尊嚴」的概念真能作為社會理論與法律操作之間的連結嗎？人性尊嚴概念的空洞，恐怕不下於「等者等之，不等者不等之」，同

樣高度仰賴主流族群對社會現實的恣意理解。很難想像訴諸這樣抽象的概念，就能撼動保守的法院，並且仍然難以有效連結（bridge）法律權利、人權保障制度與弱勢族群的現實處境[84]。例如 Law 案之後的 M. v. H. [85]一案，Gonthier 大法官成功地操作 Law 所建立的平等權審查模式，並得出家庭法對婚姻定義排除同性關係並不違憲的結論，可見 Law 的審查模式仍然無法避免法院主觀的保守態度適用出保守而無法確保平等的結論。不過學者並未完全否定人性尊嚴概念可能發揮促進實質平等的作用，如果法院能夠對歧視結構正確地評估，那麼訴諸人性尊嚴的方式仍有可能促進憲章第 15 條的目的[86]。

2. 憲章第 15 條第 1 項審查功能角色的強化

Law 案在加拿大最高法院平等權審查模式的發展中最重要的意義，在於終於統一大法官們對平等權審查模式的分歧見解，也充實並強化了第 15 條在平等權審查中的角色與功能，相對而言憲章第 1 條的發揮空間則明顯縮減。這顯然是法院有意的選擇，希望將平等權案件的討論聚焦在憲章第 15 條的適用上。放在憲章第 15 條範圍中審查的事項，是最高法院認為屬於平等權核心的爭議，至於在憲章第 1 條範圍中審查的事項，包括目的與手段合致程度的審查，是離平等權核心較遠的考量。

此種架構的優點之一，是使法院較容易排除瑣碎而無意義的違憲主張。如果系爭差別待遇雖然造成平等權的減損，但並未達到侵害人性尊嚴的程度，且與其他受憲法保護之權利無關，則單純以憲章第 15 條的論述即可擋掉人民的違憲主張，連進入憲章第 1 條審查此種差別待遇作為手段是否與目的具備合理關聯都不需要。不過這種強調憲章第 15 條勝過憲章第 1 條的審查架構，也引發了下個疑問：如果系爭差別待遇在第 15 條的審查便被認定為侵害人性尊嚴、構成歧視，

---

84 KATHLEEN LAHEY, ARE WE PERSONS YET? (Toronto, 1999), at 115, 轉引自 Emily Grabham, *Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law*, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada)(2000), at 53-54

85 M. v. H., [1999] 2 S.C.R. 3.

86 Emily Grabham, Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada)(2000), at 56.

那憲章第 1 條的審查範圍中還有什麼理由，能將這麼嚴重的歧視性措施正當化？

3. 憲章第 1 條〈目的—手段〉檢驗的發揮空間？

回答以上問題最好的方式，便是從結果為「違反憲章第 15 條第 1 項構成歧視，但得依照憲章第 1 條正當化」的判決中尋找答案。事實上這樣的案件並不多，在之前曾提到的判決中，Egan 案裡 Sopinka 是唯一一位認為老年社會安全法排除對同性伴侶的配偶給付違反第 15 條第 1 項，但仍可依憲章第 1 條正當化的大法官，他的理由在於立法者決定社會福利（social benefit）應擴展到哪些族群時應享有某些彈性，而且沒有積極（pro-active）承認新型態社會關係（new social relationships）的義務，畢竟政府財源有限，無法滿足所有人的需求，若法院不給予立法者這種彈性空間，會使得立法者不願意創設新的社會福利制度[87]。

另一個比較不同的例子是 2002 年的 Lavoie[88]案，法院認為限制非本國籍之人擔任公職的機會，雖然會有導致非本國籍人邊緣化的歧視效果，但基於國家主權，這種基於國籍的限制仍能正當化對憲章第 15 條第 1 項的違反。

（四）Andrews 案與 Law 案未能充分實踐實質平等之處

1. 對刻板印象的強調屬於「差異論」的思考

儘管 Law 案建立的審查模式與歧視參考因素，之後與 Andrew 案同樣成為平等權判決必定引用且具體適用的指標性案件，但其中許多論述飽受學者批評已偏離實質平等的內涵。學者認為，儘管 McIntyre 大法官在 Andrews 一案為釋憲者應如何審查具體案件才能實現實質平等的理想，奠定了某些基本方向，例如差別待遇是促進平等所必須、應著重有無造成歧視效果而非歧視意圖，以及脈絡化分析的必要，但 McIntyre 未能正確將「差異」理解為社會經濟權力結構與階層

87 *Egan*, at 516.
88 *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769.

化（hierarchy）、邊緣化（marginalization）的產物，因此會以功績或能力（merit）作為差異的代名詞而不覺有什麼問題，也使得 Andrews 案不足以引領之後的最高法院去分析權力的分殊化（power differentials）、「排除」（exclusion）的系統性模式，以至於無法正確的理解何時差別待遇會構成歧視，尤其差異經常即代表著宰制（difference too often means subordinated）。[89]

學者認為從 Andrews 案以至於 Law 案，大法官都並未意識到，將「刻板印象」當成歧視的主要成因，不自覺又落入形式平等的窠臼。McIntyre 認為系爭差別待遇若有延續偏見、刻板印象或不利處境的效果即構成歧視，至於何謂刻板印象，顯然是指對個人特徵的錯誤認知與歸類，從 Abella Report 就將之作為歧視的重要來源或傷害之一，也經常出現在法院的平等權論述裡，某些案件就是因為法院不認為立法者是基於刻板印象而訂定規範所以不構成歧視，例如 Gosselin[90]一案法院多數意見認為減少對 30 歲以下之人提供的社會福利並未侵害 30 歲以下之人的平等權，因為立法者對於 30 歲以下族群具有較佳職場競爭能力的認知，並非刻板印象。然而我們如何能確認，哪些對人的判斷符合真實，哪些屬於刻板印象？人的特質與複雜性真能被正確地辨識與判斷嗎？從案例來看，是否屬於刻板印象是靠法官的一般直覺（common sense），但通常越是被壓迫、被邊緣化的人越是偏離於正常典範（norm），所以他們的差異就更像真實差異，他們的特質也更不可能為法院所正確認知。來自常規（norm）的系統性歧視會正當化刻板印象，使之貌似真正的差異，令法院難以知覺。因此，判斷歧視不能依賴「刻板印象」的概念，這個概念不足以展現社會規範的宰制結構，反而會變成另一套判斷相同與差異（以決定哪些是刻板印象哪些是真實評價）的過程。實質平等的分析重點應該放在差別待遇的結果，這才是與壓迫、邊緣化最有關聯的判斷標準[91]。

---

89 Margot Young, Unequal to the Task: "Knapp"ing the Substantive Potential of Section 15, (2010) at 198-199.
90 Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 S.C.R. 429.
91 Margot Young, Unequal to the Task: "Knapp"ing the Substantive Potential of Section 15,

2. 對於多元面向的壓迫不夠敏感

另一個與此相關的批評，是認為法院在Law案只看到年齡一項分類標準，並認為不構成對35歲以下之人的歧視，卻沒有留意到原告基於女性的身份，以及女性在職場上面臨的權力結構與壓迫，是否也有使年輕喪偶的女性因系爭規範而有惡化其弱勢處境的歧視效果[92]。該法主張年輕人不屬於弱勢、尚有良好工作能力足以自行負擔另一半死亡造成的經濟損失，是以一般年輕男性為基準，並因此忽略了年輕寡婦特殊的弱勢處境[93]。

第四節　加拿大最高法院關於平等權的判決之二：準嫌疑分類或弱勢族群的認定

如前一節所述，在加拿大最高法院對於平等權案件的審查模式中，系爭差別待遇是否屬於憲章第 15 條第 1 項列舉之嫌疑分類或是非列舉之準嫌疑分類，為判斷是否構成歧視的重要因素。並且最高法院也強調憲章第 15 條第 1 項的宗旨在於保障經常因刻板印象、政治或社會偏見蒙受不利影響，或現實上居於弱勢處境的族群。因此哪些分類標準屬於準嫌疑分類、如何界定弱勢族群，勢必成為平等權爭議的重要問題。加拿大最高法院對於準嫌疑分類的認定，明白表示應採開放態度，隨著政治與社會脈絡的變遷彈性認定。本文以下即介紹加拿大最高法院關於準嫌疑分類認定的幾則判決，以說明並分析最高法院的見解。

(2010) ,at 207-209.

92 參考 women's court of Canada (WCC)於 2009 年對 Law 案的重新擬判。
http://womenscourt.ca/wp-content/uploads/2009/07/Law1.pdf

93 Denise Réaume, The Women's Court of Canada: The Virtues of Blending Theory and Practice, 2006.

一、Andrews 案—國民身份為準嫌疑分類

加拿大最高法院於 1989 年所做成第一個關於憲章第 15 條的平等權判決 Andrews 案，便涉及「國民身份」（citizenship）是否屬於準嫌疑分類的認定。該案中大法官一致認為憲章第 15 條的精神允許透過司法解釋的方式，隨時代與社會脈絡之變遷，將憲章第 15 條第 1 項並未列舉但性質相類似之「準嫌疑分類」（analogous ground）實質納入禁止歧視的範圍。至於準嫌疑分類的建立標準為何，該案中 McIntyre 引用美國聯邦最高法院 Carolene 案[94]Stone 大法官在註腳 4 所提到「分離而孤立的少數」（discrete and insular minority）概念[95]，來證立「國民身份」應屬準嫌疑分類；Wilson 大法官在同意前述「分離而孤立的少數」概念之餘，又補充美國學者 John H. Ely 所謂「利益無法被充分代表，在政治上欠缺權力的弱勢族群」[96]為參考標準，並強調應從族群所處的政治、經濟、社會脈絡予以考量。La Forest 大法官雖然也同意國民身份屬於準嫌疑分類，理由卻稍與 McIntyre、Wlison 有異，La Forest 是基於國籍並非可由個人控制或改變的特徵（immutable personal characteristic），至少短期內無法以自主行為改變，或需支付難以承受的代價始能改變，且不具加拿大國籍者在政治權力上相對弱勢，其利益易於立法程序中被犧牲，因此國民身份屬於準嫌疑分類[97]。

二、Miron 案—婚姻狀態為準嫌疑分類

由於 Miron 案處於最高法院對平等權審查模式見解分歧為三的時期，因此在準嫌疑分類的認定方式上也有顯著差異。其中 McLachlin、Iacobucci、Cory、Sopinka 和 L'Heureux-Dube 等五位大法官認為婚姻狀態為準嫌疑分類，其他 Lamer，La Forest，Gonthier 和 Major 等四位大法官則否。

---

94 United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).
95 *Andrews*, at 105.
96 JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980), at 151, *Andrews*, at 107.
97 *Andrews*, at 379.

（一）Lamer、La Forest、Gonthier 和 Major 的否定見解

Lamer、La Forest、Gonthier 和 Major 大法官認為 Andrews 案建立的審查模式在憲章第 15 條的分析架構中應加入分類標準與立法目的關聯性的考量，因此面對準嫌疑分類的認定，此派大法官亦主張應考慮婚姻狀態與系爭法律的目的是否具有關聯性（relevance）。Lamer 認為，憲章第 15 條第 1 項所列舉之嫌疑分類之所以可作為是否構成歧視的判斷標準，是因為立法者經常出於偏見或刻板印象而使用這些嫌疑分類，導致這些嫌疑分類與系爭法律的立法目的不具關聯性，但並不代表任何使用嫌疑分類的法律都構成歧視，有時候立法者對嫌疑分類的使用確實符合受規範族群的真實特質或法律所欲追求的價值，因此關聯性也是認定準嫌疑分類的關鍵因素。

婚姻狀態有一些特性與憲章第 15 條第 1 項所列舉的分類基礎不同：婚姻除了具有雙方合意的基礎，婚姻也是一種法律賦予一系列權利義務關係的社會政策，這並非其他嫌疑分類所擁有的特質。再者，當今社會中未進入婚姻關係者已非受害於偏見或刻板印象的族群（儘管過去確實曾因此遭遇偏見），因此鼓勵婚姻的法律並不至於對無婚姻關係者造成偏見或烙印（stigmatize）效果。

系爭法律以婚姻狀態作為分類標準並非基於偏見，而是考量與婚姻相連結的法律上權利與義務關係。其給予婚姻中的配偶保險給付的利益，目的並不是為了提供所有經濟上有互賴關係的家庭組合（family unit）幫助，而是專門為了幫助進入婚姻關係的配偶。因此系爭法律的功能價值、政策性目的確實與婚姻狀態有關，則婚姻狀態便非不具關聯性的個人特徵(irrelevant personal characteristic)。綜上理由，婚姻狀態不屬於準嫌疑分類。

（二）McLachlin、Iacobucci、Cory、Sopinka 的肯定見解

McLachlin 首先闡述嫌疑分類與準嫌疑分類作為歧視指標的理由，在於此種

分類標準的使用經常是基於刻板印象或偏見，而非基於真實的個人特質與功績。然而並非只要是基於嫌疑分類或準嫌疑分類的差別待遇都必然構成歧視，如果系爭差別待遇並未造成不利益的效果則可能非屬歧視，不過此種情況較為少見。

McLachlin 等認為基於婚姻狀態的歧視和其他基於嫌疑分類的歧視一樣，具有影響個人基本尊嚴與價值的效果。其次，未進入婚姻關係者屬於過去長時間蒙受不利狀態（historically disadvantaged）的族群，儘管近年來不利的情況已減少許多，但仍有被刻板印象化的危險。第三點，儘管婚姻表面上是個人自由選擇的結果但事實上並非如此，因此婚姻狀態仍屬於難以改變的個人特徵（immutable personal characteristic）。基於以上理由，婚姻狀態屬於準嫌疑分類。

三、Egan 案—性傾向為準嫌疑分類

Egan 案的判決結果雖然是有 5 名大法官認為合憲，且毫無意外地是以 La Forest、Gonthier、Lamer、Major 此陣營大法官為主，但關於性傾向是否屬於準嫌疑分類，卻是 9 名大法官都表示肯定的結論。

Cory 大法官在本案意見書中論述性傾向是否為準嫌疑分類時，首先回顧 Andrews 案以「分散且孤立的少數」及欠缺政治權力作為準嫌疑分類的判斷標準，但特別強調準嫌疑分類不應以此為必要條件，也不僅止於此種類型。準嫌疑分類最根本的考量重點，應該是分類標準是否被用以否定因規範受影響族群（原告所屬族群）的人性尊嚴。由於憲章第 15 條第 1 項的目的是防止政治或社會弱勢族群被歧視，所以特定族群是否曾遭受刻板印象、歷史性的弱勢處境或政治、社會偏見必然是參考因素之一。這些情形要從族群所處的政治、經濟、法律位置的整體脈絡觀察。同性戀者長久以來所受的不利益處境已廣為社會大眾所承認，舉凡在公開場合的騷擾與言語羞辱、國家針對同性戀的刑罰、同性戀在就業等各方面

遭遇的阻礙、公共生活對同性戀的排除、公眾人物散播對同性戀的仇恨等，這些對於性傾向的歧視，導致同性戀者必須隱藏其性向，使其在公私領域均為此付出極大代價。性傾向不只是一種個人「狀態」，更關乎個人選擇伴侶的行為自由，就如同憲章也保障人們的宗教信仰以及依照宗教信仰行動的自由。性傾向作為一種狀態與行為都應該被保護，是符合憲章第 15 條第 1 項目的的準嫌疑分類[98]。

La Forest、Gonthier、Lamer、Major等4位大法官最後雖然以系爭法律使用性傾向作為分類標準，與該法律支持傳統異性戀婚姻的功能價值具有關聯性而否定該差別待遇構成歧視，但在前階段卻明白表示，性傾向屬於無法改變或必須以極大代價始能改變的個人特徵，足可認定為準嫌疑分類。

四、小結

（一） 準嫌疑分類的判斷標準

整體而言，最高法院曾認可作為準嫌疑分類判準的因素，大致上可歸納為兩種：（1）分散且孤立的少數族群，依照美國學者 John H. Ely 的「代表性強化理論」，因欠缺政治權力而屬於利益較容易被忽略的弱勢；（2）經常被依照刻板印象而非真實功績（merit）來使用為分類標準，且屬於「無法改變」（immutable）或「除非付出極大代價始能改變」的個人特徵[99]。但以上兩種判準都有無法全然涵蓋所有嫌疑分類特質的問題，例如性別絕非分散且孤立的少數，再者宗教、語言、婚姻狀態，甚至是性別、年齡、身心障礙也與「無法改變的個人特徵」有所矛盾，法院甚至為此放寬「無法改變」的標準，將之定義為「後天性的無法改變」（constructively immutable）來涵納這些難以歸納的重要類型[100]。然而這也使得

