

美國就業上性傾向歧視爭議之探討*

焦興鎧

中央研究院歐美研究所
11529 台北市研究院路二段 128 號
E-mail: chiao@sinica.edu.tw

摘要

本文之目的,是要對美國禁止就業上性傾向歧視法制之建構及實施情形,做一整體之檢視,並評析其優劣得失及引起爭議之處。全文之重要內容共分四個部分:第一部分討論此類爭議在美國之發展背景。第二部分就相關法令及執行機關未能對這類勞動者提供充分保障之情形,以及對聯邦各級法院之各項判決加以說明,並論及改革之重要內容與未能成功之原因。第三部分說明此類事件被害人可以請求救濟之其他法律途徑。第四部分除評析美國軍中規範性傾向歧視法制之演進情形,並與歐洲聯盟之現制做一比較。此外,由於我國就業服務法中,已將性傾向歧視自性別歧視中抽離,因此,本文將設法討論美國在這方面之經驗,可供我國啟示及參酌援引之處。

關鍵詞: 就業上性傾向歧視、一九六四年民權法第七章、聯邦憲法、普通法、軍中同性戀

投稿日期: 97.6.5; 接受刊登日期: 97.10.8; 最後修訂日期: 97.11.6

責任校對: 蔡青嫻、陳奕均、張滌之

* 本文原發表於「歐美兩性平權之研究: 工作、家庭與政策」學術研討會, 中央研究院歐美研究所主辦, 民國九十六年十一月九日召開。作者感謝國立臺北大學法律學院徐慧怡教授在研討會時所提出之批評指正, 也對兩位匿名審查人在撰稿期間所提出之指教敬致謝忱, 並已作適當之修正。

壹、序言

雖然美國早在一九六四年制定民權法第七章 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964)¹ 時，即已將性別 (sex) 列為禁止歧視之項目，但其立法目的並不是基於對兩性工作平等理念之追求，而是一位南方保守之眾議員不希望該法通過，故意在國會討論之最後階段加上此一項目，其目的是要造成該法無法完成立法，² 雖然此一陰謀並未得逞，卻因此一用詞在該劃時代制定法之立法過程中未經任何討論，而造成該國就業上性別歧視法制嗣後之發展，要較基於種族、膚色、宗教及不同國籍等因素所造成之各類歧視為晚。然而，自七〇年代末期起，經過該國婦女團體之努力推動，以及女性就業已成爲一股無法阻擋之趨勢後，就業上性別歧視 (sex discrimination in employment) 之禁止，已成爲該國最受矚目之新興勞資爭議課題 (焦興鎧，1997: 174)，尤其是九〇年代初期，因工作場所性騷擾 (sexual harassment in the workplace) 爭端而提起之申訴，幾已占該國平等就業機會委員會 (Equal Employment Opportunity Commission; 簡稱EEOC) 每年接案量五分之一，成長至爲驚人。³ 事實上，在過去四十多年來，透過國會、平等就業機會委員會及聯邦各級法院之努力，確已爲該國建構出一套極爲完備之兩性工作平等法制 (焦興鎧，1997: 204-207)。

¹ 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e (17) (2008).

² 關於此點，參見 110 Cong. Rec. 2577-2584 (1964)。至於整個事件之始末，參見 Estrich (1991: 816-817)，有甚詳盡之說明。

³ 舉例而言，在一九九一年此一職場新爭議開始受到矚目後，平等就業機會委員會一年所接獲之相關申訴案件，在一九九二會計年度即高達 10,532 件，至二〇〇〇會計年度更增加至 15,475 件，幾占該委員會當年所處理就業歧視總量 80,000 件之五分之一。嗣後，此一數據雖已呈逐年下降之趨勢，但仍接近一年 12,000 多件，關於此類數字資料，參見 U.S. Equal Employment Opportunity Commission (n.d.)。

至於在與就業上性別歧視息息相關之性傾向歧視 (sexual orientation discrimination) 之課題，在該國卻未受到應有之重視，不但國會迄今尚未能制定相關聯邦立法，來保障此類在就業市場上飽受不利對待之性別上少數族裔 (sexual minorities) 成員，⁴ 連平等就業機會委員會也一直認為，對特殊性傾向者在就業上採取任何歧視之舉，並不構成性別歧視之情形，而應受前述一九六四年民權法第七章之保護。⁵ 即使聯邦各級法院之相關判決也是相當歧異，甚至連在職場上對這些人所從事之性騷擾行為，一般也不認為構成就業上性別歧視之情形，而有一九六四年民權法第七章之適用。⁶ 在這種情形下，他 (她) 們通常僅能仰賴各州州法、其他次級政府所制定之地方法律，以及普通法 (common law) 來尋求救濟，但在該國近年來政治風潮益趨保守之發展下，在就業上遭到歧視時所能得到之保障，實無法與大西洋彼岸歐洲聯盟之各會員國相提並論，⁷ 甚至連與我國近期所建構之禁止就業上性傾向歧視制度相較，⁸ 也有一段距離。

本文之目的，是要對美國禁止就業上性傾向歧視法制之建構及實施情形，做一整體之檢視，並評析其優劣得失及引起爭議之處。

⁴ 所謂「性別上少數族裔」，是指男女同性戀者 (gays and lesbians)、雙性戀者 (bi-sexual persons) 及變性者 (transsexual or transgender persons) 而言，在美國一般是以 LGBT 稱之，而本文也主要是以此四種主要類型為探討重心，至於服飾倒轉者 (transvestists) 或其他更少數者，如戀物癖等，則僅在相關部分提及，並非本文之探討重心。

⁵ 關於此一委員會就此議題之立場，參見本文後揭參、一部分之說明。

⁶ 關於聯邦各級法院對此類爭議之相關判決，參見本文後揭參、二部分之說明。

⁷ 關於歐洲聯盟及重要會員國 (德國及英國) 近期在這方面之努力情形，參見焦興鎧 (2007b: 21)。至於美國制度與歐洲聯盟相關措施之比較，參見本文後揭伍、一部分之說明。

⁸ 關於我國近期在這方面努力之情形，參見本文後揭伍、三部分之說明。

除序言及結語外，全文之內容共分為四個部分：第一部分討論此類爭議在美國之發展背景，尤其是具特殊性傾向者在勞動市場上所遭遇之各種困境。第二部分分析一九六四年民權法第七章，以及平等就業機會委員會未能對這類勞動者提供充分保障之情形。此外，還對聯邦各級法院之相關判決加以說明。同時，並論及國會進一步改革草案之重要內容與未能成功之原因。第三部分說明此類事件被害人可以請求救濟之其他法律途徑，包括聯邦憲法、地方法規及普通法等。第四部分除對美國軍中規範性傾向歧視法制之演進情形加以評析外，並將與歐洲聯盟之現制做一比較。此外，由於我國就業服務法中，已將性傾向歧視自性別歧視中抽離，曾引起宗教團體與衛道者相當之疑慮，因此，本文將設法論及美國在這方面之經驗，可供我國啓示及參酌援引之處。

貳、就業上性傾向歧視問題在美國之嚴重情形及負面影響

在美國，性傾向歧視是一相當普遍嚴重之現象，甚至連在聯邦各級法院之相關判決中，都曾提及該國異性多數 (heterosexual majority)，對此類性別方面少數族裔群體成員之莫名畏懼與極端痛恨。舉例而言，在 *Rowland v. Mad River Local School District*⁹ 一案中，聯邦上訴法院第六巡迴法庭即曾提及：「大多數國人及成年人，都對同性戀持負面反對之態度。」¹⁰ 在早期，這些人甚至還被認定是精神病患，而美國政府也一直將同性戀之外國人做此歸類，並禁止他（她）們入境，¹¹ 這類法規一直到一九六五年才被加以修改，

⁹ 730 F. 2d 444 (6th Cir. 1984).

¹⁰ *Id.* at 453.

¹¹ 8 U.S.C. § 1182 (a) (4) (1960), 關於相關之案例，參見 *Boutilier v. INS*, 387 U.S. 118

但卻仍以這些人是性方面異類 (sexual deviants) 而加以排斥。¹² 此外，在其他相關之判決中，也可看出同性戀者通常被認為是天生上較不穩定，而且也不符合美國猶太基督教 (Judeo-Christian) 之道德與倫理標準，¹³ 甚至被極端厭惡與排斥。¹⁴ 在這種情形下，同性戀者自然無法與異性戀者相提並論，即使他 (她) 在各方面的表現並不見得遜色 (Rich, 1988: 774)。

至於這些人在職場上遭受到之各類歧視，則更屬罄竹難書。根據相關之調查研究顯示，接近 16%-46% 之同性戀受訪者指出，他 (她) 們曾因性傾向因素而遭到就業歧視。¹⁵ 包括拒絕僱用、立即被解僱，以及與女性或少數族裔受僱者面臨所謂「玻璃天花板效應」(glass ceiling effect) 一樣，無法晉升至事業單位內之決策階層 (Landau, 1994: 338-340)。此外，在薪資報酬方面，根據相關之研究顯示，雖然某些菁英級之同性戀受僱者之收入，確要較一般異性戀之受薪者為高，但其他普通男同性戀受僱者在這方面之待遇，則平均要較異性戀受僱者少約 11%-27% 之多，至於女同性戀受僱者與異性戀受僱者相較，則更提高至 12%-30% (Badgett, 1995: 737)。

事實上，同性戀者在實際就業中所面臨之最大困境，是來自主管、同事、顧客或甚至第三者之各類騷擾行為，而如後所述，由於平等就業機會委員會及聯邦各級法院並不承認這類事件之被害人，得以根據前述一九六四年民權法第七章之相關規定，提起就業

(1967)。

¹² 關於此一相關規定，參見 8 U.S.C. § 1182 (a) (4) (2008)。

¹³ 關於此點，參見 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 196 (1986) (Burger, C. J., concurring)。

¹⁴ 關於此點，參見 *Baker v. Wade*, 533 F. Supp. 1121, 1147 (N. D. Tex. 1982), *rev'd*, 769 F. 2d 289 (5th Cir. 1985)。

¹⁵ 關於此類調查數據，參見 Badgett (1995: 728-729)。

上性別歧視之行政救濟或訴訟，¹⁶ 因此，造成他（她）們經常處於一敵意之工作環境中，不但影響其工作表現，甚至還有被迫自動離職 (constructive discharge) 之情形，而這種經常轉換工作之結果，即常會影響其年資 (seniority) 之累積，而造成其就業安全 (job security) 更不受保障。此外，雖然工會基於公平代理 (fair representation) 之原則，有義務在其同性戀會員遭到此類不利對待時出面代為申訴，但因此類組織一向是由男性所把持主導，對同性戀者之反感，往往遠要較對女性為高，因此，不但本身即經常發生此類騷擾或歧視事件，而且在一般就業上性別歧視或工作場所性騷擾之爭議中，也並未能發揮為其女性會員爭取應有權益之效用 (焦興鎧，2003: 17-19)，更不要說為同性戀會員爭取權益。在這種情形下，同性戀者在職場上遭到性騷擾或其他騷擾之比例一直居高不下，也就不足為奇。

同性戀受僱者除在職場遭到諸多直接歧視外，他（她）們在其他與就業有關之待遇上，也無法與異性戀者相提並論。舉例而言，由於此類性別上之少數族裔，尤其是男同性戀者罹患愛滋病之可能性，確要較異性戀者為高，而一般大眾對此類疾病又充滿偏見，因此，雇主即在各類醫療保險 (health insurance) 上給予較不利之對待，而這些給付幾乎平均要占受僱者總收入 37% 以上 (Woods, 1993: 10)。同時，美國並未如絕大多數歐洲聯盟之會員國，准許這些同性戀者辦理伴侶註冊 (same-sex partnership registration)，俾便享有與異性結婚者幾乎相同之福利給付，從而，這些同性戀受僱者之同性同居人，往往並無法得到與結婚配偶一樣之對待，根據統計，目前僅有 48% 之私人公司，會對員工之同性伴侶提供此類醫療保障 (Sarasohn, 1994: 1)。此外，某些由政府所規定之給付，諸如

¹⁶ 關於此點，參見本文後揭參、一及參、二部分之說明。

一九九三年家庭及醫療休假法 (Family and Medical Leave Act of 1993)¹⁷ 等，也將此類同性伴侶排除在適用範圍外。¹⁸

在此值得一提者是，美國現行法制未能對其本國同性戀受僱者提供免於遭受就業歧視之保護一事，不但會對其國際形象造成負面影響，甚至還產生直接違反國際人權法之後果。雖然美國政府自八〇年代末期經濟全球化 (globalization) 步伐加速後，即極力主張在國際經貿活動中，應同時注意勞工基本人權之保護，甚至認為某些權利是具有普世價值 (universalism)，而且還嚴厲駁斥開發中國家提出所謂「文化相對論」(cultural relativism) 之抗辯。然而，在本國保守勢力之壓力下，對此類性別上少數族裔之就業權利卻刻意加以漠視，而所持之主要理由卻是前述猶太基督教義及道德標準等，與第三世界國家前述所提出之異議幾無任何差異，在這種雙重標準之情形下，自然影響其提出此類道德訴求之合法性及合理性 (Lau, 2004: 1695-1719)。

參、聯邦公平就業法制與就業上性傾向歧視之禁止

本文此一部份首先將說明目前美國聯邦政府公平就業法律，包括一九六四年民權法第七章，以及一九九〇年美國身心障礙人士法第一章之相關規定，無法對就業上性傾向歧視被害人提供充分保護之原因及實際情形。接著再分析聯邦各級法院針對相關爭議所作之判決及理由，藉以凸顯出司法在這方面所採取之保留態度。最後則是討論美國試圖為這些性別上少數族裔受僱者另行建構一套單獨保護立法之努力情形。

¹⁷ 29 U.S.C. §§ 2612-2654 (2008).

