

第二篇

對臺北市人權保護自治條例之意見 —地方人權立法應有之方向

廖元豪*

一、前言

臺北市政府曾於2006年馬英九市長任內，草擬我國第一個由地方自治團體推出之「人權法」——「臺北市人權保護自治條例草案」（以下簡稱「草案」）。而其後之郝龍斌市長，亦致力於推動。嗣後雖因故未能由議會通過立法，但此種視野，確值吾人大力稱讚。

草案內容相當完整。以2006年12月11日於臺北市政府人權保障諮詢委員會第5次會議提出的版本為本，共計46條，分為4章。第1章為總則，第2章規範基本人權，共分3節。第1節規定一般性之基本人權（人性尊嚴之尊重、人格自由發展權、知的權利、平等權、性別及性傾向差別待遇之禁止、女性人權、隱私權、兒童及青少年人權、個人性傾向之尊重、原住民、客家族群、新移民文化人權之保護、文化人權、受教權、健康權、無障礙設施、環境權、公平合理工作條件權、消費者保護、正當法律程序處理權等），第2節規範專屬市民之基本人權（包括市民之就業權利、使用公共設施權利、健康及醫療照顧權、老人之基本生活權及環境權、兒童及青年人權及享受教育文化、社會福利及醫療衛生服務權等），第3節規範基本人權之保障（包括享受良善行政服務

* 國立政治大學法律學系副教授。

權、人權保護概括條款及法律保留原則與授權明確性原則等)。第3章規範臺北市人權保護監督機制，主要係「人權保護諮詢委員會之自治條例化」與「人權保護官」之設立、職權與業務。第4章為人權保護之落實，包括人權保護效能訪問輔導、人權白皮書、公教人員人權保護課程、人權獎勵等。

筆者當時亦有幸受邀擔任臺北市政府人權保障諮詢委員會委員，在肯定之餘，也就自己所學，撰寫書面意見，對該草案提出求全建議。但直至今日，全國似仍無地方政府積極走在中央的前面，制定進步而全面之人權保障自治條例。回頭看來，臺北市政府兩任市長之努力不應被埋沒，而筆者撰寫之意見書或許仍對有心保障人權的地方政府，有相當參考價值。故稍做整理更新，以饗讀者。

二、應有之目標：臺北市的反歧視法

在討論細節之前，或許要問：為什麼需要制定這樣一個自治條例？為什麼在憲法以及許多中央法律規定得琳瑯滿目的「人權」（兩性工作平等法、原住民工作權、教育基本法、政府資訊公開法……）之外，我們還要制定臺北市人權保護自治條例？

起草者似乎只將「草案」當作是一個類似（近年來立法技術常用的）「基本法」的宣示或訓示綱領。如果是這樣，那絕對不夠，也沒必要——口惠式的宣示規定太多了。人權保護自治條例，必須是self-executing law，能夠比憲法與法律更具體落實的有效規定。在實體上與程序上都明確、清楚而可行。

人權保護自治條例不應該只是重複贅述憲法與法律已經規定的文字——那只是作文比賽——而應該在實體上與程序上都有以下突破：

1. 權利內容與執行方法應該比憲法以及現有法律更加具體。

2. 應該涉及憲法原則上不碰觸（而交給中央與地方立法者處理）的私人領域——不只是免於國家公權力侵害，也應免於私人歧視與其他侵害。
3. 針對臺北市的特性為特殊規定。

觀諸歐美各國（中央、州，或地方）所制定之Civil Rights Laws，均包含以上3個特性。一方面，它們必然有詳細而特殊的實體及程序規定，而絕非僅僅抄襲既有條文；而是針對地區需求以及普世最低人權標準制定之。另一方面，所謂的「人權」絕不僅是free from government invasion，而當然包括free from private oppression！一旦承認此點，那「禁止歧視」自然就是「人權」的主要內容——禁止社會力的濫用，防止強凌弱之行為。也正因此，英文所稱的「民權」或「人權」（Civil Rights, Human Rights），在實體上幾乎就等同於「反歧視」（Antidiscrimination）！（參照附件A與附件B）職是之故，「草案」的精神，也應該是朝著「臺北市反歧視法」的方向來進行，並以各國際性大都市所制定的相關自治條例為參考對象，見賢思齊才是。

