

大法官平等權解釋會通釋義

大法官平等權解釋會通釋義

Exploring Equal Protection Jurisprudence in the ROC (Taiwan) Constitutional Court

湯德宗*

目 次

前言

壹、憲法平等權規範構造解析

一、權利主體

1. 群體能主張平等權？
2. 外國人能主張平等權？

二、禁止的分類基礎（事由）

1. 窮盡列舉或例示列舉？
2. 禁止分類的規範意義
3. 平等權指標解釋攬要 – 按禁止分類整理

三、權利客體（平等權指涉之內涵）

1. 形式平等或實質平等？
2. 法律上平等或事實上平等？
3. 平等權 = 平等原則？

* 東吳大學王紹培講座教授。前司法院大法官（2011/10/1 ~ 2019/9/30）；中央研究院特聘研究員暨法律學研究所籌備處主任、創所所長（2004/7/1 ~ 2011/9/30）；國立臺灣大學（國家發展研究所及政治系）與中研院合聘教授（1989/9~2011/8）、兼任教授（2011/9~）；香港大學法學院鄭裕彤講座客座教授（2019/10~12）；美國紐約大學（New York University）法學院特聘客座教授（2015/9~10）；日本東京大學法學部客座教授（2001/10-2002/1）；德國科隆大學（Universität zu Köln）宏博基金（Alexander von Humboldt Stiftung）訪問學者（1993-1994）。美國杜蘭大學（Tulane U.）法學博士（S.J.D., 1989）；美國哈佛大學（Harvard U.）法學碩士（LL.M., 1984）；國立臺灣大學法律學研究所碩士（1981）；國立臺灣大學法律系學士（1978）。

本文係以2020年11月5日上午發表於「行政訴訟新制20週年學術研討會」（司法院法官學院主辦）之專題演講為基礎，修正而成。付梓前承蒙臺灣大學政治系陳淳文教授、政大法律系廖元豪教授、臺北大法律系黃銘輝教授等撥冗審閱，惠示高見，特此致謝。© 作者保留本文所有權利。

貳、平等權案件違憲審查架構

一、審查模式發展比較

1. 美國：從二元一階（低標），到二元二階（低、高標），到二元三階（低、中、高標）
2. 德國：從「恣意禁止」，到「恣意禁止」與「比例原則」並用
3. 加拿大：從兩階段，到三階段，到重塑兩階段
4. 我國：從「恣意禁止」，到二元二階（低、中標）混用

二、確認差別待遇

1. 平等權之特性與差別待遇之認定
2. 間接歧視亦屬差別待遇？

三、選定審查基準

1. 系爭分類「可疑」？
2. 系爭分類涉及「根本／重要基本權」？
3. 系爭規定顯然違反「體系正義」？

四、二元審查架構之操作

1. 「目的合憲性」審查
2. 「手段與目的關聯性」審查
3. 二元聯動奧義
4. 功虧一簣的釋字 748

參、積極平權措施辨正

一、積極平權措施的憲法定位

二、積極平權措施與社會福利措施

三、釋字第 649 號解釋商榷

1. 積極平權措施應以「低標」審查為原則
2. 「視障者獨佔按摩業」之違憲審查校正

肆、平等權之規範效力

一、平等權對國家（公權力）具有直接效力

二、平等權對第三人（私人關係）亦有間接效力？

伍、結語

最高行政法院藍院長獻林、臺北高等行政法院劉院長鑫楨、臺中高等行政法院許院長金釵、高雄高等行政法院沈院長應南、司法院行懲廳張廳長國勳、各位庭長、各位法官、各位女士、先生：

大家早安。很榮幸應邀在這個具有紀念意義的日子，向各位報告關於大法官平等權解釋研究的初步心得。首先，說明本文的題目「大法官平等權解釋會通釋義」。所謂「會通」就是「融會貫通」，「釋義」就是「闡釋要義」。本文希望能融會貫通大法官所作有關平等權上百件的解釋案，翔實地呈現我國平等權法學的發展概況；尤其希望確立平等權案件的違憲審查分析架構（an analytic framework for constitutional judicial review of equal protection cases），以利後續實務運作。由於平等權案件的司法審查往往涉及法律與政治（政策）的角力，及「民主原則」與「法治（國）原則」的衝突（相互制約），值此社會變遷劇烈之際，釋憲機關尤應戒慎從事。

本文除「前言」外，主要分為四節：第一節（「壹、憲法平等權規範構造解析」）嘗試從規範構造與比較法，解析我國憲法平等權之內涵。我國憲法關於平等權的主要規定，或稱「平等權之一般規定」，載在第7條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」。上開條文係由三部分構成：一、**權利主體**（誰能主張憲法上的平等權）；二、**禁止分類**（憲法禁止以哪些「分類基礎」（classification bases），或稱「事由」（grounds），形成「差別待遇」）；三、**權利客體**（憲法所欲追求或實現的平等權之權利內涵為何，何謂「在法律上一律平等」）。鑑於平等已然成為普世價值，本節爰並經由比較法（包括美國、德國、加拿大等國憲法及主要國際人權公約之相關規定）的角度，探討前述各構成部分所指稱的意涵。又，我國憲法除於第二章（人民之權利義務）及為補充憲法第十七條之第十二章（選舉、罷免、創制、複決）明定諸「平等權」規定外，並在第十三章（基本國策）指示政治部門（立法權與行政權）應戮力實現的各種

平等目標（價值宣示），遂呈現出特有的迥異於美、德、加等國「基本權利」與「基本國策」並立的平等權總體規範構造。

第二節（「貳、平等權案件違憲審查架構」）旨在確立憲法平等權案件的違憲審查典範架構，並梳理、檢視大法官平等權解釋中所涉各項論理（包括隱含的思考邏輯，期使大法官平等權解釋更為透明、可親而易懂（more transparent, more accessible and more apprehensible）。違憲審查架構的確立至少涉及四個問題：一、**審查模式之比較**。我國釋憲實務深受美、德兩國影響，是為建構本土審查架構典範，必先瞭解德、美兩國法院關於平等權審查模式之演進。另，加拿大釋憲經驗亦有可供借鏡處，爰併予介述。二、**差別待遇之確認**。平等權案件之審查必以「差別待遇」（differential treatments）之存在為前提；如其無涉「差別待遇」，即無「平等權」之違反可言。三、**審查基準之選定**。確認存有「差別待遇」後，即須進一步綜合考量個案（系爭法規）情形，選擇適當（強度適中）的審查基準（standards of judicial review）以為審查之準據。實際上，審查基準的選定往往決定了各該案件的審查命運（合憲或違憲）。四、**二元審查架構之操作**。平等權違憲審查計包含兩個面向—「目的合憲性」審查及「手段與目的關聯性」審查，俾以判斷系爭差別待遇是否為「合理」，從而為「合憲」，意指在憲法上尚且站得住腳（constitutionally tenable）。我國違憲審查運作雖已逾七十年，作成解釋案超過八百件（內含上百件平等權），然整體而言猶未能確立一套標準的審查架構。審查方法飄忽不定，連帶影響裁判（憲法解釋）的「論理清晰度」（clarity of reasoning）與「結果預測可能性」（predictability of decision）。為能及早邁入成熟法治國家之林，大法官亟需百尺竿頭，更進一步。

第三節（「參、積極平權措施辨正」）旨在探討平等權案件中最困難、亦最具爭議的問題。所謂「積極平權措施」即英文“affirmative action”一詞之中譯。純就義理而言，“affirmative action”允宜譯作「矯

枉過正措施」(簡稱「矯枉措施」)。意指前此因政府(官方)曾經有系統地進行某種(些)「法律上的歧視」(*de jure* discrimination)，且持續達相當期間(數十年、甚至百年之久)，以致對於遭受不利對待的群體(disadvantaged groups，例如在美國的黑人)形成了積重難返、尾大不掉的體系性壓迫；如今時過境遷，亟思改正，然而單純的「停止」(不繼續)歧視已不足以矯正過往長期實施的歧視所累積，且迄今猶存的種種不平等(不利對待)狀態，乃需進一步採取若干「矯枉必過正」的積極措施(positive actions)，例如提供遭受不利對待之群體所屬之個人以入學、就業、升遷等方面之優惠待遇(preferential treatment)，以協助其早日回復平等競爭地位，順利融入社會生活。¹惟「矯枉」一詞易生爭議，一般爰多將“affirmative action”直譯為「積極(平權)措施」。²

積極平權措施最大的爭議在於其法律(憲法)上之定位，亦即，吾人應如何看待積極平權措施？從而應如何審查積極平權措施是否違反憲法「平等權」的保障？這個問題在國外已爭論多年，在我國自然也難以幸免。一方面，對於未受到優惠之「其他族群」之成員，尤其是因為優惠待遇之實施，而遭受相對損失(剝奪)的多數族群之成員(如美國之白人)而言，「積極平權措施」常被視為赤裸裸的「反向歧視」(reverse discrimination)³。他方面，「積極平權措施」本質上乃

¹ 關於積極平權措施的討論，*See generally*, GEORGE GERAPETRITIS, AFFIRMATIVE ACTION POLICIES AND JUDICIAL REVIEW WORLDWIDE (2016); RONALD J. FISCUS, THE CONSTITUTIONAL LOGIC OF AFFIRMATIVE ACTION (1992); MICHEL ROSENFELD, AFFIRMATIVE ACTION AND JUSTICE (1991)。“Affirmative action”(積極平權措施)亦稱“positive action”與“special measure”。“Positive action”一詞多用於歐洲，*see e.g.*, *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* [1995] IRLR 660, [1996] ECR I-03051 (C-450/93); *Marschall v Land Nordrhein Westfalen* [1997] ECR I-06363 (C-409/95); *Re Badeck's application* [2001] 2 CMLR 6 (C-158/97); *Abrahamsson and Anderson v Fogelqvist* [2000] ECR I-05539 (C-407/98)；至聯合國「消除對婦女一切形式歧視公約」(CEDAW)第4條則以“special measure”稱之。

² 國內學界有取其實際作為之效果，而將“affirmative action”譯為「優惠性差別待遇」者，例如林子儀，〈言論自由與優惠性差別待遇〉，輯於氏著《言論自由與新聞自由》，頁261(1999年9月)；廖元豪，〈美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究—兼論平等原則之真義〉，載《東吳法律學報》，第9卷第2期，頁1以下，頁2(1996年8月)。惟「優惠性差別待遇」難以表達政府應採取「積極作為」，矯正過往系統性歧視偏差之意，本文爰稱「積極平權措施」。

³ *See, e.g.*, RICHARD H. FALLON JR., THE DYNAMIC CONSTITUTION 173 (2016).

屬「利他」（而非「欺他」）之行為，且輒為**消弭**過往之歧視所殘留之影響（餘毒）所必要。我國大法官解釋對此一爭論迄未有深刻的思考。本文試就三個問題，表達初步的看法：一、積極平權措施的憲法定位，尤其，其是否屬於憲法第七條所稱「在法律上一律平等」所指涉的範圍？二、積極平權措施與社會福利措施有無不同？從而其違憲審查基準有無區別？三、僅有的幾件大法官有關積極平權措施解釋，其違憲審查有無偏失？應如何改正？

第四節（「肆、平等權之規範效力」）討論平等權對於國家（公權力）之直接效力，以及對於第三人（私人關係）可能具有的間接效力。「平等權」與「自由權」本質有別，大法官就違反平等權之法規並非應當然宣告「無效」，而應考慮如何之救濟方為最適。又，基本權之間接第三人效力理論於「平等權」之適用，似更受限制。大體而言，大法官對於平等權之規範效力亦尚未有通盤之思考。

最後，謹就未來大法官平等權案件之解釋，提出一些建言，權充結語。

前言

猶記當年行政法院張登科前院長，奉翁前大院長岳生之命，風塵僕僕地走訪各地，主持座談會，廣泛徵詢學界關於設立高等行政法院是否可行的意見，個人也曾有幸參與。一轉眼 20 年過去了，在各位法官共同的努力經營下，行政法院的成長有目共睹，績效斐然。今天，「依法行政」的原則已經深化為全民的共識，人民的權利保障也較以往進步許多，誠可喜可賀！**至盼諸君繼續苦民所苦，於認事用法上勇猛精進！**

看到今日群賢匯聚，講經說法於一堂，也使我不禁想起當年受命籌備中央研究院法律學研究所時，承蒙其時張登科院長、葉百修院長（後任司法院大法官）、蔡進田院長、劉鑫楨審判長（現任北高行

院長)等人的大力支持,乃能順利開辦國內第一個「院、學合作平台」,就行政法院在審判實務上所遭遇的各種疑難問題,定期舉辦學術研討會,研討可能的解決方案,使得正在成長的中研院法律所能夠走出學術象牙塔,關心民間疾苦,學習如何以學術研究奉獻社會。「行政管制與行政爭訟研討會」最初一年兩會,後來改為一年舉辦一次,堪稱當年行政法學界之盛事。於今思之,仍感念不已。

本文希藉由比較憲法學(comparative constitutional law)的宏觀角度,綜合評析大法官平等權解釋案,以呈現我國平等權法學的發展現況,是英文題目爰作“Exploring Equal Protection Jurisprudence in the ROC (Taiwan) Constitutional Court”。今天的演講只能算是初步的考察。

據我大略的統計,截至目前為止,大法官計作成 104 件平等權解釋案(詳如【表一】),占大法官解釋總數⁴的八分之一。這是以「解釋文」或「解釋理由書」中明白指出以「平等權」作為解釋依據的解釋案,尚未計入實際涉及平等權,而大法官最終未以平等權審理的解釋案。【表一】顯示:平等權早年在我國並未受到重視(第一屆至第三屆大法官未作成任何平等權解釋案),但近年來則日形重要。此與美國發展經驗⁵類似。

壹、憲法平等權規範構造解析

按德國當代著名憲法學者 Robert Alexy 所倡議的「權利基本地位理論」(Theorie der rechtlichen Grundposition)⁶,**權利就是對於某個事物的主張**(Recht auf etwas, right to something);譬如“right to

⁴ 作者演說本文時(2020/11/5)大法官解釋總數為 795 件;本文最後一校時(2021/10/10)大法官解釋總數已增加至 810 件。

⁵ 美國聯邦最高法院在 1950 年代中以前,很少引用「平等保護條款」(Equal Protection Clause)宣告州法違憲。大法官 Oliver Wendell Holmes 嘗謂:平等保護條款乃「憲法論證的最後依據」(the last resort of constitutional arguments)。Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 208 (1927)。

⁶ ROBERT ALEXY, THEORIE DER GRUNDRICHTE 171-182 (2. Aufl. 1994); ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (trans. Julian Rivers) 120-127 (Oxford, 2004)。

privacy”乃關於隱私的主張，是即「隱私權」。析言之，「權利」是指某個「權利主體」（通常為自然人）得對其他法律上之主體（權利相對人）主張「某種內容」的權能。Alexy 教授以 $RxyG$ 來表示。 R 代表某個權利（Right）； x 是權利的主體（基本權的主體通常為「個人」，所以通稱「基本人權」）； y 是權利的相對人（基本權通常是對「國家」而為主張的，典型的基本權就是人民對抗國家、希免於國家干涉的自由權）； G 則為權利主體得以（對國家）主張的內容（例如「法律上一律平等」或「法律的平等保護」）。

憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」。以上述 Alexy 的「權利基本地位理論」來解析，即中華民國人民（平等權之權利主體）均有權利（得）向國家（權利之相對人）主張：國家「不得以男女、宗教、種族、階級、黨派（等）事由」為基礎，進行「分類」，實施「差別待遇」，而侵害其「在法律上一律平等」之地位（平等權之權利客體）。

除前揭第 7 條之規定外，憲法上其他有關平等權的規定還有第 5 條、第 129 條、第 159 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項等。憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等」，其主要關係「權利主體」問題（詳後「壹、一、1.」討論）。第 129 條規定：「本憲法所規定之各種選舉……以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之」，乃關於「投票」平等之規定。由於「參政權」對於民主之實踐至關重要，憲法爰特以第 12 章補充規定憲法第 17 條⁷所定四種直接民權之行使方法，包含第 129 條之「投票平等」原則。我以為，憲法第 12 章之規定應與第 2 章之規定同視為有關「基本權利」之規定。至於憲法第 159 條與憲法增修條文第 10 條則屬「基本國策」性質的規定。第 159 條規定：「國民受教育之機會，一律平等」，強調「受教育權」的機會平等；憲法增修條文第 10 條第 6 項規定：「國家應……消除性別歧視，促進

⁷ 憲法第 17 條：「人民有選舉、罷免、創制、複決之權」。

兩性地位之實質平等」等，均屬憲法對於立法部門的方針指示或憲法委託（Verfassungsauftrag）⁸，性質上非屬「基本權利」之規定。

上述平等權相關規定至少有兩點值得注意。首先，平等的價值既體現於「基本權利」，又載在「基本國策」，此種「並立」的規範構造與德國、美國、加拿大等國均有不同（詳後「壹、三、2」之討論），對於大法官作成解釋有何影響？國內前此研究似未曾注意及此。按憲法關於人民「基本權利」之規定（例如憲法第二章第7條及第十二章第129條）對於國家所有公權力部門（行政、立法、司法、考試、監察等），均有直接拘束力，乃直接有效的法規範；⁹而「基本國策」之規定（例如憲法第十三章前揭第159條與憲法增修條文第10條）或為僅屬憲法對於立法部門的政策指示（立法方針指引），並無法的效力（拘束力），或為課予立法部門作為義務之「憲法委託」，然均未賦予人民「權利」，人民乃無法以訴訟請求國家實現之。¹⁰是我以為，大法官解釋憲法時（亦屬國家公權力之行使），對於這兩種性質截然不同的憲法規定，自應有不同的對待。質言之，一方面大法官僅能引據憲法「基本權利」之規範（如憲法第七條），作為判斷法律是否違憲的準據；他方面，按照憲法的分工，落實「基本國策」主要既屬立法部門之職責（任務），大法官對於立法者聲稱為落實基本國策而制定

⁸ 參見釋字第472號解釋_吳庚大法官〈協同意見書〉（「按憲法課予國家機關某種事項之作為義務時，一般稱為憲法委託（Verfassungsauftrag），而憲法委託又有明示委託與默示委託之分，憲法第二十四條、第一百四十四條屬於前者，推行全民健保可謂後者。立法者履行憲法委託之義務而制定相關法律，涉及對個人自由權利之限制，與立法者單純依據憲法第二十三條基於公共利益等因素考量之比例原則，具有更高之正當性，若非如此解釋則早年開始實施之『三七五減租』、『耕者有其田』等措施，均可能因過度侵害人民既得之財產權而違憲矣！」）。並參見陳新民，〈論憲法委託之理論〉，載《政大法學評論》，29期，頁197-266（1984年6月）。

⁹ 參見德國基本法第1條第3項：「下列基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之法」（“Die nachfolgende Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”）。我國憲法雖無類此明文，但學界通說同此。參見吳庚&陳淳文，《憲法理論與政府體制》，頁133（民110年9月，增訂七版）；法治斌&董保城，《憲法新論》，頁176（2020年3月，七版）；吳信華，《憲法釋論》，頁209（2018年9月，修訂三版）；李惠宗，《憲法要義》，頁109（2015年9月，七版）；陳新民，《憲法學釋論》，頁140（2015年5月，修訂八版）。

¹⁰ 參見吳庚&陳淳文，前揭（註9）書，頁65-67（民110年9月，增訂七版）；吳信華，前揭（註9）書，頁144-146；林明昕，〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，輯於氏著《公法學的開拓線》，頁16-21（2006）。

之立法（含積極平權措施），原則上自應採取寬鬆的違憲審查基準，俾保留予立法部門最大的裁量空間（詳後「參、一」之討論）。如此理解庶幾符合憲法將平等原則同時規定於「基本權利」與「基本國策」章的規範構造設計。

其次，同屬「基本權利」的平等權諸規定間之關係為何？例如，憲法第 45 條規定：「中華民國國民年滿四十歲者，得被選為總統、副總統」，是否違反憲法第 7 條之平等權保障（國籍歧視與年齡歧視）？又如，憲法增修條文第 4 條第 1 項第 1 款規定立委名額為「自由地區直轄市、縣市七十三人。每縣市至少一人」是否牴觸憲法第 129 條「投票平等」規定？我以為，憲法第七條應解為平等權之「一般規定」，憲法第 45 條則為憲法第 7 條之「特別規定」；同理，憲法增修條文第 4 條第 1 項第 1 款亦為憲法第 129 條之「特別規定」；並均應依「特別法優於普通法」之原則適用。

最後，對各位的審判工作而言，還有一個條文值得注意，那就是行政程序法第 6 條所規定的「行政法上的平等原則」：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇」。該條在行政院經建會委託翁岳生教授主持起草的（學者版）《行政程序法》草案（1990/12）中，原列於第一章（「總則」）第二節（「行政法之一般法律原則」），嗣立法院審議時不知何故刪除了第二節的節名（「行政法之一般法律原則」），該條遂變成第一章第一節（法例）的一部分。但是各位細閱即可發覺：同法「第 1 條至第 3 條」與「第 4 條至第 10 條」顯屬兩種不同性質的規定。我以為：雖原有「節名」已遭刪除，但行政程序法第 4 條至第 10 條（含第 6 條之平等原則）仍應依其性質，理解為「行政法之一般法律原則」¹¹，乃行政機關作成行政行為時，所應一體遵循

¹¹ 查德國行政程序法（Verwaltungsverfahrensgesetz）並無「行政法之一般法律原則」之規定。我國行政程序法第 6 條立法理由欄僅作：「二、參考憲法第七條」。似以為憲法第 7 條所稱「法律上一律平等」即指「非有正當理由，不得為差別待遇」。關於該條起草構想，參見葉俊榮，〈行政程序法與一般法律原則〉，載《行政程序法之研究》，頁 227-234（行政院經建會健全經社法規工作小組，民 79 年 12 月）。

的基本規範。

所謂「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇」，依其文義，乃禁止行政機關於作成行政行為時，無正當理由而為差別待遇。反面解釋，即：如有正當理由，則不禁止行政機關為差別待遇。如此規範表述，顯然反映著「等者，等之；不等者，不等之」的平等觀。而有趣的是，大法官解釋一向以為：憲法第7條所謂「法律上一律平等」即指「等者，等之；不等者，不等之」的實質平等，旨在「禁止不合理的差別待遇」（詳後「壹、三、1.」之討論）。如此一來，行政程序法第6條與憲法第七條之用語雖有不同，然兩者所指涉之意涵（平等權之內涵）厥為相同。因此，本文有關「憲法上平等原則」（憲法第7條）之討論遂亦可供諸位將來解釋、適用「行政法上平等原則」（行政程序法第6條）之參考。當然，「行政法上平等原則」是否須與「憲法上平等原則」為相同之解釋，猶待研究。

一、權利主體

憲法第七條所規定之權利主體為「中華民國人民」，甚明。惟，個人以外之「群體」（group, 團體）能否作為平等權之權利主體？又，「外國人」（非中華民國人民之個人）能否作為平等權之權利主體？

1. 群體能主張平等權？

通說以為，基本權之主體乃個別的自然入，所謂「人權」基本上係指「個人之人權」（individual rights）而言。因此憲法第二章所稱「人民」係指「個別的自然入」；依各個權利之性質，並得將權利主體擴及於「法人」與「非法人團體」¹²。至於國際人權法上第一代與第二代

¹² 參見釋字第486號解釋（「自然人及法人為權利義務之主體，固均為憲法保護之對象；惟為貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之「團體」，如有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均為商標法保護之對象，而受憲法之保障」）。德國聯邦憲法法院亦認為法人得主張基本法（Grundgesetz）第3條第1項的一般平等權。4 BVerfGE 7, 12 (1954).

人權，亦以「個別的自然入」為主體。惟憲法第 5 條既明定：「中華民國各民族一律平等」，所稱「各民族」顯然指稱「群體」（groups）而言，譬如苗族、藏族、維吾爾族、台灣原住民族¹³等。國際人權法第三代的人權亦為「集體權」（group rights, collective rights），惟「集體權」的概念與適用迄今仍多爭議。¹⁴

我以為，憲法第 5 條列在第一章「總綱」，憲法第 7 條則列在第二章「人民之權利義務」，應屬制憲者有意之安排。申言之，第 5 條應是「宣示」的意義居多，尤以該條並未有如第 7 條之「權利客體」規定（即未有「無分……，在法律上一律平等」等語），乃無從發生規範效力，更應如此理解。¹⁵其次，中華民國既由多個民族所組成，第 5 條的宣示即有其必要。第 5 條所稱「各民族」一律平等，固與第 7 條所稱「每個人」在法律上一律平等，指涉之意涵不盡相同，然如能貫徹第 7 條之意旨，則每個人「在法律上一律平等」，必將導致「各民族所屬的每個人」在法律上一律平等。是兩條文之規範取向雖有不同，但適用結果不相衝突。大法官迄未作出有關憲法第 5 條的解釋案。

猶需一言者，個人與群體的區分就平等權而言甚是特別，不僅各國關於「禁止作為差別待遇的分類基礎（事由）」（詳後「壹、二」之討論）多以具備某種「個人特徵」或稱「人別特徵」（personal characteristics）之「群體」來表述（如男女、宗教、種族、殘障、同性性傾向等），且「積極平權措施」的受益對象亦以具備某種「人別特徵」

¹³ 臺灣地區的民族主要有漢族與原住民族 16 族，參見「臺灣族群」，維基百科（<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%87%BA%E7%81%A3%E6%97%8F%E7%BE%A4>）；大陸地區的民族，按中華人民共和國的分類，計有 56 個，包括漢族和 55 個少數民族，參見「中國民族列表」，維基百科（<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%B8%AD%E5%9C%8B%E6%B0%91%E6%97%8F%E5%88%97%E8%A1%A8>，最後瀏覽 2021/07/01）。

¹⁴ See, e.g., Group Rights, Stanford Encyclopedia of Philosophy (<https://plato.stanford.edu/entries/rights-group/>，最後瀏覽 2021/05/04)。並參見李震山，〈論憲法意義下之「集體權」〉，輯於《公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集》，頁 167-190（元照，2004 年）；辛年豐，原住民權利保障的建構與實現—從平等權出發到落實平等保障，國立中正大學法學集刊，第 34 期，頁 187-245（2011 年 7 月）。

¹⁵ 另，憲法增修條文第 10 條第 12 項（「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與……」）似是賦予原住民「族」（而非原住民個人）相當之參政地位。然通說認為該條乃憲法增修條文中之「基本國策」規定，並未「基本權利」之規定，是亦以政治宣示之意義居多。

之「群體」來表述（如黑人、原住民、殘障者等）。因此，表面上遭受歧視或積極受惠的主體是「個人」，然而這些個人實際上乃因其具有某種「人別特徵」，而歸屬於某個「群體」所致。正因個人與群體歸屬的關係如此密切，美國學者 Owen Fiss 甚至主張積極平權措施應以「群體」為權利主體。¹⁶ Van Dyke 教授鑑於許多國家已承認以種族、宗教、語言等為基礎的群體權利（rights of groups），並有政治理論賦予群體以道德及政治權利，爰主張：「群體事實上具有介乎個人與國家中間層級之地位與權利，正義理論應將此一事實納入考慮」¹⁷。

2. 外國人能主張平等權？

憲法第 7 條稱「中華民國人民」在法律上一律平等，而同（第二）章以下各條則概稱「人民」具有哪些基本權，致「中華民國人民」等語看起來格外耀眼，不免使人懷疑這是否為有意之區分？我以為，第 7 條因位列第二章「人民之權利義務」之首，故而慎重其事地宣示「中華民國人民……」，表示以下各條所規範者乃中華民國人民之權利義務；但一經宣示，即無需重複，故而以下各條均逕稱「人民……」。

又，既謂「中華民國人民」在法律上一律平等，那麼「外國人」能否在中華民國主張「平等權」？雖有學者主張憲法平等權「保障之對象，仍應以本國人為限」¹⁸，但從幾件涉及外國人的大法官平等權解釋看來，大法官並沒有因為是外國人主張平等保護，而拒絕受理。畢竟，平等乃普世價值，在各國人民互動密切的地球村時代，實不宜執「中華民國人民」一詞，遽為反面解釋，認為「外國人概不得於我

¹⁶ Owen Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 J. PHIL. & PUB. AFF. 107, at 151 (1976) (主張「群體不利益原則」(a “group disadvantaging principle”)，凡構成「永遠之下層階級」(a “perpetual underclass”)的「群體」，即可依平等保護條款請求救濟。)

¹⁷ Van Dyke, *Justice as Fairness: For Groups?*, 69 AM. POL. SCI. REV. 607, at 614 (1975) (“groups in fact have status and rights of an intermediate level between the individual and the state, and it is imperative for a theory of justice to take this fact into account.”)

¹⁸ 參見林紀東，*中華民國憲法逐條釋義*，第一冊，頁 89（三版，民 67 年 11 月）；許宗力，*基本權主體*，*月旦法學教室*，第 4 期，頁 80-81（2003）。

國主張平等權」。¹⁹然，外國人亦可主張平等權，並不表示外國人必能與本國人獲得相同的保障（對待）。例如釋字第 560 號解釋釋示：「就業服務法第 43 條第 5 項就外國人眷屬在勞工保險條例實施區域以外發生死亡事故者，限制其不得請領喪葬津貼，係為社會安全之考量所為之特別規定，屬立法裁量範圍，與憲法第 7 條、第 15 條規定意旨尚無違背」。意即，外國人在臺灣雖然也有勞工保險，但立法者得限制外國人不得領取眷屬喪葬津貼，如其眷屬係在我國以外地區發生死亡事故的話。大法官說明其理由：「域外眷屬喪葬津貼係為社會安全之考量所為之特別規定，乃屬立法裁量之範圍」，故而尚不違反平等權。然，如以為眷屬喪葬津貼之請領乃關係在台外籍勞工之「人格（上）平等」（personality equality）²⁰或「道德（上）平等」（moral equality）²¹，則系爭立法能否以國籍為基礎，而為上述差別待遇，即不無商榷。²²亦即，平等觀（詳後「壹、三、1.」之討論）往往指導、決定平等權之解釋與保障。

另，釋字第 768 號解釋釋示：「國籍法第 20 條第 1 項及醫事人員人事條例，未就具中華民國國籍兼具外國國籍者，設例外規定，以排除其不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師之限制，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背」。按該案聲請人兼具雙重國

¹⁹ 關於外國人不得於我國主張平等權的批判，參見李念祖，〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格〉，載《憲政時代》，第 27 卷第 1 期，頁 80 以下，頁 95（2001 年 7 月）（「適格否定論的憲法解釋方法，具有四種基本缺陷：必須使用「國籍」概念以決定誰能作為憲法上「人權」主體的「人」，即有捨本逐末的誤失；極易將人權保障與否繫於是否效忠國家、是否善盡國民義務等前提條件，而有因果倒置的誤失；很難避免不完整的基本人權觀，而有得魚忘筌的缺點；顯有接受「主權重於人權」觀念的傾向，而有主從易位的誤失。適格肯定論則可以憲法第 7 條作為主要依據，亦即將該條所稱「中華民國人民」理解為「中華民國境內之人民」，既符合憲法保障基本人權之意旨，也與憲法其他條文的規定並無衝突難解之處」）；廖元豪，〈外人做頭家？—論外國人的公民權〉，《政大法學評論》，113 期，頁 245 以下，頁 16-26（2010 年 2 月）（憲法第 7 條的「中華民國人民」未必等於「中華民國國民」，而且在理論上將外國人排除於基本權利之保障範圍，會有著「欠缺文義依據」、「忽視政治經濟與基本尊嚴之相互依存關係」、「忽視與我國關係密切之外國人」、「無視全球化之趨勢」，以及「侵犯外國人可能導致回燒侵犯本國人民權利之情況」等問題）。

²⁰ 參見本文後述小註 112 至 116 及其相應內文之敘述。

²¹ 參見本文後述小註 117 至 121 及其相應內文之敘述。

²² 倘為避免「浮濫請領」或「查核困難」，立法者盡可課予在台外國（請領）人以較高之舉證責任，而無須一概拒絕給與。

籍，就其兼具外國國籍而言，形同「外國人」在我國主張憲法之平等保護。次按，公立醫院醫師有兩種，其中一種係以「公務人員」身分任用者。系爭規定因未設例外²³，致具有雙重國籍者無從「例外地」擔任「以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師」。究本解釋之所以認定系爭「立法疏漏」（漏未規定）尚不違反平等原則，當與系爭分類係以「國籍」作為分類之基礎，而非憲法第7條所（例示）列舉的五種「禁止分類事由」（男女、宗教、種族、階級、黨派），且非屬「可疑」之分類（詳後「貳、三、1.」）；復以其所涉權利事項（工作權＝選擇執業之自由）尚非「根本的基本權」，乃未提高審查基準，而尊重立法之決定（裁量）。惟嚴格地說，系爭規定「禁止」具有雙重國籍者擔任之「公職」（如本案禁止擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師），相較於同法第20條第1項但書「例外允許」具有雙重國籍者擔任之「公職」（如公立大學校長、中央研究院院長等），未必更為重要或更可能影響國家安全之職務，是系爭「立法疏漏」（未設立例外規定）不無輕重失衡，而有違反「體系正義」（詳後「貳、三、3.」）之嫌。然，本解釋或因未提高審查基準，大法官乃未深究「體系正義」有無違反的問題。

二、禁止的分類基礎（事由）

憲法第7條規定：「中華民國人民，無分男女、種族、宗教、階級、黨派，在法律上一律平等」。關於這五項禁止分類的「性質」及「意義」，可藉由比較憲法例一窺端倪。

²³ 參見國籍法第20條第1項但書：「中華民國國民取得外國國籍者，不得擔任中華民國公職。……但下列各款經該管主管機關核准者，不在此限：一、公立大學校長、公立各級學校教師兼任行政主管人員與研究機關（構）首長、副首長、研究人員（含兼任學術研究主管人員）及經各級主管教育行政或文化機關核准設立之社會教育或文化機構首長、副首長、聘任之專業人員（含兼任主管人員）。二、公營事業中對經營政策負有主要決策責任以外之人員。三、各機關專司技術研究設計工作而以契約定期聘用之非主管職務。四、僑務主管機關依組織法遴聘僅供諮詢之無給職委員。五、其他法律另有規定者。」

1. 窮盡列舉或例示列舉？

1.1 美國憲法

美國經歷內戰，解放黑奴後，於 1868 年制定憲法增修條文第 14 條（the 14th Amendment）。其第 1 項第 2 句規定：「各州不得……否定轄區內任何人在法律上獲得平等保護的權利」²⁴，是即美國憲法上的「平等保障條款」（Equal Protection Clause）。該條款最初僅在規範「各州」不得拒絕給予其所轄人民法律上的平等保護；嗣聯邦最高法院判決²⁵運用所謂「反向合併」（“reverse incorporation”）理論，認為經由憲法增修條文第 5 條（the 5th Amend.）的「正當程序條款」（Due Process Clause），「平等保障條款」亦適用於「聯邦」。

上述「平等保障條款」規定極為簡約，除了宣示「法律的平等保護」（equal protection of law）意旨外，並未列舉禁止作為差別待遇的分類基礎（事由）。惟，聯邦最高法院嗣以判決陸續發展（創造）出各種「可疑分類」（suspect classifications）及「準可疑分類」（semi-suspect classifications）（詳後「貳、三、1.」之討論），不僅開各國憲法與國際公約上「禁止分類」之先河，亦使得原本抽象的「法律平等保護」變為可操作的法規範。

1.2 德國憲法

²⁴ Amend. 14, Sec. 1, US Const.: “No state shall…deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

²⁵ See, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)（經由憲法增修條文第 5 條所定「正當程序條款」，憲法增修條文第 14 條所定「法律的平等保護」亦適用於聯邦）。之所以稱為「反向合併」（reverse incorporation），乃因其與「合併」（incorporation）理論的操作方向正好相反。See generally, Richard A. Primus, *Bolling Alone*, 104 COLUM. L. REV. 975 (2004).

所謂「合併」，係指原本僅適用於「聯邦」的憲法增修條文第 1 條至第 10 條（合稱 the Bill of Rights 人權憲章），經由憲法增修條文第 14 條所定「正當程序條款」，大多亦適用於「各州」。See, e.g., *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925), *Near v. Minnesota* 283 U.S. 697 (1931), *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), *Malloy v. Hogan*, 378 US 1 (1964), *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago*, 166 U.S. 226 (1897), *Robinson v California*, 370 U.S. 660 (1962), *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019).

「禁止分類」的規定約始於二次世界大戰後。除我國憲法（1946/12/25 制定公布）外，可以五個憲法例作為比較對象。

1949 年德國基本法（Grundgesetz）主要的平等權規定載在**第 3 條**。其第 1 項規定：「法律之前人人平等」²⁶，揭示平等權的保護客體（權利內涵）。其第 2 項規定：「男女有平等之權利。國家應促進男女平等之實際貫徹，並致力消除現存之歧視」²⁷；前句揭示「男女平等」原則，後句為 1994 年所增定，課予國家採取「積極平權措施」（詳後壹、三、2.）以消弭性別歧視、促進男女之「事實上平等」的義務。²⁸ **其第 3 項規定**：「任何人不得因性別、出身、種族、語言、原籍、社會出身、信仰、宗教或政治見解，而受歧視或享特權。任何人不得因其身心障礙而受歧視」²⁹；前句列舉了 9 項禁止作為分類的事由（我國憲法第七條只列舉了 5 項），³⁰ 後句亦 1994 年所增定，除將禁止「殘障歧視」單獨列舉外，其表述方式與前句亦有不同：前句列舉之分類基礎（事由）既不得用以課予「不利益」，亦不得用以施予「優惠」；後句則僅禁止以「殘障」為由給予「不利益」，並不禁止給予「優惠」。³¹

按德國之通說，前揭第 3 條第 1 項乃平等權的一般規定，或稱「**一般平等規定**」（allgemeiner Gleichheitssatz）；同條第 2 項及第 3 項乃平等權的「**特別平等規定**」（besondere Gleichheitssätze）。後者（相對

²⁶ Art. 3, Abs. 1, GG: "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich."

²⁷ Art. 3, Abs. 2, GG: "Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin."

²⁸ See, e.g., SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES 169-171 (1999).

²⁹ Art. 3, Abs. 3, GG: "Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden."

³⁰ 所謂「出身」（Abstammung）係指血緣上之所從出（為何人之生理後裔）；所謂「原籍」（Heimat）係指個人從來之地區；所謂「社會出身」（Herkunft）係指個人出身之社會背景（階級）。See, SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, *supra* note 28, at 166-167. 1994 年修憲因未獲可決之多數（三分之二），而未將「性傾向」（sexual orientation）列入第 3 條第 3 項的禁止分類事由中。See, Susanne Baer, *The Basic Law at 60: Equality and Difference*, 11 GERMAN L. J. 67, at 76-77 (2010).

³¹ SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, *supra* note 28, at 167. 所謂「殘障」（Behinderung）兼指生理與心理的障礙。Id.

前者)應適用較嚴格(較高審查密度)之違憲審查基準。³²按如上規範構造,縱非以第3條第2、3項所列舉之分類事由(「性別」等九項,加上「殘障」)為基礎,而實施之差別待遇,仍可能被認定為違反第3條第1項之「一般平等規定」。是,第3條第2、3項所列舉之分類事由應屬「窮盡列舉」性質,其餘則屬第3條第1項之「概括規定」。

基本法中有關平等權之其他「特別規定」尚有第6條第1項:「婚姻與家庭應受國家之特別保護」³³,禁止將「婚姻與家庭」置於較其他生或活與教養共同體(Erzehungsgemeinschaft)更低劣的地位;³⁴第6條第5項:「非婚生子女之身體與精神發展及社會地位,應由立法給予與婚生子女同等之條件」³⁵,禁止以「婚生與否」作為分類之基礎,形成差別待遇;第33條第3項:「市民權(bürgerliche Rechte)與公民權(staatsbürgerliche Rechte)之享有,擔任公職之權利及因擔任公務而取得之權利,與宗教信仰無關。任何人不得因其信仰或不信仰某種宗教或哲學思想(Weltanschauung)而受歧視」³⁶,禁止以「宗教或哲學思想」作為分類基礎,就「參政權」形成差別待遇;第38條第1項第1句:「聯邦眾議院議員依普通、直接、自由、平等及秘密選舉法選舉之」³⁷,宣示「投票平等」原則,以保障政治平等(political equality)等。

³² 「一般平等權規定」原則上適用「恣意禁止」的寬鬆審查,「特別平等權規定」則適用「比例原則」式的嚴格審查,詳見後述「貳、一、2.」之說明。

³³ Art.6, Abs. 5, GG: “Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.”

³⁴ 參見李惠宗譯(Juliane Kokott 著),〈聯邦憲法法院判決中的平等原則與歧視禁止〉,載《德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集》(下冊),頁135以下,頁168(聯經,2010年10月)。

³⁵ Art.6, Abs. 5, GG: “Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern. “

³⁶ Art.33, Abs.3, GG: “Der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte, die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sowie die im öffentlichen Dienste erworbenen Rechte sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis. Niemandem darf aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnisse oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen. “

³⁷ Art. 38, Abs. 1, Satz 1: “Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. “

1.3 加拿大憲法

1982年加拿大憲法的平等權規定主要載於第15條。其第1項規定：「人人在法律之前及法律之下一律平等，並享有平等的法律保護與平等的權益，不受歧視，尤其不受因種族、民族或血源出身、膚色、宗教、性別、年齡或身心障礙，所為之歧視」³⁸。上開規定不僅罕見地以四種方式表述平等權的內涵（詳後壹、三、2.），並以「尤其是」（in particular）一語，顯示其所列舉的「禁止分類基礎」乃「例示列舉」，而非「窮盡列舉」。³⁹另，同條第2項更規定：「前項規定並不排斥任何以改善因種族、國籍、膚色、宗教、性別、年齡或身心障礙等，而遭受不利對待之個人或團體之狀況（處境）為目的之法律、計畫或活動」⁴⁰，授權政府得為改善遭受不利對待之個人或團體之處境，而採取「積極平權措施」⁴¹（詳後壹、三、2.），使「積極平權措施」免於遭受所謂「反向歧視」（reverse discrimination）之指控。⁴²就此而言，第15條第2項堪稱第15條第1項之特別規定。⁴³

1.4 聯合國公政公約

³⁸ Sec. 15(1), Constitution Act, 1982: “Every individual is *equal before and under the law* and has the *right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*” (Italics added)

本條屬於「加拿大權利暨自由憲章」（Canadian Charter of Rights and Freedoms）的一部分，雖然該憲章自1982年4月17日起生效施行，但本條依照同憲章第32條第2項之規定，則自1985年4月17日起生效施行。

³⁹ PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 611 (5th ed., 2007); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

⁴⁰ Sec. 15(2) Constitution Act, 1982: “Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

⁴¹ 該項規定之邊註（the marginal note）說明：該條所稱「改善計畫」（“ameliorative programs”）即「積極平權措施計畫」（“affirmative action programs”）。

⁴² *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] SCC 37, para. 45.

⁴³ *R. v. Kapp*, [2008] SCC 41, para. 38.

1976 年生效施行的聯合國公民暨政治權利公約（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR，簡稱「公政公約」）第 26 條規定：「人人在法律之前一律平等（equal before the law），且均受法律之平等保護（equal protection of the law），無所歧視。就此，法律應禁止任何歧視，並保證人人均享受平等而有效之保護，免於因任何理由，諸如種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、國家或社會出身、財產、出生或其他身分，而為之歧視」⁴⁴。本條不僅宣示保障「法律之前一律平等」，也保障「法律之平等保護」（詳後「壹、三、2.」）；其所列舉之「禁止分類」之事由更多達 11 項（較前述德國基本法第 3 條第 3 項規定更為詳盡），並以「諸如」（such as）與「其他身分」（other status）等語，顯示其為「例示列舉」之性質。⁴⁵

公政公約中其他與平等有關之規定尚有：第 2 條第 1 項（各國有義務「尊重及確保」所轄人民無分別地享有本公約所定之權利）；第 3 條（各國應確保男女平等享有本公約所定之權利）；第 4 條第 1 項（關於禁止以列舉事由為基礎而行歧視之義務，於緊急時亦不得減免）；第 20 條第 2 項（禁止鼓吹構成煽惑歧視之民族、種族或宗教仇恨之言論）；第 23 條第 4 項（夫妻之權利與責任應為平等）；第 24 條第 1 項（兒童應免於因列舉事由而受歧視）；及第 25 條第 1 項（第 2 條所列之區分，不適用於參與工共事務、投票及擔任公職之權利）等。

1.5 英國成文憲法草案（1991）與 1998 年人權法

英國是世界最老牌的民主國家，也是當今極少數所謂「非成文憲

⁴⁴ Art. 26, ICCPR: “All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground *such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*” (Italics added)

⁴⁵ 所謂「其他身份」指以其他未列舉之特徵為基礎所為之分類，包括：年齡（age）、殘障（disability）、公民（citizenship）及婚姻狀態（marital status）。See PAUL M. TAYLOR, A COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS 780-783 (2020).

法」(unwritten constitution) 國家。⁴⁶ 上世紀 90 年代蘇聯解體後，曾有許多關於英國是否亦應制定成文憲法，以符合世界潮流的討論。1991 年由「公共政策研究所」(Institute for Public Policy Research) 起草的英國成文憲法草案 (A Written Constitution for the United Kingdom) 堪稱 1953 年「歐洲人權公約」(European Convention on Human Rights, ECHR) 的進階版。其第 19 條第 1 項規定：「人人均有在法律之前被承認為人的權利」⁴⁷，揭示平等權之理念植基於人性尊嚴；第 2 項規定：「人人有權享有法律之平等保護，不受任何歧視」⁴⁸，進一步規定平等權的權利客體 (權利內涵)；第 3 項規定：「本人權憲章所列自由及權利之法律上平等保護與享有應予保障，不得以任何理由，諸如性別、種族、膚色、語言、宗教、政治或其他意見、國別或社會出身、少數族群之隸屬、財產、出身、同性戀、殘障、年齡或其他身份，而為歧視」⁴⁹，所謂「諸如」(such as) 與「其他身分」(other status) 等語，顯示其所列舉之「禁止分類基礎」亦屬「例示列舉」，而非「窮盡列舉」性質。值得注意的是，其已將「同性戀」(homosexuality) 與「年齡」(age) 列為禁止的分類基礎。

⁴⁶ 所謂「非成文憲法」(unwritten constitution)，亦稱「未法典化憲法」(uncodified constitution)，指有關國家構造的根本法則散見於各種習慣、先例、實定法與命令中，迄未制定一部成文憲法典 (written constitution)。See, e.g., *Buckinghamshire Country Council v. Secretary of State for Transport* [2014] 1 WLR 324, para 207 (“The United Kingdom has no written constitution, but we have a number of constitutional instruments. They include Magna Carta, the Petition of Right 1628, the Bill of Rights and (in Scotland) the Claim of Rights Act 1689, the Act of Settlement 1701 and the Act of Union 1707. The European Communities Act 1972, the Human Rights Act 1998 and the Constitutional Reform Act 2005 may now be added to this list. The common law itself also recognises certain principles as fundamental to the rule of law.”) 目前世界上僅有極少數的國家，如英國、紐西蘭、以色列等，為「非成文憲法」國家。並參見吳庚 & 陳淳文，前揭 (註 9) 書，頁 1。

⁴⁷ Art. 19.1, A WRITTEN CONSTITUTION FOR THE UNITED KINGDOM (1991): “Everyone has the right to recognition as a person before the law.”

⁴⁸ Art. 19.2, A WRITTEN CONSTITUTION FOR THE UNITED KINGDOM (1991): “All persons are entitled without any discrimination to the equal protection of the law.”

⁴⁹ Art. 19.3, A WRITTEN CONSTITUTION FOR THE UNITED KINGDOM (1991): “The equal protection of the law and the enjoyment of the rights and freedoms set out in this Bill of Rights shall be secured without discrimination on any ground *such as* sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth, *homosexuality, disability, age, or other status.*” (*Italics added*)

嗣成文憲法雖未制定，但英國國會終於 1998 年通過「人權法」（Human Rights Act 1998, 1998 Chapter 42），自 2000 年 10 月 2 日起，將歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）所載之權利，直接以「附錄」（schedules）的方式，納入該法，使成英國內國法。歐洲人權公約第 14 條「禁止歧視」（Prohibition of discrimination）規定：「本公約所列之權利及自由之享有應予保障，不得以任何理由，諸如性別、種族、膚色、語言、宗教、政治或其他意見、國別或社會出身、少數族群之隸屬、財產、出身或其他身份，而為歧視」⁵⁰。雖列舉之事由略為減少，然仍有「諸如」（such as）與「其他身分」（other status）等語，顯示其所列舉之「禁止分類基礎」亦屬「例示列舉」，而非「窮盡列舉」性質。⁵¹

1.6 歐盟基本權利憲章

2000 年通過的「歐盟基本權利憲章」（Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000）第 20 條首先揭示：「法律之前人人平等」⁵² 的意旨；繼於第 21 條第 1 項揭示禁止歧視的原則：「任何基於諸如性別、種族、膚色、血源或社會出身、基因特徵、語言、宗教或信念、政治或任何其他意見、少數族裔成員、財產、出生、殘障、年齡或性傾向之歧視，均應被禁止」。⁵³ 其亦以「諸如」（such as）一詞，顯示所列舉禁止分類之事由亦屬「例示列舉」性質；又，其以「性傾向」（sexual orientation）代替「同性戀」（homosexuality），表述更為精確。

⁵⁰ Art. 14, Human Rights Act 1998: “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or *other status*.” (*Italics added*)

⁵¹ STEPHEN CROSZ, JACK BEATSON Q.C. & PETER DUFFY Q.C., HUMAN RIGHTS: THE 1998 ACT AND THE EUROPEAN CONVENTION 325 (2000).

⁵² Art. 20, Charter of Fundamental Rights of the European Union: “Everyone is equal before the law.”