98 Egan, at 577
99 Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 20, at 218
100 Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 20, at 219, Emily Grabham, S*ubstantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law*, Queen's University (Kingston, Ontario, Canada)(2000)

「無法改變」的判準功能大為降低。

（二）嫌疑分類的侷限與多元交織的壓迫

基於以上情形，不難理解為何 L'Heureux-Dube 大法官早在 1995 年的一系列案件中便相當犀利地質疑嫌疑分類/準嫌疑分類在分辨差別待遇是否構成歧視上的功能[101]。然而她並非主張全然不須在平等權的論述中處理「誰是弱勢」的問題，而是在審查方式上不以嫌疑分類/準嫌疑分類為歧視的構成要件，亦即不去定義受負面影響的族群，究竟是因為哪一項該當嫌疑分類或準嫌疑分類的分類基礎而長期蒙受憲法所欲改善的弱勢處境，而是直接針對個案受影響的族群在生活各層面遭受的不利益進行脈絡化的分析[102]。L'Heureux-Dube 強調嫌疑分類只是一種判斷歧視的工具，若將它當成歧視成立的前提，等於把這個手段轉化成為目的了。她並假設，若憲章不是列舉九項，而是僅列舉三四項，甚至一開始就沒有放入宗教這個分類基礎，那法院又該如何解讀？宗教雖然是列舉的嫌疑分類，卻不像其他分類基礎，具有先天不可改變的性質，目前法院是將宗教理解為「重要的個人選擇」（fundamental choice）所以屬於嫌疑分類，但如果當初沒有將宗教列入，難道對宗教或其他的「重要個人選擇」的歧視就無法成立嗎？還有像是婚姻狀態、家庭狀態、國籍身份、居住的省份這些「法律上的身份狀態」（legal status），在某些具體情境中會是歧視的分類基礎，但某些情況不是，此時應如何評斷這些分類基礎是否屬於準嫌疑分類？難道有時候是準嫌疑分類、有時候不是準嫌疑分類？

本文認為此一途徑，其實與 Law 案所列出四個差別待遇侵害人性尊嚴的判準當中的第一項：「對於受影響之特定族群既存（pre-existing）的偏見、刻板

---

101 如 *Egan*, at 549 以下, L'Heureux-Dube 認為嫌疑分類/準嫌疑分類就判斷歧視而言是「不完美的工具」（The Imperfct Vehicle of "Grounds"），以之為構成歧視的前提要件會讓法院陷入各種受規範影響者是不是嫌疑/準嫌疑分類的極大困境。（L'Heureux-Dube, dissenting opinion）.

102 例如 L'Heureux-Dube 在 *Thibaudeau* 案的論述。*Thibaudeau*, L'Heureux-Dube dissenting opinion.

印象，或弱勢處境（disadvantage、vulnerability）」的角色功能相同。Law 案的審查方式在此是將「弱勢處境」當成評估法律效果的一環，對司法者的要求是審視該族群經歷過的特定不利處境，而非僵化地從共存的各種身分中挑出一種可能是嫌疑分類的特徵，以此作為該族群所經歷之弱勢處境的代名詞。L'Heureux-Dube 認為這種粗暴的歸類，會使多重身份交錯的壓迫（intersectionality）無法得到承認與關注。

除了 L'Heureux-Dube，亦有其他加拿大學者提出相呼應的看法。渠等批評嫌疑分類/準嫌疑分類這種著重分類基礎的分析方式，過於強調單一面向的壓迫，而無法正確評估、釐清多元面向（multi-dimensional）、交錯並置（interlocking）且高度特定性的社會不平等（highly specific nature of social inequalities）[103]。然而如何避免形式化、類型化的嫌疑分類歸類，讓實質平等像一盞聚光燈般清楚呈現社會地位與多元歧視之間複雜的互動關係，才是加拿大平等權保障體系當前最重要的課題。

第五節　加拿大最高法院關於平等權的判決之三：平等權保障的積極義務

本節是關於加拿大最高法院藉由將「未能充分考量差異」視為歧視的一種類型，某程度賦予政府積極保障義務。惟此二判決所建立的積極義務應該說是要求立法者或政府充分積極關照差異的義務，乃至於不得在創設法律上利益或保障時「涵蓋過窄」、「保障不足」，並應提供某程度的「適應措施」（accommodation）幫助特定弱勢族群得以平等地享受法律利益，大法官還未敢從憲法平等權規範推導出「從無到有」的積極立法義務。

---

[103] Iyer, N., *Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity* (1993), Queen's L.J. 179 at 181.

一、未能提供適應措施與積極關照義務：Eldridge[104]案

（一）背景事實與判決結果

英屬哥倫比亞省的醫療照護體系主要分為兩大機制，其中醫院服務是由醫療機構保險法（Hospital Insurance Act）建立與規範，由政府補貼必要的大眾醫療服務；至於對醫師及其他醫療照護人員的補貼，則由醫療健康照護服務法（Medical and Health care Service）授權設立之該省醫療計畫（the province's Medical Service Plan）來規範，上述兩種醫療保險機制均沒有提供聽障人士手語通譯的給付。本案原告自出生時即為聽障，其慣用之溝通方式為手語（sign language），渠等主張手語通譯的欠缺使其與醫護人員難以溝通，以至於被誤診或無效治療的可能性大為提高，該醫療計畫未能將手語通譯列為保險給付之利益違反憲章第 15 條第 1 項。

本案最高法院大法官一致認為系爭法律本身不違憲，但主管機關適用法律的結果違反憲章第 15 條第 1 項構成歧視。

（二）判決重要內容

1. 憲章適用對象的問題

本案最高法院意見由 La Forest 大法官主筆，一開始先說明兩個與平等權較無關聯的爭議：違憲的是法律本身或適用法律的決定，以及憲章能否適用於法律授權行使權力的私人？

LaForest 認為本案有違憲疑慮的並非法律本身而是被法律授權的主管機關適用法律的決定。本案系爭兩部法律—醫療健康照護服務法及醫療機構保險法，雖然分別授權醫療服務委員會及個別醫療機構自行決定是否將手語通譯認定為

104 *Eldridge v. British Columbia (Attorney General),* [1997] 3 S.C.R. 624。

必要的醫療服務並提供給付，但法令本身並未禁止醫療服務委員會與醫療機構提供手語通譯。

其次，憲章第32條[105]固然規定憲章僅能適用於各省立法機關與政府，但針對立法者可能授權給「私人」代為執行某些政府措施的情形，國家應不得藉由訂定私法契約或授權給私人而逸脫憲章拘束，因此憲章的效力仍及於所有政府行為。醫療機構就提供必要的醫療服務行為，顯然係執行特定的政府任務，是依照醫療機構保險法的規定協助實施社會政策，醫療機構未能提供手語通譯的措施並非只是醫院內部行政決定，而是政府政策的表現，政府有義務監督醫療機構以符合憲章第15條平等權保障的方式實施政策，因此醫院的行為必須與平等權保障原則相符。同樣的道理也適用於醫療服務委員會對於手語通譯是否屬於必要醫療服務而應由政府給付的判斷[106]。

2. 聽障者屬於嫌疑分類

憲法適用對象的問題解決後，LaForest 便以憲章第 15 條第 1 項進行平等權的審查。本案原告聽障人士顯然屬於憲章第 15 條第 1 項所列舉之嫌疑分類—身心障礙者（disabled）。身心障礙者在加拿大社會中屬於廣受排除與邊緣化（marginalization）的族群，他們常被排除於職場、欠缺與社會互動的機會，被主要的社會機構放逐。一般人常認為「身心障礙者是不正常的、有缺陷的」，這種觀念強化了歷史性的弱勢處境，也使得身心障礙者並未被平等尊重與關照，而這正是憲章第 15 條第 1 項所要求的。他們進入主流社會的機會被侷限，因為主流社會的規則是為身心健全者所設。這也導致身心障礙者始終處於社會與經濟弱勢，不僅教育程度較低、失業率高，且多半集中於低收入的工作。至於聽障者也

105 section 32. (1) This Charter applies
a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.
(2) Notwithstanding subsection (1), section 15 shall not have effect until three years after this section comes into force.

106 *Eldridge*, para 19-52.

未能免於前述困境。社會服務與資源是為聽人而設，通常排除了聽障者，對多數的聽人來說，聽障者給他們的印象就是安靜的一群。這種觀點維持了社會對他們的忽視。

3. 系爭措施構成效果歧視

系爭法律表面上雖無差別待遇，對待聽障者及一般人同樣不提供手語通譯，但對聽障者會產生法律效果的歧視，這也是憲章第 15 條第 1 項所禁止的歧視。違反憲章第 15 條第 1 項並不以歧視性的目的或動機為必要，只要法律適用的效果使特定人無法享有法律之平等保護或享有法律上利益即構成歧視，這是從憲章制定之前乃至於 Andrews 案以來，最高法院早已採取的平等觀，與美國最高法院將歧視的意圖視為違反平等保障之要件並不相同[107]。

效果歧視的概念對身心障礙者至為重要，因為政府其實鮮少針對身心障礙者實施歧視性措施，反而是一般法律在適用上經常對身心障礙者產生特別不利的效果。被告主張手語通譯並非必要的醫療服務，而是輔助性設施，類似幫助你到達醫院的交通工具，不應由國家給付。然而只要有效的溝通是享有醫療服務不可或缺之要素，便很難主張無法確保聽障者與醫療人員有效溝通的情況非屬歧視。認為政府提供法律上利益或服務予一般社會大眾時，並無義務確保身心障礙者能充分享受該等利益，是相當狹隘而過度限縮的平等觀。

4. 由禁止歧視衍伸的積極義務

儘管最高法院到目前為止，曾多次表示憲章第 15 條並未要求國家積極改善非因國家行為造成的弱勢，但至少只要政府提供利益，就有義務以不歧視的態度提供給任何人。基本上這已經要求政府採取積極的行為，例如擴張利益給予的範圍及於之前被排除的族群，而且藉由這樣的積極行為，政府才能免於成為延續、鞏固不平等的根源[108]。

---

107 *Eldridge,* para 62.
108 *Thibaudeau,* L'Heureux-Dubé 不同意見書，para. 38, *Eldridge*, para 73.

憲章第 15 條對課與不平等之負擔的法律與拒絕給予平等利益的法律給予相同評價，依照憲章第 15 條之平等權保障，政府有義務採取特殊措施（special measures）來確保弱勢族群能平等享受政府提供的服務與利益。不過儘管政府有義務提供特殊措施，但以本案為例，「有效的溝通方式」是具有彈性的概念，未必在任何醫療情境中均需提供手語通譯，政策決定者應適當考量相關因素例如需溝通事項的性質、溝通的對象來滿足憲法平等權保障規範。

醫療服務委員會與醫療機構未能提供手語通譯的服務雖已初步違反憲章第 15 條第 1 項，但仍需依照憲章第 1 條審查有無正當化該歧視的理由。本案政府無法證明其全然排除手語通譯服務能通過最小侵害性之要求。在全英屬哥倫比亞省提供手語通譯的服務，預估只需要花費全省醫療照護預算的 0.25%[109]。

此外，政府主張若認定其有提供手語通譯之義務，未來少數語言族群極有可能主張依照憲章第 15 條第 1 項，政府也有提供其通譯服務的義務，這將使得醫療機構無法負擔如此龐大之財政支出。但 LaForest 認為此理由無法正當化本案對平等權的侵害，因為少數語言族群的弱勢問題與聽障者相當不同，政府無法推論未來法院會允許少數語言族群的類似主張。最後，於本案的情形，政府提供此類適應措施（accommodation）的義務無法援引「過度負擔禁止」（unduly hardship）原則取得豁免，政府對聽障者既未盡到合理適應措施（reasonable accommodation）的最低義務，又無法證明實施該措施後會造成過度負擔，故無法正當化對聽障者平等權保障的侵害[110]。

[109] *Eldridge*, para 87.
[110] *Eldridge*, para 88-93.

二、立法闕漏與積極立法義務：Vriend[111]案

（一）背景事實與判決結果

原告 Vriend 是亞伯達省大學實驗室助理，在 1988 年取得終身職。Vriend 任職期間表現優異，屢獲加薪、陞遷等肯定，但在 1990 年校長詢問他性向時承認為同性戀，至 1991 年該校宣布一項同性戀政策，不久後，校長即要求 Vriend 辭職。Vriend 拒絕辭職，旋遭終止僱用關係，唯一原因就是 Vriend 拒絕配合該校的同性戀政策。Vriend 對學校終止契約的行為提起救濟並申請復職卻遭拒，他向亞伯達人權委員會（Alberta Human Rights Commission）以他遭僱主性傾向歧視提起訴願，但委員會駁回，因為個人權利保護法（Individual Right Protect Act，以下簡稱 IRPA）並未將性傾向列為禁止歧視的分類基礎，Vriend 隨即向初審法院（the court of Queen's Bench）提出訴訟，主張 IRPA 當中禁止歧視的規定未包含性傾向違反憲章第 15 條。初審法院認為排除對性傾向歧視的保護已構成歧視，並裁定（order）IRPA 第 2 條 1 項、第 3 條、第 4 條、第 7 條 1 項、第 8 條 1 項和第 10 條於適用時應視同立法者已將「性傾向」列入禁止歧視的分類基礎[112]，允許遭受性傾向歧視的人民以上開條文作為救濟基礎，但上訴法院推翻初審法院的判決，Vriend 再上訴至聯邦最高法院。

本案最高法院大法官一致認為 IRPA 的前言、第 2 條 1 項、第 3 條、第 4 條、第 7 條 1 項、第 8 條 1 項、第 10 條、和第 16 條構成憲章第 15 條第 1 項的歧視，且無法依憲章第 1 條正當化。法院多數見解並裁定前開條文應視為（read into）「性傾向」已列入禁止歧視的分類基礎，惟 Major 大法官反對直接將性傾向視同列入系爭法律，主張應由立法者自行決定如何回應法院判決[113]。

---

111 *Vriend v. Alberta,* [1998] 1 S.C.R. 493.

112 原文的用語是「the words "sexual orientation" should be read into the prohibited grounds of discrimination in these provisions」（底線為筆者所加）。

113 本案涉及的亞伯達省 Individual Rights Protect Act（IRPA），於 1991 發生爭議後於 1992 年更名為 Human Rights, Citizenship and multiculturalism Act，但修正內容並不包括將性傾向列入

（二）判決重要內容

1. 憲章能否適用於「立法闕漏」

被告亞伯達省政府主張因本案涉及立法者未規範的事項，根據憲章第32條，憲章只適用於立法者或政府權責範圍的事項，所以憲章第15條不得適用於本案。但最高法院認為，IRPA 規範涵蓋過窄的情形仍屬立法行為，也是憲章的適用對象，憲章第 32 條的文字也並未將憲章的適用限於積極侵害人權的行為或是濫用權力的情況。至於如本案系爭法律涵蓋過窄以至於有所闕漏（omission）的情況，不應被解讀為沒有憲章適用。IRPA 固然是規範私人行為的法律，但將憲章適用於 IRPA 並非適用於私人行為。

2. 系爭措施效果構成基於性傾向的歧視

本案系爭條文未將性傾向作為禁止歧視的分類基礎，同時製造了兩組族群之間的差別待遇。第一組差別待遇是在同性戀者與其他受 IRPA 保護的弱勢族群之間，由於法律的排除保護，使同性戀者連形式平等都未能享有。第二組更根本的差別待遇是在同性戀與異性戀族群之間，考量同性戀者在社會中遭受歧視的現實情形，法律將同性戀排除禁止歧視之保護，顯然對同性戀者造成（相對於異性戀）不符比例的影響（disproportionate impact），IRPA 因其涵蓋過窄使得同性戀族群未能享有實質平等。如上所述，IRPA 基於性傾向使得同性戀族群無法平等受法律保護，且性傾向屬於憲章第 15 條非列舉之準嫌疑分類，為違反第 15 條第 1 項的歧視行為。其對同性戀者所造成最明顯也主要的歧視效果，便是受歧視的同性戀者無法依據 IRPA 的人權保護機制提起申訴並尋求補償與救濟，這種對同性戀保護的排除形同向亞伯達人民宣告歧視同性戀是受法律所允許的，並進而對同性戀族群造成嚴重的心理傷害。即便該法只是「隱含」這種訊息，也必然違反憲章第 15 條。

禁止歧視的條文中（亦即性傾向歧視的禁止一直是靠著 *Vriend* 一案最高法院的判決），該省直到 2009 年該法才終於將性傾向納入保護。

第六節　加拿大最高法院關於平等權的判決之四：對優惠性差別待遇的立場

實質平等觀向來被認為對優惠性差別待遇採取相當寬容的態度，一般也認為加拿大權利與自由憲章第15條第2項的規定正是此種態度的明證。然而憲章第15條第1項與第2項的關係應如何解讀？應以怎樣之方式審查才能符合憲章第15條第1項與第2項的關係？此外司法者對優惠性差別待遇的「寬容」是否代表無條件的允許？立法者享有的形成自由有多寬廣？實質平等所支持的優惠性差別待遇，限制在哪裡？以下首先介紹2則關於優惠性差別待遇的重要判決，再以此回答前述提問[114]。

一、排除其他弱勢族群（涵蓋過窄）的積極改善措施：Lovelace[115]案

（一）背景事實與判決結果

90 年代初期，First Nations 部落開始與安大略省政府協商主導保留地賭博性經濟活動的權利（the right to control reserve-based gaming activities）。保留地賭博性活動的經濟利益主要用於促進部落經濟、文化、社會發展，安大略省與 First Nations 部落的代表進行協商以決定如何共同發展該省第一個保留區內的賭場，並成立 First Nations Fund 來分配賭場收益，然而此項計畫排除了並未依照印第安法（Indian Act）註冊為部落（band）的安大略省 First Nations 社群。在個人層次，上述原告族群的成員都可依照印第安法登記為個別的印第安人身份，

[114]由於加拿大法體系對於「優惠性差別待遇」有屬於自己的用語，本文將之稱為積極改善措施（ameliorative measures），以與國內慣稱的優惠性差別待遇區別。下文針對加拿大最高法院判決的介紹與討論是在加拿大法體系的基礎上進行，因此主要採取「積極改善措施」的用語，但在本文評論部分，為比較加拿大制度與其他法體系的差異，將以「優惠性差別待遇」作為此類改善弱勢族群政策的總稱。

[115] Lovelace v. Ontario, [2000] 1 S.C.R. 950.

