

殊途不同歸？* —— 美國與加拿大女性主義憲法動員的比較

陳昭如**

摘 要

在北美比鄰而居的美國與加拿大，兩國皆有蓬勃的女性主義憲法動員，但憲法文本則迥然相異。美國是世界上罕見在憲法中沒有性別平等條款的國家，加拿大則是少數於憲法中明定國家促進平等的義務與積極矯正歧視措施的合憲性。美國以訴訟建立憲法的性別平等保障，但增訂憲法性別平等條款的運動迄今百年持續不歇。加拿大以憲章建立憲法平等保障，女性主義運動並以訴訟持續實踐追求實質平等。本文從憲法文化的觀點比較兩國的女性主義憲法動員以探討其異同，檢視修憲與訴訟的動態關聯以及有關平等意義的爭辯，指出修憲遊說與訴訟運動的雙軌並行不必然相互衝突，形式平等在美國的勝出並非訴訟路線的必然結果，實質平等也並非透過憲法制定或修憲就當然被確立，而公民與憲法的不斷互動則是憲法平等得以開展新貌的關鍵。本文的最後提出美加經驗的臺灣省思，主張持續進行女性主義憲法動員的重要性。

關鍵詞：性別平等、形式平等、實質平等、女性主義、憲法動員、
訴訟、平權條款、憲章、美國、加拿大。

* [責任校對：賴奕霖]。

** 國立臺灣大學法律學院教授。
穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/41011191.pdf>。



目次

壹、前言	參、接續的旅程：加拿大的新憲 運動與LEAF的憲法訴訟運動
貳、並行的旅程：美國的ERA修 憲運動與性別平等訴訟運動	一、從訴訟到新憲：建立性別 平等的新加拿大國
一、從女性投票權到ERA的兩 次訴訟與遊說雙軌策略	二、實質平等的打造及其不足
二、平等與差異的爭議	肆、代結語：美加經驗的臺灣省思

壹、前言

作為一份權力與權利的文件，憲法承載了一個社會正式的價值共識、也規範了實現該共識的機制，描繪願景的藍圖。許多國家憲法的原始藍圖不包含性別平等，但透過修憲以不同的方式納入明文的性別平等保障。如今，性別平等條款僅在少數國家的憲法中缺席，而美國即是這少數國家之一¹。美國憲法本文並無平等條款，也未透過增補條款納入性別平等條款。蓬勃發達的美國憲法性別平等違憲審查，主要是以憲法第14增補條款的一般性平等保障為規範基礎，透過婦運訴訟所發展出來。不過，美國婦運也從1920年代就開始持續爭取修憲增訂「平權條款」(Equal Rights Amendment, 簡稱ERA)。ERA運動迄今近一世紀，雖然在1970年代達到高峰、在1982年的挫敗後一度趨於沈寂，但從未止歇，並且在近年來更有復興之勢，不僅在2014年成立了新的ERA聯盟(the ERA Coalition)²，在

1 美國也是聯合國中極少數未批准the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) 的國家之一。卡特總統於1980年簽署了CEDAW，但未能獲得國會批准。一個常見的反對理由就是美國例外主義(American exceptionalism)。

2 此聯盟是由老牌婦運組織「全國女性組織」(National Organization for Women,

2017年#MeToo運動興起之後，內華達、伊利諾與維吉尼亞三州更分別在2017、2018和2020年批准了ERA。2019年，眾議院司法委員會在睽違三十六年後舉辦了首次的ERA聽證會，並在2020年維吉尼亞州通過ERA批准案後，旋即通過移除ERA批准期限的決議。不過，在美國的主流看法是，既然已經透過訴訟建立了憲法性別平等，ERA已無必要。

在諸多憲法明文保障性別平等的國家，僅有少數明訂國家促進平等的義務以及積極矯正歧視措施（affirmative action）³的合憲性，彰顯實質平等（substantive equality）的精神。加拿大是其中之一。就在美國ERA挫敗的同一年（1982），加拿大制訂了權利與自由憲章（the Canadian Charter of Rights and Freedoms，簡稱「憲章」，即Charter），其中第15節（Section 15）的平等權在第一段規定人們「在法律之前」（“before the law”）與「在法律上」（“under the law”）一律平等，禁止基於性別、種族、宗教等歧視，在第二段進一步規定前述禁止歧視的規定並不排除旨在改善弱勢的措施，並在第28節規定男女平等享有憲法所保障的權利與自由。性別平等的憲法規範不只部分源自於加拿大婦運的憲法動員，也在施行之後持續作為婦運憲法動員的資源。

比鄰而居的美國與加拿大，有諸多共通點：普通法系的聯邦制國家、蓬勃的婦運憲法動員，在擁有支持結構（support structure）的條件下長出茁壯的權利革命（rights revolution）⁴。二國的關鍵差

簡稱NOW)、全國女性政團(National Women's Political Caucus)、女性主義多數(Feminist Majority)等組織共同組成。該聯盟網址為：ERA COALITION, <http://www.eracoalition.org/index.php>.

3 國內文獻通常稱之為「優惠性差別待遇」或「積極平權措施」，司法院釋字第718號解釋（原住民族工作權保障法之比例進用規定是否違憲）亦稱之為「優惠性差別待遇」。我選擇使用「積極矯正歧視措施」一詞，以凸顯對於歧視現實進行積極矯正的實質平等意涵、與消極禁止差別待遇的形式平等對照，並避免優惠的污名。

4 Charles R. Epp將美國與加拿大視為以支持結構促成權利革命的個案，其主要論

異是：美國的憲法中沒有明文性別平等條款，以訴訟發展出以形式平等為主的反分類（anti-classification）性別平等審查，而且積極矯正歧視措施自採行以來始終憲法爭議不斷；加拿大在憲法中明文保障性別平等、允許積極矯正歧視措施，其憲法平等以實質平等而著名。以美加兩國的比較來觀察建立憲法性別平等的條件與影響，特別是婦運憲法法律動員推動女性主義憲法議程⁵的角色，我們可以得出何種觀察呢？婦運憲法動員的形式，通常被區分為修憲的遊說（lobby）與適用憲法規範的憲法訴訟兩種不同的憲法動員形式。從社會運動研究的角度來看，此涉及遊說（訴諸立法）與訴訟（訴諸司法）兩種動員形式的選擇；在法學上，則涉及「憲法制定/修正」與「憲法解釋」的區分。如果以性別平等指數作為衡量性別平等狀態的參考⁶，世界經濟論壇的性別差距指數排名中加拿大大幅

點之一是駁斥司法積極主義與蓬勃的權利意識的法院促成權利革命的命題，他認為二者雖然是重要因素，但不應忽略了支持結構（推動權利保障的組織、組織化的法律人、財源）的重要性。參見CHARLES R. EPP, *THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* (1998).

- 5 雖然本文的討論著重於憲法平等，女性主義的憲法設計還涉及各個憲法設計的面向，例如政府體制（何種政府體制較有利於女性參與並發揮影響？）、修憲程序（何種修憲程序最能擴大女性的能動性？）等等。Kathleen M. Sullivan便提出有關平等規範的五個項目考量：一般或特殊、對稱或不對稱、消極或積極權利、私人行為或國家行為、具可司法性（judicially enforceable）或訓示性（honorable）。參見Kathleen M. Sullivan, *Constitutionalizing Women's Equality*, 90 CALIF. L. REV. 735, 735-64 (2002). Beverley Baines and Ruth Rubio-Marín更進一步認為，認為女性主義的憲法議程應該包含（1）運用憲法的能動性（constitutional agency）；（2）憲法權利；（3）憲法所架構的多元性；（4）憲法上的平等；（5）女性的生育權與性自主；（6）女性在家庭中的權利；（7）女性的社經發展與民主權利。Beverley Baines & Ruth Rubio-Marín, *Introduction: Toward a Feminist Constitutional Agenda*, in *THE GENDER OF CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE* 1, 4-21 (Beverley Baines & Ruth Rubio-Marín eds., 2005).
- 6 當然，我們必須小心，性別平等的狀態具有不可共量性（incommensurability），但指標卻是以共量性為前提。再者，所使用的指標也不一定無爭議，例如，MacKinnon就指出，美國的高性侵害比率並未被納入性平指標的考量。See Catharine A. MacKinnon, *Gender in Constitutions*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 397, 401 n. 23 (Michel Rosenfeld & Andrés Sajó eds., 2012).

領先美國，此差異是否可以導出「憲法明文保障性別平等的國家的性別平等狀態會優於以訴訟保障性別平等的國家」的結論？或者，我們可以由美加皆有憲法性別平等的實踐，得出「實踐憲法性別平等不一定要有明文的憲法性別平等條款（修憲），訴訟（憲法解釋）也一樣可以有效達成憲法變遷、在『裁決的憲法』（*adjudicated constitution*）⁷中置入性別平等」、「國會遊說與訴訟兩種動員模式沒有必然優劣」的觀察？又或者，我們是否可以說，僅透過訴訟建立憲法性別平等無法發展出實質平等的憲法保障，必須在憲法上明文規定才能保障實質平等的實踐？

以上三個基於美加比較所推論出的一般性命題，都有待商榷之處。首先，依據憲法是否明文保障性別平等來推論性別平等的程度，顯然是經不起進一步檢驗的草率相關性推論。對比挪威和查德共和國（Chad Republic），就可以論證憲法中是否有性別平等條款與實現性別平等的程度之間並無必然相關：性別平等指數領頭羊的挪威在憲法中並無性別平等條款，而憲法中明訂性別平等的查德則性別平等指數吊車尾⁸。其次，雖然美國的確在ERA尚未通過的情

7 「裁決的憲法」（*adjudicated constitution*）與「立法的憲法」（*legislated constitution*）是Robin L. West所做的區分。See Robin L. West, *The Missing Jurisprudence of the Legislated Constitution*, in *THE CONSTITUTION IN 2020*, at 79, 79-91 (Jack M. Balkin & Reva B. Siegel eds., 2009). 「裁決的憲法」是透過司法的憲法解釋所定義的憲法，「立法的憲法」則是指立法者有義務遵守的憲法，良知的立法者——願意實踐其對公民之道德、政治與憲法義務的立法者——以立法來實踐憲法，其任務在於改變現狀，而非使現狀變得合理。West對於強調憲法文化的公眾憲政主義抱持懷疑。參見Robin L. West, *Constitutional Culture or Ordinary Politics: A Reply to Reva Siegel*, 94 CALIF. L. REV. 1465, 1465-86 (2006). 她並且在*The Missing Jurisprudence of the Legislated Constitution*一文中，主張立法的憲法相較於裁決的憲法更能實踐進步的社會改革目標。Robert C. Post & Reva B. Siegel 所倡議的立法憲政主義則旨在主張法院並不壟斷憲法解釋權，國會也有權解釋憲法，並強調一種「政策中心模式」（*policentric model*）的憲法解釋。See Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act*, 112 YALE L.J. 1943, 1943-2059 (2003). 本文不涉入此些爭辯。

8 Julie C. Suk, *An Equal Rights Amendment for the 21st Century: Bringing Global*

況下發展出憲法性別平等，但持續近一世紀的ERA運動本身就證明美國社會中有股不滿於僅由訴訟建立憲法性別平等的聲音與力量，也有一些支持ERA的法學者認為訴訟不能完全取代透過ERA修憲的憲法變遷。婦運律師出身的聯邦最高法院大法官Ruth Bader Ginsburg甚至曾公開表示，若她可以挑選一個增補條款加入憲法之中，那就是ERA，她要讓她的孫女拿起憲法的時候可以看到男女平等，知道這是美國社會的基本原則⁹。最後，雖然有比較憲法研究指出，容許某程度的積極矯正歧視措施的憲法規範有可能、但不必然有助於降低性別積極矯正歧視措施（gender affirmative action）的爭議性¹⁰，加拿大也確實發展出實質平等的憲法平等審查，但這並非僅因有權利與自由憲章的規定就自動發生，而是透過一系列憲法平等訴訟所建立，也就是國會遊說配合後續訴訟動員。也有學者指出，美國並非沒有透過訴訟發展出實質性別平等的可能性，而且ERA不能保證法院會採納實質平等理論¹¹。如與臺灣相較，臺灣的憲法在增修條文第10條第6項明訂保障兩性的實質平等，但憲法的

Constitutionalism Home, 28 YALE J.L. & FEMINISM 381, 399 (2017). Catharine A. MacKinnon的比較憲法分析也得出同樣的結論：如果以世界銀行（World Bank）的性別指標來評斷該國實現性別平等的程度，性平指標最高的挪威與挪威，前者沒有憲法上的明文平等規範，後者根本沒有成文憲法，但此兩國都有可扮演憲法平等規範功能的法律；馬拉威的憲法性別平等規範非常完整詳盡，但其性別平等指標則在169國中排名第153。See MacKinnon, *supra* note 6, at 401-02.

⁹ Nikki Schwab, *Ginsburg: Make ERA Part of the Constitution*, U.S. NEWS (April 18, 2014), <http://www.usnews.com/news/blogs/washington-whispers/2014/04/18/justice-ginsburg-make-equal-rights-amendment-part-of-the-constitution>.

¹⁰ See Christopher D. Totten, *Constitutional Precommitments to Gender Affirmative Action in the European Union, Germany, Canada and the United States: A Comparative Approach*, 21 BERKELEY J. INT'L L. 27, 27 (2003). 此研究認為，加拿大尚無積極矯正歧視措施爭議的最高法院案件，顯示其憲法規範可能反應了某程度的國家共識。Totten, *supra*, at 51. Sandra Clancy則比較美國與加拿大的積極矯正歧視措施之憲法地位與司法審查，主張美國應該學習加拿大以積極矯正歧視措施來回應弱勢群體的處境。Sandra Clancy, *Affirmative Action as a Way to Overcome Disadvantage: Inspiration from Canadian Law*, in CONSTITUTIONAL POLITICS IN CANADA AND THE UNITED STATES 175, 197 (Stephen L. Newman ed., 2004).

¹¹ Suk, *supra* note 8, at 395.

