

經濟管制的平等思維

——兼評大法官有關職業暨營業自由 之憲法解釋*

李 建 良**

要 目

- | | |
|-----------------------|---------------------------|
| 壹、導 論 | 二、差別對待／相同對待的憲法上
正當化事由 |
| 一、「經濟管制」與人權保障 | 三、設例操作：以藥物廣告的限制
為例 |
| 二、職業自由與營業自由之關係 | 參、「經濟管制」與平等權保障：基本
觀點 |
| 三、平等權與平等原則之關係 | 一、「經濟／職業管制」的過度禁止
與恣意禁止 |
| 貳、憲法平等權的思維方法 | 二、設例操作：以非視障者不得從
事按摩業為例 |
| 一、差別對待／相同對待的概念與
確認 | |
| (一)是否存有「差別對待」？ | |
| (二)是否存有「相同對待」？ | |

* 本文曾於2006年12月9日司法院主辦之「憲法解釋與平等權之發展」學術研討會上宣讀，承蒙評論人李惠宗教授提供諸多寶貴意見，以及中央研究院院士朱敬一教授的指教，謹此致謝。

** 中央研究院法律所籌備處副研究員，台灣大學法律學院副教授；德國哥廷根大學法學博士。

投稿日期：九十六年七月二十三日；接受刊登日期：九十六年十月二十四日

責任校對：王純逸

(一)比例原則	(二)釋字第五七七號解釋：台灣○○ 菸草公司v.台北市政府衛生局
(二)平等原則	(三)釋字第五八四號解釋：黃○○v. 台中市警察局
肆、大法官相關憲法解釋評析	伍、結語
一、大法官相關解釋綜攬	
二、大法官若干解釋微視	
(一)釋字第五三八號解釋：洪○○ 暨○○營造廠v.金門縣政府	

摘 要

「經濟管制」一詞在學理上具有多義性，不同學科領域各有其關懷取向與論究重點。從公法的角度出發，經濟管制大體不出國家對人民經濟活動的形成、規制、調整及干預，藉以達到特定的經濟目標，諸如維持競爭性的市場機制、管制監控產業的活動、建立良善的勞資關係及維繫健全的經濟秩序。「經濟管制」對於人民（個人或團體）權利的影響，既深且鉅，憲法保障之工作權、職業自由、營業自由、財產權，甚至是言論自由，皆因經濟管制而受到或多或少、或強或弱的限制。國家經濟管制措施的合憲性，無疑是憲法解釋與適用的重要課題之一。司法院大法官歷來解釋對人民工作權的保障，雖然著有貢獻，但多半集中在法律保留原則、比例原則或信賴保護原則的檢驗，至於平等原則的審查，似較不足，故本文嘗試構建憲法保障平等權的思維方法，再據以整理、檢視大法官有關職業暨營業自由的憲法解釋，期能引發大法官對經濟管制之平等審查的重視，並供學術討論與實務運作的參考。

關鍵詞：經濟管制、工作權、職業自由、營業自由、平等權、平等原則、比例原則

壹、導 論

一、「經濟管制」與人權保障

沒有一個政府可以避開「管制」(regulation)，特別是「經濟管制」(economic regulation)。對某些國家來說，例如美國，行政法體系甚至就是一套管制體系(regulatory system)¹。「管制」，泛指國家以各種手段或措施，對一定範圍的人民活動，進行規制及管控的過程；「經濟管制」，殆以一定範圍的經濟活動為規制對象。不過，「經濟管制」一詞在學理上具有多義性，不同學科領域各有其關懷取向與論究重點。在經濟學領域，主要著眼於國家對產品價格、競爭關係與市場進出等經濟決策過程的統制。最狹義的說法，專指肇因於「市場失靈」(market failure)而由國家介入自由市場，對於價格、產品、利潤、進入與退出市場等事項，進行行政上的調控及規制²。稍微狹義的界定是，政府對產業活動所作的管控與限制，亦即以市場經濟為基礎，國家為保障公共利益及維持市場機能原因，對私營企業活動(例如定價、產能、營業範圍等)所採取的各種制度與措施(包括替代私營企業的決策)³。在法律學的領域，「經濟管制」的理解通常比較廣義，指國家以行政權干預、指導、規整或限制國民的私經濟活動之公法行為，其目的在於使國民經濟活動，導向一定的秩序，防止經濟資源的過分集中，或避免國家資源的不當分配，以符合國家政策的需要，使國民

¹ 參見STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUNSTEIN & MATTHEW L. SPITZER, *Administrative Law and Regulatory Policy* 4 (2002).

² 參見DOUGLAS F. GREER, *BUSINESS, GOVERNMENT, AND SOCIETY* 270 (1993).

³ 參見MICHAEL WATERSON, *REGULATION OF THE FIRM AND NATURAL MONOPOLY* 2 (1988).

經濟獲得健全的發展⁴。此種意義的「經濟管制」，亦有稱之為「經濟之指導與管理」或「經濟導引」（*Wirtschaftslenkung*），以總括國家為達成特定經濟政策之目的，對經濟活動加以管制、變更、調整、形成或影響的一切措施與法制⁵，構成經濟（行政）法體系的重要環節之一⁶。晚近則流行以「調控」或「控制」（*Steuerung*）一詞來描述、探討國家對社會生活的介入、規制，甚至誘引⁷，國家對人民的經濟秩序及營利活動的干涉與影響，可說益趨多面化與多樣化⁸。

經濟管制的意涵，雖廣狹不一，但經濟管制的目的，歸納言之，不外三端：一曰、維持治安，避免危及公共安全；二曰、健全經濟體制，確保市場機能的正常運作；三曰、保障個人勞動條件，

⁴ 參見林紀東，*行政法各論*，頁87，1961年8月；李品昂，*經濟管制立法的理論與實際*，頁1，1976年。

⁵ 參見廖義男，*企業與經濟法*，頁37，1980年；Karl Korinek, *Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbestätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung*, in: ders., *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2000, S. 119 ff.; Rüdiger Breuer, *Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 6, 2. Aufl., 2001, § 148 Rn. 49.

⁶ 關於「經濟導引」（*Wirtschaftslenkung*）在經濟法體系中的地位、作用及類型，參見Eva Schulev-Steindl, *Wirtschaftslenkung und Verfassung: Gesetzgebungskompetenz und grundrechtliche Schranken direkter Wirtschaftslenkung*, 1996, S. 1-18.

⁷ 參見李建良，*法律制度與社會控制：法治國家中法律控制能力及其界限之問題初探*，載：政治制度（林繼文主編），頁49-94，2000年7月。

⁸ 惟須注意者，在學說上早有所謂「經濟調控」（*Wirtschaftssteuerung*）概念及用語的提出與運用，且其指涉內涵較為偏狹，大抵同於「計畫經濟」（參見Klaus Stern, *Grundfrage der globalen Wirtschaftssteuerung* [1969], in: Helmut Siekmann (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes*, 1992, S. 488 ff.），或側重「危險防制」（*Gefahrenabwehr*）的經濟管制（參見Josef Azizi, *Wirtschaftssteuerung durch Gewerberecht?*, *ÖZW* 1983, 3 [5]）。

維護人民生計。總的來說，經濟管制大體不出國家對人民經濟活動的形成、規制、調整及干預，藉以達到特定的經濟目標，諸如維持競爭性的市場機制、管制監控產業的活動、建立良善的勞資關係及維繫健全的經濟秩序。從人民的立場出發，舉凡維持生計、獲取利潤的經濟活動，皆可能落入國家經濟管制的範疇，小至販夫走卒，大至公司行號，幾無倖免。不僅如此，若以謀利營生的角度而論，職業不分貴賤，亦無公私之別。在此意義下，服務於公門（公務人員）也不失為是一種職業⁹，從而有關公務人員資格、考選、培訓、轉任等相關規制，亦可算是最廣義的經濟管制。因之，國家對人民營生活動各種形成、管理、監控、規制措施與法制，無分個人或團體，亦不問公部門或私部門，均可收納在「經濟管制」概念之下。容請留意者，如此界定下的「經濟管制」乃是一種「描述性概念」，旨在擴大考量視野及研究射程範圍，並非理論辯證或概念演繹的前設基礎。不過，本文所探討的「經濟管制」並不同於「經濟活動的管制」，亦即關於如「消費活動」或「契約自由」等屬於經濟活動或行為的規制，例如大法官釋字第五八〇號關於三七五減租條例之解釋，其中所牽涉的私人締約自由的限制，不在本文探討的範圍，先此指明。

「經濟管制」對於人民（個人或團體）權利的影響，既深且鉅，殆無可疑。憲法保障之工作權、職業自由、營業自由、財產權，甚至是言論自由，皆因經濟管制而受到或多或少、或強或弱的限制。如何從憲法保障人民基本權利的角度，檢視國家經濟管制措施的合憲性，無疑是憲法解釋與適用的重要課題之一。吾人只要稍

⁹ 參見Walter Leisner, Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR 93 (1968), S. 162 ff.; Rüdiger Breuer, Freiheit des Berufs, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 2. Aufl., 2001, § 147 Rn. 1 ff.

稍翻查司法院大法官歷來解釋，即可略知梗概。大法官於人民工作權的保障，著有貢獻，自不待言。不過，若進一步細觀，卻可發現大法官多半集中在法律保留原則、比例原則或信賴保護原則的檢驗¹⁰，至於平等原則的審查，不是未見論及，就是語焉不詳，或是言簡辭約。究竟是經濟管制／職業規範無平等權問題¹¹，或是受低度的平等制約¹²，還是此一問題受到忽略或誤導，不無細究、檢討的必要，爰不揣譾陋，不憚辭費，先嘗試構建憲法保障平等權的思維方法，再據以整理、檢視大法官有關職業暨營業自由的憲法解釋，期能拋磚引玉，建立對話基礎，有助於憲法的成長。

二、職業自由與營業自由之關係

如上所述，本文將「經濟管制」當作一種「描述性概念」，泛指國家對人民營生活動的各種形成、管理、監控、規制措施與法制，無分個人或團體，亦不問公部門或私部門，其目的在擴大考量視野及研究射程範圍。不過，從憲法基本權利理論及憲法解釋的角

¹⁰ 國內學界亦多著重於比例原則的論述，例如李惠宗，憲法工作權保障之系譜，載：憲法解釋之理論與實務（劉孔中、李建良主編），1輯，頁347以下，1998年6月。

¹¹ 例如Mark C. Christie, *Economic Regulation in the United States: The Constitutional Framework*, 40 UNIVERSITY OF RICHMOND LAW REVIEW (2006)一文中，對於經濟管制的憲法框架，僅提到正當法律程序條款、徵收條款、商業條款，而未言及平等保障條款。

¹² 在美國似乎有此傾向，聯邦最高法院一方面發展出「雙重標準」（double standard），凡涉及經濟性的立法，基本上推定其合憲，另一方面以「可疑分類」（suspect category）作為嚴格審查平等原則的依據，例如種族、國籍、非婚生子女等，職業不在其列。參見法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，載：國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學，6卷1期，頁35-50，1996年1月；李建良，論基本權利的位階次序與司法審查標準，載：憲法理論與實踐(三)，頁73以下，2004年7月。

度，對於此一概念中所涵攝的工作權、職業自由及營業自由等概念，其相互間的異同與界分，仍有先加說明的必要，俾利後續論述的開展。

按我國憲法既無職業自由，亦無營業自由的明文規定，僅有第十五條人民「工作權」應予保障的規定。關於工作權的內涵，參諸大法官釋字第四六二號解釋理由書：「按憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度。」釋字第五八四號解釋文：「人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。」可知工作權與職業自由殆屬相同的概念，其範圍甚廣，包括大學教師在內¹³，故職業自由為憲法第十五條工作權所保障，要應無疑。

反觀營業自由保障在憲法中未見明文，雖為大法官解釋所肯認，例如大法官於解釋中表示，基於憲法對營業自由的保障，人民有營業活動的自由，並得自由選擇從事一定的營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式的自由。有關營業許可的條件，營業應遵守的義務及違反義務應受的制裁，涉及人民營業自由的限制，依憲法第二十三條規定，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令¹⁴。不過，營業自由的憲法基礎及其與職業自由

¹³ 參見釋字第462號解釋文：「大學教師升等資格之審查，關係大學教師素質與大學教學、研究水準，並涉及人民工作權與職業資格之取得，除應有法律規定之依據外，主管機關所訂定之實施程序，尚須保證能對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第二十三條之比例原則。」

¹⁴ 參見司法院大法官釋字第313號、第390號、第394號、第443號、第510號、第

之關係，卻一直存有疑義與爭議。參諸司法院大法官釋字第五一四號、第五三八號、第六〇六號解釋，大法官係以憲法上工作權及財產權的保障作為營業自由的憲法基礎。由是觀之，營業自由與職業自由似屬不同的概念與權利。

營業自由，若以英文表達之，即「free enterprise」，德文則是「Gewerbefreiheit」或「Freiheit des Gewerbes」，通常意指任何人（自然人、法人或非法人團體）有從事營業活動的自由。在比較法上，德國「營業自由」的概念，具有一定的歷史性。截至十九世紀之初，人民的營業自由仍受到源於中古世紀的行會制度（Zunftwesen）的限制。其後，在自由主義思潮興起之後，國家逐步退出經濟活動，營業才漸次掙脫行會及各種國家法律限制的拘束。一八六九年北德邦聯（Norddeutschen Bund）《營業法》（Gewerbeordnung）的制頒，即是在此種時代背景下的產物¹⁵。因此，所謂「營業自由」的概念內涵，即必須觀照此一歷史發展脈絡予以理解。換言之，所謂「營業自由」係相對於受到傳統行會限制的商業活動而言，即原本受行會限制或國家特許限制的行業。例如建築業、手工業、工廠、餐旅店等。

由上可知，營業自由可說是古典自由主義下的產物，相對於傳統行會對於營業的禁錮，故始自十八世紀後葉，歷十九世紀，賡延至二十世紀初，營業自由為重要的經濟基本權之一，並於見諸於憲法條文中¹⁶。不過，進入二十世紀中葉之後，在經濟自由體制之

514號、第538號、第606號解釋。不過，「營業自由」一語正式出現在大法官解釋中，則遲至釋字第514號解釋。

¹⁵ 參見Klaus Kröger, Grundrechtsentwicklung in Deutschland—von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, 1998, S. 38 f.

¹⁶ 例如德國威瑪憲法第151條第3項對營業自由（Gewerbefreiheit）設有明文保障條款：「商業及營業自由依帝國法律保障之（Die Freiheit des Handels und

下，各種商業、營利活動及職業行為蓬勃發展，營業自由作為憲法上所保障的一種「獨特」的自由，已失去其必要性。此所以在二次戰之後，德國制定基本法（憲法）時，將營業自由納入基本法第十二條第一項的職業自由（*Berufsfreiheit*）保障中，而未另設營業自由保障條款之原因所在¹⁷。

據上，本文認為，營業自由基本上源於人類營生的需求，屬於一般職業自由的派生自由，或職業自由的一種型態¹⁸，二者屬於一種包含關係，而非並立關係，皆為憲法第十五條工作權保障範圍¹⁹。從法律體系而言，營業自由及其法律上限制，屬於自由經濟市場的基本要素。蓋營業自由的行使與市場經濟的運作及體制息息相關。營業自由與自由競爭、市場經濟三者唇齒相依，密不可分。因此，對於營業自由的管制，至少可以涵蓋以下三種層次：(一)自由而無礙地進入市場。(二)有障礙的進入市場。(三)封閉的市場（禁止進入市場）。此等管制考量基本上亦可能存在於各種職業（行業）之上。因此，國家對於職業的管制，往往也同時是營業的管制。換言之，營業自由與職業自由的界線並非截然可分。若要予以區隔，或可藉助德國學說及實務針對《營業法》（*Gewerbeordnung*）中「營業」概念所發展的界說，即持續一定時間，以獲利為目的，於市場

Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet.)。」

¹⁷ 參見Peter Badura/Peter M. Huber, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2005, 3. Kap VI 1 Rn. 137.

¹⁸ 同說，參見蔡宗珍，營業自由之保障及其限制，載：行政法實務與理論(二)（林明鏘、蔡茂寅主編），頁11，2006年11月。

¹⁹ 不同見解，參見黃越欽大法官於釋字第514號解釋所提不同意見書；謝在全大法官於釋字第538號解釋所提協同意見書；李震山，多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，頁26，2005年。

從事交易行為，具有一定獨立性的營利活動²⁰。所謂「獨立性」，指以自己名義，為自己計算的營利活動，在專業上具有一定的企業能力者。狩獵、採集等活動，自己財產的管理活動，例如房屋出租，自由業，例如藝術家、作家等，均不屬之。

三、平等權與平等原則之關係

憲法於多處對「平等」設有規定，並作不同程度的重點強調。首先，憲法第七條規定：「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。」本條係有關平等要求的一般規定，除了要求法律適用的平等性（法律之前一律平等），並且蘊含立法平等性的意旨（法律的平等）。除了憲法第七條外，憲法第一二九條規定：「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票之方式行之。特別揭櫫「選舉平等原則」。又，中華民國在台灣的憲法——憲法增修條文第十條第六項規定：「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²¹。」則是有關「特別的」平等要求及歧視禁止的規範²²。

以上關於「平等」的憲法規定，寓有平等保障的憲法意旨，殆無疑問。惟在憲法理論與實務上，則存有一項久為人知的爭議，即

²⁰ 參見BVerwG, GewArch. 1976, 293; Elmar Michel/Werner Kienzle, Das Gaststättengesetz, 11. Aufl., 1992, § 1 Rn. 1.

