

釋字第 760 號解釋 部分協同意見書

湯德宗大法官提出
詹森林大法官加入六、部分

本解釋堪稱本院就某項表面上中性之法規，以其適用之結果對於特定群體之成員產生顯著「差別影響」(disparate impact) 為理由，而將法規宣告違憲之首例¹，對深化我國憲法上平等權之保障，尤其開發所謂「隱藏性的歧視」(hidden discrimination) 或稱「間接歧視」(indirect discrimination)，具有指標性的意義。本席贊同本解釋宣告警察人員人事條例第 11 條第 2 項規定違憲之結論，並參與形成可決之多數；惟其中若干關鍵問題及部分論理，本席以為猶需辨正補充，爰提出部分協同意見書，說明如后。

一、本解釋之客體（解釋標的）為何？

本解釋釋示：「警察人員人事條例第 11 條第 2 項²未明確

¹ 本院釋字第 666 號解釋固曾考量系爭法社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款實際適用之結果，以作成解釋（理由書第 3 段謂：「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」），惟該規定僅處罰意圖得利而與人姦、宿者，而不處罰支付對價之相對人（所謂「罰娼而不罰嫖」），顯然涉及差別待遇，並非表面上中性之規定。

至本院釋字第 490 號解釋中兵役法第 1 條（中華民國男子依法皆有服兵役之義務），表面上固屬中性之規定，然該解釋拒不考量其適用之結果是否對於特定宗教信仰者（聲請人為耶和華見證人信徒）已造成顯著不利之影響（解釋文謂：系爭規定「係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果」）。

² 警察人員人事條例第 11 條第 2 項：「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」。

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」(解釋文第 1 段參照)。據上，本件解釋之客體(即經大法官審查並宣告違憲之標的)為警察人員人事條例第 11 條第 2 項之規定(下稱系爭規定)，了無疑問。

二、系爭規定如何違憲？

然系爭規定何以違憲？乍看之下，前揭解釋文似是指摘系爭規定因「未明確規定考試訓練機構」，立法有所疏漏。惟細閱全文，本解釋並未指謫系爭規定未明定考試訓練機構「顯屬立法上之重大瑕疵」(本院釋字第 477 號及第 748 號解釋對照)，亦未諭知「有關機關應自本解釋公布之日起一定期間內，依本解釋意旨，妥為修正系爭規定」(本院釋字第 455 號、第 477 號及第 748 號解釋對照)，足見系爭規定本身未必存有違憲之瑕疵。此由解釋理由書第 7 段首句：「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」，可進一步佐證。是則系爭規定究竟何以違憲？

按前揭解釋文於指摘系爭規定「未明確規定考試訓練機

構」後，續謂：「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」。由此可見，本解釋宣告「系爭規定」違憲乃鑑於其實際適用所產生之不公平結果！

三、系爭規定實際適用結果(違憲)=系爭規定本身(違憲)？

惟識者不免更問：系爭規定實際適用之結果，能與系爭規定（本身內容）劃上等號？從而能以系爭規定之適用結果違憲，判定（推論）系爭規定本身違憲？邏輯上說，「法規適用結果」與「法規規定本身」確非同一。而我國現制因屬抽象違憲審查制度（abstract constitutional review），大法官僅得就「法規」（含法律、法規命令³及經本院解釋⁴認定其與命令相當者）本身有無違憲，進行抽象審查；不得就抽象法規適用於個案之「認事用法」有無違憲，進行具體審查，⁵是本院前此有關平等權之解釋殆皆屬法規本身是否違憲之判斷，而未有僅（純）以「法規適用結果」作為審查之標的者。

³ 參見行政程序法第 150 條第 1 項：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」。

⁴ 參見本院釋字第 154 號解釋（最高法院及行政法院判例得作為憲法解釋之客體）、釋字第 173 號解釋（行政函釋得作為憲法解釋之客體）、釋字第 374 號解釋（最高法院法官會議決議得作為憲法解釋之客體）。

