

《歐美研究》第四十五卷第四期（民國一〇四年十二月），571-618

© 中央研究院歐美研究所

<http://euramerica.org>

私人保險保費之前男女平等？ 從德國法觀點評析歐洲法院 *Test-Achats ASBL* 案判決*

陳靜慧

國立臺北大學法律學系

23741 新北市三峽區大學路 151 號

E-mail: chchen@mail.ntpu.edu.tw

摘要

歐體 2004/113/EG 平等待遇指令第 5 條第 2 項原規定會員國在能提出最新的保險精算數據為依據的情況下，例外允許男女差別保險費率得繼續存在。歐洲法院於 *Test-Achats ASBL* 案，宣告前開允許男女差別保費之例外條款因抵觸歐盟法而失效。本文從性別統計性歧視之容許性著手，分析究竟歐洲法院要求各保險公司必須統一男女保險費率的裁判見解，是否與男女平等原則之意旨相符。其次，禁止私人保險採取男女差別保險費率，限制了私人保險公司的契約自由，本文嘗試就禁止性別歧視原則適用於私法領域之界限提出看法。

關鍵詞：性別中立定價、禁止性別歧視原則、統計性歧視、刻板印象、契約自由

投稿日期：103.12.1；接受刊登日期：104.6.26；最後修訂日期：104.9.7

責任校對：賴怡欣、李佩芸、范馨文

* 本文初稿發表於 2014 年 10 月 17 日中央研究院歐美研究所「歐洲人權學術研討會」，為國科會研究計畫 (NSC 102-2410-H-034-012) 部分研究成果。感謝兩位匿名審查委員給予指正與提供建議，於此謹致謝忱。

壹、前言

消除性別歧視是歐盟自其前身歐洲共同市場時期起，就列為該組織主要致力的目標之一，並且將其明文列入歐體／歐盟條約以拘束會員國。¹ 歐洲法院也早在 1976 年即已肯認禁止性別歧視原則是歐體／歐盟法之重要法律原則。因里斯本條約通過而同步生效之歐盟基本權利憲章，其中第 21 條第 1 項與第 23 條第 1 項也明定禁止性別歧視。依據歐洲共同體條約第 13 條（現行歐盟運作條約第 19 條）所發布之歐體 2004/113/EG 指令（Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen 獲取及供應商品與勞務男女平等待遇指令，下稱「男女平等待遇指令」），² 禁止於商品與服務事務之取得與利用依據性別為差別待遇。該指令亦將保險契約納入適用範圍，其第 5 條第 1 項規定自 2007 年 12 月 21 日起，新締結之保險契約不能以性別作為計算保險費率與給付之差別待遇標準，因此 2004/113/EG 指令又被稱為 Unisex-Tarif-Richtlinie（男女保險費同一指令）。惟該指令第 5 條第 2 項授予會員國在轉化指令期限（2007 年 12 月 21 日）屆至前，得自主決定在能提出相關且精確的保險精算數據資料的情況下，允許男女差別保險費率與給付於該國內例外地存在。同條項並規定決定允許此例外的會員國在 2007 年 12 月 21 日後，有義務公

¹ 例如最早於羅馬條約第 119 條規定男女必須同工同酬，歐洲共同體條約第 13 條、現行歐盟運作條約第 19 條禁止以性別為差別待遇等。

² Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, Amtsblatt Nr. L 373 vom 21/12/2004 S. 0037-0043.

告並定期更新前開數據，及依據最新的保險精算數據資料，參照由歐盟執委會（依指令第 16 條）提出之報告，檢視例外允許之男女差別保險費率是否仍有繼續存在之正當性，向歐盟執委會提出報告。

2011 年 3 月歐洲法院於 *Test-Achats ASBL* 案中認定允許對男性與女性之保險費率差別定價乃性別歧視，³ 並宣告前開允許男女差別保費之男女平等待遇指令第 5 條第 2 項因有違系爭指令追求男女平等之目的及歐盟基本權利憲章第 21 條第 1 項與第 23 條第 1 項而失效，致歐盟會員國各保險公司在 2012 年 12 月 21 日前必須調整保險費率，不得就同一保險產品向男女徵收不同的保險費。由於性別是個人保險實務上所慣用之區別保險費的標準之一：例如男性投保汽車保險（Kfz-Versicherung）的費率較女性為高，而女性在投保私人養老年金保險與私人醫療險時，則須繳交比男性要高的保險費。歐洲法院的 *Test-Achats ASBL* 案判決因此被譽為個人保險發展歷史上的典範移轉（Paradigmenwechsel）（Armbrüster, 2011）。然而，保險業者對於歐洲法院 *Test-Achats ASBL* 案的見解則有不同看法。例如德國保險業聯盟（Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.; GDV）在 *Test-Achats ASBL* 案判決隔天立即發表聲明表示不能同意歐洲法院的見解，其認為不同性別者的風險係數不同，以性別為據評估風險並訂定保費，乃是就不同事物為不同對待，並無抵觸男女平等原則，歐盟法禁止男女差別保險費率之規定，乃是不合理地限制了保險業依風險估定保費的需求與自由，破壞了維持保費徵收與給付衡平的機制，且造成保險事故發生蓋然率低者繳交較高的保險費、而保險事故發生蓋然率高者卻可繳交較低的保險費，反而是違反平等原則（Gesamtverband der Deutschen

³ EuGH, Rs. C-236/09, *Test-Achats ASBL*, Slg. 2011, I-773.

Versicherungswirtschaft e.V. [GDV], 2011a)。歐洲法院 *Test-Achats ASBL* 案所引發關於以性別區別保險費是否有違男女平等原則之爭論，乃是本文的研究標的。另外，本文對於系爭判決及相關問題之分析，主要站在德國法制與學說的基礎上為之。德國觀點固不代表歐盟所有會員國，惟其係歐陸法傳統中重要之一支，對歐盟法具有影響力。從德國觀點評析歐盟法雖有局限性，但仍應有相當程度之正當性，合先敘明。

貳、判決摘要

一、案件事實與相關法律規定

男女平等待遇指令第 5 條第 1 項規定，自 2007 年 12 月 21 日起，會員國不得以性別作為保險或相關財政勞務費率與保險給付差別待遇的考量因素。前開指令第 5 條第 2 項原允許成員國，於能提出足以證明性別為預測保險事故發生的重要風險因子之保險精算與統計數據的情況下，就有關保險費與保險給付事項得依據性別為差別待遇。因此許多會員國在履行將男女平等待遇指令轉化為內國法之義務時，援用了該指令第 5 條第 2 項規定，容許其國內一或多個險種的保費定價與保險給付可為男女差別待遇。比利時內國法與轉化男女平等待遇指令第 5 條規定有關者，是該國於 2007 年 5 月 10 日通過的消除男女不平等法第 10 條。系爭規定第 1 項第 1 句，即援用了男女平等待遇指令第 5 條第 2 項給予會員國於轉化指令時得為例外規定的權限，允許保險費與保險給付事項之釐訂，在符合「相關且準確的保險精算與統計資料足以證明性別為預測保險事故發生的重要風險因子」的前提下，得依據性別為差別待遇。同條項第 2 句將此男女保費得差別定價之例外條款適用範圍限縮為只能

適用在人壽保險契約。⁴ 比利時的一個消費者保護團體 Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL (簡稱 Test-Achats ASBL) 與 van Vugt、Basselier 兩位先生，因人壽保險之保費有男女差別定價 (男性高於女性) 的狀況，針對該國前開為轉化男女平等待遇指令第 5 條所制定之內國法律向比利時憲法法院提起憲法訴訟。比利時的憲法法院在審理此案時，認為以下問題有歐盟法解釋之疑義，因而提請歐洲法院作出先行裁決：1) 男女平等待遇指令第 5 條第 2 項是否抵觸歐盟法，更具體地說，系爭規定有無違反禁止性別歧視原則；2) 若前開問題的答案是否定的，則進一步請求歐洲法院就「若將男女平等待遇指令第 5 條第 2 項限縮適用於人壽保險之險種，換言之，僅容許人壽保險契約為男女保費差別定價，前開指令規定是否仍抵觸禁止性別歧視原則」為解釋。

二、歐洲法院判決見解

歐洲法院於 *Test-Achats ASBL* 案判決，認定男女平等待遇指令第 5 條第 2 項規定違反歐盟法之男女平等待遇原則。該院導出此結論的論證方式是：從系爭指令第 5 條第 1 項規定可知，系爭指令於保險事務領域，原則是設定「男女費率同一」之目標。此外，系爭指令之立法理由 (Erwägungsgrund) 第 19 點將該指令第 5 條第 2 項定性為限制男女平等原則適用之例外條款。據上可以推導出：系爭男女平等待遇指令是採取「男性與女性在保險事務領域內是可相比較的相同事務」的基本立場 (Prämisse)。而此等基本立場乃是為了實現該指令確保男女平等的目標，並與歐盟基本權利憲章第 21、23 條所涵納之禁止性別歧視原則之意旨相符。⁵ 然而，指令第 5 條

⁴ EuGH, Rs. C-236/09, *Test-Achats ASBL*, Slg. 2011, I-773, Rn. 12.

⁵ EuGH, Rs. C-236/09, *Test-Achats ASBL*, Slg. 2011, I-773, Rn. 30.

第2項規定卻允許會員國以遵守條文設定之確保性別與保險風險的相關程度的程序機制為前提要件，得維持男女保費差別定價。此規定將有使該指令設定原則（男女保費應同一）的例外狀況「無限期地繼續存在」(unbefristet aufrechtzuhalten) 的危險，與系爭指令及歐盟基本權利憲章第21、23條欲達成男女待遇平等的目標相違背，故宣告系爭指令規定違反歐盟法而無效。⁶

三、歐洲法院判決有待釐清之點

歐洲法院前開判決對於個人保險產品的結構與形塑方式影響重大，使歐盟境內的保險業者長久以來將性別別列為風險評估重要項目，並據以決定保費暨保險給付內容的經營模式不能繼續援用，但歐洲法院卻未就判決結論相應地為深入的論證。本文認為，至少有兩個層面是歐洲法院在判決中未充分說明而有須進一步探討者：首先是有關男女平等待遇原則在保險領域應如何被適用的問題。判決點出允許男女保費不同乃是與指令規範目的不符的例外狀況，故不應無限期存續，卻未就此結論背後的根本問題為闡釋：男性與女性在保險領域是否正如系爭指令預設之基本立場，以及歐洲法院之見解，屬於相同事務而應為相同對待？其次，本案判決使得私人保險業者的締約自由受限，卻對於保險業者同受歐盟基本權利憲章第16條保障的契約與企業自由權隻字未提，也未對於如何在禁止歧視原則與契約自由兩者間取得衡平加以論述 (Armbrüster, 2011; Lüttringhaus, 2011: 296; Schwintowski, 2011: 166)。以下將就前開兩大歐洲法院在 *Test-Achats ASBL* 案判決中未充分論證的議題深入研究，以評價歐洲法院 *Test-Achats ASBL* 案之判決結論是否妥當。

⁶ EuGH, Rs. C-236/09, *Test-Achats ASBL*, Slg. 2011, I-773, Rn. 31 f.

