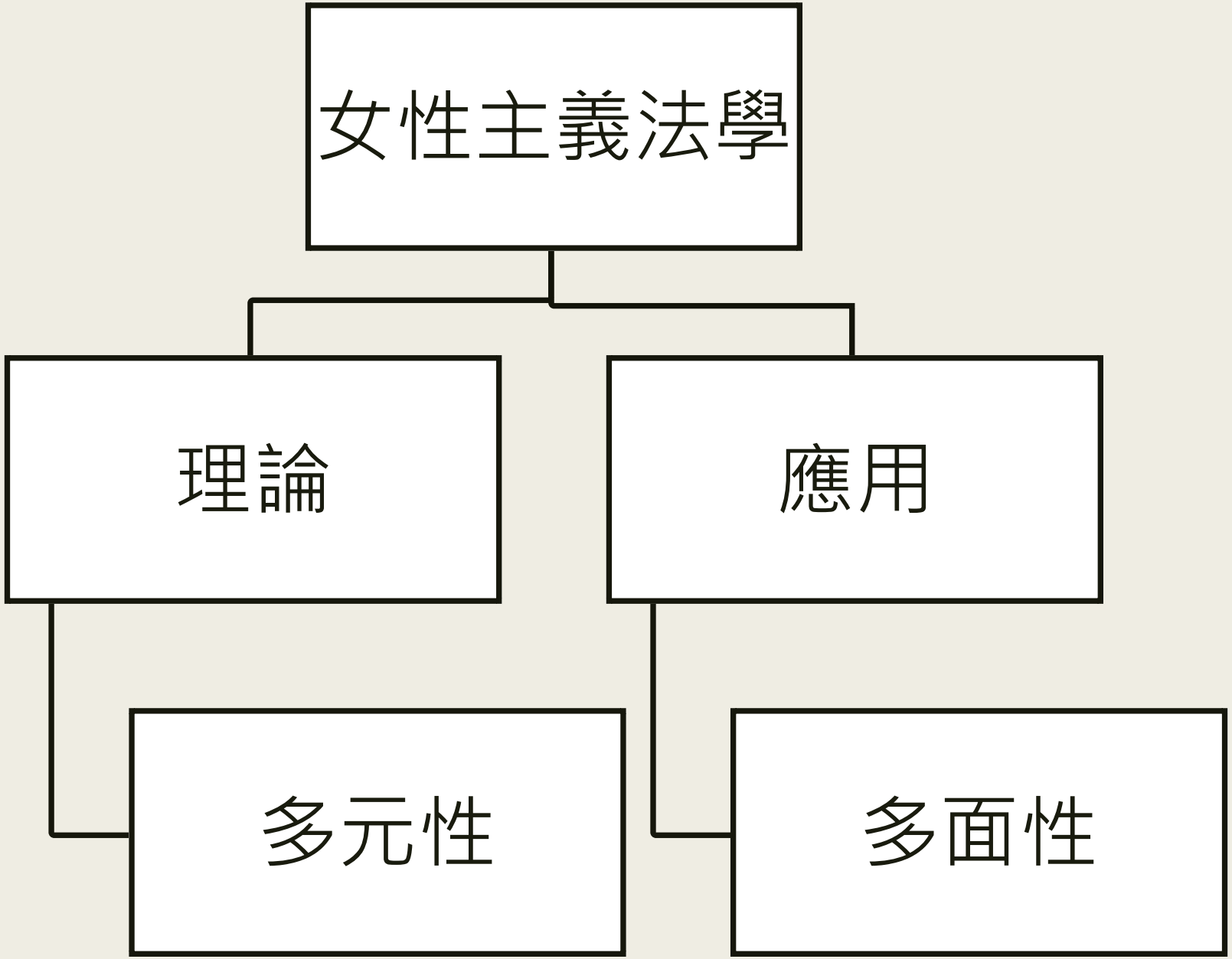