¹⁸ 根據此法之規定，所謂配偶是指法律所承認之異性結婚伴侶而言。

一、聯邦公平就業法所能提供之救濟

如前所述，美國禁止就業上各類歧視最重要之公平就業制定法 (fair employment statute)，是一九六四年民權法第七章，它禁止雇主因受僱者之種族、膚色、宗教信仰、性別及原始國籍等因素，而拒絕僱用或解僱，或在薪資報酬、工作條件、待遇或優遇等僱傭條件上有任何歧視待遇之情形。¹⁹ 該法還特別創設一獨立之平等就業機會委員會，來負責實際之執行。²⁰ 它在一九七二年、一九七八年及一九九一年，又歷經三次修正，除擴大適用範圍至各級政府之公務員，以及僱用員工達十五人以上而從事跨州營業之私營事業單位外，並允許平等就業機會委員會代就業歧視之被害人提起此類訴訟，或准許個人在得到其同意後，向聯邦地方法院提起此類訴訟。此外，根據一九九一年民權法 (Civil Rights Act of 1991)²¹ 之修正，該法除能提供衡平性救濟 (equitable relief)，諸如頒發禁令、積欠工資、復職及合理之律師費用外，尚准許勝訴之原告請求一金額之懲罰性損害賠償金 (punitive damages)，並能聲請陪審團參審及給付專家出庭費等 (焦興鎧，2003: 32-33)。

然而，美國國會在制定此一重要聯邦公平就業法律制定法時，並未對何種情況構成就業上性別歧視，進行任何辯論及說明，更遑論有關性傾向歧視之情形。事實上，自該法制定以後三十年間，國會雖曾先後制定有關禁止就業上年齡歧視²² 及身心障礙歧視²³ 之專

¹⁹ 關於對此一重要公平就業法律之一般說明，參見焦興鎧 (1995: 339-340)。

²⁰ 關於此一獨立委員會之組織架構、職掌機能及實際運作情形，參見焦興鎧 (2000: 85-103)。

²¹ 42 U.S.C. § 1981 a (2008).

²² Age Discrimination in Employment Act of 1967, 29 U.S.C. §§ 621-634 (2008).

²³ Title I of the Americans with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. §§ 12111-12117 (2008).

法，但卻一直未對性傾向歧視問題有任何著墨。至於前述負責此法執行重任之平等就業機會委員會，雖自一九七六年起即對在一九六四年民權法第七章制定時未曾提及的工作場所性騷擾問題加以重視，並陸續頒布多項相關指導原則 (guidelines)²⁴ 及政策指令 (policy guidance)，²⁵ 且將這類新興爭議視為一種就業上的性別歧視加以處理，然而該委員會卻從未將此與性別因素更為息息相關之性傾向歧視，認定是一種性別歧視。事實上，它自一九七五年起迄今，在所有相關正式申訴之裁定中，均認為一九六四年民權法第七章之保護，並不及於聲稱因性傾向因素而遭到就業歧視之申訴人。²⁶ 同時，該委員會還曾更進一步指出，即使對這類性別上少數族裔所從事之騷擾行為，不論是否具有性之意涵及本質，也並不構成該法第七章所禁止之性別歧視情形 (Lindemann & Grossman, 1996: 475-478)。

至於這些性別上少數族裔群體之成員，是否得以主張他(她)們是屬身心障礙者，因此受到該國另一重要公平就業法律——一九九〇年美國身心障礙人士法第一章 (Title I of the Americans with Disabilities Act of 1990)²⁷ 之保護呢？答案也是否定，因為根據該法前身之一九七三年復健法 (Rehabilitation Act of 1973)²⁸ 之相關規定，即已將同性戀、雙性戀、變性者、服飾倒轉，以及其他罹患性別認同混亂症者 (gender identity disorders) 等，都特別剔除在該法之適用範圍外，²⁹ 而美國身心障礙人士法第一章則更進一步加以限

²⁴ 29 C.F.R. § 1604.11 (2008).

²⁵ 關於這些政策指令之內容，參見焦興鐘 (2003: 94-95)。

²⁶ 此外，亦可參見本文此一部分後揭二之說明。

²⁷ 42 U.S.C. §§ 12111-12117 (2008).

²⁸ 29 U.S.C. §§ 701-796 (2008).

²⁹ 關於該法此一規定，參見 29 U.S.C. 706 (8) (F) (2008)。

制，不但排除這些人，還將其他罹患所謂「性行為混亂症者」(sexual behavior disorders) 也不列入該法保護之對象。³⁰ 事實上，聯邦各級法院之相關判決也是採取相同之立場 (Lindemann & Grossman, 1996: 475 n. 3)。舉例而言，在 *Blackwell v. United States Dept. of the Treasury*³¹ 一案中，聯邦上訴法院哥倫比亞特區巡迴法庭即曾在判決中指出，基於性傾向因素之歧視，並非前述一九七三年復健法所禁止者。³² 一般而言，即便其他相關之聯邦公平就業法律，諸如一九六三年同酬法 (Equal Pay Act of 1963)，³³ 以及一九六七年之就業上年齡歧視法 (Age Discrimination in Employment Act of 1967)³⁴ 等，通常也都無法適用於禁止就業上性傾向歧視之情形。從而，如果說性傾向歧視並非聯邦公平就業法律保障之對象，並非一不正確之說法，而美國在這方面此一例外性 (exceptionalism) 做法，確是歐美先進國家中較為少見者 (Lau, 2004: 1704-1706)。

二、聯邦各級法院所扮演之角色

雖然一九六四年民權法第七章並未對何種情形構成就業上性別歧視給予任何立法指示，但聯邦各級法院嗣後根據處理種族歧視問題所累積之經驗，也逐漸自七〇年代初期起，開始為就業上性別歧視之認定，樹立諸多之重要原則，尤其在工作場所性騷擾爭議之處理上，更是著力甚深。自一九八六年起，聯邦最高法院迄今已為這類爭議做出六則相關判決，如果再加上對校園性騷擾 (sexual harassment on campus) 所做之四則判決，則多達十則之多，堪稱是

³⁰ 關於該法此一規定，參見 42 U.S.C. § 12111 (b) (1) (2008)。

³¹ 830 F. 2d 1183 (D.C. Cir. 1987).

³² *Id.* at 1183.

³³ 29 U.S.C. § 206 (a) (2008).

³⁴ 29 U.S.C. §§ 621-634 (2008).

各先進國家終審法院對此一議題投注最多心力者。³⁵ 然而，聯邦各級法院對就業上性傾向歧視此一同樣敏感之課題，卻一直是採相當限縮詮釋之立場，並不認為基於這類因素而引發之就業歧視爭議，是一九六四年民權法第七章所指稱之性別歧視，而應受到該法之保護。

事實上，早自一九七九年，聯邦上訴法院第九巡迴法庭在著名之 *DeSantis v. Pacific Telephone & Telegraph Co.*³⁶ 一案中，即曾明確宣示一九六四年民權法第七章對就業上性別歧視之禁止，並不包括性傾向歧視在內，從而，原告並不能引用該法來請求救濟之立場。³⁷ 在該案中，共有三組原告提出上訴，其中一位男性托兒所教師因戴耳環而被學校開除；另三位太平洋電話電信公司之男性職員因是同性戀而遭到公司之歧視；第三組則涉及同一公司之兩位女性職員因是女同性戀者而被歧視。³⁸ 在第一審時，聯邦地方法院駁回原告們之訴訟，³⁹ 而聯邦上訴法院第九巡迴法庭也做出相同之判決。首先，該院特別強調在國會制定一九六四年民權法第一章時，是希望讓女性與男性居於平等之地位，從而，法院即不能採「性別」一詞，擴充詮釋到包括「性癖好」(sexual preference) 之概念，諸如同性戀在內。⁴⁰ 其次，它不認為性傾向歧視會對某一特定性別產生較不利之影響，從而，原告所提出之差別影響訴求即無法成立。⁴¹ 再者，該院還進一步拒絕接受原告所提由於性傾向歧視對男女兩性使

³⁵ 美國最高法院是在二〇〇四年，針對 *Pennsylvania State Police v. Suders* 一案做出最近期一則有關工作場所性騷擾之判決。

³⁶ 608 F. 2d 327 (9th Cir. 1979).

³⁷ *Id.* at 329-330.

³⁸ *Id.* at 328-329.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* at 329-330.

⁴¹ *Id.* at 330.

用不同之就業標準，因此，是一違反一九六四年民權法第七章之舉的訴求，從而，拒絕讓同性戀者順便也得到該法之保護。⁴² 最後，該院還針對原告所提基於其同伴性別之理由，因此性傾向歧視也應受到保護之訴求也加以駁斥，而認為即使其同伴缺少男子氣概 (effeminacy) 一事，也不應受該法之保護。⁴³ 從而，根據該院之見解，該法所禁止之性別歧視，僅是指性屬 (gender) 而言，不應擴充到同性戀之範圍。⁴⁴ 嗣後，聯邦各級法院之相關判決，也一直仍未偏離此一看法 (Lindemann & Grossman, 1996: 475-477)。

如前所述，就業機會平等委員會認為，對具有特殊性傾向者之任何騷擾行爲——不論是否具有性意涵，均不構成一九六四年民權法所指稱之性別歧視，而聯邦各級法院也一直是採取同一見解。舉例而言，在 *Williamson v. A. G. Edwards & Sons, Inc.*⁴⁵ 一案，原告指出他所以會被解僱是因為其為同性戀者之緣故，但聯邦上訴法院第八巡迴法庭卻指出，一九六四年民權法第七章並不禁止對同性戀者之歧視，從而，原告之訴即被駁回。嗣後，在 *Carreno v. IBEW Local Union No. 226*⁴⁶ 一案，聯邦地方法院更進一步指陳出，原告所以會被騷擾，完全是由於他是一同性戀者，而並非因為他是一位男性之緣故，從而，其所提出基於同性戀之一九六四年民權法第七章訴求即無法成立。同樣地，在 *Polly v. Houston Lighting & Power Co.*⁴⁷ 一案，雖然原告所遭遇之肢體騷擾情形極端嚴重，而且也大多與性意涵有關，但聯邦地方法院仍然拒絕接受其所提出之訴求。

⁴² *Id.* at 331.

⁴³ *Id.* at 331-332.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ 867 F. 2d 69 (8th Cir. 1989).

⁴⁶ 54 Fair Empl. Prace. Cases 81 (D. Kan. 1990).

⁴⁷ 803 F. Supp. 1 (S. D. Tex. 1992).