⁵³ Art. 21.1, *id.*: “Any discrimination based on any ground *such as* sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.” = (*Italics added*)

歐盟基本權利憲章關於「平等權」之其他規定尚有：第 21 條第 2 項之禁止「國籍歧視」(discrimination on grounds of nationality)；第 22 條之「尊重文化、宗教與語言之多樣性」(respect religious and linguistic diversity)；第 23 條之「男女平等」(equality between men and women)；第 24 條之「兒童權利」(the rights of the child) 保護；第 25 條之「老人權利」(the rights of the elderly) 保護；及第 26 條之「殘障人士之融入」(integration of persons with disabilities) 等，殆已含括我國憲法「基本國策」章之相關規定。

綜上，二次世界戰後所制定的主要憲法或人權公約率皆以列舉「禁止分類」之方式，表彰「禁止歧視」乃平等權之核心意涵；且禁止分類之列舉，殆皆「例示」列舉之性質；列舉之事由並有日臻細緻的趨勢。

我國憲法第七條所列的五種分類基礎／事由一男女、宗教、種族、階級、黨派一究為「窮盡列舉」(exhaustive enumeration)，抑或「例示列舉」(exemplified enumeration)？大法官釋字第 748 號解釋明確釋示：「憲法第 7 條……明文揭示之 5 種禁止歧視事由，**僅係例示列舉，而非窮盡列舉**。是如以其他事由，如身心障礙、性傾向等為分類標準，所為之差別待遇，亦屬本條平等權規範之範圍」。⁵⁴ 在憲法第七條未有「諸如」或「尤其是」等明文的情形下，上開釋示賦予憲法平等權與時俱進的空間，符合國際思潮，應予肯定。

⁵⁴ 此亦國內學界之通說，參見法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，載《人文及社會科學研究彙刊》，第 6 卷第 1 期，頁 35-50，頁 45（1996 年 1 月）（「我國憲法第七條所指出之五項特徵，通說均認僅係例示規定，基於其他特徵所為之差別待遇，亦同受憲法平等權之約制」）；林紀東，前揭（註 18）書，頁 93（民 67 年 11 月，三版）；吳庚 & 陳淳文，前揭（註 9）書，頁 159（「在解釋上應認為純屬舉例性質，只是由於根據以往的經驗，這五種最容易造成不平等，但絕不限於此」）；李惠宗，〈平等權之概念〉，載《憲政時代》第 14 卷第 1 期，頁 12-40，頁 15（1988 年 7 月）（「憲法第 7 條所稱『中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等』，並非男女絕對不准為差別待遇，蓋此僅為例示性規定」）；吳信華，〈平等權的體系思考(上)〉，載《月旦法學教室》第 55 期，頁 83-91，頁 85（2007 年 5 月）（「『男女宗教種族階級黨派』之用語，應係例示性之文字」）；廖元豪，〈平等權：第二講 大法官對平等權之審查基準〉，載《月旦法學教室》第 76 期，頁 37-46，頁 39（2009 年 2 月）（憲法第七條所規定之五種事由，純屬例示規定，其他的分類標準，當然也受平等權之審查，無分軒輊……此多年來均為我國通說」）。

2. 禁止分類的規範意義

更重要的是，前揭憲法第七條所例示列舉的禁止分類，在憲法解釋與適用上有何意義？這個問題前在國內似少討論。我以為，「禁止分類」的規定至少具有兩個作用：一、禁止的分類應被視為憲法所欲禁止的「歧視」（discriminations）類型；換言之，「禁止分類」大體劃定了平等權的「權利保護範圍」（scope of protection）⁵⁵。二、凡以禁止分類（事由）為基礎所形成之差別待遇，原則上應接受較嚴格之違憲審查，以貫徹制憲者的意旨。試分述之：

2.1 憲法平等權之保障應僅適用於「列舉分類」及「類似分類」

加拿大最高法院自 *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1989)⁵⁶ 案以來即確立：前揭 1982 年憲法第 15 條僅適用於該條所例示列舉之事由及與之類似之事由，是為「列舉暨類似事由說」（“enumerated and analogous grounds approach”）。準此，系爭法規所涉分類如非屬第 15 條所例示「列舉之事由」，亦非經該國最高法院於判決中所承認之「類似事由」，則不屬於該條（平等權）違憲審查之範圍。⁵⁷ 加國最高法院雖未釋示應如何認定「類似事由」，然依學者之分析，主要判準不外：「難以改變的個人特徵」（immutable personal characteristics）、「時常成為偏見或刻板印象之對象」（have often been the target of prejudice or stereotyping）及「侵害人性尊嚴」（impairment of human dignity）等。⁵⁸ 迄今加國最高

⁵⁵ 或謂：平等權因為不涉及特定的生活範疇，故沒有特定的保障內涵，乃無所謂「權利保護領域」（Schutzbereich）可言。參見李建良，〈經濟管制的平等思維—兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋〉，載《政大法學評論》，第 102 期，頁 71 以下（2008 年 4 月）。

⁵⁶ [1989] 1 S.C.R. 143.

⁵⁷ 惟「權利暨自由憲章」（Canadian Charter of Rights and Freedoms）中之「其他權利」如涉及平等價值或原則時，即不受「列舉或類似事由」之限制。例如：*Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)* 案 [1991] 2 S.C.R. 158 認為涉及該憲章第 3 條之「投票權」時，「住所」（place of residence）得作為非法歧視之事由，並宣告給予鄉村地區較城市地區更大投票價值的選區劃分為「違憲」。

⁵⁸ PETER W. HOGG, *supra* note 39, at 622; GÉRALD-A. BEAUDOIN & ERROL MENDES (EDS), *THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* 14-61(3rd ed, 1996).

法院判決所認定之「類似事由」⁵⁹包括：公民身份（citizenship）⁶⁰、婚姻狀態（marital status）⁶¹、性傾向（sexual orientation）⁶²及「原住民居住地」（aboriginality-residence）⁶³等；而經該院判決明確否認其為「類似事由」者，包括：「住所」（place of residence）⁶⁴、「職業」（occupation）⁶⁵、「物質傾向」⁶⁶（substance orientation）等。⁶⁷綜上，「列舉暨類似事由」說旨在協助劃定加國憲法平等權一般條款的權利保護範圍。

鑑於我國憲法第 7 條之規範構造與加國憲法第 15 條第 1 項相當近似，而與德國、歐盟之將男女、殘障、老人等分類事由，單獨列舉者不同，我以為，前述加國實務見解頗值參考。前揭大法官釋字第 748 號解釋釋示：「憲法第 7 條……明文揭示之 5 種禁止歧視事由，僅係例示列舉，而非窮盡列舉。是如以其他事由……所為之差別待遇，亦屬本條平等權規範之範圍」，固值贊同。惟所謂「其他事由」，在解釋上，仍應限於經大法官解釋所認可之性質上「與第 7 條例示列舉事

⁵⁹ 一經認定為「類似事由」者，其後各案即得主張適用。Corbiere v. Canada (*Minister of Indian and Northern Affairs*), [1999] 2 S.C.R. 203, at paragraphs 13-15 and 58-62。

⁶⁰ *Andrews*, *supra* note 39（英屬哥倫比亞省大律師及律師法 British Columbia Barristers and Solicitors Act 限制唯有加國公民始得執行律師業務之規定，違憲）。La Forest J. 謂：「公民身份係一種『典型地非屬個人控制，因而為難以改變』的個人特徵」。Id., at 195.

⁶¹ *Miron v. Trudel* [1995] 2 S.C.R. 418（限制僅婚姻之配偶得受領意外事故保險金之法律規定，違憲）。McLachlin J. 認為「婚姻狀態」涉及個人基本的尊嚴與價值，故對個人而言乃攸關（自我）定義之重要事項（a matter of defining importance）。Id., at paras. 151-156.

⁶² *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513（同性伴侶無法領取聯邦老人年金計畫（Old Age Security program）之配偶津貼，合憲）；*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493；*M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R.3；*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120。La Forest J. 嘗謂：性傾向為「無法改變或僅能以無法接受的個人代價才能改變的深沈的個人特徵」（“a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs”）。*Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 5.

⁶³ *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

⁶⁴ *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6；*R. v. Turpin* [1989] 1 S.C.R. 1296.

⁶⁵ See, e.g., *Re Worker's Compensation Act, 1983 (Nfld.)* [1989] 1 S.C.R. 922；*affd. Nova Scotia v. Martin* [2003] 2 S.C.R. 504, para 72；*Delisle v. Canada* [1999] 2 S.C.R. 989；*Dunmore v. Ontario* [2001], 3 S.C.R.1016；*Baier v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 673；*Health Services and Support-Facilities Subsector Collective Bargaining Association v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 165.

⁶⁶ *R. v. Malmo-Levine* [2003] 3 S.C.R. 571, paras. 184-185, 267（「食用大麻」非屬「類似分類」）

⁶⁷ 關於加國最高法院界定「類似事由」之方法，See Dixon, Rosalind. *The Supreme Court of Canada and Constitutional (Equality) Baselines*, 50 OSGOODE HALL L. J. 637 (2013).

由」相當之「類似事由」，而非漫無止境。亦即，「列舉事由」與「類似事由」以外之其他事由，既與個案「系爭分類」所致之系爭差別待遇全然無關或無甚相關，自無由構成平等權案件，而啟動憲法第 7 條之審查。

2.2 就憲法列舉之禁止分類，原則上應提高審查基準

大法官釋字第 748 號解釋固釋示：「以其他事由，如身心障礙、性傾向等為分類標準，所為之差別待遇，亦屬憲法第七條平等權規範之範圍」，然並未釋示各種分類基礎應一體適用相同的違憲審查基準。系爭分類是否屬於憲法所例示「列舉」者，或為性質上與之相當者（即所謂「類似事由」），將影響其應適用的違憲審查基準？

按法律恆設有「適用範圍」之限制，所有的法律實際上都在創造分類，是「分類」（classification）毋寧為法律規範之常態。因此，大法官在審查系爭法律之分類是否違反平等權時，原則上應以尊重立法裁量（決定）之「低標」（亦即「合理審查基準」）作為預設（default setting）；僅當系爭分類之性質特殊，例如涉及所謂「可疑分類」（suspect classifications，詳後「貳、三、1.」）時，始應例外地「提高」審查基準，從嚴檢視立法的決定是否合理。此為「平等權」之法律違憲審查與「自由權」之法律違憲審查的重大差異。

按制憲者本於其對吾國歷史的認知及制憲當時社會情況的體察，認為當國家以「男女、宗教、種族、階級、黨派」等為基礎，對人民實施差別待遇時，最可能構成憲法所不樂見之「歧視」，爰列舉以為例示。是為尊重制憲意旨，法院（大法官）對於以憲法第 7 條所列舉的五種分類事由為基礎，而形成之差別待遇，原則上⁶⁸應提高審查基準，不再適用「合憲推定」。

⁶⁸ 所謂「原則上」應提高審查基準，乃因本文將「階級」平等從寬解為各種「社會性的區分」，而具有高度開放性與浮動性。涉及「階級」平等之案件乃未必均須提高審查基準。參見本文後述註 77 及相應之內文敘述。

如是我見，大體符合大法官平等權解釋先例。例如，釋字第 340 號解釋釋示：公職人員選舉罷免法有關政黨推薦之候選人保證金減半之規定，違憲。大法官除了援引憲法第 7 條之規定外，並指謫系爭規定「無異使無政黨推薦之候選人，須繳納較政黨推薦之候選人為高之保證金。如主管機關公告之保證金過高時，則有意參選者，僅須結合少數人員，即可依法以備案方式成立政黨，再以政黨推薦名義減輕其負擔，反足使小黨林立，無助於政黨政治之健全發展。是上開公職人員選舉罷免法之規定，係對人民參政權所為不必要之限制，形成不合理之差別待遇」。顯見本案係考量系爭規定乃以「黨派」為基礎所為之分類，為確保「政黨平等」，遂（實際）提高審查基準，獲致「違憲」的結論。⁶⁹

又如，釋字第 365 號解釋審查民法第 1089 條「父權優先」條款⁷⁰是否違反男女平等，釋示：「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」。雖其時大法官尚未明白區分審查基準，⁷¹然就其所謂「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」等語觀之，可見大法官實際已提高審查基準，而不適用「合憲推定」（presumption of constitutionality）原則。釋字第 365 號解釋是大法官宣告法律違反男女（性別）平等的首例。

⁶⁹ 對比大法官釋字第 468 號解釋（總統副總統選舉罷免法第二十三條第一項規定連署人「提供保證金新台幣一百萬元，並未逾越立法裁量之範圍，與憲法第二十三條規定尚無違背」），尤其可見釋字第 340 號解釋實際上是提高了審查基準。

至於釋字第 468 號解釋並未提高審查基準是否妥適，則屬另個問題。參見本文下述註 85 及相應內文之敘述。

⁷⁰ 參見民法（民 74 年修正公布）第 1089 條：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」。

⁷¹ 大法官殆自釋字第 578 號解釋起，始注意區別審查基準。參見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第六輯（下冊），頁 581 以下，頁 589-590（2009 年 7 月）。

再如，釋字第 457 號解釋釋示：退輔會房舍土地處理要點第 4 點僅限**男性繼承**，違憲。也是提高審查基準，從嚴審查的結果。此對照大法官釋字第 727 號解釋，益明。釋字第 727 號解釋釋示：國軍老舊眷村改建條例第 22 條之規定（「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，**對不同意改建之眷戶**，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行」）合憲。表面上，兩件解釋均涉及**國家私經濟行為**—軍人之「眷舍配住」與退伍軍人之「配耕國有農場土地」，並同屬「**使用借貸**」性質之福利措施；然，兩案所涉「**差別待遇之分類基礎**」不同—釋字第 457 號解釋係以「**性別**」（男女）為區分，釋字第 727 號解釋係以是否「**同意改建**」（意見）為區分，前者（性別、男女）乃憲法第七條所列舉之分類事由，大法官遂選擇了不同的**審查基準**—釋字第 457 號解釋實際上適用「**中標**」審查，而釋字第 727 號解釋則以「**低標**」審查，並因而導致不同的審查結論—釋字第 457 號解釋為違憲，釋字第 727 號解釋為合憲。⁷²

需特別說明者為釋字第 728 號解釋。其解釋文明白釋示：「祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於**私法自治**，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」。顯見大法官僅以「**低標**」審查，⁷³似與前揭解釋先例不符。然，細繹理由書可知：系爭規定實為「**法律不溯既往原則**」、「**私法自治原則**」及「**男**

⁷² 詳見釋字第 727 號解釋_湯德宗大法官〈協同意見書〉。

⁷³ 參見釋字第 728 號解釋理由書第 [2] 段：「系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」。

女平等原則」等相互衝突的憲法原則，相互折衝之結果，與一般典型之性別（男女）歧視規定有別。質言之，系爭規定之憲法疑義在於：國家制定祭祀公業條例時是否已克盡性別（男女）平等的保護義務，亦即，系爭規定之爭點乃國家是否「保護不足」，而非國家是否「侵害／限制過度」。另，系爭規定並未明文禁止女性擔任祭祀公業派下員，所爭議者乃系爭條例施行前已存在之祭祀公業，「依規約定其派下員」，有無「間接歧視」或稱「隱性歧視」（詳後「貳、二、2.」）的問題。⁷⁴

3. 平等權指標解釋攬要 – 按禁止分類整理

為方便下文討論，茲將具有代表性的大法官平等權指標解釋（leading interpretations），依照憲法第七條所例示列舉的「禁止分類」順序，並參酌前述比較憲法例的「禁止分類」，摘要整理如下：

3.1 男女（性別）

- 釋字 365：民法第 1089 條父權優先，違憲。
- 釋字 457：行政院國軍退除役官兵輔導委員會各農場有眷場員就醫、就養或死亡缺後房舍土地處理要點第 4 條僅限男性繼承，違憲。
- 釋字 490：立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，而於兵役法第 1 條規定「中華民國男子依法皆有服兵役之義務」，合憲。
- 釋字 728：祭祀公業條例第 4 條規定該條例施行前依規約定派下員，合憲。
- 釋字 791：刑事訴訟法第 239 條但書對配偶撤回告訴之效力不及於相姦人，違憲。

⁷⁴ 詳見釋字第 728 號解釋_湯德宗大法官〈協同意見書〉。

- 釋字 807：勞動基準法第 49 條第 1 項禁止女工於午後 10 點至翌晨 6 點工作，違憲。

3.2 宗教

- 釋字 490：兵役法第 1 條僅課男以服兵役之義務，未設例外規定（致真摯地不參與任何形式之戰爭的宗教信仰者，亦不得免除服兵役之義務），合憲。
- 釋字 573：監督寺廟條例僅限制部分宗教處分其財產，違憲。

3.3 種族

- 釋字 719：政府採購法第 98 條規定得標廠商須進用一定比例之原住民員工，合憲。

3.4 「階級」（可變的社會性區分？）

- 釋字 290：公職人員選舉罷免法關於候選人學、經歷之規定，合憲。
- 釋字 354：戰士授田憑據處理條例僅限在台退除役無職軍官領取補償金，合憲。
- 釋字 455：行政院函釋前任公務員而後服兵役者，得併計服役年資，違憲。
- 釋字 596：勞動基準法未（如公務人員退休法）規定退休金權利不得扣押、讓與或供擔保，合憲。
- 釋字 614：公務人員退休法細則對公營事業人員轉任公務人員年資併計規定，與政務、教育、軍職人員轉任者不同，合憲。

3.5 黨派

- 釋字 340：公職人員選舉罷免法第 38 條地 2 項規定無政黨推薦

之候選人須繳納較高額保證金，違憲。

- 釋字 468：總統副總統選舉罷免法第 23 條規定獨立參選人須繳交連署保證金，合憲。

3.6 其他（非屬第七條例示列舉之分類）

A. 原籍（出生地）

- 釋字 618：兩岸關係條例第 21 條限制原設籍大陸地區人民擔任公職之規定，合憲。
- 釋字 547：中醫師檢覈辦法規定華僑中醫師回國執業時應補行筆試，合憲。

B. 殘障（身心障礙）

- 釋字 626：警大碩士班招生簡章拒絕色盲者報考，合憲。
- 釋字 649：身心障礙者保護法第 34 條規定非視障者不得從事按摩業，違憲。

C. 性傾向

- 釋字 748：民法未規定相同性別二人得成立「親密性、排他性之永久結合關係」，違憲。

D. 年齡

- 釋字 694：所得稅法限制扶養未滿 20 歲或年滿 60 歲之無謀生能力人始得減稅，違憲。
- 釋字 781, 782, 783：軍、公、教年改法（第 34 條, 第 77 條, 第 77 條）限制退伍（休）人員再任職私立大學，且所得逾一定金額者應停止領受退休俸或贍養金之規定，違憲。

E. 意見

- 釋字 727：國軍老舊眷村改建條例第 22 條對不同意改建戶得逕行註銷居住憑證及權益之規定，合憲。

F. 財富

- 釋字 701：所得稅法第 17 條限制僅給付予法定醫療院所之費用，始得列舉扣除之規定，違憲。

G. 婚姻狀況

- 釋字 647：遺贈稅法第 20 條規定配偶相互贈與財產免徵贈與稅，合憲。
- 釋字 696：所得稅法第 15 條規定夫妻非薪資所得強制合併申報計算，違憲。
- 釋字 791：刑事訴訟法第 239 條但書（「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤告訴者，其效力不及於相姦人」），違憲。

關於憲法第七條之例示「列舉」分類及其他（未列舉之）「類似」分類，猶需補充說明幾點：

一、關於「種族」平等的解釋案，迄今僅有釋字第 719 號解釋一件。惟，該解釋係關於原住民的「積極平權措施」（affirmative action），乃占居台灣人口絕大多數的漢人，為保障極少數（約 2%）的原住民之就業機會，所制定之「優惠」規定。其與典型的平等權案件輒為社會之「多數」群體涉嫌對社會之「少數」（或弱勢）群體，以加諸「不利益」，或拒絕給予「利益」為手段，而施予壓迫之情形，具有本質上之不同，不宜混為一談（詳見下文「參、一、」之討論）。

二、我中國自秦代以降，基本上已無世襲的貴族階級，也沒有如印度那樣的種姓制度（caste），是憲法第 7 條所稱「階級」究何所指，實堪疑問。⁷⁵ 經查將「階級」納入「禁止分類」乃 1946 年 1 月於重慶召開「政治協商會議」時，共產黨代表之主張，意指「農民」（相對於地主）及「勞工」（相對於雇主或資本家）應免於遭受歧視。⁷⁶ 惟農

⁷⁵ 有謂：「我國憲法有關階級平等之規定，信屬內容空虛，而為憲法上之贅文」，參見曾繁康，《比較憲法》，頁 57（民 61 年 2 月，增訂三印）。

⁷⁶ 參見雷震，《中華民國制憲史—政治協商會議憲法草案》，頁 134（2010 年 4 月）。

民與勞工僅是一種流動（可變）的職業別，充其量只能說是經濟上相對弱勢的職業，而非「世襲罔替」的固定身分。⁷⁷ 本此理解，**憲法第7條所稱「階級」實屬贅文**；是前揭 3.4 小標題爰將「階級」二字打上引號。究「階級」之所以可議，乃因其為「固定」之身分，猶如其他「難以改變之個人特徵」（immutable personal characteristics），致以「階級」為基礎的分類對於當事人而言顯失公平，從而應提高其審查基準，從嚴檢視其合憲性。

惟如欲憲法規範能與時俱進，尤其是為保留涵容「反階層、反宰制、反從屬」（agaist hierarchy, against dominance, anti-subordination）之實質平等觀⁷⁸的可能性，「階級」允宜從寬理解為「**可變的社會性區分**」（mutable/changable social distinctions），並維持為一「**開放性的規定**」（an open-ended text）—即不限於制憲者原初所理解的「農民」與「勞工」，而泛指各種經濟的、社會的與政治的階層（economic, social and political hierarchies）。惟從寬解釋後，因「**可變的社會性區分**」未必均屬「**可疑**」之分類⁷⁹，前揭 3.4 項下所列指標解釋多為「合憲」即不難理解。因本文主張之「從寬解釋」要非通說，為避免誤會，前揭小標題爰將「可變的社會性區分」等語置於括弧中，並加上問號。

三、將「黨派」列入「禁止分類」，殆亦我國憲法所僅見。除與我國行憲前之特殊政治背景（乃「以黨治國」之訓政時期）有關外，⁸⁰ 近日執政黨以「轉型正義」之名，制定專法（政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例）針對特定政黨之財產進行清算，顯示「政黨平等」

⁷⁷ 不同意見參見薩孟武，《中華民國憲法新論》，頁 85（1988 年 3 月，七版）（「身分與階級不同。階級是經濟上的差別，身分是法律上的制度；身分是固定的，階級可以轉變」）。

⁷⁸ 參見後述「壹、三、1、1.2、（4）」之說明。

⁷⁹ 參見後述「貳、三、1」之說明。

⁸⁰ 參見雷震，前揭（註 76）書，頁 135（「『黨派』二字，是國民黨以外的黨派……，都要求加入的，由於他們在國民黨統治時期，曾受過國民黨種種壓迫」）。

於我國仍具有重要意義。⁸¹ 通說⁸² 以為，所謂「黨派」平等兼指：「政黨平等」與「黨員平等」。政黨平等指「黨、國分離」原則，⁸³ 任何政黨不得享有特權或優待，亦不因而受歧視或壓迫，以確保政黨間之平等。黨員平等指任何人不因其政黨之隸屬，而享受特權或遭受歧視，以確保黨員與非黨員之平等。蓋憲法保障人民之結社自由⁸⁴，原包括「參加」與「不參加」政黨之自由；人民自不應因其政黨之隸屬（含有無及為何），而受到差別待遇。

大法官釋字第 721 號解釋就憲法增修條文有關在「單一選區兩票制」（即單一選區制與比例代表制混合之兩票制）下，政黨比例代表（34 席）限由獲得百分之五以上「政黨選舉票」之政黨，依得票比率分配的規定，是否違反「政黨平等」原則，釋示：「系爭憲法增修規定二關於百分之五之政黨門檻規定部分，雖可能使政黨所得選票與獲得分配席次之百分比有一定差距，而有選票不等值之現象。惟其目的在避免小黨林立，政黨體系零碎化，影響國會議事運作之效率，妨礙行政立法互動關係之順暢，何況觀之近年立法委員政黨比例代表部分選舉結果，並未完全剝奪兩大黨以外政黨獲選之可能性，是系爭憲法增修規定二有關政黨門檻規定部分，既無損於民主共和國與國民主權基本原則之實現，而未變動選舉權及平等權之核心內涵，即應屬修憲機關得衡情度勢，斟酌損益之範疇，自未違反上開自由民主憲政秩

⁸¹ 參見湯德宗，〈再審黨產條例—兼論釋字第 793 號解釋〉，輯於《黨產條例：釋字 793 號解釋之評析》，頁 1~76（台灣行政法學會，2021 年 7 月）；董保城，〈轉型正義／黨產條例／法治國原則〉（元照，2019 年 10 月）。

⁸² 參見劉慶瑞，〈中華民國憲法要義〉，頁 54~55（民 79 年 11 月）；林紀東，前揭（註 18）書，頁 100（1978 年 11 月，三版）；薩孟武，前揭（註 77）書，頁 86；吳庚 & 陳淳文，前揭（註 9）書，頁 163~167；法治斌 & 董保城，前揭（註 9）書，頁 351~352。

⁸³ 參見大法官釋字第 5 號解釋（「行憲後各政黨辦理黨務人員，不能認為刑法上所稱之公務員」）及第 7 號解釋（「行憲後各政黨、各級黨部之書記長，不得認為公務員」）。

⁸⁴ 參見大法官釋字第 479 號解釋理由書第 [1] 段：「憲法第十四條結社自由之規定，乃在使人民利用結社之形式以形成共同意志，追求共同理念，進而實現共同目標，為人民應享之基本權利。結社自由不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社、參與或不參與結社團體之組成與相關事務，並保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續、命名及與結社相關活動之推展免於受不法之限制」。

序」。上開釋示並未提高審查基準，想係因所涉乃「憲法增修條文」（而非法律或命令）是否違憲的問題，而首創就憲法增修條文進行違憲審查的釋字第 499 號解釋即係採取「低標」審查，略謂：修憲機關關於**修憲之程序**「如有**重大明顯瑕疵**，即不生其應有之效力。所謂**明顯**，係指事實不待調查即可認定；所謂**重大**，就議事程序而言則指瑕疵之存在已喪失其程序之正當性，而違反修憲條文成立或效力之基本規範」⁸⁵；又，「國民大會代表第四屆起依比例代表方式選出，並以立法委員選舉各政黨所推薦及獨立參選之候選人得票之比例分配當選名額，係以性質不同、職掌互異之立法委員選舉計票結果，分配國民大會代表之議席，依此種方式產生之國民大會代表，本身既未經選舉程序，僅屬各黨派按其在立法院席次比例指派之代表，與憲法第二十五條國民大會代表全國國民行使政權之意旨，兩不相容，**明顯構成規範衝突**。若此等代表仍得行使憲法增修條文第一條以具有民選代表身分為前提之各項職權，將牴觸民主憲政之基本原則，是增修條文有關修改國民大會代表產生方式之規定，與自由民主之憲政秩序自屬有違」⁸⁶。

大法官釋字第 340 號解釋（釋示選罷法規定**無政黨推薦**之候選人須繳納較高額保證金，違憲）與釋字第 468 號解釋（釋示總統選罷法規定**獨立參選人**須繳交連署保證金，合憲）均涉及「黨員平等」，惟兩者審查之結論相反，何故？釋字第 340 號解釋釋示：系爭規定「無異使無政黨推薦之候選人，須繳納較高額之保證金，形成不合理之差別待遇，與憲法第七條之意旨有違，應不再適用」，顯示大法官認定系爭規定係以「政黨」為基礎，而實施之差別待遇，故而（實際）提高審查基準，並獲致違憲的結論。釋字第 468 號解釋涉及其時總統副總統選舉罷免法第 23 條第 1 項及第 4 項規定：無政黨推薦而擬依連署

⁸⁵ 參見釋字第 499 號解釋理由書第 1 段。

⁸⁶ 參見釋字第 499 號解釋理由書第 3 段。

方式，申請登記為總統、副總統候選人者，須繳交連署保證金新台幣一百萬元；如於法定期間（45日）內，所獲連署人數未達規定人數（最近一次中央民意代表選舉選舉人總數百分之一點五）之半數者，連署保證金不予發還，是否違反「黨員平等」的疑義。大法官以系爭規定係「防止人民任意參與總統、副總統之候選，耗費社會資源，在合理範圍內所為適當之規範」為由，判定其與憲法平等權尚無違背。然，該解釋既未以其同時涉及「政黨平等」，⁸⁷而提高審查基準（如同前述釋字第340號解釋）；亦未指謫「繳交連署保證金」之手段，與「選舉」之事物本質（選賢舉能、反映民意）幾無關聯（蓋有錢能繳交連署保證金者，未必較能代表民意）；更未注意「被選舉權」（參政權之一種）於民主社會具有根本之重要性（故而妨礙參政權之平等對待者，理應接受「較為嚴格」、甚或「嚴格」之審查），竟遽為合憲之宣告，實值商榷。

四、至於（3.6）「其他」一欄，乃用以統稱憲法第7條所未例示列舉的各種「類似（例示列舉之）分類」。例如：釋字第618號解釋涉及兩岸關係條例第21條限制原設籍大陸地區之人民，須在台灣地區設有戶籍滿10年，才能擔任公務人員的規定，乃以「原籍」（出生地）所為之分類。按「原籍」（出生地）乃「難以改變之個人特徵」，故而屬於「可疑分類」（詳後貳、三、1.），且系爭差別待遇影響「應考試服公職」權（廣義的「參政權」），亦屬「根本／重要基本權」（詳後貳、三、2.），故本件原應提高審查基準；惟大法官以兩岸關係條例係依據憲法增修條文而制定之特別法，且公務人員行使公權力關乎國家安全、人民信賴，而原設籍大陸地區之人民對自由民主憲政體制認識與台灣地區人民猶有差異等為由，並未提高審查基準，遂獲致「合

⁸⁷ 釋字第468號解釋似未注意系爭規定區分「政黨推薦」與「無政黨推薦」（所謂「無黨籍參選」）之總統參選人，亦為基於「黨派」而為之差別待遇，而應以確保「黨派平等」為由，提高審查基準。參見廖元豪，〈參選門檻之「以價制量」——大法官釋字第四六八號解釋之評論〉，載《月旦法學雜誌》，44期，頁117以下（1999年1月）。

憲」的結論。

相較之下，釋字 547 號解釋釋示：中醫師檢覈辦法規定華僑中醫師回國執業應補行筆試，與憲法保障平等權之意旨尚屬無違，似無爭議。蓋「華僑申請中醫師檢覈，其未回國參加面試者，於審查證件合格後，即發給『僑』字中醫師考試及格證書及『僑中』字中醫師證書……惟……其既未依中醫師檢覈辦法回國參加面試或筆試，即不得主張取得與參加面試或筆試及格者所得享有在國內執行中醫師業務之權利，否則反而造成得以規避面試或筆試而取得回國執行中醫師業務之資格，導致實質上之不平等。是上開中醫師檢覈辦法將中醫師檢覈分成兩種類別而異其規定，並未違背憲法平等原則及本院歷來解釋之旨意」⁸⁸。

又，釋字第 626 號解釋與釋字第 649 號解釋均涉及以「殘障」為基礎所為之分類。前者釋示警官學校招生簡章限制「色盲不得報考」之規定為合憲；後者釋示身心障礙者保護法限制「非視障者（盲人）不得從事按摩業」之規定為違憲。雖兩件解釋均認為「殘障」（色盲與視障）屬於「難以改變之屬人特徵」，而提高審查基準（至「中標」）；然兩件解釋之審查結論相反一釋字第 626 號解釋為「合憲」，釋字第 649 號解釋為「違憲」，不免令人困惑。我以為，兩件解釋所涉平等權爭議之性質迥異（釋字 626 為社會上之多數涉嫌欺凌少數之典型的殘障歧視，釋字 649 則為社會上之多數為保障少數之殘障人士而採取之積極平權措施），原應分別而論，原不應期待獲致相同的審查結果。其實，釋字第 626 號解釋的問題主要出在審查基準的「操作」上一限制色盲不得報考警官學校之「手段」，與當局宣稱所欲達成之「目的」間，是否具有「實質關聯」的判斷不無商榷；而釋字第 649 號解釋的問題主要是出在大法官關於「積極平權措施」的違憲審查容有根本的誤解（詳見下文「參、三、」之辨正）。

⁸⁸ 參見釋字第 547 號解釋解釋文第 [3] 段。

至於以「性傾向」為基礎的差別待遇，可以釋字第 748 號解釋（同婚案）為代表。⁸⁹ 此外，隨著高齡化社會的到來，以及各種年金改革法削減各種退休金，並進而限制退休後之就業，年齡歧視問題乃日形尖銳。釋字第 694 號解釋涉及所得稅法規定，須扶養「20 歲以下或 60 歲以上」之無謀生能力之親屬，才能享有報稅的減免額。然，扶養「21 歲至 59 歲的無謀生能力人」的親屬之納稅義務人，何以就不該享有減免？如此以年齡為基礎而實施差別待遇實施的結果，21 歲至 59 歲的（壯年）無謀生能力人該指望誰來扶養？國家嗎？可能嗎？！釋字第 781 號至第 783 號解釋分別涉及軍、公、教三個年改法中之各項爭議；其中關於限制退休軍、公、教人員再任「私立大學職務」，且收入超過法定金額（俗稱「天花板」）者，須停領退休俸或贍養金之規定，大法官認定係屬「年齡歧視」（退休人員基本上是具有年紀的老人）而違憲。⁹⁰ 釋字第 727 號解釋釋示眷改條例對於持「不同意改建」意見的眷戶，得逕行註銷居住憑證等權益的規定為合憲，係以所持「意見」（是否贊成改建）為基礎而實施之差別待遇，已如前述。釋字第 701 號解釋釋示限制長照花費僅於醫療院所支出者才能扣稅的規定違憲，涉及以「財富」為基礎之分類，蓋現時醫院長照病床一位難求的情形下，能使用醫院長照者實際幾乎全是有錢人；沒有錢的人因為無法住進醫院長照，其長照支出便無法享受系爭規定之租稅減免。另，本案並牽涉「生存權」的問題。⁹¹

最後，「婚姻狀況」（marital status）之平等指個人不應因其為「已婚」或「未婚」（含婚姻以外之各種形式的同居），而在法律上受有差別待遇。大法官釋字第 647 號解釋釋示：遺產及贈與稅法第 20 條「配

⁸⁹ 詳見湯德宗，〈司法院大法官釋字第 748 號解釋解析〉，載《法治流變及制度構建—兩岸法律四十年之發展》（孔傑榮教授九秩誕辰祝壽文集），頁 200-229（元照，2019 年 6 月）。

⁹⁰ 詳見釋字第 781 號解釋_湯德宗大法官〈部分不同意見書〉；釋字第 782 號解釋_湯德宗大法官提〈部分不同意見書〉。作者迴避釋字第 783 號解釋之審理。

⁹¹ 詳見釋字第 701 號解釋_湯德宗大法官〈部分協同暨部分不同意見書〉。

偶相互贈與財產，免徵贈與稅」之規定，合憲；釋字第 696 號解釋釋示：所得稅法第 15 條夫妻非薪資所得強制合併計算申報之規定，致（較之分別申報課稅）加重夫妻經濟負擔之部分，形同對婚姻之懲罰，違憲。這兩件解釋均肯認「已婚者」得享有較「未婚者」更優惠之待遇，應如何理解？按「婚姻狀態」並非第七條所（例示）列舉的分類事由，且其是否屬於嚴格意義之「難以改變之個人特徵」亦有爭議，是以「婚姻狀態」為基礎而實施之差別待遇，尚非原則上應提高審查基準之情形。惟，各國憲法為鼓勵結婚、保障婚姻制度，輒設有「特別規定」，例如德國基本法第 6 條第 1 項規定：「婚姻與家庭應受國家法治序之特別保護」⁹²；通說以為：所謂「特別保護」係指國家對婚姻與家庭所提供之保護，不得低於基本法第 3 條第 1 項（一般平等權規定）所提供之保護。⁹³我國憲法雖無類似德國基本法第 6 條第 1 項之「特別規定」，然大法官解釋屢申：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」（參照釋字第 362 號、第 552 號、第 554 號等解釋）。所謂「受憲法制度性保障」是否具有相當於德國「特別保護」之功能？

釋字第 647 號解釋釋示：系爭「遺產及贈與稅法第二十條第一項第六款規定，配偶相互贈與之財產不計入贈與總額，乃係對有法律上婚姻關係之配偶間相互贈與，免徵贈與稅之規定。至因欠缺婚姻之法定要件，而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶未能享有相同之待遇，係因首揭規定為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與憲法第七條之平等原則有違」。本件大法官顯然採取「低標」（合理審查基準）審查，並明白肯認：立法者為維護婚姻制度，得限制僅於具有法律上婚姻關係之配偶間，所為之相互贈與，始得免徵贈與稅。釋字第 696 號解釋理由書更釋示：「按

⁹² Art. 6, Abs. 1, GG: "Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung."

⁹³ 參見李惠宗譯（Juliane Kokott 著），前揭（註 34）書，頁 168。

婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障……。如因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨，故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則」。本解釋不僅首次釋示：違反「憲法保障婚姻與家庭制度之本旨」而為之差別待遇，應提高其違憲審查基準（至「中標」），且藉由提高審查基準使得「婚姻與家庭受憲法制度性保障」一詞，承擔起類似德國「特別保護」之功能！

惟近日釋字第 791 號解釋先以違反「比例原則」（尤其違反「採取手段所致損害，與所欲目的所致利益，顯失均衡」之「狹義比例性」原則）為由，宣告刑法第 239 條⁹⁴「通姦罪」規定違憲（是即「通姦除罪化」），並變更釋字第 554 號解釋；繼又以違反「平等權」為由，宣告刑事訴訟法第 239 條但書⁹⁵規定違憲。通篇強調「隨著社會自由化與多元化之發展……婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化」，而不再談婚姻與家庭制度應「受憲法制度性保障」或（如德國基本法所謂）「受國家法治序之特別保護」。關於該號解釋之論理評析，詳見本文後述「貳、三、3.」（體系正義）與「貳、二、2.」（間接歧視）之說明。

就上述各種「類似分類」，大法官原則上似未提高審查基準。是否提高審查基準，除了各該「類似分類」是否「可疑」，或是否涉及「根本的基本權」外，是否還有其他考量因素，後續解釋發展值得注意。

三、權利客體（平等權指涉之內涵）

⁹⁴ 刑法第 239 條：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」

⁹⁵ 刑事訴訟法第 239 條：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」

如前所述，憲法第七條保障中華民國人民（權利主體）得向國家（權利之相對人）主張：不得以男女、宗教、種族、階級、黨派等事由為基礎，實行差別待遇，而侵害其「在法律上一律平等」的地位。所謂「在法律上一律平等」，事涉平等權所保障的「權利客體」（權利內涵），堪稱平等權保障之核心。⁹⁶ 關於「在法律上一律平等」之詮釋，至少涉及以下幾個爭議問題：

1. 形式平等或實質平等？

1.1 「在法律上一律平等」 = 「實質平等」？

大法官一向以為：憲法第七條所稱「在法律上一律平等」係指「實質平等」，而非「形式平等」。⁹⁷ 翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋所提出的〈協同意見書〉可為代表：

「按平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，此迭經本院大法官解釋所肯定（參見釋字第二一一號、第三四一號、第四一二號），故法律或相關機關就個別案件事實上之差異及立法之目的，作合理之不同處理，並不違背憲法之意旨。至於應如何判斷此差別待遇是否『合理』，乃為違憲審查之難題所在」。（粗體字為作者所標示）

對於「在法律上一律平等」即指「實質平等」一節，最先提出質疑的是林子儀大法官在釋字第 571 號解釋所提出之〈協同意見書〉。其小註 6 有謂：

「本院解釋襲用已久之『形式平等』(formal equality) 與『實

⁹⁶ 關於平等權意涵之各種觀察，See Susanne Baer, *Equality*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 982, at 986-993 (M. Resenfeld & A. Sajó eds., 2012).

⁹⁷ 相關大法官解釋之整理，參見李建良，〈憲政主義與人權理論的移植與深耕—兼從形式平等與實質平等的語辨闡析比較憲法學方法論的諸課題〉，輯於李建良主編，《憲法解釋之理論與實務 第九輯：憲政主義與人權理論的移植與深耕》，頁 1 以下，頁 100-103「附錄一」（中研院法研所，2017 年 4 月）。

質平等』(substantive equality) 用語，係以「是否允許差別待遇存在」而為區分。其中本院所稱之「絕對、機械形式平等」，意指「不容許任何差別待遇」，亦即要求絕對的相同待遇；至於本院所稱之「法律地位之實質平等」則指「容許差別待遇」，亦即「容許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定」（釋字第一七九號解釋理由書參照）。換言之，本院習稱之「實質平等」，其與「等者等之，不等者不等之」(People who are similarly situated should be treated similarly, and people who are not similarly situated should not be treated similarly) 平等公式思考如出一轍。……然而單憑「等者等之，不等者不等之」公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，「等者等之」公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂「實質平等」之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種「形式平等」。……實質平等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念，然而其具體內容學說理論爭論已久，尚難有共識。……」（粗體字為作者所標示）

即便林氏能夠證立其論述之「預設前提」⁹⁸—我國大法官解釋中所謂「形式平等」即指英文的“formal equality”，且所謂「實質平等」即指英文的“substantive equality”。前揭引文之質疑仍值商榷，析言之：

⁹⁸ 參見李建良，前揭（註97）文，頁80（林氏「未經說理與論證之下，即直接當然地將『形式平等』與『實質平等』與英文“formal equality”與“substantive equality”對應等同，並作為問題分析與批判的前提，而未慮及此一前提本身是否成立及其內涵的界定，此為問題癥結與盲點之所在」）。

首先，林氏以「『不容許任何差別待遇』，亦即要求絕對的相同待遇」，詮釋大法官所謂「絕對的、機械的形式平等」一節，要屬表象之觀察，猶未鞭辟入裡。蓋「形式平等」之所以為「形式」平等，乃因其僅由事物之「表象」觀察、判斷系爭兩事物是否相同；並堅持「等者，等之」的原則（“the principle of treating likes alike”）⁹⁹，認為「相同之事物，應為相同之對待」，致「表象相同」的事物，即不容許為差別對待。形式平等說之代表作莫如美國聯邦最高法院 1896 年 *Plessy v. Ferguson* 案¹⁰⁰。該案多數大法官以「隔離但平等」（“separate but equal”）為由，宣告路易士安納州（Louisiana State）分別車廂法（Separate Car Act）關於鐵道公司「應提供不同的車廂，給予白人及黑人平等但隔離的膳宿（equal but separate accommodations）」之規定為「合憲」。另，加拿大最高法院 1979 年 *Bliss v. Attorney General of Canada* 案¹⁰¹，以系爭法律對所有懷孕婦女皆拒絕支付保險金為由，宣告「失業保險法」（Unemployment Insurance Act）拒絕對於因懷孕而失業的婦女支付保險金之規定為「合憲」，亦為著例。然，誠如加拿大最高法院大法官 McIntyre 於前揭 *Andrews* 案所為之批評：形式平等（說）因全然未考慮系爭法律的性質（the nature of the law），而僅依規定之字義而為適用，故其亦可用來證立納粹政權歧視猶太人的法律及前述美國 *Plessy v. Ferguson* 案歧視黑人的判決為正當。¹⁰² 或許正因為拘泥於「形式」的觀察，林氏乃謂：「形式平等」與「實質平等」之區別在於「是否允許差別待遇存在」。惟細繹「形式平等」與「實質平等」之區別，實在於「是否允許『合理的』的差別待遇存在」。是前引翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出的〈協同意見書〉之末句乃謂：「至

⁹⁹ 「等者，等之」的原則可上溯自亞里斯多德。Aristotle, 3 ETHICA NICOMACHEA 112-117, 1131a-1131b (ACKRILL, J. L. & URMSON J. O. EDS.), W. Ross translation (Oxford University Press, 1980).

¹⁰⁰ 163 U.S. 537 (1896).

¹⁰¹ [1979] 1 S.C.R. 183.

¹⁰² [1989] 1 S.C.R. 143, 166.

於應如何判斷此差別待遇是否『合理』，乃為違憲審查之難題所在」。亦即，差別待遇是否「合理」，非由「實質」觀點，無以回答。

其次，林氏以為大法官所謂之「實質平等」，就是「等者等之，不等者不等之」（若以算式表示，即「實質平等」=「等者等之，不等者不等之」），固甚正確。¹⁰³ 惟其進而質疑：「等者等之，不等者不等之」公式本身並不帶有任何實質價值，可據以指引吾人進行價值判斷，故而大法官所謂的「實質平等」實際上也屬於一種「形式平等」，則恐有誤解。蓋「等者等之，不等者不等之」本身固未提示判斷系爭差別待遇是否「合理」的價值判準，然舉凡大法官以「等者等之，不等者不等之」為由（名），作成平等權解釋案時，實際上必然經過價值判斷（否則數以百計的大法官平等權解釋豈皆恣意之作！）因此，「等者等之，不等者不等之」作為一種平等公式，其問題與其說是「欠缺」實質價值指引，不如說是大法官在運用該公式作成解釋時，往往因論證含糊其詞，「隱匿」了其中的價值判斷，致令讀者難以理解，遑論預測解釋之結論！是「實質平等=等者等之，不等者不等之」作為一種敘述（或公式），其問題主要並非大法官的「認知錯誤」或「用語失當」，而是大法官解釋的「操作偏差」一未能翔實說明作成各該解釋的價值判斷所致。¹⁰⁴

再次，英文論著中固常見以欠缺「實質價值導引」，而批評「形式平等」（formal equality）之不當者；¹⁰⁵ 然林氏亦自認知：「實質平

¹⁰³ 嗣釋字第 593 號解釋（亦在林氏大法官任內所作成）進一步釋示：「按等等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵」。

¹⁰⁴ 類似意見，參見李建良，前揭（註 97）文，頁 95-96（「司法院關於平等的解釋，真正問題不在解釋用錯了概念，而在於大法官解釋的毫無章法，外加只有結論，沒有理由……問題根本不在「形式平等」或「實質平等」等概念用語的取捨，而在於如何建立一套形式嚴謹、實質有據的審查步驟與思維方法……平等原則的問題不在有無『實質價值』，而在於平等審查的結果（不問合憲與否）有無『實質理由』」）。

¹⁰⁵ See, e.g., P. POLYVIU, THE EQUAL PROTECTION OF THE LAWS 7-8 (1980); CATHARINE A. MACKINNON, SEX EQUALITY 4-12 (2d ed. 2007). 德國憲法學說與實務並無相當於「實質平等」(substantive equality) 的概念用語，而僅有"formale Gleichheit"（形式上平等）、"rechtliche Gleichheit"（法律上平等）與"faktische Gleichheit"（事實上平等）等三種基本分類，詳見李建良，前揭（註 97）文，頁 81-83。

等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念，然而其具體內容學說理論爭論已久，尚難有共識」。在何謂「實質平等」迄未有普遍接受之定義，亦未有公認之價值指引（判準）可據以判斷是否合於「實質平等」的情形下，要求或期待大法官放棄沿用多年的「等者等之，不等者不等之」公式，未免不切實際？！

最後，亦最關鍵者，我以為「等者等之，不等者不等之」與「實質平等」（觀），實際上並非截然對立，有你無我！按「平等」既是個相對且比較的概念（a relational and comparative concept）¹⁰⁶，則「等者等之，不等者不等之」的公式本身並非錯誤；¹⁰⁷問題毋寧在於如何「正確適用」該公式。質言之，大法官在運用（操作）「等者等之，不等者不等之」公式時，應該有意識地從道德與政治的觀點（而非僅從形式邏輯的觀點），選擇並揭示「判準」（criteria，不限於單一判準），據以評價系爭兩事物是否為相同（或不同），從而決定應給予相同（或不同）的待遇，並應將其論理如實地呈現於理由書中。準此理解，大法官今後只需多從「實質」觀點，將系爭差別待遇所欲追求之「目的」（purpose）及其所涉之具體「社會情境」（social context）納入考量，以判斷待決事物是否相同（或不同），則「等者等之，不等者不等之」的公式即可順利涵容（至少某些）實質平等觀！

1.2 實質平等觀

關於「實質平等」觀，目前最有力的學說當推 Sandra Fredman 教授所倡議的「四個面向的實質平等說」（a four-dimensional approach to substantive equality）。她主張「實質平等」應打破傳統單一平等概

加拿大學界關於「形式平等」與「實質平等」之區別亦有爭論，see P. Hughes, *Recognizing Substantive Equality as a Foundational Principle?*, 22 DAL. L.J. 5 (1999); D. Greschner, *Does Law Advance the Cause of Equity?*, 27 QUEEN'S L. J. 299 (2001).

¹⁰⁶ *Andrews*, supra note 39, at 164; Catharine A. MacKinnon, *Substantive Equality: A Perspective*, 96 MINN. L. REV. 1, at 13. 並參見本文後述「貳、二、1。」之討論。

¹⁰⁷ See PETER W. HOGG, supra note 39, at 617.

念（原則）的思維框架，而代之以四個面向的整合分析：¹⁰⁸

1) **認知**（equality as recognition）：為促進「遭到邊緣化暨不利對待之個人」（marginalized and disadvantaged individuals）的平等權，**必須確認加諸於彼等之「刻板印象、偏見及暴力」（stereotypes, prejudice and violence）**；

2) **重分配**（equality as redistribution）：須採取「積極平權措施」（affirmative actions），將現有社會資源重行分配，俾對「遭到邊緣化暨不利對待之個人」提供補償；

3) **參與**（equality as participation）：應依 John Ely 教授的理論¹⁰⁹，經由違憲審查制度，補強「遭到邊緣化暨不利對待之個人」的政治參與能力；

4) **改造**（equality as transformation）：僅平等對待「遭到邊緣化暨不利對待之個人」，尚不足以使其獲致平等，更須進一步改造對其造成不利與歧視的社會結構，使能包容差異。

據上，「實質平等」觀強調社會上某些群體之成員所以未能獲致平等的機會，乃因某些「持續性的系統性不利益」（persistent systemic disadvantages）作用的結果，故國家不僅應避免延續「系統性不利益」的行為，並應採取各種「積極平權措施」，俾使社會上「遭到不利對待及邊緣化之個人及團體」能獲致公平的結果與平等的機會」（equitable outcomes and equal opportunities for disadvantaged and marginalized people and groups in society）。¹¹⁰ 相對於「形式平等」觀，「實質平等」觀強調應由具體「情境」（含歷史的、社會的及經

¹⁰⁸ See Sandra Fredman, *Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights*, 16(2) HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 273–301 (2016); Sandra Fredman, *Substantive equality revisited*, 14(3) I • CON 712–738 (2016); SANDRA FREDMAN, *DISCRIMINATION LAW*, 25-33 (2nd ed.2011).

¹⁰⁹ See *infra* note 279.

¹¹⁰ See, “substantive equality” (available at https://en.wikipedia.org/wiki/Substantive_equality); *Kahkewistahaw First Nation v Taypotat*, 2015 SCC 30, at para. 17;

濟的脈絡），判斷、評價待決事物是否相同（尤應注意系爭規定是否「形成」或「深化」對社會特定群體成員之「系統性的不利益」），進而決定應否給予相同（或不同）之對待。實質平等觀未必要求「結果平等」（equality of results），但無不要求「機會平等」（equality of opportunity）。

至於「實質平等」所指涉的「價值指引」（判準），更是眾說紛紜。比較有力的學說包括：

（1）Michael J. Perry 教授所倡議的「道德平等」（moral equality）說¹¹¹—「國家（政府）不得以任何無關乎個人道德地位的決定因素為基礎，對任何人施予差別對待，特別是使其蒙受相對的不利益」。¹¹²其說係建立在兩個預設的前提上：一、每個人本身既皆自成「目的」（而非為他人之手段或工具），則每個人的「道德地位」（moral status），或稱「道德價值」（moral worth），即應假設為平等。亦即，沒有人應被視為較不值得尊重、關懷與獲得自我實現的機會，或者較值得（較應該）臣服於他人或接受他人之宰制。二、從社會觀點而言，應假設每個人的「道德地位」或「道德價值」將因其「行為」（activities）、「天賦」（talents）、「技能」（skills）及「需要」（needs）等因素之作用，而有所差異。按「行為」、「天賦」與「技能」乃每個社會主要賴以改善其生活處境的資源，而「需要」（無論是個人、團體乃至社會的需要）則是任何一個希望改善自身處境的社會，必須確認、排序並致力滿足的東西。褒、貶、毀、譽的作用即在鼓勵為滿足「需要」而被視為「有益」（正確、良善）的行為；或者壓抑為滿足「需要」而被視為「有害」（錯誤、邪惡）的行為。因此，凡不能指涉或顯示個人之「行為」、「天賦」、「技能」或「需要」的因素，即屬與決定個人道德地位（或道

¹¹¹ Michael J Perry, *The Principle of Equal Protection*, 32 HASTING L. J. 1133 (1981).

¹¹² "Government may not treat any person differently from any other person--in particular it may not disadvantage any person relative to any other--on the basis of any factor that is not a determinant of a person's moral status." *Id.* at 1137.

