

「優惠性差別待遇」概念之接受、 適用與轉化* ——以我國與法國之「性別」作為優惠標準之比較 為中心

吳秦雯**

摘 要

本文以如何接受、繼受與轉化優惠性差別待遇概念為出發點，先以我國憲法本文與憲法增修條文之相關規定為探討中心，並進一步設定以性別作為探究的分類標準，試圖理解以性別為分類標準的優惠性差別待遇在我國社會現況與司法解釋態度下，究竟承載如何的價值意義，以及是否仍有繼續存在的必要。另外，為了比對不同國家對於優惠性差別待遇的接受與適用情況，本文以法國作為比較對象，探究法國如何從普通平等轉化到接受優惠性差別待遇之過程，以及接受後如何在性別領域予以落實相關政策。從我國與法國制度的遞嬗比較可發現，儘管優惠性差別待遇都是以矯正過去之不平等為目的，但對於每個國家來說，過去不平等之類別與樣態並不

* 投稿日：2015年3月31日；接受刊登日：2015年10月16日。〔責任校對：陳逸凡〕。

本文為科技部計畫「優惠性差別待遇之跨國比較研究：歐洲、法國與我國(102-2410-H-004-084-MY2)」研究成果之一部，感謝科技部經費支援。本文曾於中研院法律所第九屆憲法解釋之理論與實務研討會首次發表，感謝當時評論人黃錦堂教授的激勵與建議；本文也感謝兩位匿名審稿人悉心斧正，提供具體修改意見，獲益良多。

** 國立政治大學法學院副教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/22210961.pdf>。



相同，因此具體採取的優惠性差別待遇措施自亦相異；且縱然相同以性別為優惠性差別待遇之目標對象，各國採取各種措施實行的方式與久暫亦有個別差異。足證優惠性差別待遇雖然有其制度上之一致性，但在各國之實踐，仍與各國原本固有之平等權概念與社會經濟發展情況息息相關。

關鍵詞：優惠性差別待遇、性別、平等、差別待遇、憲法委員會。

目 次

壹、我國優惠性差別待遇之法位 階與規範	貳、法國優惠性差別待遇之法位 階與規範
一、憲法之規範層面	一、法國優惠性差別待遇之憲 法規範：從否定到接受的 過程
二、優惠性差別待遇之概念轉 化：學說批評與憲法解釋	二、優惠性差別待遇之具體措 施：以男女平等為中心
三、優惠性差別待遇之具體措 施	參、結論

「平等」一詞，看似簡單，但事實上具有高度多面向之歧異性，法國學者Jacques Robert曾云「相較於自由與博愛，平等像是一個瘋狂的夢想，同時也是一個有害的妄想，因為是這樣的不可缺少，又難以達成」¹。因為欲達到平等，困難之處不在於「一視同仁」，而在尋找「事物性質之差異而為合理之區別對待」²：哪些差異得被認定為作為區別對待的標準？如何的區別對待為合理？而不

¹ ROBERT (J.), Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 3, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52853.pdf>.

² 出自司法院釋字第485號解釋文。

論是「差異」、「區別對待的標準」或是「區別對待的手段或方式」，即便在單一國家當中，由於歷經不同政治哲學、社會歷史、憲政法制、經濟文化等之界定與影響，不同時代都有著不同的認定。當然，無可諱言的，某些區別對待的標準所蘊含的價值觀是超過國界的，如：性別，但是，如何以性別作為基準，再為合理之區別對待，每個國家、甚至區域的處理方式並不相同。是以，一個跨國性共通的平等界定標準或操作方式，理當並不容易產生。然而，茁壯發揚於美國之「優惠性差別待遇」(affirmative action)³措施，以促進平等目的而採取不平等、特殊措施之方式，卻相當巧合地產生跨國性的「穿透性」。

於美國，「優惠性差別待遇」是一項社會政策措施，始於甘迺

3 本文所稱之「優惠性差別待遇」，翻譯自美國法上的affirmative action；向來此一名詞之翻譯在國內未能統一，法學者翻譯對應的名詞縱然同一，但實質內容之說明未必一致，翻譯的緣由卻通常未說明。翻譯為「優惠性差別待遇」有法治斌、林子儀（參見：法治斌，司法審查中之平等權——建構雙重基準之研究，人文及社會科學，6卷1期，頁40（1996年）；林子儀，言論自由與優惠性的差別待遇——Metro Broadcasting, Inc.v. F.C.C.，收於：言論自由與新聞自由，頁264（1996年）；焦興鎧翻譯為「積極行動方案」(affirmative action programs)，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（2009年）；有譯為「矯正措施」，參見：湯德宗，美國聯邦最高法院一九八八至一九八九會期重要判決評述，美國月刊，4卷5期，頁22（1989年），各學者以不同角度進行翻譯，各有其理。另可參見：涂子尹，我國原住民學生升學優待措施的評析——從Kymlicka的自由多元文化主義觀點出發，中研院法學期刊，10期，頁307註1（2012年）當中臚列之論著。司法院釋字第649號解釋中，大法官將身心障礙者保護法以保障視覺障礙者工作權為目的所採職業保留，認定該當「優惠性差別待遇」，乃大法官首次於解釋中承認此一概念。不過，大法官後來於司法院釋字第719號解釋關於政府採購法規定政府採購得標廠商應進用一定比例原住民案，認定係透過得標廠商比例進用之手段所為「優惠措施」，理由書第6段又使用「積極優惠措施」，大法官縱然於同一解釋當中亦未能統一名詞使用。然而，在面對歧視之措施採取與評價上，職業保留與比例進用是否全然相同，非無探討空間。考量到首次出現之司法院大法官解釋文有其概念引入的重要性，本文因此先採用大法官首次解釋中承認此等特別措施以面對不平等之「優惠性差別待遇」詞彙使用方式，作為affirmative action之翻譯。但一方面後續將進一步檢討此等用語之妥適性；另一方面，因本文的比較法對象為法國，當法國使用其他不同於affirmative action之詞彙時，將採取其他的翻譯方式，以為區隔。

迪總統於1961年為矯正該國歷史上對於有色人種之種族歧視問題，頒佈總統令10925號，要求聯邦政府於承包聯邦工程或業務者（federal government and its contractors）在僱用人員時應不分種族、信仰、膚色或原國籍，平等對待求職者，並採取積極措施，保證僱用有色人種⁴。1964年詹森總統於任內通過之民權法（Civil Rights Act of 1964）重申並擴大此原則之應用，進一步開展一連串的積極步驟，以增加女性和少數族群於就業、教育、企業等領域的機會，因為此類領域在傳統上排斥女性和少數族群。換言之，優惠性差別待遇通常是基於種族、性別、族裔，給予較優惠的對待，以積極匡正長久以來歧視所造成的不平衡⁵。此等優惠性差別待遇措施，雖基本上以種族、性別、族裔作為差別待遇的分類標準，但此一分類標準之正當性與區別性如何確認，存在相當的爭辯空間，因此不但推出之始在美國即受到相當多的質疑與批評，實施以來也一直爭議不斷⁶。然而，此一具有爭議性的政策方式，卻「前仆後繼」地為美國以外的其他國家，甚至國際組織引介與採用，縱然其內涵未必完全一致。

1965年聯合國大會通過之「消除一切形式種族歧視公約」（International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination，簡稱ICERD），儘管是否直接受到美國制度之影響雖暫無法於本文進行嚴密之考證，但在時序上可謂第一部採取類似概念制度之國際法，公約第1條第4款明文規定「專為使若干須予必要保護的種族或民族團體或個人獲得充分進展而採取的特別措施，以期確保此等團體或個人同等享受或行使人權及基本自由者，不得視為種族歧視，但此等措施的後果須不致在不同種族團體間保持各

4 Exec. Order No. 10925, 3 CFR 448 (Mar. 6, 1961). 王玉葉，美國高等教育優惠待遇何去何從——美國最高法院拒絕審理Hopwood v. Texas案之省思，歐美研究，34卷3期，頁458-459（2004年）。

5 定義參見湯德宗（註3），頁22。

6 相關討論可參見湯德宗（註3），頁21-31。

別行使的權利，且此等措施不得於所定目的達成後繼續實行。」其後1979年相同由聯合國大會通過之「消除對婦女一切形式歧視公約」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 簡稱CEDAW)，公約第4條更分為兩項明文規定「1.締約各國為加速實現男女事實上的平等而採取的暫行特別措施，不得視為本公約所指的歧視，亦不得因此導致維持不平等的標準或另立標準；這些措施應在男女機會和待遇平等的目的達到之後，停止採用。2.締約各國為保護母性而採取的特別措施，包括本公約所列各項措施，不得視為歧視。」此二聯合國公約都相同地為了達成公約設定之保護目的，肯定採取「特別措施」(Special Measures; Mesures spéciales)之必要，且如此之特別措施不但不被認為違反公約構成歧視，反而有助於透過在經濟與社會福利領域中，實施特別措施以落實平等⁷。

另外，以經濟整合為主要目的而建立之歐盟於2000年開始（當時仍為「歐洲共同體」），逐漸透過制定各項指令，要求各會員國於兩性就業領域落實如同美國優惠性差別待遇之「積極平權措施」(positive action; action positive)⁸，使得優惠性差別待遇措施具體成為一個全歐盟會員國必須採取的平等保護趨勢與價值。而歐洲國家

7 Ruth Bader Ginsburg & Deborah Jones Merritt, *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, 21 CARDOZO L. REV. 253, 255 (1999).

8 就字彙的選用上，歐盟法令多採positive action而非affirmative action，使用上，歐盟將positive action定位為不歧視的一種特別措施 (special measures)，類型含括性別、國籍、身心障礙、年齡等，適用範圍比美國還大，為了對此二種適用範圍不同的概念進行區隔，針對positive action，本文原忠於文意，採焦興鎧之翻譯，譯為「主動措施」，但又感覺「主動措施」無法明確從字彙中突顯該等特別措施之目的在於達成實質平等，因此決定參考廖元豪採用之「積極平權措施」翻譯，先予敘明。參見：焦興鎧，歐洲聯盟禁止就業上性傾向歧視法制之研究，收於：洪德欽編，*歐盟人權政策*，頁307（2009年）；廖元豪，*種族積極平權措施 (Race-Based Positive Action) 與平等原則的關係——歐洲角度的評析*，歐洲人權學術研討會，中央研究院歐美研究所主辦，頁7-9（2004年10月13日）。

當中屬於老字號民主國家的法國，1789年以「自由、平等、博愛」為口號，敲醒長期以來受到帝國強權專制統治的人民，開展一連串民主平權運動，有著法國自己標準的平等權價值；然而近年來在國際法、歐盟影響與內國法的壓力下，縱然經過一段時間的抗拒，終究在男女平等就業與參與政治活動方面，也開始接受「外來的」優惠性差別措施觀念，進行相當大幅之修法。

我國雖然遲至2008年方於司法院釋字第649號解釋理由書首次使用此一法律名詞（職業保留之優惠性差別待遇），做為正當化立法者於身心障礙者保護法當中，為保障視覺障礙者工作權為目的所採職業保留之手段。但九〇年代開始我國學者已有若干文獻自美國法加以引介⁹。若再進一步探源，更會發現到，1947年即開始實施之中華民國憲法，其中若干與民意代表、婦女保護、特定身分或事業扶助相關之特別規定，事實上已然承認應給予某些特殊的族群或團體優惠，概念上相當類似於優惠性差別待遇措施，相較於美國真正採取優惠性差別待遇的相關落實政策，其實早了十多年。因此，雖然優惠性差別待遇此一概念與法政策發揚光大於美國，但我國早就走在時代的先端，獨步全球，率先於憲法上明文規定。然而，此一「創世」之舉，隨著時代變遷、教育普及、階級流動等等原因，不但憲法規定之條文已與原貌不符，其制度內涵也因為內外原因而已經產生變化。

關於優惠性差別待遇此一跨國性的人權概念，其之所以「不約而同」地在各法領域被採用，本文初步認為，可能一方面是基於對某目標群體（*population cible*）所具有之個人身分，具有「固有而無法磨滅的特徵」（*traits innés et indélébiles*）¹⁰，如：種族、性別、

⁹ 例如湯德宗（註3），頁21-31。

¹⁰ CALVÈS (G.), Les politiques de discrimination positive, coll., *Problèmes politiques et sociaux* 1999, n° 822, p. 28; VILLENAVE (B.), La discrimination positive: une présentation, *Vie sociale*, 2006, n° 3, p. 39, <http://www.cairn.info/revue-vie-sociale->

族裔，整個社會對此目標群體所生之相關歧視行為根深蒂固而難以矯正，因而必須採取特殊措施以促成平等；另一方面則是為了降低基於前述特徵所生之區隔、歧視行為，所構成、甚至維持之社會經濟面之不平等（*inégalités socio-économiques*）或地位落差，使得政治或特定有利階級與環境不成比例地充斥著「白人」、「男性」或其他優勢群體，換言之，考量的是一種社會經濟面的不平等地位，而非單純針對特定目標族群的歧視態度或行為¹¹。面對這樣不平等之現象，各法領域因而認為採取一個特殊、甚至優惠性的補正措施因而具必要性。以下本文即先以本國法制為觀察的起點，說明我國憲法相關規定中，採取此概念之緣由，以確立此等概念係「自創」或「繼受」而來，並進一步觀察此概念現行落實之轉化、解釋方向，以及具體法規範與相關組織措施；接著，試圖以「繼受者」為觀察對象，將法國作為比較法對象，比對該國採用此概念之緣由、以及現行相關措施，試圖比較與我國之異同，以理解此一跨國性人權理念之移植與深耕。

壹、我國優惠性差別待遇之法位階與規範

我國憲法第7條雖然明定「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」宣示了一般性的普遍平等，但此一條文並非等於憲法全然限制國家不得為任何的差別待

2006-3-page-39.htm.

11 本處之補充論述感謝審稿人之提點。不過，就經濟社會地位落差之部分，本文主要的比較法對象：法國，似乎有不同的觀察分析角度；若干作者儘管認為應該區分適用優惠性差別待遇之前提，一類是源於性別或種族之不平等，另一類是經濟社會面的不平等，但經濟社會層面的不平等，倒是並未特別強調一定源於性別或種族，若採此說，則與美國定義下的優惠性差別待遇概念不盡相同。而我國究竟採取何種概念，本文以下將進一步論述說明。VILLENAVE (B.), *op. cit.*, p. 44 et s.; JÉGOUZO (Y.), *Emergence et limites d'un droit de la discrimination positive*, *AJDA*, 2003, p. 2281.

遇，尤其是基本國策章內之條文，事實上針對弱勢族群課予國家扶助之積極義務。因此，憲法條文實際上承認人民得依據一定標準進行區分並為差別待遇，但此非即等於優惠性差別待遇，必須該等人民具有長久以來各種歧視所造成的地位不平衡（不平等），而該條文確實以積極匡正為目的給予受差別待遇者優惠。不過，我國憲法在歷經七次修憲後，實質上變更若干原文之規範意旨與內容，而與時俱進的憲法解釋也不斷加深憲法規範內涵，再加上抽象的憲法條文必須經由立法具體落實，故以下將從憲法原文與憲法增修條文著手，探究優惠性差別待遇之憲法規範層面，接著再探究相關的大法官解釋與學說討論，最後再針對現行之法律規定與組織措施規定進行論述。

一、憲法之規範層面

先探究憲法原文之相關規定，接著再檢視憲法增修條文，以比對其憲法規範之轉變。

（一）憲法原文

在第3章「國民大會」、第12章「選舉、罷免、創制、複決」與第13章「基本國策」對於平等權都分別有特別的規範。首先，憲法第26條明文規定，國民大會代表之組成，並非只依據人口數量或是地方行政區域進行平均分配，而應將「種族」（蒙古的盟、旗，西藏、邊疆地區的各民族）、「僑民」、「職業」與「女性」與第1款之縣市區域進行區別。亦即，我國國民大會代表之組成，兼及地域代表制、民族代表制與職業代表制，另外還特別保障僑民與婦女。這樣的特殊規定，使得我國在國民大會代表的選舉上，並未彰顯「票票等值」之平等意涵，而是明確地在憲法上承認，可以因為種族、身分與性別而進行差別待遇。不過，再進一步觀察個別差別待遇標準的規定，可以發現縣市及同等區域代表已經設定每50萬人選出一名代表，其他各種標準均「以法律定之」，只有蒙古不論盟旗之下

實際人口數量，直接定額保障。但是此處所稱之「蒙古」，係蒙古族或是蒙古地區，並不明確；若僅依據行政組織之盟、旗進行判斷，解釋為設有盟旗之地區，且為蒙古族游牧區域所及者，則將包括新疆地區¹²。因此，雖然憲法明文保障蒙古各盟旗之國民大會代表的數額，但仍須細部的法律對於此標準進行定義。然以蒙古之人口數觀察，在政治參與上，蒙古確實以其地域種族而獲得政治參與上之優惠，只是這項優惠考量的重點主要在保障民族的政治代表性¹³。

其次，憲法第134條又進一步規定「各種選舉，應規定婦女當選名額，其辦法以法律定之」，表示性別不僅僅作為國民大會代表選舉的一個差別待遇標準，其他所有的選舉，也應該安排一定的性別配額。第135條則規定「內地生活習慣特殊之國民代表名額及選舉，其辦法以法律定之。」依據學者的說明，所謂「內地生活習慣特殊之國民」多半認為係指「回民」¹⁴，絕大部分為信仰回教之國民，故而我們在選舉制度上，似乎又承認依據不同的宗教而得進行差別待遇¹⁵。這兩條規定，相同地肯定憲法選擇的差別待遇分類，但是是否予以「優惠」，並未明言¹⁶。

