

釋字第 760 號解釋協同意見書

黃昭元大法官提出

詹森林大法官加入

一、本號解釋之立場及主要理由

[1] 本號解釋多數意見認為警察人員人事條例第 11 條第 2 項規定（下稱系爭規定），在民國 100 年警察人員考試改採警大生（包括警察大學或警官學校畢業生）與一般生（指不具警察教育體系學歷人員）分別考試的「雙軌進用、考選分流」制之前，由於內政部警政署（下稱主管機關）故意、長期並一律將同一考試筆試錄取，非警大畢業的一般生¹送至警專訓練，以致在 100 年之前，上述一般生均無法「在警大完成考試訓練」，從而只能取得系爭規定後段「職務等階最高列警正四階以下」之職務任用資格。與之相比，同一考試筆試錄取的警大生則可自動、一律取得系爭規定前段「職務等階最高列警正三階以上」之職務任用資格。多數意見進而認定：在 100 年之前，（表面中立之）系爭規定經多年實務運作結果，已形成以「警大畢業或訓練合格」之資歷為分類，而對不具上述資歷之一般生，造成其應考試服公職權²遭受系統性之不利差別待遇。本號解釋因此宣告系爭規定違反憲法第 7 條平等權³（單純違憲宣告），並要求有關機關自本解釋公布之日

¹ 同一考試筆試錄取之警專生（包括警察專科學校或警察學校畢業生），雖也同樣無法至警大接受考試訓練，以致受有類似之不利差別待遇。但因本件原因案件都是非警察教育體系（包括警官、警大、警專、警校）畢業之一般生，因此本號解釋在形式上並未將處於類似情形之警專生納入審查範圍。

² 多數意見在此使用「應考試服公職權」之用語，並不是將之視為同一種權利，而是因為系爭規定之長期適用結果，使 100 年之前筆試錄取的一般生，雖然參加同一考試，最後形式上也同樣考試及格，卻因為考試訓練地點不同，以致其考試及格結果所連結的未來職務任用資格，相對不利。這是先歧視了一般生的應考試權，再連動歧視其服公職權。在本案，兩種權利不僅都受到歧視，也必然需要連結分析，才能確認這兩種權利都受到歧視，而有其內在關連。在此意義上，本案並無區別應考試權及服公職權之必要與實益，多數意見因此連結使用「應考試服公職權」之用語。

³ 雖然本案涉及一般生的應考試權及服公職權，但多數意見僅以平等權為本案之

起 6 個月內，採取適當措施，除去聲請人所遭受之不利差別待遇（個案救濟）。⁴

[2] 本席意見：本席支持上述解釋結論，並擬針對本案所認定的歧視類型及救濟方式，表示以下補充性的協同意見。

二、本案所涉之歧視類型：差別影響歧視（間接歧視）

[3] 多數意見認為系爭規定之所以違反平等權，並不是其規定在表面上即有差別對待（disparate treatment），而是「經多年實際適用」（解釋理由書第 7 段），使 100 年之前上開考試及格之一般生無法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，而在此範圍內，宣告系爭規定違反平等權保障。（參解釋文第 1 段、解釋理由書第 10 段）

[4] 「新」的歧視類型：上述意義下的歧視應該是本院歷來有

審查依據。這是因為系爭規定對於一般生應考試及服公職權之「限制」，就是來自（實務運作下）的分類及差別待遇，在此意義上，本案可說是平等權侵害之案件類型。關於這點在方法上的討論，參，黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查：從釋字第 649 號解釋談起，法學新論，7 期，頁 17、19-23，（2009）。

⁴ 至於一般生就算能到警大接受考試訓練，如參照 106 年度之訓練計畫，其訓練內容包括教育訓練（22 個月）與實務訓練（2 個月），參 106 年公務人員特種考試一般警察人員考試錄取人員訓練計畫，第三點，106 年 5 月 19 日保訓會公訓字第 1060007131 號函，

<http://www.csptc.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=971&Page=11770&Index=-1>

（最後瀏覽日：2018/01/24）。警大生得免除上述教育訓練，只需接受 2 個月的實務訓練。至於警專生，則需接受 10 個月教育訓練及 2 個月實務訓練。參 106 年公務人員特種考試警察人員考試錄取人員訓練計畫，第四點，106 年 5 月 19 日保訓會公訓字第 1060007131 號函，

