

是否真應「加重保障」之，而接受更嚴格之審查密度檢驗？³⁸而非「例示」或「列舉」之爭。



二、功能面向

戰後憲法理論對基本權利的功能體系，分為「主觀權利」與「客觀規範」功能面向，前者包括「防禦」、「給付」功能；後者則是從憲法保障基本權利的理念。抽繹其所蘊含的客觀價值決定，使之「放射」到所有法律領域，進而成為立法、行政及司法行使職權時所應遵循的重要準繩。而基本上，平等權具有「防禦功能」，並無疑義；其次，從平等權亦可推導出給付請求權，亦即要求國家擴大給付的範圍，俾免於被評價為歧視。至於平等權是否蘊含有客觀之保護義務功能，學說上則有異論。學者蔡宗珍持否定見解認為：平等權保障人民享有國家各種權力平等對待的法律上地位；但國家權力並無法當然藉此取得介入人民現實生活而以法律手段加以調整的權限。若非如此，則平等權內涵勢必大幅社會權化，甚至成為國家干預立法的另類憲法依據，其與自由權保障之間之緊張關係亦可能惡化。³⁹惟學者李建良則肯認，平等權不僅只是對抗國家之不公平對待，尚且蘊含有客觀之保護義務，資以促成各類之平等。

第二節 平等權之審查標準——平等原則

壹、判斷是否存有差別待遇？

平等原則之檢驗，首應確認是否存有「差別待遇」，蓋平等原則

³⁸ 此一問題本書將在下述第四節對於相關大法官解釋為歸納分析後，再行探究大法官是否真有採取不同之審查態度，以為檢證。

³⁹ 此項意見發表於，蔡宗珍，〈性別平等與女性保障名額制度〉，《憲法解釋與平等權之發展》，司法院，2006.12。

的保障旨趣，乃在於要求國家對相同的事物為相同的處理、不同的事物為不同的處理，即「等者等之、不等者不等之」原則。

在是否存有差別待遇之判斷上，有兩項要點應予注意：

一、必須屬於同一法規範系統之事物

可以納入比對、進行同異相較者，必須屬於同一規範系統的事物；差別待遇若出於不同的法規範系統，基本上不生憲法上平等審查的問題。例如臺北市以自治條例規定，臺北市內電子遊戲營業場所內不得吸煙，而臺北縣則無此規定。相較於臺北縣的電子遊戲場業者，臺北市之業者似乎遭受差別待遇，然因臺北市的電子遊戲業者與臺北縣的業者非屬同一法規範系統內之事物，即不屬相同事物，從而亦不存在憲法上意義的差別待遇。

二、須具有「可相提並論性」

另於判斷是否存有差別待遇上，亦應注意的是，對同一規範體系所及或相關的「組群」進行比較時，必須先設定「比較點（或關連點）」。經由比對後，被比較的組群若含有相同的比較點，則可歸為相同事物，而理應為相同之對待，亦即，此二具有共同比較點之組群即具有「可相提並論性（可資比較性）」，而堪為相同之事物。例如，兵役法第1條規定：「中華民國男子依法皆有服兵役之義務。」形成同為中華民國國民（相同比較點）之男子與女子，理應為相同之事物（可相提並論性），而應相同對待；但該條規定卻僅規範男子有服兵役義務，顯然對於相同的事物，作出了不同的對待，而存有差別待遇。

筆者的話

關於使用「可相提並論性」來作為判斷是否存有差別待遇之標準，筆者對其實用性是存疑的。除了學者陳愛娥所質疑者：「何以法

規範上受到不同處理的人或社會生活事實，共同具有一個他人或其他生活事實所未具有的任何一項特徵，即足以證立彼等（相較於其他生活事實）具有『可相提並論性』？不無可疑。」⁴⁰尚包括其選擇『比較點』之浮動性、不確定性。試舉一例言之：

假設立法規定：懷孕婦女墮胎須得到丈夫的同意。請問此項法律規定有無存有差別待遇？

若將「比較點」設定在「懷孕」，則男人與女人因無相同之比較點，故無可相提並論性可言，從而推導出無差別待遇存在的結論。白話點說，即男人又不會懷孕，怎麼拿來跟女人比。然而，若我們試著將「比較點」挪位，改設定在「人」上，即人在「生育」（而非懷孕）這件事上所受的處遇，那麼在男人與女人間不也就找到了「共同比較點」——生育，而女人在生育自主權上受到了男性的節制，但反之男性則無，顯然立法者對於相同的事物，卻作出了不同的對待，而存有差別待遇之情事。

總此，讀者應可體會：「可相提並論性」充其量應只是一種判斷差別待遇是否存在的提醒，而非一個充分的判斷標準。



貳、平等原則之審查模型

一、審查模型一

按學者陳愛娥之建議審查模型為：⁴¹

(→) 首先應確立立法者的規範目標（立法目的）為何；假使此一規範

⁴⁰ 參閱 陳愛娥，〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界限——兼評司法院大法官相關解釋〉，發表於《憲法解釋與平等權之發展》，司法院，2006.12。

⁴¹ 參閱 陳愛娥，〈平等原則作為立法形塑社會給付體系的界限——兼評司法院大法官相關解釋〉，發表於《憲法解釋與平等權之發展》，司法院，2006.12。

目標本身並未牴觸憲法，原則上規範審查即應以此為據。

- (二)應確定立法者為達成其規範目標所採取的比較標準（區別標準）是否為憲法明定的「嫌疑分類」。如是，即應依憲法特殊平等權的標準（嚴格）進行審查。
- (三)立法者採取的區別標準倘非憲法明定的「嫌疑分類」，惟其係根據「與人相關的要素」而為區分，或其差別待遇影響到基本權的保護範圍時，則應採取「比例原則」模式審查差別處理與立法目的之間是否具有較緊密的連結關係。比例原則模式進行審查時，其本身審查密度的寬嚴，仍因其區別標準的影響而有別。
- (四)假使立法者採取的比較標準僅屬「與事實相關的」區分，或其涉及形塑社會的任務以致立法者享有廣泛的預測空間時，則其僅受「恣意禁止」的審查⁴²。質言之，僅要求差別處理與立法目的間有合理的聯繫。
- (五)無論採取「比例原則」或「恣意禁止」的審查模式，均應留意作為審查對象之立法行為的「類型化」、「預測性」特質。
- (六)「體系正義」作為運用審查模式時的「輔助」觀點⁴³。按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。因此，在審查標準的運用上，「體系正義」應處於一個輔佐、備位的地位。申言之，體系正義實際上對立法者建構

⁴² 禁止恣意原則源自德國，聯邦憲法法院認為立法者苟欲對於相同事務予以差別規定時，必須至少要找到一個一般說得通，普遍被接受的理由，否則立法者制定之法規範就是一意孤行、恣意妄為，即違反平等權。

⁴³ 釋字第568號解釋許宗力大法官協同意見書（節錄）：「立法者先前既已創設『被保險人已繳納保險費者應例外處理』此一具有體系規範意義之法律原則，則除非有更重大公益之考量，否則即不能背離此原則，以維持法律體系之一貫性。主管機關係爭規定明顯背離此一法律體系所確立之基本原則，亦看不出有任何足以正當化背離體系之重大公益理由，自應以違背體系正義，牴觸平等原則指摘之。」