四、概念釐清：「一般平等原則」、「男女平等待遇原則」與「禁止性別歧視原則」

由於歐洲法院在 *Test-Achats ASBL* 案判決中就系爭指令規定所牴觸之上位歐盟法規範，兼而使用男女平等待遇原則 (*Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen*) 與禁止性別歧視原則 (*Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts*) 兩概念，故有須於此先行釐清兩者內涵的一致性。男女平等待遇原則為特別平等原則 (*spezielle/besondere Gleichheitssätze*) 之一種，特別平等原則係相對於一般平等原則 (*der allgemeine Gleichheitssatz*) 而言。一般平等原則要求對相同事物為相同對待、不同事物為不同對待，特別平等原則可能以特定事物領域為適用範圍，例如歐盟運作條約第 157 條 (*Art. 157 AEUV*) 專對勞動法上工資平等事項為規範；特別平等原則尚可能以禁止用特定人別特徵 (*ein personenbezogenes Merkmal*，例如：種族、性別、性傾向等) 作區別標準而為差別待遇的方式呈現，歐盟基本權利憲章第 21 條蘊含之禁止性別歧視原則即屬此類。在前揭兩種類型之特別平等原則適用範圍內，均發生與一般平等原則效力競合問題，此時前者為後者的特別規定故優先適用 (*Kingreen, 2009: 625*)。而「男女平等待遇原則」與「禁止性別歧視原則」則分別為涉及以性別為差別待遇基準之特別平等原則的正面與負面表述，在歐盟法上分別可以歐盟基本權利憲章第 23 條及第 21 條第 1 項為規範依據。由於基本權利憲章第 21 條第 1 項之「性別」(*Geschlecht*)，不僅可以指涉男性、女性兩種性別，尚可涵蓋其他類型之性別例如變性者 (*Transsexuelle*)、雌雄同體者 (*Hermaphroditen*) 等；而基本權利憲章第 23 條規定則在確保「男性與女性」於各個事務領域內之待遇平等，故在涉及男女平等待遇問題時，歐盟基本權利憲章第 23 條為同法第 21 條第 1 項之特別規定應優先適

用 (Jarass, 2010: 225)。歐洲法院於 *Test-Achats ASBL* 案中之所以併列歐盟基本權利憲章第 21 條第 1 項與第 23 條為審查系爭指令所依據之上位規範，應是基於將歐盟基本權利憲章第 21 條第 1 項所列舉之「性別」人別特徵之意義限縮理解為男性女性之前理解所為。

參、禁止性別歧視原則與私法自治衝突關係之調和

一、不能以性別區別保險費率主要受衝擊者為私人保險業者

首先要指出的是，會受到系爭判決結果衝擊的對象是私人保險業者，於此有需與私人保險相區隔的概念是社會保險。私人保險乃一風險共同分擔制度，亦即藉由聚集足夠大量之受同種或多種類似風險威脅的個體，為達風險分擔之目的所為之自助行為。私人保險與社會保險均蘊含風險分擔的面向，但兩者最大不同之處在於，社會保險不純以風險共同分擔為目的，因此社會保險之保險概念，不單關注私人保險之保險概念的核心要素「個人風險」，而是另外融入了社會照顧 (soziale Fürsorge)、社會連帶 (Solidarität)、社會衡平 (Sozialausgleich) 的理念為其建構基礎。基礎思維的不同使兩者之目的與功能亦有如下差異：私人保險在避免因不可預測之風險事故 (例如生病、死亡、殘廢) 對經濟生活之安定性造成衝擊，社會保險的目的則不限於此，為保障一從社會整體利益以觀有必要滿足之社會需求，例如減輕因養育兒女或照顧年老父母者而承受較重之負擔或照顧社會經濟弱勢者，也足作為社會保險之設置目的。換言之，社會保險並不僅在衡平被保險人的風險，毋寧尚有落實社會國理念下之國家對於人民生存照顧義務的功能。鑑於社會保險與私人保險

的基礎思維、目的與功能有如上之差異，社會保險無法與私人保險一體適用同一套法律原則與規範，立法者因而有需就不同種類之社會保險另立專法各別規範。惟不論何種社會保險，都有以下與私人保險不同之共同特徵，基於社會互助之立場，只要從系爭社會保險設立之目的以觀有納為參與人之正當與必要性者，一律強制納保 (Versicherungszwang)；保險參與人就保費之分擔額度，非按被保險人之個人風險係數、而係依所得高低 (einkommensabhängig) 來決定，對於某些特別弱勢而無力負擔保費者，甚至可以免除繳費義務；辦理保險所需費用除以所收取之保險費挹注外，國家亦自稅收財源編列預算為必要之經費補助，以避免社會保險體系發生財務困難；此外，社會保險不同於私人保險，並不以追求獲利為目的 (fehlende Gewinnstreben) (Mrozynski, 2014: 38-40)。據上，社會保險既非以個人風險指數作為保費訂定之基礎，自然不受能否以性別作為保費區別標準的影響，亦即 *Test-Achats ASBL* 案主要受衝擊者乃是經營個人保險的私人業者。故接下來要探究的問題是，禁止性別歧視原則於私法自治領域是否發揮與拘束國家機關同等之效力。

二、歐盟法上禁止歧視原則在私法關係中之效力

截至目前為止，歐洲法院尚未對於私人是否受歐盟基本權利的拘束明白表態，雖然該院在實務上承認特定歐盟基本自由權、男女同工同酬原則 (歐洲聯盟運作條約第 157 條第 1 項) 以及禁止以國籍為差別待遇原則 (歐洲聯盟運作條約第 18 條) 直接適用於私人法律關係，但鑑於歐盟條約保障前開權利之目的係為達成市場整合，與歐盟基本權利目的在拘束歐盟公權力行使不同，故歐洲法院承認前開用以達成共同市場而保障的權利有第三人效力的見解，不能類推適用於歐盟基本權利 (Ehlers, 2009b: 469; Jarass, 2010:

421)。此外，從歐盟基本權利憲章第 51 條第 1 項並未將私人列入受歐盟基本權利條款拘束的範圍來看，前開問題的答案也應該是否定的。對於歐盟基本權利之解釋與適用有重大意義的歐洲人權公約，依據歐洲人權法院的一貫見解，也否定該公約所保障的人權具有直接第三人效力。歐洲人權法院在多數的判決中係從歐洲人權公約保障之基本權利導出會員國保護義務，賦予會員國立法者有制定符合基本權要求的法律規定、會員國法律適用與解釋必須符合基本權精神的義務，以間接保障個體之基本權利在私法關係中不受侵害 (Ehlers, 2009a: 53)。雖然歐盟基本權利原則上對於私人不具有直接拘束力，但仍可能透過歐盟立法者以立法的方式，使基本權在特定脈絡下於私法關係中發生作用。目前在歐盟的立法實務上，已存在多個歐盟反歧視指令，就其適用範圍所及之事項，在某些情況下明確規定與具有受保護人別特徵者從事私法關係之相對人的契約自由應予限制，例如 2000/78/EG (Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, kurz: Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie) 「禁止在就業領域 (不包括社會保險和其他社會保護領域) 基於宗教信仰、殘疾、年齡或性取向的歧視」指令，簡稱「就業框架指令」(Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie)，以及 2000/43/EG (Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, kurz: Antirassismusrichtlinie) 「實施不論種族或民族背景對個人平等對待的原則」指令，簡稱「反種族歧視指令」(Antirassismusrichtlinie)。尤其反種族歧視指令之適用範圍不僅限於就業工作事項，尚且及於教育與社會安全領域，甚至亦將「對一般公眾提供之商品及服務，包含居住空間在內」納入該指令適用領域 (陳靜慧，2013)，這毋寧是肯定在符合這些規定的

情況下，具特定人別特徵者不受歧視的權利優先於他人的契約自由受保障。在 *Test-Achats ASBL* 案所涉及之男女平等待遇指令第 5 條第 1 項就男女保險費應統一為規定，也是歐盟禁止歧視原則影響力延伸進入會員國民事契約法領域之一例。綜上，歐盟禁止性別歧視原則雖不直接拘束私人，但不排除透過立法者以立法的方式規範由私人而為的歧視措施，間接發生拘束私人之效力。

三、系爭指令於私法關係之適用範圍

(一) 禁止歧視原則於私法關係中實踐之法政策比較

如前所述，禁止性別歧視原則對於私人雖不具有直接拘束力，但立法者得衡量其中所牽涉之利益，以決定是否以及在何等程度內使禁止性別歧視原則發生拘束私法關係當事人之效力。然而，於此脈絡下應採取何等之法政策，在各會員國轉化歐盟相關反歧視指令時，引發了爭議。以德國為例，私法自治之概念最初是基於人民自由權應受最大限度保障的理念所發展出來，目的是使市民間的法律關係在國家不介入的情況下自由地建立與形塑。然而，國家介入規制某些私法領域的現象愈來愈多，學說上認為國家例外有正當性限制私法自治原則效力之典型情況包括：私法關係之一方係於市場上具有獨占地位 (Monopolist) 或市場支配地位 (marktbeherrschende Stellung) 者，且其掌握者為基本民生必需之商品或服務 (Zöllner, 1988: 335)；或者締約一方之實力明顯強於另一方，致實力較強者事實上得單方決定或主導契約內容。兩種情況皆以私法自治的功能缺損 (Funktionsdefizit) 為前提，亦即雙方地位已不對等，致法律關係之一方無法本於自由意志享有契約自由與私法自治的空間，故國家有例外介入調整私法關係之必要。立法者就前開兩種情況分別發展出不同的調控方式：針對前者，為杜絕具有市場控制地位者恣意

拒絕提供其所掌握之商品或服務給有需求者，民事法就此發展出強制締約義務 (Kontrahierungszwang) 以為因應 (Schwab, 2006: 670)；針對後者，如何就契約內容適當性調控的問題，立法者對一再發生之典型案例固得立法明確規定在符合一定條件的情況下介入調控，例如勞動法與消費者保護法領域常見此類規定，在立法者未為具體規範時，則主要以民法上之概括條款 (Generalklauseln) 解決私法自治受到濫用的問題。概括條款中並未設定明確的構成要件，而是透過若干抽象概念，例如公共秩序、善良風俗，授權法院代替立法者視個案之契約內容是否為此等抽象概念所涵蓋，並據以判斷其適當性及效力。以概括條款劃定私法自治原則之外部界限的目的，係為避免法律行為成為違反倫理性的工具，及不使違反法律本身價值體系之法律行為具有強制性，以維持法律秩序之無矛盾性 (Paulus & Zenker, 2001: 4)。於此適用概括條款作為控制私法自治濫用手段之結果，是尊重當事人自行訂定之契約內容，除非契約內容違反法律禁止規定 (德國民法第 134 條參照)、公序良俗才會被認定為無效 (德國民法第 138 第 1 項參照)；換言之，國家並不介入所有內容適當性有疑義的契約關係，因為契約關係以外之第三人 (法院) 不見得能適切地判斷怎樣的內容對於契約雙方而言是適當，由此可見，概括條款只設定私法自治與契約自由的外部界限，在此範圍內國家原則上不對契約實質內容加以干涉 (Roth & Schubert, 2012: 221)。作為法律秩序最上位價值的憲法基本權規定，亦透過民事上的「概括條款」的適用與解釋作為媒介，使基本權的價值間接地在私法關係中發揮效力 (Paulus & Zenker, 2001: 5)。在未受歐盟法影響之前，德國憲法與民法領域通說皆不認為契約自由之行使應受到平等待遇誡命拘束，亦不將禁止 (基於特定人別特徵歧視原則 (基本法第 3 條第 3 項參照) 定性為德國民法第 134 條的「禁止

規定」(Verbotsgesetz)，禁止歧視原則只能透過民法上其他概括條款，由法院在個案中綜合考量各面向為利益衡量，例如：為差別待遇者的實力與市場地位、受不利待遇者被影響的生活領域為何，以及雙方因系爭法律關係受衝擊之其他權利與利益，以判定禁止歧視原則或契約自由孰具優先保障之必要性 (Schwab, 2006: 669-671)。