<http://www.csptc.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=970&Page=11766&Index=-1>

（最後瀏覽日：2018/01/24）。對於上述考試訓練期間之差別對待規定，以及必然導致的實際任官時間點之不同（警大生最早，警專生其次，一般生最晚）與後續職務派任（職缺及機會）、晉陞時點等可能發生之差別影響，本號解釋並未納入審查範圍，因此也就沒有進一步或另外評價上述期間差別之合憲問題。依本席之見，由於多數意見並未根本質疑以「警大」畢業或訓練合格為區別標準，及其所連結之差別待遇（即：警大畢、結業才能當警官，警專畢、結業只能當警員），在此前提下，本席認為：多數意見對於上述期間之差別，於合理範圍內（如差別 2 年，而非差別 5 年），應會仍予以容忍。

關平等權解釋中，還不曾出現的新類型，雖然在比較憲法的學理及實踐上早已有之。過去本院解釋所認定的歧視，多為法律上歧視（*de jure* discrimination），也就是法規範本身在表面上（*facially*）就有差別對待（*disparate treatment*）。例如法規範使用種族等分類，並有差別對待的不同法律效果。至於本案所認定的歧視，則屬於：法規範本身在表面上中立（*facially neutral*），並未使用某項分類（如種族），然實際適用結果，卻對某些群體造成系統性的不利差別待遇，此即事實上歧視（*de facto* discrimination）⁵。在比較法上，有稱為差別影響歧視（*disparate impact discrimination*）⁶，亦有稱為間接歧視（*indirect discrimination*）⁷。

[5] 與適用上違憲之比較：在憲法上，差別影響歧視是法規範適用結果所造成的通案性（或一般性）不平等，以致違憲。這和抽象法令在「個案」適用結果所生之適用上違憲

⁵ 釋字第 666 號解釋理由書第 3 段：「...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。...」似乎認為社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定，對從事性交易之男女均予處罰，在表面上並未使用性別分類；但其適用結果，「無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰」，而可能構成對女性的事實上歧視。不過，釋字第 666 號解釋最終仍以「罰娼不罰嫖」的形式不平等為由，認為上述法律規定違反平等權，而非兼以事實上的性別歧視為由。但這號解釋應該是迄今最接近本號解釋立場的先例。

⁶ 「差別影響歧視」是美國法（如 Civil Rights Act 及相關判決）之用語，相關介紹及討論，參，例如，黃昭元，論差別影響歧視與差別對待歧視的關係：評美國最高法院 *Ricci v. DeStefano* (2009) 判決，中研院法學期刊，11 期，頁 1、6（註 4）、22-23（2012）。

⁷ 受到美國法之影響，英國於 1970 年代也立法承認類似概念，但改稱為 *indirect discrimination*（間接歧視），如 Sex Discrimination Act, 1975, c.65 § 1(b), Race Relations Act, 1976, c.74, § 1(1)(b) 等。之後，歐洲法院（European Court of Justice）在男女同工同酬案件，歐盟法有關種族平等、性別、性傾向、宗教、身心障礙等之就業歧視法規，也都採取間接歧視的概念及用語。See Bob Hepple, *The European Legacy of Brown v Board of Education*, 2006 UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW 605, 608-609 (2006). 澳洲法的相關討論，see TARUNABH KHAITAN, *A THEORY OF DISCRIMINATION LAW*, Oxford: Oxford Univ. Press, 73-75 (2015).