嗣後在 *Dillon v. Frank*⁴⁸ 一案，即使原告是根據敵意工作環境性騷擾來提出基於性傾向之訴求，而其所遭遇之境遇也確屬難以忍受，但聯邦法院卻仍然堅持根據一九六四年民權法第七章之立法原義，由於性別一詞與其他之相關因素，諸如：種族、膚色、原始國籍及宗教等一樣，都是具有全然或幾乎無法改變特質 (immutable characteristics)，因此，雖然其同事之各項騷擾行為確屬殘酷，但並非違反一九六四年民權法第七章之舉。同樣地，在另一相關之 *Hannab v. Philadelphia Coca-Cola Bottling Co.*⁴⁹ 案件，雖然原告同時提出交換及敵意工作環境性騷擾之訴求，但聯邦地方法院卻都加以駁回，在前者之情形，法院認為因為原告並無法證明他必須給予其管理監督者性方面好處，才能保住其職位，故並無法成立；在後者之情形，法院指出因為原告不屬任何被保護群體之成員，從而，亦不能提出這類主張。

除前述涉及同性戀者之情形外，某些聯邦下級法院更進一步將其他特殊形態之性方面行為也包括在內，使得整個問題更形複雜化。舉例而言，在 *Ulane v. Eastern Airlines Inc.*⁵⁰ 一案，聯邦上訴法院第七巡迴法庭甚至判決一九六四年民權法第七章並不保護變性者或衣飾倒轉者，因為它認為根據該法之原義，並不禁止對性別認知不當者，或不滿意其天生性別者之歧視行為，此外，該院還特別強調根據該民權法之立法背景，所謂性別一詞應是指傳統概念者而言，況且國會雖曾多次希望將該法第七章加以修正，俾便將基於性

⁴⁸ Slip Op. No. 90-2260 (6th Cir. Jan. 15, 1992)，事實上，聯邦上訴法院第六巡迴法庭並未公布此案之判決，其理由不詳，關於此點，參見 952 F. 2d 403 (6th Cir. 1991)。

⁴⁹ 56 Fair Empl. Prac. Cases 1325 (E. D. Pa. 1991).

⁵⁰ 742 F. 2d 1081 (7th Cir. 1984), cert. denied, 471 U.S. 1017 (1985).

別傾向之歧視納入，但卻始終未能得逞。⁵¹

三、進一步改革之情形

事實上，自一九七五年起至一九九三年止十八年期間，雖然美國國會曾多次希望對一九六四年民權法第七章作進一步之修正，藉以將性傾向列入該法之法定禁止項目之一，但卻未能獲得成功 (Jasiunas, 2000: 1535)。嗣後，自一九九四年起，乃有就業歧視禁止法 (Employment Non-Discrimination Act; 簡稱ENDA)⁵² 草案之提出，以做為此類改革之替代方案。此一草案之主要催生者共有兩位：一位是愛德華·甘迺迪參議員 (Sen. Edward Kennedy)，另一則是巴尼·法蘭克眾議員 (Rep. Barney Frank)，前者是民主黨籍之自由派大將，後者則是一公開出櫃之男同性戀者，而都來自麻州。根據他們之看法，任何修正現行一九六四年民權法之舉，都會讓那些反對積極行動 (affirmative action) 方案者，設法將該法中所規定之自願性積極行動方案條款加以廢除。此外，他們也指出，如果不去討論任何有關積極行動方案之利益課題，而且也不去牽扯一九六四年民權法的話，則此一草案在政治上被接受之程度即會大幅提升 (Jasiunas, 2000: 1546)。

一般而言，雖然此一草案是採單獨立法之方式為之，但其基本架構卻與一九六四年民權法第七章並無太大差別。它禁止雇主在僱用、解僱及僱用條件上基於性傾向因素予以歧視，而且也禁止他(她)們採取任何報復行為。同時，此草案也規定由平等就業機會委員會來加以執行。此外，在此類歧視之重要類型方面，它也採納根據一九六四年民權法第七章所發展出之差別待遇 (disparate treatment)

⁵¹ *Id.* at 1085-1086.

⁵² 關於此一草案之大體內容，參見Jasiunas (2000: 1545-1556)。

之基本理論。然而，為避免引發不必要之反彈，此一草案有許多條款與一九六四年之民權法有所不同：首先，它排除宗教團體 (religious organizations) 及軍隊在該法之適用範圍外，藉以減少推行此制之最大阻力。其次，它還不允許被歧視之原告採用所謂「差別影響」(disparate impact) 之理論來減輕其在這類事件中之舉證責任。再者，它也不允許雇主採用自願性之積極行動方案，藉以避免對這一群體之成員賦予額外之優惠待遇 (preferential treatment)，而引起保守人士之疑慮，而且也可不必捲入該國對此一制度存廢之論爭中。最後，它也不要求對受僱者之所謂「家內伴侶」(domestic partner)，提供任何保險或福利給付 (Jasiunas, 2000: 1546)。

自一九九四年起，甘迺迪參議員及法蘭克眾議員即開始著手在參眾兩院提出此一改革草案，明文禁止任何基於性傾向之就業歧視，雖然當時柯林頓總統入主白宮不久，曾對同性戀者採取多項友善之措施，甚至還希望改善軍中極端敵視這一群體成員之各類措施 (其詳後述)，而民主黨在參眾兩院又同時掌握多數，整個情勢似對通過此一改革措施極為有利。然而，在當年年底之國會期中改選時，民主黨卻遭到空前挫敗，無法在參眾兩院掌握多數，致喪失推動所有重要法案之主導權，自然也包括此一相當引起爭議之草案在內 (焦興鎧, 2003: 148-149)。事實上，在當年甘迺迪參議員之領導權，即被保守之共和黨籍貴格參議員 (Sen. Judd Gregg) 所取代，以致此一草案在委員會階段即遭封殺之命運。⁵³ 嗣後，雖然民主黨在二〇〇六年國會選舉後重獲參議院之多數席位，但因共和黨仍可能採取以所謂「冗長發言」(filibustering) 之立法技倆，來阻擋此一草案之通過，而民主黨在當時並未掌握推翻此一防堵策略之絕對多

⁵³ 事實上在一九九六年，民主黨之此一改革草案僅以一票之差，未能在參議院獲得通過，關於此點，參見Jasiunas (2000: 1536)。

數。⁵⁴ 從而，美國之同性戀者希冀在職場上免於遭受歧視或其他騷擾，僅能依賴前述之州法、地方性相關法律及普通法來提供保障。在這種情況下，該國現有法制堪稱是歐美先進國家中較為落伍保守者。

肆、其他相關之救濟途徑

雖然一九六四年民權法第七章所建構之禁止就業歧視法制，並無法對美國特殊性傾向者之就業權，提供較其他弱勢群體成員為完備周全之保護，但並不表示這些性別上少數族裔在遭到就業歧視時，並無任何救濟途徑可資援引。事實上，對在聯邦政府任職之這類員工而言，聯邦憲法增修條文中之相關規定，諸如第一條對言論及表意自由之保護，以及第五條中法律平等保護與正當程序條款等，都能用來伸張其就業權，⁵⁵ 而第十四條之相關規定，也可用來保障在州政府任職之這類受僱者（焦興鎧，2003: 57-58）。此外，雖然聯邦級之相關立法尚在草案階段，而且實際完成立法堪稱遙遙無期，但各州及次級政府自七〇年代末期起，即著手制定相關之地方法規，來對這些特殊性傾向者之就業權提供保護，而值得在此略作說明。⁵⁶ 最後，透過該國相沿已久之普通法，也能對此一群體成員這方面之就業權，賦予某種程度之保障。⁵⁷ 一般而言，在該國之所

⁵⁴ 至於共和黨在國會以此一冗長發言防堵重要勞動法律過關之作為，要以讓一九七八年國家勞工關係法改革方案未能通過一事最具代表性，關於此點，參見Gould (2004: 138)。

⁵⁵ 舉例而言，在遭到工作場所性騷擾行為侵害時，美國之聯邦政府受僱者即得以依據聯邦憲法第五增修條文來請求救濟，關於此點，參見焦興鎧 (2003: 56-57)。

⁵⁶ 關於此點，參見本文此一部份後揭二之說明。

⁵⁷ 關於此點，參見本文此一部份後揭三之說明，至於工作場所性騷擾事件被害人利用普通法請求救濟之途徑，參見焦興鎧 (2003: 36-51)。

謂「公益勞工法」(public-interest labor law) 中 (Gould, 2004: 197-232),⁵⁸ 諸如職業災害補償 (workers' compensation)、失業保險救濟 (unemployment insurance) 及退休金給付 (retirement benefits) 等相關法律中, 也都有免遭歧視或報復之相關保護規定, 當然也可適用於此一羣體之受僱者, 但因與本文所討論之主題較無直接關聯, 故將略而不談。

一、聯邦憲法所能提供之保障

一般而言, 美國聯邦憲法第一、第五及第十四增修條文所保障之基本權利, 諸如隱私權、親密之結社權、言論與表意自由、正當程序及法律平等保護等, 在理論上都足以用來對某些在社會上被污名化 (stigmatized) 羣體成員之就業權加以保護, 當然也包括特殊性傾向者在內 (Cohen, O'Byrne, & Maxwell, 1999: 12)。然而, 由於此類憲法保障之範圍通常僅及於所謂「政府行爲」(state action), 而非私人之作爲, 因此這種保障通常僅能適用在公部門服務之聯邦及各州受僱者, 原告還必須首先主張根據羣體來作分類, 他(她)是屬於要用較高層級司法審查標準羣體之一員始可 (Cohen et al., 1999: 12)。通常這種根據種族作分類之法律, 都會經過最嚴格之審查, 而被法院以並非達成一合法政府目的之必要判決違憲,⁵⁹ 至於根據性別 (sex or gender) 所作之分類, 則法院通常會採用一種中級之審查標準, 而以是否會基於一重要 (compelling) 目的為判斷標準。⁶⁰ 然而, 對這些性別上少數族裔之同性戀者來說, 迄今尚未被法院歸類為是一可疑 (suspect) 或準可疑 (quasi-suspect) 之分類,

⁵⁸ 至於這些法律在工作場所性騷擾事件所扮演之角色, 參見焦興鎧 (2003: 58-67)。

⁵⁹ 關於此類較早期之案件, 參見 Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886)。

⁶⁰ 關於此類案件, 參見 Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976)。

可能是因為他（她）們並不被認為在政經地位上需要特別保護之緣故（Cohen et al., 1999: 13）。事實上，史卡利大法官（Justice Antonin Scalia）甚至還認為他（她）們在美國，是屬一政經地位較高群體之成員，⁶¹ 而如前所述，聯邦下級法院在處理軍中此類爭議時，通常僅是採用最低之合理司法審查標準而已。⁶² 本部分以下分述聯邦各級法院根據聯邦憲法這些增修條文之相關規定，對同性戀之政府受僱者給予救濟之情形。

（一）根據第一增修條文之表意自由與結社條款提出訴求之情形

原告在此類案件中，通常是以聯邦憲法第一增修條文所保障之表意與結社自由來做訴求，但勝訴之機會並不大。舉例而言，在 *High Tech Gays v. Defense Industrial Security Clearance Office*⁶³ 一案中，原告宣稱在接受高層次之安全清查時，他向雇主公開曾光顧同志消費之澡堂、參加一男同志組織、與偶遇之相識者從事同性戀行為、願意通知雇主他是同性戀者、以及在未來仍會繼續此一生活形態等事實，致使其無法通過此一安全清查（security clearance），是屬違反他受聯邦憲法第一增修條文所保護之表意與結社自由之舉。⁶⁴ 聯邦上訴法院第九巡迴法庭則認為，被告係依據相關之政府規則進行此類安全檢查，並未違反原告受聯邦憲法保障之權利，況且原告參與男同性戀團體一事，只是對被告幾項考量標準之一而已。同時，根據原告所提供之資訊及其他相關紀錄顯示，具有男同志團體會員身分一項，並不是唯一未能通過此類安全清查之理由，從而，被告所

⁶¹ 關於此點，參見 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 638 (Scalia J., dissenting)。

⁶² 關於此點，參見本文後揭伍、二之說明。

⁶³ 895 F. 2d 563 (9th Cir. 1990).

⁶⁴ *Id.* at 579.