作為本文論述焦點之男女平等待遇指令第 3 條第 1 項，禁止性別歧視原則之適用及於一般民事法律關係的前提要件為，當系爭商品與服務「向一般公眾提供」(der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen) 且「不論相對人為何人」(Ohne Ansehen der Person) 者。早於前開指令發布的反種族歧視指令 (Richtlinie 2000/43/EG) 第 3 條第 1 項 h 款，亦以私法關係之標的是否具有「向一般公眾提供」(der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen) 之特徵為準，劃定禁止種族歧視原則在一般民事法律關係的適用範圍 (Badura, 2008: 352; Thüsing, 2012: 2503)。至於「向一般公眾提供」之概念究何所指，歐盟立法者就此未為定義，學說與各會員國在轉化涉及此概念之指令規定時，因而有不同的詮釋。最狹義的解釋，是將其意涵限縮為利用「公共設施」的可能性 (Zugang zu öffentlichen Einrichtungen) (Thüsing, 2003: 3443)；另有將之理解為任何「公開提供」的商品或服務 (jedes öffentliche Angebot)，例如在日報上刊登廣告、在公布欄或網路上宣傳相關訊息者，德國在將歐盟反歧視指令轉化為內國法時（即一般平等對待法：Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz; AGG），草案一度也擬以此方式詮釋「向一般公眾提供」之概念，惟遭受強烈批評終未採此說。批評者認為，如此一來會使受禁止歧視原則介入之私法關係的範圍過為寬泛，包括私人個體偶然所為的一次性買賣行為，例如在網路或報紙上公開販售其所有之一輛中古車，亦受禁止歧視原則拘束 (Schwab, 2006: 658)。德國立法者最後

創造了一個新的詞彙「大量交易」(Massengeschäfte) 來限縮歐盟反歧視指令於私法關係的適用範圍：提供商品或服務之一方，通常不論相對人為何人，均以相似的條件、大量地締結契約者 (typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen)，才適用一般平等對待法的規定 (一般平等對待法第 19 條第 1 項第 1 款參照)，使實際上受影響者限縮在公司、企業的契約自由 (Thüsing, 2012: 2504)。德國學說有嘗試就「向一般公眾提供」為更細緻之解釋，將此概念理解為：供給方依據市場需求大量提供，且只要願意接受要約所設定之條件，任何人皆可與之締結契約。並非所有「公開提供」之商品或服務者即屬系爭概念涵蓋範圍，例如非以房屋仲介為業的屋主在公布欄上張貼招租廣告的情形即不屬之，因為這種情形最後只有「一人」可以成為締約之他方。「向一般公眾提供」毋寧應指那些對任何願意給付對價者提供的商品或服務而言，例如大眾交通工具、餐廳、旅館、百貨公司等 (Thüsing, 2003: 3442)。然而，前開德國一般平等對待法或學說上對「向一般公眾提供」概念所為之詮釋是否符合歐盟法的意旨與要求不無疑義，其實際上限縮歐盟反歧視指令的適用範圍，蓋「向一般大眾提供」從文義觀之，並未蘊含德國立法者或學說所主張之「大量」交易之要素。歐洲法院就此會採取何等見解仍待觀察。德國法之所以如此轉化歐盟反歧視指令，實因德國與歐盟法就禁止歧視原則於私法關係之適用範圍所採取的立法政策有所不同：歐盟立法者將關注重點置於私法關係之標的是否具有公共性之特徵，德國則著重私法關係主體地位是否對等，兩種立法政策之差異在於其對民事法律的任務為何的觀點不同，德國立法者是本於私法關係為獨立於國家自主運作領域之基本思維，故國家僅在私法自治預設之前提失靈時介入私法關係；而歐

盟反歧視指令的規定彰顯「私法行為必須以確保個人取得資源的可能性不被阻斷的方式進行」的立法政策：當系爭資源是大眾所需者，即便是由私人設下資源獲取的障礙而造成分配不均的情況，國家亦有介入私法關係加以規制的正當性與必要，至於向一般大眾提供商品或服務者是否具有獨占地位則非所問。對歐盟此等立法政策持反對觀點者，認為這樣實質上是把原屬國家之提供社會所需公共服務與分配正義的任務 (*Aufgabe der Verteilungsgerechtigkeit*) 加諸於私人，賦予民法在規範交易秩序的功能外，同時承擔資源平均分配的功能，將國家的分配任務強加到私人身上者，此等作法毋寧是將道德準則強加於私人，形同道德理想國之恐怖主義再現 (Säcker, 2002: 286)，同時也混淆了私法規範的角色：私法之目的在實現主觀等價型的交換正義 (*Tauschgerechtigkeit*)，使所有私人在形式上皆平等地享有自主決定的權利，而非達成屬於國家任務的分配正義義務 (Picker, 2005: 169)。

由於歐盟法反歧視指令轉化到各會員國法體系，涉及歐盟與會員國權限垂直分權的問題，此乃國際法層次的禁止歧視原則在內國法落實時，如何與內國私法自治原則作調和的問題。更具體地說，國際法層次的禁止歧視原則得在何等範圍內發揮對抗締約國內私法關係中歧視之效力。就此，值得參考與本文聚焦之禁止性別歧視原則高度相關之消除對婦女一切形式歧視公約 (*The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women; CEDAW*) 之標準。CEDAW 公約以促進婦女在文化、經濟、政治和社會各層面之權利受平等保障為目的，欲有效達到前開目的，公約之適用範圍不可避免地必須及於私法關係中之歧視。是以，CEDAW 公約第 2 條 e 款要求締約國應「採取一切適當措施 (*taking all appropriate measures*)，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視」，

作為 CEDAW 公約亦適用於對抗來自私人或其他非國家主體對婦女所為歧視之依據。⁷ 所謂「適當措施」，並不以立法禁止歧視為限，考量各國內國法律與事實面之狀況不同，各締約國就 CEDAW 公約於內國之落實方式享有廣大的裁量空間，各種正式與非正式政策、有拘束力與無拘束力的手段，只要有助於消弭存在於私法關係中對女性之歧視均屬之。CEDAW 公約依對婦女為歧視之行為主體為「國家機關」或「私人」，就締約國所負義務在條文中使用了不同的用語：締約國就前者情形負有消極不作為義務，國家機關或公共機構不得有任何歧視婦女的行為或做法，否則違反公約 (CEDAW 公約第 2 條 d 款參照)；而就私人對婦女所為之歧視，則要求「採取一切適當措施」以消除之，締約國於此負的乃是積極作為義務。問題是，締約國究竟要作為到怎樣的程度才不違背這項積極作為義務，條文上沒有設定標準。學者認為，從消除對婦女歧視委員會作成之與此議題有關一般性建議以觀，⁸ 就來自於私人對婦女所為之歧視，應視締約國之作為是否已達「善盡注意之義務」(due diligence obligation) 要求之標準，以認定該國有無違反公約義務。由於善盡注意義務的概念源於並主要被運用於國際人權法領域，其要求國家有義務就私人對他人受國際人權公約所保障之人權為侵害的行為採取合理措施。考量此概念之緣起背景與功能，締約國至少應保障婦女不受來自私人對其基礎性權利——包括人權性質權利與基礎性自由權 (human rights and fundamental freedoms) ——所為之侵害 (Byr-

⁷ CEDAW 公約第三部分 (第 10-14 條) 保障婦女在教育、就業、健康、經濟和社會生活方面不受歧視，第 16 條課以締約國有消除在有關婚姻和家庭關係的一切事務上對婦女的歧視，皆為禁止歧視原則適用於私法關係之例。

⁸ 參見消除對婦女歧視委員會一般性建議第 19 號第 9 點、第 25 號第 29 點、第 28 號第 13 點。

nes, 2012: 77, 86-88, 90)。當然，這裡指的是注意義務的下限，國家就來自私人對婦女所為之歧視可以作更大範圍的努力，自不待言。消除對婦女歧視委員會一般性建議第 25 號第 29 點指出，國家機關對於因市場或政治力量，如私營部門、私人組織或政黨所固有且居於主導地位者所為之歧視行為，亦應負責（此時僅單純不作為仍違反公約）；第 28 號一般性建議第 13 點則強調，締約國對私人行為採取適當措施以進行監管之義務，尤須注意「教育、就業、醫療政策和實施、工作條件和工作標準等，以及銀行和住房等由私人提供服務或設施」等領域。值得注意的是，前引之消除對婦女歧視委員會第 28 號一般性建議內容，除去工作條件和工作標準，與歐盟反歧視指令「向一般公眾提供之商品或服務」指涉之範圍若合符節。

(二) 將保險契約納入系爭指令適用範圍必要性之思考

究竟採取前開哪一種法政策取向以定介入私法關係的出發點與目的為優，恐待長期觀察才能有所評斷，本文就此暫且按下不表。以系爭 2004/113/EG 指令所揭示之立法政策取向為準，其第 3 條第 1 項規定指令之適用範圍為所有「向一般公眾、『不論相對人為何人』提供商品與服務者」(der Öffentlichkeit “ohne Ansehen der Person” zur Verfügung stehen)。⁹ 若依照前開規定，系爭指令適用範圍應不及於保險契約，因為保險契約雖然符合「向一般公眾提供」的特徵，但相對人為何對於保險業者而言並非無關緊要，例如在保險契約締結前，保險業者原則上會對該投保案是否具有道德風險

⁹ 反種族歧視指令第 3 條第 1 項 h 款，則僅以「向一般公眾提供」為準，界定該指令在私法領域之適用範圍。因此引發歐盟立法者是否有意區分禁止種族歧視與禁止性別歧視原則之效力強度的爭議與討論。參見 Thüsing (2012: 2503)。

(subjektives Risiko) 進行篩選作業。¹⁰ 系爭指令卻仍在第 5 條第 1 項將保險契約納入指令適用範圍 (為第 3 條第 1 項特別規定), 背景是不少歐盟會員國的社會保險體系因面臨財源問題而漸以私人保險補充社會保險不足的情況 (Rühl, Schmid, & Viethen, 2007: 144-145), 故有認前開指令規定應是基於私人保險契約所能發揮的風險分擔功能對被保險人具有相當之重要性所為之立法 (Bauer, Göpfert, & Krieger, 2008: 273)。私人保險在各個會員國內是否被賦予補充社會保險保障不足的任務, 須視保險種類與會員國的國情而有差異, 本文認為, 即便私人保險契約在各國不一定有補充或替代社會保險的功能, 但一般大眾在不同社會生活層面有風險共同分擔需求而尋求保險的情況愈來愈普及, 將保險定性為有確保個人取得可能性的「資源」應不為過。歐洲法院既未否定 (實際上是未就此論證) 歐盟立法者將私人保險納入系爭指令範圍之必要性, 在不質疑歐盟反歧視法介入私法關係法政策的基礎上, 是可以接受的作法。可以肯定的是, 無論採取何種法政策, 面對私法關係中的歧視問題, 絕不能偏廢禁止歧視原則的效力或契約自由的保障, 因為兩者同為歐盟法保障的基本權利。故以下將具體分析禁止性別歧視原則與契約自由於保險契約領域中運用或受限的效應, 以定何者於此脈絡下有應予優先保障。另外必須說明的是, 以下的論述是在私人保險不具社會保險功能的前提下所為, 因為國家基於社會政策而以私人保險作為補充社會保險體系不足補充, 另牽涉社會國原則解釋