⁵ 有鑑於此，本席多次呼籲應從速建立類似德國「憲法訴願」制度，以完善違憲審查制度。參見本席釋字第 697 號解釋之〈一部不同意見書〉、第 700 號解釋之〈不同意見書〉、第 713 號解釋之〈部分不同意見書〉、第 729 號解釋之〈協同意見書〉、第 736 號解釋之〈協同意見書〉及第 742 號解釋之〈部分協同意見書〉。

本解釋堪稱僅見之異類！

四、間接歧視或直接歧視？

然，本件何以特就法規實際適用之結果進行審查？按比較憲法學（comparative constitutional law）上，「歧視」可分為「直接歧視」（direct discrimination）與「間接歧視」（indirect discrimination）兩種。「直接歧視」指法規（或國家其他公權力之行使）明白以某種人別特徵（personal traits），例如性別、種族、宗教、階級、黨派、年齡、性傾向、殘障、國籍、語言等、意見等，作為分類基礎（區分標準），所實施之不合理的差別待遇；「間接歧視」⁶指法規（或國家其他公權力之行使）表面上為中性（apparently neutral），不涉及差別待遇，

⁶ 關於「間接歧視」之概念，See, e.g., Article 2 (2) 1 (b) of Council Directive 2000/43/EC(歐盟反種族歧視指令) “indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.”）；ECtHR（歐洲人權法院）defines indirect discrimination as “a general policy or measure which is apparently neutral but has disproportionately prejudicial effects on persons or groups of persons who ... are identifiable only on the basis of an ethnic criterion, may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group... unless that measure is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate, necessary and proportionate.” Oršuš and Others v. Croatia (App. No. 15766/03), Judgment of 16 March 2010, para 150；陳靜慧，〈歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念之適用與實踐〉，《憲法解釋之理論與實踐》第九輯，頁397-398（2017年4月）。

See also generally, S. Forshaw & M. Pilgerstorfer, *Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in Between*, 37 INDUS. LAW JOURNAL 347 (2008)；A. J. Morris, *On the Normative Foundation of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Form of Justice*, 15 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 199 (1995)；Christa Tobler, LIMITS AND POTENTIAL OF THE CONCEPT OF INDIRECT DISCRIMINATION (EC Report, 2008)（見 http://www.migpolgroup.com/public/docs/146.LimitsandPotentialoftheConceptofIndirectDiscrimination_EN_09.08.pdf，最後瀏覽日 2018/01/26）。

然其適用之結果對於以某種人別特徵作為分類基礎之特定群體之成員，確實產生顯然不合乎比例之不利效果（disproportionately prejudicial effects），且無法證立其為正當者。⁷本解釋理由書第 7 段第 2 句以下以就本案情形，有如下之說明：

「惟查系爭規定於 65 年 1 月 17 日制定公布時原為區別警官（原則上僅限於警大畢業生）與警員（原則上僅限於警專畢業生）之任用資格，自開放未具警察教育體系學歷之一般生（下稱一般生）報考警察三等特考後，並未配合修正；次查 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。其間監察院曾糾正⁸警政署，要求該署自 92 年起將警察三等特考錄取之一般生改安排至警大訓練，惟該署以行政一致性為由，仍繼續安排渠等至警專受訓。又考試院訴願會於 98 年作成前揭訴願決定⁹，命原處分機關將提起該訴願之警察三等特考錄取之一般生安排至警大受訓 4 個月以上，然訓練合格後，警政署仍以該特別訓練既非屬警察教育條例所定之進修教育及深造教育，亦非屬警察人員人事條例施行細則

⁷ 例如：某項公職考試之考試規則規定，凡身高 190 公分且體重 90 公斤以上者皆可報考，然實際實施之結果，符合前述體格要求之男性遠多於女性，而考試機關又無法證明該項體格要求具有正當理由。又如某項公職考試某一科目因測試之內容特殊，致考試結果具有某種宗教信仰者（或具備某種語言背景者）錄取之比例遠高於其他宗教信仰者（或其他語言背景者），而考試機關無法證明該考科測試內容具有正當理由。

⁸ 參見監察院 91 內正字第 38 號糾正案文。

⁹ 參見考試院 98 考台訴決字第 143 號訴願決定書。

第4條第2項第2款所稱之訓練，拒絕任用為職務等階最高列警正三階以上之警察官（含巡官）。綜上，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。」