做未能通過此一安全清查之決定，並未構成違憲之舉。⁶⁵ 此外，在 *Shahar v. Bowers*⁶⁶ 一案中，喬治亞州法務部決定取消對原告之僱用決定，是因為她決定與女同性戀者結婚並改變其姓氏，至於原告則提出聯邦憲法第一增修條文所保障結社自由之訴，聯邦地方法院在該案判決中指出，雖然原告與其同性伴侶之關係確屬該第一增修條文所保障之親密關係，但它卻特別引用聯邦最高法院在著名之 *Pickering v. Board of Education*⁶⁷ 一案所樹立之平衡測試 (balancing test) 原則，認為被告所提出之有效率的公共服務 (public service) 之利益，要較原告所提出之私人利益為重要，因此判決被告勝訴。⁶⁸

(二) 根據第五增修條文正當程序及法律平等保護條款提出訴求之情形

此類案件通常是由同性戀之情治人員所提出，舉例而言，在 *Doe v. Webster*⁶⁹ 一案中，原告為中央情報局之幹員，因性傾向問題被該局未經預告或聽證而開除。聯邦地方法院判決該局敗訴，認為此一解僱之舉違反原告受聯邦憲法所保障之實體性正當程序 (substantive due process)。⁷⁰ 根據該院之見解，由該局員工手冊之公開聲明，以及相關官員繼續任用之意思表示觀之，原告對此一僱用關係之繼續維持一事，應有一受保護之財產利益 (property interest)

⁶⁵ *Id.* at 579-580.

⁶⁶ 836 F. Supp. 859 (N.D. Ga. 1993).

⁶⁷ 391 U.S. 563 (1968).

⁶⁸ *Shahar*, 836 F. Supp. At 864-865.

⁶⁹ 769 F. Supp. 1 (D.D.C. 1991), *rev'd in relevant part sub nom.* *Doe v. Gates*, 981 F. 2d 1316 (D.C. Cir. 1992), *cert. denied*, 114 S. Ct. 337 (1993).

⁷⁰ *Id.* at 5.

存在。⁷¹ 然而，聯邦上訴法院哥倫比亞特區法庭卻推翻聯邦地方法院此一判決，而認為員工手冊上之聲明及相關官員之意思表示等，均不能與一九四七年國家安全法 (National Security Act of 1947)⁷² 相關條文之明確規定相牴觸，而該條文特別賦予該局局長在解僱個人員工上極大之權限，因此，該上訴法院認為，原告並無繼續任用之財產利益存在。⁷³ 事實上，聯邦上訴法院第九巡迴法庭較早期間也曾在 *Dubbs v. CIA*⁷⁴ 一案中，認為根據聯邦憲法第五增修條文之平等保護條款，中央情報局在對幹員做安全清查時，對其同性戀行為當作是一負面因素來加以考量，但並不及於異性戀行為，並非違反聯邦憲法第五增修條文此一相關條款之舉。⁷⁵

(三) 根據第十四增修條文法律平等保護條款提出訴求之情形

在極受矚目之 *Romer v. Evans*⁷⁶ 一案中，柯羅拉多州曾舉辦一場名為「第二號修正案」(Amendment 2) 之公民投票，其目的是要修改該州之憲法，藉以讓該州各重要城市所通過禁止性傾向歧視之地方性法律失效。⁷⁷ 該州聲稱此一修正案之目的，僅是要將同性戀者與其他人置於同一之地位，充其量僅不過是要剝奪這些同性戀者所享有之「特別」權利而已。⁷⁸ 然而，聯邦最高法院卻不同意該州所提出之此類論點，而認定該州此一州憲法修正案，僅是對同性戀

⁷¹ *Id.*

⁷² 50 U.S.C. §§ 402-442 (2008), 本案所涉及之條文為 § 403 (c)。

⁷³ 關於此點，參見 *Doe v. Gates*, 981 F. 2d 1316, 1320 (D.C. Cir. 1992)。

⁷⁴ 866 F. 2d 1114 (9th Cir. 1989).

⁷⁵ *Id.* at 1120.

⁷⁶ 517 U.S. 620 (1996).

⁷⁷ *Id.* at 623-634.

⁷⁸ *Id.* at 626.

者加諸一種「特別障礙」(special disability) 之情形。⁷⁹ 在該案中，聯邦最高法院採用聯邦憲法第十四增修條文法律平等保護條款之分析方式，認定該州所提出之理由，甚至並無法通過較低層級之合理審查標準，從而判決該州敗訴。⁸⁰ 根據該院之見解，此一修正案所涵蓋之範圍一方面失之過於狹窄，但另一方面又失之過於廣泛。它一方面用單一之特質 (a single trait) 來指出一群人來，然後接著就全面拒絕對他(她)們提供保護。⁸¹ 事實上，它僅是出自於敵意，而針對某一在政治上不受歡迎團體加以傷害而已。⁸²

二、地方政府相關法律所能提供之保障

在美國，雖然聯邦法對禁止就業上性傾向歧視並未做明確之規定，但各次級政府卻能制定各類相關之地方性法規，來對此一性別上少數族裔成員之就業權提供某些保障。舉例而言，早在一九七二年，密西根州之東朗辛郡 (East Lansing County)，即成為美國第一個禁止在就業上性傾向歧視之地方政府。嗣後，經過三十多年之努力後，目前已有近一百五十個重要都市及三十五個郡，制定相關之地區及都市法規 (local and municipal ordinances)。⁸³ 然而，這些地區性法規所能提供之保護在程度上堪稱參差不齊，有些僅對公部門之僱用上設有此類限制，但也有更進一步擴充至公共設施 (public accommodations) 及私部門僱用關係者 (Jasiunas, 2000: 1530-1531)。在這種情形下，對某些在不同地點均有營運之雇主而言，

⁷⁹ *Id.* at 631.

⁸⁰ *Id.* at 631-632.

⁸¹ *Id.* at 633.

⁸² *Id.* at 634-635.

⁸³ 關於此一數字資料，參見 Lambda Legal Defense and Education Fund (2001, May)。

常易造成無法採用一套統一性政策及標準之困難 (Readler, 1998: 790)。

事實上，在這些地方性相關法規遭到質疑挑戰而涉及訴訟時，各州法院通常無法做出統一性判決一事，也常易會對雇主造成無所適從之困難，雖然有些州法院是採較寬容之態度，而認為這些地方性法規並不應被持不同意見之較高位階州法所優位取代 (pre-empted)，⁸⁴ 或判決禁止性傾向歧視之舉，並不構成一種結社自由 (free association) 之訴求等。⁸⁵ 然而，也有些州法院是採取較為嚴格審查之立場，而判決某些相關地方性法規因超越各市政府之立法權而失效，⁸⁶ 或應被不同立場之州法所優位取代。⁸⁷ 一般而言，由於各地方政府之人力及財政資源有限，因此，這些相關地方法規之實際執行，往往並無法發揮保障特殊性傾向者就業權應有之功效 (Readler, 1998: 796-805)。

在此值得提出者是，這些地方禁止性傾向歧視法規最大之困境，在於它們都遭遇政治上不穩定 (political instability) 之問題，也就是只要政治氛圍有所改變，就會產生無計可施之後果。舉例而言，在九〇年代初期，俄亥俄州辛辛那提市曾先後制定兩項禁止在公私部門性傾向歧視之市法規，但很快即被一項所謂「第三爭議」(Issue 3) 之創制案所推翻。嗣後，在*Equality Foundation of Greater*

⁸⁴ 關於此類法院判決，參見*Air Transp. Ass'n of America v. San Francisco*, 992 F. Supp. 1149, 1159 (N.D. Calif. 1998)。

⁸⁵ 關於此類法院判決，參見*Kahn v. Thompson*, 916 P. 2d 1124, 1127, 1130 (Ariz. Ct. App. 1995)。

⁸⁶ 關於此類法院判決，參見*Lilly v. City of Minneapolis*, 527 N.W. 2d 107, 108 (Minn. Ct. App. 1995)。

⁸⁷ 關於此類法院判決，參見*Delaney v. Superior Fast Freight*, 18 Cal. Rptr. 33, 35-37 (Cal. Ct. App. 1993)。

*Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati*⁸⁸ 一案中，雖然此一創制案曾被以違反聯邦憲法第十四增修條文平等保護條款，以及第一增修條文之言論自由條款為由，向聯邦上訴法院第六巡迴法庭提出質疑挑戰，該院卻以判決維持其合憲性，⁸⁹ 而在上訴至聯邦最高法院後，雖該院廢棄此一判決並將之發回，⁹⁰ 但該上訴法院仍然重新維持此一創制案之合憲性，⁹¹ 而聯邦最高法院也未再重新聽審此案。⁹² 由此一事件之結果可以看出，只要政治氣候趨向保守，則此類地方性相關法規即易遭到廢止之命運 (Jasiunas, 2000: 1532-1533)。

至於較高層級之各州相關州法，是否足以對此一群體之成員提供更充分之保障，答案也是充滿不確定性 (Landau, 1994: 346-347)。在一九八二年，威斯康辛州制定保護同性戀者法律時，曾明文禁止在就業上之性傾向歧視，是開美國各州之先河。⁹³ 嗣後，各州也紛紛效尤，截至本文完稿 (二〇〇七年十月三十一日) 前，共有十九個州及哥倫比亞特區制定此類之公平就業州法。⁹⁴ 事實上，即使有些州法並未明文禁止這種就業歧視，但另有所謂「保障生活形態」(lifestyle protection) 之制定法來加以保護 (Gilmore, 1996: 103-106)。此外，也有些州政府是以州長行政命令 (executive orders) 之方式，來禁止就業上之性傾向歧視 (Jasiunas, 2000:

⁸⁸ 54 F. 3d 261 (6th Cir. 1995), *vacated* by 518 U.S. 1001 (1996).

⁸⁹ *Id.* at 270-271.

⁹⁰ 關於聯邦最高法院此一判決，參見Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati, 518 U.S. 1001 (1996)。

⁹¹ 關於聯邦上訴法院第六巡迴法庭此一判決，參見Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati, 128 F. 3d 289 (6th Cir. 1997)。

⁹² 關於聯邦最高法院此一判決，參見Equality Foundation of Greater Cincinnati, Inc. v. City of Cincinnati, 525 U.S. 943 (1998) (mem.)。

⁹³ 關於此一州法，參見 WIS. STAT. §§ 111.19-111.36 (1996)。

⁹⁴ 關於此一數字資料，參見Lambda Legal Defense and Education Fund (2001)。

1533-1534)。一般而言，這類州法之制定形式可區分為兩類：一是以一般禁止歧視之州法為之，而性傾向歧視僅列為其中之一項。⁹⁵ 另一項則是在其他類型之保障項目中，另行列出一特別保護此一群體就業權之條款。⁹⁶ 至於那種類型之規定能提供較充分之保障？雖未見有確見，但一般均認為那些特別將性傾向歧視抽離 (stand-alone) 之制定法，通常較不能給予較充分之保障 (Jasiunas, 2000: 1534)。

一般而言，以較高層級之州法來保障特殊性傾向者之就業權，顯然要較前述相關之地方法規來得更為周延可靠。⁹⁷ 首先，這些州法一般較具政治上安定性，因為根據聯邦最高法院在 *Romer v. Evans*⁹⁸ 一案之判決，州政府不能禁止制定或採納保護同性戀者不受歧視之法律。⁹⁹ 其次，因此類相關法律之位階相當夠高，而且迄今尚未有相關聯邦立法之制度，故沒有前述之優位取代問題。¹⁰⁰ 最後，這些州法適用於全州，因此，其保護之對象自然較多，而且在適用上也較有一致性 (Developments in the law, 1996: 1630-1631)。事實上，州法在這方面所發揮之積極作用，不但會引起後述對聯邦憲法中某些原則之重新省思，而且也發揮擴大民權法保障範圍之作用。然而，在一九九八年，緬因州之禁止歧視法，即在嗣後仍被該州以公民投票之方式加以廢除，而且還會引發極為對立之政治衝突，由此可見這類州法確也有遭遇前述地方性相關法律遭到廢止命運之

⁹⁵ 關於此類型之州，參見明尼蘇達州之相關立法，MINN. STAT. §§ 363.12 (1) (1996).

⁹⁶ 關於此類型之州法，參見康乃狄克州之相關立法，CONN. STAT. §§ 46a-81c (1999).

⁹⁷ *Id.* at 1534-1535.