²¹ 此一保障條款於1992年5月28日公布之憲法增修條文所增訂，當時為第18條第4項，於1994年8月1日公布之憲法增修條文改列為第9條第5項，於1997年7月21日公布之憲法增修條文又改列為第10條第6項，以迄今日。

²² 此項憲法保障條款，同時彰顯出人格（人性）尊嚴與平等之間的緊密關聯。參見李建良，自由、平等、尊嚴（上）：人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，月旦法學雜誌，153期，頁186，2008年2月。

平等保障作為一種「權利」，還是一種「原則」？在學說上經常可見的觀點是，平等權只是一種客觀的法規範，等同於平等原則，而非主觀的公權利²³。是以，從憲法保障人民權利的觀點而言，平等究為平等權（憲法權利），抑或平等原則（憲法原則），頗值尋思，二者之間的關係如何，亦待釐清。

按平等權異於自由權，乃其並無特定之保障內涵，未若自由權具有一定之保障範圍與內涵，例如言論自由旨在保障「表達意見」的自由，人身自由，旨在保障人民「身體活動」的自由，財產權，旨在保障人民所擁有之「具有財產價值」之法律地位等。反之，平等權僅提供一套量尺，以測度公權力行為是否對於人民權利作不合理的差別待遇。就此而言，平等權無異於一種「原則」，從而將平等權等同於平等原則，甚至以平等原則取代平等權，使之成為一種憲法原則，諒無不可。然則，平等之為權利，抑或客觀之原則，就人民權利之保障與實踐而言，容有差異。按司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」可知平等是否為權利，攸關人民能否據以聲請釋憲。固然，在多數的情形，平等權與自由權或受益權處於相互競合的關係，人民於聲請釋憲時，可以主張其自由權受到國家公權力的侵害，並同時指摘系爭國家公權力違反平等原則。不過，於少數情形，亦有公權力措施（例如立法行為）違反平

²³ 此種觀點尤可以19世紀末、20世紀初德國公法學者Georg Jellinek的見解為代表，其謂：「平等單從其形式而言，非能成為個人請求權的內容。平等為客觀之法（objektives Recht），其對於個人權利領域的效力，僅是一種反射效力（Reflexwirkung）。」參見Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 135.

等原則，卻未必涉及自由權或受益權者。遇此狀況，平等保障若非獨立之基本權利，人民將無以提起釋憲，尋求大法官解釋之救濟。例如根據大法官歷來解釋，訴訟的審級制度並非憲法第十六條訴訟權的保障內涵所及²⁴，則立法者於修改法律增加提起上訴的限制，人民原則上無法援引憲法第十六條有所主張²⁵。惟從平等保障的角度切入，仍得審究此類法律規定的合憲性。於此情形，平等保障是否作為一項獨立的基本權，即至關人民權利的保障。對此，大法官曾於釋字第六一〇號解釋闡述：「憲法第十六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七條平等保障之意旨，人民之程序基本權方得以充分實現。」可資參照。

尚須指出者，基本權利乃以國家為取向（staatsgerichtet）的權利，憲法保障人民基本權利，主要以國家為規範對象，除了國家公權力行為外，尚包括國家的私經濟行為，在憲法學理上，一般稱為「基本權利的國庫效力」（Fiskalgeltung der Grundrechte）²⁶，其中又以國家私經濟活動是否應受到平等制約，最屬常見²⁷。例如在選舉期間，各政黨向市政府申請租用大型體育場作為競選活動場

²⁴ 參見司法院大法官釋字第160號、第393號、第396號、第610號解釋。

²⁵ 相關分析及批評，參見李建良，從基本權利觀點論公務員懲戒之審級制度，載：公務員懲戒制度相關論文彙編（司法院主編），2輯，頁917-946，2006年12月。

²⁶ 參見Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 171.

²⁷ 參見Wolfgang Rübner, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl., 1995, § 117 Rn. 40.

所，市政府在決定與何一政黨簽訂租約時，不得違反憲法第七條平等保障之意旨。是以，平等權作為一種權利，於對抗國家私法行為上，尤具意義。不僅如此，基本權利亦可在私人間有所主張，即所謂「基本權利第三人效力理論」²⁸，於實務上，發生私人之間基本權利的爭端，又以涉及違反平等權的問題居多，例如單身條款問題²⁹。總之，若套用亞里士多德（Aristotle, Aristoteles, 384-322 B.C.）的正義概念，在國家與人民之間，呈現的是一種「分配正義」（*iustitia distributiva*），在私人之間則是一種「對等正義（交換正義）」（*iustitia commutativa*）³⁰，而平等權的憲法保障恆居於核心地位。

準此以言，平等權乃是一種以平等原則為內涵的基本權利，具有直接規範國家權力的效力，故以平等權審度國家行為的合憲性問題時，自當以平等原則作為審查的基準。就此而言，平等權與平等原則為一體的兩面。不過，平等原則同時亦是憲法上基本原則之一，為國家公權力實施所應遵循的憲法準則。是以，在不涉及人民基本權利的事項，仍有平等原則的適用。於此情形，平等權與平等原則分屬不同的層面。例如在中央與地方財政劃分及地方間財政調配的問題上，立法者享有一定的形成空間。不過，立法者在型塑地方財政法制的架構及內涵時，仍須遵守憲法所設定的基本決定與框

²⁸ 關於各種不同的第三人效力理論，參見Christian Starck, *Grundrechte und Privatrecht*, 當代公法新論（上），載：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁365以下，2002年。

²⁹ 參見王澤鑑，勞動契約上的單身條款與基本人權，載：民法學說與判例研究（七），頁36。

³⁰ 參見ARISTOTLE, *THE NICOMACHEAN ETHICS*, with an English translation by H. Rackham 267-89 (1934). 另參Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1997, S. 157 f.

架，尤其不得違反恣意禁止的平等原則³¹。換言之，平等原則並非僅是基本權利所確保的內涵，同時是客觀正義原則的要素，乃至於法治國家的支配理念³²，從而地方自治團體亦得主張之³³。

綜據上述，本文認為，憲法上的平等保障，不僅是一種憲法原則，同時亦屬一種憲法權利（平等權）³⁴。於此尚須特別指出者，平等作為一種基本權，其權利的「內涵」仍是平等原則，即人民應受公平對待的憲法要求。準此以言，本文以下的論述係從平等權保障出發，於論及是否違反憲法平等權保障的審查基準時，則著重於平等原則的闡微，前者為平等保障的憲法定位及屬性（作為一種權利），後者為平等保障的具體實踐與運用（權利內涵），二者並無矛盾，特此敘明。

31 參見李建良，論地方自治與財政憲法，載：憲法理論與實踐(三)，頁379-382，2004年7月。

32 參見Detlef Bayer, Staatliche Gemeindefinanzierung und Verfassungsrecht, DVBl. 1993, 1291.

33 於此無須論究地方自治團體（公法人）是否具備基本權利能力的問題。關於公法人的基本權利能力問題，參見李建良、劉淑範，「公法人」基本權利能力之問題初探——試解基本權利「本質」之一道難題，載：憲法解釋之理論與實務，4輯，頁291以下，2005年5月。

34 平等原則作為一項公法上權利，亦即請求公平對待的權利，在德國學說上，可說是普遍的看法，參見Michael Sachs, Der Gleichheitssatz als eigenständiges subjektives Grundrecht, in: Rudolf Wendt u.a. (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S. 309 ff.; Lerke Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., 2007, Art. 3 Rn. 8 ff.; Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 5. Aufl., 2005, Art. 3 Rn. 150.

貳、憲法平等權的思維方法

憲法第七條的文義並未明示立法平等性的要求，但是從憲法規定整體觀察，仍可得出此項旨趣。憲法第七條禁止以性別、宗教、黨派、種族、階級等，作為差別待遇的理由。由此可以推知，憲法並未要求「完全的」平等對待，也沒有禁止任何的歧視與不公平對待，否則憲法無須明示禁止差別待遇的「原因」。換言之，憲法第七條的主要保障重點在於禁止「無正當理由」的差別待遇。

自由與平等的憲法保障，其共通之處在於，無論是自由的限制或是不平等的對待，皆不得「毫無理由」。惟自由與平等保障的檢驗步驟及思維方法，則略有差異。申言之，在自由權的保障方面，係以確認個人生活領域或行為做為「保障範圍」，同時確認對此保障範圍是否存有「侵害」或「干預」，再進一步檢證此等侵害的合憲理由。循此，自由權是否受到國家公權力的侵害，可分成如下三個思考層次：一、自由權「保障範圍」的詮釋，亦即界定、確立自由權的「構成要件」。二、自由權之保障範圍是否受有限制（干預）的判斷，亦即確認自由權是否受有限制或干預。三、限制或干預自由權之憲法上正當化事由的檢驗，亦即審查該限制或干預行為是否具有「阻卻違憲事由」³⁵。

相對於自由權利，平等權本身並無特定的內涵，而是檢測國家

³⁵ 參見李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐（一），頁72，2003年2月2版。不過，學者間對於此種檢驗步驟，不乏提出批評者，例如Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken*, *Der Staat* 42 (2003), S. 165 ff. 此種三段式思考層次的最大缺陷是，無法處理給付基本權的問題。參見Martin Borowski, *Grundrechtliche Leistungsrechte*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 50 (2002), S. 301 ff.

行為是否公平的一套量尺或一組磅秤。平等權無所謂「保障範圍」的詮釋與確認，自無保障範圍受到限制或干預可言。平等原則的違反，乃國家權力對於相同的事物恣意為不同的處理，或對於不同的事物恣意為相同的處理，故平等權是否受侵害的審查，主要可分成兩個步驟：一是確認國家權力是否對於相同的事物為不同的處理，或對於不同的事物為相同的處理，亦即是否存有「差別待遇」？二是審究國家權力是否「恣意」為此種差別待遇，亦即是否為合理的差別待遇。循此，憲法平等權的思維方法，依次是：

一、確認是否有區別對待（差別待遇）的存在？

二、檢證此等差別待遇是否具備憲法上之正當事由（有無阻卻違憲事由）？

一、差別對待／相同對待的概念與確認

（一）是否存有「差別對待」？

平等原則（平等權）是否受到違反，首應確認是否存有「差別對待」（或稱差別待遇、差別處理或區別對待）。按平等原則的保障旨趣，在於要求國家對相同的事物為相同的處理，不同的事物，應為不同的處理，即所謂「同者等之，不同者不等之」（同者同之，異者異之）原則³⁶。是故，違反此一原則的「表面徵象」

³⁶ 「同者等之，不同者不等之」的觀念，可以溯源到希臘哲學家亞里士多德（Aristotle）所提出的「分配正義」，氏於《尼各馬科倫理學》（The Nicomachean Ethics）一書中提到：「相同之人若得到不同之物或享有不同之物，或者，不同之人享有相同之分配，則爭議及控訴由此而生（it is when equals possess or are allotted unequal shares, or persons not equal equal shares, that quarrels and complaints arise. Vielmehr kommen Zank und Streit eben daher, daß entweder Gleiche nicht Gleiches oder nicht Gleiche Gleiches bekommen und genießen）。」參見ARISTOTLE, *supra* note 30 Book 5, Capital 6, 1131a, 269 (1934);

(*prima facie*) 殆為「同者不等之，不同者等之（同者異之，異者同之）」（差別待遇或區別對待）。在邏輯上，必先確認「同者」或「不同者」，始能審究是否「等之」或「不等之」，也就是說，在確認是否存有差別待遇之前，必須先究明是否為「相同的事物」或「不同的事物」——格物以辨其同異。但是，何謂「相同的事物」？

眾人皆知，世界上沒有一個人、事物或情況是完全相同的。不同、差異，甚至是物之理也，事物之本質。因此，所謂「相同的事物」，只能是一種相對的概念。易言之，相同的人、事、物，乃是經由相互比較的結果。憲法保障平等權所關懷的問題是，「在重要之點上為相同事物」（*wesentlich Gleiches*）是否受到不公平對待³⁷，唯有「重要之相同事物」的差別待遇，才需要有憲法上正當的事由。究極以言，所有的法律無不在做差別對待。蓋法律甚少適用於所有人，法律通常會有適用範圍與適用對象，故立法者恒須透過構成要件，規範一定的群體、事實、行為方式等，自然也就「必須」差別對待³⁸。因此，相同事物乃是一種「法律上」或「規範上」的相對概念，須關照法律的規範意旨與規範事實，經由相互比較而後予以界定。

基於上述觀點，平等原則的第一要義是，可以被納入比對、掂量，進行同異之辨者，必須屬於同一規範系統的事物。差別待遇若出於不同的規範系統，基本上不生憲法上平等審查的問題。例如台

Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, übers. von Eug. Rolfes, 2. Aufl., 1911, 5. Buch, 6. Kap., 1131a.

³⁷ 參見BVerfGE 49, 148 (165).

³⁸ 參見Juliane Kokott, *Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, 2001, S. 129.

北市以自治條例規定，台北市電腦遊戲業者營業場所內不得吸菸，台北縣無此規定。相對於台北縣的業者，台北市的電腦遊戲業者似乎遭受差別待遇。然因台北市自治條例與台北縣自治條例，分屬不同的規範系統，故台北市的電腦遊戲業者與台北縣的電腦遊戲業者不屬於相同事物，從而亦不存在（憲法上有意義的）差別對待。又如道路交通管理處罰條例對職業小客車駕駛人的資格有所規範；技師法對土木技師的執業資格、方式也有規定，二者內容與要求，各有不同。表面觀之，法律對此二「組群」的人作區別對待，二者在法律上分別受到不同的待遇。不過，由於「道路交通管理處罰條例」與「技師法」乃屬不同的規範系統，此二組群之間並無任何可資比較之點，故此種差別處理，無須憲法上正當的事由，亦即不生憲法上平等原則的適用問題。

其次，平等原則的第二要義是，對同一規範體系所及或相關的人或事（組群）進行比較，區辨其同異。在作（二組或多組）事物（群組）比較時，必先設定「比較點」（*tertium comparationis*）³⁹或「關聯點」（*Bezugspunkt*），透過「比較點」的爬剔，梳理出事物（群組）之間的相同處。經由排比、分類、判別後，被比較的組群或情況若含有相同的比較點，即可歸為相同事物，而此等「比較點」或「關聯點」便成為被相互比較事物或組群的「共同點」

³⁹ 「*tertium comparationis*」一詞的字義是「比較的第三者」（*das Dritte des Vergleiches, the third [part] of the comparison*），為修辭學上的概念，指稱兩個相互比較之物的共通之點；在邏輯學上，作為比較不同概念的第三概念。例如「極」是比較北極與南極的第三概念。任何事物、情況、行為或人的相互比較，其間至少必須有一項共通的特性，其比較才有意義。此一共通的特性即為 *tertium comparationis*。基本概念，參見 Friedrich Lachmayer, *Das tertium comparationis im Recht*, in: Ulfrid Neumann u.a. (Hrsg.), *Verantwortetes Recht, Die Rechtsphilosophie* Authur Kaufmanns, 2005, S. 67 ff.

(genus proximum)，構成其共同上位概念 (gemeinsamer Oberbegriff)，從而此二組群即存有「可資比較性」(又稱「可相提並論性」⁴⁰)，而堪為相同的事物。

例如自用小客車、營業大客車及職業小客車，若以「車輛」作為比較點，則此三者皆為相同事物；若以「職業用車」作為比較點，則營業大客車與職業小客車屬相同事物，但自用小客車與營業大客車、職業小客車並非相同事物。道路交通處罰條例若對職業小客車、自用小客車、大客車的駕駛人設定不同的規範，從「駕駛車輛」的角度而言，即構成差別待遇，而須有憲法上正當事由。

又如土木技師、結構技師、建築師，若以「專門職業人員」為比較點，三者為相同的事物，但若以「技師」為比較點，則僅土木技師與結構技師為相同事物，建築師與其餘二者，非屬相同事物。技師法若對土木技師及結構技師設定不同的執業資格，以「技師」作為關聯因素，即構成差別對待，必須有憲法上正當的事由。

再者，平等原則的第三要義是，確認相同事物的差異點。按「比較點」或「關聯點」既是相互比較事物(組群)的「共通點」，則這些事物(組群)之間必然會存有差別之處，此等差異可稱之為「差別點」、「差異點」或「不同點」(differentia specifica)。前舉道路交通管理之例，若以「車輛」作為自用小客車、營業大客車及職業小客車的「共通點」，則「車輛用途」即是三者的「差異點」；若以「職業用車」作為營業大客車與職業小客車的「共通點」，則「車輛大小」及「營業內容」則是二者的「差別點」。「差別點」不會使相互比較的事物成為相同事物，卻是判斷差別待遇(是否合理)原因的重要憑據。

⁴⁰ 參見許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，載：憲法解釋之理論與實務(李建良、簡資修主編)，2輯，頁121，2000年8月。

歸結上述，平等原則的思維方法，首要功夫是對事物「類其所同，辨其所異」。簡而言之，即先設定「比較點」，比對確定出相同事物或不同事物，再以該「比較點」作為相同事物的「共通點」，找出其間的「差異點」。此種思維方法看似單純，其實隱含了一項頗為複雜、爭議極大的前提問題，即如何挑選比較點。在前舉諸例中，何以不以「職業用車」，而要以「車輛」作為比較點？或者，何以單挑「技師」作為關聯因素，而不是「專門職業人員」？此一難題唯有關照各該法律規範意旨，並參酌系爭案件的爭點與訴求，始能解答、定調，也因此難免會仁智互見、眾說紛紜，益徵「相同事物」乃一種「規範上」概念的事實。茲舉一例說明之⁴¹：

某市立幼稚園及國小附設幼稚園的入園資格規定是：「單親媽媽的子女優先入園」。若以「親子關係」作為比較點，則凡是「有子女的家庭」均為相同事物（組群），其差異點是「單親」與「雙親」，從而上述規定即對「雙親家庭」構成差別待遇。反之，若以「單親」作為比較點，則「有子女的單親家庭」始為相同事物（組群），其間的差別是「單親媽媽」與「單親爸爸」，至於「雙親家庭」與「單親家庭」則非屬相同事物（組群），從而上述規定僅對「單親爸爸」構成差別待遇，而未對雙親家庭。由於上述規定僅優待「單親媽媽」，故首要考量的是「單親爸爸」被歧視的問題，而應以「單親」作為比較點／共通點，審究以「父母角色的差異」作為區別對待的理由是否具有憲法上的正當性。反之，「雙親家庭」似乎亦因上開規定而受到歧視，然該規定並非僅歧視雙親家庭，同時也歧視「單親爸爸」，因此，雙親家庭不能主張其相對於「單親家庭」而受到歧視。唯有當「單親爸爸」及「單親媽媽」同時相對

⁴¹ 參考Pieroth/Schlink, 同註26, Rn. 434.

