

釋字第 760 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

警察人員人事條例第 12 條第 1 項第 3 款規定，特種考試警察人員考試三等考試（簡稱警察三等特考）筆試錄取並經訓練期滿成績及格者，取得警正四階之任官資格。而警察人員人事條例第 11 條第 2 項（即系爭規定）明定：「警察官之任用，除具備前項各款資格之一外，職務等階最高列警正三階以上，應經警察大學或警官學校畢業或訓練合格；職務等階最高列警正四階以下，應經警察大學、警官學校、警察專科學校或警察學校畢業或訓練合格。」依此，警大或警官學校（即原中央警官學校，84 年更名為中央警察大學，簡稱警大）畢業生通過警察三等特考，即可順利取得職務等階最高列警正三階以上之部分職務（如巡官）任用資格；至非警大或警官學校畢業之通過警察三等特考者，則須經警大或警官學校訓練合格（警察人員人事條例施行細則第 4 條第 2 項第 2 款參照），始能取得職務等階最高列警正三階以上之部分職務任用資格。

本號解釋文宣告：「警察人員人事條例第 11 條第 2 項未明確規定考試訓練機構，致實務上內政部警政署得將公務人員特種考試警察人員考試三等考試筆試錄取之未具警察教育體系學歷之人員，一律安排至臺灣警察專科學校受考試錄取人員訓練，以完足該考試程序，使 100 年之前上開考試及格之未具警察教育體系學歷人員無從取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資格，致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇，就此範圍內，與憲法第 7 條保障平等

權之意旨不符。」多數意見除審究法條規定之內容外，並正視實務之運作情形，從而作成系爭規定部分違憲之結論。其中涉及權利之競合、平等權之審查及違憲判斷之方法等問題，有加以論列之必要，爰提出協同意見書。

一、平等權與應考試服公職權之競合

憲法第 18 條規定人民有應考試服公職之權，第 7 條保障人民平等權。警察人員為憲法第 18 條所稱之公職，人民自有平等參加警察人員考試，及格後平等取得擔任警察職務之權，要無疑義。

因系爭規定及其實務運用結果，100 年之前警察三等特考及格者，如為警大或警官學校畢業生，皆可順利取得職務等階最高列警正三階以上之部分職務（如巡官）任用資格；反之，如為未具警察教育體系學歷之一般生，或警專、警察學校（即臺灣警察學校，77 年改制為臺灣警察專科學校，簡稱警專）畢業生，則一律未安排至警大訓練，致不能取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資格。此等情形，同時涉及應考試服公職權及平等權之侵害問題。判斷系爭規定是否違憲時，究應針對應考試服公職權或平等權加以審查，抑且二者應一併為之？

按基本權侵害事件有時純屬平等權問題，有時僅涉及自由權、參政權或社會權等實體基本權問題，有時亦可能同時包括平等權與實體基本權問題，而產生競合現象。關於平等權與實體基本權之競合一事，在違憲審查上可能出現之處理方式有四種：一、差別禁止當然涵蓋於實體基本權之意義中，僅審查實體基本權部分。二、實體基本權之侵害為平等權審

查所吸收，僅就平等權加以審查。三、從不同之觀點，將實體基本權與平等權並列審查。四、實體基本權不存在，僅適用平等權。當並列適用時，通常先作實體基本權之審查。不過，另有所謂「基本權利型平等案件」，則須在平等問題之框架內處理。此類案件中之基本權利，在導入「比較」問題後，始能判斷有無權利之侵害，釋字第 610 號解釋屬之¹。

就本案而言，一般生經警察三等特考筆試錄取，於訓練期滿成績及格後，取得警正四階之任官資格，並被任用為職務等階最高列警正四階之職務。此等規定及作法本身，尚未構成應考試服公職權之侵害，而是因為同樣警察三等特考及格之警大或警官學校畢業生，卻能被任用為職務等階最高列警正三階之職務，比較之下，方有造成應考試服公職權受「不平等侵害」之問題。因此，本案應屬「基本權利型平等案件」，審查重點在於平等權。本號解釋於揭示應考試服公職權後，直接進行平等權之審查，堪稱允當。