反歧視法在中央法律已有零星的規定（就業服務法、兩性工作平等法¹、後天免疫缺乏症候群防治條例²等），但整體來說依然不夠完整，施行效果也非常有限。而我國的法界對於歐美早已盛行的反歧視法也欠缺認識。這正是臺北市這個全球化城市（Global City），³能夠以更前瞻的眼光，表現視野氣度的地方——在中央遲遲不制定「人權基本法」的時候，先由臺北市推出反歧視的人權自治條例，並成為中央與各地方立法者的模範，與世界級都會並駕齊驅！

1 現已更名為「性別工作平等法」。

2 現已大幅修正並更名為「人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例」。

3 以臺北市的國際化程度來說，外籍人士與台灣各地人士眾多，禁止種族、國籍、語言歧視就顯得更加重要。

三、爲什麼要反歧視？爲何要有反歧視法？

「反歧視法」的目的是什麼呢？「歧視」錯在哪兒呢？爲什麼它是所有人權法（民權法）的關切重點呢？

「歧視」不僅是個人偏好、品味的問題，而是群體權力壓迫的問題——歧視也者，主要涉及主流、強勢族群對於弱勢族群的貶抑。⁴舉個假設的例子：餐廳老闆某甲因為與某乙有私怨（例如：橫刀奪愛），因此拒絕招待某乙，這是個人偏好問題，不是歧視。某甲有締約與不締約的自由，而某乙也並未受到實質損害——去別家吃飯即可。但若某甲不招待某乙，係因某乙乃是來自泰國的「外勞」，那就有國籍、種族、階級交雜的歧視現象——我們台灣本土漢人，鄙視貶抑排拒你們！

個人與個人的恩怨，由於彼此地位相當，可以私了。但強勢族群對弱勢族群的排拒與壓迫，不能期待「契約自由」或「市場競爭」來解決。⁵因為弱勢族群無力逃逸另尋出路或反擊，每一次聽聞種族仇恨語言，每一次在交易、應徵、居住等領域受到歧視，都形同於主流社會再一次公開告訴你（妳）：「『你們』是次等人，不要想跟『我們』平起平坐！」因此，歧視行為的罪惡，不僅是拒絕了受害人的某些經濟或政治機會，而是在文化上貶抑弱勢，同時在公私領域排拒弱勢，形成或強化社會既有的永久階層（caste）！

4 See Reva B. Siegel, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, 117 HARV. L. REV. 1470 (2004); Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107 (1976).

5 See e.g. Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice* 151-66 (1997); Elias H. Tuma, *The Persistence of Economic Discrimination: Race, Ethnicity, and Gender—A Comparative Analysis* 171-72 (1995); Glenn C. Loury, *The Anatomy of Racial Inequality* 26-54 (2002).

沒有明確且提供有效救濟⁶的反歧視法，在「私法自治」的大帽子下，我們無法遏止交易、就業，乃至居住等歧視。更弔詭的是：在憲法基本人權（營業自由、言論自由）的保護傘下，歧視者竟然取得排拒或羞辱弱勢族群的權利！

事實上，反歧視法的思維（以國家力量干預私人契約以實現憲法的人權誠命），早已出現在憲法學的「基本權第三人效力」理論；反歧視的相關立法只是由立法者進一步具體實現所謂「憲法客觀價值秩序」，並且做成更細膩的利益權衡而已。另一方面，許多勞動與社會法早已突破了純粹的契約自由框架，容許甚至要求國家干預私人契約。一切的抗拒，在實際上僅僅源於「不習慣」而已——不習慣歧視居然要受罰，不習慣契約愈來愈不神聖，不習慣市場又被干預……。

