

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*

陳靜慧**

摘 要

間接歧視措施是指表面上中性的規定，形式上不構成直接歧視，但其適用的結果使屬於具有特定人別特徵群體者，受到顯著不利的影響，且此事實上存在的差異效果不能被正當化。間接歧視之概念著重法律適用結果呈現之事實上的不平等，及「特定群體」而非「個人」所受不利影響。基於上開特別之處，因此有對間接歧視建構不同於直接歧視釋義學的必要性。本文首先觀察間接歧視於國際人權法層次的發展軌跡，接著以對於間接歧視釋義學的發展程度相較其他國際法院為完整的歐洲人權法院相關判決，以及影響歐洲人權法院採納間接歧視概念的歐洲法院與間接歧視有關的案例為素材，分析間接歧視概念的構成要件，特別是「顯著不利影響」之認定標準，正當化事由之審查模式，以及司法審查實務上會遭遇的舉證責任如何分配之問題。最後總結評論間接歧視概念在歐洲人權公約與歐盟法體系之實踐狀況，並抽繹出可供我國未來在建構防止間接歧視法制或釋憲實務參考之處。

關鍵詞：直接歧視、間接歧視、顯著不利影響、歐洲人權法院、歐洲法院、歐盟反歧視指令、舉證責任。

* 投稿日：2014年2月25日；接受刊登日：2014年8月28日。〔責任校對：洪瑋辰〕。

** 國立臺北大學法律學院法律學系助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/10401151.pdf>。



目 次

壹、前言	肆、正當化事由之審查
貳、間接歧視之功能定位、概念 內涵及成立要件	一、正當化事由審查之功能定 位
一、間接歧視之概念在國際人 權法上的發展軌跡	二、歐洲人權法院審查間接歧 視措施正當化事由之實務
二、間接歧視概念的功能定位	三、歐洲法院審查間接歧視措 施正當化事由之實務
三、從歐洲區域人權法之觀點 定義間接歧視之概念內涵 及成立要件	四、兩院判決綜合評析
參、「顯著不利影響」(Erheblicher Nachteil) 的認定標準	伍、間接歧視案件的舉證問題
一、歐洲人權法院用以認定 「顯著不利影響」的標準	一、歐洲人權法院審查間接歧 視措施之舉證責任分配規 則
二、歐洲法院認定「顯著不利 影響」之實務	二、歐洲法院審查間接歧視措 施之舉證責任分配規則
三、兩院判決綜合評析	三、兩院判決綜合評析
	陸、結語

壹、前言

憲法上的平等權保障人民平等享有憲法及法律上權利。平等權的效力包括兩個層面，從積極面來看，表現為要求國家採取積極措施，以實現真正的平等。另一方面，要求國家以消極的、不作為的方式保護人民的權利，即所謂的禁止歧視原則。平等權涵蓋的範圍較廣，而禁止歧視是平等權必然包括的內涵¹。禁止歧視原則的目

¹ 關於平等原則與禁止歧視原則兩概念的關係，參見李孟玠，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（1995年）。

的在於輔助與強化平等權的功能，禁止基於與個人實際能力無關之因素，例如性別、種族、宗教、出生地等，對具有此等人別特徵者產生非理性偏見，使其受到較不利的對待。這些人別特徵之所以禁止作為差別待遇標準，乃是基於人性尊嚴之意旨，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有不同²。禁止歧視原則最初著重於防止個人因具特定身分即遭受較不利之待遇，對抗的歧視型態乃是直接歧視（*unmittelbare Diskriminierung*; *direct discrimination*）措施，然而，只禁止直接歧視無法解決人民因為根深蒂固的社會不平等結構所造成之實際上存在的歧視與不平等對待。在這種情況下，該個體之所以遭受不利待遇的根本原因是其所屬群體在整個社會中處於不利地位所致。為了改善社會中某些群體的不利地位以實現實質平等，反應在近幾十年來反歧視法上的發展之一，是確立「間接歧視」（*mittelbare Diskriminierung*; *indirect discrimination*）的概念，並且肯認此種型態的歧視措施為禁止歧視原則效力範圍所涵蓋者。

間接歧視的概念濫觴於美國最高法院1971年 *Griggs v. Duke Power Co.* 案。該判決明確承認「差別影響」（*disparate impact*）也是民權法第七編所禁止的歧視類型之一。而所謂差別影響指的是一項表面中立、無歧視故意的法令或措施，卻會對某一群體及其成員產生不成比例的不利效果³。以 *Griggs* 案之事實為例說明，該案的原告控訴雇主設定在該公司待遇較好的部門工作，必須具有高中文憑或通過一項智力測驗違法。此項規定雖然一體適用於所有人，但結

2 SANDRA FREDMAN, *DISCRIMINATION LAW* 227-30 (2d ed. 2011).

3 該判決認定 1964 年民權法第七編不僅禁止直接歧視，而且也禁止形式上公平但卻導致歧視性後果的實踐。參見黃昭元，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 23-24 (2012 年)；Michael Selmi, *Indirect Discrimination: A Perspective from the United States*, in *NON-DISCRIMINATION LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES* 213, 214 (Titia Loenen & Paulo R. Rodrigues eds., 1999).

果卻對大部分黑人不利。因為根據1960年的統計，只有12%的黑人男性完成了高中教育，而有34%的白人男性完成了高中教育。在智力測驗的部分，約有58%的白人通過雇主的測驗，而只有6%的黑人通過測驗⁴。由於黑人擁有高中文憑者或能通過智力測驗者之比例遠低於白人，此項規定實際上對黑人族群與白人族群有差別影響存在。據此，此種歧視類型在美國法上被稱為「差別影響歧視」(disparate impact discrimination)⁵。這個在美國發展出來的歧視類型，嗣後很快地跨越大西洋為英國法所接受，之後再傳到歐陸。源自於美國法上的「差別影響歧視」概念，在歐洲國家一般稱為「間接歧視」(indirect discrimination)⁶。

雖然截至目前為止，我國釋憲實務上涉及平等權問題的措施多屬於直接歧視的型態，但我國大法官解釋亦於釋字第666號解釋中首度實質援用間接歧視之概念⁷。該號解釋認定系爭之社會秩序維護法第80條第1項第1款規定，以「意圖得利與人姦宿」作為裁處罰

4 MICHAEL CONNOLLY, DISCRIMINATION LAW 152 (2d ed. 2011).

5 黃昭元(註3)，頁22；see also *id.* at 153.

6 FREDMAN, *supra* note 2, at 178.

7 除了司法院釋字第666號解釋，司法院釋字第490號解釋實際上也涉及間接(宗教)歧視的爭議。司法院釋字第490號解釋之聲請人為「耶和華見證人」，其基於信仰在良心上拒絕參與任何與軍事有關之活動，故在應徵入營報到時，即表示在良心上無法接受軍事訓練。雖然如此，仍被依陸海空軍刑法以抗命罪判處有期徒刑。其在釋憲聲請書中提到兵役法第1條關於男子皆有服兵役義務之規定，並未考量個別男子所持之宗教信仰是否包括真摯地不參與任何形式之戰爭，而一律令其服役。雖然表面上不同宗教信仰者所獲待遇相同，但實際運作上，卻對具真摯的不參與任何形式之戰爭之信念的宗教信仰者造成打壓，而使持該類宗教信仰之男子，與持其他種類宗教信仰之男子，獲不平等之法律上待遇。後者之男子仍得在服兵役時保有或實踐其宗教信仰，而前者之男子卻須於服役時背棄其宗教信仰，或因堅持其宗教信仰而被處以刑罰，顯係依宗教信仰之不同而遭不同之待遇。聲請人實際上指摘的是系爭規範之適用有差異效果，因而有間接宗教歧視的疑義。大法官在司法院釋字第490號解釋中認定「兵役法第一條規定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，……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」，並未採納間接歧視的概念。

緩之要件，僅處罰性交易圖利之一方，惟「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……與憲法第七條之平等原則有違」。許宗力大法官於其針對此號解釋所提出之協同意見書中，直接稱系爭規定為「間接之性別差別待遇」。不過司法院釋字第666號解釋並未就間接差別待遇的審查標準，包括何時存在差別影響、以及被指摘為間接差別待遇措施可否與如何正當化為闡釋。既然司法院釋字第666號解釋實質上已將間接歧視納入我國憲法第7條平等權之保障範圍，且隨著人權保障水準與平等意識的提升，直接歧視的問題固然仍會存在，但未來可能會出現愈來愈多的間接歧視措施，探討間接歧視的內涵與適用之違憲審查模式有其實益。我國目前對間接歧視制度為介紹之文獻，多集中於與就業歧視問題有關者，並且以美國法為主要之參考法例⁸。鑑於間接歧視的概念目前在國際與區域人權法上或多或少業已奠定初步基礎，國際或區域人權法院就此所發展出來的審查標準，乃是抽離各會員國法秩序文化亦能適用，且各會員國之審查基準，對我國釋憲實務如何具體化間接歧視的審查標準應有高度參考價值。是以，本文首先以觀察間接歧視於國際人權法層次的發展軌跡，釐清間接歧視的功能定位及概念內涵（貳、），接著以對於間接歧視釋義學的發展程度相較其他國際法院為完整的歐洲人權法院相關判決，以及影響歐洲人權法院採納間接歧視概念的歐洲法院實務中與間接歧視有關的案例為素材，分析間接歧視概念的構成要件（參、），間接歧視正當化事由之審查模式（肆、），以及實際適用此概念時會遭遇的舉證問題及其解決方式（伍、）。最後總結評論

8 例如焦興鎧，美國聯邦最高法院與就業歧視問題，收於：勞工法與勞工權利之保障——美國勞工法論文集（一），頁 329-388（1995年）；謝棋楠，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，全國律師月刊，12卷4期，頁 14-35（2008年）；黃昭元（註3），頁 1-63。

間接歧視概念在歐洲人權公約與歐盟法體系之實踐狀況，並抽繹出可供我國未來在建構禁止間接歧視法制或釋憲實務參考之處（陸、）。

貳、間接歧視之功能定位、概念內涵及成立要件

一、間接歧視之概念在國際人權法上的發展軌跡

在聯合國的人權法體系下，聯合國與反歧視有關的人權公約在條文上雖未直接使用間接歧視的用語，但多個以反歧視為締結宗旨的公約對於歧視之定義，都涵蓋從效果面來看的歧視型態，實質上將間接歧視納入公約的效力範圍，例如：聯合國大會於1965年通過之「消除一切形式種族歧視公約」（International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, CERD）第1條⁹、1979年通過之「消除對婦女一切形式歧視公約」（The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, CEDAW）第1條¹⁰、2006年通過之「身心障礙者權利公約」（The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD）第2條¹¹

9 該條文定義種族歧視為 “[A]ny distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”（底線為作者所標示）。

10 該條文定義對婦女歧視為 “[A]ny distinction, exclusion, restriction or preference 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.”（底線為作者所標示）。

11 該條文定義對身心障礙者歧視為 “[A]ny distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights

皆屬之。另一方面，依據各人權公約設置的監督委員會，在其所發布之各類文件中，則曾明確地援用間接歧視的概念¹²。尤其是負責監督聯合國公民權利和政治權利公約執行的人權事務委員會（UN Human Rights Committee, HRC），其在多個決定中強調，直接歧視與間接歧視皆為公民權利和政治權利公約第26條禁止歧視原則所禁止者¹³。不過，截至目前為止，雖曾有指摘締約國以間接歧視措施不法侵害其受公約保護權利之申訴案，但卻尚未有最後被人權事務委員會認定為違反聯合國相關反歧視公約者¹⁴。因此，迄今在聯合國人權公約體系下，就間接歧視尚無從發展出一套明確審查模式。

在區域國際法的層級上，歐體／歐盟法是最早承認間接歧視概念者。禁止歧視原則是歐洲聯盟基本權利憲章明文保障的權利之一，該憲章第21條第1項禁止歐盟法規範以該條項所例示之人別特徵為差別待遇。事實上，在此基本權利憲章生效前，禁止歧視原則在歐洲法院一系列判決中即已被肯認為居於歐盟法體系主要法位階（*Primärrecht*）之一般法律原則，憲章第21條第1項只是將原已存在

and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.” 並且強調 “includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation.”（底線為作者所標示）。

12 這些文件之種類包括各監督委員會對各締約國所提出的建議（recommendations）、一般性評論（general comments）、審議個人聲稱其人權遭到公約締約國侵害的決定（jurisprudence）、對締約國提出人權報告為審議之結論及建議（concluding observations and recommendations），參見 WOUTER VANDENHOLE, *NON-DISCRIMINATION AND EQUALITY IN THE VIEW OF THE UN HUMAN RIGHTS TREATY BODIES* 36-85 (2005)。