(*unconstitutional as applied*) 仍有不同。後者不以平等權案件為限，即使是在平等權案件，也不以有系統性的差別影響（即適用結果具有通案性）為其要件；而是純粹在「個案」適用結果出現過度限制（在自由權案件）或明顯不公（在平等權案件），以致違憲。未來我國如修法採取裁判憲法審查的訴訟類型，大法官即可進一步正式審理裁判結果所涉之單純適用上違憲爭議。

[6] 事實上歧視的類型：我國憲法第 7 條所禁止的歧視，是否包括事實上歧視（或稱事實上不平等）？向有爭議。本席認為，所謂事實上歧視，在概念上可能包括以下四種次類型：

（1）表面中立的國家法令之實際適用結果，發生系統性的差別影響，例如本案之情形。（2）過去的國家歧視行為雖然已經結束，但其歧視後果（consequence）或影響（impact）（指事實性後果，而非規範效果）仍延續至今，例如過去曾存在的歧視女性或原住民法令雖然早已經廢除，甚至當初的被害人已經不復生存，但所造成的結構性不利影響（包括外溢至非實際被害人、跨世代的不利影響），至今猶然。（3）私人所為之社會性歧視，因此對於某些群體人民造成長期、固定性的不利影響。（4）先天或後天原因所致個人或群體的不利地位，例如身心障礙、貧窮、城鄉差距等因素所致之政經社地位的結構性不平等。⁸本號解釋所認定的事實上歧視即屬上述第（1）種情形，也應該是爭議較小的類型。至於上述第（3）及（4）種類型，基於權力分立之考量，原則上應該先由政治部門（立法及行政機關）透過立法或預算等手段為第一次規制或救濟，較難由法院直接依據憲法平等權進行調整。至於上述第（2）種類型，則屬灰色空間。立法先行固然較妥，但仍有透過憲法解釋予以調整的空間。受限於原因案件事實，本號解釋先僅承認上述第（1）種類型。至於其餘類型就留待日後另有適當案例時，再一一認定或釐清。

[7] 差別影響歧視的客觀要件：在方法上，即使認為憲法第 7

⁸ 參黃昭元，前註 3 文，頁 28-29。

條的平等權保障及於本案所涉及的差別影響歧視，法院仍將面臨如何認定其成立要件及後續舉證等問題。在比較憲法的學理及實務上，類似本案的差別影響歧視要件夙有爭議，各國立場亦不完全相似。其中較無爭議的應該是客觀要件部分，一般而言，要認定差別影響歧視成立，必須是原本表面中立的法令之適用結果，對於某一群體人民，產生明顯不成比例的不利差別待遇。例如表面上採取某種無關種族身分的考試方法，結果是某一種族考生的錄取比例明顯不成比例地高於（或低於）其他種族。⁹

[8] 主觀要件：比較有歧異的是主觀要件部分，亦即是否要求立法者（或執法者）在制訂（或執行）相關法令時，應具有隱藏的歧視故意，始足以成立差別影響歧視，這則有不同立場。在美國，聯邦最高法院目前仍認為單單（solely）有不成比例的影響（disproportionate impact），仍不當然違反美國憲法增補條文第 14 條之平等保障；原告必需證明系爭法律或公權力措施具有主觀的歧視目的（purpose）或意圖（intent），才能證立有（憲法上的）差別影響歧視存在。¹⁰但在法律層次，民權法（Civil Rights Act）及法院相關判決則不以上述主觀歧視故意為必要，而容許原告得僅憑存在有不成比例的差別影響，即主張被告違反法律上的平等保障。換言之，此種差別影響歧視將成為一種純考量適用結果的客觀歧視。¹¹

⁹ 至於如何證明系爭差別影響已達「統計上顯著（statistically significant）」的程度，以及在訴訟上的舉證責任分配等問題，則屬進一步的難題。參黃昭元，前註 6 文，頁 22-23、27-32。

¹⁰ See *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 239 (“our cases have not embraced the proposition that a law or other official act, without regard to whether it reflects a racially discriminatory purpose, is unconstitutional *solely* because it has a racially disproportionate impact.”) & 241 (“This is not to say that the necessary discriminatory racial purpose must be express or appear on the face of the statute, or that a law's disproportionate impact is irrelevant in cases involving Constitution-based claims of racial discrimination. A statute, otherwise neutral on its face, must not be applied so as invidiously to discriminate on the basis of race.”) (1976)(*Italic original*)