另一個需要打破的迷思，是以為只有國家的侵害才是人權保護的重點，私領域的歧視其實沒那麼重要。

這種想法在今日全球化資本主義社會來說，是相當天真的。一方面，私人資本所控制的工作機會與其他資源，未必亞於國家。更重要的是「國家」與「私人」的界線早已逐漸模糊，許多原本傳統上由國家擔負的任務，早就藉由各種方式轉由私人承擔。只盯著「公權力」或「私經濟」的標籤，早已不足以因應大量且多樣公私混合事務的時代——BOT、公辦民營、業務委託或出租、民營化、解除管制……私組織替代政府，掌握了社會資源的關鍵樞紐——「經濟」與「政治」的分野愈發模糊。太多公共事務是藉由市場機制來完成，所以當一個人因為身分（種族、性別、年齡、階級……）而被排擠於就業或交易外的時候，他實質上參與公共領域的機會已經被剝奪！準此，私領域的排拒與壓迫，當

6 現行中央法令不僅條文簡單，執行上只靠有限的行政罰而未能賦予受害者直接請求懲罰性損害賠償之權利，根本不足以矯正瀰漫於社會的歧視風氣。

然必須是人權運動者的關懷重心。然而在欠缺有效、完整反歧視法制的情況下，實在難以挑戰私領域的威權！

我國至今沒有全面而完整的民權法（Civil Rights Laws）或反歧視法（antidiscrimination），用以禁止來自私人的壓迫侵害。憲法所保障的基本權利，除了極例外的情況外，只能用來對抗國家公權力。對於私領域的侵害，只能求諸於難以操作的「基本權利第三人效力」、民事侵權行為規定、刑事訴訟，以及零散（主要集中在性別領域）的反歧視法律。

但現行、傳統的民事侵權或是刑事制裁不夠嗎？

現行法確實遠遠不夠。主要的原因，就是因為現行民刑法多只是站在形式「中立」與「普世」原則上思考，而沒有直接針對不同族群所受到的「歧視」下手。除了少數明文禁止歧視的規定以外，民事侵權與刑罰規定，都沒有把「歧視」本身當作是一個值得處罰的惡害，也沒有把「不受歧視」當作一個保護法益。質言之，根本不知何為「歧視」！

因此，反歧視法其實是一個弱勢培力（empowerment）的武器。藉由排除就業、住居、交易、選舉以及其他各方面的障礙，讓少數種族、性少數、女性、身心障礙者……等原先被排擠的弱勢族群有機會進入公共領域，並享有尊嚴。

四、草案權利未臻具體

綜觀「草案」所列舉的各項權利，我認為仍然太過抽象，像是憲法條文一般空洞—未達「可操作執行」之地步。

臺北市人權保護自治條例不該像是憲法，要靠著大法官一次次慢慢累積解釋來具體化其內容；也不是全無執行內容的基本法，得靠著「其他法規」予以落實。它應該是具體可行，且可直接生效執行，無須其他法律或自治條例來填塞的規定。質言之，

它必須是self-executing law!!!

至少，「草案」應該寫得比既有的中央相關立法（如兩性工作平等法等）更具體清晰，而不是反而更模糊——地方政府制定一個比中央還模糊的綱領幹什麼？

舉例而言，「政府資訊公開法」都已經通過並且有極為具體的規定。「草案」應該是規定得更細緻，或提出更高的標準（e.g. 中央法律不主動公開的資訊，臺北市立法主動公開）才有意義。捨此不圖，放一個第9條「本市應保護人民依法請求公開資訊之權利」，似無太大意義？