性別平等審查始終採取形式平等模式¹²。因此，即便憲法有明文規定，也不保證實質平等理論會被實際採納。

那麼，既然前述三個一般性命題都難以成立，我們可以從美加的比較中得出何種研究與實踐意義呢？首先，研究上對於國會遊說與司法訴訟兩種法律動員途徑的優劣，並無定論¹³。訴訟與遊說涉及各種不同的制度條件、議題脈絡，而且即便美國與加拿大同屬聯邦制的普通法系國家，兩國的婦運憲法動員皆有訴訟與遊說並用的策略，其動員的結果也無法被簡單評價優劣。從法律與社會的共構論（constitutive theory）觀點¹⁴來看，重點或許不在於比較兩種取徑

12 司法院釋字第365號解釋既是第一個憲法性別平等的解釋，也建立了此後被依循的形式平等審查基準。雖然大法官在司法院釋字第666號解釋中曾經部分採納間接歧視/差別影響理論來認定罰娼不罰嫖的性別與階級影響，但此後未曾再採取此理論進行性別平等的審查，而且差別影響/間接歧視理論也不等於實質平等。我認為，司法院釋字第666號解釋雖然關注對中下階層女性的不對稱影響，卻未辨識娼妓制度的性買賣之宰制與臣屬關係，正可用以說明Catharine A. MacKinnon對於差別影響理論的批評：間接歧視/差別影響理論仍著眼於相同與差異的比較，但實質平等則是以辨識階層制的存在及其所展現的權力關係為核心。參見Chao-ju Chen, *Catharine A. MacKinnon and Equality Theory*, in RESEARCH HANDBOOK ON FEMINIST JURISPRUDENCE 44, 57 (Robin L. West & Cynthia Bowman eds., 2019).

13 有的研究者從資源臨界論（resource threshold theory）的觀點出發，認為運動團體必須能夠動員到資源才能有效進行集體行動，而訴訟是高度仰賴資源的運動策略，必須要有很好的支持結構才能以訴訟做運動。See CAROL HARLOW & RICHARD RAWLINGS, *PRESSURE THROUGH LAW* (1992); EPP, *supra* note 4; Pieter Bouwen & Margaret McCown, *Lobbying versus Litigation: Political and Legal Strategies of Interest Representation in the European Union*, 14 J. EUR. PUB. POL'Y 422, 422-43 (2007). 但也有的研究者認為，由於法院的有限性，訴諸法院不是社會運動的有效運動策略，草根運動及立法才是達到社會運動目標的上策。此派主張的著名作品是Gerald N. Rosenberg，他甚至將法院比喻為捕蠅紙，暗喻被訴訟途徑吸引的社會運動者形同上當的蒼蠅。參見GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (2d ed. 2008)。Lisa Vanhala則從法律機會結構論（legal opportunity theory）提出批評，認為訴訟的形式、司法途徑的管道的差異、組織的能動性等等，都與動員形式的選擇有關，而且遊說的成本往往被低估，因此遊說不見得必然是較有效的選擇。參見LISA VANHALA, *MAKING RIGHTS A REALITY?: DISABILITY RIGHTS ACTIVISTS AND LEGAL MOBILIZATION* 23-24 (2010).

14 Michael W. McCann可說是共構論立場的代表性學者，又以其作品MICHAEL W.

的優劣，而在於探究在不同的取徑之下法律如何與社會運動相互關連。其次，憲法解釋與憲法制訂/修正的區分，也有可檢討之處。Reva B. Siegel便從憲法文化的角度觀察社會運動與憲法變遷的關係，質疑區分憲法制定與憲法解釋的必要性與適當性。她將憲法文化定義為引導官方行動者（如立法者、法官）和公民之間憲法互動的理解，主張憲法的意義是由有權的官方行動者與公民所共同創造，既然如此，區分憲法制定與憲法解釋就不必要，更應該著重「非正式」的公民憲法實踐¹⁵。

本文的目的不在於透過美加的比較來發掘關於動員與遊說策略、憲法制訂與憲法解釋的一般性的通則，也無意藉由比較研究來全方面考察美加比較憲法對於性別政策的意義¹⁶，或是認定美加哪國的月亮比較圓、以決定法律移植的對象，而在於尋找對臺灣有意義的女性主義憲法動員經驗啟示，以從憲法文化的角度思考公民與憲法互動的可能形貌，以及追求改變現狀的可能。首先，對於憲改權利運動曾經數次活躍、但現已趨於沈寂的臺灣來說，美國的ERA運動持續近一世紀¹⁷、並於近年來復興的現象，其在1970年代訴訟與國會遊說同步並進的經驗，以及加拿大婦運以憲改接續訴訟、又以訴訟接續憲改的法律動員經驗，值得作為臺灣性別憲改的參照。其次，美加兩國在憲法性別平等打造過程中，都曾經歷平等與性別差異的辯難，但發展出不同的形貌。兩國的爭論都涉及懷孕歧視與

MCCANN, RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF LEGAL MOBILIZATION (1994)為經典之作。

15 Reva B. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA*, 94 CALIF. L. REV. 1323, 1325 (2006).

16 以美加憲法比較來全面向探討性別政策影響異同的研究，請參考Leslie F. Goldstein, *Constitutionalism and Policies Toward Women: Canada and the United States*, 4 INT'L J. CONST. L. 294, 299 (2006).

17 在臺灣歷史上的對比是，日治時期臺灣的臺灣議會設置請願運動持續十四年的十五次請願。臺灣史學者周婉窈就曾經對於臺灣議會設置請願運動在1930年代後的冷淡狀況下仍能進行八、九回，感到「有點不可思議」。見周婉窈，臺灣議會設置請願運動再探討，臺灣史料研究，37期，頁22（2011年）。

女性差異的平等意涵，在美國尤以「保護性立法」(protective legislation) 備受爭論。這對於憲法中明訂女工特別保護(第153條第2項)及母性保護條款(第156條)¹⁸，且保護性立法的合憲性爭議始終未曾成為焦點的臺灣來說，有助於於開展憲法平等的不同想像，特別是思考保護性立法與性別積極矯正歧視措施的關係。以下，我首先討論美國的婦運憲法動員訴訟與遊說並行的旅程，以及「差異」在憲法動員中的爭議角色；接著探討加拿大婦運憲改與訴訟相互接續的旅程以及其打造實質平等的過程，最後則總結美加經驗並提出臺灣省思。

貳、並行的旅程：美國的ERA修憲運動與性別平等訴訟運動

美國聯邦憲法是世界上少數沒有明文保障性別平等的憲法。一般認為，美國主要係透過一系列憲法第14增補條款的訴訟發展出性別平等的違憲審查，從而確認性別平等係憲法保障的價值。因此，憲法第14增補條款被公認為憲法保障性別平等的依據。一般也認為，對於憲法上欠缺明文性別平等保障的狀態，美國婦運自從1919年通過憲法第19增補條款之後，開啟了ERA運動，歷經多年的努力，終於在1972年獲得國會多數同意，以第27修正案的名義送交各州批准，但在1979年的批准期限屆至前仍未獲得足夠的州(三分之二，即三十八州)批准，國會又將期限延長至1982年，但最終仍僅有三十五州批准，在僅差三州的情況下功敗垂成。1982年迄今，每一屆國會都有ERA的提案，但從未獲得通過。因此，ERA運動迄今仍未成功。許多人也認為在憲法第14增補條款已被解釋為包含性別

¹⁸ 不少國家的憲法中有與我國憲法第156條類似的母性保護條款，這些規範通常是將母性保護置於婚姻家庭保護的脈絡中。

平等保障的情況下，無須再推動ERA。

美國憲法與法律史學者Reva B. Siegel對上述的通說見解——第14增補條款為憲法性別平等的依據，ERA是失敗的運動——提出不同意見。她認為，憲法第19增補條款被過度狹隘地理解「僅是」保障女性投票權。考察女性投票權運動爭取第19增補條款的歷史，其意旨乃是要保障女性的平等公民身份；承認女性有投票權，就是要承認女性是平等的公民。因此，她主張要給予第14和第19增補條款進行綜合性解釋（*synthetic reading*），以之作為美國憲法保障性別平等的雙支架¹⁹。她也認為，ERA運動沒有真的失敗，經由一系列憲法訴訟所創造的「事實上的ERA」（*de facto ERA*）也是一種憲法變遷²⁰。

Siegel從女性主義憲法文化史所提出的看法不僅具有規範上的意義，由此可以引伸而進一步探討的是：第19增補條款的誕生，正是修憲與訴訟兩種路徑競逐之下修憲路線勝出的結果；而ERA運動先是承接了修憲路線，接著則是在修憲與訴訟兩種路徑競逐之後，轉為訴訟與修憲的併行。Siegel所倡議的第14增補條款與第19增補條款的綜合性解釋，則涉及憲法平等的詮釋競逐。

一、從女性投票權到ERA的兩次訴訟與遊說雙軌策略

19世紀美國爭取女性投票權的運動，始終是一個與黑人爭取投票權運動糾葛的過程。在第13增補條款廢除奴隸制、第15增補條款賦予黑人投票權之後，女人（包括白女人與黑女人）卻仍無投票權。第14增補條款未納入性別、第15增補條款未明文納入女性投票權，這被視為女性投票權運動的挫敗，既是姊妹鬩牆、婦運與反種

19 See Reva B. Siegel, *She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family*, 115 HARV. L. REV. 947 (2002).

20 See Siegel, *supra* note 15.

族主義運動分裂的結果，也宣告了二者進一步分道揚鑣與結盟的多樣關係²¹。憲法增補條款對於黑人男性的投票權與平等權的保障，既表彰著女性投票權運動的挫敗，卻也揭示了新的可能：是否可以不需進一步修憲，用既有的憲法規範就可以主張「女性投票權」也已經獲得憲法上的承認呢？或者，女性投票權的實現，勢必得要透過修訂憲法條文才行？修憲與訴訟這兩條路，該怎麼選擇？

女性投票權運動，就在第14、15增補條款通過之後，正式分裂為兩大陣營，此以平權協會（Equal Rights Association）在1869年轉為兩個致力於推動女性投票權、卻分採「修憲論」與「行憲論」的組織為指標。修憲派以美國女性投票權協會（National American Woman Suffrage Association）為代表，此派支持黑人投票權，主張以全國和地方的倡議游說來推動修憲。「行憲」派則認為，可以透過對於第14、15增補條款的創造性解釋，來承認女性投票權，亦即憲法「已經」賦予女性投票權，因此可以透過訴訟來加以主張。行憲派的路線（1869-1875）被稱為「重新出發」（the new departure），以全國女性投票權協會（National Woman Suffrage Association）為代表²²。此派被認為不關心種族主義，女性投票權運動大將Susan B. Anthony甚至認為奴隸制已是「屬於過去的已死

21 相關討論請參見例如：Ellen Carol DuBois, *Outgrowing the Compact of the Fathers: Equal Rights, Woman Suffrage, and the United States Constitution, 1820-1878*, 74 J. AM. HIST. 836, 836-62 (1987); Ellen Carol DuBois, *Taking the Law into Our Own Hands: Bradwell, Minor, and Suffrage Militance in the 1870s*, in *VISIBLE WOMEN: NEW ESSAYS ON AMERICAN ACTIVISM* 19, 19-40 (Nancy A. Hewitt & Suzanne Lebsock eds., 1993); Evelyn Brooks Higginbotham, *In Politics to Stay: Black Women Leaders and Party Politics in the 1920s*, in *UNEQUAL SISTERS: A MULTICULTURAL READER IN U.S. WOMEN'S HISTORY* 289, 292-306 (Vicki Ruiz & Ellen Carol DuBois eds., 2000).

22 有關「重新出發」的路線之爭，請參考Norma Basch, *Reconstructing Female Citizenship: Minor v. Happersett*, in *THE CONSTITUTION, LAW, AND AMERICAN LIFE: CRITICAL ASPECTS OF THE NINETEENTH-CENTURY EXPERIENCE* 52, 52-66 (Donald G. Nieman ed., 1992); JULES LOBEL, *SUCCESS WITHOUT VICTORY: LOST LEGAL BATTLES AND THE LONG ROAD TO JUSTICE IN AMERICA* 74-79 (2004).

問題」(dead questions of the past)²³。

1873年的知名的公民不服從案件：*United States v. Susan B. Anthony*一案可說是「重新出發」路線的高潮之一，Susan B. Anthony主張自己登記投票乃是行使聯邦憲法第14條與紐約州憲法所賦予的投票權，卻因「無投票權而非法投票」而被捕，她質問「美國公民投票有罪嗎？」，甚至還對法官說「抵抗專制就是服從上帝」(“Resistance to tyranny is obedience to God.”)²⁴。但法院仍認定她有罪判處罰金，而她則終生未付此罰金。該案雖然引起高度社會矚目，但未能到達聯邦最高法院，而兩年後的*Minor v. Happersett*²⁵才真正造成「重新出發」的致命挫敗。與Susan B. Anthony同樣去登記投票的Virginia Minor因身為女人而被拒，她提起訴訟，主張密蘇里州憲法只准男人投票違反了聯邦憲法第14、15增補條款與其他聯邦憲法規定(如第1增補條款)，但聯邦最高法院認定，雖然女性確實是美國公民，但第14增補條款的公民權(privilege of citizenship)保障範圍不及於投票權。

「重新出發」的挫敗，讓修憲成為女性投票權運動必須共同追求的選項。但種族與性別的緊張關係——特別是白人女性害怕黑人的投票影響力——並未消失²⁶。最終，在第15增補條款保障黑人男性投票權的近半個世紀之後，第19增補條款在1920年獲得批准通過，以憲法明文保障女性投票權。因此，女性爭取投票權的歷史，

23 See Susan B. Anthony, *Appeal to the National Democratic Convention (1868)*, in THE RADICAL READER: A DOCUMENTARY HISTORY OF THE AMERICAN RADICAL TRADITION 188, 188-190 (Timothy Patrick McCarthy & John McMillian eds., 2011).

24 該案的相關文件，請見ANN D. GORDON, THE TRIAL OF SUSAN B. ANTHONY 1-32 (2005).

25 See *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (1875).

26 相關討論請參見Rosalyn Terborg-Penn, *Discontented Black Feminists: Prelude and Postscript to the Passage of the Nineteenth Amendment*, in DECADES OF DISCONTENT: THE WOMEN'S MOVEMENT, 1920-1940, at 261, 261-79 (Lois Scharf & Joan Jensen eds., 1983).

