

廖元豪

「我們」有「討厭『他們』的自由」嗎？  
-- 為什麼法律要禁止歧視？

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

- 女性單身條款
  - 勞動契約規定，女性職員結婚後即應離職。
- 請問
  - 契約自由？
  - 雇主說：
    - 結婚女性要顧家，難以加要班。
    - 結婚女性請好多種假，成本比男性高。

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

## ■ 空服員職位

- 女性職缺較多。
- 限35歲以下。
- 要求「身材面貌姣好」。

## ■ 請問

- 契約自由？
- 雇主說：消費者喜歡這種型。

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

- 盲人法官
  - 司法官口試規則—須體檢及格
- 請問
  - 職務本質特性
  - 司法院說：
    - 法官必須耳聰目明才能辦案。
    - 我們沒有設備。

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

## ■ 關愛之家案

- 社區管委會，決議要愛滋患者搬遷。

## ■ 請問

- 所有權及契約自由？
- 社區居民說：
  - 愛滋患者對社區健康安全有影響。
  - 房價會下跌。
- 一審法官說
  - 愛滋的確不容易傳染，但恐懼是合理的，不算「歧視」！

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

## ■ 英語補習班愛美白

- 在美國出生長大之ABC來台應徵英語補習班教師，但因為不是白人而被拒絕聘用（或低薪）。

## ■ 請問

- 契約自由？
- 雇主說：
  - 你英文很好，但很抱歉，家長們就是要白人.....
  - 我們說了要聘美國人的，你明明是華人。

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

## ■ 宗教與性傾向

- 天主教會設立之〇〇中學，將公開出櫃之男同志教師解聘。
- 道教〇〇宮之住持，為基督徒被得知後，遭到撤換。

## ■ 請問

- 職務本質？
- 當事人身分與所屬組織衝突？

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

- 此山是我開，此店是我開
  - 餐廳張貼公告「本店恕不招待韓國人」。
- 請問
  - 契約自由？所有權？
  - 雇主說：
    - 我的店，我的設備，為什麼不能自行決定招待誰？
    - 我很多顧客都很討厭韓國人，不想跟韓國人在一起用餐。
    - 這樣的公告會讓愛國的顧客到處傳頌，生意會更好。



# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

- 『優惠』性差別待遇？
  - 大學指考分發，原住民加分25%。
  - 研究所申請入學，C大法研所於同分時優先錄取原住民學生。
  - 東華大學原住民民族學院學士班，限原住民族學生報考。
- 請問
  - 剝奪了漢人就讀機會？
  - 漢人學生僅因身分血統種族而遭拒絕，是種族歧視？

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

- 菲律賓公務船射殺我國漁民，群情激憤
  - 菜市場攤販說：不賣「非人」，請不要殺我。
  - 便當店：不賣，我當你們是狗...除非在地上拿走。
- 請問
  - 是否牴觸入出國及移民法之「禁止歧視」規定？
  - 這是契約自由、營業自由、言論自由的範圍嗎？

# 這叫歧視？何錯之有？該不該管？

## ■ 其他罄竹難書的案例

- 外籍配偶（有身分證）因口音而僅領最低工資。
- 桃園某社區得知外勞宿舍進駐，連署抗議攆出去。
- 台北車站被印尼外勞「霸佔」，趕緊架「紅龍」。
- 不良少年到處拿鐵棍「打外勞」。
- 大學生在電視上說原住民「蕃仔」。
- 政治人物說「中國豬滾回去」。
- 市場賣「大陸妹」。

# 這樣的案例呢？有何不同？

- 志玲挑男朋友，堅持一定要一
  - 身高180 cm，35歲以下。
  - 台灣人或白人
  - 存款1,000萬元以上。
- 出版社徵編輯一名，限大學畢業。
- JonIn抵制韓國，拒買三星手機。
- 泰緬餐館於潑水節僅招待泰國或緬甸人。
- 東吳法律名師開課，限「修過憲法且成績85以上者。」
- 「我就是討厭OO族！」

# 歧視何罪？

- For one thing,
  - 在自由社會裡，差別待遇與差異是正常且被鼓勵的。
  - 在市場體制中，人人各有偏好與選擇。
  - 在民主憲政國家，私法自治、結社自由及契約自由都受到保障，法令不能任意干涉。
- 所以.....
  - 我可以愛青霞勝過大元，可以立志不吃麥當勞但選星巴克，組成師大附中校友會.....