於「雙親家庭」被優待時，亦即上開規定改為「單親家庭的子女優先入園」，「親子關係」（有子女的家庭）才會成為比較點／關聯點／共通點，而構成對「雙親家庭」的差別對待，並使差異點落在「雙親的親子關係」與「單親的親子關係」上，進而須審究以「雙／單親的差異」作為區別對待的理由是否具有憲法上的正當性。

(二) 是否存有「相同對待」？

基於平等原則的意旨，不僅禁止「對於相同的事物作不同的處理」（差別對待的禁止），尚且禁止「對於不同的事物做相同的處理」（相同對待的禁止）⁴²。是以，除了差別待遇需要憲法上正當事由外，「相同處理」，亦復如此，亦即，「不同事物若予相同處理」，也須有憲法上正當事由。從而，必須先從法律中眾多的相同處理，過濾出有必須具備憲法上正當化事由的「相同處理」。同樣地，在處理是否違反「相同對待禁止原則」的問題時，亦須挑選出可資比較的組群，所不同者，於此要先確認比較的組群是否為「不同的事物」？茲舉德國一則實例說明之⁴³。

德國關店法（*Ladenschlußgesetz*）對於商店的營業時間設有限制。依其規定，除火車站販賣處及藥房的關店時間有若干例外情形外，所有商店每日只能經營到一定時間，即應關閉。不過，火車站販賣處關店時間的例外情形比藥房要來得多，亦即火車站販賣處的營業時間長於藥房的營業時間，但火車站內的藥房，仍適用有關藥房的規定。於此可資比較的組群，可別為四種：1. 火車站內的販賣處（不含藥房）；2. 火車站外的販賣處（不含藥房）；3. 火車站內的藥房；4. 火車站外的藥房，其差別對待／相同對待的情形如下：

⁴² 參見BVerfGE 49, 148 (165); 86, 81 (87).

⁴³ 參考Pieroth/Schlink, 同註26, Rn. 437.

1. 若以「商店」（販賣處）為比較點，則此四者皆屬相同事物，關店法有關火車站內販賣處的例外規定，對「火車站外」的商店構成差別對待；另則，關店法有關藥房的例外規定，對「藥房以外」的商店構成差別對待。

2. 若以「火車站內的商店」為比較點，則火車站內的藥房與火車站內其他販賣處為相同的事物，關店法對於火車站內其他販賣處的例外規定多於火車站內藥房，構成對「火車站內藥房」的差別對待。

3. 不過，若以「藥房所在地」為比較點，則火車站內的藥房與火車站外的藥房，屬於「不同的事物」，關店法規定所有藥房一律適用相同例外規定，係將「火車站內的藥房」與其他的藥房作「相同處理」⁴⁴。

二、差別對待／相同對待的憲法上正當化事由

綜結上述思繹過程，憲法上有意義的差別對待，須滿足以下三項要件：(一)須為規範上的對待：法律對某一個人、某一組人或某種情況，在特定的方式，給予干預性或給付性的規範；(二)須有規範上的差別對待：同一法律規範對另一個人、另一組人或另一種情況，以另外一種方式予以對待；(三)須被差別對待的事物可歸於同一上位概念：這兩個人、此二組人或該等情況，可以被歸類在一個共同的上位概念之下。

基本上，立法者若為上述的差別對待，即存有違憲的可能性。惟按平等權的保障並非絕對、形式上的平等，立法機關非不得基於憲法的價值體系與立法目的，對於規範事物為合理的區別對待⁴⁵，

⁴⁴ 參見BVerfGE 1, 225 (228 f.).

⁴⁵ 參見司法院大法官釋字第485號解釋。

故於合憲性控制上所應審究者，乃系爭差別待遇是否具有憲法上正當的事由，亦即其是否為合理的差別待遇？換言之，憲法平等權的保障，乃是一種「恣意禁止」（Willkürverbot）的要求⁴⁶，差別待遇若非出於恣意，而具有憲法上正當事由者，仍為憲法之所許。所謂「恣意」的差別待遇，係指缺乏合乎理性的衡量，或欠缺事物上的理由，尤其是違反「事物的本質」（Natur der Sache）⁴⁷。換言之，差別待遇須有合乎事理的理由，始不與憲法保障平等權的意旨相違。

差別待遇須有合乎事理的理由，並非要求立法者必須作最合理且最合目的的規範⁴⁸。立法者在作差別待遇時，原則上享有廣泛的「裁量空間」或「形成餘地」（Ermessens oder Gestaltungsspielraum）⁴⁹，立法者得自由創設差別待遇的模式。在具體個案中若有多種適當的解決可能性時，立法者縱使未能選擇「最合目的」、「最合乎理性」或「最合正義」的解決方案，亦不能因此而指摘立法者恣意。唯有當法律的規定，缺乏合乎事理的理由時，方可謂其具有恣意性⁵⁰。

不過，何謂「事物的本質」或「合理的事由」？卻是相當難以回答的問題。欲以如此抽象、模糊的概念作為違憲審查的標準，似有操作上的困難。所謂「合乎事理」，當然不是只要提出一定的理

⁴⁶ 參見許宗力，同註40，頁86；陳新民，平等權的憲法意義，載：憲法基本權利之基本理論，上冊，頁495以下，1999年6月；李惠宗，從平等權拘束立法者之原理論合理差別之基準，台大法研所碩士論文，頁139以下，1988年6月。

⁴⁷ 參見BVerfGE 10, 234 (246); BVerfG, NJW 2000, 2264 (2266).

⁴⁸ BVerfGE 64, 158 (168 f.); 66, 84 (95).

⁴⁹ 參見李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，載：憲法理論與實踐(二)，頁299以下，2007年8月2版。

⁵⁰ BVerfG, NJW 1955, 625.

由，便滿足合理的要求。如果任何理由都可以充數，平等原則不啻空洞的詞藻，或只是文字遊戲，卒為「無牙的老虎」，難有用處⁵¹。因此，接下來的問題是，差別對待須合乎事理這項「基本常識」究竟如何具體落實？如何檢證系爭規定具有憲法上正當事由？如果不存在可資憑恃的思考方向與可供操作的審查路徑，則所謂「合乎事理」與否，或「事物本質」為何，將諸說紛呈，言人人殊，莫知所定。

平等原則若是一種比較同異的思辨過程，則在檢視差別對待是否存有合理事由時，眼光自然會落在可相提並論（相同）事物的差異點上，並以之對照立法者所憑以作區別對待的「類別」。由此可以延伸出以下二道思考路徑：

(一)首先，是否存有若干類別「不得」作為區別對待的理由？按憲法第七條規定：「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。」此一規定所稱「無分男女、宗教、種族、階級、黨派」，若要具有憲法上規範意義，則應解為：憲法第七條「禁止」立法者以性別、宗教、種族、階級、黨派，作為差別待遇的理由（禁止分類）⁵²。換言之，立法者若「直接」以

⁵¹ 例如德國聯邦憲法法院早期以「恣意禁止」（Willkürverbot）作為平等原則的審查準據，並將其控制內涵侷限在（立法者）「說理要求」（Begründungsgebot），少有認定違反平等原則之釋例，遭致學者批評。比較委婉的說法，如Peter Häberle所言：「平等原則被貶抑為恣意禁止」（Verharmlosung des Gleichheitssatzes zum Willkürverbot）（見Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43/139）。毫不客氣的指摘，如Hans F. Zacher謂其為：「平等控制的極小主義及寂靜主義」（Minimalismus und Quietismus der Gleichheitskontrolle）（見Hans F. Zacher, Soziale Gleichheit – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, AöR 93 [1968], S. 341/357）。

⁵² 另參Starck, 同註34, Rn. 11, 13, 16 f.; Paul Kirchhof, Der allgemeine Gleichheits-

性別、宗教、種族、階級、黨派作為差別待遇的理由，即違反平等原則而構成違憲。

(二)立法者通常不會大刺刺地以性別、宗教、種族、階級、黨派作為差別待遇的理由，總是會設法訴諸其背後的事由，例如兵役法第一條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務。立法者當然不會「單純」以性別作為差別對待（僅男子有服兵役義務）的理由，而是鑒於男女「生理上的差異」及「生活功能角色的不同」⁵³。因此，上述類別的另一意義是，凡以性別、宗教、種族、階級、黨派「相關」的事由作為差別對待的理據，雖非憲法所禁，惟仍須有較為重大的事由，始得為之。換言之，差別對待若涉有「與禁止分類相關之分類」者，即應受嚴格的審查⁵⁴。

以上著眼於特定類別的檢視方式，操作上固然簡便，卻很容易被錯誤推導為：差別對待的事由若未涉上開類別者，其是否違反平等原則，即一律從寬審查，甚至推定合憲。此種幾近「全面棄守」的作法，無異「單憑定義」（*per definitionem*）即否定平等權／原則的規範功能及效力。尤其涉及工作權、財產權及職業自由等屬於經濟領域的差別對待，多與上開類別無涉，若因此而謂其無違反平等原則的可能，是否合理，灼然甚明。本乎此，差別對待若未涉性別、宗教、種族、階級、黨派者，其是否違反平等原則，尚不宜概

satz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 2. Aufl., 2000, § 124 Rn. 94.

⁵³ 參見司法院大法官釋字第365號、第490號解釋。

⁵⁴ 美國最高法院在適用憲法平等保障條款所發展出來的「可疑類目」（*suspect category*），例如種族、國籍、非婚生子女等，基本上亦同此思維脈絡。學者法治斌曾主張，判斷是否符合實質平等之基準，顯然不可能一以貫之，而宜有雙重基準之考量。參見法治斌，同註12，頁50。氏所謂「雙重基準」者，殆指若涉有憲法第7條所例示之五項區別因素，宜從嚴審查之。

然從寬審究，而應打破上述僵化的思維框架，另尋審查尺度。於此，不難想到的是，以差別待遇對當事人的「影響強度」，來建構平等原則的審查基準，即強度越大，憲法上的要求越高⁵⁵。可資考量者，略有如下數端：

其一、差別待遇的標準，越接近憲法明定不得為差別待遇的標準者，例如性別、宗教、種族、階級、黨派等，則其差別待遇的強度越大。

⁵⁵ 德國聯邦憲法法院自1980年代以來的平等原則操作方式，即有此傾向。德國聯邦憲法法院乃發展出較為具體的審查基準，其將差別待遇區分為「較大強度的差別待遇」（Ungleichbehandlungen größerer Intensität）與「較小強度的差別待遇」（Ungleichbehandlungen geringerer Intensität）。前者（高度的差別待遇）須有「重大的合理事由」（gewichtiger sachlicher Grund），尤其須受比例原則的檢驗；反之，後者（低度的差別待遇）的要求是「恣意的禁止」（Willkürverbot），僅須具備合理的事由，立法者享有較大的形成自由，故在違憲審查上，僅作「明顯性審查」（Evidenzkontrolle），亦即只要能提出任何合乎事理上的理由，其差別對待即可視為「無恣意」，因而正當。參見BVerfGE 80, 109 (118)。關於判斷差別待遇的「強度大小」，主要有三個指標：一、差別對待的標準越接近基本法第三條第三項所禁止的標準，二、則當事人對於該差別待遇標準影響的可能性越低，從而，此種差別待遇使基本權利所保護自由的行使，越加困難。參見BVerfGE 88, 87 (96); 91, 389 (401); Pieroth/Schlink, 同註26, Rn. 438。

對於此種審查方式，德國學界普遍以「新公式」（neue Formel）稱之，而與傳統單純「恣意禁止」相區別。不過，聯邦憲法法院在實際運作上，並未明顯區分為「恣意禁止」與「禁止無合理事由的差別待遇」，有時僅作「明顯性審查」，例如BVerfGE 52, 277 (281)；有時則作「比例原則」之審查，例如BVerfGE 63, 255 (263 ff.)。相關討論，參見Rainald Maaß, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuansatz?, NVwZ 1988, 14 ff.; Michael Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, 124 ff. Christian Starck一針見血地指出：於此涉及對法律的審查密度問題，既非舊的恣意禁止，也不是新的審查公式，端視系爭法律所涉憲法脈絡與相關事實。參見Starck, 同註34, Rn. 11, 13, 16 f.

其二、受差別待遇的當事人對於差別待遇的標準越不能予以影響者，則其差別待遇的強度越大。

其三、差別待遇的結果對於憲法所保護自由權的行使，影響愈大者，則其差別待遇的強度越大。

以上「趨強」的審查尺度，標舉出平等原則審查的寬嚴程度，顯示「強者恆嚴、弱者恆寬」的思維邏輯。簡單的說，差別待遇影響程度大者，須有重大的合理事由，始為合憲；差別待遇影響程度小者，只要任何的合理事由，即為合憲。不過，此種「審查基準」所透露出來的訊息，其實是一種審查「密度」，也就是釋憲者以平等原則把關時的審查態度，若屬「從嚴審查」的範疇，其構成違憲是「八九不離十」；反之，若屬「從寬審查」的範疇，其構成違憲則是「八字沒一撇」。但是，真正的關鍵——何謂「合理」（不管是重大或是任何）事由，卻仍未說明，到頭來，似乎是「有說等於沒說」，或者是「說了就算」。

面對此種「尷尬」處境，也難怪學者間要別出異想把「比例原則」的檢驗公式套用到平等原則身上，嘗試以比例原則建構平等原則的檢驗步驟⁵⁶。基本上，比例原則旨在處理目的與手段之間的比

⁵⁶ 例如Hans D. Jarass區分必須適於達成其擬追求的目標（適合性）；其次，必須不存在負擔較輕微的區分可能性，並且藉由差別待遇導致的不利益，不應超過正當化差別待遇之目標的要求（必要性）；最後，差別待遇與正當化的理由彼此必須存在適當的關係（狹義比例原則）。參見Hans D. Jarass, *Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG, Ein systematisches Konzept zur Feststellung unzulässiger Ungleichbehandlungen*, NJW 1997, 2545 (2549). 另參Rudolf Wendt, *Der Gleichheitssatz*, NVwZ 1988, 778 (781 f.); Stefan Huster, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, JZ 1994, 541 ff. 國內學者亦有持此見解者，例如吳庚教授認為：比例原則與平等、正義本質是相通的，認定有無重要的實質原因（得以正當化差別待遇），不外三項標準：(一)是否在於追求正當目的，(二)是否為達成此一目的所必要，(三)與目的之價

例關係，除目的本身須具備正當性外，一般細分為三個下位原則：適當性原則（手段有效性原則）、必要性原則（手段最小侵害原則）、狹義比例原則（手段／目的損益合理相稱原則）。若把「差別對待」當作一種「手段」，衡之以差別對待的「目的」，則可架構出如下的檢查步驟：

(一)差別對待所追求的目的是否具有正當性？系爭分類是否合理？

(二)差別對待是否足以（有助於）達到其所欲追求的目的？

(三)差別對待是否為達到該目所必要？亦即，除採取該差別對待手段外，是否別無其他方式（或他種差別對待）同樣有效達到目的，而對當事人權益的損害較小？

(四)差別對待與所追求目的之間是否處於合理的關係？亦即，差別對待所造成的損害是否與欲達成目的之利益顯失均衡？

此種摻入比例原則成分的平等原則檢查步驟，與是否合理「全有全無式」的論斷方式相比，自較細膩而具有可驗證性。誠如慎子所言：「權衡，所以立公正也。」平等思維容易蘊含利益權衡的旨趣。但於此須澄清者，上述檢查步驟只是「借用」比例原則的操作

值成適當比例，以上標準正是比例原則的內涵。參見吳庚，憲法的解釋與適用，頁189，2003年9月修訂版。另林子儀大法官於釋字第571號解釋所提協同意見書亦表示：「惟真正之難題實為如何審查、判定個案系爭之法律所為之差別待遇係屬合理，因而為憲法所容許之差別待遇。該問題即涉及系爭立法所採之差別待遇是否符合憲法第二十三條之規定；亦即該系爭立法之目的是否合憲，以及以差別待遇作為手段與目的之達成是否具備一定程度之關聯性。」許宗力大法官則持保留態度，其謂：比例原則的三個派生原則中，真正涉及對立法益之權衡者，只有必要性原則與狹義比例原則，適當性原則因只單純要求差別待遇之手段應「有助於」差別待遇目的之達成，其內容與對立法益之權衡無涉，因此可援用於傳統的平等審查。參見許宗力，同註40，頁108、109。

機制與考量方法，其本身並不等於比例原則⁵⁷。比例原則著重在手段與目的之間的「單向」思考；平等原則是出於相互比較的「橫向」、「多面向」思考，二者考量的要素與置重點，未必全同。例如在系爭規定的目的審查上，平等原則的審查尚須論究系爭「分類」是否合理、妥適。而且，此種操作方式在審查「干預性」的差別對待上（例如禁止特定組群的人從事特定的行業），尤具實益，特別在衡酌差別對待（手段）是否適當、必要時，其所考量的因素非單只是（禁止）手段與「公益」目的（例如該特定組群的人從事特定行業所可能造成的危害）之間的關係，尚須斟酌「可相提並論的組群」（例如其他組群的人亦可能造成同樣的危害）。

儘管如此，不容否認的是，納入比例原則的平等原則思維方法，與比例原則的審查，在實際運用上，具有高度的重疊性。為避免重複審查，並區辨出二原則之差異及不同的考量因素，應先從

⁵⁷ 德國學者Michael Sachs主張：比例原則式之平等原則的運用，係就被差別對待的事物的比較，其並不直接牽涉「目的——手段關係」（Zweck-Mittel-Relation）。在此的「目的——手段關係」僅有下述間接的連結：被差別對待的事物的差異，對於法律擬追求之目標達成具有意義，其足以正當化法律的差別處理；在事物的差異性足以正當化法律的差別對待時，即無「干預」（Eingriff）可言。參見Sachs, 同註55, 124 (129); ders., *Verfassungsrecht II-Grundrechte*, 2. Aufl., 2003, S. 229 ff.; ders., *Grundgesetz: Kommentar*, 3. Aufl., 2003, Art. 3 Rn. Hans D. Jarass則強調：平等原則之比例原則式的審查模型，仍與自由權的情況有別，後者涉及負擔與公益之間；前者涉及差別待遇與公益目的之間的相當性。參見Jarass, 同註56, 2545 (2549).