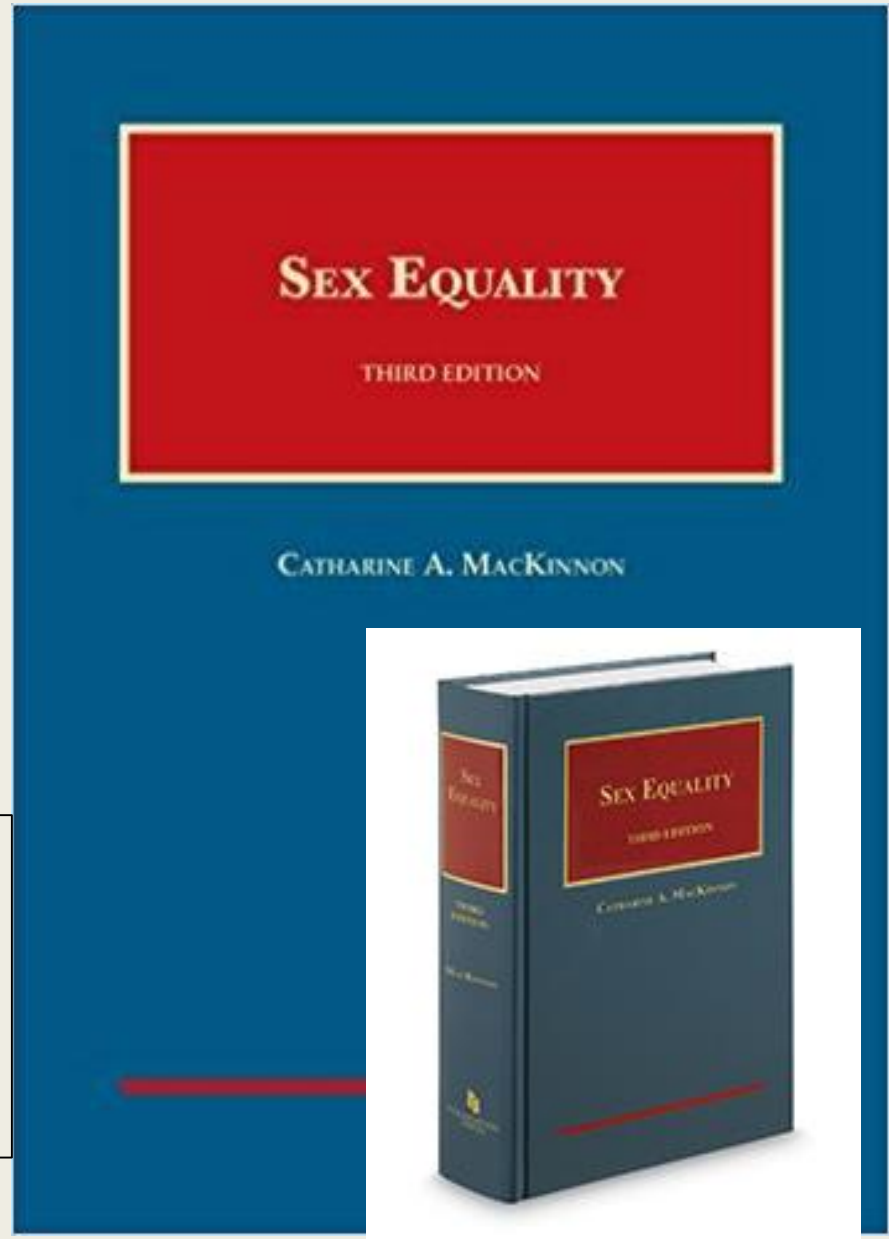
女性主義法學觀點下的性別平等司法審查