德價值)無關的因素,國家不得基於無關乎決定個人道德地位的因素,而對任何人施予差別對待。蓋倘允許國家得將某些人當成本質上不如其他人而對待(permits government to treat some persons as intrinsically inferior to other persons),則平等保護的概念即無法有效地對抗來自於國家的歧視。¹¹³

(2) Ronald Dworkin 教授所倡議的「平等關懷與尊重」(equal concern and respect)說¹¹⁴—「在平等的自由觀統治下的公民,均有要求(國家)給予平等關懷與尊重的(根本)權利」¹¹⁵。質言之,「政府(國家)對其所轄之人民,應關懷每個人身為人都能感受的痛苦與挫折,並應尊重每個人身為人都能形成並且力行關於其人生應如何度過的明智想法。政府(國家)不僅應以關懷及尊重來對待人民,並應以平等的關懷與平等的尊重來對待人民」¹¹⁶。按 Dworkin 教授最近的闡釋,所謂「平等關懷」(an equal concern)係指政府於制定各項「社會政策時應平等地看待每個人的命運」(social policy must take the fate of each individual to be equally important with the fate of any other);所謂「平等尊重」(an equal respect)係指「政府應經由容許每個人自行決定何謂好的生活,以尊重每個人的尊嚴」(government must respect the dignity of each individual by allowing each individual to determine for himself or herself what would count as a good life)。¹¹⁷至於國家(政府)如何兼顧「平等關懷」與「平等尊重」,猶如面對一道「聯立方程式」

¹¹³ *Id.*, at 1138-1141.

¹¹⁴ See RONALD DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 272-78 (1977); O'Fallon, *Adjudication and Contested Concepts: The Case of Equal Protection*, 54 N.Y.U.L. REV. 19 (1979).

¹¹⁵ "Citizens governed by the liberal conception of equality each have a [fundamental] right to equal concern and respect." *Id.*, at 273 & 275.

¹¹⁶ "Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conception of how their lives should be lived. Government must not only treat people with concern and respect, but with *equal concern and respect*." (*Italics added*) *Id.* at 272-273.

¹¹⁷ See Professor Dworkin's "Justice for Hedgehogs" lecture at Carnegie Council (December 6, 2011) (available at <https://www.carnegiecouncil.org/studio/multimedia/20111206-justice-for-hedgehogs>).

(simultaneous equation)，並非易事。¹¹⁸

(3) Owen M. Fiss 教授所倡議的「團體不利益原則」(group-disadvantaging principle)¹¹⁹—美國憲法的「平等保護條款」(Equal Protection Clause)應解為：禁止國家「加劇[延續?]某遭受特別不利對待之團體的從屬地位」(“aggravates [perpetuates?] the subordinate position of a specially disadvantaged group”)¹²⁰。氏以為美國的黑人堪稱為「遭受特別不利對待的團體」，蓋黑人具備三項特徵：一、其為一社會團體；二、該團體處於一種持續從屬的地位；三、該團體的政治權力遭到嚴重的限縮。¹²¹惟，將憲法「平等保障」條款僅解為「禁止加劇[延續?]某個遭受特別不利對待的團體之從屬地位」，恐失諸偏狹；¹²²而以「團體」(group)作為平等權的「權利主體」，則與美國的立國思想—以保障「個人」權利為核心的「自由主義」(liberalism)—捍格不入。¹²³

(4) Catharine A. MacKinnon 教授倡議的「反階層、反宰制」(against hierarchy, against dominance)說¹²⁴—所有的差別待遇(不平

¹¹⁸ 關於 Dworkin 氏「平等關懷與尊重」說的批評，See H.L.A. Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUM. L. REV. 828, 836-46 (1979); Donald H. Regan, *Glosses on Dworkin: Rights, Principles, and Policies*, 76 MICH. L. REV. 1213, 1221 n.18 (1978); C. Edwin Baker, *Neutrality, Process, and Rationality: Flawed Interpretations of Equal Protection*, 58 TAX. L. REV. 1029, 1057-58 (1980).

¹¹⁹ See Owen M. Fiss, *supra* note 16, at 107 (1976).

¹²⁰ *Id.*, at 157.

¹²¹ “[B]lacks should be viewed as having three characteristics that are relevant in the formulation of equal protection theory: (a) they are a social group; (b) the group has been in a position of perpetual subordination; and (c) the political power of the group is severely circumscribed.” *Id.*, at 154-155.

¹²² See Perry, *supra* note 111, at 1146.

¹²³ See Paul Brest, *Foreword: In Defense of The Antidiscrimination Principle*, 90 HARV. L. REV. 1, at 49-50 (1976).

¹²⁴ Catharine A. MacKinnon, *supra* note 106, at 11-15 (2011).

See also, CATHARINE A. MACKINNON, *SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN* (1979); CATHARINE A. MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED. DISCOURSES ON LIFE AND LAW* (1987); Susanne Baer, *WÜRDE ODER GLEICHHEIT? ZUR ANGEMESSENEN GRUNDRECHTLICHEN KONZEPTION VON RECHT GEGEN DISKRIMINIERUNG AM BEISPIEL SEXUELLER BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND UND DEN USA* (1995).

中文文獻參見廖元豪，前揭(註2)文，頁42-43(應將平等原則理解為，從反階級原則出發，以消弭社會層級、對抗某群體對其他群體之宰制，以及減少次等公民存在為目標，進而建立人人受平等尊重之地位。故「反階級原則」應可作為平等原則之內涵、目標)。

等），歸根究底，恆為「一種等級排序的社會關係」（a social relation of rank ordering）；該排序通常係以團體或種類為基礎，使某些人的排序低於其他人。這些在不同領域中運行的「階層」（hierarchy）界定了不平等的核心；是故，不平等乃「階層」所造成。而不平等之本質（the essence of inequality）則是一種錯誤的（因其與事實不符）且憤世嫉俗（厭惡他人）的觀念—以為某些人在「本質上」比其他人更有價值。例如，「性別」（gender）為可歸因於「性」（sex）的不平等社會制度，其核心迷思即在於誤信「性別階層乃屬天然」（gender hierarchy is natural）。然而，「性」實際上是平等的一兩性乃平等地相似，或平等地不同，且平等地凡為人者皆而有之。使得男人與女人在一個階層裡變成相對不平等的是「性別」—性的社會現實（gender, the social reality of sex）。「性別階層」是一種男性高於女性的跨國性社會制度（Gender hierarchy is the transnational social system of masculinity over femininity）；它以「男性優越、女性低劣」的謊言為基礎，得男人高於女人。¹²⁵又如，賣淫（為性而出賣人身）的社會制度是一種攸關男性宰制的性別活動（[T]he social institution of prostitution-- selling people for sex-- is a gendered activity that is fundamental to male dominance.）。賣淫將人們（多數是女人，但全都女性化）當成性使用的物體，使他（她）們淪為社會的下流，將之污名化為人渣，而制裁媒介賣淫的法律多未執行，制裁買淫（多為男人所為，且全屬男性化的行為）的法律則多付闕如。對於實質上利用他人從事性交易之人，欠缺有效的法律規範及執法，一如以刑罰處罰娼妓之典型執法，乃實質的性歧視（substantive sex discrimination）。依照「實質的性平等說」（a substantive sex equality approach），爰應將娼妓除罪化，並以刑罰嚴懲買淫者與媒介性交易

¹²⁵ MacKinnon 以為，聯合國「消除對婦女一切形式歧視公約」（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW）委員會在 1992 年決議，將「以性別為基礎的暴力行為」（gender-based violence）—指針對婦女之暴力，只因其對象為婦女，或其對婦女之影響不符比例者（violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately），列為該公約所禁止之「對婦女之歧視」，堪稱「性別歧視」上的一大進步。Catharine A. MacKinnon, *Id.*, at 17.

者。意即，應受刑事制裁者，殆皆實質上由男性所宰制的行為（a substantively male dominant behavior）；至於被買賣從事性交易者，因其實質上處於女性／臣屬的地位，無論其（實際上）為男性或女性，皆不應被起訴。

綜上，大法官歷來解釋向以「等者等之，不等者不等之」，並容許「合理的差別待遇」，來詮釋憲法第七條所謂「在法律上一律平等」乃「實質平等」，理論上並非錯誤；且「等者等之，不等者不等之」（likes alike, unlikes unlike）的公式本身並不排斥、甚且可涵容（某些）「實質平等」觀。問題殆出在大法官平等權解釋的論理往往過於簡略而晦澀，致讀者難以理解大法官究竟是基於什麼樣的判準，認定系爭分類所涉待比較之兩事物究竟是如何相同（或如何不同），從而應給予相同（或不同）的對待（待遇）。為促使大法官克盡「說理的義務」（duty to give reasons），並能將導致系爭差別待遇之「情境」因素（包括歷史的、社會的、經濟的脈絡）納入「等者」與「不等者」的思考與判斷，我以為當務之急應是確立一套能夠「促進真實說理」（facilitating authentic reasoning）的違憲審查架構（詳後「貳、四」之討論）。

末，猶需一言者，大法官相關解釋僅謂：「憲法第 7 條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等」¹²⁶，並未全盤否定「形式平等」之為用。事實上，在某些極其根本（fundamental）的事項上，例如關於人性尊嚴、投票權、權利能力等，無差別的「形式平等」乃實現「在法律上一律平等」之「實質平等」的前提。前揭憲法第 129 條規定之「選舉平等」，及由此衍生之「一人一票」法則（one man-one vote rule），即屬憲法採取「形式平等」說（等者等之），以期獲致「實質平等」的例證。各國憲法實際均不乏類似的「形式平等」規定。

¹²⁶ 參見如大法官釋字第 596 號解釋、第 666 號解釋（理由書）、第 696 號解釋（理由書）等。

2. 法律上平等或事實上平等？

憲法第 7 條所謂「在法律上一律平等」，除涉及「形式平等與實質平等」之爭議外，並涉及「法律上平等與事實上平等」的爭議；而「事實上平等」往往是「實質平等」所追求的目標。

純從字義言，所謂「在法律上一律平等」顯然是指「法律上的平等」，而非「事實上的平等」。惟，我國大法官向以「等者等之，不等者不等之」，並容許「合理的差別待遇」，來詮釋「在法律上一律平等」，並強調其為「實質平等」，而非「形式平等」，故理論上並非不能將「事實上的不平等」（*de facto inequality*）納入「等者等之，不等者不等之」的考量。我們且先看看前述各國憲法例如何理解其平等權之規範意涵。

2.1 美國憲法所謂「法律之平等保護」殆即「反歧視原則」

美國憲法增修條文第 14 條（the Fourteenth Amendment）僅規定「各州不得……否定轄區內任何人在法律上獲得平等保護的權利」（“[n]o State shall... deny to any person... the *equal protection of the laws*.”）。所謂「法律之平等保護」（“equal protection of the laws”）一詞，通說以為即指「等者，等之」（“individuals in similar situations be treated equally by the law.”）而言。¹²⁷ 且最初僅指「執法」（law enforcement，即法律之適用與執行）的平等，¹²⁸ 而後始擴及「立法」（內容）之平等；1970 年代以後因「積極平權措施」（affirmative actions）爭論的焦點，許多學者乃主張應更擴及「事實上平等」，但法院基本上仍堅持「法律之平等保護」僅指（廣義的）「法律上平等」。¹²⁹

¹²⁷ See, e.g., Marie Failinger, “Equal Protection of the laws”, in DAVID ANDREW SCHULTZ (ED.), THE ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW 152-53 (2009).

¹²⁸ See, e.g., Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886) (San Francisco Board of Supervisors 有系統地拒絕發給 200 名華裔美國人洗衣店執照，僅因申請人為華裔，乃歧視性執法，有違平等保障條款)。

¹²⁹ 參見廖元豪，前揭（註 2）文，頁 11-16。

Paul Brest 教授以為，綜觀美國實務關於「法律之平等保護」(equal protection of the laws) 之解釋，可將之歸納為「反歧視的原則」(anti-discrimination principle)¹³⁰。其核心厥為：「禁止以種族為基礎，作成不利於少數族群成員之決定」(prohibitions of race-dependent decisions that disadvantage the members of minority groups)；並可依此類推為：禁止以「外國人身份」(alienage)、「非婚生子女身份」(illegitimacy) 及「性別」(sex) 等人別特徵為基礎，作成不利於少數族群成員之決定。¹³¹ 反歧視原則之基本原理 (rationales) 在於防止 (於作成以種族為基礎之決定的過程中所存在的) 某些程序瑕疵 (certain defects in the process by which race-dependent decisions are made) 及 (以種族為基礎之決定所產生的) 某些有害結果 (certain harmful results of race-dependent decisions)。

所謂「程序瑕疵」係指「避免不合理且不公平的加害」(to prevent both irrational and unfair infliction of injury)。蓋以種族為基礎之決定，就其反映著「某個種族成員的價值不如其他人」或「種族團體 [道德] 價值不等」的預設 (the assumption that members of one race are less worthy than other people, or assumptions of the differential [moral] worth of racial groups) 而言，乃「不合理」之決定。與「種族價值不等」之假設相關者，厥為「因種族而選擇性同情與漠視」的現象 (the phenomenon of racially selective sympathy and indifference) 一使人不自覺地「未能」對其他種族成員一視同仁 (給予與其自身種族成員同等的人性承認、同情及關懷)。反映「因種族而選擇性同情與漠視」之現象的決定，也是不合理的，因為在相同條件下，決策者不會對多數種族成員作出該項不利的決定！¹³²

¹³⁰ Paul Brest, *supra* note 123. See also Charles Fried, *Comment, Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Two Concepts of Equality*, 104 HARV. L. REV. 107 (1990).

¹³¹ Paul Brest, *supra* note 123, at 2 & 5.

¹³² See, e.g., *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) (J. Marshall, concurring: 多數人容忍死刑，乃因實際上

所謂「有害的結果」係指：基於「種族價值不等」之假設及「因種族而選擇性同情與漠視」之現象，而作成的決定，因其將被害人「污名化」為低人一等，而造成彼等之「心理傷害」（psychological injury）¹³³。又，因此種歧視行為常以無孔不入、遍地開花的形式發生，而使得被害人「遭受到特別沮喪的、累積性的及失能的傷害」（suffer especially frustrating, cumulative and debilitating injuries）；這種因為追求所欲利益之機會遭到拒絕而受到的損害，乃屬「物質（財產）上損害」（material injuries）。過去的歧視效力通常會隨著時間的經過而淡化，但也可能因為過往的歧視業已改變了社會環境，而繼續傷害原先受害人的後代子孫。

物質上損害中常見的形式，即所謂「種族上不成比例的影響」（racially disproportionate impact）—某個看似與種族因素無關的決定，但實際卻在特定領域（如投票、就業、就學等），產生了和當事人種族（如黑人與白人）人口總數不成比例的影響。例如，聯邦最高法院在 *Gaston County v. United States* 案¹³⁴ 判決：南加州某郡欲恢復「識字測驗」（literacy test），作為行使投票權的前提要件，雖其執法公正，且無歧視之目的，然該項測驗實施的結果將會對該郡昔日接受隔離教育的成年黑人造成不成比例的影響，故而為違憲。Harlan 大法官直言：「今日『公正』地執行該項識字測驗，只會以另類形式，延續[前此黑白隔離教育所造成的]識字能力的不平等」。¹³⁵ 又，*Griggs v. Duke Power Co.*, 案¹³⁶ 就 1964 年民權法第七篇（Title VII of the Civil Rights Act

受死刑宣告者殆皆少數種族成員或窮人，故多數人實因種族與地位因素而漠視之。*Id.* at 366)。

¹³³ See, e.g., *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880) (J. Strong: West Virginia 州法不許黑人擔任陪審團員，實際上乃宣告黑人低人一等，*Id.* at 308)；*Plessy v. Ferguson*, 160 U.S. 537 (1896) (J. Harlan, *dissenting*: 黑白隔離車廂政策實乃「奴役之徽章」(“badge of servitude”)，*Id.* at 560, 562)。

¹³⁴ 359 U.S. 285 (1969).

¹³⁵ Harlan J.: “‘Impartial’ administration of the literacy test today would serve only to perpetuate these inequities in a different form.” *Id.* at 295-297.

¹³⁶ 401 U.S. 424 (1971).

of 1964) 之規定¹³⁷ 釋示為：除能證明與工作之勝任確有關聯者外，不得要求舉行將使得少數種族申請人遭致不成比例淘汰率的就業測驗。由首席大法官 Burger 氏主筆的無異議意見書 (unanimous opinion) 中釋示：本院假定被告機關要求申請人須具備高中學歷，並通過兩項測驗，並無歧視之意圖；但本院認為，過去由其他制度的歧視可能可以說明黑人不符前述要件的比率何以高得不成比例。¹³⁸ 按聯邦最高法院嗣後之解讀，*Griggs* 案乃因考量黑人童年時期的教育缺陷，而不許這項教育缺陷變成累積的、不公平負擔，繼續加諸於這些 (受害) 黑人公民的餘生。¹³⁹

然而，並非所有的「種族上不成比例的影響」皆可歸咎於過去的歧視。理論上，「種族上不成比例的影響」僅於其損害可歸咎於過去之歧視之範圍內，始屬「反歧視原則」應予對治 (消除) 者。嗣聯邦最高法院於 *Washington v. Davis* 案¹⁴⁰ 明確判決：法律雖然對特定種族造成不成比例的影響，倘無種族歧視之目的 (racially-discriminatory purpose)，仍屬合憲。該案中兩名黑人申請擔任華盛頓特區警察未獲錄取，質疑雇用程序歧視黑人，包括口試結果黑人的不及格率與其人口數不成比例。由 White 大法官主筆的多數意見書指出：前述 *Griggs* 案關於 1964 年民權法第七篇規定之解釋，並非判斷有無種族歧視的憲法標準，並坦言：「僅有種族上不成比例的影響，尚不足以啟動所謂以種族為基礎之分類，應適用嚴格審查基準，從而僅得基於最重要之考慮始為合憲的法則」¹⁴¹。自 *Davis* 案以降，聯邦最高法院始終堅持：違反平等保障的法律必須有「歧視之目的 (意圖)」，而非僅是造生「種

¹³⁷ 42 U.S.C. § 2000e (1970).

¹³⁸ 401 U.S. at 430.

¹³⁹ *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792, 806 (1973).

¹⁴⁰ 426 U.S. 229 (1976).

¹⁴¹ J. White: “[s]tanding alone, it does not trigger the rule … that racial classifications are to be subjected to the strictest scrutiny and justifiable only by the weightiest of considerations.” *Id.* at 242.

族上不成比例的影響」。¹⁴² 一般以為 *Davis* 案已拒絕採取追求「事實上平等」的「實質平等」說。

綜上，美國聯邦最高法院大體係以「反歧視原則」詮釋憲法增修條文第 14 條的「法律之平等保護」。¹⁴³ 其所保障者殆皆「法律上平等」；並儼然以是否具有「歧視之目的／意圖」，區分「法律上平等」與「事實上平等」（並參見下述「貳、二、2.」之討論）。

2.2 德國憲法所謂「法律之前人人平等」殆指「法律上平等」

依德國通說，基本法第 3 條第 1 項（即所謂「一般平等規定」）所稱「法律之前人人平等」（Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich）係指「法律上平等」（rechtliche Gleichheit），包含「法律適用之平等」（Rechtsanwendungsgleichheit）¹⁴⁴ 在內。略以：「人生而平等，並不表示人與人之間毫無差異、事實上絕然相同，不問所處社會的條件，一律均等。憲法上之平等所追求的是消除『人為』的歧視及差別對待，

¹⁴² See, e.g., *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979); *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987); *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009).

¹⁴³ 關於美國憲法增修條文第 14 條所稱「法律之平等保護」大體而言，計有三種解釋。除上述由聯邦最高法院所堅持之通說，亦稱「平等保護之形式理解」（the formal understanding of equal protection）或「形式主義者之解釋」（formalist interpretation）外，還有許多學者所主張之「反臣屬者之解釋」（antisubordination interpretation）一認「平等保護條款」旨在要求（命）各州與聯邦國會採取實質步驟，剷除部分公民群體對於其他部分公民群體之不當臣屬與宰制，以實現「實質正義」（substantive justice）；及「廢奴者之解釋」（abolitionist interpretation），亦稱「純保護模式或單一主權模式」（a pure protection or a sole sovereignty model）一按該增修條文之制憲史，所謂「法律之平等保護」乃指各州不得以拒絕對所轄人民提供刑法保護之方式，容許任何群體（如白人）或個人（如白人主人），對於其他群體（如黑人）或個人（如黑人奴隸），經由無節制的暴力（unchecked violence），建立主權關係（a relationship of sovereignty）。同時，各州亦不得以拒絕對所轄人民提供民法保護之方式，容許任何群體（如白人）或個人（如白人主人），將其他群體（如黑人）或個人（如黑人奴隸）孤立於共享的、合作的、競爭的整體經濟生活（the shared, cooperative, and competitive economic life of the whole）外，致令其暴露於生存的自然威脅（a natural threats to survival）下，以建立對其等之主權關係。亦即，為貫徹廢除奴隸制度之本旨，「平等保護條款」禁止雙重主權的狀態（a state of dual sovereignty），各州應確保其所轄人民僅生活在各州之單一主權下；且各州應保護其所轄人民得以「自主生或與工作之積極自由」（positive freedom to direct her own life and work），尤其「人身自由權」（right to physical security）與「免於（生存）匱乏之自由」（freedom from want），亦即該條款毋寧重在「平等地保護」（protect equally），而無關乎「形式平等」（或稱「形式正義」）或「實質平等」（或稱「實質正義」）之追求。See generally ROBIN L. WEST, PROGRESSIVE CONSTITUTIONALISM: RECONSTRUCTING THE FOURTEENTH AMENDMENT 9-44 (1994).

¹⁴⁴ Susanne Baer, *Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court*, 5 COLUM. J. EUR. L. 249, at 259 (1999).

尤其是排除來自法律（公權力）所造成的不合理差別對待」。¹⁴⁵且同條第3項¹⁴⁶之「禁止歧視」規定，既未如同條第2項¹⁴⁷課予立法者消弭「事實上不平等」（*tatsächliche Ungleichheiten*）之義務（詳後壹、三、3.之討論），自然亦指「法律上平等」而言。¹⁴⁸

2.3 加國憲法平等權兼指「法律上平等」與「事實上平等」

關於平等權之內涵，規定最詳者當推加拿大1982年憲法。鑑於加國最高法院前此對於「加拿大人權法案」（*The Canadian Bill of Rights of 1960*）中所謂「人人於法律之前平等並受法律保護」（“*right of the individual to equality before the law and the protection of the law*”）一語之銓釋過於保守，¹⁴⁹1982年憲法第一篇「加拿大權利暨自由憲章」（*Part One: Canadian Charter of Rights and Freedoms*）第15條第1項特修正文字，明確規定平等權包含四個面向（*four dimensions*）：「人人於法律之前及法律之下平等，並有受法律之平等保護及受法律之平等利益之

¹⁴⁵ 參見李建良，前揭（註97）文，頁82（中研院法研所，2017年4月）；陳愛娥，〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界線—兼評司法院大法官相關解釋〉，載《憲政時代》，第32卷第3期，頁259以下，頁267-268（2007年1月）（*Christian Starck*教授以為：憲法上的平等原則只能解釋為法律上的平等。不論人類所處的社會條件如何不同，自由與平等同屬人類的本質，因其為人故享有同等的自由，而非為了使人獲得事實上的自由，必須使其實際上處於平等的地位。憲法上的平等原則要求，應排除因歧視性立法導致的人為差別待遇；此種法律上的平等是人類自由的前提要件。相對於此，人類事實上的平等必須由國家來創設。致力於事實上平等的立法者必然會限縮人的自由，蓋自由行動者終會導致人類事實上的不平等。最後，為了使平等原則具有拘束力，也必須將平等的保障理解為法律上的平等，因為受平等原則拘束的國家公權力只能保障法律上的平等，而非事實上的平等）。

¹⁴⁶ 參見前揭註26及其對應之內文。

¹⁴⁷ 參見前揭註27及其對應之內文。

¹⁴⁸ *Susanne Baer*, *supra* note 144, at 262 (1999); 並參見李建良，前揭（註97）文，頁83（「根據德國通說，事實上平等的保障不是基本法第1條第3項基本權拘束效力所及。憲法平等權並未課予立法者弭平事實上不平等的義務，立法者必須在不侵害基本權的前提下，考量國家財政能力、可供運用的資源，以及社會的經濟能量，逐步實現之」）。

¹⁴⁹ *Ritchie* 大法官在 *Bill of Rights cases Attorney General of Canada v. Lavell* 案（[1974] S.C.R. 1349, at 1366）暗示，平等權的審查只問法律之「適用」是否平等，不問法律之「內容」是否平等；另，*Ritchie* 大法官在 *Bliss v. Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at 191 案表示，法律賦予人民「利益」時，無需受到平等原則之拘束。為變更上述實務見解，1982年憲法第15條第1項爰增加“*under*”及“*equal benefit*”等語，全文詳如下註（150）。

權，不因……而受歧視」¹⁵⁰。析言之：¹⁵¹

- 1) 所謂「法律之前人人平等」(equality before the law) 係指「執法之平等」(equality in the administration of justice)。亦即，執法(行政)機關及法院對於每個人均應以相同之方式，適用相同之刑法。
- 2) 所謂「法律之下人人平等」(equality under the law) 係指「法律內容之平等」(equality in the substance of the law)。亦即，法律規定之內容，對每個人而言，均為平等且公平，從而人人均可體驗到相同之結果。
- 3) 所謂「法律之平等利益」(equal benefit of the law) 指法律賦予之利益應相當(合乎比例)(the benefits imposed by law will be proportionate)。
- 4) 所謂「法律之平等保護」(equal protection of the law) 指法律提供之保障應相當(合乎比例)(the protections imposed by law will be proportionate)，俾每個人的人性尊嚴在法律上獲得平等的保障(the human dignity of every person is equally safeguarded by the law)。

加國憲法除以第 15 條第 1 項之「禁止歧視」規定，追求前述四項平等權意旨外，同條第 2 項¹⁵² 並授權政府得採取「積極平權措施」以對抗(消弭)歧視—改善因列舉事由或類似事由，而遭受不利對待之個人或團體之處境(現況)。其授權國家得採取「積極平權措施」，以對抗歧視，顯然係為追求「事實上平等」。核其立法意旨，加國憲法第 15 條第 2 項殆與我國憲法「基本國策」章之相關規定略同；然兩

¹⁵⁰ Sec. 15.1, Constitution Act, 1982, Canada: “Every individual is *equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law* without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, color, religion, sex, age or mental or physical disability.” (*Italics added*)

¹⁵¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Section_15_of_the_Canadian_Charter_of_Rights_and_Freedoms (最後瀏覽 2021/6/6)。

¹⁵² 參見前揭註 28 及其相應之內文說明。

者因規定於不同之章節，其規範意義遂有不同（詳後「參、一」之討論）。

綜上，加國憲法上之平等權兼指「禁止歧視」（第 15 條第 1 項）與「消弭歧視」（第 15 條第 2 項）；前者係以「實質平等」觀，保障「法律上平等」，後者則為追求「事實上平等」。

加國最高法院大法官 McIntyre 曾於前揭 *Andrews* 案闡釋憲法第 15 條之目的：在於「促進平等，以促成一個人人確知其**在法律上**被認定為一個平等值得關懷、尊重及考慮之人的社會」¹⁵³。嗣大法官 Iacobucci 在 *Law* 案更謂：第 15 條旨在防止「經由不利益、刻板印象、或政治與社會偏見之課予，而侵害不可或缺的人性尊嚴及自由；並致力促成如下之社會，其間人人享有**在法律上平等**認知其為人或為加拿大社會之成員，具有相同的能力得以關懷、尊重及考慮（他人），並同樣值得（他人）關懷、尊重及考慮」¹⁵⁴。以上釋示顯示該院係以「實質平等」觀，尤其 Dworkin 教授倡議之「平等關懷與尊重」說，詮釋加國憲法平等權規範，含第 15 條第 1 項之「禁止歧視」（以保障「法律上平等」）與第 15 條第 2 項之「消弭歧視」（以追求「事實上平等」）。

2.4 聯合國公政公約「法律之平等保護」主要指法律上平等，並兼指事實上平等

聯合國公政公約（ICCPR, 1976）第 26 條規定：「人人在法律之前一律平等（equal before the law），並均受法律之平等保護（equal

¹⁵³ *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483 at para. 15 citing *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at 171, per McIntyre J.: “[t]he promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration.”

¹⁵⁴ *Law v. Canada*, [1999] 1 S.C.R. 143, at para. 51 (The purpose of section 15(1) is to prevent the “violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political and social prejudices, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.”).

protection of the law），無所歧視。……」。所謂「法律之前人人平等」（equal before the law）係指法律適用之條件（而非指法律之內容）平等，亦即「執法」之平等；¹⁵⁵ 所謂「法律之平等保護」（equal protection of the law）係指示各國「立法」之內容不僅應「消極地」避免產生歧視，並應「積極地」制定特別法，提供有效保護以對抗歧視。¹⁵⁶ 是，本條所保障之平等主要指「法律上之平等」。但平等原則有時亦要求各國採取積極平權措施，以減輕或消弭各種造成或有助於延續本公約所禁止之歧視的狀況；¹⁵⁷ 就此而言，本條亦兼指「事實上平等」。

綜上，我以為，我國憲法第7條所謂「在法律上一律平等」係指「法律上平等」，意即國家不得以公權力「形成」不合理的差別待遇（或「法律上歧視」（*de jure* discrimination）），亦不得以公權力「延續」（perpetuate）或「加劇」（aggravate）因過去實施之「法律上歧視」所遺留的歧視效力。又，為貫徹「實質平等」的理念，大法官應參考前述美國實務「反歧視原則」（anti-discrimination principle）及加拿大實務運作（詳後「貳、一、3.」之討論），從寬解釋「在法律上一律平等」一尤其是在認定「等者」（應等之）與「不等者」（應不等之）時，應一併考量「目的」與「情境」因素，審視系爭規定是否延續前此「法律上歧視」所造成，且於今猶存之「事實上不平等」，俾徹底掃除「法律上歧視」¹⁵⁸。至於「事實上平等」（使每個人獲致均等的機會與相當的結果），制憲者既以「基本國策」章之規定，指示立法部門應採取「積極平權措施」，則解釋上應認為：第7條所稱「在法律上一律平等」不包括「事實上平等」。如此解釋庶幾兼顧「文義解釋」（所謂「法律上一律平等」）與「體系解釋」（忠於憲法規範構造）之要求。

¹⁵⁵ Paul M. Taylor, *supra* note 45, 730-731; *Borzov v. Estonia*, CCPR/C/81/D/1136/2002, 26 July 2004.

¹⁵⁶ Paul M. Taylor, *supra* note 45, 731-732.

¹⁵⁷ General Comment 18 [10].

¹⁵⁸ 準此，釋字 290 號解釋即值商榷。蓋其時各級民意代表之學經歷限制對於殘障人士（聲請人）而言，無異於加劇或延續前此殘障歧視之不平等一彼等前因「無障礙設施」未能普及，致未能平等接受教育；今又因未能平等取得學歷，而不能參選公職。

3. 平等權 = 平等原則？

「平等權」與「平等原則」兩個語詞在大法官解釋中時常相互混用。致很多人都有一個疑問：「平等權」與「平等原則」能否劃上等號？

按憲法第 7 條僅規定：「中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，並未規（限）定「何種權利」應受平等保護。解釋上應作：中華民國人民，**就其於憲法上所保障之（平等權以外之）其他基本權利**，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。換言之，「平等權」須與「其他基本權」相結合，才能產生規範意義（如其他某某權利之平等保護）。正因為「平等性空」¹⁵⁹之故，某個人如不具有憲法所保障之「其他」基本權利時，即無從主張憲法上之「平等權」；亦即無權要求國家對於其他某個基本權利，提供「平等保護」。

另一方面，受到德國實務¹⁶⁰的影響，我國學界普遍以為：各項基本權利不僅為個人得向國家主張之「主觀權利」（例如平等權），同時亦在表彰某種「客觀價值」（例如平等原則），並適用於所有法律領域（例如民法），**拘束所有國家公權力—行政（含總統）¹⁶¹、立法、司法、考試及監察—之行使。**¹⁶²前引釋字第 455 號解釋翁岳生大法官提出的「協同意見書」，通篇皆稱「平等原則」，而未使用「平等權」一詞，可為例證。

通常情形下，「平等權」與「平等原則」是並存的，猶如一體之兩面。亦即，人民得向國家主張應就某基本權利事項提供平等保護（平

¹⁵⁹ 參見下文「貳、二、1.」之討論。

¹⁶⁰ See, e.g., 7 BVerfGE 198, at 205-206; 25 BVerfGE 256, at 263; 33 BVerfGE 1, at 12.

¹⁶¹ 我國於 1997 年第四次憲法增修以後，中央政府體制已經成為（修正式）總統制。總統經由直接任、免行政院長，而實質主導行政，爰應認「總統」已為「行政」權之一部分。詳見湯德宗，〈論九七修憲後的憲法結構—兼論憲改工程的另類選擇〉，輯於氏著《憲法結構與動態平衡：權力分立新論》（卷一），頁 1 以下（2014 增訂四版）。

¹⁶² 參見吳庚 & 陳淳文，前揭（註 9）書，頁 105-113；李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，輯於《憲法理論與實踐》（一），頁 61-74（1999 年 7 月）；許育典，〈憲法〉，頁 101（2021 年 8 月，修訂十一版）；法治斌 & 董保城，前揭（註 9）書，頁 145；李惠宗，前揭（註 9）書，頁 72-73。

等權)；國家機關行使公權力涉及該基本權利事項時，亦應遵守「平等原則」。¹⁶³ 惟例外情形下，人民雖無從對國家主張平等權，國家機關行使公權力時仍應恪遵「平等原則」，釋憲機關亦應依據「平等原則」審查國家機關之公權力行使是否合憲。釋字第 457 號解釋與釋字第 727 號解釋即為適例。

釋字第 457 號解釋釋示：退撫會訂定之土地眷舍處理要點第 4 點第 3 項限由榮民之子繼承權利，違反男女「平等原則」而違憲；釋字第 727 號解釋釋示：眷改條例第 22 條以「是否同意改建」為基礎，對不同意改建之原眷戶，得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，尚不違反平等原則。兩案所涉「配耕國有農場土地」與「配住眷舍」，皆屬國家為照顧榮民與軍人所為之「優惠措施」（大法官稱之為「福利措施」），而非一般國民均能享有之「權利」。榮民遺眷與軍人既無「權利」主張「配耕土地」或「配住眷舍」，自然無從主張關於「配耕土地」或「配住眷舍」的「平等權」（平等對待或平等保護）。雖然如此，當國家機關行使公權力，包括為達成公行政任務，而以私法形式所為之行為（如締結配耕及配住契約）時，仍應受「平等原則」之拘束。¹⁶⁴ 以上兩件解釋證明「平等原則」在我國憲法上是真實存在的，而不只是學術上的討論。¹⁶⁵

在結束本節之前，因為很重要，請容我再次簡要歸納。首先，大

¹⁶³ 並參見李建良，前揭（註 55）文，頁 84-85（「平等權乃是一種以平等原則為內涵的基本權利，具有直接規範國家權力的效力，故以平等權審度國家行為的合憲性問題時，自當以平等原則作為審查的基準。就此而言，平等權與平等原則為一體的兩面。不過，平等原則同時亦是憲法上基本原則之一，為國家公權力實施所應遵循的憲法準則。是以，在不涉及人民基本權利的事項，仍有平等原則的適用……憲法上的平等保障，不僅是一種憲法原則，同時亦屬一種憲法權利（平等權）。於此尚須特別指出者，平等作為一種基本權，其權利的「內涵」仍是平等原則，即人民應受公平對待的憲法要求」）。

¹⁶⁴ 參見釋字第 727 號解釋_湯德宗大法官〈部分協同意見書〉。

¹⁶⁵ 或謂：如聲請人因不具備憲法上所保障之其他基本權利，而無「權利」要求國家就該基本權利事項提供「平等保護」，則其如何能符合司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所規定之要件（「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」），而聲請大法官解釋？余意以為，鑑於法規違憲審查之目的主要乃在維護「憲法之最高性」（或法規範之憲政秩序），所謂「憲法上所保障之權利遭受侵害」應從寬解釋，以利人民聲請解釋憲法。凡聲請人主觀上認為其有憲法上之權利遭受侵害，且客觀上其主張要非全然無稽（無理），大法官即可決議受理。尤其，因平等權「性空」之特性，為國家機關行使公權力恪遵「平等原則」，更需從寬解釋前開聲請要件。

法官解釋向以「等者等之，不等者不等之」，並容許「合理的差別待遇」，詮釋憲法第7條所稱「在法律上一律平等」係指「實質平等」，而非「形式平等」。從平等原屬相對且比較之概念而言，如此說法（公式）並非錯誤；然如欲體現實質平等觀之理念，大法官今後須有意識地從道德與政治的觀點（而非僅從形式邏輯的觀點），選擇判準（不限於單一判準），據以評價系爭事物是否為相同（或不同），從而決定應給予相同（或不同）的待遇，並應將其論理如實地呈現於理由書中，俾便各界遵循，並接受公評。其次，憲法第7條所稱「在法律上一律平等」係指「法律上平等」，其指涉之內涵允宜參照加國憲法第15條第1項之規定，從寬解釋為包括：「法律之前之平等」、「法律之下之平等」、「法律之平等保護」及「法律之平等利益」等項。其核心思想厥為「反歧視之原則」—國家不得以公權力「形成」不合理的差別待遇（「法律上歧視」），或以公權力「延續」（perpetuate）或「強化」（aggravates）前此「法律上歧視」所遺留的歧視效力。然所謂「在法律上一律平等」，究僅指「法律上平等」，而非「事實上平等」，其並未課予國家消弭各種事實上不平等，俾使人人獲致均等之機會（甚或相當之結果）的作為義務（包含採行「積極平權措施」）。又，因「在法律上一律平等」僅指「法律上平等」，故而恐難涵容那些以追求「事實上平等」為目標之「實質平等」觀。再者，「平等權」與「平等原則」通常情形乃一體之兩面，僅視角有所不同（端視論者係由主觀面向，或客觀面向進行觀察）；唯於例外情形下，人民雖無從主張「平等權」，國家行使公權力仍應恪遵「平等原則」。

貳、平等權案件違憲審查架構

繼由比較法觀點說明憲法上平等權的規範構造後，以下擬進一步討論大法官該「如何」審查系爭規定是否違反平等權（或平等原則），尤其應如何「翔實說理」，闡明其間所涉之價值判斷。違憲審查架構

的討論至少包括四個面向：審查模式之發展比較、差別待遇之確認、審查基準之選擇、以及二元審查架構之操作。茲分述如下：

一、審查模式發展比較

我國違憲審查深受美、德兩國影響。故為確立本土審查模式，須先檢視美、德兩國之經驗。另，加拿大憲法平等權規範構造與我國最為接近，加國經驗亦值參考，爰併予論述。

1. 美國：從二元一階（低標），到二元二階（低、高標），到二元三階（低、中、高標）¹⁶⁶

美國違憲審查歷史最為悠久，並因長期實施種族隔離政策，有關平等權的憲法判決特別豐富，乃成為各國師法、借鏡的主要對象。

美國聯邦最高法院關於平等權案件的審查，始終採取「二元」審查架構（a bi-furcated framework of review），亦即將違憲審查分為兩部分：「目的合憲性」審查及「手段與目的關聯性」審查；而為與時俱進，並發展出不同寬嚴程度的「審查基準」（standards of judicial review）一所謂「低標」、「中標」及「高標」是也。而低、中、高標等不同審查基準，會同時反映在「目的合憲性審查」與「手段與目的關聯性審查」上。換言之，「目的合憲性審查」之標準，與「手段與目的關聯性審查」之標準間，並存在著一種猶如「水漲船高、水退船低」的「聯動關係」或稱「配套設計」，¹⁶⁷ 堪稱美國「二元」審查架構之精髓。

1.1 二元一階（低標）

1937年以前，美國聯邦最高法院關於平等權案件，基本上僅

¹⁶⁶ See generally, Michael J. Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 93 MICH. L. REV. 213, at 216 (1991); ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* 641-759 (2nd. ed. 2002).

¹⁶⁷ 詳見湯德宗，前揭（註71）文，頁618（轉引為本文之【圖一】）。

使用「合理審查」基準（rational basis/ rationality review，俗稱「低標」）一凡系爭差別待遇係為追求「合法之公共利益」（legitimate public interest），且差別待遇之手段與其目的之達成間具有「合理關聯」（rationally related），而非屬「恣意」（arbitrary），即為合憲。*Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.* 案¹⁶⁸及 *Plessy v. Ferguson* 案¹⁶⁹可為代表。

Plessy 案以「隔離但平等」（“separate but equal”）為由，判定路易士安納州限制黑人與白人須分乘不同（火車）車廂的州法規定為合憲。這件惡名昭彰的判決，頗能說明在「合理審查」基準下，何以符合「形式平等」的規定，即能被判定為合憲。由 Brewer 大法官所主筆的多數意見書釋示「合理審查」基準乃高度尊重立法判斷的審查，略謂：「關於是否抵觸憲法增修條文第 14 條，本案的問題可一言以蔽之，即系爭州法是否為合理的管制（a reasonable regulation）；就此，立法者應享有廣大的裁量權。立法者得參考人民既有的用法、習慣與傳統，並為促進人民之舒適、維護公共安寧及良好秩序，而自由地行動，判斷如何為合理。準此以觀，本院不能認為允許（甚或要求）在公共運輸系統實施種族隔離的法律為不合理」¹⁷⁰。又謂：「**允許，甚或要求，種族隔離的法律……並不當然暗示哪一個種族低人一等，且通常（如非一概的話）被認為係屬於各州立法者行使其警察權的範圍**」¹⁷¹。綜

¹⁶⁸ 220 U.S. 61 (1911)(The equal protection clause of the Fourteenth Amendment admits of a wide exercise of discretion, and only avoids a classification which is *purely arbitrary, being without reasonable basis*; nor does a classification having some reasonable basis offend because not made with mathematical nicety or resulting in some inequality.)

¹⁶⁹ 163 U.S. 537 (1896).

¹⁷⁰ *Id.* at 550-551 (So far, then, as a conflict with the fourteenth amendment is concerned, the case reduces itself to the question whether the statute of Louisiana is a reasonable regulation, and with respect to this there must necessarily be a large discretion on the part of the legislature. In determining the question of reasonableness, it is at liberty to act with reference to the established usages, customs, and traditions of the people, and with a view to the promotion of their comfort, and the preservation of the public peace and good order. Gauged by this standard, we cannot say that a law which authorizes or even requires the separation of the two races in public conveyances is unreasonable.)

¹⁷¹ *Id.* at 544 (Laws permitting, and even requiring, their separation, ... do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power.)

上，聯邦最高法院將公共運輸服務的種族隔離視為一項公共政策（a matter of public policy），只因該法（第一條）明定：所有的鐵道公司均「應在客車上提供兩節或兩節以上的車廂，並給予白人及有色人種平等但隔離的膳宿（equal but separate accommodations）」，即無違平等原則。

當然，有關種族隔離的評價，與解釋者如何理解平等權的意涵（採取何種平等觀）息息相關。*Plessy* 案之多數意見坦言：「毫無疑問地，憲法增修條文第 14 條之目的乃在執行（黑、白）兩個種族在法律之前的絕對平等，然而依照事物之本質，該條文不可能意圖取消基於膚色的一切區別，或執行有別於政治平等的社會平等，或以一方不滿意的的方式，強將兩個種族混在一起」。¹⁷² 由於這個時期聯邦最高法院仍恪遵憲法增修條文第 14 條的制憲原意一僅在保障黑人行使某些根本的基本權（the exercise of certain fundamental rights）¹⁷³，而非在消除所有的種族歧視一故而猶未能發展出「禁止一切刻意種族歧視」的「平等保護」內涵。

另，*Plessy* 案中法院僅以系爭州法規定鐵道公司應對白人與黑人提供「平等而隔離的膳宿」，即認定「雖隔離，但平等」（separate but equal），並未實際調查黑人與白人分別乘坐的車廂，其設備與服務是否全無二致。這樣基於事物表象之觀察而獲致的「形式平等」，可謂再「形式」也不過了！這樣的「合理審查」基準，也已寬鬆到了極點。¹⁷⁴ 然即使如此，吾人仍應注意該多數意見書中幾度表示「形式平

¹⁷² Id. (The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either.)

¹⁷³ 同一增修條文第 2 項之規定（倘各州剝奪成年男子之投票權，則該州眾議員之人數將予相應核減），即假設「剝奪黑人投票權」為合憲。See JOSEPH B. JAMES, THE RATIFICATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT 24, 43 (1984); William W. Van Alstyne, *The Fourteenth Amendment, the "Right" to Vote, and the Understanding of the Thirty-Ninth Congress*, 1965 SUP. CT. REV. 33, 70.

¹⁷⁴ 20 世紀以降，「隔離但平等」的法則很快便與「合理審查」基準分道揚鑣。自 1914 年 *McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway Co.* 案起，即使有合理的理由，可證立差別待遇，聯邦最高法院仍

等」仍有其界限：系爭州法實施種族隔離並無暗示「黑人低人一等」的意思；倘真有不平等，只因黑人自己感覺如此，要非法律所造成！¹⁷⁵可見，聯邦最高法院自始即認為，有無「歧視之意圖」乃判斷差別待遇是否違反平等權的重要因素。

按美國內戰（April 12, 1861 ~ May 9, 1865）後，黑人表面上獲得了「解放」（emancipation），但各州實際並未停止對黑人的種種壓迫。黑白隔離政策實際上反映著「白人優越」（white superiority）與「黑人低劣」（black inferiority）的種族偏見（racial prejudice），故而並非「實質平等」。在 *Plessy* 案唯一的一份不同意見書中，Haraln 大法官直陳系爭規定所隱含的種族偏見：

白人自視為這個國家的主宰種族。……但是在憲法與法律的眼中，這個國家裡並沒有優越的、主宰的、統治的公民階級。這兒沒有種性制度。我們的憲法是色盲，既不知道、也不允許在公民中區分階級。……法律視人為人，當涉及憲法所保障的公民權利時，完全不考慮公民的周遭事物或其膚色。¹⁷⁶

1.2 二元二階（低、高標）

從 1938 年 *United States v. Carolene Products, Co.* 案¹⁷⁷ 開始，美國聯邦最高法院對於，在平等權以外的領域，¹⁷⁸ 以「孤立而隔絕的少數」（discrete and insular minorities）作為規範對象的法律，逐漸改採「嚴格

判決「隔離設施」為違憲。

¹⁷⁵ 163 U.S. 537, at 544 & 551 (1896).

¹⁷⁶ 163 U.S. 537, at 559 (1896) (The white race deems itself to be the dominant race in this country... But in view of the constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. ... The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved.)

¹⁷⁷ See *infra* note 290.

¹⁷⁸ 參見下文註 291。

審查」(strict scrutiny, 俗稱「高標」)一系爭差別待遇須係為追求「極重大或極優越之公共利益」(compelling/overriding public/government interest), 且所採取之差別待遇手段與目的之達成間須具有「直接相關」(directly related)。亦即, 須是「絕對必要, 且量身定作」(necessary and narrowly tailored), 從而為真正「最小限制之手段」(the least restrictive means, 在平等權案件厥為「最不歧視的差別待遇」), 始為合憲。但直到 1954 年 *Brown v. Board of Education* 案¹⁷⁹, 最高法院才開始將「嚴格審查」基準適用於「平等權」案件, 並正式推翻前述 *Plessy v. Ferguson* 案所宣示的「隔離但平等」(“separate but equal”)原則, 而明確釋示: 黑白「隔離的教育設施本質上即屬不平等」(“separate educational facilities are inherently unequal”), 因為設施隔離本身就是給黑人貼上「次人一等的標籤」(badge of inferiority)。¹⁸⁰ 十年後, 在 *Loving v. Virginia* 案¹⁸¹, 聯邦最高法院再次以「嚴格審查」基準, 宣告維吉尼亞州「禁止異族(黑白)通婚」的法律為違憲。此後「以種族為基礎之分類, 應推定為違憲」的法則(presumptive rule against racial classifications, 下稱「種族分類推定違憲法則」)即告確立。

1.3 二元三階(低、高、中標)

1970 年以降, 美國聯邦最高法院更針對另外兩種分類—以「性別」為基礎的分類(亦即對「女性」之歧視), 及以「婚生與否」為基礎之分類(亦即對「非婚生子女」之歧視), 發展出寬嚴程度介於前述「低

¹⁷⁹ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁸⁰ *Brown* 案雖猶未正式確立「種族分類應推定為違憲」之法則(presumptive rule against racial classifications), 然最高法院至此已然擺脫了「制憲原意」的束縛, 「法律之平等保護」一詞乃能另闢新解。故一般咸以該案為美國現代平等權保障之濫觴。

¹⁸¹ 388 U.S. 1 (1967). 美國聯邦最高法院首次宣示「種族分類推定違憲法則」(presumptive rule against racial classifications)係在 *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184 (1964) 案(佛州州法對異族未婚而同居者科處刑罰之規定, 違憲)。

標」(合理審查基準)與「高標」(嚴格審查基準)間之「中度審查基準」(intermediate scrutiny test, 俗稱「中標」)一系爭差別待遇須係為追求「重要之公共利益」(important/substantial public/government interest), 且所採取之差別待遇手段與目的之達成間須具有「實質關聯」(substantially related)者, 始為合憲。代表案例如 *Craig v. Boren* 案¹⁸² 及 *Clark v. Jeter* 案¹⁸³。此後, 美國關於平等權案件的違憲審查基準乃由「二元二階」發展為「二元三階(低、中、高標)」。¹⁸⁴ 至於個案應適用哪個(種)基準審查, 主要應視系爭差別待遇所依據之「分類基礎」(事由)及其所影響(侵害)之「權利種類」而定(詳後「貳、三」之討論)。

2. 德國：從「恣意禁止」，到「恣意禁止」與「比例原則」並用¹⁸⁵

2.1 單一標準：恣意禁止

德國聯邦憲法法院(Bundesverfassungsgericht)早期僅以「恣意禁止」(Willkürverbot)審查法規是否違反基本法第3條第1項

¹⁸² 429 U.S. 190 (1976)(Oklahoma law that prohibits sale of 3.2% beer to males under the age of twenty-one but not females is unconstitutional).

See also *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533 (1996) (for gender differences “[t]he justification must be genuine, not hypothesized or invented post hoc in response to litigation. And it must not rely on overbroad generalizations about the different talents, capacities, or preferences of males and females.”)

¹⁸³ 486 U.S. 456 (1988) (Pennsylvania’s 6-year statute of limitations violates the Equal Protection Clause. Even six years does not necessarily provide a reasonable opportunity to assert a claim on behalf of an illegitimate child.)

See also *Gomez v. Perez*, 409 U.S. 535 (1973) (failure to provide support rights for nonmarital children violates equal protection).