¹⁰ 道德風險不僅可能存在於人身保險 (例如人壽保險、職災失能保險、醫療保險、意外事故保險), 財產保險也可能有道德風險, 例如在產物險或責任險, 除保險標的本身狀況是保險風險評估要素, 「人」(所有權人/站有人等) 的情況也會列入風險評估要素。參見 Schwintowski (2011: 164)。

與適用的問題，會因各會員國憲法傳統與價值而有不同，本文限於篇幅暫不處理兼具社會保險功能的私人保費定價問題。¹¹

肆、以性別為保費差別定價是否有違禁止性別歧視原則

一、男女保費差別定價涉及統計性歧視

保險實務上會對男性與女性之保費差別定價，乃是精算人員根據過去統計資料的分析，顯示性別足以影響保險費率之結構，為了反映其間的差異性，遂以性別作為保費釐訂的標準之一。性別之所以會被選定為差別待遇的標準，是因為男性或女性在「多數情況」指向特定的危險群體，例如多數男性的壽命較女性短，或多數女性駕駛的車禍事故發生率較男性低。學說上將前開所述之差別待遇措施稱為「統計性歧視」(Statistische Diskriminierung) (Britz, 2008: 9)。所謂「統計性歧視」，特別是指依據某項人別特徵——亦即個人難以自力改變的特徵，分別對於具有／不具有此項特徵者為不同待遇，而此人別特徵之所以會被選擇出來當作差別待遇的標準，是因為統計數字顯示具有此項人別特徵者，「通常」具有或不具有此差別待遇措施所特別關注之特徵。然而，此等人別特徵於此只是「代理」真正要規範之群體所具的一項特徵，例如在上述例子中，「性別」並非系爭差別待遇實際上要關注的點，被保人壽命之長短或者肇事率才是釐訂保險費率真正要考量的因素，此即所謂的「主要特

¹¹ 例如德國於2002年起實施一種附加私人年金(養老)保險(稱為Riester Rente)，功能即為補充法定年金保險。此種年金保險在立法階段即有是否得區別男女性保費的爭議，有學者認為即便基於德國基本法社會國原則的要求，也不能正當化統一男女保費的作法，參見Raulf & Gunia (2003: 534-540)。惟德國自2006年起禁止此種保險以性別區別保費定價。

徵」(Hauptmerkmal)。性別在此發揮的是「代理特徵」(Stellvertretermerkmal)的功能，而使用這種「代理特徵」是因為很難找出可據以直接、準確劃定欲規範之群體的主要特徵，因此須借助「代理特徵」作為區別標準。

統計性歧視在實務上常用於信用分數的計算程序 (Credit-Scoring)。這是一種依據個人的一系列特徵，其中包括職業、帳戶使用狀況、家庭狀況等，並配合其過去的經濟與消費行為模式，對於各個特徵與項目給予一定分數，最後合計得出一總數值即為信用分數。信用分數最初是為了因應銀行貸放業務對於個人償付能力之評估有大量的需求所發展出來的一套制式化、但能快速評估個人未來消費行為模式與償債能力之制度。這種評估償債能力的方式，至少有部分是以受徵信者所屬群體多數人過去的行為模式來預測受徵信者將來的行為 (Koch, 1998: 458)。此外，在勞動事務領域也常見雇主以受雇者之特定人別特徵，例如性別、種族、身心障礙與年齡，依據統計數據所顯示具有此等人別特徵者通常會展現的工作能力，直接預測其可能展現的工作能力與行為模式，以決定是否予以僱用與薪資給付的水準。例如年輕的女性員工與其他員工相比較，前者將來懷孕生子致增加雇主的人事成本的可能性高：雇主不僅須負擔僱用職務代理人之人事成本，若其生產之後不能在短期內回到工作崗位，之前為培訓其能力所投注的經費也會無法回收，這導致年輕女性員工在薪資上受到較差的待遇 (Aubel, 2004: 147)；若干特定職業從業者會因其達到特定年齡時，就被推定其不再具有執行職務所必要之工作能力 (例如飛行員)。這種「高齡」型 (Höchstaltersgrenzen) 的統計性年齡歧視在勞動法領域很常見，因為數據與一般生活經驗顯示，個人的體力與工作能力通常隨著年齡增長而降低 (König, 2005: 223)。

保險契約也是一個大量運用統計數據來作預測、以形成法律關係的一個事務領域，其中年齡與性別是最常被用來評估保險事故發生機率的兩項人別特徵 (Wrase & Baer, 2004: 1623)。負責起草本案最終提議 (Schlussanträge) 的總辯官 Juliane Kokott 正是從「統計性歧視」(Statistische Diskriminierung) 的觀點為論證，¹² 主張以性別作為保險費率釐訂的標準之一，並非基於生理差異，而是基於統計數據上看來多數男性與女性間之差異而為之性別差別待遇。¹³ 本文亦擬以統計性歧視的容許性與界限作為切入點，探討是否能以性別作為保費差別定價標準的問題。

二、統計性歧視在歐盟法體系的定性與界限

(一) 直接歧視與統計性歧視

歐盟的法規範中並沒有直接提及「統計性歧視」概念者，要探討統計性歧視的容許性與界限，得從若干與統計性歧視相關的概念著手。首先，統計性歧視是一種直接歧視 (unmittelbare Diskriminierung)，故原則上直接歧視相關規範亦可適用於統計性歧視的情

¹² 為衡平歐洲法院無上訴審之設計，歐洲法院在組織上設置了總辯官 (Generalanwalt)，主要任務為就歐洲法院受理之案件，以公正獨立之態度提出最終提議。此等由總辯官提出的書面意見，一般而言會先描述系爭案件的事實背景，接著分析其中的法律問題，最後提出歐洲法院應如何判決該案的建議。總辯官的意見對於歐洲法院無拘束力，但實務上歐洲法院在多數情況會採納總辯官的見解。另因歐洲法院判決理由通常十分簡潔，相對於此，總辯官於最終提議中所為之詳盡論述與理由，即具有相當參考價值。有關歐洲法院總辯官之職權，參見陳靜慧 (2015: 107-108)。在 *Test-Achats ASBL* 案，歐洲法院之判決結論與總辯官之最終提議結論相同，但 (至少形式上) 未援引總辯官於最終提議中所為之論證作為判決理由。

¹³ GA Juliane Kokott, Schlussanträge vom 30.09.2010 in der Rs. C-236/09, *Test-Achats ASBL*, Slg. 2011, I-773, Rn. 52.

況。歐盟法對於直接歧視已有一貫的立法定義，以男女平等待遇指令為例，其第 2 條 a 款定義直接性別歧視為：當一個體與其他個體處於可相比較的同等狀況，卻因其所具性別而受到較不利的差別待遇。¹⁴ 惟同指令第 4 條 5 項則規定，本指令不排除得僅對或主要對任一性別者提供商品與服務，倘若此差別待遇是有正當目的，且所採取之手段就此目的之達成係適當且必要。由此可知，以性別作為差別待遇基準，並不是絕對禁止，而是必須有正當目的且手段適當、合比例。這也就是說，本文所關注的統計性性別歧視措施，主要問題不在容許性層次，而是該統計性性別歧視措施能否通過正當化事由的審查。將禁止性別歧視原則詮釋為非絕對禁止，在符合若干標準的情況下，性別差別待遇仍可例外地被正當化，也符合歐盟基本權利憲章第 52 條第 1 項第 2 句的意旨：歐盟基本權利憲章所保障的基本權利，包括憲章第 21 條及第 23 條所定之禁止性別歧視原則在內，得為追求歐盟所肯認的公益目的或為保護他人之權利與自由，在符合比例原則的要求下加以限制。此外，若直接歧視措施採用的是受規範主體難以改變的人別特徵，應適用嚴格的審查標準，僅具有非常重要之事由者才能正當化性別差別待遇 (Jarass, 2010: 245; Rengeling & Szczekalla, 2004: 740)。因此，採用難以改變之人別特徵所為之統計性歧視，應受嚴格審查。

(二) 類型化立法與統計性歧視

統計性歧視會使「依據經驗法則」判斷受到不利待遇，但依其

¹⁴ Art. 2 lit. a RL 2004/113/EG: unmittelbare Diskriminierung: wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

個人實際狀況與條件，卻不是應該受到不利待遇者遭受不利之差別待遇。統計性差別待遇所造成的「個案不正義」(Einzelfallungerechtigkeit)，亦是採取類型化 (Typisierung) 立法技術的法規範會產生的問題 (Britz, 2008: 134)。類型化是制定法規範時經常使用的一種立法技術，立法者之所以會使用類型化的方式來形塑構成要件，是為了減輕行政機關適用法律的負擔，尤其針對某些案件量一直都很大的行政事務領域 (例如稅法) 的法規範，立法者會刻意不用行政實務上難以調查或確認之特徵作為構成要件，而另以其他在實務運作上容易進行審查的標準加以取代，而此等實務上較容易適用的標準之所以被選出當作構成要件，是因為依照一般經驗法則，符合這個替代的標準往往即可導出系爭規範所應考量之事實存在的結論。立法者在為類型化時只以通常會發生的典型案例作為考量基礎，有意地忽略在少數非典型案例中會有的情況或特徵，即便這些在少數個案中偶然會發生的事實於系爭規範脈絡下是具有重要性的。不將這些少數個案的特別狀況納入構成要件的理由在於，如果這麼作會使法條本身與適用法律的複雜性大幅提高。立法者採取類型化的手段來制定法規範的問題在於，個案的特殊狀況會被忽略，導致該個案沒有被正確地劃入原應歸入的類別，導致其適用原不應適用的規範加以處理，與其他沒有錯誤適用規範問題的 (相同) 案件相較，有相同事務未受相同對待的情況，本質上涉及平等權的問題 (Sachs, 1987: 461-463)。不過，因類型化立法所導致之相同事務卻未受相同待遇，不必然會違反平等原則，而是必須檢視類型化追求的目的與所增進的利益的重要性，是否足以正當化因此導致的差別待遇。簡言之，類型化立法是否會被認定違反平等原則，主要應依據比例原則加以判斷 (Huster, 1993: 273)。基於類型化與統計性歧視，都是以大數法則為考量基礎，同樣都有忽略少數個案正義

的問題，因此適用於類型化立法之審查標準「比例原則」，原則上可以用以劃定統計性歧視之界限。蓋不論是統計性歧視或類型化立法，其究竟有否違反平等原則的關鍵皆為：在系爭規範所處脈絡下，對於個案正義的要求程度究竟有多高，換句話說，為了所要追求的其他公益目的，可以容忍何等程度的個案不正義。這個問題無法一概而論地回答，必須從個案脈絡因系爭措施造成之錯誤判斷 (Fehlannahme) 的效應來加以分析 (Britz, 2008: 134-136)，而前開因錯誤判斷導致的效應是進行比例原則利益衡量時必須考量者。

然而，兩概念仍有不同之處，這使得實際上在運用比例原則進行審查時，要依據統計性歧視的特點調整之。從目前實務運用統計性歧視的事例可見，統計性歧視與類型化立法首要不同之處在於，前者採用的類型化標準常是敏感的人別特徵，倘若如此，應適用審查密度較嚴格的禁止歧視原則，而類型化立法則不限於以人別特徵作為類型化的標準，故其原則上以一般平等原則為審查依據。另一方面，實務上運用代理特徵的情況，目的多半是要確定「將來」才會發生的事，亦即，系爭規範脈絡下待釐清的事實具有高度預測性——本質上沒有辦法找到一個可以百分之百準確預測的指標；相對於此，類型化立法所規範者並非實際上無法確定的事實，只是基於行政實務運作效能的考量，放棄採用可以百分之百確認事實的方式形塑構成要件。因此，若統計性歧視適用的事務領域具「高度預測性」的特徵，則指向應該降低審查密度。此外，若從為差別待遇之主體來觀察，運用統計性歧視的事務領域常牽涉由私人所為的差別待遇，相較於此，類型化措施則多牽涉國家機關行為造成的差別待遇問題。禁止歧視原則對於由國家機關所為之差別待遇能發揮完全的拘束力固無疑義，但禁止歧視原則在私法領域發揮效力的程度，則應考量私法關係原則上適用私法自治與契約自由原則，須在

