

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

從國際人權法脈絡探討憲法平等權之保障

—以消除間接歧視為中心

From International Human Rights Law's Perspective to
Review the Protection of Constitutional Equality—
Concerning the Elimination of Indirect Discrimination

劉耀仁

Yao-Jen Liu

指導教授：張文貞 博士

Advisor: Wen-Chen Chang, JSD.

中華民國 112 年 5 月

May 2023

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

從國際人權法脈絡探討憲法平等權之保障
—以消除間接歧視為中心

From International Human Rights Law's Perspective to
Review the Protection of Constitutional Equality—
Concerning the Elimination of Indirect Discrimination

本論文係劉耀仁君（學號：R04A21022）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國108年7月31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：張文貞

口試委員：葉俊華

官曉薇

張文貞



謹獻給
阿嬤 劉胡麵 女士
母親 徐嘉麗 女士

謝辭



時間過得好快，想當初考上臺大法研所的欣喜若狂瞬間，轉眼間碩士班就要邁入尾聲。當開始提筆寫論文的時候，就已經是要準備結束碩士班這一回合的時刻，而寫這謝辭的此時，也宣告了正式進入論文的最後一個階段，寫完謝辭就要送出論文離開校園了。在這不長也不短的碩士班期間，遇到了很多事情，無論是個人的生涯規劃產生變動之外，國內外也發生許多不同的情勢變化。這段期間所遇到的事情，無論是正面的，還是令人難過的，皆成為這本論文的重要養分，我都是心生感謝。原本打算兩年至三年間結束碩士班這一回合，但因為接下了許多老師助理的工作，歷經各種行政助理、教學助理與研究助理的磨練，再加上家裡爺爺的驟逝，也要繼續幫忙照顧已年過九十歲、行動不方便的奶奶，使我不得不讓研究所的期間延長了一些，好讓這些負擔能夠更圓滿地完成，也因此調整了一部分的生涯規劃。從考上研究所開始，接觸了很多厲害的人，雖然大學部在臺大這個校園中就已經遇到許許多多厲害的人，但在研究所期間仍然遇到更多厲害的人，這些人當中大多成為了自己的貴人，在謝辭中真的要感謝這些貴人，讓我可以從他/她們身上學習到很多，也因此讓自己成為更有勇氣、更有自信也更懂得謙遜的人。

首先，感謝我的論文指導教授張文貞教授，張老師同時也是我在臺大大學時期的導師。第一次遇到老師的時候是在大一的憲法課，老師上課的風格讓我印象非常深刻，除了基本的講授之外，更帶著美國 Law School 蘇格拉底式上課的特色，讓我初來臺大產生的心裡 O.S. 是：「這才是大學啊！」老師上課常常說得一句話：「念法律最重要的不是標準答案的結果，有時候發現問題的過程比結果還來得重要。」這句話影響我很多，讓我從背誦式地念法律改變成思考式地面對各種法律問題，也奠定了我決定要往公法領域研究的基礎。這不到一年撰寫論文的日子裡，



老師非常認真地與我討論論文的內容，幾乎是每兩周一次 meeting，認真到讓身為學生的我感到慚愧，即使現在論文要收尾了，自己還是覺得寫得不夠好。老師的待人處世方式也讓跟在老師身邊學習的我獲益良多，在擔任老師的各種助理期間，老師那種一絲不苟的態度、近乎完美的要求，讓我覺得自己還有很多的不足，多麼希望能夠一直待在老師身邊學習。除了感謝老師對於本論文的指導以外，也要感謝老師願意讓我擔任臺大公法中心與翁元章基金會的行政助理，「憲法」、「憲法解釋」與「公法實體程序綜合研討」課程的教學助理，以及多元法律研究計畫的研究助理，更讓我參與了四位老師合著的「憲法：權力分立」這本教科書的改版。這段擔任老師各種助理的期間，著實讓我學習到老師很多方面的能力，最重要的學習就是做人處事的道理，我想這是終生受用不盡的資產。最後也謝謝老師在研究所期間幫我寫了幾封推薦信，讓我拿到一些獎學金，藉此獲得這些資金幫助我度過就讀研究所但沒收入的生活，真的很謝謝老師。

其次，感謝葉俊榮教授擔任本論文的口試委員。葉老師算是我的憲法啟蒙老師之一，老師影響我對於憲法的觀點並不亞於張老師，老師上課的風格比張老師更是接近蘇格拉底式的上課方式。那種不帶教科書、法典，兩手空空就來上課，卻可以信手捻來，近乎即興式的講述論點，且論點非常全面而完整，並從各個角度切入講述法律問題的授課方式，真的讓自己為之驚艷。這裡很難用簡單的幾句話描述老師的上課狀況，唯有親身去聆聽老師的課程才能感受到老師深厚的法學實力。只能說在老師的課程之中真的只有「享受」二字可以形容，而這樣的上課方式一直是我想學習的教學方式。認識葉老師的人都知道，老師的待人處世也有一套自己的哲學，那種大而化之，卻是魔鬼藏在細節中的態度，實在影響我很多，讓自己思考法律問題時不再鑽牛角尖，而是用更寬闊的視野與心胸面對難題。在葉老師的影響之下，不僅改變自己的思維模式，也讓自己更能夠坦然面對生活中的各種問題。最後也謝謝老師在口試時給予我許多的意見，雖然口試當天老師說

他是來亂的（這就是葉老師的風格啊～），但亂中有序，也讓我繼大學部與研究所期間修習葉老師課程「全餐」之後，再次享受於老師的論述之中，而這些口試意見與建議，真的就是將葉老師的全餐提升至「滿漢全席」了，非常謝謝老師。

接著，謝謝官曉薇教授擔任本論文的校外口試委員，雖然自己沒有正式聽過官老師的教課，但因為自己於大學部與研究所期間參與了許多的研討會，其中有幸聽到老師的研討會論文發表，老師的論述能力與英文能力讓我學習到很多。那種站在人權保障的堅定立場，讓我印象非常深刻。由衷感謝老師願意擔任自己的口試委員，在口試的場合之中，給我的意見與建議非常多元且豐富，老師不僅提問犀利而準確，也願意涵納自己許多不成熟的想法。後階段的論文修改，許多想法也是來自官老師的建議，真的很謝謝老師讓這本論文更為完美與完整。

在大學部與研究所期間，有幸分別修習到翁岳生教授的兩門「憲法解釋」課程，課程名稱雖然一樣，但兩次所討論的主題截然不同。碩士班期間，因緣際會擔任翁老師與張老師合開憲法解釋課程的教學助理，等於第三次聽完翁老師所講授的課程。在這三次的課程當中，翁老師總是以親切、和藹的態度講授憲法，從老師緩慢的講授步調當中，總是感覺得到老師對於憲法的熱忱與盼望。在擔任老師的助理期間，老師常常私下跟我聊到憲法、行政法乃至於刑事訴訟法對於一個法治國家的重要性，這些聊天的過程與內容深深影響著我對於公法甚至刑事法的看法與觀點。翁老師在贈與我一本老師的著作前頁題了些字給我：「公法學者，應以公平正義與人權之保障為主要追求目標。」這段簡短的文字讓我永遠不敢忘記，謝謝老師的叮囑與教導。

除此之外，因為在研究所期間修習許志雄教授的「憲法理論專題研究」課程，因緣際會擔任老師的課程助理。這段期間，雖然大部分與老師的討論比較集中在

課程的行政事項，但老師也會關心我修課與生活的近況。許老師表面上看起來很嚴肅，不過私底下卻是一個很活潑也很有趣的老師，老師也很喜歡與學生討論許多法律問題以外的事情。很感謝那段期間老師對我的關心與指導。



由於臺大法律學院長年施行的榮譽導師制度，自己有幸遇到許多榮譽導師，增添我大學與研究所期間的色彩。我的第一個榮譽導師是許宗力教授，在我大二的時候，許老師並沒有在臺大任教，因此有幸抽到許老師為我的榮譽導師。在幾次聚餐的期間，老師分享了自己擔任大法官面對的生活與難題，對於當時已經立下要往公法領域研究的我，聽得是津津有味，也從老師的言談之中學習到很多不同的想法。大學修習憲法與行政法時，不免要閱讀許多的大法官解釋，而許老師的個人意見書是我一定會定時「收看」的。從老師的意見書可以感受到一個學者的風範，除了法律專業的論述之外，更可以感受到老師慈悲、溫暖的筆鋒，彷彿是保障人民基本權利的一盞明燈。許老師的意見書與上課，很大程度地影響了我對於憲法的想法，從老師身上真的學到很多豐富的法律知識。至今，面對某些法律問題時，腦海中仍然時不時地出現許老師的話語，加上老師的風度翩翩與法學素養，不知不覺中就深受老師的影響。在碩士班期間剛好擔任翁元章基金會的助理，當時許老師是董事長，因緣際會成為老師的行政助理，雖然大部分跟老師meeting 的內容是關於基金會的運作，但老師也會關心我修課與論文的近況，真的很謝謝老師在那段期間對我的照顧與關心，願老師在司法院能夠順順利利地達到老師想完成的司法目標。

我的第二個榮譽導師是賴浩敏老師，當時賴老師剛好擔任司法院院長，於聚會期間，賴老師也邀請我們至司法院參觀，並請專業的解說員帶我們參觀大法官會議室、憲法法庭與旁聽普通法院的審判庭。在這參觀的過程之中，讓自己對於司法審判實務運作有了更多的認識。此外，賴老師非常親切地邀請我們至老師家



中喝茶聊天，記得那天老師與我們聊了很多老師當律師的實務經驗。老師常常跟我們說：「做什麼，像什麼。」這句話也放在老師的自傳書封面之上，我一直將老師這句話謹記在心，希望自己能夠像老師一樣專心致志地做好每件事。很感謝賴老師的言教身教，讓我從老師身上學習到很多課本以外的道理。於此也感謝老師的秘書陳瀅光女士，那段期間仰賴陳秘書幫忙聯繫各種聚會事宜，非常感謝。

我的第三個榮譽導師是林子儀老師，當時林老師同時擔任中央研究院法律學研究所的所長，繁重的行政事務與研究計畫讓林老師幾乎是分身乏術，但老師忙碌之餘還是願意在臺大開設許多的研究所課程，我自己有幸修習林老師的「言論自由」與「隱私權」兩門課程。老師的上課帶著濃濃的美國 Law School 的教學方式，沉浸在老師課堂上的那種學術自由思維方式與風氣，至今仍無法忘懷。此外，林老師百忙之中仍願意擔任榮譽導師，幾次的聚餐期間聽到老師諸多對於法律問題的看法、在美國求學的經驗談與課堂外聽不到的想法，真的是讓自己大飽耳福。很感謝林老師的指導與照顧。

我的最後一個榮譽導師則是黃虹霞老師，黃老師現在擔任司法院的大法官，雖然老師工作繁忙，卻仍非常積極地與我們保持聯繫，並隨時捎給我們新近的實務訊息。與老師的聚會期間，老師也帶我們至電影院欣賞司法實務相關的電影，不僅充實我們的法律知識，在觀賞後老師亦主動帶我們討論劇中的法律問題，這樣的過程著實讓自己學習到很多課堂中學不到的事。黃老師私下也常常給予我很多關於論文上不同思考的切入點，讓我對於論文有了許多不一樣的思考，很感謝老師平常對我的關心，無論是論文方面還是生活方面。

我在臺大的碩士班期間參加了臺大法律服務社，服務期間總共有三年之久，這三年都是擔任帶組的角色。這段期間所遇到的當事人實在不少，形形色色的當



事人構築我碩士班不可或缺的一頁，某種程度讓我研究所期間的繁重課業獲得了調劑，對於法律問題與人生課題也多了許多體悟。這段服務（與學習）的期間我要感謝邱聯恭教授、林明鏘教授、許士宦教授與陳瑋佑教授四位老師的教學與指導。雖然民事法的三位老師對於我這個公法組的學生應該沒什麼印象，但我還是要感謝他們每個周六的下午，陪我們面對當事人的各種疑難雜症。從他們身上學習到如何保持耐心地分析案例事實，並藉由法律分析使當事人的紛爭能夠獲得解決，這其中我著實學到了很多。而林明鏘老師除了與上述三位老師一樣每周六犧牲自己的休息時間陪我們面對當事人外，老師在我碩士班期間非常地照顧我，時不時會關心我的修課與論文近況，對於我的報告也很用心地閱讀並給予我許多意見。真的很感謝四位老師對我的照顧與指導，我想，臺大法律服務社如果沒有四位老師的幫忙，真的會失色很多，如果未來有機會，我仍願意至法律服務社與老師們一起努力。

另外，要感謝最高行政法院的許瑞助法官。許法官剛好是我一位家教學生的爸爸，我也是到了家教學生的家中才知道學生的爸爸是一位法官，因此有時家教上完課，我就利用課後的時間與許法官討論一些法律問題，後來反而是我「被家教」。也因為這個機緣，遂在我擔任公法中心助理時，當時公法中心所舉辦的行政法理論與實務研討會，需要邀請幾位實務界的法官來擔任與談人，我就邀請許法官來擔任與談人，很感謝當時許法官一口答應，還撰寫了相當篇幅的與談稿供大家閱讀。我也從許法官身上學到了辦案認真負責的態度，與積極保障當事人權益的想法，真的很感謝許法官不厭其煩地回答我的法律問題，以及對我的幫忙與關心。

除了老師、前輩們以外，碩士班就讀期間，還有許多同學幫助我很多，由於研究所期間我擔任很多助理的工作，也兼了許多讀書會與家教，因而很少能跟同



學有太多密集的互動，但還是遇到很多同學增添我研究所的色彩。首先，要感謝郁璇、家振、宛霓及嘉耘協助一起舉辦碩士聯合論文研討會，無論是事前的準備還是論文研討會當天的流程進行，因為有你/妳們的大力幫忙，才可以讓論文研討會順利完成，謝謝你/妳們！此外，這裡要特別感謝嘉耘，在我論文口試當天義不容辭擔任我的論文口試記錄，也協助我處理一些口試上的行政事項，實在萬分感謝。於此，要感謝來參與我的論文研討會的大大小朋友們：譽璇、宗軒、宗恆、培慈、孟潔、凌宇、欣如、惠雅、奕柔、茵茵、舒萍、律陶、佳融、宜蓁、繼暉、奕瑄、昆儀與哲逸，謝謝你/妳們的參與，許多的提問與建議，讓我的論文又成長了很多。

這裡也要特別感謝在碩士班較為親密的戰友。感謝峻瑀一直很關心我，無論是我的課業、考試還是論文。每次在研究室遇到，常常可以為了討論法律問題而聊上一整天。因為有了這樣討論法律的基礎，讓我知道我的有些思考還有盲點，但也因為這樣討論法律的過程，讓我突破許多盲點。很感謝你每次遇到法律問題都會想找我討論，有了什麼法律的書籍，常會以贈與或借貸的方式讓我窺看該書籍的內容。因為自己較忙而比較少參與系上的活動，很感謝你不厭其煩地邀請我參加系核的各種活動，也因此認識了許多新同學。

另外，要感謝孟涵，雖然我跟你在大學是同系同學，但我們是進了研究所才認識。在碩士班期間，妳知道我擔任了很多助理的工作，並願意在我的工作範圍內協助我很多事，很多都是行政事項的繁瑣事情，妳也不厭其煩地幫忙奔波；而在我撰寫論文時，也願意幫忙我搜尋很多文獻和資料，尤其是外文文獻的建議與想法，這部分真的幫助很大；也非常感謝妳在我進研究所一路忙到畢業常常找不到人時，還能時常關心我、陪我聊天，對於討論法律問題的一些想法也能夠刺激我有更多的思考（雖然每次都是我在說），這段期間真的非常感謝。



此外，要感謝麗嬌，謝謝妳願意在我繁忙論文之際，常常關心我，偶爾一次的吃飯、聊天，就會讓我產生許多不同的想法和靈感。許多的文獻資料也是因為妳的幫忙，才能夠第一時間掌握。謝謝妳總是用樂觀而有活力的態度鼓勵我，讓我繼續保持對法律的熱忱。時不時地分享生活近況，也緩解了不少趕論文的壓力。

最後，要感謝我的家人，感謝從小照顧我、把我帶大的阿嬤劉胡麵女士，沒有妳辛苦的照顧和養育，我也不會有機會成為更好、更努力的人；感謝一直支持我、鼓勵我的母親徐嘉麗女士，沒有妳一路上給予生活上的各種支持，我也不會有機會能夠完成到目前為止的學業。對於家人的付出，雖僅略述如此，但這些感謝卻是我一直放在心中，而以不同的形式在生活中表現。於此，謹就簡單幾句，道盡我無限的感謝。

劉耀仁 謹誌

2023年3月31日於永和成功小窩



摘要

中文摘要

本論文係以國際人權法的脈絡來探討我國憲法對於平等權之保障，主要欲討論的對象在於如何消除「間接歧視」。因此，本文是以消除間接歧視為主軸，且以國際人權法的觀察作為輔助的思考脈絡，並以我國既有的司法院大法官解釋（憲法法庭裁判）與一般法院（包括普通法院與行政法院）所作成的裁判為參考標的，綜合分析間接歧視的背景與成因，並逐步思考消除間接歧視的方法。當然，比較法的分析也是本論文的重點之一，關於此部分，主要是參考美國聯邦最高法院與歐洲人權法院的實務見解，綜合整理與分析間接歧視在其他國家的形成與發展，希冀藉由外國法之比較，提供我國法作為參考與借鏡，並嘗試得出我國對於消除間接歧視的適當方式。

本論文共分為 5 章。第 1 章為緒論，本章並不會針對本論文實質的論點作討論，而是對於本論文的基本性質作介紹與說明，亦即，就本論文的問題意識、研究範圍與限制、文獻回顧、名詞定義與解釋、研究方法與論文架構以及預期的貢獻與結果分項討論之。第 2 章擬就各種不同性質和領域的公約，逐一介紹其平等權之相關規範，以達從國際人權法之脈絡討論平等權議題的目的。本章主要在處理有關國際人權法的平等權議題，主要使用的素材是各個國際人權公約及其一般性意見，包括：《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）、《經濟社會文化權利國際公約》（ICESCR）、《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）、《兒童權利公約》（CRC）、《身心障礙者權利公約》（CRPD）等。



第3章則將視角拉回我國的司法實務上面，這裡的討論重心將著重在間接歧視與我國司法實務的關係。不過，外國法的實務上曾經出現過間接歧視相關討論的案例，因此，本章在進入我國司法實務的討論之前，擬先就外國法上之實務案例作為導引與參考，觀察外國法上的實務案例是如何面對與處理間接歧視的問題。這裡的外國法主要是取材自美國聯邦最高法院與歐洲人權法院的案例作為分析的對象。其次，則是針對我國的司法院大法官解釋（憲法法庭裁判）與一般法院（包括普通法院與行政法院）的裁判作整理與分析，除了針對這些實務案例作討論與評析之外，亦將其與前述之國際人權法脈絡結合觀察，試圖得出一些消除間接歧視的理路。而在這樣的理路的基礎之上，延續下一章的分析與討論。

第4章為本論文之重心所在，主要在處理消除間接歧視的方法。面對消除間接歧視的難題，我國本土的討論並沒有太多，因此，本論文借重國際人權法的觀察，嘗試藉由其來思考消除間接歧視的適當方式。從而本章一開始即先處理關於國際人權法應如何進用的問題，並進一步探討國際人權法與我國法秩序的位階與適用的關係。最後，則是透過國際人權法的觀察中得出消除間接歧視的途徑，亦即，以行政權、立法權及司法權的三權路徑進行分析，針對三種國家權力的特色與著力，擬定消除間接歧視的「法律策略」（the strategy of law），以達到消除間接歧視的最終目標。

第5章是本論文的最後一章，為結論章。結論章的功能在於收束、總結本論文的研究發現與論點，並站在這樣的制高點上，以自身對於未來的期許，提出一點建議與展望。因此，本章即先就本論文的研究重點與發現作梳理與總結，其次，在本論文所作出的研究理路，以對於自身的期待，提出一些對於我國未來法制的建議與展望。

關鍵詞



憲法、平等權、平等原則、間接歧視、差別影響歧視、國際人權法、公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約、消除對婦女一切形式歧視公約、兒童權利公約、身心障礙者權利公約、司法院釋字第 666 號解釋、司法院釋字第 728 號解釋、司法院釋字第 760 號解釋、行政權、立法權、司法權。

Abstract



This thesis focuses on reviewing the protection of constitutional equality from international human rights law. And the point is concerning the elimination of indirect discrimination. Therefore, this thesis's core is about how to eliminate indirect discrimination. Also, international human rights law and interpretation of Judicial Yuan (judgment of Constitutional Court), including judgment of Court and Administrative Court, are all the reference materials. By using these materials, this thesis analyzes the cause of indirect discrimination and offers some ways to eliminate indirect discrimination. In addition, the analysis of comparative law is one of the key points of this thesis. Regarding this part, this thesis refers the cases of Supreme Court of the United States and European Court of Human Rights. By doing it, this thesis analyzes the cause and development of indirect discrimination in other countries. In this way, this thesis combines these foreign materials and Taiwanese law so that it could try to come up with the appropriate ways to eliminate indirect discrimination.

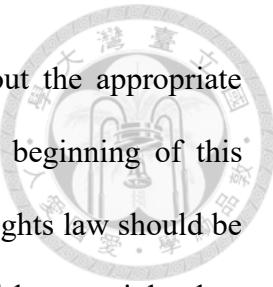
This thesis can be divided into five chapters. Chapter one is introduction. This chapter does not discuss the substantive arguments of this thesis, but introduces and explains the basic nature of this thesis. In other words, this chapter discusses the problem awareness, research scope and limitations, literature review, term definitions and explanations, research methods and thesis structure, as well as expected contributions and results of this thesis. Chapter two intends to introduce the relevant norms of the right to equality in various conventions of different nature and fields, in order to achieve the purpose of discussing the right to equality from the context of international human rights law. This chapter mainly deals with issues related to the



right to equality in international human rights law, and the main materials used are various international human rights conventions and their general comments. They are International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Convention on the Rights of the Child (CRC), Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).

Chapter three is brought back to the judicial practice of Taiwan. The focus of the discussion here is on the relationship between indirect discrimination and judicial practice in Taiwan. However, there have been cases in which indirect discrimination has been discussed in practice in foreign law. Hence, before entering into the discussion of judicial practice in Taiwan, this chapter intends to use the practical cases of foreign law as a guide and reference, and observe how the practical cases of foreign law face and deal with the problem of indirect discrimination. The foreign law here is mainly drawn from the cases of Supreme Court of the United States and European Court of Human Rights as the object of analysis. Then, this chapter organizes and analyzes interpretation of Judicial Yuan (judgment of Constitutional Court), including judgment of Court and Administrative Court. Combined with the above mentioned context of international human rights law, this chapter tries to draw some rationale for eliminating indirect discrimination. On the basis of this rationale, the analysis and discussion in the next chapter continues.

Chapter four is the core of this thesis which mainly deals with the methods of eliminating indirect discrimination. Facing the difficult problem of eliminating indirect discrimination, there is not much discussion in Taiwan. Hence, this thesis draws on the



observations of international human rights law to try to think about the appropriate ways to eliminate indirect discrimination. In terms of this, at the beginning of this chapter, it first deals with the issue of how the international human rights law should be used, and further explores the relationship between the international human rights law and the order and application of Taiwanese legal order. Finally, through the observations of international human rights law, the ways to eliminate indirect discrimination are obtained. That is, this chapter utilizes the three-power paths of executive power, legislative power and judicial power to analyze. In order to achieve the ultimate goal of eliminating indirect discrimination, the characteristics and efforts of three kinds of state powers are used to formulate legal methods (the strategy of law) to eliminate indirect discrimination.

Chapter five is the last chapter of this thesis, which is the conclusion chapter. The function of the conclusion chapter is to conclude and summarize the research findings and arguments of this thesis, and stand on such a commanding height to put forward some suggestions and prospects based on my own expectations for the future. Therefore, this chapter first sorts out and summarizes the research points and findings of this thesis. Secondly, this chapter puts forward some suggestions and prospects for the future legal system of Taiwan based on the research rationale made in this thesis and my own expectations.



Keywords

Constitution, equality, principle of equality, indirect discrimination, disparate impact discrimination, international human rights law, International Covenant on Civil and Political Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Convention on the Rights of the Child, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Interpretation No.666 of Judicial Yuan, Interpretation No.728 of Judicial Yuan, Interpretation No.760 of Judicial Yuan, executive power, legislative power, judicial power.

從國際人權法脈絡探討憲法平等權之保障 —以消除間接歧視為中心



簡目

摘要.....	i
1. 緒論.....	1
2. 國際人權法之觀察：以平等權/不歧視原則為核心.....	35
3. 間接歧視與司法實務之關係.....	134
4. 憲法平等權實現之難題：間接歧視之消除.....	205
5. 結論.....	243
參考文獻.....	250

從國際人權法脈絡探討憲法平等權之保障

—以消除間接歧視為中心



詳目

摘要.....	i
中文摘要.....	iii
關鍵詞.....	iii
Abstract.....	iv
Keywords.....	vii
簡目	viii
詳目	ix
表目錄.....	xvi
1. 緒論.....	1
1.1. 問題意識.....	1
1.1.1. 研究動機.....	5
1.1.2. 研究目的.....	9
1.1.3. 問題提出.....	10
1.2. 研究範圍與限制.....	11
1.3. 文獻回顧.....	13
1.4. 名詞定義與解釋.....	17



1.4.1. 平等的定義.....	17
1.4.2. 平等權相關名詞解釋.....	19
1.4.2.1. 平等權與平等原則.....	19
1.4.2.2. 形式平等與實質平等.....	23
1.4.2.3. 直接歧視與間接歧視.....	29
1.5. 研究方法與論文架構.....	32
1.6. 預期的貢獻與結果.....	34
2. 國際人權法之觀察：以平等權/不歧視原則為核心.....	35
2.1. 全球化與國際化的人權法.....	36
2.2. 《聯合國憲章》與《世界人權宣言》	39
2.2.1. 《聯合國憲章》	39
2.2.2. 《世界人權宣言》	40
2.3. 《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）	45
2.3.1. 概說.....	45
2.3.2. 平等權與平等原則的意義.....	49
2.3.3. 不歧視原則.....	51
2.3.4. 公民與政治權利上的性別平等.....	55
2.3.5. 締約國的義務.....	56
2.4. 《經濟社會文化權利國際公約》（ICESCR）	63
2.4.1. 概說.....	63
2.4.2. 平等權與平等原則的意義.....	66
2.4.3. 不歧視原則.....	68
2.4.4. 經濟、社會及文化權利上的性別平等.....	70
2.4.5. 工作條件上的性別平等.....	72



2.4.6. 締約國的義務.....	74
2.5. 《消除對婦女一切形式歧視公約》(CEDAW)	77
2.5.1. 概說.....	77
2.5.2. 平等權與平等原則的意義.....	80
2.5.3. 不歧視原則.....	83
2.5.4. 婚姻和家庭關係中的性別平等.....	84
2.5.5. 愛滋病婦女的平等權.....	86
2.5.6. 身心障礙婦女的平等權.....	87
2.5.7. 移工婦女的平等權.....	88
2.5.8. 高齡婦女的平等權.....	89
2.5.9. 締約國的義務.....	91
2.5.10. 婦女的近用司法資源權.....	94
2.6. 《兒童權利公約》(CRC)	97
2.6.1. 概說.....	97
2.6.2. 平等權與平等原則的意義.....	100
2.6.3. 不歧視原則.....	101
2.6.3.1. 執行公約的一般性措施.....	102
2.6.3.2. 兒童最佳利益.....	103
2.6.3.3. 對於兒童權利有害的措施.....	103
2.6.4. 愛滋病兒童的平等權.....	106
2.6.5. 身心障礙兒童的平等權.....	107
2.6.6. 原住民兒童的平等權.....	108
2.6.7. 街頭流浪兒童的平等權.....	109
2.6.8. 國際移民兒童的平等權.....	111
2.6.9. 締約國的義務.....	113



2.6.9.1. 幼兒時期的兒童權利落實.....	114
2.6.9.2. 兒童健康權的促進.....	115
2.6.9.3. 兒童休閒權的保障.....	116
2.6.10. 少年司法上的平等權實踐.....	117
2.7. 《身心障礙者權利公約》（CRPD）.....	119
2.7.1. 概說.....	119
2.7.2. 平等權與平等原則的意義.....	122
2.7.3. 不歧視原則.....	125
2.7.4. 重要的歧視類型.....	127
2.7.5. 身心障礙者法律上的平等.....	128
2.7.6. 締約國的義務.....	129
2.8. 本章結論：國際人權法之比較分析.....	130
3. 間接歧視與司法實務之關係.....	134
3.1. 間接歧視之解釋模型.....	135
3.1.1. 美國聯邦最高法院：主客觀混合解釋模型.....	135
3.1.2. 歐洲人權法院：客觀解釋模型.....	137
3.1.3. 本文見解：以客觀解釋模型為導向.....	138
3.2. 間接歧視於我國釋憲實務上的蹤跡.....	139
3.2.1. 司法院釋字第 666 號解釋.....	140
3.2.1.1. 本號解釋之事實與爭點.....	141
3.2.1.2. 間接歧視的「初」現.....	142
3.2.1.3. 本號解釋之脈絡分析.....	145
3.2.1.3.1. 維護國民健康與善良風俗的抽象性.....	146
3.2.1.3.2. 「弱弱相殘」結構困境的突破.....	150



3.2.1.3.3. 留下處罰空間的殘壘.....	154
3.2.1.4. 國際人權法給予本號解釋的啟示.....	157
3.2.2. 司法院釋字第 728 號解釋.....	159
3.2.2.1. 本號解釋之事實與爭點.....	159
3.2.2.2. 間接歧視的再現.....	161
3.2.2.3. 本號解釋之脈絡分析.....	165
3.2.2.3.1. 私法自治比不上平等原則？.....	165
3.2.2.3.2. 本末倒置的法安定性原則.....	170
3.2.2.3.3. 去標籤化的思考脈絡.....	173
3.2.2.4. 國際人權法給予本號解釋的啟示.....	174
3.2.3. 司法院釋字第 760 號解釋.....	177
3.2.3.1. 本號解釋之事實與爭點.....	177
3.2.3.2. 間接歧視的轉移.....	178
3.2.3.3. 本號解釋之脈絡分析.....	184
3.2.3.3.1. 警察人員任用平等意識的甦醒.....	184
3.2.3.3.2. 包裹式的違憲宣告.....	187
3.2.3.3.3. 警察人員的平等政策方針.....	188
3.2.3.4. 國際人權法給予本號解釋的啟示.....	191
3.3. 間接歧視於我國一般法院中的足跡.....	193
3.3.1. 概說.....	193
3.3.2. 就業服務法類型.....	194
3.3.3. 性別工作平等法類型.....	195
3.3.4. 妨害名譽類型.....	196
3.3.5. 其他類型.....	198
3.3.6. 本文看法：一般法院應落實國際人權法之要求.....	200



3.4. 本章結論：大法官對於間接歧視的思考典範與反射作用.....	202
------------------------------------	-----

4. 憲法平等權實現之難題：間接歧視之消除.....205

4.1. 國際人權法之進用	205
4.1.1. 國際人權法與國內法的關係.....	207
4.1.1.1. 一元論：國際法優先說.....	207
4.1.1.2. 一元論：國內法優先說.....	208
4.1.1.3. 二元論.....	208
4.1.1.4. 本文看法：一元論與二元論殊途同歸.....	209
4.1.2. 國際人權法的進用模式.....	210
4.1.2.1. 接納模式.....	211
4.1.2.2. 轉換模式.....	212
4.1.2.3. 立法模式.....	213
4.1.2.4. 解釋模式.....	214
4.1.2.5. 本文見解：以「解釋模式」為主、「立法模式」為輔.....	215
4.1.3. 國際人權法於我國法秩序的地位.....	218
4.1.3.1. 等同法律.....	219
4.1.3.2. 高於法律，低於憲法.....	219
4.1.3.3. 本文見解：等同憲法.....	220
4.2. 三權路徑取向之實踐.....	223
4.2.1. 行政權路徑.....	225
4.2.1.1. 行政部門的優勢.....	225
4.2.1.2. 行政策略：從「行政一體」走向「部門合作」	227
4.2.2. 立法權路徑.....	229
4.2.2.1. 立法部門的特色.....	229



4.2.2.2. 立法策略：從「代議民主」走向「人民參與」	231
4.2.3. 司法權路徑.....	234
4.2.3.1. 司法部門的性格.....	235
4.2.3.2. 司法策略：從「消極主義」走向「積極對話」	237
4.3. 本章結論：應澈底消除間接歧視.....	240
5. 結論	243
5.1. 鑄造一座不傾斜的天秤：不再有間接歧視.....	243
5.2. 作為憲法論述者：建議與展望.....	248
參考文獻.....	250
一、中文部分.....	250
二、外文部分.....	284

表目錄



【表1 :各國際人權公約與憲法第7條之比較分析】.....133

【表2 :大法官對於間接歧視的思考與反射】.....204

1. 緒論



History will ultimately judge us not for our wealth,

technology or innovations, but by how we treat the poor, the weak, the minorities and
the downtrodden in our society.

—John F. Kennedy

歷史終將評鑑我們的，不是我們的財富、技術或發明，
而是我們如何對待我們社會中的窮人、弱者、少數族裔和不幸的人。

—約翰·甘迺迪（美國第三十五任總統）

1.1. 問題意識

對於「間接歧視」(indirect discrimination)問題的思考，由於此種歧視類型並非如「直接歧視」(direct discrimination)一般，可以在法條規範上一眼認出或單純採取文義解釋之法學方法¹直接解釋，因此，通常在眾多法令當中，吾人很難察覺出系爭規範上為「間接歧視」的歧視類型。更由於「間接歧視」的定義與概念，是指法律效果上所發生的歧視現象²，當人民發生不平等的歧視現象時，往往在法條文義上看不出來，必須透過各種法律解釋方法，乃至於憲法解釋的脈絡，將「間接歧視」的歧視現象抽譯出來觀察。如果吾人無法透過法條文義直接認出「間接歧視」的歧視類型，那麼吾人只能利用法律的案例著手，看看案例中是否有「間

¹ 法學方法可以說是對於法規範的思考方式或解釋模式，國內許多學者對此有豐富的研究與譯著，相關文獻詳參閻王澤鑑（2022），《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，自刊；黃茂榮（2020），《法學方法與現代民法》，植根；楊仁壽（2016），《法學方法論》，自刊；魏大暉（2017），《法學方法、憲法原理實踐》，新學林；Karl Larenz（著），陳愛娥（譯）（2022），《法學方法論》，五南；李建良（2020），〈法學方法與基本權解釋方法導論〉，蘇彥圖（編），《憲法解釋之理論與實務（第十輯）》，頁 53-104，中央研究院法律學研究所；王澤鑑（2022），〈判例研究、法學方法與民法發展：50 年的回顧與展望〉，《高大法學論叢》，18 卷 1 期，頁 1-52。

² 關於「間接歧視」的定義與概念，詳參閱本論文 1.4.2.3.。



接歧視」的歧視類型出現，也帶出本節的問題意識。本文以下試以一些案例作說明與討論，並從這些案例中建立問題意識。

【案例 1：農田水利人員案³】

根據我國 2015 年針對農田水利會⁴人員的統計顯示，農田水利會會員、會務委員及會長的性別統計如下：

1. 會員計 152 萬 3,325 人（女 42 萬 348 人，女性佔 27.59%）；
2. 會務委員計 351 人（女 14 人，女性佔 3.99%）；
3. 會長計 17 人（女 0 人，女性佔 0%）。

從上開統計數字結果觀察，不難發現，農田水利會的會員性別，數量上男女差距甚大⁵。造成此種差距可能與傳統農業社會男尊女卑，及認為男性才有能力參與公共事務的觀念有關，因而影響女性的會員人數，並連帶影響其參加會務委員及會

³ 本案例係參考、整理自伍維婷教授於行政院性別平等會《直接歧視與間接歧視》演講之資料，詳參閱行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/File/124AF760F815D4E2/7cd32fa3-77be-441b-81e5-b237d8d909ab?A=C>（最後瀏覽日：01/21/2019）。

⁴ 行政院農業委員會為辦理農田水利業務，特設農田水利署（以下簡稱農水署）。奉行政院 2020 年 8 月 7 日函核復行政院農業委員會，「行政院農業委員會農田水利署暫行組織規程」自 2020 年 10 月 1 日施行。行政院農業委員會 2020 年 8 月 12 日訂定發布行政院農業委員會農田水利署暫行組織規程，該規程自 2020 年 10 月 1 日施行。亦即，從 2020 年 10 月 1 起，農水署正式掛牌成立，各農田水利會則納入農水署轄下為各管理處（全國共 17 個管理處）。自此，農田水利會之公法人組織改隸為行政院農業委員會所屬行政機關，並適用農田水利法。相關組織之歷史沿革，詳參閱行政院農業委員會農田水利署網站：<https://www.ia.gov.tw/zh-TW/about/articles?a=877>（最後瀏覽日：03/01/2023）。然農田水利會的改制遭到各界人士質疑其合憲性，學界對此亦舉辦學術研討會討論之。實務界則是由立法委員聲請釋憲，對此，憲法法庭於 2022 年 5 月 24 日召開言詞辯論，並於同年 8 月 12 日作成 111 年憲判字第 14 號，宣告農田水利會改制合憲。筆者有幸於 2022 年擔任農水署法制科科員，並躬逢其盛參與了本件憲判字的作成。這段期間與憲法法庭的公文往返，不難發現大法官對於本件釋憲案的高度重視，因其牽涉許多臺灣農業史之共業，並涉及眾多原農田水利會會員的權益（這部分可參閱憲法法庭 111 年憲判字第 15 號），惟大法官既宣告農田水利會改制合憲，本件所引發之軒然大波應可正式結束。有關本件憲判字之作成及其資料，詳參閱司法院網站，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=325412>（最後瀏覽日：03/01/2023）。惟為呈現原始資料之文字，仍以農田水利會稱之，先予敘明。

⁵ 筆者因工作關係至管理處洽公，仍然發現，即使農田水利署挂牌成立之後，有些管理處職員的男女比例依舊是男大於女許多。



長選舉之機會。對此，依據農田水利會組織通則第 14 條⁶、第 17 條⁷及第 19 條之⁸關於會員、會務委員候選人及會長候選人的資格規定，表面上並未限制性別參選，但實際上卻呈現女性比例過低的情形。

【案例 2：外交人員任用案⁹】

我國的外交部曾經有一段時間規定，夫妻兩人不能在同一個大使館任職，此項規定同時規範男性與女性的外交部官員。雖然此項規定同時規範夫妻雙方，以性別的角度來看，似乎並沒有以性別做為分類標準，因此屬於表面上中立的規範。然而，如果夫妻雙方同在一個大使館任職，若有一方需要選擇離職，才能與配偶同處一個城市的話，妻子通常會是選擇離職的那一方。會有這樣的結果，恐怕是在我國社會嫁夫隨夫的傳統觀念，以及男性要重視自己事業的性別刻板印象影響之下所作的妥協。

(接續頁)

⁶ 農田水利會組織通則第 14 條：「凡在農田水利會事業區域內，合於下列各款之一之受益人，均為會員：一、公有耕地之管理機關或使用機關之代表人。二、私有耕地之所有權人或典權人。三、公有或私有耕地之承租人或永佃權人。四、其他受益人。前項第二款、第三款、第四款之權利人，如為法人時，由其主管人員或代表人為會員。」

⁷ 農田水利會組織通則第 17 條：「具選舉權之會員年滿二十三歲，其會員資格持續一年以上，得登記為會務委員候選人。前項會務委員任期四年，連選得連任；其選舉之登記、資格審查程序、罷免之提議、連署、程序、成立要件、投票與開票、公告、爭議處理及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

⁸ 農田水利會組織通則第 19 條之 1：「具選舉權之會員年滿三十歲，具有會員資格持續一年以上，並符合下列要件之一者，得登記為會長候選人：一、教育主管機關認可之高級中等學校畢業或普通考試及格，並具有政府機關、農田水利會八年以上行政、水利、土木、農業有關工作經驗。二、曾任農田水利會會長、總幹事四年以上或一級主管六年以上。會長選舉之登記、資格審查程序、罷免之提議、連署、進行程序、成立要件、投票與開票、公告、爭議處理及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

⁹ 同前揭註 3。



【案例 3：遺產繼承案¹⁰】

根據我國財政部對於遺產登記人數的統計，2014 年人民遺產登記，拋棄繼承人數共計 47,835 人，女性所占比例為 56.9%，顯示拋棄繼承的女性較男性為多。將此統計數字與 2013 年比較，女性拋棄繼承的比例上升 0.3 個百分點。此外，根據遺贈的統計數字，2014 年遺贈受贈人數共 25 萬 1,981 人，其中男性為 15 萬 5,887 人，佔 61.9%，女性僅占 38.1%。在民法已規定女性同樣享有繼承權的現狀下¹¹，為什麼女性拋棄繼承權的比例仍較男性為高，而受遺贈的比例則較男性低，顯示我國社會上仍存在「男尊女卑」、「重男輕女」、「土地房屋遺產留給兒子」等傳統觀念。

從前開三個案例來觀察，三個案例都涉及到性別歧視的問題，而第 1 個案例涉及到農田水利會組織通則的規定；第 2 個案例也是來自國家的規範；第 3 個案例則來自於民法的規定。不過可以發現的是，國家規範上很難一下子就發現到它有歧視的情形，因為規範表面上中立，並沒有針對特定群體作分類，反而是在適用系爭國家規範的結果上，產生歧視的效果。無獨有偶的是，前開三個案例的歧視標準都是來自於「性別」，且皆是對於「女性」特別不利益，更有趣的是，造成歧視結果的背後原因既然都是我國社會上「男尊女卑」，「重男輕女」的傳統觀念。

¹⁰ 本案例係參考、整理自郭玲惠、官曉薇教授於行政院性別平等會《「消除對婦女一切形式歧視公約」（CEDAW）教育訓練》演講之資料，詳參閱行政院性別平等會網站，https://www.swcb.gov.tw/Info/show_detail?id=fcff5b49b3f04b08bf70e6600bf8b78（最後瀏覽日：01/21/2019）。

¹¹ 民法第 1138 條：「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。」；民法第 1144 條「配偶有相互繼承遺產之權，其應繼分，依左列各款定之：一、與第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人同為繼承時，其應繼分與他繼承人平均。二、與第一千一百三十八條所定第二順序或第三順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產三分之一。三、與第一千一百三十八條所定第四順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產三分之二。四、無第一千一百三十八條所定第一順序至第四順序之繼承人時，其應繼分為遺產全部。」



綜合上述，對於前開三個簡單的案例，筆者不禁好奇，「間接歧視」的背後成因為何？為何有間接歧視的概念出現？「間接歧視」的出現對於我國憲政發展是帶來契機還是危機？若是危機，我國應如何面對與處理「間接歧視」的問題？許許多多的疑問倏忽從腦海中閃過，遂引發本文對於「間接歧視」此種歧視類型的思索，並欲以其為本論文主要的研究主題。

1.1.1. 研究動機

司法院於2009年11月6日公布司法院釋字第666號解釋¹²，認定舊社會秩序維護法第80條第1項第1款¹³，意圖得利與人姦宿處罰鍰之規定違憲¹⁴，此即為當時社會上喧騰一時的「罰娼不罰嫖」案¹⁵。有趣的是，在該號解釋理由書第三段中出現以下論述：

¹² 司法院網站，https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=666（最後瀏覽日：01/21/2019）。此外，關於司法院大法官所作成之解釋，正式名稱應為「司法院釋字第○○○號解釋」，本論文以下皆以此正式名稱指涉司法院大法官所作成之解釋，惟為行文方便，並輔以「釋字第○○○號解釋」之簡稱代之。至2022年1月4日憲法訴訟法正式施行之後，司法院新設憲法庭，釋憲實務全面審判化，其所作成之判決則以「憲法法庭○○○年憲判字第○○號判決」稱之，並輔以「○○○年憲判字第○○號判決」之簡稱代之，先予敘明。

¹³ 現行社會秩序維護法第80條第1項第1款為因應當時司法院大法官作成釋字第666號解釋，已於2011年11月4日修正，於此附上修正條文內容：「有下列各款行為之一者，處新臺幣三萬元以下罰鍰：一、從事性交易。但符合第九十一條之一第一項至第三項之自治條例規定者，不適用之。」

¹⁴ 司法院釋字第666號解釋解釋文：「社會秩序維護法第八十條第一項第一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之規定，與憲法第七條之平等原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力。」（粗體字為筆者所加）。

¹⁵ 中央社（11/06/2009），〈罰娼不罰嫖 大法官：違憲〉；中國時報（11/07/2009），〈大法官會議六六六號解釋：「罰娼不罰嫖」違憲 二年內失效〉；中國時報（11/07/2009），〈8位大法官提意見書 嫖娼是否沒事 半套釋憲沒解〉；中國時報（11/07/2009），〈除罪送「性」福 內政部擬修法〉；中國時報（11/07/2009）〈助弱勢 求平等 兩法官正義之「聲」〉；中國時報（11/07/2009），〈「接下來看你的嘍！」 何春蕤 向江宜樺喊話〉；中國時報（11/07/2009），〈日日春：免罰婦團：懲嫖〉；中國時報（11/07/2009），〈警釣魚 流鶯恨白嫖 恩客懼曝光〉；自由時報（11/07/2009），〈罰娼不罰嫖違憲 擬設紅燈區〉；自由時報（11/07/2009），〈日日春主張 全面除罪化〉；自由時報（11/07/2009），〈竹市座談籲 性工作者除罪化〉；聯合報（11/07/2009），〈大法官：罰娼不罰嫖違憲 2年內失效〉；聯合報（11/07/2009），〈大法官：性產業應受保障 除罪是趨勢〉；聯合報（11/07/2009），〈不罰嫖 男客白嫖還威脅「檢舉妳」〉；聯合報（11/07/2009），〈提釋憲法官：阿嬤從娼 一定有苦衷〉；聯合報（11/07/2009），〈內政部：性工作除罪 兩年內修法〉；聯合報（11/07/2009），〈當初娼嫖都罰 立院刪嫖〉；聯合報（11/07/2009），〈警方擔心：一樓一鳳 蔴證更難〉；蘋果日報（11/07/2009），〈審判老娼不忍心 2法官聲請釋憲〉。



「系爭規定¹⁶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，鑑諸性交易圖利之多方多為女性之現況，此無異幾僅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¹⁷。」

對照前開解釋理由書所論述之文字，舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款：「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。」並沒有出現
任何「女性」之字眼，那麼，大法官何以從社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款
之規定得出對「女性」特別不利之情形，並進而宣告舊社會秩序維護法第 80 條第
1 項第 1 款違反憲法第 7 條¹⁸平等原則而違憲？對此，本文認為，舊社會秩序維護
法第 80 條第 1 項第 1 款所使用之法律文字雖然沒有使用「女性」的字眼，但系爭
規範所得出的法律效果卻是對「女性」特別不利益。此種規範（立法）模式，係
法律表面上中立，實際上卻產生對於特定族群或團體特別不利益的情形，即產生
所謂「間接歧視」之效果。而在本號解釋意見書之中，許宗力大法官與葉百修大
法官則分別於其協同意見書中明確表示本號解釋即涉及了「間接歧視」之問題¹⁹。
此種規範（立法）模式，形式上看似平等，實質上卻有可能產生不平等的結果，
這樣的立法模式是否妥當？立法者制定這樣的法律是否合乎憲法之意旨？這些問
題是筆者初次閱讀到釋字第 666 號解釋所留下的疑惑。

¹⁶ 「系爭規定」四字指的是舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款。

¹⁷ 司法院釋字第 666 號解釋理由書，第 3 段。

¹⁸ 憲法第 7 條：「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。」

¹⁹ 參閱司法院釋字第 666 號解釋許宗力大法官協同意見書（節錄）：「.....二、系爭規定涉及間接之性別差別待遇 規範上非以性別作為差別待遇基準的法律，如果實際施行的結果，在男女間產生非常懸殊的效應，尤其是對女性構成特別不利的影響，即可能涉及間接（indirect）或事實上（de facto）的性別差別待遇，須進一步檢討有無違反性別平等的問題，這在我國有憲法增修條文第十條第六項明文規定，賦予國家消除性別歧視積極任務，而應提高違憲審查密度的脈絡下，尤具意義。.....」與葉百修大法官協同意見書（節錄）：「.....（一）表面上性別中立之法律仍有構成間接歧視之可能性 系爭規定從條文觀之，固屬「性別中立」（gender-neutral）之立法，即並無區分從事性交易行為者之性別。即便社會現實中大多數的性工作者為女性、尋求性服務者為男性，並不能因此認定系爭規定對女性造成歧視。.....」（粗體字為筆者所加）。



猶記得筆者剛接觸憲法的時候，一開始對於許多抽象的名詞甚感疑惑，然對於「人權」之保護特別有感觸，故後來一直廣泛接觸憲法上各種基本權利的議題；除了修習大一憲法之外，也旁聽了許多關於憲法的課程，甚至跨系、跨校旁聽不同老師的憲法相關課程。也還記得，當時聆聽大一憲法時，張文貞老師曾經說過的一句話：「日常生活中，每個事件都是憲法事件。」對於當時的我，在思緒紛雜的腦海中產生了不小的漣漪，從那時開始，我時時刻刻都在思索，現在此時此刻所發生的事，是否與憲法有關？如果與憲法有關，是涉及憲法上哪種層次的思考？而當時憲法課上張老師所介紹的釋字第 666 號解釋，無疑是讓我最震撼的一件事。之後在旁聽許宗力老師、葉俊榮老師及蔡宗珍老師的憲法課程中，三位老師講述到平等權的案例時，不約而同地皆會以釋字第 666 號解釋作為講課的教材。於課程中，幾位老師皆提及此號解釋中關於「直接歧視」及「間接歧視」的關係與不同，遂引發筆者對於平等權中關於「歧視」問題的興趣。爾後，在不斷地接觸各種憲法議題時，平等權相關的議題一直是自己最高度關注的，而許許多多涉及平等權「歧視」的案例，每每讓筆者感觸最多。當在思索撰寫論文題目時，第一時間就是想到要研究關於憲法上平等權的相關問題，而平等權議題範圍之大，很多素材皆有值得研究的價值，幾經思考之後，基於國內學界對於「間接歧視」的討論甚少，我國法院「間接歧視」的實務案例也較少，遂決定回來處理一直縈繞心頭的「間接歧視」的問題。

筆者首度接觸到「間接歧視」的議題，是在釋字第 666 號解釋，本號解釋也是大法官違憲審查案件之中，第一件處理到有關「間接歧視」的案件。而本件的背景事實係涉及到關於「性交易」是否合法的問題²⁰，本身就是個在法律上同時涉

²⁰ 本件釋憲案是由法官提起，共有兩件，無獨有偶皆來自宜蘭地方法院。一件是由宜蘭地方法院簡易庭林俊廷法官審理，其認為舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定，發生牴觸憲法第 23 條、第 7 條之疑義，因而以臺灣宜蘭地方法院 98 年度宜秩第 32 號等七件，依據司法院釋字第 371、572、590 號解釋之意旨，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋並宣告糾爭規定全部或部分違憲而失效。另一件則是臺灣宜蘭地方法院羅東簡易庭楊坤樵法官審理，其亦認為糾爭規定侵害憲法所保障之性行為自由、工作權及平等權等基本權利，且違反比例原則及平等原則，發生有牴



及到弱勢群體保障的問題，誠如李建良教授於 2010 年的一篇〈立法禁止性交易行為的平等課題：釋字第 666 號解釋〉文章中表示：

「人生而平等，固然是千古定律，但人同時也生而自由。人類與生俱來的基本自由是客觀存在的事實，不是國家的恩給，國家只能承認，並加以保護。性工作者以人的原始本錢營利謀生，不假外求，卻受到國家不由分說的宰制，連最起碼的基本權地位都要繫於國家主政者及普羅大眾的主觀意志，地位猶遜於荼毒世人、禍延子孫的企業污染行為，請問公平嗎²¹？」

本號解釋不僅涉及平等權之問題，也涉及性工作者工作權，甚至人性尊嚴的問題，而其背後所涉及到的基本權利之保障、社會秩序之維護，乃至於善良風俗²²之考量，皆是複雜難解的議題。因著這些想法，本號解釋開啟了筆者對於這些問題的研究動機，尤其是對於平等權中「間接歧視」的部分。思考學界對於「間接歧視」的

觸憲法第 23 條與第 7 條之疑慮，因而以臺灣宜蘭地方法院 98 年羅秩地 11 號及第 12 號裁定停止訴訟程序，依司法院釋字第 371、572、590 號解釋之意旨，聲請宣告系爭規定違憲，並停止適用。司法院大法官受理本件案件後，將此兩件合併審理，於 2009 年 11 月 06 日作成釋字第 666 號解釋，認為系爭規定與憲法第 7 條平等原則有違，應自本解釋於公布之日起至遲於 2 年屆滿時，失其效力。其他關於本號解釋之介紹及分析，詳參閱本論文 3.3.1.。

²¹ 李建良（2010），〈立法禁止性交易行為的平等課題：釋字第 666 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 18。

²² 「善良風俗」是否為一明確、特定之概念，不論在公法學界、刑法學界，乃至於民法學界皆有不少討論及不同意見，然而司法院釋字第 666 號解釋理由書第 2 段明確指出本號解釋及舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款之規定，涉及社會「善良風俗」之考量，故本文於此仍先以「善良風俗」四字指涉背後所遇到的問題，蓋此部分並非本節論述之重心，其他細部討論詳參閱本論文 3.3.1.3.1.。惟本文亦藉此機會先略抒己見，本文認為，身處在現今多元交織的社會脈絡下，「善良風俗」這樣抽象的法益保護應是不能存在的，蓋善良風俗法益之保護實與現今社會文化價值觀念有所衝突，現今社會較強調個人法益或利益的保護，一個無法說明何為社會法益或社會大眾利益的善良風俗是在很難將之套用在每個個人之上。舉例言之，很難想像兩個從事性交易的人在旅館為性交易，會對其他人或社會有什麼樣的法益侵害？兩人都已經關在隱密的空間裡了，是要怎麼侵害他人或社會呢？或許有論者認為，如果讓大眾知道的話，大家會群起效尤。但除非是有媒體侵害這兩人的隱私而報導或宣傳，不然還是一樣的理由，關在隱密的房間為性交易，是要怎麼樣讓大眾知道並且模仿的呢？更何況每個人都是自主的個體，又有什麼樣的理由或方法可以限制他人會不會模仿或效法呢？對於多元價值應多予以包容。個人基本生活利益的維護比抽象的社會風俗的維護來的重要得多了。以善良風俗作為保護法益，但善良風俗的概念抽象、模糊，何種行為會妨害善良風俗沒有一定的標準，其不應作為一個獨立的保護法益，否則會給予立法者過大動用刑罰權處罰人民的空間，而無法與個人以及人性尊嚴的維護有所關聯。（粗體字為筆者所加）。相關內容亦轉引自盧映潔、沈洳瑩（2010），〈娼妓問題之除罪化探討：兼評大法官會議釋字第 666 號〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 79。



研究並不算到熱門的程度，關於研究這方面的碩士、博士論文也較為少見，且釋憲實務與普通法院案件上涉及到間接歧視的案例更是不多，另一方面也希望立法者於制定法律之際，能夠加以注意是否有涉及到歧視特定群體的問題，因此，遂決定以「間接歧視」的觀點進行憲法平等權之研究。

綜合上述，本文希望能夠從「間接歧視」此種歧視類型之觀點，加以深入探討及研究憲法平等權之保障及人權之維護，並希冀本論文未來能夠為平等權相關議題之討論及其領域之發展，作出些許貢獻。

1.1.2. 研究目的

沿續著前開所述的問題意識與研究動機，本論文主要的研究核心是「間接歧視」的歧視類型探討，本文認為，間接歧視的歧視類型對於人民的影響與權利限制雖不比直接歧視來的明確而顯著，然而，間接歧視的形成背後原因往往較直接歧視來的複雜而棘手。直接歧視的歧視來源，很顯然地來自法條規範，但間接歧視的歧視來源往往不是來自法條本身的規範上，反而是躲在社會上的各個角落之中。直接歧視所帶來的歧視效果及其制度的探討，在研究所的論文數量中，無論是碩士論文抑或博士論文，或許已到了汗牛充棟的情況，然而，有關「間接歧視」相關討論的論文數量卻是寥寥無幾，加上間接歧視的歧視現象往往來自於民間，若要對於我國平等權保障的討論，除了法制的規範面以外，或許可以試著從社會面向去探索，本著對於我國這塊土地的關懷，遂也成為本論文往「間接歧視」這個方向研究的目的之一。

其次，由於「間接歧視」法制規範面向的侷限性，我國的本土案例也不多，因此，遂引發本文向外「求救」，看看國際法上的規範或相關內容，是否有對於



「間接歧視」相關的討論與介紹。而眾多國際法規範中，如何挑選適當的材料作為我國的借鏡與參考，本文認為，既然要作關於人權保障的研究，從人權保障的目地出發，或許國際人權法會是一個可供我國借鏡、參考的素材。此外，近年來，我國陸續通過國際人權公約的施行法²³，不禁讓筆者思考，或許可以從這些國際人權公約著手，藉著觀察國際人權公約的脈絡，看看是否可以取用一些合適的素材作為討論「間接歧視」的材料。

綜合上述，基於對臺灣這塊土地的關懷、憲法平等權的興趣，也希望從近年我國特別倡議的國際人權公約著手，遂決定以國際人權法的脈絡來討論間接歧視的所引發的問題。本文認為，由於歧視現象容易造成人與人之間的區隔與藩籬，並對於特定群體的未來發展產生重大不利的影響，姑且不論後續研究的成果如何，至少對於本文的淺見來說，社會上不應該存有「間接歧視」的現象，因此，本論文的最終研究目的即在於：「間接歧視」之消除。

1.1.3. 問題提出

對於前開三個案例的觀察，本文認為，平常習以認為憲法平等權的歧視來自於「直接歧視」，且所受的法律教育訓練，往往在於思考平等權是否可以為「差別待遇」，而對於該差別待遇是否可以設下什麼樣的「分類標準」，並進而探討該分類標準是否合於憲法的規範。然而，這樣的平等權思維模式在前開案例的適用上，恐怕會有所侷限，蓋從表面中立的規範上，無法認出哪裡有差別待遇、分類標準為何，反而要讓系爭規範適用在實際的情形中，才能針對適用的結果作出

²³ 關於各個國際人權公約於我國通過施行法的時間，《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）與《經濟社會文化權利國際公約》（ICESCR）是在2009年通過，因此法學界常將二者合稱為「兩公約」。《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）是在2011年通過；《兒童權利公約》（CRC）與《身心障礙者權利公約》（CRPD）是在2014年通過。



適切的判斷。因此，若用傳統憲法平等權的體系去思考間接歧視的問題，不但無法解決問題，反而治絲益荼。

準此，筆者思考到的問題即是，針對解決間接歧視的問題，若跳脫我國既有的法律規範，國際法上是否有適合的素材提供我國作為借鏡與參考？我國釋憲實務與一般法院的裁判中是否有遇過間接歧視的案例？如何利用國家有限的資源，並適當地調整國家的策略，達到消除間接歧視的目標？這些問題的思考脈絡便是本論文的問題意識，針對這些亟待解決的「間接歧視」問題，本論文以下將依序討論之。

1.2. 研究範圍與限制

關於本論文的研究範圍，主要的取材範圍是來自於我國本土的材料，包含既有的法律規範、司法院大法官所作成的解釋、一般法院的案件、及學者間的期刊論文資料。而從本論文的題旨可以知道，本論文主要討論的範圍在於憲法上平等權的保障，因此，關於憲法平等權的相關討論與說明也是本文所要關心的重點之一。其次，由於我國本土「間接歧視」相關的討論熱度較低，導致能夠研究的範圍有所限制，從而本論文欲以國際人權法的角度切入，適當地從國際人權公約的規範內容或相關的資料作為取材的範圍之一。然而，一個有趣的問題即是，為什麼研究法律的學者與學生需要瞭解國際人權法呢²⁴？對此，有學者認為，一方面在許多國家中，國際法的地位是被視為等同憲法，因此，了解國際法的相關規範之後可以更清楚熟悉憲法的脈絡²⁵。另一方面則是，國際人權法提供了許多國際上社會成員對於人權保障的想法與研究，匯聚了來自全世界各個國家多元不同的聲音

²⁴ Mark Tushnet, *The Rights International Companion to Constitutional Law: An International Human Rights Law Supplement*, Kluwer Law International, 1 (1999).

²⁵ *Id.* at 1-2.



與意見，如果能夠對於國際人權法有所瞭解與掌握，對於我國憲政發展將會有所正面的意義。當然，對於本論文來說，最重要的即是從國際人權法的脈絡觀察，看看是否有助於間接歧視之消除。

其次，關於本論文的研究限制，礙於本論文的主題範圍限制與篇幅，加上自身的研究能力尚未完全足夠，因此，本論文的研究範圍將會有所限制。基本上可以從三個面向討論本論文的研究限制：國際人權法、憲法平等權、以及間接歧視的問題。首先，就國際人權法的研究限制來說，由於國際人權法的範圍極大，本論文打算僅從我國已通過施行法的國際人權公約²⁶著手，畢竟該等國際人權公約與我國關係最為密切，其他尚未通過施行法的國際人權公約即不在本論文的研究範圍之中。再者，國際人權法屬於國際法的範疇，而國際法的相關理論博大精深，且大多並非本論文所要討論的問題，例如：國際經貿法、國際海洋法等。因此，本論文僅聚焦於國際人權法相關的討論，其他與國際人權法較無關聯的部分則不在本論文的討論範圍之中。

就憲法上平等權的研究範圍來說，平等權的議題有許多面向，從本論文一開始所提供的三個案例可以知道，涉及間接歧視的平等權問題，往往與「性別」這個議題有關，其中，性別議題與平等權較為相關的當屬學界研究熱度居高不下的「女性主義」，雖然本論文所涉之間接歧視問題與「女性主義」亦有關聯，惟女性主義的相關理論亦博大精深，並非本論文開一個章節處理即可收到研究功效，況且，其理論比較屬於基礎法學體系領域²⁷，畢竟本論文屬於公法學領域，故本論

²⁶ 同前揭註 23。

²⁷ 關於「女性主義」與憲法上「平等權」相關的文獻，詳參閱陳昭如（2002），〈創造性別平等，抑或與父權共謀？：關於臺灣法律近代西方法化的女性主義考察〉，《思與言》，40 卷 1 期，頁 183-248；陳昭如（2009），〈在棄權與爭產之間：超越被害者與行動者二元對立的女兒繼承權實踐〉，《國立臺灣大學法學論叢》，38 卷 4 期，頁 133-228；陳昭如（2010），〈大法官解釋中的歷史與傳統：女性主義觀點的批判〉，《中研院法學期刊》，7 期，頁 81-140；陳昭如（2011），〈交叉路口與樓上樓下：反歧視法中的交錯問題〉，《月旦法學雜誌》，189 期，頁 51-68；陳昭如（2014），〈父姓的常規，母姓的權利：子女姓氏修法改革的法社會學考察〉，《國立臺灣大



文即不「開花」處理之。此外，若謂間接歧視的問題來自於民間，由於其涉及到社會上的脈絡，很可能會碰觸到「社會法」的問題，這個部分雖然與公法學領域相關，但並非本論文之視角，也非本論文之探討核心，故本論文亦不針對「社會法」的部分作討論。

末者，本論文之目標在於尋找消除間接歧視的方法，而本論文所關懷的重心在於我國應如何面對與因應間接歧視的問題，因此，本論文將研究的範圍限縮在國內法，包含學術界與實務界的參考文獻或本土的案例。至於外國比較法的部分，僅針對間接歧視的概念、定義及其內涵作初步的說明與介紹，至於外國的法規，或者外國的法院裁判，即不在本論文的研究範圍當中。畢竟本論文是在尋找我國面對與處理間接歧視問題的方法，重點並不是在作外國比較法與外國法院裁判的分析，因此，本文不打算作外國比較法的分析，本論文的研究範圍，戰場主要還是在於國際人權法與我國本土的規範及其相關內容。

1.3. 文獻回顧

本論文的主題係從國際人權法脈絡探討憲法平等權之保障，並以消除間接歧視為主要討論的範圍。雖然依照本論文之研究方向，除了「間接歧視」的討論之外，同時還涉足國際人權法與憲法平等權的議題，在文獻回顧這個部分，應以「間接歧視」、「國際人權法」及「平等權」三個主題作文獻回顧。惟筆者考量本論文之重心仍是在「間接歧視」的議題之上，且國際人權法與平等權的文獻範圍極大，若在此節針對該二者作文獻回顧，雖有達到本節整理文獻的目的，但對本論

學法學論叢》，43卷2期，頁271-380；陳昭如（2015），〈台灣法律史學會2014年度春季研討會：性別平等觀點的祭祀公業法制批判〉，《台灣法學雜誌》，264期，頁91-96；陳昭如（2016），〈從義務到權利：新舊母性主義下母性保護制度的轉向與重構〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45卷特刊，頁1095-1162。



文的研究發展實益不大，恐有喧賓奪主之感。況且，後續會針對國際人權法與平等權作細部的討論，屆時也會針對該二者作文獻梳理。因此，本文以下將僅針對「間接歧視」的部分作文獻回顧，且此部分的文獻回顧亦聚焦於期刊論文部分，國際人權法與平等權的相關討論與介紹，則留待後文繼續處理之。

關於「間接歧視」的文獻，我國學者針對此議題所發表的文獻數量上算是較少的，以目前（2023年）來說，如果扣除兩篇在行政院性別平等處的所發表的演講資料²⁸，可以搜尋到的期刊論文共有八篇。初步觀察，其中一篇還只是作直接歧視與間接歧視的定義比較而已，可見「間接歧視」的議題在我國仍是較少人關心或重視。不過，針對前開所述兩篇在行政院性別平等處的演講資料，值得說明的是，這兩篇除了對於「直接歧視」與「間接歧視」的定義、概念及內涵有完整的說明外，無獨有偶的是，面對解決「間接歧視」的問題，兩篇演講資料都是從國際人權法下手，亦即，都是從《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）出發，藉由該國際人權公約的規範內容與一般性意見作為消除「間接歧視」的素材，與本論文面對「間接歧視」問題的基調大抵一致。

關於這八篇期刊論文，其中四篇是來自於學術界；另外四篇則來自於實務界。首先，黃昭元教授曾經針對美國聯邦最高法院的一件實務判決作出評釋²⁹，該判決涉及的是：雇主能否以避免對少數種族構成間接歧視為理由，而事後廢棄已舉行完畢的受僱人升等考試結果³⁰？此篇論文中，黃老師針對該判決作了整理，並勾勒出間接歧視在美國法當中的樣貌，也針對美國法對於間接歧視的概念、成立要件作了詳細的介紹與說明³¹。又，特別針對間接歧視的舉證責任問題作介紹與說明，

²⁸ 一為伍維婷教授的《直接歧視與間接歧視》演講資料，同前揭註3；另一為郭玲惠、官曉薇教授的《「消除對婦女一切形式歧視公約」（CEDAW）教育訓練》演講資料，同前揭註10。

²⁹ 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》，11期，頁1-63。

³⁰ 黃昭元，前揭註29，頁9-16。

³¹ 「間接歧視」概念在美國法上稱之為「差別影響歧視」，本論文為方便說明，概以「間接歧視」



以「優惠性差別待遇」的合憲性問題作為與間接歧視的橋樑，思考該二者之關聯，並提供一些看法。其次，陳靜慧教授為文針對歐洲人權法院及歐洲法院關於間接歧視的適用與實踐作介紹³²。此篇論文中，陳教授對於歐洲人權法及歐洲法院針對間接歧視的定義、概念及內涵作了詳盡的介紹與說明，且對於歐洲人權法院及歐洲法院針對間接歧視的判決作評析，並特別對於間接歧視的舉證責任問題提出整理與說明。有趣的是，黃老師與陳老師的兩篇論文脈絡頗為相似，主要差異在前者是取材自美國的法院判決；後者是取材自歐洲法院的判決，這兩篇論文皆值得作為外國法的比較分析素材。此外，李麒教授為文針對《消除對婦女一切形式歧視公約》與性別平等的問題作比較³³，不過此篇論文大多是以 CEDAW 與性別平等相關的外國判決作介紹與評析，對於間接歧視的問題，僅係作為與直接歧視的比較對象而已。末者，林更盛教授對於雇主以薪資級距為解雇標準，提出有可能構成年齡間接歧視的問題³⁴。林教授於此篇論文介紹了德國勞動法關於間接歧視的立法與認定，並以此對我國最高行政法院判決³⁵作出評析，其認為若具體個案有「正當化事由」，並不當然構成間接歧視。此篇論文算是對於間接歧視的概念有基本的介紹，不過較側重於勞動法領域的思考脈絡。

關於另外四篇來自於實務界的期刊論文，首先，張柏涵律師為文針對間接歧視的判斷標準作介紹與說明³⁶。此篇論文主要是針對前開黃老師與陳老師的論文作整理與說明，並針對美國聯邦最高法院與歐洲人權法院的間接歧視判斷標準作評

稱之，先予敘明。關於美國法上間接歧視之介紹，詳參閱本論文 1.4.2.3. 與 3.1.1.。

³² 陳靜慧（2017），〈歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念之適用與實踐〉，李建良（編），《憲法解釋之理論與實踐（第九輯）：憲政主義與人權理論的移植與深耕》，頁 385-436，中央研究院法律學研究所。

³³ 李麒（2016），〈消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW）與性別平等法制的例外〉，《法令月刊》，67 卷 1 期，頁 95-113。

³⁴ 林更盛（2014），〈何去何從的年齡間接歧視：最高行政法院一〇一年度判字第一〇三六號判決評析〉，《月旦裁判時報》，28 期，頁 18-28。

³⁵ 此篇論文所評析的裁判即為最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決，關於本件判決之細部介紹與說明詳參閱本論文 3.3.2.。

³⁶ 張柏涵（2017），〈彩色糖衣下的歧視：淺談間接歧視之判斷標準〉，《萬國法律》，213 期，頁 30-44。



析。另外，此篇論文亦對於我國司法院釋字第 666 號解釋涉及間接歧視的部分作梳理與討論，並提出自身對於該號解釋的觀察與看法。其次，謝棋楠律師針對我國一則實務判決作評釋³⁷，此篇論文是從美國法上間接歧視的概念切入，從該觀點思考我國一則實務判決的正當性。此篇論文先對於美國法上的間接歧視概念作介紹，並將我國一則實務判決作梳理，再從美國法的觀點評析該則實務判決。不過，我國法院對於該則實務判決並沒有正面承認「間接歧視」的問題，似乎不認為該則實務判決涉及到間接歧視的概念。復者，蔡晴羽律師為文介紹美國有關「間接歧視」之法制發展，並藉美國制度的演進作為我國法院實務裁判上之參考³⁸。此篇論文對美國間接歧視不同時期的發展有相當的介紹與整理，並從其經驗進一步闡述我國法院實務應如何借鏡。其對勞動法上關於就業歧視之要件或標準有清楚的論述，並對一則最高行政法院之判決³⁹作出評析。此篇論文結合憲法與勞動法兩個不同領域作思考，期以憲法的高度處理勞動法個案紛爭之解決。末者，許炳華檢事官針對美國聯邦最高法院適用「間接歧視」的爭議為文作出評釋⁴⁰。此篇論文是以一則美國聯邦最高法院的判決出發，並對其作分析與評釋，再從美國法上間接歧視的理論探討我國實務應如何面對間接歧視的問題。

上開八篇期刊論文皆屬有關「間接歧視」議題的討論與整理，無論是來自學術界的研究抑或實務界對於案例事實的觀察，這些論文對於我國涉及間接歧視的思考與實務上面臨間接歧視之難題與解決，著實貢獻良多。

³⁷ 謝棋楠（2008），〈由美國差別影響歧視制度評台北地院九十一年重勞訴字第五號判決〉，《全國律師》，12 卷 4 期，頁 14-35。

³⁸ 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：以最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決為中心〉，《判解研究彙編（十九、二十）：李模務實法學基金會一〇三年第十九屆、一〇四年第二十屆法學論文徵選得獎作品集》，李模務實法學基金會。

³⁹ 同前揭註 35。

⁴⁰ 許炳華（2017），〈差別影響歧視理論適用之爭議：以美國聯邦最高法院 Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project Inc. 案為探討核心〉，《國立中正大學法學集刊》，54 期，頁 57-114。



1.4. 名詞定義與解釋

在進入本論文實體討論以前，有必要針對本論文所涉相關的名詞先予解釋與說明，以利後續實質內容的討論。因此，本節以下即針對貫穿本論文實質內容的核心名詞作解釋，以方便後續內容的討論。

1.4.1. 平等的定義

平等 (equality)，是一種「區分」、「差異」或「比較」的概念，若跳說法律上的用語來試著闡述何謂平等，吾人或許會認為不管是在哪種層面或領域思考，例如於道德、倫理、政治、經濟或社會上不同面向來看，是指人與人之間的相對關係或地位高低的呈現。而進一步到了法律層面，最常聽到他人的說詞即是「法律之前，人人平等⁴¹」。1789 年法國大革命時所發表的人權宣言，算是世界上首次宣示「人生而平等」、「法律之前、人人平等」的觀念⁴²，也可說是第一次將「人

⁴¹ 筆者進到法律學系第一次接觸到關於這樣的用語是德國威瑪憲法第 109 條第 1 項：「所有德國人於法律之前，一律平等。（Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.）」而中學時候在尚未接觸法律的情況之下，第一次接觸是國文課裡的〈張釋之執法〉：「釋之為廷尉。上行出中渭橋，有一人從橋下走出，乘輿馬驚。於是使騎捕，屬之廷尉。釋之治問。曰：『縣人來，聞蹕，匿橋下。久之，以為行已過，即出，見乘輿車騎即走耳。』廷尉奏當，一人犯蹕，當罰金。文帝怒曰：『此人親驚吾馬；吾馬賴柔和，令他馬，固不敗傷我乎？而廷尉乃當之罰金！』釋之曰：『法者，天子所與天下公共也。今法如此而更重之，是法不信於民也。且方其時，上使立誅之則已。今既下廷尉，廷尉，天下之平也，一傾而天下用法皆為輕重，民安所錯其手足？唯陛下察之。』良久，上曰：『廷尉當是也。』」

⁴² 1789 年 8 月 26 日法蘭西王國波旁王朝制憲國民會議通過人權宣言全文：「第一條 在權利方面，人類是與生俱來而且始終是自由與平等的。社會的差異只能基於共同的福祉而存在。第二條 一切政治結社的目的都在於維護人類自然的和不可動搖的權利。這些權利是自由、財產、安全與反抗壓迫。第三條 整個主權的本原根本上乃寄託於國民。任何團體或任何個人皆不得行使國民所未明白授與的權力。第四條 自由就是指有權從事一切無害於他人的行為；因此，每一個人自然權利的行使，只以保證社會上其他成員能享有相同的權利為限制。此等限制只能以法律決定之。第五條 法律僅能禁止有害於社會的行為。凡未經法律禁止的行為即不得受到妨礙，而且任何人都不得被強制去從事法律所未規定的行為。第六條 法律是普遍意志的表達。每一個公民皆有權個別地或透過他們的代表去參與法律的制訂。法律對於所有的人，無論是施行保護或是懲罰都是一樣的。在法律的眼裡一律平等的所有公民，除了他們的德行和才能上的區別之外，皆能按照他們的能力，平等地取得擔任一切官職、公共職位與職務的資格。第七條 除非在法律所規定情況下並按照法律所指示的程序，任何人均不受控告、逮捕與拘留。所有請求發佈、傳送、執行或使人執行任何專斷



生而平等」的平等觀，因為歷史事件所引起，透過政治宣言及法律書面，宣示為人類的基本權利，這樣的理念至今也成為人類生存的普世價值。之後，平等一詞即被廣泛地適用在各個層面及領域中，尤其是在法律這個面向上，不管是憲法、行政法，乃至於民法、刑法或智慧財產權法等等，在各種法規當中，除了條文直接明文規定外，無不一直強調「平等」的重要性，「平等」一詞彷彿定海神針般地為立法者首要考量的立法原則。而演變至今，「平等」在法律用詞上已逐漸被規範化，不再只是單純討論公平與否的問題，其已被各項法律概念或政治哲學概念充實並不斷地進化。

黃昭元教授曾經為文認為，平等終究是個高度評價性的概念，其評價標準（規範內涵）則始終多元、分歧，難有共識。即便時至今日，現代各國憲法多已明文承認平等為基本人權或原則，但如和其他基本人權（如言論、宗教、人身、工作、訴訟、參政等自由權利）相比，平等的規範內容或操作標準可能還是最不確定者。平等，可說是分析工具最多，而內涵卻最有爭議的權利或原則⁴³。那麼，吾人不禁要問的是，到底「平等」得否作為一種權利？還是只是一種法律制定的原則？又，如果是一種權利，其權利內容和範圍為何？

的命令者，皆應受到懲罰。但任何根據法律而被傳喚或逮捕的公民則應當立即服從，抗拒即屬犯法。第八條 法律只應規定確實和明顯必要的刑罰，而且除非根據在犯法前已經通過並且公佈的法律而合法地受到科處，任何人均不應遭受刑罰。第九條 所有人直到被宣告有罪之前，都應被推定為無罪，而即使逮捕被判定為必要的，一切為羈押人犯身體而不必要的嚴酷手段，都應當受到法律的嚴厲制裁。第十條 任何人不應為其意見、甚至其宗教觀點而遭到干涉，只要他們的表達沒有擾亂到以法律所建立起來的公共秩序。第十一條 自由傳達思想與意見乃是人類最為寶貴的權利之一。因此，每一個公民都可以自由地從事言論、著作與出版，但在法律所規定的情況下，仍應就於此項自由的濫用負擔責任。第十二條 人權與公民權的保障需要公共的武裝力量。這個力量因此是為了全體的福祉而不是為了此種力量的受任人的個人利益而設立的。第十三條 為了公共力量的維持和行政管理的支出，普遍的賦稅是不可或缺的。賦稅應在全體公民之間按其能力平等地分攤。第十四條 所有公民都有權親身或由其代表決定公共賦稅的必要性；自由地加以認可；知悉其用途；和決定稅率、課稅評定與徵收方式、以及期間。第十五條 社會有權要求每一個公務人員報告其行政工作。第十六條 一個社會如果其權利的保障未能獲得保證，而且權力的分立亦未能得到確立，就根本不存在憲法。第十七條 財產是不可侵犯與神聖的權利，除非當合法認定的公共需要對它明白地提出要求，同時基於所有權人已預先和公平地得到補償的條件，任何人的財產乃皆不可受到剝奪。」（粗體字為筆者所加）。併參閱聯合國/NGO 世界公民總會網站，<http://www.worldcitizens.org.tw/awc2010/ch/Declaration/1789.htm>（最後瀏覽日：01/26/2019）。

⁴³ 黃昭元（2010），〈導讀：平等理論的演進與典範變遷〉，財團法人民間司法改革基金會（編），《大法官，給個說法！3：不平則鳴》，頁5-18，新學林。



1.4.2. 平等權相關名詞解釋

本文以下即就與「平等權」相關名詞解釋作介紹與說明。

1.4.2.1. 平等權與平等原則

在我國，如果要討論憲法上有出現「平等」二字的條文，除了耳熟能詳的第 7 條⁴⁴以外，尚有第 5 條規定「中華民國各民族一律平等。」第 129 條規定「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之。」第 141 條規定「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」第 159 條規定「國民受教育之機會，一律平等。」及憲法增修條文（以下簡稱增修條文）第 10 條第 6 項規定「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。」等⁴⁵。然而，從這些條文文字內容來看，看不出制憲者或修憲者是將憲法上「平等」

⁴⁴ 同前揭註 18。

⁴⁵ 除了這些規定之外，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。」及憲法增修條文第 4 條第 2 項規定：「前項第一款依各直轄市、縣市人口比例分配，並按應選名額劃分同額選舉區選出之。第三款依政黨名單投票選舉之，由獲得百分之五以上政黨選舉票之政黨依得票比率選出之，各政黨當選名單中，婦女不得低於二分之一。」某種程度來說，其規範意旨亦與「平等」有關。這兩條規定或許可以當作憲法第 129 條的特別規定，或者當作制憲者或修憲者為保障婦女的參政地位所為的憲法指示。當然隨者時代及憲法不斷變遷，婦女選舉的保障（名額）仍然是我國憲政上一個重要的課題，值得吾人繼續深入研究。相關文獻詳參閱洪家殷（1996），〈論我國婦女當選保障名額之規定〉，《東吳法律學報》，9 卷 1 期，頁 151-189；許崇賓（2012），〈婦女保障名額制度存廢之研究〉，《法令月刊》，63 卷 3 期，頁 69-95；黃長玲（2001），〈從婦女保障名額到性別比例原則：兩性共治的理論與實踐〉，《問題與研究》，40 卷 3 期，頁 69-82；黃長玲（2012），〈差異政治的形成：1946 年婦女保障名額制訂的歷史過程〉，《政治科學論叢》，52 期，89-116；楊婉瑩（2000），〈選舉制度對婦女參政影響之評估〉，《理論與政策》，14 卷 4 期，頁 71-90；楊婉瑩（2001），〈由民主代議政治的理論與實踐檢視性別比例原則〉，《人文及社會科學集刊》，13 卷 3 期，頁 305-344；李孝悌（2013），《婦女參政保障名額正當性之研究：歷史脈絡、正義理論、國際人權與司法審查的考察》，輔仁大學法律學系博士論文；呂欣儒（2015），《全國不分區立法委員選舉中婦女保障名額制度之研究》，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士論文；張喬婷（2010），《民意代表選出方式的性別積極平權措施：談憲法上的性別平等與民主理論》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；薛立敏（1973），《台



導向具有請求權基礎的權利性質抑或只是眾多憲法原則中的可以被操作的原則而已。

如果觀察司法院大法官所作成之解釋，搜尋只要涉及到「平等」二字的歷來相關解釋，截至今日⁴⁶，大法官也並未針對「平等權」與「平等原則」二者之概念作明顯的區分，換言之，大法官並無針對這兩者下任何專屬的定義，亦無區分這兩者間差別的意思，有些時候是使用「平等權⁴⁷」，而絕大多數的情況則是以「平等原則⁴⁸」來論述，當然也有部分解釋是混用「平等權」與「平等原則」兩者⁴⁹。因此，如果從釋憲實務的角度觀之，實在很難看出大法官對於憲法第7條內容究竟為權利或原則有一個明確的定論，尤其又有混用的情況，實無法遽下結論大法官的立場為何。

相較於憲法條文、大法官解釋或憲法法庭判決，我國不少學者也對此問題提出一些看法，有學者主張憲法第7條為「平等權」的學者如，其將憲法保障的平等定位為平等權，而與其他憲法保障的自由權同屬憲法上的權利，故當同一案件

臺灣地區婦女參政問題之研究》，國立政治大學政治學系碩士論文。

⁴⁶ 目前涉及到「平等權」或「平等原則」相關的最後一號釋字為司法院釋字第812號解釋，詳參閱司法院網站，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310993>（最後瀏覽日：03/26/2023）；而憲法法庭目前所作成相關的最後一號判決為112年憲判字第3號判決，詳參閱司法院網站，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=340469>（最後瀏覽日：03/26/2023）。

⁴⁷ 司法院大法官解釋（含解釋文及理由書）以「平等權」來指稱憲法第7條者為釋字第179、211、369、398、468、500、526、560、575、576、578、580、626、639、649、670、673、721、745、748、788、791、794、804、807號解釋；憲法法庭所作成的判決（含主文及理由）則是111年憲判字第19號判決（最後統計日：03/26/2023）。

⁴⁸ 司法院大法官解釋（含解釋文及理由書）以「平等原則」來指稱憲法第7條者為釋字第282、299、365、400、405、410、412、438、455、457、481、485、490、499、508、542、547、552、555、565、571、573、574、577、584、593、596、601、607、610、614、618、620、622、624、627、635、648、666、685、686、687、693、697、698、700、713、714、716、727、728、739、766、796、798、801、810、812號解釋；憲法法庭所作成的判決（含主文及理由）則是111年憲判字第5號、111年憲判字第6號、111年憲判字第9號、111年憲判字第17號、112年憲判字第1號、112年憲判字第3號判決（最後統計日：03/26/2023）。

⁴⁹ 司法院大法官解釋（含解釋文及理由書）同時使用「平等權」與「平等原則」來指稱憲法第7條者為釋字第205、341、605、647、682、688、694、696、701、711、719、722、750、752、760、764、768、779、781、782、783、790、793、802號解釋；憲法法庭所作成的判決（含主文及理由）則是111年憲判字第4號、111年憲判字第10號、112年憲判字第2號判決（最後統計日：03/26/2023）。