陳新民教授亦曾指出：援用「比例原則」於平等權時必須留意，其與應用於自由權之不同點。在涉及自由權的情況，比例原則一方面肯定立法者可以基於公益考量限制自由權，另一方面亦防遏立法者侵害自由權。相對於此，在平等權的情況，立法者僅在「區分」法律對象（及決定法律後果）的同異上，才勉強擷取比例原則的理念，不可過度、不可超越目的所需並進行利益權衡。參見陳新民，同註46，頁511-513。

「權利受干預者」的立場出發，進行比例原則的審查，其後再進行平等原則的審查。換言之，從方法論的角度而言，比例原則的審查允宜先於平等原則，以「過度禁止」的視角進行單面向的檢驗，而後始加入「比較」的觀點，進行橫向、多面性的檢驗與思維。平等原則與比例原則之關係，其背後實關乎平等權與自由權的保障問題，二者之間具有、競合、相斥、互無關聯等多重關係。於多數的情形，平等權與自由權處於相互競合的關係，人民於聲請釋憲時，往往二者併陳，遇此情形，以比例原則作為檢驗工具，通常即為已足。不過，亦有少數情形是，平等權與自由權相互脫勾，甚至僅有平等權，而無（憲法保障之）自由權之問題。茲舉一例說明：

野生動物法第十八條第一項規定，保育類野生動物不得獵捕、宰殺。同法第二十一條之一規定：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制⁵⁸。」對於以獵殺保育類野生動物為生的非原住民而言，其自由權⁵⁹受野生動物法第十八條第一項之限制，該規定是否合憲，基本上是涉及比例原則的問題；相對於此，野生動物保護法第二十一條之一允許台灣原住民族於一定條件下（基於傳統文化、祭儀之必

⁵⁸ 野生動物保護法第17條第1項規定：「非基於學術研究或教育目的，獵捕一般類之哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類野生動物，應在地方主管機關所劃定之區域內為之，並應先向地方主管機關、受託機關或團體申請核發許可證。」第18條第1項規定：「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。」第19條第1項規定：「獵捕野生動物，不得以下列方法為之：一、使用炸藥或其他爆裂物。二、使用毒物。三、使用電氣、麻醉物或麻痺之方法。四、架設網具。五、使用獵槍以外之其他種類槍械。六、使用陷阱、獸鈹或特殊獵捕工具。七、其他經主管機關公告禁止之方法。」

⁵⁹ 人民能否主張「工作權」，抑或僅是「一般行為自由」受限制，於此暫置不論。

要)得獵殺保育類野生動物，則構成一種差別待遇，其是否合憲，主要是牽涉平等原則的審查問題，與自由權是否受過度限制較無干係。於此情形，在平等原則的思維方法上，加入比例原則的考量因素，猶富實益。

此外，尚須指出者，納入比例原則的平等原則檢驗步驟在審查「給付性」或「優惠性」的差別對待上，往往捉襟見肘，有時而窮，尤其是第三步驟（必要性）的審查。蓋立法者在作差別待遇時，既享有一定程度的「形成空間」，則在必要手段的選擇上，亦應享有較大的裁奪權限。當國家為追求特定目的而對特定組群的人為優惠性差別待遇時，雖可能會對另一組群的人構成一種差別對待，但被差別對待的組群如何主張國家可以採取另一種措施，既可以達到相同的目的，又對其權益損害較少，著實困難。況且，給付性或優惠性措施往往涉及國家財政資源的分配，在國家財政能力有限的現實基礎下，容應給予立法者一定的裁量權限，故如何從必要性原則推導出國家應採取特定的優惠性措施，委實非無商榷的餘地⁶⁰。姑舉二例說明之：

〔例一〕法律規定：未結婚而需扶養子女的勞工，其得領取的失業金高於未結婚而無需扶養子女的勞工。以「失業勞工」為比較點，二者為相同組群，其差異點是「是否扶養子女」，二者得領取的失業金不同，構成差別對待。此種差別待遇的「目的」旨在挹注有子女的失業勞工。此一目的具有正當性，蓋失業金發給的目的，係基於因失業而無收入所為的救濟，而有需扶養的親屬，自與收入有關聯性。問題在於，此種差別待遇是否「有助於」挹注有子女的失業勞工之目的？蓋國家若要挹注有子女的失業勞工之目的，未必一定要讓無子女的失業勞工領取較少的失業金。同樣的問題是，無

⁶⁰ 此毋寧也是比例原則適用在給付行政上所遭遇的問題。

子女的失業勞工能否主張國家讓其領取相同的救濟金，同樣亦可達到挹注有子女的失業勞工之目的？

〔例二〕法律規定：計程車改裝為瓦斯車者，其費用由政府補貼。若以「營業車輛」為比較點，則計程車、出租車、營業大客車，均屬相同事物，惟僅計程車獲有補貼，對其他營業車輛而言，構成差別對待。此一差別對待的目的可能有二：一是為改善計程車駕駛人的生活；另一是為改善空氣品質。按政府鼓勵人民改裝瓦斯車，旨在減少汽油的使用，以改善空氣品質，故前一目的顯然不具正當性。政府以計程車改裝為瓦斯車為補貼的對象，若係基於計程車數量及使用量較高，則以此經濟誘因手段促使計程車駕駛人改用瓦斯加氣，應有助於空氣品質的改善。其次，就是否別無其他方式同樣有效達到目的，而對計程車以外營業駕駛人權益損害較小而言，可資考量者，為對所有營業車輛全面補貼。如此一來，不僅更能有效改善空氣品質，且不致構成差別對待。然則，倘若國家財政能力有限，無法全面補貼時，能否據上而要求國家應實現平等原則，即非無疑。

關於差別對待／相同對待是否具有憲法上正當事由的檢驗，尚有另一種有趣的思維方向，即將「不當聯結禁止」（Kopplungsverbot）原則的觀點納入其中⁶¹。按不當聯結禁止原則，指國家機關行使公權力，不得將不具事理上關聯（sachlicher Zusammenhang）的事項與其所欲採取的措施或決定相互結合，尤其行政機關對人民課以一定的義務或負擔，或造成人民其他的不利益時，其採取的手段與所欲追求的目的之間，必須存有合理的聯結關係。在判斷是否具有「事理上關聯」時，通常須考量法律對系爭措施所設定的要件或規範旨趣，若國家機關所聯結的事項與系爭法規意旨相同或類似

⁶¹ 此一想法為李惠宗教授於研討會中針對本文所提出，作者認為甚具參考價值。

者，即屬具有合理的關聯。不當聯結禁止原則，係實質法治國原則的派生原則，其與比例原則所蘊含的「恣意禁止」精神，同其旨趣，皆在防止國家機關濫用其權力，以免國家權力不當擴大、漫無邊界⁶²。不當聯結禁止原則的中心旨趣在於判斷國家行為是否具有「事理上的關聯性」，若將此一觀點納入平等原則的審查考量因素，則可得出如下的命題：國家所為的差別對待／相同對待若欠缺事理上的關聯性，即不具正當性，而構成不合理的差別對待／相同對待。此一命題若能成立，並細緻化，自可增益憲法平等權的檢驗內涵，值得進一步探微。惟須注意憲法平等權思維方法的首要步驟——確認差別對待／相同對待的存否。例如：法令規定以繳清罰鍰作為換發行車執照的前提要件，違背不當聯結禁止原則。蓋行車執照的規範重點在於車輛的客觀狀況，交通罰鍰則是針對駕駛人違規行為的制裁，涉及車輛所有人的駕駛能力與行車活動，故交通罰鍰的繳納與換發行車執照著重車輛客觀狀態之間，欠缺實質的合理關聯⁶³。於此一事例中，系爭規定違反不當聯結禁止原則，固甚明顯，惟是否構成不合理之差別對待，則非無疑，蓋系爭規定係以「全部」的車輛所有人（包括機器腳踏車）為規範對象，並無差別對待。設若：法令規定僅汽車所有人須繳清罰鍰始得換發行車執照，機器腳踏車所有人無此限制，則系爭規定即構成對汽車所有人與機車所有人的差別對待，從而在審究是否違反平等原則時，可以加入「不當聯結」的觀點。

⁶² 參見李建良，行政法上不當聯結禁止原則，月旦法學雜誌，82期，頁20，2002年3月。

⁶³ 參見最高行政法院90年判字第1704號判決；李惠宗，繳清罰鍰才能換行照嗎？，台灣本土法學雜誌，30期，頁91-98，2002年1月；李建良，同前註，頁21。

三、設例操作：以藥物廣告的限制為例

設例：甲畢業於某大學藥劑系，於取得藥師執照後，依法請領藥局執照，自行開設一家藥房，除從事藥物調劑外，並兼營藥品零售業務。為招徠顧客，並提供消費者醫藥新知，甲利用網際網路（Internet），為其藥局架設專門的首頁（Homepage），供消費者上網瀏覽，並於網頁中，展示兼售的藥品。嗣主管機關以甲違反藥事法第六十五條非藥商不得為藥物廣告規定，而依藥事法第九十一條第一項規定處以新台幣十萬元罰鍰⁶⁴。

首先，應確認者，乃「藥商」與「藥局」是否為相同的事物？其可資比較之點主要是「藥物的販售」。換言之，「藥商」與「藥局」所經營的業務雖未盡相同，惟在「藥物販售」上，則屬相同的事物，故此二者具有共同的比較點。若謂藥商與藥局屬於相同的事物，則於法律上理應作相同的處理，惟因系爭規定僅允許藥商為藥物廣告，故對藥局而言，乃構成一種差別待遇。

其次，對於藥局所構成的差別待遇應屬強度較大的差別待遇，蓋系爭差別待遇固非基於性別、宗教、種族、階級、黨派等因素，惟其所為差別待遇的標準：「藥商」與「非藥商」，乃屬一種客觀的行業類別，除非甲放棄開設藥局，改行從事藥商工作，否則在現有條件下，甲似無法改變現狀；其次，禁止非藥商為藥物廣告的規定，對於藥師及藥局的職業自由，造成重大影響，故此一差別待遇應屬強度較大的差別待遇，從而應適用較為嚴格的審查基準，亦即須具備「重大的合理事由」，且應受「比例原則式」的平等檢驗。

按藥事法第六十五條規定，非藥商不得為藥物廣告，考其立法目的，主要出於違規藥物廣告花樣百出，浮濫誇張，非藥商或非藥

⁶⁴ 參見李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，28期，頁75-89，2001年11月。

物而宣稱具有醫療效能的廣告，充斥坊間，故立法機關乃增訂此項規定，俾資管理⁶⁵。其次，依藥事法規定，僅領有合法執照的藥商得販賣藥物，非藥商既不得販賣藥物，則禁止其為藥物廣告，似有其必要，且屬合理。惟依藥事法第十九條第二項規定，藥局亦得兼營藥品零售業務，故藥局與藥商在「販賣藥物」上係屬相同的事物，則系爭規定允許藥商為藥物廣告，而將「藥局」排除在外，其理由安在，有待深究。

可能的合理事由之一是，藥局主要是由藥師或藥劑生親自主持，依法執行藥品調劑、供應業務的處所（藥事法第十九條第一項），藥物的販賣僅是「零售」性質，換言之，藥局的重心應在「藥品調製」，而非藥品販賣，故禁止其廣告，可以避免藥局的原本功能受到妨礙。然則，就藥局的經營而言，藥物的調劑與販賣，事屬平常，且無事實顯示，藥局因藥物的販賣而影響其調製的功能。況且，法律既允許藥局零售藥物，則實無以此禁止其廣告之理。

另一可能的合理事由是，藥商須先向主管機關聲請核准，辦理藥商登記（藥事法第二十七條），而其應登記事項包括：藥商種類、營業項目、藥商名稱、地址、負責人、藥物管理、監製或技術人員及其他應行登記事項等（藥事法施行細則第九條），故經核准並登記為藥商者，基本上具備一定藥物管理的知識與人力，由其為醫藥廣告較不會有誇大不實的問題，且因藥商皆有登記，在監督、管理上較為便利。然查，藥局的經營亦應請領藥局執照，其設立、及變更登記，皆準用有關藥商登記的規定，且藥局兼營藥品零售業務，亦應適用關於藥商的規定，同時無須另行請領藥商許可執照（藥事法第三十四條）。由此觀之，有關藥商的管理，同於藥局，

⁶⁵ 參見藥事法修正草案立法總說明，立法院公報，82卷4期，頁401，1993年。

故上述理由亦難謂是差別待遇的合理事由。

總而言之，系爭規定對於藥局而言，乃構成不合理的差別待遇，違反憲法第七條所保障的平等權，應屬違憲。

參、「經濟管制」與平等權保障：基本觀點

一、「經濟／職業管制」的過度禁止與恣意禁止

「經濟管制」一詞，本文採最廣義的界定，指國家對人民營生活動的各種形成、管理、監控、規制措施與法制，無分個人或團體，亦不問公部門或私部門，故一般所稱工作權、職業自由或營業自由者，均屬本文探討的對象，從而經濟管制的平等權保障問題，大抵同於國家對「職業」管制、規制或限制所生的違憲審查問題。

關於職業自由限制的違憲審查，國內學說率多援引所謂的「階層理論」(Stufentheorie)或「三階理論」(Drei-Stufentheorie)⁶⁶作為準據⁶⁷。此一理論係由德國聯邦憲法法院於一九五八年的「藥房判決」(Apothekenurteil)中所提出⁶⁸。基本上，聯邦憲法法院以職業自由可區分「職業選擇」(Berufswahl)與「職業執行」(Berufsausübung)為出發點，首先肯認立法者的規制權限

⁶⁶ 亦有譯為「階梯理論」，參見姚立明，憲法工作權之性質——簡介西德憲法法院四個代表性判例，中山社會科學季刊，4卷2期，頁136、137，1989年6月。

⁶⁷ 參見李惠宗，同註10，頁378以下；陳新民，公共利益之概念，載：憲法基本權利之基本理論，上冊，頁174，1999年6月；劉建宏，基本權各論基礎講座(七)工作權，法學講座，23期，頁5、6，2003年11月。另參見黃越欽大法官針對釋字第514號解釋所提不同意見書。

⁶⁸ BVerfGE 7, 377 ff. 本判決全文中譯，參見蕭文生，關於「職業自由(工作權)」之判決，西德聯邦憲法法院裁判選輯(一)，頁128以下，1990年1月。

(Regelungsbefugnis) 兼及此二種自由⁶⁹，惟立法規範的強度，應有差異。撮要言之，即：立法者越是干預到職業的選擇自由，其規制權限越應受到限縮；反之，法律規範越是牽涉單純的職業執行，則立法者的規制權限越是自由⁷⁰。蓋基本權利旨在保護個人的自由，規範保留則是為了維護公共利益。個人的職業選擇自由越是受到干預，其對自由的主張益形強烈；反之，職業的執行對社會大眾的危害及危險越大，保護公眾的需求越是迫切。以上二種訴求若要兼容並蓄，唯賴審慎權衡相互衝突的利益，始有以致之⁷¹。

本諸上述立論，聯邦憲法法院奠定如下的衡量法則：

對於職業執行的自由，基於合理的公益考量 (vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls)，顯示具有合目的性 (zweckmäßig) 時，即得予以限制；反之，對於職業選擇的自由，僅於為了保護特別重要 (「特殊」) 的社會利益 (Schutz besonders wichtiger („überragender“) Gemeinschaftsgüter)，且有強烈必要 (zwingend erfordert) 時，始能限制之，亦即：經審慎的權衡，所欲保護的利益必須優於個人的自由訴求，且該利益的保護無法以其他手段達成者，方得限制職業選擇自由。對於職業選擇自由的干預，若無可避免 (unumgänglich)，則立法者恆須挑選對該基本權利限制最少的

⁶⁹ BVerfGE 7, 377 (402 f.). 不過，德國聯邦憲法法院強調，所謂「規制權限」云者，並不表示立法者對於職業自由的享有較大的裁量空間，尤非意味立法者可以對基本權利 (職業自由) 的內涵予以形成，否則憲法刻意保障的職業選擇自由，將淪為昔日「內涵盡失」的基本權利 („leerlaufende“ Grundrechte) (參見 BVerfGE 7, 403 f.)。關於立法者對於所謂「職業圖像」 (Berufsbild) 是否享有形塑權，德國學者見解不一，參見 Ludwig Fröhler/Georg Mörtel, Die „Berufsbildlehre“ des Bundesverfassungsgerichts, GewArch 1978, S. 249 ff.; Breuer, 同註9, Bd. VI, 2. Aufl., 1995, § 148 Rn. 6.

⁷⁰ BVerfGE 7, 377 (403).

⁷¹ BVerfGE 7, 377 (404 f.).

干預方式。

秉承以上端緒，聯邦憲法法院隨之指出：立法者規制權限的範疇，於一定程度下，可以分成多重的「階層」（*mehrere Stufen*）。著名的「階層理論」乃由此鋪陳、架構而出⁷²，法院首先指出：

若涉及純粹的執行規範（*reine Ausübungsregelung*），其不具影響職業選擇自由的效應，而僅規定某一行業的從業人員以何種方式從事其職業活動，立法者最為自由。於此很大的範圍，係基於合目的性觀點的考量；可資衡酌者，乃得附加何種負擔，以便防止對公眾造成弊害及危險。在此範圍內，對於基本權利（職業自由）的保護，僅侷限在防禦本身即構成違憲的負擔，例如負荷過重且無期待可能的法律上負擔（*übermäßig belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Auflagen*）。除此例外情形，上述規制對於職業自由尚不致構成侵害，蓋該從業人員業已在從事職業，且可以決定是否從事該行業⁷³。

其次，法院表示：

相對於上，立法者若規定從事某種職業必須符合一定的要件，從而觸及職業選擇自由者，則該規制僅係為保護「特別重要之社會利益」（*ein überragendes Gemeinschaftsgut*），始具正當性。於此存有一項極為重要的區分，即上開規制是否涉及「主觀」許可要件（*subjektive Zulassungsvoraussetzungen*），尤其是職前或養成教育，或是涉及「客觀」許可要件（*objektive Zulassungsvoraussetzungen*），亦即，該要件與欲從事該行業之人的個人資格、能力無

⁷² BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

⁷³ BVerfGE 7, 377 (406).

關，且個人對該要件無從影響者⁷⁴。

據此，法院指陳：

職業選擇的主觀要件規範，乃職業圖像（*Berufsbild*）法秩序的一部分；其僅開放給具有一定資格能力之人從事特定職業。此種限制的正當性來自於事物的性質；蓋多數職業的執行，有賴一定的理論及實務訓練所獲取的知識及技能。如果缺乏特定的知識或技能，則此種職業的執行，不是毫無可能，就是不合專業，甚至會對公眾造成危害。立法者只是基於實際生活關係的需要，將此等職業圖像予以具體化並「規格化」（*formalisiert*）⁷⁵。此種限制足以作為防制可能弊端及危險的適當手段（*das adäquate Mittel*）；抑且，其因同等適用於所有想要從事該職業之人（*für alle Berufsanwärter gleich*），且為其事前所知，個人在選擇職業之前，即可判斷其能否符合該等要求，故非不合理（*nicht unbillig*）。在此意義下，比例原則的作用厥為，立法者所設定的主觀要件與其所欲追求的目的（按部就班的從事職業），不得失其均衡⁷⁶。

續之，法院論道：

對於職業許可設定客觀條件，則完全不同。此等條件的符合，個人完全無影響力。此等限制恰恰牴觸基本權利的保障意旨，蓋符合所有法定要件而業已選定從事特定職業之人，甚至可能因此而被排除於該行業之外。該等職業的職前訓練及養成教育的時間愈長，愈是專業，因而日後選擇從事此一特定職業的可能性愈是明顯，則此種自由的限制越是嚴重，也因此而益形敏感。由於滿足專業上及

⁷⁴ BVerfGE 7, 377 (406). 聯邦憲法法院特別指出，此種區分素為實務及學說所主張，並附註參考文獻：Scheuner, *Handwerksordnung und Berufsfreiheit*, in: Sonderdruck aus *Deutsches Handwerksblatt*, 1956, S. 25.