13 例如 U.N. Doc. CCPR/C/78/D/998/2001, Communication No. 998/2001, Rupert Althammer et al. v. Austria, § 10.2; U.N. Doc. CCPR/C/80/D/976/2001, Communication No. 976/2001, Cecilia Derksen v. The Netherlands, § 9.3。參見 VANDENHOLE, *supra* note 12, at 58-59。

14 人權事務委員會在 1989 年曾受理一件住在加拿大的錫克教信徒提出的申訴案。他因為宗教信仰的關係，拒絕遵守在工作場所依法必須配戴安全帽的規定，人權事務委員會審議的結果認定該申訴無理由，因為即便這個規定對錫克教信徒造成事實上的不利影響，但系爭規定以保護勞工安全為目的，足以作為正當化事由。U.N. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986, Communication No. 208/1986, Singh Bhinder v. Canada, § 6.1。

之「不成文」歐盟法一般法律原則予以成文化¹⁵。雖然前開憲章條文沒有提到間接歧視的概念，在歐體／歐盟基礎條約之其他主要法位階規範中也未明文提及，不過一般認為禁止間接歧視亦在前開憲章條文之保障範圍內¹⁶。因為歐洲法院在憲章生效前，早已肯認間接歧視是歐盟法所禁止之歧視類型，並以判例法的方式奠定此概念在歐盟法上發展之基礎。歐洲法院最初是在1974年於一個有關禁止國籍歧視的判決中表示，禁止國籍歧視原則不僅禁止會員國直接以國籍為標準為差別待遇，也禁止包括以住所、出生地或母語作為差別待遇標準，因為這會對其他歐盟會員國國民產生事實上不利差別待遇的效果¹⁷。在此之後，間接歧視的概念被歐洲法院廣泛地運用在與性別歧視有關的案件，並且透過判決逐步具體化間接歧視的構成要件與審查標準。這些與間接歧視有關的判決見解，目前已在歐盟法派生法層級的多個反歧視指令（以下稱這批2000年之後公布的反歧視指令為「新一代反歧視指令」）¹⁸中被成文化，就認定間接歧視的構成要件與正當化事由明文規定。

15 Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union: GRCh, 2010, Art. 21 Rn. 1.

16 Sven Hölscheidt, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., 2006, Art. 21 Rn. 28; Thorsten Kingreen, Gleichheitsgrundrechte, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., 2009, § 17 Rn. 21.

17 EuGH, 12.2.1974, Rs. 152/73, Sotgiu, Slg. 1974, 153, Rn. 11.

18 例如 RL 2000/43/EG (Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, kurz: Antirassismusrichtlinie)「實施不論種族或民族背景對個人平等對待的原則」指令，簡稱「反種族歧視指令」(Antirassismusrichtlinie)；RL 2000/78/EG (Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, kurz: Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie)「禁止在就業領域（不包括社會保險和其他社會保護領域）基於宗教信仰、殘疾、年齡或性取向的歧視」指令，簡稱「就業框架指令」(Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie)；RL 2004/113/EG (Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, kurz: Unisex-Richtlinie)「獲取及供應商品與勞務男女平等待遇指令」，簡稱「男女平等指令」。

禁止歧視原則在歐洲人權公約中的條文依據是公約第14條，該條文在文字上沒有提到間接歧視的概念。早期歐洲人權法院的判決中雖曾提到認定與適用公約第14條的歧視概念時，應考量的面向包括系爭措施的「效果」¹⁹，似乎肯定間接歧視也是公約第14條所禁止的歧視類型。但有很長一段時間，歐洲人權法院對於間接歧視概念採取保留的態度，學界因此曾形容間接歧視在歐洲人權公約體系中，是一塊晦暗不明的區域（Schattendasein）²⁰。或許是受到聯合國人權公約體系與歐盟法廣泛採納間接歧視概念的影響²¹，歐洲人權法院在距今不到10年前，才開始在判決中逐步肯認間接歧視的措施亦為公約第14條所禁止者²²。由於公約第14條的禁止歧視原則必須在公約保障的其他權利受侵害的情況下才能併予主張（Akzessorietätsfordernis），為彌補公約第14條對於平等權保障之不足而制訂的歐洲人權公約第12號附加議定書第1條規定，使得平等保障不再限於有公約所保障的其他權利受侵害時才可主張，而是可以獨立於其他公約所保障的權利加以請求。雖然公約第12號附加議定書第1條與公約第14條規定一樣，在條文文字上並未使用間接歧視的概念，但也沒有明示將間接歧視排除在該議定書的保護範圍外，解釋上其保障範圍可以涵蓋間接歧視。公約第12號附加議定書第1條規定，使更多的事務領域可被納入公約平等保障所及的範圍。基此，應可預見未來歐洲人權法院的判決中，與審查間接歧視有關之案件會愈來愈多，間接歧視概念的重要性也會隨之提昇²³。

19 EGMR, 23.7.1968, Belgische Sprachenfall, Nr. 1474/62 = EuGRZ 1985, S. 298 ff.

20 Doris König/Anne Peters, Das Diskriminierungsverbot, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Kap. 21 Rn. 69.

21 OLIVIER DE SCHUTTER, THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION UNDER EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW 23 (2011).

22 CHRISTA TOBLER, LIMITS AND POTENTIAL OF THE CONCEPT OF INDIRECT DISCRIMINATION 14 (2008).

23 Tilmann Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 271.

間接歧視的概念在美洲人權體系中也已經被接受。美洲人權法院在2005年的一個判決中（也是該院目前為止唯一的一個）²⁴，肯認間接歧視措施在美洲人權公約第24條加上第1條的審查範圍內。美洲人權委員會則曾在一份有關婦女受暴的國情研究報告中援引前揭美洲人權法院判決，同時指出加拿大與哥倫比亞兩會員國的憲法明文承認間接歧視的概念²⁵。在非洲地區，由非洲53個國家批准通過的非洲人權與民族權利憲章所設立、負責接受控訴締約國違反憲章規定之非洲人權與民族權利委員會，尚未曾對於是否採納間接歧視的概念表示立場。不過，從非洲幾個有影響力的大國的憲法中已經承認間接歧視概念這點看來，可以期待該委員會未來採納間接歧視概念的可能性很高²⁶。

二、間接歧視概念的功能定位

由上可見，間接歧視的概念已在不同國際及各區域國際人權法體系、甚至個別國家的憲法中廣泛地被接受，只是實踐狀況與發展程度不一。各法體系不約而同地將間接歧視納入禁止歧視原則的保障範圍的趨勢，可以從間接歧視的功能定位來加以理解。禁止歧視原則最初著重的是直接歧視的面向，禁止以敏感的人別特徵——例如種族、性別、宗教、殘障、性傾向——為差別待遇，只要法律非採取（禁止歧視原則條款）所列舉或例示之禁止作為區別標準的人別特徵為差別待遇，則未違反禁止歧視原則，即便系爭措施平等適用於所有人卻對不同群體產生不一樣的效果亦同。然而，平等對待沒有辦法消除既存之事實上（立足點）不平等，甚至還可能加劇適用結果不平等的狀況。針對禁止直接歧視原則前開盲點：無法解決

²⁴ Inter-Am Ct. H.R., Judgment of September 8, 2005, *The Yean and Bosico Children v. Dominican Republic*, Serie C, No. 130 (2005).

²⁵ Inter-Am. Comm'n H.R., 20 January 2007, *Access to justice for women victims of violence in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 68, §§ 93-96 (2007).

²⁶ *Altwickler* (Fn. 23), S. 272.

因社會、經濟等結構性因素所導致對於具特定人別特徵者，有高比例遭受較不利之法律適用結果，應運而生的便是禁止歧視原則的禁止間接歧視面向。與直接歧視相較，間接歧視也是以保障具敏感人別特徵者為目的，但直接歧視禁止的是對特定群體之直接干預措施，間接歧視概念則著重於檢視特定規範或措施的「效果」層面；此外，間接歧視關注的焦點偏重在特定「群體」的不利益，而此不利益是因「結構性因素」所引起，不同於直接歧視主要處理「個體」因「規範本身所為之差別待遇」所受不利益。間接歧視概念是要將那些與直接歧視具有相近效果者，也列入禁止歧視原則的適用範圍，以挑戰那些在社會中被認為自然而然的、普遍接受的傳統規則——這些規則形式上對每個人普遍適用、沒有明顯偏見或敵意，但它們卻產生了排斥弱勢群體的不利後果。綜觀前揭分析間接歧視與直接歧視之比較，可以說間接歧視的概念的功能是要讓禁止歧視原則的效力能達到最全面的發揮²⁷，亦即針對無從被認定為直接歧視措施者，進一步檢視其適用是否有差異效果。間接歧視概念的承認，表彰平等的內涵從形式平等的主張轉進為一種追求實質平等的概念²⁸。

然而，間接歧視的概念就促使禁止歧視原則效力得到完全之發揮的目標而言，仍有其功能上的侷限性。承認間接歧視的概念固有使禁止直接歧視原則所忽略的結構性實質不平等的問題浮上檯面的作用，但即便個案中所指摘的間接歧視措施被認定為違反禁止歧視原則，仍無法根本解決結構性不平等的問題。換言之，要解決結構性的不平等，只採納間接歧視的概念還不夠。法制設計上常要有的配套措施，是經由立法者課以國家機關甚至私人，自願或非自願地

27 König/Peters (Fn. 20), Kap. 21 Rn. 62.

28 Titia Loenen, *Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, in NON-DISCRIMINATION LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES 195, 198-99 (Titia Loenen & Paulo R. Rodrigues eds., 1999).

採取積極措施（affirmative action），以扭轉歷史上累積的歧視後果，提高處於不利地位的群體在社會各個領域的代表性，使他們與其他人處於事實上的平等²⁹。積極措施與間接歧視概念功能相同之處在於，兩者最終目的同在對抗結構性歧視、同為追求實質平等。後者主要透過司法機關提供救濟途徑，必要時可以廢棄具有差異效果的規範或措施，但司法機關沒有重塑或建構新的法規範的權限，必須仰賴立法機關立法改變現行之主流標準。司法機關扮演的是指出具有歧視效果的措施、以及確認結構性不平等的存在，但僅藉由間接歧視概念無法達成實質平等的目標，立法者採取積極措施消除既存的結構性不平等，是達成實質平等之終極目標不可或缺的要素，兩者必須相輔相成才能達成實質平等的目標。

三、從歐洲區域人權法之觀點定義間接歧視之概念內涵及成立要件

雖然歐洲人權法院採納間接歧視概念的時間不長，因此其就間接歧視審查架構尚在發展中，但相較其他區域人權法院發展間接歧視釋義學的程度，卻已是比較完整的³⁰。而該院逐步接受與建立間接歧視釋義學的過程、困難與迄今之成果，恰有提供也處於發展間接歧視概念釋義學初始階段的我國參考的實益。另一方面，將禁止歧視原則視為重要一般法律原則的歐盟法體系，目前已經進展到將先前歐洲法院判決所建立之間接歧視概念與審查標準（在派生法位階）成文化的階段，倘若我國要在法律位階落實間接歧視概念，則相關指令可以提供我國在立法技術上的參考。此外，在歐盟多個反歧視指令已將間接歧視概念具體化為條文之後，歐洲法院如何解釋與適用該等與間接歧視有關的規定，也是值得觀察的重點之一。因

²⁹ *Id.* at 204-05；關於積極措施之中文文獻，參見焦興鎧，論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力，長庚人文社會學報，2卷1期，頁53-99（2009年）。

³⁰ TOBLER, *supra* note 22, at 14.

此本文選擇以歐洲人權法院及歐洲法院就間接歧視概念所發展出來的釋義學作為觀察焦點。

歐盟反歧視指令將歐洲法院認定間接歧視措施的標準明文化，以反種族歧視指令（RL 2000/43/EG）第2條第2項第b款為例，間接歧視是指一形式上中性的規範、標準或程序，適用結果對屬於特定群體者產生特別不利（*in besonderer Weise*）的效果。除非可以證明此等造成差異效果的規範是為了追求正當的目的，而且系爭規範採取的手段就前開目的的達成是合適且必要的，才能予以正當化³¹。所謂「中性的規範」，指的是該規範理論上可能適用於任何人；而對特定群體產生「特別不利的效果」，則是指系爭特定群體與其他得適用該規範的主體相較而言，而比較的前提則是該規範原來預設「在法律適用結果上呈現特別不利益的群體」與「其他主體」兩者是居於可相比較的類似地位。此外，依據前開歐盟反歧視指令的規定，並不是只要適用規範產生差異效果，就是禁止歧視原則所絕對禁止者，如果能夠證明系爭規範是基於一客觀正當的目的，換言之，與歧視受反歧視指令保護的目標群體無關，且該規範所採手段能通過比例原則的檢驗，則系爭規範並非歐盟法所禁止的措施。

歐洲人權法院大致上是依循著前開歐盟反歧視指令的規定方式來定義歐洲人權公約第14條所禁止的間接歧視型態：一項在形式上是中性的、一般性的政策或措施，卻對某一具有可疑人別特徵（*verdächtige Merkmale*）之群體產生不合比例的不利效果（*in Form unverhältnismäßiger nachteiliger Auswirkungen*）者³²。針對這種形式上中性、事實上具有差異效果的規範與措施，歐洲人權法院容許此

31 其他反歧視指令亦有相當於反種族歧視指令（RL 2000/43/EG）第2條第2項b款之規定，例如就業框架指令（RL 2000/78/EG）第2條第2項b款及男女平等指令（RL 2004/113/EG）第2條b款。

32 EGMR (GK), 13.11.2007, D. H. u.a./Tschechische Republik, Nr. 57325/00, Rn. 184; EGMR, Opuz/Türkei, 09.06.2009, Nr. 33401/02, Rn. 183; EGMR, Zarb Adami/Malta, 20.06.2006, Nr. 17209/02, Rn. 80.