出現侵害憲法第 7 條平等權與其他憲法保護之自由權時，屬於「一規定同時侵害數權利」中「平等權與自由權」的競合⁵⁰。因此，平等權既然是有其獨特規範內涵的獨立權利，在平等權及自由權競合的案件上，即應優先或僅以「平等權」進行審查即可⁵¹。對此，有學者亦認為可以直接以「平等權」作為討論基本權體系思維的步驟⁵²。然而，另有學者認為，平等權的內涵較為模糊，並非可以成為獨立運作的權利，應以「平等原則」來分析、探討憲法上平等的相關內涵⁵³。

除此之外，有學者則認為，平等的概念理論上可以包含「權利」與「原則」，從而，在其論著或文章中同時使用「平等權」與「平等原則」⁵⁴。另有學者著書認為，平等在憲法上的意義同時包含「客觀法規範」及「主觀公權利」的面向，客觀法規範面向為平等原則，主觀公權利面向為平等權，人民可透過訴訟確保其平等之法律地位。不過，平等跟其他自由權競合成複數基本權時，並不會出現單純僅侵害到平等權而不侵害到自由權的狀況⁵⁵。此外，有學者則認為，在內涵上雖可以將平等權等同於平等原則⁵⁶，但「平等」本身是否為權利，攸關人民是否能據以

⁵⁰ 黃昭元（2009），〈平等權與自由權競合案件之審查：從釋字第六四九號解釋談起〉，《法學新論》，7 期，頁 19。

⁵¹ 黃昭元，前揭註 50，頁 21、23。

⁵² 蔡茂寅（2002），〈第八講：平等權〉，許志雄（等編），《現代憲法論》，頁 93-106，元照；蔡茂寅（1999），〈第六單元：平等權〉，《月旦法學雜誌》，46 期，頁 111-117；廖元豪（2008），〈平等權：第一講—憲法平等權之意義〉，《月旦法學教室》，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》，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》，79 期，頁 38-46；廖元豪（2010），〈平等權的檢討與展望〉，《月旦法學教室》，90 期，頁 28-36。

⁵³ 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》，52 卷 8 期，頁 30-36；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》，6 期，頁 23-24。

⁵⁴ 許宗力（2007），《法與國家權力（二）》，頁 143，元照；許宗力（2000），〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，李建良（等編），《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，頁 85-122，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〉，湯德宗（等編），《憲法解釋之理論與實務（第五輯）》，頁 225-260，中央研究院法律學研究所籌備處；陳愛娥（2007），〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界限：兼評司法院大法官相關解釋〉，《憲政時代》，32 卷 3 期，頁 259-298。

⁵⁵ 李惠宗（2009），《憲法要義》，頁 130-131，元照。

⁵⁶ 徐振雄（2009），〈論平等權即「法之平等拘束原則」〉，《法令月刊》，60 卷 4 期，頁 25。



聲請司法院大法官釋憲⁵⁷。當出現公權力措施違反平等原則卻未涉及自由權或受益權的少數情況時，倘若平等保障並非是獨立的基本權利，人民在此情況下將無法因權利侵害而提起釋憲⁵⁸。在不涉及人民基本權利的事項上，平等是憲法上的基本原則，仍有其適用之餘地⁵⁹。換言之，憲法上平等權的內涵與概念，某種程度來說，是透過平等原則所展現⁶⁰。

綜合上述，本文認為，將憲法第7條定性為「平等權」或「平等原則」，結論上會有所不同。如果是定性為「平等原則」，當然就只是客觀法秩序規範下的眾多子原則之一，雖然仍是憲法重要原則之一，但能夠發揮的空間就被限縮，蓋其並非一種權利，人民即無可能據以向國家請求保障，最多就是看國家是否遵行這樣的憲法原則而已。不過如果是定性為「平等權」，既然是憲法上的權利之一，人民當然可以具備憲法上的請求權基礎而可以向國家請求保障，甚至會變成國家憲法上的義務來保護人民，換言之，人民即具備主觀公權利。對此，亦有不少學者提出不同看法，其認為憲法第7條本身不具有「權利」的內涵，僅為形式上的基本權，亦即，平等權並未以任何之法律價值為規範基礎，人民如要行使平等權之保障，必須依附在其他自由權之下才有可能⁶¹。

然而，本文認為，憲法第7條應具有「平等權」及「平等原則」兩種性質，一方面可以維持客觀法秩序，甚至可以從憲法的高壇走下來而實際地應用在各種法規中；另一方面讓人民可以直接依據憲法條文向國家主張其主觀公權利。這樣才能真正發揮憲法維持法秩序且確實保障人權的根本大法特質⁶²。否則一個「空心」

⁵⁷ 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》，102期，頁82。

⁵⁸ 李建良，前揭註57，頁82-83。

⁵⁹ 李建良，前揭註57，頁84。

⁶⁰ 吳信華（2007），〈平等權的體系思考（上）〉，《月旦法學教室》，55期，頁84。

⁶¹ 司法院釋字第666號解釋林錫堯、陳敏及陳春生大法官共同提出之協同意見書，頁2-4。

⁶² 司法院釋字第571號解釋楊仁壽大法官不同意見書亦同此見解，節錄於此：「平等權自一七八九年八月二十六日法國大革命之人權宣言第一條規定：「人民生而長久具有自由平等之權利；社



無法讓人民可以請求的憲法文字，只是徒具形式而聊備一格，不是一個現代自由民主憲政秩序的臺灣應有的憲法應用模式。

1.4.2.2. 形式平等與實質平等

我國憲法關於「平等」的眾多議題中討論最多的，應該就是「形式平等」(formal equality) 與「實質平等」(substantive equality) 的差異了⁶³。若針對字面上的意義來看，本文認為這兩者有著本質上的不同，不能混為一談，該二者之內涵及旨趣更是大相逕庭。然而法律是否平等？又，怎麼樣的立法規定才是平等？這樣的問題始終困擾著我國憲法學界及大法官的釋憲實務工作。這兩者針對平等內涵不同的用語，已成為我國討論憲法上平等權的重要課題之一，其不單是憲法釋義學概念的闡述，更是涉及到大法官釋憲時如何運用這兩者平等概念來作司法違憲審查（Judicial Review）。更重要的是，吾人如何藉由這兩者的差異及區辨來充實憲法第7條平等權的內涵並具體實踐其對人民的基本權利保障，當然，這樣研究的過程中，也會涉及到行政部門、立法部門制度之功能發揮與二權力間對話的可能，在在考驗著大法官及各級法院法官的智慧。

會差別，祇能基於人類幸福之上」等語以來，其被稱為「前國家的權利」，乃至於為「基本人權」之一，已無人懷疑。但平等權相較於自由權，並非係一實體的權利，其欠缺實質的內容，常依附於其他權利之上，只要與某種權利結合，即成為該種權利的內涵，諸如言論自由平等權、工作平等權……等，同時其本身所蘊含「等者等之，不等者不等之」之原則，隱隱然已成為憲法秩序之基本原則，故其一方面固賦予人民以訴訟救濟權，一方面亦使國家權力受到拘束。即使其所依附者，並非權利，而係利益、義務或負擔時，亦莫不以平等衡量之，俾涉及義務之平等或利益之平等而受到不合理的差別對待者，諸如未分配到利益之人民或負擔義務之人民，亦有「獨立性」之「平等權」可資主張。一九六六年十二月十六日，聯合國依據「世界人權宣言」通過之「公民權利和政治權利國際公約」第二十六條所規定之「平等權」，亦明示其內涵有二，其一為「法律之前人人平等之權利」（tous les personnes sont égales devant la loi），其二為「受法律平等保護之權利」（une égale protection de la loi），「複數規範說」受到肯認，亦灼然自明。」

⁶³ 廖元豪（2005），〈實質平等〉，《月旦法學教室》，27期，頁38-41；周玉珊（2011），《論平等權與自由權結合之適用及其審查：以大法官釋憲實務案例之檢視為中心》，頁73-80，國立中正大學法律學研究所碩士論文。



問題的爭議緣起，筆者試著臆測，或許是因為憲法條文用語的不一致及歷來大法官解釋文字的不統一所產生。從憲法條文來看，大多使用「平等」二字⁶⁴，憲法第7條則進一步使用「法律上平等⁶⁵」。然而，憲法增修條文第10條第6項⁶⁶又更進一步使用了「實質平等」之文字。從而，光是憲法本文及增修條文對於平等的用字就已經出現了許多的版本，唯一能夠先知道的是，條文中並無出現「形式平等」等字。再來是歷來大法官解釋，第一件關於憲法第7條的釋憲案是釋字第179號解釋⁶⁷，惟大法官並沒有在解釋文裡使用憲法第7條相關平等的文字，反而是出現在該號解釋理由書中⁶⁸，不過也並無使用到「形式平等」或「實質平等」的字眼。第一件真正碰觸到「實質平等」字眼的釋憲案是釋字第205號解釋，不過也不是出現在解釋文中，而是出現在解釋理由書中⁶⁹。而第一件在解釋文中使用「實質平等」字眼的是釋字第211號解釋⁷⁰，該號解釋算是大法官首次使用「實質平等」四字的概念來闡述憲法第7條所謂「法律上平等」。

⁶⁴ 詳參閱本論文1.4.2.1。

⁶⁵ 同前揭註18。

⁶⁶ 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。」

⁶⁷ 司法院釋字第179號解釋解釋文：「民事訴訟法施行法第九條所定上訴人有律師為訴訟代理人，而未繳納裁判費者，法院得不定期間命其補正，乃在避免延滯訴訟，與人民訴訟權之行使及人民在法律上地位之平等，尚無妨礙。對於第三審或第二審確定判決提起再審之訴，應否準用上開規定，係裁判上適用法律之問題，要難認為牴觸憲法。」

⁶⁸ 司法院釋字第179號解釋理由書（節錄）：「次按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。」

⁶⁹ 司法院釋字第205號解釋理由書（節錄）：「按中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。**惟此所謂平等，係指實質上之平等而言**，其為因應事實上之需要，及舉辦考試之目的，就有關事項，依法酌為適當之限制，要難謂與上述平等原則有何違背。」（粗體字為筆者所加）。

⁷⁰ 司法院釋字第211號解釋解釋文：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。海關緝私條例第四十九條：「聲明異議案件，如無扣押物或扣押物不足抵付罰鍰或追繳稅款者，海關得限期於十四日內繳納原處分或不足金額二分之一保證金或提供同額擔保，逾期不為繳納或提供擔保者，其異議不予受理」之規定，旨在授權海關審酌具體案情，為適當之處分，以防止受處分人藉故聲明異議，拖延或逃避稅款及罰鍰之執行，為貫徹海關緝私政策、增進公共利益所必要，與憲法第七條及第十六條尚無牴觸。又同條例所定行政爭訟程序，猶有未盡週詳之處，宜予檢討修正，以兼顧執行之保全與人民訴願及訴訟權之適當行使。（註：依據司法院釋字第四三九號解釋，本解釋與該解釋意旨不符部分，應予變更。）」（粗體字為筆者所加。）



到了釋字第 485 號解釋，大法官更是對何謂實質平等詳加論述，其解釋理由書第一段，「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待⁷¹。」對於這段文字論述，本文認為大法官已經將「形式平等」與「實質平等」截然劃分，其實也就是闡述「等者等之，不等者不等之」這樣的平等公式。因此，從這些文字脈絡觀察，似乎可推出大法官認為所謂的「等者等之」為形式平等的概念；「不等者不等之」為實質平等的概念⁷²。從這些大法官解釋的脈絡來看，大法官已習慣於以「等者等之，不等者不等之」這樣的平等公式套入「形式平等」與「實質平等」的分類中，並以之作為平等權違憲審查的前提。

然而，林子儀教授認為這樣用套公式的方式來闡述形式平等與實質平等的內涵有所不妥，林教授於擔任大法官之際，曾在釋字第 571 號解釋⁷³作成時提出協同意見書，其在意見書中之註解六表示：「本院解釋襲用已久之「形式平等」(formal equality) 與「實質平等」(substantive equality) 用語，係以「是否允許差別待遇存在」而為區分。其中本院所稱之「絕對、機械形式平等」，意指「不容許任何差別待遇」，亦即要求絕對的相同待遇；至於本院所稱之「法律地位之實質平等」則指「容許差別待遇」，亦即「容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」（釋字第一七九號解釋理由書參照）。換言之，本院習稱之「實質平等」，其與「等者等之，不等者不等之」(People who are similarly situated should be treated similarly, and people who are not similarly situated should not be treated similarly.) 平等公式思考如出一轍。此亦為美國、德國、

⁷¹ 司法院大法官歷來所作成的解釋文或理由書中有使用類似這樣的論述方式為釋字第 205、211、228、341、412、438、485、526、547、565、584、596、605、614、618、727、750、768 號解釋。

⁷² 司法院釋字第 593 號解釋亦同此見解，其理由書（節錄）：「按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。」

⁷³ 本號解釋之爭點為：內政部就 921 慰助金發放對象準據之函釋違憲？



日本等國法院在實際解釋適用憲法所保障的平等權時所運用的公式，然而單憑「等者等之，不等者不等之」公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，「等者等之」公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂「實質平等」之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種「形式平等」⁷⁴。」

黃昭元教授亦為文指出，雖然我國大法官解釋，和多數學說皆自認為是採取「實質平等」觀，但誠如林子儀大法官在釋字第 571 號解釋協同意見書中所指出者，我國實務及多數學說見解其實是先將「形式平等」窄化理解為「等者等之」或「不合理差別待遇之禁止」，再以實質平等去指稱「不等者不等之」或「合理差別待遇之容許」。但上述兩者不過是同一套「形式、空洞且同義反覆的說法」之一體兩面，本身都欠缺實質的價值指引或內涵，也無從據以決定系爭事物是否屬於類似事物，而應為如何之類似處理。在比較憲法上，如和美國、加拿大等國憲法裁判或學說所稱之「實質平等」相比，我國實務及多數學說所稱之「實質平等」（不等者不等之）仍然只是「形式平等」觀的一環而已⁷⁵。黃教授也認為，平等權與其他權力最大的不同點，在於人們的「分類」（classification）⁷⁶；實質平等的內涵應包括「重視特定弱勢族群或團體人民之保障」與「在手段上容許或要求國家的積極保護以實現平等」⁷⁷。

⁷⁴ 李建良教授曾在 2013 年於中研院所舉辦之「第九屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」中談到，我國凡討論到關於「形式平等」與「實質平等」之區辨問題者，皆會提及或引用林子儀大法官於司法院釋字第 571 號所提出之協同意見書的「註解六」。對此重視的程度可媲美國聯邦最高法院大法官 Harlan F. Stone 於 *United States v. Carolene Products Co.* 一案判決中的「註解四」。

⁷⁵ 黃昭元，前揭註 50，頁 23。

⁷⁶ 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》，37 卷 4 期，頁 258。

⁷⁷ 黃昭元，前揭註 50，頁 24-25。



對於大法官解釋使用「等者等之，不等者不等之」這樣的公式來闡述形式平等與實質平等的區辨及其內涵價值，雖然前述林子儀教授與黃昭元教授有諸多的批評，其他學者專家對此亦提出不少看法。吳庚教授與陳淳文教授著書指出，「等者等之，不等者不等之」及在確認憲法所允許且具有正當性的差別待遇，且法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否一定程度之關聯性而定。而這正是實質平等的保障⁷⁸。

另外，陳愛娥教授認為憲法上的平等是自由權的前提要件，主要目的在於「排除因歧視性立法導致的人為差別待遇」，故而「受平等原則拘束的國家公權力只能保障法律上的平等，而非事實上的平等」⁷⁹。而平等原則既是要求法律上的平等，即應將平等原則理解為「其應確定平等的條件」，因此，「平等原則本身並不能創設正義，惟其得以阻止正義的反面—恣意⁸⁰」。這些學者的看法或許能呼應大法官解釋使用「等者等之，不等者不等之」的平等公式，惟本文認為，其看法並無法說明「形式平等」與「實質平等」兩者本質上的差別與不同，在面對事實上平等的議題時，也無法擺脫該公式的僵固性，亦無法處理實質平等的問題，蓋其看法忽略了前文所述之「弱勢性結構」的社會問題，這種「弱勢性結構」的問題某種程度是階級的再複製，光是套用這樣不細緻分析平等脈絡的平等公式，是無法解決這種社會上根本不平等的問題。倘若如此，勢必會造成社會中不平等的現象只會不斷發生。

⁷⁸ 吳庚、陳淳文（2016），《憲法理論與政府體制》，頁171，三民。司法院釋字第696號解釋理由書第1段亦可參照，節錄於此：「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（本院釋字第五四七號、第五八四號、第五九六號、第六〇五號、第六一四號、第六四七號、第六四八號、第六六六號、第六九四號解釋參照）。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號解釋參照）。」

⁷⁹ 陳愛娥（2007），〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界限：兼評司法院大法官相關解釋〉，《憲政時代》，32卷3期，頁267-268。

⁸⁰ 陳愛娥，前揭註79，頁269。



因此，面對平等權問題的複雜性及為周全的保障人民在憲法上所享有的基本權利，許多學者進一步討論關於實質平等的不同考量。如許宗力教授著書指出，平等原則所真正禁止的是無正當理由、不合理的差別待遇，與無正當理由、不合理的相同處理⁸¹。許老師在本論文所欲探討的釋字第 666 號解釋中提出協同意見書，其認為若表面性別中立規範的是用結果壓倒性地不利於女性，且這種現象是源自於男女自然生理或社會差異因素時，即構成間接的性別差別待遇，必須接受性別平等的檢驗⁸²。此外，李建良教授亦認為，法律上的平等主要是在消除人為上的歧視與差別待遇，尤其是排除法律上所形成的不公平待遇；至於事實上的平等原則須藉國家資源的積極介入或改變才得以達成⁸³。亦即，法律上平等是平等原則的基礎點，事實上平等則是國家行為所追求的終極目標⁸⁴。

綜合上述，本文認為「形式平等」與「實質平等」兩者本質上根本不同，形式平等或許可認為所謂的「齊頭式平等」，重在立法者於制定相關法規時，對於相同事務領域之事項應採取相同且無差別待遇的對待，否則即違反憲法上對於平等權保障之要求。而實質平等則側重以「事實上平等」的角度來觀察，其認為真正的平等不是在法律上條文規定的平等而已，而是將整個國家社會當作衡量平等的標準，讓處於弱勢性結構中的群體或個人不再處於弱勢的地位，能夠與其他人一樣，以相同的社會、政治和經濟地位生活在自由民主的國度之中。當然，使用「等者等之，不等者不等之」這樣的平等公式或許好用，且解釋文和解釋理由書使用這些漂亮的文字當作「卷頭語」會讓讀者與人民覺得大法官好棒棒，但本文認為這串文字現今似乎已發揮不了太大的作用，蓋形式平等並無法弭平法律上平

⁸¹ 許宗力，前揭註 54，頁 43。

⁸² 司法院釋字第 666 號解釋許宗力大法官協同意見書，頁 5。本文在此僅先說明許大法官一段關於本段落討論「實質平等」的論述，其他細部論述待後文詳加討論之。

⁸³ 李建良（2013），〈「形式平等」與「實質平等」語辨的反思：比較憲法學方法論的初步探討〉，發表於《第九屆憲法解釋之理論與實務研討會》，頁 12，中央研究院法律學研究所（主辦），中央研究院法律學研究所。

⁸⁴ 李建良，前揭註 83，頁 20-21。



等所造成的事實上不平等，許多的群體⁸⁵往往在不同層面都有可能面臨到不平等的問題。國家真正要關注且要實現的平等是，不再讓「弱勢性結構」的問題嚴重化甚至存在，最好的辦法是積極地採取不同的措施或立法，將形式平等以外、影響平等的社會條件或弱勢性結構問題納入平等權的考量範圍，不只利用法律拘束的方式，更要從各種角度和全方面的政策下手。執政者應主動打破事實上不平等的藩籬，透過行政部門和立法部門相互間的合作與協調，除了彌補早期威權體制所造成的不平等傷害外，也要勤於關注現行法律的適用狀況，畢竟司法部門有其被動性無法積極地針對個案做適當地處理，但行政部門和立法部門責無旁貸，應時常注意適用法律的結果。亦即，在適用法律時，具體個案如果有任何適用上不符憲法平等權保障的結果，應隨時有修法的準備，使造成不平等的法律能夠予以修正並隨時掌握再次修法動態，以保障人民在自由民主憲政秩序的國家法治下，享有真正的「實質平等」。

1.4.2.3. 直接歧視與間接歧視

憲法第7條⁸⁶作為我國人民「平等權」的權利內涵之一，代表人民享有憲法及法律上各種平等權的保護。然而，我們可以再從兩個面向來觀察國家對於「平等權」內涵應如何充實，首先，就積極面向而言，國家應採取積極措施，透過法律規定或正當法律程序來實現制憲者所賦予平等權作為保障人民的意旨。另一方面就消極面向而言，國家採取消極地不作為方式來保護人民在平等權上的權利，亦即「禁止歧視原則」。對比其他自由權來說，平等權的涵蓋面相較廣，有論者認

⁸⁵ 本文這裡暫不使用「孤立且少數的群體」描述，蓋任何不同體質的群體都有可能在事實上遭遇「某種」不平等。當然「孤立且少數的群體」所遇到的平等權保障問題更為嚴峻，自不在話下。本文認為，憲法平等權主要保障的對象即是具有孤立或脆弱地位的少數群體。相關文獻詳參閱黃昭元（2003），〈純男性軍校與性別歧視：評 *United States v. Virginia* 一案判決〉，《歐美研究》，33卷3期，頁520；廖元豪（2009），〈非視障者比視障者更值得保護？精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字六四九號解釋〉，《台灣法學雜誌》，123期，頁193。

⁸⁶ 同前揭註18。



為禁止歧視原則是平等權必然包括的內涵⁸⁷。本文則認為，「禁止歧視原則」之所以重要，乃是在於它所發揮的功能是為了強化並充實「平等權」的內涵。換言之，該原則禁止國家以任何形式基於與個人實際能力無關的因素，諸如性別、種族、國籍、宗教等來做差別待遇，甚至對具有此人別特徵的個人或群體產生偏見及較不利益的對待。基於保障人性尊嚴之意旨，保障個體受到尊重與平等對待的權利，不因其屬於特定群體而不同。

禁止歧視原則，主要是針對防止個人因具特定身分而遭受較不利益對待之情形，其對抗的歧視型態即為「直接歧視」（direct discrimination）措施或行為，其係指立法者直接在法律或法規的規範上以某種因素作為差別待遇的標準，將人民「分類」為不同群體而有不同的法律效果。然而，隨著時代不斷演進、科技不斷進步與社會不斷變遷，或許因為社會中各種樣態的生活方式存在，每個人的價值信仰也不同，某種程度隱約地出現階級分布的流動，姑且不論是否受資本主義的影響，「富者愈富、貧者愈貧」的現象逐漸明顯且不易更動，產生社會中所謂的「弱勢性結構」的群體出現。當然這是從經濟面向來觀察，歷史性的因素也是導致弱勢性結構出現的重要原因之一，例如臺灣原住民族轉型正義的議題，抑或早期受傳統重男輕女的觀念影響，因而使得婦女在社經地位上的低落或政治參與度的不足。在在顯示弱勢性結構很有可能遭受國家或他人不平等的對待，因而造成其在社會中更顯不利，一旦不平等的地位出現，除了會使得這些群體或個人在社會上遭受資源分配的排擠之外，很有可能成為社會中的邊緣人，造成其生存、生活更為不利。因此，僅禁止直接歧視已無法解決人民因為這種弱勢性結構所實際遭受的歧視與不平等對待，易言之，那些個人之所以遭受不平等的對待是因為其所屬之群體在整個社會中處於不利的弱勢性結構中所致。

⁸⁷ 李孟玢（1995），〈論國際法人權法之平等原則與非歧視原則〉，《輔仁法學》，14期，頁63-93。



因此，為了改善社會上某些群體因為這種不利於己的結構性問題所造成的不平等地位，在「反歧視法」中確立了「間接歧視」(indirect discrimination)的概念，並且與直接歧視皆為禁止歧視原則的效力範圍所涵蓋。而間接歧視的概念或者其措施或行為，係指立法者制定表面上雖為中立的法律或法規，但是適用該項規範時，實際上卻會造成社會上某些群體的不平等地位或結果。換言之，這些措施或法規形式上看不出、也得不出有歧視的意旨，並不構成直接歧視，但適用系爭規範的結果會使得具有特定人別特徵的群體，有很大的可能遭受不利的對待⁸⁸。「間接歧視」一詞最早出現在 1971 年美國聯邦最高法院的案件之中，因此，間接歧視的概念傳統在美國法上稱為「差別影響歧視」(disparate impact discrimination)⁸⁹。間接歧視的概念主要是想排除那些在社會中被大家普遍接受的傳統規則，這些傳統規則形式上對每個人並沒有明顯的偏見或敵意，但實際上卻產生對特定群體不利或不平等的結果。現今，許多國家的憲法、人權法或國際人權公約中逐漸使用間接歧視的概念，並列為禁止歧視原則重要參酌的依據，甚至明確規定「間接歧視」為「反歧視法」中的歧視型態之一。

綜合上述，「間接歧視」這樣的新興歧視類型是一個值得深究的問題，這也是另一種對於「平等權」保障的不同觀察，當然間接歧視的問題在我國釋憲實務的案件上並沒有缺席，司法院釋字第 666 號、第 728 號與第 760 號解釋即有涉及到這樣的歧視類型，甚至一般普通法院和行政法院也有處理到相關的「間接歧視」

⁸⁸ 陳靜慧，前揭註 32，頁 396-396；張柏涵，前揭註 36，頁 32-35；司法院釋字第 666 號解釋許宗力大法官協同意見書，頁 5-8；司法院釋字第 728 號解釋葉百修大法官不同意見書，頁 10-13；司法院釋字第 728 號解釋羅昌發大法官不同意見書，頁 1-5；司法院釋字第 760 號解釋湯德宗大法官提出，詹森林大法官加入之部分協同意見書，頁 4-5；司法院釋字第 760 號解釋林俊益大法官協同意見書，頁 4；司法院釋字第 760 號解釋許志雄大法官協同意見書，頁 3-4；司法院釋字第 760 號解釋詹森林大法官協同意見書，頁 1；司法院釋字第 760 號解釋黃昭元大法官提出，詹森林大法官加入之協同意見書，頁 2-3；司法院釋字第 760 號解釋蔡明誠大法官不同意見書，頁 7-8；司法院釋字第 760 號解釋張瓊文大法官不同意見書，頁 20-21；憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決黃昭元大法官提出，許志雄大法官加入、謝銘洋大法官加入、呂太郎大法官加入、楊惠欽大法官加入之部分不同意見書，頁 2-7。

⁸⁹ 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：美國勞工法論文集（一）》，頁 329、344-345，元照；黃昭元，前揭註 29，頁 23-24。



的問題，而這種歧視類型同時也涉及到「實質平等」的想法，關於「間接歧視」與我國司法實務的「糾葛」，具體討論與說明則留待後文處理之。

1.5. 研究方法與論文架構

由於「間接歧視」的歧視類型不易覺察，如果僅從傳統法學訓練的方式，亦即僅藉由法釋義學的解釋模式來看「間接歧視」此種歧視類型，往往收不到解決問題的效果，反而有可能跑錯方向、用錯方法。因此，本論文不以法釋義學的解釋方法為限，毋寧是先從傳統法釋義學的角度與觀察出發，透過基礎的法釋義學方法作法規範的初步解釋與分析，再進一步跳脫傳統法釋義學框架，用不同處理模式的路徑加以思考關於如何面對與因應間接歧視的問題。此外，誠如前開研究範圍所述，本論文所參考的文獻資料取自國內與國際人權法相關的文獻，嚴格來說並非所謂外國法的材料，因此，本論文對於外國比較法之分析與評釋，僅就外國法關於間接歧視的定位、概念及內涵作初步的說明與觀察⁹⁰。

循著前開所述的研究範圍與研究方法，本論文的架構分為五章，第1章為緒論，就本論文的基本性質作說明，從問題意識、研究範圍與限制、文獻回顧、相關名詞解釋、及研究方法等作討論，希望藉由這章作為本論文的起始，發揮其引領各章的功能與作用。第2章為國際人權法的觀察，國際人權法所涉及的規範、人權議題之廣泛，從平等權、人身自由、言論自由、宗教自由、集會結社自由，隱私權都有。本論文所要面對與處理的課題乃是間接歧視的消除，其所涉的議題為平等權，因此，本章就國際人權法的觀察，將以平等權為核心，而諸多國際人權法將「不歧視原則」放在平等權議題的項下，甚至認為不歧視原則就是平等權的另外一個面向，因此，本論文同時將其與平等權列為核心作說明與討論。而本

⁹⁰ 此部分詳參閱本論文 3.1.。



章所使用的國際人權法是以我國已通過施行法的國際人權公約為主⁹¹，其它國際人權公約即不在本章的討論範圍之內。

第3章為間接歧視與司法實務的關係，本章主要在處理間接歧視與法律實務的互動，主要的思考場域在於法院所作成的裁判。首先會就美國聯邦最高法院與歐洲人權法院對於「間接歧視」的解釋模式作分析，其次回到我國的釋憲實務，畢竟間接歧視的問題涉及到憲法平等權的解釋，因此，有必要從我國大法官所作成的解釋作觀察與討論。除了大法官的解釋以外，一般法院也是我國實務發展的重要場域，從而本章亦就一般法院的裁判觀察，看看我國一般法院是以什麼樣的方式來面對與處理間接歧視的問題。

第4章主要在處理消除間接歧視的方法，為本論文的重心所在。在觀察國際人權法的脈絡、也掌握到間接歧視在我國實務的狀況之後，緊接著即是如何實踐的問題。本章將以三權實踐分析的模式，以行政權、立法權及司法權的路徑為取向，針對各個權力的性質、各個權力部門的特徵，乃至於各個權力路徑策略的調整，思考各個國家憲政機關應如何參考國際人權法的脈絡，進而發揮自身的特質與功能，消除間接歧視。

第5章為本論文之結論，本章綜整本文的主張與論點，認為我國應澈底消除間接歧視，從這樣的關懷出發，進而總結本論文各章的研究。此外，由自身對於憲法、平等權及國際人權法的興趣，期許自己身為憲法保障人權的論述者，提出對於公法這塊領域與臺灣這塊土地的一點建議與展望。最後，本論文於文末附上研究過程中所使用的參考文獻，除了註解依規定必須要列在參考文獻項下以外，本論文也附上沒有使用在註解中，但在撰寫本論文過程中，與本論文主題密切相

⁹¹ 同前揭註23。

關而使用、閱讀的重要相關文獻資料，以供讀者閱覽、參考。



1.6. 預期的貢獻與結果

綜合以上的論述，本論文的研究主旨，在於藉由國際人權法的觀察，提供我國法作為借鏡與參考，進而找到消除間接歧視的方法，並將之應用、實踐在我國的法律實務當中。因此，從質的分析來觀察本論文的軸線，即能發現一個很簡單、清楚的路線，亦即，參考國際人權法的規範與相關內容，接著，掌握間接歧視與我國實務關係，綜合分析之後，並將所獲得解決間接歧視的方法，實踐於我國憲政機關之中。換言之，本論文消除間接歧視的軸線為「取材→分析→實踐」。希望藉由國際人權法的觀察，能夠讓我在面對間接歧視的難題時，有一個思考的方向，並以國際人權法所提供的素材，達到消除間接歧視的目標。也希望這本論文所作的研究，能夠讓國內學術界與實務界討論「間接歧視」的熱度有所提升。更期望這本論文的研究所得，能夠對於我國後續針對「間接歧視」的研究與觀察有一點幫助。如果這本論文能夠引起國內學術界與實務界對於「間接歧視」議題的重視、帶動大家的討論，並達到消除間接歧視的目標，或許這也是本論文能夠對於臺灣這塊土地作出小小貢獻的地方。

2. 國際人權法之觀察： 以平等權/不歧視原則為核心



本論文之題目，係以「國際人權法」之脈絡為開端，欲從國際人權法的角度提供不同於內國法的觀點，藉以討論憲法上平等權之問題。人權法的圖像出現在國際法上，雖然距今已有一段時間，但也不是太過久遠的事。第二次世界大戰之後，許多國家面臨來自不同面向人權議題的挑戰，此時國際人權法正逐漸蓬勃發展，發展的速度也比第二次世界大戰以前快上許多。然而，現行國際法上，並沒有一部統一的法典名字稱為「國際人權法」，其只是國際法上關於人權諸多規範的總稱，許許多多的規範或條文內容則散見於各種公約之中。也因此，各種公約即針對各種不同人權議題來加以制定規範，形成公約的各種樣貌及其多元性(pluralism)。而各種公約不約而同地都會涉及到平等權的相關議題，為了更細緻地討論平等權在不同公約裡的內容與其特色，本章擬就各種不同性質和領域的公約，逐一介紹其平等權的相關規範，以達從國際人權法之脈絡討論平等權議題的目的。

本章主要在處理有關國際人權法的平等權議題，主要使用的素材是各個國際人權公約，包含：《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）、《經濟社會文化權利國際公約》（ICESCR）、《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）、《兒童權利公約》（CRC）、《身心障礙者權利公約》（CRPD）。之所以要選取這些國際人權公約作為國際人權法脈絡的思考，乃是因為這些國際人權公約在我國皆已通過施行法⁹²。準此，本章 2.1 先就國際人權法的發展脈絡作說明，討論人權法

⁹² 關於各個國際人權公約於我國通過施行法的時間，同前揭註 23。不過，仍有一些重要的國際人權公約我國尚未通過施行法的制定，諸如：《消除一切形式種族歧視國際公約》（ICERD）、《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》（ICMW）、《保護所有人免遭強迫失蹤國際公約》（ICPPED）、《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》（CAT）。期



的全球化與國際化；而《聯合國憲章》與《世界人權宣言》作為各個國際人權公約的上位規範，面對各個國際人權公約之前，理應對該二者有一定的認識，故將該二者於 2.2. 作說明與討論。接著，即是各個國際人權公約的說明與討論，主要觀察的對象是國際人權公約的條文內容與一般性意見⁹³。本文以下將於 2.3 處理《公民與政治權利國際公約》、2.4 處理《經濟社會文化權利國際公約》、2.5 處理《消除對婦女一切形式歧視公約》、2.6 處理《兒童權利公約》、2.7 處理《身心障礙者權利公約》。末者，本章最後一節 2.8 則將前開各個國際人權公約的重要性質與關於「間接歧視」的部分作統一的比較與分析，以期讓讀者對各個國際人權公約有一個完整的認識與瞭解，並達總結、收束本章之效。

2.1. 全球化與國際化的人權法

傳統上的人權法，大抵上為各個國家內的法律規範，其所施行的範圍為國家內部的事務，亦即專為國內人民所制定，這是人權法的基本濫觴。然而，時至今日，科技的發達讓全世界成為一個可以隨時隨地互通有無的「地域」，全球化造成了資訊、人力與產業快速的流動，改變了空間的感知，使國家間的界線日趨模糊⁹⁴。因此，在這樣的前提之下，人權法的範圍逐漸由國家內部向外擴展，人權法本身拘束的效力也向外擴張至各個國家，而各個國家對於許多人權法的共識，亦將其明文化及賦予一定之拘束力，即形成吾人所謂的「國際人權法」⁹⁵。在全球化

盼我國未來能夠通過這些重要國際人權公約的施行法，以透過國內法化的過程完善保障人民的基本權利。

⁹³ 之所以要將一般性意見納入國際人權公約說明與討論的範疇，乃是因為一般性意見具有下列特徵（功能）：1. 國家報告撰寫的協助；2. 公約內容的釐清與解釋；3. 公約內容的體系化與完整化。關於一般性意見的特徵（功能），具體說明與討論詳參閱張文貞（2012），〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，1 卷 2 期，頁 30-38。

⁹⁴ 葉俊榮（2012），〈回應在地發展與全球連動：臺灣二〇〇三～二〇一一憲法發展〉，《月旦法學雜誌》，200 期，頁 125。

⁹⁵ 國際人權法的涵義當然不是這麼簡單，本文於此僅係以「時間」這個概念來表達國際人權法的變遷，亦僅是對於現處在於二十一世紀中的變遷感表達國際人權法的變動。惟有學者認為國際人權法最早可追溯至十六世紀的歐洲，當時歐洲許多新教國家，替居住於天主教國家境內的新教徒



法律的浪潮之下，全球化對於各國憲法皆產生一定的影響⁹⁶，有學者即認為，國際法的效力不再僅具備國際法地位而已，其已逐漸下滲到各國憲法或法律規範之中，且各國憲法或法律規範的效力也逐漸外擴於國際法規範之中⁹⁷。而這樣的法律規範全球化現象，使得國際法學界與憲法學界進一步探討關於「國際法的憲法化」（constitutionalization of international law）⁹⁸與「憲法的國際法化」（internationalization of constitutional law）⁹⁹的議題。透過這兩個議題的探討，本身即是近來諸多學者所共同研究、討論的「跨國憲政主義」（transnational constitutionalism）的範疇¹⁰⁰，亦有學者將之稱為「全球憲政主義」（world constitutionalism）¹⁰¹。換言之，全球化使得人權法逐漸國際化，對於各個國家的影響深遠，並對其國內的根本大法，即憲法，產生莫大的影響。憲法成為全球化重要的平台，各國的行動者都可以在憲法的基礎平台上互動¹⁰²。吾人可以想見的是，國際人權法與憲法的諧合對於人權的保障至關重要，如何在國際人權法與憲法兩者間取得衡平，將會是人權法於全球化浪潮底下的一大挑戰。

⁹⁶ 爭取宗教上的信仰自由，多被認為是人權保障國際化的濫觴，詳參閱李孟玢，前揭註 87，頁 2。

⁹⁷ Mark Tushnet, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, 142 (2004).

⁹⁸ Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh and Zachary Elkins, Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law, 2008 *U. ILL. L. REV.* 201 (2008).

⁹⁹ Christian Walter, International Law in a Process of Constitutionalization. In Janne Nijman and Andre Nollkaemper (Eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 191-215 (2007); Herman Schwartz, The Internationalization of Constitutional Law, 10 *HUM. RTS. BRI.* 10 (2003).

¹⁰⁰ Anne Peters, The Globalization of State Constitutions. In Janne Nijman and Andre Nollkaemper (Eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, 251-308 (2007).

¹⁰¹ 張文貞（2009），〈全球化的憲政秩序〉，李炳南（編），《法的全球化與全球化的法》，頁 145-157，揚智文化；張文貞（2007），〈跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院及內國憲法法院關係初探〉，《月旦法學雜誌》，151 期，頁 57-70；張文貞（2012），〈NGO 與跨國憲政主義的發展：以台灣加入國際人權公約的實踐為例〉，《台灣國際法季刊》，9 卷 3 期，頁 47-72；葉俊榮（2003），〈超越轉型：台灣的憲法變遷〉，氏著，《民主轉型與憲法變遷》，頁 55-57，元照；葉俊榮（2002），〈超越轉型：台灣的憲法變遷〉，李鴻禧（等編），《台灣憲法之縱剖橫切》，頁 98-100，元照；Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press (2013); Jiunn-Rong Yeh and Wen-Chen Chang, The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions, 27 *PENN ST INT'L. L. REV.* 89-124 (2008).

¹⁰² Bruce Ackerman, The Rise of World Constitutionalism, 83 *V.A. L. REV.* 771 (1997).

¹⁰² Jiunn-Rong Yeh and Wen-Chen Chang, *supra* note 100, at 94-8.



人權保障的實踐是一個重大的議題，不僅僅是法律層面，也可能包括社會、經濟或政治層面。然就法律層面來說，或許吾人思索到人權保障的議題，第一個念頭閃過去的法規範即是「憲法」，不過就現今的世界來說，由於網路科技、資訊爆炸的因素，造成全球化現象大大影響著法規範的發展與流向。伴隨著全球化所產生的「全球治理」（global governance）現象¹⁰³，也帶動各國憲法與其他法規範的變遷。而全球化現象所帶來的衝擊，很可能會造成公、私法領域界線的模糊、全球經濟競爭影響人權的發展、對於國內的文化衝擊與衝突及重新建構公民的概念¹⁰⁴。因此，若要面對人權保障的議題，已經不能僅單單思考和討論憲法而已，也必須借鏡國際人權法的相關規範與意見。當然，誠如前述，各國憲法在球化的影響之下，本質上或許已非單純國內法的內容而已，某種程度來說已有國際法的質變，但不可否認的是，國際人權法對於基本人權的保障仍然具有重大的參考價值。

從全球化的視角觀察，國際人權法與憲法的界線逐漸模糊化，也因為全球化的現象，對於政治、經濟、科技、醫藥、公共衛生、法律等面向發揮其影響力¹⁰⁵。因此，若從全球化的角度思考人權保障的議題時，在進行人權保障議題的討論過程中，須同時參考「國際人權法」與「憲法」的內容，始能克竟全功。基此，本章即聚焦於國際人權法的介紹與討論，於後，再另於專章討論我國憲法的內容。希望能夠藉由本章對於國際人權法的觀察與討論，進一步蒐集更多的素材來面對「間接歧視」所可能產生的問題，並藉此些素材，釐清間接歧視可能的成因、其對具體個案的影響、及應採取何種措施始能澈底消除間接歧視的歧視現象。

¹⁰³ 陳耀祥（2012），〈全球化時代之國際人權保障：以網路言論自由為例〉，《台灣國際法季刊》，9卷4期，頁151。

¹⁰⁴ 廖元豪（2010），〈從全球化觀點省思平等權之意義與適用〉，陳新民（等編），《政治思潮與國家法學：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》，頁405-421，元照；廖元豪（2011），〈從全球化觀點重省憲法平等權〉，周志杰（等編），《在地與國際人權之實踐與挑戰》，頁96-109，永然文化。

¹⁰⁵ 張文貞（2009），〈面對全球化：台灣行政法發展的契機與挑戰〉，翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會（編），《當代公法新論（中）：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁7-10，元照。



2.2. 《聯合國憲章》與《世界人權宣言》

在進入到國際人權各個公約之前，本文認為可以先從《聯合國憲章》及《世界人權宣言》開始討論起，此乃係因各種公約的規範及其內容，與《聯合國憲章》及《世界人權宣言》多少有點淵源或關係，或許從最上位的源頭開始處理，會讓各個公約的規範及其內容更具脈絡性，也更能夠清楚地表達其內涵。

2.2.1. 《聯合國憲章》

首先，關於《聯合國憲章》的部分，《聯合國憲章》(United Nations Charter)是1945年6月26日聯合國國際組織會議結束時在美國舊金山簽字，於1945年10月24日生效，其是由聯合國成員國所訂定之基礎條約，條約中確立了聯合國的宗旨、原則和組織機構設置，也規定了各個成員國的責任、權利和義務，以及處理國際關係、維護世界和平與安全的基本原則和方法¹⁰⁶。同時，《聯合國憲章》性質上屬於聯合國的憲法，拘束所有的會員國家，在國際法上，也可以說是聯合國推動人權保障的基礎規範¹⁰⁷。

在眾多規範之中，與本論文平等權議題相關的主要有三個條文¹⁰⁸。依據《聯合國憲章》第1條第3項，聯合國成立之宗旨在於促成國際合作，以解決國際間

¹⁰⁶ 維基百科網站，<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%81%94%E5%90%88%E5%9B%BD%E5%AE%AA%E7%AB%A0>（最後瀏覽日：03/20/2019）。

¹⁰⁷ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特（2006），《國際人權法文獻選集與解說》，頁2，前衛。¹⁰⁸ 此三個條文分別是《聯合國憲章》第1條第3項、第55條第3項及第76條第3項。而後兩個條文所使用之文字皆與第一個條文雷同，故為聚焦討論其核心概念，以下本文僅介紹第1條第3項，而於此附上後兩個條文之全文供讀者參考。《聯合國憲章》第55條第3項：「為造成國際間以尊重人民平等權利及自決原則為根據之和平友好關係所必要之安定及福利條件起見，聯合國應促進：三、全體人類之人權及基本自由之普遍尊重與遵守，不分種族、性別、語言或宗教。」第76條第3項：「按據本憲章第一條所載聯合國之宗旨，託管制度之基本目的應為：三、不分種族、性別、語言或宗教，提倡全體人類之人權及基本自由之尊重，並激發世界人民互相維繫之意識。」



屬於經濟、社會、文化及人類福利性質之國際問題，且不分種族、性別、語言或宗教，增進並激勵對於全體人類之人權及基本自由之尊重。亦即，《聯合國憲章》要求其成員國應基於「不分種族、性別、語言或宗教」之觀點以促進國際間之和平安全，並解決國際爭端問題。雖然字面上並沒有涉及到任何平等相關的字眼，然吾人應可以從「不分種族、性別、語言或宗教」用語中清楚瞭解到本條款之「平等觀」，縱非如此解釋，仍然可以得出本條款所欲表達出之「反歧視原則」。而此種平等觀或反歧視原則更是《聯合國憲章》要求各成員國應致力達到的目標，並訂定在本憲章中的第 1 條，顯見該等觀點或原則是《聯合國憲章》高度重視並致力追求的目標。

不過，《聯合國憲章》雖然對於一些人權面向的想法作出規範，這些規範除有上述文字表達外，並沒有詳細規定任何人權法案，也沒有詳細規定任何的法律效果或制裁方式¹⁰⁹，或許吾人可以這麼認為，《聯合國憲章》並無實質的拘束力，僅是規範較為上位的理想與目標，希望各個國家能夠朝此理想與目標努力並實現。對此，此種沒有實質拘束力的規範，其性質究應為如何？以及其能發揮如何之法律效果？這些問題與下面準備要介紹的《世界人權宣言》有著異曲同工之妙，本文於此暫先不贅述，待後文再併與《世界人權宣言》處理，較能達到總收本節之效果。

2.2.2. 《世界人權宣言》

關於《世界人權宣言》的部分，《世界人權宣言》（The Universal Declaration of Human Rights，簡稱 UDHR）是由 1946 年成立的聯合國人權委員會負責起草，而由聯合國大會於 1948 年 12 月 10 日在法國巴黎夏樂宮，以 48 票對 0 票通過（另

¹⁰⁹ 張乃維（1979），《國際法上人權與其保障問題》，頁 116，臺灣商務印書館。



有八票棄權），其旨在維護人類基本權利的文獻（聯合國大會第 217 號決議，A/RES/217）¹¹⁰。《世界人權宣言》包括序言及三十個條文，其內容宗旨主要係要求世界各國全面性地促進各項權利與自由的尊重與實現，並強調自由、正義及和平必須以維護人性尊嚴及保障人權為其基礎¹¹¹。

《世界人權宣言》的權利規範不僅包括十八世紀的公民權與政治權，像是《美國獨立宣言》（United States Declaration of Independence）和《法國人權宣言》（Declaration of the Rights of Man and of the Citizen）裡面有關人權條款的部分，其涵義與內容也被包括在內，且現代二十世紀憲法內所列之經濟、社會及文化權利之內涵與內容亦被包括在內，而其內容及類型大致上可分為六大類型¹¹²：

(一) 公民權：生命、自由、個人安全權、私有財產權、信仰自由權及法律之前
的平等權。

(二) 法律程序權：獨立法庭及公平且公開的聽證權等。

(三) 政治權：國籍權及參加政府的活動權利等。

(四) 經濟、社會及文化權：社會安全權、工作權及自由選擇職業之權利等。

(五) 個人的責任：個人對社團的責任，條文中並無列舉任何類型，不過這部分
或許可以解為社團權或社員權，以及尊重他社員的權利等。

(六) 一般性應用條款：為本宣言第 2 條¹¹³所宣示應用的範圍。

¹¹⁰ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 56，頁 20；張乃維，前揭註 109，頁 178（註解 44）；蕭仰歸、陳荔彤（2011），〈論無罪推定原則於國際人權法之規範與實踐〉，《台灣國際法季刊》，8 卷 4 期，頁 170；維基百科網站，<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%B8%96%E7%95%8C%E4%BA%BA%E6%9D%83%E5%AE%A3%E8%A8%80>（最後瀏覽日：03/20/2019）。

¹¹¹ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 107，頁 21。

¹¹² 張乃維，前揭註 109，頁 126；張國書（1998），《工作與家庭：天平的兩端，必然的兩難？：婦女勞動困境之國際人權法及比較法對策初探》，頁 53，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹¹³ 世界人權宣言第 2 條：「人人皆得享受本宣言所載之一切權利與自由，不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或他種主張、國籍或門第、財產、出生或他種身分。且不得因一人所隸國家或



其中，與本論文平等權議題相關的規範，總共有七個條文¹¹⁴。倘若仔細觀察這七個條文，與我國憲法上平等權較為相關者為第1條、第2條及第7條¹¹⁵。依據《世界人權宣言》第1條：「人皆生而自由；在尊嚴及權利上均各平等。人各賦有理性良知，誠應和睦相處，情同手足。」本條旨在闡釋人類在尊嚴及權利上均為平等，亦即，每一個人作為權利主體，其主體性是平等的，不容有任何區別，這也是身為人類最基本的權利。

次之，依據《世界人權宣言》第2條：「人人皆得享受本宣言所載之一切權利與自由，不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或他種主張、國籍或門第、財產、出生或他種身分。且不得因一人所隸國家或地區之政治、行政或國際地位之不同而有所區別，無論該地區係獨立、託管、非自治或受其他主權上之限制。」本條旨在闡釋人在不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或他種主張、國籍或門第、財產、出生或他種身分之前提下，得享受本宣言所載之一切權利與自由，亦即，每一個人於不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或他種主張、

地區之政治、行政或國際地位之不同而有所區別，無論該地區係獨立、託管、非自治或受其他主權上之限制。」

¹¹⁴ 此七個條文分別是世界人權宣言第1條、第2條、第7條、第10條、第21條第2項、第23條第2項及第26條第1項。當然本宣言中之前言部分，亦涉及到平等權之觀點，惟本文以下係聚焦於條文本身之介紹，於此附上本宣言之前言全文供讀者參考。世界人權宣言前言：「茲鑒於人類一家，對於人人固有尊嚴及其平等不移權利之承認確係世界自由、正義與和平之基礎；復鑒於人權之忽視及侮蔑恆釀成野蠻暴行，致使人心震憤，而自由言論、自由信仰、得免憂懼、得免貧困之世界業經宣示為一般人民之最高企望，復鑒於為使人類不致迫不得已挺而走險以抗專橫與壓迫，人權須受法律規定之保障；復鑒於國際友好關係之促進，實屬切要；復鑒於聯合國人民已在憲章中重申對於基本人權、人格尊嚴與價值、以及**男女平等權利之信念**，並決心促成大自由中之社會進步及較善之民生；復鑒於各會員國業經誓願與聯合國同心協力促進人權及基本自由之普遍尊重與遵行；復鑒於此種權利自由之公共認識對於是項誓願之澈底實現至關重大；大會爰於此頒佈世界人權宣言，作為所有人民所有國家共同努力之標的，務望個人及社會團體永以本宣言銘諸座右，力求藉訓導與教育激勵人權與自由之尊重，並藉國家與國際之漸進措施獲得其普遍有效之承認與遵行；會員國本身之人民及所轄領土人民均各永享咸遵。」（粗體字為筆者所加）。

¹¹⁵ 本文以下即介紹該三個條款，其他條款於此附上全文供讀者參考。世界人權宣言第10條：「人人於其權利與義務受判定時及被刑事控告時，有權享受獨立無私法庭之**絕對平等不偏**且公開之聽審。」第21條第2項：「人人有以**平等機會**參加其本國公務之權。」第23條第2項：「人人不容任何區別，有同工同酬之權利。」第26條第1項：「人人皆有受教育之權。教育應屬免費，至少初級及基本教育應然。初級教育應屬強迫性質。技術與職業教育應廣為設立。高等教育應予人人**平等機會**，以成績為準。」（粗體字為筆者所加）。



國籍或門第、財產、出生或他種身分的前提下，皆有本宣言之適用，且得享有本宣言之一切權利與自由，這也是世界人權宣言所欲達成之目標，使其得以適用在世界上每一個人身上，並維繫每一個人的權利與自由之平等。末者，依據《世界人權宣言》第7條：「人在法律上悉屬平等，且應一體享受法律之平等保護。人人有權享受平等保護，以防止違反本宣言之任何歧視及煽動此種歧視之任何行為。」本條旨在闡釋人在法律上的權利皆為平等，亦即，每一個人在法律上的權利是一樣的，且均受法律上平等保護，不得有任何歧視或導致歧視之行為，本條之內容最與我國憲法第7條¹¹⁶相類似。

綜合上述，從《聯合國憲章》乃至於《世界人權宣言》，此二者皆從國際法的視角出發，對於世界上各個參與簽署或接受的國家，存有一定之影響力。雖有學者認為世界人權宣言在國家實踐上有一定的影響力，具備一定的習慣國際法（customary international law）的地位¹¹⁷，此種基調即對各個成員國家有一定的拘束力。亦有學者認為，《世界人權宣言》中的許多的權利規範或要求，逐漸透過許多法院的解釋與適用，已具有習慣國際法的效力，此即所謂「法」之拘束力¹¹⁸。此種見解與前開學者的見解內容大致相同。

然而，李鴻禧教授認為，《世界人權宣言》雖然內容豐富，也對於許多人權面向的權利本質定有相關的規範，但如本宣言之前言¹¹⁹所表示，宣言內容所表達之尊重人性尊嚴及保護國際人權，如同其他國際上法律文件中的前言一樣，並不是國際法上的一般義務規定，也就是說，《世界人權宣言》本身並不是一個國際

¹¹⁶ 同前揭註18。

¹¹⁷ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註107，頁21；廖福特（2007），〈國際人權法：第一講—國際人權法典—建構普世人權範疇〉，《月旦法學教室》，54期，頁96。

¹¹⁸ 張文貞（2009），〈你知道什麼是兩公約嗎？（一）：公民與政治權利國際公約〉，《司法改革雜誌》，75期，頁22。

¹¹⁹ 同前揭註114。

條約，對於締約的國家並無依定的拘束力，它只是聯合國希望各個成員國能夠以其規範及內容，作為理想和目標，以達到促進保障人權和自由的終極目的¹²⁰。



對此，本文認為，不僅《世界人權宣言》如此規範，《聯合國憲章》亦復如此，該二者僅係希望各個成員國能夠以其規範及內容作為國家政策形成的依據或目標，對於各該成員國家並無實質上的拘束力，縱使各該成員國沒有遵守該二者之規範，聯合國對其也沒有一定的處理機制。換言之，該二者充其量僅是各該成員國國家政策的「指導方針」或「大政方針」，「本身」無法作為強制各個成員國應一定作為具有拘束性質的規定。倘若如此，若欲要求各個國家能夠遵守國際法或國際上的規定，更甚者希望各個國家能夠作出符合國際人權要求的對內政策或規範，或許只能依靠各個國際公約的形成，以其作為有拘束性質的條款，方能達到要求各個國家遵守或作出符合國際人權規範的行為。這或許也是為什麼李鴻禧教授會認為，真正使《世界人權宣言》所訂定之規範或內容，能夠達到各個成員國遵守的目的或實現者，還是必須得依靠「國際人權公約」¹²¹。

基於上述，本章接下來即從各個國際人權公約開始介紹與說明，以作為連接《聯合國憲章》與《世界人權宣言》的橋樑，並作為國際人權法論述的三角洲。藉由各個國際人權公約內容的脈絡探尋，除了能夠承接《聯國憲章》與《世界人權宣言》所闡釋之意旨，亦能作為國際人權法涉及平等權議題的開展，以期能夠達到本章以國際人權法脈絡探討憲法平等權保障的目的。

¹²⁰ 李鴻禧（1995），〈論國際法上之人權保障問題〉，氏著，《憲法與人權》，頁302，國立臺灣大學法學叢書。

¹²¹ 李鴻禧，前揭註120，頁303。



2.3. 《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）

本節以下即從《公民與政治權利國際公約》¹²²之角度討論其相關平等權規範，內容上會先簡單介紹什麼是《公民與政治權利國際公約》及其背景，接著討論本公約關於平等權與平等原則的意義，也會對於國際人權法上較為特別的不歧視原則作介紹，其內容主要會放在《公政公約》的條文本身。了解《公政公約》對於平等權與平等原則、不歧視原則的概念之後，即藉由一般性意見進一步討論本公約所著重的公民與政治權利上的性別平等，最後則處理關於本公約對於締約國義務要求的部分。

2.3.1. 概說

《公民與政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights，簡稱 ICCPR），於 1966 年 12 月 16 日由聯合國大會通過¹²³，為一國際多方條約，是國際人權憲章體系中，繼 1948 年《世界人權宣言》後的第二個法律文件，而在 1976 年 3 月 23 日正式生效。《公政公約》的宗旨在於使締約國承擔人權上的責任，要尊重個人的公民和政治權利，包括生存權、宗教自由、集會自由、選舉權、正當法律程序及公平審判權利等等¹²⁴。《公政公約》係以《聯合國憲章》及《世界人權宣言》為基礎而制定，具體規定公民權利和政治權利，並保護個人享有該等權利和自由。《公政公約》有兩個附加的任擇議定書（optional protocol），分別是同年月通過及生效，賦予個人就其公民與政治權利受侵害時，有申訴及救

¹²² 以下為求文字簡潔與行文方便，將會以「公政公約」或「ICCPR」之簡稱代替之，先予敘明。

¹²³ Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI).

¹²⁴ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 107，頁 36；人權公約施行監督聯盟網站，<https://covenantswatch.org.tw/un-core-human-rights-treaties/iccpr/>（最後瀏覽日：03/22/2019）。



濟途徑的《公民與政治權利國際公約任擇議定書》¹²⁵，以及 1989 年 12 月 15 日通過、1991 年 7 月 11 日生效，關於是否廢除死刑之《公民與政治權利國際公約第二任擇議定書》¹²⁶。

《公政公約》從通過生效至今已有四、五十年多的歷史了，其具有相當豐富的內容，在世界各國中的發展也相當快速。不過誠如前開本章所述，《聯合國憲章》與《世界人權宣言》畢竟沒有實質的拘束力，可能造成許多成員國不願遵守，或者，即使沒有遵守也不會有任何的制裁效果，因此，聯合國在 1948 年通過《世界人權宣言》的時候，背後就有一股很強大的國際人權發展的力量及輿論，希望能夠通過所謂的人權公約¹²⁷，賦予其一定的拘束力或強制力。對此，本文認為上開兩個任擇議定書（optional protocol）即相當重要，任擇議定書不僅更豐富了公約本身條文的內涵，並且賦予締約國的個人，能就違反《公政公約》中所明示的權利之情形，主動向《公政公約》的委員會提出申訴（communication）。亦即，任何人認為某個國家不遵守《公政公約》的規定因而成為被害人時，於窮盡國家的救濟管道後，其得依照議定書之內容像人權事務委員會提出書面申訴，使得人權事務委員會得以處理其爭議問題，以達保障個人權利之目的¹²⁸。

有學者即認為，《公政公約》的第一任擇議定書對於上開的申訴權利賦予，是為了使《公政公約》不只是一隻老虎，而且還是一隻有牙齒的老虎¹²⁹。而第二個任擇議定書則是朝廢除死刑方向為其主要內容，等於是第 51 條的修正程序，並

¹²⁵ Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 9.

¹²⁶ Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty, Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 44/128 of 15 December 1989.

¹²⁷ 張文貞，前揭註 118，頁 22。

¹²⁸ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 107，頁 37。

¹²⁹ 張文貞，前揭註 118，頁 22。



對第 6 條有關生命權的內容作出調整及修改¹³⁰。此二個任擇議定書在《公政公約》中佔有舉足輕重的地位，因為它不僅賦予個人的權利救濟途徑，並含有監督國家不得違反公政公約的實際效果。對比本章下一節所欲介紹的「經濟社會文化權利國際公約」，《經濟社會文化權利國際公約》一開始並沒有「個人申訴」的機制和設計¹³¹，此更凸顯了《公政公約》對於個人權利救濟途徑的重視，並間接達到要求締約國家應確實遵守《公政公約》的目的。

綜合觀察《公政公約》的架構，其係由序言及六大部分組合而成，總共有五十三個條文。第一部分僅有一個條文，即第 1 條，本條係關於民族自決權的規範；第二部分是第 2 條至第 5 條，此為一般性的規定；第三部分是第 6 至第 27 條，此為公民與政治權利的具體內容規範，此部分也是《公政公約》最重要的地方，其中最被重視的自由權部分即為「生命權」與「人身自由權」¹³²。而針對此部分中的平等權，即是本節主要要討論的地方。第四部分是第 28 至第 45 條，此為人權事務委員會的規範，比較像是組織法及其權限分配的規定。第五部分僅有一個條文，即第 46 條，主要是規範公約如何解釋的部分；第六部分也是最後的部分，即是第 47 條至第 53 條，則是有關《公政公約》的批准及生效的規定¹³³。除了這些條文規範以外，《公政公約》尚有所謂的「一般性意見」（general comments），或者稱為「一般性評議」，此部分聯合國人權事務委員會對《公政公約》條文所作出的解釋，其清楚闡釋《公政公約》所保障的各種權利的內涵，有助於理解《公政公約》所訂定之條文意義及確認該權利，屬於聯合國之正式法律文件。

¹³⁰ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 56，頁 37。

¹³¹ 相較於《公政公約》，《經濟社會文化權利國際公約》並不是一開始即有任擇議定書，所以當聯合國大會通過《經濟社會文化權利國際公約》的時候，其並沒有如《公政公約》有個人申訴的機制，直到 2009 年，通過了第一任擇議定書，才賦予《經濟社會文化權利國際公約》的締約國個人有申訴的機會。詳參閱本章下節介紹。

¹³² 張文貞，前揭註 118，頁 23。

¹³³ 廖福特，前揭註 117，頁 94。



《公政公約》的一般性意見是由「人權事務委員會」所通過的，而本公約前言部分列舉了幾點關於一般性意見通過之目的，最主要的目的是在於讓所有締約國能從這些一般性意見中得益，以促進他們進一步執行《公政公約》之內容，亦為了加強所有國家在普遍促進和保障人權方面的國際合作¹³⁴。對於一般性意見的效力，有學者即認為，其對《公政公約》的解釋與裁判是有拘束力的，即使沒有加入任擇議定書，締約國為政策之形成，或撰寫國家報告的時候，皆必須參考一般性意見對《公政公約》的解釋及詮釋¹³⁵，這也是該一般性意見多被重視的原因。而《公政公約》內容的充實與發展，除了仰賴各締約國家的努力之外，某種程度來說，也是透過一般性意見，以及前開介紹的個人申訴和第一任擇議定書，使得人權事務委員會具有權威性，並使《公政公約》慢慢長出牙齒¹³⁶。準此，本節以下即從《公政公約》的基本條文與一般性意見出發，深入探討其涉及平等權的部分。

¹³⁴ 法務部法制司（2018），《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》，修訂2版，頁1，法務部。併參閱法務部人權大步走網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html>（最後瀏覽日：03/24/2019）與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：03/24/2019）。

¹³⁵ 張文貞，前揭註118，頁22。

¹³⁶ 張文貞，前揭註118，頁25。



2.3.2. 平等權與平等原則的意義

《公政公約》的條文總共有五十三條，然並非所有條文皆與平等權有關，除了前文以外，共有五個條文涉及關於平等權或平等原則¹³⁷。依據《公政公約》第2條第1項：「本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種族、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，一律享受本公約所確認之權利。」本條款旨在闡釋締約國應確保其國內之人民，不分種族、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，皆有享受《公政公約》中所確認之權利。換言之，本條款係在課予締約國負有使其國家之人民享有《公政公約》所包含所有權利之責任，且只要是締約國家之人民即得享有前開之權利，不得因種族、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，而有所差別。

其次，依據《公政公約》第3條：「本公約締約國承允確保本公約所載一切公民及政治權利之享受，男女權利，一律平等。」本條之意旨在於要求締約國家應確保其國家人民享有《公政公約》之公民與政治權利時，不分男性或女性，一律平等享受該權利。換言之，本條係要求締約國家中之人民，不得因性別而在享

¹³⁷ 這五個條文分別是《公政公約》第2條第1項、第3條、第4條第1項、第24條第1項及第26條。而前文中亦有提及關於平等權與平等原則的想法，雖然是基於《聯合國憲章》的理念，但也是本公約很重要的一環，惟本節仍將焦點放在公約條文及一般性意見，於此附上《公政公約》的前言供讀者參考。《公政公約》前文：「本公約締約國，鑒於依據聯合國憲章揭示之原則，人類一家，對於人人天賦尊嚴及其**平等**而且不可割讓權利之確認，實係世界自由、正義與和平之基礎，確認此種權利源於天賦人格尊嚴，確認依據世界人權宣言之昭示，唯有創造環境，使人人除享有經濟社會文化權利而外，並得享受公民及政治權利，始克實現自由人類享受公民及政治自由無所恐懼不虞匱乏之理想。鑒於聯合國憲章之規定，各國負有義務，必須促進人權及自由之普遍尊重及遵守，明認個人對他人及對其隸屬之社會，負有義務，故職責所在，必須力求本公約所確認各種權利之促進及遵守。」（粗體字為筆者所加）。



有《公政公約》權利時有差別待遇。本條即明白指出，男性和女性所得享有之公約權利是相同的，國家不得因性別之不同而有不同的對待方式。復依據《公政公約》第 4 條第 1 項：「如經當局正式宣布緊急狀態，危及國本，本公約締約國得在此種危急情勢絕對必要之限度內，採取措施，減免履行其依本公約所負之義務，但此種措施不得抵觸其依國際法所負之其他義務，亦不得引起純粹以種族、膚色、性別、語言、宗教或社會階級為根據之歧視。」本條款之適用範圍，在於締約國家境內發生緊急或危急情況，締約國有必要對於此種緊急或危急情況調整遵守《公政公約》規範之內容的時候，即使在調整遵守義務的範圍內，亦不得引起純粹以種族、膚色、性別、語言、宗教或社會階級為根據之歧視。換言之，締約國在緊急或危急情況時，於調整或減免國家遵守《公政公約》之義務時，仍然必須注意不得因種族、膚色、性別、語言、宗教或社會階級等而作不同的決定。

復者，依據《公政公約》第 24 條第 1 項：「所有兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予之必需保護措施，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、民族本源或社會階級、財產、或出生而受歧視。」本條款旨在於保護兒童權利，對於所有兒童有權享有家庭、社會及國家或為保障未成年子女應給予之保護措施，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、民族本源或社會階級、財產、或出生而受歧視。換言之，本條款之適用範圍在於兒童權利之保障，關於所有兒童權利之保障，不得因種族、膚色、性別、語言、宗教、民族本源或社會階級、財產、或出生而有所不同或差別待遇。

末者，依據《公政公約》第 26 條：「人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、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、出生或其他身分而生之歧視。」本條清楚明白地表示，人人



不分軒輊，在法律之前，一律受平等保護，亦即，在法律上每個人皆是平等無差別的，不僅是在制定法律時，或者是在適用法律時，皆有平等原則的適用。本條之規範，是最與我國憲法第 7 條¹³⁸相類似，皆是從法律上這個面向思考平等權之保障或平等原則之適用。析言之，本條要求締約國家於法律的形成過程，乃至於法律實際適用在人民身上，不得因種族、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、出生或其他身分等而有所差別待遇，避免造成不當的歧視效果。

2.3.3. 不歧視原則

關於《公政公約》的「不歧視原則」，《公政公約》的第 18 號一般性意見¹³⁹對此有特別針對該原則進行細緻地闡釋，其作成於 1989 年的第三十七屆會議，其內容主要是針對《公政公約》中所有涉及到「不得歧視」之規範作出解釋。雖然《公政公約》本身並無如《消除一切形式種族歧視國際公約》第 1 條第 1 項¹⁴⁰或《消除對婦女一切形式歧視公約》第 1 條¹⁴¹規定一般，定有明確何謂為「歧視」之定義，然本號一般性意見認為所謂歧視係指：「任何基於種族、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、出生或其他身分的任何區別、排斥、限制或優惠，其目的或效果為否認或妨礙任何人在平等的基礎

¹³⁸ 同前揭註 18。

¹³⁹ 法務部法制司，前揭註 134，頁 32。併參閱法務部人權大步走網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html> 與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：03/24/2019）。

¹⁴⁰ 《消除一切形式種族歧視國際公約》第 1 條第 1 項：「本公約稱“種族歧視”者，謂基於種族、膚色、世系或民族或人種的任何區別、排斥、限制或優惠，其目的或效果為取消或損害政治、經濟、社會、文化或公共生活任何其他方面人權及基本自由在平等地位上的承認、享受或行使。」

¹⁴¹ 《消除對婦女一切形式歧視公約》第 1 條：「在本公約中，"對婦女的歧視"一詞指基於性別而作的任何區別、排斥或限制，其影響或其目的均足以妨礙或否認婦女不論已婚未婚在男女平等的基礎上認識、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權和基本自由。」



上承認、享有或行使一切權利和自由¹⁴²。」亦即，只要締約國基於上開種族、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、出生或其他身分而作出差別待遇者，即有違反《公政公約》不得歧視之要求。

本號一般性意見處理了《公政公約》所有涉及到「不得歧視」之規範，其認為不歧視原則、在法律面前人人平等以及法律的無歧視的平等保障，是保障人權中基礎而普遍的原則。諸如《公政公約》第2條第1項¹⁴³及第26條¹⁴⁴，其二者要求在締約國家內之人民在法律之前人人平等，締約國除禁止任何法律上的歧視，並須確保締約國內的人民有權受到有效法律的平等保障，以及在法律上須有平等的保障措施¹⁴⁵。而依據《公政公約》第3條¹⁴⁶規定，已清楚明白地指出，男性與女性之權利，應一律平等，雖然第4條第1項¹⁴⁷亦明白指出，締約國於緊急或危急情況之下，得減免其遵守義務之責任¹⁴⁸，不過，仍須遵守不得歧視之原則。此外，依據《公政公約》第20條¹⁴⁹規定，締約國應以法律之方式，禁止構成煽動歧視的任何鼓吹民族、種族或宗教仇恨之主張¹⁵⁰，以避免因該等違反公約之行為舉措造成實際上的歧視結果。

¹⁴² ICCPR 第18號一般性意見，第7段。

¹⁴³ 《公政公約》第2條第1項：「本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種族、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，一律享受本公約所確認之權利。」

¹⁴⁴ 《公政公約》第26條：「人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、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、出生或其他身分而生之歧視。」

¹⁴⁵ ICCPR 第18號一般性意見，第1段。

¹⁴⁶ 《公政公約》第3條：「本公約締約國承允確保本公約所載一切公民及政治權利之享受，男女權利，一律平等。」

¹⁴⁷ 《公政公約》第4條第1項：「如經當局正式宣布緊急狀態，危及國本，本公約締約國得在此種危急情勢絕對必要之限度內，採取措施，減免履行其依本公約所負之義務，但此種措施不得牴觸其依國際法所負之其他義務，亦不得引起純粹以種族、膚色、性別、語言、宗教或社會階級為根據之歧視。」

¹⁴⁸ ICCPR 第18號一般性意見，第2段。

¹⁴⁹ 《公政公約》第20條：「一 任何鼓吹戰爭之宣傳，應以法律禁止之。二 任何鼓吹民族、種族或宗教仇恨之主張，構成煽動歧視、敵視或強暴者，應以法律禁止之。」

¹⁵⁰ ICCPR 第18號一般性意見，第2段。



其次，本號一般性意見認為「締約國可自行決定執行有關條款的適當措施。但是，應向委員會報告這類措施的性質以及他們是否符合不歧視、法律面前平等以及法律的平等保護等原則¹⁵¹。」換言之，「公政公約」雖然要求締約國的法律或行政措施須遵守不歧視及平等原則，然可以賦予其自由行程之空間，以達到各締約國依其國境內之狀況，個案式的處理平等權問題，此可收「因地制宜」之效果，惟仍應向人權事務委員會報告其各項尚無違反公約不歧視或平等原則之舉措。此外，本號一般性意見亦認為，《公政公約》有些部分會明白要求締約國採取特定的措施，以確保有關人員的公約權利上的平等¹⁵²。諸如《公政公約》第 23 條第 4 項¹⁵³及第 24 條¹⁵⁴規定，此二者規定主要涉及到婚姻關係存續中夫妻雙方之平等及兒童權利措施的平等問題，對此，《公政公約》明確指示締約國家應採取各種積極措施，以確保上開人民之平等權保障，從而，締約國倘若處理到相關婚姻關係存續中夫妻雙方或兒童權利之間問題時¹⁵⁵，不得消極地僅確認尚無平等權違反之情形即可，仍需積極地採取公約中所要求平權措施，始不致違反公約及一般性意見之意旨。

另外，本號一般性意見也明白指出，「在平等的基礎上享受權利和自由並不意謂在每一情況下的同等待遇¹⁵⁶。」換言之，人人雖享有《公政公約》所揭示之平等權保障，但並非在同種情況下皆有相同之對待方式，例如《公政公約》第 6 條第 5 項¹⁵⁷規定，對於未滿十八歲與懷胎婦女禁止判決處以死刑，其固然係對於

¹⁵¹ ICCPR 第 18 號一般性意見，第 4 段。

¹⁵² ICCPR 第 18 號一般性意見，第 5 段。

¹⁵³ 《公政公約》第 23 條第 4 項：「本公約締約國應採取適當步驟，確保夫妻在婚姻方面，在婚姻關係存續期間，以及在婚姻關係消滅時，雙方權利責任平等。婚姻關係消滅時，應訂定辦法，對子女予以必要之保護。」

¹⁵⁴ 《公政公約》第 24 條第 1 項：「所有兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予之必需保護措施，不因種族、膚色、性別、語言、宗教、民族本源或社會階級、財產、或出生而受歧視。」

¹⁵⁵ ICCPR 第 18 號一般性意見，第 5 段。

¹⁵⁶ ICCPR 第 18 號一般性意見，第 8 段。

¹⁵⁷ 《公政公約》第 6 條第 5 項：「未滿十八歲之人犯罪，不得判處死刑；懷胎婦女被判死刑，不得執行其刑。」



該等身分之人民的生命權之保障，然卻有著一條差別待遇的「線」劃開不同規範的部分，亦即，系爭規定係以年齡及婦女是否懷孕作為區別標準而為差別待遇，姑且不論《公政公約》是否贊成廢除死刑¹⁵⁸，至少在本條項規定之下，的確有不同等待遇的情形。又，依據《公政公約》第 10 條第 3 項¹⁵⁹規定，締約國家於監獄處遇制度中，須將少年罪犯與其他成年罪犯分離監禁，此乃係為特別保護未成年人而設，亦有在罪犯間定有差別待遇的情形。此外，《公政公約》第 25 條¹⁶⁰規定關於公民取得政治權利之範圍及情形，本號一般性意見亦指出，其係因公民身分所取得的某些權利內容有所不同，仍須視情況不同而定。

末者，本號一般性意見認為，許多締約國家會依據《公政公約》作出許多措施，不管是在立法、行政或司法層面，從各締約國家中的國家報告看的出來各締約國作出許多努力，但許多關於歧視事實的揭露仍付之闕如¹⁶¹。且締約國家常有因《公政公約》的要求而作出許多積極平權之措施或具體行為，以避免違反公約中歧視之情形，惟仍然缺乏該等事實的揭露¹⁶²。人權事務委員會於本號一般性意見中表示，希望可以從締約國家處獲得相關是否有涉及歧視的事實資訊¹⁶³，以作為審查之用。最後，人權事務委員會亦認為，並非所有差別待遇皆可認為是歧視，倘若締約國家糾正事實上的歧視所為之舉措，或者，區別標準是必要、合理且客觀的，並且是為了達到《公政公約》的要求者，其舉措或差別待遇應可堪認是合

¹⁵⁸ 《公政公約》本身是否贊成廢除死刑的立場，眾說紛紜，向有肯定說與否定說兩說之爭，惟本論文主要探討的範圍係關於平等權或平等原則，故對於此問題茲不予以討論。

¹⁵⁹ 《公政公約》第 10 條第 3 項：「監獄制度所定監犯之處遇，應以使其悛悔自新，重適社會生活為基本目的。少年犯人應與成年犯人分別拘禁，且其處遇應與其年齡及法律身分相稱。」

¹⁶⁰ 《公政公約》第 25 條：「凡屬公民，無分第二條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會：（一）直接或經由自由選擇之代表參與政事；（二）在真正、定期之選舉中投票及被選。選舉權必須普及平等，選舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現；（三）以一般平等之條件，服本國公職。」

¹⁶¹ ICCPR 第 18 號一般性意見，第 9 段。

¹⁶² ICCPR 第 18 號一般性意見，第 11 段。

¹⁶³ ICCPR 第 18 號一般性意見，第 11 段；翁燕菁（2013），〈不歧視原則之經濟社會權利保障效力：歐洲人權公約當代課題〉，《歐美研究》，43 卷 3 期，頁 666。



法的¹⁶⁴，並不會被認為有違反平等原則或不歧視原則。

2.3.4. 公民與政治權利上的性別平等

《公政公約》所負責的領域範圍，顧名思義即在處理人民於公民與政治上相關的權利，而關於男性與女性於公民與政治權利上是否平等的問題，第4號一般性意見¹⁶⁵對此有特別的說明，其作成於1981年的第十三屆會議，其內容主要是針對《公政公約》第3條¹⁶⁶之規範作出解釋，系爭規範認為男女應平等享有所有公民與政治權利。惟本號一般性意見指出，許多締約國家的國家報告並沒有針對此點充分討論，這樣的缺失可以從兩個面向來思考¹⁶⁷。其一，《公政公約》第3條¹⁶⁸不僅要求締約國家應採取保障措施，還要求採取旨在確保人民能夠積極享有權利的積極平權措施。為了達到這樣的目標，締約國不能僅靠立法程序完成，能須積極地提供更多有關婦女地位政策的資訊，以確保締約國能夠確實地以法律這個手段來達到《公政公約》第3條¹⁶⁹的要求¹⁷⁰。其二，各締約國承諾該條規定的積極義務本身，就有可能對專為管制範圍不在《公政公約》內，若締約國制定的法律或行政措施並無按照《公政公約》之要求，此即會嚴重影響《公政公約》所確認的權利事務¹⁷¹，亦即，該法律或行政措施即會造成有不平等的情況發生，這樣的疑慮確實是存在的。

¹⁶⁴ ICCPR 第18號一般性意見，第13段。

¹⁶⁵ 本號一般性意見現已被第28號一般性意見取代，惟其乃《公政公約》中第一號涉及到平等權相關議題的討論，為使討論的範圍及內容更為周全，筆者仍決定予以介紹，並從其討論開展至其他的一般性意見。法務部法制司，前揭註134，頁6。併參閱法務部人權大步走網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html> 與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：03/24/2019）。

¹⁶⁶ 同前揭註146。

¹⁶⁷ ICCPR 第4號一般性意見，第1段。

¹⁶⁸ 同前揭註146。

¹⁶⁹ 同前揭註146。

¹⁷⁰ ICCPR 第4號一般性意見，第2段。

¹⁷¹ ICCPR 第4號一般性意見，第3段。



從而，本號一般性意見認為，若要避免上開兩種情形，或許可以從兩個方式著手，其一，如果特別注意締約國中，由其指定的機構或機關對男女有別而有嚴重影響或違反到《公政公約》中所確認的權利，其所制定的法律或行政措施進行審查，將會對締約國有幫助¹⁷²，甚至能夠扭轉此違反《公政公約》之情況。其二，倘若締約國能利用更多現有的國際間合作方法，以求在解決關於確保男女平等權利的實質問題中交換經驗和安排援助，對於締約國履行這項義務將會有莫大的幫助¹⁷³。

2.3.5. 締約國的義務

《公政公約》對於締約國保障人民的權利有許多的要求，其中，關於平等權與平等原則的實施有特別的說明，主要的討論內容聚焦在第 28 號一般性意見¹⁷⁴，其作成於 2000 年的第六十八屆會議上，其作成之目的在於更新第 4 號一般性意見，而其主要內容當是處理《公政公約》第 3 條¹⁷⁵有關於男性與女性依切權利平等之問題，並顧及該條文對於婦女享有《公政公約》中權利的重要影響。依據《公政公約》第 2 條第 1 項¹⁷⁶及第 3 條¹⁷⁷規定，締約國須確保所有人享有《公政公約》所承認權利的義務，並要求締約國採取一切必要步驟，使締約國家內之人民能卻時享有這些權利。這些步驟包括消除無助於平等享有這些權利的障礙、對人民和國家官員進行人權教育和調整國內立法或政策以履行根據《公政公約》承諾的義務。對此，締約國不僅須採取保護措施，亦應在各領域採取積極平權措施，有效地賦

¹⁷² ICCPR 第 4 號一般性意見，第 4 段。

¹⁷³ ICCPR 第 4 號一般性意見，第 5 段。

¹⁷⁴ 法務部法制司，前揭註 134，頁 67。併參閱法務部人權大步走網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html> 與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：03/24/2019）。

¹⁷⁵ 同前揭註 146。

¹⁷⁶ 同前揭註 143。

¹⁷⁷ 同前揭註 146。



予婦女應有的權利。又，締約國必須提供有關婦女在社會中實際作用或適用法律的資訊，以便人權事務委員會可確定除了立法規定外，為履行《公政公約》義務已經採取或應該採取何種措施，亦包括在事物上已取得何種進展或碰到何種困難和為克服它們採取了哪些步驟或舉措¹⁷⁸。締約國並有責任確保人民每一個人公平享有權利，不得受到任何方面之歧視¹⁷⁹。

其次，本號一般性意見明白指出，「全世界婦女在享有權利方面的不平等現象深植於傳統、歷史和文化之中，包括宗教態度¹⁸⁰。」亦即，婦女地位之不平等並非一朝一夕所形成，婦女受到歧視之不平等情形其來有自，多來自於傳統文化、歷史乃至於宗教影響。因此，締約國應確保傳統、歷史、宗教或文化態度不能夠被用來作為侵害婦女地位的藉口，並不得侵害婦女在法律之前的平等權和平等享有所有《公政公約》所確認應保障的權利。而本號一般性意見亦指出，倘若成為《公政公約》的締約方，締約國即須依據本公約第3條¹⁸¹承諾保證男女平等享有《公政公約》所載一切公民與政治權利，並依據《公政公約》第5條¹⁸²規定，條文不得解釋為國家、團體或個人有權從事任何活動或實行任何行為，係專以破壞本公約第3條¹⁸³確認之任何一種權利與自由，或限制此種權利與自由至逾越本公約規定之程度；以及對於婦女平等享有依據法律、公約、規則或習慣而被承認或存在的所有基本人權，不得藉口《公政公約》未予承認或只在較小範圍上予以承認而加以限制或剝奪¹⁸⁴。

¹⁷⁸ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 3 段。

¹⁷⁹ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 4 段。

¹⁸⁰ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 5 段。

¹⁸¹ 同前揭註 146。

¹⁸² 《公政公約》第 5 條：「一 本公約條文不得解釋為國家、團體或個人有權從事活動或實行行為，破壞本公約確認之任何一種權利與自由，或限制此種權利與自由逾越本公約規定之程度。二 本公約締約國內依法律、公約、條例或習俗而承認或存在之任何基本人權，不得藉口本公約未予確認或確認之範圍較狹，而加以限制或減免義務。」

¹⁸³ 同前揭註 146。

¹⁸⁴ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 9 段。



接著，本號一般性意見認為即使發生緊急危難期間，仍應保障人民之權利，尤其是保障的對象是女性的情況。當締約國家內發生緊急或危急情況，或者締約國與其他國家發生武裝衝突時，由於女性特別容易受到傷害，對於此種情況，締約國家須特別保護女性，避免其因締約國發生緊急或危急情況及武裝衝突時，導致女性受到侵害¹⁸⁵，而在這些保護女性的措施中，為因應此種特殊情況，《公政公約》第4條第1項¹⁸⁶認為締約國仍得減免其遵守之義務程度和責任，惟仍應遵守《公政公約》所揭示之不歧視和平等原則。而為讓人權事務委員會知悉並即時因應締約國此種特殊情況，締約國應將其情形及所為之特別措施告知或報告予委員會，使其得掌握該締約國之資訊並作相應的協助¹⁸⁷。

此外，本號一般性意見，本著公政公約亦有保護「生命權」及「兒童權利」之理念，締約國應提供關於出生率和與婦女妊娠和分娩有關的死亡的數據。而關於嬰兒死亡率的數據應按性別分列。締約國並應提供相關資訊，說明是否採取任何法律或行政措施，幫助婦女防止意外懷孕和保證她們不必經受威脅生命的私底下秘密地墮胎。締約國也應向人權事務委員會報告為保護婦女免遭生命權受到侵害的作法和措施¹⁸⁸。人權事務委員會亦要求獲得關於國家法律和習慣的資訊，其中包含須說明如何處理家庭暴力和對婦女其他類型的暴力問題。人權事務委員會也需要了解締約國是否提供因受強制性交而懷孕的婦女安全墮胎的管道或方式。締約國也應向委員會提供如何防止強迫墮胎或強迫絕育措施的資訊。而若有存在女性割禮習俗的締約國，亦應提供有關這種習俗的內容與程度，以及如何消除這種習俗之措施的相關資訊¹⁸⁹。另外，為防止締約國內或與其他國家間從事性交易、媒介性交易或買賣婦女及兒童人口，締約國家應提供相關的管制或防堵措施之資