¹⁸⁴ 所謂「三階」僅是概括的說法, 事實上美國憲法平等權之司法實務還有許多變形或微調; 較精確的說法當屬「三階六層」。See R. Randall Kelso, *Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The “Base Plus Six” Model and Modern Supreme Court Practices*, 4 U. PA. J. CONST. L. 225 (2002); R. Randall Kelso, *Filling Gaps in the Supreme Court’s approach to Constitutional Review of Legislation: Standards, Ends, and Vurden Reconsidered*, 33 TEX. L. REV. 493 (1992); R. Randall Kelso, *Three Years Hence: An Update on Filling Gaps in the Supreme Court’s approach to Constitutional Review of Legislation*, 36 TEX. L. REV. 1 (1995). 中文介紹參見, 湯德宗, 前揭(註71)文, 頁610-619。

¹⁸⁵ See generally Edward J Eberle, *Equality in Germany and the United States*, 10 SAN DIEGO INT’L L. J. 63 (2008); Susanne Baer, *supra* note 142; Juliane Kokott, 李惠宗譯, 前揭(註34)文。

所稱「法律之前人人平等」。「恣意禁止」的審查公式可以 1951 年 *Südweststaat* 判決¹⁸⁶ 為代表：

「平等原則……禁止對本質上相同者為不同之對待，而非禁止對本質上不同者，依照其既存的差異，為不同之對待。就法律上之差別規定或相同對待，倘未有基於事物本質或其他事理上可理解的合理理由，從而應認該規定為恣意時，即屬抵觸平等原則。」¹⁸⁷

由上述詮釋，不難發覺前揭我國行政程序法第 6 條之規定及前引翁岳生大法官釋字第 455 號解釋之〈協同意見書〉，皆深受德國法的影響。「禁止恣意」之平等原則，並不禁止「合理的差別待遇」。所謂「凡是無法設想出合理的理由，而實施之差別待遇，即構成『恣意』，而違反平等原則」，看似嚴格；然實際上要找到（設想）合理的理由，說明兩件事物有何不同，從而應予差別待遇，一般並不困難。故「恣意禁止」實際為一寬鬆之審查標準。¹⁸⁸

2.2 雙重元標準：恣意禁止 & 比例原則

嗣為因應社會多元發展之需要，德國聯邦憲法法院自 1980 年起發出與「比例原則」相結合之「新審查公式」（*neue Formel*），與原有「恣意禁止」公式並行不悖。質言之，自 1980 年 *Praklusion I* 案¹⁸⁹ 起，聯邦憲法法院開始按照差別待遇所依據的「分類基礎」及「差別待遇對基本權保護領域的侵害程度」，而採取不同審查密度的審查標

¹⁸⁶ 1 BVerfGE 14 (1951).

¹⁸⁷ SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, *supra* note 28, at 162；中文介紹參見陳愛娥，前揭（註 145）文，頁 259 以下（2007 年 1 月）。

¹⁸⁸ 德國「恣意禁止」標準與美國「合理審查」基準（「低標」）寬嚴程度大體相當。Susanne Baer, *supra* note 144, at 260.

¹⁸⁹ 55 BVerfGE 72 (1980). 該案並對「恣意禁止」公式有所補充：「憲法要求，所有人在法律之前一律平等。因此，如一群被規範者，相較於其他被規範者，受到不同的待遇，而兩者間並不存在，依其類型與重要性而言，足以正當化此一差別待遇之差別，即構成對平等權之侵害」。參見陳愛娥，前揭（註 145）文，頁 270。

準（abgestufte Kontrolldichte, a sliding scale of judicial review）。¹⁹⁰

所謂「分類基礎」係指凡以「個人有關之特徵」（personenbezogene Merkmale，或稱「屬人特徵」，例如種族、性別等）為基礎之分類，應適用「比例原則」式的「嚴格審查」。亦即，系爭分類須係為追求某個「合法的目的」（a legitimate goal）；其次須係為達成所欲追求目的之「適當」且「必要」的手段（appropriate and necessary means）；最後，差別待遇所造成的「不利益」（損害），與其所欲追求之目的之價值（利益），須「合乎比例」，亦即合乎所謂「狹義比例性」。¹⁹¹反之，凡屬「事實相關之區分」（sachverhalts-bezogene Differenzierung），則僅需接受寬鬆的「恣意禁止」之審查。「屬人特徵之區分」與「事實相關之區分」的主要區別在於：「受到不利規範者，基於其個人特徵，是否無法或難以實現授益規定所要求的事實」¹⁹²。

上述德國關於以「屬人特徵」為基礎，而實施之分類，應受「比例原則」式的「嚴格審查」，其思維與美國就「可疑」分類（詳後「貳、三、1.」）應適用「嚴格審查」頗為類似。所不同者，德國基本法第3條第3項所列舉的「分類事由」並不限於嚴格意義的「難以改變的個人特徵」（immutable personal characteristics）；且其列舉之項目（事由）實際多於美國法院所承認之「可疑分類」（suspect classification）¹⁹³。又，美、德兩國所謂之「嚴格審查」，在內容與強度上亦不盡相同。¹⁹⁴

¹⁹⁰ Edward J Eberle, *supra* note 185, at 73-74.

¹⁹¹ Susanne Baer, *supra* note 144, at 263-267.

¹⁹² 參見陳愛娥，前揭（註145）文，頁273。

¹⁹³ 美國法院所認定的「可疑分類」殆僅限於以「種族」、「原（國）籍」（see *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, at 216 (1944)）及「外國人」（see *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 642-43 (1973)）等幾項為基礎所為之分類。

¹⁹⁴ 關於「強烈內容審查」（約相當於美國「嚴格審查」strict scrutiny）之操作，德國聯邦憲法法院曾於「變性人案II」明確闡釋：「因為人人在法律之前一律平等的原則，主要係在防止對人的不正當的差別待遇，因此涉及對於人群之差別待遇時，立法者通常應受較強之拘束（See 55 BVerfGE 72, at 88）。當人別特徵與基本法第3條第3項之關係越密切，從而與之相連結的差別待遇可能導致對於少數之歧視的危險越大時，立法者就越要受到較強之拘束。然而立法者應受較強拘束的情形並不限於個人的區別。其亦適用於因事實的差別待遇而間接導致的對於人群的差別待遇。至於單純的行為相關區分，立法者應受拘束的強度取決於受影響的個人得以自己之行為影響系爭區分之執行的程度（See 55 BVerfGE 72, at 89）。」

其次，無論是以「屬人特徵」為基礎之分類，或「事實相關之區分」，其「對基本權所保護的自由所造成的不利影響愈大，立法者的形成空間就愈要受到嚴格的限制」¹⁹⁵，而應回歸「比例原則」之適用¹⁹⁶。如此思維實際與以「比例原則」審查其他基本權之限制相同——凡對基本權的「侵害」（限制）越大，憲法法院越要從嚴審查，以限縮立法者的形成空間。這與美國聯邦最高法院認定差別待遇涉及「根本基本權」（fundamental rights）時，應受「嚴格審查」（「高標」）之思維，亦有相似之處。所不同者，德國注重的是差別待遇對「其他自由權利」所造成之「侵害程度」，而美國則著重於差別待遇所涉及的其他權利之「屬性」——僅當差別待遇涉及所謂「根本的基本權」（fundamental rights）時，始須接受「嚴格審查」（「高標」）。按美國所謂「根本的基本權」係指：「那些『作為吾人一切公民暨政治制度基石的自由正義基本原則則』所隱含的權利」（“the rights implicit in those ‘fundamental principles of liberty and justice that lie at the base of all our civil and political institutions’”）¹⁹⁷，亦即須是攸關「個人自主」（autonomy of the individual）的重要基本權，始足當之；其與德國所稱之「基本權」（Grundrechte）泛指憲法所保障之人權，不盡相同。¹⁹⁸換言之，列在憲法人權條款（Bill of Rights）中的權利未必是美國所謂「根本的基本權」（fundamental rights）；反之，而未列入憲法人權條款的權利（所謂「未列舉之基本權」）也可能是「根本的基本權」。

德、美兩國法院就平等權案件固皆發展出寬嚴不同的審查基準（a

此外，關於個人及事實的差別待遇對於基本權所保障之自由的不利影響越大（See 60 BVerfGE 123, at 134; 82BVerfGE 126, at 146），立法者的裁量空間（形成空間）就越受到限縮」。See Transsexuelle II, 88 BVerfGE 87, at 96 (1993).

¹⁹⁵ 92 BVerfGE 53, at 69.

¹⁹⁶ 93 BVerfGE 99, at 111.

¹⁹⁷ Hebert v. Louisiana, 272 US 312, at 316 (1962).

¹⁹⁸ 參見湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第五輯，頁 261 以下，頁 274-279（2007 年 3 月）。

sliding scale of judicial review) ，但兩國違憲審查的方式實際並不相同。析言之，首先，德國並未如美國採取「二元」審查架構；比例原則毋寧為「階段式」的審查（無論是傳統的三階段式，或現代的四階段式）¹⁹⁹，操作時須循序漸進：先是「適合性原則」（Geeignetheit），其次是「必要性原則」（Erfordlichkeit），最後是「狹義比例原則」（Verhältnismässigkeitsprinzip im engeren Sinne）；前一階段之審查未獲通過者，即無需進入次一階段之審查。其次，凡以基本法第 3 條第 2 項及第 3 項（所謂「特別平等權規定」）所列舉的（九種）事由，包括「性別」或「出生」（如「非婚生子女」²⁰⁰），為基礎所形成的差別待遇，在德國均應接受比例原則式的「嚴格審查」²⁰¹；而美國對於以「性別」及「非婚生子女」為基礎所為之差別待遇，則僅採取「中標」審查，已如前述。再次，關於社會、經濟（領域）的管制（social-economic regulations），在美國幾乎概採「低標」（合理審查基準）審查，高度尊重立法部門的決定（立法裁量）；但在德國，如社經領域的差別待遇同時涉及「其他基本權」（例如第 2 條的「人格權」²⁰²、第 6 條的「家庭權」²⁰³、第 33 條第 1 項的「家庭權」、第 38 條第 1 項的「投票權」等），或／且「對少數人產生重大之不同影響」時，仍須提高審查基準²⁰⁴，而非當然尊重立法裁量。德國所謂「對少數人產生重大之不同影響」，應提高審查基準的思維，與美國就「孤立而隔絕之少數」所為之立法，應提高審查基準，可謂如出一轍。最後，除德國的「禁

¹⁹⁹ 參見湯德宗，前揭（註 71）文，頁 593-604。

²⁰⁰ See, e.g., BVerfG Nov. 18, 1986, 74 BVerfGE 33（繼承法要求非婚生子女須先證明親子關係，始得主張繼承生父財產之規定，與基本法第 6 條第 5 項之規定有違）；BVerfG Jan. 29, 1969, 25 BVerfGE 167（拒不給予非婚生孤兒如同其生父生前給予婚生子女之同額房租津貼，與基本法第 6 條第 5 項之規定有違）。基本法第 6 條第 5 項規定：「非婚生子女之身體與精神發展及社會地位，應由立法給予與婚生子女同等之條件」。

²⁰¹ 雖然如此，聯邦憲法法院始終未將墮胎當成性別歧視問題，而僅定性為胎兒生命權的侵害問題。參見 Susanne Baer, *supra* note 144, at 253-254.

²⁰² Transsexual II, 88 BVerfGE at 96-97.

²⁰³ Maternity Leave Support, 109 BVerfGE 64.

²⁰⁴ 98 BVerfGE 365, at 385 (1998).

止恣意」標準與美國的「合理審查」基準（「低標」）審查強度大體相當外，德國「比例原則」式的「嚴格審查」，因「比例原則」實際包含不同的審查密度²⁰⁵，其審查強度遂難與美國的「嚴格審查」或「中度審查」基準，進行概括的比較。

3. 加拿大：從兩階段，到三階段，到重塑兩階段

加拿大最高法院關於平等權案件的審查模式歷經三變。前述美、德兩國法院關於平等權案件的審查，重在發展出寬嚴不同的審查基準；而加國平等權案件之審查則重在確立應分為哪些「階段」進行。此外，加國與德、美兩國不同，系爭規定經認定為違反憲法第 15 條（一般平等權規定），而構成「歧視」之後，尚須進一步依照憲法第 1 條²⁰⁶ 審查其是否符合「比例原則」²⁰⁷，才能獲致違憲審查的結論（合憲或違憲）。

3.1 *Andrews* 案：兩段式審查模式

加國最高法院在 1989 年 *Andrews v. Law Society of British Columbia* 案²⁰⁸ 明確宣示：關於憲法第 15 條第 1 項之平等權案件，不應採取亞里士多德氏「等者，等之；不等者，不等之」的審查方法（the Aristotelian “likes alike, unlikes unlike” approach），乃另闢兩段式審查

²⁰⁵ 德國聯邦憲法法院自 1979 年 *Mitbestimmungsurteil* 案以來，就立法事實之認定或預測已發展出三種寬嚴程度不等的審查標準，自寬至嚴分別為：「明白性審查」（*Evidenzkontrolle*）、「可支持性審查」（*Vertretbarkeitskontrolle*）、「強烈內容審查」（*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*），*see* 50 BVerfGE 290, at 333。關於各種審查密度之內容，參見許宗力，〈比例原則與法規審查〉，收於《戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集》，頁 214-216（2004 年 1 月）；黃舒凡，〈「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分—德國功能法論述取向（*funktionell-rechtlicher Ansatz*）〉，政大法學評論，第 91 期，頁 99 以下（頁 121）（2006 年 6 月）。

²⁰⁶ 加拿大 1982 年憲法第 1 條：「加拿大權利暨自由憲章保障其公民享有一切本憲章所規定之權利及自由，僅受到由法律規定，且在自由及民主社會能證立為正當之合理限制。」（*The Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.）

²⁰⁷ *See R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. 中文介紹，參見湯德宗，前揭（註 71）文，頁 605-608。

²⁰⁸ [1989] 1 S.C.R. 143 (*per* McIntyre J.).

模式：²⁰⁹

- (1) 系爭規定是否曾拒絕給予某個自然人「法律之前之平等」，或「法律之下之平等」，或「法律之平等保護」，或「法律之平等利益」？亦即，是否確有「差別待遇」存在？
- (2) 如有差別待遇，則其是否構成（該案所定義之）「歧視」（discrimination）？包括：
 - (a) 系爭差別待遇是否係以第 15 條第 1 項之列舉事由或類似事由（enumerated or analogous grounds）為基礎而形成？
 - (b) 如果是，其是否符合 McIntyre 大法官所定義之「歧視」：

差別待遇，無論是否出於故意，係以與個人或團體有關之屬人特徵（personal characteristics）為基礎，而產生對該個人或團體（但不對其他個人或團體）課予負擔、義務或不利益，或不給予或限制社會其他成員享有之機會、利益及好處之效果者。以屬於某個團體之個人始具有的屬人特徵（personal characteristics）作為基礎之分類，幾乎無從逃避其為歧視之指控；而以個人之優點與才能（merits and capacities）作為基礎之分類，則幾乎不可能被歸類為歧視。²¹⁰

據上，「歧視」不以具有「歧視之目的或意圖」（discriminatory purpose or intent）為必要，但必須對受規範者產生「歧視之影響或效力」（impact or effect of discrimination），始足當之。²¹¹

另，主筆大法官 McIntyre 堅信有無違反憲法第 15 條（平等權）與第 1 條（比例原則），應分別審查：「重要的是……兩者應個別分析，至少是鑑於兩者舉證責任不同之故。公民應負責舉證其基本權利遭受

²⁰⁹ See GÉRALD-A. BEAUDOIN & ERROL MENDES (ED.), THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, at 14-17~14-18. (3rd ed. 1996).

²¹⁰ *Andrews*, *supra* note 39, at 174-175.

²¹¹ Catharine A. MacKinnon, *supra* note 106, at 10.

侵害，而政府則應負責舉證該侵害具有正當理由」²¹²。因就「平等權」與「比例原則」是否違反，分別進行審查的緣故，兩者審查之內容難免重覆。又，*Andrews* 案雖拒絕採取「等者，等之；不等者，不等之」的公式，但並未具體提出如何認定「以列舉事由或類似事由為基礎，而施予不利益（含課予負擔或拒絕利益）」的標準。尤其，判決中還暗示可能尚需其他要件，始足構成「歧視」，略謂：「僅關注於所指謫的歧視事由，並判斷其是否為列舉事由或類似事由，尚有不足」²¹³。凡此均為下一階段之發展埋下了種子。

3.2 *Law* 案：三段式審查模式

十年後，加國最高法院果然在 *Law v. Canada* 案²¹⁴ 改採三段式審查，以判斷有無歧視：²¹⁵

(1) 系爭規定是否

- (a) 係以（一項或多項）屬人特徵（personal characteristics）為基礎，在原告與其他人（比較組）間，形成差別待遇？或
- (b) 因疏於考慮原告在加拿大社會中原本所處之不利地位，致在原告與其他人（比較組）間，實質上係以（一項或多項）人別特徵為基礎，形成了差別待遇（differential treatment）？

如答案為是，則

- (2) 系爭差別待遇是否以第 15 條第 1 項之「列舉事由或類似事由」（the enumerated or analogous grounds）作為基礎？

- (3) 按第 15 條之立法目的一補救「偏見」（prejudice）、「刻板

²¹² “It is ... important to keep them analytically distinct if for no other reason than the different attribution of the burden of proof. It is for the citizen to establish that his or her *Charter* right has been infringed and for the state to justify the infringement.” *Andrews, supra* note 39, at 178.

²¹³ *Andrews, supra* note 39, at 182 (It is “not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground.”)

²¹⁴ *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

²¹⁵ See LEONARD I. ROTMAN, BRUCE P. ELMAN & GERALD L. GALL (ED.), *CONSTITUTIONAL LAW: CASES, COMMENTARY AND PRINCIPLES* 1184-1195 (2008).

印象」(stereotyping)及「歷史上遭受不利對待(historical disadvantage)所造成之惡害，以維人性尊嚴(human dignity)一觀之，系爭差別待遇實質上是否為歧視(discrimination)？」

或因上述標準仍嫌抽象，主筆的Iacobucci大法官乃更提示了四項情境因素(contextual factors)，作為評估系爭差別待遇實質上是否構成「歧視」的指南：

- (a) **預先存在的不利益**(pre-existing disadvantage)：原告是否為「歷史上遭受不利對待之群體」(a historical disadvantaged group)的成員，或為其他易遭受壓迫或遭受不利對待之群體，例如「孤立而隔絕之少數」(discrete and insular minorities)，的成員？²¹⁶
- (b) **關聯程度**(degree of correspondence)：系爭差別待遇所依據的分類基礎(事由)，與原告的實際需求(actual need)、優點(merit)、能力(capacity)或處境(circumstances)，是否相關(correspond with)？²¹⁷
- (c) **改善的效力**(ameliorative effect)：系爭法律對於社會上遭受較為不利對待之個人或團體(a more disadvantaged person or group)，是否具有改善其處境的效力？²¹⁸

²¹⁶ 第15條既帶有「補救」之目的，則系爭政府行為是否構成歧視，自應考慮其對於被烙印或遭受不利對待的族群所造成的影響。*Law, supra note 226, at paras. 63-68.* 所謂「預先存在的不利益」，一經證立便可以適用於其後的案件，不問系爭法律之性質如何。*Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769, at para. 45.*

²¹⁷ 這項因素旨在探究系爭差別待遇是否正在「形塑刻板印象」(stereotyping)，從而構成「實質歧視」(substantive discrimination)。*Kapp, supra note 43, at para. 23; Wither v. Canada, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 38.* 例如，政府未能滿足殘障(含肢障與智障)之需求，致殘障者未能如其他人般地使用政府的設施或享受政府的福利，即可認為「歧視」。*See Eldridge, supra; Eaton v. Brant County Board of Education, [1997] 1 S.C.R. 241; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur, [2003] 2 S.C.R. 504 at para. 93.*

²¹⁸ 按在下述*Kapp*案作成之前，第15條第2項一直被視為第15條第1項之「解釋上的輔助」(interpretive aid)。亦即，系爭差別待遇須具有改善(因為種族、國籍、膚色、宗教、性別、年齡或身心障礙等事由，而)遭受不利對待之個人或團體之處境的效力，始能歸入第15條第2項的範圍，而免於被認為第15條第1項之「歧視」。*See, Lovelace v. Ontario, [2000] 1 S.C.R. 950.* 然，*Kapp*案以後，第15條第2項的審查只問：系爭差別待遇是否具有為改善(因為種族、國籍、膚色、宗教、性別、年齡或身心障礙等，而)遭受不利對待之個人或團體處境之目的，而不問其效力。因此，

(c) **受影響之利益 (the interest affected)**：系爭法律如何影響原告之利益？其受影響之利益的性質及範圍為何？²¹⁹

上述四項情境因素雖僅屬例示列舉（而非窮盡列舉）之性質，然自 Law 案釋示以來，始終未見增補。又，加國最高法院屢申：並非每個案子都會牽涉這四項因素，且四者中無一具有決定性（determinative）—四項因素皆非構成「歧視」所不可或缺的構成要件；²²⁰ 適用時亦無需逐一進行檢視。²²¹

上述三段式審查的特色在於：明白揭示應以系爭規定是否傷害「人性尊嚴」為準，判斷是否構成「歧視」，從而違反「平等權」。這種「以尊嚴為基礎的解釋方法」（the dignity-based approach）旨在彰顯該院採取「實質平等」觀，以示與「形式平等」觀相區隔。

3.3 Kapp 案：重塑兩段式審查模式

又十年後，加國最高法院於 *R. v. Kapp* 案²²²，將 Law 案所建立的三段式審查，重新改寫為兩段式審查：²²³

(1) 系爭法律是否以列舉事由或類似事由為基礎，形成差別待遇

系爭規定倘因不具改善（遭受不利對待之個人或團體）處境之「目的」，而無法歸入第 15 條第 2 項之範圍時，似不得主張其具有改善（遭受不利對待之個人或團體）處境之「效力」，而免於被認定為第 15 條第 1 項之「歧視」。

²¹⁹ 系爭法律對於受規範的個人或團體所產生的經濟、憲法或社會影響越嚴重、越是嚴厲而局部的，則其所造成的差別待遇就越可能被認定為「歧視性」的。*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at paras. 63-64; *Law, supra* note 214, at para. 74。然關鍵猶在於：系爭差別待遇是否限制個人接近使用根本的社會制度，或影響其作為加拿大社會完整成員的基本方面（“whether the distinction restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society”），*Law, supra* note 214, at para. 74, citing *Egan, supra* at 556。

²²⁰ *Law, supra* note 214, at para. 62; *Lavoie, supra* note 216, at para. 46; *Martin; Laseur, supra* note 217, at para. 85; *Withler v. Canada*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 38 and 66; *Quebec v. A.*, 2013 SCC 5, at para. 331。

²²¹ *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, at para. 28。

²²² [2008] 2 S.C.R. 483。

²²³ *Id.* at para. 17。

之所以稱為「重新形塑」，而不稱「變更」，乃因 *Kapp* 案通篇並未釋示其「變更」Law 案之見解。不僅如此，其於宣示如上「重塑」的兩階段標準後，下一句立即補充：「前述內容在 Law 案雖分為三步驟，但依我等所見，二者本質上是相同的」（“These were divided, in Law, into three steps, but in our view the test is, in substance, the same.”）*Id.*

(Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground ?)

- (3) 系爭差別待遇是否以延續偏見或刻板印象為手段，創造了某種不利益 (Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping ?)

此後，加國最高法院的判決一概僅援引經 *Kapp* 案所重塑的兩段式審查，而不再提 *Law* 案所創設的三段式審查。²²⁴ 上述第 (1) 階段旨在確立原告（相對於他人）確實因構成列舉事由或類似事由之屬人特徵，而受有差別待遇—未能享受他人享有之利益，或承擔了他人所未有之負擔；²²⁵ 上述第 (2) 階段旨在闡明：為追求實質平等，凡「延續」偏見或刻板印象所導致之不利益，均屬憲法所禁止之歧視（這一點與前述美國聯邦最高法院所採之「禁止歧視之原則」頗為神似）。審查時，所有相關情境因素皆應納入考量，而不限於 *Law* 案所例示的四項因素。²²⁶

Kapp 案兩位主筆大法官（首席大法官 McLachlin 與大法官 Abella）一方面肯定：*Law* 案因重申 *Andrews* 案將憲法第 15 條定性為保障「實質平等」，對於統一法院見解具有貢獻；且「人性尊嚴」說深化了吾人關於實質平等概念基礎（conceptual underpinnings）的理解。²²⁷ 他方面，兩位大法官坦陳：因為「人性尊嚴」乃抽象而主觀之觀念，適用時難免產生疑惑；且三段式審查對於主張平等權的人民（原告）而言，在舉證責任方面造成了額外的負擔；復以三段式審查實施以來有漸形僵化（形式化）之趨勢，故而有重整（重塑）之必要。²²⁸

²²⁴ See, e.g., *Ermieskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12.

²²⁵ *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, at para. 42.

²²⁶ *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, at para. 66.

²²⁷ *Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 20.

²²⁸ *Kapp*, at paras. 21-22.

並值注意者，*Kapp* 案一改過去該院有關憲法第 15 條第 2 項乃同條第 1 項之「解釋上輔助」（interpretive aid）之見解，而使之具有獨立的規範意義，略謂：第 15 條第 2 項「以簡明的文字告訴我們，第 15 條第 1 項不能被解讀為：為了打擊不利對待而採行的改善計畫將被認定為具有歧視的性質，而違反第 15 條平等權之意旨」。²²⁹ 亦即，第 15 條第 2 項之規定旨在使得「改善（遭受不利對待之族群之處境）計畫」免於遭受所謂「反向歧視」（reverse discrimination）的指控。²³⁰ 質言之，如政府能證明：某項計畫具有**改善或補救遭受不利對待之群體之處境的目的，且係以「列舉事由」或「類似事由」為基礎，而認定之「遭受不利對待群體」作為適用之對象，則該項（積極平權措施）計畫即不違反第 15 條之平等權保障**。²³¹ 嗣於 *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham* 案，加國最高法院進一步闡釋：第 15 條第 2 項容許「改善計畫」得循序漸進，無需一次到位（完成改善）：²³²

第 15 條第 2 項的基本原理是：政府應被容許鎖定因屬人特徵而遭受不利對待的人們中的一部分，而排除其他的部分……第 15 條第 2 項肯定政府可能無法同時幫助所有遭受不利對待的群體，而**允許政府設定優先順位**。如果（認為）各級政府有義務一律平等地……嘉惠所有遭受不利對待的群體，則各級政府可能無法利用選定的計畫，以達成關於特

²²⁹ Section 15(2)“tells us, in simple clear language, that s. 15(1) cannot be read in a way that finds an ameliorative program aimed at combatting disadvantage to be discriminatory and in breach of s. 15.” *Id.* at para. 28.

²³⁰ *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37.

²³¹ *Kapp*, at para. 41.

²³² “The underlying rationale of s.15(2) is that governments should be permitted to target subsets of disadvantaged people on the basis of persona characteristics, while excluding others. ...Section 15(2) affirms that governments may not be able to help all members of a disadvantaged group at the same time, and should be permitted to set priorities. If governments are obliged to benefit all disadvantaged people... equally, they may be precluded from using targeted programs to achieve specific goals relating to specific groups. The cost of identical treatment for all would be loss of real opportunities to lessen disadvantage and prejudice.” *Cunningham*, at para. 41.

定群體的特定目標。要求對所有人均給予完全相同的對待，其代價就是喪失真正減輕不利對待與偏見的機會。

綜上，加國最高法院係以「實質平等」觀，銓釋憲法第 15 條之意旨，包括：第 1 項之「反歧視原則」與第 2 項之「改善處境授權」。前者指應綜合考量社會、政治、經濟及歷史等情境因素，以判斷系爭差別待遇（區分）是否為以「延續」偏見或刻板印象為手段，而實質上對具有特定屬人特徵之族群成員施予不利益，從而構成「歧視」；後者授權政府，得為改善因屬人特徵而遭受不利對待之族群人民之現況（處境）之目的，而採行積極平權措施（所謂「改善計畫」），以消弭事實上之不平等。總之，加國最高法院係以「偏見式的影響」（prejudicial impact）或「負面的刻板印象形塑」（negative stereotyping），發掘歧視性的差別待遇；並且肯定「積極平權措施」乃為改善遭受不利對待之族群的現實處境（actual situation）所必要。

加國釋憲實務在我國相對陌生，然鑑於加國憲法平等權之規範構造（尤其第 15 條第 1 項）與我國（憲法第 7 條）最為近似，且兩國釋憲機關皆明白釋示：憲法所保障之平等權乃「實質平等」（儘管兩國實務對於「實質平等」的認知不盡相同）²³³，而非「形式平等」，我以為加國最高法院致力追求「實質平等」的經驗，對於我國大法官今後的平等權解釋，深具參考價值。

4. 我國：從「恣意禁止」，到二元二階（低、中標）混用

大法官早期的平等權解釋因為受到德國的影響，僅採「恣意禁止」原則進行審查。前揭釋字第 455 號解釋翁岳生大法官的「協同意見書」可為代表即明。²³⁴ 又如釋字 179 號解釋釋示：「按憲法第七條……並

²³³ 惟兩國法院對於形式平等與實質平等之認知不盡相同。加國最高法院認為「等者，等之；不等者，不等之」乃屬「形式平等」，我國大法官則認其屬「實質平等」。

²³⁴ 並值注意者，翁大法官在該「協同意見書」（第 31 段）並檢視系爭差別待遇所欲追求之「目的」，及系爭差別待遇之「手段」與該「目的」之達成間所具有之關聯，堪稱我國「二元審查」之先河：謂「或謂以區別義務役與志願役併計退休年資的方式，給予志願役軍人較優惠待遇，能進一步達成鼓勵國民

非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定」。

自 2003 年起，依憲法增修條文第 5 條規定，實施新制後，大法官平等權解釋開始展現美國的影響。釋字第 593 號解釋首次釋示：「法規範是否符合平等原則之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度的關聯性，以及該關聯性應及於何種程度而定」²³⁵，正式引進「二元」審查模式，將違憲審查分為「目的合憲性審查」與「手段與目的關聯性審查」兩部分。另，約與此同時，自釋字第 578 號解釋起，大法官開始注意區分（寬嚴程度，或稱密度）不同的審查基準，尤其注意區分「合理審查基準」（低標）與「較為嚴格之審查」（中標），遂逐漸形成「二元二階（低、中標）」審查模式。²³⁶

平等權解釋使用「二元且低標」審查者，如釋字第 618 號解釋釋示：兩岸關係條例限制大陸地區人民在臺入籍未滿 10 年者，不得擔任公務人員之規定，合憲。略謂：「非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分乃……為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，其目的洵屬合理正當；考量原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異……則系爭規定以十年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內」²³⁷。

平等權案件使用「二元且中標」審查者，如釋字第 626 號解釋釋示：「以有無色盲決定能否取得入學資格之規定，係為培養理論與實務兼備之警察專門人才……其欲達成之目的洵屬重要公共利益；因警察工

從軍之目的，但此手段與目的之間的關連性，頗令人存疑。因本案所涉僅為退休年資之問題，故僅允許志願役軍人得併計服役年資於公務員退休年資，應非提昇國民服志願役意願之必要手段。」

²³⁵ 此後相同的文字屢經大法官援用，參見釋字第 682 號、第 694 號、第 701 號、第 722 號、第 745 號、第 791 號、第 801 號等解釋。

²³⁶ 至於適用「嚴格審查」（高標）的案件，遲至 2017 年（釋字第 744 號解釋）始見於我國。參見釋字第 744 號解釋_湯德宗大法官〈協同意見書〉。且迄今僅此一例。

²³⁷ 參見釋字第 618 號解釋理由書第 [3] 段。

作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當理由。是系爭招生簡章規定排除色盲者之入學資格，集中有限教育資源於培育適合擔任警察之學生，自難謂與其所欲達成之目的間欠缺實質關聯」²³⁸。

惟大法官實際上並未而放棄「恣意禁止」模式，不時仍可見以「有無恣意」為判準的解釋。例如，釋字第 614 號解釋釋示：「就公營事業之人員轉任為適用公務人員退休法之公務人員後，如何併計其於公營事業任職期間年資之規定，與同條第二項就政務人員、公立學校教育人員或軍職人員轉任時，如何併計年資之規定不同，乃主管機關考量……整體退休制度之設計均有所不同，所為之合理差別規定，尚難認係恣意或不合理，與憲法第七條平等原則亦無違背」。又如，釋字第 728 號解釋釋示：「基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七保障性別平等之意旨有違」。

何以出現上述「兩制混用」現象？我以為，最簡潔的回答應是：因為大法官其實並未確立關於平等權案件的審查模式。表面上看，此或因個別案件主辦大法官之背景（尤其留學德國或美國）不同，致其負責起草的解釋文及解釋理由書草案採取了不同的審查模式。更深入地說，我以為大法官全體對於美國式的二元審查架構普遍缺乏瞭解，當是審查架構飄忽不定的主要原因（詳後「貳、四」之說明）。

說到這兒，諸位或許會問：大法官之所以不能忘懷「恣意禁止」，是否因其對於「比例原則」能否適用於「平等權」案件存有懷疑？有可能。國內反對以比例原則審查平等權案件者多認為，比例原則乃在限制國家對於「自由權」之限制不得「不得過度」，亦即，**比例原則乃所謂「限制之限制」**（Schrankenschranken）條款，或簡稱「限制條款」

²³⁸ 參見釋字第 626 號解釋理由書第 [6] 段。

(Limitation Clause)，故而不應適用於「平等權」案件之審查。²³⁹ 然，我以為這樣的見解容值商榷，理由有三。

第一，就現實需要言，我國憲法上的人權「限制條款」僅有憲法第 23 條一條而已。在比較憲法上，堪稱係屬所謂「通用型」的限制條款，我常戲稱之為「一招半式闖江湖」；而其他國家憲法或主要國際人權公約（如歐洲人權公約）多就各項人權，分別規定限制條款，乃所謂「個別型」的限制條款。為嗣應人權多元化、細緻化的發展趨勢，我國憲法第 23 條的單一限制條款，勢必要順勢演化成「一招多式」的限制條款，俾符（違憲審查規範控制的）實際需求。

第二，憲法第 23 條位列第 2 章之末，故其所稱「『以上各條』所列舉之自由權利，除為……所必要者外，不得以法律限制之」，文義解釋上自應包括位於該章之首（第 7 條）的「平等權」在內。或謂：「平等權」並非前揭第 23 條所稱「以上各條所列舉之『自由權利』」，故非屬第 23 條之適用範圍。然，「自由權利」一語，依中文之語法，原可解為「自由及權利」，而無違「文義解釋」方法；尤其，自從第 23 條之規範目的乃在限制國家對於人權之限制的觀點（目的解釋）而言，更無理由將「平等權」排除於其適用範圍之外。難道國家對於「平等權」的限制（譬如以公權力創造法律上之不平等），即可不受該條之限制，包括「防止妨礙他人自由、避免緊急為難、維持社會秩序、或增進公共利益」等「目的限制」，及不得「逾越必要程度」之「手

²³⁹ 參見許宗力，〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，收於氏著《法與國家權力》(二)，頁 168-169 (2007 年 1 月)（「比例原則向來是持以作為自由權的審查，是否也可以拿事平等審查，不無疑問……按憲法對自由權的保障是相對的，也就是說為了保第三人的權利或公益，國家非不能對人民自由權施限制 (Eingriff)，但為了怕限制過度，使自由權保障成為空談，乃展出比例原則，要求對自由權的限制只能在對達到保護他人權利或利益之目的而言是適合、必要且合比例時，始能為之，所以說，比例原則基本上是建構在自由權的相對性或可限制性上，它基本上是為調和兩個相衝突法益而生，沒有法益衝突，應該就沒有比例原則適用之餘地。反之，憲法對平等的保障則絕對的，他不具有可限制性」）。惟余意恰恰相反：憲法對於基本權（含平等權）之保障均屬相對，而非絕對；是平等權之保障，一如自由權之保障，恆須調和相互衝突之法益。將平等權保障視為「絕對」，似誤以為「等等之」永遠只有一個標準答案。然憲法第 7 條保障了人民「免於遭受不當分類之對待」，是法規一旦出現分類，釋憲機關即須審查（權衡）系爭分類所形成之差別待遇是否為「不當」，或者說，系爭差別待遇對於平等權之「限制」是否「必要」。

段限制」？！基於法治國原則，國家公權力之行使恆應受有限制，國家對人民基本權利之限制更應受有限制，我國憲法上唯一的「限制條款」—憲法第 23 條之「比例原則」，當然也應該適用於國家對於「平等權」之限制！

第三，就憲法第 23 條之適用而言，其對「平等權」與對「自由權」之檢驗，並無本質上之不同。申言之，大法官皆須審查（檢視）「目的之合憲性」及「手段與目的之關聯性」，以判斷國家對於人民基本權利（無論其為自由權或平等權）之「限制」是否為「合理」（reasonable）或「必要」。²⁴⁰所不同者，國家對於自由權之「限制」主要表現在對人民於憲法上所保障之自由進行（部分）「限制／干預」或（全部）「剝奪」；而國家對於平等權之「限制」則主要表現在對於法規所依據之各種分類（classifications, distinctions）之檢視，避免造成「等者，不等之」或「不等者，等之」的「差別待遇」（differential treatment）。兩者「限制」之形式不同，乃自由權與平等權之本質差異所使然，無關乎違憲審查之方法。申言之，國家對人民「自由權」與「平等權」所為之「限制」，皆須「合理」—「限制之目的」須為憲法所認可者，且「限制之手段」須在「必要」之範圍內。是憲法設置第 23 條「比例原則」作為「限制條款」，並列在第 2 章之末，實有至理藏焉！前述德國聯邦憲法法院自 1980 年起關於平等權案件也已採用「比例原則」式的嚴格審查標準，並與前此寬鬆的「恣意禁止」標準相區別，亦正顯示「比例原則」並無本質上不得適用於平等權之理！而提高平等權的審查基準，亦為法治國發展之大勢所趨。

我國大法官一向將憲法第 23 條與「比例原則」劃上等號，並至遲自釋字第 436 號解釋開始，即稱「憲法第 23 條之比例原則」。而國人所熟知的「比例原則」實乃德國傳統的「三階段審查」—「適合

²⁴⁰ 類似見解參見李建良，前揭（註 55）文，頁 86-87（2008 年 4 月）（「自由與平等的憲法保障，其共通之處在於，無論是自由的限制或是不平等的對待，皆不得『毫無理由』」）。

性原則」(Geeignetheit, 即手段應有助於目的之達成)、「必要性原則」(Erfordlichkeit, 即有多種同樣能達成目的之方法時, 應選擇對人民權益損害最小者)、以及「狹義比例性原則」(Verhältnismäßig im engeren Sinn, 或稱 Angemessenheit, 即採取之方法所造成之損害與欲達成目的之利益不得顯失均衡)。前揭我國行政程序法第 7 條之規定堪稱德國傳統比例原則最精準的中文表述。德國傳統的比例原則, 具有幾項特色: 一、其為「線性流程式」的審查—前述三個子原則須循序進行檢驗, 猶如火車穿越山洞一般, 是如「適合性原則」檢驗不通過, 即無需進行「必要性原則」檢測, 餘以次類推。二、其強調「手段與目的關聯性」審查, 而輕忽「目的」(是否合憲)之審查。三、其於實際適用時, 雖有不同的「審查密度」²⁴¹, 但「比例原則」本身並未明確區分不同層級的審查基準。自 1958 年藥房案 (Apothekenurteil)²⁴² 起, 聯邦憲法法院開始強化「目的」審查, 將之單獨列為一項 (第一項) 步驟, 「比例原則」因而蛻變為「四階段審查」, 然仍維持「線性流程式」審查特質, 並未全面蛻變成「不同層級式」(hierarchical) 的審查基準。

為了融合美國「二元聯動層級式」司法審查基準 (bifurcated and hierarchical standards of judicial review) 與德國「線性流程式」比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip), 以建構我國的違憲審查基準體系, 我在 2009 年 (大法官釋憲六十週年, 亦中研院社科所法律組 (今法律學研究所前身) 開辦「憲法解釋之理論與實務」研討會十週年) 時, 寫了一篇長文, 大膽提出「階層式比例原則」(hierarchical proportionality principle) 的構想, 並模擬操演 (具體適用於) 三件大法官指標解釋 (釋字第 584 號、釋字第 603 號及釋字第 618 號解釋), 對比其間在論理與結論上之差異, 希能提升大法官解釋的預測可能性 (predictability),

²⁴¹ 參見前文註 204 及其對應內文之說明。

²⁴² See *infra* note 328.

以強化憲法解釋的正當性（legitimacy of constitutional review）。十年歲月轉眼流逝，如今比例原則層級化的發展才剛蹣跚起步，距離穩健成熟還有一段漫長、艱辛的路途。

平等權案件的違憲審查，除了前述「審查模式」亟待確立外，還涉及三個重要問題。第一，如何認定「差別待遇」？此與審查者所採取之平等觀—形式平等或哪種實質平等觀，並與憲法所規定之平等權內涵—法律上平等或事實上平等，密切相關。第二，如何選定審查基準？此與審查者關於「禁止分類」之理解與詮釋，息息相關。第三，如何進行審查？即如何將選定的審查基準具體適用於個案。理論上，違憲審查原應先進行「形式合憲性的審查」—判斷系爭差別待遇是否符合「法律保留原則」，蓋憲法第 23 條規定：「除為……所必要者外，不得以法律限制之」；通過了「形式合憲性審查」，始以「比例原則」進行「實質合憲性審查」。由於時間的限制，我今天的演說將略過「形式合憲性審查」部分，直接進入「實質合憲性審查」。

二、確認差別待遇

沒有比較，何來平等；沒有「差別」待遇，即不生「平等」爭議。因此，平等權案件違憲審查的第一步便是**確認差別待遇之所在**。而差別待遇（尤其所謂「間接差別待遇」）之認定，一方面凸顯出「平等權的特性」；他方面又與平等權的理解，包括解釋者採取何種「平等觀」及憲法規定之「平等權內涵」，息息相關。茲分述之。

1. 平等權之特性與差別待遇之認定

關於平等權的特性，釋字第 455 號解釋翁岳生大法官的「協同意見書」裡有一段經典的闡述：「平等原則之本質，原就具有**雙面性與相對性**（ambivalent und relativ），嚴格而言並非各該規範本身之違憲，而是作為差別對待之**兩組規範間的關係**，或可稱為**規範關係之違憲**」。

這一段話對於理解平等權之特性至為關鍵，值得細細品味。

1.1 雙面性與相對性

前引翁先生的意見書點出平等權具有「雙面性」與「相對性」，但並未進一步說明其意涵。以下是我的引伸，請大家姑妄聽之。我以為，「雙面性」(ambivalent)是指一種又愛又恨的「矛盾情節」；也可理解為「相互關係性」(relational)。蓋人世間，無論何時、何地(社會)，物資恆屬有限，不可能作無止盡地分配，滿足所有人的慾望。當我們路見貧苦，心生不忍(孟子嘗謂：「人皆有不忍人之心」)，覺得應該給予幫助，多分一些資源給貧苦者；但仔細一想，多分一點給別人，自己就少分得一點，所以難免會有種矛盾、躊躇的心理。這與老子所說「既以為人已愈有，既以與人已愈多」²⁴³的說法，似乎正好相反。

至於「相對性」(relative)，也可理解為「比較性」(comparative)，則是「平等」概念最困難而有趣的地方一端視你在跟「誰」(equality among whom)比較「什麼」(equality of what)，而有不同的答案！俗話說：「比上不足，比下有餘」；又說：「人比人，氣死人」，大概就是指平等權的「相對性」。

現在我嘗試舉兩個例子，說明平等權上述特性。第一個例子是釋字第 455 號解釋。過去，成年健康男子都要當兵，也就是服所謂的「義務役」，一般役期是 2 年。本案的疑義，簡而言之，在於：**義務役的服役年資，可否併計為其他公職的退休年資？**按當時「軍人及其家屬優待條例」第 32 條第 1 項之規定：「後備軍人轉任公職時，其原在軍中服役之年資，應予合併計算」，所以「志願役」如與「義務役」相比，

²⁴³ 參見老子，《道德經》，第八十一章：「聖人不積，既以為人已愈有，既以與人已愈多」。一般多註解「為人」為「助人」，「與人」為「給人」，兼指物質與精神兩方面，參見吳宏一，《老子新釋》，頁 463（天宏，2012 年 2 月）；吳怡，《老子解義》，頁 471（三民，2017 年 3 月）。惟劉君祖，《從易經看老子道德經》，頁 365（大塊，2021 年 4 月）註解：「這裡老子所講的『積』不是累積財貨等物質的東西，而是智慧、德行等精神方面的東西」。

「志願役」的待遇優於「義務役」。但服「義務役」者，又有「先任公職，後服役」與「先服役，後任公職」的分別。前者如當時的小學老師，師專畢業後就分發到學校服務，因其時多數初任教師尚未屆滿 20 歲，要等待約莫半年後，收到服役通知，才會辦理「留職停薪」，入營服役。該案中系爭行政院人事行政局函釋²⁴⁴規定，「先任公職，後服役」者於服完義務役後，可以「補辦考績」，將其「義務役」服役年資併入其服公職之年資，計算為退休年資。至於「先服役，後任公職」的人，因為沒有類似規定，其義務役服役年資遂無法併計為服公職的退休年資。所以同樣是服「義務役」，「先任公職，後服役」者，比「先服役，後任公職」者，待遇為優。可見平等與否往往看你跟「誰」、比「什麼」而定，是即平等權之「相對性」（或「比較性」）。其間也可以隱約感覺出彼此「權益消長」的緊張關係一系爭函釋原可「類推適用」於「先服役，後任公職」者，但多年來卻只作「反面解釋」一系爭函釋既僅規定「先任公職，後服役」者得補辦考績，併計年資，「先服役，後任公職」者自不得併計服役年資為退休年資。堅持就系爭函釋為反面解釋，以「限縮」其適用，隱約可見平等權之「雙面性」（或「相互關係性」）在其間發酵作用。

第二個例子是釋字第 649 號解釋。這是一件「非典型」的 (atypical) 平等權案子，涉及前述所謂「積極平權措施」。系爭法律明定「**非視障者不得從事按摩業**」，意即只有「視障者」才能從事按摩業。換言之，系爭規定將「按摩業」完全保留給了視障者，在座的你我因非視障者，所以都不許與視障者競爭從事按摩業。本件解釋理由書原本將論理鎖定在系爭規定對於「**非視障者**」的限制（即不許非盲人從事按摩業）是否合理？亦即聚焦於「**視障者**」（盲人）與「**非視障者**」（非盲人）之待遇的比較；但論理過程中突然話鋒一轉，質疑系爭規定將「視障以外之身心殘障者」（即其他身心障礙者）排除於獨佔按摩業經營的

²⁴⁴ 行政院人事行政局六十三年五月十一日（六三）局肆字第 0 九六四六號函。

「優惠」之外是否合理？如此，遂變成關於「視障殘障者」（盲人殘障）與「視障以外之身心殘障者」（其他身心障礙者）之待遇的比較。因為平等權具有「相對性」與「雙面性」的緣故，比較的對象不同（或比較的客體／待遇不同）很可能得出不一樣的答案；論證過程中隨意變換比較對象（或客體），極易造成論理的混淆。請注意，我的意思並非指謫多數意見不應檢視「系爭規定將『視障以外之身心殘障者』（其他身心障礙者）排除於「獨佔按摩業經營的優惠」之外」是否合理，其實這是「積極平權措施」可能被判定為違憲的理由之一（所謂「保護不足」的問題）。我的意思是，因為平等權具有「相對性」與「雙面性」的特性，為使論理清晰，避免失焦，應注意鎖定「比較的對象」（和「誰」相比）及「比較的客體」（比較「什麼」），一次一組，依序進行，直到窮盡所有可能的比較為止。關於釋字第 649 號解釋的論理缺失，尤其是任意變換比較對象，而導致焦點模糊，甚至論理錯誤的評論，詳見本文後述「參、三、2.」之說明。

1.2 空性

平等權還有一個特性，是前引翁大法官意見書沒有提到，但常見於學術討論中的，我姑且稱之為「空性」（emptiness）。什麼意思？如果有人向你抱怨未能獲得（國家）平等對待，你必須追問一句：「請問是指關於『什麼事物』（譬如哪個基本權）未獲得平等對待」？如果不將其中牽涉的「事物／權利」一併帶入語境，將因句意有欠完整，而難以判斷是否違反平等權。關於平等權的「空性」，可借用禪宗六祖慧能大師的名偈：「本來無一物，何處惹塵埃」來闡喻。

因為平等權「性空」之故，關於平等權完整而精確的表述必須結合其所涉及的權利。例如：釋字第 748 號解釋乃在釋示同性二人「結婚自由」之平等保護；釋字第 781 號解釋、釋字第 782 號解釋及釋字第 783 號解釋乃在分別釋示退休軍、公、教人員「工作權」之平等保

護；釋字第 626 號解釋乃在釋示色盲人之「非國民義務教育之受教權」的平等保護；釋字第 618 號解釋乃在釋示大陸地區人民在台灣地區「應考試服公職權」的平等權保護；釋字第 728 號解釋則涉及女性關於「祭祀公業派下繼承權」的平等保護等。亦即，**平等必須與其具體指涉的「事物或權利」相結合**，²⁴⁵ 並且找到「對照組」，才能產生「在法律上一律平等」的規範意義。單究「平等」本身而言，實空無一物，空空如也！²⁴⁶

因為平等「性空」，乃引發另一個問題，即平等權與其所牽涉之其他權利（例如自由權、財產權）間，究竟處於什麼樣的關係？尤其，大法官審查時，應如何認定究竟是「其他權利」受侵害？還是「平等權」受侵害？國內學界似多認為平等權與其指涉的其他權利，係屬一種「競合關係」。大法官對此迄未正面作成釋示，實際情況相當紊亂。

有些解釋**同時審查**平等權的限制與其所指涉的其他權利的限制是否合憲，例如：釋字第 748 號解釋既審查「民法親屬編婚姻章，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」之立法疏漏（立法不作為）是否違反憲法第 22 條所保障的「婚姻自由」，並審查系爭立法疏漏是否違反憲法第 7 條所保障的「平等權」。釋字第 626 號解釋亦然，既審查「中央警大碩士班招生簡章拒絕色盲者入學之規定」是否違反憲法第 22 條所保障之「受

²⁴⁵ 歐洲人權法院 (ECtHR) 向以為歐洲人權公約第 14 條（平等權）不能單獨主張，必須附著於公約所規定的其他實體權利。See, e.g., *Abdulaziz, Cables and Balkandali v. UK*, (App. 9214/80, 9473/81, 9474/81), judgement of 28 May 1985, (1985) 7 EHRR 471, para. 71; *Inze v. Austria* (App. 8695/79), judgement of 28 October 1987, (1987) 10 EHRR 394, para. 36; *Haas v. The Netherlands* (App. 36938/97), judgement of 13 January 2004, (2004) 39 EHRR 897, para. 41.

²⁴⁶ See, e.g., Owen M. Fiss, supra note 16, at 157 (The words-- no state shall "deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" -- do not state an intelligible rule of decision. In that sense the text has no meaning.); Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982) (defining equality as an empty concept); Kent Greenawalt, *How Empty is the Idea of Equality?*, 83 COLUM. L. REV. 1167, 1167-73 (1983) (disputing Peter Westen's claim that equality is an empty concept).

