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

從憲法平等權論私部門對前科者之就業歧視

Regulating Employment Discrimination against Ex-Offenders in the private sector：Based on Constitutional Right to Equality

蔡晴羽

Ching-Yu Tsai

指導教授：黃昭元 博士

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

中華民國 106 年 6 月

June 2017

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

憲法平等權論私部門對前科者之就業歧視
Regulating Employment Discrimination against Ex-Offenders in the private sector：
Based on Constitutional Right to Equality

本論文係蔡晴羽君（R02a21031）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 106 年 6 月 16 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：黃昭元

口試委員：張文貞

連恩典

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

謝辭

「法律就像旅行，必須為明天作準備，必須具備成長之原則。」——轉眼匆匆進入我的法律生涯第十年，這本碩士論文就像是這趟旅行中的小里程碑。一路走來，雖然不是沒有遇到過顛簸與風雨，但終究在許多人的支持和幫助下安然地走到現在。走上法律這條道路，對我而言，以「一期一會」的心情，面對這趟旅途中所遇到的每個人、每件事，何其有幸，以致內心至今仍充滿點點滴滴的感謝。

還記得法律系一年級的憲法課程，第一次來到黃昭元老師的課堂上，接受黃老師的啟迪。而後黃老師對我的關心與照顧，不曾間斷。無論我遇到什麼樣學業上、生活上的困難，黃老師都能悉心的給予我最大的支援與協助。即令在論文的寫作階段，受限於工作，無法全心全意地用功寫作，黃老師也能一句「妳救援案件，讓我來救援妳的論文」溫暖的鼓勵，讓我在茫茫的論文路上，總不致於偏離方向，而能緩慢地朝目標前進。另一方面，也非常感謝張文貞老師細心的指導，張老師在口試前溫暖的鼓勵、口試期間對我的提問，給我的意見和建議，都讓我更清楚論文的不足與應該修正的方向。

這本論文除了憲法外，另一部分是關於勞動法的部分，也是我從事律師實務工作以後最關心的領域。我很幸運，在勞動法的學習上，從來不缺老師。回到法研所後，幸運地剛好趕上修習焦興鎧老師的課程，也讓我對於工會保護與就業歧視學理上有更多的認識，使我對勞動法領域產生更濃厚的興趣和信心。焦老師在口試時循循善誘和提點，更令人我收穫良多。而王能君老師、林佳和老師無論課堂上或課後，總不厭其煩地為我解惑，引導我前進。在實際參與工會裁決案件中，更由衷地感謝張鑫隆老師熱情且無私的啟蒙和指導。於勞動諮詢上，也深受邱羽凡老師的提點。而周兆昱老師，也不時給我信心；王文宇老師、法律服務社的許士宦老師、林明鏘老師，時常的關心和叮嚀，也鼓勵我完成論文。

整個碩士生活，一邊從事律師實務工作一邊完成，最終能夠順利畢業，過程中受惠於太多人的包容、體諒、支持。我很幸運，若不是在林永頌律師、施淑貞律師的鼓勵之下，我沒有機會重返校園就讀碩士學位。感謝當時永信的同事 YC、JS、KB、IC、TH、PL、YU，幫忙分擔我的工作，讓我可以勇敢向前。之後，我來到平冤協會，受到羅秉成律師、顧立雄律師、黃虹霞律師、葉建廷律師、高涌誠律師、尤伯祥律師、謝煜偉老師、金孟華老師、蔡武廷老師的提攜與指導。而平冤秘書處的同仁士翔、芷嫻、裕晟、柏竣、于晴、佩璋、晏竹、昀青、麗純姊、龍綺大哥、黃姐、羅閔；並肩作戰的孝倫、怡婷、承勤、惠怡、孟釗、君逸、又寧、顯智、繼蔚、

doi:10.6342/NTU201701132

宣毅、偉仁、庭維、致豪、俊宏律師，和許多志工的包容和幫忙，以及 RCA 律師團成員宜平老師、信行老師、漢威、艾倫、芳君、一心、誠之、佩怡、家瀛、秉宏、則芳、雅瀅、煒育律師，書瑾、貝貝、秉暉、亮瑜，與每一個當事人的信賴和體諒之下，使我能順利地一邊從事實務工作，一邊完成碩士論文。

離開一段時間再重返校園，總擔心沒有伴。非常感謝 R02 公法組的每一個同學，能讓我順利地融入大家，重新感受校園簡單的快樂。特別感謝已畢業卻毫不推辭前來幫忙我，辛苦擔任論發與口試紀錄的季凡。感謝環續中心的愛屋及烏，出動了佩蓉擔任我的論發主持人，更有智超、宛霓、耀仁、函諒來捧場，也感謝彥亘、孟涵、宗軒、采蘋、琬婷、偉傑、柏宏出席和興邦的應援。身旁友人禹笙、家億、御哲、國賓、欣玉、玶繪、佳蓉、黃筠、育瑄、郁棋、彥宏、布丁、郁璇、孟潔、捷安、栗民、佑碁、政凱、智尊、柏裕、乃怡，不時一起吃喝玩樂、排憂解悶，很榮幸可以和家慶、冠賢、子元一起熱血的經營極憲焦點，感謝大家的陪伴。

包括這本論文的完成，我的人生總是恣意妄為的盡情做我想做的事。而這一切，都要感謝我的家人，在我的身後作我堅強的後盾。我最親愛的老媽，一直以來悉心打理、照顧我的生活，犧牲與我相處的時間，讓我可以無後顧之憂的投入；我最愛的哥哥，總在我疲累之餘陪我聊天打屁，讓我可以充電後前進；而我的公婆，疼愛我如親生女兒般支持和包容，以及整個帶給我愛與溫暖的林家大家庭。

而最感謝的是當然就是從這本論文開始到結束，從我開始法律的旅程至今，每一個階段都牽著我的手、督促我前進，我此生的摯愛－煜騰。我自知並非完美的人，然而，在煜騰的眼中，總是能看見最完美的我，並且樂於與我相伴前行。無論我在路途之中展現多少的不可愛，在煜騰的身邊，我能感受到我就是那個被相信最可愛的人。無論多少的徬徨、憂慮，煜騰總是不怨不惱的拉著我，一步一步地往前走。

在論文的寫作過程中，我深刻地體會到自己的不足和渺小。然而，感謝一路上每一個與我相遇的人們，總是給我最大的善意與信任。我是如何的幸運，才可以在一路上投入每一件值得投入的事。即令許多時候總不免失望、遺憾，也認知到有時事態的發展和結果未必能操之在己，更體認到自己的能力有時而窮，但我也在過程中認識到唯有持續不停的學習、自我檢視與準備，才能坦然並毫無畏懼的堅持。

知世故而能不世故，才是最善良的成熟。最後，再一次感謝我身邊每一個人，一路上給我的每一份的包容和幫助，讓我能在一路上懷抱著本心，持續前進。

晴羽，2017 年 6 月 26 日，於上河

doi:10.6342/NTU201701132

摘要

我國憲法第 7 條平等權保障內涵為實質平等，此應為職場上反歧視法建構之目的。我國前科者除了受到國家法令之限制而受有來自國家歧視，現行反歧視法未將「前科」身分明文納入反歧視法保護體系中，多數研究著重於前科者職業選擇自由限制違憲審查，對於私部門歧視研究較缺乏。故本文研究核心目的在以落實憲法第 7 條平等權保障視角，從司法與立法角度分析對抗前科者就業歧視困境之方法。

為達上述研究目的，美國從 1970 年起開始對抗前科者就業歧視困境累積許多經驗，本文參考美國法之經驗作為我國之啟發為研究方法，並將本文架構分成五章。第一章為緒論，第二章從我國現行反歧視法與司法院解釋，釐清前科身分所受國家與私部門歧視困境；第三章說明美國法對抗前科者就業歧視困境之經驗；第四章基於前二章發現，以平等權保障之視角，分別提出司法與立法建議；第五章則是結論。

本文於第二章發現司法院釋字第 584、715、749 號解釋，面對前科者國家法令限制時，未能關注於前科者受憲法第 7 條保障平等權之問題。就立法層面對私部門歧視管制僅侷限於「隱私」保障之角度，欠缺「反歧視」之平等權保障思維。

本文於第三章發現美國面臨前科就業歧視問題亦相當嚴重，受限於美國聯邦最高法院認為雇主不僱用前科者是理性決定後之結果，即令透過民權法第七編保障種族事由差別影響歧視理論，要求雇主必須個案衡量前科與職務關聯，對於前科者保護，仍屬不足。因此，有社會團體提出 Ban the Box 倡議，藉由禁止面試前查問前科紀錄方式，以達於歧視發生前避免歧視之目的，並有數個州法直接禁止對於前科者之歧視並明定例外考量前科紀錄之範圍。此等作法是反映考量出前科者未能就業所產生社會成本之「新理性」與「反壓迫」的實質平等之精神之具體展現。

本文於第四章提出前科者面對就業歧視之主因根源於標籤化，解決前科者就業歧視問題，應「去標籤化」肯認前科者於職場上工作能力和風險與一般人並無絕對本質不同，僅限於特定職務或工作內容與特性，與犯罪前科紀錄所涉罪名有直接關聯，足認有潛在風險將對雇主或第三人安全或權利造成損害例外為差別待遇。司法應參考上列標準，於國家歧視違憲審查納入實質平等觀點並提升至中度審查標準。立法層次上應落實「反壓迫」之精神，將前科事由明定原則禁止歧視，並規範前科紀錄查問制度，並依本文提出之原則，擬定個案考量前科紀錄衡量之因素。

本文於第五章總結憲法第 7 條，應確保前科者免於國家與私部門歧視。基於基本權對第三人效力之影響，大法官之決定對於普通法院和立法者運用憲法精神解決私部門歧視之態度有實質影響。本文研究希能踏出對於前科者就業歧視保護之第一步，至於前科紀錄塗銷管理制度、積極優惠措施，都是未來繼續研究之方向。

關鍵詞：平等權、前科者、就業歧視、反壓迫、民權法第七編(1964 年)、禁止查問、大法官解釋

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

Abstract

In Taiwan, many individuals that committed a crime and served their sentence receive a double sentence from society once they come out of prison: many of them have trouble finding work because they are simply not hired by the private sector, even though Article 7 of the Consitution of the Republic of China (R.O.C.). The Article 7 guarantees the equal rights of all citizens. The anti-discrimination law in the workplace seeks to further safeguard this constitutional right. However, nowadays, ex-convicts encounter serious discrimination from the public and private sector when they seek employment, and they are not protected under the framework of anti-discrimination laws in Taiwan. Even though there has been some research to how to protect ex-convicts against public employment discrimination, only few studies focus on discrimination by the private sector. Focusing on the protection of equal rights, this thesis intends offering solutions against private employment discrimination from a judicial and legislative perspective.

To the above end, the methodology of this thesis is to make a comparison to the U.S. experience. The U.S. has dealt with issues of employment discrimination against ex-convicts for many decades. Hence, Chapter 2 of this thesis, firstly, analyzes the interpretations of Taiwan's highest court, the Judicial Yuan, and Taiwan's laws on discrimination in the workplace. Next, Chapter 3 explores U.S. anti-discrimination law and academic studies of fighting employment discrimination against citizens with criminal records. Following the findings in these chapters, Chapter 4 makes suggestions on how judicial and legislative branches can protect ex-convicts against private employment discrimination. Finally, Chapter 5 draws up the conclusions.

The findings are as follows. First, the Constitutional Court's reviews of cases of discrimination against ex-convicts do not take into account anti-discrimination. Moreover, Taiwan currently does not have laws that safeguard ex-convincts from discrimination by private employers. When assessing discrimination by the private sector, both the courts and the legislature only focus on the right to privacy, but do not consider the right to equality.

The situation is not much different in the U.S. In the U.S. there are serious social problems of unemployment of ex-convicts. Even though the U.S. Supreme Court and laws, especially Title VII of the Civil Rights Act, have established comprehensive standards on anti-discrimination, ex-convicts are still excluded from protection. The reason is that the Supreme Court deems that employers, considering all risks and benefits, may have reasonable motives for refusing to hire individuals who committed a crime before. To reverse this phenomenon, some civil society groups push for the mechanism of "Ban the Box", which prohibits an employer from searching and reviewing prospective employees' criminal records before an interview. Moreover, some states have enacted

laws to avoid unfairness in hiring ex-convicts. Both methods reflect the notions of substantive equality, considering anti-subordination, and “new rationality”, considering the social costs of unemployment.

Based on above analysis, this thesis argues that the most important step to eliminate the discrimination of ex-convicts is removing the label which society attaches to them. In fact, from the perspective of labor skills, there is no difference between individuals with criminal records and those without such records. It is recommended that the Constitutional Court does not assume that ex-convicts are less capable of, or more dangerous to, performing a certain profession. Only when a priorly committed crime has substitutive relevance to the profession concerned, possibly enhancing dangers to other employees or third parties, there may be a reasonable interest to exclude an ex-convict. Based on this standard, the Constitutional Court should take into account the value of anti-oppression when interpreting the constitutional right to equality, employing intermediate scrutiny, to review laws which prohibit ex-convicts from certain professions. Only when the Court announces this equal value, the civil courts will incorporate the constitutional value of equality into anti-discrimination law regulating private discrimination. The the best way, however, to protect ex-convicts is to enact a special law that incorporates the mechanisms of “Ban the Box” and “new rationality”.

The thesis concludes that the constitutional right to equality is to be applied to both public and private discrimination. The Constitutional Court plays an important role in leading the Legislative Yuan and lower courts to apply the value of equality in their decisions on discrimination by the private sector against ex-convicts. This is nevertheless only the first step to solve the social problem of tunemployment of ex-offenders. It is helpful to develop further mechanisms, such as erasing criminal records or granting preferential treatment, to help ex-convicts re-entering society. In this way, we can prevent that ex-convicts are punished the rest of their life for past crimes and give them a brighter future.

Keywords: equal right, ex-offenders, employment discrimination, antisubordination, Title VII of the Civil Rights Act of 1964, Ban the Box, Judicial Yuan Interpretation

簡目

第一章　緒論……1

第一節　問題意識與研究目的……3

第二節　研究範圍與限制……11

第三節　文獻回顧……14

第四節　名詞定義……23

第五節　研究方法、步驟與架構……30

第六節　本文論點……31

第二章　前科者的就業寒冬：從國家到私部門的歧視結構……37

第一節　國家歧視……38

第二節　私部門對前科者的歧視……74

第三節　綜合分析：從立法與司法互動觀察……100

第三章　美國法之借鏡：對前科者就業歧視規範體系……113

第一節　前科者的就業困境與社會問題……113

第二節　反歧視法律架構……121

第三節　對前科者之保護措施與限制……143

第四節　綜合分析：美國法對我國之啟發……180

第四章　重構我國對於前科者之反歧視法……193

第一節　反歧視法建構的思考重點……193

第二節　前科者保護：司法、行政、立法建議……207

第五章　結論……245

參考文獻　……252

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

詳目

第一章　緒論 1
第一節　問題意識與研究目的 3
第二節　研究範圍與限制 11
第三節　文獻回顧 14
第一項　平等權 15
第二項　就業歧視 17
第一款　就業歧視禁止概論 18
第二款　個別禁止歧視保護事由 19
第三款　從職場隱私衍生之平等權保障 22
第三項　小結 23
第四節　名詞定義 23
第一項　平等、平等原則、平等權 24
第二項　歧視與差別待遇 25
第三項　前科 27
第四項　禁止查問 29
第五項　積極優惠措施 29
第五節　研究方法、步驟與架構 30
第六節　本文論點 31

第二章　前科者的就業寒冬：從國家到私部門的歧視結構 37
第一節　國家歧視 38
第一項　國家歧視的型態 38
第二項　大法官解釋之立場 44
第一款　限制服公職權：司法院釋字第 715 號 44
第二款　限制工作權：司法院釋字第 584 號、第 749 號 48
第一目　司法院釋字第 584 號解釋 48
第二目　司法院釋字第 749 號解釋 55
第三款　大法官如何建立審查國家歧視標準？ 61
第一目　平等權理論與內涵 62
第二目　平等權之審查標準 62
第三項　以平等權檢視大法官目前如何看待前科者？ 68
第二節　私部門對前科者的歧視 74
第一項　前科者面對的社會現實與困境 74
第一款　前科者之污名與社會標籤 75
第二款　前科者之職場困境 76

doi:10.6342/NTU201701132

第三款　國家歧視與私部門歧視連動關係 80
第二項　對前科者保護不周之反歧視法制環境 83
第一款　直接管制歧視 83
第二款　間接管制歧視 91
第一目　媒體管制 91
第二目　隱私保障 93
第三目　契約法管制 96
第三款　積極優惠措施 97
第四款　小結 99
第三節　綜合分析：從立法與司法互動觀察 100
第一項　對抗國家歧視之問題 100
第一款　大法官對於前科身分平等保護立場曖昧 101
第二款　國家歧視法令眾多司法違憲審查緩不濟急 105
第二項　對抗私部門歧視之問題 106
第一款　大法官對於矯正私部門歧視態度消極 106
第二款　法解釋侷限於明定事由保障不足 108
第三款　未能期待立法者積極將前科身分納入反歧視法中 109
第三項　小結 110

第三章　美國法之借鏡：對前科者就業歧視規範體系 113
第一節　前科者的就業困境與社會問題 113
第一項　前科者的過去與現在 114
第二項　前科紀錄所伴隨的不利附帶結果 116
第三項　犯罪紀錄查核服務的盛行 117
第四項　前科者就業困境對於社會所帶來的衝擊 118
第五項　小結 119
第二節　反歧視法律架構 121
第一項　憲法平等權保障之體系架構 121
第二項　聯邦反歧視法體系發展 124
第一款　反就業歧視聯邦立法進程 125
第二款　禁止歧視類型之發展 127
第一目　差別對待歧視 127
第二目　差別影響歧視 130
第三款　積極優惠措施 141
第三節　對前科者之保護措施與限制 143
第一項　透過聯邦憲法增補條款第 14 條規範前科歧視 145
第二項　透過民權法第七編規範前科歧視 149
第三項　透過禁止查問前科記錄規範前科歧視 159

doi:10.6342/NTU201701132

第一款　民權法第七編的侷限性 160
第二款　Ban the Box 之立法倡議 162
第三款　健康法管制框架之倡議 168
第四款　小結 170
第四項　透過直接納入反歧視法規範前科歧視 170
第一款　應將前科身分直接納入反歧視法之理由 171
第二款　各州立法狀況概述 173
第三款　納入反歧視法之參考要素 177
第四節　綜合分析：美國法對我國之啟發 180
第一項　前科身分與美國反歧視法上意義之演變 180
第二項　美國就業反歧視法保障前科者之優劣 184
第三項　追本溯源：以去標籤化作為避免前科歧視之方法 188

第四章　重構我國對於前科者之反歧視法 193
第一節　反歧視法建構的思考重點 193
第一項　前科者與一般人有無本質不同：標籤是否存在？ 194
第二項　標籤來源：國家與私部門 198
第一款　國家與私部門之標籤 198
第二款　標籤化產生歧視態樣 200
第三項　撕去標籤：就業歧視管制環節 201
第二節　前科者保護：司法、行政、立法建議 207
第一項　司法意義 208
第一款　違憲審查之建議 208
第二款　現行法解釋之建議 225
第二項　行政：勞動政策之建議 233
第三項　立法建議 234

第五章　結論 245

參考文獻 252

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

圖目錄

《圖 1》：前科者國家與私部門歧視交錯之問題意識圖 11

《圖 2》：前科者限制之國家法令分類圖 43

《圖 3》：前科者就業歧視問題困境－司法與立法互動關係圖 111

《圖 4》：美國對抗就業者就業歧視法制之保護光譜圖 184

《圖 5》：就業歧視之管制環節體系圖 203

《圖 6》：前科者職業選擇自由限制平等權審查流程 222

《圖 7》：憲法法院指示影響普通法院關係圖 224

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

表目錄

《表 1》：前科者就業歧視問題體系表 9

《表 2》：司法院釋字第 584 號解釋平等權審查意見比較一覽表 69

《表 3》：司法院釋字對於前科身分之平等權審查立場一覽表 73

《表 4》：我國直接禁止歧視相關反歧視法律一覽表 84

《表 5》：我國管制媒體之反歧視相關法律一覽表 92

《表 6》：我國透過隱私保障之反歧視相關法律一覽表 94

《表 7》：美國與我國就「前科」建立就業反歧視法比較表 206

《表 8》：前科者就業歧視之管制環節一覽表 239

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

第一章 緒論

我國憲法第 7 條保障平等權、第 15 條保障人民工作權；而憲法第 152 條規定，人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會。是以應足以推導出國家有確保職場上就業平等、禁止歧視之義務，政策和制度上確保每個具有工作能力之人民得以享有平等就業之機會。於憲法之要求下，我國理應可以發展出符合國際勞工組織（ILO）西元（下同）1958 年 6 月 25 日第 42 屆國際勞工組織第 111 號公約大會通過《消除就業與職業歧視公約》，揭櫫禁止就業與職業歧視之國際核心勞動基準之反歧視法制。[1]

司法院於西元 2004 年 9 月 17 日公布釋字第 584 號解釋，針對「道交條例禁曾犯特定罪者駕計程車規定違憲？」之爭議，首度處理國家法律限制前科者就業選擇自由、限制前科者平等就業之機會，是否違憲之議題。然而，該號解釋之解釋文僅略為提及「與憲法第七條之平等原則，亦屬無違」，於解釋理由書中亦沒有就平等權之審查有太多細緻之操作；後續司法院釋字第 715 號、749 號解釋雖然宣告以前科身分為差別待遇之法令違憲，但均沒有論及憲法第 7 條平等權保障與審查。[2]於大法官多數意見並未宣示對於前科身分平等保護之立場，實屬不足。

前科者在職場上，除了面臨國家法令差別待遇，亦即國家歧視外，來自私部門雇主歧視，更是時有所聞。[3]我國於 2009 年 3 月立法院通過《公民與政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights；下簡稱 ICCPR）、《經濟社會文化權利國際公約》（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights；下簡稱 ICESCR）兩項人權公約（以下簡稱「兩公約」）及其施行法。其中 ICESCR 第 2 條第 2 項規定：「本公約締約國承允保證人人行使本公約所載之各種

[1] 焦興鎧（2003），〈全球化與核心國際勞動基準之建構（上）〉，《法令月刊》，第 54 卷第 9 期，頁 25、28-29。
[2] 詳參本文第二章第一節第三項「以平等權檢視大法官目前如何看待前科者？」（本文第 68-73 頁）。
[3] 詳參本文第二章第二節第一項第二款「前科者之職場困境」（本文第 76-80 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

權利，不因種族、膚色、性別、語言、家教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等而受歧視。」、第 6 條第 1 項也明指：「本公約締約國確認人人有工作之權利，包括人人應有機會憑本人自由選擇或接受之工作謀生之權利，並將採取適當步驟保障之。」亦即國家法律除應禁止基於「特定身分」而為之歧視外，也應採取適當之步驟確保工作選擇自由之權利。不管是司法院解釋，或是國家立法者，應可以給予前科者更多之保護。

不過，目前我國以「前科」身分為差別待遇限制前科者受憲法保障基本權利之法令繁多。[4]而司法院釋字第 584 號解釋處理「道交條例禁曾犯特定罪者駕計程車規定違憲？」之爭議，大法官多數意見以受限制特定罪名之前科者，累再犯率相較於未犯罪之一般人而言偏高，並據此認定系爭法律對具有特定罪名之前科者所為差別待遇並沒有違反憲法第 7 條保障平等權而合憲。大法官多數意見，將再犯率粗糙的等同具必然實害之危險，認定前科者與一般人有本質不同，可由國家法令為差別待遇，不構成違憲之歧視。於後前科者更如同進入了寒冬。雖然到司法院釋字第 749 號解釋，國家對前科者之職業限制作成違憲的決定，但也是從工作權的角度出發，就憲法平等權則完全置之不論。因而，時至今日，從憲法平等權的觀點切入，大法官實未能捍衛前科者免受國家之歧視。若透過基本權對第三人效力理論的操作，此亦將連帶影響下級法院在面對社會私部門對前科者歧視時，對於平等權的解釋。更有甚者，是影響立法者以立法保障前科者就業的意願。[5]

如果檢視我國目前反歧視法體系，我國職場上反歧視法之法治基礎，源自 1992 年施行就業服務法即開始創設禁止一般就業歧視之類型。保護事由範圍最初以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身分之項目禁止歧視，於 2002 年修正再增訂婚姻歧視，並將殘障歧視修改為身心障礙歧視，於 2007 年又增列年齡、性傾向及出生地三個項目禁止歧視。於 2002

[4] 詳參本文第二章第一節第一項「國家歧視的型態」（本文第 38-43 頁）。
[5] 有關司法院大法官（憲法法院）面對國家歧視的態度，如何影響普通法院審理私部門歧視案件的態度，詳參本文第二章第三節「對抗私部門歧視之問題」（本文第 106-109 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

年制定並於次年實施兩性工作平等法（2008 年 1 月修正更名為性別工作平等法，並增列禁止「性傾向」之歧視），透過專法處理職場上性別歧視之問題；另 2007 年修正身心障礙者權益保障法增列第 40 條第 2 項對進用身心障礙者禁止歧視及同工同酬之規定。雖然設有諸多反歧視之法律，惟至今仍未將「前科」身分列入反歧視法明文禁止歧視事由，因此我國目前就管制私部門之反歧視法建構上，尚未觸及以平等權觀點來管制前科歧視之問題。[6]當然，就職場管制私部門雇主之歧視行為，除了「平等」取徑之外，亦可能透過「隱私」保護來達成目的。[7]目前我國就業服務法與個人資料保護法，就前科列入隱私資訊來作保護，然而是否充分，是否足以完全排除以平等權保護之必要，仍有再研究分析之空間。

綜上脈絡，若從我國前科者面臨之就業歧視困境出發，本文所欲處理之核心問題即目前我國司法院大法官解釋之立場是否足以對抗前科者就業歧視問題？國家歧視與私部門歧視間關聯為何？進一步聚焦於探討前科者於職場上所面臨私部門歧視之困境為何？我國現行反歧視法制對於前科者是否能提供充足與完善之平等保護？具體而言，於憲法第 7 條保障平等權之價值上，應採取如何反歧視法制度設計，方足以保障具前科者免於遭受就業歧視？

本文以下即依序說明本文之問題意識與研究目的、文獻回顧、並說明研究限制與研究方法、步驟與架構，並以本文論點敘明本文之研究發現。

第一節　問題意識與研究目的

針對前科者於職場上面臨歧視之問題，本文試舉六個案例說明討論前科者可能面對之就業歧視問題。

[6] 關於我國反歧視法制，詳參本文第二章第二節第二項第一款「直接管制歧視」（本文第 83-90 頁）。
[7] 透過隱私達到禁止歧視之目的，詳參本文第二章第二節第二項第二款第二目「隱私保障」（本文第 93-96 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

【案例 1】

某甲高分錄取就讀法律系，年少輕狂經常流連於夜店，一日搭訕酒醉少女共同前往汽車旅館性交後遭提告乘機性交罪判處二年有期徒刑定讞。服刑期滿發現自己受限於法律限制，因曾受一年有期徒刑以上刑之裁判確定，終身無法再以其所學法律專業考任民間公證人。[8]

【案例 2】

某乙自幼家貧輟學無法謀生遂結交狐群狗黨。一日友人興起於暗巷找一落單女子下手性侵害，某乙因於心不忍但又不想得罪朋友僅於巷口把風，後遭以強制性交罪共犯起訴判處三年有期徒刑定讞。某甲出獄後痛改前非，在便利商店當店員十年沒有再犯案，希望以自身儲蓄改行開計程車，惟發現自己因曾犯刑法第 221 條強制性交罪有罪確定前科，故無法辦理計程車駕駛人執業登記，以至於無法從事計程車駕駛工作。[9]

【案例 3】

某丙不喜讀書，熱愛打鼓，年少加入廟口八家將輟學，曾因一次酒駕車禍肇事，遭法院判處過失致人於死罪，遭判刑一年確定，某丙內心後悔不已，此項前科紀錄平常也不願讓人知曉，卻於求職時發生下列情形，而認遭受歧視：

[8] 參公證法第 26 條第 2 款：「有下列情事之一者，不得遴任為民間之公證人： 二、曾受一年有期徒刑以上刑之裁判確定。但因過失犯罪者，不在此限。」；專門職業及技術人員高等考試民間之公證人考試規則第 4 條：「應考人有公證法第二十六條各款情事之一者，不得應本考試。」之限制，由本文設計案例。

[9] 道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項：「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第一百八十四條、第一百八十五條、第二百二十一條至第二百二十九條、兒童及少年性交易防制條例第二十四條至第二十七條、兒童及少年性剝削防制條例第三十三條至第三十七條、槍砲彈藥刀械管制條例、懲治走私條例或毒品危害防制條例之罪，經判決罪刑確定，或曾依檢肅流氓條例裁定應為交付感訓確定者，不得辦理計程車駕駛人執業登記。」之限制，由本文設計案例。

doi:10.6342/NTU201701132

（1） 某路邊攤賣山東大餅業者張貼徵才廣告直接明示註明「有前科的人，不要來浪費時間」。[10]

（2） 應徵求職時因手臂刺有「鬼頭」刺青即遭拒絕、[11]學歷記載「中輟」即遭拒絕。[12]

（3） 應徵清潔工時遭要求應提供「警察刑事紀錄證明」（俗稱「良民證」）證明並無前科紀錄。[13]

（4） 應徵求職公司業務，公司提供之求職表制式格式要求應徵者應詳實填載有無前科？何種前科？[14]

---

[10] 參考 ET today 東森新聞雲 2015 年 3 月 11 日 11:23 發布【大餅業者徵才：22K 是你們自己不願吃苦，有前科別來】網路新聞，http://www.ettoday.net/news/20150311/476830.htm（最後瀏覽日：02/27/2017）。

[11] 參考 Now news 今日新聞 2012 年 6 月 28 日 14:23 發布【求職老碰壁？！青少年去除刺青　江湖味「鬼頭」最多…】網路新聞，http://www.nownews.com/n/2012/06/28/132417（最後瀏覽日：02/27/2017）；自由時報 2016 年 12 月 26 日發布【〈中部〉昔打架入獄少年　今當老闆煮美食助人】網路新聞提及：「許家恩說，手臂大大的官將首刺青圖案，**和入獄的紀錄，讓自己求職處處碰壁**，直到一家日本料理店的大廚因有相同的過去，便大方接納他當學徒，才有了翻轉人生的開始。學藝三年多後『出師』，回到草屯擺路邊攤賣海鮮料理，今年才開店賣海鮮燒烤。」，http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/1065472（最後瀏覽日：02/27/2017）（粗體為本文自行編輯）。

[12] 參考蘋果日報，2011 年 5 月 9 日發布【職場體驗　中輟生找到未來】網路新聞提及：「國內每年有近萬名國中或高中中輟生與未升學畢業生，這些孩子如想投身職場，往往因年紀輕缺乏經驗，又**背負著『中輟就是壞孩子』的刻板印象**，在求職路上困難重重！」，http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20110509/33374556/（最後瀏覽日：02/27/2017）（粗體為本文自行編輯）。

[13] 參考 Yes 123 求職網關鍵字輸入「良民證」，出現包括 2017 年 2 月 24 日更新「家事清潔員」職缺需檢附良民證、2017 年 2 月 27 日更新「北區配送司機」需檢附良民證、2017 年 2 月 23 日更新「廚房工作人員」需檢附良民證等等，https://www.yes123.com.tw/admin/job_refer_list.asp（最後瀏覽日：02/27/2017）；自由時報 2009 年 12 月 18 日發布【想找工作嗎？　請附良民證】網路新聞提及：「最近幾年，勞動市場供需失衡，加上派遣行業興起，不少業者在應徵員工時，要求附上『良民證』，作為篩選依據，在口耳相傳下，**甚至連應徵清潔員、看護，業者都會要求檢附證明**，讓不少應徵者相當錯愕，心裡犯嘀咕。」，http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/359437（最後瀏覽日：02/27/2017）（粗體為本文自行編輯）；中國時報 2015 年 1 月 27 日 04:10 發布【良民證　一輩子的壞人標籤？】網路新聞提及：「許多公司行號**像科學園區、彩券經銷商、保母、客運司機、保全等，皆要求應徵工作者需附上刑事紀錄證明**。」，http://www.chinatimes.com/newspapers/20150127000579-260107（最後瀏覽日：02/27/2017）（粗體為本文自行編輯）。

[14] 參考 PCDVD 數位科技討論區網友 0660817 於 2004 年 7 月 1 日貼文提及：「應徵作業員....履歷表上有要求職者填寫....**有無前科**及有無訴訟官司過這項.....因是更生人想重新開始....又怕照實寫會找不到工作」，http://www.pcdvd.com.tw/showthread.php?t=1052124（最後瀏覽日：02/27/2017）（粗體為本文自行編輯）。

doi:10.6342/NTU201701132

【案例 4】

某幼兒園應徵一娃娃車司機某丁，應徵面試前詢問某丁是否有前科，經丁否認。某丁幽默風趣，深受學童喜愛，直至某日某家長意外發現某丁曾因婚外情而以通姦罪起訴判刑確定，家長群起施壓要求幼兒園應辭退某丁，認為某丁對幼兒身心發展造成不良影響，幼兒園決定辭退某丁。

【案例 5】

某立委有感前科者出獄後再就業困難造成再犯率高等社會問題，遂決定聯署提案修正政府採購法相關規定，明定政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用前科者，人數不得低於總人數百分之一，進用前科者人數未達標準者，應向就更生保護基金繳納代金。此議案一出，即遭人質疑侵害廠商財產權和營業自由而違憲。[15]

【案例 6】

某公司負責人自己為前科者有感於前科者謀職更生困難，故於招募員工簡章或廣告中明示將對於前科者將優先決定是否錄用。[16]

處理上述前科者可能面臨就業歧視問題之六個案例時，可分成四個層次思考。首先，本文第一層次將前科者所面臨之就業歧視來源來自於「國家」歧視與「私部門」歧視。以【案例 1】、【案例 2】由「國家」透過「法令」之制定與執行之差別

[15] 參考司法院釋字第 719 號解釋【政府採購得標廠商應進用一定比例原住民案】案例事實，由本文設計案例。

[16] 參考行政院勞工委員會中華民國 96 年 10 月 24 日勞職業字第 0960078412 號函，行政院勞工委員會職業訓練局（2009），《就業平等・四海一家防制就業歧視宣導手冊》，頁 21-22。

doi:10.6342/NTU201701132

對待。由於「法令」可能限制或剝奪各種憲法保障之基本權，於國家透過法令制定與執行過程以致人民無法平等享有憲法保障基本權時，即可能構成歧視。國家對於前科者職場上前科歧視，最常見也最常被討論者，即國家法令對於前科者之職業選擇自由限制，禁止或限制前科者從事特定職業或工作。以【案例 1】為例，涉及國家於法律中限制「特定刑度」之前科者為分類禁止從事特定工作；而【案例 2】為例，則涉及國家於法律中限制「特定罪名」之前科者為分類禁止從事特定工作。

至於【案例 3】、【案例 4】涉及來自「私部門」雇主對於前科者之歧視，其中【案例 3】部分涉及是僱用前階段，即包括直接以前科紀錄決定是否僱用、間接透過其他與前科者可能產生連結之特徵，如：刺青、輟學等特質，影響或排除前科者僱用，或雇主於僱用過程中主動查問或調查前科紀錄或要求提供相關證明文件；而【案例 4】則是契約終止階段，雇主基於前科紀錄所為解僱決定。

第二層次涉及問題為國家與私部門對於前科者歧視有何相同或不同之處？又因如何分別處理相關問題？首先，以國家歧視而言，涉及是否違憲之爭議，如何進行審查判斷是否違反平等權之保障而構成歧視？如何進行平等權之審查？審查標準如何採擇？其次，以私部門歧視而言，前科者所面對私部門就業歧視問題，就私部門雇主之具體歧視行為可能涵蓋求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷、各項措施、薪資、退休、資遣、離職及解僱都有可能涉及以前科身分為差別對待。以時序性而言，又可以以「求職」階段與「受僱」階段為劃分。求職階段面臨招募、甄試、進用等一切求職過程中可能存在之差別對待，包括以「明示」以前科為錄用與否條件之直接歧視；或是其他如：刺青、中輟生等特徵，可能與前科身分為聯結思考作為錄用與否條件之間接歧視。又可否探查、詢問是否有前科紀錄；或直接要求提供良民證？而經錄取後進入職場後，就實際分發、配置、考績或陞遷、各項措施、薪資、退休、資遣、離職及解僱，是否以前科為差別對待？歧視之情形是否存在？國家應否管制？如何管制？

第三層次問題，是國家歧視與私部門歧視問題關聯性為何？有無相互連動之

doi:10.6342/NTU201701132

關係？亦即國家歧視之判斷是否會影響到私部門歧視？此又涉及憲法法院（我國司法院大法官）與普通法院間互動，宏觀而論，也會影響到司法違憲審查與國家立法間互動關係。

第四層次，則是應探究為「積極優惠措施」之問題。本層次的核心問題思考在於：對於我國憲法第 7 條保障平等權之價值保障為何？舉【案例 5】而言，國家如果考量前科者於社會結構上之不平等，以促進前科者平等就業之目的，制定給予前科者優惠之法律，促進其就業，是否是歧視？而如此法律規定可能限制私部門企業或雇主財產權及其受憲法工作權保障之營業自由，是否合乎比例原則？對於「非前科者」是否構成「反向歧視」而侵害平等權？於現行法下是否允許私部門雇主如【案例 6】方式給予前科者職場上之優惠措施？如果進一步對於前科者制定反歧視法保護，是凡考慮前科紀錄之決定一概禁止，抑或是僅限於對前科者不利之差別待遇才受禁止？亦即是否以會對相對弱勢群體造成不利待遇才構成違法歧視之判斷？此又涉及憲法平等權價值取捨是形式平等（「反分類」）或實質平等（「反壓迫」）之取捨。[17]

針對上述問題，本文整理關於前科者就業歧視之問題如下表所示：

（接下頁）

[17] 關於形式平等與實質平等，詳參本文第二章第一節第三款第一目「平等權理論與內涵」（本文第 62 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

《表 1》：前科者就業歧視問題體系表			
主體	**具體樣態**		**思考問題**
國家	目的	1、以其他非關平等之管制目的限制前科者職業選擇自由？ 2、以促進前科者平等目的之積極優惠措施？	1、何謂歧視？ 2、國家法令以「前科」身分為群體劃分為差別待遇，有無構成歧視？如何進行平等權審查？
	手段	1、特定罪名／特定刑度之限制？ 2、終身／定期限制？ 3、排除過失犯、緩期宣告、易科罰金等徒刑以下之刑罰之限制？	
私部門	求職	1、直接以前科為拒絕錄用之條件？ 2、間接以刺青、輟學等與前科身分之特徵聯結為拒絕錄用條件？ 3、要求檢附良民證證明無前科？ 4、主動探問或調查前科紀錄？	1、私部門雇主因前科給予差別對待，是否構成歧視？ 2、國家應否介入規範管制私部門之歧視？ 3、國家應如何建立規範管制私部門之歧視？
	任職	分發、配置、考績或陞遷、各項措施、薪資各項措施	
	離職	退休、資遣、離職及解僱	

資料來源：本文自製

上述第三個層次的思考，涉及到憲法第 7 條對於平等權保障的要求，是否同時涉及國家和私部門？保障的程度又是否相同？理論上，國家歧視之問題牽涉違憲審查與判斷標準；而私部門歧視則重於立法者如何制定反歧視法落實憲法價值，

doi:10.6342/NTU201701132

似乎是立法形成自由。兩者間壁壘分明。然而，若更精緻的觀察，在討論平等權應用於國家與私部門歧視間之關聯性，可區分三階段的思考：

第一、國家歧視與私部門歧視有無交錯或相互影響之地帶？此涉及我國現行以前科進行差別待遇法令之管制方式類型之分析。[18]

第二、司法院大法官解釋就國家歧視之判斷是否會惡化對於私部門歧視之問題？又憲法第 7 條平等權保障如何落實於私部門歧視防治之問題？此涉及憲法基本權對於第三人效力之適用與價值衡量問題。[19]

第三、如何透過憲法第 7 條平等權保障精神建構完善之反歧視法？涉及憲法平等權價值之取捨問題。[20]

本文認為，國家與私部門之歧視其實有連動關係，無法一分為二；大法官對於國家歧視的態度，亦會影響到社會上私部門歧視防治問題，將於後陸續說明。

綜合上述三點整理本文關於前科者面對國家與私部門歧視交錯所要思考之三層體系架構圖如下：

（接下頁）

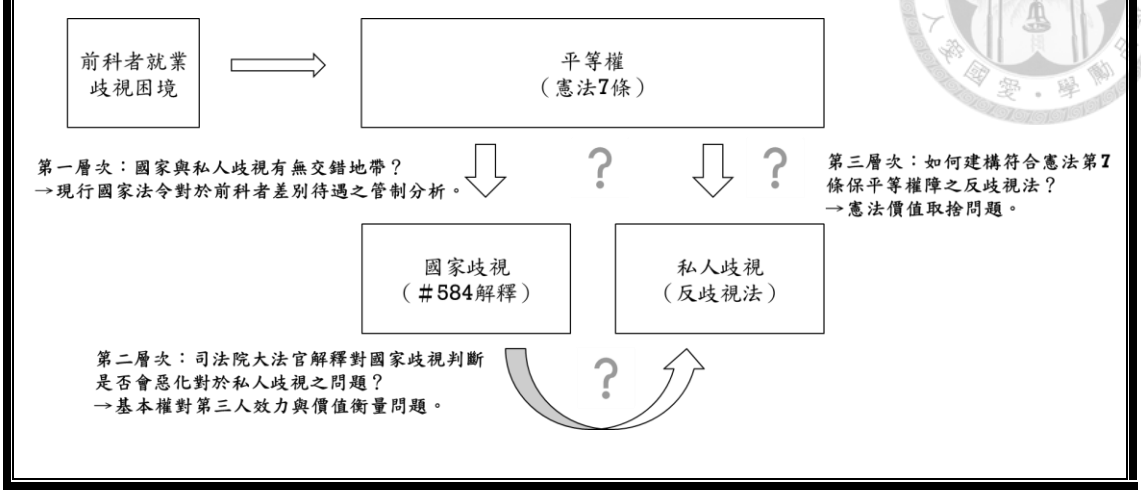
[18] 詳參本文第二章第一節第一項「國家歧視的型態」（本文第 38-43 頁）、第二章第二節第一項第三款「國家歧視與私部門歧視連動關係」（本文第 80-82 頁）、第四章第一節第二項第一款「國家與私部門之標籤」（本文第 198-200 頁）

[19] 詳參本文第二章第三節第二項「對抗私部門歧視之問題」（本文第 106-109 頁）、第四章第二節第一項第一款，其中「一、 大法官解釋對私部門前科歧視管制之影響」（本文第 208-213 頁）分析。

[20] 詳參本文第四章第二節第三項「立法建議」（本文第 234-243 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

《圖 1》：前科者國家與私部門歧視交錯之問題意識圖



資料來源：本文自製

第二節　研究範圍與限制

本文研究範圍雖以前科者所面臨前科歧視問題為討論，然而重心聚焦於以憲法平等權保障視角探討前科者對於私部門就業歧視與反就業歧視法保障，並以現行法對前科者私部門就業歧視困境，於我國法制下提出改善建議為主要目的。在此研究目的下，本文有五個研究限制。

第一個限制是本文不處理前科者就業困境中，有關於工作權保障之分析。由於探討前科者的就業歧視問題，可以從平等權以及工作權的角度出發。我國憲法第 15 條保障工作權，已有相當多的文獻探討，並發展相當成熟。研究方法上有從比較法之觀點，分析我國司法院大法官解釋，以探究工作權保障之內涵與國家限制之審查標準問題。早期以勞動法專長背景受選任之黃越欽大法官，從我國司法院大法官解釋、學理分析，乃至分析德國等歐洲國家憲法，綜合分析工作權保障之具體內涵，並提出工作權保障職業選擇及營業自由具有防禦功能外，仍應含有受益權之意涵。

doi:10.6342/NTU201701132

[21]後以德國角度觀察者，有從德國基本法上所保障職業自由出發，探究工作權保障之性質、分析國家法律對於工作權之限制並引介德國職業自由三階說之審查標準；[22]亦有以德國基本法保障工作權之解釋與內涵分析，探討如何於勞動法中適用。[23]學界前科者就業歧視問題，以工作權討論的文獻已經相當豐富，且多半環繞在司法院釋字第 584 號所處理到的「前科者不得擔任計程車司機」之議題。

就我國相關大法官解釋評析部分，有論者則個案上，有從司法院釋字第 531 號解釋涉及遭吊銷駕照者終身不得考領駕駛執照涉及工作權剝奪限制是否違憲之問題；[24]有從司法院釋字第 649 號解釋涉及非視障者不得從事按摩業涉及主觀職業資格限制與優惠性差別待遇交錯觀點探討者。較體系性有針對我國司法院大法官涉及工作權之解釋進行分析。[25]更宏觀者，則以經濟管制之觀點，探討我國對於職業自由之憲法解釋整體分析者。[26]由於司法院釋字第 584 號解釋為我國目前針對前科者保護議題上相當重要的解釋。於 2004 年 9 月 17 日解釋公布後，有以職業自由主觀選擇違憲審查標準之角度進行評析；[27]有以此解釋出發探討比例原則審查標準之問題。[28]司法院釋字第 584 號解釋雖然內容同時涉及到平等權，但由於解釋理由書對此琢磨甚少，因此以平等權切入的討論相對較少。[29]因此，本文的研究範圍，

---

[21] 黃越欽（2000），〈憲法中工作權之意義暨其演進〉，《法令月刊》，第 51 卷第 10 期，頁 34-55。

[22] 李惠宗（1998），〈憲法工作權保障之系譜〉，劉孔中、李建良（編），《憲法解釋之理論與實務》，頁 347-392，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

[23] 黃程貫（2003），〈德國勞動法上關於工作權保障之討論〉，《憲政時代》，第 29 卷第 1 期，頁 69-93。

[24] 錢建榮(2006)，〈終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討--兼論釋字第五三一號解釋〉，《月旦法學》，第 128 期，頁 69-93。

[25] 李惠宗（2003），〈憲法工作權保障系譜之再探--以司法院大法官解釋為中心〉，《憲政時代》，第 29 卷第 1 期，頁 121-157；陳怡如（2005），〈司法院大法官法律保留原則違憲審查標準之探究：兼評工作權相關釋憲案例〉，《人文社會學報》，第 4 期，頁 123-148。

[26] 李建良（2008），〈經濟管制的平等思維--兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉，《政大法學評論》，第 102 期，頁 71-157。

[27] 李惠宗（2005），〈職業自由主觀要件限制之違憲審查-司法院大法官釋字第五八四號解釋評析〉，《憲政時代》，第 30 卷第 3 期，頁 255-293。

[28] 陳怡如（2005），〈司法院大法官比例原則違憲審查標準之探究：兼評釋字第五八四號解釋〉，《弘光人文社會學報》，第 3 期，頁 103-145。

[29] 僅有如：田仁杰（2006），〈「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障--從釋字第五八四號解釋之職業平等談起〉，《憲政時代》，第 32 卷第 1 期，頁 71-106；李思儀（2007），《從憲法平等權觀點檢視有前科者之職業選擇自由限制》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

doi:10.6342/NTU201701132

主要聚焦在平等權的討論，就工作權保障部分縱有提及亦以現有文獻討論為基礎，並不會深入分析研究。

第二個限制是本文不深究國家歧視問題。由於國家歧視將涉及違憲審查標準採擇、個別條文違憲判斷標準，此部分亦有研究著墨。[30]即令現行國家法令已有諸多對於前科者職業選擇自由限制，然而受僱於私部門雇主之勞工仍占多數，本文認為前科者在私部門職場上所面臨到的歧視問題，往往比面對來自國家的歧視更為全面、險峻，應受到更多個關注。雖然本文在論述上，立基於國家對於前科者的歧視，發展對於私部門所為歧視之論述，及國家與私部門歧視之連動關係，然而，本文的核心仍是聚焦於對於私部門歧視的防治，這也是目前學界討論較欠缺之處。因此本文固然會試圖提出國家歧視以平等權視角思考之審查標準，但本文不會深入探究個別限制前科者之國家法令是否違憲。

第三個限制是本文不處理刑事政策與前科塗銷制度設計問題。司法院釋字第584號解釋以前科者之累再犯率分析，因此有從社會復歸的角度，探討前科者再犯之風險，並評論司法院釋字第584號解釋牽涉條文仍認有違憲疑慮之觀點。[31]此部分涉及累再犯率統計與前科者更生復歸社會之刑事政策問題。[32]再者，透過前科塗銷制度如果消除一個人前科，使前科者透過法律制度建構變成與一般人沒有差異，確實可能足以徹底免去社會歧視之問題。由於本文研究目的著重於私部門反歧視法之建構，是有關累再犯率之統計分析與更生政策以及塗銷制度，本文僅參考現有文獻進行輔助分析，並不會將之作為深入研究的重點。

第四個限制是本文不處理積極優惠措施之制度立法。本文研究會探討判斷積極優惠措施之合憲性應注意之問題，但就對於前科者積極優惠措施之具體立法內

[30] 同前註。
[31] 林儐紘（2011），〈以社會復歸觀點反思前科紀錄限制基本權之妥適性--從釋字第五八四號解釋談起〉，《中央警察大學法學論集》，第20期，頁1-46。
[32] 財團法人民間司法改革基金會就2016年全民司法改革運動蒐集司法改革問題，也包括「受刑人出獄後謀生困難，再犯率高」，所切入問題分析面向就較著重於更生復歸社會之問題，請參財團法人民間司法改革基金會（2016），《2016年全民司改運動年度專刊》，頁18-33，臺北：自刊。

doi:10.6342/NTU201701132

容與建議，即非本文所欲深究之範圍。

第五個限制是本文不處理前科者就業歧視以外之其他來自於私部門之社會歧視。前科者於社會面臨私部門歧視並不僅限於職場，實際上可能來自於社會之各面向。舉例而言，住屋等各種私部門間私法自治之交易行為，例如：日常租屋等等，也都有可能受到歧視。而全面消除社會歧視，有論者針對國家法令以前科限制就業牽涉法條條文結構類型檢討並進一步帶入關於前科紀錄之管理與塗銷制度之問題。[33] 然而，本文既以前科者「就業歧視」為主要研究範圍，是仍著重於就業歧視反歧視法之建置，並不會將重心置於深入探究就業職場以外之私部門於社會中歧視與徹底除去前科身分之塗銷制度。

從上述研究範圍與本文研究目的分析研究限制下，本文將針對現有中文研究文獻進行文獻回顧與分析，以釐清尚留存之前科者就業歧視問題為何。

第三節　文獻回顧

本文研究範圍以前科就業歧視為核心，於憲法層次將牽涉到平等權；於法律層次則涉及私部門職場上就業歧視防治。不論是在平等權、就業歧視等領域，都已累積豐富的文獻。但該如何以憲法平等權觀點探討保障前科者免遭歧視困境，則較少討論。尤其在法律層次上，避免前科者遭受私部門就業歧視的討論更是鳳毛麟角。

本文以下將回顧我國既有之文獻，並立基於此發展本文之論述，填補現行國內研究不足之處。

[33] 楊冀華（2008），〈以前科限制就業制度之檢討〉，《犯罪與刑事司法研究》，第 11 期，頁 63-98。

doi:10.6342/NTU201701132

第一項　平等權

禁止歧視之憲法基礎來自於我國憲法第 7 條規範:「中華民國人民,無分男女、宗教、種族、階級、黨派,在法律上一律平等。」。回顧文獻有以「平等權」或「平等原則」進行分析,雖然論述方式不同,但目的同為探究憲法保障平等之內涵與建立違憲審查之標準。早期研究偏重於比較法上平等原則;[34]或謂平等權之意義;[35]隨後有論者從分析平等權與平等原則之意義與關係。[36]

接著,有論者從我國大法官解釋分析於我國平等原則與違憲審查標準之適用,進而提出關於平等的違憲審查之模式。首先應先確認有無存在差別待遇、其次判斷目的是否涉及實質平等或無涉實質平等之其他目的區分審查標準,前者以合目的性審查即已足,後者則必須以比例原則進行審查。[37]亦有援引美國法[38]與德國法[39]觀點分析,主張應以分類標準或牽涉權利類型作為決定平等權標準;而論者則指出平等權如果套用比例原則審查標準會有其限制,平等權的審查標準應以分類之標準和涉及權利領域類型化審查之密度,以是否涉及「嫌疑分類」和「基礎性權利」提升審查密度之標準,[40]並進一步分析我國應如何建立敏感或嫌疑分類之認定標準。

---

[34] 盛子龍(1988),〈西德基本法上平等原則之研究〉,《憲政時代》,第 13 卷第 3 期,頁 61-74;江耀國(1993),〈德國與美國憲法上平等原則適用之比較 -上-〉,《植根雜誌》,第 9 卷第 1 期,頁 11-23;江耀國(1993),〈德國與美國憲法上平等原則適用之比較 -下-〉,《植根雜誌》,第 9 卷第 2 期,頁 1-11。

[35] 李惠宗(1988),〈平等權之概念〉,《憲政時代》,第 14 卷第 1 期,頁 12-40。

[36] 蔡茂寅(1999),〈平等權〉,《月旦法學》,第 46 期,頁 111-117;陳新民(1999),〈平等權的憲法意義〉,氏著,《憲法基本權利之基本理論(上)》,頁 495-519,臺北:元照;許慶雄(2002),〈現代人權體系中平等原則之研究(上)〉,《國立中正大學法學集刊》,第 6 期,頁 105-201;許慶雄(2002),〈現代人權體系中平等原則之研究(下)〉,《國立中正大學法學集刊》,第 7 期,頁 3-88;蔡茂寅(2002),〈第八講　平等權〉,許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍(著),《現代憲法論》,第三版,頁 93-106,臺北:元照;徐振雄(2009),〈論平等權即「法之平等拘束原則」〉,《法令月刊》,第 60 卷第 4 期,頁 25-41。

[37] 許宗力(2000),〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉,李建良、簡資修(編),《憲法解釋之理論與實務(第二輯)》,頁 85-122,臺北:中央研究院中山人文社會科學研究所。

[38] 法治斌(2003),〈司法審查中之平等權:建構雙重基準之研究〉,氏著,《法治國家與表意自由－憲法專論(三)》,頁 209-246,臺北:正典。

[39] 陳愛娥(2007),〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界線--兼評司法院大法官相關解釋〉,《憲政時代》,第 32 卷第 3 期,頁 259-298;林佳和(2006),〈公務員、勞工與平等原則:從釋字第 596 號解釋談起〉,司法院(主辦),《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》,上冊,頁 23、32-39,臺北。

[40] 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〉,《國

doi:10.6342/NTU201701132

[41]另有多篇文獻分析大法官所建立平等權之違憲審查標準。[42]就更細緻根據牽涉法令領域影響平等權判斷上，有論者關注於國家社會給付之平等權審查之問題。[43]

除此之外，探討平等權之議題，亦有特別關注於積極優惠措施之合憲爭議。特別是著重於婦女、[44]種族、[45]身心障礙者保護所採取積極優措施。[46]甚至，有從探究形式平等與實質平等意義出發，盤點我國現有積極性優惠措施與司法院大法官解釋之違憲審查結果，參考美國判決發展檢討現有制度之必要性。[47]

除了前述積極優惠措施之討論，在特定議題上，已有論者開始發展對特定群體之平等保障研究。例如：關注於性別平等、[48]同性戀者之平等權保障、[49]族群平等。

立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷 4 期，頁 253-284。

[41] 黃昭元（2009），〈平等權案件之司法審查標準－從釋字第 626 號解釋談起〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊）》，頁 551-580，臺北：新學林。

[42] 李德純（2001），〈憲法上平等原則之探討--以大法官會議釋字第四五五號解釋為例〉，《法令月刊》，第 52 卷第 8 期，頁 30-36；吳信華（2007），〈平等權的體系思考 -上-〉，《月旦法學教室》，第 55 期，頁 83-91；吳信華（2007），〈平等權的體系思考 -下-〉，《月旦法學教室》，第 56 期，頁 97-102；廖元豪（2008），〈平等權：第一講 憲法平等權之意義〉，《月旦法學教室》，第 68 期，頁 48-58；廖元豪（2009），〈平等權：第二講 大法官對平等權之審查基準〉，《月旦法學教室》，第 76 期，頁 37-46；廖元豪（2009），〈平等權：第三講 從嚴審查概論〉，《月旦法學教室》，第 79 期，頁 38-46；廖元豪（2010），〈平等權的檢討與展望〉，《月旦法學教室》，第 90 期，頁 28-36。

[43] 蕭文生（2009），〈平等原則與國家經濟輔助措施〉，《月旦法學》，第 172 期，頁 24-39；邵惠玲（2012），〈自由權干預作用下的平等權審查--以德國社會保險法制實踐為中心〉，《臺北大學法學論叢》，第 83 期，頁 1-42；許育典（2015），〈當比例原則遇到平等原則：公益理由的憲法二重奏〉，《月旦法學教室》，第 150 期，頁 6-8。

[44] 馬維麟（1996），〈歐體法院對婦女保障名額的判決--女權運動的反挫〉，《月旦法學》，第 16 期，頁 87-94；許崇賓（2012），〈婦女保障名額制度存廢之研究〉，《法令月刊》，第 63 卷第 3 期，頁 69-95。

[45] 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〉，《東吳法律學報》，第 9 卷第 2 期，頁 1-44；林俐瑩、吳憲（2013），〈由林生祥拒絕領獎事件探究優惠性差別待遇與族群歧視之關係(上)〉，《萬國法律》，第 191 期，頁 58-75；林俐瑩、吳憲（2013），〈由林生祥拒絕領獎事件探究優惠性差別待遇與族群歧視之關係(下)〉，《萬國法律》，第 192 期，頁 66-80。

[46] 王韻茹（2011），〈身心障礙者定額進用條款之合憲性探討--以身心障礙者權益保障法為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，第 33 期，頁 145-183。

[47] 李仁淼（2015），〈平等保障與積極性優惠措施〉，《月旦法學教室》，第 150 期，頁 36-50。

[48] 雷文玫（2000），〈性別平等的違憲審查--從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女實質平等的解釋〉，李建良、簡資修（編），《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，頁 123-160，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所；謝棋楠（2009），〈美國法院對基於性別為群體區分之勞工法規之平等保護審查原則〉，《全國律師》，第 13 卷第 2 期，頁 26-40。

[49] 劉靜怡（1997），〈同性戀者之憲法平等權保障--以美國聯邦最高法院 Romer V. Evans 判決為核心〉，《月旦法學》，第 30 期，頁 35-49；張宏誠（2000），〈「性傾向」（Sexual Orientation）歧視審查基準之研究--從「性別平等」論同性戀者平等權基礎〉，《東吳法律學報》，第 12 卷第 2 期，頁 47-88；傅美惠（2004），〈論美國同性戀與平等保護--兼論我國同性戀人權保障之發展〉，《國立中正大學法學集刊》，第 16 期，頁 1-60。

doi:10.6342/NTU201701132

[50]亦有論者從較宏觀角度分析檢討我國憲法上關於平等權之規定，整體分析性傾向、原住民族等群體、身心障礙者之平等保護。[51]

相較之下，於憲法層次以平等權討論前科者之權利，則相當的少數。曾有論者參考美國法之經驗，以是否屬於「嫌疑分類」或「準嫌疑分類」之角度分析，得出前科者之群體受平等權保障之地位與必要性。[52]亦有論者以憲法平等權的觀點全面檢視我國法律對於前科者之職業選擇自由限制，並提出違憲審查之標準，此應屬國內目前針對前科者之國家歧視問題，較詳盡的討論。[53]然而，主要研究仍著重於探討國家歧視問題，就國家歧視與私部門歧視關係、司法權與立法權之互動，則缺乏文獻討論。

第二項　就業歧視

在法律層次上，我國討論職場上就業歧視文獻數量頗為可觀。研究層次可分為通論與各別保護禁止歧視事由之適用討論；研究方法上著重於比較法研究與實務判決分析。但鮮少單獨針對前科歧視問題進行討論。

---

[50] 廖元豪（2009），〈仇恨言論管制、族群平等法，與反歧視法〉，《臺灣法學雜誌》，第 127 期，頁 1-11；張培倫（2009），〈族群平等法、原住民族與兩個雙重平等〉，《思想》，第 12 期，頁 265-277；梁文傑（2009），〈郭冠英與族群平等法：談外省族群的政治策略〉，《思想》，第 12 期，頁 255-263；廖元豪（2009），〈仇恨言論、族群平等、反歧視：郭冠英事件的爭議與回應〉，《思想》，第 12 期，頁 219-232；廖元豪（2011），〈馴化並面對族群歧視--為制定「族群平等法」而倡議〉，《月旦法學》，第 189 期，頁 38-50；彭德富、張真堯（2011），〈以平等權檢視兩岸關係條例之族群歧視--兼論大法官釋字第 618 號解釋〉，《止善》，第 11 期，頁 13-26；辛年豐（2011），〈原住民族權利保障的建構與實現--從平等權出發到落實平等保障〉，《國立中正大學法學集刊》，第 34 期，頁 187-245。

[51] 陳愛娥（2007），〈對憲法平等權規定的檢討－由檢視司法院大法官相關解釋出發〉，湯德宗、廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第五輯）》，頁 225-260，臺北：新學林。

[52] 田仁杰，前揭註 29。

[53] 李思儀，前揭註 29。

doi:10.6342/NTU201701132

第一款 就業歧視禁止概論

我國就通論探討禁止就業歧視文獻，主要偏重於法制之建構與評析。有從就業服務法明文禁止歧視事由之介紹，並以判決探討實務操作案例；[54]有針對我國就業歧視評議委員會制度進行檢討；[55]乃至就我國整體建構之評析與未來展望。[56]

另一方面也著重比較法研究。較多文獻偏重於美國所建立之就業歧視法制分析；[57]有論者嘗試引介美國聯邦最高法院判決研究，分析美國以積極優惠措施來消弭職場上就業歧視探究其利弊得失以作為我國借鏡依據。[58]有從澳洲觀點討論其工作平等法制與實務；[59]隨後有從歐盟探討關於工作平法制之建立。[60]有從德國法角度，介紹一般平等待遇法探討適用於勞動法之禁止歧視之適用，[61]亦有將德國法上觀點延伸至我國民事法應如何建構歧視禁止之規定。[62]若從較宏觀之角度，亦有分析全球化下如何透過就業歧視禁止法制以落實保護弱勢勞工族群之目標。[63]或透過比較日本法、美國法禁止就業歧視之事由分析就業歧視禁止之限制和差別待遇之正當事由。[64]

---

54 林明珠（2002），〈淺論就業歧視之禁止--我國法律之規定與實務問題探討〉，《全國律師》，第 6 卷第 3 期，頁 16-25。

55 焦興鎧（2002），〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 31 卷第 2 期，頁 131-195。

56 焦興鎧（2015），〈臺灣建構防制就業歧視法制之努力--二十年之回顧與前瞻〉，《臺灣勞動法學會學報》，第 11 期，頁 1-65。

57 鄭津津（2003），〈美國就業歧視法制之研究--兼論我國相關法制應有之發展〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 32 卷第 4 期，135-205。

58 焦興鎧（2009），〈論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力〉，《長庚人文社會學報》，第 2 卷第 1 期，頁 53-99；焦興鎧（2011），〈工作平等與優惠之平衡--美國經驗之借鏡〉，《國家菁英》，第 7 卷第 2 期，頁 9-36。

59 古楨彥（2007），〈澳洲之工作平等法制與實務〉，《臺灣勞工季刊》，第 10 期，頁 130-138。

60 楊通軒（2008），〈歐洲聯盟工作平等法制之探討〉，《臺灣勞工季刊》，第 14 期，頁 8-17。

61 林佳和（2008），〈2006 年德國一般平等待遇法--勞動法領域平等貫徹的新契機？〉，《成大法學》，第 15 期，頁 115-172。

62 周伯峰（2014），〈「歧視禁止」作為私法自治的限制？--簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，《月旦法學》，第 224 期，頁 127-150；周伯峰（2016），〈論民事上歧視禁止規定的證立可能性〉，《政大法學評論》，第 147 期，頁 159-202。

63 焦興鎧（2008），〈全球化與弱勢勞動族群工作平等權之維護--兼論對我國之啟示〉，《全國律師》，第 12 卷第 4 期，頁 3-13。

64 黃夢萱（2016），《就業歧視禁止之界線－論就業歧視禁止項目與差別待遇之正當理由》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

doi:10.6342/NTU201701132

除了上述偏重就業歧視禁止法制面向之研究外，值得注意的是，有少數論者從憲法上平等理論角度觀察，關注到在反歧視法制下群體身分交錯問題，提出反歧視法應從憲法保障實質平等、反壓迫之角度出發，才有可能徹底解決歧視之問題。[65]有從美國最高法院判決出發分析美國民權法第七編規範差別影響歧視與差別對待歧視間之關係，探討憲法層次反分類或反壓迫之平等理論如何具體適用到法院在處理一般歧視案件。[66]

第二款 個別禁止歧視保護事由

針對個別禁止歧視保護事由有各別文獻分析。其中我國相當著重於性別平等與禁止職場上性別歧視之探討，文獻非常豐富。有著重理論基礎；[67]或以憲法保障平等權、聯合國消除對婦女一切形式歧視公約之基礎出發探討。[68]並持續關注歐盟和美國發展趨勢，[69]並從國際公約內涵探究如何於我國落實性別工作平權。[70]

早期針對性別工作平等問題，有相當多對性別工作平等保障應立專法之倡議。[71]有論者參考美國最高法院判決分析關於性別平等同值同酬原則引發爭議並探討我國是否立法應制定同值同酬之政策；[72]或以國際上工作平等法制發展探討如何建

---

65 陳昭如（2011），〈交叉路口與樓上樓下--反歧視法中的交錯問題〉，《月旦法學》，第 189 期，頁 51-68。

66 黃昭元（2012），〈論差別影響歧視與差別對待歧視的關係--評美國最高法院 Ricci v. DeStefano (2009)判決〉，《中研院法學期刊》，第 11 期，頁 1-63。

67 徐瑤佩（1994），〈兩性工作平等理論基礎與文獻探討〉，《勞工研究》，第 117 期，頁 48-60。

68 陳惠馨（1994），〈兩性平等工作權之理論基礎〉，《政大法學評論》，第 51 期，頁 129-154；郭玲惠（1998），〈男女工作平等權與女性勞工權益之保障〉，《勞工行政》，第 117 期，頁 33-42。

69 焦興鎧（2004），〈美國最高法院與兩性工作平等爭議之解決〉，《政大法學評論》，第 80 期，頁 103-176。
焦興鎧（2006），〈歐洲聯盟及美國兩性工作平等法制之最新發展--兼論對我國之啟示〉，《法令月刊》，第 57 卷第 2 期，頁 25-35。

70 焦興鎧（2012），〈落實性別工作平權－從「兩公約」及「消除對婦女一切形式歧視公約」之國內法化談起〉，《法令月刊》，第 63 卷第 7 期，頁 42-65。

71 邱駿彥（1994），〈從女性勞工特別保護至兩性工作平等立法--檢討與展望〉，《輔仁法學》，第 13 期，頁 129-146；焦興鎧，〈兩性工作平等權之法律實現〉，《月旦法學》，第 13 期，頁 38-46。

72 焦興鎧（2000），〈同值同酬概念在美國所引起之爭議〉，《經社法制論叢》，第 26 期，頁 197-234。

doi:10.6342/NTU201701132

構我國兩性工作平等法制。[73]於修法討論階段有從美國兩性工作平等法救濟制度作整體說明和評析；[74]亦有參考德國立法例分析救濟制度作為我國立法之參考。[75]

在上述研究之基礎下，我國於 2002 年制定兩性工作平等法。隨後針對專法性別歧視禁止之樣態、單身與禁孕條款乃至同值同酬原則於法律上適用和救濟申訴進行分析和批判。[76]或針對我國法院判決有關懷孕歧視案例以日本男女僱用機會均等法規定反思。[77]陸續亦有針對專法實務施行現況分析與提出修法建議和展望。[78]

性別議題也延伸至「性傾向」歧視之問題，有從美國聯邦法院判決和歐盟法院

---

[73] 焦興鎧（1993），〈美國保障兩性工作平等法律制度簡介〉，《勞工行政》，第 68 期，頁 44-48；焦興鎧（1999），〈兩性工作平等法制之國際趨勢比較〉，《勞資關係》，第 18 卷第 7 期，頁 30-46；焦興鎧（2000），〈兩性工作平等法制之國際趨勢--兼論對我國建構相同制度所能提供之啟示〉，《經社法制論叢》，第 25 期，頁 203-229；焦興鎧（2000），〈對我國建構兩性工作平等法制之省思〉，《月旦法學》，第 59 期，頁 62-73；焦興鎧（2000），〈歐洲聯盟兩性工作平等法制之研究〉，《歐美研究》，第 31 卷第 4 期，頁 753-818。

[74] 焦興鎧（2000），〈美國兩性工作平等救濟制度之研究〉，《臺北大學法學論叢》，第 47 期，頁 95-150。

[75] 郭玲惠（2001），〈兩性工作平等法初探--救濟〉，《月旦法學》，第 71 期，頁 54-61。

[76] 郭玲惠（2002），〈兩性工作平等法面面觀－性別歧視之禁止〉，《全國律師》，第 6 卷第 3 期，頁 11-15；郭玲惠（2002），〈性別歧視與損害賠償初探〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 10-20；劉志鵬（2002），〈兩性工作平等法之申訴及救濟體系〉，《律師雜誌》，第 271 期，頁 57-69；徐秋萍（2002），〈綜觀兩性工作平等法〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 57-60；劉錦樹（2002），〈兩性工作平等法之介紹與分析 -上-〉，《實用月刊》，第 334 期，頁 96-99；劉錦樹（2002），〈兩性工作平等法之介紹與分析 -下-〉，《實用月刊》，第 335 期，頁 96-100。
謝易達（2004），〈兩性工作平等法綜論〉，《慈濟技術學院學報》，第 6 期，頁 229-245。

[77] 李玉春（2012），〈我國懷孕歧視司法實務問題之研究〉，《法令月刊》，第 63 卷第 3 期，頁 46-68。

[78] 郭玲惠（2005），〈兩性工作平等法實施成效之檢討--以司法實務為核心〉，《國家政策季刊》，第 4 卷第 1 期，頁 5-20；李怡萱（2006），〈兩性工作平等法 4 年面面觀〉，《臺灣勞工季刊》，第 1 期，頁 64-66；蔡秀美、詹芷嫻（2006），〈兩性工作平等法--實施屆滿四年婦女勞動情勢變動〉，《臺灣勞工季刊》，第 1 期，頁 106-111；黃俐文（2007），〈兩性工作平等法的實施與展望〉，《臺灣勞工季刊》，第 6 期，頁 74-82；黃俐文（2007），〈兩性工作平等法--積極促進兩性工作權的平等〉，《勞動保障雙月刊》，第 14 期，頁 40-43；李應元（2007），〈兩性工作平等法的政策意涵及實施成效〉，《臺灣勞工季刊》，第 6 期，頁 4-13；黃碧芬（2008），〈性別工作平等法增修之介紹與預期效益〉，《臺灣勞工季刊》，第 12 期，頁 64-67；陳玉芳、陳櫻分（2008），〈性別工作平等法實施概況〉，《臺灣勞工季刊》，第 13 期，頁 122-129；施銀河（2008），〈性別工作平等法實施現況與展望〉，《研考雙月刊》，第 32 卷第 4 期，頁 22-31；郭玲惠（2009），〈性別工作平等法制之現在與展望〉，《臺灣勞工季刊》，第 17 期，頁 14-25；焦興鎧（2011），〈性別主流化運動之推動及性別工作平等理念之達成--臺灣經驗之探討〉，《全國律師》，第 15 卷第 6 期，頁 59-82；侯岳宏（2014），〈性別工作平等法判決之回顧與展望〉，《月旦法學》，第 232 期，頁 114-132；廖慈瑋（2015），〈近年性別工作平等法修正之意義與作為〉，《臺灣勞工季刊》，第 41 期，頁 67-71。

doi:10.6342/NTU201701132

判決探討；[79]或有以憲法保障性別人格發展自由與性別自主決定權分析；[80]有從個案判決評析討論性傾向與性別表現歧視之差異與如何受反性別工作平等法保護。[81]

除了性別議題外，有文獻討論到身心障礙歧視、[82]出生地歧視、[83]年齡歧視。[84]學界亦關注現行法尚未明文禁止之就業歧視保護事由。早期有參考美國聯邦法院判決與聯邦各州立法探討「肥胖者」就業歧視之問題；[85]而近來則有關心職場上「基因」歧視之問題；[86]或「外籍勞工」之歧視禁止保護之問題。[87]

---

[79] 焦興鎧（2009），〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》，第 39 卷第 1 期，頁 29-77；焦興鎧（2010），〈什麼是就業上性傾向歧視？--美國與歐洲聯盟經驗之探討〉，《全國律師》，第 14 卷第 4 期，頁 4-22。

[80] 陳宜倩（2010），〈禁止就業「性傾向歧視」之理論與實務初探〉，《月旦法學》，第 187 期，頁 119-133。

[81] 郭玲惠（2013），〈性別表現或性傾向歧視案--評臺北地方法院一○○年度勞訴第一七二號民事判決〉，《月旦裁判時報》，第 22 期，頁 48-58。

[82] 鍾瑾瑜（2004），〈女性身心障礙者就業歧視問題之探討〉，《花蓮師院特教通訊》，第 31 期，頁 61-65；焦興鎧（2012），〈禁止就業上身心障礙歧視國際勞動基準之建構〉，《全國律師》，第 16 卷第 3 期，頁 4-20。

[83] 焦興鎧（2007），〈國內外就業歧視法制之最新發展--兼論就業上年齡、性傾向及出生地歧視之爭議〉，《法令月刊》，第 58 卷第 4 期，頁 65-91；焦興鎧（2010），〈臺灣就業上出生地歧視之探討--兼論美國經驗之啟示〉，《月旦法學》，第 182 期，頁 192-204。

[84] 江琦玉（1996），〈從年齡歧視研究中高齡勞動者就業問題--兼論反年齡歧視立法之必要性〉，《勞工研究》，第 124 期，頁 63-95；鄭津津（2002），〈建立年齡歧視法制以保障中高齡者就業權利之研究〉，《政大勞動學報》，第 12 期，頁 395-424；焦興鎧，〈國內外就業歧視法制之最新發展--兼論就業上年齡、性傾向及出生地歧視之爭議〉，前揭註 83；吳宏翔（2007），〈主要國家就業年齡歧視禁止作法介紹〉，《臺灣勞工季刊》，第 6 期，頁 124-129；黃巧婷（2008），〈美國禁止就業年齡歧視機制實施之現況〉，《就業安全》，第 7 卷第 2 期，頁 86-91；焦興鎧（2011），〈美國最高法院與就業上年齡歧視之禁止〉，《歐美研究》，第 41 卷第 3 期，頁 679-762；焦興鎧（2013），〈何謂「就業上年齡歧視」？--美國經驗之省思〉，《就業安全》，第 12 卷第 2 期，頁 65-70；郭振昌（2016），〈南韓中高齡者就業專法分析初探〉，《臺灣勞工季刊》，第 46 期，頁 8-15；鄭津津（2007），〈我國禁止就業年齡歧視法制之現況與未來〉，《臺灣勞工季刊》，第 9 期，頁 19-28；鄭津津（2009），〈年長並不等於能力差--就業年齡歧視之防治〉，《臺灣勞工季刊》，第 20 期，頁 42-51：鄭津津（2010），〈就業上年齡歧視之探討〉，《月旦法學》，第 184 期，頁 177-206。鄭津津（2011），〈雇主拒絕僱用年滿六十五歲者是否構成就業年齡歧視？〉，《月旦法學教室》，第 99 期，頁 18-19；林更盛（2014），〈何去何從的年齡間接歧視--最高行政法院一○一年度判字第一○三六號判決評析〉，《月旦裁判時報》，第 28 期，頁 18-28；周兆昱（2015），〈就業年齡歧視法理之研究--最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決評釋〉，《臺灣勞動法學會學報》，第 11 期，頁 67-99；楊通軒（2016），〈就業年齡歧視法制之探討〉，《東海大學法學研究》，第 48 期，頁 1-51。

[85] 焦興鎧（1997），〈歧視肥胖者在美國所引起之就業歧視爭議〉，《美歐季刊》，第 12 卷第 2 期，頁 69-87。

[86] 焦興鎧（2006），〈工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議〉，《國立臺灣大學法學論叢》第 35 卷第 6 期，頁 169-239；焦興鎧（2007），〈工作場所基因測試在美國所引起之勞動法爭議〉，《經社法制論叢》，第 40 期，頁 1-37；陳姵先（2009），《立法防制職場基因歧視之必要性與合憲性研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；林孟鈴（2006），〈身心障礙者保護法中有關防止就業基因歧視規範之研究〉，《財產法暨經濟法》，第 8 期，頁 151-178。

[87] 鄭津津（2011），〈反歧視與平等權--論台灣外籍勞工之工作平等〉，《月旦法學》，第 189 期，頁

doi:10.6342/NTU201701132

從上述文獻回顧，特別是性別歧視之研究歷程可以發現，我國就業歧視法制研究取徑經常是透過現實職場上歧視問題之觀察與發掘，再由比較法研究提出應納入反歧視法制保護之理論基礎、進而提出立法之倡議，最終帶動立法後，並就實務上法律具體操作適用情形進行檢討。

第三款 從職場隱私衍生之平等權保障

就職場上隱私之問題，除了諸多研究著重於職場上監視與監看之問題，並將重心置於如何調和企業經營管理與員工合理隱私期待保護之利益權衡。[88]就本文關心之平等權保障議題，有論者從平等權分析並限制雇主僱用之自由，亦即以平等權作為分析禁止以懷孕為由作為僱用與否之條件。[89]針對就業時是否探詢相關隱私問題，有特別著重於心理資訊保護以美國相關法制進行分析。[90]亦有從德國民法對於求職者之詢問權界限探討，並有論述到關於詢問前科資訊之情形，認為應受有嚴格之限制，不得概括地詢問是否犯罪，應僅限於與所聘任職務相關為準，勞工方有據實陳述之義務；不得要求應徵者出示良民證，否則可能遭應徵者訴請損害賠償。[91]