¹⁸⁵ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 8 段。

¹⁸⁶ 同前揭註 147。

¹⁸⁷ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 7 段。

¹⁸⁸ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 10 段。

¹⁸⁹ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 11 段。



訊，並應確保能夠避免上開違反《公政公約》之情形¹⁹⁰。

關於女性自由的保護，本號一般性意見要求締約國應提供相關婦女受到不公平或不平等剝奪其自由之資訊，以供人權事務委員會為相應之措施¹⁹¹。同時，婦女可能會因犯罪行為被法院判處剝奪自由刑，惟女性服監與男性有所差別，締約國應報告監獄裡男女是否分開；婦女是否僅由女性監所管理員看守。締約國也應報告有關遵守受指控的未成年少女與成年人分開的規則、關於被剝奪自由的男女之間在刑事處遇上的任何差別。而若女性於服監期間懷孕，或被剝奪自由的婦女應在服監期間的任何時候，特別是在妊娠和護理新生嬰兒期間，受到應有的人道處遇和對她們的人性尊嚴的尊重；締約國應就確保這一切的設施或處置和關於對這種婦女及其嬰兒的醫療和健康照護問題提交報告¹⁹²。

另外，關於婚姻的部分，本號一般性意見花了相當的篇幅處理並作出相應的解釋¹⁹³。首先，關於婚姻締結與否的問題，本號一般性意見認為只有經男女雙方自由且完全的同意，才能締結婚姻，締約國並有義務保護這項權利在平等基礎上之享有¹⁹⁴。而許多在是否選擇第結婚姻的標準，包括年齡、是否經法定代理人或監護人之同意等問題，締約國自享有相當的政策形成空間，惟仍須注意應確保女性地位上之平等，並不得脅迫或阻礙女性之同意權與選擇權¹⁹⁵。

¹⁹⁰ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 12 段。

¹⁹¹ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 16 段。

¹⁹² ICCPR 第 28 號一般性意見，第 15 段。

¹⁹³ 關於婚姻男性與女性平權部分，本號一般性意見共有六個段落明白處理相關問題並作出相應之解釋，分別是第 16 段、第 19 段、第 23 段、第 24 段、第 26 段及第 27 段，其他權利事項僅有一個段落，至多兩個段落處理之，而婚姻部分之篇幅遠超過其他權利事項，顯見本號一般性意見特別重視婚姻平權的部分，亦可顯示男性與女性於婚姻關係存續中，容易發生歧視或不平等的現象，值得吾人注意。

¹⁹⁴ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 23 段。

¹⁹⁵ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 23 段。



此外，關於是否與性侵犯結婚或離婚後再婚等問題之限制，傳統觀念往往限制女性的意願及自主決定權，締約國應避免此種傳統觀念再行加諸於現代女性之上，避免導致女性喪失自主地位並間接造成男性與女性之不平等¹⁹⁶。而在婚姻關係存續中，女性常常遇有侵權與財產權的不平等與不自由¹⁹⁷，例如，傳統觀念上認為親權遇有爭執時，應以男性保有親權為主；婚姻財產權之歸屬遇有爭執時，亦應由男性保有所有權。這些傳統觀念不僅差別待遇外，同時亦貶低女性之主體地位，締約國應避免此種歧視或不平等的情形再發生。

末者，婚姻關係若雙方任一方欲解消時，本號一般性意見亦指出，締約國必須確保解除婚姻方面的平等。離婚和解除婚約的理由以及有關財產分配、贍養費和未成年人權利義務之行使與負擔等方面的裁判，對於男性與女性雙方應等同視之對待¹⁹⁸。未成年子女與非任親權之父母間保留聯繫的需要應依據各種平等因素來確定。如果婚姻的解消係一方配偶死亡造成，女性亦應享有與男性平等的繼承權¹⁹⁹。

關於宗教信仰的部分，本號一般性意見認為，著重在男性與女性平等享有宗教信仰的自由，宗教信仰固然是自由權討論的範疇，不過如果涉及到男性與女性對於宗教自由的不平等，即涉及到平等權保障的問題。從而，本號一般性意見指出，男性與女性必須在宗教信仰上不得有任何歧視，並具有同等條件享有宗教信仰上思想的自由，包括是否信仰何種宗教、選擇何種宗教等²⁰⁰。而關於參政權的部分，本號一般性意見第 29 段認為，男性與女性參與政事的權利必須基於平等的基礎之上，締約國必須確保女性參與政事的機會，並採取有效的積極措施和補救

¹⁹⁶ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 24 段。

¹⁹⁷ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 19 段。

¹⁹⁸ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 26 段。

¹⁹⁹ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 26 段。

²⁰⁰ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 21 段。



措施²⁰¹。析言之，具體的措施上，締約國應確保一定比例之女性擔任公職的機會，並確保女性享有投票的權利，不得以有性別理由作為歧視的藉口，以避免落入性別歧視的非難。

最後，《公政公約》第 26 條²⁰²明確表示，締約國應確保法律之前的平等和不受歧視的自由，並應澈底打擊一切領域的國家機關和私人機構的歧視行為。本號一般性意見對此即指出，「在通姦或其他罪行方面對婦女比對男子實行更嚴厲處罰的法律也違反平等待遇的要求²⁰³。」換言之，若在刑事處罰方面，同樣的犯罪行為，女性受到的刑罰要比男性來得重，此即有因性別歧視造成男性與女性不平等的結果。

進一步言，若以通姦罪來說，男性與女性皆有可能觸犯通姦罪而遭到處罰，然而，女性對於男性觸犯通姦罪時，往往較容易宥恕對方，使男性較不容易受到刑罰；反之，男性對於女性觸犯通姦罪時，較不容易宥恕對方而堅持提告，導致女性受到處罰的機會是比男性還要高的。準此，本文認為，通姦罪這樣的規定，雖然表面上並沒有明示針對男性或女性加以處罰，但在適用結果上即有產生「間接歧視」的疑慮²⁰⁴。若實際適用通姦罪的結果是對女性較為不利益，亦即，女性

²⁰¹ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 29 段。

²⁰² 同前揭註 144。

²⁰³ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 31 段。

²⁰⁴ 關於通姦罪是否屬於間接歧視的類型，我國釋憲實務上曾有兩號釋字面臨此難題，即司法院釋字第 554 號與釋字第 791 號解釋。有趣的是，以釋字結果上觀察，前者壓根不正面審查通姦罪是否抵觸憲法平等權或平等原則（本號解釋甚至沒有大法官出具意見書），詳參閱司法院網站，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310735>（最後瀏覽日：03/27/2023）；後者則僅在理由書第 43 段迂迴地提及通姦罪實際適用結果上有可能造成性別失衡的問題，詳參閱司法院網站，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310972>（最後瀏覽日：03/27/2023）。就此結果言，這兩號解釋都沒有正面承認或處理通姦罪是否屬於間接歧視的類型。對此，是否要承認通姦罪屬於間接歧視的類型而另開章節處理，筆者在本論文寫作上也陷入兩難。惟進一步思考，通姦罪是否毫無疑問地即屬間接歧視類型（相對於此，本論文所要處理的三個釋憲實務案例皆毫無疑問地屬於間接歧視類型，詳參閱本論文 3.2.以下），委實說爭議頗大。除了上開兩號解釋多數意見並沒有以間接歧視的角度審查之外，意見書部分也僅有司法院釋字第 791 號解釋許宗力大法官有明確表示通姦罪即屬間接歧視類型（詳參閱本號解釋許宗力大法官協同意見書，頁 5-7）。考量通姦罪的成立在統計上並非全對女性不利（詳參閱司法院釋字第 791 號解釋黃昭元大法官協同



較容易因為通姦罪而受到刑罰，此結果即有可能導致女性實質的不平等²⁰⁵。對此，本號一般性意見即認為，前開這種法規範的情況是違反平等待遇的要求²⁰⁶。

最後，在勞動場域部分，人權事務委員會也發現有些領域的工作型態，女性在該領域並無受到勞動法的保護，特別是在薪資或待遇較好的工作，此種現象亦有違反平等原則的疑慮。因此，本號一般性意見要求締約國應審查這些立法與行政措施，並確保一切法規或執行須消除一切領域對女性的歧視²⁰⁷。

意見書，頁 12-15；司法院釋字第 791 號解釋吳陳鑑大法官不同意見書，頁 10-14），且不能因男性往往較女性容易成立犯罪而遽認整部刑法即屬對男性的間接歧視。基此，通姦罪是否屬於間接歧視類型仍涉及許多不確定因素，在此爭議下，本文決定不對於通姦罪另開章節處理，而以此註解說明通姦罪有可能產生間接歧視的疑慮。

²⁰⁵ 吳煜宗（2006），〈通姦罪除罪化的女性主義主張〉，《月旦法學教室》，50 期，頁 7；沈秀華（2017），〈通姦罪，姑息助長權勢性暴力的惡法〉，《臺灣社會學會通訊》，86 期，頁 15；林維新、吳威志（2015），〈我國通姦罪除罪化議題與婚姻平權之關聯〉，《人權會訊》，118 期，頁 52；鄭昆山（2004），〈通姦犯罪在法治國刑法的思辨：評釋字第五五四號解釋〉，《月旦法學雜誌》，105 期，頁 226；林慈偉（2018），〈同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應：從司法院釋字第 554 號到第 748 號解釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》，47 卷特刊，頁 1523。從通姦罪的處罰脈絡來看，在適用上是有可能產生不平等的結果，就此而言，本文較贊成通姦罪除罪化。司法院大法官於 2020 年 5 月 29 日作成釋字第 791 號解釋宣告通姦罪違憲，至此，通姦罪已達除罪化之結果。此部分涉及刑法的學理與論述，於此即不多作討論，相關文獻詳參閱黃榮堅（2000），〈論通姦罪的除罪化〉，氏著，《刑罰的極限》，頁 1-17，元照；沈秀華（2013），〈親密關係的正義？從廢除通姦罪談起〉，《台灣法學雜誌》，223 期，頁 74-78；林慈偉（2012），〈通姦除罪化思維於我國司法實務之實踐：以高等、地方法院近年相關裁判為中心〉，《軍法專刊》，58 卷 5 期，頁 120-140；莊喬汝（2013），〈看不見的第三者：通姦罪導向較好的婚姻？〉，《台灣法學雜誌》，223 期，頁 56-65；張明偉（2017），〈通姦罪合憲性之再思考〉，《月旦裁判時報》，59 期，頁 60-67；黃淳鈺（2017），〈通姦刑罰化是否合於經濟〉，《真理財經法學》，19 期，頁 21-72；徐昌錦（2005），〈通姦罪合憲性解釋之評析〉，《台灣本土法學雜誌》，77 期，頁 35-53；李怡諄（2011），〈現行通姦罪規範之法律經濟分析：兼論憲法上家庭權之立法保護模式〉，國立中山大學中國與亞太區域研究所博士論文；林右庭（2014），《通姦罪存廢之研究》，中央警察大學法律學研究所碩士論文；陳固愷（2013），《通姦罪之適用爭議與立法擬議》，輔仁大學法律學系碩士論文；徐昌錦（2005），《我國刑法上通姦罪除罪化之研究》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文；劉安桓（2004），《論通姦罪存廢之法理基礎》，國立臺北大學法律系碩士論文；謝佑澤（2005），《自由,平等,性愛：從通姦罪的憲法爭議談起》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

²⁰⁶ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 31 段。

²⁰⁷ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 31 段。



2.4.《經濟社會文化權利國際公約》(ICESCR)

本節以下即從《經濟社會文化權利國際公約》²⁰⁸之角度討論其相關平等權規範，內容上會先簡單介紹什麼是《經濟社會文化權利國際公約》及其背景，接著討論本公約關於平等權與平等原則的意義，也會對於國際人權法上較為特別的不歧視原則作介紹，其內容主要會放在《經社文公約》的條文本身。了解《經社文公約》對於平等權與平等原則、不歧視原則的概念之後，即藉由一般性意見進一步討論本公約所著重的經濟、社會及文化權利上的性別平等與工作條件上的性別平等，最後則處理關於本公約對於締約國義務要求的部分。

2.4.1. 概說

《經濟社會文化權利國際公約》(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights，簡稱 ICESCR) 於 1966 年 12 月 16 日，經第二十一屆聯合國大會，以 105 票一致通過²⁰⁹，並開放各國簽字、批准與加入，而在 1976 年 1 月 3 日生效。《經社文公約》是繼《世界人權宣言》與《公政公約》後，成為國際人權法點體系的第三個法律文件，其包括序言及五個部分，總共有三十一個條文²¹⁰。由於它與《公民權利與政治權利國際公約》有著共同的序言及關於人民自決權的規定，且該兩個公約的規範大致上都是為了締約國人民的人權提出保障的要求，因此，吾人常常將這兩個公約一同比較與觀察，我國亦有針對此兩個公約訂定施行法²¹¹，使該兩個公約在我國具有「法律」的地位²¹²。而《經社文公約》之訂定，

²⁰⁸ 以下為求文字簡潔與行文方便，將會以「經社文公約」或「ICESCR」之簡稱代替之，先予敘明。

²⁰⁹ Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI).

²¹⁰ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 107，頁 25；人權公約施行監督聯盟網站，<https://covenantswatch.org.tw/un-core-human-rights-treaties/icescr/>（最後瀏覽日：03/29/2019）。

²¹¹ 法務部法制司，前揭註 134，頁 421。併參閱法務部人權大步走網站，



主要在於經濟、社會與文化層面作規範，以促進這三個面向的人權保障與維護，包括工作權，勞動方面的基本權，也包括社會保險在內的社會保障權，並有保障人民免於飢餓的權利及獲得相當生活水準之權利。當然，最重要的是，也包括個人身體、心理健康、受教育權與參加文化生活等權利²¹³。

從上開這些權利面向規範的觀察，不難看出，《經社文公約》與《公政公約》係對於公民權與政治權利面向的規範略有不同，不過，吾人很難否定這幾個權利面向的重要性，是本文認為此兩個公約必須要一起觀察而適用，如同身體之手足一般，無法割裂此兩個公約而個別單獨適用，從而，我國將該兩個公約併同訂定施行法，想法及考量其來有自。

關於任擇議定書（optional protocol）的部分，《經社文公約》與《公政公約》較為不同的是，《經社文公約》通過時，並沒有如《公政公約》一樣，直接附加任擇議定書，而是公約本身通過的好幾年後，直到 2009 年才有了第一任擇議定書，不過這份任擇議定書必須有 10 國家以上批准後，始能生效²¹⁴。這份任擇議定書非常 important，因為目前《經社文公約》也只有這麼一份任擇議定書，而且，這份任擇

<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-505-200.html>（最後瀏覽日：03/29/2019）與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：03/29/2019）。亦併參閱公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 1 條：「為實施聯合國一九六六年公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）及經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights）（以下合稱兩公約），健全我國人權保障體系，特制定本法。」

²¹² 關於國際公約在我國具何種法律位階，向來眾說紛紜，學界亦有不少爭議，惟本文於此為避免討論失焦，並不打算作此部分之探討，係直接參照司法院釋字第 329 號解釋及公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條之意旨，認定國際公約一旦經我國批准並經立法院通過成為施行法後，即取得法律之位階。併參閱司法院釋字第 329 號解釋解釋文：「憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。」及公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」（粗體字為筆者所加）。

²¹³ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 107，頁 25。

²¹⁴ 林詩梅（2009），〈你知道什麼是兩公約嗎？（二）：經濟社會文化權利國際公約〉，《司法改革雜誌》，75 期，頁 26。



議定書也讓《經社文公約》的締約國的個人可以向經濟社會文化權利委員會提出「個人申訴」（communication），這樣的權利救濟途徑與前開《公政公約》的第一任擇議定書所賦予的個人申訴權利一樣²¹⁵。此外，經濟社會文化權利委員會也可以接受國家間的抱怨（complain），換言之，某一國家倘若發現其他國家有任何違反《經社文公約》之規範時，該某國家得向經濟社會文化權利委員會提出²¹⁶，有點類似舉報的性質，使委員會得作適當的處置，並為兩國作適當的斡旋，這部分是《經社文公約》與《公政公約》不同的地方。

綜合觀察《經社文公約》之架構，如前所述，其是由包括序言及五個部分所組成，共有三十一個條文。第一部分僅有一個條文，主要是涉及民族自決權的部分，這部分的規範與《公約公約》較為類似；第二部分是第2條至第5條，主要是一般性規定，這部分有學者認為在《經社文公約》第2條²¹⁷是涉及國家對於人權保障的一般性義務規定，主要可以分為四點²¹⁸：（1）採取一切步驟，以所有適當的方法達成公約權利的實現；（2）逐漸達到公約權利的完全實現；（3）盡其資源來達到公約權利的實現；（4）國際間的協助與合作。第三部分是第6條至第15條，這部分主要是經濟、社會及文化權利的具體內容規範，也是本公約最重要的部分，範圍從工作權、勞動基本權，乃至於健康權及文化權，這些權利內容為何，皆是在這個部分作規範。第四部分適第16條至第25條，主要是規範公約執行層面的問題；第五部分，也是最後的部分，則是第26條至第31條，主要是涉及公約的批准及生效的問題²¹⁹。此外，《經社文公約》如《公政公約》一樣，也

²¹⁵ 詳參閱本論文2.3.1.。

²¹⁶ 林詩梅，前揭註214，頁27。

²¹⁷ 《經社文公約》第2條：「一 本公約締約國承允盡其資源能力所及，各自並藉國際協助與合作，特別在經濟與技術方面之協助與合作採取種種步驟，務期以所有適當方法，尤其包括通過立法措施，逐漸使本公約所確認之各種權利完全實現。二 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。三 發展中國家在適當顧及人權及國民經濟之情形下，得決定保證非本國國民享受本公約所確認經濟權利之程度。」

²¹⁸ 林詩梅，前揭註214，頁28。

²¹⁹ 廖福特，前揭註117，頁94。



具有「一般性意見」（general comments），此一般性意見的功能及作用也是在針對《經社文公約》的條文內容作解釋，使公約的內容更為清楚且充實。

《經社文公約》的一般性意見是由「經濟社會文化權利委員會」所通過的，而本公約前言部分列舉了幾點關於一般性意見通過之目的，最主要的目的是在於藉其一般性意見使歷來通過審查的報告內容為各締約國帶來好處，從而幫助和促進他們進一步執行《經社文公約》之內容，委員會並可依據締約國的經驗與從這些經驗得出的結論，修改與更新一般性意見²²⁰。當然，該一般性意見如同《公政公約》的一般性意見一樣，其對《經社文公約》的解釋與裁判是有拘束力的，即使沒有加入任擇議定書，締約國為政策之形成，或撰寫國家報告時，皆必須參考一般性意見對《經社文公約》的解釋與詮釋²²¹。準此，本節以下即從《經社文公約》的基本條文與一般性意見作介紹，以探討本公約對於平等權之相關議題。

2.4.2. 平等權與平等原則的意義

《經社文公約》的條文總共有三十一條，然並非所有條文皆與平等權有關，除了前文以外，共有三個條文涉及到平等權或平等原則²²²。依據《經社文公約》第2條第2項：「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。」本條項之意旨主要在要求締約國應確保其人民得行使公約所載之各種權利，不得因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其

²²⁰ 法務部法制司，前揭註134，頁144。併參閱法務部人權大步走網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html> 與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：04/01/2019）。

²²¹ 張文貞，前揭註118，頁22。

²²² 這三個條文分別是《經社文公約》第2條第2項、第3條及第7條。而本公約前文部分亦涉及到平等權與平等原則的概念，不過內容與《公政公約》相同，詳參閱註137。



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。其目的在於使締約國內之人民能夠行使《經社文公約》中所載之一切權利，不得因條文所揭示之因素而有所差別待遇。換言之，本條款係在課予締約國負有使其國家之人民享有《經社文公約》所包含所有權利之責任，且只要是締約國家之人民即得享有前開之權利，不得因種族、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，而有所差別。

其次，依據《經社文公約》第3條：「本公約締約國承允確保本公約所載一切經濟社會文化權利之享受，男女權利一律平等。」本條之意旨在於要求締約國家應確保其國家人民享有《經社文公約》之經濟、社會與文化權利時，不分男性或女性，一律平等享受該權利。換言之，本條係要求締約國家中之人民，不得因性別而在享有《經社文公約》權利時有差別待遇。本條即明白指出，男性和女性所得享有之公約權利是相同的，國家不得因性別之不同而有不同的對待方式。未依據《經社文公約》第7條：「本公約締約國確認人人有權享受公平與良好之工作條件，尤須確保：（一）所有工作者之報酬使其最低限度均能：（1）獲得公允之工資，工作價值相等者享受同等報酬，不得有任何區別，尤須保證婦女之工作條件不得次於男子，且應同工同酬；（2）維持本人及家屬符合本公約規定之合理生活水平；（二）安全衛生之工作環境；（三）人人有平等機會於所就職業升至適當之較高等級，不受年資才能以外其他考慮之限制；（四）休息、閒暇、工作時間之合理限制與照給薪資。」本條項同時涉及到平等權與自由權的問題，亦有涉及到勞動最低標準要求之問題，此部分與我國勞動基準法第1條²²³之要求相類似。其中，涉及到平等權的部分係本條第1項第1款與第3項。本條第1項第1款之旨在確保女性在工作權或勞動權利上之平等，除非是不同工作性質，否則不

²²³ 勞動基準法第1條：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」（粗體字為筆者所加）。



能因其為女性就使其工作條件或勞動條件與男性不同。而同條第3項之旨在於工作上的升遷機制須立於平等的考量，除年資與才能之外，不得因其他任何條件而有所差別待遇，尤其是性別的考量。

2.4.3. 不歧視原則

關於《經社文公約》的「不歧視原則」，第16號一般性意見²²⁴對此有特別對此作出說明，其作成於2005年的第三十四屆會議，其內容主要是針對《經社文公約》第3條²²⁵之規範作出解釋。本號一般性意見亦針對不歧視原則部分作出解釋，認為不歧視原則乃係禁止基於個人或團體的特定身分或處境，例如種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族或社會階級、財產、出生或其他身分，例如年齡、族裔、身心障礙狀況、婚姻狀況、難民狀況或移民狀況等，而有不同待遇²²⁶。對於以性別作出歧視的部分，主要原因是對於女性的生理情況不同而對婦女作出不同的待遇²²⁷，這樣的情況即有性別歧視的疑慮，而性別歧視，本號一般性意見亦指出，係指單純地基於男女的身分，而對男性與女性的行為、態度、個性特徵、身體和心智能力等方面作出不同待遇²²⁸。

此外，不歧視原則中有「直接歧視」與「間接歧視」兩種態樣，本號一般性意見皆有對此二者有明確地定義與說明，其認為直接歧視係指直接且公開地，基

²²⁴ 法務部法制司，前揭註134，頁256。併參閱法務部人權大步走網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html> 與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：04/01/2019）。

²²⁵ 《經社文公約》第3條：「本公約締約國承允確保本公約所載一切經濟社會文化權利之享受，男女權利一律平等。」

²²⁶ ICESCR第16號一般性意見，第10段。

²²⁷ 第16號一般性意見對此概念之解釋係參照《消除對婦女一切形式歧視公約》第1條的定義，同前揭註141。

²²⁸ ICESCR第16號一般性意見，第14段。



於性別或男女的不同特性作出差別待遇，且無客觀合理的理由²²⁹。而間接歧視則指當一項法律、政策或方案客觀上中立並無歧視，但是在實行時卻產生歧視性的結果²³⁰。

其次，第 20 號一般性意見²³¹亦有對於「不歧視原則」作出說明，其作成於 2009 年的第四十二屆會議，其內容主要是針對《經社文公約》第 2 條第 2 項²³²之規範作出解釋。首先，本號一般性意見於前言和基本前提中指出，「歧視」造成了世界相當部分人口的經濟、社會及文化權利實現之損害，個人或團體仍然面臨著社會經濟不平等，這往往是由於根深蒂固的歷史和當代形式的歧視²³³。因此，《經社文公約》相當重視平等權的保障與貫徹不歧視原則，而平等原則與不歧視原則貫穿了整部《經社文公約》，認為每一個人都有權享受本公約一切權利上的平等，包括工作權、社會保障權與參與文化生活的權利等。此外，其他的國際權利公約中，也會針對經濟、社會與文化權利方面作出一些規範，雖然這些規範並沒有放入本公約中，惟其內容和內涵與本公約息息相關，若其規範係要求締約國遵守平等原則與不歧視原則，也算是對於經濟、社會和文化權利上平等權的保障與不歧視原則的貫徹²³⁴。

(接續頁)

²²⁹ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 12 段。

²³⁰ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 13 段。

²³¹ 法務部法制司，前揭註 134，頁 313。併參閱法務部人權大步走網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html> 與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：04/01/2019）。

²³² 同前揭註 241。

²³³ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 1 段。

²³⁴ 詳參閱《消除一切形式種族歧視國際公約》、《消除對婦女一切形式歧視公約》、《關於難民地位的公約》、《關於無國籍人地位的公約》、《兒童權利公約》、《保護所有移徙工作者及其家庭成員權利國際公約》和《身心障礙者權利公約》。



關於前開所述之「不歧視原則」，第 20 號一般性意見²³⁵舉出了一些禁止歧視的理由，但這些禁止歧視的理由僅為例示，不代表歧視的所有情況²³⁶。而這些理由又可在分為「明示的理由」與「其他身分」（概括條款），前者包括種族、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、出生等；而其他身分的部分，雖然為概括條款，本號一般性意見仍舉出一些理由，不過也僅具例示性而已。這些理由包括身心障礙、年齡、國籍、婚姻和家庭狀況、性傾向和性別認同、健康狀況、居住地點、經濟和社會狀況等。而在國家執行的部分，本號一般性意見認為除了立法措施外，有計畫和有系統的政策、計畫和策略是有必要的，當然也包含事後的救濟與課責²³⁷。

其中，本文認為最重要的毋寧是「消除系統性的歧視」，蓋系統性的歧視乃是經年累月所造成的，且根深蒂固地造成不平等的結果，要澈底消除必須國家機關與人民共同努力，始能克竟其功。本號一般性意見即指出，解決這類歧視問題需要從全面著眼，制定一系列法律、政策和計畫，甚至包括暫行特別措施。締約國應考慮採取措施，鼓勵公共和私人雙方改變對於遭受系統性歧視的個人和團體的態度和行為，以及對於違反者給予相當的懲罰。

2.4.4. 經濟、社會及文化權利上的性別平等

關於經濟、社會及文化權利上的性別平等問題，第 16 號一般性意見²³⁸於前言中指出，男女在享受一切經濟、社會及文化權利方面的平等權利是國際法上承認的一項基本原則，也是內含於主要國際人權中的一項基本原則²³⁹，此項闡明即開

²³⁵ 同前揭註 231。

²³⁶ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 15 段。

²³⁷ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 36 段、第 37 段及第 40 段。

²³⁸ 同前揭註 224。

²³⁹ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 1 段。



宗明義地表示平等原則於《經社文公約》中的要求與重要性，並認為「消除歧視」也是平等享受經濟、社會及文化權利的基礎。不過，本號一般性意見亦指出，《經社文公約》第3條²⁴⁰及第2條第2項²⁴¹並不是單獨存在的獨立條款，而是必須與《經社文公約》「第參編」所保障的每一項具體權利結合一起參照與解釋²⁴²，此部分與《公政公約》的各條項能夠獨立解釋有所不同。另外，本號一般性意見之前言亦提及到婦女地位時常處於不平等的地位，尤其是透過傳統、歷史或習俗對婦女規定較為低落的身分，或透過公開或隱微的歧視²⁴³，這個部分是締約國各國必須要注意且應該重視的。

本號一般性意見明確表示，《經社文公約》第3條²⁴⁴的核心意義在於男女應當在平等的基礎上享受《經社文公約》所規定的每一項權利，且認為國際人權法中，不管是公約或條約，對於平等權保障與不歧視原則的規範，包含法律上與事實上的平等²⁴⁵。而所謂法律上的平等，即為「形式平等」，係指立法或政策以中立的方式對待男性和女性，即符合平等權的要求。至於事實上的平等，即為「實質平等」，其內涵在於法律、政策和慣例所產生的實際影響，並且確保這些法律、政策和慣例不是要維持原本的狀態，其存在的目的而是要改善某些群體所處的固有劣勢地位²⁴⁶。本號一般性意見亦指出，締約國在實施本公約第3條²⁴⁷中應當考慮到，某些法律、政策和慣例可能無法糾正，甚至會導致男女的不平等²⁴⁸，因此，本公約所謂第3條²⁴⁹之法律之前人人平等的原則，即在要求締約國於立法時，確

²⁴⁰ 同前揭註225。

²⁴¹ 《經社文公約》第2條第2項：「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。」

²⁴² ICESCR第16號一般性意見，第2段。

²⁴³ ICESCR第16號一般性意見，第5段。

²⁴⁴ 同前揭註225。

²⁴⁵ ICESCR第16號一般性意見，第6段。

²⁴⁶ 關於「形式平等」與「實質平等」之意義與內涵，詳參閱本論文1.4.。

²⁴⁷ 同前揭註225。

²⁴⁸ ICESCR第16號一般性意見，第8段。

²⁴⁹ 同前揭註225。



保這些法律能促進男女雙方平等地享受經濟、社會及文化權利，不得有經濟、社會及文化的不平等，因此，本文認為，本公約第3條²⁵⁰所採取的平等觀，即為「實質平等」的概念。

2.4.5. 工作條件上的性別平等

由於《經社文公約》特別重視所謂的「社會權利」，因此，第23號一般性意見²⁵¹特別針對工作條件上的性別平等作出闡釋，其作成於2016年，其內容主要是針對《經社文公約》第7條²⁵²之規範作出解釋。本條如同前開所述，同時涉及到平等權與自由權的問題，對此，以下即針對本號一般性意見中平等權的部分作說明與耙梳。關於規範內容的部分，本號一般性意見指出，享受公平與良好的勞動條件是每個人的權利，沒有任何區分，而《經社文公約》第7條第1款第1目和第3款中多處提及「平等」和「沒有任何歧視」，則是對於第2條第2項中「人人」的用語形成補充，亦即，每一個人皆受勞動條件平等的保障²⁵³。

次之，本號一般性意見認為，工人不僅在從事相同或類似工作時應領取同等報酬，即使他們的工作並不相同，但若使用客觀標準進行評估仍具有同等價值時，他們也應當領取同等的報酬²⁵⁴，亦即「同工應同酬」的概念，且這樣的平等觀適

²⁵⁰ 同前揭註225。

²⁵¹ 法務部法制司，前揭註134，頁359。併參閱法務部人權大步走網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html> 與監察院人權保障主題網網站，<https://humanrights.cy.gov.tw/lp.asp?ctNode=821&CtUnit=130&BaseDSD=7&mp=71>（最後瀏覽日：04/01/2019）。

²⁵² 《經社文公約》第7條：「本公約締約國確認人人有權享受公平與良好之工作條件，尤須確保：（一）所有工作者之報酬使其最低限度均能：（1）獲得公允之工資，工作價值相等者享受同等報酬，不得有任何區別，尤須保證婦女之工作條件不得次於男子，且應同工同酬；（2）維持本人及家屬符合本公約規定之合理生活水平；（二）安全衛生之工作環境；（三）人人有平等機會於所就職業升至適當之較高等級，不受年資才能以外其他考慮之限制；（四）休息、閒暇、工作時間之合理限制與照給薪資之定期休假，公共假日亦須給酬。」

²⁵³ ICESCR第23號一般性意見，第5段。

²⁵⁴ ICESCR第23號一般性意見，第11段。



用於所有工人，不得因種族、種族認同、國籍、移民身分或健康狀況、身心障礙情況、年齡、性傾向、性別認同或任何其他理由而有所不同。而關於如何評價其「平等性」，對此，本號一般性意見指出，重點應放在工作的「價值」上，評價因素則包括工人所需具備的技能、履行的職責和付出的努力及工作條件²⁵⁵。對此，本文認為，前開所指之變數皆為客觀因素，而主觀因素，如工作的意願與態度，亦應包含在考量的範圍之內。而在對勞動條件為客觀評價時，如何避免間接歧視也是法律或行政措施需要注意且重視的。

此外，本號一般性意見亦認為，「婦女之工作條件不得次於男子」及「同工同酬」的概念比工作價值相等者享受同等報酬是不同的概念。其理由在於，前者與基於性別的直接歧視有關，而「工作價值相等者享受同等報酬」則指不得有任何區別。另外，前者主要側重於對同一工作或職位，通常是同一企業或組織內的同一工作或職位進行狹義的比較，而不是更廣義地承認以工作價值為基礎以確定報酬²⁵⁶。從而，對於從事與男子的相同工作的女性，締約國不應減少對她們的契約保護，也不應增加更苛刻的契約要求。

關於《經社文公約》第7條第3款之「人人有平等機會於所就職業升至適當之較高等級，不受年資才能以外其他考慮之限制」的部分，本號一般性意見認為，所有的勞工皆有權透過公平、透明且尊重人權的程序獲得平等的升遷機會。年資與才能的適用標準應包括對個人情況及男女不同職責和經驗的評估，以確保人人享有平等的機會²⁵⁷。在實現升遷平等的機會上，必須注意到直接或間接的障礙排除，並採取培訓之類的措施或調和工作與家庭責任的措施，包括為勞工的子女或

²⁵⁵ ICESCR 第 23 號一般性意見，第 12 段。

²⁵⁶ ICESCR 第 23 號一般性意見，第 16 段。

²⁵⁷ ICESCR 第 23 號一般性意見，第 31 段。



須受照顧的成人提供負擔得起的日間照護服務²⁵⁸。

此外，本號一般性意見亦針對特定的勞工類型作特別的要求，諸如：女工、青年工人與老年工人、身心障礙工人、非正規經濟部門的工人、移徙工人、家事勞工、自營作業者、農業工人、難民工人、無薪工人等，這些勞工類型往往較容易受到法律或政策的「直接歧視」或「間接歧視」，締約國應採行積極地立法或行政措施，以達到其勞動條件平等的保障，及避免有任何在工作上產生歧視的結果。

2.4.6. 締約國的義務

關於《經社文公約》所要求締約國的義務，首先，第 16 號一般性意見²⁵⁹對於締約國的義務，先概略分為「一般性法律義務」與「具體法律義務」，在前者中，其認為男女享受經濟、社會及文化權利的平等權利是強制且立即的義務²⁶⁰；而於後者中，其認為可再細分為三個子義務：「尊重義務」、「保護義務」與「履行義務」。尊重義務要求締約國不得採取歧視性的行為，直接或間接地導致男性和婦女在享受經濟、社會和文化權利方面平等權利之剝奪²⁶¹。保護義務要求各締約國採取一定的措施，其目的就是要消除持續僵固地主張某一性別低於或高於另一性別的偏見、習俗和所有其他慣例，以及對男性和女性社會功能的刻板印象。而履行義務則是要求締約國採取步驟，以確保男女實際上能夠平等地享受其經濟、社會及文化權利²⁶²。然而，具體執行上，締約國各國內所遇到的情況可能有所不同，本號一般性意見即指出，每一締約國為適當的立法或行政措施時都有一定程

²⁵⁸ ICESCR 第 23 號一般性意見，第 32 段。

²⁵⁹ 同前揭註 224。

²⁶⁰ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 16 段。

²⁶¹ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 18 段。

²⁶² ICESCR 第 16 號一般性意見，第 19 段。



度的裁量空間。除其他事項外，締約國也必須在國家人權行動計畫中納入適當的策略或方向，以確保男女享受經濟、社會及文化權利的平等權利²⁶³。

第 20 號一般性意見²⁶⁴在國家義務範圍的部分，認為不歧視是《經社文公約》規定的一項立即和跨條文的義務²⁶⁵，亦即，不歧視原則是締約國必須立刻面對且盡快著手處理的義務，且須要搭配其他條文規定一併作觀察與解釋。而《經社文公約》第 2 條第 2 項即在揭示本公約所有關於經濟、社會與文化權利時，締約國須確保人民於適用時沒有違反不歧視原則。在這樣的前提之下，本號一般性意見認為必須同時消除形式上與實質上的歧視。於形式上歧視的消除部分，應確保締約國的憲法、法律和一切政策不得基於禁止的理由實行歧視；在實質上歧視的部分，締約國必須立即採取必要措施，包含預防、減少和消除造成或延續實質上或事實上的歧視的條件和態度，以避免有任何造成特定群體不平等地位的發生²⁶⁶。

此外，本號一般性意見於此部分亦提出「直接歧視」與「間接歧視」的概念，其認為直接歧視係指處於同樣情況下的一個人，因為某種禁止的理由，其所受之待遇不如另一個人；而間接歧視係指表面上看起來是中性的法律、政策或實務，但因為禁止的歧視理由造成行使《經社文公約》權利有不當的結果²⁶⁷。除了上述情形外，本號一般性意見列舉了一些可能會發生違反本公約平等與不歧視的情形，諸如：私人領域、系統性歧視與差別待遇的允許範圍。其中，關於「系統性歧視」的部分，係指對某些團體的歧視是普遍的、持續的，並深深紮根於社會行為和組織，造成實質上不平等的結果²⁶⁸，這樣的觀點比較類似「間接歧視」的概念。

²⁶³ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 21 段。

²⁶⁴ 同前揭註 231。

²⁶⁵ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 7 段。

²⁶⁶ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 8 段。

²⁶⁷ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 10 段。

²⁶⁸ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 12 段。



另外，第 23 號一般性意見²⁶⁹在國家義務的部分，將此部分區分為五種：一般義務、具體的法律義務、核心義務、國際協助與合作與非國家主體的義務等。在一般義務方面，締約國必須保證，人民於行使享受公平與良好的勞動條件的權利時，不能存在任何類型的歧視。具體言之，締約國有義務確保女性享受的工作條件不能比男性較差，並實現工作價值相等者享受同等報酬，包括要求立即消除形式的和實質的歧視²⁷⁰。在具體的法律義務方面，締約國有義務尊重「享受公平與良好的工作條件」的這項權利，避免直接或間接妨礙人民享有這項權利。締約國也應尊重旨在引入或維持享受公平與良好的工作條件的權利的相關團體協議，並審查立法，包括公司法規或工作規則，以確保公司的內部規定或工作規則不會限制此項權利²⁷¹。在核心義務方面，通過法律或政策確保人民能夠行使這項權利，不得因種族、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、身心障礙情況、年齡、性傾向、性別認同、雙重性徵身分、健康狀況、國籍或任何其他身分等任何原因而受到任何歧視²⁷²。

在國際協助與合作方面，締約國應採取一定之措施，說明其國民以及設在其領域或管轄範圍內的企業必須在其所有域外業務中尊重受公平與良好的工作條件的權利，並且締約國必須避免直接或間接干擾他國實現享受公平與良好的工作條件的權利的措施或政策²⁷³。最後，在非國家主體的義務方面，雖然只有國家才是《經社文公約》的締約者，但工商企業、工會和所有社會成員都有責任實現享受公平與良好的工作條件的權利。因此，工商企業無論其規模、所屬部門或結構體如何，都應遵守符合《經社文公約》中之規範，並有責任尊重享受公平與良好的工作條件的權利，避免有任何侵犯權利的行為或情形發生²⁷⁴。

²⁶⁹ 同前揭註 251。

²⁷⁰ ICESCR 第 23 號一般性意見，第 53 段。

²⁷¹ ICESCR 第 23 號一般性意見，第 58 段。

²⁷² ICESCR 第 23 號一般性意見，第 65 段。

²⁷³ ICESCR 第 23 號一般性意見，第 69 段。

²⁷⁴ ICESCR 第 23 號一般性意見，第 75 段。

2.5.《消除對婦女一切形式歧視公約》 (CEDAW)



本節以下即從《消除對婦女一切形式歧視公約》²⁷⁵之角度討論其相關平等權規範，內容上會先簡單介紹什麼是《消除婦女歧視公約》及其背景，接著討論本公約關於平等權與平等原則的意義，也會對於國際人權法上較為特別的不歧視原則作介紹，其內容主要會放在《消除婦女歧視公約》的條文本身。了解《消除婦女歧視公約》對於平等權與平等原則、不歧視原則的概念之後，即藉由一般性意見進一步討論本公約所著重的各種婦女權利面向的平等權，最後則處理關於本公約對於締約國義務的要求與婦女近用司法資源權的部分。

2.5.1. 概說

《消除對婦女一切形式歧視公約》(The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)是聯合國大會在1979年12月18日的依第34/180號決議通過，並於1981年9月3日正式生效，開放給締約國各國簽署和批准，其內容闡明男女平等享有一切經濟、社會、文化、公民和政治權利；締約國應採取立法及一切適當措施，消除對婦女一切之歧視，確保男女在教育、就業、保健、家庭、政治、法律、社會、經濟，財產等各方面享有平等的權利²⁷⁶。承接著先前聯合國對於國際人權的發展及脈動，國際人權逐漸往更多面向的保護開展，立基於先前國際人權，如《世界人權宣言》、《公民與政治權利國際公約》和《經濟社會文化權利國際公約》等，進而個別實踐該等人權的細部內涵，並且

²⁷⁵ 以下為求文字簡潔與行文方便，將會以「消除婦女歧視公約」或「CEDAW」之簡稱代替之，先予敘明。

²⁷⁶ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註107，頁310；人權公約施行監督聯盟網站，<https://covenantswatch.org.tw/un-core-human-rights-treaties/cedaw/>（最後瀏覽日：04/02/2019）。

保留著先前聯合國體系下的條約模式，先有宣言再發展成條約的模式²⁷⁷。



雖然《聯合國憲章》及《世界人權宣言》等表彰了「不歧視原則」，因此防止和消除歧視成為國際法上重要的原則。儘管國際法上的大張旗鼓，當時許多國家仍然存在著種族歧視和性別不平等等等的現象，為遏止這些仍在世界中蔓延的惡，各種為實現聯合國願景的宣言和公約如雨後春筍般湧現，其中婦女人權的提倡便是一個重大發展，從人的權利進展到婦女人權，其意識到雖然國際人權上諸多對於不同性別的各種保障，但仍不足以使婦女得到完全保障，從而有必要提供保護婦女的其他手段²⁷⁸，因此，婦女權利保障的範圍逐漸開展至政治權、經濟權和社會權及其他權利²⁷⁹。

雖然對於女權的保障有一些相關的條約，但是因為這些條約的範圍多有局限以及缺乏監督機關，造成此些條約對於女權改善的成效不彰，故後續開始嘗試以建立全球性婦女權利的概念²⁸⁰，所以聯合國大會於 1967 年通過了消除所有婦女歧視宣言（Declaration on the Elimination of Discrimination against Women），但這個條文為草創，僅具備十一個條文當作內文，且面臨到宣言在國際法上並無拘束國家的效力，且所規範的內容及範圍仍不夠完善，故聯合國鼓動著將消除所有婦女歧視宣言推進成為具有拘束國家的條約²⁸¹。

聯合國接續由婦女地位委員會與聯合國大會，對於完備消除所有婦女歧視宣言轉化為條約努力著，經過多年努力與轉變，終於通過《消除對婦女一切形式歧

²⁷⁷ 廖福特（2007），〈最具普遍性的三個人權條約：種族、婦女及兒童〉，《月旦法學教室》，56 期，頁 56。

²⁷⁸ Centre For Human Right, Discrimination Against Women: The Convention and The Committee (2000). Retrieved from <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cedaw> (最後瀏覽日：04/02/2019)。

²⁷⁹ 林心如（1998），〈聯合國與女性人權〉，《新世紀智庫論壇》，4 期，頁 22-23、26。

²⁸⁰ Shaheen Sardar Ali, *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal Before Allah, Unequal Before Man?*, Brill Academic Publishers, 203 (2000).

²⁸¹ 廖福特，前揭註 277，頁 57。



視公約》，透過《消除婦女歧視公約》的前言可以得知這個條約不同於以往，除了企圖消弭對於婦女歧視的現象，亦要求婦女可以獲得公平參與政治、經濟、社會及文化等等的權利，而成為國際上有關婦女非歧視型公約最重要的的文件之一，其統合了國際法規範不因性別而有歧視的集合²⁸²，表彰了超越法律文件而著眼於事實上男女間的不平等，而成為國家及國際社會有重大的影響²⁸³，並成為改善婦女地位達成實質平等最有效的工具之一²⁸⁴。

《消除婦女歧視公約》定位為「消除歧視」。當然，首先會面臨到什麼是歧視？哪些領域不能有歧視？國家應採取什麼措施或是負擔什麼義務來消除歧視？此為企圖消除歧視時，會面臨到的三個首要問題。回應什麼是歧視，《消除婦女歧視公約》第1條即開宗明義的定義，基於性別所做的任何區別、排除和限制其作用或目的是要妨害或破壞對在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他的人權和基本自由的承認以及婦女不論已婚未婚在男女平等的基礎上享有或行使這些人權和基本自由²⁸⁵。

再者，《消除婦女歧視公約》針對哪些領域不得歧視也有規範，其中第二部分至第四部分明定了不得對婦女歧視的領域，第二部分保障了婦女參與公眾和政治領域的平等，如選舉、被選舉、擔任政府公職等等，第三部分規定保障婦女在

²⁸² Diana Grace Zoelle, *Globalizing Concern for Women's Human Rights: The Failure of the American Model*, Palgrave MacMillan, 31 (2000).

²⁸³ UNIFEM, Bringing Equality Home: Implementing the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination Against Women (CEDAW), 3-4 (UNIFEM) (2002). Retrieved from <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/bringing-equality-home-implementing-the-convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women-cedaw/> (最後瀏覽日：04/02/2019)。

²⁸⁴ Elisabeth Friedman, Women's Human Rights: The Emergence of a Movement. In Julie Peters and Andrea Wolper (Eds.), *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, Routledge, 18-35 (1995).

²⁸⁵ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women Article 1: For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.



經濟、社會及文化權的平等，例如婦女能享有教育平等、工作平等、醫療平等、經濟福利等等，第四部分則是有關於私法領域的平等，如私法契約能力平等、婚姻和家庭關係平等，綜合這些部分的保障，對於婦女歧視的消除在國際法領域中是有相當大的突破及進步²⁸⁶。

最後，關於國家應採取什麼措施或是負擔什麼義務來消除歧視，若一個國家批准或加入《消除婦女歧視公約》後，即必須負有相當廣泛之義務，例如批准或加入的國家有義務在法律層面消除對於婦女的歧視，對於男女平等原則尚未成為該國憲法中所保障的權利，應納入此項保障增進對婦女權利周延的保障，並且法律為實現憲法的手段，以法律訂立消除婦女歧視的規範來具體落實對於婦女的保障，並且這些規範並不僅是裝飾作用，而是國家各個機構、政府分支、法院都需要遵守這樣的義務，上行下效，從國家公權力機關開始落實起，並且將這個人氣帶入民間、企業、組織、個人等等皆須對於婦女的尊重，並且逐步滲透過去對於婦女不尊重的傳統，慢慢敲打這些概念而有改變，進而使社會不同面向開始進行對話，達到活絡討論以及資訊充分流通的理想境地²⁸⁷。

2.5.2. 平等權與平等原則的意義

《消除婦女歧視公約》對於倡議婦女平等地位不遺餘力，公約本身將其分為六大部分，《消除婦女歧視公約》的條文總共有三十條，然並非所有條文皆與平等權有關，除了前言²⁸⁸以外，對此，主要是特別有一個條文涉及關於平等權或平

²⁸⁶ Vicki J. Semler, *Rights of Women: A Guide to the Most Important United Nations Treaties on Women's Human Rights* (2nd ed.), International Women's Tribune Centre (1998).

²⁸⁷ 廖福特，前揭註 277，頁 62-63。

²⁸⁸ 前言部分也有關於平等權與平等原則議題的闡述，其乃係對於《聯合國憲章》與《世界人權宣言》所表達的意旨作宣示，以下即不針對此部分作深入地討論，於此放上全文供讀者參考，《消除婦女歧視公約》前言：「本公約締約各國，注意到《聯合國憲章》重申對基本人權、人身尊嚴和價值以及男女平等權利的信念，注意到《世界人權宣言》申明不容歧視的原則，並宣布人人生



等原則²⁸⁹，故以下即針對該條條文加以介紹與說明。不過可以先說明的是，《消除婦女歧視公約》第 2 條規範「締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策。」這些具體規範明確訂定出一個國家的內國法律要如何在法制規範面採取保障婦女的措施，並且體貼地設想到在弭平歧視措施的實施過程中可能面臨到一些困境和反對聲浪的反撲。

因此，本公約第 3 條²⁹⁰即作為實踐消除一切對婦女歧視的終極目標，雖然在實施的過程中可能會實施一些階段性措施，而這些措施作為實踐最終的消除歧視

而自由，在尊嚴和權利上一律平等，且人人都有資格享受該宣言所載的一切權利和自由，不得有任何區別，包括男女的區別，注意到有關人權的各項國際公約的締約國有義務保證男女平等享有一切經濟、社會、文化、公民和政治權利，考慮到在聯合國和各專門機構主持下所簽署旨在促進男女權利平等的各項國際公約，還注意到聯合國和各專門機構所通過旨在促進男女權利平等的決議、宣言和建議，關心到儘管有這些各種文件，歧視婦女的現象仍然普遍存在，考慮到對婦女的歧視違反權利平等和尊重人的尊嚴的原則，阻礙婦女與男子平等加本國的政治、社會、經濟和文化生活，妨礙社會和家庭的繁榮發展，並使婦女更難充分發揮為國家和人類服務的潛力，關心到在貧窮情況下，婦女在獲得糧食、保健，教育、培訓、就業和其他需要等方面，往往機會最少，深信**基於平等和正義的新國際經濟秩序的建立，將大有助於促進男女平等**，強調澈底消除種族隔離、一切形式的種族主義、種族歧視、新舊殖民主義、外國侵略、外國佔領和外國統治、對別國內政的干預，對於男女充分享受其權利是必不可少的，確認國際和平與安全的加強，國際緊張局勢的緩和，各國不論其社會和經濟制度如何彼此之間的相互合作，在嚴格有效的國際管制下全面澈底裁軍、特別是核裁軍，國與國之間關係上正義、平等和互利原則的確認，在外國和殖民統治下和外國佔領下的人民取得自決與獨立權利的實現，以及對各國國家主權和領土完整的尊重，都將會促進社會進步和發展，從而有助於實現男女的完全平等，確信一國的充分和完全的發展，世界人民的福利以及和平的事業，需要婦女與男子平等充分參加所有各方面的工作，念及婦女對家庭的福利和社會的發展所作出的巨大貢獻至今沒有充分受到公認，又念及母性的社會意義以及父母在家庭中和在養育子女方面所起的作用，並理解到婦女不應因生育而受到歧視，因為養育子女是男女和整個社會的共同責任，認識到**為了實現男女完全平等需要同時改變男子和婦女在社會上和家庭中的傳統任務**，決心執行《消除對婦女歧視宣言》內載的各項原則，並為此目的，採取一切必要措施，消除這種歧視的一切形式及現象。」（粗體字為筆者所加）。

²⁸⁹ 此一條文即為《消除婦女歧視公約》第 15 條：「1. 締約各國應給予男女在法律面前平等的地位。2. 締約各國應在公民事務上，給予婦女與男子同等的法律行為能力，以及行使這種行為能力的相同機會。特別應給予婦女簽訂合同和管理財產的平等權利，並在法院和法庭訴訟的各個階段給予平等待遇。3. 締約各國同意，旨在限制婦女法律行為能力的所有合同和其他任何具有法律效力的私人文件，應一律視為無效。4. 締約各國在有關人身移動和自由擇居的法律方面，應給予男女相同的權利。」其他條文也有涉及到平等權或平等原則概念的規範，不過大多係以「在男女平等的基礎上」等文字統一處理，為聚焦討論本公約前開特別針對平等權議題的規範，本文即不針對此部分加以說明，謹於此列出各個條文規範供讀者參考：第 3 條（保障基本人權和基本自由）、第 4 條（暫行特別措施）、第 7 條（政治和公共生活）、第 8 條（代表權）、第 9 條（國籍權）、第 10 條（教育）、第 11 條（就業）、第 12 條（健康）、第 13 條（經濟和社會福利）、第 14 條（農村婦女）、第 16 條（婚姻和家庭生活）。

²⁹⁰ 《消除婦女歧視公約》第 3 條：「締約各國應承擔在所有領域，特別是在政治、社會、經濟、文化領域，採取一切適當措施，包括制定法律，保證婦女得到充分發展和進步，以確保婦女在與男子平等的基礎上，行使和享有人權和基本自由。」



手段的中繼，不應被視為歧視的手段。而採取的措施應有適當的範圍，對於這樣適當的範圍，本公約第 5 條²⁹¹即明定了該適當的範圍。

其次，依據《消除婦女歧視公約》第 15 條²⁹²在法制上規範許多方面在法律上的男女平等，而這個條文即構築了《消除婦女歧視公約》的平等觀，也帶出了本公約對於平等權與平等原則的意義與內涵。本條第 1 項即認為締約國應給予男女在「法律上」的平等，這樣的想法也是採取「實質平等」觀；第 2 項則強調締約國應給予男女在法律行為能力上的平等，並給予男女同樣處理財產與訴訟權行使的機會平等，其目的在於將男女法律上的平等落實於各個重要層面中；第三項從反面處著手，認為如果在私人的文件或契約之中，倘若有限制或剝奪婦女的權利或法律效果時，應視為無效，其旨在於保護婦女在私人的權利主張中能夠確保平等的地位，並保有該權利能夠行使或主張；第 4 項則是規範「人身自由」與「遷徙自由」的層面，要求締約國在這兩個重要憲法上的權利，男女雙方應保有平等的地位。

總的來說，如果婦女在法律上無法和男性具有一樣的地位，消除歧視終究只會是紙上談兵，為了使女性不再是受支配的客體，而具有獨立性，如經濟上無法受到獨立承認，簽訂契約或是進行金融交易都需要男性的同意，無異於剝奪女性的自主，並且使女性成為依附，喪失主體性。在部分國家，女性尋求司法上的協助都遭到限制，無法在法律上主張婦女的權利，當被逐出家庭的保護網時，婦女將一無所有，故需要從法律層面賦予女性平等的權利，消除一切形式對於婦女的桎梏，享有與男性同等自由想像及翱翔的可能。

²⁹¹ 《消除婦女歧視公約》第 5 條：「締約各國應採取一切適當措施：(a) 改變男女的社會和文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型所產生的偏見、習俗和一切其他做法；(b) 保證家庭教育應包括正確了解母性的社會功能和確認教養子女是父母的共同責任，當然在任何情況下都應首先考慮子女的利益。」

²⁹² 同前揭註 289。



2.5.3. 不歧視原則

關於《消除婦女歧視公約》的「不歧視原則」，《消除婦女歧視公約》並不像前開《公政公約》與《經社文公約》一樣，有專門的條文內容與一般性意見作特別說明，由於婦女權利涉及到不歧視原則這個問題的層面很廣泛，因此，「不歧視原則」展現在《消除婦女歧視公約》中，反而是散見在各種權利面向與一般性意見當中。不過，第 28 號一般性意見²⁹³對於「不歧視原則」有特別的說明，其為消除對婦女歧視委員會第四十七屆會議於 2010 年作成，雖然本號一般性意見的主旨，在於處理「締約國在《消除婦女歧視公約》第 2 條²⁹⁴之下的核心義務」，然而其認為，《消除婦女歧視公約》是全面性國際人權法體系的一部分，旨在確保所有人不分男性或者女性，皆享有所有人權保障，以及消除以性和性別為由而對婦女一切形式的歧視²⁹⁵。

本號一般性意見進一步說明的是，《消除婦女歧視公約》的目的是消除一切形式以性別為理由對婦女的歧視，確保婦女不論已婚還是未婚，均可在男女平等的基礎上，享有和行使所有在政治、經濟、社會、文化、公民、家庭或任何其他方面的基本人權和各種自由²⁹⁶。此外，本號一般性意見認為，對於女性歧視的範圍應包含「直接歧視」及「間接歧視」，對婦女的「直接歧視」，包括明顯以性

²⁹³ 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/02/2019）；CEDAW 資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/24>（最後瀏覽日：04/02/2019）。

²⁹⁴ 《消除婦女歧視公約》第 2 條：「締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策。為此目的，承擔：(a) 男女平等的原則如尚未列入本國憲法或其他有關法律者，應將其列入，並以法律或其他適當方法，保證實現這項原則；(b) 採取適當立法和其他措施，包括在適當情況下實行制裁，以禁止對婦女的一切歧視；(c) 為婦女確立與男子平等權利的法律保護，通過各國的主管法庭及其他公共機構，保證切實保護婦女不受任何歧視；(d) 不採取任何歧視婦女的行為或做法，並保證政府當局和公共機構的行動都不違背這項義務；(e) 採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視；(f) 採取一切適當措施，包括制定法律，以修改或廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、習慣和慣例；(g) 廢止本國刑法內構成對婦女歧視的一切規定。」

²⁹⁵ CEDAW 第 28 號一般性意見，第 3 段。

²⁹⁶ CEDAW 第 28 號一般性意見，第 4 段。



或性別差異為由，實施區別待遇；對婦女的「間接歧視」，則係指法律、政策、方案或做法看似對男性和女性並無偏頗，但實際適用上造成歧視婦女的效果²⁹⁷。另外，因為不承認歧視的結構、歷史模式，以及男女之間不平等的權力關係，可能使現有的不平等狀況因「間接歧視」更為惡化²⁹⁸。這樣的觀念即明白顯示本號一般性意見對於「不歧視原則」的重視，並由這樣的觀念衍伸出對於《消除婦女歧視公約》第2條所要求對締約國的義務²⁹⁹。

2.5.4. 婚姻和家庭關係中的性別平等

關於婚姻和家庭關係中的性別平等問題，第21號一般性意見³⁰⁰對此有特別說明，其為消除對婦女歧視委員會第十三屆會議於1994年作成，主旨旨在處理「婚姻和家庭關係中的女性平等」問題，本號一般性意見指出，《消除婦女歧視公約》申明男女在社會上和家庭中應該享有平等的人權³⁰¹。對此，本號一般性意見從《消除婦女歧視公約》的三個條文出發，分別是第9條³⁰²、第15條³⁰³及第16條³⁰⁴，藉

²⁹⁷ CEDAW第28號一般性意見，第16段。

²⁹⁸ CEDAW第28號一般性意見，第16段。

²⁹⁹ 關於《消除婦女歧視公約》對於締約國所要求的義務，詳參閱本論文2.5.9.。

³⁰⁰ 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/02/2019）；CEDAW資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/133>（最後瀏覽日：04/02/2019）。

³⁰¹ CEDAW第21號一般性意見，第1段。

³⁰² 《消除婦女歧視公約》第9條：「1.締約各國應給予婦女與男子有取得、改變或保留國籍的同等權利。締約各國應特別保證，與外國人結婚或於婚姻存續期間丈夫改變國籍均不當然改變妻子的國籍，使她成為無國籍人，或把丈夫的國籍強加於她。2.締約各國在關於子女的國籍方面，應給予婦女與男子平等的權利。」

³⁰³ 同前揭註289。

³⁰⁴ 《消除婦女歧視公約》第16條：「1.締約各國應採取一切適當措施，消除在有關婚姻和家庭關係的一切事務上對婦女的歧視，並特別應保證婦女在男女平等的基礎上：(a)有相同的締結婚姻約的權利；(b)有相同的自由選擇配偶和非經本人自由表示、完全同意不締結婚姻約的權利；(c)在婚姻存續期間以及解除婚姻關係時，有相同的權利和義務；(d)不論婚姻狀況如何，在有關子女的事務上，作為父母親有相同的權利和義務。但在任何情形下，均應以子女的利益為重；(e)有相同的權利自由負責地決定子女人數和生育間隔，並有機會使婦女獲得行使這種權利的知識、教育和方法；(f)在監護、看管、受托和收養子女或類似的制度方面，如果國家法規有這些觀念的話，有相同的權利和義務。但在任何情形下，均應以子女的利益為重；(g)夫妻有相同的個人權利，包括選擇姓氏、專業和職業的權利；(h)配偶雙方在財產的所有、取得、經營、管理、享有、處置方面，不論是無償的或是收取價值酬報的，都具有相同的權利。2.童年訂婚和結婚應不具



這三個規範畫出保障女性在婚姻和家庭關係中的平等地位圖像。

關於第 9 條³⁰⁵的討論，本號一般性意見認為，「國籍」對於人民充分參加社會生活至為重要。通常，國家會依據出生地授與國籍，亦可能基於移民或無國籍等人道因素而取得。若婦女不具備國民或公民的地位，就沒有選舉或擔任公職的權利，並且可能無從獲得公共福利和選擇居所。並且成年婦女應能自主決定改變自身的國籍，不因婚姻關係的解除，或由於丈夫或父親改變國籍而其國籍被迫因他人地位更易而改變³⁰⁶。

關於第 15 條³⁰⁷的討論，本號一般性意見認為，若婦女無法自行簽訂契約、取得金融信貸，僅能經由丈夫、男性親屬的同意或保證始能為之，其法律自主權即受剝奪。該等限制使婦女不能作為財產唯一的擁有者，並使其不能對自己的財產進行合法管理，或訂立任何其他形式的契約。這樣的限制已嚴重影響婦女自己和其受撫養人財產上的權利³⁰⁸。而婦女提出訴訟的權利受到法律限制，或難以得到法律諮詢、沒有能力向法院提告，或者婦女作為證人的地位和其證詞並不如男性般受到尊重。當國家以法令限制婦女的法律行為能力或允許私人、機構為之，即剝奪婦女與男性平等的權利³⁰⁹。

此外，以「國籍」而言，審查締約國的報告顯示，法律並非總是允許婦女得自主選擇其住所。住所如同國籍，無論婚姻狀況為何，成年婦女都應能根據自己的意願改變。對於婦女與男性立於相同基礎選擇住所的任何限制，就可能限制其

法律效力，並應採取一切必要行動，包括制訂法率，規定結婚最低年齡，並規定婚姻必須向正式機構登記。」

³⁰⁵ 同前揭註 302。

³⁰⁶ CEDAW 第 21 號一般性意見，第 6 段。

³⁰⁷ 同前揭註 289。

³⁰⁸ CEDAW 第 21 號一般性意見，第 7 段。

³⁰⁹ CEDAW 第 21 號一般性意見，第 8 段。

在居住國向法院提起訴訟或阻礙其自由進入、離開一國之權利³¹⁰。末之，暫時在他國居住和工作的移工女性，應享有與男性移工同樣的權利，在工作條件上應不得有任何的歧視，包括得以與她們的配偶、伴侶和子女團聚³¹¹。



最後，關於第 16 條³¹²的討論，本號一般性意見認為，人類的公共與私人生活常常會受到不同的看待和管理。在一般社會當中，於私人或家庭領域內擔當傳統任務的婦女，其社會地位或任何的活動長期以來是被有所貶低的³¹³。由於婦女對於照顧家庭事務對社會的存續而言極為重要且寶貴，因而存在關於該活動的歧視性法律或習俗便屬於不合理。目前許多締約國報告中表明，仍有許多國家未達成法律上的平等，婦女並沒有平等取得資源的機會，不能享有家庭中和社會上的平等地位，即使在法律上已然平等，但這些婦女的社會地位或參與的活動在社會中仍被視為次等的³¹⁴，亦即，傳統奉獻於家庭生活的婦女，在一般社會中仍然遭受到許多的歧視或差別待遇，這樣的問題亟待各國政府重視並積極處理之。

2.5.5. 愛滋病婦女的平等權

關於愛滋病婦女的平等權保障問題，第 15 號一般性意見³¹⁵對此有特別說明，其為消除對婦女歧視委員會第九屆會議於 1990 年作成，主旨旨在於討論「各國防治後天免疫缺乏症候群的策略避免對婦女造成歧視」的問題。由於世界衛生組織以及其他衛生、醫療相關的國際組織的諸多資料顯示，全球性的愛滋病婦女罹患的

³¹⁰ CEDAW 第 21 號一般性意見，第 9 段。

³¹¹ CEDAW 第 21 號一般性意見，第 10 段。

³¹² 同前揭註 304。

³¹³ CEDAW 第 21 號一般性意見，第 11 段。

³¹⁴ CEDAW 第 21 號一般性意見，第 12 段。

³¹⁵ 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/03/2019）；CEDAW 資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/125>（最後瀏覽日：04/03/2019）。



比例有上升的趨勢。因此，《消除婦女歧視公約》為保障罹有愛滋病婦女的平等權，並使其不受到任何形式的歧視，本號一般性意見特別要求締約國應盡到下列各項義務，以確實保障愛滋病婦女的平等權：1. 各締約國加強宣導，使群眾提高警覺，瞭解愛滋病毒感染和愛滋病，尤其是對婦女和兒童所造成的危險，以及對他們的影響；2. 愛滋病防治方案應特別注意婦女和兒童的需要、有關婦女生育的角色、婦女於某些社會中的從屬地位，特別易受愛滋病毒感染之害；3. 各締約國確保婦女積極參與初級保健工作，在預防感染愛滋病毒方面，加強婦女身為兒童保育人員、衛生工作人員、教育工作者的作用；4. 所有締約國在《消除婦女歧視公約》第 12 條³¹⁶下的報告內容中，列入愛滋病對婦女地位的影響、因應受感染婦女需要所採取的行動、避免基於愛滋病特別歧視婦女。

2.5.6. 身心障礙婦女的平等權

關於身心障礙婦女的平等權保障問題，第 18 號一般性意見³¹⁷對此有特別說明，其為消除對婦女歧視委員會第十屆會議於 1991 年作成，主旨 在於討論「身心障礙婦女」平等權的問題，其認為之所以要特別關注身心障礙的婦女，是因為這樣的人同時具有「女性」與「身心障礙」兩種弱勢因子，正是因為具有此種「雙重弱勢」的因素，《消除婦女歧視公約》即認為對於此種人應該要特別保護，甚至可以說再多的保護都不為過。因此，本號一般性意見要求締約國應對此種人有特別的保護措施，要求締約國在聯合國定期的報告中提供資料，介紹身心障礙婦女的情況和為解決其特殊情況所採取的措施，包括為確保其能同樣獲得教育和就業、

³¹⁶ 《消除婦女歧視公約》第 12 條：「1. 締約各國應採取一切適當措施以消除在保健方面對婦女的歧視，保證她們在男女平等的基礎上取得各種包括有關計畫生育的保健服務。2. 儘管有本條第 1 款的規定，締約各國應保證為婦女提供有關懷孕、分娩和產後期間的適當服務，必要時予以免費，並保證在懷孕和哺乳期間得到充分營養。」

³¹⁷ 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/03/2019）；CEDAW 資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/128>（最後瀏覽日：04/03/2019）。



保險服務和社會保障，以及確保其能參與社會和文化生活等各方面所採取的措施。

2.5.7. 移工婦女的平等權

關於移工婦女的平等權保障問題，第 26 號一般性意見³¹⁸對此有特別說明，其為消除對婦女歧視委員會第四十二屆會議於 2008 年作成，主旨位於討論「女性移工」平等權的問題。本號一般性意見第 2 段即指出，其目的在於幫助締約國履行義務，尊重、保護和落實女性移工的人權，並履行其他條約所規定的法律義務、各次世界會議行動計畫中所做的承諾，及以移徙問題為重點的條約機構（treaty bodies），特別是保護所有移徙工人及其家庭成員的權利。《消除婦女歧視公約》應保護包括移徙婦女在內的所有婦女，使其免於受到性和基於性別的歧視。雖然移徙為婦女提供了新的機會，可以作為一種手段，通過擴大參與增強其經移徙為婦女提供新的機會，使其得以作為擴大參與、增強其經濟能力的手段，但其人權和安全可能因此受到威脅。因此，本號一般性意見的另一個目的，也是在於澈底檢查導致許多女性移工易受傷害的情況，釐清其遭受性和基於性別的歧視，以及與人權受侵犯互為因果的歷程。

此外，本號一般性意見認為，所有女性移工的人權都應得到保護，其人權包括生命、自由及個人安全、不受虐待、不受有辱人格和非人道的待遇、不因性別、種族、族裔、文化特性、國籍、語言、宗教或其他狀況受到歧視、免於貧窮、享有適當生活水準、法律面前人人平等和享有正當法律程序等權利³¹⁹。換言之，女性移工由於移徙問題，可能會面臨到與一般女性勞工不同的待遇，除非合於必須

³¹⁸ 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/03/2019）；CEDAW 資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/109>（最後瀏覽日：04/03/2019）。

³¹⁹ CEDAW 第 26 號一般性意見，第 6 段。



要差別待遇的情況，例如：工時問題、技術調整等，否則女性移工的權利保障應與一般女性勞工相同，不得因其為女性移工而有差別待遇。若與男性移民工作者相較，女性移民工作者在合法移徙管道、移徙後進入的部門、受到的虐待形式及後果等方面並不相同。為了解婦女所遭受的具體影響，應從兩性不平等、女性傳統角色、存在性別差異的勞動力市場、普遍基於性別的暴力以及全世界貧窮女性化和勞力移民的角度，研究婦女移徙問題。

因此，採取兩性平等觀點對於分析女性移徙者的地位，對於制定政策消除歧視、剝削和虐待都至關重要³²⁰。易言之，若將其與男性勞工比較，移工婦女亦較為可能遇到剝削或虐待的問題，這個也凸顯出移工婦女的確會同時遇到有「雙重弱勢」的問題，這部分也是移工婦女需要特別保護的理由。因此，女性移工有獲得《消除婦女歧視公約》保護而不受歧視的權利。《消除婦女歧視公約》要求締約國立即採取一切適當措施，以消除對婦女一切形式的歧視，並確保婦女得以於所有領域行使並享有法律和事實上與男性平等的權利³²¹。

2.5.8. 高齡婦女的平等權

關於高齡婦女的平等權保障問題，第 27 號一般性意見³²²對此有特別說明，其為消除對婦女歧視委員會第四十七屆會議於 2010 年作成，主旨 在於討論「高齡婦女及其人權」的問題。本號一般性意見指出，之所以要特別保障高齡婦女的人權問題，是因為科技進步、生活水準提高、基本醫療保健系統的改善、生育率下降，以及壽命的延長，導致人口面臨空前的老齡化，此發展趨勢將持續下去，使二十

³²⁰ CEDAW 第 26 號一般性意見，第 5 段。

³²¹ CEDAW 第 26 號一般性意見，第 7 段。

³²² 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/03/2019）；CEDAW 資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/74>（最後瀏覽日：04/03/2019）。



一世紀成為老齡化的世紀。然而，人口結構的變化也為人權帶來深刻的影響，使得以更全面和系統化的方式，高齡婦女所經歷的歧視問題因而日趨嚴重，欲解決此種因為高齡所帶來的性別歧視問題，則變得更為緊迫且需要³²³。高齡化是已開發國家和開發中國家共同要面對的課題。本號一般性意見也指出，高齡人口在低度開發國家中的比例，將從 2010 年的 8% 上升到 2050 年的 20%，兒童人口則將從 29% 下降至 20%。2010 年至 2050 年期間，低度開發國家中的高齡婦女人數將增加六億。人口結構變化為全世界國家帶來巨大的挑戰，社會的高齡化在大多數的已開發國家，是既定的趨勢和未來需要面對的重點³²⁴。

對於高齡婦女會受到何種歧視，本號一般性意見認為，高齡婦女所經歷的歧視往往是多方面的，年齡因素使得基於性別、族裔、身心障礙、貧困程度、性傾向和性特徵、移民地位、婚姻和家庭狀況、文化程度及其他原因的歧視更加複雜化。少數群體、少數民族或原住民、國內流離失所或無國籍的高齡婦女也常常受到過多的歧視³²⁵。此外，社會或文化對於性別的刻板印象、傳統慣例和風俗習慣，對於高齡婦女、特別是身心障礙高齡婦女的生活各方面皆有可能產生歧視的影響，包括家庭關係、社區角色、媒體形象、雇主態度、醫療和其他服務的提供者等，很可能會對高齡婦女造成肢體暴力及心理、言語和經濟方面的壓迫或侵害³²⁶，因此，高齡婦女受到歧視的問題其實是存在生活中顯而易見的。

本號一般性意見也認為，對高齡婦女的歧視，往往表現在缺乏機會以阻礙其參與政治和決策進程。例如：缺乏身分證件或交通方式以阻止高齡婦女參加投票。部分國家不允許高齡婦女組織、參加社團，或其他非政府組織而為己身權利進行宣傳。此外，包括在國際場合代表政府的婦女，其強制退休的年齡比男性低，這

³²³ CEDAW 第 27 號一般性意見，第 6 段。

³²⁴ CEDAW 第 27 號一般性意見，第 7 段。

³²⁵ CEDAW 第 27 號一般性意見，第 13 段。

³²⁶ CEDAW 第 27 號一般性意見，第 16 段。



對婦女皆有可能構成歧視³²⁷。

因此，為確實保障高齡婦女的權利，本號一般性意見認為，締約國的義務應考量對婦女歧視的多元性，並確保兩性平等原則在立法及其實際執行都適用於婦女的全生命週期。對此，各締約國應廢除或修改歧視高齡婦女的現行法律、法規和風俗習慣，並確保立法禁止基於年齡和性別的歧視³²⁸。此外，締約國應為高齡婦女提供關於其權利及如何獲得法律服務的資訊。應為服務於國家機關或政府部門的工作人員及法務人員提供關於高齡婦女權利方面的培訓，強化政府當局和機構關於影響年長婦女的年齡、性別議題。亦應使高齡的身心障礙婦女得以平等了解和獲得資訊、法律服務、及有效的救濟措施和補償途徑³²⁹。

2.5.9. 締約國的義務

關於《消除婦女歧視公約》所要求的締約國義務，由於涉及到婦女權利的面相較為廣泛，本公約所要求締約國應盡的義務則散見於各個權利面向及一般性意見當中。不過，第 28 號一般性意見³³⁰對此有特別的說明，其要求國家需要負起消除對於婦女一切形式歧視的義務，而歧視的範圍應包含「直接歧視」及「間接歧視」。對此，《消除婦女歧視公約》第 2 條³³¹有詳細的規定，要求締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策，以實現男性與女性的實質平等³³²。具體的作法例如，從性別不平等的情況評估，並針對該等情況制訂和初步採取全面的措施。且根據措施的有效性和新議題的出

³²⁷ CEDAW 第 27 號一般性意見，第 17 段。

³²⁸ CEDAW 第 27 號一般性意見，第 31 段。

³²⁹ CEDAW 第 27 號一般性意見，第 33 段。

³³⁰ 同前揭註 293。

³³¹ 同前揭註 294。

³³² CEDAW 第 28 號一般性意見，第 24 段。



現而不斷改進，以實現《消除婦女歧視公約》的目標。該等政策必須包括憲法和法律保障，與國內法律條款相一致，以及修訂相互衝突的法律條款，且必須納入其他適當措施，例如針對政策的監測、實施制訂全面的行動計畫和機制，為切實履行婦女及男性的正式和實質平等原則提供完整的架構³³³。

此外，締約國有義務確保其法律沒有直接或間接歧視婦女的內容，並透過法庭及制裁，或其他補償辦法，確保婦女在公共和私人領域皆不受到政府單位、司法機構、機關、企業或私人的歧視。其次，締約國有義務藉由實行具體、有效的政策和方案，改善婦女地位的實際狀況。第三，締約國有義務處理普遍的性別關係和基於性別的刻板印象，不僅透過個人行為且在法律、立法、社會結構和機構中，皆應消除刻板印象對女性的不利益情況³³⁴。又，締約國亦應承諾在與男性平等地位的基礎上，提供對婦女權利的法律保護，確保透過法院和其他公共機構、部門，有效保護婦女免受任何歧視，及採取一切適當措施，消除任何私人或私部門之個人、組織或企業對於婦女的歧視³³⁵。

另外，一般性意見亦有所補充，依據《消除婦女歧視公約》第2條³³⁶，締約國必須履行其在《消除婦女歧視公約》之下所有的法律義務，尊重、保護並實現婦女不受歧視和享有平等的權利。尊重的義務，係要求締約國避免透過制訂法律、政策、規章、方案、行政程序和體制結構等方式，直接或間接導致剝奪婦女享有在公民、政治、經濟、社會和文化方面的平等權利。保護的義務，係要求締約國保護婦女免受私人行為者的歧視，並採取步驟，直接針對消除主張某一性別低於或高於另一性別的偏見、習俗和所有其他慣例，以及對男性和婦女在社會功能的刻板觀念。實現的義務，係要求締約國採取各種步驟，保證男女在法律和在實際

³³³ CEDAW 第 28 號一般性意見，第 24 段。

³³⁴ CEDAW 第 25 號一般性意見，第 7 段。

³³⁵ CEDAW 第 28 號一般性意見，第 36 段。

³³⁶ 同前揭註 294。



上享有平等權利，包括依據《消除婦女歧視公約》第4條第1項³³⁷和第25號一般性意見³³⁸，酌情採取「暫行特別措施」，此涉及手段、行為及結果義務。締約國應履行對所有婦女的法律義務，以滿足婦女的具體需要為目標，制訂公共政策、方案或體制框架，使婦女得立於和男性平等的基礎上充分發揮其潛力³³⁹。

除了國家負有執行消除對於婦女一切歧視的義務外，還需要另外設立外部監督機制，以提供國際監督系統，讓會員國進行有關人權處境之檢視、分析及對話³⁴⁰，故設立了消除婦女歧視委員會（Committee on the Elimination of Discrimination against Women），使《消除婦女歧視公約》保障更加落實³⁴¹。同時，《消除婦女歧視公約》具備了國家報告、國家間指控、個人申訴和調查程序四種外部監督模式，這是在聯合國體系下公約具備最全面的外部監督機制，如國家報告下除了需要提出第一次報告，尚有定期報告，若委員會覺得特定國家需要特別觀察時，可以要求該國提出報告，並提出不具拘束力的建議。另外，還有主動出擊的調查程序，當消除婦女歧視委員會收到可靠的消息反應有特定國家嚴重違反《消除婦女歧視公約》時所進行的程序，對於有嚴重違反《消除婦女歧視公約》的國家，邀請其進行此項訊息的檢視，消除婦女歧視委員會亦得指定委員進行調查，並且要求該國家必須回應消除婦女歧視委員會的意見，而採取特定措施，並且在一定時間經過後對於該等措施進行檢視³⁴²。

³³⁷ 《消除婦女歧視公約》第4條第1項：「1.締約各國為加速實現男女事實上的平等而採取的暫行特別措施，不得視為本公約所指的歧視，亦不得因此導致維持不平等的標準或另立標準；這些措施應在男女機會和待遇平等的目的達到之後，停止採用。」

³³⁸ 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/03/2019）；CEDAW 資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/129>（最後瀏覽日：04/03/2019）。

³³⁹ CEDAW 第28號一般性意見，第9段。

³⁴⁰ Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Foreword. In Michael O'Flaherty and Prafullachandra Natwarlal Bhagwati (2nd Eds.), *Human Rights and the UN: Practice Before the Treaty Bodies*, Brill Academic Publishers, vii (2002).

³⁴¹ 廖福特，前揭註277，頁64-65。

³⁴² 廖福特，前揭註277，頁65-68。



綜合上述，《消除婦女歧視公約》在國際間撒下保護婦女棉密的大網，透過國家內部法律體制的建構，企圖消除所有一切對於婦女的歧視，包含對於婦女的直接歧視或是間接歧視，希望能營造一個對於婦女友善的社會，讓婦女享有和男性同等的機會和權利。

2.5.10. 婦女的近用司法資源權

關於婦女的近用司法資源權問題，第 33 號一般性意見³⁴³對此有特別說明，其主旨 在於處理「婦女的司法救助權」問題，此權利對實現《消除婦女歧視公約》所保護的一切權利非常重要。本號一般性意見表示，司法救助權及下列各項元素是法治和善治的基本要素：司法機關的獨立性、公正性、完整性和公信力；打擊有罪不罰和貪腐的行動；以及婦女平等參與司法和其他法律執行機制。司法救助權有多個維度。其中包括可訴性、可得性、可及性、優良素質、向受害人提供補救措施和司法系統的問責制度³⁴⁴。消除婦女歧視委員會在本號一般性意見中審查締約國有確保婦女獲司法救助的義務，這些義務包括保護婦女不得受任何形式歧視的權利，目的是增強婦女作為個人和作為權利持有人的權能³⁴⁵，亦是保障婦女權利的重要手段之一。

許多國家面臨到婦女難以獲得司法救助的困難，其原因係基於性別刻板印象、污蔑、有害和重男輕女的文化規範而對婦女實行的歧視，以及婦女受害尤深的性別暴力，都對婦女在與男性平等的基礎上獲得司法救助的能力產生不利的影響。此外，針對婦女的歧視因若干交叉因素而更為嚴重，這些因素對某些婦女產生的

³⁴³ 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/03/2019）；CEDAW 資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/230>（最後瀏覽日：04/03/2019）。

³⁴⁴ CEDAW 第 33 號一般性意見，第 1 段。

³⁴⁵ CEDAW 第 33 號一般性意見，第 2 段。



影響在程度或形式上不同於男子和其他婦女所受的影響。交叉或複合歧視的因素可能包括族裔、種族、原住民或少數人身分、膚色、社會經濟地位、種姓制度、語言、宗教或信仰、政治見解、民族本源、婚姻、年齡、城鄉位置、健康狀況、殘疾、財產業權，以及女同性戀者、女雙性戀者、變性婦女或兩性人的身分，這些交叉因素使這些群體的婦女更加難以獲得司法救助的機會³⁴⁶。

因此，本號一般性意見提出所謂的「多元的司法系統」來提升婦女接近使用司法資源權。「多元司法系統」係指在一締約國內，國家法律、法規、程序和決定與宗教、習慣、原住民或社群法律和實踐並存。因此，多元司法系統有多個法律淵源，不論其是正式或非正式法源，還是國家、非國家或混合法源，婦女在尋求行使其司法救助權時都可能遇到。宗教、習慣、原住民和社群司法系統在本一般性意見中稱為「傳統司法系統」，可能得到國家的正式認可，在國家默許下以明確地位或以不具任何明確地位的方式運作，或在國家監管框架之外運作³⁴⁷。另外，也有許多模式可用以使多元司法系統內的做法與《消除婦女歧視公約》相協調，以期盡可能減少法律衝突和保障婦女司法救助權。這些模式包括立法明確界定現有多元司法系統之間的關係，設立國家覆核機制，正式承認和編纂宗教、習慣、原住民、社群和其他系統的法律。締約國和非國家行為體必須共同努力，研究多元司法系統如何能夠加強對婦女權利的保護³⁴⁸。

(接續頁)

³⁴⁶ CEDAW 第 33 號一般性意見，第 8 段。

³⁴⁷ CEDAW 第 33 號一般性意見，第 5 段。

³⁴⁸ CEDAW 第 33 號一般性意見，第 63 段。



關於國家和非國家行為體可以共同努力的方式，本號一般性意見對此有提出一些模式可供參考³⁴⁹：（1）立即採取措施，包括為司法系統人員制定關於《消除婦女歧視公約》和婦女權利的能力建設和培訓方案，確保宗教、習慣、原住民和社群司法系統的規範、程序和實踐與《消除婦女歧視公約》和其他國際人權文書所載的人權標準相協調；（2）立法調整多元司法制度內各機制之間的關係以減少潛在衝突；（3）為防止侵犯婦女人權制定保障措施，規定國家法院或行政機構有權審查多元司法系統各個組成部分的活動，特別是農村法庭和傳統法庭的活動；（4）確保婦女可以作出真正和明智的選擇，決定適用的法律和自行選定審理其主張的法庭；（5）確保婦女可利用法律援助服務，使她們能夠通過聘請合格的本地助人提供法律援助，在各多元司法系統內主張自己的權利；（6）確保婦女在各級平等參與為監測、評價和報告多元司法系統運作情況而設的機構；（7）促進多元司法系統之間的建設性對話和正式聯繫，包括制定資訊共用程序。這些手段或方式值得我過作為借鏡、參考，或許可以讓我們在司法實務上對於婦女的運用司法資源權的保障更為穩固與確實。

³⁴⁹ CEDAW 第 33 號一般性意見，第 64 段。



2.6. 《兒童權利公約》（CRC）

本節以下即從《兒童權利公約》³⁵⁰之角度討論其相關平等權規範，內容上會先簡單介紹什麼是《兒童權利公約》及其背景，接著討論本公約關於平等權與平等原則的意義，也會對於國際人權法上較為特別的不歧視原則作介紹，其內容主要會放在《兒權公約》的條文本身。在掌握《兒權公約》對於平等權與平等原則、不歧視原則的概念之後，即藉由一般性意見進一步討論本公約所著重的各種兒童權利面向的平等權。最後，在前開基礎之上，處理有關本公約對於締約國義務的要求與少年司法上平等權如何實踐的部分。

2.6.1. 概說

《兒童權利公約》（Convention on the Rights of the Child，簡稱 CRC）是一項有關兒童權利的國際公約。由於聯合國相當重視兒童的權利保障，故決議以 1979 年為「國際兒童年」，此時波蘭提議聯合國應訂定一部具有拘束力的公約，以貫徹聯合國保護兒童權利的意旨³⁵¹。因此，聯合國在 1989 年 11 月 20 日的會議上通過該有關議案，1990 年 9 月 2 日生效，《兒權公約》向兒童承諾使其免於暴力、免於歧視與鼓勵參與的成長環境，並使每一位兒童皆有機會發展其自身潛能，以為將來的成年生活預做準備³⁵²。從上開兩個時間點不難發現，《兒權公約》不到一年的時間即正式生效，至目前為止（2019 年），也是締約國家數最多的國際人權公約。因為《兒權公約》具有一定的法律拘束力，公約中所明示的權利，不僅是對於兒童權利保障的宣示，亦能夠透過公約的國際監督機制，即「兒童權利委

³⁵⁰ 以下為求文字簡潔與行文方便，將會以「兒權公約」或「CRC」之簡稱代替之，先予敘明。

³⁵¹ 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 107，頁 160。

³⁵² 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特，前揭註 107，頁 160；人權公約施行監督聯盟網站，<https://covenantswatch.org.tw/un-core-human-rights-treaties/crc/>（最後瀏覽日：04/04/2019）。



員會」，使這些兒童權利能夠確實被締約國履行，並有一定的國際性標準，將使兒童權利之保障更為完善³⁵³。

《兒權公約》與《公政公約》、《經社文公約》及《消除對婦女一切形式歧視公約》一樣，也有任擇議定書（Optional Protocol）這樣的附屬條約，任擇議定書的功能與作用在於促成締約國建立對特定兒童人權議題有效的處理程序，對於落實特定兒童人權議題有很大的幫助，目前《兒權公約》總共有三個任擇議定書。其中，聯合國於2000年通過兩個任擇議定書，分別是《關於兒童捲入武裝衝突問題之兒童權利公約任擇議定書》（Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict）與《關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題之兒童權利公約任擇議定書》（Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography），這兩個任擇議定書皆於2002年正式生效³⁵⁴。

除此之外，過了幾年之後，於2011年聯合國又對於《兒權公約》通過了第三個任擇議定書，其為《關於設定來文程序之兒童權利公約任擇議定書》（Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure），其於2014年正式生效³⁵⁵。這個任擇議定書雖然來得較晚，但它是針對兒童權利的救濟途徑做更細緻地規範，在兒童權利的程序保障上有很大的功用。當然，前兩個任擇議定書即是針對兒童權利保障的實體部分作規範，惟無論如何，這三個任擇議定書皆是增加了《兒權公約》的一些規範與內容，對於兒童權利的保障更是

³⁵³ Marie-Francoise Lucker-Babel, The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child, *The International Journal of Children's Rights*, 3, 391 (1995).