不過度限制私法自治原則的前提下，使禁止歧視原則得在私法關係中發揮效力。

(三) 小結

綜上所述，統計性歧視之屬性為「直接歧視」，並與「類型化規範」有相似之處，彰顯統計性歧視本質上涉及的是平等原則的問題，且評斷統計性歧視有無違反平等原則的主要審查標準應為「比例原則」。而在進行個案審查時，尚須考慮下列參數調整適用比例原則之審查密度：統計性歧視所運用的人別特徵為何、系爭規範所涉事務領域之特質，以及系爭個案涉及的是否為私法關係。

三、性別差別待遇在歐盟法上正當化可能性

以性別此一本質上不能以自力改變之人別特徵為差別待遇，固然應該嚴格審查，但不論系爭指令或歐洲法院實務見解，皆容許在符合特定要件下得以性別為差別待遇之例外情況。例如系爭指令雖以男女在獲取商品與服務脈絡下權利應平等為原則，惟指令第 4 條第 5 項容許於能就個案男女差別待遇措施提出一正當目的且手段適當、合比例時，認定為不違反系爭指令，顯示指令欲達成的男女平等原則並非絕對。至於在系爭指令的適用範圍內，何等目的得被認定為可正當化性別差別待遇的事由，指令的立法理由第 16 點有為若干例示：為了保護性侵害事件的受害者而設置的收容機構，可以作僅收容單一性別的限制；為了顧及個人的隱私空間與社會風俗，例如房屋所有人出租房間，且其本身也住在同一屋簷下，得限制房客只能為某一性別者；為了促進性別平等或男性、女性的利益所為之措施，例如以此目的成立的公益機構得僅對某一性別開放服務；基於保障結社自由，例如私人俱樂部限制僅某一性別者得成為會

員，從事特定運動的組織或機構僅允許某一性別者加入。值得注意的是，前開立法理由所例示的正當目的，差別待遇不限於「基於男女生理差異所必然」者始足當之，還包括基於系爭事務領域本質需要，以及為保護他人重要基本權利而為。

立法理由第 16 點並指出，基於前開目的所為之限制是否適當且必要的判斷，應與歐洲法院判決就此問題所設定的標準相符。歐洲法院之判決與性別差別待遇有關的判決為數不少，以下僅舉幾個與本文議題相關，即涉及男女平等待遇原則之例外條款是否牴觸歐盟法的判決為例說明。在 *Kommission/Frankreich* 案，涉及法國政府一項招考監獄官及警官的程序規定。法國政府將總需用名額依據其負責執行之職務分為五個組別，各個組別分列男女需用名額，其中各組的女性需用名額僅佔極低比例。雖然需用名額是依組別分列，但實際上招考程序卻是統一進行。法國於此援引歐體 76/207/EGW 指令（促進男女於求職、職業訓練、晉升與相關工作條件平等指令）第 2 條第 2 項的例外條款，¹⁵ 主張此差別待遇措施乃基於工作本質之需要而為，故非前開指令所禁止之性別歧視措施。歐洲法院則認定，五個組別中僅有一個組別的人員是在監獄中會直接與人犯接觸的監獄官，在此範圍內得援引例外條款正當化依男女性分列需用名額而未牴觸歐盟法，惟法國政府以警監人員有輪調可能性為由，就所有需用員額一併援引例外條款、按組別分列男女名額，有違比例原則。歐洲法院在此並未否定例外條款設定之目的——可以出於工

¹⁵ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 39 S. 40, EU-Dok.-Nr. 3 1976 L 0207, geändert durch Art. 1 ÄndRL 2002/73/EG v. 23. 9. 2002 (ABl. Nr. L 269 S. 15) und Art. 34 Abs. 1, ÄndRL 2006/54/EG v. 5. 7. 2006 (ABl. Nr. L 204 S. 23).

作本質之需要而為男女差別待遇，但認為系爭例外條款之適用範圍必須限縮解釋，因為只有將例外條款之適用限縮在必要的範圍內，才能使得男女平等待遇原則的效力得到最大程度的發揮。¹⁶

另一類常見之與落實男女平等待遇原則有關指令中的例外條款，是基於懷孕及母性保護之目的，允許性別差別待遇措施。例如歐體 2006/54/EG 指令第 28 條第 1 項不禁止為保護女性——尤其是（但不限於）基於懷孕與母性（“insbesondere” bei Schwangerschaft und Mutterschaft）——而為之措施。在 *Stoeckel* 案中，義大利與法國政府援引前開保護女性之例外條款，以各該國內禁止女性夜間工作的法律規定，是為了保護女性免於因夜間工作而有較高被搶劫的風險，及保護其在家庭生活之餘免於承受過度的工作負擔，主張禁止女性夜間工作的規定未違反歐盟法之男女平等待遇原則。歐洲法院於 *Stoeckel* 案判決中未否定女性保護作為例外條款欲達目的的正當性，但認為援引前開例外條款以保護女性為目的之差別待遇措施，解釋上應限於因懷孕與母性保護所必要而為者始足當之。事實上，可能遭受夜間搶劫風險者不限於女性，而家庭生活中女性應擔任何等角色和任務與系爭規定要達到的目的無關，系爭案件的當事國過度擴張歐體 2006/54/EG 指令第 28 條第 1 項例外條款的適用範圍，最後認定系爭禁止女性夜間工作之規定違反歐盟法男女平等待遇原則。¹⁷

在 *Kommission/Österreich* 案，涉及奧地利一項禁止婦女在地下壓縮空氣環境中工作或者擔任潛水員的規定。奧地利政府於此是援引歐體 76/207/EGW 指令第 2 條第 3 項規定：本指令不禁止為保護女性——尤其是基於懷孕與母性——而為之措施，作為差別待遇之正

¹⁶ EuGH, Rs. 318/86, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1988, I-3559, Rn. 25-28.

¹⁷ EuGH, Rs. C-345/89, *Stoeckel*, Slg. 1991, I-4047, Rn. 14-18.

當化事由。歐洲法院認為奧地利前開法律規定是基於對女性的身體狀況的概括判斷而為：一般而言女性比男性體力差，而從事系爭規定所提及之工作需要強健的體力，因此禁止女性從事前開工作。然而，從事系爭工作所生的危險，是男性與女性皆可能遭受者，因此系爭內國法規定並非基於保護女性所為之措施。再者，一般、概括地禁止女性從事前揭類型的工作，乃是剝奪個人體力狀況足以勝任前揭工作女性的權利。該院最後認定系爭內國法規定非屬保護女性所必要之措施，不能援引歐體 76/207/EGW 指令第 2 條第 3 項之例外條款而牴觸歐盟法禁止性別歧視原則。¹⁸ 歐洲法院在 *Kommission/Österreich* 案雖然沒有直接提及統計性歧視的概念，但已可見其對於統計性性別歧視是否違反男女平等待遇原則的立場是：不能依據大數法則來類型化男性與女性的體能狀況，用這種方式來作區分所造成之個案不正義的程度，已逾越男女平等待遇原則可以容許的範圍。本案判決對於本文研究主題有一定程度之指標性作用。事實上，歐洲法院在 *Test-Achats ASBL* 案的判決結果，可以說就是維持該院在 *Kommission/Österreich* 案所採之立場。

綜上，歐盟法上之禁止性別歧視原則並非絕對，性別差別待遇於有以下幾種事由可能被正當化：1) 基於男女生理差異所為；2) 應所涉事務領域之需要所為；3) 為達成其他公益目的，例如為保障他人重要基本權（例如純私人空間自主與隱私權之保障）之實現而為。保險實務上，男女生理上差異尤為保險業者長期以來用以正當化男女醫療保險費差別定價的理由：女性會因為懷孕與生產導致有較高之醫療支出，而此等生育風險只有女性才會有，故男女醫療保費差別定價是基於男女生理差異所為而可正當化。¹⁹ 但男女醫療保

¹⁸ EuGH, Rs. C-345/89, *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, I-935, Rn. 42-50; 69-74.

¹⁹ 德國聯邦憲法法院曾採如是見解 BVerfG (K) NJW 1994, S. 785 (786).

險差別定價是否真可以男女生理差異為由而正當化？反對此結論者所提出的主要理由是，「女性」實際上不能與「生育」劃上等號，因為並非所有女性都會生育小孩，尤其現今愈來愈多女性有意識地自主決定不生育；再者，懷孕及因此所導致的醫療費用支出，既然不是由女性單方即可造成的結果，男性應該共同負擔所生費用，亦即生育費用是兩性共同之費用 (Gemeinkosten beider Geschlechter) (Lorenz, 2004: 1642)，民法上規定父親與母親必須共同負擔子女的扶養費用乃是出於相同之法理而為。因此若將生育有關費用僅加諸於女性投保人，不啻是一種非基於風險所為之保費定價，不合理地減輕部分原應由男性負擔的費用 (Wrase & Baer, 2004: 1625)。縱然是攝護腺癌、子宮頸或卵巢癌等只可能發生在男性或女性身上的病變，也不能單憑被保險人的生理性別就斷定其為高風險群。據上，即便是涉及男女醫療保險保費之差別定價，亦不能基於男女生理差異而加以正當化。

本案系爭規定並不是出於男女生理上差異，而是以統計數據為基礎而為之差別待遇，其固非基於男女生理差異所能正當化之性別差別待遇，在歐盟法上仍可能因個案中與禁止性別歧視原則相衝突的基本權利夠重要，以及事務領域之本質需要而正當化。前者在本案應予考量的是保險業者的營業自由與其契約自由權，涉及禁止性別歧視原則與私法自治原則衝突的問題；後者則應關注保險事故風險評估所具之高度不確定與預測性的特徵。依據歐洲法院過去實務態度，其就男女平等待遇原則之例外條款是否牴觸歐盟法為審查，大體上皆不質疑歐盟立法者在指令中所設定之男女平等待遇原則之例外條款所追求「目的」之正當性，但會嚴格審查例外條款所採用之手段是否合比例。以上兩種差別待遇目的之正當性應該都能受到肯認，能否通過審查的關鍵在於所採用之手段 (區別男女性保險

費) 是否符合比例原則。以下將分析在保險領域採取統計性性別歧視措施可能造成的效應，目的在釐清進行比例原則應具體衡量的利益為何，以評斷依性別區別保費是否為必要之合比例差別待遇措施。

四、受本案統計性性別歧視衝擊利益之分析

(一) 保險業者受限之基本權利

禁止保險業者依據性別為保費差別定價，所涉及的基本權利是保險業者受歐盟基本權利憲章第 16 條所保障營業自由權 (unternehmerische Freiheit)，更具體地說，是前開條文保障企業享有的契約自由受到限制。²⁰ 依據歐盟基本權利憲章第 52 條第 1 項，限制憲章所保障的基本權利除須符合比例原則外，尚不能侵害系爭基本權的核心領域 (Wesensgehalt)。歐洲法院認為，當一個基本權具有根本重要性的部分完全被忽略時，即該當核心領域之侵害，²¹ 其中尤以涉及與人性尊嚴保障密切有關的權利內涵受限的情況，會有侵害基本權核心領域的問題 (Borowsky, 2011: 682)。契約自由體現個人自主、自決的價值，此與人性尊嚴保障要求之「自主決定」(Selbstbestimmung) 與「自我負責」(Selbstverantwortung) 內涵密切相關 (Zöllner, 1988: 336)。據此，立法者在訂定契約法相關法規範時，有義務留予個體在私法生活中有一適當的自主決定空間，原則

²⁰ 本條所附的說明 (Erläuterungen) 指出本條規定以契約自由為基礎，並引據歐洲法院肯認契約自由的相關判決，學說也認為該條文係保障契約自由的依據。Vgl. EuGH, Rs. 151/78, Sukkerfabriken Nykoebing, Slg. 1979, 1, Rn. 19; EuGH, Rs. C-240/97, Spanien/Kommission, Slg. 1999, I-6571, Rn. 99; Bernsdorff (2011: 297); Jarass (2010: 169)。

²¹ EuGH, Rs. 408/03, Kommission/Belgien, Slg. 2006, I-2647, Rn. 68.