等措施——比照該院審查直接歧視措施之作法——有正當化的可能，亦即，若對於此等措施能提出客觀且合理的正當化事由，則不違反公約第14條規定，反之，如果該等措施並非為了追求正當之目的，或者所採取的手段就所欲達成的目的以觀不合比例者，則該造成差異效果的措施會被認定為牴觸公約³³。

雖然前開歐盟法與歐洲人權公約對於間接歧視之定義在細節上有差異，但仍可抽繹出以下共通的點：

1. 一項採用中性的區別標準的規範（非以禁止作為差別待遇之人別特徵為區別標準）或一項普遍適用的一般性措施；
2. 此措施適用之結果呈現具有某一受保護人別特徵的群體的成員，相較於其他處於可比較之相類似地位者，受到顯著不利的影響；
3. 此事實上存在的間接歧視（差異效果）不能被正當化。

其中1. 及2. 是成立間接歧視的前提要件，但符合了這兩點不代表已成立所禁止之間接歧視，若能證明事實上所呈現的差異效果非出於歧視目的，而是為了追求一正當目的、且手段合比例，仍能加以正當化，換言之，可以推翻因符合要件1. 及2. 成立間接歧視之推定。正當化事由審查（3.）的功能在於限縮間接歧視成立的可能，以解決間接歧視構成要件（1. 及2.）產生之涵蓋範圍過廣的問題³⁴。值得一提的是，無論歐洲人權法院或歐洲法院的判決見解皆認為³⁵，個案中被推定為間接歧視之措施是否基於主觀上「歧視意

³³ *Europäische Agentur für Grundrechte (FRA)*, Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht, 2011, S. 52 f.

³⁴ *Kingreen* (Fn. 16), Rn. 49.

³⁵ 歐洲人權法院、歐洲法院、美洲人權法院與聯合國人權事務委員會之實務皆採相同見解。參見 *Altwickler* (Fn. 23), S. 301-303。於此有不同的實踐的是美國聯邦最高法院的見解，其要求如要主張美國憲法層次上的差別影響歧視，除了要

圖」而為，並非所問。不將主觀歧視意圖列為認定間接歧視之構成要件，一則是因為多數情況為歧視措施者不會明示其為差別待遇是因為受不利待遇者具有的特定人別特徵，要論斷這種存在行為人心中的主觀動機，是非常困難的一件事；此外，主觀歧視意圖本來就不是發展間接歧視概念所預設要解決的問題，間接歧視概念針對的是會導致特定族群成為遭受不利益效果者的「結構」³⁶。間接歧視之構成要件不包括主觀歧視意圖，表示即便被控訴歧視的一方證明其非出於歧視的動機，亦不生推翻歧視推定之效果³⁷。歐洲人權法院曾在判決中表示，即便系爭措施係出於「良善的動機」而為（*in guter Absicht oder in gutem Glauben*），於間接歧視是否成立之認定亦完全無影響³⁸。下文將以上開結構為基礎，觀察歐洲人權法院與歐洲法院如何在判決中發展間接歧視概念的釋義學，包括「顯著不利影響」（*Erheblicher Nachteil*）如何認定，這是實務上在認定是否成立間接歧視之推定時最為困難的環節，以及法院如何進行「正當化事由的審查」（*objektive Rechtfertigungsprüfung*）。

參、「顯著不利影響」（*Erheblicher Nachteil*）的認定標準

間接歧視成立的前提之一是系爭中性規範適用之結果呈現「具有某一受保護特徵者之群體」相較於「其他處於可比較之相類似地位者之群體」有顯著差異。數據（*statistics*）——「從數量來看占

證明有不成比例的不利差別效果外，還要證明有歧視目的或意圖（*discriminatory purpose or intent*），參見黃昭元（註3），頁44。

³⁶ Loenen, *supra* note 28, at 201.

³⁷ 參見 EuGH, 10.07.2008, Rs. C-54/07, Slg. 2008, I-5187, Feryn, Rn. 31.

³⁸ EGMR (GK), 13.11.2007, D.H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 79. 在 *D.H.* 案中，捷克政府主張將吉普賽族的學童轉介到特殊學校的措施，是出於「幫助」他們克服語言障礙及因此連帶產生學習障礙的問題而為。

高比例」(quantitative-proportional)——雖是歐洲人權法院與歐洲法院最常被用來證明特定族群受顯著不利影響的依據，但兩院都分別有以數據之外的資料作為「顯著不利影響」之認定基礎的實踐，以下分析之。

一、歐洲人權法院用以認定「顯著不利影響」的標準

(一) 統計數據上的高比例作為主要認定依據

歐洲人權法院認定「顯著不利影響」時的主要依據是數據資料。該院不曾表示超過多少百分比是所謂的「顯著」差異，這必須依據個案情況來作判斷，例如即便同為涉及男女間接差別待遇的案件，足以認定有顯著不利影響的百分比門檻也不相同：歐洲人權法院曾在男性受較不利影響的人數比例較女性多出94%及50%的情況，認定有間接歧視的事實，但也曾在女性受不利影響者較男性的比例多出29.4%時，認定已該當事實上受「顯著不利影響」之要件³⁹。

(二) 受不利影響者全數皆為同一特定群體的成員

在*Oršuš*案2010年的判決中，歐洲人權法院（大分庭）指出間接歧視的存在不一定要以數據來證明，若受不利益影響的主體清一色都是屬於某一具有受保護特徵的群體者，則不論其人數占該群體總數的比例為何，都足以認定有間接歧視的存在。本案基礎事實為，在克羅埃西亞的小學裡設有一種特別班級，小學裡若有克羅埃西亞語語言能力有障礙的學童，得經由原班導師評估進而轉介到此種特別班級。申訴人等最初分別就讀於不同小學的正常班級，但之後皆因語言能力不足被轉介到特別班。在其中一位申訴人就讀的小學裡，就讀該校之吉普賽族學童中有超過一半以上被轉介到特別

³⁹ *Altwickler* (Fn. 23), S. 289, Fn. 970.

班，但在另一申訴人就讀的小學裡，就讀該校之吉普賽族學童只有36%在特別班就讀。該院認為，前開數據只能說明轉介吉普賽族的學童到特別班不是一項普遍、專對吉普賽族學童實施的措施，因此不能以數據來「推定」(prima facie-Beweis)間接歧視的存在。但在本案中，該項為扶助語言能力較弱的學童所實施的一般性措施的實施結果，顯示在特別班裡「都是」(ausschließlich)吉普賽族的小孩，故該院仍肯認本案有事實上差別待遇⁴⁰。換言之，在沒有數據作為表面證據的情況下，還是可能推定間接歧視的存在。

(三) 用以判斷顯著不利影響存在與否之數據採計方式

從歐洲人權法院(大分庭)2010年*Oršuš*案的判決，還可以延展出另一個值得討論的議題是，該院在判決中處理「數據」的方法：大分庭於本案選擇以「系爭個別小學的學童」，而非「全國同年紀的吉普賽族之學齡兒童」作為「相比較群體的範圍」。這樣一來，「數據上是否呈現差別影響的事實」這個問題的答案，就取決於就讀於「同一個小學」的吉普賽族小孩中有多少比例被轉介到特別班。這裡引發的疑義是，在認定受有「顯著不利影響」時，要以申訴人所受的不利益程度(具體——個別不利益，*konkret-individuelle Betroffenheit*)來判斷，或者應以受不利益的整個群體(抽象——個別不利益，*abstrakt-individuelle Betroffenheit*)所受不利益為準。歐洲人權法院就這個問題似乎還沒有定見。在2006年的*D.H.*案(分庭)判決中，該院傾向於以申訴人所受的不利益程度(具體——個別不利益)為準。本案基礎事實略為，幾名捷克籍、吉普賽族的申訴人指控，他們在1996及1999年間，依據一項測驗的施測結果被認定為有學習障礙的學童，因此被轉介到特殊小學去就讀，進而主張他們平等受教育的權利受到侵害。分庭以申訴人無法證明他們沒有學習上的障礙，而且轉介到特殊小學有先取得他們父

40 EGMR (GK), 16.03.2010, *Oršuš u.a./Kroatien*, Nr. 15766/03, Rn. 152.

母的同意為由，在判決中認定申訴人的主張無理由。雖然分庭在判決中引述了若干國際組織對於吉普賽族小孩在捷克要進入正常小學就讀有困難的狀況感到憂慮的報告，但該分庭認為評估整個大環境的狀況並非歐洲人權法院的任務，該院只要就申訴人的個別狀況為審查與評估即可⁴¹。大分庭就*D.H.*案在2007年所為的判決中，改採以受不利益的整個群體（抽象——個別不利益）為準，亦即以全國的吉普賽族小孩的狀況來考量是否受有顯著不利益這點⁴²。根據捷克政府官方的資料，在幾個專給有學習障礙學童就讀的特殊小學中，吉普賽族的學童占就讀特殊小學學童80%至90%強，而且，數據顯示捷克國內所有吉普賽小孩中有70%就讀特別小學，故可認定吉普賽族群於此實際上受有顯著不利益。但大分庭在2010年*Oršuš*案⁴³判決中，卻未維持2007年*D.H.*案判決的作法，而是以申訴人所處小學的狀況來判斷是否受有顯著不利益，換言之，是以申訴人所受的不利益程度（具體——個別不利益）為準。本文認為，從禁止直接歧視與禁止間接歧視預設要解決的問題出發來思考：前者關注的重點在於個人所受到的不平等待遇，而後者則關注「特定群體」處於遭受事實上不平等的狀態，則顯著不利影響應以「抽象——個別不利益」作為判準較為適當。若從間接歧視概念之功能在對抗結構性歧視切入，同樣可以導出應以受不利益的整個群體（抽象——個別不利益）作為判斷顯著不利影響的標準，才與間接歧視概念的功能相呼應。不過，這不代表主張間接歧視的權利性質是「群體性權利」，有權申訴與指摘間接歧視的主體仍是（屬於特定群體的）個人，只是認定是否成立間接歧視時考慮的是其所屬族群整體所受不利益⁴⁴。

41 EGMR (K), 07.02.2006, D.H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 49.

42 EGMR (GK), 13.11.2007, D.H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 209.

43 EGMR (GK), 16.03.2010, Oršuš u.a./Kroatien, Nr. 15766/03, Rn. 152 ff.

44 Olivier de Schutter, *Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law*, 57 N. IRELAND LEGAL QUARTERLY 1, 21 (2006).