但作為群體，原告族群卻並非可依照印第安法登記的「部落」（bands），且沒有保留地。原告族群主張系爭措施構成對非部落成員印第安人的歧視。

本案判決結果為最高法院一致認為系爭措施不構成憲章第 15 條第 1 項禁止之歧視，因此也不需要再進行憲章第 1 條的審查。

（二）判決重要內容

1. 憲章第 15 條第 1 項與第 15 條第 2 項的關係

加拿大最高法院在 Lovelace 案之前，從未對憲章第 15 條第 2 項的內涵或保障範圍詳加論述，不過依照 McIntyre 在 Andrews 案意見書的見解，第 15 條第 2 項對憲章第 15 條的司法審查仍發揮了輔助界定平等權內涵的重要角色。憲章第 15 條平等權的內涵，向來被最高法院理解為「不對稱」的實質平等觀，亦即相同待遇很有可能構成歧視，真正的平等往往需要差別待遇始能達成。第 15 條第 2 項對於憲章第 15 條以實質平等為內涵的詮釋，提供了強而有力的基礎[116]，也因此最高法院認為憲章第 15 條第 1 項的目的不僅是消除或防免歧視，更應促進弱勢族群處境的改善與提升[117]。然而除了上述將憲章第 15 條第 2 項當做輔助解釋性條文的理解，還有另一種理解憲章第 15 條第 2 項的方式就是將第 15 條第 2 項當成第 15 條第 1 項的豁免（exemption）或防禦（defence）規定。亦即若政府能證明該措施採用合理的手段達成改善弱勢的目的，可例外正當化對憲章第 15 條第 1 項的違反。

Iacobucci 為了解決這個問題，在意見書中引用了許多學者的不同見解。多數學者認為基於憲章第 15 條以實質平等觀為內涵的前提，不應將第 15 條第 2 項當成第 15 條第 1 項的豁免或例外規定，否則形同將此類措施視為構成表面上

116 但值得注意的是，McIntyre 在 *Andrews* 案意見書對於憲章第 15 條第 2 項的整體論述，未必能得出「若無憲章第 15 條第 2 項，即無法將憲章第 15 條第 1 項內涵定義為不對稱的實質平等觀」的結論。McIntyre 的原意是強調憲章第 15 條第 2 項的存在是加強性的證明或補充，並非認為是採取實質平等觀的「先決條件」或「原因」。

117 *Lovelace*, Icobucci 意見書，para 93.

（prima facie）的歧視。然而如果第 15 條第 2 項只是補充性、解釋性條文，相對於第 15 條第 1 項並沒有創設新的權利內容，又使第 15 條第 2 項的存在顯得多餘。有的學者評論第 15 條第 2 項是制憲者「過度謹慎的結果」（excessive caution），是因為制憲者當時太擔心類似優惠性差別待遇的政策會被以構成「反向歧視」（reverse discrimination）的理由推翻的緣故[118]。

Iacobucci 最後選擇將憲章第 15 條第 2 項的性質定調為第 15 條第 1 項的補充性解釋條文。一方面因為較符合文義，一方面認為若採取豁免模式，會使得憲章第 15 條第 2 項在積極改善措施的審查中實質取代憲章第 1 條，這與憲章第 1 條存在的意義相違。

2. 以憲章第 15 條第 1 項而非第 15 條第 2 項審查積極改善措施

Iacobucci 大法官基於以上理由，主張因憲章第 15 條第 1 項的內涵即可包括第 15 條第 2 項，故對於積極改善措施，仍應以 Andrews 案、Law 案所建立的憲章第 15 條第 1 項審查架構來檢驗其合憲性較為適當。不過特別強調，未來對憲章第 15 條第 1 項與第 15 條第 2 項的關係仍有採用其他途徑的可能[119]。

3. 本案適用憲章第 15 條第 1 項審查模式結論

憲章第 15 條第 1 項的審查模式至 Law 案之後架構已相當清晰。通常是否存在差別待遇不會是問題，重點在於差別待遇對特定族群造成的不利影響，是否侵害該族群的人性尊嚴。對此，Law 案建立的 4 項參考因素包括（1）既存的弱勢處境、刻板印象或偏見；（2）分類基礎與受規範族群實際的能力、需求、處境等特質有無相符；（3）該措施的目的或效果是否具有改善社會上較弱勢個人或族群的功能；（4）該措施涉及的利益範圍與性質。

首先關於有無既存的弱勢處境、刻板印象或偏見，本案原告族群作為印第安人的一份子，過去所受的刻板印象、偏見與各方面的弱勢處境固無爭議，且原告

118 Walter S. Tranopolsky, The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedom (1983), 61 Can. Bar Rev. 242 .
119 *Lovelace*, Icobucci 意見書，para 108.

族群因印第安法認為其「不夠原住民」的刻板印象將其排除於部落成員之外，使其成為印第安族群中更為弱勢的次級族群。但原告無法證明系爭措施是刻板印象的反映，是根據刻板印象或偏見而制定的計畫。相反地，該措施是安大略省特別為了解決省與 First Nations 部落之間對於保留地上博弈活動的管制而設計，不僅調和了雙方的共管權力，也符合將原住民部落當成主權主體與之來往的政策方向，此外也能改善原住民部落的社會、文化、經濟狀況。雖然原告族群也經歷了相似的社會、文化、經濟弱勢，但該措施是根據 First Nations 所居住之特定保留地所規劃，專為減緩保留地被印第安法限制使用目的造成的不利益，並試圖解決該原住民族群的博弈問題，且該措施規劃過程經過 First Nations 族群充分參與協商。相較之下，原告族群因並未居住該保留地上，與該措施並無基於土地或博弈活動的聯結。直言之，如果系爭措施是具有普遍性、廣泛性的社會救助政策，那麼對於相同弱勢或更弱勢族群的排除較容易因涵蓋不足而構成歧視，但若系爭措施原本即針對特定族群設計，欲改善的弱勢處境問題較特定，則應容許適當的排除其他弱勢族群[120]。

本案系爭措施是針對特定弱勢族群、特殊情境的積極改善措施，不僅確實依據 First Nations 的需求與充分參與而設計，也能達成改善 First Nations 健康、文化、教育、經濟各方面不利處境、促進部落的財源自主以實現自治等目的。其對原告族群的排除並非基於刻板印象，也未傳達被排除族群較不值得法律平等尊重關懷的訊息，因此未導致原告族群人性尊嚴受損，系爭措施不構成歧視。

二、排除主流或優勢族群的積極改善措施：Kapp[121]案

（一）背景事實與判決結果

聯邦政府為了促進原住民參與商業性漁業活動，制定了原住民漁業政策

120 *Lovelace*, Icobucci 意見書，para 69-86.
121 *R v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483.

（Aboriginal Fisheries Strategy），其中一個重要的措施是採行 3 項 pilot sales programs，其中之一的內容是發給三個原住民部落集體捕魚執照（communal fishing license），允許部落指定的漁人得排除其他漁商，於 24 小時的期間內在 Fraser 河口撈捕鮭魚並販售。本案原告是不具有原住民身分的漁商，因前開規定而不得在特許期間內捕魚，原告為了表示抗議而刻意違反該規定。原告主張該漁業政策為種族歧視，違反憲章第 15 條第 1 項對平等權之保障[122]。

本案判決結果為最高法院一致認為該措施屬於憲章第 15 條第 2 項之積極改善措施，不構成憲章第 15 條第 1 項所禁止的歧視。

（二）判決重要內容

1. 第 15 條第 2 項的第 3 種詮釋

本案法院見解由 McLachlin 與 Abella 共同主筆，對第 15 條第 2 項與第 15 條第 1 項的關係提出第三種詮釋，賦予第 15 條第 2 項在積極改善措施的審查上獨立的功能角色。

McLachlin 與 Abella 認為憲章第 15 條第 2 項雖然並未創設立法者積極立法以加速實現平等、改善弱勢、消滅歧視的義務，但至少是授權立法者如此行動。簡言之，第 15 條第 2 項是為了保護立法者為了提升弱勢族群所作的努力，也就是以改善弱勢為目的所實施的矯正性（remedial）政策。Iacobucci 在 Lovelace 案曾提到憲章第 15 條第 1 項和第 15 條第 2 項的關係有兩種詮釋方式，一種是將第 15 條第 2 項視為第 15 條第 1 項的補充或輔助性解釋條款，另一種是將第 15 條第 2 項視為第 15 條第 1 項的例外或豁免條款。當時法院選擇了前者，對第 15 條第 2 項採取補充性的理解，然而這也使得第 15 條第 2 項似乎沒有存在的必要，因為第 15 條第 1 項已足夠涵蓋第 15 條第 2 項的內容。不過 Iacobucci 對他的選擇保留了一些餘地，表示第 15 條第 2 項的詮釋方式以後也許還有重新審視

122 *Kapp*, at 4.

的空間[123]。McLachlin 和 Abella 接著提出第三種詮釋觀點：若政府能證明系爭措施滿足第 15 條第 2 項的定義或要件，該措施便不需再以第 15 條第 1 項審查，因為第 15 條第 2 項允許的措施就是積極對抗歧視的方式，是對平等的完整表述（full expression of equality），而非對平等的減損（derogation）。雖然這樣的理解與第一種詮釋意旨相同，但在審查方式上賦予第 15 條第 2 項獨立的功能角色，亦即滿足第 15 條第 2 項定義的積極改善措施即無歧視疑慮，毋庸再經第 15 條第 1 項審查，如果政府無法證明該措施符合第 15 條第 2 項的定義或要件，再以第 15 條第 1 項審查是否構成歧視。這種詮釋途徑一方面可避免先將積極改善措施先推定為歧視，再以該措施符合第 15 條第 2 項來「挽救」的邏輯缺失，另一方面也更符合憲章在第 15 條第 1 項之外又增設第 15 條第 2 項的用意，不致使其存而無用[124]。

那麼第 15 條第 2 項所允許的積極改善措施要件為何呢？McLachlin 和 Abella 從憲章第 15 條第 2 項文字「前項規定並不排除目的在改善因種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡、或身心缺陷而處於弱勢之個人或團體的法律、計畫或行動[125]。」歸納出以下要件：立法目的必須是積極改善的（ameliorative）、對象需為弱勢個人或族群[126]。但審查時又有數個爭點必須釐清：（1）法院應審查立法「目的」或「效果」有積極改善功能？（2）積極改善的立法目的是否必須為唯一的立法目的，或可為數個立法目的之一？（3）「積極改善」的意義？（4）何謂「弱勢個人或族群」？

關於爭點（1），法院審查立法目的時應以立法者宣稱之主觀意圖為準，或以能否產生積極改善的效果為準？憲章第15條第2項的用語為「目標」（objective）而未提及效果，學者也認為這樣的審查方式較能給予立法者充分的裁量自由，

123 *Lovelace*, Icobucci 意見書，para 108.
124 *Kapp*, para 35-40.
125 15(2) "Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability."
126 *Kapp*, para 41-42.

以免被司法者過度干預，符合制憲當時欲避免加拿大法院如同美國法院否定優惠性差別待遇的考量。此外，在法律實施初期，效果尚難評估，司法者應給予立法者相當的空間去嘗試與創新，即便某些部分也許並不成功，但也能使立法者從失敗經驗中反省與修正。然而亦有學者主張司法者應審查實際的效果而非立法者宣稱的目的，否則立法者只要透過單純的「宣示」其目的為積極改善弱勢族群即可免於歧視的指摘。對此McLachlin表示，立法目的的審查從來不代表法院必須完全接受政府的主張，法院本來就應該詳細審查立法者宣稱的目的是否真實。因此基於規範文義及憲章第15條第2項容許並鼓勵政府積極對抗歧視的目的，最高法院選擇目的取向的途徑。但司法者審查時不能僅以立法者片面的宣稱為依據，仍應檢視手段是否可能達成目的。藉由審查手段是否具備基本合理關聯，自然也會評估到政策的法律效果。這樣的審查方式雖然給予立法者相當大的自由，但也能使司法者剔除表面上宣稱積極改善弱勢但實際上促進其他非就救濟性目的的法律[127]。

關於爭點（2），積極改善目的是否須為系爭法律唯一的目的？事實上立法者鮮少只因單一動機而立法，大部份政策都有多重目的。所以應該避免的是，儘管其中一項目的符合憲章第15條第2項，但其他目的卻與第15條第2項的宗旨矛盾、產生破壞。另外，許多措施往往是更大的法律政策的一環，如果該措施本身具有積極改善目的，則可否正當化範圍較廣的上位政策？McLachlin認為，第15條第2項只保護就達成積極改善目的而言「必要」的措施[128]。

關於爭點（3），積極改善的意義為何？MaLachlin提出此點是為了強調所謂積極改善弱勢族群的目的，表面上看起來很清楚，但從歷史經驗上來看不那麼容易分辨。例如溫尼伯市曾制定法規限制16歲以下的未成年人不能在沒有父母或監護人同意的情況下使用某些娛樂設施，當時地方法院的法官曾主張該措施目的是為了促進未成年人的「利益」，然而上訴法院認為這並非給予未成年人利益，而

127 *Kapp*, para 43-49.
128 *Kapp*, para 50-52.

是加諸限制，因此立法目的不能被認為是為了改善未成年人的處境。這個例子證明積極改善的意義必須詳加審查。法律規範若是限制或懲罰某些行為，則不能給予憲章第15條第2項的保護。

關於爭點（4），何謂弱勢個人或族群，此點從先前關於第15條第1項的諸多判決中即可找到判斷標準，簡單說是社會較容易對之產生偏見與負面評價的族群。憲章15條第2項的目的是保護改善「特定」（specific and identifiable）弱勢族群的法律，而非範圍更廣泛的社會性立法政策，例如社會救助體系（social assistance programs）。積極改善措施所針對的族群不需要所有成員都處於弱勢，只要該族群整體經歷過歧視即足[129]。

2. 本案適用第 15 條第 2 項審查模式結論

原告主張系爭措施基於種族之嫌疑分類，拒絕給予其法律上利益而違反憲章第15條第1項平等權保障。因原告已證明基於種族的差別待遇確實存在，政府便必須證明該措施屬於憲章第15條第2項的保護範圍。第15條第2項的要件為措施應具有積極改善或補償性的目的，且必須針對屬於嫌疑分類或準嫌疑分類的弱勢族群。

政府主張該漁業政策涉及多項立法目的，包括對原住民捕魚權的協商與管理、提供原住民部落經濟上的機會使其能自給自足，其中的pilot sales program與原住民部落集體捕魚執照的發放（communal fishing license）即為積極改善特定原住民族群經濟弱勢的措施，且該措施賦予原住民在特定期間內得排除他人、優先捕魚的特別權利，與積極改善目的具有合理關聯性。

系爭措施所賦予優先捕魚權的三個原住民部落，基於原住民的身份長期經歷刻板印象與偏見、高失業率及貧窮、教育、健康照護與居住上的嚴重弱勢。且依本案相關證據，足證系爭措施針對的原住民部落實際上在經濟收入、教育等方面直至今日仍處於相當不利的社會位置。集體捕魚執照的設計長期來看能促進部落

129 *Kapp*, para 55.