⁹⁸ 517 U.S. 620 (1996).

⁹⁹ *Id.* at 623-645.

¹⁰⁰ 然而，根據一九七四年受僱者退休收入安全法 (Employment Retirement Income Security Act [ERISA] of 1974) 之相關規定，在與州法對當事人之同居伴侶提供相關給付時，可能會引發此類聯邦法優位之爭議，關於此點，參見Fisk (1998: 267)。

可能 (McGowan, 1998: 633)。更進一步而言，由僅有不到一半之州制定這類保障同性戀者就業權相關法律之情形來看，將來就此一敏感課題達成任何重要共識之舉，可能還有待未來更多年之努力，而這種情形恰好又在在顯示出，制定全國統一適用且不致遭到政治上創制或複決作為所破壞之聯邦立法，實在有其必要性 (Jasiunas, 2000: 1535)。但如後所述，美國自一九九四年起，過去十幾年來在這方面之努力，並未能產生任何成果。

三、普通法所能提供之保障

在美國，由於並沒有聯邦立法來禁止就業上之性傾向歧視，因此，各州州法院透過法官造法 (judge-made law) 之方式，來對此一群體成員之就業權加以保護一事，即成為他（她）尋求救濟之重要法源依據。然而，在此值得一提者，雖然這種救濟方式行之有年，而且確也能發揮一定之功效，但卻也同時面臨兩項困境：一是僅能提供事後之救濟，並無法產生就業歧視問題中最重要之預防效果。另一則是法官在沒有立法或政策指導之情形下，通常並不會勇於嘗試來審理這類案件 (Cohen et al., 1999: 30-31)。本部分以下分別由該國之契約法 (contract law) 及侵權法 (tort law) 兩個領域，來分析此二法域對此類性別上少數族裔成員之工作權，所能提供保障程度及有效性。

(一) 根據契約之違反來請求救濟

雖然所謂「僱用自由意志」(employment-at-will) 之原則，在美國私部門僱用關係中已根深蒂固，而雇主可以任何理由——不論是好或壞，或甚至不具任何理由，將受僱者加以解僱，但受僱者自然

亦可自由離職他就。¹⁰¹ 在這種情形下，如果雇主以受僱者係同性戀者為由而將其開革，受僱者即無法以不當解僱 (wrongful discharge) 為由而訴請救濟 (Blades, 1967: 1420-1421)。然而，在近年來，各州為匡正此一原則之實際運作對受僱者越來越不利之現象，開始逐漸發展出某些例外情況，包括公共政策 (public policy)、默示性契約 (implied contract)，以及誠信及公平對待原則 (covenant of good faith and fair dealing) (焦興鎧，1995: 21-38)，其中前一項因同性戀身分與推動公共政策較無直接關聯，而且與後述之侵權行為訴求較有關，但後兩項情形似可用來主張這類受僱者之訴求。在默示性契約之情形，如果受僱者已經任職多年，而在員工手冊或其他相關資料中，雇主曾允諾只有在有正當理由之情形下，方才會將受僱者開除時，則雙方即足以成立一所謂「附屬性契約」(subsidiary contract) 關係。在這種情形下，雇主除非有較充分之理由，否則即不易以受僱者為同性戀者為由而將其開除。然而，雇主亦可採取某些反制之作為，來維持雙方受僱用自由意志原則約制之僱用關係 (Cohen et al., 1999: 32-38)。舉例而言，雇主可以嗣後要求受僱者簽署一項書面，聲明雙方之此一關係，仍是可以任意解僱者，則仍可以規避此一法律責任。¹⁰²

至於在誠信及公平對待原則之情形，則對同性戀受僱者之保障更顯不足，一則是因為目前僅有不到四分之一的州，是承認有此一例外情形存在，從而，在沒有先例可循之情況下，州法院通常沒有較強之意願來接受處理此類相關之訴求。另一則是如果沒有相關州制定

¹⁰¹ 關於美國此一僱用自由意志原則之發展背景及例外情形，參見焦興鎧 (1995: 12-38)。

¹⁰² 關於州法院此類判決，參見Progress Printing Co. v. Nicholas, 421 S.E. 2d 428 (Va. 1992)。

法來保障此類受僱者，再加上目前美國「恐同症」(homophobic prejudice) 相當盛行之現況，這種認為性傾向歧視不是一開除同性戀受僱者正當理由之假設 (assumption)，確有不切實際之處。在此值得一提的是，如果雇主僅是拒絕僱用同性戀者，固然無法適用前述有關違反契約法之相關規定，因為雙方尚未正式成立僱用關係，然而，在衡平法上禁止推翻承諾 (promissory estoppel) 之原則，似可讓雇主負擔應履行此類契約之義務。然而，在這種情形下，受僱者還必須進一步證明他 (或她) 對雇主此一承諾具有合理 (reasonable) 之期待，同時，雇主因其同性戀而不予僱用之決定是不公平的 (unjust)，其勝訴之可能性堪稱相當渺茫 (Cohen et al., 1999: 32-33)。

(二) 根據侵權行為來請求救濟

一般而言，同性戀受僱者根據普通法上侵權行為之相關原則來尋求救濟，不但不會受到前述公平就業法制通常只適用於雇主及損害賠償金最高數額之限制，而且在過去十幾年來，由於各州民事法院之努力，已為工作場所性騷擾之被害人透過此一法域尋求救濟一事，奠定相當堅實之基礎 (焦興鎧，2003: 37-48)，讓在就業上因性傾向因素而飽受歧視之同性戀受僱者，似乎也得以循此途徑得到保障，尤其是在因同性戀之身分而在職場上遭到各種騷擾之情形，某些職場性騷擾事件被害人所經常提出之作勢攻擊或傷害、故意造成情緒上苦惱、侵及個人隱私、非法妨害人身自由及誹謗之訴求等，似乎也得以對他 (她) 們一體適用 (焦興鎧，2003: 37-40, 42-46)。然而如前所述，平等就業機會委員會及聯邦各級法院都不承認這類受僱者在遭到性騷擾時，得以和一般受僱者一樣，根據一九六四年

民權法第七章之相關規定，提出性別歧視之訴求，¹⁰³ 而在沒有制定法及法院判決先例可循之情形下，各州法官對這些性別上少數族裔，是否可透過普通法上侵權行為之途徑來尋求救濟一事，通常也會採取較保留之態度，從而，對在就業上因性傾向因素而受害之同性戀受僱者而言，在此一傳統法域所能得到之補償或賠償，不論在保障範圍及效力上，往往都會受到相當程度之壓縮 (Cohen et al., 1999: 35-36)。

事實上，根據美國學者之分析，就業上性傾向歧視之被害人要提出這類侵權行為之訴求，較為常見者約有以下三種情形：首先，在前述僱用自由意志原則之三項例外情形中，違反公共政策之項目，幾乎是目前各州法院所共同承認者，而賦予因要求僱主遵守某些公共政策致遭報復之受僱者甚大之保障 (Cohen et al., 1999: 35-36; 焦興鎧, 2003: 26-29)。在這種情形下，如果某特定州 (紐澤西州即屬其一) 制定專法，禁止僱主基於性傾向之理由，而拒絕僱用或將受僱者加以解僱，則受害人自得以僱主違反公共政策為由，向法院訴請侵權行為之救濟。然而，僱主在這種情形下，通常也都會主張這些涉及人權專法所提供之補償措施，是屬排他 (exclusive) 性質，從而，受僱者即不得主張普通法上不當解僱之救濟 (Cohen et al., 1999: 34-35)。目前，這些制定類似專法之各州，通常都會接受僱主所提出之此一抗辯，致使提出此類訴求之受僱者並無法獲得普通法上侵權行為之賠償或補償，但加州最高法院卻持不同之看法，而特別允許原告提出這類訴求。¹⁰⁴

其次，侵及個人隱私之訴求，也是這類就業上性傾向歧視被害

¹⁰³ 關於此點，參見本文前揭參、一及參、二之說明。

¹⁰⁴ 關於該州法院此一見解，參見 *Rojo v. Kliger*, 801 P. 2d 373, 383 (Cal. 1990) 一案之判決。

人請求救濟之一項有效利器，尤其是在雇主以不合理之手段蒐集或使用有關此類受僱者相關資訊之情形 (Cohen et al., 1999: 39)。舉例而言，在 *Greenwood v. Taft, Stettinus & Hollister*¹⁰⁵ 一案中，原告是一男同性戀律師，將他男性伴侶列為法律事務所提供保險計畫之受益人，嗣後他控訴該事務所將此一保密之資訊，交給與該保險計畫並不相關之職員處理，而侵及他與同性伴侶之隱私權。¹⁰⁶ 雖然俄亥俄州之上訴法院在該案並未進行事實審，但卻指出根據原告所提出之事實，他確在侵及個人隱私之訴訟上有訴因 (cause of action) 存在。¹⁰⁷ 此外，在 *Borquez v. Ozer*¹⁰⁸ 一案中，原告也是一男性執業律師，當他獲知其男性伴侶已罹患愛滋病後，在與法律事務所一位資深合夥律師談及此事後不到兩天，整個事件就傳遍全事務所，而他也因此被開除。¹⁰⁹ 在嗣後所提出之侵及隱私及不當解僱之訴訟中，原告均獲得勝訴。¹¹⁰ 根據柯羅拉多州上訴法院之見解，由於此類資訊純屬私人性質，而將此類資訊公開一事，將會對一合理個人造成高度之冒犯，況且原告之性傾向如何，也不是一般公眾所應合法關切之課題，因此，他所提出之訴求，完全符合美國侵權行為彙編第二集 (Restatement [Second] of Torts) 之相關認定標準。¹¹¹

最後，故意造成情緒上苦惱之訴求，一般是工作場所性騷擾事件之被害人最常引用之普通法上救濟之道，似也可以讓因性傾向因素而被騷擾或歧視之原告來加以援引 (焦興鎧，2003: 39-40)。根據

¹⁰⁵ 663 N.E. 2d 1030 (Ohio Ct. App. 1995).

¹⁰⁶ *Id.* at 1031.

¹⁰⁷ *Id.* at 1036.

¹⁰⁸ 923 P. 2d 166 (Colo. Ct. App. 1995).

¹⁰⁹ *Id.* at 170.

¹¹⁰ *Id.* at 171, 178.

¹¹¹ *Id.* at 172-173.

美國學者之通見，被害人要提出此類訴求時，通常必須符合下列要件：(i) 加害人之行為極端令人厭惡；(ii) 加害人具有造成被害人情緒上苦惱之意圖，或輕忽不顧有發生此種情形之可能性；(iii) 被害人因此遭到嚴重之情緒上苦惱；及 (iv) 被害人所指控之行為造成其本身嚴重情緒苦惱 (焦興鎧，2003: 39)。由於對就業上性傾向歧視之被害人而言，要證明這類歧視行為——尤其是性騷擾或其類型之騷擾，會對其造成情緒上苦惱並非過分困難之事，因此，此一普通法上訴求之使用，在近年來已有逐漸增多之趨勢 (Cohen et al., 1999: 41)。

伍、綜合評析

本文此一部分，首先將剖析歐洲聯盟近年來在這方面所從事之改革，並設法對兩個制度做一初步之比較。接著再討論美國軍中同性戀問題所引發之各項爭議，以及國防部所採取之立場。最後則是提出美國在這方面之經驗，可供我國近期相關改革措施省思及攻錯之處。

一、美國與歐洲聯盟相關制度優劣之比較

與美國之經驗相比，雖然歐洲聯盟對就業上性別平等之議題著墨較早，舉例而言，早在一九五七年羅馬條約 (Treaty of Rome) 第一一九條中，即已明確宣示男女同工同酬之立場，但主要卻是因為法國擔心其他會員國低廉女工所生產之貨品會在市場上取得價格優勢而來，而並不是真正想要將此一重要理念付諸實現 (焦興鎧，2006b: 328)。然而，它透過相關指令 (directives) 來調和各會員國之內國勞動法，藉以推動兩性工作平等原則，則要較美國建構相同之法制為晚。如前所述，美國國會是在一九六三年及一九六四年，分別制定