上開說明顯示：多數大法官似認本件差別待遇屬「間接歧視」，而應接受憲法平等原則之檢驗。

五、如何認定存有「間接歧視」？

按憲法平等權之審查，必以「差別待遇」（disparate treatment）之存在為前提。「間接歧視」不同於「直接歧視」，系爭法規（或國家其他公權力之行使）在表面上為中性，不涉差別待遇，其所以應受非難，乃因適用之結果產生了差別待遇。惟法規適用（或國家其他公權力行使）之結果產生「事實上的差別待遇」（*de facto* disparate treatment），毋寧為自然，並不當然構成「法律上的差別待遇」，而須接受平等原則之檢驗。是前揭解釋理由書第7段第2句以下之說明旨在認定系爭規定之實際適用結果，對於警察三等特考筆試錄取之一般生，已構成應接受司法審查之法律上的差別待遇。

按前揭解釋理由書第7段之說明，本案認定存在「法律上的差別待遇」，乃鑑於內政部警政署關於系爭規定之適用實際已形成「顯著」且「一貫」之差別待遇。析言之，系爭規定實際適用所形成之差別待遇所以具有「顯著」性，乃因100年之前警政署一律將警察人員特考筆試錄取之一般生送至警專（而非警大）受考試錄取人員訓練，致該一般生中無一人能符合系爭規定所定「經警大訓練合格」之要件，從而亦無一人取得職務等階最高列警正三階以上職務（含巡官）之任用資格。至於系爭規定實際適用所形成之差別待遇所以具有「一貫」性，乃因（見於）其間雖經監察院糾正、考試院訴願決定命為改正，警政署卻一仍舊慣，致「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」。

猶需一言者，關於「間接歧視」是否以具有「歧視意圖或目的」（discriminatory intent or purpose）為必要，各國法院見解不一。前揭理由書第7段既強調警政署訓練安排及職務派任具有「一貫性」，縱經監察院糾正及考試院訴願決定，一仍舊慣，拒不改變，即在顯示：本解釋採取與美國聯邦最高法院相同之見解，亦即除能證明具有「歧視之意圖」外，單純之「差別影響」（disparate impact）尚不構成法律上的差別待遇。¹⁰蓋憲法上之平等權旨在保障「機會平等」（equal

¹⁰ See *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Corp.*, 429 U.S. 252 (1977) ("Proof of racially discriminatory intent or purpose is required to show a violation of the Equal Protection Clause."); *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976) ("a law or other official act, without regard to whether it reflects a racially discriminatory purpose, [is not] unconstitutional solely because it has a racially disproportionate impact.")

反之，歐洲人權法院、歐洲法院、美洲人權法院及聯合國人權事務委員會皆認為，個案中被推定為「間接歧視」之措施是否基於「歧視之意圖」所為，要非所

opportunities)，非在確保「結果平等」(equal outcomes)。

綜上，當法規適用（或國家其他公權力行使）之結果，對於以某種人別特徵作為分類基礎（區分標準）之特定族群成員，已形成「有意」、「顯著」且「一貫」之差別待遇（或解釋理由書第 10 段所稱之「系統性之不利差別待遇」）時，即存在「間接歧視」。

六、系爭「系統性之差別待遇」是否合憲？

1. 審查基準之揭示

解釋理由書第 5 段按例說明本案所採取之審查基準 (standards of review)：

「憲法第 7 條保障人民平等權，旨在防止立法者恣意對人民為不合理之差別待遇。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 694 號及第 701 號解釋參照）。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

問。參見陳靜慧，前揭註 (5)，頁 398-399，註 35。

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。」

上開釋示明白指出：「應考試服公職權」乃廣義之參政權，與公共生活秩序之形塑關係重大，爰應提高審查基準，接受「較嚴格之審查」（俗稱「中標」）。此舉可望改正本院前此對於參政權之差別待遇，審查過於寬鬆的缺憾¹¹，殊值贊同。上開釋示並正確指出「較嚴格審查」（「中標」）之判準包括：目的須為追求重要公益，且所採取之差別待遇（手段）與目的之達成間須有實質關聯。一舉改正了本院自釋字第 694 號解釋以來連續三次失準的釋示¹²，應予肯定。茲為進一步釐清「舉證責任」之歸屬，本席以為，上開有關審查基準之釋示應更補充：「案件經聲請人釋明¹³存有差別待遇後，除關係機關證明系爭差別待遇之存在確有正當理由者