五、草案權利範圍不足

「草案」的保護範圍，比起我們對「民權法」或「反歧視法」的要求來看，實在不足。

第一，依「草案」，這些「人權」似僅拘束「市府」，而不規範「私人」。然稍有進步性的Civil Rights Law，當然要超越憲法（僅拘束公權力）而禁止私人歧視與壓迫，防止社會力濫用。參照美國聯邦、各州，以及各地方政府與大都市所訂定的民權法律與自治條例，無不同時處理「公權力」與「社會力」的歧視行為。而中央的法律，也早已經開始干預私領域歧視（如：就業服務法第5條）。要知道，真正的侵害，絕不僅來自政府，而往往來自私人（拒絕讓愛滋患者與身心障礙者住進公寓的，可不是政府機關）。

第二，「草案」所規定的「人權」中，許多條文似僅保障「設籍」之「市民」。這也是錯誤的。原則上，除了少數與市民身分絕對相關的事項外，「臺北市人權保護自治條例」應該保障一切「在臺北市管轄範圍內的人」。尤其是當這個自治條例的保護範圍擴及「禁止私人歧視」時為然。

舉例來說，難道市府各單位可以因為我設籍在台北縣，不是形式上的「市民」，就侵害我的秘密通訊權利（草案第10條）？難道因為在臺北市工作的原住民某甲，沒有設籍在臺北，臺北市政府所屬機關（構）或位於臺北市的私人企業，就可以對她（他）作種族歧視嗎？當然不行！

如前所述，防止社會力濫用，矯正既有的歧視習慣，才是civil rights的重點。在反歧視原則下，個人的某些特徵（trait）不但政府不可以予以歧視，一般私人交易（就業、住宿、用餐、搭車、貸款……）也不可以納入考慮。亦即，「契約自由」是要受到限制的。

這正是「草案」困難的地方——要對抗許多既有的習慣、偏好——卻也是「人權」概念有意義之處。不處理這個面向，那就不要花力氣作文了吧。

當然，涉及「利益權衡」的時候，立法是可以妥協的。我們應該針對最有問題的地方，最常出現的歧視類型與場域，施以不同強度的規範；同時衡量這些反歧視規定對契約自由的衝擊程度。亦即，禁止歧視的種類以及範圍可以討論（如：幾人以下的小型企業可以豁免於某些類型的反歧視規定；哪些「特徵」⁷要列入禁止歧視的範圍等；哪些事項可以除外⁸……），但是「草案」的基調應該就是對抗社會力與公權力的歧視習慣與偏好。

六、欠缺具體有效執行機制

「草案」似僅屬訓示、方針規定，而非self-executing 規定，這樣的「軟法」在臺灣是不會發揮作用的。它沒有專責的主管機

7 「草案」第11條列舉了11種「禁止歧視的特徵」，但概括條款的「他種身分」意義為何？「性傾向」算在裡面嗎？

8 如：年齡歧視是否排除「屆齡退休」？就業歧視是否排除「真實職業資格」？

關、沒有罰則，更沒有具體的執行程序與機制。

如果與紐約市人權法（New York City Human Rights Law）相較，其專設人權委員會（Commission on Human Rights）職司調查、裁處、起訴與協調。其更明定行政裁罰（Civil Penalty）與具體執行機制。「草案」的粗糙可見一斑。

事實上，專責執行機關與詳盡的程序，恰恰反映了市府的commitment強度—是要一個輕鬆口惠的軟法，還是要把人權、反歧視的裡念「玩真的」？

七、積極保障（accommodation）

除了消極的「禁止歧視」以外，人權保護自治條例尚可針對特定群體或行為，予以積極的保護，使之享有一般法令所未賦予的利益，甚至豁免於某些法規的義務。這類的accommodation措施，也可以考慮在「草案」中訂定。目前身心障礙者權益保障護法的「無障礙環境」就是典型。