陳昭如
國立臺灣大學法律學系


女性主義法學
理論
應用
多元性
多面性

Sex Equality（3rd）/Catharine A. MacKinnon

- 基礎
  - *平等*
  - *種族與種族主義*
  - *性別與性別歧視*
  - *性別，種族與國家*
- 應用
  - *家庭*
  - *性的臣屬*
  - *同志權利*
  - *生育控制*
  - *性販運*

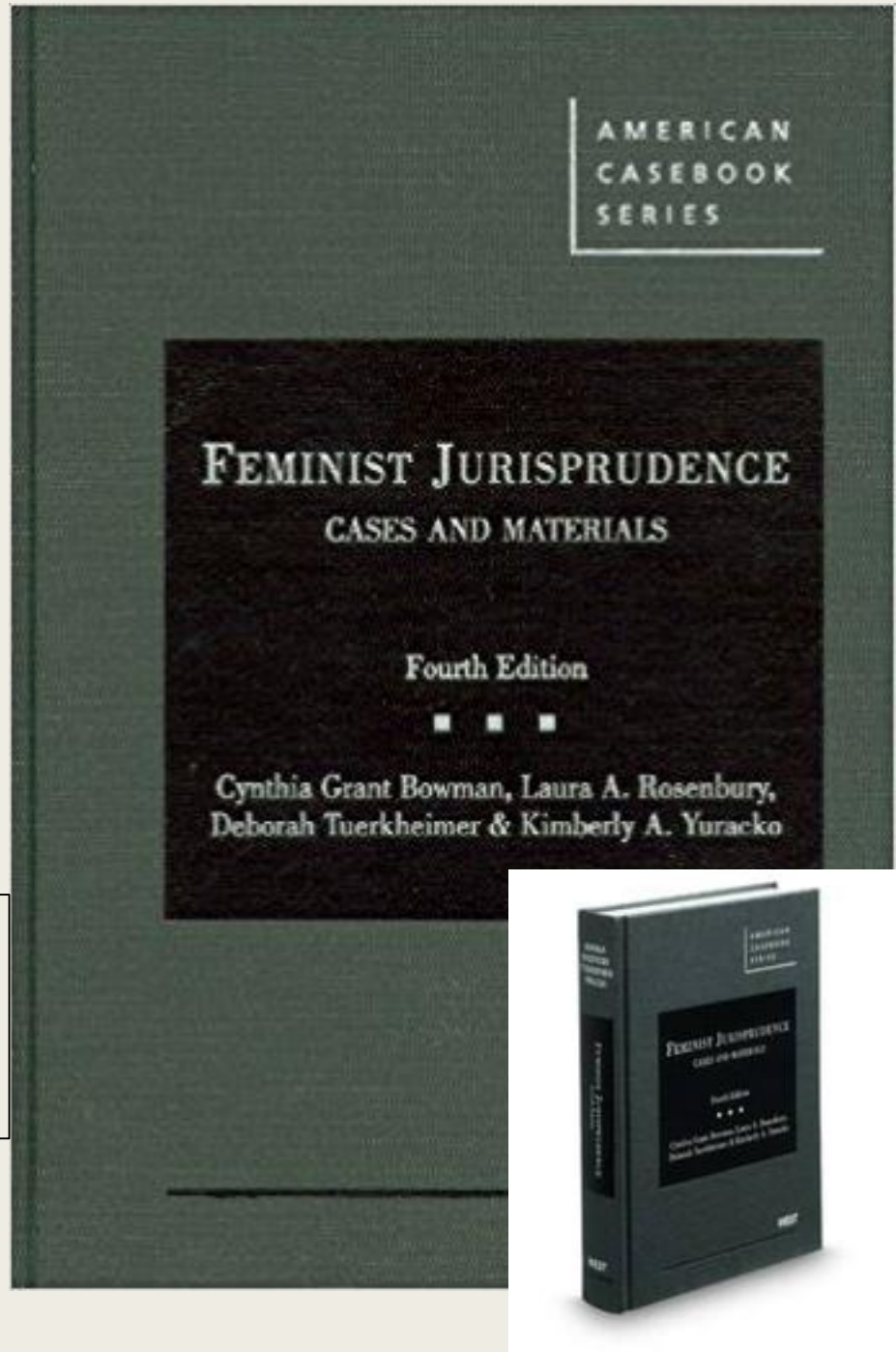


Publisher: Foundation Press
University Casebook Series
Copyright:2016
Pages:1982

Feminist Jurisprudence: Cases and Materials（4th）

- 女性主義法學理論的歷史背景
- 憲法平等
- 女性主義法學理論
- 對女性的暴力
- 女性與生育
- 法律、女性與親密關係
- 女性與子女
- 女性與教育
- 女性與薪資勞動
- 女性與法律專業
- 女性與國家

Series: American Casebook Series
Hardcover: 1100 pages
Publisher: West Academic Publishing; 4th edition (2010)



女性主義與法律

- 回首來時路：台灣性別平等法律改革的歷史
- 女性主義法學理論
- 憲法平等與性別平等
- 平等與差異：參政與教育的比較
- 男人養家 / 女人持家的性別勞動分工
- 法律與異性戀家庭父權
- 色情：反歧視與言論自由
- 性騷擾：性別歧視問題
- 性暴力：權力問題
- 買賣性：自由與平等的辯難
- 母職：生育的階級種族與性別政治
- 全球化下的跨國婚姻與外傭現象