二、差別待遇之認定

從事平等權之審查時，須先認定有無差別待遇之存在。關於差別待遇之存在與否，往往從法律規定之字面上即可認知，但不以此為限。有時字面上為平等之處理，實際結果卻出現差別待遇現象，亦有必要從實質平等之觀點，就平等問

¹ 釋字第 610 號解釋中，系爭公務員懲戒法有關移請或聲請再審議期間起算日之規定，未區分受懲戒處分人於相關刑事確定裁判之不同訴訟地位，及其於該裁判確定時是否知悉此事實，一律以該裁判確定日為再審議聲請期間之起算日，致未知悉該裁判之確定日者坐失再審議聲請期間，不能聲請再審議。大法官認其「與憲法第 7 條及第 16 條人民訴訟權之平等保障意旨不符」，並於理由書中表示：「憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之程序性基本權，其具體內容，應由立法機關制定相關法律，始得實現。惟立法機關所制定有關訴訟救濟程序之法律，應合乎正當法律程序及憲法第 7 條平等保障之意旨，人民之程序基本權方得以充分實現。」該案可謂透過「比較」始獲致訴訟權受到不平等侵害之結論，應屬「基本權利型平等案件」。關於平等權與其他基本權競合之審查，參照許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 392-396。

題（間接差別待遇問題）加以考察²。

本號解釋理由書首先表示：「查系爭規定就字面而言，仍允許非警大或警官學校畢業生有至警大或警官學校訓練合格後任用為巡官之機會，尚不能逕認構成非警大或警官學校畢業生之差別待遇。」繼則審酌系爭規定之立法背景、警察三等特考之沿革、一般生經警察三等特考筆試錄取後受訓之安排情形，以及內政部警政署對監察院之糾正與有關訴願決定之因應作法，獲致如下結論：「系爭規定雖未明白區分警大畢業生與一般生，然經多年實際適用，就 100 年之前警察三等特考及格者之職務任用及後續晉升而言，已形成對警大及警官學校之畢業生恆為有利，而對一般生恆為不利之規範效果。是系爭規定以有無經警大或警官學校畢業或訓練合格為區分標準，決定是否具有任用為職務等階最高列警正三階以上職務之資格，已構成對一般生之差別待遇，而須接受平等原則之檢驗。」從上開解釋理由書之論述觀之，多數意見似認系爭規定本身尚未直接構成差別待遇，而係實施結果始造成差別待遇，屬間接差別待遇問題。惟系爭規定從字面上已可看出，顯然獨厚警大及警官學校之畢業生，對一般生自始即形成不利之差別待遇，至於考試訓練之安排方式，只是更加證實此一差別待遇之存在而已。

事實上，100 年警察人員考試改採雙軌分流制（一般生參加一般警察特考，警大畢業生參加警察特考）後，無論錄取人數或錄取率，一般生皆遠低於警大畢業生。以 100-104 年警察三等特考為例，一般生之錄取人數平均未達警大畢業生之 4 分之 1，錄取率僅 3.39%，相較於警大畢業生之 75.78

² 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 137。

%，更有天壤之別（105年9月22日「考試院第12屆第103次會議考選部重要業務報告」附表三：「100-104年公務人員特種考試警察人員考試三等考試錄取人員學歷分析」參照）。而且，一般生安排至警大訓練，訓練期程較長，含教育訓練22個月，實務訓練2個月，計24個月，而警大畢業生僅須受實務訓練。是一般生於訓練合格後取得任用為職務等階最高列警正三階以上職務之資格，已較警大畢業生約遲兩年，對初任職務及後續陞遷均造成不利影響。事實證明，學歷之差別待遇存在，甚至使一般生淪為警界之「二等公民」，事態相當嚴重。一般生與警大畢業生之差別待遇自始存在於系爭規定，非實施結果出現之現象，故本案性質上仍係直接差別待遇，而非間接差別待遇問題。