³⁵⁴ 王俊秀（2005），〈環境主權在童：永續發展與世代正義〉，《應用倫理研究通訊》，36期，頁10；兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/27>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

³⁵⁵ 施惠玲、陳竹上、廖宗聖（2015），〈回顧過去，展望未來：兒童權利公約國內法化之社會分析與後續課題〉，《月旦法學雜誌》，240期，頁125。



完整，某種程度也增加了締約國的義務範圍³⁵⁶。

綜合觀察《兒權公約》，其整體架構上，包括序言及五十四個條文、三個任擇議定書與二十三個一般性意見，而《兒權公約》主約本身共可分為四個部分，第一部分即是序言部分，主要是說明《兒權公約》的緣由與背景，當初訂定《兒權公約》的想法係來自《聯合國憲章》、《世界人權宣言》與其他國際人權公約；第二部分是公約的第1條至第41條，這部分主要是在處理公約本身的實體權利，也是最重要的一個部分，而以下條文介紹與一般性意見的來源，主要就是在這個部分；第三部分是公約的第42條至第45條，這部分主要是在處理公約的程序面向，比較重要的會是相關兒童權利委員會與締約國的報告義務的部分；而第四部分是公約的第46條至第54條，也是公約的最後一個部分，主要是在處理關於公約的簽署、批准及生效等與公約本身效力相關的問題³⁵⁷。

此外，如同《公政公約》、《經社文公約》與《消除對婦女一切形式歧視公約》，《兒權公約》也有一般性意見的作成，而且內容上與平等權概念相關的議題還比前三個公約都還要多。《兒童權利公約》中的條文大多是對兒童的權利作原則性或方向性的論述，而聯合國「兒童權利委員會」每隔幾年會針對不同的兒童人權議題舉行會議，在會議中會針對和該議題相關的《兒權公約》條文，進行較細緻的討論、說明與解釋³⁵⁸，並會對締約國在遵守《兒權公約》相關權利議題上提出具體的建議³⁵⁹，誠如前開所述，這些委員會所作成的一般性意見也是聯合國正式的法律文件之一。準此，本節以下即從《兒權公約》的基本條文與一般性

³⁵⁶ 陳隆志（2013），〈聯合國、台灣與國際女孩日〉，《新世紀智庫論壇》，61期，頁7。

³⁵⁷ 謝幸容（2013），《兒童權利公約於東亞之實踐：以締約國國家報告與結論性意見為中心》，頁31-32，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

³⁵⁸ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

³⁵⁹ David Weissbrodt, Joseph C. Hansen, and Nathaniel H. Nesbitt, The Role of the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing International Humanitarian Law, 24 HARV. HUM. RTS. J. 115, 118-26 (2011).

意見作介紹，以探討本公約對於平等權之相關議題³⁶⁰。



2. 6. 2. 平等權與平等原則的意義

《兒權公約》的條文總共有五十四條，然並非所有條文皆與平等權有關，除了前言以外，僅有一個條文涉及到平等權或平等原則³⁶¹。依據《兒權公約》第2條：「1. 締約國應尊重本公約所揭載之權利，確保其管轄範圍內之每一兒童均享有此等權利，不因兒童、父母或法定監護人之種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、族裔或社會背景、財產、身心障礙、出生或其他身分地位之不同而有所歧視。2. 締約國應採取所有適當措施確保兒童得到保護，免於因兒童父母、法定監護人或家庭成員之身分、行為、意見或信念之關係而遭受到一

³⁶⁰ 其實《兒權公約》還有一個部分值得介紹，亦即公約主約本身的「四大基本原則（核心）」，不過本論文所欲討論的方向與範圍是國際人權脈絡中的平等觀，這部分比較屬於《兒權公約》本身更深入的探討，於此即不多作討論。當然，四大基本原則中的第一大原則平等原則，會在本節以下作說明與介紹，其他部分可參閱馬若慈（2014），《論兒童陳述意見之權利：以兒童權利公約為核心》，頁22-37，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；謝幸容，前揭註357，頁32-34。

³⁶¹ 此條文為《兒權公約》第2條。不過本公約之前言部分亦有提及到平等權的概念，惟為聚焦於條文與一般性意見之介紹，於此不就前言部分深入討論，並附上前言部分供讀者參考。《兒權公約》前言：「本公約締約國，考量到聯合國憲章所揭示的原則，體認人類家庭所有成員的固有尊嚴及其平等與不可剝奪的權利，乃是世界自由、正義及和平的基礎；銘記各國人民在聯合國憲章中重申對基本人權與人格尊嚴及價值之信念，並決心在更廣泛之自由中，促進社會進步及提升生活水準；體認到聯合國在世界人權宣言及國際人權公約中宣布並同意，任何人均享有前述宣言及公約所揭示之一切權利與自由，**不因其種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍或社會背景、財產、出生或其他身分地位等而有任何區別**；回顧聯合國在世界人權宣言中宣布：兒童有權享有特別照顧及協助；確信家庭為社會之基本團體，是所有成員特別是兒童成長與福祉之自然環境，故應獲得必要之保護及協助，以充分擔負其於社會上之責任；體認兒童應在幸福、關愛與理解氣氛之家庭環境中成長，使其人格充分而和諧地發展；考量到應充分培養兒童使其可在社會上獨立生活，並在聯合國憲章所揭載理想之精神，特別是和平、尊嚴、寬容、自由、平等與團結之精神下獲得養育成長；銘記一九二四年之日內瓦兒童權利宣言，與聯合國大會於一九五九年十一月二十日通過之兒童權利宣言揭示兒童應獲得特別照顧之必要性，並經世界人權宣言、公民與政治權利國際公約(特別是第23條及第24條) 經濟社會文化權利國際公約(特別是第10條)，以及與兒童福利相關之各專門機構及國際組織之章程及有關文書所確認；銘記兒童權利宣言中所揭示：「兒童因身心尚未成熟，因此其出生前與出生後均需獲得特別之保護及照顧，包括適當之法律保護」；回顧「關於兒童保護和兒童福利、特別是國內和國際寄養和收養辦法的社會和法律原則宣言」、「聯合國少年司法最低限度標準規則」（北京規則）以及「在非常狀態和武裝衝突中保護婦女和兒童宣言」之規定，體認到世界各國皆有生活在極端困難情況之兒童，對這些兒童需要給予特別之考量；適度斟酌每一民族之傳統與文化價值對兒童之保護及和諧發展的重要性，體認國際合作對於改善每一國家，特別是發展中國家兒童生活條件之重要性。」（粗體字為筆者所加）。



切形式之歧視或懲罰。」本條共有兩項，皆有涉及到平等權或平等原則的概念，其中關於第1項，係在要求締約國應確保其國內每一個兒童均享有本公約所揭示之權利，不得因兒童、父母或法定監護人之種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、族裔或社會背景、財產、身心障礙、出生或其他身分地位之不同而有所差別待遇。

本條第2項的部分，係在要求締約國能夠確實保護到兒童的權利，不使其受到父母、法定監護人或家庭成員之身分、行為、意見或信念之關係而遭受到一切形式之歧視或懲罰。綜合觀察本條第1項與第2項，其目的都在規範締約國須遵守平等原則，以保障及確保其國內兒童之權利能夠不受到任何差別待遇或歧視。不過，本文認為本條第1項與第2項的規範方式有所不同，第1項是採取積極的規範方式，係要求締約國能夠確保兒童能夠平等地享有本公約的一切權利，屬於內部規範的角度切入思考；而第2項則是採取消極的規範方式，同樣是要求締約國保障兒童的具有本公約之一切權利，惟切入的面向較為不同，是從外部的觀點思考，使兒童能夠不受任何一切歧視或懲罰。惟無論如何，本條乃為兒童享有《兒權公約》平等權保障與不歧視原則之規定，締約國於法律或行政措施上，皆不得違反本條項之意旨，以確保兒童權利能夠受到完善的保障。

2. 6. 3. 不歧視原則

關於《兒權公約》的「不歧視原則」，《兒權公約》並不像前開《公政公約》與《經社文公約》一樣，有專門的條文內容與一般性意見作特別說明，由於兒童權利涉及到不歧視原則這個問題的層面很廣泛，因此，「不歧視原則」展現在《兒權公約》中，反而是散見在各種權利面向與一般性意見當中。對此，本文以下即針對各種不同的兒童權利面向，採取一一說明不歧視原則如何適用在各種兒童權



利的方式，以達到「不歧視原則」的類型化與多元性的效果³⁶²。

2.6.3.1. 執行公約的一般性措施

關於執行公約的一般性措施，第 5 號一般性意見³⁶³對此有特別說明，其作成於 2003 年的第三十四屆會議，其主旨位於處理「執行《兒童權利公約》的一般措施」之問題，而此問題涉及到平等權議題的條文主要也是本公約第 2 條³⁶⁴。本號一般性意見表示，就《兒權公約》而言，各締約國的作用就是履行其對每一兒童所承擔明確的法律義務。確實落實兒童人權，絕對不是一項慈善工作，在對兒童施恩，而是整個國家政府、立法和司法機構必須具備保障兒童權利的觀點，方可全面而有效地執行《兒權公約》之意旨³⁶⁵，並確保締約國內兒童之權利能夠獲得保障。對於不歧視原則的部分，締約國有義務尊重《兒權公約》所載明之權利，並確保其管轄範圍內的每一兒童均享受此種權利，不應有任何差別待遇。締約國要履行這項關於無差別的義務，必須積極確定和實現其權利可能需要採取特別措施的兒童個人和兒童群體³⁶⁶，並有效地執行一切保障措施。而要解決差別待遇問題，本號一般性意見認為需要在立法、行政和資源配置方面進行改革，及採取教育措施來改變國家和人民的態度。應強調的是，使用平等權享有權利的無差別待遇原則，並非指待遇相等，「人權事務委員會」的第 18 號一般性意見³⁶⁷，認為應採取特別措施的重要性，以減少或消除造成差別待遇的條件³⁶⁸，亦即，《兒權公約》同樣係採取「實質平等」的觀點。

³⁶² 部分兒童權利類型的「不歧視原則」，因為同時涉及到其他權利面向而不好分類。因此，筆者決定針對該種特別兒童權利類型另開小節說明，詳參閱本論文 2.6.4.、2.6.5.、2.6.6.、2.6.7. 及 2.6.8.。

³⁶³ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/134>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

³⁶⁴ 同前揭註 384。

³⁶⁵ CRC 第 5 號一般性意見，第 12 段。

³⁶⁶ CRC 第 5 號一般性意見，第 12 段。

³⁶⁷ 關於 ICCPR 第 18 號一般性意見的說明與討論，詳參閱本論文 2.3.3.。

³⁶⁸ CRC 第 5 號一般性意見，第 12 段。



2.6.3.2. 兒童最佳利益

關於何謂兒童最佳利益及如何促進的問題，第 14 號一般性意見³⁶⁹對此有特別說明，其作成於 2013 年的第六十二屆會議，其主旨旨在於闡釋「兒童最佳利益」之內涵及範圍，亦即，兒童將自身的最大利益列為一種首要考慮的權利，其所涉及到的條文是《兒權公約》第 3 條³⁷⁰，不過其涉及的範圍極其廣泛，這邊當然主要是針對平等權相關的議題作討論，因此，當然也是離不開本公約第 2 條³⁷¹的範疇。本號一般性意見認為，不歧視原則的要求並不是一種消極的義務，締約國不僅在享有《兒權公約》所明示權利方面禁止一切形式的歧視，且須事先採取適當措施，確保所有兒童都確實地平等享有《兒權公約》所明示權利的機會，此即須要採取旨在糾正現實不平等境況的積極平權措施³⁷²。

2.6.3.3. 對於兒童權利有害的措施

關於何謂對兒童權利有害的措施及如何防免的問題，第 18 號一般性意見³⁷³對此有特別說明，其作成於 2014 年，其主旨旨在於處理「對於兒童權利有害的措施」之問題，本號一般性意見係結合消除對婦女歧視委員會第 31 號³⁷⁴一般性意見以及兒童權利委員會關於有害做法的討論而作成，除了對於何種措施為「有害」作一

³⁶⁹ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/140>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

³⁷⁰ 《兒權公約》第 3 條：「1.所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應以兒童最佳利益為優先考量。2.締約國承諾為確保兒童福祉所必要之保護與照顧，應考量其父母、法定監護人或其他對其負有法律責任者之權利及義務，並採取一切適當之立法及行政措施達成之。3.締約國應確保負責照顧與保護兒童之機構、服務與設施符合主管機關所訂之標準，特別在安全、保健、工作人員數量與資格及有效監督等方面。」

³⁷¹ 同前揭註 384。

³⁷² CRC 第 14 號一般性意見，第 41 段。

³⁷³ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/266>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

³⁷⁴ 行政院性別平等會網站，<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>（最後瀏覽日：04/04/2019）；CEDAW 資訊網網站，<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/217>（最後瀏覽日：04/04/2019）。



般性的定義與闡釋外，亦特別強調平等權的保障與不受歧視原則的重要性，目的是要在有可能發生有害措施的情形下，保障兒童的權利，不因其受到任何的歧視而使有害結果加劇。

若從受到歧視面向的角度觀之，有害兒童權利的基礎往往是基於性、性別、年齡和其他理由的歧視，此種歧視會借助各種社會文化及宗教習俗和價值觀，以及涉及某些弱勢婦女和兒童群體的錯誤觀念為其合理化找藉口³⁷⁵。因此，有害行為的方式通常和各種嚴重的暴力形式相關或其本身就是暴力侵害婦女和兒童的方式。而許多其他有害的行為也被認定為有害做法，它們與社會構建的性別角色和父權關係制度聯繫密切而又使其得到強化，有時反映了對於某些弱勢婦女和兒童群體，甚至包括殘疾人士和白化病人的不利觀念或歧視性信念³⁷⁶。此外，世界各地越來越多的婦女和兒童為了符合關於身體的社會規範或價值觀，而非出於醫療或健康的目的接受醫療或整形手術，很多人迫於壓力為時尚而瘦身，因而導致飲食和健康問題氾濫³⁷⁷。

有害做法或行為的判斷標準，如果僅就歧視面向而言，本號一般性意見認為，若構成對婦女或兒童的歧視並導致其作為個人或群體受到不利影響因而有害，包括身體、心理、經濟和社會傷害或暴力以及對其充分參與社會或發展並實現全部潛能的限制以及基於性、性別、年齡和其他交叉因素延續男性主導和婦女兒童不

³⁷⁵ CRC 第 18 號一般性意見，第 6 段。

³⁷⁶ CRC 第 18 號一般性意見，第 8 段。

³⁷⁷ 這樣的想法讓筆者想到化妝和整容手術非常盛行的南韓，雖然時常從新聞媒體上看到南韓明星注重外表化妝或因整容而看起來很漂亮，但其實這樣的結果卻是來自於南韓嚴重父權思想下的產物。南韓這樣的社會氛圍或觀念造成女性只要出門就必須要漂漂亮亮的，殊不知那是出自非志願的化妝或整容手術而來，而這些化妝和整容手術是受父權思想下的社會規範或價值觀影響，這樣的現象即是因為有歧視的社會觀念所形成的有害行為。詳參閱紐約時報 (11/28/2018)，〈在整容和化妝盛行的韓國，她們渴望改變〉，

https://cn.nytimes.com/business/20181128/south-korea-makeup-plastic-surgery-free-the-corset/zh-hant/?fbclid=IwAR28TUWJu76sAsR_p5p8vZlRnEfChEIwpO5DilQTpRPfVi1yNJAtpBGrvgk (最後瀏覽日：04/04/2019)。



平等的各種社會規範所規定或固守的傳統的、重新出現或新出現的做法，這些做法或行為將被視為是有害的³⁷⁸。然而，本號一般性意見亦指出，有害做法的原因是多面向的，包括基於性和性別的角色定型觀念、對性別的優劣假定、控制婦女和女童身體和性欲的企圖、社會不平等以及男性主導權力結構的普遍流行，這些社會規範或觀念所帶有的歧視性，將會成為有害做法和行為³⁷⁹。

為了有效排除與打擊上開有害做法和行為，本號一般性意見提供了許多解決辦法和方式，以回應這些有害做法和行為，首先，必須對這樣的整體政策進行主流化以及橫向和縱向的協調並納入國家防止和解決一切形式有害做法的工作組織中。橫向協調需要部門間組織，包括基於、衛生、司法、社會福利、執法、移民和庇護、通信和媒體等。而縱向協調要求地方、區域和國家各級行動者之間以及與傳統和宗教事務主管部門之間的組織。若要實現並促成這整個過程，應考慮與所有相關的利益攸關方合作，將這一責任委託給某個現有的或專門成立的機關或組織³⁸⁰。次之，執行任何整體政策都須要提供充分的組織、人力、技術和財務資源，以及適當的措施和工具，如法規、政策、計畫和預算。此外，締約國還有義務確保配備獨立的監測機關與制度，以跟蹤並保護婦女兒童免於受到有害做法和實現其權利方面的進展³⁸¹。末者，各類其他利益關係方也必須參與旨在消除有害做法的政策，包括獨立的國家人權機關、衛生、教育和執法專業人員、民間社會，以及從事這些做法的專門人員，私人機構亦應包括於其內³⁸²。

³⁷⁸ CRC 第 18 號一般性意見，第 15 段。

³⁷⁹ CRC 第 18 號一般性意見，第 16 段。

³⁸⁰ CRC 第 18 號一般性意見，第 33 段。

³⁸¹ CRC 第 18 號一般性意見，第 34 段。

³⁸² CRC 第 18 號一般性意見，第 35 段。



2.6.4. 愛滋病兒童的平等權

關於愛滋病兒童的平等權保障問題，第3號一般性意見³⁸³對此有特別說明，其作成於2003年的第三十二屆會議，其主旨旨在處理「愛滋病與兒童權利」之間問題，此問題所涉及本公約的條文，遍及各個條文之中，並沒有專門一條在處理愛滋病與兒童權利的問題，而此問題涉及到平等權相關的條文即是本公約第2條³⁸⁴。本號一般性意見指出愛滋病毒與愛滋病的流行澈底改變了兒童生活的世界。數百萬兒童已受到感染並死亡，且隨著愛滋病毒在家庭和社區中的傳播，更多的兒童受到嚴重影響。此流行病對年幼兒童的日常生活造成了嚴重的影響，使兒童尤其是生活困難的兒童日益成為受害者和被邊緣化³⁸⁵。

在上開情形下，若還有發生歧視染病的兒童情況時，此種歧視將造成兒童感染愛滋病毒和愛滋病的脆弱性上升，嚴重地影響著受愛滋病影響、或者自身是愛滋病毒感染者的兒童的生活，使其地位更加弱化。歧視所造成的結果不僅如此，也會造成其他歧視的副作用（side effect），諸如：染病的兒童很可能被剝奪獲得資訊、教育、健康、社會照料服務、或者社區生活。在一些極端的情況下，對感染愛滋病毒兒童的歧視，將會造成他們被家庭、社區或社會遺棄。因為歧視，某種程度也助長了此種流行病，使兒童特別是某些群體的兒童，如生活在偏遠或農村地區不易獲得服務的兒童，更容易被感染³⁸⁶。因此，這些染病的兒童成為雙重的愛滋病受害者。

³⁸³ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/116>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

³⁸⁴ 《兒權公約》第2條：「1.締約國應尊重本公約所揭載之權利，確保其管轄範圍內之每一兒童均享有此等權利，不因兒童、父母或法定監護人之種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、國籍、族裔或社會背景、財產、身心障礙、出生或其他身分地位之不同而有所歧視。2.締約國應採取所有適當措施確保兒童得到保護，免於因兒童父母、法定監護人或家庭成員之身分、行為、意見或信念之關係而遭受到一切形式之歧視或懲罰。」

³⁸⁵ CRC 第3號一般性意見，第1段。

³⁸⁶ CRC 第3號一般性意見，第5段。



從而，本號一般性意見認為締約國應採取一些措施以面對此種愛滋病流行全球的情況，要求締約國制定法律、政策、戰略和作法以解決導致此流行病的影響擴大的所有形式的歧視³⁸⁷。這些措施也應促進明確旨在改變與愛滋病毒與愛滋病相關的歧視和恥辱的教育和培訓計畫。此外，締約國應審查現有法律並制訂新的立法，以實施《兒權公約》第 2 條³⁸⁸的規定³⁸⁹，特別是明確禁止基於實質上或任何形式的愛滋病毒與愛滋病狀況的歧視，並確保所有兒童能夠平等地獲得一切有關服務和措施。

2.6.5. 身心障礙兒童的平等權

關於身心障礙兒童的平等權保障問題，第 9 號一般性意見³⁹⁰對此有特別說明，其作成於 2006 年的第四十三屆會議，其主旨位於處理「身心障礙兒童的權利」之問題，而本號一般性意見涉及平等權概念的條文也是《兒權公約》第 2 條³⁹¹。本號一般性意見指出，本公約第 2 條³⁹²明確提及禁止基於殘疾的一切歧視行為，這可以歸因於殘疾兒童是屬於最脆弱的兒童群體之一，這些歧視現象發生在殘疾兒童的生活和發展的各個方面³⁹³。舉例而言，社會的歧視和成見造成他們被邊際化或受到排斥，如果這些歧視到達在身體上和精神上侵害殘疾兒童的程度，甚至可能威脅他們的生存與發展。此外，在提供社會服務方面的歧視使他們被排斥在教育系統之外，並使他們沒有機會獲得實質的衛生保健和社會服務。倘若他們缺乏適當的教育和職業培訓，很可能使他們將來得不到適當的工作機會。社會成見、恐懼、過度保護、負面態度、以及對殘疾兒童既有的偏見，在許多社會層面仍然

³⁸⁷ CRC 第 3 號一般性意見，第 36 段。

³⁸⁸ 同前揭註 384。

³⁸⁹ CRC 第 3 號一般性意見，第 36 段。

³⁹⁰ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/139>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

³⁹¹ 同前揭註 384。

³⁹² 同前揭註 384。

³⁹³ CRC 第 9 號一般性意見，第 8 段。



常見，將致使殘疾兒童被邊際化和異化³⁹⁴。

準此，本號一般性意見認為締約國應採取一切積極措施，並避免上開種種歧視現象，例如：在關於不歧視的憲法規定中，明確禁止以殘疾為由的歧視，及在禁止歧視的專門法律或命令規定中，具體禁止基於殘疾的歧視；為殘疾兒童權利受到侵害的情況提供有效的補救辦法和措施，並確保這些補救辦法和措施有多元的接觸途徑，使這些殘疾兒童及其父母和扶養殘疾兒童的其他人易於使用；針對所有公眾和具體的專業人員群體進行宣傳或教育活動，以防止和消除對殘疾兒童事實上的歧視行為³⁹⁵。另外，本號一般性意見亦指出，殘疾女孩由於性別歧視而往往更加容易受到歧視，此即多重歧視的典型情況。在此方面，締約國應特別重視殘疾的女童，並採取必要措施，在必要時採取額外的措施和協助，確保她們受到很好的保護，有適當機會使用所有服務，並全面融入社會³⁹⁶。

2. 6. 6. 原住民兒童的平等權

關於原住民兒童的平等權保障問題，第 11 號一般性意見³⁹⁷對此有特別說明，其作成於 2009 年的第五十屆會議，其主旨 在於處理「原住民兒童及其在《兒童權利公約》下的權利」之問題，而本號一般性意見涉及平等權概念的條文也是《兒童權利公約》第 2 條³⁹⁸。本號一般性意見在第 23 段表示，原住民兒童有不可剝奪的免於遭受歧視的權利。為有效保護兒童免遭歧視，締約國有義務確保不歧視原則在國內所有立法中都得到了實現並可通過行政機關直接加以實行與司法機關加以適當監督，並應有有效、即時和便利的補救措施或辦法。委員會強調，締約國的義

³⁹⁴ CRC 第 9 號一般性意見，第 8 段。

³⁹⁵ CRC 第 9 號一般性意見，第 9 段。

³⁹⁶ CRC 第 9 號一般性意見，第 10 段。

³⁹⁷ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/143>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

³⁹⁸ 同前揭註 384。



務不僅面向公眾與公共利益，且亦應面向私營部門或機構³⁹⁹。而本公約第 2 條⁴⁰⁰所謂不歧視義務係要求締約國應積極調查，有哪些兒童個人和兒童群體，對於實現其權利需要採取特別措施。例如，委員會特別強調，對於資料收集需加以分類，俾確認歧視或潛在歧視之實際。解決歧視問題可能進一步要求在立法、行政或資源配置方面作出調整，亦需採取適當的教育措施，澈底改變當局與人民的態度⁴⁰¹。此外，本號一般性意見在第 29 段亦提到，締約國在設計特別措施時，應考慮可能面臨多重歧視的原住民兒童的需要，亦應考慮到鄉村和城市原住民兒童的不同情況。且對女童應給予特別注意，以確保她們與男童能夠平等地享有自己的權利。締約國還應確保，特別措施的實踐，必須能夠完整地保障原住民兒童的權利⁴⁰²。

2.6.7. 街頭流浪兒童的平等權

關於街頭流浪兒童的平等權保障問題，第 21 號一般性意見⁴⁰³對此有特別說明，其作成於 2017 年，其主旨位於處理「街頭流浪兒童的權利」之間題，本號一般性意見的目的即在於，闡明締約國有義務在關於街頭流浪兒童的政策和措施中採用基於保障兒童權利的方法；為各締約國採用整體性和基於兒童權利的方法提供全面性與權威性的指導，以防止兒童遭受侵權行為或因缺乏選擇，導致其不得不在街頭生存和發展；促進和保護已經流落街頭的兒童的權利，確保能夠持續照料和幫助他們充分發揮自身的發展和潛力；找出《兒權公約》中特定條款對街頭流浪兒童的定義，以促進對他們作為權利主體和完整公民的尊重，並使人民更多地瞭解兒童與街頭的關係⁴⁰⁴。

³⁹⁹ CRC 第 11 號一般性意見，第 23 段。

⁴⁰⁰ 同前揭註 384。

⁴⁰¹ CRC 第 11 號一般性意見，第 24 段。

⁴⁰² CRC 第 11 號一般性意見，第 29 段；《殘疾人權利公約》序言；《聯合國土著人民權利宣言》，A/RES/61/295, 第 21、22 條。

⁴⁰³ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/272>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

⁴⁰⁴ CRC 第 21 號一般性意見，第 9 段。



流浪兒童涉及到平等權概念的條文，仍然還是要回到《兒權公約》第2條⁴⁰⁵的不歧視原則。本號一般性意見認為，「歧視」是兒童最終淪落街頭的主要原因之一。若兒童有與街頭的聯繫，很可能是因社會出身、財產、出生或其他身分而受到歧視，造成其終生消極的結果。而歧視的態樣，本號一般性意見認為包括「直接歧視」和「間接歧視」⁴⁰⁶，造成直接歧視很可能的方式，如以不相稱的政策方法「解決無家可歸的問題」，或採用鎮壓措施防止乞討、遊蕩、流浪、離家出走或生存行為。亦包括員警拒絕認真對待街頭流浪兒童報告的竊盜或暴力等犯罪行為；青少年司法制度中的歧視性待遇⁴⁰⁷；社會工作者、教師和醫療保健專業人員拒絕與街頭流浪兒童打交道；在學校受到同學和老師的騷擾、羞辱和欺凌等。而造成「間接歧視」很可能的方式，如使流浪兒同被排除在國家的基本服務之外的政策，像是就醫或受教育時要求付錢或提供身分證件。縱使街頭流浪兒童沒有被排斥在國家的基本服務之外，他們也有可能在這種社會系統內受到孤立或隔離⁴⁰⁸。

從而，為了杜絕上開種種歧視情形，保障流浪兒童的權利，本號一般性意見認為，締約國應正式消除歧視，確保締約國內的憲法、法律和政策不歧視兒童淪落街頭的情況，並從實質上充分重視街頭流浪兒童作為一個群體遭受長久偏見，並積極採取平權行動⁴⁰⁹。具體的做法，如為加速或事實上實現街頭流浪兒童平等的臨時特別措施，不應當具有歧視性。締約國應確保街頭流浪兒童在法律面前一律平等；禁止由於淪落街頭而造成的所有歧視，並糾正煽動歧視和一切騷擾甚至暴力行為⁴¹⁰。其次，締約國還應提高專業人員、私營部門和公眾對街頭流浪兒童的經歷和權利的認識，其目的在於積極轉變態度。締約國應支持由街頭流浪兒

⁴⁰⁵ 同前揭註384。

⁴⁰⁶ CRC第21號一般性意見，第26段。本號一般性意見會有這樣的想法係來自ICESCR第20號一般性意見，詳參閱本論文2.4.3。

⁴⁰⁷ 這部分涉及到「少年司法」的制度問題，詳參閱CRC第10號一般性意見，本論文2.6.10.。

⁴⁰⁸ CRC第21號一般性意見，第26段。

⁴⁰⁹ CRC第21號一般性意見，第27段。

⁴¹⁰ CRC第21號一般性意見，第27段。



童牽頭或參與的創造性藝術、文化或體育方案，透過相互對話和互動方式，說明流浪兒童與專業人員、社區及社會大眾之關係與聯繫，消除彼此間之誤解和打破壁壘⁴¹¹。末者，締約國應基於兒童權利方法，得藉由出版、廣播和公共媒體來傳播和擴大宣傳和消除汙名化方面的資訊和脈絡。公眾對街頭流浪兒童所犯罪行的恐懼往往被媒體扭曲誤解，致使與真實不符。因此，締約國應積極鼓勵媒體使用準確的資料和證據，並符合兒童的保護標準，以保障兒童的人性尊嚴、人身安全和心理健康⁴¹²。

2.6.8. 國際移民兒童的平等權

關於國際移民兒童的平等權保障問題，第 22 號一般性意見⁴¹³對此有特別說明，其作成於 2017 年，其主旨旨在處理「國際移民脈絡下的兒童權利」之問題，然而，關於國際移民的問題非常複雜，涉及到的法律問題非常廣泛。因此，本號一般性意見認為此問題應與《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》第 4 號一般性意見⁴¹⁴一併參閱⁴¹⁵。一般而言，在國際移民的背景之下，這樣的兒童可能會具有「雙重脆弱性」，因為他/她們不僅是兒童，而且還是受移民影響的兒童，其所受的歧視的機會較一般兒童為大，層面也較為廣⁴¹⁶。此問題涉及到平等權的概念，也是必須回到《兒權公約》第 2 條⁴¹⁷，不過這裡必須併同參照《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》第 1 條⁴¹⁸和第 7 條⁴¹⁹之規定，始能完整了解與掌握。

⁴¹¹ CRC 第 21 號一般性意見，第 27 段。

⁴¹² CRC 第 21 號一般性意見，第 27 段。

⁴¹³ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/311>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

⁴¹⁴ 人權公約施行監督聯盟網站 <https://covenantswatch.org.tw/un-core-human-rights-treaties/icmw/>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

⁴¹⁵ CRC 第 22 號一般性意見，第 1 段。

⁴¹⁶ CRC 第 22 號一般性意見，第 3 段。

⁴¹⁷ 同前揭註 384。

⁴¹⁸ 《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》第 1 條：「1.本公約，除此後另有規定外，適用於所有移徙工人及其家庭成員，不分性別、種族、膚色、語言、宗教或信念、政治見解或其他意見、民族、族裔或社會根源、國籍、年齡、經濟地位、財產、婚姻狀況、出生或其他身分地



其概念與全貌。

本號一般性意見認為，參與國際移民或受其影響的所有兒童都有權享有自己的權利，無論兒童或其父母、監護人或家庭成員的年齡、性別、性別認同或性取向、族裔或國籍、殘疾、宗教、經濟狀況、移民身份或證件狀況、無國籍狀態、種族、膚色、婚姻或家庭狀況、健康狀況或其他社會狀況、活動、表達的意見或信仰⁴²⁰。「不歧視原則」完全適用於每一名兒童及其父母，不因流動理由、兒童是否有人陪伴、處於流動狀態或以其他形式定居、有無證件或其他任何身分而有所不同⁴²¹。此外，不歧視原則應被置於所有移民政策和法律中，包括邊境管控措施的中心位置，無論移民兒童或其父母的移民身分。對移民的任何差別待遇均應是合法且合理的，亦要求出於追求合法目的，並符合兒童的最大利益及國際人權準則和標準。同樣的，締約國應確保移民兒童及其家庭融入接收國社會，與國民平等地享有人權並獲得服務⁴²²。

為落實保障國際移民兒童之平等權，使其不致遭受歧視而產生不利於己之結果，本號一般性意見認為締約國應採取適當措施，消除基於任何理由的歧視，防止兒童在整個移民過程中，包括在原籍國時和返回原籍國後，因為其移民身份，遭受多重和交叉形式的歧視。而這些適當措施，包括締約國應加強努力，消除仇外心理、種族主義和歧視，並採取一切適當措施，消除這類觀念和做法，收集和傳播這方面的準確和可靠的最新資料和資訊。並應執行各種措施或方案，增加人

位等任何區別。2.本公約適用於所有移徙工人及其家庭成員的整個移徙過程，包括準備移徙、離開、過境和整個逗留期間，在就業國的有報酬活動以及回返原籍國或慣常居住國。」

⁴¹⁹ 《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》第7條：「締約國依照關於人權的各項國際文件，承擔尊重並確保所有在其境內或受其管轄的移徙工人及其家庭成員，享有本公約所規定的權利，不分性別、種族、膚色、語言、宗教或信念、政治見解或其他意見、民族、族裔或社會根源、國籍、年齡、經濟地位、財產、婚姻狀況、出生或其他身分地位等任何區別。」

⁴²⁰ CRC 第 22 號一般性意見，第 21 段。

⁴²¹ CRC 第 22 號一般性意見，第 21 段。

⁴²² CRC 第 22 號一般性意見，第 22 段。



民關於移民的知識，消除對移民的負面看法，以期保護受國際移民影響的兒童及其家人免於遭受暴力、歧視、騷擾和欺凌⁴²³。

對於不同性別兒童而言，締約國應就移民政策和方案對所有性別兒童的具體影響進行可靠的性別分析。締約國應審查和修訂法律，或任何措施中涉及到移民方面的性別歧視限制，以避免性別歧視的情況發生⁴²⁴。除此之外，本號一般性意見亦認為，倘若只解決法律上的歧視未必會確保事實上的平等。因此，締約國應採取積極平權措施，預防、減少和消除對具國際移民背景兒童造成事實上的歧視或致使這種歧視長久存在的情況和觀念。甚至，締約國可採行系統性地記錄機制，實際觀察國內是否有歧視具國際移民背景兒童與其家人的事件，並適當和確實地調查和懲處這樣的行為⁴²⁵。

2. 6. 9. 締約國的義務

關於《兒權公約》所要求締約國的義務部分，誠如前開所述，兒童權利的範圍過於廣泛，《兒權公約》為確實完善保障兒童權利，要求締約國應履行的義務有許多，且亦散見於各種兒童權利面向與一般性意見當中，部分《兒權公約》的締約國義務由於類型化的區分方式，已於前面特別說明，以下即不再多作討論，僅以前開尚未說明的締約國義務部分作說明與討論。

⁴²³ CRC 第 22 號一般性意見，第 23 段。

⁴²⁴ CRC 第 22 號一般性意見，第 24 段。

⁴²⁵ CRC 第 22 號一般性意見，第 26 段。



2.6.9.1. 幼兒時期的兒童權利落實

關於幼兒時期的兒童權利如何落實的問題，第 7 號一般性意見⁴²⁶對此有特別說明，其作成於 2006 年的四十屆會議，其主旨位於處理「在幼兒期落實兒童權利」之問題，而本號一般性意見涉及平等權概念的條文也是《兒權公約》第 2 條⁴²⁷。本號一般性意見指出，依《兒權公約》第 2 條⁴²⁸之意旨，關於幼兒時期的兒童權利不受歧視，係指不得基於任何理由對一般幼兒實現歧視或不得對特定群體幼兒實行歧視。

這些歧視的類型大致上可能有下列幾種，包括對女童所為的性別歧視，這種歧視會影響到女童的生存及其年輕生命的各個方面，同時也限制了女童對社會作積極貢獻的能力；對有身心障礙兒童的歧視會減少此種兒童生存的可能性並降低其生活質量；對感染愛滋病毒與愛滋病或受愛滋病毒與愛滋病影響的兒童的歧視，會使他們失去最需要的社會照顧和支援；與種族、階級或種姓、個人情況和生活方式或（兒童或其父母的）政治見解和宗教信仰有關的歧視，會使兒童無法充分參與社會並間接導致其無法社會化，使其失去使用社會資源的機會；同時遭受多種歧視（例如：與種族、社會和文化地位、性別或身心障礙有關的歧視）的幼兒尤其面臨著嚴重威脅，影響其生存和生活的能力⁴²⁹；幼兒還可能因其父母遭受歧視而受害，例如：非婚生幼兒或兒童在偏離傳統價值觀的情形中出生的兒童，或父母是難民或尋求庇護者的幼兒或兒童，可能因此而受到更不利於己的影響⁴³⁰。

⁴²⁶ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/136>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

⁴²⁷ 同前揭註 384。

⁴²⁸ 同前揭註 294。

⁴²⁹ CRC 第 7 號一般性意見，第 11 段。

⁴³⁰ CRC 第 7 號一般性意見，第 12 段。



從而，本號一般性意見認為，締約國有責任監測並排除上開種種歧視的現象，不論它以何種形式、在何處（例如：家庭、社區、學校或其他機構中）出現。此外，監測只是第一步，委員會並鼓勵締約國具體監測有助於幼兒生存和成長的高品質服務的提供和利用情況，及其他具體可採用有系統地收集資料資料的做法。這些資料得按與兒童和家庭背景及狀況相關的主要變數加以分類，並採取立法或行政措施，確保所有兒童都能有機會利用現有服務⁴³¹。

2.6.9.2. 兒童健康權的促進

關於兒童健康權的促進問題，第 15 號一般性意見⁴³²對此有特別說明，其作成於 2013 年，其主旨位於闡釋「兒童健康」之內涵與範圍及其促進問題，亦即，關於兒童享有可達到的最高標準健康的權利問題，其所涉及到的條文乃為《兒權公約》第 24 條⁴³³，不過，其涉及的範圍極其廣泛，這裡當然主要是針對平等權相關的議題作討論，因此，當然也是離不開本公約第 2 條⁴³⁴的範疇。本號一般性意見認為，兒童健康倘若被侵害是一個造成脆弱性的重要因素。因此，為充分落實所有兒童的健康權，締約國有義務確保兒童健康不因受歧視而遭到破壞。又，基於性別的歧視更是無所不在，國家若不正視並設法處理，恐將造成一系列不利益兒

⁴³¹ CRC 第 7 號一般性意見，第 12 段。

⁴³² 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/146>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

⁴³³ 《兒權公約》第 24 條：「1.締約國確認兒童有權享有最高可達水準之健康與促進疾病治療以及恢復健康之權利。締約國應努力確保所有兒童享有健康照護服務之權利不遭受剝奪。2.締約國應致力於充分執行此權利，並應特別針對下列事項採取適當之措施：(a)降低嬰幼兒之死亡率；(b)確保提供所有兒童必須之醫療協助及健康照顧，並強調基礎健康照顧之發展；(c)消除疾病與營養不良的現象，包括在基礎健康照顧之架構下運用現行技術，以及透過提供適當營養食物及清潔之飲用水，並應考量環境污染之危險與風險；(d)確保母親得到適當的產前及產後健康照顧；(e)確保社會各階層，尤其是父母及兒童，獲得有關兒童健康與營養、母乳育嬰之優點、個人與環境衛生以及防止意外事故之基本知識之教育並協助該等知識之運用；(f)發展預防健康照顧、針對父母與家庭計畫教育及服務之指導方針。3.締約國應致力採取所有有效及適當之措施，以革除對兒童健康有害之傳統習俗。4.締約國承諾促進並鼓勵國際合作，以期逐步完全實現本條之權利。就此，尤應特別考慮發展中國家之需要。」

⁴³⁴ 同前揭註 384。



童之嚴重後果⁴³⁵。對此，本號一般性意見認為，締約國應關注女童和男童個別不同的需求，以及男童和女童的健康和成長所涉及以性別為轉移的社會規範和價值觀的影響。此外，亦須注意根植於傳統、歷史和習俗與損害女童和男童健康權的那些基於性別的有害行為慣習和準則⁴³⁶。

締約國在國家政策方面，應著眼於所有涉及兒童健康的措施和方案，並應立足於一種廣泛的性別平等方針，保障年輕女性全面參與政治並賦予社會和經濟權力；亦須承認其性衛生和生殖衛生方面的權利平等；也有同等機會獲得資訊、教育、司法和安全，包括消除一切形式性暴力和基於性別的暴力⁴³⁷。此外，仍須注意「多重歧視」的問題，對於處境不利和服務不足地區的兒童，更應努力落實健康權的重點⁴³⁸。締約國應該在國家所有層級的機關，於確定造成兒童易受損害的情況或造成某些群體兒童處境不利的各種因素設法處理或排除之。在制定兒童健康方面的法律、規章、政策、措施和服務的過程中應針對這些涉及到兒童權利的因素，努力爭取實現實質的平等⁴³⁹。

2.6.9.3. 兒童休閒權的保障

關於兒童休閒權的保障問題，第 17 號一般性意見⁴⁴⁰對此有特別說明，其作成於 2013 年，其主旨位於處理「兒童休閒權」之問題，亦即，關於兒童享有休息和閒暇、從事遊戲和娛樂活動、參加文化生活和藝術活動的權利，其所涉及到的條文為《兒權公約》第 31 條⁴⁴¹。不過，其涉及的範圍極其廣泛，這裡當然主要是針

⁴³⁵ CRC 第 15 號一般性意見，第 8 段。

⁴³⁶ CRC 第 15 號一般性意見，第 9 段。

⁴³⁷ CRC 第 15 號一般性意見，第 10 段與第 17 段。

⁴³⁸ CRC 第 15 號一般性意見，第 8 段。

⁴³⁹ CRC 第 15 號一般性意見，第 11 段。

⁴⁴⁰ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/148>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

⁴⁴¹ 《兒權公約》第 31 條：「1. 締約國承認兒童享有休息及休閒之權利；有從事適合其年齡之遊戲



對平等權相關的議題作討論，因此，當然也是離不開本公約第 2 條⁴⁴²的範疇。本號一般性意見表示，締約國應採取一切適當措施，確保所有兒童有機會實現其在本公約第 31 條⁴⁴³所含之權利，不受任何形式種類的歧視，不因兒童或其父母或法定監護人的種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、民族、族裔或社會出身、財產、傷殘、出身或其他身份而有任何差別待遇⁴⁴⁴。

特別重要的是，關注某些兒童群體的權利，其中包括女童、身心障礙兒童、在貧困或危險環境中生活的兒童、貧困兒童、懲教機構、醫療保健機構或收容機構的兒童、處於衝突或人道主義危機處境的兒童、農村社區的兒童、尋求庇護和難民兒童、街頭兒童、遊牧民族兒童、移徙或內部流離失所兒童、原住民兒童和少數民族兒童、童工、無父母的兒童以及面臨極大學業壓力的兒童⁴⁴⁵。本文認為，即使是上開這些有特殊情況的兒童，亦不能剝奪其享有休閒的權利，於此範圍之內，應不能有任何形式的歧視行為或措施加諸於這些有特殊情況的兒童身上。

2.6.10. 少年司法上的平等權實踐

關於少年司法上的平等權實踐問題，第 10 號一般性意見⁴⁴⁶對此有特別說明，其作成於 2007 年的第四十四屆會議，主旨 在於處理「少年司法」之問題，而本號一般性意見涉及平等權概念的條文也是《兒權公約》第 2 條⁴⁴⁷。本號一般性意見指出，關於兒童面對司法可能受到的歧視和差別待遇，很可能是由國家政策不一

與娛樂活動之權利，以及自由參加文化生活與藝術活動之權利。2.締約國應尊重並促進兒童充分參加文化與藝術生活之權利，並應鼓勵提供適當之文化、藝術、娛樂以及休閒活動之平等機會。」

⁴⁴² 同前揭註 384。

⁴⁴³ 同前揭註 441。

⁴⁴⁴ CRC 第 17 號一般性意見，第 16 段。

⁴⁴⁵ CRC 第 17 號一般性意見，第 16 段。

⁴⁴⁶ 兒童少年權益網網站，<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/28/141>（最後瀏覽日：04/04/2019）。

⁴⁴⁷ 同前揭註 384。



致所致，且危害一些諸如街頭兒童，屬於種族、族裔、宗教或語言少數的兒童、土著兒童、女童、殘疾兒童和屢次觸法的兒童（累犯兒童）等弱勢兒童群體，這些群體因為歧視或差別待遇所遭受的不利益可能更為嚴重⁴⁴⁸。因此，締約國應對所有從事少年司法事務的專業人員進行適當的培訓，以及建立增強對少年罪犯相關的平等待遇和提供糾正、補救和補償措施的規則、條例或正當法律程序⁴⁴⁹。此外，本號一般性意見在第7段亦指出，先前有違反法律的兒童（具前科者），當他們想要求學或進入勞務市場時，很可能會成為歧視的受害者。為防止此類歧視，締約國必須採取防止此種歧視之措施，具體方式諸如為（原）少年罪犯提供充分的資源與支持，協助他們重新融入社會，並參與公共活動或運動，強調這些兒童有權利承擔起社會的建設作用⁴⁵⁰。

其實，我國曾經也面臨過少年司法程序的問題，這個爭議涉及到司法院釋字第664號解釋⁴⁵¹，起因是少年事件處理法將「尚未」成立犯罪的青少年，交由少年感化院予以收容，爭議即在於該等少年並沒有經過法院認定有觸犯刑法確定，怎麼可以「提前」剝奪其人身自由，本文認為，這樣的規範基本上是有違憲的疑慮⁴⁵²。惟無論如何，在少年犯罪問題仍然層出不窮的情況下，國家除了打擊犯罪

⁴⁴⁸ CRC第10號一般性意見，第6段。

⁴⁴⁹ CRC第10號一般性意見，第6段。

⁴⁵⁰ CRC第10號一般性意見，第7段。

⁴⁵¹ 司法院釋字第664號解釋解釋文：「少年事件處理法第三條第二款第三目規定，經常逃學或逃家之少年，依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞者，由少年法院依該法處理之，係為維護虞犯少年健全自我成長所設之保護制度，尚難逕認其為違憲；惟該規定仍有涵蓋過廣與不明確之嫌，應儘速檢討改進。又少年事件處理法第二十六條第二款及第四十二條第一項第四款規定，就限制經常逃學或逃家虞犯少年人身自由部分，不符憲法第二十三條之比例原則，亦與憲法第二十二條保障少年人格權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一個月時，失其效力。」

⁴⁵² 當然，要得出系爭規範違憲的結論仍須經過嚴格的論證與解釋，甚至學理上還有許多不同見解。惟本論文之重心在於討論少年司法平等權的問題，對此議題涉及到背後複雜的人身自由問題，並不在本論文的討論範圍，讀者若有興趣，相關文獻詳參閻何明晃（2009），〈司法院大法官會議釋字第664號解釋論析〉，《刑事法雜誌》，53卷6期，頁19-58；李建良（2009），〈學之逃、家之逃、法之逃？：釋字第664號解釋〉，《台灣法學雜誌》，140期，頁151-164；湯德宗（2009），〈大法官釋字第664號解釋評析〉，《法令月刊》，60卷12期，頁4-26；陳竹君（2012），《從司法院釋字第664號解釋探討少年虞犯之立法政策》，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文；薛巧翊（2014），《司法院釋字第664號後虞犯制度改革之政策方針及其合理性：以司法院少事法研修會草案為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



之外，仍然要注意到這些青少年的人權保障與正當法律程序的問題，這些問題不僅需要靠司法院的制度建置，也必須仰賴行政院，尤其是法務部的資源協助。如何在不違反少年司法上的程序保障之下，積極地對少年司法平等待遇措施不足的地方改進並加強少年司法上平等權的保障，實為我國目前亟待重視的課題。

2.7. 《身心障礙者權利公約》（CRPD）

本節以下即從《身心障礙者權利公約》⁴⁵³之角度討論其相關平等權規範，內容上會先簡單介紹什麼是《身心障礙者權利公約》及其背景，接著討論本公約關於平等權與平等原則的意義，也會對於國際人權法上較為特別的不歧視原則作介紹，其內容主要會放在《身障公約》的條文本身。了解《身障公約》對於平等權與平等原則、不歧視原則的概念之後，即藉由一般性意見進一步討論本公約所著重的重要歧視類型與身心障礙者法律上的平等，最後則處理關於本公約對於締約國義務要求的部分。

2.7.1. 概說

《身心障礙者權利公約》(Convention on the Rights of Persons with Disabilities，簡稱 CRPD) 是聯合國於 2006 年 12 月 13 日通過的有關保護身心障礙者權利的國際公約，其目的在於維護身心障礙者之人權，促進身心障礙者權益，並保障其平等參與社會、政治、經濟、文化等各項權利與機會⁴⁵⁴。當初，聯合國大會認為許多國際公約陸續成立，然同樣身為社會中弱勢族群的身障人士與身障團體卻遲遲

⁴⁵³ 以下為求文字簡潔與行文方便，將會以「身障公約」或「CRPD」之簡稱代替之，先予敘明。

⁴⁵⁴ 林昭吟（2016），〈簡介聯合國身心障礙者權利公約：以健康權為例〉，《醫療品質雜誌》，10 卷 6 期，頁 4-5。；人權公約施行監督聯盟網站，<https://covenantswatch.org.tw/un-core-human-rights-treaties/crpd>（最後瀏覽日：04/10/2019）。



沒有一個普世的國際法律拘束文件，遂於 2001 年 12 月以五六/一六八號決議成立特別委員會，並以「人權模型」為基礎訂定這部《身障公約》⁴⁵⁵。《身障公約》為二十一世紀第一個國際人權公約，影響全球身心障礙者之權利保障甚鉅，是聯合國促進、保障及確保身心障礙者完全與平等地享有所有人權及基本自由，保護其固有尊嚴受到尊重，降低身心障礙者在社會上之不利益狀態，使其得以享有公平機會參與社會之公民、政治、經濟、社會及文化等社會權利⁴⁵⁶。

《身障公約》中所涉的權利面向很廣泛，不過整部公約的權利規範是為身心障礙者特別設計，箇中的想法即是特別針對身心障礙者的尊嚴與需求而量身打造，因此，本公約許多的權利規範面向皆是以使身心障礙者能夠因應、適應社會的終極目標出發，並確保其權利不受他人侵害。雖然如此，本質來說，身心障礙的情況會因不同的人，甚至不同的國家有所不同。例如，以臺灣來說，在街道上許多高低坡已被施工改善為無障礙坡道，高低坡的情形比以往早年改善很多，但由於臺灣人口老化嚴重，無障礙坡道不僅供身心障礙者使用，也供大量行動較為不方便的老年人使用，因此，對於無障礙坡道的需求度反而是幾倍成長。然而，對於我們的鄰近國日本來說，最需要的不是無障礙坡道，而是整個壓抑的社會文化需要改善，其社會高度競爭的風氣已讓許多上班族面臨心理上的障礙，此時日本政府應試著從放鬆心靈的政策或心理諮詢的制度來著手⁴⁵⁷。

⁴⁵⁵ Arlene S. Kanter, *The Globalization of Disability Rights Law*, 30 *SYRACUSE J. INT'L L. & COM.* 241, 263-64 (2003).

⁴⁵⁶ 林昭吟，前揭註 454，頁 4-5；人權公約施行監督聯盟網站，<https://covenantswatch.org.tw/un-core-human-rights-treaties/crpd/>（最後瀏覽日：04/10/2019）；CRPD 身心障礙者權利公約網站，https://crpd.sfaa.gov.tw/BulletinCtrl?func=getBulletin&p=b_2&c=C&bulletinId=56（最後瀏覽日：04/10/2019）。

⁴⁵⁷ 每日頭條（03/28/2018），〈日本人活得最累，每小時就有三個人自殺，年輕人壓力最大！〉，<https://kknews.cc/zh-tw/history/nev9ln3.html>（最後瀏覽日：04/10/2019）。



準此，本文認為，身心障礙的定義與範圍其實非常困難，而從國際人權的角度來看，又會因各國國情不同顯得更加困難。從而，要訂定一套適用全球各國相同條件身心障礙者的公約，實屬「事實上不能」⁴⁵⁸。

基於這樣的觀點，《身障公約》無法作很細部的規定，只能作原則性、大方向的規範。大體而言，本公約權利的規範可以分為三大類：一般權利類型，此部分主要是關於禁止歧視與平等權保障部分⁴⁵⁹；第二部分為公民與政治權利類型，此部分包括生命權、人身自由、居住遷徙自由、表意自由、公平審判制度與隱私權保障等；第三部分為經濟，社會與文化權利部分，此部分包括工作權、受教育權與健康權等⁴⁶⁰。

綜合觀察《身障公約》，其整體架構上，包括前言及五十個條文、一個任擇議定書與七個一般性意見，而《身障公約》主約本身共可分為五個部分，第一部分即是序言部分，主要是說明《身障公約》的緣由與背景，當初訂定《身障公約》的想法係來自《聯合國憲章》、《世界人權宣言》與其他國際人權公約；第二部分是第1條至第4條，這部分主要是原則性的規範，規定了《身障公約》本身所遵循的權利保障方向，以帶出第5條以下的實體權利規範；第三部分是公約的第5條至第30條，這部分主要是在處理公約本身的實體權利，也是最重要的一個部分，而以下條文介紹與一般性意見的來源，主要就是在這個部分；第四部分是公約的第31條至第41條，這部分主要是在處理公約的程序面向，比較重要的會是相關兒童權利委員會與締約國的報告義務的部分；而第五部分是公約的第42條至第50條，也是公約的最後一個部分，主要是在處理關於公約的簽署、批准及生效

⁴⁵⁸ Barbara M. Altman, Disability Definitions, Models, Classification Schemes, and Applications. In Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman and Michael Bury (Eds.), *Handbook of Disability Studies*, SAGE Publications, Inc., 97 (2001).

⁴⁵⁹ 此部分為本節論述之核心，詳參閱本論文2.7.2.與2.7.3。

⁴⁶⁰ 林昭吟，前揭註454，頁5；廖福特（2007），〈國際人權法：第三講—禁止酷刑及強迫失蹤，保障遷徙勞工及身心障礙者〉，《月旦法學教室》，59期，頁66-67。



等與公約本身效力相關的問題。此外，如同《公政公約》、《經社文公約》、《消除對婦女一切形式歧視公約》與《兒權公約》，《身障公約》也有一般性意見的作成。準此，本節以下即從《身障公約》的基本條文與一般性意見作介紹，以探討本公約對於平等權之相關議題。

2.7.2. 平等權與平等原則的意義

《身障公約》的條文總共有五十條，然並非所有條文皆與平等權有關，除了前言⁴⁶¹以外，主要涉及到平等權概念的條文為第5條⁴⁶²與第12條⁴⁶³。有趣的是，

⁴⁶¹ 本公約之前言部分亦有提及到平等權的概念，惟為聚焦於條文與一般性意見之介紹，於此不就前言部分深入討論，並附上前言部分供讀者參考。《身障公約》前言：「本公約締約國，(a) 重申聯合國憲章宣告之各項原則承認人類大家庭所有成員之固有尊嚴與價值，以及平等與不可剝奪之權利，是世界自由、正義與和平之基礎，(b) 確認聯合國於世界人權宣言與國際人權公約中宣示並同意人人有權享有該等文書所載之所有權利與自由，不得有任何區別，(c) 再度確認所有人權與基本自由之普世性、不可分割性、相互依存性及相互關聯性，必須保障身心障礙者不受歧視地充分享有該等權利及自由，(d) 重申經濟社會文化權利國際公約、公民與政治權利國際公約、消除一切形式種族歧視國際公約、消除對婦女一切形式歧視公約、禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約、兒童權利公約及保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約，(e) 確認身心障礙是一個演變中之概念，身心障礙是功能損傷者與阻礙他們在與其他人平等基礎上充分及切實地參與社會之各種態度及環境障礙相互作用所產生之結果，(f) 確認關於身心障礙者之世界行動綱領與身心障礙者機會均等標準規則所載原則及政策準則於影響國家、區域及國際各級推行、制定及評量進一步增加身心障礙者均等機會之政策、計畫、方案及行動方面之重要性，(g) 強調身心障礙主流議題之重要性，為永續發展相關策略之重要組成部分，(h) 同時確認基於身心障礙而歧視任何人是對人之固有尊嚴與價值之侵犯，(i) 進一步確認身心障礙者之多元性，(j) 確認必須促進與保障所有身心障礙者人權，包括需要更多密集支持之身心障礙者，(k) 儘管有上述各項文書與承諾，身心障礙者作為平等社會成員參與方面依然面臨各種障礙，其人權於世界各地依然受到侵犯，必須受到關注，(l) 確認國際合作對改善各國身心障礙者生活條件之重要性，尤其是於開發中國家，(m) 承認身心障礙者存在之價值與其對社區整體福祉與多樣性所作出之潛在貢獻，並承認促進身心障礙者充分享有其人權與基本自由，以及身心障礙者之充分參與，將導致其歸屬感之增強，顯著推進該社會之人類、社會與經濟發展及消除貧窮，(n) 確認身心障礙者個人自主與自立之重要性，包括作出自己選擇之自由，(o) 認為身心障礙者應有機會積極參與政策及方案之決策過程，包括與其直接相關者，(p) 關注基於種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或不同主張、民族、族裔、原住民或社會背景、財產、出生、年齡或其他身分而受到多重或加重形式歧視之身心障礙者所面臨之困境，(q) 確認身心障礙婦女與女孩於家庭內外經常處於更高風險，遭受暴力、傷害或虐待、忽視或疏忽、不當對待或剝削，(r) 確認身心障礙兒童應在與其他兒童平等基礎上充分享有所有人權與基本自由，並重申兒童權利公約締約國為此目的承擔之義務，(s) 強調於促進身心障礙者充分享有人權與基本自由之所有努力必須納入**性別平等觀點**，(t) 凸顯大多數身心障礙者生活貧困之事實，確認於此方面亟需消除貧窮對身心障礙者之不利影響，(u) 銘記和平與安全之條件必須立基於充分尊重聯合國憲章宗旨與原則，以及遵守現行人權文書，特別是於武裝衝突與外國佔領期間，對身心障礙者之保障為不可或缺，(v) 確認無障礙之物理、社會、經濟與文化環境、健康與教育，以及資訊與傳播，使身心障礙者能充分享有所有人



《身障公約》許多的條文皆與平等權概念有關，不過，本公約不像是前面所介紹的幾個公約一樣，將平等權概念集中規範在特定某幾個條文，而是先在上開兩個條文先做初步的規定，其後將平等權保障的概念放射到其他權利規範中⁴⁶⁴。對此，本文認為，這是因為本公約相當重視身心障礙者的平等權保障之故，由於身心障礙者屬於社會中較弱勢的族群與團體，在許多權利規範的要求上，自然需要更多的平等權保障，避免不當的歧視，以確保其能夠完整的行使權利。以下即以本公約第5條⁴⁶⁵與第12條⁴⁶⁶為主要介紹的主軸。

(接續頁)

權與基本自由之重要性，(w)理解個人對他人與對本人所屬社區負有義務，有責任努力促進及遵守國際人權憲章所確認之權利，(x)深信家庭是自然與基本之社會團體單元，有權獲得社會與國家之保障，身心障礙者及其家庭成員應獲得必要之保障及協助，使家庭能夠為身心障礙者充分及平等地享有其權利作出貢獻，(y)深信一份促進與保障身心障礙者權利及尊嚴之全面整合的國際公約，對於開發中及已開發國家補救身心障礙者之重大社會不利處境及促使其參與公民、政治、經濟、社會及文化等面向具有重大貢獻。」（粗體字為筆者所加）。

⁴⁶² 《身障公約》第5條：「1.締約國確認，在法律之前，人人平等，有權不受任何歧視地享有法律給予之平等保障與平等受益。2.締約國應禁止所有基於身心障礙之歧視，保障身心障礙者獲得平等與有效之法律保護，使其不受基於任何原因之歧視。3.為促進平等與消除歧視，締約國應採取所有適當步驟，以確保提供合理之對待。4.為加速或實現身心障礙者事實上之平等而必須採取之具體措施，不得視為本公約所指之歧視。」

⁴⁶³ 《身障公約》第12條：「1.締約國重申，身心障礙者於任何地方均獲承認享有人格之權利。2.締約國應確認身心障礙者於生活各方面享有與其他人平等之權利能力。3.締約國應採取適當措施，便利身心障礙者獲得其於行使權利能力時可能需要之協助。4.締約國應確保，與行使權利能力有關之所有措施，均依照國際人權法提供適當與有效之防護，以防止濫用。該等防護應確保與行使權利能力有關之措施，尊重本人之權利、意願及選擇，無利益衝突及不當影響，適合本人情況，適用時間儘可能短，並定期由一個有資格、獨立、公正之機關或司法機關審查。提供之防護與影響個人權利及利益之措施於程度上應相當。5.於符合本條規定之情況下，締約國應採取所有適當及有效措施，確保身心障礙者平等享有擁有或繼承財產之權利，掌管自己財務，有平等機會獲得銀行貸款、抵押貸款及其他形式之金融信用貸款，並應確保身心障礙者之財產不被任意剝奪。」

⁴⁶⁴ 為聚焦於本公約平等權概念的討論，本文以下僅就原則性的規範作介紹，即僅就本公約第5條與第12條討論之。其他權利規範仍以該權利本身作規範，只是多以「平等基礎」或「不受歧視」之文字帶入平等權保障的概念，列舉如次，供讀者參考：《身障公約》第6條（身心障礙婦女）、第7條（身心障礙兒童）、第9條（無障礙）、第10條（生命權）、第13條（獲得司法保護）、第14條（人身自由與安全）、第15條（免於酷刑或殘忍、不人道或有辱人格之待遇或處罰）、第17條（保障人身完整性）、第18條（遷徙自由與國籍）、第19條（自立生活與融合社區）、第22條（尊重隱私）、第23條（尊重家居與家庭）、第24條（教育）、第27條（工作與就業）、第28條（適足之生活水準與社會保障）、第29條（參與政治與公共生活）與第30條（參與文化生活、康樂、休閒與體育活動）。

⁴⁶⁵ 同前揭註462。

⁴⁶⁶ 同前揭註463。



觀察《身障公約》第 5 條⁴⁶⁷，其內容之主旨，在於「平等與不歧視」，目的在於要求締約國應確實維平等權之保障與排除任何歧視的可能性。其中，第 1 項認為締約國應確保，在法律之前，人人平等，有權不受任何歧視地享有法律給予之平等保障與平等受益。其規範主體不限於身心障礙者，包括締約國內所有的人民，算是先開宗明義地表明平等權適用主體範圍的普世性。第 2 項要求締約國應禁止所有基於身心障礙之歧視，保障身心障礙者獲得平等與有效之法律保護，使其不受基於任何原因之歧視。明示身心障礙者的平等權保障之概念於此項特別說明，並要求締約國不得在法律的制定上，在具身心障礙的基礎上有任何的歧視。第 3 項，則要求締約國應採取所有適當步驟，以確保提供合理之對待。亦即，為了達到本條促進平等與不歧視的目的，締約國應積極地採取平權措施，以確保身心障礙者的權利保護，並免除有任何遭受歧視的對待。而第 4 項認為，若是加速或實現身心障礙者事實上之平等而必須採取之具體措施，不得視為本公約所指之歧視。亦即，本公約所採取的平等觀乃是「實質平等」，其旨在於使締約國確實達到真正的平等，而非只是形式上的平等，以有助於身心障礙者權利的保護。

次按《身障公約》第 12 條⁴⁶⁸，其主旨，在於「在法律之前獲得平等承認」，雖然如此，惟本條真正的目的在於禁止締約國以任何障礙為理由限制或剝奪身心障礙者於法律上享有之權利⁴⁶⁹。本條共有五項，涉及到平等權概念的僅有第 2 項和第 5 項。依據本條第 2 項之規定，締約國應確時保障身心障礙者於生活各方面享有與其他人平等之權利能力，其目的即在於使身心障礙者能夠與他人一般，享有生活上各種權利，並在這些權利享有內容與他人一樣，不能夠因為其為身心障礙者，使得該權利內容與他人有所不同。

⁴⁶⁷ 同前揭註 462。

⁴⁶⁸ 同前揭註 463。

⁴⁶⁹ 貢立宇（2017），《論身心障礙者權利公約第 12 條法律能力之憲法實踐：從歐洲經驗出發》，頁 7-10，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



而同條第 5 項規定，主要是在規範身心障礙者的財產權方面，係要求締約國應採取所有適當及有效措施，確實保障身心障礙者平等享有擁有或繼承財產之權利，並有平等機會獲得銀行貸款、抵押貸款及其他形式之金融信用貸款，並應確保身心障礙者之財產不被任意剝奪，本項係著重身心障礙者於私法自治範疇內的權利，基於私法自治當事人得自由選擇或處分關於財產上之各項決定，然而考量身心障礙者於工作範圍較為一般人限縮，連帶影響其償債能力，對於身心障礙者似乎之借貸應有所限制。不過反過來思考，正因為其工作範圍或能力有所限縮，更應該能夠貸與金錢使其能夠充分運用並維持其基本生活，因此，本文認為依循本條項之規定，仍應保障身心障礙者於財產方面之平等權，以落實本條項保障身心障礙者權利之意旨。

2.7.3. 不歧視原則

關於《身障公約》的「不歧視原則」，第 6 號一般性意見⁴⁷⁰對此有特別說明，其是由身心障礙者權利委員會於 2018 年作成，主要即在處理《身障公約》第 5 條⁴⁷¹關於「平等與不歧視」之問題。誠如前開所述，《身障公約》第 5 條本身就是一個獨立的實體權利，其權利內容即是平等權之議題，本號一般性意見於導言部分，即開宗明義地說明，本號一般性意見就在澄清本公約第 5 條關於平等與不歧視的締約國義務，締約國應切實遵守本公約第 5 條之要求。而反歧視的法律或措施可以延伸和擴大本公約第 5 條的保護範圍，然而本號一般性意見也指出，許多國家的法律或政策針對此種反歧視法律作特別的規定，導致這方面的規範與執行有所不足，這部分是締約國應特別注意和加強的。尤其是涉及到多種原因的歧視（交叉歧視），除了缺少有力的法律拘束力以外，亦欠缺後續的救濟途徑與賠

⁴⁷⁰ 聯合國人權委員辦事處網站，<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>（最後瀏覽日：04/11/2019）。

⁴⁷¹ 同前揭註 462。

償機制。若締約國有此種情形，應盡速採取措施補足之。



關於不歧視與平等的法律性質，本號一般性意見即指出，其既是「權利」，也是「原則」，且《身障公約》第3條⁴⁷²之性質被認為是「原則」，而第5條⁴⁷³之性質則被認為是「權利」。並且，由於不歧視與平等同時具備前開所述兩種性質，此即所謂締約國的「交叉義務」，對此，締約國必須同時注意本公約第3條與第5條之性質與規範，並同時、立即採取積極平權措施，以符合該二條之規定與要求⁴⁷⁴。

關於《身障公約》第5條⁴⁷⁵之規範內容，本號一般性意見對此有作細部的解釋與討論。首先，對於本條第1項所謂「法律之前，人人平等」的概念，其認為係指每一個人在法律的規範與領域內，皆享有平等的待遇，特別是指受法律保護的權利，亦即，在法律所保護範圍內之權利，每一個人都平等受到保護。因此，即使是身心障礙人士，同樣身為一個獨立個體的人，當然具有這樣平等的權利保護。這部分雖然屬於較為上位、抽象的概念，但卻是《身障公約》尤其特別保障身心障礙者的地方⁴⁷⁶。其次，本號一般性意見也特別指出，「法律給予平等的保護」和「法律給予的權益」是兩者不同的概念，「法律給予平等的保護」係指法律或政策的制定不得有任何的歧視；反之，「法律給予平等的權益」則係指法律或政策的制定應給予相同的權利保障。此兩個概念雖然不同，但卻彼此連結、彼此相關⁴⁷⁷。

⁴⁷² 《身障公約》第3條：「本公約之原則是：(a) 尊重固有尊嚴、包括自由作出自己選擇之個人自主及個人自立；(b) 不歧視；(c) 充分有效參與及融合社會；(d) 尊重差異，接受身心障礙者是人之多元性之一部分與人類之一份子；(e) 機會均等；(f) 無障礙；(g) 男女平等；(h) 尊重身心障礙兒童逐漸發展之能力，並尊重身心障礙兒童保持其身分認同之權利。」此條即《身障公約》之八大基本原則。（粗體字為筆者所加）。

⁴⁷³ 同前揭註462。

⁴⁷⁴ CRPD第6號一般性意見，第12段。

⁴⁷⁵ 同前揭註462。

⁴⁷⁶ CRPD第6號一般性意見，第14段。

⁴⁷⁷ CRPD第6號一般性意見，第14段。



2.7.4. 重要的歧視類型

關於不同的歧視類型，《身障公約》與前開其他公約較為不同的是，其在一般性意見明白地列舉了一些歧視類型，而其係源自《身障公約》第5條第2項⁴⁷⁸的規範，其主要的基礎在於「禁止基於身心障礙而為歧視」，且範圍不僅為身心障礙者個人，也包含其父母、法定代理人或與其相關之人員，如此一來才能夠周全地保護該身心障礙者之權利。「基於身心障礙而為歧視」的內涵，係指在身心障礙者於公民、政治、經濟、社會與文化等權利面向上作出任何的差別待遇，亦即，損害或取消身心障礙者在與其他人同樣平等的基礎上所應享有的權利或利益。

至於「禁止歧視」的態樣，係指禁止一切形式的歧視，第6號一般性意見提出有四種類型。第一種為「直接歧視」，係指因為人的身分或條件不同而作出差別待遇，如對於身心障礙者的限制與剝奪；第二種為「間接歧視」，係指表面上看起來中立的法律、政策或措施，實際上卻對身心障礙者產生不利的結果；第三種是，若締約國「拒絕提供合理便利」的法律或措施，對於身心障礙者也是一種歧視，理由是造成身心障礙者無法享有或使用社會中的資源，與其他人構成不平等的狀況；第四種則是指「騷擾」的行為，此種行為也是一種形式上的歧視，如對於身心障礙者的作出不妥當的言語攻擊或行為使其不堪其擾⁴⁷⁹。

⁴⁷⁸ 同前揭注462。

⁴⁷⁹ CRPD第6號一般性意見，第18段。



2.7.5. 身心障礙者法律上的平等

由於《身障公約》特別重視身心障礙者於法律上適用的平等權問題，第1號一般性意見⁴⁸⁰對此有特別說明，其係由身心障權利委員會第11屆會議於2014年作成，主要是針對《身障公約》第12條的解釋，主旨即是前開所述之「在法律之前獲得平等承認」。本號一般性意見於導言即說明，《身障公約》第12條的重點在於闡釋身心障礙者的法律各項權利需要被保障，如同前述，不得因其障礙而限制或剝奪其餘法律上應享有之權利⁴⁸¹，亦即，本公約第12條沒有針對一個權利作規範，也沒有提出更多不同的權利規範，而只是闡明了締約國應確實保障身心障礙者的權利與其他人一樣，應平等地享有法律上的各項權利。而具備這樣的能力，吾人或許可稱為「法律能力」，亦即，身心障礙者的法律能力應與其他人一樣，享有公民、政治、經濟、社會與文化等社會權利。本公約第12條即是在要求締約國應該確保身心障礙者的法律能力不被限制或剝奪⁴⁸²，且應積極地採取適當的政策或措施，以達保障並維護身心障礙者法律能力完整之目的⁴⁸³。

此外，本號一般性意見也針對本公約第12條進行逐項釋義，從本條第1項至第5項皆有作出細部的解釋與說明，不過誠如前開所述，本條與平等權概念相關的僅有第2項與第5項，故以下即以該二項作介紹與說明⁴⁸⁴。關於《身障公約》第12條第2項的部分，本號一般性意見指出，身心障礙者與其他人同樣平等地享有生活各方面的法律能力，而此項法律能力包括「具備」和「行使」權利的能力，

⁴⁸⁰ 聯合國人權委員辦事處網站，<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>（最後瀏覽日：04/11/2019）。

⁴⁸¹ CRPD第1號一般性意見，第1段。

⁴⁸² 關於《身障公約》第12條對於身心障礙者法律能力之保障，本文礙於篇幅及題旨的要求，對此部分不多作深入討論，此部分詳參閱黃立宇，前揭註469之碩士論文。

⁴⁸³ CRPD第1號一般性意見，第1段。

⁴⁸⁴ CRPD第1號一般性意見，第11段。



締約國應確保身心障礙者能夠保持及使用法律能力之實現⁴⁸⁵。而關於《身障公約》第 12 條第 5 項的部分，本號一般性意見認為，締約國對於保障身心障礙者權利的方向與努力，應採取積極地措施，包括行政、立法與司法方面的具體措施，並使身心障礙者與其他人一樣，能夠在平等得基礎之上，具備與享有掌管財務與處理經濟事務⁴⁸⁶。

2.7.6. 締約國的義務

關於《身障公約》所要求締約國的義務，主要是針對前開的四種歧視類型⁴⁸⁷作闡述，第 6 號一般性意見認為，「防止一切理由的歧視」會是一個可行的辦法，其實行的過程中，必須考量所有可能的歧視情形而為因應，尤其是交叉歧視的情形。而「平等和有效的法律保護使其不受歧視」係指締約國有義務保障身心障者，使其不受到任何方面的歧視，且應以全性的法律或政策採取一切措施，包括行政、立法及司法層面的法律或政策⁴⁸⁸。此外，於「系統性歧視⁴⁸⁹」的情況之下，僅僅給予損害賠償或補償金是無法改變此種長期下來的歧視情況，仍須締約國訂定全面性的法律給予身心障礙者權利保護，始能不再發生此種歧視情形⁴⁹⁰。

關於《身障公約》第 5 條第 3 項⁴⁹¹，即是要求締約國「提供合理便利」的規定，其意旨在於給予身心障礙者權利保護所需要的措施⁴⁹²，例如改善現有器具或設備，使身心障礙者更能夠使用、合理調整上下班時間或調整身心障礙者的學

⁴⁸⁵ CRPD 第 1 號一般性意見，第 12 段。

⁴⁸⁶ CRPD 第 1 號一般性意見，第 23 段。

⁴⁸⁷ 詳參閱本論文 2.7.4.。

⁴⁸⁸ CRPD 第 6 號一般性意見，第 21 段。

⁴⁸⁹ 關於「系統性的歧視」，其概念與「間接歧視」非常接近，不過本章主要是針對國際人權法的介紹與說明，詳細討論與說明請參閱本論文 3.1.。

⁴⁹⁰ CRPD 第 6 號一般性意見，第 18 段。

⁴⁹¹ 同前揭註 462。

⁴⁹² CRPD 第 6 號一般性意見，第 23 段。



習內容或材料等，而這項義務屬於「事後義務⁴⁹³」，與要求締約國訂定全面性的法律或政策屬於「事前義務⁴⁹⁴」之性質有所不同。而關於同條第4項⁴⁹⁵之規範，乃係要求締約國應積極採取平權措施，其具體措施之內涵在於是為保障身心障礙者的平等地位而採取的積極措施或維持措施⁴⁹⁶，例如資源的（重）分配、提升其平等地位的方案或相關的補助措施等。從實然面的角度來說，即是這些措施不得讓身心障礙者繼續陷入長期孤立、隔離或侮辱等歧視的情況或困境之中，始能達到保障身心障礙者實質平等的目的。

2.8. 本章結論：國際人權法之比較分析

本章主要在處理有關國際人權法的平等權議題，主要使用的素材是各個國際人權公約，包含：《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）、《經濟社會文化權利國際公約》（ICESCR）、《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）、《兒童權利公約》（CRC）、《身心障礙者權利公約》（CRPD）。《聯合國憲章》與《世界人權宣言》主要是這些國際人權公約的上位規範，規範上屬於這些國際人權公約的方針條款，亦即，國際人權公約藉由該二者所要求保障人權的方向與意旨，建構出各個人權面向、領域的具體規範。因此，《聯合國憲章》與《世界人權宣言》二者並無針對特定領域為規範，只是架構出一個人權保障的方向，因此該二者也沒有直接針對「間接歧視」作規範。具體的規範與實踐，仍須仰賴各個國際人權公約的規範與各締約國的實踐。

⁴⁹³ CRPD 第6號一般性意見，第24段。

⁴⁹⁴ CRPD 第6號一般性意見，第24段。

⁴⁹⁵ 同前揭註462。

⁴⁹⁶ CRPD 第6號一般性意見，第23段與第25段。



關於各個國際人權公約的權利領域範圍，《公政公約》主要是針對「公民」與「政治」相關的權利而為規範；《經社文公約》主要是針對「經濟」、「社會」、「文化」相關的權利而為規範，此二者所規範的對象皆是以「權利」作為導向而建構人權保障的體系。與該二者不同的是，《消除婦女歧視公約》主要是針對「婦女」（女性）相關的權利而為規範；《兒權公約》主要是針對「兒童」相關的權利而為規範；《身障公約》主要是針對「身心障礙者」相關的權利而為規範，此三者所規範的對象皆是以「身分」作為導向而建構人權保障的體系。本文認為，雖然不同的國際人權公約擁有不同的權利保障範圍，但人權保障的體系不能少掉任何一個國際人權公約，其共同協力構築了完整的人權保障圖像，始能將人權保障的觸角向下延伸，並扎根於每一個人權面向。

此外，本章是以「平等權」與「不歧視原則」為主要的討論核心，《世界人權宣言》有特別針對「平等原則」作說明與闡述；《聯合國憲章》則無。而觀察其他五個國際人權公約，無獨有偶的是，這五個國際人權公約皆有「不歧視原則」的說明與闡述。不過，有一點不同的是，在「平等權」與「平等原則」的用語上，僅《兒權公約》是使用「平等原則」的文字，其他四個國際人權公約皆是使用「平等權」的文字。惟無論如何，藉由這五個國際人權公約的觀察，可以發現的是，雖然這五個國際人權公約所涉及的權利領域不盡相同，但這五個國際人權公約非常重視「平等權」與「不歧視原則」，從條文本身到一般性意見的說明與闡述，都可以清楚知道「平等權」與「不歧視原則」的規範相當地綿密，且要求締約國的義務也是許多權利中最為廣泛的，可見這些國際人權公約的委員會在面對「平等權」與「不歧視原則」是著力最深的。



末者，從這些國際人權公約中，若是針對「間接歧視」的觀察，雖然相較於「直接歧視」是較少許多，但仍有部分國際人權公約有特別提到「間接歧視」的禁止與防堵。就此而言，《聯合國憲章》與《世界人權宣言》二者因為是比較上位的規範，沒辦法細部具體處理到「間接歧視」的問題。不過，有趣的是，從五個國際人權公約觀察，僅《公政公約》沒有具體處理到「間接歧視」的問題，包括條文本身與一般性意見；其他四個國際人權公約皆有處理到「間接歧視」的問題。

首先，就《經社文公約》觀察，第 16 號一般性意見認為「不歧視原則」包含「直接歧視⁴⁹⁷」與「間接歧視⁴⁹⁸」；第 20 號一般性意見認為要消除間接歧視的作法，需要制定一系列的法律與政策，必要時可以採取「暫行特別措施」⁴⁹⁹；第 23 號一般性意見認為在工作、勞動條件上須要採取避免「間接歧視」的法律與行政措施。其次，就《消除婦女歧視公約》觀察，第 28 號一般性意見認為不歧視原則包含「直接歧視」與「間接歧視」，締約國應協議一切辦法，推行消除對婦女歧視的政策⁵⁰⁰。再者，就《兒權公約》觀察，第 21 號一般性意見認為不歧視原則包含「直接歧視」與「間接歧視」⁵⁰¹，但該號一般性意見主要是針對街頭流浪的兒童的平等權作闡釋，不應讓流浪兒同遭受到任何具有歧視性的法律或政策。最後，就《身障公約》觀察，第 6 號一般性意見提出四種歧視類型，「間接歧視」為其中一種類型⁵⁰²，締約國應禁止包括「間接歧視」在內的所有歧視類型出現，以保障身心障礙者的權利。

⁴⁹⁷ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 12 段。

⁴⁹⁸ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 13 段。

⁴⁹⁹ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 36 段、第 37 段及第 40 段。

⁵⁰⁰ CEDAW 第 28 號一般性意見，第 24 段。

⁵⁰¹ CRC 第 21 號一般性意見，第 26 段。

⁵⁰² CRPD 第 6 號一般性意見，第 18 段。



綜合前述，本文梳理了國際人權法上幾個重要公約對於平等權的內涵與規範，然並非每個國際人權公約對於「間接歧視」皆有明確的闡釋與處理。對此，本文認為，此或許與該公約所涉之權利領域範圍不同有關，以下【表1】即對於各個國際人權公約與憲法第7條作歸納比較分析：

【表1：各國際人權公約與憲法第7條之比較分析】

	權利領域範圍	平等的性質	是否有處理間接歧視的問題
聯合國憲章	尚無特定	方針條款	無
世界人權宣言	尚無特定	平等原則	無
ICCPR	公民、政治（權利）	平等權	無
ICESCR	經濟、社會、文化（權利）	平等權	有
CEDAW	婦女（身分）	平等權	有
CRC	兒童（身分）	平等原則	有
CRPD	身心障礙者（身分）	平等權	有
憲法第7條	尚無特定	平等權/原則	司法院釋字

（資料來源：作者自製）



3. 間接歧視與司法實務之關係

本章的目的主要在處理有關「間接歧視⁵⁰³」(indirect discrimination)的概念

與司法實務的關係。另外，本文認為，倘若間接歧視所造成的歧視現象並不存在於我國，則討論間接歧視的消除似乎將淪為空中樓閣，換言之，本文的思考脈絡即是，就是因為我國實務上有出現間接歧視的問題，站在保障人民憲法上平等權的高度，始有必要消除掉此種歧視現象。基此，本文以下首先從「間接歧視」的概念與解釋模式出發，接著從實務上已發生有關間接歧視問題的案件著眼，進一步探討我國是否確實有「間接歧視」的蹤跡，倘若我國確實有「間接歧視」的現象，本文認為即有消除間接歧視的必要。

準此，本章的討論分為四節，首先，3.1. 以比較法的角度來觀察間接歧視的內容，針對美國聯邦最高法院與歐洲人權法院的不同見解，藉以思考不同國家、地區對於「間接歧視」的詮釋與發展，並適當地提出本文見解，以供國內法學界借鏡。3.2. 則從我國釋憲實務上實際的案例出發，嘗試搜尋國內是否確實有遇到「間接歧視」的問題，倘若國內實務上確實面臨到「間接歧視」的現象，始有消除間接歧視的可能。此外，3.3. 係針對一般普通法院與行政法院審理過的「間接歧視」判決作說明與介紹⁵⁰⁴。3.4. 為本章最後一節，即對於本章作出小結，提出若我國確實有「間接歧視」的問題，吾人應該以什麼樣的方式思考間接歧視的的

⁵⁰³ 「間接歧視」這樣的用語，或者可以說是翻譯，是來自歐洲人權法院，不過間接歧視的概念最早是濫觴於美國聯邦最高法院的案件之中，將其稱為「差別影響歧視」。當然歐洲人權法院對於間接歧視的要件及類型與美國聯邦最高法院不同，除此之外，間接歧視本身概念詮釋並無太大差異。而從本論文第2章中國際人權法的公約用字來觀察，其大多使用「間接歧視」來表達，國內大法官釋憲實務對此種概念亦多以「間接歧視」稱之。本文認為，國內對於間接歧視概念的發展尚未成熟，姑且不論上開兩個國外法院對於此概念的內涵表達不同，為了與所謂的「直接歧視」作直接、明顯的區辨，本論文即使用「間接歧視」四字來指稱，當然間接歧視的相關概念與內涵則留待後文作介紹與討論。

⁵⁰⁴ 「間接歧視」的實務案例來源主要是取自司法院大法官的解釋，畢竟間接歧視這個議題涉及到的是憲法位階的層次，因此，本章主要的篇幅是以討論司法院的釋憲實務為主。不過，筆者嘗試搜尋一般普通法院或行政法院的判決，看看是否也有審理過間接歧視的相關案例，雖然搜尋到的案例非常少，惟仍然找到了幾則判決，詳參閱本論文3.3.。



問題，其對於我國人民或法院產生何種影響，並接續思考應如何面對「間接歧視」的出現，在這樣的前提之下，本文將於第4章嘗試提出消除間接歧視的想法與方法。

3.1. 間接歧視之解釋模型

「間接歧視」的定義與內涵已如前開所述⁵⁰⁵，不過這樣的定義與內涵是否即可涵蓋所有的間接歧視類型，仍然不無疑問。雖然「間接歧視」的概念濫觴於美國法上，惟歐洲人權法院亦對於「間接歧視」作出不同於美國聯邦最高法院的見解。為讓本文對於「間接歧視」的概念更為清晰，本節欲以比較法之觀察，進一步討論美國聯邦最高法院對於「間接歧視」的見解，與歐洲人權法院對於「間接歧視」的見解，並對兩者間不同之處予以分析與比較。

3.1.1. 美國聯邦最高法院：主客觀混合解釋模型

美國聯邦最高法院對於「間接歧視」的概念與發展，主要是希望對於平等權的保障更為完全，並且為避免所謂表面上中立的規範但卻實質上造成歧視效果的規範來規避憲法上平等權保障的要求，遂發展出兩種不同概念的歧視類型，即「差別對待歧視」（法律上歧視）與「差別影響歧視」（事實上歧視）⁵⁰⁶。其中，關於後者之「差別影響歧視」，於美國法上係指一項表面上中立、無歧視之故意或意圖的法律或措施，但其實際適用的結果卻會對某些成員或群體產生不利益的結果⁵⁰⁷。茲舉二例如次：若一項法律明定某國營事業招考機械作業員，考量到男性

⁵⁰⁵ 關於「間接歧視」的定義與內涵，本文已於平等權的名詞解釋部分作說明，於此不再贅述，詳參閱本論文1.4.2.3。

⁵⁰⁶ 袁昭元，前揭註89，頁6-9。

⁵⁰⁷ See generally George Rutherglen, *Employment Discrimination Law: Visions of Equality in Theory and*



對於機械工程的操作較為熟悉，且體力較女性來得好，遂僅招考男性作業員 100 名，女性作業員不予招考，這樣的法律規定明顯以男性/女性，即「性別」，作為招考作業員的分類標準，即形成以「性別」為差別待遇的規定，此即為上開前者所謂的「差別對待歧視」（法律上歧視）；另一例的背景事實同前，一樣式國營事業招考，不過此例的法律規定是招考櫃檯的作業人員，且以「是否懷孕」作為錄取與否的分類標準，惟是否懷孕僅有女性才會遇到的問題，雖然法律上並沒有直接以「性別」作為分類標準，但實際適用的結果卻是女性才會面臨到不予錄取的不利結果，此即為上開後者所謂的「差別影響歧視」（事實上歧視）。

美國法上「差別影響歧視」的由來，最早是 1971 年最高法院的 *Griggs v. Duke Power Co.*⁵⁰⁸ 的這個判決，後來透過法律解釋方式，將此種歧視類型明確規範在美國民權法第七編的 Section 703(a)(2)之中⁵⁰⁹，就此，美國民權法第七編所禁止的歧視類型包含了所謂的差別影響歧視⁵¹⁰，從此奠定了差別影響歧視在美國法上的依據。不過有趣的是，美國聯邦最高法院的見解嘗試對於民權法上的差別影響歧視作分類，向來有所謂的「客觀理論」與「主觀理論」之爭⁵¹¹，但聯邦憲法增補條文第 14 條平等保障規定的所禁止的歧視，並不包括上開兩種理論的別影響歧視類型。美國聯邦最高法院的見解使用了更為嚴格的解釋模型：如果要認定憲法上違憲的差別影響歧視類型，必須同時符合有不利益的客觀效果及該法律的制定須有歧視的目的或意圖（discriminatory purpose or intent）⁵¹²。例如，某項法律客觀上是表面中立的規定，實際上卻造成某成員或群體的不利益結果，在制定該法律之時，

Doctrine (3rd ed.), Foundation Press, 71-92 (2010); George Rutherglen, Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination, 73 *VA. L. REV.* 1297 (1987); George Rutherglen, Disparate Impact, Discrimination, and the Essentially Contested Concept of Equality, 74 *FORDHAM L. REV.* 2313 (2006); Michael Selmi, Was the Disparate Impact Theory a Mistake?, 53 *UCLA L. REV.* 701 (2006); Richard A. Primus, Equal Protection and Disparate Impact: Round Three, 117 *HARV. L. REV.* 493 (2003).