5-21。

[88] 馮震宇（2002），〈企業 E 化的新挑戰--企業權益與員工隱私權保護的兩難與調和〉，《月旦法學》，第 85 期，頁 85-104；簡榮宗（2002），〈監看員工電子郵件產生的隱私權爭議〉，《全國律師》，第 6 卷第 5 期，頁 57-63；范姜真媺（2004），〈企業內電子郵件之監看與員工隱私權〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 60 期，頁 7-21；劉定基（2005），〈資訊時代的職場隱私權保護--以臺北地院九十一年度勞訴字第一三九號判決為中心〉，《律師雜誌》，第 307 期，頁 52-64；黃程貫（2005），〈雇主監看員工電子郵件之合法界限--臺北地院九一年勞訴字第一三九號民事判決評釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 73 期，頁 206-211；黃程貫（2007），〈雇主監看員工電子郵件之合法界限--臺北地院九十一年度勞訴字第一三九號民事判決評釋〉，《臺灣勞動法學會學報》，第 6 期，頁 1-32。

[89] 汪紹銘（1988），〈僱主擇員的自由與平等權勞動契約與契約自由原則〉，《法律評論》，第 54 卷第 1 期，頁 36-39。

[90] 鄭津津（2015），〈就業隱私法律問題之探討--以心理資訊為例〉，《月旦法學》，第 245 期，頁 5-16。

[91] 詹森林（1992），〈德國勞工法系列問題(1)--僱主對於求職者之詢問權〉，《萬國法律》，第 63 期，頁 2-12。

doi:10.6342/NTU201701132

第三項　小結

綜觀上述文獻回顧，本文所關注的是兩個重點。

首先，就前科者在憲法上討論平等權議題時，多半僅聚焦於國家歧視，即國家法令限制前科者職業選擇自由是否違憲之審查；[92]至於職場上私部門歧視，則環繞在法律層次。如何從憲法上平等權的保障，推衍國家應避免私部門歧視？如何讓憲法反歧視的精神，落實在到私部門間關係？此類爭議則較少討論。亦即較少探究國家與私部門歧視間交錯與互動關係。

其次，我國並未將前科者納入反歧視法保護下，以致幾乎沒有文獻在討論前科者所面臨之私部門歧視問題。有論者關注於私部門雇主對於前科者之就業歧視情形，並以訪談的方式了解前科者受社會歧視之困境，不過最終仍回歸於職業選擇自由限制違憲審查標準之討論，而就私部門對於前科者歧視問題雖然提出應考慮將前科者納入禁止歧視項目、政府應採取促進就業措施、應考慮建立前科塗銷制度。[93]有論者認為前科身分應考慮納入我國反歧視法保障之事由，[94]但並沒有深入探究建議管制之具體內容，至多就是針對禁止查問部分有零星的討論。[95]因此，我國就前科者就業歧視研究，重心仍置於國家歧視，就私部門歧視之研究，主要停留在問題發掘階段，還欠缺具體比較法研究與相關立法倡議，是此部份亦待補充研究。

第四節　名詞定義

進入本文討論之前，先就貫穿本文之相關詞彙予以說明以利後續討論。

---

92 田仁杰，前揭註 29；李思儀，前揭註 29。
93 姜俊豪（2014），《就業歧視中之前科問題研究》，國立政治大學勞工研究所碩士論文。
94 黃夢萱，前揭註 64，頁 95。
95 詹森林，前揭註 91。

doi:10.6342/NTU201701132

第一項　平等、平等原則、平等權

我國憲法第二章「人民之權利與義務」中第 7 條揭示：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」是「平等」應為我國憲法對於人民權利與義務保障之內涵。

平等的意義為何，有各種不同的討論。有認為平等即是指「相同的事物即為相同的處理，不同的事物即為不同的處理」；[96]有認為平等可以分為法律與政治地位、社會地位、機會平等、出發點平等、實質平等之不同層次內涵，並認為平等概念隨著現代化發展已經走向實質平等；[97]有認為平等只是一種概括的用語，其內涵從法律、哲學、歷史等各種不同領域都有不同的論述。[98]

而我國憲法第 7 條所保障之「平等」究竟是「平等權」或「平等原則」，目前尚無統一之見解。有直接以平等權作為基本權探討體系思維步驟者。[99]有直接以平等原則為分析者。[100]有諸多研究論及平等權與平等原則之區別與關聯性，並提出不同觀點。[101]有認為平等理論上固然應該是兼具原則與權利之概念，然而平等並非獨立可作用之權利，平等作為一種原則可以與其他人權分類進行調和，進而認為應以平等原則為探討。[102]有認為依學說與司法院大法官解釋而言，平等權即平等原則；[103]並據此而言，平等權內涵係由平等原則據以展現。[104]

---

96 盛子龍，〈西德基本法上平等原則之研究〉，前揭註 34，頁 61；李惠宗，前揭註 35，頁 12；

97 許慶雄，〈現代人權體系中平等原則之研究〉，前揭註 36，頁 7-17。

98 廖元豪，〈平等權：第一講 憲法平等權之意義〉，前揭註 42，頁 49。

99 例如：李惠宗，前揭註 35；廖元豪，〈平等權：第一講 憲法平等權之意義〉，前揭註 42，頁 48-58；廖元豪，〈平等權：第二講 大法官對平等權之審查基準〉，前揭註 42，頁 37-46；廖元豪，〈平等權：第三講 從嚴審查概論〉，前揭註 42，頁 38-46；廖元豪，〈平等權的檢討與展望〉，前揭註 42，頁 28-36。蔡茂寅，〈第六單元：平等權〉，前揭註 36，頁 111-117；蔡茂寅，〈第八講　平等權〉，前揭註 36，頁 93-106；陳愛娥，前揭註 51，頁 225-260；黃昭元，前揭註 40，頁 253-284。

100 例如：李德純，〈憲法上平等原則之探討--以大法官會議釋字第四五五號解釋為例〉，前揭註 42，頁 30-36；許宗力，前揭註 37，頁 85-122。

101 許慶雄，〈現代人權體系中平等原則之研究(上)〉，前揭註 36，頁 17-24；徐振雄，〈論平等權即『法之平等拘束原則』〉，前揭註 36，頁 33-35；吳信華，〈平等權的體系思考-上-〉，前揭註 42，頁 84；李建良，前揭註 26，頁 81-85。

102 許慶雄，〈現代人權體系中平等原則之研究(上)〉，前揭註 36，頁 23-24。

103 徐振雄，〈論平等權即「法之平等拘束原則」〉，前揭註 36，頁 25。

104 吳信華，〈平等權的體系思考-上-〉，前揭註 42，頁 84。李建良，前揭註 26，頁 14。

doi:10.6342/NTU201701132

以「平等權」論者更強調平等屬於一種獨立之權利，可以對抗國家對於平等權之限制外，另一面亦可積極以平等權推導出制度性保障。[105]以平等原則論者，更著重相同事物應為相同處理，不同事物應為不同處理，即平等對待之原則；[106]或認為係平等權內涵，故屬於違憲審查操作之具體標準。[107]

從上述分析可知，平等權應屬憲法保障之基本權利，而其具體內涵操作固然有以平等原則為具體適用，由於平等權能涵蓋意義更廣泛，且更能彰顯屬於基本權而有人權保障之意義。而就本文所欲處理之問題，無論是國家歧視部分，涉及以前科作為職業選擇自由限制之差別待遇是否合憲，或反面而言，國家採取促進前科者就業之積極優惠措施是否合憲，亦即得否以積極主張以促進平等作為差別待遇之正當目的；而就私部門歧視部分，可能涉及憲法第 7 條保障基本權於私部門法律關係之適用，或更進一步探討國家是否應介入管制私部門間歧視而建構制度性保障前科者之問題，是以「平等權」較能涵蓋本文所欲探究之問題。因此，本文將統一以「平等權」為用語指涉內涵包括平等權與平等原則。

第二項　歧視與差別待遇

本文處理歧視之問題，惟有爭議是是否只要有差別對待即代表構成歧視。此兩詞彙於概念範圍內是否相同；若不同，又有何不同。

就「歧視」於憲法層次上之討論，從我國憲法增修條文第 10 條第 6 項：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別『歧視』，促進兩性地位之實質平等。」揭示以消除歧視可達實質平等之意義。歧視可謂違反平等權之行為。

---

105 盛子龍，〈西德基本法上平等原則之研究〉，前揭註 34，頁 63-64；許慶雄，前揭註 36，頁 18。

106 盛子龍，同前註。

107 吳信華，〈平等權的體系思考-上-〉，前揭註 42，頁 84。李建良，前揭註 26，頁 14。且我國多號大法官解釋亦於違憲審查操作時直接以憲法第 7 條作為平等原則操作，例如：司法院釋字第 584 號：「與憲法第七條之平等原則，亦屬無違」、司法院釋字第 719 號：「尚無違背憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則」。

doi:10.6342/NTU201701132

[108]司法院大法官解釋亦有解釋於審查時以系爭法規並無「歧視」問題，作為認定法規並無違憲之理由，似可認為歧視即違反平等權之意思。[109]亦有論者則認為我國司法院大法官多號解釋涉及憲法平等權保障已多論及「歧視」，但就歧視之類型、要件和標準尚未見明確。[110]而司法院釋字第 748 號解釋，直指憲法第 7 條保障平等權揭示之五種「禁止歧視」事由，僅是「例示」而非窮盡列舉，是如以其他事由為分類標準所為之「差別待遇」，亦受平等權規範。[111]亦即平等權保障內涵即禁止歧視，而以各種事由為分類標準所為差別待遇都應受平等權規範。

於法律層次面上觀察，就業歧視法制建構上，除運用平等之概念外，諸多法律條文是以「不得歧視」為規範；[112]而歧視或有以差別待遇，於用詞上又可互相取代。[113]亦有論者認為我國目前僅有在性別工作平等法施行細則第 2 條規範歧視是指直接或間接不利之對待，而欠缺更具體之界定標準。[114]而直接與間接歧視之概念意涵上又雷同美國就業歧視法上之差別對待歧視與差別影響歧視。[115]

---

108 例如：司法院釋字第 364 號：「與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第九條第五項消除性別歧視之意旨不符」，以違反憲法第 7 條與憲法增修條文第 9 條第 5 項「消除歧視」併列作為宣告法律違憲之理由。

109 例如：司法院釋字第 560 號：「中華民國八十一年五月八日制定公布之就業服務法第四十三條第五項，就外國人眷屬在勞工保險條例實施區域以外發生死亡事故者，限制其不得請領喪葬津貼，係為社會安全之考量所為之特別規定，屬立法裁量範圍，與憲法第七條、第十五條規定意旨尚無違背。」即宣告無違憲法第 7 條平等權保護；惟理由書則以：「立法機關為撙節保險基金之支出，適當調整給付範圍乃屬必要，**不生歧視問題**。是就業服務法第四十三條第五項規定符合憲法第二十三條規定之意旨，與憲法第七條平等權、第十五條財產權之保障尚無違背。」亦以沒有歧視之問題而認未違反憲法第 7 條平等權保障（粗體為本文自行編輯）。

110 黃昭元，前揭註 66，頁 6-7。

111 司法院釋字第 748 號，解釋理由書第 14 段。

112 例如：就業服務法第 5 條第 1 項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」、身心障礙者權益保障法第 16 條第 1 項：「身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、應考、進用、就業、居住、遷徙、醫療等權益，**不得有歧視之對待。**」（粗體為本文自行編輯）。

113 例如：性別工作平等法第二章章名為「性別歧視之禁止」，惟該章具體之條文如第 7 條：「雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有**差別待遇**。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」、第 8 條、第 9 條、第 10 條第 1 項、第 11 條內文均係以「不得因性別或性傾向而有差別待遇」（粗體為本文自行編輯）。

114 黃昭元，前揭註 66，頁 5-6。

115 蔡晴羽（2016），〈論美國差別影響歧視法制於我國法上繼受與適用可能〉，財團法人李模務實法學基金會（編），《判解研究彙編（十九）（二十）》，臺北：財團法人李模務實法學基金會，頁 265-268。

doi:10.6342/NTU201701132

綜上，本文認為由於平等權落實於法制建置上，會先確立以特定身分作為分類標準，並以此分類標準作為保護之事由，進而再禁止以該特定身分為理由，是禁止歧視應作為落實平等權保障之手段，是本文以「歧視」為用語所指涉內涵包括一切違反平等權保障之差別待遇行為。

而就這樣之定義，勢必會涉及何謂違反平等權之行為，而涉及平等權之理論基礎採擇問題，而分為形式平等（反分類）、實質平等（反壓迫）之研究取徑。反分類將重點著重在禁止基於分類所為差別待遇措施。至於反壓迫則重在反省社會結構上對於弱勢群體可能造成傷害。[116]而本文於後將延續司法院大法官解釋向來認為我國憲法平等權保障是為求落實實質平等之意涵，[117]以探討歧視之意義。

而本文就歧視之來源，則分為「國家」與「私部門」。其中國家歧視則是指一切透過國家公權力所為可能違反憲法平等權保障之差別待遇行為。例如透過：國家立法權透過制定國家法令限制特定人之職業選擇、政府機關等公部門考用徵才之條件等方式所為差別待遇；而「私部門」歧視，則指涉一切非來自國家公權力、公部門以外之私人雇主（包括自然人、法人）所為之差別待遇行為。

第三項　前科

本文以「前科」者所面臨之就業歧視為題，然而我國現行法律就職業選擇自由限制部分，多係以特定罪名或刑度作為分類限制之標準，並沒有直接使用「前科」之字詞。[118]

---

116 *See* Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 Harvard Law Review 1470, 1470-1547 (2004).

117 關於：「憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。」，請參照大法官釋字第 547 號、第 584 號、第 596 號、第 605 號、第 614 號、第 647 號、第 648 號、第 666 號、第 694 號、第 727 解釋。

118 李思儀，前揭註 29，頁 2。

doi:10.6342/NTU201701132

若以教育部重編國語辭典修訂本查詢「前科」之文義指：「刑法上指曾受科刑判決的記錄」[119]，似僅限於受刑是科刑判決確定者留有「紀錄」才有前科可言。以我國刑事訴訟法制觀察，一旦受到刑罰訴追，將受刑事訴訟法規範之偵查、審判法定程序。於偵查階段可能受到檢警之傳喚、逮捕、拘提、通緝、羈押；並由檢察官作成不起訴、緩起訴、起訴處分。於起訴後進入法院審理階段除仍可能受羈押外，於判決結果上可能獲判無罪、或免訴或不受理判決、如認定構成犯罪，除免其刑者，得諭知免刑之判決外，則可能受死刑、有期徒刑或拘役（得易科罰金）、罰金（得易服勞役）、訓誡、保安處分之刑罰；[120]其中如受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，符合法律要件者，亦可受宣告二年以上五年以下之緩刑。[121]而目前我國前科紀錄乃建置於司法機關之「刑事資料查註紀錄系統」，涵蓋偵查階段行政簽結、不起訴、緩起訴處分與法院階段有罪、無罪等各種判決結果資訊。[122]因此，一旦以被告身分涉入刑事案件，無論結果是否經法院判決有罪定讞，均會留下紀錄。

本文所研究之範圍國家歧視，特別是前科者之「職業選擇自由」之限制，以目前相關法令限制，固然諸多以受法院刑事「有罪」判決「判刑確定」者為較明確劃分之要件。[123]然而，仍有少數法律針對「通緝有案尚未結案」等未定罪之紀錄，也列為禁止從事特定工作之事由。[124]而就私部門歧視部分，無論是受偵查、審理或刑事有罪確定、有無實際入獄服刑，一旦涉入刑事案件，即有可能以前科身分為由受歧視。因此本文就「前科」是以「最廣義」之角度觀察，凡曾涉入刑事案件，無論

---

119 教育部重編國語辭典修訂本網路版，「我想找」輸入「前科」可查得，http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?ccd=u5P29F&o=e0&sec=sec1&index=1（最後瀏覽日：06/05/2017）。

120 刑事訴訟法第 252-270、299、303、399 條；刑法第 33 條。

121 刑法第 74 條。

122 林儻紘，前揭註 31，頁 8。

123 李思儀，前揭註 29，頁 2-4。

124 例如：幼兒教育及照顧法第 27 條第 1 項第 1 款：「教保服務人員或其他人員有下列情事之一者，不得在幼兒園服務：一、曾有性侵害、性騷擾或虐待兒童行為，經判刑確定或**通緝有案尚未結案**。」、社區互助式及部落互助式教保服務實施辦法第 5 條第 1 項第 1 款：「教保服務人員或其他工作人員有下列情事之一者，不得在互助教保服務中心服務：一、曾有性侵害、性騷擾或虐待兒童行為，經判刑確定或**通緝有案尚未結案**。」、教保服務人員條例第 12 條第 1 項第 1 款：「教保服務人員有下列情事之一者，不得在幼兒園服務：一、曾有性侵害、性騷擾、性剝削或虐待兒童行為，經判刑確定或**通緝有案尚未結案**。」（粗體為本文自行編輯）。

doi:10.6342/NTU201701132

有無起訴、有無有罪定讞，則論以「前科」，凡有關於前科之紀錄則屬於「前科紀錄」，而曾涉入刑事案件之人即屬「前科者」為研究討論之範圍。

第四項　禁止查問

本文所指「禁止查問」，指涉一切有關於以雇主或特定人為對象，由國家法令禁止或限制對於求職人或受僱人（員工、勞工），所進行調查、詢問、取得、要求提供相關資訊與資料行為之管制措施。

例如：我國就業服務法第 5 條第 1 項第 2 款規定，雇主招募或僱用員工，不得違反求職人或員工之意思，留置其國民身分證、工作憑證或其他證明文件，或要求提供非屬就業所需之隱私資料，即限制雇主對求職人或員工取得資料或要求取得相關文件資料，亦屬於禁止查問之一種類型。本文於後將繼續討論關於有關禁止查問相關美國與我國法律之情況。

第五項　積極優惠措施

本文所指「積極優惠措施」，源於美國法「Affirmative action」之意義，即指受反歧視法保護之特定弱勢群體成員（例如：少數族裔、身心障礙者、婦女），提供更多就業機會或其他優惠利益之措施，以矯正過去因受歧視待遇而受到之不利影響，以達促進實質平等之目的。[125]學理上亦可稱為優惠性差別待遇、[126]積極平權措施、[127]積極性優惠措施、[128]積極矯正措施、積極行動方案、積極行動措施。[129]本文

[125] 焦興鎧，〈論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力〉，前揭註 58，頁 54。
[126] 司法院釋字第 649 號。
[127] 廖元豪（2004），〈種族積極平權措施（Race-Based Positive Action）與平等原則之關係──歐洲角度之分析〉，《歐洲人權學術研討會》，頁 7-9，臺北：中央研究院歐美研究所。
[128] 李仁淼，前揭註 47。
[129] 焦興鎧，前揭註 58。

doi:10.6342/NTU201701132

則援用較新之司法院釋字第 719 號解釋之用字，統一使用「積極優惠措施」。

本文所指涉「積極優惠措施」，廣義而言，指以達成實質平等為目標所採取之各種措施。[130]於本文所關注之職場反歧視法制，則指就受保護特定群體提供更多就業機會或其他優惠利益，以矯正過去對其歧視所產生負面影響之一切措施。

第五節　研究方法、步驟與架構

在上述研究範圍之劃定下，本文之研究方法乃參考「比較法」之方式，即透過探究我國與外國就前科者就業歧視問題因應之管制相同與差異之處，輔以原因和背景分析並進一步提出對我國問題之反省和試圖提出解決之方法。[131]本文基於美國從 1964 年制定民權法第七編以降，就就業歧視之防治與努力不餘遺力，自 1970 年起開始對抗前科者就業歧視困境，累積許多豐富之經驗，因此選擇參考美國法之經驗並分析對我國之啟發。據此，本文研究步驟為先盤點我國國家與私部門歧視之問題現況，並分析問題的根源，進而再從美國聯邦憲法與聯邦法、各州立法所建構之反歧視法制，分析美國如何因應前科者就業歧視問題；最後就美國經驗帶給我國的啟發，試圖提出就我國面對前科者就業歧視問題之具體建議。

循上述研究方法與步驟，本文架構上共分五章。除第一章為緒論外，於第二章分析我國對於前科者職業選擇自由限制法令、司法院相關解釋、我國反歧視法架構，釐清前科身分所受國家與私部門歧視之困境；第三章參考美國法對抗前科者就業歧視困境之經驗；第四章則基於前二章發現以平等權保障之視角，分別提出司法、行政、立法建議；第五章則是結論。

本文從第二章，將從檢視我國國家法令以前科為身分對於前科者之差別待遇

130 廖元豪，前揭註 45；林俐瑩、吳憲，前揭註 45。
131 黃舒芃（2009），〈比較法作為法學方法──以憲法領域之法比較為例〉，氏著，《變遷社會中的法學方法》，頁 248，臺北：月旦。

doi:10.6342/NTU201701132

以盤點潛在國家歧視之範圍，並以平等權之視角分析我國司法院大法官處理前科者國家歧視問題，就前科者之態度為何。接著本文將分析前科者受到社會私部門歧視之問題，並特別聚焦於來自於私部門雇主之就業歧視現況，並分析目前我國反歧視法對於前科者之態度。最後從立法與司法互動關係觀察就國家歧視與私部門歧視是否可能獲得解決，抑或是前科者就業歧視困境將繼續存在。

本文從第三章，將進一步參考比較法研究之觀點，由於美國乃發展就業歧視法之國家，我國諸多研究也都參考美國法出發並提出反歧視法修正倡議。而美國自 1970 年代起即開始關注並對抗前科者就業歧視問題，已累積相當之研究成果與經驗。是本文將從美國法對反歧視體系，以司法（特別是聯邦法院之判決）、聯邦法（特別是民權法第七編），與各州法政策角度分析美國如何對抗與因應前科者就業歧視之問題，進而分析美國就前科者就業歧視現況與發展。以期以美國法之思維能就我國現況問題帶來啟發。

本文從第四章將試圖以憲法平等權保障前科者之觀點，重構我國職場反歧視法。首先分析前科者與一般人是否不同，標籤化之來源為何；其次從「憲法」角度如何透過憲法第 7 條保障平等權之觀點，檢討關於前科者就業選擇限制之國家歧視問題；以及大法官對於國家歧視的態度如何影響到私部門歧視。最後，並將提出本文的觀點，修正大法官目前處理前科身分差別待遇之標準，以及依照本文的見解提出行政處置上勞動政策建議，與立法將前科者納入反歧視法保障之修法方向，以提出解決前科者所遭遇私部門就業歧視問題之建議。

最後於第五章提出本文結論，總結各章節分析並提出對未來研究方向之展望。

第六節　本文論點

透過上述步驟分析，本文主張前科者就業歧視問題，應以「撕除社會對前科者

doi:10.6342/NTU201701132

之標籤」為出發，以憲法第 7 條保障實質平等、反壓迫之精神，不能將前科者貼上一個概括性的「風險」標籤，作為禁止擔任特定工作的事由。應只能參考特定職務與工作本質有實質關聯之前科紀錄，並實質考量到特定職務與工作之特性及特定前科推論實質風險發生之可能性，才能為差別待遇。我國現行法對於前科者就業職場上保護，僅以「隱私」保護角度出發，而欠缺從「平等保護」視角出發之「反歧視」之目的思考。受限於前科仍然有可能與特定職務與工作有其關聯性，司法院大法官態度消極，也連帶影響普通法院和立法之價值取捨。是司法意義上應參考上列標準，於國家歧視違憲審查應納入平等權審查，並以實質平等觀點，提升至中度審查標準。立法層次上應落實「反壓迫」之精神，將前科事由明定禁止歧視之原則，並規範前科查問制度，並依本文提出之原則擬定個案考量前科紀錄衡量之因素。

本文從第二章發現我國國家法令以前科身分為差別待遇而涉及潛在國家歧視問題嚴重，我國大法官多數意見在面對前科者受國家法令之國家歧視問題時，就平等權審查態度上，僅以最寬鬆「合理」標準進行平等權審查。粗糙地以再犯率作為分類前科者與一般人之合理理由，沒有考量到再犯率與就業選擇自由限制間具體關聯，這樣的觀點形同對前科者直接貼上等同風險之標籤，認定前科者與一般人本質不同。以粗糙統計機率概括地認定凡屬前科群體者，將再犯率等同實害，透過前科身分劃分群體，將屬於群體內每一個人認定其本質上必然可能不適任特定職業與工作，以至於未落實憲法第 7 條保障平等權。即令有結論有利於前科者之解釋，但仍未積極表明前科者與一般人本質沒有不同，而欠缺以實質平等角度關照前科者。受限於我國現行反歧視法體系，對前科者保障僅侷限於「隱私」角度之保障，欠缺「反歧視」之平等思維，無論在面對國家歧視與私部門歧視之問題，以目前司法與立法之互動，均無法期待可以全面解決前科就業歧視之問題。[132]

本文於第三章發現美國法反歧視法固然發展的比我國早，不管是對於歧視的理解以及訴訟上的操作，都比我國細膩，但其前科者面對就業歧視問題，卻因為面

[132] 此將於本文第二章「前科者的就業寒冬：從國家到私部門的歧視結構」（第 37-111 頁）詳述。

doi:10.6342/NTU201701132

對大量國家歧視法令限制職業選擇自由、商業化查核服務，並與種族和社會經濟問題結合，以致於更加嚴重。雖然透過民權法第七編規範差別影響歧視理論，法院和美國平等就業機會委員會（EEOC），以前科決定是否僱用對於少數族裔發生顯著不利影響而構成種族事由差別影響歧視，要求雇主必須衡量前科本質與職務內涵關聯分析，再透過告知求職者等方式提供資訊個別化評估是否不適任特定工作，採取對前科者「去標籤化」的制度架構。然而，考量到民權法第七編仍僅能嘉惠於少數族裔，且因美國聯邦最高法院認為雇主不僱用前科者是理性決定後之結果，許多法院仍敵視以此方式保護前科者。因此，有社會團體提出 Ban the Box 倡議避免前科者因其前科紀錄即直接喪失面試機會，以達於歧視發生前避免歧視之目的，並有數個州法將前科直接明訂為禁止歧視之事由。這些作法，是「新理性」觀點，相較於傳統反歧視法之理性觀點，僅以「個別雇主」之利益權衡，新理性分析將整體社會促進前科者就業、達到預防再犯之風險均納入利益衡量，並以考量平等權保障內涵為「反壓迫」之實質平等保障來解決前科者就業困難之問題。整體而言，就管制規範前科者之就業歧視問題之保護光譜，可以從「標籤化」思考即以「前科」作為認定是否適任特定工作之標籤；到「撕去標籤」，以前科者不一定不適任工作，應具體審視個案判斷；到進一步以「反標籤」之思維，認為前科者受有系統性污名與歧視，而應基於平等權保障反壓迫實質平等之精神，進一步積極保護免於歧視。[133]

本文奠基於上述之研究發現，參採美國對抗前科者就業歧視困境之努力，就其所長之處，於第四章針對我國面對前科者就業歧視問題，分別於司法、勞動行政、立法上建議。本文認為前科者面對就業歧視之主因根源於「標籤化」之想像，認定前科者必然具有不良特質、不適任工作、有高度再犯風險。然而，如是預設即是對於「前科者」加以標籤化之結果，以致於使人一旦以前科身分被劃歸於前科者之群體中，即無視其個別工作能力與更生情形，即認定不適任特定工作而於予以差別待遇即構成歧視。解決前科者就業歧視問題，必須先去標籤化，肯認前科者與一般人

[133] 此將於本文第三章「美國法之借鏡：對前科者就業歧視規範體系」（本文第 113-191 頁）詳述。

doi:10.6342/NTU201701132

於職場上工作能力和風險並無本質不同，而在平等視角下調整關於憲法平等權審查標準，據此精神去制定反歧視專法將其納入保護。[134]基於上述基礎之下，本文進一步提出司法意義上憲法法院（我國司法院大法官）針對違憲審查標準和普通法院就現行相關法律解釋之建議；於勞動法政策上之考慮及於立法層次上則提出對於將前科者納入反歧視法保護之建議。

第一、司法意義

司法意義上，對於憲法法院而言，對國家法令以前科身分限制職業選擇自由，應納入平等權審查模式，且修正循以下步驟進行：一、肯認此類國家法令將前科者與一般人劃分為不同群體構成分類差別待遇；二、考量憲法第 7 條平等權保障價值為反壓迫實質平等，前科者受限於系統性污名與社會經濟、政治地位之結構性壓迫，對於人性尊嚴與發展之重要利益下，調整為中度審查標準。必須有重要之公共利益為目的，且分類手段與目的間有實質關聯性；三、所謂「重要之公共利益」應僅限於確保專門職業適格性，針對風險部分則應結合特定職業與工作特性觀察判斷有無特別保護第三人生命身體健康財產安全之必要性；第四、就目的與分類間實質關聯，應認為：（一）以刑度分類：無涉罪名僅以特定刑度前科為分類，即屬違憲；（二）罪名分類：選定特定罪名前科為分類標準，立法者應證明特定罪名前科預測再犯風險實害風險與利用特定職務或工作之實質關聯性，如無法證明，分類即屬違憲；（三）個案衡量上是否容有太多失之過寬、過嚴之空間；如果是，又沒有設立例外或個案衡量之機制，則分類亦屬違憲。[135]普通法院於相關法律之解釋亦持相同立場進行解釋適用。

第二、勞動法政策之建議

[134] 此將於本文第四章第一節「反歧視法建構的思考重點」（本文第 193-207 頁）詳述。
[135] 此將於本文第四章第二節第一項「司法意義」（本文第 208-233 頁）詳述。

doi:10.6342/NTU201701132

就更生保護法規範之輔導就業，應制訂更具體明確之方針以達促進前科者就業之效果；並應就前科者於職場上所面對就業歧視困境，進行更多實證研究與調查，以作為進一步是否納入反歧視法保障之基礎。[136]

第三、立法建議

而在立法層次上，以國家應有積極改善現存政治、經濟、社會弱勢者地位減少結構性壓迫，亦即採取「反壓迫」之實質思維，而應將前科者納入反歧視法保護體系。而我國對抗前科就業歧視困境，最大的問題有二：第一、我國將前科納入「隱私」以間接保護前科者，但欠缺「反歧視」之思維；第二、美國法就前科紀錄於職場上決策之思考原則與例外較具體，我國流於抽象欠缺具體指引，以致無法真正對抗前科者面臨之就業歧視問題。因此將前科者納入反歧視法保護，並明確化原則與例外之思考，將是立法之重點。

本文提出專法基本架構，透過僱用前階段，原則於面試前禁止查問，例外於面試面試階段以書面並徵得同意後於符合例外考量前科因素範圍內進行查問；於整個僱用階段，則明定原則禁止歧視，除法律明定以前科為消極資格限制外，僅於針對特定職務或工作主要內容與特性，與其前科紀錄所涉特定罪名有直接關聯，足認有對雇主或第三人安全或權利造成損害之實質風險者，得例外考量該特定前科紀錄外，並應明文規範考量前科紀錄應綜合審酌之因素。[137]

本文於第五章結論，綜合如何以現行法和本文之建議進行分析，我國前科者因污名與標籤化，確實面對嚴重國家與私部門歧視問題，而司法院大法官是否將前科者納入平等保護之思考，確實對於普通法院和立法決策有實質影響。為了對抗前科者就業歧視困境，確實有必要立基於憲法第 7 條平等權保障之精神，去重新於憲

[136] 此將於本文第四章第二節第二項「行政：勞動政策之建議」（本文第 233-234 頁）詳述。
[137] 此將於本文第四章第二節第三項「立法建議」（本文第 234-243 頁）詳述。

doi:10.6342/NTU201701132

法意義上如何更具體化違憲審查標準，司法實踐上如何於個案具體操作使前科者免於職場上歧視、勞動政策上之努力方向、與立法管制下制定專法保護內容與適用之建議。本文研究希能踏出對於前科者就業歧視保護之第一步。就反歧視法納入私權損害賠償制度、與雇主僱用人責任之衡平、前科紀錄之塗銷與管理制度、國家立法制定積極優惠措施之模式，都是未來繼續發展方向。

doi:10.6342/NTU201701132

第二章 前科者的就業寒冬：從國家到私部門的歧視結構

我國目前特別針對有前科者職業選擇自由限制法令違憲審查為2004年9月17日公布之司法院大法官釋字第 584 號，宣告道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）終身禁止曾犯特定罪之前科者駕駛計程車規定合憲。本號解釋引起不同意見之大法官撻伐、批判，亦引發學界關注於前科者就業歧視之問題。

而後續司法院於 2013 年 12 月 20 日公布之司法院釋字第 715 號處理「國防部預備軍士官班招生簡章規定曾受刑之宣告者不得報考」之爭議、於 2017 年 6 月 2 日公布之司法院釋字第 749 號處理「道路交通管理處罰條例限制計程車駕駛人於執業期中犯特定之罪者，三年內不得執業，且吊銷其持有之各級駕照」之爭議，此二號解釋於結論上固然都宣告違憲看似對於前科者有利，然而二號解釋於多數意見均沒有論及憲法第 7 條平等權保障之問題，大法官多數意見對於是否應將具前科身分之前科者於工作能力與一般人沒有本質不同之平等保障基礎，明顯欠缺積極地表態。

於國家諸多國家法令赤裸裸歧視前科者之寒冬下，我國尚未有任何法律明文禁止對前科者之歧視，亦即未將前科列為反歧視法明文保障之事由，私部門對前科者歧視，自社會四面八方而來，使前科者之就業歧視問題，更雪上加霜。

目前我國國家法令對於前科身分為差別待遇而涉及潛在國家歧視情形如何？司法院大法官對於國家法令以前科身分為分類之差別待遇牽涉國家歧視問題之立場為何？私部門間對於前科者之歧視現況如何？我國反歧視法制如何管制？前科者之現況處於何種境地？於目前司法與立法互動關係之下，有無可能解決前科者就業歧視困境？即為本文首要釐清之問題。

本文以下將依序分析前科者於國家歧視及私部門歧視問題，並特別聚焦於職

doi:10.6342/NTU201701132

場上歧視問題探討，以具體化我國前科者所面對就業歧視困境。

第一節　國家歧視

本文所謂國家歧視，指的是來自於國家法令以前科為身分為分類標準對於前科者所為之差別待遇。目前我國法令所致國家歧視型態繁多，例如：限制前科者受憲法第 15 條保障工作權、第 18 條保障之應考試服公職等基本權，而有是否牴觸憲法之疑慮。

司法院大法官分別於司法院釋字第 584 號、715 號、749 號處理此類爭議，其中司法院釋字第 584 號固然有提及平等權審查，然而採取寬鬆之合理審查標準；至於司法院釋字第 715 號、749 號則對於平等權審查置之不論，未來如何發展仍有待繼續觀察。

第一項　國家歧視的型態

國家對於前科者之歧視，最根本根源來自於國家法令之限制。本文認為如果差別待遇違反憲法平等權保障即構成歧視，是如果要檢討分析可能存在之國家對於前科者之歧視，首要應先特定哪些國家法令以「前科」為身分所為差別待遇。本文就國家法令針對前科者之差別待遇分成幾種主要之類型，以下先分述之。

第一種類型為「前科」列入司法權評價之因素。以「前科」標示特定人進而影響法律執行之決策。例如，民法規範法院於選定或改定監護人時，應注意監護人有無犯罪前科；[1]於刑法規範法院審酌被告之前科作為宣告緩刑之要件、[2]和是否構成

[1] 民法第 1094 條之 1 第 2 款：「法院選定或改定監護人時，應依受監護人之最佳利益，審酌一切情狀，尤應注意下列事項：二、監護人之年齡、職業、品行、意願、態度、健康情形、經濟能力、生活狀況及**有無犯罪前科紀錄**。」（粗體為本文自行編輯）。

[2] 刑法第 74 條第 1 項：「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不

doi:10.6342/NTU201701132

累犯加重其刑。[3]

第二種類型為「前科」列入行政權決策之因素。例如：就犯罪者之處遇；[4]對於家庭暴力加害人之處遇均考慮前科因素；[5]對於自衛槍枝是否核發之管理也考慮前科因素。[6]又例如：勞動部制訂關於全國模範勞工選拔時，明文限制符合特定情形之前科者不得參選或將註銷其全國模範勞工資格。[7]

執行為適當者，**得宣告二年以上五年以下之緩刑**，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，**五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者**。」亦以特定前科類型作為是否可以為緩刑宣告之要件（粗體為本文自行編輯）。

[3] 刑法第 47 條第 1 項：「**受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後**，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」亦即如曾有前科構成累犯之情況，則可以加重其刑（粗體為本文自行編輯）。

[4] 例如：行刑累進處遇條例施行細則第 8 條：「　調查人員對於適用累進處遇之受刑人，應依據有關資料，分別初犯、再犯、累犯，並依其年齡、罪質、刑期及其他調查所得之結果，作為研議處遇計畫之基礎。前項稱初犯者，指無犯罪前科者而言。**稱再犯者，指有犯罪前科**，但不合刑法第四十七條之規定者而言。稱累犯者，指合於刑法第四十七條之規定者而言。在執行中發覺受刑人為累犯或撤銷假釋者，自發覺之月起更正其責任分數。再犯者責任分數與初犯者相同。」即區分有無前科研議處遇計畫。又例如：性侵害犯罪付保護管束加害人科技設備監控實施辦法第 6 條：「觀護人經綜合性侵害犯罪付保護管束加害人之**前科紀錄**、保護管束執行情形、警察機關查訪意見、矯正機關、家庭暴力及性侵害防治中心（以下簡稱防治中心）鑑定、評估、治療等相關資料，認有施以科技設備監控必要者，得報請檢察官、軍事檢察官許可實施之。」亦認為觀護人可以審酌加害人之前科紀錄判斷是否需要施以科技監控（粗體為本文自行編輯）。

[5] 例如：家庭暴力加害人處遇計畫規範第 7 條：「直轄市、縣（市）主管機關應檢視下列資料，並指定評估小組成員二人以上，以面談、電話訪談或書面資料評估等方式，作成第五點書面意見；其資料不全者，得請法院或相關機關提供：（一）民事保護令聲請書狀影本。（二）家庭暴力事件通報表影本。（三）警察機關處理家庭暴力案件現場報告表影本。（四）訪視會談記錄表影本。（五）被害人驗傷診斷證明書或驗傷單影本。（六）判決書(緩刑或假釋者)。（七）危險評估量表。（八）**相對人前科資料（無前科者免提）**。（九）其他相關資料。」（粗體為本文自行編輯）。

[6] 自衛槍枝管理條例第 6 條第 1 項第 2 款：「人民自衛槍枝，每人以甲乙種各一枝為限，每戶不得超過甲乙種各二枝，並應申請查驗給照，其程序如左：二、該管警察機關收到申請書後，應即詳核，除發現申請人有不良紀錄或**犯罪前科**者，應不予發照，並收購其槍枝彈藥外，其核與規定相符者，即分別地區編造登記冊，派員前往適中地點辦理查驗烙印事宜，並發給臨時查驗證，及收納照費。」（粗體為本文自行編輯）。

[7] 原勞動部中華民國 104 年 12 月 15 日勞動關 1 字第 1040128419 號函令訂定發布「一百零五年全國模範勞工選拔及表揚要點」第 7 條第 2、3 款：「參加全國模範勞工選拔者或經選拔為全國模範勞工，有下列情事之一者，不得參選或註銷其全國模範勞工資格：（二）於一百零一年一月一日至一百零四年十二月三十一日期間，曾受有期徒刑以上刑之宣告確定。但因推動勞工事務，受有期徒刑以上刑之宣告確定，不在此限。（三）曾犯殺人罪、妨害性自主罪、搶奪罪、強盜罪、擄人勒贖罪、重傷罪、竊盜罪或有累犯紀錄等。但於服刑期滿後逾十五年且未再依法起訴、刑事法院審判中或**有犯罪前科紀錄**者，不在此限。」，後經自由時報，2016-04-11 19:57 發布【申請良民證 模範勞工怨就業歧視】網路新聞，提及：「宜蘭縣模範勞工遴選出爐，有 105 名本國勞工獲選；不過，縣府要求每人繳交『良民證』送審，過去 5 年曾受有期徒刑宣告，就要註銷資格。民眾批評，這種規定是就業歧視，更生人不能當選模範勞工嗎？很不友善。縣府勞工處表示，這是中央的規定，是否廢除良民證審核可以研議看看。」、「至於『良民證』的審查，**她認為，就摒除就業歧視，重新接納更新人的角度，確實不應該有所限制**，縣市政府是否有放寬或廢除的權力，適不適合、可不可行，勞工

doi:10.6342/NTU201701132

第三種類型，即國家法令以「前科」直接限制前科者之基本權利。過去論者特別集中於限制前科者受憲法第 15 條「工作權」保障內涵中職業選擇自由。曾有論者以「終身限制」或「定期限制」、是否為「專門職業技術人員」為分類作整理；[8]也有論者認為可以「所依據之法源」、「罪名有無限制」、「宣告刑有無種類之限制」、「有無期限之限制」作為分類。[9]

實則以前科身分作為消極資格，可能限制之基本權並不僅侷限於憲法第 15 條保障工作權，尚可能涉及憲法第 18 條應考試、服公職權利，或如憲法第 22 條保障一般行為自由等權利。由於此類相關法令繁多，牽涉基本權利與管制方式各有所不同，本文認為可以再細分為四種情形

第一種情形為以前科作為「公務員」消極資格限制，可能涉及限制前科者受憲法第 18 條保障「應考試」、「服公職」之基本權利。例如，公務人員服務法第 28 條第 1 項第 3、4、5 款規定，分別限制動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案；曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案；或其他以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢，未受緩刑宣告者任用為公務員；於公務人員考試法第 12 條第 1 項第 1、2、3 款規定，如動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案；曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案；褫奪公權尚未復權之情形，則不得應考。

第二種情形為以前科作為「專門職業及技術人員」之消極資格限制，[10]可能涉

處會進行檢討，不只模範勞工，許多表揚都類似限制。」，http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1661191（最後瀏覽日：03/06/2017）。後於勞動部中華民國 105 年 12 月 14 日以勞動關 1 字第 1050128776 號令訂定發布「一百零六年全國模範勞工選拔及表揚要點」，即已刪除前科限制，http://www.mol.gov.tw/announcement/2101/30650/（最後瀏覽日：03/06/2017）。

[8] 相關我國法令整理，可以參考李思儀（2007），《從憲法平等權觀點檢視有前科者之職業選擇自由限制》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 129-149。其中「附表一：我國對有前科者之職業選擇自由限制」又分為「附表一之一：終身限制」、「附表一之二：定期限制」，此部分可以發現有法律位階限制也有命令位階之限制。而「附表二：專業職業技術人員的前科限制」。

[9] 楊冀華（2008），〈以前科限制就業制度之檢討〉，《犯罪與刑事司法研究》，第 11 期，頁 75。

[10] 所謂專門職業及技術人員，依專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條規定，指的是：「本法

doi:10.6342/NTU201701132

及限制前科者受憲法第 18 條保障「應考試」與第 15 條保障「工作權」之基本權利。此類情形主要涉及以前科作為專門職業之消極資格限制。[11]例如：引水法第 13 條第 5 款：「犯罪經判處徒刑三年以上確定者」不得擔任引水人；而專門職業及技術人員高等考試引水人考試規則第 6 條則規定有此情形即不得應考。又例如，會計師法第 6 條第 1 款規定：「曾有詐欺、背信、侵占、偽造文書或因業務上犯罪行為，受一年以上有期徒刑之宣告確定。但執行完畢或一部之執行而赦免已滿三年者，不在此限。」；而專門職業及技術人員高等考試會計師考試規則第 4 條規定有此情形不得應考。或已取得職業資格後再予以撤銷者，例如律師法第 4 條第 1 項第 1 款規定：「曾受一年有期徒刑以上刑之裁判確定，並依其罪名足認其已喪失執行律師之信譽，經律師懲戒委員會懲戒除名。但受緩刑之宣告，緩刑期滿而未經撤銷或因過失犯罪者，不在此限。 」不得充任律師，同條第 2 項即規定，已充律師者，撤銷其律師資格。

第三種情形為上述二種情形之外，其他各種以前科限制從事特定職業、職務、工作，此類情形則可能涉及限制前科者受憲法第 15 條保障工作權。而具體管制模式主要可分為下列三種：

第一、限制辦理「執業登記」之方式進行管制。

例如：道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項規定曾犯限制罪名之前科者不得不得辦理計程車駕駛人執業登記，同條第 2 項規定執業其中犯限制罪名者廢止執業登記。

第二條所定專門職業及技術人員考試種類如下：一、律師、會計師、專利師。二、建築師、各科技師。三、醫師、中醫師、牙醫師、藥師、醫事檢驗師、護理師、助產師、臨床心理師、諮商心理師、呼吸治療師、醫事放射師、營養師、物理治療師、職能治療師、語言治療師、聽力師、牙體技術師。四、獸醫師。五、社會工作師。六、不動產估價師、地政士、不動產經紀人。七、保險代理人、保險經紀人、保險公證人、記帳士。八、導遊人員、領隊人員。九、民間之公證人、法醫師。十、牙體技術生。十一、引水人、驗船師、航海人員。十二、消防設備師、消防設備士。十三、專責報關人員。十四、其他依法律應經考試及格領有證書始能執業之專門職業及技術人員。」

[11] 司法院釋字第 682 號，解釋理由書第 1 段：「憲法第十八條對人民應考試權之規定，除保障人民參加考試取得公務人員任用資格之權利外，亦包含人民參加考試取得專門職業及技術人員執業資格之權利，以符憲法保障人民工作權之意旨」。

doi:10.6342/NTU201701132

第二、法律直接介入規範私法效力之方式進行管制。

例如：公司法第 30 條第 1、2、3 款規定：「一、曾犯組織犯罪防制條例規定之罪，經有罪判決確定，服刑期滿尚未逾五年者。二、曾犯詐欺、背信、侵占罪經受有期徒刑一年以上宣告，服刑期滿尚未逾二年者。三、曾服公務虧空公款，經判決確定，服刑期滿尚未逾二年者。」不得充任經理人，已經充任者當然解任，亦即透過法律規定視為解任效果。

第三、法律以規範私部門雇主，課予私部門雇主法定義務之方式進行管制。

例如：補習及進修教育法第 9 條第 8 項規定：「有性侵害、性騷擾或虐待兒童行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案」之情形，不得擔任短期補習班之負責人與教職員工，而管制效果則是可予私部門雇主法定義務，法定義務又分為僱用前階段之查問前科紀錄，即依同條第 4 項規定，短期補習班擬聘僱教職員工前，應附最近三個月內核發之警察刑事紀錄證明書等基本資料，陳報直轄市、縣（市）主管教育行政機關核准；同條第 9 項規定，短期補習班聘用或僱用教職員工前，應向直轄市、縣（市）主管教育行政機關查詢有無法定不得擔任情事；已僱用應依同條第 6 項規定解聘或解僱。如私部門雇主違反上述義務，依同條第 13 項規定，直轄市、縣（市）主管教育行政機關應處其負責人新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰，並得令其限期改善，屆期未改善者，按次處罰；必要時並令其停止招生或廢止短期補習班立案。[12]

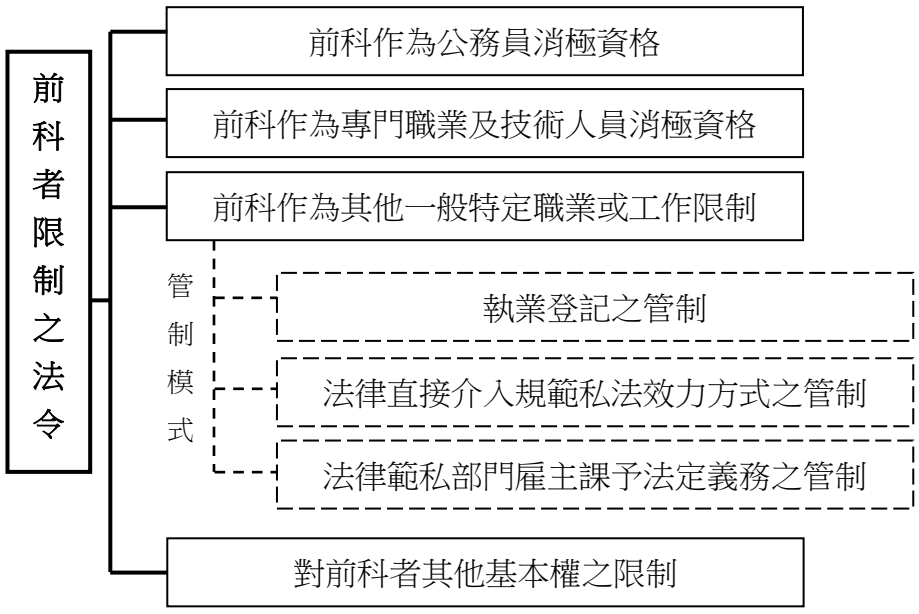
第四種情形則是以前科身分為限制而侵害到其他基本權。例如：道交條例第 37

[12] 中華民國 106 年 5 月 26 日立法院第 9 屆第 3 會期第 15 次會議通過。修正前原條文第 9 條第 2 項第 1 款、第 3 項規定「前項第四款之負責人與教職員工，有下列情形之一者不得擔任：一、有性侵害、性騷擾或虐待兒童行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案。」、「短期補習班負責人有前項情形者，應廢止其設立許可，教職員工有前項情形者，應予解聘或解僱。」並沒有要求要以提供良民證方式查核。然而受限於我國查詢前科紀錄方式僅能申請良民證，因此於修法前補教業為了滿足這樣的規範，即以要求良民證方式處理。請參考蘋果即時新聞 2017 年 04 月 28 日 16:54 發布【防範補教狼師　教育部：補教老師需有良民證】網路報導，http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20170428/1107550（最後瀏覽日 05/05/2017）。

doi:10.6342/NTU201701132

條第 3 項規定計程車駕駛人執業其中犯限制罪名者，經法院判決有期徒刑以上之刑確定者，則吊銷駕駛執照，將限制前科者取得駕照駕車，而限制前科者憲法第 22 條保障一般行為自由。[13]此類也可能有混合其他基本權利限制，例如工作權限制，例如吊銷駕照可能進而導致無法從事任何其他需要駕駛能力之工作，如餐飲店外送員、私部門司機等等。

《圖 2》：前科者限制之國家法令分類圖



資料來源：本文自製

從上述分析可知，現行仍存有諸多國家法令對於前科者限制而為差別待遇，是否構成歧視則必須審查是否違反憲法平等權保障，本文於下將分析大法官如何對於相關國家法令進行審理，並特別聚焦於關於平等權審查之標準。

[13] 此條項業經司法院大法官第 749 號宣告違憲，並於解釋 2017 年 6 月 2 日公布之日起失其效力，詳如本文第二章第二項第二款第二目「司法院釋字第 749 號解釋」（本文第 55-61 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

第二項　大法官解釋之立場

針對以前科為限制之國家法令，目前大法官曾處理過解釋有三。分別是司法院釋字第 715 號解釋涉及憲法第 18 條應考試服公職之基本權利；與司法院釋字第 584 號及第 749 號解釋涉及憲法第 15 條保障工作權之基本權利。

司法院釋字第 715 號解釋多數意見雖然認為就過失犯前科者卻剝奪應考試擔任軍職機會逾越必要性而違憲，但完全沒有觸及平等權保障之問題。甚至直指前科者可能具有欠缺恪遵法紀之品德，使前科者被貼上本質不適任特定職務之標籤。

而兩號涉及工作權之解釋，其中司法院釋字第 584 號解釋雖論及平等權之審查，惟採取寬鬆之合理審查標準，最終並得出合憲之結論。本號解釋除了少數持不同意見大法官大力批判外，學界亦引發諸多批評，認為多數意見實帶有歧視眼光，將前科者之再犯風險等同實害，而立基於認定前科者與未犯罪之一般人有本質不同，而輕易地可以得出合理差別待遇無違憲法平等權保障之結論。至於司法院釋字第 749 號解釋，立場上雖稍作修正，認為限制特定罪名前科者從事計程車駕駛違憲，應以對乘客安全具有實質風險者為限。進而指出系爭法規限制特定罪名與乘客安全顯然無關，且立法者無法提出證據資料證明一定期間內，有利用業務上之便利，再觸犯特定罪名之實害風險。因此，逾越必要程度而違憲。結論上固屬有利於前科者，然而，本號解釋則完全沒有討論平等權審查，是否意味大法官多數意見並不認為前科者與一般人有立於平等權保障之基礎？仍有後續繼續觀察之必要。

整體而言，我國司法院大法官多數意見立場，並未以前科者就工作能力與工作機會上可以與未犯罪一般人立基於平等地位進行思考。

第一款 限制服公職權：司法院釋字第 715 號

司法院釋字第 715 號解釋處理：「國防部預備軍士官班招生簡章規定曾受刑之

doi:10.6342/NTU201701132

宣告者不得報考」之爭議，結論認為逾越必要程度而違反憲法第 18 條保障人民服公職權利之意旨違憲。本號解釋僅以憲法第 23 條「比例原則」進行審查，且完全沒有論及憲法 7 條平等權保障之問題。本文接續就原因案件事實、代表大法官多數意見之解釋文與解釋理由書、大法官協同與不同意見書為分析。

一、 原因案件事實

聲請人報名參加 2010 年國軍志願役專業預備軍官預備士官第二梯次考選，其報名資格經國防部所屬志願役專業預備軍官預備士官考選委員會審查。由於該考試簡章規定，曾受刑之宣告者，不得報考（下稱系爭簡章規定）。聲請人因曾於 2005 年犯過失傷害罪，經臺灣桃園地方法院刑事判決判處拘役 50 日定讞，考選委員會乃依上開規定，以其安全調查不合格為由，作成報名不合格之審查結果，於考試期日前發函通知聲請人。聲請人不服審查結果，主張該處分違法，提起行政爭訟迭遭駁回而確定，故以確定終局判決所適用之前揭規定有違憲疑義，聲請解釋。[14]

二、 解釋文及解釋理由書

本號解釋多數意見結論上認為，系爭簡章規定以「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」對應考試資格所為之限制，逾越必要程度，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第十八條保障人民服公職之權利意旨不符，並要求相關機關就嗣後同類考試應依本解釋意旨妥為訂定招生簡章。[15]

多數意見理由指出國家機關因選用公職人員而舉辦考選，為達鑑別並選取適當人才之目的，可以依主管機關裁量針對需要而限制應考資格，司法院大法官原則

[14] 司法院釋字第 715 號，由大法官書記處整理提供事實摘要，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01_1.asp?expno=749（最後瀏覽日：06/05/2017）。
[15] 司法院釋字第 715 號。

doi:10.6342/NTU201701132

上應予以尊重，但仍應符合憲法第 23 條比例原則。[16]為了「確保軍事學校學生及國軍幹部之素質，維持軍隊指揮監督」，系爭簡章規定乃以是否曾受刑之宣告，作為有無應考資格之限制，以預防報考之考生品德、能力不足等情事，肇生危害國家或軍事安全之虞，所欲維護者，確屬重要之公共利益，其目的洵屬正當，且所採手段亦有助於前揭目的之達成，亦即明確指出以前科作為應考資格限制，可以預防品德、能力不足之情事，避免危害國家或軍事安全，而屬於重要公共利益。[17]多數意見進而更指出，如果針對故意犯罪，顯示其欠缺恪遵法紀之品德；如屬過失犯，則欠缺相當之注意能力，倘允許這類前科者擔任國軍基層幹部，或將不利於部隊整體素質及整體職能之提升，或有危害國防安全之虞。

因此，多數意見肯認系爭簡章規定以前科身分限制報考之必要性，辦事審酌如果偶然一次，且其過失情節輕微者，難認其必然欠缺應具備之服役品德、能力而影響國軍戰力，透過系爭考選以擔任軍職之機會，非屬達成目的之最小侵害手段，逾越必要程度，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 18 條保障人民服公職之權利意旨不符，而宣告系爭簡章違憲。[18]

三、 大法官協同與不同意見書

本號解釋由陳新民大法官、羅昌發大法官提出協同意見書，蘇永欽大法官提出之一部協同一部不同意見書、湯德宗大法官提出之部分協同暨部分不同意見書、李震山大法官、黃茂榮大法官、葉百修大法官則各提出不同意見書。[19]本文將針對於有特別關注於有關平等權審查之意見擇要說明。

---

[16] 同前註，解釋理由書第 4 段。
[17] 同前註，解釋理由書第 5 段。
[18] 同前註，解釋理由書第 6 段。
[19] 司法院釋字第 715 號解釋抄本，頁 5-91，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/%E6%8A%84%E6%9C%AC715.pdf（最後瀏覽日：06/03/2017）。

doi:10.6342/NTU201701132

本號解釋由陳新民大法官提出協同意見書，先贊同多數意見認為本號解釋僅涉及憲法第 18 條服公職權利，而非憲法第 15 條保障工作權，[20]因公領域涉及公職制度的設置與運作之目的，應以「最大功能性」，具有更高的公共利益為考量，因此應與涉及私領域之職業選擇自由限制建立不同審查標準。[21]由於文武職公務員與國家間具有極為緊密的「勤務與忠誠關聯」，國家對於相關人員的選拔，即享有高度的「評價特權」而涉有高度裁量權，因此僅能侷限於以「平等」原則之審查，並採取寬鬆審查標準。[22]國防部不願意曾受刑之宣告者擔任軍官士官，其目的十分明顯，欲讓全體軍官士官出身良好，沒有刑事犯罪紀錄，以保持軍中領導階層的清白純正，目的固然良善，然而，卻忽略了未斟酌違規情節輕重、具有值得寬憫之情事或處罰是否會造成影響個案實質正義之追求之例外情形，而將「曾受刑之宣告者」是一種特定的「社群」，排除於軍旅之外，未考慮曾有輕微犯罪前科者未必不能承擔軍隊任務等情，已明白地呈現「不理智性」，而動搖合憲的基礎。[23]

而蘇永欽大法官提出一部協同一部不同意見書提到基於憲法保障服公職權，文武官體系，應向全民平等開放，不應於憲法規定外再以法律任意增加限制。[24]

本號解釋並沒有以憲法第 15 條工作權討論，似有意劃分服公職與憲法第 15 條保障工作權權利內涵不同，對於服公職資格限制是否同屬於限制憲法第 15 條工作權保障與是否應有相同審查標準，從大法官個別提出協同或不同意見書也可見前

[20] 同前註，頁 6-8。但要特別注意的是，本號解釋另由羅昌發大法官提出協同意見書則認為世界人權宣言第 23 條第 1 項前段規定:「人人有權工作，自由選擇職業」、ICESCR 第 6 條第 1 項規定：「本公約締約各國承認工作權，包括人人應有機會憑其自由選擇與接受的工作而謀生的權利，並將採取適當步驟以保障此一權利。」故工作權的內涵包括工作機會、接受工作機會以及藉以謀生，也包括政府部門之「工作」，認為本號爭議亦應有侵害憲法第 15 條保障工作權之問題，同前註，頁 21-25、44-45。

[21] 同前註，頁 6-8。

[22] 同前註，頁 10-13。

[23] 同前註，頁 13-19。

[24] 同前註，頁 38-39。然而此處蘇永欽大法官並沒有使用憲法第 7 條平等權，參照其援用德國基本法第三十三條第二項所強調而且在實務上發展出十分嚴格標準的「平等進入」和「擇優錄用」原則；而參考湯德宗大法官提出部分協同暨部分不同意見書亦援用德國法認為，「服公職權」，自比較憲法例觀之，即「平等參與公共服務之權」，旨在保障公民有依平等之條件，參與公共服務的權利，參同前註，頁 14。似乎可以認為是針對是憲法保障服公職權限制本身獨特之審查標準，並非基於憲法第 7 條平等權保障內涵而來。

doi:10.6342/NTU201701132

爭論。本文於後繼續針對涉及憲法第 15 條工作權之司法院釋字第 584 號、第 749 號解釋進行分析。

第二款 限制工作權：司法院釋字第 584 號、第 749 號

於司法院釋字第 584 號解釋及司法院釋字第 749 號解釋，則涉及以特定前科身分限制憲法第 15 條保障工作權之基本權利。二號解釋均涉及道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）有關限制計程車駕駛執業之問題。

其中司法院釋字第 584 號解釋多數意見以憲法第 23 條比例原則審查外亦論及平等權審查並作出合憲之結論。論點無非即將前科者再犯風險等同實害，進而寬容地肯認立法者對於特定前科者所採取差別待遇並非歧視。而司法院釋字第 749 號解釋雖作出違憲結論，然僅侷限於比例原則之審查，對於平等權置之未論，以至於雖然將前科與風險間關係，要求更具體化要至「實質風險」之程度，進而作出有利於前科者之違憲結論。然而，是否有助於改善前科者受歧視之地位，仍有待後續發展觀察。

第一目 司法院釋字第 584 號解釋

司法院釋字第 584 號解釋處理道交條例第 37 條第 1 項規定，禁曾犯特定罪者駕計程車規定是否違憲之爭議，結論認為合憲。本號解釋分別以憲法第 23 條「比例原則」之中度審查標準，與憲法第 7 條平等權之合理審查標準。本文以下依序針對司法院釋字第 584 號解釋之原因案件事實、解釋文與解釋理由書、大法官協同與不同意見書進行分析。

doi:10.6342/NTU201701132

一、 原因案件事實

聲請人於 2000 年 6 月向臺中市警察局申請辦理營業小客車駕駛人執業登記證，由臺中市警察局以聲請人曾犯故意殺人未遂罪判刑確定為由，依 1999 年 4 月 21 日修正公布之道交條例第 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。」（以下簡稱「系爭法律」），不准其辦理營業小客車駕駛執業登記。聲請人不服，循序提起行政爭訟並要求行政機關與行政法院停止審判程序聲請釋憲，然受理機關或法院均認無此必要，最終判決聲請人敗訴確定。[25]

聲請人進而主張系爭法律侵害其受憲法第 15 條保障之工作權與第 7 條保障之平等權，也不符合憲法第 23 條比例原則為由，系爭法律牴觸憲法應宣告無效，聲請釋憲。[26]

二、 解釋文及解釋理由書

司法院釋字第 584 號解釋理由書可從「工作權」與「平等權」二部分進行觀察。首先，就工作權部分，解釋理由書延續過去司法院大法官釋字第 404、510 號解釋，闡釋憲法第 15 條保障之工作權，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制。進而再闡釋對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準，關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。其中，人民選擇職業應具備之主觀條件，例

[25] 司法院網站大法官解釋釋字第 584 號抄本，聲請書，頁 714-719。抄本下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=584（最後瀏覽日：02/28/2017）。
[26] 司法院釋字第 584 號。

doi:10.6342/NTU201701132

如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。亦即司法院大法官多數意見認為，如果侵害工作權之法令涉及「主觀職業選擇自由限制」之審查標準，應相較於「客觀職業選擇自由限制」更為嚴格。限於有「更為重要」之公共利益，且於「必要」情況下，方得為適當之限制。[27]

於具體系爭法律之審查上，解釋理由書指出營業小客車為都會地區社會大眾之重要公共交通工具，因此其營運與其他機動車輛有異，其駕駛人工作與乘客安危、社會治安具有密切關聯之特性。進而認為為維護乘客生命、身體及財產之安全，確保社會治安，建立計程車安全營運之優質環境，增進營業小客車之職業信賴，相關機關就營業小客車駕駛人主觀資格，設一定之限制，避免對於乘客具有特別侵害危險性者，利用駕駛小客車營業之機會從事犯罪行為，實屬防止妨礙他人之自由，維持社會秩序，增進公共利益所必要。亦即以維護「乘客生命、身體及財產之安全」為「重要」之公共利益，以曾犯特定犯罪前科作為主觀職業選擇自由限制有其必要。

解釋理由書進而指出系爭法律，乃為實現上述目的而設，其立法目的自屬重要之正當，亦屬達成目的之有效手段，符合比例原則，實際論證之理由有以下二點。

第一、有效性。即從系爭法律有減少計程車駕駛人犯罪率之趨勢：

> 根據系爭規定於 1997 年 1 月間，首度修正為永久禁止曾犯上述前科犯罪者駕駛營業小客車前，根據內政部警政署所作計程車駕駛人曾犯上述之罪者 1997 年之列管人數統計，就同一罪名之累再犯率為 4.24%，若將犯其他罪名者一併計入，則累、再犯率高達 22.22%，再依法務部 1997 年各地方法院檢察署執行案件確定判決有罪被告之犯罪次數統計，其同一罪名之累再犯率為 22.3%，將犯其他罪名者一併計入，則累、再犯率為 43%；於修法後，計程車駕駛人犯上述之罪者人數已呈現下降

[27] 同前註。

doi:10.6342/NTU201701132

之趨勢。[28]

第二、最小侵害性，即假釋再犯可能性仍高，衡諸目前其他較小侵害之管制措施客觀上尚無實現可能，故終身限制不得營業尚符合合理且較小侵害手段：

依目前之社會狀況，衡酌乘客人身安全確保之重要性、目的達成之有效性、刑事累再犯之可能性，與有無累再犯之虞之區分可能性，而法務部就受刑人之假釋，雖已就假釋後之累再犯危險性有所評估。然 2003 年當期撤銷假釋人數對當期假釋出獄人數比率在 27.2%，1997 年者，則為 30%，仍然偏高。而永久禁止曾犯上述之罪者駕駛營業小客車對人民選擇職業之自由，固屬嚴格之限制，惟衡諸維護搭乘營業小客車之不特定多數人生命、身體、自由、財產等公益之重要性與急迫性。而司法院大法官進行調查會時，主管機關及業者表示對於如何有效維護營業小客車之安全性，例如以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，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，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。[29]

相較於上述工作權審查部分之論述，司法院大法官解釋就憲法第 7 條平等權保障之審查理由顯得格外單薄。司法院大法官多數意見延續司法院釋字第 485 號解釋，闡釋國家對人民行使公權力時，應依憲法第 7 條之意旨平等對待，固不得有不合理之差別待遇；惟憲法第 7 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

[28] 同前註。
[29] 同前註。

doi:10.6342/NTU201701132

得斟酌規範事物性質之差異而為合理之不同規定。是我國司法院大法官多數意見認為所謂平等權保障目的是達「實質平等」，是如為達實質平等之目的要求，仍可衡諸事物之差異而為合理差別對待而為不同之法令規定。[30]

就具體系爭法律審查操作上，本號解釋卻僅以相關機關審酌曾犯上述之罪者其「累再犯」之比率偏高，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，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，與憲法第七條之平等原則，亦屬無違。亦即本號解釋認為以曾犯系爭法律限制罪名之前科者相較於無前科者或其他罪名前科者而言，前者對於乘客人身安全之威脅性較重，因此以系爭法律就職業選擇自由差別對待，應屬「合理」，而沒有違反憲法第 7 條平等權之保障。[31]

司法院釋字第 584 號解釋最終再指出就各該犯罪類型與乘客安全確保之「直接關連性」，消極資格限制範圍之大小，及有無其他侵害職業自由之較小替代措施等，應隨時檢討改進，且此等犯罪行為人於一定年限後，以法務部提供之 1992 年至 2002 年間各監獄出獄後再犯比率，於出獄第七年，平均降至 1.5%，至第十年即降至 1%以下)，若經由個別審查之機制或其他方法，已足認其對乘客安全不具特別危險時，即應適時解除其選擇駕駛營業小客車執業之限制，更能貫徹憲法人民工作權之保障及平等原則之意旨。[32]

三、 大法官協同與不同意見書

司法院釋字第 584 號解釋僅三位大法官提出意見書，其中許宗力大法官提出之協同意見書支持多數意見、僅林子儀大法官與許玉秀大法官分別提出之不同意

[30] 同前註。
[31] 同前註。
[32] 前揭註 25，頁 688-692。。

doi:10.6342/NTU201701132

見書。以下分別分析。

(一) 許宗力大法官之協同意見書

許宗力大法官提出協同意見書，就比例原則部分認為涉及工作權職業選擇自由主觀限制，且事涉事務領域為計程車管理制度或再犯評估與司法院大法官專業能力與熟悉程度有侷限性故採中度審查標準為宜。又基於再犯率確實高於一般人犯罪率與並非嚴格審查標準，無從課予機關舉證合憲義務，根據有限資料終身限制手段尚屬為達目的不得已手段應屬合乎事理、可以支持的。[33]

至於平等權部分之審查，因系爭法律所列犯罪罪名對乘客所造成生命、身體、財產及性自主屬重大不可回復，在防免必要性及急迫性屬於等價，並不違反平等權保障。又針對犯罪者均一律限制，雖然可能使不具危險性者造成平等權侵害，然而對於現實上難以達到個案可能性準確預防，因此仍能受憲法第 7 條所包容。[34]

從許宗力大法官協同意見書對於平等原則之操作可知，乃是立基於「前科者」內部分類群體作為是否合乎平等原則之判斷。亦即差別對待比較之群體為前科者中犯不同犯罪者（亦即以「具有系爭法規限制罪名之前科者」對應「觸犯其他罪名之前科者」）作為比較之基礎，並沒有探究系爭法律以「前科者」與「沒有前科者」之分類而為差別待遇，是否違反平等權之保障進行探討。

(二) 林子儀大法官之不同意見書

林子儀大法官固然提出不同意見，惟重點在認為系爭規定涉及職業主觀資格限制，若如多數意見所指應採取較嚴格審查標準，然而歷經調查確知立法者於立法

[33] 同前註，頁 688-692。
[34] 同前註，頁 692。

doi:10.6342/NTU201701132

前完全沒有任何預測基礎、對手段無法提出合理說明情況下，實難認定無違比例原則。[35]結論上對於前科者而言固屬較有利。

然而林子儀大法官於「註六」中表示其贊同多數意見，系爭規定是否違反平等權審查應採取「寬鬆」之「合理」審查標準。[36]其認為規範對象是否受不合理差別待遇，關鍵在於取決受限制對象是否涉及缺乏政治參與與管道的弱勢群體。[37]系爭規範所涉及對象為特定犯罪前科者，慮及其他刑事政策特殊需要，其無法遽然認為是需要特別加強保護程度之群體，僅需合理審查標準即已足。[38]

林子儀大法官進而認為系爭法律限制特定罪名之前科者，終身不得從事計程車駕駛工作，對於限制群體有「涵蓋不足」及「還蓋過廣」之情形，然而仍具有合理關連下，仍符合寬鬆之平等權審查標準並不違反平等權保障之意旨。[39]

從林子儀大法官之觀點，固然肯認系爭法律以特定罪名前科為分類標準，將限制罪名之「前科者」與其他人為差別待遇，然而，其並不認為前科者屬於特別需要保護之弱勢群體，因此採寬鬆審查標準下，不違反平等權之保障。

(三) 許玉秀大法官之不同意見書

許玉秀大法官所提出不同意見書，直指多數意見論述中看不見人權意識，反映出對於犯罪前科者根本歧視。將實際上遭社會烙印之人，從憲法上認定為終身具有某種社會危險性之人，[40]對於已經完成監獄教化、已服自由刑贖罪之人標示為有不可回復瑕疵，並否定部分職業自由，構成侵害其人格發展基礎，違反憲法對基本人權尊重和保障。其肯認職業自由為人格發展基礎，在憲政秩序上具有最高價值，而

[35] 同前註，頁 694。
[36] 同前註，頁 700。
[37] 同前註，頁 700。
[38] 同前註，頁 700。
[39] 同前註，頁 700。
[40] 同前註，頁 701-702。

doi:10.6342/NTU201701132

應採取嚴格審查標準，僅有為特別重大公共利益絕對必要時，才能予以限制。[41]

縱使依多數意見採取中度審查標準，前科者從事特定職業是否具有主觀上危險性，應透過可靠診斷去證明，而針對計程車客觀營運條件和管理機制改善與健全才是真正保護乘客安全之正當手段。是理應透過定期對計程車駕駛素行或能力加以考核檢測來做判斷，而非以法律直接擬制特定人有犯罪之虞，如此限制即逾越必要程度，且存在這樣假設，形同否定監獄教化之功能。[42]

從許玉秀大法官之觀點，雖未直指憲法第 7 條平等權保障，然而明顯傾向於應將「前科者」與「非前科者」立於平等立場加以檢視，輔以職業選擇自由為人格權發展核心，否定直接將前科者較一般人更容易犯罪而具有社會危險性之假設，而認為如有預防危險目的性，應一視同仁人針對計程車駕駛職業為管制，然而終究僅為少數意見。

本號解釋顯得薄弱無法說服人主要原因在於立法者根本沒有辦法提出任何證據來說明前科者再犯率比一般人高，是否足以以粗糙的再犯率與利用計程車駕駛職務進行連結？再犯率高是否等同風險實害？而本號解釋之後，於司法院釋字第 749 號解釋，對此部分之見解和認定標準，似乎有修正之立場，以至作出與本號解釋截然相反之結論，本文於後繼續說明。

第二目　司法院釋字第 749 號解釋

司法院釋字第 749 號解釋處理道交條例第 37 條第 3 項規定，禁限制計程車駕駛人於執業期中犯特定之罪者，三年內不得執業，且吊銷其持有之各級駕照，是否違憲之爭議。其中「不得執業」部分涉及憲法第 15 條工作權保障之限制外，就「吊銷各級駕照部分」尚且涉及限制前科者受憲法第 22 條保障一般行為自由，結論認

[41] 同前註，頁 702。
[42] 同前註，頁 705。

doi:10.6342/NTU201701132

為違憲，不得執業部分限期二年失效；吊銷駕照部分則立即失效。

本號解釋僅仰賴憲法第 23 條「比例原則」進行審查，雖然此部分與司法院釋字第 584 號相同採取中度審查標準，然而在論理上卻以「實質風險」為判斷作標準，以致結論轉向對於前科者有利之結果。以下就原因案件事實、解釋文與解釋理由書、大法官協同與不同意見書進行分析。

一、 原因案件事實

本件聲請人王萬金犯竊盜罪判處有期徒刑六個月、緩刑四年；[43]聲請人李耀華因言詞恐嚇鄰居，構成恐嚇罪（即刑法第 26 章之妨害自由罪章）判處有期徒刑六個月得易科罰金；[44]聲請人李榮耀受僱擔任載送應召女子從事性交易之司機工作，犯有刑法第 231 條第 1 項之意圖使女子與他人為性交之行為，而媒介以營利罪，經判處有期徒刑 3 月得易科罰金；[45]聲請人陳志傑被法院判決認定提供人頭帳戶構成幫助詐欺罪判處有期徒刑二個月得易科罰金；[46]聲請人葉清友犯刑法第 231 條第 1 項前段之意圖使女子與他人為性交而媒介以營利罪，經判處有期徒刑四個月、緩刑二年；[47]聲請人許華宗經法院判決認定提供人頭帳戶構成幫助詐欺罪，處有期徒刑四月得易科罰金。[48]

---

43 司法院釋字第 749 號王萬金聲請書，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000379-SNZRX（最後瀏覽日：06/03/2017）。

44 司法院釋字第 749 號李耀華聲請書，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000380-274SA（最後瀏覽日：03/06/2017）；另參考臺灣高等行政法院 99 年度交抗字第 1156 號裁定。

45 司法院釋字第 749 號李榮華 99 年 12 月 30 日聲請書，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000381-LNWB3（最後瀏覽日：06/04/2017）；另參考臺灣高等法院 99 年度交抗字第 2006 號裁定。

46 司法院釋字第 749 號，陳志傑（原名陳特豪）聲請書，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000383-CXFNB（最後瀏覽日：06/03/2017）；另參考臺灣板橋地方法院（現新北地方法院）98 年度簡字第 3520 號刑事判決。

47 司法院釋第 749 號葉清友聲請書，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000384-DFCPT（最後瀏覽日：06/03/2017）；另參考臺灣新北地方法院 102 年度交字第 379 號行政訴訟判決。

48 司法院釋字第 749 號許宗華聲請書，下載網址：

doi:10.6342/NTU201701132

上述聲請人因道交條例第 37 條第 3 項規定：「計程車駕駛人，在執業期中，犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一，經第一審法院判決有期徒刑以上之刑後，吊扣其執業登記證。其經法院判決有期徒刑以上之刑確定者，廢止其執業登記，並吊銷其駕駛執照。」之規定，遭廢止計程車執業登記並吊銷駕駛執照，經行政訴訟救濟未果後聲請釋憲。[49]

除了人民聲請釋憲外，另有聲請人臺灣臺北地方法院行政訴訟庭晴股法官；臺灣桃園地方法院行政訴訟庭柔股法官，為審理交通裁決事件，就應適用之道交條例第 37 條第 3 項規定，認有牴觸憲法疑義，裁定停止訴訟程序，聲請解釋憲法。[50]

聲請釋憲標的為：道交條例第 37 條第 3 項（下稱系爭規定一）、第 67 條第 2 項（下稱系爭規定二）、第 68 條規定是否牴觸憲法之疑義，具共通性併案審理。[51]

二、 解釋文及解釋理由書

多數意見認為系爭規定一，僅以計程車駕駛人所觸犯之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記，違反憲法第 23 條與憲法第 15 條保障工作權意旨，應於二年內修正。[52]

其理由是從憲法第 15 條保障工作權內涵包含職業選擇自由出發，而對於人民選擇職業應具備之主觀條件，其中犯罪紀錄，應以目的須為追求重要之公共利益，且其手段與目的之達成具有實質關聯，始符比例原則之要求。[53]

---

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000387-TW688（最後瀏覽日：06/03/2017）；另參考臺灣新北地方法院 101 年度簡上字第 195 號刑事判決。

[49] 司法院釋字第 749 號，解釋理由書第 1 段。

[50] 同前註，解釋理由書第 2 段。

[51] 同前註，解釋理由書第 3 段。

[52] 同前註，解釋文第 1 段。

[53] 同前註，解釋理由書第 6 段。

doi:10.6342/NTU201701132

多數意見基於計程車營業方式以「巡迴攬客」為大宗，乘客採隨機搭乘，多無法於上車前適時篩選駕駛人或得知其服務品質；又乘客處於狹小密閉空間內，相對易受制於駕駛人之營業特性，認定系爭規定一就計程車駕駛人主觀資格，設一定之限制，以保護乘客安全及維護社會治安，乃為追求重要公共利益，其目的合憲。[54]

然而，就手段與目的實質關聯之判斷，多數意見則認為必須限於以對乘客安全具有「實質風險者」為限，[55]進而依以下三點理由認為欠缺實質關聯：

第一、以罪章劃分限制罪名未區分與乘客安全關聯性

系爭規定一所列罪名，包括侵害財產法益之類型者（竊盜、詐欺、贓物），妨害自由之類型者（刑法第 296 條至第 308 條）與妨害風化之類型者（刑法第 230 條至第 236 條），以罪章作為禁業規定依據，而刑法同一罪章內所列各罪之危險性與侵害法益之程度有所差異，其罪名甚至有與乘客安全無直接關聯者（諸如刑法第 320 條第 2 項之竊佔不動產罪、第 339 條之 1 之由收費設備取得他人之物罪、第 307 條不依法令搜索罪等）。[56]

第二、立法機關無法舉證證明再利用業務便利再犯致生乘客安全之實質風險

多數意見指出立法資料及有關機關迄今所提出之統計或研究，仍不足以推論曾經觸犯系爭規定一所定之罪者，在一定期間內均有利用業務上之便利，再觸犯上開之罪，致有危害乘客安全之實質風險。[57]