二、歐洲法院認定「顯著不利影響」之實務

(一) 多元標準認定顯著不利影響

歐洲法院固然在不少案件中也是從統計數據來判斷是否「一族群相對於其他族群受顯著不利影響」，但除典型以數據作為認定差別影響標準外，歐洲法院另有發展出其他認定顯著不利影響之標準。歐盟新一代反歧視指令（指2000年起以當時之Art. 13 EGV為基礎陸續公布的幾個反歧視指令）就判斷顯著不利影響之認定標準不以數據為限，可說是遵循了歐洲法院先前判決所建立之認定間接歧視是否存在採取之多元模式。新一代的歐盟反歧視指令將成立間接歧視的要件之一規定為「某一群體相對於其他群體而言『受到特別不利的影響』（„in besonderer Weise“ benachteiligt werden）」⁴⁵，條文本身未設定只能以數據作為證明差別影響的依據，而是否有受到「特別不利影響」的情況必須由歐洲法院在個案中判斷，顯示間接歧視的概念本質上蘊含高度價值判斷的色彩。從這項本質出發就不難理解，何以數據對於成立間接歧視的判斷雖有其重要性，但卻無法訂出一個通案適用、只要超過該百分比就應認定為間接歧視的數值。

(二) 顯著不利影響之認定以可劃分出相比較群體為前提

若要認定系爭規範之適用結果呈現對於所規範的主體有差別影響之事實，則須先確定是否可以「具有特定可疑人別特徵」與否，作為將受規範的主體區分為兩呈現不同適用效果之群體的標準。*Tyrolean Airways*案涉及一項Tyrolean航空公司的勞工團體協約的規定，依此規定，該公司在敘薪與晉升事項上，不採納受雇員工在其

⁴⁵ 例如反種族歧視指令（RL 2000/43/EG）第2條第2項b款、就業框架指令（RL 2000/78/EG）第2條第2項b款、及男女平等指令（RL 2004/113/EG）第2條b款。

他航空公司累積的經歷，即便該經歷與其在Tyrolean航空公司所從事的工作實質上性質一致。奧地利的法院將此案提交歐洲法院，詢問該勞工團體協約規定是否間接歧視年齡較長員工。歐洲法院認為，雖然系爭團體協約規定造成部分員工因此必須多等待幾年之後才能獲得晉升，但系爭措施未直接以受雇員工之年齡作為差別待遇基準，故不成立直接年齡歧視；系爭規定也不成立間接年齡歧視，即便不排除若干個案可能呈現工作經驗未被採納者相較於工作經驗被採納者年齡高的情況⁴⁶。歐洲法院未清楚地指出本件不符合歐盟指令2000/78/EG第2條第2項b款規定「某一群體相對於其他群體而言受到特別不利的影響」之中的哪一個環節。從歐洲法院不排除「個案」會呈現族群間有年齡大小差距的敘述，似乎是認為受不利影響族群的「量」不夠大。本文認為，本件未能符合「某一群體相對於其他群體而言受到特別不利的影響」要件的原因，是因為無法明確劃定出相比較的群體，蓋年齡本是相對的概念，本件雇主沒有設定特定年齡作為系爭規範適用之標準，無法劃定到達哪個年齡的員工屬於所指之受不利影響之「年長族群」。

(三) 規範本質導致之顯著不利影響

在*O'Flynn*案裡，涉及英國政府對於勞工喪葬費用補助發放的問題，該項補助適用於所有的勞工，但以死亡者的墓地在英國或在英國舉行火葬為申請的前提要件。一位愛爾蘭籍的勞工主張前開規定間接歧視非英國籍的勞工。英國政府對此以「沒有數據顯示前開規範適用之結果對於外籍勞工有特別不利益的狀況」為抗辯。歐洲法院在判決中表示，對於某些從它的本質（*Natur der Regelung*）來判斷必然會產生差異影響的規範，即便未能提出數據，亦足以認定間接歧視的存在。*O'Flynn*案系爭之規定便是這種從規範本質就足

⁴⁶ EuGH, 07.06.2012, Rs. C-132/11, Tyrolean Airways, Rn. 29 = EuZW 2012, S. 549 ff. 本件因不成立間接年齡歧視的推定，因而未進入正當化事由審查的階段。

以認定間接歧視者：對於在英國工作的外籍勞工而言，若其家庭成員發生死亡事件，通常會在英國以外的國家舉行葬禮，因為一般而言其家庭成員都仍生活在該外籍勞工的母國⁴⁷。

（四）微弱但持續存在的差異影響

歐洲法院曾在*Seymour-Smith*案中表示，在差別影響的程度不是很大的情況下，如果不利影響持續不短的期間，仍可能被認定為有間接歧視的存在。*Seymour-Smith*案涉及一項英國的法律，該規定將勞工可以主張非法解僱保護的資格，從受雇必須滿一年延長為兩年。原因案件的原告*Seymour-Smith*女士主張這樣的規定間接歧視女性，因為在同一工作崗位僅短暫停留者女性較男性多。年度勞動力調查曾針對上開兩年條款自1985年至1991年間（1991年為*Seymour-Smith*女士被解僱的那年）之適用影響進行分析。這項研究是以英國全體勞工為母體，調查結果顯示，在1985年時，全英國的勞工共有1,873萬人次，如果兩年條款適用效果是中性的，那麼應該會有848萬人次的男性與544萬人次的女性勞工得主張與適用兩年條款，但結果顯示實際上只有507萬人次的女性勞工適格，也就是實際上約有37萬的女性勞工受到不利影響。以百分比來看，男性勞工中有77.4%具有得主張非法解僱保護之資格，女性勞工中則有68.9%符合得主張非法解僱保護之資格，從1985年持續到1991年大體上皆呈現相同狀況。歐洲法院在抽象理論層面肯認「若只有小幅度差距、但卻持續多年的差別影響」，也足以作為推定有間接性別歧視存在的基礎，其責成內國法院應該綜合考量前開數據的母體及抽樣數是否足以作出可信的數據，以及數據呈現的結果是否與經濟狀況等其他因素有關，作出最後的認定。惟歐洲法院在對內國法院作完前開指示之後附帶地表示，*Seymour-Smith*案中男性與女性受不利影響之百分比差距，「乍看」（auf den ersten Blick）應不足以認定

47 EuGH, 23.05.1996, Rs. C-237/94, John O'Flynn, Slg. 1996, I-2617, Rn. 21.

為「不容忽視的低比例」(erheblich geringerer Prozentsatz)⁴⁸，原則上傾向否定本件可以成立間接歧視之推定。究竟受保護群體之成員受不利影響之比例要高於可相比較群體受不利影響者多少百分比，以及持續的時間要多久，對於間接歧視存在之推定有關鍵性的影響(*Seymour-Smith*案系爭規範生效施行到歐洲法院判決日為止共持續14年之久)，歐洲法院在*Seymour-Smith*案中並未予以闡述，尚賴日後有相關判決作出時，才能進一步觀察與分析。

三、兩院判決綜合評析

綜上分析，可見「數據」為兩院認定「受顯著不利影響者」主要、但非唯一標準。這意味著間接歧視之推定，不只從受不利影響者的「量」(比例高)加以觀察，若受不利影響的實「質」影響程度高，即便受不利影響者占特定群體的比例不高，亦可能成立間接歧視之推定。在以「質」作為間接歧視推定之基礎的情況，歐洲法院*Seymour-Smith*案的判決指出「持續時間的久暫」可作為判斷受不利影響程度高低的參數。本文認為，間接歧視涉及的人別特徵為何，也可於判斷影響程度高低時納入考量。以歐洲人權法院2010年*Oršuš*案為例，本文認為該案判決就「特定群體基數」之劃定有誤，應以「全國同年紀的吉普賽學齡兒童」而非「同一個小學的吉普賽小孩」總數作為計算受不利影響比例的分母。若該判決以「全國同年紀的吉普賽學齡兒童」總數作為受不利影響者之群體，可能會使申訴人所為之間接歧視指摘，無法基於受不利影響者之比例即成立推定，此時可以另從該案所涉者為種族歧視的問題，從質的層面來論證顯著不利影響之存在。歐洲人權法院一再在與種族歧視有關的判決中強調，種族歧視是一種特別令人反感的歧視，並鑑於其危險的後果(in view of its perilous consequences)，各締約國應特別

48 EuGH, 09.02.1999, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith*, Slg. 1999, I-623, Rn. 62-64.

對此問題採取強烈的反應措施⁴⁹。種族歧視的問題必須被嚴正對抗，這樣才能使建立現代民主社會的基礎——尊重多元化的原則與價值——得以確保⁵⁰。基於種族歧視一旦存在，對於被歧視造成不利影響的層面既深且廣，以*Oršuš*案為例，不僅系爭吉普賽族學童之受教育權受影響，其未來發展可能性也全面地受到牽動，至少在間接種族歧視的案例，於認定顯著不利影響的要件時，應該將關照重點置於所受不利影響「質」的層面，而非僅考慮「量」的層面。

肆、正當化事由之審查

一、正當化事由審查之功能定位

不論是歐洲人權法院或者歐洲法院，在確認系爭措施對某一特定群體有差別影響的事實後，還不會直接認定該措施是牴觸禁止歧視原則的間接歧視措施。有差別影響事實的存在只能「推測」系爭措施涉及間接歧視，惟法規範適用的結果對於不同群體的影響程度本就或多或少會有不同，為了防止「差別影響」無所不在可能造成間接歧視適用範圍過於擴張的問題，故容許差異效果在符合一定要件的情況下有正當化的可能，使以追求其他正當目的的規範，即使實際上適用的結果呈現差異效果，亦不致於因而牴觸禁止歧視原則⁵¹。換言之，審查有無正當化事由足以推翻間接歧視之推定，作用在於合理限縮間接歧視的適用範圍⁵²。

49 EGMR (GK), 13.11.2007, D.H. u.a./ Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 176; EGMR(GK), 06.07.2005, Nachova u.a./Bulgarien, Nr. 43577/98 und 43579/98, Rn. 145; EGMR, 13.12.2005, Timishev/Russland, Nr. 55762/00 und 55974/00, Rn. 56.

50 EGMR (GK), 13.11.2007, D.H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 176; EGMR, 13.12.2005, Timishev/Russland, Nr. 55762/00 und 55974/00, Rn. 58.

51 CONNOLLY, *supra* note 4, at 183-84.

52 Stefan Plötscher, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 2003, S. 281.

二、歐洲人權法院審查間接歧視措施正當化事由之實務

(一) 審查架構

由於歐洲人權公約平等權保障所依據之條文（公約第14條），在文字上是採用開放性（open-textured）的規定方式——人人依本公約享有的權利與自由應受平等保障，沒有就直接與間接歧視的概念分別定義與規範，故歐洲人權法院在實務上接納間接歧視概念之後，也未刻意區隔兩者的審查模式。該院一向認為並非所有差別待遇均為公約所禁止，即便是以敏感的人別特徵所為之直接歧視，仍不排除有正當化的可能⁵³，容許被推定為間接歧視之措施有正當化的可能自不待言。歐洲人權法院在審查具有差別影響效果而被推定為間接歧視之措施是否可以被正當化時，採取與審查直接歧視措施之正當化事由大致相同之架構⁵⁴：首先，須檢視系爭措施係基於一正當目的而為；接著再進一步檢視系爭措施採取之手段就前開目的之達成的比例關係是否合理。

(二) 審查密度

歐洲人權法院審查涉及公約第14條的案件時，對於不平等待遇之措施原則上要求要有「客觀且合理的事由」（objektive und vernünftige Gründe; objective and reasonable justification）以正當化。不過個案所適用的審查密度會隨系爭案件所涉之事實與標的有所不同。學說⁵⁵分析該院的判決，發現該院在碰到差別待遇的區別

53 FREDMAN, *supra* note 2, at 221.

54 參見 *Altwickler* (Fn. 23), S. 298-300.

55 *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl., 2012, § 26 Gleichheitsgrundsrechte, Rn. 13; *Rainer J. Schweizer*, in: Karl (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Stand: Lfg. 12 Mai 2009, Art. 14 Rn. 18, 67; Aalt Willem Heringa & Fried Van Hoof, *Prohibition of Discrimination*, in *THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 1027, 1046* (Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn & Leo Zwaak eds., 4th ed. 2006); *Altwickler* (Fn. 23), S. 179 ff.

標準是某幾個人別特徵時，會特別提高審查密度，換言之，會進行嚴格的比例原則審查。在用語上，該院對這種採用嚴格審查密度的案件要求必須要有「特別重大的公益事由」（*besonders schwerwiegende Gründe; particularly serious reasons*）⁵⁶才足以正當化系爭差別待遇。這些人別特徵包括性別、非婚生、宗教、國籍、性傾向及種族，學說上稱前開人別特徵為「可疑的分類標準」（*verdächtige Differenzierungsmerkmalen; suspect categories*）⁵⁷。另一方面，若是涉及締約國有關經濟或社會政策之一般措施，則會給予會員國廣大的自主裁量空間，因為締約國內國機關較之國際法院的法官更有能力判斷採取何等之措施對該國之社會經濟層面之公益增進最有利，除非政策的決定顯然不合理，歐洲人權法院原則上尊重之⁵⁸。值得觀察的是，是否歐洲人權法院在審查間接歧視案件時，前開兩因素——亦即個案涉及之人別特徵與所涉事務領域——也以同樣的方式影響審查密度。

就所涉及之人別特徵而言，由於歐洲人權法院採納間接歧視概念的時間還不算長，屬於審查間接歧視、而且涉及可疑分類標準的案件量尚不多，目前累積的案例主要是涉及性別與種族的間接歧視措施，茲分析如下。在*Hoogendijk*案，涉及一位女性申訴人向荷蘭政府請求給付失能保險金被拒，理由是依系爭規定失能保險金之給付以申請人被診斷為無工作能力之時有薪資收入為要件。申訴人曾有薪資收入，但在她結婚之後即未繼續工作，其在婚姻持續數年後離婚，從這時起她罹患了嚴重的精神疾病，因此也被診斷為無工作能力。申訴人認為「以申請人被診斷為無工作能力時有薪資收入為

⁵⁶ 類似的用語還包括„*besonders gewichtige Gründe*“ (*very weighty reasons*)，或者„*zwingende Gründe*“ (*compelling reasons*)，參見 *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 55), § 26 Rn. 13 所為之整理。

⁵⁷ *König/Peters* (Fn. 20), Kap. 21 Rn. 19-21.