¹¹ 參見本院釋字 290 號解釋（動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第 32 條第 1 項有關各級民意代表候選人學、經歷之限制，與憲法尚無牴觸。惟此項學、經歷之限制，應隨國民之教育普及加以檢討，如認為仍有維持之必要，亦宜重視其實質意義，並斟酌就學有實際困難者，而為適當之規定，此當由立法機關為合理之裁量）；釋字第 468 號解釋（總統副總統選罷法為保證連署人數確有同法第 23 條第 4 項所定人數二分之一以上，由被連署人依同條第 1 項提供保證金新台幣一百萬元，並未逾越立法裁量之範圍，與憲法第 23 條規定尚無違背）。

¹² 參見本席本院釋字第 694 號解釋之〈部分協同意見書〉、釋字第 696 號解釋之〈協同意見書〉及釋字第 701 號解釋之〈部分協同意見書〉。

¹³ 參見辦理民事訴訟事件應行注意事項第 89 點（釋明與證明）：「民事訴訟法條文中所用釋明一語，乃相對於證明而言。證明與釋明，均係當事人提出證據使法院得生心證之行為。證明必須使法院信為確係如此。釋明祇須使法院信為大概如此，無須遵守嚴格之形式上證據程序，釋明不可解為敘明或說明之意。法律規定某事實應釋明者，當事人提出之證據能使法院信為大概如此，即為已足，其所用之證據，固以可即時調查者為原則，如偕同證人、鑑定人到場，添具證物於提出之書狀或攜帶到場等是。但依證據之性質不能即時調查者，如證人確實不能到場，而依事件之性質認為適當且不致延滯訴訟時，法院得延展期日而為調查或允許證人提出書面陳述（含經公證及未經公證者）以代到庭作證等，不在此限。（民事訴訟法二八四）」。

外，應判定系爭差別待遇為違憲」。¹⁴庶幾我國違憲審查之運作得更趨完善。

2. 系爭「系統性差別待遇」之合憲性審查

解釋理由書第 9 段首先說明相關機關以為應採取系爭「系統性差別待遇」之理由，繼而分由「目的合憲性」及「手段與目的關聯性」兩方面，審查其是否合憲：

「查警政署上開訓練處置，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（見警政署 106 年 2 月 3 日警署教字第 1050184012 號函復本院所附說明意見書第 5 頁）。按維持警察養成教育制度，設置警大及警專，乃為培育具備現代社會警察專業知識及技能之警察人員，惟警察專業知識及技能之取得，警大及警專畢業並非唯一管道，警大或警官學校訓練合格亦可作為任用職務等階最高列警正三階以上職務所需之資格，自不得排除前揭考試筆試錄取之一般生得經由警大完足訓練取得擔任巡官資格之機會。次按容訓量僅係基於純粹行政成本之考量，難謂重要公益。至巡官等員額有限，只有部分考試及格人員得派任巡官，事所必然，無可厚非，惟本應從前揭考試及格人員中擇優任用，以貫徹公平競試、用人唯才之原則。

¹⁴ See ECtHR, *D.H. and Others v. the Czech Republic* (App. No. 57325/00), Judgment 13 November 2007, paras 180, 189; ECtHR, *Oršuš and Others v. Croatia* (App. No. 15766/03), Judgment of 17 July 2008, para 150.