12 且依據史料，1944年時，新疆地區每一個盟下的人口數量，不到1萬人，李信成，中共統治下的新疆蒙古人——國家整合理論的個案分析，頁29（2002年）。

13 此由民國初年議員選舉方式，除各省外，另規範蒙藏青海可證。謝振民、張知本，中華民國立法史，頁68-69（1937年），轉引自黃長玲，差異政治的形成——1946年婦女保障名額制訂的歷史過程，政治科學論叢，52期，頁97（2012年）。

14 學者認為本條文為前述第26條的特別規定，楊敏華，中國國憲法釋論，增訂13版，頁151（2004年）。不過亦有學者認為包括藏民，張朋園，國民黨控制下的國會選舉（1947-1948），中央研究院近代史研究所集刊，35期，頁148（2001年）。

15 縱然採取前註學者張朋園的見解，認為包括藏民，仍然符合此部分之假設。因為西藏地區信仰的宗教係喇嘛教。

16 因為如果名額之設定低於一定的比例，甚至比現實上可能達到的比例還低，即無優惠性可言。

最後，於第13章基本國策中，針對特定的事業或人民，憲法也課予國家「扶植」或「扶助」義務；然後其中又特別挑出兩類，明文規定「特別」保障或扶植。前者可界定為「普通扶助」，像是第143條第4項中之自耕農及自行使用土地人、第145條第2項之合作事業、第151條之僑民、第155條之老弱殘廢，無力生活及受非常災害者、第161條之學行俱優無力升學之學生與第169條之邊疆地區各民族，皆使用「扶助」一詞。縱然此處之憲法規定，依據學者之分析，係生存權與工作權之社會權面向，乃要求國家透過積極作為，提供人民最低之生活需求¹⁷，但仍不排除將其認定為一種憲法明文給予相異於一般狀況之扶助對象與情況設定，而為憲法所認可的差別待遇；更進一步言，社會權保障何嘗不是透過國家積極作為以達成弱勢者實質平等之目的¹⁸？故而，憲法所明定範圍與目的之是類差別待遇，由於憲法的抽象性，必須再以個別法律條文落實，方得可能成為具體的優惠性差別待遇措施，然憲法條文之規定確實已提供國家規劃優惠性差別待遇之合憲基礎。另外，憲法本文直接標明特別保護或扶植，或可另外歸類並認定為「特別扶助」者，有兩條條文。一為第153條第2項規定之：「婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以『特別』之保護。」二為第168條規定之：「國家對於邊疆地區各民族之地位，應予以合法之保障，並於其地方自治事業，『特別』予以扶植。」

從憲法本文的規定因而可以先得到以下初步小結：憲法第7條的平等原則，揭示一般性的普通平等。亦即一般狀況下，不得任意以性別、宗教、種族、階級、黨派為分類標準，在法律上施以差別

17 黃舒芃，社會權在我國憲法中的保障，中原財經法學，16期，頁7-8（2006年）。

18 若參照我國的重要理論繼受國：德國，確實可以得出類此推論，蓋德國基本法所樹立的社會法治國原則，係以該原則課予立法者保障人民具人格尊嚴之自由權與平等權之義務。參見：謝榮堂，憲法委託之社會立法實現與社會安全制度，軍法專刊，56卷6期，頁92-113（2010年）。

待遇。但是，這幾項憲法特別例示的分類標準，在特定領域中，同時肯定得予以差別對待，不論是否為優惠性差別待遇。首先是涉及選舉時，性別、宗教、種族、身分（職業團體代表、僑民）¹⁹都是憲法明文承認可以予以差別對待的標準。但是除了蒙古族已經採取定額保護的規定外，其他的差別對待規定都留由法律規定，這樣的授權規定，使得立法者擁有制定優惠性差別待遇措施的空間。

其次，在國家採取的經濟社會勞動政策，亦即社會權保護方面，憲法使用「扶助」一詞，就文義解釋言，不但標明必須採取有別於一般人之措施，由於是「扶助」，因而應該是採取特別有利之措施，且將差別待遇的標準設定於性別、特殊階級（自耕農、自用地者）、特殊身分（僑民、兒童、老弱殘廢、受非常災害者、學生）與種族，甚至在婦女兒童以及邊疆地區民族的部分，又更明確規定「特別」保護與扶植。不同於政治參與的相關憲法規定只採取「以法律定之」的寬鬆要求，基本國策的憲法條文，已然預設立法者必須採取有利措施方可能達到「扶助」之目的與效果。最後，憲法對於某些事項也特別規定應予以扶助或扶持，但並非以「人」作為保護主體，而是以「事業」為主，像是合作事業、地方自治事業。

綜上，我國憲法本文確實已經預設若干標準之差別待遇，也正面承認並非對人民「一視同仁」，然而依據此等標準而進一步所為之相關措施，是否該當優惠或積極措施，由於我國憲法曾長期因實施戒嚴與動員戡亂而未予落實，待恢復平時狀態後，則歷經7次憲

¹⁹ 此處感謝兩位審稿人分別在本文不同處，提醒僑民與職業代表此二分類標準的特殊性。誠如審稿人所指出，職業團體代表反映的是社會利益代表性，原本本文以階級進行歸類並不妥適。從法制史的相關論述也證實我國國民大會代表之選舉制度設計，與1924年孫中山倡議以人民團體為代表基礎有關，亦即透過具備社會基礎的政治與社會團體參與以強化正當性，因此，在這樣的背景下，職業代表並不宜認定為階級，而是一種社會或政治團體的代表，歸類上近似於一種身分。黃長玲（註13），頁99、101。

法修正，憲法本文之規範效力已然轉化。因而在分析優惠性差別待遇於我國是否具備憲法之規範層次時，必須進一步探究憲法增修條文之規定。

（二）憲法增修條文

憲法原文中最顯著的差別待遇規定，首見於選舉部分。由於所有規範國民大會之憲法條文（第25條到第34條）已停止適用，而保障內地生活習慣特殊之國民代表的第135條也相同停止適用，只剩下規定婦女當選名額之第134條。但是在憲法增修條文第4條第1項與第2項，另外規定對於原住民、僑民與女性之保障條文。另外，在基本國策之經濟社會勞動權利規範上，延續憲法本文之設計初衷，甚至為進一步之確認。

1. 選舉資格之特別規定

依據種族（原住民）、身分（僑民）與性別（婦女）所為的選舉上之差別待遇，已經與憲法本文之原始設計不同。

（1）種族標準

憲法本文設計適用的對象疆域廣大，且意識到多民族的組合，因此在國民大會代表的組織上，納入蒙古的盟、旗，西藏、邊疆地區的各民族，但目前的憲法增修條文因應國家現況，不再特別保護蒙藏與邊疆地區民族，僅保護原住民。以往對於蒙藏與邊疆地區民族的選任保障採取兩種方式：一種是對於傳統以來已經有行政管理組織的蒙古盟旗直接設定定額的代表人數²⁰；另一種則是規定以法律定名額，西藏與邊疆地區各民族屬之。現行憲法對於原住民族之政治參與保障部分，於增修條文第4條第1項第2款規定「由地區平

²⁰ 參考蒙古盟部旗組織法第2條「蒙古各盟、部、旗以其現有之區域為區域。但於必要時，得以法律變更之。」該法已於2006年1月27日廢止。

地原住民及山地原住民各三人」選出之，現行憲法增修條文採取的方式雖然類似於憲法原文規範蒙古盟旗的模式，但是蒙古的盟旗是以地方區域為基準劃分，該區域內之人民組成如何，是否均為蒙古族，並不講究。而我國之原住民族不但依據戶籍所在地將原住民族區分為平地原住民與山地原住民，並且經過政府透過戶口調查簿之方式，登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民族者²¹，強調種族的「純粹性」。

另外，在增修條文第10條第12項也規定「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與」，同條後段的「對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同」規定，論理上由於並未明確區分「亦同」的範圍，故也可以解釋也包括保障「地位及政治參與」。目前憲法增修條文這樣的規範方式，確實使得原住民族相較於非原住民族，容易選任出立法委員，因而該當於基於種族所為的選舉優惠性差別待遇；而澎湖、金門與馬祖地區，也因為這樣的規定，相較於臺灣地區容易選出立法委員，使得地區也比照種族成為一種優惠性差別待遇的分類標準。以第八屆的立法委員選舉為例，相較於其他區域大約是每24萬人選出1名代表²²，原住民大約是5萬7千人（平地原住民）到6萬1千人（山地原住民）可選出1名代表²³。

21 參考原住民身分法第2條：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。」

22 以2012年立法委員選舉為例，17,625,632的投票人，選出73位區域立法委員為計算。數據資料參考中央選舉委員會選舉資料庫網站，<http://db.cec.gov.tw/histMain.jsp?voteSel=20120101A2>（最後瀏覽日：2015年3月15日），但這其中事實上有很大的區域落差。

23 平地原住民選舉人計有171,546人，山地原住民選舉人計有183,396人。

(2) 僑居身分標準

僑民的民意代表名額與相關規定部分，相較於憲法原文所規定的「僑居國外之國民選出代表，其名額以法律定之」，將僑民特別劃分出來作為一種代表的分類類別；增修條文第4條第1項第3款將其與政黨名單投票選舉結果結合，直接定額為「全國不分區及僑居國外國民共三十四人」，由獲得5%以上政黨選舉票之政黨依得票比率選出之，而各政黨得自由調配全國不分區與僑居國外國民之代表名單²⁴，因此僑民的政治參與已經沒有具體名額上的保障。儘管在增修條文第10條第13項增加規定：「國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。」但此一憲法條款的實現，有賴具體法律規範且立法形成空間較大，與憲法原文的直接設定規範義務的憲法約束強度已經產生落差。因此，僑民雖然仍然在政治參與上被肯定擁有不同於其他類別的標示度，但是實際上的政治參與保障可謂已然被一定程度之稀釋²⁵。

24 參考公職人員選舉罷免法第24條第3項規定「僑居國外之中華民國國民年滿二十三歲，在國內未曾設有戶籍或已將戶籍遷出國外連續八年以上者，得由依法設立之政黨登記為全國不分區及僑居國外國民立法委員選舉之僑居國外國民候選人。」可知僑民代表已經完全被歸類於「全國不分區及僑居國外國民立法委員」當中，並不具備獨特性。

25 本文由於以下討論聚焦於性別此一標準，故後續對於僑民身分之標準未再進一步說明，此處感謝審稿人之提醒。法國自1946年第四共和憲法，到今天的第五共和憲法，國會組成員都保留有國外之成員，以保障國外法國（Français de l'extérieur）人之代表性，除了原本1958年憲法第24條關於參議員之國外代表規定，2008年修憲後，更明確地增加11名居住於國外之國民議會議員，使得目前兩院皆有僑居國外國民所選出之議員。本文初步贊成審稿人所主張之法國的僑民代表只是以居住地區別選民，並透過創設國外選區之選區劃分方式，保障居住在國外之國民之選舉權，基本上是以「居住地」與國內國民進行區別。而我國之僑民，目前一方面並未如法國一般在國外特別設置選區，僑選立委之選任資格與方式向來並不明確；另一方面，僑民之認定，依據現行之華僑身分證明條例第4條與第5條之規定，只要前提是依據國籍法擁有我國國籍者，只要在國外一定時間之居留或取得居留權者，即具備申請華僑身分證明書之要件。再參照戶籍法之相關規定，事實上僑民只要以外國護照進入國內，縱然長期居住於國內，也不會因此喪失僑民身分；縱然戶籍也確實該當居住地之概念，但在我國目前戶籍與居住地往往歧異之現況下，加上國籍法上寬認國籍的規定方式，國

(3) 性別標準

在性別方面，除了原本憲法本文的第134條仍然存在，在增修條文第4條第2項後段特別規定：「各政黨當選名單中，婦女不得低於二分之一」，其規定之適用必須結合同條第1項第3款與第2項前段。亦即，由獲得5%以上政黨選舉票之政黨，依得票比率選出全國不分區及僑居國外國民共34人，在這34人當中，依據政黨比例獲得當選的名單中，「婦女不得低於二分之一」。在全部113席立法委員當中，因而至少會有17名女性，約佔15%。此規定相較於適用憲法第134條並結合立法院立法委員選舉罷免法第5條之規定：「上列各款立法委員名額，在十名以下者，婦女當選名額定為一名；超過十名者，每滿十名應有婦女當選名額一名」，使得婦女被保障之當選名額從12名上升至17名，表面上看來確實較為優惠²⁶，但早有學者指出，如此的保障比例，自1990年初期就已經開始出現落後於政治現實的情形，當時即有女性學者與婦女團體倡議提高婦女保障名額至40%；此一倡議儘管在修憲未獲接受²⁷，但在制定地方制度法時獲得肯定²⁸。不過，依據學者的看法，如此規定之轉變，仍然未脫離將婦女視為弱勢之「保障名額」設定，而非著重性別正義的

籍之取得、戶籍設定與選舉權行使之關聯性如何，本人仍存有相當疑惑。在未能進一步釐清與研究之前，本人初步認為，我國法令對於僑民之界定，偏向於國籍身分之認定，而非居住地區之概念。但對此問題之界定，確實有再續為研究之必要。

- 26 只是，以2012年第8屆立法委員之選舉為例，全國不分區及僑居國外立法委員之女性當選數為18，略多於男性當選數17，但區域及原住民立法委員之女性當選數為20，男性當選數為59。似乎女性無需透過憲法保障名額的規定，已經能夠有高於憲法設定的代表比例。
- 27 當時的遊說歷程由於彭婉如事件而看似獲得朝野支持，但卻於最後功敗垂成，或可由此窺探男性代表對於提高婦女保障名額之心口不一，歷程參見：彭滄雯，參政篇，收於：婦女新知基金會編，一九九九台灣女權報告，頁81-82（2000年），http://www.scu.edu.tw/document_imgs/documents/d6.pdf（最後瀏覽日：2015年3月20日）。
- 28 黃長玲，從婦女保障名額到性別比例原則——兩性共治的理論與實踐，問題與研究，40卷3期，頁74（2001年）。

「性別比例原則」²⁹。

2. 經濟社會勞動權利之特別標準

憲法原文於基本國策的各項優惠性差別待遇規定並未遭增修條文停止適用，且在第10條各項當中，維持原本在基本國策中的「普通扶助」精神，一方面對於「身心障礙者」之扶助，於第7項為保障與扶助之規定；雖然種族對象變更為原住民，但仍保持以種族作為差別待遇標準的一貫憲法規範態度，於第12項為「保障扶助並促其發展」之規定。另一方面在事業扶助部分³⁰，改變憲法原文僅規定類型的方式，改保障興辦事業的「人民」，於該條第3項規定「國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展」。

另外，本來在憲法原文當中，對於婦女兒童採取的是特別保護，增修條文第10條第6項則未採「特別」兩字，僅規定「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，但由於使用「消除」性別「歧視」之字眼，並特別提及「實質平等」，在連結前後兩句進行解釋的情況下，可解釋為，該條文係以維護婦女之人格尊嚴、保護婦女之人身安全為目的，手段上不僅只是「消除歧視」（不歧視），更進一步地應該能夠「促進實質平等」，亦即允許國家採用促進之手段³¹。相

29 黃長玲（註28），頁71。

30 增修條文第10條第4項雖然使用「特別」兩字，只是未表明應予「扶助」，既未有扶助之意涵，只是授權國家進行特別規定，未必是優惠性措施，故不列入優惠性差別待遇之列。第4項具體規定為「國家對於公營金融機構之管理，應本企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定」。

31 當社會存在歧視／不公平之現象時，可能採取的對策，學者提出有三：反歧視、積極行動與優惠待遇，而反歧視只是以不差別對待作為方式，僅為形式上的公平待遇。因此，若憲法增修條文第10條第6項，僅具「消除歧視」之意義，事實上只是形式上的公平待遇，必須搭配後段的「促進兩性地位之實質平等」，方為完整。另外，本條文並非只能適用於社會經濟勞動權利之範疇，只是在此部分係為了與憲法本文對於婦女保障之條文進行比較。參見：施正鋒，

似的以「保護」為規範之方式出現於第9項「國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障」，雖然並未明示此處之「保障」是否應具備與其他不同身分相異之優惠性，但因為特別將此身分別獨立出來規定，因而不排除該當為差別待遇之憲法基礎³²。最後，憲法增修條文第10條第11項中使用了「積極」一詞，可謂彰顯對於原住民族語言及文化之特別保障³³。

（三）憲法原文與增修條文之比照

單純觀察與對照憲法原初與現行條文的規範方式，可發現憲法增修條文就政治參與的選舉選任制度，以及經濟社會勞動政策權保障兩方面，仍然保留憲法原本已然承認的優惠性差別待遇，但是特別予以差別對待的主體產生變化。