是訴訟路線敗退，最終以修憲路線獲得里程碑勝利的歷史。修憲路線立刻被延續，用以爭取進一步的憲法平等，亦即ERA運動的濫觴。在ERA之外，全美各地也都有主張憲法平等的性別平等訴訟，但要等到1970年代，訴訟才開始被系統性地作為婦運爭取憲法平等的集體行動策略。

領導全國女性黨（National Women's Party）的女性投票權運動大將Alice Paul相信，必須透過憲法的平權條款來確保女性在憲法上的平等，消除性別差別待遇。1923年，在慶祝1848年Seneca Falls女權大會的七十五週年紀念會上，Alice Paul公布了被稱為Lucretia Mott Amendment的第一版ERA條文：「在全美以及所管轄之地，男女皆享有平等權利。國會有權以適當的立法來實施本條之規定」。ERA在1943年改為被稱為Alice Paul Amendment的版本，修訂第一版可能引發限制州權疑慮、表彰聯邦優於州的文字，並仿照第19增補條款的規範形式：「美國或任何州皆不得基於性別（on account of sex）而否認或侵犯法律上的平等權。國會有權以適當的立法來實施本條之規定。本修正於批准後兩年生效」。Alice Paul Amendment也是1972年國會通過的條文版本。

Alice Paul等人對於推動ERA的熱情，並不為當時美國婦運所集體共享。有些人認為，不需要優先推動ERA這種框架性的立法，而應該在既有的法律架構下，一州一州推動女性參與政治來改變現狀²⁷。將在後面進一步討論的保護性立法爭論，更使ERA路線一路走來不斷受到質疑。不過，1964年通過民權法第七章禁止勞動上的性別歧視，顯示國會遊說的路線有成²⁸，為修憲路線增加了支持。

27 Tracey Jean Boisseau & Tracy A. Thomas, *After Suffrage Comes Equal Rights? ERA as the Next Logical Step, in 100 YEARS OF THE NINETEENTH AMENDMENT: AN APPRAISAL OF WOMEN'S POLITICAL ACTIVISM* 227, 231 (Holly McCammon & Lee Ann Banaszak eds., 2018).

28 關於1964年民權法第七章納入性別平等的原因，究竟是意外的結果（笑話成真、或刻意以加入性別來阻擋禁止種族歧視）、還是婦運遊說努力所促成，相

1966年創立的全國女性組織（National Organization for Women，簡稱NOW）在1967年將ERA列為優先議程，而婦運也逐漸對修憲與訴訟的雙軌路線形成共識。1972年，民主黨眾議員Martha Griffiths成功地在國會推動通過ERA，送交各州批准，而婦運也於各州推動議會批准。

於此同時，性別平等的憲法訴訟運動也正轟轟烈烈地起跑。1972年，當時任教於哥倫比亞大學、現任聯邦最高法院法官並被公眾暱稱為notorious RBG的Ginsburg在美國民權聯盟（American Civil Liberties Union）創立了女權計畫（Women's Rights Project，即WRP）²⁹。除了致力於1964年民權法（Civil Rights Act）第七章的性別歧視訴訟，WRP也以憲法性別平等訴訟為目標。在WRP成立的前一年，Ginsburg已經為ACLU撰寫了*Reed v. Reed*³⁰的訴狀，而*Reed*正是美國聯邦最高法院首度適用第14增補條款於性別歧視的案件。不過，必須一提的是，以第14增補條款作為憲法性別平等的依據進行性別平等訴訟，並非Ginsburg的創見，而是由跨性別黑人女性主義法學者Pauli Murray所提出。早在1962年於是否推動ERA的紛擾中，首創以Jane Crow一詞來描繪黑女人歧視的Pauli Murray³¹就另創新局提出訴訟策略，她檢視第14增補條款的司法實踐狀況，認為可以將性別類比於種族平等審查，而且以個案訴訟的漸進方式來推動性別平等，可能比必須通過國會多數、還要經各州批准程

關研究對此有不同詮釋與評價。

29 有關Ginsburg與ACLU的關係，請參考AMY LEIGH CAMPBELL, RAISING THE BAR: RUTH BADER GINSBURG AND THE ACLU WOMEN'S RIGHTS PROJECT (2002).

30 See *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

31 Pauli Murray於1940年代就讀於Howard Law School的時候開始將黑女人所面臨的歧視命名為Jane Crow，並思考是否可以用第13與第14增補條款來對付Jim Crow（種族隔離）與Jane Crow。See ROSALIND ROSENBERG, JANE CROW: THE LIFE OF PAULI MURRAY 132 (2017).不過，此詞的正式出現是在下述作品：See Pauli Murray and Mary O. Eastwood, *Jane Crow and the Law: Sex Discrimination and Title VII*, 34 GEO. WASH. L. REV. 232 (1965).

序、且仍須訴訟來進一步具體化其意義的ERA來得好，也可以產生類似的結果³²。因此，Pauli Murray是此策略的先驅，而Ginsburg則是其發揚者。

Ginsburg為Reed所主筆撰寫的訴狀被稱為性別平等訴訟的「祖母訴狀」(the grandmother brief)³³。她跟隨Pauli Murray的腳步，採用種族與性別的類比，主張性別與種族一樣，都是不可改變的生理特徵，皆為嫌疑分類(suspect classification)，應該適用嚴格審查(strict scrutiny)。但Ginsburg在訴狀中也提供了兩個其他選項：如不採用嚴格審查，仍可用中度(intermediate)審查或寬鬆/合理審查(rational scrutiny)將該法認定違憲。聯邦最高法院的判決雖然沒有採納或提及Ginsburg在訴狀中的審查基準主張，但選擇採用寬鬆審查基準，在本案承認第14增補條款的平等保障適用於性別，並宣告愛達荷州規定遺產管理由父親優先的法律未能通過寬鬆審查而違憲。Ginsburg繼續推動她的嚴格審查說，鎖定性別差別待遇作為憲法訴訟運動的對象；但有別於Reed乃是女性當事人(未能擁有遺產管理權的母親)的案件，她推動了以男性當事人為主的訴訟策略，希望藉此爭取男性法官的認同，因為性別歧視的法律讓男人也受害³⁴。

32 Rosalind Rosenberg對於Pauli Murray如何發展出第十四增補條款策略的過程，有基於豐富史料精彩描述。See ROSENBERG, *supra* note 31, at 241-65.

33 ELEANOR H. AYER, RUTH BADER GINSBURG: FIRE AND STEEL ON THE SUPREME COURT 48 (1994). 不過，Ginsburg並未出庭辯論此案件，而是由Sally Reed原委任律師出庭。此外，該訴狀是由Ginsburg與ACLU的主任Mel Wulf共同具名，但Ginsburg在首頁將Pauli Murray與Dorothy Kenyon列名其上以感謝其貢獻，這也說明Ginsburg對女性主義法學的投入：承認其他女性的貢獻。See KATIE L. GIBSON, RUTH BADER GINSBURG'S LEGACY OF DISSSENT: FEMINIST RHETORIC AND THE LAW 42 (2018).

34 See David Cole, *Strategies of Difference: Litigating for Women's Rights in a Man's World*, 2 LAW & INEQ. 33 (1984). 不過，Wendy Webster Williams則認為，這是對Ginsburg的誤解，如果採用不同的案件計算法(例如將聯邦最高法院拒絕審理的案件也計入)，結果會不同。參見Wendy Webster Williams, *Ruth Bader Ginsburg's Equal Protection Clause: 1970-80*, 25 COLUM. J. GENDER & L. 41, 44-45 (2013).

接續*Reed*之後，Ginsburg在1973年的*Frontiero v. Richardson*³⁵，也就是她第一個以代理人身分在聯邦最高法院出庭的案件，再次提出嚴格審查的主張，而這次法院接受了她的論點。*Frontiero*宣告女性軍人必須證明配偶是依賴者才能獲得配偶福利、但男性軍人不用的規定違憲。*Weinberger v. Wiesenfeld*³⁶也是類似的案件，Ginsburg主張社會安全法提供給寡婦的福利卻不適用於鰥夫，乃是對勞動女性的歧視，因為女性勞動繳稅所獲得的社會安全給付少於男性勞動繳稅獲得的給付（男性的配偶可獲得給付，但女性的配偶不行）。該案又是再一次的勝訴。然而，嚴格審查基準說並未獲得足夠的票數確立。務實的Ginsburg改變了策略，並且在一年之後獲得成功：聯邦最高法院在*Craig v. Boren*³⁷從嚴格與寬鬆的二階梯（two-tiers）審查基準轉變為三階梯審查，增加中度審查（intermediate scrutiny）標準，並以之宣告奧克拉荷馬州規定女性飲酒年齡低於男性的規定違憲。Ginsburg在為ACLU為本案提出的法庭之友意見書中將合理寬鬆審查稱之為「通通可過關」（anything goes）的標準，但是她沒有提出明確的審查基準，而只是主張該法律是奠基於性別刻板印象的過度一般化規定，與立法目的之間欠缺公平且實質關聯。

在以WRP為主的女性主義憲法訴訟運動下，從*Reed*到*Frontiero*再到*Craig*的三部曲於1970年代建立了中度審查的性別平等違憲審查基準，而此通常被認為是形式平等的反分類審查模式，以作為憲法的性別平等保障的內涵。由此，我們可以進一步思考訴訟運動和ERA運動之間的糾葛關係：尋求以憲法第14增補條款作為憲法保障性別平等的依據，是否表示ERA並無必要、反而顯得多餘？主張應該制訂ERA，是否即表示憲法第14增補條款不能作為憲法保障性別

35 See *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

36 See *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975).

37 See *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

平等的依據？由於第14增補條款同時可作為保障種族與階級平等的依據，以第14增補條款作為平等權的依據，是否較有利於追求多元交織的平等？這似乎是當年投票權運動中「重新出發」爭議的歷史重演。這一次，婦運雖非無爭議、但最終有共識地採用了修憲與訴訟並行的雙軌策略（dual strategy），同時透過訴訟主張憲法保障性別平等，並以修憲確立憲法保障性別平等。在此運動共識之下，不同於當年的*Minor*成為「重新出發」路線的致命挫敗，1971年的*Reed*並未被視為摧毀ERA的致命一擊，隔年國會就通過了ERA送交各州批准。ERA期限屆至的1982年，即便當時婦運強力施壓、甚至採取激烈抗爭的不服從運動，仍告失敗，但此失敗並未被歸因於訴訟上的成功。

Serena Mayeri的研究指出，雙軌策略能夠奏效，在很大程度要歸功於Pauli Murray所領導的努力，這也證明修憲與訴訟可能相輔相成、相互為用，而非相互矛盾、彼此抵銷。例如，ERA的支持者認為，*Reed*以寬鬆/合理審查所做的狹隘模糊解釋，正足以證明極有必要通過ERA。不過，Mayeri也認為，此雙軌策略的務實選擇雖然避免將雞蛋放在同一個籃子裡，但也確實可能產生策略行動上的衝突。例如，*Frontiero*就併陳了雙軌策略的優缺點：Brennan大法官所撰寫的多數意見（支持嚴格審查）以國會通過ERA的立法權意旨支持將憲法第14增補條款解視為禁止性別分類，但同時也有大法官質疑，既然ERA案已經進行中，司法權就不要涉入此爭論³⁸。也值得注意的是，領導訴訟路線的Ginsburg不只未反對ERA、甚至積極支持ERA，在訴訟運動獲致初期成功之後的1970年代末期，還撰文論證ERA並存的必要性³⁹。事實上，在訴訟運動進行的過程中，

38 See Serena Mayeri, *Constitutional Choices: Legal Feminism and the Historical Dynamics of Change*, 92 CAL. L. REV. 755 (2004).

39 See Ruth B. Ginsburg, *Sexual Equality under the Fourteenth and Equal Rights Amendment*, 1979 WASH. U. L. REV. 161 (1979).

人們（包括Ginsburg）早就意識到，透過訴訟、一步一腳印的方式推動改革得費時多年，如果沒有ERA，甚至無法確保能夠促成修法⁴⁰。因此，即便訴訟有所進展，仍無法取代修憲的必要。

在ERA的挫敗之後，雙軌路線仍繼續進行，不只訴訟運動繼續創造更多了憲法性別平等的案件，ERA運動也迄今未止。1994年開始，ERA運動又產生了修憲的雙軌策略：一是依據憲法第五條的規定重新尋求國會三分之二的通過、三分之二州議會的批准，也就是國會策略；二是所謂「三州策略」（three-state solution/three-state strategy），其主張國會原本於1972年通過的ERA的批准案仍繼續有效，因此只需要未批准ERA的十五州議會中其中至少三個州的議會批准，ERA就可以生效⁴¹。現在，ERA在國會的最新提案版本已與1972年的版本有異，在第1項加上「女性於美國及其所有其管轄地均享有平等權」以特別強調ERA要求女性的平等權，並且在第2項增加各州立法權的規定⁴²。不過，ERA運動再次獲得美國社會的顯著關注與支持，要等到2017年反性騷擾與性侵害的#MeToo運動興起以及川普當選美國總統之後，人們將對於女性的臣屬處境的關切與對保守運動興盛的憂慮轉化為對法律改變的政治支持，內華達州於2017年、伊利諾州於2018年批准ERA都與此有關，這使得三州策略大受鼓舞，因為在此策略之下，只要再獲得一州批准即可。

2019年是美國女性獲得投票權的百週年前夕，而ERA也在此時獲得自1982年的挫敗以來最大的注目⁴³，並於百週年取得最大的進

40 NANCY WOLOCH, *A CLASS BY HERSELF: PROTECTIVE LAWS FOR WOMEN WORKERS, 1890S-1990S*, at 220 (2004).

41 這是基於國會設定批准時限的權限爭議所提出的法律主張，其主要的論點是憲法第5條並未明訂批准時限。有關支持三州策略的分析，see Allison Held, Sheryl Herndon & Danielle Stager, *The Equal Rights Amendment: Why the ERA Remains Legally Viable and Properly Before the States*, 3 WM. & MARY J. WOMEN & L. 113 (1997).