同酬法及民權法第七章，而歐洲共同體則是遲至一九七五年及一九七六年，才通過頒布男女同工同酬指令及男女平等待遇指令，大約要晚十年。¹¹² 嗣後，歐洲聯盟在這方面即開始急起直追，尤其在阿姆斯特丹條約 (Amsterdam Treaty) 簽訂後，歐盟機構 (European Institutions) 制定此類次級立法 (secondary legislation) 之權能即告大增，而先前來自英國政府抵制之阻力，也因新執政之工黨採中間路線後逐漸消失，從而，自九〇年代一系列涉及兩性工作平等之相關指令陸續生效後，已讓它與美國在這方面幾無太大之差異存在。¹¹³

至二〇〇一年尼斯條約 (Nice Treaty) 締結後，歐洲聯盟各類工作平等法制之建構更是突飛猛進，而隨著五年內四項重要指令之制定，¹¹⁴ 已讓它在禁止就業歧視理念之實現上，幾與美國趨向同步。雖然在某些新興之所謂「第二代」(second-generation) 就業歧視爭議上，諸如基於年齡及身心障礙等因素而引發者，可能仍有向美國取經學習之必要，但整體而言幾已平分秋色，而甚至還有凌駕其上者，尤以禁止就業上性傾向歧視法制之建構更為突出。事實上，根據一項在二〇〇〇年制定之指令，它不但在保障範圍上更為周延，而且還特別設置禁止騷擾與報復、間接歧視 (indirect discrimination)、舉證責任 (burden of proof) 之分配及主動措施 (positive action) 等機制來加以推動。更重要的是，此一指令所規定者都僅是最低標準 (minimum standards) 而已，它允許各會員國提供更優惠之措施 (焦興鎧, 2007b: 13-14)。嗣後，各主要會員國也紛紛制定新法或修正內國法之相關條款，藉以遵循此一指令所規定之期限，而由英國及德國相關立法之內容觀之，確都要較美國前述

¹¹² 關於此二相關公約之大體內容，參見焦興鎧 (2006b: 331-337)。

¹¹³ 關於此一立法之努力情形及實際成果，參見焦興鎧 (2006b: 339-352)。

¹¹⁴ 關於歐洲聯盟最新期間在這方面之努力情形，參見焦興鎧 (2007b: 20)。

之現有法制進步甚多 (焦興鎧, 2007b: 20-21)。

事實上,除制定頒布相關指令來建構一套禁止就業上性傾向歧視之法制外,歐洲法院 (European Court of Justice; 簡稱ECJ) 自一九九六年起,還在一系列之案件中,對涉及此一新興課題之爭議做出判決。雖然這些判決都是根據前述一九七六年之男女工等待遇指令之相關條款做成,但對某些重要概念之釐清,仍有一定程度之貢獻,尤其是在涉及變性者之案件中,更為這類性別上少數族裔之更弱勢者,提供相當堅實之保護,而且還促使涉案會員國 (英國) 進一步制定或修正內國法律來加以遵循,堪稱頗能發揮社會改造 (social engineering) 之功效。舉例而言,在較早期之 *P. v. S. and Cornwall County Council*¹¹⁵ 一案中,該院即曾將性別一詞做擴張之解釋,而判決所謂「變性歧視」(transsexual discrimination),是一違反該平等待遇指令之舉 (Carolan, 2005: 546; 焦興鎧, 2007b: 14-15)。至於在嗣後另一涉及女性原告同居變性伴侶可否領取遺屬退休金之 *K. B. v. National Health Service Pensions Agency*¹¹⁶ 一案中,雖然該院判決原告敗訴,但仍然重申應保護變性者之立場。從而,根據該院此二判決之結果,變性者應屬前述一九七六年指令所稱性別之一,因此即不得在就業上予以歧視 (焦興鎧, 2007b: 18-20)。

然而,該院在另兩件涉及原告同性伴侶之案件中,卻做出相當不利於同性戀者之判決來,而認為歐洲聯盟禁止性別歧視之相關法令,並不包括基於性傾向因素之歧視在內。舉例而言,在著名之 *Grant v. South-West Trains, Ltd.*¹¹⁷ 案中,該院即曾判決雇主僅讓異

¹¹⁵ Case C-13/94, 1996 E.C.R. I-2143.

¹¹⁶ Case C-117/01, 2004 E.C.R. I-781.

¹¹⁷ Case C-249/96, 1998 E.C.R. I-621.

性員工之同居女友享有票價折扣之優惠，但卻不允許女性原告之同居同性伴侶享有相同待遇一事，並未違反一九七六年平等待遇指令，因為它認為本案這種同性之關係，並無法與正常之異性婚姻或穩定之異性伴侶關係相提並論，從而，雇主未對本案系爭關係給予與異性關係同等待遇之做法，並未構成違反歐洲聯盟相關法律之舉（焦興鎧，2007b: 15-17）。嗣後，該院在另一案 *D. & Sweden v. Council*¹¹⁸ 中，曾判決歐盟部長理事會僅對結婚之受僱者提供一種附加性給付 (supplemental payment)，卻不准男性原告為其同居而未婚男性伴侶申請此一給付，並不構成一種基於性傾向因素之歧視情形，因為此類給付也同樣不發給異性之未婚伴侶（焦興鎧，2007b: 17-18）。雖然此二判決結果均對同性戀者不利，而曾引起評論者之質疑批判，認為是對該一九七六年平等待遇指令做過分保守限縮之詮釋（Carolan, 2005: 549-554），但隨著前述二〇〇〇年相關指令之頒布，再加上各會員國（包括十七個新加盟者），均已紛紛制定新法或修正內國法來加以遵循，雖然該院迄今尚未聽審處理此類涉及就業上性傾向歧視之爭議案件，但相信它根據此一新指令所做出之相關判決，絕對會比前述美國聯邦各級法院所做出者，要對此類性別上少數族裔群體成員之就業權給予更為周全之保護。

然而，歐洲聯盟所建構之禁止就業上性傾向歧視法制，也並非毫無爭議，將來在實際推行時，也可能會遭到窒礙難行之處。舉例而言，雖然前述二〇〇〇年指令之內容固然極為前衛先進，但仍有某些實際規定語義不清，而賦予各會員國過大之操作空間，很可能會影響未來實施之結果。舉例而言，該指令第二條第四項即規定各會員國在基於公共安全 (public security) 之必要、維護公共秩序 (public order)、防止刑法犯罪 (criminal offences)、保護健康衛生

¹¹⁸ Jointed Cases C-122/99 P & C-125/99, 2001 E.C.R. I-4319.

及保障他人權利與自由等情形下，得以內國法採取必要之作爲，而不受此一指令之不當影響。由於這些例外條款的文章義都相當抽象且有彈性，而根據過去之經驗觀之，在各會員國所以會產生對此一性別上少數族裔群體成員加以歧視之現象，主要也都是以這些公共安全、公共秩序、防止犯罪及維護衛生等顧慮爲藉口，反而更加深一般大眾對這些人之誤解及偏頗，甚至還會產生不必要之迷思，再加上歐洲法院前述對此類問題所採取之保守立場，很可能會讓各會員國有過大之自由裁量權限，故此一條款在未來實有再作較進一步修正之必要（焦興鎧，2007b: 22）。

其次，指令中前述所強調主動作爲之相關規定，可能是歐洲聯盟此一法制中最引起爭議之處，它不但鼓勵各會員國應採取各種之特別措施（specific measures），來消極防止（prevent）特殊性傾向者在就業上所遭受之各類不利對待（disadvantages），同時也要求它們採取更積極之補償（compensate）作爲。¹¹⁹ 在前者之情形，雇主如果要防止具特殊性傾向者遭到傷害，固然可以採取某些相關作爲，而不致觸犯禁止對這些人加以就業上性傾向歧視之規定。但在後者之情形，則是要對他（她）們另外給予某些更進一步之優惠措施，即有加以商榷之必要，因爲此類作爲即與在美國前述所推行之所謂「積極行動方案」（affirmative action programs）相當類似，而勢必會導致更多之紛爭。事實上，美國爲保障此一群體成員不致遭到就業歧視，在前述擬議制定之就業歧視禁止法草案中，即特別將自願性之優惠措施條款加以刪除，藉以避免發生所謂「反向歧視」（reverse-discrimination）之爭議，而且也希望不致將這類群體之成員美化成模範角色（role model），致引起衛道人士之反彈（Jasiunas, 2000: 1545-1546）。況且此一制度在該國之存廢問題，最近也引發

¹¹⁹ 關於此點，參見該指令第七條第一項之規定。

激烈之爭辯，甚至連聯邦最高法院之相關判決也前後不一，足見其爭議性實在不小（王玉葉，2006：375-387）。雖然歐洲法院近年來在處理涉及性別平等之議題時，對主動作為可否適用一事，已逐漸採取較為寬容之態度（焦興鎧，2006b：419-420），但鑑於此一制度之存廢在大西洋彼岸已面臨如此嚴重之質疑挑戰，歐洲聯盟對這類性別上更為少數之群體成員就業權之保障堪稱方才起步運作，是否即應一蹴而就採取如此積極之作爲，實值得進一步加以推敲。

二、軍中性傾向歧視所引發之爭議

一般而言，與歐洲聯盟各會員國在軍中排斥同性戀者之情形相較，¹²⁰ 美國之相關具體作爲也是不遑多讓。事實上，此一問題之受到矚目，可以追溯至七〇年代末期，在當時，服役於空軍及海軍之原告們，對軍中強迫同性戀者退伍之政策提出質疑，認爲這些強迫退伍之標準並不够客觀一致，而且在實際運用時也未能公平無私（Lindemann & Grossman, 1996: 484）。嗣後，美國國防部即不得不制定頒布更爲正式而詳盡之相關行政規則，但卻遭到這些群體成員所提出之憲法質疑。¹²¹ 舉例而言，在*Ben-Shalon v. Marsh*¹²² 一案中，原告僅因公開承認自己的一位女同性戀者，即遭到美國陸軍後備司令部拒絕重新徵召之處分，聯邦上訴法院第七巡迴法庭則認爲，雖然軍事之行政規則禁止軍方強迫服役者公開其同性戀身分，但並不禁止對這種身份之一般公開討論，或與同性戀者交往。¹²³ 而

¹²⁰ 關於歐洲聯盟會員國在軍中排斥同性戀者之情形，參見焦興鎧（2007b：4-5）。

¹²¹ 關於這些案例，參見*Woodward v. United States*, 871 F. 2d 1068 (Fed. Cir. 1989); *Dronenburg v. Zech*, 741 F. 2d 1388 (D.C. Cir. 1984); 及*Beller v. Middendorf*, 632 F. 2d 788 (9th Cir. 1980)等。

¹²² 881 F. 2d 454 (7th Cir. 1989), *cert. denied*, 494 U.S. 1004 (1990).

¹²³ *Id.* at 460, 462.

在該案中，該院雖然承認公開同性戀身分之聲明是一種言論 (speech)，但也同時指出這種言論是一種認同 (identification) 之行為，單是這種認同即無法讓原告成為軍人，而並不是她的口頭主張 (verbal assertion)。¹²⁴

然而，自九〇年代開始，聯邦上訴法院之相關判決即已有所轉向，而轉趨對此類原告有利 (Lindemann & Grossman, 1996: 485)。舉例而言，在 *Meinhold v. United States Department of Defense*¹²⁵ 一案中，原告在電視訪談時公開宣稱：「本人事實上是一男同性戀者。」而被美國海軍強迫退伍，但他自始至終否認曾從事任何同性戀之活動。在該案中，原告請求確認國防部當時禁止同性戀之行政命令違憲，而且也應讓他得以在海軍復職。聯邦上訴法院第九法庭則認為，由於原告從未宣稱他曾經從事同性戀活動，而且也沒有表達他有一種公然而明確來從事此類被禁止活動之欲念，從而，該院判決原告勝訴，而認為海軍之前之強迫退伍處分無效，同時，他應得以回復原職。¹²⁶ 在此值得一提者是，此案原告僅是由原告一人獨自提起這類訴訟，而非以集體 (class action) 訴訟之方式為之，因此，該院並未同時頒發一全國性之禁令，來防止國防部對未實際從事此類性行為活動之男女同性戀者，強迫其退伍或採取類似之作為。¹²⁷

同時，在另一類似之 *Cammermeyer v. Aspin*¹²⁸ 案件中，一位曾得到勳章之陸軍護士純然因公開其性傾向而被強迫退伍，而聯邦地方法院則認為，同性戀傾向與同性戀行為有別，即便原告有女同性

¹²⁴ *Id.* at 462.