⁵⁸ EGMR(GK), 12.04.2006, *Stec u.a./Großbritannien*, Nr. 65731/01 und 65900/01, Rn. 52; EGMR(GK), 16.03.2010, *Carson u.a./Großbritannien*, Nr. 42184/05, Rn. 61.

失能保險金給付要件」是一項間接性別歧視的措施，因為在荷蘭（於她婚姻關係存續的那個時期）女性婚後有自己的收入是很少見的，系爭規定事實上會造成不能領取失能保險金給付的女性明顯多於男性的結果。歐洲人權法院接受了申訴人認為本案應推定為有間接性別歧視存在的指摘⁵⁹，故進一步檢視荷蘭政府對系爭規定所提出的正當化事由。歐洲人權法院在本案中（涉及間接性別歧視的案件），並未如在審查涉及直接性別歧視的案件時，要求被控訴的成員國提出「特別重大之公益事由」，而僅要求「客觀且合理的事由」（an objective and reasonable justification）。荷蘭政府主張系爭保險金的功能不在保障「喪失收入可能性」的被保險人，而是在保障「本來有收入卻因失能變成無收入」者，前揭規定所設定之申請失能保險金給付的要件，是為了使保險給付的範圍控制在合理的界限內。歐洲人權法院接受了荷蘭政府所提出的說明，認為系爭規定乃為達所設定之目的合於事理且適當的手段（a reasonable and objective justification），足以正當化系爭規定造成的差別影響⁶⁰。

在涉及間接種族歧視的案件中，歐洲人權法院對於正當化事由雖然也使用如同前開Hoogendijk案相同之用語——須有「客觀且合理的事由」（objektive und vernünftige Gründe），但卻強調在運用前揭「客觀且合理的事由」之概念時，應該盡可能地從嚴解釋（so streng wie möglich; as strictly as possible）⁶¹。另一個從涉及間接種族歧視的案件中可以觀察出來的共通點，是歐洲人權法院在此類案件中都以被訴國家是否設置一定程序機制作為系爭措施是否牴觸公

59 EGMR, 06.01.2005, Hoogendijk/Niederlande, Nr. 58461/00 = (2005) 40 E.H.R.R. SE22, S. 189 (205 f.).

60 EGMR, 06.01.2005, Hoogendijk/Niederlande, Nr. 58461/00 = (2005) 40 E.H.R.R. SE22, S. 189 (206).

61 EGMR(GK), 16.03.2010, Oršuš u.a./Kroatien, Nr. 15766/03, Rn. 156; EGMR(GK), 13.12.2007, D. H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 196; EGMR, 05.06.2008, Sampanis u.a./Griechenland, Nr. 32526/05, Rn. 84.

約第14條的認定關鍵，而這個程序機制的目的在於確保造成差別影響的系爭措施與其所追求的目的有實質關聯。例如在*Oršuš*案，歐洲人權法院（大分庭）肯認被訴成員國對於內國的教育行政事務享有廣大的裁量空間，換言之，其對於本件所涉之問題——應採取如何之方式協助因語言能力不足導致學習障礙的學童——原則上有自主決定權。但由於系爭措施造成很高比例、甚至幾乎只對吉普賽族裔的學童造成不利影響，因此歐洲人權法院要求被訴國於此必須設置一適當的程序機制（*angemessene Garantien; appropriate safeguards*）。此機制之用意，一方面在確保被轉介到特別班級的學童在符合一定標準時，有機會再度轉回一般正常的班級就讀；另一方面，明定出來的轉介標準與程序，可以作為司法審查系爭措施之判準，用以檢視所追求之目的（協助有學習障礙的學童）與採取的手段（為幫助其克服此困難所設置特別班級）是否總是有實質關聯並且合比例。本案系爭轉介語言能力不足的學童至特別班級的措施，因為缺乏再轉回一般班級之程序機制的設計，導致特別班級的學童幾乎整個小學時期都在特別班級就讀，歐洲人權法院（大分庭）因而認定系爭措施不能被正當化（*no objective and reasonable justification*）而牴觸公約第14條⁶²。在*D.H.*案中，捷克政府轉介有學習困難的學童（事實上絕大多數是吉普賽族裔）到特別學校的措施，也因為沒有設計類似的程序機制，致少數民族學童根本沒有機會回到一般小學就讀，這些學童的特殊學習需求實際上無法藉由系爭措施得到較佳的解決，反而使得這些學童在畢業之後的發展更為受限，系爭措施所採手段無助於達成所追求的目的，歐洲人權法院（大分庭）因而認定系爭措施牴觸公約第14條⁶³。

綜上，首先可以觀察出來的是，至少在形式上歐洲人權法院對於間接歧視措施、且係涉及可疑的人別標準者所要求之正當化事

62 EGMR(GK), 16.03.2010, Oršuš u.a./Kroatien, Nr. 15766/03, Rn. 180-184.

63 EGMR(GK), 13.12.2007, D. H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 205-207.

由，用語上並未如同涉及可疑人別特徵之直接歧視措施要求須有「特別重大的公益事由」。本文認為原因在於間接歧視措施本來就不是直接以可疑之人別特徵為區別標準，因此不論是前開間接性別歧視或者間接種族歧視案件，判決沒有要求「特別重大的公益事由」方足以正當化，是可以理解的。此外，該院在處理間接歧視案件時，若系爭措施為涉及社會政策領域者，會使該院考慮調降審查密度，涉及社會保險事務領域之*Hoogendijk*案判決結果足為適例。但所涉事務領域不是影響審查密度的唯一因素，歐洲人權法院在涉及間接種族歧視的相關判決，例如前揭*Oršuš*案及*D.H.*案之判決行文中強調被訴成員國對於內國的教育行政事務享有廣大的裁量空間，乍看之下也欲因系爭案件屬社會政策領域而降低審查密度，然其要求被控訴的成員國在為系爭措施時有設置歐洲人權法院所要求之程序機制，以確保系爭措施的目的與手段有實質關聯，作為系爭措施不被認定為違反公約第14條的前提要件。本文認為，該院採取這樣的作法，應是考量系爭案件涉及種族此等人別特徵，不過也同時認知到其不可能也不適合直接代替被控成員國決定具體要用怎樣的方式來實現教育政策與理念，故以退而要求必須設置程序機制，但實際上已經提高了審查密度，結果使得至少在涉及種族歧視的案件類型，間接與直接歧視的審查密度有趨同（嚴格）的傾向。

三、歐洲法院審查間接歧視措施正當化事由之實務

（一）新一代反歧視指令公布前——*Bilka*案建構之審查架構與審查密度

歐洲法院判決中與間接歧視有關者，絕大多數都是涉及性別歧視之案件，故該院審查間接歧視案件的架構，正是透過有關性別間接歧視的案件所累積出來，其中尤以*Bilka*案所發展出來的審查架

構，被譽為奠定歐盟法體系間接歧視之審查模式者⁶⁴。依據*Bilka*案判決，於案件基礎事實被推定為有間接歧視存在的情況下，被控訴之一方必須證明系爭間接歧視措施擬追求之目的正當（與歧視無關），且系爭間接歧視措施所採之手段是適當且必要的（*geeignet und erforderlich*）⁶⁵。歐洲法院之判決一向認為直接歧視措施原則上不能被正當化，除非有符合歐盟基礎條約或者反歧視指令所明文列舉之事由（*Ausnahmebestimmungen*），才例外有正當化的可能；相對於此，間接歧視原則上可以一合於事理之事由（*ein sachlicher Grund*）正當化，且此事由不限以基礎條約或者指令中明文列舉之事由為限⁶⁶。

歐洲法院在*Bilka*案確立的正當化事由審查架構，至少在形式上看來對於間接歧視措施有從嚴審查的傾向：所選擇的手段必須既適當且必要。不過該院的審查實務並非總是維持一樣的審查密度，而是不同時期會有起伏變化，從*Bilka*案（1986年）以降到1990年代中期可為一個觀察階段⁶⁷。此階段間接歧視案件主要為涉及性別歧視者，茲先舉數例概述判決內容，再對於其中所採用的審查密度加以分析。在*Rinner-Kühn*案涉及一項將非全職員工排除在病假期間給薪的適用範圍外的規定，由於非全職員工多數是女性，故本案涉及間接性別歧視的問題。歐洲法院在判決中表示，如果系爭規定是以達成該會員國一項有必要推行的社會政策為目的（*einem notwendigen Ziel seiner Sozialpolitik*）、且手段就目的之達成為適當且必要者（*geeignet und erforderlich*），則與歐體的禁止歧視原則無違。歐洲法院在判決中附帶指出，如果系爭規定給予非全職員工該等差別待遇的原因，是預設「非全職員工融入所屬企業的程度與全

64 CONNOLLY, *supra* note 4, at 183.

65 EuGH, 13.05.1986, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607, Rn. 37.

66 *König/Peters* (Fn. 20), Kap. 21 Rn. 65.

67 Loenen, *supra* note 28, at 208.

職員工相較必然較低」，因此以「全職或非全職」作為區別標準，不給予非全職員工病假期間支薪的待遇，有過於概括地將非全職員工類型化的問題，不足作為說明系爭間接歧視措施與性別歧視無關的正當化事由⁶⁸。

歐洲法院在*Nimz*案的判決裡也採取與*Rinner-Kühn*案類似的論述方式。本案涉及一項使非全職員工要等待比全職員工多一倍的時間才能獲得晉升資格的規定。歐洲法院雖先言明將判定系爭措施是否違反禁止歧視原則的權限——包括系爭措施所追求目的為何——留予內國法院，但隨即併予指出，若系爭措施是為了拔擢已累積一定程度工作經驗的員工，而採取系爭措施預設的前提是「任職時間的久暫與工作經驗的累積絕對成正比」，則以「全職或非全職」為差別待遇不能被正當化，因為這個說法太概括，不是在每個個案中皆屬客觀標準，蓋任職時間長短與工作經驗累積的相關程度，須視個案中所涉的工作類型而定⁶⁹。

在*Enderby*案涉及英國衛生部門對於言語治療師（從事者幾乎全數為女性）與藥劑師（從事者多數為男性）之待遇差別給付是否成立間接性別歧視的問題，因為藥劑師得到的薪資比言語治療師要多出40%，造成女性在待遇較低的族群佔了很高比例，女性相較男性而言有遭受顯著不利影響的事實⁷⁰。英國政府在原因案件繫屬於提請歐洲法院為先決裁判之上訴法院前的下級審程序中主張，此等差別給付是市場供需機制（market forces; Marktlage）所致，雖然證據顯示，只要給藥劑師相對於言語治療師多10%的薪資，就可以招募到足額的藥劑師，不過英國政府堅持，基於藥劑師的供需狀況競

68 EuGH, 13.07.1989, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743, Rn. 13 f.

69 EuGH, 07.02.1991, Rs. C-184/89, *Nimz*, Slg. 1991, I-297, Rn. 13 f.

70 至於言語治療師與藥劑師是否為可相比較的兩種工作、因此應該給予相同待遇，歐洲法院就此尊重英國內國法院的判斷（該英國法院會提起這個先決裁判應該就是認為兩者係可相比較），並以此為前提進行本判決。EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5566, Rn. 11 f.