第三、未考慮法院審理以短期有期徒刑、緩刑宣告是否仍具有實質風險

多數意見指出縱法院宣告有期徒刑以上之刑，仍可能斟酌其犯意、犯罪後態度及犯罪情節等各項因素後，僅宣告短期有期徒刑，甚或宣告緩刑，

54 同前註，解釋理由書第 8 段。
55 同前註，解釋理由書第 9 段。
56 同前註，解釋理由書第 10 段。
57 同前註，解釋理由書第 11 段。

doi:10.6342/NTU201701132

則是否均具有危害乘客安全之實質風險，而均需予相同之禁業限制，亦有檢討之必要。故不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記。就此而言，對計程車駕駛人工作權之限制，已逾越必要程度。[58]

多數意見認為限制駕駛執業登記，已足以達成維護乘客安全立法目的，因此不需要再撤銷吊銷駕駛執照，如此除限制工作權外，進一步剝奪人民駕駛汽車之自由，顯逾達成目的之必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。因此，自此後也不得再以違反系爭規定一為由，適用道交條例第 68 條第 1 項規定：「汽車駕駛人，因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊銷駕駛執照處分時，吊銷其執有各級車類之駕駛執照。」吊銷計程車駕駛人執有之各級車類駕駛執照。[59]至於系爭規定二：「汽車駕駛人，曾依……第 37 條第 3 項……規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照……。」則因同條例第 37 條第 3 項有關吊銷駕駛執照部分既經宣告失其效力，應即併同失效。[60]

三、 大法官協同與不同意見書

本號解釋其中湯德宗大法官提出部分協同意見書、羅昌發大法官、黃瑞明大法官、許志雄大法官提出協同意見書，黃虹霞大法官提出由蔡明誠大法官加入提出協同意見書、詹森林大法官森林提出部分不同暨部分協同意見書。本文僅聚焦於針對有關於審查標準和平等權部分進行分析。

首先，湯大法官德宗特別說明「保護乘客安全及維護社會治安」屬「正當」公共利益，且於考量計程車之營業特性（即「資訊不對稱」與「相對不自主」）後，

[58] 同前註，解釋理由書第 11 段。
[59] 同前註，解釋理由書第 14 段。
[60] 同前註，解釋理由書第 15 段。

doi:10.6342/NTU201701132

認定「保護乘客安全及維護社會治安」更屬「重要」公共利益。[61]

其次，有諸多大法官聚焦於針對「實質危險」判斷內涵進行補充。

湯德宗大法官特別強調所謂實質危險，意義應該更精確是「延續」司法院釋字第 584 號所指「特別危險」，更甚於「一般危險」或「抽象危險」。[62]黃虹霞大法官、蔡明誠大法官也同此看法。[63]

黃瑞明大法官認為立法時以計程車駕駛人中犯有前科者，依所犯罪名之人數較多者，依序挑選出來作為禁業之依據，而非以危險作為判斷，不符合實質關聯性。理由有二：第一、所列各罪未必與計程車業有關或可能對計程車之乘客構成安全威脅，第二、是其他未被列入限制禁業罪名者，有可能是社會危險性較高，並對乘客構成實質風險者；[64]詹森林大法官提出之部分不同暨部分協同意見書，亦持相同之觀點。[65]

羅昌發大法官則補充說明所謂「實質關聯性」之審查上應分二段標準。第一段判斷有無實質風險，所謂「實質風險」應理解為發生實害的可能性確實存在；其標準應高於「單純理論上或遙遠的可能性」，但未達於即將發生或極有可能發生的程度。亦即，只要立法者有立法資料足以支持將來所列舉的罪名及計程車駕駛人受判刑之情形，發生危害乘客安全的可能性確實存在，其規定吊扣及廢止執業登記證之處罰，即可通過「實質風險」要件之檢視。[66]如罪名與乘客安全無直接關聯者，即

---

61 司法院釋字第 749 號湯德宗大法官提出部分協同意見書，頁 4，下載網址，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000371-OYA23（最後瀏覽日：06/03/2017）

62 同前註，頁 5。

63 司法院釋字第 749 號黃虹霞大法官提出，蔡明誠大法官加入之協同意見書，頁 1-2，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000373-TX2PD（最後瀏覽日：06/03/2017）。

64 司法院釋字第 749 號解釋黃瑞明大法官提出之協同意見書，頁 1-2，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000376-20D8E（最後瀏覽日：06/03/2017）。

65 司法院釋字第 749 號詹大法官森林提出之部分不同暨部分協同意見書，頁 10，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000377-ICGSG（最後瀏覽日：06/03/2017）。

66 司法院釋字第 749 號羅昌發大法官提出之協同意見書，頁 4，下載網址：

doi:10.6342/NTU201701132

無實質風險，應絕對排除於限制之外。第二段標準則是立法衡量因素，即立法者應在有實質風險之基礎下，考量有期徒刑高低及有無緩刑宣告，而決定是否「一律」或「不要一律」吊扣或廢止計程車駕駛人之執業登記證，此處立法裁量範圍較大。但仍必須有相當的立法資料，足以支持其所劃定之刑度界線。[67]

此外，關於是否應留有個案裁量之空間，黃虹霞大法官、蔡明誠大法官則指出部分聲請人之犯行輕微，係偶一為之，甚至所為與計程車業務無關，也非利用所駕駛之計程車而為，對乘客安全不具特別危險、同受緩刑或低度有期徒刑之宣告者，可能因其犯案情節不同或犯罪前案紀錄狀況，而異其對乘客安全之危險性，故可能不宜一概而論等情，[68]黃瑞明大法官則參考德國刑法提出建議，法院應可對該行為人及其行為進行整體評估後，決定為一至五年之禁業或終身禁業，以個案進行評估，可以避免規範過嚴而傷害無辜，亦可避免規範過鬆而有漏網之魚。[69]似乎意指立法者，就以特定罪名前科為限制，仍宜設有個案衡量與例外之空間。

第三款 大法官如何建立審查國家歧視標準？

國家歧視之來源來自於國家法令之差別對待違反憲法平等權保障。具體而言，觀察司法院大法官就國家法令如何進行是否違反憲法第 7 條平等權保障之審查，即可分析司法院大法官如何建立審查國家歧視之標準。

針對司法院關於平等權之解釋，可以分成兩個面向觀察，第一個面向為平等權理論基礎與內涵，第二面向則是平等權之審查標準。以下分述之。

---

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000372-49HB3（最後瀏覽日：06/03/2017）。

[67] 同前註，頁 4-6。

[68] 前揭註 63，頁 2-4。

[69] 前揭註 64，頁 4。

doi:10.6342/NTU201701132

第一目　平等權理論與內涵

關於憲法第 7 條平等權保障之內涵，我國於司法院釋字第 179 號解釋首先指出，我國憲法第 7 條固然要求於法律上一律平等，惟仍允許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事而為不同之規定。[70]亦即我國憲法要求並非形式上平等，仍可根據特殊情事而有不同之差別待遇。於司法院釋字第 205 號解釋理由書則指出憲法第 7 條保障之平等係指「實質平等」;[71]於司法院釋字第 211 號解釋文則直接指出憲法第 7 條保障之平等權指保障人民於「法律上地位」之實質平等。[72]爾後多號解釋均重申我國憲法第 7 條保障平等權內涵為實質平等。[73]

然而，我國司法院大法官並沒有任何一號解釋積極去闡釋何謂「實質平等」之意涵，即「實質平等」應如何操作解釋適用。甚至一度於司法院釋字第 593 號解釋理由書出現「等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵」，則難免讓人質疑是否實質上仍採取「形式平等」之立場。[74]於此，我國大法官是否未來會有更多解釋去闡釋實質平等之意義，仍有待觀察。

第二目　平等權之審查標準

我國對於平等權之審查經常是流於空泛，諸多解釋並沒有特別說明如何審查

---

[70] 例如：司法院釋字第 179 號，解釋理由書：「憲法第七條所稱中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為**合理**之不同規定。」（粗體為本文自行編輯）。

[71] 司法院釋字第 205 號，解釋理由書：「所謂平等，係指**實質上之平等**而言」（粗體為本文自行編輯）。

[72] 例如：司法院釋字第 211 號：「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**」（粗體為本文自行編輯）。

[73] 於後如司法院釋字第 341、365、412、457、481、485、526、547、565、573、584、596、601、605、614、618、647、648、649、666、675、694、696、711、727、728 號可參照。

[74] 黃昭元（2009），〈平等權案件之司法審查標準－從釋字第 626 號解釋談起〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊）》，頁 556，臺北：新學林；司法院釋字第 571 號，林子儀大法官協同意見書註六。

doi:10.6342/NTU201701132

即直接表明違反平等；[75]亦有沒有交代審查理由即指無違平等者。[76]隨著司法院大法官就平等權解釋增加，逐漸可以分析出審查步驟和標準。

首先，於司法院釋字第 576 號解釋指出如「無涉差別待遇」者就不會有違反平等權之問題。[77]亦即必須存在法令文義或適用上差別待遇，才有必要進一步審查平等權。

其次，有諸多解釋則指出如性質互異、本質不同、不同事物而為不同規定，不生牴觸平等權問題。[78]簡言之，必須先確立差別待遇分類二者間沒有「本質」不同，可資比較，才有進一步探討有無違反平等權保護之問題。

而進一步就差別待遇所涉及之「分類」而言，我國司法院大法官針對「性別」

---

[75] 例如：司法院釋字第 400 號：「在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用，毋庸同時徵收補償，顯與平等原則相違。」，解釋理由書亦僅交代：「若在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用毋庸同時徵收補償，**顯與平等原則相違**。」；司法院釋字第 452 號：「本條但書規定，雖賦予夫妻雙方約定住所之機會，惟如夫或贅夫之妻拒絕為約定或雙方協議不成時，即須以其一方設定之住所為住所。上開法律未能兼顧他方選擇住所及具體個案之特殊情況，**與憲法上平等及比例原則尚有未符**，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力」、解釋理由書也僅指出：「若夫或贅夫之妻拒不約定住所，則依民法第一千零零二條前段規定，他方配偶即須以其一方設定之住所為住所，未能兼顧他方選擇住所之權利及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」；司法院釋字第 477 號：「若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，**自與憲法第七條有所牴觸**。」就平等權內涵、審查標準均沒有說明（粗體為本文自行編輯）。

[76] 例如：司法院釋字第 398 號：「農會法第十八條第四款規定農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會之原因，係屬法律效果之當然規定，與憲法第七條及第十條亦無牴觸。」、解釋理由書僅交代：「實際從事農業工作者，又非不得依農會法有關規定申請加入其新居住區域之基層農會為會員，亦**無違反憲法第七條平等權**之可言。」；司法院釋字第 500 號：「財政部七十九年六月四日台財稅字第七九○六六一三○三號函釋示…(中略)…並未逾越營業稅法第一條課稅之範圍，符合課稅公平原則，與上開解釋意旨無違，**於憲法第七條平等權及第十九條租稅法律主義，亦無牴觸**。」、解釋理由書僅交代：「財政部上開函釋係就實質上屬於銷售貨物或勞務對價性質之『入會費』或『保證金』如何課稅所為之釋示，並未逾越營業稅法第一條課稅之範圍，符合課稅公平原則，與上開解釋意旨無違，**於憲法第七條平等權及第十九條租稅法律主義，亦無牴觸**。」就平等權內涵、審查標準均沒有說明（粗體為本文自行編輯）。

[77] 司法院釋字第 576 號，解釋理由書：「聲請人主張前開確定終局判決所適用之保險法第三十六條、第三十七條有牴觸憲法第七條之疑義一節，經查系爭法律無論於文義上或適用上均未涉及差別待遇，**不生違反平等權之問題**」（粗體為本文自行編輯）。

[78] 司法院釋字第 508 號：「佃農取得之耕作地上物補償費免納所得稅所為之詮釋，前者係其他收益所得，後者為損失補償，二者之性質互異，自難相提並論，與憲法第七條平等原則並無違背。」；司法院釋字第 555 號：「有關公務人員涵義之界定，不包括武職人員，乃基於事物本質之差異，於**平等原則無違**」、司法院釋字第 711 號，解釋理由書：「系爭規定與規範其他醫事人員執業處所之規定雖有不同，惟係立法者衡量藥師與其他醫事人員職業性質之差異及其他相關因素所為之不同規定，**尚不生牴觸憲法第七條平等原則之問題**。」（粗體為本文自行編輯）。

doi:10.6342/NTU201701132

（男女）所為差別待遇，於司法院釋字第 365 號指出：「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。」並於該號解釋宣告民法就親權行使父權優先之規定違憲；然而，於司法院釋字第 490 號則以相同理由認為僅男子依法有服兵役之義務合憲。此外雖然有如司法院釋字第 410、452、457 號亦涉及性別所為差別待遇，惟僅泛泛指稱追求男女平等，並沒有再引用上述原則。[79]另一方面而針對以「宗教」為分類，司法院釋字第 573 號則以：「國家如僅針對特定宗教而為禁制或畀予不利益，即有悖於宗教中立原則及宗教平等原則。」於具體適用上並指出如特定條文僅適用特定宗教，即區分信仰不同宗教而有不同差別待遇，即違反宗教平等原則。[80]

至於審查標準，早期較為空泛，有以分析是否為「合理」[81]、「必要」[82]、「公

---

[79] 司法院釋字第 410 號，解釋理由書：「修正前已發生且現尚存在聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分仍由夫繼續享有其所有權及對妻原有財產所生孳息之所有權暨對聯合財產之管理權，未能貫徹男女平等精神等意旨，有關機關應儘速檢討修正民法親屬編施行法相關規定，以使修正前聯合財產之所有權及管理權與既有法律秩序之維護，獲得平衡。」、司法院釋字第 452 號：「惟如夫或贅夫之妻拒絕為約定或雙方協議不成時，即須以其一方設定之住所為住所。上開法律未能兼顧他方選擇住所及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」、司法院釋字第 457 號，解釋理由書：「姑不論農場耕地之配耕可否作為繼承之標的，竟僅以性別及已否結婚，**對特定女性為差別待遇，與男女平等原則有違**。」（粗體為本文自行編輯）。

[80] 司法院釋字第 573 號，解釋理由書：「監督寺廟條例第三條規定，排除由政府機關、地方公共團體管理以及私部門建立管理之寺廟適用該條例，僅將由信眾募資成立之寺廟（實務上稱為「募建寺廟」）納入該條例規範，其以寺廟財產來源作為差別待遇之區分標準，尚未涉及對不同宗教信仰之差別待遇，參酌前述該條例保護寺廟財產、防止弊端之立法目的，當屬考量規範對象性質之差異而為之合理差別待遇，固難謂與實質平等之要求有違。惟同條例第八條之規定，依該條例第一條所稱『凡有僧道住持之宗教上建築物，不論用何名稱，均為寺廟』，及第二條第一項所定『寺廟及其財產法物，除法律別有規定外，依本條例監督之』，僅適用於佛、道等部分宗教，對其餘宗教未為相同之限制，即與憲法第十三條及第七條所定之**宗教中立原則及宗教平等原則有所不符**。」（粗體為本文自行編輯）。

[81] 司法院釋字第 179 號，解釋理由書：「憲法第七條所稱中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定。故民事訴訟法施行法第九條，亦無礙於憲法對於人民平等權之保障。」僅以憲法第 7 條允許合理之不同規定，即認無違平等權保障。又如司法院釋字第 211 號解釋理由書：「為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制立法機關在此原則下，為增進公共利益，以法律授權主管機關，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。」即得以合理之不同處理；司法院釋字第 340 號：「無異使無政黨推薦之候選人，須繳納較高額之保證金，**形成不合理之差別待遇，與憲法第七條之意旨有違**」即如果不合理差別待遇違反憲法第 7 條（粗體為本文自行編輯）。

[82] 司法院釋字第 341 號：「本項考試採分區報名、分區錄取及分區分發，並規定錄取人員必須在原報考區內服務滿一定期間，係因應基層機關人力需求及考量應考人員志願，所採之必要措施，與憲

doi:10.6342/NTU201701132

平」[83]、「非恣意」[84]之差別待遇為標準者。直到司法院釋字第 593 號解釋理由書一方面延續「合理」審查標準，惟更進一步指出就是否違反平等權保障，應取決於法規範所為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度的關聯性，以及該關聯性應及於何種程度而定。即必須先確立法規範目的，再確立所採取分類與目的間關聯性進行判斷。[85]而目的與關聯性應即於何種程度，則以分類和牽涉權利領域作觀察。司法院釋字第 626 號處理以「色盲」為分類標準，進而指出「色盲非屬人力所得控制之生理缺陷」而認要採較嚴格審查標準；[86]司法院釋字第 649 號處理「視障」之分類也有類似之觀點。[87]

另有逐步針對牽涉權利領域建立不同之要求，就「社會給付」、[88]「財稅經濟領

法第七條平等權之規定，尚無牴觸。」即屬必要措施即無違平等權保障（粗體為本文自行編輯）。

[83] 司法院釋字第 354 號：「就上述情況，**公平考量所為之規定，並非針對軍官與士兵身分不同，而作差別待遇，與憲法第七條尚無牴觸**。」亦即出於公平考量無違平等權保障（粗體為本文自行編輯）。

[84] 司法院釋字第 728 號解釋理由書：「是系爭規定實質上縱形成差別待遇，**惟並非恣意**，尚難認與**憲法第七條保障性別平等之意旨有違**，致侵害女子之財產權。」（粗體為本文自行編輯）。

[85] 於後如司法院釋字第 605、626、635、639、647、648、649、682、688、694、696、701、719、722、727、745、748 號解釋均採類似之審查標準。

[86] 司法院釋字第 626 號：「系爭招生簡章規定以色盲為差別待遇之分類標準，使色盲之考生無從取得入學資格，是否侵害人民接受教育之公平機會，而違反平等權保障之問題，鑑於色盲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，系爭規定自應受較為嚴格之審查。故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。」

[87] 司法院釋字第 649 號，解釋理由書：「查視障非屬人力所得控制之生理狀態，系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。」

[88] 司法院釋字第 727 號，解釋理由書：「立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等有關規定，自有充分之形成自由，得斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政狀況等因素，制定法律，將福利資源為限定性之分配（本院釋字第四八五號解釋參照），倘該給付規定所以為**差別待遇之目的係屬正當，且所採手段與目的之達成間具合理關聯**，即與平等原則無違。」（粗體為本文自行編輯）。

doi:10.6342/NTU201701132

域」[89]相關法令，非關訴訟權核心之「審級制度」，[90]僅需目的正當，分類標準與目的間具「合理」關聯即不違反平等權保障。惟若涉及「生存權」保障，亦即若適者生存或生活之維持，則必須以較嚴格之標準，即目的必須「合憲」外，分類與目的間必須具有「實質關聯」，方符合平等權保障。[91]

就人民職業選擇自由部分，其中「考試之方法」，[92]僅需分類標準與鑑別應考人知識能力之考試目的間具合理關聯，即不違反平等權保障。然而，就就學受教權之影響，則又認為必須受教嚴格審查，亦即以目的是否為「重要公共利益」，分類與

[89] 司法院釋字第 648 號，解釋理由書：「行政機關在財稅經濟領域方面，於法律授權範圍內，以法規命令於一定條件下採取差別待遇措施，如其規定目的正當，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成，具有合理之關聯性，其選擇即非恣意，而與平等原則無違。」、司法院釋字第 688 號，解釋理由書：「關稅捐稽徵協力義務課予之相關事項，因涉及稽徵技術之專業考量，如立法機關係出於正當目的所為之合理區別，而非恣意為之，司法審查即應予以尊重。」、司法院釋字第 745 號，解釋理由書：「為計算個人綜合所得淨額，立法者斟酌各類所得來源及性質之不同，分別定有成本及必要費用之減除、免稅額、扣除額等不同規定（所得稅法第 4 條、第 14 條及第 17 條等規定參照）。此等分類及差別待遇，涉及國家財政收入之整體規畫及預估，固較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定。**惟其決定仍應有正當目的，且其分類與目的之達成間應具有合理關聯**，始符合量能課稅要求之客觀淨值原則，從而不違反憲法第 7 條平等權保障之意旨。」（粗體為本文自行編輯）。

[90] 司法院釋第 639 號，解釋理由書：「系爭不同救濟制度之差別待遇固涉及限制人身自由之訴訟救濟，然因審級制度尚非訴訟權保障之核心內容，且由上級法院或原所屬法院之另一合議庭管轄羈押救濟程序，其在訴訟救濟功能上均由職司獨立審判之法院為之，實質差異亦甚為有限，故無採取較嚴格審查之必要。查系爭規定僅賦予羈押之被告向原所屬法院之另一合議庭聲請撤銷或變更，而不許向上級法院抗告，乃立法者基於訴訟經濟及維繫訴訟體系一致性之考量，**目的洵屬正當。且上開分類標準暨差別待遇之手段與該目的之間亦有合理關聯**。」（粗體為本文自行編輯）。

[91] 司法院釋字第 694 號，解釋理由書：「憲法第十五條規定，人民之生存權應予保障。憲法第一百五十五條規定，人民之老弱殘廢，無力生活者，國家應予以適當之扶助與救濟。國家所採取保障人民生存與生活之扶助措施原有多端，所得稅法有關扶養無謀生能力者之免稅額規定，亦屬其中之一環。如因無謀生能力者之年齡限制，而使納稅義務人無法減除免稅額，將影響納稅義務人扶養滿二十歲而未滿六十歲無謀生能力者之意願，進而影響此等弱勢者生存或生活上之維持。故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則。」；司法院釋字第 701 號，解釋理由書：「憲法第十五條規定，人民之生存權應予保障。又憲法第一百五十五條規定，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。國家所採取保障人民生存與生活之扶助措施原有多端，租稅優惠亦屬其中之一環。依系爭規定，納稅義務人就受長期照護者所支付之醫藥費，一律以付與上開醫療院所為限，始得列舉扣除，而對因受國家醫療資源分配使用及上開醫療院所分布情形之侷限，而至上開醫療院所以外之其他合法醫療院所就醫所支付之醫藥費，卻無法列舉扣除，將影響受長期照護者生存權受憲法平等保障之意旨。故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除**其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯**，始與憲法平等原則之意旨相符（本院釋字第六九四號解釋參照）。」（粗體為本文自行編輯）。

[92] 司法院釋字第 682 號，解釋理由書：「相關機關以應考人學經歷作為分類考試之標準，並進而採取不同考試內容暨及格標準，雖與人民職業選擇自由之限制及應考試權密切關聯，惟因考試方法之決定涉及考選專業判斷，**如該分類標準及所採手段與鑑別應考人知識能力之考試目的間具合理關聯，即與平等原則無違**。」（粗體為本文自行編輯）。

doi:10.6342/NTU201701132

目的間是否具有「實質關聯」為判斷。[93]

從上述分析，我國司法院解釋就平等權之審查雖逐漸脫離泛論之認定，而逐漸走向類型化之標準，然而對於「分類」，特別是以「群體」特徵為差別待遇之分類上，僅有「性別」、「宗教」較為明確，但有特別提及如果是涉及「非屬人力所得控制之生理狀態」分類要採較嚴格之審查；而牽涉權利領域除少部分特別集中於社會經濟稅制領域，很明確指出僅需採「合理」或「較嚴格」之標準外，就決定審查標準之參考因素與說明仍不充分。

然而，於司法院釋字第 748 號解釋就平等權審查標準，終就審查標準採擇原則之明確化，出現重大發展。司法院釋字第 748 號「處理民法親屬編婚姻章，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第 22 條保障婚姻自由及第 7 條保障平等權之意旨是否違憲」之爭議。[94]大法官多數意見對於違憲審查標準之採擇，有更具體明確之判斷標準。

首先，直指憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」之禁止歧視之事由，僅係例示，而非窮盡列舉。因此，也涵蓋其他事由，如身心障礙、性傾向等為分類標準所為之差別待遇均受憲法第 7 條平等權保障與規範。[95]進而分析憲法第 22 條保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬重要之基本權。且性傾向屬「難以改變」之個人特徵，並以在我國同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程

[93] 司法院釋字第 626 號，解釋理由書：「至於系爭招生簡章規定以色盲為差別待遇之分類標準，使色盲之考生無從取得入學資格，是否侵害人民接受教育之公平機會，而違反平等權保障之問題，鑑於色盲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，系爭規定自應受較為嚴格之審查。故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**。」（粗體為本文自行編輯）。

[94] 司法院釋字第 748 號。

[95] 同前註，解釋理由書第 14 段。

doi:10.6342/NTU201701132

序扭轉其法律上劣勢地位。[96]

據上述分析，多數意見進而判斷以「性傾向」作為分類標準所為之差別待遇，應適用「較為嚴格」之審查標準，以判斷其合憲性。除其目的須為追求「重要公共利益」外，其手段與目的之達成間應具有「實質關聯」，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。亦即以涉及權利是否為與個人人格自由、人性尊嚴密切相關之重要基本權；分類特徵是否難以改變、屬於孤立隔絕之少數群體，難以期待透過民主程序扭轉法律劣勢等理由，判斷是否應提高差別待遇是否合憲之審查密度。[97]本號解釋在較嚴格審查密度之下也宣告民法禁止同性婚姻違憲。

本文將在上述分析基礎，觀察司法院釋字第 584 號解釋對於平等權審查標準有無不足，司法院釋字第 749 號解釋對於平等權審查置之不論，則對於前科者面臨就業歧視問題是否能獲得回應與解決，是接下來要探問之問題。

第三項　以平等權檢視大法官目前如何看待前科者？

處理國家法令以「前科」身分為分類標準差別待遇之違憲問題，僅司法院釋字第 584 號有以憲法第 7 條保障平等權視角為審查。本文就多數意見、許宗力大法官協同意見、林子儀大法官不同意見、許玉秀大法官不同意見，其中關於平等權保障之審查異同整理如下表。

（接下頁）

[96] 司法院釋字第 748 號，解釋理由書第 15 段。
[97] 同前註，解釋理由書第 15 段。

doi:10.6342/NTU201701132

《表 2》：司法院釋字第 584 號解釋平等權審查意見比較一覽表 資料來源：本文自製			
意見	結論	密度	平等權比較群體
多數意見	合憲	合理[98]	前科者 v.s 一般人[99] 限制罪名 v.s 其他前科者[100]
許宗力	合憲	沒有敘明	系爭法律限制罪名前科者 v.s 其他罪名前科者[101] 限制罪名前科者中危險性高 v.s 危險性低[102]
林子儀	違憲	寬鬆之合理審查[103]	系爭法律限制罪名前科者 v.s 其他非系爭法律限制罪名之人（並未明指哪些群體）[104]
許玉秀	違憲	沒有敘明	並未直接以群體比較，然而指出不應假設前科者特別會利用計程車犯罪而具有侵害危險性，似隱含前科者應與一般人以平等角度視之觀點。[105]

98 司法院釋字第 584 號，解釋理由書：「營業小客車營運之管理，因各國國情與治安狀況而有不同。相關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…就其職業選擇之自由為**合理**之不同規定，與憲法第七條之平等原則，亦屬無違。」亦即縱有差別待遇，如屬「合理」，即不違反平等原則。（粗體為本文自行編輯）。

99 司法院釋字第 584 號，解釋理由書：「曾犯上述之罪者」（即「系爭法律限制罪名前科者」）與「未犯罪者」（即「無前科者」）與「其他犯罪者」（即「其他罪名前科者」）比較。

100 同前註。

101 前揭註 25，頁 692。許宗力大法官協同意見書：「因**系爭規定所列舉暴力及性犯罪**，對於乘客所造成的生命、身體、財產以及性自主的危害，皆屬重大且不可回復，在防免的必要性與急迫性上應屬等價，因此系爭規定將之一率採為限制職業自由的犯罪類型，於平等原則並無違背。」，此部分既屬針對罪名對於乘客危害之比較，則應屬針對系爭法律限制罪名前科者與其他犯罪者比較。（粗體為本文自行編輯）。

102 同前註，頁 692。許宗力大法官協同意見書：「**上述之罪者並非各個皆對營業小客車乘客之安全具危險性，一律不准其辦理營業小客車駕駛人執業登記，對某些可能不具危險性者的確會造成『不等者等之』之平等權的侵害**。惟暴力及性犯罪前科者之中，何人危險性高，何人危險性低，依目前犯罪預防科學水準，其預測個案再犯可能性之準確度尚未能達到令人安心之程度，要排除該不平等狀態，因而仍有客觀上不可避免之困難。故根據比例原則，在乘客之生命、身體安全等法益，與所犧牲之平等法益兩者間作利益衡量，該條例未區別暴力及性犯罪前科者再犯可能性的高低，一律禁止曾犯上述之罪者從事營業小客車駕駛之職業，亦尚非不能爲憲法第七條之平等原則所包容。」是乃針對涉犯系爭法律限制罪名之前科者中危險性高、危險性低比較。（粗體為本文自行編輯）。

103 同前註，頁 700。林子儀大法官不同意見書：「本案規範的對象爲有特定犯罪前科者，慮及其他刑事政策之特殊需要，迄今本席尚未能遽然認爲，其屬司法違憲審查應予特別加強保護程度之群體，**故以採取寬鬆之合理審查標準即爲已足。**」指出與多數意見採相同之寬鬆之合理審查標準。（粗體為本文自行編輯）。

104 同前註，頁 700。林子儀大法官不同意見書：「系爭規定爲維護搭乘計程車者之生命、身體、自由及財產，限定有一定犯罪前科者終身不得從事計程車駕駛工作。嚴格言之，**該系爭規定所選擇規範的對象，與目的之達成，仍有涵蓋不足(under-inclusive)及涵蓋過廣(over-inclusive)之情形**，故而並非完全契合的手段。惟因在合理關連性的審查標準之下，尚未違反平等權保障之意旨。」其除了特別指出「限定有一定犯罪前科者」外，並沒有具體指出比較之群體為何，但從「涵蓋不足」似可指涉其他危險度較高之人、「涵蓋過廣」似可指受限制之前科者危險度較低之人。（粗體為本文自行編輯）。

105 同前註，頁 702、705。許玉秀大法官不同意見書：「終身禁止有特定犯罪前科的人從事計程車駕駛工作，並不能防止**其他沒有前科的人，或有其他不受禁止的犯罪前科之人**，利用駕駛計程車之便，對乘客的生命、身體、自由及財產予以侵害，終身禁止有特定犯罪前科之人從事計程車駕駛工作，無法證實爲有效保護公共利益的手段」雖未直接於平等權保障中論述比較，惟於比例原則操作上確

doi:10.6342/NTU201701132

從上表分析可以發現，司法院大法官第 584 號解釋如要涉及平等權之審查，審查密度與比例原則可能會有不同區隔和決定審查密度之標準。

此外進行有無違反平等權保障之審查時，首應探究是系爭法律究竟如何劃分群體？如何透過系爭法律就不同群體進行差別對待？並非所有大法官皆於理由中清晰說明分類標準與比較之群體。例如：究竟是系爭法律限制罪名之前科者與非限制罪名之前科者間存在差別對待？抑或是前科者與非前科者間存在差別對待？二者差別對待是否違反平等權保障而構成歧視？其作出觀點與說理，理應有所不同。

而探究前科者是否受國家法律歧視之問題時，首應探究即國家是否針對前科者與非前科者而為差別待遇？而這樣的差別待遇是否被認為適合憲，即不違反憲法第 7 條平等權保障而不被認為是歧視？於司法院釋字第 584 號解釋理由書多數意見雖然也注意到系爭法律對於區分「前科者」與「非前科者」之不同群體而為差別待遇可能存在歧視而違反憲法第 7 條平等權保障，因此司法院釋第 584 號解釋多數意見較大問題在於就平等權之審查，採取寬容的「合理」審查標準，固即使存在差別待遇卻可以輕易地跨越合憲的門檻，而被認為沒有違反憲法第 7 條平等權保障而不構成歧視。

至於後續之司法院釋字第 715 號解釋，雖然人民釋憲聲請書其實確實有提到認為系爭簡章規定「單憑受刑之宣告」限制聲請人報考預備軍官班之手段，其手段與目的之間，顯不具實質關聯性，與憲法保障之平等權有所牴觸。[106]然而，多數意見並沒有納入平等權審查之思考，甚至於說理上對於前科者有顯著歧視之色彩。本號解釋雖然認為系爭簡章規定並未排除「偶然一次且過失情節輕微犯罪」之情況，則可能毋庸以限制報考之方式，因此認為系爭簡章規定違反憲法第 23 條比例原則違憲，但仍一再重申限制前科者報考可以預防品德、能力不足之情事，甚至直指故

實有注意到系爭法律對於特定犯罪前科者與其他沒有前科人或其他不受禁止之犯罪前科者二者限制差異。

[106] 前揭註 19，頁 96。

doi:10.6342/NTU201701132

意犯罪前科者，欠缺恪遵法紀之品德、過失犯罪前科者則欠缺相當之注意能力，予以限制報考有其必要，可見其將前科者標籤化為德行不良、能力不足之歧視色彩甚為濃厚。僅陳新民大法官之協同意見書似可看出其認為將受刑之宣告前科者一概排除不給予個案審查機會顯「不理智」無法通過平等權審查，惟終究只是少數。整體觀察，多數意見似乎認為前科者與一般人具有本質不同，而無涉平等權侵害之問題，自無庸也無須以平等權加以審查，對於前科者之態度帶有偏見顯不友善，即令解釋結論違憲，但未能給予平等權保障之視角關注以前科身分為劃分標準之國家歧視。

而後司法院釋字第 749 號解釋，即使幾乎每一位聲請人的聲請書，都提到了認為系爭規定違反憲法第 7 條平等權保障，[107]然而，本號解釋與司法院釋字第 584 號不同在於完全沒有討論到平等權，平等權之角色與地位在本號解釋完全消去蹤影。

僅黃瑞明大法官提出協同意見書指出「提升安全形象、職業信賴」之目的，有違「平等權」，因對於犯輕罪或受緩刑宣告者均不給予改過遷善之空間與機會，反而彰顯立法者對該行業成員之不信任感，形成對整體行業之負面標籤，對於所欲達成增進職業信賴之目的，不僅沒有幫助，反而有負面效果；[108]參考德國刑法規定提出建議，根據前科認定風險限制職業，應限於濫用其執業或嚴重違反與其相關之義務，而被判決有罪者為前提。[109]此外，其更語重心長強調：「每一次重大危害社會安全事件，都在誘引社會以維護安全之名而拋棄基本價值，但是禁不起誘引而拋棄原則的那一天，其實也就是被恐怖主義戰勝的日子。」、「因為對特定社會群體之害怕或恐懼而對其貼上特定標籤，容易形成歧視。若對特定群體型塑刻板印象者是掌握話語權者，則被歧視的對象幾乎無力表述，長期被歧視者將以最激烈的手段報復歧視他們的社會。」[110]雖然沒有很具體的論述，大體而言認為不能以「提升安全形

[107] 王萬金聲請書，前揭註 43，頁 2；李耀華聲請書，前揭註 44，頁 8；陳志傑（陳特豪）聲請書，前揭註 46，頁 4。許華宗、葉清友之聲請書沒有提到平等權。
[108] 前揭註 64，頁 3-4。
[109] 同前註，頁 7。
[110] 同前註，頁 9。

doi:10.6342/NTU201701132

象、職業信賴」為由將前科者排除於特定職業之外，不然有違平等權，且立法上應盡可能限縮以特定前科身分為據認定不能適任工作之範圍，不應基於恐懼即貼上標籤，亦即不應因恐懼即對前科身分貼上風險標籤，否則即容易形成歧視。

整體而言，到底是大法官多數意見單純認為以憲法第 15 條主觀職業選擇自由限制與憲法第 23 條比例原則審查已經足以達成違憲結論，所以毋庸特別在論述憲法第 7 條平等權審查？抑或是大法官認為前科者與一般人本質不同，自無法比較也無庸比較，以至於完全沒有提及憲法第 7 條平等權之問題，均有待後續發展。

從司法院釋字第 749 號，消失憲法第 7 條平等權保障之論述，以至於羅昌發大法官特別提到：「計程車駕駛人固然多數均屬循規蹈矩的尋常人，但不可否認，有些駕駛人的言行舉止或媒體偶爾報導與計程車駕駛人有關之犯罪行為，確實也造成婦女、羸弱者甚至一般大眾搭乘計程車的極大心理抗拒因素。本號解釋劃定『實質風險』作為界線，目的在平衡計程車駕駛人的工作權及乘客安全。然本解釋對於改善一般人對計程車駕駛人的印象，並無實質助益；此部分，自有待業者與主管機關共同努力。」[111]言下之意似乎認為大法官無力改變社會對於前科者擔任計程車駕駛之恐懼與歧視。

（接下頁）

[111] 前揭註 66，頁 6-7。

doi:10.6342/NTU201701132

《表 3》：司法院釋字對於前科身分之平等權審查立場一覽表			
比較項目	釋字第 584 號	釋字第 715 號	釋字第 749 號
釋憲標的	道交條例第 37 條第 1 項，曾犯限制罪名，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記	國防部預備軍士官班招生簡章規定曾受刑之宣告者不得報考	道交條例第 37 條第 3 項規定與相關規定，禁限制計程車駕駛人於執業期中犯限制之罪者，三年內不得執業，且吊銷其持有之各級駕照
牽涉基本權	憲法§15 (工作權)	憲法§18 (應考試服公職權)	憲法§15 (工作權) 憲法§22 (一般行為自由)
結論	合憲	違憲	違憲
有無用平等權審查？	有	無	無
對於前科身分之態度？	**前科＝高風險實害** 犯限制之罪名前科者其「累再犯」之比率偏高，相較於未犯罪者之一般人，或其他犯罪者，對乘客人身安全之威脅性較重，合理差別待遇並不違反平等權保障	**前科＝不良品德能力** 前科者如係因故意犯罪，顯示其欠缺恪遵法紀之品德；如屬過失犯，則欠缺相當之注意能力。系爭簡章規定限制其報考，固屬必要。 但認應排除偶然一次過失犯受禁業限制。	**前科可能等於實質風險／立法者應舉證** 前科身分之限制，應以前科涉及罪名判斷是否有實質風險判斷必要性（比例原則）。結論對於前科者有利，但沒有從平等權保障著手，亦即未積極對於社會對於前科等同風險歧視態度進行表態。

資料來源：本文自製

綜上所述，前科者面臨就業困境，顯然不僅來自於國家法令之歧視，來自於私部門歧視問題更是嚴重，且大法官的態度似乎就是認為這是沒辦法的事情，是本文將於後繼續分析私部門對於前科者歧視問題，並特別聚焦於就業歧視面向觀察。

doi:10.6342/NTU201701132

第二節　私部門對前科者的歧視

相較於國家歧視來自於法令規範，前科者也面臨來自社會各種法律關係中之私部門歧視。前科者因社會大眾私部門對於前科身分廣泛污名與社會標籤之不良印象，而受到歧視。其中就業歧視問題特別嚴重，包括私部門雇主基於對前科者之歧視而拒絕僱用或要求出具良民證等查問前科紀錄進而拒絕僱用，使前科者無法實質獲得平等之就業機會。

司法院大法官對於前科者受國家歧視之態度，與立法上國家法令管制模型設計，都可能影響並使私部門歧視之問題更為嚴重。而我國現有反歧視法制並未明文保障將前科身分納入禁止歧視事由，現存的保護是透過間接保護前科者之隱私，亦即採取限制或查問前科紀錄方式，達到保護前科者免於歧視之目的。這樣的保護手段仍有其侷限性，而無法充分保護前科者，無法有效解決前科者私部門就業歧視之問題。

第一項　前科者面對的社會現實與困境

私法法律關係影響面向多元，故私部門歧視的態樣可能會比國家的歧視更多元，並牽涉到各種面向基本權利。以居住自由為例，出租人是否同意將房屋出租給特定人，租屋限女、[112]排拒老人租屋、[113]排拒體重肥胖者租屋，[114]都有可能涉及歧視之問題。就集會自由而言，如臺北車站就印尼開齋節拉起紅線禁止集會活動遭批

[112] 參考女人迷網站作者范綱皓於 2015 年 11 月 26 日發布【生活中的性別議題：「租屋限女」是對男性的歧視嗎？】文章，https://womany.net/read/article/9216（最後瀏覽日：03/08/2017）。
[113] 參考風傳媒王彥喬 2015 年 12 月 14 日 08:00 發布【連發霉的房子都租不到 租屋歧視將老殘病弱勢逼向絕境】文章，http://www.storm.mg/article/75733（最後瀏覽日：03/08/2017）。
[114] 參考蘋果日報 2015 年 10 月 11 日發布【歧視 房東挑房客竟限體重】網路報導，http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20151011/36831216/（最後瀏覽日：03/08/2017）。

doi:10.6342/NTU201701132

歧視外勞。[115]以一般交易自由來說，拒絕坐輪椅者進入用餐、[116]提供給外傭之餐點差別定價，[117]也都可能涉及歧視之問題。

對於前科者所面臨污名化與社會標籤之問題，由於社會大眾對於前科者廣泛污名與社會標籤之不良印象，進而前科者就復歸社會過程中本來就容易受到偏見與關注而有諸多阻礙，而在職場上因私部門雇主歧視前科者拒絕僱用或查問要求良民證等情況也都非常嚴重。而司法院大法官解釋對於國家法令限制前科者職業選擇自由採寬容之態度，亦連帶影響到私法救濟機會，相關國家管制透過課予私部門雇主篩選特定前科者作為僱用與否標準，輔以現行欠缺對於成人前科紀錄塗銷制度，關於前科紀錄查核制度粗糙，都會使前科就業歧視問題更加嚴重。

第一款 前科者之污名與社會標籤

根據 George Herbert Meade 之標籤理論，社會將破壞法律的人標籤為犯罪者，而前科者就作為一種社會標籤，一方面產生污名、另方面使前科者對於自己產生負面的自我形象，正因為跟隨著前科犯之污名烙印與標籤，導致前科者繼續再犯。[118]而前科者之社會標籤即將之認定為是有不良特質，如不可靠、攻擊性強，據此被標籤化為與未犯罪之一般人不同，而使前科身分之刻板印象凌駕於自身其他人格特質，使前科者一旦被貼上前科標籤，即失去其個人其他價值被評價之機會。[119]

如果是曾受監禁，例如曾受羈押、徒刑刑罰之前科者，於獄中人際關係與行為

---

[115] 參考 ETtoday 東森新聞雲 2012 年 9 月 16 日 17:13 發布【台鐵大廳設封鎖線　外勞抗議歧視】網路報導，http://www.ettoday.net/news/20120916/103226.htm，（最後瀏覽日：03/08/2017）。

[116] 參考蘋果日報 2015 年 9 月 26 日 19:02 發布【拒接輪椅客挨轟歧視　餐廳表示有苦衷】網路新聞，http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150926/699744/（最後瀏覽日：03/08/2017）。

[117] 參考蘋果日報 2015 年 3 月 24 日發布【歧視　貴婦餐廳另賣外傭餐】網路新聞，http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20150324/36453670/（最後瀏覽日：03/08/2017）。

[118] Stephen P. Shepard, *Negligent Hiring Liability: a Look at How It Affects Employers and the Rehabilitation and Reintegration of Ex-offenders*, 10 Appalachian J.L. 145, 174(2011).

[119] 李思儀，前揭註 8，頁 92-93。

doi:10.6342/NTU201701132

自主性受監獄之管理與限制，又與社會隔離難以經營正常之人際關係而容易與社會脫節者，與家庭之聯繫也容易受其影響。[120]即使出獄後，仍存有極高社會孤立感，回歸社會後無論是個人、職場、家庭與人際關係必須重新開始，可以想見有諸多之障礙與困難。[121]

法務部曾於 1999 年公開發表「出獄人就業狀況調查」研究，以前一年 1998 年出獄收案假釋出獄保護管束與期滿出獄之人為對象進行問卷調查，其發現前科者以「受人歧視」為主要之問題；[122]而前科者認為「經濟困難」、「找不到工作」之問題嚴重性，甚至比「受人歧視」更為嚴重。財團法人民間司法改革基金會於 2016 年蒐集民眾反映司法改革問題意見，其中「受刑人出獄後謀生困難，再犯率高」獲得第三高票。[123]由此可見關於前科者於就業職場上因歧視等原因而無法順利就業，確實是社會關注之重要問題。本文將於下進一步探討前科者職場就業之困境。

第二款 前科者之職場困境

我國現存有多少前科者並無官方統計數據。有論者曾以我國監禁率為 0.2%，以 2010 年全國總人口數計算，平均每 500 人即有一人有前科。[124]就前科者於職場面對之問題，首先從前科者人口之勞動力觀察。實際上我國目前存在多少前科者屬

---

120 同前註，頁 91-92。

121 嚴健彰（2003），〈出獄人復歸社會後之適應問題與資源服務 -1-〉，《法務通訊》，第 2142 期，頁 4-5；嚴健彰（2003），〈出獄人復歸社會後之適應問題與資源服務 -2-〉，《法務通訊》，第 2144 期，頁 3-5；李思儀，前揭註 8，頁 93。

122 謝瑤偉（1999），《出獄人就業狀況調查報告》，臺北：法務部犯罪研究中心。頁 47-48。假釋出獄者出獄所面臨問題中，第一名為經濟困難佔 18.9%、第二名為找不到工作佔 18.5%、第三名為受人歧視佔 13.9%；而期滿出獄者出獄後所面臨之問題，第一名同樣為經濟困難佔 27.4%、第二名為找不到工作佔 19.9%、第三名為缺乏奮鬥目標佔 11.4%、第四名為受人歧視佔 9.6%。

123 財團法人民間司法改革基金會（2016），《2016 年全民司改運動年度專刊》，頁 5。其中得票數第一高票 1363 票項目為「偵查中的不當報導，造成輿論公審」，第二高票 1359 票項目為「媒體未確實查證做出錯誤報導，傷害司法與當事人」，第三高票 1131 票項目即「受刑人出獄後謀生困難，再犯率高」。

124 林儹紘（2011），〈以社會復歸觀點反思前科紀錄限制基本權之妥適性--從釋字第五八四號解釋談起〉，《中央警察大學法學論集》，第 20 期，頁 13。

doi:10.6342/NTU201701132

於勞動力人口，並無官方統計數據。若從法務部 2012 年至 2015 年法務統計年報「監獄實際出獄受刑人人數」統計從 1994 年起至 2015 年間受刑人實際從監獄出獄，人數最少為 2004 年有 28,225 人實際出獄，人數最多為 2006 年達 46,322 人出獄，如先不論期間再犯重新入獄之情況，十四年間人數合計達 486,720 人。[125]若以與「監獄假釋出獄受刑人人數」統計，從 2004 年至 2015 年間人數最少為 2008 年有 6,793 人假釋出獄，人數最多為 2014 年有 11,384 假釋出獄，如先不論期間再犯重新入獄之情況，十四年間人數合計達 129,848 人。[126]二者合計人數達 616,568 人。如以行政院主計總處國勢普查處統計發布 2015 年平均勞動力為 11,638,000 人，[127]則占約 5.3%。

如以前科者實際就業狀況作實際觀察。法務部 1999 年公開發表「出獄人就業狀況調查」，以前一年 1998 年出獄收案假釋出獄保護管束與期滿出獄之人為調查對象，假釋出獄者之目前就業情形，順利就業者仍以勞力工為主，[128]無工作或無穩定工作之勞工仍占極高比例。[129]針對目前無工作之原因主動勾選「因有前科被雇主拒絕」之比例也頗高。[130]針對「有前科者，就業機會是否會受到影響」，假釋出獄者有 58.9%認為會受影響；前滿出獄者也有 52.4%認為會受影響。[131]而假釋出獄者或期滿出獄者對於從監獄回到社會最大期望，第一順位為「有一份安定之工作」，其中前者占 49.3%、後者占 56.2%。[132]而支持遠離犯罪原因，以「擁有一份安定之

---

125 法務統計年報 101 年至 104 年，表 4-5「監獄實際出獄受刑人人數」統計資料，http://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWEB/book/Book.aspx?category_id=4（最後瀏覽日：03/08/2017）。

126 法務統計年報 101 年至 104 年，表 4-6「監獄假釋出獄受刑人人數」統計資料，http://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWEB/book/Book.aspx?category_id=4（最後瀏覽日：03/08/2017）。

127 http://win.dgbas.gov.tw/dgbas04/bc4/manpower/year/year_f.asp?table=1（最後瀏覽日：03/08/2017）。

128 謝瑤偉，前揭註 122，頁 47-48。假釋出獄者順利就業者之工作以勞力工最多占 20%；期滿出獄之人順利就業者以勞力工最多占 19.8%

129 同前註，頁 47-48。假釋出獄者無固定工作占 10.8%、目前無工作占 11.1%，合計占 21.9%；期滿出獄者，目前尚無固定工作占 16.1%、目前無工作者占 23.4%，二者合計高達 39.5%。

130 同前註，頁 49。假釋出獄者目前無工作之原因主動勾選「因有前科被雇主拒絕」占 4.1%；期滿出獄目前無工作之原因主動勾選「因有前科被雇主拒絕」亦占 22.6%，且期滿出獄者有 19.9%表示截至目前未曾找到過工作。

131 同前註，頁 53-54。

132 同前註，頁 49。

doi:10.6342/NTU201701132

工作」占 32.6%。[133]從上述 1999 年調查結果可知，前科者「失業」或「無從找到固定工作者」之比例偏高，而所面臨問題包括經濟困難、找不到工作、受人歧視、缺乏奮鬥目標，均可能是相互連動。對於前科者來說，擁有一份安定工作不僅是最大期望也是支持遠離犯罪之重要原因。然而，卻有過半數前科者認為前科紀錄會影響到自己的就業機會，更見問題之嚴重性。[134]法務部 2013 年 2 月提出「更生人就業狀況調查」，該次調查結果顯示 1,133 份回收樣本，雖然本調查結果顯示有工作之更生人比例有八成一左右，上不算太低，然而細審其填具之工作型態，其中有 30.98%從事約聘、派遣、計時、臨時工等非全職工作，亦可見就業狀況並不理想。[135]

囿於官方統計或調查資料有限，本文從相關資料進一步觀察。於 2010 年「世界公民人權高峰會」有論者提及雇主要求應徵者提出所謂「良民證」證明求職者無刑事前科記錄比例升高，實質上造成前科者造成無法就業的困境。[136]於 2014 年民間組成「就業歧視監督聯盟」透過網路與校園徵才等管道，收集 34 份各大企業的履歷表格式，發現有高達 32.4%之企業仍違法詢問應徵者犯罪紀錄。[137]

另有 2014 年研究以實際訪談蒐集監獄訪談監獄管教人員（工場主管）與受刑

---

133 同前註，頁 50-51。

134 特別說明的是，法務部該次調查就有關就業之建議為「建立出獄人就業輔導資訊網絡」強調仍是透過就業輔導方式「灌輸出獄者正確的就業觀念」，將重點仍在於出獄人本身責任，而未慮及此涉及可能是整體社會、雇主之歧視。

135 法務部於 2014 年 2 月委託研究。周愫嫻、侯崇文、曹光文（2014），「更生人就業狀況調查」成果報告書，頁 77，下載網址：https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=337100&ctNode=37388&mp=001（最後瀏覽日：06/05/2017）。表 4.1.3.1「工作狀況統計」，其中「約定約聘或派遣工作」占 6.62%、「非約定計日、計次、計時工作」占 9.80%、「臨時派遣工或臨時工」占 8.12%、「到處打零工」占 6.44%。又該研究顯示未工作占 1133 人樣本中 21.35%，但就未工作之原因調查僅列「未就業(暫時不想工作)」、「歇(待轉)業、其他因素」、「剛出監」、「年齡、身心、受傷因素」、「在學、當兵、服刑因素」、「家管(專責照顧家人處理家務)」較無法了解其是否受有受就業歧視或就業困難之問題。除此之外，亦應考量本研究是採用問卷調查方式，通常有意願回交問卷者，可以預期至少是經濟或生活狀況較穩定的前科者，因此也可能使整個調查結果偏向樂觀。

136 由聯合國 NGO 台灣世界公民總會與聯合國 NGO 世界公民總會聯合舉辦「2010 年世界公民人權高峰會網站」，真理大學財經法律系吳景欽著「良民證不良於民」（http://www.worldcitizens.org.tw/awc2010/ch/F/F_d_page.php?pid=84262）（最後瀏覽日：03/08/2017）

137 苦勞網 103 年 6 月 5 日報導「就業歧視監督聯盟」揭露問題履歷表 要求勞動部開罰！（網址：http://www.coolloud.org.tw/node/78975）（最後瀏覽日：03/08/2017）

doi:10.6342/NTU201701132

人之意見綜合得出影響前科者再就業關鍵因素，[138]再以實際以問卷訪問臺北監獄第一線管理人員，[139]其研究結果同樣指出「企業主對更生人的接納包容」是最主要影響前科者就業因素，[140]而企業主最初決定僱用與否，是影響再就業最主要因素。[141]

而同年之研究有透過質性訪談個別雇主與前科者之方式，以試圖了解我國實際前科就業歧視困境。訪談結果雇主均表示對於前科者有不佳之觀感，且有再犯風險，前科紀錄不僅會影響到僱用與否決定，一旦有前科者與沒有前科之一般人一糗應徵，無論如何都會傾向於選擇沒有前科之一般人，而不會僱用前科者，也會影響到職務之分配，僅傾向提供給前科者之工作或職務可能傾向於給予替代性較高技術工作或臨時工，也有認為前科紀錄可能會影響升遷。[142]而受訪談之前科者均明確表示於前科者於社會上受到歧視，且多明確表示因前科問題而於求職上遇到困難，雇主通常是根據前科紀錄就拒絕給予僱用機會，且也不會區分前科類型與工作關聯性，傾向於全面性地否定前科者。[143]此外，有論者觀察認為前科者因雇主普遍性要求良民證，以至於謀職困難。[144]

由上述資料可見，對於前科者而言是否能再就業，取決於雇主態度是否願意無歧視而正面之接納，而現實上雇主透過主動查問或要求良民證的方式，傾向全面性拒絕僱用前科者，而不會特別關注於工作與前科類型關聯性，以至於有前科者求職

---

138 詹國裕（2014），《影響更生人成功再就業關鍵因素之研究》，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士在職專班論文，頁 100-103。羅列有 12 項關鍵因素：1、政府多開辦更生人建教合作之技能訓練；2、政府多開發更生人就業機會；3、政府多結合社會資源協助更生人就業；4、政府帶頭示範僱用更生人；5、企業主對更生人的接納包容；6、企業主提供之工作具吸引性；7、企業之徵才條件(不雇罪名)明確；8、更生企業主之創業成功案例；9、更生人本身具符合職場技能；10、更生人本身具正確就業心態；11、更生人本身能掌控自我情緒；12、更生人就業之家庭支持功能強。

139 同前註，頁 103。本文要特別說明是，此份報告所訪問對象為監獄管理人員，而非受刑人本身，因此對於管理人來說，將更生人本身就業心態作為就業問題之首因，本身可能即存在對於前科者之歧視。

140 同前註，頁 121-122。

141 同前註，頁 125。

142 姜俊豪（2014），《就業歧視中之前科問題研究》，國立政治大學勞工研究所碩士論文，頁 19-22。

143 同前註，頁 28-29。

144 林立青（2016），《做工的人》，頁 128，臺北：寶瓶文化。論者特別提到因為前科者出獄後無法取得良民證，很多工作即沒有機會。

doi:10.6342/NTU201701132

困難，即令受僱用後雇主基於前科紀錄也會考量職務分配、升遷與勞動條件，以至於前科者確實受有就業歧視之困境。

第三款 國家歧視與私部門歧視連動關係

針對國家歧視與私部門歧視有無交錯或相互影響之地帶？涉及我國現行以前科進行差別待遇法令之管制方式分析。本文認為可以分成兩個層次觀察，第一層次為基本權對第三人效力之問題；第二層次為國家管制方式造成私部門歧視之問題。

首先，第一層次為憲法基本權對第三人效力之問題，即探討如何透過憲法第 7 條保障憲法平等權之解釋管制私部門不得對前科者為歧視。如果回歸民法對於契約自由之管制，一般認為基於傳統民法保障契約自由原則，雇主就勞動契約締結亦享有擇員選擇自由，惟基於憲法平等權保障與各種法律規範禁止歧視之管制，雇主之契約自由原則仍受有限制。[145]為使憲法平等權保障落實於私法契約之管制，學理上可以透過憲法基本權對第三人效力理論之落實，介入管制私部門法律關係之效力，通說採間接效力說，即應透過民法如第 72 條、第 184 條之概括條款解釋涵蓋憲法第 7 條保障平等權之精神解釋與適用。[146]例如：違反憲法保障第 7 條平等權保障之私法法律行為，依民法第 72 條規定，足認因違反公序良俗而無效。[147]

因此，循此脈絡探討前科者保障之問題，仍然回到究竟憲法第 7 條應如何解釋之問題。我國法院實務確實曾有案例勞工經應徵考試錄取後，遭雇主以曾服公職

[145] 汪紹銘（1988），〈僱主擇員的自由與平等權勞動契約與契約自由原則〉，《法律評論》，第 54 卷第 1 期，頁 36-37。

[146] 許志雄（1995），〈人權規定之第三人效力〉，《月旦法學》，試刊號，頁 59-60；李惠宗（2001），〈禁譜辦公室戀曲－「基本權對第三人效力」或「基本權衝突」〉，《月旦法學》，第 79 期，頁 8-9；許宗力（2003），〈基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第 9 期，頁 64-70。

[147] 焦興鎧等合著（2014），《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，勞動法學會（編），二版六刷，頁 145，臺北：新學林。有論者認為此即民法上要求「平等待遇」原則，參林更盛（2009），〈論解僱的一般問題以及勞基法第 11 條之事由〉，氏著，《勞動法案例研究（二）》，頁 304-305，臺北：五南；周伯峰（2014），〈「歧視禁止」作為私法自治的限制？--簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，《月旦法學》，第 224 期，頁 127-150；周伯峰（2016），〈論民事上歧視禁止規定的證立可能性〉，《政大法學評論》，第 147 期，頁 159-202。

doi:10.6342/NTU201701132

且有貪污行為經判決確定為由解聘，勞工進而主張解僱行為違反憲法第 15 條保障工作權與第 7 條保障平等權無效，並要求確認雙方僱傭關係繼續存在。然而普通法院判決援引司法院釋字第 584 號解釋認為尚可對於人民職業選擇自由有合理限制，而就業歧視應限於就業服務法第 5 條第 1 項保障之事由。因此，雇主本得依其所僱用勞工從事之工作內容設有適當限制，內容包括積極資格（例如：必須具有特定專業能力）與消極資格（例如：不得有特定犯罪前科）之限制，只須該項限制合於比例原則及平等原則之檢驗即非無效之見解，進而認為系爭職務須與廠商接洽並經手款項往來，且因負責抽檢、品管、科罰、考評及督導等工作而與廠商密切接觸，對於員工必須符合誠信、廉潔要求較高，以系爭職務所設不得有曾服公職因貪污行為等重大犯罪經判決確定者之消極資格限制，與該項職務內容密切相關，限制程度亦非過當，進而認為雇主解僱適法有效。[148]從上述觀察，私法上契約法管制，固然可能透過基本權對第三人效力之解釋以保障前科者，然而如此仍應回歸憲法第 7 條保障範圍之問題而仍受有限制。

其次，第二層次就國家管制也可能影響導致私部門雇主歧視。我國以前科紀錄限制從事特定職業、職務、工作，此類情形則可能涉及限制前科者受憲法第 15 條保障工作權。此類具體管制模式包括以規範私部門雇主，課予私部門雇主法定義務之方式進行管制。例如：補習及進修教育法第 9 條之規定，要求雇主查核前科紀錄或要求提出相關證明文件，將進一步導致雇主去查核前科紀錄而為歧視。[149]

申言之，我國以前科為身分作為消極執業資格限制法律眾多，如果參照我國現行「前科紀錄管理」制度，會發現私部門雇主如果要落實遵循這些法令限制，將使前科者面對私部門歧視問題更為嚴重。

蓋我國「前科紀錄之管理」乃建置於司法機關之「刑事資料查註紀錄系統」，

[148] 臺灣高雄地方法院 98 年度雄簡字第 3264 號民事判決、臺灣高雄地方法院 99 年度簡上字第 16 號民事判決。
[149] 詳參本文第二章第二節第一項第三款「國家歧視與私部門歧視連動關係」（本文第 80-82 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

涵蓋偵查階段行政簽結、不起訴、緩起訴處分與法院階段有罪、無罪等各種判決結果資訊，而此系統原則上「僅限」於司法機關於刑事案件偵辦、審理過程中查閱。[150]如果私部門雇主要查核確認求職者或勞工是否具有前科紀錄，唯一辦法僅能要求求職者或勞工透過內政部制訂「警察刑事紀錄證明核發條例」，則由警察機關依司法或軍法機關判決確定、執行之刑事案件資料所作成之紀錄，申請核發證明（即俗稱「良民證」）。[151]而該條例僅限於特定情形之前科紀錄「不予記載」，包括：符合少年事件處理法規定視為未曾受各該宣告之情況、受緩刑宣告且未經撤銷、受拘役或罰金之宣告、受免刑判決、法律已廢除其刑罰、易科罰金或易服勞役完畢且五年內未受有期徒刑以上宣告之情況，可以例外不予記載。[152]因此除了例外不予記載之罪名外，申請者無法要求國家僅提供針對特定罪名有無前科紀錄之證明。因此，一旦雇主要求出具良民證，即幾近可以全面檢視其前科紀錄，進而自由決定是否基於任何一項前科紀錄拒絕僱用，此將導致超越國家法律明文規定之消極職業資格限制之歧視。

舉例而言，國家法令規範將使私部門雇主可能基於特定罪名之前科作成僱用或解僱之決定外，而私部門雇主為了落實這樣的管制要求，可能進一步要求求職者或員工提供良民證以更徹底的掌握其前科紀錄，則即使求職者或員工之前科紀錄顯示並非受管制之罪名，仍可能涉及其他前科類型，例如：殺人、傷害等暴力前科或是背信、竊盜等各種財產犯罪前科，亦可能據此作成僱用或解僱之決定。從上述分析，國家管制之方式可能使前科者私部門就業歧視問題更為嚴重。

從上述前科者面對就業歧視困境，本文將進一步分析我國現行反歧視法制體系，並分析對前科者提供保護之程度，是否有助於解決前科者面對就業歧視問題。

150 林儹紘，前揭註 124，頁 8。
151 同前註，頁 8。
152 警察刑事紀錄證明核發條例第 6 條。另可參周愫嫻（2005），〈更生人就業權、雇主僱用權與社會安全的平衡〉，《中央警察大學犯罪防治學》，第 6 期，頁 61。

doi:10.6342/NTU201701132

第二項　對前科者保護不周之反歧視法制環境

本文認為我國現有反歧視法體系上可分成三個主要層次觀察。第一、直接禁止歧視者，是指透過法令明文規定禁止或規範私部門歧視行為，以達到消極防治歧視之效果。第二、透過間接的方式，以透過管制媒體、保障隱私等方式，間接達到規範或防免歧視之效果。第三、積極優惠措施，指國家立法為達成實質平等所採取各種不同的優惠性手段。

而對於前科者就業歧視保護而言，就透過直接管制歧視之層次，我國並無任何法律直接保護前科者免於歧視，亦即前科者並沒有被納入反歧視法直接保護之事由。至於間接管制歧視部分，我國透過將前科紀錄視為敏感性個人資料而受個人資料法保障，而就業服務法也能有條件限制雇主查問前科紀錄，然而前者仍可能因個人主動同意提供而例外不受保障，於職場勞資締約地位往往不對等之情況下，其實難以期待能有效保障；而後者則受限於條文解釋之寬泛，而難以期待能有有效保障前科者免於歧視。

就積極優惠措施而言，我國固然有更生保護法規定對於前科者應輔導其就業，惟並無規範具體作法，較軟性方式為之，尚欠缺更具體之促進前科者就業作法。整體而言，前科者於就業歧視保護並不週全，無法期待能有效解決前科者就業歧視問題。

第一款 直接管制歧視

本文所謂「直接管制歧視」指的是，透過國家法令規定直接禁止歧視之管制方式。目前我國反歧視法針對直接禁止歧視之法律規範頗多，散置各法律規定中。本文擇主要條文分別以保護之事由、牽涉領域、禁止歧視行為樣態、管制方式進行整

doi:10.6342/NTU201701132

理，如下表所示[153]，可以確認並沒有明文將前科者納入反歧視法保障體系中

《表 4》：我國直接禁止歧視相關反歧視法律一覽表				
法源	保護事由	領域	禁止行為樣態	管制方式
入出國及移民法第 62 條[154]	國籍、種族、膚色、階級、出生地	不限	任何人對居住於臺灣地區之人民為歧視之行為。	行政罰鍰[155]
政府採購法第 101 條第 1 項第 14 款[156]	婦女、原住民或弱勢團體人士	不限	投標廠商歧視情節重大。	禁止參與政府採購[157]
傳染病防治法第 11 條[158]	傳染病病人、施予照顧之醫事人員、接受隔離治療者、居家檢疫者、集中檢疫者及其家屬	不限	不得予以歧視。	行政罰鍰[159]
身心障礙者權益保障法第 16 條第 1 項[160]、第 40 條[161]	身心障礙者	教育應考進用就業居住遷徙	不得有歧視之對待。	行政罰鍰[162]

[153] 本文乃使用「全國法規資料庫」中央法規以內容關鍵字有「歧視」、「不利」和「待遇」，篩選出涉及規範「私部門」權利義務關係部分，擇要重點整理。

[154] 入出國及移民法第 62 條第 1 項：「任何人不得以國籍、種族、膚色、階級、出生地等因素，對居住於臺灣地區之人民為歧視之行為。」另授權制訂有「居住臺灣地區之人民受歧視申訴辦法」。

[155] 入出國及移民法第 81 條：「主管機關受理第六十二條之申訴，認定具有違反該條規定情事時，除其他法律另有規定者外，應立即通知違規行為人限期改善；屆期未改善者，處新臺幣五千元以上三萬元以下罰鍰。」。

[156] 政府採購法第 101 條第 1 項第 14 款：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：十四、歧視婦女、原住民或弱勢團體人士，情節重大者。」。

[157] 政府採購法第 103 條第 1 項第 2 款：「政府採購法依前條第三項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商。二、有第一百零一條第七款至第十四款情形或第六款判處拘役、罰金或緩刑者，自刊登之次日起一年。但經判決撤銷原處分或無罪確定者，應註銷之。」。

[158] 傳染病防治法第 11 條第 1 項：「對於傳染病病人、施予照顧之醫事人員、接受隔離治療者、居家檢疫者、集中檢疫者及其家屬之人格、合法權益，應予尊重及保障，不得予以歧視。」

[159] 傳染病防治法第 69 條第 1 項第 1 款：「有下列情事之一者，處新臺幣一萬元以上十五萬元以下罰鍰；必要時，並得限期令其改善，屆期未改善者，按次處罰之：一、違反第十一條、第十二條、第三十一條、第五十八條第三項、第五十九條第一項或中央主管機關依第三十四條第三項授權所定辦法有關持有、使用感染性生物材料、實驗室生物安全管理及陳報主管機關之規定。」

[160] 身心障礙者權益保障法第 16 條第 1 項：「身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、應考、進用、就業、居住、遷徙、醫療等權益，不得有歧視之對待。」。

[161] 身心障礙者權益保障法第 40 條：「身心障礙者工資本同工同酬之原則，不得為任何歧視待遇。」。

[162] 身心障礙者權益保障法第 86 條：「違反第十六條第一項規定，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。」。

doi:10.6342/NTU201701132

		醫療		
		工資	本同工同酬之原則，不得為任何歧視待遇。	行政罰鍰[163]
人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項[164]	人類免疫缺乏病毒感染者	就學 就醫 就業 安養	不得予以歧視，拒絕或予其他不公平之待遇。[165]	行政罰鍰[166]
油症患者健康照護服務條例第 6 條第 1 項[167]	油症患者	教育 就業 醫療	不得有歧視之對待。[168]	行政罰鍰[169]
精神衛生法第 22 條[170]	精神病患者	就學 應考 僱用	病情穩定者，不得以曾罹患精神疾病為由拒絕或其他不公平之待遇。	行政罰鍰[171]
就業服務法 第 5 條第 1 項[172]	種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、	工作	雇主對求職人或所僱用員工禁止歧視。	行政罰鍰[173]

[163] 身心障礙者權益保障法第 87 條：「違反第四十條第一項規定者，由直轄市、縣（市）勞工主管機關處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。」。

[164] 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇，相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。」授權另制訂「人類免疫缺乏病毒感染者權益保障辦法」。

[165] 具體行為樣態，如人類免疫缺乏病毒感染者權益保障辦法第 4、5、6 條第 1、2 項：「機關（構）、學校或團體辦理各類就學、就業所訂之招生（募）簡章或契約、活動等規定，不得以感染人類免疫缺乏病毒為唯一理由，排除感染者接受教育、應考試及受僱之權利或予其他任何不公平之限制。」、「機關（構）、學校或團體設有宿舍者，不得以當事人為感染者為唯一理由，拒絕其住宿或予其他任何不公平之限制。」、「感染者應由其直系血親、配偶或同財共居親屬負照顧責任，不得無故拒絕。前項親屬無照護能力，且感染者有安置、安養或長期護理之必要，並符合收治條件者，社會福利或護理機構不得以其為感染者為唯一理由，拒絕提供服務。」

[166] 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 23 條第 3 項：「違反第四條第一項或第三項、醫事機構違反第十二條第三項規定者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」

[167] 油症患者健康照護服務條例第 6 條：「油症患者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、就業、醫療等權益，不得有歧視之對待；其相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。」授權制訂「油症患者權益保障辦法」。

[168] 具體行為樣態，如油症患者權益保障法第 4、5 條：「油症患者有醫療或其他照護需要時，醫療及照護機構人員不得無故拒絕提供服務，亦不得予以任何歧視或不公平之對待。」、「機關（構）、學校或團體辦理招生或招募人員時，不得排除或限制油症患者接受教育、應考試及受僱之權利，或予以其他不公平之待遇。」

油症患者於受僱期間，雇主對其薪資待遇、職務分配及晉用等事項，不得予以歧視。

[169] 油症患者健康照護條例第 13 條：「違反第六條規定者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。」

[170] 精神衛生法第 22 條：「病人之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視。對病情穩定者，不得以曾罹患精神疾病為由，拒絕就學、應考、僱用或予其他不公平之待遇。」。

[171] 精神衛生法第 55 條：「違反第二十二條、第二十四條、第二十五條、第二十九條第三項、第三十四條第一項、第三十八條規定之一者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。」。

[172] 就業服務法第 5 條第 1 項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」

[173] 就業服務法第 65 條第 1 項：「違反第五條第一項、第二項第一款、第四款、第五款、第三十四

doi:10.6342/NTU201701132

	籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分			
高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法第 26 條第 1 項、第 27 條第 1 項[174]	種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、年齡、婚姻、容貌、五官或身心障礙	工作	受訓期間給予不利之差別待遇。	行政罰鍰[175]
	性別、性傾向	工作	不得有差別待遇。	行政罰鍰 民事賠償[176]
性別教育平等法第 13 條、第 14 條第 1 項[177]	性別、性別特質、性別認同、性傾向	教育	1、招生及就學許可不得有差別待遇。但基於歷史傳統、特定教育目標或其他非因性別因素之正當理由，經核准不在此限。 2、教學、活動、評量、獎懲、福利及服務上不得差別待遇。但性質僅適合特	行政罰鍰[178]

條第二項、第四十條第二款、第七款至第九款規定者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」

[174] 高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法第 26 條第 1 項：「建教合作機構於建教生受訓期間，不得因其種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、年齡、婚姻、容貌、五官或身心障礙之因素，給予不利之差別待遇。」、第 27 條第 1 項：「建教合作機構於建教生受訓期間，不得因其性別或性傾向而有差別待遇，並應防治性騷擾行為之發生；於知悉有性騷擾情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。」。

[175] 高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法第 26 條 第 3 項：「第一項差別待遇之認定，準用就業服務法及其相關法規有關就業歧視認定之規定。」。

[176] 高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法第 27 條第 2 項：「建教生於建教合作機構受訓期間遭性別歧視、性傾向歧視或性騷擾時，其申訴之提出、認定及建教合作機構之賠償責任，準用性別工作平等法及其相關法規之規定。」

[177] 性別教育平等法第 13 條：「學校之招生及就學許可不得有性別、性別特質、性別認同或性傾向之差別待遇。但基於歷史傳統、特定教育目標或其他非因性別因素之正當理由，經該管主管機關核准而設置之學校、班級、課程者，不在此限。」、性別教育平等法第 14 條第 1 項：「學校不得因學生之性別、性別特質、性別認同或性傾向而給予教學、活動、評量、獎懲、福利及服務上之差別待遇。但性質僅適合特定性別、性別特質、性別認同或性傾向者，不在此限。」

[178] 性別教育平等法第 36 條第 1 項：「學校違反第十三條、第十四條、第十四條之一、第十六條、第二十條第二項、第二十二條第二項或第二十七條第三項規定者，應處新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰。」

doi:10.6342/NTU201701132

			定性者，不在此限。	
性別工作平等法 第 7-11 條[179]	性別、性傾向	工作	1、招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。 2、舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，不得有差別待遇。 3、舉辦或提供各項福利措施，不得有差別待遇。 4、薪資之給付，不得差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者，不在此限。 5、退休、資遣、離職及解僱，不得差別待遇。	行政罰鍰 民事賠償[180]
勞動基準法 第 25 條[181]	性別	工資	雇主不得有差別之待遇。工作相同、效率相	行政罰鍰[182]

[179] 性別工作平等法第 7 條：「雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」、第 8 條：「雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，不得因性別或性傾向而有差別待遇。」、第 9 條：「雇主為受僱者舉辦或提供各項福利措施，不得因性別或性傾向而有差別待遇。」、第 10 條：「雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別或性傾向而有差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者，不在此限。」、第 11 條：「雇主不得以降低其他受僱者薪資之方式，規避前項之規定。」、第 12 條：「雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」

[180] 性別工作平等第 26 條：「受僱者或求職者因第七條至第十一條或第二十一條之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任。」、性別工作平等法第 38-1 條第 1、3 項：「雇主違反第七條至第十條、第十一條第一項、第二項者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」、「有前二項規定行為之一者，應公布其姓名或名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期未改善者，應按次處罰。」

[181] 勞動基準法第 25 條：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」

[182] 勞動基準法第 79 條第 1 項第 1 款：「有下列各款規定行為之一者，處新臺幣二萬元以上一百萬

doi:10.6342/NTU201701132

			同者，給付同等之工資。	
工會法 第 35 條第 1 項第 1、3、4 款	參與工會	工作	雇主或代表雇主行使管理權之人，不得對於勞工組織工會、加入工會、參加工會活動或擔任工會職務、提出團體協商之要求或參與團體協商相關事務、參與或支持爭議行為，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。	行政罰鍰 救濟處分[183] 私法無效[184]
勞動基準法 74 條第 2 項[185]	勞工申訴	工作	雇主不得據此予以解僱、降調、減薪、損害其依法令、契約或習慣上所應享有之權益，或其他不利之處分。	私法無效[186]
大量解僱勞工保護法第 13 條第 1 項[187]	種族、語言、階級、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、身心障礙、年齡及擔任工會職務	工作	雇主大量解僱時不得據此解僱。	私法無效 限期命回復原職和協助訴訟[188]
勞資會議實施辦法第 12 條[189]	勞資會議代表行使職權	工作	雇主或代表雇主行使管理權之人，不得據此解僱、調職、減薪	無

元以下罰鍰：一、違反第二十一條第一項、第二十二條至第二十五條、第三十條第一項至第三項、第六項、第七項、第三十二條、第三十四條至第四十一條、第四十九條第一項或第五十九條規定。」

[183] 工會法第 45 條第 1 項：「雇主或代表雇主行使管理權之人違反第三十五條第一項規定，經依勞資爭議處理法裁決決定者，由中央主管機關處雇主新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。」、第 4 3 項「雇主或代表雇主行使管理權之人違反第三十五條第一項第二款或第五款規定，未依第一項裁決決定書所定期限為一定之行為或不行為者，由中央主管機關處雇主新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得令其限期改正；屆期未改正者，得按次連續處罰。」

[184] 工會法第 35 條第 2 項：「雇主或代表雇主行使管理權之人，為前項規定所為之解僱、降調或減薪者，無效。」

[185] 勞動基準法第 74 條第 2 項：「雇主不得因勞工為前項申訴，而予以解僱、降調、減薪、損害其依法令、契約或習慣上所應享有之權益，或其他不利之處分」

[186] 勞動基準法第 74 條第 3 項：「雇主為前項行為之一者，無效。」

[187] 大量解僱勞工保護法第 13 條第 1 項：「事業單位大量解僱勞工時，不得以種族、語言、階級、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、身心障礙、年齡及擔任工會職務為由解僱勞工。」

[188] 大量解僱勞工保護法第 13 條第 2、3 項：「違反前項規定或勞動基準法第十一條規定者，其勞動契約之終止不生效力。主管機關發現事業單位違反第一項規定時，應即限期令事業單位回復被解僱勞工之職務，逾期仍不回復者，主管機關應協助被解僱勞工進行訴訟。」

[189] 勞資會議實施辦法第 12 條：「雇主或代表雇主行使管理權之人，不得對於勞資會議代表因行使職權而有解僱、調職、減薪或其他不利之待遇。」

doi:10.6342/NTU201701132

			或其他不利之待遇。	
教師法第 28 條[190]	教師擔任教師組織職務或參與活動	工作	學校不得據此拒絕聘用或解聘及為其他不利之待遇。	無
長期照顧服務法第 1 條第 2 項與第 44 條[191]	性別、性傾向、性別認同、婚姻、年齡、身心障礙、疾病、階級、種族、宗教信仰、國籍與居住地域	長照	不得有差別待遇之歧視行為。 不得歧視。	行政罰鍰 停業處分[192]
教育基本法第 6 條第 4 項[193]	宗教	教育	私立學校不得因學校行政人員、教師及學生不參加特定宗教活動而為歧視待遇。但宗教研修學院應依私立學校法之規定辦理。	無

資料來源：本文自製

如聚焦於職場上反歧視法管制角度觀察，我國職場上反歧視法之法治基礎，源自 1992 年施行就業服務法即開始創設禁止一般就業歧視之類型，保護事由範圍最初以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身分之項目禁止歧視，於 2002 年修正再增訂婚姻歧視，並將殘障歧視修改為身心障礙歧視，於 2007 年又增列年齡、性傾向及出生地三個項目禁止歧視。

190 教師法第 28 條第 2 項：「學校不得因教師擔任教師組織職務或參與活動，拒絕聘用或解聘及為其他不利之待遇。」

191 長期照顧服務法第 1 條第 2 項：「長期照顧服務之提供不得因服務對象之性別、性傾向、性別認同、婚姻、年齡、身心障礙、疾病、階級、種族、宗教信仰、國籍與居住地域有差別待遇之歧視行為。」、第 44 條：「長照機構及其人員應對長照服務使用者予以適當之照顧與保護，不得有遺棄、身心虐待、歧視、傷害、違法限制其人身自由或其他侵害其權益之情事。」