先討論選舉選任制度部分：由於不再保護內地生活習慣特殊之國民，附隨於此標準的宗教分類標準不復存在，使得宗教回歸憲法第7條普通平等的規範概念下，不再成為政治參與選舉名額上的特殊標準。然而，增修條文仍然保留依據性別、種族、身分（僑民）的差別對待標準設定政治參與的保障名額或一定數額，只是保障規範方式並不相同。性別雖仍然以保障婦女的一定委員數額為據，但一方面從「以法律定之」轉變為直接以憲法規定立法委員當選之婦女名額比例，故保障之法位階改變，不過其他選舉則未再有憲法位階之保障；另一方面保障名額的計算方式也不同，從以往不區別立法委員選舉途徑，一律規定女性至少有十分之一的當選名額，到現在只限制全國不分區及僑居國外立法委員，而數額調整為政黨當選名

行政體系中的原住民族——由「優惠待遇」到「積極行動」，考銓季刊，40期，頁50（2004年）。

32 本條項係公布於1999年9月15日之第5次修憲時方納入，與增修條文第10條第6項之性別標準入憲時間並不相同。

33 增修條文第10條第11項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」。

單中不得低於二分之一。在女性立法委員的法定委員數額上，以現行113名委員數額為據，若依據舊法，保障名額為12名，依據現行法，則為17名，就保障名額數言，確實現行法較為優惠。

種族標準仍然存在，但內涵由蒙藏等邊疆地區轉變為臺灣原住民族，保障方式一律改採定額。認定上比較困難的是金馬地區人民。因為憲法增修條文第4條第1項並未明白揭示金馬地區人民在政治參與上之特殊地位，但依據同條項第1款後段之「每縣市至少一人」，使得金門縣與連江縣不論設籍人口多寡³⁴，都有至少一席的立法委員，再配合上增修條文第10條第11項之規定，可知金馬地區人民在政治參與上，獲得特別的差別待遇。然而金馬地區之人民並不具備種族的單一性或是類同性，因此並非純粹的「種族」，主要是因為地域的特殊性而被賦予同等於原住民族的保障地位，在歸類上較為困難，故暫且先以「地域」作為分類標準。身分的分類標準由於已經刪除職業團體此一類別，只剩下僑民此一身分，僑民的被選舉保障又如前述已被稀釋，故此一分類標準可謂僅具備象徵意義而不存在實質意義。

在國家採取之經濟社會勞動政策，並進而保障相關之經濟社會勞動權利方面，除了與政治參與部分相同地皆採取性別與種族之標準外，被保留的憲法本文基本國策相關規定設定之特殊階級（自耕農、自用地者）與特殊身分（僑民、兒童、老弱殘廢、受非常災害者、學生），只有老弱殘廢產生變化。因為增修條文特別保障「身心障礙者」，等於排除「老弱」，並且因此設定只有「身心障礙者」得主張增修條文第10條第7項的「保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助」具體保障事項。縱然

34 依據第八屆立法委員選舉資料，金門縣選舉人為81,783，連江縣選舉人為7,772，參考中央選舉委員會選舉資料庫網站，<http://db.cec.gov.tw/histMain.jsp?voteSel=20120101A2>（最後瀏覽日：2012年6月15日）。

增修條文對於特殊階級與特殊身分者之主體範圍與得規範之差別待遇內容有所變更，仍然正面肯定憲法以此等分類標準提供特別保護之規範基準。

由於憲法的抽象性本質，以上具備憲法位階的各項差別對待標準與原則，除了憲法增修條文第4條第2項後段特別規定「各政黨當選名單中，婦女不得低於二分之一」，以及關於原住民立法委員平地及山地各三人，係明確標示配額（quota）者外³⁵，其餘是否確實形塑或影響行政機關採取優惠性差別待遇之措施，仍須進一步觀察相關法規。但經由前述的初步分析可發現，我國憲法本文到增修條文的演進過程中，憲法責成國家必須負擔積極義務以扶助之弱勢對象，同時在政治參與以及經濟社會勞動權利層面方面，一直存在的標準為性別與種族。由於此二標準係具有「固有而無法磨滅」之特徵的目標群體，且其因為此特徵，長期以來在經濟社會層面承受不利益。我國優惠性差別待遇之憲法規範所蘊含之理論概念，正與美國初始採取優惠性差別待遇之理論概念若合符節³⁶！在種族與性別此二標準中，一方面，由於種族的概念從憲法本文到增修條文有著種族對象之轉變，其內涵未盡一致，但「性別」的標準自始至終都以婦女為保障對象，儘管憲法條文的保障規範方式有所變更；另一方面，本文除了以憲法條文之修正為觀察對象外，也將對憲法解釋進行論述，在目前我國釋憲實務上，與性別相關之司法院大法官解釋數量遠較種族為多，學說的相關討論也相對豐富。本文因而認為，為了有助於在概念上突顯差別待遇標準之具體適用與轉化於時

35 關於「配額」的定義，本文採取International IDEA. 2009. “Quota Project: Global Database of Quotas for Women”（全球配額資料庫）的廣義定義，將法定候選人比例（legislated candidate quotas）、保障名額（reserved seats）與政黨自願配額（voluntary political party quota）一併納入。參見<http://www.quotaproject.org/aboutProject.cfm#quotas>（最後瀏覽日：2015年2月20日）。

36 不過，此處感謝審稿人之一的提醒，美國在性別領域，並未採取相同於種族領域之優惠性差別待遇，因而我國在具體的立法政策上，並非以美國法的制度為直接繼受對象。

代的落差，因此以下限縮以性別標準進行後續之比對與討論，而不再大範圍地針對每一種差別待遇的標準進行法規面的細項討論。

二、優惠性差別待遇之概念轉化：學說批評與憲法解釋

我國憲法從制定之初，即以女性為政治參與的優惠性差別待遇保護對象，迄今並未改變，這樣的規定可謂舉世獨步³⁷；亦即我國憲法本文之規定其實並非優惠性差別待遇的「繼受國」，反而為「原生國」。但是一方面我國憲法規定需等待法律之落實，而行憲不久後憲法本文實際上並未能真正實施；另一方面優惠性差別待遇概念全球化之始，仍然是最常受到國內學者援引的美國；而美國優惠性差別待遇採取的措施，大多為聘僱者與教育機構（尤其是高等教育），在國家法令之要求下，為了達到機會平等而自行採納考量種族配額之戰略性措施³⁸，事實上並未有像我國一樣以性別設定政治參與定額之措施。反而之後將論及之法國，在1999年修憲後，採取類似於我國在憲法上承認特別保護女性參選之條文。然而我國現行擁有憲法位階的性別差別待遇措施，卻從一開始的獲得多數支持，到九〇年代後開始履遭法律學者批評。為什麼與法國法制會有如此落差？是因為優惠性差別待遇於我國已經達到階段性任務而無繼續存在的必要、應丟入時代之灰燼當中？另外，在憲法基本國策與增修條文中規定之經濟社會領域的差別待遇措施，是否該當優惠性差別措施，或是如法國一般，並未特別優惠某一性別，主要是為了促進兩性實質平等之一般性作為？以下將從提出批評意見之學說與對我國平等權概念有深遠影響之司法院解釋之論述加以探討。

37 黃長玲（註13），頁90。

38 Commission européenne, Direction generale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de Commission européenne, Perspectives internationaux sur les mesures d'action positive—Etude comparative dans l'Union Européenne, au Canada, qux Etats-Unis et en Afrique de sud, 2009, p. 51. 亦可參考廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究——兼論平等原則之真義，東吳法律學報，9卷2期，頁1-44（1996年）。

(一) 日益遭受批評的婦女保障名額規定

縱然目前已有相當數量之國際條約與國家採取優惠性差別待遇之措施，但此等措施，既然是為了彌補、匡正過去歷史上對於種族、性別等方面之歧視問題，倘若此一歧視狀態已經透過優惠差別待遇措施而獲得修正，或是採取優惠性差別待遇無法達到預期之目的，該差別待遇措施即無存在之必要；此為國內學者首要批評婦女保障名額之觀點。其次，儘管憲法已明文承認優惠性差別待遇之存在，但究竟在我國法制內，如何認知此一概念，尤其與憲法第7條之間的關係為何，不同的學者對於此二者之關係，因為對於平等權的概念內涵有著相異的詮釋，而有相異的見解。

1. 措施與目的間之合理關連性

制憲時之提案說明必須在憲法條文中保障婦女當選名額之原因，主要以「憲政已實現全民政治為目的，……中國社會落後，重男輕女之思想，深入人心，自由競選，婦女必無選出之機會，為求達到真正男女平等的全民政治，憲法不可不規定保護婦女機會條文。……對於特殊環境之人民，憲法應予以特別保障」³⁹；以及「我國婦女在政治上教育上經濟上社會上所佔之地位，至不平等，此皆由於未能有具體辦法，以保障婦女地位之故。……考婦女自由競選，因人數過少，結果終不能取得競選之有利地位。……其當選人數，應有婦女名額百分比之規定，方能具體保障婦女之地位，否則男女平權，徒託空言，於國家社會之進步，殊多不利」⁴⁰。亦

39 蔣宋代表美齡等407人提請於憲法草案第十二章加列各種選舉應規定婦女當選名額案（提案234號），請見國民大會秘書處，第七章國民大會會議記錄與提案，收於：國民大會實錄（下編），頁1127-1128（1949年），網路資訊：<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsweb?@0:0:1:/disk1/lg/lymeeting/lymeetingdb@@@0.3850660892003597>（最後瀏覽日：2017年4月3日）。

40 崔代表振華等357人提為求澈底實現全民政治請在憲法中規定各種選舉中婦女當選名額最低不得少於百分之二十案（提案203號），請見國民大會秘書處（註39），頁1077-1078。

即，採取此一措施之主要目的，在達成男女平等與男女平權。

然批評者主要認為今非昔比，且矯正措施之結果不彰。詳言之，前者主張兩性受教育機會已無差異，社會亦未嚴重歧視婦女，婦女已非政治弱勢，當選比例往往高於男性⁴¹。另一則主張婦女保障名額所發揮之作用不明顯，顯然措施無法達成目的⁴²。就前者之批評言，受教育機會之均等，是否即等於男女平權目的之達成，甚至達到全民政治，不但在在推論上容有討論之空間，也還需要進一步的實證研究。後者就措施與目的間之關連性言，依據學者之實證分析：「乍看之下，女性的參選與當選比例的成長趨勢似乎並非完全依靠保障名額而來。先以絕對數字來看，1998年有31位女性依靠保障名額當選，2002年有32位女性因保障名額條款當選，與1998年情形差不多，2005/6與2009/10年有明顯的縮減，只有23位與15位女性依靠保障條款當選。換句話說，改革後保障名額總數變多，但依賴保障名額當選的人數並未跟著增加。……要言之，單純從總體資料來看，婦女保障名額制度已經落後現實，對女性代表性的成長似乎毫無影響力，這似頗為符合文獻中若干學者的觀察與論點。⁴³」但其隨後指出：如果以選區為觀察單位進一步探究可以發現，其實婦女保障名額制度的影響力是相當可觀的。因為「……實證分析結果發現，女性候選人的參選比例在近年來的選舉中有所成長，隨著社會大眾對兩性平權觀念的提升，社會環境鼓勵婦女參政，的確可能會激勵女性參選。但如果單純是此種社會價值觀或社會氛圍改變的影響，那麼其影響應該是全面性的，亦即每個選區女性參選的成長比例應該會很相近，然就本研究的分析數據顯示，並不見得每個

41 陳新民，中華民國憲法釋論，4版，頁312-313（2001年）；劉鐵錚、法治斌、陳敏、劉義周，職婦團體代表選舉制度之研究，頁56-89（1985年）；洪家般，論我國婦女當選保障名額之規定，東吳法律學報，9期1卷，頁188（1996年）。

42 洪家般（註41），頁184-189。

43 鮑彤、莊文忠、林瓊珠，從四分之一到三分之一——婦女保障席次的選舉效應評估，東吳政治學報，32卷1期，頁120（2014年）。

選區的成長幅度都是一樣的，在婦女保障名額沒變的選區呈現微幅增加，但在保障名額增加的選區則出現大幅度的成長，由此可看出保障名額制度也發揮了影響力，可以刺激較多的女性投入選舉。若再就席次觀之，也呈現類似的趨勢。⁴⁴」

因此，若此實證研究資料無誤，現行婦女保障名額制度事實上尚未達到矯正政治參與之不平等現況，故對於全民政治目標之達成似乎仍有必須維持的價值。另外，亦有學者進一步主張，縱然婦女已經不需要藉由保障名額的方式也能夠以自己的能力當選，但是女性代表在議會的存在，仍然蘊含立法過程與議題的實質改變⁴⁵。亦有學者引用對於第三屆立法委員委員會審理平權案件之研究結果指出，女性民意對於維護女性權益具有相當之重要性⁴⁶，故除矯正政治參與不平等之情況外，也有降低性別歧視地位之功能。故而，在女性經濟社會弱勢地位尚未轉變前，透過優惠性措施使女性擁有與男性平等擔任民選議員之機會，似仍有必要。

2. 平等權概念之於婦女保障名額的詮釋差異

學者洪家殷引用德國法的理論，主張男女平等具有消極與積極兩面，前者指國家不得使任何人因性別之關係而受有不利益或享有特權；後者則要求國家要採取必要手段，以減緩其間之不平等狀況。國家不得只因為性別關係而在選舉上給予特別保障，必須要有相應之「不同之事物」，但女性政治地位之低落，並非完全出於性別，亦與生理上之差異無必然關係，則無法推導出國家使男性受不利、女性享有特權之正當化理由⁴⁷。

44 鮑彤、莊文忠、林瓊珠（註43），頁122。

45 楊婉瑩，性別差異下的立法院，政治科學論叢，15期，頁136、164-165（2001年）。

46 彭滄雯（註27），頁84。

47 洪家殷（註41），頁165-170。

學者蔡宗珍主要立論於事實上的平等並非憲法平等原則所保障的內涵，我國憲法之平等原則保障的是人民法律上地位的實質平等。如果只是事實上的處境居於劣勢時，原則上與平等無涉。相同地採取和洪家殷一致的立場，認為優惠女性的法律規定，如果是以性別為唯一的立法差別基準，該事項卻非基於生理上之差異，即有違憲之疑慮⁴⁸。

兩位學者的立論事實上都以司法院釋字第365號解釋為基礎，認為以性別作為差別待遇的標準有一定之考量準則，而現行憲法增修條文第4條第2項之規定事實上因為非以生理區別為其標準，故並不符合大法官解釋所揭示的原則。因此，有必要再探究大法官解釋中所闡釋的平等，以進一步釐清以性別為標準之優惠性差別待遇措施是否需要檢討。

（二）司法院大法官之實質平等觀與優惠性差別待遇

我國司法院大法官關於平等相關之解釋已累積相當數量：在本文完成撰述修正之日止，共計730件的大法官解釋中，約有10%涉及平等之案件⁴⁹，儘管直接涉及優惠性差別待遇的案件僅有司法院釋字第649號與第719號解釋，且與性別標準並無直接關係；但從大法官已經做成之與平等相關解釋中，仍得先分析理解我國司法解釋下之平等權概念，尤其是性別領域下之實質平等概念，再以此一般性平等權概念論述優惠性差別待遇。

48 蔡宗珍，性別平等與女性保障名額制度，收於：司法院編，司法院大法官95年度學術研討會——憲法解釋與平等權之發展（下冊），頁121、131（2006年）。

49 計有司法院釋字第179、205、211、228、318、340、341、365、369、372、398、400、405、410、412、438、452、455、457、468、477、481、485、490、500、508、526、542、547、555、560、565、567、571、573、574、575、577、578、580、584、593、596、601、605、607、610、614、618、620、624、626、635、639、647、648、649、666、670、675、682、687、693、694、696、698、700、701、711、713、714、716、719、721、722、727、728號等解釋。共計77件，約為10.55%。

1. 以生理差異為基礎之性別差別待遇

基本上，我國大法官對於平等權之闡述，係以「等者等之，不等者不等之」之「實質平等」為其基本論述⁵⁰。亦即主張立法者訂定法律應依據事物之性質，斟酌事實狀況或事物之差異而為合理之不同規範，故並不否定區別對待⁵¹、差別待遇，也可能因為沒有採取差別待遇而認為違反憲法第7條法律上一律平等之意旨⁵²。故而，法規範所形塑之差別待遇，只要立法者提出合理的目的與理由，或是大法官認定該差別待遇符合憲法之價值規範，差別待遇自不會立即導致違憲的結論。

就本文探討之以性別為標準而進行差別待遇之角度言，大法官從1994年9月做成之司法院釋字第365號解釋開始，對於立法以性別作為差別待遇標準時，本文初步歸結，認為其所為之審查有以下兩大取向。

首先，大法官以「生理性標準」為中心，正當化立法者差別待遇之措施。即司法院釋字第365號解釋理由書所言：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功

50 許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收於：法與國家權力（二），頁143（2007年）。另外，在與平等權或平等原則相關之77則解釋中，共有22則並非援引憲法增修條文之「兩性地位之實質平等」，而是直接提及並論述「實質平等」，基本上在司法院釋字第485號解釋後，即頻繁並一致地以該號所提出來的論述「立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之不同規定」為參照對象。

51 例如司法院釋字第485號解釋，其表示「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」

52 像是司法院釋字第340號解釋：「公職人員選舉罷免法第三十八條第二項規定：『政黨推薦之區域、山胞候選人，其保證金減半繳納。但政黨撤回推薦者，應全額繳納』，無異使無政黨推薦之候選人，須繳納較高額之保證金，形成不合理之差別待遇，與憲法第七條之意旨有違……。」

