

平等原則於釋憲實務上之新發展

主筆人 | 歐台大

壹、前言

憲法第 7 條關於平等原則之規定，無論在實務、學說或考試上都有極高的重要性。關於平等原則的分析，主要的問題都落在：如何判定法律的設計是否符合平等原則？平等原則應如何操作？本文即著重在此一問題的分析，尤其是近年來大法官解釋中關於平等權案件「審查標準」的發展，值得注意。此外，本文一併附帶討論一些與平等原則相關的重要爭點：例如何謂「實質平等」，以及「間接歧視」（表面中立的法規範於適用上產生不平等之結果，其合憲性如何判定）之爭議等。

貳、平等原則之操作與審查標準

一、平等原則之操作

關於平等原則的審查模式，大法官的一貫見解為：「憲法第 7 條所揭示之平等原則非指絕對、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，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。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。」換言之，平等原則的審查有兩步驟：一、檢驗是否有差別待遇之存在；二、分類標準與目的之達成間是否存有一定程度之關聯性？然而個案中分類標準與目的之達成存有「一定程度的關聯性」，恐怕還是要回歸審查標準的問題，在不同案件類型中是否符合此一要件，於判定上會有寬嚴不同的審查標準。

二、審查標準？

(一) 釋字第 794 號解釋作成以前：欠缺一致標準

在釋字第 794 號解釋以前，釋憲實務就平等權審查的主要問題，除了審查標準過於寬鬆外，欠缺一致、可預測的審查標準也是一個問題。舉例而言，過去大法官僅有在涉及「性別」的差別待遇時，曾經採取過嚴格審查標準（釋 365）。其他則多採寬鬆審查標準，尤其在涉及國家資源分配時，更是十分尊重立法者之判斷（釋 485、釋 542¹），而縱使在涉及以身心障礙此一不可改變的不利特徵作為差別待遇時，大法官最多也只有採取中度審查標準，

¹ 尤其釋字第 542 號解釋一方面說不能僅以戶籍所在地（不考慮實際居所）作為差別待遇標準，卻又馬上急轉彎說縱使只以戶籍所在地為差別待遇標準，「不能謂有違於平等原則」，其審查之寬鬆，於此可見一斑。

並沒有採取嚴格審查標準（釋 626、釋 649）。此外，縱使大法官曾經以嚴格審查標準檢驗對於性別的差別待遇，然而在後續祭祀公業的案件中卻又改採極度寬鬆的審查標準（釋 728），前後見解不一致。

（二）釋字第 794 號解釋

釋字第 794 號解釋涉及的其中之一爭點在於，菸害防制法第 9 條第 8 款規定限制菸品業者以公司名義顯名贊助任何形式之活動，是否侵害憲法保障之平等權？²針對此一問題，大法官首先處理本號解釋應採用之審查標準：「憲法第 7 條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該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。法規範如以種族、性別、性傾向等為分類，因此等分類往往涉及難以改變之個人特徵，或屬受有各種事實上或法律上之排斥或歧視者，或為社會上孤立隔絕之少數且為政治上之弱勢，本院對於此等分類，應加強審查，而適用嚴格或較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性。反之，法規範所採取之分類如非上述分類，且其差別待遇並不涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本院自得採寬鬆標準予以審查，如其立法目的係為追求正當公共利益，且其分類與目的之達成間有合理關聯，即與憲法第 7 條平等權保障無違。」³

上開節錄之釋字第 794 號解釋內容十分重要，這是歷來大法官首次明文針對不同案件類型應採取如何之審查標準提出明確說明，整理如下：

嚴格或中度 (較嚴格 ⁴) 審查標準	以種族、性別、性傾向等為分類，因此等分類往往涉及難以改變之個人特徵，或屬受有各種事實上或法律上之排斥或歧視者，或為社會上孤立隔絕之少數且為政治上之弱勢
合理審查標準	不涉及上開分類，且其差別待遇並不涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利