⁵⁰⁸ 401 U.S. 424 (1971).

⁵⁰⁹ 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(2) (2006).

⁵¹⁰ See generally Alfred W. Blumrosen, Strangers in Paradise: *Griggs v. Duke Power Co.* and the Concept of Employment Discrimination, 71 *MICH. L. REV.* 59 (1972); Primus, *supra* note 507, at 506-08.

⁵¹¹ 賴昭元，前揭註 89，頁 43-44。

⁵¹² 賴昭元，前揭註 89，頁 44。



立法者可以預見到適用的結果會造成該不利益的結果，而仍故意採取制定這樣的規定，美國聯邦最高法院此種見解，並不符合前開「客觀理論」或「主觀理論」，本文對於此種見解，姑且稱之為「主客觀混合理論」的解釋模型。

3.1.2. 歐洲人權法院：客觀解釋模型

歐洲人權法院對於「間接歧視」的概念與發展，主要是基於憲法保障人性尊嚴的想法，希望從平等權的保障確保人民人性尊嚴的鞏固。平等權的發展面向很廣，而「禁止歧視」（或可稱為「反歧視」）原則是平等權發展中最為重要的一環。禁止歧視原則的目的在於輔助與強化平等權的功能，禁止基於與個人各項實際能力無關之因素作為差別待遇的分類標準。之所以會有這樣的想法，乃是基於人性尊嚴的價值，保障其個體受到平等尊重與對待的權利，不因其屬於特定的群體或團體而有所差別⁵¹³。不過，禁止歧視原則最初是強調防止個人的實際能力因素遭受到不利益的對待，對抗的歧視類型即為「直接歧視」（direct discrimination）的規範或措施。然而，這樣的想法並不能對於傳統社會那種根深蒂固的不平等結構有所改善，換言之，許多個人遭受歧視或不平等的對待其實是來自於社會上本身的不平等結構，為了改變此種社會上的不平等結構，在幾十年的禁止歧視原則發展中，逐漸確立的了所謂的「間接歧視」（indirect discrimination；mittelbare Diskriminierung），並且肯認此種歧視類型為禁止歧視原則範圍所涵蓋⁵¹⁴。

不過有趣的是，歐洲人權法院似乎也效法美國聯邦最高法院的見解，嘗試對於「間接歧視」的概念作要件上的定義，其認為間接歧視係指法律形式上中性的規範或措施，雖然該項規定可以適用於任何人，但適用的結果卻會特別對於某些

⁵¹³ Sandra Fredman FBA, *Discrimination Law* (2nd ed.), Oxford University Press, 227-30 (2011).

⁵¹⁴ 陳靜慧，前揭註 32，頁 3。



群體產生不利益的效果 (in besonderer weise)⁵¹⁵。對於這樣的定義，歐洲人權法院亦認為，除非可以證明此等差別待遇的規範效果是為了追求正當的目的，且該項規範所採取的手段就前開正當目的的達成是合適且必要的，始能合於憲法保障平等權的正當性⁵¹⁶。就此，歐洲人權法院認為在適用歐洲人權公約第 14 條的禁止歧視原則時，此種「間接歧視」規範的成立要件並不需要如美國聯邦最高法院一樣使用這麼嚴格的標準，只要客觀上雖為形式上中立的規範，實際上卻造成特定群體不利的效果時，即可認定成立「間接歧視」的歧視類型，不以立法者主觀上具有歧視的故意或意圖為必要⁵¹⁷。歐洲人權法院甚至表示，即使法律規範上係出於立法者「良善的動機」 (in guter Absicht oder in gutem Glauben)，仍然完全無礙於該項規範成立「間接歧視」的歧視類型⁵¹⁸。對於此種僅以客觀上的因素作為「間接歧視」的要件，而不以主觀因素為其要件者，本文認為即屬所謂「客觀理論」的解釋模型。

3.1.3. 本文見解：以客觀解釋模型為導向

從上述美國聯邦最高法院與歐洲人權法院的兩種不同見解之中，可以發現該兩種見解對於「間接歧視」的定義大致上相同，惟在「間接歧視」是否成立的要件上卻有著天壤之別的差異。美國聯邦最高法院的見解認為「間接歧視」的要件須同時符合「客觀因素」與「主觀因素」，不過歐洲人權法院確認為僅須符合「客觀因素」即可成立，主觀因素在所不問。基此，回來我國法上的思考，我國對於「間接歧視」的要件，文獻上並無太多本土的說明與介紹，除了學理上對於「間接歧視」要件的討論並不熱絡之外，亦是因為「間接歧視」的實際案例甚少，足

⁵¹⁵ 陳靜慧，前揭註 32，頁 7-9。

⁵¹⁶ 陳靜慧，前揭註 32，頁 9。

⁵¹⁷ 張柏涵，前揭註 36，頁 33。

⁵¹⁸ 張柏涵，前揭註 36，頁 33。



見「間接歧視」的發展在我國法制上尚未成熟。對此，本文嘗試提出淺見，認為我國法在「間接歧視」的成立要件上，僅須符合「客觀因素」始可，並不需要成立主觀因素，蓋為澈底保障人民於憲法上的平等權，僅需要客觀上實際造成某些群體或團體遭受到不利益的結果時，對於此種不利益的結果極有可能違反憲法第7條的平等權之意旨，這也是本文採取實質平等觀的結果。更何況，倘若人民在進行釋憲訴訟的過程時，還要進一步對於立法者主觀上故意或意圖造成歧視結果的舉證，不啻造成被歧視者的舉證困難⁵¹⁹，並加重被歧視者舉證不力的負擔，將有可能導致被歧視者所遭遇的歧視情形更加嚴重⁵²⁰。不僅如此，若被歧視者無法證立主觀要件，很可能會讓該項「間接歧視」的規範遊走於合乎憲法與牴觸憲法的邊緣，對於人民強烈需要憲法保障的要求，恐會使得合憲機率大增，甚至最後獲致合憲的不利結果。因此，本文認為間接歧視的成立要件上，以憲法的高度來檢視我國法令時，僅須處理是否成立「客觀因素」即可，亦即，只要系爭規範客觀上雖然中立，然實際適用的結果卻會造成某些特定的群體遭受到不平等的不利結果，即可成立「間接歧視」的歧視類型，而須進一步思考與討論其在憲法上的合憲性。

3.2. 間接歧視於我國釋憲實務上的蹤跡

間接歧視與我國實務的關係，最重要的一環即是司法院大法官所作出的解釋，從釋憲實務的案件中觀察與取材，可以發現間接歧視確實出現在我國實務的案例之中。而間接歧視的問題如同前開所述，主要是涉及到的是我國憲法平等權的議題，如果要面對與處理憲法相關的實務案件即是司法院大法官所作成的解釋。司

⁵¹⁹ 許宗力大法官亦同此見解，同前揭註 82，頁 5。

⁵²⁰ 許宗力大法官即認為，如一味堅持「立法者歧視意圖」之要件必須成立，始得認定系爭規範屬於間接歧視的類型，很有可能諸多隱藏在性別中立規範下的不堪的性別歧視現實，勢難等到有被提出來檢視的機會。詳參閱司法院釋字第 791 號解釋許宗力大法官協同意見書，頁 4。



法院大法官所作成的解釋，主要即是透過違憲審查（Judicial Review）與統一解釋法令的機制來面對法律與命令是否有抵觸憲法的問題⁵²¹。因此，本文以下即以現行有效的司法院大法官解釋作為討論的素材，觀察我國現行釋憲實務如何面對與處理相關間接歧視的問題。

3.2.1. 司法院釋字第 666 號解釋

本文以下即以司法院釋字第 666 號解釋作為討論的標的，首先會介紹本件釋憲案的事實與爭點，以期讓讀者先行掌握本件釋憲案的事實背景與全貌。接著觀察本件釋憲案是否確實有「間接歧視」的存在。此外，進一步對本件釋憲案為脈

⁵²¹ 在 2022 年 1 月 4 日憲法訴訟法正式施行以前，關於釋憲程序之依據係司法院大法官審理案件法第 5 條：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：一、中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法律與命令發生有抵觸憲法之疑義者。二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者。三、依法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有抵觸憲法之疑義者。最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有抵觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不受理。」及同法第 7 條：「有左列情形之一者，得聲請統一解釋：一、中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解者，不在此限。二、人民、法人或政黨於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但得依法定程序聲明不服，或後裁判已變更前裁判之見解者，不在此限。前項第二款之聲請，應於裁判確定後三個月內為之。聲請統一解釋不合前二項規定者，應不受理。」惟 2022 年 1 月 4 日憲法訴訟法正式施行以後，釋憲程序之依據則係憲法訴訟法第 47 條：「國家最高機關，因本身或下級機關行使職權，就所適用之法規範，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。下級機關，因行使職權，就所適用之法規範，認有抵觸憲法者，得報請上級機關為前項之聲請。中央行政機關組織基準法所定相當二級機關之獨立機關，於其獨立行使職權，自主運作範圍內，準用第一項規定。」同法第 49 條：「立法委員現有總額四分之一以上，就其行使職權，認法律位階法規範抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」同法第 55 條：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有抵觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」同法第 59 條：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。前項聲請，應於不利確定終局裁判送達後六個月之不變期間內為之。」及同法第 84 條：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判適用法規範所表示之見解，認與不同審判權終審法院之確定終局裁判適用同一法規範已表示之見解有異，得聲請憲法法庭為統一見解之判決。前項情形，如人民得依法定程序聲明不服，或後裁判已變更前裁判之見解者，不得聲請。第一項聲請，應於該不利確定終局裁判送達後三個月之不變期間內為之。」

絡分析並略抒己見，希望可以藉由分析的過程帶出一些思考與思辯。最後，經過分析的過程之後，則更進一步針對本件釋憲案作出適當地評價。



3.2.1.1. 本號解釋之事實與爭點

本件釋憲案是由法官提起，案由共有兩件，無獨有偶皆來自宜蘭地方法院。

一件是由宜蘭地方法院簡易庭林俊廷法官審理，其認為舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定⁵²²，發生牴觸憲法第 23 條⁵²³、第 7 條⁵²⁴之疑義，因而以臺灣宜蘭地方法院 98 年度宜秩第 32 號等七件，依據釋字第 371⁵²⁵、572⁵²⁶、590⁵²⁷ 號解釋

⁵²² 本件釋憲案係 2009 年 11 月 06 日作成，其所涉及的社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定，嗣後因為本號釋字宣告違憲，故而立法院已於 2011 年 11 月 04 日修正本規定。因此，本論文若是針對本號釋字所涉及的社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定作討論，其乃為修正前之舊法，為與新法作區分，會特別明文表示為「舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定」。新法參照前揭註 13。

⁵²³ 憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

⁵²⁴ 同前揭註 18。

⁵²⁵ 司法院釋字第 371 號解釋解釋文：「憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第一百七十一條、第一百七十三條、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第五條第二項、第三項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用。」（粗體字為筆者所加）。

⁵²⁶ 司法院釋字第 572 號解釋解釋文：「按法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，業經本院釋字第 371 號解釋在案。其中所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。本院釋字第 371 號解釋，應予補充。」

⁵²⁷ 司法院釋字第 590 號解釋解釋文：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。此所謂「法官於審理案件時」，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言，因之，所稱「裁定停止訴訟程序」自亦包括各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內。裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。惟訴訟或非訟程序裁定停止後，如有急迫之情形，法官即應探究相關



之意旨，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋並宣告系爭規定全部或部分違憲而失效。另一件則是臺灣宜蘭地方法院羅東簡易庭楊坤樵法官審理，其亦認為系爭規定侵害憲法所保障之性行為自由、工作權及平等權等基本權利，且違反比例原則及平等原則，發生有牴觸憲法第 23 條⁵²⁸及第 7 條⁵²⁹之疑慮，因而以臺灣宜蘭地方法院 98 年羅秩地 11 號及第 12 號裁定停止訴訟程序，依司法院釋字第 371⁵³⁰、572⁵³¹、590⁵³²號解釋之意旨，聲請宣告系爭規定違憲，並停止適用。

司法院大法官受理該兩個案件之後，將此兩案件合併審理，並於 2009 年 11 月 6 日作成釋字第 666 號解釋，認為舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定與憲法第 7 條平等原則有違，應自本解釋於公布之日起至遲於 2 年屆滿時，失其效力。而本件釋憲案所涉及的爭點，乃係舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款意圖得利與人姦、宿處罰緩規定是否合憲的問題，其所涉及之相關法條為憲法第 7 條、第 23 條，及舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款⁵³³。

3.2.1.2. 間接歧視的「初」現

從本號解釋的解釋文與理由書中可以發現，多數大法官的意見於本號解釋中並沒有直接提及或承認「間接歧視」的「文字」，不過吾人若掌握間接歧視的定義與內涵，不難發現本號解釋的理由書中確實使用了「間接歧視」的概念：

法律之立法目的、權衡當事人之權益及公共利益、斟酌個案相關情狀等情事，為必要之保全、保護或其他適當之處分。本院釋字第 371 號及第 572 號解釋，應予補充。」

⁵²⁸ 同前揭註 523。

⁵²⁹ 同前揭註 18。

⁵³⁰ 同前揭註 525。

⁵³¹ 同前揭註 526。

⁵³² 同前揭註 527。

⁵³³ 以上背景事實與爭點係參閱並整理自司法院釋字第 666 號解釋抄本。司法院網站，https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=666（最後瀏覽日：06/01/2019）。



「系爭規定⁵³⁴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，鑑諸性交易圖利之多方多為女性之現況，此無異幾僅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7條⁵³⁵之平等原則有違⁵³⁶。」

從前開本號解釋理由書所使用的文字觀察，多數大法官的意見認為，就是因為從事性工作的人大多數為女性，若僅對性工作者處以行政罰，即造成男女不平等的現象，換言之，舊社會秩序維護法第80條第1項第1款的規定，表面上是針對性工作者的處罰，並沒有涉及「性別」的差別待遇，似乎是一個中性的規範，惟因多數性工作者的性別為女性，產生的法律效果卻造成只處罰女性，形成男女不平等的現象，此即符合間接歧視的概念與內涵。因此，本號釋憲案確實有「間接歧視」出現的蹤跡。

不過有趣的是，本號解釋的解釋文與理由書並沒有直接承認「間接歧視」的文字，許多大法官的意見書也沒有正面承認「間接歧視」於本件釋憲案的存在，僅許宗力大法官的協同意見書⁵³⁷與葉百修大法官的協同意見書⁵³⁸正面提及與承認本件釋憲案涉及到「間接歧視」的問題，其中，許宗力大法官的協同意見書並明確表示，本號解釋就是典型的「間接歧視」案例⁵³⁹，這也是我國釋憲實務上大

⁵³⁴ 同前揭註16，本節以司法院釋字第666號解釋為討論對象，故本節以下若使用「系爭規定」四字，即專指舊社會秩序維護法第80條第1項第1款規定，先予敘明。

⁵³⁵ 同前揭註6。

⁵³⁶ 司法院釋字第666號解釋理由書，第3段。

⁵³⁷ 同前揭註82，頁5-7。

⁵³⁸ 司法院釋字第666號解釋葉百修大法官協同意見書，頁16-18。

⁵³⁹ 同前揭註82，頁6；司法院釋字第791號解釋許宗力大法官協同意見書，頁2-4；司法院釋字第791號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁12-13。



法官首次確認的「間接歧視」案例⁵⁴⁰，在此之前，我國釋憲實務上並沒有任何關於「間接歧視」的釋憲先例。

許宗力大法官認為，舊社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規範上並非以性別作為差別待遇基準的法律，如果實際施行的結果，在男女彼此間產生非常懸殊的效應，尤其是對女性產生特別不利的影響，即可能涉及間接（indirect）或事實上（defacto）的性別差別待遇，須進一步檢討系爭規範有無違反性別平等的問題。這在我國有憲法增修條文第 10 條第 6 項⁵⁴¹明文規定，賦予國家消除性別歧視積極任務，而應提高違憲審查密度的脈絡下，尤具意義⁵⁴²。本件釋憲案所涉系爭規定的制裁對象是「意圖營利而與人姦宿者」，雖然規範上未明文以性別為差別待遇基準，為一表面性別中立的立法例，但在我國的脈絡中，對性工作者的管制與處罰卻帶有非常濃厚的性別意涵⁵⁴³，亦即，雖然系爭規範並沒有直接在文字上表明處罰女性，但在我國從事性工作的性別當中，絕大多數是以女性為主，如此一來，系爭規範處罰的對象，比例上即是以女性為多數，此即形成以處罰女性為主的情形，女性在此規範脈絡下顯然較為男性更為不利益。此種情形，如前所述，就是「間接歧視」非常典型的實例，也是我國釋憲史上的首例。

⁵⁴⁰ 雖然湯德宗大法官於司法院釋字第 760 號解釋部分協同意見書中表示，系爭規定僅處罰意圖得利而與人姦、宿者，而不處罰支付對價的相對人，已經是法規上明顯的差別待遇，並非表面上中立的規定。對此，本文認為系爭規定表面上雖然似有差別待遇，但實際適用的結果仍是對於「女性」有特別的不利益，因此，本文認為系爭規定仍屬於「間接歧視」的案例。此外，湯大法官亦表示司法院釋字第 490 號解釋關於兵役法第 1 條規定，中華民國男子依法皆有服兵役之義務，屬於表面上中立的規定，但實際適用的結果卻造成有特殊信仰的男性，因強制服兵役而有違背宗教信仰的不利益情形。對此，本文認為兵役法第 1 條已明白規定僅有「男子」始有服兵役之義務，法規上明顯對於男性有服兵役之要求，對女性則無，顯然並非表面上中立的規定，應屬「直接歧視」的案例。因此，司法院釋字第 666 號解釋仍是我國釋憲實務史上關於「間接歧視」的首例。陳靜慧教授亦同此見解，詳參閱陳靜慧，前揭註 32，頁 388，註解 7。關於湯德宗大法官前開所述的想法與討論，詳參閱司法院釋字第 760 號解釋湯德宗大法官提出、詹森林大法官加入之部分協同意見書，頁 1，註解 1。

⁵⁴¹ 同前揭註 66。

⁵⁴² 同前揭註 82，頁 5。

⁵⁴³ 同前揭註 82，頁 6。

葉百修大法官則認為，若從系爭規定的文義觀之，固屬「性別中立」（gender-neutral）之立法，即並無區分從事性交易行為者之性別。即使社會現實中大多數的性工作者為女性，而尋求性服務者為男性，並不能因此認定系爭規定對女性造成歧視⁵⁴⁴，這樣的想法是來自於 2003 年，在 *S. v. Jordan and Others* 一案中的多數意見⁵⁴⁵。但這樣的想法在我國的社會脈絡底下是無法等同視之的，此種見解不啻忽略女性在生理上（sex）與社會性別觀念上（gender）長期以來受到臺灣傳統、文化環境影響，乃至於人倫觀念所面對的歧視與刻板印象。而從身體條件來觀察，女性的生理構造較男性於性交行為的次數與對象均有明顯的差異，因此便造成在提供性服務此項工作上，女性本就較男性「有利」，自然反映在就業市場上大多即以女性的性工作者為多⁵⁴⁶。因此，雖然系爭規定表面上沒有針對女性施以行政罰，但因為實際上從事性工作的人在比例上是以女性為多數，從而被處罰的人往往是女性，形成了適用系爭規定之後，卻造成女性較男性更為不利益的結果，此即為「間接歧視」的情形。

3.2.1.3. 本號解釋之脈絡分析

在了解本號解釋的背景事實與爭點、間接歧視的存在之後，雖然本章的基本目的已算達成，也就是在釋憲實務的範圍內找到了「間接歧視」的蹤影，但無可避免地還是要對本號解釋作基本的分析，亦藉此分析的過程，進行憲法學術的思辨，使得本號解釋所要傳達的訊息、間接歧視所帶來的問題與影響，更為清楚明瞭。本節以下即以司法院釋字第 666 號解釋作為分析的標的，隨著分析的進行，亦適當地表達本文對於本號解釋的觀察與見解。

⁵⁴⁴ 同前揭註 538，頁 16。

⁵⁴⁵ *S. v. Jordan and Others* (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae (CCT31/01) [2002] ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR1117 (9 October 2002) 2002 (6) SA 642 (CC).

⁵⁴⁶ 同前揭註 538，頁 18。



3.2.1.3.1. 維護國民健康與善良風俗的抽象性

本號解釋多數意見的大法官，從系爭規定的規範目的開始談起，認為該規定之立法目的為「維護國民健康與善良風俗」，這樣的目的是可以通過憲法違憲審查的檢驗⁵⁴⁷。不過，本文認為這裡就是一個很值得探討的地方。先就「維護國民健康」之規範目的而言，本文認為這個理由當作規範目的算是比「維護善良風俗」可以接受的，但仍然還有許多疑點可以思考。如果基於維護國民健康，就要禁止性交易的話，本文認為反而適得其而顯得不必要，因為就是要維護國民健康才要讓性交易合法化⁵⁴⁸，畢竟大多數性工作者比較缺乏如何防治性疾病或性傳染病的觀念，倘若沒有合法化，大多數性工作者轉入地下化，反而造成政府對於衛生疾病宣導之不利。

此外，透過性交易合法化制度，可透過加強性工作者的職業訓練、要求其定期篩檢、對其進行防治疾病的教育⁵⁴⁹，這些方式才能夠大大降低性疾病或性傳染病的機率發生。換言之，透過一個公開透明的管理辦法，讓性工作者可以保持身心健康的情況下工作，對於維護國民健康才是溯本清源之道⁵⁵⁰。再者，本文認為，欲維護國民健康，最好的辦法不是完全禁止性交易致使其轉入地下化，而是讓他/她們順著政府的相關管理措施，讓政府可以掌握他/她們的工作狀況，以限制性工作者的「職業執行」方式⁵⁵¹，例如：強制戴保險套⁵⁵²、強制健康檢查⁵⁵³、強制社會

⁵⁴⁷ 司法院釋字第 666 號解釋理由書，第 2 段。

⁵⁴⁸ 黃瑞明教授亦同此見解，詳參閱黃瑞明（2010），〈大法官們的德爾斐神諭：評釋字第 666 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 37-39。

⁵⁴⁹ 黃瑞明教授亦同此見解，詳參閱黃瑞明，前揭註 548，頁 39。

⁵⁵⁰ 許恆達教授對此稱為「以最和緩方式達到最高管制效益」的政治經濟學，詳參閱許恆達（2010），〈善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任：以釋字第 666 號解釋為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，186 期，頁 29。關於此種管制方式於其他刑事法上之具體實踐，另可參閱許恆達（2006），〈刑罰理論的政策意涵：論刑事政策的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 188-211；許恆達（2008），〈實體真實發現主義之知識形構與概念考古：以中世紀至現代初期之德國刑事程序發展史為中心〉，《政大法學評論》，101 期，137-190。

⁵⁵¹ 本文以下僅是例示可能的管制措施或方法，關於性交易管制的政策或措施，其牽涉許多因素考



保險⁵⁵⁴、及強制接受性工作教育或多少時間限制接受多少客人的次數等等，這些管理措施反而還比禁止性交易更能夠達到維護國民健康的目的⁵⁵⁵。因此，本文認為，大法官以「維護國民健康」這樣的目的欲通過憲法違憲審查的檢驗是有一點難度的⁵⁵⁶。

其次，若針對「維護善良風俗」的規範目的而言，雖然我國的刑事政策始終定調，管制性交易行為有助於導正、端正善良風俗⁵⁵⁷，但這樣的規範目的，本文認為是不可能通過憲法違憲審查的檢驗的⁵⁵⁸。首先，當然要挑戰的是，什麼是「善

量，此部分並非本論文之重心，故僅簡單地表達本文之看法，相關文獻詳參閱林志潔、莊宇真（2010），〈在釋字第六六六號之後：從女性主義理論看台灣性產業之立法與規範〉，《月旦法學雜誌》，186期，頁5-18；林峻宇（2017），〈我國性交易管制政策及未來方向之評析〉，《憲政時代》，42卷3期，頁309-344；蔡宗珍（1998），〈性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討〉，《律師雜誌》，228期，頁64-77；羅承宗（2013），〈色即是空？：社維法性交易專區立法週年之考察〉，《玄奘法律學報》，19期，頁1-19；蔡震榮（2010），〈評釋字第666號解釋：並重新思考性工作者之管理政策〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁64-69；王苡斯（2007），《論我國娼妓政策之性別意涵：從社會秩序維護法的觀察出發》，中原大學財經法律研究所碩士論文；王偉龍（2008），《性、人權與工作成人性交易規範法制之比較探討》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文；何家瑜（2012），《論我國性交易管制之方向：以加拿大性交易管制經驗為借鑑》，國立臺北大學法律學系一般生組碩士論文；林孟弘（2014），《我國性交易管制與除罪化之研究》，國立臺北大學法律學系一般生組碩士論文；林俊輝（2014），《我國性交易管制政策之研究：以臺北市警察取締為例》，國立政治大學行政管理碩士學程碩士論文；林裕恆（2013），《從警察取締性工作者論性交易制度之規範》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文；孫一萱（2013），《台灣性交易管制法理與現狀的再思考：釋字第666號之後的管制》，國立中正大學法律學研究所碩士論文；陳于歡（2014），《從憲法觀點論色情管制：以我國性交易管制為中心》，東吳大學法律學系碩士論文；莫慧玲（2001），《台灣性交易管理政策之研究》，中央警察大學犯罪防治研究所碩士論文；楊立俞（2018），《性交易管理法制之研究：以社會秩序維護法相關規定為中心》，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文；劉文雄（2015），《性交易專區行業涵蓋範圍及主管機關之探討》，中央警察大學警察政策研究所碩士論文；戴冬梅（2008），《從性工作權觀點探討性交易管制之憲法爭議》，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文；蘇芳儀（2013），《我國性交易管制：從女性主義與實證研究評析社會秩序維護法》，國立交通大學科技法律研究所碩士論文。

⁵⁵² 蔡震榮教授亦同此見解，詳參閱蔡震榮，前揭註551，頁68。

⁵⁵³ 蔡震榮教授亦同此見解，詳參閱蔡震榮，前揭註551，頁68。

⁵⁵⁴ 謝榮堂教授亦同此見解，詳參閱謝榮堂（2012），〈社會秩序維護法修正評釋：兼論釋字第六六六號〉，《月旦法學雜誌》，203期，頁42-43。

⁵⁵⁵ 司法院釋字第666號解釋林錫堯、陳敏與陳春生大法官共同提出之協同意見書亦同此見解，節錄於此：「按全面禁止性交易之結果，將使性交易活動轉為地下化或隱密為之，致衛生主管機關對從事性交易者，難以實施各種定期健康檢查或宣導性行為安全等其他可有效維護國民健康而限制較小之管制或輔導措施。就此而言，系爭規定即非維護國民健康之必要手段。」

⁵⁵⁶ 當然本案是採取中度審查標準，這樣的目的應是可以通過憲法檢驗，只是筆者認為這樣的目的其實還有許多問題點可以去質疑。

⁵⁵⁷ 王皇玉（2010），〈臺灣對性交易行為的管制與處罰〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁7。

⁵⁵⁸ 許恆達教授也認為要以「善良風俗」作為管制或處罰性工作者的目的，其實早已經受到很多的



良風俗⁵⁵⁹」？「善良風俗」應如何定義？其範圍與界線又為何？如果要支持這個目的可以合憲存在，勢必要先解決這些無法逃避的前提問題。再者，「風俗」或許可以認為是一個國家或地區人民之慣行或文化，經過一段長時間的薰陶或養成所造成的風氣而言⁵⁶⁰。但這樣的「風俗」難道不會隨著時間的演進和社會變遷而有所改變？倘若如此，那要如何決定性交易這樣的行為是違反風俗的呢？如果再加上「善良」二字就更為無解，何謂「善良」？其本身也是一個不確定的法律概念⁵⁶¹，對於任何人來說，「善良」是主觀價值的判斷，沒有辦法認定某人的「善良」定義即等於他人、社會大眾或國家的「善良」定義，如此一來，便淪為各說各話，莫衷一是。

基於上述，國家要如何執此（自己覺得正當）的規範目的，作為衡量的標準甚至處罰人民呢⁵⁶²？在現今強調民主自由的社會，可貴的是人與人之間的差異，並採取尊重包容的態度，如果政府還是以家父長式的想法在執政或制定法律，那麼很可惜的是，這樣的政府並不了解多元的真諦，當然在施政上困難重重而不得民心。

質疑了，詳參閱許恆達許恆達（2010），〈善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任：以釋字第666號解釋為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，186期，頁25。

⁵⁵⁹ 司法院釋字第666號解釋許玉秀大法官部分協同意見書，頁4；謝榮堂，前揭註554，頁38；楊邦彥（2014），《散布猥褻物品罪存廢之研究》，中央警察大學法律學研究所碩士論文；葛名翔（2013），《賭博罪正當性問題之研究：兼論其保護法益》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；歐陽徵（2018），《析論公然猥褻之除罪化》，國立政治大學法律學系碩士論文。公法學界與刑事法學界較常以「善良風俗」稱之，而民事法學界則較常以「公序良俗」稱之，細譯其義，本文認為本質上雖有不同，但仍殊途同歸。相關文獻詳參閔王澤鑑（2011），《民法總則》，頁310-319，自刊；陳聰富（2016），《民法總則》，頁245-254，元照；孫森焱（1999），〈公序良俗與誠信原則〉，楊與齡（編），《民法總則爭議問題研究》，頁181-198，五南；朱柏松（2013），〈違反公序良俗法律行為的類型分析：兼評最高法院92年度台上字第2061號判決〉，《法令月刊》，64卷6期，頁1-27；許政賢（2018），〈臺灣法上之公序良俗〉，《月旦民商法雜誌》，62期，頁26-49；許曉芬（2017），〈我國與法國民法上公序良俗概念之比較研究：法國民法革新對我國之啟發與借鏡〉，《東海大學法學研究》，51期，頁171-215；方林根（2016），《民法第七十二條「公序良俗」具體化之研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；林彥辰（2019），《論公序良俗原則》，國立中正大學財經法律系研究所碩士論文。

⁵⁶⁰ 這只是筆者以自己的文字和觀察嘗試定義之，但如同前開所述，「風俗」之概念與內涵人言言殊，實在很難有一個標準或準則來界定之。

⁵⁶¹ 司法院釋字第666號解釋許玉秀大法官部分協同意見書，頁4。

⁵⁶² 謝榮堂教授亦同此見解，詳參閱謝榮堂，前揭註554，頁38。



再者，或許有論者認為，刑法上認為違背「善良風俗」是侵害社會法益的，這代表違背「善良風俗」是可以處罰的，如果連刑法都可以處罰，舉重以明輕，社會秩序維護法處罰較輕的行政罰應該也可以處罰。對此，本文認為，我國刑法將「善良風俗」認定為法益是有其歷史脈絡的，蓋早期臺灣刑法制定時期政治動盪不安，經濟民生問題層出不窮，威權體制的政府想要治理臺灣，迷信「治亂世用重典」的想法，往往將欲處罰人民的事項制定在刑法當中，一些所謂違背善良風俗的規定也不例外。然而隨著時代的改變及變遷，現今台灣的社會風氣與以往有很大的不同，民心思變，人權、婦女意識抬頭，「善良風俗」到底還能不能繼續成為刑法所欲保護的法益或價值，其實是要打上一個很大的問號的。

從而，本文認為，身處在現今多元交織的社會脈絡下，「善良風俗」這樣抽象的法益保護應是不能存在的，蓋善良風俗法益之保護實與現今社會文化價值觀念有所衝突，現今社會較強調個人法益或利益的保護，一個無法說明何為社會法益或社會大眾利益的善良風俗是在很難將之套用在每個個人之上⁵⁶³。舉例言之，殊難想像兩個從事性交易的人在旅館進行性交易，會造成其他人或社會有什麼樣的法益侵害？兩人都已經關在隱密的空間裡了，是要怎麼侵害他人或社會呢？或許有論者認為，如果讓大眾知道的話，大家會群起效尤。但除非是有媒體侵害這兩人的隱私而報導或宣傳，不然還是一樣的理由，關在隱密的房間為性交易，是要怎麼樣讓大眾知道並且模仿的呢？更何況每個人都是自主的個體，又有什麼樣的理由或方法可以限制他人會不會模仿或效法呢？有學者即為文指出，對於多元價值應多與以包容，個人基本生活利益的維護遠比抽象的社會風俗的維護來的重要得多了⁵⁶⁴。

⁵⁶³ 林志潔教授對此有許多的討論，詳參閱林志潔（2007），〈誰的標準？如何判斷？：刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，145期，80-95。

⁵⁶⁴ 盧映潔、沈洳瑩，前揭註22，頁79。



若以「善良風俗」作為保護法益，由於「善良風俗」的抽象性與模糊性，何種行為會妨害「善良風俗」沒有一定的標準⁵⁶⁵，不應將其作為一個獨立的保護法益，否則會給予立法者過多動用刑罰權處罰人民的空間，如此一來，將無法與個人法益的保護及人性尊嚴的維護有所關聯⁵⁶⁶。因此，本文認為，「善良風俗」作為規範目的是很難通過憲法違憲審查中之合憲目的的檢驗，這也是本文認為本號解釋並沒有好好把握此機會妥適處理與說明的地方。

3.2.1.3.2. 「弱弱相殘」結構困境的突破

對於本件釋憲案的違憲審查方式，多數意見的大法官在平等權的審查上面使用「平等原則」的審查基準來審查糾爭規定之合憲性。首先，大法官認為性交易行為之管制與處罰，屬於立法裁量之一環⁵⁶⁷，雖然有學者對此提出嚴厲批評，認為大法官不應以「立法裁量」作為理由而草率帶過、敷衍塞責⁵⁶⁸，惟本文認為，立法者係以社會秩序維護法（亦即以行政罰的方式）作為管制的規範及手段，這部分比較不會有什麼疑慮。畢竟對於性交易管制的相關規範事項，其牽涉許多複雜的因素與考量，且法律制定、政策擬定本屬立法院憲法職權之事項⁵⁶⁹，由具有民主正當性及多元民意展現的立法院來處理，立法院則對此享有較多的立法形成自由⁵⁷⁰，亦較能針對實際情況作更多的討論與彈性調整，法理上符合憲法機關

⁵⁶⁵ 林志潔，前揭註 563，頁 80-95。

⁵⁶⁶ 盧映潔、沈洳瑩，前揭註 22，頁 79。

⁵⁶⁷ 司法院釋字第 666 號解釋理由書，第 3 段。

⁵⁶⁸ 黃瑞明，前揭註 548，頁 24。

⁵⁶⁹ 憲法第 63 條：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」

⁵⁷⁰ 關於「立法形成自由」，亦有學者稱為「立法形成空間」、「立法形成餘地」或「立法裁量」。此一概念，國內學界期刊論文與著述實在是汗牛充棟，相關文獻詳參陳新民（2007），〈立法裁量權的界限試：試論 NCC 組織法的違憲性問題〉，氏著，《法治國家原則之檢驗》，頁 56-102，元照；蘇永欽（2002），〈立法裁量與司法審查〉，氏著，《走入新世紀的憲政主義》，頁 7-56，元照；黃舒菴（2010），〈立法者對社會福利政策的形成自由及其界限：以釋字第 649 號解釋為例〉，氏（編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯）（上冊）》，頁 137-191，中央研究院法律學研究所籌備處；李建良（2000），〈論立法裁量之憲法基礎理論〉，《臺北大學法學論叢》，

「功能最適理論⁵⁷¹」，亦即，將制定法律與政策的工作交由多元民意的立法院，毋寧是對於性交易管制的最好辦法。



其次，「系爭規定明文禁止性交易行為，則其對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，法律上已形成差別待遇⁵⁷²。」此段大法官主要在說明禁止性交易的規定，若僅處罰「意圖得利」之性工作者，卻不處罰與之性行為的顧客，

47期，頁151-241；李建良（2009），〈易科罰金制度之立法形成自由與憲法界限釋字第六六二號解釋〉，《台灣法學雜誌》，137期，頁147-158；呂秉翰（2007），〈論刑事處罰之立法裁量：兼評釋字第五九四號解釋〉，《月旦法學雜誌》，150期，頁115-138；陳信安（2014），〈再論刑事不法與行政不法之區別：以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（上）〉，《興大法學》，15期，頁182-231；陳信安（2014），〈再論刑事不法與行政不法之區別：以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下）〉，《興大法學》，16期，頁165-233；陳愛娥（2001），〈立法者對於訴訟制度的形成自由與訴訟權的制度保障核心〉，《台灣本土法學雜誌》，18期，頁147-152；黃昭元（2000），〈立法裁量與司法審查：以審查標準為中心〉，《憲政時代》，26卷2期，頁156-185；黃舒芃（2010），〈違憲審查中之立法形成空間〉，《月旦法學雜誌》，185期，頁39-51；黃舒芃（2018），〈若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保證抑或障礙？－－評司法院釋字第748號解釋〉，《輔仁法學》，55期，頁1-48；湯德宗（2000），〈立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探〉，《憲政時代》，26卷2期，頁3-34；陳政豪（2014），《勞工保險之憲法解釋：以立法形成自由為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文；黃國益（1998），《立法裁量與違憲審查》，國立政治大學法律學系碩士論文；黃楚婷（2015），《立法形成空間的反思與再界定：從審查密度理論之檢討談起》，東吳大學法律學系碩士論文；蘇彥圖（1998），《立法者的形成餘地與違憲審查：審查密度理論的解析與檢討》，國立臺灣大學法律學系研究所碩士論文。

⁵⁷¹ 關於「功能最適理論」，乃是德國憲法學界所發展出來的方法論，其認為各種國家事務本質上不同，應交由不同的國家機關作最適當的分配，以使國家事務達到盡可能正確的結果。除了「權力分立」的制衡之外，某種程度來說，也是經濟、效率的考量。此一概念詳參閱許宗力（2007），〈權力分立與機關忠誠：以德國聯邦憲法法院裁判為中心〉，氏著，《法與國家權力（二）》，頁302-312，元照；許宗力（2007），〈迎接立法國的到來？！：評釋字第五二〇號解釋〉，氏著，《法與國家權力（二）》，頁393，元照；李俊良（2013），〈論我國大法官解釋中「保留」領域的劃分基準：擺盪於民主原則與專業統治之間〉，《憲政時代》，39卷2期，頁121-122；蔡宗珍（2015），〈我國憲法解釋中的權力分立圖像〉，《憲政時代》，40卷4期，頁499-502；楊宇健（2010），《由權力分立觀點論行政裁量類型化之司法審查》，頁64，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。而關於「功能法」取向的想法與論述，詳參閱黃舒芃（2009），〈「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分：德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之間題與解套〉，氏著，《民主國家的憲法及其守護者》，頁252-261，元照；陳愛娥（1998），〈大法官憲法解釋權之界限：由功能法的觀點出發〉，《月旦法學雜誌》，42期，頁37-51；黃錦堂（2010），〈權力分立之憲法解釋：兼評釋字第520、585、613、633、645號解釋〉，《法令月刊》，61卷9期，頁4-25；蘇永欽（1994），〈合憲法律解釋原則：從功能法上考量其運用界限與效力問題〉，《憲政時代》，19卷3期，頁50-84；Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 258 (2008).

⁵⁷² 司法院釋字第666號解釋理由書，第3段。



即大家所謂「罰娼不罰嫖⁵⁷³」的情形，明顯是立法者所為的差別待遇。然而，大法官緊接著說明此項差別待遇之手段不具正當性，其認為性交易整個過程並不是一個性工作者可以獨力完成，必須性工作與其顧客「通力合作」始得完成之，若要處罰性交易，不能僅處罰性工作者，應該是為性交易的雙方皆處罰才符合「平等原則」。對此，本文贊同本號解釋的多數意見，蓋若要非難性交易這個行為，由於性交易的過程必須雙方一起完成，在不可能單獨完成的情況下，沒道理只處罰性交易的任何一個單人，否則，這樣的手段不要說是「實質平等」了，恐怕以「形式平等」的角度觀之都無法通過檢驗。

接著，多數意見的大法官說明，「鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅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⁵⁷⁴。」本文認為，多數意見的大法官此段的闡述是整號解釋的最大亮點，也是值得稱頌的地方。其認為大多數性工作者往往是處於社會上經濟弱勢之女性，倘若依舊社維法之規定方式開罰，勢必使其生活，經濟更為窘迫⁵⁷⁵。換言之，這些經濟上處於弱勢的女性要走這行其實是萬不得已的，要不是無法從事其他行業來謀生，她們或許不會需要以此「職」為業。回想到自己當初看到本號解釋的這段文字，已是滿心激動，眼淚差點奪眶而出⁵⁷⁶。雖然現今社會價值多元奔放，有些真的從事「援助交際」的女

⁵⁷³ 本論文盡量避免使用「娼」、「嫖」二字，蓋本文認為此二字從「女」邊多少帶有些貶抑。當然，筆者並無實際查證此二字是否有貶抑女性之意味，例如「婚」「姻」二字應無貶抑之意，反而是喜事才對。但本論文還是盡量避免之，改另以「性工作者」代替之，先予敘明。

⁵⁷⁴ 司法院釋字第 666 號解釋理由書，第 3 段。

⁵⁷⁵ 廖元豪教授對此即認為，本號解釋的「結果」是有利於經濟弱勢女性，詳參閱廖元豪（2010），〈罰娼不罰嫖違憲：保障弱勢之「實質平等」終獲大法官加持？〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 47。

⁵⁷⁶ 當然還要加上本號解釋的其他六份協同意見書，特別是搭配許宗力大法官的協同意見書服用，更是令人動容。



性並非經濟上弱勢，只是覺得這樣賺錢較快，以滿足其對物質上之慾望，但這樣的女性在統計上實為少數。真正會願意從事性交易工作的，多為經濟上無法負擔自己或家中生計的女性，像是本案的當事人之一，已是五十多歲的婦人，性交易的價碼是新臺幣三百元，其處於經濟上弱勢逼不得已而從事性交易工作就已經很辛苦了，若再加上警察所稽查之罰單，不要說是被抓到的三百元了，可能未來還要「偷偷地」接客數十次以上，才有可能繳清罰款、維持生活或家計，此豈不是迫使人民持續走向不法行為。又，這樣的規定如同前述，只處罰性工作者卻不處罰其顧客，而顧客或許多為經濟上較為富裕的群體⁵⁷⁷，此舉不是變相處罰貧窮者。更何況他/她們雙方還是一起完成「犯罪」行為的。多數意見短短幾十個字，可以感覺得到大法官用心良苦，能夠體察性工作者的辛苦、辛酸與不得已，如此站在社會上弱勢的一方將心比心，誠屬難得，這也是大法官此項工作神聖且偉大的地方，令人敬佩。

續之，多數意見的大法官認為「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⁵⁷⁸之平等原則有違⁵⁷⁹。」本文贊同最後違憲宣告的結論，從前開所述，系爭規定之規範目的較難通過憲法違憲審查的檢驗，且手段與目的間也無法具有「實質關聯性」，法理上屬於違憲，應無疑義。多數意見的大法官接著說明，「行政機關可依法對意圖得利而為性交易之人實施各種健康檢查或宣導安全性行為等管理或輔導措施；亦可採取職業訓練、輔導就業或其他教育方式，以提昇其工作能力及經濟狀況，使無須再以性交易為謀生手段；或採行其他有效管理措施⁵⁸⁰。」本文贊同這樣的看法，如同前述，本件釋憲案所涉及到的是同時具有「女性」與「經濟弱勢」

⁵⁷⁷ 當然，並非每位顧客經濟上皆為富裕，只是相較於性工作者或許富裕些。他們會願意花錢為性交易，似乎可推定他們在經濟上比較有預算空間將金錢花在「性事」上面。畢竟實在很難想像一個人已經吃不飽了，他還會有多大的「性」趣。

⁵⁷⁸ 同前揭註 18。

⁵⁷⁹ 司法院釋字第 666 號解釋理由書，第 3 段。

⁵⁸⁰ 司法院釋字第 666 號解釋理由書，第 4 段。



兩項參數的歧視類型（交叉歧視）⁵⁸¹，對於被歧視者而言，系爭規定不僅產生了歧視的不利益效果，更使其容易陷入生活困難，甚至無法生存的境地。這種「弱弱相殘」的歧視結構亟待我國從社會上根本性地拆解掉，以法制面來說，至少像系爭規定這種歧視的法規不要再出現。積極的面向來說，如果政府願意主動伸出援手，思考並執行各種對於性工作者的保護措施，及盡可能地運用行政資源來幫助、輔導性工作者，改善其工作環境或經濟條件，不僅可以幫助性工作者享有一定的工作空間、協助其改善生活，並扭轉前開所述之歧視結構，希望有一天，我國社會能夠突破此種「弱弱相殘」的困境⁵⁸²。

3.2.1.3.3. 留下處罰空間的殘壘

從前開所述可以知道，本號解釋宣告系爭規定違憲的結果固然值得高興，然而，多數意見的大法官在本號解釋所採取違憲宣告的模式為「定期失效⁵⁸³」，其

⁵⁸¹ 同時涉及到兩種參數的歧視類型（交叉歧視），除了本號解釋以外，還有一號釋字值得關注，即司法院釋字第649號解釋，其涉及的是「視障」與「經濟弱勢」兩種歧視參數，後續視障者因為該號釋字作成違憲宣告之後的生活狀況與工作條件仍值得吾人持續觀察與研究。詳參閱司法院釋字第649號解釋解釋文：「中華民國九十年十一月二十一日修正公布之身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」（九十六年七月十一日該法名稱修正為身心障礙者權益保障法，上開規定之「非本法所稱視覺障礙者」，經修正為「非視覺功能障礙者」，並移列為第四十六條第一項前段，規定意旨相同）與憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力。」

⁵⁸² 本文會以「未來式」的語氣表達興嘆，是由於本件釋憲案關於性工作者的問題至今（2023年）仍然未解，雖然系爭規定兩年的有效期間已過，該法規也經過立法院修正，但性工作者仍沒有一套完善的制度可以保障他/她們的「職業」。或許新法的通過已不再有歧視女性的情形，但仍無解於經濟弱勢的情況使他/她們走向性工作一途。若國家又無一套完善保護他/她們執行職業的制度，尤其所謂「性交易專區」的設置，至今（2023年）未能實現，那麼性工作者的弱勢結構困境仍無法突破。

⁵⁸³ 關於「定期失效」之宣告模式，學界與實務界對此有許多不同的看法，惟此涉及到大法官解釋或憲法法庭宣告方式的選擇，並非本論文重心，於此不另贅述，相關文獻詳參閱葉俊榮（2003），〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，氏著，《民主轉型與憲法變遷》，頁323-392，元照；葉俊榮（2013），〈違憲政治：司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析〉，張永健（編），《2011司法制度實證研究》，中央研究院法律學研究所；錢建榮（2017），〈建構與大法官認真的司法文化：定期失效解釋的個案適用談起〉，春風煦日論壇編輯小組（編），《刑事法與憲法的對話：許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，頁27-56，元照；吳信華（2006），〈大法官解釋「違憲定期失效」的效力〉，《月旦法學教室》，43期，頁6-7；吳信華（2010），〈大法官「違憲定期失效宣告」後法院案件審理的問題〉，《台灣法學雜誌》，155期，頁91-97；吳信華（2015），



認為「國家除對社會經濟弱勢之人民，盡可能予以保護扶助外，為防止性交易活動影響第三人之權益，或避免性交易活動侵害其他重要公益，而有限制性交易行為之必要時，得以法律或授權訂定法規命令，為合理明確之管制或處罰規定。凡此尚須相當時間審慎規劃，系爭規定應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力⁵⁸⁴。」亦即，系爭規定雖然獲致違憲的結果，但大法官給予立法者兩年的時間去檢討改進並作修法的動作，在這兩年的期間，系爭法規的效力仍然有效。對此，本文並不贊同此種宣告違憲的模式，姑且不論「定期失效」的學理之爭，至少在本件釋憲案中，由於涉及到同時具備兩種歧視參數的歧視類型，此種歧視類型嚴重侵害到人民的憲法上的平等權，實在不應使系爭規範還有兩年的有效期間。對於此種嚴重歧視人民的法規，除給予違憲宣告之外，本文認為應採取宣告「立即失效」的模式，始符憲法保障人民平等權之意旨。關於本號解釋多數意見宣告系爭規定「定期失效」的問題，實是本件釋憲案很可惜的地方⁵⁸⁵。

〈大法官解釋「違憲定期失效」的宣告、救濟與「執行」之諭知〉，《台灣法學雜誌》，267期，頁97-102；李惠宗（2009），〈論違憲而定期失效法律的效力：兼評釋字第619號解釋及最高行政法院97年度判字第615號判決號判決〉，《法令月刊》，60卷10期，頁4-16；林佳億（2013），〈違憲法規定期失效宣告之探討：以釋字第619號為中心〉，《稅務旬刊》，2210期，頁19-26；梁志偉（2014），〈違憲定期失效解釋對於法院原因案件之效力：兼評最高行政法院九十七年判字第六一五號判例〉，《全國律師》，18卷5期，頁38-51；徐璧湖（2018），〈憲法解釋違憲定期失效的效力之研析：以司法院釋字第七四一號解釋為探討重心〉，《月旦法學雜誌》，272期，頁85-96；許育典（2015），〈大法官宣告法令違憲定期失效得權利救濟〉，《月旦法學教室》，156期，頁6-8；陳炎輝（2007），〈違憲法律定期失效後遺症待解：從釋字第616號及第620號解釋論大法官解釋效力〉，《稅務旬刊》，2004期，頁7-11；張升星（2017），〈剪不斷，理還亂的「宣告違憲，定期失效」：釋字第741號解釋評析〉，《月旦裁判時報》，57期，15-22；黃昭元（1996），〈從「違憲但不立即失效」的大法官解釋檢討我國的違憲審查制度〉，《月旦法學雜誌》，12期，頁31-39；葉俊榮（1996），〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，《行政院國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，6卷1期，頁1-23；詹鎮榮（2015），〈法律違憲定期失效與撤銷訴訟之判斷基準時：最高行103判716判決〉，《台灣法學雜誌》，275期，191-194；蔡維音（2017），〈定期失效之違憲宣告效力〉，《月旦法學教室》，173期，頁6-8；藍偉銓（2017），〈論違憲定期失效：兼論德奧法制之比較〉，《憲政時代》，42卷4期，頁435-473；蘇永欽（2017），〈誰可以從定期失效解釋得到特別救濟？：簡評釋字第741號解釋〉，《月旦裁判時報》，57期，頁5-14；陳愛娥（2010），〈法規違憲「定期失效宣告」與行政法院裁判的關係：從最高行政法院九八年度判字第二四三號判決談起〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁127-135；楊淑卿（2011），〈大法官違憲審查「定期失效宣告」下當事人權利救濟之探討〉，東吳大學法律學系碩士論文；廖健瑋（2016），〈論違憲法令之時間效力：以將來失效宣告類型的檢討為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁵⁸⁴ 司法院釋字第666號解釋理由書，第4段。

⁵⁸⁵ 李惠宗（2010），〈從法本質論談性交易行為作為一種職業自由：評釋字第六六六號解釋〉，《月旦法學雜誌》，176期，頁135-138；黃瑞明，前揭註548，頁39。



此外，從「得以法律或授權訂定法規命令，為合理明確之管制或處罰規定」⁵⁸⁶之文字可以觀察，多數意見的大法官認為性交易是可以處罰的，只是本號解釋之所以宣告違憲乃是因為系爭規定僅處罰性交易中之一人違反平等原則而已。換言之，大法官基本上是站在「立法者可以對性交易為行政管制及處罰」的既定立場上，為了讓立法者有調整管制手段及處罰對象的餘裕，而且避免「處罰真空」的狀態，才不讓系爭規定立即失效⁵⁸⁷。本文認為，本號解釋理由書的這最後一段算是有點遺憾，雖然依其心證，大法官當然可以做出這樣的解釋，但採取此種「鋸箭式」的解釋方式⁵⁸⁸，並沒有直指問題的核心，反而治絲益棼，殊為可惜。換言之，雖然賦予立法者享有很大的立法形成自由空間，但這樣其實很難讓立法者想到大法官原本站在經濟弱勢的角度思考，因而制訂完善的法律。

有學者即認為，大法官此種處理方式，避重就輕，不但無法真正保護到大法官所關心的「社會經濟弱勢而從事性交易之女性」，對於實際執法與司法審理的人員亦將造成莫大的困擾⁵⁸⁹。對此，本文認為，大法官應該利用這次受理此案的機會，秉持「憲法之維護者⁵⁹⁰」的高度，好好地說明性交易是否具備憲法上基本權利的特質及其內涵，並給予立法者一些指示，使其制定完備的相關規範，讓從事性工作的人可以從此高枕無憂。但從這段理由書的文字脈絡來看，大法官用這

⁵⁸⁶ 司法院釋字第 666 號解釋理由書，第 4 段。

⁵⁸⁷ 李建良，前揭註 21，頁 14。

⁵⁸⁸ 司法院釋字第 666 號解釋陳新民大法官協同意見書亦同此見解，節錄於此：「在論理上，顯然是一種「鋸箭法」式的推論：按性交易行為既然是違反公序良俗之行為，其禁止之合憲性未獲大法官之挑戰，而僅針對處罰對象只是一方，而認為違憲，豈非是對一個由多種病因所造成的沈疴，醫者只以「外觀病癥」來開藥方，而忽略在根本上應醫治產生病因隱疾，即難謂為善醫。尤其是立論上將被罰者「…鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰」之論點，這種比喻，即易有許多上的反證：例如可否因（過去習稱之）強暴罪絕大多數處罰男性，即可指稱此處罰規定違反平等權？以及墮胎罪只以女性為處罰對象，即有性別歧視之嫌乎？顯然，這個推論不能夠站得住腳。」

⁵⁸⁹ 李建良，前揭註 21，頁 14。

⁵⁹⁰ 翁岳生（2015），〈憲法之維護者〉，氏著，《行政法與現代法治國家》，頁 419-424，三民；許宗力（2009），〈司法權的運作與憲法：法官作為憲法之維護者〉，葉俊榮（編），《法治的開拓與傳承：翁岳生教授的公法世界》，頁 33-54，元照；張文貞（2009），〈見證台灣憲政民主轉型的一位憲法維護者：翁岳生教授與台灣的憲法解釋〉，葉俊榮（編），《法治的開拓與傳承：翁岳生教授的公法世界》，頁 15-32，元照。



種「含滷蛋」式的論理，並無直搗黃龍地解決問題，反而增加了許多後續的問題，實在是非常可惜，這也是本號解釋另一個待改進的地方。學者亦認為，這段話雖然是為平等原則的審查預作準備，實際上已經表達出大法官對於「從事性交易」之憲法權利地位所抱持的基本態度，也就是根本性地否定性交易的憲法地位。因為，這段話的邏輯是建立在「性交易行為可罰性」的前提下⁵⁹¹。

3.2.1.4. 國際人權法給予本號解釋的啟示

本號解釋所涉及的問題是，關於性工作者因為從事性交易行為而被國家處以行政罰。然而，通常從事性交易的性工作者大多數為女性，若國家僅對性工作者為處罰，顯然對於女性的性工作者有所歧視，也造成其生活更為不利。基此，本號解釋所要面對的「間接歧視」問題，主要是對於「經濟弱勢」的「女性」有所不利益。與此種歧視結構相關的國際人權公約即是《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）、《經濟社會文化公約》（ICESCR）與《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）。

首先，從《公政公約》觀察，雖然《公政公約》並沒有直接針對「間接歧視」的問題作處理，惟從第4號一般性意見可以知道，其要求締約國應積極制定提高婦女地位的政策⁵⁹²，從而，我國對此應制定相關的性工作者權利保障的政策，以提高女性性工作者的地位，並使其能夠安心地在性產業中獲得生存的空間。另外，雖然第28號一般性意見明白表示反對女性從事性交易⁵⁹³，不過，本文認為，該想法主要是避免女性因為從事性交易而遭受到歧視、剝削、甚至影響身心健康。如果國家能夠針對女性性工作者作完善的權利保障措施，以及確保其能夠在不受任

⁵⁹¹ 李建良，前揭註21，頁15。

⁵⁹² ICCPR第4號一般性意見，第2段。

⁵⁹³ ICCPR第28號一般性意見，第12段。



何方面的傷害前提下從事性工作，本文反倒是樂觀其成，畢竟國家對於該有的保障都能夠確實做到，從事性工作僅是個人的生涯選擇，對此理應尊重。

其次，就《經社文公約》觀察，第 20 號一般性意見明白表示要消除「系統性的歧視」，也就是要消除「間接歧視」。所採取的方法除了立法措施之外，應建立一套完善的政策與計畫，並給予事後的救濟與課責⁵⁹⁴；而第 23 號一般性意見亦對於工作、勞動條件上的性別平等作同等的要求⁵⁹⁵。因此，我國對於糾爭規定已進行修法⁵⁹⁶，這是屬於立法措施的改進，也達到不再僅對於性工作者的歧視與處罰。然而，我國對於性產業的政策一直曖昧不明，違反性工作的權利保障時應如何救濟與處置的規範仍然付之闕如。對此，政府應積極採取相關規範與政策的擬定，甚至在此些規範與政策完成之前，採取「暫行特別措施」，例如畫定特定範圍為性交易專區，使性工作者能夠在該範圍內合法執業。藉由這些規範、政策與措施，以保障性工作者的權利並不再遭受到任何的歧視。

末者，就《消除婦女歧視公約》觀察，第 28 號一般性意見認為，締約國應消除對婦女的一切形式歧視，包括「直接歧視」與「間接歧視」，建議應推行一切消除對婦女歧視的政策⁵⁹⁷，以提高婦女的實質平等地位。準此，我國應推行保障女性性工作者的政策，使其能確保工作的順利進行，並排除其他不必要的干涉。本文認為，讓女性性工作者的工作權益受到保障，並不是要禁止其從事性交易的工作，而是國家應制定怎麼樣的保障政策，讓其能夠在合法的範圍內執業，並在政策、文化宣傳上讓人民瞭解性產業的相關規範，始能達到消除對女性性工作者的歧視，並改善她們的生活條件。

⁵⁹⁴ ICESCR 第 20 號一般性意見第 36 段、第 37 段與第 40 段。

⁵⁹⁵ ICESCR 第 23 號一般性意見第 5 段。

⁵⁹⁶ 新社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款，詳參閱註 13。

⁵⁹⁷ CEDAW 第 28 號一般性意見第 24 段。



3.2.2. 司法院釋字第 728 號解釋

本文以下即以司法院釋字第 728 號解釋作為討論的標的，首先會介紹本件釋憲案的事實與爭點，以期讓讀者先行掌握本件釋憲案的事實背景與全貌。接著觀察本件釋憲案是否確實有「間接歧視」的存在。此外，進一步對本件釋憲案為脈絡分析並略抒己見，希望可以藉由分析的過程帶出一些思考與思辯。最後，經過分析的過程之後，則更進一步針對本件釋憲案作出適當地評價。

3.2.2.1. 本號解釋之事實與爭點

本件釋憲案是由人民所提起，聲請人呂碧蓮為祭祀公業呂萬春派下員呂進榮之長女，聲請人呂家昇為呂碧蓮之子（從母姓）。呂進榮受聲請人等撫養，惟另有 3 子均無男嗣。呂進榮與 2 子先後亡故，僅餘三子呂學川 1 人。依該祭祀公業於民國 75 年 7 月 31 日訂定之祭祀公業呂萬春管理章程第 4 條前段規定：「登記在案派下員亡故時，其直屬有權繼承人公推一名為代表繼任派下員，惟依照政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權。」致呂進榮之派下員身分僅由呂學川 1 人繼承。聲請人等乃訴請主張亦得繼承派下權。案經臺灣新北地方法院判決駁回其訴；嗣後上訴，歷經臺灣高等法院 97 年度上字第 617 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 963 號民事判決，皆以適用祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」而依上該管理章程所定僅「男系直屬有權繼承人有繼承派下員之資格」為由，駁回其訴而確定。聲請人等乃認前開確定終局判決所適用之前該管理章程有抵觸憲法第 7 條⁵⁹⁸之疑義，向司法院大法官聲請解釋。

⁵⁹⁸ 同前揭註 18。



司法院大法官於 2015 年 3 月 20 日作成釋字第 728 號解釋，認為祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」並無抵觸憲法第 7 條⁵⁹⁹平等原則之規定，應屬合憲。嚴格來說，本件釋憲案涉及到兩個規範，一個是祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定；另一個即是祭祀公業呂萬春管理章程第 4 條前段規定：「登記在案派下員亡故時，其直屬有權繼承人公推一名為代表繼任派下員，惟依照政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權。」不過本件釋憲案審查之際，當時我國憲法違憲審查制度（Judicial Review）採取的是「抽象審查」⁶⁰⁰，並非針對具體個案審查⁶⁰¹，所以本件釋憲案若僅以聲請人所聲請之規範為審查標的，即祭祀公業呂萬春管理章程第 4 條前段規定，本件釋憲案極有可能「難產」，蓋私人間的祭祀公業章程規範並非屬當時司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款⁶⁰²所稱之法律或命令，大法官本應不受理⁶⁰³。因

⁵⁹⁹ 同前揭註 18。

⁶⁰⁰ 憲法上的違憲審查制度，若針對釋憲客體的不同，大抵來說可以區分為「抽象審查」及「具體審查」。這部分涉及到憲法程序面的制度問題，以及我國究竟是採取何種審查方式，委實說這是個相當複雜的問題，且憲法學界眾說紛紜。立法院亦三讀通過「憲法訴訟法」的修正案（本法於 2019 年 1 月 4 日由總統公布修正全文 95 條，並自公布後三年施行。亦即，本法最後生效日期為 2022 年 1 月 4 日），惟該法具體採取什麼樣的審查制度又是另一個問題。不過在本件釋憲案審查之際，當時的憲法違憲審查制度（即適用司法院大法官審理案件法），我國司法院大法官基本上採取的是「抽象審查」（若以本號解釋為例，採取這樣的見解詳參閱陳新民大法官協同意見書、湯德宗大法官協同意見書、陳碧玉大法官部分協同部分不同意見書、黃茂容大法官不同意見書、葉百修大法官不同意見書）。相關文獻詳參閱湯德宗（2005），〈權力分立與違憲審查：大法官抽象釋憲權之商榷〉，氏著，《權力分立新論（卷二）：違憲審查與動態平衡》，頁 152，元照；吳信華（2018），〈大法官「擴張標的範圍」而審理的判斷〉，《月旦法學教室》，189 期，頁 6-8；吳信華（2019），〈「憲法訴訟法」的立法與意涵〉，《月旦法學教室》，198 期，頁 33-40；林石猛、梁志偉（2019），〈憲法法庭作為「第四審」？：論裁判憲法審查程序之本質及功能〉，《月旦法學雜誌》，288 期，頁 37-50；許育典（2018），〈從憲法訴訟法草案評析憲法訴願制度〉，《月旦法學雜誌》，281 期，頁 68-77；蘇永欽（2019），〈大道以多歧亡羊：簡評憲法訴訟法〉，《月旦法學雜誌》，288 期，頁 5-36；梁志偉（2014），《我國「抽象審查」制度下「憲法訴訟」類型之探究》，國立中正大學法律學研究所碩士論文。

⁶⁰¹ 「憲法訴訟法」已於 2022 年 1 月 4 日正式施行，新法所制定之「裁判憲法審查」制度即屬具體個案審查，其審查之標的乃為法院所作成之「裁判」。相關文獻詳參閱李建良（2020），〈臺灣公法的當代思維：跨入 2020 年代的回敘與挑戰〉，《月旦法學雜誌》，300 期，頁 108-117；吳信華（2019），〈裁判憲法審查〉，《月旦法學教室》，201 期，頁 35-45；吳信華（2020），〈論「裁判憲法審查」（上）：制度的繼受、施行與展望〉，《國立中正大學法學集刊》，67 卷，頁 167-216；吳信華（2020），〈論「裁判憲法審查」（下）：制度的繼受、施行與展望〉，《國立中正大學法學集刊》，68 卷，頁 1-54；程明修（2017），〈台灣引入「裁判憲法訴願」制度之相關問題〉，《台灣法學雜誌》，319 期，頁 8-16；楊子慧（2020），〈裁判憲法審查初探〉，《政大法學評論》，160 期，頁 143-208；張文貞（2019），〈2018 年憲法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，48 卷特刊，頁 1503-1545。

⁶⁰² 同前揭註 521。



此，須以祭祀公業條例第4條第1項前段為審查標的，才有可能確實處理本件釋憲案所涉及到的憲政問題⁶⁰⁴。惟無論如何，本文認為，本件釋憲案的審查標的仍應為祭祀公業條例第4條第1項前段規定⁶⁰⁵，進一步來說，其爭點乃是祭祀公業關於其派下員依「規約」定之，是否合憲的問題。亦即，在祭祀公業條例第4條第1項前段規定這樣的脈絡下，本件祭祀公業規約規範，其派下員僅男性具有派下權與繼承權，女性並非該祭祀公業之派下員，從而該等女性並無派下權與繼承權，此種私人間的規約規範是否牴觸憲法上的平等原則⁶⁰⁶？

3.2.2.2. 間接歧視的再現

從本號解釋的解釋文與理由書中可以發現，多數大法官的意見於本號解釋中並沒有直接提及或承認「間接歧視」的「文字」，不過吾人若掌握間接歧視的定

⁶⁰³ 當然，在憲法訴訟法施行之後，新法所制定之「裁判憲法審查」制度即得針對具體個案審查。若本件釋憲案是在2022年1月4日以後聲請，憲法法庭依據憲法訴訟法第59條規定即應為受理。

⁶⁰⁴ 此釋憲程序問題的細緻處理方式可參閱本號解釋葉百修大法官的不同意見書。本文認為，若將「規約」的規範鑲嵌在祭祀公業條例第4條第1項前段規定的內涵裡，會是一個不錯的解釋方式，也唯有如此，才能進一步探討「規約」對於女性的歧視是否有牴觸憲法之虞的問題。

⁶⁰⁵ 相對於此，憲法法庭112年憲判字第1號所涉及的法規範為祭祀公業條例第4條第1項後段及同條第2項規定。依本號判決理由書之意旨，祭祀公業條例第4條第1項後段及同條第2項規定與司法院釋字第728號解釋之審查標的不同，不生變更該解釋之問題。詳參閱司法院網站，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=309875>（最後瀏覽日：03/08/2023）。惟本文認為，祭祀公業條例第4條整條三項規定乃係立法者「包裹式規定」，三項彼此內涵互通，蓋依本條立法理由意旨，立法者對於臺灣傳統上長期排斥女性具有派下權之事實及習慣，早已知悉並認可，遂為此條規範。故不論於司法院釋字第728號解釋或憲法法庭112年憲判字第1號之時，祭祀公業條例第4條應整條列為審查標的。對於司法院釋字第728號解釋當時，聲請人並非對祭祀公業條例第4條聲請釋憲，當時亦無裁判憲法審查制度，大法官透過解釋之方式，「僅」審查祭祀公業條例第4條第1項前段，雖為德不卒，已屬難能可貴。到了憲法法庭112年憲判字第1號之時，聲請人提出變更前開釋字之聲請，憲法法庭卻不為受理，又再一次喪失審查整條祭祀公業條例第4條之大好機會，此舉將無法一次解決本條全部爭議，若日後再有聲請人對此聲請釋憲，實屬耗費司法資源，徒增困擾。關於此部分之批評詳參閱司法院釋字第728號解釋湯德宗大法官協同意見書，頁4-6；司法院釋字第728號解釋葉百修大法官不同意見書，頁2-6；司法院釋字第728號解釋羅昌發大法官不同意見書，頁3-4；憲法法庭112年憲判字第1號判決詹森林大法官協同意見書，頁8-9；憲法法庭112年憲判字第1號判決許志雄大法官提出，黃昭元大法官加入之部分不同意見書，頁1-6；憲法法庭112年憲判字第1號判決黃昭元大法官提出，許志雄大法官加入、謝銘洋大法官加入、呂太郎大法官加入、楊惠欽大法官加入之部分不同意見書，頁2-8。

⁶⁰⁶ 以上背景事實與爭點係參閱並整理自司法院釋字第728號解釋抄本。司法院網站，<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=728>（最後瀏覽日：06/15/2019）。



義與內涵，不難發現本號解釋的理由書中確實使用了「間接歧視」的概念：

「祭祀公業係由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體(祭祀公業條例第3條第1款⁶⁰⁷規定參照)。其設立及存續，涉及設立人及其子孫之結社自由、財產權與契約自由。系爭規定⁶⁰⁸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，惟系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，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14條⁶⁰⁹保障結社自由、第15條⁶¹⁰保障財產權及第22條⁶¹¹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7條⁶¹²保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權⁶¹³。」

從前開本號解釋理由書所使用的文字觀察，多數大法官的意見認為祭祀公業所訂定的規約，其內容係以派下權與繼承權為分配作為主要討論的標的，且依規約的規範對象係以男性為其祭祀公業的派下員，女性並非為派下員，因此，僅男性具有該祭祀公業的派下權與繼承權，女性並沒有派下權與繼承權。雖然祭祀公業條例第4條第1項前段規定與系爭規約的內容並沒有在文字上直接表明僅男性得作為該祭祀公業的派下員，但依傳統、文化上的宗族觀念，只有男性得作為該祭祀公業的派下員，女性不得作為派下員，從而前開規範與規約形式上並沒有明白規

⁶⁰⁷ 祭祀公業條例第3條第1款：「本條例用詞定義如下：一、祭祀公業：由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體。」

⁶⁰⁸ 「系爭規定」四字指的是祭祀公業條例第4條第1項前段。本節以司法院釋字第728號解釋為討論對象，故本節以下若使用「系爭規定」四字，即專指祭祀公業條例第4條第1項前段規定，先予敘明。

⁶⁰⁹ 憲法第14條：「人民有集會及結社之自由。」

⁶¹⁰ 憲法第15條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」

⁶¹¹ 憲法第22條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」

⁶¹² 同前揭註18。

⁶¹³ 司法院釋字第728號解釋理由書，第2段。



定僅男性得作為派下員，然實質上卻造成女性因不得作為派下員而被剝奪其派下權與繼承權，顯然對女性存有實質上的歧視效果，此即符合「間接歧視」的概念與內涵⁶¹⁴。我國釋憲實務史上，除了前開釋字第 666 號解釋首次出現間接歧視的釋憲案，本號解釋是繼釋字第 666 號解釋之後，再次出現間接歧視的釋憲案，且都是涉及到「性別」的平等權保障問題，亦即，此兩號解釋同樣都是面臨到對於女性的歧視類型⁶¹⁵。

有趣的是，本號解釋與釋字第 666 號解釋如出一轍，多數意見的大法官並沒有在解釋文與理由書當中直接使用「間接歧視」的「文字」，都是用解釋的方式迂迴地表明各個釋憲案所面臨到的間接歧視問題。而大法官意見書的部分，本號解釋與釋字第 666 號解釋同樣，僅有兩位大法官正面提及和承認本件釋憲案就是涉及到「間接歧視」的問題⁶¹⁶，即葉百修大法官的不同意見書⁶¹⁷與羅昌發大法官的

⁶¹⁴ 相對於此，憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決所涉及的祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段規定，乃屬「直接歧視」之問題，蓋其表面上就是以性別作為分類標準，對於女性具明顯不利之差別待遇。因本號判決並非涉及間接歧視問題，於此即不多加論述，此部分可參閱憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決黃昭元大法官提出，許志雄大法官加入、謝銘洋大法官加入、呂太郎大法官加入、楊惠欽大法官加入之部分不同意見書，頁 2-7。

⁶¹⁵ 寫到這裡，筆者心裡不免感觸良多，暫且不論性傾向的議題，雖然自身在醫學上或生物上是歸類為所謂的生理男性。在臺灣對於整個法律規範面向，乃至於整個社會、文化環境上皆是以男性為中心的集體氛圍，應該要感到開心，畢竟這樣的環境對自身是有利的。但筆者常常在想，性別是人類天生無法自己決定的，如果女性因為不能決定自己要成為什麼性別，卻要因著這所謂以男性為中心的環境而受到不利益的對待，那麼，這樣的結果是否公平？或有論者質疑，這世界本來就是不公平的，先姑不論其他領域的情況如何，至少筆者身處在法律的領域裡，常常懷抱著以保障弱勢族群的權利為己任，從這樣的出發點思考，仍然希望在諸多法律的規範之中，不要再有歧視女性的現象發生。而臺灣整個社會、文化環境的氛圍，亦應受到法學界的感染，隨著時代的浪潮前進，不要再以男性為中心作為社會發展的主軸。近日又看到對於女性（性別問題）人身攻擊這樣的新聞，詳參閱 ETtoday 新聞雲（07/02/2019），〈楊世光嗆「沒資格講下一代」 蔡英文：對女性人身攻擊〉，<https://www.ettoday.net/news/20190702/1480665.htm>（最後瀏覽日：07/08/2019），實在是令人不勝唏噓（嘆為觀止）。

⁶¹⁶ 時過境遷至 2023 年，雖然憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決並非涉及間接歧視的問題，然其四份意見書之中，有一份意見書正面肯認司法院釋字第 728 號解釋就是屬於間接歧視之案型。此部分詳參閱憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決黃昭元大法官提出，許志雄大法官加入、謝銘洋大法官加入、呂太郎大法官加入、楊惠欽大法官加入之部分不同意見書，頁 2-8。

⁶¹⁷ 司法院釋字第 728 號解釋葉百修大法官不同意見書，頁 19-21。此外，如同前述，葉百修大法官於司法院釋字第 666 號解釋意見書中也正面提及與承認間接歧視的文字、概念與內涵，接連兩號解釋涉及到「間接歧視」的問題，葉百修大法官皆直接點名要處理間接歧視的問題，且保障人民平等權的邏輯一致。在司法院釋字第 666 號解釋宣告違憲的結果時，其提出的是協同意見書；而在司法院釋字第 728 號解釋卻宣告合憲的結果時，其提出的是不同意見書。對於以實務出身的大法官能夠深切肯綮地直指人民基本權利保障的核心問題，實屬難能可貴。筆者曾於大學部就讀期



不同意見書⁶¹⁸。釋字第 728 號解釋為我國釋憲實務史上，繼釋字第 666 號解釋之後，第二個出現間接歧視的釋憲案。

葉百修大法官認為，系爭規定雖從形式上並未以生理性別為分類標準而形成差別待遇，但實質上卻形成差別待遇。其原因無非是立法者於規範祭祀公業之派下員認定制度時，其所持之立場或政策，雖係以維持傳統宗族觀念，以維護法秩序之安定，然根本上無疑是受到傳統宗族觀念之影響，而這種傳統宗族觀念，便是出自對女性的歧視與偏見⁶¹⁹。換言之，該祭祀公業條例表面上並沒有以性別作為差別待遇的分類標準，但實際上依祭祀公業規約的規範結果，卻造成女性喪失派下員的資格，連帶地也喪失派下權與繼承權，如此即有使女性於祭祀公業派下權的範圍內較男性更為不利益，這樣的立法構造即為「間接歧視」的情形。

羅昌發大法官則認為，祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段表面上雖無歧視之文字出現，然我國社會一直以來，皆是以男性作為祭祀祖先主體之傳統宗族觀念，導致大多數祭祀公業規約均限定以男性為派下員，此種傳統、文化習慣上已形成對女性之「結構性歧視」（structural discrimination）或「系統性歧視」（systemic discrimination）⁶²⁰。又，依據祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段及後段規定，其在「效果上」構成有「減損或剝奪」女系子孫應享有之經濟權利（財產權）、社會權利（參與祭祀祖先）、公民權利（結社自由）之「區別、排除或限制」，故應認祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段及後段，構成對女系子孫憲法第 7 條權利之侵害⁶²¹。該祭祀公業條例第 4 條第 1 項所規定之差別待遇雖因祭祀公業之規約而起，然法

間，親至輔仁大學法律學系旁聽葉百修大法官「國家賠償法」之課程，雖然當時對於國家賠償法的認識一知半解，但對於葉百修大法官於課程中講述的立場，是常常站在人民這一方積極地向國家行使權利的想法，令筆者印象深刻。

⁶¹⁸ 司法院釋字第 728 號解釋羅昌發大法官不同意見書，頁 1-7。

⁶¹⁹ 同前揭註 617，頁 12。

⁶²⁰ 同前揭註 618，頁 2。

⁶²¹ 同前揭註 618，頁 7。



律對此種「系統性」及「結構性」之歧視卻給予保障，應屬法律本身違反憲法第7條保護性別平等之意旨⁶²²。換言之，系爭規定雖然沒有直接以文字表明以男性作為派下員，但實際適用的結果，卻會因為我國傳統社會的宗族觀念是以男性作為派下員的風氣，造成女性不得作為派下員而喪失派下權與繼承權，此種情形就是「間接歧視」的結果。羅昌發大法官甚至認為，系爭規定在適用的結果上，立法者明知規約往往容易受到傳統宗族觀念的影響，卻還作如此的法律規定，基本上已經近乎「直接歧視」的情形了⁶²³。

3.2.2.3. 本號解釋之脈絡分析

在了解本號解釋的背景事實與爭點、間接歧視的存在之後，雖然本章的基本目的已算達成，也就是在釋憲實務的範圍內找到了「間接歧視」的蹤影，但無可避免地還是要對本號解釋作基本的分析，亦藉此分析的過程，進行憲法學術的思辨，使得本號解釋所要傳達的訊息、間接歧視所帶來的問題與影響，更為清楚明瞭。本節以下即以司法院釋字第728號解釋作為分析的標的，隨著分析的進行，亦適當地表達本文對於本號解釋的觀察與見解。

3.2.2.3.1. 私法自治比不上平等原則？

從本號解釋的理由書觀察，多數意見的大法官表示，「系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，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

⁶²² 同前揭註618，頁7。

⁶²³ 同前揭註618，頁2。



於憲法第 14 條⁶²⁴保障結社自由、第 15 條⁶²⁵保障財產權及第 22 條⁶²⁶保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重⁶²⁷。」換言之，多數意見的大法官認為，系爭規定涉及私人間的約定（規約），為了要維護私法自治原則，以及保障人民的財產權與契約自由，對於這些私人間的約定（規約），原則上應予以尊重。而本件釋憲案所要審查的即是，這種私人間的約定（規約）是否抵觸憲法第 7 條⁶²⁸的平等原則，更明白、細緻地說法就是，在多數意見的大法官眼裡，私法自治原則是比憲法的平等原則還要來得重要，因此「原則上應予以尊重」。本文認為，多數意見的大法官看似尊重「規約」現實的考量，實則昧於現實、罔顧憲法對於性別平等原則的維護，亦怠忽大法官作為「憲法之維護者⁶²⁹」的重要職責，無怪乎本號解釋作成之後遭到相當多的批評與撻伐⁶³⁰。