¹²⁵ 34 F. 3d 1469 (9th Cir. 1994).

¹²⁶ *Id.* at 1479-1480.

¹²⁷ *Id.* at 1480.

¹²⁸ 850 F. Supp. 910 (W.D. Wash. 1994).

戀之傾向，也無法證明她有從事這類行為之習性或癖好 (propensity)。¹²⁹ 此外，原告在同案中所提出有關平等保護之訴求，也得到該院之認同，它特別使用最低層次之所謂「合理」(rational) 審查標準來做判斷，而認為軍方所提出禁止具有特殊性傾向者服役之理由，完全是基於偏見 (prejudice) 之故，從而，甚至無法通過此一司法審查標準。¹³⁰ 然而，也有某些聯邦法院在此一時期中，曾做出不利於特殊性傾向軍人之判決。舉例而言，在 *Steffan v. Perry*¹³¹ 一案中，一位海軍少尉見習官因公開宣稱他是男同性戀者而被迫退伍，雖然聯邦上訴法院哥倫比亞特區巡迴法庭由三位法官組成之分庭 (panel)，曾判決原告勝訴 (Lindemann & Grossman, 1996: 487)，但該院嗣後卻以全體法官 (en banc) 出庭之方式，判決被告海軍官校勝訴，而認為由同性戀之狀況 (status) 中，可以推論出原告確有從事此類同性戀之行為，從而，被告將其強迫退伍一事，根據前述合理之審查標準，應該被認為是屬一合憲之舉。¹³²

在這種法院判決前後不一，而聯邦最高法院又未曾表示意見之情形下，雖然柯林頓總統在一九九二年競選總統期間，即曾在政見中表示要放寬軍方這種對特殊性傾向者不利對待之情形，而待他上任之後，確也曾訓令當時三軍聯席會議主席包爾將軍 (General Collin Powell) 著手從事改革，但卻因遭到軍方強力反彈，而僅能由國防部制定一所謂「不要問，也不要說」(don't ask, don't talk) 之行政規則。¹³³ 根據此一新政策，只要服役人員不主動揭露他 (或她) 之性傾向，則軍方也不會主動調查服役人員之性傾向為何

¹²⁹ *Id.* at 920.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ 41 F. 3d 677 (D.C. Cir. 1994) (en banc).

¹³² *Steffan*, 41 F. 3d at 689.

¹³³ 10 U.S.C. § 654 (2000).

(Lindemann & Grossman, 1996: 487)。然而，在此一規則甫在一九九四年二月二十八日正式生效施行後，立即面臨合憲性之挑戰，而在次年由聯邦地方法院在 *Able v. United States*¹³⁴ 一案中，判決此一行政規則不但違反原告聯邦憲法第一增條文所保障之言論自由，而且也違反第五增修條文之平等保護條款，因此，該院還特別頒布一項禁令，永久禁止該行政規則之施行。¹³⁵

然而，贊成軍中廢除禁止性傾向歧視之此一勝利並未延續甚久，因為聯邦上訴法院第四巡迴法庭在另一情況相同之 *Thomasson v. Perry*¹³⁶ 案件中，即維持軍中前述此一新政策之合憲性，而聯邦最高法院在該案又拒絕頒發移送命令 (certirari) 來聽審，再加上聯邦上訴法院之第二巡迴法庭，也在隨後推翻前述 *Able* 一案聯邦地方法院之判決，¹³⁷ 以及第八巡迴法庭也採相同之見解，¹³⁸ 可見只要聯邦下級法院維持過去那種以較低之合理審查標準來審理此類案件，而聯邦最高法院又一向對涉及軍中案件相當尊重 (deference) 軍方之判斷，該國同志團體希望繼續挑戰此一「不要問，也不要說」政策之合憲性，成功之希望堪稱相當渺茫，除非聯邦各級法院能改採較高之標準來審查此類規定 (Ratliff, 1996: 533-534)。然而，以目前美國政治氛圍趨向保守，再加上聯邦各級法院又多由雷根及老布希總統所任命之保守法官掌控多數，在可預見之未來並無實現之可能。

¹³⁴ 880 F. Supp. 968 (E.D.N.Y. 1995).

¹³⁵ *Id.* at 978-980.

¹³⁶ 80 F. 3d 915 (4th Cir. 1995), 關於此一判決之說明，參見Ratliff (1996: 531-536)。

¹³⁷ 關於此點，參見 *Able v. United States*, 88 F. 3d 1280 (2d Cir. 1996)。

¹³⁸ 關於此點，參見 *Richenberg v. Perry*, No. 95-4181, 1996 WL 560208 (8th Cir. Oct. 3, 1996)。

三、美國經驗對我國之啟示

如前所述，我國就業服務法在二〇〇七年五月修正時，特別增列禁止性傾向此一項目，而在二〇〇八年一月修正兩性工作平等法時，不但將該法更名為性別工作平等法，以符保障性別人少數族裔就業權之理念，而且也將就業上性傾向歧視及性騷擾之禁止列入，堪稱是相當前衛先進之作爲，但也遭逢不少阻力，將來在實際運作時，勢將面臨諸多「新手上路」之困境，從而，如何吸取歐美先進國家這類爭議之經驗，實爲不可避免者，而由本文先前所討論美國相關制度之實際運作情形觀之，似乎較能符合我國現行之需求。事實上，自一九九二年就業服務法制定後，我國直轄市及各縣市政府即先後設置就業歧視評議委員會，而根據性別工作平等法（前兩性工作平等法）所設置之性別工作平等委員會，也曾累積不少處理此類新興勞資爭議之經驗，其中臺北市之就業歧視評議委員會，即曾處理過一件所謂「不男不女」之申訴案件，而對我國日後處理類似爭議時，頗具啟發作用。在該案中，申訴人是一位幼兒英語班之男性老師，在應徵求職時適在冬季，所以穿著並無異狀，但到次年夏季後，園長發現他的打扮非常前衛，並有女性化穿著之情形。雖然他本身教學認真而深受學生們之喜愛，但家長們卻不能接受而向園長反映，雖經園長勸說，該位老師仍是我行我素，而在一次爭吵時園長脫口罵出「你不男不女……」之侮辱性用語，並將他開除。他乃向臺北市就業歧視評議委員會提出性別歧視之申訴，而該委員會嗣後也做出就業歧視成立之評議。雖然當時兩性工作平等法尚未制定，而且在案件調查過程中，申訴人也從未提及有關其性傾向之事，但該委員會卻能依據就業服務法第五條之「性別」兩字，做出

如此擴張之評議，堪稱相當難得。¹³⁹

自兩性工作平等法（現已修正為性別工作平等法）在二〇〇三年三月八日正式施行後，行政院勞工委員會及各縣市之兩性工作平等委員會（現已大部分更名為性別工作平等委員會），一直到二〇〇七年二月才有機會第一次處理與性傾向相關之案例。在該案中，一位在影藝及補教界相當活躍之男性英語補習班教師徵求男性助理，並限定應徵者必須是海軍陸戰隊或憲兵正期班退伍者，而在第一天試用時，即以曾車禍受傷為由，要求此位男性助理對其做尾椎部分之按摩，時間長達三十分鐘之久，且在此一僅著內褲之按摩過程中，尚不時發出不雅之呻吟聲，讓這位男性助理深覺不悅，乃向當地之就業歧視評議委員會提出工作場所性騷擾之申訴，在經該委員會做出成立之評議後，復向行政院勞工委員會之兩性工作平等委員會提出申訴，而後者經審酌所有之相關書面資料後，認定該地方政府就業歧視評議委員會之處理並無任何缺失之處，乃維持該委員會此一評議，而該位教師嗣後也並未再提請救濟，故此一申訴案已告確定。¹⁴⁰ 此一處理結果也說明在我國現行就業歧視法制中，即使是在職場上所發生之同性間性騷擾事件，都會被認為是就業上之性別歧視，並沒有太大之困難存在。

同時，在我國嗣後所進行之幾項相關改革中，也都為處理性傾向歧視之相關爭議奠定良好之基礎。舉例而言，我國在二〇〇三年通過之性別平等教育法中，即將性傾向自性別中抽離，而特別強調在各級教育體系中尊重此一群体成員性別認同之重要性，並在該法

¹³⁹ 關於此案之媒體報導，參見王超群（2003: 2）。

¹⁴⁰ 本文作者在擔任行政院勞工委員會兩性工作平等委員會時，曾參與此一申訴案之調查與審議，相關資料均保存在個人之檔案中，因涉及當事人個人隱私，除學術性討論外，仍將嚴予保密。

校園性騷擾之立法定義中，特別也對性別一詞做廣義之界定，堪稱是一相當進步之立法（焦興鎧，2007a: 55-65）。其次，我國在二〇〇五年又進一步制定性騷擾防治法，藉以保障在公共場所、專業服務、一般服務及軍中等領域，讓一般民眾得以免除遭到此類行為之侵犯，俾便保障其人身安全及人格尊嚴，該法在此一重要社會立法中，也是對性騷擾一詞做廣義之界定，而將有特殊性傾向者亦列入加以保護（焦興鎧，2006a: 471-478, 481-482）。最後，我國前述就業服務法在二〇〇二年修正時，還曾在第五條增列所謂「婚姻歧視」之法定禁止項目，雖然當初在修正時也並未做詳盡之討論，致無法知悉其立法原義，但顯然並未明確將「同性結婚」(same-sex marriage)之概念排除在外，從而，將來如在我國發生美國前述類似之爭議時，該法此一法定禁止項目自亦可加以運用（Chiao, 2007: 8-9）。

在這種情形下，在我國要有效執行禁止就業上性傾向歧視一事，依據目前現有之法制來說，似乎並沒有太多困難之處，但以美國過去二十多年來之努力為借鏡，仍有甚多可供我國未來推行此制時參考之用：首先在短期方面，我國應倣效美國非政府組織 (non-governmental organizations; 簡稱NGOs)，尤其是同性戀者及人權團體之做法，對我國特殊性傾向者在職場之情況，包括其實際人數、所遭遇之困境及有效之解決辦法等事項，做定期性詳盡之調查，以蒐集相關之資訊。¹⁴¹ 同時，美國現制所以未能順利推動，固受政治氛圍趨向保守之影響，但社會對話 (social dialogue) 機制未能發揮功效也是主因之一，我國工會運動長期積弱不振，擔任此類社會對話夥伴之機能不足，但所幸我國從事社會運動之組織，諸如婦女、人權及宗教團體等非政府組織，近年來在推動及監督前述

¹⁴¹ 我國對此一群體之實證研究較為少見，目前本文作者唯一參考之相關著作，是國立政治大學勞工研究所一篇碩士論文，參見賴麒中 (1998)。

性別工作平等法、性別平等教育法及性騷擾防治法等之執行上，都能發揮相當之功效，因此，在推動禁止就業性傾向歧視法制這類較敏感之議題上，不妨多以論壇對話之方式來凝聚共識，以減少所可能遭遇之困難。此外，我國宗教團體與美國教會組織之情形一樣，一向反對施行此類法制，究應如何透過資訊加強溝通等，也是不可或缺者（焦興鎧，2007b: 23-24）。

其次在中期階段，鑑於此類法制之有效推行，執行機關及司法單位之態度極為重要，事實上，美國平等就業機會委員會及部分聯邦各級法院法官在這方面之保守及消極作為，恰可提供一甚佳之「負面教材」。目前我國就業歧視評議委員會及兩性工作平等委員會等之位階及資源均嫌不足，致所做出之審定甚難具有權威性。行政院勞工委員會既有意在未來將我國目前此一雙軌式之防制就業歧視制度合而為一，並另行訂定工作平等法，即應設法提高此類委員會之位階及增加其資源。此外，由前述美國聯邦各級法院之相關判決可以看出，此類爭訟之審理，實宜由具備專業知能之法官來受理較佳。我國目前實施防制就業歧視制度後，雖已逐漸喚起不少普通法院及行政法院法官對此類問題之重視，但就業上性傾向歧視之爭議性更高，究應如何培養承審法官對這類性別少數族裔意識敏感度之提高，實是應更投注心力者（Chiao, 2007: 41-42）。