⁷⁵ BVerfGE 7, 377 (406 f.).

⁷⁶ BVerfGE 7, 377 (407).

道德上要求的從業人員對於公眾並無發生直接弊害的徵象，故此種限制與其所欲達成的目的之間，往往不具合理的關連。因此，尤有摻入與事物本質無關的動機的危險。特別是，於此可以明顯地假定，此種對職業市場入口的限制，其目的是要為既有從業人員提供免於競爭的保護（Konkurrenzschutz），此一動機，依照一般通念，絕無法使職業選擇自由的干預正當化。蓋其將具有專業能力的人民阻絕於特定職業之門之外，對於個人平等及自由的要求，侵害甚深。由此可以推導出，對於此種限制應設定最為嚴格的要求，必須提出必要性的證明；一般而言，唯有為防止特別重要的社會利益受到可資證明或極可能發生的嚴重危害（Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut），此種對職業選擇自由的干預，始具正當性⁷⁷。

最後，法院綜結：

立法者在採取各該「階層」的措施時，應擇取對職業選擇自由干預最小的手段，唯有高度可能性足以證明，所慮危險無法透過下一「階層」的（合憲）手段予以防制時，始得登臨上一「階層」⁷⁸。

歸納上述，聯邦憲法法院為職業自由的審查建立了一套「逐階遞昇、拾級而上」的思維構造，換言之，唯有「低階」的手段無法達到目的時，立法者始能「更上一層樓」，採取「高階」較為嚴格的手段。此種漸層式的思維法則，擇要言之，即：

第一階層：對於職業執行自由的限制，基於公益的合理考量，具有合目的性者，即具有正當性。

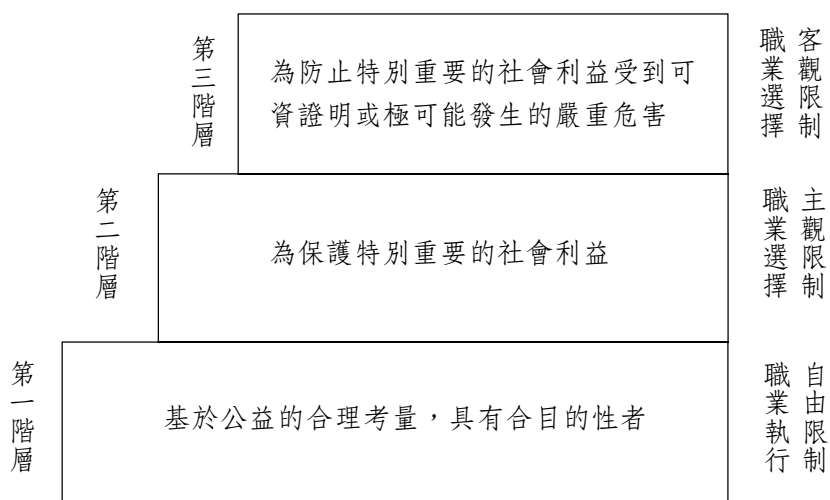
⁷⁷ BVerfGE 7, 377 (408).

⁷⁸ BVerfGE 7, 377 (408).

第二階層：對於職業選擇自由的主觀許可限制，須為保護特別重要的社會利益，始具正當性。

第三階層：對於職業選擇自由的客觀許可限制，僅為防止特別重要的社會利益受到可資證明或極可能發生的嚴重危害，始得為之。

試將之圖像化如下：



限制職業自由合憲性審查的三階理論

資料來源：作者自行繪圖

三階理論將國家對職業自由的規制區分為「職業執行」、「主觀之許可要件」及「客觀之許可要件」三類，並以此將干預職業自由的強度區分為三種階層，干預的強度隨著階層的上升而呈遞增走勢；反之，立法者形成自由的範疇，則隨著干預的強度而遞減。立法者對於職業自由的干預越強，則其所需要的正當性要求也就越高。階層理論，核其旨趣，殆與禁止過度的比例原則同其理路。惟此二者間的關聯，仍有細究的必要。

按比例原則係從方法與目的之關聯性，檢視國家行為（包括立法行為）的合憲性，俾使個人免於遭受國家公權力的過度侵害。依學界及實務通說，比例原則可分為「適合性原則（手段有效性原則）」、「必要性原則（最小侵害性原則）」及「合理性原則（狹義比例原則）」三個下位原則。惟在操作此三原則之前，須先審查所欲達成目的之正當性⁷⁹。循此，立法者對於職業自由的干預，自亦須以追求「正當目的」（*legitimer Zweck*）為前提。三階理論為職業自由的干預目的，依照職業執行自由的限制與職業選擇自由的限制，分別設定不同的要求，前者為合理的公益考量，後者為特別重要的社會利益。表面觀之，二者的目的是否具有正當性，輕重有別，惟單從字義上的差異（合理／特別重要），尚不足以審究各該系爭目的的合憲性，毋寧仍須視個別情況而定。不過，若細讀聯邦憲法法院的藥房判決，至少「防止競業」不是限制職業選擇自由（尤其是設定客觀許可要件）的正當理由，隱潛在字裡行間。換言之，立法者採取限制「職業選擇自由」的措施，若係為了防止競爭過於激烈，即屬不正當之目的⁸⁰。

其次，基於適合性原則的要求，立法者所選用的手段必須「適合於」（*geeignet*）達成所欲追求的目的（手段有效性原則）。職業規制手段的有效性，雖非三階理論所刻意強調，但至少應內含於此一理論之中，或為其所預設。蓋無效的手段，有害無利，本不得作為規制手段。問題僅在於，如何斷定系爭手段的有效性。此點倒是從三階理論可以推導出不同程度的審查密度，即：關於職業執行之限制是否合目的性，立法者享有一定的評估特權；關於主觀的職

⁷⁹ 參見李建良，同註35，頁94，2版。

⁸⁰ 另參見Peter J. Tettinger, *Wettbewerb in den freien Berufen—berufsgrundrechtliche Aspekte*, NJW 1987, 293; BVerfGE 82, 18 (28).

業自由限制是否足以促進重要的公共利益，立法者的評估若非顯然可予反駁或明顯錯誤，即應予尊重；惟若涉及客觀之職業許可要件，則立法者必須明確表明或甚至證明危險的存在，始足當之⁸¹。換言之，立法者若要採取客觀的職業許可要件，必須有可靠的數據、縝密的調查及嚴格的證明。

再者，基於必要性原則的要求，立法者應採取對人民造成較小負擔，而同時足以達到目的之手段。對於職業自由的干預，亦須符合此一最小侵害原則的要求。必要性原則的操作，最為要緊者，乃設想多種可能方法，並排比其對人民干預程度的強弱，或造成負擔的大小。三階理論正恰對此提供良策：原則上，客觀上許可要件之限制，強度最大，主觀之許可要件，次之，職業執行之規制，強度最小。對於職業自由的限制，若要合乎比例原則，須其目的非得以較低階層的干預手段達成者，此乃三階理論的主要部分之一（第一部分）⁸²。

例如：法律規定，須有公共需求，使得許可藥房的新設。此一公共需求的要件，即是一種客觀的許可要件。此種限制旨在維護國民健康。蓋立法者擔心，過多藥房的自由競爭，會導致忽略法律義務，藥物販售的浮濫引人錯誤的藥物廣告及有害的用藥成癮。此一目的，能否以職業執行的規制予以達成，例如對於藥物製造的管控、限制藥物廣告、限制藥物自由買賣等。

最後，基於狹義比例原則的要求，立法者干預人民權利所生損害與所欲達成目的之間須「處於合理的關係」（in angemessenem Verhältnis），是否合理，乃利益衡量（Güterabwägung）之問題，亦即如何掂量輕重、斟酌損益，其中不免摻雜價值判斷，而流於主

⁸¹ 參見李建良，同註49，頁376。

⁸² 參見Piero/Schlink，同註26，Rn. 850.

觀。三階理論強調職業自由干預程度愈大，其所欲達成的目的，價值必須愈高，其所劃分的三種階層，為合理性原則的運用，設定了大小不同的法碼，堪為三階理論的第二部分⁸³。在權衡天平上，職業執行限制所需的法碼，只消足以達到合理公益目的即可。主觀許可要件所需的法碼則是，足以保護「特別重要的社會利益」，並加上職業的執行若不具備該主觀要件，將「不可能或不合專業者」，且可能發生對公眾「發生危險或損害」。客觀許可限制所需的法碼除足以保護「特別重要的社會利益」外，尚須加上「嚴重危險」，且該危險必須「可資證明」或「高度的發生可能性」。

比例原則與三階理論內涵對照表

比例原則	三階理論
目的審查： 立法者所欲追求的目的須具正當性。	目的審查： 立法者所欲追求的目的須具正當性。 第一階層：合理的公益考量 第二階層：特別重要的社會利益 第三階層：特別重要的社會利益
適合性原則： 立法者所採取的手段須有助於目的之達成。	適合性原則： 立法者所採取的手段須有助於目的之達成。
必要性原則： 須無其他同樣能達成目的、但對於人民權益損害較少之手段。	必要性原則： 立法者在採取各該「階層」的措施時，應擇取下一「階層」的手段，唯當下一階層手段無法達到目的，始得動用上一「階層」的手段。

⁸³ 參見Pieroth/Schlink, 同註26, Rn. 855. 另參Rupert Scholz, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12 Rn. 325 ff.; Breuer, 同註9, Rn. 1 ff.

比例原則	三階理論
	<ol style="list-style-type: none"> 1. 立法者應先採取第一階層的手段（職業執行規制），第一階層無法達成目的時，始得動用第二階層的手段（主觀許可要件），若皆無法達成目的，才能動用第三階層的手段（客觀許可要件）。 2. 各該階層的規制手段，立法者須挑選對職業自由限制最少的干預方式。
<p>合理性原則（狹義比例原則）：立法者採取的手段所造成的損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。</p>	<p>合理性原則（狹義比例原則）：立法者職業規制之所生損害與其欲追求目的之所獲利益，不得失其均衡。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 第一階層：職業執行自由的限制，基於公益的合理考量，具有合目的性者，即具有正當性。 2. 第二階層：職業選擇自由的主觀許可限制，須為保護特別重要的社會利益，始具正當性。 3. 第三階層：職業選擇自由的客觀許可限制，僅為防止特別重要的社會利益受到可資證明或極可能發生的嚴重危害，始得為之。

資料來源：作者自行製表

德國聯邦憲法法院針對職業自由所構思的「階層理論」，足堪作為比例原則審查的推進力道（Impetus）⁸⁴，其旨一言以蔽之，即：「手段之分級化」與「目的之加權化」，手段干預程度的逐級遞增，目的正當要求的按階加重。是以，立法者若針對某一行業直

⁸⁴ 參見Breuer, 同註9, Rn. 6.

接採取第二階層手段，因其未先採取第一階層手段，即具有違憲的徵兆，除有特殊情況或理由，原則上可認定其違憲。儘管此一理論仍在發展、演變之中⁸⁵，且備受批評⁸⁶，但仍不失為周密而又精緻的思維方法，較之空洞、抽象的比例原則，仍有可取之處。

法律（憲法）問題的思維方法，除了強調微觀的劃分、解析外，進行宏觀的比照與整合，尤不可忽略。以上不憚叨絮，詳述比例原則在職業自由違憲審查上的運用，其用意即在為職業管制之平等原則審查，提供相互對比的基礎，以避免單軌式的思考路徑，缺乏整體性的觀照。三階理論與平等原則的交揉運用，或許可以為職業自由的保障，架構出多層次、多向度的思維及考察體系。以下謹以非視障者不得從事按摩業為例，試予運用、操作之。

⁸⁵ 階層理論的缺點是，此三階之間非能嚴格劃分，界線模糊，而且對於低階的干預程度亦可能強於高階的干預。例如對於某些行業營業時間的限制（執業規範），其影響程度可能大於要求該行業的負責人須具備特定資格（主觀要件的限制）。階層理論對於「必要性原則」的運用，固然提供值得參考的考量因素，但仍須視個別情況及事物特性而有所調整，非能過於機械、僵化。

⁸⁶ 參見Hans Heinrich Rupp, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: AöR 92 (1967), S. 212 (233 ff.); Hans Albrecht Hesse, *Der Einzelne und sein Beruf: Die Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht aus soziologischer Sicht*, in: AöR 95 (1970), S. 449 (459 ff.); Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 48 ff., 68 ff.; Rudolf Wendt, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot*, in: AöR 104 (1979), S. 414 (427 ff.); Peter J. Tettinger, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: AöR 108 (1983), S. 92 (118 ff.); Brun-Otto Bryde, *Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit*, NJW 1984, 2177 (2181 f.); Fritz Ossenbühl, *Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz*, in: 115 (1990), S. 5 (8 f.).

二、設例操作：以非視障者不得從事按摩業為例

案例一：某甲經營一理髮廳，警察A臨檢時查獲其雇用之店員乙正為客人做小腿按摩，經主管機關認定甲、乙二人違反身心障礙者保護法第三十七條第一項規定，分別處以新台幣二萬元及一萬元罰鍰⁸⁷，試問：上開規定是否違憲？

案例二：承上例，設若從事按摩工作者，為另一肢體有障礙的受僱人丙，其情形有無不同？

(一)比例原則

於案例一，甲、乙二人因受罰鍰，而生財產上之損失，其固得主張財產權受侵害⁸⁸，惟其真正受到限制者，乃從事按摩工作的自由（乙）及雇用非視障者從事按摩工作的自由（甲），亦即，甲、乙的工作權（職業自由）因系爭規定而受到限制，故系爭規定是否合憲，可先以「比例原則」為準據，進行目的與手段之間是否適中合度的檢驗。於案例二，肢障者丙受處罰，其工作權（職業自由）亦因系爭規定而受到限制，就比例原則的審查而言，與前述甲、乙的情形應無不同。

身心障礙者保護法第三十七條第一項規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。但醫護人員以按摩為病人治療者，不在此限。」同法第六十五條第一項、第二項規定：「違反第三十七條第一項者，處新台幣一萬元以上三萬元以下罰鍰，並限期改善。前項違法事件如於營業場所內發生並依前項標準加倍處罰場所之負責

⁸⁷ 參考最高行政法院90年判字第610號判決之事實。

⁸⁸ 以課予金錢給付義務而為之處罰，例如罰鍰或滯報金，而生人民財產上之損失，大法官多半以憲法第15條保障人民之財產權作為違憲審查之憲法依據。最近的釋例，參見司法院大法官釋字第616號解釋。

人或所有權人。」揆諸系爭規定的立法旨趣⁸⁹，禁止非視障者從事按摩業，其目的在於保障視覺障礙者（視障者）的工作機會，維護視障者的工作權益。若以比例原則的三項子原則，權衡「維護視障者工作權益」（目的）與「非視障者不得從事按摩業」（手段）之間的關係，可依次作以下三項審查：1. 禁止非視障者從事按摩業能否達成維護視障者工作權益之目的？2. 除禁止非視障者從事按摩業外，是否尚有其他同樣能維護視障者工作權益之方法？3. 禁止非視障者從事按摩業所造成之損害，與維護視障者工作權益之利益，是否顯失均衡？若衡之以較為細緻的階層理論，則可先論斷此種限制究屬何一階層，並憑以審視其目的之正當性。

按非視障者不得從事按摩業之規定，非關按摩的執業方式、時間、營業場所等事項，而係禁絕非視障者從事按摩，顯非職業執行的規制，而是對非視障者「選擇」職業自由的一種限制。次就「非視覺障礙」的規範特徵而言，其雖涉及個人的「官能」，看似屬「主觀」的許可要件。實則，一個人是否視障，主要決乎「客觀」因素，失明原因多端，例如出生、病變、意外等，凡此皆非欲從事按摩業者所能影響者，尤其無法經由一定的訓練而符合該（消極）要求，故應屬一種「客觀」的許可要件。

依照三階理論的第三階層要求，立法者若要禁止非視障者從事按摩業，必須為保護特別重要的社會利益。「維護視障者工作權益」之目的，單獨觀察，固為重要之社會利益，且具正當性。然若仔細思考，此種禁止規範的目的，旨在防止明眼人從事按摩業，影

⁸⁹ 此一規定最早見於1980年制定的「殘障福利法」第18條，當時並無罰則，於1990年第一次修正時，改列第19條，並增訂處罰的規定。1997年本法全文修正，並更名爲「身心障礙者保護法」，上開條文改列第37條。2001年修正，增列應申請按摩職業許可之規定。

響視障者的工作機會，故究實而言，系爭規定無非在保護視障者免於受到明眼人的競爭，也就是一種「競業保護」之措施。若按照德國聯邦憲法法院的見解，此一立法動機絕無法使職業選擇自由的干預正當化⁹⁰。

不僅如此，對於職業自由的限制，儘管理由各殊，程度有別，但其旨一也，即：人民職業自由之所以應受限制，乃因該職業本身具有一定的危險性。反觀按摩業的執行，其本身並不具危險性，尤其對視障者並不生直接之危害。是以，單就「目的審查」一端，系爭規定即可能因目的不正當而違憲⁹¹。

次從適合性原則的角度以論，禁止非視障者從事按摩業，單從規範面而言，無異使視障者享有從事按摩業的「專屬權」，理應可達到維護視障者工作權益之目的。惟因「按摩」定義上的模糊⁹²及界定上的困難，實際上甚難達成僅讓視障者從事按摩業之目的。撇開「民俗療法」不說，坊間理髮、美容或溫泉業者，推出各式「按摩」服務，如指壓、油壓、SPA芬香療法等，甚至結合健身、美容塑身與美食等設計，其中內含「按摩」服務者，所在多有。尤有甚者，實務上取締明眼人按摩者，率多是針對假借「按摩」而從事色情服務之情形，對於其他不涉色情的一般按摩消費群，似乎未見取

⁹⁰ BVerfGE 7, 377 (408).