是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。」

析言之，關於警政署主張系爭差別待遇係屬正當的第一個理由-- 維持警察養成教育制度，本解釋雖認同其目的乃在追求「重要公益」，惟不認為所採取之差別待遇手段（將一般生一律安排至警專受考試錄取人員訓練）與目的（培育具備現代社會警察專業知識及技能之警察人員）之達成間具有「實質關聯」，蓋警大及警專畢業並非取得警察專業知識及技能之唯一管道，是系爭規定明定經警大或警官學校訓練合格之一般生亦可派任職務等階最高列警正三階以上之職務（含巡官）。關於警政署主張系爭差別待遇係屬正當的第二個理由-- 警大容訓量有限，本解釋認為此等「行政便宜」（administrative convenience）之考量，固屬「正當」之目的，然要難謂係「重要公益」，故而無法通過「目的合憲性」之檢驗，乃無需更為「手段與目的關聯性」之檢驗。至於警政署主張系爭差別待遇係屬正當的第三個理由-- 巡官職務員額有限，僅有部分考試及格人員得派任巡官，本解釋對其目的合憲性並無質疑，蓋官僚體系階層化古今中外皆然；惟正因巡官員額有限，更應從考試及格人員中擇優任用，以貫徹公平競試、用人唯才之原則。將筆試錄取之一般生一律送警專受訓之差別待遇手段，與擇優選才目的之達成間難謂具有「實質關聯」。

七、造成本案差別待遇之根本原因？

解釋理由書末段（第 11 段）按例交代應不予受理之聲請部分。其中關於聲請人一主張 91 至 93 年各該年公務人員特種考試警察人員考試錄取人員訓練計畫有違憲疑義一節，本解釋釋示：「查上開訓練計畫係針對前揭考試筆試錄取之特定人所為之行政處分……非屬得向本院聲請解釋之客體」。至此，真相殆已呼之欲出：本件系爭差別待遇與其說是「系爭規定」所造成，不如說是警政署擬定「訓練計畫」所造成！

按警察三等特考筆試錄取之一般生，其應考試服公職權之所以遭受「系統性之差別待遇」，既因前開警政署之訓練處置（決定）使然，本院原應（直接）宣告前開警政署訓練處置（決定）違憲，惟因受限於抽象違憲審查制度（上開訓練計畫性質上為行政處分，非本院所得審查之客體），不得已乃嘗試藉助「間接歧視」之概念，就表面上中性之「系爭規定」（警察人員人事條例第 11 條第 2 項之規定），以其實際適用結果造成「系統性之差別待遇」為由，將「系爭規定」宣告違憲，俾使請人獲得救濟（解釋文第 2 段¹⁵參照）。

嚴格言之，前開警政署之訓練處置（決定）並非「系爭規定」適用之當然（自然）結果¹⁶，本案情形乃與所謂「間

¹⁵ 解釋文第 2 段：「行政院應會同考試院，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。」解釋理由書第 10 段末句並例示可能之救濟供參。

¹⁶ 是民國 100 年起，隨警察特考改採「雙軌分流」制，公務人員特種考試一般警察人員考試規則第 9 條第 3 項明定：「自中華民國一百年一月一日起舉行之本考試二、三等考試錄取人員須經中央警察大學訓練，四等考試錄取人員須經臺灣警察專科學校訓練」，本案系爭差別待遇即告消失，雖然系爭規定迄未修正。

並參見公務人員特種考試警察人員考試規則第 6 條第 3 項：「自中華民國一百年一月一日起舉行之本考試二、三等考試錄取人員，除具中央警察大學畢（結）業資格者外，須經中央警察大學訓練；四等考試錄取人員，除具中央警察大學或

接歧視」有別，或可以「準間接歧視」(quasi indirect discrimination)稱之。其間之微妙差異，並可由細繹前揭解釋文中所含兩個「致」字之意義窺知。申言之，解釋文首句「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」，其中之「致」字，係指「系爭規定」(未明確規定考試訓練機構)與「警政署之訓練處置」(即將一般生一律送至警專受訓之決定)兩者間具有「相關性」(correlative)，而非「因果關係」(causative)。反之，其下文「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」，其中之「致」字，則指「警政署之訓練處置」(將一般生一律送至警專受訓之決定)與「一般生無法取得職務等階最高列警正三階以上職務之任用資格」兩者間具有「因果關係」(causative)，而非僅具「相關性」(correlative)而已。

總結上文，本席以為：現制下大法官如欲以本解釋創設之「準間接歧視」為由，宣告法規本身違憲，其審查應格外審慎。

臺灣警察專科學校畢(結)業資格者外，須經臺灣警察專科學校訓練」。