「私法自治原則⁶³¹」，其基本的定義，係指個人得依其自由意志及意思以形成其私法上的權利義務關係⁶³²。個人得藉由這樣的自主意思形塑私法上的各種法律關係，而人民依該法律關係得讓生活更有秩序，亦得對生活各項需求作適當的

⁶²⁴ 同前揭註 609。

⁶²⁵ 同前揭註 610。

⁶²⁶ 同前揭註 611。

⁶²⁷ 司法院釋字第 728 號解釋理由書，第 2 段。

⁶²⁸ 同前揭註 18。

⁶²⁹ 翁岳生，前揭註 590，頁 419-424；許宗力，前揭註 590，頁 33-54；張文貞，前揭註 590，頁 15-32。

⁶³⁰ 官曉薇（03/26/2015），〈大法官的性別平等大爆走〉，《天下雜誌》，<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/52/article/2578>（最後瀏覽日：06/17/2019）；高榮志（03/26/2015），〈釋字 728 戰盡大法官的性別死穴〉，《財團法人民間司法改革基金會》，<https://www.jrf.org.tw/articles/935>（最後瀏覽日：06/17/2019）；林秀怡、秦季芳（03/25/2015），〈淪為父權代言人的大法官是阻礙性別平等的絆腳石〉，《自由時報》，<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/865922>（最後瀏覽日：06/17/2019）。

⁶³¹ 關於「私法自治原則」，本論文畢竟是關於公法的論文，為聚焦於公法上的討論與說明，因此本文以下僅簡單地交代其定義，其他具體的內容與內涵，詳參閱王澤鑑，前揭註 559，頁 264-268；陳聰富，前揭註 559，頁 169-171；詹森林（1998），〈私法自治原則之理論與實務：台灣法制發展之情形〉，氏著，《民事法理與判決研究》，頁 1，元照；陳清秀（2017），〈從私法自治權之保障，談稅法對於私法秩序之融合原則〉，《稅務旬刊》，2366 期，頁 7-15；黃松茂（2018），〈私法自治與強行規定：評中國大陸最高人民法院（2016）最高法民終 222 號民事判決〉，《月旦民商法雜誌》，61 期，頁 147-159；謝哲勝（2016），〈私法自治與男女平等〉，《月旦法學教室》，163 期，頁 6-8；簡資修（2019），〈侵權法：私法自治或國家統制〉，《月旦法學雜誌》，289 期，頁 81-102；顏淑娟（2017），《私法自治與公法規制衝突下之「祭祀公業規約」法律問題研究：以派下員資格為中心》，國立中正大學法律學系碩士在職專班碩士論文。

⁶³² 王澤鑑，前揭註 559，頁 264。



安排。因此，「私法自治」作為支配民法財產法的中流砥柱，說它是民法的定海神針一點也不為過，它確實在私法中扮演重要的角色。然而，平等原則⁶³³作為憲法的規範，私法自治與之相比較孰輕孰重？首先，憲法的位階高於法律⁶³⁴，而私法自治作為民法下的一個子原則，很明顯地，私法自治再怎麼重要，仍然不能抵觸憲法上的原則。因此，私法自治作為法律位階的原則規範，必須受到更上位階規範的拘束，而不是毫無限制地「要怎麼訂就怎麼訂」，其仍然必須受到憲法這個更上位階規範的限制與拘束⁶³⁵。退步言之，縱使大法官將私人間的「規約」納入財產權與契約自由的保障，同時輔以憲法第 15 條⁶³⁶與第 22 條⁶³⁷作為憲法位階的保護傘，亦即，私人間的私領域行為理所當然地受到財產權與契約自由的無條件保障，然大法官卻沒有進一步闡述前述憲法規範的保障範圍與內涵⁶³⁸，這樣的論證其實是站不住腳的。

本文並不否定私法自治的重要性，但如果遇上平等原則而必須作出取捨之時，或許站在我國傳統、文化習慣長期是一個「重男輕女」的社會，是有必要對於女性作更多的保障。從我國這樣的男性重於女性的傳統、文化社會氛圍觀察，對於女性的歧視是長期以來的問題⁶³⁹，是時候來扭轉這種「男尊女卑」的問題了。而大法官藉由作成解釋是一個很好扭轉、改變歪風的方式，殊不知大法官於本號解釋卻沒有把握這次機會，反而是助長了傳統、文化習慣的持續發展。對此，陳昭如教授即批評，將女性派下員的資格認定回歸傳統習慣，並將其資格排除在外，

⁶³³ 關於「平等原則」的定義與內涵，前已敘及，於此茲不贅述，詳參閱本論文 1.4.2.1.。

⁶³⁴ 憲法第 171 條：「法律與憲法牴觸者無效。法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」

⁶³⁵ 陳榮傳（2015），〈不問祭祀問繼承：祭祀公業和釋字第 728 號解釋〉，《月旦法學雜誌》，243 期，頁 18。

⁶³⁶ 同前揭註 610。

⁶³⁷ 同前揭註 611。

⁶³⁸ 黃舒芃（2016），〈純粹法學如何看待規範與現實的關係？：以司法院釋字第 728 號解釋之檢討為例〉，《政治與社會哲學評論》，56 期，頁 180。

⁶³⁹ 關於因為我國傳統社會男性重於女性，造成對於女性的歧視問題，別的領域不說，光是從歷來司法院大法官的解釋就可以略知一二，其分別為：司法院釋字第 365、410、457、620 號解釋。當然本件釋字第 728 號解釋也是因為傳統社會、文化習慣的關係，造成對於女性的歧視。



也排除了性別歧視結構改革的可能性⁶⁴⁰。而且規約僅由男性訂定本就帶有歧視女性的意味，本號解釋竟然由公權力角色強化支持將女性派下員視為外人⁶⁴¹，這實在不符合憲法上男女平等原則的要求。本文認為，就是因為我國傳統社會、文化習慣如此重男輕女的主流價值，造成女性有更多的機會處於弱勢的地位，套用一句釋字第365號解釋的話，如果要有所謂的性別差別待遇，必須要基於男女生理上的差異或因之所產生社會角色功能的不同，始能「例外」差別待遇⁶⁴²，但本件剝奪了女性派下員的資格，並不是因為前開兩個原因之一，僅因傳統社會、文化習慣的關係使然，在憲法的規範面來說，這樣的情形已違反性別的「實質平等」，亦有違我國作為一個法治進步的國家，戮力保障性別平等的目標。要突破這樣的性別不平等結構，不只是文化上的改造工程，同時是在替女性爭取權利，也是要影響法律規範、風氣的改變⁶⁴³。

林明昕教授進一步指出，立法者在制定系爭規定時，以「作為」的方式創造了一個違反性別平等的派下員資格的制度，此舉違反了憲法第7條⁶⁴⁴不得作為差別待遇的「不作為」誠命⁶⁴⁵，顯見林教授也是站在平等原則的這一方。詹森林教授亦認為，以私法自治來正當化「因規約而使得子女不得參與派下權」，其實是與私法自治的精神不符的⁶⁴⁶。亦即，私法自治的意旨不能夠抵觸憲法上性別的平

⁶⁴⁰ 陳昭如（2004），〈有拜有保佑？：從最高法院九十二年度台上字第一二八〇號判決論女性的祭祀公業派下資格〉，《月旦法學雜誌》，115期，頁249-262。

⁶⁴¹ 陳昭如（2015），〈女兒還是外人：論大法官釋字第七二八號解釋的雙重排除〉，《月旦裁判時報》，41期，頁81-88。

⁶⁴² 司法院釋字第365號解釋理由書第1段（節錄）：「由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父母子女共同生活之家庭，亦有上述憲法規定之適用。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。」（粗體字為筆者所加）。

⁶⁴³ 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇（2015），〈私法自治 vs. 性別平等：從釋字728論祭祀公業條例之合憲性〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁68；陳昭如（2015），〈沒拜沒保佑，有拜也沒保佑？：從女性主義觀點論釋字728中的權力與權利〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁51。

⁶⁴⁴ 同前揭註18。

⁶⁴⁵ 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註643，頁63。

⁶⁴⁶ 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註643，頁70。



等原則。而官曉薇教授則認為，大法官於本件釋憲案應藉此機會好好援引 CEDAW 的相關規範，落實消除對於女性的一切歧視，無論是「直接歧視」還是「間接歧視」的歧視類型⁶⁴⁷。CEDAW 於我國制定施行法之後，司法部門更應該去重視並確實落實其要求，性別平等必須是一個實質上的平等，這樣的觀點不只是給予機會上的平等而已，而是包含本案所涉的歷史、文化性的成因、經濟的結構、以及家庭中所造成的權力不均等的因素，這些背後因素造成的性別不平等都要去面對與處理⁶⁴⁸。尤其 CEDAW 已於我國通過施行法，大法官自不能切割國際人權公約而不適用⁶⁴⁹。換言之，大法官不能躲在私法自治的保護傘下，應該跳出來勇敢面對這些背後複雜的歷史因素所導致的性別不平等，進而維護憲法所揭載之平等原則意旨。

⁶⁴⁷ 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註 643，頁 75。

⁶⁴⁸ 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註 643，頁 74。

⁶⁴⁹ 官曉薇（2015），〈從《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）之實質平等評論釋字第 728 號〉，《台灣法學雜誌》，270 期，頁 56。針對 CEDAW 於我國應有的規範效力，本號解釋李震山大法官、葉百修大法官與羅昌發大法官皆於其不同意見書提出呼籲，詳參閱司法院釋字第 728 號解釋李震山大法官不同意見書（節錄）：「隨著不分黨派、朝野或團體皆贊成將國際人權規範內國化作為國家施政重點，且付諸行動後，或才對祭祀公業中性別隔離產生春風解凍的效果，對本條例問世有促成之功效。緊接著九十八年制定「兩公約施行法」，於第二條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」當然包括性別平等。行政院並設性別平等處，於一〇〇年十二月公布「性別平等政策綱領」，企圖將臺灣性別主流意識與國際接軌，邁向共治、共享、共贏的永續社會。一〇一年一月一日又施行「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」。在此風潮下，社會上呼籲保障變性、跨性及同性應得到法律公平對待之議論，亦已甚囂塵上，而系爭規定自公布迄今，又已過了七個年頭。」司法院釋字第 728 號解釋葉百修大法官不同意見書（節錄）：「我國近年來不僅在各項立法如性別平等教育法、性別工作平等法等法律，不斷強化對於性別平等之重視，於一〇〇年六月八日制定公布消除對婦女一切形式歧視公約施行法，正式將聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women，以下簡稱 CEDAW 公約）所揭示保障性別人民權及促進性別平等之規定，認定具有國內法律之效力。由此可見，基於生理或社會性別而為差別待遇之傳統習慣，本院應立於釋憲者之高度，衡酌當代社會現狀之發展，積極促進憲法第七條、憲法增修條文第十條第六項及 CEDAW 公約相關規定之意旨，對於系爭規定及其同項後段、同條第二項及第三項規定予以嚴謹審查，並提出符合憲法意旨之規範方向，尤其於行政機關與立法機關業已意識到系爭規定及其同項後段、同條第二項及第三項規定之不妥之處，紛紛提出修法，本院若未能雪中送炭，至少亦可錦上添花，豈可予以踩煞車而默認違憲法律狀態之繼續存在？」司法院釋字第 728 號解釋羅昌發大法官不同意見書（節錄）：「憲法第七條規定：「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。」並未對女性之歧視之概念有進一步界定。消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women；簡稱 CEDAW）之定義，應有助於瞭解憲法第七條所規定「無分男女……，在法律上一律平等」之具體涵義。憲法增修條文規定所要求之「消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，應可藉由 CEDAW 第二條及第五條規定之意旨予以理解。」（粗體字為筆者所加）。



綜合上述，本文認為，私法自治原則確實是一個重要的法律原則，惟其若與憲法上的平等原則抵觸，則應該有所退讓⁶⁵⁰。無論是從法規範面或我國傳統社會、文化上的習慣觀之，由於歧視女性的傷害是規約遠遠不能企及的，因此，不能僅因規約所形成的長期慣習認為很難改變⁶⁵¹，而繼續對女性有所歧視。我國若要澈底改變性別不平等的結構，須要改變文化、改變習俗、及改變習慣，以扭轉性別歧視的現象⁶⁵²，始能建立一個性別平等、友善的社會。

3.2.2.3.2. 本末倒置的法安定性原則

除了前述的私法自治與性別平等之爭的問題之外，本號解釋的另一個被批評的問題即是大法官過分地強調「法安定性原則」的重要性，從本號解釋的理由書觀察，多數意見的大法官表示，「系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，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 14 條⁶⁵³保障結社自由、第 15 條⁶⁵⁴保障財產權及第 22 條⁶⁵⁵保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重⁶⁵⁶。」換言之，多數意見的大法官認為，系爭規定並未以性別作為認定是否為該祭祀公業的派下員，而是著眼於「法安定性」的考量，因此縱使有可能導致性別不平等的結果，但並未違憲。本文認為，這是錯誤解釋和使用法安定性的結果，性別歧視的問題不應以法安定性原則作為藉口，此種解釋方式實有法律規範

⁶⁵⁰ 許志雄大法官與黃昭元大法官亦同此見解。尤有甚者，其認為私法自治原則雖係源於人性尊嚴，惟若其同時侵害他人之人性尊嚴時，私法自治原則理應退讓，優先保障受侵害之人性尊嚴。此部分詳參閱憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決許志雄大法官提出，黃昭元大法官加入之部分不同意見書，頁 4。

⁶⁵¹ 更何況，隨著時代、社會不斷變遷，任何傳統習俗或習慣並非不能改變。關於此部分之批評，詳參閱憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決詹森林大法官協同意見書，頁 4-5；詹森林（2019），〈憲法之基本原則及基本權在民事裁判上之實踐〉，《台灣法學雜誌》，381 期，頁 100-103。

⁶⁵² 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註 643，頁 75。

⁶⁵³ 同前揭註 609。

⁶⁵⁴ 同前揭註 610。

⁶⁵⁵ 同前揭註 611。

⁶⁵⁶ 司法院釋字第 728 號解釋理由書，第 2 段。



本末倒置之憾。

「法安定性原則⁶⁵⁷」，其基本的定義為，指的是法律規範一旦制定、施行之後，國家與人民即有遵守的義務，而經過反覆實施一段時間之後，產生一定法之確信，往後國家與人民即遵照既定的法秩序行事。而從前述多數意見的大法官想法之中觀察，可以清楚知道的是，大法官顯然認為法安定性的重要性比性別平等還來的重要，或許這是向現實妥協的結果，畢竟祭祀公業的長久以來重視男性的派下權與繼承權的慣習，一時半刻也無法改變，若要改變勢必在祭祀公業的法律權義關係中掀起一陣騷動，但此即暴露出大法官對於「現實」與「規範」兩者間的根本誤解⁶⁵⁸，實則作成合憲解釋卻讓現實上的性別歧視結構更為穩固，這對於

⁶⁵⁷ 關於「法安定性原則」，嚴格來說，其下還有兩個重要的子原則，一個為「信賴保護原則」，另一個為「法律不溯及既往原則」。這些原則雖然屬於公法上的概念，惟此並非本論文討論的重心，故本文以下僅簡單地交代其定義，相關文獻實在是如恆河沙數，詳參閱程明修（2014），〈大法官解釋之釋憲方法：信賴保護原則之解釋方法〉，發表於《司法院大法官一〇三年度學術研討會（下冊）》，頁187-225，司法院（主辦），司法院；王子英（2004），《法律不溯及既往原則之研究：以土壤及地下水污染整治法之溯及責任為中心》，東吳大學法律學系研究所碩士論文；任芳儀（2007），《法令變動與信賴保護：溯及立法行為的合憲性探討》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；沈明德（2006），《論法律溯及適用與信賴保護原則》，國防管理學院法律研究所碩士論文；林合民（1985），《公法上之信賴保護原則》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文；洪培根（1992），《從公法學之觀點論法律不溯及既往之原則》，國立中興大學法律研究所碩士論文；徐振傑（2012），《稅法上解釋函令與信賴保護原則》，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文；許慶源（2006），《法規變動下信賴保護原則適用問題之研究：以土石採取法為中心》，東吳大學法律學系碩士論文；陳中為（2010），《稅捐核課處分之信賴保護：以稅捐稽徵法第21條第2項為中心》，國立中正大學財法所碩士論文；陳若芬（2012），《法規變動與信賴保護：以稅法解釋函令為中心》，東吳大學法律學系碩士論文；陳建宇（2008），《法的變動與信賴保護：法律理論的探索與重構》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；陳偉仁（2010），《國家行為一致性和信賴保護：以國家行為之性質為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；陳陽升（2009），《信賴保護原則之具體化》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；張常妙（2011），《從法安定性與妥當性，論退稅請求之時效制度》，國立成功大學科技法律研究所碩士論文；張珮琦（2005），《論信賴保護原則與行政函釋的溯及適用》，東吳大學法律學系碩士論文；黃登派（2007），《信賴保護原則之信賴基礎》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文；謝玉山（2015），《行政規則變遷後之適用與信賴保護：以解釋性行政規則與裁量基準為中心》，東吳大學法律學系碩士論文。而與「信賴保護原則」相關的釋字，詳參閱司法院釋字第362、472、525、529、547、552、574、577、580、589、605、620、629、716、717、751、775、781、782、783、793、794、799、808號解釋；至憲法法庭所作成的判決則詳參閱111年憲判字第14號、111年憲判字第18號、112年憲判字第3號判決（最後統計日：03/26/2023）。與「法律不溯及既往原則」相關的釋字，詳參閱司法院釋字第574、714、716、717、751、781、782、783、793、794、799號解釋；至憲法法庭所作成的判決則詳參閱111年憲判字第14號、111年憲判字第18號、112年憲判字第3號判決（最後統計日：03/26/2023）。

⁶⁵⁸ 黃舒芃，前揭註638，頁180。



祭祀公業的財產上的合理分配並沒有任何的助益。

林明昕教授進一步認為，要用法安定性這個原則去支撐性別歧視的結構問題，其重要性是遠遠不夠的⁶⁵⁹。若要認真考量到信賴保護原則或法律不溯及既往原則的問題，其實可以制定一套過渡條款作為解決方案，讓性別歧視的問題逐步地處理與解決⁶⁶⁰，而不是用一句法安定性的考量，就可以得出合憲的宣告。

詹森林教授則認為，民法涉及的是人民財產上的規範，如果牽涉人民財產而與性別平等較無直接相關的債編與物權編新增的條文，尚且可以溯及既往，那麼牽涉性別平等的親屬編，當然更可以為了維護性別平等，而暫且犧牲法律的安定性⁶⁶¹。換言之，法安定性固然重要，但其在法規範上所扮演的角色功能是不能與憲法所要求的性別平等同視之。多數意見的大法官，顯然過於重視法安定性，而有欠缺性別平等意識之嫌。

對此，本文認為，本號解釋以「法安定性原則」作為合憲宣告的理由之一，與我國社會長期存在性別歧視的結構問題相較，實在是本末倒置。對於職司解釋憲法、統一法律見解的權威憲政機關言，大法官固應權衡維護憲政秩序與人民基本權利之折衝，然性別歧視結構確是我國社會長期盤根錯節的難解困境，似乎也只能仰賴大法官扭轉此性別不平等的結構問題，殊不知本號解釋的多數意見卻採取「淺碟式」地解釋方式，不勇敢面對真正癥結之所在。這也難怪有學者對此即批評本號解釋多數意見的大法官是「倒退嚕」的大法官、生活在一個魔幻世界的大法官⁶⁶²。

⁶⁵⁹ 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註 643，頁 63。

⁶⁶⁰ 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註 643，頁 64。

⁶⁶¹ 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註 548，頁 71。

⁶⁶² 許玉秀、林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇，前揭註 643，頁 67。



3.2.2.3.3. 去標籤化的思考脈絡

從前開所述可以知道的是，本號解釋多數意見的大法官，出於私法自治與法安定性的考量，面對性別歧視的結構問題視而不見，本文認為，根本的問題即在大法官完全服膺於我國長期男尊女卑的傳統社會、文化、歷史脈絡，因此，作出合憲的宣告似乎也不令人意外。對此，本文想到的是學者 George Herbert Meade 之「標籤理論⁶⁶³」，依據 George Herbert Meade 的標籤理論，我國長期的傳統社會、文化、歷史脈絡就是對於女性的一個社會標籤，這個社會標籤所帶的是對於女性歧視的結果，也使得我國目前的性別結構呈現一個向男性傾斜的狀態⁶⁶⁴。不敢說這樣的社會標籤汙名化了許多良善的男性，但也是因為這樣的社會標籤，才會讓我們一直覺得男尊女卑的想法是正確的，甚至在完全沒思考、淺意識的作祟之下，認為我國自古以來就是這樣歧視女性的性別結構，而沒有太大的問題。因此，或許在這樣的社會標籤之下，多數意見的大法官才會作出這種荒腔走板的合憲宣告，也可以說本件釋憲案大法官本身性別意識的低落，才會被這種社會標籤所影響而不自知。

若要除去因為我國長期的傳統社會、文化、歷史脈絡所導致的性別歧視問題，本文認為釜底抽薪的辦法即是撕去標籤，以「去標籤化」的思考脈絡方式重新檢視性別歧視的結構問題。唯有每一個人認為，不能因為長期的傳統社會、文化、歷史因素就對於女性有歧視的想法，且從女性身上撕去長期的傳統社會、文化、

⁶⁶³ 關於 George Herbert Meade 的標籤理論，主要是用在對於「前科」者的歧視態樣，本文於此只是借用其理論來闡述未來我國應如何面對因為長期的傳統社會、文化、歷史脈絡所導致的性別歧視。相關文獻詳參閱 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).

⁶⁶⁴ 王泰升教授即認為，祭祀公業條例第 4 條係源自於日治時期以來，國家在立法條文與司法解釋上，維持偏惠男性的漢族法律傳統。或許因為如此，此種法律傳統對於臺灣性別結構的傾斜產生推波助瀾的效果。詳參閱王泰升（2022），〈從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變〉，《台灣法律人》，18 期，頁 14。



歷史所黏上的社會標籤，才有可能真正扶正向男性傾斜的性別歧視結構問題⁶⁶⁵。我們亦應認知的是，這樣的社會標籤不應作為歧視女性的理由，甚至這樣的社會標籤本身根本不應存在。但身處一個已經存在這樣的社會標籤的社會之中，其他的領域暫且不論，至少在法律領域裡，我們能做的即是不要再有這種貼標籤式的立法。立法委員於制定法律，乃至於修法時，應隨時注意社會環境是否還有這些因為傳統社會、文化、歷史脈絡而存在的社會標籤現象，並於行使職權時，適時地於法律中將之除去。而身處廟堂之高的大法官亦應秉持維護憲法平等原則的精神，主動地撕去這種對於女性歧視的社會標籤，才有可能讓長期的傳統社會、文化、歷史脈絡所導致的性別歧視有所改變，並使女性不再因著這樣的社會標籤而受到任何的不利益，也唯有如此，才能夠真正落實憲法平等權的保障。

3.2.2.4. 國際人權法給予本號解釋的啟示

本號解釋所涉及的問題是，關於祭祀公業的派下員資格，依照規約所約定的結果，往往是剝奪了女性的派下員資格，女性的繼承人因而無法獲得祭祀公業的派下權與繼承權。這樣的規約顯然對於女性的祭祀公業繼承人有所歧視，也造成女性的派下員與男性的派下員同為繼承人卻無法同樣享有派下權與繼承權。基此，本號解釋所要面對的「間接歧視」問題，主要是對於祭祀公業下的「女性」有所不利益。與此種歧視結構相關的國際人權公約即是《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）、《經濟社會文化公約》（ICESCR）與《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）。

⁶⁶⁵ 王泰升教授認為，祭祀公業團體的傳統雖可維持，但應調整為男系和女系子孫皆得成為派下員。其亦認為，祭祀公業條例第4條的祭祀公業派下法制，於現在自由民主憲政秩序下已失其必要性。詳參閱王泰升，前揭註664，頁14。



首先，從《公政公約》觀察，第 28 號一般性意見明白表示，「全世界婦女在享有權利方面的不平等現象深植於傳統、歷史和文化之中，包括宗教態度⁶⁶⁶。」本件釋憲案即是遇到此種問題，因為我國傳統重男輕女的歷史、文化因素，甚至有的祭祀公業也有一點宗教色彩，這些因素使得祭祀公業往往認為派下員應僅由男性獲得派下權與繼承權，實際上卻造成女性的派下員不能擁有派下權與繼承權，形成男女不平等的現象。因此，依據本號一般性意見，締約國應採取除去此些障礙所造成的不平等現象⁶⁶⁷。本文認為，我國應將祭祀公業的相關規定予以修法，雖然本號解釋給予合憲宣告，但立法者應積極地完成促進婦女地位的義務，並非要獲得違憲宣告始能修法，立法院可以主動提案並修法，以除去系爭規定造成男女不平等的障礙。另一方面，行政單位應擬定相關除去此種傳統文化、習慣的政策，讓祭祀公業不再因著這些傳統歷史、文化因素支配派下員與派下權資格的認定。

其次，第 28 號一般性意見花了相當的篇幅處理關於婚姻中的女性平等地位，其認為女性在婚姻中常常遇到侵權或財產權的不平等情況⁶⁶⁸。本件釋憲案即是此種情形，女性在祭祀公業中，無論是未嫁或已嫁的身分，皆有可能遇到無法成為祭祀公業派下員而無法擁有派下權的情況。準此，我國應除去此種對於女性不平等的傳統觀念，避免祭祀公業下的女性因著這些傳統因素而被剝奪其應享有繼承上的財產權。此外，本號一般性意見亦強調女性的宗教自由上的平等，認為男性與女性在宗教信仰上不得有任何歧視的行為，女性與男性相同有宗教的信仰自由，男性不得強迫女性接受同種宗教信仰⁶⁶⁹。對此，我國有些祭祀公業常常帶有一點宗教色彩，國家應訂定完善的相關政策與措施，不得讓祭祀公業因為女性不信仰其宗教種類而剝奪其應享有繼承上的派下權。

⁶⁶⁶ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 5 段。

⁶⁶⁷ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 4 段。

⁶⁶⁸ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 19 段。

⁶⁶⁹ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 21 段。



若從《經社文公約》觀察，第 20 號一般性意見認為，許多經濟、社會上的不平等現象，往往是由於根深蒂固的傳統和歷史因素所造成的歧視⁶⁷⁰。本件釋憲案即是因為我國傳統重男輕女的歷史因素所造成對於女性的歧視，因此，依據本號一般性意見消除「間接歧視」的想法，我國應設法制定相關的法律、政策與措施，除去此種歧視女性的傳統和歷史因素，讓祭祀公業的派下員不再排斥女性，使得女性可以與男性同樣獲得派下權，甚至在完成相關規範之前，亦可以採取「暫行特別措施」，例如訂定所謂的過渡條款，讓女性先獲得祭祀公業的派下員資格，進而獲得派下權的分配，以避免女性遭受到任何歧視行為。《經社文公約》這樣的想法，除了為消除對於女性的歧視現象之外，也是在經濟、社會與文化事項上採取實質平等觀的概念，希望在這些事項上不再有不平等的情況發生。

末者，就《消除對婦女歧視公約》觀察，第 28 號一般性意見認為，締約國應消除對婦女的一切形式歧視，包括「直接歧視」與「間接歧視」，建議應推行一切消除對婦女歧視的政策⁶⁷¹，以提高婦女的實質平等地位。準此，我國應推行保障祭祀公業女性派下員的政策，包括制定相關的規範使祭祀公業下的派下員認定不應僅限於男性，應包含女性派下員的認定；而最重要的是，政府應作好相關的宣傳政策，設法拔除根深蒂固的重男輕女傳統觀念，讓祭祀公業正視現行派下員認定與派下權分配的歧視結構，並妥善調整長久以來的慣習，逐步認定女性的派下員，並分配其所應享有的派下權。

⁶⁷⁰ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 1 段。

⁶⁷¹ CEDAW 第 28 號一般性意見第 24 段。



3.2.3. 司法院釋字第 760 號解釋

本文以下即以司法院釋字第 760 號解釋作為討論的標的，首先會介紹本件釋憲案的事實與爭點，以期讓讀者先行掌握本件釋憲案的事實背景與全貌。接著觀察本件釋憲案是否確實有「間接歧視」的存在。此外，進一步對本件釋憲案為脈絡分析並略抒己見，希望可以藉由分析的過程帶出一些思考與思辯。最後，經過分析的過程之後，則更進一步針對本件釋憲案作出適當地評價。

3.2.3.1. 本號解釋之事實與爭點

本件釋憲案是由人民提起，案由共有兩件，其一為聲請人林慶昌等 13 人⁶⁷²為民國 91 至 93 年公務人員特種考試警察人員考試三等考試⁶⁷³筆試錄取人員，依各該年公務人員特種考試警察人員考試錄取人員訓練計畫，經內政部警政署⁶⁷⁴安排至臺灣警察專科學校接受訓練，期滿成績及格後，分發從事警員工作。聲請人一申請比照考試院中華民國 98 年 8 月 17 日 98 考台訴決字第 143 號訴願決定，安排渠等至警察大學受訓 4 個月以上，均遭否准。經用盡審級救濟途徑後，於民國 103 年 4 月 9 日向司法院大法官聲請解釋憲法，主張確定終局判決所適用之系爭規定，有抵觸憲法之疑義。

其二為聲請人黃士峯等 4 人⁶⁷⁵為民國 94、98 及 99 年警察三等特考筆試錄取人員，依各該年公務人員特種考試警察人員考試錄取人員訓練計畫，亦經警政署安排至警專接受訓練。期滿成績及格後，從事警員工作。聲請人二嗣於民國 100

⁶⁷² 以下簡稱聲請人一，先予敘明。

⁶⁷³ 以下簡稱警察三等特考，先予敘明。

⁶⁷⁴ 為受委託辦理錄取人員訓練機關，以下簡稱警政署，先予敘明。

⁶⁷⁵ 以下簡稱聲請人二，先予敘明。



年12月經內政部安排至警大接受為期4個月之特別訓練合格後，復於同年月向內政部申請比照前揭訴願決定意旨，將其改分發警正四階巡官或相當於巡官第九序列職務，均遭否准。經用盡審級救濟途徑後，於民國103年4月9日向司法院大法官聲請解釋憲法，主張確定終局判決所適用之系爭規定，有牴觸憲法之疑義。

司法院大法官受理該兩個案件之後，將此兩案件合併審理，並於2018年1月26日作成釋字第760號解釋，認為警察人員人事條例第11條第2項⁶⁷⁶未明確規定考試訓練機構，致使實務上內政部警政署得將公務人員特種考試警察人員考試三等考試筆試錄取之未具警察教育體系學歷之人員，卻一律安排至臺灣警察專科學校受考試錄取人員訓練，以完足該考試程序，使得民國100年之前上開考試及格之未具警察教育體系學歷之人員無從取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資格，致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇，就此範圍內，與憲法第7條⁶⁷⁷保障平等權之意旨不符，應屬違憲。其爭點即在於，警察人員人事條例第11條第2項⁶⁷⁸規定，對警察三等特考及格之一般生，是否形成職務任用資格之不利差別待遇？而這樣的差別待遇是否合憲⁶⁷⁹？

3.2.3.2. 間接歧視的轉移

從本號解釋的解釋文與理由書中可以發現，多數大法官的意見與前開釋字第666號、釋字第728號解釋明顯不同，本號解釋首次於解釋文正面提及與承認「間

⁶⁷⁶ 警察人員人事條例第11條第2項：「警察官之任用，除具備前項各款資格之一外，職務等階最高列警正三階以上，應經警察大學或警官學校畢業或訓練合格；職務等階最高列警正四階以下，應經警察大學、警官學校、警察專科學校或警察學校畢業或訓練合格」。

⁶⁷⁷ 同前揭註18。

⁶⁷⁸ 同前揭註676。

⁶⁷⁹ 以上背景事實與爭點係參閱並整理自司法院釋字第760號解釋解釋摘要。司法院網站，<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=760>（最後瀏覽日：06/30/2019）。



接歧視」的「文字⁶⁸⁰」，其文字與內容如下：

「警察人員人事條例第 11 條第 2 項⁶⁸¹未明確規定考試訓練機構，致實務上內政部警政署得將公務人員特種考試警察人員考試三等考試筆試錄取之未具警察教育體系學歷之人員，一律安排至臺灣警察專科學校受考試錄取人員訓練，以完足該考試程序，使 100 年之前上開考試及格之未具警察教育體系學歷人員無從取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資格，致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇，就此範圍內，與憲法第 7 條⁶⁸²保障平等權之意旨不符⁶⁸³。」

從前開本號解釋解釋文的文字中不難發現，多數意見的大法官使用了「系統性之不利差別待遇」這幾個文字，換言之，所謂系統性的不利差別待遇，指的是系爭

⁶⁸⁰ 筆者初次接觸司法院釋字第 666 號解釋時，也算是第一次與「間接歧視」的認識，雖然多數意見對於間接歧視的概念與內涵是有處理到，不過當時腦海中很單純地閃過一個念頭，多數意見的大法官怎麼沒有將間接歧視的「文字」直接表明在解釋文或理由書中？畢竟解釋文與「重要」的理由書部分才有拘束力，大法官的個別意見書是沒有拘束力的。到了釋字第 728 號解釋時，筆者又再一次地覺得可惜，雖然多數意見對於「間接歧視」的概念與內涵還是有處理到，但多數意見的大法官仍然沒有正式地在解釋文與理由書表明「間接歧視」的文字。到了釋字第 760 號解釋，多數意見的大法官終於在解釋文與理由書直接清楚表明「間接歧視」的文字了。其實，大法官的文字表達也是一門學問，多數意見的解釋文與理由書，乃至於個人意見書文字如何表達，牽涉到許多因素，包含大法官的組成、留學背景、憲法解釋變遷、甚至少數意見對於多數意見的妥協等。這部分的研究詳參閻林超駿（2006），〈試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果「質」的幾個關鍵〉，氏著，《超越繼受之憲法學：理想與現實》，頁 73-164，元照；張文貞（2011），〈跨國憲法對話：大法官解釋引用外國法的總體實證研究〉，黃舒芃（編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯）（下冊）》，頁 483-517，中央研究院法律學研究所籌備處；張文貞（2013），〈司法院大法官解釋引用外國法及判決之實證研究：大法官留學背景作為引用的關鍵因素〉，張永健（編），《2011 司法制度實證研究》，頁 33-83，中央研究院法律學研究所；陳愛娥（2004），〈繼受法國家中的法比較：以憲法解釋作為觀察對象〉，《月旦民商法雜誌》，4 期，頁 5-15；黃舒芃（2005），〈比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例〉，《月旦法學雜誌》，120 期，頁 183-198；楊子慧（2014），〈大法官釋憲制度的司法化變革：憲法解釋的形成制度探討〉，《東吳法律學報》，25 卷 4 期，頁 49-93；楊智傑（2004），〈建構大法官實際決策行為模型〉，《政大法學評論》，81 期，頁 111-156；楊智傑（2006），〈憲法對話的制度設計〉，《僑光技術學院通觀洞識學報》，5 期，頁 483-520；楊智傑（2016），〈比較法方法與大法官個人意見書〉，《憲政時代》，42 卷 2 期，頁 165-207；葉俊榮（1999），〈法律學門成就評估與發展〉，《科學發展月刊》，27 卷 6 期，頁 607-613；劉義周（1977），〈我國歷屆大法官之產生及其背景之分析〉，《政治大學學報》，35 期，頁 287-302；李韶曼（2010），〈判決風格的功能：以大法官解釋為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文 :David S. Law and Wen-Chen Chang, The Limits of Global Judicial Dialogue, 86 WASH. L. REV. 523, 558-62 (2011).

⁶⁸¹ 同前揭註 676。

⁶⁸² 同前揭註 18。

⁶⁸³ 司法院釋字第 760 號解釋解釋文，第 1 段。



規定⁶⁸⁴表面上雖然是個客觀、中性的規範，但卻造成實質上、根本性的差別待遇或歧視，此即符合「間接歧視」的概念與內涵。其中，「系統性」這樣的文字、文義表達方式，即指的是「間接歧視」的歧視結果。本號解釋這樣明白、清楚地使用「間接歧視」的文字，在我國釋憲實務史上是一個重大突破。

此外，再從本號解釋的理由書觀察，也不難發現多數意見的大法官進一步地針對「間接歧視」的概念與內涵作出說明：

「系爭規定⁶⁸⁵雖未明白區分警大畢業生與一般生，然經多年實際適用，就 100 年之前警察三等特考及格者之職務任用及後續晉升而言，已形成對警大及警官學校之畢業生恆為有利，而對一般生恆為不利之規範效果。是系爭規定以有無經警大或警官學校畢業或訓練合格為區分標準，決定是否具有任用為職務等階最高列警正三階以上職務之資格，已構成對一般生之差別待遇，而須接受平等原則之檢驗⁶⁸⁶。」

從前開本號解釋理由書所使用的文字中可以發現，多數意見的大法官認為，系爭規定雖然沒有針對警大或警專生與一般生的作不同的規範，事實上，系爭規範也都要求這些畢業生經過警察特考之後都要經過實務訓練，但多年實際適用該項規範的結果，卻造成警大生或警專生於升遷上能升到較一般生為高的位階，形成實質上警大生或警專生與一般生有差別待遇的情形，因而有排擠到一般生陞遷的途徑與管道，造成一般生較為不利益的情況發生，此即為「間接歧視」的概念與內涵。不過，至此也可以發現的是，本號解釋遇到的歧視類型與前開兩號解釋不同，

⁶⁸⁴ 「系爭規定」四字指的是警察人員人事條例第 11 條第 2 項。本節以司法院釋字第 760 號解釋為討論對象，故本節以下若使用「系爭規定」四字，即專指警察人員人事條例第 11 條第 2 項規定，先予敘明。

⁶⁸⁵ 同前揭註 676。

⁶⁸⁶ 司法院釋字第 760 號解釋理由書，第 7 段。



前兩號解釋都是針對「性別」的歧視類型，也都是對於「女性」有特別的歧視；而本號解釋卻不是對於女性的歧視，而是以是否為警大生或警專生畢業生作為分類標準，亦即，屬於「身分」的不同的歧視類型。因此，本文認為，「間接歧視」的問題，有逐漸從歧視女性的類型轉移到其他歧視類型的現象發生，至於是否還有其他歧視類型也遇到「間接歧視」的問題，仍須留待學術界與實務界持續研究與觀察。

大法官個人意見書的部分，本號解釋有正面提及或承認「間接歧視」的概念與內涵者，相較於前開兩號解釋分別各只有兩位大法官者，數量上明顯較多⁶⁸⁷。湯德宗大法官認為，「間接歧視」不同於「直接歧視」，系爭法規或國家其他公權力之行使在表面上為中性，本來就不涉差別待遇，其之所以應受非難，乃因適用的結果產生了差別待遇⁶⁸⁸。不過湯大法官也特別提到，本件釋憲案警政署訓練安排及職務派任具有「一貫性」，亦即，其實務訓練的派任方式是長年的慣習，縱經監察院糾正及考試院訴願決定，一仍舊慣，拒不改變，因此，本號解釋採取與美國聯邦最高法院相同之見解，亦即除能證明具有「歧視之意圖」外，單純之「差別影響」（disparate impact）尚不構成法律上的差別待遇⁶⁸⁹。但誠如前開所述，本文對於「間接歧視」的要件是採取「客觀解釋模式」，解釋上與湯大法官的意見並不相同。

⁶⁸⁷ 本號解釋大法官的個人意見書有正面提及與承認間接歧視的概念與內涵者，數量上爆炸地多於釋字第 666 號與釋字第 728 號解釋，甚至該兩號解釋的意見書有正面提及與承認間接歧視的概念與內涵者，其數量加起來還不及本號解釋。本號解釋計有七件意見書有正面提及與承認間接歧視的概念與內涵，分別為：湯德宗大法官提出，詹森林大法官加入之部分協同意見書，頁 4-13；林俊益大法官協同意見書，頁 4；許志雄大法官協同意見書，頁 3-6；詹森林大法官協同意見書，頁 1-4；黃昭元大法官提出，詹森林大法官加入之協同意見書，頁 2-8；蔡明誠大法官不同意見書，頁 5-11；張瓊文大法官不同意見書，頁 20-21。另可參閱司法院釋字第 791 號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁 12-13。

⁶⁸⁸ 司法院釋字第 760 號解釋湯德宗大法官提出，詹森林大法官加入之部分協同意見書，頁 6。

⁶⁸⁹ 同前揭註 688，頁 7。本論文對此美國聯邦最高法院之見解亦曾說明與介紹，詳參閱本論文 3.2.1.。



詹森林大法官認為，所謂「間接性差別待遇」係指，一項普遍適用、採用中性區別標準之規範或措施，但實際施行之結果，卻造成某一群體受到特別不利影響，該規範或措施，即可能涉及間接(indirect)或事實上(de facto)的差別待遇，進而須檢討有無違反平等權保障的問題⁶⁹⁰。不過有趣的是，詹大法官認為「間接性差別待遇」旨在凸顯隱藏於形式上屬於中立規範下的實質平等問題，倘若採取美國法上這麼嚴格的認定標準，將會大幅限縮間接性差別待遇的成立，而引進「間接性差別待遇」這樣的概念，其目的在於解決導致特定族群成為受不利效果者之客觀狀態，則就是否成立間接性差別待遇，原則上似無須過問是否基於主觀上之歧視意圖⁶⁹¹。對此，本文認為「間接歧視」的要件本就不應納入主觀要件，詹大法官的意見與前述湯大法官的意見完全相左，但與本文的意見一致。

黃昭元大法官認為，本件釋憲案所涉及的歧視問題，是屬於法規範本身在表面上中立(facially neutral)，並未使用某項分類(如種族)，但實際適用該規範的結果，卻會對某些群體造成系統性的不利差別待遇，此即事實上歧視(de facto discrimination)，也就是間接歧視的概念⁶⁹²。其進一步認為，本件警政署長期將一般生一律送到警專接受考試訓練，這已不只是不成比例的影響，而是對於一般生全面性的排斥；而主管機關對於此種考訓方式，始終堅持行政一致性的理由，顯見這確實是出於其明確的政策決定，既非個案，亦非偶然。甚至在監察院糾正之後，一般生提起訴願且獲得對之有利的訴願決定時，主管機關仍堅持這項特別訓練不是考試訓練，致參加特別訓練後的一般生仍無從取得與同一考試及格之警大生相當的職務任用資格，顯然符合間接歧視的要件認定⁶⁹³。黃大法官於本號解釋中認為，本件釋憲案就是「間接歧視」的案例，不過在要件認定上，雖然套用「主客觀解釋模式」，卻也未表明其明確採取何種見解，惟從其套用的模式來觀察，

⁶⁹⁰ 司法院釋字第760號解釋詹森林大法官協同意見書，頁2。

⁶⁹¹ 同前揭註690，頁3-4。

⁶⁹² 司法院釋字第760號解釋黃昭元大法官提出，詹森林大法官加入之協同意見書，頁3。

⁶⁹³ 同前揭註692，頁5-6。



其似乎採取的是美國聯邦最高法院的見解。

林俊益大法官認為，本件釋憲案是正面承認「間接歧視」的案例，系爭規定就字面而言，屬於中性的立法，但因多年長時期之實際適用，形成對警大生恆為有利，而對一般生恆為不利之規範效果，致人民應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇（間接差別待遇），就此部分，不符憲法第 7 條⁶⁹⁴保障平等權之意旨⁶⁹⁵。許志雄大法官認為，平等權的審查，有時字面上為平等之處理，實際結果卻出現差別待遇現象，是有必要從實質平等之觀點，就「間接差別待遇」問題加以研究與考察⁶⁹⁶。然其認為系爭規定本身自始即存在差別待遇，並非實施結果上造成差別待遇，是屬「直接差別待遇」的問題⁶⁹⁷。蔡明誠大法官也認為，本件釋憲案並不是「間接歧視」的案例，其雖認為「間接歧視」的法規外觀，是性質上中立，但其執行起來卻發生歧視之結果⁶⁹⁸。但本件釋憲案中的主管機關如堅持認為其有意歧視一般生，而將之安排至警專受訓，因此造成不利差別待遇（或稱歧視）（Benachteiligung oder Diskriminierung），反而應該是屬於「直接歧視」，似非「間接歧視」或「系統性歧視」的問題⁶⁹⁹。

末者，張瓊文大法官則認為，「間接歧視」係指表面上或形式上以中性規範文字而未出現明確、特定之分類標準，而實際上係以某種特定政策或仍因此出現差別待遇或產生差別待遇之效果⁷⁰⁰。不過，張大法官也認為本號解釋多數意見雖然有創建「間接歧視」解釋方法之意圖，並指出因系爭規定「本身」具有區分標準及差別待遇之存在，故得以「平等原則」審查，但這樣已回到平等權的一般審

⁶⁹⁴ 同前揭註 18。

⁶⁹⁵ 司法院釋字第 760 號解釋林俊益大法官協同意見書，頁 4。

⁶⁹⁶ 司法院釋字第 760 號解釋許志雄大法官協同意見書，頁 3。

⁶⁹⁷ 同前揭註 696，頁 5。

⁶⁹⁸ 司法院釋字第 760 號解釋蔡明誠大法官不同意見書，頁 7-8。

⁶⁹⁹ 同前揭註 698，頁 9。

⁷⁰⁰ 司法院釋字第 760 號解釋張瓊文大法官不同意見書，頁 20。



查標準，後續卻又回到對於警政署訓練處置之審查，有點可惜沒有針對「間接歧視」的實質問題作審查⁷⁰¹。

綜合上述，無論多數意見的大法官或者個別大法官的意見，在本件釋憲案無可避免地要面對「間接歧視」的問題。時至今日的釋憲案，「間接歧視」的問題仍然存在，並沒有因為前面有「間接歧視」的先例，就阻斷「間接歧視」的出芽，更重要的發現是，「間接歧視」所涉的歧視類型也從「性別」的歧視類型轉移到「身分」的歧視類型，可見「間接歧視」的問題是有可能無所不在的，未來是否還有新的「間接歧視」類型，仍值得持續深入研究與觀察。

3.2.3.3. 本號解釋之脈絡分析

在了解本號解釋的背景事實與爭點、間接歧視的存在之後，雖然本章的基本目的已算達成，也就是在釋憲實務的範圍內找到了「間接歧視」的蹤影，但無可避免地還是要對本號解釋作基本的分析，亦藉此分析的過程，進行憲法學術的思辨，使得本號解釋所要傳達的訊息、間接歧視所帶來的問題與影響，更為清楚明瞭。本節以下即以司法院釋字第 760 號解釋作為分析的標的，隨著分析的進行，亦適當地表達本文對於本號解釋的觀察與見解。

3.2.3.3.1. 警察人員任用平等意識的甦醒

本件釋憲案涉及的是警察任用的相關規範問題，從前開所述可以得知，本號解釋認為系爭規範實際適用的結果，導致警大生或警專生與一般生於任用、陞遷

⁷⁰¹ 同前揭註 700，頁 21。



上存有差別待遇，此不僅涉及憲法平等權保障的問題，也涉及到「間接歧視」的問題。在本號解釋出現之前，本文就有觀察到關於警察考試、訓用、與陞遷上已有許多差別待遇的情形出現。最重要的例子莫過於警察特考的「雙軌制度⁷⁰²」，其將警察人員考試分為「公務人員特種考試警察人員」與「公務人員特種考試一班警察人員考試」，前者係配合警大生或警專生而設；後者則配合一般體系生而設。這種考試方式的分流，目的是在於讓警察的來源能夠多元，透過多元取材的方式達到警察人員素質的提升⁷⁰³。然而，此一制度的設立形成了警大生或警專生與一般生錄取警察的比率明顯有所差異，造成了一般生錄取警察的比例遠不如警大生或警專生⁷⁰⁴，顯然有違憲法平等原則之嫌。惟此種差別待遇情形，司法院大法官並未有作成解釋處理之，警察考試、任用的平等意識似未抬頭⁷⁰⁵。

不過到了本號解釋，終於處理到警察考試、任用相關的憲法平等權問題⁷⁰⁶，

⁷⁰² 關於警察人員考試的「雙軌制度」，是警察考試中涉及憲法平等權的重要例子，其背後涉及到許多複雜的因素考量，相關文獻詳參閱李震山（2016），《警察行政法論：自由與秩序之折衝》，頁139-147，元照；朱金池、洪光平（2014），〈我國警察人員「雙軌分流」考選制度建構之研究〉，《國家菁英》，10卷4期，頁123-150；蕭文生、黃彥翔（2015），〈論警察人員考試雙軌制之憲法爭議〉，《國立中正大學法學集刊》，47期，頁163-217；王國維（2013），《警察人員考教（訓）用法制之研究：以我國雙軌新制為中心》，中央警察大學法律學研究所碩士論文；黃惠敏（2015），《警察任官制度之研究：雙軌分流之探討》，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文；蔡文哲（2014），《警察人員雙軌分流考試之現況、困境與改進建議》，中央大學警察政策研究所碩士論文；簡涴渝（2016），《警察人員考試任用問題之研究》，中央警察大學警察政策研究所碩士論文。

⁷⁰³ 李震山，前揭註702，頁142。

⁷⁰⁴ 就以本號解釋所提到的，以民國100年作為警察考試的分水嶺為例，民國100年的警察三等考試，警大生或警專生（內軌）錄取比例為90.15%，而一般生（外軌）錄取比例為9.84%；警察四等考試，警大生或警專生（內軌）錄取比例為80.68%，而一般生（外軌）錄取比例為19.31%。從統計數字上來看，顯見警大生或警專生（內軌）的錄取比例遠高於一般生（外軌）。

⁷⁰⁵ 司法院大法官是否作成解釋，不僅是實體問題而已，許多無法或尚未作成解釋的原因是在於程序問題。因此，實在不能一言以蔽之因大法官尚未作成解釋即認其對於警察考試的平等權問題漠不關心或欠缺平等意識。本文這樣的說法只是想凸顯警察考試平等的問題一直未被重視，也希望這樣的說法能夠喚起大家對於警察考試平等問題的意識。當然，本文更期盼未來大法官能夠受理並對警察考試相關之規範作出解釋（判決）。

⁷⁰⁶ 其實在本號解釋之前尚有一號解釋涉及到警察考試憲法平等權保障的問題，即是司法院釋字第626號解釋，惟該號釋字主要是涉及到國立中央警察大學碩士班招考的考試類型，並非本文所欲探討由考選部招考的國家考試類型，故本文並不將其納入警察人員考試類型當中。不過有趣的是，多數意見於釋字第626號解釋給予了合憲宣告，認為該校碩士班簡章拒絕患有色盲的人士報考並未違反憲法平等原則，可見就算將該號解釋納入警察考試類型中，我國司法院大法官的警察考試平等意識仍未甦醒。詳參閱司法院釋字第626號解釋解釋文：「憲法第七條規定，人民在法律上一律平等；第一百五十九條復規定：「國民受教育之機會，一律平等。」旨在確保人民享有接受



算是大法官首次正面迎擊警察人員考試的平等權問題，結論上並給予違憲的宣告。多數意見的大法官認為，系爭規定表面上的規範是讓只要通過警察特考之人士接受訓練即可任用為警察人員，規定看似公平，但實際上警政署的訓練方式與場所會因警大生或警專生與一般生的「身分」而有所差別。換言之，系爭規定雖然將考、訓合一，但實際適用的結果卻是獨厚警大生或警專生，使得其能夠在警大受訓，因此未來能夠在陞遷上獲得較高的官階；反之，一般生雖然同樣通過警察特考，卻只能在警專受訓，從而未來陞遷上的官階會比警大生或警專生較來得低，此即產生對一般生較為不利的結果，形成了差別待遇，而這個差別待遇只是因為「身分」的不同。

從而，本文認為，系爭規定明顯違反憲法第7條⁷⁰⁷的平等原則，且對於行政警察實務上此種差別訓練方式不能贊同。蓋系爭規定之目的既在於警察人員的多元取材，應使凡通過警察特考的人士接受同種訓練方式，以因應未來警察人員任務的勝任。多元取材的來源是透過考試選取不同體系的人才，但訓練這些通過考試的人士不能為差別待遇而有不同的訓練模式，亦即，多元取材的立足點是在於開放不同體系來源的人士報考警察人員考試，爾後的訓練方式即應該相同，不能因身分而有所不同，否則，恐有假多元取材之名行獨厚警大生或警專生之實。

對此，有學者即認為，系爭規定所謂「訓練合格」解釋上係指受警大或警專的「養成訓練教育」，並不包含先考後訓的「考試及格訓練」，這是為因應早期國家政策先訓後考的方式，然而，現今採取人員多元化的政策之後，此一制度的

各階段教育之公平機會。中央警察大學九十一學年度研究所碩士班入學考試招生簡章第七點第二款及第八點第二款，以有無色盲決定能否取得入學資格之規定，係為培養理論與實務兼備之警察專門人才，並求教育資源之有效運用，藉以提升警政之素質，促進法治國家之發展，其欲達成之目的洵屬重要公共利益；因警察工作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當理由，是上開招生簡章之規定與其目的間尚非無實質關聯，與憲法第七條及第一百五十九條規定並無抵觸。」（粗體字為筆者所加）。

⁷⁰⁷ 同前揭註 18。



適用即造成考試及格的受訓人員因訓練方式、地點之不同，導致日後官階陞遷的差別待遇，此舉有混淆「養成訓練教育」與「考試錄取訓練」之嫌，主管機關對於系爭規定違反平等原則之實須考慮刪除或修正⁷⁰⁸。本文認為，若以「實質平等」的角度觀察，系爭規定以是否為警大生或警專生的身分作為陞遷上的差別待遇不符合憲法平等原則之意旨，蓋若要決定個人是否能夠陞遷到較高的官階，應以個人的能力、品格、操守、績效、或人格特質作為決定陞遷的標準。而系爭規定僅因個人「身分」之不同造成陞遷上的差別待遇，在平等原則的法理上是站不住腳的。在號稱「官職分立」的警察制度中，卻因身分不同導致官階不同，造成實質上的「官職合一」制度⁷⁰⁹，對於此種不合理的制度，本號解釋勇敢作出違憲宣告，也宣告了大法官對於警察人員任用平等意識的甦醒。

3.2.3.3.2. 包裹式的違憲宣告

從前開所述可以得知，本號解釋對於系爭規定給予了違憲宣告，有趣的是，多數意見認為「系爭規定未明確規定考試訓練機構，致實務上警政署得將警察三等特考筆試錄取之一般生，一律安排至警專受考試錄取人員訓練，以完足該考試程序（警察人員人事條例施行細則第4條第2項第2款⁷¹⁰參照），使民國100年之前上開考試及格之一般生無從取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資格，致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇，就此範圍內，與憲法第7條⁷¹¹保障平等權之意旨不符⁷¹²。」換言之，本號解釋雖然對於系爭規定作出違憲

⁷⁰⁸ 林明鏘（2011），〈警察人員之招募訓練與陞任限制：兼評考試院96年考台訴決字第041號訴願決定〉，氏著，《警察法學研究》，頁85-86，新學林。

⁷⁰⁹ 林明鏘，前揭註708，頁122。

⁷¹⁰ 警察人員人事條例施行細則第4條第2項第2款：「本條例第十一條第二項所稱訓練合格，指接受下列期間不少於四個月之教育或訓練，且成績及格者：一、警察教育條例所定之進修教育及深造教育。二、前項警察人員考試錄取人員之訓練。」（粗體字為筆者所加）。

⁷¹¹ 同前揭註18。

⁷¹² 司法院釋字第760號解釋理由書，第10段。



宣告，但由於本件釋憲案之所以違反平等原則，是因為「系統性的差別待遇」，也就是除了法規違憲之外，另外一個違憲的理由是在於警政署的「行政實踐⁷¹³」。

若就本號解釋宣告違憲的方式觀察，雖然不難發現本件釋憲案宣告系爭規定因為違反憲法平等原則而違憲，但本文認為仍須加上警政署「行政實踐」的違憲，始能完整確立本件釋憲案的違憲宣告。換言之，就是因為系爭規定加上行政實踐的整體脈絡，造成警大生或警專生與一般生的訓練不同與日後陞遷上的差別待遇，始形成「間接歧視」的情形而違反憲法平等權的保障。先姑且不論所謂的「行政實踐」是否能為大法官的釋憲客體問題⁷¹⁴，本文認為，由於系爭規定乃一「間接歧視」的規範模式，若僅就該規定宣告違憲，對實際適用結果產生歧視的結果並無助益，就是因為警政署針對此政策「多年實際適用」的結果，才導致有差別待遇對於一般生不利益的情形，且經過監察院糾正，警政署仍執意為之，顯然不只是針對特定人士所為，而是已經形成長年的政策制度。因此，若要扭轉此種不利於一般生的「系統性歧視」，除了宣告系爭規定違憲之外，仍須對於此種長年的「行政實踐」宣告違憲，致使主管機關不再援用系爭規定與行政實踐，始能除去此種歧視結構。亦即，大法官對於系爭規定與行政實踐採取「包裹式」的違憲宣告，始能將此種歧視結構連根拔起，這種「包裹式」的宣告方式，也是本號解釋最大的特色之一。

3.2.3.3.3. 警察人員的平等政策方針

從本號解釋與前開所述的脈絡思考，本件涉及的問題是關於警察任用的政策

⁷¹³ 黃昭元大法官與詹森林大法官亦同此見解，詳參閱司法院釋字第 760 號解釋黃昭元大法官提出，詹森林大法官加入之協同意見書，頁 6-8。

⁷¹⁴ 此即涉及到我國大法官釋憲程序中，「抽象審查」與「具體審查」的問題，關於此問題，詳參照前揭註 600。



與制度，雖然對於警大生或警專生與一般生的訓練與陞遷是否要有所不同仍然有不同的論爭⁷¹⁵，惟本文認為，從憲法保障人民平等權的意旨來思考，若要對於陞遷上有不同的標準，不應以「身分」的不同，而應以個人的「主觀條件」作為評斷的標準。本件釋憲案恰恰凸顯了警察人員任用文化的傾斜，長年習以是否為警大生或警專生的身分，決定未來日後的陞遷標準，此一長久的警界文化，造成了般生的陞遷困難，本文認為此即是對於般生的系統性結構的不利益。若主管機關仍然沿用系爭規定與行政實踐，等於是掌握了警察人員的陞遷條件，也掐住了一般生的陞遷途徑，而一般生出身的警察人員，僅因未經警大的訓練即可能一輩子處於基層員警的地位⁷¹⁶。某種程度來說，一般生雖然同樣透過國家考試擔任警察人員一職，但在警界陞遷的脈絡中，因為系爭規定與行政實踐長期使用的結果，導致其成為警察組織結構中弱勢的群體⁷¹⁷，加上警察人員陞遷本來就不容易，官階愈高位子也愈少，且大多為警大生或警專生所盤踞，此些因素使一般生在陞遷條件（路途）上顯得更為弱勢。

因著本件釋憲案所揭露的警察人員任用平等的問題，加上警界仍存有不少差別待遇的隱憂未解，國家亟需通盤檢討警察人員各方面的平等權保障政策，並擘劃、制定出一套完善且符合公平原則的警察人員任用制度，以因應未來各種警察勤務的挑戰。首先，本文認為，應藉由本號解釋的違憲宣告，刪除系爭規定並除去長期的行政實踐，將通過警察特考的警大生或警專生與一般生接受同種、同地

⁷¹⁵ 洪光平（2008），《我國警察人員考訓制度之研究》，頁 130-138，中央警察大學警察政策研究所碩士論文。

⁷¹⁶ 本文認為，擔任基層的員警並不是不好，且基層的警察人員往往身處在勤務的第一線，在警察勤務分配上是最辛苦的，應給予更多的保障與關懷。然而不可否認的是，官階愈高，薪資待遇也較好，在人人希望能夠獲得較好薪資待遇的期望下，一般生出生的警察人員卻被此種制度剝奪其陞遷的機會，顯然對其較為不利益。

⁷¹⁷ Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713, 723-24 (1985). Bruce Ackerman 教授認為不應將平等權審查的眼光過度集中在「discrete and insular minorities」，亦應關注「impoverished and uneducated minorities」於司法審查中作為因素的重視。若將其思考脈絡放在一般生擔任警察人員陞遷的問題上，即是因為身分、權力、數量警界文化等因素所造成的弱勢性結構地位。對此，本文認為，對於平等權為司法審查時，應參考此些因素所造成的不利益結果，試圖除去這些因素以扭轉一般生擔任警察人員所形成之弱勢結構地位。



訓練，並在陞遷上作一致的標準。申言之，將警察人員的「考試」、「訓練」、「任用」合一⁷¹⁸，不再以「身分」作為陞遷的標準，而是以其專業能力、人格操守、勤務性職等項目決定其是否陞遷至何種官階與單位，始符合憲法平等權保障之要求。其次，國家應制定完整的警察人員權利保障與救濟程序的規範，無論其是警大生、警專生或一般生出身，應公平、同等的給予事前應有的權利保障，諸如合宜執行勤務人力、時間配置與先進裝備的購置，這些主張的理由是在讓警察人員能夠適切且保護自身安全的前提下執行勤務。且國家亦應於事後給予公平、同等的權利救濟途徑，目的是希望讓受到權利侵害的警察人員，無論侵害的來源是國家(如本件釋憲案)或人民，都能有一套完善的司法救濟途徑可以填補損害⁷¹⁹。

末者，關於警察人員任用性別比例的問題，也是警察人員任用平等權保障的議題。長期以來，警察人員的任用是以男性為主、女性為輔，性別的刻板印象導致女警的比例不高⁷²⁰，縱使女警的比例有逐年改善，女警亦常遭受能否勝任工作與勤務的質疑。這樣的性別刻板印象深深地影響女警的比例與工作績效，國家如何透過擬定兼顧警察勤務與性別比例的政策，實在是一大挑戰。對此，本文認為，從憲法平等權保障的觀點切入思考，固然要顧及勤務性質作男警與女警的配置，惟警察勤務五花八門，種類繁多，並非所有勤務性質僅能由男警勝任，許多勤務由女警亦能勝任。因此，國家篩選警察人員的同時，應該拋棄刻板印象的濾鏡，直接以專業能力來決定是否勝任警察勤務，且應依憲法增修條文第10條第6項⁷²¹

⁷¹⁸ 本文這裡所認為之警察人員「考、訓、用合一」政策，係指三個程序階段的「統合」，並非一條鞭式的合一政策，否則仍然有違反平等原則之疑慮。林明鏘教授亦同此見解，詳參閱林明鏘，前揭註708，頁121-122。

⁷¹⁹ 寫到這裡，不禁想到前些日子關於一位警察人員殉職的新聞，為了保護火車上乘客的安全，該名警員徒手與不願補車票的乘客搏鬥，造成其腹部遭乘客持刀刺傷，送醫之後仍宣告不治。筆者除了向該名警員致敬之外，進一步思考的是，法規範面向應如何避免此種遺憾再度發生？或許透過完整且完善的事前權利保障與事後救濟制度的實踐，能夠讓警察人員安心、安全的執行勤務。詳參閱自由時報(07/05/2019)，〈勇警保護火車乘客遭刺殉職〉，

<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1300831>(最後瀏覽日：07/14/2019)。

⁷²⁰ 林麗珊(2010)，〈性別文化與女警政策〉，《警學叢刊》，41卷1期，頁16-17。

⁷²¹ 同前揭註66。



保障女性之意旨，保留一定比例的錄取名額予女警，如此一來，在兼顧警察勤務的前提之下，也能貫徹憲法平等權保障之要求。

綜合上述，警察人員相關的政策與制度經緯多端，如何形成有助於警察值勤且兼顧憲法平等權保障的要求，實屬不易。然就本件釋憲而言，本文仍然不厭其煩地重申，對於警察人員陞遷的標準，不應以形式的警員身分、訓練地點的不同作為篩選機制，而應以實質上的能力、品格、操守等主觀條件為決定陞遷與否的判準，國家應刪除系爭規定與除去行政實踐的適用，以建立一套公平篩選陞遷的機制。警察人員陞遷制度的合理化與公平性，絕對是我國全體警察人員的殷切期盼。

3.2.3.4. 國際人權法給予本號解釋的啟示

本號解釋所涉及的問題是，關於警大生或警專生與一般生在任用與陞遷的路徑不同，因為規範上與行政實踐上讓警大生或警專生可以在警大接受訓練，反之，一般生雖然同樣通過警察特考，卻只能在警專接受訓練。此種受訓方式導致一般生在陞遷的官階較低於警大生或警專生，顯然對於一般生產生陞遷上較為不利的結果。基此，本號解釋所要面對的「間接歧視」問題，主要是對於警察人員任用與陞遷的「身分」不同所導致的不利益。與此種歧視結構相關的國際人權公約即是《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）與《經濟社會文化公約》（ICESCR）。

首先，就《公政公約》觀察，其主要處理的範圍是「公民」與「政治」權利，雖然其處理的範圍與警察人員的任用較無關聯，但仍然可以觀察到的地方是，第4號一般性意見認為，即使締約國管制的權利事務不在《公政公約》的範圍之內，但只要有造成任何不平等的現象，締約國仍應積極地採取平權措施，以避免此種



不平等的情況發生⁷²²。第 28 號一般性意見並表示，方法上除了立法措施之外，締約國應採取相關的政策與措施，以消除這些造成不平等的障礙⁷²³。準此，對於警大生或警專生與一般生因為訓練的方式與地點不同，導致日後的陞遷官階有高低之分，我國應先修正系爭規定，警大生或警專生與一般生接受同種、同地訓練，同樣通過警察特考的考驗，在受訓上不應有任何的差別待遇。其次，既然受訓的方式與地點等因素皆為相同，在行政實踐上，不應再以其身分不同給予陞遷上的不同標準，警大生或警專生與一般生陞遷上不能有不同的官階高低之分，應一律以專業能力或品格操守等特質作為陞遷上的標準與考量。亦即，在本件釋憲案上，要除去的不平等障礙，包括系爭規定的規範與長期以久的行政實踐，以落實《公政公約》平等公民的要求。

若就《經社文公約》觀察，第 20 號一般性意見提出歧視類型包含「直接歧視」與「間接歧視」，締約國應設法避免這些歧視類型出現⁷²⁴。除了這些歧視類型，本號一般性意見亦舉出違反《經社文公約》的歧視與不平等情形，其中，關於「系統性的歧視」，係指對某些團體的歧視是普遍的、持續的，並深深紮根於社會行為和組織，造成實質上不平等的結果⁷²⁵。就此而言，本件釋憲案的一般生，因為不具有警大或警專畢業的身分，遭受到訓練與陞遷上的差別待遇，而這樣為數不少的一般生，即是受到系爭規定與行政實踐的「團體歧視」，就此種集團性的歧視類型，遭受不利益的人數往往不在少數，加上長期以來沿用政策的結果，往往受到的傷害很大，且這樣的傷害也扎根很深。因此，對於此種團體歧視應立即採取措施將傷害排除之，並適當的給予事後的救濟與補償。國家亦應訂定新的良策，建立新的行政實踐，除使一般生不再遭受到團體歧視之外，也讓警界建立符合公平正義的訓練、用人政策文化。

⁷²² ICCPR 第 4 號一般性意見，第 3 段。

⁷²³ ICCPR 第 28 號一般性意見，第 4 段。

⁷²⁴ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 10 段。

⁷²⁵ ICESCR 第 20 號一般性意見，第 12 段。



3.3. 間接歧視於我國一般法院中的足跡

本文之所以處理普通法院或行政法院是否有處理到相關「間接歧視」的問題，主要的想法是在於，是否可以從人民直接適用法律產生爭議的日常生活中，能找到「間接歧視」的蹤影？因此，以下實務案件的觀察，除了確認「間接歧視」的類型是否存在於我國一般法院之外，亦藉此機會一窺普通法院、行政法院的法官在實務上如何面對、處理「間接歧視」的問題，希望藉由普通法院與行政法院案件的觀察，能夠讓「間接歧視」問題解決的思路更為廣泛。

3.3.1. 概說

本文嘗試透過司法院網站的法學資料檢索系統，搜尋普通法院或行政法院是否有處理到相關「間接歧視」的案件，發現有一些判決使用到「間接歧視」或「差別影響歧視」的文字及其概念，這些實務判決的來源遍及普通法院與行政法院⁷²⁶，且判決類型於民事、刑事及行政判決都有⁷²⁷。雖然我國一般法院涉及「間接歧視」的實務判決數量並不算多，但也累積了一定的數量。不過，可以進一步發現的是，判決的案由並沒有涉足太多類型，主要是集中在特定的領域與法規範，案件的事實與爭點亦不太複雜。由於本節僅係附帶觀察一般法院是否有涉及到「間接歧視」的案件，因此，以下並不會針對每一則判決作分析，而僅以判決的類型（案由）作說明與討論。就搜尋到的判決類型（案由）而言，數量最大宗的就是涉及就業

⁷²⁶ 在司法院的法學資料檢索系統輸入「間接歧視」或「差別影響歧視」關鍵詞搜尋，發現共有 40 筆涉及到「間接歧視」問題相關的裁判，其來源分別為：最高法院（1 筆）、最高行政法院（3 筆）、臺灣高等法院（1 筆）、臺北高等行政法院（10 筆）、高雄高等行政法院（6 筆）、臺灣臺北地方法院（4 筆）、臺灣基隆地方法院（3 筆）、臺灣新竹地方法院（2 筆）、臺灣彰化地方法院（1 筆）、臺灣南投地方法院（1 筆）、臺灣雲林地方法院（2 筆）、臺灣嘉義地方法院（1 筆）、臺灣臺南地方法院（3 筆）、臺灣高雄地方法院（2 筆）。詳參閱司法院網站，<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx>（最後瀏覽日：03/29/2023）。

⁷²⁷ 民事裁判共有 5 筆；刑事裁判共有 5 筆；行政裁判共有 30 筆。詳參閱司法院網站，<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx>（最後瀏覽日：03/29/2023）。



服務法的類型，故以下列為第一個類型說明。其次，性別工作平等法與妨害名譽類型至少有兩個案件以上，亦分別列入獨立類型說明。至於以下所列之「其他類型」，乃係因該類型案件甚少，故將剩餘類型列在此一項下一併作說明與討論。

3.3.2. 就業服務法類型

從最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決⁷²⁸觀察，本件涉及的是勞工就業上年齡條件設定的問題，在工作上設定年齡限制一直是「反歧視法」中的一個大難題⁷²⁹，究竟雇主可否對於勞工設定年齡限制？是否每個職業都可以設下年齡限制？又，如果可以設置年齡限制，應設定幾歲為年齡限制之界線？這些問題很值得吾人研究與探討。而本件主要是涉及到就業服務法（以下簡稱就服法）第 5 條

⁷²⁸ 由於涉及就業服務法的案件清一色都是關於「年齡間接歧視」的問題，且部分案件會引用本件最高行政法院判決，為避免增加不必要之篇幅，故本類型僅以此最高行政法院判決為例作說明。

⁷²⁹ 關於工作、就業的年齡限制與歧視問題，其背後考量的因素相當複雜，由於此並非本論文之重心，本文對此僅簡單地提出疑問，相關文獻詳參閱江琦玉（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》，124 期，頁 64-95；林更盛，前揭註 34，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》，11 期，頁 67-99；陳靜慧（2017），〈一般警察人員特考年齡限制之合憲性：評北高行一〇三年度訴字第 1576 號判決並借鏡歐盟法觀點〉，《月旦法學雜誌》，261 期，頁 237-252；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》，58 卷 4 期，頁 65-91；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》，41 卷 3 期，頁 679-762；楊通軒（2016），〈就業年齡歧視法制之探討〉，《東海大學法學研究》，48 期，頁 1-51；楊通軒（2017），〈歐洲聯盟就業年齡歧視法制之探討〉，《東吳法律學報》，28 卷 4 期，頁 75-127；楊通軒（2018），〈歐洲聯盟就業年齡歧視之救濟〉，《東海大學法學研究》，54 期，頁 1-54；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》，12 期，395-424；鄭津津（2009），〈就業年齡歧視〉，《月旦法學教室》，83 期，頁 30-31；鄭津津（2010），〈勞動法專題研究系列之二：就業上年齡歧視之探討〉，《月旦法學雜誌》，184 期，頁 177-206；林煥柏（2005），《職場年齡歧視之研究》，國立政治大學勞工研究所碩士論文；卓家甫（2010），《從美國就業年齡歧視防治法制論我國相關法制之現況與未來發展》，國立中正大學法律所碩士論文；高昱喆（2013），《我國中高齡勞工工作平等法律問題》，國立中正大學勞工關係學系暨研究所碩士論文；莊鎔瑋（2021），《就業領域之年齡歧視：以歐盟法及其司法實踐為觀察中心》，國立政治大學法律學系碩士論文；黃鐙衛（2010），《台灣就業年齡歧視現況與變遷的實證分析》，國立中正大學勞工所碩士論文；廖柏舜（2012），《就業年齡歧視：歐洲法院判決及其對台灣之啟示》，國立政治大學勞工研究所碩士論文；張郁昇（2010），《美國就業年齡歧視法之研究：兼論對我國法制之啟示》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；鄭美玲（2007），《我國就業年齡歧視與制定特別法保護之必要性》，國立中正大學勞工所碩士論文；劉達源（2013），《我國就業年齡歧視禁止法制之研究》，國立中正大學法律學研究所碩士論文。



第 1 項⁷³⁰之規定，本件判決明白指出，「就業服務法第 5 條第 1 項規定之目的在避免雇主以與工作無直接關聯之原因，而予求職者或受僱者不平等之對待，故明文禁止雇主以年齡為限制條件而致「年齡就業歧視」，而該年齡歧視，自不應僅限於直接歧視之情形，應兼涵間接歧視之情況。」換言之，本件判決認為年齡歧視的類型不僅限於「直接歧視」，也包含「間接歧視」的情形。且本判決進一步認為，「如本件上訴人設定之成本考量，倘將終止勞動契約之條件設定為薪資較高者，事實上終將連結至年資較長、年齡較高者，即為適例。類此情形，如謂因設定之連結條件為薪資成本，並非直接以年齡為連結因素，則屬間接歧視而無就業服務法第 5 條第 1 項⁷³¹年齡歧視規定之適用，勢將形成脫法行為，當非立法本旨，故該條文所規定之年齡歧視，自應包含直接與間接之歧視。」亦即，本件判決認為，上訴人所設定之條件表面上雖為中立，看不出來有任何歧視類型的文字，但實際適用該等條件的結果，卻將導致年齡的歧視，此即為「間接歧視」的典型歧視類型⁷³²。

3.3.3. 性別工作平等法類型

從高雄高等行政法院 107 年度訴字第 221 號行政判決觀察，本件涉及的是勞工在職場上的勞動平等權之保障，主要是涉及到性別工作平等法（以下簡稱性平法）第 11 條第 1 項⁷³³之規定。本件判決認為該規範之意旨「係為保障勞工在職場之工作平等權，雇主對勞工之退休、資遣、離職、解僱而發生終止勞動契約效果

⁷³⁰ 就業服務法第 5 條第 1 項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙、星座、血型或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」

⁷³¹ 同前揭註 730。

⁷³² 關於就業服務法實務上涉及間接歧視之討論，可參閱陳奕安（2021），《間接歧視法理運用於不當勞動行為認定之研究：借鏡美國法制觀點》，頁 36-47，國立交通大學科技法律研究所碩士論文。

⁷³³ 性別工作平等法第 11 條第 1 項：「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。」



者，僅能設定中立而與性別或性傾向無關之條件，而不能設定因性別或性傾向因素而對特定勞工有直接歧視或間接歧視之不利對待。故性平法第 11 條第 1 項規範禁止者，應限於雇主設定勞工退休、資遣、離職、解僱之單方終止勞動契約行為，且其設定條件直接或間接涉及性別或性傾向之因素，而不包括雙方合意終止勞動契約行為。」換言之，本件判決認為雇主不能因為勞工之性別或性傾向而有差別待遇，否則有可能成立「直接歧視」或「間接歧視」之不利對待。

其次，從臺灣臺南地方法院 107 年度簡字第 56 號行政判決觀察，本件涉及的是求職廣告中不得針對特定性別而為徵求。本件判決指出，「原告雖於徵才廣告中未以直接限制方式排除女性以外之求職者，但廣告內容卻加註「本職務以單身女性擔任其職能即可」，已屬「間接歧視」行為，所謂間接歧視，乃雇主的決定或措施表面上是中性客觀的，但實施結果卻會對具備某種特質條件的求職人或受僱人，造成不利影響。」本件判決明白將「間接歧視」的定義與內涵適用在本案爭議之中，並認為「原告徵才廣告客觀上有使人主觀認定以單身女性為優先，涉有對求職者的「婚姻」、「性別」之特別限制，而實質對其他性別求職者有排他性。」換言之，本件判決之所以認定有「間接歧視」的問題，乃在於求職廣告中的「政策」，實質上造成有性別歧視的不利益結果⁷³⁴。

3.3.4. 妨害名譽類型

從臺灣雲林地方法院 106 年度易字第 845 號刑事判決觀察，本件判決涉及的是刑事上妨害名譽的問題，所涉及的規範是刑法第 309 條⁷³⁵之規定。本件判決援引《消除對婦女一切形式歧視公約》第 25 號一般性意見，認為「締約國有義務確

⁷³⁴ 關於性別工作平等法實務上涉及間接歧視之討論，可參閱陳奕安，前揭註 732，頁 47-53。

⁷³⁵ 刑法第 309 條：「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。以強暴犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」



保其法律沒有直接或間接歧視婦女的內容，並透過法庭及制裁，與其他補救辦法，確保婦女在公共和私人領域皆不受到政府單位、司法機構、機關、企業或私人的歧視。其次，締約國有義務藉由實行具體、有效的政策和方案，改善婦女的實際狀況。第三，締約國有義務處理普遍的性別關係和基於性別的刻板印象，此不僅透過個人行為且在法律、立法、社會結構和機構中，皆對婦女產生影響⁷³⁶。」與第 28 號一般性意見，認為「締約國承諾在與男性平等的基礎上，提供對婦女權利的法律保護，確保透過法院和其他公共機構，有效保護婦女免受任何歧視，及採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視⁷³⁷。」本件判決認為法院應依照前開一般性意見之意旨，落實《消除婦女歧視公約》不得對於女性有歧視之行為的精神，以消除對於女性的「直接歧視」或「間接歧視」。準此，本件被告以侮辱女性的字眼辱罵告訴人，法院認為被告之行為違反《消除婦女歧視公約》保障女性的精神，該辱罵行為是對於女性的歧視，從而法院認為被告應負刑法上之刑責。

其次，從臺灣基隆地方法院 104 年度易字第 82 號刑事判決觀察，本件判決也是涉及到刑事上妨害名譽的問題，不過涉及的規範是刑法第 310 條⁷³⁸之規定。有趣的是，本件判決與前開判決一樣，同樣是援引《消除對婦女一切形式歧視公約》第 25 號一般性意見與第 28 號一般性意見的內容，且援引的內容如出一轍，認為法院應依照前開一般性意見之意旨，落實《消除婦女歧視公約》不得對於女性有歧視之行為的精神，以消除對於女性的「直接歧視」或「間接歧視」。但更有趣的是，本件判決結果完全與前開判決相反，本件法院認為被告所言並不違反刑法

⁷³⁶ CEDAW 第 25 號一般性意見，第 7 段。

⁷³⁷ CEDAW 第 28 號一般性意見，第 36 段。

⁷³⁸ 刑法第 310 條：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」



第 310 條第 2 項⁷³⁹之罪，從而判決被告無罪⁷⁴⁰。

3.3.5. 其他類型

從臺北高等行政法院 104 年度訴字第 692 號行政判決觀察，本件判決涉及的是員工分紅發放獎金之爭議，所涉及的規範是工會法第 35 法第 1 項第 1 款⁷⁴¹及工會法施行細則第 30 條第 1 項⁷⁴²之規定。本件判決認為「所謂間接不利對待，即學理上歐洲國家「間接歧視」、美國勞工法上「差別影響歧視」，均指表面中立措施，而對特定群體產生不利益之結果，而雇主未能舉反證證明「本於合法目的」而「實質上有理由」，且採取手段為達成目的所適當必要者，即成立歧視，毋庸直接舉證證明雇主有歧視故意。」雖然本件判決對於「間接歧視」的概念多所著墨，但也表示「原告雖援引歐洲國家「間接歧視」、美國勞工法上「差別影響歧視」等外國見解，認為間接不利對待只要雇主未能舉反證本於合法目的而實質上有理由，且採取手段為達成目的所適當必要者，即成立歧視，無庸舉證證明雇主有歧視故意等語，惟上開見解僅屬外國立法例或學理，於我國並無適用或比附援引之必要，且法院適用法律亦不受上開外國見解之拘束。」亦即，本件判決雖然闡釋「間接歧視」的概念，但卻不採納原告消除「間接歧視」的主張，認為我國並不適用外國法上「間接歧視」的概念，顯見我國一般法院對於「間接歧視」概

⁷³⁹ 同前揭註 738。

⁷⁴⁰ 刑事判決有罪與否當然不能只用援引國際人權公約內容作為判斷的因素，其中還涉及到許多刑事法上的規範判斷，例如所涉及的刑法規定、證據是否足以證明被告有罪、被告是否具阻卻違法事由、阻卻罪責事由等等。因此，實不能僅以國際人權公約的內容作為判斷有罪與否的因素，只是兩件判決同樣涉及到妨害名譽的問題，也同樣援引國際人權公約，援引的內容也一模一樣，卻有著不同的判決結果，令人莞爾。

⁷⁴¹ 工會法第 35 法第 1 項第 1 款：「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。」

⁷⁴² 工會法施行細則第 30 條第 1 項：「本法第三十五條第一項第一款及第三款所稱其他不利之待遇，包括意圖阻礙勞工參與工會活動、減損工會實力或影響工會發展，而對勞工為直接或間接不利之對待。」



念的引進尚未全然接受⁷⁴³。

其次，從臺灣臺北地方法院 103 年度訴字第 5052 號民事判決觀察，本件涉及的是確認債權不存在之爭議，所涉及的規範是民法第 1148 條第 2 項⁷⁴⁴、民法繼承編施行法第 1 之 3 條第 2 項⁷⁴⁵之規定。本件判決援引《經濟社會文化公約》的第 16 號一般性意見，認為「制定表面上性別中立的法律並不能達成男女的實質平等。若不能考慮到，特別是女性所經歷的既存的經濟社會文化上的不平等，則法律與政策也無法解決甚至是延續男女的不平等。締約國應尊重法律內涵及法律之前的平等原則，法院應尊重法律之前人人平等的原則，適用法律時應不分男女一律平等⁷⁴⁶。法律於形式上雖屬中性立法，不以性別為區分或歧視，惟其於適用時，若會產生對於某種性別之歧視效果，則屬於間接歧視，同樣違反上開國際人權公約禁止歧視之規定⁷⁴⁷。」以及《消除對婦女一切形式歧視公約》的第 27 號一般性意見，認為「關於保護高齡人口之經濟社會文化權利、以及有鑑於高齡女性是社會重要資產，締約國應採取一切必要措施予以保護，避免使其受到歧視，以及於權利受侵害時能尋求救濟與解決⁷⁴⁸。」

準此，本件法院認為原告屬於高齡的女性，基於前開兩個國際人權公約保障經濟弱勢與高齡婦女之意旨，原告不應負擔遺產以外之債務，否則即落入刻板印象所導致性別不平等之情形，對於原告來說，因為性別歧視所帶來的財產負擔即為顯著不公平。因此，本件法院判決原告確認債權不存在，為有理由，應予准許。

⁷⁴³ 關於工會法實務上涉及間接歧視之討論，可參閱陳奕安，前揭註 732，頁 81-110。

⁷⁴⁴ 民法第 1148 條第 2 項：「繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任。」

⁷⁴⁵ 民法繼承編施行法第 1 條之 3 第 2 項：「繼承在民法繼承編中華民國九十八年五月二十二日修正施行前開始，繼承人對於繼承開始以前已發生代負履行責任之保證契約債務，以所得遺產為限，負清償責任。但債權人證明顯失公平者，不在此限。」

⁷⁴⁶ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 8 段與第 9 段。

⁷⁴⁷ ICESCR 第 16 號一般性意見，第 13 段。

⁷⁴⁸ CEDAW 第 27 號一般性意見第 29 段、第 31 段與第 34 段。



3.3.6. 本文看法：一般法院應落實國際人權法之要求

本節主要在處理一般法院，包含普通法院與行政法院，是否有面臨到「間接歧視」的問題，若有遇到「間接歧視」的問題，法院是如何看待與處理這樣的問題。從前面所蒐尋到的案件觀察，可以發現的是，「間接歧視」的問題的確不僅出現在司法院大法官的解釋之中，普通法院與行政法院也會收到關於「間接歧視」的案件，案件類型遍及民事、刑事與行政領域，加上大法官的解釋，可以說是法學界主要的領域都有可能發生「間接歧視」的問題。惟比較可惜的地方是，從前開判決類型觀察，不難發現，一般法院的判決之中，有些判決只是簡單說明、適用「間接歧視」的概念而已⁷⁴⁹；有的判決還認為「間接歧視」的概念屬於外國法，並不全然接受⁷⁵⁰。當然，還是有令人值得讚賞的判決，其援引了國際人權公約的規範與一般性意見，並將之適用在我國人民身上⁷⁵¹。但整體而言，一般法院碰到「間接歧視」的案件量較少，且對於「間接歧視」的概念並不完全接受，而對於國際人權公約的引用判決數量更是鳳毛麟角。

從前開諸多法院裁判的觀察可以知道，我國一般法院對於「間接歧視」的概念並不完全接受，甚至可以說是與「間接歧視」的距離很遠，更不用說從國際人權法的脈絡思考消除間接歧視的問題。惟本文認為，國際人權法有龐大的規範與一般性意見，裡面有著許多人權保障的規定與建議，這些素材正是我國一般法院可以援引作為判決的理由，無論是解決個案爭議，或是要求行政機關改善，國際人權公約都是很好幫助實現個案正義的來源。正因為如此，我國的釋憲機關，乃至於亞洲地區其他國家的司法釋憲機關，近年來逐漸有增加援引國際人權公約的

⁷⁴⁹ 例如：最高行政法院 101 年度判字第 1036 號行政判決、高雄高等行政法院 107 年度訴字第 221 號行政判決與臺灣臺南地方法院 107 年度簡字第 56 號行政判決。

⁷⁵⁰ 例如：臺北高等行政法院 104 年度訴字第 692 號行政判決。

⁷⁵¹ 例如：臺灣雲林地方法院 106 年度易字第 845 號刑事判決、臺灣基隆地方法院 104 年度易字第 82 號刑事判決與臺灣臺北地方法院 103 年度訴字第 5052 號民事判決。



趨勢⁷⁵²。再者，如果認為釋憲機關可以透過釋憲將國際人權法納入我國憲法脈絡⁷⁵³，一般法院如何能堂而皇之的拒絕將國際人權法納入我國實務判決的脈絡之中⁷⁵⁴？況且，我國司法實務對於「間接歧視」的概念並不熟悉，尤應對於國際人權公約所揭示之「間接歧視」問題多所觀察與研究。

準此，本文認為，法院作為人權保障的司法機關，應當落實國際人權法的要求，以回應人民權利上的保障。更何況我國已通過許多國際人權公約的施行法⁷⁵⁵，對法院適用法律而言，具有相當的拘束力，實不應以「間接歧視」的概念係來自外國法之概念而迴避之。於具體個案的適用上，最基本的方法即是，法院應「有意義」地援引國際人權公約的規定，包括引入國際人權法中存在的權利，但我國憲法或憲法解釋（判決）尚未承認的基本權利，以擴增人權清單之內容；在我國已承認的基本人權中，透過國際人權法規範的解釋，以細緻化法院裁判對於人權保障的品質；當然，在法院既有的訴訟類型中，可以參考國際人權法新興的訴訟類型，以彌補現行法規的不足，並增補新的訴訟類型，使法院更能兼顧人權保障與個案正義之實踐⁷⁵⁶。一言以蔽之，我國一般法院對於國際人權法內容的具體個案落實責無旁貸。

⁷⁵² Wen-chen Chang, *The Convergence of Constitutions and International Human Rights: Taiwan and South Korea in Comparison*, 36 N.C. J. INT'L L. & COM. REG. 101 (2011).