經濟自足，短期來看可提供立即性的經濟收入與就業機會，確實與該部落所經歷的社會與經濟弱勢相符。雖然族群當中某些成員個人並未經歷前述弱勢處境，但這無法否定整個族群的弱勢地位。Kapp主張政策應該要針對更具體特定的弱勢情況補償，並認為該捕魚利益的賦予無法有效對抗族群遭遇的弱勢問題，然而第15條第2項所保護的積極改善措施，只要手段與目的有基本的合理連結即可，本案系爭措施符合以上各項要件，故不構成憲章第15條第1項禁止之歧視。

三、小結

（一）憲章第 15 條第 1 項內涵即允許積極改善措施

從 Lovelace 案到 Kapp 案，最高法院對積極改善措施的審查雖然從憲章第 15 條第 1 項審查歧視的模式，轉換到憲章第 15 條第 2 項的獨立審查，但對於憲章第 15 條第 1 項與第 2 項內涵的理解卻並未改變，自始均認為憲章第 15 條第 2 項是第 15 條第 2 項的補充性、支持性條文，亦即憲章第 15 條第 1 項本身的內涵即可涵括第 15 條第 2 項的積極改善措施，並非由第 15 條 2 項獨立創設出憲章對積極改善措施的許可。

（二）積極改善措施是平等的完整表述

加拿大最高法院對憲章第 15 條第 2 項的詮釋並非無前跡可循，事實上透過先前諸多平等權案件對憲章第 15 條第 1 項內涵的不斷確認，不對稱的平等觀與追求真正敏於差異的差別待遇早已為積極改善措施的容許性紮下根基，法院的立場只是必然的推論結果。憲章第 15 條第 1 項即便形諸文字的只有禁止歧視，經過加拿大最高法院藉由實質平等觀的採取，仍能直接尋繹出積極關照差異的義務，且立法者必須關注的「差異」，就是各個族群在社會上不同的現實處境。積極改善措施既屬考量特定族群現實弱勢處境的政策，McLachlin 和 Abella 在 Kapp 案

中稱其為「平等的完整表述」（full expression of equality），可謂最佳註腳。

（三）對 Kapp 案模式的批評

Kapp 案相較於 Lovelace 案，更進一步地強化了「積極改善措施是平等權保障所要求的差別待遇」的立場，此觀點自然與實質平等相符，但學者也指出，Kapp 案賦予憲章第 15 條第 2 項優先於第 15 條第 1 項的功能，會使得立法者一開始便選擇以第 15 條第 2 項作為系爭措施並非歧視的抗辯，因為第 15 條第 2 項的標準比較寬鬆，只要確實具有改善弱勢族群的目的，即可免於歧視的審查。儘管大法官宣稱司法者不能消極地接受政府主張，但還是可以發現法院有時會輕易接受政府的說法。例如 Gosselin[130]案裡大法官沒有認真地審查系爭措施對原告的實際影響，立法者是基於一系列對不同年齡族群的假設與認知來作成社福政策，然而這些理解和預設是帶有偏見的、資訊不足的、欠缺脈絡的。大法官如此輕易接受政府的假設，等於是複製並強化了社經關係的宰制與歧視。Kapp 案過於強調立法者的目的，可能會抵觸或削弱了效果傾向的實質平等分析，忽略掉不平等與權力結構的複雜性與交錯性[131]。

雖然在 Kapp 案的情境中，因受負面影響者為主流、優勢族群而較不至於有造成歧視的疑慮，似乎憲章第 15 條第 1 項的審查並非那麼必要，但積極改善措施並不見得不會對其他弱勢族群造成負面影響，雖然不一定構成歧視，但值得更全面的審查。以 Vriend 案為例，系爭法律為禁止歧視的規定，顯然具有改善弱勢族群處境的目的，但若以 Kapp 案的模式審查，則該法排除其他弱勢族群的歧視效果無法透過憲章第 15 條第 1 項被充分評價，會使法院忽略了對其他弱勢族群的歧視效果。

---

130 *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429，該案涉及對於 30 歲以下之人提供較少的社會福利。

131 Margot Young, Unequal to the Task: "Knapp"ing the Substantive Potential of Section 15, 50 The Supreme Court Review 183 (2010), at 210-213.

（四）加拿大的積極改善措施與其他國家優惠性差別待遇的區別

加拿大最高法院的大法官們不時在判決意見書中提到美國種族優惠性差別待遇（affirmative action）的發展，1985 年的 Abella Report 也特別將加拿大本身的平權措施「平等僱用法制」（employment equity）與之相區隔，確實，在加拿大無論是法院判決所稱的積極改善措施（ameliorative measures），或是實際上由聯邦及地方政府廣為實施，目的在於促進女性、原住民、身心障礙者及顯見的少數族群於公部門平等就業、充分代表的平等僱用法制，除了立意上與美國法所稱的優惠性差別待遇相近，其他無論在手段、實施領域上都有相當大的差異。美國法的優惠性差別待遇（多為針對非裔美人的種族優惠性差別待遇）通常是指在高等教育或就業領域採取優先錄用措施的政策，是在特定職位或資格的競爭上會產生排除效應的手段，此與加拿大「積極改善措施」一語可泛指包括給予金錢挹注或其他各種幫助弱勢的措施不大相同。尤其本文所引用之加拿大最高法院相關判決—Lovelace 案及 Kapp 案所涉及的積極改善措施，就是相當難與美國法上狹義的優惠性差別待遇相比較的類型，也因此許多美國法上的平等權爭議，例如優惠性差別待遇與功績原則（merit）相衝突的問題，難以直接透過加拿大最高法院的相關判決一併討論。但加拿大最高法院對積極改善措施的一些基本立場，仍能藉由與美國優惠性差別待遇爭議的比較，凸顯出加拿大平等權法制的特殊性。

1. 針對嫌疑/準嫌疑分類所為之優惠性差別待遇基本立場不同

美國聯邦最高法院發展出形式平等取向的平等權審查模式，是只要系爭法律使用嫌疑分類，即採取推定違憲（構成歧視）的嚴格審查標準，亦即嫌疑分類的使用本身就是值得譴責、違反平等的「惡」，不論使用的目的或效果為何[132]，因此即便對優惠弱勢族群的措施，也採取推定違憲的立場。相較之下，加拿大最高法院對於使用嫌疑/準嫌疑分類之差別待遇的態度，卻會隨著法律的效果而有不

[132] 關於美國種族優惠性差別待遇的審查標準與涉及的平等觀，請見倪伯萱，種族優惠性差別待遇的司法審查—以審查標準的分析與檢討為中心，2002，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

同，如果是課予弱勢族群負擔或使之無法取得法律上利益的措施，固然如同美國聯邦最高法院傾向認定違憲，但若屬有利於弱勢族群的積極改善措施，則傾向認定合憲。

2. 爭議不在排除優勢族群，而在排除其他弱勢族群

加拿大的積極改善措施另一項與美國優惠性差別待遇相當不同的特質，就是積極改善措施在加拿大國內引發的憲法平等權爭議，重點在於對其他弱勢族群的排除，而非對主流或優勢族群的排除[133]。美國法上優惠性差別待遇的爭論幾乎都集中在對優勢、主流或多數族群的排除是否過度侵害其平等權，並強調這種針對族群身份的「優惠」不合乎功績原則與機會平等。從排除優勢主流族群的 Kapp 案判決理由觀察，加拿大最高法院大法官幾乎沒有談到與功績原則或機會平等的衝突，但這主要可能是因為 Kapp 案系爭措施與在美國廣遭批評的優惠性差別待遇性質不同之故，未必代表這爭議在加拿大法體系中完全不重要[134]。但至少從加拿大學者對最高法院相關判決的關切與評論，主要集中在對更弱勢族群的影響，即可明白在加拿大平等權保障法制的脈絡中，積極改善措施的意義與角色與美國法甚至其他國家法制中有多不一樣。

（五）積極改善措施的界限

從 Lovelace 案到 Kapp 案的審查模式都能發現加拿大最高法院對積極改善措施的態度與其說是寬容，不如說是鼓勵，甚至不介意立法者所選擇的手段是否一開始即非常適當或非常有效，而是允許立法者有大膽實驗、創造積極改善措施的

---

133 例如 Margot Young, *Unequal to the Task: "Knapp"ing the Substantive Potential of Section 15*, 50 The Supreme Court Review 183 (2010)，批評 Kapp 案的模式排除憲章第 15 條第 1 項的審查模式，忽略了積極改善措施可能對於其他弱勢族群造成的負面影響，而這種未能充分審查差別待遇是否具有歧視結果（主要是針對其他弱勢者）的審查方式，已偏離實質平等觀重視法律效果的核心內涵。

134 若要回答屬於「美國式」的優惠性差別待遇平等權爭議，本文初步認為，或許可從加拿大各層級「平等僱用法」的規制觀察起，而非從加拿大最高法院判決找尋答案。因平等僱用法實施的方式與目的，跟美國（至少在就業領域）的優惠性差別待遇較為接近，應該也曾經引起涉及功績原則、機會平等的質疑，只是因社會民情或氣氛之故，並未被提出至最高法院檢討。

空間，所以對於手段與目的之間的關聯、效果好壞、對主流優勢族群的侵害程度都盡量寬容。但這種態度當然會引致另一個方向的疑問，亦即這樣是否會令立法者為實現事實上平等而過度侵害自由權，使平等權與自由權的衝突更激烈[135]？對此問題，或許可參考加拿大最高法院 2003 年的 Trociuk[136]案。該案為英屬哥倫比亞省的人口統計法令（British Columbia Vital Statistics Act）規定，新生兒的生父如有不適合被生母承認身份（unacknowledged by the mother）的情形，可由生母自行註明後，獨自向戶政機關為子女報戶口，並因此得由生母自行決定子女姓名，排除生父將其姓氏加入子女姓名中的權利。原告主張由於所謂「不適合被生母承認生父身分」的情形可由生母片面宣稱，並因而自行決定子女姓名，且生父無法透過任何程序尋求救濟，系爭法律對父親於子女命名決定過程的排除，是基於性別的歧視。該案中大法官認為雖然受侵害之對象非屬弱勢族群，且並未質疑立法者主張立法目的是為了避免母親因擔心父親身份曝光而不願意為子女報戶口的情況，有其積極平權性，但由於為子女命名、使自己的家族標記得以表彰於子女姓名的權利對人性尊嚴至為重要，且該法完全未予生父任何救濟管道，最高法院仍認定該法違反憲章第 15 條第 1 項構成歧視。由此可知，若主流優勢族群受限制或侵害的利益與程度涉及較重要的權利，加拿大最高法院還是有可能認定構成歧視，並非毫無限制。

135 蔡宗珍，性別平等與女性保障名額制度，司法院大法官九十五年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（下冊），司法院，2006，頁 124。

136 Trociuk v. British Columbia (Attorney General), [2003] 1 S.C.R. 835.

第三章　加拿大平等權保障體系與我國之比較

第一節　平等權之規範與內涵的比較

本節透過前一章所介紹之加拿大最高法院平等權相關判決，分析加拿大權利與自由憲章對平等權保障的規範文字與採取實質平等觀的關係，並藉此反思我國憲法對平等權的規範文字是否足以涵納實質平等觀，甚至「應該」以實質平等觀為平等權的內涵。

一、加拿大權利與自由憲章關於平等權之規範方式

（一）憲章第 15 條的規定

加拿大權利與自由憲章對平等權最重要的規範即是第 15 條：「（第 1 項）法律前及法律上人人平等，任何人均有權享有法律之平等保護及法律所賦予之權益且不受歧視；特別是基於種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡或者身心障礙的歧視[137]。（第 2 項）前項規定並不排除目的在改善因種族、原國籍或民族、膚色、宗教、性別、年齡、或身心障礙而處於弱勢之個人或團體的法律、計畫或行動[138]。」

---

137 15(1) “Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. “

138 15(2) “Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

（二）憲章中其他與平等權有關的規定

雖然加拿大最高法院論及平等權時主要是以憲章第 15 條為核心，但憲章中其實還存在其他涉及平等的條文，例如第 16 條至 22 條關於官方語言同時為英文及法文，涉及使用這兩種語言的各種層面均須平等、第 23 條少數民族教育權（minority language education rights）、第 27 條保存並促進多元文化條款、第 28 條特別保障男女關於憲章規範的權利一律平等。

（三）聯邦最高法院對平等權內涵的理解

1. 憲章第 15 條的宗旨與目的

加拿大最高法院理解平等權規範內涵的方式，是先分析平等權保障規範的目的。最高法院對憲章第 15 條第 1 項立法目的的理解一直都非常確定而一致：「防止刻板印象（stereotyping）、政治與社會偏見（political or social prejudice）、弱勢與不利的處境（disadvantage）侵害人性尊嚴與自由；並促進人人在法律上被認同為平等的個體與加拿大社會成員，且值得被法律平等考量、關懷與尊重」[139]。

2. 不對稱的平等觀

加拿大最高法院認為，憲章第 15 條的目的絕非去除所有差別待遇，否則權利與自由憲章不必制定保障多元文化、宗教與信仰自由、原住民權利等維持差異的規定，並在許多案件中不斷強調，對於不相等者所為之相同待遇，往往會造成更嚴重的不平等。由此可肯定，加拿大最高法院所採的是「不對稱」（asymmetric）的平等觀，亦即不以「無差別待遇」為平等之預設，尤其憲章第 15 條第 2 項的存在更為明證。

---

[139] 原文為“the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.”, Law, at 500

3. 並非僅保障法律上平等，亦保障事實上平等

從第三章第一、二節關於加拿大制憲過程的說明可知，憲章第 15 條第 1 項制定時，制憲者為了避免法院過度限縮平等權保障範圍，特別將過往加拿大人權法制對平等權慣用的規範文字「法律前平等」（equality before the law），擴充為 4 種類型的平等保障：「法律前平等」（equal "before" the law）、「法律之下平等」（equal "under" the law）、「法律對個人的保護平等」（the right to the equal protection），以及「法律上的利益平等」（equal benefit of the law）這四種。從文字上看來，憲章第 15 條第 1 項列舉之保護對象幾乎都是中文所理解的「法律上平等」，實在很難看出保障事實上平等的意涵。然而早在第一個關於憲章第 15 條的判決 Andrews 案，大法官便已表示，憲章第 15 條所要求之「equality before and under the law」，應解釋為法律的「效果」（impact）不得因不相關之個人特質（irrelevant personal characteristic），導致對某些族群或個人增加他人所無之限制與負擔，或欠缺法律上之利益或保護。因為憲章第 15 條所要對抗的歧視，是可能非關任何人故意歧視行為的「系統性歧視」，而且憲章第 15 條對抗歧視的意義也不在於懲罰加害人而是補償受害人，因此縱使是表面中立、未創造差別待遇的法律，如果適用的結果對特定族群帶來不成比例的負面效果，同樣能主張系爭法律違反憲章平等權保障而向法院提起救濟，Eldridge 案即為此種結果歧視[140]的案例（判決內容請見第三章第四節）。

4. 國家負有積極關照差異乃至於不得保障不足的義務

如上所述，加拿大最高法院認為歧視的類型也包括法律規範上雖未直接施予差別待遇，但由於「漏未考量」某些族群的弱勢處境，導致適用的效果會對具有

[140] 美國法上也有「結果歧視」、「差別影響歧視」（disparate impact）或「間接歧視」（indirect discrimination）的概念，其主要規範於民權法第七章，也是指表面中立的法律，在適用效果上造成的歧視。但依照美國聯邦最高法院在 Washinton v. Davis (426 U.S. 229)案的見解，憲法增補條文第 14 條禁止的差別影響歧視，不僅要證明不成比例的差別效果，還須證明立法者有隱藏的歧視意圖，其意義與加拿大最高法院的結果歧視概念，有相當的差別。較詳細的說明請參見黃昭元，差別影響歧視與差別對待歧視的關係：評美國 Ricci v. DeStefano (2009)判決，中研院法學期刊，11 期，頁 1-64。

某種特徵的族群造成相當的差別待遇（即結果歧視），且最高法院在Eldridge[141]案判定政府應提供必要的適應措施（手語通譯）以使聽障者能與一般人平等享受醫療照護資源，又於Vriend[142]案判定亞伯達省個人權利保護法視同已將性傾向列入禁止歧視基礎，顯然國家依據憲章平等權之規範，甚至有積極提供某些能改善弱勢族群處境之設施，以及不得保障不足的義務。