爭激烈，給藥劑師高於言語治療師40%的薪資水準才有足夠的誘因募集到足夠的藥劑師。歐洲法院在判決中責成提請先決裁判的內國法院，就市場力量對於薪資影響的程度為評估：究竟市場力量僅部分或者可以全部正當化對於兩種工作薪資為差別待遇之幅度（den Unterschied teilweise oder in vollem Umfang sachlich rechtfertigen kann）⁷¹。若按歐洲法院指示的抽象原則，系爭措施實際上應成立間接歧視之認定，因為以市場力量為由，只能在10%的幅度內正當化兩族群之薪資差異⁷²。

本文認為，歐洲法院在前開與間接性別歧視有關的案件採取了不低的審查密度。就此，可以從兩個面向來觀察：1. 歐洲法院原則上會將系爭案件涉及內國法層次之事實調查問題、及系爭內國法規範是否牴觸歐盟法的涵攝與認定結果留給內國法院判定，但不排除對內國法院就內國法是否牴觸歐盟法的認定標準作出指示。若歐洲法院在判決中有「附帶地」提出標準的情況，事實上即是限縮了會員國法院的自主判斷空間，意味著審查密度的提高，歐洲法院在以上三案的作法即為適例。2. 有關係爭手段是否為達成目的所「必要」者之認定方式，學說上認為有兩種認定模式，一種是要求系爭手段必須是達成目的唯一可能、或者被控訴者能證明系爭手段是最小侵害手段，方符合「必要」的要求；另一種模式則僅要求被告說明系爭手段乃是一個理性的決策者為達成目的會採取的合理方式中的一種，接下來再由法院以利益衡量的方式來評估該手段是否為必要，主要是將系爭手段與其他明顯可以作為替代手段者相比，若系爭手段造成之不利效果尚可接受或者與其他手段相當，系爭手段即可認定為必要，第二種模式所要求的必要，可以說是「合理必要」（reasonably necessary）的程度⁷³。而歐洲法院在前開三案的判決

71 EuGH, 27.10.1993, Rs. C-127/92, Enderby, Slg. 1993, I-5566, Rn. 28.

72 CONNOLLY, *supra* note 4, at 185.

73 CONNOLLY, *supra* note 4, at 184.

中，對於認定手段「必要」性所為之要求程度，毋寧傾向於採取第一種認定模式：在*Rinner-Kühn*案與*Nimz*案指出系爭區別標準太概括、在*Enderby*案判決中指出若所提出來作為抗辯的事由（指市場力量）只能正當化一部分的薪資差異，則系爭手段並非必要，因為歐洲法院認為各該情況都存在其他比系爭手段造成不利影響程度更小的手段。

然而，歐洲法院在1990年代中期起，對於間接歧視案件的審查改採相對於前時期放寬的審查密度⁷⁴。歐洲法院於此時期之所以降低審查密度，與在*Bilka*案及與此案判決時間相近的幾個判決，引起被控訴的成員國對判決結果反彈有關。因為這幾個案件所涉的規定正好都牽涉內國社會福利政策，歐洲法院認定各系爭間接歧視措施因不合比例而不能正當化，結果大幅限縮了成員國對自己國家財政資源運用之空間，成員國因此強烈表達歐洲法院應該採取較自制的審查態度⁷⁵。例如在*Nolte*案中，涉及德國一項排除每週工作未滿15小時者（主要是未成年受雇者受波及）適用病假薪資給付的規定是否違反禁止歧視原則的爭議。德國政府主張，只有採取這樣的措施才有助於提昇僱用未成年人的意願，否則只會增加非法聘僱的情形或產生其他規避的手段，系爭規定乃德國社會安全措施一重要環節。歐洲法院在判決中首先強調社會政策領域屬於會員國權限範圍，成員會享有廣大自主空間決定要採取何等手段去達成其所設定的政策目的⁷⁶。接著表示，既然德國立法者已能合理地說明（*in vertretbarer Weise*）系爭手段是達成所設定之目的的必要手段，歐洲法院基於尊重成員國在本案所涉事務領域享有廣泛的自由裁量權，即認定本件不成立間接性別歧視⁷⁷。歐洲法院在本案中未要求

74 若干案件甚至只要所採手段與欲達成之目的間有合理關聯即可正當化（*reasonableness-test*），參見 Loenen, *supra* note 28, at 209.

75 *Id.* at 210, Fn. 54.

76 EuGH, 14.12.1995, Rs. C-317/93, *Nolte*, Slg. 1995, I-4625, Rn. 33.

77 EuGH, 14.12.1995, Rs. C-317/93, *Nolte*, Slg. 1995, I-4625, Rn. 36.

成員國證明到系爭措施乃達成欲追求之目標「唯一」必要之手段的程度，而是在該國能說明其係基於合理的考量，認為系爭措施採取之手段乃達成預設目的所適當且必要，即足以通過審查。歐洲法院於此案中對於「必要」之認定，毋寧是僅要求達到「合理必要」的程度。

(二) 新一代反歧視指令公布後之審查實務

1990年代末期，歐體內興起一波強化禁止歧視原則效力的運動，結果首先是在1997年的阿姆斯特丹條約中加入Art. 6 a EGV⁷⁸（1999年之後條號調整為Art. 13 EGV，現行條號Art. 19 AEUV），此規定即作為制定派生性位階規範、具體落實禁止歧視原則之反歧視指令的授權基礎。2000年起，以當時之Art. 13 EGV為基礎陸續公布的幾個反歧視指令（即新一代反歧視指令），可謂這波運動的具體成果。依據新一代反歧視指令之規定，對被推定為間接歧視之措施為正當化事由之審查時，除了措施所追求之目的須正當外，尚須所採手段通過合比例的檢驗。新一代反歧視指令實際上是將*Bilka*案所確定之間接歧視嚴格審查模式明文化。然因新一代反歧視指令之適用範圍並未涵蓋所有人別特徵，個別指令適用之事務領域範圍也各有所侷限、並未全面適用於所有歐盟法權限所及之事務領域。是否歐洲法院在實務上會依據屬於新一代反歧視指令效力涵蓋範圍與否來區別審查密度，仍有待觀察⁷⁹。

在新一代反歧視指令陸續公布後，就與間接「性別」歧視有關的案件而言，歐洲法院似有隨此波強化禁止歧視原則效力的運動，將先前一度放寬的審查密度調高的傾向。例如歐洲法院在2005年的

78 1997年通過之阿姆斯特丹條約第6條之1（Art. 6 a EGV）規定：「不問本條約之其他規定為何，歐盟理事會對於歐體所擁有的權限，得在歐盟執委會的建議及聽取歐洲議會的意見後，以一致決的方式通過採取一定之措施，以打擊基於性別、種族、出身、宗教或世界觀、身心障礙、年齡或性傾向所為之歧視」。

79 CONNOLLY, *supra* note 4, at 195.

*Nikoloudi*案中審查一項有關依據全職或非全職者為標準，以區別是否具有成為編制內員工資格的規定，本案仍是涉及間接「性別」歧視的措施。該院在判決中花了不少篇幅給予成員國內國法院為判決之標準與指示⁸⁰：年資多寡並非在每個個案中皆與工作歷練與能力成正比，且即便被控成員國主張系爭措施以增加工作機會為目的屬正當，這樣的解釋仍過於概括，不足作為說明系爭措施與歧視無關的正當化事由；該院認知到系爭措施為涉及與成員國的預算編列有關社會福利措施，卻未提成員國享有判斷餘地，反而進一步表示財政預算雖然可能影響到社會保護措施的具體實施方式與範圍，但預算編列的問題無法作為正當化間接歧視的事由。此等論述方式並不陌生，明顯地與前揭所分析之*Bilka*案以降到1990年代中期以前幾個有關間接性別歧視案件的判決用語雷同，相較於1990年代中期至新一代反歧視指令公布前的實務態度而言，審查密度無疑地有調高之趨勢。由此亦可見，間接歧視的概念能否發揮強大功效，法院在審查間接歧視正當化事由審查時是否採取嚴格審查密度是一關鍵因素。

歐洲法院在新一代反歧視指令公布後所作出的判決中，鮮見涉及性別以外之其他人別特徵的間接歧視案件。不過，仍有兩個有關「性傾向」差別待遇的案件——*Maruko*案與*Römer*案——值得一提。兩案皆涉及依德國法登記為同性生活伴侶者受到相較於婚姻配偶不利待遇之爭議：*Maruko*案系爭規定僅賦予已婚雇員之遺屬，而未賦予同性生活伴侶雇員之遺屬得請求遺屬照護年金；而*Römer*案系爭規定則是未給予同性生活伴侶雇員可以如同已婚雇員般請領額外的老年年金，以供其伴侶生活所需。歐洲法院在*Maruko*案與*Römer*案判決中均認定，如果同性生活伴侶與婚姻配偶於系爭事務領域處於相同地位，則不賦予同性生活伴侶與婚姻伴侶相同之權利，應成立

⁸⁰ EuGH, 10.03.2005, Rs. C-196/02, *Nikoloudi*, Slg. 2005, I-1789, Rn. 50-55.

歐體指令2000/78/EG第2條第1項基於性傾向所為之直接歧視⁸¹。歐洲法院在*Maruko*案判決中，並未就何以系爭規範是構成性傾向之直接歧視而不是間接歧視為論證，在*Römer*案則表示是採納該案總辯官Jääskinen的立場，認定系爭規範是依據性傾向所為之直接歧視。Jääskinen認為同性戀性傾向者締結婚姻，及異性戀性傾向者組成同性共同生活團體，在理論上可能發生，然若以此前開理論上之可能為基礎，主張同性生活伴侶相對於婚姻伴侶受到較差待遇不是基於性傾向所為之（直接）歧視措施（若該國規定婚姻只限兩個生理性別不同者締結、及只有兩個生理性別相同者才能登記為生活伴侶的話），根本就是昧於事實的詭辯（Sophismus）⁸²。惟，擔任*Maruko*案的總辯官Mazäk在其所提出的意見書中指出，系爭規範是以「家庭狀況」（Familienstand）——亦即「是否具有婚姻關係」——為差別待遇之標準，實際適用的結果卻產生與直接以受規範者之「性傾向」為差別待遇相近之效果，故為間接性傾向歧視⁸³。

本文認為*Maruko*案的總辯官Mazäk的立場較值贊同。系爭規範並非直接以性傾向作為區別標準，而是採用「有無婚姻關係」此一形式上中性的區別標準；而且法律上沒有禁止同性戀性傾向者締結婚姻，因此只要其願意（不管基於何種動機或理由），不能排除有是同性戀性傾向、仍締結婚姻關係者，這種情況實際上發生的機率極低，正好符合間接歧視的構成要件——有很高比例之受較差待遇者是屬於同性戀傾向者。一個在此脈絡下可以提出來作比較的見解，是歐洲法院認定以「懷孕」作為差別待遇之基準，應視為性別之直

81 EuGH, 01.04.2008, Rs. C-267/06, *Maruko*, Slg. 2008, I-1757, Rn. 72; EuGH (GK), 10.05.2011, Rs. C-147/08, *Römer*, Rn. 52 = NJW 2011, S. 2187 ff.; *Maruko* 判決分析亦參見陳靜慧，同性生活伴侶之平等權問題——以歐洲法院、德國聯邦憲法法院及德國聯邦行政法院之判決為中心，東吳法律學報，21卷3期，頁189（2010年）。

82 GA Jääskinen, Schlussanträge vom 15.07.2010, Rs. C-147/08, *Römer*, Rn. 89.

83 GA Mazäk, Schlussanträge vom 15.02.2007, Rs. C-267/06, *Maruko*, Rn. 96, 102 f.

接歧視措施，因為懷孕只可能發生在女性身上⁸⁴。但在*Maruko*案與*Römer*案的情況，「同性戀性傾向」者不必然皆為「不可能締結婚姻關係」者，歐洲法院卻認定兩案系爭規範為基於性傾向所為之直接歧視，有模糊直接歧視與間接歧視界限的疑慮。學說上有認為，歐洲法院之所以執意要將系爭案件認定為直接歧視，是要避免德國內國法院援引基本法第6條第1項對於婚姻制度性保障的規定來正當化間接歧視⁸⁵。本文以為，歐洲法院可以提高審查密度的方式來取代將系爭規範定性為直接歧視的作法，嚴格審視以保障婚姻制度作為給予同性生活伴侶較差待遇之目的正當性，以及手段之合比例性——採取給予同性生活伴侶較差待遇是否真為保障婚姻制度所必要之措施。本文雖不贊同歐洲法院在前開兩案中將原來應定性為間接性傾向歧視者認定為直接歧視，但不容忽視的是，此兩案判決的結果皆可讀得出歐洲法院有強化禁止以性傾向為差別待遇之保障程度的傾向。

四、兩院判決綜合評析

（一）間接歧視出現之領域與案型

綜觀兩院判決，若就間接歧視出現的事務領域以觀，目前兩院曾經處理的案件集中在涉及經濟、社會政策事務領域。就所涉人別特徵而言，目前兩院實務判決認定成立間接歧視的案例，以涉及「種族」及「性別」者為大宗。本文認為，間接歧視措施之所以大量集中在這兩種人別特徵的原因在於，具有這些人別特徵者或因為其傳統社會生活方式（種族、性別）或社會角色（性別），造成在

⁸⁴ EuGH, 08.11.1990, Rs. C-177/88, Dekker, Slg. 1990, I-3941, Rn. 14; EuGH, 5.5.1994, Rs. C-421/92, Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657, Rn. 15; *Juliane Kokott*, Zur Gleichstellung von Mann und Frau - Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1995, S. 1049 (1056).

⁸⁵ *Mark Lembke*, Sind an die Ehe anknüpfende Leistungen des Arbeitgebers auch an Lebenspartner zu gewähren?, NJW 2008, S. 1631 (1633).

