

純男性軍校與性別歧視 ——評*United States v. Virginia* 一案判決*

黃昭元

國立台灣大學法律學系
e-mail: jauyuan@ntu.edu.tw

摘要

本文是判決評釋的研究論文，以一九九六年美國最高法院在 *United States v. Virginia* 一案判決為主題。本案判決的主要憲法爭議是：只收男性學生的州立軍事學院是否違反美國憲法第十四增補條文的性別平等？本文共分六部分，除前言與結語外，第二部分分析本判決的事實、爭點及判決理由。第三部分分析美國最高法院對於性別歧視案件向來所適用的審查標準，尤其是「中度審查標準」的出現經過及其內涵。第四部分檢討本案判決所適用的審查標準，是否已經提高為嚴格審查標準？特別是分析本案判決多數意見對於性別平等案件是否已經將原先適用的中度審查標準，提高為嚴格審查標準？本文第五部分進一步討論本案所涉及的主要實體爭議：真實差異、行

投稿日期：91.11.4；接受刊登日期：92.6.17；最後修訂日期：92.7.2

責任校對：蘇嘉琛、楊筱萍

* 謹此感謝法治斌教授、兩位匿名審稿人以及編輯委員會的審查意見，使本文得以改進修正。法教授不幸於二〇〇三年六月英年早逝，令人惋惜，過去筆者曾多次受益於法教授的批評指教，由於本文是筆者正式受教於法教授的最後一篇論文，謹此誌記，並感念法教授的提攜。

政成本、軍校教育的特殊性及單性學校的合憲性等。本文支持最高法院的判決立場，認為應該對性別歧視適用「不對稱」的反壓迫原則，並應更進一步挑戰男性標準及性別權力的既有架構，才能促進性別平等。

關鍵詞： 平等保障、性別歧視、審查標準、單一性別學校、真實差異

壹、前言

一九九六年六月二十六日，美國聯邦最高法院在「美國對維吉尼亞」(*United States v. Virginia*)¹一案(以下簡稱*Virginia*)，判決著名的維吉尼亞軍校(*Virginia Military Institute*)(以下簡稱「維州軍校」)專收男性學生的入學政策，違反聯邦憲法增補條文第十四條的性別平等保障。這個判決不僅終止了該校長達一百五十餘年的男校傳統，也結束了美國最後一所公立純男性軍校的性別隔離歷史。不論在理論或實踐上，本案從訴訟開始到判決後都引起很大的注意與爭議。本文即以上述判決為對象，分析該案及其判決所涉及的性別歧視等主要憲法爭議。

本文共分六部分，除前言與結語外，第二部分簡介上述判決的事實背景、主要爭點以及多數意見、協同意見與不同意見的要旨。第三部分分析美國聯邦最高法院對於性別歧視案件向來所適用的審查標準，尤其是主筆本案判決多數意見之大法官魯絲·金斯勃格(*Ruth Ginsburg*)所曾扮演的歷史角色，以及「中度審查標準」(*intermediate scrutiny*)的出現經過及其內涵(「重要政府目的」與「實質關連性手段」)。第四部分檢討本案判決所適用的審查標準，特別是分析本案判決多數意見對於性別平等案件是否已經將原先適用的中度審查標準，提高為嚴格審查標準？本文第五部分進一步討論本案所涉及的主要實體爭議：真實差異、行政成本、軍校教育的特殊性及單性學校的合憲性等，並針對性別平等的基礎理論與方法論嘗試提出一些觀點上的初步反省。

¹ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996). 本件判決之中文節譯，請參見司法院(2001: 160-168)。

貳、本案判決分析

一、事實背景與訴訟經過

維州軍校創立於一八三九年，是美國第一所州立軍事學院。該校由維吉尼亞州(以下簡稱「維州」)政府經費支持，並受州議會立法規制。在一九七〇年代中期之後，維州軍校是維州十五所州立大學中，唯一的、也是最後一所單一性別之純男子大學。即使在全美國，也是當時僅存的兩所純男子大學，另一所是位於南卡羅來納州(South Carolina)的南卡羅來納州堡壘軍事學院(The Citadel, The Military College of South Carolina)。維州軍校大約共有一千三百名大學部學生，提供文理、科學、工程等一般大學教育，但特色在於其教育目標與方法。該校教育目標在培養畢業生成為「公民軍人」(citizen-soldiers)，不論在軍中或一般公民社會，都成為美國各界的領導人才。在教育方法上，該校運用所謂「逆境式」(adversative)教育方法，強調嚴格體能、心理壓力、絕對的平等待遇、剝奪隱私權、鉅細靡遺的行為規範以及道德價值的灌輸等斯巴達式教育。若以結果論，維州軍校應該是相當成功的學校，其校友包括軍事將領、國會議員及企業主管等。如果以每一學生對母校的捐款額來比，在美國所有公立大學之中，維州軍校的畢業生是最高的。²

雖然維州軍校一直是所男子學校，但自一九八〇年代末期起也開始有女性申請入學，只是都被該校拒絕。直到一九八九年，一位女性申請人被該校拒絕後，向聯邦政府司法部(Department of Justice)申訴該校只收男性學生的政策違憲。因此美國聯邦政府在一九九〇年向位於維州西區的聯邦地方法院(United States District Court for the Western District of Virginia)起訴，控告維州及維州軍校只收

² *Virginia*, 518 U.S. at 520-522.

男性的入學政策違反聯邦憲法增補條文第十四條的平等保障條款。一九九一年，地方法院駁回原告之訴，認為該校專收男性的入學政策並沒有違憲。³

聯邦政府不服地方法院之判決，向上訴法院提起上訴。隔年即一九九二年，聯邦第四巡迴上訴法院廢棄並發回地方法院之判決，在其發回意旨中，上訴法院要求維州及維州軍校必須自以下三種措施中擇一施行：一、接受女性入學並且調整維州軍校的課程，二、為女性設立另一所平行學校及課程，三、完全私立化，不得再接受州政府之補助。⁴ 被告維州及維州軍校請求聯邦最高法院發「移審令」(*certiorari*)，但被拒絕。⁵ 因此維州軍校決定為女性創設另一所平行學校，即「維吉尼亞女子領導學院」(Virginia Women's Institute for Leadership, VWIL)，但提供不同的課程及教育方式。

依據聯邦上訴法院的上述判決意旨，並在維州政府、維州軍校及維吉尼亞軍校基金會(VMI Foundation)的鉅額經費援助下，維州政府與維州軍校將此項女子學校及課程設於一所既存的私立女子學院，瑪麗·包德溫學院(Mary Baldwin College)之內，師資不同，採取「合作式」(*cooperative*)而非「逆境式」的教育方法，經費也較少。⁶ 一九九四年，聯邦地方法院判決認為這項女子學校的課程計畫符合上訴法院上述發回判決的意旨以及聯邦憲法平等保障的要求，只是要求維州政府要「以全然審慎的速度進行」(*to proceed*

³ 766 F. Supp. 1407(1991).

⁴ 976 F2d 890, 900(1992).

⁵ 508 U.S. 946(1993).

⁶ 維州議會同意在一九九五至九六學年度，對參加該項女子領導課程的學生提供每人七三〇八元美金的補助，另外還有維州政府對維州軍校學生的特別補助每人每年一九〇〇元美金。此外，維州軍校及其基金會至少提供六百九十萬美金的經費援助給瑪麗·包德溫學院，以便其開辦此項女子課程；後者的捐助收入不過是兩千萬美金(Avery, 1996: 193 n.11)。維州軍校甚至開出條件要替瑪麗·包德溫學院償還其債務，做為後者繼續維持此項女子課程的條件(Kayem, 1995: 252 n.33)。

with all deliberate speed) 此項女子學校的課程計畫，並於一九九五年秋季開始實施。⁷

原告即聯邦政府再度上訴，一九九五年上訴法院維持地方法院的上述判決，認為維州軍校維持單一性別大學教育的目標具有正當性，而維州軍校與維吉尼亞女子領導學院都能為其男性與女性學生提供實質上相當的教育利益。⁸ 聯邦政府不服，要求上訴法院全體法官 (*en banc*) 對本案再開辯論 (*rehearing*)，但被拒絕。⁹ 聯邦政府因此向聯邦最高法院聲請發移審令，聯邦最高法院同意並進行實體審查。¹⁰

二、判決結果

聯邦最高法院最後以七比一的票數，判決維持上訴法院在一九九二年的判決，認為維州軍校違反聯邦憲法增補條文第十四條的性別平等保障，並廢棄上訴法院一九九五年的判決，將本案發回上訴法院更審。

本案多數意見由女性大法官金斯勃格主筆，另外約翰·保羅·史蒂芬斯 (John Paul Stevens)、珊卓拉·戴·奧康諾 (Sandra Day O'Connor)、安東尼·甘乃迪 (Anthony Kennedy)、大衛·蘇特 (David Souter) 和史蒂芬·布萊爾 (Stevens Breyer) 五位大法官也都支持多數意見。首席大法官威廉·銳恩葵斯特 (William H. Rehnquist) 雖支持

⁷ 852 F. Supp. 471, 484-485 (1994). 主筆地方法院判決的基瑟 (Kiser) 法官認為：「如果維州軍校是擊鼓咚咚前進，維吉尼亞女子領導學院則是在橫笛旋律中前進。當行進結束時，雙方都會抵達同一目的地。」(“If VMI marches to the beat of a drum, then Mary Baldwin marches to the melody of a fife and when the march is over, both will have arrived at the same destination.”)

⁸ 44 F. 3d 1229, 1241 (1995).

⁹ 52 F. 3d 90 (1995).

¹⁰ *Virginia*, 518 U.S. at 523-530.

多數意見的結論，但針對部分理由(特別是審查標準部分)則單獨發表一份協同意見書。只有安東尼恩·史卡利亞(Antonin Scalia)大法官發表一份不同意見書。至於克萊倫斯·湯瑪斯(Clarence Thomas)大法官因其子就讀維州軍校，因此迴避而未參與本案之審理及判決。

三、本案主要爭點

本案的主要爭點可歸納為以下兩點：

1. 維州軍校的入學政策完全排除女性，使得那些有意願且有能力接受維州軍校教育的女性，無法接受該校所提供的特殊教育機會——軍事訓練及公民領導之養成——是否違反聯邦憲法增補條文第十四條的平等保障條款？
2. 如果維州軍校的獨特地位——維州唯一的單一性別公立大學——確實違反憲法的平等保障條款，其補救方案為何？¹¹

四、多數意見書之分析

針對上述第一項爭點，金斯勃格大法官在其多數意見書中認為維州軍校完全排除女性的政策，確已違反聯邦憲法增補條文第十四條的平等保障條款。至於第二項爭點，則認為維州軍校之前所提出的設立另一所女子學校及課程的計畫，不能算是與維州軍校「隔離但平等」；因此要求維州軍校必須改採男女同校政策，或徹底私立化以維持其純男校傳統。以下進一步分析多數意見的主要理由。

(一) 純男性公立軍校是否違憲？——審查標準的決定及適用

1. 本案屬於性別歧視案件，應適用中度審查標準

¹¹ *Id.* at 530-531.

本案涉及以「性別」(gender)為分類標準的歧視，對於此類案件，參照聯邦最高法院自一九七一年*Reed v. Reed*¹²一案判決以來的相關判決先例，尤其是*J.E.B. v. Alabama*¹³與*Mississippi University for Women v. Hogan*¹⁴的判決先例，多數意見認為本案仍應適用中度審查標準，並且由維州軍校負舉證責任。因此維州軍校必須提出「非常具說服力的正當理由」(exceedingly persuasive justification)，來證明此項性別分類係為達成「重要的政府目的」(important governmental objectives)，而且所使用的歧視性手段與該等目的之達成具有實質關連(substantially related)，才能使性別的差別待遇合憲。¹⁵而且，維州軍校所主張的正當理由必須是真正的理由，而不是為應付訴訟需要才假設或發明出來的事後說詞(*post hoc* justifications)。此項理由也不可以大眾對兩性天賦、能力或偏好差異的過度一般化認知為依據。¹⁶

2. 維州軍校無法證明本案具有真實的(actual)重要政府目的

在目的方面，維州及維州軍校主張單一性別的教育(single-sex education)有助於多樣性(或多元化)(diversity)的教育利益，對該州而言，這是重要的政府目的。

雖然多數意見也同意教育「多樣性」可以是一項重要政府目的，但主筆大法官金斯勃格強調：這必須是真實存在的政府目的，而不是為了合理化某種特定行為所編造的說詞。單單口頭主張有良

¹² 404 U.S. 71 (1971) (判決愛達荷州一項有關決定遺產管理人時，同一順位的男性繼承人當然優先女性繼承人的法律規定，違反性別平等而違憲)。本件判決之中文節譯，參見司法院(2001: 144-46)(黃昭元、倪伯瑩節譯)。本判決是美國聯邦最高法院第一次以違反性別平等為由而宣告州法違憲。

¹³ 511 U.S. 127, 136-137 & n. 6 (1994).

¹⁴ 458 U.S. 718, 724 (1982).

¹⁵ *Virginia*, 518 U.S. at 532-533.

¹⁶ *Id.* at 533.

善的 (benign) 政府目的存在，並不能阻止法院進一步探求真正的政府目的為何。就本案而言，多數意見發現：不論是從維州軍校當初設立的歷史，或之後該校的運作經過來看，都無法證明「多樣性」的確「曾是」(was) 該校設立目的之一。¹⁷

相反地，多數意見發現：當維州軍校在一八三九年設立時，維州政府根本就沒有平等考慮男性與女性的教育機會。因為在當時，許多人甚至認為大學階段的高等教育對於女性而言是危險的，理由是這會妨礙其生育功能。不論是美國第一所綜合大學，麻州的哈佛大學 (Harvard University)，或第一所文理學院，維州的威廉與瑪麗學院 (William and Mary College)，甚至是維州最負盛名，於一八一九年設立的維吉尼亞大學 (University of Virginia)，都是只收男性學生；在這些學校之後才設立的維州軍校也不例外。¹⁸

多數意見進一步發現：在一八七九年時，維州參議院鑑於維州從未提供高等教育機會給該州女性，因此曾經決議要求研究女性接受高等教育的可能性，但此項決議並未立即實施。直到一八八四年，維州才開始設立專收女性的大學或學院。這四所女子大學在一九七〇年代中期後，就全部改成男女合校。至於維州頂尖的維吉尼亞大學也是直到一九七〇年才改成男女合校。在此之後，維州再也沒有純女性的公立大學，卻仍然有純男性的維州軍校。¹⁹

對於上述歷史，維州政府主張該州沒有純女性的大學是歷史的異常，因此純男性大學的存在反可增加其教育機會的多樣性。多數意見根本不同意這項主張，金斯勃格大法官認為：維州的高等教育歷史發展顯示，此項結果其實是有意的結局，而非意外的異常。維州首先是將女性排除在高等教育之外，然後才是設立專收女性的大

¹⁷ *Virginia*, 518 U.S. at 535-536.

¹⁸ *Id.* at 536-537.

¹⁹ *Id.* at 537-538.

學，而這些女子大學的資源或地位都遠不如男子大學；最後，才是將單一性別的學校轉化成男女同校。²⁰

多數意見更發現：在一九八二年 *Mississippi University for Women v. Hogan* 一案判決之後，維州軍校曾主動檢討其只收男性學生的政策，但在一九八六年仍然決定維持原來的性別政策。最後，多數意見認為：維州軍校只收男性學生的政策根本與多樣性無關，不論是從其歷史或後來的演變過程來看，都看不出來維州或該校曾經將多樣性列為其教育目的之一。相反地，該校的目的就是要專為男性提供一項獨特的教育利益。²¹

基於上述理由，多數意見並不認為維州及維州軍校能舉證證明有一確實存在的重要政府目的。

3. 維州軍校無法提出「非常具說服力的正當理由」，來證明維州軍校的性別分類手段與其目的之間具有實質關連性

在手段方面，維州及維州軍校主張該校所採取的教育方法並不適合女性，如果要招收女性學生，則勢必要修正其教育方法。但一旦修改其教育方法，將對該校之課程造成「基進」、「劇烈」的改變，甚至是「破壞」其原先設計的課程。此項改變將使兩性同蒙其害，因為男性學生將因而喪失原先可得之獨特教育機會，女性學生也會因為課程的必然修正，而無法獲得類似的教育機會。²²

雖然多數意見同意維州軍校一旦招收女性學生，則勢必要採取某些調整措施，例如住宿及體能訓練課程。但強調：該校的教育方法還是可以適用於女性，正如地方法院第一次判決及專家證人的證詞所指出的，有些女性是有能力接受該軍校對其學生所要求的所有

²⁰ *Id.* at 538.

²¹ *Id.* at 539-540.

²² *Id.* at 540.

個別項目。甚至訴訟雙方也同意：「有些」女性是足以勝任該軍校目前對於男性學生所要求的體能標準。因此，多數意見認為：不論是該軍校的教育目的(培養公民軍人)，或其實施的教育方法，都不是本質上不適合女性。²³

多數意見認為：不能只根據男性與女性的平均能力或偏好，就採取性別的分類。自 *Reed v. Reed*²⁴ 一案以來，聯邦最高法院就一再提醒各級法院要仔細審查這類「一般化」或「傾向」，尤其不能根據對男性與女性之角色、能力的既定印象，而排除任何夠資格的個人。雖然說大多數的女性可能不會選擇維州軍校的教育方法，但許多男性不也如此？教育本來就不應該是「全部人都適用同一套」(one size fits all)的事業，何況本案並不涉及女性或男性應被強制入學，而是維州政府是否能合憲地拒絕有意願及有能力之女性，接受維州軍校所提供的獨特訓練及其附隨機會？²⁵

至於維州軍校所主張的：一旦招收女性學生之後，會降低維州軍校的地位，破壞其逆境式教育方法，甚至會摧毀整個學校。多數意見則認為這是個無法證明的判斷，和過去一度經常用來拒絕女性享有某些權利或機會的那些自我實現的預言沒有兩樣。當年女性開始尋求成為律師或就讀法學院時，類似的顧慮也曾出現。醫學院也曾發生類似的抗拒，在女性要求進入警界時亦然。但女性就讀聯邦軍事學院及參與美國軍隊的成功範例顯示，維州軍校的上述顧慮其實是沒有堅實根據的恐懼。²⁶

雖然說維州及維州軍校主張：該軍校的單一性別教育是為了追求重要的政府目的，而排除女性就讀不僅與此目的之達成具有實質

²³ *Id.* at 540-541.

²⁴ 404 U.S. 71 (1971).

²⁵ *Virginia*, 518 U.S. at 541-542.

²⁶ *Id.* at 542-545.

