

2. 其特徵，在關切法律這種社會工具，是否成為鞏固族群或階級等壓迫關係的幫凶？凡是有此種宰制「效果」，就會被認定存在「歧視」。至於法律「外觀上」是否有「差別待遇」，頂多僅為其中一種指標。總之，實質平等所在意的是：「誰」是系爭法律措施的受害人？受益人？不論「分類標準」為何，如果受益人是結構上的弱勢族群，那麼此種措施顯然沒有造成任何集體壓迫的效果，而不會被認為違憲侵犯平等權。

爭 間接歧視⁴⁰

一、定義：

表面上「中立」的法律，不論是出於立法者刻意設計與否，也可能因為社會結構性因素或長期形成的刻板印象或偏見，而導致「適用結果」出現「間接」或「事實上」之差別待遇（產生不合乎比例的偏見效果）。

二、判斷：

(一)立法者歧視意圖。

(二)極為懸殊之規範效果：如釋字第760號。

(三)差異程度雖未達懸殊，但已達統計上的顯著性，或者此種差異比例雖明顯較小，但呈現長期相對穩定狀態而非單純意外結果（如釋666、釋791）。

(四)許宗力老師——傾向第三說：

如一味堅持「立法者歧視意圖」或「極為懸殊之規範效果」等嚴格標準，諸多隱藏在性別中立規範下的不堪性別歧視現實，勢難有被提出來檢視的機會。

三、構成間接歧視之結果：

○—————○

⁴⁰ 許宗力，釋字第791號解釋協同意見書；李震山，釋字第728號解釋不同意見書。

一旦構成間接歧視，並不代表系爭規定即直接違憲，其效果為：該規範即應「接受平等權之檢驗」。換言之，即應審視該間接歧視所造成的分類效果，是否符合平等原則之要求。

釋字第760號

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

四、既存祭祀公業派下員依規約認定案⁴¹（釋728）：

（一）釋字第728號多數意見：

祭祀公業係由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體。其設立及存續，涉及設立人及其子孫之結社自由、財產權與契約自由。系爭規定雖因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇，惟系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第14條保障結社自由、第15條保障財產權及第22條保障契約自由及私法自

⁴¹ 審查標的為祭祀公業條例第4條第1項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」

治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第7條保障性別平等之意旨有違。

(二)不同意見：

系爭規定雖外觀上未以性別為分類，但代代相傳的派下員資格，不論依規約或習慣，大多以男性為中心而生差別待遇，乃共知的不爭事實，無須待執行上統計結果加以驗證（按：或者可以說是顯具有統計上顯著性）。基此，本件之分類標準，應係以性別為分類，復參酌釋字第807號，就此等分類應採「中度」（較為嚴格審查）審查。從而，系爭規定追求單向之「法安定性」之立法目的，即非必然正當。況且，僅以「時間」及「有無規約」為區別方法，而未採取其他過渡性的措施，放任不良善的規約或習慣在既存祭祀公業中繼續有效，更屬恣意。

筆者的話

其實以釋字第728號來說，確實進入了平等權的檢驗，似乎已達成構成間接歧視之結果。然承認本號解釋之所以屬於間接歧視之理由，乃在對女性派下員造成一不利的實際效果，係一「性別分類」，而本號解釋卻未以性別分類為基準，作為平等權檢驗之憑據，其實就間接歧視理論之應用上，流於半套。此即為不同意見指摘之處。

考題直擊站

祭祀公業條例第4條第1項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」聲請人呂阿美為祭祀公業呂萬春派下員呂阿昭之長女，聲請人呂阿昇為呂阿美之子（從母姓）。呂阿昭受聲請人等撫養，惟另有3子均無男嗣。呂阿昭與2子先後亡故，僅餘三子呂阿

川1人。依祭祀公業呂萬春管理章程第4條前段規定，登記在案派下員亡故時，由直屬繼承人公推1名代表繼任派下員，惟依政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權，致僅由呂阿川繼任派下員。聲請人等不服，循序爭訟敗訴後，認上開管理章程規定違憲，聲請憲法裁判。請問：

(一)請從實務及學理兩方面，論述何謂性別之實質平等（15分）

(二)請根據我國憲法、相關大法官解釋及憲法學理評析祭祀公業條例第4條第1項前段，是否符合平等權的要求（25分）

（110北大四改編feat.釋728案例）

擬答

（1,264字）

(一)何謂性別的實質平等，分述如下：

1. 實務上，以釋字第791號為例，大法官指出刑法第239條及刑事訴訟法第239條但書在形式上，雖屬性別中立，惟其長年實際適用結果，女性受判決有罪者卻顯多過男性，而呈現性別分布失衡現象，與憲法促進兩性地位實質平等之要求有牴觸之虞。簡言之，實務所建構的性別實質平等，未僅侷限於形式表面中立的文字，而是更進一步關注該等規定執行面上的結果，是否符性別平等要求。

2. 學理⁴²則更進一步強調，關於性別之實質平等觀，須觀察外在法

42 官曉薇（2015），〈性別實質平等：簡介CEDAW宗旨與條文(1-16)〉，《性別平等教育季刊》，70期，頁22-29。官師認為，憲增條文第10條第6項規定「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，即係促進兩性實質平等的明文。參考CEDAW之一般性建議，其內涵應在看見女性和男性的生理差異以及社會、文化造成的差別。且在某些情況下，必須給予男女不同待遇，以糾正該等差別。換言之，性別的實質平等觀，是要求國家看見結構性的不平等（諸如外在的法律、社會、文化和經濟環境，或是來自於過往不平等的習俗和慣習所造成的男女地位之結構性差異），且應透由法律等措施，