5. 積極改善措施為平等的完整表述而非例外

從加拿大最高法院對憲章第 15 條第 2 項積極改善措施（ameliorative measures）的性質界定與審查態度，可發現加拿大最高法院不僅不認為積極改善措施是平等權的例外，若該措施符合第 15 條第 2 項的要件，甚至是平等權的完整表述。

二、對我國憲法關於平等權之規範與內涵的啟示

本節接著以加拿大最高法院對實質平等觀的認定與理解，來回顧本國關於憲法平等權內涵的幾項爭議。

（一）憲法其他關於平等之規範可輔助解釋平等權內涵

1. 我國大法官未結合憲法其他涉及平等之規範解釋第 7 條平等權內涵

儘管我國憲法關於平等權的規定不止憲法第二章的第 7 條，於其他章節也有許多可能與平等內涵之解讀有關的規範，例如第 5 條：「中華民國各民族一律平等。」、第 134 條：「各種選舉，應規定婦女當選名額，其辦法以法律定之」、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」、第 7 項：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予

141 *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624
142 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493

保障，並扶助其自立與發展。」、第 11 項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」、第 12 項：「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，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」，以上所列各條文均有蘊含接近實質平等觀的目的，但大法官闡述憲法第 7 條平等權內涵時，通常不會引用憲章中其他規定與憲法第 7 條做一整體觀察，再以此解釋平等權的意義，僅是不附理由地直接稱「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置」[143]。即便是釋字 485 號解釋以降對平等權的進一步說明：「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」，亦未見大法官提及其他憲法涉及平等之條文可能對憲法第 7 條內涵之影響[144]。

2. 加拿大則以其他條文補充解釋以釐清平等觀

相較於本國，加拿大最高法院大法官 McIntyre 在 Andrews 一案則說，第 15 條的目的絕非去除所有差別待遇，否則權利與自由憲章不必制定保障多元文化、宗教與信仰自由、原住民權利等維持差異的規定；同時第 15 條第 2 項的存在亦明示了相同待遇未必能達成平等的宗旨[145]。可見平等權的內涵，應結合憲章中其他規定一併理解，尤其加拿大最高法院即使在未涉及積極改善措施的案件中，為了說明憲章第 15 條第 1 項的內涵為不對稱的平等觀，也提及第 15 條第 2 項作為輔助解釋之用，相較之下我國憲法諸多應積極保障弱勢者的規定，大法官卻幾乎從未在定義憲章第 7 條時引用，即便提到這些規定，通常也僅將之當成系爭法

143 釋字第 211 號解釋文。

144 大法官例外會連同其他平等規範一起提及的平等權案件，是涉及性別平等的各號解釋，例如第 365 號解釋、457 號解釋，大法官便會一併提及憲法增修條文應促進女性地位實質平等之規定，然而大法官顯然並未由此認識到性別平等也許應採取不同於「形式平等」的內涵，仍然主張「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當」。

145 *Andrews*, at 257.

律立法目的之授權依據，並未用以輔助說明平等權之內涵[146]。其實若將我國憲法除第 7 條外涉及平等的條文諸如關於特別保障婦女、老弱殘廢、勞工與農民等規定與憲章第 7 條作整體解讀，我國憲法第 7 條平等權之內涵，也極可能應屬不對稱之平等觀[147]。

3. 不以優惠性差別待遇之明文授權為採實質平等觀之前提

雖然加拿大最高法院大法官 McIntyre 於解釋憲章第 15 條第 1 項平等權內涵時，是結合憲章其他條文為整體解釋，但從最高法院在 Lovelace 案與 Kapp 案對憲章第 15 條第 1 項與第 2 項的關係說明，可以發現加拿大最高法院大法官們一致認為，憲章第 15 條第 2 項乃是支持、補充解釋的條文，但憲章第 15 條第 1 項原本的內涵即包括第 2 項意旨，換言之即便沒有第 15 條第 2 項，僅憑最高法院長期確立的憲章第 15 條第 1 項之目的與內涵，邏輯上即可完全支持積極改善措施的存在。另一方面，McIntyre 在 Andrews 案論述憲章第 15 條第 1 項為不對稱之實質平等觀，追求真正符合差異的差別待遇時，多半也未提及憲章第 15 條第 2 項為如此解讀之必要條件。若以加拿大最高法院以上見解反思我國憲法第 7 條平等權之內涵，一方面我國有許多第 7 條以外強調保障弱勢、特殊照顧的憲法條文可以於解釋平等權內涵時相互參照、支持，另一方面即令我國並無類似加拿大這種明文允許優惠性差別待遇的規範[148]，但在採取實質平等觀的前提下，優

---

146 比較不一樣的案例是釋字 649 號解釋：「按憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障，憲法第一百五十五條後段規定：「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災害者，國家應予以適當之扶助與救濟。」以及憲法增修條文第十條第七項規定：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」顯已揭櫫扶助弱勢之原則。職是，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨。」（底線為本文所加）前面引用憲法 155 條、增修條文第 10 條第 7 項，似是為了證立「憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障」，頗有藉由該 2 條文說明我國憲法具有促進事實上平等之目的，甚至可為平等權內涵的一部份；惟該段最後一句又提到優惠性差別待遇之「目的」，似乎引用該 2 條文仍然只是為了強調立法目的正當而已，與平等權內涵無關。

147 國內學者採類似見解者，如陳春生，憲法，翰蘆，2003，頁 71-74。

148 德國於 1994 年修憲時也於基本法第 3 條第 2 項「男女享有平等的權利」之後增加一段「國家應積極促成男女平權事實上之實現，並消弭現存劣勢」的規定。國內學者認為，乃是基於該修憲條文的授權，才允許國家可針對事實性的男女不平等狀況而採取差別待遇立法加以調整，也就是將事實上的平等納入基本法男女平權所保障的範圍。蔡宗珍，性別平等與女性保障名額制度，司法院大法官九十五年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（下冊），司法院，2006，頁 135。

惠性差別待遇乃是平等必然的內涵，無須例外規範。

（二）憲法第 7 條文義能否涵括事實上平等

1. 我國學說之爭議

我國憲法第 7 條所謂「在法律上一律平等」，亦即大法官所稱「合理的差別待遇」進一步的意義或效果為何，在國內學說討論上向有關於是否保障事實上平等之爭論。

採否定說之學者認為，憲法第 7 條文字既為「法律上」平等，則事實上平等並不在憲法平等原則保障範圍之內，主張受到差別待遇而違反平等原則者，應僅限於在法律上遭受差別待遇，若僅為現實上的處境居於劣勢，則與平等原則無涉。例如律師法第 3 條第 1 項規定「中華民國人民經律師考試及格並經訓練合格者，得充律師。」就此規定而言，現實上所有想當律師之人民均有機會參加考試，然而現實上因經濟條件、資質能力等因素而無法擔任律師者，並不得以自己事實上與他人不平等的情況而主張律師法第 3 條第 1 項違反憲法平等原則[149]。然而憲法平等原則不保障事實上平等，並不表示立法者不能積極立法消除事實上的不平等或促進事實平等，但這應屬社會國原則的內涵或保護義務；如果立法者為了追求事實上的平等而立法以差別待遇措施來達成目的，只要有例外的正當事由，即屬「合理之差別待遇」而不違反平等權。

採肯定說之學者則認為，一方面憲法第 7 條「法律上平等」之用語不見得只能指涉「法律上無差別待遇」，而且所謂「事實上平等」有多種類型、成因各異，在尚未詳加分析事實上平等的意義之前即認定憲法平等保障完全將之排除，未免過於粗糙。此派學者將事實上不平等的類型依其成因分成 4 類，其中第 1 類與第 2 類是因國家行為造成（包括「表面中立但效果造成差別待遇」以及「國家過往

[149] 蔡宗珍，性別平等與女性保障名額制度，司法院大法官九十五年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（下冊），司法院，2006，頁 121。

歧視行為造成之持續性影響」)，第 3 類及第 4 類是由私人歧視或個人缺陷造成，如果說這些事實上不平等完全與憲法平等保障無關，是過於保守的主張[150]。

不過上開爭議若從對人民保障的實質影響來看，真正重要的或許不是事實上平等由平等權保障或由社會國原則保障，真正重要的是人民是否因憲法規定而有主觀請求權，得要求立法者改善事實上平等？就算人民沒有主觀請求權能強迫立法者積極行為，那是否至少國家應該以此為目標，承擔某種類似德國法上的「客觀規範義務」（不論這種客觀規範義務是來自平等權或社會國原則）[151]？

若以此為另一問題意識，重新審視上開兩派學者見解，可以發現否定說的學者認為憲法第 7 條平等權不應發展出客觀規範面向意涵，更不應有防免第三人侵害平等權的保護義務，因為一旦認為憲法第 7 條具有客觀規範面向功能，則國家為實現事實上的平等極可能採取各種立法優惠措施補償事實上的劣勢者，如此一來平等權內涵將大幅社會權化，甚至成為國家干預性立法的另類憲法依據，其與自由權保障間的緊張關係亦將惡化[152]。我國憲法增修條文雖提及國家應「促進兩性地位之實質平等」，但規範形式上僅屬「基本國策」，仍無從導出特定立法內容。此外，採取相同見解的其他學者則從權力分立角度提出另一理由，亦即「追求事實平等是立法者的任務，而非司法者（違憲審查機關）的權限」[153]，似指司法者不可能因立法者未促進事實上平等而宣告違憲。

而肯定平等權保障事實上平等說的學者則認為，藉由承認事實上平等屬於平等權保障的範圍，至少能允許，甚至要求違憲審查者在適用「等者等之，不等者

---

150 黃昭元，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，第 7 期，2009，頁 30。

151 此說法參照黃昭元，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，第 7 期，2009，註腳 36。

152 蔡宗珍，性別平等與女性保障名額制度，司法院大法官九十五年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（下冊），司法院，2006，另於註腳 13 補充：「我國憲法增修條文雖提及國家應「促進兩性地位之實質平等」，但規範形式上僅屬「基本國策」，仍無從導出特定立法內容。」，其意不外乎強調，縱使我國憲法有許多「應促進某族群實質平等」的規定，但畢竟只是基本國策，還是長不出客觀規範功能，也就是幾乎沒有任何立法義務。

153 李建良，「形式平等」、「實質平等」語辨的反思—比較憲法方法論的初步探討，收錄於〈 第九屆憲法解釋理論與實務研討會：憲政主義與人權理論的移植與深耕〉，2013. 6. 21-22，頁 19。

不等之」原則時，將受規範者事實上不平等的處境納入「不等者」的考量，並允許人民針對某些事實上不平等的現象依憲法平等權提起救濟（例如因國家表面中立的法律遭受不平等的結果歧視）[154]，甚至可能賦予國家某程度積極實現事實上平等的義務。

2. 加拿大採目的性解釋認為平等權保障範圍及於事實上平等

關於憲法第 7 條是否受限於文義，僅保障法律上平等而不及於事實上平等，若參考加拿大最高法院對權利與自由憲章第 15 條的詮釋，可發現加拿大平等權保障條文的文字雖強調了數種「法律平等」的保護態樣，但最高法院並非僅從文義解釋平等權保障內容，而是參考了制憲當時立憲者期望平等權保障能發揮的功能（例如避免法院採取廣為詬病的保守見解、不欲加拿大司法者如同美國最高法院以形式平等觀否定優惠性差別待遇等等）、當時重要的官方文獻（如 Abella Report）與相關學說，才對憲章第 15 條採取目的性解釋其宗旨為防止刻板印象、偏見、弱勢與不利處境侵害人性尊嚴，並促進人人在法律上被平等關懷尊重的社會。加拿大法院更以此為基礎確立平等權亦禁止表面中立法律造成之「結果歧視」，且司法者審查系爭措施是否構成歧視時，「必須」考量受規範族群是否在社會現實上長期蒙受歧視、偏見、或居弱勢處境，毋庸置疑地加拿大最高法院認為事實上平等屬於平等權保障範圍，人民可因事實上平等受侵害而提起救濟，可見加拿大承認平等權具有某程度的主觀公權利性質，呼應了本國學者的見解。

可見對於憲法平等權內涵的決定而言，最重要的不是規範表面的文義，而是「到底什麼才應該被保障」。加拿大憲法平等權規範文字看似僅保障法律上平等，卻不妨礙最高法院認為事實上的不平等，理所當然是考慮有無歧視效果的重要因素之一，更認為國家某程度需對事實上的不平等負積極改善義務。

154 黃昭元，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，第 7 期，2009，頁 31。

第二節　平等權違憲審查模式的比較

因我國大法官早期針對平等權的解釋論述均較為簡略，故本文僅選擇較具參考性之釋字 584 號、649 號解釋，將之分為單純歧視案件（584 號解釋）及優惠性差別待遇案件（649 號解釋），分別以加拿大最高法院於 Law 案確立之平等權審查模式及 Kapp 案之優惠性差別待遇審查模式進行審查，再與本國大法官之審查方式比較。

一、加拿大最高法院審查模式於 584 號解釋之模擬操作

（一）加拿大最高法院針對單純歧視案適用之審查模式

首先回顧本文第三章曾整理介紹之加拿大最高法院平等權審查模式。其對於非屬優惠性差別待遇之一般歧視案件，係以Law案所確立之審查模式確認有無違反憲章第15條第1項，構成侵害人性尊嚴的歧視，若成立，再由憲章第1條〈目的—手段檢驗〉審查有無可例外正當化之事由。

Law案發展出的審查模式思考上首先分為以下三步驟：（1）該法律創設某種基於個人特徵的差別待遇，或者該法律規範上雖未直接施予差別待遇，但由於漏未考量某些族群的弱勢處境，導致適用的效果會對具有某種特徵的族群造成相當的差別待遇。（2）前述差別待遇是以第15條列舉的嫌疑分類或非列舉但相類似的準嫌疑分類為基礎。（3）差別待遇係課予受規範者負擔或未給予其利益，且此種不利益反映出對特定族群或個人的刻板印象，造成該族群不值得被法律平等認同、平等關懷與尊重的效果，或強化了此種處境（即侵害人性尊嚴）。

以上（1）步驟僅是先確認原告之平等權確實受有表面上之減損，（2）（3）步驟則是判斷有無構成憲法平等權所禁止之歧視的實質要件。其中關於步驟（3）如何認定已造成侵害人性尊嚴的效果，又有以下4項輔助判斷因素：（1）對於受

影響之特定族群既存（pre-existing）的偏見、刻板印象，或弱勢處境（disadvantage、vulnerability）；（2）系爭法律之分類標準與受影響族群的實際需求、能力、現實處境是否相符（correspondence），亦即立法者有無以尊重受影響族群人性尊嚴與價值的方式，充分考量其實際需求、能力及現實處境等狀態；（3）系爭法律如出於改善弱勢族群處境的目的（ameliorative purpose）或具有此類效果，因其與憲章第1條的積極目的相符，縱使對優勢族群較不利，亦不應被認為貶抑優勢族群的人性尊嚴或否定其價值；（4）受系爭法律影響的利益性質與範圍；亦即受負面影響的程度若較嚴重,且不利益非常特定於某族群,則較可能成立歧視。以下即將之適用於我國大法官解釋584號,之案例事實。

（二）釋字 584 號解釋之案例事實與我國大法官審查模式

1. 案例事實

民國 88 年修正公布之道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項規定：「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第二百二十一條至第二百二十九條妨害性自主之罪，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記。」

2. 我國大法官審查模式與結果

大法官於本號解釋同時就平等權和職業自由審查,但審查之主軸明顯放在對於職業自由限制的部分，審查之方式係檢討立法目的是否具正當性、手段與目的之間是否符合比例原則。至於平等權的部分，似以同樣的理由，認為系爭法律為「合理之不同規定」。

大法官認為系爭規定「鑒於營業小客車之營運及其駕駛人工作之特性，人身及財產安全保護之重要性，對於曾犯上述之罪者，規定終身不准其申請營業小客車之執業登記，就其選擇從事營業小客車為業之主觀條件加以限制，乃為實現上述目的而設，其立法目的自屬正當，亦屬達成目的之有效手段。」而其他「得有

效達成目的而侵害較小之具體措施，客觀上目前並無實現之可能以觀，相關機關選擇上述永久禁止之手段，以維護乘客人身、財產安全，於現階段尚屬合理及符合限制人民職業自由較小手段之要求」，故認為合憲。

就平等權的審查，大法官援用釋字第 485 號解釋理由書之判準：「國家對人民行使公權力時，均應依據憲法第七條之意旨平等對待，固不得有不合理之差別待遇；惟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不同規定」。本案系爭規定為「主管機關審酌曾犯上述之罪者其累再犯比率偏高，相較於未犯罪者，或其他犯罪者，對營業小客車乘客人身安全之威脅性較重」，而「衡量乘客生命、身體安全及確保社會治安等重要公益之維護，與人民選擇職業應具備主觀條件之限制，而就其職業選擇之自由為合理之不同規定」，故認定無違反憲法第 7 條之平等原則。