⁹¹ 立法院於2003年10月召開「應否修法開放非視障者從事按摩業座談會」，與會專家學者多半認為本規定不違憲，參見立法院法制局，應否修法開放非視障者從事按摩業座談會會議記錄，頁6-8，2003年。

⁹² 內政部、衛生署依據第37條第3項及第4項之授權，會銜訂定「按摩業管理規則」、「視覺障礙者從事理療按摩資格認定及管理辦法」，其中第4條規定：「按摩業之手技，包括：輕擦、揉捏、指壓、扣打、震顫、曲手、運動、壓迫及其他特殊手技。」其第3條規定：「本法第三十七條第二項所稱理療按摩係指應用按摩手技或其輔助工具，為患者舒緩病痛維護健康之按摩行為。」

締處罰⁹³。保障視障者工作權益的規定，在實際運用上，已變相成為「掃黃」的工具。表面看來，色情按摩業者似乎是視障按摩業者的「競爭者」。實則，尋求色情按摩服務的顧客群，意在色情，而非按摩，故縱使禁止色情理容業者從事按摩業，該顧客群並不會轉向視障者。換言之，經營色情按摩的理容業者與視障按摩業者，不僅在服務訴求的重點互異，而且客群也有別，其間不存在競爭關係。真正可能影響視障者工作機會者，為提供非涉色情按摩的美容等相關業者，卻未見取締，或難以執行，系爭規定無法達到所欲目的甚明。

再者，衡之以必要性原則的意旨，立法者應先採取第一階層的手段（職業執行規制），第一階層無法達成目的時，始得動用第二階層的手段（主觀許可要件），若皆無法達成目的，才能動用第三階層的手段（客觀許可要件）。對於非視障者從事按摩業乙節，於茲可考慮者，乃從「禁止從事」按摩業改為「限制從事」按摩業，例如限制營業地點，或管制從業人員的數量，或改採「特許制」等。此等限制較之完全不得從事按摩業，自是侵害較小手段。惟若衡之於所欲達成的目的——維護視障者的工作權益，尤其是藉視障者「獨占」按摩業的方式維護其工作權益，難謂是「相同有效」的手段，從而不致構成必要性原則的違反。

末者，以狹義比例原則（合理性原則、相稱性原則）權衡立法者職業規制之所生損害與其欲追求目的之所獲利益。由於非視障者不得從事按摩業之規定，乃是一種職業選擇自由的「客觀」許可限制，依照「三階理論」的意旨，僅為防止特別重要的社會利益受到可資證明或極可能發生的嚴重危害，始得為之。此所謂之「嚴重危

⁹³ 參見蔡明砮，保護乎？障礙乎？「非視障者不得從事按摩業」法律規定之研析，社區發展季刊，107期，頁335以下，2004年9月。

害」，乃指立法者所欲規制之職業對社會大眾所可能產生的弊害。然如前述，明眼人從事按摩業本身，並不會對社會大眾產生危害，立法者所慮者，僅其可能影響視障者從事按摩業的顧客群。單就此點而言，系爭規定所欲防止者，要非「特別重要的社會利益受到可資證明或極可能發生的嚴重危害」，與非視障者（除醫護人員外）「絕對」不得從事按摩業所生之損害相比，亦顯不相稱，有失均衡（因小失大）。

（二）平等原則

與比例原則的思維方法不同，從平等權的觀點檢視系爭規定的合憲性，必須先確認是否存有差別對待。於案例一，甲因其是營業場所之負責人而受罰，乙因實際從事按摩行為而受罰，故在確認系爭規定是否構成差別對待時，基本上有兩組比較的組群。對甲而言，可資比較的組群為「雇用非視障者從事按摩業之人」與「雇用視障者從事按摩業之人」；對乙而言，可資比較的組群為「視障而從事按摩業之人」與「非視障而從事按摩業之人」。

於案例二，丙亦因實際從事按摩行為而受罰，但對有肢體障礙的丙而言，可資比較的組群，除「視障而從事按摩業之人」與「非視障而從事按摩業之人」外，尚有「有視覺障礙而從事按摩業之人」與「有視覺以外之障礙而從事按摩業之人」二類。此二比較組群所涉考量因素不同，應分別論究。

就「視障而從事按摩業之人」與「非視障而從事按摩業之人」此二組群以觀，若以「身心障礙」為比較點，二者顯屬不同事物。然若對照系爭條文之規範意旨，以「具有按摩能力」作為比較點，則視障者與非視障者，應屬相同事物，二者具有可資比較性，其差別點是「視覺障礙之有無」。系爭規定僅允許視障者從事按摩業，對非視障而有按摩能力之人構成差別對待，殆無疑問。

關於系爭差別對待是否具有憲法上正當性乙節，首應審究差別對待所追求之目的是否具有正當性？

依前所述，系爭規定旨在維護視障者的工作權益，此一目的，抽象以觀，自無不正當之理。然而，差別對待是否出於「恣意」，恆須對照立法者所挑選的分類方式，始能論之有物。平等原則乃是一種比較同異的思辨方法，立法者所憑以作區別對待的「分類」本身是否合理，應先加以審視。觀諸系爭條文之規範內涵，「視覺障礙之有無」為其分類標準，此一類別不是憲法第七條禁止差別對待的類目（性別、宗教、種族、階級、黨派），非屬必然應受嚴格審查的差別對待。不過，依本文前述，系爭規定涉及職業管制（經濟領域），仍不宜一律從寬審查，推定其為合理而合憲。尤其被差別對待的非視障者，其對「視覺障礙之有無」，原則上並無影響的可能性，系爭差別待遇的強度不可謂不大。

單從維護視障者工作權益來看，很難論斷此種分類不合理。惟若從分類的效應以觀，則不無打擊面過廣、涵蓋面過大之弊，進而有構成違憲之疑義。蓋視障者的人數僅佔極小的比例⁹⁴，相對於視障者而具備按摩能力者之人數，二者之間顯然不成比例。就此而言，立法者所採取的分類方式，不無欠缺正當性之嫌。

其次，探察系爭差別對待是否足以（有助於）達到所欲追求之目的？

姑且不論系爭分類是否因涵蓋過大而不具正當性，系爭規定是否足以達到維護視障者工作權益的目的，並非無疑。按透過對非視障者的差別對待，似可保障視障者按摩營生的工作機會，為視障者

⁹⁴ 根據統計，截至2006年底，台灣視覺障礙者人數為51,759人。參見：內政部統計資訊服務網，<http://www.moi.gov.tw/stat/index.asp>（最後瀏覽日：2007年4月10日）。

保留了一個基本謀生的空間。然而，由於「按摩」定義上的模糊及界定上的困難，再加上主管機關（除色情按摩外）鮮少取締處罰非視障者從事按摩業，實際上甚難達到僅讓視障者從事按摩業之目的，已如前述。又，國家之所以立法限制非視障者從事按摩業，並非明眼人按摩行為產生的危害性，而是出於對視障者從事按摩業的保障，其情形有如禁止進口國外車輛，或課徵高額進口稅，以保障國內汽車工業。換言之，系爭規定毋寧是一種變相的「社會給付」措施，可歸類為「優惠性差別待遇」規定，而非為避免特定危害之發生所採取的防制措施。

此種「優惠性」的差別待遇雖係出乎善意⁹⁵，但極可能同時又構成對另一團體或族群的歧視，產生「反歧視」（reverse discrimination）的效應，其是否應受較為寬鬆的審查標準，不無爭議。按優惠性差別待遇的採取，核其真正的旨趣，實乃為了匡正事實上的不平等，彌補以往的社會歧視，故此種規範是否逾越憲法容許的範圍，頗值探究，其中存有「法律上平等」與「事實上平等」的衝突及緊張關係⁹⁶，如何調和，著實棘手，但至少可以掌握兩項要則，其一，此種措施是否有助於矯正「事實上不平等」？其二，此種措施是否對優惠者反造成另一種事實上的不平等？

優惠性措施是否有助於矯正事實上不平等，其前提性的問題，乃是否存在事實上的不平等。視障者因視覺上的障礙，在成長、行動、學習、受教育等方面，均異於常人，可供選擇的工作較少，就業機會也相對較低。是以，視障者與非視障者在就業上確實處於事

⁹⁵ 有稱此為「善意之分類」（benign classification），參見法治斌，同註12，頁41；亦有稱為「良性的特權條款」，參見陳新民，中華民國憲法釋論，頁211，2005年8月，修訂5版。

⁹⁶ 「事實上平等」與「法律上平等」之間的弔詭關係，其實也是其與「法治國原則」與「社會國原則」之間的衝突問題。

實上的不平等。問題在於，此一事實上的不平等是否透過系爭規定的優待處遇而得以「扶正」？除了前述「規範效力事實不能」的困境外，系爭規定預設了視障者只能或僅適合從事按摩業的前提，無形中限縮了視障者自我發展的空間，窄化視障者自我實現的可能性。不寧惟是，此種對視障者的「優惠性待遇」，其意雖善，卻可能形成另一種「標籤作用」，甚至加深「刻板印象」，讓人誤以為視障者只能從事按摩工作，反而增加視障者就業的困難度，拉大視障者與一般人在就業機會上的差距，造就出另一種事實上的不平等，誠所謂「愛之適足以害之」。猶有甚者，系爭規定的存在難免會營構出政府已善盡保護視障者權益的假象外觀，致使主管機關有意或無意地忽略其他福利措施或適當保護策略，例如對視障者的工作教育訓練或其他技能的培訓等，難謂是足以（或有助於）達到保障視障者目的之差別對待。

若謂系爭規定未必是維護視障者工作權益的良方佳法，則依循「必要性原則」的思維邏輯，可進一步追問：是否別無其他方式或其他種差別對待，其同樣有效達成目的，但對非視障者的工作權益損害較小？如果視障者非必只有從事按摩業一途，為達照顧視障者就業機會之目的，可資思考的作法，殆為視障者若從事按摩業，政府給予補助，或者對於欲從事按摩業的視障者，提出免費的技能訓練，並協助其創業。觀此舉措，其仍以「視障」與「非視障」為區別標準，只是「待遇」不是「禁止從業」，而改以「（不）提供補助」或「（不）提供免費技能訓練」。相較於全面禁止非視障者從事按摩業，此種差別措施顯然較為緩和，且亦能達成維護視障者工作權益之目的，甚至猶有過之。循此理路，系爭差別規範所能達成目的之所獲利益，殆難與其所生之損害，旗鼓相當，應構成不合理之差別對待。

根據以上所論，於案例一，甲可主張，相對於「雇用視障者從

事按摩業之人」，其因系爭規定而受到不合理的差別對待；乙可主張，相對於「視障而從事按摩業之人」，其因系爭規定而受到不合理的差別對待。於案例二，有肢體障礙的丙因實際從事按摩行為而受罰，亦可執以上立論主張，其相對於「視障而從事按摩業之人」，受到系爭規定不合理的差別對待。由於丙本身是肢障者，與視障者同樣都是「身心障礙者」，故系爭規定對於「有視覺障礙而從事按摩業之人」與「有視覺以外之障礙而從事按摩業之人」二類而言，是否構成另一種差別對待，非無論究的空間。

就「有視覺障礙而從事按摩業之人」與「有視覺以外之障礙而從事按摩業之人」此二組群以觀，若以「具有按摩能力」作為比較點，二者屬相同事物，固毋庸論；若以「身心障礙」為比較點，二者亦屬相同事物。問題在於，此二組群是否具有可資比較性（相提並論性）？這項問題無法作抽象思考，必須觀照系爭條文的規範意旨，始能確知。如上所述，系爭規定旨在維護視障者的工作權益，防止明眼人從事按摩業，影響視障者的工作機會。由此可知，立法者置重點在於「視覺障礙者」的保護，至於視障以外之其他身心障礙者是否應予保障，並非立法者所欲考量者。換言之，在立法者的立法計畫中，並未將「身心障礙的類型」含括在內，立法者所關心者，毋寧只偏執於如何使視障者免於來自明眼人的競業威脅。準此以言，「有視覺障礙而從事按摩業之人」與「有視覺以外之障礙而從事按摩業之人」此二組群，從「身心障礙」的角度以觀，雖屬相同事物，但衡之於系爭規定的規範意旨，二者不具可資比較性（無相提並論性）。

肆、大法官相關憲法解釋評析

一、大法官相關解釋綜攬

「經濟管制」，如果採用本文最廣義的界定，指國家對人民營生活動的各種形成、管理、監控、規制措施與法制，無分個人或團體，亦不問公部門或私部門，則舉凡與工作權、職業自由或營業自由相涉的憲法解釋，皆可納入檢視的清單中。

以工作權、職業自由（職業選擇自由）、營業自由（營業之自由）為關鍵字，檢索大法官憲法解釋的解釋文及解釋理由書，可以找到十八號解釋，即：釋字第一七二號（工作權）、第一九一號（工作權）、第二〇六號（工作權）、第三〇一號（工作權）、第三九〇號（工作權）、第四〇四號（工作權）、第四一一號（工作權）、第四一二號（工作權）、第四三二號（工作權）、第四六二號（工作權）、第四九一號（工作權）、第五一〇號（工作權、職業選擇自由）、第五一四號（工作權、營業自由）、第五三八號（營業自由）、第五八四號（工作權、職業選擇自由）、第六〇六號（工作權、營業自由）、第六一二號（工作權）、第六二三號（工作權、職業自由）、第六三四號（工作權、職業自由）、第六三七號（工作權、職業自由）號解釋。

若再逐一檢點解釋的原因事實及所涉爭點，還可以尋獲二十九筆與人民工作權及職業（營業）自由相關的憲法解釋，即：釋字第一八九號（工人自願退休案）、第二〇三號（教職員不續聘案）、第二〇五號（退役軍人轉任公職案）、第二六八號（限制公務人員兼取及格資格案）、第二七〇號（公營事業人員退休案）、第三一九號（公務人員考試複查成績案）、第三四一號（公務人員考試分發案）、第三八〇號（大學共同必修科目案）、第三四八號（公費生服務義務案）、第三五二號（土地代書執業資格案 I）、第三六

○號（土地代書執業資格案Ⅱ）、第三七三號（學校工友組工會案）、第三九四號（撤銷營造業登記證書案）、第四〇二號（保險業從業人員處罰案）、第四〇五號（學校未經考試及格職員調任案）、第四一四號（藥物廣告事先核准案）、第四二〇號（以買賣有價證券為主要營業之稅捐優惠案）、第五三一號（肇事逃逸吊銷駕照案）、第五四七號（華僑聲請中醫師檢覈案）、第五七〇號（限制玩具槍進口案）、第五七七號（菸品容器標示尼古丁含量案）、第五七八號（雇主負擔勞工退休金案）、第五九四號（侵害商標刑罰案）、第六〇二號（多層次傳銷管理案）、第六〇五號（聘用人員公務年資提敘案）、第六一一號（公務人員晉敘案）、第六一四號（公營事業人員轉任公務人員年資計算案）、第六一七號（販售「猥褻」書刊刑事處罰案）、第六一八號（原設籍大陸地區人民擔任公務人員案）號解釋。

上開解釋中，值得說明者，首先，釋字第六一七號解釋係聲請人販售成人漫畫及「同志」圖書遭刑事處罰而提起之釋憲案，大法官違憲審查的對象是刑法第二三五條：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金」之規定。表面看來，本件似乎僅僅涉及上開刑法規定是否過度限制人民言論及出版自由而構成違憲的問題，與人民的工作權或職業自由的關係若有似無。然觀照原因事實，可知本件聲請人係以經營書店維生，主管機關查扣所販售書刊，並移送法辦，勢必影響其生計。對聲請人而言，其表現性言論及傳布性資訊的自由，固然受到箝制，但更重要且可能面臨的迫切危機，恐怕是營業機會受到威脅，生計頓然陷入困厄⁹⁷。是以，本件所牽涉的國家行為亦可視

⁹⁷ 本案與其說是刑法違憲的「通案」問題，不如說是警察查扣書局是否違憲的

為一種「經濟管制」，而得以納入檢視的範疇。

其次，釋字第五七〇號解釋涉及玩具槍進口的限制，明顯與人民的營業自由相涉，惟大法官在該號解釋中卻隻字未提工作權或營業自由，理由安在，令人費解。又釋字第四一四號及釋字第五七七號解釋分別是藥物廣告須事先核准及菸品容器應標示尼古丁含量規定的違憲審查案，二者共通之處在於，其均涉「商業言論」是否受憲法保障及如何保障的問題，大法官承認其受憲法言論自由的保障，應值肯定。惟關於經濟利益層面的保障，大法官僅提及「財產權」，而未論及工作權或營業自由，不免讓人猜疑大法官是否有意避開工作權／營業自由的概念糾葛。此外，釋字第六二三號解釋涉及兒童及少年性交易防制條例第二十九條有關「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金」之規定，有無牴觸憲法第七條、第十一條、第二十三條比例原則及明確性原則之疑義。本案與釋字第六十七號解釋相似，表面觀之，殆為管制「傳佈性交易訊息」規定的合憲性問題，若考其原因事實，多半牽涉人民的營利活動，與人民的工作權及職業自由不無關聯，惜大法官對此未予處理⁹⁸。

綜觀上述四十七號解釋，大法官持以審查系爭規定是否違憲的

「個案」問題。由此亦可看出大法官「抽象法規」解釋的缺失與短絀，蓋其往往脫離個案情節與實際問題。

⁹⁸ 解釋理由書謂：「至聲請人台灣高雄少年法院法官何明晃聲請意旨主張兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定有牴觸憲法第十五條及第一百五十二條疑義一節，僅簡略提及系爭法律間接造成人民工作權或職業自由之限制，惟就其內涵及其如何違反該等憲法規範之論證，尙難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，均併此指明。」

原則，以「法律保留原則」居多（二十八號），約占六成左右，其次是「比例原則」（二十一號），占四成，再者是「平等原則」（十二號），只占二成，「信賴保護原則」最少（五號），不到一成。上述四項原則同時審查者，僅釋字第五三八號解釋；兼以「比例原則」與「平等原則」審查者，除釋字第五三八號解釋外，尚有第五七七號、第五七八號、第五八四號、第六一八號解釋（參見「附表」）。