上尊重契約當事人的主觀意願、不以法律干預是否與如何締結契約 (Jarass, 2012a: 69)。前開契約自由核心內涵適用於自然人無庸置疑，惟此等由人性尊嚴導出之個體自主性保障能否套用於法人實有疑義 (Jarass, 2010: 40)。姑且不論人性尊嚴保障主體的問題，禁止業者在保險領域採取統計性性別歧視，實際上不是禁止業者依據其主觀偏好 (subjektive Präferenzen) 決定是否與如何締結契約，因為性別只是代理特徵，業者真的在意的是性別所表彰的風險係數，禁止性別歧視原則於此並非禁止業者以預估發生保險事故機率的高低為基礎來訂定保險契約，與直接禁止保險業者依照其偏好來決定契約內容尚有不同，故應無侵害契約自由核心事項之疑義 (Britz, 2008: 146)。

契約自由是用以實現私法自治的重要機制。契約自由兩大核心要素為締約自由與內容自由 (Zöllner, 1988: 330)，因此立法者限制契約自由的態樣有兩種：就是否締約自由 (也就是強制締約)，或者對締約條件內容作限制。對締約內容進行司法審查的密度可以比較寬鬆，原因在於當事人仍有選擇要不要締約的自由，但若是對於是否締約自由作限制的話，就會引發比較高的爭議，因為在這種情況下，通常同時就契約內容為控制，否則強制締約就沒有意義，所以對於締約自由限制的審查密度理應較高。禁止男女保費差別定價屬對保險業者就締約內容條件的形成自由作限制，原則上無須嚴格審查。用另一個角度來看，也可以得到方向一致的結果：歐洲法院在運用比例原則審查與營業自由限制有關之措施時，一般採取寬鬆的審查密度，除非該限制措施顯然不必要、不合比例才會被認定為抵觸歐盟法 (Jarass, 2010: 175-176)。限制訂定保費所得依據之標準，性質上是對營業方式為限制，而非涉及進入從事該營業活動的門檻規定，依據歐洲法院之先前判決見解，判斷關鍵在於以男女平等為

由對保險業者訂定保費之自由加以限制是否不合比例，就此須對統一男女保險費率 (Unisex-Tarif) 造成之效應進行分析。

統一男女保險費率對歐盟內保險業者造成的衝擊，是必須改變其先前評估風險大小與釐訂費率的模式。在排除性別得作為區別保費項目後，保險公司要維持其對風險評估準確度的可能替代措施是，把其他被保人的其他個人特徵和習性納入考量來決定保險費率。本案總辯官 Kokott 在最終提議中即指出，有太多性別以外的因素就保險事故的發生率有影響，例如被保險人的經社條件與家庭狀況、飲食習慣、休閒運動習慣、有無抽煙喝酒等。²² 惟，有根本質疑前開因素是否能替代性別作為適度風險評估之依據者 (Armbrüster, 2010: 1582; Lüttringhaus, 2011: 299; Wandt, 2004: 1344)，因為前揭總辯官所指出因素的個體狀況有隨時間而改變的可能，保險業者若要即時地掌握被保險人與前開因素有關之現況以正確評估風險，必須收取額外費用。而且，個體間之習性與經社條件差異極為複雜殊，即便締約時盡可能地將各種生活習慣或特徵都納入調查事項，也無法百分之百掌握個人實際狀況。若要藉此對於投保人風險為高度準確的評估，將會使保費漲價到一個非常不合理的程度。依性別區分保費雖然會犧牲一些對個人風險評估的準確度，但可將保險商品價格維持在一個對於男性、女性雙方而言都可接受的程度內 (Sagmeister, 2011: 190)。倘若保險公司對以被保險人生活習性評估風險的可行性採取否定立場，保險業者在實務上可能的作法是加徵安全附加費用 (Sicherheitszuschläge)，以因應不能再以性別評估風險致有不能預見、未列入精算之風險發生率的問題，結果是保費以高出實際風險水準的程度加以訂定，因為這樣保險公司才能

²² GA Kokott, Schlussanträge vom 30.09.2010 in der Rs. C-236/09, Test-Achats ASBL, Slg. 2011, I-773, Rn. 62.

確保其履約能力。²³ 另一項在人身保險中被提出作為替代之區別保費標準者，是透過基因檢測 (Einsatz gentechnischer Diagnostik) 來評估被保險人的風險。雖然以基因檢測評估被保險人風險係數的準確度高，而且只需在保險契約締結時實施而無須持續追蹤，然以此作法評估風險普遍受到反對，因為除了也會因檢測增加成本費用，更有因此引發侵害個人資訊自主及隱私權的疑慮 (Wandt, 2004: 1344)。總體來說，男女保費統一會造成保費增加，導致原來風險係數較低故繳納較低保費者，必須繳納更高的保費才能得到同樣的保障，使得在某些類型的保險產品上，某一性別的投保人不得不承擔另一性別投保人的投保成本。例如在醫療保險中，保險公司如果要調整保費，一定是以原資費較高的女性保費費率為準，將保費水準向上調升，導致男性必須繳納比以往要多的保費才能得到相同的保險給付，造成被保險人間的另一種不公平——某些男性要承擔高於其個人實際保險風險的保費 (Raulf & Gunia, 2003: 539)。一項以歐盟多國之數據資料為基礎之研究顯示，統一男女保險費率預估將造成投保私人年金保險的男性所能領取之年金平均降低 5%、購買人壽保險之女性繳納之保費至少增加 30%、購買汽車保險之年輕女性須負擔至少 11% 的保費漲幅。²⁴ 保費大漲甚至可能降低風險係數較低者的投保意願，例如在年金保險中，男性被保險人可能因此放棄投保，預料會增加的保險人則是平均壽命較長預期可以請領較多之保險給付的女性投保人，所謂客戶逆向選擇 (Adverse Selektion; Antiselektion) 的發生可能性大大增加 (Armbrüster, 2010: 1581;

²³ 參見德國保險業聯盟對歐洲法院 *Test-Achats ASBL* 判決造成之影響及保險業者採取因應措施所為之分析 (GDV, 2011b)。

²⁴ 此乃德國保險業聯盟委託經濟諮詢公司 Oxera 對禁止依性別區別保費分別對各個險種產生何等影響所為之研究報告 (Oxera, 2011: 25)。

Wandt, 2004: 1342)。還有一種可能產生的效應是，如果因無法精確評估風險並通過保費定價來涵蓋風險，那麼一些保險公司會乾脆退出某些產品的競爭，對投保人而言，可能因此無法享受一個充分競爭的保險市場所能帶來的好處。保險市場多元性受到影響，是反對無性別差異的保費定價方式者的一個重要論點 (Wandt, 2004: 1342; Schwintowski, 2011: 171)。

(二) 以性別區別保險費率對投保人產生之不利益

保險公司依據性別區分保費，若個體狀況與其所屬性別多數人不同，但未受個別評估因而遭受個案不正義者，對其所造成的效應之一是經濟上的負擔，亦即要繳比其原來應繳更高之保費。其次，由於以性別區別保費，是以多數男性或多數女性呈現的生活習慣或行為模式為準進行風險評估，少數生活習慣或行為模式呈現與所屬性別的非典型個案被有意忽略，亦即這裡涉及「類型化」技術的運用。如前所述，類型化並不一定違反平等原則，當特定群體成員之多數具有據以類型化的特徵，且個案狀況被忽略的非典型案例數量不多，則此類型化措施得因牴觸平等原則的程度不高而被肯定有存在正當性 (Jarass, 2012b: 120)。換言之，如果從類型化措施的角度切入，要檢討的是以性別區別保費有無過度概括的問題。本案總辯官 Kokott 在最終提議中指出，由於社會變遷，基於過去社會氛圍形成的男女傳統角色分配也隨之改變，這使得性別不再能夠作為準確推斷與社會生活及行為方式有密切關連的個人健康狀態、平均壽命等。例如不再只有男性才從事壓力大的工作、不再只有男性有抽煙喝酒的習慣、不再只有男性喜愛從事高危險性的運動。²⁵ 然而，從

²⁵ GA Kokott, Schlussanträge vom 30.09.2010 in der Rs. C-236/09, Test-Achats ASBL, Slg. 2011, I-773, Rn. 63.

目前性別仍作為風險評估依據的保險實務看來，必然是有因為在多數情況下依據所屬性別群體判斷其健康狀況、平均餘命、開車行為模式等，仍具有相當的準確度，因此很難說以性別為據作風險評估之類型化手段違反一般平等原則。

系爭措施雖無牴觸（一般）平等原則的疑慮，卻另須考量其涉及直接以敏感人別特徵——性別——所為的（統計性）性別歧視。禁止歧視原則須嚴格適用的理由，除係基於要使個體免於其因與生俱來無法改變、或難以透過己力改變的人別特徵而受到不利待遇，在某些情況下，尚有防止特定人別特徵連結之「刻板印象」（Stereotypisierung）被複製與加強的目的。一個與「刻板印象」相關的概念是社會學上的類型化：以類型化的方式去理解與掌握不熟悉的人事物，本是人類面對複雜的生活事實不可避免地會採取的一種基本認知模式。例如對於初次碰面的陌生人先觀察其人別特徵，依據這些人別特徵所連結的典型模式來建構對此人初步的評價，再依據其他進一步接收的訊息進行修正與分殊化（Kumbruck & Derboven, 2009: 13）。當前開類型化的認知過程被以一種過度簡化、過於概括的方式加以運用，個體對於所作出的初步評價不再保有依其事實上狀態進行評價修正的可能性，就涉及了刻板印象化的問題。刻板印象係過度強調（Überbetonung）某一人別特徵的代表性，完全不考量該個體尚具有的其他特徵，並且透過過度解釋（Überinterpretation）系爭人別特徵的代表性，進而將此人連結到與其個人現實面貌不相符合的人格特性輪廓，產生一種結構性歧視的危險（Britz, 2008: 198- 199）。特別是某些容易連結到多種刻板印象的人別特徵，例如性別、國籍、種族與宗教信仰，多種刻板印象足以形成一叢對於具有這種人別特徵者人格全貌（Persönlichkeitsprofile）的（刻板）認知。當構成前開人格全貌的個別刻板印象是出於

完全沒有科學根據的錯誤偏見 (unausweislich)，那麼就會造成某個體僅因具有特定人別特徵，就因此直接被買上一籬筐可能其實實際上沒有的人格特質，而受到一連串不利待遇的結果。若不禁止此類型的差別待遇，會使得屬於該特定族群之個體在諸多社會生活層面 (例如居住、就業、接受教育、買賣商品或獲取服務等) 廣泛地受到不利待遇。²⁶