² 本號解釋同時涉及言論自由相關的重要爭點，惟限於篇幅與主題，本文於此不作深入探討，請同學們自行參照釋字第 794 號解釋內容。

³ 本號解釋進而得出合憲結論：「按系爭規定三³之目的係為防制菸害、維護國民健康。此等目的所追求之公共利益，不僅正當，甚至已屬重要。至系爭規定三就菸品業者部分有上述限制，於此範圍內，雖係以表意人之身為分類，然非應從嚴審查之分類。另各類食品、菸品、酒類商品等，對於人體健康之影響層面有異，難有比較基礎。縱依聲請人之主張，以可能損害個人身體健康之菸品、酒、檳榔等商品為比較對象，然菸品除損害吸煙者本人之身體健康外，因吸菸所產生之二手菸另會對吸菸者以外之人產生身體健康之損害，甚至對於懷孕中婦女之胎兒亦可能造成健康上不良影響，而與上述檳榔、酒類等商品所可能造成之損害，仍屬有別。故系爭規定三基於菸品業者之身分所為之分類，與追求國民健康之目的間有合理關聯。」

⁴ 請特別注意大法官常常在解釋中使用「較嚴格」審查的用語，所謂「較嚴格」指的是中度審查（較嚴格＝比合理審查嚴格），非謂比嚴格審查標準還嚴格而言。

(三) 釋字第 794 號解釋以後：

自釋字第 794 號解釋以來，此一判準已經成為大法官決定平等權審查標準的一貫標準（當然，自釋字第 794 號解釋以來，目前僅有兩號解釋涉及平等權解釋，因此未來發展仍有待觀察）。

1. 釋字第 802 號解釋⁵

憲法第 7 條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該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。法規範所採取之分類如未涉及可疑分類，且其差別待遇並不涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本院自得採寬鬆標準予以審查。如其立法目的係為追求正當公共利益，且其分類與目的之達成間有合理關聯，即與憲法第 7 條平等權保障無違。

系爭規定一⁶限制跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬，違反者並得依系爭規定二⁷處以罰鍰。至於非跨國（境）婚姻媒合，則不在限制之列，亦無科處罰鍰之規定。可見系爭規定一係以媒合是否涉及跨國（境）婚姻為分類，而對跨國（境）婚姻媒合給予相對不利之上述差別待遇。此項分類未涉及可疑分類，其差別待遇則涉及營利性之業務或契約事項，亦非上開重要基本權利，本院爰採寬鬆審查。

查立法者考量跨國（境）婚姻雙方當事人間之可能差異、其等與媒合者間之資訊不對稱、甚至人口販運等問題，相較於非跨國（境）婚姻媒合，往往更為明顯，也更可能發生；又跨國（境）婚姻更涉及跨國（境）人口移動與移民，致為結婚而離開本國之一方常會因身處異國而遭受更大之壓力，甚至是不當壓迫，此則為非跨國（境）婚姻媒合所無之情形，乃制定系爭規定一，針對跨國（境）婚姻媒合之要求或期約報酬予以相對不利之差別待遇，以防止媒合者為營利而忽略上述問題或致該等問題更為嚴重。核其目的係為健全跨國（境）婚姻媒合環境，以保障結婚當事人權益、防杜人口販運及避免物化女性、商品化婚姻等。上開目的所追求之公共利益，洵屬正當；其所採取之分類及差別待遇亦有助於上開目的之達成，而有合理關聯。是系爭規定一與憲法保障人民平等權之意旨尚無違背。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

⁵ 涉及入出國及移民法第 58 條第 2 項規定（「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」）合憲性之爭議。

⁶ 入出國及移民法第 58 條第 2 項：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」

⁷ 入出國及移民法第 76 條第 2 款：「有下列情形之一者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：……二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」

2. 釋字第 807 號解釋⁸

中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項，分別定有明文。憲法保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。惟法規範如採取性別之分類而形成差別待遇，因係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準，本院即應採中度標準從嚴審查（本院釋字第 365 號解釋參照）。其立法目的須為追求重要公共利益，所為差別待遇之手段，與目的之達成間具實質關聯，始與憲法平等權保障之意旨無違。

系爭規定明定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」雖以雇主為規範對象，但其結果不僅僅就女性勞工原則禁止其於夜間工作，且例外仍須經工會或勞資會議同意始得為之，因而限制女性勞工之就業機會；而男性勞工則無不得於夜間工作之限制，即便於夜間工作亦無須工會或勞資會議同意，顯係以性別為分類標準，對女性勞工形成不利之差別待遇。是系爭規定之目的須為追求重要公共利益，所採差別待遇之手段須與目的之達成間具實質關聯，始為合憲。