課程重點

- 憲法文本：性別平等如何成為憲法的一部份？
- 司法審查：性別平等如何藉由公民與法院的互動產生意義？
- 憲法與國際人權：如何相互豐富，而非單向服從？

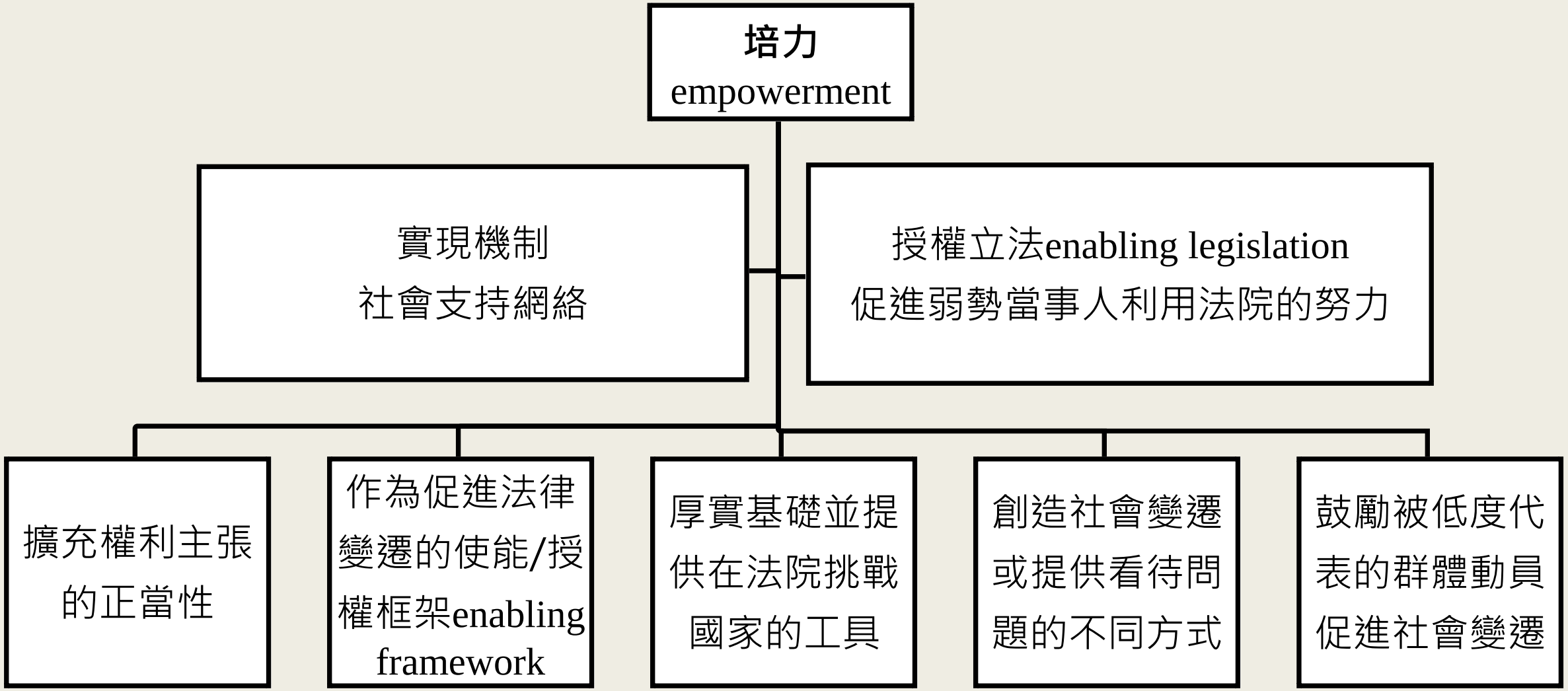
美國、加拿大與台灣的比較

司法被動性的法社會學意義

憲法性別平等條款的國際現狀

- 多數國家的成文憲法中有明文的性別平等條款（184），僅少數國家（如美國）沒有
- 性別平等條款的有無，與性別平等實現的並無必然關連
  - *性平指標最高之一的國家，並無性平條款（挪威）；性平指標最低者之一（剛果），有性平條款*
  - *性平指標本身不必然反應性平狀態：指標本身有問題、不可共量性（incommensurability）*
- 性別平等條款的型態
  - *一般性保障（未例示或例示受保障群體）或單獨條款*
  - *適用範圍（公與私）與拘束對象（是否涵蓋私人）*
  - *國家義務（是否有積極義務）*
  - *直接與間接歧視*

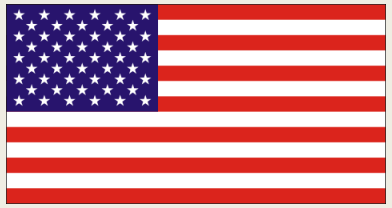
憲法性別平等規範的意義



寫入憲法：
美國、加拿大與台灣的比較

美國	加拿大	台灣
• 訴訟與修憲的雙軌並進 • 平等條款未入憲	• 修憲運動 • 平等條款入憲 • 訴訟運動	• 修憲運動 • 平等條款入憲 • 轉向人權公約

美國的Equal Rights Amendment 修憲運動與憲法訴訟運動



通說

憲法無性別平等條款 → ERA運動 → 失敗

憲法14增補已保障性別平等 → 憲法訴訟 → 成功

不同意見

Reva Siegel：
第十四和第十九增補條款 = 憲法性別平等的雙腳
ERA運動→憲法訴訟+立法 = 事實上的ERA（de facto ERA）

Women’s Rights Project與憲法訴訟

Reed v. Reed (1971)

- 寬鬆審查

Frontiero v. Richardson (1973)

- 嚴格審查

Craig v. Boren (1976)

- 中度審查

通通可過關
(anything goes)

美國聯邦最高法院第十四增補條款性別平等案件（1971-2000）

	勝	敗	總數
女性原告	7	4	11
男性原告	9	9	18
總數	16	13	29

加拿大的新憲運動與LEAF的憲法訴訟

1960 Canadian Bill of Rights +
1978 Canadian Human Rights Act

Bliss v. Canada（1979）懷孕歧視非歧視

美國經驗

1982 the Charter of Rights and Freedoms
性平入憲

訴訟書寫憲法平等的意義

1985 LEAF成立

30 LEAF FAEJ Women's Legal Education and Action Fund | Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes

Court Challenge Program

Andrews v. Law Society of British Columbia

（1989）

憲法平等為實質平等

Brooks v. Canada Safeway ltd（1989）

懷孕歧視是性別歧視

台灣的性別平等入憲

明治憲法無性平條款

1945（1931）中華民國訓政時期約法保障男女平等

1947憲法男女平等入憲

1992增修條文增訂實質平等條款

1992修憲之後的釋憲運動：司法與立法的角力

- 修法與釋憲並進的民法親屬編修法運動
  - *相輔相成：釋憲運動可促進修法運動，過程有助於社會教育*
  - *釋憲可能比修法來得快*
- 1994釋365
  - *國會聲請 + 個人聲請*
  - *法務部修法案研議中，新晴版民法親屬編修正案草案已公布，準備送入第一次全面改選的國會（1995送入第二屆立法院）*
- 2017釋748
  - *機關聲請 + 個人聲請*
  - *第八次全面改選（第九屆立法院）、國會政黨組成多次更替的國會法案審議中*