42 這是Carolyn Maloney於2013年提案的版本，也是後續持續被提出的版本。

43 紐約大學法學院在2018年底舉辦的ERA座談活動就是一個例證，與會的法學

展。維吉尼亞州原於2019年因一票之差未通過ERA批准案，於同年底議會改選之後由民主黨取得多數，旋即在2020年1月通過批准案，成為第三十八個批准ERA的州，也造就三州策略等待已久的臨門一腳。ERA的支持者認為，維吉尼亞州的批准即表示ERA已符合修憲程序的規定獲得通過。然而，川普政府的司法部則提出備忘錄主張，由於當年國會所訂的批准期限（1982年）已過，此修憲案不生效。國家檔案局也表示不登載ERA為修憲條文。這使得美國憲法第5條有關修憲程序規定的解釋成為爭議的焦點，而ERA正反雙方的對立也進一步成為立法與司法場域的爭戰。民主黨多數的眾議院在2020年通過取消ERA批准年限的決議，但共和黨多數的參議院通過同樣決議的可能性堪慮。阿拉巴馬、路易西安那與南卡羅萊納三州反對ERA的檢察長向位於阿拉巴馬州的聯邦法院起訴，要求禁止國家檔案局登載ERA；自2017年以來通過批准案的三州檢察長則向哥倫比亞特區聯邦地區法院起訴，要求國家檔案局依法行使職權登載ERA為正式修憲條文。此外，也有ERA的支持者在麻薩諸塞州的聯邦地區法院起訴，同樣要求國家檔案局承認此修憲案。ERA是否已成為正式憲法一部分的爭議，顯然將繼續延燒。

Tracey Jean Boisseau和Tracy A. Thomas 認為，通過ERA是在女性獲得投票權之後邁向性別平等的當然下一步（a logical step）⁴⁴。她們的看法並不孤單。ERA的支持者往往著眼於其在培力、倡議與促進動員上的作用⁴⁵。例如，長年倡議ERA的Jessica Neuwirth和大

者、倡議者與政治人物都對ERA表達肯定。見Wilfred Codrington & Alex Cohen, *Continuing the Fight for Constitutional Equality*, Ms. (Jan. 25, 2019), <http://msmagazine.com/blog/2019/01/25/continuing-fight-constitutional-equality/>. 紐約時報也數次以新聞分析和評論來支持ERA，而內華達與伊利諾兩州通過ERA批准案的新聞當然也有助於提高公眾矚目。

44 See Boisseau & Thomas, *supra* note 27.

45 Druscilla Scribner和Priscilla A. Lambert便主張，性別平等條款具有培力女性的作用：(1) 擴充權利主張的正當性；(2) 作為促進法律變遷的「使能/授權框架」(enabling framework)；(3) 厚實基礎並提供女性在法院挑戰國家的工具；(4)

法官Ginsburg一樣，認為在憲法中納入ERA可以彰顯男女平等原則的基本價值⁴⁶。曾對ERA的形式平等傾向表示懷疑⁴⁷的Catharine A. MacKinnon也轉而認為，現在比過去更需要ERA，因為訴訟路線發展出以憲法第14增補條款為基礎的形式平等審查，而制訂新版本的ERA可以重新思考實質平等作為憲法平等的可能性，這特別是對於經濟平等與性暴力兩個迫切的議題而言，相當重要⁴⁸。ERA的支持者也往往強調修憲對於美國在全球憲政人權秩序中位置的意義，憲法中欠缺性別平等條款，就像美國並非CEDAW公約國一樣，是不應有的「缺席」，損及美國的世界領導者地位。Jessica Neuwirth便強調「當我們在國際法的投入、甚至連我們自己的憲法中都欠缺對女性平等權利的承認時，我們就無法期待我國成為全球的女權領導者⁴⁹」。Julie C. Suk則從全球憲政主義（global constitutionalism）的觀點，主張更新美國的憲法性別平等想像，以建立社會再生產（social reproduction）的新基礎工程作為21世紀ERA的規範核心價值，雖然她也基於歐洲經驗認為憲法的平等條款的作用只介於微調與革命之間（more than a fine-tuner, and less than a revolution）⁵⁰。Julie

創造社會變遷或提供看待問題的不同方式；（5）鼓勵被低度代表的群體動員促進社會變遷。她們以比較經驗研究證明其論點。See Druscilla Scribner & Priscilla A. Lambert, *Constitutionalizing Differences: A Case Study Analysis of Gender Provisions in Botswana and South Africa*, 6 POL. & GENDER 37 (2010).

46 JESSICA NEUWIRTH, EQUAL MEANS EQUAL: WHY THE TIME FOR AN EQUAL RIGHTS AMENDMENT IS NOW 64-65 (2015). 支持ERA的知名女演員Meryl Streep曾經將這本書寄給所有國會議員，遊說其支持ERA。

47 CATHARINE A. MACKINNON, WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS 13-21 (2005).

48 See Catharine A. MacKinnon, *Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More than Ever*, 37 HARV. J.L. & GENDER 569, 569 (2014). MacKinnon和以多元交織性理論著稱的Kimberlé W. Crenshaw於2019年共同提出了新的「平等修正案」（equality amendment）草案，該修正草案將憲法平等定義為實質的多元交織平等。MacKinnon和Crenshaw認為，新修正案乃是創造新平等典範的新起步。See Catharine A. MacKinnon & Kimberlé W. Crenshaw, *Reconstituting the Future: An Equality Amendment*, 129 YALE L.J. 343 (2019).

49 NEUWIRTH, *supra* note 46, at 69.

50 See Suk, *supra* note 8, at 381.

C. Suk也歸納了三個ERA倡議者主張ERA能夠為現行性別平等保障法學的論點：將嚴格審查適用於性別平等、讓對女性有差別影響的法律失效、並賦予國會更大權限立法對抗性暴力等議題⁵¹。不過，也正如Suk所提醒，將ERA定義為要求嚴格審查，可能會使得ERA運動遭遇阻礙，也且可能因此排除了積極矯正歧視措施⁵²。女性差別待遇的可允許性，正是ERA自提出之後就始終環繞於其身的爭議。顯然，21世紀振興的ERA運動，也仍難免於此平等與差異的辯難。

二、平等與差異的爭議

ERA之所以歷經多年才在1972年獲得國會通過，而且最終未能獲得足夠的州批准，原因之一是反ERA的反制運動（counter-movement）之興起，此以保守菁英女性Phyllis Schlafly⁵³組成「制止ERA」（STOP ERA，STOP為stop taking away our privileges的縮寫）的反ERA運動最為著名。該反制運動主張ERA違背男女應有的性別角色，將ERA等同於合法化同婚與墮胎，以策動反同與反墮胎運動加入反ERA的行列，此策略逼使ERA支持者與墮胎權或同性婚姻議題保持距離⁵⁴。然而，除了保守派的反對之外，ERA的爭議更包括女性主義的「姊妹鬪牆」之爭，特別是有關保護性立法的立場，從ERA一開始被提出之後就開始爭議不斷。

當時，ERA的支持者主張應該廢除性別差異的法律，認為這是應被鬆綁的法律桎梏，也是法律上性別歧視的主要型態。換言之，她們所想像的平等，是男女相同待遇的形式平等，而這就是ERA所欲實現的平等。如果允許給女性的差別待遇，就是把女人視為需要特殊保護的群體，這終將對女人不利。但Dorothy Sue Cobble所稱

51 *Id.* at 394.

52 *Id.* at 396.

53 Phyllis Schlafly是法律人，也是保守女性運動的指標性人物，而抵制ERA就是她最重要也最知名的代表作。她已於2016年過世。

54 相關討論參見Siegel, *supra* note 15, at 1366-1403.

的勞動女性主義者（labor feminists），則支持以差別待遇來保障女性勞工，她們擔憂性別差異的法律（特別是保障女性勞工的保護性立法）將因ERA的通過而變成違憲：如果ERA等於「不分性別」的平等，保護女性的差別待遇就將成為被禁止的差別待遇⁵⁵。女性勞工運動者Myra Wolfgang對於平等的看法，堪為代表：相等/平等（equality）只有利於少數人，多數人會獲得的是不公平待遇的平等；將女人與男人差別對待的法律，不見得是歧視，而相同待遇的法律，也可能很不公平⁵⁶。對勞動女性主義者而言，ERA將造成對女性勞工權利的反挫，剝奪如最高工時限制、最低工資保護等法律保護。然而，隨著不分性別的勞工保障法律逐漸建立，特別是1964年民權法第七章的通過，保護性立法逐漸失去光彩。Nancy Woloch的這段話精準道出保護性立法的墜落與形式平等的興起：「單一性別的法律是新女性主義的第一個犧牲者。這些法律曾是婦運的核心，卻淪為追求平等之途上的障礙物」⁵⁷。她也指出，特別是在1960年代與1970年代之交的關鍵轉折之後，保護性立法「大勢已去」，為ERA清除了路上的障礙⁵⁸。換言之，民權法第七章的通過之所以成為ERA運動的助力，不只是因為增強了對國會的期待，也因為其對保護性立法造成打擊；保護性立法的逐漸退場，使得ERA在國會得以順利進場。

55 See DOROTHY SUE COBBLE, *THE OTHER WOMEN'S MOVEMENT: WORKPLACE JUSTICE AND SOCIAL RIGHTS IN MODERN AMERICA* 61-68 (2011).

56 WOLOCH, *supra* note 40, at 222.

57 *Id.* at 192.

58 *Id.* at 191-234. 她認為從1971年Reed一案到1986年Rosenfeld v. Southern Pacific Railroad的這段時間，是保護性立法沒落的關鍵轉折時刻。WOLOCH, *supra* note 40, at 232. Rosenfeld v. Southern Pacific Railroad認定加州的女性最高工時與工作限制（舉重）違憲，並非合法的真實職業資格（Bona Fido Occupational Qualification，即BFOQ），而依據民權法所設立的就業機會平等委員會（Equal Employment Opportunity Commission, EEOC）則在1969年發佈指令認定保護性立法不構成民權法第七章所稱的真實職業資格（可例外允許的差別待遇）。

主打廢除性別差別待遇的訴訟運動，也不免於懷孕的性別差異難題：懷孕是性別差異、因此可以被合理差別對待，或者對懷孕的差別待遇構成是性別歧視？在*Reed*與*Frontiero*之後，美國聯邦最高法院於1974年的*Geduldig v. Aiello*⁵⁹一案中表示，加州的身障福利排除懷孕並不違憲，因為懷孕歧視並非性別歧視⁶⁰。1976年的*General Electric Company v. Gilbert*⁶¹也認定GE公司未納入懷孕的失能給付不違反民權法第七章。在聯邦最高法院拒絕承認懷孕歧視是性別歧視之後，女性主義者轉而推動立法，1978年國會通過懷孕歧視法（Pregnancy Discrimination Act of 1978，簡稱PDA）來禁止懷孕歧視，要求將懷孕視同其他暫時性的身障（temporary physical disability）處理。但這當然並未終止所有關於懷孕歧視的法律爭議，晚近聯邦最高法院甚且在*Young v. United Parcel Service, Inc.*⁶²一案中否定PDA保障積極容納懷孕需求措施的權利，僅允許將懷孕需求與其他類似無法工作的需求相同對待。今日的ERA的倡議者，例如Jessica Neuwirth，即主張以ERA所要保障的平等權，包含讓男女都能兼顧工作與生育的權利、並承認懷孕歧視是性別歧視⁶³。對這些倡議者來說，ERA的新論述必須兼顧追求形式平等的嚴格審查與女性的差異處境，並且修補司法平等審查上的缺憾。

因此，即便ERA運動與訴訟運動有遊說與訴訟不同形式的差異、以及因此而產生的支持與反對，就平等的實質內涵來觀察，二者的發展都證明了形式平等的勝出，但其限制也不斷受到反省。Serena Mayeri的研究便指出，在1960與1970年代時已有實質平等的反臣屬（anti-subordination）論證與訴訟，運動中對於平等的想像

59 See *Geduldig v. Aiello*, 471 U.S. 484 (1974).

60 當時，WRP所提出的法庭之友意見書（Ginsburg為作者之一）主張，職場的懷孕歧視是一種性別歧視。

61 See *General Elec. Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976).

62 See *Young v. United Parcel Service, Inc.*, 575 U.S. ____ (2015).

63 NEUWIRTH, *supra* note 46, at 131-81.

也很多樣，包含了對於性別與種族的多元交織性（intersectionality）的思考⁶⁴。Wendy Webster Williams也認為，Ginsburg的訴訟策略和平等思考不是嚴格意義的爭取和男人一樣的形式平等，她經常強調刻板印象對於女性的傷害⁶⁵。確實，Ginsburg在認定僅限男性就讀的軍校違憲之*United States v. Virginia*⁶⁶、以及認定移民與國籍法中男女差別待遇違憲之*Sessions, Attorney General v. Morales-Santana*⁶⁷中，都著重於論證基於本質化性別刻板印象的法律與政策是一種不平等，而其論證更在2019年德州休士頓聯邦地區法院認定徵兵限男性違憲的判決⁶⁸中被大幅引用。然則，也正如此三個判決的結果，都是給女人「和男人一樣」的待遇：女性進入男性軍校、母親適用與父親相同的子女國籍取得認定標準、女性和男性一樣有兵役義務，這仍是女人和男人相同的平等。形式平等的支持者期待新的ERA可以兼顧「等者等之」和「不等者不等之」，實質平等的倡議者則希望新的ERA可以超越形式平等的典範。

參、接續的旅程：加拿大的新憲運動與LEAF的 憲法訴訟運動

美國在國內的ERA運動迄今未成，卻對外國「輸出」性別平等（例如在二次戰後為日本制訂的憲法中有保障性別平等的條款），無疑是自我矛盾。如果對比於世界各國憲法大多明訂性別平等保障，美國的獨樹一幟就更彰顯「美國例外主義」的諷刺。確實，誠如加

64 See SERENA MAYERI, REASONING FROM RACE: FEMINISM, LAW, AND THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2011).

65 See Williams, *supra* note 34.

66 See *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

67 See *Sessions v. Morales-Santana*, 582 U.S. ___ (2017).

68 See *National Coalition for Men et al. v. Selective Service System et al.* No. 4:2016cv03362 - Document 87 (S.D. Tex. 2019). 這是由男權團體所提出的訴訟。

拿大女性主義者Brenda Cossman所言，美國向來就不是憲法觀念的輸入國⁶⁹。然而，對於自主地反省美國經驗、而非無批判地接受美國霸權輸入的北方鄰居：加拿大來說，美國的女性主義憲法動員比官方的憲法文本與宣示更有意義。就在1982年，也就是ERA未能通過足夠的州批准而告失敗的這一年，加拿大完成憲法獨立，制訂了新憲法，從此之後修改憲法不再需要英國國會的同意。1982年的新憲法包含了權利與自由憲章（平等權一節訂有三年緩衝期、於1985生效）⁷⁰。接續於其後的，則是婦運訴訟團體的成立，以及實質平等訴訟運動的開展。

一、從訴訟到新憲：建立性別平等的新加拿大國

相較於美國的ERA運動乃是爭取個別修憲條款的運動，加拿大權利與自由憲章則誕生於加拿大透過新憲打造新國家的過程中。當時新憲章的主要推動者、亦即曾任司法部長的總理Pierre Trudeau⁷¹是支持進步性法律改革的自由派，他將制定新憲章作為凝聚國家共識的方式，透過將原本地方分歧的議題提升到國家的層次來討論，以塑造加拿大的國家認同，特別是用新憲章保障語言權來試圖解決魁北克獨立的問題：如果新憲章保障法語的官方語言地位、並尊重文化差異，魁北克就應該可以不從加拿大獨立出去⁷²。Trudeau在1980年公開宣佈將推動制訂權利與自由憲章，並在憲章通過後，宣

69 Brenda Cossman, *Migrating Marriages and Comparative Constitutionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 209, 220 (Sujit Choudhry ed., 2007).