類似見解，參見李建良，前揭（註 55）文，頁 82（「按平等權異於自由權，乃其並無特定之保障內涵，未若自由權具有一定之保障範圍與內涵，例如言論自由旨在保障「表達意見」的自由，人身自由，旨在保障人民「身體活動」的自由，財產權，旨在保障人民所擁有之「具有財產價值」之法律地位等。反之，平等權僅提供一套量尺，以測度公權力行為是否對於人民權利作不合理的差別待遇。就此而言，平等權無異於一種『原則』」）。

國民教育以外教育之權利」，亦審查該規定是否違反憲法第 7 條所保障之「平等權」。

有些解釋則僅審查系爭規定有無違反自由權利，而未審查其是否違反「平等權」。例如釋字第 712 號解釋僅審查兩岸關係條例有關「已有子女或養子女之臺灣地區人民欲收養其配偶之大陸地區子女，法院應不予認可」之規定，是否違反憲法第 22 條所保障之「收養自由」（惟憲法第 22 條是否保障「收養自由」殊值疑問），而未審查其是否違反憲法第 7 條所保障之「平等權」問題。²⁴⁷

有些解釋僅審查系爭規定有無違反平等權，卻不檢視其所涉及的實體權利限制是否違憲。例如釋字第 666 號解釋僅審查系爭「罰娼不罰嫖」之規定是否違反「平等權」，而未檢視其對於「隱私權」（性自主權）、「工作權」（性交易或性販售）之限制是否違憲。還有些解釋將兩個相牽連的解釋標的拆成兩半，一半用平等權審查，一半用其所指涉的其他權利的限制是否違反「比例原則」審查。例如釋字第 791 號解釋首先就刑法第 239 條「通姦罪」（「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同」）部分，以其限制憲法第 22 條所保障之「性自主權」，違反憲法第 23 條之「比例原則」為由，宣告違憲；次就刑事訴訟法第 239 條但書（「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人」）部分，以其違反憲法第 7 條保障之「平等權」為由，宣告違憲，並以該但書之適用乃以刑法第 239 條合憲有效為前提，茲刑法第 239 條既經宣告違憲如前，則刑事訴

²⁴⁷ 參見廖元豪，〈我是人，我值得被收養—釋字第七一二號解釋忽略的「平等權」分析角度〉，載《月旦法學雜誌》，第 239 期，頁 244 以下，頁 252-255（2015 年 4 月）（「兩岸人民關係條例第六五條明顯是一個針對「大陸地區人民」所為之差別待遇。依該法規定，人民收養全世界各國的子女，都沒有「無子女或養子女」的條件，唯獨收養大陸地區人民，會受到特別之限制。此乃係以「收養對象之身份（國籍）」為分類標準之法律，而釋憲聲請人亦在聲請書中強調法第七條之平等權。大法官以往在許多解釋中，都會同時處理平等權與其他權利（如釋字第 490、584、621、649 號解釋），可見在理由書中明確交代大法官如何處理權利競合的問題，並不困難。但也有些解釋，看來卻是「少了」某一種權利（如釋字第 666 號無審查工作權、釋字 694 號無審查財產權、生命權）。理論上，只要聲請人有主張某一權利，而該權利之主張並非「顯無理由」的情況，大法官就應該回應。如果要「忽略」，也只有在平等權或某一種被忽略的權利，根本不會影響「結果」時，才勉強有正當性」）。

訟法第 239 條但書「更已失所依附」為由，補強其「違憲並失效」之宣告。然刑事訴訟法第 239 條但書違反平等權果已至為明確，而不能僅以其「前提條文既經宣告違憲，而失所依附」為由，僅從「形式上」宣告無效，非必進行實質審查不可？此處涉及其間有無「間接歧視」之問題，詳見次節討論。

由上述例舉可知，關於平等權與其所指涉之其他權利究竟是處於如何關係，包括：是否真為「競合」關係？如屬競合關係，應如何「選擇」依何者而為審查？又，大法官可否基於「司法極小主義」（judicial minimalism）²⁴⁸，在自由權或平等權有一即可得出（系爭規範）違憲的情況下，（暫時）擱置對另一基本權之審查？²⁴⁹等，確是困擾著大法官解釋的難題，猶待深入研究。²⁵⁰

2. 間接歧視亦屬差別待遇？

如由法規表面，即可辨識存有差別待遇，自得主張（may arguably claim that）其為「直接歧視」（direct discrimination），或稱「直接、顯然的差別待遇」。惟法規自表面上觀之雖為中性（apparently neutral），然公正施行之結果對受規範的不同族群，卻產生了「差別的或不成比例的影響」（disparate/disproportionate impact）；甚或因為「差別執法」（disparate/discriminatory administration），而對受規範之不同族群，產生了「差別的或不成比例的影響」時，是否亦可構成所謂「間接的或隱性的歧視」（indirect/hidden discrimination）？²⁵¹

²⁴⁸ 指法院裁判應力求「一次一案」，以解決當前爭議為原則，俾為未來法律運作與發展保留空間。See CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (2001).

²⁴⁹ 前述「僅審查系爭規定有無違反自由權利，而未審查其是否違反平等權」，及「僅審查系爭規定有無違反平等權，而未檢視其所涉及的實體權利之限制是否合憲」等解釋，共通之處即在其審查結果均為「違憲」，似暗合斯旨。

²⁵⁰ 參見黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查—從釋字第六四九號解釋談起，載《法學新論》第 7 期，頁 17-39（2009 年 2 月）。

²⁵¹ 「間接歧視」亦稱「系統性歧視」（systematic discrimination）或「不利影響歧視」（adverse-effect discrimination）。See Hogg, supra note 39, at 649.

2.1 釋字 760

釋字第 760 號解釋堪稱「差別執法」造成「間接／隱性歧視」之適例。系爭規定（警察人員人事條例第 11 條第 2 項）因未明定考試及格後的訓練機構，致實務上警政署得將警察人員三等特考筆試錄取，而不具警大或警官學校學歷者，一律安排至「警專」受考試錄取人員訓練，而使得民國 100 年以前上開人員率皆無從取得職務等階最高列警正三階以上職務之任用資格。大法官爰以「致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇」為由，宣告系爭規定「就此範圍內，與憲法第 7 條保障平等權之意旨不符」（解釋文第 1 段參見）。

本件因系爭規定適用之結果非常一致（即解釋所謂「一律」、「率皆」……），差別待遇非常明顯，其屬「間接／隱性歧視」殆無爭議。然，上開釋示易使人誤以為：表面上中性的法規，如適用之結果對受規範的不同族群，產生了「差別的或不成比例的影響」，即可構成「間接／隱性的歧視」。實則，各國經驗普遍顯示，任何法律公正執法（適用）之結果，通常都會對於以不同的屬人特徵（例如性別、種族、年齡等）而為分類之不同族群，產生不同的影響；無差別影響之法規適用幾不可得。因此，如果僅以法規施行出現「差別的或不成比例的影響」之結果，即認定存有「間接／隱性的歧視」，恐將流於浮濫，而失去「差別待遇」作為違反平等權的初步鑑別作用；更重要的是，為確保憲法第 7 條保障「法律上平等」（而非「事實上平等」）之意旨，表面上中性的法規，除適用之結果對受規範的不同族群，產生了「差別的或不成比例的影響」外，並須具有「歧視之意圖或目的」（discriminatory intent or purpose），始能構成「間接／隱性歧視」。為此，我在釋字第 760 號解釋特別提出〈部分協同意見書〉補充說明：本解釋「理由書第 7 段強調警政署訓練安排及職務派任具有『一貫性』，縱經監察院糾正及考試院訴願決定，一仍舊慣，拒不改變，即

在顯示：本解釋採取與美國聯邦最高院相同之見解²⁵²。亦即，除非能證明具有『歧視之意圖』，單純之『差別影響』(disparate impact)尚不構成法律上的差別待遇²⁵³。惟「主觀之意圖」實際上很難證明，美國實務上爰容許以一定的「客觀證據」，推定「歧視意圖」之存在。例如，Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Department Corp. 案²⁵⁴認為：當歧視之意味已明顯到別無其他解釋之可能時，例如已然形成「清晰的模式」(a clear pattern)、鑑諸「決策的歷史背景」(historical background of the decision)或「經由法律的立法史或執行史」(through the legislative or administrative history of a law)等，即可據以推定存有「歧視之意圖」。

前揭釋字第 760 號解釋以外，我國釋憲實務對於如何認定「間接／隱性的歧視／差別待遇」，甚至是否承認「間接歧視」亦屬「歧視」，實際上係處於各說各話、莫衷一是的狀況。釋字第 666 號解釋與釋字第 791 號解釋可為例證。

2.2 釋字 666

釋字第 666 號解釋之系爭規定（社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款）明定：「意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬

²⁵² See, e.g., Washington v. Davis, 426 US 229 (1976); Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Department Corp., 429 US 252 (1977); Mobile v. Bolden, 446 US 55 (1980); McCleskey v. Kemp, 481 US 279 (1987).

²⁵³ 參見釋字第 760 號解釋 湯德宗大法官〈部分協同意見書〉第 [9] 段。另，釋字第 490 號解釋示：兵役法第一條規定（中華民國男子依法皆有服兵役之義務），「係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果」，其未排除特殊宗教信仰者（耶和華見證人信徒 Jehovah's Witnesses）之兵役義務，尚無違平等原則。本案亦可理解為系爭規定尚無「歧視之意圖」，故而尚不構成「間接歧視」。

惟歐洲人權法院、歐洲法院、美洲人權法院及聯合國人權事務委員會等皆認為，個案中被推定為「間接歧視」之措施是否基於「歧視之意圖」所為，要非所問。參見陳靜慧，〈歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念之適用與實踐〉，輯於《憲法解釋之理論與實踐》第九輯，頁 398-399，註 35（中研院法律所，2017 年 4 月）。

加拿大最高法院 Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624 案亦認為「間接歧視」不以具有「歧視之目的或意圖」(discriminatory purpose or intention) 為必要（醫院未對聽障者提供手語解說之服務，已足構成法律平等保護或法律平等福祉之違反）。*Id.* at para. 62.

²⁵⁴ 429 US 252 (1977).

元以下罰鍰」，僅以「意圖得利之一方」（俗稱「娼」）為處罰對象，而不處罰「支付對價之相對人」（俗稱「嫖」），是即所謂「**罰娼不罰嫖**」條款。其對於「**性交易**」（或稱「性販售」）之處罰，同時涉及對於「性自主權」或／與「工作權」之限制是否逾越「比例原則」的實體問題（參見前述「貳、二、1」關於平等「性空」之說明），但多數大法官最終僅以「平等權」進行審查，想係為縮小解釋範圍，俾便尋求最大共識，以獲致可決之多數。關於「罰娼不罰嫖」部分，多數意見認為「其對於從事性交易之行為人，**僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人**，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，**法律上已形成差別待遇**」²⁵⁵，意即認定其為「直接／顯然之差別待遇」。關於這個部分的論理，尚涉及「審查模式」與「審查操作」之商榷（等詳後「貳、四」討論）。茲僅就「間接歧視」之認定，進行討論。

按所謂「意圖得利之一方」（「娼」）與「支付對價之相對人」（「嫖」），自表面（法條文義）觀之，原均可指稱男性或女性，故系爭規定乃屬「性別中立」（gender neutral）之規定。然在我國現時社會中，從事「性工作者」（為「娼」者，或所謂「意圖得利之一方」）實以「女性」占絕大多數，簡易法庭裁罰判決亦顯示，受罰者以「女性」性工作者占絕大多數。許宗力大法官「協同意見書」乃謂：「系爭規定之規範效果，對同樣參與性交易之人民，**幾無異於僅處罰其中的女性而不非難男性，對女性產生極為懸殊之不利影響，已屬間接之性別差別待遇規定**」。亦即，許氏認為系爭規定經公正執法²⁵⁶後，如出現不成比例之「差別影響」（disparate impact）之結果，即堪認定存有「間接／隱性的性別差別待遇」。相對於許氏之意見，多數大法官立場顯得比較保留，僅謂：「**再者**，系爭規定既不認性交易中支付對價之一方

²⁵⁵ 參見釋字第 666 號解釋理由書第 [3] 段。

²⁵⁶ 本件似未爭執系爭「差別影響」乃因「執法不公」（例如實務上警方只取締女娼，而不取締男娼）所致。而與前揭釋字第 760 號解釋之系爭「差別影響」（日後晉升之機會不同）乃因警政署之「差別執法」（一概將警察人員三等特考筆試錄取，而不具警大或警官學校學歷者，安排至警專受訓）所致者不同。

有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利」²⁵⁷，並以之作為宣告系爭規定「違憲」的補充理由。意即承認「罰娼不罰嫖」之規定確有「間接／隱性差別待遇」的結果，但不明言其為「間接之性別差別待遇」²⁵⁸。關於上述「結果論」，陳新民大法官於「協同意見書」中明白質疑：多數意見「立論上將被罰者『…鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰』之論點，這種比喻，即易有許多[原文疑有闕漏？]上的反證：例如可否因（過去習稱之）強暴罪絕大多數處罰男性，即可指稱此處罰規定違反平等權？以及墮胎罪只以女性為處罰對象，即有性別歧視之嫌乎？顯然，這個推論不能夠站得住腳」。²⁵⁹

上述對話凸顯許多有趣的問題。**第一，在未曾援引任何統計資料的情形下，前揭多數意見與許氏協同意見究竟是如何獲致「罰娼不罰嫖」規定「無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰」的結論？**²⁶⁰

²⁵⁷ 參見釋字第 666 號解釋理由書第 [3] 段。

²⁵⁸ 或謂大法官在本案刻意迴避釋示高度爭議性的「性工作」是否受憲法保障（工作權／性自主權）的問題，實在含蓄地提醒立法者未來修法時宜避免採取「娼嫖皆罰」之模式。參見黃銘輝，〈行政法最新實務見解整理〉，《2012 台灣法學雜誌實務特刊》，頁 7-8（2012 年 4 月）。

²⁵⁹ 參見釋字第 666 號解釋_陳新民大法官〈協同意見書〉第 [4] 段。

²⁶⁰ 許宗力大法官於釋字第 791 號解釋〈協同意見書〉第 [5] 段就該號解釋與釋字第 666 號解釋系爭規定何以為「間接的性別歧視」作了比較說明：「就系爭規定二（按指刑法 239 條但書）所定被害配偶撤回告訴效力不及於『相姦人』，是否因此得以認定亦屬『幾僅』處罰為相姦人之『女性』，致未同等處罰通姦人之『男性』，而形成性別間接差別待遇，本號解釋的多數大法官並無法如釋字第 666 號解釋多數意見一般，逕自直接『鑑諸社會現況』而得到確信。相信這是可以理解的，畢竟釋字第 666 號解釋所涉案件之性別社會背景與本號解釋所涉者，兩者明顯無法相提並論」。許氏似以為倘系爭規定所造成的「差別影響」乃法院所熟知之事實（所謂法院「鑑諸社會現況」），可無庸交代具體證據（統計數據）。

對此，黃昭元大法官於釋字第 791 號解釋〈協同意見書〉（第 [21] 段）似認為「合理推測」可代替具體證據（統計數據），謂：「這號解釋（按指釋字第 666 號解釋）所提及的性別差異程度，合理推測應該有達女 9 成以上，男 1 成以下之懸殊差異其認定上述法律之實際適用結果有間接的性別歧視，應可成立，較無爭議」。

前揭釋字第 666 號解釋陳新民大法官的協同意見書雖質疑多數意見關於「罰娼不罰嫖規定『無異幾僅』針對參與性交易之女性而為管制處罰」之結論，但未質疑其認定是否合於真實。

即，所謂「差別的或不成比例的影響」，或許大法官所稱「極為懸殊之不利影響」，應根據如何之事實（統計數據）而為認定？此屬「方法論」的問題。第二，究竟大法官是否認知（承認）「**間接／隱性差別待遇**」亦屬憲法所禁止之「**歧視**」？前揭多數意見與陳氏意見書均不稱「**間接／隱性差別待遇**」，似是意味根本不認為「**間接差別待遇**」亦屬「**差別待遇**」？此為「**認識論**」的問題。第三，「**間接差別待遇**」之認定與大法官所認同的「**平等觀**」（尤其是特定的**實質平等觀**）密切相關。許大法官之所以獨排眾議，殆因其所持之**實質平等觀**使然。此由其協同意見書（第 15 段）不難窺知：

國家單獨非難女性性工作者，對男性顧客略而不論的規定……進一步反映了對兩性的**雙重道德標準**。南非憲法法院 O'Regan 與 Sachs 大法官於 Jordan and Others v. the State 一案中相當傳神地指出：同樣是參與性交易，女性性工作者遭到社會放逐，男性客戶則蒙社會寬許：「娼」是一種身份，是社會的邊緣人，帶著永難洗刷的污名；但「嫖」卻只是一種男人常做、無傷大雅的行為，在片刻的邂逅之後，旋即回復為受人尊敬的社會成員。此種**傾斜的性別權力關係**……在「**罰娼不罰嫖**」的政策前，乃搖身一變成為國家取締性交易不可或缺的「幫手」。一言以蔽之，**系爭規定不斷強化對女性有害的刻板印象，而以國家以公權力複製此種刻板印象本身就構成一種性別歧視，不僅違反憲法保障性別平等之意旨，也違反消除對婦女一切形式歧視公約之精神。**（粗體字為作者所加）

亦即，許氏顯然以系爭「**罰娼不罰嫖**」規定乃「**國家以公權力複製對於女性不利之刻板印象**」，而認定其違反憲法所保障之「**男女平等**」原則。至於**國家**（經由系爭規定）**所複製的**（對於女性不利之）**刻板印象**是否係由於**國家前此之歧視（女性）行為**（法律上不平等）**所造成**，抑或乃社會發展自然形成或遺留者，許氏並未細究（似亦無

意探究)。此由其行文時並不區分「間接差別待遇」與「事實上差別待遇」，而混稱「間接(indirect)或事實上(de facto)的性別差別待遇」²⁶¹觀之，可知。

綜上，許氏或因受到德國與南非憲法法院僅從法規「適用之結果」，判定「間接歧視」存在，並**因其認同**(前述 Catharine A. MacKinnon 教授所倡議的)「**反階層、反宰制**」(against hierarchy, against dominance)的實質平等觀，乃未深論其間有無「歧視之意圖」(包含以客觀證據佐證的「歧視意圖」)，亦未注意如此認定「間接／隱性歧視」是否符合憲法第七條所謂「法律上一律平等」之意旨。至於多數大法官雖以系爭「罰娼不罰嫖」規定「無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利」作為宣告「違憲」的補充理由，然如此表述是否因彼等採取某種實質平等觀使然，因未見說明，尚難論斷。惟，多數意見亦未討論「歧視之意圖」(包含以客觀證據佐證的「歧視意圖」)應否作為「間接／隱性歧視」之構成要件，更未注意關於「間接／隱性歧視」之認定是否符合憲法所謂「法律上一律平等」之意涵。

2.3 釋字 791

「間接／隱性歧視」的認定問題，在釋字第 791 號解釋顯得更為突出。按該案涉及兩項規定：系爭規定一為刑法第 239 條之「通姦罪」(「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同」)；系爭規定二為刑事訴訟法第 239 條之但書(「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人」)。倘多數大法官僅為完成「通姦除罪化」之目標，大可僅以系爭規定一作為解釋標的；蓋系爭規定二原在規範系爭規定一之適用，一旦系爭規定一被宣告違憲

²⁶¹ 參見釋字第 666 號解釋許宗力大法官〈協同意見書〉第 [10] 段。

而失效，系爭規定二將因失所依附，而隨同失效，乃無並列作為解釋標的之必要。反之，倘多數大法官意在處理顯然的差別待遇，則可單以系爭規定二作為解釋標的，而無需審查系爭規定一。惟多數大法官最後決定將二者並列為解釋標的，並以不同的憲法條文進行審查，且均獲致「違憲」的結論。²⁶²

首先，關於系爭規定一（刑法第 239 條）部分，多數意見以其限制「憲法第 22 條所保障之性自主權」逾越必要程度，與憲法第 23 條「比例原則」有違為由，宣告其違憲。至於該條是否涉及「間接的性別差別待遇」，而違反「平等權」的部分，則未有審查。其次，關於系爭規定二（刑事訴訟法第 239 條但書）部分，多數意見認定其係「以撤回告訴之對象是否為告訴人之配偶為分類標準，對通姦人撤回告訴之效力不及於相姦人；反之，對相姦人撤回告訴之效力則及於通姦人，亦即仍適用刑事訴訟法第 239 條前段規定，因而形成在必要共犯間，僅相姦人受追訴處罰而通姦人不受追訴處罰之差別待遇」，並宣告其違反「平等原則」。其主要論理為「必要共犯之處罰不應有差別待遇」，與前揭釋字第 666 號解釋所謂「共同完成性交易行為之雙方，在法律上之評價應屬一致」，要屬雷同，似皆在指謫系爭規定顯然違反「體系正義」（詳後「貳、三、3.」之討論）。然，本解釋既未指出爭規定二（刑事訴訟法第 239 條但書）亦涉「間接／隱性的性別差別待遇」，亦未以其對女性造成「不成比例之不利影響」作為宣告違憲的「補充理由」，而僅在解釋理由書最末以「併此指明」的方式，提到系爭規定適用之結果有「性別失衡」的疑慮，顯然較釋字第 666 號解釋之立場又後退了一步。

對此，許大法官宗力再次提出「協同意見書」，指謫多數意見「就

²⁶² 按本件原有三種可能的解釋途徑（審查結論）：一、刑法第 239 條（通姦罪）「合憲」，刑事訴訟法第 239 條但書亦「合憲」，亦即維持現狀。二、刑法第 239 條（通姦罪）「合憲」，刑事訴訟法第 239 條但書「違憲」。三、刑法第 239 條（通姦罪）「違憲」，刑事訴訟法第 239 條但書亦「違憲」。多數大法官最後採取第三種解釋途徑，亦為對現狀衝擊最大者。

系爭規定一及二是否因實際適用結果，出現女性受處罰者人數明顯多過男性之現象，而構成以性別為分類標準之差別待遇，進而違反憲法第 7 條平等權保障之意旨等情，則保持沈默，僅以與憲法增修條文第 10 條第 6 項促進兩性地位實質平等之要求未必相符等語帶過，論者勢必對此感到不解與失望」²⁶³；並歸結：「本席認為系爭規定一及二固然屬於性別中立之法律規範，其適用結果已形成對於女性長期穩定之不利處境，更隱藏對於婚外性行為處罰之性別雙重標準，此種性別間接差別待遇，並無法確實維繫婚姻關係之和諧與圓滿，其手段與目的間並無實質關聯，而與憲法第 7 條保障性別實質平等之意旨不符」²⁶⁴。上開意見顯示：許氏依然堅持凡系爭規定適用之結果，出現「差別影響」（disparate impact）之事實（所謂「女性受處罰者人數明顯多過男性之現象」）時，無論有無「歧視之意圖」，即堪認定存有「間接的性別差別待遇」；並再次非難其間所隱含之「性別雙重標準」，謂：「在我國的社會文化脈絡下，即使在性別平等日益受到重視的今日，對婚外性行為管制與處罰仍帶有濃厚性別意涵，同時對於男女發生婚外性行為的價值判斷存在雙重標準：同樣是參與婚外性行為，女性通姦者遭到社會斥為淫娃蕩婦，而男性通姦者都只是犯了『天下男人都會犯的錯』」。²⁶⁵以之對照許氏前揭釋字第 666 號解釋之「協同意見書」，持論要屬一致。

同（釋字第 791）號解釋黃昭元大法官之「協同意見書」就案中「間接的性別差別待遇」應如何認定，有相對清晰之說明。首先，黃氏婉轉地說明何以多數意見僅認系爭規定二涉及「間接的性別差別待遇」，而非如許氏所稱系爭規定一及二「均」屬「間接的性別差別待遇」，謂：蓋「系爭規定一之實際適用結果所以會有上述性別差異，其實是源自

²⁶³ 參見釋字第 791 號解釋_許宗力大法官〈協同意見書〉第 [1] 段。

²⁶⁴ 參見釋字第 791 號解釋_許宗力大法官〈協同意見書〉第 [11] 段。

²⁶⁵ 參見釋字第 791 號解釋_許宗力大法官〈協同意見書〉第 [10] 段。

系爭規定二，而非系爭規定一所直接且必然導致者……換言之，在系爭規定一與其適用結果之呈現性別分布失衡現象間，其實是另有系爭規定二之變數，這才是更主要、甚至是真正的變數。……本號解釋於審查系爭規定一時，並未引用性別平等為依據，而在審查系爭規定二時，始於理由書第 43 段以併此指明的方式，回應並很委婉地贊同社會輿論及學說之上述指摘，應該是比較細緻、穩妥的論述方式。」²⁶⁶

其次，黃氏進一步說明其認定系爭規定二存有「間接或隱性歧視」的心證：「依法務部統計，在 2008 年至 2015 年 10 月間，因系爭規定一起訴（含緩起訴）、或判決有罪者，均呈現女多於男的現象；依系爭規定二單獨對配偶撤回告訴者，則呈現男性通姦人多於女性通姦人之現象。以上三種情形，都顯示系爭規定一及系爭規定二的實際適用結果，確實存在相對有利男性的現象，但比例差異大致都在 10% 以內，而未超過 20%（女 > 男）。」²⁶⁷ 亦即，黃氏係依據法務部提供的統計資料，以因系爭規定一被「起訴」（含緩起訴）者、因系爭規定一被「判決有罪」者、及因系爭規定二「單獨對配偶撤回告訴」者等三項指標，認定系爭規定二適用之結果均「有利於男性」；惟「差別」之程度並未超過 20%（女 > 男），尚未達於統計學上顯著的程度。

上述黃氏論證，有幾點值得討論：第一、前述三項判斷指標中之第一、第二項核屬間接證據，僅能作為佐證；唯有第三項（因系爭規定二「單獨對配偶撤回告訴者」）屬直接證據，最值重視。惟其僅觀察「通姦罪」之統計，而未（如同下述吳陳鏗大法官之「不同意見書」）一併觀察「相姦罪」之統計。

第二、黃氏所依據的兩份法務部統計資料，關於因系爭規定二「單獨對配偶撤回告訴者」的統計，因出現不一致的情形，而造成取捨的困難。就此，黃大法官於協同意見書小註 18 坦陳：「值得注意的是：

²⁶⁶ 參見釋字第 791 號解釋_黃昭元大法官〈協同意見書〉第 [23] 段。

²⁶⁷ 參見釋字第 791 號解釋_黃昭元大法官〈協同意見書〉第 [20] 段。

2008年妻撤回對夫告訴者有70人，夫撤回對妻告訴者有113人，女性整體反而是相對有利的一方。同上述報告，頁593。另依法務部104年8月及108年6月有關『妨害婚姻及家庭罪案件性別統計分析』資料，其整體統計多亦顯示相對不利女性的結果。惟在105年至108年4月間統計資料則顯示：因通姦罪起訴之男性（夫）多於女性（妻）（相對不利男性），因相姦罪起訴之女性（小三）則多於男性（小王）（相對不利女性）。參法務部，109年4月21日法檢字第10904510080號復本院函，附件二，頁6」。因本解釋並未公布該件法務部回覆司法院之函文（即黃氏所稱之「附件二」），外界無從評斷系爭規定二適用之結果是否係「相對不利女性」，抑或「相對不利男性」？

第三、尤為關鍵者，依據如上之事實，大法官應否認定系爭規定二（刑事訴訟法第239條但書）存在「間接的性別差別待遇」？黃氏謂：「在本案，縱令不考量相對有利女性的少數年份統計，而以多數年份所呈現的女多於男之整體統計結果為準，此項統計上的性別差異程度多年來大致在10%以內，並未超過20%，明顯未達釋字第666號及第760號解釋所認定之懸殊程度，是否已足以構成間接的性別歧視，這是本號解釋多數意見猶豫之處」。亦即，黃氏認為，多數大法官之所以不採取前揭許大法官宗力之協同意見，認定系爭規定二為「間接的性別差別待遇」，乃因其差別待遇之「差異尚未達於懸殊之程度」²⁶⁸！然何謂「懸殊之程度」？是否指「統計學上顯著之程度」，黃氏未有說明。

最後，關於系爭規定二（刑事訴訟法第239條但書）是否存在「間接的性別差別待遇」，黃大法官昭元之所以與許大法官宗力有不同之認定，關鍵似在於黃氏並未採取如許氏之「實質平等觀」。此觀黃氏所謂：「雖然我國女性地位已日益提升，許多女性在政治、經濟及社會等各個層面，也早有不亞於男性，甚至更為突出的表現，而不必然

²⁶⁸ 參見釋字第791號解釋_黃昭元大法官〈協同意見書〉第[22]段。

是相對弱勢的性別方。然……於異性婚姻中，許多女方在現實上往往是處於相對弱勢之一方。因此……系爭規定二本身的適用結果，是可能會發生較不利於女性的差別影響。然由於相關的統計資料不可得，故尚難從上述之籠統敘述即直接推演出系爭規定二的適用結果，必會產生顯著的間接性別歧視，而只能留意此可能現象並繼續觀察」²⁶⁹，可知。反之，許氏則以為：凡系爭規定反映出「宰制、階層關係」之「性別雙重標準」，即屬違反男女「實質平等」之原則。

前揭黃氏協同意見書交代其心證歷程，確有助於外界理解大法官如何認定「間接的性別差別待遇」，惟其仍未深論「歧視之意圖」（包含以客觀證據佐證的「歧視意圖」）應否作為「間接／隱性歧視」之構成要件，遑論注意憲法第七條所謂「法律上一律平等」對於「間接／隱性歧視」之認定應產生如何影響。

另，釋字第 791 號解釋吳陳銀大法官提出「不同意見書」，認為（系爭規定一）「刑法第 239 條並不生違反平等原則之問題」，並反駁系爭規定二（刑事訴訟法第 239 條但書）使得「實踐上依刑法第 239 條規定（系爭規定一）起訴或論罪之女性人數顯然多於男性」的說法，氏謂：

查因以往犯通姦罪經告訴後偵查及判處罪刑者，以男性居多數，以自 105 年起始區分通姦罪、相姦罪加以統計之 105 年 1 月至 108 年 4 月間為例，因涉犯通姦罪，經檢察官偵查終結之男性及女性分別為 2,488 人、1,860 人，經提起公訴之男性及女性分別為 497 人、395 人（見附表 1），經判決有罪確定由檢察官指揮執行之男性及女性分別為 214 人、192 人（見附表 2）。因適用刑法第 245 條第 1 項規定同法第 239 條之罪，須告訴乃論，及刑事訴訟法第 239 條前段告訴與撤回告訴不可分及但書對於配偶撤回告訴效力不及於

²⁶⁹ 參見釋字第 791 號解釋 _ 黃昭元大法官〈協同意見書〉第 [25] 段。

相姦人規定，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之女性人數多於男性，乃當然結果。倘犯通姦罪經告訴後偵查及判處罪刑者，以女性居多數，則適用上開規定之結果，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之男性人數即會多於女性。²⁷⁰

以上吳氏論述有幾點值得商榷。首先，氏率以「人數」進行比較，包括附表 1 所示「提起公訴」之男性與女性人數（497 人 v. 395 人）及附表 2 所示「判決有罪」之男性與女性人數（214 人 v. 192 人）。兩者統計均以男性居多。然欲判斷系爭規定適用之結果有無失衡狀況，似應觀察其「比例」，即經「提起公訴」與「判決有罪」之男、女人數，佔各該性別被告人數之「比例」，而非「人數」。表 1 之「20.0% v. 21.2%」及表 2 之「46.8% v. 55.2%」均顯示出「有利於男性」（亦即「不利於女性」）之結果，與前述以「人數」觀察所得之結論（男性被告居多，獲判有罪者理應居多）正好相反。

其次，吳氏所謂：「因適用刑法第 245 條第 1 項規定同法第 239 條之罪，須告訴乃論，及刑事訴訟法第 239 條前段告訴與撤回告訴不可分及但書對於配偶撤回告訴效力不及於相姦人規定，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之女性人數多於男性，乃當然結果」之敘述顯然有誤，蓋依表 1 所示（497 人 > 395 人）及表 2 所示（214 人 > 192 人），**男性人數皆多於女性；唯有改以所佔「比例」觀察，才是女性高於男性。**

再者，前引吳氏意見末句所稱「倘犯通姦罪經告訴後偵查及判處罪刑者，以女性居多數，則適用上開規定之結果，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之男性人數**即會**多於女性」，其論理尤其費解。正因為表 1 與表 2 所示之「人數」（皆男性多於女性）與「比例」（皆女性反高於男性），呈現出相反的結論，才會有適用結果產生「差別影響」（disparate impact/effect）的質疑（至於差別的程度是否達於「懸殊」

²⁷⁰ 參見釋字第 791 號解釋 _ 吳陳鋈大法官〈不同意見書〉第 [20] 段。

或「顯著」則是另一個問題²⁷¹)。陳氏究竟據何論斷「倘犯通姦罪經告訴後偵查及判處罪刑者，以女性居多數，則適用上開規定之結果，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之男性人數**即會多於女性**」？

最後，吳氏不同意見書通篇未見使用「間接的性別差別待遇」一詞，似暗示其根本否認「間接差別待遇」之概念？

綜上，除釋字第 760 號解釋因「差別執法」所生之「差別影響」甚為明確，已顯現「清晰的模式」(a clear pattern)，故而認定其為「間接／隱性差別待遇」了無爭議外，大法官就外觀中性之法規，經公正執法後，是否已產生「差別影響」之結果，而堪認定其為「間接／隱性差別待遇」，**實際上並無共識**。綜觀前述釋字第 666 號解釋關於「罰娼不罰嫖」之規定是否構成「間接的性別差別待遇」(隱性的女性歧視)，及釋字第 791 號解釋關於刑事訴訟法第 239 條但書「對於配偶撤回告訴，效力不及於相姦人」之規定是否構成「間接的性別差別待遇」(隱性的女性歧視)之各種意見，隱約可以察覺其間主宰「**間接差別待遇**」認定的主要因素，乃大法官所抱持的**平等觀**(形式平等觀或特定實質平等觀)。

如前所述，本文贊同大法官向來之釋示—**憲法第七條所保障之平等乃在追求「實質平等**」，確保「等者，等之；不等者，不等之」，並容許「合理的差別待遇」，故主張於認定系爭規定是否存在「差別待遇」(含「間接差別待遇」)時，應將系爭規定所涉之歷史、經濟、社會等情境一併納入考量，俾洞察系爭規範之真實意義。然，憲法第七條所謂「法律上一律平等」旨在保障「法律上平等」，而非「事實上平等」，已如前述。故所謂「法律上一律平等」應理解為「禁止歧

²⁷¹ 有趣的是，吳氏卻在同(釋字第 791)號解釋〈不同意見書〉的第[21]段引用涉犯「通姦罪」之男、女「人數」及「比例」的統計資料，歸結：「依刑法第 239 條規定起訴或論罪之**女性人數或比例固略多於男性**，惟其差異並非屬顯著」(惟其並未如前揭同號解釋黃昭元大法官之〈不同意見書〉明確以差異程度「大於 20%」作為「顯著」之標準)。更有趣的是，吳氏並引用涉犯「相姦罪」之男、女「人數」及「比例」的統計資料，歸結：「犯相姦罪經依刑事訴訟法第 239 條規定撤回告訴而經為不起訴處分或判決不受理之**女性人數及比例均高於男性**」。想係認為「通姦罪」與「相姦罪」之性別統計應一齊考量，始能窺得全貌。

視之原則」，即禁止國家以公權力實行政視（含創造新的法律上不平等，或延續、深化既往法律上不平等所殘留之不平等），而非課予國家消弭一切「事實上不平等」之義務（此乃「基本國策」之規範範圍，詳後「參、一」之說明）。是大法官僅能引據那些為追求「法律上平等」（以確保機會平等）的實質平等觀，而非那些為追求「事實上平等」（以確保結果平等）的實質平等觀，以解釋憲法。前述釋字第 666 號解釋及釋字第 791 號解釋大法官們關於「間接差別待遇」之認定，出現各說各話的現象，正是因為少了這一層理解的緣故。

又，為避免「間接／隱性差別待遇」之認定流於浮濫，而失去（初步）鑑別的功能，並為確保憲法第 7 條旨在保障「法律上平等」（而非「事實上平等」）之意旨，以「歧視之意圖」（含以客觀證據佐證的「歧視之意圖」）作為「間接／隱性差別待遇」的構成要件，實屬必要！

三、選定審查基準

於確認「差別待遇」（含「間接／隱性差別待遇」）存在，並檢視系爭規定符合「法律保留原則」²⁷²（形式合憲性）之後，即應需選擇適當的審查基準，以便展開審查。

大法官至遲自釋字第 578 號解釋開始，已有意識地在個案選擇寬嚴不同的審查基準。關於如何綜合考量相關因素，以選擇審查基準的一般性討論，可參見釋字第 584 號解釋許宗力大法官的〈協同意見書〉與林子儀大法官的〈不同意見書〉，不贅。²⁷³ 以下僅申論「平等權」案件中審查基準之選擇。

²⁷² 參見釋字第 443 號解釋理由書第 [1] 段：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障；關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書，而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之」。

²⁷³ 參見湯德宗，前揭（註 71）文，頁 626-628 之整理。

如前所述，美、德兩國關於平等權案件的審查皆由原本寬鬆的「單一」標準，逐漸發展成寬嚴不同的「多元」標準。不同於關於「自由權」限制之審查，平等權案件之審查應以「低標」（即「合理審查基準」或「恣意禁止原則」）為預設，再視個案中有無應行提高（加嚴）審查基準之因素，經綜合評量後，選定適當的基準進行審查。

綜觀大法官歷來之解釋，個案應否提高（加嚴）審查基準主要取決於以下三類考量：

- 1) 系爭分類是否「可疑」（suspect）？
 - 2) 系爭分類是否涉及（侵害）「根本／重要基本權」（fundamental rights）？
 - 3) 系爭規定是否顯然違反「體系正義」（systemische Gerechtigkeit）？
- 茲分述之。

1. 系爭分類「可疑」？

系爭分類是否「可疑」（suspect）；或者更精確地說，系爭分類是否屬於所謂「可疑分類」（suspect classification）或「準可疑分類」（quasi-suspect classification），乃影響個案應適用如何審查基準的第一種考量因素。所謂「可疑」係指（法院認為）系爭分類所適用（鎖定）的「可疑群體」（suspect class）之成員，在民主政治的多數決程序（majoritarian, political process）中可能無法受到公平的對待，從而應（由法院）給予特別的保護。²⁷⁴是「可疑」者，係對於一般民主政治程序能否有效保護系爭規定所鎖定之「目標群體」（target group）之質疑。

按「可疑分類」的概念與違憲審查基準的「分化」同可追溯至1938年美國聯邦最高法院 *United States v. Carolene Products Co.* 案²⁷⁵由

²⁷⁴ See, e.g., Mark Strasser, *Suspect Classes and Suspect Classification: On Discriminating, Unwittingly or Otherwise*, 64 TEMP. L. REV. 937, at 938 (1991).

²⁷⁵ 304 US 144 (1938).

Justice Harlan Stone 所主筆的「多數意見書」的小註 4 (footnote 4) :

There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when *legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution*, such as those of the first ten amendments....

... whether legislation which *restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation*....

... whether ... statutes directed at particular religious... or nations... or racial minorities...: whether *prejudice against discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities.... (斜體字為作者所標示)

按前揭引文，法院原則上應推定系爭法律為合憲，以示對於立法裁量之尊重；但在三種情形下，則應例外地限縮「合憲推定」(presumption of constitutionality) 之適用，使之接受「較為嚴格之司法檢驗」(“more searching judicial inquiry”)：一(即前揭引文第 1 段)為法律規定之內容明顯牴觸憲法明文之禁令(例如美國憲法增修條文第 1 條至第 10 條之規定)者。二(即前揭引文第 2 段)為法律規定之內容限制了正常政治程序之運作，使得無良立法難以廢除者，例如美國的少數族裔(黑人)長時期遭受多數族裔(白人)刻意而無理的歧視，含剝奪其投票權，使之無從循一般之(多數決)政治程序，廢除對其進行歧視的法律。²⁷⁶ 三(即前揭引文第 3 段)為針對「孤立而隔絕之少數」(discrete and insular minorities)所制定的法律；是類法律適用的對象因具有「孤立而隔絕」的特性，很難期待受規範的「目標群體」能經由通常的政治決策程序，獲得適切保障適切。所謂「孤立而隔絕的少數」，可以同性性傾向者為例。同性性傾向者因「人口結

²⁷⁶ 準此，凡涉及立法者自利(自肥)，尤其是為使「執政者繼續執政、在野者永久在野」，而有阻礙政治程序正常運作(如定期公平選舉)之虞的立法，均應從嚴審查其合憲性。參見湯德宗，前揭(註 81)文，頁 28-29。

構」（其於各個社會人口總數中普遍居於極少數）或／及「傳統文化」（如基督教教義禁止同性戀行為）等因素，長期以來只能躲藏在社會的陰暗處，不敢公開表白（出櫃）其性傾向，致難以經由一般政治參與程序，形成多數之民意，翻轉（廢止）對其不利的歧視性法律（例如處罰成年同志間合意之性行為的規定，或禁止同性結婚的規定）。

前揭 Stone 大法官所稱「較嚴格之司法檢驗」，自 1960 年代以來已定型為「嚴格審查基準」（strict scrutiny），即系爭差別待遇須係為追求「極重要或極優越之公共利益」（compelling/overriding state interest），且其手段須係為達成該利益所量身定作（narrowly tailored）之侵害最小（the least restrictive means）者，始為合憲。²⁷⁷ 一旦適用「嚴格審查基準」審查，實際形同宣告系爭規定違憲。²⁷⁸

然而，何以遇有前述三種情形之一，法院即應嚴格審查系爭法律？這箇中的道理要等到 1980 年美國哈佛大學法學院教授 John Ely（後出任史丹福大學法學院院長）出版《Democracy and Distrust》一書時，才算發展成熟。在這一本據說是上個世紀美國法學界最暢銷的名著裡，Ely 教授提出了「參與導向、代議補強式的違憲審查理論」（“participation-oriented, representation re-enforcing approach of judicial review”）。氏由美國憲法之規範構造立論，力主違憲審查制度的正當性（legitimacy of constitutional judicial review）應建立在「暢通政治管道，便利人民政治參與」的基礎上。²⁷⁹ 質言之，在代議民主制度失靈，尋常的民主決策程序受阻，法律變成多數暴力之工具時，唯有仰賴法院（釋憲機關）仔細檢視立法的合憲性，才足以保障「可疑群體」（suspect class）成員之人權。司法的違憲審查也唯有以確保「政

²⁷⁷ See, e.g., *Carey v. Population Servs. Int'* 1, 431 U.S. 678, 686 (1977) (citing *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 115-16 (1973)).

²⁷⁸ Gunther 教授曾以「名為嚴格，實為致命」（“strict in theory and fatal in fact”）形容「嚴格審查基準」，甚是傳神。See Gerald Gunther, *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).

²⁷⁹ JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980).

治程序之公平與開放」為目的，避免涉入實體價值的選擇，才能超越「對抗多數的困境」（counter-majoritarian difficulty），而具有正當性（legitimacy）。²⁸⁰

按「可疑」（suspect）一詞最早見於 *Korematsu v. United States* 案：「凡是限縮單一種族團體之民權的法律限制立時成為可疑。非謂如是限制即屬違憲，而是指法院應使之接受最嚴格的審查」²⁸¹。惟，美國聯邦最高法院對於「可疑分類」（suspect classification）的認定始終審慎，既不曾定義何謂「可疑分類」，迄今被認定為「可疑分類」者亦僅限於：以「種族」（race）²⁸²、「原（始國）籍」（national origin）²⁸³、「宗教」（religion）²⁸⁴或「外國人身份」（alienage）²⁸⁵為基礎所為之分類；至於其他的屬人特徵，例如「性傾向」（sexual orientation），則非屬之。

嗣為緩和二階審查基準在適用上所造成的尖銳性（the rigidity of

²⁸⁰ 參見湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探〉，輯於氏著《違憲審查與動態平衡：權力分立新論 卷二》，頁1以下（增訂四版，2014年）。

²⁸¹ 323 U.S. 214, 216 (1944) (“that legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny.”)。惟該院最後仍以國家安全為由，判決二戰期間將美國西岸的日裔美國人強制遷離、集中管束之行為為「合憲」。

²⁸² See, e.g., *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 306-07 (1879) (suggesting blacks have suspect status).

²⁸³ See, e.g., *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 223-24 (1944) (suggesting nationality as basis for suspect status); *Hernandez v. Texas*, 347 U.S. 475 (1954) (法律特別針對墨西哥裔美國人為不利待遇，係基於“national origin”所為之歧視，如對黑人、日裔美人所為之歧視，均屬「種族歧視」，應接受嚴格審查)。並參見廖元豪，前揭（註247）文，頁256-258。

²⁸⁴ See *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 410 (1963); see also *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938); *Califano v. Jobst*, 434 U.S. 47, 53 (1977) (social security benefits cannot be based on race, religion, or political affiliation); *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 17-18 (1955) (Due Process and Equal Protection Clauses protect persons from discrimination based on poverty, race, religion, or color); *American Sugar Ref. Co. v. Louisiana*, 179 U.S. 89, 92 (1900) (discrimination based on differences of color, race, nationality, religion, or political affiliation violates Equal Protection Clause).

²⁸⁵ See, e.g., *Takashi v. Fish and Game Comm'n*, 334 U.S. 410 (1948) (suggesting alienage is suspect); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971) (各州對合法入境之外國人所為之差別待遇應受「嚴格審查」)；至於聯邦因為有管制移民的憲法權力，故其對外國人之差別待遇僅受「合理審查」，see *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977); *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976)。
另，*Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 219 n.19 (1982) (非法入境之外國人 (“illegal aliens”) 因係自願入境，非屬「可疑分類」)；*Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291, 294 (1978) (“we have never suggested that all limitations on aliens are suspect”)

the two-tier approach) 一或適用「高標」(嚴格審查)而宣告違憲,或適用「低標」(合理審查)而宣告合憲,美國聯邦最高法院乃發展出介於兩者間之「中度審查」(intermediate scrutiny)基準,適用於以「性別」(gender)及「出生之合法性」(legitimacy of birth)為基礎所為之分類(亦即涉及對女性及非婚生子女之差別待遇)。²⁸⁶ 以上二者在美國乃稱為「準可疑分類」(quasi-suspect classification),²⁸⁷ 以示與「可疑分類」相區別,亦即其亦屬「可疑」,但程度稍遜。

至於以其他各種屬人特徵,諸如「年齡」(age)、「身心障礙」(disability)、「財富」(wealth)、「政黨隸屬」(political affiliation)或「重刑犯人」(felons)等,為基礎所為之分類,則概屬「非可疑分類」(non-suspect classification),僅適用「合理審查」(低標)基準審查,實際上即推定其為合憲。

上述關於美國系爭差別待遇之「分類」,係在憲法規定極其簡約(美國憲法原並未列舉「禁止分類」,已如前述),從而法院解釋空間極其寬闊的背景下,由聯邦最高法院在個案中逐漸摸索、發展出來的。其特色在於差別待遇之「分類」與審查基準之「分殊」同步發展,因此當「二元三階」的違憲審查架構確立後,法院於個案認定系爭差別待遇係屬何種「分類」時,勢需考慮其連帶的後果一因而須適用的審查基準。因各國憲法平等權規範構造不同、文化社會背景亦異,美國有關係爭差別待遇的具體分類僅能供作參考,真正值得借鏡者毋寧為其思考方法。

綜觀各國實務,系爭差別待遇是否「可疑」,從而應否提高審查基準(至「中度審查」或「嚴格審查」),殆取決於三個獨立並存的

²⁸⁶ Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762, 762 (1977) (Illinois statute prohibiting illegitimate children to inherit from their fathers held unconstitutional under heightened scrutiny); Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 197 (1976) (“classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”).

²⁸⁷ 聯邦下級法院有認「同性戀者」(gays and lesbians)與「性傾向」(sexual orientation)為「準可疑分類」者,但聯邦最高法院迄未認同。See, e.g., Golinski v. Office of Personnel Management, 824 F. Supp. 2d 968 (N.D. Cal. 2012); Windsor v. United States, 699 F.3d 169 (2nd Cir. 2012).

參考指標：

1.1 難以改變的個人特徵

系爭差別待遇是否以某種「難以改變的個人特徵」(immutable personal characteristics/traits)，例如：種族 (race)、性別 (gender)、原籍 (national origin)、性傾向 (sexual orientation)、出生時父母親之婚姻狀態 (the marital status of one's parents) 等作為分類的基礎？因此等「屬人特徵」既非當事人所自願選擇，亦非其所能輕易改變（多為遺傳之結果），如以之作爲分類基礎，而課予不利益（不利對待），對於受規範者而言，顯然有失公平。²⁸⁸ 所謂屬人特徵之「難以改變」(immutability) 又有程度上之差異，是加拿大最高法院更將之析分為：「確實無法改變」(actual immutable) 者與「推定無法改變」(constructively immutable) 者。後者指「僅能以無法接受之個人代價，才能改變之個人特徵」(some personal characteristics that are changeable “only at unacceptable personal cost.”)²⁸⁹。

1.2 長期遭受歧視的歷史

系爭差別待遇所適用之目標群體 (target group) 是否在各該社會曾經長期遭受歧視 (long history of discrimination)？與此相關者，乃系爭差別待遇所反映 (象徵) 之「刻板印象」(stereotypes) 或「偏見」(prejudices)，與政府致力追求之合法公共利益間之關係如何。例如，美國的黑人最初係白人自非洲進口的奴隸，經過白人長時期、有系統

²⁸⁸ 相同見解，參見李念祖，前揭（註 19）文，頁 90（「憲法第七條列出男女、種族、階級三種應經平等原則嚴格檢視之分類，其共同之特徵，皆為與生俱來，難以人力改變者。而憲法所以拒斥此等分類標準，實係因為此等因素既屬與生俱來，而非人力所能改變或挽回，則以之區別權利義務，即有先天的不公平存在，而應受憲法平等原則之優先適用與嚴格檢驗。憲法明文規定排斥此等區分標準界定人民法律上之權利義務，其用意亦不殊於美國最高法院在許多案例中所建立「可疑的分類」之觀念，亦即凡是先天不合理之分類標準，即受假設為可疑的分類」）。

²⁸⁹ Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 SCR 203 at para 60, 173 DLR (4th) 1, McLachlin & Bastarache JJ.