關連性，甚至更是不可或缺(essential)的手段。但多數意見認為這套主張根本就是循環論證，將「手段」(性別隔離)當成「目的」(軍事教育)。多數意見最後強調：維州軍校「保國衛民」的立校宗旨固然偉大，但應可容許女性參與達成此一目標。像本案這種完全不考慮個別能力，而範疇性地排除女性的作法，並無法實質地促進此目標。最後，多數意見認為：維州軍校並無法提出「非常具說服力的正當理由」來正當化其性別分類，因此判決其排除女性學生的政策違憲。²⁷

(二) 本案的補救方案——「隔離但平等」的女子學院——是否合憲？

多數意見接著審查維州軍校所提出的補救方案：設立一所專收女性學生的「維吉尼亞女子領導學院」。多數意見首先認為：任何救濟措施都必須緊密吻合違憲狀態，也就是要能使原先被違憲地拒絕機會或利益的人，能再處於「假使沒有歧視發生時所會享有的地位」。本案所發生的違憲是：範疇性地排除女性，使其無法接受男性所享有的特殊教育機會。因此一項適當的補救措施就必須能夠「盡可能消除過去的歧視性後果」，並且「阻絕未來再發生類似的歧視」。²⁸

由於維州及維州軍校在本案並不想改變其只收男性學生的入學政策，而打算另外設立一所專收女子的學院。雖然聯邦地方法院及上訴法院都認為這項補救措施已經符合平等保障條款的要求，但多數意見則持相反見解，認為這項補救措施仍不符合平等保障的要求。

在審查標準方面，多數意見認為本案既然涉及性別分類，就算

²⁷ *Id.* at 545-546.

²⁸ *Id.* at 547.

是補救措施也應該適用中度審查標準，因此維州軍校必須提出「非常具說服力的正當理由」來正當化其補救措施，而不是上訴法院所適用的「順從式審查」(deferential review)之寬鬆標準。²⁹

其次，多數意見認為維州所設立之純女子學院不論是在有形或無形設施上，都無法與現存維州軍校相比，而難以構成合憲的補救措施。多數意見發現這所新的純女子學院並不強調軍事教育，沒有採取「逆境式」教育方法，學生也不是生活在斯巴達式的軍營宿舍，體能訓練的強度遠遜於維州軍校，新生的入學平均成績較低，所提供的科系課程較少，不論是教師之學位及人數、硬體體能設施、整體學校財源都少於維州軍校，校友的人際網路及影響力也明顯薄弱。綜合這些因素，多數意見認為新設立的女子學院根本無法和已存在一百五十多年的維州軍校相比。³⁰

雖然維州及維州軍校一再強調上述兩校之間的差別是基於男女在學習與發展需要上的重要差異，因此與兩性之心理及社會差異有關，而且是反應兩性之間的真實差異(real difference)，而非刻板印象。不過，維州軍校也承認「有些」女性應該可以適應且有興趣接受維州軍校式的教育，但卻同時強調該校的逆境式教育方法對於女性這個群體並不能產生效果。

對此，多數意見則認為：有關「女性就是這樣」或「預測什麼適合大多數女性」的「一般化」看法，早已不能用來正當化對於那些平均範圍外女性的差別待遇(也就是拒絕對其提供機會)。何況，維州軍校也從未主張其教育方法適合大多數男性，那又為何要對少數男性提供此種軍事教育方式？維州軍校雖然又主張該新設立的女子學院畢業生將來未必都會從事軍事工作，因此才不強調軍事教育。但就算是維州軍校的畢業生，也只有百分之十五的人數後來是

²⁹ *Id.* at 555.

³⁰ *Id.* at 548-554.

投身軍事生涯，那為何要對全部的男性學生都實施軍事教育？因此，多數意見強調：在認定這兩所學校是否相當，以及判斷補救措施是否合憲時，應該要以這些「有能力並有意願」接受維州軍校所實施的軍事教育之女性為標準，而不是全部女性的群體。³¹

綜合以上理由，多數意見認為維州所提出的補救措施並不足以匡正其違憲，維州也沒有提出「非常具說服力的正當理由」而可排除那些合格女性接受維州軍校式的特別訓練。

五、協同意見書

本案只有首席大法官銳恩葵斯特提出一份協同意見書，銳恩葵斯特大法官雖然同意多數意見對上述兩個爭點的結論，卻不同意其理由，尤其是審查標準部分。

在第一個爭點方面，多數意見認為性別歧視案件應該適用中度審查標準，但要求維州必須提出「非常具說服力的正當理由」，才算盡其舉證責任。銳恩葵斯特大法官認為這已背離美國聯邦最高法院自 *Craig v. Boren*³² 一案判決以來所建立的中度審查標準，而引入了一項不穩定的因素。銳恩葵斯特大法官認為，雖然中度審查標準所要求的「重要政府目的」和「實質關連性手段」並不夠精確，但還是比所謂「非常具說服力的正當理由」來得更更有內容及明確性。後者最好只是用來描述如何滿足應適用標準的困難度，而不是標準本身的表述。銳恩葵斯特大法官因此強調他只想適用過去已經確立的中度審查標準，亦即「性別分類與重要政府目的之達成間，必須具有密切且實質的關連」。³³

對於目的之審查，銳恩葵斯特大法官認為不應考慮一九八二年

³¹ *Id.* at 549-551.

³² 429 U.S. 190 (1976)。本件判決之中文節譯，請參見司法院 (2002: 8-11)。

³³ *Virginia*, 518 U.S. at 558-559 (Rehnquist, C.J., concurring).

*Hogan*一案判決前的歷史事實。³⁴ 因為在一八三九年維州軍校創立時，毫無疑問地，這所純男性軍校在當時不會是違憲，因為聯邦憲法增補條文第十四條是在其創校將近三十年之後才出現。即使是在增補條文第十四條生效後，直到二十世紀中期前，法院也不曾宣告性別分類的法律違憲。正如多數意見所指出，一直要到一九七一年的*Reed*一案，聯邦最高法院才第一次以性別歧視為由而宣告法律違憲，但*Reed*一案的事實與規範基礎根本與教育或入學無關。對於維州或維州軍校而言，他們並不會因為*Reed*一案判決的出現，而必須開始擔心其入學政策的合憲性。銳恩葵斯特大法官因此主張：應該要等到一九八二年的*Hogan*一案判決之後，因為該案同樣涉及入學政策的性別歧視，維州才需重新評估其入學政策的合憲性。³⁵

雖然維州軍校在 *Hogan* 一案判決後確曾組成一委員會，評估其只收男性的入學政策，但委員會報告則建議該校毋須改變政策，也沒有將「教育多樣性」列為不改變入學政策的理由。因此銳恩葵斯特大法官同意多數意見的看法，認為該校的真正目的根本與教育多樣性無關。不過，銳恩葵斯特大法官更指出：就算維州軍校確實是以教育多樣性為其真正目的，也仍然是違反平等保障，因為這種多樣性只對一種性別(男性)有利。維州對於男性提供了單一性別的公立教育機構，對於女性卻沒有相對應的單一性別之公立教育機構。

基於上述理由，銳恩葵斯特大法官雖然也同意多數意見的結論，而認為維州軍校的單一性別入學政策，在目的上就違憲，但卻更認為：如果維州在*Hogan*一案之後，能盡其真實努力，提供相當的公共資源，而為其女性建立一所教育機構；只要維州繼續實行此項計畫，即或可不違反平等保障。³⁶ 這等於是容許州政府可以對性

³⁴ *Id.* at 562.

³⁵ *Id.* at 560-561.

³⁶ *Id.* at 562-564.

別採取「隔離但平等」的措施。

至於在手段的審查方面，銳恩葵斯特大法官也同意多數意見的看法，認為所謂「逆境式」教育方法並不足以作為達成重要政府目的之正當手段。銳恩葵斯特大法官認為維州政府及維州軍校必須要能證明這種「逆境式」教育方法確實比其他的教育方法具有「教學法」上的優勢利益，始足當之。但在本案，維州及維州軍校並沒有如此證明。³⁷

總結上述，銳恩葵斯特大法官認為維州及維州軍校之所以違反平等保障，並不是如多數意見所說的是因為其「排除女性」，而是其只提供純男性學校，而「沒有同時為其女性建立一所相當的學校」。³⁸ 如果說多數意見的立場是認為本案之「性別隔離」(排除女性)本身就是不平等，銳恩葵斯特大法官的立場則是認為本案因「隔離但不平等」而違憲。

在第二個爭點(補救措施)方面，銳恩葵斯特大法官認為依照多數意見的看法，將只有一種補救措施可以合憲，那就是維州軍校必須同時招收女性學生；因為即使另外為女性設立一所新的軍校，後者的師資、設備、聲譽等有形或無性的地位，勢必都無法與既存的維州軍校相比。但銳恩葵斯特大法官認為：只要維州對於純男性學校的關注與其對純女性學校的關注大致相當就可以了，兩所學校的師資、入學資格、課程、科系、運動設施等不必完全相同。只要兩所學校的教育品質相同，也具有相當的水準即可符合平等保障。只要不是出之於刻板印象，對於銳恩葵斯特大法官而言，系爭維州女子領導學院之所以仍然違憲，主要是因為這所學校明顯劣於維州軍校，因而不能算是一個適當的補救方案。³⁹ 在此，銳恩葵斯特大法

³⁷ *Id.* at 564.

³⁸ *Id.* at 565.

³⁹ *Id.* at 566.

官呼應他對第一個爭點的看法，認為「平等的隔離」仍可符合性別平等的要求。

六、不同意見書

本案只有一份不同意見書，是由保守派大將的史卡利亞大法官所撰寫。在這份不同意見書中，史卡利亞大法官幾乎是提出了全面性的不同意見，從法院處理平等權案例的角色、解釋方法、美國憲法對於性別教育的立場，到本案的審查標準之選擇及適用，史卡利亞大法官都提出了個人的強烈意見。

(一) 法院的角色與解釋方法：尊重憲法原意及歷史傳統

史卡利亞大法官認為：法院在處理平等權案例時的角色，應該是要「保存」美國社會有關平等保障的既有價值，而不是要動輒「修正」之；法院要防止民主政府逃脫憲法所已經課予的種種限制，而不是要憑法院一己之權威，施加各種更高度的基進要求。因此，在解釋方法上，史卡利亞大法官一本他堅持的原意主義 (originalism) 之立場，再度主張：如果一項實踐並沒有被憲法權利法案 (Bill of Rights) 所明文禁止，而又有源自美國建國之初即已公開、廣泛、普遍接受的實踐所形成的長遠傳統所支持時，法院就不應任意將之宣告廢棄。⁴⁰

史卡利亞大法官認為：不僅僅是系爭的維州軍校，就連其他的美國軍事院校，例如堡壘 (Citadel)、陸軍的西點 (West Point) 軍校、海軍軍官學院 (Naval Academy at Annapolis)、空軍軍官學院 (Air Force Academy) 等，向來也都是只招收男性學生。而各聯邦軍事院校 (不包括州立的堡壘軍校) 在一九七六年後之所以開始招收女性學

⁴⁰ *Id.* at 568-569 (引用 *Rutan v. Republican Party of Ill.*, 497 U.S. 62, 95 [1990] [Scalia, J., dissenting]).

生，並不是因為法院判決使然，而是人民透過其選出的民意代表所為之改變。各公立軍事院校之所以只招收男性學生，其實是一項根深蒂固的美國傳統，與向來也只有男性才上戰場的傳統息息相關，兩者同樣悠久。⁴¹

史卡利亞大法官更進一步主張：其實單一性別的學校教育一直是美國的傳統，反而兩性同校的教育才是一項新穎的教育理論與實踐。他強調，現今美國大多數人從小學到研究所，甚至到職業訓練，其實都是在性別隔離的環境下接受教育。這項傳統當然可以由人民透過民主程序的決定而加以改變，就如同過去的許多改變一樣，但不應是經由法院的裁判。史卡利亞大法官認為，本案多數意見已經不是在解釋憲法，而是在創造憲法。⁴²

(二) 本案判決之審查標準：中度審查標準？

雖然多數意見主張本案應適用中度審查標準，但史卡利亞大法官認為多數意見其實已經提高了審查標準，也就是在沒有明示的情形之下，偷偷摸摸地接受了聯邦政府在本案所主張的嚴格審查標準，而採取「表面上中度，但實際上卻是嚴格」的審查標準。⁴³ 史卡利亞大法官指出：多數意見書中共使用了九次「非常具說服力的正當理由」，⁴⁴ 甚至將這個要求解釋成*J.E.B.*和*Hogan*兩案審查標準的核心要素。史卡利亞大法官認為：所謂「非常具說服力的正當理由」其實只是用來檢驗系爭分類手段是否與重要政府目的之達成間具有「實質關連性」，而非獨立的檢驗標準或要素；然而多數意見

⁴¹ *Id.* at 569.

⁴² *Id.* at 569-570.

⁴³ *Id.* at 566, 570-71, 574, 596. 本案也是聯邦政府(柯林頓政府)第一次以訴訟當事者身分主張性別歧視案件應該適用嚴格審查標準。聯邦政府司法部為何會選擇本案而主張嚴格審查標準，頗令人好奇。

⁴⁴ *Id.* at 524, 529, 530, 531, 533, 534, 545, 546 & 556.

卻誤用此項要求，而且是背離過去判決先例，如*Hogan*等案判決所已經確立的審查標準，而將之當成獨立要求。⁴⁵

具體而言，史卡利亞大法官認為中度審查標準只要求分類手段與重要政府目的之間具有實質關連性即可，並不如同「最小限制手段」之要求「完美吻合」(perfect fit)。他並以一九八一年的*Rostker v. Goldberg*⁴⁶一案判決為例，聯邦最高法院在該案即容許國會在決定進行徵兵登記時，可以基於減少行政成本的理由，而排除那些有意願且有能力的女性參與徵兵登記。⁴⁷ 此項性別分類，雖然不是百分之百精確，但仍然合憲。換言之，中度審查標準本來就不要求系爭分類手段「在每一個案例」都精確到可以通過審查，只要「整體而言」，分類手段可增進某種重要政府目的，即使有少數情形不盡然適合也無所謂。以本案為例，史卡利亞大法官認為如果大多數的女性確實無法適應維州軍校所實施的逆境式教育方法，也無法通過其嚴格的體能要求，如此維州軍校的性別差別待遇就可以通得過中度審查標準的檢驗。即使因此排除了部分(少數)有意願且有能力的女性，史卡利亞大法官認為這本來就是中度審查標準所容許的誤差，而不會違反平等保障。⁴⁸

史卡利亞大法官不僅指責多數意見誤用了中度審查標準，甚至進一步主張：就算在本案要改變審查標準，也應該是向下修正而適用更寬鬆的合理性基礎審查標準(rational basis scrutiny)，而不是向上調整而適用嚴格審查標準(strict scrutiny)。史卡利亞大法官強調美國聯邦最高法院對於性別歧視的案件從未適用過嚴格審查標準，相反地，直到一九七〇年代為止，則是始終適用合理性基礎審查標

⁴⁵ *Id.* at 571-572.

⁴⁶ 453 U.S. 57 (1981). 本件判決之中文節譯，請參見司法院(2002: 12-15)。

⁴⁷ *Id.* at 81.

⁴⁸ *Virginia*, 518 U.S. at 573-574.

準。即使是參考哈藍·史東(Harlan Stone)大法官在*United States v. Carolene Products Co.*⁴⁹一案所發表的「腳註四」⁵⁰之見解，女性也絕非「分散又隔絕的少數」(discrete and insular minorities)，以致法院需要對於性別歧視案件加強審查。相反地，史卡利亞大法官認為，美國女性是有能力透過政治過程而通過她們想要的法律，例如一九六三年的同工同酬法、⁵¹一九六四年的民權法第七編、⁵²一九七二年的教育法第九編、⁵³一九八八年的婦女事業所有權法、⁵⁴以及一九九四年的對婦女暴力法⁵⁵等。

(三) 中度審查標準在本案的適用結果：本案應該合憲

史卡利亞大法官堅定認為：維州為該州公民提供有效的大學教育本身就是重要的政府利益，而單一性別的教育與這項目的之達成間也具有實質關連。他不但認為各項歷史與現實證據已經足以支持上述主張，特別是專家證人在地方法院的證詞更顯示單一性別的教育對於兩性都有利，因為男女兩性間固然有共同的發展特質，但也有不同的發展上需求。除了社交生活之外，接受單一性別教育的學生反而會表現得更優秀，不論是學業成績、與教師的互動、知識上的自我期許等。換言之，他強調單一性別的教育方式本身就具有教育上的價值，而聯邦地方法院及上訴法院的判決已經明確包含此項事實發現。⁵⁶

⁴⁹ 304 U.S. 144(1938).

⁵⁰ *Carolene Products*, 304 U.S. at 152 n.4.

⁵¹ Equal Pay Act of 1963, 29 U.S.C. §206(d).

⁵² Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §2000e-2.

⁵³ Title IX of Education Amendments of 1972, 20 U.S.C. §1681.

⁵⁴ Women's Business Ownership Act of 1988, 15 U.S.C. §631.

⁵⁵ Violence Against Women Act of 1994, Pub. L. No. 103-322, 108 Stat. 1902 (codified in scattered sections of 28 U.S.C. and 42 U.S.C., e.g., 42 U.S.C. §13981).

⁵⁶ *Virginia*, 518 U.S. at 576-577.

此外，史卡利亞大法官更強調維州軍校的特色還不只是單一性別的教育，更特殊的是該校所採取的逆境式教育方法。史卡利亞大法官認為這項教育方法與該校設立目的之間也具有實質關連。更重要的是，他認為這項獨特的教育方法並不適合女性。⁵⁷ 因此該校一旦招收女性學生，則勢必要放棄這項教育方法。⁵⁸ 如果要另外為女性設一所學校，並也採取同樣的教育方法，則將可能招收不到足夠的女性學生。⁵⁹

史卡利亞大法官認為維州軍校的「單一性別」與「逆境式」教育方法兩者，已足以構成維州教育多樣性的正當基礎。雖然說在理論上，維州可以有六種教育型態：實施逆境式教育方法的純男性、純女性與兩性學校，以及實施傳統教育方法的純男性、純女性與兩性學校，但由於資源限制，不可能強迫維州必須同時實施上述六種學校教育。因此，當維州政府在既存十四所男女同校的四年制大學之外，另外設立系爭純男性軍校，並且採用逆境式教育方法，這正是教育多樣性的表現。⁶⁰

關於多數意見認為「教育多樣性」根本不是維州真實目的之見解，史卡利亞大法官則引用該州在一九九〇年所發佈的一份報告⁶¹為證據，強力主張維州確實是將維州軍校的特例當成是該州教育多樣性的範例。他並主張該校自建校之始就只收男性學生的歷史事實，並無法反面推論出該校有意歧視女性，這應該是關於女性的傳統思考方式之意外副產品。⁶²

⁵⁷ *Id.* at 591.

⁵⁸ *Id.* at 586-589.

⁵⁹ *Id.* at 577-578.

⁶⁰ *Id.* at 578.

⁶¹ 1990 Report of the Virginia Commission on the University of the 21st Century, 引自 *Virginia*, 518 U.S. at 581.

⁶² *Id.* at 580-581.