70 憲章是1982年加拿大憲法（the Constitution Act）的第1至34節，平等權（equal rights）為第15節。

71 他的兒子Justin Trudeau於2015年領導自由黨勝選就任加拿大總理，並於2019年連任。他在上任後成立加拿大史上第一個男女各半、包含身障者且具族群和宗教多元性的內閣，並主張加拿大是一個「後國族國家」（postnational state）。See Guy Lawson, *Trudeau's Canada, Again*, N.Y. TIMES MAG. (Dec. 13, 2015), <https://www.nytimes.com/2015/12/13/magazine/trudeaus-canada-again.html>.

72 有關加拿大的新憲，請參見ROBERT J. SHARPE & KENT ROACH, *THE CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* (2005)。關於新憲與民權運動，請參考MICHAEL IGNATIEFF, *THE RIGHTS REVOLUTION* (2d ed. 2007)。

示新憲章表彰了加拿大是保障加拿大多元文化、女性與障礙者的新國家：

我們現在有了憲章，其界定了我們希望生活於其中的國家，保障我們每個人作為加拿大公民都應享有的權利與自由。它強化保障那些不住在魁北克地區說法語的加拿大，也強化保障那些住在魁北克地區說英語的加拿大人。它承認我們多元文化的性格。它支持女人的平等與障礙者的權利⁷³。

因此，憲章是加拿大打造新國家、建立社會團結的產物，將性別平等鑲嵌於新國家想像中。憲章也是加拿大女性主義法律改革運動⁷⁴努力的成果，其中包含了美國經驗的反省與啟發。加拿大於1960年制定實施了加拿大權利憲章（Canadian Bill of Rights），其中第一條規定法律之前與法律保障的平等（equality before the law and the protection of the law），包括不得基於性別予以歧視

73 Pierre Elliott Trudeau, *Remarks at the Proclamation Ceremony* (April 17, 1982), <https://www.collectionscanada.gc.ca/primeministers/h4-4024-e.html>.

74 有關加拿大女性主義的法律運動策略差異，請參見RADHA JHAPPAN, *WOMEN'S LEGAL STRATEGIES IN CANADA* (2002)。本文暫不討論加拿大的內部差異，亦即魁北克省的特殊性。魁北克婦運與國族運動有密切的關連，而加拿大的法律體系差異（魁北克區的法國法系與其他地區的普通法系）也是這兩個不同地區中女性主義法學差異的主要原因之一。魁北克的獨立主義者曾經以維持魁北克的獨特性為由而主張排除平權條款在魁北克地區的適用。關於此的批評，請參見CATHARINE A. MACKINNON, *ARE WOMEN HUMAN? AND OTHER INTERNATIONAL DIALOGUES* 77-85 (2006)。但魁北克女性主義強調性別與種族、文化、語言與民族自決之間的關連，認為魁北克的法律、1976年的魁北克人權與自由憲章（Quebec Charter of Human Rights and Freedoms）與其司法實踐都比英語區更保障女性的平等權，也更強調社會民主，因此她們在運動策略上也有所不同。例如，相對較秉持社會民主理念的魁北克省有較多促進平等措施，而魁北克更曾經透過憲法訴訟，質疑聯邦法侵犯了省的權限，希望能夠將聯邦就業保險基金的一部分移轉給魁北克省，讓魁北克省可自行建立自己較聯邦政府更優惠的產假與育嬰假制度。魁北克省最終敗訴。見Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669。但加拿大聯邦政府已與魁北克政府於2004年達成協議，同意將一部分聯邦的就業保險基金移轉給魁北克省。

(discrimination by reason of sex)。1978年更進一步制定實施了加拿大人權法 (Canadian Human Rights Act, 即CHRA), 禁止包括性別 (sex)、家庭地位 (family status) 在內的歧視, 並規定旨在防止、消除或減輕不利處境的特殊方案 (special program) 不構成歧視。不過, 加拿大婦運尋求以1960年的憲章和1978年的民權法來保障性別平等的行動, 在1979年遭受巨大的訴訟挫敗, 也就是加拿大最高法院 (Supreme Court of Canada, 簡稱SCC) 於1979年所做成的 *Bliss v. Canada*⁷⁵ 此一判決。

Bliss 是SCC首次針對懷孕歧視所做出的判決。本案的爭點是失業保險法對於因懷孕而請領的失業津貼給付, 給予較一般失業給付嚴格的條件⁷⁶。當事人Stella Bliss符合一般失業給付的要件, 但不符合懷孕給付的要件, 她主張這是基於性別的歧視, 違反1960年人權憲章第1條 (b) 項的平等權。對於當事人Bliss的主張, SCC的決定是: 這不違反性別平等。SCC採用形式平等的標準, 認為懷孕失業給付是額外的福利, 失業保險法對於因懷孕而失業的給付給予 (相較於非因懷孕失業的給付) 嚴格的要件不違反權利憲章的平等保障, 因為未懷孕的女性被與男性相同對待, 而針對懷孕所為的規定即便有所不平等, 但「此情況之性別間的不平等皆非法律所創, 而是源於自然事實」 (“[a]ny inequality between the sexes in this area is not created by legislation but by nature”)。換言之, SCC認為這是「不等者不等之」。

⁷⁵ See *Bliss v. Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183 (Can.).

⁷⁶ 失業保險法規定, 不論有無工作或是否準備要去工作, 在預期分娩前8週到分娩後6週, 懷孕女性可依據第30條請求給付津貼。但該法第46條排除其申請失業保險法中的其他給付, 除非申請人符合第30條與第46條所訂條件, 亦即申請人的失業是基於懷孕、且有至少10週以上的可投保就業期間 (insurable employment)。但如為一般的失業給付, 只需要有8週的可投保就業期間就可以符合資格。

*Bliss*大大影響了婦運的憲法動員。由於SCC不認為1960年人權憲章的性別歧視禁止規定包括懷孕歧視，而且依據憲章提出的性別平等主張都失敗，加拿大婦運開始認為1960年的人權憲章不足以保障性別平等，積極遊說修憲，並且主張在新的修憲與後續的憲法實踐中應該確保女性不因懷孕生育而受到歧視⁷⁷。Naomi Black的研究指出，相較於美國歷時多年、因此也招致較強力反制的ERA運動，加拿大的新憲運動為時較短、反制運動難以一時形成，而且其婦運向來就比較關切女性差異的積極意義⁷⁸。在推動憲章的過程中，加拿大婦運也參考美國的經驗，檢討美國形式平等的缺失、成立女性地位委員會的作用，並評估訴訟運動的影響。美國ERA運動的挫敗提供了警醒，美國婦運在聯邦最高法院爭得中度審查基準的成果則成為參考：有的加拿大婦運團體希望新憲中要明訂性別獲得最嚴格

77 關於*Bliss*對婦運憲法動員的影響，參見Leslie Pal & F. L. Morton, *Bliss v. Attorney General of Canada: From Legal Defeat to Political Victory*, 24 OSGOODE HALL L.J. 141 (1986).

也需留意的是，在*Bliss*之前，加拿大婦運已長期對抗懷孕與照顧歧視。早在1943年即有主張有給產假的政策主張。See Sandra Burt, *Organized Women's Groups and the State*, in POLICY COMMUNITIES AND PUBLIC POLICY IN CANADA: A STRUCTURAL APPROACH 191, 191-211 (William D. Coleman & Gale Skogstad eds., 1990). 1966年聯邦政府勞動部的女性事務局 (Women's Bureau) 曾提出加拿大女工母性保護的研究報告，提出增強母性保護制度規定的主張 (參見 SHEILA WOODSWORTH, *MATERNITY PROTECTION FOR WOMEN WORKERS IN CANADA* (1967))。1971年聯邦的失業保險法修正，將產假納入失業保險給付，女性事務局並在1973年開始陸續針對女性就業相關法律所提出的報告 (*The Law Relating to Working Women*) 中，以相當篇幅研究各省的母性保護制度規定，並期待該制度能有所改善並擴張。在1975年舉行的加拿大女性會議中，有關保護性立法的討論也達成應該採取配額制度 (quota system)、由雇主承擔舉證責任的決議。See CANADIAN CONFERENCE ON WOMEN AND THE LAW WINNIPEG, MAN., CANADIAN CONFERENCE ON WOMEN AND THE LAW. *LAW, WOMEN AND WORK: [RECORD OF] CANADIAN CONFERENCE ON WOMEN AND THE LAW, JAN. 30-FEB. 2, 1975*.

78 Naomi Black, *Ripples in the Second Wave: Comparing the Contemporary Women's Movement in Canada and the United States*, in CHALLENGING TIMES: THE WOMEN'S MOVEMENT IN CANADA AND THE UNITED STATES 94, 106 (Constance Backhouse & David H. Flaherty eds., 1992). 在比較兩國差異時，她也討論到聯邦制以及婦運特性的關鍵角色。

的審查，但也有的團體主張應該以加拿大自己的方式來規範，不要採用美國的審查階梯（tiers of scrutiny）式平等審查⁷⁹。最終，憲章採用國際人權規範模式⁸⁰，沒有採用美國的平等審查階梯模式，第15節第1段規定「所有的人在法律之前與在法律上一律平等，免於歧視地享有法律的平等保障與利益，特別是免於種族、原國籍或族群、膚色、宗教、性別、年齡或心理與生理障礙的歧視」，並且在第2段規定「上述禁止歧視的規定，並不排除旨在改善弱勢個人或群體處境的法律、計畫或活動，包括種族、原國籍或族群、膚色、宗教、性別、年齡或心理與生理障礙的弱勢」。換言之，在美國合憲性備受爭議的積極矯正歧視措施，在加拿大則是以憲法明定其合憲性。第28節更進一步規定，男女皆平等地享有憲章所保障的權利與自由。

保障性別平等的憲章規定，在加拿大確實具有培力女性促成改變的作用，但這不是單僅靠規範條文的存在就自動發生。在新憲章通過之後，加拿大的女性地位促進委員會提出一份名為「女性與法律行動」的報告，主張應該成立全國的法律基金來支持反性別歧視的訴訟，落實憲章權利。成立於1985年的女性法律教育與行動基金（Women's Legal Education and Action Fund，簡稱LEAF）就是這個婦運策略的產物，其宗旨是透過訴訟、法律改革與公眾教育來實踐實質平等：平等不是相同待遇，而是要積極地消除對弱勢群體的歧視與不利益。LEAF相信，女人作為一個群體遭受性別、階級、性傾向、種族、宗教身心障礙等因素交織的歧視，而法律可以作為改變女人的弱勢處境、推動社會變遷的有效工具。LEAF的創立者包括大力推動權利與自由憲章的女性與法律行動團隊（Women and

79 See Claire L'Heureux-Dubé, *Canadian Justice: Celebrating Differences and Sharing Problems*, 20 J. SUP. CT. HIST. 5 (1995); M. Eberts, *Sex-Based Discrimination and the Charter*, in EQUALITY RIGHTS AND THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS 201-04 (A. Bayefsky & M. Eberts eds., 1985).

80 加拿大在制定憲章的前一年（1981年）批准CEDAW，並且未設任何保留。

Legal Action Team)，其訴訟策略參考美國的全國有色人種權益促進會（National Association for the Advancement of Colored People，簡稱NAACP）及ACLU的經驗，其信念是：對弱勢群體而言，主要的戰場在法院，而不是透過多數民主的選舉所產生的國會；司法民主（judicial democracy）比選舉民主（electoral democracy）更能夠幫助在政治實力上位居弱勢的公益團體對法律與政策產生影響。但是LEAF不以逐案推進的個案訴訟（case-by-case）策略為限，其創始之初承繼了女性與法律行動團隊所建議的三大宗旨：建立單一的全國性基金，直接贊助案件，並以教育和游說為補充策略⁸¹。

LEAF和其他社運團體的司法策略，與當時總理Pierre Trudeau的看法相符。他認為，法院可以作為政策制定者來創造社會改革，而這也有助於維繫加拿大的國家完整性，因為加拿大各省不會積極主動配合落實語言與文化權，必須要讓法院扮演積極的角色。因此，他提名改革派的法官，並且用大量的政府資源來支持適用憲章、特別是平等權的訴訟。這就是從1994年到2006年之間提供平等權和語言權的憲章訴訟經費支持「法庭挑戰計畫」（Court Challenge Program，簡稱CCP）⁸²。LEAF和CCP的成立與存在，正足以構成Charles Epps所稱的權利革命支持結構：倡議權利的組織、組織化的法律人與財源⁸³。

81 有關LEAF與加拿大女性主義法學的關係，請參見SHERENE RAZACK, CANADIAN FEMINISM AND THE LAW: THE WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND AND THE PURSUIT OF EQUALITY (1991).

82 更早的計畫在1978年就開始。在保守派於2007年上台後，此計畫即告終止。保守黨總理Harper認為法庭挑戰計畫都是補助偏激的左派。自由黨重獲執政後的加拿大政府已重新開啟新的法庭挑戰計畫，並由獨立於政府的the University of Ottawa負責管理執行。參見THE GOVERNMENT OF CANADA, <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/funding/court-challenges-program.html> (last visited June 27, 2019).

83 EPP, *supra* note 4, at 3. 此外，Luara E. Lucaseu提出影響性別平等條款作用的四個因素：（1）實現機制；（2）社會支持網絡；（3）授權立法（enabling legislation）；（4）促進弱勢當事人利用法院的努力。Luara E. Lucas, *Does*

然而，LEAF想以自己提出個案的方式推動訴訟運動的起始並不順遂，最後主要是以經法院許可訴訟參加的方式擔任訴訟參加人（interventor）來進行。這一方面固然有運動策略上的資源與法院態度的考量，另一方面也是被情勢所迫。新憲章通過後，不止社運團體想要運用憲章來做運動，保守團體也想用憲章來推動其訴求。面對男性以憲章訴訟來挑戰婦運的反控行動、特別是以憲法訴訟來挑戰婦運立法或訴訟成果的合憲性，LEAF被迫必須以參加訴訟的方式回應，這導致LEAF的訴訟參加策略變成一種消極的「防禦策略」（defense strategy）⁸⁴。不過，相較於美國的WRP以指標性個案訴訟發展出反分類的形式性別平等審查，加拿大的LEAF則透過訴訟參加，打造出著重脈絡、結果導向的實質平等審查。

二、實質平等的打造及其不足

在憲章制訂施行之初，憲章第15節所保障的性別平等究竟是何種意義的平等、第1段的歧視禁止與第2段的積極矯正歧視措施之允許彼此之間的關係，並非不證自明。將第1段解釋為包含禁止系統性不平等，才可以讓這兩段的規定和諧並存⁸⁵。LEAF的訴訟運動追求實質平等，就是在落實這樣的憲法解釋。1989年，也就是在憲章生效後的第四年，訴訟運動獲得首度的勝利。SCC在1989年2月於*Andrews v. Law Society of British Columbia*⁸⁶一案中，接受LEAF與

Gender Specificity in Constitutions Matter?, 20 DUKE J. COMP. & INT'L L. 133, 162-63 (2009). LEAF和CPP都可視為一種促進弱勢當事人利用法院的努力，而LEAF也構成社會支持的網絡之一。

84 有關LEAF訴訟策略變化以及其採取防禦位置的討論，參見Lise Gotell, *Towards a Democratic Practice of Feminist Litigation? LEAF's Changing Approach to Charter Equality*, in *WOMEN'S LEGAL STRATEGIES IN CANADA* 135, 135-74 (Radha Jhappan ed., 2002).