192 違反長期照顧服務法第 1 條第 2 項部分未設有罰則。但針對違反同法第 44 條部分，依長期照顧服務法第 47 條第 1、4 項：「長照機構違反第二十三條、第四十一條第一項或第四十四條規定者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。」、「長照機構違反第四十四條規定者，除依第一項規定處罰外，並限期令其改善；屆期未改善者，處一個月以上一年以下停業處分，停業期滿仍未改善者，得廢止其設立許可。」

193 教育基本法第 6 條第 4 項：「私立學校得辦理符合其設立宗旨或辦學屬性之特定宗教活動，並應尊重學校行政人員、教師及學生參加之意願，不得因不參加而為歧視待遇。但宗教研修學院應依私立學校法之規定辦理。」

doi:10.6342/NTU201701132

於 2002 年制定並於次年實施兩性工作平等法（2008 年 1 月修正更名為性別工作平等法，並增列禁止就業上性傾向之歧視），透過專法處理職場上性別歧視之問題；另 2007 年修正身心障礙者權益保障法增列第 40 條第 2 項對進用身心障礙者禁止歧視及同工同酬之規定。

由上述發展可以發現，我國反歧視法發展著重於事由之明文增加，目前我國反歧視法就「保護事由」而言，項目最多為就業服務法針對「種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分」共十六種項目禁止於就業上歧視。[194]此亦為我國一般性禁止就業歧視規範基礎。

我國法並另有針對特定保護事由另定有專法保護。以「性別、性傾向」禁止歧視，於工作領域另訂有性別工作平等法、於教育領域另訂有性別教育平等法，最為周延完整。而就身心障礙者、人類免疫缺乏病毒感染者、油症患者，也都另定專法，特別保障於教育、就業、醫療權益。

就直接管制歧視之法律，其管制具體方式有些純屬訓示規定，欠缺明文規範違反之效果，[195]惟多數法律偏重於行政管制，即特別倚重以行政罰鍰處分處罰違法。[196]僅少數法律有明文規定介入私法關係，即直接賦予私部門之私法行為無效的法律效果；或明文賦予民事損害賠償請求權。[197]

然而，我國未有任何法律直接明文規定將「前科」作為禁止歧視之事由。亦即「前科」並沒有被列入直接保護禁止歧視之法律體系中而受到保護。

194 就業服務法第 5 條第 1 項。
195 例如：教育基本法第 6 條第 4 項，前揭註 193。
196 從本文整理【直接禁止歧視相關反歧視法律一覽表】共十九種法源，有高達十五種以行政罰鍰方式管制。
197 從本文整理【直接禁止歧視相關反歧視法律一覽表】共十九種法源，僅三種明文規定私法行為無效方式管制。僅性別工作平等法有明文規範民事損害賠償請求權，而高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法則準用相關規定。

doi:10.6342/NTU201701132

第二款 間接管制歧視

本文所謂間接管制歧視，所指涉的是並非透過直接禁止歧視之管制模式，而是間接地透過管制媒體或其他措施來達到管制歧視之效果。此處要特別注意的是，有些立法措施其本意上即為管制歧視而設，只是手段上採取間接的方式；有些則是也許立法本意並非如此，但卻能附帶性地達到管制或避免歧視發生之結果。

綜合上述的原則，本文分成三類分析，第一類為透過「媒體管制」方式，此類即是禁止媒體對於特定身分群體為歧視性之報導，以間接達到減少來自於社會私部門歧視之方式。第二類為「隱私保障」，這類法律比較無法直接看出來與管制歧視有無關聯或有無相關意圖，但某些敏感性身分透過隱私確保，確實可能有助於減少他人歧視，而由本文納入討論。至於第三類「契約法管制」，則是指一切規範私法契約之法律，可能可以達到管制私部門歧視之目的。

其中媒體管制部分，僅有少數法律有特別規範，但沒有特別針對前科者之保障；而隱私保障部分則因我國法制將前科紀錄視為敏感性個人資料，而就業服務法要求雇主僅能要求提供就業必要資料，限制查問前科紀錄是目前我國保護前科者免於其是最主要之方式。至於契約法管制部分，案例極少，仍有待觀察發展。

第一目 媒體管制

透過「媒體管制」方式，整理如下表，可見主要是針對身心障礙者或特定疾病病患給予保護，限制傳播媒體不得使用歧視性稱呼或描述進行報導免於歧視，而沒有將前科者納入保護

（接下頁）

doi:10.6342/NTU201701132

《表 5》：我國管制媒體之反歧視相關法律一覽表		
法源	禁止行為樣態	管制方式
身心障礙者權益保障法第 74 條[198]	1、傳播媒體報導不得使用歧視性之稱呼或描述，並不得有與事實不符或誤導閱聽人對身心障礙者產生歧視或偏見之報導。 2、涉及相關法律事件，未經法院判決確定其發生原因可歸咎於當事人之疾病或其身心障礙狀況，傳播媒體不得將事件發生原因歸咎於當事人之疾病或其身心障礙狀況。	行政罰鍰[199]
傳染病防治法第 6 條第 2 項[200]	非經同意，不得對其錄音、錄影或攝影。	行政罰鍰[201]
人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 3 項[202]	非經同意，不得對其錄音、錄影或攝影。	行政罰鍰[203]
人類免疫缺乏病毒感染者權益保障辦法第 3 條[204]	傳播媒體報導不得為下列情事： 1、使用歧視性之稱呼或描述。 2、與事實不符或足以使人產生歧視或偏見。 3、揭露個人資料足以使他人推斷其身分。 4、揭露姓名或住（居）所。	行政罰鍰[205]
油症患者健康照護服務條例第 6 條第 2、3 項[206]	1、非經同意，不得對其錄音、錄影或攝影。 2、媒體報導油症事件或製作相關節目時，應注意油症患者或其遺屬之名譽及隱私。	行政罰鍰[207]
油症患者權益保障辦法第 3 條[208]	傳播媒體報導不得有下列情事： 1、使用歧視性之稱呼或描述。	行政罰鍰

198 身心障礙者權益保障法第 74 條：「傳播媒體報導身心障礙者或疑似身心障礙者，不得使用歧視性之稱呼或描述，並不得有與事實不符或誤導閱聽人對身心障礙者產生歧視或偏見之報導。身心障礙者涉及相關法律事件，未經法院判決確定其發生原因可歸咎於當事人之疾病或其身心障礙狀況，傳播媒體不得將事件發生原因歸咎於當事人之疾病或其身心障礙狀況。」

199 身心障礙者權益保障法第 86 條第 2 項：「違反第七十四條規定，由目的事業主管機關處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。」

200 傳染病防治法第 11 條第 2 項：「非經前項之人同意，不得對其錄音、錄影或攝影。」

201 前揭註 159。

202 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 3 項：「非經感染者同意，不得對其錄音、錄影或攝影。」

203 前揭註 166。

204 人類免疫缺乏病毒感染者權益保障辦法第 3 條：「人體免疫傳播媒體報導感染者時，不得有下列情事：一、使用歧視性之稱呼或描述。二、與事實不符或足以使人產生歧視或偏見。三、揭露個人資料足以使他人推斷其身分。四、揭露姓名或住（居）所。」

205 前揭註 166。

206 油症患者健康照護服務條例第 6 條第 2、3 項：「非經油症患者同意，不得對其錄音、錄影或攝影。」、「媒體報導油症事件或製作相關節目時，應注意油症患者或其遺屬之名譽及隱私。」

207 前揭註 169。

208 油症患者權益保障辦法第 3 條：「傳播媒體報導油症或油症患者時，不得有下列情事：
一、使用歧視性之稱呼或描述。二、與事實不符或足以使人產生歧視或偏見之敘述。三、未經當事人同意而揭露姓名、影像、住（居）所或就學（業）地點。四、未經當事人同意而揭露別名或俗稱

doi:10.6342/NTU201701132

	2、與事實不符或足以使人產生歧視或偏見之敘述。 3、未經當事人同意而揭露姓名、影像、住（居）所或就學（業）地點。 4、未經當事人同意而揭露別名或俗稱等足以推斷其身分之資料。	[209]

資料來源：本文自製

就「媒體管制」部分，主要針對身心障礙者、傳染病、AIDS、油症患者，一方面保障隱私，另一方面禁止媒體歧視性報導，以達間接避免私部門歧視之目的。上述規範所受保護對象，均不包括「前科」者，並無從據此保護前科者免於受歧視。

第二目　隱私保障

透過「隱私保障」方式分析，整理如下表。除了油症患者健康照顧服務條例涉及油症患者之隱私資料保護與前科者無關外，個人資料保護法與就業服務法規定均特別規範「前科」（前科資料、犯罪紀錄），對於前科者確實可能達成保護作用。

（接下頁）

等足以推斷其身分之資料。」

[209] 前揭註 169。

doi:10.6342/NTU201701132

《表 6》：我國透過隱私保障之反歧視相關法律一覽表		
法源	禁止行為樣態	管制方式
個人資料保護法第 6 條[210]	除符合例外許可情況外，原則上不得蒐集、處理或利用有關病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之個人資料。	刑事刑罰[211] 民事賠償[212]
就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款與就業服務法施行細則第 1-1 條[213]	雇主招募或僱用員工，不得要求提供非屬就業所需之隱私資料。隱私資料包括：生理資訊，如基因檢測、藥物測試、醫療測試、HIV 檢測、智力測驗或指紋等；心理資訊，如心理測驗、誠實測試或測謊等；個人生活資訊，如信用紀錄、犯罪紀錄、懷孕計畫或背景調查等。	行政罰鍰[214]
油症患者健康照護服務條例第 6 條第 4 項[215]	從事患者醫療照護之機關、機構、團體及其人員，應維護其隱私與社會生活之經營，不得無故洩漏其資料。	行政罰鍰[216]

資料來源：本文自製

[210] 個人資料保護法第 6 條：「有關病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之個人資料，不得蒐集、處理或利用。但有下列情形之一者，不在此限：一、法律明文規定。二、公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務必要範圍內，且事前或事後有適當安全維護措施。三、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。四、公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生或犯罪預防之目的，為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。五、為協助公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務必要範圍內，且事前或事後有適當安全維護措施。六、經當事人書面同意。但逾越特定目的之必要範圍或其他法律另有限制不得僅依當事人書面同意蒐集、處理或利用，或其同意違反其意願者，不在此限。依前項規定蒐集、處理或利用個人資料，準用第八條、第九條規定；其中前項第六款之書面同意，準用第七條第一項、第二項及第四項規定，並以書面為之。」

[211] 個人資料保護法第 41 條：「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反第六條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

[212] 個人資料保護法第 29 條：「非公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但能證明其無故意或過失者，不在此限。依前項規定請求賠償者，適用前條第二項至第六項規定。」

[213] 就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款：「雇主招募或僱用員工，不得有下列情事：二、違反求職人或員工之意思，留置其國民身分證、工作憑證或其他證明文件，或要求提供非屬就業所需之隱私資料。」、就業服務法施行細則第 1-1 條：「本法第五條第二項第二款所定隱私資料，包括下列類別：一、生理資訊：基因檢測、藥物測試、醫療測試、HIV 檢測、智力測驗或指紋等。二、心理資訊：心理測驗、誠實測試或測謊等。三、個人生活資訊：信用紀錄、犯罪紀錄、懷孕計畫或背景調查等。雇主要求求職人或員工提供隱私資料，應尊重當事人之權益，不得逾越基於經濟上需求或維護公共利益等特定目的之必要範圍，並應與目的間具有正當合理之關聯。」。

[214] 就業服務法第 67 條：「違反第五條第二項第二款、第三款、第十條、第三十六條第一項、第三十七條、第三十九條、第四十條第一項第一款、第三款、第四款、第六款、第十款至第十七款、第五十七條第五款、第八款、第九款或第六十二條第二項規定，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。」。

[215] 油症患者健康照護服務條例第 6 條第 4 項：「從事油症患者醫療照護之機關、機構、團體及其人員，應注意執行之態度及方法，維護其隱私與社會生活之經營，不得無故洩漏其資料。」。

[216] 前揭註 169。

doi:10.6342/NTU201701132

個人資料保護法第 6 條第 1 項將「前科」列為敏感性個人資料進行保護。而其前科範圍包括「緩起訴、職權不起訴或法院判決有罪確定、執行之紀錄」，[217]不以有罪資訊為限。而全面性地禁止蒐集、處理或利用之行為。管制方式相較於一般採取行政罰鍰，個人資料保護法卻採取更嚴厲之刑事刑罰，且明確賦予被害人於民事損害賠償請求之私權救濟機會，形式上觀察確實可能有助於保障前科者，避免讓他人知悉自己前科紀錄，間接達成反歧視之目的。

我國法院實務上確實曾有案例，有前科者遭鄰居張貼公告載明「法院傷害罪判刑拘役 30 天」，以違反個人資料保護法規定起訴請求損害賠償。法院判決認定對犯罪前科個人資料之利用，應依誠信原則，不得逾越而合法蒐集取得判決結果之特定目的必要範圍，並應與其蒐集取得之目的具有正當合理之關聯，並認為該紙條沒有具體敘明有關前科者傷害案件之前因後果，將使與該次肢體衝突完全無關之其他社區其他住戶及訪客知悉此前科情狀，並非增進社區公共利益必要行為為由，判決賠償。[218]由上開判決結果似可認為個人資料保護法確實可能一定程度達成保護之效果，不過，個人資料保護法第 6 條第 1 款仍然規定，於「法律明文規定」例外，或於同法條第 6 款可以例外「經當事人書面同意」後蒐集，則前者於雇主假借審查是否符合法定消極職業資格限制；或是後者於就業職場上勞資關係實質不對等之情境下，雇主仍然可能要求當事人書面同意提供良民證等資料以證明自己並無前科，此時仍然無法防免歧視之情況。

至於就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款規定，雇主招募或僱用員工，不得要求提供非屬就業所需之隱私資料，並於就業服務法施行細則第 1 條之 1 第 1 項明確規定包括「犯罪紀錄」。然而，就業服務法施行細則第 1 條之 1 第 2 項規定：「雇主要求求職人或員工提供隱私資料，應尊重當事人之權益，不得逾越基於經濟上需求

[217] 個人資料保護法施行細則第 4 條第 6 項：「本法第二條第一款所稱犯罪前科之個人資料，指經緩起訴、職權不起訴或法院判決有罪確定、執行之紀錄。」。

[218] 臺灣臺北地方法院 104 年度訴字第 4961 號民事判決、臺灣高等法院 105 年度上字第 1152 號民事判決。

doi:10.6342/NTU201701132

或維護公共利益等特定目的之必要範圍，並應與目的間具有正當合理之關聯。」採以類似「比例原則」之方式作為例外，卻流於空泛，就公共利益之解讀可能過於寬廣而正當化、合理化雇主對求職人或員工所為一切前科紀錄索取之行為；也沒有針對有關雇主主動蒐集前科紀錄進行管制，也沒有給予雇主明確之如何考慮前科紀錄之利益權衡之指引，對於保障前科者免於職場上歧視，仍有其困難和限制。

第三目　契約法管制

就間接契約法管制之部分，本文所欲分析者，是透過民法、勞動基準法等法律管制私法契約規定，且法條形式上沒有直接以禁止歧視或差別待遇，惟可能間接達成禁止歧視之效果者。

就勞動基準法規定而言，本文試舉二個例子說明。第一、以勞動基準法第 10 條之 1 規定調動之合法性審查標準，明定雇主調動行為不得有不當動機及目的。如果是出於「歧視」之動機所為調動，即可能構成違法調動，[219]違法調動之效果可能足以介入私法關係認定是無效。[220]解釋上如果勞工足以舉證證明雇主是基於對前科者之歧視而調動，亦可能構成不當動機而遭認定是違法調動。然而，由於我國尚未明文將「前科」作為禁止歧視之保護事由，則法院實務具體操作勞動基準法第 10 條之 1 規定時將如何操作，有無可能納入對於前科者之保護？尚待發展與觀察。

第二、關於勞動基準法第 12 條第 1 項第 1 款規定「於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者」，雇主自知悉其情形之日起三十日內得不經預告終止勞動契約之規定。衍生之爭議為如果雇主主動詢問或提供給勞工制式履歷或文件要求填載有無前科紀錄，勞工隱匿未告知或不實說明，雇主可否據此

[219] 吳姿慧（2015），〈調職之類型及其審查--以實務之判斷標準為觀察中心〉，《月旦法學》，第 245 期，頁 45-47。

[220] 就違反勞動基準法第 10 條之 1 規定法律效果，勞動基準法並沒有規定。惟法院實務判決認為雇主調動命令違法，勞工即無遵守之義務。參陳金泉（2001），《勞動法一百問》，二版，頁 66-68，臺北：三民。本文認為基於民法第 71 條，違反勞動基準法第 10 條之 1 規定之調動應無效。

doi:10.6342/NTU201701132

終止勞動契約之爭議。曾有法院判決案例為勞工於 2003 年受僱時於人事資料表「是否有前科」欄位勾選「無」並應徵超市賣場生鮮部門職務遭僱用，後經調動至安全部門，由雇主要求補填「信用狀況&健康資料查詢表」遭拒絕，雇主據此以勞工受僱時有虛偽意思表示為由加以解僱，勞工提起民事確認僱用關係存在訴訟，法院判決則認定該勞工已經服務七年餘，至解僱前未曾因其有前科紀錄影響其工作表現或造成被告有任何損害之情形，被告既未提出因誤信原告無前科紀錄而遭受損害之具體證據，則以勞動基準法第 12 條第 1 項第 1 款之事由解僱違法。[221]因此，如果嚴格限制雇主必須舉證證明損害發生之虞，前科者未必會因為隱匿或不實告知前科身分而受到解僱。然而，由於案例不多，法院具體解釋適用仍有觀察餘地。

第三款 積極優惠措施

我國反歧視法還有一環設計是「積極優惠措施」。目前我國法律設計積極優惠措施，仍以婦女、身心障礙者、原住民為主。以婦女而言，我國憲法就憲法第 134 條規定：「各種選舉，應規定婦女當選名額，其辦法以法律定之。」、第 153 條規定：「婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護。」憲法增修條文第 4 條第 2 項保障婦女立法委員席次、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。」，是就選舉女性保障名額乃至性別工作平等法第四章「促進工作平等措施」，即以達成實質平等為目的。[222]

至於其他分類情況下，積極優惠措施可能會對於其他第三人例如雇主造成營

[221] 臺灣士林地方法院 100 年度勞訴字第 13 號民事判決。本號判決也敘明另一解僱違法理由為，即令安全部門可能有無前科之必要，惟雇主沒有試圖將勞工調回原應徵生鮮部門即加以解僱，違反解僱最後手段性原則而違法。

[222] 相關探討請參考馬維麟（1996），〈歐體法院對婦女保障名額的判決--女權運動的反挫〉，《月旦法學》，第 16 期，頁 87-94；許崇賓（2012），〈婦女保障名額制度存廢之研究〉，《法令月刊》，第 63 卷第 3 期，頁 69-95。

doi:10.6342/NTU201701132

業自由之限制而有違憲之疑慮。我國司法院大法官對於積極優惠措施之態度，則尚未明朗。蓋司法院釋字第 649 號解釋探討身心障礙者保護法第 37 條第 1 項限制非視障者不得從事按摩業，亦指出乃為保障視障工作權為目的，所採職業保留優惠性差別待遇。然而該號解釋確認為「視障非屬人力所得控制之生理狀態」，系爭規定以視障為分類標準，排除多數非視障者不得從事按摩，應採追求之目的為重要公共利益，分類而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。應採的是相對合理審查標準嚴格之標準，最終宣告系爭規定違憲。[223]

相較於司法院釋字第 649 號解釋，司法院釋字第 719 號解釋針對原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條，關於政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，進用原住民人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金是否違憲之爭議，多數意見雖然肯認此立法措施可能限制私部門雇主受憲法第 15 條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由，然而肯認確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障」屬於維護重要公共利益，並審酌手段上系爭規定並非規定得標廠商一律須繳納代金，而僅係於未進用一定比例之原住民時，始令得標廠商負繳納代金之義務；至代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估，最終認為應屬合憲。[224]

由此可見，我國司法院大法官對於積極優惠措施並沒有採取根本否定立場，而是具體衡量手段之必要性判斷。因此於司法院釋字第 649 號解釋衡量僅限視障從事特定工作之專屬壟斷性作法違憲，而就雖然採取定額，但定額所占比例極低且手段上採取不過度介入締約自由之代金方式，並沒有逾越必要程度而合憲。然而，無論是身心障礙者或是原住民，均受我國憲法增修條文明定應予以保障，且所涉及分類均「非人力所得控制」。則我國司法院大法官對於立法者針對前科者採取積極性

223 司法院釋字第 649 號。
224 司法院釋字第 719 號。

doi:10.6342/NTU201701132

優惠措施，是否同樣肯認其價值或重要正當目的，還有待更多案例觀察。

回歸現制而言，我國固然制訂有更生保護法明定對於特定類型之前科者予以使其自立與更生，適於社會生活。[225]雖然法律明文規定有要輔導前科者就業之意旨，但仍屬相對軟性地訴求，而並沒有明確規範積極矯正之之措施手段。

以「前科」者並非我國憲法或憲法增修條文所明文保障之群體，則促進前科者實質平等固然可能為正當目的，如果採「較嚴格」標準是否構成重要公共利益，尚須進一步論述與說服空間。因此，如果考慮對於前科者制定法律採取對前科者保障更為具體或直接地積極優惠措施，仍應關注是否違憲之疑慮。

第四款 小結

綜上分析，我國尚未有將「前科」列為明文禁止歧視保護之事由，也尚未有明確就前科者之職場上積極優惠措施。目前可以仰賴者乃間接禁止歧視之手段，即透過「隱私保護」之方式，個人資料保護法規定禁止蒐集利用前科資料，和就業服務法規範禁止雇主違反比例原則要求勞工提供前科紀錄，以達保護前科者免於歧視之效果。

目前我國尚未將前科身分直接納入反歧視法保護禁止私部門就業歧視，而處理國家歧視議題中，司法院大法官對於平等權立場亦顯曖昧，則固然有司法院釋字第 715、749 號結論對於前科者有利解釋，是否足以全面解決前科者國家歧視問題？本文於後從立法與司法互動關係題分別就對抗國家歧視與私部門歧視問題提出觀察。

[225] 更生保護法第 11 條第 2 款、第 12 條、第 15 條。

doi:10.6342/NTU201701132

第三節　綜合分析：從立法與司法互動觀察

從表面上來看司法院釋字第 749 號已經某程度讓國家法令對於前科者之職業選擇自由限制審查與認定前科者與風險關聯性判斷趨向較為嚴格，也宣告系爭法規違憲，某程度上阻止了國家繼續以系爭法規對前科者之歧視。然而，循著這樣的標準，前科者的就業歧視問題是否能通盤的解決，仍有待商榷。

本文以司法與立法互動關係觀察，並分別就對抗國家歧視與私部門歧視分析，認為問題並沒有辦法獲得解決。

於對抗國家歧視而言，司法院釋字第 584 號就平等權審查採最寬鬆的合理審查標準，司法院釋字第 715 號、第 749 號消失之平等權保障，可見大法官對於以前科者是否應與一般人列於平等保護地位，沒有作出積極的價值表態。而就目前以前科身分差別待遇涉及國家對於前科者歧視之法令繁多，則司法違憲審查制度現實上難以全面重新檢視相關國家法令限制，對抗國家歧視緩不濟急。

於對抗私部門歧視而言，受限於大法官並未就平等權捍衛前科者議題積極表態，以致於法解釋層次而言，受限於前科者並非反歧視法明文保障事由，於普通法院基於基本權對第三人效力理論，解釋適用法律各種概括條款時，更可能參照司法院釋字第 584 號解釋之意旨，寬認私部門對於前科者之歧視合法；於立法層次上更能期待有進一步立法動能去解決前科者就業歧視之問題。

第一項　對抗國家歧視之問題

前科者對抗國家就業歧視之問題，從立法與司法互動來看，最大的問題在於國家歧視法令繁多，違憲審查緩不濟急，而大法官對於前科身分納入平等保護之立場亦顯曖昧，是否能繼續有效解決國家歧視之問題，仍有待觀察。

doi:10.6342/NTU201701132

第一款 大法官對於前科身分平等保護立場曖昧

從司法院釋字第 584 號以前科身分國家歧視之憲法第 7 條平等權保障採寬鬆合理審查標準乃至於司法院釋字第 715、749 號消失的平等權保障論述，顯得大法官對於前科身分就工作能力與資格上，是否本質與一般人沒有不同，而可以與一般人立於可比較之群體而立於憲法第 7 條平等權保障立場曖昧。

司法院釋字第 584 號處理國家法令對於前科者之職業選擇自由限制，既涉及以「前科」為分類進行差別待遇，則是否違反憲法第 7 條平等保障而構成歧視之問題。然而，相較於部分解釋至少會探討平等權內涵為「實質平等」，較新之解釋尚且會以「權利領域」分析目的與手段應其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度的關聯性，以及該關聯性應及於何種程度。而司法院釋字第 584 號解釋雖然有意識到系爭規範涉及對於特定前科者，與非前科者和其他罪名前科者間採取分類之差別待遇，但就平等權審查標準並沒有說明理由，說理粗糙單以「乘客生命、身體安全及確保社會治安等重要公益之維護」為目的，而認即使限制職業選擇自由仍為「合理」之不同規定，故不違反憲法第 7 條平等保障。而之所以和「合理」，依據僅為「累再犯比率偏高」即已足。[226]

綜觀司法院釋第 584 號解釋對於國家法律對於前科者所加諸之職業選擇自由限制問題，惟平等權操作標準空泛，無論從「分類」或「權利領域」角度觀察，恐怕都無法解決前科者面臨之就業歧視困境。

首先，於「分類」上，司法院釋字第 584 號解釋並沒有討論為合前科者已經完成法定刑罰卻仍可以作為理由為差別待遇？即應否為這樣分類之問題。有論者確實認為既然刑罰已經結束，則以更生人社會復歸立場，如何以根本尚未發生難以證明實際存在風險（根本尚未實際犯罪）之目的，也否定監獄刑罰教化功能，根本否

[226] 詳參本文第二章第一節第二項第二款第一目「司法院釋字第 584 號解釋」（本文第 48-55 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

定前科者有重返社會能力，而逕以前科作為分類進行差別待遇，是明顯歧視。[227]

又有論者認為平等權類型化審查標準宜發展以分類之「敏感度高低」為標準。[228]我國司法院釋字第 584 號解釋並沒有探討前科者是否屬於敏感性較高之分類而需特別保護之類型。有論者認為「遭偏見對待的分散且隔離之少數」即應列入準嫌疑分類之範疇，進而認為我國現行法制對於具犯罪前科者確實存有偏見存在，現行存在多數以前科為終身或一定期間剝奪職業自由之立法態度，以防弊、隔離而以有罪推定認定前科具有危險性，呈現出主流社會偏見。而據有犯罪前科者確實為匿名且四散之少數，基於社會偏見，前科者缺乏外觀上可辨識性，有基於社會標籤而不願意公開承認，因此難以組成權群體透過一般政治程序與主流價值對抗，因此應該被認定為憲法上必須備加強保護之群體。有論者認為前科並非不可改變先天因素，然而基於現行法制歧視、無法發揮政治影響力弱勢地位、傳統民主理論放任社會對其永久危險性之污名等情，應認為是準嫌疑分類而受憲法特別保護。[229] 有論者則以平等意義為反壓迫之視角，以前科者有受歧視之歷史、處於政治上弱勢、社會上乏力程度嚴重，於我國欠缺完善的塗銷制度下，幾乎達不可改變的特徵並與貧窮緊密連結，再考量我國司法院大法官即令採較嚴格標準仍相對寬鬆，而認為前科者應屬準嫌疑分類而應提高審查標準。[230]

然而，司法院釋字第 584 號解釋並無意探究這樣的理論，去建構前科者是否屬於嫌疑分類或至少是準嫌疑分類而應以較嚴格之標準審查保護之空間。如果以司法院大法官過去建構標準特別重視憲法第 7 條明文「男女」、「宗教」平等，與之後發展司法院釋字第 626 號解釋、司法院釋字第 649 號解釋由於大法官僅強調是否以「非屬人力所得控制之生理缺陷」為標準進行分類。[231]則以「前科」而言，既不

[227] 林儐紘，前揭註 124，頁 40-41。財團法人民間司法改革基金會（2010），《大法官給個說法！2－人與制度的戰爭》，頁 177，臺北：新學林。
[228] 黃昭元，前揭註 74，頁 565。
[229] 田仁杰（2006），〈「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障--從釋字第五八四號解釋之職業平等談起〉，《憲政時代》，第 32 卷第 1 期，頁 86-93、97。
[230] 李思儀，前揭註 8，頁 71-103。
[231] 黃昭元，前揭註 74，頁 565-574。

doi:10.6342/NTU201701132

屬於憲法第 7 條明文保護之類型，也非人力無法控制之生理缺陷，則確實也難以期待將落入司法院大法官認為應從嚴保護之分類類型。其次，縱使從「權利領域」觀察，即使系爭規範涉及「終身」限制剝奪特定前科者從事計程車駕駛職業之職業選擇自由，卻仍認為僅須採「寬鬆」亦即合理之標準即已足，只須限制罪名與所欲目的有合理關聯，即可輕鬆跨越這樣的門檻。難免令人衍生問題是既已涉及最嚴格之手段，即終身剝奪限制，難道不需要採取較嚴格之審查標準之批評？[232]

考量平等權審查必須先以分類劃分群體判斷系爭法律差別待遇，則決定審查標準時就「分類」應否分類、分類之劃分是否涵蓋太廣、太窄均應納入考量；而限制效果上牽涉權利種類、差別待遇程度也應納入考量。[233]以司法院釋字第 584 號解釋而言，論者批評前科者本身結構性弱勢的情況，至少也應考慮是否屬於「準嫌疑分類」，而應提高審查標準。[234]直接以前科者再犯率較未曾犯罪之一般人高，即想當然認為可以以「前科」進行分類，足見大法官視直接認定「前科」是一個可以用來劃分作為認定是具有實害之群體。然而並未考慮前科者本身既已完成服刑，則何以可以再據之為分類進行差別待遇？[235]又何以可就限制罪名之前科者、其他前科者、一般人差別對待，其原因為何未見清楚之說明。[236]進一步也沒有就是否涵蓋太寬（例如：系爭法律並沒有配套可以以個別駕駛評估判斷再犯危險性之機制，以致可能涵蓋諸多根本沒有危險性的前科者也受限制；系爭法律沒有區分是否為計程車為犯罪工具進行犯罪之前科者）之問題進行審酌。[237]就牽涉權利與牽涉權利種類與差別待遇程度顯然也沒有列入考量。系爭法律規定以涉犯特定罪名之前科為分類所為差別待遇之效果，是使特定罪名之前科者選擇計程車駕駛職業自由終身剝奪限制，就職業選擇自由本身涉及人格發展，可謂工作權保障之核心內涵，又是

[232] 財團法人民間司法改革基金會，前揭註 227，頁 143。
[233] 黃昭元，前揭註 74，頁 563-564。
[234] 田仁杰，前揭註 229，頁 86-93、97；李思儀，前揭註 8，頁 71-103。
[235] 林儻紘，前揭註 124，頁 40-41。
[236] 李建良（2008），〈經濟管制的平等思維--兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉，《政大法學評論》，第 102 期，頁 141。
[237] 同前註，頁 141-142。

doi:10.6342/NTU201701132

終身剝奪限制影響自屬巨大。[238]若考量計程車業自營門檻相對諸多職業而言較低，對於前科者而言，不用透過他人錄用情況下，確實可以有效避免被雇主歧視以致無從錄用之風險。是以，對於前科者終身剝奪限制其選擇以計程車駕駛為業之自由，應該足以提高審查之標準。

相較於司法院釋字第 649 號解釋，即令已經涉及以實質平等為目的之優惠性差別待遇，大法官尚且仍以「系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅」為由拉高審查標準，則何以同樣是職業選擇自由終身限制，卻如此厚此（一般人）薄彼（前科者）？況從司法院釋字第 748 號解釋處理民法禁止同性戀婚姻爭議，大法官尚且細膩的探討以「性傾向」為分類標準，以「性傾向」身分劃分群體，而考量歷史因素、結構因素，提高審查標準。則從此先後解釋觀察，無不令人擔憂司法院大法官是否內心早已預設前科者與一般人有「本質」上的不同，不將其作為一般人看待，主觀上早已有先入為主之「歧視」？姑不論大法官內心真意為何，但就客觀結果顯示本號解釋在面對前科者的差別待遇，確實是採較寬鬆之標準，以致前科者憲法保障之基本權遭終身剝奪，亦無庸採較嚴格之審查標準？以至於即令司法院釋字第 749 號解釋明明已經在憲法第 15 條工作權主觀職業選擇自由限制審查上就再犯與風險判斷進行修正，而調整過去司法院釋字第 584 號解釋之判斷，卻對於釋字第 584 號解釋同樣以再犯率寬認合理審查標準部分卻完全置之不論？

司法院釋字第 584 號多數意見一方面仍延續向來所稱憲法第 7 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之見解，然而卻又指出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，則其從寬認定，似乎可以認為多數意見認為前科者與一般人本質不同，本來就可以差別待遇，沒有歧視問題。然而，前科者與一般人而言，

[238] 錢建榮（2006），〈終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討--兼論釋字第五三一號解釋〉，《月旦法學》，第 128 期，頁 85。本文雖然是探討比例原則，惟同樣認為終身不得考領駕照有永久剝奪職業選擇自由機會，屬於干預最強烈之程度。另有如林儐紘，前揭註 124，頁 39-41。

doi:10.6342/NTU201701132

前者曾犯罪、後者未曾犯罪，二者形式上不同是顯而易見的，問題正是在於，以這樣的形式不同來進一步限制前科者職業選擇自由，是否是一個符合憲法第 7 條保障實質平等價值之決定？顯然未見大法官具體說明，更見其平等權保障之意涵在實際操作下顯得空洞、單薄，失去平等權保障特有意義與功能。

雖然司法院釋字第 584 號解釋就平等權審查之處理已經不盡理想，然而接下來司法院釋字第 715 號、749 號解釋雖然結論上宣告違憲對於前科者有利，然而完全沒有納入平等權審查之思考，前者甚至對於前科者貼上德性不良、能力不足之標籤；後者則看不出大法官對於前科者是否應與一般人納入平等保障地位之態度。

從上述分析，本文得出大法官對於前科身分平等保護立場曖昧之看法，又縱使考量司法院釋字第 749 號解釋對於憲法第 15 條工作權保障下主觀職業選擇限制採中度審查標準且具體說明如何判斷實質關聯性有可資操作標準，而結論上宣告法令違憲，阻止了前科歧視，然而，後續國家歧視問題是否可能全盤解決？本文於後分析。

第二款 國家歧視法令眾多司法違憲審查緩不濟急

目前以前科身分作為消極資格，可能限制之基本權可能有憲法第 15 條保障工作權，尚可能涉及憲法第 18 條應考試、服公職權利等等，牽涉相關法令繁多，目前大法官解釋審查之標的尚僅侷限於一個服公職考試簡章、道交條例對於計程車職業駕駛執業限制之問題而已，要透過司法違憲審查全面檢視以前科身分之國家歧視法令本來就有困難。

而就本文分析以前科紀錄限制從事特定職業、職務、工作，此類情形則可能涉及限制前科者受憲法第 15 條保障工作權。此類具體管制模式除了如司法院釋字第 584 號、749 號解釋處理道交條例限制辦理「執業登記」方式進行管制外，就法律

doi:10.6342/NTU201701132

直接介入規範私法效力方式進行管制、或法律以規範「私部門雇主」，課予私部門雇主義務之方式進行管制，以國家管制方式要求私部門雇主對於前科身分為差別待遇之這些管制模型，應尚無案例，大法官是否採跟執業登記管制方式相同之審查標準尚屬不明。

整體而言，對抗國家歧視之問題，並不會因為司法院釋字第 715 號、第 749 號解釋作出對於前科者有利結論，則完全獲得解決。而來自於私部門歧視問題，更是顯得疲乏無力而悲觀，本文將於後繼續說明。

第二項　對抗私部門歧視之問題

前科者對抗私部門就業歧視之問題，從立法與司法互動來看，最大的問題在司法院大法官不僅對於對抗國家以前科身分為差別待遇是否涉及憲法第 7 條平等權保障之立場曖昧外，未積極肯認具前科身分之前科者與一般人於工作能力和資格上，本質並無不同，如有國家法令差別待遇應立基於憲法第 7 條平等權保障之審查。

因此，大法官對於宣示於職場上禁止以前科身分為歧視是消極的，對於透過大法官解釋矯正私部門歧視之態度則顯得消極。而在我國普通法院對於反歧視法之法解釋向來侷限於「法律明文」保障之下，而對於前科者保障不足之情況，也未能期待立法者積極立法將前科者納入反歧視法體系中，是無從解決前科者於就業中私部門歧視問題。

第一款 大法官對於矯正私部門歧視態度消極

因為司法院釋字第 584 號就平等權審查，是採取相對包容之「合理」審查標

doi:10.6342/NTU201701132

準，因此立法者通過舉證證明屬於「合理差別待遇」而非「歧視」之舉證責任門檻極低，以粗糙累再犯率作為足認差別待遇不違反憲法第 7 條保障平等權，完全忽視再犯率與實害風險的關聯性，是包容立法者可以輕鬆地以粗糙的累再犯率統計為依據，為每一位隸屬於限制前科罪名之前科者貼上「危險」之標籤，認定前科者與未曾犯罪者之一般人為不同之群體，合理差別待遇合憲。

而司法院釋字第 749 號，更完全不見憲法第 7 條平等權保障之論述，以至於羅昌發大法官特別提到：「計程車駕駛人固然多數均屬循規蹈矩的尋常人，但不可否認，有些駕駛人的言行舉止或媒體偶爾報導與計程車駕駛人有關之犯罪行為，確實也造成婦女、羸弱者甚至一般大眾搭乘計程車的極大心理抗拒因素。本號解釋劃定『實質風險』作為界線，目的在平衡計程車駕駛人的工作權及乘客安全。然本解釋對於改善一般人對計程車駕駛人的印象，並無實質助益；此部分，自有待業者與主管機關共同努力。」[239]正暗示著即使司法院釋字第 749 號試圖在職業選擇自由限制之比例原則審查，以「實質風險」作為一個比較嚴格的界線，但卻對於來自於社會私部門對前科者心存恐懼之刻板印象，亦即來自於私部門歧視，將無能為力。

然而，從司法院釋字第 748 號解釋，針對國家立法就同性戀婚姻立法之消極與怠惰，[240]針對社會仍存在於基於「性傾向」歧視，大法官尚且願意跳出來直指憲法第 7 條保障之事由，包括禁止對於性傾向之歧視，並直指：「。在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視」，[241]正面宣示性傾向於民法婚姻上差別待遇即屬歧視，顯然不同，則更見大法官對於矯正私部門對於前科身分歧視態度消極。

[239] 前揭註 66，頁 6-7。
[240] 司法院釋字第 748 號，解釋理由書第 9、10 段。
[241] 同前註，解釋理由書第 15、16 段。

doi:10.6342/NTU201701132

第二款 法解釋侷限於明定事由保障不足

我國司法院解釋雖然一再重申我國憲法第 7 條之內涵為實質平等，[242]對於實質平等之內涵卻沒有積極與具體之闡釋至可資操作之程度。[243]以美國探討平等權理論基礎，有「反分類」或「反壓迫」兩種研究取徑。[244]反分類將重點著重在禁止基於分類所為差別待遇措施，反之，反壓迫則在反省結構上對於弱勢群體可能造成傷害，目前美國司法實務仍以「反分類」作為平等權保障之上位概念，[245]而此亦將影響到私部門關係間歧視是否存在？然而，我國司法實務就平等權案件之理論基礎為何？目前尚未有明確之見解。

除了理論基礎之欠缺，目前我國法制對於「歧視」之判斷，一般著重於羅列保護之「事由」(例如：性別、身心障礙)，對於歧視之定義和其類型，則較少明確之規範。[246]以至於一般法院適用上，仍倚賴法律明無規定保護之事由，亦即法律明文保護之群體，才是可以免於歧視之群體。其他即使從「反壓迫」視角足認是弱勢群體而理應納入平等權保障禁止歧視之類型，即容易被忽視。

我國法院實務鮮少直接以憲法第 7 條之精神論證歧視的內涵。有實務判決認為所謂禁止就業歧視，僅限於不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫 性別、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由予以歧視，明顯即僅是套用就業服務法第 5 條第 1 項明文保護之事由，作為論證之基礎。[247]

因此，即使要以基本權對第三人效力理論出發援引憲法第 7 條的精神保障前科者，但由於大法官在司法院釋字第 584 號解釋，已對前科者展現出不友善的態

[242] 詳參本文第二章第一節第二項第三款第一目「平等權理論與內涵」(本文第 62 頁)。
[243] 黃昭元，前揭註 74，頁 556。
[244] 詳參本文第三章第二節第一項「憲法平等權保障之體系架構」其中第 123 頁。
[245] *See Reva B. Siegel, Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown, 117 Harvard Law Review 1470,* 1470-1547.
[246] 黃昭元（2012），〈論差別影響歧視與差別對待歧視的關係--評美國最高法院 Ricci v. DeStefano (2009)判決〉，《中研院法學期刊》，第 11 期，頁 5。
[247] 前揭註 148。

doi:10.6342/NTU201701132

度，若普通法院在具體個案上若循大法官之見解，亦難期待能做出對前科者做出有利的判斷。[248]

第三款 未能期待立法者積極將前科身分納入反歧視法中

前科者遭受私部門歧視來源多端，然而就以本文關注之職場就業歧視問題而言，以我國憲法第 7 條保障平等權，第 15 條保障人民工作權；而憲法第 152 條規定，人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會。此部份工作機會之確保，以就業服務法第 5 條第 1 項禁止就業歧視條款之前提：「為保障國民就業機會平等」，而其立法理由同樣是基於憲法第 7 條與第 15 條精神，規定雇主對求職人或受僱者，不得因個人因素而遭致差別待遇。可見禁止因個人因素而為差別待遇之歧視，即為落實憲法國家保護個人工作機會之途徑。

若思考到我國於 2009 年 3 月 31 日經立法院三讀通過兩公約施行法並於 98 年 4 月 22 日由總統公佈生效；總統復於 2009 年 5 月 14 日簽署此二公約之批准書。於兩公約施行法明訂具有法律之位階。[249]亦有學者肯認兩公約於我國應有高於法律，或至少等同於法律之位階，[250]亦即具有內國法效力，拘束我國各機關。

而其中 ICESCR 第 2 條規定，本公約締約國承允保證人人行使本公約所載之各種權利，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等而受歧視；其中「其他身分」或可作為前科者主張不受歧視之依據。而 ICESCR 第 6 條第 1 項明指：「本公約締約國確認人人有

[248] 此部分將於本文第四章第二節第一項第一款「違憲審查之建議」其中「一、大法官解釋對私部門前科歧視管制之影響」（本文第 208-213 頁）詳述。

[249] 兩公約施行法第 2 條、第 4 條、第 5 條第 1 項規定：「兩公約揭示保障人權之規定，具有國內法之效力。」；「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」；「各級政府機關應確實依現行法令規定之業務職掌，負責籌劃、推動及執行兩公約規定事項；其涉及不同機關業務職掌者，相互間應協調連繫辦理。」

[250] 張文貞（2010），〈國際人權法與內國憲法的匯流：臺灣施行兩大人權公約之後〉，王世榕（等著），《台灣法學新課題（八）》，頁 25-26，臺北：元照。

doi:10.6342/NTU201701132

工作之權利，包括人人應有機會憑本人自由選擇或接受之工作謀生之權利，並將採取適當步驟保障之。」。於第 18 號一般性意見第 31 段即指出就第六條而言，「核心義務」包含確保無歧視和平等保護就業的義務。至少應包括（a）保證獲得就業的權利，尤其是對於弱勢和被邊緣化的個人和團體來說更是如此，使他們能夠過一種有尊嚴的生活；(b)避免任何措施在民營和公共部門對弱勢和被邊緣化的個人和團體造成歧視和不平等待遇，削弱對這類個人和團體的保護機制；(c)以一種包含雇主和勞工組織在內的參與和透明化過程，根據全體工人關注的問題，通過並執行一項解決這類關切的國家就業策略和行動計畫。這種就業策略和行動計畫應當以弱勢和遭邊緣化的個人和團體為對象，並特別應當包括能夠衡量和定期審查就工作權取得進展的指標和基準。[251]而上述條款自不應被單純解為是促進性而無任何權利基礎，其至少應該隱含著有促使締約國僅可能漸進式之透過有計劃立法滿足如是條件。[252]

然而，於司法院釋字第 584 號如此寬容之看待立法者以前科身分為分類對於前科者進行不利差別待遇；後續司法院釋字第 715、749 號對於前科身分受憲法第 7 條平等保護之論述又付之闕如，立場曖昧，則如何期待立法者更積極將前科者納入反歧視法制保護之群體？絕非沒有疑問。

第三項　小結

就本文上述分析之立法與司法互動情形對抗前科者就業歧視之問題，整理如下圖所示，可見處境仍屬困難。

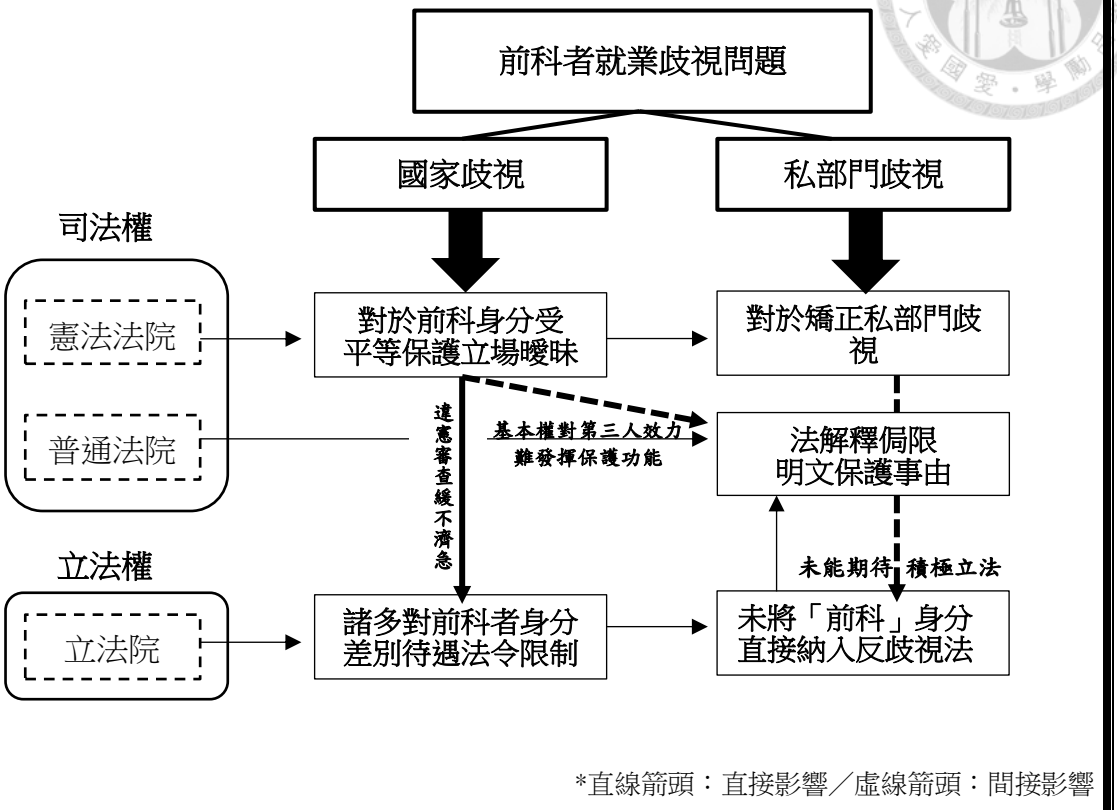
---

[251] 法務部（2012），《公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見電子書》，頁 287，下載網址：http://www.humanrights.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=292477&ctNode=32964&mp=200（最後瀏覽日：03/11/2017）

[252] 胡慶山（2010），〈《經濟社會文化權利國際公約》與地方自治體〉，《台灣國際法季刊》，第 7 卷第 2 期，頁 12-17。

doi:10.6342/NTU201701132

《圖 3》：前科者就業歧視問題困境－司法與立法互動關係圖



*直線箭頭：直接影響／虛線箭頭：間接影響

資料來源：本文自製

因此，綜合本章之討論，不難想像，我國前科者面對來自於國家歧視與私部門歧視之困境，且以司法院大法官目前態度，並無法期待全面解決國家歧視問題，乃至於私部門歧視問題更是欠缺更具體完善之解方。

美國發展反歧視法制歷史久遠，於 1970 年代起即開始有研究探討關於前科者就業歧視之困境與對抗之策略，延續至今已經累積相當多之經驗。本文將以比較法研究方式，參考美國法發展之脈絡，分析是否能對於我國就前科者就業歧視問題現況帶來不同之觀點，有何值得參採之處。

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

第三章　美國法之借鏡：對前科者就業歧視規範體系

前科就業歧視問題不僅僅是在我國發生，於美國對於平等權保障以及反歧視法的建制已運作相當多年，直至今日如何保障前科者免於國家和私部門的歧視仍然是個難解的問題。由於美國法上對抗前科者就業歧視困境已久，就如何嘗試解決此問題？又如何發現其法制上的侷限性進而修正其法制，已累積豐富之經驗，而有參考之價值。

美國處理前科歧視問題方法，涉及美國聯邦最高法院對於平等權、民權法第七編的闡釋。美國的民間團體也在檢討現行法制提出解決前科者遭就業歧視的問題。各州也開始透過立法之方式來保障前科者免於就業歧視之困境。因而，若要討論美國法下如何防止前科歧視的問題，就不得不先從美國憲法上的平等權保護以及民權法第七編談起，進而去說明如何運用美國聯邦法律、各州法以保障前科者免於就業歧視之困境。

本文此部份，將會先說明美國前科歧視之過去與現況，進而討論美國聯邦最高法院如何解釋適用憲法上平等權和民權法第七編所建構之反歧視法制，美國國會和各州又是如何訂立特別的法律來對抗前科者就業歧視之問題？現行美國司法和立法對於前科者的保護措施有何侷限性？又有何新的倡議？最後，綜合分析美國法的經驗對我國有何啟發。

第一節　前科者的就業困境與社會問題

處罰犯罪行為之目的是為了矯正行為，讓前科者得以復歸重返社會。然而，美國從過去到現在基於相關法律之限制與社會對於前科者之偏見，使前科者無論是在公部門或是私部門雇主之職場上受到歧視而有相當大之阻礙。

doi:10.6342/NTU201701132

第一項　前科者的過去與現在

早在 1974 年時，美國已有學者討論前科者在出獄後就業困難的問題，其認為，當時的罪犯在入監服刑時並沒有受到良好的職業訓練，加上出獄後的政府也沒有提供適當（或根本沒有提供）之協助，使前科者謀職困難。根據當時之統計數字約有 80%的犯罪者於出獄後，必須仰賴朋友或親戚關係才可能勉強順利謀職。[1]

於 1970 年代開始，有許多政府機關都禁止前科者擔任全職之職務。例如：安檢員（security clearance）、公務員事務（civil service regulations）、警察。當時有 10%的州政府（states）和 20%的縣（counties）、市（municipalities）政府直接排除禁止前科者擔任公職。僅有相當少數之州有制定相關政策，不排除前科者應徵政府機關工作。[2]

除此之外，當時美國全國約有 4,000 種職業需要獲得專業證照，但有一半以上專業證照會受到前科紀錄影響。[3]許多前科者在監獄裡或是政府的訓練計畫中所學習到的技能，卻因其前科紀錄而無法考取證照而無法利用所長求職，法院對此問題也漠不關心。[4]

於私部門企業，前科者也面臨到相同就業歧視困境。根據當時全國調查，私部門雇主都很不喜歡僱用前科者，即使僱用至多是提供一些不具技術性、勞動條件不佳之工作，甚至於雇傭契約中明文歧視前科者。除此之外，前科者甚至不能加入工會，以致無從改善其勞動條件。由於公部門和私部門雇主對於前科者的不友善，所反映之結果顯示 1970 年間美國的全國統計，前科者失業率相當高。[5]

美國面臨之前科者就業問題，到近期也沒有獲得改善，甚至更顯嚴重。根據

---

[1] *See* Kay Kohler, *The Revolving door: The Effect of Employment Discrimination against Ex-prisoners*, 26 Hastings L. K. 1403, 1404-1406 (1974-1975).
[2] *See id.* at 1406.
[3] *See id.*
[4] *See* Donald R. Stacy, *Limitations on Denying Licensure to Ex-Offenders*, 2 CAPrrALU.L. R-nv. 1 (1973).
[5] *See* Kohler, *supra* note 1, at 1407.

doi:10.6342/NTU201701132

2000 年統計約有 60%之受刑人在出獄一年內找不到工作。[6]2004 年時出獄受刑人超過 630,000 人，約為 25 年前的 4 倍多；[7]到 2011 年時，則約為 688,348 人出獄。[8]儘管 2004 年布希政府在政策上支持前科者可以重返就業市場而順利復歸於社會中，[9]但是社會現實仍然讓這個期待遙不可及。有犯罪紀錄，特別是曾受監禁之前科者，往往受限於自己教育和工作經驗，先天上已經難以在就業市場上與他人競爭。[10]出獄後又因為前科紀錄可能會無法領取公共福利，如：住房、[11]社會福利計畫，[12]以至於無法順利謀職將使困境雪上加霜。

到了 2017 年，儘管美國律師協會仍不斷的倡導要給前科者重回社會的機會，但是大多數的雇主都明確表示不願意僱用前科者。甚至有律師表示，他的許多當事人（刑事被告定讞後成為前科者）都告訴他們，現在比 15 年前剛離開監獄時更難找到工作。加上美國近來經濟衰退問題，前科者就業問題變得越來越嚴重。[13]

由於諸多政府的法令的限制、私部門的歧視與偏見、網路與資訊科技的發達，犯罪者即令在服刑期滿後，復歸社會過程都會遭遇超出對其犯行懲罰範圍外之其他不利附帶結果（collateral consequences）。所謂的前科紀錄，並不僅侷限於有罪紀錄；甚至只是被逮捕而沒有定罪、或最後獲判無罪，也會造成實質不利影響，本文於後繼續說明。

---

[6] *See* Joan Petersilia, *When Prisoners Return to the Community: Political, Economic, and Social Consequences*, SENT'G & CORRECTIONS (U.S. Dep't of Justice, Washington, D.C.), Nov. 2000, at 3.

[7] *See* Jocelyn Simonson, *Rethinking "Rational Discrimination" against Ex-Offenders*, 13 Geo. J. on Poverty L. & Pol'y 283, 283 fn.3 (2006).

[8] *See* E. Ann Carson & William J. Sabol, DOJ, Prisoners in 2011, at 12 (2012), *available at* www.bjs.gov/content/pub/pdf/p11.pdf. (Last visited: 04/09/2017)

[9] *See* George W. Bush, State of the Union Address (Jan. 20, 2004), *available at* http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/01/20040120-7.html.

[10] *See id.* at 835-36. *Double Jeopardy: Race, Crime and Getting a Job*, 2005 WISC. L. REV. 617, 622-27, 640-44 (2005). *See* generally RICHARD B. FREEDMAN, THE URBAN INSTITUTE, CAN WE CLOSE THE REVOLVING DOOR? RECIDIVISM V. EMPLOYMENT OF EX-OFFENDERS IN THE U.S. 9-11 (2003), available at http://www.urban.org/url.cfm?ID=410857.

[11] *See* Heidi Lee Cain, Comment, *Housing Our Criminals: Finding Housing for the Ex-Offender in the Twenty-First Century*, 33 GOLDEN GATE U. L. REV. 131, 137-38 (2003).

[12] *See* Nora V. Demleitner, *Preventing Internal Exile: The Need for Restrictions on Collateral Sentencing Consequences*, 11 STAN. L. & POL'Y REV. 153, 158 (1999).

[13] *See* Michael Connett, *Employer Discrimination against Individuals with a Criminal Record: The Unfulfilled Role of State Fair Employment Agencies*, 83 Temp. L. Rev. 1007, 1009-10 (2010-2011).

doi:10.6342/NTU201701132

第二項　前科紀錄所伴隨的不利附帶結果

美國許多法律會對前科者就業帶來直接或間接的不利附帶結果，使得前科者無法順利進入就業市場。依據 2013 年美國律師協會對美國其中 23 個州的法規進行統計，發現有超過 13,000 法律或行政命令會影響到前科者就業機會。舉例而言，美國州法和聯邦法都有規定因為觸犯藥物犯罪的前科者會被吊銷駕照 6 個月。因為有許多工作需要駕照，或是一些工作地點不能開車就會有交通上的困難，會間接阻礙前科者就業的機會。[14]除此之外，法令所帶來的直接影響是更為嚴重，如：無法擔任公職、[15]無法考取證照。[16]甚至有些法令會要求私部門企業對員工進行犯罪背景查核，例如：老人看護、學校老師、或學校非教學的員工，甚至會要求如：兒童照護、大眾運輸、金融產業，不得僱用前科者；有些限制甚至是終生禁止。[17]

也因為大多數雇主偏好僱用無前科紀錄之求職人，對於前科者之歧視，讓前科者難以順利就業市場上找到工作。[18]根據 2004 年針對美國四個主要的都會區雇主的調查顯示僅 12.5%的雇主表示願意僱用前科者，25.9%的雇主表示可能會僱用，亦即不超過一半的雇主有積極意願僱用前科者。[19]另一份研究顯示，只要有犯罪紀錄接獲面試或應徵到工作的機會會降低 50%，有過暴力前科之前科者幾乎是不可能有面試機會或找到工作，僅有少數的前科者能夠有辦法找到工作。[20]2010 年研究針對五個大城市的求職網站進行調查，許多雇主直接在徵才廣告上表明拒絕或排除接受前科者應徵。[21]即令僱用後，亦有研究顯示，前科者就業後平均年薪僅 6,100 美元，遠低於一般美國公民平均年薪 16,000 美元。[22]故前科者之就業困境不僅侷限

---

[14] *See* Sandra J. Mullings, *Employment of Ex-Offenders: The Time Has Come for a True Antidiscrimination Statute*, 64 Syracuse L. Review. 261, 268-71 (2014)
[15] *See* Deborah N. Archer & Kele S. Williams, *Making America "The Land of Second Chances": Restoring Socioeconomic Rights for Ex-Offenders*, 30 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 527, 536 (2006)
[16] *See id.*
[17] *See* Mullings, *supra* note 14, 268-71.
[18] *See* Simonson, *supra* note 7, at 284 fn.8.
[19] *See id.*
[20] *See* Tammy R. Pettinato, *Employment Discrimination against Ex-Offenders: The Promise and Limits of Title VII Disparate Impact Theory*, 98 Marq. L. Rev. 831, 837 (2014).
[21] *See* Mullings, *supra* note 14, at 272 fn. 59.
[22] *See* Karen E. Needels, *Go Directly to Jail and Do Not Collect? A Long-Term Study of Recidivism,*

doi:10.6342/NTU201701132

於僱用前求職階段，即令僱用後所能取得職務或勞動條件都相對低弱。

雇主不願意僱用有前科者之原因很多，包含：擔憂前科者會對工作環境、顧客帶來風險、主觀上認為前科者不具備勝任工作應有之資格、也憂慮前科者可能會為雇主帶來潛在的法律風險。因此雇主心態上對於前科者存有的歧視與偏見，具體反映在排斥僱用前科者之決定之上。[23]

第三項　犯罪紀錄查核服務的盛行

使美國前科就業歧視問題更嚴重之另一個主要原因在於網路和商業服務盛行下，前科紀錄相對容易取得。曾有研究統計顯示美國有 14 個州允許透過網路查詢所有前科紀錄，有超過一半即 28 個州僅有部分限制於網路查詢前科紀錄。[24]為了達到避免僱用到前科者之目的，雇主通常會在決定僱用前，主動對於求職者進行前科紀錄調查。

近年來，因為資訊科技技術的創新，使得法庭的紀錄可以集中處理，私部門公司開始廣泛的蒐集前科紀錄，並出具報告提供給有需要的客戶，如雇主、房東、保險公司等。因而，許多雇主在甄選求職者時，可以輕易地向商業背景查核公司（Commercial background Checking Companies），尋求對求職者的前科背景查核服務。現在美國業界已經有許多家知名的背景查核公司，如：Choice Point 公司在 2007 年，提供此服務享有近 10 億美元的年度收入；First Advantage，2007 年享有 2.33 億美元的收入；HireRight 公司，則 6,900 萬美元的收入。這些公司會收集並散布有關美國 6,500 萬名以上罪犯的各種刑事司法前科資料，包括：逮捕（或通知到案）、拘留、起訴書或其他正式刑事控訴（以及而後產生判決結果）、量刑、矯正

Employment, and Earnings Patterns among Prison Releasees , 33 JRCD 4, 495-96(1996)

[23] *See* Mullings, *supra* note 14, at 273-75.

[24] *See* Ben Geiger, *The Case For Treating Ex-offenders As A Suspect Class*, 94 CAL. L. REV. 1191, 1198-20(2006)

doi:10.6342/NTU201701132

（correctional supervision）紀錄。[25] 從上述這類公司高額的營利結果可知雇主高度重視甚至幾近仰賴查核應徵者之前科紀錄。

這類公司會從法庭、檢察機關、懲教部門、警察部門和聯邦調查局，依據不同的法律取得這些資料。隨著科技的發展和網際網路的普及，他們開始對其檔案進行電腦化；甚至許多州的法律允許背景查核公司可以直接購買這些數據出售給消費者。[26]雇主樂於利用這些便利且低成本之背景查核公司之服務，使前科者幾乎無所遁形，求職者很難隱藏自身前科紀錄，更無法避免前科紀錄對於自身求職所造成不利的影響，包括：隱私受到侵害、受到歧視難以謀職、生存困難。

除了利用查核服務外，於 2003 年研究發現，即使是餐館工人、倉庫工人、生產工人這類工作，雇主仍會在求職申請表上標示是否曾有前科之問題。[27]該研究更顯示一旦雇主主動詢問求職者是否有前科紀錄，有前科紀錄者能收到進一步面試或錄取機會將遠低於無前科之一般求職者。[28]綜上均可見對於雇主而言，無論有無必要，都還是仰賴前科紀錄與資訊。

第四項　前科者就業困境對於社會所帶來的衝擊

前科者的就業問題，不僅僅關乎前科者的工作權、生存權、資訊隱私權之問題，也對美國社會帶來相當大的衝擊。

最直接的影響就是再犯率。已經有相當多的學術界和實務界的研究指出，前科者是否能找到一個有品質的工作是影響再犯率最直接的因素。[29]除如前所述，前科者不容易找到一份全職的工作外，並有研究顯示 48 歲以下曾受監禁者在出獄後會

[25] *See* Kimani Paul-Emile, *Beyond Title Vll: Rethinking Race, Ex-Offender Status, and Employment Discrimination in the Information Age*, 100 Va. L. Rev 893, 902-05 (2014).
[26] *See id.* at 905-07.
[27] *See* Devah Pager, *The Mark of a Criminal Record* 108 AJS 5, 954 (2003).
[28] *See id.* at 955-56.
[29] *See* Elena Saxonhouse, *Unequal Protection: Comparing Former Felons' Challenges to Disenfranchisement and Employment Discrimination*, 56 Stan. L. Rev. 1597, 1610-11 (2003-2004).

doi:10.6342/NTU201701132

預期的收入會減少 179,000 美元。[30]此現象導致前科者之社會經濟階層難有向上流動的機會，[31]再犯率也因而提升。[32]前科者若再犯，將造成被害人、社會的損失。預估再犯後所耗費的司法、再次監禁成本，使美國聯邦和州政府必須耗費超過 500 億美元。[33]

另外，前科者因謀職困難導致不良的經濟狀況，並不只限於前科者自身生存問題受到威脅，也波及其家庭與子女。全國有一半以上的罪犯有 18 歲以下的子女，估計約 270 萬名兒童；每 28 名兒童中即有 1 名兒童的父母在監獄中。因此，被監禁之父母不良的經濟狀況，也會降低其子女的經濟與社會階層之流動性，以致於其子女可能處於低下階層生活，進一步導致犯罪而造成階級複製的嚴重問題。[34]

最後，美國前科者就業問題與「種族」問題息息相關。雖然前科者的就業障礙是全國性問題，然而，美國約有三分之二的囚犯是非裔美國人和拉丁裔美國人，而有前科紀錄少數族裔之比例往往遠高於白人，因此拒絕僱用前科者對於少數族裔群體將造成相對於白人而言不成比例的負面影響。[35]尤其對於非裔美國人與拉丁族裔而言，特別嚴重。[36]此也進而加深了社會對於少數族裔之刻板印象，惡化種族之歧視問題。[37]

第五項　小結

從前述分析，美國早自 1970 年代起已開始關切前科者就業歧視問題。在美國，前科者所面臨之就業歧視，與我國情形相同，不僅來自國家法令對於職業選擇之限

[30] *See* The Pew Charitable Trusts, Collateral Costs: Incarceration's Effect on Economic Mobility 6 (2010), *available at* http:// www.pewtrusts.org/uploadedFiles/wwwpewtrustsorg/Reports/Economic_Mobility/Collateral%20Costs%20FIFIN.pdf. (last visited: 04/09/2017).
[31] *See* Mullings, *supra* note 14, at 266.
[32] *See* Simonson, *supra* note 7, at 283.
[33] *See id.* at 267.
[34] *See id.* at 266-67.
[35] *See* Mullings, *supra* note 14, at 267.
[36] *See* Michael, *supra* note 13, at 1010.
[37] *See* Simonson, *supra* note 7, at 284.

doi:10.6342/NTU201701132

制，也來自私部門雇主普遍對之歧視。歧視之原因則同樣包括：擔憂前科者對顧客和工作環境帶來潛在風險、主觀認為前科者不具備勝任工作應有的資格或能力等考量。[38]而雇主在正式僱用前，可以輕易地透過網路查核前科者之前科資訊；或高度仰賴使用商業化的背景查核服務，使前科者之前科身分無所遁形，所面對就業歧視問題更雪上加霜。[39]

而前科者的就業歧視之問題，及前科紀錄等資料之普遍使用，除了使前科者本身因就業困難而衍生維持生存之困難，使前科者之工作權、生存權、隱私權遭受極大侵害與限制外，因前科就業歧視衍生問題，包括：因無法找到穩定工作維持生活以致再犯，增加潛在的社會風險和成本；也包括影響前科者之子女與所處之社區，從「犯罪」引發「前科」，進而引發「歧視」，造成「就業生存困難」，再引發「再犯」之惡性循環。而前科歧視問題在美國的脈絡下，更與種族問題密不可分。由於美國約有三分之二的囚犯是非裔美國人和拉丁裔美國人，前科歧視所帶來就業障礙對於少數種族帶來顯不成比例之影響，使歷史脈絡下專注於打擊種族歧視之美國，更無從忽視對於前科者歧視之問題。[40]

循此脈絡，為了更進一步理解美國如何面對與對抗前科者就業歧視問題，自有必要從美國所建立反歧視法律架構探討。美國反歧視法律架構源於憲法增補條款第 14 條平等保護條款，民權法第七編共同建構。然而為了因應上述美國聯邦法律之不足，美國各州為了更積極解決前科者就業歧視問題，進一步制定了相關專法解決。本文將於下兩節依序說明。

[38] 詳參本文第三章第一節第一項「前科者的過去與現在」（本文第 114-115 頁）與第二項「前科紀錄所伴隨的不利附帶結果」（本文第 116-117 頁）。
[39] 詳參本文第三章第一節第三項「犯罪紀錄查核服務的盛行」（本文第 117-118 頁）。
[40] 詳參本文第三章第一節第四項「前科者就業困境對社會所帶來的衝擊」（本文第 118-119 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

第二節　反歧視法律架構

美國聯邦憲法增補條款第 14 條第 1 項規定之平等保護條款，與民權法第七編（Title VII of the Civil Rights Act of 1964）是美國反歧視法體系的重要基礎。於此基礎上衍生出美國聯邦和各州特別法規，以避免違反平等保護之歧視之發生。美國於職場上所建構之反歧視法體制，除了消極防免禁止歧視外，更積極的允許或要求採取積極優惠措施來消弭歧視。本文此部分將就美國聯邦憲法增補條文第 14 條第 1 項、民權法第七編以及積極優惠措施之相關立法和法院判決實踐作說明，以利進一步分析前科者就業歧視相關法律保護措施。

第一項　憲法平等權保障之體系架構

美國憲法保障平等權，緣於南北內戰後制定憲法增補條款第 14 條第 1 項規定：「無論何州不得否定管轄區內任何人法律上平等保護之權利。」[41]即「平等保護條款」。平等保護條款禁止國家法令對於個人為歧視性差別待遇。然而，法律必然會造成差別待遇之結果。舉例而言，法律限制交通速限為每小時四十公里，超速者將施以處罰，這樣單純的法律也將導致將人分為超速者和非超速者，並對前者加以處罰之差別待遇，而面臨是否構成歧視性差別待遇違反憲法增補條款第 14 條第 1 項規定之平等保護條款之問題。[42]因此，為了確認法令是否構成違憲之歧視性差別待遇，美國聯邦最高法院必須確立審查標準來判斷透過司法權違憲審查介入國家立法之程度，即透過是否屬於「嫌疑分類」（suspect classifications）、和牽涉是否為「基礎性權利」（fundamental rights）進行判斷。[43]

---

[41] 黃昭元（2003），〈純男性軍校與性別歧視──評 United States v. Virginia 一案判決〉，《歐美研究》，第 33 卷第 3 期，頁 483。美國憲法增修條文翻譯，參考我國司法院「美利堅合眾國憲法」翻譯，http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-03.asp（最後瀏覽日：04/09/2017）

[42] *See* Geiger, *Supra* note 24 , at 1206.