系爭規定之所以原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，其立法理由依立法過程中之討論，可知應係出於社會治安、保護母性、女性尚負生養子女之責、女性須照顧家庭及保護女性健康等考量（立法院公報第 91 卷第 47 期第 45 頁至第 89 頁參照）。而主管機關亦認「衡諸女性勞動年齡期間，生育年齡占其大半；女性勞工上述期間，不僅身心健康負荷較諸男性為重，且其母體健康更與下一代是否健全有明顯直接關聯。從而，禁止雇主令女性勞工於夜間工作，以免有違人體生理時鐘之工作安排，影響其身體健康，係基於使社會人口結構穩定，及整體社會世代健康安全之考量……。」（勞動部 110 年 7 月 6 日復本院意見參照）。基此，系爭規定之目的概為追求保護女性勞工之人身安全、免於違反生理時鐘於夜間工作以維護其身體健康，並因此使人口結構穩定及整體社會世代健康安全等，固均屬重要公共利益。

惟維護社會治安，本屬國家固有職責，且憲法增修條文第 10 條第 6 項更明定「國家應保障婦女之人身安全」。因此，就女性夜行人身安全之疑慮，國家原即有義務積極採取各種可能之安全保護措施以為因應。甚至包括立法課予有意使女性勞工於夜間工作之雇主必要時提供交通工具或宿舍之義務，以落實夜間工作之婦女人身安全之保障，而非採取禁止女

⁸ 本號解釋爭點為：勞動基準法第 49 條第 1 項規定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」其限制女性勞工於夜間工作，是否違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨？

性夜間工作之方法。乃系爭規定竟反以保護婦女人身安全為由，原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，致女性原應享有並受保障之安全夜行權變相成為限制其自由選擇夜間工作之理由，足見其手段與所欲達成之目的間顯然欠缺實質關聯。

其次，從維護身體健康之觀點，盡量避免違反生理時鐘而於夜間工作，係所有勞工之需求，不以女性為限。女性勞工於夜間工作者，亦難謂因生理結構之差異，對其身體健康所致之危害，即必然高於男性，自不得因此一律禁止雇主使女性勞工於夜間工作。至於所謂女性若於夜間工作，則其因仍須操持家務及照顧子女，必然增加身體負荷之說法，不僅將女性在家庭生活中，拘泥於僅得扮演特定角色，加深對女性不應有之刻板印象，更忽略教養子女或照顧家庭之責任，應由經營共同生活之全體成員依其情形合理分擔，而非責由女性獨自承擔。況此種夜間工作與日常家務之雙重負擔，任何性別之勞工均可能有之，不限於女性勞工。又，前述說法，對單身或無家庭負擔之女性勞工，更屬毫不相關。

此外，系爭規定之但書部分明定，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意，且依該但書規定提供相關設施後，即得使女性勞工於夜間工作；亦即以工會或勞資會議之同意作為雇主使女性勞工於夜間工作之程序要件。就雇主對勞工工作時間之指示而言，工會或勞資會議之同意程序，通常固具有維護勞工權益之重要功能，避免弱勢之個別勞工承受雇主不合理之工作指示而蒙受生命身體健康之危害。然而，女性勞工是否適於從事夜間工作，往往有個人意願與條件之個別差異，究竟何種情形屬女性勞工應受維護之權益，本難一概而論，未必適宜全由工會或勞資會議代表代事業單位所有女性勞工而為決定。況各種事業單位之工會組成結構與實際運作極為複雜多樣，工會成員之性別比例亦相當分歧，其就雇主得否使女性勞工於夜間工作所為之決定，是否具有得以取代個別女性勞工之意願而為同意或不同意之正當性，實非無疑。基此，系爭規定以工會或勞資會議同意作為解除雇主不得使女性勞工於夜間工作之管制之程序要件，此一手段與系爭規定目的之達成間，亦難謂存有實質關聯。

綜上，系爭規定對女性勞工所形成之差別待遇，難認其採取之手段與目的之達成間有實質關聯，更淪於性別角色之窠臼，違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。