85 Donna Greschner持此論點。見Donna Greschner, *Affirmative Action and the Charter of Rights and Freedom*, 6 CANADIAN WOMAN STUD. 34 (1985).

86 See *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 (Can.). 雖然*Andrews*其實建立了實質平等的審查基準，但該案並非主張性別平等，而是主張國籍平等的案件。當事人Mark David Andrews是英國男性白人法律菁英，他

Catharine A. MacKinnon 合作提出長達48頁的訴訟參加意見書 (factum)⁸⁷的主張，採納實質平等的審查基準，認為類似性檢驗 (檢驗處境類似者是否被相同對待) 是有問題的，既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)，因此不是用以判斷平等權是否遭侵犯的適當標準。而且，等者等之的方式不必然達成平等，區分也不必然造成不平等，只是檢驗是否存在差別待遇或相同待遇不足以作為是否違反平等的真正檢驗，而需考量法律的內容、目的與影響。SCC認為，憲章第15節內嵌了種族與性別等歧視的歷史，因此應該採用對脈絡敏感的檢驗方式，憲法所禁止的差別待遇限於「涉及偏見或不利益」的差別待遇，而且還要求法律與政策必須要積極地促進平等才足以合憲。

Andrews 宣判之後三個月，SCC在1989年5月的 *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*⁸⁸ 正式推翻了 *Bliss*。受雇於 Safeway (加拿大大型連鎖超市) 的原告當事人⁸⁹與Manitoba省人權委員會共同主張，Safeway 排除懷孕狀態的團體保險計畫⁹⁰違反Manitoba省人權法第6條第1項的規定，是對懷孕員工的歧視，構成性別歧視。Safeway主張，排

要在加拿大卑詩省執行律師業務，但是該省律師資格有公民身分限制，他主張此限制違反憲章所保障的平等原則。在訴訟進行過程中，Andrews已經取得加拿大的公民身分。

87 該法庭之友意見書收錄於WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND STAFF, EQUALITY AND THE CHARTER: TEN YEARS OF FEMINIST ADVOCACY BEFORE THE SUPREME COURT OF CANADA 3 (1996)。在提出此意見書之前，MacKinnon在加拿大向平等運動者提出以她的平等理論論證，並將之稱為「異議觀點」(dissident view)。該演講收錄於CATHARINE A. MACKINNON, BUTTERFLY POLITICS 110-125 (2017)。

88 See *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219 (Can.)。

89 該案的三個當事人Susan Brooks、Patricia Allen 和Patricia Dixon都是兼職受雇者、都是在1982年懷孕。

90 Safeway的團體保險提供意外事故與疾病的保險給付，但懷孕員工從預期分娩前10週到分娩後6週，即使有和懷孕無關的疾病，也不適用該保險給付，只能取得1971年失業保險法給予的懷孕津貼。

除懷孕員工非基於歧視，只是選擇是否要補償某些風險。SCC引用其在*Andrews*所建立的審查基準，做出對原告有利的判決，認定涵蓋過窄可能是種間接/隱藏歧視，完全排除懷孕員工意外事故與疾病的保險給付、使懷孕者受到較不利的待遇構成基於懷孕的歧視，而且懷孕歧視是一種基於性別的歧視，因為只有女人會懷孕。SCC認為，「並非所有女人都會懷孕」的事實不影響性別歧視的成立，因為基於懷孕的區分就是性別的區分，或至少是高度性別相關（sex related）。因此，女人中只有部分人（懷孕的女人）受歧視，仍是對女人此一群體的歧視。SCC也強調，懷孕歧視的立法是懲罰女性，不成比例地要求女人承擔生育的代價。首席大法官Brian Dickson甚且明確表示，「*Bliss*當初就是錯誤的判決」，並進一步反駁*Bliss*所提出「不平等是源於自然、而非法律」的看法，主張「不平等是法律所創」才是比較好的觀點。

*Brooks*並非SCC對女人的恩賜。我們必須看到婦運憲法動員的身影。LEAF在本案擔任訴訟參加人，提出了闡述實質平等的意見書⁹¹。該意見書主張，法院判決對於平等權的理解，已經從「等者等之」的形式原則轉變成肯定平等關懷與尊重。過去的中性規定訴訟經常是要求男女相同待遇，但懷孕的案件不適用女人與男人的類比，應將不平等的社會現實理解為女性對男性的臣屬，從而應考量女性懷孕或承擔母職的處境，改變男性常規，即便並非所有女性皆懷孕或承擔母職、或所涉及的是中性規定或措施⁹²。如同LEAF在*Andrews*的訴訟參加意見書，在本案中，LEAF也闡述憲章第15節與

91 *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, LEAF, <http://www.leaf.ca/brooks-v-canada-safeway-ltd/> (last visited June 27, 2019).

92 LEAF主張，在一個被歧視的群體中，如果僅有部分人受到影響，仍然構成歧視。例如，一個輪椅族無法進入、但其他障礙者可進入的建築物，仍然有障礙歧視。LEAF也主張，中性規定如僅對群體中的部分人有不利影響（adverse impact），亦為歧視。例如，以真實職業資格為考量而對受雇人的體型設定中性的要求，仍較可能排除女性或少數族裔，構成歧視。

第28節的主要立法目的是要減輕歷史性弱勢地位群體的不利益，應承認懷孕歧視是性別歧視，才能改變職場中的男性常規。LEAF也反駁了「懷孕是女人自願選擇的結果，女人應自我負責，不應由社會或雇主來承擔」這種否定懷孕歧視構成性別歧視的看法，主張懷孕不一定是自願選擇，因為女人被社會與道德要求承擔生育責任；況且有許多懷孕是強迫的性或非意圖的結果，而許多非自願的行為所導致的非意圖性傷害（例如車禍）也沒有被Safeway的保險計畫排除在外。因此，LEAF認為，*Bliss*案對於懷孕歧視非屬性別歧視的見解，乃是立基於將平等權等同「等者等之」的錯誤理解，而且國會也已於1983年修改失業保險法，確認懷孕歧視是性別歧視。LEAF的訴訟參加主張影響了法院採納懷孕歧視為性別歧視的論證，並且提出更精緻的實質平等論證。

從*Bliss*到*Andrews*再到*Brooks*的轉向，是從形式平等轉向實質平等的重要里程碑，SCC從此承認懷孕歧視是性別歧視。相較於認為懷孕歧視不是性別歧視的美國聯邦最高法院，形成鮮明的對比。不過，SCC雖然開始採取實質平等審查基準，並且在性別平等的案件適用此標準，但後續卻在*Law v. Canada*⁹³以人性尊嚴的三階段審查來限縮實質平等，直到*R v. Kapp*⁹⁴才有了回歸實質平等的轉向⁹⁵。再者，雖然憲章中有積極矯正歧視措施的規範，但始終無性別積極矯正歧視措施進入SCC的司法審查，而在後續有關失業保險、所得稅扣除額、低收入補助、就業保險等涉及性別中立規定的SCC判決，卻大多未深化實質平等的內涵，亦即未能如婦運所主張，讓懷孕與母職的保障成為擴大平等（equality enhancing）機

93 See *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 (Can.).

94 See *R v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483 (Can.).

95 Margot E. Young, *Unequal to the Task: 'Kapp'ing the Substantive Potential of Section 15*, 50 SUPREME COURT L. REV. 183, 183-219 (2010).

制⁹⁶。但是，SCC中女性主義大法官的意見與LEAF的訴訟參加，都彰顯了「女性主義不同意見」(feminist dissent)。例如，在*Symes v. Canada*⁹⁷一案，法院認為雇用保母支出並非所得稅法的營業支出(business expenses)，因此不屬於扣除額的範圍；而營業支出扣除額不含保母支出並不違反憲章的平等保障，因為規定並未區分性別，且縱使女性不成比例地承擔育兒工作，但這不足以證明女性也不成比例地承擔托育費用。Claire L'Heureux-Dubé大法官的不同意見書則認為營業支出的認定實採用了男性標準，托育對女人從事有償勞動至為關鍵，因此認為排除托育費用違反憲章的平等保障。

LEAF於兩個有關母職歧視案件的訴訟參加，雖然未能實質影響法院的論證，但可作為來自公民的「女性主義不同意見」參與塑造憲法意義之代表。這兩個案子分別是由主張生父權利的男性以及主張母親權利的女性所提出，而LEAF針對二者都提出了實質平等的女性主義論證。第一個案子是*Schachter v. Canada*⁹⁸一案，該案涉

96 以實質理由否定者，如後註將討論的*Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695 (Can.)一案。以程序問題否定者，如*Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, [2004] 2 S.C.R. 223 (Can.)一案，SCC以管轄權問題處理因母職假而無法領有低收入戶補助的爭議，因此並未處理憲章的平等保障問題。本案之原告參加政府的低收入戶補助計畫APPORT，該計畫提供有小孩的低收入家庭補助，條件是至少要有一位成人在勞動市場工作。原告因產假而離開勞動市場時，該計畫的補助即遭取消，理由是她所領的就業保險給付不被認為是勞動薪資。原告與魁北克人權委員會主張這是基於性別與懷孕的歧視。另一個以管轄權問題處理、因此未處理平等保障問題的是前揭註74所提及的*Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23.

97 *See Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695 (Can.). 本案的當事人是一位身為母親的全職律師Symes，她在所得稅申報書中以營業支出(business expenses)的名義扣除了保母費用。加拿大國稅局認為保母支出並非為了營業目的，只是個人的或生活的費用，故不允許這項扣減。經Symes提起訴訟，聯邦地方法院認為可扣減，聯邦上訴法院則認為不能扣減。SCC駁回上訴，維持聯邦上訴法院的決定。

98 *See Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679 (Can.). 另一個涉及生父權利的加拿大最高法院重要案件是*Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835 (Can.)，但無LEAF的介入。在興盛的加拿大父親權利運動中，生父權利是其中一個重要議題。必須留意的是，正如許多國家的狀況，加拿大的主流父親權利運動是一種主張男性因女性主義而受害、反對女性主義的反制運動。

及養父母與親生父母的差別待遇，生父Schachter想要在妻子產後照顧小孩直到妻子恢復上班為止，因此請了3週的無薪假（但他的妻子享有15週的產假），他主張1971年失業保險法第30條產假或第32條養父母親職假規定未提供生父育兒假違反憲章第15節平等權保障，SCC宣告該法第32條僅給養父母15週親職假的規定定期失效，但法院只能以「讀入」（read in）的方式為擴張解釋，因此無法由法院來擴大給付範圍讓親生父母也適用。相較於SCC將爭點設定為親生與收養的差異而未處理性別向度，LEAF的訴訟參加意見書則以實質平等來檢驗系爭規定⁹⁹。原告Schachter最初採用類似性論證，主張生父應與生母、養父母享有相同的權利（失業保險法第30條的產假差別待遇違憲）；後來修正其論證的類似性比較對象，以生父與養父母都渴望照顧小孩、法律卻只給予養父母親職假為由，主張生父與養父母應享有相同待遇（失業保險法第32條的親職假違憲）。LEAF則認為，在*Andrews*之後，法院已不再採類似性檢驗，且即便採用類似性檢驗，生母與生父在懷孕與生產經驗上的巨大差異讓二者難以相提並論。LEAF也認為，該法同樣忽略生母的親職照顧假，因為失業保險法第30條的產假主要是針對懷孕與生產後生理狀況的調適，與親職假的立法目的是為了照顧小孩不同。在結果上，相較於SCC拒絕給予該個案救濟，LEAF主張，積極權利需要積極的救濟，應該採取目的取徑（purposive approach）來決定適當的救濟方式，亦即何種救濟方式最能達到憲章第15條促進平等與減輕不利處境之目的。如果宣告該條款無效，讓所有人都拿不到親職津貼，這只是造成相同的狀態，而非平等。生父有親職津貼，才可改善由生母作為主要照顧者的刻板印象；養父母能拿到親職津貼，才能讓雙薪家庭也有機會收養小孩，而非只有一方工作養家、一方持家的家庭能收養小孩。LEAF認為，不能以平等之名使得弱勢群

⁹⁹ The Queen v. Schachter, LEAF, <http://www.leaf.ca/the-queen-v-schachter-1992-2/> (last visited June 27, 2019).