[43] *See id.* 另可參照黃昭元（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〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷 4 期，頁 277，臺北：新學林。

doi:10.6342/NTU201701132

就平等保護條款之具體落實審查標準而言，自美國聯邦最高法院 1938 年 *United States v. Carolene Products Co.* 案[44] 之 Footnote 4（即下稱「註腳 4」）確立下來。註腳 4 除了強調應透過憲法增補條款第 14 條將聯邦法律規定的憲法權利適用於各州與加強保護政治參與相關之憲法權利外，就平等權案件則應加強保護「分散又隔離之少數」。[45]而美國聯邦最高法院到 1944 年 *Korematsu v. United States* 案，將種族視為「嫌疑分類」適用嚴格審查標準加以審查；[46]於 1954 年於聯邦最高法院 *Brown v. Board of Education* 案推翻 *Plessy v. Ferguson* 案「隔離但平等」之觀點。Warren 大法官並在其意見書第 11 項引註相關社會科學研究認為，種族隔離政策將黑人標示為劣等族群，由此產生之劣後感將影響學童的學習動機。若將年齡相仿、資質相當的學童依其種族而區隔，將使學童對於其社會生活地位產生之劣後感，對其心智造成無法抹滅的「傷害」，違反憲法增補條款第 14 條之平等保護條款。[47]

雖然論者認為美國聯邦最高法院 *Brown v. Board of Education* 案後「分散又隔離的少數」之嫌疑分類成為美國法院即憲法法院決定平等權審查標準之關鍵概念，[48]然而，實際上第一則適用的案例是 1971 年美國聯邦最高法院 *Graham v.Richardcon* 案，認為外國人屬於「分散又隔離的少數」，應提高審查標準。[49]

整體而言，於 1970 年代前，美國聯邦最高法院審查平等權案件分為以種族、膚色、外國人、原住民裔等嫌疑分類，採嚴格審查標準；其餘案件則採寬鬆的合理性審查標準。[50]然而，1970 年代以後，隨著女權運動之發展，開始挑戰以性別為分類應提高審查標準，終於在 1976 年美國聯邦最高法院 *Craig v. Boren* 案，第一次正式採取中度審查標準，即性別成為準嫌疑分類。[51]

---

[44] United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144(1952).
[45] 黃昭元（2004），〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 33 卷第 3 期，頁 28-30。
[46] Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).
[47] Brown v. Board of Education, 374 U.S. 183(1954).
[48] 黃昭元，前揭註 45，頁 33。
[49] Graham v. Richardcon, 403 U.S. 365(1971).
[50] 黃昭元，前揭註 41，頁 486。
[51] Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

doi:10.6342/NTU201701132

發展至今，美國聯邦最高法院就憲法增補條款第 14 條之審查標準，以分類做為區隔，其中種族、膚色、原族裔為「嫌疑分類」(suspect classification)，適用嚴格審查標準；性別、非婚生子女為「準嫌疑分類」(semi-suspect classification)，適用中度審查標準。至於其他：財產地位或貧富、身心障礙、性傾向則非屬（準）嫌疑分類，適用合理審查標準。[52]由於審查標準之寬嚴，往往影響美國聯邦最高法院宣告違憲與否的結果，因此，如何認定分類是否為嫌疑分類或準嫌疑分類以提高審查標準，成為探討是否違反憲法增補條款第 14 條之關鍵。如何決定嫌疑分類準嫌疑分類，也成為學理探討之焦點。

而就平等保護之實質內涵，又可以分為形式平等(「反分類」)，或實質平等(「反壓迫」)。反分類將重點著重在禁止基於分類所為差別待遇措施，舉例而言，凡以「種族」為差別待遇，無論結果是對屬於弱勢少數族裔有利與否，均認為涉及「嫌疑分類」，而應以嚴格審查標準判斷；反之，反壓迫則在反省結構上對於弱勢族裔可能造成傷害，因此，如對少數族裔採取「積極優惠措施」之立法，因其目的與結果都在積極矯正既存結構所造成之傷害以達實質平等之目的，雖然同樣是以種族為分類標準，則不必採取嚴格之審查標準。[53]

由於美國聯邦最高法院 *Brown v. Board of Education* 案並沒有實際提及「分散又隔離的少數」與「分類」，而是以「傷害」取代「分類」之討論，後續學說與判決發展另開啟探討憲法增補條款第 14 條平等保護條款之價值，究竟係形式平等(即「反分類」)，抑或實質平等（即「反壓迫」）之論爭。目前美國學界主流見解仍認為美國聯邦法院採取是「反分類」之價值判斷。[54]

---

[52] 黃昭元，前揭註 45，頁 83-85。

[53] 黃昭元（2009），〈平等權案件之司法審查標準－從釋字第 626 號解釋談起〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊）》，頁 576-577，臺北：新學林。

[54] *See* Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 Harvard Law Review 1470, 1470-1547 (2004).

doi:10.6342/NTU201701132

第二項　聯邦反歧視法體系發展

美國南北戰爭結束後，雖然制定憲法增補條款第 14 條第 1 項規定平等保護條款，就公權力上有意解決種族歧視問題，但就一般私部門僱傭或勞動關係之就業歧視問題，仍基於私法自治原則而傾向迴避不過度干涉。[55]

於二次大戰後，因應勞工短缺必須大量僱用黑人與婦女勞工問題，美國羅斯福總統頒布行政命令創設由公平就業委員會（Fair Employment Practice Committee；簡稱 FEPC），促進平等就業。[56]1950 年代中期以後，美國國會逐漸重視就業歧視之問題，制定民權法第七編相關聯邦法律並隨著美國聯邦最高法院判決之發展，成為美國民權保障之重心。[57]除了透過法律明文規定禁止歧視之保護事由外，立基於美國聯邦最高法院以及國會透過判決和立法，將就業歧視類型劃分為「差別對待歧視」與「差別影響歧視」。除了消極的禁止歧視外，美國法下也積極的透過積極優惠措施之立法以消弭實質不平等之現象。整體而言，美國係透過「禁止差別待遇歧視」、「禁止差別影響歧視」、「積極優惠措施」，建構完整之反歧視法體系。

本文此部份將先介紹禁止就業歧視之美國聯邦立法演進過程，分析美國聯邦最高法院法院和國會是如何透過法律和判決建構出差別對待與差別影響歧視類型，又如何操作？由於後者為為美國將禁止就業歧視保護拓展至「非明文」保障事由之利器，本文將以較多篇幅加以著墨。最後，介紹積極應會措施於美國法下的定位。

---

[55] 焦興鎧（1990），〈美國勞工法上就業歧視問題之最新發展〉，《美國研究》，第 20 卷第 2 期，頁 55；焦興鎧（1995），〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，氏著，《勞工法與勞工權利之保障》，頁 331，臺北：月旦。

[56] 焦興鎧，〈美國勞工法上就業歧視問題之最新發展〉，同前註，頁 55；焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，同前註，頁 331。

[57] 焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，同前註，頁 331。

doi:10.6342/NTU201701132

第一款 反就業歧視聯邦立法進程

美國國會最早是由 1963 年同工同酬法（Equal Pay Act），開始有關禁止就業歧視之立法。該法規定，除了考量年資、考績、按量或按質計酬或性別以外其他因素差異之正當因素外，雇主對於具有相同技能同等付出努力應給付相同報酬。[58]此法目的在解決性別同工不同酬歧視問題，立意良善，但對於僱用與升遷等其他措施並未規定，以致反使雇主為避免相同給付薪資而拒絕僱用女性，而惡化歧視問題。[59]

為了更進一步保障勞工，美國國會緊接著於 1964 年制定影響美國最廣而深遠之民權法第七編，明文禁止雇主基於受雇者於種族、膚色、宗教信仰、性別或原始國籍等因素，而拒絕僱用或解僱，或在薪資、工作條件、工作待遇等僱用條件上為任何歧視待遇。然而，如果符合雇主事業正常營運所必須之真實職業資格（Bona Fide Occupational Qualification；簡稱 BFOQ），或真實年資計劃（Bona Fide Seniority System；簡稱 BFSS）之例外，則有免責不適用禁止歧視之規定。[60]本法並特別設立具有獨立性之「平等就業機會委員會」（Equal Employment Opportunity Commission；簡稱 EEOC）來執行。[61]

平等就業機會委員會（EEOC）可以透過調查以發現事實，並以協商、和解、勸服等成程序排解就業歧視爭議外，尚且可以主動為被害人提起訴訟或經提供同意函後由被害人直接向法院提起訴訟救濟；另一方面也積極頒布各項禁止就業歧視之指導原則，這類指導原則雖然沒有法律上拘束力，但各級法院判決向來尊重該委員會之見解，以作為處理就業歧視相關案例之方針。[62]民權法第七編於 1972、1978、1991 年歷經三次修正，目前擴大適用至各級政府機關之公務員與僱用員工

[58] 焦興鎧（2000），〈對我國就業歧視問題之探討〉，氏著，《勞工法論叢（一）》，頁 554，臺北：元照。
[59] 焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，前揭註 55，頁 339。
[60] 焦興鎧，同前註，頁 340。
[61] 焦興鎧，前揭註 58，頁 555。
[62] 焦興鎧（2000），〈美國平等就業機會委員會機能之研究〉，氏著，《勞工法論叢(一)》，頁 85-87，臺北：元照。

doi:10.6342/NTU201701132

達十五人以上而從事跨洲營業之私營事業單位；[63]更加強救濟效果之強度，除了頒發禁令，請求雇主給付積欠工資、復職及合理律師費、專家出庭費，尚且准予勝訴之原告，依雇主事業單位規模大小，請求美金五萬元至三十萬元不等之懲罰性損害賠償金。在涉及損害賠償金之情況下，並能請求陪審團參與審判。[64]

除了民權法第七編原有禁止歧視之保護事由，即種族、膚色、宗教信仰、性別或原始國籍外，美國國會亦透過制定「專法」方式，逐步拓寬禁止歧視之保護事由。[65]於 1967 年制定就業年齡歧視法（Age Discrimination in Employment Act；簡稱 ADEA），禁止雇主、職業介紹機構或勞工組織對於年齡介於四十歲以上至六十五歲之間之勞工，基於年齡為由為歧視待遇。[66]於 1978 年制定懷孕歧視法（Pregnancy Discrimination Act），明定雇主不得因女性受雇者懷孕、分娩或其他相關之醫療情況給予歧視待遇，後已整併入民權法第七編中。[67]於 1983 年制定復健法（Rehabilitation Act），並於 1990 年制定美國障礙者法（Americans with Disabilities Act；簡稱 ADA），針對政府機構與私部門企業僱用員工達十五人以上之雇主不得因應徵求職者任何障礙情形給予歧視待遇，且雇主應有對於障礙者提供合理設備及工作環境；[68]並於 2008 年修正，擴大障礙者定義以明確涵蓋包括精神障礙者。[69]於 2008 年制定基因資訊反歧視法（The Genetic Information Nondiscrimination Act；簡稱 GINA），以保護基因資訊與禁止基因資訊濫用方式禁止職場上基因歧視。[70]

立基於上述立法，美國聯邦最高法院在具體操作這些條文時，將歧視的類型區分為差別待遇歧視和差別影響歧視。至於標準為何？如何操作？將於後接續說明。

---

63 焦興鎧（2009），〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》，第 39 卷第 1 期，頁 36。
64 焦興鎧（2003），〈工作場所性騷擾被害人在美國尋求救濟途徑之研究〉，氏著，《性騷擾爭議新論》，頁 32-33，臺北：元照；焦興鎧，〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，同前註，頁 36；焦興鎧，前揭註 58，頁 557。
65 *See* Jessica Roberts, *Rethingking Employment Discrimination Harms*, 91 Ind. L.J. 394, 399-404 (2016).
66 焦興鎧，前揭註 58，頁 555。
67 同前註，頁 556。
68 同前註，頁 556-557。
69 *See* Paul-Emile, *Supra* note 25, at 929.
70 陳姵先（2009），《立法防制職場基因歧視之必要性與合憲性研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 156。

doi:10.6342/NTU201701132

第二款 禁止歧視類型之發展

於美國憲法之外，為落實對於平等權的保護，美國透過民權法第七編和相關專法明定禁止以種族、膚色、宗教信仰、性別或原始國籍、懷孕、年齡、障礙者為由為就業歧視。而「歧視」的類型，美國聯邦最高法院判決透過判決逐步的將其區分為「差別對待歧視」(disparate treatment discrimination)，即雇主直接以民權法或特別法規定的事由為差別待遇；與「差別影響歧視」(disparate impact discrimination)，即雇主並未存有主觀歧視意圖，而以表面中立之措施，卻對受保護事由之群體產生顯著不利差別影響。美國國會於 1991 年修正民權法第七編修正民權法時，也將差別影響歧視明文化。除此之外，為了促進實質平等，美國國會並有一連串關於積極優惠措施之立法。

第一目 差別對待歧視

美國法上的差別對待歧視，指雇主「主觀」上存有歧視故意而直接為差別待遇之情形。[71]即雇主就民權法第七編以及個別專法所規定之種族、膚色、宗教、性別、原始國籍、懷孕、年齡、障礙者等具體事由，對求職者或受雇者為差別待遇。[72]而差別待遇，依民權法第七編明文規定為例，包括雇主據前述事由拒絕僱用、解僱員工、或就報酬或其他勞動條件給予不同對待。舉例而言，美國聯邦最高法院 1973 年 *McDonnell Douglas Corporation v. Green* 案[73]涉及勞工主張因種族因素（身為黑人）被拒絕僱用，法院肯認原告提出證明自己屬於少數族裔且已經符合應徵職格但遭雇主拒絕僱用，符合構成歧視之表面證據。[74]1981 年 *Texas Department of Community Affairs v. Burdine* 案，[75]則涉及勞工主張自己因性別因素（身為女性）遭

[71] 焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，前揭註 55，頁 345。
[72] 焦興鎧，同前註，頁 345。
[73] McDonnell Douglas Corporation v. Green, 441 U.S. 792 (1973).
[74] *Id.* at 802.
[75] Texas Department of Community Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248 (1981).

doi:10.6342/NTU201701132

拒絕升遷與解僱構成歧視。[76]

要認定差別待遇歧視成立與否，必須於訴訟中判斷雇主是否存有主觀的歧視動機，因此訴訟上的舉證責任分配即為重要的議題。美國聯邦最高法院，透過一系列的判決，建立起就業歧視案件中的舉證責任分配。*McDonnell Douglas Corporation v. Green* 案[77]認為應先由原告（勞工）證明表面證據之差別待遇（prima facie case for disparate treatment），意即勞工需先證明其屬於民權法第七編所保護之群體，且對所應徵職務適格但遭拒絕錄用，雇主仍繼續招募資格相當或更低之求職者。[78]後於 1981 年 *Texas Department of Community Affairs v. Burdine* 案，[79]美國聯邦法院進一步指出如果原告（勞工），已確立表面證據之差別待遇，則舉證責任轉由雇主即被告證明拒絕僱用原告或優先僱用他人，是基於合法而非歧視之理由。[80]

在差別對待歧視的案件中，一旦勞工提出表面證據證明差別待遇存在，原則上雇主即構成違反差別對待歧視；雇主須進一步提出合法而非歧視的理由抗辯及舉證才能免責。這類抗辯又可以分成兩種類型：其一為就表面、公然之歧視，亦即雇主直接即以保護事由為理由進行差別待遇，舉例而言，應徵公告直接表明限男性，此時雇主仍可以抗辯是基於法律規定例外允許免責抗辯而合法。例如：真實職業資格（BFOQ）抗辯，即雇主給予歧視差別待遇是基於職業或事業正常運作之合理需要所致。[81]又例如，美國聯邦最高法院 *Dothard v. Rawlinson* 案[82]中，認為阿拉巴馬州直接禁止女性擔任監禁男性犯罪者監獄之警衛工作，固然涉及直接對女性歧視之問題，然而基於必須與男囚緊密接觸為避免對監獄安全造成威脅情況下，符合真實職業資格抗辯，而例外不構成差別對待歧視。

---

[76] *Id.* at 251.
[77] *McDonnell Douglas Corporation*, 441 U.S. 792 (1973).
[78] 焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，前揭註 55，頁 346。
[79] *Texas Department of Community Affairs*, 450 U.S. 248 (1981).
[80] 焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，前揭註 55，頁 346。
[81] 焦興鎧（1995），〈論雇主採用「胎兒保護措施」所引起之就業歧視爭議〉，氏著，《勞工法與勞工權利之保障》，頁 394，臺北：月旦。
[82] Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977).

doi:10.6342/NTU201701132

其二，則是雇主抗辯差別對待並非基於保護事由之歧視動機，而是另有其他正當理由為差別待遇。此時由原告（勞工）可再提反證證明雇主是否為「託詞」（pretext），純屬掩飾主觀歧視動機之藉口。[83]以美國聯邦最高法院 *McDonnell Douglas Corp v.Green* 案為例，雇主解僱 Green 是一名黑人技師，雇主抗辯自己並非基於種族歧視，而是基於 Green 曾從事違法行動而拒絕僱用。判決認為 Green 應有權再提出反證，例如：曾有從事類似非法活動的白人卻未遭相同對待，以證明雇主之抗辯，純屬種族歧視之託詞。[84]

由於差別對待歧視，乃以雇主基於「主觀」之歧視動機而為直接差別對待之決定。問題是，雇主於職場上所採取之決定與措施，其動機往往未必是單一的，而可能會有混合合法及違法動機，進而衍生混合動機之差別對待歧視。[85]以美國聯邦最高法院 *Price Waterhouse v. Hopkins* 案為例，原告 Hopkins 認為其任職會計事務所基於性別歧視為由拒絕其升遷為合夥人，並主張其部門負責人要求她應該有具備更多女性特質，包括談吐和穿著以增加升遷機會；雇主則抗辯係基於同事認為其對其他工作人員具有侵略性、嚴苛、不耐煩等理由等動機而延遲其升遷。該案爭點在於雇主主觀上可能確實是同時基於性別與其他因素之混合動機，則此時是否屬於違法的差別對待歧視？本案法院最後認定原告勝訴，肯認即便有混合動機存在之情況下，仍應構成違法之差別對待歧視。[86]

從上述之說明，可以發現差別對待歧視有兩個關鍵的限制。首先，除非是表面、公然歧視，技術上如何舉證證明雇主存有主觀歧視動機，確實有其舉證上困難和障礙。其次，雇主僅有根據於民權法第七編或專法明文保護禁止歧視之事由作出決定時，才可能構成差別對待歧視，至於非法律明文保障事由，則無法主張雇主存在歧視動機而構成差別對待歧視。以「性傾向」為例，平等就業機會委員會（EEOC）

[83] 焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，前揭註 55，頁 345-346。
[84] *McDonnell Douglas Corporation,* 441 U.S. 792 (1973).
[85] 焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，前揭註 55，頁 354-355。
[86] *McDonnell Douglas Corporation,* 441 U.S. 792 (1973).

doi:10.6342/NTU201701132

認為性傾向歧視，並非民權法第七編之性別歧視，[87]如 1979 年美國聯邦上訴法院第九巡迴法庭在 *Desantis v. Pacific Telephone &Telegraph Co* 案中，原告之一之 DeSantis 主張被告公司主管因認定其為同性戀而拒絕僱用並對外公開表示不會僱用同性戀者。法院則認定民權法第七編之「性別」歧視，指的是傳統的男女性別，並不包括「性傾向」歧視，故無從援引該法來主張差別對待歧視。[88]

至於雇主主觀上如果不存在歧視動機採取表面中立措施，但於結果上對於受保護事由之群體造成顯著不利益之影響時，是否構成歧視？則涉及差別影響歧視之問題。

第二目　差別影響歧視

差別影響歧視，指的是雇主以表面上完全公平之措施，結果上卻對特定群體（特別是弱勢群體），產生顯著不利之影響。[89]

差別影響歧視之爭議主要有兩個面向，第一個面向在如何認定構成差別影響歧視，此處牽涉認定標準、舉證責任分配之問題。由於差別影響歧視並非 1964 年制定民權法第七編所明文禁止歧視類型，美國聯邦最高法院持續發展對於差別影響歧視之認定標準，並 1989 年 *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* 案[90]，突然退居保守降低雇主抗辯舉證責任標準，以致國會於 1991 年修正民權法時即增列明定禁止差別影響歧視，並明定舉證責任之分配，但各級法院仍各自解讀以致適用爭議不斷。

另一面向則是差別影響歧視與憲法上定位為何。包括：憲法增補條款第 14 條平等保護原則、差別對待歧視間關聯為何，當雇主為了避免差別影響之結果進而採取差別待遇之措施時，是否違反憲法第 14 條平等保護原則等爭議。

---

[87] 焦興鎧（2009），〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》，第 39 卷第 1 期，頁 39。
[88] Desantis v. Pacific Telephone &Telegraph Co., 608 F. 2d 327 (9th Cir. 1979).
[89] 焦興鎧，〈美國聯邦最高法院與就業歧視問題〉，前揭註 55，頁 344。
[90] Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642, 659-661 (1989).

doi:10.6342/NTU201701132

整體而言，差別影響歧視相較於差別對待歧視而言，不僅是具體適用標準，乃至規範此類歧視類型本身有無違憲之疑慮，都存有較大之爭議。本文將接續討論美國如何透過禁止「差別影響歧視」類型以達保護前科者免於就業歧視問題。本文此部份會從差別影響歧視的起源、美國聯邦最高法院所建立之操作標準、以及國會針對差別影響歧視立法後之合憲性爭議做說明。

一、 差別影響歧視之起源

由於 1964 年制定美國民權法第七編並未明文此歧視類型，最早透過平等就業機會委員會制定行政指導原則，將差別影響列為民權法第七編所禁止之歧視類型之一。[91]至於美國聯邦最高法院第一則承認差別影響歧視案例，源於 1971 年 *Griggs v. Duke Power Co.*案。[92]該案中被告公司於 1955 年增加限制必須具備「高中文憑」才能從事較高額報酬之工作。表面上雇主是考量「高中文憑」，而非根據「種族」作出決定，但由於黑人等少數族裔相較於白人而言，有相對較高比例不具有高中文憑，此項限制對於黑人等少數族裔，造成顯著不利益之影響。該案判決指出民權法第七編所禁止歧視行為，並不僅限於直接的差別對待歧視，也包括表面公平但執行上間接造成歧視之措施；而雇主具有良好的意圖或沒有歧視性的意圖，並不能正當化造成差別影響措施，雇主必須進一步證明自己的決定，與業務需要相關，以免去差別影響歧視之責任。此則判決確立了差別影響歧視之框架。[93]

二、 差別影響歧視的適用範圍和標準－聯邦最高法院建立之原則

---

[91] EEOC Guidelines on Employee Selection Procedures, 29 C.F.R. §T607.3 (1970). 轉引自黃昭元（2012），〈論差別影響歧視與差別對待歧視的關係--評美國最高法院 Ricci v. DeStefano (2009)判決〉，《中研院法學期刊》，第 11 期，頁 23 及註 49。

[92] Griggs v. Duke Power Co, 401 U.S. 424 (1971).

[93] 此判決詳細討論，*See* Eang L. Ngov, *War and Peace Between Title VII's Disparate Impact Provision and the Equal Protection Clause: Battling for a Compelling Interest*, 42 Loyla University Chicago Law Journal, 11-14 (2010).

doi:10.6342/NTU201701132

確立差別影響歧視屬於禁止歧視之類型後，美國聯邦最高法院陸續有諸多判決試圖明確化差別影響歧視適用範圍，並分配在訴訟上的舉證責任。美國聯邦最高法院判決，並已經建立三階段的舉證責任。

第一階段，由勞工舉證證明雇主特定職場上措施對於受保護群體造成顯著不利之差別影響。美國聯邦最高法院於 1979 年的 *New York City Transit Authority v. Beazer* 案中認定，原告（勞工）應具體證明雇主所採取特定「職場上措施」對於保護族群造成了顯著之不利影響之結果。該案中原告於巡迴上訴法院勝訴，但美國聯邦最高法院以原告（勞工）未能針對對被告紐約市交通管理局發布不再僱用正在參加紐約市針對毒癮者美沙酮維持治療之政策，是否對於少數族裔造成顯著不利影響結果舉證，廢棄發回審理。[94]

究竟如何證明存在「顯著」不利影響，有幾種可能舉證證明之方式。第一種，以「應徵者」（applicant pool）為判斷。[95]舉例而言，在 *Griggs v. Duke Power Co.* 案，在被告所在北卡羅萊納州有 34%白人男性擁有高中學歷，僅 12%黑人男性擁有高中學歷。[96]在 *Dothard v. Rawlinson* 案中，認定雇主要求受僱者最矮身高限制 5 呎 2 吋、最少體重限制 120 磅，將排除超過 40%美國女性，但僅不到 1%美國男性會被排除，對於女性產生不利差別影響。[97]第二種，從「錄取結果」（applicant flow）判斷，於 *Griggs v. Duke Power Co.* 案，法院採用五分之四法則。所謂五分之四法則，是指少數群體的通過率如果低於多數群體通過率之八成，即構成差別影響。舉例而言，如果多數通過率為 75%，八成為 60%，如果少數通過率低於 60%，即可認定有差別影響。[98]如果從錄取結果來判斷，於 1982 年 *Connecticut v. Teal* 案[99]，由於雇

[94] New York City Transit Authority v.s. Beazer, 440 U.S. 568, at 584-585 (1979)（本案原告雖認為雇主拒絕僱用登記使用美沙酮治療藥癮之復健課程之人的原則，並認為有藥癮者較多為黑人或西班牙人，然而並沒有舉證該案職場上受到影響之比例，故法院認為原告主張無理由。）
[95] *See* MACK A. PLAYER, *FEDERAL LAW OF EMPLOYMENT DISCRIMINATION* 68-69 (West Publishing Co. 2009) (1976)(6d ed. 2009)., at 110-11.
[96] *Griggs*, 401 U.S. at 431 & note 6.
[97] Dothard v.s. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977).
[98] *See* MACK A. PLAYER, *supra* note 95, at 114.
[99] Connecticut v.s. Teal, 457 U.S. 440 (1982).

doi:10.6342/NTU201701132

主採取二階段篩選決定勞工是否可以獲得永久主管身份資格，第一階段以測驗篩選，有 79.54%白人通過，僅 54%黑人通過，不足白人通過率的八成。[100]本案中原告主張雇主的應徵方式已經對黑人造成差別影響歧視。雇主則提出「底線抗辯」（bottom-line defense），認為第二階段加上主觀面試成績，最後錄取之結果，申請者中黑人有 22.9%錄取，較白人 13.5%的錄取率高，以最終結果觀察並沒有造成差別影響。[101]但法院仍然肯認原告（勞工）已經證明存在差別影響歧視，亦即不採納雇主之底線抗辯，其理由在於認為民權法第七編之義務乃在於每位工作應徵者之機會均不分種族，因此並不以結果上是否已經呈現平等之比例判斷。[102]

一旦認定勞工已經證明雇主特定措施對於受保護群體產生顯著不利之影響，適用差別影響歧視的第二階段，為雇主可以提出抗辯，主張系爭措施是合乎業務需要而免責。於 *Griggs* 案後，EEOC 於 1978 年以行政命令發佈「受僱人選任標準之統一方針」（uniform Guidelines on Employee Selection Criteria），針對產生負面影響效果之「分數測驗」（scored tests），要求必須經被告以如同美國心理學會所採用之專業標準驗證，建立分數測驗與工作相關性。[103]分數測驗可能被驗證之方法有三：

1、內容有效（content validity）

測驗內容必須足以驗證系爭工作核心內容或技能。舉例而言，有論者歸納美國聯邦法院判決，有案例認為打字測驗對於警衛而言並非內容有效，因為打字僅占警衛職務內容很小部分；有案例認為雇主應徵律師時，儘管律師業務不一定會接觸到考試所涉及的所有面向法律，但關於核心領域法律測驗考試是與工作內容相關的，。此外，考試標準必須能與可被接受工作表現相關，如果一個工作只需要勞工能搬運 75 磅，則測驗要求 100 磅就沒有必要。但是如果針對打字員打字測驗，因為關於打字工作表現，打字

100 *Teal*, 457 U.S., at 444 & note 4.
101 *Id*. at 445.
102 *Id.* at 454-55.
103 MACK A. PLAYER, *supra* note 95, at 119.

doi:10.6342/NTU201701132

測驗可認為內容有效。[104]

2、標準或預測有效（criterion or predictive validity）

指該測驗可以有效預測工作表現。此可透過建立測驗分數和工作表現之關聯性係數舉證，但關聯性係數必須達統計顯著，而不能只是隨機產生結果。另外也可以透過同時有效性（concurrent validation）方法驗證，也就是透過最近經測驗過之受僱勞工分析其工作表現判斷其有效性。[105]

3、結構有效（Construct validation）

透過理論方法特定必要心理或人格特質對於某一項工作表現有幫助，如耐心、合作等等並用量化方式判斷，以結構性預測其工作表現。[106]至於分數測驗以外之中立措施，僅能從個案案例中具體判斷其與工作是否相關。[107]

於 1975 年之 *Albemarle Paper Co.v. Moody* 案[108]，被告是一家紙製品公司，採用非語言和語言能力測試作為判斷是否晉升至較高技能、高薪別生產線之標準，法院判決強調除非雇主能舉證證明測試結果足以與勞工未來工作表現有重大關聯或足以評估所任職務之顯著特質，否則均可能構成差別影響歧視之措施，即實質採用了前述 EEOC 頒布之標準。[109]

差別影響歧視的第三階段判斷，是當雇主證明其抗辯合乎業務需要後，原告（勞工）仍可舉反證證明仍存有其他合理的、產生差別影響較低之替代措施存在，以反駁反駁雇主的業務需要僅為託詞。[110]

然而，差別影響歧視究竟是否應被全面性的承認與適用在各種歧視類型，尚未有定論，此從年齡歧視防治發展可見端倪。針對年齡歧視之問題，美國是於 1967

[104] *See id.* at 120-22.
[105] *See id.* at 124-25.
[106] *See id.* at 125.
[107] *See id.* at 128-131.
[108] Albemarle Paper Co. v.s. Moody, 422 U.S. 405 (1975).
[109] *See id.* at *425-431.*
[110] *See id.* at 425, 431.

doi:10.6342/NTU201701132

年制定就業年齡歧視法（ADEA）以專法方式因應，[111]而該法與 1964 年民權法第七編一樣並未明文差別影響歧視，而美國聯邦最高法院對於是否可以在年齡歧視案件主張差別影響歧視，一直是採保留之態度，直到 2005 年 *Smith v. City of Jackson* 案[112]才確立可以適用。該案之原告為一名 40 歲員警，主張雇主即密西西比州和美國聯邦地方法院警察部門針對五年以下年資之員工給予較大的加薪幅度，雖然表面是以「年資」而非「年齡」，但因高齡者有較顯著比例年資長於五年，因此對高齡員工產生顯著不利之影響而構成差別影響歧視。該案美國聯邦最高法院全體一致認為根據 1967 年就業年齡歧視法（ADEA）文義，允許當事人得以提出差別影響之訴求，因為該法與 1964 年民權法第七編對法定禁止項目所使用用語幾乎完全相同，只是前者還多列年齡以外「其他合理因素」條款，故適用範圍變得較窄而已。[113]

另外在 2008 年 *Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory*[114]案，被告公司應美國聯邦政府之要求精簡人事，而透過工作表現、彈性化、重要技術及年資等衡量標準，一共裁掉三十一位員工，多達三十位是超過四十歲以上者，該案美國最高法院多數意見指出就業上年齡歧視之訴訟中，如果原告提出差別影響之訴求，而雇主依賴 1967 年就業年齡歧視法（ADEA）中「年齡以外其他合理因素」之免責規定時，僅須舉證證明其措施有其合理性即已足，差別影響理論中經常被使用到之業務需要 (business necessity)標準即沒有存在之必要。[115]

雖然美國聯邦最高法院判決中看似一直積極嘗試細緻化差別影響歧視之判斷標準並擴大適用的範圍，但至 1989 年 *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* 案時，其實法院卻突然退居保守，將雇主對於業務需要舉證標準，從證明責任（burden of

111 焦興鎧（2011），〈美國最高法院與就業上年齡歧視之禁止〉，《歐美研究》，第 41 卷第 3 期，頁 680。
112 Smith v. City of Jackson, Miss., 544 U.S. 228 (2005).
113 焦興鎧，〈美國最高法院與就業上年齡歧視之禁止〉，前揭註 111，頁 726-727。
114 Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory, 554 U.S. 84 (2008)
115 焦興鎧，〈美國最高法院與就業上年齡歧視之禁止〉，前揭註 111，頁 728-729。

doi:10.6342/NTU201701132

proving business necessity）降低為提出證據責任（burden of producing evidence of business justification）。[116]有美國學者分析最高法院這樣的轉向，很可能是要將差別影響歧視轉為僅僅是對於主觀歧視之替代證據，[117]亦即認為差別影響歧視本身僅為是否存有差別對待歧視之證據，而不是獨立禁止歧視之類型。

三、 差別影響歧視的適用範圍和標準－國會立法確立操作標準

美國國會為回應 *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* 案，限縮差別影響歧視成立可能之見解，隨即於 1991 年修正民權法，並將差別影響歧視予以明文為禁止類型，並明定舉證責任。[118]該修正條款在第 703(k)條，[119]其建立了三階段舉證責任分配，第一、原告必須先證明有表面中立措施或政策對於受保護群體產生負面影響；第二、被告進而負有提出與說服責任證明該措施或政策是與工作相關且合乎業務需要，第三、原告可以證明具有替代措施可產生較小歧視影響仍可滿足雇主之業務需要。[120]雖然看似明確化差別影響歧視，但由於國會並未說明工作關聯性（job related）和經營必要性（business necessity）關聯，故美國聯邦巡迴法院發展出不同解讀，以致寬嚴標準不一而存有很多爭議，有適用上相對困難。[121]

雖然國會修正民權法看似想要放寬差別影響歧視的適用要件，但於 2008 年制定時國會基因資訊反歧視法（GINA）時卻似乎有有所退縮。該法採取民權法第七編規定賦予個人請求懲罰性賠償等救濟機會，卻明示排除差別影響歧視之類型作

116 Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642, 659-661 (1989).
117 *See* Joseph A. *Seiner & Benjamin N. Gutman, Does Ricci Herald a New Disparate Impact?*, 90 B.U. L. Rev. 2181, 2192-2193, (2010).
118 黃昭元，前揭註 91，頁 25 及註 59。
119 民權法第七編 703(k)「(1) (A)符合下列條件者成立基於不同影響之不合法就業措施：(i) 原告證明被告使用特定就業措施，導致基於種族、膚色、宗教、性別或原始國籍產生差別影響（disparate impact），而被告未能證明系爭措施與系爭職位工作關聯性（job related）和經營必要性（business necessity）；(ii) 原告提出證明關於（C）所指替代措施（alternative employment practice），而被告拒絕採用這樣替代措施。」Title VII of the civil Rights Act of, 42 U.S.C. § 2000e-2(k) (2008)
120 *See* Joseph A. Seiner, *Plausibility and Disparate Impact*, 64 Hastings L.J. 287, 309-313, (2013).
121 *See id.* at 8-9.

doi:10.6342/NTU201701132

為請求權基礎。[122]由此足見國會對於是否所有反歧視法，均應承認保護差別影響歧視之類型仍有疑慮。這樣的疑慮實起源於差別影響歧視立法存有潛在違憲性爭議。

四、 國會差別影響歧視立法之合憲性爭議

差別影響歧視不僅是適用上困難之障礙而已，在國會立法後其憲法上之地位亦有爭議。其實早於 1970 年代，美國學界開始討論關於禁止差別影響歧視之是否有憲法爭議。此可分成三個層次之爭議：第一層次為美國聯邦憲法增補條款第 14 條款平等保護條款是否要求禁止政府的差別影響歧視？此問題美國聯邦最高法院在 *Washington v. Davis* 案給予否定見解，認為差別影響措施不違反憲法增補條款第 14 條平等保護條款，蓋憲法增補條款第 14 條平等保護條款所禁止者，僅限於具有主觀歧視意圖之措施。[123]第二層次為禁止差別影響之措施，是否僅限於經濟立法層面？此層次仍未被解決而持續爭論。第三層次則為雇主為了符合民權法第七編避免對少數被保護群體差別影響歧視條款的要求，是否可能變成對非受保護群體的直接差別對待歧視，進而違反美國憲法增補條款第 14 條平等保護原則？[124]

而國會立法修正最高法院針對差別影響歧視所建立之原則後，在 2009 年 *Ricci v. DeStefano* 案[125]中前述第三層次之爭議具體浮現。本案原告 Frank Ricci 共 20 人，美國康乃迪克州新港市的消防隊員，均參加 2003 年升等考試並通過，但新港市認為該考試結果，都是白人得分較高排名在前，對於黑人及拉美裔應考人將造成種族差別影響歧視為由，拒絕依據考試結果辦理升等。原告進而主張新港市政府主觀上乃根據種族因素為由拒絕其升遷，反而構成民權法第七編差別對待歧視並起訴。美國聯邦最高法院最後以五比四之結果，認定新港市未認可考試結果的行為，已構成民權法第七編禁止的差別對待歧視，進而廢棄原判決發回更審。其理由則認為雇主

[122] 陳姵先，前揭註 70，《立法防制職場基因歧視之必要性與合憲性研究》，頁 159。
[123] Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).
[124] *See* Michael K. Grimaldi, *Disparate Impact after Ricci and Lewis*, 14 SCHOLAR 165, 181-82. (2011).
[125] Ricci v. DeStefano, 557 U.S. 557 (2009).

doi:10.6342/NTU201701132

如果要以避免「差別影響歧視」作為理由而故意採取差別對待，必須要提出「有堅強基礎的證據」(strong basis in evidence)，而不只是「真誠恐懼」(good-faith fear)，足以使雇主相信，如不採取差別對待措施，將來必將承擔差別影響歧視的責任。[126]也就是雇主必須舉證證明受顯著不利影響之受保護群體，如果日後起訴時將能證明：（1）系爭考試並非「與工作有關」或不符合「業務需要」、（2）雇主有較小影響的其他替代措施存在，卻沒有採取。[127]

Ricci v. DeStefano 案對差別影響歧視所帶來之衝擊，可區分為第一、美國國會 1991 年民權法修正明文差別影響歧視是否違憲；第二、法院試圖以堅強基礎證據，作為調和差別影響歧視與差別對待歧視責任之衝突是否妥適之兩層次。

首先，關於差別影響歧視之立法是否違憲之爭議，可從美國最高法院法官對於平等保護原則之闡釋立場明顯呈現對立而可見其端倪。如 John Marshall Harlam 在 *Plessy v. Ferguson* 案提出不同意見指出憲法是種族色盲（colorblind），既不知道也不容忍在公民間所為之分類；[128]John Roberts 法官即認為唯一停止種族歧視之路，就是停止再基於種族所為差別對待。[129]上開兩位法官立場某程度就是認為差別對待本身代表是歧視，亦既採反分類之平等觀。反之，Harry Blackmun 大法官則認為為了擺脫種族主義，第一就是將種族納入考慮，則認為考慮種族本身有可能是為了根本解決不平等而做之手段，自難有違憲之疑慮，此可解為是反壓迫平等觀。[130]由此可見，法官間對於平等權的態度立場並不一致，但多數是採反分類之平等觀。

學界肯認差別影響歧視應合憲者，認為有效保護職場平等就業機會，應是足以使差別影響歧視不致違憲之迫切利益。[131]差別影響歧視要求雇主針對職場規範必須證明具有業務上必要性，足以確立一個公平程序規範，如果失於職場管理原則之

[126] *See id.* at 582-84.
[127] *See id.* at 587.
[128] Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 559 (1896).
[129] Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U.S. 701, 748 (2007).
[130] Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 407 (1978).
[131] *See* Ngov, *supar* note 93, at 80-86.

doi:10.6342/NTU201701132

公平程序規範，將變成並非基於真正關於職場表現之恣意選擇，反而會使就業市場失調。反之，差別影響歧視可以作為調節以確保對於所有個別勞工都是公平、平等過程。畢竟差別影響歧視更能消弭職場上對於受保護之群體之不正義阻礙、給予更強而有力打擊機會不平等，又已經允許雇主提出與工作相關抗辯，亦符合緊密剪裁之要求，亦無違憲之疑慮。[132]

持違憲觀點者，則認為差別影響歧視之立法，使雇主得以避免差別影響結果為藉口，採取追尋種族比例均衡而採取種族分類措施，就應該受到嚴格之審查。[133]而憲法增補條款第 14 條平等保護條款既基於個人必須平等地被有尊嚴對待，如果基於種族而為不同措施，勢必就會牴觸這樣原則而違憲。[134]另外有論者認為，*Ricci* 案中其實可能有三種不同的解讀方式，並認為其中僅一個角度是違憲，另二角度是可能一定範圍內合憲。若將差別影響條款解為具有保護特定群體之意識，基於平等保護條款中立色彩，則必然導致違憲結果；如果有可見被害人，如 Ricci 案則也可能違憲，但相對而言，如果侷限在私部門雇主之適用，則較無違憲之疑慮。[135]

其次，針對 *Ricci v. DeStefano* 案試圖調和民權法第七編禁止差別對待與差別影響歧視二種類型衝突，是以堅強基礎證據之標準，亦即採取「相對嚴格」標準限制雇主以避免差別影響歧視則認為理由採取差別對待。此部份論者更是百花齊放。

支持者基本上肯認應限縮禁止差別影響歧視帶來之影響力，以避免雇主隨意以避免差別影響歧視責任為理由而為差別待遇歧視。具體理由有四：1、此標準較公平。否則雇主可以透過一再廢棄有效測驗結果直到達到其偏好之群體平衡，勢將給予雇主過多事後廢棄先前測驗結果之空間；2、此標準將更容易證明差別對待歧視，而限縮差別影響歧視成立可能，蓋雇主可能提出抗辯其並不知道會導致差別影

[132] *See* Herman N. Johnson, Jr., *Disambiguating the disparate Impact Claim,* 22 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 433, 451-452 (2012).
[133] *See* Kenneth L. Marcus, *The War between Disparate Impact and Equal Protection, 2008*-2009 Cato Sup. Ct. Rev. 53, 62-63.(2008-2009).
[134] *See id*. at 65-69.
[135] *See* Richard Primus, *The Future of Disparate Impact,* 108 Mich. L. Rev. 1341, 1344-1345.(2010).

doi:10.6342/NTU201701132

響結果，也就是沒有堅強基礎證據證明這樣會產生差別歧視，而使整個舉證朝向主觀歧視靠攏；3、此標準可以更切合司法極簡主義（Theory of Judicial Minimalism），畢竟差別影響歧視之違憲爭議可以被避開，以解決現行民權法第七編存在矛盾僵局；4、此標準可以憲法框架下之運作。畢竟如此解釋結果，與平等保護原則允許對於過去歧視之彌補之見解相當。考慮到輿論力量支持原告 Ricci，這樣背景將有利於採取這樣標準解決僵局。[136]

相對的，反對這樣嚴格標準者，則認為如此勢將限縮差別影響歧視帶來影響力。具體理由有三： 1、此標準將使下級法院失去指引。法院解釋僅是表面存在差別影響之證據，並不足以滿足此堅強基礎證據之標準，必須有堅強證據指出與工作無關，或是有更少歧視替代措施而雇主並未採取。然而除此之外，均留待下級法院必須自行斟酌證據是否達到堅強之標準，下級法院採取不同解釋方式可能最終仍必須由最高法院再為審查；2、此標準將阻礙雇主自願性致力於職場勞動力多樣性。蓋差別待遇可能的後果比差別影響嚴重，則雇主可能會寧可等到被訴訟差別影響歧視後才採取有關措施以解決不平等結果以避免被白人提起差別對待訴訟，雖然雇主仍然可能事先採取有利於少數群體之措施，然而相較之下，雇主致力於職場多元性之選擇，誠如反對意見所認為的如果准予廢棄測驗結果可能導致事實上配額制，則採取堅強基礎標準下，雇主自然就不能採取這樣措施。3、採取這樣標準之結果無從預期。如果法院趨於保守可能較不容易認定構成差別影響歧視；然而採較自由見解之法院仍可能藉由這樣標準繼續維持，由於全面廢除差別影響歧視制度可能性極低，則這樣見解徒增歧見，無法正面解決此憲法爭議。[137]

除了前述屬於較消極面的禁止歧視外，美國反歧視法體系架構中，尚有積極優惠措施之制度。

136 *See* Michael, *supra* note 124, at 198-208.
137 *See id.* at 208-14.

doi:10.6342/NTU201701132

第三款 積極優惠措施

美國推動積極優惠措施措施源於 1961 年甘迺迪總統頒布第 10925 號總統行政命令，規定聯邦政府及契約商，應採取積極措施以推動及保障平等之工作機會，但因欠缺實際執行方式，流於宣示性質。[138]於 1965 年詹森總統頒布第 11246 號總統行政命令，則明令任何與聯邦政府有商業性來往之私部門企業，於就業各階段均不得對受雇者有任何歧視待遇情形，並於勞動部設有聯邦契約遵循署負責執行此項命令。該署曾頒布一項行政命令，規定凡承包聯邦政府契約達美金五萬元以上之承包商、轉包商，如僱用人數超過五十人以上，應以書面提出積極優惠措施之方案，以達積極僱用婦女或少數族裔，如果違反則可能會被取消與政府間合約或禁止日後參與投標，此項行政命令有多次修正，目前即美國就業上積極矯正措施之重要法源依據。[139]於 1973 年復健法則規定承包聯邦政府契約及接受聯邦政府財政補助者，有義務對身心障礙者積極提供就業機會。[140]於 1991 年玻璃天花板法（Glass Celling Act），納入 1001 年修正民權法之一部分，特別規定應由聯邦政府設立玻璃天花板委員會，以消除女性及少數族裔升遷障礙和機會，以舉行相關公聽會或採取必要措施，以增進女性或少數族裔升遷機會。[141]根據前述法律規定，無論是公部門（聯邦或各級州政府），或是私部門雇主都可能採取積極優惠措施保障特定群體。

積極優惠措施，固然保護弱勢群體、矯正過往歧視以達實質平等之良善動機，然作法上既是以種族、性別等因素採取差別待遇措施，以達到給予特定弱勢族群於招募或晉升等各項勞動條件受有優惠利益之目的，而可能面臨是否構成「反向歧視」，即對白人、男性等群體反而構成直接差別對待之歧視，而違反民權法第七編違法之問題。而如果是聯邦或各級州政府之措施，亦可能進一步引起是否違反憲法

138 焦興鎧（2009），〈論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力〉，《長庚人文社會學報》，第 2 卷第 1 期，頁 57-58。
139 同前註，頁 58-59。
140 同前註，頁 59。
141 同前註，頁 59。

doi:10.6342/NTU201701132

第 5 條即憲法增補條文第 14 條平等保護條款而違憲之爭議。[142]因此確實有必要進一步觀察美國聯邦法院對於採取這類措施之看法，本文將舉例說明其態度與立場。

美國聯邦法院於 1979 年 *United Steelworkers of America v. Weber* 案，私部門雇主即美國鋼鐵工人公司與工會間達成團體協約，保留一半機會使黑人員工得以參加熟練員工訓練計劃，而身為白人之原告 Webber 主張該項措施構成以種族為差別待遇之反向歧視，而違反民權法第七編違法。判決結果認為即使雇主無法證明黑人過去曾受歧視待遇，但因為雇主所僱用技術熟練員工種族比例顯不均衡之比例所採取積極優惠措施措施，並不違反民權法第七編禁止歧視之規定。[143]於 1987 年 *United States v. Paradise* 案，阿拉巴馬州公安局採取每晉升一位白人州警時，應同時晉升一位黑人州警之積極優惠措施，經判決認為族以糾正過去該州過去某些極端歧視少數族裔之作法而不違反憲法增補條款第 14 條平等保護原則。[144]

然而，如果產生過分不利之影響也可能構成反向歧視，特別是資遣解僱之情況下，仍可能違法或違憲。[145]於 1984 年 *Firefighters Local Union NO. 1784 v.Stotts* 案，法院首度認為年納西州孟斐市採取積極優惠措施，使資深白人消防隊員先被資遣，而資遣黑人反而得以留任，違反民權法第七編而無效。[146]於 1986 年 *Wygant v. Jackson Board of Education* 案，該案傑克森教育委員會與教師會間約定資遣裁員時不得超過特定少數族裔比例，其中一名非少數族裔之教師被解僱後起訴認為該措施違憲。最高法院認為任何過分保護少數族裔之積極優惠措施，可能會造成反向歧視而違憲，並認為該案使對少數族裔在資遣上給予積極優惠措施造成反向歧視而違反憲法增補條款第 14 條平等保護原則而違憲。[147]

隨後美國聯邦最高法院態度對於採取積極優惠措施傾向較保守之立場，要求必須採取較嚴格之態度審查是否確實屬於對於歷史上曾受歧視弱勢群體保護措施。

---

142 同前註，頁 64-66。
143 United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).
144 United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987).
145 焦興鎧，前揭註 138，頁 71。
146 Firefighters Local Union NO. 1784 v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984).
147 Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986).

doi:10.6342/NTU201701132

於 1989 年 *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* 案，涉及維吉尼亞州里士滿市議會通過少數族裔商業利用計劃，要求政府應將百分之三十公共建設之承包案優先分配給由少數族裔擁有或控制的企業，遭主張違反憲法增補條款第 14 條平等保護原則違憲。最高法院認為必須採取嚴格審查標準，僅限於過去確實因歧視待遇而直接受害少數族裔才有採取積極優惠措施之必要，並以該市並未提出任何直接證據證明過去少數族裔於公共建設承包上受有歧視待遇為由認為其措施違憲。[148]於 1995 年 *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* 案中，由於美國聯邦運輸部資助的工程採購合約中約定如果由少數族裔經營控制之中小企業分包，總承包商可以獲得額外補償，而由白人所經營之 Adarand 公司，主張該條款使其於競標中失利，理由為總承包商如果不是考慮到可以獲得上述額外補償，將接受其投標，進而以該條款違反憲法增補條款第 14 條平等保護條款違憲。法院判決認為雖然對於弱勢群體保護之積極優惠措施，可以採較寬標準進行審查；然而，種族本身未必足以推定為弱勢群體，故單純以種族進行積極優惠措施應採取較嚴格審查標準判斷，進而認為該措施違憲。[149]

從上述觀察，美國聯邦最高法院雖然採取較保守立場，但並沒有根本否定採取積極優惠措施之合憲性，問題關鍵可能仍在於審查標準取捨，與所採取措施是否足以證明確實是積極矯正過去受歧視之「弱勢」群體而定。

綜觀美國反歧視法從憲法增補條款第 14 條平等保護原則、以至民權法第七編等相關專法和積極優惠措施，均屬於美國反歧視法制之一部分，如要討論關於前科者保護之問題，自應納入一併思考。

第三節　對前科者之保護措施與限制

美國從過去到現在基於社會對於罪犯的偏見以及相關法律的限制，犯罪前科者無論是要在公部門或是私部門找到工作都面臨到相當大的阻礙。雖然美國在立

[148] City of Richmond v. J.A. Croson Co., 448 U.S. 469 (1989).
[149] Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

doi:10.6342/NTU201701132

法和司法的合作下，建構起了完整的反歧視法架構，但前科者似乎仍無法受到完善的保護。其中，相當重要的原因是因為美國在操作反歧視法律時，存有一核心之思維為「合理的差別待遇」（rational discrimination）。亦即，若雇主能夠證明，並非只是因為個人屬於特定身分群體之單一原因而給予差別待遇，而是因為聘僱應徵者將有損雇主利益時，基於「合理」的經濟和效率的考量即可合法差別對待，如此構成「理性」決定，不構成歧視。

1967 年就業年齡歧視法（ADEA）通過時，當時的總統詹森即表示，因為雇主的年齡歧視導致許多有工作能力的人被迫選擇退休，造成國家相當大的經濟損失。[150]美國聯邦最高法院在 *Hazen Paper Co. v. Biggins* 案解釋年齡歧視法時，也曾明白的表示，年齡歧視法的立法目的是為了避免雇主因為年齡的因素，造成雇主以員工的年齡身分而對其工作生產力（productivity）以及能力（competence）錯誤連結；然而，若雇主是為了不發放年資較深者的退休金而將之解僱，此事基於「理性」考量之結果，就非屬於單純以年齡因素作出判斷，而不構成年齡歧視。[151]

除此之外，美國聯邦最高法院在解釋 1990 年的美國障礙者法時，也同樣的把雇主理性判斷的思維納入考量。美國障礙者法，是美國第一部法院明文規定限制雇主「理性思考」之範圍。該法律不僅是要求雇主將身心障礙者與一般員工一樣以相同之理性標準看待，更要求雇主要積極提供身心障礙者「合理對待措施」（Reasonable Accommodation），以利其工作。此種作法其實是將政府處理身心障礙者失業問題之成本轉嫁到雇主身上。[152]然而，美國聯邦各級法院在解釋此法律時仍然維持其一貫的立場，讓「合理對待措施」的解釋，可以符合有效率之「理性」商業模式。[153]美國聯邦最高法院在 *U.S. Airways v. Barnett* 案中處理到一名背部有受傷的員工向公司提告希望可以留在收發室工作的案件。原告主張這是合理對待措施，但雇主主張依據其公司內部的年資系統，此要求不符合規定。法院則認為，此

150 *See* Simonson, *supra* note 7, at 289.
151 Hazen Paper Co. v. Biggins, 507 U.S. 604 (1993).
152 *See* Simonson, *supra* note 7, at 294.
153 *See id.* at 294-96.

doi:10.6342/NTU201701132

法律只是讓身心障礙者可以享受到與一般人相同自然享受到之工作機會，因此沒有任何理由讓公司破壞公司內部的規定讓原告享有特別之待遇。[154]

實則，美國聯邦最高法院針對不同的差別待遇事由，對於認定雇主是否是「理性判斷」的標準仍有寬嚴之差，從最嚴格到最寬鬆判斷標準之光譜大致是種族、性別；其次是身心障礙、年齡；最後則是前科紀錄。由於一個人是否具有前科，對雇主而言是應徵者自我選擇的結果。此紀錄反應的是求職者過去不適任以及不道德之行為。因此，雇主若拒絕聘僱前科者，似乎才是一個「理性」的行為。在此思維下，在美國要透過既有的法律保障前科者的困難度就大為提高。[155]

雖然如此，美國還是有許多機制來回應前科者歧視之問題，除了將前科紀錄納入背景查核，而涉及職場隱私保護之問題之觀點外，[156]另從「平等」保護之角度來關注如何落實前科者於職場上平等就業機會，不論是優點、或是缺點，在美國長年實踐經驗的累積下都值得作為我國的借鏡。目前美國法上透過平等保障之視角，用來保護前科者免於遭就業歧視工具，可區分為美國聯邦憲法增補條款第 14 條、民權法第七編、禁止查問求職者前科記錄相關法律與各州專法，以下就其如何運用於保障前科者就業以及其限制分述之。

第一項　透過聯邦憲法增補條款第 14 條規範前科歧視

美國聯邦憲法增補條款第 14 條第 1 項是聯邦最高法院用來處理國家歧視問題的重要條款。由於國家和私部門都可能是職場上的雇主，因而當前科者應徵公部門之工作，此條文就會成為保障前科者的工具。美國聯邦最高法院和地區法院至今已處理過多則國家所為之對前科者就業歧視之案件。

154 U.S. Airways v. Barnett, 535 U.S. 391 (2002).
155 *See* Simonson, *supra* note 7, at 289-90.
156 *See* MATTHEW W. FINKIN, PRIVACY IN EMPLOYMENT LAW 254-61 (Bloomberg BNA Press 4d. ed. Cumulative Supp. 2016).

doi:10.6342/NTU201701132

於 1898 年美國聯邦最高法院 *Hawker v. New York* 案，首度處理以前科限制職業選擇自由之問題，然而該案法院採取相對寬容態度面對。該案原告 Hawker 原本是一名醫師，於 1878 年因墮胎罪判刑十年，紐約州則於 1893 年通過公眾健康法（Public Health Law），限制重罪前科不得從事醫師工作，法院認為系爭法令合憲，蓋國家有義務要求醫生具有良好品格為人民服務，而具有重罪前科足以證明原告是否不適任從事藥劑工作，不需要再考慮個別情況。[157]雖然該案並沒有直接論及憲法增補條款第 14 條平等保護條款，但論者認為可以看出法院判決肯認前科與工作表現間存有理性關聯，即承認前科與保護公眾健康、福利和安全的合法政府目的之間存在著合理關聯而合憲。[158]

於 1957 年美國聯邦最高法院 *Schware v. Board of Bar Examiners* 案，法院判決認為基於憲法增補條款第 14 條，職業資格限制必須與工作適格性和能力間有合理關聯，進而認為僅根據 Schware 的逮捕紀錄、使用別名和前共產黨員身分不得限制其執行律師業務之資格。[159]於 1960 年美國聯邦最高法院 *De Veau v. Braistead* 案，法院判決認定限制前科者不得代表海濱工會收取會費工作之法令屬於一個合理的手段以達成避免工會腐敗之合法目的而合憲。[160]

爾後美國聯邦下級法院針對法令對於前科者職業選擇自由限制即採取寬鬆之「合理」審查標準，大多數案件採寬容之立場而肯認法令合憲，僅少數案例成功挑戰法令。

於 1970 年美國聯邦第一巡迴法院 *Upshaw v. McNamara* 案，以前科身分足以證明個人欠缺自我控制能力或誠實特質，而不足以擔任警職為由，認定限制前科者擔任警職之法令合憲。[161]1983 年美國聯邦第七巡迴法院 *Schanuel v. Anderson* 案，

---

157 Hawker v. New York, 170 U.S. 189 (1898).
158 *See* Saxonhouse, *supra* note 29, at 1618.
159 Schware v. Board of Bar Examiners, 353 U.S. 232 (1957).
160 De Veau v. Braistead, 363 U.S. 144 (1960).
161 Upshaw v. McNamara, 435 F.2d 1188, 1190(1st Cir. 1970) (holding that a convicted felon can be disqualified from serving as a policeofficer even though subsequently pardoned because a person who has committed a felonymay lack "self-control or honesty" necessary for the position).

doi:10.6342/NTU201701132

以過去曾有嚴重犯罪罪刑足以代表潛在濫用權力傷害他人之危險性為由，肯認禁止限制重罪前科者十年內不得擔任保安人員合憲。[162]1984 年美國聯邦第六巡迴上訴法院 *Darks v. City of Cincinnati* 案，法院肯認該市限制曾有兩次重罪前科者取得經營舞廳許可之法令與避免舞廳受犯罪者聚集危及公眾安全之合法目的有合理關聯而合憲。[163]於 1988 年美國聯邦第五巡迴法院 *FW/PBS, Inc. v. City of Dallas* 案，肯認如果曾有性犯罪相關前科五年內不得再經營性相關產業工作之規定合憲。[164]這類案件法院根據美國聯邦最高法院 *Schware v. Board of Bar Examiners* 案之要求，將前科罪刑與限制工作職務內容間建立合理關聯性，並否認根據個案情況判斷是否有更生之可能性。整體而言，法院對於前科者的態度並不友善，認為前科者對於特定職務可能必然欠缺職業資格。

雖然如此，然有少數判決肯認過於寬泛和籠統法令限制，無法通過合理審查之門檻。舉例而言，針對美國康乃狄克州聯邦地區法院 1977 年 *Smith v. Fussenich* 案，認為州法永久限制重罪前科者擔任私部門偵探或保安人員違憲。[165]1979 年美國加利福尼亞州聯邦地區法院 *Brewer v. Dep't of Motor Vehicles* 案，禁止前科者取得出售車輛許可證違憲。[166]1989 年美國伊利諾伊州最高法院 *People v. Lindner* 案認定性犯罪與安全駕駛間沒有合理關聯，對性犯罪前科者撤銷駕駛執照違憲。[167]

另一方面，也並非沒有案例針對前科分類採取合理審查進行爭議。於 1974 年美國愛荷華州聯邦地區法院 *Butts v. Nichols* 案，原告主張愛荷華州條例禁止任何有重罪前科者擔任公務員違反憲法增修條款第 14 條平等保護條款，原告基於三個理由認為審查政府對於前科者差別待遇措施是否違憲應採嚴格審查標準，第一、基於前科者於少數族裔占有顯著比例，以前科為差別待遇應屬於種族之嫌疑分類，而應

[162] Schanuel v. Anderson, 546 F. Supp. 519, 525 (D.C. 111. 1982), aff'd, 708 F.2d 316(7th Cir. 1983) (persons who have committed serious crimes in the past have demonstrated a "greater potential for abuse' of rights and privileges").
[163] Darks v. City of Cincinnati, 745 F.2d 1040 (6th Cir. 1984).
[164] FW/PBS, Inc. v. City of Dallas, 837 F.2d 1298, 1304-05 & n.22 (5th Cir. 1988).
[165] Smith v. Fussenich, 440 F. Supp. 1077, 1080-81 (D. Conn. 1977).
[166] Brewer v. Dep't of Motor Vehicles, 155 Cal. Rptr. 643 (Cal. Ct. App. 1979).
[167] People v. Lindner, 535 N.E.2d 829 (Ill. 1989).

doi:10.6342/NTU201701132

提高為嚴格之審查標準；第二、前科本身即應屬於嫌疑分類（suspect classification）；第三、就業權應屬於基礎性權利（fundamental interest），而應採較嚴格審查標準。[168]其並主張，就算法院認為全部不成立並拒絕適用嚴格審查標準，該法令認為全面禁止重罪擔任公務員，未考慮到罪刑的性質和嚴重性、定罪後經過時間、重罪程度、適應能力以及犯罪行為之情況，仍然是不合理手段，因此違憲。[169]然而上述論點並沒有被法院接受。

隨後即有論者評論 *Butts v. Nichols* 案認為美國聯邦地區法院確實不太可能將「前科」直接列為嫌疑分類以嚴格審查標準看待，因此僅以合理性審查處理此類爭議。然而，論者仍認為原告所提出將「前科」作為嫌疑分類之主張理應受到更多關注。[170]前科應該被認定是「嫌疑」分類，並提出兩個具體理由：第一、前科者曾有受到有目的不平等待遇之歷史，從古希臘和羅馬時代開始遭定罪之前科者即可能遭褫奪公權，包括喪失一切財產與公民權利，美國早期許多州設有類似法律，剝奪前科者之權利包括剝奪投票權、任用公職、擔任陪審員到拒絕專業和職業許可證有所不同；重罪者其婚姻和父母監護權甚至會遭終止，使前科者長達數個世紀接受不平等待遇；[171]第二、前科者屬於政治參與權力弱勢之少數，由於美國社會的階級和種族結構，絕大多數前科者都是窮人、低階階層、少數族裔、低教育者。而美國刑事司法系統顯示社會掌權者之價值觀，以致大多數弱勢之貧困和少數群體將會在體制內以犯罪、監禁、假釋、再犯惡性循環，而無權改變相關法律政策。[172]此外，論者引用美國聯邦最高法院 1915 年 *Truax v. Raich* 案，[173]指出：「憲法增補條款第 14 條目的包括使社區中每一個人可以有機會與自由享有權利去求職維持生存」；[174]與 1923 年 *Meyer v. Nebraska* 案，也指出從事任何共同的生活職業是憲法增補條款

[168] Butts v. Nichols, 8 BNA Fair Emp. Prac. 676 (S.D. Iowa 1974).
[169] *See id.* at 682.
[170] *See* Kohler, *supra* note 1 , at 1419.
[171] *See id.* at 1420.
[172] *See id.* at 1421.
[173] Truax v. Raich, 239 U.S. 33 (1915).
[174] *See id.* at 41. 原文：「the right to work for a living in the common occupations of the community is of the very essence of the personal freedom and opportunity that it was the purpose of the [Fourteenth] Amendment to secure.」

doi:10.6342/NTU201701132

第 14 條所保障之利益，肯認就業應該屬於基礎性權利應從嚴審查。[175]

然而，前科為嫌疑分類之主張主張，於後也未曾受美國聯邦法院所接受，於 1982 年 *Schanuel v. Anderson* 案、[176]1983 年 *Owens v. Barnes* 案、[177]1996 年 *United States v. McKenzie* 案，[178]也都指出前科並非嫌疑分類。

整體而言，美國國家法令對於前科者職業限制頗多，受限於法院難以接受將前科作為嫌疑分類而提高審查標準，採現行合理審查標準之下，固然有助於對於過於寬泛限制過廣之法令或是限制與職業顯然無關之情況進行救濟；但因為如何劃分特定職業與禁止罪名之合理關聯性有爭議，同樣無法全面解決對於前科者就業歧視之困境。由於少數族裔面對前科者就業歧視困境問題更為嚴重，因此有諸多案例試圖透過民權法第七編保護進一步對抗前科者面臨就業歧視問題。

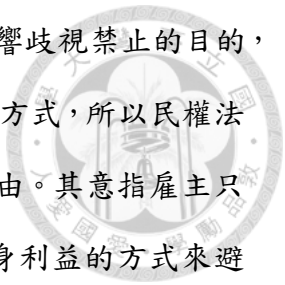
第二項　透過民權法第七編規範前科歧視

除了聯邦增補條款第 14 條第 1 項外，目前前科者可以依賴聯邦政府之最重要的法律即是民權法第七編，但保護效果仍相當有限。

在美國法民權法第七編規範歧視的類型可區分為差別對待歧視和差別影響歧視。然而要適用差別對待歧視，必須要是民權法所明文禁止歧視的事由，而「前科」並不包含在內。因此在美國無法直接適用差別待遇歧視的類型來保障前科者。若要透過民權法保障前科者的就業機會，目前僅能依靠禁止差別影響歧視之保護。[179]由於美國少數族裔因前科身分遭受就業歧視之問題遠較白人嚴重，雇主採取根據前科紀錄所為僱用措施，固然屬於表面中立措施，但對於少數族裔造成顯著不利之影

175 Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).
176 Schanuel v. Anderson, 546 F. Supp. 519, 524 (S.D. Ill. 1982)
177 Owens v. Barnes, 711 F.2d 25 (3d Cir. 1983).
178 United States v. McKenzie, 99 F.3d 813 (7th Cir. 1996).
179 *See* Pettinato, *supra* note 20, at 842.

doi:10.6342/NTU201701132



響，而有構成基於種族事由差別影響歧視違法之可能性。差別影響歧視禁止的目的，是為了要避免不合理的差別對待產生，並且保障雇主合理的聘僱方式，所以民權法賦予雇主可以透過「經營必要性」、「工作關連性」作為免責之事由。其意指雇主只需在符合理性利益時調整其聘僱政策即可，而無庸特別違反自身利益的方式來避免歧視的發生，[180]因此仍有適用上之限制。

此外，透過民權法第七編差別影響歧視，固然可以間接達到保護前科者問題，然而其本質目的仍在於防免種族歧視，以至於美國行政機關和學界對於適用種族差別影響歧視間接保護前科者有許多顧慮。至少有三種政策考量認為不該將差別影響歧視原則適用在前科者身上，第一、犯罪行為是個人的選擇，不應適用反歧視法；第二、雇主沒有義務解決社會歧視的問題；第三、雇主不僱用前科者的政策並非基於潛在的歧視動機。[181]

然而，上述三種政策目的都不能作為拒絕適用差別影響歧視於前科者之理由。首先，雖然犯罪是個人意志下的產物，但是社會上的不平等，也會造成此結果的產生。美國聯邦最高法院在 *Griggs v. Duke Power Co.* 案中提出差別影響歧視理論，認為原告不能完成高中學業有部分是個人因素，但也有是因為在學校內長期受到較劣等的教育導致畢業率較低。[182]因此美國聯邦最高法院從未認為只要是因為自己的因素所導致的問題，就不能適用差別影響歧視原則。[183]其次，差別影響理論並非是為了為了彌補司法程序對種族產生的不平等，而只是不讓雇主制定與營業需要無關的政策，讓前科者的就業機會更加惡化。第三，美國聯邦最高法院適用差別影響歧視時，本不考量雇主主觀上是否有歧視受雇者的動機。[184]

目前尚無美國聯邦最高法院判決直接處理到此類爭議，但於聯邦地區與巡迴上訴法院已有多則案件處理到差別影響歧視原則適用在前科者身上之爭議，其判

---

[180] *See* Simonson, *supra* note 7, at 291.
[181] *See* Connett, *supra* note 13, at 1045.
[182] Griggs, 401 U.S. 424 (1971).
[183] *See* Connett, *supra* note 13, at 1046.
[184] *See id.* at 1046-47.

doi:10.6342/NTU201701132

決發展亦帶動了平等就業機會委員會（EEOC）頒布指引。

於 1970 年美國加州聯邦地區法院於 *Gregory v. Litton System, Inc* 案， Litton 公司要求所有求職人必須於申請書上填載逮捕紀錄，一名黑人求職者 Greogry 因過去十四次之逮捕紀錄遭取消僱用擔任鈑金工人之決定，Greogry 起訴主張雇主 Litton System 公司違反民權法第七編禁止歧視之規定。雇主則抗辯自己是基於逮捕紀錄作成決定，並非基於種族、膚色、宗教、性別或原始國籍所為決定。然而，美國加州聯邦地區法院認為以由於黑人擁有逮捕紀錄比例顯著大於白人，拒絕僱用曾有逮捕紀錄之人，客觀上即可預見將使黑人失去平等就業之機會，而違反民權法第七編之規定，並進一步認為沒有證據可以支持具有多次未經定罪之逮捕記錄之人受僱時會比其他雇員低效率或不誠實執行職務，無從因符合業務必要性而免責。於後美國第九聯邦巡迴上訴法院也支持公司沒有提出任何合法經營必要性以查詢潛在受僱者之逮捕紀錄。[185]

前述 *Gregory v. Litton System, Inc* 案是以逮捕紀錄取消僱用決定。而實際討論定罪紀錄之案例，則是 1972 年 *Carter v. Gallagher* 案，[186]在美國聯邦第八巡迴上訴法院審理同意犯罪紀錄不應當然直接成為拒絕僱用之理由。然而，法院被雇主說服認為如果是重罪或多重犯罪之前科紀錄，從保護消防員和公眾角度而言，可能會影響到消防部門職位之適用性。

除此之外，1972 年美國平等就業機會委員會（EEOC）於 制定指引，即指出根據民權法第七編規定，除有具體考量個案之定罪時間、性質、次數與受僱者過去實際工作經驗足以表明某一特定工作之特定人員不符合該項工作之安全與有效運作外，如雇主直接以定罪紀錄排除或拒絕僱用少數族裔，即屬違法之行為。[187]

1975 年，美國聯邦第八巡迴上訴法院於 *Green v. Missouri Pacific Railroad*

[185] Gregory v. Litton System, Inc, 316 F. Supp. 401 (C.D. Cal. 1970), modified on other grounds, 472 F.2d 631 (9th Cir. 1972).
[186] Carter v. Gallagher, 452 F.2d 315 (8th Cir.), cert. denied, 406 U.S. 950 (1972).
[187] *See* Kohler, *supra* note 1 , at 1413.

doi:10.6342/NTU201701132

Company 案，[188]再度認為密蘇里太平洋鐵路公司遵循政策拒絕僱用除了交通犯罪以外一切前科者，涵蓋過廣而無法證明拒絕僱用非裔美國人之顯著不利影響是合理之決定。[189] 該案原告 Green 是一名黑人於 1967 年因拒絕從軍而定罪判刑監禁 21 個月，[190]並於 1970 年應徵時告知雇主上述資訊。[191]法院發現 1971 年 9 月 1 日至 1973 年 11 月 7 日，共有 3,282 名黑人和 5,206 名白人向被告公司求職，其中有 174 名黑人即 5.3%因前科紀錄而被拒絕，而白人則為 2.23%，認定足以構成顯著差別影響。[192]公司雖然提出基於：(1) 避免貨物遭竊、(2) 經手公司財務、(3) 真實職業資格、(4) 將使其他受僱人成為潛在目擊證人、(5) 僱用具潛在暴力傾向者將導致僱用人責任、(6)再犯導致就業中斷、(7) 前科者缺乏道德信念等理由作為經營必要性之抗辯，法院卻認為公司並沒有提出實證基礎，也沒有試圖採用對種族影響較小之替代方案而不採信雇主之抗辯；甚至認為即使提供理由有相關，但也不構成絕對拒絕僱用之理由。[193]

近期較樂觀之發展是美國聯邦第三巡迴上訴法院於 2007 年 *El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority* 案，[194]原告 Douglas El 由被告公司之分包商 King Paratransit Services 僱用，為精神和身心障礙人士提供運輸服務，經犯罪背景調查結果，四十年前 El 前年僅十五歲時有二級謀殺罪並服刑三年半之前科紀錄，El 於應徵時雖然有主動透漏上述資訊但公司並沒有特別留意，直到收到犯罪背景調查結果後才終止與 El 間雇傭契約。[195]理由為根據被告公司採取禁止僱用任何危險駕駛、道德狂妄之輕罪或暴力犯罪之前科者，也禁止僱用七年內有犯罪之前科者之政策。[196]El 認為該政策構成對黑人和西班牙裔之差別影響歧視。[197]雖然美國聯

188 Green v. Missouri Pacific Railroad Company, 523 F.2d 1290 (8th Cir. 1975).
189 *See* Simonson, *supra* note 7 , at 291.
190 *Green*, 523 F.2d at 1292-93.
191 *Id.* at 1292.
192 *Id.* at 1294.
193 *Id.* at 1298.
194 El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority, 479 F.3d 232 (3d Cir. 2007).
195 *Id.* at 235-36.
196 *Id.* at 236.
197 *Id.* at 236-37.

doi:10.6342/NTU201701132

邦第三巡迴上訴法院判決最終支持雇主之決定，但仍提出對於此類案件相對積極開放的意見。[198]

首先，該判決認為雇主提出「經營必要性」之抗辯必須有一定程度實質證明，而不能僅以「基於常識」為由主張；[199]其次，針對雇主抗辯為了挑選更有質量的受僱者這類「更多更好」抗辯並不足以達到「經營必要性」之門檻。[200]判決並指出以前科為由差別影響歧視案件，與其他差別影響歧視案件有所不同，大多數差別影響歧視案件，例如：施加測驗，探討是此類措施是否確實足以評判符合特定職務適格能力最低資格；然而，根據前科紀錄所為僱用措施，考量的卻不是能力，而是風險，以原告 El 而言謀殺罪的前科雖然無法代表 El 無法安全或有能力擔任駕駛，但卻可能代表足以對載送之旅客帶來風險。[201]

雖然該判決試圖說明雇主對於「經營必要性」之說明與舉證應負起更高之責任，但判決仍肯認被告公司對於前科之僱用政策與其「經營必要性」是相符的。判決採信被告提出「經營必要性」之抗辯理由為：(1) 駕駛與乘客有非常密切接觸並與途中與乘客共處；(2) 乘客為身心障礙者更容易受傷害且有更顯著比例受性暴力犯罪攻擊；(3) 暴力犯罪有再犯可能性且無從精準預測是否再犯；(4) 有前科紀錄後經過多久時間並不影響前科者之暴力犯罪可能性仍高於沒有前科者。[202]但判決也強調關於定罪時年齡、特定罪名定罪後經歷期間等因素不可能將風險降到可接受水平之證明應由僱主負責舉證，而非由勞工來證明雇主可以採取其他較不歧視之替代方案。[203]最後判決依賴被告公司提供專家證人證詞認定，無論前科紀錄經過多久，暴力犯罪前科者，相較無前科者，仍有更高再犯率而對潛在乘客造成不可避免之風險，而原告 El 並沒有爭執該專家資格或提出反證推翻此認定，進而判決原告 El 敗

198 *See* Simonson, *supra* note 7 , at 860.
199 *El*, 479 F.3d at 240.
200 *Id.*
201 *Id.* at 242-43.
202 *Id.* at 245.
203 *Id.* at 246.

doi:10.6342/NTU201701132

訴。[204]

有論者認為 *El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority* 案是一則劃時代案例，要求以更高標準檢視雇主提出「經營必要性」之抗辯，並促使平等就業機會委員會（EEOC）回應該案之意見於 2012 年頒布新的指引。[205]

平等就業機會委員會（EEOC）於 2012 年 4 月 25 日公布新指引，繼續支持雇主以前科記錄作僱用篩選構成對於少數（特別是黑人和拉丁美裔）造成差別影響歧視，要求雇主僱用政策應與工作關聯性（job related）且與經營必要性（business necessity）一致，雇主可以兩種方式去證明自己基於風險評估而有經營必要性。首先，針對性篩選（targeted screen）指的是雇主必須從 1、前科之本質與嚴重性，如是否涉及特定類型傷害、犯罪要素為何、嚴重性；2、前科與刑期期滿已經過多久之時間性；3、關於工作職位之本質，也就是關於職務本身之必要內涵為何，透過這三個面向去檢視前科對於雇主可能帶來之風險；接著是個人化之評估（individualized assessment），也就是透過：1、告知求職者等申請人他可能或因為其個人前科記錄而被排除，使其有機會提供更多有利於己之資訊，以避免自己被排除；2、提供求職者等申請人機會去提供有關於犯罪之額外的資訊和脈絡去說服這樣的行為並不足以將其認定為不適任特定工作；3、雇主應檢視這些額外的資訊是否仍使求職者等申請人置於僱用政策之外，如果這些事實無法證立所提高之風險，即不能將其排除於職場之外。[206]

在 2013 年美國俄亥俄州聯邦地區法院 *Waldon v. Cincinnati Public Schools* 案，[207]該案源於俄亥俄州 2007 年立法要求對現有學校僱員進行犯罪背景調查，包括不負責關照、監護或教養兒童職責之職務，一旦擁有特定罪名之前科，無論經過多久

[204] *Id.* at 247.
[205] *See* Pettinato, *supra* note 20 , at 859-60.
[206] *See* Garrett A. R. Yursza Warfield & David J. Rini, *New EEOC Guidance: Implications for Ex-offender Reentry and Employment, or "It Is Hard to Articulate the Minimum Qualification for Posing a Low Risk of Attacking Someone."*, 95 Mass. L. Rev. 195, 207-09(2013)
[207] Waldon v. Cincinnati Public Schools, 941 F. Supp. 2d 884 (S.D. Ohio 2013).

doi:10.6342/NTU201701132

也不論與僱員職務之關聯性即應受解僱。[208]於 2008 年，被告即校方該法解僱十名僱員，有九位是非裔美國人，其中二位 Gregory Waldon 和 Eartha Britton 提起訴訟，[209]校方抗辯這是遵守州法而符合經營必要性。[210]法院判決認為原告已經提出顯著差別影響之舉證，[211]並且認定州法僅限於嚴重且近期之犯罪前科，並且僱員職務必須與接近兒童相關。[212] Waldon 在 1977 年被判刑服刑二年，於校區已經工作三十多年；Britton 在 1983 年因購買和出售大麻輕罪判刑，已經在學區工作十八年，故二名原告之犯罪前科，均已間隔非常久之時間，且於職場上已經有數十年良好的表現。[213]本案中的重大貢獻是有二，首先承認前科對於非裔美國人產生顯著差別影響；[214]其次，法院認為民權法第七編規定優於單純遵守國家法律。[215]然而，法院判決仍然接受如果是嚴重且近期犯罪前科，且職務內容接觸兒童將涉及安全疑慮，仍有拒絕僱用之可能性。[216]

然而，從美國聯邦地區法院幾個判決觀察，差別影響歧視來處理前科者就業歧視問題，並非毫無限制。如果所涉職務涉及「公共安全」則雇主相對極容易符合「經營必要性」而免責。[217]舉例而言，1992 年 *Tye v. City of Cincinnati* 案，[218]辛辛那提消防隊招募消防員將實施犯罪前科調查，[219]於 1985 年至 1987 年期間，五名黑人應徵消防員遭拒絕，同一段期間以犯罪前科調查拒絕 60%的黑人申請人和 30%的白人申請人錄用。[220]法院承認犯罪前科背景調查對少數族裔造成顯著不利差別影響，然而，涉及公共安全僱用之雇主對於經營必要性舉證負擔應較低，僅需表明其標準與工作相關，以避免潛在風險。[221]於 1998 年 *Clinkscale v. City of Philadelphia*

---

208 *Id.* at 886.
209 *Id.* at 886.
210 *Id.* at 887.
211 *Id.* at 888.
212 *Id.* at 889.
213 *Id.* at 889.
214 *Id.* at 888.
215 *Id.* at 888-90.
216 *Id.* at 888-90.
217 *See* Pettinato, *supra* note 20 , at 852.
218 Tye v. City of Cincinnati, 794 F. Supp. 824 (S.D. Ohio 1992).
219 *Id.* at 827-28.
220 *Id.* at 826 , 829.
221 *Id.* at 833.

doi:10.6342/NTU201701132

案，[222]原告 Clinkscale 是一名非裔黑人，向費城警察局應徵警察職位，曾有兩次被逮捕紀錄，認定無罪且已消除前科紀錄，但費城警察局仍根據逮捕紀錄拒絕錄用。[223]法院判決仍然認為逮捕紀錄可能足以表明不利於擔任警察之資格之關聯性而構成經營必要性。[224]於 2005 年 *Foxworth v. Pennsylvania State Police* 案，[225]原告 Foxworth 是一名非裔美國人，曾有竊盜前科但遭消除紀錄，其應徵賓夕法尼亞州警察局警察時也遭拒絕錄用，[226]法院同樣肯認該政策族以確保公共安全使警察不會無視法律。[227]

整理美國聯邦法院至今針對差別影響歧視原則適用於前科者上的案件，大致可以歸納出三個類型：

首先，若雇主廣泛的拒絕聘用有逮捕紀錄者，或是和工作性質無關的犯罪紀錄者，有很高的可能性會被認定為違反民權法第七條。因為，此條文的目的就是要避免對特定群體的刻板印象，確保每個人都會是潛在的受僱者。[228]

其次，縱然是雇主廣泛的禁止前科者，但若工作性質涉及公共安全時（如：警察局、消防局），法院會傾向承認此種差別待遇。再者，雇主依據工作的性質，在挑選員工時依據平等就業機會委員會（EEOC）的考量應徵者的犯罪型態、次數、犯罪經過的時間後，廣泛的拒絕錄用前科者，法院會傾向認定此是合法的。因為，很難強迫雇主在挑選員工時，完全不顧慮犯罪者的前科紀錄，如：不該禁止雇主拒絕聘僱有侵占前科紀錄之前科者擔任一個負責財務的工作。[229]

最後，在雇主僅禁止特定犯罪或應徵特定職位，或參考過長時間的犯罪紀錄，則勝敗的比率就要看原告是否能夠提出足夠的數據資料，證明在雇主挑選應徵者

222 No. 97-2165, 1998 WL 372138 (E.D. Pa. June 16, 1998).
223 *Id.* at *1.
224 *Id.* at *3.
225 Foxworth v. Pennsylvania State Police, 402 F. Supp. 2d 523 (E.D. Pa. 2005).
226 *Id.* at 527-28.
227 *Id.* at 534-36.
228 *See* Pettinato, *supra* note 20, at 875.
229 *Id.* at 876.

doi:10.6342/NTU201701132

的就業市場內，確實此種犯罪會對民權法所保障的群體造成差別影響。若答案是肯定的，法院就會傾向判決原告勝訴。[230]然而，證明特定措施對於特定受保護弱勢群體造成顯著不利影響仰賴統計數據本身就是繁重的證明方式。[231]此外，儘管在 *El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority* 案判決對於以差別影響歧視理論來間接保護前科者並沒有敵視之態度，並以縝密和平衡的分析，將部分舉證負擔轉移給雇主，然而，前科者仍然受限於難以取得證據推翻雇主關於再犯數據之舉證。[232]

從上可見，美國聯邦法院在適用差別影響歧視原則涉及前科者之案件中仍相當保守。法院多次在適用差別影響歧視時，考量安全、效率和合理性的問題，並同意具有將前科認定是有風險之求職者進而肯認以前科身分拒絕僱用差別待遇視合理的決定。因此縱然對於前科者的歧視有很高比例的都是非裔美國人或拉丁人。基於民權法潛在強調雇主的理性選擇之考量，要適用差別影響歧視來保障前科者仍有相當大的困難。[233]

另一方面，透過差別影響歧視理論，法院重點仍放置於保護「種族」，例如：少數族裔因此所受顯著差別不利影響之結果，保護「前科」者是間接、附帶之結果，甚至法院態度顯示對於「前科」者因此受惠有排拒之敵意態度。有些案件法院因而接受雇主提出對於「前科者」之真實歧視抗辯，如果雇主確實試圖採取特定限縮措施，以侷限於特定與工作有關聯前科才不錄用，此時雇主不錄用的原因確實可能是基於「前科」而非關禁止歧視事由即「種族」，雇主措施即合法。[234]這類案件可以看出來部分法院其實並不認同透過差別影響歧視以達間接保護前科者之目的。[235]

舉例而言，以 1989 年美國佛羅里達聯邦地區法院 *EEOC v. Carolina Freight*

---

[230] *Id.* at 877.
[231] *See* Paul-Emile, *supra* note 25, at 926.
[232] *See* Pettinato, *supra* note 20 , at 863.
[233] *See* Simonson, *supra* note 7, at 291.
[234] *See* Pettinato, *supra* note 20, at 858.
[235] *See id.* at 855.

doi:10.6342/NTU201701132

*Carriers Corp.*案，[236]卡羅萊納州貨運公司採取拒絕僱用因重罪、竊盜、強盜而受定罪之前科者之政策，[237]一名西班牙裔男子曾於 1968 年竊盜罪判緩刑、1969 年重刑竊盜罪判刑監禁，當年他僅 18 歲，近十年後 1980 年他開始擔任該公司卡車司機，在公司表現良好也被晉升為正式員工，於後因接受測謊而被發現有先前定罪被取消正式員工資格，隨後他提出歧視申訴由平等就業機會委員會（EEOC）代表他提起訴訟並遭解僱。[238]判決雖然認同西班牙裔之竊盜定罪率高於白人，公司所採取政策也對西班牙裔造成影響，[239]但法院判決仍以不足以證明構成不合理之「顯著」不利影響，且採信公司以避免員工遭竊盜為由之經營必要性抗辯。[240]判決更直白指出，平等就業機會委員會（EEOC）之意見形同認為少數族裔應該被較低標準（即不應考慮其前科紀錄）作決定，如此是對其他數百萬誠實的西班牙裔美國人之侮辱；受雇者誠實與否品質與雇主招聘決定無關是荒謬的論點。[241]於 2013 年美國馬里蘭州聯邦地區法院 *EEOC v. Freeman* 案，[242]平等就業機會委員會（EEOC）主張公司所採取犯罪背景調查政策對於非裔美國人產生差別影響歧視，法院雖以統計資料不足為由以簡易判決駁回，[243]但從判決理由提及犯罪紀錄檢查之優點與進行犯罪檢查之原因是顯而易見之評論，[244]進而提到任何理性雇主都應該暫停考慮基於這類不足統計結果來作決定，甚至批評平等就業機會委員會（EEOC）之作法，將使雇主遭受受僱者犯罪之潛在責任且讓多數雇主對於相關方針感到不滿，[245]缺乏確實可信賴統計數據進而譴責雇主基於常識（即認定前科者可能帶來潛在風險）所為決策，並非國家反歧視法所要求的。[246]均清楚見到法院對於此類型案件之敵意。[247]

[236] EEOC v. Carolina Freight Carriers Corp., 723 F. Supp. 734 (S.D. Fla. 1989).
[237] *Id.* at 737-38.
[238] *Id.* at 742-46.
[239] *Id.* at 751.
[240] *Id.* at 751.
[241] *Id.* at 752-53.
[242] EEOC v. Freeman, 961 F. Supp. 2d 783 (D. Md. 2013).
[243] *Id.* at 786-87, 799.
[244] *Id.* at 785.
[245] *Id.* at 786-87, 799.
[246] *Id.* at 785.
[247] *See* Pettinato, *supra* note 20, at 854-55.