因結構性歧視受到不利待遇者，其受到限制的是自我展現的權利 (Recht auf Selbstdarstellung)。能實質有效地行使自我展現的權利，則是保障一個人自由發展人格權 (freie Entfaltung der Persönlichkeit) 的前提要件。是以，禁止歧視原則在抑制結構性歧視脈絡下發揮的作用，是確保個人的自我展現權利能有效地行使。禁止歧視原則目的並不是確保受禁止歧視保障者最後可以得到特定的評價結果，其著重的毋寧是個人受評價的「過程」：確保個體不因屬於某族群就自動地被貼上某些標籤或連結到特定人格圖像，而是使被評價者能透過實際展現自己的方式，讓相對人對其個人作出評價。換言之，禁止歧視原則於此處是避免個人受制於刻板印象與基此產生之與其真實面貌不符的人格圖像的程序性工具，確保其有影響別人對其評價的可能性，提高相對人對其進行實質評價的機會 (Britz, 2008: 200-201)。

系爭規定之差別待遇既不屬基於生理性別所為差別待遇類

²⁶ 種族歧視即屬於此類型的歧視，因此被嚴格禁止，且幾乎是不容許任何可正當化種族差別待遇的例外條款，歐盟公布之反歧視指令，多數均設有容許會員國轉化時，在符合一定條件下得為例外規定之除外條款，只有反種族歧視指令 (RL 2000/43/EG) 並未給予成員國轉化時得為例外規定的空間。在沒有除外條款的情況下，種族差別待遇只可能出於基於事務本質所必須者，才不構成抵觸禁止種族歧視原則。這種情況極為罕見，能想到的例子如基於飾演電影中之有色人種角色之需要，可限定僅特定種族者得應徵該角色。

型，於此應該檢視的是，以性別為保費差別定價是否會加深刻板印象，因而有強化禁止性別歧視原則於此脈絡下效力強度的必要。以壽險為例，女性的保費高是因為其壽命通常較男性長；在醫療險領域，保險公司就女性被保險人收取較男性被保險人要高保費的理由，是主張統計數據顯示女性去醫院看病的頻率比男性高，因為女性通常比男性要有健康意識，故造成較多醫療支出 (Wrase & Baer, 2004: 1625)。在汽車險的部分，由於統計上男性出險率比女性車主高，所以保費較高，而女性駕駛汽車肇事率比男性低，故享有較優惠之保費，於此依據性別對保費差別定價應是考量男女性駕駛人的駕駛行為模式不同；一種解釋的可能是女性駕駛人較為謹慎，故危險駕駛的機率較低，男性駕駛人個性衝動、追求感官刺激，故容易發生車禍，另外一種詮釋是，女性個性相對膽小故駕駛車輛小心，男性對於車輛的操控能力較佳，影響其駕駛習性不同於女性。

有疑問的是，是否禁止歧視原則也禁止基於「非負面刻板印象」所為之差別待遇，例如：女性在前開不同險種適用不同保費費率之評價基礎「壽命長」、「比較有健康意識故常去看病」、或「開車行為模式小心謹慎」。理論上，個體被依正面刻板印象為基礎受評價，對其人格產生的負面效益一定比涉及負面刻板印象的情況微弱，於此其受保障之需求也相對降低 (Britz, 2008: 199)。不過，究竟刻板印象是正面或負面，認定起來相當主觀而界限模糊，例如小心謹慎與保守畏縮僅是一線之隔。本文認為，以性別區別保費真正必須受到質疑之處在於，此作法使得個體被剝奪讓保險公司依據其個人真實狀況來精確地評斷其個人之風險發生率的機會，抹煞了每個人有按照自己的意志與喜好決定或改變個人生活方式與習慣的權利，並且以此作為評估所應負擔保費基礎的可能性，產生侵害人性尊嚴保障所著重之尊重個體自主形成自我認同 (Aufbau eigener

Identität) 的疑慮 (Herdegen, 2014)。禁止歧視原則與人性尊嚴保障有密切的內在關聯，在具體歧視措施有侵害人性尊嚴疑慮的情況下，也有強化禁止歧視原則的效力及審查密度的必要性 (Kirchhof, 2010: 733)。據此，種族、膚色、國籍等無法由個人行為控制的人別特徵，也應該禁止作為保費定價基準；保險業者另一常用於區別保費的人別特徵「年齡」，在這個面向的疑慮則相對較低：雖然個人對於年齡會隨著時間增長無從改變，但至少每個人都有會經歷各個年齡層、也享有自主決定要在哪個時點投保的權利 (Purnhagen, 2011: 701)；而且「年齡」這個人別特徵本身無法具體界定出一個範圍固定的族群 (年齡級距不同群體範圍就不同)，故依據「年齡」所產生連結特定刻板印象或刻板人格全貌的效應，明顯要比性別、種族等人別特徵要低 (Britz, 2008: 117)。

(三) 以性別為保費差別定價違反禁止性別歧視原則

綜上，從私人保險業者契約自由實際上所受到的限制層面來考量，保險業者於本件中受限的是營業方式自由，其並非被禁止以「風險發生機率高低」來訂定保費，只是不能用性別作為預測風險暨區別保費之標準，保險事務領域有對風險發生率「預測」需求之特性並未完全被忽略，欲以所涉事務領域之需要正當化系爭性別差別待遇，顯得牽強。再者，以往依據性別大數法則評估風險會存在的誤差，原本是由特定性別者承擔，但這並不合理，因為性別無法改變。在禁止以性別區別保費後，這些保險精算機制下為了涵蓋風險評估有誤差 (statistische Abweichungen) 所多收取的費用將改由所有投保人全體平均分擔，毋寧是比較合理的作法 (Purnhagen, 2011: 702)。關於保險市場多元性可能因為性別統一費率而受影響的說法，本文認為，在市場競爭機制充分運作的前提下，保險業者若不

能以性別為準區別保費，也應該會盡力推出與其他保險公司保費定價與給付方式有區隔的契約條件，以吸引可能的保險客戶上門 (Wrase & Baer, 2004: 1626)。是否一定要容許保險公司以性別區分保費才能維持其營運與履約能力，以及是否禁止以性別區別保費一定會戕傷相關保險商品的多元性，還待更多實證研究的佐證。²⁷ 從投保人的權利保障來看，若容許依據性別區別保費，對實際狀況與所屬性別典型狀況不同的個體而言，除了可能有經濟層面的不利益外 (部分人會因此被迫繳納高於實際應負擔額度的保費)，同時也涉及了對於特定性別者刻板印象的運用，導致個體透過自我實踐影響他人對其評價以及藉此自主形成人格的權利受限的結果。以性別保費區別定價標準有疑義之處並不在於「過度概括」(Überdeterminierung; overinclusiveness)，否則保險業者根本不會想用性別作為風險評估參數，而是因為性別是被保險人無從選擇或難以改變的一項人別特徵 (Purnhagen, 2011: 700-701)。²⁸ 歐盟立法者以能通過定期檢視性別作為保險風險評估基準仍有相當準確度為前提，容許男女差別保費可以繼續合法地存在的作法並無實益，

²⁷ 由於實施男女單一保費的時間不長，目前的觀察焦點放在系爭判決結論要如何適用在各種不同類型之保險契約，例如另有一內容與男女平等待遇指令第 5 條第 2 項內容相近之指令規定，亦即指令 2006/54/EG 的第 9 條第 1 項 h 款，允許企業退休保險 (betriebliche Altersversorgung) 之保費在有保險精算與統計資料為據的狀況下得區別男女保費，在指令 2006/54/EG 的第 9 條第 1 項 h 款未被歐洲法院宣告抵觸歐盟法之前，企業退休保險是否仍得採取男女差別保費，參見 Beyer & Britz (2013: 1223-1224)；此外，該判決「時的效力」亦為有必要釐清之點，特別是系爭判決對於在 2007 年 12 月 22 日到 2012 年 12 月 21 日間締結的保險契約效力有何影響，參見 Beyer & Britz (2013: 1219-1220)。

²⁸ 總辯官在最終提議裡也認為系爭指令規定應被宣告無效的關鍵，是因為性別乃被保險人不能改變的人別特徵，參見 GA Kokott, Schlussanträge vom 30.09.2010 in der Rs. C-236/09, Test-Achats ASBL, Slg. 2011, I-773, Rn. 50.

因為如果男女性的生活習性因社會生活型態之變遷，已改變到用大數法則推斷個體狀況的準確度降低，保險業者自然不會繼續以性別作為風險評估因素。考量個體自主形成自我認同與人格之權利與實現人性尊嚴有密切關聯，其相較於保險業者之營業方式受限程度，應有優先予以保障之必要，故本文認為，以性別為保費差別定價無法被正當化。歐洲法院 *Test-Achats ASBL* 案判決，維持了其在 *Kommission/Österreich* 案所採之不能依據個人所屬性別「群體」之大數法則來判斷「個體」狀況的立場，認定系爭指令第 5 條第 2 項規定容許男女差別保費定價有違禁止性別歧視原則之結論，值得贊同。

伍、結語

依據本文之分析，男女保費區別定價並非基於男女生理上差異之必然需要而為，這代表男女在保險事務領域應視為相同事物，性別原則上不能作為釐訂保費的區別標準。本文贊同歐洲法院 *Test-Achats ASBL* 案的判決認定男女平等待遇指令第 5 條第 2 項牴觸歐盟禁止性別歧視原則的結論，但認為此案的判決理由與論證方式尚有待斟酌思考之處。歐洲法院論證系爭指令第 5 條第 2 項規定牴觸男女平等待遇原則的方式，是藉由分析系爭指令第 5 條的規範結構，認為該條文係以男女保費一致為原則，差別保費為例外，故差別保費之容許性應盡量從嚴解釋。由於系爭指令第 5 條第 2 項有使指令設定之原則（男女保費應同一）的例外狀況無限期存在的危險，故宣告系爭指令規定違反歐盟法而無效。²⁹ 其以例外狀況可能無限期存在作為宣告系爭指令規定的理由，但對於此等「例外狀況」

²⁹ EuGH, Rs. C-236/09, *Test-Achats ASBL*, Slg. 2011, I-773, Rn. 31 f.

的容許性沒有表示立場。歐洲法院之判決與總辯官最終提議的結論一致，卻未如總辯官於本案最終提議所為之建議，³⁰ 明示即便在以大數法則作為風險評估原則的保險事務領域，也不容許可以統計數據正當化男女保費差別定價之待遇，而僅以釋義學的方式，循系爭指令第 5 條的規範邏輯認定男女性在保險事務領域係居於可相比較之地位而應受相同待遇，至為可惜。

從趨勢上看來，歐盟法之禁止歧視原則（透過歐盟立法或法院判決）介入調整私法關係的情況愈來愈多，表示在私法領域中平等的問題愈來愈被重視。歐洲法院近年來以包括 *Test-Achats ASBL* 案在內的幾個判決，³¹ 逐步奠定了禁止歧視原則作為契約法基石的地位（Purnhagen, 2011: 690）。面對此等禁止歧視原則介入調整私法關係的趨勢，有學者甚至以私法自治已死（*Tod der Privatautonomie*）描述這樣的發展（Adomeit, 2002: 1623; Säcker, 2002: 290）。³² 尤其禁止歧視原則有「貫穿性質」（*Querschnittscharakter*），也就是歧視的問題可能發生在任何事務領域，這意味禁止歧視原則在任何法律關係脈絡下皆可發生影響力，若只著重歐盟基本權利實效性（*Effektivität*）的要求，肯認私法關係亦受禁止歧視原則之拘束，對私法自治與法安定性之影響將比承認其他基本權利具有水平效力的程度更大（von Danwitz, 2007: 705）。本文認為，如果這樣的發展

³⁰ GA Kokott, Schlussanträge vom 30.09.2010 in der Rs. C-236/09, *Test-Achats ASBL*, Slg. 2011, I-773, Rn. 60-69.