惟縱有差別待遇存在，亦不必然違反平等。因憲法保障之平等基本上係相對平等，而非絕對平等，並未禁止一切差別待遇。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³。亦即，在相對平等概念下，允許合理之差別待遇。釋字第750號解釋稱：「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。」即表明此一旨意。基本上，立憲主義固然首重形式平等，但必要時得基於實質平等理念予以相對化。亦即，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

³ 芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005年第3版第7刷，頁124。

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。

三、差別待遇合理性之判斷架構

判斷差別待遇是否具備合理性時，宜就比較之對象、差別之基礎、權利之性格及目的手段審查等事項依序為之⁴。以下即循此方式，就本案加以論述：

一、比較之對象：平等權係與他人比較而生之權利，故首先須確定「誰與誰」比較。蓋何種權利受何種程度之不平等對待，會因比較對象之不同而有差異。本案聲請人為一般生，與警專或警察學校畢業生相同，經公務人員特種考試警察人員考試三等考試筆試錄取後，一律未被安排至警大訓練，致無法取得職務等階最高列警正三階以上之職務任用資格。反之，警大或警官學校畢業生皆可順利取得職務等階最高列警正三階以上之職務任用資格。經過三等特考及格，警專或警察學校畢業生與一般生之命運一樣，二者之間並無違反平等原則之現象，無從藉由彼此比較而得出平等權受侵害之結論，警專或警察學校畢業生自非一般生比較之對象。而在應考試服公職上，相較於一般生，警大或警官學校畢業生顯然受到有利之對待，將其列為一般生比較之對象，事屬當然。

二、差別之基礎：其次，須考量係基於何種事由而為差別待遇。例如，美國判例理論上認以人種為理由之差別待遇屬於「可疑分類」(suspect classification)，應受嚴格之審查。本席認為，差別事由為憲法第7條列舉之男女、宗教、種族、階級或黨派者，鑑於該等事由係憲法所特別重視，原則上亦

⁴ 同註2，頁137-139。

應採取較嚴格之審查。至若有關社會經濟政策之規制立法，則宜按個案狀況採取較寬鬆之審查。本案系爭規定係以學歷（且針對特定學校）為由，在警大畢業生與非警大畢業生間形成差別待遇，如同階級或出身門地之差別待遇，實與民主理念大相背離，理應採取較嚴格之審查。

三、權利之性格：差別待遇涉及之權利種類為何，亦與審查基準之寬嚴密切關聯。在美國，若屬基本權利（fundamental rights）之差別待遇，則受嚴格之審查，如投票權及精神自由權等皆然。本席認為，依據雙重基準理論之旨趣，關於精神自由之差別待遇，應予嚴格之審查；反之，關於經濟自由之差別待遇，則採取較寬鬆之審查。至於參政權方面，因攸關民主之運作，原則上宜比照精神自由處理。本案之差別待遇涉及應考試服公職權，屬廣義參政權之問題，從民主角度考量，自應為較嚴格之審查。

四、目的手段審查：法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為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（司法院釋字第 682 號、第 694 號、第 701 號、第 719 號、第 722 號、第 727 號、第 745 號及第 750 號解釋參照）。亦即，立法目的（設定差別處理之目的）須正當，至於是否正當，則因差別基礎及權利性格之差異，而有不同之標準。又手段（具體處理上之差別）與目的間須達到何種程度之關聯性，方具備「適合性」，亦因案件類型而有不一樣之要求。美國判例理論形成三階段審查基準，分別為嚴格審查（必要不可或缺之公益基準）、中度審查（實質合理關聯性基準）及合