如芝加哥人權自治條例（Chicago Human Rights Ordinance）的§2-160-050⁹即特別要求雇主在安排休假與工作時，必須顧及不同宗教信仰者的需求。臺北市對於國際移工（外勞）與新移民女性（外籍配偶），也往往在中央法令尚未修改，其他縣市仍膠瑟鼓柱拘泥法令文義的情況下，先給予較為合理的待遇（如：雖屬外國籍，仍可享受某些社會福利給付；外籍配偶離婚後，仍給予延長居留）。「草案」可針對特定事項，予以更積極的保障，不當然要拘泥於「中央尚未立法」。

⁹ 關於以上規定的全文，可參照：

<http://www.kentlaw.edu/faculty/cshapiro/classes/EmpRe1F08/CourseReadings/Assignment25ChicagoHumanRightsOrdinance.pdf> (last visited, November 26, 2011).

附錄 A：New York City Human Rights Law 之簡介

一、鳥瞰

美國紐約市人權法(New York City Human Rights Law, HRL)主要是限制、禁止私領域的歧視行為。其分為7章：第1章設立「人權委員會」(Commission on Human Rights, Commission)，同時有數條重要實體規範禁止、限制歧視與侵害行為；第2章針對特定之不動產交易歧視行為予以限制；第3章特別保障「因抗議歧視行為而從事抗爭」之行為不受處罰與報復；第4章授權Commission對「系統性歧視」(systemic discrimination)提起訴訟，以請求法院發布禁制令與罰鍰；第5章授權受害者提起訴訟請求救濟；第6章規定市府律師(corporate counsel)在Commission之要求下，得起訴請求法院禁止並處罰歧視性的騷擾與暴力侵害；第7章則規定Commission應對歧視性的杯葛行為進行調查。

二、人權之意涵—禁止歧視

HRL中所謂之「人權」，與美國聯邦、各州及地方政府一樣，係以「免於歧視」或「反歧視」為其核心。在§8-101的「立法政策」即明揭「紐約市做為一具有全球性人口之城市」，對其居民之健康、道德、安全與福利傷害最大者莫過於「因差異—種族、膚色、信仰、年齡、原始國籍、外籍或公民身分、性別、性傾向……等—而產生的群體偏見與敵意對抗」。而綜觀HRL全文，也均以「禁止公私歧視」為宗旨。

三、人權委員會

Commission委員共15人，由市長任命。主委為專任，市長得

隨時免職更換。其餘委員係無給職。委員任期3年；但第1屆委員有5名任期1年，5名任期2年，另5名任期3年。（§8-103）

委員會的職權除了軟性的協調、鼓勵、研究、建議、報告外，更包括受理申訴、進行具有強制性之調查、舉行聽證、為制裁性的行政處分、提起民事訴訟請求法院制止與處罰相關行為等。

四、禁止歧視

§§8-107, 8-107.1, 8-203, 8-602是最主要的反歧視實體規範。

最具代表性者乃§8-107。該條規定禁止公私單位在僱傭（employment）、包括餐廳旅社等之公共場所服務（public accommodations）、房屋住宿（housing accommodations）、土地、商業空間（commercial space）與借貸（lending practices）活動，從事歧視行為。

而所謂「歧視」，主要包括因以下因素而對相對人為差別待遇：actual or perceived age, race, creed, color, national origin, gender, disability,¹⁰ marital status, partnership status, sexual orientation or alienage or citizenship status。該條規定同時也細緻地規定各種原則與例外情況，致力調和各方利益。

又，在特定情況下，即便被指控者在形式上、外觀上並無公開的歧視措施，但「差異影響」（disparate impact—如，黑人受雇者之數量遠少於當地居民人數比率）亦可能推定歧視之存在。