【高點法律專班】參、其他爭點分析

一、何謂「實質平等」？

版權所有，重製必究！

(一) 德派觀點下之形式平等與實質平等

1. 形式平等

絕對、機械、齊頭式之形式上平等，禁止任何差別待遇存在。

2. 實質平等

即所謂「等者等之，不等者不等之」原則，強調法律地位上的實質平等，立法者得基於事物本質之不同而為合理的差別待遇；反之，法律之分類標準若違反事物本質，則會構成恣意的差別待遇，違反平等權保障（恣意禁止原則）。釋字第 485 號解釋即指出：「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。」

(二) 美派觀點下之形式平等與實質平等⁹

1. 概念說明

(1) 形式平等 (formal equality)

所謂形式平等，又被稱為「理性平等」，主張平等所關切的並非法令目的本身，而是手段與目的間是否具有一定程度之理性關聯，不合目的之差別待遇，則會被認定為「恣意」（欠缺合理差別待遇）而構成「不平等」。依此，形式平等具有以下重要特徵：

- A. 著重「法律上」的平等而非「事實上」的平等。亦即必須先觀察法律規範是否存有差別待遇，再進一步審查其手段是否合理（合乎預設目的）。若沒有法律上的差別待遇，而只是事實上的不平等，例如單純的貧富不均、族群貶抑等現象，則根本無法啟動平等權審查。
- B. 將平等權視為一種個人權利 (individual rights) 而非集體權利 (group rights)，亦即平等權應由個人主張，平等權之保護法益為「個人免於恣意分類對待」之利益，與個人所屬身分團體之地位無關。
- C. 以系爭差別待遇所依據的「分類標準」作為平等與否之判準，而不考量是哪個「群體」因此受到不利或有利之差別待遇。

(2) 實質平等 (substantive equality)

美派觀點下的實質平等關切的是社會正義與群體壓迫的問題，本說認為法律並非單純的理性工具，而是必須以平等權作為武器，去對抗社會上主流群體對於少數群體的歧視、壓迫與宰制¹⁰。依此，實質平等具有以下重要特徵：

- A. 關切法律這種社會工具，是否成為鞏固多數壓迫、宰制少數的幫凶？若是法律規範「效果」上可能會有這種宰制效果，就會被認定為違反平等權。至於法律「外觀上」是否有差別待遇，至多是作為判斷「權力宰制」或「歧視」的一個指標、或是分析起點。

⁹ 廖元豪 (2008)，〈平等權：第一講 憲法平等權之意義〉，《月旦法學教室》，68 期，頁 48-58。

¹⁰ 反之，形式平等由於不過問法律之「目的」是否合憲，因此當法律之目的係用以鞏固主流的宰制地位時，形式平等反而會成為維護多數價值、保護優勢族群利益之工具。

- B. 將平等權視為一種集體性權力而非個人權利，關注不同群體間權力地位不對等的問題。
- C. 美派觀點下的實質平等所在意的是：「誰」是系爭法律措施的受害人或受益人？而非僅以「分類標準」為判斷基準。申言之，縱使是以族群作為分類標準，若規範效果上受益人是結構上的弱勢族群，那麼此種措施既然沒有造成任何集體壓迫的效果，也就不會被認為是違反平等權。

2. 對於德派實質平等之批評與反思

承如前述，我國大法官對於實質平等的定義，主要就是套用「等者等之，不等者不等之」公式，斟酌事務性質以及立法目的為合理差別待遇。然而對照美派的見解可知，我國對於實質平等的認識僅限於「法律上平等」，其實是相當於美派的形式平等而已。

學者指出，從憲法的文義以及體系解釋可以得知，「實質平等」不應被單純解讀為「合理差別待遇」，尤其憲法增修條文第 10 條第 6 項的「實質平等」，以及基本國策許多扶持弱勢團體之規定，都是為了促進弱勢族群社會地位之事實上平等，在在顯示出我國憲法上之「實質平等」應該是作為一種「反壓抑、反宰制、反歧視」的工具，絕非單純的「等者等之，不等者不等之」公式可加以涵蓋。林子儀大法官在釋字第 571 號協同意見書中，即對於釋憲實務通說以「等者等之」公式作為實質平等之內涵，提出深刻的批評與反思：