的壓迫，社會普遍形成了各種對於黑人的「刻板印象」或「偏見」（例如認為黑人是骯髒的、懶惰的、愚蠢的等等），並且經由法律運作不斷地複製、深化這些刻板印象與偏見，代代相傳、層層相因的結果，這些刻板印象已深植人心，連許多黑人也信以為真。面對這種「制度性的歧視」（institutional discrimination），法院自應提高審查基準，才能為有意義之審查；而其所反映的「刻板印象」或「偏見」在今日幾乎不可能作為國家公權力行使的正當化理由，是以（黑白）「種族分類」（racial classification）在美國普遍被歸類為「可疑分類」，並須接受「嚴格審查」。與之相對者，基於男女生理上之差異所為之差別待遇或可能成為公權力行使的正當化理由，是以「性別」為基礎之分類在美國僅屬「準可疑分類」，適用「中度審查」基準。

1.3 孤立而隔絕的少數

系爭差別待遇所適用之目標群體（target group）能否經由一般政治程序，保護自己？所謂「孤立而隔絕的（宗教、國族或種族）少數」（discrete and insular (religious, national or racial) minorities），例如前述「同性性傾向者」（所謂「同志」），因人口結構、文化社會等因素，而難期其能經由一般政治程序，保護自我的權利（含廢除對其歧視的法律），故需司法介入協助。²⁹⁰

上述「可疑分類」的概念與審查基準的分化皆涉及「違憲審查制度理論」（theory of judicial review）—司法的違憲審查制度在民主憲法架構（或大法官釋字第 499 號解釋所謂「自由民主憲政秩序」）下，

²⁹⁰ 並參見廖元豪，〈平等權：第三講 從嚴審查概論〉，載《月旦法學教室》，第 79 期，頁 38 以下，頁 42（2009 年 5 月）（「在這個理論下……憲法學者與釋憲機關可以在「結構性弱勢」的概念下，從民主政治程序的瑕疵來論證哪些群體在何種程度內應受高度保障」）；田仁杰，〈「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障—從釋字第五八四號解釋之職業平等談起〉，載《憲政時代》，第 32 卷第 1 期，頁 71 以下，頁 78（1996 年 7 月）（承認這項例外的意義在於，即便選舉的遊戲規則是公平的，「分散且隔離的少數」可以獲得參與政治程序的機會，但因為多數的偏見與鄙視，使得「分散且隔離的少數」在政治結果上注定是輸家，是「永遠的輸家」而非「單純的輸家」。是故司法有必要介入，使規則不只形式上合乎正義，實質上也能夠真正落實正義」）。

應扮演如何角色。美國聯邦最高法院大法官 Powell 曾在一次演講中闡述前引 *Carolene Products* 案小註 4 的基本哲理，言簡意賅：

“The theory properly extracted from Footnote 4 ... is roughly as follows: The fundamental character of our government is democratic. Our constitution assumes that majorities should rule and that the government should be able to govern. Therefore, for the most part, Congress, and the state legislatures should be allowed to do as they choose. But there are certain groups that cannot participate effectively in the political process. And the political process therefore cannot be trusted to protect these groups in the way it protects most of us. Consistent with these premises, the theory continues, the Supreme Court has two special missions in our scheme of government: First, to clear away impediments to participation, and ensure that all groups can engage equally in the political process; and Second, to review with heightened scrutiny legislation inimical to discrete and insular minorities who are unable to protect themselves in the legislative process.”²⁹¹ (*Italic added*)

我國大法官解釋中亦清晰可見前述系爭差別待遇是否為「可疑」的三項參考指標：一、難以改變的個人特徵，例如釋字第 748 號解釋（「性傾向」屬於難以改變之個人特徵）、釋字第 649 號解釋（「視障」非屬人力所得控制之生理狀態）、釋字第 626 號解釋（「色盲」非屬人力所得控制之生理缺陷）。二、以長期遭受歧視者作為法律規範的對象，例如釋字第 748 號解釋（「同性性傾向者」在我國因未能見容於社會傳統及習俗，致期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視）。三、以孤立而隔絕之少數作為法律適用的對象，例如釋字第 748 號解釋（「同性性傾向者」因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位）。釋字第 748 號解釋堪稱集三項參考指標於一身的例子。

²⁹¹ See Lewis F. Powell, *Carolene Products Revisited*, 82 COLUM. L. REV. 1087, 1087 (1982).

綜上，凡系爭差別待遇之分類基礎經認定為「可疑」者，大法官應即提高審查基準，以（至少）「較為嚴格之審查」（中標），判斷其是否符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。

2. 系爭分類涉及「根本／重要基本權」？

應否提高審查基準的第二種考量因素厥為系爭分類是否涉及人民之「根本／重要基本權」（fundamental rights）²⁹²。其思想亦源於美國，並有一段曲折的演進歷程。

2.1 美國平等保護條款「根本／重要基本權」之緣起

按美國聯邦最高法院於前揭 1938 年 *Carolene Products* 案已提出以「暢通政治程序」為鵠的之違憲審查理論，如能將之適用於平等權案件，則在 1940 年代便可順理成章²⁹³地確立「凡以『種族』為基礎之分類，應概適用嚴格審查，推定其為違憲」（racial classifications are presumptively unconstitutional）的法則，而無需等到 1960 年代中期。詎該院竟捨此不為，卻另闢蹊徑，以系爭差別待遇涉及（侵害）憲法「隱含的／未明文列舉的根本基本權」（implied/ unenumerated fundamental rights）為由，進行「嚴格審查」，並推定其為違憲。²⁹⁴

以上看似「迂迴」發展之原因，涉及關於所謂「Lochner 年代」²⁹⁵

²⁹² “fundamental rights”一詞本文作者原譯作「根本的基本權」，參見湯德宗，前揭（註 198）文；嗣大法官釋字第 748 號解釋將之譯作「重要基本權」，本文爰稱之為「根本／重要基本權」。關於其與德國所謂「基本權」（Grundrechte）之不同，參見湯德宗，前揭（註 198）文，頁 274-278。

²⁹³ 蓋其時黑人不僅符合「孤立而隔絕之少數」之要件，並因普遍未有投票權（特別是在南部各州），故亦符合「政治參與程序受阻」之要件。

²⁹⁴ See e.g., Comment, *Fundamental Personal Rights: Another Approach to Equal Protection*, 40 U. CHI. L. REV. 807 (1973); David M. Treiman, *Equal Protection and Fundamental Rights--A Judicial Shell Game*, 15 TULSA L. J. 183 (2013).

中文介紹參見廖元豪，〈平等權：第五講 另一種嚴格審查—基礎權利〉，載《月旦法學教室》，第 85 期，頁 34 以下（2009 年 11 月）。

²⁹⁵ 所謂“Lochner era”一般係指美國聯邦最高法院自 *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897) 案起，至 *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) 案止的 40 年期間。

(1897~1937) 的歷史(法制史)解讀²⁹⁶—何以聯邦最高法院在未有明確憲法依據的情形下,持續以違反「實質正當程序」(substantive due process)為由,將 200 多個法律(其中多數涉及經濟管制,例如關於最低工資與最高工時之限制)宣告為違憲,而毫不忌諱「以大法官個人之政策偏好,取代立法者之政策決定」的批評—此處不克深論。惟聯邦最高法院在 1954 *Brown v. Board of Education* 案²⁹⁷以前,關於平等權案件之所以未延續前述平等權案件「可疑分類之分支」(suspect classification strand of equal protection),而另闢「根本基本權分支」(fundamental right strand of equal protection)進行審查,主要殆囿於「傳統之束縛」,並有其「務實之考量」。

所謂「傳統之束縛」係指其時之大法官普遍認為憲法解釋應謹遵制憲者的原意—憲法增修條文第 14 條之「平等保護條款」(Equal Protection Clause)僅在保障黑人行使某些根本基本權(the exercise of certain fundamental rights),而非完全禁止政府於決策時有意識地考慮「種族」因素,或者更具體地說,並非禁止一切刻意的種族歧視。²⁹⁸ *Brown* 案之所以被推崇為美國現代平等權之濫觴,部分原因即在於其打破了有關憲法增修條文第 14 條「制憲者原意」之束縛。²⁹⁹ 然其時之大法官亦普遍認為憲法增修條文第 14 條之「正當程序條款」(Due Process Clause)保障人民有「隱含的／未明文列舉的根本基本權」³⁰⁰,則其何

²⁹⁶ See, e.g., RICHARD HOFSTADER, *SOCIAL DARWINISM IN AMERICAN THOUGHT* (rev. ed. 1955); ROBERT GREEN MCCLOSKEY, *AMERICAN CONSERVATISM IN THE AGE OF ENTERPRISE, 1865-1910* (1951); CLYDE FRANK R. STRONG, *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW: A DICHOTOMY OF SENSE AND NONSENSE* 95 (1986); Cass Sunstein, *Lochner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 873 (1987); HOWARD GILLMAN, *THE CONSTITUTION BESIEGED* (1993); MICHAEL J. PHILIPS, *THE LOCHNER COURT, MYTH AND REALITY: SUBSTANTIVE DUE PROCESS FROM THE 1890S TO THE 1930S* (2001).

²⁹⁷ 347 U.S. 483 (1954).

²⁹⁸ See Michael J. Klarman, *supra* note 166, at 216, 235-240.

²⁹⁹ *Brown* 案主筆的首席大法官 Warren 聲稱制憲者關於學校隔離一事,並無定論。這樣的說法似有欠坦白。事實上,通過該修憲案的第 39 屆國會在辯論記錄中從未暗示該修正案有意禁止學校隔離,且當時全美 37 州中就有 24 州強制或允許實施種族隔離的學校。Id. at 252-253.

³⁰⁰ David E. Bernstein, *Lochner Era Revisionism, Revised Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism*, 92 GEO. L.J. 1, at 12 (2003).

不直接循著「正當程序條款」以保障「根本的基本權」，卻在「平等保護條款」下，另闢「根本的基本權」分支？其間顯然寓有「務實之考量」。

析言之，聯邦最高法院應是記取了 *Lochner* 年代的教訓（按所謂 *Lochner* 年代最後因為聯邦最高法院幡然改變其前此關於「實質正當程序」的裁判見解，並因羅斯福總統所任命之新大法官之加入，而於 1937 年嘎然終止），希望緩和司法與政治部門（尤其國會）間的緊張關係。前揭 Stone 大法官在 *Carolene Products* 案小註 4 所提出的新違憲審查理論，實際係在為威信遭受重創的違憲審查制度尋找出路。是，其時自不宜再引用具有爭議的「正當程序條款」，宣告政府決策違憲；而須另闢蹊徑。³⁰¹ 又，鑑於「可疑分類路徑」（the suspect classification approach）在認定何種分類為「可疑」，進而應選擇何者作為「應受保護之少數」時，實際並無一致的標準³⁰²，為避免爭議，聯邦最高法院乃悄然在「平等保護條款」下開闢了「根本基本權路徑」（the fundamental right approach），以系爭差別待遇侵害「根本／重要基本權」為由，提高審查基準。1960 年代以後該院更將原本分別在「平等保護條款」下發展的「根本基本權」分析架構（即系爭差別待遇如何侵害「平等保護條款」所保障之「根本基本權」），與在「正當程序條款」下發展的「根本基本權」分析架構（即系爭權利何以為「正當程序條款」所稱之「自由」所隱含），彼此混用，不甚區分。³⁰³

³⁰¹ Michael J. Klarman, *supra* note 166, at 241-247.

³⁰² See, e.g., Comment, *supra* note 294, at 815.

³⁰³ See Robert C. Farrel, *An Excess of Methods: Identifying Implied Fundamental Right in the Supreme Court*, 26 ST. LOUIS U. PUB. L. REV. 203 (2007).

對於這種混用的情形，美國聯邦最高法院首席大法官 C.J. Roberts 在 *Obergefell v. Hodge*, 576 U.S. 644 (2105) (ruling that the fundamental right to marry is guaranteed to same-sex couples by both the Due Process Clause and the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution) 案，曾有如下傳神之批評：“The central point seems to be that there is a “synergy between” the Equal Protection Clause and the Due Process Clause, and that some precedents relying on one Clause have also relied on the other.” Roberts, C.J., *Dissenting*, Slip op. at 23. 中文討論參見湯德宗，前揭（註 89）文，頁 224-225。

平等權案件之「根本基本權分支」首見於 1942 年 *Skinner v. Oklahoma* 案。³⁰⁴ 本案聯邦最高法院原可援引 *Meyer v. Nebraska*³⁰⁵ 案（禁止學校教授外國語文之州法違憲）及 *Pierce v. Society of Sisters*³⁰⁶ 案（強制父母須將孩子送往公立學校就讀之州法違憲）等裁判先例，以「結婚、成家、育兒權（the right “to marry, establish a home and bring up children”）乃『正當程序條款』所保障之『自由』（liberty）」為由，宣告系爭奧克拉荷馬州州法有關三次涉犯「道德敗壞」之重罪，經獲判有罪者，應予絕育（sterilization of felons convicted three times of felonies involving “moral turpitude”）之規定違憲，然該院卻在未援引任何憲法規定的情形下，由大法官 William Douglas 直接³⁰⁷ 釋示：「婚姻與生殖關乎種族存亡之根本。絕育的權力，一經行使，將會產生微妙、廣泛與毀滅性的效力」（“Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race. The power to sterilize, if exercised, may have subtle, far-reaching and devastating effects”）³⁰⁸，故系爭奧克拉荷馬州州法規定應接受「嚴格審查」（“strict scrutiny”）；並以系爭州法並未對涉犯所有重罪，經獲判有罪三次者，均予絕育，有違「平等保護條款」之意旨為由，宣告違憲。其後經該院陸續認定屬於「平等保護條款」下之「根本基本權」者尚有：州選舉之投票權（a fundamental right to vote in state elections）³⁰⁹、法院刑事訴訟程序中某種程度之參與權（a fundamental right to some level of access to the criminal process in the courts，約略相當於我國憲法所稱

³⁰⁴ 316 U.S. 535, 536-37 (1942).

³⁰⁵ 262 U.S. 390, 396-397 (1923).

³⁰⁶ 268 U.S. 510, 530 (1925).

³⁰⁷ 所謂「直接」係指法院不經過「系爭權利是否為『正當程序條款』所保障之『自由』（liberty）」之論證步驟，而逕行認定其為「根本基本權」。

³⁰⁸ 316 U.S. 535, at 541 (1942).

³⁰⁹ See, e.g., *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

之「訴訟權」)³¹⁰及州際旅行(遷徙自由)權³¹¹(相當於我國憲法所稱之「遷徙自由」)等。綜觀該院認定某權利為「根本基本權」的理由,包括:因其為「重要」、因其為「秩序井然的自由概念所隱含,或憲法所隱含保障的權利」(implicit in the concept of ordered liberty or implicitly guaranteed by the constitution)、因其為「必然隱含於聯邦政府之結構之權利」(necessarily implied from the structure of the federal government)、因其為「接近使用政府程序所必要之權利」(necessary access to governmental processes)等。³¹²

1954年的 *Brown* 案見證了法學思維延續與創新的過程,可作為本小節之總結。首席大法官 Earl Warren 小心翼翼地起草該案的無異議意見書(unanimous opinion),一方面力求符合當時關於平等權案件的審查架構—「隔離但平等」法則(separate-but-equal rule),他方面則努力尋求全體大法官都能接受的突破口—強調「學級學校教育」(grade school education, 即中小學教育)之重要。為了推翻(變更)前揭 *Plessy v. Ferguson* 案的見解,氏特以「小註 11」史無前例地引用具有爭議的社會學與心理學資料,以證立「種族隔離的教育設施在本質上即為不平等」(racially segregated educational facilities were “inherently unequal.”),故而不適用「隔離但平等」法則。故一般以為 *Brown* 案之主要論理仍為(以種族為基礎之分類係屬)「可疑分類」。然,氏為減少改革之阻力,乃將「學級學校教育」之重要性實際提升至「根本的基本權」(fundamental right)位階(雖其並未明白使用「根本的基本權」一詞),略以:鑑於「學級學校教育」在當代的重要,設若制憲者有知,想必亦會認同「學級學校教育應免於種族歧視」!如是論

³¹⁰ See, e.g., *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971)(right to fee waiver for indigents in filing for divorce); *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963)(right to counsel on appeal for indigents); *Griffin v. Douglas*, 351 U.S. 12 (1956)(right to free transcripts on appeal for indigents).

³¹¹ See, e.g., *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969)(declaring unconstitutional as violating the right to travel a state law creating a one-year residency requirement for receiving welfare).

³¹² See, e.g., Robert C. Farrell, *supra* note 303, at 216-245.

理暗示：在其他不若「學級學校教育」那麼重要的領域，並不禁止考慮種族因素；同時卻以系爭「權利之重要性」³¹³打破長久以來的「隔離但平等」的種族隔離教條，法學之「延續」與「創新」（突破）乃巧妙地融合為一。³¹⁴

2.2 我國憲法解釋中的「根本／重要基本權」

我國大法官平等權解釋中，以系爭差別待遇侵害（影響）「根本／重要基本權」為由，而提高審查基準者，約有以下幾種權利：

A. 憲法第 15 條所規定之「生存權」

例如釋字第 694 號解釋釋示：系爭之年齡限制，「使納稅義務人無法減除免稅額，將影響納稅義務人扶養滿二十歲而未滿六十歲無謀生能力者之意願，進而影響此等弱勢者生存或生活上之維持…應受較為嚴格之審查」；釋字第 701 號解釋釋示：「依系爭規定，納稅義務人就受長期照護者所支付之醫藥費，一律以付與上開醫療院所為限，始得列舉扣除…而至上開醫療院所以外之其他合法醫療院所就醫所支付之醫藥費，卻無法列舉扣除，將影響受長期照護者生存權……故……應受較為嚴格之審查」。

B. 憲法第 22 條所保障之「婚姻與家庭制度」

例如釋字第 696 號解釋釋示：「因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨，故…應受較為嚴格之審查」。

C. 憲法第 22 條所保障之「結婚自由」

³¹³ 事實上，美國憲法增修條文並無「受教權」(right to education) 之規定，*Brown* 案以後，聯邦最高法院屢為「教育是否為根本的基本權」(whether the right to education is a fundamental right) 問題所苦，直到 *San Antonio Ind. School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973) 案始告確定：接受學級學校教育尚非根本的基本權。

³¹⁴ See, e.g., Klarman, *supra* note 166, at 238-239, 246-248.

例如釋字第 748 解釋釋示：「憲法第 22 條保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬重要之基本權……是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準」。

D. 以主觀資格條件，限制憲法第 15 條所規定之「工作權」

例如釋字第 781 號解釋釋示：軍人年改條例第 34 條第 1 項第 3 款規定³¹⁵「係對此等受規範對象之工作權，構成主觀資格條件之限制使其受有相對不利之差別待遇。綜合考量上開規定之分類標準[按：指年齡]及其差別待遇所涉之權利類型，就此應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性。釋字第 782 號解釋（公務人員年改法）與釋字第 783 號解釋（公立學校教師年改法）略同，不贅。徵諸各國實務，以「年齡」為基礎之差別待遇未必屬「可疑」分類，³¹⁶而必須提高審查基準；我國大法官受德國聯邦憲法法院「藥房案」（Apothekenurteil）判決³¹⁷之影響，認為關於「工作權」（選擇職業以謀生計之自由）之限制，依應依其限制之種類，而適用不同之審查基準。本件之所以提高審查基準，當是認為「年齡為主觀資格條件之一種」，應適用「中標」審查，³¹⁸故爾。

³¹⁵ 陸海空軍軍官士官服役條例第 34 條第 1 項第 3 款：「支領退休俸或贍養金之軍官、士官，有下列情形之一時，停止領受退休俸或贍養金，至原因消滅時恢復之：……三、就任或再任私立大學之專任教師且每月支領薪酬總額超過公務人員委任第一職等本俸最高俸額及專業加給合計數額者」。

³¹⁶ 「年齡」因非屬憲法第七條所列舉之禁止歧視事由，通常不被視為「可疑」分類，而採低標審查。然歐盟基本權利憲章第 21 條第 1 項將「年齡」與性別、種族、膚色，乃至性傾向等，同列為禁止歧視之事由，歐盟法院自 *Prigge* 案（Case C-447/09, *Prigge v. Deutsche Lufthansa AG*, [2011] IRLR 1052）起，對「年齡歧視」已採嚴格審查。中文介紹參見楊通軒，〈歐盟就業年齡歧視法制之探討：以年齡界限作為終止契約的標準〉，收於洪德欽、陳淳文主編《歐盟法之基礎原則與實務發展》（上冊），台大出版中心出版，頁 307 以下，頁 331-332（2015 年 5 月）。

³¹⁷ 7 BverfGE 377 (1958)。中譯參見蕭文生，〈關於「執業自由」（工作權）之判決〉，輯於《西德聯邦憲法法院裁判選輯》（一），頁 128-182（司法院，1990 年 10 月）。關於該案之介紹，並參見黃錦堂，〈公務人員特種考試應考年齡、體能設限與考試無障礙之研究—兼論釋字第 626 號解釋〉，載《法令月刊》（61 卷 2 期），頁 21 以下，頁 24-30（2010 年 2 月）；李建良，〈論立法裁量之憲法基礎理論〉，載《臺北大學法學論叢》（47 期），頁 153 以下，頁 175-176（2000 年 12 月）；李仁森，〈憲法基礎講座：第四講 職業自由與違憲審查方法〉，載《月旦法學教室》（第 155 期），頁 36 以下，頁 41（2015 年 9 月）；法治斌 & 董保城，前揭（註 9）書，頁 354-355；李惠宗，前揭（註 9）書，頁 286 以下。

³¹⁸ 見大法官釋字第 584 號解釋理由書第 [1] 段（「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴

E. 憲法第 18 條所規定之「應考試服公職權」³¹⁹

例如釋字第 760 號解釋釋示：「鑑於應考試服公職權為廣義之參政權，涉及人民參與國家意思之形成及公務之執行，與公共生活秩序之形塑密切相關，對此權利所為之差別待遇，原則上應受較嚴格之審查，除其目的須為追求重要公益外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨相符」。

F. 憲法第 22 條所保障之「國民（義務）教育以外之受教權」？

釋字第 626 號解釋釋示：「鑑於色盲非屬人力所得控制之生理缺陷，且此一差別對待涉及平等接受教育之機會，為憲法明文保障之事項，而教育對於個人日後工作之選擇、生涯之規劃及人格之健全發展影響深遠，甚至與社會地位及國家資源之分配息息相關，系爭規定自

不同之容許標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制」；釋字第 702 號解釋理由書第 [1] 段（「對職業自由之限制，因內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準，若所限制者為從事一定職業所應具備之主觀條件，則需所欲實現者為重要之公共利益，且其手段屬必要時，方得為適當之限制，始符合憲法第二十三條比例原則之要求，迭經本院解釋在案」）；釋字第 711 號解釋理由書第 [5] 段（「法律對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求公共利益，且採行之限制手段確屬必要者，始符合憲法第二十三條比例原則之要求，迭經本院解釋在案」）；釋字第 749 號解釋理由書第 [6] 段（「然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、體能、犯罪紀錄等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求重要之公共利益，且其手段與目的之達成具有實質關聯，始符比例原則之要求」）；釋字第 780 號解釋理由書第 [3] 段（「關於人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、體能、犯罪紀錄等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求重要之公共利益，且其手段與目的之達成具有實質關聯，始符比例原則之要求。……如駕駛人為職業駕駛人，則吊銷其駕駛執照將同時涉及人民選擇職業自由之主觀條件限制，而限制其工作權」）；釋字第 806 號解釋理由書第 [8] 段（「關於人民選擇職業應具備之主觀條件，即從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，例如知識、學位、體能等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求重要公共利益，且其手段與目的之達成間具有實質關聯，始符比例原則之要求」）及同解釋理由書第 [10] 段（「關於限制人民從事工作之方法、時間、地點、範圍等執行職業自由，如其限制目的係為追求正當之公共利益，且其限制手段與目的之達成間有合理關聯，即非憲法所不許（本院釋字第 802 號解釋參照）……主管機關就街頭藝人得使用公共空間之時段、地點加以規範，以及系爭規定一、二及三對街頭藝人所從事之藝文活動，是否適合於指定公共空間為之加以審核部分……僅涉及對人民執行職業之方法、時間、地點、範圍之限制，且係於維護公共空間之正常使用、秩序與安全必要範圍內，符合正當之公共利益，尚無違比例原則」）。

³¹⁹ 關於「應考試服公職權」之概念辨正，參見釋字第 715 號解釋_湯德宗大法官〈部分協同暨部分不同意見書〉。

應受較為嚴格之審查」³²⁰，乍看之下似是以系爭差別待遇乃屬「可疑分類」（難以改變之個人特徵），並涉及「根本基本權」（憲法所保障之「平等接受教育之機會」）為由，而提高審查基準（至「中標」）。惟該解釋有一段耐人尋味的說明，有可能導致其他的解讀：

按人民受教育之權利，依其憲法規範基礎之不同，可區分為「受國民教育之權利」及「受國民教育以外教育之權利」。前者明定於憲法第二十一條，旨在使人民得請求國家提供以國民教育為內容之給付，國家亦有履行該項給付之義務。至於人民受國民教育以外教育之權利，固為憲法第二十二條所保障（本院釋字第三八二號解釋參照），惟鑑於教育資源有限，所保障者係以學生在校接受教育之權利不受國家恣意限制或剝奪為主要內容，並不包括賦予人民請求給予入學許可、提供特定教育給付之權利。是國民教育學校以外之各級各類學校訂定特定之入學資格，排除資格不符之考生入學就讀，例如系爭招生簡章排除色盲之考生進入警大就讀，尚不得謂已侵害該考生受憲法保障之受教育權。除非相關入學資格條件違反憲法第七條人民在法律上一律平等暨第一百五十九條國民受教育之機會一律平等之規定，而不當限制或剝奪人民受教育之公平機會，否則即不生牴觸憲法之問題。³²¹（粗體字與底線為作者所標示）

前揭引文所見不無商榷。首先，多數大法官區分「受國民教育之權利」與「受國民教育以外教育之權利」；前者為「受益權」（國民教育給付請求權），後者僅涉「平等權」（平等受國民教育以外教育之權利），故值贊同。惟其所謂「國民教育學校以外之各級各類學校訂定特定之入學資格，排除資格不符之考生入學就讀，例如系爭招生簡章排除色盲之考生進入警大就讀，尚不得謂已侵害該考生受憲法保

³²⁰ 釋字第 626 號解釋理由書第 [5] 段。

³²¹ 釋字第 626 號解釋理由書第 [4] 段。

障之受教育權。除非相關入學資格條件違反憲法第七條人民在法律上一律平等暨第一百五十九條國民受教育之機會一律平等之規定，而不當限制或剝奪人民受教育之公平機會，否則即不生牴觸憲法之問題」等語，似認為：（憲法第 22 條所保障之）「受國民教育以外教育之權利」與（憲法第 7 條暨第 159 條所保障之）「平等受國民教育以外教育之權利」係屬二事，顯然不解前文所述平等權之「空性」。蓋「平等受國民教育以外教育之權利」所保障者（權利客體）固為「在法律上一律平等」之地位，意涵則非與其所指涉之其他實質權利（受國民教育以外教育之權利），相結合，無從發生規範意義。脫離了「受國民教育以外教育之權利」，所謂「在法律上一律平等」（或稱「法律之平等保護」）便是空話！唯其如此，本案須審究「受國民教育以外教育之權利」是否為「根本的基本權」，以決定系爭規定（限制色盲者不得報考警大）應否接受較嚴格之審查。前揭引文之表述應酌予修正，以免誤會。

其次，本案關鍵猶在於「受國民教育以外教育之權利」是否為「根本的基本權」？「根本基本權」之認定標準為何？大法官似已注意及此，爰提示：「至於人民受國民教育以外教育之權利，固為憲法第二十二條所保障（本院釋字第三八二號解釋參照）」。**惟遍查釋字第 382 號解釋，並未見有關「人民受國民教育以外教育之權利乃憲法第二十二條所保障」之明示或暗示之的釋示！**為避免大法官任意假「抽象釋憲」之名，擅行「實質修憲」之實，破壞「民主國原則」，我一向主張：憲法第 22 條所保障之「其他自由及權利」（通稱「未列舉之基本權」）須是為「維護人性尊嚴」、「發展人格自由」所必要，而屬「自由民主憲政秩序之核心價值者」，始足當之。³²²準此，「受國民教育以外教育之權利」（而非「受國民教育之權利」）能否認定為「根本的基本權」，從而列為憲法第二十二條所保障之「其他自由及

³²² 參見湯德宗，前揭（註 198）文，頁 290。

權利」，要非無疑。本解釋就此並未盡到「說明理由的義務」（duty to give reasons）³²³。

再者，前揭引文所謂：系爭規定是否「違反憲法第七條人民在法律上一律平等暨第一百五十九條國民受教育之機會一律平等之規定，而不當限制或剝奪人民受教育之公平機會」，將憲法第 7 條與憲法第 159 條等列齊觀，亦容有誤解。蓋憲法第 159 條為基本國策之規定，並不具有基本權之客觀法規範效力。大法官爰不得引據基本國策之規定，否定系爭法規之效力。已如前述，不贅。

按前揭諸解釋觀之，大法官在平等權脈絡下，認定系爭差別待遇所涉權利屬於「根本／重要基本權」者，其所依據之判準主要為「權利之重要性」，尤其該權利對於「個人自主」（individual autonomy）或「人性尊嚴」，或「政治程序之參與」而言，是否不可或缺。換言之，大法官係以「根本／重要基本權」對各該權利人之「重要性」為著眼，而認系爭差別待遇涉及（侵害）「根本／重要基本權」者，應提高其審查基準。

3. 系爭規定顯然違反「體系正義」？

前述兩類應提高審查基準的考量因素（即系爭分類是否屬性「可疑」或涉及「根本／重要基本權」），堪稱各國所見略同。系爭規定是否顯然違反「體系正義」，則為受到德國法影響之另類思考（美、加等國似未有類似概念）。系爭規定因「顯然違反體系正義」而違憲，實屬「恣意禁止」審查之升級版，或可稱為「較為嚴格之『恣意禁止』審查」，亦屬審查基準之提高，爰併列入本小節討論。

³²³ 相較於美國（參見前揭註 313 及其相應之內文說明），我國因憲法第 21 條明定「人民有受國民教育之權利與義務」，「受國民教育之權利」為人民之「根本基本權」殆無疑義。本解釋理由書第 [5] 段以：「教育對於個人日後工作之選擇、生涯之規劃及人格之健全發展影響深遠，甚至與社會地位及國家資源之分配息息相關」為由，認「系爭規定應受較為嚴格之審查」，仍未指出「受國民教育」與「受國民教育以外教育」（尤其對於「人格發展自由」之關聯）之區別。

3.1 濫觴

何謂「體系正義」？釋字第 455 號解釋翁岳生大法官〈協同意見書〉率先闡明：「立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則」；³²⁴ 並以此論結：「比較（舊）陸海空軍軍官服役條例施行細則第二十五條、軍人及其家屬優待條例、上開行政院人事行政局與銓敘部函釋，顯見主管機關於考量義務役軍中服務年資併計問題時，並未遵循法律體系所確立的基本原則，自有違體系正義，與平等原則有所牴觸」。質言之，其時相關法律關於公務員退休年資之計算，係以併計（當事人）所有服公職之年資為原則，然於併計「軍中退役年資」時卻未能貫徹斯旨，僅併計「服志願役」（職業軍人）之服役年資，而不計入「服義務役」之服役年資（二年或三年）³²⁵。就此而言，乃與上開「所有服公職之年資得併計」之原則有所牴觸，而違反「體系正義」。

綜上，「體系正義」（Systemgerechtigkeit）³²⁶ 乃由「平等原則」所導出之「立法自我拘束」原則，並得以之作為規範審查之基準（是翁氏謂：系爭函釋「有違體系正義，與平等原則有所牴觸」）。惟前

³²⁴ 並參見李惠宗，〈論國軍老舊眷村改建條例的多重不平等—從體系正義觀點評大法官議決釋字第 485 號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》第 4 期，頁 73 以下，頁 80（1999 年 10 月）（「立法者於創設一具有體系規範意義之法律原則時，應廣泛衡量社會經濟情勢，以設立立法目的，並就立法目的之達成選擇適當手段，唯一旦立法者形成一項法則時，此後立法者即應一貫地持續其本身所確立的基本原則或立法目的」）。

³²⁵ 參見釋字第 455 號解釋 翁岳生大法官〈協同意見書〉第 [3] 段：「按（舊）陸海空軍軍官服役條例乃就陸海空軍軍官之服役為統合性之規定，其無意區別役別種類時，法條用語僅稱「軍官」，其有意區別二者時，始明示為『義務役』或『志願役』。而（舊）陸海空軍軍官服役條例施行細則第二十五條第一、二項係規定支領退除給與之標準，以及得支領退除給與之軍官於轉任公職時得如何併計服役年資，並不區分志願役與義務役，獨於第三項針對「不符合支領退除給與之軍官」應如何併計軍中服務年資時，限定「志願役」軍官轉任公務員得併計軍中服務年資，具有『明示其一，排除其他』之用意，亦即以役別作為是否併計軍中年資之基礎。」

³²⁶ See, e.g., 6 BVerfGE 55, at 69 (1957).

揭引文亦釋示：「立法者……創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義」。亦即，**違反體系正義並不當然違反平等原則，亦不即等於違憲**。準此，**顯然違反「體系正義」可視為應提高「恣意禁止」審查基準之考量因素**。

綜觀大法官相關解釋，自釋字第 455 號解釋以下，依據「體系正義」審查系爭差別待遇者，約可分為三類：

3.2 明示系爭規定違反體系正義者

釋字第 688 號解釋釋示：「**加值型及非加值型營業稅法（下稱營業稅法）之營業人開立銷售憑證時限表，有關包作業之開立憑證時限規定為『依其工程合約所載每期應收價款時為限』，尚無悖於憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則，而與第十五條保障人民財產權及營業自由之意旨無違**。惟營業人開立銷售憑證之時限早於實際收款時，倘嗣後買受人因陷於無資力或其他事由，致營業人無從將已繳納之營業稅，轉嫁予買受人負擔，**此際營業稅法對營業人已繳納但無從轉嫁之營業稅，宜為適當處理，以符合營業稅係屬消費稅之立法意旨暨體系正義**。主管機關應依本解釋意旨就營業稅法相關規定儘速檢討改進。」

所謂「營業稅係屬消費稅之立法意旨」，係指營業稅為消費稅，應由終端消費者（即買受貨物或勞務之人）負擔。惟稅捐稽徵技術上，營業稅法規定由賣方開立發票暫時先代消費者繳交營業稅，並將內含於發票金額內的 5% 的營業稅，繳交予國家（國稅局）。是營業稅乃屬「間接稅」，以終端消費者為納稅義務人，並課賣方以「代收代繳」之稅捐稽徵協力義務。³²⁷ 前揭解釋文第一句係在肯認立法者就如何課

³²⁷ 參見釋字第 688 號解釋理由書第 [5] 段：「依營業稅之制度精神，營業稅係對買受貨物或勞務之人，藉由消費所表彰之租稅負擔能力課徵之稅捐，稽徵技術上雖以營業人為納稅義務人，但經由後續之交易轉嫁於最終之買受人，亦即由消費者負擔。」

予賣方以稅捐協力義務，包括「營業人何時應開立銷售憑證之時限規定」，享有廣泛之裁量權。解釋文第二句（自「惟」字以下）則闡明上述立法裁量仍有其限界—不得變更「營業稅為消費稅」之本質，致使開立發票（銷售憑證）之賣方由（代收代繳之）「稅捐稽徵協力人」變成「納稅義務人」，爰明確釋示：本件於營業人開立銷售憑證之時限早於實際收款時，且倘嗣後買受人無力履約（倒帳），致營業人無從將已繳納予國家之營業稅，轉嫁由買受人負擔時，相關法律「宜為適當處理」（譬如應有許賣方請求國家退還已納營業稅款之機制），以維「體系正義」。

另，解釋文第三句諭知：「主管機關應依本解釋意旨就營業稅法相關規定儘速檢討改進」，意即本解釋雖認相關法律於前述情形，因未設有「開立發票之賣方得請求國家退還已納稅款」之規定，而違反「體系正義」，然並未宣告系爭「漏未規定」為違憲，³²⁸ 僅諭知主管機關「儘速檢討改進」。

釋字第 699 號解釋釋示：「道路交通管理處罰條例第三十五條第四項前段規定，汽車駕駛人拒絕接受同條第一項第一款酒精濃度測試之檢定者，吊銷其駕駛執照。同條例第六十七條第二項前段復規定，汽車駕駛人曾依第三十五條第四項前段規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照。又中華民國九十四年十二月十四日修正公布之同條例第六十八條另規定，汽車駕駛人因第三十五條第四項前段規定而受吊銷駕駛執照處分者，吊銷其持有各級車類之駕駛執照。上開規定與憲法第二十三條比例原則尚無牴觸，而與憲法保障人民行動自由及工作權之意旨無違」。

我曾於本解釋提出〈部分協同暨部分不同意見書〉，主張應以違反「體系正義」為由，宣告系爭道交條例第六十七條第二項前段規定

³²⁸ 按本案未直接宣告違憲，當與系爭規定非屬「明示規定」，而係「漏未規定」有關。至於釋字第 748 號解釋則宣告系爭「立法不作為」違憲，參見湯德宗，前揭（註 89）文，頁 207-208, 219。

違憲，略以：「單純拒絕酒測之駕駛人所受之處罰（三年禁考駕照，見道交條例第六十七條第二項前段），顯然較『酒駕未肇事』者（吊扣駕照一年，見道交條例第三十五條第一項）及『酒駕肇事傷人』者（吊扣駕照二年，見道交條例第三十五條第一項）更重；僅輕於『違規酒駕且肇事致重傷或致死』者之處罰（吊銷駕照，終身不得考領，見道交條例第三十五條第一項及第六十七條第一項前段）。可見道交條例認定：『單純拒絕酒測』之可罰性，乃介於『酒駕肇事傷人』與『酒駕肇事致重傷或致死』之間。然『單純拒絕酒測』終究尚未發生『實害』，系爭規定對於『危險』之處罰，竟超過對『實害』之處罰，豈非輕重失衡，而有違體系正義？」

軍公教年改三釋憲案亦以「體系正義」為由，就部分規定為警告性裁判之宣告，諭知立法者應「適時修法」。例如，釋字第 781 號解釋釋示：「為貫徹系爭條例第 26 條設定現階段合理俸率（退休所得替代率）之改革目的，國家自有維持依系爭條例重新核定之退除給與之財產上價值，不隨時間經過而產生實質減少之義務……相關機關應依本解釋意旨儘速修正上開規定（按：指軍人年改法第 39 條第 1 項前段³²⁹），於消費者物價指數變動累積達一定百分比時，適時調整退休俸、贍養金及遺屬年金，俾符憲法上體系正義之要求」³³⁰。釋字第 782 號解釋及釋字第 783 號解釋亦有類似釋示，不贅。

3.3 暗示系爭規定違反體系正義

有些解釋實際雖以「體系正義」進行審查，卻未表明。此類解釋多以「立法疏漏」（或稱「立法不作為」）作為「解釋標的」（或稱「審查客體」）。釋字第 477 號解釋洵為代表。其解釋文第 2 段釋示：「戒

³²⁹ 參見陸海空軍軍官士官服役條例（中華民國 107 年 6 月 21 日修正公布）第 39 條第 1 項前段：「軍官、士官退伍除役後所支領退休俸、贍養金及遺族所支領之遺屬年金，得由行政院會同考試院，衡酌國家整體財政狀況、人口與經濟成長率、平均餘命、退撫基金準備率與其財務投資績效及消費者物價指數調整之」。

³³⁰ 參見釋字第 781 號解釋解釋文第 [8] 段。

嚴時期人民受損權利回復條例**第六條適用對象**，以『受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者』為限，**未能包括**不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，**係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵**，若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所牴觸。是凡屬上開漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日起二年內，依該條例第六條規定請求國家賠償」。大法官何以認為系爭規定「漏未規定」或稱「涵蓋不足」(under-inclusiveness) 之部分，「顯屬立法上之重大瑕疵」，而「形成人民在法律上之不平等」？一言以蔽之，即顯然違反「體系正義」也！

析言之，本解釋首先肯認立法適用範圍之決定原則上係屬立法裁量之範圍，謂：系爭「條例適用對象明定為犯外患罪、內亂罪人民，係基於此類犯罪涉及政治因素之考量，在國家處於非常狀態，實施戒嚴之情況下，軍事審判機關所為認事用法容有不當之處。至於其他刑事案件不在上開權利回復條例適用之列，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無牴觸。」³³¹ 繼而話鋒一轉，謂：系爭「條例第六條規定：『人民於戒嚴時期因犯內亂、外患罪，於受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者，得聲請所屬地方法院比照冤獄賠償法相關規定，請求國家賠償。』**未能包括**不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，**係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，衡諸事物之本質，並無作此差別處理之理由，顯屬立法上重大瑕疵**。若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由之人民予以賠償，反足以形成人民在法律

³³¹ 參見釋字第 477 號解釋理由書第 [1] 段。

上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所牴觸。」意即，**系爭規定（即系爭條例第六條）既創設一具有體系規範意義之法律原則**—人民於戒嚴時期因犯內亂、外患罪，於受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者，得請求國家賠償，**即應貫徹此一立法原則，使「其他（人身自由）權利遭受同等侵害者」**包括：不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（含感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，**均得請求國家賠償才是**。至所謂「**衡諸事物之本質，並無作此差別處理之理由**」，意指若聽任系爭「**立法疏漏**」（漏未規定）所形成之差別待遇繼續存在，顯屬違反「**體系正義**」！

然立法「**適用範圍之規定**」原則上係屬立法裁量之範圍，已如前述；則「**立法疏漏**」（漏未規定）自須是「**顯然**」違反體系正義，致生「**法律上之不平等**」者，始「**顯屬立法上重大瑕疵**」，釋憲機關乃應予審究。³³²換言之，「**立法疏漏**」（漏未規定）須達「**顯屬立法上重大瑕疵**」之程度，釋憲機關始應提高審查基準，檢視其是否違反「**平等權**」。至於採「**低標**」（合理審查基準）審查時，法院一般並不審究系爭規定有無「**立法疏漏**」（規範不足）的情形。蓋理論上，立法者原得選擇（立法裁量）以「**漸進**」的方式規範事物，無需「**一次到位**」、「**鉅細靡遺**」。

並值注意者，**本解釋**不僅宣告系爭「**漏未規定**」之差別待遇違反平等原則，**並直接諭知救濟方法**，謂：「**是凡屬上開漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日起二年內，依該條例第六條規定請求國家賠償**」。此與前揭釋字第 455 號、釋字第 688 號及釋字第 781 號解釋等

³³² 另，釋字第 639 號解釋（理由書第 [4] 段）以「**系爭不同救濟制度之差別待遇固涉及限制人身自由之訴訟救濟**，然因審級制度尚非訴訟權保障之核心內容，且由上級法院或原所屬法院之另一合議庭管轄羈押救濟程序，其在訴訟救濟功能上均由職司獨立審判之法院為之，**實質差異亦甚為有限，故無採取較嚴格審查之必要**」為由，獲致「**刑事訴訟法第四百零三條、第四百零四條第二款、第四百十六條第一項第一款與第四百十八條之規定，使羈押被告之決定，得以裁定或處分之方式作成，並因而形成羈押之被告得否抗告之差別待遇，與憲法第七條保障之平等權尚無牴觸**」之結論，再次顯示僅系爭規定「**顯然違反體系正義**」時，始需提高審查基準。

僅諭知「檢討改進」者，顯有不同。想係因本件涉及戒嚴時期人民「權利受損之國家賠償」，且受侵害者乃作為一切自由之基礎的「人身自由」權³³³，與一般「給付行政」之差別待遇非可同日而語，故爾。

釋字第 748 號解釋（同性二人婚姻自由案）釋示：「①**民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內**，與憲法第 22 條保障人民**婚姻自由**及第 7 條保障人民**平等權**之意旨有違。②有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。③至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。④逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記」。（各句前之阿拉伯數字為作者所標示）

前揭解釋文第一句（①）明白揭示本解釋係以「立法疏漏」一民法漏未規定同性二人得為經營共同生活之目的，**成立**具有親密性及排他性之永久結合關係—作為解釋之標的，爰亦僅就系爭「漏未規定」部分宣告違憲（是謂「於此範圍內」）。而系爭「漏未規定」部分之所以違憲，則因其同時違反憲法第 22 條所保障之「婚姻自由」與憲法第 7 條所保障之「平等權」；或謂兩者合而觀之，因違反「婚姻自由之平等保護」³³⁴，故爾。

前揭論述，亦可以「體系正義」解讀（詮釋）之：**民法既創設一具有體系規範意義之法律原則**—規定「異性二人」得為經營共同生活之目的，**成立**具有親密性及排他性之永久結合關係，**理應貫徹此一立法原則**。茲「現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生

³³³ 參見釋字第 384 號解釋（理由書 [1]：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法所保障其他自由權利之前提」），及釋字第 588 號解釋（「人身自由乃人民行使其憲法各項自由權利所不或缺之前提」）。

³³⁴ 關於將「結婚自由」與「平等權」二者「合而觀之」的意義，參見湯德宗，前揭（註 89）文，頁 225-226。

活之目的，**成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵。**」³³⁵ 倘聽任系爭漏未規定之差別待遇繼續存在，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第 7 條及第 22 條給予人民「婚姻自由之平等保護」意旨有違。

至於前揭解釋文之第三句（③）乃就系爭「立法不作為」之救濟，特別保留予立法者裁量之空間，俾符權力分立相互制衡並相互尊重之原則；解釋文第四句（④）並首創「雙保險」機制，以為相關機關倘未如期改正系爭「立法不作為」之因應。關於其意義，詳見另件拙文³³⁶，茲不贅。

釋字第 687 號解釋釋示：「依系爭規定（按：指稅捐稽徵法第四十七條第一款）處罰公司負責人時，其具體構成要件行為及法定刑，均規定於上開稅捐稽徵法第四十一條……系爭規定**既根據同一逃漏稅捐之構成要件行為**，處罰公司負責人，竟另限定僅適用有期徒刑之規定部分，**係對同一逃漏稅捐之構成要件行為，為差別之不法評價**。故系爭規定『應處徒刑之規定』部分，**係無正當理由以設定較為嚴厲之法定刑為差別待遇，有違憲法第七條之平等原則**」。意指「對同一逃漏稅捐之構成要件行為，應為相同之處罰」，乃稅捐稽徵法創設之具有體系規範意義之法律原則，系爭規定竟「設定較為嚴厲之法定刑」，顯然不符「體系正義」，而違反憲法第七條所保障之平等原則。本解釋雖未使用「體系正義」一詞，其意如此甚明。並值注意者，本解釋直接將系爭規定宣告違憲，並使之定期失效：「至『應處徒刑之規定』部分，有違憲法第七條之平等原則，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。」

另，釋字第 793 號解釋釋示：「衡諸黨產條例涉及國家民主轉型

³³⁵ 參見釋字第 748 號解釋理由書第 [13] 段第 5 句。審查會通過之該句在「顯屬立法上之重大瑕疵」後，原有「（本院釋字第 477 號解釋參照）」等語，詎嗣於大會時遭到刪除，致論理欠周，殊為可惜。參見湯德宗，前揭（註 89）文，頁 215。

³³⁶ 參見湯德宗，前揭（註 89）文，頁 208-211。

之重要事項，且黨產會肩負實現建立政黨公平競爭環境以落實轉型正義之重要憲政任務，立法者如能適時修正黨產條例，明定黨產會之機關層級，應屬較妥；如改列為二級獨立機關，則應參照組織基準法規定其成員人數及任命程序，以消除上述疑慮，並使相關立法間更為一致，併此指明」³³⁷。意即系爭「漏未規定」（黨產會應設置為獨立行政機關）與「體系正義」之要求有違，但僅「併此指明」，供主管機關參考。³³⁸ 其違反之效果尚且不及前揭釋字第 588 號解釋之「警告性裁判」。

我以為³³⁹，立法機關對於行政機關之設置（包含「是否」設置及「如何」設置），固享有廣泛的裁量空間，然其裁量並非漫無限制。黨產條例第 20 條第 1 項雖已規定：「本會委員應超出黨派之外，依據法律公正獨立行使職權，於任期中不得參與政黨活動」；同條例第 18 條第 3 項並限制「委員中具有同一黨籍者，不得超過委員總額三分之一」，惟鑑於黨產會所司任務（調查、追討不當黨產），相較於行政院組織法第 9 條所列三個獨立機關（中選會、公平會、通傳會），所應具備之專業性與獨立性，可謂猶有過之。尤以，轉型正義與政治清算鬥爭僅有一線之隔，更需專業與獨立，始能獲得人民信賴，確保轉型正義成功。是以黨產條例「漏未規定」黨產會為獨立行政機關，「亦未明定」其委員應由行政院院長提名，經立法院同意後任命之，³⁴⁰ 已

³³⁷ 參見釋字第 793 號解釋理由書第 [25] 段。

³³⁸ 系爭規定顯然違反「體系正義」而以「併此指明」從輕發落者，殆所僅見。並參見釋字第 667 號解釋（理由書第 [5] 段）：「行政訴訟法第七十三條規定所設之程序及方式，雖已符合憲法正當法律程序之要求，並無違於平等原則，然為求人民訴願及訴訟權獲得更為妥適、有效之保障，相關機關宜考量訴願及行政訴訟文書送達方式之與時俱進，兼顧現代社會生活型態及人民工作狀況，以及整體法律制度之體系正義，就現行訴願及行政訴訟關於送達制度適時檢討以為因應，併此指明。」

³³⁹ 參見湯德宗，前揭（註 81）文，頁 56-57。

³⁴⁰ 參見中選會組織法第 3 條第 2 項（「主任委員、副主任委員及委員均由行政院院長提名經立法院同意後任命」）；公平會組織法第 4 條第 1 項（「本會置委員七人，均為專任，任期四年，任滿得連任，由行政院院長提名經立法院同意後任命之，行政院院長為任命時，應指定一人為主任委員，一人為副主任委員」）；通傳會組織法第 4 條第 1 項（「本會置委員七人，均為專任，任期四年，任滿得連任，由行政院院長提名經立法院同意後任命之，行政院院長為提名時，應指定一人為主任委員，一人為副主任委員。但本法第一次修正後，第一次任命之委員，其中三人之任期為二年」）；促轉條例第 8 條

顯然違反「體系正義」，而與憲法第7條平等原則有違，應諭知限期改正。在此一組織缺陷改正前，黨產會應暫停行使同條例第9條規定之「禁止處分」權及第6條規定之「命限期移轉所有及追徵其價額」權。總之，機關之組織與職權應一併考量，而為解釋。機關之職權越強大（則其影響人民權益亦越重大），機關之組織即越須健全。黨產會職權空前強大，其組織設計卻相對寬鬆，顯然違反體系正義，自不容等閒視之而僅以「低標」審查。

3.4 系爭規定「可能」違反體系正義

除前述「明示」或「暗示」系爭規定顯然違反「體系正義」者外，有些解釋案雖未明示，然就其論理觀之，應認為極可能是以系爭規定顯然違反「體系正義」為由，而宣告其違憲。

釋字第666號解釋（罰娼不罰嫖案）理由書第[1]段謂：「法律為貫徹立法目的，而設行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違」，釋示系爭差別待遇之「手段」與立法「目的」之達成間須具有「實質關聯」，揭示本案多數大法官係採「中標」審查。理由書第[2]段繼謂：「性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成……其雙方在法律上之評價應屬一致」，釋示「性交易」既為娼與嫖所共同完成，則「雙方在法律上之評價應屬一致」，意即指摘系爭規定（罰娼不罰嫖）顯然違反「體系正義」（儘管其並未使用「體系正義」一詞）。

惟自其行文順序觀之，本案係先決定採取「中標」審查，而後始謂「性交易之雙方在法律上之評價應屬一致」，故多數大法官是否因系爭（罰娼不罰嫖）規定顯然違反「體系正義」，而認為應提高審查基準，尚難確切論斷。其次，關於本案何以應採「中標」審查，大法

（「促轉會置委員九人，由行政院長提名經立法院同意後任命之。行政院長為提名時，應指定一人為主任委員，一人為副主任委員。主任委員、副主任委員及其他委員三人為專任；其餘四人為兼任。但全體委員中，同一政黨之人數不得逾三人；同一性別之人數不得少於三人」）等。

官僅以「**行政罰之規定……如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者**」一語帶過。然，何以「**行政罰因處罰對象之取捨，而形成差別待遇**」者，即須提高審查基準（至中標）？究係因系爭分類基礎「可疑」？抑或因系爭規定侵害「**根本基本權**」？本解釋全然未置一詞，亦未引用任何大法官解釋先例作為支持！倘大法官之真意確係：系爭（罰娼不罰嫖）之差別待遇顯然違反「**性交易之雙方在法律上之評價應屬一致**」之（具有體系規範意義之）**法律原則**，故而應提高審查基準（至「中標」），則應如是說明，並須調整行文次序，以正理路，方便理解。