doi:10.6342/NTU201701132

依附於民權法第七編差別影響歧視理論保護前科者，最大的問題在於一般僅限於少數族裔可以受惠，如果並非少數族裔之前科者難以納入保護。又縱使依附於民權法第七編差別影響歧視之理論，使少數族裔之前科者，確實可能間接受惠，並據此主張雇主以前科紀錄作成決定，構成對種族差別影響歧視而違法，現實上仍有極高困難。畢竟種族歧視於現今較容易被接受其與工作能力無關，不應作為雇主決定之理由，然而前科紀錄相對容易與職場工作能力或資格建立關聯性，則雇主究竟是基於歧視還是合理之決定，難以判斷。況且，雇主一般會在僱用前階段，即勞工處於應徵、求職階段即受雇主未經通知而直接拒絕錄用，求職者現實上根本難以查知自己被拒絕之原因是否與前科有關，或難以舉證證明特定措施或是無法取得相關數據資料證明有差別影響存在。[248]而相較於職場上如果發生針對性別或種族於升遷之歧視，通常受歧視之被害人更容易集結提起集體訴訟，因前科而遭拒絕面視、僱用之前科者，本身往往是孤立無援，也難以獲得必要之證據資料以說明雇主存在前科歧視；是即令以差別影響歧視間接保護前科者，現實上也很難達到預防與糾正不良歧視或確保機會平等之效果。[249]

於此情況下，各州或城市採取透過禁止查問前科記錄避免前科歧視之立法型態，禁止雇主查問前科紀錄，以求達到歧視發生之前避免歧視，則是對於解決前科者就業歧視問題之另一種嘗試。

第三項　透過禁止查問前科記錄規範前科歧視

除了直接的透過民權法第七編差別影響歧視間接保護少數族裔之前科者外，受限於民權法第七編適用上限制於少數族裔與舉證困難等困境，對抗前科者就業歧視之問題，美國隨著民間團體與學者倡議提出透過禁止雇主任意探問應徵者前

248 *See* Paul-Emile, *supra* note 25, at 924-27.
249 *See id.* at 926-27.

doi:10.6342/NTU201701132

科記錄的方式，來間接避免雇主歧視前科者。[250]蓋雇主沒有機會知道求職者之前科記錄，自然就不會有機會單純因為其前科者之身分，而拒絕面試或拒絕僱用，如此應可以有效達成再歧視發生之前即禁止歧視之目的，更能有效對抗前科者就業歧視之問題。

此種禁止雇主探問前科者前科記錄之倡議，雖然利益良善，但在推動和執行上都仍有許多障礙。因為，在職場上，許多時候雇主基於職缺的性質，免不了會探問求職者前科記錄；除此之外，美國有相當多的法律會要求雇主主動探問求職者之前科記錄，再決定是否聘僱，否則未來員工對他人造成損害，雇主可能會有法律上的責任。甚至，有許多法律已經明文禁止有特定前者者擔任特定類型的職務，為了符合法律的規範，無論公部門或私部門都會有主動探問求職者前科記錄的必要。

因而，雖然透過禁止查問前科記錄來避免前科者遭受就業歧視，目前在美國屬於一種較新興的作法，但仍非全國普遍的共識。在美國聯邦法下，是透過民權法、公平合理信用報告法（The Fair Credit Reporting Act；簡稱 FCRA）為架構，但透過此架構要落實此種反歧視措施，有相當大的障礙；因而，大多數是由美國各州單獨專法有執行。但有論者，認為現行有關禁止查問的各州立法仍有不足之處，因而參考美國障礙者法與基因歧視法之框架，提出其看法。

本文以下將討論民權法第七編踐行禁止查問的侷限性、各州禁止查問之立法、以及美國障礙者法與基因歧視法框架下的禁止查問法制倡議三部份說明。

第一款 民權法第七編的侷限性

美國聯邦政府是透過民權法第七編以及公平合理信用報告法（FCRA），建構

[250] *See id.* at 926.

doi:10.6342/NTU201701132

建置探問求職者前科記錄的制度，但成效相當不彰。

公平合理信用報告法（FCRA）是於 1970 年制定，此法律的制定目的是為了要促使擁有和散佈消費者個人信用資訊給雇主的消費者徵信機構（consumer reporting agencies），可以準確性、公平性和確保隱私的利用這些資訊，此法律的主管機關是聯邦貿易法委員會（Federal Trade Commission）。在 1998 年時，此法律管制的範圍擴及到為了僱用目的而出售前科記錄之公司。[251]

不過，因為諸多的因素，公平合理信用報告法（FCRA）並無法達到禁止雇主探問應徵者前科記錄，並防止前科記錄對應徵者產生損害之目的。首先，許多提供前科記錄的公司主張其所提供的資料，並非消費者徵信報告，因此不受本法管制；再者，此法只現在第三方提供前科資料的機構，並不禁制雇主自行探問前科者的前科資料；第三，本法並沒有嚴格的要求前科資料提供公司所提供資料的正確性，有些已經遭到註銷的前科紀錄也會被納入，且應徵者並沒有簡便的方式可以要求該公司更正資料；第四，主管機關並沒有協助雇主雇主了解使用這些應徵者龐大且複雜的前科資料；此將導致雇主過度依賴並片面解讀此份報告，為了避免因為僱用到前科者而導致自身未來遭興訟的風險，也傾向直接不僱用前科者；最後，主管機關也沒有要求資料提供公司向雇主說明如何解讀這些資料並應用在僱用程序中。由於各州立法，對於禁止查問的規定和對於前科者的聘用政策並不相同，欠缺對雇主此部份的教育，會導致各州有關保障前科者的法律無法落實。[252]

雖然平等就業機會委員會（EEOC）在 2012 年公佈的民權法第七編操作指引，明確指出若雇主自動的拒絕僱用前科者，有可能違反民權法第七編差別影響歧視。然而，此限於拒絕僱用的結果會對種族造成差別影響歧視，而不是為了直接保障前科者。雇主其實是可以合法探問應徵者的前科記錄，就算其有違法歧視前者的意圖，也很難被察覺。畢竟對於雇主而言，很輕易地能將前科與工作相互連結，雇主很輕

[251] *See* Paul-Emile, *supra* note 25, at 916.
[252] *See id.* at 917-20.

doi:10.6342/NTU201701132

易地可以抗辯基於營業之需要有探問求職者前科紀錄之必要性。[253]

最後，在民權法和公平合理信用報告法（FCRA）架構下，應徵者要判斷雇主有無因為前科記錄給予歧視，也有事實上的困難。因為很多時候，雇主在聘僱的前階段就不會給予有前科記錄者面試的機會，求職者也不會知道不被僱用的真實原因。且就算雇主實際上是基於前科記錄拒絕僱用而可能涉及民權法第七編差別影響歧視之違法，也因為應聘者事實上根本難以取得數據資料和其他資訊判斷是否符合差別影響歧視之要件，導致求職者現實上難以對雇主提起訴訟救濟。[254]

綜合上述，可見要從美國聯邦法體系去禁止雇主探問求職者的前科記錄有其難度，因而各州開始有個別立法以試圖真正透過限制雇主查問前科紀錄達到解決前科者就業歧視之問題。

第二款 Ban the Box 之立法倡議

有感於美國聯邦層級反歧視法對於前科者保護受限於差別影響歧視禁止之類型，而差別影響歧視又僅能適用於特定少數族裔之前科者，舉證複雜、訴訟門檻極高，也無力解決多數前科者是根本苦無得到面試機會，更遑論蒐證證明自己是因為前科紀錄而拒絕僱用。基於前述美國聯邦制定民權法第七編保護不足，許多前科者組織民權團體進行 Ban the Box 之立法倡議，要求各州或市建立禁止查問前科紀錄之專法，亦求由下而上，從民間力量要求政府立法解決前科者面臨就業歧視之問題。[255]所謂 Ban the Box 法案泛指非聯邦法，而由各州或各市針對禁止雇主於應徵時探問申請人前科紀錄所制定法律。目的是增加前科者之就業機會以避免再犯，透過限制雇主查問前科紀錄方式，促使雇主能接審視求職者個人特質，而非根據其過往犯

253 *See id.* at 924-26.
254 *See id.* at 926-27.
255 *See* Elizabeth P. Weissert, *Get Out of Jail Free? Preventing Employment Discrimination Against People with Criminal Records Using Ban the Box Laws,* 64 U. Pa. L. Rev. 1529, 1532,45 (2015-2016).

doi:10.6342/NTU201701132

罪紀錄作判斷，以避免歧視。[256]

此類立法最早係源於夏威夷州 1974 年制定之法律。該法明文規定除非雇主能證明具體工作需要篩選前科者之真實職業資格外，禁止雇主或職業介紹所於口頭或應徵申請書表探問申請人的前科記錄；如果申請書表格中有涉及前科之問題，必須附有免責聲明擔保除非求職職位與其罪名相關外，申請人不會因為承認有前科紀錄而受到歧視，且必須註明「除非面試者要求，否則不要填寫」。探問目的應該限於申請人申請職務涉及經手財務或其他敏感性職務。[257]

而美國夏威夷州在 1998 年立法更進一步僅限於雇主於通知應徵者有條件錄取條件後才能進行查問犯罪前科紀錄，於 2004 年，美國加利福尼亞州奧克蘭之前科者組成「All of Us or None」之民間主張，主張於應徵階段查問犯罪紀錄導致對於前科者之就業歧視且加劇種族歧視之問題，透過集會與積極遊說倡議，終於促成舊金山通過決議，除非法令明文禁止前科者擔任特定職務情況外，原則上禁止於應徵表格上探問前科紀錄之問題。[258]過去十年來，隨著 Ban the box 法案立法倡議運動，其影響範圍越來越廣泛，截至 2015 年 12 月，全國約有九十個城市和二十一個州頒布相關之立法。[259]除此之外，也影響了社會態度和商業習慣，部分有規模之私部門企業亦主動改變其僱用政策，取消於求職者於應徵申請時，即查問或調查前科紀錄之政策。[260]

各地禁止前科紀錄查問之立法法制各有不同，有四個主要的差異要素，即：（1）法律規範雇主涵蓋之範圍；（2）雇主於僱用之各階段可以查問應徵者之前科紀錄；（3）雇主應如何審查與考量前科紀錄；（4）法律具體執行之機制。[261]

針對雇主涵蓋之範圍，涉及立法限制規範之對象是僅限於公部門雇主抑或包

---

[256] *See* Adriel Garcia, *The Kobayashi Maru of Ex-offender Employment: Rewriting the Rules and Thinking Outside Current "Ban The Box" Legislation,* 85 Temp. L. Rev. 921, at 929-31.
[257] *See* Kohler, *supra* note 1, at 1427.
[258] *See* Garcia, *supra* note 256, at 925.
[259] *See* Weissert, *supra* note 255 , at 1532.
[260] *See id.* at 1547.
[261] *See id.*

doi:10.6342/NTU201701132

括私部門雇主。起初多數立法，僅限於規範公部門雇主。於 2011 年，費城成為全美國第一個採取同時規範公部門與私部門雇主之城市。[262]

至於雇主何時可以探問前科紀錄，即具體而言於僱用何階段何時可以查問其前科紀錄。[263]許多法律規定禁止雇主查問前科紀錄直到第一次面試以後才可以查問前科紀錄；而有些法律則更進一步禁止雇主查問前科紀錄直到確認應徵者符合特定職務資格為止，以發揮更大的影響力，此類規定類似美國障礙者法（ADA）之立法，直到雇主提供應徵者具體職位以前不得查問其是否為身心障礙者。[264]法律限制程度通常取決於制定者對於前科者或雇主之友善程度而定。舉例而言，明尼蘇達州制定法律相對而言對雇主較為友善，唯一限制是雇主在面試之前不得探問前科紀錄，但雇主甚至可以提前通知應徵者，如果具有特定前科紀錄將取消錄取資格。[265]反之，康乃狄格州則禁止雇主查問前科紀錄直到雇主確認求職者針對特定職務符合資格為止；而夏威夷州則要求僅限於求職者已經同意並接受該職務後，雇主才可以進行前科紀錄之查問，相對而言，更重視對於前科者之保護。[266]

除了限制雇主於何僱傭階段才能查問前科紀錄外，如何規範雇主應審查與考量前科紀錄的目的亦屬重要。適度的法律規定與指引可以改善雇主對於前科之偏見。然而，有部分法律僅規定雇主於僱用特定時點之前不得查問前科紀錄，但對於查問取得前科紀錄後如何評估並沒有規範。針對查問前科資料考量範圍之規定，有部分法律限制禁止考慮未經定罪之逮捕或指控之前紀錄，有部分法律限制僅得針對特定職務，例如：負責執法或追究刑事責任領域相關職務，才可以考量前科紀錄；有少數法律規定雇主僅在符合「經營必要性」情況下才能考量前科紀錄。[267]

針對具體審查標準，有一些法律則參考 2012 年公平就業機會委員會（EEOC）

[262] *See id*. at 1548.
[263] *See* Garcia, *Supra* note 256, at 929-31.
[264] *See* Weissert, *supra* note 255, at 1548.
[265] *See* Garcia, *supra* note 256, at 945.
[266] *See id*.
[267] *See* Weissert, *supra* note 255, at 1549.

doi:10.6342/NTU201701132

須布之指引，明文規定雇主應考慮之因素，包括前科類型、與應徵職務之關聯性、前科經過時間長短。[268]而法律規定明確程度，亦同樣展現制定者對於前科者或雇主之友善程度。舉例而言，明尼蘇達州相對於雇主較友善，則對雇主於探問前科紀錄所查得之一切資訊不加限制，可由雇主自行評價。至於夏威夷州則明確限制雇主僅能考量與應徵職務具有理性關聯之定罪前科紀錄，也禁止雇主超過十年以上之前科紀錄。[269]而康乃狄克州，則採相對衡平之立法，雖然允許雇主針對查問後取得前科紀錄納入考量，但明定審視標準應包括：前科性質與工作間關聯性、應徵者更生復歸社會之程度、前科紀錄定罪或出獄經過之時間。[270]

最後，關於法律具體執行之機制，影響具體落實之效果，亦有區別之實益。絕大多數 Ban the Box 立法僅規範由執法單位針對違法雇主施以罰款，而欠缺給予勞工個人救濟權利。[271]此外，針對雇主所查問取得錯誤或不精確之前科資訊，僅少數法律有提供直接救濟之機制，以康乃狄克州規定應徵者可以在雇主根據所查問取得前科紀錄作成不利決定之七日內提出申訴反駁前科紀錄之精確性和關聯性。[272]

關於 Ban the Box 立法一方面有助於前科者求職就業，另方面也有助於使雇主可以採用合適的方式篩選僱用適格之勞工，應屬衡平之作法。因為絕大多數是近期才制定相關法律，就實際上對於減少前科者就業歧視之成效還有待進一步觀察，然而，於明尼阿波利斯和北卡羅來納州達勒姆市立法後進行一系列調查發現確實有助於減少前科者被公部門拒絕僱用之情況。[273]

然而，針對現行相關 Ban the Box 立法並非完全沒有批評與限制，主要分成三點批評：第一、大多數立法適用範圍仍侷限於公部門，僅有少數規定適用私部門雇主，適用範圍之限制以致影響其實際成效。[274]第二、多數法律僅限於禁止雇主於第

[268] *See id.*
[269] *See* Garcia, *supra* note 256, at 947.
[270] *See id.* at 947-48.
[271] *See* Weissert, *supra* note 255, at 1550.
[272] *See id.* at 1550 & note 133.
[273] *See id.* at 1551.
[274] *See* Katrina Liu, *Reentering the City of Brotherly Love: Expanding Equal Employment Protection for*

doi:10.6342/NTU201701132

一次面試前探問前科紀錄，於第一次面試以後，即使雇主探問取得前科紀錄並基於歧視前科不予錄用也不至於違法，對於根本改善雇主對於前科者歧視態度之效能不彰。[275]第三、於執行面上，多數法律針對雇主違反禁止查問相關規定，僅由執法機構處以罰金作為處罰，並不提供私部門訴訟權利，亦即不提供個人補償救濟管道。[276]罰金固然有助於執法之成效，然而，提供私部門訴訟權利，特別是可以涵蓋私部門尋求救濟律師費用補償之法律，相對而言將給雇主施加更大之壓力，以期雇主遵守法律規範並增加公眾關注。[277]

於上述批評之下，論者試圖以調和雇主與前科者之利益出發，以保障前科者免於歧視，與衡平社會風險之目的下，進一步分析應如何建立更理想之 Ban the Box 立法模式。[278]這樣的分析通常是根據適用範圍、前科紀錄探問之限制時點、雇主對於前科之考量、執法與管制機制等四個面向各別分析。

首先，於適用範圍，基於透過 Ban the Box 立法盡可能保護更多前科者之立場，應盡可能使所有的雇主被 Ban the Box 法制所涵蓋。[279]然而，考量到過失僱用或反歧視訴訟成本過高，應排除僱用人數少於十人以下之小型企業之適用；[280]此外，針對現行法律明文規定特定職務應進行前科調查，或是基於照顧或接觸較容易受傷害之第三人，例如醫院、學校、養老院，或必須進入私部門住宅之職務；或涉及公共安全之職務，應例外排除此類雇主禁止查問前科之限制。[281]

其次，至於前科紀錄探問限制之時點，有論者認為應從衡平勞資雙方之利益之觀點，最理想之方式是限制雇主於第一次面試前應禁止查問前科紀錄，以避免雇主基於前科紀錄直接拒絕第一次面試而錯失適用之人才，也可以使雇主可以基於理

Ex-Offenders in Philadelphia, 22 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 175, 1890-190(2012).
[275] *See id*. at 189-90.
[276] *See* Liu, *supra* note 274, at 189-90.
[277] *See* Weissert, *supra* note 255 , at 1550.
[278] *See* Garcia, *supra* note 256, at 921-24. Weissert, *supra* note 255 , at 1551.
[279] *See* Garcia, *supra* note 256, at 942. Weissert, *supra* note 255, at 1552.
[280] *See id*.
[281] *See* Garcia, *supra* note 256, at 942,944. Weissert, *supra* note 255 , at 1552.

doi:10.6342/NTU201701132

性綜合斟酌求職者面試表現與前科紀錄判斷是否錄用。另一方面也可以避免前科者浪費其經多次面試，最終卻因前科紀錄而遭拒絕所耗費之時間與金錢。[282]然而，也有論者認為限制雇主於第一次面試前禁止查問前科紀錄，固然有助於讓前科者可以基即取得面試機會並於面試過程中展現自己適任於所應徵職務並親自解釋說明其前科紀錄之情況，然而仍難免會使潛在歧視問題遭忽略，因此在雇主正式對申請人提出具體職缺工作條件之前，應該禁止雇主探問其前科紀錄，以確保雇主所探問前科紀錄與職務和工作條件關連性和經營必要性。[283]

至於決定什麼樣資訊可以由雇主透過犯罪背景確認取得，是否可以全面性地取得犯罪紀錄，有論者認為最理想作法應參考適用民權法第七編之 *Green v. Missouri Pacific Railroad Company* 案標準，即雇主必須透過確認關於犯罪者與系爭工作關聯性、前科者具體更生情況、前科經過期間等綜合檢視判斷是否利用這樣犯罪前科紀錄。[284]此外有論者認為參考紐約州之立法雖然沒有像夏威夷州立法禁止雇主查問取得超過十年以上之前科記錄，惟經法院實務則認為超過 30 年之前科已無考慮意義，因此確實仍有建議宜以法律明文規範前科紀錄經歷一定期間後得以更生，而不得再作為雇主僱用考慮因素。[285]

最後針對執法與管制機制之分析，有論者提出最理想應採取最大執法效能之模式，也就是必須確保私部門訴訟救濟之空間。如是作法，一方面可以允許公共倡議和民權律師參與執法，也可以避免私部門權利因為公權力行使延誤而陷入僵局。雖然，雇主可能會很排斥私部門訴訟，但受限於小型企業獲賠金額不高，多數律師可能就不會建議當事人採取訴訟之方式，因此即便允許私部門訴訟救濟除了可以提高嚇阻例外，理應不至於對於小型企業雇主造成過度影響。[286]

有論者並具體提出其認為理想之 Ban the Box 立法範本，應至少包括六條規範。

---

[282] *See* Garcia, *supra* note 256, at 946-47.
[283] *See* Weissert, *supra* note 255, at 1552-53.
[284] *See id.* at 1553.
[285] *See* Simonson, *supra* note 7, at 299-30, 306-07.
[286] *See* Weissert, *supra* note 255 , at 1528-29.

doi:10.6342/NTU201701132

第一、鑒於現今社會普遍存在對於前科者就業歧視問題，以致於再犯率升高、對非裔和西班牙裔美國人顯著不利影響之目的制定本法；第二、本法適用於本轄區內僱用十人以上之公部門與私部門雇主，但基於其他法律另有規定應盡前科紀錄調查義務則不在此限；第三、雇主不得於應徵者提出申請時，直接探問其前科紀錄；第四、除雇主已正式提供應徵者具體職務僱用條件之情形外，雇主不得主動查詢應徵者之前科紀錄；第五、雇主於審閱應徵者之前科紀錄時，應將下列因素一併列入考量：（一）前科紀錄所涉罪名與犯罪性質、（二）前科紀錄至今經過時間、（三）所應徵職務之性質；第六、由當地負責就業歧視管制之主管機關執行，如發現違法情事，可以對雇主裁處最高 2000 元美金之裁罰，任何人因雇主違反相關規定而拒絕僱用者，有權對因此所受損害請求賠償，並包括律師費等救濟。[287]

第三款 健康法管制框架之倡議

美國非聯邦層級之 Ban the Box 立法核心仍在於禁止查問前科紀錄，雖然涉及對於雇主蒐集勞工資訊管制之問題，但仍是以民權法的思考為框架，仍有侷限性。因此即有論者更進一步的跳脫民權法的框架，參考美國障礙者法（ADA）、反基因資訊歧視法（GINA），分析應如何建立以前科紀錄「資訊管制」為核心之立法架構。

其認為在資訊時代下，前科者容易因為自己的身負的污名遭到歧視，有很大的因素是因為科技發展導致前科紀錄容易被取得。而聯邦美國障礙者法（ADA）與基因歧視法（GINA）的管制框架，是採取「在歧視發生前先避免歧視」之策略，進行資訊之管制。其將此種思考，稱之為「健康法框架」（Health Law Framework）之管制架構。而認為，可透過兩個層次規範降低雇主以前科紀錄做為篩選受僱者之依據：第一、減少雇主不當查問前科紀錄，並據此為篩選僱用之依據；第二、進一步控制資訊取得，禁止雇主要求或購買受僱者本身或其家屬之前科紀錄資訊，或透過

[287] *See id.* at 1554.

doi:10.6342/NTU201701132

網路取得前科紀錄資訊，以達反前科歧視之目的。[288]

其指出美國障礙者法（ADA）和基因資訊反歧視法（GINA）於三個重要面向和傳統民權法第七編禁止種族等歧視法律規定有顯著不同，卻剛好可以用來規範前科者就業歧視問題。首先，身心障礙者與基因都是基於一種特定特徵或條件來定義歧視，與前科紀錄相通，並非旁人顯而易見的特質。相同的是強大的社會歧視可能會對他們構成不利就業之基礎；第二、與種族不同，一個人若存在一種身心障礙（如：精神病），或犯罪記錄，可能會是雇主排除個人受僱之合法理由；第三、雇主會考慮身心障礙資訊（特別是精神病）、基因資訊或前科記錄來歧視求職者，禁止相關資訊流通確實可以有效事先防止歧視以保障機會均等。[289]

其提出以健康法框架來管制前科紀錄等資訊導致歧視問題之具體建議。第一、為了避免尚未面試前取得前科紀錄等資訊，基於對於前科者污名與歧視，除了法律明定應進行前科調查之職務外，應禁止雇主於初次面試之前，探問求職者前科紀錄；應徵得受僱者同意才能進一步於調查前科紀錄。[290]第二、為了避免求職者完全不知道自己為何被拒絕錄用，應規定強制雇主負有具體說明拒絕僱用理由之義務；如此亦可具體確認限於與工作關聯性和業務必要性情況下才能將前科紀錄納入考慮，並可以達到避免雇主將未定罪之逮捕紀錄或與職務無關之犯罪紀錄納入評估。[291]第三、為了更強而有力執行公平合理信用報告法（FCRA）現有規定，必須強制雇主一旦透過第三方取得前科紀錄等資訊時，應有通知求職者之義務。[292]第四、雇主再根據前科紀錄作成決定前，應使求職者有機會可以根據公平合理信用報告法（FCRA）現有規定去反駁或說明雇主取得前科紀錄資訊是否正確。[293]

[288] Paul-Emile, *supra* note 25, at 898.
[289] *Id.* at 934-35.
[290] *Id.* at 939-40.
[291] *Id.* at 940-41.
[292] *Id.* at 941.
[293] *Id.* at 941-42.

doi:10.6342/NTU201701132

第四款 小結

如何限制雇主在僱用員工時探問應聘者的前科記錄是目前美國法上新興的反前科者就業歧視措施。理論上，禁止查問前科記錄的立法倡議，可以避免有前科者在應徵工作時被直接排除在外；讓雇主可以體會到有前科者的工作能力其實與一般人也沒有太大的不同；亦能作為一種政府支持和鼓勵前科者就業的政策宣示。然而，目前此政策目前於美國大多只有公部門落實，私部門還沒有普遍性的適用。而且大多數 ban the box 的立法其實沒有禁止雇主在聘僱員工後，如何使用員工的前科資料，因此其實保障並不充足。且最意想不到的是，雇主可能因為沒有辦法取得前科資料，而推定男性非裔美國人可能有前科記錄，而在僱用決策時即預先排除，如此反而加深種族刻板印象，且無從根本改善雇主歧視前科者之態度。這些缺點，也因而導致有論者主張，政府應該不再受限於此種間接的方式來保障前科者就業，而是應該積極的立法明文禁止針對前科者的就業歧視。[294]

第四項　透過直接納入反歧視法規範前科歧視

關於禁止查問前科紀錄相關立法，目的是透過控制前科紀錄資訊之方式以試圖解決雇主歧視前科者之問題。然而，現實多數禁止查問立法最多僅是限制雇主查問前科紀錄之時點，亦即採取單純「延後」雇主可以查問前科紀錄之時間，並沒有根本地解決雇主歧視前科者之態度問題。如果真的要和前科者面對之就業歧視問題宣戰，制定禁止對前科者就業歧視之反歧視專法有其必要性，各州亦有立專法「直接」將「前科」身分納入反歧視法律規範之趨勢。如何制定專法？專法應該涵蓋那些管制內容？都有進一步探究之必要。

[294] *See* Mullings, *supra* note 14, at 281-83.

doi:10.6342/NTU201701132

第一款 應將前科身分直接納入反歧視法之理由

前科者於就業職場上遭受歧視，以致就業困難、生存困難、再犯率提高、增加社會風險等問題，現實上確實存在。而面對雇主歧視前科者之問題，禁止查問相關立法，只是從控制雇主如何取得、評估前科紀錄之角度出發顯然是不夠的，若不透過立法直接禁止對於前科者之歧視，恐怕難以改變雇主對於前科者歧視之態度。[295]

然而，針對前科立法保護禁止就業歧視，可能會面臨幾個質疑。首先，不同於民權法第七編所規範禁止歧視之事由，如種族、性別等因素是天生不可改變的特徵，前科者之犯罪行為是透過自主決定而來，而面臨是否不值得受反歧視法保護之問題。然而，美國反歧視法體系建構下，針對何種事由進行保護，其實只是立法判斷形成之結果，與是否值得被保護並沒有必然之關聯，正如美國至今仍有人認為非裔美國人或婦女未必需要納入反歧視法而受保護之爭論相同。[296]

其次，如何決定應納入受反歧視法保護之身分群體，會落入是否屬於「理性」抉擇之困境。所謂「理性」抉擇，指的是傳統的反歧視法奠基於強調必須基於與「工作無關之因素」所為之歧視，才應納入反歧視法保護，以確保雇主不會作出違反「理性」之決定。舉例而言，民權法第七編所禁止歧視之項目，如種族、膚色、性別、原始國籍可能確實與工作能力無關，禁止歧視之立法有助於使雇主作出理性之決定。當然，美國障礙者法（ADA），以試圖讓雇主進一步僱用障礙者，但仍以雇主應考慮是否可以提供障礙者提供合理設備及工作環境而已達具有適格工作能力之程度；反觀，僱用前科者，形式上觀察確實可能增加雇主成本，例如：前科者再犯而無法繼續工作，雇主可能失去先前培訓之成本、潛在僱用過失責任等等，對雇主而言可能是不理性的決定。然而，如果重新省思而以「新理性」觀點，則將對於個別雇主之利益權衡改以整個社會觀點，也就是以促進前科者就業降低再犯以促進

295 *See id.* at 285.
296 *See id.*

doi:10.6342/NTU201701132

公共安全之利益將是一種新的思維觀點。[297]

更重要的是，如果考量到平等保護之內涵應在於對抗實質平等，而不僅僅在於保護形式上平等，則反歧視法重點應不在於要求雇主必須遵循制式的理性作僱用選擇，而應該是透過實質平等保護之精神，賦予雇主對抗系統性的污名和壓迫之義務。舉例而言，美國障礙者法（ADA）重點就是在要求雇主有義務僱用被社會與經濟排除之身心障礙者，以達實質平等之目的。因此，探討反歧視法之建構，不應將焦點聚焦於雇主是否做出理性選擇，而是是否提供足夠彌補平衡雇主為了遵循這些法律所付出之成本。而前科者基於被污名為非完整的公民，基於對受懲罰之污名等刑罰之附隨效果，被排除於經濟、社會之外，應該被認定是受限於結構上壓迫之歧視，而應該存有一個新理性觀點去支持其回歸職場，去挑戰對於前科者之污名。[298]當然，為了使社會公眾與雇主支持保護前科者之決定，應盡可能蒐集並建立足以分析關於前科者就業歧視所帶來社會成本之基礎，更應強調刑罰本質是更生之功能，就業歧視禁止之目的在防止再犯和復歸於社會。[299]

另一方面如果直接針對反歧視理論針對如何決定哪些個人或群體應受直接保護存在拉鋸關係，美國最高法院歷史上以「不可改變性」（immutability），也就是與生俱來如種族、原始國籍、性別或是基於身分，或透過成員之良知無法改變者如宗教、身心障礙，基於一種保護個人避免其因不可改變性之特質而受歧視，以確保其公平機會避免不公平，即成為公共政策目標。然而，由 Owen M. Fiss 提出另一種理論，將所謂「不可改變性」，移往思考有關烙印傷害（stigmatic harm），即以社會群體於社會經濟地位和政治地位決定其是否應受平等保護，如果是於歷史地位上社會最底層者，並在政治上權力剝奪無法發揮影響力，導致於不公平社會結構中處於弱勢群體地位，即有受反歧視法保護之必要。如果從這樣觀點，前科身分，一般而言與低教育水平和貧窮勞動聯結，長期低人力與社會資本使其邊緣化且受有污

297 *See* Simonson, *supra* note 7, at 307.
298 *See id.* at 307-09.
299 *See* Mullings, *supra* note 14, at 286.

doi:10.6342/NTU201701132

名與偏見阻礙，其政治力量也非常有限甚至被限制剝奪投票權而無從參與政治，即有應受反歧視法制保護之必要。[300]

根據上述理論，足以證立將「前科」身分納入美國反歧視法保障之範圍之必要性與正當基礎，則要考慮下一個問題是，是應由美國國會制定聯邦法律，還是留由各州之州法解決即已足？又應納入民權法第七編保障範圍（即修法增列保障事由），抑或應另立針對前科者之反歧視專法？

由於前科歧視並不僅限於各州當地之問題，應由美國國會制定聯邦法律解決。事實上，民權法第七編於 1963 年制定時雖然也有很多質疑，但不可否認至今大多數美國人均同意，於職場上根據種族或性別作決定是違反平等的，透過聯邦法律來宣示禁止基於前科紀錄對於前科者為職場上歧視，確實可期待可以改變來自社會私部門對於前科者之歧視。[301]此外，透過各州各別立法確實難以制定統一且一致之法律制度，反之透過聯邦法律確實有助於提供雇主清晰和統一之標準，也可以避免法體系間衝突和矛盾。[302]至於民權法第七編修正增列保障事由之建議，除了現實上很難突破傳統思維將民權法第七編禁止歧視事由限於天生不改改變之因素外，也可能會不當加深前科紀錄與種族、膚色間聯結。更何況，透過民法第七編修法納入，可能無法全面性解決對於前科歧視所需處理如前科紀錄涉及隱私；與如何兼顧雇主與公益需求下衡量前科紀錄之問題，因此仍以專法制定為宜。[303]

第二款 各州立法狀況概述

雖然是否要立專法保障前科者在美國尚有爭議，其實早在 1975 年即有論者關注美國從立法解決前科者就業歧視之問題，並分別從公部門僱用與私部門僱用之

300 *See* Liu, *supra* note 274, at 191-93(2012).
301 *See* Mullings, *supra* note 14, at 286.
302 *See id*. at 287.
303 *See id*.

doi:10.6342/NTU201701132

角度分別觀察。[304]

就公部門僱用部分，美國佛羅里達州於 1971 年率先立法規定，前科者不得僅因未被定罪而限制公職或專業執照之資格。僅有其所犯罪名與特許、專業或執業資格相關才拒絕承認其資格。[305]美國華盛頓州於 1973 年也通過類似法律，另外規定僅可以將十年內之前科列入考慮。[306]美國康乃狄克州同年頒布法律規定，更明確規定，不得僅因前科紀錄而限制職業或執照資格，僅在考慮申請人個人犯罪性質和所申請工作間關聯、個人更生復歸程度之資訊、犯案或逮捕至今間隔時間、州或其機構確認該申請人不具備職業或執照資格後，才能拒絕其申請。此外，拒絕申請後必須提供書面具體敘明其理由，有關逮捕或已經消除之定罪紀錄不得被列入考慮。[307]美國華盛頓哥倫比亞特區也有制定類似規定且具體規範對前科者之審查程序，使每一件申請案都依據各自情況進行判斷，審查內容包括：犯罪情境、申請人犯罪時年紀、是單一或重複性犯罪、導致犯罪之其他社會因素、更生證據，即使是已經錄用後才遭發現有前科紀錄也會採用相同標準進行審查。[308]

於私部門僱用部分，以夏威夷州、紐約州發展最早也相對完整，最值得參考。其中夏威夷州是第一個州於 1974 年制定專法禁止私部門雇主歧視前科者；[309]該法律的管制模式，是在一般禁止就業歧視條款中，明文將「逮捕與法庭紀錄」納入列入禁止歧視之事由，禁止雇主拒絕僱用或僱用或禁止或解除工作，與職業介紹所拒絕或拒絕轉介工作，或對任何個人進行分類或以其他方式歧視，也禁止雇主於職業介紹所徵才廣告或限制求職申請或為查詢。[310]例外情形有二，第一為受聯邦或州法

304 Kohler, *supra* note 1, at 1426-27.
305 *See id.* at 1427-28.
306 *See id.* at 1428.
307 *See id.*
308 *See id.*
309 *See Id.* at 1426-27.
310 Hawaii Revised Statutes Division 1. Government §378-2
(a) It shall be an unlawful discriminatory practice:
(1) Because of race, sex including gender identity or expression, sexual orientation, age, religion, color, ancestry, disability, marital status, arrest and court record, or domestic or sexual violence victim status if the domestic or sexual violence victim provides notice to the victim's employer of such status or the employer has actual knowledge of such status:
(A) For any employer to refuse to hire or employ or to bar or discharge from employment, or otherwise to

doi:10.6342/NTU201701132

律明確允許查詢個人犯罪歷史的雇主可以不受限制；第二、其他情形僅限於「定罪」紀錄與職務有合理關係，且求職者已經接受有條件之僱用條件後才可以進行分析，然而除了有期徒刑之前科外，其餘超過十年以上定罪紀錄不應再納入考慮，且應賦予求職者或勞工說明之機會。[311]

discriminate against any individual in compensation or in the terms, conditions, or privileges of employment;
(B) For any employment agency to fail or refuse to refer for employment, or to classify or otherwise to discriminate against, any individual;
(C) For any employer or employment agency to print, circulate, or cause to be printed or circulated any statement, advertisement, or publication or to use any form of application for employment or to make any inquiry in connection with prospective employment, that expresses, directly or indirectly, any limitation, specification, or discrimination.
available at http://codes.findlaw.com/hi/division-1-government/hi-rev-st-sect-378-2.html (Last visited: 06/02/2017)

[311] Hawaii Revised Statutes Division 1. Government § 378-2.5
(a)Subject to subsection (b), an employer may inquire about and consider an individual's criminal conviction record concerning hiring, termination, or the terms, conditions, or privileges of employment; provided that the conviction record bears a rational relationship to the duties and responsibilities of the position.
(b)Inquiry into and consideration of conviction records for prospective employees shall take place only after the prospective employee has received a conditional offer of employment which may be withdrawn if the prospective employee has a conviction record that bears a rational relationship to the duties and responsibilities of the position.
(c)For purposes of this section, "conviction" means an adjudication by a court of competent jurisdiction that the defendant committed a crime, not including final judgments required to be confidential pursuant to section 571-84; provided that the employer may consider the employee's conviction record falling within a period that shall not exceed the most recent ten years, excluding periods of incarceration. If the employee or prospective employee claims that the period of incarceration was less than what is shown on the employee's or prospective employee's conviction record, an employer shall provide the employee or prospective employee with an opportunity to present documentary evidence of a date of release to establish a period of incarceration that is shorter than the sentence imposed for the employee's or prospective employee's conviction.
(d)Notwithstanding subsections (b) and (c), the requirement that inquiry into and consideration of a prospective employee's conviction record may take place only after the individual has received a conditional job offer, and the limitation to the most recent ten-year period, excluding the period of incarceration, shall not apply to employers who are expressly permitted to inquire into an individual's criminal history for employment purposes pursuant to any federal or state law other than subsection (a), including:
(1)The State or any of its branches, political subdivisions, or agencies pursuant to sections 78-2.7 and 831-3.1;
(2)The department of education pursuant to section 302A-601.5;
(3)The department of health with respect to employees, providers, or subcontractors in positions that place them in direct contact with clients when providing non-witnessed direct mental health services pursuant to section 321-171.5;
(4)The judiciary pursuant to section 571-34;
(5)The counties pursuant to section 846-2.7(b)(5), (33), (34), (35), (36), and (38);
(6)Armed security services pursuant to section 261-17(b);
(7)Providers of a developmental disabilities domiciliary home pursuant to section 321-15.2;
(8)Private schools pursuant to sections 302C-1 and 378-3(8);
(9)Financial institutions in which deposits are insured by a federal agency having jurisdiction over the financial institution pursuant to section 378-3(9);
(10)Detective agencies and security guard agencies pursuant to sections 463-6(b) and 463-8(b);
(11)Employers in the business of insurance pursuant to section 431:2-201.3;
(12)Employers of individuals or supervisors of individuals responsible for screening passengers or property

doi:10.6342/NTU201701132

至於美國紐約州於西元 1976 年通過之 Article 23A，並於 2007 年修正其第 752 條「禁止對因前科或多項犯罪記錄為不公平歧視」，規定為：「沒有任何機構或私部門之證照申請或僱用，可以以個人過去一個或多個前科行為，或作為欠缺良好道德特質為理由去拒絕僱用或為不利對待，但：（1）如果對於過去一個或多個前科犯罪行為與特定的證照或職缺有直接關聯；或（2）證照許可或僱用，將涉及對以財產或安全或特定個人的福利或一般公眾之不合理風險者，不在此限。」[312]，而嘔前　紀錄之考量，則於第 753 條「關於先前刑事犯罪之考慮因素」，規定為：「1、針對第 752 條之決定，公共機構或私部門雇主應考慮以下因素：（a）本州公共政策，特別是本法案，鼓勵對於以前被定罪的一個或多個犯罪者的執照許可和就業。（b）對於該特定證照或職缺必要相關之特定職責與責任。（c）承前，犯罪前科者過去所為是否具備合適性與能力去執行這樣的職責與責任。（d）犯罪前科所經歷之時間。（e）犯下犯罪前科之年齡。（f）犯罪前科之嚴重程度。（g）任何關於申請人個人提出之資訊有關於其更生或良好表現。（h）公共機構或私部門雇主在其受保護財產、特定個人或整體公益之安全與福利等受合法利益；2、針對第 752 條之決定，公共機或

under title 49 United States Code section 44901 or individuals with unescorted access to an aircraft of an air carrier or foreign carrier or in a secured area of an airport in the United States pursuant to title 49 United States Code section 44936(a);
(13)The department of human services pursuant to sections 346-97 and 352-5.5;
(14)The public library system pursuant to section 302A-601.5;
(15)The department of public safety pursuant to section 353C-5;
(16)The board of directors of a cooperative housing corporation or the manager of a cooperative housing project pursuant to section 421I-12;
(17)The board of directors of an association of owners under chapter 514A or 514B, or the manager of a condominium project pursuant to section 514A-82.1 or 514B-133; and
(18)The department of health pursuant to section 321-15.2.
available at http://codes.findlaw.com/hi/division-1-government/hi-rev-st-sect-378-2-5.html (Last visited: 06/02/2017)

[312] N.Y. CORRECT LAW §752 (Mckinney 2005)
Unfair discrimination against persons previously convicted of one or more criminal offenses prohibited
No application for any license or employment, and no employment or license held by an individual, to which the provisions of this article are applicable, shall be denied or acted upon adversely by reason of the individual's having been previously convicted of one or more criminal offenses, or by reason of a finding of lack of "good moral character" when such finding is based upon the fact that the individual has previously been convicted of one or more criminal offenses, unless:
(1) there is a direct relationship between one or more of the previous criminal offenses and the specific license or employment sought or held by the individual; or
(2) the issuance or continuation of the license or the granting or continuation of the employment would involve an unreasonable risk to property or to the safety or welfare of specific individuals or the general public.

doi:10.6342/NTU201701132

或私部門雇主也應考慮給予申請人特定證明，以證明其已從不適格中更生或具備良好之表現，這樣的證明應該作為推定前科者更生。」，[313]對於雇主考量前科紀錄之指引，顯得具體而細緻，值得參考。

美國將前科身分直接納入反歧視法管制之州仍屬少數，[314]立法策略上難免都還不構周全而仍有進一步檢討之空間，因此有論者即針對就前科就業歧視管制，於立法上應涵蓋之面向進行討論。

第三款 納入反歧視法之參考要素

由於針對前科者就業歧視問題直接納入反歧視法，亦即將前科身分作為反歧視法直接禁止或管制規範之事由，則適用的範圍較廣，遠比法院可以保護範圍更大；另方面透過「民主」程序之立法，即便原先不受雇主歡迎之法律義務，仍可能因賦予實質合法性而被自願性之遵守，因此對於前科者的保護應屬較周延的作法。[315]

---

[313] N.Y. CORRECT LAW §753 (Mckinney 2005)
§ 753. Factors to be considered concerning a previous criminal conviction; presumption
1. In making a determination pursuant to section seven hundred fifty-two of this chapter, the public agency or private employer shall consider the following factors:
(a) The public policy of this state, as expressed in this act, to encourage the licensure and employment of persons previously convicted of one or more criminal offenses.
(b) The specific duties and responsibilities necessarily related to the license or employment sought or held by the person.
(c) The bearing, if any, the criminal offense or offenses for which the person was previously convicted will have on his fitness or ability to perform one or more such duties or responsibilities.
(d) The time which has elapsed since the occurrence of the criminal offense or offenses.
(e) The age of the person at the time of occurrence of the criminal offense or offenses.
(f) The seriousness of the offense or offenses.
(g) Any information produced by the person, or produced on his behalf, in regard to his rehabilitation and good conduct.
(h) The legitimate interest of the public agency or private employer in protecting property, and the safety and welfare of specific individuals or the general public.
2. In making a determination pursuant to section seven hundred fifty-two of this chapter, the public agency or private employer shall also give consideration to a certificate of relief from disabilities or a certificate of good conduct issued to the applicant, which certificate shall create a presumption of rehabilitation in regard to the offense or offenses specified therein.

[314] 於 2009 年研究指出，美國目前僅夏威夷州、堪薩斯州、紐約州、賓西法尼亞州、威斯康溪州有明文規範前科歧視。參王彬（2009），《就業中的前科歧視研究》，中國上海交通大學憲法學與行政法學博士論文，頁 93。

[315] Kohler, *supra* note 1, at 1431.

doi:10.6342/NTU201701132

因而，立於現有的各州反前科者就業歧視立法的基礎，即陸續有論者提出有效落實對前科者反歧視補救措施之專法應有的要素。其主張，此專法必須建立在承認前科者具有「一般性就業能力」之基礎上，並由雇主負擔「符合例外」之舉證責任。除非確立前科與特定職務或工作有直接關係，否則不得剝奪其就業機會。此外，前科技路一旦經過一定期間後，即應全面禁止據此所為之一切歧視。[316]如果採全面化觀點省思如何建構完善之前科者就業反歧視專法，可以從以下七個面向著手。

第一、應明確建立反歧視條款，即直接明文禁止對於前科者之歧視，且規範對象應包括公部門和私部門雇主。[317]

第二、應建立雇主查問或將前科紀錄納入評估之標準。針對是否要限制雇主於面試之前禁止查問前科紀錄，以及是否應禁止查問未定罪之逮捕、輕罪或少年犯罪之紀錄，甚至更進一步應該考慮建立制度，使前科者可以透過取得更生證明等方式或是透過一定條件下消除前科紀錄方式。[318]

第三、如現實上無法全面禁止就業決定中考量前科紀錄，因此應考慮規範雇主應如何考量前科紀錄之標準。現行相關法律規對於此部分規範有所不同。如：威斯康辛州規定，限於考量與職務相關聯之前科罪名相對寬鬆；而紐約州之規定則較細膩，要求雇主必須確認職務將對於個人或公眾安全或福利造成不合理風險，且應具體考量前科與職務關聯性和更生之情況。[319]

第四、具體實施與執行機制之規劃，應考慮提供私部門訴訟權，特別是民事賠償或名譽回復之管道；公權力上應考慮確保如公平就業之相關機關或檢察總長執行權力或考慮設立聯邦層級中立機構去執行確保各項措施之執行。[320]

第五、應衡量如何衡平解決雇主責任之問題。專法一方面保護前科者免於就業歧視之同時，立法策略上自應考量如何衡平地兼顧雇主之利益，採取妥適之衡平立

316 *See id*. at 1430-31.
317 *See* Liu, *supra* note 274, at 189-90. Mullings, *supra* note 14, at 288.
318 *See* Mullings, *supra* note 14, at 294.
319 *See id*. at 289-90.
320 *See id*. at 291. Stephen P. Shepard, *Negligent Hiring Liability: a Look at How It Affects Employers and the Rehabilitation and Reintegration of Ex-offenders*, 10 Appalachian J.L. 145, 180(2011).

doi:10.6342/NTU201701132

法以減低雇主於僱用過失責任之風險。基於雇主於決定是否僱用前科者時，會考量前科者再犯所招致的潛在責任，以美國紐約州為例，若雇主已進行法定之衡量，則應推定將該犯罪或收容之事實應被排除於僱用過失責任衡量證據之外；另以佛羅里達州，若雇主徹底實施犯罪背景之檢驗，則被推定為無僱用上過失；而北卡羅萊納州，若雇主於知悉其僱用之有前科者持有豁免證時，則可認定無僱用上過失。此外，宜就僱用過失設定責任設定上限。[321]例如，可以透過限制金額與損害類型作責任之減輕；或是以刑事司法機構取代雇主來平衡決定前科者是否適合特定就業之決策，或是透過一定條件針對再犯率已明顯減低者移除刑事記錄制度，以減輕雇主對於僱用前科者之疑慮與消除對於前科者之社會烙印。當然，也可以考慮提供經濟誘因，如：稅賦優惠等以平衡因應雇主僱用責任之風險。[322]

第六、建立非由雇主直接審查前科紀錄之機制。由於雇主考慮前科紀錄之評估是有些困難，有幾種可能之作法。第一種是由執行刑罰或矯治機構來決定前科者是否具備就業能力；另一方面則是設立專門之行政委員會，由雇主可以申請對於特定前科者是否適任工作之審查。然而，考慮有執行困難與複雜程度，應配置相對應之預算和人力。[323]

第七、建立全面性檢討現有限制前科者就業之法令。考量透過專法禁止對於前科者就業歧視，但現實上仍存有許多其他法律限制前科者之就業，如何全面性地檢討和審查這些法規是另一個嚴肅的課題，針對美國聯邦法規之重新檢視相對困難，至於各州法是否可以明定給予寬限期由各州重新檢討立法策略，於必要範圍內進行修改、刪除，並提交給聯邦進行審查。[324]

321 *See* Mullings, *supra* note 14, at 292.
322 *See* Shepard, *supra* note320, at 178-80.
323 *See* Mullings, *supra* note 14, at 295.
324 *See id*. at 293-94.

doi:10.6342/NTU201701132

第四節　綜合分析：美國法對我國之啟發

美國發展反就業歧視法制之歷史相當悠久，其學界近年來更積極的在處理反前科者就業歧視的問題。其中的共種利弊良窳都有許多值得我國參考之處。對於美國此部分法制的發展，本文將從兩個角度分析：

其一、需要從追本溯源的理解，美國法下如何去認定「前科者」納入反歧視法之意義演變，將影響到法院操作反歧視法於前科者時之解釋方法，以及立法制度的設計。其二、從制度面去理解美國法制於保障前科者免於就業歧視之優劣。

上述兩個角度的分析結果，將會是本文在第四章提出我國反前科者就業歧視制度之制度改良芻議時的重要參考。

第一項 前科身分與美國反歧視法上意義之演變

觀察美國對於前科者保護之反歧視法法院的裁判和學界討論的演進，可以觀察出對於「前科者」的在身分於反歧視法保護於地位上和意義之變化。

一、 標籤化的思考－前科本身足以作為就業差別待遇之事由

從美國聯邦法院從過去到現在的態度可以發現，美國聯邦法院並不諱言認為前科者之「前科」身分足以作為「個人不適格擔任特定職務」之標籤。於是否適任特定工作之判定過程，不需特別考量個人實際狀況，「前科」本身就可以與應徵者是否適任特定職業之資格劃上等號。

最早在 1898 年美國聯邦最高法院 *Hawker v. New York* 案，法院即認為「前科」本身足以被標註為與一般人不同之群體，而可以與一般人差別待遇，進而認定「前科」者不具有擔任醫師之良好品格；於後 1960 年美國聯邦最高法院 *De Veau v. Braistead* 案，同樣認定可以限制前科者收取工會會費之工作，於 1970 年美國聯邦

doi:10.6342/NTU201701132

第一巡迴法院 *Upshaw v. McNamara* 案，也指出前科者欠缺自我控制能力或誠實特質；於 1983 年美國聯邦第七巡迴法院 *Schanuel v. Anderson* 案，肯認前科者有潛在濫用權利傷害他人危險性。法院輕易地將「前科」與限制工作職務資格間建立合理關聯性，認為沒有必要根據個案判斷其職業資格，法院對於前科者的態度並不友善，認為前科者對於特定職務可能必然欠缺職業資格。[325]

縱然透過民權法第七編禁止「種族事由之差別影響歧視」之適用，美國平等就業機會委員會（EEOC）1972 年制定指引，要求雇主應具體考量個案之定罪時間、性質、次數與受僱者過去實際工作經驗足以表明某一特定工作之特定人員不符合該項工作之安全與有效運作外，以避免雇主以前科紀錄為由顯不合理之排除或拒絕僱用少數族裔。然而，如此也不足以完全達到保護前科者為目的，畢竟保護的重點仍關注於「少數族裔」。即使在 2007 年 *El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority* 案，法院試圖說明雇主對於「經營必要性」之說明與舉證應負起更高之責任，並強調關於定罪時年齡、特定罪名定罪後經歷期間等因素不可能將風險降到可接受水平之證明應由僱主負責舉證。對於前科者是否代表不適任工作有相對友善之態度，但仍然無法改變諸多法院判決肯認雇主可以「合理地」的不加以僱用前科者。此從 2013 年美國馬里蘭州聯邦地區法院 *EEOC v. Freeman* 案，主動提及犯罪紀錄檢查之優點與進行犯罪檢查之原因是顯而易見等情，即可見法院對於透過差別影響歧視之適用使少數族裔前科者間接受惠仍存有抗拒。[326]

簡而言之，美國聯邦法院在審理前科者就業歧視的案件時，其實早已將「前科」作為應徵者一種具有特定意義的標籤，在本質上就給予其不利的評價。

二、 撕去標籤－前科與是否勝任工作無必然關聯

相對於美國聯邦法院之態度，美國有關禁止查問前科紀錄之相關立法和倡議，

[325] 詳參本文第三章第三節第一項「透過聯邦憲法增補條款第 14 條規範前科歧視」（本文第 145-149 頁）。
[326] 詳參本文第三章第三節第二項「透過民權法第七編規範前科歧視」（本文第 151-159 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

其實就是為了將「前科者」去標籤化而努力。其希望雇主能夠將前科者的標籤撕下，促使雇主能接審視求職者個人特質，而非根據其過往前科紀錄作判斷，以避免歧視。

多數立法限制雇主於第一次面試前查問前科紀錄，目的就是希望能避免雇主單純根據「前科」身分之歧視而未提供面試機會即直接拒絕僱用前科者。雖然 2004 年由前科者自主成立「All of Us or None」組織倡議，提到對於前科者就業歧視問題加劇了種族歧視，但其目標亦直指積極地希望改善前科者就業歧視問題。[327]

然而，Ban the Box 立法倡議沒有直接承認前科者是應受特別保護或禁止歧視之群體；僅是立基於平衡勞資雙方利益之觀點，使雇主可以於撕去求職者前科身分之標籤後，基於個案審酌個別求職者的工作能力，而不是先入為主以前科身分為由拒絕僱用。此類多數法律仍然是僅限制禁止雇主於第一次面試前查問前科紀錄，雖然有助於增加前科者取得面試機會，促使雇主可以基於理性綜合斟酌求職者面試表現與前科紀錄判斷是否錄用然而，雇主於面試後仍可依法查問前科紀錄，亦可能維持根據前科紀錄為由，拒絕正式僱用前科者，並無從根本解決其認為前科者與一般人本質不同之歧視態度，對於改善前科者結構上污名與壓迫，仍有其侷限性。

三、 反壓迫與反污名－前科者作為受保護的群體

因此，進一步分析前科者就業職場上受歧視，以致就業困難、生存困難、再犯率提高、增加社會風險等問題，單純限制或禁止查問前科紀錄並不充足，而應透過立法直接禁止雇主對於前科者之歧視。透過挑戰傳統美國反歧視法僅保障對工作無關因素所為之歧視才應受保護，其強調反歧視法應著重於對抗污名與反壓迫，以落實實質平等為目的，而不在於固守或單純要求雇主遵循制式的理性作僱用選擇。將前科者污名為非完整之公民，排除於經濟社會之外即屬違反實質平等之歧視，前科者為歷史地位上屬於社會、經濟最底層者，且可能因為遭褫奪公權以至於政治上

[327] 關於 Ban the Box 立法之精神與限制雇主查問前科紀錄之時點問題，詳參本文第三章第三節第三項第二款「Ban the Box 之立法倡議」（本文第 162-168 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

權力剝奪無法發揮影響力，導致於不公平社會結構中處於弱勢群體地位。前科者長期與低教育和貧窮相連結，被邊緣化且社會對其皆有偏見，種種反映出前科者受歧視，應積極將之納入反歧視法保障範圍。[328]在專法直接禁止雇主基於前科身分為歧視的思維下，則更進一步討論應如何建立消除前科紀錄之制度，並要求相對應減輕雇主查核前科紀錄之責任。

從上述分析，前科身分於美國反歧視法地位確實在演變中。對於前科身分意義的不同認知，將影響不同的法律解釋與制度設計。從美國聯邦法院最初立場認定前科者與一般人有本質不同而足以以前科作為標籤判定具有前科身分之群體每一個人均不適任特定工作與職務；到 Ban the Box 立法倡議，試圖將前科者之前科身分予以去標籤化，以限制雇主查問前科紀錄之方式，試圖確保前科者可以透過得到面試機會，使雇主透過理解每一位前科者實際的情況來作出僱用與否之決策，讓其與一般人享有同等就業機會地位；到進一步強調前科者受限於系統性污名與壓迫，而構成特定群體，值得進一步立專法確保其實質平等地位，以免去其受歧視之困境。

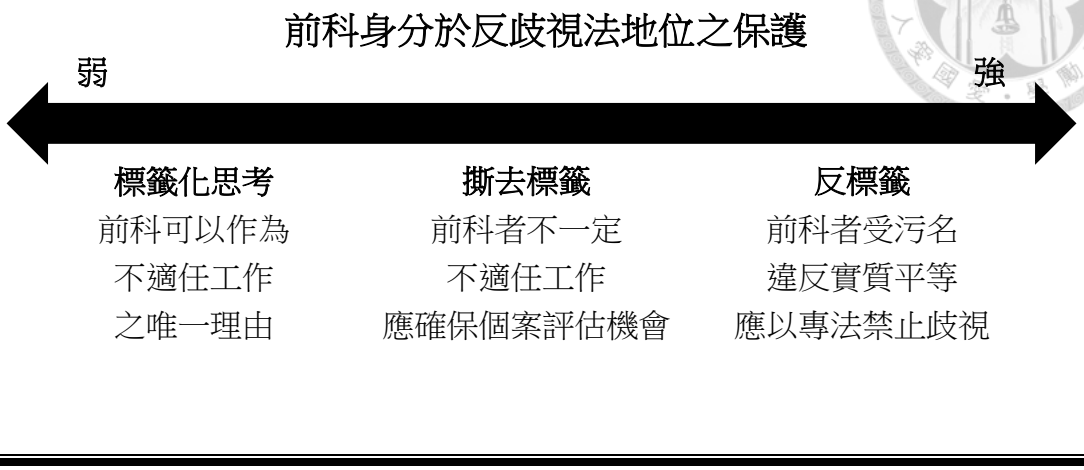
此三種思維對於前科者的保護強度，可以下圖所示：

（接下頁）

328 關於基於平等保護之內涵在於實質平等、反壓迫，應將前科者納入反歧視法體系之論理，詳參本文第三章第三節第四項第一款「應將前科身分直接納入反歧視法之理由」（本文第 171-173 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

《圖 4》：美國對抗就業者就業歧視法制之保護光譜圖



資料來源：本文自製

上述三種對於「前科」身分於反歧視法保障光譜之地位與意義，雖然在美國聯邦法院仍然是傾向將前科者標籤化，但學界以及社運團體已經在不斷的衝撞磨合，未來會如何發展，尚未有定論。各國在考慮如何設計保障前科者免受就業歧視之立法時，亦不得不面對此價值的選擇。

第二項 美國就業反歧視法保障前科者之優劣

美國具體的反歧視法制度，相較與我國有許多值得我國學習之處；但由於美國聯邦法院對於前科者的不友善，讓此等優點無法發揮在保障前科者就業之上。

一、 美國反就業歧視法制主要優勢

首先，反歧視法體系完整細膩，不僅侷限於禁止歧視之事由，以歧視類型而言，發展出「差別待遇歧視」與「差別影響歧視」各有其具體操作標準。前者規範雇主

doi:10.6342/NTU201701132

具有主觀歧視意圖之行為；後者則更進一步針對表面中立之措施對於受保護事由群體而產生顯著不利影響時，得以列入禁止歧視範圍而受保護。禁止歧視之樣態即不侷限於主觀歧視，也包括客觀上產生結果之樣態，而此二者各自不同的判斷標準，亦使歧視之內涵更為具體豐富。[329]正因如此，透過禁止差別影響歧視，可以試圖解決雇主基於前科紀錄所為職場上決定，可能對於少數族裔結果上造成顯著不利影響之情況，使少數族裔獲得保護，也使反歧視法更能實質促成平等就業之機會。[330]

對照之下我國目前反歧視法侷限於法定之保護事由，對於構成歧視之定義和其類型，則較少細緻化討論，以致針對雇主不具有主觀歧視意圖，卻造成結果上不公平時，即差別影響歧視之類型，是否同屬違法之情況，未見較細緻討論。[331]

其次，美國反歧視法針對受害者的救濟效果較強。平等就業機會委員會（EEOC）職權除了可以透過調查以發現事實，並經由協商、和解、勸服等成程序排解就業歧視爭議外，尚且可以主動為被害人提起訴訟，而違反相關反歧視法律之效果，包括請求給付薪資、復職，甚至是懲罰性損害賠償金，具有介入私權法律關係之效果，相較於行政罰鍰之嚇阻性而言，不僅更能達到強而有效之管制，另一方面藉由私權訴訟能引起更多公眾的關注。[332]

至於我國反歧視法以就業服務法第 5 條第 1 項規範最多禁止歧視之項目，僅單條條條文，違法之法律效果僅為行政罰鍰，採取單純行政管制手段。僅零星於性

[329] 詳參本文第三章第二節第二項第二款「禁止歧視類型之發展」（本文第 127-140 頁）。
[330] 詳參本文第三章第三節第二項「透過民權法第七編規範前科歧視」（本文第 149-159）。
[331] 不過，我國曾有最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決探討「年齡」間接歧視之適用，其概念意涵與美國差別影響歧視意義雷同，關於相關討論，請參蔡晴羽（2016），〈論美國差別影響歧視法制於我國法上繼受與適用可能〉，財團法人李模務實法學基金會（編），《判解研究彙編（十九）（二十）》，臺北：財團法人李模務實法學基金會，頁 265-268。
[332] 詳參本文第三章第二節第二項第一款「反就業歧視聯邦立法進程」其中第 125-126 頁。

doi:10.6342/NTU201701132

別工作平等法、[333]工會法[334]或大量解僱勞工保護法[335]有特別規範於解僱或終止勞動契約時介入私權救濟效果，其餘歧視，必須回歸勞動基準法第 11 條等規定明文規範解僱之要件，雇主本身解僱是否合法，本應舉證合乎勞動基準法明文之解僱事由，[336]而從法院判決實務觀察，確實就是否存在歧視，並非民事法院觀察重心，而仍是著重於雇主是否已經舉證有合乎勞動基準法之解僱事由論斷。[337]而可否基於歧視為由訴請損害賠償欠缺明文請求權基礎，則必須訴諸民法第 184 條等概括條款，以基本權對第三人效力之理論將以分析是否有違法侵害平等權，而懲罰性賠償金更因無法律規定而無從請求，整體而言透過私權訴訟訴求反歧視之目的相對困難。

第三，美國反歧視法制建構具有彈性，較能兼容並蓄勞資利益取得平衡，使反歧視法之操作更切合實際之需要。以民權法第七編除了直接禁止歧視外，如雇主可以提出符合雇主事業正常營業所必須之真實職業資格（BFOQ），或真實年資計劃（BFSS）之例外，則不適用。[338]以前科保護為例，無論是 Ban the Box 立法倡議，多數立法仍允許雇主一定條件下（例如：第一次面試之後；或正式提供特定應徵者特定職務有條件錄取通知後）可以進行前科紀錄查問，或仍允許雇主一定條件下

---

[333] 此處指性別工作平等法第 11 條規定：「雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。**違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力**。」（粗體為本文所自行編輯）。

[334] 此處指工會法第 35 條第 1 項第 1、3、4 款及第 2 款規定：雇主或代表雇主行使管理權之人，不得有下列行為：一、對於勞工組織工會、加入工會、參加工會活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。三、對於勞工提出團體協商之要求或參與團體協商相關事務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。四、對於勞工參與或支持爭議行為，而解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。雇主或代表雇主行使管理權之人，**為前項規定所為之解僱、降調或減薪者，無效。**」（粗體為本文自行編輯）

[335] 此處指大量解僱勞工保護法第 13 條規定：「事業單位大量解僱勞工時，不得以種族、語言、階級、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、身心障礙、年齡及擔任工會職務為由解僱勞工。違反前項規定或勞動基準法第十一條規定者，**其勞動契約之終止不生效力**。主管機關發現事業單位違反第一項規定時，應即限期令事業單位回復被解僱勞工之職務，逾期仍不回復者，主管機關應協助被解僱勞工進行訴訟。」（粗體為本文自行編輯）

[336] 謝棋楠（2008），〈由美國差別影響歧視評台北地院九十一年重勞訴字第五號判決〉，《全國律師》，第 12 卷第 4 期，頁 31。

[337] 請參看林明珠（2002），〈淺論就業歧視之禁止--我國法律之規定與實務問題探討〉，《全國律師》，第 6 卷第 3 期，頁 20-25 引用相關法院實務案例。

[338] 焦興鎧，前揭註 58，頁 555。

doi:10.6342/NTU201701132

（例如：法律明文規定、或特定職務符合經營必要性）情況下，或允許雇主根據法令明文指引方式綜合考量前科者之罪名與更生情況審酌前科紀錄作決定；即令考量另立專法，同樣試圖建構於必要範圍內允許雇主考量前科紀錄或減輕限縮雇主雇傭過失責任範圍以資衡平。

反觀，我國反歧視法之建構尚欠缺明確建立雇主抗辯權範圍之思維，舉例而言，就業服務法第 5 條第 1 項僅明文禁止歧視，並沒有具體明文雇主有何抗辯權。[339] 而在禁止前科紀錄查問上，目前就業服務法第 5 條第 2 項規定以透過就業服務法施行細則第 1 條之 1 規定，禁主雇主要求提供非屬就業所需之前科資料，而所謂必要資料，又僅以「不得逾越基於經濟上需求或維護公共利益等特定目的之必要範圍，並應與目的間具有正當合理之關聯」非常抽象，難以具體遵循適用。

二、 美國反歧視法制保障前科者不足之處

然而，美國就業反歧視法制建構並非全然無限制與不足之處。首先，憲法增補條款第 14 條關鍵仍在於確認是否為「嫌疑分類」來拉高審查標準，而「嫌疑分類」仍以種族、膚色、外國人、原住民裔等為主，至多將性別為準嫌疑分類，而其餘歧視之類型要納入嫌疑分類提高審查標準，其實都有極高之挑戰。這樣限制也呈現在反歧視法本身侷限於法律明文保障之事由。如果並非法律明文保障事由，本身即難以主張納入禁止歧視之保護中。以前科所遭受之歧視為例，既然並非民權法第七編所明文保障禁止歧視之事由，雖然因為對於少數族裔產生顯著不利影響而可以透

339 就業服務法第 5 條第 1 項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」僅禁止歧視，沒有明文規定雇主有何抗辯權；此外我國目前法律有明文建構雇主抗辯權，以性別工作平等法第 7 條：「雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」提供雇主「真實職業資格」抗辯；同法第 10 條第 1 項：「雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別或性傾向而有差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者，不在此限。」則提供雇主「合理年資」抗辯。

doi:10.6342/NTU201701132

過構成種族差別影響歧視主張應受民權法第七編保護，但也導致法院實際操作的態度並不友善，甚至質疑透過民權法第七編間接保護前科者是否合理。[340]

此外，美國傳統就業反歧視法之建構，過度強調雇主「理性」之選擇，侷限於必須與工作無關之因素所為歧視，才應納入反歧視法保護。而雇主拒絕僱用「前科」者，相對於根據種族、性別因素拒絕僱用而言，前科者無論是考量其有再犯風險、可能使雇主負出僱用過失責任而言，都相對理性，則面對將「前科」納入反歧視法應禁止歧視之事由。此部分仍有必要參考相關論述，無論是「新理性」思維，將拒絕僱用前科者所導致社會成本均納入考量；或翻轉反歧視法重點不應在要求雇主遵循理性選擇，而應是對抗系統性污名與壓迫、改善烙印傷害之觀點，較有可能建立完整的理論基礎，將前科者納入反歧視法保護之體系中。[341]

第三項 追本溯源：以去標籤化作為避免前科歧視之方法

分析上述美國反歧視法保護前科者之優劣，本文認為追本溯源之關鍵仍在於如何以「去標籤化」之方式避免歧視。只有承認前科者與工作職業資格無必然關聯之前提下，才有可能建構切合前科者需要之反歧視法。

以民權法第七編禁止差別影響歧視以保障前科者，雖然受限於前科並非民權法第七編明文保護事由，受歧視之前科者仍必須先以數據等資料舉證證明自己屬於因此受不利差別影響之少數族裔。然而，接下來即應由雇主抗辯以「前科」進行僱用決定符合「經營必要性」，理應審慎評估究竟「前科」本身是否足以作成該決定，唯獨透過去標籤化過程，將前科與不誠實或潛在危險等特質之「等號」標籤去

[340] 詳參本文第三章第三節第二項「透過民權法第七編歸納前科歧視」其中第 157-158 頁關於 1989 年美國佛羅里達聯邦地區法院 *EEOC v. Carolina Freight Carriers Corp.*案與 2013 年美國馬里蘭州聯邦地區法院 *EEOC v. Freeman* 案之說明。

[341] 詳參本文第三章第三節第四項第一款「應將前科身分直接納入反歧視法之理由」（本文第 171-173 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

除，才有可能具體考量個別前科者之前科罪名類型、再犯率與工作職務間關聯性，且應由雇主來證明定罪時年齡、特定罪名定罪後經歷期間等因素不可能將風險降到可接受水平，進而達到使前科者享有與一般人同等平等就業機會之機會。[342]以 Ban the Box 立法禁止查問之精神，同樣地是希望以限制雇主查問前科紀錄方式，以達到在歧視之前預防歧視之目的，以期雇主能真正以個人的實際狀況來評估是否適任工作並作成僱用與否之決定，而非單純「前科」身分作為標籤與識別，進而歧視並將之排除於職場之外。[343]

然而，受限於傳統思維上會認為有無前科紀錄，也就是是否犯罪成為前科者，是自我可以控制決定，應自我負責，可以歸咎於個人，而不應特別受保護，也不應期待雇主乃至法律不應因「前科」身分予以歧視之歧視態度，本文認為更應強調是前科者本身受限於系統性污名與壓迫之困境，許多個人犯罪行為不能僅歸咎於個人因素，如果置於整體社會脈絡之下，可能是因為階級、貧窮、低教育、出生環境、家庭與社會整體作用以至於人不得不走向犯罪、背負前科。[344]社會卻無視犯罪脈絡化過程，無視多數犯罪與職場工作並無直接關聯，卻必須被歸咎於個人咎由自取，前科僅僅代表個人人格特質不良、潛在危險而不適任就業職場，前科者受系統性污名和壓迫，歧視使其邊緣化並排除於就業職場之外，進而導致經濟、生存問題，以致再犯、再由再犯率作為合理化、理性化對於「前科者」加以歧視理由。

如此惡性循環應該被根本的正視與面對，唯有真正認知到「前科」身分不應做為標籤化個人以歧視個人之理由，才有可能真正使人能夠在犯罪後復歸社會，並真正享有憲法保障之平等權，平等享有憲法保障一切基本權利之地位，憲法平等權保障之精神才能真正落實。追本溯源，應將去標籤化作為避免前科歧視之解方，反歧

[342] 詳參本文第三章第三節第二項「透過民權法第七編規範前科歧視」其中第 152-154 頁有關於美國聯邦第三巡迴上訴法院 2007 年 *El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority* 案之說明。
[343] 詳參本文第三章第三節第三項第二款「Ban the Box 之立法倡議」（本文第 162-167 頁）。
[344] 謝仁和、曹淑琳、陳冠志（2017），〈社會經濟發展與暴力犯罪--2001 年至 2012 年之時間序列分析〉，《人文社會科學研究》，第 11 卷第 1 期，頁 23。

doi:10.6342/NTU201701132

視法應將「前科」納入保護範圍，應禁止職場上基於「前科」之歧視。

然而，即令將「前科」納入職場上禁止歧視之類型，然而受限於「前科」身分仍可能與特定職務有關聯，而容有與雇主「經營必要性」、「工作關聯性」排除前科者之空間，在上述範圍內，不具前科身分可能構成特定職務之真實職業資格。因此，根本的問題仍在於如何衡量劃分二者之界線與標準。此從美國法的發展可以得到一定程度啟發。

首先，工作關聯性與經營必要性必須結合觀察，必須具有一致性。[345]雇主抗辯「經營必要性」即來自於「風險預防」，為了使營運順利，不希望前科者帶來犯罪風險，包括損及雇主與第三人之生命身體健康或財產利益。然而，雇主必須能夠舉證證明前科者有「利用職務」造成風險之可能性，才能符合工作關聯性與經營必要性之抗辯。除了典型職務本身目的在保護公共安全情況下，例如員警、消防員，確實可能有排除特定犯罪前科者外，舉 *El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority* 案而言，雇主固然擔憂具有謀殺罪前科者可能帶來風險，但這風險與該前科者擔任職務關聯性進行衡量，由於該前科者從事為精神和身心障礙人士提供運輸服務駕駛工作，這樣的職務將使駕駛與乘客有非常密切接觸並與途中與乘客共處；且乘客為身心障礙者更容易受傷害且有更顯著比例受性暴力犯罪攻擊，因此可能符合經營必要性。[346]

其次，較小替代手段必須由雇主負舉證責任。最基本的較小侵害手段在於經由檢視個案更生之情形進行裁量判斷，而非全面性排拒僱用之措施。此從美國平等就業機會委員會（EEOC）於 1972 年制定指引，即要求雇主應具體考量個案之定罪時間、性質、次數與受僱者過去實際工作經驗足以表明某一特定工作之特定人員不符合該項工作之安全與有效運作外；無論是 Ban the Box 倡議或專法中亦有建議應

[345] 平等就業機會委員會（EEOC）於 2012 年 4 月 25 日公布新指引，前揭註 206。
[346] 關於本判決之說明，詳參本文第三章第三節第二項「透過民權法第七編規範前科歧視」其中第 152-154 頁。

doi:10.6342/NTU201701132

針對雇主應如何行衡量個別前科者之前科者前科類型、經過時間、前科者具體更生之情形來做判斷。[347]如果雇主無法進行個案裁量，必須舉證證明無法預測個別風險將降到可接受水平程度，並且應允許勞工舉反證推翻。[348]

[347] 並非所有 Ban the Box 立法都有處理到關於前科者個案衡量標準，但論者都認為此為重要不可或缺一塊，可以使雇主對於衡量前科者是否適任工作免於歧視之重要指引，詳參本文第三章第三節第三項第二款「Ban the Box 之立法倡議」其中第 164-165 頁。也可參照本文第三章第三節第四項第二款「各州立法狀況概述」中關於紐約州立法（本文第 176 頁）。

[348] *El*, 479 F.3d at 246-47.

doi:10.6342/NTU201701132

doi:10.6342/NTU201701132

第四章　重構我國對於前科者之反歧視法

從第三章之分析可見，美國反歧視法雖然發展的比我國早，不管是對於歧視的理解以及訴訟上的操作，都比我國細膩。然而，對於前科者就業的問題，至今亦無法在法院實務上獲得充分的解決，此有很大的因素，是美國聯邦最高法院和我國大法官一樣，都先入為主的替「前科者」貼上了不適任工作之「標籤」。[1]又由於美國聯邦法律和我國反歧視法皆未將前科者明文納入應被保護之事由，因此，聯邦法院在操作反歧視法，保障前科者就業機會時，即顯得左右支絀。縱然如此，美國各州針對前科者的就業歧視問題所訂定的專法，仍有值得借鏡之處。

本文此部份，將借鏡美國的經驗分析反歧視法的思考重點，並以撕去對於前科者之標籤之精神，建立反歧視法的管制架構，從憲法及立法之角度切入，提出改善前科就業歧視問題之建議。

第一節　反歧視法建構的思考重點

如果要將前科者納入反歧視法保障，必須思考幾層問題。首先：前科者與一般人是否有本質上的差異？以本文關注之職場就業歧視而言，重點將在於探討前科者於職場上之工作能力和風險是否與未犯罪之一般人有本質差異？其次，歧視來源為何？主要歧視行為樣態為何？以分析將哪些歧視行為納入管制。最末則是如何進行管制，才能最有效落實反歧視之目的與憲法平等權保障之實質平等之價值。

[1] 美國聯邦最高法院的部份，詳參本文第三章第三節第一項「透過聯邦憲法增補條款第 14 條規範前科歧視」（本文第 145-149 頁）；我國司法院大法官解釋之立場，詳參本文第二章第一節第二項「大法官解釋之立場」（本文第 44-68 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

第一項　前科者與一般人有無本質不同：標籤是否存在？

探討前科者是否應納入反歧視法保障，首應先探就是，在職場將前科者以前科身分與一般人區隔為差別待遇之標籤是否存在？而這樣的標籤是否合理。簡言之，前科者在職場是否應視為與一般人不同而允許被差別待遇？

前科者於職場中存在標籤之問題，從現實的觀察上確實相當嚴重，將前科者標籤化與未曾犯罪之一般人進行區隔產生差別對待，特別是在僱用前階段，對於雇主是否決定僱用之決定，有嚴重歧視之問題。在國家歧視即制定相關法令限制前科者限制不得從事特定工作之職業選擇自由限制，於私部門歧視即是由私部門雇主透過前科作為決定是否僱用之標準，因此，前科身分在職場上確實是一種標籤。

至於這樣的標籤是否合理而可以允許被差別待遇，必須更深入分析。職場上將前科者，貼上標籤之原因主要有三：第一、前科身分代表不良特質；第二、前科身分代表不適任工作；第三、前科身分代表風險。就前科者與未犯罪之一般人可否列為可資比較之群體，即應從此三個面向觀察，是否凡具有前科身分之每一個人就此三個面向上是否與未犯罪之一般人有本質不同。

第一、是最寬泛地以「前科」身分判斷前科者是足以代表具備不良之特質，例如：不誠實、衝動、不守法，進而認為不適任特定職業或工作？[2]

本文認為每一人的成長與特質其實都是複雜而多變的，以單一「前科」身分定義特定人是否適任工作，確實是刻板印象之歧視。反歧視法所要禁止者，本質即是以禁止基於特定身分直接斷言特定人不適任特定工作以確保個人就業機會均等，此在禁止性別、宗教等就業歧視即同等道理。否則舉例而言，我們是否也可以允許雇主只僱用男性，理由是認為男性具有陽剛、外向、負責任之特質？我們是否也可以允許雇主只

[2] 詳參本文第二章第二節第一項第一款「前科者之污名與社會標籤」（本文第 75-76 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

僱用特定宗教之信徒，理由是認為信奉該宗教者較誠實或較勤奮？我們是否能允許雇主拒絕僱用罹患有精神疾病之人，理由是認為罹患有精神疾病顯示其可能自我情緒控制的能力不佳？由這些例子都可以得出，如果單純以前科身分認定所有前科者特質必然不適任工作，無疑就是憑藉著標籤化之刻板印象否定前科者平等就業之機會而構成歧視。