大法官習稱之「實質平等」，其與「等者等之，不等者不等之」平等公式思考如出一轍。然而單憑「等者等之，不等者不等之」公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，「等者等之」公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂「實質平等」之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種「形式平等」。

實質平等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念。又，我國憲法增修條文第 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。」是我國憲法明文使用「實質平等」一詞之憲法規定，而該條所規定之「實質平等」，絕非僅追求「法律上合理差別待遇」，而是關切兩性「社會地位」的「平等」，故而亦不宜再援用「實質平等」一詞來描述「等者等之，不等者不等之」之合理差別待遇之概念。

高點法律專班
版權所有，重製必究！

二、間接歧視

(一) 何謂間接歧視？

在處理任何平等權違憲審查案件，第一步而往往在實務上也是最困難的起點，就是判斷法規範有無構成差別待遇。基本上，在多數案件中，立法者在法律規範上明白以文字根

據特定分類標準作差別待遇，其差別待遇之存在相對上容易辨識（例如釋字第 807 號解釋即明文以性別為差別待遇標準）。然而，在規範字面上看不出差別待遇，表面上呈現「中立」的法律，不論是出於立法者刻意設計與否，也可能因為社會結構性因素或長期形成的刻板印象或偏見，而導致「適用結果」出現「間接」或「事實上」之差別待遇。如何辨識、判斷這類間接、事實上差別待遇之存在，無論在學理或實務上皆頗有爭議。

舉例而言，釋字第 791 號解釋提及：「……查系爭規定一¹¹及二¹²雖就字面觀察，並未因受規範者之性別而異其效力，屬性別中立之規定，且目前實務上通姦及相姦罪之成立，以男女共犯為必要，其男女人數理應相當，惟其長年實際適用結果，女性受判決有罪之總人數明顯多過男性。是系爭規定二之實際適用結果致受系爭規定一刑事處罰者，長期以來，呈現性別分布失衡之現象，顯現女性於通姦及相姦罪之訴追、審理過程中，實居於較為不利之處境，足見系爭規定一及二之長期存在，與憲法增修條文第 10 條第 6 項促進兩性地位實質平等之要求，是否相符，確有疑義。惟系爭規定一及二既如前述已經宣告違憲失效，上述性別失衡之問題將不復存在，併此指明。」這裡大法官指出縱使表面中立的法規範仍有牴觸平等原則之可能，可惜的是，大法官以相關規範「已經宣告違憲失效，上述性別失衡之問題將不復存在」為由，沒有進一步討論到底哪些情況下這種「表面中立」的法規範會有牴觸平等原則之疑慮。以下就此一問題的相關學理討論為說明。

(二) 判斷標準

1. 釋字第 666 號解釋許宗力大法官協同意見書

有關間接性別差別待遇如何認定，在比較憲法上有許多 案例及法則得供參考。例如美國聯邦最高法院指出，如果立法者基於歧視的意圖，以非關性別差別待遇的法令，對特定性別造成不利的影響，該法令仍屬事實上之性別差別待遇。不過由於美國聯邦最高法院將歧視的意圖解為，立法者單是對差別效應有所預見還不夠，必須有部分的動機是為了（“because of”，not merely “in spite of”）對女性（或男性）不利，由於歧視性的立法意圖往往難以證明，這使事實上歧視的案件幾難成立，也因此飽受批評。相較之下，南非憲法法院對間接歧視的態度則顯得較為開放，其在種族案件中承認只要法令事實上在黑白種族間產生極為懸殊的規範效果，即為間接之差別待遇，從而該國憲法法院之大法官亦有主張性別案件應援用相同的標準予以認定。德國聯邦憲法法院則是採取比較折衷的立場，認為表面上性別中立的規範，如果適用結果壓倒性地針對女性，且這種現象可以歸結到男女的自然生理或社會差異的因素，即構成間接的性別差別待遇，而應接受性別平等的檢驗。上開標準中肯而具有操作可能性，特別值得我國借鏡。