(四) 本案判決對單性學校的影響：公立違憲，私立難存！

史卡利亞大法官不僅抨擊本案判決的結果，他更指責多數意見的理由將對美國所有公私立單一性別學校造成廣泛性的影響。首先，他認為：如果依據本案多數意見所持之憲法原則，則所有「公立」單一性別學校教育都將因此違憲。因為不論是何種單一性別的教育課程或活動，都一定可以找得到「有意願且有能力」的另一性別之人希望參與。就算是美式足球或摔跤等，從此也無法區分男女。⁶³ 其次，他也認為從此以後，由於高成本的訴訟負擔與輸掉訴訟的高風險考慮，任何州政府或教育機構都不可能再嘗試任何單一性別的教育。⁶⁴

甚至，史卡利亞大法官更指出：在本件判決之後，不僅各州政府本身不得設立或維持單一性別的公立學校，也不得再提供經費補助單一性別的私立學校。鑑於目前各私立學校對政府經費補助的仰賴，本件判決的實際影響將更延伸及於私立學校，而使美國的私立單一性別學校難以存續。⁶⁵

參、美國法院對性別歧視案件的審查標準

本案判決所引起的主要爭議之一，就是本案對於性別歧視案件所適用的審查標準是否有所改變？在討論這個問題之前，我們需要先稍稍回顧女性在美國憲法上的地位，以及美國法院對於性別歧視案件審查標準之演變。

⁶³ *Id.* at 595-596.

⁶⁴ *Id.* at 596-598.

⁶⁵ *Id.* at 598-600.

一、女性在美國憲法上的地位

美國憲法是一部非常男性的憲法典。美國憲法本文完全沒有提到「性」(sex)、「性別」(gender)或女性，當然也沒有性別平等的明文規定。就此而言，美國憲法可能是主要民主國家(甚至可將各前共產國家包括進來)的成文憲法中，雖有權利法案卻沒有明文規定性別平等的唯一一部憲法。南北內戰後制定的憲法增補條文第十四條第一項雖然明文規定：「各州對於在該州管轄權範圍內的任何個人都不得拒絕其法律上的平等保障」(nor [shall any State] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws)，但上述條項所稱之個人儘管包含黑人及其他有色人種，但如果依照聯邦最高法院許多判決的見解，卻未必包含女性(Sullivan, 2002: 735-537)。

一八七二年，美國聯邦最高法院在*Bradwell v. Illinois*⁶⁶一案，判決禁止女性執業律師的伊利諾州(State of Illinois)法律並不違反聯邦憲法增補條文第十四條第一項的平等保障。當時著名的約瑟夫·布雷德利(Joseph Bradley)大法官在其協同意見書明白指出：「就歷史事實而論，確實無法肯定：在市民生活中從事任何專門職業、工作或受雇，可算是女性基於公民身分所享有的基本特權或豁免權」。⁶⁷他甚至更寫出了下面一段經常被人引用的意見：

⁶⁶ 83 U.S. 130 (1872).

⁶⁷ *Id.* at 140-41 (“It certainly cannot be affirmed, as an historical fact, that [women as citizens to engage in any and every profession, occupation, or employment in civil life] has ever been established as one of the fundamental privileges and immunities of the sex”) (Bradley, J., concurring).

男人是，或應該是，女人的保護者與防衛者。屬於女性之天生、合宜的羞怯與敏感明顯地使其不適合從事許多市民生活的行業。家庭組織的憲章，乃是建立在神聖的誠命以及事物之本質上，也指出家庭領域才正是屬於女性的範疇與功能。……婦女之法律地位，與其丈夫不可分離，婦女之社會地位應以其丈夫為首，且由其丈夫代表，這已成為[普通法]判決體系的基設。……若無其丈夫同意，已婚婦女並無能力締結契約，而拘束她自己或其丈夫。……雖然確有許多婦女並非已婚，也沒有受到由已婚狀態所生之責任、糾葛及無能力的影響，但這些終究是一般原則的例外。女人的最終命運及使命還是要實現妻子與母親的高尚及善良職責。這是造物者的法律。文明社會的規則必須依照萬物之一般定律而制定，而不是依照例外情形。⁶⁸

威廉·布瑞南 (William Brennan) 大法官在後述 *Frontiero v. Richardson*⁶⁹ 一案判決的複數意見 (plurality opinion) 中，便曾似有

⁶⁸ *Id.* at 141-42 (“Man is, or should be, woman’s protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood.....it became a maxim of that [common law] system of jurisprudence that a woman had no legal existence separate from her husband, who was regarded as her head and representative in the social state;.....a married woman is incapable, without her husband’s consent, of making contracts which shall be binding on her or him.....It is true that many women are unmarried and not affected by any of the duties, complications, and incapacities arising out of the married state, but these are exceptions to the general rule. The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator. And the rules of civil society must be adapted to the general constitution of things, and cannot be based upon exceptional cases.”). 許多人批評本項判決在性別平等案件的歷史上，其(負面)地位相當於種族歧視案件歷史上的 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) (判決「隔離但平等」的種族政策合憲)。

⁶⁹ 411 U.S. 677 (1973). 本件判決之中文節譯，請參見司法院 (2001: 147-52)。

所感地引用布雷德利大法官上述協同意見的段落。⁷⁰ 值得注意的是，布雷德利大法官在*Bradwell*一案判決之前一日才剛判決的另一件著名案件*Slaughter-House Cases*⁷¹ 中，就曾發表不同意見書慨然指出：「任何公民從事他所選擇的任何合法職業之權利，乃是他最珍貴的權利之一」。⁷² 可見，雖然在他眼中可以不分黑白或貧富貴賤，但男女還是有別。

之後，在不到兩年的時間內，美國聯邦最高法院又判決聯邦憲法增補條文第十四條並不保障女性參與各州選舉的投票權。⁷³ 可見，儘管林肯解放了美國黑人，美國憲法增補條文第十三至十五條也已經讓美國黑人可以享有公民地位、平等保障及參政權等基本權利，但十九世紀時美國女性在憲法上的許多地位，卻連黑人還不如。

一直要到一九二〇年，美國憲法才首度明文規定女性的平等地位，這也是至今的唯一條文：增補條文第十九條終於賦予美國女性投票權。然而，這也只是投票權的平等保障，而不當然及於其他權利的平等保障——因為聯邦最高法院如是說：即使到了二次大戰後，美國聯邦最高法院判決仍然認為各州限制女性工作、擔任陪審員及其他權利的眾多法律，都不違反平等保障。⁷⁴

⁷⁰ *Frontiero*, 411 U.S. at 684-85.

⁷¹ 83 U.S. 36 (16 Wall.) (1872).

⁷² *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. at 113-14 (“the right of any citizen to follow whatever lawful employment he chooses to adoptis one of his most valuable rights”) (Bradley, J., dissenting). 本文作者按：請注意上述引文中“he”及“his”的性別用語。

⁷³ *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (21 Wall.) (1874).

⁷⁴ 參見，例如，*Goesaert v. Cleary*, 335 U.S. 464 (1948) (判決認為密西根州限制女性擔任酒吧侍應生之法律合憲——除非該女性是酒吧男性主人的妻女)；*Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57 (1961) (判決認為佛羅里達州將已婚女性由陪審員名單上自動排除的法律合憲)。

二、一九七〇年代法院審查標準的轉變

一般而言，美國法院審查平等權案件所採取的審查標準 (standards of review)，在一九七〇年代之前，大致上可分為合理性基礎審查標準與嚴格審查標準兩大類。前者適用於大部分的平等權案件，⁷⁵ 後者源自種族歧視案件，⁷⁶ 主要適用於下列兩類案件：當政府使用的分類標準 (classifications) 為種族 (race)、膚色 (color)、外國人身分 (alienage)、原族裔 (national origin) 等所謂「可疑分類標準」 (suspect classifications) 時；或即使不涉及上述可疑分類標準，但系爭差別待遇所涉及的權利為「基礎性權利」 (fundamental rights)。⁷⁷ 至於性別歧視案件，美國法院向來是適用相當寬鬆的合理性基礎審查標準，其結果則是高度尊重政治部門的決定，一概認為以性別為分類標準的差別待遇均為合憲。⁷⁸

自一九七〇年代起，女權運動者在精心策劃之下，開始跳脫婚姻、收養等傳統上被視為與女性密切相關的案件類型，開始選擇社會福利、就業等不同的案件類型，直接向法院挑戰憲法上的性別平等。她們並將性別歧視與種族歧視相類比，希望透過訴訟，說服法院提高性別歧視案件的審查標準。這個演變過程的關鍵人物之一就是後來成為聯邦最高法院大法官，也是主筆本案判決多數意見的大

⁷⁵ 關於美國法院在審理涉及社會經濟領域的平等權案件時所適用的審查標準，國內中文文獻之介紹，參見徐秀蘭 (2000: 55-100)。

⁷⁶ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944) (all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect and subject to the most rigid scrutiny).

⁷⁷ 例如：言論自由、宗教自由、投票權、生育自由、遷徙自由或旅行權等基本人權或與民主政治運作有密切關連的權利類型。

⁷⁸ 關於美國法院所採取的雙重審查標準以及下述「中度審查標準」的意義，國內中文文獻的一般性介紹可參見林子儀 (1997: 649-656)。

法官金斯勃格女士。⁷⁹

美國著名的非政府組織「美國公民自由聯盟」(American Civil Liberties Union, ACLU)在一九七一年決定設立一個新的計畫，以進一步開展女權運動。ACLU因此設立了「婦女權利計畫」(Women's Rights Project)，並聘請當時任教於羅格斯大學(Rutgers University)的金斯勃格教授擔任這個計畫的主任(Kay, 2000: 2062-2065; Law, 1984: 973-987; Sullivan, 2002: 739)。⁸⁰自此，金斯勃格教授開始了其透過訴訟途徑，向聯邦最高法院力爭性別平等的奮鬥過程。⁸¹

金斯勃格教授在美國聯邦最高法院所贏得的第一件性別歧視案件，也是後者第一次以違反性別平等為由，而宣告法律違憲的判決，就是一九七一年的*Reed v. Reed*。不過在這個判決中，聯邦最高法院仍然適用傳統的合理性基礎審查標準，而宣告系爭法律(規定同一順位的男性繼承人優先擔任遺產管理人)違反聯邦憲法增補條文第十四條的平等保障條款而違憲。⁸²

之後，性別歧視案件的審查標準爭議即開始成為訴訟的主要爭點。一九七三年，金斯勃格教授代表ACLU以法院之友(*amicus curiae*)身分參與，又贏了另一件性別歧視的案件。在*Frontiero*一案，聯邦

⁷⁹ 正如瑟古·馬歇爾(Thurgood Marshall)在一九五四年的*Brown v. Board of Education*, 374 U.S. 483 (1954)一案訴訟當時，是代表黑人學生一方的律師，後來則成為美國聯邦最高法院歷史上第一位黑人大法官。金斯勃格從一九七〇年代起，便參與一連串的性別歧視訴訟，後來終於在一九九三年七月為當時的威廉·柯林頓(William J. Clinton)總統提名，而成為美國歷史上第二位女性大法官。對她們兩位而言，歷史應該是溫暖的。

⁸⁰ 有關金斯勃格大法官個人回顧伊參與這段期間的訴訟經過，參見Ginsburg (1997: 266-270)。至於從不同的女性主義法學觀點檢討金斯勃格自由主義立場之訴訟策略及主張者，參見Law (1984: 979-980)。

⁸¹ 有關金斯勃格以律師身分所參與，在聯邦最高法院所進行過的性別歧視案件簡介，參見Ginsburg (1994: 1181-1182)。

⁸² *Reed*, 404 U.S. at 76-77.

最高法院宣告該案歧視女性軍職人員領取房屋與醫療津貼的法律規定，違反性別平等而違憲。不過，在本案採取違憲見解的八位大法官中，只有威廉·布瑞南、威廉·道格拉斯 (William Douglas)、拜倫·懷特 (Byron White) 和瑟谷·馬歇爾 (Thurgood Marshall) 四位大法官支持以嚴格審查標準作為性別歧視案件的審查標準。⁸³ 另三位大法官列威士·包威爾 (Lewis Powell)、華倫·伯格 (Warren Burger) 和哈瑞·布雷克門 (Harry Blackmun) 在其協同意見書中，則仍主張適用 *Reed* 一案所採取的合理性基礎審查標準，就足以宣告違憲。⁸⁴ 這是聯邦最高法院判決首度有相對多數意見主張就性別平等案件應適用嚴格審查標準，但因為無法形成超過五票的多數意見而功虧一簣。

鑑於嚴格審查標準的強烈爭議，金斯勃格於是在一九七五年的 *Weinberger v. Wiesenfeld*⁸⁵ 一案改變策略，退一步主張：如果法院針對性別歧視案件無法採取嚴格審查標準，則至少也應對性別歧視案件加強審查，而不應只適用寬鬆的合理性基礎審查標準。這也是金斯勃格首度在訴訟中主張以介於嚴格與合理性基礎間的新審查標準，來審理性別歧視案件，不過當時她還沒有正式使用「中度審查標準」的用語 (Sullivan, 2002: 740-41 & n. 44)。⁸⁶ 雖然聯邦最高法院在 *Wiesenfeld* 一案並沒有採取金斯勃格的主張，而仍然適用合理性基礎審查標準就宣告系爭法律違反性別平等，但在一年之後的一九七六年 *Craig v. Boren*⁸⁷ 一案，則終於改變其對於性別歧視案件的

⁸³ *Frontiero*, 411 U.S. at 678, 688.

⁸⁴ *Id.*, at 691-692.

⁸⁵ 在 420 U.S. 636 (1975) 一案中，最高法院認為，系爭之法律僅容許寡母，卻不允許鰥夫申請扶養未成年子女的社會福利補助，顯然違反性別平等之原則，故判決該法違憲。

⁸⁶ 引用金斯勃格向法院提出的理由狀。

⁸⁷ 429 U.S. 190 (1976).

審查標準，而第一次正式採取中度審查標準，要求政府必須舉證證明其立法或行為是為了促進或達成「重要政府目的」，而所採取的性別分類手段與該目的達成之間，則必須具有「實質關連性」。⁸⁸

三、一九八〇與九〇年代法院所適用的中度審查標準

雖然聯邦最高法院在*Craig*一案確立以中度審查標準來審理性別歧視案件，但由於中度審查標準所要求的「重要政府目的」或「具有實質關連性的分類手段」兩項內容，本身都仍是頗為模糊的概念，在具體個案的適用上頗多疑義。尤其是在適用結果上，中度審查標準也不像嚴格審查標準具有「推定違憲」，或合理性基礎審查標準具有「推定合憲」的較清楚法律效果，因此在具體個案的適用上仍需要進行相當程度的個案衡量。⁸⁹ 以致於有關性別歧視案件的審查標準及適用結果，在實務操作上依然不是相當明確。

不過，在一九八〇與九〇年代中期之間，聯邦最高法院在涉及性別歧視的某些案件中，不僅繼續適用中度審查標準，還進一步提出新的要求，即所謂「非常具說服力的正當理由」，而且在具體適用上似乎將中度審查標準提升到接近嚴格審查標準的程度。

在一九八二年的*Mississippi University for Women's School of Nursing v. Hogan*⁹⁰ 一案，聯邦最高法院適用中度審查標準，宣告專收女性的密西西比大學女子護理學院違反性別平等而違憲。在本案，法院要求密西西比州(以下簡稱密州)政府必須提出「非常具說服力的正當理由」，才能正當化其性別分類及差別待遇。此項「證

⁸⁸ *Craig*, 429 U.S. 197-198.

⁸⁹ 凱瑟琳·蘇利文 (Kathleen M. Sullivan) 教授便認為中度審查標準在實際適用上很接近個案衡量的方法 (Sullivan, 1992: 605-606)。

⁹⁰ 458 U.S. 718 (1982).

明程度」的要求在之後更爲聯邦最高法院在涉及性別歧視的其他案件所繼續援用，⁹¹ 在*Virginia*一案也同樣出現。由於這項要求的出現，部分論者認爲法院已經又加強對性別歧視案件所適用的中度審查標準，使之至少在實際適用上更接近嚴格審查標準 (Brake, 1996: 956-957)。

之後，聯邦最高法院在一九九四年的*J.E.B. v. Alabama*⁹² 一案，也同樣採取中度審查標準，宣告阿拉巴馬 (Alabama) 州 (以下簡稱阿州) 政府在一宗 (由檢察官代表母親起訴) 確認父子關係及扶養未成年之子的訴訟中，即使是在行使法律所賦予的挑選陪審員之權利⁹³ 時，也不得基於性別因素，否則即違反聯邦憲法增補條文第十四條的平等保障。法院明確指出：「性別，就像種族，並不是判斷陪審員適任能力與公正性的合憲代稱」。⁹⁴

值得注意的是，在*J.E.B.*一案判決中，多數意見不僅再度強調各州政府必須提出「非常具說服力的正當理由」，才能正當化其性別分類，而且*J.E.B.*⁹⁵ 對於中度審查標準在性別歧視案件的具體適用，可說是相當接近種族歧視案件所適用的嚴格審查標準。事實上，該案多數意見的理由也是一再將性別歧視與種族歧視類比，並

⁹¹ 在Hogan一案之前，聯邦最高法院並已經提出過這個要求，參見Kirchberg v. Feenstra, 450 U.S. 455, 461 (1981); Personnel Administrator of Mass. v. Feeney, 442 U.S. 256, 273 (1979)。在Hogan一案之後使用這個要求的判決有Tuan Anh Nguyen v. INS, 533 U.S. 53, 70 (2001) (但宣告系爭性別差別待遇之法律合憲); *J.E.B. v. Alabama*, 511 U.S. 127, 136 (1994); Nordlinger v. Hahn, 505 U.S. 1, 13 (1992); Heckler v. Mathews, 465 U.S. 728, 745, 748 (1984)。

⁹² 511 U.S. 127 (1994)。

⁹³ 即所謂「當然否決」(peremptory challenges) 的權利，指訴訟雙方均可不附理由地否決一定數額的陪審員候選人。

⁹⁴ *J.E.B.*, 511 U.S. at 129 (“gender, like race, is an unconstitutional proxy for juror competence and impartiality”).

⁹⁵ 511 U.S. at 136.

以類似的理由宣告系爭政府行為違憲。⁹⁶

四、中度審查標準的具體適用結果

在美國法上，「審查標準」不僅是法院在審判基本人權案件時的主要爭點，也是針對個案展開實體價值論證的重要媒介。以上述性別平等案件為例，接下來應該討論的是：法院究竟如何具體適用中度審查標準？哪些政府目的會(或曾)被法院認為是重要而合憲或不夠重要而違憲？哪些分類手段才算是具有實質關連性？如果在討論審查標準的問題不進一步處理這些問題，那麼審查標準的爭議就容易淪為相當形式又空洞的自說自話。下文即以上述幾個代表性判決為例，分析聯邦最高法院具體適用中度審查標準的結果。⁹⁷

(一) 何謂「重要」的政府目的？

1. 行政便利？

在*Reed*一案中，聯邦最高法院明確認為：即使「減少法院的工作量」或「減少家庭內的可能爭執」都算是具有某種程度正當性的政府目的，但如果只是為了達成這類行政便利而採取性別分類，則仍然構成恣意的違憲分類。⁹⁸

到了*Frontiero*一案，布瑞南大法官所主筆的複數意見書再次強調：雖然行政效能的考慮具有正當性，但「行政便利」(administrative convenience) 之立法目的完全不足以成為政府進行性別分類的合憲

⁹⁶ *J.E.B.*, 511 U.S. at 129, 140, 142 n.14 & 15, 145-46.