或有論者認為前科者之行為是咎由自取，會去犯罪必然有人格特質或品性不如一般人之處，與性別等受限於天生不同。然而，犯罪行為之發生其實成因是複雜而多元的，不僅是歸咎於個人，而有社會、環境等結構之因素。[3]舉例而言，竊盜罪很可能是受限於貧窮與生存所需，未必可以完全歸咎於個人人格特質所致，因此，單純寬泛將前科身分簡化為具有特定特質，本身即可能就是標籤化予以歧視之過程，從這樣的觀點前科者與一般人其實並無差別，不應以前科身分即否定受反歧視保護之必要。

第二、則是考量特定前科與特定工作之工作能力關聯性，以前科身分是否一定足以判斷不適任特定職業或工作？

雖然有特定罪名之前科，可能足以反映前科者不具備適任特定工作之能力時，確實可能可以合理化對於前科者差別待遇而認為並非歧視之情況。舉例而言，如涉有刑法第 185 條之 3 危險駕駛罪之前科者，確實可能顯示其不具有安全駕駛之能力，而不適合擔任司機員等工作。這類以前科差別待遇可能構成傳統反歧視法探討之「真實職業資格限制」之例外不構成歧視之情況。然而，多數前科罪名其實與是否能勝任特定工作之能力根本無關。舉例而言，誹謗罪前科與是否能擔任司機駕駛工作之能力其實沒有具體關聯；肇事逃逸罪前科與是否能擔任一般

[3] 謝仁和、曹淑琳、陳冠志（2017），〈社會經濟發展與暴力犯罪--2001 年至 2012 年之時間序列分析〉，《人文社會科學研究》，第 11 卷第 1 期，頁 23。

doi:10.6342/NTU201701132

公司職員其實沒有具體關聯，在這些情況下前科者與一般人其實無異，仍有受反歧視法保護免於受歧視之必要。

第三、雇主排拒前科者就業，其實關鍵考量是「風險」之問題，於職場上「僱用」前科者是否可能會比僱用一般人給雇主帶來較高之風險？

這樣的風險主要擔憂來自於對第三人侵害與僱用人責任。[4]然而，雇主於任何決定其實都可能伴隨著風險，畢竟犯罪並非只是前科者才特有之行為，任何求職者或勞工都有可能犯罪，單純以前科身分作為標籤，並不足證立雇主基於前科身分全面性拒絕僱用前科者之理由。

即令以再犯數據來觀察，本文也認為有幾點值得疑慮之地方。首先，前科者未必是在職場發生犯罪行為或利用職務犯罪，因此從前科身分直接推導到前科者於職場上發生犯罪行為之風險較高，未必有直接連結與實證根據。[5]

再者，前科者之再犯風險於統計數據上固然可能高於一般人，然而再犯可能是受限於各種社會因素所導致，且特定罪名前科其實無從推導出容易再犯特定罪名風險之結論，以至於以前科罪名預測未來風險根本可能只是憑空想像出來之結果。舉例而言，就道交條例計程車駕駛限制罪名，涉及諸多重罪，主要乃認定此類前科，例如：殺人罪如果再犯，將對於乘客將造成不可回復之風險。然而實證統計研究發現，就計程車駕駛限制罪名中，僅毒品罪、走私條例與性侵罪此三種罪名於再犯同一罪名之可能性較高，其餘如曾涉犯公共危險罪、殺人罪之前科者再

[4] *See* Sandra J. Mullings, *Employment of Ex-Offenders: The Time Has Come for a True Antidiscrimination Statute*, 64 Syracuse L. Review. 261, 273-75 (2014). 我國行政院勞委會（現勞動部）於 1997 年委託研究經訪談私部門雇主只出不願僱用前科者主要原因是擔心再犯風險。林桂碧（1997）。《雇主僱用更生受保護人意願評估研究暨政策建議》。載於：https://www.wda.gov.tw/uploaddowndoc?file=/pubevta/InformationPublic/201212191057540.pdf&flag=pdf，頁 27。

[5] 以司法院釋字第 584 號解釋所使用統計分析，其實並沒有針對是否為職務上犯罪或利用計程車駕駛身分進行犯罪進行統計。

doi:10.6342/NTU201701132

犯比率固然都超過五成，然而再犯者幾乎都是異質罪名，且超過一半以上再犯是非限制之罪名（也就是並非立法者原先預測會造成危險之罪名）。[6]也就是說從曾犯特定罪名推導，再犯相同或類似危險性罪名之可能性其實偏低，也難以從曾犯過限制罪名之前科即直接斷定有極高可能性再犯類似高危害罪名之風險。

況且，曾犯過限制罪名前科者之再犯率較高，也極可能是因為管制罪名涉及諸多重罪，以至於此類前科者本來求職謀生困難，更容易陷入再犯之循環中。據此以前科身分為標籤認定其投身職場必然會給雇主帶來較高風險，恐怕有倒果為因之問題。

而最嚴重的問題恐怕是以前科者作為標籤認定特定群體具有較高風險，無形中完全否定個人更生之可能性。任何統計數據其實都只能代表一個群體的情況，而非個人實際之狀況。

申言之，如果以前科身分作為分類標準劃定特定群體，單純仰賴前科統計數據斷定前科者必然就有較高風險，可以合理化排拒屬於該群體內每一個人就業之理由，無疑是使個人基於前科身分而受限於系統性污名與壓迫，使其個人基於特定身分之就業機會實質遭剝奪。

從上述觀察，本文認為於多數情況之下，前科者工作能力和僱用後於職場上可能產生之風險，與一般人無法直接認定有本質絕對不同，然而卻可能來自於國家與私部門以前科身分標籤化，將之標註為特別群體，並於職場上給予歧視之對待。

[6] 章光明、鍾志宏、陳玉書（2016），〈計程車駕駛執業限制罪名與再犯之縱貫性研究〉，《刑事政策與犯罪論文集》，第 19 集，頁 30 與表 16，臺北：法務部司法官學院。

doi:10.6342/NTU201701132

第二項　標籤來源：國家與私部門

前科者遭受標籤而為歧視對待之來源可能來自於國家與私部門，前者來自於國家法令直接對於前科者差別待遇之情況，後者則是私部門於私法關係上對於前科者之排拒與差別待遇，此外也有二者交錯之情形使問題更為複雜。具體的歧視行為，則可以分為直接差別對待歧視、間接差別影響歧視，就就業各階段來觀察，歧視具體行為樣態，可能包括前階段之前科紀錄之查問，與實際僱用階段乃至終止僱用階段之各種措施。

第一款　國家與私部門之標籤

對於前科者標籤化為與一般人不同之來源有國家與私部門，而國家歧視角度，即來自於國家法令以前科為差別待遇之情況。例如：「前科」列入司法權評價，包括選定或改定監護人判斷；宣告緩刑和判刑之決定或介入行政權決策；又例如：針對前科者處遇等等。如果以本文著重之就業歧視情況，在職場領域中，則來自於各種國家法令限制前科者就業選擇自由，主要有如：以前科紀錄作為不得擔任公務員消極資格限制；或作為「專門職業及技術人員」之消極資格限制；或以前科紀錄限制從事其他一般性之職業、職務、工作。[7]

而另一方面從私部門歧視之角度，私部門對於前科者之歧視可能於生活各種私法關係都有可能發生。而以本文著重之職場上就業歧視之情況，則是由私部門雇主於職場上決策是否以前科為由進行差別待遇。從僱用前之求職階段，雇主或人力仲介、職業介紹機構於徵才要求即已明文排除前科者，或是於面試階段查問前科紀錄或要求檢附良民證，使雇主可以根據求職者前科紀錄判斷是否僱用；僱用後之任職階段，則可能會基於是否有前科紀錄決定陞遷；而於終止僱用（離職階段），雇

[7] 詳參本文第二章第一節第一項「國家歧視的型態」（本文第 38-43 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

主可能以前科者未主動告知前科為由，而加以解僱；或於資遣時可能列入前科者列為優先資遣之對象。[8]

還有一種更複雜之情況是國家與私部門歧視之交錯地帶。舉例而言，補習及進修教育法第 9 條第 8 項規定：「有性侵害、性騷擾或虐待兒童行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案」之情形，不得擔任短期補習班之負責人與教職員工，而管制效果則是可予私部門雇主法定義務，法定義務又分為僱用前階段之查問前科紀錄，即依同條第 4 項規定，短期補習班擬聘僱教職員工前，應附最近三個月內核發之警察刑事紀錄證明書等基本資料。上述國家法令管制規範將使私部門雇主依法必須基於「特定罪名」之前科紀錄作成僱用或解僱之決定外，而私部門雇主為了落實這樣之管制要求，可能進一步要求求職者或員工提供良民證以，使雇主可以更徹底掌握其前科情況。於良民證可幾近全面呈現前科紀錄之情況下，即使求職者或員工之前科紀錄顯示並非受管制之罪名，仍可能涉及其他前科類型，例如：殺人、傷害等暴力前科或是背信、竊盜等各種財產犯罪前科，亦可能據此作成拒絕僱用或解僱之決定。這樣的國家管制模式，將導致兼有對於前科者國家歧視與私部門歧視交錯之困境。[9]

在上述分析之下，本文下一個問題是：國家與私部門歧視究竟有何異同之處？

首先，來自國家歧視固然係因係由國家制定法律禁止特定前科者不得擔任特定職務或工作，亦即直接認定特定前科者不具備特定職業或工作之資格而限制前科者受憲法保障職業選擇自由，是否合憲之問題。

而私部門歧視因為涉及私部門雇主也有受憲法保障之契約自由與私法自治，而前科者受憲法平等保護之衝突因而導致基本權對第三人效力理論適用之問題。因此，如果從前科者之求職階段而言，其將前科者排除於特定就業之外，與私部門雇主歧視前科者之情形結論可能是相同的，差別只是國家歧視因為透過國家法令

[8] 詳參本文第二章第二節第一項第二款「前科者之職場困境」（本文第 76-80 頁）。
[9] 詳參本文第二章第二節第一項第三款「國家歧視與私部門歧視連動關係」（本文第 80-83 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

管制效果可能較為全面且直接，畢竟如果前科者違法從事特定工作可能本身要受到刑罰或行政罰之處罰，另一方面也會使私部門雇主基於遵循法律規定或免去法律責任不會僱用特定前科者；然而私部門雇主基於對前科之歧視所為決定面向可能更廣，除了沒有針對特定之罪名外，也可能涵蓋任職、解僱各階段之決定。

第二款　標籤化產生歧視態樣

關於歧視之樣態，美國分為「差別對待歧視」與「差別影響歧視」，前者指雇主直接以保護事由為由進行差別對待；後者則指雇主並未存有主觀歧視意圖，而以表面中立之措施，卻對受保護事由之群體產生顯著不利差別影響。以種族歧視為例，如果直接以種族為差別對待，則可能構成差別對待歧視，如果透過學歷或測驗進行篩選，使少數族裔受到顯著不利影響可能構成差別影響歧視。[10]

以前科者而言，無論是我國或美國均沒有將前科身分納入反歧視法直接禁止歧視之保護事由，因此雇主如果歧視前科者而有意以前科身分拒絕僱用或為差別待遇，僅須直接以「前科」為理由即可，毋庸透過其他間接方式。雖然我國雇主以「刺青」、「中輟」等理由拒絕僱用，可能會對前科者產生不利影響，然而欠缺確切的統計實證判斷是否足以對前科者造成顯著不利之影響。

此外雖然職場上歧視可能於僱用前求職階段、僱用後任職階段、終止僱用階段均可能發生，但以前科而言，最主要之來源來自於僱用前之求職階段。因此雇主可能會基於主動查核求職者之前科資訊，或透過查問或要求提供良民證之方式，得知前科者之前科紀錄資訊，進而作出拒絕進一步通知面試或拒絕僱用。因此，這類主動的查問行為，也可能是歧視的行為樣態。

[10] 詳參本文第三章第二節第二項第二款「禁止歧視類型之發展」（本文第 127-140 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

第三項　撕去標籤：就業歧視管制環節

從上述分析得知前科者面對來自於國家與私部門賦予標籤而於求職、僱用、解僱階段都可能對之為歧視之行為，進一步是如何進行管制防免前科就業歧視之問題。要建構對於前科者進就業歧視之管制，仍必須先觀察現行就業歧視之管制環節，依就業歧視管制大體可以分成幾個主要的環節，即受管制事由、受管制主體、受管制階段、受管制行為、受管制效果。以前述反歧視法管制環節，以觀察可以了解整個管制就業歧視體系範圍，進而可以以前科者保護為分析。

以「受管制事由」而言，簡言之，即何種身分受到歧視而應受到保護。本文認為可以劃分成兩種類型，第一種即與工作能力無關之身分，舉例而言，種族與工作能力其實無關，因此以種族作為職場上差別待遇之理由本身即應受其管制。第二種則是基於反系統性的污名與壓迫，簡言之，此類身分之群體中確實可能會有部分成員有工作能力無法勝任特定工作或職務之情況，然而基於系統性的污名與壓迫使群體被標籤化，以至於整個群體都被標籤化以致就業機會不平等之問題而必須納入反歧視法管制事由受保護。舉身心障礙者為例，固然有部分身心障礙者受限於自身障礙而無法擔任特定工作，例如，色盲障礙者可能不適任擔任美術編輯相關工作，然而其他障礙別，如肢體障礙或是聽覺障礙可能未必受此限制。然而雇主卻基於對身心障礙者之污名，基於偏見認為渠等皆不適任工作而拒絕僱用或予以差別待遇，則可能涉及歧視之問題，而應納入反歧視法受管制事由保障其就業機會。

以「受管制主體」而言，指的是應受管制之行為人範圍，劃定範圍大小將影響到受保護程度。以類型劃分，可以分為雇主、職業介紹或仲介或其他類型；以性質劃分，有可以分為公部門或私部門雇主或是受政府資金者，例如：承攬政府採購案之包商業者等等；而在規模上，最嚴格之管制，可以不受限制，例如以我國就業服務法第 5 條第 1 項情況，無論雇主實際僱用人數多寡一律受管制，較彈性之作法，

doi:10.6342/NTU201701132

也可以類似美國民權法第七編，則以雇主實際僱用人數達一定人數以上認定是否屬於管制對象，以排除對於中小型企業之管制。此外也可以職業性質來做區分，即受僱者是否需要具備專業職業資格來判斷，在前科者之就業歧視管制中，此類型特別被凸顯出來。以私部門經營法律事務所而言，由於僱用律師必須具備專業職業資格，而專業職業資格依國家法令本來即有前科限制，因此此類國家法律明文規定情況可能就會被排除在反歧視法保護之範圍。

而「受管制階段」則取決於雇主於職場上何種決定與措施將納入反歧視法禁止歧視之管制範圍。一般而言，職場上可能出現歧視之問題，於整個勞動關係締約、履約、終止階段都可能發生。舉例而言，我國反歧視法制規範最完整的即性別工作平等法，從僱用前（即求職階段）發生之招募、甄試、進用、分發、配置僱用與否與僱用勞動條件之決定都可能基於受管制事由，以性別為差別待遇之歧視；從僱用後（任職階段），則考績、陞遷、調動、教育訓練活動薪資、福利等各種職場上措施，均禁止以性別為差別待遇之歧視；以終止僱用（離職階段）針對解僱、資遣等決定也都禁止以性別為差別待遇之歧視。[11]受管制階段涵蓋各階段相對而言可以給予最完整之保護，然而，有些事由之歧視可能較集中發生於特定階段之情形，以前科者就業歧視而言，最嚴重的問題往往發生在求職階段，因此於求職階段禁止歧視之管制，相對而言是最迫在眉睫須納入反歧視法處理之問題。

而「受管制行為」則指具體而言要管制那些歧視之行為樣態。較傳統的思維則是管制直接差別對待歧視或是間接差別影響歧視之方式。而如果針對求職階段容易發生歧視之情況，美國障礙者法（ADA）與基因歧視法（GINA）的健康法管制框架，另採取「在歧視發生前先避免歧視」之資訊管制策略，則透過禁止雇主查問或限制取得相關資訊之方式來達到禁止歧視之效果。[12]此外，則是雇主之例外免責範圍建構，則可以賦予雇主一定的抗辯事由，舉例而言：真實職業資格抗辯。

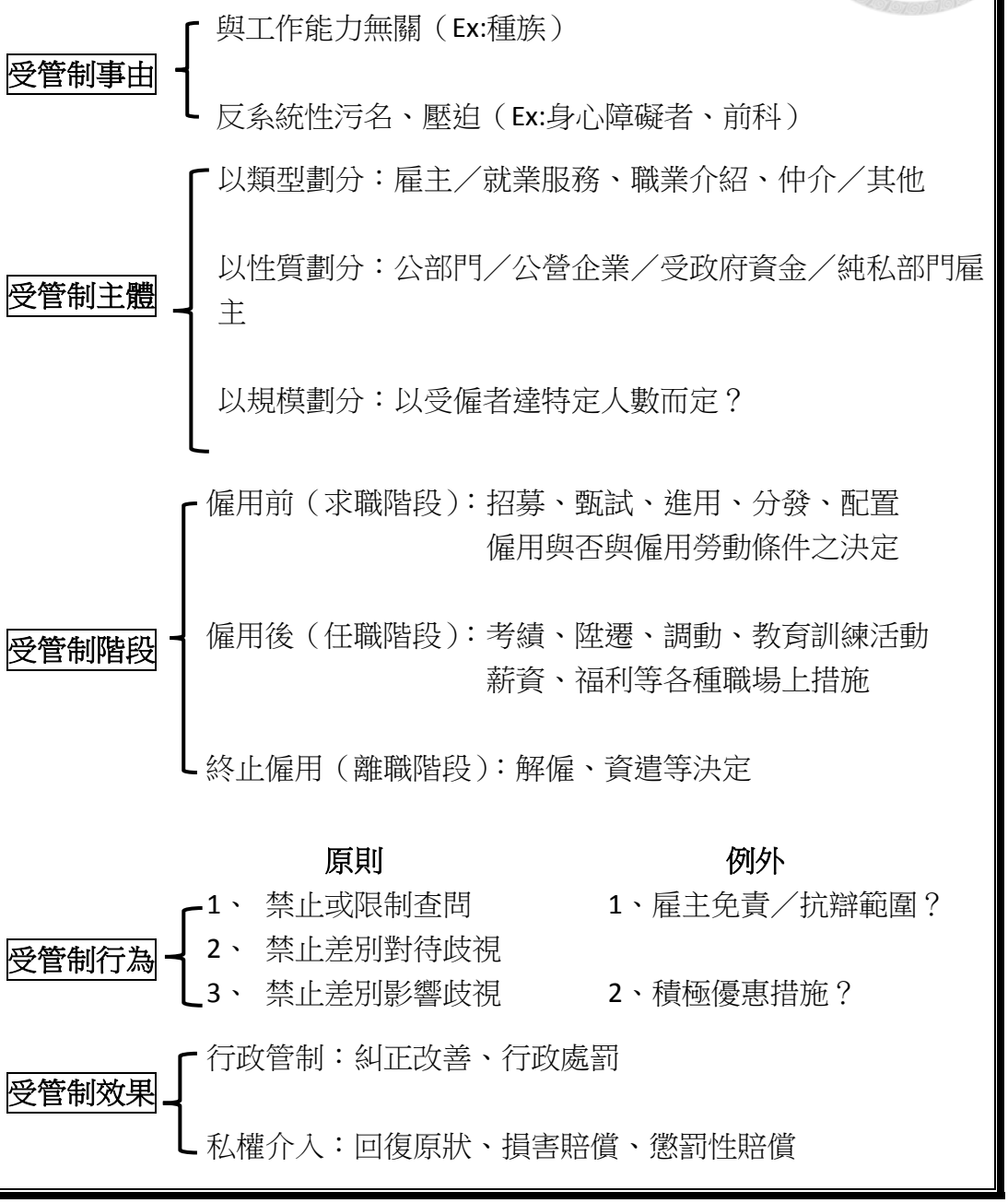
[11] 性別工作平等法第 7 條至第 11 條。
[12] 詳參本文第三章第三節第三項第三款「健康法管制框架之倡議」（本文第 168-169 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

本文將就業歧視管制體系圖整理如下圖所示：

《圖 5》：就業歧視之管制環節體系圖

資料來源：本文自製



若以本文所關注前科者就業歧視管制問題，可以分別以我國與美國情況進行分析討論。

doi:10.6342/NTU201701132

我國未有任何法律直接明文將「前科」作為禁止歧視之事由。亦即「前科」並沒有被列入直接保護禁止歧視之法律體系中而受到保護。[13]目前為止，我國現行最有效保護前科者免於歧視之設計，並非直接根據「反歧視」之思維而來，而是透過「保障隱私」之設計，達到目的。亦即利用個人資料保護法與就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款規定，來保護前科者。[14]如就本文分析之管制環節觀察：

以個人資料保護法而言，以前科（包括「緩起訴、職權不起訴或法院判決有罪確定、執行之紀錄」）為敏感性個人資料之「隱私保護」精神進行規範。「受管制之主體」包括公部門與私部門，而「受管制行為」為全面性地禁止蒐集、處理或利用之行為。[15]在管制效果上，則採取可以同法第 28、29 條民事賠償，與第 47、48 條之行政裁罰管制，算是效果蠻強的介入管制。然而，受限於個人資料保護法個人資料保護法第 6 條第 6 款仍然規定，可以「經當事人書面同意」後蒐集即可免責，於勞資不對等下未必能獲得完整的保護。

而就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款規定，同樣是重於求職者或受僱者於職場上「隱私」之觀點，則「受管制主體」為雇主，並沒有區分公部門或私部門雇主。而「受管制之行為」為於招募或僱用員工，不得要求提供非屬就業所需之隱私資料，並於就業服務法施行細則第 1 條之 1 第 1 項明確規定包括「犯罪紀錄」。然而，就業服務法施行細則第 1 條之 1 第 2 項規定:「雇主要求求職人或員工提供隱私資料，應尊重當事人之權益，不得逾越基於經濟上需求或維護公共利益等特定目的之必要範圍，並應與目的間具有正當合理之關聯。」就例外範圍以比例原則衡量稍嫌空泛，管制方式僅限於行政裁罰方式。[16]

至於美國而言，少數州法有直接以「前科」作為受保護事由列入直接禁止歧視之保護，但受管制主體則有只針對公部門僱用，僅少數是針對私部門雇主也同樣受

[13] 詳參本文第二章第二節第二項第一款「直接管制歧視」（本文第 83-90 頁）。
[14] 詳參本文第二章第二節第二項第二款第二目「隱私保護」（本文第 93-94 頁）。
[15] 個人資料保護法第 6 條第 1 項、個人資料保護法施行細則第 4 條第 6 項。
[16] 就業服務法第 67 條第 1 項。

doi:10.6342/NTU201701132

限制管制，也有考慮是否排除用人數少於十人以下之小型企業之適用，而立法上也會允許雇主針對特定職業情況下有真實職業資格抗辯之可能性，主要分成三種類型：第一、法律明文規定前科職業資格限制；第二、特定前科罪名與職務有直接關聯性；第三、會產生不合理之風險，例如：基於照顧或接觸較容易受傷害之第三人，例如醫院、學校、養老院，或必須進入私部門住宅之職務；或涉及公共安全之職務之情形，可例外構成例外抗辯之事由，此外也有要求必須考量個人更生之情形進行判斷。[17]

採 Ban the Box 立法則是禁止或限制雇主查問前科紀錄作為限制，就例外禁止查問前科紀錄之時間點，是否僅限於第一次面試前，或必須到提供具體特定職務附條件錄取前；而具體衡量前科標準是否限定必須綜合考量個案之情形，例如：確認關於犯罪者與系爭工作關聯性、前科者具體更生情況、前科經過期間等綜合檢視判斷是否利用這樣犯罪前科紀錄，納入考慮之前科是否有一定期間限制，可以設有不同寬嚴管制限制。至於「受管制效果」目前仍傾向於行政裁罰之管制，但有論者倡議應放寬到私部門索賠之損害賠償之機制，以有助於強化反歧視法制執行效果。[18]

綜合上述分析，本文整理以「前科」為受管制事由建立就業反歧視法比較表如下，以比較分析應如何就美國對抗前科就業歧視之發展之經驗，對我國差異以求進一步提出改善建議。

（接下頁）

[17] 詳參本文第三章第三節第四項第二款「各州立法狀況概述」（本文第 172-177 頁）。
[18] 參本文第三章第三節第三項第二款「Ban the Box 之立法倡議」其中第 167 頁關於執法與管制機制之分析。

doi:10.6342/NTU201701132

《表 7》：美國與我國就「前科」建立就業反歧視法比較表			
項目	美國		我國比較
分析對象	Ban the Box	禁止歧視專法	1、就業服務法第 5 條第 2 2、個人資料保護法
核心精神	在前科歧視發生前禁止歧視	前科原則上與工作能力無關，應禁止雇主前科歧視	個人隱私／個人資料保護
比較	**我國將前科納入「隱私」以間接保護前科者，但欠缺「反歧視」之思維**		
受管制主體	多數針對公部門僱用，僅少數立法是兼針對私部門雇主；有些也對職業介紹所管制		一體適用所有雇主
比較	**我國就一體適用雇主層面保護涵蓋較廣，但沒有考慮到職業介紹所管制**		
受管制階段	僱用前階段	僱用關係各階段	沒有明確規範 理論上僱用各階段都受管制
受管制行為	1、限制雇主於特定時點前禁止查問前科紀錄 2、雇主查問前科紀錄之範圍 3、雇主考量前科紀錄因考量因素	除了一併納入 Ban the Box 之思考外，最重要是直接明定雇主禁止基於前科之歧視與雇主抗辯之例外。	1、雇主要求求職人或員工提供隱私資料應於目的之必要範圍，並應與目的間具有正當合理之關聯。 2、原則上禁止蒐集利用犯罪前科此類敏感性個人資料／例外：書面同意
比較	**美國法就前科紀錄思考原則與例外較具體／我國流於抽象欠缺具體指引**		
受管制效果	行政管制 （但論者討論是否應賦予私權救濟）		1、行政管制 2、行政管制與私權救濟並行
比較	**我國於個人資料保護法部分明確賦予私權救濟，保護較周全**		

資料來源：本文自製

從上表分析可知，我國對抗前科就業歧視之困境，最大的問題有二：第一、我國將前科納入「隱私」以間接保護前科者，但欠缺「反歧視」之平等保護思維；第二、美國法就前科紀錄於職場上決策之思考原則與例外較具體，我國流於抽象欠缺具體指引，以致無法真正對抗前科者面臨之就業歧視問題。

如前所述，本文認為於在多數情況之下，前科者工作能力與僱用後於職場上風險與工作能力與一般人無法認定有絕對本質上不同，然而卻可能來自於國家與私

doi:10.6342/NTU201701132

部門賦予前科者標籤將之標註為特別群體，使屬於該群體中每一個前科者，並於職場上給予歧視之對待，這樣的問題如果不去正視解決，根本無從改善前科者就業之困境。[19]循此脈絡下，本文接下來將在此框架下，試圖以憲法意義和立法建議，採取最寬保護之方式，建構對前科者反歧視保障體系。

第二節　前科者保護：司法、行政、立法建議

在上述管制要素下，要設計具體的制度，關鍵仍在於對於「前科者」標籤所採取的價值光譜。如前所述，本文主張，前科者與一般人在職場上之工作能力和風險其實無法直接當然認定有本質不同。是不論是國家或私部門，都不應任意的差別對待。此反應在憲法上的意義，即是本文認為司法院釋字第 584 號解釋，為前科者所貼上的標籤應徹底撕去。

本文認為，大法官對於前科者就業歧視的立場，不僅僅會影響到國家歧視問題之處理，也會連帶的影響到普通法院對於私部門間歧視問題之價值判斷。因為普通法院在處理私部門歧視問題時無論是解釋反歧視法律之立場，或是基於基本權的第三人效力之理論以憲法價值之判斷，均可能會受到司法院大法官態度而影響。為了落實憲法第 7 條保障平等權之精神，大法官面對前科身分之分類態度應有所調整。

當然，從美國法上長期對抗前科歧視的經驗累積，亦可見要更有效地的消弭對於前科者的就業歧視，最好的方式還是透過立法的方式解決。因而，本文會參採美國法的經驗，在符合我國法秩序與價值選擇之前提下，提出立法建議。

[19] 詳參本文第四章第一節第一項「前科者與一般人有無本質不同：標籤是否存在？」（本文第 194-197 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

第一項　司法意義

如何從司法意義上達到規範前科者之就業歧視，以落實憲法第 7 條平等權保障之精神，由於大法官解釋所代表價值取捨，可能會影響到普通法院解釋之態度。是為了對抗前科者私部門就業歧視問題，從改變大法官解釋之態度，納入平等權審查並具體化和以較嚴格標準審視現行國家法令是必要的；另一方面就普通法院對於勞動基準法之解釋與適用，乃至於一般就業歧視法制可否涵蓋前科者，有從憲法第 7 條平等權保障之視角進行法律解釋之必要。

第一款 違憲審查之建議

司法院大法官面對國家對於前科者差別待遇認定是否違反憲法第 7 條平等權保障歧視之態度，如果於普通法院透過憲法基本權對第三人效力審查介入私部門是否歧視前科者之判斷時，又涉及憲法第 22 條保障私法自治私部門締約自由原則之價值衡量，勢將更無法有所突破保障前科者，因此為了解決前科者面臨就業歧視之困境，自應從大法官態度改變，納入平等權保障之視角，從而調整修正對於國家歧視之審查標準。

本文將分析大法官解釋對私部門前科歧視管制之影響，並提出本文對於大法官解釋以憲法第 7 條平等權保障之審查標準建議。最後並點出對前科者採取積極優惠措施的可能方向。

一、 大法官解釋對私部門前科歧視管制之影響

司法院大法官解釋處理的固然僅是國家歧視之問題，然而就國家歧視審查判斷標準可能會惡化對於私部門歧視之判斷，特別是基於處理私部門歧視問題如要帶入憲法第 7 條平等權保障時，處理私部門歧視尚且必須面對前科者平等保障與

doi:10.6342/NTU201701132

私部門雇主受憲法保障私法自治之契約自由於職場上之僱用自由原則之問題，以至於利益衡量上會更為艱難。

目前大法官所作成的解釋中，有三號解釋會對於前科者的私部門歧視，帶來直接的影響，分別是司法院釋字第 666 號解釋以及司法院釋字第 728 號解釋，而在大法官處理前科身分之國家歧視問題時，所立態度可能惡化私部門歧視之問題。

司法院釋字第 666 號解釋，處理社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款就意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰的規定是否違反憲法第 7 條平等原則之爭議。大法官認為：「系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾近針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。」[20]其解釋結果，無異肯認中性法律，在適用上所造成的事實上歧視，亦可作為違憲的事由；等同於在憲法層次上承認間接歧視的存在，對於我國反歧視法的建置有正向的幫助。

遺憾的是，整體而言，從現有的大法官解釋中處理私部門歧視的問題上，並不太樂觀。首先，是面對國家對前科者的歧視問題時，在司法院釋字的 584 號解釋中，已主動的為前科者貼上了「高風險」的標籤，而司法院釋字第 749 號解釋並沒有從平等權保障角度去改變這樣的觀點。[21]其次，是在面對私部門歧視問題上，從司法院釋字第 728 號解釋中可見，大法官並不認為憲法上平等權的價值需要高於私法自治。此兩號解釋所架構出的憲法意義，使以基本權對第三人效力的方式，在我國法下保障前科者的就業機會倍顯艱難。

[20] 司法院釋字第 666 號。
[21] 參照本文第二章第三節第一項第一款「大法官對於前科身分平等保護立場曖昧」（本文第 101-105 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

憲法上條文是否可以直接適用於私部門關係之上，涉及基本權對第三人效力的論爭。目前我國學界，多數說認為憲法條文不應直接適用於私法關係，而是透過間接的方式，如民法第 72 條、第 184 條之概括條款納入憲法保障基本權。[22]若運用憲法第 7 條平等權保障的精神，保障前科者的就業機會，就必須透過民法等各種憲有概括條款去解釋法律，以調整雇主和具前科之求職者的僱傭關係。然而，在司法院釋字的 584 號解釋以及司法院釋字第 728 號的雙重壓迫之下，要推導出憲法第 7 條以保障前科者就業機會實有困難。

首先，在面對國家對於前科者的歧視，大法官已經用了憲法的高度為前科者貼上風險之標籤。[23]大法官在釋字第 584 號解釋提到：「再者，營業小客車營運之管理，因各國國情與治安狀況而有不同。相關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，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，與憲法第七條之平等原則，亦屬無違。」[24]於釋字第 749 號解釋雖然以憲法第 15 條保障工作權包含主觀職業選擇自由之角度切入，於中度審查標準之下具體化實質危險之判斷，然而並沒有回應是否就平等權觀點有所改變。

依據司法院釋字第 584 號解釋多數意見之邏輯，其即是認為無論工作能力是否適任，曾犯特定犯罪者的再犯率較高對於乘客人身安全會帶來較高的風險，即可作為差別待遇的合理事由。此種思考正如同美國聯邦最高法院在處理前科者就業歧視案件時之「理性思考」，[25]即基於雇主的利益，為了避免僱用該前科者所產生

---

[22] 請參許志雄（1995），〈人權規定之第三人效力〉，《月旦法學》，試刊號，頁 59-60；李惠宗（2001），〈禁譜辦公室戀曲－「基本權對第三人效力」或「基本權衝突」〉，《月旦法學》，第 79 期，頁 8-9；許宗力（2003），〈基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第 9 期，頁 64-70。關於基本權對第三人效力採間接效力說。

[23] 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」之前科者。

[24] 司法院釋字第 584 號。

[25] *See generally* Jocelyn Simonson, *Rethinking "Rational Discrimination" against Ex-Offenders*, 13 Geo. J. on Poverty L. & Pol'y 283, 283 fn.3 (2006).

doi:10.6342/NTU201701132

的潛在風險，拒絕僱用前科者是合理的為差別對待。

上述論述結構，完全可移植至私部門間僱傭契約利益衡量，即為雇主為了衡量乘客生命、身體安全及確保社會治安，將拒絕僱用曾犯「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」從事各類型的工作。最直接之類比，即為從事任何有關載客之工作，如：公車司機、遊覽車司機、幼稚園司機；或是可能與顧客獨處之工作，如：按摩業、民俗治療。由於考量「特定前科」對於「特定工作」所具備的「風險」已經是大法官所肯認的正當事由，實難以再透過憲法第 7 條的平等權來對抗私部門關係中之前科歧視問題。

其次，在司法院釋字第 728 號解釋出現後，若雇主已經明示全面性的拒絕僱用前科者，甚至亦難受到憲法的責難。釋字第 728 號解釋涉及憲法如何調節私部門間法律關係之爭議。該案中被指控違憲的條文是祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」[26]然而，依據祭祀公業實務運作的結果，相關規約依循傳統的宗族觀念以男系子孫(含養子)為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上已形成差別待遇。大法官認為此規定形式上未以性別作為認定派下員的標準，且目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則；更重要的是其提到：「況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」[27]亦即強調憲法也應保障契約自由和私法自治，因此即便有實質上差別待遇，也不能認定違反憲法第 7 條保障。

雖然在嚴守我國現行抽象法規範審查之釋憲制度下，呆板的從祭祀公業條例

[26] 司法院釋字第 728 號。
[27] 同前註。

doi:10.6342/NTU201701132

第 4 條第 1 項的條文文字本身，確實難認為國家有積極對女性為差別待遇，違法憲法第 7 條的平等權。但除了這部分之外，本號解釋更值得令人深思的是大法官如何處理私部門歧視的問題。大法官在解釋理由書已經肯認：「系爭規定雖因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇。」[28]卻仍然認為，相關祭祀公業規約是設立人及其子孫所為的「私法上結社及財產處分行為」[29]，基於憲法第 14 條保障結社自由、第 15 條保障財產權及第 22 條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。

依據司法院釋字第 728 號解釋的見解，即平等權的保障，在面對財產權、契約自由以及私法自治時應予以退縮，並非是憲法的核心價值。[30]則以此論證反映到，私部門對於前科者的就業歧視，是否意味著雇主也可基於財產權、契約自由及私法自治，恣意的選擇不聘僱具有前科紀錄之應聘者，而無任何侵害憲法上權利的問題？若在憲法法院層次，大法官已經做出此種宣示；普通法院如何能夠再凌駕於憲法法院的論述，透過基本權對第三人效力的理論，去論證雇主恣意的不給予具有前科紀錄者工作機會或是差別待遇，有違憲法的價值。

簡之，司法院釋字第 728 號解釋對於前科者的就業保障，有深遠的影響。其過於重視私法自治，而忽略了憲法基本權背後所具有的國家保護義務。更重要的是，真正有意義的平等權實踐過程，不能僅止於防免國家的歧視，而是在避免私部門的歧視。在司法院釋字第 728 號解釋與司法院釋字第 584 號解釋的結合下，等同於將前科者的就業問題，拒之於憲法的大門之外。

據此，若要有效的撕去前科者在職場上所被貼上的標籤，司法院大法官於憲法層次上之態度，即有更積極調整之必要，否則也將導致難以由司法審理之角度，解

[28] 同前註。
[29] 同前註。
[30] 請參莊世同（2016），〈論平等與法治：評釋字 728 號解釋〉，《政治與社會哲學評論》，第 57 期，頁 1-46。論者整理本號解釋多數意見，採取的是「競爭性平等觀」，即平等僅是眾多憲政價值中的其中一個價值，必須在具體案件中與其他價值相互權衡競爭；然而少數意見則認為，平等是「構成性平等觀」，平等是憲政體制最核心的構成性價值，依據憲法平等原則及增修條文促進平等的規定，國家不僅有消極義務去避免直接歧視，同時也有積極義務去消除間接歧視。

doi:10.6342/NTU201701132

決前科者就私部門歧視問題之困境。

二、 國家歧視審查標準調整

本文認為就大法官面對前科者國家歧視問題，有三件需要努力的調整。第一、大法官需要主動撕去為「前科者」所貼上之風險標籤，並修正平等權適用於國家歧視之審查標準；第二、大法官應該肯認平等權的積極面向；第三、平等權保障下寬容看待對前科者優惠措施之立法。

(一) 平等權適用於國家歧視的審查標準

若已經肯認，國家不應對前科者恣意地貼上標籤，在面對前科者遭受國家歧視的案件，大法官要重新面對的問題是，應採取什麼樣的審查標準，來處理前科者的就業歧視案件？雖然美國聯邦最高法院，在處理前科者的平等權案件時，對於前科者的態度亦不友善，但一些有關就業歧視的概念仍值得參考。

美國聯邦最高法院審查平等權標準為了確認法令是否構成違憲之歧視性差別待遇，美國聯邦最高法院必須先確立分類所導致差別待遇是否存在，進一步以審查標準來判斷透過司法權違憲審查介入國家立法之程度，即透過是否屬於「嫌疑分類」（suspect classifications）、準嫌疑分類和牽涉是否為「基礎性權利」（fundamental rights）2 個要素進行判斷，決定審查密度，以分析手段與目的間關聯性。[31]以「嫌疑分類」作為思考核心的取徑，其背後的原理其實在於認定這些分類，屬於被保護的群體。針對前科者，美國聯邦法院並未認為國家法律以前科者作為分類標準，限制其職業選擇自由屬於嫌疑分類。這其實也意味著前科者在美國聯邦最高法院的眼裡，尚未達到被保護的群體的程度。因此，在面對前科者的就業歧視問題，法院

[31] 詳參本文第三章第二節第一項「憲法平等權保障之體系架構」（本文第 121-123 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

也傾向採取合理審查的標準。[32]

而我國大法官在司法院釋字第 748 號解釋以前，其實並沒有明確採取美國嫌疑分類與基礎權利方式，審查平等權案件並建立審查標準。[33]在司法院釋字第 584 號解釋中，大法官是先決定差別待遇是否存在而注意到系爭法律對於區分「前科者」與「非前科者」之不同群體被差別待遇；然而，認為「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」，依據「不等者，不等之」之原則，認為「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」符合憲法第 7 條的平等權保障。[34]由於本文已於前述，前科者在職場上就工作能力與風險而言，與一般人的並沒有本質不同，而沒有「不等者，不等之」的問題。[35]故司法院釋字第 584 號解釋整體而言，從平等權的角度觀察，其論理架構應全盤調整。

我國大法官從司法院釋字第 748 號解釋開始，明確採取以「分類」與所涉權利審查模式分析並決定審查密度。針對民法以「性傾向」為分類標準所為差別待遇，綜合考量憲法第 22 條保障婚姻自由與「人格自由、人性尊嚴」密切相關等屬於「重要之基本權」。另方面探討「性傾向」屬於難以改變個人特徵且成因包括生理與心理因素、生活經驗及社會環境等，又因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性；除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。[36]如果以釋字第 748 號解釋為基準，分析目前我國大法官在審查平等權案件時所適用的

[32] 詳參本文第三章第三節第一項「透過聯邦憲法增補條款第 14 條規範前科歧視」（本文第 145-149 頁）。
[33] 詳參本文第二章第二節第二項第三款第二目「平等權之審查標準」（本文第 62-68 頁）。
[34] 詳參本文第二章第一節第二項第二款第一目「司法院釋字第 584 號解釋」（本文第 48-55 頁）。
[35] 詳參本文第四章第一節第一項「前科者與一般人有無本質不同：標籤是否存在？」（本文第 194-197 頁）。
[36] 司法院釋字第 748 號，解釋理由書第 14 段。

doi:10.6342/NTU201701132

流程為：

第一步：確認分類（即差別待遇）是否存在？

第二步：確認分類（即差別待遇）之審查密度為何？

第三步：容許分類（即差別待遇）之目的為何？

第四步：分類（即差別待遇）與達成目的關聯性如何判斷？

本文認為基於前國家法令對於前科者不友善標籤，針對前科者面對就業歧視之困境，以平等權審查模式，必須針對上述四步驟進行調整，以撕去標籤。

第一步：以承認前科者與一般人，在職場上就工作能力和風險並無絕對本質不同之前提，進而寬認國家法令以「前科」為分類，劃分前科者與未犯罪之一般人為不同群體，使前科者適用國家法令限制從事特定職業構成差別待遇，必須適用平等權審查模型。即令是以限制特定罪名前科者才能從事特定職業工作，平等權比較之群體亦不能僅是針對前科者彼此之間（即分析管制罪名與非管制罪名前科者）是否平等比較，而應考量到前科者與一般人是否平等比較。

第二步，就審查寬嚴判斷之調整。本文認為有二個問題要考慮。首先，是否前科身分作為單一的分類標準，決定審查寬嚴標準？；其二，應採取如何之寬嚴標準？

第一個問題的關鍵在於，是否要肯認前科者整體而言，是一個被保障的群體？如果國家以前科者為分類標準，是否屬於嫌疑分類或準嫌疑分類而應提高審查密度？此問題在美國法上是採取否定的立場。[37]而我國大法官從司法院釋字第 584 號解釋就平等權之審查採「合理」審查來看，是採取否定的立場，但有論者認為應可將前科者作為提升到「準嫌疑」分類，即採中度審查密度。[38]

[37] 詳參本文第三章第三節第一項「透過聯邦憲法增補條款第 14 條規範前科歧視」（本文第 145-149 頁）。

[38] 田仁杰（2006），〈「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障--從釋字第五八四號解釋之職業平等談起〉，《憲政時代》，第 32 卷第 1 期，頁 86-93、97；李思儀（2007），《從憲法平等權觀點檢視有

doi:10.6342/NTU201701132

雖然我國國家法令限制前科者的法律規定態樣繁多，牽涉權利、限制方法亦不相同。[39]各前科者之社會經濟、地位差異，其實差異甚鉅，彼此間的同質性其實並非如傳統的性別、種族、宗教、性傾向等明確。如：觸犯殺人罪、貪污罪、財經金融犯罪之人，遭受國家所為的就業限制的目的不盡相同，其等所受到的社會排擠的效果也不相同。經本文整理我國國內法限制前科者工作相關法律，為前科者貼上標籤之理由有三：第一、認定其具有不良特質、第二、認定不適任工作、第三、認定其有風險。[40]其基本的預設前提就是犯罪的人必然與一般人不同，而將前科形同有再犯風險，但這些都只是標籤化的「假設」推論，也否定更生之可能性，更無法代表前科者「個人」確實如此，因此，以「前科者」為群體作為劃分，以代表國家以歧視眼鏡看待個人，於反就業歧視法制建構下，關鍵應該是個人的工作能力，而不應該以「前科」身分，認定個人隸屬於某一群體即必定本質不適任特定工作，應可認為是一種身分分類。

第二個問題是，此一分類下的審查寬嚴標準為何？以審查寬嚴標準而言，如何決定分類是否應提升為類似美國法嫌疑分類（嚴格）或準嫌疑分類（較嚴格），應以我國司法院大法官解釋向來認為我國憲法第 7 條平等權價值在於「實質平等」，亦即平等之意義不僅僅是在於形式上「等者等之，不等者不等之」，而是要求國家應有積極改善現存政治、經濟、社會弱勢者地位減少結構性壓迫，亦即採取「反壓迫」之思維。[41]

則思考以「前科」為身分進行分類，如果以「形式」論觀點自然會推導出前科者既然曾經犯罪，則與未犯罪一般人當然不同，而僅需以合理審查標準即已足。然而正如美國提倡將前科身分納入反歧視保護範圍之提出觀點，反歧視重點並不在

前科者之職業選擇自由限制》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 71-103。

[39] 詳參本文第二章第一節第一項「國家歧視的型態」（本文第 38-43 頁）。

[40] 詳參本文第四章第一節第一項「前科者與一般人有無本質不同：標籤是否存在？」（本文第 194-197 頁）

[41] 黃昭元（2009），〈平等權案件之司法審查標準－從釋字第 626 號解釋談起〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊）》，頁 551-580，臺北：新學林，頁 575-577。

doi:10.6342/NTU201701132

維護雇主現有制式的理性抉擇，而應該是去對抗系統性的污名和壓迫，平等權關照之身分，不只是單純客觀之不可改變性，而應考慮有關烙印傷害，以社會群體於社會經濟地位和政治地位決定其是否應受平等保護，如果是於歷史地位上社會最底層者，並在政治上權力剝奪無法發揮影響力導致於不公平社會結構中處於弱勢群體地位，即有受反歧視法保護之必要。[42]

此外，或有認為「前科」身分終究是因為個人選擇犯罪所致，可歸責於個人，因此與傳統反歧視法禁止歧視之身分如種族、膚色、性別、宗教、原始國籍此類屬於與生俱來，似乎無法比擬，因此難以將前科身分提升為嫌疑或準嫌疑分類。然而，若就反歧視法之發展，有論者有分為第一代、第二代、第三代歧視為觀察。所謂第一代指的是種族、膚色、性別、宗教、原始國籍固然可能具有「與生俱來無法改變」之特質，然而第二代探討年齡、身心障礙、性傾向歧視，與新興第三代之基於生活型態（如：吸菸、肥胖、高血壓）之歧視，已經脫離過去傳統侷限於「與生俱來無法改變」之特質。[43]至於是否可歸責於個人，同樣的，於第二代身心障礙而言，身心障礙的原因，未必是天生，也有可能個人所。舉例而言，個人因危險駕駛出車禍後導致傷殘，也不會因此不受保護；第三代之生活型態，如吸菸、肥胖，都可能是可歸責於個人行為所導致，然而並沒有因此被絕對的排除於反歧視法保障。

申言之，本文認為目前前科者在職場上，因為我國目前又沒有針對成人設計塗銷制度，以致前科身分無法消除，受到社會普遍之歧視，認定前科身分足以代表個人之特質、能力，甚至以未實現之風險認定實害，有些前科犯並可能為遭受社會隔離的少數，且因有褫奪公權等限制經常性政治上弱勢難以以民主程序扭轉法律上劣勢地位，確實有其結構上壓迫存在。雖然由於前科之種類多端，或有認為白領或金融犯罪，未必會受有結構性壓迫，然而，本文認為具有特定身分之人被歧視，並

[42] 詳參本文第三章第三節第四項第一款「應將前科身分直接納入反歧視法之理由」（本文第 171-173 頁）。

[43] 關於第一、二、三代歧視之發展，請參焦興鎧（2015），〈臺灣建構防制就業歧視法制之努力--二十年之回顧與前瞻〉，《臺灣勞動法學會學報》，第 11 期，頁 25-49。

doi:10.6342/NTU201701132

不會因為其經濟、社會背景較為優越，即有根本的改善。以性傾向而言，或有同性戀者處於高社經地位，然而無礙於其仍會因其同性戀之性向而受到社會結構歧視之問題。而以前科身分而言，白領與金融犯罪，或許行為人可能本身社經地位會相較其他種類犯罪較高，然而社會對於渠等具有前科身分，即自然貼上具有不良特質、必然帶有再犯潛在風險之歧視，仍然存在，因此前科者可能存在有高社經地位背景之情況，就前科身分所帶來社會結構上歧視並沒有本質不同，也無法據此就排除前科者作為反歧視保護身分之理由。

因此，本文認為以前科為分類之國家法令平等權審查，則至少應提升到如司法院釋字第 748 號解釋之「中度」的審查標準，即至少其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。[44]

雖然司法院釋字第 749 號解釋透過操作憲法第 15 條工作權保障，前科涉及主觀職業選擇自由主觀條件之限制，即應採中度審查標準，可能可以達到類似的目的。然而，本文認為如果將就業歧視之問題都落於以職業選擇自由主觀條件限制來處理，勢將使所有各種主觀條件，都置於相同之中度審查標準，反而稀釋了以社會結構壓迫來判斷主觀條件之問題。舉例而言，如果是以「有無考取駕照」、「學歷」來做篩選，與是否有「前科」身分，其在社會結構上烙印與壓迫明顯不同，卻因為都涉及主觀職業選擇自由限制而必須同樣拉高至中度審查標準，明顯並不合理。因此，基於大法官解釋對私部門前科歧視管制之影響，[45]於宣誓前科者與一般人本質並無絕對不同，而應受憲法第 7 條平等權保障必要性之觀點，自應一併將平等權納入考量並一併提高至中度審查標準。如此，才有能以真正觸及前科身分作為一個結構性實質不平等地位角度，去正視以前科作為身分進行差別待遇，確有可能構成歧視，

[44] 田仁杰，前揭註 38，頁 86-93；李思儀（2007），前揭註 38，頁 71-103。
[45] 詳參本文第二章第三節「綜合分析：從立法與司法互動觀察」（本文第 100-111 頁），特別是《圖 3》：前科者就業歧視問題困境－司法與立法互動關係圖，可見憲法法院（我國司法院大法官）對於前科者之態度會影響到普通法院與立法決策。

doi:10.6342/NTU201701132

而有進一步動能去改變來自於社會私部門之歧視。

第三步要調整即於平等權保障下，容許對前科者為差別待遇之「重要」的公益目的。在決定審查基準後，中度審查密度下，緊接著要處理的是應如何決定政府如許差別對待所能追求的重要之公共利益。

歸納本文第二章所整理的國家的就業歧視類型，如涉及工作權限制，無外乎有三種目的：第一、以前科代表不良特質，因此認為排拒前科者可以維護「特定專業職業信賴」；第二、認定不適任工作確保特定職業適格性；第三、避免風險，即前科者對於雇主或社會所造成實質損害的可能性；第三、考量特定前科與特定工作適格性，亦即如果前科足認無法勝任特定工作。[46]則究竟何者可認為屬於可容許以前科身分為分類之重要的公益目的？

第一種類型是考量前科者與特定不良特質使職業失去信賴劃上等號，即是標籤化認定特定前科者本質即不適任工作，其必須要是立法但究竟那些職業需要此種職業信賴？又如何評判以前科者從事特定職業即會動搖職業信賴？如果認為職業信賴可以為重要公益目的，無非即認為國家法令允許對於前科者之偏見，畢竟認為前科者本質即不適任特定職業，因此本文認為職業信賴實過於寬泛模糊無法辨識，原則上無法作為重要公共利益。[47]

第二類確保特定職業適格性，如涉及專門職業資格時，因國家有義務確保專門職業者之能力，如特定前科足以反映無法具備特定專門職業適格性，則為維護具備專門職業之適格性，確實可能為重要公共利益。

至於第三類風險，即基於保護第三人生命身體健康財產安全避免危險發生，此處應區隔是單純保護安全避免損害，應認為僅屬於單純正當公共利益不能當作是

[46] 詳參本文第四章第一節第一項「前科者與一般人有無本質不同：標籤是否存在？」（本文第 194-197 頁）。

[47] 司法院釋字第 749 號解釋黃瑞明大法官提出之協同意見書，頁 3-4，下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000376-20D8E（最後瀏覽日：06/03/2017）。

doi:10.6342/NTU201701132

重大公共利益，唯獨與具體之職業或工作特性結合分析後，認為有特別預防危害發生之必要時，才可以達到符合中度審查標準之「重要」之公共利益。[48]舉例而言，以幼兒教育及照顧法第 27 條第 1 項第 1 款規定：「教保服務人員或其他人員有下列情事之一者，不得在幼兒園服務：一、曾有性侵害、性騷擾或虐待兒童行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案。」固然避免一般人受到性侵害風險僅能算是正當公共利益，然而，考量到幼兒園教保服務人員接觸之兒童群體更屬脆弱，國家應有積極保護之義務，則就兒童免於性侵害、性騷擾或虐待之風險，則提升為「重要」公共利益，方能通過本文要求之中度審查標準，就風險預防符合重要公共利益後，關鍵仍在於如何衡量差別對待與實質關聯性，於後深入討論。

第四步要調整為衡量差別對待與目的實質關聯之要素分析。本文認為考量平等權審查關鍵仍在於分類之劃分就達成目的而言究竟「是否有涵蓋不足、涵蓋過廣」之疑慮，[49]衡量重點應該也以此進行判斷。本文認為應依以下三個原則進行審查。

第一、 刑度分類：無涉罪名僅以特定刑度前科為分類，即屬違憲

> 如果是以「前科」作為單一的標籤包括泛論性禁止前科者或單純以特定刑度以上（亦即以涉犯特定刑度，例如：一年、二年以上有期徒刑者為由）之前科為分類標準進行差別待遇，很明顯的無法判斷到底涵蓋上有無失之過寬或過窄之空間，因而無法衡量與目的間關聯性，應認無法通過實質關聯性之審查。

---

[48] 司法院釋字第 749 號湯德宗大法官提出部分協同意見書，頁 4，下載網址，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000371-OYA23（最後瀏覽日：06/03/2017）。司法院釋字第 749 號，湯德宗大法官提出部分協同意見書指出：「『保護乘客安全及維護社會治安』屬『正當』公共利益，且於考量計程車之營業特性（即『資訊不對稱』與『相對不自主』）後，認定『保護乘客安全及維護社會治安』更屬『重要』公共利益。」即是這樣的看法。

[49] 司法院網站大法官解釋釋字第 584 號抄本，聲請書，頁 700。抄本下載網址：http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=584（最後瀏覽日：02/28/2017）。林子儀大法官不同意見書：「系爭規定爲維護搭乘計程車者之生命、身體、自由及財產，限定有一定犯罪前科者終身不得從事計程車駕駛工作。嚴格言之，**該系爭規定所選擇規範的對象，與目的之達成，仍有涵蓋不足(under-inclusive)及涵蓋過廣(over-inclusive)之情形**，故而並非完全契合的手段。惟因在合理關連性的審查標準之下，尚未違反平等權保障之意旨。」雖然林子儀大法官肯認就前科分類只需以合理審查標準為本文所不贊同，但就此部分平等權分類與目的間關聯部分，是本文所贊同。

doi:10.6342/NTU201701132

第二、 罪名分類：選定特定罪名前科為分類標準，立法者應證明特定罪名前科預測再犯風險實質風險，與利用特定職務或工作之實質關聯性，如無法證明，分類即屬違憲

立法者如選定特定前科為分類標準，則必須證明：(一)選定特定罪名犯罪者再犯選定特定罪名之風險較高，而不能概括地將所有犯罪再犯風險都納入計算。如此才有以前科罪名為分類標準預測再犯實質風險之依據。[50]；(二)合理說明特定前科犯罪，利用限制之職務或工作特性，有極高便利再犯之可能性；（三）再犯因素因綜合限制時間是採終身限制或定期限制結合觀察，如採終身限制，應進一步證明時間經過沒有降低再犯率之情形。

第三、 個案衡量：個案衡量上是否容有太多失之過寬、過嚴之空間；如果是，又沒有設立例外或個案衡量之機制，則分類亦屬違憲

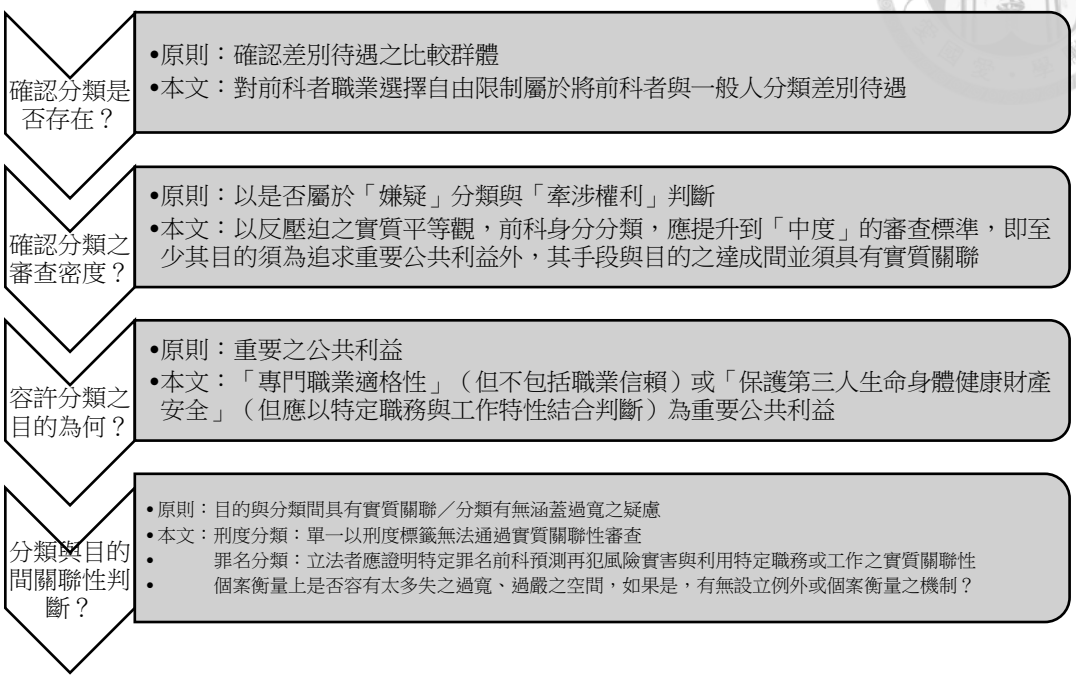
由於特定罪名前科預測再犯特定罪名風險存在有不確定性，如此分類必然會有涵蓋過寬之疑慮，因此應由立法者舉證證明無從採取其他限制涵蓋較小前科分類標準，舉例而言，如果沒有排除過失犯、緩刑或易科罰金刑、幫助犯之情況，是否個案上確實可能有極高比例失之過嚴，亦即將沒有如此高風險之前科者貼上風險標籤？如果有這樣情形，卻沒有設例外或個案衡量之機制則可能違憲。

（接下頁）

[50] 有研究發現，就管制罪名而言，僅性侵害、毒品罪再犯相同罪名之再犯率較高，更見以特定犯罪前科推論有再犯風險之假設，其客觀證據並不充分。詳參章光明、鍾志宏、陳玉書，前揭註 6。

doi:10.6342/NTU201701132

《圖 6》：前科者職業選擇自由限制平等權審查流程



參考資料：本文自製

(二) 肯認平等權的積極面向

上述大法官對於國家歧視的審查基準，會間接地反應在私部門歧視之案件上，此與基本權對第三人效力理論有關。[51]民法對於契約自由之管制，一般認為基於傳統民法保障契約自由原則，雇主就勞動契約締結亦有擇員選擇自由，也就是享有私法自治之空間，雇主原則上可以自由決定要僱用什麼樣對象。此時無可避免就必須進入憲法價值之利益衡量，即處理憲法平等權保障與憲法對於私法自治保障之基本權衝突調和問題。

大法官對於上述問題意識於司法院釋字第 728 號解釋展現是相對悲觀的，亦

[51] 李思儀，前揭註 38，頁 111-112。

doi:10.6342/NTU201701132

即依據司法院釋字第 728 號解釋的見解，即平等權的理念在面對財產權、契約自由以及私法自治時應予以退縮，並非是憲法的核心價值。更嚴重的是，該號解釋其實處理為性別平等之議題，於我國憲法增修條文第 10 條第 6 項規定特別賦予國家有促進性別實質平等之保護義務下，尚且都得出如是消極的結論，[52]則毋寧是可以預期憲法於平等權保障之價值將於與私法自治和契約自由保障價值衝突之下將全面退守。[53]大法官已經先在國家歧視，即國家制定法令限制前科者職業選擇自由上貼上標籤認為與一般人不同，對於平等權審查採取寬鬆之合理標準而合憲，而如果進一步在探討基本權對第三人效力理論尚且處理私部門契約自由保障與前科者平等保障之衝突時，又如何期待可能更進一步發揮憲法平等權保障之功能？

為了解決上述困境，如何進一步肯認平等權保障之積極面向，亦即不僅僅限於法律上平等，而更重要的是如何透過法秩序促使社會平等甚至包括實踐社會內部平等，如何建立這樣平等權保障之功能才有實質之意義。

而本文認為我國司法院大法官解釋向來認為保障為實質平等而非僅是法律形式平等而已，而前科者之所以犯罪如果單單歸咎於個人，而忽視整體社會脈絡之作用，犯罪未必是可以自由選擇與控制，進而忽視前科者可能處於階級、貧窮、低教育弱勢之交集，受國家法令與社會文化系統性地污名與壓迫，再輕易地任由私法自治契約自由原則為由予以標籤化，使其排除於職場之外，毋寧是否定前科者作為人的價值，欠缺平等保護之關照，將進一步強化對於前科者之歧視。[54]

因此，回歸國家歧視即國家法令對於前科者職業選擇自由限制，如以違憲審查角度，如果無視上述系統性壓迫的問題，過於寬鬆輕易地接受立法者主張前科者與

---

[52] 有論者即認為就憲法一般平等權無從推導出一般性保護義務，亦即除了要求國家必須要求法律一律評等外，並無法推導出憲法應確保社會必須平等對待之義務，以實踐社會內部平等，然而我國憲法增修條文第 10 條第 6 項屬於例外規定可以推導出國家促進兩性地位實質平等之保護義務。詳參張志偉（2016），〈私法規範的憲法審查－以大法官釋字第 728 號解釋為例檢視我國憲法制度的結構困境〉，《判解研究彙編（十九）（二十）》，頁 197，臺北：李模務實法學基金會出版。

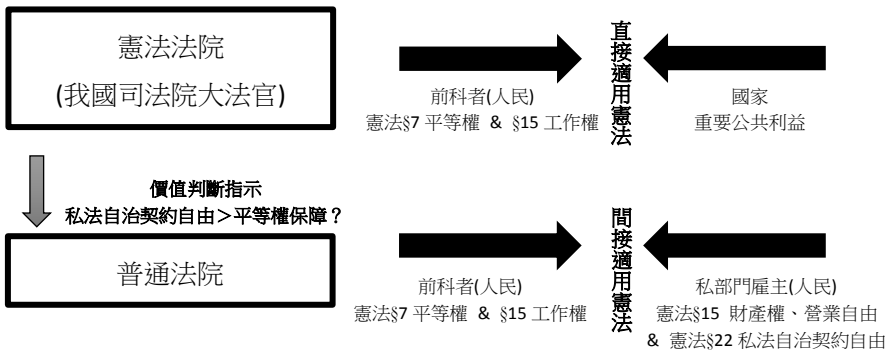
[53] 莊世同，前揭註 30，頁 23-24。其認為司法院釋字第 728 號解釋多數意見展現之思維即立於「立基於自由的法治觀」，相對應部份少數意見屬於「立基於平等的法治觀」以當時的多數意見來看，保障私法自治之自由價值優於對於性別平等保障。

[54] 同前註，頁 31-35。

doi:10.6342/NTU201701132

一般人不同可以差別待遇；或是於私法自治之衡量下，輕易地為契約自由合憲性背書，無疑是背離憲法保障實質平等之精神。於此平等觀脈絡思考下，無論是司法實踐或是立法者都應更積極正面地面對現存的對於前科者歧視之問題。

《圖 7》：憲法法院指示影響普通法院關係圖



資料來源：本文自製

(三)從寬尊重立法決定以維持積極優惠措施之合憲性

就我國處理職場上積極優惠措施合憲性問題， 無論是身心障礙者或是原住民，均受我國憲法增修條文明定應予以保障，且所涉及分類均「非人力所得控制」，前者涉及終身職業限制、後者涉及定額制，前者即採較嚴格標準以致違憲，後者則用寬鬆的合理審查標準則合憲之截然不同結果。則我國司法院大法官對於積極性優惠措施是否確實處於寬待之角度，還有待更多案例觀察。

然而對於前科者而言，雖然沒有憲法特別條文規定應予保障，但在保障實質平等，關於前科者再犯造成社會風險、免於系統系污名和壓迫之情況下，應有肯認積極積極立法保護是合乎追求平等之目的；更何況我國對於兩公約內國法化下，於 ICESCR 第 6 條第 1 項明指：「本公約締約國確認人人有工作之權利，包括人人應有

doi:10.6342/NTU201701132

機會憑本人自由選擇或接受之工作謀生之權利，並將採取適當步驟保障之。」。於第 18 號一般性意見，第 31 段即指出就第六條而言，「核心義務」包含確保無歧視和平等保護就業的義務，就公部門與私部門企業間受有邊緣化之弱勢群體，有促使締約國僅可能漸進式之透過有計劃立法滿足促進平等保護就業之義務。

因此，即令我國憲法並沒有明示如於社會上確實現存使前科者於職場邊緣化於結構上受歧視無法享有平等就業機會之情況下，國家立法採取積極優惠措施方式促進保護平等就業機會，本文認為司法違憲審查應盡可能從寬尊重立法決定以維持積極優惠措施之合憲性。但在私法自治（財產權）以及對於前科者的工作保障上，應如何權衡，採取如何之差別待遇具體模式，則必須依實際立法情形衡量判斷。

第二款 現行法解釋之建議

關於普通法院對於現行法之解釋，會有三個主要面向之問題。第一、針對個人資料保護法與就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款之具體適用；第二、是因前科紀錄而終止勞動契約之勞動基準法相關法律解釋適用之問題；第三、也是最核心之問題在於從現行反歧視法究竟有無可能推導出私部門對於前科者歧視之規範？本文試圖以保護前科者免於歧視之立場就相關現行相關法律分析。

一、 針對個人資料保護法與就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款之具體適用

此部分涉及前科紀錄之隱私部分，分成個人資料保護法與就業服務法進行分析。就個人資料保護法第 6 條第 1 項將「犯罪前科」列為敏感性個人資料進行保護，因此勞工可以據此主張私部門雇主不得違法蒐集有關前科個人資料，如係以「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」，則可能涉有同法第 41 條之刑罰責任外，可依同法第 29 條訴請損害賠償。即令同法第 6 條第 6 款仍然規定，

doi:10.6342/NTU201701132

可以「經當事人書面同意」後蒐集，但仍必須注意：「但逾越特定目的之必要範圍或其他法律另有限制不得僅依當事人書面同意蒐集、處理或利用，或其同意違反其意願者，不在此限。」之但書例外，法院應特別審酌雇主所查問或要求前科資料是否超過必要之範圍。

而普通法院具體解釋適用上開例外時，所謂「逾越特定目的之必要範圍」基於基本權對第三人效力理論，應以憲法第 7 條平等權保護之立場，而遵循本文所提出之平等權審查模式分析，所謂目的僅限於「重要」之公益目的，亦即應衡諸具體職務與工作特性有無特別防免第三人安全之必要，並依私部門關係具體成二種情況判斷：

第一、刑度分類：雇主泛論性地詢問有無前科紀錄或直接索取良民證，無法判斷與特定職務與工作關聯性，應認為逾越特定目的之必要範圍。

第二、罪名分類：雇主如選定特定罪名前科應證明特定罪名前科預測再犯風險實質風險與利用特定職務或工作之實質關聯性，如無法證明即屬逾越必要範圍。

如雇主查問不符合上述標準，即應認定無法透過勞工書面同意而免責。又於勞資不對等之情況下，也必須考慮其同意是否違反意願，或有無民法第 247 條之 1 第 4 款規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：四、其他於他方當事人有重大不利益者。」認定簽署書面同意無效之問題。[55]畢竟如果當事人提供關於前科等敏感性個人資料，以致於遭受如拒絕僱用或解僱難謂重大不利益之情形，是否有顯失公平無效之問題。

[55] 臺灣高等法院臺中分院 100 年度保險上易字第 1 號民事判決指出：「空白的同意書係上訴人單方製作用於與不特定保戶發生理賠糾紛時，要求保戶簽署之契約書面，係上訴人預先擬定用於同類型爭議而訂定之契約，保戶並無變更磋商之餘地，保戶如不接受，上訴人即拒絕理賠，而須忍受不締約之不利益，有失衡平原則，其性質與附合契約無異。」肯認單方擬定空白同意書，性質與附合契約相同，而依民法第 247 條之 1 規定之契約而認定無效。

doi:10.6342/NTU201701132

至於於就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款禁止要求提供非屬就業所需之前科資料，違反者可以依同法第 65 條第 1 項處以行政罰鍰。此部分究竟就業所需之前科資料如何限制，亦應同上述之說明操作。

二、 前科紀錄而終止勞動契約之勞動基準法相關法律解釋適用之問題

如果法律並沒有明文規定或限制私部門雇主就特定職務或工作不能僱用前科者情況，雇主如有意基於前科紀錄終止勞動契約，可能會主張符合勞動基準法第 11 條第 5 款：「非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。」之資遣解僱，或是符合勞動基準法第 12 條第 1 項第 1、3、4 款：勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。三、受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者。四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。」懲戒性解僱，本文逐項分析提出解釋適用之建議。

(一)資遣解僱（勞動基準法第 11 條第 5 款）之分析

就勞動基準法第 11 條第 5 款不能勝任工作，最高法院判決認為包括勞工在客觀上之學識、品行、能力、身心狀況，不能勝任工作者而言。[56]則有前科紀錄確實能被標籤化認定是品行或能力不足以勝任工作。本文認為單純以具有前科紀錄即斷定品行不良不能勝任工作是站不住腳，毋寧仍必須進一步考量雇主是否能舉證證明於「重要」之公益目的下，勞工所具特定罪名前科應證明特定罪名前科預測再犯風險實害與利用特定職務或工作之實質關聯性，如無法證明，否則單純以前科身分標籤化認定不能勝任工作將流於對前科者之歧視。另一方面仍應考慮到解僱最

[56] 最高法院 80 年度台聲字第 27 號民事裁定、最高法院 86 年度台上字第 82 號民事判決、最高法 95 年度台上字第 916 號民事判決。

doi:10.6342/NTU201701132

後手段性原則之適用，[57]必須限於雇主在其勞動基準法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下才可以終止勞動契約。[58]在此情形，至少應綜合評估前科者在職期間工作表現、實際更生之狀況，判斷是否確實已達無法改善情況；如果與特定職務有其關聯性，亦應進一步評估有無調動其他職務之可能，於最後手段下才可以經預告後資遣解僱。

(二)懲戒解僱（勞動基準法第 12 條第 1 項第 1、3、4 款）之分析

首先是勞動基準法第 12 條第 1 項第 1 款：「勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。」，於同條第 2 項設有「應自知悉其情形之日起，三十日內為之。」。如果雇主查問時未誠實告知前科紀錄，雇主事後知悉可否據之解僱並非沒有爭議。雖有論者認為並不以實際損害為必要，僅需有受損害危險性或可能性，因此如果雇主在締約前應徵者之履歷表或在面談時詢問關於犯罪前科紀錄為虛偽陳述可以加以解僱。[59]然而，有論者從德國法角度探討此問題，認為前科紀錄涉及隱私，且前科者不應受社會歧視，故詢問前科紀錄應受嚴格限制，不得僅是概括性詢問是否曾犯罪，且詢問之前科紀錄必須與求職者應徵職務相關聯，如果前科紀錄已經註銷或可得註銷，勞工亦得主張未曾犯過該項罪刑。[60]我國法院實務案例不多，一案案例事實為某勞工於 2003 年就職時人事資料表有無前科欄位填寫「無」，惟實際上於 1998 年間因賭博罪判處有期徒刑 2 個月得易科罰金，後雇主據此解僱勞工。法院以該勞工已經服務 7 年餘，未曾因該前科紀錄影響工作表現或造成雇主損害，雇主未

[57] 郭玲惠（2011），《勞動契約法論》，頁 226，臺北：三民。
[58] 最高法院 96 年度台上字第 2630 號民事判決。
[59] 焦興鎧等合著（2014），《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》，勞動法學會（編），二版六刷，頁 145，臺北：新學林，頁 293。
[60] 詹森林（1992），〈德國勞工法系列問題(1)--僱主對於求職者之詢問權〉，《萬國法律》，第 63 期，頁 6。

doi:10.6342/NTU201701132

能提出因誤信勞工無前科紀錄而遭受損害之具體證據，據此認定解僱違法無效。[61]

本文認為關於所謂「誤信而受有損害之虞」，亦應由雇主舉證證明基於特定職務與工作特性，保護第三人安全為「重要」之公益目的下，勞工所具特定罪名前科應證明特定罪名前科預測再犯風險實害與利用特定職務或工作之實質關聯性，以作為認定有「誤信而受有損害之虞」之判斷標準。 因此，除非是法律明文限制禁止僱用特定前科者之情況外，雇主仍應盡舉證責任證明特定前科與遂行職務造成損害可能性，且必須綜合評估勞工在職表現與更生情形，分析判斷是否仍有造成損害之實質風險，否則單純以前科紀錄認定具有造成損害危險性或可能性，則屬標籤化而構成歧視，而應認定是違法解僱。

至若勞動基準法第 12 條第 1 項第 3 款情況，本款固然並無法律明文規定除斥期間之限制。然而，曾有最高法院案例曾認定雇主設定工作規則如涉有貪污罪嫌或其他與職務有關之罪嫌經法院提起公訴者，得予停職，而該員工因涉犯包庇罪追訴期間遭停職，經判刑一年緩刑三年確定申請復職遭拒絕，判決認定雇主主張以「被科刑」作為拒絕其復職申請之理由，設定勞動條件高於勞動基準法以「未諭知緩刑」為高之勞動條件而無效為由，肯認雙方雇傭關係繼續存在。[62]再從該條款基於其後段要求「未諭知緩刑或未准易科罰金者」之限制，解釋上仍應必須以勞工入監服刑而無法工作進而方得以本款不經預告終止解僱。[63]

而勞動基準法第 12 條第 1 項第 4 款，「違反勞動契約或工作規則，情節重大者」之情形，雇主可否直接於勞動契約或工作規則規定具有前科，即屬情節重大而加以解僱？最高法院認定所謂情節重大，必須以勞工違反勞動契約或工作規則之具體事項，客觀上已難期待雇主採用解僱以外之懲處手段而繼續其僱傭關係，且雇主所為之懲戒性解僱與勞工之違規行為在程度上應屬相當，方符合上開勞基法規

[61] 臺灣士林地方法院 100 年度勞訴字第 13 號民事判決。
[62] 最高法院 87 年度台上字第 2679 號民事判決、臺灣高等法院 87 年度重勞上更(一)字第 3 號民事判決。
[63] 焦興鎧等合著（2014），前揭註 59，頁 296-297。

doi:10.6342/NTU201701132

定之「情節重大」之要件。且必須衡量勞工之違規行為態樣、初次或累次、故意或過失違規、對雇主及所營事業所生之危險或損失、勞雇間關係之緊密程度、勞工到職時間之久暫等，均為是否達到懲戒性解僱之衡量標準，進而指出雇主必須舉證證明因勞工違規行為導致財務或營運上重大影響。[64]

本文認為本條款其實是懲戒性解僱，亦即針對勞工於職務上所為違約或違反工作規則行為情節重大以致於勞動契約關係難以維持情況下加以懲戒解僱。因此，如果前科者於受僱前即已經具有前科紀錄，則既非於職務上違反勞動契約和工作規則之行為，雇主能否溯及勞工於僱用前之行為主張違反勞動契約或工作規則加以解僱，已有疑問。又縱使假設雇主直接於勞動契約與工作規則規定不得具有前科紀錄，除非是法律明文規定禁止特定前科者擔任特定職務使雇主如果僱用前科者可能會導致違法情形以外，於其他情形下前科紀錄本身尚未造成實際危險或損失，因此解釋上仍應維持由雇主舉證證明工作規則規定特定職務不得具有前科身分，是基於特定職務與工作特性，保護第三人安全為「重要」之公益目的下，勞工所具特定罪名前科應證明特定罪名前科預測再犯風險實害與利用特定職務或工作之實質關聯性，才足以構成情節重大而足認解僱合法之程度。

(三)法定解僱事由？

至於目前我國有部分國家法令就特定職務工作，直接要求私部門雇主如僱用有特定罪名前科紀錄者應加以解僱之情形與勞動基準法間如何適用？舉例而言，補習及進修教育法第 9 條第 6 項第 1 款規定：「短期補習班之教職員工，有下列情事之一者，應予解聘或解僱：一、有性侵害、性騷擾、性剝削，經判刑確定或通緝有案尚未結案。」即賦予雇主應針對特定前科解僱之法定義務，如何適用勞動基準法規定之解僱事由進行解僱？

[64] 最高法院 96 年度台上字第 631 號民事判決。

doi:10.6342/NTU201701132

本文認為除了應探討個別條文是否違憲之外，就雇主依上述法律例外之情形，仍應符合勞動基準法情況下進行解僱，然而因法律明文規定雇主解僱義務情況下，基於利益衡量，可以從寬認定雇主之解僱合法。

具體而言，如私部門雇主已經主動依法查問勞工是否符合上述前科，經求職者隱匿或虛偽告知，因為將使雇主違法而可能受行政管制裁罰，則應認有使雇主誤信而有受損害之虞之情況，而符合勞動基準法第 12 條第 1 項第 1 款而得合法不經預告採取懲戒性解僱。然而，如果是雇主漏未查問，求職者亦不知法律限制等情況而受僱用之時，此時上述法律限制應足認屬於勞工客觀上不能勝任工作，雇主仍應依勞動基準法第 11 條第 5 款預告並資遣解僱。

三、 現行反歧視法究竟有無可能推導出規範前科者對於私部門歧視之規範？

我國現行反歧視法就直接管制歧視之相關法律，立法者並沒有明文將「前科」身分列為禁止歧視之事由。因此問題關鍵在於透過司法法律解釋的方式，有無可能推導出雇主對於前科身分禁止歧視之意旨？此根本問題在於究竟我國反歧視法之解釋，是否應侷限於「事由」，而明文規定之事由是否僅是「列舉」，而無法透過憲法平等權保障之精神，透過法律解釋達到「例示」之結論？