（三）以加拿大最高法院平等權審查模式適用結果

1. 差別待遇存在

系爭規範確實對曾犯特定罪刑之人造成法律上差別待遇，使其從事營業小客車駕駛人的權利相較於其他人受到限制。

2. 應為準嫌疑分類

系爭規範之分類基礎是有無特定罪刑前科，並非加拿大憲章第 15 條第 1 項所列舉之嫌疑分類，因此須進一步探討是否屬準嫌疑分類。特定族群是否屬準嫌疑分類之判斷，加拿大最高法院曾提出數種參考標準，例如「分散而孤立的少數」、欠缺政治權力，導致需求易被忽視之人，又或者該分類基礎是涉及無法由個人控制或改變的特徵（immutable personal characteristic），至少短期內無法以自主行為改變，或需支付難以承受的代價始能改變者。惟最高法院也強調，以上參考標準並非絕對的要件，對於準嫌疑分類最完整最根本的判斷必須回到憲章第 15

條第 1 項的立法目的與宗旨：避免刻板印象、偏見、弱勢處境對人性尊嚴與自由的侵害，因此特定族群是否曾遭受刻板印象、歷史性的弱勢處境或政治、社會偏見必然是參考因素之一。這些情形要從族群所處的政治、經濟、法律位置的整體脈絡觀察。

有前科之人相對於以上準嫌疑分類的判斷標準，首先在「個人無法改變的特徵」上，雖然有可能因「犯罪是自我選擇的結果」這種說法而遭到否定，但參照加拿大最高法院曾在 Corbiere[155]案中將「無法改變」放寬為「後天性無法改變」（constructively immutable）來符合宗教、語言、年齡等特質，則前科身份，極有可能也屬於「後天性無法改變」的個人特徵。再者，婚姻狀態向來也有是否出於自我選擇的爭論，但大法官也已在 Miron 案中認可婚姻狀態為準嫌疑分類，可見如因各種社會條件限制而使自由改變特徵的可能性幾乎不存在，或許也可算是符合「難以改變」的標準。此外就欠缺政治上權力而言，有前科之人應尚稱符合。最重要的，以憲章第 15 條第 1 項避免延續長期刻板印象、偏見對弱勢族群造成的歧視之目的而言，有前科之人恐怕正是極易被刻板印象化（再犯率高）的族群，而且在社會生活中已經因諸多法律限制、一般人的偏見而處於很難融入主流的處境，尤其系爭規範此種限制，極可能恰恰就是屬於「複製刻板印象」的措施，或至少會延續、鞏固有前科之人出獄後再犯率仍極高、無法真正適應社會生活、對其他主流族群造成威脅而極須排除的歧視效果，而正是憲章第 15 條第 1 項所欲避免的對象。綜上，有前科之人應屬於準嫌疑分類。

3. 系爭規範致生侵害人性尊嚴效果

接下來須依次檢視 4 個判斷侵害程度的參考因素，以決定是否達到貶損人性尊嚴、暗示有前科之人不值得法律平等關懷、尊重、考量的結果。其中雖然要素（4），受影響權利的範圍與類型較容易判斷，於本案為選擇職業的自由，且限制為終生，但其他不論是（1）關於受規範族群的處境、是否易蒙受偏見、刻板

155 *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

印象，或（2）系爭措施與受規範者的需求、能力、真實處境等具皆相符，顯然都需要釋憲者充分參考許多涉及事實考察的調查研究資料。此點雖然明顯為審查過程增添了複雜性與不確定性，甚至是釋憲者的主觀偏好干擾，但或許唯有透過此種過程，才能要求釋憲者也盡到「充分關照（個案）差異」的義務。這也是相當符合憲章第 15 條第 1 項宗旨的結果。關於系爭措施是否侵害人性尊嚴、違反憲章第 15 條第 1 項的問題，如參考許玉秀與林子儀大法官不同意見書的見解，可以發現許玉秀大法官認為系爭措施形同法律的烙印，「對於已經完成監獄教化、已用自由贖罪之人，甚至經過治療已診斷為痊癒之人，不承認他們已經新生，而將這些人標示為人格已有不可回復的瑕疵之人，藉由侵害他們的職業選擇自由—即便只是否定部分的職業自由，破壞他們被假設為已經完全重建的人格發展基礎。」的見解，與加拿大最高法院一再重述憲章第 15 條第 1 項所欲避免的那種足以強化、延續刻板印象、弱勢的措施，內涵上具有高度一致。綜上所述，本文認為系爭規範應已侵害有前科之人的人性尊嚴，構成憲章第 15 條第 1 項之歧視。

4. 憲章第 1 條〈目的—手段檢驗〉的審查

認定構成憲章第 15 條第 1 項的歧視後，尚須依憲章第 1 條確認有無正當性事由。依照 Oakes 案提出的審查方式，目的需迫切重大，手段須符合適當性、最小侵害性、衡平性之比例原則。此處必須審查的就是立法者所稱為避免乘客安全可能之威脅、關於乘客生命、身體安全等重要公益之維護作為立法目的，與所採取之歧視性手段之間是否符合比例原則。此處值得留意的是，加拿大最高法院似未針對構成歧視的措施發展出特別的審查標準或審查密度。事實上從 Law 案確立平等權審查架構之後，只有極少數的案件在構成歧視後能被憲章第 1 條正當化[156]，理由分別為涉及國家對國籍規範之主權行為以及重大財政危機，可見加拿大最高法院的立場是將違反憲章第 15 條第 1 項的措施推定違憲，僅得依特殊事由

[156] 據本文了解，僅有的例子是 *Lavoie v. Canada,* [2002] 1 S.C.R. 769 與 *Newfundland v. N.A.P.E*, [2004] 3 S.C.R. 381，前者是對於非本國人擔任公職的限制，大法官基於國家主權行為的理由例外正當化；後者則是基於重大的財政困難，例外正當化對女性的效果歧視。

正當化。故本案系爭法律以終生限制的方式侵害有前科之人駕駛營業小客車之職業自由，立法者雖主張其他侵害較小之措施如衛星定位營業小客車之行進路線、全面實施定點無線電叫車並加強其追蹤管理，或改裝車輛結構為前後隔離空間並加強從業人員之職前訓練等「目前並無實現可能」，但國家尚不得以一般的財政考量主張已符合最小侵害原則，正當化歧視性法律（可參考 Eldridge 案）。故本案應判定違憲。

（四）與我國大法官解釋審查模式之比較

1. 將屬於平等權核心的爭議與對目的—手段之檢驗相互區分

藉由以上將加拿大平等權審查模式適用於 584 號解釋的過程，應已凸顯出加拿大的平等權審查模式與我國最重要的對照與差異，就是加拿大最高法院把屬於平等權核心的爭議從目的—手段檢驗獨立出來，讓平等權的審查完全聚焦於是否構成憲法上具重要意義的歧視效果，而非如同我國，將平等權的審查完全以目的—手段的檢驗處理，導致根本看不出與自由權的審查有何差異，這相對我國甚至是其他國家的平等權審查模式，加拿大模式應該都是很獨特的創舉與啟發。

2. 平等權核心關懷之重塑

那麼加拿大最高法院認為屬於平等權核心的議題是什麼？亦即與我國違憲審查方式相比，加拿大模式多了些什麼？論者不難發現，從準嫌疑分類的認定以至於涉及歧視效果 4 項參考因素的判斷，加拿大審查模式都促使違憲審查者必須對受規範不利影響的族群進行徹底的脈絡分析，而且是針對其所受之偏見、刻板印象與弱勢處境等涉及「事實上不平等」之事項，詳細審視立法者立法時是否已實踐這些關照差異的義務。唯有立法者的政策設計已充分平等尊重、關懷、考量受影響族群（尤其是弱勢者）的差異，而非恰恰反映或延續了社會偏見、刻板印象及弱勢處境，立法者才能免受憲章平等權保障之指摘。儘管參考因素（3）有提到司法者應考量受規範族群的「能力」（capacity），但顯然「能力」只是參

考因素之一，該要素尚包括實際需求與處境，足見加拿大最高法院的審查模式並非著重於受規範族群「性質」與他人的比較，亦即並非將重點置於「比較相同/差異」，此一審查方式顯然更為符合許多批判法學者批判「差異論」的平等理論。

另外，相較於我國大法官強調「立法目的正當」的審查方式，加拿大模式至少在平等權的審查部分，幾乎不須討論或檢驗立法目的，此點若回顧加拿大最高法院於 1995 年對平等權審查模式的分歧，當時 La Forest 等大法官曾主張將平等權的審查重點置放於分類基礎和立法目的的關聯性，並認為脈絡考察的重點也包括對立法目的的檢視。然而如同其他大法官的批評，此種對立法目的過於強調的審查模式，會使釋憲者容易順著立法目的的邏輯正當化分類標準的使用，較難警覺落入刻板印象或偏見的陷阱[157]，而有合理化歧視的危險。加拿大最高法院藉由將〈目的—手段〉合致性之審查獨立挪到憲章第 1 條的分析，可以有效強化「關注受害者受法律影響程度」的審查，徹底落實歧視之「惡」在於效果，不在分類本身的實質平等意涵。

3. 效果上類似以憲章第 15 條的審查取代我國審查標準的選擇

雖然我國大法官於釋字 584 號解釋對於平等權審查的過程過於簡略空泛，但於 584 號解釋之後的平等權判決，例如 626 號解釋，大法官則於平等權的審查中加入審查標準的選擇，並以「色盲為非屬人力所得控制之生理缺陷，且此一差別對待涉及平等接受教育之機會，為憲法明文保障之事項，而教育對於個人日後工作之選擇、生涯之規劃及人格之健全發展影響深遠，甚至與社會地位及國家資源之分配息息相關」[158]為理由，主張系爭規定應受較為嚴格之審查。相較之下，加拿大的平等權審查模式於適用憲章第 1 條的分析時，似無審查標準或審查密度的見解。不過若仔細檢視前述我國大法官認為 626 的平等權審查應以較嚴格的

[157] 例如 *Egan* 案部分大法官將法律目的界定為扶持「異性婚姻」，因其有生育的社會功能，而同性伴侶沒有，則循此邏輯自然不可能認為該法對同性伴侶的排除與目的不具有合理關聯。如錢文所述，在 1995 年的案件中，主張要以立法目的與分類基礎關聯性為審查重點的大法官們，在每一個案件中都作出認同系爭法律的合憲判決。

[158]釋字 626 號解釋理由書。

標準審查之理由：非人力所能控制之生理缺陷、受侵害之平等教育機會性質重要，再與加拿大的憲章第 15 條審查內容相較，會發現前者屬於嫌疑分類或弱勢族群之認定，後者屬於歧視的第 4 個參考要素—受侵害之權利性質與範圍，可見在我國審查模式下會影響審查標準的因素，加拿大最高法院是於憲章第 15 條第 1 項的部分檢驗，而非在憲章第 1 條的適用當中另定審查標準。於是或可認為，加拿大最高法院透過憲章第 15 條第 1 項的審查，實質上已足夠決定憲章第 1 條目的手段檢驗的寬嚴。事實上在加拿大審查模式下會構成歧視的情況，依照我國大法官在 626 號解釋展現的判準，應該也會適用較嚴格的審查標準。事實上以加拿大最高法院關於平等權的判決結果來看，通常構成歧視的法律，也無法通過憲章第 1 條的檢驗。可見加拿大憲章第 15 條第 1 項的審查，功能上也類似我國的審查標準選擇。

不過有一點必須澄清的是，我國大法官選擇審查標準的方式或者是借用自美國實務與學說的發展，但美國聯邦最高法院向來以形式平等觀為平等權保障內涵，因此在分類基礎與審查標準的關係上，是採取「對稱」的觀點，即只要系爭規範使用嫌疑分類，不論效果是優惠弱勢還是限制弱勢，一概以嚴格審查標準對待[159]。相較之下，我國因釋憲者平等觀的選擇曖昧不明，無法判斷，但至少就加拿大最高法院的見解而言，如果在憲章第 15 條第 1 項的審查中發現系爭措施雖以嫌疑分類為差別待遇基礎，卻具有積極改善弱勢處境的立法目的，侵害的則是主流或優勢族群的平等權，加拿大最高法院傾向不認為構成歧視，換言之，根本就不用再進行憲章第 1 條的審查即可得到合憲結果，此與美國法上形式平等觀的審查標準選擇，在效果上有天壤之別。

4. 判斷歧視的標準是否過於抽象？

不過加拿大最高法院在 Law 案確立的平等權審查標準，因為係以「有無侵害人性尊嚴、導致受規範影響者不值得法律平等認同尊重、不受法律平等關懷，

[159] 關於美國聯邦最高法院平等觀與審查標準選擇的問題，可參考倪伯萱，種族優惠性差別待遇的司法審查—以審查標準的分析與檢討為中心，2002，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

或傳達出此種訊息」為核心，經常遭受的批評便在於「過於模糊抽象」，畢竟人性尊嚴是一個太不精確，恐怕也無法精確的用語，簡直無法發揮判斷標準的功能，也會使釋憲者的判斷結果流為主觀。確實，即便 Law 案提出了 4 個參考要素，但從以上本文適用於釋字 584 號解釋的過程可以發現，一方面這 4 個要素只是輔助，真正能幫釋憲者解決個案的是關於事實的認定資料，另一方面這 4 個要素之間如何交錯參考也很難建立標準可循（例如若侵害的利益不嚴重但族群是典型的嫌疑分類，或反之，或每一個要素都不是很強烈），導致其作為憲法審查操作性標準的魅力大大降低（也許這是實質平等觀的宿命？）。

對於難以建立準則的困境，有趣的是，L'Heureux-Dube 大法官早就坦然接受並勇敢揭露了這個事實：「平等和歧視的概念之所以類型多變就是因為其本質複雜，也因此發展出固定評判標準（rigid inclusionary and exclusionary criteria）的嘗試註定會讓事情更複雜」[160]。

二、加拿大最高法院審查模式於 649 號解釋之模擬操作

（一）加拿大最高法院針對優惠性差別待遇適用之審查模式

加拿大最高法院對於該國積極改善措施適用之審查模式，於 2000 年 Lovelace 案中係以一般歧視案件所適用之憲章第 15 條第 1 項架構審查，但於較晚近的 2008 年 Kapp 案，大法官則發展出獨立以憲章第 15 條第 2 項審查的模式解決平等爭議。雖然有學者對 Kapp 模式提出有力地批評，主張未以憲章第 15 條第 1 項進行完整的審查，將無法排除因「涵蓋過窄」而侵害其他弱勢族群的可能，惟在具體案件的審查中，須有被排除之特定弱勢族群成員亦作為原告，或透過其他參加訴訟的方式，使被排除之特定弱勢族群的利益能被其他公益團體代表而提出於訴訟中，始能讓司法者具體審查就特定弱勢族群而言，系爭措施是否構

160 *Egan*, at 557.

成歧視影響，否則以釋字 649 號解釋的背景事實為例，即便系爭措施僅容許視障者從事按摩業同時也排除其他弱勢者，但若未先初步判斷是哪些視障者以外的弱勢族群極可能遭受不成比例的負面效果，則違憲審查不太可能泛泛地論述是否確實對某些弱勢族群也造成歧視[161]，故下文主要以 Kapp 案的審查模式適用於釋字 649 號解釋，而不另外再以憲章第 15 條第 1 項的模式審查之。

（二）Kapp 案的優惠性差別待遇審查模式

加拿大最高法院於 Kapp 案中發展出針對積極改善措施的審查模式如下：

（1）立法目的必須是積極改善的（ameliorative）；立法目的審查時應以立法者宣稱之主觀立法目的為主要審查對象，但所採取之措施至少要具備基本的合理關聯性。又積極改善性的立法目的可為數個立法目的之一，但其他立法目的不得與積極改善的目的相違背。最後，積極改善的方式不可為限制性或懲罰性規範。

（2）對象需為弱勢個人或族群[162]；所謂「弱勢」族群的認定，與憲章第 15 條第 1 項對弱勢或準嫌疑分類的判斷標準相通，簡單說是社會較容易對之產生偏見與負面評價的族群。此外憲章 15 條第 2 項的目的是保護改善「特定」（specific and identifiable）弱勢族群的法律，而非範圍更廣泛的社會性立法政策。最後，積極改善措施所針對的族群不需要所有成員都處於弱勢，只要該族群整體經歷過歧視即足[163]。

---

161 此處認為未先特定是哪些弱勢族群有可能因涵蓋過窄受侵害便很難進行審查，主要是針對加拿大的審查模式而言，因為加拿大最高法院審查歧視時強調脈絡化的審查角度，必須針對特定族群的整體社經情況做分析，不可能抽象地泛論系爭規範是否對該族群構成歧視。但若反觀我國大法官做成釋字 649 號解釋之理由，會發現大法官雖然認為違憲的主要理由是對主流族群（非視障者）侵害過度，卻也提及「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」，亦即大法官不須經過如加拿大最高法院一般詳細的考察與說明，即可泛泛地論稱該措施有涵蓋過窄的問題，此亦為兩國對於平等權案件審查觀點截然不同之證明。

162 *Kapp*, para 41-42.