³¹ EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981; EuGH, Rs. C-555/07, *Kücük-deveci*, Slg. 2010, I-365.

³² 就是否得在民法領域中直接設立民事上的禁止歧視規定的爭議，德國學界於該國為轉化歐盟一系列反歧視指令，於 2000 年訂立施行一般平等對待法（*Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz; AGG*）時有激烈的論戰，中文文獻參見周伯峰（2014）。

勢不可擋，不論是立法者在制定相關反歧視法規範，或司法者在作法律解釋與適用時，除應謹慎衡量與調和其中所涉之利益衝突，更要能說明是基於何等理由與考量，故容許禁止歧視原則在該脈絡下有拘束私法關係當事人效力的正當性，亦即將禁止歧視原則例外得干預契約自由的情況與條件體系化，可以強化限制私法自治與契約自由的說服力，並有助於利益相衝突主體間緊張關係的化解。

參考文獻

- 周伯峰 (2014)。〈「歧視禁止」作為私法自治的限制？——簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，《月旦法學雜誌》，224: 127-150。(Chou, P.-F. [2014]. “Prohibition of discrimination” as the limitation of autonomy of private law?—Brief comment of civil law of prohibited discrimination and dispute of Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, AGG. *The Taiwan Law Review*, 224: 127-150.)
- 陳靜慧 (2013)。〈反歧視法與契約自由的衝突與調和——以歐盟反種族歧視指令之實踐為例〉，國立政治大學法學院公法學中心（編），《公法研究的世代對話：法治斌教授逝世十週年紀念論文集》，頁 145-170。臺北：新學林。(Chen, C.-H. [2013]. The conflict between anti-discrimination law and freedom of contract—Take practice of Antirassismurichtlinie in European Union for example. In Center for Public Law at National Chengchi University [Ed.], *Generation dialogue of research of public law: Proceedings of commemorating the 10th anniversary of professor Fa, Jhih-Bin* [pp. 145-170]. Taipei: New Sharing.)
- 陳靜慧 (2015)。〈歐盟法院之組織與功能〉，洪德欽、陳淳文（編），《歐盟法之基礎原則與實務發展（上）》，頁 101-149。臺北：臺大出版中心。(Chen, C.-H. [2015]. Organisation and function of the court of justice of the European Union. In D.-C. Horng & J.-W. Cheng [Eds.], *The EU Law: Principles and practices* [Vol. 1, pp. 101-149]. Taipei: National Taiwan University Press.)
- Adomeit, K. (2002). Diskriminierung: Inflation eines Begriffs. *Neue Juristische Wochenschrift*, 55, 22: 1622-1623.
- Armbrüster, C. (2010). Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.9.2010 in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats). *Versicherungsrecht*, 61, 34: 1578-1583.
- Armbrüster, C. (2011). *Anmerkung zu dem Urteil des EuGH vom 1. 3. 2011 (Rs C-236/09), LMK (beck-fachdienst Zivilrecht – LMK)*, 315339. Retrieved from Datenbank beck-online.

- Aubel, T. (2004). Diskriminierung von Frauen durch finanzielle Belastung des Arbeitgebers. *Recht der Arbeit*, 57, 3: 141-147.
- Badura, P. (2008). Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Die verfassungsrechtliche Problematik der Umsetzung der EG-Diskriminierungsrichtlinien in Deutschland. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 68, 2: 347-358.
- Bauer, J., Göpfert, B., & Krieger, S. (2008). *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Bernsdorff, N. (2011). Art. 16 GRCh. In J. Meyer (Hg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (3. Aufl.) (S. 293-301). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Beyer, A., & Britz, T. (2013). Zur Umsetzung und zu den Folgen des Unisex-Urteils des EuGH: Eine Bestandsaufnahme. *Versicherungsrecht*, 64, 28: 1219-1227.
- Borowsky, M. (2011). Art. 52 GRCh. In J. Meyer (Hg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (3. Aufl.) (S. 667-705). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Britz, G. (2008). *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung*. Tübingen, Deutschland: Mohr Siebeck.
- Byrnes, A. (2012). Article 2 CEDAW. In M. A. Freeman, C. Chinkin, & B. Rudloff (Eds.), *The UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women: A commentary* (pp. 71-99). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Ehlers, D. (2009a). Allgemeine Lehren der EMRK. In ders. (Hg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (§ 2, 3. Aufl.) (S. 25-80). Berlin: De Gruyter Verlag.
- Ehlers, D. (2009b). Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte. In ders. (Hg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (§ 14, 3. Aufl.) (S. 443-484). Berlin: De Gruyter Verlag.
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (2011a). *Deutsche Versicherungswirtschaft bedauert, dass EuGH risikogerechte Kalkulation bei Versicherungen in Frage stellt*. Retrieved from <http://www.gdv.de/2011/03/deutsche-versicherungswirtschaft-bed>

- auert-dass-eugh-risikogerechte-kalkulation-bei-versicherungen-in-frage-stellt/
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (2011b). *Studie zeigt negative Auswirkungen*. Retrieved from <http://www.gdv.de/2011/12/studie-zeigt-negative-auswirkungen-fuer-verbraucher/>
- Herdegen, M. (2014). Art. 1 Abs. 1 GG. In T. Maunz & G. Dürig (Hg.), *Grundgesetz Kommentar* (Bd. 1, Stand: Lfg. 73). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Huster, S. (1993). *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Jarass, H. D. (2010). *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Jarass, H. D. (2012a). Art. 2 GG. In ders. & B. Pieroth (Hg.), *Grundgesetz Kommentar* (12. Aufl.) (S. 60-105). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Jarass, H. D. (2012b). Art. 3 GG. In ders. & B. Pieroth (Hg.), *Grundgesetz Kommentar* (12. Aufl.) (S. 105-157). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Kingreen, T. (2009). Gleichheitsgrundrechte. In D. Ehlers (Hg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (§ 17, 3. Aufl.) (S. 619-639). Berlin: De Gruyter Verlag.
- Kirchhof, P. (2010). Allgemeiner Gleichheitssatz. In J. Isensee & P. Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Bd. 8, § 181, 3. Aufl.) (S. 697-838). Heidelberg, Deutschland: C. F. Müller.
- Koch, C. (1998). Scoring-Systeme in der Kreditwirtschaft. *Multimediarrecht*, 1, 9: 458-462.
- König, D. (2005). Handlungsbedarf bei der Umsetzung des Altersdiskriminierungsverbots? *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 4, 5/6: 218-224.
- Kumbruck, C., & Derboven, W. (2009). *Interkulturelles Training: Trainingsmanual zur Förderung interkultureller Kompetenzen in der Arbeit*. Berlin: Springer.
- Lorenz, E. (2004). Unisex-Tarife: Aktuarielle Erkenntnisse im Lichte

- juristischer Wertung. *Versicherungswirtschaft*, 59, 21: 1640-1646.
- Lüttringhaus, J. D. (2011). Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22, 8: 296-300.
- Mrozynski, P. (2014). *Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil (SGB I): Kommentar*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Oxera. (2011). *The impact of a ban on the use of gender in insurance*. Retrieved from http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2011/12/Oxera_Final-report_gender-in-insurance_2011.pdf
- Paulus, C. G., & Zenker, W. (2001). Grenzen der Privatautonomie. *Juristische Schulung*, 14, 1: 1-9.
- Picker, E. (2005). Antidiskriminierung im Zivil- und Arbeitsrecht. *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 36, 2: 167-188.
- Purnhagen, K. P. (2011). Zum Verbot der Risikodifferenzierung aufgrund des Geschlechts: Eine Lehre des EuGH zur Konstitutionalisierung des Privatrechts am Beispiel des Versicherungsvertragsrechts? *Europarecht*, 46, 5: 690-704.
- Raulf, M., & Gunia, S. (2003). Zwang zur geschlechtsneutralen Kalkulation in der betrieblichen Altersversorgung? *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 20, 10: 534-540.
- Rengeling, H., & Szczekalla, P. (2004). *Grundrechte in der Europäischen Union: Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Köln, Deutschland: Carl Heymanns.
- Roth, G. H., & Schubert, C. (2012). § 242 BGB. In F. J. Säcker & R. Rixecker (Hg.), *Münchener Kommentar zum BGB* (Bd. 2, 6. Aufl.) (S. 95-227). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Rühl, W., Schmid, M., & Viethen, H. (2007). *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Sachs, M. (1987). *Grenzen des Diskriminierungsverbotes*. München, Deutschland: Vahlen.
- Säcker, F. J. (2002). "Vernunft statt Freiheit!": Der Tugendrepublik der neuen Jakobiner. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 35, 7: 286-290.
- Sagmeister, H. M. (2011). Geschlechtsspezifische Versicherungstarife

- tatsächlich europarechtswidrig? *Versicherungsrecht*, 62, 4: 187-190.
- Schwab, D. (2006). Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland. *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 101, 9: 649-678.
- Schwintowski, H.-P. (2011). Geschlechtsdiskriminierung durch risiko-basierte Versicherungstarife? *Versicherungsrecht*, 62, 4: 164-172.
- Thüsing, G. (2003). Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, 56, 48: 3441-3445.
- Thüsing, G. (2012). § 19 AGG. In F. J. Säcker & R. Rixecker (Hg.), *Münchener Kommentar zum BGB* (Bd. 1, 6. Aufl.) (S. 2499-2535). München, Deutschland: C. H. Beck.
- von Danwitz, T. (2007). Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH. *Juristen-Zeitung*, 62, 14: 697-706.
- Wandt, M. (2004). Geschlechtsabhängige Tarifierung in der privaten Krankenversicherung. *Versicherungsrecht*, 55, 31: 1341-1346.
- Wrase, M., & Baer, S. (2004). Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der gesetzlichen Krankenversicherung: ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes? *Neue Juristische Wochenschrift*, 57, 23: 1623-1627.
- Zöllner, W. (1988). Die politische Rolle des Privatrechts. *Juristische Schulung*, 28, 5: 329-336.

Unisex Pricing in Private Insurance? —An Analysis of the ECJ *Test-Achats ASBL* Judgment from the Perspective of German Law

Ching-Hui Chen

College of Law, National Taipei University
No. 151, University Rd., San Shia District, New Taipei City 23741, Taiwan
E-mail: chchen@mail.ntpu.edu.tw

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the 2011 decision of the European Court of Justice in *Test-Achats ASBL*. The ECJ ruled that the different premiums based purely on the grounds of gender were incompatible with the unisex rule, which is the purpose of the Directive 2004/113/EC in the insurance field and therefore, with the EU Charter of Fundamental Rights. The core issue is—Could insurers use sex as a determining risk factor to justify differences in individuals' premiums? Gender is commonly used as a determining risk-rating factor for certain insurance products because there is statistical data to back it up. This article thus aims to examine the discrimination disputes caused by different premiums for men and women in light of the boundary of statistical discrimination on the grounds of sex. According to the ECJ's judgment, from 21 December 2012, insurance companies in the EU are no longer allowed to charge different prices based on a person's sex. This restricts private company's freedom of contract. The article hence goes on to discuss the relationship between prohibition of sex discrimination and the principle of freedom of contract.

Key Words: unisex pricing, prohibition of sex discrimination, statistical discrimination, stereotype, freedom of contract