

## 釋字第 750 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

本號解釋宣告，行政院衛生署（改制後為衛生福利部）98 年 9 月 16 日修正發布之醫師法施行細則第 1 條之 1，及考試院 98 年 10 月 14 日修正發布之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第 1 款，關於國外牙醫學畢業生參加牙醫師考試之應考資格部分之規定，均屬合憲。其主要理由為：一、參照司法院釋字第 443 號解釋所揭示之層級化法律保留原則，認系爭規定皆係執行法律之細節性、技術性次要事項，由主管機關以命令為必要之規範，無違憲法第 23 條法律保留原則之要求。二、系爭規定涉及考試及醫療專業，應尊重主管機關之決定，故採取寬鬆之審查基準，從而認定與憲法第 15 條工作權及第 18 條應考試權之保障意旨無違，亦不違反憲法第 7 條平等權之保障。

關於工作權及應考試權領域之違憲審查，在基本態度與立場上，本號解釋與過去相關解釋（如釋字第 547 號及第 682 號解釋）之立場無殊。惟針對平等權方面進行審查時，本號解釋開宗明義指出：「憲法第 7 條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。」其對憲法平等權保障意旨之說明，與歷來解釋顯有不同之處。其變化如何？究竟有何意義？僅從解釋文及解釋理由書似尚難洞悉，實有加以闡釋之必要。

按平等有形式平等與實質平等之分，我國釋憲實務上，釋字第 205 號解釋最早於理由書中表示：「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，為憲法第 7 條所明定。其依同法第 18 條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，其為因應事實上之需要，及舉辦考試之目的，就有關事項，依法酌為適當之限制，要難謂與上述平等原則有何違背。」認應考試服公職之權在法律上應一律平等，係指實質上之平等。隨後釋字第 211 號解釋謂：「憲法第 7 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。」則進一步泛稱憲法第 7 條保障之平等為實質平等。此後，實質平等說成為司法院解釋之一貫見解，不斷出現於有關解釋中。迨釋字第 485 號解釋指稱：「憲法第 7 條平等原則並非指絕對、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，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」對平等觀念之敘述又有微妙變化。其所稱「憲法第 7 條平等原則並非指絕對、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」，屢為後續解釋沿用，已成制式說法，如釋字第 526 號、第 565 號、第 584 號、第 605 號、第 614 號、第 647 號、第 648 號、第 666 號、第 675 號、第 694 號、第 696 號及第 727 號等解釋皆是。惟從平等概念之分類、自由與平等之關係，以及平等觀念之歷史演變等角度觀之，上開有關平等之理解及主張，蘊含下列諸多問題，有待商榷。

一、絕對平等與相對平等、機械平等與比例平等、形式平等與實質平等，乃三種不同層面之對照概念。制式說法將絕對、機械及形式混和，稱「憲法第 7 條平等原則並非指絕對、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」。其所指為何，令人費解。

二、語云：「等者等之，不等者不等之。」意指憲法保障之平等係相對平等，而非絕對平等。換言之，恣意之差別待遇固與平等原則牴觸，不許為之，而斟酌事實與實質之差異（例如貧富差距、犯人性格），在社會通念認為合理之範圍內，設定法律上差別處理事項（例如稅捐、刑罰），應不違反平等<sup>1</sup>。亦即，在相對平等概念下，允許合理之差別待遇。制式說法先否定絕對、機械之形式平等，接著表明「立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」揆其本意，重點當係允許合理之差別待遇，而反對禁止任何差別待遇。若然，則理應直接明示採取相對平等立場，否定絕對平等，何必任意堆砌用語而橫生枝節，徒滋疑義？

三、如果制式說法所稱形式平等及實質平等，其意義與學理一般之界定無違，而斬釘截鐵斷言憲法第 7 條係保障實質平等，而非形式平等，則顯有謬誤。蓋如後所述，只要是立憲主義國家、資本主義國家，很難想像可以將實質平等列為平等之第一要義。本席推測，過去之解釋殆係混淆相關概念，並誤用實質平等一語，致有制式說法之產生。亦即，其主張之「實質平等」，本意應係「相對平等」。唯有如此理解，方不致背離法理。本號解釋改變說法，未出現形式平等與實

<sup>1</sup> 蘆部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005 年第 3 版第 7 刷，頁 124。

質平等之用語，而代之以「憲法第 7 條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇……自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。」即出自相對平等概念，顯有導正之用意及效果。

四、從近代到現代之歷史發展觀之，平等理念係由形式平等出發，往同時重視實質平等之方向演變。形式平等要求法律處理之均等，屬於抽象法律層面名義上之平等。反之，實質平等重視事實關係之均等，意指經濟社會等關係中事實上之平等<sup>2</sup>。詳言之，近代平等觀強調形式平等，基於個人尊嚴平等之核心理念，要求所有個人在法上均等對待，享有同樣之權利與自由，而不問其種族、性別、資質、能力或其他方面之差異。一般認為，形式平等著眼於出發點之機會平等，結果卻可能造成現實生活中不平等狀態之擴大。尤其隨著資本主義之發展，出現富者愈富、貧者愈貧現象，終至無法坐視不顧之地步。因此，20 世紀之社會福利國家必須扶助社會經濟弱者，給予較優厚之保護，以促進結果平等，使能與其他國民同樣享有尊嚴之自由與生存。這種現代自由觀不以形式平等為滿足，為了矯正現實存在之社會、經濟及其他各種不平等狀態，進一步要求實質平等之保障<sup>3</sup>。據此，實質平等著眼於結果之平等，與形式平等截然不同。但是，若要追求徹底之結果平等，非有徹底強力之國家權力介入不可，如此一來，自由之理念將無立足餘地。鑑於現代立憲主義係建立在近代立憲主義之延長線上，平等理念須與自由理念調和，故現代自由觀絕非主張以實質自由完全取代形式自由，而實質平等之要求亦應有其範圍，止於能與自由（競爭）兩立之