上述質疑對照釋字第 791 號解釋要非無稽。釋字第 791 號解釋中之系爭規定二（刑事訴訟法第 239 條但書）明定：「**但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人**」。多數大法官以為：系爭規定二「**所稱刑法第 239 條之罪，包括有配偶而與人通姦罪及相姦罪，性質上屬刑法必要共犯之犯罪，具犯罪成立之不可分關係**。系爭規定二以撤回告訴之對象是否為告訴人之配偶為分類標準，對通姦人撤回告訴之效力不及於相姦人；反之，對相姦人撤回告訴之效力則及於通姦人，亦即仍適用刑事訴訟法第 239 條前段規定，因而形成在必要共犯間，僅相姦人受追訴處罰而通姦人不受追訴處罰之差別待遇」。³⁴¹ 上開「**論理方式**」與前揭釋字第 666 號解釋（「**性交易之雙方在法律上之評價應屬一致**」）如出一轍。兩者處罰種類雖不相同（一為刑罰，一為行政罰），然皆屬就「**必要共犯**」更行分類，致生差別待遇（一為「**對通姦人撤回告訴之效力不及於相姦人**」，一為「**罰娼不罰嫖**」）。惟，**釋字第 791 號解釋**全然未有「系爭規定顯然違反體系正義」之暗示，而係直接創設新的審查基準：「**法律為貫徹立法目的，而設刑事追訴審判之規定時，如就必要共犯撤回告訴之效力形成差別待遇者，因攸關刑罰制裁，則須與立法目的間具有實質關聯，始與平等權保障無違**」。然，何以「**就必要共犯撤回告訴之效力形成差**

³⁴¹ 參見釋字第 791 號解釋理由書第 [37] 段。

別待遇者，即應提高審查基準」？係因「涉及刑罰」即屬「可疑」？抑或因「涉及刑罰」即是侵害「根本基本權」？抑或實因系爭差別待遇違反了「通姦罪之雙方在法律上之評價應屬一致」之體系正義原則？本解釋亦全然未有說明，亦未引用任何大法官解釋先例以為支持。就此而言，釋字 791 號解釋與釋字 666 號解釋實皆屬「理由不備」！

綜觀前述大法官明示或暗示以（違反）「體系正義」為基礎所為諸解釋，可知：「體系正義」實屬「形式平等」（所謂「等者，等之」）之應用，是德國聯邦憲法法院嘗認其為「恣意禁止原則」之擴大適用；³⁴²且，系爭差別待遇不因違反「體系正義」而當然無效，仍須視其有無充分理由（如前揭釋字第 455 號解釋翁岳生大法官協同意見書所稱「重大之公益考慮」，或前揭釋字第 477 號解釋所稱「衡諸事物之本質」），得例外容許「合理的差別待遇」而定。³⁴³因此，大法官實際上係以「系爭規定顯然違反體系正義」作為提高審查基準的理由，而將之推定為「恣意」，並宣告違反平等原則。

四、二元審查架構之操作

平等權案件之審查，係以「低標」，或稱「合理審查基準」（rationality test），為預設（default）。倘系爭差別待遇係為追求「合法的公共利益」，且其差別待遇之手段與所欲追求目之達成間具有「合理關聯」（rationally related）者，即應認定為合憲。就審查密度（寬嚴程度）而言，「低標」大體相當於「恣意禁止」原則，釋憲機關原則上應尊重立法之裁量（決定），推定系爭規定為合憲。

但個案中出現前節所述之前兩類「考量因素」之一時，大法官即

³⁴² See BATTIS, SYSTEMGERECHTIGKEIT 11 (FS-H. P. Ipsen, Tübingen, 1977), zit. aus MAUNZ-DÜRIG, GG-KOMMENTAR, Art. 3 I Rn. 303. 轉引自李惠宗，〈體系正義作為違憲審查基準之研究〉，東吳大學第 7 回法理學研討會會議論文，頁 5（2020/09/25）。

³⁴³ 參見李惠宗，〈體系正義作為違憲審查基準之探討—以釋字第二二八號解釋為素材〉，載《憲政時代》，第 16 卷第 2 期，頁 26 以下，頁 31（1990 年 10 月）（「聯邦憲法法院的實務上，並不認為違反體系馬上會導致違憲而無效，毋寧說，此之自我拘束是一種彈性的拘束（flexible Bindung），只要立法者有充分的理由，仍可為例外的規定」）。

應提高審查基準。所謂「提高」審查基準，理論上原可提高至「中標」（mid/ intermediate level of review）或「高標」（strict scrutiny）。以美國為例，關於以種族（尤其是黑白）為基礎而為之差別待遇，以及涉及「根本的基本權」（fundamental rights）的差別待遇，皆以「高標」審查其合憲性；至於以「性別」（男女）及「婚生與否」為基礎之差別待遇，則以「中標」審查。德國基本法第3條第3項所例示列舉的「禁止分類」，無論是否屬於「難以改變」之個人特徵，皆屬「可疑分類」，而須適用比例原則式的「嚴格審查」；甚至以「性別」（男女）為基礎之差別待遇，亦然。惟，我國大法官直到2016年於釋字第744號解釋宣告化妝品廣告「事前審查」規定違憲時，始首次（亦迄今唯一一次）使用「高標」（strict scrutiny）審查，推定系爭規定「違憲」。³⁴⁴因此，大法官在「平等權」案件中所謂「提高審查基準」目前僅指適用「中標」（大法官解釋多將之稱之為「較為嚴格之審查」）。未來是否參酌他國經驗，將「高標」擴大適用於「言論自由之事前審查」以外的案件（含平等權案件）之違憲審查，猶待觀察

適用「中標」審查時，因舉證責任轉換之故，**主管機關須能證明**：差別待遇之「目的」係為追求「重要公共利益」，且差別待遇之「手段與所欲追求目的之達成」間具有「實質關聯」，始為合憲。為了將美國「二元聯動多層級」的審查基準，與德國「恣意禁止與比例原則併行」的審查標準整合為一，我在2009年提出「階層式比例原則」構想。目前大法官對於平等權案件違憲審查應採「二元審查架構」（即將審查分為「目的」及「手段與目的之關聯性」兩方面），已有初步共識；但對於二元「聯動」的精義一即（低、中、高標）各級審查基準中之「目的」與「手段與目的關聯性」二者實處於一種猶如「水漲船高、水退船低」般的聯動關係（略如【圖一】示意）及其用意，猶未能充分掌握。

³⁴⁴ 參見釋字第744號解釋湯德宗大法官〈部分協同意見書〉。

1. 「目的合憲性」審查

系爭差別待遇是否合憲，首先須檢視其所追求之「目的」能否通過各該案所選定的基準所要求的標準。目的合憲性的檢驗按所採取之審查基準（低、中、高標）而有不同的標準，目前大法官於「平等權」案件只使用了低、中兩種基準，還沒有適用「高標」審查的案例。各種審查基準下之「目的合憲性」標準分別為：

— 「低標」須為追求「合法的公共利益」（legitimate governmental interest/end）；

— 「中標」須為追求「重要的公共利益」（substantial/important governmental interest/end）；

— 「高標」須為追求「極重要、極優越的公共利益」（compelling/overriding governmental interest/end）。

1.1 各階層審查基準之「目的合憲性」內涵

以上三階（種）審查基準中，「低標」的「目的合憲性」標準—「合法公共利益」，於認定時最無爭議，蓋凡現行法所不禁止者，皆屬「合法」的公共利益。「高標」的「目的合憲性」標準—「極重要、極優越的公共利益」可大致理解為攸關「個人生死」（生命權、生存權）或「國家存亡」（如釋字第 618 號解釋所涉之「國家安全」）的利益，認定上也相對明確。唯獨「中標」的「重要公共利益」究何所指，最費斟酌。我以為可有兩種思考方式，姑且稱為絕對標準與相對標準。**絕對的「重要公共利益」**，按相關大法官解釋觀之，包括：「社會治安之維護」（釋字第 584 號解釋參見）、「國民健康之維護」（釋字第 690 號解釋參見）、「確保個人自主，俾能自由發展人格、實現自我」（釋字第 603 號解釋、釋字第 748 號解釋參見）等；**相對的「重要公共利益」**在平等權解釋案特別重要，蓋平等恆涉及「相互的」（relational）與「比較的」（comparative）問題，已如前述。我以為：

倘個案中系爭差別待遇所欲追求之「公共利益」，相較於受到不利對待之群體成員之「個人利益」（彼等於憲法上所保障之基本權），更為重要（更值得受保護）時，即可認定其為（相對）「重要的公共利益」。

或謂：前述三種「目的」固然用語有別，然實際不易明確區分，適用時恐流於主觀，實益無多。惟法學概念之發展恆由粗糙而進於細緻，倘能認真實踐，經由個案解釋之累積，前述各層級審查基準之「目的合憲性」內涵，必將逐漸趨於明確。目前大法官平等權解釋案業已確認：「行政效率」（administrative efficiency）或「行政便宜」（administrative convenience）固屬（低標的）「合法的公共利益」，然尚難謂為（中標的）「重要的公共利益」³⁴⁵。又，釋字第 649 號解釋已肯認「保障視障者工作權確實具備重要公共利益」，釋字第 781 號解釋已肯認「防止退休軍人從政府領受雙薪，提供年輕人較多工作機會，均屬重要目的」（釋字第 782 號解釋及釋字第 783 號解釋亦有類似釋示，不贅），乃絕對的「重要公共利益」之例示。至於相對的「重要公共利益」，可以釋字第 696 號解釋為例。該解釋釋示：所得稅法規定夫妻非薪資所得強制合併計算，較之單獨計算稅額，增加其稅負部分，違反憲法第七條平等原則。蓋「查系爭規定之立法目的旨在忠實反映家計單位之節省效果、避免納稅義務人不當分散所得、考量稽徵成本與財稅收入等」，然「如因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨」。意即，系爭規定固具有擷節「稽徵成本」之「合法的公共利益」，然其較諸受侵害之「婚姻與家庭制度」，尚難謂為「重要的公共利益」，而難以正當化系爭差別待遇。

2. 「手段與目的關聯性」審查

³⁴⁵ 例如釋字第 760 號解釋（理由書第 [9] 段）即謂：「按容訓量僅係基於純粹行政成本之考量，難謂重要公益」。

系爭差別待遇通過「目的」合憲性審查後，尚須接受「手段與目的關聯性」審查。「手段與目的關聯性」檢驗，亦配合低、中、高標三種（階）審查基準，而有寬嚴不同的審查標準；目前大法官「平等權」解釋案只使用了低、中標兩種審查基準，尚未有適用「高標」審查之案例。各種審查基準下之「手段與目的關聯性」的要求，分別為：

- 「低標」之「手段與目的之達成間」須具有「合理相關」（rationally/reasonably related）；
- 「中標」之「手段與目的之達成間」須具有「實質相關」（substantially related）；及
- 「高標」之「手段與目的之達成間」須具有「直接相關」（directly related），亦即，須是「絕對必要且量身定作」（necessary and narrowly tailored），故而為多一分則太過、少一分則不及的（真正）「限制最小手段」（the least restrictive means）。

所謂「關聯性」，乃指手段達成目的之「有效性」（effectiveness）。至於各階審查基準之「手段與目的關聯性」的要求—所謂「合理相關」、「實質相關」及「直接相關」之意涵，亦需待個案累積，才能逐漸臻於明確。例如釋字第 760 號解釋釋示：「將警察三等特考筆試錄取之一般生，一律安排至警專受訓之手段，與擇優選才目的之達成間難謂具**實質關聯**」。意即認為：警察三等特考筆試錄取者，僅限於具有警察教育體系學歷者，未來始能取得職務等階最高列警正三階以上職務之任用資格之「差別待遇」手段，**通常並非為達成「擇優選才」之重要公共利益（目的）之有效手段**。換言之，為達成「擇優選才」之重要公共利益（目的），不應限制警察三等特考筆試錄取者，需具有警察教育體系學歷，始能取得職務等階最高列警正三階以上職務之任用資格。此處涉及**兩種手段**—警察三等特考筆試者，「需」或「無需」具有警察教育體系學歷，始能取得職務等階最高列警正三階以上職務之任用資格，**何者較能達成同一目的（「擇優選才」）之比較與取捨**。

又如，釋字第 781 號解釋釋示：系爭規定禁止領有退休俸的退伍軍人再任私校教師支領報酬超過「一定金額」（新台幣 38,890 元）³⁴⁶之規定，「所採分類標準顯然涵蓋過廣，尚難謂與防止從政府實際領受雙薪目的之達成間具有實質關聯；……就避免政府實際支付雙薪、提供年輕人較多工作機會等目的之達成而言，上開規定所採之分類標準，亦顯然涵蓋過窄，尚難謂具有實質關聯」。意即，私立大學依法原不得使用政府獎補助經費以支付領有退休俸或贍養金之軍、士官就任、再任教師之薪資，故而並非所有就任或再任私立大學專任教師的退伍軍人，都會發生「從政府實際領受雙薪」的不合理現象，系爭規定一律禁止，顯然涵蓋過廣，而有一竿子打翻了一船人之嫌疑！他方面，系爭規定對於在同樣受有政府獎補助之「其他私人機構」擔任全職的退伍軍人，並未停止其繼續領受退休俸或贍養金，因此就達成「避免政府實際支付雙薪、提供年輕人較多工作機會」之目的而言，其所採之分類標準則顯然涵蓋過窄，而有漏網之魚，故而均難謂為「具有實質關聯」！準此，適用「中標」審查時，「手段與目的關聯性」之審查要求「手段與目的之達成間須具有實質相關」，始為合憲。所謂「實質關聯」應考量系爭差別待遇之手段是否「涵蓋過廣」及是否「涵蓋不足」，以判斷系爭手段達成目的之有效性。惟「實質關聯」與（「高標」審查之）「直接關聯」究有不同；「實質關聯」僅要求不得有「顯然涵蓋過廣」或「顯然涵蓋不足」的情形，並不要求「量身定作、恰如所需」（necessary and narrowly tailored）的「限制最小／最少歧視手段」。

3. 二元聯動奧義

階層式比例（或二元違憲審查架構）之精髓猶在於兩個審查項目一

³⁴⁶ 此所謂「一定金額」，於公務員（參見釋字第 782 號解釋）與公立學校教師（參見釋字第 783 號解釋）均為新台幣 32,160 元。

「目的合憲性」與「手段與目的之關聯性」間，具有一種如同「水漲船高、水退船低」般的聯動（互動）關係，從而產生一種相輔相成的作用。大法官平等權解釋常有「講一套、做一套」（即號稱是二元審查，實際僅為一元審查）的情形。究其原因，多為「無心之失」，或者說是「力不從心」所致。此由以下幾件解釋可略窺梗概。

釋字第 694 號解釋釋示：所得稅法第 17 條第 1 項第 1 款第 4 目限制僅扶養「未滿二十歲或滿六十歲以上」之無謀生能力人的納稅義務人，始得減除免稅額，有違平等原則。本件著有許多開創性的貢獻，例如：釋示憲法第 15 條之「生存權」保障包含「生存照顧之平等對待」（equal treatment of the right of everyone to an adequate standard of living），是今後立法者一旦依其裁量，規定（創設）其以為適當之生存照顧時，即須恪遵「平等原則」，使人民獲得「法律之平等利益」（equal benefit of law）。又如，將「生存權」提升至「根本基本權」之位階，是本案以「年齡」為基礎之系爭差別待遇，本身雖非「可疑」之分類，但因涉及「生存權」而須提高審查基準（至「中標」）。惟其論理非常紊亂，殊為可惜。

析言之，解釋理由書第 [1] 段固循例宣示採取二元審查架構：「法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號解釋參照）」。

理由書第 [2] 段繼而認定系爭規定存有差別待遇：「系爭規定之年齡限制，使納稅義務人扶養滿二十歲而未滿六十歲無謀生能力之其他親屬或家屬，卻無法同樣減除免稅額，形成因受扶養人之年齡不同而為差別待遇」。理由書第 [3] 段進而說明本件何以應採「中標」審查：鑑於系爭規定「影響納稅義務人扶養滿二十歲而未滿六十歲無謀生能力者之意願，進而影響此等弱勢者生存或生活上之維持。故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須

係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則」。說到這兒，敏銳的讀者諒已察覺，多數意見並未正確宣示「中標」審查下，「目的合憲性」應有的標準。換言之，所謂「除其目的須係合憲外」等語，實屬誤解，應作「除其目的須為追求重要之公共利益外」才是。

上述錯誤的表述，顯示多數大法官並未正確認知：一、所謂「目的須係合憲」乃為一「上位概念」，下轄三個「下位概念」，分別對應著低、中、高標等三個（三階）審查基準：「合法的公共利益」、「重要的公共利益」及「極重要（極優越）的公共利益」。所謂「目的須係合憲」，乃「目的合憲性」之審查結論，無法作為審查標準。二、「目的合憲性」及「手段與目的之關聯性」間實際存在著一種聯（互）動的關係。以「中標」審查基準為例，國家須證明系爭差別待遇係為追求「重要公共利益」之目的，且所採差別待遇之「手段與目的之達成間具有實質關聯」，始屬合憲！倘二者有一不備，即屬違憲。

任意改動審查基準之內容，將會產生什麼後果？我在釋字第 694 號解釋提出的〈部分協同暨部分不同意見書〉中直陳：首先，因「目的須係合憲」實際無法作為「審查之標準」，多數意見只得省略（跳過）「目的合憲性」的審查。理由書第四段於確認「系爭規定以無謀生能力之受扶養人之年齡作為分類標準，旨在鼓勵國人孝親、課稅公平、徵起適足稅收及提昇稅務行政效率」³⁴⁷後，立即進（遁）入「手段與目的關聯性」之審查，對於前述確認的四項目的「是否」及「如何」合憲，全然未置一詞！實則，所謂「提昇稅務行政效率」（或稱「降低稽徵成本」）固屬「正當／合法之公共利益」，但尚難謂為「重要之公共利益」，殆屬大法官之共識，故在「目的合憲性」審查時即應予剔除，無需對其進行「手段與目的關聯性」審查。

其次，關於「手段與目的關聯性」審查認定：系爭差別待遇之手

³⁴⁷ 參見財政部民國 100 年 11 月 21 日台財稅字第 10004134920 號函復司法院秘書長函。

段與「鼓勵孝親」之目的有違³⁴⁸，亦與「課稅公平」之原則不符³⁴⁹。意即（但並未指明）：系爭差別待遇之手段與前述兩目的之達成間，並無「合理關聯」，遑論「實質關聯」！另，系爭差別待遇手段與達成「徵起適足稅收」之目的間之關聯性，多數意見不知何故竟漏未審查。關於系爭差別待遇之「手段」與「稅務行政效率之提升／稅捐稽徵成本之擷節」之「目的」之達成間，是否具有「實質關聯」一節，多數意見以：「依系爭規定主張減除免稅額之納稅義務人，本即應提出受扶養者無謀生能力之證明文件，系爭規定除以受扶養者無謀生能力為要件外，另規定未滿二十歲或滿六十歲為限制要件，並無大幅提升稅務行政效率之效益，卻對納稅義務人及其受扶養親屬之權益構成重大不利影響。是系爭規定所採以年齡為分類基礎之差別待遇，其（所採）手段與（所欲）目的之達成尚欠實質關聯，其差別待遇乃屬恣意」為由，判定其「違反憲法第七條平等原則」。如上論證核屬「比例原則」中之「狹義比例性」之思維，亦即認為系爭規定所造成之「損害」（代價或成本）一犧牲「納稅義務人及其受扶養親屬之權益」，與其所欲追求之「利益」（效益）—「稅務行政效率之提升」，兩者相較顯失均衡—對納稅義務人及其受扶養親屬之權益構成「重大不利影響」，而稅務行政效率「並無大幅提升」。又，所謂「差別待遇乃屬恣意」乃（德國式）「恣意禁止」原則之應用。是多數大法官嘴上說是（宣稱）採用（美國式的）「二元二階審查架構」，實際上卻是使用（德國傳統）「比例原則」與「恣意禁止」審查。掛羊頭，賣狗肉，論理難免方柄圓鑿，格格不入！

以「成本－效益分析」為判準，審查系爭差別待遇是否合憲，最大的弊病即是容易流於主觀與武斷。試問：本件究竟是根據什麼客觀

³⁴⁸ 參見釋字第 694 號解釋理由書第 [4] 段：「系爭規定影響納稅義務人扶養較為年長而未滿六十歲之其他親屬或家屬之意願，致此等親屬或家屬可能無法獲得扶養，此與鼓勵國人孝親之目的有違」。

³⁴⁹ 參見釋字第 694 號解釋理由書第 [4] 段：「僅因受扶養者之年齡因素，致已扶養其他親屬或家屬之納稅義務人不能減除扶養親屬免稅額，亦難謂合於課稅公平原則」。

的統計資料或依據如何計算公式，而獲致前述「系爭差別待遇對納稅義務人及其受扶養親屬之權益構成之重大不利影響，遠超過其因而提升之稅務行政效率（或因而擲節之稽徵成本）」之結論？只因為「大法官說了算」！？

釋字第 694 號解釋的論理清楚顯示：一旦放棄了「二元聯動」分析架構，大法官即需直接面對赤裸裸的「本益衡量」！然而本益衡量豈司法所擅長？！似此因不察「二元聯動」奧義，而誤用「二元審查架構」的情形，亦見於釋字第 696 號解釋³⁵⁰及釋字第 701 號解釋³⁵¹，不贅。

另類名實不符的「二元審查」，可以釋字第 666 號解釋及釋字第 791 號解釋為例。釋字第 666 號解釋（罰娼不罰嫖案）釋示：「社會秩序維護法第八十條第一項第一款就意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰之規定，與憲法第七條之平等原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力」。解釋理由書第 [1] 段按例宣示審查原則及審查標準：「憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法律為貫徹立法目的，而設行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違」。上開審查基準（「恣意禁止」+「系爭差別待遇之手段與目的之達成間須具有實質關聯」）乃本案大法官之發明！惟，「恣意禁止」乃單一而寬鬆（「低標」）之審查，如何能與二元二階中「較為嚴格之審查」（「中標」）結合使用？又，其何以僅取「手段與目的關聯性」審查，而捨「目的合憲性」審查，形成「跛腳」（一元）審查？

³⁵⁰ 參見釋字第 696 號解釋_湯德宗大法官〈協同意見書〉。

³⁵¹ 參見釋字第 701 號解釋_湯德宗大法官〈部分協同暨部分不同意見書〉。

解釋理由書第[2]段首先確認系爭（罰娼不罰嫖）規定之立法目的：「其立法目的，旨在維護國民健康與善良風俗（立法院公報第八十卷第二十二期第一〇七頁參照）」。**繼於第[3]段確認系爭規定存在差別待遇：「系爭規定明文禁止性交易行為，則其對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，法律上已形成差別待遇」。**³⁵²關鍵是，系爭差別待遇與其所欲之立法目的之達成間何以不具「實質關聯」？多數意見於此之論理甚是錯亂。析言之：

首先，多數意見似是指謫系爭差別待遇顯然違反「體系正義」³⁵³，惟縱使如此，「顯然違反體系正義」和系爭差別待遇之「手段與其目的之達成間是否具有實質關聯」，有何干係？

其次，亦本解釋之主要論證，理由書第[3]段謂：「再者，系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。」亦即，多數大法官以為系爭差別待遇並含有「間接之性別歧視」。惟縱令系爭差別待遇構成「間接之性別歧視」，多數大法官仍應（但實際並未）說明：何以「罰娼不罰嫖」（之手段）通常並非達成「維護國民健康與善良風俗」（之目的）的有效手段！由此可見，多數大法

³⁵² 按理（邏輯），平等權案件首應確認「差別待遇」存在，其次確立「審查基準」，再次展開審查。已如前述，不贅。

³⁵³ 參見解釋理由書第[4]段：「系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，且性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付對價之相對人有別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由，其雙方在法律上之評價應屬一致」。並參見本文前述「貳、三、3」之說明。關於上開論述與「體系正義」之關係，參見本文前揭（註325）相應之正文，不贅。

官雖宣稱「以處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違」，然其論述實際僅為了證立系爭差別待遇乃屬「恣意」，全然不解所謂「手段與目的之達成須具有實質關聯」的意義為何！

釋字第 791 號解釋（通姦罪及撤回告訴之效力案）是另個值得檢討的例子。其理由書第 [36] 段第 1 句固依例宣示「二元」審查架構：「憲法第 7 條保障人民之平等權，法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 722 號、第 745 號及第 750 號等解釋參照）」；然同段第 2 句卻單（僅）就「手段與目的之關聯性」提高審查基準（至「中標」），謂：「又法律為貫徹立法目的，而設刑事追訴審判之規定時，如就必要共犯撤回告訴之效力形成差別待遇者，因攸關刑罰制裁，則須與立法目的間具有實質關聯，始與平等權保障無違」，而（漏）未宣示「目的合憲性」之審查基準一系爭差別待遇須係為追求「重要之公共利益」。如此審查架構既非美式的「二元聯動」審查，亦非德式的「比例原則」式「嚴格審查」，而為本案之發明！

原宣示的「二元」審查雖然突變為「跛腳」，仍無礙多數大法官獲致其所欲見的審查結論：「系爭規定二（按：刑事訴訟法第 239 條但書）之立法考量，無非在於使為顧全夫妻情義之被害配偶，得以經由對通姦配偶撤回告訴之方式，促使其婚姻關係得以延續。惟對通姦配偶撤回告訴之效力是否及於相姦人，與具體婚姻關係是否延續，並無實質關聯。蓋被害配偶於決定是否對通姦配偶撤回告訴時，通常多已決定嗣後是否要延續其婚姻關係。後續之僅對相姦人追訴處罰，就被害配偶言，往往只具報復之效果，而與其婚姻關係之延續與否，欠缺實質關聯。況在相姦人被追訴審判過程中，法院為發現真實之必要，向以證人身分傳喚通姦人到庭作證，進行交互詰問，以便法院對

相姦人判處罪刑，相關事實並將詳載於刑事判決書，公諸於世。此一**追訴審判過程**，可能加深配偶間婚姻關係之裂痕，**對挽回配偶間婚姻關係亦未必有實質關聯**。是系爭規定二對本應為必要共犯之通姦人與相姦人，因其身分之不同而生是否追訴處罰之差異，致相姦人可能須最終單獨擔負罪責，而通姦人則毋須同時擔負罪責，此等差別待遇與上述立法目的間**欠缺實質關聯**，自與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違。」³⁵⁴

據上，多數大法官認為系爭差別待遇（對通姦配偶撤回告訴之效力不及於相姦人）之「手段」與（延續婚姻關係）之「立法目的」之達成間，不具有「**實質關聯**」的理由有二：一、**被害配偶**於決定是否對通姦配偶撤回告訴時，「**通常**」多已決定嗣後是否要延續其婚姻關係；二、追訴審判過程中相關事實已遭公開，可能加深配偶間婚姻關係之裂痕，系爭規定乃「**未必**」能達成「延續婚姻關係」之目的。上開論述已能就「手段」達成「目的」之「有效性」進行討論，固較前述釋字第 666 號解釋之論理固為進步，然猶未臻於正確。質言之，前述理由一所謂「**通常**」一詞，固然點出「**實質關聯**」（能否成立）之核心一手段達成目的之**機率應高於 50%**，然所謂「被害配偶於決定是否對通姦配偶撤回告訴時，**通常**多已決定嗣後是否要延續其婚姻關係」，要非「人盡皆知」的社會公認事實，大法官究竟依據什麼樣的調查統計，作成此一「**通常**」之判斷？又，前述理由二所謂「姦情因審判而公開後，系爭差別待遇確實**未必**能達成延續婚姻之目的」，固屬持平之論；然「中標」審查所要求之「**實質關聯**」，究與「高標」審查所要求之「**直接相關**」不同，多數大法官所謂「**未必**」能達成目的，**實際尚不足以判定**系爭「差別待遇之手段」（撤回通姦之告訴，其效力不及於相姦人）與其追求之「目的」（維持婚姻關係）之達成間，是否具有「**實質關聯**」（即「手段」達成「目的」之機率，是否高於

³⁵⁴ 參見釋字第 791 號解釋理由書第 [39] 段。

50%)。綜上，多數意見實際並未完成答卷（論證顯有不足）！

又，本解釋既宣告系爭規定一（通姦罪）違憲並立即失效（是即「通姦罪除罪化」），而系爭規定二乃以系爭規定一合憲且有效為其適用之前提，是系爭規定一經宣告違憲失效，即當然使得系爭規定二「因而失所依附」，本解釋原可宣告「系爭規定二因系爭規定失效，而一併失效」，而無需再就系爭規定二是否違反平等權單獨進行審查。詎多數大法官執意另以「平等權」為基礎，審查系爭規定二，並多次引用釋字第 748 號解釋作為支持，卻又不採用釋字第 748 號解釋所沿用之「二元審查」架構，而規避「目的合憲性」審查部分，恐非「無心之失」所能解釋！

其實本件多數大法官明知：任何系爭差別待遇本來包含「目的」與「手段」兩部分，此由其論述：「系爭規定二之立法考量，無非在……促使其婚姻關係得以延續」，可知。然，其如循例一併宣示：系爭差別待遇之目的「並須係為追求重要之公共利益」始屬合憲，則其勢需（被迫）就「延續婚姻關係」之目的是否屬於「重要之公共利益」一點，表示立場。而這恐怕正是本件多數大法官最不願（敢）正面面對的問題！³⁵⁵

³⁵⁵ 本解釋為變更釋字第 554 號解釋，達成「通姦除罪化」之目標，實際對違憲審查架構做了許多「扭曲」。例如，關於系爭規定一（通姦罪）之審查，本解釋首創「較為嚴格」之「比例原則」式審查，謂：「系爭規定一既限制人民受憲法保障之性自主權，應符合憲法第 23 條比例原則，即須符合目的正當性，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係。又性自主權與個人之人格有不可分離之關係，是系爭規定一對性自主權之限制，是否合於比例原則，自應受較為嚴格之審查」（理由書第 [27] 段參見）。號稱「較為嚴格之審查」，卻僅要求（系爭差別待遇之）目的須屬「正當」，試問如何較為嚴格？！又，本件多數大法官似以為：非貶低婚姻之「社會性」，強調婚姻中之「性自主權」，不足以推翻釋字第 554 號解釋所稱「婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之」之釋示，此由本解釋理由書第 [24] 段不難窺析：「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。……是憲法就此議題之定位與評價，自有與時俱進之必要。……系爭解釋所稱系爭規定一「為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要……立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間」乙節，已非無疑；尤其系爭規定一是否仍合乎憲法比例原則之要求，更有本於憲法相關基本權保障之新觀念再行審查之必要」。以上種種均使得多數大法官避不釋示：「婚姻關係之維繫乃屬重要之公共利益」。為此，爰不惜「扭曲」二元審查架構，僅論「手段與目的之關聯性」。

綜上，大法官關於平等權之解釋雖已多次宣示採取「二元審查架構」一系爭差別待遇是否符合平等權之要求，應視該差別待遇之「目的」是否合憲，及其所採取之「分類（手段）與規範目的之達成間」，是否存有一定程度之關聯性而定；然實際操作卻常有「名實不符」的情形。其中有些解釋或因不解「二元聯動」之奧義使然，有些則或因另有考慮所致。無論如何，**未能確實依照「二元架構」審查、論證的結果，確實使得大法官解釋論理晦澀不明，難以令人信服！**

4. 功虧一簣的釋字 748

說到這兒，我想許多人不免要問，難道沒有一件大法官的平等權解釋可以為大家示範一下平等權案件的違憲審查究竟該如何操作？我以為，釋字第 748 號解釋堪稱迄今論理最完備的平等權解釋，我將在該解釋既有的文字上，提出具體的改進建議，供各位參考。

釋字第 748 號解釋理由書第 [15] 段首先宣示本件採用「**中標**」**審查基準**。亦即，關於以性傾向作為分類標準所為之結婚自由之差別待遇，主管機關須能證明其目的係為追求「**重要公共利益**」，且其**差別待遇之手段與目的之達成間**須具有「**實質關聯**」，始為合憲。

其次，理由書第 [16] 段針對第一個「可得設想之目的」（the conceivable purposes）進行審查：「**如認婚姻係以保障繁衍後代之功能為考量，其著眼固非無據**。然查婚姻章並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件；亦未規定結婚後不能生育或未生育為婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，是**繁衍後代顯非婚姻不可或缺之要素**。相同性別二人間不能自然生育子女之事實，與不同性別二人間客觀上不能生育或主觀上不為生育之**結果相同**。故以不能繁衍後代為由，未使相同性別二人得以結婚，**顯非合理之差別待遇**」。各位是否覺得，對照前揭審查基準，上述論述好像缺了什麼？例如，「保障繁衍後代」是否為「合憲之目的」？所謂「其著眼固非無據」似是肯定其為「合法、

正當」之目的；但其是否為「重要」之目的？其次，系爭差別待遇之「手段與目的之達成間」如何欠缺「實質關聯」而違憲？對這些關鍵問題，本解釋均未有論述，便直接給了答案（宣告審查結論），誠美中不足。

同（第 [16]）段解釋理由書並針對第二個「可得設想之目的」進行審查：「倘以婚姻係為維護基本倫理秩序，如結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠貞義務及扶養義務等為考量，其計慮固屬正當。惟若容許相同性別二人得依婚姻章實質與形式要件規定，成立法律上婚姻關係，且要求其亦應遵守婚姻關係存續中及終止後之雙方權利義務規定，並不影響現行異性婚姻制度所建構之基本倫理秩序。是以維護基本倫理秩序為由，未使相同性別二人得以結婚，顯亦非合理之差別待遇。」同樣地，各位是否覺得對照前揭審查基準，這一段論述好像也缺了些什麼？例如，「維護基本倫理秩序」是否為「重要」的公共利益？所謂「其計慮固屬正當」似表示多數大法官肯定其為「合法」之目的；但其能否構成「重要」之目的？又，所謂「並不影響現行異性婚姻制度所建構之基本倫理秩序」，何以能推論出「手段與目的之達成間欠缺實質關聯」？

其實，本件大法官在前幾個審查步驟都作得很到位，包括：理由書第 [14] 段首先闡明平等權的涵蓋範圍，謂：「憲法第 7 條規定：『中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等』。本條明文揭示之 5 種禁止歧視事由，僅係例示，而非窮盡列舉。是如以其他³⁵⁶事由，如身心障礙、性傾向等為分類標準，所為之差別待遇，亦屬本條平等權規範之範圍」。其次，理由書第 [15] 段接著確認系爭規定存有「差別待遇」，並說明何以應採「中標」審查：「現行婚姻章僅規定一男一女之永久結合關係，而未使相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向

³⁵⁶ 為求精確，我以為應參考前文所述加拿大之經驗，改作「其他相關事由」。蓋並非所有其他事由均可視為與「例示列舉」事由相當之「類似事由」（analogous grounds）。

者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇。按憲法第 22 條保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬重要之基本權。且性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics），其成因可能包括生理與心理因素、生活經驗及社會環境等（註 1）。目前世界衛生組織、汎美衛生組織（即世界衛生組織美洲區辦事處）（註 2）與國內外重要醫學組織（註 3）均已認為同性性傾向本身並非疾病。在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨」。

美中不足者，前揭理由書第 [16] 段關於二元審查架構下的論理偏離了軌道，致功虧一簣。現在，我試著修補一下前揭多數意見第 [16] 段的論述，請各位比較一下：³⁵⁷

倘係為「繁衍後代」而實施系爭差別待遇，其目的固屬正當之公共利益，然相較於攸關個人自主之結婚自由，尚難謂為重要之公共利益；而其所採取之歧視性手段—以具有相同之性傾向為由，而未使同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—與其所欲達成之「目的」（繁衍後代）間亦欠缺「實質關連」。蓋現行法並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件，亦未規定結婚後不能生育或未生育乃婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，由於現時異性婚姻占婚姻之絕大多數，僅未使同性別二人得成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯

³⁵⁷ 關於如此增補的理由，詳見拙文（前揭註 89），不贅。

難有效達成繁衍後代之目的。又，倘係為「維護基本倫常秩序」而實施系爭差別待遇，則其目的固屬重要之公共利益，然其所採取之歧視性手段—以具有相同之性傾向為由，而未使相同性別二人得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係—與其所欲達成之「目的」（維護基本倫常秩序）間顯然欠缺「合理關聯」，遑論具有「實質關聯」。蓋許相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，仍得要求其應遵守相同之限制，以共同維持原由異性婚姻制度所建構之基本倫常秩序。（底線部分為作者所增補）

參、積極平權措施辨正

如不論其成因（即是否係因過去曾經長期實施「法律上歧視」），而僅就規範內涵觀之，所謂「積極平權措施」（affirmative actions）即提供特定族群（如黑人或其他少數種族）之成員，以某種優惠待遇（preferential treatment）的法律、命令（含方案、計畫）。「積極平權措施」最大的爭議即：如此赤裸裸的優惠性差別待遇是否違反平等原則？

一、積極平權措施的憲法定位

吾人究應如何看待積極平權措施，或者更精確地說，積極平權措施在憲法上應如何定位，與各國憲法上之平等權規範構造息息相關。各國憲法關於平等權規範之構造不同，其答案自亦不同。

如前所述，美國憲法增修條文第 14 條「平等保護條款」（Equal Protection Clause）規定極為簡約，殆僅指出「人人均受法律之平等保護」一義而已，且美國因信奉傳統的自由主義，而建構為「消極國家」（a negative state）—憲法的主要任務（作用）僅在防止政府集權而濫

權，致侵害人民之自由與權利，故而憲法之內容率屬權力部門相互制衡之程序性規定；至於實體價值（如民生福祉）之追求，則完全委由政治部門（總統與國會）經由政治程序（代議民主）作成決定（制定為法律、訂定成命令等）。美國憲法既沒有類似我國之「基本國策」章之訓令規定（憲法委託），聯邦最高法院也沒有發展出「基本權國家保護義務」理論，課予國家以保護人民之基本權（如平等權）不受其他私人（第三人）侵害之義務，實際上私人間之平等關係乃由各種民權法律所規範。因此，「積極平權措施」是否合憲，在美國引發了熱烈的爭論；目前法院基本上係以「嚴格審查」基準審查積極平權措施之合憲性，其合憲的機會乃微乎其微。

反之，德國憲法（基本法）第3條第1項除有「一般平等權」規定，明定「法律之前人人平等」³⁵⁸外，同條第2項並設有「特別平等權」規定：「男女有平等之權利。國家應促進男女平等之實際貫徹，並應致力消除現有之歧視」³⁵⁹。所謂「**國家應促進男女平等之實際貫徹，並應致力消除現有之歧視**」，意即國家有義務（「應」）採取包含「積極平權措施」（affirmative actions, positive measures）在內之作為，以防止私人（第三人）進行「性別歧視」，並消除私人（第三人）所為之性別歧視。通說以為，前揭基本法第3條第1項所稱「法律之前人人平等」係指「法律上平等」，而非「事實上平等」；但第3條第2項既為同條第1項（一般平等權）之特別規定，則**國家關於平等權之保護義務乃不限於促進「法律上之性別平等」，並應致力消除之現有之性別歧視，含「事實上之性別歧視」在內**。另，基本法第6條第1項規定：「婚姻與家庭應受國家秩序之特別保護」（Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung）。通說以

³⁵⁸ Art. 3, Abs. 1, GG: "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich."

³⁵⁹ Art. 3, Abs. 2, GG: "Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin."

為，所謂「特別保護」，其保障之程度不能低於第3條第1項（一般平等權）之保障，是解釋上亦包含（「應」）採取「積極平權措施」，以保障婚姻與家庭在「法律上之平等對待」（含「禁止」及「消除」法律上對婚姻與家庭之歧視）。綜上，有關「性別平等」之積極平權措施在德國乃屬憲法基本權所保障之內容。

加拿大1982年憲法的平等權規範則是另類構造。其第15條第1項規定：「人人在法律之前及法律之下一律平等，並享有平等的法律保護與平等的權益，不受歧視……」；同條第2項規定：「前項規定並不排斥採取積極平權措施，以改善因為種族、國籍、膚色、宗教、性別、年齡或身心障礙等，而遭受不利對待之個人或團體之條件（處境）」³⁶⁰。所謂「不排斥」（does not preclude），意即「授權」國家「得」採取積極平權措施，³⁶¹而非課予國家以「應」採取積極平權措施之義務。³⁶²此一「授權說」之規定，顯然不同於前述德國基本法之「義務說」規定，兩者實際之差別殆在於立法（國會）與司法（憲法法院或最高法院）於「積極平權措施」上所扮演之角色（或份量）有所不同。質言之，按加國「授權說」（國家得採取積極平權措施），立法部門勢必扮演主要的角色；按德國「義務說」（按基本法之「特別平等權」規定，國家應採取積極平權措施以促進特定之平等（如性別平等），司法部門很可能扮演主要的角色。蓋聯邦憲法法院如採積極司法主義

³⁶⁰ Sec. 15.2, Constitution Act, 1982, Canada: “Subsection (1) *does not preclude* any law, program or activity that has as its object the *amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups* including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

³⁶¹ *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 25, 33 and 37; see also *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 40-1.

³⁶² *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657。
加國未有「基本權（國家）保護義務」理論，憲法第15條僅適用於政府行為（Sec. 32, Constitution Act, 1982）。但各級政府皆定有「人權法」（Human Rights Codes），禁止「私人」於雇傭、住房及服務提供上之歧視。因「人權法」為法律，亦須接受違憲審查，故憲法（人權憲章）對私人行為實際遂亦有間接效力。See PETER W. HOGG, *supra* note 39, 614-615; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229（略以：Ontario Human Right Code 禁止以年齡為由，對於65歲以前之雇傭進行歧視。系爭大學強制教師65歲退休之規定固違反憲法第15條，然其限制尚屬正當合理，爰予維持）。

(judicial activism)，大可宣告現行規定「保護不足」³⁶³，迫使立法部門「採取」積極平權措施，或「強化」既有的積極平權措施。³⁶⁴

值得注意的是，加國之「授權說」規定乃「全面」之授權，並不限於實現某種平等；德國基本法僅限於「性別」平等。加國第 15 條第 2 項所謂「不排斥」採取積極平權措施，理論上有兩種可能的解釋：一、第 15 條第 2 項乃第 15 條第 1 項之「例外」規定；二、第 15 條第 2 項乃第 15 條第 1 項之註釋規定。前者以為「積極平權措施」本身就是一種「歧視」，但因有第二項之規定，而免於「違憲」之指控；後者以為「積極平權措施」是一種「消除歧視」，以實現第一項所規定之「平等」的方式。學者多贊同第二種解釋，蓋其較能實現「實質平等」之目的；³⁶⁵ 聯邦最高法院似亦翕然風從。³⁶⁶

另，歐盟基本權利憲章 (Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000) 第 23 條 (Equality between men and women) 亦「授權」各會員國得採取積極平權措施，以促進「性別平等」：「所有領域，包含就業、工作及薪資，均應確保**男女平等**。上述平等原則不應防礙維持或採取優惠措施，以嘉惠 (在某個領域) 代表性不足的某一性別」。³⁶⁷ 聯合國「消除對婦女一切歧視公約」 (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW, 1981) 第 4 條為便利各國採取「積極平權措施」，消除對婦女之歧視，更明定：締約國為促進男女之事實上平等，而採取之「**暫時性特別措**

³⁶³ 關於由基本權客觀面向所衍生之「基本權間接第三人效力」，是否亦適用於「平等權」之討論，參見本文前述「肆、二」之說明。

³⁶⁴ 有鑒於此，於採行「基本權保護義務」的國家，司法部門關於基本權「保護不足」之認定允宜慎重，以免破壞權力分立原則。參見司法院釋字第 709 號解釋_湯德宗大法官〈協同暨部分不同意見書〉。

³⁶⁵ See, e.g., P. W. HOGG, *supra* note 39, 654-655; GÉRALD-A. BEAUDOIN & ERROL MENDES (ED.), *supra* note 209, at 14-22 & 14-27 (3rd ed. 1996).

³⁶⁶ *Kapp*, *supra* note 153, at para. 37, citing P. W. Hogg, *supra* note 39, at 55-53 (5th ed. Supp. 2007).

³⁶⁷ Art. 23, Charter of Fundamental Rights of the European Union: "Equality between men and women must be ensured in all areas, including employment, work and pay. The principle of equality *shall not prevent the maintenance or adoption of measures providing for specific advantages in favour of the under-represented sex.*" (*italics added*)

施」³⁶⁸ 及為保護孕婦而採取之「特別措施」(special measures)³⁶⁹，均不應被視為該公約所定義之「歧視」。³⁷⁰

大法官釋字第 719 號解釋雖肯認系爭原住民族工作權保障法之規定為合憲，但迄未就「積極平權措施是否合憲」一節作出闡釋。我以為，這個問題仍須回到憲法解釋的起點—憲法關於平等權之整體規範構造，來尋求解答。按我國憲法關於平等原則的規定，分見於「基本人權」，包括第 2 章「人民之權利義務」第 7 條，及第 12 章「選舉、罷免、創制、複決」第 129 條（選舉平等）等，及「基本國策」（憲法第 13 章，尤其第四節「社會安全」與第五節「教育文化」）中。「基本人權」部分之規範構造，已略述如前，不贅；「基本國策」部分，舉其犖犖大端，如第 153 條規定國家「應制定保護勞工及農民之法律」；第 155 條規定國家「應實施社會保險制度」，對於「老弱殘障、無力生活，及受非常災患者，國家應予適當之扶助與救濟」；第 156 條規定國家應「實施婦女兒童福利政策」；第 159 條規定「國民受教育之機會，一律平等」等。此外，憲法增修條文第 10 條（實即增修條文之基本國策部分）第 6 項規定國家應「應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」；第 7 項規定國家應從多方面（包括保險、就醫、就業等）保障「身心障礙者」，並「扶助其自立與發展」；第 12 項規定國家「應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化……予以保障扶助並促其

³⁶⁸ Art. 4(1), CEDAW: "Adoption by States Parties of *temporary special measures* aimed at *accelerating de facto equality* between men and women *shall not be considered discrimination* as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved." (*italics added*)

³⁶⁹ Art. 4(1), CEDAW: "Adoption by States Parties of *special measures*, including those measures contained in the present Convention, aimed at protecting maternity *shall not be considered discriminatory*." (*italics added*)

³⁷⁰ 關於聯合國「消除對婦女一切歧視公約」之介紹，參見陳靜慧，〈CEDAW 與我國憲法之性別平等保障內涵的比較 (CEDAW's Concept of Equality in Comparison to Gender Equality under the Taiwan's Constitution)〉，載《臺北大學法學論叢》(第 112 期)，頁 1 以下 (2019 年 12 月)；官曉薇，〈CEDAW 的臺灣實踐：回顧與檢討 (The Implementation of CEDAW in Taiwan)〉，載《台灣國際法學刊》(第 16 卷第 2 期)，頁 59 以下 (2020 年 7 月)。

發展」。上述基本國策諸規定充分展現了我國傳統的「大同世界」實質平等觀—老有所終，壯有所用，幼有所長，矜寡孤獨廢疾者，皆有所養」。

我國憲法將平等原則並列於「基本權利」與「基本國策」的規範構造，相較前述美國、德國、加拿大憲法關於平等權之規範構造，顯有不同。蓋前述三國關於平等原則均僅見於「基本權利」章，三國均無「基本國策」章之規定。唯獨我國憲法將平等原則分別規定於「基本權利」與「基本國策」，此一「並列的規範構造」，顯示制憲者特意將採行「積極平權措施」，以改善社會弱勢族群成員之地位（處境），實現「大同世界」實質平等觀的任務，交由立法者承擔；並由司法者負責確保國家不以憲法第7條所例示列舉之事由為基礎，實施「法律上之歧視」（亦即「禁止歧視原則」）。換言之，憲法第七條所稱「在法律上一律平等」，僅指「法律上平等」；³⁷¹至於經由「積極平權措施」以追求「事實上平等」，則屬「基本國策」授權立法部門量力而為之範疇。如此解釋庶幾兼顧「文義解釋」（所謂「在法律上一律平等」）與「體系解釋」（忠於憲法（平等原則）規範構造）之要求。

「基本國策」規定乃憲法對立法者行使立法權之方針指示（含制定採取「積極平權措施」之法律，以保障社會弱勢群體及個人），並揭示國家發展之願景（含追求實質平等、世界大同之社會）；「基本權利」規定則為直接拘束國家公權力行使（含大法官憲法解釋）之法規範，兩者性質不同，不應混為一談。質言之，人民固不得直接援引基本國策規定，以訴訟請求國家實現之；大法官亦不得直接引據基本國策規定，判定系爭法規違憲。³⁷²至於援引基本國策以為憲法解釋之

³⁷¹ 不同意見參見廖元豪，〈平等權：第一講 憲法平等權之意義〉，載《月旦法學教室》，第68期，頁48以下，頁51-53（2008年6月）（「從憲法文義與目的而言，『實質平等』不應當作純粹的『合理差別待遇』。憲法增修條文第十條第六項的『實質平等』，與基本國策多數扶持弱勢團體之規定，都是為了促進弱勢族群『社會地位』的『事實上』平等。大法官將『實質平等』的用語鎖定在『合理差別待遇』的形式主義，反而使得我國的憲法論述少了『反貶抑』、『反壓迫』這麼重要的一個領域」）。

³⁷² 大法官平等權解釋見將「基本人權」規定與「基本國策」規定混淆並舉，以宣告系爭規定違憲者，實不無商榷。例如：釋字第791號解釋理由書第[43]段（「是系爭規定二之實際適用結果致受系爭規

輔助，尤其是肯認系爭規定之「目的」合乎憲法意旨，則無不可。³⁷³總之，基於我國憲法關於平等原則的獨特規範構造，應認「是否」及「如何」採取積極平權措施，原則上係屬立法裁量之範圍。

我以為，我國憲法就平等原則，採取「基本權利」與「基本國策」並行的規範構造，至少具有以下三點重要意義：

1. 憲法業以「基本國策」擁抱了「大同世界」的「實質平等」觀

積極平權措施（affirmative actions）性質上屬於「憲法委託」（constitutional mandate）。一方面，立法者應依據憲法（含增修條文中有關）基本國策之規定，採取積極平權措施，努力實現「老有所終，壯有所用，幼有所長，矜寡孤獨廢疾者，皆有所養」的實質平等理念。他方面，大法官就立法者（宣稱）本於憲法之委託，而制定之「積極平權措施」立法，進行違憲審查時，原則上應採取「低標」審查，推

定一刑事處罰者，長期以來，呈現性別分布失衡之現象，顯現女性於通姦及相姦罪之訴追、審理過程中，實居於較為不利之處境，足見系爭規定一及二之長期存在，與憲法增修條文第 10 條第 6 項促進兩性地位實質平等之要求，是否相符，確有疑義」）；釋字第 807 號解釋理由書第 [6] 段（「中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項，分別定有明文」）及第 [9] 段（「維護社會治安，本屬國家固有職責，且憲法增修條文第 10 條第 6 項更明定『國家應保障婦女之人身安全』。因此，就女性夜行人身安全之疑慮，國家原即有義務積極採取各種可能之安全保護措施以為因應，甚至包括立法課予有意使女性勞工於夜間工作之雇主必要時提供交通工具或宿舍之義務，以落實夜間工作之婦女人身安全之保障，而非採取禁止女性夜間工作之方法。乃系爭規定竟反以保護婦女人身安全為由，原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，致女性原應享有並受保障之安全夜行權變相成為限制其自由選擇夜間工作之理由，足見其手段與所欲達成之目的間顯然欠缺實質關聯」）。

其他如：釋字第 626 號解釋（將憲法第 7 條與憲法第 159 條並舉，宣告系爭招生簡章合憲）、釋字第 365 號解釋（將憲法第 7 條與其時憲法增修條文第 9 條第 5 項並舉，宣告民法第 1089 條違憲）等。