時間	事件
2015/08/20	祁家威聲請釋憲
2015/11/04	行政院轉台北市政府釋憲聲請
2016/11/01	六位新大法官及司法院正副院長就任
2016/11/8	立法院一讀
2016/11/17	立法院司法法制委員會排審
2016/12/25	立法院司法法制委員會初審通過
2017/2/20	大法官宣布受理

憲法平等與人權公約：國內法與國際法的「角力」？

- 21世紀轉向人權公約運動：人權公約成為新的enabling framework
  - *人權立國與國際承認*
  - *「與國際接軌」的西方進步性追求*
- 公約與憲法的關係：

模式	抗拒(resistance)	涉入實踐(engagement)	匯流(convergence)
特色	區分或忽視	開放性與審議	認同與一致化
內國憲法與國際法/外國法的關係	國際法或外國法不宜作為解釋內國憲法的權威來源	以開放性的態度決定內國法與國際法之間的關係是和諧或不一致	內國憲法是實現國際法規範的場域，內國憲法解釋應與國際法一致

一致性的假設

- 公約彼此的一致
- 公約解釋的一致
- 內國法與國際法的一致

差異的現實

- 公約彼此的差異
- 公約解釋的差異
- 內國與跨國的差異

涉入實踐的次模式	審議(deliberative)	關係 (relational)
特色	允許 (permissive)	義務 (obligated to consider)
法院對跨國法源的態度	可參考	有義務考慮

憲法文本

- 憲7：無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等
- 憲134：各種選舉，應規定婦女當選名額 + 增修4（2）各政黨當選名單中，婦女不得低於二分之一
- 憲153（2）：婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護。
- 憲156：國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施婦女兒童福利政策
- 增修10（6）：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

什麼樣的平等？

兩種平等

形式平等（formal equality）	實質平等（substantive equality）

• 「形式分類」的審查（反分類審查）（anti-classification）
• 審查重點：
  • 是否存在差別待遇
  • 差別待遇是否合理
	• 「實質脈絡」「結構位置」的審查（反臣屬審查）（anti-subordination）
	• 審查重點
	  • 係爭群體是否為歷史上弱勢群體
	  • 係爭措施或規定是否構成、有助於或強化該弱勢群體的弱勢處境

等者不等之

1994釋365

形式平等

- 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

適用於婚姻家庭

- 憲法上的男女平等原則（第7條、增修條文），適用於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

反應社會變遷

- 制定於憲法頒行前中華民國十九年，有其傳統文化習俗及當時社會環境之原因。惟因教育普及，男女接受教育之機會已趨均等，就業情況改變，婦女從事各種行業之機會，與男性幾無軒輊，前述民法關於父母意思不一致時，由父行使之規定，其適用之結果，若父母雙方能互相忍讓，固無礙於父母之平等行使親權，否則，形成爭執時，未能兼顧母之立場，而授予父最後決定權，自與男女平等原則相違，亦與當前婦女於家庭生活中實際享有之地位並不相稱。

等者等之

1995釋372

- 亞里斯多德公式：等者等之，不等者不等之
  - *釋365：違反「等者等之」*
  - *釋372：不違反「等者等之」*
- 相同的標準？
  - *「過當之行為」經斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，尚未危及婚姻關係之維繫者，即不得以此認為受他方不堪同居之虐待而訴請離婚。惟此判例並非承認他方有懲戒行為不檢之一方之權利，若一方受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全之情形，仍不得謂非受不堪同居之虐待*

等者不等之

1998釋457

- 亞里斯多德公式：等者等之，不等者不等之
- *釋365：等者被不等之，違反「等者等之」（男女）*
- *釋457：等者被不等之，違反「等者等之」（男女＋婚姻地位）*
- 相同的標準？
- *主管機關若出於照顧遺眷之特別目的，使其繼續使用、耕作原分配房舍暨土地，則應考量眷屬之範圍應否及於子女，並衡酌其謀生、耕作能力，是否確有繼續輔導之必要，使具相同法律上身分地位者，得享同等照顧，依男女平等原則，妥為規劃。上開房舍土地處理要點第四點第三項：「死亡場員之遺眷如改嫁他人而無子女者或僅有女兒，其女兒出嫁後均應無條件收回土地及眷舍，如有兒子准由兒子繼承其權利」，其中規定限於榮民之子，無視其有無謀生能力及輔導必要，又不問結婚與否，均得繼承其權利。姑不論農場耕地之配耕可否作為繼承之標的，竟僅以性別及已否結婚，對特定女性為差別待遇，與男女平等原則有違*

