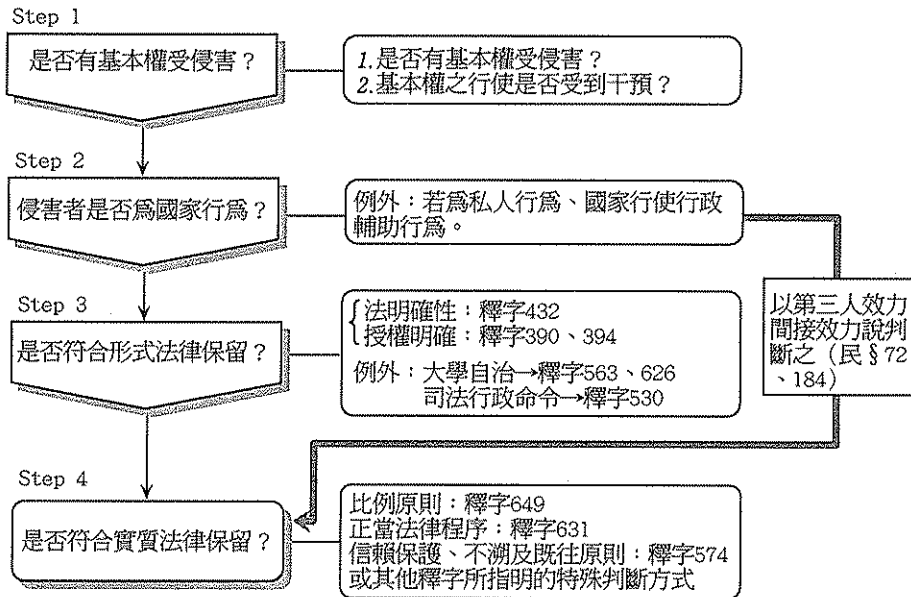


第二章 基本權利部分

一、總論－基本權違憲審查方法論



二、平等權

(一) 審查步驟：

以近來的大法官解釋作分析，可認為較接近美國模式，而可分為下列五大步驟：

1. Step1：有無「法律上差別待遇」存在？
2. Step2：何種差別待遇
3. Step3：決定審查標準為何（分類標準classification為何）？
4. Step4：「目的」或「本質」的審查－差別待遇的「理由」合憲嗎？
5. Step5：「手段－目的合致性」的審查－差別待遇與其目的是否有足夠

1-18 憲法精要

的關聯性？

(二)實質平等：

1. 我國大法官定義：

分類	定義	大法官解釋
形式平等	指無差別、齊頭式的平等，而忽略了事物的本質，並非真正平等。	釋字第194號解釋：「戡亂時期肅清煙毒條例第五條第一項規定：販賣毒品者，處死刑，立法固嚴，惟係於戡亂時期，為肅清煙毒，以維護國家安全及社會秩序之必要而制定，與憲法第二十三條並無牴觸，亦無牴觸憲法第七條之可言。 ² 」
實質平等	考慮到事物內涵的不同，而可能給予不同的待遇。因此重點將在於「事實差異是否存在」，及「差別待遇是否合理」。	釋字第211號解釋：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」

2. 新近見解：

(1)對實務定義的質疑：林子儀大法官對於上述形式與實質平等之區分方式持保留態度，其於釋字第571號解釋之協同意見書表示：「本院解釋襲用已久之「形式平等」(formal equality)與「實質平等」(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179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。此亦

2 對此號解釋之批評，參見法治斌，司法審中之平等權：建構雙重審查基準之研究，收錄於氏著，法治國家與表意自由－憲法專論(三)，2003年5月，頁236至237。

為美國、德國、日本等國法院在實際解釋適用憲法所保障的平等權時所運用的公式，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」。