³⁷³ 參見吳信華，前揭（註 9）書，頁 145 & 小註 14（惟釋字第 683 號解釋僅以基本國策第 153 條第 1 項、第 155 條、憲法增修條文第 10 條第 8 項為依據，而未經其他具體原則（如比例原則或平等原則）之檢驗，即宣告系爭勞保條例施行細則第 57 條規定為合憲，「等於以基本國策之規定直接為『審查基準』……在方法論上亦極易使憲法規定變成一種操作者高度價值判斷的產物」）。

惟基本國策中有少數規定，例如第 164 條：「教育、科學、文化之經費，在中央不得少於其預算總額百分之十五，在省不得少於其預算總額百分之二十五，在市縣不得少於其預算總額百分之三十五，其依法設置之教育文化基金及產業，應予以保障」，因規定內容明確，一般以為乃最低限度之規範，亦得「例外地」具有拘束力，參見大法官釋字第 77 號及釋字第 258 號解釋；吳庚 & 陳淳文，前揭（註 9）書，頁 69-71；吳信華，前揭（註 9）書，頁 145，註 13。惟憲法增修條文第 10 條第 10 項已排除憲法第 164 條之適用，前揭二解釋之解釋方法應否維持，不無商榷。

定其為「合憲」。³⁷⁴

2. 積極平權措施，核其本質，乃社會之「多數」，本於「濟弱扶傾」的博愛精神，自願採取的「禮讓」（優惠）措施，與典型的歧視乃「眾暴寡、強凌弱」之「壓迫」（剝削）行為，性質迥異

積極平權措施對特定弱勢族群之個人，提供優惠性差別待遇，表面上確有「差別待遇」存在。然究其本質，積極平權措施乃立法者依據憲法之委託，代表社會上之「多數」，本於「濟弱扶傾」的博愛精神，所採取的自願性「禮讓」（自我謙讓）措施。其與一般「可疑分類」（suspect classifications）輒涉及「眾暴寡、強凌弱」的壓迫性歧視，性質迥異。以釋字第 649 號解釋為例，系爭規定（「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業」）乃多數「非視障者」自願禮讓按摩業的工作，以保障少數「視障者」的就業機會；並無多數壓迫少數，或假借多數暴力，以阻塞弱勢族群經由政治程序尋求翻轉不利待遇之疑慮，遑論歧視之意圖。對於因積極平權措施之採行而蒙受不利之多數族群之成員而言，雖可辯稱「積極平權措施已對其等構成『反向歧視』（reverse discrimination），而有違平等原則」。然彼等既為社會上之多數族群（例如非視障者實際為社會之絕大多數），並無因系爭「積極平權措施」（禁止從事按摩業）之施行，而被貼上「低人一等的標籤」（badge of inferiority）之疑慮！且彼等既為社會之多數，政治程序之參與亦無阻塞之情事一倘其認為受優惠之特定弱勢族群已具有平等競爭能力，而無需再予禮讓或優待時，自可隨時廢止「積極平權措施」，乃無尾大不掉、積重難返之顧慮。³⁷⁵ 至於未受優惠之其他

³⁷⁴ 類似見解，參見許宗力，前揭（註 239）文，頁 189（「對老弱殘障的有利差別待遇，因既是有利差別待遇，又獲有憲法的授權（憲法第 155 條、憲法增修條文第 10 條第 7 項），可採最寬的明顯性審查。性別與種族差別待遇，固然採強烈內容審查，但優惠性差別待遇即便是建立在這些敏感的項目上，只要能舉出憲法的授權（例如憲法增修條文第 10 條第 6、9 項），就可降為中度的可支持性審查」）。

³⁷⁵ 不同意見，參見李仁森，〈憲法基礎講座：第三講：平等保障與積極性優惠措施〉，載《月旦法學教室》，第 150 期，頁 36 以下，頁 40（2015 年 3 月）（「積極性優惠措施對因社會身分地位之不同，而賦予其在法律上有不同之權利或保障，但實應審慎考量立法上之區分，是否能通過憲法上平等保障

弱勢族群成員（例如視障者以外之殘障者），如因系爭積極平權措施之施行而確實遭受不利益³⁷⁶時，固得主張系爭積極平權措施侵害其平等權，然因大法官對於「積極平權措施」原則上既應採「低標」審查，以尊重立法裁量（使立法者得選擇「漸進」方式實行改革，先改善部分弱勢族群之處境，再改善其他弱勢族群之處境），積極平權措施因為「涵蓋不足」而被宣告違憲的機會，應屬甚微。³⁷⁷

3. 在「基本權」與「基本國策」並列的憲法規範構造下，應認制憲者有意限縮釋憲機關以「基本權（國家）保護義務」理論，諭知其他國家機關（尤其立法部門）採行「積極平權措施」的權力

我國憲法既將平等原則分別列於「基本人權」與「基本國策」，自應有不同的規範意義。又，憲法既將落實「基本國策」規定的主要責任課予立法部門，則司法部門（釋憲機關）能否適用「基本權（國家）保護義務」理論，認定國家猶未善盡「平等權」保護義務，而課予立法者採行「積極平權措施」之義務，乃不無疑問。此與德國係以「基本權」規定，要求國家「應」採行「積極平權措施」，以落實「性別平等」原則的規範構造；以及加拿大係以「基本權」規定，授權國家「得」採行「積極平權措施」，以改善因「列舉及類似事由」而遭受「不利對待」之個人或團體之處境的規範構造，均有不同。

綜上，「積極平權措施」既屬憲法為追求「大同世界」實質平等觀的一部分，自非當然違反平等原則（not unconstitutional *per se*）。又，憲法既經由「基本國策」規定，將採行「積極平權措施」的主要責任，課予立法者，則釋憲機關（大法官）於違憲審查時，自應「推定」積極平權措施之立法為「合憲」。末，縱令以為「基本權（國家）保護

之檢驗，若是行之太過，將會引發「逆向差別」之問題。未來，我國對於相關積極性優惠措施，實有重新全面檢討之必要」。

³⁷⁶ 參見下文註 385 之正文說明。

³⁷⁷ 少數例外，如加拿大原住民捕魚案（參見前揭註 232）。

義務」理論亦得適用於「平等權」之保障，釋憲機關得認定系爭規定對弱勢族群成員之平等權「保護不足」，而命有關機關「採取」或「強化」積極平權措施之空間，理當非常有限。³⁷⁸

二、積極平權措施與社會福利措施

就其對受益人（beneficiary）提供一定之利益（優惠性差別待遇）而言，積極平權措施固可視為一種「廣義的」社會福利計畫（social welfare programs）。然，我以為，「積極平權措施」在我國應僅限於針對憲法（含增修條文）「基本國策」規定明文指示立法者應予特殊照顧之弱勢族群（如勞工、農民、婦女、兒童、身心障礙者、退役軍人、原住民族等）³⁷⁹，所提供之優惠待遇；至於國家對其他可能遭受不特定社會危險之個人，所提供之救助，則屬狹義（典型）的社會福利措施（例如失業救助、災害救助、低收入戶補助、育兒津貼等）。

兩者區別之實益在於：積極平權措施既為憲法之委託，立法者為採取積極平權措施而制定之法律，法院原則上應予尊重。質言之，大法官應適用普通「低標」（我且稱之為「中低標」）審查，亦即應由對積極平權措施聲明異議的原告負責舉證「系爭差別待遇何以違憲」；至於狹義（典型）的社會福利計畫，則應適用「高低標」，或稱「會咬人的合理審查基準」（rationality test with bite）審查，當對積極措施

³⁷⁸ 德國聯邦憲法法院之裁判可為參考，參見本文下述「肆、二」之說明。

³⁷⁹ 參見憲法第 153 條第 1 項：「國家為改良勞工及農民之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工及農民之法律，實施保護勞工及農民之政策」；第 153 條第 2 項：「婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護」；第 156 條：「國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施婦女兒童福利政策」；憲法增修條文第 10 條第 6 項：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」；憲法第 155 條：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災害者，國家應予以適當之扶助與救濟」；憲法增修條文第 10 條第 7 項：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展」；憲法增修條文第 10 條第 9 項：「國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障」；憲法增修條文第 10 條第 11 項「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」；同條第 12 項：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同」。

聲明異議的原告釋明確有差別待遇之後，即應由政府負責舉證「系爭福利措施何以尚不違憲」。

三、釋字第 649 號解釋商榷

有關積極平權措施的大法官解釋，可以釋字第 649 號解釋為代表。然，恕我直言，該解釋關於「積極平權措施」的意義，恐多有誤解。

1. 積極平權措施應以「低標」審查為原則

釋字第 649 號解釋釋示：身心障礙者保護法（90 年 11 月 21 日修正公布）第 37 條第 1 項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業」，違憲。解釋理由書第 2 段首先釋示「審查基準」：

視障非屬人力所得控制之生理狀態，系爭規定之差待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。基於我國視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定，本應予以尊重，惟仍須 ① 該規定所追求之目的為重要公共利益，② 所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且 ③ 有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。（引文內之阿拉伯字為作者所標示）

按前揭引文 ① 所宣示之「重要公益目的」及 ③ 所宣示之「手段與目的間具有實質關聯」觀之，多數大法官似認為本案應採「中標」審查。然大法官究係基於哪些考慮，而決定將本案的審查基準提升至「中標」？引文的第一句「視障非屬人力所得控制之生理狀態，系爭

規定之差待遇係以視障與否為分類標準，使**多數非視障者**均不得從事按摩業，影響甚鉅」，透露出兩個相互矛盾的思考方向。所謂以「視障非屬人力所得控制之生理狀態」，表示大法官認同「視障」乃「難以改變之個人特徵」，從而以此為基礎所為之分類乃屬「可疑分類」，爰應提高審查基準，俾有效保護遭受「不利對待」或「歧視」的群體成員（視障者）的個人權益。而所謂系爭規定「使**多數非視障者**均不得從事按摩業，影響甚鉅」，則將關注的焦點從（居於社會少數的）「視障者」轉移至（居於社會多數的）「非視障者」，並認定系爭行業壟斷規定（「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業」）對於（居於社會多數的）「非視障者」之權益影響甚鉅！。此一戲劇性的論述轉折實際凸顯：平等權的「雙面性」特性，在「積極平權措施」表現得最為明顯。積極平權措施不僅要求「不歧視」社會上的少數或弱勢群體，更要求社會上的多數人「犧牲自己」的利益（如工作機會），以「嘉惠」（優待）社會上的少數或弱勢群體（如視障者），不免格外令人猶豫、掙扎；他方面，就審查基準之選擇而言，此一轉折也反映出大法官在思考的困惑究應以「視障」乃「難以改變之個人特徵」，故為「可疑」分類而提高審查基準？抑或應以因系爭差別待遇（由視障者壟斷按摩業）對「多數非視障者」的權益（工作權）造成「重大影響」（重大侵害），而提高審查基準？前者係因不利於「視障者」而應提高審查基準，後者係因不利於「非視障者」而應提高審查基準，這種困境猶如一隻兩頭蛇，左右為難！

我以為，上述兩項因素都不足以作為本案系爭規定應提高審查基準的依據。首先，在一般、典型的平等權案件，以「非屬人力所得控制之生理狀態」或「難以改變之個人特徵」（例如視障）為基礎而實施分類，係因立法者（代表社會之多數）鎖定社會之少數（弱勢群體，如視障者）施予「不利對待」或「歧視」，司法（釋憲）機關為有效保護此等弱勢團體成員，乃須提高司法（違憲）審查基準，從嚴檢視

其合憲性。惟，本件系爭規定係以「非屬人力所得控制之生理狀態」或「難以改變之個人特徵」（如視障）為基礎而實施分類，以「嘉惠」、「優待」社會之少數（弱勢群體）之「積極平權措施」。其性質與一般（典型）之平等權案件涉嫌「眾暴寡、強凌弱」之壓迫或剝奪，正好相反。故以「非屬人力所得控制之生理狀態」或「難以改變之個人特徵」為基礎所為之積極平權措施，通常³⁸⁰並非「可疑」分類，司法機關自無需提高審查基準。

其次，縱多數大法官確實以為：系爭（行業壟斷）規定對居於社會多數之「非視障者」的權益（工作權）造成「重大侵害」。³⁸¹然採行「積極平權措施」之系爭法律，乃立法者代表居於社會多數之「非視障者」所制定，而居於社會多數之「非視障者」政治參與管道並無阻塞不通的情形；若「非視障者」認為已無犧牲自己之工作權益，以保障「視障者」就業之必要時，原得隨時廢除系爭規定，何勞大法官經由提高審查基準，積極介入保護？！換言之，積極平權措施之所謂「受害人」（如「非視障者」），既是社會之多數人，縱其「權利（因積極平權措施之採行而）遭受重大侵害」，亦難構成大法官應提高違憲審查基準，以積極介入保障的「可疑」事由。

前揭引文的第二句說得更妙。其前半句釋示法院關於系爭積極平權措施，原則上應予尊重：「基於我國視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定，本應予以尊重」。詎後半句隨即附加條件（但書），謂：「惟

³⁸⁰ 想像中之「例外」情形，包括：社會上之多數實施「積極平權措施」乃為刻意形塑「目標群體」為「不能自立、仰人鼻息之弱者」的刻板印象。

³⁸¹ 本件多數大法官並未說明：系爭規定如何影響人民之「根本的基本權」（fundamental rights），尤其通說以為「工作權」尚非屬「根本的基本權」；又，多數大法官亦未提出數據說明：「按摩業」對非視障者而言，僅為千百行業（職業）之一，其所佔就業人口比例如何顯著，收入所佔比重如何鉅大，致禁止「非視障者」從事按摩業，對其工作權將產生如何巨大的影響。

仍須 ① 該規定所追求之目的為**重要公共利益**，② 所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且 ③ 有助於視障者工作權之維護，而與目的間有**實質關聯者**，方符合**平等權之保障**」（引文內之阿拉伯字為本文作者所標示）。如上審查基準並未援引任何解釋先例或他國裁判先例以為依據，殆神來一筆的即興之作；然多數大法官無端地提高審查基準（至「中標」），卻已注定本案將獲致錯誤的審查結論！

總之，我以為凡是依據憲法基本國策規定而（以法律）制定或（以命令）訂定的「積極平權措施」，其違憲審查，應如同一般平等權案件，概以「低標」（合理審查基準）為預設。³⁸²此一見解的確與美國截然不同，蓋美國憲法既無「基本國策」規定，亦未擁抱「大同世界」的「實質平等」觀，我國自無需步其後塵，嚴格審查各種積極平權措施。³⁸³而我國憲法經由「基本國策」規定，將積極平權措施之採行，完全委由立法者裁量，與德國基本法直接課予國家以採取積極平權措施之「義務」，以促進兩性之實質平等；及加拿大憲法於「基本權利」中授權國家「得」採取積極平權措施，以改善遭受不利對待之團體或個人之處境，亦不相同。想像中，積極平權措施之立法縱有應提高審查基準之情形，當屬有限³⁸⁴。

³⁸² 相同見解，參見釋字 472 號解釋吳庚大法官之協同意見書。

³⁸³ 美國聯邦最高法院自 1978 年 *Regents of University of California v. Bakke* 案以來，始終對積極平權措施抱持著高度的疑慮，而多適用「嚴格審查基準」，參見廖元豪，前揭（註 2）文，頁 11-27。

³⁸⁴ 按釋字 649 號解釋（多數意見）除了以「平等權」進行審查外，亦從「工作權（職業自由）」的面向切入，並且受到前述德國「藥房案」所建立的職業自由三階論之影響，將本案視障者的「職業保留」規定，定性為「職業選擇自由之客觀要件限制」，而採取嚴格審查。準此，「積極平權措施」倘侵害目標群體以外其他群體之自由權時，可能為保障該自由權而提高審查基準。惟，誠如論者指出，本案之所以對「非視障者」的工作權造成侵害，乃因採行「積極平權措施」（將按摩業保留給「視障者」）所致，此時侵害（非視障者）之「執業自由」權，乃為達成保障「視障者」平等就業之「積極平權措施」之手段，前者（自由權之違憲審查）理應被後者（平等權之違憲審查）所吸收，並由平等權的視角決定全案的審查基準，使不致發生矛盾。參見黃昭元，前揭（註 250）文，頁 40-42。

2. 關於「視障者獨佔按摩業」之違憲審查校正

按前揭審查基準，釋字第 649 號解釋對於「積極平權措施」亦採「二元審查」架構。亦即，將違憲審查分為「目的合憲性」與「手段與目的關聯性」兩部分。惟其「手段與目的關聯性」審查之內容，較一般「中標」審查實際多出一個項目。析言之：

首先，系爭積極平權措施之「目的」是否在追求「重要公共利益」？解釋理由書第 2 段肯定系爭積極平權措施的「目的」在「扶助弱勢」，而「扶助弱勢」係屬「重要公共利益」：

按憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障，憲法第一百五十五條後段規定：「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。」以及憲法增修條文第十條第七項規定：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」顯已揭櫫扶助弱勢之原則。職是，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨。

按前揭引文，凡積極平權措施之「目的」（如保障視障者工作權）合乎憲法「基本國策」之規定（如扶助弱勢）者，即具備「重要之公共利益」（亦即採取本文前述之「絕對」標準說）。然，本系系爭規定之「目的」既為「合憲」，審查結論卻是「違憲」，則顯然是「手段與目的關聯性」未能通過審查。解釋理由書第 [3] 段說明系爭積極平權措施之「手段與目的之達成間」何以不具「實質關聯」：

六十九年殘障福利法制定施行之時，視障者得選擇之職業種類較少，禁止非視障者從事按摩業之規定，對有意選擇按摩為業之視障者確有助益，事實上視障就業者亦以相當高之

比率選擇以按摩為業。惟按摩業依其工作性質與所需技能，原非僅視障者方能從事，隨著社會發展，按摩業就業與消費市場擴大，系爭規定對欲從事按摩業之非視障者造成過度限制。而同屬身心障礙之非視障者亦在禁止之列，並未如視障者享有職業保留之優惠。在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權之意旨。

上開論理顯示多數大法官關於「積極平權措施」之認知值得商榷。首先，按前揭引文釋示之「審查基準」，系爭積極平權措施之「手段與目的之關聯性」須具備兩項條件，即：「② 所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且③ 有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。其中② 乃一般「中標」審查所未見，堪稱本案為「積極平權措施」所創設的新標準。

關於②「所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制」一點，多數大法官以「按摩業依其工作性質與所需技能，原非僅視障者方能從事，隨著社會發展，按摩業就業與消費市場擴大」為由，論斷：「系爭規定對欲從事按摩業之非視障者造成過度限制」！然，如此論斷顯然不符合一般人的生活經驗，而難以令人信服。蓋對於「多數非視障者」而言，可以從事營生的工作行業何止千百，系爭規定所禁止者僅「按摩業」而已，如何能「造成過度限制」？是，主管機關理應舉證：居於社會多數之「非視障者」皆欲從事、並皆擅長按摩，而從事按摩業之人口佔全國就業人口之比重，及其收入佔與國民收入之比重實際皆達相當程度，始能證立「系爭規

定（行業獨佔）對多數非視障者造成『過度』限制」。多數意見就此全然未有討論，何由獲得該結論？！

其次，尤為重要者，所謂「手段與目的之達成間應具備一定之關聯性」，在操作方法上須緊扣原認定之系爭規定（積極平權措施）之「目的」討論，始能為有意義之審查。前揭引文之前段既肯定：「國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益」，理應據此而審究：系爭規定能否有效達成「保障視障者就業」之目的。奈何竟半路殺出個程咬金，突然扯到是否「過度限制非視障者之工作權」？多數大法官似是陷入平等權「雙面性」與「相對性」的迷思之，一會兒肯定「國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益」，一會兒又想兼顧「非視障者之工作權」，致論述進退失據、自相矛盾。其實，越能有效「保障視障者之工作權」的手段，越會對於「非視障者之工作權」造成限制。系爭積極平權措施之手段（將按摩業完全保留予視障者）既是為了「保障視障者就業」，而非為「保障多數非視障者之工作權」，則所謂②「所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制」，根本就不應成為一項審查項目！

至於③「所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者」，固值贊同，但其論述卻是離離落落（台語）、慘不忍睹。前揭理由書第[3]段伊始即謂：「六十九年殘障福利法制定施行之時，視障者得選擇之職業種類較少，禁止非視障者從事按摩業之規定，對有意選擇按摩為業之視障者確有助益，事實上視障就業者亦以相當高之比率選擇以按摩為業」，意即肯定系爭規定確實能有效達成「保障視障者就業」之目的，爰應認定「手段與目的之達成間具有實質關聯」才是，而非③所稱之僅屬「有助於」而已。³⁸⁵ 詎多數大法官話鋒一轉，竟謂：「而同屬身心障礙之非視障

³⁸⁵ 所謂「手段『有助於』目的之達成」，原為德國式傳統「比例原則」中的第一個、初步的過濾（preliminary screen）步驟，旨在確定系爭手段與目的之達成間，並非全然不相干，從而為「恣意」之手段。然，「有助於」達成目的之手段，未必能符合「合理關聯」，遑論「實質關聯」或「直接相關」之要求。

者亦在禁止之列，並未如視障者享有職業保留之優惠。在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性」。

該句前半係在指謫系爭規定「涵蓋不足」(under-inclusive)一系爭規定僅保障「視障者」從事(獨佔)按摩業，而未保障「同屬身心障礙之非視障者」從事按摩業，為德不卒，未盡全功。按採「中標」以上審查基準進行審查時，固得以系爭差別待遇「保護不足」為由，認定其「手段與目的之達成間尚難謂具有實質關聯」。然敏銳的讀者不禁要問：「同屬身心障礙之非視障者」(即「視障者以外之身心障礙者」)實際是否亦如「視障者」般，普遍擅長按摩且有意選擇以按摩為業？答案如為「否定」，則何需將「視障者以外之身心障礙者」一併納入系爭積極平權措施之優惠群體？多數大法官指謫「同屬身心障礙之非視障者並未如視障者享有職業保留之優惠」似是忽略了兩者間可能存在的「事實上之差異」；如果「同屬身心障礙之非視障者」與「視障者」確實存有「事實上之差異」，則系爭規定「保護不足」毋寧為「合理的差別待遇」！

該句後半(所謂「系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位」)意在指謫系爭差別待遇之「手段」(使視障者獨佔按摩業三十年)與「目的」(保障視障者就業)之達成間，不具「實質關聯」。然識者不免質疑：既然系爭規定使「視障者」獨佔按摩業三十年，仍未能達成「保障視障者就業」之目的，國家何不採取更多積極平權措施，進一步「提高視障者的就業機會與收入，改善視障者之經社地位」？卻反而宣告系爭規定無效，而「取消」對於視障者現有「尚嫌不足」的優惠措施？！如此解釋的結果豈

不是更難達成「保障視障者就業」的目的？無怪解釋一出，論者譁然。³⁸⁶

肆、平等權之規範效力

平等權作為憲法所規定之人民基本權利，主要在拘束國家公權力之行使。惟戰後德國學說普遍認為，各項基本權利不僅為個人得向國家主張之「主觀權利」（例如平等權），亦在表彰一種「客觀價值」（例如平等原則）。這種「憲法上的價值決定」（*verfassungsrechtliche Wertentscheidungen*）應以指導原則或準則（*Richtlinien*）的方式，貫穿、滲入私法領域，³⁸⁷間接地對私人關係產生拘束力，是為「基本權的間接第三人效力」（*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*）³⁸⁸。

一、平等權對國家（公權力）具有直接效力

關於平等權對於國家各種公權力行為具有直接拘束力一節，翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋〈協同意見書〉第 [3] 段曾明確釋示：「平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇」。需補充者，所謂「國家對人民行使公權力」，在現制下應並包括監察、考試與總統之職權行使（如彈劾、考試、發佈緊急命令）等，且所有因國家公權力之行使而生之平等權爭議案件，理論上皆應接受司法（違憲）審查，此乃憲法於第 171 條第 2 項明定「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋」之後，旋於第 173 條（補充）規定：「憲

³⁸⁶ 參見廖元豪，非視障者比視障者更值得保護？—精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字六四九號解釋，台灣法學雜誌，第 123 期，頁 192（2009 年 3 月）（「釋字 649 號解釋在平等權審查時，使用的是所謂形式中立的邏輯—只在乎立法者使用的是什麼『分類標準』（*classification*），卻沒有著重立法者所保障的『群體』（*class*）是弱勢還是強勢。……這種以『分類標準』而非『群體（地位）』做為分析重心的審查方法，其實偏離了憲法權利原本就要保障『結構性弱勢』之目的—如果以『群體地位』當作重心，那麼應該唯有『歧視結構性弱者』的措施，才該受到從嚴審查的待遇）

³⁸⁷ See, e.g., 73 BVerfGE 261, at 269; 81 BVerfGE 242, at 254; 89 BVerfGE 214, at 229; 112 BVerfGE 332, at 352.

³⁸⁸ See, e.g., 7 BVerfGE 198, at 205-206; 42 BVerfGE 143, at 148; 89 BVerfGE 214, at 229; 103 BVerfGE 89, at 100; 137 BVerfGE 273, at 313 para. 109.

法之解釋由司法院為之」之真意：司法院大法官執掌之「憲法解釋」應為全方位、無漏洞之違憲審查—不限於立法院行使職權所制定之「法律」有無違憲之審查，更應及於所有國家公權力之行使有無違憲之審查。

尤值討論者，法規違反平等權（或平等原則），應發生如何法律效果？最先注意這個問題者，亦為釋字第 455 號解釋翁岳生大法官提出之〈協同意見書〉。氏謂：法規違反平等原則之

違憲狀態之除去，究應（一）刪除原有賦予權利之規定、（二）將受不利對待者納入目前有利之規範中、或（三）重行規定賦予權利之要件，原則上立法者應有其自由形成的空間，釋憲者應斟酌個案情形，不宜一律宣告該規範無效或逕自將受不利待遇者納入有利之規範中，以免侵害原受益者之權益或干預立法者之形成自由。……故本件解釋僅指出上開規定不合憲法之意旨，而未宣告其失去效力。然本件解釋僅單純宣告系爭函釋違背憲法平等原則之意旨，係基於對法規制定者形成自由之尊重，並保障受益者之既得權利，非可謂立法者或有關機關得任令此種違憲狀態繼續存在。是以有關機關對於系爭函釋與憲法第七條平等原則意旨不符之部分，本應從速檢討修正，以除去其違憲狀態。

前揭引文實際點出了「平等權」與「自由權等」在違憲救濟上的重大差異：法規（特別是給付性質的法規）違反平等權，並不當然應將之宣告「無效」！這一點也連帶地使得個案中大法官究應選擇以系爭規定違反「平等權」，抑或違反「自由權」（或其他基本權）作為審查基礎一事，變得更加複雜。我初步的考察以為，大法官選擇以「平等權」作為審查依據時，容或有相對「較為寬廣」之解釋空間，並能獲致「相對較溫和」之審查結論。

前揭引文中，翁大法官並已含蓄地點出：系爭規定違反平等權時，**大法官諭知「救濟」**一例如（自解釋公布之日起）「立即失效」、「定期失效」（自解釋公布之日起經過一定期間而失效）、「檢討改進」、或「併予指明」等，**應悉心衡量各種可能的救濟途徑**（對於有關機構與個人）所造成的「成本」，及其因而可能獲致的「效益」，俾獲致「**最適之救濟**」（optimal remedies）。³⁸⁹ 近日公布之釋字第 807 號解釋釋示：勞動基準法第 49 條第 1 項規定（「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍」），違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨，**應自本解釋公布之日起失其效力**。解釋公布後，輿論多有質疑，³⁹⁰ 殆與其宣告系爭規定「立即失效」是否為「最適救濟」有關。

二、平等權對於第三人（私人關係）亦有間接效力？

如前所述，基本權原則上係個人（人民）對「國家」主張之主觀權利，旨在規範個人（人民）與國家間之法律關係，而非在規範「私人間」之關係。惟戰後德國憲法學說普遍認為：**各項基本權利不僅為個人得向國家主張之「主觀權利」**（例如平等權），亦在表彰一種「客觀價值」（例如平等原則），適用於所有法領域（例如民法）。由基本權所表彰的「憲法上的價值決定」（verfassungsrechtliche Wertentscheidungen），會以指導原則或準則（Richtlinien）的形式，

³⁸⁹ SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, *supra* note 28, at 178-181; Susanne Baer, *supra* note 144, at 268（為避免加劇現存之不利益，聯邦憲法院並未宣告系爭規定違憲，而是諭知立法者應於三年內修法，下級法院在此期間應暫停原因案件之審理，see 82 BVerfGE 126, at 143）。

³⁹⁰ 參見詹昭全，〈觀點投書：司法院釋字第 807 號會『加速勞動權益的惡化』！？〉（<https://www.storm.mg/article/3911167?page=1>，最後瀏覽日：110/09/14）；劉仲書，〈釋字 807 大開女性夜間工作之門？讓人看不下去的『性別平等』〉（<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/486/article/11330>，最後瀏覽日：110/09/14）；吳子毅，〈釋字 807 解釋之後：追求性別平等與勞權發展的立法難題〉（<https://opinion.udn.com/opinion/story/10043/5732889>，最後瀏覽日：110/09/14）。

透過民法的強制規定（如我國民法第 71 條及第 72 條），穿透、滲入私法領域，**間接對第三人（私人間關係）產生效力**。惟基本權間接第三人效力所及之範圍須視個案而定，亦即普通法院應於個案中衡量雙方當事人所具有的基本權（例如財產權 v. 平等權），依照「務實的調和性」（praktische Konkordanz）原則，使相互衝突的基本權獲致最大程度的實現。僅普通法院對於對某項基本權之意義發生基本誤解（einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts），而出現明顯的解釋錯誤時，憲法法院始介入予以糾正。³⁹¹

此外，由基本權的客觀價值（或稱基本權客觀面向）也可導出國家對於基本權的保護義務（Die grundrechtliche Schutzpflicht）。亦即，國家除了不得侵害（干涉）人民基本權之權利事項外，並有義務採取積極措施（包括事實行為與規範行為），保護人民基本權之權利事項免於遭受第三人（其他人民）之侵害。³⁹² 德國聯邦憲法法院針對基本權的防禦功能，發展出「過度禁止原則」（Übermaßverbot）或「比例原則」（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit），禁止國家過度干涉人民之基本權；針對基本權的國家保護義務，則發展出「不足禁止原則」（Untermaßverbot），禁止國家保護不足（未能克盡基本權保護義務）。

茲成疑問者，上述「基本權間接第三人效力」理論於「平等權」是否亦有適用？人民某甲可否要求私人某乙，就某一事項給予「平等對待」？如遭受拒絕，某甲可否向（憲法）法院控告國家未能克盡「平等權」的保護義務？這個問題關係到（憲法）法院在平等權的實踐上

³⁹¹ Beschluss des Ersten Senats vom 11. April 2018, 1 BvR 3080/09, at para. 44.

³⁹² 參見張嘉尹，〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，月旦法學雜誌，第 185 期，頁 17-38（2010 年 10 月）；李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，收於（李建良 & 簡資修主編）《憲法解釋之理論與實務》（第二輯），頁 325-376（2000 年 8 月）；陳愛娥，〈基本權作為客觀法規範—以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題〉，收於（李建良 & 簡資修主編）《憲法解釋之理論與實務》（第二輯），頁 235-272（2000 年 8 月）；程明修，〈論基本權之禁止保護不足原則〉，收於《憲政體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》（第一冊 憲法篇），頁 219-274（1998 年 8 月）；Klaus Stern 著，蔡宗珍譯，〈基本權保護義務之功能—法學上的一大發現〉，月旦法學雜誌，175 期，頁 46-59（2009 年 11 月）。

所扮演的角色，國內學者對此鮮有討論。理論上說，平等權與自由權既有若干本質上的差異，則「基本權間接第三人效力」說於「平等權」是否亦有適用，即值探討。德國聯邦憲法法院 2018 年與 2019 年的兩則裁判，頗具參考價值。

1. 體育場禁令案

德國聯邦憲法法院（第一庭）於 2018 年以「無理由」駁回一件憲法訴願的裁定³⁹³，通稱「體育場禁令」（Stadionverbot）案，釋示：基本權所蘊含的客觀（憲法）價值秩序（objektive Wertordnung）雖然對於私法具有放射（擴散）效力（Ausstrahlungswirkung），普通法院於解釋、適用法律時應予尊重；但基本法第 3 條第 1 項的一般平等權規定即使結合所謂「基本權間接第三人效力」理論，亦未產生私人間之法律關係須遵守平等權之「客觀憲法原則」（objektives Verfassungsprinzip）。意即，原則上，所有的個人皆有依其所好，選擇於何時、與何人、及在如何條件下，與他人締結契約之自由。惟在某些特殊情形下，基本法第 3 條第 1 項的平等權要求（gleichheitsrechtliche Anforderungen）也會在私人關係間發生效力，例如：個人依據私法，行使其家規（家法）權（Hausrecht），而禁止某人涉足普遍對大眾開放參觀之賽事，致嚴重影響被排除者之社會生活參與（in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben）時，主辦賽事的私人除有「事實上的理由」（sachlichen Grund，例如鬧場滋事）外，不得行使其排除特定個人參觀賽事的裁量權。³⁹⁴

此外，本案就「禁止觀賽」之「正當程序」並有所釋示。聯邦憲法法院認為：禁止觀賽應以事實理由為基礎的要求，會衍生出「程

³⁹³ Beschluss des Ersten Senats vom 11. April 2018, 1 BvR 3080/09.

³⁹⁴ 本案判決憲法訴願為無理由，蓋聯邦憲法法院並未提高審查基準，而認為：只需有事實顯示訴願人以後仍有鬧場肇事的可能，縱無犯罪紀錄，仍可滿足「事實上的理由」要件。主辦賽事之私人（足球協會）未維持比賽秩序及公眾安全，而禁止訴願人於一定期間進入體育場觀賽，要非「恣意」。Id, at para. 45.

序性的要求」(verfahrensrechtliche Anforderungen)。亦即，原則上被禁止觀賽之個人，於禁令作成前，應有「答辯之機會」；禁令應「附具理由」，俾便「司法救濟」。

2. 旅館禁令案

德國聯邦憲法法院(第一庭第二分組)於2019年以「未侵害憲法訴願人之基本權或相當於基本權之權利」(grundrechtsgleichen Rechten，按即類似我國憲法第22條之「未列舉之基本權」)為由，作成「不受理決議」(Nichtannahmebeschluss)³⁹⁵，亦稱「旅館禁令」(Hausverbot)案，略謂：按前揭本院「體育場禁令」案所揭示之標準，基本法第3條第1項的一般平等權保障，於本案並未產生訴願人所聲稱之「基本權間接第三人效力」。蓋基本法第3條第1項的一般平等權並未產生「私人間法律關係須遵守平等權」之客觀憲法原則(objektives Verfassungsprinzip)。原則上，所有的人皆有依其偏好，選擇於何時、與何人、及在如何條件下，與他人締結契約的自由；並有決定如何使用其財產之自由。³⁹⁶僅於某些特殊情形下，基本法第3條第1項的平等權要求(gleichheitsrechtliche Anforderungen)才會在私人關係間發生效力，例如：某個普遍開放給大眾參觀之主要賽事的主辦私人，片面地以行使家規(法)權之權利為理由，而禁止某人到場觀賽，致嚴重影響被排除者之社會生活參與；又如：契約一方當事人運用因壟斷或「結構性優勢」(struktureller Überlegenheit)所獲致的「決斷權力」(Entscheidungsmacht)，而將某人排除於某事件之外。³⁹⁷本案憲法訴願人曾任政治立場極端右派的「國家民主黨」(Nationaldemokratische Partei Deutschlands, NPD)主席，其原已訂妥

³⁹⁵ Nichtannahmebeschluss des Ersten Senats, Zweite Kammer vom 27 August 2019, 1 BvR 879/12.

³⁹⁶ *Id.*, at paras. 5 & 6.

³⁹⁷ *Id.*, at para. 7.

一家「健身旅館」準備度假四天，嗣接獲旅館通知，以擔心其政治意見恐與該旅館經營宗旨一讓每位旅客都能享受最佳之健康經驗一不符為由，拒絕其訂房，並允提供其同一時段另處旅館訂房，或免費辦理退訂等選項。訴願人主張旅館經營人（私人）禁止其住宿，已侵害其基本法第3條第1項所保障之「一般平等權」及同條第3項所保障之「特別平等權」（「政治意見」之平等保護）。

前述「體育場禁令」案與「旅館禁令」案開啟了德國聯邦憲法法院關於「平等權」間接第三人效力的探索。未來值得觀察的發展包括：

一、能夠啟動基本法第3條第1項「一般平等權」之間接第三人效力的所謂「特殊情形」（spezifische Konstellationen），除了「普遍對公眾開放」（general access to public）、「參與社會生活之重要性」（significance for social life participation）及「結構性的權力不平衡」（structural power imbalance）等項外，還有哪些？

二、是否也有某些「特殊情形」，能夠啟動基本法第3條第3項「特別平等權」之間接第三人效力？按前述「旅館禁令」案即涉及經營旅館之私人，以旅客（憲法訴願人）所持「政治意見」為基礎，而實施差別待遇（拒絕提供旅宿服務）。³⁹⁸

三、2018年「體育場禁令」案之訴願人原主張基本法第2條第1項之「一般行為自由」（allgemeine Handlungsfreiheit）遭受主辦全國足球聯賽之私人侵害，嗣聯邦憲法法院主動將基本法第3條第1項（一般平等權）之間接第三人效力列為爭點，惟審查後仍以「無理由」裁定駁回。至於聯邦憲法法院2019年「旅館禁令」案則認為原確定終局判決（布蘭登堡高等法院 Oberlandesgericht Brandenburg 的判決）並未侵害訴願人於憲法所保障之基本權，而決議「不予受理」。兩相對照，

³⁹⁸ 本案憲法訴願人曾任政治立場極右的國家民主黨 (Nationaldemokratische Partei Deutschlands, NPD) 主席，原已訂妥一家健身旅館準備度假四天，嗣接獲旅館通知，以擔心其政治意見恐與該旅館經營宗旨一讓每位旅客都能享受最佳之健康經驗一不符為由，拒絕其訂房，並提供其同一時段另處訂房或免費辦理退訂之選項。訴願人主張旅館經營人禁止其住宿已侵害其基本法第3條第1項所保障之「一般平等權」及同條第3項所保障之「特別平等權」（政治意見之平等）。

是否暗示：未來原告欲主張平等權（無論其為「一般平等權」或「特別平等權」）之間接第三人效力時，其舉證（釋明）責任將會加重？

按基本權除作為人民之主觀權利外，並蘊含客觀的（憲法）價值決定，再由此導出國家對基本權負有保護義務，乃德國式的基本權理論，美國並沒有類似學說或判決。在比較憲法學上，一般將美國歸類為所謂「消極國家」（negative state）—人民（基本權利的主體）僅得要求國家「不（過度地）侵害或干涉」其基本權，通常情形下無權要求國家採取積極措施，防止私人（第三人）侵害其基本權。³⁹⁹ 反之，德國則被歸類為所謂「積極國家」（positive state）—國家不僅不得侵害（干涉）人民基本權外，並負有防止第三人（其他人民）侵害人民基本權的義務。德國學者更嘗宣稱：基本權客觀面向的發現乃德國公法學上的一大發明。⁴⁰⁰ 然，誠如德國聯邦憲法法院所說，基本權間接第三人效力之範圍（射程）須視個案情形，由法院衡量、折衝個案中各種相互衝突的基本權（法益）而定。前述「體育場禁令」案與「旅館禁令」案更顯示：「一般平等權」之間接第三人效力之範圍，似是較「自由權」或「財產權」之間接第三人效力之範圍更為狹小（有限）。其實，就美、德兩國關於憲法基本權之實踐而言，所謂「消極國家」與「積極國家」的區別遠非「望文生義」所想像的那麼大。蓋一方面，美國透過對於所謂「國家行為」（state action）的擴張解釋，亦使憲法的規範效力在相當程度內已延伸至私領域；⁴⁰¹ 他方面，縱謂「憲法」

³⁹⁹ See, *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989)（聯邦憲法僅在規範、限制公權力（含州權力）之行使。除某些特殊情形外（see *Estelle v. Gamble*, 429 US 97 (1976); *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982)），聯邦憲法「正當程序條款」（Due Process Clause）並未課予州政府以保護人民基本權免於遭受第三人侵害的義務。本案州政府未能防止私人暴力（生父對其監護之幼子施暴，導致終身腦殘）之發生，尚不構成「正當程序條款」之違反）。

⁴⁰⁰ 參見 Klaus Stern 著，蔡宗珍譯，前揭（註 392）文，頁 46-59。

⁴⁰¹ See, e.g., *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946)（企業於私有土地造鎮，其商業區的功能上與一般市鎮無異，業主不得禁止民眾散發宣傳品）；*Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961)（私人承租公有停車場中的部分空間經營餐館，該私人餐廳即不得拒絕黑人用餐）。關於美國「國家行為」理論的實證與發展，參見法治斌，〈私人關係與憲法保障〉，輯於氏著《人權保障與釋憲法制》，頁 1-64（月旦，1993）。

不認為國家有義務保護人民之基本權免於他人（私人）之侵害，在一個民主國家人民自然會經由代議民主（甚或直接民主）程序，制定法律（或促使行政機關採取行政行為），使國家積極保護人民的基本權。因此，**確立基本權具有客觀面向（含國家對基本權之保護義務），主要的作用其實是使得司法（尤其憲法法院）得以經由宣告系爭法律未能克盡基本權保護義務（所謂「保護不足之禁止」）的方式，直接介入形塑基本權之保護。**⁴⁰² 國家基本權保護義務理論固然使得司法（尤其憲法法院）更能勝任「憲法守護者」（Hüter der Verfassung, guardian of the Constitution）的任務，但也更加凸顯了司法「反（民主）多數決」的困境（anti-majoritarian difficulty），亦即如何確保「憲法守護者」不至於監守自盜，任意以「司法（大法官個人）的價值判斷」取代具有民意基礎的「立法（部門）的價值判斷」。

我國大法官解釋已然繼受德國「基本權國家保護義務」理論，例如釋字第 400 號解釋釋示：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，**並免於遭受公權力或第三人之侵害**，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」；又如釋字第 445 號解釋釋示：「集會自由以集體方式表達意見，為人民與政府間溝通之一種方式。……國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面**應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行**」。惟關於「平等權」是否（以及在如何條件下）具有間接第三人效力的問題，大法官迄未正面作出解釋。⁴⁰³ 最接近的一次當屬釋字第 728 號解釋。請參見前文

⁴⁰² See, e.g., David Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); Dieter Grimm, *The Protection Function of the State*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM (GEORG NOLTE ED.) 137 (2005); Frank I. Michelman, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, in *Id.*, at 156; Heike Krieger, *Comment*, in *Id.*, at 181.

⁴⁰³ 由於我國現行釋憲制度乃抽象（法規）審查制，大法官審查（解釋）之標的殆全為抽象的法律或命令，故鮮能直接就基本權第三人效力問題釋示見解。關於我國釋憲現制之分析與檢討，參見湯德宗，〈權力分立與違憲審查—大法官抽象釋憲權之商榷〉，輯於氏著《違憲審查與動態平衡：權力分立新論 卷二》，頁 73-119（天宏，2014 增訂四版）。

及本人於該號解釋所提出之〈協同意見書〉，不贅。

伍、結語

追求平等，乃人心之所同然，所謂「不平則鳴」是也。平等之理念固為普世所推崇，然各國歷史與文化不同，實際並無放諸四海皆準的「平等權」。本文嘗試建立一套關於平等權案件的違憲審查分析架構，並藉以勾勒我國大法官平等權解釋的現況。

憲法解釋乃司法權行使的種類之一，涉及憲法上各權力間之相互制衡與相互尊重，尤其是司法（大法官）與立法之互動；其中又以平等權解釋為然，時常引發爭議。明（民國 111）年元月憲法訴訟法施行後，人民將可就「確定終局裁判」（認事用法）本身，聲請憲法法庭審查並宣告違憲，大法官所為憲法解釋（別特是平等權解釋）並將進一步衝擊司法院（大法官）與其所屬法院（法官）之互動。

據聞近日司法當局公開提倡「司法積極主義」。⁴⁰⁴「司法積極主義」（judicial activism）⁴⁰⁵，一如「司法自制」（judicial self-restraint），並無絕對之對錯或好壞。重要的是，憲法解釋應當「有為有守」，亦即「有所為、有所不為」。如果一味強調大法官勇於任事，無人堪與爭鋒一或可名為「誰與爭鋒式的司法積極主義」（unmatched judicial activism），以為立法部門不敢做，或者做不到的事，均可經由司法院大法官以「憲法解釋」之名達成，則釋憲制度恐怕不久便會遭遇重大質疑，尤其我國原無「司法獨立」之傳統，人民對於法院（含

⁴⁰⁴ 許宗力，〈大法官的司法積極主義如何形塑臺灣的自由民主憲政秩序〉，載《司法周刊》，1923期（司法文選別冊），頁16以下（2018年10月）。

⁴⁰⁵ See, e.g., SONJA C. GROVER, JUDICIAL ACTIVISM AND THE DEMOCRATIC RULE OF LAW (2020); LUÍS PEREIRA COUTINHO, MASSIMO LA TORRE & STEVEN D. SMITH, JUDICIAL ACTIVISM: AN INTERDISCIPLINARY APPROACH TO THE AMERICAN AND EUROPEAN APPROACHES (2015); Cass R. Sunstein, In *Defense Of The Hard Look: Judicial Activism And Administrative Law*, 7 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 51 (1984); Iredell Jenkins, *Judicial Activism And Constitutional Government*, 29 AM. J. JURIS. 169 (1984); Thomas Weishing Huang, *Judicial Activism In The Transitional Polity: The Council Of Grand Justices In Taiwan*, 19 TEMPLE INT'L & COMP. L. J. 1 (2005).

司法院大法官) 迄無堅定之信任, 遑論司法之權威⁴⁰⁶。前文所論美國關於“the Lochner Era”(1897~1937)之前車, 可為殷鑑。「平等保護」(equal protection)與「實質正當程序」(substantive due process)皆屬「開放性規定」(open-ended texture), 可輕易將大法官的個人(甚或集體)偏好, 「植入」憲法解釋中, 因而對於大法官特別具有吸引力。惟如此一來, 恐更難謹守「法律」與「政治」的分界, 而使違憲審查的「正當性」備受質疑。

我國釋憲制度起步得晚, 整體法治基礎也相對薄弱, 憲法學更是剛剛開始發展。際此關鍵時刻, 大法官首應「自覺地」獨立, 不受「任何」干涉; 次須善用有限的司法資源, 努力在個案(解釋)中確立標準、充實論理、形成原則, 使憲法解釋(違憲審查)的結果得以為人合理預測, 俾逐步培養人民對於司法的信賴, 鞏固違憲審查制度, 守護自由民主憲政秩序永續發展。⁴⁰⁷ 我因而不揣簡陋, 提出如上淺見, 就教於各位。敬祝大家

工作愉快, 身體健康。

後會有期!

⁴⁰⁶ 參見陳淳文, 〈釋憲機關的司法權威: 由法國與我國違憲審查實務來看司法權威的建立〉, 收於廖福特主編, 《憲法解釋之理論與實務》第八輯, 頁379以下, 頁393(中研院法律所, 2014年7月)(「釋憲機關的司法權威可能有幾種來源。首先有可能是來自於一部本身即具有高度權威的憲法, 其次是來自於長期人民對法院尊重的傳統, 最後才是靠釋憲機關自己的努力, 透過其決定所呈現出來的睿智與洞見, 以及公平與正義, 而慢慢地建立起來的司法權威」)。

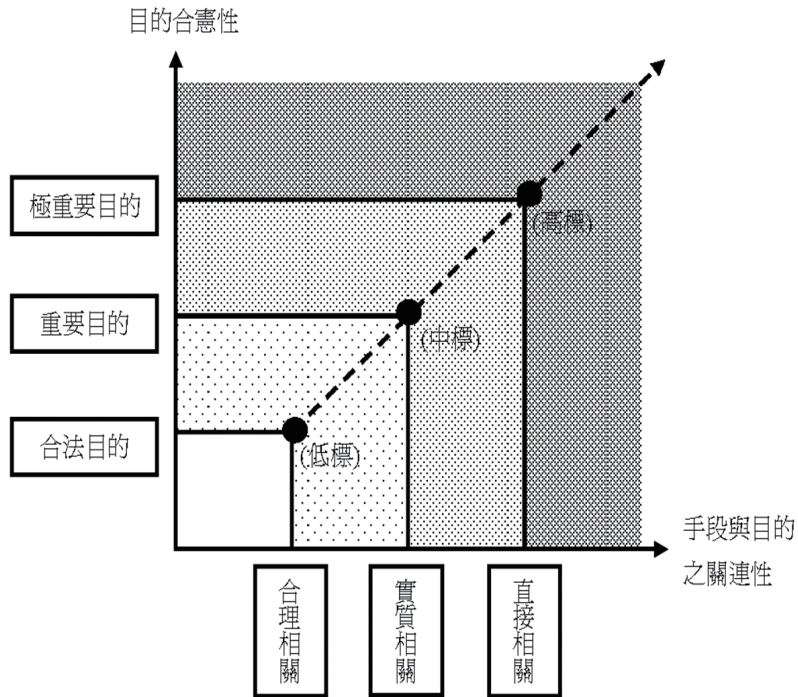
⁴⁰⁷ 湯德宗, 專題演講: 〈論大法官釋憲制度之改造—司法改革之契機?〉, 2021年5月8日《南臺法學名家講座》(<https://www.youtube.com/watch?v=nsoJrGbiRb8>)。

表一：大法官平等權解釋案統計（計 104 件）

| 屆次 | 解釋字號 | 小計 |
|---------------------------------------|---|----|
| 第一屆大法官 (37.07~47.08) 釋字 1-79 | 無 | 0 |
| 第二屆大法官 (47.09~56.08) 釋字 80-122 | 無 | 0 |
| 第三屆大法官 (56.09~65.09) 釋字 123-146 | 無 | 0 |
| 第四屆大法官 (65.09~74.09) 釋字 147-199 | 179、193、194。 | 3 |
| 第五屆大法官 (74.10~83.09) 釋字 200-366 | 205、211、 <u>224</u> 、228、 <u>340</u> 、341、354、 <u>365</u> | 8 |
| 第六屆大法官 (83.10~92.09) 釋字 367-566 | 369、398、403、 <u>405</u> 、 <u>410</u> 、412、429、438、 <u>452</u> 、 <u>455</u> 、 <u>457</u> 、460、468、 <u>477</u> 、481、485、490、500、501、508、512、526、538、542、547、555、560、565。 | 28 |
| 新制 (92.10~) 釋字 567~ | 567、571、 <u>573</u> 、574、575、576、577、578、580、584、593、596、605、607、 <u>610</u> 、614、618、620、 <u>624</u> 、626、635、639、647、648、 <u>649</u> 、 <u>666</u> 、 <u>670</u> 、673、675、682、685、686、 <u>687</u> 、688、693、 <u>694</u> 、 <u>696</u> 、697、698、 <u>701</u> 、711、719、721、 <u>722</u> 、727、728、 <u>745</u> 、 <u>748</u> 、750、 <u>760</u> 、764、768、 <u>779</u> 、781、782、783、788、790、 <u>791</u> 、793、794、802、804、 <u>807</u> 、810。 | 65 |

* 本表統計至釋字 810 號解釋。凡解釋（含解釋文與解釋理由書）中出現「平等權」或「平等原則」者均予列計。其中標記底線者，為宣告「違憲」之解釋。

圖一：二元聯動式比例原則示意圖



資料來源：湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，輯於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯（下冊），頁 618（中研院法律所，2009 年 7 月）。