¹¹（舊）刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」

¹²（舊）刑事訴訟法第 239 條但書規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」

認定間接之性別差別待遇存在與否，並不等於決斷該規範係合憲或違憲，毋寧是要將隱藏在性別中立規範下，具有憲法重要性的規範現實揭露出來，一併考量。本件解釋系爭規定的制裁對象是「意圖營利而與人姦宿者」，雖未明文以性別為差別待遇基準，為一表面性別中立的立法例，但在我國的脈絡中，對性工作者的管制與處罰卻帶有非常濃厚的性別意涵，是最典型的事實上性別差別待遇案例：首先，雖然性工作者男女皆有之，但女性性工作者仍佔絕大多數，這從現有少數對於色情行業的調查可略知梗概。其次，立法者亦認知女性是主要性工作的從業人員及規範對象，這從各縣市的公娼管理自治條例規範的都是「妓『女』戶」也可以得到部分的佐證。再者，雖然欠缺確切的統計數字，但如地毯式的閱覽各簡易法庭依系爭規定所為之裁罰判決，幾可判斷男性性工作者遭取締的案例，縱使存在，也是非常罕見。

總之，理論上性工作者雖不限於女性，支付對價獲取服務的他方亦不限於男性，惟鑑諸我國過去經驗、社會現實與系爭規定執行情形，參與性交易的性工作者(尤其是遭到取締者)幾乎均為女性，而絕大多數支付對價之相對人則為男性，從而系爭規定之規範效果，對同樣參與性交易之人民，幾無異於僅處罰其中的女性而不非難男性，對女性產生極為懸殊之不利影響，已屬間接之性別差別待遇規定。

2. 釋字第 791 號解釋許宗力大法官協同意見書

於間接差別待遇之判斷，係挑戰立法者在法律文義字面規範外之適用結果，對於釋憲者而言，確實應更為謹慎；但無可否認，如一味地堅持「立法者歧視意圖」或「極為懸殊之規範效果」等嚴格標準，諸多隱藏在性別中立規範下的不堪的性別歧視現實，勢難等到有被提出來檢視的機會。所幸我們也看到一些歐洲國家在歐盟法院影響下發展出另一種較為寬鬆的判準，足供參考：例如英國改制前最高法院 (House of Lords)⁴ 與荷蘭平等保障委員會 (*Commissie Gelijke Behandeling*, Dutch Equal Treatment Commission) 及國家人權委員會 (*College voor de Rechten van de Mens*, Netherlands Institute for Human Rights) 等，即參考歐盟法實務見解，認為相關性別中立之工作條件限制，對於男性與女性勞工而言，即便適用結果的性別差異程度，未達懸殊程度，但此種差異程度如已達到統計上的顯著性 (statistical significance)，或者此種差異比例雖然明顯較小 (considerably smaller percentage)，但呈現長期相對穩定狀態 (persistent and relatively constant disparity over a long period) 而非單純意外結果 (purely accidental)，也構成間接差別待遇。若根據上開標準，系爭規定一及二確實在適用上呈現女性受起訴、判處有罪之比例多於男性約 10%，未達懸殊程度，但此種差距之存在長期以來呈現穩定狀態，因此應可以認定係以性別為分類標準而形成間接差別待遇，須以平等權加以審查。可惜多數意見並未勇敢踏出這一步。

(三) 小結

關於間接歧視的問題，以下兩點作為小結：一、關於間接歧視如何認定的問題，純粹就考試實用性而言，筆者建議同學採取德國聯邦憲法法院的見解，亦即：認為表面上性別中立的規範，如果適用結果壓倒性地針對女性，且這種現象可以歸結到男女的自然生理或社會差異的因素，即構成間接的性別差別待遇。理由在於，此一標準在考試上最容易操作，舉例而言，美國聯邦最高法院要求必須能證明立法者係基於「歧視意圖」，但由於考試時題目能提供的資訊有限，較難進行此一論證。二、確認法規構成「間接歧視」後的法律效果是「開啟平等原則的審查」，而非當然違憲！由於「表面中立」的法令原則上不會有平等原則的問題，因此上開討論是著重於這類表面中立的法令，什麼時候會例外觸及平等原則的議題。因此間接歧視之認定僅為第一步，若答案為肯定，仍應進一步為平等原則之審查，方能得出法規是否合憲之結論。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！