能角色上之不同，始足相當。」儘管大法官並未言明生理上差異與隨之而生的社會生活角色內容為何⁵³，但此一標準在後續解釋一再被肯認，不論是認定為合憲或違憲。

像是司法院釋字第490號解釋，涉及兵役法第1條規定依法有服兵役義務者，僅限於中華民國男子。此一規定顯然是以性別作為差別待遇之標準，使得女性因而享受免除兵役義務之「優惠」。大法官相同地認為「立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第一條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量。」亦即相較於具備兵役身分之男性，女性因為「生理上差異與隨之而生的社會生活角色」，因此合理化無需依據兵役法服兵役之優惠。又如司法院釋字第457號解釋，關於退輔會之房舍土地繼承規定，限於榮民之子，不論結婚與否，而排除結婚女性之繼承權利，大法官在此號解釋指出「僅以性別及已否結婚，對特定女性為差別待遇，與男女平等原則有違」，雖未詳細說明其認定違憲之緣由，但從司法院釋字第365號解釋理由書建立之原則可推知，該繼承規定，並未基於男女生理上之差異而為，同時大法官也並不認為，男女生理上差異所生之社會生活功能角色不同，得正當化本案繼承規定之差別對待。

但上述兩號大法官解釋對象所涉及之差別待遇措施，都未具備匡正歧視之目的，因而尚不該當優惠性差別待遇，應只該當大法官承認合乎實質平等的一般性差別待遇。

53 大法官不僅未能明確說明生理差異與社會功能角色之意義，其所採取看似例外方得為差別待遇的嚴格標準，如學者黃昭元所評：男女間的生理差異是否屬真實差異，且社會功能角色之不同，容易複製刻板印象，使得性別分類的審查標準，可能為表面嚴格實際寬鬆。參黃昭元，平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，臺大法學論叢，37卷4期，頁259（2008年）。

其次，大法官似未進一步論述性別領域實質平等之真實內涵，尤其並未結合當時已然新訂之憲法增修條文「除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」之規定，進行更詳盡之論述與說理。從司法院釋字第365號解釋之後的相關解釋，大法官總是引述憲法增修條文之規定，但卻從未具體闡明何謂「兩性地位之實質平等」。

以司法院釋字第372號解釋為例，大法官於解釋理由書將人格尊嚴與憲法增修條文規定進行連結，宣示：「人格尊嚴之維護與人身安全之確保，乃世界人權宣言所揭示，並為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。憲法增修條文第九條第五項規定：『國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等』即在宣示上述理念。此一憲法意旨，於婚姻關係及家庭生活，亦有其適用……」，最後得出：「最高法院二十三年上字第四五五四號判例……所指『過當之行為』經斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，尚未危及婚姻關係之維繫者，即不得以此認為受他方不堪同居之虐待而訴請離婚。惟此判例並非承認他方有懲戒行為不檢之一方之權利，若一方受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全之情形，仍不得謂非受不堪同居之虐待。」只論及人格尊嚴之保障於婚姻及家庭生活中並未有別於其他領域之生活，卻未進一步說明婚姻及家庭生活中，如何之作為方該當促進兩性地位之實質平等。

近期做成之司法院釋字第728號解釋，大法官除了憲法增修條文之規定外，又另外加入消除對婦女一切形式歧視公約第2條、第5條之規定，並進一步指出「國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等」，似乎肯定國家具有對於女性之積極保護義務，方能達成性別之實質平等。儘管隱含著肯認國家採取優惠性差別待遇之空間，但並未突破以往依據生理差異為標準之論述方式，也仍未論述何謂性別之實質平等。

除了憲法第134條之外，從1991年8月第一次修憲開始，儘管保障的方式與比例不同，但婦女保障名額之規定一直存在於憲法增修條文當中。但從以上司法院大法官在性別領域下平等保護相關解釋之檢視可知，目前尚無任何直接與婦女保障名額相關之司法院解釋；但若依照大法官現行採取的認定標準，婦女保障名額實際上並非基於男女生理上之差異而產生之差別待遇，也不與生理差異所生之社會生活功能角色之不同具有直接明顯相關性，而是為了翻轉因生理差異所致長期以來社會經濟層面之歧視與不平等，似乎並不符合大法官自己提出之生理性標準。不過，儘管婦女保障名額之設定並不當然符合大法官所提出之生理性標準，但是否大法官對優惠性差別待遇措施，可能有不同的考量？尤其從司法院釋字第649號解釋明確承認優惠性差別待遇後，更有進一步探索的空間。

2. 司法院大法官解釋中之優惠性差別待遇與性別差別規定

大法官於司法院釋字第649號解釋理由書中首先認定優惠性差別待遇：「九十年十一月二十一日修正公布之身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：『非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。』……係以保障視覺障礙者（下稱視障者）工作權為目的所採職業保留之優惠性差別待遇……」，接著論述「系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。基於我國視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定，本應予以尊重，惟仍須該規定所追求之目的為重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。」大法官肯定視障者相較於一般社會大眾，確實弱勢之結構性地位不易改變，故一開始肯定按摩業之保

留；但又論「在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權之意旨。」最後將視障者、非視障之工作權，以及消費者選擇進行利益衡量，認為「將按摩業僅允准視障者從事，使有意投身專業按摩工作之非視障者須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當。」

之後，於司法院釋字第719號解釋再次肯定優惠性差別待遇之措施與概念，只是解釋理由書中的用語改為「優惠措施」。該號解釋係針對政府採購政府採購得標廠商員工逾百者應進用一定比例原住民，未進用者令繳代金之規定是否合憲進行解釋，理由書中闡述「系爭規定係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施」，接著論斷此一差別待遇對於目的之達成，是否有合理之關聯，其表示：「鑑於現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢，致影響其生活水準，其所採取之分類與達成上開差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，與憲法第七條平等原則亦無牴觸。」最後進一步論述：「國家所採取原住民族之保障扶助發展措施原有多端，系爭規定要求得標廠商於履約期間進用一定比例之原住民，亦屬其中之一環。然因此所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。」

彙整司法院釋字第649號與第719號解釋初步可知，大法官肯定

優惠性差別待遇（或云：積極優惠措施）此一概念，儘管大法官並未正面說明何謂優惠性差別待遇，但仍可推導出優惠性差別待遇所應具備之要件：1. 受優惠者必須在立法者實施優惠性差別待遇之際，位居於結構式社會弱勢地位，或於立法者欲保障之基本權利中採取之優惠措施，受優惠者所受到權利實現條件處於相對弱勢；2. 優惠性差別待遇之採取必須有效改善受惠者之弱勢地位，或增進受惠者實現基本權利；3. 立法者所採取之優惠性差別待遇措施之目的與其採取之手段間，必須具備實質關聯性；4. 立法者採取優惠性差別待遇措施，並非永久存在，應依國家與社會時空環境與保障受惠者之基本權利需求，定期檢討修正。因此，針對立法採取之優惠性差別待遇，大法官在兩次解釋中，尚不明顯地進一步區分是否依據立法者所採取的分類標準，而使用不同的審查方式或審查密度。而多數學者同時認為，大法官最常使用的審查方式⁵⁴，係「合目的性」的審查方式，著重先找出系爭之差別待遇或相同處理手段，接著尋求立法者採取該手段之目的，然後判斷手段與目的間之關係是否符合平等原則；而是否符合平等原則之判斷，通常以憲法之價值體系與事物性質之差異審查是否該手段合理必要⁵⁵。涉及優惠性差別待遇的兩號解釋亦不脫離此一論理邏輯架構，而以目的與手段是否欠缺實質關連性，認定優惠措施是否違憲⁵⁶。

54 此處所指之「審查方式」，並非審查標準或審查基準，而是審判者解決具體個案時，用以分析系爭相關法規或行為，所採取方法與步驟。概念近似於黃昭元教授所提之「審查公式」，也與許宗力教授所採之「審查判準」類同。本文之所以特別說明此一概念，正是受到這兩位教授在詞彙選擇上之細心所感召，但又尚不認為本文此處簡單的描述已經相當於兩位教授所稱之「公式」或「判準」，因此先採用「方式」此一較意義較為「模糊」的詞彙，特予說明。許宗力（註50），頁163；黃昭元（註53），頁255註6。

55 許宗力（註50），頁163；黃昭元（註53），頁272。

56 不過司法院釋字第649號解釋尚加入了視障者與非視障者間進入職場的利益衡量。

3. 司法解釋建構之優惠性差別待遇要件與婦女保障名額

試以現行司法院大法官關於優惠性差別待遇所揭示的四項原則，分析目前我國法制內所採取以性別為分類標準之優惠性差別待遇措施，儘管最為明確者為憲法第134條與憲法增修條文第4條第2項，但除了特殊例外的情況，職司憲法解釋者之主要解釋對象為法律是否違反憲法規範，尚不及於憲法條文本身；是以，以下僅透過大法官所建議的優惠性差別待遇概念，試圖檢討目前我國以性別作為標準所進行的婦女保障名額措施之憲法規定，是否與大法官認知的性別領域實質平等與優惠性差別待遇概念相符。

首先，檢討受惠者是否居於結構性的弱勢地位？或相對弱勢？修訂憲法者開始採取婦女保障措施為1991年，而此優惠性差別待遇制度僅適用於選舉，因此應探究者自應限縮於女性是否在政治代表架構中屬於結構性的弱勢地位，而非泛論女性於其他各種領域的弱勢地位。參酌相關研究，以憲法所明定的立法委員選舉為例，我國女性立法委員當選人數從1969到2004年確實呈現逐步上揚的趨勢⁵⁷；不過，依據中央選舉委員會2012年第8屆立法委員選舉的結果觀，目前區域立法委員由於並無女性當選名額的保障，在79名區域立法委員當中，僅有20名女性當選人，相對於不分區立法委員34名中，女性佔了18名，因此，佔了人口數半數的女性，目前並沒有在民意代表之結構中呈現出趨近半數的代表比例；儘管大法官並未說明何謂結構性弱勢地位或所謂相對弱勢，但生理性女性在立法委員人數中明顯少於男性的代表名額，應可肯認相較於男性，其代表性之弱勢地位仍然存在。其次，婦女當選名額之採取對於民意代表選舉之影響，依據學者之觀察，儘管以女性當選人數的總體資料觀察，確實實質的當選名額已經高於法律設定的保障標準，但進一步

⁵⁷ 姜貞吟，兩性參政之現況問題與未來展望，國家政策季刊，4卷1期，頁39（2005年）。

配合選區進行觀察，優惠措施之採取，仍有效改善受患者之弱勢地位，故其存在仍具備正當性⁵⁸。最後，婦女保障名額之手段與達成男女平等之目的間，是否具備實質關連性？依據以上提及之相關研究，多肯定該措施早期確實有助於提昇婦女政治參與的機會與地位，而具有實質關連性。只是，此一實質關連性是否永遠都會存在，或未來必須定期檢討改進，則有待進一步的實證論述確認。因此，儘管學者對於婦女保障名額之優惠性差別待遇措施存在有所批評，不過，若依據目前司法院大法官解釋所闡述的優惠性差別待遇制度原則，似乎仍有存在的價值，只是未來如果女性於政治代表性上逐漸不再只是少數，是有可能使得婦女保障名額制度成為明日黃花。

在我國憲法規範與變遷的架構下，以生理性別為分類標準，似可初步肯定我國承認性別（女性）該當於執行優惠性差別待遇措施之目標群體，尤其司法院釋字第728號肯定國家對於女性應負有積極之保護義務，似更可作為優惠性差別待遇措施之合憲性基礎。不過，憲法的抽象概念，仍須更細緻之法律明文規定，甚至行政組織上之配合方能具體落實，故以下接續檢視我國之實踐面。

三、優惠性差別待遇之具體措施

面對長期以來因性別所生之社會經濟地位落差顯著，我國除立法權透過法律規範之方式嘗試改善婦女之弱勢地位與環境，行政權也設置相關行政組織主導統籌相關業務，進行行政指導，故以下區分為規範面與組織面進行論述。

（一）規範面措施

在憲法的架構下，以性別進行差別待遇所涉及領域依據其規範

⁵⁸ 鮑彤、莊文忠、林瓊珠（註43），頁120-122。

對象與範圍可區分為三類：一為政治參與的婦女當選名額，另一為經濟社會領域之勞動的特別保護，最後則為一般與所有狀況下維護婦女人格尊嚴維護，婦女人身安全保障，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。於憲法規範層面已然論述過婦女保障名額之爭議，但其落實仍以立法院通過之法律為據，故以下再進一步論述之。另外，由於優惠性差別待遇立基於承認目標群體之弱勢經濟社會地位，此一相關立法措施事實上串連經濟社會領域之勞動特別保護與憲法增修條文之實質平等，因而以下探究是否有因應之立法措施。

1. 政治參與領域之性別標準相關法規

儘管憲法原文對於婦女的當選名額並未設定數額，僅以相當中性的詞彙「以法律定之」進行規範，解釋上只是課以立法者立法義務，未必見得一定必須採取優惠性的差別待遇措施。但是考證制憲國民大會訂定歷程，原本該條文未見於國民政府提出於制憲國民大會之憲法草案中，係因應婦女代表之提案而增列。當時主要有兩則提案，雖然論理不完全相同，但當選名額的設定都設定在至少不低於20%⁵⁹。因此，縱然因為經過激烈的論辯與妥協⁶⁰，最後的憲法條文並未直接設定婦女當選名額，但後續的法律，仍然遵循著制憲原意，保障婦女的當選名額，但俱未達到20%之制憲提案設定⁶¹。而原本憲法未明文規定婦女當選名額，目前已透過憲法增修條文修訂為比例定額，中央民意代表選舉部分因而已經是憲法直接規範的

59 提案第203號：崔代表震華等三五七人提，為求徹底實現全民政治，請在憲法中規定各種選舉中，婦女當選名額，最低不得少於百分之二十案。提案第234案：蔣宋代表美齡等四零七人，提請憲法草案第十二章，加列各種選舉，應規定婦女當選名額案。國民大會秘書處（註39），頁1078、1128；另參林紀東，中華民國憲法逐條釋義（四），頁234以下（1981年）。

60 歷程參見：黃長玲（註13），頁107-109。

61 然而以第一屆國民大會代表為例，應選3045名國民大會代表，其中婦女團體選出代表168名，事實上僅佔5%左右的比例。

婦女當選名額規定。不過詳細的計算方式以及出缺遞補規定，仍由公職人員選舉罷免法進行填補，即該法第67條第3項、第4項以及同法第71條第3項之規定。

因此，目前憲法第134條的法律實踐規範空間因而只剩下由地方制度法規範的地方民意代表，亦即現行地方制度法第33條第5項「各選舉區選出之直轄市議員、縣（市）議員、鄉（鎮、市）民代表名額達四人者，應有婦女當選名額一人；超過四人者，每增加四人增一人。」以及第6項「直轄市選出之原住民名額在四人以上者，應有婦女當選名額；縣（市）選出之山地原住民、平地原住民名額在四人以上者，應有婦女當選名額；鄉（鎮、市）選出之平地原住民名額在四人以上者，應有婦女當選名額。」並以地方制度法第68條地方制度法進行補充性的規範。此規定使女性議員在地方民意代表之選舉至少佔有14%至25%之席次⁶²。而這項規定據學者考證，係1997年葉金鳳擔任內政部長時，在婦女團體的努力下成功納入內政部草案，之後順利通過三讀，自2002年實施至今。地方民意代表婦女名額的保障設計，依據學者研究，同時會產生鼓勵政黨提名女性候選人之效果，不但歐陸國家的經驗足證，我國自實施婦女保障名額制度後之縣市議員選舉結果，確實也呈現較以往數量為多的女性代表⁶³。

優惠性差別待遇之措施，在於透過法政策之適用，給予優惠以積極矯正過去的歧視現象。現行的中央與地方民意代表，透過憲法、公職人員選舉法與地方制度法，分別採取政黨配額（party quotas）與保留席次（reserved seats）之方式⁶⁴，確實在規範面使得

62 此一比例計算依據當選席次而有不同，在當選席次只有七名時，女性保障名額只有1名，此時的代表比例為14%；但如果為4至8名，則比例可達25%。

63 鮑彤、莊文忠、林瓊珠（註43），頁118。

64 莊文忠、鄭夙芬、林瓊珠，我國選舉制度婦女保障名額之研究，行政院研究發展考核委員會委託研究成果報告，頁17（2012年）。

女性擁有優先分配當選之優惠地位，然而，此一優惠措施之實施，一直以來存在相當疑義。

首先，手段的使用需有助於目的之達成，此一基本之適當性原則幾乎於所有的法規或是法律行為都相同適用；因此，究竟是否確實達到使用優惠性差別待遇之目的，亦即積極矯正過去歧視現象，如前所述，目前學界仍存有相當分歧的見解。其次，中央與地方民意代表之選舉，雖然有婦女保留名額之適用規定，但因為規範條文不同，因此同樣屬於婦女當選保障名額之規定，卻在不同的選舉中，有不同的保障比例。以往類似的規範結果，由於相同以憲法第134條為適用基準，卻出現中央、省、縣之議員及代表適用法規不同之情況，而受學者批評⁶⁵，但目前已經透過憲法條文的分別規定而各自得到適用之法規範基準：中央立法委員的女性保障參與比例直接受憲法增修條文第4條第2項後段規範，比例為15%，而地方之各級地方自治團體議員則適用憲法第134條，再依據地方制度法之規定進行，實現結果介於14%至25%之間。目前制度落實之法規範已經各有所據，應較能定爭止紛。另外，憲法第134條規定應予婦女保障名額之對象係「各種選舉」，但目前確實設置優惠措施者係中央與地方立法代表部分，並未及於地方自治團體之行政職缺（縣市長、鄉長、鎮長等）選舉，憲法上並未明確規範所謂之各種選舉不包括地方自治機關首長，立法者選擇不於此範圍立法保障婦女，應有合理之論據，但很可惜似尚未有進一步的論述與討論。換言之，目前我國在政治參與層面所採取之性別優惠性差別待遇僅限於民選議員之領域，尚不及於民選行政職，似有規範不足之可能。