¹¹ 參黃昭元，前註 6 文，頁 6-7。

二、本案構成故意的差別影響歧視

[9] 本案之類型特徵：如以上述要件來看，本案應該是差別影響歧視的簡易類型，相當容易認定。查相關機關長期將一般生一律送到警專接受考試訓練，這已不只是不成比例的影響，而是全面性的排斥。故就認定本案是否有系統性的不利差別影響而言，實在毫無困難，這是就客觀要件而言。至於在主觀要件方面，主管機關始終堅持行政一致性的理由，顯見這確實是出於其明確的政策決定，既非個案，亦非偶然。甚至在監察院糾正，一般生提起訴願獲得對之有利的訴願決定，再經考試機關（考試院保訓會）介入協調，將聲請人二安排至警大參加特別訓練班後，主管機關仍堅持這項特別訓練不是考試訓練（參解釋理由書第7段），致參加特別訓練後的一般生仍無從取得與同一考試及格之警大生相當的職務任用資格。本案先有立法院修法開放一般生報考警察，以增加警察來源之多元性；後有監察院、考試院兩個國家一級機關之分別糾正、訴願決定與協調補救措施，仍都無法打開一個國家三級機關（行政院內政部警政署）所構築的警大王國之偏門（相較於警大畢業之堂堂正門，警大訓練合格算是取得相同職務任用資格的偏門）。如此堅持，不僅顯示主管機關確實有主觀歧視故意，甚至可說是毫不掩飾的歧視敵意（hostility）。

[10] 以本案而言，本席認為：本號解釋多數意見至少已經承認「具有主觀故意」的差別影響歧視類型，至於無法證明有主觀故意的純粹客觀歧視，是否也屬憲法第7條所禁止的歧視？因不在本件審理範圍，多數意見對此故意保持沈默，留待他案再決。

三、系爭規定是否表面中立？

[11] 本號解釋之認定系爭規定違反平等保障，固然是以主管機關長期實施系統性歧視的行政實踐為主要理由。但如深入分析系爭規定本身，本席認為：系爭規定本身也不是完全無任何分類及差別待遇，而真的是那麼無辜的表面中立。

[12] 系爭規定的分類及差別待遇：系爭規定在表面上其實就有分類及差別待遇，即限於「警大」畢業或訓練合格（畢業或結業）者，才能（但非必然）取得「職務等階最高列警正三階以上」之職務任用資格；假使只到警專接受考試訓練，就僅能取得「職務等階最高列警正四階以下」之職務任用資格。如對照本號解釋附件之「警察官職務等階表乙、地方警察、消防機關學校職務等階表之九」，即可得知：警正四階巡官與警正四階警員雖然在官等上同屬警正四階，然警正四階對於巡官職務而言，是有向上發展可能的樓地板（無須其他考試，即可升為警正三階）；對於警員而言，則屬到頂的天花板（非經另外考試，否則無從升為警正三階），這是系爭規定本身就已存在的表面差別對待。不過，由於系爭規定前段之效果，並未僅開放給警大畢業生（正門），而仍留有警大訓練合格之替代途徑（偏門），故此項分類尚未必會對非警大生造成阻斷性的不利差別待遇。多數意見對此表面的差別對待，也予以容忍。¹²就此而言，系爭規定應該不算是最典型的「表面中立」規定。¹³

[13] 假如主管機關在執行相關規定時，也將同一考試筆試錄取的一般生送至警大接受考試訓練，則系爭規定就不至於出現明顯不利差別待遇的後果。然因為有上述主管機關故意歧視的行政實踐，以致引發了系爭規定所內含的上述「樓地板 v. 天花板」的差別待遇，此正是本案之關鍵爭點所在。

四、系爭訓練計畫的性質

[14] 本號解釋多數意見係宣告系爭規定加上主管機關的長

¹² 參解釋理由書第7段：「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。…」另參前註4。

¹³ 如果系爭規定沒有警大畢結業的資格限制，而是規定「凡三等警察人員考試及格者，一律取得警正四階之職務任用資格」。而主管機關在派任職務時，始一律將警大生派任警正四階巡官，並將一般生都派任警正四階警員。如此規定才會是真正表面中立的規定（因沒有採取「警大畢結業」的分類），且如此行政實踐，也就會是典型的差別影響歧視。