⁹⁷ 由於主題與篇幅的限制，本文不擬(也無法)全面性地檢討美國聯邦最高法院有關性別歧視案件的所有判決，尤其是沒有分析性別的優惠性差別待遇案件，謹此附記。關於美國性別平等案件判決的類似分析，國內中文文獻可另參見雷文政(2000: 153-55)。

⁹⁸ *Reed*, 404 U.S. at 76-77.

目的。⁹⁹

經此二案判決，所謂「行政便利」一類的經濟成本或效率考慮，對於性別平等的案件類型而言，雖然還算是「正當」(legitimate)，但已經不能算是「重要」(important)目的，因此也非合憲目的。

2. 關於性別角色的刻板印象？

從*Frontiero*一案開始，法院經常強調關於性別能力、社會角色等的刻板印象，都只是一種以偏概全之「陳腐 (archaic)、過度的一般化」，而不能算是合憲目的。¹⁰⁰

例如在*Wiesenfeld*一案，法院所宣告違憲的法律在表面上其實是有利女性的，但仍不免於違憲。該案系爭法律規定：扶養未成年子女的寡婦當然可以為其子女及本人向政府申請社會福利補助金，但類似情況的鰥夫本人則無法申請。*Wiesenfeld*一案判決的多數意見延續上述*Frontiero*一案判決多數意見書的類似見解，認為：系爭法律其實是基於「男性的收入是其家庭經濟的關鍵提供者，而女性則否」，這類陳腐又過度的一般化之刻板印象所制定。由於這類刻板印象等於是認為女性在能力上次於男性，因此無論這類立法目的本身有多少經驗上的真實性，都仍然是違憲。¹⁰¹

在此之後，舉凡涉及性別歧視的所有案件，例如上述*Craig, Hogan*及*J.E.B.*等案，聯邦最高法院幾乎都會一再強調：只要系爭政府行為之目的是基於性別刻板印象，則必然是違憲目的。而所謂對於男女能力或角色之「過時(outmoded)、陳腐、過度、惹人厭(或有害的)(invidious)的一般化」或「刻板印象」等用語，也幾乎成了美國聯邦最高法院在討論並宣告系爭政府行為構成性別歧視時，所經

⁹⁹ *Frontiero*, 411 U.S. at 683-684, 690-691.

¹⁰⁰ *Id.* at 677.

¹⁰¹ *Wiesenfeld*, 420 U.S. at 642-643.

常使用的術語。¹⁰²

3. 真實差異

雖然法院非常強調性別刻板印象絕非合憲之政府目的，但同時也不否認男女之間確實有某些天生而無法改變的差異，例如生理性特徵、懷孕、生育，這也是性別歧視與種族歧視案件的主要差別所在。在 *Michael M. v. Sonoma County Superior Court*¹⁰³ 一案，聯邦最高法院就認為該案中「防止未成年女子未婚懷孕」之立法目的，確是基於男女之間的真實差異，而為合憲之政府目的。由於法院認為男女兩性在此「並非處於類似情況」(not similarly situated)，因此判決系爭差別待遇的加州刑法規定(只處罰與十八歲以下、非其配偶之女子合意進行性行為之男性，卻不處罰該未成年女子)，並不構成性別歧視而合憲。¹⁰⁴

更值得注意的是，在一九八一年的 *Rostker v. Goldberg*¹⁰⁵ 一案，法院宣告國會只對男性進行徵兵登記的法律並不構成性別歧視。在該案中，由銳恩葵斯特大法官所主筆的多數意見認為：國會既已決定將女性排除在戰鬥任務之外，因此就徵兵登記而言，男女就不是處在類似情況的人，因此也就無需要求類似處理的平等待遇。¹⁰⁶ 該案多數意見主要是鑑於徵兵事項涉及國防與軍事，因此對於國會的決定採取高度尊重司法的態度，甚至將國會決定此一「人為差異」，比照是男女之間的真實差異，而認為是合憲之政府目的。

¹⁰² 例如 *J.E.B.*, 511 U.S. at 130-131. 在檢討分類手段的實質關連性時，法院也常常認為系爭性別分類手段在事實上會強化此種刻板印象，而予以宣告違憲。

¹⁰³ 450 U.S. 464 (1981).

¹⁰⁴ *Id.* at 470-73.

¹⁰⁵ 453 U.S. 57 (1981).

¹⁰⁶ *Id.* at 75-79.

在 *Michael M.* 與 *Rostker* 兩案，聯邦最高法院判決不僅是消極不適用之前案例所明示的中度審查標準，甚至其所適用的審查標準已很像是又回到過去的合理性基礎審查標準 (Sullivan, 2002: 745)。例如：這兩案的法院並沒有以「刻板印象」之類的標準來審查立法目的，相反地，法院則改用「等者等之、不等者不等之」的傳統差異論之典型思考與比較方式，而宣告系爭法律合憲。由於這兩案法院運用這種基於男女「真實差異」或「想像差異」的理由，作為審查性別差別待遇的標準，因此被認為是自一九七六年 *Craig* 一案所適用的中度審查標準退卻，而引起中度審查標準支持者的疑慮 (Gregor, 1997: 332; Sullivan, 2002: 745)。直到一九八二年的 *Hogan* 一案，法院才重新且明確地回到中度審查標準。

此外，關於真實差異與上述刻板印象的區別，這一直是實務與理論上有關性別平等的主要爭議所在，也是最困難的問題之一。如果觀察美國聯邦最高法院的判決，似乎可以發現：所謂真實差異必須是「完全吻合」性別特徵，也就是「全部」女人皆如此或「所有」男人都這樣，而不能有例外。¹⁰⁷ 上述 *Michael M.* 一案的「女性懷孕」之差異，便是此種真實差異的典型例子。反之，如果不是完全吻合，即使系爭性別分類標準確實涵蓋絕大多數的男性或女性，也還是常被認為是刻板印象。¹⁰⁸

¹⁰⁷ 瑪麗·安·凱斯 (Mary Anne Case) 教授稱之為「完美代稱」(perfect proxy) (Case, 1999: 357-358; Case, 2000: 1457-1461)。

¹⁰⁸ 例如在 *Craig* 一案，Oklahoma 州所逮捕的酒後駕車之未成年人中，其實有百分之九十以上為男性，但法院仍認為性別分類手段為刻板印象，參見 *Craig*, 429 U.S. at 200 n.8. 又如在 *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977) 一案，雖然有 88.5% 的女性符合申請福利金的資格，而只有大約 2.5% 的男性符合資格，但多數意見仍然不容許性別分類標準的使用，也不認為行政成本的節省可以構成重要目的，參見 *Goldfarb*, 430 U.S. at 238 n.7 (Rehnquist, C.J., dissenting).

4. 補償女性過去所受歧視的損害

以*Hogan*一案為例，法院就認為：如果是為了補償女性在過去遭受歧視之損害，政府是可以使用性別分類，而採取性別分類的優惠性差別待遇。這類善意的補償目的，可算是合憲之重要政府目的。不過，值得注意的是，法院在*Hogan*一案也強調：即使是基於這類補償過去歧視之善意目的而採取的性別分類，也不能用來強化(或鞏固)向來對於性別角色的刻板印象，例如該案所涉及的「認為護士是專屬(或比較適合)女性的工作」便是此類刻板印象。甚至於如果性別分類「在事實上」會產生類似的強化效果，即使其後果對女性有利(例如：排除男性就讀護理學院)，且此項意外效果並非立法之本來目的，也仍然不足以成為合憲的性別分類。¹⁰⁹ 不過，這時會是性別分類的手段違憲，而不是目的違憲。

5. 必須是真實目的

在美國近三十年來所發生的性別平等訴訟，由男性原告所提起者其實比女性更多，而男性原告所挑戰者多半是表面上有利女性的政府行爲。在這類訴訟上，被告的政府經常會主張其立法目的是為了補償女性過去所受歧視的損害或增進兩性實質平等。因此聯邦最高法院便一再強調任何政府目的都必須是「真實目的」(actual purposes)，才能通過中度審查標準的檢驗。如果只是在立法之後，面臨訴訟挑戰時才提出的「事後說詞」，即不能算是合憲目的。¹¹⁰

¹⁰⁹ *Hogan*, 458 U.S. at 724-725, 729.

¹¹⁰ 參見*Wiesenfeld*, 420 U.S. at 648. (“the mere recitation of a benign, compensatory purpose is not an automatic shield which protects against any inquiry into the actual purposes underlying a statutory scheme; in equal protection cases the United States Supreme Court does not have to accept at face value assertions of legislative purposes, when an examination of the legislative scheme and its history demonstrates that the asserted purpose could not have been a goal of the legislation”).

一般而言，在適用合理性基礎審查標準時，法院還會容許此種可想像、可推測的立法目的(就算是被告政府的事後說詞)，並不要求其必須是真實目的(也因為被告政府對此不負舉證責任，而是由主張違憲的原告舉證證明目的違憲)；¹¹¹ 但如果是適用嚴格審查標準時，則所謂事後說詞的立法理由必然會被法院認定是違憲。如果以此部分來看，中度審查標準會比較接近嚴格審查標準，而距離合理性基礎審查標準遠一些(Sullivan, 1996: C7, n.19)。¹¹²

例如在上述*Hogan*一案，法院發現：由於過去女性並不曾在護理的專業領域遭遇任何歧視，因此密州政府在該案所主張的補償女性之善意目的，顯然不是系爭性別分類手段及差別待遇之真實目的。況且，在實際後果上，將男性排除在護理行業之外，反而會產生壓低女性護士薪水的後果，對於女性本身也是有害的。¹¹³

6. 多樣性？

在涉及種族的優惠性差別待遇之*Regent of the University of California at Davis v. Bakke*¹¹⁴ 一案，聯邦最高法院曾經認為教育多樣性可以構成一項重大迫切的(compelling)政府目的，甚至可成為採取種族分類手段之合憲目的。¹¹⁵ 且多樣性之目的還容許政府「向將來看」，甚至並不以有過去歧視的繼續或同時存在為條件。不過，由於*Bakke*一案判決在理由方面並未形成多數意見，因此教育多樣

¹¹¹ 參見*Nguyen v. INS*, 533 U.S. at 75-76 (O'Connor, J. dissenting) (“Under rational basis review, by contrast, it is ‘constitutionally irrelevant [what] reasoning in fact underlay the legislative decision.’”) (original citation omitted)。國內中文文獻討論這個爭點者至今仍不多見，可參見徐秀蘭(2000: 79-81)。

¹¹² 關於合理性基礎與中度審查標準的比較，另可參見*Nguyen v. INS*, 533 U.S. at 76-78 (O'Connor, J., dissenting)。

¹¹³ *Hogan*, 458 U.S. at 729-730。

¹¹⁴ 438 U.S. 265(1978)。

¹¹⁵ *Id.* at 313-315。

性之目的是否必然合憲，仍有很大爭議。¹¹⁶ 後來就曾有聯邦上訴法院的判決，就涉及入學政策的種族優惠性差別待遇案件，明白質疑甚至否定「多樣性」政府目的之合憲地位，也不容許政府據此而正當化種族分類標準的使用。¹¹⁷

然而，聯邦最高法院在最近期 *Grutter v. Bollinger*¹¹⁸ 以及 *Gratz v. Bollinger*¹¹⁹ 兩案判決中，則都明白肯定「多樣性」可以成為公立大學採取種族優惠性差別待遇的考慮因素，並且構成重大迫切的政府目的。

在涉及性別歧視的 *Hogan* 一案，包威爾與銳恩葵斯特兩位大法官在其不同意見書中，也曾主張教育多樣性應該足以構成性別分類的重要政府目的。¹²⁰ 並認為密州所存在的純女性護理學院與這項

¹¹⁶ 關於反對「多樣性」為合憲目的之文獻，參見 Carrington (1992: 1105) 批判並反對多樣性的概念及其使用；Davis (1994: 54) 反對視多樣性為合憲目的；Fried (1990: 108-110) 反對政府假借多樣性之理由而複製自然形成的社會區隔，批判這種平等觀為「種族的巴爾幹化」(racial balkanization)，並批判馬歇爾和布瑞南兩位大法官在 *Bakke* 一案不同意見書所表示的見解；Lawrence III (1997: 763-776) 認為多樣性之理由無助於解決存在於社會中的種族主義，反而只會維護既有的白人優勢；但請比較 Amar & Katyal (1996: 1775) 強調教育之「民主多樣性」的重要。

¹¹⁷ 特別是在聯邦上訴法院就 *Hopwood v. Texas* 一案兩度判決德州大學法學院 (University of Texas Law School) 之入學政策所採取的種族優惠性差別待遇，違反平等保障而違憲之後，聯邦最高法院也兩度拒絕頒發移審令。該案之發展令許多人懷疑 *Bakke* 一案判決見解 (認為教育多樣性足以成為實施種族優惠性差別待遇之合憲政府目的)，是否還能繼續維持？參見 *Hopwood v. Texas*, 861 F. Supp. 551 (W.D. Tex. 1994) (No. A 92 CA 563 SS), *aff'd*, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1994), *cert. denied*, 518 U.S. 1033 (1996); 999 F. Supp. 872, *aff'd in part, rev'd and remanded in part* 236 F.3d 256 (5th Cir. 2000), *cert. denied*, 533 U.S. 929 (2001)，關於一九九六年 *Hopwood* 一案判決的分析，參見 Lawrence III (1997: 765-769) 認為 *Hopwood* 一案判決足以顯示 Powell 大法官在 *Bakke* 一案對於「教育多樣性」所持見解的限制與錯誤；Sullivan (1999: 291) 支持第五巡迴上訴法院的判決，批判「教育多樣性」的理由其實是「隔離但平等」的翻版。

¹¹⁸ 539 U.S. ____ (2003).

¹¹⁹ 539 U.S. ____ (2003).

¹²⁰ See *Hogan*, 458 U.S. at 735, 738, 745 (Powell, J., joined by Rehnquist, C.J., dis-

目的之間具有實質關連性，因此主張該校並不違反性別平等。由於該案多數意見並未對此表示明確意見，因此還無法確認「教育多樣性」在性別平等案件是否也足以構成合憲之重要政府目的，並可據以為性別分類。不過，這項目的到了*Virginia*一案，就成了關鍵爭點。

(二) 何謂具有「實質關連性」的分類手段?

在大部分的上述案件中，聯邦最高法院如果宣告系爭政府行為構成性別歧視，多半在目的審查時就已經宣告目的違憲（尤其是以「刻板印象」為由）。不過，法院也曾針對手段關連性問題表示過以下見解。

1. 具體檢驗分類手段的實際負面後果

在*Wiesenfeld*一案，法院發現：系爭法律的實際效果不僅會延續或強化女性「在家照顧小孩，而不需要出去工作」的現象，也同時是期待（甚至是強制）身為鰥夫的父親要繼續工作，而不在家照顧小孩（因為政府不對其給付福利金）。因此該案多數意見認為，如此性別分類也是完全不合理的手段。¹²¹

而在*Hogan*一案，法院在宣告目的違憲之後，更進一步認為：密州既然也讓男性學生可以旁聽系爭護理學院的課程，顯然兩性同校對於女性學習的教育效果並不致於產生任何負面影響，因此認為密州所採取的性別分類手段與其所主張的目的之間，不具實質關連性。¹²²

2. 兩性在統計上的差異：不能過度的一般化

最值得注意的是，在某些案件中，政府曾提出有實證統計數字

senting).

¹²¹ *Wiesenfeld*, 420 U.S. at 650-652.

¹²² *Hogan*, 458 U.S. at 731.

支持的兩性差異，主張其性別分類手段與其目的之間的確具有實質關連性。法院雖然並未完全否定此類統計資料的使用，但也會進一步考察這些統計上的差異是否被過度的一般化，以致政府將性別當成是微小差異的方便但不精確之代稱(proxy)。如果是這種情形，法院也會毫不猶豫地宣告系爭分類手段與目的間不具有實質關連性。

例如在*Craig*一案被宣告違憲的奧科拉荷馬 (Oklahoma) 州法律即規定：女性年滿十八歲可購買酒精成分 3.2% 的啤酒，但男性卻要年滿二十一歲才能購買。聯邦最高法院多數意見認為，雖然「減少酒後駕車以維護交通安全」的確是重要政府目的，而奧科拉荷馬州政府所提出的統計資料也確實顯示：該州十八至二十歲的年輕人酒後駕車被捕的比例，是有男性 2%與女性 0.18%的差距。¹²³ 但多數意見仍然認為此項基於統計上差異所為之性別分類，與上述立法目的間欠缺實質關連性而違憲。*Craig*法院並且認為：就算這項統計數字具有經驗上的真實性，但政府仍然不能據此而支持陳腐、過度的一般化論點，並認為男性就是比較容易酒後駕車。*Craig*法院強調：性別並非政府規範酒後駕車的正當或精確之代稱。¹²⁴

在*J.E.B.*一案，法院在適用中度審查標準時，多數意見雖然接受「促進公正的審判」算是該案的重要政府目的，但卻認為阿州檢察官刻意排除男性陪審員的作法與上述目的間不具有實質關連性。理由是：阿州檢察官之所以如此作，是因其認為女性陪審員可能會比較同情該州所代表的母親原告；但這項假設正是基於性別的刻板印象(所謂「女性比較同情女性」)，而無法合憲。多數意見認為：就

¹²³ *Craig*, 429 U.S. at 200 n.8。這是布瑞南大法官在玩弄數字遊戲，如果換算成男女之間的比例，大概是九(男)比一(女)。

¹²⁴ *See Craig*, 429 U.S. at 198-198, 200-204 (invalidating an Oklahoma law that established different drinking ages for men and women, although the evidence supporting the age differential was “not trivial in a statistical sense”).

算有統計資料可以支持上述假設，但此種對性別的使用至少是過度的假設，而其效果也只會強化「有關男性與女性相對能力的過時印象」。¹²⁵

肆、本案判決審查標準之檢討

本案判決所引起的爭議，主要有兩個層面，一個是有關單性學校性別歧視的實體爭議，包括軍事教育、單性學校、兩性真實差異、行政成本等實體價值的考量；另一個就是審查標準的方法論爭議。以下先檢討有關審查標準的爭議。

一、本案判決所適用的審查標準：中度或更高？

許多人認為本案判決其實已經提高對於性別歧視案件所適用的審查標準，而不只是適用中度審查標準。例如任教芝加哥大學的凱斯·桑斯丁(Cass R. Sunstein)教授便認為本案多數意見所適用的審查標準是介於中度與嚴格之間，大致上相當於聯邦最高法院對於種族優惠性差別待遇所適用的審查標準(Sunstein, 1999: 163-171)。但他也認為本案即使適用中度審查標準，結果還是會違憲(Sunstein, 1999: 166)。然而，也有部分學者認為金斯勃格大法官並沒有提高審查標準，所謂「非常具說服力的正當理由」是過去法院判決早已出現的要求。何況在本案也支持違憲結論的銳恩葵斯特大法官向來是反對提高性別歧視案件的審查標準，如果多數意見真的提高了審查標準，勢必難以如此輕易地獲得七票之支持。因此這派學者認為本案多數意見仍然是繼續適用中度審查標準，並沒有提高(Morgan, 1999: 383)。

¹²⁵ See *J.E.B.*, 511 U.S. at 140 n.11 (“outmoded notions of the relative capabilities of men and women”).