2. 經濟社會領域中之性別規範

此領域之相關法規龐雜，但考慮到工作權之落實有助於性別經

65 洪家般（註41），頁160。

濟地位差異之減少，因而先以基礎法規「勞動基準法」、「就業服務法」以及因應性別平等制定之「性別工作平等法」為檢視對象。

首先，勞動基準法之條文並未明示對於女性之保障，僅於第25條規定：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」此一規定字面上並未標明性別，故難謂對於女性有任何優惠⁶⁶。不過因為特別強調不得以性別為標準為差別待遇，故蘊含著「消除性別歧視」之意旨，因而可認為該當實現憲法增修條文第10條第6項之具體規定。勞基法當中依據性別生理差距而為之差別規範，主要規定在第5章「女工」以下之條款。第49條規範女工深夜工作之禁止及其例外，第50至52條主要規定女性之產假、妊娠期間與哺乳時間。此4條僅有女性方得適用，且皆基於女性生理之特殊性而為之規定，故可認為該當於憲法第153條第2項「按其……身體狀態，予以特別之保護」之具體規定。

其次，就業服務法第5條第1項有著與勞基法第25條相似之禁止歧視規定，但非以性別作為單一標準⁶⁷，顯非以優惠女性為出發點。至於以女性為規範對象者，僅有第26條關於職業訓練之規定「主管機關為輔導獨力負擔家計者就業，或因妊娠、分娩或育兒而離職之婦女再就業，應視實際需要，辦理職業訓練。」類似的規定也同樣適用於身心障礙者及原住民⁶⁸，似符合憲法之「扶助」相關

66 然而依據學者的研究，雇主對於工作與效率相同的男女性工作者，給予女性較低之薪資，乃為常見的性別歧視樣態。因此縱然看起來是中性、未有優惠性的法律規範，主要目的仍在避免對於女性的差別對待；只是此一措施並未採用不平等的方式以拉近兩性間之平等，因而仍不該當為優惠性或特別措施。學者研究可參鄭津津，性別平等政策與法制之執行評估——以勞動參與為例，行政院研究發展考核委員會委託研究成果報告，頁117（2006年）。

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

68 就業服務法第27條規定：「主管機關為協助身心障礙者及原住民適應工作環境，應視實際需要，實施適應訓練。」

規定。然而此等職業訓練雖然考慮到在就業市場上較容易遭受不公平待遇之因妊娠、分娩或育兒而離職之婦女再就業之困難，但也同時考量到不分性別之獨立負擔家計者，因此並非只保障女性就業，尚難謂僅為針對女性所為之優惠措施。

最後再檢視性別平等工作法，該法律以性別平等為其主軸，第1條即表明：「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神，爰制定本法。」明確回應憲法增修條文第10條第6項之立法要求。逐條檢視性別工作平等法，針對女性特別予以保護之條文規定於第4章「促進工作平等措施」，但該章並未專以女性為規範對象。只有生理日（第14條）、分娩（第15條）、哺乳（第18條）是專為女性設置，其他育嬰、撫育、家庭照顧、托兒等規定並未限制必須女性方得適用。

若以上三部法律之相關規定作為現行我國經濟社會領域中性別規範之檢視依據，可發現有兩項共同特徵。一方面，對於女性的特別規定，除禁止夜間工作之規定外，均明顯與生理特徵相關連，像是生理日、分娩與哺乳，而女性因此獲得的特別措施，並非單以女性的身分而獲得保障，無非均與女性做為母親的角色有關⁶⁹。另一方面，許多以消除性別歧視為目的之法律條文，並未僅以女性為規範的保護對象，而是廣泛地擴張「性別」的概念，主要目的在消除以性別作為不當歧視之標準，除了不該當現行司法解釋之生理性標準外，也未賦予性別積極優待之利益，初步以為似不能該當為優惠性差別待遇措施。

⁶⁹ 正如學者所云，基本國策內關於婦女的保護條文，係以國家民族之生存發展為考量，考慮的不是女性個人的主體性，而是生理母職與社會母職的需求。參見：陳昭如，創造性別平等，抑或與父權共謀？——關於臺灣法律近代西方法化的女性主義考察，思與言，40卷1期，頁212（2002年）。

3. 小結

經過對落實憲法性別差別待遇規定之兩方面相關法律條文進行初步檢視，我國於政治參與方面的婦女保障名額規定，立法之初的本意確實屬於依據性別而所採取的優惠性措施，並使得女性得以獲得政治參與的基本保障機會。只是優惠性措施之使用有其限度，在該措施達到預期之目標後，即應停止適用；因此，此措施是否得繼續存在，繫於未來我國女性在政治參與層面是否能夠達到制度預設之目標。

至於經濟社會領域勞動基準法、就業服務法與性別工作平等法之規定，目前並沒有相關的大法官解釋，因而無從直接探究；但仍然可依據目前大法官解釋所建立之原則探究各該法律之具體規定。整體來說，除了少數情況外⁷⁰，基本上皆以生理差別（尤其是母性保護、生育保護為主要考量）作為差別待遇之標準⁷¹，故與大法官所承認之一般性差別待遇並不相違；而其採取的措施，也是跟隨著女性的生理狀況不同而給予對應之對待，符合「不等者不等之」原則。然而，該等規定之目的儘管如同性別工作平等法第1條所揭示「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神」，但主要是為了去除不合乎憲法精神的差別待遇，但並非積極地為了匡正或彌補過去之不平等，立法意旨縱然提及實質平等，立法背景也與長期以來我國社會存在禁婚、禁孕條款之工作規則有關，但並未正面承認女性因生理狀況因而在經濟社會領域上呈現弱勢，更無該等措施有助於改善女性弱勢地位之動機，甚至許多針對女性特別予以保護之條文規定事實上係強化女性的母職身分，而此等母職身分透過法律加以強化，未必有助於矯正長期

⁷⁰ 如性別工作平等法第7條到第11條，不得因性別或性傾向而有差別待遇之規定。

⁷¹ 性別工作平等法第四章促進工作平等措施之各條文，除了女性之生理假係以生理差異為出發點為，其他生產、分娩、育嬰等規定，無不以母性保護為核心。

以來女性居於社會經濟之弱勢地位，反而可能因為強化此一身分，使得女性繼續固著於家庭，並弱化女性於其他領域之可能發展。故而，此一基於生理而為之差別待遇，儘管應符合目前我國大法官於性別領域實質平等之標準，但恐怕未必該當為優惠性差別待遇。因此，我國經濟社會領域內看似「優惠」女性的相關措施，事實上並無歸類為優惠性差別待遇之可能，但卻與法國促進實質平等之相關經濟參與勞動領域法制度有相近之處。故而以下將再論述法國優惠性差別待遇概念之接受、制度演進，以進一步比較平等權概念於各國之跨國性移植與深根之差異。

由於法律規定仍待行政機關之具體落實，尤其我國在2012年元旦施行消除對婦女一切形式歧視公約施行法後，行政權部門在相關組織上進行更多的積極作為，是否相關組織之設置與相關措施該當於優惠性差別待遇，即有探究之必要。

（二）組織面措施

我國1997年即在中央政府層級成立任務編組的「行政院婦女權益促進委員會」，101年1月1日則因應行政院院本部組織改造，於行政院內成立我國第一個性別平等專責機制之性別平等處，運作多年之「行政院婦女權益促進委員會」則調整為「行政院性別平等會」（以下簡稱：性平會）。依據性平會之官方網站說明，性別平等處為性平會之幕僚單位⁷²，亦即輔助性平會達成政策目標。性平會之設立目標，依據行政院性別平等會設置要點所示，係為「整合、協調及督導性別平等事務之推動，以保障性別人權，消除性別歧視，促進性別平等。」其任務因此偏重於任務內容偏向於諮詢審議，以及提出推動、協調、督導建議。

⁷² 行政院性別平等委員會網站，<http://www.gec.ey.gov.tw/cp.aspx?n=EA49F59ED5EDCFE9>（最後瀏覽日：2015年7月25日）。

儘管組織歷經變革，且性平會與性別平等處之成立，確實增加性別平等處之組織編制與相關專職人力，但在行政組織權限方面並未明顯改變自1997年採用任務編組之思維與行政架構，我國現行之性別平等組織角色仍然偏向為政策草擬、審議、統合與諮詢角色，對於各部會或地方自治團體之實際行政行為產生之拘束力，主要係透過上命下從行政一體之行政權管控方式，若需以法規直接課予義務，由於可能會涉及個別人民之權利，自然必須遵守法律保留原則，而需提出法案由立法院審議，因此，僅得透過行政權的內部監督方式，達到政策目標。由於行政機關具有主動性與持續性，各種行政作為對於社會之影響並不低於立法行為，故於中央政府層級設置性別平等機制，縱然僅為政策編組與內部幕僚單位，只要其任務內容與具體措施確實有助於矯正長期以來之性別歧視現象，都可認定為係國家落實性別領域之優惠性差別待遇的組織面措施。

從1997年迄今，依據性平會網站資料顯示，行政院此一任務編組已完成不少推動性別平等之措施，像是建立國家重要政策性別影響評估指標、訂定性別工作平等法、性別平等教育法、消除對婦女一切形式歧視公約施行法、「性別平等政策綱領」等等，然而並非每項政策措施都該當矯正性別歧視之優惠性差別待遇，有些可能係基於生理上差別所為之達成實質平等之措施，正如上述關於性別工作平等法之討論；但像是2005年通過「行政院所屬各委員會任一性別比例至少三分之一原則」，確實是針對長期以來相關委員會單一性別，尤其是男性性別比例過高，無法確保各委員會中不同性別者皆可以平等參與決策過程，壓縮女性參與決策之機會，所為之矯正措施。儘管三分之一的標準並未能反應當今社會的性別比例，但依據各部會之所提出之推動性別主流化成果報告顯示，各部會均已達標，至少在形式上使得女性有著較以往為多之參與決策機會，該當為優惠性差別待遇。接下來應進一步探究者，乃是達成形式上參與機會增加之標準後，是否對於政策將產生實質內容之影響。亦即，

儘管在行政院成立性別平等機制該當於優惠性差別待遇之組織面措施，但並非其所推動之所有與女性相關之法令措施皆該當於優惠性差別待遇措施，必須逐一審視檢討。

從檢視我國優惠性差別待遇之規範與制度變遷，到聚焦於性別領域之優惠性差別待遇後，以下接續進行法國方面之探討。

貳、法國優惠性差別待遇之法位階與規範

欲理解法國優惠性差別待遇之法位階與相關法規範之前，必須先建立一前提概念：亦即法國所有關於人民基本權利之保護條款，與我國幾乎均得從現行之中華民國憲法與增修條文中找到法源之情況不同，現行法國1958年第五共和憲法（以下簡稱：第五共和憲法）儘管一開始即有92條條文，但其主要內容在規範政府組織，並無所謂的憲法人權條款。因而，尋找法國基本權利之相關憲法法源，不能侷限於憲法法典，而必須擴張至以憲法法典為中心，相同具有憲法規範位階的「合憲審查基礎群」（bloc de constitutionnalité）稱之⁷³。其內容包含憲法之建置法（loi organique）、1789年法國人

⁷³ 目前國內文獻對此一名詞之翻譯並未統一，如有譯為「憲政原理原則」，參閱：P. Delvolvé著，徐正戎譯，法國之憲法委員會與違憲審查制度，憲政時代，26卷2期，頁195（2000年）；有譯為「合憲性基準叢」，參閱：鍾國允，法國合憲性審查之研究，國立臺灣大學國家發展研究所博士論文，頁86（2001年）。有論者進一步觀察日文文獻，發現有以「憲法ブロック」稱之，參閱：辻村みよ子，フランス憲法と現代立憲主義の挑戦，頁100（2010年）；亦有稱之為「合憲性審查基準」，參閱：滝沢正，フランス法，頁211（2010年），以上日文文獻轉引自徐良維，論法國2008年修憲有關憲法委員會之改革——兼論予我國人民聲請釋憲程序之啟示，臺灣民主季刊，9卷4期，頁47（2012年）。本文初步以為，若考量其與我國公法學名詞的對應性，翻譯為「憲政原理原則」，雖較近於行政法一般法律原則與法理之概念，容易理解，然而行政法一般原理原則相對於其他法源僅具備補充性質，與bloc de constitutionnalité的適用順位並不相同；「合憲性基準叢」較忠於法文原意，也將此概念係學者Louis Favoreu觀察憲法委員會進行合憲性決議，擴張憲法規範範圍之背景

權宣言、1946年第四共和憲法前言，以及憲法委員會創設出之原則⁷⁴。以平等為例，學者認為構成憲法委員會合憲審查基礎群者，至少有14條條文⁷⁵。

儘管如此，觀察現行法國1958年第五共和憲法第2條第1項原規定已然揭示：「法國為不可分、政教分離、民主與社會之共和國。其確保所有國民不分來源、種族或宗教，法律前一律平等。尊重所有的信仰。」以及第3條第4項規定：「所有法國成年之兩性（deux sexes）國民，於法定條件內，行使自己的公民與政治權利，具有選舉權。」可發現一開始的憲法條文規定，已經對平等原則有所著墨，只是條文僅明文禁止以來源、種族與宗教作為法律前之差別待遇基準，但對於性別的考量，不但未如我國憲法第7條將「男女」或如其他國家將「性別」列入基準⁷⁶，唯一提及性別之憲法條文，事實上還必須配合第2條第1項一併理解，表徵的是法國自1789年以來所認定之每個人在構成總意志（la volonté générale）前之平等；換言之，在法律制定的過程中，每個人的公民權都是平等的⁷⁷。亦即，並未承認以性別作為差別待遇之標準。不過，現行生效實施的憲法條文已經歷多次修正，關於平等原則之憲法條文，原始的第2條第1項條文主要內容並未改變⁷⁸，但是從第2條改列為第1條，並於

翻譯出來，惟此翻譯，翻出合憲性，卻沒有翻出審查，較難一望即知係憲法委員會所使用之審查法規範，而「叢」又顯現不出bloc原本「石塊」之基礎、堅硬團塊的精髓。幾經考量，本文因而嘗試翻譯為「合憲審查基礎群」，一方面顯現係憲法委員會適用之合憲審查規範，另一方面試圖呈現法文石塊群之圖像感。

74 P. Delvolvé著，徐正戎譯（註73），頁195-196。

75 FAVOREU (L.) et alii, *Droit constitutionnel*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 981.

76 像是德國、加拿大、日本、南非等國之憲法，不過美國憲法倒是沒有類似規定，參見：陳昭如，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44（2012年）。

77 LEVADE (A.), *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, *Pouvoir*, 2004, n° 111, p. 58.

78 僅增加最後一段之「國家組織為地方分權」。

2008年7月23日修憲時增加第2項條文：「以法律規定有利於女性與男性平等地獲得民選職務、民選代表、履行職業與社會責任。⁷⁹」

由此一變動即可明顯觀察到，法國如今不但明確地在憲法當中，承認「性別」成為差別待遇之標準，且將兩性平等之領域從參政權領域擴張到一般社會生活領域，並因為使用「有利於」一詞，而可認定法國從1999年修憲後，已承認得具體積極地實施優惠性措施。相較於我國的法制設計，法國於優惠性差別待遇的接受與適用幾乎可謂為「後進」國家，其制度轉變之原因為何，與我國之情況有何異同之處，具有探索價值。以下將先說明優惠性差別待遇於法國被接受的歷程，接著再論述現行採取之實踐法制。

一、法國優惠性差別待遇之憲法規範：從否定到接受的過程

法國學者認為，承認或採取優惠性差別待遇之概念與措施，必先立基於一個基本前提：承認社會上存在著任意性、被禁止的非法區隔與分別，而此等分隔與分別形成歧視⁸⁰。更進一步說，所謂歧視，乃是任何導致處於相同起點狀態者，以其種族、來源、膚色、宗教等事實，受到不利對待之行為或態度⁸¹。然而，長久以來，不論這些差異是否來自於天生而無法更改，法國法並不正視歧視的現象⁸²，因為法國法上平等原則之建立向來延續1789年以來的政治思維，亦即普遍主義（universalisme）或普遍平等概念（universaliste de l'égalité）的思考邏輯，認定平等原則係建立於統治者與人民之

79 «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.»

80 LOCHAK (D.), Réflexions sur la notion de discrimination, *Droit social*, 1988, n° 11, p. 778.

81 Haut conseil à l'intégration, *Lutte contre les discriminations: faire respecter le principe d'égalité*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, collection des Rapports officiels, 1998, p. 10.