體處於不利地位，只有在宣告法律無效可以促進平等時，這樣的無效宣告才符合平等的要求。

另一個例子是2002年的*Miller v. (A.G.) Canada*¹⁰⁰一案。當事人 Joanne Miller 主張失業保險法表面上中性、但不利於請產假與親職假者的經常性失業給付規定，是違反憲章第15節第1段的性別與家庭地位（family status）歧視¹⁰¹。上訴法院以法安定性為由維持前審法院的看法，認為該規定並未貶低申請人的尊嚴，SCC則拒絕受理此案。LEAF所提出的意見書則主張，該規定所造成的效果是剝奪了擔任主要照顧者的女性請領經常性失業給付的權利，維持了女性歷史上的社會不利地位，構成憲章第15節第1段所列舉的性別歧視，同時也是對父母地位（parental status）的歧視（可類比於家庭地位歧視），當事人不應因為請領過母職/親職津貼而無法領到完整的經常性失業給付。LEAF也認為，將請領母職/親職津貼者與其他特殊性津貼的受領者（例如因障礙而申請津貼）相比較並不適當，因為這可能會造成社會處境不利者彼此間「弱弱相比」的窘境，比較對象應是社會處境沒那麼不利者。LEAF維持其先前對於群體處境的看法，主張不利影響不需是「只針對某群體」或「對某群體中的所有人皆產生不利影響」，平等審查只需說明立法目的或法律的效果/影響某一群體、且該群體在質或量上較高比例地受到不利影響即可。因此，男人也可能請親職假、並非所有女人皆會請領產假/親職津貼的事實，並不影響系爭條文係違反平等權的判斷。實際上，男人請領親職津貼的比例非常少，所以女人受到不利影響的比

100 See *Miller v. (A.G.) Canada*, [2001] 1 S.C.R. 407 (Can.).

101 Joanne Miller 依據失業保險法申請共25週的產假與親職假，假期結束後，僱主表示 Miller 已無法回復原職。因此，Miller 申請經常性失業保險津貼（regular unemployment insurance benefits），以她之前的投保期間來計算，她可以拿到40週的經常性失業保險津貼。但因失業保險法第11條第6項規定，申請人申請的經常性與特殊性津貼加總後不得超過經常性津貼的給付上限，故 Miller 申請40週的經常性津貼需扣除先前25週的特殊性津貼。

例遠大於男人。系爭條文對「只請領經常性津貼者」與「同時請領經常性與母職/親職者」的差別待遇¹⁰²，也忽略了處境不利群體的實際需求與能力，未進行脈絡化的考量，忽略了此種規範會維繫男性常規，使得女人難以充分參與勞動市場，從而容易落入貧窮、成為社會救濟的依賴者¹⁰³。

加拿大的例子顯示，雖然憲法保障實質平等，而且透過婦運後續持續的努力在憲法訴訟上建立了實質平等的審查基準，並承認懷孕歧視是一種性別歧視，但是SCC後續在母職歧視的議題上並無特別突出的表現，運動團體欲藉由訴訟來對抗母職歧視的策略也不見得有效。再者，立法上對於母性保護的擴張（例如延長母職假），雖然看似對女性有利，但配合加拿大近些年來的新自由主義政策，不只實質上難以嘉惠於少數族裔女性，更進一步強化女性在家照顧的性別分工、私化照顧責任¹⁰⁴。不過，LEAF所提出的訴訟參加意見書，在不同個案中闡述實質平等的意義，不僅挑戰形式平等，也要求國家的照顧責任，使得憲章的平等規範能夠持續保持在公民社會中的活力，而非淪為紙上文字¹⁰⁵。

102 LEAF認為，經常性失業保險津貼的立法目的是要提供給付給非自願性失業者，特殊性失業保險津貼的立法目的則是要提供給付給因其他原因而未工作者，兩者立法目的不同且不相關，不應因曾請領特殊性津貼而扣減其經常性津貼的請領天數。

103 *Miller v. (A.G.) Canada*, LEAF, <http://www.leaf.ca/miller-v-a-g-canada-2002/> (last visited June 27, 2019).

104 對於加拿大新自由主義發展的反省，請參見BRENDA COSSMAN & JUDY FUDGE EDS., *PRIVATIZATION, LAW AND THE CHALLENGE TO FEMINISM* (2002).

105 加拿大女性主義者所成立的「女人的法庭」(the Women's Court of Canada, 簡稱WCC)，以重寫關鍵憲法判決的方式來持續闡述實質平等，則是另一種開創性的法律動員的形式，並且向全球擴散，例如：英國一群學者規劃完成了重寫英國重要判決出版，參見ROSEMARY HUNTER ET AL. EDS., *FEMINIST JUDGMENTS: FROM THEORY TO PRACTICE* (2010)，並持續運作The Feminist Judgments Project；澳洲出版了HEATHER DOUGLAS ET AL. EDS., *AUSTRALIAN FEMINIST JUDGMENTS: RIGHTING AND REWRITING LAW* (2014)，紐西蘭出版了ELIZABETH McDONALD ET AL. EDS., *FEMINIST JUDGMENTS OF AOTEAROA NEW ZEALAND: TE RINO: A TWO-STRANDED ROPE* (2017)；美國也出版重寫最高法院判決的作品：KATHRYN M.

肆、代結語：美加經驗的臺灣省思

美國與加拿大的女性主義憲法動員，殊途不同歸。美國的ERA修憲運動長跑近一世紀，經歷修憲與訴訟路線的策略之爭、保護性立法的平等之辯，曾經在1970年代到達高峰，並於此時形成雙軌運動的共識，讓修憲與訴訟運動併行、相輔相成（雖然難免緊張關係），在訴訟運動開花結果之後，ERA即便轉為沈寂，仍未曾被棄置，還在近年來有再次復興之勢，內華達、伊利諾與維吉尼亞三州的議會批准ERA、眾議會舉辦ERA聽證會並決議廢除批准年限，證明了這股新興倡議運動所產生的政治影響。加拿大的憲章運動誕生於對婦運訴訟失敗的反省、新國族的打造以及美國經驗的參照，憲章的正式制訂工程從Trudeau總理宣布到通過僅花了兩年的時間，而婦運在憲章通過後接續的憲法動員，則有意識有組織性地透過個案訴訟來打造平等的內涵。美加兩國的憲法運動皆對於平等的意義、特別是差異與平等的關係有所爭辯。美國在修憲與訴訟兩種路線上都由形式平等勝出，但新興的ERA運動則對形式平等有更多的反省，也凸顯了部分倡議者對實質平等的追求。加拿大則在憲法規範文本與訴訟實踐上皆彰顯實質平等，雖然法院不盡然都接受實質平等的主張，但訴訟的公民參與則彰顯「女性主義不同意見」。同樣旨在進行訴訟運動的美國WRP與加拿大LEAF，創造了不同的憲法平等意義。

美加的性別平等憲法，也各自與臺灣產生不同的關連。加拿大的憲法與婦運始終鮮少受到注意。美國的ERA運動曾經在臺灣1970

STANCHI ET AL. EDS., *FEMINIST JUDGMENTS: REWRITTEN OPINIONS OF THE UNITED STATES SUPREME COURT* (2016); BRIDGET J. CRAWFORD & ANTHONY C. INFANTI EDS., *FEMINIST JUDGMENTS: REWRITTEN TAX OPINIONS* (2018)，並持續拓展此計畫至財產法、健康法等不同法領域；國際法學者合作成立Feminist International Judgments Project並出版LOVEDAY HODSON & TROY LAVERS EDS., *FEMINIST JUDGMENTS IN INTERNATIONAL LAW* (2019).

年代的新女性主義運動中現身。ERA運動的高峰期，也正是臺灣新女性主義運動從開始、顛峰到美麗島事件之後的沈寂、乃至於1982年婦女新知雜誌成立重新出發的時期。當時的媒體對於ERA運動有所報導¹⁰⁶，其中包括新女性主義運動的「成員」楊美惠所撰寫的介紹¹⁰⁷。新女性主義運動的核心倡議者、在ERA高峰期留學美國的呂秀蓮將美國國會通過ERA稱為「美國婦運最偉大的成就¹⁰⁸」，而婦運在國會通過ERA之後的奔走遊說，則被呂秀蓮用以對比臺灣女性的「幸運」，因為無待女性呼籲，臺灣的司法行政部就著手修訂民刑法典¹⁰⁹。將戒嚴時期的威權統治者發動修法評為「幸運」，在今日看來顯得可笑、甚或可被評為是欠缺批判性地讚頌黨國體制，但如置於當時的脈絡下，卻不難理解新女性主義運動既服從、又批判的策略：呂秀蓮一邊稱讚司法部主動修訂民刑法，一邊又批評以老男性為主的國會無法代表民意，應該透過輿論影響立法¹¹⁰。但在此之後，ERA在臺灣少為人所提及，而美國訴訟運動的成果，則因美國憲法平等法學以及女性主義法學在臺灣的開展而被看見。

相較於美國的雙軌並行模式，臺灣的女性主義憲法動員有著不同的樣貌¹¹¹。婦運在1990年代初期推動婦女憲章入憲時，並未考慮釋憲並行的雙軌策略，也未因憲法第7條的存在而面臨修憲並無必

106 例如：戴潮聲，美國女權運動的里程碑，中央日報，1972年4月2日2版；後人，美國的女權運動，中國時報，1983年12月26日15版。

107 楊美惠，美國婦運最新的波濤，中國時報，1977年12月12日12版。

108 呂秀蓮，新女性主義，頁233（1974年）。

109 呂秀蓮，新女性何去何從，頁131（1977年）。

110 呂秀蓮表示：「擺在眼前的事實是，當前操持立法大權的，老者多過青壯年，男士冠蓋於裙釵，因而令人不得不興疑：如果我們沒有適切的喉舌代表，經過修改的民刑法是否真能符合男女實需平等的時代潮流？縱令符合，其程度果否令人滿意，答案只有一個，要看輿論力量了」。呂秀蓮（註109），頁130。

111 有關臺灣戰後女性主義憲法動員，我在改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，政治科學論叢，52期，頁43-88一文中已有探討，在此不再重述。

要的反對之聲¹¹²。在憲法增修條文的性別平等保障條款通過之後，雖有短暫釋憲運動的續行、並且以憲法規範作為使能框架（enabling framework）推動修法、創造「事實上的婦女憲章」¹¹³，但隨後又有了人權公約運動的「轉向」¹¹⁴，未繼續積極推動原本1990年代初期所提出的婦女憲章中的權利條款入憲，釋憲運動並未持續、新憲運動也未能興盛¹¹⁵。這既與加拿大女性主義憲法動員的接續模式有所不同，也有別於美國ERA運動數十年來的屢敗屢戰。

在前述的背景下，暫且不論臺灣的制度條件與國際處境與美加有別¹¹⁶，殊途不同歸的美加憲法女性主義法律動員經驗能夠帶來什麼樣的臺灣省思呢？首先，當年ERA運動對於臺灣新女性主義運動

112 憲法第7條之所以沒有成為1991至1992年婦女憲章運動的阻礙（憲法第7條已保障平等、不需新的平等權條款），一則因為當時的婦運認為第7條的平等無法保障「不等者不等之」的「實質平等」，而且家庭、政治、人身安全、教育等各方面的婦女權利應該成為憲法明文的規定；二則因為在民主化的當時，這部1947年憲法的民主正當性——並非以臺灣人民為主體而制定——正受到嚴厲的挑戰，在制憲路線未成、藉由修憲修補其民主正當性的同時，社運藉由人權入憲以重組憲法「權力」的同時也是增補憲法「權利」。

113 由於國會民主化所擴大的法律途徑與菁英結構改變，婦運主要訴諸立法與行政部門遊說使得婦女憲章所擘畫的權利大多在立法與行政作為上獲得進展，例如民法親屬編的多次修訂、刑法妨害性自主罪章的修改、性別工作平等法等法律的制定，形同「事實上的婦女憲章」，正如「事實上的ERA」。

114 從修憲到人權公約運動的轉向，或許由來於運動者尋求新的始能/授權框架。邁入21世紀之時民進黨政府標舉人權立國、並以加入國際人權公約作為參與國際社會並爭取國際承認的管道，此政府立場既是運動者運動遊說的成果，也提供運動者施力的舞臺與支持。不過，法律途徑、菁英組成與盟友的存在，還不足以完全解釋此運動轉向的發生。在西方法律霸權的影響下，國際人權公約是比本國憲法更為「優越」的法律資源，可以為運動的主張提供「與國際接軌」的「高度」。

115 雖然於2005年修憲之後有21世紀憲改運動、2015年的新憲運動中都有婦運主張提出，但憲改皆非婦運團體的主要著力場域。而且，前者有由上而下的色彩，後者則是參與的婦運團體較少。

116 如以美國和臺灣比較，臺灣的修憲門檻雖然相當高，但美國的修憲門檻也不遑多讓。美國的修憲除要國會兩院同意之外，還要有三分之二的州議會批准。因為有49個州實施兩院制，因此計算下來，只要總數99個的各州議會中有13個不通過修憲案，該修憲案就會失敗。不過，臺灣的憲改有相當關鍵的外部因素（特別是中國因素），美國則無此問題。

的意義，顯然和今日不同，這不只是因為新的ERA運動所倡議的平等內涵已有別，也因為我們需要對ERA運動長達一世紀的存在賦予意義。如果ERA運動的歷久彌新是因為對訴訟成果與不平等現狀的持續反省、且將之與憲法中性別平等條款的缺無狀態建立連結，也許臺灣新憲運動的「難產」或難以持久，不是因為對於不平等現狀欠缺反省，而是因為此現狀被過度與人權公約連結、邊緣化了其與憲法之間的關聯。人權公約運動與憲法運動可以併行，而非互斥。現行憲法中的性別平等需要被重新反省。在此反省中，美國已受到批判的不對稱憲法遷移（migration）（僅輸出、不輸入）不值得、也不可能被仿效¹¹⁷，而加拿大在新國家建立過程中的憲章制訂，則正可作為參照：以平等人權作為新國家的憲法共識，並藉由憲法共識的形成與實踐，來進一步打造平等意義的價值共識¹¹⁸。

修憲與訴訟運動也不必然互斥。臺灣的性別訴訟運動雖然受制於制度¹¹⁹、司法文化與社運結構¹²⁰，但運動者的行動絕非被客觀機會結構條件所完全決定，而是其在有限制的條件之下選擇的結果。WRP與LEAF的存在並非僅靠結構條件就自動產生，而是運動

117 美式的不對稱憲法遷移，乃以其優勢西方霸主的地位為條件。在臺灣這個弱勢甚且不被國際承認的國家，所存在的是在西方法律霸權的東方主義陰影下另一種不對稱憲法遷移：只輸入，不輸出。

118 就此，加拿大與臺灣的類似之處在於，都想藉由保障人權來豎立國家作為區域領航者的角色。晚近的司法院釋字第748號解釋，正是臺灣藉由釋憲承認同志婚姻權以建立「亞洲第一」角色的代表作，但仍流於擁抱形式平等與婚姻至上主義，甚且忽略女性主義運動的貢獻。相關討論參見Chen Chao-ju, *Migrating Marriage Equality without Feminism – Obergefell v. Hodges and the Legalization of Same-sex Marriage in Taiwan*, 52 CORNELL INT'L L.J. 65 (2019).

119 相較於美國與加拿大的分散具體審查以及公開的審理程序，臺灣採取集中、抽象的審查制度，加上程序較欠缺公開性與可參與性、且無審理時程限制的過程，讓釋憲成為較不具吸引力的法律動員策略。預定於2022年施行的憲法訴訟法，或許可以提供改變的制度條件。

120 臺灣顯然較為欠缺Charles R. Epp所界定的民權運動支持結構中的兩者：組織性的倡議法律人與經費資源。相較於美國與加拿大的運動組織並不乏專職的倡議型律師（cause lawyers），WRP所屬的ACLU和LEAF都有「專職」的倡議律師，臺灣的倡議律師則多為「兼職」模式。

者有意識組織行動的產物。LEAF的持續耕耘讓加拿大的公民社會與憲法之間存在持續的互動，新ERA的倡議者也不認為ERA的通過就是憲法運動的終點，透過訴訟實現平等固然有其限制，但不可或缺。

美加女性主義憲法動員中平等意涵的爭辯，則帶來另一面向的省思。臺灣的憲法平等不因增修條文中存在的實質平等規範文字就實踐為實質平等，女工特殊保護與母性保護規範則常被理解為不等者不等之，性別比例的保障制度也被質疑為違反平等。形式平等在美國的主流地位，無法被簡單歸因於採納訴訟路線；實質平等在加拿大的建立，也不能被等同於制訂憲法條文的當然結果。是在女性主義憲法動員所促成的公民與憲法互動中不同平等觀的競逐，讓形式平等即便勝出也不斷遭遇挑戰，而實質平等的打造則是個歷久彌新但也不斷受挫的工程。透過不斷書寫並爭辯憲法的意義，臺灣的憲法才會是我們的憲法，成為一份以權力保障權利、具有行動力的文件，平等的意義也才能在不同平等觀的競逐中開展出新貌。

參考文獻

1. 中文部分

呂秀蓮（1974），新女性主義，臺北：幼獅。

——（1977），新女性何去何從，臺北：拓荒者。

周婉窈（2011），臺灣議會設置請願運動再探討，臺灣史料研究，37期，頁2-31。

陳昭如（2012），改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，政治科學論叢，52期，頁43-88。

2. 外文部分

Anthony, Susan B. 2011. Appeal to the National Democratic Convention (1868). Pp. 188-190 in *The Radical Reader: A Documentary History of the American Radical Tradition*, edited by Timothy Patrick McCarthy and John McMillian. New York, NY: The New Press.