要討論本案判決是否提高審查標準，需要先分析本案多數意見對於目的與分類手段的具體審查，才能論斷。

(一) 目的之審查：單性學校與教育多樣性

雖然金斯勃格大法官也接受教育多樣性可以算是重要政府目的，但在其多數意見中，她認為有充分且明確的歷史證據顯示，維州軍校排除女性就讀的入學政策，毫無疑問地就是基於對女性能力與發展傾向之刻板印象。維州或該校所主張的單性學校有助於教育多樣性之政府目的，不過是事後說詞，而非真實目的。

如果以多數意見所強調的「性別刻板印象」與「真實目的」之區別而論，這和法院過去就性別歧視案件進行目的審查時，所適用之審查標準其實相當類似，應該還不算已經提高成嚴格審查標準所要求的重大迫切之政府目的。

(二) 分類手段與目的之關連

關於本案性別分類手段為何違憲的理由，金斯勃格大法官所強調者，其實也就是軍事教育對於兩性適合度的差異不足以成為「一般化」論點的依據。雖然說維州軍校所實施的逆境式教育方法並不適合大部分女性，但她也強調同樣的教育方法其實也不適合大部分男性。如果該維州軍校並不因此就排除男性，為何能以類似理由排除女性？

因此，如果比較她在本案對於分類手段實質關連性所適用的審查標準，至少可說是和上述 *Craig*、*Hogan* 等案類似，也不能算是有所提高。

值得討論的是，金斯勃格大法官認為維州為女性所特別設立的另一所女性軍校，則是根本不平等，算是「隔離且不平等」的性別分類。對此，發表協同意見的銳恩葵斯特大法官也是基於同樣理

由，認為這所女子軍校與原有的維州軍校相比，可說是「隔離但不平等」，因此認為違憲。但與多數意見的差別在於：銳恩葵斯特大法官認為，如果系爭維州軍校不是一所歷史悠久、有特殊地位的軍校，而是由維州政府所新設立的男性軍校，則只要另外也為女性設有提供相當課程的學校，而且只要兩所學校的師資、設備等有形與無形的相關條件類似，州政府仍然是可以設立性別隔離的單性學校。也就是說，如果能夠做到真的「隔離但平等」，在性別平等的案件，銳恩葵斯特大法官還是願意宣告其合憲，但多數意見的立場似乎就不是很明確，而留有討論空間，既沒有一般性地宣告其必然違憲，也沒有原則性認為就可以合憲。

二、本文看法：仍是中度審查標準

總結上述，本文認為本案多數意見所適用的審查標準應該沒有提高，而仍然是中度審查標準 (Case, 1999: 358; Case, 2000: 1448, 1450; Morgan, 1999: 408-415; Sullivan, 1996: C7)。如果要說在具體適用上確實比較嚴格一點，那也是從 *Hogan* 以來，法院一直加強對性別歧視案件的審查發展結果。所謂「非常具說服力的理由」，也是早在 *Hogan* 等案就已經出現的要求，並不是自本案才出現的新要素。何況，本來中度審查標準就是比較模糊的標準，這一系列的案例發展，應該是有助於確定這項標準具體適用到性別歧視案件結果預測的可能性。¹²⁶

¹²⁶ 不過，在本案之後判決的 *Nguyen v. INS*, 533 U.S. 53 (2001) 一案，多數意見對於該案所涉及的性別真實差異雖然也適用中度審查標準，但在實際適用上似乎就明顯寬鬆。該案多數意見認為父母與子女在血緣認定的差異（父親需要鑑定或證明，而母親則因出生之事實即可推定），足以構成兩性的真實差異，因此移民法對於出生在美國境外，其父母只有一方為美國公民的非婚生子女，只承認美國母親所生者於出生當時即自動取得美國公民身分，但美國父親所生者則另要求認領等要件之差別待遇，是反映真實差異的合憲立法。

伍、審查標準之後：本案實體爭議與價值觀點的檢討

上述有關審查標準的討論雖然具有方法論的意義，但個案的解決仍會涉及實體價值的衝突。以本案為例，桑斯丁教授就認為即使適用傳統的中度審查標準也是違憲，這就已經是實體價值，而不只是審查標準的問題了。又在本案提出協同意見書的銳恩葵斯特首席大法官雖然也支持違憲的結論，卻明白地不贊成對系爭性別差別待遇採取任何比中度更嚴格的審查標準，而是從「隔離但不平等」之較為寬鬆的審查標準，而得出違憲的結論。至於發表強烈不同意見的史卡利亞大法官，與其說他只是在爭審查標準，不如說他對於性別平等的價值立場與多數意見間顯然有南轅北轍的差異。因此，對於本案判決之評釋，除了分析其審查標準之外，當然必須進一步討論其實體爭議。

以本案而言，人們之所以會出現不同看法，通常是對於以下幾項主要爭點有不同的價值立場：兩性的真實差異（包括如何看待性別歧視？尤其是與種族歧視的比較）、行政成本（或效率）、以及軍事教育的特殊需求、單一性別學校的教育功能等。前兩項因素（真實差異、行政成本），通常會相互連結，也是在大多數性別平等案件最常出現的爭議，可說是性別平等案件的「固有」爭點（其實本案可說是涉及性別真實差異的典型案例）。至於軍事教育則是本案的特殊因素，未必與性別平等當然連結，但性別差異的主張在軍事領域（包括本案之軍事教育）議題上的張力可說是最強。至於「教育」因素，也就是「單性學校」的合憲性問題，在本案判決之後，也引起普遍的討論甚至憂慮。這兩點可說是性別平等在本案的特殊爭點。以下就「真實差異」、「行政成本」與「軍事教育」、「單性教育」等主要實體爭點，分別討論之。

一、真實差異與男女有別

(一) 本案是否確有真實差異存在？

在本案，不論是持多數意見或不同意見的大法官們都同意維州軍校確實是採取「逆境式」等特殊教育方式，也都同意男女兩性對於這種斯巴達式軍事教育的適合性並不完全相同，而存在有某種統計上的性別差異。但雙方的意見差別在於：此種統計上的性別差異究竟有多大？是否能正當化維州軍校完全排除女性的入學政策？對此，金斯勃格大法官似乎是採取上述「完全吻合」的要求，認為只要有一位女性「有能力並有意願」接受維州軍校的教育，維州軍校就不能完全、形式地排除女性；反之，史卡利亞大法官則強烈主張：如果讓女性入學而接受相同的教育方式，將會逼迫維州軍校必須改變其教育方式，甚至會因此毀了一所富有傳統的著名軍校。因此他認為：既然維州軍校的教育方式不適合大多數女性，而排除女性入學的政策正是反映這項差異，所以就是合憲目的；至於性別分類的手段另有減少行政成本的正面效果，當然也是合憲的分類標準。

本案應該算是涉及兩性「真實差異」的代表性案例，因為所謂「女性不適合軍隊」的主張可說是不分時、地、人而相當普遍存在的想法。如果不深入分析，恐怕絕大多數人都會理所當然地認為就軍校教育而言，男女之間的確存在真實差異，且應區別對待。但如果深入檢討，我們應可質疑：在立法目的之審查上，所謂性別的真實差異究竟指什麼？軍事教育對於兩性的適合性差異是否可認為是真實差異？如果是，那麼「多大」的性別差異才能算（也才應該算）是足夠的真實差異，而可成為合憲政府目的之依據？

1. 史卡利亞大法官和波斯納法官的觀點：確有真實差異存在

除了發表不同意見書的史卡利亞大法官強調性別在本案的確

構成真實差異外，著名法官兼教授的李察·波斯納 (Richard A. Posner) 也採取類似立場，並激烈指責本案的判決結論與構成理由 (Posner, 1998: 1; Posner, 1999: 165-173)。他一方面指責本案多數意見欠缺實證資料的支持，並且提出他所相信的實證資料基礎：許多科學研究證明「一般男性與一般女性在侵略性、競爭性、冒險傾向、訴諸暴力的傾向等方面，確實有與生俱來 (或譯固有) 的差異」，¹²⁷ 而這些特質都與軍事適應性與表現有關。因此，波斯納法官主張：法院應該容許維州政府及維州軍校基於這種平均差異，而設定初步審查的基礎或相關資格要件。否則，維州軍校勢必要進行個案的實質審查，這有如是要求維州軍校「在乾草堆中尋針」(looking for a needle in a haystack) (Posner, 1999: 168)，是相當無效率的作法 (Posner, 1998: 15; Posner, 1999: 168)。他的主張相當接近史卡利亞大法官在其不同意見書的基本看法，就連口吻之嚴厲程度也沒什麼差別。

2. 金斯勃格大法官：沒有真實差異存在

相對地，雖然金斯勃格大法官也不否認：適合接受維州軍校教育方式的女性在數量上確實比男性少，就此而言，兩性的確存在某種統計上差異，但她認為此種統計上差異未必就是真實差異，也不應當然成為差別待遇的分類依據，更不能因此就以性別為個人適合性或能力的代稱。她認為本案的性別分類不過是反映了維州軍校對於性別的刻板印象，真實差異之說也是過度的一般化。如果用美國憲法上常用的術語，金斯勃格大法官等於是責指性別分類標準的使用在本案既是「涵蓋過廣」(overinclusive)(只要是男性，即使明顯欠

¹²⁷ Posner (1998: 14) (“inherent differences between the average men and the average women with respect to aggressiveness, competitiveness, the propensity to take risks, and the propensity to resort to violence”); (Posner, 1999: 167).

缺能力皆可申請)，又是「涵蓋過窄」(underinclusive)(有能力且有意願的女性卻一定無法申請)，明顯不夠精確。

3. 本文看法：「統計上差異」不當然等於「真實差異」

就如同金斯勃格大法官所質疑的：即使說維州軍校所採取的教育方式確實不適合大多數女性，但同樣的教育方法也不適合大多數男性。如果可以因為前者理由而排除女性，那為何不也同樣排除男性？何況，即使是史卡利亞大法官也都承認還是有(極)少數的女性是「有能力並有意願」接受此種軍事教育。既然如此，為何要直接使用性別作為分類標準，而不是體能或其他更能直接表現維州軍校入學標準的要求？

可見，在本案兩性的統計上差異並不是男女之間所謂「本質上」的絕對差異，反而比較接近「社會角色」式的人為差異。就此而言，本案多數意見的立場相當接近 *Craig* 一案對於年輕男女因酒後開車被逮捕比例差異的看法，兩案多數意見同樣否定統計上差異必然構成真實差異。

退一步而言，就算男女在軍事教育適合性上確實有統計上的明顯差異，但從憲法平等保障的觀點來說，也不應因此就將性別當成資格與能力的代用品。就好像說我們不能因為看到有比較多的優秀黑人籃球選手，因此就對球員設定「非黑人不可」的資格要件。這種以偏概全的不精確分類，正是憲法平等保障所要克服的人為障礙。

如果依據上述看法，則應該只有性別之生理特徵、懷孕及生產等，才能算是真實差異。除此之外，男女之間的其他差異大都是由於人為措施及觀點，在特定社會、歷史條件下，被建構出來的社會性差異，未必都能算是真實差異，而可成為合憲立法目的之依據。

以接受維州軍校的教育而論，過去女性因為入學政策之人為限制，因此不曾有接受該校軍事教育的機會，所以也無從證明女性究

竟是否真的適合維州軍校的教育方式。在此情形下如果逕自主張女性在「本質上」不適合軍隊，恐怕是一種自說自話式的循環論證。這種主張就像是在黑人沒有取得參政權之前一樣，主張黑人不具從政能力，因此種族之間存在真實差異。

(二) 揭開「真實差異」的面紗：「如何證明」與「真實情況」

波斯納法官主張法院應該要適用利益衡量的方式(或審查標準)，來審查「排除女性入學的損害」與「容許女性入學的損害」何者較大，並據此決定維州軍校入學政策的合憲性(Posner, 1998: 16; 1999: 169)。可見波斯納法官並不在意什麼才算是「真實差異」，因為這正是他所反對的抽象、概念式法學理論與思考；他所重視的是任何「現實差異」所產生的成本與效益等。對他而言，所謂差異，無異就是效率(成本效益)的差別。至於政府能否以性別為分類標準，其合憲性的評價標準，也是以效率為主要考量。

以「不夠效率」為由來認定是否違憲，這對於擅長法律經濟分析的波斯納法官而言，是可以預期的推理過程。但他對於兩性真實差異的「證明」與「推論過程」，或許值得我們也發揮草裡尋針的精神來好好分析一番。

姑且不論金斯勃格大法官所顧慮的「刻板印象」及本案之相關利益或損害，到底要以何種轉換公式而予以量化？或能否量化？波斯納法官似乎也沒有具體證明：如果讓女性進入維州軍校，究竟會對什麼人造成什麼實際損害？他一再以欠缺實證資料的支持為理由，來攻擊本案判決多數意見，但他自己所主張的種種可能損害，多半也不過是他自己的預測或想像，同樣欠缺實證資料的支持，甚至是和現存實證資料或趨勢有所出入！桑斯丁教授就批評波斯納法官在提出上述主張時，其實和維州軍校一樣，都只是空言損害，而欠缺具體證明(Sunstein, 1999: 168)。

如果再進一步檢證維州軍校在一九九七年開始招收女性學生

入學後的實際發展，似乎更能看出像波斯納法官上述草堆尋針的比喻或類似主張，不僅欠缺實證資料的支持，甚至還可能就是金斯勃格大法官所指責的基於「過度的一般化」，而繼續複製性別刻板印象。

首先，我們應該注意到維州軍校是被動接受申請，而不是主動訪尋適格學生。所以說，不論是千里馬或肉腳馬都是自己送上門來的，維州軍校最多也不過是要「針對」（還好不是真的要找出草堆裡的針才能對準）每年有限數量的申請案進行實質審查，所謂極無效率的主張恐怕是言過其實，是精神焦慮下所產生的。況且，假使如波斯納法官所預測的，將來只會有數量上微不足道的女性會對維州軍校的教育方式產生興趣，則申請者必然不多；既然申請者不多，相應而生的審查等行政成本也勢必不會太高，那又何必過份擔心效率等問題？由這也可看出波斯納法官的主張有其自相矛盾之處。

再以後來的實際發展來說，本案於一九九六年六月二十六日宣判，一年後，即一九九七年八月，共有三十名女性學生以新生入學或轉學方式進入維州軍校就讀，該校之後幾年的申請、入學及畢業人數請參看表 1 及表 2 之統計。從表 2 可以看出：在一九九九至二〇〇一年這三年間，女性申請人數占全部申請人數的比例大致是百分之七，而女性錄取人數占當年度全部錄取人數也大約在百分之六到九之間。除了二〇〇一年外，其他兩年的男女性錄取率都在六成五上下，兩性之個別錄取率與當年度之錄取率也大致相當。既然兩性的錄取標準相當（體力要求：兩分鐘五十個仰臥起坐、十二分鐘內跑完一點五英里等，另外有 SAT 學術表現的要求等），也沒有出現女性申請人錄取率明顯偏高（可能暗示女性申請人比男性更適格）

表 1 維州軍校具有正式學籍之大學部在學學生總數統計表¹²⁸

年	男性	女性	總數
1997-98	1132	0(?)	1132
1998-99	1103	0(?)	1103
1999-00	1074	88	1162
2000-01	—	—	1265

說明：—表無資料

表 2 維州軍校近年入學及畢業人數之性別比例統計表

年	性別	申請人數	錄取人數 ¹²⁹ (包括轉學生)	錄取率	該學年度 五月畢業人數 ¹³⁰
1997	男	—	430	—	—
	女	—	30	—	0
	總數	—	460	—	—
1998	男	—	—	—	—
	女	—	—	—	0
	總數	—	—	—	—
1999	男	728	461	63.3%	223
	女	57	35	61.4%	2 ¹³¹
	總數	785	496	63.2%	225
2000	男	839	570	67.9%	208
	女	54	37	68.5%	0
	總數	893	607	68.0%	208
2001	男	1252	768	61.3%	225
	女	97	79	81.4%	13
	總數	1349	847	62.8%	238
2002	男	—	—	—	238
	女	—	—	—	7
	總數	—	—	—	245

說明：—表無資料

¹²⁸ 表 1 及 2 是本文作者訪查維州軍校網站蒐集相關資料整理(應該說拼湊)而成。因為沒有找到更正式及完整的統計表，這兩份表仍有部分缺漏之處，有待補充。

¹²⁹ 每年實際入學就讀人數低於錄取人數。

¹³⁰ 有些學生是在十二月畢業，因此每年五月畢業人數並非全校畢業總人數。

¹³¹ 兩位都是轉學生，並非四年制男女同校畢業生。其中一位是台灣人，何之元(Chih-Yuan Ho)，一九九七年輔仁大學畢業，再插班進入維州軍校就讀。

或偏低（可能暗示女性申請人普遍比男性不適格）的差別現象。可見，女性與男性的錄取率其實差不多，也就是說：有大約同樣比例（百分之四十）的男性和女性在申請過程中被淘汰。如果再看看畢業率，恐怕也會得出類似結論。因此從這幾年的有限資料中，實在無法看出女性與男性申請人這兩個性別群體中，哪一個群體是一定適合或不適合軍校教育，甚至也看不太出來哪一性別群體具有更明顯的適合性。

當然，以時間範疇與相關變數而言，表中包含的統計資料相當有限，我們需要更長期的系統觀察與整體比較，才能作更精確的實證分析。此外，申請、錄取及求學過程存在有太多因素，在在影響申請人、校方及學生的決定，性別也不是唯一的變數，這些都是我們在解讀表格資料時必須注意的。不過，從這短短幾年的實際發展情形來看，容筆者在此相當大膽推理：困擾波斯納法官及史卡利亞大法官心中的大石頭，應該是可以先放下一陣子再說。至少，我們也應該再多觀察幾年的實際發展，再來論斷「有意願且有能力」接受軍校教育的女性是不是真的有如乾草堆裡的幾根針，甚至是大海裡的一根針。¹³²

以維州軍校的個案而言，更有學者研究該校的歷史發展與教育的真實狀況，而認為改革或改變本來就是該軍校的傳統，並非不可能；該校向來也會斟酌男性學生的體能狀況而容許多軌化、個別化的體能標準等。證之過去歷史與現實狀況，目前抗拒男女合校的種種主張，有許多不過是抗拒改革的便宜藉口而已 (Avery, 1996:

¹³² 我們也許還應該同時觀察並比較自一九七六年後即招收女性學生的美國陸、海、空軍軍官學校，以及在本案判決後兩天立即「自動」決定開始招收女性學生，並結束其一百五十三年純男校傳統的堡壘 (Citadel) 軍校等類似學校的發展情形。關於堡壘軍校的改變，參見 "Citadel" (1996, July 1: 5)。

193)。¹³³ 這很像是過去白人種族主義者抗拒黑白合校、反對取消種族隔離制度時，所提出的種種具有「科學根據」的主張；或是許多威權國家在民主化過程中，抗拒「國會改選」等民主改革時，所提出的種種理由。如果以事後之明來看，人們多半只好適用寬鬆的審查標準而給予同情的諒解。

(三)價值觀點的反省：「真實差異」與「反壓迫原則」

1. 價值觀點的「真正差異」

雖然多數意見似乎沒有那麼明確地認為本家中性別的統計上差異並不構成真實差異，而比較是強調：要判斷性別差別待遇是否合憲，不應只看「兩性間有無生理等真實差異」，也不應採取「等等者等之，不等者不等之」的差異論之論述方式，而更要看系爭性別分類之真實目的是否基於「女性就是不行」、「即使少數女性可以勝任，也不必考慮啦！」之類的刻板印象，或其實際效果是否會造成「整體女性是比較差勁的性別」之類的「次等公民」印象或效果。就此而言，金斯勃格大法官的意見雖然不算完全擺脫「差異論」的觀點及論述模式，但顯然更表現出「反壓迫原則」(anti-subordination/

¹³³ 如果再多看一點實證資料，也許會發現更多與一般印象所不同的「真實差異」。在美國聯邦政府向聯邦最高法院所提出的理由狀(brief)中，就批評維州軍校早已經為那些在體能有「真實差異」的男性學生提供各項補救或豁免之差別待遇。例如：維州軍校的大一男性新生中，大約有接近半數無法通過該校每學期的體能測驗，而需接受補充訓練(remedial training)(或補考)；而過去每年的畢業生中也都有有一定比例(大約2%)的(男性)學生始終無法通過體能測驗，但還是畢業。又凡參加全美大學運動協會(NCAA)的運動校隊，在練習與比賽期間也可免除該校稱為「老鼠生訓練」(rat training)的體能、軍事等訓練，甚至連參加高爾夫球隊者也可豁免。參見Petitioner's Brief at 29 & n.17, United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996) (No. 94-1941); 766 F. Supp. at 1438; Avery, 1996: 378-384; Case, 1999: 356 & n.41。難怪愛佛莉(Avery, 1996: 382)教授批評維州軍校的體能要求中，什麼都可以豁免，就只有「男性」的生理特徵不能豁免(“VMI's only non-waivable physical requirement for admission is that the applicant must be a male”)。

anti-subjugation principle)，而不只是「反差別原則」(或譯「反歧視原則」)(anti-discrimination principle)的價值觀。¹³⁴ 如果追根究底的話，恐怕這才是雙方會對性別之真實差異有如此差別看法的真正差異所在。

2. 反壓迫原則在本案判決的具體應用

在美國法上有關平等權的傳統論述中，向有所謂「反差別原則」與「反壓迫原則」的不同觀點。爭執之由來，主要是因為所謂「等者等之，不等者不等之」的抽象公式過於空洞，本身並無法提供具體的價值指引，因此需要找尋「中介原則」(mediating principles)(Fiss, 1977: 85)，以便法院可以具體化憲法平等權的內涵。「反差別原則」與「反壓迫原則」即是最常出現的兩個中介原則。

上述兩個中介原則適用到性別平等案件的差別，簡單的說，反壓迫原則重視政府行為對於「女性」的敵意，尤其是具有歷史性的長期歧視與負面刻板印象；重視性別分類對於女性所可能產生的「次等公民」之損害，因此對於性別平等的審查比較不重視「分類標準」(classification)，而更重視分類所可能產生的「階級」(class)之結果及其損害；反壓迫原則也比較不重視是否有何差異，而更重視差別對待的結果，尤其是對弱勢一方(女性)的損害(Fiss, 1977: 124-133)。¹³⁵ 相反地，反差別原則重視真實差異的存在，容許(並要求)政府對於性別分類標準的適用，必須能實質反映性別差異，至於性別分類對於特定性別(尤其是女性)是否造成什麼歷史或結構性的實際損害，則非其關心重點(Fiss, 1977: 85-123)。如果與後述的「對稱」或「不對稱」觀點相比較，反壓迫原則通常會表現出「不

¹³⁴ 有關「反壓迫原則」與「反差別原則」的基本討論，參見Tribe (1988: 1514-1521)。國內較新的中文文獻介紹請參見倪伯瑩 (2002: 100-150)(即第四章第一節部分)。

¹³⁵ 費斯(Fiss)教授在其論文中使用「團體不利益原則」(group-disadvantaging principle)來討論本文所稱之「反壓迫原則」。

對稱」觀點，而較強調對女性的歧視與平等對待；至於反差別原則就常常是表現出「對稱」觀點，使用性別中立的用語，並概稱性別平等與歧視。¹³⁶ 如果用國內比較熟悉的用語來比較，反壓迫原則可說是「實質平等」的具體深化，而反差別原則則接近「形式平等」的觀點。¹³⁷

假使比較本案多數意見與不同意見的主張，其實應可發現多數意見顯然是採取「反壓迫原則」的立場，而不同意見則立足於「反差別原則」。我們可以用金斯勃格大法官在其多數意見中所強調的下列一段意見來分析：

性別分類可以用來補償**女性**所遭遇的特殊經濟障礙，.....用來促進性別就業機會，.....用來加強我國國民天賦及能力的完全發展.....但此種分類不能再如同過去一般，用來形成或深化**女性**在法律、社會及經濟上的劣勢。¹³⁸ (粗黑體為筆者所加)

請注意金斯勃格大法官在上述意見中特意強調對「婦女」

¹³⁶ Sullivan (2002: 750-754)(分析不對稱、反壓迫原則之平等權觀點在美國憲法適用上所會面臨的困難)。

¹³⁷ 我們未必要依循美國法有關反壓迫原則與反差別原則的思考及用語，也可(應該)走出台灣法自己的路。但美國法上的這些爭議，尤其是其有關平等權的案例與學說討論，其實可以作為我們的參考架構與觀點平台，也應該會有助於我們跳脫「形式v. 實質」、「機會v. 結果」、「天生v. 人為」等平等(或不平等)的文字遊戲，或「定義式」思考方法的概念遊戲。而我們在處理平等權問題時，如果能更誠實地看待或挖掘其所涉及的實體價值問題，並於反省後更清楚地表明各自的價值立場，如此也才可能自「等者等之，不等者不等之」的空洞公式脫身，而為平等權發展出具有操作可能性的規範架構與內容。關於方法論層次的類似反省，另可參見雷文玟(2000: 125-28, 140-142)。

¹³⁸ *Virginia*, 518 U.S. at 533-34 (“Sex classifications may be used to compensate **women** ‘for particular economic disabilities [they have] suffered,’.....But such classifications may not be used, as they once were,.....to create or perpetuate the legal, social, and economic inferiority of **women**.”(粗黑體為筆者所加))

(women)的補償、「婦女」的不平等地位，而不是任一性別所遭受的歧視或不平等地位。在金斯勃格大法官心中，兩性因為歷史、社會、政治等結構因素，各自的現實地位、權利顯然是不平等的。女性所面臨的負面刻板印象、法律、社會與經濟的劣勢地位，甚至是被次等化而成爲二等公民的壓迫，對男性整體而言，根本就是不存在、也不用顧慮的問題。從這裡可以看出金斯勃格大法官的立場似乎已經接近反壓迫、反階級(anti-caste)的平等觀，而不是講究形式相當的「對稱」或重視差異的「反差別原則」觀點(Minow, 1997: 115; Sunstein, 1999: 167-71; Morgan, 1999: 402-403, 415-418)。¹³⁹不過，金斯勃格大法官主筆的多數意見就算具有反壓迫原則的觀點，而對於女性所受歧視，刻意採取「矯往必須過正」的不對稱但追求實質平等的立場，但她的基本觀點還只能說是自由主義女性主義的立場，而不是基進(radical)或批判(critical)女性主義法學理論所經常採用的「宰制論」(dominance theory)之分析觀點。¹⁴⁰

(四) 價值觀點的再反省：真實差異與男性標準

雖然上述反壓迫原則與強調權力宰制論的女性主義法學觀點之間確有其共通之處，後者也能用來充實反壓迫原則適用於性別平等案件時的具體內容。但反壓迫原則畢竟仍然是平等權的中介原則，原本還是源自於種族歧視的論述，而不是專門適用於性別歧視案件而已。因此如果要更深入的分析性別平等所涉及的各項實體價值觀點爭議，那無可避免地就必須認真面對女性主義法學各種理論與主張。但由於題目及篇幅所限，本文無法也不打算針對性別平

¹³⁹ 但摩根(Morgan, 1999: 402-403, 415-418)教授指出金斯勃格的用語並不一致，她有時也使用性別中立(sex-neutral)的對稱用語，而不全然是性別特定(sex-specific)的不對稱用語。

¹⁴⁰ 關於宰制論的女性主義論述，最主要的代表作應該還是MacKinnon(1987: 32-45; 1989: 215-234)。

等所涉及各個基礎理論問題，尤其是對美國法學界具有強烈批判力與顯學地位的女性主義法學理論，進行全面性的分析討論。以下只是針對與本案有關的主要爭點，略作粗淺的探討。¹⁴¹

如果從傳統差異論的觀點來分析本案是否構成性別歧視，不管各人對於統計上差異的立場為何，都很難不落入統計數字的斤斤計較與無窮爭辯。像上述波斯納法官雖然極力鼓吹利益衡量的方法與成本效率的觀點，但還是得在「如果男女只差百分之十，就不能區別」與「如果差距大到一比一百，就可進行性別分類」之間，進行吃力的論證(因為實在很難在這兩種差距之間找出精確的區別線)與恣意的區別(一旦狠下心來亂畫線時)(Posner, 1999: 168)。又如典型自由主義者的布瑞南大法官，則在其意見書中玩弄數字遊戲，將男女酒後駕車被逮捕總人數的比例為九比一的懸殊差距，換成另一套不知所云的說法：「該州十八至二十歲的年輕人酒後駕車被捕的比例，是有男性 2%與女性 0.18%的差距。」¹⁴² 至於金斯勃格大法官則對於統計差異與真實差異的異同，保持創造的模糊，雖然她也極力譴責性別刻板印象，但終究沒有擺脫差異論的陰影，而更正面、尖銳地挑戰維州軍校所歌頌及代表的男性標準與陽剛價值。¹⁴³

¹⁴¹ 關於美國女性主義法學各流派的初步簡介，國內中文文獻可參見陳昭如(1998: 213-236)；焦興鐘(2003: 57-123)；雷文玟(2000: 137-142, 147-153)。在台灣，因為歷史與政經等結構條件、大陸法系的繼受背景、既有的憲法解釋與憲法學術論述等眾多因素之制約，有些理論或觀點的深入討論似乎也只能等待人的改變與時間的成熟時再論。再者，筆者不是女性主義者，因為我是男性，欠缺身歷其境的必要體驗，因此只能自我反省加害者觀點，而無法從被害人觀點參與討論，這是真實差異。所以以下的討論，不能算是女性主義者的主張。對此種觀點有過敏性反應者，可以放心閱讀。

¹⁴² 參見Craig, 429 U.S. at 200 n.8 (在判決意見書註8中列出被逮捕的統計人數，其性別比例大致為女：男=9：100)，201-202(在意見書本文則一再重複：在十八至二十歲的年齡層，計有 0.18% 的女性與 2%的男性因酒後駕車被捕)。細心的讀者應該可以發現兩種寫法對於「讀後印象」的「真實差異」。

¹⁴³ 凱斯(Case)教授也提出類似的批評，她認為：維州軍校所適用的分類標準應該是

此外，即使能證明在系爭個案中，兩性確有某種生理或社會性差異，但是否就能理所當然地將事實上差異轉換成法律上的差別待遇？這仍然還是價值觀點的問題。以本案為例，被告維州軍校便會引用社會心理學家卡洛·吉力根(Carol Gilligan)教授在其名著「不同的聲音」(In a Different Voice)(Gilligan, 1982)一書的發現及理論，而主張兩性在學習、人格發展上確有差異，因此需要不同的教育課程；再據以主張維州軍校只收男性學生的入學政策符合兩性在教育過程之真實差異的需求，因此並非性別歧視。結果在「美國大學教授協會」(The American Association of University Professors)等團體與個人所提出的「法院之友意見書」中，吉力根教授便抨擊維州軍校誤用其著作，並且堅定指出其研究結論絕對無法支持維州軍校之推論。甚至還指責維州軍校的教育方式根本就是基於對男女學習心理與行為模式之錯誤假設，並且創造了一個既不真實又不健康的教育環境。¹⁴⁴ 吉力根教授在上述法院之友意見書中強調：

強調「男性特質」(maleness)的「男性標準」(male standard)，而非只是性別(sex)；金斯勃格大法官並沒有批判隱藏在這種男性標準背後的性別歧視價值觀(Case, 1999: 355-361, 367-379)。她在另一篇文章也批評說：金斯勃格雖然強調刻板印象，但只是延續過去的中度審查標準，沒有更清楚地適用反壓迫原則，去挑戰維州軍校所使用的真正分類標準：「男性特質」，因此其結果也不過是讓女性可以和男性一樣(Case, 2000: 1454-1457)。崔蕾熙·希根絲(Tracy Higgins)教授也認為：金斯勃格的多數意見只是反應自由主義式的性別中立觀點，仍然欠缺宰制論的觀點(Higgins, 1997: 1660, 1662, 1667-1673)。蘿賓·衛斯特(Robin West)教授更批評自由主義女性主義理論並沒有挑戰維州軍校及其他軍校奉為典範的男性標準；而判決結果也只是讓少數女性可以進入軍校，但沒有為多數女性創造一個新的軍事教育環境與教育模式，也沒有改變維州軍校自認優越的男性標準(West, 1998: 716)。

¹⁴⁴ Brief of Amici Curiae, The American Association of University Professors *et. al.* for Petitioner at ??-?? (the text accompanying notes 67-69). United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996) (No. 94-1941). (筆者註：因為Lexis電子資料庫上所提供的這份文件並未註明原始頁數，在此暫時以註腳號碼為準)

雖然她觀察到某些差異與性別有關(然非性別所致)，但這項觀察並不足以支持以下結論：為了教育之目的，男性應該與女性隔離。¹⁴⁵

上述吉力根教授對兩性差異的立場，與強調兩性各有特質的「文化女性主義」(cultural feminism)的觀點類似。但文化女性主義者所強調的反而是：國家應該承認兩性特質各有其獨特的價值，而分別給予適當的待遇。其結果則常是要國家正視女性的特質及需求，例如懷孕、生產、哺乳等，而給予女性特別待遇 (special treatment)。但正如吉力根教授所言，縱令認為男女之間在學習態度等方面確有差異，但仍然無法由此就直接證立兩性的隔離教育，特別是完全忽略女性需求，並且獨厚男性的入學政策。這也就是本文之前也一再說過的：問題不在於有無真實差異，而在於如何看待差異。

在本案，隱藏在維州軍校所謂逆境式教育方式背後的，其實是一套依據極少數男性特質或自我想像所量身定作的男性標準，目的在表現所謂的男性氣概或陽剛氣質，例如：強調體力、侵略、競爭等。平心而論，這種男性特質或陽剛氣質其實也未必能在許多男性身上找到。試問：世上又有幾位阿諾史瓦辛格或藍波？

而維州軍校用來激發這類男性氣概的教育方法，除了體能與心理壓力的超限挑戰之外，有一部分其實就是折磨 (Case, 1999: 362-363)。例如容許(甚至要求)高年級學生可以對低年級學生，尤其是被稱為「老鼠生」(rats)的大一新生，恣意騷擾欺負，包括使用F開頭的種種四字真言 (four letters words) 當面辱罵新生，或是罵男

¹⁴⁵ *Id.* the text between notes 67-68 (“The fact that she observed certain differences that are associated with [but not caused by] gender also does not support the conclusion that men should be separated from women for educational purposes”).