# 歧視何罪？

- For another,
  - 美國南方白人拒絕雇用、招待黑人；拒絕給他們平等教育...結果是—
    - 國家12%的人口就永遠難以發展，無法翻轉階級。
    - 他們對這個國家社會沒有認同，對體制無法忠誠。
  - 男性不給予女性投票權，只給他們擔任低階工作機會.....女性如何競爭？
  - 社會弱勢永遠是弱勢？

# 歧視何罪？

- 歧視可能造成的危害—**排拒與貶抑**
  - 針對「身分」而非「個人」的敵視。
  - 形成永久的、結構的「階層」（**caste/ status**）。
  - 優秀人力被排擠。
  - 多元價值被忽略。
  - 弱勢群體
    - 尊嚴與人格發展受侵害。
    - 無法參與公共領域（公職、言論、投票、交易、就業）。
    - 仇恨與犬儒，可能導致反抗、社會動盪。

# 歧視何罪？

- 市場、自由競爭，可以矯正歧視現象嗎？
  - 對於「非理性」歧視，或許可以。
  - 對於「理性」的歧視，非常困難，甚至會強化。
    - 配合選民或消費者之敵意（民主、自由）。
    - 「不歧視」有時的確成本較高（如：無障礙環境）。
    - 弱勢者欠缺自我投資的誘因（自我選擇）。
- 通常與「權力階層」（大欺小）有關：結構弱勢。
- 市場失靈！民主程序失靈！



# 反歧視法之特性、策略

- 「對抗」並「改變」社會偏好與功利考量
  - 一拜託，別再說「主流民意」！
  - 精算 vs. 男女平等；消費選擇 vs. 性別與族群平等
- 選擇性的對抗：
  1. 特徵：種族、膚色、原籍（national origin）、性別、身心障礙、年齡、外觀、性傾向、婚姻狀態……（社會權力結構、難以改變、根深蒂固）
  2. 領域：就業、交易、教育、投票與參選（重要生產、再生產工具，或政治經濟重要資源）
  3. 歧視行為類型：差別待遇、騷擾、仇恨犯罪或言論。（現實上可能造成危害、影響、衝突的）
  4. 規範對象：大咖，有社會權力、影響力者。（可能造成危害者）

# 反歧視法之特性、策略

- 基本權衝突？國家保護義務？第三人效力？
- 反歧視法必然是「干預」，所以本身也要通過合憲性檢驗，其至少干預了一
  1. 契約自由
  2. 結社自由
  3. 宗教自由
  4. 財產權
  5. 人身自由（動用刑罰）

# 反歧視法之特性、策略

- 群體取向（group-based）的思維：
  - 不完全是用「普世人權」或「個人主義」的角度，而是承認「歧視」乃是主流群體對結構性弱勢群體的貶抑排拒。
  - 被歧視，往往是因為你所屬的「身分」（男性或女性、同性戀者、原住民族、身心障礙、泰裔...），而非個人。
  - 往往必須正面承認社會有「群體衝突」。

# 反歧視法之特性、策略

- 對「歧視」之明確、策略性界定—
  - 法律上歧視與事實上歧視（直接 vs. 間接）。
    - 明訂「不聘用大陸妹」「外籍新娘請勿入內」？
    - 國語有口音就不用，沒身分證就不用？
    - 用考試、標準測驗用人、發獎學金？
    - 統計上，特定年齡或族群或性別人口不成比例地少？
  - 明文之歧視與執行上之歧視。
  - 故意歧視之「意圖」偵測
    - 前後事件脈絡之整理—情況證據、推論
- 高度「脈絡性」：不同的歧視類型，有不同之策略
  - 「種族隔離」幾乎必然是違憲，但「性別隔離」未必。
  - 「公布身分」，在黑白種族未必是問題，但在「性傾向」就不能逼人出櫃。

# 反歧視法之特性、策略

- 執行手段之多樣化
  - 行政罰（方便，成本低；但往往執行誘因低）。
  - 刑罰（最嚴厲，但執行率也最低）。
  - 民事損害賠償（有誘因，但須配合懲罰性損害賠償、集體訴訟、律師費用等機制）。
  - 政府資金、給付之彈性運用—終止、撤回、拒付政府經費（端視對spending power之範圍如何界定）。

# 台灣現狀

## ■ 法規範

### ■ 憲法：

- 位階最高，有強制性。
- 原則上僅對抗公權力行為。
- 規範內容、概念界定較不明確。

### ■ 人權公約：

- 消弭一切形式種族歧視公約、公政公約、經社文公約、CEDAW。
- 法律位階、比憲法細緻、可及於私人關係、法律效果未臻明確。

# 台灣現狀

## ■ 法規範

### ■ 其他法律

- 就服法、移民法、精神衛生法.....
- 缺失：
  - 不夠完整、統合
  - 執行機制與效果有限（太依賴行政罰，欠缺民事賠償配套機制）
  - 對「歧視」概念之認識不夠（漏掉間接歧視、執行上歧視）。
  - 難以動員受害者或民間團體力量。
  - 社會欠缺文化敏感度，對多元文化主義陌生—不知「歧視」是惡，甚至也不知何謂歧視。