163 *Kapp*, para 55.

（三）釋字 649 號解釋案例事實與我國大法官審查模式

1. 案例事實

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」。[164]

2. 大法官審查模式與結果

大法官於本案區分憲法第 7 條平等權與憲法第 15 條工作權選擇職業自由，分別審查。

關於平等權部分，大法官主要是以「禁止非視障者從事按摩業」之手段，相對於「保護視障者權益」的立法目的，必須「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」，為符合平等權之要件。然而依照上開標準審查的結論，乃是（1）「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」（過度侵害其他族群平等權）（2）「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」（意指涵蓋過窄）（3）「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」。（意指從效果來看，無法有效達成目的）

關於選擇職業自由部分，大法官首先說明審查方式：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知

[164] 96 年 7 月 11 日該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」，並移列為第四十六條第一項前段，規定意旨相同。

識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」

由於系爭規定屬於對非視障者選擇職業自由之客觀條件限制，則立法目的必須為特別重要之公共利益，手段須符合比例原則。大法官適用結論如下：「該規定旨在保障視障者之就業機會，徵諸憲法第一百五十五條後段及增修條文第十條第七項之意旨，自屬特別重要之公共利益，目的洵屬正當。惟鑑於社會之發展，按摩業之需求市場範圍擴大，而依規定，按摩業之手技甚為廣泛，…系爭規定對非視障者從事按摩業之禁止，其範圍尚非明確，導致執行標準不一，使得非視障者從事類似相關工作及行業觸法之可能性大增，…且按摩業並非僅得由視障者從事，有意從事按摩業者受相當之訓練並經檢定合格應即有就業之資格，將按摩業僅允准視障者從事，使有意投身專業按摩工作之非視障者須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當。」結論為違憲。

（四）Kapp 案審查標準於釋字 649 號解釋之適用結果

1. 目的具有積極改善特定族群處境之意旨

首先審查系爭法律有無積極改善、提升弱勢的目的。依照大法官解釋文，系爭身心障礙者保護法係「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」。依照以上說明，立法者明確主張其系爭規範目的本意即針對改善視障者的結構性弱勢地位，所採取之手段基本上也可以達到該目的，應具有合理關聯性。

2. 優惠對象確實為弱勢個人或族群

接著判斷優惠針對之族群是否為弱勢個人或族群。視障者屬於加拿大權利與自由憲章第 15 條第 1 項之嫌疑分類，顯屬弱勢族群。此外，系爭法律是專為視障者量身定做，並非優惠對象廣泛、欠缺族群特定性之社會福利措施，故系爭措施亦能滿足此要件。

（四）與我國大法官解釋審查模式之比較

適用加拿大最高法院 Kapp 案審查模式顯然與我國大法官解釋審查的模式乃至於結果，都相差極大。

1. 審查模式的差別

Kapp 案的審查模式是以「正面表列」的方式，確認系爭優惠性差別待遇為符合平等權內涵的措施，且顯然是以相當寬容的態度在審視優惠性差別待遇。相較之下，我國大法官基本上仍是將優惠性差別待遇當成歧視的一種在審查，而這正是 Kapp 案中，加拿大最高法院不採 Lovelace 的審查方式，轉而獨立以憲章第 15 條第 2 項審查的原因。

若以審查標的來比較我國大法官的審查模式與加拿大最高法院 Kapp 案的審查模式，會發現我國儘管將平等權與自由權區分審查，且審查標準可能不同，但審查的標的其實都是目的（正當性）與手段（須符合比例原則），而且又以手段為主。相較之下，加拿大模式審的是主要是立法目的「是否真正積極改善弱勢族群處境」，對於手段的訴求，實際上只剩下與積極改善目標的最基本關聯，依照加拿大最高法院在 Kapp 案的論述，連最小侵害性與衡平性都未提及，因為此處審查手段的目的不是要控制侵害程度，是為了確認有沒有積極改善弱勢的效果。對加拿大最高法院來說，類似我國關於目的與手段的審查一向都不是平等權審查的內容，而是憲章第 1 條的處理範圍。在 Kapp 案針對積極改善措施的審查模式下，如果系爭規範屬於憲法平等權所歡迎的積極改善措施，根本就不用再依照憲

章第 1 條審查手段是否符合比例原則了。

更進一步地說，我國大法官解釋審查的重點，無論自由權或平等權，最後會落在手段造成侵害的「量」是否過度、違反衡平性[165]，加拿大法院則基本上不重視這個問題。所以參照上面以 Kapp 案適用釋字 649 號解釋的過程，會發現我國大法官認為 649 號解釋違憲的理由，亦即手段不合乎比例原則（對非視障者的侵害與保障弱勢的目的輕重失衡），對加拿大最高法院來說，根本是無關平等權核心的爭點[166]，所以 Kapp 案的模式幾乎不會審查到，這也是 Kapp 案模式審查結果合憲，但我國大法官認為違憲的緣故。

2. 對優惠性差別待遇立場的比較

延續前段對於我國大法官與加拿大最高法院審查優惠性差別待遇方式的比較，接下來讓我們把焦點放在不同的審查模式，對優惠性差別待遇表現出的立場。所謂立場，是指寬容或敵視優惠性差別待遇的態度，這點在我國的審查模式下，是透過審查標準的選擇來表達，因此以下先觀察我國大法官在 649 號解釋對優惠性差別待遇的審查標準。

我國大法官為平等權與職業自由各自選擇了一套審查標準，首先平等權的審查標準，依大法官所述：「……須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。(底

[165]學者曾以「限制程度/量」或「分類」，為比例原則與平等權審查的差異所在：「比例原則在『手段與目的關連性』部份，審查的是限制的 『量』或『程度』，也就是系爭限制是否過苛？而平等權的核心爭議往往不是差別待遇的量或程度，而在於『分類標準』本身的合憲性（是否可分？分的是否精確？）」，黃昭元，平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，2008 年，頁 270。

[165] 我國大法官審查平等權的方式，可參閱黃昭元，平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，2008 年，頁 253-283，黃昭元，平等權與自由權競核案件之審查—從釋字六四九號解釋談起，法學新論，第 7 期，2009 年，頁 17-41。

[166] 誠如註 140 提到的學者見解，「比例原則在『手段與目的關連性』部份，審查的是限制的『量』或『程度』，也就是系爭限制是否過苛？而平等權的核心爭議往往不是差別待遇的量或程度，而在於『分類標準』本身的合憲性（是否可分？分的是否精確？）」，事實上把審查重點放在「侵害的量」的方式，是屬於自由權的思考模式，並非平等權的核心關懷。大法官儘管將平等權與自由權分開審查，但在平等權的審查上，形同以自由權的模式思考，根本放錯重點。

線為本文所加)」。從其對立法目的與手段之要求看來，大法官顯然不認為此案應適用最寬鬆之審查標準，但倒也未至「嚴格審查標準」的程度[167]，因此應較接近「中度審查標準」[168]。但如果與同樣針對身心障礙者做成的 626 號解釋相比，會發現字面上採取的審查標準似乎相同[169]，但從兩者的適用過程與適用結果來看，大法官對於 649 號解釋針對身心障礙者的優惠性差別待遇，毋寧比 626 號解釋對身心障礙者的侵益性規定，態度更嚴格[170]，並沒有因為 649 號系爭措施具有保障弱勢的意旨而放寬標準。至於自由權的審查標準，從「應以保護特別重要之公共利益」為目的的標準的用語，顯然也是較嚴格的態度，本案最後亦得到違憲結論。

相較我國大法官並未真正以比較寬鬆的態度審查釋字 649 號解釋系爭優惠性差別待遇，加拿大最高法院 Kapp 案的標準，相形之下可謂寬鬆至極，且不難發現法院的立場是「只要立法者有真實的積極改善目標」，手段近乎無限允許，未有提到任何限制。

由我國與加拿大審查方式對優惠性差別待遇的立場比較，加拿大的（無限）容許立場與其實質平等觀一致，至於我國，並未因優惠性差別待遇具有保障弱勢的特質而明顯放鬆。此亦凸顯出我國大法官雖於解釋文中強調身心障礙者的弱勢地位，且表示應積極保障，實際上面對侵害多數主流族群的利益與保障弱勢的平等權必須權衡時，仍舊傾向保障多數主流族群的利益[171]。[172]

---

167 大法官在其他某些案件中（例如釋字 603 號解釋對隱私權的保障），曾強調立法目的須為「重大公益之目的」，具備密切關聯之侵害較小手段，手段則須符合「具備密切關連之侵害較小手段」。故相比之下，本號解釋對平等權的審查未至嚴格審查標準。

168 類似見解：「大法官在 649 號解釋對平等權之審查，對比釋字第 584、626 等號解釋，本文認為釋字第 649 號解釋對於平等權之審查是採取相當於中度的較嚴審查標準。」黃昭元，平等權與自由權競核案件之審查—從釋字六四九號解釋談起，法學新論，第 7 期，2009 年，頁 37，

169 626 號大法官解釋：「系爭招生簡章之規定是否違反平等權之保障，應視其所欲達成之目的是否屬重要公共利益，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否具有實質關聯而定。」（底線為本文所加）從 626 號解釋與 649 號解釋同樣要求目的與手段須符合「重要公共利益」與「實質關聯」看來，大法官在這兩號解釋的審查標準貌似相同。

170 詳細說明可參黃君華，從美國法上「優惠性差別待遇」（Affirmative Action）的爭議談釋字六四九號解釋，判解研究彙編（十五）：李模務實法學基金會九十九年第十五屆法學論文徵選得獎作品，頁 157-177。

171 釋字 649 號解釋也因此招致學者批評為「欠缺權力敏感度」，意指並未意識到侵害優勢族群

3. 如何審查「涵蓋過窄」的情形？

本文於第二章第五節曾提到，加拿大學者曾對 Kapp 案的審查模式提出批評，認為 Kapp 案所建立以憲章第 15 條第 2 項為主的審查模式，會導致忽略積極改善措施可能對其他弱勢族群帶來的歧視（主要是涵蓋過窄的問題）。對於此一問題，本國大法官雖然也於解釋理由書中略略提及，但其論述的方式相當空泛且淪為直覺性的評斷：「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」。

關於涵蓋過窄的問題，依照加拿大學者的批評，以Kapp案的模式確實無法充分釐清有無涵蓋過窄的情形[173]，相對而言，Lovelace案由於原告就是未能被涵蓋的其他弱勢族群，大法官於該案所主張以憲章第15條第1項審查的模式，毋寧更適宜解決涵蓋過窄的平等權爭議。若以Lovelace案的模式適用於我國649號解釋，雖然其他身心障礙者也是弱勢族群，易遭刻板印象、偏見所害導致在就業領域與視障者同樣經歷類似的不利處境，但若無跡象顯示系爭措施是基於刻板印象或偏見而做成差別待遇，因此會產生強化刻板印象或偏見的效果，則較難認定構成歧視。其次，要看系爭措施是否專門為優惠對象所設計，如果是為優惠族群量身定做的措施，對其他弱勢族群也不構成歧視。就這兩項要素而言，立法者為了保障視障者而禁止其他身心障礙族群進入按摩業，是否對其他身心障礙族群造成延續

的平等權和侵害弱勢族群的平等權，從權力結構、社會壓迫的角度來看，意義有重大不同，且應反映於憲法平等權的操作上。廖元豪，非視障者比視障者更值得保護？精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字六四九號解釋，台灣法學雜誌，第 123 期，2009 年，頁 192。

172 2014 年 4 月做成的釋字 719 號解釋，是另一號關於優惠性差別待遇的大法官解釋。其中關於平等權的審查：「按系爭規定所以為差別待遇，係因國內員工總人數逾百人之廠商，其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高；且系爭規定所為進用比例為百分之一，以百人為差別待遇之分界，其用意在降低實現前開目的所為差別待遇造成之影響。至於此一差別待遇對於目的之達成，仍應有合理之關聯」，可發現審查標準相較於 649 號解釋明顯寬鬆，且結論合憲，但根據大法官強調「因國內員工總人數逾百人之廠商，其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高」的實質合憲理由，不難發現大法官依舊是從對於優勢、主流族群侵害的程度來決定審查標準或結論。釋字 719 號解釋系爭規範直接侵害的對象只是與政府簽訂契約的公司中規模較大者，該規範侵害的量不論是對受影響的「人數」（少部分公司）或「影響程度」（進用比例不高）均非顯著，從大法官向來將審查焦點放在「侵害的量」的邏輯，會得出合憲結論並不突兀，也無法代表大法官對於「族群」的敏感度有所提高。換言之，距離實質平等的思考，還差很遠。

173畢竟 Kapp 案是由優勢、主流族群提出的平等權訴訟，最高法院可能是因為在該個案中較無需要仔細分析系爭法律對優勢族群的歧視影響，所以選擇了較無法檢驗法律效果的審查模式。

刻板印象、加劇弱勢處境的效果？當然，釋憲者也可以一般性地主張，將其他弱勢者排除於按摩業，形同又為他們已經相當受限的就業機會雪上加霜，因此確實具有歧視性效果。然而若從加拿大最高法院認為評估法律效果時，應採取充分關注特定族群處境差異的脈絡觀察，則在無法特定哪些其他弱勢族群應為觀察對象的情況下，恐怕很難令釋憲者率爾否定優惠性差別待遇。此外，即便釋憲者以涵蓋過窄為理由宣告優惠性差別待遇違憲，但參照加拿大兩個因涵蓋過窄而違憲的著名案例Eldridge、Vriend，法院宣告違憲後命令政府採取的救濟方式並不是宣告系爭措施無效，而是要求政府或立法者將未被涵納的對象立即納入，此點相較於我國大法官明明已經談到涵蓋過窄、為德不卒的問題，卻不是要求立法者修法納入，而是先宣告無效再說，完全無視該法廢除之後，視障者會先因此承受如何嚴重的負面影響[174]。由此可見，我國大法官實際上並非基於保障其他弱勢者的理由認為該法律違反平等權，而是因為該法律侵害主流、優勢族群的平等權而認定違憲。本國大法官欠缺實質平等保障弱勢觀念的邏輯，於此表露無遺。

3. 實質平等觀對侵害「量」的審查與我國自由權審查之差異

國內學說目前對本國大法官審查平等權案件方式之討論（尤其是同時涉及平等權與自由權的情況），有一重要爭議是在於如何解決兩者同時必須審查，但分開思考的結果卻彼此衝突的困境。

對此，部分學者認為只須審查自由權即足，平等權並無獨立的權利性質，但也有學者認為平等權的本質是審查「分類是否精確」，而非如大法官一向將其誤解為應審查「侵害的量」，因此而與自由權之審查重覆。為解決這種自由權與平等權審查模式衝突的問題，學者曾嘗試分析哪些案件應該只以平等權審查即足，不須再審查自由權。

面對上開爭議，若從加拿大平等權保障的經驗出發，會發現在實質平等觀之

174 類似見解例如廖元豪：「對比之下，釋字 649 號解釋不但從嚴審查，而且結果不是做成『警告性解釋』（合憲，但應檢討修正），而是『違憲宣告』。…如果立法者無法找出更適當的手段，不利的後果就是誰來承擔？當然是弱者！」，非視障者比視障者更值得保護？精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字六四九號解釋，台灣法學雜誌，123 期，2009，頁 193。

下，其實已將平等權審查的重點由「分類是否精確」轉移至「分類會造成的效果與影響」。亦即某程度實質平等觀所在意的或許某程度也算是對弱勢族群「侵害的量」。本文認為，若實質平等觀也將審查重點放在侵害的程度，在我國目前的審查模式下，或許可構成以平等權審查取代自由權審查的理由（因為平等權也充分審查了侵害的程度），改以對族群身份敏感、保障弱勢的實質平等觀點去看待系爭措施對自由權造成的侵害，適當地調整我國目前過度傾向自由權保障（而且是主流族群的自由權保障）的問題。