82 CALVES (G.), Les politiques françaises de discrimination positive: trois spécificités, *Pouvoir*, 2004, n° 111, p. 30.

間，因此所有的人民不能被統治者區分為不同的團體而對待⁸³，也因此並不容許將歧視納入考量的範圍內，法律的唯一任務在於對所有的人民採取相同的態度⁸⁴；針對事實上受到不同待遇之人予以差異對待，並不符合傳統的法國法思想⁸⁵。

1946年憲法前言中規定「法國人民重新宣告，身為人，無分種族、宗教或信仰，擁有不可分割與神聖的權利」以及「法律保障女性於所有的領域中，擁有與男性相同的權利」，前者於1958年憲法第2條接受並再次強調，而後者透過憲法委員會之肯認與多次修憲，已經納入合憲審查基礎群。法國長期以來認為這樣的憲法宣示符合普遍主義。換言之，法國傳統以來，強調以形式平等為基礎的平等原則，對所有人一視同仁，將個人所屬團體表徵之一致性排除不列入考慮，以個人之優點、表現為衡量標準，不考慮個別團體的團體一致表徵性，透過中立性之形式，對不同團體中之個別個人同等以對。這樣的思考模式，在法國透過修改憲法將性別列入差別待遇標準之前，由憲法委員會嚴格遵守著；不過，一方面，學者仍然試圖在憲法委員會決議的縫隙中，建立優惠性差別待遇的概念；另一方面，憲法委員會也在外在歐盟法變動與國內政治意見之壓力下，慢慢開始變更對於平等原則的詮釋。

（一）謹守普遍平等精神的憲法委員會

法國憲法委員會認為1958年憲法第2條之規定，係不得進行任何差別待遇的憲法明文規定，因此採取相當嚴格的審查控制，所有法規欲為差別對待，幾乎都無法通過憲法委員會之審查。

83 LEVADE (A.), *op. cit.*, p. 58.

84 相關論述可進一步參考LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, coll. *Les voies du droit*, Paris, PUF, 2010, p. 60 et s.

85 BUI-XUAN (O.), *Le droit public Français entre universalisme et différencialisme*, *Economica*, 2004, p. 172.

1. Quotas par sexe 決議

其中最具有代表性的案件⁸⁶即為1982年11月18日之Quotas par sexe決議⁸⁷。該案件係1982年議會審議選舉法典中關於市鎮選舉之法條時，關於3,500名以上居民之市鎮議員選舉，決議修正法律條文第260 bis條（以下簡稱L.260 bis）為「選舉人名單不得有超過75%者均為同一性別」，儘管此一條文並未顯現偏好哪一種性別，可解釋係為達到選舉人之性別平衡而設定，然而在當時的時事背景下，此一規定顯然意圖希望有超過25%的女性得成為市鎮議員選舉中的候選人⁸⁸。憲法委員會於決議中首先引用憲法第3條與1789年人權宣言第6條規定：「所有的人民在法律面前一律平等，依據其能力平等獲得所有的職務、位置與公職，除依據其德行與才智外，無任何其他區別。⁸⁹」接著認為：所有的政治選舉，特別是市鎮議員的選舉，公民資格在相同條件下擁有選舉與被選舉權，並不因為年齡、身心狀況或國籍的因素、或為了保留選民權利或當選人獨立性之理由而被排除；所有對於選民或被選舉資格進行區隔不符合前述具有憲法價值的原則。適用L.260 bis的結果，將造成選民名冊的建立，其中包括以性別的理由而在候選人中進行區別，違反前述所提

⁸⁶ 甚至時任憲法委員會主席的Robert Badinter曾云該決議乃憲法委員會所做過最為重要的決議，CHEVENEMENT (J.-P.), *Les délibérations 1980 - 1983: Grand témoin, Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors série 2009 (25 ans de délibérations), 30 janvier 2009, p. 2., <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-hors-serie-2009/les-deliberations-1980-1983-grand-temoin.138725.html>.

⁸⁷ Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1982/82-146-dc/decision-n-82-146-dc-du-18-novembre-1982.8008.html>.

⁸⁸ AVRILET (P.) et GICQUEL (J.), *Chronique constitutionnelle française* - 16 octobre 1982 - 15 janvier 1983, *Pouvoir*, 1983, n° 25, p. 190-191.

⁸⁹ 若回顧法國人權宣言的歷史，該條制度當時事實上是排除女性的公民權。因此，憲法委員會在未進一步闡釋該條文現代意義的情況下，以該條認定性別不具差異性，事實上有著論理上的跳躍性。關於1789年法國人權宣言之性別意識，CAPORAL (S.), *L'affirmation du principed'égalité dans le droit public de la Révolution française - 1789-1799*, Aix-en-Provence, Economica, 1995, p. 54 et s.

及之憲法原則。因此，L.260 bis被憲法委員會宣告違憲⁹⁰。

這樣的詮釋方式，顯示憲法委員會並不認為在選舉制度與政治參與中存在性別的差異，並且因此拒絕對女性與男性公民施以差別對待，因為女性公民在選舉中並不具備特殊性⁹¹。有學者對此決議提出批評，認為依照憲法委員會之論證，公民之所以平等，只是因為他們被一致性的定義設定身分⁹²，憲法委員欠缺對於公民存在不一致性的思考。不過，此等在法蘭西共和國的整體圖像下，認定選舉的整體係不可分，且實施選舉權者，只存在唯一且單一的標準，亦即「公民」之思想，一直是法國向來的政治思維⁹³。

儘管在該號決議後，慢慢地有若干憲法委員會的決議顯示，普遍平等的概念並非不能容許例外，如果立法者透過立法的方式明定，則平等原則並非不能以公益為理由進行差別對待，像是考量地方自治團體彼此間差異時，基於公益而為若干的地方稅制差異安排⁹⁴。甚至在職業領域中承認、實施有利於遭遇困境之失業者⁹⁵、或是少數性別之措施⁹⁶，憲法委員會也沒有認定為違反平等原則而宣告違憲。但憲法委員會在選舉領域仍然堅持普遍平等的原則，不承認女性具備差異性。

90 n° 6-8, Décision n° 82-146 DC.

91 BLACHER (P.), Droit constitutionnel et identité féminine, *Revue administrative*, 1996, n° 289, p. 38.

92 BOULOUIS (J.), La loi n° 82-974 du 19 novembre 1982, *AJDA*, 1983, p. 80; cité par BLACHER (P.), *op. cit.*

93 此一思維的歷史脈絡可參吳叡人，尋找我們這個時代的革命——《論特權》推薦，收於：西耶斯著，梁家瑜譯，論特權，頁87-92（2014年）。

94 DC n° 87-234 du 7 janvier 1988; DC n° 94-358 du 26 janvier 1995.

95 DC n° 94-357 du 25 janvier 1995.

96 像是涉及憲法委員會審查阿姆斯特丹條約之內國適用性，依該條約修正後的《建立歐洲共同體條約》（consolidated version of the Treaty establishing the European Community, O.J. C 340, 10/11/1997, pp. 173-306）第141條第4項規定會員國得採取有利於少數代表（le sexe sous-représenté, 未獲得代表之性別）之措施，DC n° 97-394 du 31 décembre 1997.

2. Quotas par sexe II 決議

1999年1月14日被稱為之「quotas par sexe II」決議，相同涉及選舉法典之案件即為明證⁹⁷。該案件係進行選舉法典修訂時，關於科西嘉島（Corsica）地方議會選舉的規定，其中有若干被認為有違憲疑義的條文，當中二條為新修訂條文第4條與第17條，其規定應確保男性與女性候選人之同數性。儘管國會議員對此一法律向憲法委員會提出合憲審查時，已經有關於對女性實施優惠性差別待遇之憲法修正條文在議會中提案，但憲法委員會仍重申前述1982年之決議。時任憲法委員會秘書長之Jean-Eric Schoettl，說明憲法委員延續之前決議，係符合長期以來法國學者對於政治權利「不加以區別」的思維，如學者Edouard Laferrière於1947曾表示：在法國選舉制度下，選民排除個別特質而構成選舉整體的一部分，且不能成為特殊團體的成員，如此方能確保代表性。或如法國大革命時的重要思想家Sieyès也曾主張：國家內只能有一種等級，如果有一種階層的公民保持特殊的代表性乃是政治怪獸。因此，在行使參政權時，所有選民都應被一視同仁地對待與定義。其並且明確地表示縱然是為了有利於女性參與政治而為的優惠性差別待遇，仍然該當為一種差別待遇，並不合乎平等原則應該被禁止⁹⁸。

在此情況下，當憲法委員會堅持普遍平等原則，不願意承認差異引發的事實上不平等得作為差別待遇之基礎，當然就很難期待其認可國家透過優惠性差別待遇的法律措施消弭歧視。然而，支持優惠性差別待遇之法國學者認為，憲法委員會認定不得以性別作差別待遇的標準，事實上僅限於選舉平等此一特殊領域中⁹⁹，但在其他

97 DC n° 98-407 du 14 janvier 1999.

98 SCHOETTL (J.-E), Constitutionnalité de la loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux, *AJDA*, 1999, p. 149.

99 BAGHESTANI-PERREY (L.), Mode d'élection des conseillers régionaux et fonctionnement des conseils généraux: enfin la réforme vient ? – A propos de la loi n° 99-36 du 19 janvier 1999 et de la décision 98-407 DC du 14 janvier 1999 du Conseil

領域（像是經濟與社會權利或是財政權），尤其是法國憲法當中並未規定不得差別待遇之領域或基準，則非不可能採取優惠性差別待遇¹⁰⁰；亦即，只要不是憲法委員會明確宣示拒絕或不得適用優惠性差別待遇者，在法國法制上即存在實施之空間¹⁰¹。甚且，也可以透過修訂憲法的方式，使得憲法委員會不得不變更立場¹⁰²，這也是後來法國國會於1999年7月8日提出憲法修正條文所採取的方式。儘管在修憲完成之前，也曾有學者提出強烈的批評，認為此等來自於美國法上的概念勢必嚴重破壞法國已然脆弱的憲法概念¹⁰³。

（二）學者論述與建構之法國特色的優惠性差別待遇概念

由於傳統上法國法並未有優惠性差別待遇此詞，此一來自於美國，由當權者與政黨人士促進之概念¹⁰⁴，如何內化於法國法制，尋找到所有人都認同且意義確切的用詞即有相當困難，尤其在憲法委員會與中央行政法院都沒有進行任何定義與說明的情況下，學者的論述成為認定用詞與概念意義之必須：

1. 用詞

法國學者主張若單純從字面意義理解優惠性差別待遇其實是有爭議的：首先，因為儘管將「差別待遇（discrimination）」一字回歸原始的意義，只是對人事物進行區分、區別，但是如今該詞卻很

constitutionnel, *RFDA*, 2000, p. 110.

100 MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), Le Droit à l'égalité, in Favoreu (L.) et alii, *op.cit.*, pp. 987-988.

101 FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 429, p. 352.

102 Sonia Ben Younes, Comprendre l'environnement parlementaire: Le conseil constitutionnel et la parité, <http://www.repap.fr/comprendre3.php>.

103 LE POURHIET (A.-M.), Discriminations positives ou injustice?, *RFDA*, 1998, p. 519.

104 BOUGRAB (J.), Vers des « affirmative actions » à la française?, in FERRY (L.), *Pour une société de la nouvelle chance – Une approche républicaine de la discrimination positive*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 50.

明顯帶有負面的貶抑意涵；將有負面意義的差別待遇連結上正面的“positive”一詞，似乎強化該名詞的矛盾性。其次，差別待遇本身包含正面與負面的意義，因為一個差異對待的實施（*une différenciation de traitement s'exerce*），原本就是有利於其中一方而不利於他方¹⁰⁵。甚且，法國1789年大革命後所揭櫫的平等精神，向來認為差別待遇即為有意識地組織而成的不平等，這樣的差別待遇何能被認定具有正面意義¹⁰⁶。因此像是學者Anne-Marie Le Pourhiet甚至認為，根本不存在優惠性差別待遇或其他種類的差別待遇，因為都只是差別待遇，純粹只是一種措詞方式；就像是只是把對男性的差別待遇，改稱為對女性的優惠性差別待遇。其更進一步指出，必須精細地區分，差異對待（*différenciation de traitement*）並不等於差別待遇，所謂差別待遇，必定是給予一方利益，並且因而同時排除他方獲得利益¹⁰⁷。不過法國多數學者與官方文件仍然使用「優惠性差別待遇（*discrimination positive*）這樣的用語，除了因為最多人如此稱呼而造成習慣外，縱然「差別待遇」或許含有輕蔑的意味，但將「積極的、正面的」（*positive*）一詞予以並列，反而可以更突顯採用此等概念之特殊性¹⁰⁸，尤其當此等概念在法國的發展，與美國偏重於為了矯正種族或性別此等原生因素，以涉及目標群體（*population-cible*）所產生之機會不平等不同，法國更進一步擴張到社會經濟的不平等（*inégalités socio-économiques*）此等後設因素，該概念具備矯正結果不平等、去除歧視功能性因而彰顯¹⁰⁹；且此一用語並未具備任何的主體針對性，得以大範圍地涵蓋所有的手段與對象¹¹⁰。

105 MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires*, *RFDA*, 1997, p. 907.

106 STASSE (F.), *Pour les discriminations positives*, *Pouvoir*, 2004, n° 111, p. 119.

107 LE POURHIET (A.-M.), *op. cit.*, p. 519.

108 FAVOREU (L.) et alii, *op. cit.*, p. 353.

109 KESLASSY (E.), *De la discrimination positive*, Bréal, 2004, p. 21-22.

110 DESCHAVANNE (E.), *La discrimination positive face à l'idéal républicain*:

2. 概念與定義

在用語大致確定後，如何確認概念也引發相當討論。一般來說，贊成此概念之學者多半援引美國法上的概念¹¹¹，認為優惠性差別待遇是一種政策。以特定之目標群體作為觀察對象，用以平衡或抵銷，因為族群¹¹²、性別等種種原因，過去遭受歧視或目前仍然存在的違法差別待遇，使其不再繼續或減少產生有害的影響；優惠性差別待遇的措施，有助於此等群體，較優惠地接近社會經濟發展核心的相關資源：像是就業，資本，高等教育，甚至包括，土地所有權或政治職務¹¹³。亦有學者採取較為廣泛的定義，認為優惠性差別待遇為一種建立一個不平等形式的方法，以提供一個範圍內的個人較優惠的待遇，以使其達到真正的機會平等¹¹⁴。

然而，對於此概念的較完整理解，必須配合法國法對於平等原則的詮釋。法國法在普遍性原則的架構下，平等原則係對於相同狀況者適用相同法律，但不必然要求法律必須針對情況不同者適用不同法律¹¹⁵，儘管法國法並不排除在一定條件下，亦即除憲法第1條

définition, typologie, historique, arguments, in FERRY (L.), *Pour une société de la nouvelle chance – Une approche républicaine de la discrimination positive*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 67.

111 換言之，法國仍有不少學者對於此一概念與政策持反對立場，如SLAMA (A.-G.), *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*, *Pouvoir*, 2004, n° 111, p. 133 et s.

112 此之所稱「族群」係刻意與美國法上之「種族」作為區別，基本上，法國於優惠性差別待遇的適用上，並不認為法國對於種族進行差別待遇，卻是對於來自於「非法國」，具有「外國」來源 (l'origine étrangère) 特質者進行區隔，一方面，法國1985年憲法前言所揭示之法國係「不可分離」之特質，且憲法第1條明定不得依據來源為差別對待；二方面，相較於美國，法國或許在前殖民地確實歧視對待殖民地原住民，但在法國本土，並沒有發生如同美國般的種族歧視事件，因此法國迄今不認為在法國境內存在針對種族而為之法律上歧視。BOËTON (M.), *Discrimination positive en France*, *Études*, Tome 398, 2003, p. 175 et s.; STASSE (F.), *op. cit.*, p. 121.

113 BOËTON (M.), *op. cit.*; CALVES (G.), *op. cit.*, p. 30.

114 DESCHAVANNE (E.), *op. cit.*, pp. 70-71.

115 Conseil d'État, 22 mars 1950, *Société des ciments français*, *Recueil*, p. 175;

所明文禁止為差別待遇之標準外，以法律進行差異對待。因此法國法在普遍平等之架構下所接受的優惠性差別待遇之概念，與美國的定義並不相同。誠如學者以最高行政法院（Conseil d'Etat）於1996年度報告為據，認為優惠性差別待遇是「平等之公正性形式」（*forme équitable de l'égalité*）¹¹⁶，在此考量下，優惠性差別待遇應為：差異對待的一種特殊類別（*catégorié*），因為有著消除不平等之政策目的，因此具備實施的正當性¹¹⁷。當採用優惠性差別待遇之政策規範以落實平等原則時，不能只考慮到規範的普遍性與一體適用性，必須再考量適用的差異性¹¹⁸。亦即，在法國對於平等之認知架構下，平等原則如同一種正當化差異對待的規範，除了憲法第1條明文限制不得為差別待遇之分類標準外，針對不同情況給予不同對待，不但是一種可能，也是一種法律規範之應為¹¹⁹。故而，法國法下之平等原則在當事人位於不同之情況時，強調的是一種依據法律合乎比例的差別待遇。

「法國式」的優惠性差別待遇政策，儘管也考量到前殖民地之移民在法國所遭遇到的較不利待遇，但與美國式強調長期國家發展歷史造成之團體間差異並不相同：像是法國海外領地之居民依據憲法第74條第10項，於就業與財產保護上有不同於法國本土之規定，但是並不以是否為海外領地之原住民為標準，而是以是否為居民為據，亦即乃是一種依據地域而非種族之分類標準¹²⁰。又如2003年提

Conseild'État, 28 mars 1997, Baxter, Recueil, p. 114; CC. n° 80-128 DC du 21 janvier 1981, Loi relative au travail à temps partiel, Recueil, p. 29 Cité par BOUGRA (J.), *op. cit.*, p. 56.