從上述的初步觀察，可以發現大法官鮮以平等權作為經濟管制／職業規範的審查原則，而在大法官衡之以平等原則的十一件釋憲案中（釋第二〇五號、第三四一號、第四〇五號、第四一二號、第五三八號、第五四七號、第五七七號、第五七八號、第五八四號、第六〇五號、第六一四號），也多半涉及公務人員考試、晉敘、轉任及年資等問題，即釋字第二〇五號（退役軍人轉任公職案）、第三四一號（公務人員考試分發案）、第四〇五號（學校未經考試及格職員調任案）、第四一二號（後備軍人轉任公職考試比敘案）、第六〇五號（聘用人員公務年資提敘案）、第六一四號（公營事業人員轉任公務人員年資計算案）號解釋，真正與職業暨營業自由相關者，仍居於少數。

二、大法官若干解釋微視

（一）釋字第五三八號解釋：洪○○暨○○營造廠v.金門縣政府

本案的聲請人洪○○暨○○營造廠為金門之營造商，於金門實施戰地政務時期，原依「金門戰地政務委員會管理營造業實施規定」，領有乙等營造業登記證書。一九九二年十一月七日金門地區解除戰地政務，上開規定失其效力。內政部爰於一九九三年六月一

日修正公布「營造業管理規則⁹⁹」，增訂第四十五條之一規定：「福建金門縣、連江縣依金門戰地政務委員會管理營造業實施規定、連江縣營造業管理暫行規定登記之營造業，應於中華民國八十二年六月一日本規則修正施行日起三年內，依同日修正施行之第七條至第九條之規定辦理換領登記證書，逾期未辦理換領者，按其與本規則相符之等級予以降等後撤銷其登記證書。」聲請人依此規定於一九九六年五月三十一日（應辦理換證期限最後一日）向金門縣政府申請換領登記證書，經審查後，因未達同規則第八條第一項第二款所定乙等營造業應於最近五年內承攬工程累計額達新台幣一億元以上之標準¹⁰⁰，被降級為丙等。聲請人不服，提起行政爭訟，遞遭駁回確定後，於一九九九年四月二十六日以上開營造業管理規則規定違憲，聲請大法官解釋。

本案的爭點為：1. 營造業管理規則第五條至第九條有關營造業「分級管理」規定及第四十五條之一要求福建省金門縣、連江縣營造業一律適用分級制度之新增規定（以下稱系爭規定），是否牴觸法律保留原則？2. 系爭規定是否違反比例原則？3. 系爭規定是否違反平等原則？4. 系爭規定是否信賴保護原則？

關於系爭規定內容是否符合比例原則及平等原則一節，本號解釋持肯定見解，其謂：對於申請登記之營造業，依資本額之大小、專業工程人員之員額，以及工程實績多寡等條件，核發甲、乙、丙三等級之登記證書，並按登記等級分別限制其得承攬工程之限額

⁹⁹ 本規則係於1973年10月17日發布，最後一次修正為於2002年12月26日，於2005年10月27日廢止，目前以「營造業法」規範之。

¹⁰⁰ （舊）營造業管理規則第8條第1項規定：「申請登記為乙等營造業者，應具下列條件：一、資本額在新台幣一千五百萬元以上。二、領有丙等營造業登記證書滿二年，並於最近五年內置有專任工程人員期間，其承攬工程竣工累計額達新台幣一億元以上。三、置有專任工程人員一人以上。」

（同規則第十六條參照），係對人民營業自由所設之規範，目的在提高營造業技術水準，確保營繕工程施工品質，以維護人民生命、身體及財產安全，為增進公共利益所必要。關於第四十五條之一規定是否抵觸信賴保護原則一節，本號解釋認為上開規定係「因應此項法規之變更而設。上開規定為實施營造業之分級管理，謀全國營造業之一致性所必要，且就原登記證書准依營造業管理規則第七條至第九條規定換領登記證書，並設有過渡期間，以為緩衝，已兼顧信賴利益之保護，並係就福建省金門、連江縣之營造業一律適用，尚未違反建築法第十五條第二項之意旨，於憲法第七條、第二十三條及有關人民權利保障之規定，亦無違背。

本號解釋以「營業自由」指稱系爭規定所牽涉之人民權利，惟未於解釋中援引任何憲法規定，資為依據，似乎有意避開營業自由究否為憲法第十五條之「工作權」，抑或憲法第二十二條所稱「其它自由權利」之爭議¹⁰¹。就比例原則與平等原則之審查部分，大法官合併論究，籠統其詞，似與大法官欲建立明晰審查基準之努力背道而馳。其中聲請人主張新法未考慮金門地區之特殊狀況，竟要求其一體適用乙節，實乃平等原則問題上有關「不同事物應作不同處理」之適例，大法官應詳予辯證系爭規定「作相同處理」的理據，而非如其所泛稱之「係對人民營業自由所設之規範，目的在提高營造業技術水準，確保營繕工程施工品質，以維護人民生命、身體及財產安全，為增進公共利益所必要」或「上開規定為實施營造業之分級管理，謀全國營造業之一致性所必要」。

按（舊）營造業管理規則的規定，營造業之登記，分甲、乙、丙三等，各有不同的登記要件，其間最大差異是資本額不同。針對聲請人主張系爭規定未考慮金門地區之特殊狀況而違反平等原則乙

¹⁰¹ 謝在全大法官所提出之協同意見書，即是針對此一問題而發。

節，大法官有兩種處理方式：一是金門地區的營造業與台灣地區的營造業並無不同，規定其適用同一標準，不生差別對待，故與平等原則無違；另一方式是金門地區的營造業與台灣地區的營造業確有差異，但基於特定的合理事由（謀全國營造業之一致性？）而有作相同處理的必要。以上二種，似以第一種方式，較為妥適。

（二）釋字第五七七號解釋：台灣○○菸草公司v.台北市政府衛生局

本件釋憲案的提起，緣於某外國香菸代理公司進口三種品牌香菸，因未標示尼古丁及焦油含量，即於超市上架販賣，經主管機關查獲，依菸害防制法第八條第一項暨第二十一條規定，按品牌不同，各處以新台幣十萬元，共計三十萬元。該公司不服，提起行政爭訟，遞遭駁回確定，而聲請解釋。

本號解釋值得注意之處，首先是大法官用以審查系爭規定的基本權，僅言論自由與財產權，而未提及職業自由或營業自由。推測大法官的用意，當係著眼於香菸製造商。蓋對於香菸製造商而言，煙盒上的表述代表某種言論¹⁰²，而煙盒本身是具有財產價值的物體。不過，對於香菸代理商而言，皆不涉此二權利，而是其營業的自由受到影響，蓋依菸害防制法第二十一條規定，對於未標示尼古丁及焦油含量之菸品，輸入或販賣者負有收回改正義務，違者可能受停止輸入的處分。況且，尼古丁及焦油含量標示義務，對菸品製造者的營業自由，亦非無影響¹⁰³。

¹⁰² 菸害防制法對於菸品容器的規制與言論自由有關者，除尼古丁及焦油含量的標示規定外，尚有第7條的健康警語標示。參見李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學雜誌，9期，頁97-102，2000年4月。

¹⁰³ 於此涉及營業自由、工作權及財產權之區分問題，因非本文重點，故不擬深論，僅指出大法官曾於釋字第514號解釋謂：「人民營業之自由為憲法上工作權及財產權所保障。」

比較值得探究的是，系爭規定是否違憲的審查，除關於財產權部分過於簡約外¹⁰⁴，針對「國家課予菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務，係屬對菸品業者不標示特定商品資訊之不表意自由之限制」是否合於比例原則乙節，大法官的論述頗為詳實，依次為：

此項標示義務，有助於消費者對菸品正確了解。且告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成。→適當性原則（手段有效性原則）

相較課予菸品業者標示義務，責由各機關學校辦理菸害防制教育，固屬較小侵害手段，但於目的之達成，尚非屬相同有效手段，故課予標示義務並未違反必要原則。→必要性原則（最小侵害原則）

又衡諸提供消費者必要商品資訊與維護國民健康之重大公共利益，課予菸品業者標示義務，並非強制菸品業者提供個人資料或表達支持特定思想之主張，亦非要求其提供營業秘密，而僅係要求其提供能輕易獲得之商品成分客觀資訊，尚非過當。→狹義比例原則（合理性原則）

另鑑於菸品成癮性對人體健康之危害程度，為督促菸品業者嚴格遵守此項標示義務，同法第二十一條乃規定，對違反者得不經限期改正而直接處以相當金額之罰鍰，如與直接採取停止製造或輸入之手段相較，尚屬督促菸品業者履行標示義務之有效與和緩手段。

¹⁰⁴ 僅稱：「於菸品容器上應為前開一定之標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，並可提供商品內容之必要訊息，符合從事商業之誠實信用原則與透明性原則，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背。」

→適當性原則（手段有效性原則）+必要性原則（最小侵害原則）

又在相關菸品業者中，明定由製造、輸入或販賣者，負擔菸品標示義務，就菸害防制目的之達成而言，亦屬合理必要之適當手段。→適當性原則（手段有效性原則）+必要性原則（最小侵害原則）+狹義比例原則（合理性原則）

結論：上開菸害防制法規定雖對菸品業者之不表意自由有所限制，然其目的係為維護國民健康及提供消費者必要商業資訊等重大之公共利益，其手段與目的間之實質關聯，符合法治國家比例原則之要求，並未逾越維護公共利益所必要之程度，與憲法第十一條及第二十三條之規定均無違背。

惟關於是否抵觸平等原則乙節，大法官僅謂：

至各類食品、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，相關法律或有不同規定，惟立法者對於不同事物之處理，有先後優先順序之選擇權限，與憲法第七條規定之平等原則尚無違背。」

閱讀這段論述，大法官究竟如何得出系爭規定與平等原則尚無違背的結論，莫知其理，可分為二段解析之：

首先是「至各類食品、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，相關法律或有不同規定」，這段論述似旨在闡明：菸品與酒類商品及其他各類食品，不具可資比較性，亦即無可相提並論性。

其次是「惟立法者對於不同事物之處理，有先後優先順序之選擇權限」，此一闡釋顯然是前段的推論，即從「難有比較基礎」推導出「不同事物之處理」——各類食品、菸品、酒類商品屬於不同的事物。既然是不同的事物，便不會發生是否「同者等之」的問題，立法者有先後優先順序之選擇權限，毋寧是當然的結果。換言之，大法官一開始就把各類食品、菸品、酒類商品當作是不同的事

物，因此也就沒有「差別對待」的問題，當然更不必討論是否具備正當事由。

然則，何以對於人體健康之影響層面有異，即難有比較基礎？按若單從「對人體健康影響」一端而言，則凡是對人體健康有害之食品，皆應具有可相提並論性，也就是說，對人體健康有害的食品皆屬「相同之事物」，至於影響層面或程度的差異，應是作「合理」區別對待的理由。此一立論若可成立，則菸品標示義務之規定，相較於其他有害人體健康之食品規範，是否違反平等原則，即須進一步論究其是否構成「差別待遇」？乃至於是否為「不合理的差別待遇」？

先以酒類作為比較對象¹⁰⁵，菸酒管理法第三十二條第一項¹⁰⁶及第三十三條第一項¹⁰⁷分別對菸酒容器標示事項設有規定，對照

¹⁰⁵ 中央研究院院士朱敬一教授於研討會上曾對本文提出指教，他認為在國際貿易反傾銷法制上，菸品與酒類屬於不同的事物，因此在課徵反傾銷稅上有不同的標準。因為菸品的消費具有外部性，例如抽煙會對他人產生煙害；反之，酒類的消費原則上只對飲酒者自身有影響。此一見解對於平等權的思維頗具啟發性，但正足以印證挑選「比較點」的規範性與相對性。蓋從「反傾銷法制」的角度而言，此一制度旨在防制不正競爭，維持市場機制，故產品的「外部性」厥為重要考量因素，以此作為比較點，菸品與酒類自屬不同之物。反之，若從保護國民身體健康的觀點來看，其所關注者，毋寧是食品對「消費者」本身健康的影響，而非消費者以外的外部作用，故以「對人體健康影響」作為比較點，菸品與酒類仍應屬同一事物。

¹⁰⁶ 菸經包裝出售者，製造業者或進口業者應於直接接觸菸之容器上標示下列事項：一、品牌名稱。二、製造業者名稱及地址；其屬進口者，並應加註進口業者名稱及地址；依第29條第3項規定受託製造者，並應加註委託者名稱及地址；依第30條第1項規定辦理分裝銷售者，並應加註分裝之製造業者名稱及地址。三、重量或數量。四、主要原料。五、尼古丁及焦油含量。六、有害健康之警語。七、有效日期或產製日期，標示產製日期者，應加註有效期限。八、其他經中央主管機關公告之標示事項。

¹⁰⁷ 酒經包裝出售者，製造業者或進口業者應於直接接觸酒之容器上標示下列事

觀之，二者大體相同，其中菸品容器應標示「尼古丁及焦油含量」部分，即相當於酒類容器應標示「產品種類」及「酒精成分」部分，故難謂有區別對待之情形。再與其他食品比較，食品衛生管理法第十七條第一項¹⁰⁸及健康食品管理法第十三條第一項¹⁰⁹均有標示義務的規定，亦無異於菸品標示的規定。準此，法律對於各類食品、菸品、酒類商品所課予之標示義務，並無差別對待之情形，自無續論其是否為「合理」差別對待的必要。反之，設若法律未就酒類商品或他類食品，作同於菸品的標示要求，即構成一種差別對待，而前述有關係爭規定合於比例原則的理由，適可作為此種差別待遇不合理的論據。

項：一、品牌名稱。二、產品種類。三、酒精成分。四、進口酒之原產地。五、製造業者名稱及地址；其屬進口者，並應加註進口業者名稱及地址；依第29條第3項規定受託製造者，並應加註委託者名稱及地址；依第30條第1項規定辦理分裝銷售者，並應加註分裝之製造業者名稱及地址。六、容量。七、酒精成分在7%以下之酒，應加註有效日期或裝瓶日期。標示裝瓶日期者，應加註有效期限。八、「飲酒過量，有害健康」或其他警語。九、其他經中央主管機關公告之標示事項。

¹⁰⁸ 有容器或包裝之食品、食品添加物，應以中文及通用符號顯著標示下列事項於容器或包裝之上：一、品名。二、內容物名稱及重量、容量或數量；其為二種以上混合物時，應分別標明。三、食品添加物名稱。四、廠商名稱、電話號碼及地址。輸入者，應註明國內負責廠商名稱、電話號碼及地址。五、有效日期。經中央主管機關公告指定須標示製造日期、保存期限或保存條件者，應一併標示之。六、其他經中央主管機關公告指定之標示事項。

¹⁰⁹ 健康食品應以中文及通用符號顯著標示下列事項於容器、包裝或說明書上：一、品名。二、內容物名稱及其重量或容量；其為兩種以上混合物時，應分別標明。三、食品添加物之名稱。四、有效日期、保存方法及條件。五、廠商名稱、地址。輸入者應註明國內負責廠商名稱、地址。六、核准之功效。七、許可證字號、「健康食品」字樣及標準圖樣。八、攝取量、食用時應注意事項及其他必要之警語。九、營養成分及含量。十、其他經中央主管機關公告指定之標示事項。

(三)釋字第五八四號解釋：黃○○v.台中市警察局

聲請人黃○○於一九七一年間犯有殺人未遂，入監服刑。出獄後，於一九八二年間申請辦理營業小客車（計程車）駕駛人執業登記。當時的道路交通管理處罰條例第三十七條第一項雖設有曾犯特定之罪（含殺人罪）於徒刑執行完畢滿兩年始得辦理登記之限制，但因聲請人業已服刑完畢滿兩年，故仍獲登記。不料，聲請人於一九九三年間因未依規定辦理車輛查驗，遭主管機關註銷其登記證。一九九九年間，上開處罰條例第三十七條第一項修正為曾犯特定之罪（含殺人罪）經判決罪刑確定者，「不准」辦理執業登記（系爭規定）。二〇〇〇年間，聲請人重新申請執業登記時，主管機關台中市警察局依新法規定否准所請。聲請人不服，經行政爭訟未獲救濟後，以上開規定有牴觸憲法第七號、第十五號、第二十三號條之疑義，聲請解釋。

對於系爭規定，本號解釋分別以「比例原則」與「平等原則」審查其合憲性，並得出以下結論：

1.系爭規定乃基於營業小客車營運及其駕駛人工作之特性，就駕駛人個人應具備之主觀條件，對人民職業選擇自由所為之限制，旨在保障乘客之安全，確保社會之治安，及增進營業小客車之職業信賴，與首開憲法意旨相符，於憲法第二十三條之規定，尚無牴觸。

2.營業小客車營運之管理，因各國國情與治安狀況而有不同。相關機關審酌曾犯上述之罪者，其累再犯比率偏高，及其對乘客安全可能之威脅，衡量乘客生命、身體安全等重要公益之維護，與人民選擇職業應具備主觀條件之限制，而就其選擇職業之自由為合理之不同規定，與憲法第七條之平等原則，亦屬無違。

於本號解釋中，大法官指出「職業選擇之自由」為憲法第十五

條工作權保障範圍所及，而犯特定罪之人終身不得從事計程車工作之規定，關乎職業選擇自由之主觀要件，故其限制之理由應較執行職業自由之限制，具備更為重要之公共利益，並應符合比例原則，即：

「人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。」

在比例原則之檢驗上，大法官的理由構成，依次呈現：

系爭規定就其選擇從事營業小客車為業之主觀條件加以限制，乃為實現上述目的（按：避免對於乘客具有特別侵害危險性者，利用駕駛小客車營業之機會從事犯罪行為）而設，其立法目的自屬正當，亦屬達成目的之有效手段¹¹⁰。→立法目的正當性原則+適當性原則（手段有效性原則）

永久禁止曾犯上述之罪者駕駛營業小客車對人民選擇職業之自由，固屬嚴格之限制，惟衡諸維護搭乘營業小客車之不特定多數人生命、身體、自由、財產等公益之重要性與急迫性，並參以主管機關及業者表示對於如何有效維護營業小客車之安全性，例如以衛星定位營業小客車之行進路線、全面實施定點無線電叫車並加強其追

¹¹⁰ 對此，大法官以「此觀道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定於八十六年一月間，首度修正為永久禁止曾犯上述之罪者駕駛營業小客車前，據內政部警政署所作計程車駕駛人曾犯上述之罪者八十六年之列管人數統計，就同一罪名之累再犯率為4.24%，若將犯其他罪名者一併計入，則其累再犯率高達22.22%（依法務部八十六年各地方法院檢察署執行案件確定判決有罪被告之犯罪次數統計，其同一罪名之累再犯率為22.3%，將犯其他罪名者一併計入，則其累再犯率為43%）。於修法後，計程車駕駛人犯上述之罪者人數已呈現下降之趨勢」，佐證之。