⁷⁵³ 張文貞（2009），〈人權保障與憲法解釋：對司法院大法官釋憲的期許〉，《台灣法學雜誌》，127期，頁95-96。

⁷⁵⁴ 雖然有學者針對各級一般法院是否援引國際人權公約作實證統計研究，發現一般法院有逐漸開始適用兩公約的趨勢，但本文經過搜尋裁判的觀察，一般法院援引國際人權公約的裁判仍然較為少數。相關文獻詳參閱張文貞（2012），〈兩公約實施兩週年的檢討：以司法實踐為核心〉，《思與言》，50卷4期，頁23-31。

⁷⁵⁵ 同前揭註23。

⁷⁵⁶ 劉定基（2016），〈國際人權公約內國法化對司法實務的影響：以行政法院裁判為觀察中心〉，《法令月刊》，67卷10期，頁99。



3.4. 本章結論： 大法官對於間接歧視的思考典範與反射作用

本章主要在處理「間接歧視」與司法實務的關係，首先針對美國聯邦最高法院與歐洲人權法院對於「間接歧視」的概念及其成立要件作分析，並進一步瞭解其二者對於「間接歧視」的成立要件明顯不同。接著，進入本章的主軸，即是「間接歧視」與我國釋憲實務的關係，本文針對司法院大法官所作成之解釋，有關於「間接歧視」的三號解釋進行脈絡分析，從「間接歧視」的討論到釋字的結構分析，除了針對大法官作成解釋的規範論證給予適當的分析與評價之外，另外一個很重要的想法即是藉此掌握大法官對於「間接歧視」的思考典範⁷⁵⁷及其對於國家發展的反射作用。大法官解釋所帶出來的作用究竟是對國家與人民有利還是不利，無法單純從釋字的合憲或違憲結果判斷⁷⁵⁸，也不能僅從解釋文或理由書觀察，而須對於大法官解釋的整體理解與關照⁷⁵⁹，始能掌握其全貌。因此，在本章對於該三號解釋進行脈絡分析之後，於此，本文則進一步綜合分析大法官對於這三號解釋的思考典範，與這三號解釋作成之後，其反射作用於我國國家發展上有何動向與助益。

首先，就釋字第 666 號解釋來說，多數意見的大法官並不直接將「間接歧視」的文字表達出來，而是將其概念隱含在解釋文與理由書中。雖然大法官對於本號解釋的「間接歧視」概念曖昧不明，但對於人權保障的價值理念卻是勇敢表述，認為性工作者的平等權應受到憲法的保障，尤其性交易在我國是否為合法的職業，

⁷⁵⁷ 會用「思考典範」這樣的詞彙，其靈感來自葉俊榮教授的憲法課程及其一篇期刊論文，詳參閱葉俊榮（2010），〈思索台灣的法學典範〉，《台灣法學雜誌》，148 期，頁 49-51。

⁷⁵⁸ 蘇永欽（1994），〈大法官解釋與臺灣的社會變遷：合憲性控制的另一個面向〉，氏著，《合憲性控制的理論與實際》，頁 304，元照。

⁷⁵⁹ 葉俊榮（1999），〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四八至一九九八〉，《國立臺灣大學法學論叢》，28 卷 2 期，頁 9。



仍是有很大的爭議，大法官仍堅定地踏出這一步，其思考無非是為了讓經濟弱勢的女性能脫離性別歧視結構的桎梏，使其不再因性別歧視而更為弱勢。其次，就釋字第 728 號解釋言，多數意見的大法官也是不直接將「間接歧視」的文字表達出來，而是將其概念隱含在解釋文與理由書中。雖然大法官對於本號解釋的「間接歧視」概念也是曖昧不明，但與人權保障的價值理念卻是背道而馳，認為女性喪失祭祀公業的派下權是我國長期以來規約的約定，基於私法自治與法安定性的考量，並不違反平等原則。這樣的思考是將憲法平等權的保障拋諸腦後，且規約之所以這樣約定，乃是因我國傳統、歷史、文化上男尊女卑的想法，此種過時的想法是對於女性的貶抑與歧視，大法官應藉此機會消除之，惟最後卻是人權倒退的結果。末者，就釋字第 760 號解釋言，多數意見的大法官直接將「間接歧視」的文字與概念表達於解釋文與理由書中，並認為此種「系統性的差別待遇」，造成非警察學校出身的警察有所歧視，應除去之，其人權保障的價值理念表露無遺。本號解釋首次正面承認「間接歧視」的概念，給予其明確的定位，並認為應扭轉此種身分上的歧視結構，相較於釋字第 728 號解釋的「人權大不走」，本號解釋確實是「人權大步走」。

其次，從大法官解釋對於國家發展的動向與助益層面來看，大法官所作成的解釋確實會對國家發展產生「反射作用」，此反射作用指的是大法官作成解釋之後，其後續產生的漣漪是否對於國家發展有所助益。若大法官的解釋對於國家發展有所助益，則為「促進」，反之，若是產生阻礙或退步，則為「阻擋」⁷⁶⁰。對此，就釋字第 666 號解釋來看，大法官對於性工作者的平等權保障，使我國得以重新思考性工作者的政策與性產業的未來方向。雖然目前（2023 年）還是未有任何的進展，但至少讓性工作者不再更為弱勢，且讓各界更重視性產業的政策走向，本號解釋對在國家發展上屬於「促進」。其次，就釋字第 728 號解釋言，大法官

⁷⁶⁰ 葉俊榮，前揭註 703，頁 9。



無視我國傳統、歷史、文化上男尊女卑的過時想法，僅以私法自治與法安定性作為逃避性別歧視結構的藉口，無異將重男輕女的想法持續在我國社會中「複製貼上」，對於我國亟欲擺脫此種因傳統文化產生的性別歧視現象，無疑是一大「阻擋」。末者，就釋字第 760 號解釋言，大法官正面承認「間接歧視」的歧視類型，讓我們得以正視「間接歧視」的消除問題。在憲法平等權的保障上，表明要除去對於非警察學校出身之警察人員的歧視結構，此舉讓我們警界需要重新檢視警察考試、任用的政策與措施，並建立一套完善的警察人員訓練計畫，在警察人員陞遷上的標準考量亦須重新訂定。本號解釋帶來的後續效應對於我國警界之發展有所助益，從而本號解釋在國家發展上屬於「促進」。

綜合言之，從司法院大法官解釋的核心理念，即人權保障的價值理念思考，這三號解釋的人權保障程度曲線，無疑像是在坐雲霄飛車，從釋字第 666 號解釋的進步，到釋字第 728 號解釋的退步，再到釋字第 760 號解釋的大步向前，展現了大法官不同的論述取徑與解釋風格，可呈現如下【表 2】。大法官對於「間接歧視」概念的解釋「風貌」，是否會再有不同的新變化，值得吾人未來持續觀察與研究。

【表 2：大法官對於間接歧視的思考與反射】

	間接歧視的因素	是否合憲	反射作用
釋字第 666 號解釋	性別	違憲	促進
釋字第 728 號解釋	性別	合憲	阻擋
釋字第 760 號解釋	警大生/一般生	違憲	促進

(資料來源：作者自製)

4. 憲法平等權實現之難題： 間接歧視之消除



本章主要的課題是，面對「間接歧視」所帶來的歧視與不平等情形，應如何完成消除「間接歧視」的任務。基此，本論文的想法是，由於我國「間接歧視」的本土案例並不算太多，也不算常見，學術界乃至於實務界討論此議題的熱度也不算太高。因此，若要思考消除「間接歧視」的問題，可以從國際法上尋找靈感，而國際法中較為重視人權保障的一塊即是「國際人權法」。準此，本論文希望可以從國際人權法的脈絡探討應如何消除「間接歧視」的問題。就此而言，本論文第2章算是對各個國際人權公約有個初步的觀察，那麼接下來的問題是，我國應如何藉由國際人權法的脈絡思索「間接歧視」的消除？再者，如何將國際人權法的素材確實實踐於我國的法秩序中？這些問題是本章要面對及處理的事項，因此，本章以下4.1. 要來處理的是國際人權法的進用模式，決定我國應採取何種進用國際人權法的模式以因應「間接歧視」的消除；而4.2. 則是實踐層面上的討論，掌握了國際人權法的脈絡與素材，那麼我國應如何將這些素材實踐於消除「間接歧視」的問題之上，將於本節一併處理之。

4.1. 國際人權法之進用

本章主要在處理如何消除「間接歧視」的問題，而本文一貫地主張，要達到消除「間接歧視」的目標，光靠國內法是不夠的，蓋我國現行法律並沒有直接針對「間接歧視」所制定的規範，僅能靠「解釋」的方式，將「間接歧視」的內涵灌注在現有的法規範中。又，我國實務的案件中，目前（2023年）僅有三件大法官的解釋與四十件的法院裁判涉及到間接歧視的問題。而一般法院的裁判也並非



全然接受「間接歧視」的概念，一般法院對於「間接歧視」的概念操作與適用可以說是非常陌生。因此，面對「間接歧視」所帶來的歧視現象，我國有必要參考國際法的規範，從其中找到消除「間接歧視」的方法或舉措。其中，眾多國際法規之中對於人權保障著墨最多的當屬「國際人權法」的相關規範，因此，本論文即以此為題旨，欲從國際人權法的脈絡觀察，進而思索消除間接歧視的方法。

然而，國際人權法本身屬於「國際法」的規範，在我國並不是由人民選舉出來的代議士所制定，因此，在適用國際人權公約時，就會遇到許多難題，而本節主要就是要來面對這些困難，如能解決這些國際人權法適用上的難題，我國將之適用在解決「間接歧視」的問題時，便能發揮國際法規範的功能與效用，而不會有搬石頭砸自己腳的情形發生。對此，本文的邏輯是，首先要面對國際人權法與國內法的關係，釐清兩者間的關係後，其次再來選擇進用國際人權法的模式（方法），末者，則是我國若將國際人權法用在國內的「間接歧視」的問題，發生有與國內法相衝突的情形時，應如何取捨的問題，於此要討論的即是國際人權法與國內法位階高低的問題⁷⁶¹。循此，本文以下即以此邏輯，依次討論國際人權法的進用，希望可以將國際人權法的規範與內容，成功移列我國規範之中，並發揮其消除「間接歧視」之功能。

⁷⁶¹ 會有這樣的邏輯思考，乃係因本文認為「國際人權法與國內法的關係」、「國際人權法的進用模式」與「國際人權法於我國法秩序的地位」此三者彼此為獨立事件，是不同層次的問題。關於此問題的討論與分析，詳參閱李建良（2014），〈論國際條約的國內法效力與法位階定序：國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第八輯）（上冊）》，頁 213，註解 73，中央研究院法律學研究所；黃舒凡（2015），〈國際及區域人權公約在憲法解釋中扮演的角色：兼評司法院釋憲實務對國際及區域人權公約之看待與引用方式〉，發表於《司法院大法官一〇四年度學術研討會（上冊）：人權公約與我國憲法解釋》，頁 33，註解 5，司法院（主辦），司法院。



4.1.1. 國際人權法與國內法的關係

國內法（municipal law）⁷⁶²係指一個國家內部或國內的全部法律總稱。國內法主要處理的場域為國內的法秩序；反之，國際法主要處理的場域則為國際上各個國際社會成員間的法秩序⁷⁶³。然而，法之網路系統非常綿密，加上前開所述全球化的影響，地球本身已經成為一個「封閉系統」，國家間的界線逐漸模糊化，因此，國際法與國內法往往會有交會交錯的時候，此時即產生一個問題，國際法與國內法的關係為何？對此爭議，國際法學者所提出的理論中，主要有兩派不同的看法，此即「一元論」（monism）與「二元論」（dualism）之論爭。本節以下即從此論爭出發，並適度地提出本文的看法。

4.1.1.1. 一元論：國際法優先說

採取一元論之「國際法優先說」的學者，最有名的學者即為 Hans Kelsen，其認為國際法與國內法為單一法秩序，如果國內法與國際法發生規範衝突時，此時應以國際法為優先使用的對象⁷⁶⁴。甚至，Hans Kelsen 認為，國內法與國際法其實不會發生規範衝突的情形，而是國內法這個下位階的規範抵觸國際法的上位階規範，因而國內法應不予以使用⁷⁶⁵。不過，國際法優先說的理論也認為，雖然國際法與國內法同屬單一法秩序，但國際法與國內法仍為兩者不同規範，只是適用上兩者若遇有相互衝突的情形，則採取優先適用國際法的觀點。

⁷⁶² 姜皇池教授對此則稱為「內國法」，其認為漢語「國內法」一詞，容易造成理解為某特定國家之內國法，與國際法論述中之內國法是指不特定國家之內國法意旨不同。本文完全接受姜老師的看法，惟本論文所指「國內法」僅單純討論與國際法相對之概念，為充分表達「對內」與「對外」之相稱概念，本文仍決定使用「國內法」一詞，先予敘明。關於姜老師的說明與看法，詳參閱姜皇池（2013），《國際公法導論》，頁 319，註解 1，新學林。

⁷⁶³ 姜皇池，前揭註 762，頁 319。

⁷⁶⁴ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, The Lawbook Exchange, Ltd., 328 (2009).

⁷⁶⁵ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange, Ltd., 422 (2012).



4.1.1.2. 一元論：國內法優先說

若是採取一元論之「國內法優先說」者，其理論又可以再細分為兩個分支，一為「國際法不存在論」，採取此論者為德國學者 J. J. Moser，其認為國際法體系根本不存在，國際社會成員間所成立的外部國內法並非具有拘束力的規範。此一理論認為國際法並非一獨立的法律系統，只有國內法是為單一法律體系⁷⁶⁶。另一個分支為「國際法存在論」，採取此論者為 Berglohm，其認為國際法的規範是存在的，且自成一個法規範的體系，但其仍然認為國際法與國內法屬於單一法秩序，國家若要適用國際法，必須要經過國內的一定形成法律的程序，始能適用之。且若有與國內相衝突時，則採取國內法優先適用的原則⁷⁶⁷。

4.1.1.3. 二元論

採取二元論者，比較有名的學者如德國學者 H. Triepel 與義大利學者 Aisomissio Anzilotti。二元論者的想法，認為國際法與國內法都是法律，均是國家主體意識的展現。且認為國際法與國內法是兩個同時存在的法規範體系，是為兩個法秩序，兩者各自完全獨立，互不相干涉。採取此理論者進一步認為，國際法是國家主權的集體表現，對象為國際社會成員；反之，國內法則為國家主權的對內表現，對象為國內人民。因為國際法與國內法體系互不隸屬，因此，兩者法源不同、規範對象不同，國際法與國內法處於平等、對等的地位⁷⁶⁸。

⁷⁶⁶ 本段之論述係參考姜皇池教授所著整理而成，詳參閱姜皇池，前揭註 762，頁 322-323。

⁷⁶⁷ 本段之論述係參考姜皇池教授所著整理而成，詳參閱姜皇池，前揭註 762，頁 323。

⁷⁶⁸ 本段之論述係參考姜皇池教授所著整理而成，詳參閱姜皇池，前揭註 762，頁 320-322。



4.1.1.4. 本文看法：一元論與二元論殊途同歸

關於國際人權法與國內法的關係，從前開所述可以知道，國際法上向來有一元論」與「二元論」的爭議，而我國學者皆有一元論與二元論的「信徒」。採取「一元論」者⁷⁶⁹，站在國際法與國內法具有統一性的立場，無非是希望我國能夠成為國際社會成員的一員，加速我國法秩序的國際法化；採取「二元論」者⁷⁷⁰，也是希望我國能夠成為國際社會成員的一員，只是站在維護國家主權的立場，國內法在立法程序上有著較為嚴謹、不同的考量。若完全堅持「一元論」的立場，很可能會因為國際法的過度滲入，造成國內權力分立原則與民主原則體系傾頽的危機；反之，若完全堅持二元論的立場，國家將面臨如何與各國際上社會成員相處、合作的問題⁷⁷¹。

因此，若從「一元論」與「二元論」之爭議來決定國際人權法與國內法的關係，本文認為，兩者雖本質上不同，但兩者間並無太大差異，其實是殊途同歸。況且，國際人權法與國內法的關係如何，在本論文前開所述的邏輯之下，僅是第一個層次的問題，對於後續的國際人權法與國內法的相關討論，僅可能為方法、程序上的不同，對於我國因為國家定位不明導致外交政治處境困難的情況來說，

⁷⁶⁹ 採取「一元論」者，詳參閱張文貞（2009），〈憲法與國際人權法的匯流：兼論我國大法官解釋之實踐〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊）》，頁 246-247，中央研究院法律學研究所籌備處；周志宏（1993），〈論立法院的條約議決權：兼論制定「條約締結法」的必要性〉，《法政學報》，1期，頁 73；陳聰明（1993），〈條約與協定之法律地位〉，《法令月刊》，44 卷 7 期，頁 12；廖福特（2009），〈批准聯合國兩個人權公約及制定施行法之評論〉，《月旦法學雜誌》，174 期，頁 223-229；廖福特（2010），〈法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約〉，《台灣法學雜誌》，163 期，頁 45-65。

⁷⁷⁰ 採取「二元論」者，詳參閱李建良，前揭註 761，頁 213-214；陳怡凱（2010），〈國際人權公約之內國效力：以公民與政治權公約暨經濟社會文化權公約施行法為例〉，社團法人台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁 38-43，元照；李念祖（2001），〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格〉，《憲政時代》，27 卷 1 期，頁 80；黃昭元（2010），〈臺灣法律發展回顧：憲法〉，《國立臺灣大學法學論叢》，39 卷 2 期，頁 19-20；蕭富山（1995），〈從條約之意義與批准制度論釋字第三二九號解釋及成效（下）〉，《律師通訊》，191 期，頁 57。

⁷⁷¹ Stephen Breyer, *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, Vintage, 199 (2016).



委實說這樣的論爭並無太大實益。反而應該進一步思考的是，我國應如何突破外交政治困境，進而加入聯合國體系，成為締約國並參與國際條約的締約程序，對於我國援引、適用國際人權法的規範、提升國內法國際法化、與加強人權保障的密度與強度，才有正面的助益。

4.1.2. 國際人權法的進用模式

在釐清完國際法與國內法的關係之後，其主要的目的是在於國內法院應如何援引國際法之規範⁷⁷²。那麼，接下來的問題即是，我國應如何進用國際法？這個問題的思考即是，我國應採取何種國際人權法的匯流模式（convergence），讓國家機關可以正當化的援引、適用國際人權法上的規範與內涵。這個問題其實就是「國際法國內法化」的問題，只是本文認為，國際人權法的使用，並不僅限「國內法化」的方式，猶有其他更好的模式。因此，本文採取國際人權法的「進用模式」來談這個層次的問題。本文以下即從傳統國際法上的兩種模式，包含「接納模式」與「轉換模式」談起，瞭解傳統國際法上的基本進用模式之後，再進一步討論我國學者近年所提出的新型態進用模式，包含「立法模式」與「解釋模式」，最後，再適時地提出本文的主張。

⁷⁷² 姜皇池，前揭註 762，頁 333。



4.1.2.1. 接納模式

「接納模式⁷⁷³」者，亦有學者將之稱為「接納說⁷⁷⁴」、「形式併入說⁷⁷⁵」、「採納理論⁷⁷⁶」。其概念係指國際法上之規範無須經過明示之接納，即自動轉換成國內法規範，進入國內法體系⁷⁷⁷。換言之，此模式是將已生效之國際人權法直接視為國內法，內國的國家機關可以直接適用，無須再經過任何轉換程序。在此模式之下，國際人權法具有直接之國內效力，國際人權法等同於國內法，因此，一旦該國際人權法失效，即同時喪失作為國內法之效力⁷⁷⁸。從另一個角度來說，採取此一模式下的國際法，除非國內立法排除之，國際人權法當然為國內法⁷⁷⁹。此外，亦有學者認為，採取「接納模式」者，是指一國在簽署及批准或加入國際人權法之後，該國際人權法即成為國內法秩序之一環，無須再有其他內國法規範之制定程序，即可於國內生效之謂⁷⁸⁰。因此，若國際人權公約之內容，倘經確認，且與法院所審理的案件內容相關聯，一旦該國際人權公約併入國內法規範之中，法院得予以適用之⁷⁸¹。

⁷⁷³ 李建良教授即採取此種詞彙稱呼之，詳參閱李建良，前揭註 761，頁 212。

⁷⁷⁴ 姜皇池，前揭註 762，頁 334。

⁷⁷⁵ 徐輝彥（2014），〈「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，43 卷特刊，頁 845。

⁷⁷⁶ 陳怡凱，前揭註 770，頁 44。

⁷⁷⁷ 姜皇池，前揭註 762，頁 334。

⁷⁷⁸ 李建良，前揭註 761，頁 212。

⁷⁷⁹ 李建良，前揭註 761，頁 213。

⁷⁸⁰ 張文貞，前揭註 769，頁 228。

⁷⁸¹ 姜皇池，前揭註 762，頁 334。



4.1.2.2. 轉換模式

「轉換模式⁷⁸²」者，亦有學者將之稱為「轉換說⁷⁸³」、「實質轉換說⁷⁸⁴」、「轉型理論⁷⁸⁵」。其概念係指國際法上之規範在尚未經過內國的轉換程序之前，不能將之視為國內法規範之一⁷⁸⁶。換言之，國際人權法須經轉換成國內的法律規範，才能成為國內法而予以適用。在此模式之下，國際人權法與國內法分屬不同之法律文件，二者之效力與適用對象各不相同，國際人權法失效並不當然影響國內法之效力⁷⁸⁷。從另一個角度來說，採取此一模式下的國際法，除非國內立法納入外，國際人權法不當然屬於國內法⁷⁸⁸。此外，亦有學者認為，採取「轉換模式」者，是指在一國簽署及批准或加入國際人權法之後，該國際人權法仍須透過內國規範的制定程序將國際人權法內容轉化為國內法秩序之一環之謂⁷⁸⁹。因此，國際人權公約並不當然為國內法規範之一員，國際人權公約之內容必須經過國內適當的法律程序轉換成國內法後，法院始能將其適用在具體的個案裁判之中⁷⁹⁰。

⁷⁸² 李建良教授即採取此種詞彙稱呼之，詳參閱李建良，前揭註 761，頁 212。

⁷⁸³ 姜皇池，前揭註 762，頁 335。

⁷⁸⁴ 徐輝彥，前揭註 775，頁 846。

⁷⁸⁵ 陳怡凱，前揭註 770，頁 43。

⁷⁸⁶ 姜皇池，前揭註 762，頁 335。

⁷⁸⁷ 李建良，前揭註 761，頁 212。

⁷⁸⁸ 李建良，前揭註 761，頁 213。

⁷⁸⁹ 張文貞，前揭註 769，頁 228。

⁷⁹⁰ 姜皇池，前揭註 762，頁 335。



4.1.2.3. 立法模式

「立法模式⁷⁹¹」者，亦有學者將之稱為「成文法化模式⁷⁹²」，其概念係指透過制憲或修憲的方式，將國際人權公約的內涵、或相關之原理原則，直接或間接於憲法中予以規定。除了制憲或修憲以外，也可能透過國內立法的方式，將國際人權法的內涵直接或間接予以國內法化，以強化國際人權法於內國憲政秩序的優先地位⁷⁹³。因此，採取此種模式觀察憲法的內涵，不難發現憲法因注入了國際人權法的精神，而具有國際人權法的特徵，吾人可以認為是「憲法的國際化」。有學者認為，此種模式使用的對象不以參與簽署國際人權公約的國家為限，而我國因為特殊的國家定位與政治處境，在國際上鮮少有機會可以參與國際人權公約的簽署，因此，我國大多是使用「立法模式」將國際人權公約的規範與內容引進國內法秩序之中⁷⁹⁴。

在此模式之項下，須進一步說明的是，採取此模式的學者認為，「立法模式」可以再具體細分為三個子內涵⁷⁹⁵：國際人權清單及內涵的直接憲法化、國際人權法的包裹憲法化、及國際人權法的準憲法化。首先，國際人權清單及內涵的直接憲法化，係指國家將國際人權法的規範內容、內涵、原理原則等直接訂入憲法之中，使之成為憲法的基本權利清單。其次，國際人權法的包裹憲法化，係指國際人權法藉由內國憲法的「優先條款」（supremacy clause）或「尊重條款」（respect clause），取得其在國內法秩序中的優先地位，並將其規範內容予以一次性的包裹

⁷⁹¹ 張文貞教授即採取此種詞彙稱呼之，詳參閱張文貞（2015），〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能及台灣實踐〉，發表於《司法院大法官一〇四年度學術研討會（上冊）：人權公約與我國憲法解釋》，頁 11，司法院（主辦），司法院。

⁷⁹² 李建良，前揭註 761，頁 216。對此須進一步說明的是，有論者認為此「立法模式」屬於李建良教授所歸類的「立法程序模式」，惟本文認為此二者概念不同，「立法模式」使用的對象不限於是否參與簽署國際條約的國家，而「立法程序模式」使用的對象則限定為須參與簽署國際條約的國家。因此，兩者之概念截然不同，不容混淆。

⁷⁹³ 張文貞，前揭註 791，頁 11。

⁷⁹⁴ 李建良，前揭註 761，頁 216。

⁷⁹⁵ 張文貞，前揭註 791，頁 11。



憲法化⁷⁹⁶。末者，國際人權的準憲法化，係指國際人權法透過內國立法程序的方式，取得準憲法的地位與功能，此種機制也會連帶促進國內法院對於國際人權法規範的援用。

4.1.2.4. 解釋模式

「解釋模式⁷⁹⁷」者，其概念係指若國內並沒有透過制憲、修憲或內國立法的方式明文納入國際人權法的規範，實務上，法院在解釋憲法有關人權保障相關之規定時，可以透過直接援引或參考國際人權法的相關規範內容、內涵解釋或判例，將國際人權法的規範匯流入內國法秩序之中⁷⁹⁸。而有學者對此模式特別指出其有四大重要功能⁷⁹⁹：人權清單及內涵的增補、人權保護的論證補充、人權保護的界限劃定、及作為指示立法或政策修改的標準。首先，就人權清單及內涵的增補來說，釋憲機關適時地援引國際人權公約的規範與內容，相當程度的補足了憲法的基本權利清單的缺漏，亦對憲法的國際化有所幫助。

其次，就人權保護的論證補充言，釋憲機關若能援引國際人權公約的規範與內容，某種程度來說，提供了釋憲機關對於人權保障的素材，也使得釋憲機關擴大了人權保障的論述與範圍，並加強了論述的力道。再者，就人權保護的界限劃定言，釋憲機關對於國際人權公約的規範作援引，並不一定是增進人權保護，也有可能強化了人權限制的論述基礎，甚至對國內的人權保護界限作進一步的劃

⁷⁹⁶ 在此須進一步說明的是，張文貞教授認為第二個子內涵中，即國際人權法的包裹憲法化，可以有四種表現的方式，惟本論文於此主要是對於「立法模式」的內涵作說明與討論，對此即不多加贅述，相關內容詳參閱張文貞，前揭註 791，頁 12-14。

⁷⁹⁷ 張文貞教授即採取此種詞彙稱呼之，詳參閱張文貞，前揭註 791，頁 16。另外，於此須再進一步說明的是，有論者認為此「解釋模式」亦屬於李建良教授所歸類的「法律援引模式」，惟本文認為此兩者概念並不完全相同，「解釋模式」主要指的是法院可以援引國際人權法的規範，將其適用在個案裁判當中，而「法律援引模式」主要指的是國內法律的明文規定，已將國際人權法的規範內容訂入條文之中。因此，兩者概念實為兩立，不容混淆。

⁷⁹⁸ 張文貞，前揭註 791，頁 16。

⁷⁹⁹ 張文貞，前揭註 791，頁 18。



定。末者，就作為指示立法或政策修改的標準言，釋憲機關所援引的國際人權公約規範，對於國內未來的立法或政策推動，都有相當程度的指引作用，並藉由這樣的指引，引領國內法朝國際法化的腳步邁進。

4.1.2.5. 本文見解：以「解釋模式」為主、「立法模式」為輔

關於國際人權法的進用模式，我國憲法對此問題在規定上付之闕如，並沒有任何一條憲法規範處理及面對國際人權法應如何進用的問題，因而僅能靠解釋的方式處理此一問題。那麼問題就來了，從前開四種模式的內容來看，我國學界對於此問題亦「公說公有理，婆說婆有理」，學界意見非常的不一致，國際人權法的進用模式仍然無法定於一尊。有論者謂從司法院釋字第 329 號解釋理由書⁸⁰⁰的文字中可以看出我國係採取「接納模式」的進用模式，然本文認為，所謂依規定「所締結之條約，其位階同於法律」之文字，並無法看出大法官採取何種模式⁸⁰¹，只能認為大法官處理的問題是「國際條約在國內法秩序中的位階」問題，本質上屬於本論文前開所述的第三個層次⁸⁰²的問題，並非國際法國內法化的問題⁸⁰³，亦即

⁸⁰⁰ 司法院釋字第 329 號解釋理由書（節錄）：「總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約案提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約案之權，憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條分別定有明文。依上述規定所締結之條約，其位階同於法律。故憲法所稱之條約，係指我國（包括主管機關授權之機構或團體）與其他國家（包括其授權之機關或團體）或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約或公約者，或用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項或直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者外，亦應送立法院審議。其無須送立法院審議之國際書面協定，以及其他由主管機關或其授權之機構或團體簽訂而不屬於條約案之協定，應視其性質，由主管機關依訂定法規之程序，或一般行政程序處理。外交部所訂之「條約及協定處理準則」，應依本解釋意旨修正之，乃屬當然。」（粗體字為筆者所加）。

⁸⁰¹ 李建良教授亦同此見解，其具體論證過程及理由，詳參閱李建良，前揭註 761，頁 213-215。

⁸⁰² 詳參閱本論文 4.1.以下。

⁸⁰³ 若要以本號解釋的這段文字認為大法官即在處理國際法國內法化的問題，本文認為，除了文字上「苗頭」不對以外，大法官以如此簡陋的文字敘述來面對背後成因複雜的國際法國內法化的問題，要想解決國際法國內法化這個燙手山芋，無異是緣木求魚。相關文獻詳參閱羅昌發（1994），〈立法機關參與締約過程之研究〉，氏著，《貿易關係之法律問題：國際經貿法研究（二）》，頁 154-156，元照。



本論文前開所述第二個層次⁸⁰⁴的問題。雖然亦有學者認為我國依憲法第 63 條⁸⁰⁵規定，條約案須經立法院議決，因而我國係採取「轉換模式」的進用模式⁸⁰⁶，惟本文認為，憲法第 63 條之規範目的在於賦予行政院所提交之各種決議案⁸⁰⁷一定之「民主正當性」，並非在處理國際法應如何國內法化的問題，故不得就此將之定調我國係採取「轉換模式」的進用模式。

國際法上並沒有要求各個國家應採取何種進用模式，作為國際法國內法化的方式，採取何種進用模式端視各國之憲法實踐⁸⁰⁸。然而，從前開所述可以知道，我國對於國際人權法的進用模式並無定見。據此，若要選擇對我國有利於人權保障的進用模式，本文主張，應以「解釋模式」為主，「立法模式」為輔的進用模式，作為國際人權法進入我國法秩序的手段。簡單對於前開四種模式的歸納分析，可以發現的是，傳統國際法上的「接納模式」與「轉換模式」必須立基於參與簽署及批准或加入該國際人權公約的締約程序，始能採取此兩種進用模式，讓國際人權公約國內法化，使之成為我國法秩序中之一部分⁸⁰⁹；而近年我國學者所提出新型態的「立法模式」與「解釋模式」，則是立基於不須參與簽署及批准或加入該國際人權公約的締約程序，即能採取此兩種進用模式⁸¹⁰。

⁸⁰⁴ 詳參閱本論文 4.1.以下。

⁸⁰⁵ 憲法第 63 條：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」

⁸⁰⁶ 許耀明（2012），〈未內國法化之國際條約與協定在我國法院之地位〉，《司法新聲》，104 期，頁 22。

⁸⁰⁷ 憲法第 58 條第 2 項：「行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及其他重要事項，或涉及各部會共同關係之事項，提出於行政院會議議決之。」

⁸⁰⁸ 許耀明，前揭註 806，頁 22。

⁸⁰⁹ 關於「接納模式」須立基於締約國參與締約程序的立論，詳參閱黃昭元（2015），〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，發表於《司法院大法官一〇四年度學術研討會（上冊）：人權公約與我國憲法解釋》，頁 106-107，司法院（主辦），司法院；而關於「轉換模式」須立基於締約國參與締約程序的立論，詳參閱李建良，前揭註 761，頁 216。

⁸¹⁰ 張文貞，前揭註 791，頁 11-20。此外，李建良教授亦提出四種國際人權法國內法化的進用模式，其分別為：1.立法程序模式；2.成文法化模式；3.法律援引模式；4.行政程序模式。其中，第 1 種至第 3 種進用模式，本論文已於前開論述中簡單介紹，至於第 4 種進用模式，並非本論文所欲採納之進用模式，實務上之案例亦較為少見，故不予以介紹。詳參閱李建良，前揭註 761，頁 215-218。



準此，從前開四種模式之簡單歸納分析，本文認為，我國無法採取傳統國際法上的兩種模式，蓋我國特殊之國家定位與政治處境，在國際上很難成為國際人權公約的締約國，並參與國際人權公約的締約程序，迫於此種外交困境，縱使我國百般願意成為國際人權公約的締約國並參與締約程序，實際上卻是不得門而其入。因此，我國因無法成為國際人權公約的締約國，實無法採取「接納模式」與「轉換模式」的進用模式⁸¹¹。

據此，基於前開所述的外交困境，我國僅能採取立基於不須經締約國參與締約程序的「立法模式」與「解釋模式」。而本文之所以認為我國要採取以「解釋模式」為主、「立法模式」為輔，乃因「解釋模式」可以不用先經國內的立法程序即可適用國際人權法的規範，適用的成本、門檻較低，且適用國際人權法的範圍相當廣泛，不受國內立法限制的影響，故以其為首位的進用模式。當然，我國若能經過立法程序將國際人權法的規範明文化，某程度來說，即更強化了適用國際人權法的正當性，也避免掉國際法尚無國內法化的爭議，算是一種援引國際人權法規範的「雙重保險機制⁸¹²」。

綜合上述，本文主張，對於國際人權法的進用模式，我國應採取以「解釋模式」為主、「立法模式」為輔的雙重模式，亦即，國家各機關若能適時地援引國際人權公約的規範、內涵、或相關的原理原則，並輔以制定施行法賦予其法律地位的模式，對於我國保障人權的進步、法制的健全、及政策的推動，將會是莫大的幫助，也是比較好的方式。

⁸¹¹ 黃昭元教授亦同此見解，詳參閱黃昭元，前揭註 809，頁 106。此外，亦有學者依同樣是我國外交困境的考量，認為傳統國際法上的兩種進用模式之爭論，於我國並無太大實益，詳參閱林明昕（2018），〈憲法規範下的社會正義：以基本國策的規範效力為中心〉，許宗力（編），《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》，頁 41-42，國立臺灣大學出版中心。

⁸¹² 徐輝彥，前揭註 775，頁 851。



4.1.3. 國際人權法於我國法秩序的地位

在決定好國際人權法的進用模式之後，當國際人權法進入到我國法秩序體系內，如果沒有與其它法規範發生衝突，那倒是不會有適用上的困擾。不過，若適用法規範時，國際人權法與其它國內法規範發生衝突時，此時遇到的問題即是，應以何種法規範為優先？國際法上對此問題沒有特別的規範與要求，蓋國際法所注重者為國際條約能夠被忠實的履行，國際人權公約在國內法秩序當中的位階並非國際法所要求的重點，而是交由各國自行決定與裁量⁸¹³。

因此，若面臨國際人權法與國內法衝突時，其選擇的優先順序，究竟應如何調合，即是本節所要面對與處理的問題。一般來說，國際法於國內法秩序中的位階，大抵可以分為三種⁸¹⁴：（1）國際法優於國內法；（2）國際法等同國內法；（3）國內法優於國際法。惟本文所欲探討的爭點是，國際人權法於我國法秩序地位的問題，雖然此爭點與前開三種分類的概念雷同，但為凸顯國際人權法在我國法位階的層次，本文以下擬跳脫前開三種分類的既定框架，嘗試以更為準確、清晰的概念類型化此一爭點，即以（1）等同法律；（2）高於法律，低於憲法；（3）等同憲法三種分類說明，以此類型化位階⁸¹⁵探討國際人權法於我國法律地位如何之問題。

⁸¹³ 陳怡凱，前揭註 770，頁 60。

⁸¹⁴ 姜皇池，前揭註 762，頁 333。

⁸¹⁵ 關於各個位階的具體內容說明，詳參閱 Holly Dawn Jarmul, *The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts*, 28 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 311, 328-62 (1995). 轉引自張文貞，前揭註 769，頁 229。



4.1.3.1. 等同法律

吾人若要思考國際人權公約的法律地位問題，可以先從憲法有無規定觀察。

然而，若綜觀憲法與國際條約或公約有關的規範，可以發現並沒有一個條文對於國際人權公約位階的問題加以處理⁸¹⁶。既然憲法本身沒有規範，則可以從大法官解釋觀察，依照司法院釋字第 329 號解釋理由書⁸¹⁷，其認為我國所締結的條約，法律位階上等同法律。若從本號解釋的文字來看，我國似乎認為國際人權公約的法律位階即等同法律。不過，有學者對此表示意見認為，我國係以制定施行法的方式將國際人權公約的規範內容予以明文化，因此，其適用上直接依我國國內法律的一般效力處理即可⁸¹⁸。據此，本文認為，由於上開解釋的作成，以當時的時空背景言，國內法學界似對此意見並無二致。

4.1.3.2. 高於法律，低於憲法

國際人權公約於我國之法律地位問題，除了前開說法之外，李志鵬大法官於釋字第 329 號解釋發表不同意見書，其認為尊守國際條約規範為世界潮流，至關重要，並援引憲法第 141 條⁸¹⁹之規定，認為國際法應具有優先於國內法之地位⁸²⁰。換言之，李志鵬大法官認為國際人權公約之位階至少應高於法律，不應該僅等同法律。學者間亦有不少認為國際條約或公約在我國之法律位階上應高於法律，低

⁸¹⁶ 憲法上所有與國際條約或公約有關的規定為：憲法第 38 條、第 58 條第 2 項、第 63 條及第 141 條。然這些條文皆沒有規範國際條約法律位階的問題。

⁸¹⁷ 同前揭註 800。

⁸¹⁸ 林明昕，前揭註 811，頁 45。

⁸¹⁹ 憲法第 141 條：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」

⁸²⁰ 司法院釋字第 329 號解釋李志鵬大法官不同意見書（節錄）：「國際條約為國際法之重要法源之一。世界文明國家無不重視國際條約，多數均在憲法、法律或判例中，確認**國際條約在國內法上具有優先的地位**。我國憲法第一百四十一條規定：中華民國尊重國際條約及聯合國憲章。即表示**國際條約在我國國內法上，具有優先地位**。各級法院及行政機關適用法律時，均有尊重國際條約之義務。即其一例。」（粗體字為筆者所加）。



於憲法⁸²¹。換言之，除了釋字第 329 號解釋理由書之外，我國學者普遍認為國際人權公約在我國法秩序地位上應高於法律，低於憲法。

4.1.3.3. 本文見解：等同憲法

關於國際人權法於我國之地位，前開兩種論述皆有見地，對此，有學者亦從國際法之性質來觀察，認為依照維也納條約法公約第 53 條規定，各國合意所締結的條約或公約，不得抵觸強行法（jus cogens）之規定。因此，各國對於強行國際法當然有義務遵守，不得違反其規範⁸²²。在這個前提之下，強行國際法既然有這樣絕對的規範地位，國家內的法律不應抵觸強行國際法，因此，強行國際法在國內法秩序系統之中，其規範上的地位應等同憲法，而其內容應構成制憲或修憲的界限⁸²³。然而，或許有論者提出疑問，我國並非國際人權公約的締約國，應不受強行國際法之拘束。惟本文認為，由於我國的國家地位與政治處境在國際上非常勢弱，如果能夠藉由積極地將國際人權法在我國法秩序的地位提高，將有助於國際上的能見度，因為這也代表我國在國際上的各種條約會議須要積極地參與並有效發聲。若因我國並非國際人權公約之締約國即認我國不受其拘束，實有自我矮化之嫌。

其次，以「跨國憲政主義」（transnational constitutionalism）⁸²⁴的脈絡思考，國際人權法與憲法的關係，基本上可以展現於兩種途徑：一是國際人權法被賦予

⁸²¹ 丘宏達（2006），《現代國際法》，頁 128-135，三民；林紀東（1986），《中華民國憲法逐條釋義（四）》，頁 267-268，三民；俞寬賜（2002），《國際法新論》，頁 395，三民；張文貞（2010），〈國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後〉，社團法人台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁 26，元照；李念祖，前揭註 770，頁 92-93；陳聰明，前揭註 769，頁 12。

⁸²² See generally Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*, Intersentia, 123-45, 284-89 (2001); Curtis A. Bradley, *The Juvenile Death Penalty and International Law*, 52 Duke L.J. 485, 536 (2002). 轉引自張文貞，前揭註 821，頁 4。

⁸²³ Seiderman, *Id.* at 123-45. 轉引自張文貞，前揭註 821，頁 5。

⁸²⁴ 同前揭註 100。



具憲法地位的效力；二是各國透過制憲或修憲的方式將國際人權法的內涵寫進憲法內容之中⁸²⁵。關於後者，我國要重新制憲難度太高，修憲門檻也頗高不容易通過⁸²⁶，想要從這兩種途徑，欲將國際人權法的內涵劃入憲法內容之中似乎有點不切實際⁸²⁷。反之，若是採取前者的途徑，將國際人權法的定位視為等同憲法，不僅提高國際人權法於我國法秩序的位階與拘束力，國內各機關的權力實踐將以其為最高指導原則，若有與其抵觸之權力行為將會被認定無效，對於國際人權法內涵的落實將有莫大的助益⁸²⁸。準此，本文認為，國際人權公約的法秩序位階於我國應等同憲法，我國應自我拘束強化國際法之適用。

除此之外，國際人權公約的規範與內涵，許多素材皆值得我國各機關借鏡，並適時地將其納入實際的案例當中，因此有必要加強國際人權公約的地位，使得我國各機關能夠受到更多國際人權法的拘束，並有效發揮國際人權法保障人民基本權利之功能。雖然我國非常積極地想要參與國際事務，以提升國際上各個社會成員對我國法制的重視，但實在礙於許多外交現實的困難，我國不得已只能以此方法讓國際間瞭解我國對於國際法的重視。不過，換另一個角度思考，這不正是我國身為一個法治國家，以人權保障立國的特色，如果能藉此機會提升我國於國際間的地位，亦能讓國際上的社會成員瞭解我國的人權保障規範。再從全球化（globalization），乃至於「跨國憲法」（transnational constitutions）的脈絡思考，正是能讓我國置於世界人權保障系統的循環之中。那麼，我國若能處於這個世界

⁸²⁵ 葉俊榮（2015），〈經濟社會文化權利公約與司法審查：雙重制約下的對話司法〉，發表於《司法院大法官一〇四年度學術研討會（下冊）：人權公約與我國憲法解釋》，頁9，司法院（主辦），司法院。

⁸²⁶ 憲法增修條文第12條：「憲法之修改，須經立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，提出憲法修正案，並於公告半年後，經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，即通過之，不適用憲法第一百七十四條之規定。」

⁸²⁷ 當然，在我國係屬成文法國家的前提下，將國際人權法的內容入憲仍然是一種方法，有學者對此抱持樂觀態度，詳參閱陳隆志、廖福特（2002），〈國際人權公約與國內法化之探討〉，《國家政策季刊》，1卷2期，頁44-50；廖福特（2002），〈實踐國際人權法典之方式：批准、加入或國內法化〉，《律師雜誌》，272期，頁49-50。

⁸²⁸ 葉俊榮教授即認為，若能使國際人權公約中的「權利」取得憲法基本權的地位，方有使大法官審查標準與態度趨向嚴格的可能。詳參閱葉俊榮，前揭註825，頁20。



人權保障的循環系統之中，某種程度來說也達到前開之目的，只是方法不同而已，我國仍應在正確的道路上堅持前進，持續在國際人權保障系統中出芽。

綜合上述，基於我國現實的外交困難處境，我國應積極地參與國際事務，並藉遵守國際人權公約的機會，加入世界的人權保障循環系統，如此一來，對於我國提升國際地位與能見度、增強國內人權保障的能量皆有正面的幫助。此外，強行國際法「事實上」的拘束力，我國實不能以此搪塞而不適用國際人權公約的規範，反而更應自我要求，讓國際人權法規範引入我國法秩序之中，才能讓我國有更多的國際素材可以利用，增進人民福祉。也只有在將國際人權公約的地位等同憲法的前提下，才有所謂的國際人權法與憲法的匯流⁸²⁹。因此，本文認為，基於前開諸多理由，國際人權法於我國的法秩序地位應等同憲法。

⁸²⁹ 張文貞，前揭註 724，頁 229。



4.2. 三權路徑取向之實踐

從本論文第2章對於各個國際人權公約的觀察，可以發現的是，關於如何消除「間接歧視」的問題，國際人權公約的一般性意見大多會將此棘手問題放在「締約國義務⁸³⁰」之中，希望藉由要求締約國履行消除「間接歧視」的義務的方式，確保人權保障理念的實現。再從這些締約國義務中觀察，又可以發現的是，許多的一般性意見採取要求各個國家權力機關「實踐」的方式，亦即，以行政權、立法權、及司法權之實踐作為消除「間接歧視」的方法。

因此，本文認為，「間接歧視」之消除，不僅須靠憲法的功能發揮與解釋適用，亦須仰賴國家各權力部門之間的運作。在憲政主義（constitutionalism）的脈絡之下⁸³¹，人民創造憲法，憲法建立有限政府，以人民的基本權利保障為其核心目標⁸³²。而要實現這個核心目標，必須靠國家權力間的相互分權，以避免國家政府濫權、專擅致侵害人民的基本權利，在這樣的想法之下即形成「權力分立原則」（separation of powers）。權力分立原則是憲法諸多原則中非常重要的一個原則⁸³³，

⁸³⁰ 詳參閱本論文2.3.5. (ICCPR)、2.4.6. (ICESCR)、2.5.9. (CEDAW)、2.6.9. (CRC) 及 2.7.6. (CRPD)。

⁸³¹ 對於「憲政主義」的具體內涵，林子儀教授曾為文闡述：「憲政主義可以說是主張以憲法建構一個有限政府，以保障人民權利的一種憲政理念。依其觀點，憲法應規定民主原則、法治原則、與權力分立制衡原則。並應具體地以民主程序一定期選舉及代議民主制度一組成政府、以權力分立制衡原則分配政府權力與設立國家組織、以法治原則規範國家統治權的行使、與建立一套可以將憲法規範佳以具體落實的違憲審查制度。而這也是目前一般民主國家所致力追求及實踐的憲政制度。因此，要評估一個國家的憲法是否真為一部民主憲法，完全就要看該憲法是否採取並真正實踐了憲政主義的理念及其所宣示的基本原則。」詳參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（編）（2016），《憲法：權力分立》，頁11，新學林。此外，關於「憲政主義」的發展史，詳參閱 Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern (Revised)*, Liberty Fund, Inc. (2007).

⁸³² 更深入的探討，尤其涉及到「二元民主論」及「憲法時刻理論」，詳參閱 Bruce Ackerman（著），楊智傑（譯）（2015），《我們人民：憲法根基》，聯經。

⁸³³ 此原則重要到成為修憲界限的核心，人民儘管有權利修憲，但不可以改變權力分立與制衡原則，詳參閱司法院釋字第499號解釋解釋文（節錄）：「國民大會為憲法所設置之機關，其具有之職權亦為憲法所賦予，基於修憲職權所制定之憲法增修條文與未經修改之憲法條文雖處於同等位階，惟憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，



其並非僅強調分權（separation of powers），也重視政府權力間的制衡（checks and balances），因此，從這兩個角度一同合併觀察，權力分立原則，也可以說是權力分立與制衡之原則⁸³⁴，兩者權力面向缺一不可。

依照「權力分立與制衡原則」的想法，為了建構一個權力受到限制、制約的有限政府，一般民主憲政國家會將國家政府的權力型態分為三種，亦即，執行法律的「行政權」、制定法律的「立法權」以及依據法律判斷是非與解決紛爭的「司法權」。並將該等權力分配給三種不同的國家機關，讓這三種權力彼此相互制衡與監督⁸³⁵，以達到追求效率（分權）與避免專權暴政（制衡）⁸³⁶的目的。在這樣的想法之下，本文認為，為了要澈底消除「間接歧視」，除了抽象的討論國際人權法的規範與憲法的功能、解釋之外，仍須仰賴各個國家機關的實踐，若要思考國家機關的實踐方法，最好的辦法就是從前開所述的三種權力機關下手，依照各種權力機關的屬性與功能之不同，從各個角度一一擊破「間接歧視」的問題。準此，本文以下即從行政權、立法權、及司法權的路徑出發，進一步思考各個權力部門的實踐與運作，希望藉由三權路徑取向實踐之分析，能夠達成消除「間接歧視」的目標，落實憲法人權保障之要求。

乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」（粗體字為筆者所加）。相關文獻詳參閱李仁焱（2005），〈憲法定權力與修憲的界限〉，《月旦法學教室》，32期，頁10-11；吳志光（2006），〈人性尊嚴與修憲界限〉，《月旦法學教室》，47期，頁90-94；許志雄（1999），〈修憲之界限〉，《月旦法學雜誌》，54期，頁2-3；董保城（1991），〈修憲界限之探討〉，《憲政時代》17卷2期，頁19-32；吳聖文（2005），《國民主權與修憲界限：從司法院大法官釋字第499號解釋論起》，國立中山大學政治學研究所碩士論文；許宗力（1981），《憲法修改界限論》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文；許智閔（2005），《析論釋字第499號中修憲界限爭論之研究》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文。

⁸³⁴ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，前揭註831，頁135。

⁸³⁵ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，前揭註831，頁10。

⁸³⁶ 某種程度來說，「制衡」的原因始終來自於「人性」，尤其是對於統治者而言，是建立在極端不信任的假設前提之上。誠如美國制憲先賢 James Madison 所言：「野心必須以野心加以對抗。」因為深信統治者與被統治者的利益分殊、權力的天平傾斜於統治者這方，所以必須分散國家權力，並使之相互制衡。此轉引自湯德宗（2005）〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，氏著，《權力分立新論（卷二）違憲審查與動態平衡》，頁308-322，元照。



4.2.1. 行政權路徑

本文以下從「行政權」的路徑（administrative action）出發，探討行政部門的運作與實踐，並適當結合國際人權法的觀察，進一步思考行政部門的角色轉換與功能變遷，應如何將之運用在消除「間接歧視」的問題之上。

4.2.1.1. 行政部門的優勢

行政權主要的實踐方式在於執行法律，而執行法律仰賴行政部門的運作，也就是行政機關，背後所代表的意義是，行政的存在目的是為了將國家的有限資源作最有效率的分配與使用，其角色定位在「專家」。行政機關在我國所有國家機關組織中最為龐大與複雜，原因在於，我國憲法上的行政權，並非以單一機關的樣貌呈現⁸³⁷，光是憲政機關就可以一分為二，即總統⁸³⁸與行政院⁸³⁹，乃至於考試院也可以將其所執行的事項⁸⁴⁰劃歸行政權的體系之中，顯見我國憲法上的行政權不是以單一機關樣貌出現，而是以多機關面向的樣貌呈現，加上所執掌的權力內涵複雜多端，至少就包含政策權、組織管理權與執行權等三大部分⁸⁴¹，其三大部分又可以再分成許多細項部分，因而行政機關組織特別巨大且厚實。基此，行政權的職權內涵經緯多端，涉及人民權利事項較為全面且多面向，相較於其他政治部門，其與人民的關係最為密切。

⁸³⁷ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，前揭註 831，頁 335。

⁸³⁸ 憲法增修條文第 2 條第 4 項：「總統為決定國家安全有關大政方針，得設國家安全會議及所屬國家安全局，其組織以法律定之。」

⁸³⁹ 憲法第 53 條：「行政院為國家最高行政機關。」

⁸⁴⁰ 憲法第 83 條：「考試院為國家最高考試機關，掌理考試、任用、銓敘、考績、級俸、陞遷、保障、褒獎、撫卹、退休、養老等事項。」

⁸⁴¹ 吳庚、陳淳文，前揭註 78，頁 475。



在國家組織的規制底下，行政權為擔負許多政策、法律的執行，因此具有專業與分工的優勢，行政機關往往集結了最多的資訊與人才。在現今社會內涵龐雜度劇增、分工日益精細的情形之下，強調專業與分工便成為行政效能的指標。對於許許多多的政策與法律，無論是立法部門或司法部門的運作，都無法滿足公共政策的專業需求，從而，行政機關的專業優勢在此即展現出來，由富有專業的行政機關作出合理適當的決策，也等於是在公共政策推動上作最有效率的組織分工與執行法律的方式⁸⁴²。在「專業模型」的思考脈絡之下，人們往往願意將較複雜的事項交由具有專業、受過訓練、經驗豐富、或比較能夠作出專業判斷與決定的專家作決策⁸⁴³，如此一來，在公共政策的推動與執行上，除了較有效率之外，亦能減少不必要的錯誤與成本浪費，以增進人民福祉。

此外，行政部門的主動性比其他政治部門更有施展空間，行政部門的執行力較強，可以藉由執行力的優勢，主動參與、規劃人民的日常生活。例如，行政部門可以規劃短、中、長期的政策計劃，並逐步推動完成之⁸⁴⁴。據此，行政部門對於所擁有的行政資源倘能有效配置與充分運用，透過各種不同階段的程序實行公共政策，將能發揮其專業、分工的優勢，對於人民的需求便能給予適當地協助，並達到國家建置行政部門的目的。

⁸⁴² 葉俊榮（2002），《面對行政程序法：轉型臺灣的程序建制》，頁408，元照。

⁸⁴³ 葉俊榮，前揭註842，頁408。

⁸⁴⁴ 劉耀仁（2018），〈從正當法律程序之路徑來建構我國隱私權之保障〉，發表於《國立臺灣大學法律學院第十六屆公法研究生論壇》，頁22，國立臺灣大學法律學院公法學研究中心（主辦），國立臺灣大學法律學院。



4.2.1.2. 行政策略：從「行政一體」走向「部門合作」

傳統上的行政機關，為了要求施政效率與便利性，在金字塔的科層組織之下，藉由「行政一體⁸⁴⁵」的框架建立文官制度，由金字塔頂端的行政首長，帶領底下各層的行政組織與行政官員執行任務，而底下的行政官員則聽命於該行政首長的指揮，形成上命下效的科層體制。然而，面對社會各種不同層面的內涵，以及人民各種多面向的需求，行政機關若還只是靠「行政一體」執行政策，實在不能滿足各種社會與人民的要求，也無法在政策的推動上與時俱進，跟上時代的變遷。對此，本文認為，唯有打破「行政一體」的框架，不再只是以「行政一體」框住各個行政部門的專業能力，而應採取「部門合作」的方式，以因應經緯多端的公共政策推動。當各個專業的行政部門，從原本各自為政的科層體制跳脫出來，走向以部門合作模式為導向的「多專業化」的行政團隊，顯而易見的，對於整個行政體制的活絡將開啟新的一頁。

本文主張，部門合作的方式可以從兩個角度切入思考，一為「垂直式」的權力流動模式，較為上階的行政機關將公共政策的任務往下派送與分發，而較下階的行政機關位居執行任務的第一線，確實執行任務。嗣後，不論執行成效如何，執行任務的行政機關將執行任務的成果，回應至較上階的行政機關，兩個階層的

⁸⁴⁵ 對於「行政一體」的概念，描述最為清楚的當屬司法院釋字第 613 號解釋，於此節錄該號解釋理由書對於行政一體的闡述：「行政旨在執行法律，處理公共事務，形成社會生活，追求全民福祉，進而實現國家目的，雖因任務繁雜、多元，而須分設不同部門，使依不同專業配置不同任務，分別執行，惟設官分職目的絕不在各自為政，而是著眼於分工合作，蓋行政必須有整體之考量，無論如何分工，最終仍須歸屬最高行政首長統籌指揮監督，方能促進合作，提昇效能，並使具有一體性之國家有效運作，此即所謂行政一體原則。憲法第五十三條明定行政院為國家最高行政機關，其目的在於維護行政一體，使所有國家之行政事務，除憲法別有規定外，均納入以行政院為金字塔頂端之層級式行政體制掌理，經由層級節制，最終並均歸由位階最高之行政院之指揮監督。民主政治以責任政治為重要內涵，現代法治國家組織政府，推行政務，應直接或間接對人民負責。根據憲法增修條文第三條第二項規定，行政院應對立法院負責，此乃我國憲法基於責任政治原理所為之制度性設計。是憲法第五十三條所揭示之行政一體，其意旨亦在使所有行政院掌理之行政事務，因接受行政院院長之指揮監督，而得經由行政院對立法院負責之途徑，落實對人民負責之憲法要求。」（粗體字為筆者所加）。



行政機關因此形成討論政策執行的空間平台，並在這空間平台之中，將公共政策反覆思辨、執行。藉由這樣的動態機制持續掌握該政策的走向並推動之，此即形成「垂直式」的權力流動模式，由於權力流動的方向是垂直的，本文又將之稱為「上沖下洗」式的部門合作；而另一種則為「水平式」的權力流動模式，由不同專業的行政部門，將各自的專業一起展現在同一個政策推動上，亦即，一個政策的有效推動，無法僅靠一個行政部門可以完成，需要跨部門的專業合作，始能將公共政策的各個面向都兼顧到。甚至有些政策的施行，因為涉及許多不同的專業領域，必須同時仰賴好幾個行政部門才能完成，此時更需要各種不同專業的行政部門通力合作，此即形成「水平式」的權力流動模式，由於權力流動的方向是水平的，本文又將之稱為「左右逢源」式的部門合作。在日趨複雜的社會脈絡之中，單一行政部門獨立完成任務的機會將會大幅減少，跨部門的專業合作將是未來的趨勢，無論是「垂直式」的權力流動模式抑或「水平式」的權力流動模式，都會是行政部門可以充分發揮其專業優勢的路徑。

綜合言之，行政權具有形成決策、迅速執行的特徵，也是具備各種專業部門的國家機器，在實際面上遇有「間接歧視」的案例，若仰賴立法部門與司法部門時有緩不濟急，行政部門應勇敢承擔決策者的角色，及時有效地面對「間接歧視」的問題，並對於該問題妥善地處理。若從國際人權公約的要求來看，各級政府機關必須同步檢討與國際人權公約不符的行政措施⁸⁴⁶。對此，行政機關彼此間則應以「垂直式」的權力流動模式與「水平式」的權力流動模式的部門合作方式，以「多專業化」的行政團隊為主軸，並以多視角擬定相關的政策與措施，來面對多角面向所遭遇到的「間接歧視」問題，如此一來，即能發揮整體行政團隊的戰力，有效率地擊破並排除個案中所受到「間接歧視」的傷害。

⁸⁴⁶ 張文貞，前揭註 754，頁 20。



4.2.2. 立法權路徑

本文以下從「立法權」的路徑（legislative action）出發，探討立法部門的運作與實踐，並適當結合國際人權法的觀察，進一步思考立法部門的角色轉換與功能變遷，應如何將之運用在消除「間接歧視」的問題之上。

4.2.2.1. 立法部門的特色

立法權主要的實踐方式在於制定法律，而制定法律仰賴立法部門的運作，也就是立法機關，背後所代表的意義是，立法的存在價值是基於民主正當性⁸⁴⁷，其角色定位是多數決機制下為多元利益的「調和者」。立法權的內涵不能僅從字面上的形式探求其意義，而認為其只限定於制定法律，雖然制定法律是立法者常常在行使的權力，也是立法權眾多權力面向中最主要的一環，但立法權仍然包含許多面向，例如：預算案的審查、條約案的通過、行使人事同意權等等⁸⁴⁸。因此，有關立法權的內涵與範圍，不能僅限於狹義的立法⁸⁴⁹，而是包含許多面向的廣義立法。從而在權力分立原則的架構之下，立法權除了最重要的制定法律之權外，誠如前開所述，亦擔負許多重要的任務，另一個重要之職權即在於監督政府的施政⁸⁵⁰，並節制行政權的擴張⁸⁵¹。

⁸⁴⁷ 憲法第2條：「中華民國之主權屬於國民全體。」

⁸⁴⁸ 憲法第63條：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」

⁸⁴⁹ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，前揭註831，頁269。

⁸⁵⁰ 憲法增修條文第3條第2項：「行政院依左列規定，對立法院負責，憲法第五十七條之規定，停止適用：一、行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責。立法委員在開會時，有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權。二、行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。立法院對於行政院移請覆議案，應於送達十五日內作成決議。如為休會期間，立法院應於七日內自行集會，並於開議十五日內作成決議。覆議案逾期未議決者，原決議失效。覆議時，如經全體立法委員二分之一以上決議維持原案，行政院院長應即接受該決議。三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並



在國家組織的規制底下，立法權為擔負許多法律的制定與人民多元利益的調合，因此具有公開透明⁸⁵²的特色，係因其權力的來源是來自於人民的賦予，既然立法院代表的是人民的聲音，即應該廣納人民的意見，讓人民的訴求進入立法院，進而形成法律，因而公開與透明的立法形成制度即應孕而生。從「審議式民主」的角度觀察，所謂的「審議」，即是藉由公開透明的原則，將審議溝通作為立法程序的一環，某種程度來說，審議本身就是一種自我揭露⁸⁵³，這樣的自我揭露即符合將立法權的行使與立法程序公開化與透明化。

這樣的公開透明特色所展現的價值在於迫使立法者證明自身的立法權行使符合合法、合理的特定方法，也使立法團體凝聚共識，讓人民掌握知悉，並提生自身的知識與道德素質⁸⁵⁴。公開透明的特色是憲政主義國家中民主原則的展現，人民可以藉由立法權此種特色，親眼觀察立法者的立法程序是否合法，以及是否有代表人民發聲，並適時監督立法者，是否符合人民的需求，以作為定期選舉的參考，並達由人民賦予其權力或收回權力的目標。

得同時呈請總統解散立法院；不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案。」
⁸⁵¹ 吳庚、陳淳文，前階註 78，頁 512。

⁸⁵² 司法院釋字第 499 號解釋解釋文亦可參照（節錄）：「憲法為國家根本大法，其修改關係憲政秩序之安定及全國國民之福祉至鉅，應由修憲機關循正當修憲程序為之。又修改憲法乃最直接體現國民主權之行為，應公開透明為之，以滿足理性溝通之條件，方能賦予憲政國家之正當性基礎。國民大會依憲法第二十五條、第二十七條第一項第三款及中華民國八十六年七月二十一日修正公布之憲法增修條文第一條第三項第四款規定，係代表全國國民行使修改憲法權限之唯一機關。其依修改憲法程序制定或修正憲法增修條文須符合公開透明原則，並應遵守憲法第一百七十四條及國民大會議事規則有關之規定，俾副全國國民之合理期待與信賴。是國民大會依八十三年八月一日修正公布憲法增修條文第一條第九項規定訂定之國民大會議事規則，其第三十八條第二項關於無記名投票之規定，於通過憲法修改案之讀會時，適用應受限制。而修改憲法亦係憲法上行為之一種，如有重大明顯瑕疵，即不生其應有之效力。所謂明顯，係指事實不待調查即可認定；所謂重大，就議事程序而言則指瑕疵之存在已喪失其程序之正當性，而違反修憲條文成立或效力之基本規範。國民大會於八十八年九月四日三讀通過修正憲法增修條文，其修正程序抵觸上開公開透明原則，且衡諸當時有效之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，亦屬有違。依其議事錄及速記錄之記載，有不待調查即可發現之明顯瑕疵，國民因而不能知悉國民大會代表如何行使修憲職權，國民大會代表依憲法第一百三十三條規定或本院釋字第三三一號解釋對選區選民或所屬政黨所負政治責任之憲法意旨，亦無從貫徹。此項修憲行為有明顯重大瑕疵，已違反修憲條文發生效力之基本規範。」（粗體字為筆者所加）。

⁸⁵³ Jon Elster（著），李宗義、許雅淑（譯）（2010），〈討論即審議〉，氏著，《審議民主》，頁 64-69，群學。

⁸⁵⁴ Jon Elster（著），李宗義、許雅淑（譯），前揭註 853，頁 69。



綜合言之，立法院主要的工作即是制定法律，在制定法律之前或其過程當中，議事討論程序需公開透明⁸⁵⁵，而立法部門行使立法權所展現的公開透明特色可以體現在三個面向⁸⁵⁶：一為立法資訊與資料的公開，其目的在於使人民能夠瞭解、掌握法律形成的背景，透過提供人民制定法律相關的資料與文件，使人民能夠知悉並監督立法者⁸⁵⁷。二為立法過程的公開，其係指在立法院會議進行期間，包括立法院院會與各種委員會⁸⁵⁸，應於適當期間內將立法程序的會議過程、議事紀錄與議程予以公開，使人民能夠確實掌握立法過程的會議進行及其流程。三為立法結果的公開，其係指將議會過程中，立法委員們所達致的會議結果公開，亦即，將每個讀會或審議結果的過程公開予人民知悉，使人民可以充分掌握制定法律的過程與最後結果。

4.2.2.2. 立法策略：從「代議民主」走向「人民參與」

當代的民主憲政國家，無論其中央政府體制為何，均將國家的立法權交由人民所選舉出來的民意代表行使⁸⁵⁹。我國也不例外，依據憲法第 62 條⁸⁶⁰之規定，我國的立法權行使是由人民選舉出的立法委員，代表人民從事立法的工作、政治的運作、並處理公眾之事務。因此，我國憲法民主精神的展現，可以說是典型的「代議政治」。理論上，所謂的民主政治，應當是每一個國民親自行使憲法的權力，惟之所以要採取這樣的「間接」的民主制度，其考量的是人力成本的問題，在立法程序進行中，實在不可能將每一個國民集合至立法院同時參加所有的立法程序，

⁸⁵⁵ 劉耀仁，前揭註 844，頁 24。

⁸⁵⁶ 易有祿（2009），《正當立法程序研究：以立法權正當行使的程序控制為視角》，頁 140-141，中國社會科學。

⁸⁵⁷ 政府資訊公開法第 6 條：「與人民權益攸關之施政、措施及其他有關之政府資訊，以主動公開為原則，並應適時為之。」

⁸⁵⁸ 憲法第 67 條：「立法院得設各種委員會。各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢。」

⁸⁵⁹ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，前揭註 831，頁 269。

⁸⁶⁰ 憲法第 62 條：「立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。」



此舉也不符合社會角色分工的要求。因此，民主制度的運作，實際上是以「間接民主」的方式來運作⁸⁶¹，此即為所謂的「代議民主」（representative democracy）。基此，我國的代議民主運作模式即為，總統與立法委員是由人民直接投票選舉產生，而行政部門的行政首長，中央或地方首長則是由人民直接或間接投票選舉產生，亦即，國家政府機關的權力仍是由人民賦予，由人民直接或間接決定產生代表人民參與政治的運作與事務的推動。

然而，現今社會變遷非常快速，人民單方面的投票選舉代議士，由代議士代表人民行使立法權，已經面臨嚴重的考驗。當代議士本身產生問題或發生弊病時，代議民主即有可能產生失靈的情況，我國憲政史上就有發生過「代議失靈」的例子，比較值得一提的是，遠至 1990 年 3 月間「野百合學運⁸⁶²」，近至 2014 年 3 月間的「太陽花學運⁸⁶³」。此兩次民主運動即反映出代議民主是有可能發生失靈的現象，且一旦發生失靈的現象，往往導致國家重大的憲政危機，牽一髮動全身，甚至很有可能使得我國自由民主憲政秩序的體制瓦解，後果不堪設想。準此，本文認為，為了避免重蹈覆轍，也為了減少代議失靈的機會，最好的辦法即是透過

⁸⁶¹ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，前揭註 831，頁 269。

⁸⁶² 台灣回憶探險團網站，<https://www.twmemory.org/?p=5401>（最後瀏覽日：07/22/2019）。與此學運所訴求的議題，廢除「萬年國會」相關的有兩號大法官解釋，分別為司法院釋字第 31 號與釋字第 261 號解釋，詳參閱司法院釋字第 31 號解釋解釋文：「憲法第六十五條規定立法委員之任期為三年；第九十三條規定監察委員之任期為六年。該項任期本應自其就職之日起至屆滿憲法所定之期限為止，惟值國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉時，若聽任立法、監察兩院職權之行使陷於停頓，則顯與憲法樹立五院制度之本旨相違，故在第二屆委員未能依法選出集會與召集以前，自應仍由第一屆立法委員、監察委員繼續行使其職權。」；司法院釋字第 261 號解釋解釋文：「中央民意代表之任期制度為憲法所明定，第一屆中央民意代表當選就任後，國家遭遇重大變故，因未能改選而繼續行使職權，乃為維繫憲政體制所必要。惟民意代表之定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑，而本院釋字第三十一號解釋、憲法第二十八條第二項及動員戡亂時期臨時條款第六項第二款、第三款，既無使第一屆中央民意代表無限期繼續行使職權或變更其任期之意，亦未限制次屆中央民意代表之選舉。事實上，自中華民國五十八年以來，中央政府已在自由地區辦理中央民意代表之選舉，逐步充實中央民意機構。為適應當前情勢，第一屆未定期改選之中央民意代表除事實上已不能行使職權或經常不行使職權者，應即查明解職外，其餘應於中華民國八十年十二月三十一日以前終止行使職權，並由中央政府依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運作。」

⁸⁶³ 法操 FOLLOW 網站，<https://www.follow.tw/f-comment/f02/5475/>（最後瀏覽日：07/22/2019）。此學運並沒有作成相官大法官解釋的紀錄，不過有趣的是，無獨有偶，這兩次重大的民主運動都是以植物作為命名，且都是發生在 3 月間。



「人民參與」的機制，使人民「直接」參與立法權的運作，以維護主權在民的憲政體制，亦使得人民有更多的機會參與立法程序的進行。且透過這樣的「參與模型」，人民可以直接參與法律的作成，並與立法部門形成討論的場域，立法部門亦得藉由此場域採納多元的民意，並與人民進行法律擬定的思辯，如此對於法律制定的思考來回的討論，將有助於法律成為更好的規範。

不過，需要進一步說明的是，本文所採取的「人民參與」模式，並不是指「公民投票⁸⁶⁴」此種單一狹義的方式，而是指廣義的人民參與，除了重要的直接民權展現，也就是公民投票以外，更包含了人民親自進入立法院參與整個議會或讀會程序、人民主動向立法院提案⁸⁶⁵、人民與立法委員一起監督行政權的施政、甚至立法院通過決議之前可以將其中一讀會交由人民行使等。立法權有了這樣廣泛的予人民接觸，並不影響其代議士的權責，反而形成了公共論壇的空間，在這空間之中，立法委員與人民來回反覆討論，人民將最好的法律想法帶進立法院，立法院也將最好的法律規範帶出立法院，立法院與人民彼此間相輔相成，兩者間將成為最好的「法律形成」夥伴。

⁸⁶⁴ 關於「公民投票」的正當性，涉及「代議民主」與「直接民主」之論爭，其背後理論思辨與價值選擇相當複雜，本文基本的立場是，這兩者表面上看起來有所衝突，但實際上並不會發生「互斥作用」，兩者可以同時存在與應用。對此，司法院釋字第 645 號解釋理由書有一段描述可以為此詮釋，節錄於此：「憲法第二條規定：「中華民國之主權屬於國民全體。」依憲法本文之設計，我國憲政體制係採代議民主，其後雖歷經多次修憲，惟憲法第五十三條規定行政院為國家最高行政機關，第六十二條、第六十三條規定，立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權；立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。又中華民國八十六年七月二十一日修正公布之憲法增修條文第三條第二項亦維持行政院對立法院負責之精神，是代議民主之政治結構並無本質上之改變。憲法第十七條另規定：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權。」第一百三十六條復規定：「創制、複決兩權之行使，以法律定之。」足見憲法亦明定人民得經由創制、複決權之行使，參與國家意志之形成。在不改變我國憲政體制係採代議民主之前提下，立法機關依上開規定之意旨，制定公民投票法，提供人民對重大政策等直接表達意見之管道，以協助人民行使創制、複決權，與憲法自屬無違。」（粗體字為筆者所加）。

⁸⁶⁵ 本文這裡所指的向立法院提案，並非指人民直接向立法院要求制定某個法律或修改某個法律，而是人民將其需求，帶進國會殿堂，與立法委員們充分討論，形成一個討論的空間。而立法委員則將人民的訴求輾轉反映至法律的制定或修改上面。當然，如果我國要將法律的提案權直接賦予人民，本文也是樂觀其成，不過首先可能要突破現行憲政制度的框架，畢竟目前憲法規範上僅有國家機關始有法律的提案權。人民直接提案的權利思考，值得吾人研究。



雖然德國首相俾斯麥先生曾經說過一句關於立法程序的名言：「法律就跟香腸一樣，當它在製造的時候，人最好不要在旁邊⁸⁶⁶。」從他的想法可以得知，立法程序的過程中，「人」的參與是愈少愈好，以免影響法律制定的公正性與公平性。惟本文認為，恰恰相反的是，採取「參與模型」的邏輯即是，就是因為讓人民對於立法程序的參與度提高，才能夠藉由團體的力量彼此監督，因而才不會有「黑箱立法」的情形發生。因此，本文認為，若要將國際人權公約的內容展現在法律規範上，其實現的最重要方法之一就是透過國內的立法或修法⁸⁶⁷。而立法權作為法律誕生的前端，為了直接避免掉「間接歧視」的存在，人民得透過「立法遊說」的方式促成更好的立法程序。作為立法者，除了妥適制定法律外，亦應擔負「社會倡議者」的角色，與人民透過來回循環討論的方式，取得各種資訊，不斷地修正法律，以達「法律進步」的境地⁸⁶⁸。

4.2.3. 司法權路徑

本文以下從「司法權」的路徑（judicial action）出發，探討司法部門的運作與實踐，並適當結合國際人權法的觀察，進一步思考司法部門的角色轉換與功能變遷，應如何將之運用在消除「間接歧視」的問題之上。

⁸⁶⁶ 吳翰昇（2018），《灌香腸如何優雅：以正當立法程序為中心》，頁3，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；錢建榮（03/24/2014），〈法律與香腸〉，《自由時報》，<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/764664>（最後瀏覽日：07/22/2019）。

⁸⁶⁷ 張文貞，前揭註754，頁19。

⁸⁶⁸ 關於公民審議機制的選擇，可參閱李怡俐（2006），《憲法修改的公民審議機制》，頁87以下，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文。



4.2.3.1. 司法部門的性格

司法權主要的實踐方式在於針對個案判斷是非與解決紛爭，而個案正義的伸張仰賴司法部門的運作，也就是司法機關，背後所代表的意義是，司法的存在目的是為了解決人民個案的紛爭，其角色定位是追求公平與正義的個案「裁決者」。從「司法」一詞字面上的意義來看，就是「掌管或主管法」的意思；而就其功能上的意義來說，就是「說出法是什麼」⁸⁶⁹。正是因為司法部門主要執行的國家任務為「審判」，因此，為避免職司審判的司法機關有所偏頗而侵害人民的權利，各國通常會要求司法部門要「審判獨立」。

當然，我國也不例外，依據憲法第 80 條⁸⁷⁰之規定，我國法官（院）須依法獨立審判，不得受外界任何的干涉，以達司法機關公平解決紛爭的設置目的。司法權因為有「司法獨立」的保障與要求，人民對之亦有此期待，且司法權的核心功能在於事後的救濟與個案裁判，而非事前的抽象政策或法律決定⁸⁷¹，因此，相較於行政權、立法權彼此間的互動，司法權的國家任務是在法律專業領域的取向，亦即所謂的「認事用法」，司法權顯得較為被動且消極⁸⁷²。

依據憲法第 77 條⁸⁷³之規定，司法院掌理轄下各級法院的審判及公務員之懲戒。然司法院在 2022 年憲法訴訟法施行以前，其實僅負責「司法行政」的部分，並沒有「審判機關化⁸⁷⁴」，真正有在作所謂案件審理的反而僅有大法官⁸⁷⁵，也就是耳熟

⁸⁶⁹ 吳庚、陳淳文，前揭註 78，頁 555。

⁸⁷⁰ 憲法第 80 條：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」

⁸⁷¹ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，前揭註 831，頁 405。

⁸⁷² 劉耀仁，前揭註 844，頁 24-25。

⁸⁷³ 憲法第 77 條：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」

⁸⁷⁴ 關於司法院「審判機關化」之爭議，已經是個老掉牙的論爭了，隨著「憲法訴訟法」施行之後，這個爭議問題可望落幕。惟本文在此還是附上該爭議的大法官解釋，詳參閱司法院釋字第 530 號解釋解釋文（節錄）：「憲法第七十七條規定：「司法院為最高司法機關，掌理民事、刑事、行



能詳的「司法違憲審查」（Judicial Review）。從而，光看憲法第 77 條還不夠全面，必須要搭配憲法第 78 條⁸⁷⁶、憲法第 171 第 2 項⁸⁷⁷、憲法第 173 條⁸⁷⁸與憲法增修條文第 5 條⁸⁷⁹一起適用，始能完整司法權的本質。不過，司法權的性格呈現多角面向，有學者認為司法權就是指審判權，並嘗試將其定義為：「法官為發揮法的效能，在最可能正確的保障下作成權威的法的判斷。」因此，司法權具有以下特徵：司法的被動性、法官的獨立性與中立性、保障正確性、與司法權威性等⁸⁸⁰。亦有學者認為司法權具有被動性、正確性、獨立性、與拘束性等⁸⁸¹。另有學者認為司法權的特性包括：消極被動、不得拒絕正義、程序至上、不能確保還原事實真相，僅能實現司法正義、及缺乏效率乃必要之惡等⁸⁸²。

惟無論如何，從上述學者們對於司法權性格的描述中不難發現，司法權一定會具有「被動性」，亦即，「不告不理」原則之展現。司法權之所以具有「被動性」的性格，乃在於其國家任務為個案紛爭的裁決者，必須保持中立、客觀的立場，始能對於紛爭的雙方當事人作出公平、公正的判斷。

政訴訟之審判及公務員之懲戒。」惟依現行司法院組織法規定，司法院設置大法官十七人，審理解釋憲法及統一解釋法令案件，並組成憲法庭，審理政黨違憲之解散事項；於司法院之下，設各級法院、行政法院及公務員懲戒委員會。是司法院除審理上開事項之外，其本身僅具最高司法行政機關之地位，致使最高司法審判機關與最高司法行政機關分離。為期符合司法院為最高審判機關之制憲本旨，司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法，應自本解釋公布之日起二年內檢討修正，以副憲政體制。」（粗體字為筆者所加）。

⁸⁷⁵ 因此，大法官本質上也是「法官」，詳參閱司法院釋字第 601 號解釋解釋文（節錄）：「司法院大法官由總統提名，經立法院同意後任命，為憲法第八十條規定之法官，本院釋字第三九二號、第三九六號、第五三〇號、第五八五號等解釋足資參照。為貫徹憲法第八十條規定「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」之意旨，大法官無論其就任前職務為何，在任期中均應受憲法第八十一條關於法官「非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸」規定之保障。法官與國家之職務關係，因受憲法直接規範與特別保障，故與政務人員或一般公務人員與國家之職務關係不同。」（粗體字為筆者所加）。

⁸⁷⁶ 憲法第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」

⁸⁷⁷ 憲法第 171 第 2 項：「法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之。」

⁸⁷⁸ 憲法第 173 條：「憲法之解釋，由司法院為之。」

⁸⁷⁹ 憲法增修條文第 5 條第 4 項：「司法院大法官，除依憲法第七十八條之規定外，並組成憲法庭審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲之解散事項。」

⁸⁸⁰ 翁岳生（1994），《法治國家之行政法與司法》，頁 331-336，元照。

⁸⁸¹ 湯德宗（1998），《權力分立新論》，頁 77-82，自刊。

⁸⁸² 吳庚、陳淳文，前揭註 78，頁 562-566。



4.2.3.2. 司法策略：從「消極主義」走向「積極對話」

從前開本文所述，可以知道的是，司法權的性格雖呈現多角面向，然而最重要的性格乃是消極的「被動性」。而在司法權性格的另一個面向來說，學理上常常說是「司法消極主義」與「司法積極主義」之論爭⁸⁸³。本文這裡所稱「司法消極主義」指的並非是司法權行使裁判權的程度，而是指司法部門對於其他政治部門的介入如何評價的程度⁸⁸⁴。若司法部門選擇「尊重」或「謙讓」其他政治部門的介入，為「司法消極主義」的展現；反之，若司法部門選擇「拒絕」或「阻斷」其他政治部門的介入，則為「司法積極主義」的展現⁸⁸⁵。誠如前述，司法權作為個案紛爭解決的裁決者，立基於中立、客觀的第三人角色，理應採取「司法消極主義」的路徑，使自身能夠公平、公正的擔負裁決者的角色，亦能避免捲入其他政治部門間的風暴。

惟本文認為，在現今個案日趨複雜，案件常常處於千頭萬緒的時代，加上全球化的憲法變遷脈絡，形成「憲法治理」（constitutional governance）的全球化趨勢⁸⁸⁶，司法權若仍然緊抓著「司法消極主義」不放，對於人民憲法的權利保障並不會有任何助益。我國在全球憲政改造的浪潮之中，為因應全球化與國際化的人權法變遷，司法權應跳脫「司法消極主義」的舒適圈，轉變為與人民或其他政治

⁸⁸³ 筆者曾於2017年11月13日參與由中央研究院法律學研究所主辦的第11屆憲法解釋之理論與實務研討會，第一天的主題演說是由許宗力老師（時任司法院院長）演講，當時許老師的主題即是「憲法法院作為積極立法者」。這個主題即是涉及司法權應當採取消極主義抑或積極主義的論爭，而這個問題一直是筆者於研究所期間時常關注的，此問題亦牽涉許多複雜的憲法上權力分立的問題，於此礙於本論文主題限制，無法論述太多。嗣後，許老師將該演講內容刊載於中研院法學期刊上，有興趣者可以參閱許宗力（2019），〈憲法法院作為積極立法者〉，《中研院法學期刊》，25期，頁1-39。

⁸⁸⁴ 張天界（2014）〈從司法消極主義走向司法積極主義：以日本違憲審查之積極化條件與傾向為中心〉，《憲政時代》，40卷2期，頁236。

⁸⁸⁵ 許志雄（1995），〈司法消極主義與司法積極主義〉，《月旦法學雜誌》，2期，頁40。

⁸⁸⁶ 葉俊榮（2006），〈從全球憲法變遷的趨勢看台灣憲政改造的定位〉，行政院研究發展考核委員會（編），《憲改方向盤》，頁10-11，五南。



部門「積極對話」的模式⁸⁸⁷，藉由此一模式的實踐，能夠與各方協同作出兼顧人權保障與個案正義的結果。

就法院與人民的對話模式來說，法院不應當作為一個冷冰冰的個案裁決所，任由當事人進來，取得裁判後離去，應該作為一個法院與人民「對話」的場域，亦即，人民不再只是在政治場域之中參與憲政議題的運作，而是將憲政議題帶進法院，在法院的場域之中進行憲政議題的討論與對話，此即為「市民憲政主義」（civic constitutionalism）的展現⁸⁸⁸。就此而言，市民社會透過各種議題的設定，將基本權利的主張送進法院進行違憲審查，以保障人權或維持憲政制度之運作發展；另一方面，法院並不會僅從單一方向規範中作出判決，反而是謹慎思考民意與社會議題，將市民社會的議題與意見納入考量，形成一個開放、循環的對話效果⁸⁸⁹。準此，本文認為，司法權應從「消極主義」轉型成「積極對話」的模式，法院從這樣的「對話」模式，將促成更多社會議題的思辯，也促進法院對於市民社會的瞭解與因應。

就法院與其它政治部門的對話模式來說⁸⁹⁰，法院與其它的政治部門間的定位認知是平等的，認為彼此之間同屬於憲政體制框架下的平等（行）機關，彼此透過制度的對話，共同形塑憲法規範的具體內容與要求⁸⁹¹。在這樣憲政機關間的部

⁸⁸⁷ See generally Christine Bateup, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 BROOK. L. REV. 1109 (2006).此篇論文指涉的是「憲法對話」（constitutional dialogue），惟本文這裡所謂的「對話模式」，並不單指憲法法院與其他部門之對話，反而是指掌有司法權的各級法院，除了憲法法院外，更包括普通法院、行政法院與懲戒法院。重點毋寧是司法部門願意主動與其他政治部門和人民進行對話。

⁸⁸⁸ 葉俊榮（2015），〈看見台灣的「市民憲政主義」：2014年太陽花學運的啟示〉，鄭麗君（編），《台灣代議民主之困境與出路》，頁15-16，允晨文化。

⁸⁸⁹ Jiunn-Rong Yeh, *Marching towards Civic Constitutionalism with Sunflowers*, 45 HONG KONG L.J. 315, 315-29 (2015).轉引自葉俊榮，前揭註825，頁25-26。

⁸⁹⁰ 廖元豪教授即認為，司法以外之政治行動者，有時候比司法更適宜擔任憲法解釋者。本文認為這或許是政治部門較容易與其他機關或人民互動。基此，司法部門更應該利用政治部門此種特性與之對話，以回應憲法保障人民基本權利之要求。詳參閱廖元豪（2004），〈美國憲法釋義學對我國憲法解釋之影響：正當程序、政治問題與方法論之比較〉，《憲政時代》，30卷1期，頁37-38。

⁸⁹¹ 葉俊榮（2002），〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號



門對話模式思考之下，憲法是否將司法機關設計成與行政機關、立法機關平行的部門並不重要，最重要且最核心需要關懷的是，法院的機制的自我認知。在這樣的認知底下，法院與其它政治部門的定位上不僅是採取平等的立場，更側重於彼此間的「對話」⁸⁹²。準此，本文認為，司法權的對話模式固然與人民最為密切，但由於國家機關間的互動，往往牽引著人民的權利保障是否能夠落實，法院除了與人民對話之外，亦須與其它政治部門「積極對話」，採取部門與部門間相互協調的機制，始能共同落實憲法保障人民基本權利之要求。

綜合言之，若要從司法權路徑消除「間接歧視」的問題，以「市民憲政主義」的角度來思考，對於憲法的挑戰與不完美，必須有市民社會的參與，而市民社會的參與，並非取代既有的憲法解釋與適用，而是法院與市民社會共同強化憲政秩序的形成⁸⁹³。具體的方法上，本文認為，司法部門應採取「化被動為主動」、「化消極為積極」的司法策略，法院除了適時的引用國際人權公約的規範內容或一般性意見⁸⁹⁴，釜底抽薪的辦法毋寧是開啟「積極對話」模式。無論是憲法法院或一般法院，皆必須將國際人權公約的指引當作社會對話的重要網路，以「積極對話」的態度面對國際人權公約之要求，若法院藉由國際人權公約的社會脈絡，促成法院與社會、人民的對話，更是「對話式的司法審查」（dialectic judicial review）在「跨國憲政主義」（transnational constitutionalism）⁸⁹⁵下的運用與實踐⁸⁹⁶，亦可藉此提昇我國的國際參與度與發揮主張國家主權地位的重大功能⁸⁹⁷。

解釋的解釋風格與轉型脈絡》，《國立臺灣大學法學論叢》，31卷2期，頁72。

⁸⁹² 葉俊榮，前揭註891，頁72。

⁸⁹³ 葉俊榮（2016），〈2015年憲法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45卷特刊，頁1453；*Jiunn-Rong Yeh, Constitution of Taiwan: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 244-46 (2016).