性新生為「娘娘腔」(effeminacy)、「母狗」(bitch)等¹⁴⁶；至於其他折磨方法，還包括像「淋浴跑步」(shower run)¹⁴⁷ 一類的方法來凝聚團體意識。

問題是：這類折磨如果發生在一般大學，輕者也許會被當成頑皮大學生的惡作劇，但重者恐怕就難逃校方、教育人員甚至學生同儕的譴責與制止。又很多運動選手之訓練過程所要求的體能，其實未必會比軍校寬鬆，但何以運動選手的訓練就不會採用此種性別隔離或充滿性別歧視的手段，來作為其訓練方法的必要成分？這也難怪許多女性主義法學者質疑法院在本案為何沒有深入審查維州軍校的這種教育方式？即使從教育學的觀點來看，就算是對男性而言，這樣的教育方法也真的是「好」或「有效」的教育方法嗎？(Case, 1999: 363-364; Case, 2002: 783)要訓練所謂公民軍人，一定要使用這種教育方法嗎？讓它的學生在聽髒話、罵髒話的環境中學習，如此會有助於成為優秀的公民軍人嗎？維州軍校到底要用如此教育方法保存什麼價值？真是要培養公民軍人？還是保存男性價值？(Case, 1999: 364)

如果進一步深入分析，特別是從「宰制論」的基進女性主義觀點來看，應該可以發現維州軍校其實是先以所謂男性氣概或陽剛氣質來界定所謂公民軍人，再強調這種依據男性標準所形成的教育方法必然是優越的，然後以性別隔離的入學政策來彰顯並突出其教育目標及方法，其效果也就會同時鞏固該校自我形成的男性優勢，而讓無法入學的女性產生羨慕的期待心以及失落的自卑感。雖然有關最能真正表現男女差異的體能要求，維州軍校也早已發展出個別

¹⁴⁶ 美國西點軍校在開始招收女性學生之後，就修正原先的類似政策，並禁止在教育過程中使用歧視女性的用語。

¹⁴⁷ 令新生在大浴室中脫光衣服，要求他們赤身跑過一個又一個打開的沐浴蓮蓬頭，有的蓮蓬頭沖熱水，有的則沖冷水。

化、多軌化的的課程，而可適應不同男性之間的體能差異，但維州軍校卻仍繼續堅持其性別隔離的入學政策。因此在這種男性標準的教育方法之下，如果只是斤斤計較有多少女性可以和男性一樣接受該校逆境式教育方法的磨練，又如果爭取性別平等的目的只是要讓「少數有意願且有能力的女性」也可以「和男性一樣」進入男性軍校，那無異還是要求女性去追求男性價值，去符合男性價值，這不會是真正的性別平等。

如果不更根本地反省類似的男性標準至上、優越、正確的性別觀點，那麼性別平等將不過是為女性「爭取」到可以和男性一樣穿長褲的權利，但這樣的性別平等價值觀也會繼續譏笑穿裙子的男性，以及所有女性。

(五) 思考方法的反省：如何看待歷史與社會經驗

1. 性別與種族歧視的類比

美國女權運動者透過法院爭取性別平等的重要策略之一，就是將性別歧視與種族歧視類比，強調女性與少數族群(尤其是黑人)過去所曾遭受的制度性、普遍性歧視，以及兩者所受的實際損害，希望以此理由說服法院對於性別歧視案件所適用的審查標準，能比照種族歧視案件，而提升到嚴格審查標準 (Case, 1999: 1471-1472; Sullivan, 2002: 739)。¹⁴⁸ 雖然至今尚未成功，但基本策略仍然如此。尤其是自由女性主義 (liberal feminism) 法學有關性別歧視的主

¹⁴⁸ 布瑞南大法官在Frontiero一案所主筆的複數意見書中也呼應這種類比：“as a result of notions such as this, our statute books became laden with gross, stereotyped distinctions between the sexes and, indeed, throughout much of the 19th century the position of women in our society was, in many respects, comparable to that of blacks under the pre-Civil War slave codes.” *Frontiero*, 411 U.S. at 685 (Brennan, J., plurality)。另請參見*J.E.B.*, 511 U.S. at 129, 140, 142 n.14 & 15, 145-146. (也將性別歧視與種族歧視類比)

要論述基調之一，更是此項類比。

反之，像波斯納法官就指責本案多數意見不應將性別隔離與種族隔離的學校教育相類比，他認為種族隔離源自奴隸制度的歷史，而性別隔離的學校則有其複雜的歷史背景。後者雖然並非完全與壓迫無關，但更與限制兩性年輕人過早進行社會接觸、調整教育以配合兩性的角色差異等有關(Posner, 1998: 15)。

波斯納法官的觀點其實與另一位著名的憲法學者約翰·哈特·伊理(John Hart Ely)教授有類似之處。伊理教授認為法院對於性別歧視案件不應適用嚴格審查標準，主要理由也是性別歧視與種族歧視在歷史與現實經驗上的不同。他認為：美國女性不僅在數量上不是少數，其與男性在各生活層面的密切互動，使得女性也不能算是史東大法官所說的「分散又隔絕的少數」，¹⁴⁹ 而需要法院加強審查來保護其權利、地位。伊理教授甚至認為一九二〇年後的美國女性不僅已享有平等的政治權利，也累積了足夠的政治權力，足以改變對其不利的法律等政府行爲。如果說女性無法對抗政府歧視，並消除歧視，此乃是「非不能也，實不爲也」(Ely, 1980: 164-170)。

2. 解析性別與種族歧視的異同

上述波斯納法官與伊理教授的看法，雖然與金斯勃格大法官在本案多數意見的看法相去甚遠，但在思考方法上的共同之處就是：雙方都是從歷史¹⁵⁰ 與社會經驗出發，來論述性別歧視與種族歧視

¹⁴⁹ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152 n.4. (1938)(Stone, J.).

¹⁵⁰ 如果要面對歷史經驗，則下一個問題就會是：要反省多久？銳恩蔡斯特首席大法官在本案所發表的協同意見書就主張：法院不能考慮並追究維州軍校自創校以來的所有歷史「罪惡」(歧視)，因為只有在一九八二年Hogan一案判決之後，才可期待並要求該軍校反省其「故意排除女性」的入學政策，並在這個限度內宣告其違反性別歧視。相對地，伊理教授則主張只需反省到一九二〇年憲法增補條文第十九條賦予美國女性投票權為止，在此之前所通過的法律，因當時欠缺女性的參政，因此法院需要加強審查；在此之後通過的法律，因為女性已有投票權可以參

的異同，而不是在抽象概念的框框打轉。¹⁵¹

像這種直接面對歷史經驗的法學思考方式，當然有其哲學上經驗主義的背景。但很顯然地，由於美國本身的種族歧視歷史，從上述類比中也應該聞得出來有某種美式論述及方法的特有風味，而無法完全移植他國。

不過，這種類比方式在理論層面仍然有其值得討論的意義。正如美國當代主要女性憲法學者凱瑟琳·蘇利文(Kathleen M. Sullivan)教授也不諱言的：固然性別與種族有其相似之處，兩者都是天生、外表可見、又極難改變的生物特徵；也正因此，所以在人類歷史上，兩者都很容易成爲刻板印象與恣意分類的犧牲品；兩者所會面臨的歧視，除了政府公權力所爲者外，私人所爲之歧視也同樣普遍，而且歧視的範圍遍及各公、私生活領域。這是兩者之同(Sullivan, 2002: 742)，也是女權運動者將性別歧視類比種族歧視時所常提出的理由。

然而，性別也確實與種族在「某些」方面有重要的不同。蘇利文教授便引用上述伊理教授的質疑：如果要引用史東大法官在*Carolene Products*一案所謂的「分散又隔絕的少數」爲依據，而主張法院應該提高審查標準，那恐怕真的會發現女性可能是「既不分

政，因此女性就只好(也應該)自己求之於政治過程，法院在原則上就不應過度插手(Ely, 1980: 164-170)。

¹⁵¹ 例如*J.E.B.*一案判決多數意見便也曾指出：“We need not determine, however, whether women or racial minorities have suffered more at the hands of discriminatory state actors during the decades of our Nation’s history. It is necessary only to acknowledge that “our Nation has had a long and unfortunate history of sex discrimination,” [Frontiero v. Richardson, 411 U.S.] at 684, a history which warrants the heightened scrutiny we afford all gender-based classifications today. *J.E.B.*, 511 U.S. at 135-36. (引自Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 684 [1973] [plurality opinion])

散，又不隔絕，更非少數」。¹⁵² 不過，這應該僅就女性在私領域的地位而言，而不能擴張及於一切公領域，畢竟女性在公領域確實曾經（或繼續）遭受許多政府公權力的歧視 (Sullivan, 2002: 742-743)。但如果更具體的比較，則會發現女性所受到的歧視與種族仍然有相當不同：美國女性不會受到居住地區的隔離，反而與男性之間有高度密切的生活融合，也使得女性整體確實比少數族群有更實際的可能去影響政治，即使政治權力是掌握在男人手中（大部分有權力的男人在大多數的日子裡還是會回家的）。又種族歧視不僅會造成經濟地位的不平等，而且這種貧富與階級的差距幾乎一定會「遺傳」給下一代；然而，性別歧視所造成的經濟地位不平等卻未必會當然延續到下一代，關鍵在於繼承法。兩種歧視對於個人與家族的長期影響，顯然也有不同。在性別歧視盛行的社會裡，還是會出現楊家將裡的佘太君或紅樓夢裡的賈寶玉祖母之類的女性，掌握實際權力並管理男人，只要她能媳婦熬成婆，並且代行父權的角色。但在種族隔離的社會，黑人似乎永遠不可能扮演社會領導者的角色，更不用說去管理白人。就此而言，女性似乎真的很難說得上是「分散又隔絕」；當然更不用說在大多數的社會裡，女性在人數上也絕非少數。或許，只有那些想要挑戰男性傳統角色，並試圖闖入在傳統上被視為男人禁攬的領域（例如本案之軍校、軍隊，過去之律師、醫師、高階政府官員等）之女性，才能算是「分散又隔絕的少數」，因為她們不僅會面臨男性的排斥，甚至也會被其他女性視為異端 (Sullivan, 2002: 742-744)。

相反地，正因為女性在日常生活上與男性高度融合，因此女性

¹⁵² 蘇利文教授就以「既不神聖、也不在羅馬、更無帝國之實」(neither holy, Roman, nor an empire) 的「神聖羅馬帝國」(Holy Roman Empire) 為喻 (*Id.*)。如果要舉個本土性的比喻，那應該就是過去那個「既不自由，又非中國」(neither free, nor China) 的「自由中國」(Free China) 了。

所遭遇的社會性(私人)歧視說不定比種族歧視還更複雜、更細膩，也更普遍。許多人終其一生可能根本不會面對異族，但幾乎必然會面對異性，而且是天天看，天天在一起，也天天歧視或被歧視。如此說來，性別歧視甚至會比種族歧視更嚴重、更普遍。

性別與種族歧視的另一個重大差異在於一般人面對這兩種歧視時的心態。當一般人想到種族時，憲法的平等保障會告誡人們的理性必須對各種族一視同仁，甚至還要保持「色盲」(color blind)；但當一般人想到性別時，卻無法避免地還是經常會以「男女有別」當成是思考的起點。許多理性的人們對於種族歧視很容易會產生罪惡感，但是對於性別歧視卻可能視為理所當然，甚至還自認是心懷善意。¹⁵³ 一位蓄奴的白人主人如果動輒對其黑奴說：「我這是對你好，我是善意的」，即使不令人作嘔，也教人難以承受；但如果掌握權力的男性以：「這個學校是出了名的魔鬼訓練營，妳會受不了的，別來吧！」為由，而拒絕女性申請入學，卻會有一大群人點頭稱道。

又如「隔離但平等」的主張在種族平等案例裡，早已難逃違憲之評價；然而像衛浴、睡眠等設施的性別「隔離但平等」，恐怕再如何激進的法院也不會認為要「視為」或「推定」違反性別平等。時到今日，縱令種族之間確有膚色、體力、能力等各方面的真實差異，而且是天生且無法改變的生理或特徵差異，但憲法平等保障的規範早已不認為這些真實差異「應該」具有法律上意義，而可成為種族隔離或差別待遇的當然依據。就算種族之間真的存在有某種真實差異，平等保障的規範誠命也要求我們必須予以忽視，而視為相同，並給予平等對待。但多數人卻會因為男女之間明顯而無法忽視的天生真實差異：生理性徵、懷孕及生育，而堅持男女有別(Sullivan,

¹⁵³ 布瑞南大法官在Frontiero一案的複數意見書中，曾將這種心態稱為「浪漫的父權主義」(romantic paternalism)。參見Frontiero, 411 U.S. at 684.

2002: 744-745)。這究竟是性別真實差異的必然結果？還是經驗、心態、觀點、價值立場等決定了哪些差異才算差異？

3. 走自己的路：面對性別歧視本身的特殊經驗

經由種族與性別的上述比較，是可讓我們發現：問題應該不是在於兩性之間或種族之間有無（真實）差異（任何兩個人或兩個種族之間也會有真實差異），而是在於我們要如何看待（真實）差異？或以什麼（或誰的）標準來認定有何差異？以及「誰」有「權力」來「決定」如何看待（真實）差異？

對於種族，由於對人類歷史經驗的反省，我們如今可以強將不同視為相同；對於性別，也同樣由於歷史與社會經驗的影響，多數人仍然在如何面對性別真實差異的兩難中掙扎。所以說平等權思考的關鍵點與其說是在「發現」有無差異，不如說是在如何看待差異，也就是對於差異的價值立場。¹⁵⁴

在另一方面，我們也可發現：上述類比的方法是有其限制。因為女性所受的歧視，與少數族群確有不同，而且是很大的不同。性別歧視的歷史與社會經驗既然有別於種族歧視，那性別歧視還是應該要走自己的路，並且在女性所遭受歧視的特殊經驗基礎上去建構並適用性別歧視的審查標準、中介原則或價值觀。¹⁵⁵

¹⁵⁴ 如果依此方向思考，我國司法院釋字第三六五號解釋針對性別平等所提出的審查標準：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」如果不精密適用的話，將很可能會成為「表面上嚴格，實際上寬鬆」的審查標準，很容易就容許相關法令繼續複製性別刻板印象（所謂「社會生活功能角色上之不同」），或當認為目的合憲後，就忽略或放棄對分類手段的審查（例如系爭法律確實涉及「男女生理上之差異」時）。釋字第四九〇號解釋就是適用上述審查標準而「安心」宣告兵役法不違反性別平等的例子。

¹⁵⁵ 本文以上所嘗試指出的兩項觀點：重視實體價值的討論（例如以反壓迫原則等中介原則為媒介），以及正視經驗與結構的現實限制，而不只是抽象的概念思考，只

二、行政成本的考量

退一步而言，即使認為統計上的性別差異未必足以構成真實差異，或真實立法目的未必反應兩性的真實差異，但政府能否另外(或同時)以減少行政成本或增進效率，來作為其使用性別分類標準的立法理由？或如波斯納或史卡利亞所主張的，因為找尋其他更適當分類標準的行政成本過高，將導致不夠有效率，因此法院仍應該容忍政府得逕使用性別為分類標準？

對此，波斯納法官認為：本案法院並沒有採取利益衡量的方式，具體比較拒絕招收女性對於女性所致的損害，是否大於招收女性對於該校教育目標的破壞(Posner, 1998: 16; Posner, 1999: 169)？他擔心讓女性進入軍校及軍隊的後果，只有等到實際發生戰爭時才能驗證(Posner, 1998: 17; Posner, 1999: 170-171)。雖然他也承認美國女性在一九九一年的波斯灣戰爭中表現不凡，但對於打破軍隊中的所有性別藩籬，仍持非常保留的態度。他堅持認為：將女性排除於維州軍校外的損害根本就是微不足道，因為只有極少數的女性會想進入該校就讀(Posner, 1998: 17; Posner, 1999: 170-171)。¹⁵⁶ 他認為：如果說想接受軍事教育的男、女性比例為10%比9%，那就不應完全排除女性；但如果比例為10%比0.1%，

是先就與本案判決有密切關連者提出很粗淺的問題。因為筆者本身性別與能力的限制，以上所述不僅不能免於管窺蠡測之譏，恐怕連拋磚引玉都談不上，就請讀者們當成是一位分散又隔絕的男子在茫茫學海邊，擲石練打水漂兒的自娛吧。

¹⁵⁶ 波斯納法官此處的論述似乎前後矛盾，在之前，他提出兩個主要理由批評法院多數意見的判決理由，一是不效率，二是「認為讓女性就讀軍校的後果影響，與女性在軍校中是否能夠和男性表現的一樣好，根本無關」(“a concern with the consequences of mixing the sexes in the unusual setting of a military academy is unrelated to whether women are able to function as well in that setting as men are”)。但他在這裡卻正是以「排除女性就讀軍校的後果過於微不足道」，作為其支持性別隔離的理由。

那麼基於行政成本與效率的考量，法院就應該容許完全排除女性的入學政策，否則將會產生「乾草堆中尋針」之極不相稱的不效率 (Posner, 1999: 168)。他甚至認為也不必為女性設立一所「隔離但平等」的女性軍校，因為既然只有這麼少的女性想讀軍校，因此這所女性軍校根本就不可能是平等的；而要求州政府要為這所女性軍校提供相當程度的支持，以使其能夠和維州軍校一樣好，根本就無意義 (Posner, 1998: 17)。

雖然說波斯納法官強調要使用利益衡量之審查標準或方法，但這項方法卻可能會同時導致下列結果：如果一項種族隔離的法律會造成五名黑人的損害，但會讓一千名白人滿足，法院是否也應該毫不猶豫地宣告這項種族隔離的法律很有效率、符合整體福利、並且合憲？甚至，如果在一八六〇年時，只有極少數的黑人要求廢除奴隸制度，依照波斯納法官的理由，當時的林肯總統與美國政府是否就應基於效率、整體福利的理由，不必理會這種「微不足道」的請求？

其次，行政成本的考量固然有其正當性，但就如聯邦最高法院從 *Reed* 一案判決之後所已確立的審查標準，行政成本的理由只能算是「正當」理由，而無法成為重要目的。此外，波斯納法官也沒有提供一條具有實證基礎的明確界線：究竟要有多少比例的女性「有意願且有能力」就讀軍校，才不算是他所說的「微不足道」？我們只知道他主張：女男的差別如果只有百分之十，則應平等對待；又如果女男比例為一比一百，波斯納法官就認為國家此時即可理直氣壯地實施差別待遇，甚至連「隔離但平等」的表面功夫也不用了。但像上述本文所引附表之統計，在過去幾年中，申請維州軍校的女性大致是男性申請人的百分之七，真不知道波斯納法官是否仍然認為這個七比一百的比例也只是「微不足道」的比例？¹⁵⁷ 再者，波

¹⁵⁷ 以西點軍校為例，該校在一九七六年後開始招收女性，目前該校在學學生大約有

斯納法官也沒有提供他所強調的實證資料來證明：所謂「在乾草堆中尋針」的行政成本究竟要如何計算？究竟有多大？並且拿來和判決前維州軍校入學政策下的實際審查成本相比較。

波斯納法官的思考邏輯恰恰就是本案多數意見所反對的：將男女在統計上的差異過度的一般化，而認為所有女性或所有男性都怎樣怎樣，因此可以完全忽視之，而直接使用性別作為個人能力、意願、心理傾向等的代稱。¹⁵⁸而在這種「效率」思考背後，可能還是上述所謂「反壓迫原則」或「反差別原則」的平等權觀點與價值立場之別。

三、軍事領域事項的司法審查

本案除了涉及性別歧視之外，另外還涉及軍事及教育兩項要素。由於軍事領域的事物特性，通常法院在審查涉及軍事或國防領域的案件時，多半會對政治部門的決定採取比較寬鬆的審查標準。在上述一九八一年 *Rostker*¹⁵⁹ 一案，聯邦最高法院對於只對男性徵兵的國會法律以及行政部門的執行行為，就採取明顯較寬鬆的審查標準，而沒有對該案之性別分類適用中度審查標準。不論是就審查

百分之十五為女性。(USMA, 2002b)。至於另一所比維州軍校早一點點才改採男女合校政策的堡壘軍校，在該校近兩千名的大學部全時 (full-time) 學生中，男性約占 92%，女性占 8%，比例與維州軍校較接近。參見 <http://education.yahoo.com/college/facts/5699.html> (visited 2002, August 5)。

¹⁵⁸ 其實，維州軍校所實施的嚴格、斯巴達式的教育方式，應該是既不合大多數男性，也不適合大多數女性。假設某地十六歲以上白人男性中有百分之九十八嚴重近視，平均身高一六〇公分，平均體重五十五公斤，手力不能縛雞，腳力不能爬梯，因此維州軍校規定：該地男性一律不准申請該校，以減少個案審查的行政成本。依據波斯納法官的利益衡量方法，如此限制是否也可合憲？我們還可以將這個假設案例中的「某地男性」，換成「某某教徒」、「某某種族之人」等可能剛好吻合上述特徵的某群人。

¹⁵⁹ 453 U.S. 57 (1981).