期行政實踐，始形成差別影響歧視而違反平等權，並不是直接或單獨宣告主管機關的上述行政實踐違憲。這固然是受限於本院釋憲仍屬抽象審查所致，但也和系爭訓練計畫的法律性質有關。按主管機關是依各該年度之「公務人員特種考試警察人員考試錄取人員訓練計畫」（參解釋理由書第 1 段），將相關一般生送至警專接受考試訓練，此外並無其他一般的法規命令為其執行依據。由於上述訓練計畫僅適用於筆試錄取之特定多數考生，性質上為一般處分，而非抽象命令，因此本院無從受理並宣告訓練計畫違憲。（參解釋理由書第 11 段）然由於主管機關歷年均如此實施，甚至主張這是基於行政一致性所為，顯然已形成一般性政策，而不只是針對特定多數人重複所為之個案性決定，更非偶然性的個案適用結果。惟由於主管機關未將上述差別影響之行政實踐，形諸於明確文字或一般性規定，故本院無法將之當成是具有一般性效力的法規命令或行政規則，進而直接或單獨宣告此種抽象規範違憲；反之，本院只能將上述行政實踐的效果，與系爭規定連結，進而認定系爭規定之多年運作結果，對於一般生發生系統性的不利差別影響，並違反憲法平等權之保障。

[15] 本號解釋所宣告違憲的上述行政實踐，固可理解為系爭規定的系統性適用結果，但由於具有持續性（至 99 年止，至少曾發生約 10 年）、一致性（所有一般生一律送警專訓練，沒有例外），而且是主管機關基於行政一致性的故意所為，可見主管機關對之應有其自己堅持的法效果意思。如從法源或法規範的形式來說，此項行政實踐應該不只是不具法效力的單純事實上慣行（usage），而可認為是主管機關基於法之確信（*opinio juris*），所形成之具有強制力的不成文規則，其位階相當於命令。如果我們能略略突破傳統抽象審查客體的概念框架，不以形式意義的成文法為限來理解違憲審查的客體，或更能明白本號解釋多數意見為何要宣告「系爭規定加上其長期行政實踐」違憲。

五、本號解釋之違憲宣告類型及救濟

[16] 單純違憲宣告：就解釋結果而言，本號解釋雖宣告系爭規定之適用結果違憲，但並未同時諭知系爭規定應立即或定期失效，故仍屬學理上所稱之單純違憲宣告。如與釋字第 457 號解釋¹⁴相比，本號解釋並未要求有關機關修法，這是因為本案之歧視屬於適用結果的事實上歧視，而非表面上有差別對待的單純法律上歧視。就此而言，修法並非本案所必要的救濟方式。

[17] 個案救濟：惟多數意見考量本案聲請人如要就各該確定終局裁判提起再審，其中有人已逾行政訴訟法第 276 條所定 5 年再審期間；又以再審救濟聲請人，容有更加拖延或難以提供實際有效救濟之疑慮；加上聲請人所欠缺之「在警大接受考試訓練」資歷，最終仍須由有關機關（行政院及考試院相關部會）會同協調，才能針對目前在職的聲請人等之不同情形，提供確實有效的具體補救措施。因此多數意見進一步要求有關機關，必須針對原因案件，在 6 個月內，採取適當措施以除去歧視結果或狀態，此屬個案救濟之諭知。過去本院在釋字第 720、747 及 757 等號解釋，亦曾針對各該原因案件之不同情形，分別諭知不同的個案救濟方式。本號解釋延續此一方式，提供再審以外的個案救濟方式，並課予有關機關有消除既存歧視的積極作為義務，應該是比修法更具體、也更有實益的救濟方式。

¹⁴ 釋字第 457 號解釋文：『...上開房舍土地處理要點第四點第三項：「死亡場員之遺眷如改嫁他人而無子女者或僅有女兒，其女兒出嫁後均應無條件收回土地及眷舍，如有兒子准由兒子繼承其權利」，其中規定限於榮民之子，不論結婚與否，均承認其所謂繼承之權利，與前述原則不符。主管機關應於本解釋公布之日起六個月內，基於上開解釋意旨，就相關規定檢討，妥為處理。』雖訂有期限要求主管機關檢討修正相關命令，但並未宣告逾期未修正時，系爭命令將失效，故仍屬（附期限的）單純違憲宣告。另釋字第 745 號解釋亦屬類似類型的違憲宣告。