不等者不等之

1999釋490

- 亞里斯多德公式：等者等之，不等者不等之
  - *釋365、410、452、457：違反「等者等之」*
  - *釋490：符合「不等者不等之」*
- 如何不等者不等之？
  - *立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第一條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務…係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無牴觸*

婚姻

- 親子關係（365、587）
- 夫妻財產制（410、620、647、696）
- 夫妻住所（452）
- 離婚（372）
- 重婚（242、362、552）
- 婚姻資格（748）

性

- 通姦罪（554、569）
- 色情（407、617）
- 性交易（623、666）

其他

- 兵役（490）
- 繼承（457、668、728）

	形式上性別差別待遇	無形式上性別差別待遇
合憲	490、728	372、407、410、554、569、617、623、647、668、728
違憲	365、410、452、457	242、362、552、569、587 620、666、696

2009釋666開啟實質平等的轉向

- 承認間接歧視 / 差別影響（disparate impact）
  - *形式上無差別待遇，但效果上對特定群體造成負面的差別影響*
  - *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。*
- 皆罰或皆不罰之外？
  - *皆罰不是選項（許宗力協同意見書）*
  - *罰嫖不罰娼的北歐模式（the Nordic model）*

2015釋728回歸形式平等

- 有實質上性別差別待遇，但尊重私法自治 + 契約自由 + 結社權 + 財產權
  - *系爭規定雖因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇，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，基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。*
- 有形式上與實質上差別待遇，但尊重立法形成自由
  - *惟祭祀公業條例第四條第一項後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，雖同條第二項規定．．．已有減緩差別待遇之考量，且第五條規定．．．亦已基於性別平等原則而為規範，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在。*
  - *憲法第七條及憲法增修條文第十條第六項分別定有明文。上開憲法增修條文既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌…消除對婦女一切形式歧視公約…國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等*

2017釋748再次回歸形式平等

- 反分類審查：
  - *以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇*
- 同性與異性相同
  - *同性別二人為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別二人適用婚姻章第1節至第5節有關訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚等規定，亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；且相同性別二人之婚姻自由，經法律正式承認後，更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石。復鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，其不可或缺性，**於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致***
- 性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics）應採較嚴格審查標準
  - *因未能見容於社會傳統及習俗受有各種事實上或法律上之排斥或歧視*
  - *因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數*
  - *因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢*

性傾向歧視與性別歧視

- 748：性傾向歧視
  - *憲法第7條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」本條明文揭示之5種禁止歧視事由，僅係例示，而非窮盡列舉。是如以其他事由，如身心障礙、性傾向等為分類標準，所為之差別待遇，亦屬本條平等權規範之範圍*
- 性傾向歧視也是性別歧視
  - *強制「法律性別」二分的性別歧視*
  - *維護一夫一妻異性婚姻＝維持夫妻的性別階層秩序＝維護性別刻板角色（有關男性應如何、女性應如何，且男優於女的固定安排與想法）＝性別歧視*
- 365否定「從父」的性別角色
- 452否定「從夫」的性別角色

如果改採實質平等審查...

- 不需論證性傾向為難以改變之個人特徵、同性伴侶與異性伴侶相同
- 但須以「對脈絡敏感」的檢驗方式論證：
  - *同性性傾向者構成「歷史上弱勢群體」*
  - *係爭規定造成／有助於／強化其弱勢處境*

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143

- 類似性檢驗（檢驗處境類似者是否被相同對待）是有問題的，它可被用以合理化希特勒的行為（因為所有的猶太人都被相同對待），也可被用以合理化美國的種族隔離政策（因為所有的黑人都被相同對待）
- 「類似處境者應被類似對待」的方式不必然達成平等，也並非每一個區分或差別待遇都必然造成不平等...僅只是檢驗法律是否相同適用於類似處境的群體或個人，並不足以做為平等權是否被違反的真正檢驗...我們必須考量法律的內容、目的、對於適用該法的人們所造成的影響，以及被排除於該法之外的人們的影響。

南非憲法法院承認同婚：與眾不同的權利（the right to be different）

- A democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian society embraces everyone and accepts people for who they are. To penalise people for being who and what they are is profoundly disrespectful of the human personality and violatory of equality. Equality means equal concern and respect across difference. It does not presuppose the elimination or suppression of difference. Respect for human rights requires the affirmation of self, not the denial of self. Equality therefore does not imply a levelling or homogenisation of behaviour or extolling one form as supreme, and another as inferior, but an acknowledgement and acceptance of difference. At the very least, it affirms that difference should not be the basis for exclusion, marginalisation and stigma. At best, it celebrates the vitality that difference brings to any society…The Constitution thus acknowledges the variability of human beings (genetic and socio-cultural), affirms the right to be different, and celebrates the diversity of the nation