過去普通法院判決曾援引司法院釋字第 584 號解釋認為所謂就業歧視禁止應限於就業服務法第 5 條第 1 項明文列舉保障之事由。因此，基於前科身分並非就業服務法第 5 條第 1 項所明文規定保障事由，則前科者無法直接援用就業服務法規定主張雇主基於前科身分所為差別待遇構成違法歧視。[65]這樣解釋之觀點其實也囿於我國過去就業歧視法制發展過程中，一直認為反歧視法必須「明文」規定事由才受保護；也因而過去的反歧視法擴張，其實是一直是採取明文規定增加禁止歧視

[65] 臺灣高雄地方法院 98 年度雄簡字第 3264 號民事判決、臺灣高雄地方法院 99 年度簡上字第 16 號民事判決。

doi:10.6342/NTU201701132

事由，或是立專法方式為之。[66]普通法院如是解釋當然就會自我設限，認為唯獨有法律明文規定事由才受反歧視法保障，而無法透過法律解釋方式將前科者納入現行反歧視法之保護。

然而，如果審酌司法院釋字第 748 號解釋理由書直指：「憲法第 7 條規定：『中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。』本條明文揭示之 5 種禁止歧視事由，僅係例示，而非窮盡列舉。是如以其他事由，如身心障礙、性傾向等為分類標準，所為之差別待遇，亦屬本條平等權規範之範圍。」[67]亦即憲法第 7 條平等權保障並不侷限於明文例示之身分，而包括一切人民分類所為差別待遇。則以就業服務法第 5 條第 1 項，既為我國一般禁止就業歧視之法律依據，是否可以秉持合憲性解釋之精神，而認為不應該僅限於法律明文規定之事由，而將前科身分納入保護？

本文認為如果從就業服務法第 5 條第 1 項前段揭示「為保障國民就業機會平等」之立法意旨，且法院實務肯認其立法精神在於落實憲法第 7 條平等權保障之價值下，亦即求職人若於求職之過程中，未能享有平等之工作機會，或受僱人於就業時，未能享有平等之薪資、配置、考績或陞遷、訓練機會、福利措施、退休、終止勞動契約等就業安全保障之待遇，即構成就業歧視。[68]則符合憲法第 7 條保障之合憲性解釋下，確實可能認為就業服務法第 5 條第 1 項規定事由與憲法第 7 條同樣是「例示」而非「列舉」，以達到涵蓋包括「前科」身分歧視，亦納入就業服務法第 5 條第 1 項禁止歧視之事由，落實憲法第 7 條平等權保障之精神。

然而，另一方面要考量的是，現行就業服務法第 5 條第 1 項管制效果是採行

---

66 詳參本文第二章第三節第二項第一款「直接管制歧視」其中第 89-90 頁分析。

67 司法院釋字第 748 號，解釋理由書第 14 段。

68 最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決：「就業服務法第 5 條第 1 項所稱歧視係指雇主無正當理由而恣意實施差別待遇而言（其立法理由參照）。依憲法第 7 條、第 15 條規定，人民之平等工作權應予保障，即國民就業機會均等，因此求職人若於求職之過程中，未能享有平等之工作機會，或受僱人於就業時，未能享有平等之薪資、配置、考績或陞遷、訓練機會、福利措施、退休、終止勞動契約等就業安全保障之待遇，即構成就業歧視。」，援用相同意旨有如：高雄高等行政法院 105 年度簡上字第 65 號判決、臺南地方法院 105 年度簡字第 59 號判決。

doi:10.6342/NTU201701132

政罰鍰,則行政罰鍰管制當然可能構成私部門雇主受憲法第 15 條保障財產權侵害。而過去大法官解釋對於國家立法管制措施有「法律明確性」之要求,[69]則如果單以法律解釋之方式認為涵蓋各種身分事由之歧視,包括「前科」則是否可能違反法律明確性原則,亦非沒有疑慮。故最佳的途徑,仍是以立法進行前科歧視之規範,更具體妥適。本文將於後繼續針對將前科身分明文納入我國反歧視法之立法建議。

第二項　行政：勞動政策之建議

就行政措施上，本文提出兩個方向之建議。

首先，就現行更生保護法第 11 條第 2 款規定，就前科者之更生保護措施包括以輔導就業之方式為之。然而，從現有研究顯示，我國前科者就業歧視問題仍然嚴重,如何促進就業自然也是改善歧視問題之重要環節。現行輔導就業之作法不夠具體明確，欠缺積極有效的作為。而參以 ICESCR 第 6 條第 2 項規定：「本公約締約國為求完全實現此種權利而須採取之步驟，應包括技術與職業指導及訓練方案、政策與方法，以便在保障個人基本政治與經濟自由之條件下，造成經濟、社會及文化之穩步發展以及充分之生產性就業。」，本文認為於勞動政策上確實有應針對「前科者」所面臨之就業困境來提供更有計畫的就業服務。[70]

其次，針對是否應將前科者納入反歧視法體系保障，本文固然採取肯定之見解。

---

[69] 法律明確性要求源自司法院釋字第 432 號，後於司法院釋字第 577 號解釋理由書第 2 段指出：「行政法規常分別規定行為要件與法律效果，必須合併觀察，以確定其規範對象、適用範圍與法律效果。菸害防制法第八條第一項乃行為要件之規定，其行為主體及違反效果則規定於同法第二十一條，二者合併觀之，足以確定規範對象為菸品製造者、輸入者及販賣者，其負有於菸品容器上以中文標示所含尼古丁及焦油含量之作為義務，如有違反，主管機關得依法裁量，對製造者、輸入者或販賣者擇一處新臺幣十萬元以上三十萬元以下罰鍰,並通知製造者、輸入者或販賣者限期收回改正;逾期不遵行者，停止其製造或輸入六個月至一年；違規之菸品並沒入銷燬之。舉凡規範對象、所規範之行為及法律效果皆屬明確，並未違背法治國家法律明確性原則。」因此就行政罰鍰管制，就規範之行為必須明確，以符合國家法律明確性原則。

[70] 具體作法之建議，請參嚴健彰（2003），〈出獄人復歸社會後之適應問題與資源服務 -1-〉，《法務通訊》，第 2142 期，頁 5；嚴健彰（2003），〈出獄人復歸社會後之適應問題與資源服務 -2-〉，《法務通訊》，第 2144 期，頁 3-5。即參考美國紐約就業輔導中心於出獄人獲釋後立即提供計劃性就業服務。

doi:10.6342/NTU201701132

然而，對於前科者在工作領域實際受歧視之情形，相關實證調查研究仍相當缺乏，僅有零星的研究進行討論。[71]受限於目前國家法令仍有諸多對於前科者所為職業選擇自由限制、社會普遍對於前科者之污名，對於前科者潛在風險之想像與恐懼，這些既存的法令限制、主觀的刻板印象，即令要試圖將前科者立法納入反歧視法保護，或是即便實際立法後具體執法上都可能面臨困難與阻礙，因此當務之急，仍應是更多實證研究關於前科者於就業職場上面臨之歧視實況與就此衍生之各項社會問題和成本，並據此去建構我國對前科者就業歧視之基礎。[72]

第三項　立法建議

我國憲法第 7 條建構我國反歧視法建構之價值，是應採形式平等，即齊頭式給予相同平等機會，抑或是實質平等？本文認為我國憲法價值內涵取捨均是採實質平等。[73]而就前科者納入反歧視法保護，核心意義亦在於要求國家應有積極改善現存政治、經濟、社會弱勢者地位減少結構性壓迫，亦即採取「反壓迫」之思維，[74]以達實質保護前科者機會與一般人均等之目的，亦即以積極改善前科者所面對就業歧視，而使其納入反歧視法保護使其足以對抗系統性污名，而實質上能與一般人享有平等就業機會。

而於 2009 年 3 月立法院通過「兩公約」及其施行法。其中 ICESCR 第 2 條第 2 項規定：「本公約締約國承允保證人人行使本公約所載之各種權利，不因種族、膚色、性別、語言、家教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等而受歧視。」、第 6 條也明指：「本公約締約國確認人人有工作之權利，

[71] 有關之研究，請參本文第二章第二節第一項第二款「前科者之職場困境」（本文第 76-80 頁）。
[72] 針對「性傾向」歧視保護，也有論者提出相同之觀點，認為建構更充分的實證調查研究對於具體立法與落實上是重要的關鍵。請參焦興鎧，前揭註 43，頁 13。
[73] 詳參本文第二章第一節第二項第斯款第一目「平等權理論與內涵」（本文第 62 頁）。
[74] 黃昭元，前揭註 41，頁 551-580，臺北：新學林，頁 575-577。

doi:10.6342/NTU201701132

包括人人應有機會憑本人自由選擇或接受之工作謀生之權利，並將採取適當步驟保障之。」可見以 ICESCR 之精神，國家應有採取適當步驟以確保人人都有自由選擇工作謀生權利，而不因任何「身分」而受歧視。我國現行反歧視法尚未將前科納入反歧視法保護之範圍，就對抗前科者就業歧視之困境，本文則參考美國法處理前科就業歧視問題，認為最佳解決方式是以將前科者納入反歧視法保障之範圍，提出立法框架之建議。

就專法實質內容而言，而我國對抗前科就業歧視困境，最大的問題有二：第一、我國將前科納入「隱私」以間接保護前科者，但欠缺「反歧視」之思維；第二、美國法就前科紀錄於職場上決策之思考原則與例外較具體，我國流於抽象欠缺具體指引，以致無法真正對抗前科者於就業歧視問題。[75]因此將前科者納入反歧視法保護，並明確化原則與例外之思考，將是立法之重點。

立法上要將前科者納入就業反歧視法保護範圍，最簡單的作法也許是將「前科」直接納入就業服務法第 5 條第 1 項保護。也就是在現行就業服務法第 5 條第 1 項禁止歧視項目中增訂「前科」這個項目。其實在就業服務法立法過程中曾有委員主張應增加前科禁止歧視項目，卻遭已就更生服務法保障為由認為沒有必要，但現實上其實更生保護法，僅規範設置更生保護會並實施就業輔導與協助，並沒有真正針對私部門雇主對於前科者就業歧視問題予以管制。[76]本文認為更生保護法至多僅得出國家並不反對對於前科者採取輔導就業等促進就業之措施，[77]至於於現實仍存在有私部門歧視之問題仍欠缺管制，仍應有立法之必要。

另一方面就業服務法第 5 條第 1 項本文規定為保障國民就業機會平等，雇主對於求職者或所僱用員工，不得以特定身分為由，予以歧視，並沒有給予雇主任何

[75] 詳參本文第四章第一節第三項「撕去標籤：就業歧視管制環節」與《表 7》：美國與我國就「前科」建立就業反歧視法比較表（本文第 201-207 頁）。
[76] 黃夢萱（2016），《就業歧視禁止之界線－論就業歧視禁止項目與差別待遇之正當理由》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 95。
[77] 更生保護法第 1 條、第 11 條第 2 款、第 12 條。

doi:10.6342/NTU201701132

合法抗辯之空間。如果考量特定罪名之前科紀錄與特定工作職務確實可能具有關聯性以及潛在風險，單純禁止雇主基於前科身分所為歧視，是否足以兼顧平衡雇主和公眾利益，不是沒有疑問，透過更細緻之專法立法，以具體的規範對於前科歧視之定義與明定排除與例外規定，將能減少運作上實質阻礙，應是更務實之作法。[78]

如果要設計對於前科者之反歧視專法，第一個探討是立法目的，參考就業服務法第 5 條第 1 項規定：「保障國民就業機會平等」僅提到就業機會平等，而性別工作平等法第 1 條規定：「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神」則明文指出確保乃實質平等之精神。本文認為對於前科者納入反歧視法保護，目的在於確保前科者工作機會，解決就業歧視之困境外，關鍵仍在於使前科者免於結構上之標籤污名，是所規範應以使前科者實質平等為目的，並以此目的下解釋定義違反專法之「歧視」限於對於前科者「不利」差別對待，而容許雇主自願性採取優惠於前科者之差別待遇空間。

接著則以前科者納入反歧視法受管制事由，可以進一步以本文分析反歧視法之管制環節進行討論。以「受管制主體」而言，我國就業服務法第 5 條第 1 項與性別工作平等法等專法都是一體適用規範所有雇主，並沒有就雇主範圍作限制。雖然美國民權法第七編於多次修正後亦僅擴大適用至各級政府機關之公務員與僱用員工達十五人以上而從事跨洲營業之私部門雇主，亦即仍有規模上限制。然而我國中小企業眾多，如果針對雇主受僱勞工之規模進行限制，可能將大幅限縮管制之效果，因此，本文不建議採取這樣的方式。[79]除了規範雇主之外，考量前科紀錄之資訊蒐

[78] 針對「年齡」歧視保護，我國亦是列入就業服務法第 5 條第 1 項規定，而論者則認為美國法就年齡保護其實最早僅限於 40 歲至 65 歲之受僱者，並逐漸提高為 70 歲，但我國卻直接以年齡作為禁止歧視，造成很多實質困難和阻礙。請參焦興鎧，前揭註 43，頁 12、34-35。

[79] 參考經濟部中小企業處 104 年中小企業重要統計表臺灣地區中小企業就業人數平均占全部就業人數之「78.22%」，網址：http://www.moeasmea.gov.tw/ct.asp?xItem=13559&ctNode=220&mp=1（最後瀏覽日：05/05/2017）。雖然中小企業認定辦法第 2 條規定：「本標準所稱中小企業，指依法辦理公司登記或商業登記，並合於下列基準之事業：一、製造業、營造業、礦業及土石採取業實收資本額在新臺幣八千萬元以下，或經常僱用員工數未滿二百人者。二、除前款規定外之其他行業前一年營業額在新臺幣一億元以下，或經常僱用員工數未滿一百人者。」標準其實頗寬，如果真的要觀察會以第 3 條規範：「本條例第四條第二項所稱小規模企業，係指中小企業中，經常僱用員工數未滿五人之事業。」受僱於小規模企業之勞動力站為較好之觀察，但並沒有相關統計。

doi:10.6342/NTU201701132

集與僱用階段差別待遇，亦可能是由就業服務機構為之，參考美國紐約州專法亦將職業介紹所納入規範，[80]我國亦應考慮納入規範。

受管制階段而言，理想上應該包括「求職階段、任職階段與解僱階段之各項雇主措施」，才能使整個勞動關係之履行可以免於歧視，細緻立法模式可以參考性別工作平等法第 7 至 11 條區隔並規範雇主職場上各項措施，均明文規定禁止歧視。至於雇主之例外抗辯則留有「國家法令規範消極職業資格」外，[81]另必須結合前科與「職務直接關聯性」與「潛在風險」觀察作為真實職業資格限制；且為了使雇主衡量前科紀錄仍有指引，尚且可以明文規定雇主衡量前科紀錄應考量之因素。此外，針對經不起訴、法院判決無罪、免訴、不受理者，應不列入考慮，並考慮再犯率隨前科經過年份顯著降低之情況，明定前科經歷特定時間以後不得再納入考慮。[82]

另一方面如何禁止或限制雇主查問前科紀錄亦為管制成功與否重要關鍵。我國查問前科紀錄常見情況可以分成三種情形，其一為雇主提供制式徵才申請書表設計關於前科紀錄相關問題進行查問、其二為要求檢附「警察刑事紀錄證明」(俗稱良民證)作為證明、其三為面試時進行查問。由於許多前科者面臨歧視之問題是雇主單純以前科紀錄為個人劃定標籤，一旦發現有前科紀錄即一律拒絕給予僱用機會，從美國 Ban the Box 立法大多數宗旨，肯認應禁止於第一次面試前查問前科紀錄，以使雇主至少可以透過親自面試時了解前科者個人之特質與情況，並使求職者可以透過面試具體敘明犯罪前科之緣由，以使雇主更實質了解犯罪行為與工作職務之關聯性，以減少基於標籤化所導致之歧視。

因此，本文認為於面試前禁止查問或要求相關證明。至於面試時，則考量前科

---

[80] 詳參本文第三章第三節第四項第二款「各州立法狀況概述」其中第 176 頁紐約州立法。

[81] 雖然本文亦認為現行國家法令對於前科者職業選擇自由限制，仍有可能涉及國家歧視違憲之問題，然而此部分在現行法令尚未宣告違憲而仍有效前，仍應允許雇主抗辯基於國家法令而為拒絕僱用，否則將產生法定義務適用的衝突。

[82] 以法務部最近一次級 99 年 6 月受刑人出獄後再犯罪統計分析指出，根據歷次統計收容人出獄（所）後再犯統計資料研究顯示，受刑人出獄 5 年後再犯罪的比率低於 3.0%（參考網址：http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/common/WebListFile.ashx?list_id=225）(最後瀏覽日：06/25/2017)。故以五年以上之前科，既已有極低比例再犯。

doi:10.6342/NTU201701132

紀錄依現行個人資料保護法本屬敏感性個人資料，應規範由雇主以書面敘明詢問或查問前科紀錄之目的，於徵得書面同意下方得查問或取得前科紀錄證明文件，且應使求職者有針對前科紀錄陳述意見之機會，如是作法有利於衡量判斷雇主是否確實有其必要查問或取得前科紀錄，並足以分析雇主是否是否符合例外得考量前科紀錄之情形。

針對僱用前階段，即有關僱用與否之法律效果，如果參考目前我國就業服務法規範，尚且都無關於私權救濟，原則上以行政罰鍰處理。考量如果是僱用前階段之錄用與否之決定，縱使涉及前科歧視，如果採取介入私法強制締約管制過分干涉私法自治，是採取行政罰鍰管制，以行政法上禁止歧視義務進行宣導避免前科歧視，似較妥當，罰鍰範圍可參考就業服務法相關規範規定。[83]然而，就禁止查問部分，則考慮現行我國個人資料保護法亦設有私權救濟之基礎，應可明文規定賦予私權救濟之機會。[84]

關於執行機關則建議可以參考我國就業服務法第 6 條第 1 項有關主管機關之規定，在中央為勞動部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。

（接下頁）

[83] 關於我國反歧視法管制措施罰鍰金額可以參考本文第二章第三節第一款分析相關法律規定，其中違反就業服務法第 5 條第 1 項一般性禁止就業歧視法律，罰鍰金額依同法第 65 條第 1 項處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰；違反就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款：「違反求職人或員工之意思，留置其國民身分證、工作憑證或其他證明文件，或要求提供非屬就業所需之隱私資料」，其罰鍰金額依同法第 67 條第第 1 項為新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。

[84] 個人資料保護法第 29 條：「非公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但能證明其無故意或過失者，不在此限。依前項規定請求賠償者，適用前條第二項至第六項規定。」

doi:10.6342/NTU201701132

《表 8》：前科者就業歧視之管制環節一覽表		
受管制事由	前科	
受管制主體	公部門與私部門雇主／就業服務機構	
受管制階段	僱用前	僱用前、後、終止僱用
受管制行為	原則：於面試前禁止查問 例外：面試階段以書面並徵得同意後於符合例外考量前科因素範圍內進行查問	原則：禁止歧視 例外： 1. 法律明文規定具有特定犯罪前科紀錄不得擔任特定職務或工作。 2. 特定職務或工作主要內容與特性與犯罪前科紀錄所涉罪名有直接關聯，足認有潛在實質風險將對雇主或第三人安全或權利造成損害。
受管制效果	行政管制：行政罰鍰 民事私權：損害賠償權利	行政管制：行政罰鍰

資料來源：本文自製

綜合上述分析，本文建議將前科者納入反歧視法保護專法涵蓋具體內容如下：

第一條　為保障前科者就業機會實質平等，消除雇主與就業服務機構對於前科者之歧視，爰制定本法。

第二條　本法用詞定義如下：

一、受僱者：指受雇主僱用從事工作獲致薪資者。

二、求職者：指向雇主應徵工作之人。

三、雇主：指僱用受僱者之人、公私立機構或機關。代表雇主行使管理權之人或代表雇主處理有關受僱者事務之人，視同雇主。

四、就業服務機構：指提供就業服務之機構；其由政府機關設置者，

doi:10.6342/NTU201701132

為公立就業服務機構；其由政府以外之私部門或團體所設置者，為私立就業服務機構。

五、前科紀錄：指於我國司法機關之「刑事資料查註紀錄系統」之緩起訴、職權不起訴或法院判決確定、執行等相關刑事紀錄。

六、前科者：指曾涉犯刑事案件於我國司法機關之「刑事資料查註紀錄系統」有相關前科紀錄者。

七、歧視：指違反本法規定，對於前科者之不利差別待遇。

第三條　本法所稱主管機關：在中央為勞動部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。

第四條　除法律另有規定者外，雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、僱用、進用、分發、配置、遷調、解僱、資遣、終止契約，不得以其前科紀錄為由而予以歧視，但如針對特定職務或工作主要內容與特性，與其前科紀錄所涉特定罪名有直接關聯，足認有對雇主或第三人安全或權利造成損害之實質風險者，不在此限。

於符合前項但書之情形，雇主僅得審酌該特定罪名之前科紀錄外，仍應視個別求職者或受僱者之情況，綜合審酌下列因素為決定：

一、特定職務與工作管理與場域之再犯可能性。

二、前科犯罪之具體情節與利用特定職務或工作之關聯性。

三、前科所經歷之時間。

四、犯下犯罪時年齡。

五、前科之嚴重程度與科刑。

六、更生經過與其他良好表現。

doi:10.6342/NTU201701132

除法律另有規定者外，雇主不得審酌下列前科紀錄：

一、經職權不起訴或法院判決無罪、免訴、不受理確定之相關前科紀錄。

二、超過五年以上之前科紀錄。

第五條　雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動或舉辦或提供各項福利措施，不得因其具有前科紀錄而予以歧視。

第六條　雇主對受僱者薪資之給付，不得因其具有前科紀錄而予以歧視；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因前科因素之正當理由者，不在此限。

第七條　除法律另有規定外，雇主對求職者之招募、甄試、僱用、進用，於面試前，不得主動詢問或查問其前科紀錄或要求提供相關證明文件。

針對第四條但書所涉特定職務或工作，雇主於面試時或進用後，因分發、配置、遷調之必要性，經以書面敘明符合第四條但書之理由，並取得求職者或受雇者書面同意後，得詢問或查問其前科紀錄或要求提供相關證明文件。

雇主依前項詢問或查問前科紀錄或取得相關證明文件，應予求職者或受僱者有陳述意見之機會。

第八條　除法律另有規定外，就業服務機構不得以求職者之前科紀錄為由拒絕轉介就業服務，或以其他方式予以歧視。

就業服務機構亦不得主動向求職者詢問或查問前科紀錄或要求提供相關證明文件。

第九條　受僱者或求職者經釋明受雇主不利之差別待遇事實後，雇主應就差別待遇係因法律另有規定、非因前科紀錄之其他正當因素，或符合第四條但

doi:10.6342/NTU201701132

書規定之情形，負舉證責任。

第十條　違反第四條至第六條、第八條第一項規定者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。

違反第七條、第八條第二項規定者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。

第十一條 雇主違反第七條規定，或就業服務機構違反第八條第二項之規定，侵害求職者或受僱者之權利者，負損害賠償責任。但能證明其無故意或過失者，不在此限。

前項情形受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額；其名譽被侵害者，並得請求為回復名譽之適當處分。

如受僱者或求職者不易或不能證明其實際損害額時，得請求法院依侵害情節，以每人每一事件新臺幣五百元以上二萬元以下計算。

第一項之請求權不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾或已起訴者，不在此限。

第一項之請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，因二年間不行使而消滅；自損害發生時起，逾五年者，亦同。

第十二條 受僱者或求職者發現雇主或就業服務機構有違反本法之情事，向地方主管機關申訴後，雇主、就業服務機構、受僱者或求職者對於地方主管機關所為之處分有異議時，得於十日內向中央主管機關申請審議或逕行提起訴願。雇主、就業服務機構、受僱者或求職者對於中央主管機關所為之處分有異議時，得依訴願及行政訴訟程序，提起訴願及進行行政訴訟。

前項申訴審議處理辦法，由中央主管機關定之。

doi:10.6342/NTU201701132

本文上述提出專法框架，僅為將前科事由納入反歧視法保障之第一步，如更有效管制前科問題，使前科者免於就業歧視，除了禁止查問部分給予損害賠償權利外，理應法律明文規定直接賦予遭受歧視之前科者請求私法上損害賠償權利。[85]然而，受限於現行我國反歧視法除了性別工作平等法有明文規定賦予私法上損害賠償請求外，其餘尚無法律明文規定，是否適宜於前科者就業歧視管制上採取這樣的規劃，並非沒有疑問。是本文認為仍應先依循現行我國一般就業反歧視法管制措施，先採取行政管制裁罰之方式，並根據實施成效以進一步實證研究評估分析是否已足以有效改善前科者就業歧視之問題，再判斷有無採取賦予私法上損害賠償權利之立法必要。

此外，針對前科紀錄之管理部分，我國就「成人前科紀錄」提供係由內政部制訂「警察刑事紀錄證明核發條例」，則由警察機關依司法或軍法機關判決確定、執行之刑事案件資料所作成之紀錄，人民並可申請核發證明（即俗稱「良民證」）。該條例之規定僅限於特定情形之前科紀錄「不予記載」，包括：符合少年事件處理法規定視為未曾受各該宣告之情況、受緩刑宣告且未經撤銷、受拘役或罰金之宣告、受免刑判決、法律已廢除其刑罰、易科罰金或易服勞役完畢且五年內未受有期徒刑以上宣告之情況，可以例外不予記載外，並無法針對特定罪名出具是否無具備該項罪名前科之證明，以至於經常許多雇主起初可能是為了審閱是否符合法令限制禁止特定罪名，然卻因為僅能要求提供良民證導致所有前科全都展現出來，而增加許多不必要之歧視。本文認為，如果考量到現行制度上許多法令時僅限制特定罪名不得擔任特定職務或工作，則應考慮修正足以配合相關法令規定之要求，可以根據申請人之實際需要，提供是否不具備特定限制罪名之前科紀錄之證明，以切合實際需

[85] *See* Sandra J. Mullings, *Employment of Ex-Offenders: The Time Has Come for a True Antidiscrimination Statute*, 64 Syracuse L. Review. 261, 291 (2014). *See* Stephen P. Shepard, *Negligent Hiring Liability: a Look at How It Affects Employers and the Rehabilitation and Reintegration of Ex-offenders*, 10 Appalachian J.L. 145, 180 (2011).

doi:10.6342/NTU201701132

要並避免歧視。

更進一步而言，我國成人之前科紀錄上欠缺法律明文規定之塗銷前科紀錄之制度，如果可以建立前科塗銷制度，透過徹底除去前科者之前科標籤，使之法律上重生，亦可能根本解決前科歧視之問題，[86]國內亦有論者倡議應建立前科塗銷制度。[87]惟此部分所牽涉不僅僅是本文聚焦之就業歧視之問題，而更涉及如何根本解決前科身分所帶來社會歧視，以致應透過使前科身分除去，而徹底透過法律制度設計使前科者回歸與一般人完全沒有不同之地位，仍必須留待日後更進一步研究分析。

[86] *See id.* at 293-94.
[87] 姜俊豪（2014），《就業歧視中之前科問題研究》，國立政治大學勞工研究所碩士論文，頁 91。

doi:10.6342/NTU201701132

第五章 結論

我國職場上反歧視法之法治基礎，雖然自 1992 年施行就業服務法即開始創設禁止一般就業歧視之類型。保護事由範圍最初以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身分之項目禁止歧視；於 2002 年開始陸續增訂婚姻歧視、年齡、性傾向、出生地、身心障礙歧視。然而，我國至今仍未將「前科」身分列入明文禁止歧視項目之保護範圍，加上司法院釋字第 584 號解釋作成後，認定特定犯罪前科，對於對於人民所帶來生命身體有必然的「風險」，故立法者可以合理的將之排除於特定工作之外；此種由憲法層級所由上而下的歧視，也使前科者在私部門職場上的困境更是雪上加霜。具有前科者目前在我國有相當嚴重的就業困境，是不爭的事實。[1]

雖然，就前科者之保護有各種不同的取徑，目前我國亦將前科紀錄納入個人資料以隱私保護之方式進行保護，但就直接面對「歧視」，直接以平等權保護視角稍嫌不足。本文目的即是欲借鏡美國以平等權保障前科者免於就業歧視之經驗，從司法、行政、立法層次切入，提出如何建構保障前科者免於就業歧視之法制建議。

本文發現，美國法反歧視法雖然發展的比我國早，不管是對於歧視的理解以及訴訟上的操作，都比我國細膩。透過民權法第七編規範差別影響歧視理論，法院和美國平等就業機會委員會（EEOC），以前科決定是否僱用對於少數族裔發生顯著不利影響而構成種族事由差別影響歧視，要求雇主必須衡量前科本質與職務內涵關聯分析，再透過告知求職者等方式提供資訊個別化評估是否不適任特定工作。然而，考量到民權法第七編仍僅能嘉惠於少數族裔，且許多法院仍敵視以此方式保護前科者，因此遭遇諸多阻礙，此其實係源於美國聯邦最高法院認為雇主不僱用前科者是理性決定後之結果。[2]隨著社會民間團體就 Ban the Box 立法之倡議，基於保障前科者實質就業機會，避免前科者因其前科紀錄即直接喪失面試機會，使雇主得以

[1] 詳參本文第二章第三節「綜合分析：從立法與司法互動觀察」（本文第 100-111 頁）。
[2] 詳參本文第三章第三節第二項「透過民權法第七編規範前科歧視」（本文第 149-159 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

透過實際面試審視個別求職者之更生情形並使前科者得以對其前科紀錄作說明，使雇主綜合衡量個別求職者實際的狀況判斷前科紀錄是否足認不適任特定工作，藉以達到「於歧視發生前避免歧視」之作法，亦值得我國參採學習。最後，從美國法的經驗可見，就就前科者遭就業歧視問題，是應前科身分再憲法上地位的選擇。到底是該讓其承受標籤化的污名？撕去前科者一定不適任工作標籤，個案審視其工作能力？或是承認其是被保護的弱勢群體，給予較強的保護？是制度設計上的關鍵前提。[3]

參考美國的經驗，本文主張，建構就業反歧視法不應侷限於傳統理性框架而應是採取「新理性」觀點。揚棄傳統反歧視法，僅以個別雇主之利益權衡，調整為將整體社會促進前科者就業達到預防再犯風險納入衡量，並以考量平等權保障內涵為「反壓迫」之實質平等保障來解決前科者就業困難之問題。其制度設計的原理，是要撕除社會對前科者之標籤，即於職場上承認前科者就工作能力與風險並非本質上與未犯罪之一般人不同，才能根本解決前科者所面臨之就業歧視困境。[4]

從憲法的角度，大法官必須要正視在職場上，不能將前科者貼上一個概括性的「風險」標籤，作為禁止擔任特定工作的事由。必須以特定職務之工作本質與犯罪記錄的實質關聯，還判斷特定前科在做工作上造成實害之可能性。再者，大法官應重視平等權的積極面向，在面對平等權與私法自治作利害權衡時，積極的宣示憲法平等權的精神。否則憲法平等權的理念，即無從透過基本權對第三人效力理論，落實於社會之中。[5]本文並參採美國法對於對抗前科者就業歧視之專法立法模式，參考我國現行反歧視法管制架構，提出將前科者納入反歧視法保護之專法框架。[6]

以下試以本文之研究成果，回應第一章所設之六個案例。

---

[3] 詳參本文第三章第四節第一項「前科身分與美國反歧視法上意義之演變」（本文第 180-184 頁）。
[4] 詳參本文第三章第三節第四項第一款「應將前科身分直接納入反歧視法之理由」（本文第 171-173 頁）。
[5] 詳參本文第四章第二節第一項第一款「違憲審查之建議」其中「一、 大法官解釋對私部門前科歧視管制之影響」（本文第 208-213 頁）。
[6] 詳參本文第四章第二節三項「立法建議」（本文第 234-243 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

【案例 1】部分以涉及國家法律對於公證人此種屬於專門職業及技術人員，系爭法規僅以一年以上有期徒刑亦即「刑度」作為分類標準。本文認為單純以特定刑度作為限制，而不區分實際前科罪名，無疑即是以特定刑度以上認定為重罪，而認為本質不適任特定工作，無從證立與職務間實質關連而有違憲之疑慮。

【案例 2】之情況，固然有涉犯管制罪名之強制性交罪，系爭法規以特定罪名前科為分類標準差別待遇，仍可能侵害憲法第 7 條保障之平等權。本文認為應提高至採取中度實質關聯性審查，而就分類目的僅限於確保「專門職業適格性」（但不包括職業信賴）或「保護第三人生命身體健康財產安全」（但應以特定職務與工作特性結合判斷）為重要公共利益。就計程車行業因涉及公眾運輸，又其特性而言，乘客採隨機搭乘，多無法於上車前適時篩選駕駛人或得知其服務品質；又乘客處於狹小密閉空間內，相對易受制於駕駛人等情況，結合之下可認為確保乘客安全屬於重要公共利益，然而就分類手段與分類目的間實質關聯性衡量上，立法者應證明以性侵害前科預測再犯實質風險與利用特定職務或工作之實質關聯性。系爭法律對於幫助犯等並未排除限制，個案衡量上是否容有太多失之過寬、過嚴之空間，在沒有容有個案衡量機制篩選，單以罪名前科身分劃分認定實質危險之群體，仍有可能認為分類標準無法與目的有實質關聯而合憲。

【案例 3】涉及前科者於求職階段所面對之各種私部門歧視。第（1）種情形是標註「有前科的人，不要來浪費時間」，以目前就業服務法等各種反歧視法並沒有直接禁止對於前科者就業歧視之情況下，其實難以管制，而有積極立法原則上禁止對於前科者為歧視差別待遇之必要。而第（2）種情況，應徵求職時因手臂刺有「鬼頭」刺青，而遭拒絕僱用；或學歷記載「中輟」即遭拒絕，固然與前科可能有關連，但目前並無法可規範管制。而第（3）種情況，良民證可以顯示前科紀錄均涉及敏感性個人資料，而應徵清潔工之職務，是否與特定前科關聯性、潛在危險可能性都難以具體特定，則是否有違反個人資料保護法逾越特定目的必要範圍蒐集前科敏感資訊；或違反就業服務法第 5 條第 2 項第 2 款要求提供非屬就業所需之

doi:10.6342/NTU201701132

前科資料之情形；第（4）種業務應徵情形，亦同樣有此問題。

如果於本文提出專法框架之下，就【案例 3】具體適用如下：

第（1）種情形，求職者可以以雇主直接對於求職者招募，以犯罪前科紀錄為由明示拒絕僱用，釋明構成不利差別待遇，即應由雇主舉反證推翻符合例外得考量前科紀錄之事由。而所涉職務為「路邊攤賣山東大餅」，並非法律明文規定犯罪前科紀錄不得擔任特定職務或工作；考量路邊攤屬於半公開場域，如具體工作內容特性僅為協助雇主製作山東大餅和協助販售，不僅無法建立有特別保護第三人安全之重要公益目的，而所涉前科為車禍過失傷害罪，亦難認有與特定前科罪名有實質關聯，以前科為由拒絕僱用屬於不利之待遇，構成以犯罪前科紀錄為由而予以歧視，又不符合專法建議雇主例外免責範圍，因此違法，將受行政裁罰之管制規範。

第（2）種情形，於本文提出專法架構下，並沒有排拒對於前科者差別影響歧視之適用，差異僅在於間接差別影響歧視仍應有充足之證據證明其表面中立措施將對於前科者造成顯著不利影響。則「刺青」、「中輟學歷」是否對於前科者有顯著不利影響，仍待勞工進一步舉證。

第（3）種情形， 於本文提出專法架構下，禁止雇主於應徵階段要求提供良民證，而以清潔工而言，工作型態不一，如果是以清潔隊的方式外派到各大樓於公共區域進行打掃工作，則整隊出發且由雇主或主管直接指揮監督，依其管理與工作特性較難認為有特別保護第三人安全之重要公益目的。然而如果工作型態是屬於由雇主外派勞工單獨於「個別私部門之住宅」中進行打掃清潔，則基於雇主無法直接指揮監督，以及要進入私部門住宅等特性下，可能認為有保護第三人安全之重要公益目的，而可能符合要求查問前科紀錄之情形。此時雇主應以書面敘明目的與符合例外免責之理由，並取得求職者書面同意後方得詢問或查問其前科紀錄或要求提供相關證明文件，並且應給予求職者陳述意見機會，以表明仍有適任工作之可能性。

第（4）種情形，應徵公司業務情況，於本文提出專法架構下，禁止雇主於面

doi:10.6342/NTU201701132

試前查問前科，否則受有行政罰鍰處罰外，如勞工因此受有損害尚可進一步請求民事賠償。以業務而言，工作型態亦不一，如果是單純洽商，則至多與經手財務或金融犯罪前科可進行查問並納入考慮，然而就個別勞工仍應斟酌各種情狀判斷是否適任工作。因此，於面試階段，雇主應以書面敘明目的與符合專法建議例外免責之理由，並取得求職者書面同意。

【案例 4】涉及「離職階段」即雇主基於前科紀錄加以解僱之問題。本文認為勞動基準法第 12 條第 1 款：「勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。」於雇主查問時未誠實告知前科紀錄，如果前科紀錄與特定職務毫無關聯，根本自始雇主即不應查問之情況下，自無由再據此主張誤信前科紀錄而受有損害之虞。除非是法律明文限制禁止僱用特定前科者之情況外，雇主應舉證證明特定前科與遂行職務造成損害可能性，且必須綜合評估勞工在職表現與更生情形判斷是否仍有造成損害之風險，否則單純以前科紀錄認定具有造成損害危險性或可能性，則屬標籤化而構成歧視，而應認定是違法解僱。以案例中法律並沒有明文規定娃娃車駕駛必須沒有前科紀錄，又縱使兒童是較可能受暴力傷害之弱勢群體，通姦罪前科與造成風險欠缺實質關聯，更難以想像會有實質風險可能性，因此應難以認定有雇主誤信而受損害之虞之情況，不符合可以依法解僱之要件。

【案例 5】為國家對於前科者採取積極優惠措施之立法。本文認為我國對於兩公約內國法化下，於 ICESCR 第 6 條第 1 項也明指：「本公約締約國確認人人有工作之權利，包括人人應有機會憑本人自由選擇或接受之工作謀生之權利，並將採取適當步驟保障之。」於第 18 號一般性意見，第 31 段即指出就第六條而言，「核心義務」包含確保無歧視和平等保護就業的義務，就公部門與私部門企業間受有邊緣化之弱勢群體，有促使締約國僅可能漸進式之透過有計劃立法滿足促進平等保護就業之義務。因此，即令我國憲法並沒有明示保障前科者，然而前科者於國家法令

doi:10.6342/NTU201701132

限制、社會普遍結構性歧視下，本文建議大法官應該從寬審查此積極優惠措施。[7]由於目前美國尚未見有對於前科者採取積極優惠措施之立法措施，我國積極優惠措施適用之群體亦有限，立法者如果主動採取積極優惠措施，如果採取明定政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用前科者，人數不得低於總人數百分之一，進用前科者人數未達標準者，應向就更生保護基金繳納代金，雖然可以認為具有使前科者更生復歸於社會，減少再犯，減少就業歧視促進平等就業機會之正當公共利益，然而將更進一步限制雇主締約自由於一定範圍內有強制僱用前科者之情況，二者仍有進一步研究應如何進行利益權衡之必要。

【案例 6】涉及私部門雇主自行採取對於前科者積極優惠措施之問題。目前我國就業服務法與相關反歧視法並沒有針對前科項目納入考慮下，基於私部門雇主採取促進實質平等之措施並沒有違法之問題。即使參考本文建議制定專法，本文就專法框架第一條立法目的，乃確保就業機會平等目的在使前科者獲得實質之就業機會以達憲法第 7 條保障之實質平等。其精神在於反系統性壓迫，而非只是齊頭式之形式平等。故本文所設立之專法第 1 條明指明其目的為：「為保障前科者就業機會實質平等，消除雇主對於前科者之歧視」之精神，復以第 2 條第 7 款歧視定義為「違反本法規定，對於前科者之不利差別待遇」。受該法保護對象為前科者。因此，私部門雇主如果自願性針對有前科紀錄求職者或僱用員工基於促進實質平等之目的給予積極優惠措施，既不構成平等權之侵害，當然也不會構成歧視而違法。

依據本文之研究，我國前科者因污名與標籤化，確實面對嚴重國家與私部門歧視問題。為了對抗前科者就業歧視困境，有必要立基於憲法第 7 條平等權保障之精神，去重新於憲法意義即如何更具體化違憲審查標準。本文已就司法實踐上如何於個案具體操作使前科者免於就業歧視，和立法管制下制定專法保護內容與具體之涵攝適用，提出可能的解決模式。然而，未盡之處，例如：是否應採取私權損害

[7] 詳參本文第四章第二節第一項第一款「違憲審查之建議」其中「（三）從寬尊重立法決定以維持積極優惠措施之合憲性」（本文第 224-225 頁）。

doi:10.6342/NTU201701132

賠償制度？又就雇主僱用上責任應如何權衡或給予衡平？[8]前科紀錄之塗銷與管理制度？如果採取積極優惠措施之立法，應如何權衡私部門雇主締約自由、營業自由與財產權保障與前科者保障之利益？都仍待未來進一步研究。透過本文之研究成果，希冀能對於釐清國家與私部門就業歧視、以及未來各種不同或新興類型之歧視事由之就業歧視法制建構有所助益。

[8] 特別是臺灣高等法院 100 年度上字第 600 號民事判決，該案為僱用人受僱於咖啡廳並於客戶咖啡內下毒進而殺人之案件，法院判決以雇主未盡到選任及監督之注意義務為由，判決雇主應依民法第 188 條負僱用人連帶賠償責任，並經最高法院 106 年度台上字第 60 號民事判決駁回上訴確定。此判決案例雖然並非直接僱用前科者之問題，然而對於雇主而言，受僱人於職務上犯殺人罪要負連帶損害賠償責任，則是否進一步會擔憂僱用人責任而減少僱用前科者之意願，確實有待觀察。

doi:10.6342/NTU201701132

參考文獻

一、中文文獻

（一）書籍

林更盛（2009）。《勞動法案例研究（二）》。臺北：五南。

林立青（2016）。《做工的人》。臺北：寶瓶文化。

法治斌（2003）。《法治國家與表意自由－憲法專論（三）》。臺北：正典。

財團法人民間司法改革基金會（2010）。《大法官給個說法！2－人與制度的戰爭》。臺北：新學林。

財團法人民間司法改革基金會（2016）。《2016 年全民司改運動年度專刊》。臺北：自刊。

許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍（2008）。《現代憲法論》，第四版。臺北：元照。

陳金泉（2001）。《勞動法一百問》，第二版。臺北：三民。

陳新民（1999）。《憲法基本權利之基本理論（上）》。臺北：元照。

黃舒芃（2009）。《變遷社會中的法學方法》。臺北：月旦。

焦興鎧（1995）。《勞工法與勞工權利之保障》。臺北：月旦。

_____（2000）。《勞工法論叢（一）》。臺北：元照。

_____（2003）。《性騷擾爭議新論》。臺北：元照。

焦興鎧等著（2014）。《勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望》。勞動法學會（編），第二版。臺北：新學林。

郭玲惠（2011）。《勞動契約法論》。臺北：三民。

謝瑤偉（1999）。《出獄人就業狀況調查報告》。臺北：法務部犯罪研究中心。

doi:10.6342/NTU201701132

（二）期刊論文

王韻茹（2011）。〈身心障礙者定額進用條款之合憲性探討--以身心障礙者權益保障法為中心〉，《國立中正大學法學集刊》，第 33 期，頁 145-183。

田仁杰（2006）。〈「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障--從釋字第五八四號解釋之職業平等談起〉，《憲政時代》，第 32 卷第 1 期，頁 71-106。

古楨彥（2007）。〈澳洲之工作平等法制與實務〉，《臺灣勞工季刊》，第 10 期，頁 130-138。

江琦玉（1996）。〈從年齡歧視研究中高齡勞動者就業問題--兼論反年齡歧視立法之必要性〉，《勞工研究》，第 124 期，頁 63-95。

李仁淼（2015）。〈平等保障與積極性優惠措施〉，《月旦法學教室》，第 150 期，頁 36-50。

李玉春（2012）。〈我國懷孕歧視司法實務問題之研究〉，《法令月刊》，第 63 卷第 3 期，頁 46-68。

李怡萱（2006）。〈兩性工作平等法 4 年面面觀〉，《臺灣勞工季刊》，第 1 期，頁 64-66。

李建良（2008）。〈經濟管制的平等思維--兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉，《政大法學評論》，第 102 期，頁 71-157。

李惠宗（1988）。〈平等權之概念〉，《憲政時代》，第 14 卷第 1 期，頁 12-40。

_____（2001）。〈禁諧辦公室戀曲－「基本權對第三人效力」或「基本權衝突」〉，《月旦法學》，第 79 期，頁 8-9。

_____（2003）。〈憲法工作權保障系譜之再探 以司法院大法官解釋為中心〉，《憲政時代》，第 29 卷第 1 期，頁 121-157。

_____（2005）。〈職業自由主觀要件限制之違憲審查-司法院大法官釋字第五八四

doi:10.6342/NTU201701132

號解釋評析〉,《憲政時代》,第 30 卷第 3 期,頁 255-293。

李應元(2007)。〈兩性工作平等法的政策意涵及實施成效〉,《臺灣勞工季刊》,第 6 期,頁 4-13。

李德純(2001)。〈憲法上平等原則之探討--以大法官會議釋字第四五五號解釋為例〉,《法令月刊》,第 52 卷第 8 期,頁 30-36。

江耀國(1993)。〈德國與美國憲法上平等原則適用之比較 -上-〉,《植根雜誌》,第 9 卷第 1 期,頁 11-23。

_____(1993)。〈德國與美國憲法上平等原則適用之比較 -下-〉,《植根雜誌》,第 9 卷第 2 期,頁 1-11。

辛年豐(2011)。〈原住民族權利保障的建構與實現—從平等權出發到落實平等保障〉,《國立中正大學法學集刊》,第 34 期,頁 187-245。

邱駿彥(1994)。〈從女性勞工特別保護至兩性工作平等立法--檢討與展望〉,《輔仁法學》,第 13 期,頁 129-146。

吳宏翔(2007)。〈主要國家就業年齡歧視禁止作法介紹〉,《臺灣勞工季刊》,第 6 期,頁 124-129。

吳信華(2007)。〈平等權的體系思考 -上-〉,《月旦法學教室》,第 55 期,頁 83-91。

_____(2007)。〈平等權的體系思考 -下-〉,《月旦法學教室》,第 56 期,頁 97-102。

吳姿慧(2015)。〈調職之類型及其審查--以實務之判斷標準為觀察中心〉,《月旦法學》,第 245 期,頁 38-51。

汪紹銘(1988)。〈僱主擇員的自由與平等權勞動契約與契約自由原則〉,《法律評論》,第 54 卷第 1 期,頁 36-39。

邵惠玲(2012)。〈自由權干預作用下的平等權審查--以德國社會保險法制實踐為中心〉,《臺北大學法學論叢》,第 83 期,頁 1-42。

施銀河(2008)。〈性別工作平等法實施現況與展望〉,《研考雙月刊》,第 32 卷第 4 期,頁 22-31。

周兆昱(2015)。〈就業年齡歧視法理之研究--最高行政法院 101 年度判字第 1036

doi:10.6342/NTU201701132

號判決評釋〉,《臺灣勞動法學會學報》,第 11 期,頁 67-99。

林明珠(2002)。〈淺論就業歧視之禁止--我國法律之規定與實務問題探討〉,《全國律師》第 6 卷第 3 期,頁 16-25。

周伯峰(2014)。〈「歧視禁止」作為私法自治的限制?--簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉,《月旦法學》,第 224 期,頁 127-150。

_____(2016)。〈論民事上歧視禁止規定的證立可能性〉,《政大法學評論》,第 147 期,頁 159-202。

林佳和(2008)。〈2006 年德國一般平等待遇法--勞動法領域平等貫徹的新契機?〉,《成大法學》,第 15 期,頁 115-172。

林更盛(2014)。〈何去何從的年齡間接歧視--最高行政法院一○一年度判字第一○三六號判決評析〉,《月旦裁判時報》,第 28 期,頁 18-28。

林孟鈴(2006)。〈身心障礙者保護法中有關防止就業基因歧視規範之研究〉,《財產法暨經濟法》,第 8 期,頁 151-178。

林俐瑩、吳憲(2013)。〈由林生祥拒絕領獎事件探究優惠性差別待遇與族群歧視之關係(上)〉,《萬國法律》,第 191 期,頁 58-75。

林俐瑩、吳憲(2013)。〈由林生祥拒絕領獎事件探究優惠性差別待遇與族群歧視之關係(下)〉,《萬國法律》,第 192 期,頁 66-80。

范姜真媺(2004)。〈企業內電子郵件之監看與員工隱私權〉,《臺灣本土法學雜誌》,第 60 期,頁 7-21。

周愫嫻(2005)。〈更生人就業權、雇主僱用權與社會安全的平衡〉,《中央警察大學犯罪防治學》,第 6 期,頁 55-91。

林儹紘(2011)。〈以社會復歸觀點反思前科紀錄限制基本權之妥適性--從釋字第五八四號解釋談起〉,《中央警察大學法學論集》,第 20 期,頁 1-46。

許志雄(1995)。〈人權規定之第三人效力〉,《月旦法學》,試刊號,頁 59-60。

許宗力(2003)。〈基本權利的第三人效力與國庫效力〉,《月旦法學教室》,第 9 期,頁 64-70。

doi:10.6342/NTU201701132

許育典（2015）。〈當比例原則遇到平等原則：公益理由的憲法二重奏〉，《月旦法學教室》，第 150 期，頁 6-8。

許崇賓（2012）。〈婦女保障名額制度存廢之研究〉，《法令月刊》，第 63 卷第 3 期，頁 69-95。

許慶雄(2002)。〈現代人權體系中平等原則之研究(上)〉，《國立中正大學法學集刊》，第 6 期，頁 105-201。

_____(2002)。〈現代人權體系中平等原則之研究(下)〉，《國立中正大學法學集刊》，第 7 期，頁 3-88。

盛子龍（1988）。〈西德基本法上平等原則之研究〉，《憲政時代》，第 13 卷第 3 期，頁 61-74。

徐秋萍（2002）。〈綜觀兩性工作平等法〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 57-60。

徐瑤佩（1994）。〈兩性工作平等理論基礎與文獻探討〉，《勞工研究》，第 117 期，頁 48-60。

徐振雄（2009）。〈論平等權即「法之平等拘束原則」〉，《法令月刊》，第 4 期，頁 25-41。

莊世同（2016）。〈論平等與法治：評釋字 728 號解釋〉，《政治與社會哲學評論》，第 57 期，頁 1-46。

郭玲惠（1998）。〈男女工作平等權與女性勞工權益之保障〉，《勞工行政》，第 117 期，頁 33-42。

_____（2001）。〈兩性工作平等法初探－救濟〉，《月旦法學》，第 71 期，頁 54-61。

_____（2002）。〈性別歧視與損害賠償初探〉，《萬國法律》，第 125 期，頁 10-20。

_____（2002）。〈兩性工作平等法面面觀－性別歧視之禁止〉，《全國律師》，第 6 卷第 3 期，頁 11-15。

_____（2005）。〈兩性工作平等法實施成效之檢討--以司法實務為核心〉，《國家政策季刊》，第 4 卷第 1 期，頁 5-20。

_____（2009）。〈性別工作平等法制之現在與展望〉，《臺灣勞工季刊》，第 17 期，頁 14-25。

_____（2013）。〈性別表現或性傾向歧視案--評臺北地方法院一〇〇年度勞訴第一

doi:10.6342/NTU201701132

七二號民事判決〉,《月旦裁判時報》，第 22 期，頁 48-58

郭振昌（2016）。〈南韓中高齡者就業專法分析初探〉,《臺灣勞工季刊》，第 46 期，頁 8-15。

胡慶山（2010）。〈《經濟社會文化權利國際公約》與地方自治體〉,《台灣國際法季刊》，第 7 卷第 2 期，頁 7-38。

陳玉芳、陳櫻分（2008）。〈性別工作平等法實施概況〉,《臺灣勞工季刊》，第 13 期，頁 122-129。

陳怡如（2005）。〈司法院大法官比例原則違憲審查標準之探究：兼評釋字第五八四號解釋〉,《弘光人文社會學報》，第 3 期，頁 103-145。

_____（2005）。〈司法院大法官法律保留原則違憲審查標準之探究：兼評工作權相關釋憲案例〉,《人文社會學報》，第 4 期，頁 123-148。

陳宜倩（2010）。〈禁止就業「性傾向歧視」之理論與實務初探〉,《月旦法學》，第 187 期，頁 119-133。

陳昭如（2011）。〈交叉路口與樓上樓下--反歧視法中的交錯問題〉,《月旦法學》，第 189 期，頁 51-68。

陳惠馨（1994）。〈兩性平等工作權之理論基礎〉,《政大法學評論》，第 51 期，頁 129-154。

陳愛娥（2007）。〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界線──兼評司法院大法官相關解釋〉,《憲政時代》，第 32 卷第 3 期，頁 259-298。

侯岳宏（2014）。〈性別工作平等法判決之回顧與展望〉,《月旦法學》，第 232 期，頁 114-132。

梁文傑（2009）。〈郭冠英與族群平等法：談外省族群的政治策略〉,《思想》，第 12 期，頁 255-263。

彭德富、張真堯（2011）。〈以平等權檢視兩岸關係條例之族群歧視--兼論大法官釋字第 618 號解釋〉,《止善》，第 11 期，頁 13-26。

馬維麟(1996)。〈歐體法院對婦女保障名額的判決--女權運動的反挫〉,《月旦法學》,

doi:10.6342/NTU201701132

第 16 期，頁 87-94。

蕭文生（2009）。〈平等原則與國家經濟輔助措施〉，《月旦法學》，第 172 期，頁 24-39。

黃昭元（2003）。〈純男性軍校與性別歧視──評 United States v. Virginia 一案判決〉，《歐美研究》，第 33 卷第 3 期，頁 461-539。

_____（2004）。〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 33 卷第 3 期，頁 45-148。

_____（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〉。《國立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷 4 期，頁 253-284。

_____（2012）。〈論差別影響歧視與差別對待歧視的關係--評美國最高法院 Ricci v. DeStefano (2009)判決〉，《中研院法學期刊》，第 11 期，頁 1-63。

黃巧婷（2008）。〈美國禁止就業年齡歧視機制實施之現況〉，《就業安全》，第 7 卷第 2 期，頁 86-91。

黃俐文（2007）。〈兩性工作平等法的實施與展望〉，《臺灣勞工季刊》，第 6 期，頁 74-82。

_____（2007）。〈兩性工作平等法--積極促進兩性工作權的平等〉，《勞動保障雙月刊》，第 14 期，頁 40-43。

黃碧芬（2008），〈性別工作平等法增修之介紹與預期效益〉，《臺灣勞工季刊》，第 12 期，頁 64-67。

黃越欽（2000）。〈憲法中工作權之意義暨其演進〉，《法令月刊》，第 51 卷第 10 期，頁 34-55。

黃程貫（2003）。〈德國勞動法上關於工作權保障之討論〉，《憲政時代》，第 29 卷第 1 期，頁 69-93。

_____（2005）。〈雇主監看員工電子郵件之合法界限--臺北地院九一年勞訴字第一三九號民事判決評釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 73 期，頁 206-211。

_____（2007）。〈雇主監看員工電子郵件之合法界限--臺北地院九十一年度勞訴字

doi:10.6342/NTU201701132

第一三九號民事判決評釋〉,《臺灣勞動法學會學報》,第 6 期,頁 1-32。

馮震宇(2002)。〈企業 E 化的新挑戰--企業權益與員工隱私權保護的兩難與調和〉,《月旦法學》,第 85 期,頁 85-104。

張宏誠(2000)。〈「性傾向」(Sexual Orientation)歧視審查基準之研究--從「性別平等」論同性戀者平等權基礎〉,《東吳法律學報》,第 12 卷第 2 期,頁 47-88。

張培倫(2009)。〈族群平等法、原住民族與兩個雙重平等〉,《思想》,第 12 期,頁 265-277。

楊通軒(2008)。〈歐洲聯盟工作平等法制之探討〉,《臺灣勞工季刊》,第 14 期,頁 8-17。

_____(2016)。〈就業年齡歧視法制之探討〉,《東海大學法學研究》,第 48 期,頁 1-51。

楊冀華(2008)。〈以前科限制就業制度之檢討〉,《犯罪與刑事司法研究》,第 11 期,頁 63-98。

詹森林(1992)。〈德國勞工法系列問題(1)--僱主對於求職者之詢問權〉,《萬國法律》,第 63 期,頁 2-12。

蔡茂寅(1999)。〈平等權〉,《月旦法學》,第 46 期,頁 111-117。

蔡秀美、詹芷嫻(2006)。〈兩性工作平等法--實施屆滿四年婦女勞動情勢變動〉,《臺灣勞工季刊》,第 1 期,頁 106-111。

焦興鎧(1990)。〈美國勞工法上就業歧視問題之最新發展〉,《美國研究》,第 20 卷第 2 期,頁 51-116。

_____(1993)。〈美國保障兩性工作平等法律制度簡介〉,《勞工行政》,第 68 期,頁 44-48。

_____(1996)。〈兩性工作平等權之法律實現〉,《月旦法學》,第 13 期,頁 38-46。

_____(1997)。〈歧視肥胖者在美國所引起之就業歧視爭議〉,《美歐季刊》,第 12 卷第 2 期,頁 69-87。

_____(1999)。〈兩性工作平等法制之國際趨勢比較〉,《勞資關係》,第 18 卷第 7

doi:10.6342/NTU201701132

期，頁 30-46。

_____（2000）。〈兩性工作平等法制之國際趨勢--兼論對我國建構相同制度所能提供之啟示〉，《經社法制論叢》，第 25 期，頁 203-229。

_____（2000）。〈對我國建構兩性工作平等法制之省思〉，《月旦法學雜誌》，第 59 期，頁 62-73。

_____（2000）。〈歐洲聯盟兩性工作平等法制之研究〉，《歐美研究》第 31 卷第 4 期，頁 753-818。

_____（2000）。〈美國兩性工作平等救濟制度之研究〉，《臺北大學法學論叢》，第 47 期，頁 95-150。

_____（2000）。〈同值同酬概念在美國所引起之爭議〉，《經社法制論叢》，第 26 期，頁 197-234。

_____（2002）。〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 31 卷第 2 期，頁 131-195。

_____（2003）。〈全球化與核心國際勞動基準之建構（上）〉，《法令月刊》，第 54 卷第 9 期，頁 15-29。

_____（2004）。〈美國最高法院與兩性工作平等爭議之解決〉，《政大法學評論》，第 80 期，頁 103-176。

_____（2006）。〈歐洲聯盟及美國兩性工作平等法制之最新發展--兼論對我國之啟示〉，《法令月刊》，第 57 卷第 2 期，頁 25-35。

_____（2006）。〈工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議〉，《國立臺灣大學法學論叢》第 35 卷第 6 期，頁 169-239。

_____（2007）。〈工作場所基因測試在美國所引起之勞動法爭議〉，《經社法制論叢》，第 40 期，頁 1-37。

_____（2007）。〈國內外就業歧視法制之最新發展--兼論就業上年齡、性傾向及出生地歧視之爭議〉，《法令月刊》，第 58 卷第 4 期，頁 65-91。

_____（2008）。〈全球化與弱勢勞動族群工作平等權之維護--兼論對我國之啟示〉，《全國律師》，第 12 卷第 4 期，頁 3-13。

_____（2009）。〈論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力〉，《長庚人文社會學報》，第 2 卷第 1 期，頁 53-99。

_____（2009）。〈美國就業上性傾向歧視爭議之探討〉，《歐美研究》，第 39 卷第 1

doi:10.6342/NTU201701132

期，頁 29-77。

_____（2010）。〈什麼是就業上性傾向歧視？--美國與歐洲聯盟經驗之探討〉，《全國律師》，第 14 卷第 4 期，頁 4-22。

_____（2010）。〈臺灣就業上出生地歧視之探討--兼論美國經驗之啟示〉，《月旦法學》，第 182 期，頁 192-204。

_____（2011）。〈美國最高法院與就業上年齡歧視之禁止〉，《歐美研究》，第 41 卷第 3 期，頁 679-762。

_____（2011）。〈性別主流化運動之推動及性別工作平等理念之達成--臺灣經驗之探討〉，《全國律師》，第 15 卷第 6 期，頁 59-82。

_____（2011）。〈工作平等與優惠之平衡--美國經驗之借鏡〉，《國家菁英》，第 7 卷第 2 期，頁 9-36。

_____（2012）。〈禁止就業上身心障礙歧視國際勞動基準之建構〉，《全國律師》，第 16 卷第 3 期，頁 4-20。

_____（2012）。〈落實性別工作平權－從「兩公約」及「消除對婦女一切形式歧視公約」之國內法化談起〉，《法令月刊》，第 63 卷第 7 期，頁 42-65。

_____（2013）。〈何謂「就業上年齡歧視」？--美國經驗之省思〉，《就業安全》，第 12 卷第 2 期，頁 65-70。

_____（2015）。〈臺灣建構防制就業歧視法制之努力--二十年之回顧與前瞻〉，《臺灣勞動法學會學報》，第 11 期，頁 1-65。

傅美惠（2004）。〈論美國同性戀與平等保護--兼論我國同性戀人權保障之發展〉，《國立中正大學法學集刊》，第 16 期，頁 1-60。

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〉，《東吳法律學報》，第 9 卷第 2 期，頁 1-44。

_____（2008）。〈平等權：第一講 憲法平等權之意義〉，《月旦法學教室》，第 68 期，頁 48-58。

_____（2009）。〈平等權：第二講 大法官對平等權之審查基準〉，《月旦法學教室》，第 76 期，頁 37-46。

_____（2009）。〈平等權：第三講 從嚴審查概論〉，《月旦法學教室》，第 79 期，

doi:10.6342/NTU201701132

頁 38-46。

_____（2009）。〈仇恨言論管制、族群平等法，與反歧視法〉，《臺灣法學雜誌》，第 127 期，頁 1-11。

_____（2009）。〈仇恨言論、族群平等、反歧視：郭冠英事件的爭議與回應〉，《思想》，第 12 期，頁 219-232。

_____（2010）。〈平等權的檢討與展望〉，《月旦法學教室》，第 90 期，頁 28-36。

_____（2011）。〈馴化並面對族群歧視--為制定「族群平等法」而倡議〉，《月旦法學》，第 189 期，頁 38-50。

廖慈瑋（2015）。〈近年性別工作平等法修正之意義與作為〉，《臺灣勞工季刊》，第 41 期，頁 67-71。

劉志鵬（2002）。〈兩性工作平等法之申訴及救濟體系〉，《律師雜誌》，第 271 期，頁 57-69。

劉定基（2005）。〈資訊時代的職場隱私權保護--以臺北地院九十一年度勞訴字第一三九號判決為中心〉，《律師雜誌》，第 307 期，頁 52-64。

劉錦樹（2002）。〈兩性工作平等法之介紹與分析 -下-〉，《實用月刊》，第 335 期，頁 96-100。

_____（2002）。〈兩性工作平等法之介紹與分析 -上-〉，《實用月刊》，第 334 期，頁 96-99。

劉靜怡（1997）。〈同性戀者之憲法平等權保障--以美國聯邦最高法院 Romer V. Evans 判決為核心〉，《月旦法學》，第 30 期，頁 35-49。

鄭津津（2002）。〈建立年齡歧視法制以保障中高齡者就業權利之研究〉，《政大勞動學報》，第 12 期，頁 395-424。

_____（2003）。〈美國就業歧視法制之研究--兼論我國相關法制應有之發展〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 32 卷第 4 期，135-205。

_____（2007）。〈我國禁止就業年齡歧視法制之現況與未來〉，《臺灣勞工季刊》，第 9 期，頁 19-28。

_____（2009）。〈年長並不等於能力差--就業年齡歧視之防治〉，《臺灣勞工季刊》，第 20 期，頁 42-51。

doi:10.6342/NTU201701132

_____（2010）。〈就業上年齡歧視之探討〉，《月旦法學》，第 184 期，頁 177-206。
_____（2011）。〈雇主拒絕僱用年滿六十五歲者是否構成就業年齡歧視？〉，《月旦法學教室》，第 99 期，頁 18-19。
_____（2011）。〈反歧視與平等權--論台灣外籍勞工之工作平等〉，《月旦法學》，第 189 期，頁 5-21。
_____（2015）。〈就業隱私法律問題之探討--以心理資訊為例〉，《月旦法學》，第 245 期，頁 5-16。
錢建榮（2006）。〈終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討－兼論釋字第 531 號解釋〉，《月旦法學》，第 128 期，頁 69-93。
謝仁和、曹淑琳、陳冠志（2017）。〈社會經濟發展與暴力犯罪--2001 年至 2012 年之時間序列分析〉，《人文社會科學研究》，第 11 卷第 1 期，頁 1-32。
謝易達（2004）。〈兩性工作平等法綜論〉，《慈濟技術學院學報》，第 6 期，頁 229-245。
謝棋楠（2008）。〈由美國差別影響歧視評台北地院九十一年重勞訴字第五號判決〉，《全國律師》，第 12 卷 4 期，頁 14-35。
_____（2009）。〈美國法院對基於性別為群體區分之勞工法規之平等保護審查原則〉，《全國律師》，第 13 卷第 2 期，頁 26-40。
鍾瑾瑜（2004）。〈女性身心障礙者就業歧視問題之探討〉，《花蓮師院特教通訊》，第 31 期，頁 61-65。
簡榮宗（2002）。〈監看員工電子郵件產生的隱私權爭議〉，《全國律師》，第 6 卷第 5 期，頁 57-63。
嚴健彰（2003）。〈出獄人復歸社會後之適應問題與資源服務 -1-〉，《法務通訊》，第 2142 期，頁 4-5。
_____（2003）。〈出獄人復歸社會後之適應問題與資源服務 -2-〉，《法務通訊》，第 2144 期，頁 3-5。

doi:10.6342/NTU201701132

（三）專書論文

李惠宗（1998）。〈憲法工作權保障之系譜〉，收於：劉孔中、李建良主（編），《憲法解釋之理論與實務》，頁 347-392。臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

張文貞（2010）。〈國際人權法與內國憲法的匯流：臺灣施行兩大人權公約之後〉，王世榕（等著），《台灣法學新課題（八）》，頁 1-26，臺北：元照。

張志偉（2016）。〈私法規範的憲法審查－以大法官釋字第 728 號解釋為例檢視我國憲法制度的結構困境〉，收於：李模務實法學基金會（編），《判解研究彙編（十九）（二十）》，頁 177-208，臺北：李模務實法學基金會。

章光明、鍾志宏、陳玉書（2016）。〈計程車駕駛執業限制罪名與再犯之縱貫性研究〉，收於：法務部司法官學院（編），《刑事政策與犯罪論文集》，第 19 集，頁 1-36，初版。臺北：法務部司法官學院。

許宗力（2000）。〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，收於：李建良、簡資修（編），《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，初版，頁 85-122。臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

陳愛娥（2007）。〈對憲法平等權規定的檢討－由檢視司法院大法官相關解釋出發〉，收於：湯德宗、廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第五輯）》，初版，頁 225-260。臺北：新學林。

焦興鎧（2015）。〈臺灣建構防制就業歧視法制之努力－二十年之回顧與前瞻〉，收於：臺灣勞動法學會（編），《勞動法裁判選輯（七）焦興鎧教授六秩五華誕祝壽專輯》，初版。臺北：臺灣勞動法學會。

黃昭元（2009）。〈平等權案件之司法審查標準－從釋字第 626 號解釋談起〉，收於：廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊）》，初版，頁 551-580。臺北：新學林。

雷文玫（2000）。〈性別平等的違憲審查－從美國女性主義法學看我國大法官幾則有

doi:10.6342/NTU201701132

關男女實質平等的解釋〉，收於：李建良、簡資修（編），《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，初版，頁 123-160。臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

蔡晴羽（2016）。〈論美國差別影響歧視法制於我國法上繼受與適用可能〉，《判解研究彙編（十九）（二十）》，臺北：財團法人李模務實法學基金會出版，頁 265-268

（四）研討會論文

林佳和（2006）。〈公務員、勞工與平等原則：從釋字第 596 號解釋談起〉，發表於：《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》。司法院（主辦），臺北。

廖元豪（2004）。〈種族積極平權措施（Race-Based Positive Action）與平等原則之關係——歐洲角度之分析〉，《歐洲人權學術研討會》。中央研究院歐美研究所（主辦），臺北。

（五）學位論文

王彬（2009）。《就業中的前科歧視研究》，中國上海交通大學憲法學與行政法學博士論文（未出版），上海。

李思儀（2007）。《從憲法平等權觀點檢視有前科者之職業選擇自由限制》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。

姜俊豪（2014）。《就業歧視中之前科問題研究》，國立政治大學勞工研究所碩士論文（未出版），臺北。

陳姵先（2009）。《立法防制職場基因歧視之必要性與合憲性研究》，國立臺灣大學

doi:10.6342/NTU201701132

法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。

詹國裕（2014）。《影響更生人成功再就業關鍵因素之研究》，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士在職專班論文（未出版），臺北。

黃夢萱（2016）。《就業歧視禁止之界線－論就業歧視禁止項目與差別待遇之正當理由》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。

（六）網路文獻

法務部（2012）。《公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見電子書》。載於：http://www.humanrights.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=292477&ctNode=32964&mp=200

林桂碧（1996）。《雇主僱用更生受保護人意願評估研究暨政策建議》。載於：https://www.wda.gov.tw/uploaddowndoc?file=/pubevta/InformationPublic/201212191057540.pdf&flag=pdf

周愫嫻、侯崇文、曹光文（2014）。《「更生人就業狀況調查」成果報告書》。載於：https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=337100&ctNode=37388&mp=001

二、外文文獻

Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

Albemarle Paper Co. v.s. Moody, 422 U.S. 405 (1975).

Archer, D.; Williams, K. (2006). Making America the Land of Second Chances: Restoring Socioeconomic Rights for Ex-Offenders. *New York University Review of Law*

doi:10.6342/NTU201701132

Social Change, *30*(4), 527-584.

Brewer v. Dep't of Motor Vehicles, 155 Cal. Rptr. 643 (Cal. Ct. App. 1979).

Brown v. Board of Education, 374 U.S. 183(1954).

Butts v. Nichols, 8 BNA Fair Emp. Prac. 676 (S.D. Iowa 1974).

Cain, H. L. (2003). Housing Our Criminals: Finding Housing for the Ex-Offender in the Twenty-First Century. *Golden Gate University Law Review, 33*, 131-171.

Carter v. Gallagher, 452 F.2d 315 (8th Cir.), 406 U.S. 950 (1972)

City of Richmond v. J.A. Croson Co., 448 U.S. 469 (1989).

Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

Connecticut v.s. Teal, 457 U.S. 440 (1982).

Connett, M. (2011). Employer Discrimination against Individuals with Criminal Record: The Unfulfilled Role of State Fair Employment Agencies. *Temple Law Review, 83*(4), 1007-1064.

Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642, 659-661 (1989).

Darks v. City of Cincinnati, 745 F.2d 1040 (6th Cir. 1984).

Demleitner, N. (1999). Preventing Internal Exile: The Need for Restrictions on Collateral Sentencing Consequences. *Stanford Law Policy Review, 11*(1), 153-172.

Desantis v. Pacific Telephone &Telegraph Co., 608 F. 2d 327 (9th Cir. 1979).

De Veau v. Braistead, 363 U.S. 144 (1960).

Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321 (1977).

EEOC v. Freeman, 961 F. Supp. 2d 783 (D. Md. 2013).

El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority, 479 F.3d 232 (3d Cir. 2007).

Finkin, M. (2016) *Privacy in employment law.* , Virginia, Bloomberg BNA Press.

Freedman, R. B. (2003). The Urban Institute, Can We Close the Revolving Door? Recidivism vs. Employment of Ex-Offenders in the U.S.. Retrieved from http://www.urban.org/url.cfm?ID=410857.

doi:10.6342/NTU201701132

FW/PBS, Inc. v. City of Dallas, 837 F.2d 1298 (5th Cir. 1988).

Foxworth v. Pennsylvania State Police, 402 F. Supp. 2d 523 (E.D. Pa. 2005).

Garcia, A. (2013). The Kobayashi Maru of Ex-Offender Employment: Rewriting the Rules and Thinking outside Current Ban the Box Legislation. *Temple Law Review, 85*(4), 921-950.

Geiger, B. (2006). The Case for Treating Ex-Offenders as Suspect Class. *California Law Review, 94*(4), 1191-1242.

Graham v. Richardcon, 403 U.S. 365(1971).

Gregory v. Litton System, Inc, 316 F. Supp. 401 (C.D. Cal. 1970) ,472 F.2d 631 (9th Cir. 1972).

Green v. Missouri Pacific Railroad Company, 523 F.2d 1290 (8th Cir. 1975).

Griggs v. Duke Power Co, 401 U.S. 424 (1971).

Grimaldi, M. (2011). Disparate Impact after Ricci and Lewis. *Scholar: St. Mary's Law Review on Minority Issues, 14*(1), 165-218.

Hawker v. New York, 170 U.S. 189 (1898).

Hazen Paper Co. v. Biggins, 507 U.S. 604 (1993).

Johnson, Herman N. (Rusty), Jr. 2013. Disambiguating the Disparate Impact Claim. Temple Political & Civil Rights Law Review, *22*, 433-474.

Kohler, K. (1975). The Revolving Door: The Effect of Employment Discrimination against Ex-Prisoners. *Hastings Law Journal, 26*(6), 1403-1434.

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

Liu, K. (2012). Reentering the City of Brotherly Love: Expanding Equal Employment Protection for Ex-Offenders' in Philadelphia. *Temple Political Civil Rights Law Review, 22*(1), 175-202.

Marcus, K. (2008-2009). The War between Disparate Impact and Equal Protection. *Cato Supreme Court Review, 2008*, 53-84.

doi:10.6342/NTU201701132

McDonnell Douglas Corporation v. Green, 441 U.S. 792 (1973).

Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory, 554 U.S. 84 (2008)

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

Mullings, S. (2014). Employment of Ex-Offenders: The Time has Come for True Antidiscrimination Statute. *Syracuse Law Review, 64*(2), 261-296.

Needels, K. (1996). Go Directly to Jail and Do Not Collect? A Long-Term Study of Recidivism, Employment, and Earnings Patterns among Prison Releasees , *journal of research in crime and delinquency, 33*(4), 471-496.

New York City Transit Authority v.s. Beazer, 440 U.S. 568 (1979).

Ngov, E. (2010). War and Peace between Title VII's Disparate Impact Provision and the Equal Protection Clause: Battling for Compelling Interest. *Loyola University Chicago Law Journal, 42*(1), 1-88.

Owens v. Barnes, 711 F.2d 25 (3d Cir. 1983).

Pager, D. (2003). The Mark of a Criminal Record. *American Journal of Sociology, 108*(5), 937-975.

_____ (2005). Double Jeopardy: Race, Crime, and Getting Job. *Wisconsin Law Review, 2005*(2), 617-662.

Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U.S. 701 (2007).

Paul-Emile, K. (2014). Beyond Title VII: Rethinking Race, Ex-Offender Status, and Employment Discrimination in the Information Age. *Virginia Law Review, 100*(5), 893-952.

People v. Lindner, 535 N.E.2d 829 (Ill. 1989).

Pettinato, T. (2014). Employment Discrimination against Ex-Offenders: The Promise and Limits of Title VII Disparate Impact Theory. *Marquette Law Review, 98*(2), 831-880.

doi:10.6342/NTU201701132

Petersilia, J. (2000). When Prisoners Return to the Community: Political, Economic, and Social Consequences. Retrieved from https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/184253.pdf.

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 559 (1896).

Primus, R. (2010). The Future of Disparate Impact. *Michigan Law Review, 108*(8), 1341-1388.

Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 407 (1978).

Roberts, J. (2016). Rethingking Employment Discrimination Harms. *Indiana Law Journal, 91*, 393-454.

Saxonhouse, E. (2004). Unequal Protection: Comparing Former Felons' Challenges to Disenfranchisement and Employment Discrimination. *Stanford Law Review, 56*(6), 1597-1640.

Schanuel v. Anderson, 546 F. Supp. 519, 525 (D.C. 111. 1982), aff'd, 708 F.2d 316(7th Cir. 1983)

Schware v. Board of Bar Examiners, 353 U.S. 232 (1957).

Seiner, J.; Gutman, B. (2010). Does Ricci Herald New Disparate Impact. *Boston University Law Review, 90*(6), 2181-2222.

_____ (2012). Plausibility and Disparate Impact. *Hastings Law Journal* 64(2), 287-324.

Siegel, R. B. (2004). Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown. *Harvard Law Review,117*(5), 1470-1547.

Smith v. City of Jackson, Miss., 544 U.S. 228 (2005).

Smith v. Fussenich, 440 F. Supp. 1077, 1080-81 (D. Conn. 1977).

Simonson, J. (2006). Rethinking Rational Discrimination against Ex-Offenders. *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy, 13*(2), 283-312.

Stacy, D. (1973). Limitations on Denying Licensure to Ex-Offenders. *Capital University*

doi:10.6342/NTU201701132

Law Review, 2, 1-22.

Texas Department of Community Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248 (1981).

The Pew Charitable Trusts. (2010). *Collateral Costs: Incarceration's Effect on Economic Mobility*, Retrieved from http://www.pewtrusts.org/~/media/legacy/uploadedfiles/pcs_assets/2010/collateralcosts1pdf.pdf

Truax v. Raich, 239 U.S. 33 (1915).

Tye v. City of Cincinnati, 794 F. Supp. 824 (S.D. Ohio 1992).

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144(1952).

United States Department of Justice. (2012). *Prisoners in 2011*. Retrieved from www.bjs.gov/content/pub/pdf/p11.pdf.

United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).

United States v. McKenzie, 99 F.3d 813 (7th Cir. 1996).

United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987).

Upshaw v. McNamara, 435 F.2d 1188, 1190(1st Cir. 1970)

U.S. Airways v. Barnett, 535 U.S. 391 (2002).

Waldon v. Cincinnati Public Schools, 941 F. Supp. 2d 884 (S.D. Ohio 2013).

Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642, 659-661 (1989).

Warfield, G.; Rini, D. (2013). New EEOC Guidance: Implications for Ex-Offender Reentry and Employment, or It Is Hard to Articulate the Minimum Qualification for Posing Low Risk of Attacking Someone. *Massachusetts Law Review, 95*(2), 195-213.

Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

Weissert, E. (2016). Get out of Jail Free: Preventing Employment Discrimination against People with Criminal Records Using Ban the Box Laws. *University of Pennsylvania Law Review, 164*(6), 1529-1556.

doi:10.6342/NTU201701132

Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986).

doi:10.6342/NTU201701132