標準或個案判決結果而言，本案和*Rostker*一案判決是有明顯差異。

造成法院對於這兩個案件的判決結果不同之原因大致可歸納為以下兩方面：一是在過去二十年間，美國聯邦政府已經逐步開放女性從軍，且讓女性從事各種實際戰鬥任務，包括坦克駕駛等。和這些實際戰鬥任務相比，本案的軍事教育就顯得很「和平」，而快要不算什麼刺激了。

其次，本案只涉及軍校教育，而非軍隊本身，這是可以和 *Rostker* 一案事實相區別者。*Rostker* 一案所涉及的徵兵法令，已可算是軍事或戰爭的核心事項，之間無法切割。本案則只涉及軍事教育，並非軍隊本身的訓練方式。甚至維州軍校本身其實也不能算是「真正」的軍校，因為其畢業生中也只有百分之十五的比例後來實際進入軍隊服務，而不是像「真正」的軍校——以陸軍軍校的西點軍校為例——其畢業生必然進入軍隊，並且至少服役五年 (USMA, 2002a)。可見本案的事實基礎與 *Rostker* 一案仍然有所不同，如果最高法院有意維持 *Rostker* 一案判決立場，似可從上述事實基礎的差異而進行區辨(distinguish)。

不過，如此區辨仍屬勉強。由於目前美國軍方已經開放絕大多數軍事任務，包括戰鬥性職務在內，給兩性平等參與並競爭。如果依據本案判決所適用的中度審查標準，本文預測：未來美國聯邦最高法院對於涉及「真正」軍事領域的性別平等案例所適用的審查標準，恐怕也會和本案一樣，繼續適用中度審查標準，而不再是合理性關連審查標準。我們似乎可以合理地推測：假使類似 *Rostker* 的案件未來再度出現在聯邦最高法院面前，恐怕以金斯勃格為代表的多數大法官就不會再像 *Rostker* 一案判決的多數意見一樣，如此輕易放過性別的差別待遇了。

四、單性教育的合憲性

本案判決多數意見所留下的另一個重大疑慮就是：未來單一性別的學校是否還可能合憲？不論是大學以上的學校，或是高中以下的學校(Morgan, 1999: 383)。在實務上，由於傳統、宗教等因素，單一性別的學校，尤其是女校，在目前仍然常見。更進一步的問題在於：從平等權立場應該如何看待單性學校？純男性學校與純女性學校在評價上是否相同？既存或新設的單性學校是否會受到不同的評價？這就更涉及對性別平等到底是採取對稱(symmetrical)或不對稱(asymmetrical)之觀點(Sullivan, 2002: 750-755)，以及是否考量歷史與既有結構等具體因素之理論或方法論的觀點了。

雖然本案判決多數意見認為教育多樣性並非維州軍校當初設立或後來存續之真實立法目的，不同意見對此認定似乎也沒有異議。但從雙方的論辯中應可推論：即使是多數意見似乎也沒有完全封殺公立單性學校的合憲性，只要其能證明其真實目的合憲。特別是高中以下的單性學校，其教育目的與學生成熟度與大學有所不同，應該更可能容許單性學校的存在(Morgan, 1997: 109-113)。

尤其，本案多數意見似乎認為：教育多樣性本身仍然可以成為性別差別待遇之合憲目的(即至少是重要的政府目的)，可見金斯勃格大法官的多數意見並沒有完全、絕對地否定所有單性學校的合憲性。¹⁶⁰ 因為單性學校的存在本身，正是教育多樣性的具體表現之一。不過，本案多數意見除了強調教育多樣性之目的必須是真實目的之外，似乎也同時指出另一項限制：如果是為了補償或救濟過去對女性的歧視，因此所設立的女子學校，則可認為是符合教育多樣

¹⁶⁰ 桑斯丁教授則從他主張的司法最小主義(judicial minimalism)出發，認為本案判決是個「窄而深」的判決，因為多數意見只針對維州軍校而為判決，並沒有針對所有的單一性別學校做全面性的判決(Sunstein, 1999: 17, 137-171)。

性的要求。¹⁶¹

對於上述多數意見，我們可以嘗試為以下之進一步分析：

第一，如前所述，教育多樣性本身未必是要專為補償過去的歧視才能存在，即使是為了追求未來的多樣性也可成立。換言之，教育多樣性之存在理由除了可以是「回顧過去」觀點下的填補既有損害外，也可以是「展望未來」觀點式的分配將來利益。因此，如果政府是在性別已經平等的大環境下，為了促進未來的教育多樣性，而主張單性學校能提供兩性同校的教育所無的教育利益，例如：降低青少年階段可能發生的性別緊張或衝突、培養性別各自的正面角色楷模等，並且公平地提供兩性各有自己的單性學校，則即使是純男子學校也應可通過性別平等的審查而合憲 (Morgan, 1999: 397-402)。

第二，雖然新成立的單性學校比較容易通過審查而合憲，只要符合上述要件。但如果是既存的單性學校，尤其是純男性學校，則恐將很難說服法院其存在是為了何種補償目的，因為政府極難主張男性在過去曾在什麼教育領域或階段遭受公權力之歧視。除了像護理等極少數領域，由於過去曾有法令限制男性就讀，故曾存在過政府歧視外，其他絕大多數的教育領域或階段都難以主張男性曾受有什麼歧視。因此，恐怕將只有像純男子護理學校或科系這種極少數的學校或課程，也許才有可能主張其存在是為了補償過去男性所受歧視，因此是一種多樣性的表現。反之，純女性學校則較容易以補償或救濟過去對女性的歧視，或證明其對女性學生能提供男女合校所無之教育利益等理由，而通過審查 (Minow, 1997: 115; Sunstein, 1999: 166-67)。至於私立學校，如果沒有接受聯邦或各州政府的財

¹⁶¹ *Virginia*, 518 U.S. at 533-536.

政補助，則可免於上述限制，而仍可成立單性學校 (Minow, 1997: 115)。¹⁶²

陸、結語

毫無疑問地，本案將會是美國聯邦最高法院在九十年代的代表性判決之一。就性別平等的憲法爭議而言，雖然學界對於本案判決之多數意見是否仍適用中度審查標準，確有爭論，但本文認為：本案判決多數意見仍然是適用中度審查標準，而沒有新創一個介於嚴格與中度之間的新類型之審查標準，或將性別平等案件的審查標準提升到嚴格審查標準。其次，本案判決多數意見不僅再度確認中度審查標準的適用，並且還進一步澄清其內涵及具體適用上的幾個重大爭點，例如真實差異、行政便利，這對於未來有關性別平等案件的判決，相信會發揮引領的作用。

即使就審查標準的實踐與理論發展而言，本案判決也有助於釐清向來頗為模糊的中度審查標準之具體面貌。雖然中度審查標準之適用確實帶有相當濃厚的個案衡量色彩，而不像嚴格或合理性審查標準般具有較高的結果預測可能性。但透過本案判決的論證，中度審查標準的內涵，至少是在性別平等案件之適用上，將可能進一步具體化，提高其操作及結果預測可能性。

不過，有關性別平等案件的爭議，所謂審查標準的問題對於法院固然重要，但審查標準畢竟是相當「下游」的決定。審查標準的選擇與適用更必然涉及每個人對性別平等所抱持的價值立場與觀點，此種實體價值的差異恐怕才是爭議之根源，也必須正面以對。

¹⁶² 對於此種公私領域的區別，希根絲 (Higgins, 1997: 1669-1670) 教授則從批判女性主義的觀點，批評傳統憲法的平等權理論並沒有批判既有的父權的權力結構，因此置私人歧視於不顧。

換言之，任何有關平等權爭議的討論或判決，恐怕都必須就「差異論」、「宰制論」、「反壓迫原則」、「反差別原則」等實體價值、基礎理論或方法論問題，進行更具體、深入的研究或表明其立場，才可能會有所突破。就此而言，本文認為：本案判決雖然採取「反壓迫原則」與「不對稱」的平等權觀點，重視女性所受的歷史與社會歧視，並譴責性別刻板印象，這是本件判決多數意見的突破之處。但多數意見仍然沒有完全跳脫傳統差異論的思考模式，也沒有從權力宰制的觀點挑戰維州軍校入學政策與教育方式所依恃的「男性標準」及其所隱含的父權主義，這也是許多女性主義法學者對於本件判決多數意見的批評所在。

不過，這也涉及性別平等爭議最核心的問題之一：男女是否有別？何謂真實差異？如何看待真實差異？要不要或應不應該從男女是否有別的差異論觀點來思考性別平等問題？或是應該重視兩性在歷史與現實權力地位的不對等？然而，兩性在權力地位的現實差異是否也可認為是一種「差異」，而可據以採取有利女性的「不對稱」式解釋或立法？這些都是本件判決留而未決的的議題，也是各種女性主義流派(自由、文化、批判或後現代女性主義)的爭執所在，更是性別平等問題的研究者(包括筆者在內)應該嚴肅以對，並深入討論的議題。

後記

許多法律電影在結束前通常會出現幾幕文字敘述，向觀眾交代後來的發展。本文作者推測許多讀者對於維州軍校後來的發展應該也會很有興趣。以下是一九九六年六月二十六日本案宣判後，維州軍校實際發展情形的摘要：

一九九六年六月底：維州軍校部分男學生穿著上有「寧死也不男女合校」(*Better Dead Than Co-Ed*)字樣的 T-Shirts，抗議聯邦最高法院判決。

一九九六年九月十九日：聯邦第四巡迴上訴法院依據最高法院判決意旨，廢棄聯邦地方法院一九九四年判決，再度發回地方法院審理，並要求維州政府必須依據最高法院判決意旨，形成、通過並實行一符合聯邦憲法增補條文第十四條規定的計畫。維州軍校有兩個選擇：改成「男女同校」，或徹底「私立化」而維持純男性學校。¹⁶³

一九九六年九月二十一日：維州軍校審查會(Board of Visitors)經過將近三個月的評估，終於以九比八的表決結果，通過開放女性申請入學，¹⁶⁴ 因為完全私立化的成本太高。¹⁶⁵

一九九六年十二月：維州軍校開始向聯邦法院提出季報(quarterly report)，報告其接受女性入學的準備進度。

一九九七年七月：十八位女性新生提前住進維州軍校，以便適應環境。

一九九七年八月：第一批共三十名女性學生正式就讀維州軍校，同年共有四百三十位新生入學。

一九九九年五月：維州軍校第一次有女性畢業生，共兩位。其

¹⁶³ 96 F.3d 114 (4th Cir. 1996).

¹⁶⁴ St Louis Post (1997, August 20: 06B). 維州軍校有一年時間準備接受女性學生入學，維州政府並補助該校美金五百一十萬元以完成相關準備作業。

¹⁶⁵ 據報導，維州軍校每年自維州政府獲得美金一千一百多萬元的補助。Baltimore Sun (1997, August 30: 10A).

中一位是台灣女性何之元。

二〇〇一年三月二十一日：聯邦地方法院法官 Jackson L. Kiser 裁定於同年暑假（第一屆接受四年男女同校教育課程的學生畢業後），終止對維州軍校的監督，並結束 (dismiss) 訴訟。

二〇〇一年五月：第一屆接受四年男女同校課程的學生畢業，全部畢業生二百三十八名，其中女性十三名。

二〇〇一年五月：維州軍校向聯邦地方法院提出其解除性別隔離及實施男女同校政策的「最後報告」(final report)。¹⁶⁶

如今，維州軍校的「入學資格要求」(admissions requirements)所列的「不歧視政策」(nondiscrimination policy)更已經修正如下：

本校完全基於申請人的學業成績、體能適合性/條件、與性格，來決定他們能否入學，絕無考慮原族裔、膚色、信念或**性別**。
(**粗黑體**為筆者所加)¹⁶⁷

¹⁶⁶ 參見 <http://www.vmi.edu/news/ir/apr00/endoversight.html> (visited 2002, July 20).

¹⁶⁷ Applicants are admitted entirely on the basis of their academic record, physical fitness/condition, and character without reference to national origin, creed, color, or *gender*. (**粗黑體** 為 筆 者 所 加) 參 見 http://admin.vmi.edu/admissions/Application_information/Default.asp?link=requirements (visited 2002, July 16)。

參考文獻

- 司法院(編)(2001)。《美國聯邦最高法院憲法判決選譯》，第一輯。台北：司法院秘書處。
- 司法院(編)(2002)。《美國聯邦最高法院憲法判決選譯》，第三輯。台北：司法院秘書處。
- 林子儀(1997)。〈言論自由的限制與雙軌理論〉，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會(編)，《現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 639-707。台北：月旦。
- 倪伯萱(2002)。《美國法上種族優惠性差別待遇的司法審查——以審查標準的分析與檢討為中心》(口試本)。台北：台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 徐秀蘭(2000)。《平等權審查標準之解析與建構——以社會立法為中心》。台北：台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 陳昭如(1998)。〈女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹〉，《近代中國婦女史研究》，6: 213-236。
- 焦興鎧(2003)。〈美國女性主義法學者對工作場所性騷擾爭議之批判〉，《歐美研究》，33, 1: 57-123。
- 雷文玫(2000)。〈性別平等的違憲審查——從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女實質平等的解釋〉，李建良、簡資修(編)，《憲法解釋之理論與實務》，第二輯，頁 123-160。台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- Amar, A. R., & Katyal, N. K. (1996). Bakke's fate. *UCLA Law Review*, 43: 1745-1780.
- Avery, D. (1996). Institutional myths, historical narratives and social science evidence: Reading the "Record" in the Virginia Military Institute case. *Southern California Review of Law & Women's Study*, 5: 189-386.
- Brake, D. L. (1996). Sex as a suspect class: An argument for applying strict scrutiny to gender discrimination. *Seton Hall Constitutional Law Journal*, 6: 953-966.
- Carrington, P. D. (1992). Diversity! *Utah Law Review*, 4: 1105-1203.
- Case, M. A. (1999). Two cheers for cheerleading: The noisy integration of VMI and the quest success of Virginia women in

- leadership. *The University of Chicago Legal Forum*: 347-380.
- Case, M. A. (2000). "The very stereotype the law condemns": Constitutional sex discrimination law as a quest for perfect proxies. *Cornell Law Review*, 85: 1447-1491.
- Case, M. A. (2002). Reflections on constitutionalizing women's equality. *California Law Review*, 90: 765-790.
- Citadel votes to admit women immediately. (1996, July 1). *The Legal Intelligencer*, p. A 5.
- Co-education at VMI. (1997, August 30). *Baltimore Sun*, p. A1.
- Cushman, C. (Ed.) (2001). *Supreme Court decisions and women's rights: Milestones to equality*. Washington, DC: CQ Press.
- Davis, R. N. (1994). Diversity: The emerging modern separate but equal doctrine. *William & Mary Journal of Women & the Law*, 1: 11-56.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fiss, O. M. (1997). Groups and the equal protection clause. In M. Cohen, T. Nagel & T. Scanlon (Eds.), *Equality and preferential treatment – A philosophy & public affair reader* (pp. 84-154). Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Fried, C. (1990). Comment, the Supreme Court, 1989 term, Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.: Two concepts of equality. *Harvard Law Review*, 104: 107-127.
- Gilligan, C. (1982). *In a different voice: Psychological theory and women's development*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Ginsburg, R. B. (1994). The progression of women in the law. *Valparaiso University Law Review*, 28: 1161-1182.
- Ginsburg, R. B. (1997). Constitutional adjudication in the United States as a means of advancing the equal stature of men and women under the law. *Hofstra Law Review*, 26: 263-271.
- Gregor, S. M. (1997). Comments, the Virginia Military Institute is given the opportunity to create "citizen-soldiers" out of qualified women. *North Dakota Law Review*, 73: 323-344.
- Higgins, T. E. (1997). Democracy and feminism. *Harvard Law Re-*

- view*, 110: 1657-1703.
- Kay, H. H. (2000). From the second sex to the joint venture: An overview of women's rights and family law in the United States during the twentieth century. *California Law Review*, 88: 2017-2093.
- Kayem, J. (1995). Recent development, the search for citizen-soldiers: Female cadets and the campaign against the Virginia Military Institute—United States v. Commonwealth of Virginia, 852 F. Supp. 471 (W.D. Va. 1994). *Harvard Civil Rights-Civil Liberty Law Review*, 30: 247-266.
- Law, S. A. (1984). Rethinking sex and the constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, 132: 955-1040.
- Lawrence III, C. R. (1997). Each other's harvest: Diversity's deeper meaning. *University of San Francisco Law Review*, 31: 757-778.
- MacKinnon, C. A. (1987). *Feminism unmodified: Discourses on life and Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MacKinnon, C. A. (1989). *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge: Harvard University Press.
- Minow, M. (1997). *Not only for myself: Identity, politics & the law*. New York: The New Press.
- Morgan, D. C. (1997). The young women's leadership school of East Harlem. *New York Law School Journal of Human Rights*, 14: 95-125.
- Morgan, D. C. (1999). Anti-subordination analysis after United States v. Virginia: Evaluating the constitutionality of K-12 single-sex public schools. *University of Chicago Legal Forum*, 1999: 381-460.
- Posner, R. A. (1998). Against constitutional theory. *New York University Law Review*, 73: 1-22.
- Posner, R. A. (1999). *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Richards, D. A. J. (1998). *Women, gays and the constitution: The grounds for feminism and gay rights in culture and law*. Chicago: University of Chicago Press.

- Strum, P. (2002). *Women in the barracks: The VMI case and equal rights*. Lawrence, KS: University Press of Kansas.
- Sullivan, B. P. (1999). The gift of Hopwood: Diversity and the fife and drum march back to the nineteenth century. *Georgia Law Review*, 34: 291-348.
- Sullivan, K. M. (1992). Governmental interests and unconstitutional conditions law: A case study in categorization and balancing. *Albany Law Review*, 55: 605-618.
- Sullivan, K. M. (1996, July). Decisions expanding equal protection rights, *National Law Journal*, C7.
- Sullivan, K. M. (2002). Constitutionalizing women's equality. *California Law Review*, 90: 735-764.
- Sunstein, C. R. (1999). *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tribe, L. H. (1988). *American constitutional law* (2nd ed.). New York: Foundation Press.
- USMA. (2002a). A brief history of the academy [On-line]. Available <http://www.usma.edu/bicentennial/history/> (visited 2002, August 3).
- USMA. (2002b). About the academy [On-line]. Available <http://www.usma.edu/about.asp> (visited 2002, August 3).
- VMI Marches Toward Equality (1997, August 20). *St Louis Post*, p. B6.
- West, R. (1998). Universalism, liberal theory, and the problem of gay marriage. *Florida State University Law Review*, 25: 705-730.

**Male-Only Military Colleges and
Gender Discrimination—
Comments on *United States v. Virginia***

Jau-Yuan Hwang

Abstract

This article aims to analyze the decision by the Supreme Court of the United States on *United States v. Virginia* in 1996. The core issue is—does the male-only admission policy of a public military college violate the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment? After a brief introduction in part I, part II of this article analyzes the factual background and legal reasoning of this case. Part III traces the development of judicial standards to review gender discrimination cases. Part IV focuses on the standard of review as applied in this case and explores whether the *Virginia* Court used a “strict scrutiny” instead of “intermediate scrutiny” test. Part V of this article goes on to discuss substantive issues such as real difference, administrative costs, military colleges, and single-sex education. In conclusion, this article supports the ruling of *Virginia*’s majority opinion, while criticizing its reasoning. This article urges the courts to take an asymmetrical view of gender equality and further challenge existing male standards and entrenched gender politics.

Key Words: Equal Protection, Gender Discrimination, Standard of Review, Single-Sex School, Real Difference