形式平等的代價：允許同婚，但也允許童婚

- *United States v. Windsor* (2013)
  - *聯邦的防衛婚姻法（the Defense of Marriage Act）將婚姻限定為一男一女違反憲法第五增補條款的平等保障，聯邦政府必須承認同性婚姻*
  - *以保障州權為由，允許各州自行決定是否承認同性婚姻。*
  - *Anthony M. Kennedy：尊重各州對婚姻規範各有不同，列出的各州差異如Vermont州的結婚年齡為十六歲、New Hampshire州為十三歲 ，但未置一詞*
- *Obergefell v. Hodges* (2015)
  - *憲法第十四增補條款的平等保障要求各州必須承認同性婚姻（包括在各州內可結成同性婚姻，並應承認在其他州成立的同性婚姻），因為結婚權是關乎個人自主、兩人之間親密結合的基本自由，法律所承認的婚姻捍衛家庭與孩童，構成社會秩序的基石，而拒絕賦予同性伴侶婚姻的法律保障就是違反平等。*
  - *未對童婚表示意見*

全美有二十七個州沒有最低結婚年齡
三州的結婚年齡是十三歲，四州是十四歲
在2000至2010年的十年間，全美有超過167000個未成年人結婚

形式平等的代價：犧牲移民公民權

- *Sessions, Attorney General v. Morales-Santana*（2017）
  - *美國移民與國籍法對海外「非婚生子」之美國公民父母有性別差別待遇（「父親標準」為十年，「母親標準」為一年）*
  - *Ruth B. Ginsburg：此男女差別待遇的法律違反平等，乃奠基於「非婚生子的父親不在乎小孩」但「非婚生子的母親則被視為天生的守護者」之性別刻板印象，此為早就被揚棄的舊思維。*
  - *結論：應一體適用較嚴格的「父親標準」*
- 誰跟誰等之？
  - *選擇母親標準：強化母職的義務性，給予母親「優惠」*
  - *選擇父親標準：排外*

形式平等的困境：誰跟誰等之

Price Waterhouse v. Hopkins (1989)	*EEOC v. Sears, Roebuck & Co(1988)*
• 「像男人的女人」不能成為合夥人，因為「不夠女人」 • 違反平等，雇主的決定是因為Hopkins背離性別刻板印象	• 女性集中於薪資較低的部門、非主管 • 沒有不平等，因為是女性「沒興趣」，而非「沒機會」

「等者等之」可以幫助Hopkins（像男人的女人）打破玻璃天花板，卻幫不了Sears的女性員工（底層「像女人」的女人），而「不等者不等之」更可以合理化Sears女性員工的處境

交織的平等

- 憲7：無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等
- 增修10（6）：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
- 增修10（10）：國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化
- 增修10（11）：國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、 交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展 ，其辦法另以法律定之