116 CALVES (G), *op. cit.*, p. 34.

117 Conseil d'État, Sur le principed'égalité, Rapport public 1996, La Documentation française, coll. «Études et documents», no. 48, 1997, p. 87, cité par BOUGRAB (J.), *op. cit.*, p. 57.

118 Conseil d'Etat, *rapport cité*, p. 81, cité par ZARCA (A.), *L'égalité dans la fonction publique*, Bruylant, 2014, p. 13.

119 ZARCA (A.), *op. cit.*, pp. 12-13.

120 Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004.

名穆斯林中央派駐長官（*préfet musulman*）所引發的爭議，考量重點在於法國境內之前殖民地人民與後期移民子女在法國政治界代表的弱勢性，並非其教育、社會、經濟資源之低落，亦未著重於其種族或是宗教¹²¹。詳言之，法國所接受的優惠性差別待遇，乃是一種類似濟弱扶傾的調整機制，對欠缺者多施予、對富足者少施予；骨子裡，是將資源在不同類別中的人群間進行移轉配置。因此，稅制採取累進稅率也才會在中央行政法院1996年的報告中被認為是一種優惠性差別待遇¹²²。在此一背景下，法國學者有認為，美國式的優惠性差別待遇政策，必然造成三種類型的主體：首先，是直接與優惠連結者；其次，是與優惠無連結且不受優惠影響者；第三，因為實施優惠措施而受到直接損害且犧牲個人利益者。而符合美國式概念的優待性平等政策在法國最明確者即為女性與身心障礙者，因為不少被法國式的優待性差別待遇認定該當者，實際上並不會出現第三類型的主體，像是針對政治學院新生錄取名額之特殊規定，事實上是另外增額錄取，因而並不會有考生因為特殊規定而受到直接損害¹²³。

總結來說，法國優惠性差別待遇之概念得以 *Mélin-Soucramanien* 教授提出之定義為據：「由立法權有意地，以暫時的方式，建立一個法律上之差異對待，目的在有利於一個自然人或法人類別（類型），以彌補在其之間，先前已然存在之事實不平等。」（*une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante*

121 KESLASSY (E.), *op. cit.*, p. 6.

122 CALVES (G.), *op. cit.*, p. 35.

123 BOUGRAB (J.), *op. cit.*, p. 58.

entre elles)¹²⁴，但本文認為其中應加入該優惠性差別待遇「可能或非當然不利於他人」，較為完整。因而定義得為「由立法權有意地，以暫時的方式，建立一個法律上之差異對待，目的在有利於一個自然人或法人類別（類型），因此可能或非當然不利於他人，以彌補在其之間，先前已然存在之事實不平等。」而這樣的觀念之所以會於法國存立，是基於國家為平等之保護者角色，而非過去錯誤之補償者角色¹²⁵。

由上述各種定義可知，法國法概念下的優惠性差別待遇，與我國所熟悉的美國概念並不完全相同，其不但未針對在歷史過程中所形成的特殊族群，反而刻意地不特殊化族群，主要以經濟社會條件的類別為其進行差別待遇之分類標準，同時強調手段的暫時性，著重的是機會平等的賦予。不過，優惠性差別待遇之概念仍有待法律將政策透過具體措施落實，尤其在法國仍然遵守1789年以來平等原則的理論架構下，縱然透過修憲肯認有利於兩性的平等獲得職務之權利，仍必須視進行優惠性差別待遇之條件，是否能夠被認為合乎憲法。故以下即與之前我國法部分，相同以性別此一標準，介紹法國法的優惠性差別待遇相關措施。

二、優惠性差別待遇之具體措施：以男女平等為中心

法國式的優惠性差別待遇措施目前已大量擴展至各領域¹²⁶，但

124 Cité par FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), Les «discriminations positives» en matière électorale aux États-Unis et en France, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2008, n° 23, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-23/les-discriminations-positives-en-matiere-electorale-aux-etats-unis-et-en-france.51857.html>；由以上文章可知此定義亦得參見FAVOREU (L.) et alii, *op.cit.*, n° 431, p. 354.

125 STASSE (F.), *op. cit.*, p. 121.

126 像是學者認為法國第一個優惠性差別待遇措施係「優先教育地區」(zones d'éducation prioritaire, 簡稱ZEP)，係始於1981年之教育措施，對於受教程度與社會情況低於計畫標準之小學與中學，增加教師員額與經費。TOULEMONDE (B.), La discrimination positive dans l'éducation: des ZEP à

透過憲法條文明定，並受到廣泛討論者，無疑係以男女平等為標準之優惠性差別待遇措施，以下因此集中介紹男女平等相關的措施；其中不僅僅有規範面法規的修訂與新增，也包括組織機構面的強化與新設。

（一）規範面措施

在憲法規範面產生重大變化之前，中央行政法院已經早於憲法委員會，在判決中承認憲法原則保障男性與女性在所有法律領域中平等，係認定對於不同性別的人民進行區別，以正當化對於女性保障的必要或促進男性與女性的機會平等¹²⁷。不過1999年7月8日所公布的新憲法條文，共提出男女平等相關之修正條文兩條¹²⁸，分別新增於1958年憲法第3條與第4條，前條規定為「有利於女性與男性平等獲得民選代表與民選職務，以法律定之。」後條則為「在法律設定的條件下，實施第三條說明之原則。」才正式提供對女性為優惠性差別待遇政策之憲法基礎。此二條文仍然承襲向來法國認定女性並不構成一個類別之傳統概念，誠如Gisèle Halimi所云：女性並不像是種族的、宗教的或社會的群體，彼此以共同的利益互相聯繫¹²⁹。有學者認為此二條文可謂總結1993年以來開始大量討論與主張之「女性平等」（Femmes pour la parité）倡議，當時曾有主張中央與地方層級之議會應由同等數量的女性與男性所組成，因為既然人口係由兩性組成，民主也應當以此二支柱為依據，一定的配額不過是此二木頭支柱之補丁¹³⁰。

Sciences po., *Pouvoir*, 2004, n° 110, p. 88 et s.

127 CE, 26 juin 1989, Féd. dessynd. généraux de l'Éducation nationale et de la recherche: Juris-Data n° 1989-642507; RFD adm. 1991, p. 123 et 124.

128 Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes.

129 Cité par BOÉTON (M.), *op. cit.*, p. 15.

130 CALVES (G.), *La parité entre les sexes dans la sphère publique*, Que sais-je?, 3^e éd., 2010, pp. 85-86.

1999年憲法修訂後，2000年6月6日即公布2000-493號協助女性平等獲得選舉職務法¹³¹，其中特別新設條文，除了總統大選、部分行政區與上議院、與居民少於3,500人之市鎮選舉排除適用外，所有的其他民選公職人員與議員選舉都要求參與選舉的政黨，必須遵守性別平等的規定：在進行一輪之選舉中，每份政黨提交之政黨提名名單必須交錯的有一男一女的候選人配置¹³²；在進行第二輪之選舉活動中，為了有利於各政黨的結盟運作，則規定以6個候選人作為一區塊，必須男女性別相等。如果政黨違反規定，將減少對該政黨的選舉補助。此一法律公布前，曾由議員提出送憲法委員會審議，法國憲法委員會一改之前兩則違憲決定，於2000年5月30日之決議中¹³³，肯認受審查法律之合憲性，僅認定少數條文不符合憲法¹³⁴。憲法委員會特別提及1999年之修憲，認定具有「移除憲法委員會以往建立之憲法秩序障礙之目的與功能」¹³⁵，因而准許並授權立法者建立所有有助於女性平等獲得選舉職務規定¹³⁶；關於未遵照規定進行提名之政黨，減少選舉補助的部分，憲法委員會認為並非是一種財政上的裁罰，而是一種協助政黨達到憲法要求的調節¹³⁷。不過，這樣的不具威脅性的「制裁」使得法國兩個主要政黨選擇自行負擔選舉費用的方式，繼續提出不符合法律規定的候選人名單¹³⁸。

131 Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

132 法條規定為：「於每一份名單中，候選人性別的數目差不得超過一。」(Sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un.)

133 La décision DC n° 2000-429 du 30 mai 2000 dite «Quotas par sexe III».

134 主要涉及立法者之立法界限，或是與促進男女平等無關的立法。

135 Considération n° 6 dans la décision.

136 Commentaire de la décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 9, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2000429DCccc_429dc.pdf.

137 Considération n° 13 dans la décision.

138 MOSSUZ-LAVAU (J.), Histoire et enjeux de la loi sur la parité, *Revue Project.*, 2005,

除了政治參與的領域外，女性於勞動領域之相關促進實質平等之規範，儘管一開始也是在普遍平等的概念下掙扎，但也在法國式的優惠差別待遇概念被接受，以及1999年憲法確認後，開始受到肯定。舉例而言，歐盟早在1976年2月9日第76/207號之男女平等待遇指令（equal treatment Directive）¹³⁹，要求會員國必須使男女平等待遇原則在受僱、受訓、升遷、工作條件與社會安全面落實。但法國於1983年7月13日的法律中¹⁴⁰，儘管確立同工同酬、建立不得以性別與家庭狀況為據而為差別待遇等重要原則，但也仍然堅持不得以性別作為直接或間接區別職務的理由，並認為歐盟並未要求內國立法者必須制定特別有利於女性之措施¹⁴¹。不過，在1999年憲法修訂後，最高法院（Cour de cassation）的社會庭於2000年3月21日的判決就變更見解，認為女性因為妊娠期間離開企業遭受不利益，因此只有女性得領取津貼，男性自應被排除在外¹⁴²。

而2001年5月9日兩性工作平等法（la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes）中開始更積極地規定，對於積極促成兩性於職場上平等者，像是對女性特別保留任職機會、在職訓練、升遷等方式，政府提供一定的補貼；或如公職中各種人事委員會、行政委員會要求兩性代表的人數均等，都是相關的具體措施。2006年3月23日兩性待遇平等法（Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité

n° 287, <http://www.revue-projet.com/articles/2005-4-histoire-et-enjeux-de-la-loi-sur-la-parite/>.

139 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ [1976] L39/40.

140 L'article 6 bis à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

141 BAILLY (P.), L'égalité des salariés en droit du travail, in *Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 72.

142 BAILLY (P.), *op. cit.*, p. 71.

salariale entre les femmes et les hommes)，具體要求勞資雙方應於2010年12月31日前共同商討以撤銷男女之待遇落差，且對於因懷孕、育嬰等家庭狀況給予假期與薪資之保障。不過，憲法委員會於2006年3月16日所為之2006-533號決定（*Décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006*）認為，部分法規內強制要求於各公私立機構中相關代表委員會與機構中針對性別進行安排，係立法者逾越1999年修憲條文僅要求在選舉領域內為有利於女性之規定，因而宣告不符合憲法。從憲法委員會意見之堅持可知，1999年之修憲儘管肯定立法者應制定對於女性的有利措施，但範圍僅侷限於透過選舉而獲得之職務，其他像是高階常任文官、司法官或是公私立機構、團體內的各種領域與職務，女性的人數與擔任機會仍未顯著增加，但受限於憲法委員會對憲法條文解釋之限縮，立法者之形成空間有限。為了填補此一缺陷，於2008年7月23日又再修訂憲法條文，使得男女平等的範圍擴大至專業與社會領域，而成為今日之第1條第2項條文內容：「以法律規定有利於女性與男性平等地獲得民選職務、民選代表、履行職業與社會責任」。至此，可謂除了政治層面的考量外，再也沒有任何以優惠性差別待遇對於促進女性平等之法規範障礙¹⁴³。

之後的相關法規也因應地顯現出更大幅度的積極性。如2011年1月27日第2011-103號職業平等監督與管理委員會之男女比例代表平衡法¹⁴⁴，不但要求必須逐漸提高女性於各大企業監督委員會之配額，違反者將處以罰鍰；對於一定規模以上的大型企業，還明文要求同一性別的管理職位者不得少於40%；甚至同一公司當中的董事會，若其董事會成員人數超過8名，則單一性別的成員數量減去

143 FAVOREU (L.), PHILIP (L.) et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 242.

144 Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

另一性別，不得小於2。2014年8月又通過女性與男性實質平等法（Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes），除了持續擴大女性的就業水準外，主要則是在親職角色的平衡，非單獨強調女性擔任母職應受到保障，而是強化共同養育子女，又因應2013年法國承認同性婚姻與擴大伴侶法律關係，該法當中不區分性別，相同賦予伴侶妊娠、育嬰期間的相關權利。不過，近期的法律發展除了職場領域持續要求高階女性主管與代表委員之比例外，已經不特別強調對於女性的優惠性差別待遇，而著重在兩性在家庭角色中的實質平等，以及防制婦女受虐。換言之，法國於性別領域所採取的優惠性差別待遇，主要顯現於政治與各種職業職務參與之代表性與對等性，也就是強調女性不因為性別之故而在擔任職務角色上繼續受到以往的歧視；至於一般經濟社會生活的勞動參與領域，則沒有特別採取優惠措施的方式，而偏重於基於生理或社會經濟角色之不同，予以對應規範之差別待遇規定，像是防制婦女受虐。

（二）組織面措施

法國對於女性事務之關注與中央層級的組織建構，係自1974年開始，即已在總理下設有女性狀況國家秘書（Secrétariat d'Etat à la Condition féminine）¹⁴⁵，中間歷經名稱變更（例如改為女性權利）與組織位階（改設於部會之下）改變，直到2012年5月24日通過組織命令（Décret n° 2012-778 du 24 mai 2012 relatif aux attributions du ministre des droits des femmes）由總理任命、正式成立「女性權利部」（Ministre des droits des femmes），乃是第一次單獨將女性事務獨立成部，首任部長Najat Vallaud-Belkacem當時並兼任政府發言人。然而2014年該部改組為「社會事務、健康與女性權利部」（Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes），

¹⁴⁵ 略相當於我國的不管部會政務委員。

其部會權限包括社會事務、社會和諧與互助事務、照護系統與公共衛生等領域，女性權利成為該部中的一個部門。其組織為部長與三名國家秘書，第一位國家秘書負責家庭、年長者與自理（*secrétaire d'État chargée de la Famille, des Personnes âgées et de l'Autonomie*），第二位負責身心障礙者與對抗驅逐（*secrétaire d'État chargée des Personnes handicapées et de la Lutte contre l'exclusion*），第三位負責女性權利，目前部長與三位國家秘書皆為女性。於目前在中央層級的部會組織上，女性權利保護不再獨立為單獨部會，而是包括在整體的社會政策之下。

另外，12年未召開的女性權利與男女平等跨部聯席會議（*Comité interministériel aux droits des femmes et à l'égalité entre les femmes et les hommes*）也於2012年11月30日再度召開，每個部會都基於會議而有後續之具體作為。例如2013年1月28日由高等教育與研究部、聯合各高等教育機構簽訂男女平等協定（*la Charte de l'égalité femmes-hommes*），以共同推動男女於契約對話中之平等、確保大學內的性別平等、協助相關研究與教學，並每年出具成果報告。

截至目前為止，法國採取不少強化女性於政治與勞動地位之積極手段，就實證面觀察，雖確實有所改變，但仍有相當成長空間。以1997年為例，女性擔任民意代表之比例，在歐洲國家僅優於希臘，上議院的女議員僅有5.9%，國民議會女議員僅有10%，地方的女省議員僅有6.6%，於地方擔任市長者有8%¹⁴⁶。而2010年，上議院的女議員已經有21.8%，國民議會女議員有18.5%，地方的女省議員有12.9%，於地方擔任市長者有14.2%¹⁴⁷。女性議員仍然在民選

146 BOÉTON (M.), *op. cit.*, p. 180.

147 法國公共生活網站，<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/enjeux/citoyennete-democratie/parite-egalite-hommes-femmes-realite.html>（最後瀏覽日：2015年3月24日）。

代表當中居於少數。

法國從抗拒到接受優惠性差別待遇概念之歷程中，顯現出平等概念之遞嬗。平等不再只是形式上追求規範的一致性，而應更接近真實現況地貼近國民之經濟與社會背景，尋求法規範可能轉變不平等事實之空間，使得平等不再只是口號、不再只是虛幻的目標，而是真實得據以主張，並實踐權利之基礎。從以上對於我國與法國制度之介紹可知，相對於法國從憲法條文中的否認到積極制定，我國以性別為分類標準之優惠性差別待遇概念，相關之法規範、學者見解與司法解釋似乎並未呈現相同的發展走向，而漸漸有質疑之聲。

參、結論

從本文以上的分析可知，優惠性差別待遇與平等權或平等原則之概念，並非能夠放在相同的層面上觀察：平等原則是一個操作標準，平等權為一種權利，而優惠性差別待遇則如同一個推動過程。一個國家如欲採取優惠性差別待遇之措施，首先應觀察歷史上、社會上或經濟上弱勢的團體、界定其範圍，接著依據形式、統計與個別平等的抽象化方式，採取得以影響結果之措施；而此等措施因為實施的結果上，有助於對所有社會上與經濟上弱勢團體成員，或是過去或現在承受社會差別或歧視的方式或結果者，建立一個實踐上完整與真實的平等，因此方該當為可被接受、受到正當化的差別待遇。換言之，優惠性差別待遇相當於「改正不平等的措施」¹⁴⁸。只是這樣的改正措施必須有效而且有期限。

¹⁴⁸ Direction generale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de Commission européenne, *Perspectives internationales sur les mesures d'action positive---Etude comparative dans l'Union Européenne, au Canada, aux Etats-Unis et en Afrique de sud*, 2009, p. 27.