此外，因個人係家暴受害者或性侵害受害者而予以不利之差別待遇，也列入所謂的歧視。

§8-203則明文針對不動產交易行為—主要是仲介—的歧視進

10 因疾病，尤其是如愛滋病之類的疾病，而為差別待遇，通常被認定為 disability discrimination。

行規範。此係因應美國特有的種族住宅隔離問題而設。

五、執行措施

違反各種反歧視的實體規定者，Commission得依職權或依申訴進行調查與聽證。如確定違法，則可命其停止或改正相關行為（§8-120）、向法院聲請禁制令（§8-122）、課處罰鍰（例如，違反§8-107之僱傭歧視規定，而屬故意行為者，最高可課處25萬元罰鍰）。

附錄 B：City and County of San Francisco Municipal Code-Administrative Code 有關人權保護規定之簡介

一、主要執行機制：透過政府契約的間接影響—禁止包商歧視

舊金山郡與市之自治條例也有繁複的人權保障規定。與前揭紐約市的規定同樣都主要針對公部門與「私人歧視」。

但最大的差別，是舊金山對「私人歧視」並非直接禁止，而是透過間接的「政府契約」（類似我國之「政府採購」）條款來處理：以自治條例明定，市府所屬各機關所訂定之契約，均應於契約條款中規定相對人不得對其受雇人、求職人或次承包商（申請者），以及服務對象為歧視行為。（§§12B.1, 12C.1）

所謂歧視行為，則指包括依據以下因素而為差別待遇：race, color, creed, religion, national origin, ancestry, age, sex, sexual orientation, gender identity, domestic partner status, marital status, disability or AIDS/HIV status, weight, height。

相比之下，舊金山對私人歧視採取「間接」而非直接之管制。¹¹其甚至明文規定個人並不因自治條例中的禁止歧視條款，而取得任何民事請求權。（§12A.13）

二、人權委員會

舊金山之人權委員會（Human Rights Commission，HRC）亦由市長任命之15名委員組成。委員應代表一般公眾以及雇主、勞工、宗教、種族、年齡、性別、性傾向、性別認同、身心障礙與族裔團體。委員任期4年；但第1屆委員中，4名委員任期1年，4

¹¹ 但加州州法以及聯邦法，已有許多禁止歧視之法律規定。

名委員任期2年，4名委員任期3年，3名委員任期4年。主委由委員互選。委員均為無給職，且每次開會領取25元出席費。每月最多舉行4次會議。（§12A.4）

既然實體部分並無強制處罰權，HRC之職權自也較為軟性。僅有一般性的研究、協調、受理申訴與調解、舉辦公聽會、傳布教育性之資訊、提出建議、鼓勵自願性的積極平權措施（voluntary affirmative action），以及調查本自治條例有關之執行事項。（§12A.9）

如經HRC之調查與協調，仍無法解決，則將案件移送市府律師（City Attorney）進行相關訴訟。（§12A.9）

三、其他特別規定

1. 保障移民—排拒聯邦移民官員之干擾：在行政法典（Administrative Code）的第12H章「移民地位」（Immigration Status），一方面宣示舊金山市與郡為「庇護城市與郡」（City and County of Refuge）；同時更明文規定舊金山之經費與資源，原則上不得用以協助執行聯邦移民法—不得配合聯邦移民官員調查、收容移民。（§12H.2）HRC並應審查所有市府所屬機關是否遵守本自治條例。（§12H.4）
2. 執行聯合國消弭歧視婦女公約之規定：第12K章是為了執行聯合國之Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)而設。該章將CEDAW在地化、具體化，同時設立一CEDAW任務小組（CEDAW Task Force）做為本章之執行單位，同時對市長提出建議。
3. 私人資訊之禁止揭露：政府契約相對人（或次承包商），若自政府單位收到個人資訊者，除非契約明文授權，否則

禁止揭露相關資訊。

- 4.LGBTQ Youth：青少年服務敏感度之訓練：第12N章為“Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer, and Questioning Youth: Youth Services Sensitivity Training”其規定各政府機關與提供青少年服務之民間單位簽約時，應以契約要求服務提供者具有對男女同志、雙性戀、跨性別之敏感度訓練。