理性審查（合理性基準）⁵。過去大法官所作解釋亦常參照美國判例理論，依案件性質或採實質合理關聯性基準（如釋字第 649 號、第 694 號、第 696 號及第 701 號解釋），或採合理性基準（如釋字第 565 號、第 635 號、第 647 號、第 648 號、第 688 號、第 722 號、第 745 號及第 750 號解釋）。如前所述，本案系爭規定之差別待遇，係以學歷為差別之基礎，且涉及之權利係具有廣義參政權性質之應考試服公職權，理應採取較嚴格之審查基準。本號解釋表明：「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。」其適用實質合理關聯性基準，應屬妥適。

四、實質合理關聯性基準之適用

依據實質合理關聯性基準，立法目的須具重要性，亦即差別待遇之目的係為重要公益。而且，差別手段與目的之達成間亦須符合實質關聯之要件；其審查重點在於手段與目的間有無密接的適合性（close-fitness），抑或兩者間是否不相稱（misfit）⁶。

系爭規定之立法目的是否具有重要性，本號解釋並未言明。查系爭規定於 65 年 1 月 17 日制定公布時，原為配合警官學校與警察學校教育之不同，而區別警官與警員之任用資

⁵ 關於三階段審查基準之理論，詳參許志雄著，同註 1，頁 401-403。

⁶ 戶松秀典著，平等原則と司法審査，有斐閣，1990 年，頁 102、103。

格。其立法理由略稱：「警察人員執行職務，行使職權，須具專業技能與學識。故警察法及警察教育條例規定，警察人員之任用以曾受警察教育為限，并在遴用前由國家設置專門學校以培育之。……現行警察教育制度，中央設警官學校，省（市）設警察學校。……中央警官學校辦理高級警察教育，培植中級以上警察幹部，……省（市）警察學校辦理初級警察教育，培植基層人員……。故而差別規定其任官資格，以符訓、用合一精神，嚴格區分官、警界限。」當時警察人員之任用資格由警察教育體系壟斷，有無侵害其他人應考試服公職權，姑且不論。在此前提下，其為警察任務之達成，依訓用合一精神，於警察教育體系內區分警官與警員之培植，進而差別任官資格，以任用具備一定專業技能與學識之警察人員。就立法目的而言，謂其差別待遇係為追求重要公益，尚無不可。惟自開放未具警察教育體系學歷之一般生報考警察三等特考後，立法事實改變，原來之立法目的已失所附麗，難謂正當。

系爭規定獨厚警大及警官學校之畢業生，對一般生構成不利之差別待遇，乃不爭之事實。其差別待遇之目的為何？恐怕僅剩刻意保護警大及警官學校之畢業生而已，如此有何重要公益，殊難想像⁷。僅憑此點，系爭規定即有違憲之嫌。或謂系爭規定既有「訓練合格」之明文，可作為警大或警官學校畢業學歷之替代手段，足以彌補學歷之差別待遇。然 100 年之前考取警察三等特考之一般生，均被安排至警專受訓，致無從取得派至警大完成考試訓練之機會。所以如此，除有

⁷ 為立法目的之認定時，法律本身明示之目的固為最有力之證據，但其他如立法草案之說明及立法過程之記錄，亦不可忽略，而法律適用之結果，同樣可作為證據。參照平地秀哉著，憲法上の平等保障と立法目的の審査，早稻田法學第 77 卷第 2 號，2002 年，頁 152、153。

關機關之心態及作法可議外，系爭規定未明定警察三等特考筆試錄取之一般生一律安排至警大訓練，更是問題之癥結。所謂「訓練合格」，根本是掩人耳目之手法；其立法之初，動機與目的不純，欠缺正當性。因此，從差別待遇之立法目的審查，系爭規定已可認定違憲。

內政部警政署辯稱，99年以前之訓練處置，乃基於維持警察養成教育制度、警大容訓量有限，及巡官等職務缺額有限等三項考慮。就此，本號解釋理由書不厭其煩，一一加以駁斥，並認定：「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。」嚴格言之，「擇優選才」乃考試之目的，非系爭規定差別待遇之立法目的。多數意見對實質合理關聯性之適用手法，恐未盡允當。