# 禁止就業歧視

## ■ 就業服務法

- 第5條第1項：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。
- 第65條：違反第五條第一項.....者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。



# 禁止就業歧視

## ■ 性別工作平等法

- 第 7 條：雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。
- 第 8 條：雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，不得因性別或性傾向而有差別待遇。
- 第 9 條：雇主為受僱者舉辦或提供各項福利措施，不得因性別或性傾向而有差別待遇。
- 第 10 條：雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別或性傾向而有差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者，不在此限。雇主不得以降低其他受僱者薪資之方式，規避前項之規定。

# 禁止就業歧視

## ■ 性別工作平等法

- 第 11 條：雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。
- 工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。
- 違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。

# 禁止就業歧視

- 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例
  - 第4條：感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇，相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。

# 禁止就業歧視

- **精神衛生法第22條**：病人之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視。對病情穩定者，不得以曾罹患精神疾病為由，拒絕就學、應考、僱用或予其他不公平之待遇。
- **身心障礙者保護法第4條**：身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重與保障，除能證明其無勝任能力者外，不得單獨以身心障礙為理由，拒絕其接受教育、應考、進用或予其他不公平之待遇。

# 禁止就業歧視

## ■ 入出國及移民法

- 第62條：任何人不得以國籍、種族、膚色、階級、出生地等因素，對居住於臺灣地區之人民為歧視之行為。
- 因前項歧視致權利受不法侵害者，除其他法律另有規定者外，得依其受侵害情況，向主管機關申訴。
- 前項申訴之要件、程序及審議小組之組成等事項，由主管機關定之。
- 第81條：主管機關受理第六十二條之申訴，認定具有違反該條規定情事時，除其他法律另有規定者外，應立即通知違規行為人限期改善；屆期未改善者，處新臺幣五千元以上三萬元以下罰鍰。

# 爭議問題

- 外人（外國人、大陸地區人民、港澳地區人民.....）是否受保障？僅有「國民」能免於就業歧視？
  - 勞委會勞職業字0930204733（2004.11.11）：「求職人或所僱用員工」包括一切依法可工作之外國人、大陸地區人民、港澳居民等。
  - 因「大陸口音」而不僱用？
  - 因屬外籍配偶而僅給最低工資？
  - 外勞？
  - 無工作許可者（無證移民、黑戶）？

# 爭議問題

- 僱主-員工？
  - 保全公司員工與住戶公寓大廈之管委會主委？
  - 要派單位？
  - 顧客歧視，僱主容忍？

# 爭議問題

## ■ 歧視？

1. 無正當理由之差別待遇。
2. 因為列舉因素而遭到不利對待。
  - 例如：
    - 政黨僱用黨工、調查人員，明定「限本黨黨員」？
    - 播報員口齒清晰，國語標準？
    - 空服員美艷動人？身高 160 cm？
    - 教會行政人員限教徒？
    - 原住民愛喝酒，所以不僱用？
    - 咒罵新移民「死外勞」「印尼野蠻人滾回去」？



# 爭議問題

- 種族-語言-出生地
  - 口音？台灣國語？
  - 大陸地區人民？
  - 「原」大陸地區人民？
  - 「原」印尼國民？
  - 限（特定族之）原住民族？
  - 不要外省人？

# 爭議問題

- 階級？
  - 依職位高低有不同待遇（與福利）？
  - 依學歷高低給薪有差異？
  - 依父母之社會地位而決定僱用或不僱用？
  - *事實上，在一個早已廢除貴族制度，同時承認科層體制、契約自由、社會差異的社會，這是一個極少被動用的標準。*

# 爭議問題

- 年齡？
  - 限30歲以下？
  - 限役畢？
  - 限60歲以下？

# 爭議問題

- 宗教？
  - 天主教OO大學招聘專任助理教授/ 助教/ 行政人員一名，限天主教徒？
  - 佛教OO中學，全體教職員工每學期應參加禪七？
  - 戒毒單位「財團法人基督教晨曦會」招聘工作人員，「非基督徒勿試」？

# 爭議問題

- 懷孕歧視
  - 太辛苦了，先離職。
  - 產假、育嬰假請完後，回不來。
  - 懷孕與生產後，留職停薪請育嬰假，前一年的年終獎金？（公司規定「在職者方得請領」）
  - *問題常常在：表面口號之後的動機，如何辨認？*

# 爭議問題

- 性傾向歧視？
  - 娘娘腔/ 男人婆，所以解聘？
  - 同性伴侶，無法申請眷屬宿舍？
  - 生理男性就必須穿著男裝？生理女性就必須穿著裙裝？……對跨性別者？

革命尚未成功，同志仍須努力.....謝謝指教。

**The End**