特定事務領域（例如吉普賽族裔學童在教育領域、女性在就業工作領域）易遭受顯著不利影響；有關性傾向之歧視，則可能因具有特定性傾向者通常有特定行為模式，若此行為模式非與社會主流價值一致，則易成為遭受不利影響效果之群體（例如同性戀傾向者與婚姻伴侶權益不平等的問題）。另一方面，由於性傾向非外顯，且強制個人揭露其性傾向恐更有侵害人權的疑慮，故抑制與禁止以「與主流價值不同之行為模式」作為差別待遇標準——也就是禁止間接歧視，就保障特定性傾向者而言特別具有實益，本文雖不同意歐洲法院在*Maruko*案與*Römer*案認定系爭措施為直接性傾向歧視，但判決結果有助提昇對於特定性傾向群體的保障程度則可贊同。雖然歐洲法院實務上曾出現指摘系爭措施有成立間接年齡歧視之虞的案件（*Tyrolean Airways*案），但最後判決結果甚至是在構成要件階段即否定系爭案件可以成立間接年齡歧視之推定。本文認為，這與「年齡」此等人別特徵的本質有關：一則因「年齡」本身無法作為劃分群體的標準，除非系爭差別待遇明確以「特定年齡」作為區別標準，但這樣一來就不涉及間接、而變成是直接年齡歧視的問題。也由於「年長」或「年輕」族群是相對而非絕對的概念，須視個案情況才能加以具體化，因此與所謂「年長」或「年輕」者連結的社會生活方式、角色、行為模式就難以歸納出明顯的共通點。因此就不訝異於何以歐洲法院會在*Tyrolean Airways*案中否定了系爭案件成立間接年齡歧視之推定。

（二）審查架構與審查密度

就審查架構而言，兩院對於被指摘為間接歧視措施者，皆進行兩階段審查，亦即先檢視系爭措施所追求之目的是否正當；接著再檢視系爭措施採取之手段與達成前開目的間之比例關係。兩院對於被控一方所主張之系爭措施目的正當性之審查皆寬鬆以待，將審查重點置於第二階段，惟兩院於第二階段的審查重心略有不同。由於公約第14條適用範圍廣泛，包括非以可疑的分類標準所為之差別待

遇、以可疑的分類標準所為之直接歧視措施、涉及對於具可疑分類人別特徵者之間接歧視措施都適用該條文，法院就不同類型的平等問題，主要是以調整審查密度的方式來回應提供保障之必要程度，在需要提高審查密度時，加強平等／禁止歧視保障在利益衡量時所能發揮的比重。例如在直接歧視，於涉及所謂的可疑分類標準時，要求必須提出特別重大公益事由才能正當化；在審查種族歧視的案件時——無論是直接或者間接歧視的類型，指出若不禁止種族歧視可能造成的危險性；在審查間接種族歧視案件時則強調，對於被控成員國所提出正當化事由是否「客觀且合理」，必須盡可能地嚴格認定。歐洲人權法院對於間接歧視措施的正當化事由之審查重心，毋寧是放在相抗衡的利益間之衡量，而不是強調正當化事由推翻間接歧視推定的功能⁸⁶。相對於此，歐洲法院於間接歧視正當化事由審查，則要求被控之一方提出一個與歧視無關的正當目的，作為被推定為間接歧視措施的辯護，在手段合比例性的審查上，則將審查重點放在手段本身是否適當且必要，而就手段是否為必要的判斷，則以是否有其他可能存在的替代手段來檢視。本文認為，歐洲法院於間接歧視手段合比例性的審查重點之所以不同於歐洲人權法院，原因在於歐盟法落實禁止歧視原則之派生法位階的法規範（反歧視指令），係分就直接歧視與間接歧視概念以不同條文加以定義，前者依規定原則上不容許正當化，後者則原則上容許正當化，在條文文本規定的方式上，與作為歐洲人權公約平等權規範基礎的公約第14條採開放性文本型式已有不同。其次，反歧視指令定義間接歧視概念的規定，是歐洲法院在與間接性別歧視有關的案例中所發展出來。禁止性別歧視原則一向是歐盟法所側重的一項價值，在此脈絡下發展出來之審查間接歧視措施之手段合比例性的模式，及源自於此之新一代反歧視指令對間接歧視的定義與正當化事由審查要件，自然不會過於寬鬆（至少在規範層面上是如此），因此歐洲法院實

⁸⁶ FREDMAN, *supra* note 2, at 224.

務上就反歧視指令適用範圍內被推定為間接歧視措施之手段，係以檢視手段的適當及必要性為重心，不同於歐洲人權法院係以衡量系爭間接歧視問題重要性為核心的作法，可以說是依照歐盟法規定——或者說是歐盟立法者之意志——為審查的結果。其中容許歐洲法院調控審查密度的關鍵則在於，該院對於「必要」之要求程度：唯一必要或者合理必要。

就可能影響審查密度的因素，兩院在系爭規定涉及經濟、社會政策領域時，皆會考慮降低審查密度（但仍可能因為其他參數提高審查密度）。在歐洲人權法院實務上，歧視措施所涉及的人別特徵，在直接歧視的類型是影響審查密度高低的關鍵性參數（是否為「可疑的分類標準」），但在間接歧視的類型，是否為對具可疑人別特徵者所為之間接歧視，對審查密度的影響力似乎不像在直接歧視類型時一樣大（或者絕對），例如在涉及間接性別歧視的*Hoogendijk*案，該院就沒有採用如同審查直接性別歧視措施時之嚴格審查密度加以審查；但在涉及種族歧視的案件類型，間接與直接歧視的審查密度則有趨同（嚴格）的傾向，顯示歐洲人權法院有特別強化禁止種族歧視原則效力的傾向。對於直接性別歧視向來嚴格審查的歐洲法院，在審查有關間接性別歧視的案件也不總是採取一樣嚴格的審查密度（指間接性別歧視案件相互比較而言）。此外，歐盟的政策重點及會員國對於歐盟政策的反應態度，也會影響歐洲法院調整審查密度，歐洲法院審查間接性別歧視措施適用之審查密度的變化，可以說明這點；性別與性傾向歧視的案件有因應新一代指令之規定提高審查密度的趨勢，則與1990年代末期歐盟強化禁止歧視原則效力的政策吻合，亦可為印證。學說上對於間接歧視措施之審查應適用何種審查密度，具體而言，是否應適用與直接歧視一樣嚴格的審查密度，容有不同看法。有認為間接歧視不須適用嚴格審查密度，蓋間接歧視措施畢竟不是直接以可疑的人別特徵為差別待遇，如果要對間接歧視與直接歧視採取同樣嚴格的審查密度，那應該將間接

歧視所採取的中性區別標準一併納入禁止（直接）歧視的人別標準之列⁸⁷。惟亦有認為間接歧視對特定群體造成不利影響的程度，既然可能與直接歧視造成的不利程度相當，因此主張間接歧視與直接歧視應一體適用相同之審查模式與審查密度⁸⁸。前開有關間接歧視適用之審查密度應絕對與直接歧視一致的主張，會造成不得以特定人別特徵為差別待遇之禁止歧視原則與一般平等原則的適用範圍與界限模糊的結果⁸⁹，蓋前者本是為了強化對具特定人別特徵者之保障，故原則上不容許差別待遇可以正當化，後者則原則上允許差別待遇有正當化的可能⁹⁰。但另一方面，若考量間接歧視的概念是為讓禁止歧視原則發揮實效，則間接歧視適用的審查密度至少不能僅為恣意禁止之審查。至於具體個案中應採取何等之審查密度，本文認為無法一概而論，毋寧應該以浮動的方式，參酌個案系爭措施對特定群體具體造成之不利影響的不利程度，例如不利影響涉及法益的重要性、該等不利影響是否有擴及到其他層面的效果等。所造成之不利程度愈高，審查密度就應隨之提高，甚至若個案中受保護群體遭到不利影響之程度與直接歧視的情況相當，則應將系爭間接歧視措施等同於直接歧視措施般嚴格審查。以間接性傾向歧視為例，若特定措施以具特定性傾向者通常會有的「外在行為」作為差別待遇標準，致實際上受不利影響者「幾乎全部是」具有此人別特徵者，則將之視為直接歧視措施嚴格審查即有必要。

87 *Lerke Osterloh*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 5. Aufl., 2009, Art. 3 Rn. 256.

88 *Altwicker* (Fn. 23), S. 296; *FREDMAN*, *supra* note 2, at 196.

89 *Plötscher* (Fn. 52), S. 281, 287.

90 *König/Peters* (Fn. 20), Kap. 21 Rn. 181.

伍、間接歧視案件的舉證問題

一、歐洲人權法院審查間接歧視措施之舉證責任分配規則

(一) 舉證資料可信度之要求

歐洲人權法院就作為認定歧視所依據的數據，並不要求其來源一定要是官方作成的統計資料，國際組織所提出之可信度高的報告文件，也曾在歐洲人權法院判決中被作為認定間接歧視的依據。例如在Opuz訴土耳其案中，一名男子對其妻子Opuz（申訴人）及她的母親施暴、最後並殺了Opuz的母親。土耳其警方及政府對於申訴人及其母親受到暴力對待甚至生命威脅的不人道待遇，消極地未採取任何保護措施，申訴人主張其受到此等不利待遇是因為其為女性所致。雖然土耳其防治家庭暴力的相關法規，客觀上對婦女並未給予較低程度保障的差別待遇，但歐洲人權法院仍肯認本案構成抵觸公約第14條之性別歧視。作為支持此結論之基礎者，並非官方統計數據（本案例中也不可能期待土耳其政府就此提供統計資料），而是援引國際特赦組織（Amnesty International）及聯合國消除婦女歧視委員會對於土耳其婦女處境所提出之報告，報告指出土耳其家庭暴力受害者多為女性，且司法機關對於提出家庭暴力保護令之聲請准予核發的案件數量相當有限，婦女遭受家庭暴力在土耳其乃是一個必須正視的嚴重問題⁹¹。在D.H.案的（大分庭）判決中，歐洲人權法院甚至接受了由申訴人自行作出的一項問卷調查之數據，作為推定間接歧視存在的基礎⁹²。

(二) 舉證責任歸屬者

除了審查密度之外，另一個會左右間接歧視概念發揮之實效的

91 EGMR, 09.06.2009, Opuz/Türkei, Nr. 33401/02, Rn. 193 ff.

92 EGMR(GK), 13.11.2007, D.H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 190.

因素是舉證責任如何分配。在2001年Hugh Jordan訴英國案的判決，雖然申訴人已經提出了數據證明在北愛爾蘭有大量的民族派人士（Nationalisten）⁹³相對於其他族群（尤其是聯合派人士）被軍方武力攻擊致死，據以指摘於此有歧視國內的少數民族的事實，違反公約第14條（併同第2條生命權保障）規定。歐洲人權法院表示，雖然申訴人所提出的數據可能意味其中存有公約所不允許的歧視（it is not excluded that this may be considered as discriminatory），但由於申訴人無法舉出其他證據說服法院，前開少數民族的死亡是因為被控成員國的政府確有對該族群增強用兵的事實所致，歐洲人權法院最終認定本件不違反公約第14條⁹⁴。歐洲人權法院在Hugh Jordan案的判決中，仍採取申訴人對於歧視之事實負有完全之舉證責任。由於歧視案件的申訴人舉證所須的資訊大多掌握在被控訴的一方（國家或者其他往往較申訴者為強勢者）手上，從Hugh Jordan案的判決正可見，若按照一般的舉證責任分配法則，是要由申訴人就其所為之歧視指摘提出證據，往往會使得申訴案件最後因舉證困難而無法被認定為違法歧視。

事實上，指控被歧視的申訴人有舉證困難的問題，不僅發生在間接歧視，直接歧視的案件也有相同的問題。例如在Timishev訴俄羅斯案，申訴人指摘他在開車行經一處陸檢站時，駐守檢查哨的官員拒絕讓他通過陸檢站，因為他是來自車臣地區的人民。該院在審視申訴人上開指摘後，認定接下來必須由俄羅斯負舉證責任，說明

93 民族派人士（Nationalisten）或有稱天主教徒人士（Katholiken），大多數北愛爾蘭人分屬於兩個不同的派別：聯合派或民族派，這兩個派別常被以其主要宗教信仰來區別稱呼。多數聯合派人士是新教徒，而多數民族派人士是天主教徒。但並非所有天主教徒皆支持民族派，也非所有新教徒均支持聯合派。多數北愛爾蘭人是聯合派希望留在英國，但民族派（少數派）希望加入愛爾蘭共和國，因此從1960年代到1990年代兩派之間不斷發生武裝衝突。

94 EGMR, 04.05.2001, Hugh Jordan/Großbritannien, Nr. 24746/94, Rn. 154 f.; MARK W. JANIS, RICHARD S. KAY & ANTHONY W. BRADLEY, EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW 489 (3d ed. 2008).