Ayer, Eleanor H. 1994. *Ruth Bader Ginsburg: Fire and Steel on the Supreme Court*. New York, NY: Dillon Press.

Baines, Beverley, and Ruth Rubio-Marin. 2005. Introduction: Toward a Feminist Constitutional Agenda. Pp. 1-21 in *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, edited by Beverley Baines and Ruth Rubio-Marin. Cambridge: Cambridge University Press.

Basch, Norma. 1992. Reconstructing Female Citizenship: *Minor v. Happersett*. Pp. 52-66 in *The Constitution, Law, and American Life: Critical Aspects of the Nineteenth-Century Experience*, edited by Donald G. Nieman. Athens, GA: University of Georgia Press.

Black, Naomi. 1992. Ripples in the Second Wave: Comparing the

- Contemporary Women's Movement in Canada and the United States. Pp.94-109 in *Challenging Times: The Women's Movement in Canada and the United States*, edited by Constance Backhouse and David H. Flaherty. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- Boisseau, Tracey Jean, and Tracy A. Thomas. 2018. After Suffrage Comes Equal Rights? ERA as the Next Logical Step. Pp. 227-256 in *100 Years of the Nineteenth Amendment: An Appraisal of Women's Political Activism*, edited by Holly McCammon and Lee Ann Banaszak. Oxford: Oxford University Press.
- Bouwen, Pieter and Margaret Mccown. 2007. Lobbying versus Litigation: Political and Legal Strategies of Interest Representation in the European Union. *Journal of European Policy* 14:422-443.
- Burt, Sandra. 1990. Organized Women's Groups and the State. Pp. 191-211 in *Policy Communities and Public Policy in Canada: A Structural Approach*, edited by William D. Coleman and Gale Skogstad. Toronto: Copp Clark Pitman.
- Campbell, Amy Leigh. 2002. *Raising the Bar: Ruth Bader Ginsburg and the ACLU Women's Rights Project*. Bloomington, IN: Xlibris Self-Publishing Company.
- Canadian Conference on Women and the Law Winnipeg, Man. 1975. *Law, women and work: [record of] Canadian Conference on Women and the Law, Jan. 30-Feb. 2, 1975*. Ottawa: Association of Women and the Law.
- Chen, Chao-ju. 2019. Catharine A. MacKinnon and Equality Theory. Pp. 44-64 in *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, edited by Robin L. West and Cynthia Bowman. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- . 2019. Migrating Marriage Equality without Feminism – *Obergefell v. Hodges* and the Legalization of Same-sex Marriage in

Taiwan. *Cornell International Law Journal* 52:65-107.

- Clancy, Sandra. 2004. Affirmative Action as a Way to Overcome Disadvantage: Inspiration from Canadian Law. Pp. 175-198 in *Constitutional Politics in Canada and the United States*, edited by Stephen L. Newman. New York, NY: State University of New York Press.
- Cobble, Dorothy Sue. 2011. *The Other Women's Movement: Workplace Justice and Social Rights in Modern America*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Cole, David. 1984. Strategies of Difference: Litigating for Women's Rights in a Man's World. *Law and Inequality* 2:33-96.
- Cossman, Brenda, and Judy Fudge. 2002. *Privatization, Law and the Challenge to Feminism*. Toronto: University of Toronto Press.
- Cossman, Brenda. 2007. Migrating Marriages and Comparative Constitutionalism. Pp. 209-230 in *The Migration of Constitutional Ideas*, edited by Sujit Choudhry. Cambridge: Cambridge University Press.
- Crawford, Bridget J., and Anthony C. Infanti, eds. 2018. *Feminist Judgments: Rewritten Tax Opinions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Douglas, Heather, Francesca Bartlett, Trish Luker, and Rosemary Hunter, eds. 2014. *Australian Feminist Judgments: Righting and Rewriting Law*. Oxford: Hart Publishing.
- DuBois, Ellen Carol. 1987. Outgrowing the Compact of the Fathers: Equal Rights, Woman Suffrage, and the United States Constitution, 1820-1878. *The Journal of American History* 74:836-862.
- . 1993. Taking the Law into Our Own Hands: Bradwell, Minor, and Suffrage Militance in the 1870s. Pp. 19-40 in *Visible Women: New Essays on American Activism*, edited by Nancy A. Hewitt and

- Suzanne Lebsack. Champaign, IL: University of Illinois Press.
- Eberts, M. 1985. Sex-Based Discrimination and the Charter. Pp. 183-229 in *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, edited by A. Bayefsky and M. Eberts. Toronto: Carswell.
- Epp, Charles R. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Gibson, Katie L. 2018. *Ruth Bader Ginsburg's Legacy of Dissent: Feminist Rhetoric and the Law*. Tuscaloosa, AL: University of Alabama Press.
- Ginsburg, Ruth B. 1979. Sexual Equality under the Fourteenth and Equal Rights Amendment. *Washington University Law Review* 1979:161-178.
- Goldstein, Leslie F. 2006. Constitutionalism and Policies Toward Women: Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law* 4:294-318.
- Gordon, Ann D. 2005. *The Trial of Susan B. Anthony*. California, CA: McFarland.
- Gotell, Lise. 2002. Towards a Democratic Practice of Feminist Litigation? LEAF's Changing Approach to Charter Equality. Pp. 135-174 in *Women's Legal Strategies in Canada*, edited by Radha Jhappa. Toronto: University of Toronto Press.
- Greschner, Donna. 1985. Affirmative Action and the Charter of Rights and Freedom. *Canadian Woman Studies* 6:34-36.
- Harlow, Carol, and Richard Rawlings. 1992. *Pressure through Law*. Abingdon-on-Thames: Routledge.
- Held, Allison, Sheryl Herndon, and Danielle Stager. 1997. The Equal Rights Amendment: Why the ERA Remains Legally Viable and Properly Before the States. *William and Mary Journal of Women*

and the Law 3:113-136.

- Higginbotham, Evelyn Brooks. 2000. In *Politics to Stay: Black Women Leaders and Party Politics in the 1920s*. Pp. 289-306 in *Unequal Sisters: A Multicultural Reader in U.S. Women's History*, edited by Vicki Ruíz and Ellen Carol DuBois. Abingdon-on-Thames: Routledge.
- Hodson, Loveday, and Troy Lavers, eds. 2019. *Feminist Judgments in International Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Hunter, Rosemary, Clare McGlynn, and Erika Rackley, eds. 2010. *Feminist Judgments: From Theory to Practice*. Oxford: Hart Publishing.
- Ignatieff, Michael. 2007. *The Rights Revolution*. 2d ed. Toronto: House of Anansi Press.
- Jhappan, Radha. 2002. *Women's Legal Strategies in Canada*. Toronto: University of Toronto Press.
- L'Heureux-Dubd, Claire. 1995. Canadian Justice: Celebrating Differences and Sharing Problems. *Journal of Supreme Court History* 20:5-10.
- Lobel, Jules. 2004. *Success Without Victory: Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America*. New York, NY: New York University Press.
- Lucas, Luara E. 2009. Does Gender Specificity in Constitutions Matter?. *Duke Journal of Comparative and International Law* 20:133-166.
- McDonald, Elizabeth, Rhonda Powell, Mamari Stephens, and Rosemary Hunter, eds. 2017. *Feminist Judgments of Aotearoa New Zealand: Te Rino: A Two-Stranded Rope*. Oxford: Hart Publishing.
- MacKinnon, Catharine A. 2005. *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge, MA: Belknap Press.
- . 2006. *Are Women Human? And Other International Dialogues*.

- Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- . 2012. Gender in Constitutions. Pp. 397-417 in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó. Oxford: Oxford University Press.
- . 2014. Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More than Ever. *Harvard Journal of Law and Gender* 37:569-580.
- . 2017. *Butterfly Politics*. Cambridge, MA: Belknap Press.
- MacKinnon, Catharine A., and Kimberlé W. Crenshaw. 2019. Reconstituting the Future: An Equality Amendment. *Yale Law Journal* 129:343-364.
- McCann, Michael W. 1994. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Mayeri, Serena. 2004. Constitutional Choices: Legal Feminism and the Historical Dynamics of Change. *California Law Review* 92:755-840.
- . 2011. *Reasoning from Race: Feminism, Law, and the Civil Rights Revolution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Murray, Pauli, and Mary O. Eastwood. 1965. Jane Crow and the Law: Sex Discrimination and Title VII. *George Washington Law Review* 34:232-256.
- Neuwirth, Jessica. 2015. *Equal Means Equal: Why the Time for an Equal Rights Amendment is Now*. New York, NY: The New Press.
- Pal, Leslie, and F. L. Morton. 1986. *Bliss v. Attorney General of Canada: From Legal Defeat to Political Victory*. *Osgoode Hall Law Journal* 24:141-160.
- Post, Robert C., and Reva B. Siegel. 2003. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *Yale Law Journal* 112:1943-2059.

- Razack, Sherene. 1991. *Canadian Feminism and the Law: The Women's Legal Education and Action Fund and the Pursuit of Equality*. Toronto: Sumach Press.
- Rosenberg, Gerald N. 2008. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*. 2d ed. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Rosenberg, Rosalind. 2017. *Jane Crow: The Life of Pauli Murray*. Oxford: Oxford University Press.
- Scribner, Druscilla, and Priscilla A. Lambert. 2010. Constitutionalizing Differences: A Case Study Analysis of Gender Provisions in Botswana and South Africa. *Politics and Gender* 6:37-61.
- Sharpe, Robert J., and Kent Roach. 2005. *The Charter of Rights and Freedoms*. Ontario: Irwin Law.
- Siegel, Reva B. 2002. She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family. *Harvard Law Review* 115:947-1046.
- . 2006. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review* 94:1323-1419.
- Stanchi, Kathryn M, Linda L. Berger, and Bridget J. Crawford, eds. 2016. *Feminist Judgments: Rewritten Opinions of the United States Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Suk, Julie C. 2017. An Equal Rights Amendment for the 21st Century: Bringing Global Constitutionalism Home. *Yale Journal of Law and Feminism* 28:381-444.
- Sullivan, Kathleen M. 2002. Constitutionalizing Women's Equality. *California Law Review* 90:735-764.
- Terborg-Penn, Rosalyn. 1983. Discontented Black Feminists: Prelude and Postscript to the Passage of the Nineteenth Amendment. Pp. 261-279 in *Decades of Discontent: The Women's Movement, 1920-*

- 1940, edited by Lois Scharf and Joan Jensen. Santa Barbara, CA: Greenwood Press.
- Totten Christopher D. 2003. Constitutional Precommitments to Gender Affirmative Action in the European Union, Germany, Canada and the United States: A Comparative Approach. *Berkeley Journal of International Law* 21:27-61.
- Vanhala, Lisa. 2010. *Making Rights a Reality?: Disability Rights Activists and Legal Mobilization*. Cambridge: Cambridge University Press.
- West, Robin L. 2006. Constitutional Culture or Ordinary Politics: A Reply to Reva Siegel. *California Law Review* 94:1465-1486.
- . 2009. The Missing Jurisprudence of the Legislated Constitution. Pp. 79-91 in *The Constitution in 2020*, edited by Jack M. Balkin and Reva B. Siegel. Oxford: Oxford University Press.
- Williams, Wendy Webster. 2013. Ruth Bader Ginsburg's Equal Protection Clause: 1970-80. *Columbia Journal of Gender and Law* 25:41-49.
- Woloch, Nancy. 2004. *A Class by Herself: Protective Laws for Women Workers, 1890s-1990s*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Women's Legal Education and Action Fund Staff. 1996. *Equality and the Charter: Ten Years of Feminist Advocacy before the Supreme Court of Canada*. Toronto: Emond Montgomery.
- Woodsworth, Sheila. 1967. *Maternity Protection for Women Workers in Canada*. British Columbia: Queen's Printer.
- Young, Margot E. 2010. Unequal to the Task: 'Kapp'ing the Substantive Potential of Section 15. *Supreme Court Law Review* 50:183-219.

Different Roads to Different Ends?: A Comparative Study of Feminist Constitutional Mobilization in the United States and Canada

*Chao-Ju Chen**

Abstract

The United States and Canada are two neighboring countries with vibrant feminist constitutional mobilization but different constitutional texts. The United States is one of the very few countries where a gender equality clause is not included in the texts of their constitutions, whereas Canada is among the few countries which stipulate the state's responsibility to promote equality and specify the constitutionality of affirmative action. In the U.S., constitutional protection of gender equality is established as formal equality through feminist litigation, but the pursuit of the Equal Rights Amendment has lasted for a century and continues to grow. Canada recognizes constitutional gender equality by adopting the Charter, and the subsequent feminist movement has been devoted to promoting constitutional equality as substantive equality through litigation. This Article compares feminist constitutional mobilizations in the two countries from the perspective of constitutional culture, explores their commonalities and differences, and examines the dynamics of constitution amending and constitutional litigation as well as equality controversies. It is argued that there is no essential conflict between constitutional reform through amending the constitution and litigation, that the triumph of formal equality in the United States is not the inevitable result of litigation strategy, that constitution-making or reform does not guarantee substantive equality, and that continuous interactions between citizens and the constitution are vital for new meanings of constitutional equality to emerge. The end section of this

* Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.

Article provides concluding thoughts on the implications of American and Canadian experiences for Taiwan, which highlight the significance of persistent feminist constitutional mobilization.

KEYWORDS: gender equality, formal equality, substantive equality, feminism, constitutional mobilization, litigation, equal rights amendment, the Charter, United States, Canada.