(2)美國法上的實質平等與我國相較可為以下的比較：

	何種平等	強調重點	執行機關
我 國	法律上	合理差別待遇	司法機關
美 國	事實上	反階級、反壓迫	行政、立法機關

而廖元豪教授認為，美國法的實質平等可以具體實踐在我國憲法增修條文第10條第6項；黃昭元教授則是認為，憲法第7條雖然強調「法律上」一律平等，但第7條可理解為「利用法律使人民在事實上平等」，而使我國平等權可開啓新的意涵。³

(三)優惠性差別待遇：

1. 定義：積極平權措施為Affirmative Action之翻譯，又被稱為優惠性差別待遇或是矯正措施。其意涵為，政府為消弭社會所存在之對於弱勢群體予以歧視之現象，而採取之針對弱勢群體予以優惠差別待遇的措施⁴。積極平權措施可說是對於實質平等的重新定義，其承認繫爭事件事實上或本質有所差一之前提下，得依法酌為合理之差別待遇。有時甚至尚須國家積極刻意有所作為，以彌補或匡正昔日歧視之效果
2. 釋字第649號解釋：身心障礙者保護法第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。」給了僅有視障者方得從事按摩業

³ 黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查，法學新論，第7期，2009年2月，頁30至31。

⁴ 廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究，東吳法學學報第9卷第2期，1996年8月，頁2。

的權利，屬於一種優惠性的差別待遇。這樣的規定，大法官在釋字第649號解釋採了違反第7條平等權的看法。

對於該號解釋，可從以下方向討論之：

(1)與釋字第626號解釋比較：

①基本國策的運用：

<p>釋字第626號 解釋：決定 審查基準</p>	<p>至於系爭招生簡章規定以色盲為差別待遇之分類標準，使色盲之考生無從取得入學資格，是否侵害人民接受教育之公平機會，而違反平等權保障之問題，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，系爭規定自應受較為嚴格之審查。故系爭招生簡章之規定是否違反平等權之保障，應視其所欲達成之目的是否屬重要公共利益，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否具有實質關聯而定。</p>
<p>釋字第649號 解釋：作為 目的正當性 之依據</p>	<p>按憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障，憲法第155條後段規定：「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。」以及憲法增修條文第10條第7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。」顯已揭發扶助弱勢之原則。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。</p>

②審查基準的決定：

<p>釋字第626號 解釋：中度</p>	<p>至於系爭招生簡章規定以色盲為差別待遇之分類標準，使色盲之考生無從取得入學資格，是否侵害人民接受教育之公平機會，而違反平等權保障之問題，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</p>
--------------------------	---

釋字第626號 解釋：中度	與社會地位及國家資源之分配息息相關，系爭規定自應受較為嚴格之審查。故系爭招生簡章之規定是否違反平等權之保障，應視其所欲達成之目的是否屬重要公共利益，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否具有實質關聯而定。
釋字第649號 解釋：中度	查視障非屬人力所得控制之生理狀態，系爭規定之差別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，惟仍須該規定所追求之目的為重要公共利益，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。

③實質關聯內涵不清：

釋字第626號 解釋	因警察工作之範圍廣泛、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。雖在現行制度下，警大畢業之一般生仍須另行參加警察特考，經考試及格後始取得警察任用資格而得擔任警察；且其於在校期間不享公費，亦不負有畢業後從事警察工作之義務，以致警大並不保障亦不強制所有一般生畢業後均從事警察工作。然此仍不妨礙警大在其所得決策之範圍內，儘可能追求符合設校宗旨及有效運用教育資源之目的，況所採排除色盲者入學之手段，亦確有助於前開目的之有效達成。
釋字第649號 解釋	69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

釋字第649號 解釋	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學業，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。
---------------	--

(2)究竟所採的是法律上或事實上平等？

釋字第649號解釋所提及的「結構性弱勢」，已經開始接觸到事實上平等，而釋字第666號解釋，則已經具有「事實上平等」之內涵：

釋字第666號解釋

《理由書》

按性交易行為如何管制及應否處罰，固屬立法裁量之範圍，社會秩序維護法係以處行政罰之方式為管制手段，而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，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。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。