此事件並非因為「申訴人來自車臣地區」所致。俄羅斯主張當時是因為申訴人要求優先通過陸檢站被拒絕後「自願離開」繞道其他路徑前往目的地，不過該院審視本案其他相關書證與事證後，發現該國有採取限制來自車臣地區人民行動自由的政策取向，並認定俄羅斯的說法前後矛盾不可採。由於俄羅斯未能提出申訴人所屬種族以外之其他足以合理說明申訴人當時被拒絕通過陸檢站的理由，因此本件最後被認定為違反禁止種族歧視原則⁹⁵。特別是在這種涉及種族歧視的案件，要求申訴人證明他方是出於種族歧視的主觀意圖而為系爭措施，幾乎不可能做到。在歐洲人權法院將禁止間接歧視納入公約第14條效力範圍的立場明朗化後，該院肯認合理減輕直接歧視案件申訴人的舉證責任分配法則也適用於間接歧視的案件⁹⁶：申訴者必須證明系爭措施對於其所屬之特定群體造成不利之差別影響，使系爭措施據以被推定為間接歧視。若申訴者就此已舉證，那麼接下來舉證責任就移轉至被控訴的成員國，由該國舉證系爭措施乃是不涉及歧視的一般性措施，亦即系爭措施不是以特定人別特徵而是以其他客觀正當的區別標準為差別待遇，且所採取的手段合比例。該院表示，只有按照這樣的規則來分配舉證責任，才有可能有效地保障申訴人不受歧視的權利。特別是在申訴人指摘間接歧視的案件中，將舉證責任依據上述規則來分配，才能使禁止歧視原則的效力得以完整地發揮⁹⁷。

二、歐洲法院審查間接歧視措施之舉證責任分配規則

相較於歐洲人權法院，歐洲法院很早就對涉及歧視的案件採取減輕申訴人舉證責任的作法。例如在涉及間接性別歧視的*Danfoss*案中，申訴人舉證案件系爭規定造成男性與女性的薪資有6.8%差異的事實存在，歐洲法院即接受申訴人所提出之前揭數據足以認定本

95 EGMR, 13.12.2005, Timishev/Russland, Nr. 55762/00 und 55974/00, Rn. 59.

96 EGMR(GK), 13.11.2007, D.H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 177 f.

97 EGMR(GK), 13.11.2007, D.H. u.a./Tschechien, Nr. 57325/00, Rn. 186.

件有差別影響，並進一步課予被控訴的一方有就系爭薪資規則與間接性別歧視無關為舉證之義務。歐洲法院在判決中表示，「薪資結構不透明」導致在間接歧視措施之司法審查程序中，必須有人負責說明給予薪資多寡考量的要素，才能判斷被推定為間接歧視的系爭措施是否能被正當化，而此一說明敘薪考量要素並提出相關證據的責任應該落在被控訴的一方。換言之，本案申訴人只要證明有女性勞工平均薪資比男性勞工平均薪資低的事實存在，雇主就負有對「薪資結構」為說明之義務⁹⁸。這樣的舉證責任分配規則確實比較合理，因為只有雇主才真正有能力說明與薪資額度決定有直接關係的標準為何（例如年資、培訓時數、出差頻率等）。目前已有多个反歧視指令明文規定此等舉證責任分配規則⁹⁹。

三、兩院判決綜合評析

目前兩院於舉證責任分配之問題上，皆採取減輕申訴人舉證責任的作法，在申訴人能舉證間接歧視成立的表面證據後，即將舉證責任移轉到被訴之一方。由於歐洲法院主要是就歐盟或成員國的「法規範」是否有牴觸禁止間接歧視原則為審查，該院原則上只在抽象法規層次確定舉證責任分配規則，至於依據何等資料證明與認定事實等具體涵攝操作的問題，則由成員國內國法院負責。相較於此，歐洲人權法院處理的申訴案，不僅止於因成員國的法規範造成的間接歧視，尚包括因具體行為或措施所引起者，該院必須親就間接歧視之推定是否成立、以及該推定是否能被反證推翻為判斷。這應是歐洲人權法院就間接歧視案件舉證問題累積的實務見解所包含之面向，相較於歐洲法院的判決更顯豐富的原因所在。

⁹⁸ EuGH, 17.10.1989, Rs. C-109/88, Danfoss, Slg. 1989, 3199, Rn. 16.

⁹⁹ 例如 1997 年發布之舉證責任指令（Beweislastrichtlinie: RL 97/80/EG des Rates über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts）第 4 條、反種族歧視指令（RL 2000/43/EG）第 8 條、就業框架指令（RL 2000/78/EG）第 10 條與男女平等指令（RL 2004/113/EG）第 9 條。

陸、結語

間接歧視概念的特點在於其穿透了形式平等的表象，重視結構上、法律適用結果呈現之事實上的不平等。另外一項特殊之處在於，雖然有權主張免於受間接歧視的主體為「個人」，但指摘間接歧視時必須證明的是其「所屬群體」受到顯著不利影響，也就是認定間接歧視的基礎是「群體」間的比較，而非系爭當事人「個人」與其他「個人」所受待遇的比較。基於上開特別之處，因此有對間接歧視建構不同於直接歧視釋義學的必要性：包括成立的構成要件、審查密度與正當化事由。間接歧視概念釋義學在歐體／盟法及歐洲人權公約體系下，透過歐洲法院與歐洲人權法院的判決，皆有相當程度的發展。從前文介紹之兩院有關間接歧視的判決可以發現，間接歧視的概念可以發揮多大功效，與有權對系爭措施進行審查者採取之審查密度及舉證責任之分配規則有很大關係。

在發展間接歧視釋義學的進程中，歐洲法院大體上展現其積極使禁止歧視原則發揮最大效力的傾向，在歐體／盟法規範對間接歧視概念尚無明文的時期，在判決中採納了間接歧視的概念，並建構審查間接歧視的架構，在申訴人無法提出相關統計數據時，肯認某些狀況下規範本質即足以認定顯著不利影響，同時以判決確立減輕指摘受歧視者舉證責任之規則。與歐洲法院相較，歐洲人權法院很晚才採納間接歧視的概念，該院就間接歧視釋義學在建構，初期頗有立場搖擺的狀況，之後才漸呈現與歐洲法院與歐盟反歧視指令規定方向趨同的發展。本文認為，影響兩院態度積極程度不同的原因，在於歐洲人權法院以維護成員國間的最低人權保障水準為目標，特別是涉及本質上應該給予成員國較大自主空間的事務領域，例如社會福利政策與教育事務，必須尊重各成員國的裁量權限。在歐盟法體系下，由於歐盟在其成員國移轉部分主權權限予其之事務領域內享有有規則制定權，在此範圍內歐盟可將具有主要法位階之

禁止歧視原則具體化為反歧視指令，就成員國於內國法落實間接歧視概念為框架性的規範，歐盟因而有較高正當性與可能性主導間接歧視落實的方式與程度。歐盟各反歧視指令依其所欲保障之具特定人別特徵者，各有範圍大小不同的適用事務領域，例如對於種族與性別歧視為規範的反歧視指令適用的事務領域最廣（RL 2000/43/EG「反種族歧視指令」），而以消弭宗教、殘障、年齡或性傾向歧視為目的的反歧視指令，其適用範圍則僅限於與就業有關的事務領域（RL 2000/78/EG「就業框架指令」）。適用事務領域愈廣的反歧視指令，其所包含的禁止間接歧視規定也同時能發揮更廣的規範效力，使禁止歧視原則可在選定的事務領域重點式地被加強其所發揮的效力。

間接歧視之概念可能透過後續涉及間接歧視的釋憲案，在我國法體系中以解釋的方式逐步建構其釋義學。倘若將來要在憲法層次採納間接歧視的概念，歐洲人權法院判決建立的審查架構及審查模式對我國十分具有參考實益，因為我國憲法第7條與歐洲人權公約第14條同樣是採取開放性平等權保障的規範方式。另一種可選擇的途徑，是透過制定法律的方式明文採納間接歧視的概念。在此脈絡下，歐盟法反歧視指令之立法，選擇最急迫、最優先要加強保障的群體，以及該群體最常遭受間接歧視的事務領域為規範的作法，可供我國立法者參考。至於應從哪個事務領域著手立法，必須輔以其他社會、統計學對於我國國情所為之分析研究為之，從兩院判決實務看來，經濟（尤其就業市場）與社會政策事務是間接歧視問題較常出現的領域。以制定法律的方式落實防堵間接歧視的目標，可在我國關於間接歧視之釋憲案例累積到足以具體化間接歧視在我國法秩序下的構成要件與審查標準之前，先有禁止間接歧視的法規範依據，以抑制已存在之結構性不平等的擴大；以法律層級之規範落實禁止間接歧視的另一實益在於，可針對發生在私法關係中之間接歧視——在合理兼顧私法自治保障的前提下——加以抑制。綜上，雖

然肯認間接歧視概念能發揮多大的實際效力，受來自立法政策與司法審查態度等各種不同因素的影響而有不同，但間接歧視概念的採納，至少提供特定族群在其受到重大不利影響時，在法律上有了能據以指摘的基礎以獲得請求司法審查的機會。從這個角度來看，即便不能藉此期待所有的不平等可以因此被消弭，實際上這也不是單靠法律就能達成的任務，大法官肯認禁止間接歧視亦為我國平等原則效力範圍所涵蓋，就已是跨出相當重要的一步了。

參考文獻

1. 中文部分

- 李孟玟（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。
- 陳靜慧（2010），同性生活伴侶之平等權問題——以歐洲法院、德國聯邦憲法法院及德國聯邦行政法院之判決為中心，東吳法律學報，21卷3期，頁161-195。
- 焦興鎧（1995），美國聯邦最高法院與就業歧視問題，收於：勞工法與勞工權利之保障——美國勞工法論文集（一），頁329-388。
- （2009），論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力，長庚人文社會學報，2卷1期，頁53-99。
- 黃昭元（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。
- 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，全國律師月刊，12卷4期，頁14-35。

2. 外文部分

- Altwicker, Tilmann (2011), *Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz*, Heidelberg: Springer.
- Connolly, Michael. 2011. *Discrimination Law*. 2d ed. London: Sweet and Maxwell.
- Europäische Agentur für Grundrechte (FRA) (2011), *Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht*, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.

- Fredman, Sandra. 2011. *Discrimination Law*. 2d ed. New York, NY: Oxford University Press.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina (2012), *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl., München: C. H. Beck.
- Heringa, Aalt Willem, and Fried Van Hoof. 2006. Prohibition of Discrimination. Pp. 1027-1052 in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed, edited by Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, and Leo Zwaak. Antwerpen: Intersentia.
- Hölscheidt, Sven (2006), in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Janis, Mark W., Richard S. Kay, and Anthony W. Bradley. 2008. *European Human Rights Law*. 3d ed. New York, NY: Oxford University Press.
- Jarass, Hans D. (2010), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union: GRCh*, München: C. H. Beck.
- Kingreen, Thorsten (2009), Gleichheitsgrundrechte, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. Aufl., Berlin: de Gruyter, § 17.
- Kokott, Juliane (1995), Zur Gleichstellung von Mann und Frau - Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, *NJW*, 1049-1057.
- König, Doris/Peters, Anne (2006), Das Diskriminierungsverbot, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen: Mohr Siebeck, Kap. 21.
- Lembke, Mark (2008), Sind an die Ehe anknüpfende Leistungen des Arbeitgebers auch an Lebenspartner zu gewähren?, *NJW*, 1631-1634.

- Loenen, Titia. 1999. Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution. Pp.195-211 in *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, edited by Titia Loenen and Paulo R. Rodrigues. The Hague: Kluwer Law International.
- Osterloh, Lerke (2009), in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 3.
- Plötscher, Stefan (2003), Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin: Duncker & Humblot.
- Selmi, Michael. 1999. Indirect Discrimination: A Perspective from the United States. Pp. 213-222 in *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, edited by Titia Loenen and Paulo R. Rodrigues. The Hague: Kluwer Law International.
- De Schutter, Olivier. 2006. Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law. *Northern Ireland Legal Quarterly* 57:1-56.
- . 2011. *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*. Belgium: European Communities.
- Schweizer, Rainer J. (2009), in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Stand: Lfg. 12 Mai 2009, Köln: Carl Heymanns, Art. 14.
- Tobler, Christa. 2008. Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination. Luxembourg: European Communities.
- Vandenhoe, Wouter. 2005. *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*. Antwerpen: Intersentia.

The Concept of Indirect Discrimination in the European Court of Human Rights and the European Court of Justice

*Ching-Hui Chen**

Abstract

Indirect discrimination can occur when rules, regulations or procedures that may apply to everyone but actually put certain groups of people who share a protected characteristic at a significant disadvantage, which cannot be justified by reasonable and objective criteria. Indirect discrimination deals with *de facto* inequality and is determined by comparison between groups but not between individuals. It is thus necessary concerning its special features that new legal doctrines for the concept of indirect discrimination other than direct discrimination should be created. The paper explores firstly to what extent the concept of indirect discrimination now have been adopted under international human rights law. Based on case studies, this paper introduces the evolution and the definition of indirect discrimination under the European Convention on Human Rights and under EU law. The underlying issue here is how to determine the significant disadvantage of certain protected group, which is the key element in establishing indirect discrimination and disparate impact. Furthermore, this paper analyzes requirements for justifying established disparate impact by reviewing judgments of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, including justifying reasons, control density and burden of proof rules in indirect discrimination cases. Concrete recommendations are proposed based on this paper's findings.

* Assistant Professor of Law, College of Law, National Taipei University.

KEYWORDS: direct discrimination, indirect discrimination, significant disadvantage, European Court of Human Rights, European Court of Justice, EU anti-discrimination directives, burden of proof.