⁸⁹⁴ 張文貞，前揭註93，頁40-41。

⁸⁹⁵ 同前揭註100。

⁸⁹⁶ 葉俊榮，前揭註825，頁26-27。

⁸⁹⁷ 張文貞，前揭註753，頁96。



4.3. 本章結論：應澈底消除間接歧視

本章主要在面對與處理的課題是，我國應如何消除「間接歧視」？本論文的想法是，由於我國「間接歧視」的本土案例並不算太多，也不算常見；學術討論此議題的熱度也不算太高，因此，若要思考消除「間接歧視」的問題，可以從國際法上尋找靈感，而國際法中較為重視人權保障的一塊即是「國際人權法」，因此，本論文希望可以從國際人權法的脈絡探討應如何消除「間接歧視」的問題。據此，本章 4.1. 對於國際人權法的進用，以三層次的探討分析，來決定我國應如何將國際人權法引進我國法秩序之中。首先，關於國際人權法與國內法的關係，國際法上向來有「一元論」與「二元論」之爭議，對此爭議問題，本文認為前開所述兩種理論各有利弊優劣，若僅將其中一種理論完全套用在我國法體系中，而忽略了另一種理論的功能，恐怕會落入以偏概全的不利窘境。因此，本文認為，兩種理論殊途同歸，或許採其優點之處，對於這個爭議問題的適用面向較為完整且全面。

其次，在國際人權法的進用模式的討論上，傳統國際法上提供了兩種進用模式，包含「接納模式」與「轉換模式」，近年我國學者也提出了不同於傳統國際法的進用模式，主要的類型是「立法模式」與「解釋模式」。對此四種國際人權法的進用模式，本文認為，基於我國現實的外交困境，應採以「解釋模式」為主、「立法模式」為輔的策略，作為我國對於國際人權法的進用模式。再者，國際人權法進入我國法秩序中，若與國內法規範發生衝突時，應如何決定優先適用的順序？對此問題，本文以三種類型作為國際人權法與國內法的位階比較，包含「等同法律」、「高於法律、低於憲法」、「等同憲法」。對此，本文認為，我國應採取將國際人權法「等同憲法」位階的想法，除了因應我國現實的外交困境，另一方面也是強化我國對於國際人權法的重視與援用，如此一來，可收兼顧提升我



國國際地位、能見度與人權保障體系完整之效。

為了澈底消除「間接歧視」，在具體的實踐層面，由於憲政主義（constitutionalism）與憲法權力分立與制衡原則（checks and balances）的要求，本文認為，可以藉由國家憲政機關的權力分析實踐方式，從各個國家權力機關的權力實踐方式著手，對於我國履行國際人權法對於締約國義務之要求，較能精確地將國際人權法的脈絡挹注在我國的實踐層面上。準此，首先在行政權的路徑實踐分析面向，我國行政部門的優勢在於「專業」與「分工」，藉由這兩項優勢的發揮，國家在相關消除間接歧視的政策擬定與推動，都能確實發揮行政權對於人權保障施政上的功效。而我國行政部門傳統上是以「行政一體」作為部門間的控制關係，其目的無非是希望能夠在施政上保有一定的效率與彈性，惟本文認為，在全球化的脈絡底下，傳統的「行政一體」概念已不敷使用，行政策略上應走向「部門合作」的方式，以達行政機關施政上「效率」與「效果」兩項功能之確實發揮。具體而言，本文主張，行政部門應以「垂直式」的權力流動模式與「水平式」的權力流動模式作為「部門合作」的策略，希望藉由這樣的部門合作網系統，達到行政權消除「間接歧視」的目標。

次之，在立法權的路徑實踐分析面向，立法部門的特色是「公開透明」，其特色目的是在於反映多元交織的民意，在國會殿堂之中，往往在議決法案的同時，需要參考來自四面八方的民意動向，以達到將人民的意見與想法反映在法案內容之中的目的。然而，在強調「民主正當性」與「審議式民主」的同時，仍要思考的是，單方面讓立法機關形式上的公開透明對民主制度的展現已面臨極限，從市民社會的角度思考，應該讓人民實質上的參與立法程序，唯有透過人民的親身參與，才能讓民意確實在立法部門與法律的制定上來回流動，亦讓立法部門擔任「社會倡議者」的角色，帶動社會議題的活絡，與人民資訊互換流通，才能讓「法律



進步」並達到消除「間接歧視」的目標。

末者，在司法權的路徑實踐分析面向，司法部門的性格是「被動性」，其之所以會有這樣的性格，乃係其為個案正義判斷的裁決者，不能讓其有過多的權力與主動性，以避免過度干涉其他政治部門的決策與功能發揮，並保持其公平、公正的中立、客觀的第三人角色。在這樣的「被動性」的性格影響之下，一般法院往往會型塑司法制度上幾個特點，諸如：法院是在作抽象規範的宣示、黑白分明的價值判斷，也偏向對政治部門的控制和容易壓縮政部門的決策裁量權⁸⁹⁸。司法部門雖然因為擔任中立、客觀的第三人角色，難免會有這幾個制度上的特點，但在現今市民社會議題蓬勃發展、全球快速變遷的環境中，司法部門的性格不隨之調整，恐怕對未來新型態的案件出現，將可能會讓力有未逮的情形發生。對此，本文認為，從「市民憲政主義」的角度思考，司法部門對於「間接歧視」的案件，無論是釋憲機關抑或一般法院，應適時調整自身「被動性」的性格，走向與人民「積極對話」的模式，藉由與人民對話的機會與空間，瞭解市民社會的議題走向與脈動，讓人民將憲政議題帶入法院，使這些憲政議題在法院中來回反覆的對話與討論，法院亦將其對話的議題討論落實於案件當中。如此一來，司法權的展現不僅能讓人民真正的需要，即消除「間接歧視」的策略，實現於個案正義之中，亦能讓自身融入市民社會之中，對於我國憲政制度、法院裁判制度的發展與人民權利的保障，達到雙贏（win-win）的結果。

綜合上述，本文認為，如果我國能適時參照或援用國際人權法的素材，將之應用在國家憲政機關的實踐上，包含行政、立法與司法權的路徑，將能全面瓦解掉「間接歧視」的歧視效果。若我國能澈底消除「間接歧視」，對於人民憲法基本權利的保障，將會更為周全。

⁸⁹⁸ 葉俊榮，前揭註 891，頁 76-80。



5. 結論

本章是本論文的最後一章，為結論章，本文認為，結論章的功能在於收束、總結本論文的研究發現與論點，並站在這樣的制高點上，以自身對於未來的期許，提出一點建議與展望。準此，本章以下先就本論文的研究重點與發現作梳理與總結，其次，在本論文所作出的研究理路，以對於自身的期待，提出一點對於未來我國法制的建議與展望。

5.1. 鑄造一座不傾斜的天秤：不再有間接歧視

本論文之主題為從國際人權法脈絡探討憲法平等權之保障，目標是消除間接歧視。本文認為，無論是「直接歧視」抑或「間接歧視」，本於實質平等觀的想法，在我國社會上皆應消除之。雖然人與人之間難免會因為自身條件的不同，產生不同的比較，因而有不平等或歧視的現象發生，但正是因為人與人之間的不同，以社會多元性的觀點思考，人與人之間才不用比較。本文著眼於當代憲政主義的蓬勃發展，全球化的現象使得法律的變遷速度愈來愈快，國家與國家之間的界線愈趨模糊、人與人之間的距離愈來愈近，因此，在這樣快速變化、瞬息萬變的時代中，我國憲法勢必遭受世界潮流的嚴峻挑戰；平等權的議題雖然持續發燒，但國內對於「間接歧視」的關注並不多。在這樣的前提之下，遂激發筆者想對「間接歧視」作研究，也因為近年我國對於國際人權法的重視與關注，讓本文想藉由國際人權法這個「濾鏡」，來思考消除間接歧視的可能性，並藉由本論文這樣的「組合」，讓國際人權法與我國憲法「對話」。最重要的是，希望國際人權法的內容能夠在我國這塊土地上落地生根。



本論文共分為 5 章，首先，第 1 章為本論文的起始，從簡單的三個案例作為問題意識的思考，本文指出我國的法規範常常隱藏著「間接歧視」的歧視現象，蓋間接歧視對人民不利的影響並非來自於法規本身，是來自於適用系爭法規的結果。因著間接歧視這樣「隱藏性」的特徵，國家在制定規範實，往往忽略了背後對人民產生不利的現實因素，從而造成不平等與歧視的情形發生。正是間接歧視的不容易發現，我國學術界與實務界並不太重視它，然一旦發現間接歧視的蹤跡時，對於人民產生不利益的階段，往往是「末期」的時候。也因為如此，間接歧視的殺傷力不比直接歧視來的小，我國對此應嚴正以待。

其次，本論文第 2 章是對於國際人權法的觀察，主要是以「平等權」與「不歧視原則」作為觀察的重點。本文首先從《聯合國憲章》與《世界人權宣言》談起，作為國際人權法的遵循對象與最高指導原則，雖然二者許多的規範屬於方針條款的性質，不過吾人仍然可以發現二者對於國際人權法的方向性有著不小的影響力。續之，從我國已通過施行法的五個國際人權公約觀察，分別為：《公民與政治權利國際公約》（ICCPR）、《經濟社會文化權利國際公約》（ICESCR）、《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）、《兒童權利公約》（CRC）及《身心障礙者權利公約》（CRPD）。

這些國際人權公約對於「間接歧視」的概念，本文發現大抵上一致，皆圍繞在「不歧視原則」的體現，並將之應用在社會各個不同的領域及面向。至於最重要的觀察，亦即，國際人權公約對於間接歧視的消除提供了什麼樣的方法，此部分著墨的重點在於「締約國義務」。從各個國際人權公約一般性意見對於締約國義務的要求，主要是要求行政部門擬定消除間接歧視的政策、計畫；立法部門制定法案時，須注意有無可能形成間接歧視的原因，並從法案剔除之；司法部門收到間接歧視相關的案件時，應秉持平等權與不歧視原則的理念，在個案中協助當

事人避免遭受間接歧視的侵害。



再者，本論文第3章是在處理間接歧視與司法實務的關係，主要的目的在於觀察間接歧視在實務上是否有個案存在，並且就個案裁判的分析，無論是釋憲機關抑或一般法院，進一步思考司法部門是如何面對間接歧視的問題。首先，從釋憲機關談起，目前（2023）我國大法官所作成的解釋或判決中，涉及間接歧視的問題者，僅有三個解釋，分別為：司法院釋字第666號、釋字第728號、及釋字第760號解釋。有趣的是，釋字第666號解釋與釋字第728號解釋皆涉及到性別歧視的問題，且都是對於「女性」不利益的歧視類型，回顧到本論文的起始三個案例，也都是對於「女性」不利益的歧視類型，顯然我國目前的間接歧視案例，大多是對於「女性」的歧視所造成的不平等現象。另外一方面，釋字第666號解釋與釋字第728號解釋的多數意見都沒有正面承認間接歧視的存在，只是「偷渡」間接歧視的概念作憲法解釋。然而，釋字第760號解釋反其道而行，多數意見光明正大地承認本號解釋就是間接歧視的案例，並宣告違憲，也是我國第一件正面承認間接歧視並宣告違憲的大法官解釋。

不過，藉由這三號解釋的比較分析，可以發現間接歧視的場域已經有所轉移，已從對於「女性」的歧視移轉到對於「身分」的歧視，未來是否還會在轉移到其他場域，值得持續研究與觀察。附帶一提的是，本文亦對於一般法院的裁判作觀察，發現我國一般法院確實有間接歧視的足跡，不過數量非常少。且可以發現各個法院是「各吹各的調」，有的只是簡單說明間接歧視的概念而已，有的並不全然接受間接歧視的概念，顯見一般法院對於間接歧視的概念非常陌生。當然，有些法院會在裁判中援引國際人權公約的內涵，作為判決的依據，對於人權保障的意識來說，這部分值得肯定。



復者，本論文第4章主要在處理的核心即是間接歧視的消除，從本論文前面第2章對於國際人權公約的觀察，多數一般性意見對於消除間接歧視的方法乃是要求行政部門、立法部門、及司法部門發揮應有的功能，以確保人民權利的保障。準此，本文參考國際人權法對於締約國履行義務的方式，嘗試從三權實踐的分析中，找出消除間接歧視的理路。首先，就行政權路徑取向來說，行政部門的優勢在於「專業」與「分工」，行政機關應善用自身「專家」的優勢，針對間接歧視之消除擬定通盤的方案、計畫與政策，並確實有效執行。然而，本文認為，在全球化的脈絡底下，傳統的「行政一體」概念已不敷使用，行政策略上應走向「部門合作」的方式，以達行政機關施政上「效率」與「效果」兩項功能之確實發揮。具體而言，本文主張，行政部門應以「垂直式」的權力流動模式與「水平式」的權力流動模式作為「部門合作」的策略，希望藉由這樣的部門合作網系統，達到行政權消除間接歧視的目標。

其次，就立法權路徑取向來說，立法部門的特色是「公開透明」，其特色目的是在於反映多元交織的民意。在國會殿堂之中，往往在議決法案的同時，需要參考來自四面八方的民意動向，以達到將人民的意見與想法反映在法案內容之中的目的，此即為多元利益「調合者」的特色。然而，在強調「民主正當性」與「審議式民主」的同時，仍要思考的是，單方面讓立法機關形式上的公開透明對民主制度的展現已面臨極限，從市民社會的角度思考，應該讓人民實質上的參與立法程序，唯有透過人民的親身參與，才能讓民意確實在立法部門與法律的制定上來回流動，亦讓立法部門擔任「社會倡議者」的角色，帶動社會議題的活絡，與人民資訊互換流通，才能讓「法律進步」並達到消除間接歧視的目標。



最後，就司法權路徑取向來說，司法部門的性格是「被動性」，其之所以會有這樣的性格，乃係其為個案正義判斷的裁決者，不能讓其有過多的權力與主動性，以避免過度干涉其他政治部門的決策與功能發揮，並保持其公平、公正的中立、客觀的「裁決者」角色。惟本文認為，從「市民憲政主義」的角度思考，司法部門對於「間接歧視」的案件，無論是釋憲機關抑或一般法院，應適時調整自身「被動性」的性格，走向與人民「積極對話」的模式，藉由與人民對話的機會與空間，瞭解市民社會的議題走向與脈動，讓人民將憲政議題帶入法院，使這些憲政議題在法院中來回反覆的對話與討論，法院亦將其對話的議題討論落實於案件當中，始能完成消除間接歧視的任務。

綜合上述，本論文從國際人權法的脈絡觀察，向國際人權公約取材，並將這些材料加以分析，最後則將分析後的方法實踐於我國法秩序與人民的日常生活當中，因此，本論文的軸線為「取材→分析→實踐」，三者缺一不可。藉由這樣的軸線，希望能達到消除間接歧視的最終目標。本文對於這樣的遠程目標，目前僅能以發表論文的方式提供給大家參考。對於間接歧視的消除，我國還有很多面向的工程需要努力，許許多多的學術研究與具體落實，仍須靠國家機關與人民協力合作完成。若要說本論文的中心思想，那仍然還是，澈底的消除間接歧視，讓我國不再有任何的歧視現象。即使人與人之間有著不一樣的條件與特質，那會是每一個人最重要的資產，不因此而受到任何的歧視與不利益，願每一個人能夠站在不傾斜的天秤上，彼此平等且相互尊重。



5.2. 作為憲法論述者：建議與展望

從事法律研究者，尤其是研究憲法「平等權」的議題時，不免會想起 1954 年 5 月 17 日美國聯邦最高法院的布朗案（布朗訴托彼卡教育局案）⁸⁹⁹。這些案件來自於堪薩斯州、北卡羅萊納州、維吉尼亞州及德拉瓦州，在這些州的規定中，黑人小孩是不能與白人小孩一同進入公立學校就讀，甚至，有些州的黑人小孩還被要求不能與白人小孩搭同一班校車上下學。簡單幾句的案情事實描述，就已經透露出那種對立、撕裂族群的不平之感。猶記得筆者初次閱讀完布朗案的當下，雖然現已無法記得當時的時空背景，但仍然記得那種如果你/妳是黑人小孩，只因為膚色而被拒絕入學的無力感。在現實社會中，往往有許許多多的不公平，或許有論者認為，這個社會本來就是不公平的，然身為法律人，站在法律的制高點上，能夠用自身的權力創造出更多的不公平？

法律的領域很多、層面也很廣，但或許是接觸到日常生活中的實際情形，讓筆者想投入公法學世界的懷抱中。看到許多的弱勢族群、團體，因著不平等的法律制度，使得弱勢的情況持續向下複製，甚至更加惡化。每每看到這些弱勢者，為了生存不斷地努力著，卻因為不公平的制度，讓自己無法有尊嚴的生活在這社會中，不禁讓筆者思考，為什麼這些弱勢者會遭受到制度上的不利對待？又為什麼這些制度上的不利對待，偏偏是指向弱勢群體？帶著這樣的思考，也基於對弱勢者的關懷，遂讓筆者決定往公法學領域作研究。

⁸⁹⁹ Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954); Sandra Day O'Connor (著)，信春鷹、葛明珍（譯）（2009），《我在最高法院的日子：歐康諾訴說法律的尊嚴》，頁 282-283，博雅；Jack M. Balkin, *What Brown v. Board of Education Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision*, NYU Press (2002); Judith Conaway, *Brown v. Board of Education: The Case for Integration*, Compass Point Books (2007).



公法學領域之廣泛，若要扭轉不公平的法律制度，與實現幫助弱勢者的初衷，最好的研究領域「或許」就是憲法。憲法具備的包容性最大，可以吸納許多不同的多元意見，並具有翻轉法律結構與制度的能力。對於本論文所研究的主題來說，如果我國能夠達到消除間接歧視的目標，正是可以把造成人民不利的歧視現象拔除，並讓遭受歧視的弱勢者，不會再因為此種不公平的制度，讓自己持續在弱勢的深淵中喘息。這本論文的完成，雖然不能說是非常完美，卻是筆者帶著保障弱勢的視角戮力寫成。對於我國法制的不足，誠前所述，本文認為，國家各個權力部門應參考國際人權法的闡釋，並以憲法的「最高性」，作為各部門職權行使的指導原則。無論是制定法律端、解釋法律端、抑或執行法律端，適用法律者若能時時刻刻將國際人權法的要求謹記在心，並將憲法保障平等權之意旨確實落實，除能消除間接歧視所產生的不利益結果，亦能於未來不再發生同樣的歧視現象。

筆者研究憲法、平等權及國際人權法的初衷，就是希望可以除去那些不公平的制度，拆解掉社會中弱勢性的結構。無論處在哪個位置，身為法律人的一點期許，無非希望我國的法律制度能夠變得更好，尤其作為憲法論述者，更應該秉持憲法的高度，讓憲法保障人權的意識「下滲」到社會中每個角落。若能如此，我國將不再有歧視弱勢者的制度，也會是屬於人民的「憲法時刻」。謹以南非憲法法院前大法官 Albie Sachs 所撰寫的判決書作為本論文的結尾⁹⁰⁰：

「平等的意義在於即使有差異，但彼此之間仍有平等的關懷和尊重。平等並不預設要消除或是打壓差異。尊重基本人權必需從對吾人自身的肯定做起，而非否定。所以，平等並非暗示人人的同等化或均質化，它並非指某種形式較為優越，而另一種形式則應受到貶抑，平等乃是承認並接受彼此之間的差異。或者，至少要知道差異不應導致排他、邊緣化或標籤化。」

⁹⁰⁰ Albie Sachs（著），陳毓奇、陳禮工（譯）（2013），《斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範》，頁 251，麥田。



參考文獻

一、中文部分

(一) 書籍

1. 一般書籍

王澤鑑（2011），《民法總則》，增訂版，自刊。

王澤鑑（2022），《法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系》，校正2版，
自刊。

丘宏達（2006），《現代國際法》，修訂2版，三民。

吳庚、陳淳文（2016），《憲法理論與政府體制》，增訂4版，三民。

何春蕤（編）（2000），《性工作：妓權觀點》，巨流。

李惠宗（2009），《憲法要義》，元照。

李震山（2016），《警察行政法論：自由與秩序之折衝》，修訂4版，元照。

李鴻禧（1995），《憲法與人權》，8版，國立臺灣大學法學叢書。

林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（編）（2016），《憲法：權力分立》，修訂
3版，新學林。

林明鏘（2011），《警察法學研究》，新學林。

林紀東（1986），《中華民國憲法逐條釋義（四）》，三民。

林超駿（2006），《超越繼受之憲法學：理想與現實》，元照。

易有祿（2009），《正當立法程序研究：以立法權正當行使的程序控制為視角》，
中國社會科學。

法治斌、董保城（2014），《憲法新論》，6版，元照。

法務部法制司（2018），《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》，修訂2版，法務部。



姜皇池（2013），《國際公法導論》，修訂3版，新學林。

俞寬賜（2002），《國際法新論》，三民。

施慧玲、陳竹上（編）（2016），《兒童權利公約》，財團法人台灣新世紀文教基金會台灣聯合國研究中心。

翁岳生（1994），《法治國家之行政法與司法》，元照。

翁岳生（2015），《行政法與現代法治國家》，三民。

許育典（2010），《憲法》，4版，元照。

許志雄（2016），《人權論：現代與近代的交會》，元照。

許宗力（1993），《法與國家權力》，增訂2版，元照。

許宗力（2007），《法與國家權力（二）》，元照。

陳新民（2007），《法治國家原則之檢驗》，元照。

陳新民（2008），《憲法學釋論》，6版，自刊。

陳隆志（1999），《當代國際法引論》，元照。

陳隆志，廖福特（2003），《國際人權公約國內法化之方法與策略》，行政院研究發展考核委員會。

陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特（2006），《國際人權法文獻選集與解說》，前衛。

陳隆志、陳文賢（編）（2008），《聯合國：體制、功能與發展》，財團法人台灣新世紀文教基金會。

陳隆志、陳文賢（編）（2009），《聯合國專門機構：體制、功能與發展》，財團法人台灣新世紀文教基金會。

陳聰富（2016），《民法總則》，2版，元照。

張乃維（1979），《國際法上人權與其保障問題》，臺灣商務印書館。

張文貞、官曉薇（編）（2015），《消除對婦女一切形式歧視公約》，財團法人台灣新世紀文教基金會。



- 黃茂榮（2020），《法學方法與現代民法》，增訂7版，植根。
- 黃舒范（2009），《民主國家的憲法及其守護者》，元照。
- 黃榮堅（2000），《刑罰的極限》，元照。
- 湯德宗（1998），《權力分立新論》，自刊。
- 湯德宗（2005），《權力分立新論（卷二）：違憲審查與動態平衡》，4版，元照。
- 焦興鎧（1995），《勞工法與勞工權利之保障：美國勞工法論文集（一）》，元照。
- 葉俊榮（2000），《珍惜憲法時刻》，元照。
- 葉俊榮（2002），《面對行政程序法：轉型臺灣的程序建制》，元照。
- 葉俊榮（2003），《民主轉型與憲法變遷》，元照。
- 楊仁壽（2016），《法學方法論》，3版，自刊。
- 詹森林（1998），《民事法理與判決研究》，元照。
- 廖福特（2005），《國際人權法：議題分析與國內實踐》，元照。
- 廖福特（2013），《聯合國與人權保障：監督機制、條約內涵、台灣實踐》，財團法人台灣新世紀文教基金會。
- 廖福特（編）（2014），《聯合國人權兩公約：公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約》，財團法人台灣新世紀文教基金會。
- 魏大曉（2017），《法學方法、憲法原理實踐》，新學林。
- 羅昌發（1994），《貿易關係之法律問題：國際經貿法研究（二）》，元照。
- 蘇永欽（1994），《合憲性控制的理論與實際》，元照。
- 蘇永欽（2002），《走入新世紀的憲政主義》，元照。



2. 翻譯書籍

Albie Sachs (著) , 陳毓奇、陳禮工 (譯) (2013) , 《斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範》, 麥田。

Bruce Ackerman (著) , 楊智傑 (譯) (2015) , 《我們人民：憲法根基》, 聯經。

Karl Larenz (著) , 陳愛娥 (譯) (2022) , 《法學方法論》, 2 版, 五南。

Sandra Day O'Connor (著) , 信春鷹、葛明珍 (譯) (2009) , 《我在最高法院的日子：歐康諾訴說法律的尊嚴》, 博雅。

(二) 書之篇章

1. 一般書籍之篇章

李建良 (2014) , 〈論國際條約的國內法效力與法位階定序：國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉, 收於：廖福特（編）, 《憲法解釋之理論與實務（第八輯）（上冊）》, 頁 175–275, 中央研究院法律學研究所。

李建良 (2017) , 〈憲政主義與人權理論的移植與深耕：兼從形式平等與實質平等的語辨闡析比較憲法學方法論的諸課題〉, 收於：李建良（編）, 《憲法解釋之理論與實務(第九輯)：憲政主義與人權理論的移植與深耕》, 頁 1–104 , 中央研究院法律學研究所。

李建良 (2020) , 〈法學方法與基本權解釋方法導論〉, 收於：蘇彥圖（編）, 《憲法解釋之理論與實務（第十輯）》, 頁 53–104, 中央研究院法律學研究所。

林明昕 (2018) , 〈憲法規範下的社會正義：以基本國策的規範效力為中心〉, 收於：許宗力（編）, 《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》, 頁 41–65 , 國立臺灣大學出版中心。



- 孫森焱（1999），〈公序良俗與誠信原則〉，收於：楊與齡（編），《民法總則爭議問題研究》，頁 181-198，五南。
- 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（等編），《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，頁 85-122，中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 許宗力（2009），〈司法權的運作與憲法：法官作為憲法之維護者〉，收於：葉俊榮（編），《法治的開拓與傳承：翁岳生教授的公法世界》，頁 33-54，元照。
- 陳怡凱（2010），〈國際人權公約之內國效力：以公民與政治權公約暨經濟社會文化權公約施行法為例〉，收於：社團法人台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁 38-43，元照。
- 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（等編），《憲法解釋之理論與實務（第五輯）》，頁 225-260，中央研究院法律學研究所籌備處。
- 陳靜慧（2017），〈歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念之適用與實踐〉，收於：李建良（編），《憲法解釋之理論與實踐（第九輯）：憲政主義與人權理論的移植與深耕》，頁 385-436，中央研究院法律學研究所。
- 張文貞（2009），〈全球化的憲政秩序〉，收於：李炳南（編），《法的全球化與全球化的法》，頁 145-157，揚智文化。
- 張文貞（2009），〈見證台灣憲政民主轉型的一位憲法維護者：翁岳生教授與台灣的憲法解釋〉，收於：葉俊榮（編），《法治的開拓與傳承：翁岳生教授的公法世界》，頁 15-32，元照。
- 張文貞（2009），〈面對全球化：台灣行政法發展的契機與挑戰〉，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會（編），《當代公法新論（中）：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 7-10，元照。



張文貞（2009），〈憲法與國際人權法的匯流：兼論我國大法官解釋之實踐〉，收於：廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊）》，頁246-247，中央研究院法律學研究所籌備處。

張文貞（2010），〈國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後〉，收於：社團法人台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁1-26，元照。

張文貞（2011），〈跨國憲法對話：大法官解釋引用外國法的總體實證研究〉，收於：黃舒苑（編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯）（下冊）》，頁483-517，中央研究院法律學研究所籌備處。

張文貞（2013），〈司法院大法官解釋引用外國法及判決之實證研究：大法官留學背景作為引用的關鍵因素〉，收於：張永健（編），《2011 司法制度實證研究》，頁33-83，中央研究院法律學研究所。

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

黃昭元（2017），〈從平等理論的演進檢討實質平等觀在憲法適用上的難題〉，收於：李建良（編），《憲法解釋之理論與實務（第九輯）》，頁271-312，中央研究院法律學研究所。

黃舒苑（2010），〈立法者對社會福利政策的形成自由及其界限：以釋字第649號解釋為例〉，收於：黃舒苑（編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯）（上冊）》，頁137-191，中央研究院法律學研究所籌備處。

葉俊榮（2002），〈超越轉型：台灣的憲法變遷〉，收於：李鴻禧（等編），《台灣憲法之縱剖橫切》，頁71-101，元照。

葉俊榮（2006），〈從全球憲法變遷的趨勢看台灣憲政改造的定位〉，收於：行政院研究發展考核委員會（編），《憲改方向盤》，頁1-14，五南。



葉俊榮（2013），〈違憲政治：司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析〉，收於：張永健（編），《2011 司法制度實證研究》，頁 1-31，中央研究院法律學研究所。

葉俊榮（2015），〈看見台灣的「市民憲政主義」：2014 年太陽花學運的啟示〉，收於：鄭麗君（編），《台灣代議民主之困境與出路》，頁 13-35，允晨文化。

廖元豪（2010），〈從全球化觀點省思平等權之意義與適用〉，收於：陳新民（等編），《政治思潮與國家法學：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 391-422，元照。

廖元豪（2011），〈從全球化觀點重省憲法平等權〉，收於：周志杰（等編），《在地與國際人權之實踐與挑戰》，頁 96-109，永然文化。

廖福特（2004），〈憲法與國際人權條約：陌生的互動關係〉，收於：社團法人台灣法學會（編），《二十一世紀憲政風雲》，頁 207-253，元照。

蔡茂寅（2002），〈第八講：平等權〉，收於：許志雄（等編），《現代憲法論》，4 版，頁 93-106，元照。

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：以最高行政法院 101 年度判字第 1036 號判決為中心〉，收於：財團法人李模務實法學基金會（編），《判解研究彙編（十九、二十）：李模務實法學基金會一〇三年第十九屆、一〇四年第二十屆法學論文徵選得獎作品集》，李模務實法學基金會。

錢建榮（2017），〈建構與大法官認真的司法文化：定期失效解釋的個案適用談起〉，收於：春風煦日論壇編輯小組（編），《刑事法與憲法的對話：許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，頁 27-56，元照。



2. 翻譯書籍之篇章

Jon Elster (著) , 李宗義、許雅淑 (譯) (2010) , 〈討論即審議〉，收於：
《審議民主》, 頁 64-69, 群學。

(三) 期刊論文

1. 正常卷期之論文

王俊秀 (2005) , 〈環境主權在童：永續發展與世代正義〉，《應用倫理研究通訊》, 36 期, 頁 9-18。

王泰升 (2022) , 〈從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變〉，《台灣法律人》，18 期，頁 1-14。

王澤鑑 (2022) , 〈判例研究、法學方法與民法發展：50 年的回顧與展望〉，《高大法學論叢》，18 卷 1 期，頁 1-52。

朱柏松 (2013) , 〈違反公序良俗法律行為的類型分析：兼評最高法院 92 年度台上字第 2061 號判決〉，《法令月刊》，64 卷 6 期，頁 1-27。

朱金池、洪光平 (2014) , 〈我國警察人員「雙軌分流」考選制度建構之研究〉，《國家菁英》，10 卷 4 期，頁 123-150。

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》，124 期，頁 64-95。

李仁森 (2005) , 〈憲法定權力與修憲的界限〉，《月旦法學教室》，32 期，頁 10-11。

李孟玢 (1995) , 〈論國際法人權法之平等原則與非歧視原則〉，《輔仁法學》，14 期，頁 63-93。

李念祖 (2001) , 〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格〉，《憲政時代》，27 卷 1 期，頁 80-100。



- 李俊良（2013），〈論我國大法官解釋中「保留」領域的劃分基準：擺盪於民主原則與專業統治之間〉，《憲政時代》，39卷2期，頁113-169。
- 李建良（2000），〈論立法裁量之憲法基礎理論〉，《臺北大學法學論叢》，47期，頁151-241。
- 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》，102期，頁71-157。
- 李建良（2009），〈易科罰金制度之立法形成自由與憲法界限釋字第六六二號解釋〉，《台灣法學雜誌》，137期，頁147-158。
- 李建良（2009），〈學之逃、家之逃、法之逃？：釋字第六六四號解釋〉，《台灣法學雜誌》，140期，頁151-164。
- 李建良（2020），〈臺灣公法的當代思維：跨入2020年代的回敘與挑戰〉，《月旦法學雜誌》，300期，頁108-117。
- 李惠宗（2009），〈論違憲而定期失效法律的效力：兼評釋字第619號解釋及最高行政法院97年度判字第615號判決號判決〉，《法令月刊》，60卷10期，頁4-16。
- 李惠宗（2010），〈從法本質論談性交易行為作為一種職業自由：評釋字第六六六號解釋〉，《月旦法學雜誌》，176期，頁135-146。
- 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》，52卷8期，頁30-36。
- 李鴻禧（1995）。〈司法審查的政策形成功能底緒說：以立法權與司法審查為著眼〉，《國立臺灣大學法學論叢》，25卷1期，頁29-68。
- 李麒（2016），〈消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW）與性別平等法制的例外〉，《法令月刊》，67卷1期，頁95-113。
- 吳志光（2006），〈人性尊嚴與修憲界限〉，《月旦法學教室》，47期，頁90-94。



- 吳佳樺（2012），〈難以置信的真相：論釋字第 666 號解釋與社會變遷〉，《臺北大學法學論叢》，84 期，頁 71–183。
- 吳信華（2006），〈大法官解釋「違憲定期失效」的效力〉，《月旦法學教室》，43 期，頁 6–7。
- 吳信華（2007），〈平等權的體系思考（上）〉，《月旦法學教室》，55 期，頁 83–91。
- 吳信華（2010），〈大法官「違憲定期失效宣告」後法院案件審理的問題〉，《台灣法學雜誌》，155 期，頁 91–97。
- 吳信華（2015），〈大法官解釋「違憲定期失效」的宣告、救濟與「執行」之論知〉，《台灣法學雜誌》，267 期，頁 97–102。
- 吳信華（2018），〈大法官「擴張標的範圍」而審理的判斷〉，《月旦法學教室》，189 期，頁 6–8。
- 吳信華（2019），〈「憲法訴訟法」的立法與意涵〉，《月旦法學教室》，198 期，頁 33–40。
- 吳信華（2019），〈裁判憲法審查〉，《月旦法學教室》，201 期，頁 35–45。
- 吳信華（2020），〈論「裁判憲法審查」（上）：制度的繼受、施行與展望〉，《國立中正大學法學集刊》，67 卷，頁 167–216。
- 吳信華（2020），〈論「裁判憲法審查」（下）：制度的繼受、施行與展望〉，《國立中正大學法學集刊》，68 卷，頁 1–54。
- 吳煜宗（2006），〈通姦罪除罪化的女性主義主張〉，《月旦法學教室》，50 期，頁 6–7。
- 何明晃（2009），〈司法院大法官會議釋字第 664 號解釋論析〉，《刑事法雜誌》，53 卷 6 期，頁 19–58。
- 沈秀華（2013），〈親密關係的正義？從廢除通姦罪談起〉，《台灣法學雜誌》，223 期，頁 74–78。



- 沈秀華（2017），〈通姦罪，姑息助長權勢性暴力的惡法〉，《臺灣社會學會通訊》，86期，頁14-15。
- 呂秉翰（2007），〈論刑事處罰之立法裁量：兼評釋字第五九四號解釋〉，《月旦法學雜誌》，150期，頁115-138。
- 林心如（1998），〈聯合國與女性人權〉，《新世紀智庫論壇》，4期，頁22-33。
- 林石猛、梁志偉（2019），〈憲法法庭作為「第四審」？：論裁判憲法審查程序之本質及功能〉，《月旦法學雜誌》，288期，頁37-50。
- 林更盛（2014），〈何去何從的年齡間接歧視：最高行政法院一〇一年度判字第103六號判決評析〉，《月旦裁判時報》，28期，頁18-28。
- 林志潔（2007），〈誰的標準？如何判斷？：刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，145期，80-95。
- 林志潔、莊宇真（2010），〈在釋字第六六六號之後：從女性主義理論看台灣性產業之立法與規範〉，《月旦法學雜誌》，186期，頁5-18。
- 林佳範（2010），〈論兩公約對憲法人權保障的補充：一個初步架構的探討〉，《全國律師月刊》，14卷3期，頁23-41。
- 林佳億（2013），〈違憲法規定期失效宣告之探討：以釋字第619號為中心〉，《稅務旬刊》，2210期，頁19-26。
- 林昭吟（2016），〈簡介聯合國身心障礙者權利公約：以健康權為例〉，《醫療品質雜誌》，10卷6期，頁4-8。
- 林峻宇（2017），〈我國性交易管制政策及未來方向之評析〉，《憲政時代》，42卷3期，頁309-344。
- 林詩梅（2009），〈你知道什麼是兩公約嗎？（二）：經濟社會文化權利國際公約〉，《司法改革雜誌》，75期，頁26-32。
- 林慈偉（2012），〈通姦除罪化思維於我國司法實務之實踐：以高等、地方法院近年相關裁判為中心〉，《軍法專刊》，58卷5期，頁120-140。



- 林維新、吳威志（2015），〈我國通姦罪除罪化議題與婚姻平權之關聯〉，《人權會訊》，118期，頁47-53。
- 林麗珊（2010），〈性別文化與女警政策〉，《警學叢刊》，41卷1期，頁1-26。
- 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》，11期，頁67-99。
- 周志宏（1993），〈論立法院的條約議決權：兼論制定「條約締結法」的必要性〉，《法政學報》，1期，頁51-87。
- 周伯峰（2014），〈「歧視禁止」作為私法自治的限制？：簡評德國《一般平等法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，《月旦法學雜誌》，224期，頁127-150。
- 官曉薇（2015），〈從《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）之實質平等評論釋字第728號〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁53-56。
- 施惠玲、陳竹上（2011），〈論婚姻家庭移民家庭權之平等保障：全球法本土化的考察與反思〉，《月旦法學雜誌》，189期，頁22-37。
- 施惠玲、陳竹上、廖宗聖（2015），〈回顧過去，展望未來：兒童權利公約國內法化之社會分析與後續課題〉，《月旦法學雜誌》，240期，頁113-129。
- 洪家殷（1996），〈論我國婦女當選保障名額之規定〉，《東吳法律學報》，9卷1期，頁151-189。
- 徐昌錦（2005），〈通姦罪合憲性解釋之評析〉，《台灣本土法學雜誌》，77期，頁35-53。
- 徐振雄（2009），〈論平等權即「法之平等拘束原則」〉，《法令月刊》，60卷4期，頁25-41。
- 徐璧湖（2018），〈憲法解釋違憲定期失效的效力之研析：以司法院釋字第七四一號解釋為探討重心〉，《月旦法學雜誌》，272期，頁85-96。



- 翁燕菁（2013），〈不歧視原則之經濟社會權利保障效力：歐洲人權公約當代課題〉，《歐美研究》，43卷3期，頁637-707。
- 梁志偉（2014），〈違憲定期失效解釋對於法院原因案件之效力：兼評最高行政法院九十七年判字第六一五號判例〉，《全國律師》，18卷5期，頁38-51。
- 莊世同（2016），〈論平等與法治：評釋字第728號解釋〉，《政治與社會哲學評論》，57期，頁1-46。
- 莊喬汝（2013），〈看不見的第三者：通姦罪導向較好的婚姻？〉，《台灣法學雜誌》，223期，頁56-65。
- 許玉秀、林明晰、陳昭如、詹森林、官曉薇（2015），〈私法自治 vs. 性別平等：從釋字728論祭祀公業條例之合憲性〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁57-84。
- 許育典（2015），〈大法官宣告法令違憲定期失效得權利救濟〉，《月旦法學教室》，156期，頁6-8。
- 許育典（2018），〈從憲法訴訟法草案評析憲法訴願制度〉，《月旦法學雜誌》，281期，頁68-77。
- 許志雄（1995），〈司法消極主義與司法積極主義〉，《月旦法學雜誌》，2期，頁40-41。
- 許志雄（1999），〈修憲之界限〉，《月旦法學雜誌》，54期，頁2-3。
- 許宗力（2019），〈憲法法院作為積極立法者〉，《中研院法學期刊》，25期，頁1-39。
- 許恆達（2006），〈刑罰理論的政策意涵：論刑事政策的誕生〉，《月旦法學雜誌》，137期，頁188-211。
- 許恆達（2008），〈實體真實發現主義之知識形構與概念考古：以中世紀至現代初期之德國刑事程序發展史為中心〉，《政大法學評論》，101期，137-192。
- 許恆達（2010），〈善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任：以釋字第六六六號解釋為反思契機〉，《月旦法學雜誌》，186期，頁19-37。



- 許炳華（2017），〈差別影響歧視理論適用之爭議：以美國聯邦最高法院 Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project Inc. 案為探討核心〉，《國立中正大學法學集刊》，54期，頁 57-114。
- 許政賢（2018），〈臺灣法上之公序良俗〉，《月旦民商法雜誌》，62期，頁 26-49。
- 許崇賓（2012），〈婦女保障名額制度存廢之研究〉，《法令月刊》，63卷 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》，6期，頁 23-24。
- 許曉芬（2017），〈我國與法國民法上公序良俗概念之比較研究：法國民法革新對我國之啟發與借鏡〉，《東海大學法學研究》，51期，頁 171-215。
- 許耀明（2012），〈未內國法化之國際條約與協定在我國法院之地位〉，《司法新聲》，104期，頁 20-27。
- 陳炎輝（2007），〈違憲法律定期失效後遺症待解：從釋字第 616 號及第 620 號解釋論大法官解釋效力〉，《稅務旬刊》，2004期，頁 7-11。
- 陳信安（2014），〈再論刑事不法與行政不法之區別：以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（上）〉，《興大法學》，15期，頁 165-233。
- 陳信安（2014），〈再論刑事不法與行政不法之區別：以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下）〉，《興大法學》，16期，頁 165-233。
- 陳昭如（2002），〈創造性別平等，抑或與父權共謀？：關於臺灣法律近代西方化的女性主義考察〉，《思與言》，40卷 1 期，頁 183-248。
- 陳昭如（2004），〈有拜有保佑？：從最高法院九十二年度台上字第一二八〇號判決論女性的祭祀公業派下資格〉，《月旦法學雜誌》，115期，頁 249-262。
- 陳昭如（2009），〈在棄權與爭產之間：超越被害者與行動者二元對立的女兒繼承權實踐〉，《國立臺灣大學法學論叢》，38卷 4 期，頁 133-228。



- 陳昭如（2010），〈大法官解釋中的歷史與傳統：女性主義觀點的批判〉，《中國研院法學期刊》，7期，頁81-140。
- 陳昭如（2011），〈交叉路口與樓上樓下：反歧視法中的交錯問題〉，《月旦法學雜誌》，189期，頁51-68。
- 陳昭如（2014），〈父姓的常規，母姓的權利：子女姓氏修法改革的法社會學考察〉，《國立臺灣大學法學論叢》，43卷2期，頁271-380。
- 陳昭如（2015），〈女兒還是外人：論大法官釋字第七二八號解釋的雙重排除〉，《月旦裁判時報》，41期，頁81-88。
- 陳昭如（2015），〈台灣法律史學會2014年度春季研討會：性別平等觀點的祭祀公業法制批判〉，《台灣法學雜誌》，264期，頁91-96。
- 陳昭如（2015），〈沒拜沒保佑，有拜也沒保佑？：從女性主義觀點論釋字728中的權力與權利〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁49-52。
- 陳清秀（2017），〈從私法自治權之保障，談稅法對於私法秩序之融合原則〉，《稅務旬刊》，2366期，頁7-15。
- 陳隆志（2013），〈聯合國、台灣與國際女孩日〉，《新世紀智庫論壇》，61期，頁7-8。
- 陳隆志、廖福特（2002），〈國際人權公約與國內法化之探討〉，《國家政策季刊》，1卷2期，頁33-56。
- 陳愛娥（1998），〈大法官憲法解釋權之界限：由功能法的觀點出發〉，《月旦法學雜誌》，42期，頁37-51。
- 陳愛娥（2001），〈立法者對於訴訟制度的形成自由與訴訟權的制度保障核心〉，《台灣本土法學雜誌》，18期，頁147-152。
- 陳愛娥（2002），〈「兩性平等教育法」草案與「兩性地位之實質平等」〉，《月旦法學雜誌》，84期，頁167-178。



- 陳愛娥（2004），〈繼受法國家中的法比較：以憲法解釋作為觀察對象〉，《月旦民商法雜誌》，4期，頁5-15。
- 陳愛娥（2007），〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界限：兼評司法院大法官相關解釋〉，《憲政時代》，32卷3期，頁259-298。
- 陳榮傳（2015），〈不問祭祀問繼承：祭祀公業和釋字第七二八號解釋〉，《月旦法學雜誌》，243期，頁5-21。
- 陳靜慧（2017），〈一般警察人員特考年齡限制之合憲性：評北高行一〇三年度訴字第一五七六號判決並借鏡歐盟法觀點〉，《月旦法學雜誌》，261期，頁237-252。
- 陳耀祥（2012），〈全球化時代之國際人權保障：以網路言論自由為例〉，《台灣國際法季刊》，9卷4期，頁147-170。
- 陳聰明（1993），〈條約與協定之法律地位〉，《法令月刊》，44卷7期，頁12-15。
- 張天界（2014）〈從司法消極主義走向司法積極主義：以日本違憲審查之積極化條件與傾向為中心〉，《憲政時代》，40卷2期，頁227-272。
- 張升星（2017），〈剪不斷，理還亂的「宣告違憲，定期失效」：釋字第741號解釋評析〉，《月旦裁判時報》，57期，15-22。
- 張文貞（2003），〈中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位〉，《國立臺灣大學法學論叢》，32卷6期，頁61-102。
- 張文貞（2007），〈跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院及內國憲法法院關係初探〉，《月旦法學雜誌》，151期，頁57-70。
- 張文貞（2009），〈你知道什麼是兩公約嗎？（一）：公民與政治權利國際公約〉，《司法改革雜誌》，75期，頁21-25。
- 張文貞（2009），〈人權保障與憲法解釋：對司法院大法官釋憲的期許〉，《台灣法學雜誌》，127期，頁94-98。



- 張文貞（2012），〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，1卷2期，頁30-38。
- 張文貞（2012），〈NGO 與跨國憲政主義的發展：以台灣加入國際人權公約的實踐為例〉，《台灣國際法季刊》，9卷3期，頁47-72。
- 張文貞（2012），〈兩公約實施兩週年的檢討：以司法實踐為核心〉，《思與言》，50卷4期，頁7-43。
- 張明偉（2017），〈通姦罪合憲性之再思考〉，《月旦裁判時報》，59期，頁60-67。
- 張柏涵（2017），〈彩色糖衣下的歧視：淺談間接歧視之判斷標準〉，《萬國法律》，213期，頁30-44。
- 程明修（2017），〈台灣引入「裁判憲法訴願」制度之相關問題〉，《台灣法學雜誌》，319期，頁8-16。
- 黃松茂（2018），〈私法自治與強行規定：評中國大陸最高人民法院（2016）最高法民終222號民事判決〉，《月旦民商法雜誌》，61期，頁147-159。
- 黃長玲（2001），〈從婦女保障名額到性別比例原則：兩性共治的理論與實踐〉，《問題與研究》，40卷3期，頁69-82。
- 黃長玲（2012），〈差異政治的形成：1946年婦女保障名額制訂的歷史過程〉，《政治科學論叢》，52期，89-116。
- 黃昭元（1996），〈從「違憲但不立即失效」的大法官解釋檢討我國的違憲審查制度〉，《月旦法學雜誌》，12期，頁31-39。
- 黃昭元（2000），〈立法裁量與司法審查：以審查標準為中心〉，《憲政時代》，26卷2期，頁156-185。
- 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》，33卷3期，頁461-539。



- 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》，37卷4期，頁253-284。
- 黃昭元（2009），〈平等權與自由權競合案件之審查：從釋字第六四九號解釋談起〉，《法學新論》，7期，頁17-43。
- 黃昭元（2010），〈臺灣法律發展回顧：憲法〉，《國立臺灣大學法學論叢》，39卷2期，頁19-20。
- 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 判決〉，《中研院法學期刊》，11期，頁1-63。
- 黃淳鈺（2017），〈通姦刑罰化是否合於經濟〉，《真理財經法學》，19期，頁21-72。
- 黃舒芃（2005），〈比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例〉，《月旦法學雜誌》，120期，頁183-198。
- 黃舒芃（2010），〈違憲審查中之立法形成空間〉，《月旦法學雜誌》，185期，頁39-51。
- 黃舒芃（2016），〈純粹法學如何看待規範與現實的關係？：以司法院釋字第728號解釋之檢討為例〉，《政治與社會哲學評論》，56期，頁163-211。
- 黃舒芃（2018），〈若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保證抑或障礙？：評司法院釋字第748號解釋〉，《輔仁法學》，55期，頁1-48。
- 黃錦堂（2010），〈權力分立之憲法解釋：兼評釋字第520、585、613、633、645號解釋〉，《法令月刊》，61卷9期，頁4-25。
- 湯德宗（2000），〈立法裁量之司法審查的憲法依據：違憲審查正當性理論初探〉，《憲政時代》，26卷2期，頁3-34。
- 湯德宗（2009），〈大法官釋字第664號解釋評析〉，《法令月刊》，60卷12期，頁4-26。



- 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》，58卷4期，頁65-91。
- 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》，41卷3期，頁679-762。
- 詹森林（2019），〈憲法之基本原則及基本權在民事裁判上之實踐〉，《台灣法學雜誌》，381期，頁89-108。
- 詹鎮榮（2015），〈法律違憲定期失效與撤銷訴訟之判斷基準時：最高行103判716判決〉，《台灣法學雜誌》，275期，191-194。
- 楊子慧（2014），〈大法官釋憲制度的司法化變革：憲法解釋的形成制度探討〉，《東吳法律學報》，25卷4期，頁49-93。
- 楊子慧（2020），〈裁判憲法審查初探〉，《政大法學評論》，160期，頁143-208。
- 楊婉瑩（2000），〈選舉制度對婦女參政影響之評估〉，《理論與政策》，14卷4期，頁71-90。
- 楊婉瑩（2001），〈由民主代議政治的理論與實踐檢視性別比例原則〉，《人文及社會科學集刊》，13卷3期，頁305-344。
- 楊通軒（2016），〈就業年齡歧視法制之探討〉，《東海大學法學研究》，48期，頁1-51。
- 楊通軒（2017），〈歐洲聯盟就業年齡歧視法制之探討〉，《東吳法律學報》，28卷4期，頁75-127。
- 楊通軒（2018），〈歐洲聯盟就業年齡歧視之救濟〉，《東海大學法學研究》，54期，頁1-54。
- 楊智傑（2004），〈建構大法官實際決策行為模型〉，《政大法學評論》，81期，頁111-156。
- 楊智傑（2006），〈憲法對話的制度設計〉，《僑光技術學院通觀洞識學報》，5期，頁483-520。



- 楊智傑（2016），〈比較法方法與大法官個人意見書〉，《憲政時代》，42卷2期，頁165-207。
- 葉俊榮（1996），〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，《行政院國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，6卷1期，頁1-23。
- 葉俊榮（1999），〈法律學門成就評估與發展〉，《科學發展月刊》，27卷6期，頁607-613。
- 葉俊榮（1999），〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四八至一九九八〉，《國立臺灣大學法學論叢》，28卷2期，頁1-63。
- 葉俊榮（2002），〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《國立臺灣大學法學論叢》，31卷2期，頁59-96。
- 葉俊榮（2010），〈思索台灣的法學典範〉，《台灣法學雜誌》，148期，頁49-51。
- 葉俊榮（2012），〈回應在地發展與全球連動：臺灣二〇〇三～二〇一一憲法發展〉，《月旦法學雜誌》，200期，頁120-136。
- 董保城（1991），〈修憲界限之探討〉，《憲政時代》17卷2期，頁19-32。
- 廖元豪（2002），〈全球化之比較憲法理論：兼評美國司法實務之憲法解釋方法〉，《憲政時代》，28卷2期，頁99-119。
- 廖元豪（2004），〈美國憲法釋義學對我國憲法解釋之影響：正當程序、政治問題與方法論之比較〉，《憲政時代》，30卷1期，頁1-44。
- 廖元豪（2005），〈實質平等〉，《月旦法學教室》，27期，頁38-41。
- 廖元豪（2008），〈平等權：第一講—憲法平等權之意義〉，《月旦法學教室》，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》，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》，79期，頁38-46。
- 廖元豪（2009），〈非視障者比視障者更值得保護？精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字六四九號解釋〉，《台灣法學雜誌》，123期，頁187-193。
- 廖元豪（2010），〈平等權的檢討與展望〉，《月旦法學教室》，90期，頁28-36。
- 廖宗聖（2011），〈公民與政治權利國際公約在我國的效力：以最高及高等法院刑事裁判為研究中心〉，《中華國際法與超國際法評論》，7卷1期，頁75-128。
- 廖福特（2002），〈實踐國際人權法典之方式：批准、加入或國內法化〉，《律師雜誌》，272期，頁36-51。
- 廖福特（2007），〈國際人權法：第一講—國際人權法典—建構普世人權範疇〉，《月旦法學教室》，54期，頁88-100。
- 廖福特（2007），〈最具普遍性的三個人權條約：種族、婦女及兒童〉，《月旦法學教室》，56期，頁56-69。
- 廖福特（2007），〈國際人權法：第三講—禁止酷刑及強迫失蹤，保障遷徙勞工及身心障礙者〉，《月旦法學教室》，59期，頁60-70。
- 廖福特（2009），〈批准聯合國兩個人權公約及制定施行法之評論〉，《月旦法學雜誌》，174期，頁223-229。
- 廖福特（2010），〈法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約〉，《台灣法學雜誌》，163期，頁45-65。
- 鄭昆山（2004），〈通姦犯罪在法治國刑法的思辨：評釋字第五五四號解釋〉，《月旦法學雜誌》，105期，頁213-227。
- 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》，12期，395-424。
- 鄭津津（2009），〈就業年齡歧視〉，《月旦法學教室》，83期，頁30-31。



- 鄭津津（2010），〈勞動法專題研究系列之二：就業上年齡歧視之探討〉，《月旦法學雜誌》，184期，頁177-206。
- 蔡宗珍（1998），〈性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討〉，《律師雜誌》，228期，頁64-77。
- 蔡宗珍（2015），〈我國憲法解釋中的權力分立圖像〉，《憲政時代》，40卷4期，頁491-558。
- 蔡茂寅（1999），〈第六單元：平等權〉，《月旦法學雜誌》，46期，頁111-117。
- 蔡維音（2017），〈定期失效之違憲宣告效力〉，《月旦法學教室》，173期，頁6-8。
- 劉定基（2016），〈國際人權公約內國法化對司法實務的影響：以行政法院裁判為觀察中心〉，《法令月刊》，67卷10期，頁78-102。
- 劉義周（1977），〈我國歷屆大法官之產生及其背景之分析〉，《政治大學學報》，35期，頁287-302。
- 蕭文生、黃彥翔（2015），〈論警察人員考試雙軌制之憲法爭議〉，《國立中正大學法學集刊》，47期，頁163-217。
- 蕭仰歸、陳荔彤（2011），〈論無罪推定原則於國際人權法之規範與實踐〉，《台灣國際法季刊》，8卷4期，頁163-194。
- 蕭富山（1995），〈從條約之意義與批准制度論釋字第三二九號解釋及成效（下）〉，《律師通訊》，191期，頁57-60。
- 歐陽芳安（2018），〈從釋字第728號解釋談已制定施行法的國際人權公約的憲法解釋問題〉，《憲政時代》，43卷4期，頁539-571。
- 謝哲勝（2016），〈私法自治與男女平等〉，《月旦法學教室》，163期，頁6-8。
- 謝榮堂（2012），〈社會秩序維護法修正評釋：兼論釋字第六六六號〉，《月旦法學雜誌》，203期，頁33-46。



- 謝棋楠（2008），〈由美國差別影響歧視制度評台北地院九十一年重勞訴字第5號判決〉，《全國律師》，12卷4期，頁14-35。
- 簡資修（2019），〈侵權法：私法自治或國家統制〉，《月旦法學雜誌》，289期，頁81-102。
- 藍偉銓（2017），〈論違憲定期失效：兼論德奧法制之比較〉，《憲政時代》，42卷4期，頁435-473。
- 羅承宗（2013），〈色即是空？：社維法性交易專區立法週年之考察〉，《玄奘法律學報》，19期，頁1-19。
- 蘇永欽（1994），〈合憲法律解釋原則：從功能法上考量其運用界限與效力問題〉，《憲政時代》，19卷3期，頁50-84。
- 蘇永欽（2017），〈誰可以從定期失效解釋得到特別救濟？：簡評釋字第741號解釋〉，《月旦裁判時報》，57期，頁5-14。
- 蘇永欽（2019），〈大道以多歧亡羊：簡評憲法訴訟法〉，《月旦法學雜誌》，288期，頁5-36。

2. 特刊論文

- 王皇玉（2010），〈臺灣對性交易行為的管制與處罰〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁1-10。
- 李建良（2010），〈立法禁止性交易行為的平等課題：釋字第666號解釋〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁11-18。
- 林慈偉（2018），〈同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應：從司法院釋字第554號到第748號解釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》，47卷特刊，頁1513-1564。
- 孫迺翊（2016），〈無障礙/可及性、合理調整與平等不歧視原則：從身心障礙者權利公約檢視我國憲法及身心障礙者權益保障法之平等原則內涵〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45卷特刊，頁1163-1228。



徐輝彥（2014），〈「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，43 卷特刊，頁 839-909。

陳昭如（2016），〈從義務到權利：新舊母性主義下母性保護制度的轉向與重構〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷特刊，頁 1095-1162。

陳愛娥（2010），〈法規違憲「定期失效宣告」與行政法院裁判的關係：從最高行政法院九八年度判字第二四三號判決談起〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 127-135。

張文貞（2014），〈性別平等之內容與定位：兩公約與憲法之比較〉，《國立臺灣大學法學論叢》，43 卷特刊，頁 771-838。

張文貞（2019），〈2018 年憲法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，48 卷特刊，頁 1503-1545。

黃瑞明（2010），〈大法官們的德爾斐神諭：評釋字第 666 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 19-42。

葉俊榮（2016），〈2015 年憲法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷特刊，頁 1423-1454。

廖元豪（2010），〈罰娼不罰嫖違憲：保障弱勢之「實質平等」終獲大法官加持？〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 43-47。

蔡震榮（2010），〈評釋字第 666 號解釋：並重新思考性工作者之管理政策〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 48-69。

盧映潔、沈洳瑩（2010），〈娼妓問題之除罪化探討：兼評大法官會議釋字第 666 號〉，《台灣法學雜誌》，公法特刊，頁 70-85。



(四) 研討會論文

李建良（2013年6月），〈「形式平等」與「實質平等」語辨的反思：比較憲法學方法論的初步探討〉，發表於：《第九屆憲法解釋之理論與實務研討會》，中央研究院法律研究所（主辦），臺北。

張文貞（2015年12月），〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能及台灣實踐〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會（上冊）：人權公約與我國憲法解釋》，司法院（主辦），臺北。

程明修（2014年12月），〈大法官解釋之釋憲方法：信賴保護原則之解釋方法〉，發表於：《司法院大法官一〇三年度學術研討會（下冊）》，頁187-225，司法院（主辦），臺北。

黃昭元（2015年12月），〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會（上冊）：人權公約與我國憲法解釋》，司法院（主辦），臺北。

黃舒范（2015年12月），〈國際及區域人權公約在憲法解釋中扮演的角色：兼評司法院釋憲實務對國際及區域人權公約之看待與引用方式〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會（上冊）：人權公約與我國憲法解釋》，司法院（主辦），臺北。

葉俊榮（2015年12月），〈經濟社會文化權利公約與司法審查：雙重制約下的對話司法〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會（下冊）：人權公約與我國憲法解釋》，司法院（主辦），臺北。

葉俊榮（2016年9月），〈對話式憲政主義與司法審查〉，發表於：《東亞法院與法律繼受研究成果發表論壇研討會》，東亞法院與法律繼受研究計畫、臺大人文社會高等研究院、臺大法律學院（主辦），臺北。



廖宗聖（2017年1月），〈兒童權利公約國內法化之實踐：法社會學的角度〉，
發表於：《國際法與國內法交錯學術研討會（三）》，世新大學法學院（主
辦），臺北。

劉耀仁（2018年5月），〈從正當法律程序之路徑來建構我國隱私權之保障〉，
發表於：《國立臺灣大學法律學院第十六屆公法研究生論壇》，國立臺灣大
學法律學院公法學研究中心（主辦），臺北。

（五）學位論文

方林根（2016），《民法第七十二條「公序良俗」具體化之研究》，國立臺灣大
學法律學研究所碩士論文，臺北。

王子英（2004），《法律不溯及既往原則之研究：以土壤及地下水污染整治法之
溯及責任為中心》，東吳大學法律學系研究所碩士論文，臺北。

王茲斯（2007），《論我國娼妓政策之性別意涵：從社會秩序維護法的觀察出發》，
中原大學財經法律研究所碩士論文，桃園。

王偉龍（2008），《性、人權與工作成人性交易規範法制之比較探討》，國立臺
灣大學國家發展研究所碩士論文，臺北。

王國維（2013），《警察人員考教（訓）用法制之研究：以我國雙軌新制為中心》，
中央警察大學法律學研究所碩士論文，桃園。

任芳儀（2007），《法令變動與信賴保護：溯及立法行為的合憲性探討》，國立
臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

李孝悌（2013），《婦女參政保障名額正當性之研究：歷史脈絡、正義理論、國
際人權與司法審查的考察》，輔仁大學法律學系博士論文，新北。

李怡俐（2006），《憲法修改的公民審議機制》，國立臺灣大學國家發展研究所
碩士論文，臺北。



- 李怡諱（2011），《現行通姦罪規範之法律經濟分析：兼論憲法上家庭權之立法保護模式》，國立中山大學中國與亞太區域研究所博士論文，高雄。
- 李韶曼（2010），《判決風格的功能：以大法官解釋為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 沈明德（2006），《論法律溯及適用與信賴保護原則》，國防管理學院法律研究所碩士論文，臺北。
- 呂欣儒（2015），《全國不分區立法委員選舉中婦女保障名額制度之研究》，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士論文，新北。
- 何家瑜（2012），《論我國性交易管制之方向：以加拿大性交易管制經驗為借鑑》，國立臺北大學法律學系一般生組碩士論文，臺北。
- 吳聖文（2005），《國民主權與修憲界限：從司法院大法官釋字第四九九號解釋論起》，國立中山大學政治學研究所碩士論文，高雄。
- 吳翰昇（2018），《灌香腸如何優雅：以正當立法程序為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 周玉珊（2011），《論平等權與自由權結合之適用及其審查：以大法官釋憲實務案例之檢視為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，嘉義。
- 林右庭（2014），《通姦罪存廢之研究》，中央警察大學法律學研究所碩士論文，桃園。
- 林合民（1985），《公法上之信賴保護原則》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，臺北。
- 林孟弘（2014），《我國性交易管制與除罪化之研究》，國立臺北大學法律學系一般生組碩士論文，臺北。
- 林俊燁（2014），《我國性交易管制政策之研究：以臺北市警察取締為例》，國立政治大學行政管理碩士學程碩士論文，臺北。



林彥辰（2019），《論公序良俗原則》，國立中正大學財經法律系研究所碩士論文，嘉義。

林煥柏（2005），《職場年齡歧視之研究》，國立政治大學勞工研究所碩士論文，臺北。

林裕恆（2013），《從警察取締性工作者論性交易制度之規範》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，臺北。

林煜騰（2014），《論公民與政治權利國際公約下仇恨性言論之管制：以跨國網路為核心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

卓家甫（2010），《從美國就業年齡歧視防治法制論我國相關法制之現況與未來發展》，國立中正大學法律所碩士論文，嘉義。

洪光平（2008），《我國警察人員考訓制度之研究》，中央警察大學警察政策研究所碩士論文，桃園。

洪培根（1992），《從公法學之觀點論法律不溯及既往之原則》，國立中興大學法律研究所碩士論文，臺中。

孫一萱（2013），《台灣性交易管制法理與現狀的再思考：釋字第 666 號之後的管制》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，嘉義。

徐人和（2015），《論性別實質平等與差別影響歧視：以性交易管制為中心》，國立政治大學法律學系碩士論文，臺北。

徐昌錦（2005），《我國刑法上通姦罪除罪化之研究》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，臺北。

徐振傑（2012），《稅法上解釋函令與信賴保護原則》，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，嘉義。

馬若慈（2014），《論兒童陳述意見之權利：以兒童權利公約為核心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。



- 高昱喆（2013），《我國中高齡勞工工作平等法律問題》，國立中正大學勞工關係學系暨研究所碩士論文，嘉義。
- 梁志偉（2014），《我國「抽象審查」制度下「憲法訴訟」類型之探究》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，嘉義。
- 梁志鳴（2004），《論法院在多元民主社會的溝通機能》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，臺北。
- 莊鎔瑋（2021），《就業領域之年齡歧視：以歐盟法及其司法實踐為觀察中心》，國立政治大學法律學系碩士論文，臺北。
- 許宗力（1981），《憲法修改界限論》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，臺北。
- 許智閔（2005），《析論釋字第499號中修憲界限爭論之研究》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，臺北。
- 許慶源（2006），《法規變動下信賴保護原則適用問題之研究：以土石採取法為中心》，東吳大學法律學系碩士論文，臺北。
- 陳于歡（2014），《從憲法觀點論色情管制：以我國性交易管制為中心》，東吳大學法律學系碩士論文，臺北。
- 陳中為（2010），《稅捐核課處分之信賴保護：以稅捐稽徵法第21條第2項為中心》，國立中正大學財法所碩士論文，嘉義。
- 陳竹君（2012），《從司法院釋字第664號解釋探討少年虞犯之立法政策》，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，臺北。
- 陳固愷（2013），《通姦罪之適用爭議與立法擬議》，輔仁大學法律學系碩士論文，新北。
- 陳奕安（2021），《間接歧視法理運用於不當勞動行為認定之研究：借鏡美國法制觀點》，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，新竹。



- 陳政豪（2014），《勞工保險之憲法解釋：以立法形成自由為中心》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，嘉義。
- 陳若芬（2012），《法規變動與信賴保護：以稅法解釋函令為中心》，東吳大學法律學系碩士論文，臺北。
- 陳建宇（2008），《法的變動與信賴保護：法律理論的探索與重構》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 陳偉仁（2010），《國家行為一致性和信賴保護：以國家行為之性質為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 陳陽升（2009），《信賴保護原則之具體化》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 莫慧玲（2001），《台灣性交易管理政策之研究》，中央警察大學犯罪防治研究所碩士論文，桃園。
- 張珮琦（2005），《論信賴保護原則與行政涵釋的溯及適用》，東吳大學法律學系碩士論文，臺北。
- 張郁昇（2010），《美國就業年齡歧視法之研究：兼論對我國法制之啟示》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 張國書（1998），《工作與家庭：天平的兩端，必然的兩難？：婦女勞動困境之國際人權法及比較法對策初探》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 張常妙（2011），《從法安定性與妥當性，論退稅請求之時效制度》，國立成功大學科技法律研究所碩士論文，臺南。
- 張喬婷（2010），《民意代表選出方式的性別積極平權措施：談憲法上的性別平等與民主理論》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。
- 黃立宇（2017），《論身心障礙者權利公約第12條法律能力之憲法實踐：從歐洲經驗出發》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。



黃國益（1998），《立法裁量與違憲審查》，國立政治大學法律學系碩士論文，臺北。

黃惠敏（2015），《警察任官制度之研究：雙軌分流之探討》，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，基隆。

黃登派（2007），《信賴保護原則之信賴基礎》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，臺北。

黃楚婷（2015），《立法形成空間的反思與再界定：從審查密度理論之檢討談起》，東吳大學法律學系碩士論文，臺北。

黃鐙衛（2010），《台灣就業年齡歧視現況與變遷的實證分析》，國立中正大學勞工所碩士論文，嘉義。

楊立俞（2018），《性交易管理法制之研究：以社會秩序維護法相關規定為中心》，國立政治大學法律科際整合研究所碩士論文，臺北。

楊邦彥（2014），《散布猥褻物品罪存廢之研究》，中央警察大學法律學研究所碩士論文，桃園。

楊淑卿（2011），《大法官違憲審查「定期失效宣告」下當事人權利救濟之探討》，東吳大學法律學系碩士論文，臺北。

楊秦岳（2011），《中央地方立法權限衝突與法規競合：從司法院大法官釋字第666號解釋談起》，國立政治大學行政管理碩士學程碩士論文，臺北。

葛名翔（2013），《賭博罪正當性問題之研究：兼論其保護法益》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

賈文字（2010），《形塑分裂社會的制度認同：多數決困境下我國立法程序的再造》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

廖柏舜（2012），《就業年齡歧視：歐洲法院判決及其對台灣之啟示》，國立政治大學勞工研究所碩士論文，臺北。



廖健瑋（2016），《論違憲法令之時間效力：以將來失效宣告類型的檢討為中心》，

國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

蔡文哲（2014），《警察人員雙軌分流考試之現況、困境與改進建議》，中央大

學警察政策研究所碩士論文，桃園。

劉文雄（2015），《性交易專區行業涵蓋範圍及主管機關之探討》，中央警察大

學警察政策研究所碩士論文，桃園。

劉安桓（2004），《論通姦罪存廢之法理基礎》，國立臺北大學法學系碩士論文，

新北。

劉達源（2013），《我國就業年齡歧視禁止法制之研究》，國立中正大學法律學

研究所碩士論文，嘉義。

鄭美玲（2007），《我國就業年齡歧視與制定特別法保護之必要性》，國立中正

大學勞工所碩士論文，嘉義。

歐陽徵（2018），《析論公然猥褻之除罪化》，國立政治大學法律學系碩士論文，

臺北。

薛立敏（1973），《台灣地區婦女參政問題之研究》，國立政治大學政治學系碩

士論文，臺北。

薛巧翊（2014），《司法院釋字第 664 號後虞犯制度改革之政策方針及其合理性：

以司法院少事法研修會草案為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，

臺北。

戴冬梅（2008），《從性工作權觀點探討性交易管制之憲法爭議》，國立臺灣大

學科際整合法律學研究所碩士論文，臺北。

謝玉山（2015），《行政規則變遷後之適用與信賴保護：以解釋性行政規則與裁

量基準為中心》，東吳大學法律學系碩士論文，臺北。

謝佑澤（2005），《自由, 平等, 性愛：從通姦罪的憲法爭議談起》，國立臺灣大

學法律學研究所碩士論文，臺北。

謝幸容（2013），《兒童權利公約於東亞之實踐：以締約國國家報告與結論性意見為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

簡涴渝（2016），《警察人員考試任用問題之研究》，中央警察大學警察政策研究所碩士論文，桃園。

顏淑娟（2017），《私法自治與公法規制衝突下之「祭祀公業規約」法律問題研究：以派下員資格為中心》，國立中正大學法律學系碩士在職專班碩士論文，嘉義。

蘇芳儀（2013），《我國性交易管制：從女性主義與實證研究評析社會秩序維護法》，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，新竹。

蘇彥圖（1998），《立法者的形成餘地與違憲審查：審查密度理論的解析與檢討》，國立臺灣大學法律學系研究所碩士論文，臺北。

（六）網路文獻

1. 電子書或網路單篇文章

林秀怡、秦季芳（2015），《淪為父權代言人的大法官是阻礙性別平等的絆腳石》，載於：<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/865922>。

官曉薇（2015），《大法官的性別平等大爆走》，載於：

<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/52/article/2578>。

高榮志（2015），《釋字 728 戳盡大法官的性別死穴》，載於：

<https://www.jrf.org.tw/articles/935>。

錢建榮（2014），《法律與香腸》，載於：

<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/764664>。



2. 其他網路資源

人權公約施行監督聯盟網站：<https://is.gd/IgZ0Bo>。

台灣回憶探險團網站，《1990.3.16 野百合學運爆發》，載於：

<https://www.twmemory.org/?p=5401>。

司法院網站：<https://www.judicial.gov.tw/tw/mp-1.html>。

行政院性別平等會網站：<https://gec.ey.gov.tw/Page/876AE3EDF26D8E91>。

行政院農業委員會農田水利署網站：

<https://www.ia.gov.tw/zh-TW/about/articles?a=877>。

伍維婷，《直接歧視與間接歧視》，載於：<https://is.gd/fR5gzg>。

兒童少年權益網網站：<https://www.cylaw.org.tw/about/crc/27>。

法操 FOLLOW 網站，《【太陽花學運】案件摘要》，載於：

<https://www.follow.tw/f-comment/f02/5475/>。

法務部人權大步走網站：

<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-506-200.html>。

財團法人民間司法改革基金會網站：<https://www.jrf.org.tw/>。

郭玲惠、官曉薇，《「消除對婦女一切形式歧視公約」（CEDAW）教育訓練》，

載於：<https://is.gd/OA1Tft>。

監察院人權保障主題網網站：<https://is.gd/iILQ5u>。

聯合國/NGO 世界公民總會網站：

<http://www.worldcitizens.org.tw/awc2010/ch/Declaration/1789.htm>。

聯合國人權委員辦事處網站：

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>。

CEDAW 資訊網網站：<http://www.cedaw.org.tw/tw/en-global/news/detail/24>。

CRPD 身心障礙者權利公約網站：<https://is.gd/TD7x42>。



二、外文部分

(一) 書籍

- Ali, S. S. (2000). *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal Before Allah, Unequal Before Man?*. Boston, MA: Brill Academic Publishers.
- Balkin, J. M. (2002). *What Brown v. Board of Education Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision*. New York, NY: NYU Press.
- Barak, A. (2008). *The Judge in a Democracy*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Breyer, S. (2016). *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*. New York, NY: Vintage.
- Conaway, J. (2007). *Brown v. Board of Education: The Case for Integration*. Minneapolis, MN: Compass Point Books.
- FBA, S. F. (2011). *Discrimination Law* (2nd ed.). Oxford, England: Oxford University Press.
- Jackson, V. C. (2013). *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York, NY: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2009). *Pure Theory of Law*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, Ltd.
- Kelsen, H. (2012). *Principles of International Law*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, Ltd.
- McIlwain, C. H. (2007). *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Revised). Carmel, IN: Liberty Fund, Inc.
- Rutherglen, G. (2010). *Employment Discrimination Law: Visions of Equality in Theory and Doctrine* (3rd ed.). New York, NY: Foundation Press.



- Seiderman, I. D. (2001). *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*. Antwerpen, Belgium: Intersentia.
- Semler, V. J. (1998). *Rights of Women: A Guide to the Most Important United Nations Treaties on Women's Human Rights* (2nd ed.). New York, NY: International Women's Tribune Centre.
- Tushnet, M. (1999). *The Rights International Companion to Constitutional Law: An International Human Rights Law Supplement*. Philadelphia, PA: Kluwer Law International.
- Tushnet, M. (2004). *The New Constitutional Order*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Yeh, J. R. (2016). *Constitution of Taiwan: A Contextual Analysis*. Oxford, England: Hart Publishing.
- Zoelle D. G. (2000). *Globalizing Concern for Women's Human Rights: The Failure of the American Model*. London, England: Palgrave MacMillan.

(二) 書之篇章

- Altman, B. M. (2001). Disability Definitions, Models, Classification Schemes, and Applications. In G. L. Albrecht, K. D. Seelman, & M. Bury (Eds.), *Handbook of Disability Studies* (pp. 97-122). London, England: SAGE Publications, Inc.
- Bhagwati, P. N. (2002). Foreword. In M. O'Flaherty, & P. N. Bhagwati (2nd Eds.), *Human Rights and the UN: Practice Before the Treaty Bodies* (pp. vii-viii). Boston, MA: Brill Academic Publishers.
- Friedman, E. (1995). Women's Human Rights: The Emergence of a Movement. In J. Peters, & A. Wolper (Eds.), *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives* (pp. 18-35). New York, NY: Routledge.



- Peters, A. (2007). The Globalization of State Constitutions. In J. Nijman, & A. Nollkaemper (Eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (pp. 251-308). Oxford, England: Oxford University Press.
- Walter, C. (2007). International Law in a Process of Constitutionalization. In J. Nijman, & A. Nollkaemper (Eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (pp. 191-215). Oxford, England: Oxford University Press.

(三) 期刊論文

- Ackerman, B. (1985). Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, 98(4), 713-746.
- Ackerman, B. (1997). The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, 83(4), 771-797.
- Bateup, C. (2006). The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, 71(Issue 3), 1109-1180.
- Blumrosen, A. W. (1972). Strangers in Paradise: *Griggs v. Duke Power Co.* and the Concept of Employment Discrimination. *Michigan Law Review*, 71(1), 59-110.
- Bradley, C. A. (2002). The Juvenile Death Penalty and International Law. *Duke Law Journal*, 52(3), 485-557.
- Chang, W. C. (2011). The Convergence of Constitutions and International Human Rights: Taiwan and South Korea in Comparison. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 36(3), 101-132.



- Ginsburg, T., Chernykh, S., & Elkins, Z. (2008). Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law. *University of Illinois Law Review*, 2008(1), 201-238.
- Jarmul, H. D. (1995). The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts. *New York University Journal of International Law and Politics*, 28(Issues & 2), 311-366.
- Kanter, A. S. (2003). The Globalization of Disability Rights Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 30(2), 241-270.
- Law, D. S., & Chang, W. C. (2011). The Limits of Global Judicial Dialogue. *Washington Law Review*, 86(3), 523-577.
- Lucker-Babel, M. F. (1995). The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child. *The International Journal of Children's Rights*, 3(Issue 3-4), 391-404.
- Primus, R. A. (2003). Equal Protection and Disparate Impact: Round Three. *Harvard Law Review*, 117(2), 493-587.
- Rutherglen, G. (1987). Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination. *Virginia Law Review*, 73(7), 1297-1345.
- Rutherglen, G. (2006). Disparate Impact, Discrimination, and the Essentially Contested Concept of Equality. *Fordham Law Review*, 74(Issue 4), 2313-2338.
- Schwartz, H. (2003). The Internationalization of Constitutional Law. *Human Rights Brief*, 10(Issue 2), 10-12.
- Selmi, M. (2006). Was the Disparate Impact Theory a Mistake. *UCLA Law Review*, 53(3), 701-782.



- Shepard, S. P. (2011). Negligent Hiring Liability: A Look at How It Affects Employers and the Rehabilitation and Reintegration of Ex-Offenders. *Appalachian Journal of Law*, 10(Issue 2), 145.
- Weissbrodt, D., Hansen, J. C., & Nesbitt, N. H. (2011). The Role of the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing International Humanitarian Law. *Harvard Human Rights Journal*, 24, 115-153.
- Yeh, J. R. (2015). Marching towards Civic Constitutionalism with Sunflowers. *Hong Kong Law Journal*, 45(1), 315-330.
- Yeh, J. R., & Chang, W. C. (2008). The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. *Penn State International Law Review*, 27(1), 89-124.

(四) 網路文獻

- Centre For Human Right. (2000). Discrimination Against Women: The Convention and The Committee. Retrieved from <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cedaw>
- United Nations and the Rule of Law. (2002). Bringing Equality Home: Implementing the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW). Retrieved from
<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/bringing-equality-home-implementing-the-convention-on-the-elimination-of-all-forms-of-discrimination-against-women-cedaw/>