五、違憲判斷之方法

違憲判斷之方法主要分成法令違憲與適用違憲兩種，前者係指系爭之法令本身違憲，後者則係法令本身未經判斷違憲，但在該法令適用於一定之具體事件限度內認定為違憲。法令違憲有全部違憲與部分違憲之分，若為部分違憲，則其他部分仍屬有效⁸。無論在採附隨違憲審查制或抽象違憲審查制之國家，法令違憲均屬常用之違憲判斷方法。而適用違憲之概念未必明確，且類型不一。基本上，適用違憲包括下列三種類型：一、法令兼含可能合憲適用與違憲適用之部分，二者具不可分之關係，無法切割作成合憲限定解釋時，於其事件之解釋適用上涉入違憲部分限度內為違憲。二、法令可

⁸ 青柳幸一著，法令違憲·適用違憲，收於芦部信喜編「講座憲法訴訟（第3卷）」，有斐閣，1987年，頁7、8。

能作成合憲限定解釋，但法令之執行者能為而不為，卻超出合憲適用範圍，為違憲之適用時，其適用行為違憲。三、即使法令本身合憲，執行者卻以侵害憲法所保障之權利自由方式適用該法令時，其解釋適用行為違憲。惟美國因採附隨違憲審查制，違憲判決原則上僅具個別效力，故憲法判例中，即使實質上屬法令違憲之判決者，其判決文亦會有「在適用於上訴人之限度內違憲」之表現方式，彷彿是適用違憲之判決。此際，須依判決之本旨，就其係屬法令違憲或適用違憲，為實質之判定⁹。我國因採抽象違憲審查制，且未如德國設有憲法訴願制度，故實務上僅有法令違憲之解釋，而無適用違憲之解釋。

依本號解釋文之意旨，因系爭規定未明確規定考試訓練機構，致警察三等特考筆試錄取之一般生，無論安排至警大或警專訓練，皆有可能。其容許安排至警專受訓部分，使一般生遭受不利差別待遇，與平等權之保障有違。其餘部分，亦即安排至警大受訓部分，自屬合憲。本號解釋採取法令部分違憲之判斷方法，應無疑義。本案有關訓練之違憲判斷，若在附隨違憲審查制國家，亦有可能採取前揭第二種類型之適用違憲判斷方法，但於我國之抽象違憲審查制下，唯有採取法令部分違憲之判斷方法。然如前所述，若徹底追究，問題之主要癥結在於學歷，而非訓練。系爭規定以學歷為差別事由，自始獨厚警大及警官學校之畢業生，而對一般生形成不利之差別待遇，照理應為全部違憲之判斷。

最後，本號解釋為予聲請人救濟，另釋示：「行政院應會

⁹ 芦部信喜著，憲法判斷の方法——猿払事件1審，收於高橋和之、長谷部恭男、石川健治編「憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕」，有斐閣，2007年，頁444、445。

同考試院，於本解釋公布之日起 6 個月內，基於本解釋意旨，採取適當措施，除去聲請人所遭受之不利差別待遇。」本席認為，其他類似情形之一般生固未包含在內，但基於應考試服公職權之平等保障原則，有關機關亦應主動採取適當之補救措施。又 100 年警察人員考試改採雙軌分流制後，違反平等原則之問題依舊存在，系爭規定應儘速修正，以終結學歷所造成之不合理差別待遇。惟不容諱言，現行警察人員之培育養成及進用陞遷制度蘊含諸多問題，影響警界生態之健全發展，必須通盤檢討改革。將警大脫離一般教育體系，改為警察之職前訓練及在職進修教育機構，並將現行專為警大生設計之「教考用」政策廢止，回歸一般公務人員之「考訓用」正軌，或許不失為根本解決問題之道。