最後在長期階段，美國未能有效實施禁止就業上性傾向歧視法制，不但造成人力資源無法充分運用及社會觀點分歧對立之弊病。而且也成為它近年來推動藉由經貿活動提昇人權訴求之重大障礙，尤其淪為在人權上採用雙重標準之質疑批判對象（Lau, 2004: 1703-1708）。事實上，在我國民主化過程中所從事之各項勞工法制改革中，就業歧視之禁止及防制堪稱是最有成果者之一，如今更將性傾向列為法定禁止歧視項目之一，如果能努力加以貫徹實施，不

但有助於為數相當可觀潛在勞動力之開發及有效利用，以解決我國現在所逐漸面臨勞動力供需不均之情形，而且也能藉由保障這類勞動者基本人權之作為，來進一步提高我國之國際聲望 (Chiao, 2007: 44-45)。從而，我國應加強與歐美先進國家在這方面之合作，呼應在世界貿易組織架構下之國際經貿活動中，應加入包括禁止就業歧視這類保護勞動者基本人權之社會條款 (social clauses)，並鼓勵我國之多國籍公司能善盡企業社會責任 (corporate social responsibilities; 簡稱 CSRs)，以頒布公司行為準則 (corporate codes of conduct) 之方式，來促使在第三世界國家之下游協力或供應廠商，共同遵循包括禁止就業上性傾向歧視之核心國際勞動基準 (焦興鎧，2007c: 412-414)。

陸、結語

與其他歐美先進國家相較，美國在建構公平就業法制之努力方面，確有令人稱道之處，而且也成為各國競相模倣之對象，尤其在工作場所性騷擾之預防及處理上，更是遠居領先之地位。然而，該國對就業上性傾向歧視之相關作為，卻顯得相當落後而反動，不但遲遲未能制定聯邦立法來保障這類性別上少數族裔群體成員之就業權，而且聯邦各級法院之相關判決，亦未能給予有效之保護，甚至連負責執行之平等就業機會委員會，也並不重視這些人之權益，而只有依賴地方性法律尋求救濟，即使在擬議制定之就業歧視禁止法草案中，也僅是對他（她）們提供所謂「隔離而平等」(separate but equal) 之保障，況且此一立法努力以該國目前之政治氛圍，在短期內並無通過之可能。反觀大西洋彼岸歐洲聯盟近年來在這方面之努力，美國實有急起直追之必要。

防制就業歧視制度之建構，是檢視一個國家保障其勞工基本人

權是否落實之一項重要指標，尤其在全球化過程中，由於無論是已開發國家、開發中國家及低度開發國家之勞工大多深受其害，因此，如何在經濟自由化、生產自動化、社會多元化及勞動市場彈性化之情形下，對勞動者基本人權加以保障一事，幾已形成共識，而就業歧視之禁止，即是其中一項不可或缺之課題，尤其是對特殊性傾向者就業權在這方面之保障，更是一新興之爭議，而且也涉及勞動人權之最核心部分。我國在過去實際十幾年所實施之就業歧視評議制度，在經過「嘗試與錯誤」之階段後，已經略具規模雛形，而經由性別工作平等法所採行之禁止就業上性別歧視制度，在實施上確也產生一定成效，如果能利用過去所累積之經驗，再加上目前正要規劃建構全面性防制機制之機會，避免美國目前相關法制所無法解決之困境，而更進一步將禁止就業上性傾向歧視之項目也納入，設置一既能符合國際潮流，又得以因應國內需求之制度，堪稱是一兼得兩利之舉，尤其更有助於臺灣國際地位之提昇。

參考文獻

- 王玉葉 (2007)。〈由補償性理論到多元化理論：美國高等教育優惠待遇案件 *Grutter* 之迴響〉，焦興鎧主編，《美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇～二〇〇三》，頁 363-393。台北：中央研究院歐美研究所。(Wang, Y. Y. [2007]. From remedy rationale to diversity rationale: Reflections on the affirmative action case *Grutter* in US higher education. In C.K. Chiao (Ed.), *Essays on important decisions of the U.S. Supreme Court: 2000-2003* [pp. 363-393]. Taipei: Institute of European and American Studies, Academia Sinica.)
- 王超群 (2003 年 11 月 28 日)。〈不男不女：男生化妝丟飯碗罰雇主〉。《中國時報》，頁 2。(Wang, C.C. [2003, November 28]. Neither a man or woman: A man gets fired for wearing makeup and his employer gets fined for doing so. *China Times*, p. 2.)
- 焦興鎧 (1995)。《勞工法與勞工權利之保障——美國勞工法論文集(一)》。台北：月旦。(Chiao, C.K. [1995]. *Labor law and the protection of worker rights—A collection of essays on American labor law (I)*. Taipei: Angle.)
- 焦興鎧 (1997)。《勞工法制之最新發展趨勢——美國勞工法論文集(二)》。台北：月旦。(Chiao, C.K. [1997]. *Recent developments of labor law—A collection of essays on American labor law (II)*. Taipei: Angle.)
- 焦興鎧 (2000)。《勞工法論叢(一)》。台北：元照。(Chiao, C.K. [2000]. *A collection of essays on labor law [I]*. Taipei: Angle.)
- 焦興鎧 (2003)。《性騷擾爭議新論》。台北：元照。(Chiao, C.K. [2003]. *New developments of controversies over sexual harassment*. Taipei: Angle.)
- 焦興鎧 (2006a)。〈我國防治性騷擾法制之建構〉，《法令月刊》，57, 5: 460-483。(Chiao, C.K. [2006a]. The establishment of legal regime governing the prevention of sexual harassment in Taiwan. *The Law Monthly*, 57, 5: 460-483.)
- 焦興鎧 (2006b)。《國際勞動基準之建構》。台北：新學林。(Chiao, C.K. [2006b]. *The establishment of international labor standards*. Taipei: Sharing Culture Enterprise Co. Ltd.)

- 焦興鎧 (2007a)。〈我國校園性騷擾防治機制之建構——性別平等教育法相關條文之剖析〉，《臺北大學法學論叢》，62: 41-90。(Chiao, C.K. [2007a]. The establishment of the prevention of sexual harassment on campus mechanism in Taiwan—An analysis of related provisions of the Gender Equality in Education Act of 2004. *Taipei University Law Review*, 62: 41-90.)
- 焦興鎧 (2007b)。〈歐洲聯盟禁止就業上性傾向歧視法制之研究〉。「第三屆歐洲聯盟人權保障：歐洲人權政策」學術研討會，2007年10月19日。台北：中央研究院歐美研究所。(Chiao, C.K. [2007b]. *A study on the legal system for prohibiting sexual orientation discrimination in employment in the European Union*. Paper presented at The 3rd Conference on EU Human Rights, October 19, 2007, Institute of European and American Studies, Academia Sinica, Taipei.)
- 焦興鎧 (2007c)。〈工作平等國際勞動基準之建構〉，《中華國際法與超國界法評論》，3, 2: 364-417。(Chiao, C.K. [2007c]. The establishment of international labor standard for legal regime governing equality in employment. *Chinese (Taiwan) Review of International and Transnational Law*, 3, 2: 364-417.)
- 賴麒中 (1998)。《性傾向與就業歧視之探討》。台北：國立政治大學勞工研究所碩士論文。(Lai, C.C. [1998]. *A study on sexual orientation and employment discrimination*. Unpublished master's thesis, Institute of Labor Studies, National Chengchi University, Taipei.)
- Badgett, M. V. L. (1995). The wage effects of sexual orientation discrimination. *Industrial and Labor Relations Review*, 48, 4: 726-739.
- Blades, L. (1967). Employment at will vs. individual freedom: On limiting abusive exercise of employer power. *Columbia Law Review*, 67, 8: 1404-1435.
- Carolan, B. (2005). Judicial impediments to legislating equality for same-sex couples in the European Union. *Tulsa Law Review*, 40, 3: 527-560.
- Chiao, C.-K. (2007, June). *Taiwan's experience in combating employment discrimination: Retrospect and prospect*. Paper presented at

- the International Conference on Global Efforts in Eliminating Employment Discrimination: Retrospect and Prospect. Sponsored by the Institute of European and American Studies, Academia Sinica, Taipei.
- Cohen, R., O'Byrne, S., & Maxwell, P. (1999). Employment discrimination based on sexual orientation: The American, Canadian and U.K. responses. *Law & Inequality*, 17, 1: 1-56.
- Developments in the law: Employment discrimination. (1996). *Harvard Law Review*. 109, 7: 1568-1692.
- Estrich, S. (1991). Sex at work. *Stanford Law Review* 43, 4: 813-862
- Fisk, C. L. (1998). ERISA preemption of state and local laws on domestic partnership and sexual orientation discrimination in employment. *UCLA Women's Law Journal*, 8, 2: 267-312.
- Gilmore, A. (1996). Employment protection for lesbians and gay men. *Law & Sexuality*, 6: 83-108.
- Gould, W. B., IV. (2004). *A primer on American labor law* (4th ed.). Cambridge, MA: MIT Press.
- Jasiunas, J. B. (2000). Is ENDA the answer? Can a 'separate but equal' federal statute adequately protect gays and lesbians from employment discrimination? *Ohio State Law Journal*, 61, 4: 1529-1557.
- Lambda Legal Defense and Education Fund. (2001, May). Summary of states, cities, and counties which prohibit discrimination based on sexual orientation. Retrieved October 31, 2007, from <http://www.lambdalegal.org/cgi-bin/pages/documents/record?record=217>
- Landau, D. A. (1994). Employment discrimination against lesbians and gays: The incomplete legal responses of the United States and the European Union. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 4, 2: 335-361.
- Lau, H. (2004). Sexual orientation: Testing the universality of international human rights law. *University of Chicago Law Review*, 71, 4: 1689-1720.
- Lindemann, B., & Grossman, P. (1996). *Employment discrimination law* (3rd ed.). Washington, DC: Bureau of National Affairs.

- McGowan, S. M. (1998). Recent development—The fate of ENDA in the wake of Maine: A wake-up call to moderate republicans. *Harvard Journal on Legislation*, 35, 2: 623-636.
- Ratliff, W. L. (1996). Upholding 'don't ask, don't tell. *Yale Law Journal*, 106, 2: 531-536.
- Readler, C. A. (1998). Local government anti-discrimination laws: Do they make a difference? *University of Michigan Journal of Law Reform*, 31, 3: 777-815.
- Rich, T. (1988). Sexual orientation discrimination in the wake of *Bowers v. Hardwick*. *Georgia Law Review*, 22, 3: 773-804.
- Sarasohn, J. (1994, February 28). A nod to domestic partners': Covington & Burling blazes trail, offering health coverage to gay couples. *Legal Times*, pp. 1.
- U.S. Equal Employment Opportunity Commission. (n.d.). *Sexual Harassment*. Retrieved October 20, 2007, from http://www.eeoc.gov/types/sexual_harassment.html
- Woods, J. D. (1993). *The corporate closet: The professional lives of gay men in America*. New York: Free.

A Study on Controversies over Sexual Orientation Discrimination in Employment in the United States

Cing-Kae Chiao

Institute of European and American Studies, Academia Sinica
No. 128, Sec. 2, Academia Rd., Taipei 11529, Taiwan
E-mail: chiao@sinica.edu.tw

Abstract

The purpose of this paper is to offer an overall assessment and discussion on the merits, shortcomings and controversies of the law and practice of prohibiting sexual orientation discrimination in employment in the United States. The main contents of the paper are divided into four sections. Section One describes the general background of various hardships faced by sexual minorities in the job markets in the States. Section Two analyzes the reasons why federal fair employment statutes and the Equal Employment Opportunity Commission cannot provide them with adequate protections. It also discusses several related decisions rendered by the federal courts and reform measures offered by Congress in recent years. Section Three details other legal remedies provided by the Federal Constitution, local statutes and regulations and common law. Section Four discusses the controversial issues arising from the treatment of gay and lesbian members of the U.S. armed forces. It also offers a comparative study of the same legal regime adopted by the European Union and evaluates whether the American experience in this field can provide any lessons for Taiwan given its recent endeavors to reform anti-discrimination measures in the legal system dealing with employment.

Key Words: sexual orientation discrimination in employment, Title VII of the Civil Rights Act of 1964, Federal Constitution, common law, gays and lesbians in the military