4. Kapp 案的審查模式是否太寬鬆而有過度侵害主流族群自由權之虞？

如上所述，加拿大最高法院 Kapp 案的審查模式對優惠性差別待遇極其寬容，從最高法院 Kapp 案的意見書也可以發現，大法官是刻意不去計較立法者所選擇的手段是否一開始即非常適當或非常有效，而是允許立法者有大膽實驗、創造積極平權性政策的空間，所以對於手段與目的之間的關聯、效果好壞、對主流優勢族群的侵害程度都盡量寬容。但這種態度當然會引致另一個方向的疑問，亦即這樣是否會令立法者為實現事實上平等而過度侵害自由權，使平等權與自由權的衝突更激烈[175]？對此問題，本文認為可參考加拿大最高法院 2003 年的 Trociuk[176] 案。該案為英屬哥倫比亞省的人口統計法令（British Columbia Vital Statistics Act）規定，新生兒的生父如有不適合被生母承認身份（unacknowledged by the mother）的情形，可由生母自行註明後，獨自向戶政機關為子女報戶口，並因此得由生母自行決定子女姓名，排除生父將其姓氏加入子女姓名中的權利。原告主張由於所謂「不適合被生母承認生父身分」的情形可由生母片面宣稱，並因而自行決定子女姓名，且生父無法透過任何程序尋求救濟，系爭法律對父親於子女命名決定過程的排除，是基於性別的歧視。該案中大法官認為雖然受侵害之對象非屬弱勢族

175 蔡宗珍，性別平等與女性保障名額制度，司法院大法官九十五年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（下冊），司法院，2006，頁 124。

176 *Trociuk v. British Columbia (Attorney General),* [2003] 1 S.C.R. 835. 惟口試委員陳昭如老師提及，本案實為反女性主義者團體積極動員影響法院的惡例，在加拿大頗為學者詬病。本文在此引用該案，目的不在評論該案是否符合實質平等觀，事實上該判決的存在適足以證明，對法院過度保障弱勢族群以至於侵害主流族群的擔憂，根本只是主流族群的被害妄想。

群，且並未質疑立法者主張立法目的是為了避免母親因擔心父親身份曝光而不願意為子女報戶口的情況，有其積極平權性，但由於為子女命名、使自己的家族標記得以表彰於子女姓名的權利對人性尊嚴至為重要，且該法完全未予生父任何救濟管道，最高法院仍認定該法違反憲章第 15 條第 1 項構成歧視。由此可知，若主流優勢族群受限制或侵害的利益與程度涉及較重要的權利，加拿大最高法院還是有可能認定構成歧視，並非毫無限制。

第四章　結論

一、 研究發現與貢獻

「實質平等觀」是當前國內許多平等權研究者認為較符合當代政治、哲學平等理論的平等權內涵或價值，惟國內文獻對實質平等觀之說明或運用，多停留在批判層次，較難將其深刻的平等意涵轉化為平等權違憲審查上可操作的概念或模式，而這也是目前國內平等權研究面臨的挑戰。

本文藉由整理分析加拿大最高法院對於加拿大權利與自由憲章第 15 條平等權保障所做成之重要判決，首先從加拿大最高法院對平等權保障的宗旨及核心關懷、具體審查架構、重要路線爭論釐清以實質平等觀作為解決平等權爭議基礎時，可能面臨的困難或質疑，續則挑選準嫌疑分類的界定、對優惠性差別待遇的態度與積極保障義務的發展等對我國平等權相關學說具有重要啟示之面向，呈現加拿大平等權保障體系更完整的實質平等圖像。

本文發現加拿大最高法院基於實質平等觀所展現的審查特色主要有三：結果取向、脈絡化審查、敏於壓迫。其所建立的平等權審查模式，透過憲章第15條與憲章第1條相分離，能更清楚地凸顯實質平等重視族群分類（對族群身份與權力關係敏感）、重視歧視或壓迫效果（而非意圖）的特色，避免對於目的與手段的檢驗，模糊了平等權真正關心的重點，此點於本文第三章將加拿大最高法院平等權審查模式適用於本國案例的過程更為明顯。透過與加拿大審查模式的比較，會發現我國大法官對於平等權的理解不僅經常與實質平等觀相違，甚至可說是並未發展出真正獨立於自由權的思考，欠缺保障弱勢族群的價值觀與決心。

其次本文參考加拿大學者之見解，發現儘管加拿大最高法院努力發展基於實

質平等觀的審查模式，但仍有未臻周全之處，不論是對於「刻板印象」概念或者「嫌疑/準嫌疑分類」概念的使用，都有未能落實實質平等觀針對「結果」（outcome、impact、effect）審查的問題，學者認為大法官還未能清楚地意識到「差異」本身即代表社會經濟權力結構對弱勢者的宰制與壓迫，對「多元交錯的壓迫」（intersectionality）也不夠敏感。這些針對加拿大最高法院的批評，對於本國平等權的研究而言，是比加拿大最高法院判決更為進步的觀點，國內雖已有少數學者關注多重身份結構壓迫的問題，但還未有學者討論司法者應如何透過違憲審查，回應或處理此種多重壓迫。本文雖對加國學者的基進觀點著墨不夠深入且未能以該觀點反省國內學說或實務見解，但或者多少能觸發其他研究者之關懷與擴大視野。

最後，相較於國內目前已累積不少針對美國或德國平等權學說與實務發展的研究，本文選擇以較少論者深入研究之加拿大最高法院判決作為論文主題，儘管內容有相當的侷限（例如未針對性別平等的發展有所說明），且與其他國家（例如美國）的平等權發展之比較明顯力有未逮，但至少能作為有心探索德、美以外法體系平等權保障者之參考。

二、研究展望

承前所述，本文雖嘗試對加拿大最高法院的平等權判決與實質平等觀點作一鳥瞰，但由於性別平等的案件一方面另涉權利與自由憲章第 28 條，且性別平等的發展有其獨特於其他平等權研究之處，其討論之深厚豐富，作者自知無法同時研讀掌握，故本文初步排除對性別平等案例的分析，僅從較一般性的方向初探加拿大的平等權研究。

此外作者於研究過程中發現，由目前所設定之研究方向來循序思考關於平等權的種種爭議，最後勢必須討論積極保障弱勢族群的平等權訴求如何與主流族群

自由權衡平的問題[177]。在加拿大的實質平等觀之下，主流族群的自由權被限制不被視為是平等權的核心議題，通常被放在憲章第 1 條所處理的「其他考量」範疇，而且只有在所涉及之權利相當重要時才會例外有凌駕於平等權考量之上的可能。本文於此議題目前僅簡單地以 2003 年 Trociuk[178]案粗率帶過，但本文認為此問題其實可從加拿大最高法院關於歧視性言論與色情言論的判決中得到答案，目前未能研究相當可惜；另外憲章第 1 條非屬平等權核心的考量何時可凌駕於平等權之上？例如權力分立、政府主權（尤其是財政方面）等利益如何與平等保障權衡？這些都是屬於實質平等觀的「極限」在哪的問題，若能從加拿大的平等權研究中得到些許答案，相信會對國內學說有某程度的啟示。

其次，延續以上問題，加拿大最高法院承認某程度的國家積極義務，但似乎僅限於已經提供的給付不得涵蓋過窄，若有此種情形，得因人民提起訴訟而由法院強制立法者或政府將原告族群納入，但加拿大最高法院仍遲疑於「從無到有」的制度建立義務。這部分的發展，回應於國內學說，會與德國法上關於平等權的主觀權利面向、國家有無「禁止保護不足」義務有所連結，惟因作者對國內學者所引用之德國基本權利保障學說了解不足，未能於本文中一併回應處理。

最後在優惠性差別待遇的研究與比較上，由於加拿大最高法院並未直接處理關於「配額」或「比例代表」制的問題，所以本文也（非常取巧地）迴避了與此相關的爭議。但作者於研究過程中注意到加拿大普遍實施的平等僱用法制（Employment Equity Act），基本上就是一套加拿大模式的優惠性差別待遇政策（而且可能有涉及配額的使用），若能對之進行制度分析比較，必定能對國內目前優惠性差別待遇具體設計的研究有所助益。

---

177 本文認為主要爭議是在與「主流、優勢族群」的自由權衡平，而非與其他弱勢族群的權利衡平。因為就平等權的思考脈絡而言，涉及其他弱勢族群的問題，幾乎都會在平等權的審查中多少被討論，唯獨對主流、優勢族群的影響，是被加拿大實質平等關的思考模式暫時丟在平等權核心爭議之外，但這並不代表這個問題不重要，而且這個問題也是傳統自由派學者無法接受平等權積極保護義務的主要理由。

178 *Trociuk v. British Columblia (Attorney General)*, [2003] SCC 34

參考文獻

中文文獻

1. 專書、專書論文、碩士論文

凱瑟琳麥金儂（2010），《言語不只是言語：誹謗、歧視與言論自由》，邵允鍾、莊韻親、陸詩薇、林實芳、林昱辰、劉又慎譯，臺北：博雅。

倪伯萱（2002），《種族優惠性差別待遇的司法審查—以審查標準的分析與檢討為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

黃昭元（2009），〈平等權案件之司法審查標準— 從釋字 626 號解釋談起〉，《憲法解釋之理論與實務第六輯》，頁 551-580，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。

_____（2010），〈平等理論的演進與典範變遷〉，《大法官，給個說法！3：不平則鳴》，財團法人民間司法改革基金會編，頁 5-18，臺北：商周。

_____（2013），〈從釋字第 649 號解釋看優惠性差別待遇的合憲性審查〉，《立憲國家之課題與挑戰:許志雄教授六秩華誕祝壽論文集》,頁 161-188，臺北：元照。

2. 期刊論文、研討會論文

李建良（2013），〈「形式平等」、「實質平等」語辨的反思—比較憲法方法論的初步探討〉，收錄於《第九屆憲法解釋理論與實務研討會：憲政主義與人權理論的移植與深耕》，中央研究院法律學研究所主辦。

陳昭如（2011），〈用法律改變未來：加拿大的楓葉女性主義行動〉，《性別平等教育季刊》，57 期，頁 107-114。

_____（2002），〈女人的法庭：一個台灣女性主義法學教授的溫哥華札記（二）〉，《在野法潮》，13 期，頁 80-85。

_____（2012），〈顯見的少數：一個台灣女性主義法學教授的溫哥華札記（一）〉，《在野法潮》，12 期，頁 80-85。

_____（2012），〈加拿大訴訟參加的社會運動：一個台灣女性主義法學教授的溫哥華札記（三）〉，《在野法潮》，14 期，頁 104-111。

_____（2010），〈婚姻作為法律上的異性戀父權與特權〉，《女學學誌：婦女與性別研究》，27 期，2010，頁 133-199。

_____（2013），〈宰制論的跨國遷移—加拿大楓葉女性主義的個案〉，《月旦法學雜誌》，221 期，頁 308-317。

黃昭元（2008），〈平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 4 期，頁 253-283。

_____（2009），〈平等權與自由權競合案件之審查—從釋字六四九號解釋談起〉，《法學新論》，7 期，頁 17-41。

_____（2012），〈差別影響歧視與差別對待歧視的關係：評美國 *Ricci v. DeStefano* (2009)判決〉，《中研院法學期刊》，11 期，頁 1-64。

_____（2013），〈平等理論與憲法解釋：實質平等的挑戰與難題〉，收錄於《第九屆憲法解釋理論與實務研討會：憲政主義與人權理論的移植與深耕》，中央研究院法律學研究所主辦。

廖元豪（1996），〈美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究—兼論平等原則之真義〉，《東吳大學法律學報》，第 9 卷 2 期，1996 年，頁 1-44。

_____（2004），〈種族積極平權措施（Race-Based Positive Action）與平等原則之關係–歐洲角度的評析〉，載於《「歐洲人權」學術研討會》，中央

研究院歐美研究所主辦。

_____（2004），「優惠」弱勢族群？—不公平競爭？實質平等？，月旦法學教室，25 期，頁 10-11。

_____（2005），〈實質平等〉，《月旦法學教室》，27 期，頁 38-41。

_____（2008），〈憲法平等權之意義〉，《月旦法學教室》，68 期，頁 48-58。

_____（2009），〈非視障者比視障者更值得保護？精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字六四九號解釋〉，《台灣法學雜誌》，123 期，頁 187-193。

蔡宗珍（2006），〈性別平等與女性保障名額制度〉，《司法院大法官九十五年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（下冊）》，司法院，頁 115-138。

英文文獻

Abella, R. S. (1984). *Equality in Employment: A Royal Commission Report*. Minister of Supply and Services Canada. 部分摘要可自網路取得：http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/cws/article/viewFile/12792/11875

Agocs, C. (1986). Affirmative Action, Canadian Style: A Reconnaissance. *Canadian Publicy*, Vol. 12 No. 1: 148-162.

Bakan, A. B. and Kobayashi, Audrey. (2000). Employment Equity Policy in Canada: An Interprovincal Comparison.

Bakan, A. B. and Kobayashi, Audrey. (2007). Affirmative Action and Employment Equity: Policy, Ideology, and Backlash in Canadian Context. *Studies in Political Economy*, vol. 79.

Bavis, Craig D. (1999). Vriend v. Alberta, Law v. Canada, Ontario v. M. and H.: The Latest Steps on theWinding Path to Substantive Equality. 37 Alta. L. Rev. 683.

Funston, B. W. & Eugene Meehan. (2003). *Canada's Constitutional Law in a Nutshell*. (third edition). Toronto: Thompson Carswell.

Grabham, Emily. (2000). *Substantive Equality: A Comparative Analysis of UK, EC and Canadian Law*. Kingston, Ontario, Canada: Queen's University.

Hendry, James. (2012). The Current Nature and Measure of the Charter Equality Right. 31 NJCL 25.

Koshan, Jennifer & Jonnette W. Hamilton (2013). The Continual Reinvention of Section 15 of the Charter. 64 UNBLJ 19.

McIntyre, Sheila & Sanda Rodgers. (Eds.)(2006). *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ontario: LexisNexis Butterworths.

Mandel, Michael. (1994). *The Charter of Rights and The Legalization of Politics in Canada*: Revised, updated and expanded edition. Toronto: Thompson Educational Publishing.

Manfredi, C. P. (2000). Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism. Oxford University Press (Second Edition).

Manfredi, C. P. (2004). Feminist Activism in the Supreme Court: Legal Mobilization and the Women's leago Education and Action Fund. UBC Press.

Majury, Diana. (2006). Introducing the Women Court of Canada. 18 Can J. Women & L. 1.

Peters, A. (1999). Women, Quotas and Constitutions: A Comparative Study of Affirmative Action for Women Under American, German, EC and International Law. Kluwer Law Internationl.

Porter, B. (1997-1998). Beyond Andrews, Substantive Equality and Positive Obligations After Eldridge and Vriend. 9 Const. F. 71.

Réaume,Denise. (2006). The Women's Court of Canada: The Virtues of Blending Theory and Practice.

Sharpe, Rober J. & Roach, Kent. (2005). *The Charter of Rights and Freedoms.* (Third Edition). Toronto: Irwin Law.

Tranopolsky ,W. S.(1983). The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedom. 61 Can. Bar Rev. 242.

Wintemute, Robert. (2003-2004). Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits. 49 McGill L.J. 1143.

Young, Margot. (2010). Unequal to the Task: "Knapp"ing the Substantive Potential of Section 15. 50 *The Supreme Court Review* 183.

網路資源

http://womenscourt.ca/wcc-judgments/

http://lois-laws.justice.gc.ca/eng/acts/P%2D33.01/

http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/eead-eeed/rprt/rprs/mar-lmar-eng.htm#n3

Employment Equity in the Federal Public Service: Staying Vigilant for Equality，
Standing Senate Committee on Human Rights, 2013
http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/412/ridr/rep/rep02dec13-e.pdf

相關之加拿大最高法院判決簡表

年份/判決	分類基礎
The Queen v. Drybones, [1970] S.C.R. 282	種族 （非憲章案件）
Attorney General of Canada v. Lavell, [1974] S.C.R. 1349	種族、性別（非憲章案件）
Bliss v. Attorney General of Canada, [1979] 1 S.C.R. 183	性別（非憲章案件）
R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103	Ｘ（比例原則）
Brooks v. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219	性別
Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143	國籍
Weatherall v. Canada (Attorney General), [1993] 2 S.C.R. 872	性別
Miron v. Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418	婚姻狀態
Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513	婚姻狀態
Thibaudeau v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 627	性別
Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624	聽障
Vriend v. Alberta, [1998] 1 S.C.R. 493	性傾向
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497	年齡、（性別未被法院接受）
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203	種族、性別
M. v. H., [1999] 2 S.C.R. 3	性傾向
Lovelace v. Ontario, [2000] 1 S.C.R. 950	種族
Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769	國籍
Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 S.C.R. 429	年齡、（性別未被法院接受）
Trociuk v. British Columbia (Attorney General), [2003] 1 S.C.R. 835	性別
Newfundland v. N.A.P.E, [2004] 3 S.C.R. 381	性別
R v. Kapp, [2008] 2 S.C.R. 483	種族