<sup>2</sup> 阿部照哉、野中俊彥共著，平等の權利，法律文化社，1984 年，頁 75（阿部照哉執筆）。

<sup>3</sup> 野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利共著，憲法 I，有斐閣，1997 年新版第 1 刷，頁 254-256（野中俊彥執筆）。

相對限度內<sup>4</sup>。論者或謂，實質平等應以確保機會平等之真正實現，而協助其基盤之建立為限<sup>5</sup>，良有以也。上開見解間存在一個關鍵性之差異，亦即實質平等係為追求結果平等之實現，抑或機會平等之真正實現，學者看法分歧，究以何者為是，容後討論。

如前所述，論者往往將形式平等與實質平等、機會平等與結果平等兩組概念對置，視為同義語。惟嚴格言之，二者屬於不同次元之分類，內涵未必一致，實有區隔之必要。形式平等與實質平等之區別，攸關平等保障之應有狀態；機會平等與結果平等，則涉及平等之實現過程或場合。實質平等往往與結果平等結合，反之形式平等亦經常伴同機會平等，但這並非絕對不可避免之現象。事實上，對機會平等可能為形式之保障，亦可能為實質之保障<sup>6</sup>。後者係實質之機會平等，不可與結果平等混同。例如，關於大學之入學考試方式及錄取標準，身心障礙者與其他應考者一視同仁時，屬形式之機會平等；若延長身心障礙者之考試時間，或調整作答方式，以方便其應試，則係實質之機會平等；至於提供身心障礙者入學保障名額，應屬結果平等之問題。

1789年法國人權宣言第1條規定：「人在權利上生來自由平等。非基於公共利益不得設置社會性差別待遇。」揭櫫近代平等首要追求之目標，係將個人從封建之身分制解放出來。於人生之出發點，所有個人皆應享有平等之機會，不受制於特定之身分、職業。至於如何運用平等之機會，則委諸個人之自由與能力。人與人間出現不平等之結果，並不違反平等原理。重要的是，所有個人皆享有平等之機會。法國人

---

<sup>4</sup> 野中俊彥著，平等原則と違憲審査の手法，法學教室第195號，1996年12月，頁10。

<sup>5</sup> 佐藤幸治著，憲法，青林書院，1996年第3版第5刷，頁467。

<sup>6</sup> 辻村みよ子著，憲法，日本評論社，2014年第4版第1刷，頁171。

權宣言顯示，近代人權首重自由，接著方為平等。因此，平等之內涵須與自由調和，而能與個人之自由活動調和者，係「機會平等」，要非「結果平等」。每個人之個性、能力不同，當目標指向「結果平等」，要讓所有個人之生活不生落差時，勢須廣泛限制自由之活動範圍，此非重視自由之近代人權觀所能接受者。然而，在現實不平等之社會狀況中，個人即使形式上或法上受機會平等之保障，實質上卻未能真正享有可以發展自我之機會平等，導致結果不平等之情況層出不窮。此種現象持續惡化，迨 19 世紀後半葉終於造成貧富差距懸殊等嚴重問題，非設法解決不可。職是之故，如何讓具有潛在能力，卻因欠缺財力或外在條件而無法發揮者，能真正運用機會平等加以實現，乃成為時代之重要課題<sup>7</sup>。以出發點上實質之機會平等彌補形式平等之不足，有助於紓解結果不平等之問題。雖然，對先天或後天能力處於弱勢者而言，僅自實質之機會平等角度設想，尚難助其從結果不平等中脫困。此種情形之結果不平等，甚至可能違反個人尊嚴或人性尊嚴，如何具有正當性？有鑑於此，本席認為實質平等之射程範圍固然以機會平等為主，但不應將結果平等完全排除在外。當代立憲國家重視社會權保障，關心身心障礙者、少數民族、老人及兒童之人權，而採取之各種保障政策及措施，不正是出於此等考量？

無論如何，解釋上我國憲法第 7 條之規定應該首重形式平等，而必要時得基於實質平等理念予以相對化，殆無疑義。憲法增修條文第 10 條第 6 項規定：「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。」其所以特別強調「促進兩性地位之實質平等」，

---

<sup>7</sup> 高橋和之著，立憲主義と日本國憲法，有斐閣，2006 年初版第 3 刷，頁 130、131。

寧非因為考量憲法第7條原本保障之形式平等已然不足，有以致之？補充一言，實質平等與相對平等固屬兩種不同層面之概念，卻非毫無交集。基本上，在相對平等觀念下允許「合理之差別待遇」，而判定系爭規定是否屬於「合理之差別待遇」時，必須盡可能考量實質平等之旨趣。甚至可以說，當判斷實際採行之差別待遇是否合理時，實質平等是一個重要之考量因素。