我國從憲法制定之初，即廣泛考量各種因為社會經濟歷史所造成的歧視或不平等狀況，大膽地提出優惠性的差別待遇措施，不但差別待遇之分類標準相當多元，並突破政治參與之選舉平等原則，積極保障女性之參政，可謂當時非常先進之憲法規範。然而，卻因為行憲過程坎坷，立法實踐與憲法規範產生相當落差，儘管立法委員之選舉罷免與地方制度法仍有相當之落實規定，但期間又歷經憲法七次增修、社會經濟情況變遷，配合上法學論著豐富與司法院解釋之充實，以性別作為優惠性差別待遇之分類標準，依據我國目前司法解釋對於平等權與優惠性差別待遇之論證，必須檢視二個面向：首先，女性之弱勢地位是否依然存在？若答案為是，則其弱勢地位是否如同憲法條文所預設之政治參與到經濟、社會地位？若答案為非，則將女性是為弱勢並給予特殊優惠之措施即無法繼續正當存在；其次，倘若前一問題答案為是，則必須再進一步檢視目前所採取的優惠性差別待遇措施是否有助於改善女性的政治、經濟、社會弱勢地位？若以本文前述所論述之婦女保障名額以及經濟社會領域之性別規範作為檢討對象，儘管法學者提出若干對於婦女保障名額的評論意見，但依據目前相關的實證研究顯示，婦女保障名額的制度仍然對於女性的政治參與具有相當助益之效；而經濟社會領域之相關勞動法律之規範，事實上並未正視女性在職場所遭遇的弱勢地位，儘管從統計數據上顯示，我國的女性高階主管2014年為26%，世界排名尚有前30名¹⁴⁹，且目前有行政院所屬委員會單一性別三分之一原則之要求，但仍與透過法令積極促進女性於公、私部門擔任高階職務不同¹⁵⁰，且所有看似優惠於女性措施，如；產假、哺乳等，係將女性的角色定位於母職，基本上只是符合大法官解釋

149 臺灣高階女主管比率退步，中時電子報，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20140307001097-260202>（最後瀏覽日：2015年3月26日）。

150 參見相關新聞如：翻轉個屁？性別平權大「不」走！，婦團公布地方政府一級主管性別比例聯合記者會，http://www.awakening.org.tw/chhtml/news_dtl.asp?id=1122（最後瀏覽日：2016年12月6日）。

所認同之生理差異標準而為之一般性差別待遇，並未另外、特別地針對女性長期以來因為生理上因素連結社會角色定位，而導致在職場上、經濟社會地位上之弱勢，以達到矯正歧視、促進實質平等之立法角度規範相關制度。

相較於我國一開始於優惠性差別待遇立法之先進，法國可謂後起之秀。但正因為是引用「外來」之法概念，法國歷經學理的激烈論辯後，最後透過修憲突破普遍平等的概念限制，然後先從政治參與的選舉平等領域著手，接著又擴及於女性之社會與職業領域，相同地與政治參與上要求一定的名額比例；另外所有相關於職場領域之措施，儘管是由考量女性向來較弱勢之社會經濟地位著手，但力求達到實質平等之理念，事實上並未給予女性額外的優惠，因而與我國相同，只是追求實質平等之各種法規範策略不同。

從我國與法國於優惠性差別待遇概念之適用與制度演變，可得知以下幾點結論：首先，平等之實踐在各國皆有必要性，然採取如何的方式實踐卻有著相當的個別差異，縱然都相同採取優惠性差別待遇之理念，但究竟選擇以何種範圍對象作為實施優惠措施之客體，卻因為各國社會經濟發展狀況不同而異。不過，在我國與法國，都相同地以性別作為優惠性差別待遇之基準，可見得性別所引起的不平等或歧視狀況，有著相當的跨國一致性。其次，在性別的優惠性差別待遇措施中，我國與法國儘管法規範訂定之時間有相當落差，其間的理論爭執也不同，但卻巧合地有兩個重大的相同之處。第一，在選舉之當選名額中，相同地採取對於女性的保障比例規定。可見得矯正因為性別而引起的不平等與歧視現象，其中很重要的一環落在矯正政治參與和代表性不足；只是此方面的政策久暫性，有必要定期進行實證研究以確認保障措施之持續性與有效性，以避免優惠措施無法達成矯正歧視與促進實質平等之目的而使其正當性遭受質疑。第二，在行政組織上都設立統籌女性權益保障之專責機制，儘管組織架構與職權設計並不完全相同。

最後，並非所有以性別為標準之差別待遇都該當優惠性差別待遇，必須是有意識地建立一個法律上的差別對待，其目的是有利於性別，以彌補該性別先前相較於其他性別，已然存在的事實上不平等方該當。不論是我國或法國，以性別為標準所為之優惠性差別待遇，必然以生理性別（sex），而非具有社會意義之性別（gender）為基準，正如同我國大法官所採之生理性標準；因為生理性別方該當於固有而無法磨滅的特徵，並從生理性別連結社會長期存在而無法翻轉之歧視，形成經濟、社會、勞動受宰制之地位。因應採取之優惠性差別待遇措施，應當是回應此一結合狀況所生之不平等，並試圖翻轉女性受宰制與低評價之地位，方得達到性別領域之實質平等。因此，經濟社會領域上若干職場上看似優惠於女性的措施，如果只是針對生理差異而給予差別對待，實際上欠缺連結此生理差異而引發之社會經濟地位受宰制，不但未包含彌補女性之意識，而且主要是蘊含其他的價值，例如：母職的保障，反而可能加深女性固著於特定角色之刻板印象與社會經濟角色，就未必該當為優惠性差別待遇。總之，優惠性差別待遇之概念與相關具體措施，不論是原生國或繼受國，儘管有共通之處，但其適用與實施仍有著高度的各國特色，足證法律制度與法學研究無論如何無法脫離本土研究與考察。

參考文獻

1. 中文部分

- P. Delvolvé著，徐正戎譯（2000），法國之憲法委員會與違憲審查制度，憲政時代，26卷2期，頁186-200。
- 王玉葉（2004），美國高等教育優惠待遇何去何從——美國最高法院拒絕審理Hopwood v. Texas案之省思，歐美研究，34卷3期，頁457-509。
- 吳叡人（2014），尋找我們這個時代的革命——《論特權》推薦，收於：西耶斯著，梁家瑜譯，論特權，頁85-98，臺北：紅桌文化。
- 李信成（2002），中共統治下的新疆蒙古人——國家整合理論的個案分析，臺北：蒙藏委員會。
- 林子儀（1999），言論自由與優惠性的差別待遇——Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.，收於：言論自由與新聞自由，頁261-291，臺北：元照。
- 林紀東（1981），中華民國憲法逐條釋義（四），臺北：三民。
- 法治斌（1996），司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，人文及社會科學，6卷1期，頁35-50。
- 姜貞吟（2005），兩性參政之現況問題與未來展望，國家政策季刊，4卷1期，頁33-68。
- 施正鋒（2004），行政體系中的原住民族——由「優惠待遇」到「積極行動」，考銓季刊，40期，頁47-61。
- 洪家殷（1996），論我國婦女當選保障名額之規定，東吳法律學報，9卷1期，頁151-189。
- 徐良維（2012），論法國2008年修憲有關憲法委員會之改革——兼論予我國人民聲請釋憲程序之啟示，臺灣民主季刊，9卷4期，

頁37-95。

涂予尹（2012），我國原住民學生升學優待措施的評析——從 Kymlicka 的自由多元文化主義觀點出發，中研院法學期刊，10 期，頁301-354。

張朋園（2001），國民黨控制下的國會選舉（1947-1948），中央研究院近代史研究所集刊，35期，頁145-195。

莊文忠、鄭夙芬、林瓊珠（2012），我國選舉制度婦女保障名額之研究，行政院研究發展考核委員會委託研究成果報告。

許宗力（2007），從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收於：法與國家權力（二），頁141-192，臺北：元照。

陳昭如（2002），創造性別平等，抑或與父權共謀？——關於臺灣法律近代西方法化的女性主義考察，思與言，40卷1期，頁183-248。

——（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。

陳新民（2001），中華民國憲法釋論，4版，臺北：三民。

彭淦雯（2000），參政篇，收於：婦女新知基金會編，一九九九台灣女權報告，頁73-92，臺北：婦女新知基金會。

湯德宗（1989），美國聯邦最高法院一九八八至八九會期重要判決評述，美國月刊，4卷5期，頁21-31。

焦興鎧（2009），歐洲聯盟禁止就業上性傾向歧視法制之研究，收於：洪德欽編，歐盟人權政策，頁303-344，臺北：中央研究院歐美研究所。

——（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。

黃長玲（2001），從婦女保障名額到性別比例原則——兩性共治的理論與實踐，問題與研究，40卷3期，頁69-82。

——（2012），差異政治的形成——1946年婦女保障名額制訂的歷史過程，政治科學論叢，52期，頁89-116。

- 黃昭元（2008），平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，臺大法學論叢，37卷4期，頁253-284。
- 黃舒芃（2006），社會權在我國憲法中的保障，中原財經法學，16期，頁1-43。
- 楊婉瑩（2001），性別差異下的立法院，政治科學論叢，15期，頁135-170。
- 楊敏華（2004），中國民國憲法釋論，增訂13版，臺北：五南。
- 廖元豪（1996），美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究——兼論平等原則之真義，東吳法律學報，9卷2期，頁1-44。
- （2004），種族積極平權措施（Race-Based Positive Action）與平等原則的關係——歐洲角度的評析，「歐洲人權」學術研討會，中央研究院歐美研究所主辦，2004年10月13日。
- 劉鐵錚、法治斌、陳敏、劉義周（1985），職婦團體代表選舉制度之研究，臺北：中央選舉委員會。
- 蔡宗珍（2006），性別平等與女性保障名額制度，收於：司法院編，司法院大法官95年度學術研討會——憲法解釋與平等權之發展（下冊），頁115-168，臺北：司法院。
- 鄭津津（2006），性別平等政策與法制之執行評估——以勞動參與為例，行政院研究發展考核委員會委託研究成果報告。
- 鮑彤、莊文忠、林瓊珠（2014），從四分之一到三分之一？——婦女保障席次的選舉效應評估，東吳政治學報，32卷1期，頁99-141。
- 謝榮堂（2010），憲法委託之社會立法實現與社會安全制度，軍法專刊，56卷6期，頁92-113。
- 鍾國允（2001），法國合憲性審查之研究，國立臺灣大學國家發展研究所博士論文。

2. 外文部分

(1) 日文

滝沢正 (2010), フランス法, 東京: 三省堂。

辻村みよ子 (2010), フランス憲法と現代立憲主義の挑戦, 東京: 有信堂。

(2) 西文

Alexis, Zarca (2014), *L'égalité dans la fonction publique*, Bruxelles: Bruylant.

Avrilet, Pierre et Gicquel, Jean (1983), *Chronique constitutionnelle française - 16 octobre 1982 - 15 janvier 1983*, *Pouvoir*, n° 25, pp. 181-208.

Baghestani-Perrey, Laurence (2000), *Mode d'élection des conseillers régionaux et fonctionnement des conseils généraux : enfin la réforme vient ? – A propos de la loi n° 99-36 du 19 janvier 1999 et de la décision 98-407 DC du 14 janvier 1999 du Conseil constitutionnel*, *RFDA*, pp. 109-125.

Bailly, Pierre (2004), *L'égalité des salariés en droit du travail*, *Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris: La Documentation française, pp. 67-80.

Blacher, Philippe (1996), *Droit constitutionnel et identité féminine*, *Revue administrative*, n° 289, pp. 38-44.

Boéton, Marie (2003), *Discrimination positive en France*, *Études*, Tome 398, pp. 175 -184.

Bougrab, Jeannette (2006), *Vers des « affirmative actions » à la française?*, in Ferry (L.), *Pour une société de la nouvelle chance – Une approche républicaine de la discrimination positive*, pp. 40-62, Paris: La Documentation Française.

Bui-Xuan, Olivia (2004), *Le droit public Français entre universalisme et*

différencialisme, Paris: Economica.

Calvès, Gwénaële (1999), Les politiques de discrimination positive, coll., Problèmes politiques et sociaux, n° 822, Paris: La Documentation française.

——— (2004), Les politiques françaises de discrimination positive: trois spécificités, Pouvoir, n° 111, pp. 29-40.

——— (2010), La parité entre les sexes dans la sphère publique, Que sais-je ?, 3^e éd, Paris: PUF.

Caporal, Stéphane (1995), L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française – 1789-1799, Aix-en-Provence: Economica.

Chevenement, Jean-Pierre (2009), Les délibérations 1980-1983: Grand témoin, Cahiers du Conseil constitutionnel, hors série 2009 (25 ans de délibérations), pp. 1-6, Paris: Dalloz.

Deschavanne, Eric (2006), La discrimination positive face à l'idéal républicain: définition, typologie, historique, arguments, in Ferry (L.), Pour une société de la nouvelle chance – Une approche républicaine de la discrimination positive, pp. 63-192, Paris: La Documentation Française.

Direction générale de l'emploi (2009), des affaires sociales et de l'égalité des chances de Commission européenne, Perspectives internationales sur les mesures d'action positive – Etude comparative dans l'Union Européenne, au Canada, aux Etats-Unis et en Afrique de sud.

Fatin-Rouge Stefanini, Marthe (2008), Les « discriminations positives » en matière électorale aux États-Unis et en France, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 23, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-23/les-discriminations-positives-en-matiere-electorale-aux-etats->

unis-et-en-france.51857.html.

Favoreu, Louis et alii (2007), *Droit des libertés fondamentales*, 4^e éd., Paris: Dalloz.

Favoreu, Louis et alii (2013), *Droit constitutionnel*, 15^e éd., Paris: Dalloz.

Favoreu, Louis et Philip, Louis et alii (2009), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd., Paris: Dalloz.

Ginsburg, Ruth Bader, and Deborah Jones Merritt. 1999. Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue. *Cardozo Law Review* 21:253-282.

Haut conseil à l'intégration (1998), *Lutte contre les discriminations: faire respecter le principe d'égalité*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, collection des Rapports officiels.

Jégouzo, Yves (2003), *Emergence et limites d'un droit de la discrimination positive*, AJDA, pp. 2281-2289.

Keslassy, Éric (2004), *De la discrimination positive*, Paris: Bréal.

Le Pourhiet, Anne-Marie (1998), *Discriminations positives ou injustice?*, RFDA, pp. 519-526.

Levade, Anne (2004), *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français*, Pouvoir, n° 111, pp. 55-71.

Lochak, Danièle (1988), *Réflexions sur la notion de discrimination*, Droit social, n° 11, pp. 778-790.

——— (2010), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, coll. Les voies du droit, Paris: PUF.

Mélin-Soucramanien, Ferdinand (1997), *Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires*, RFDA, pp. 906-926.

Mossuz-Lavau, Janine (2005), *Histoire et enjeux de la loi sur la parité*, Revue Project, n° 287, <http://www.revue-projet.com/articles/2005-4-histoire-et-enjeux-de-la-loi-sur-la-parite>.

Robert, Jacques (1997), *Le principe d'égalité dans le droit*

constitutionnel francophone, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 3, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52853.pdf>.

Schoettl, Jean-Eric (1999), Constitutionnalité de la loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux, AJDA, pp. 149-157.

Slama, Alain-Gérard (2004), Contre la discrimination positive. La liberté insupportable, Pouvoir, n° 111, pp. 133-143.

Stasse, François (2004), Pour les discriminations positives, Pouvoir, n°111, pp. 119-132.

Toulemonde, Bernard (2004), La discrimination positive dans l'éducation: des ZEP à Sciences po., Pouvoir, n°110, pp. 87-99.

Villeneuve, Baptiste (2006), La discrimination positive: une présentation, Vie social, n° 3, pp. 39-48.

The Adoption, Application, and Transformation of Affirmation Action:

“Gender” as the Criteria in France and Taiwan

*Chin-Wen Wu**

Abstract

This article focuses on how to accept and transform the concept of affirmative action. I start with the ROC Constitution and its Amendments in Taiwan, particularly in the domain of gender-based affirmative action. This article tries to elucidate the development of gender-based affirmative action and if this practice should continue through the interpretations of the Constitutional Court. Furthermore, this article compares the French system because the notion of equal protection in France is not familiar to Taiwanese scholars and contains some illuminating characteristics. After the comparison, this article points out that different countries have their own interpretations and policies of affirmative action.

KEYWORDS: Positive discrimination, Affirmative action, *sexe*, equal, different traitement, Constitutional Court (*Conseil constitutionnel*).

* Associate Professor, College of Law, Chengchi University.