原住民女性的身分難題

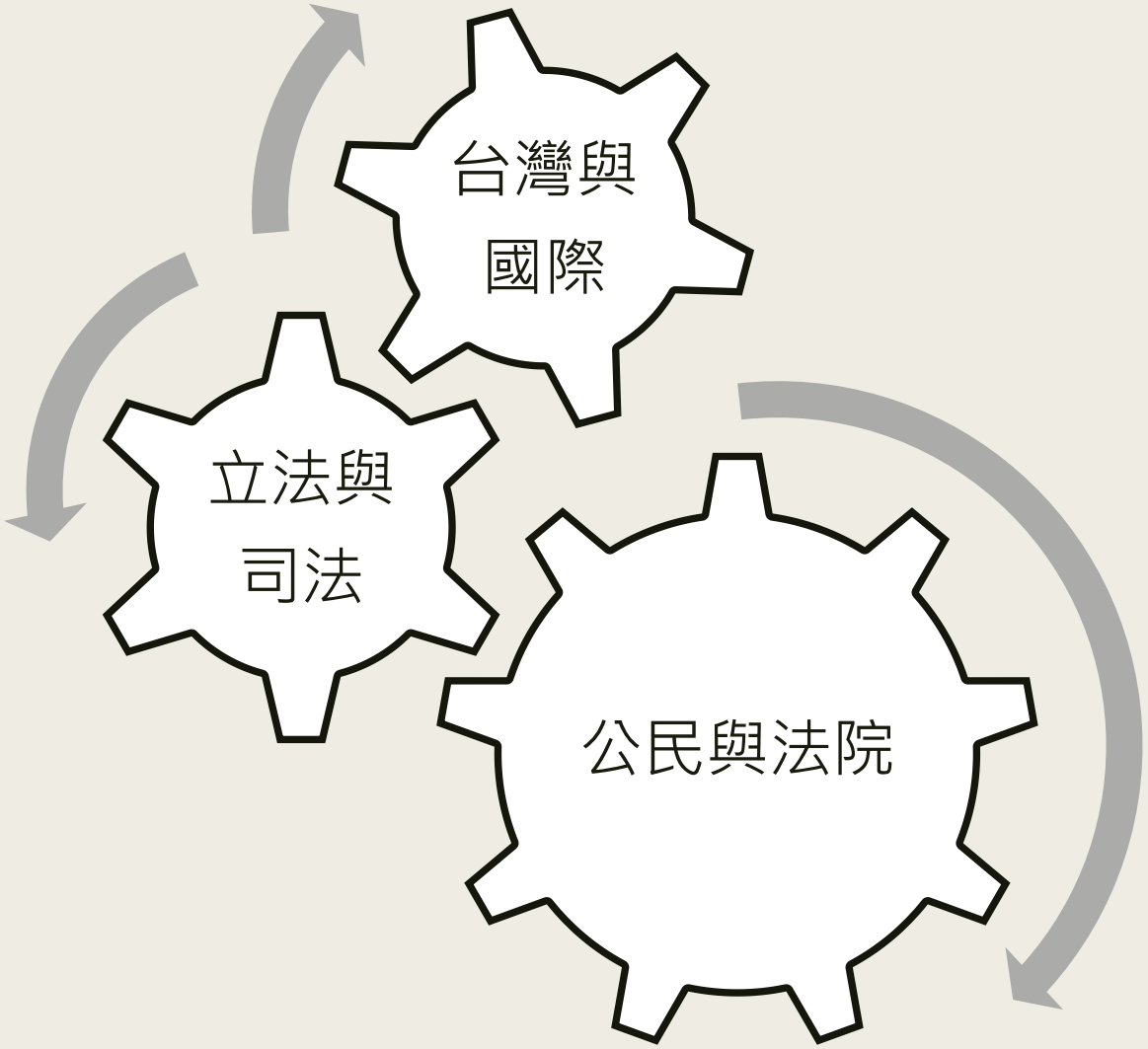
- 自己的身分
  - *部落規範的排除：原住民與非原住民結 婚所生子女，從原住民身分之父或母之姓或住民傳統名字者，取得原住民身分（Qalang Smangus 公約）*
  - *過去國家法律的排除：「嫁出條款」（1980-1991山胞身分認定標準）*
  - *過去國家法律排除的遺緒：從父主義（1956-2000山胞／原住民身分認定標準）*
- 子女的身分
  - *2000前：從父主義*
  - *姓氏綁身分：原住民與非原住民結婚所生子女，從原住民身分之父或母之姓或住民傳統名字者，取得原住民身分（第二條）*
- 比較法之例
  - *加拿大印地安人法（The Indian Act）*
  - *Santa Clara Pueblo v. Martinez (436 U.S. 49, 1978)*

在法院中挑戰姓氏綁身分：106年度原訴字第2號

- 原告：應依自我認同原則，以血緣關係依據原住民身分法第二條第一項准予原民身分登記
  - *姓氏綁身分為立法者所發明之主觀要件，與原住民族傳統不符*
  - *不當連結姓氏與身分，限制個人選擇姓名與追求自我認同之基本權利*
  - *原住民女性無法傳承原民身分給子女，構成性別歧視*
  - *以漢族姓氏觀凌駕原住民傳統，有種族歧視之虞*
- 被告：依法行政，且並未限制使用「姓」
- 法院：
  - *立法者就男女平等、各族差異與法安定之價值衡量的立法*
  - *從母方原住民之傳統名字即可取得身分，且可使用傳統名字，並無性別歧視，亦無種族歧視*
  - *現行法採血統主義＋認同主義，文化認同重要性更勝於血統，不使用原名即欠缺文化連結*

院總第1722號　委員提案第 19050 號

1050506 一讀

- 修正條文：第四條　出生時父或母為原住民者，取得原住民身分。
- 修正理由：
  - *一、修正本條規定，採取「雙系血統主義」之身分認定方式。*
  - *二、中華民國憲法第七條所揭示之平等權，並非為絕對、機械之形式上平等，而係為保障人民在法律上地位之實質平等。其中針對涉及「性別平等」之案件中，大法官解釋採取第三六五號解釋，採取中度之審查標準，僅於「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」所為之差別待遇，始有合憲之可能。*
  - *三、依據我國國籍法第二條第一款規定，「出生時父或母為中華民國國民者，取得中華民國國籍」，又蒙藏身分之取得，依據蒙藏族身分證明條例第三條第二項規定，「親生父母之一方為蒙藏族者，得取得蒙藏族身分。」是以，原住民族身分之取得與漢族、蒙族及藏族身分之取得產生差別待遇。*
  - *四、依據憲法第二十二條所保障之人格權為重大基本權，人格權為個人人格之基礎，其保護範圍包括生命、姓名、血統等。司法院大法官解釋第五八七號理由書指出「子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障」足見，原住民身分法以「姓氏綁身分」血統認定，已嚴重侵害原住民之人格權，有修正之必要。*

結語