蹤管理，或改裝車輛結構為前後隔離空間並加強從業人員之職前訓練等，得有效達成目的而侵害較小之具體措施，客觀上目前並無實現之可能以觀，相關機關選擇上述永久禁止之手段，以維護乘客人身、財產安全，於現階段尚屬合理及符合限制人民職業自由較小手段之要求。→必要性原則（最小侵害原則）+狹義比例原則（合理性原則）

相較於比例原則的審查，關於系爭規定是否合乎平等原則部分之論述，顯得相當單薄，僅謂：

「營業小客車營運之管理，因各國國情與治安狀況而有不同。相關機關審酌曾犯上述之罪者其累再犯比率偏高，相較於未犯罪者，或其他犯罪者，對營業小客車乘客人身安全之威脅性較重，衡量乘客生命、身體安全及確保社會治安等重要公益之維護，與人民選擇職業應具備主觀條件之限制，而就其職業選擇之自由為合理之不同規定，與憲法第七條之平等原則，亦屬無違。」

此一現象是否意味平等原則之審查觀點業已被囊括在比例原則的考量之中，尚待研析。首先，大法官所稱「營業小客車營運之管理，因各國國情與治安狀況而有不同」云者，並無任何意義。蓋國情與治安狀況不同，尚不足以作為禁止犯有特定犯罪之人擔任計程車司機的理據。除非大法官有意藉此說明，台灣治安情況較之他國尤其敗壞，因此必須禁止犯有特定前科的人經營計程車業。惟依本文所言，大法官諒無此意。

其次，「相關機關審酌曾犯上述之罪者其累再犯比率偏高，相較於未犯罪者，或其他犯罪者，對營業小客車乘客人身安全之威脅性較重」乙節，其中「相較於未犯罪者，或其他犯罪者」，旨在確定相互比較的對象，主要有三的組群：「曾犯有特定犯罪

者」¹¹¹、「未犯罪者」與「犯其他犯罪者」。此三者之所以具有可相提並論性，係以「辦理計程車駕駛人執業登記」為比較點，亦即，三者皆欲從事計程車工作，惟曾犯有特定犯罪之人不得辦理執業登記，相對於其他二者，受到差別對待。不甚明確者，乃此三者的「差異點」為何？表面觀之，為「有無犯罪」及「是否犯特定罪」。惟若細觀上揭摘述，則實有二端：一是「累再犯比率偏高」；另一是「對營業小客車乘客人身安全之威脅性較重」。由於前一差異點僅存在於「犯特定罪者」與「犯其他罪者」之間，故上述三個組群應分開來「兩兩比較」。先是「犯特定罪者」與「未犯罪者」相互比較，曾犯特定罪之人對營業小客車乘客人身安全之威脅性，較之未犯罪者重，殆屬常理，故以此作為差別對待的理由，應合乎事理。換言之，相較於未犯罪者，曾犯特定罪者不得辦理計程車駕駛人執業登記，應屬合理之差別對待。再來比較「犯特定罪者」與「犯其他罪者」，姑不論何者對營業小客車乘客人身安全之威脅性較重，至少認為「累再犯比率偏高」為二者的差異之處，並以之作為差別對待的事由，未必合理。蓋「犯特定罪者」的累再犯比率是否高於「犯其他罪者」，必須有確鑿的數據資料以資佐證。大法官於解釋理由書中雖引述內政部警政署所作計程車駕駛人曾犯上述特定之罪者的累再犯比率，但這僅是單方面的數據資料，而非比較性（相較於其他犯罪，例如竊盜）的數據資料，此其一。又縱使曾犯上述特定之罪者的累再犯比率偏高，苟若該特定之罪未必對營業小客車乘客人身安全構成威脅，仍不足以作為差別對待的理

¹¹¹ 故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或使舟、車、航空器發生往來危險罪、妨害公眾往來安全罪、妨害性自主罪、兒童及少年性交易防制條例第24條至第27條、槍砲彈藥刀械管制條例、懲治走私條例或毒品危害防制條例之罪。

由，此其二。是故，真正得以作為差別對待的事由，實為「對營業小客車乘客人身安全之威脅性較重」，而非「累再犯比率偏高」。尚須一提者，從上開論述可知，大法官似乎僅以「營業小客車」作為比較基礎，而未以「營業車輛」作為關聯因素，進行營業小客車駕駛人與「其他營業車輛駕駛人」，如營業大客車駕駛人之間的比較。惟查本號解釋於另處提及：「營業小客車為都會地區社會大眾之重要公共交通工具，因其營運與其他機動車輛有異，其駕駛人工作與乘客安危、社會治安具有密切關聯之特性」，非不得視為營業小客車駕駛人與「其他營業車輛駕駛人」之間的比較。

再者，研讀本段論結：「衡量乘客生命、身體安全及確保社會治安等重要公益之維護，與人民選擇職業應具備主觀條件之限制，而就其職業選擇之自由為合理之不同規定，與憲法第七條之平等原則，亦屬無違。」約略可以看出大法官運用「比例原則」的痕跡。仔細琢磨，似可解析為：1. 差別對待所追求的目的是「維護乘客生命、身體安全及確保社會治安」，具有正當性。2. 差別對待應有助於達此目的。3. 除採取此種差別對待手段外，別無其他方式（或他種差別對待）同樣有效達到目的，而對當事人選擇職業的自由損害較小。4. 「犯有特定之罪者不得從事計程車業的損害」與「維護乘客生命、身體安全及確保社會治安」兩相權衡，尚非顯失均衡。

觀諸上開理據，實無異於比例原則的審查，平等原則若要具有別於比例原則的功能，至少應加入的考量是：僅限制犯特定之罪者從事計程車業，是否足以有效達到維護乘客生命、身體安全及確保社會治安的目的，蓋犯其他罪者，亦有可能危害乘客生命、身體安全或社會治安。

伍、結 語

德國聯邦憲法法院在「藥房判決」中有如下一段闡釋：

「於基本法第十二條第一項（職業自由的保障）之中，蘊含憲法對於具體重要生活領域（konkreter wichtiger Lebensbereich）一項清楚的實質價值決定（eine klare materielle Wertentscheidung）；在此，立法者並未掌有如運用一般平等原則之自由空間。平等原則係對公權力所設定之一般性法律原則，其具體內涵，尚須由立法者針對特定之生活關係，在考量各該有效之正義觀點（Gerechtigkeitsgesichtspunkte）下，予以決定之¹¹²。」

這段話充分顯示出，平等原則的運用，若遇到職業自由的限制，必須審慎以對，妥予衡酌，殆莫輕忽。蓋國家對於職業自由設定不同程度的規制密度，不僅影響經濟活動的層面，甚至關乎憲法所預設的「人的圖像」（Menschenbild）。職業的選擇，乃是一種自我決定的行動（ein Akt der Selbstbestimmung），屬於個人的自由意志決斷，應儘可能不受國家公權力的干預、碰觸；反之，經由職業的執行，個人直接介入、影響社會生活，基於他人及整體社會的利益，自得附加一定的限制¹¹³。自由的人格（die freie menschliche Persönlichkeit）是憲法的最高價值，對於職業的選擇，應給予個人最大可能的自由，只要在公共利益上不可或缺者，使得予以限制¹¹⁴。

人與萬物，相差幾希？這是一道互古的難題，眾說紛紜，莫衷一是，甚至有人根本否定此一設問。但至少有一點可以確定，人與生俱有一種應受公平對待的正義感，於金錢上尤其敏感。人是牟

¹¹² BVerfGE 7, 377 (404).

¹¹³ BVerfGE 7, 377 (403).

¹¹⁴ BVerfGE 7, 377 (405).

利、營生的動物，工作與財產密不可分。希臘哲人亞里斯多特摩斯（Aristodemus）說：「金錢造就人類」（Money makes the man.）¹¹⁵。對國家而言，誠如美國制憲先賢亞歷山大·漢彌爾頓（Alexander Hamilton）所言，金錢是不可缺少的要素，「金錢維持了國家的生命與活動，使國家能夠執行其最重要的任務¹¹⁶。」國家不一定能使人民賺錢，但至少應該公平看待人民的經濟活動，且不能隨意剝奪人民營利謀生的機會。因為，人沒有錢，就不自由，甚至失去尊嚴¹¹⁷。

附表：大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋

釋字	法律保留原則	比例原則	平等原則	信賴保護原則	爭點
172	×				要求申請更正戶籍登記應提出可資採信之原始證件違憲？
189	×				工廠工人退休規則自願退休之規定違憲？
191	×				藥師開設藥局販賣藥品，應辦登記之命令違憲？
203	×				教員聘約期滿不續聘規定違憲？
205			×		退除役軍人轉任公職考試之分發規定違憲？

¹¹⁵ JOHN BARTLETT, FAMILIAR QUOTATIONS 943 (10th ed. 1919).

¹¹⁶ ALEXANDER HAMILTON, FEDERALIST NO. 30 188 (1787).

¹¹⁷ 大法官在釋字第400號解釋說：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」

釋字	法律保留原則	比例原則	平等原則	信賴保護原則	爭點
206		×			醫師法就非醫師為醫療廣告處罰緩之規定違憲？
268	×				考試法施行細則限制兼取及格資格之規定違憲？
270	×				經濟部就所屬事業人員訂定分等限齡退休標準違憲？
301		×			教育人員任用條例對停職教師限制其任職違憲？
319		×			申請複查考試成績處理辦法之限制規定違憲？
341			×		基層特考規則之限制規定違憲？
348	×	×			教育部就陽明公費醫學生分發及證書保管等規定違憲？
352				×	土地法明定土地登記代理人應考銓並作過渡規定違憲？
360	×				土地登記代理人管理辦法就請領證書資格之限制規定違憲？
373		×			工會法禁止教育事業技工等組工會之規定違憲？
380	×				大學法細則就共同必修科目之研訂等規定違憲？

釋字	法律保留原則	比例原則	平等原則	信賴保護原則	爭點
390	×				工廠登記規則停工或歇業處分等規定違憲？
394	×				營造業管理規則及內政部函釋所定裁罰性處分規定違憲？
402	×				財政部所定保險業務員管理等規則之裁罰性處分規定違憲？
404		×			衛生署認中醫師以西藥治病，非其業務範圍之函釋違憲？
405			×		教育人員任用條例就「並得在各學校間調任」之規定違憲？
411	×	×			經濟部等所訂「各科技師執業範圍」對土木工程技師設限違憲？
412			×		後備軍人轉任公職考試比敘條例細則之適用範圍規定違憲？
414	×	×			藥事法等法規就藥物廣告應先經核准等規定違憲？
420	×				行政法院認定「非以有價證券買賣為專業者」之決議違憲？
432	×				會計師法有關會計師行為標準、注意義務及懲戒範圍等規定違憲？

釋字	法律保留原則	比例原則	平等原則	信賴保護原則	爭點
462		×			大學教師升等評審程序應如何？
491	×				公務人員考績法免職處分要件之授權規定違憲？
510	×	×			航空人員體格標準限制執業之規定違憲？
514	×				遊戲場業規則對允未滿十八歲人進入者撤銷許可規定違憲？
531		×			道交條例就駕車致死傷逃逸，吊照禁再考領規定違憲？
538	×	×	×	×	營造業規則就戰地業者換領證書之規定違憲？
547	×		×	×	中醫檢覈辦法就回國執業者補行筆試之規定違憲？
570	×				玩具槍管理條例及內政部公告之管制規定違憲？
577		×	×	×	菸害防制法命業者標示尼古丁等含量違憲？
578		×	×		勞基法課雇主負擔勞工退休金違憲？
584		×	×		道交條例禁曾犯特定罪者駕計程車規定違憲？
594		×			八十二年修正之商標法第七十七條侵害標

釋字	法律保留原則	比例原則	平等原則	信賴保護原則	爭點
					章處刑罰之規定違憲？
602	×	×			公平法等法令就多層次傳銷者之處罰及相關規定違憲？
605	×		×	×	八十八年修正之俸給法細則降低聘用年資提敘俸級違憲？
606	×				促進產業升級條例施行細則第四十二條申請緩課之期限規定違憲？
611	×				八十五年修正之公務人員任用法細則第十五條第二項違憲？
612	×	×			舊廢棄物處理機構管輔辦法第三十一條第一款違憲？
614	×		×		八十七年公務人員退休法細則第十二條第三項違憲？
617		×			刑法第二三五條違憲？
618		×	×		兩岸關係條例第二十一條第一項前段規定違憲？
623		×			兒童及少年性交易防制條例第二十九條違憲？

釋字	法律保留原則	比例原則	平等原則	信賴保護原則	爭點
634		×			七十七年一月二十九日公布之證券交易法第十八條第一項等規定違憲？
637		×			公務員服務法第十四條之一違憲？

資料來源：作者自行製表，爭點部分，取自司法院大法官網站所載大法官解釋。

參考文獻

一、中 文

1. 王澤鑑，勞動契約上的單身條款與基本人權，載：民法學說與判例研究(七)，頁36-55，2003。
2. 立法院法制局，應否修法開放非視障者從事按摩業座談會會議記錄，2003。
3. 吳庚，憲法的解釋與適用，修訂版，2003。
4. 李品昂，經濟管制立法的理論與實際，1976。
5. 李建良，自由、平等、尊嚴（上）：人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，月旦法學雜誌，153期，頁185-207，2008。
6. 李建良，行政法上不當聯結禁止原則，月旦法學雜誌，82期，頁20、21，2002。
7. 李建良，法律制度與社會控制：法治國家中法律控制能力及其界限之問題初探，載：政治制度（林繼文主編），頁49-94，2000。
8. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐(一)，2版，頁51-100，2003。
9. 李建良，從基本權利觀點論公務員懲戒之審級制度，載：公務員懲戒制度相關論文彙編（司法院主編），2輯，頁917-946，2006。
10. 李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學雜誌，9期，頁97-102，2000。
11. 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，載：憲法理論與實踐(二)，2版，頁299-414，2007。
12. 李建良，論地方自治與財政憲法，載：憲法理論與實踐(三)，頁379-382，2004年。
13. 李建良，論基本權利的位階次序與司法審查標準，載：憲法理論與實踐(三)，頁73-140，2004。
14. 李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，28期，頁75-89，2001。

15. 李建良、劉淑範，「公法人」基本權利能力之問題初探——試解基本權利「本質」之一道難題，載：憲法解釋之理論與實務，4輯，頁291以下，2005。
16. 李惠宗，從平等權拘束立法者之原理論合理差別之基準，台大法研所碩士論文，1988。
17. 李惠宗，憲法工作權保障之系譜，憲法解釋之理論與實務（劉孔中、李建良主編），1輯，頁347-392，1998。
18. 李惠宗，繳清罰鍰才能換行照嗎？，台灣本土法學雜誌，30期，頁91-98，2002。
19. 李震山，多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，頁26，2005。
20. 林紀東，行政法各論，1961。
21. 法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學，6卷1期，頁35-50，1996。
22. 姚立明，憲法工作權之性質——簡介西德憲法法院四個代表性判例，中山社會科學季刊，4卷2期，頁136、137，1989。
23. 許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，載：憲法解釋之理論與實務（李建良、簡資修主編），2輯，頁121以下，2000。
24. 陳新民，中華民國憲法釋論，修訂5版，2005。
25. 陳新民，公共利益之概念，載：憲法基本權利之基本理論（上），頁129-180，1999。
26. 陳新民，平等權的憲法意義，載：憲法基本權利之基本理論（上），頁495-519，1999。
27. 廖義男，企業與經濟法，1980。
28. 劉建宏，基本權各論基礎講座(七)工作權，法學講座，23期，頁5、6，2003。
29. 蔡宗珍，營業自由之保障及其限制，載：行政法實務與理論(二)（林明鏞、蔡茂寅主編），頁11，2006。
30. 蔡明珏，保護乎？障礙乎？「非視障者不得從事按摩業」法律規定之研析，社區發展季刊，107期，頁335以下，2004。

31. 蕭文生，關於「職業自由（工作權）」之判決，西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），頁128以下，1990。

二、外 文

1. Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, übers. von Eug. Rolfes, 2. Aufl. (1911).
2. ARISTOTLE, *THE NICOMACHEAN ETHICS*, with an English translation by H. Rackham (1934).
3. Azizi, Josef, *Wirtschaftssteuierung durch Gewerberecht?*, ÖZW 3 ff. (1983).
4. Badura, Peter/Huber, Peter M., *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 3. Kap VI 1 (2005).
5. BARTLETT, JOHN, *FAMILIAR QUOTATIONS* 943 (10th ed. 1919).
6. Bayer, Detlef, *Staatliche Gemeindefinanzierung und Verfassungsrecht*, DVBl. 1291 ff. (1993).
7. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken*, *Der Staat* 42 (2003), S. 165 ff.
8. Borowski, Martin, *Grundrechtliche Leistungsrechte*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 50, S. 301 ff. (2002).
9. Breuer Rüdiger, *Freiheit des Berufs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 6, 2. Aufl., § 147 (2001).
10. Breuer, Rüdiger, *Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 6, 2. Aufl., § 148 (2001).
11. BREYER, STEPHEN G., STEWART, RICHARD B., SUNSTEIN, CASS R., & SPITZER, MATTHEW L., *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY* (2002).
12. Bryde, Brun-Otto, *Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit*, NJW 2177 ff. (1984).
13. Christie, Mark C., *Economic Regulation in the United States: The Constitutional Framework*, 40 UNIVERSITY OF RICHMOND LAW REVIEW (2006).

14. Fröhler, Ludwig/Mörtel, Georg, Die „Berufsbildlehre“ des Bundesverfassungsgerichts, GewArch S. 249 ff. (1978).
15. GREER, DOUGLAS F., BUSINESS, GOVERNMENT, AND SOCIETY (1993).
16. Häberle, Peter, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 S. 43 ff. (1972).
17. HAMILTON, ALEXANDER, FEDERALIST (1787).
18. Hesse, Hans Albrecht, Der Einzelne und sein Beruf: Die Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht aus soziologischer Sicht, in: AöR 95 S. 449 ff. (1970).
19. Huster, Stefan, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 541 ff. (1994).
20. Jarass, Hans D. Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG, Ein systematisches Konzept zur Feststellung unzulässiger Ungleichbehandlungen, NJW 2545 ff. (1997).
21. Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. (1905).
22. Kaufmann, Arthur, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. (1997).
23. Kirchhof, Paul, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 2. Aufl. (2000)
24. Kokott, Juliane, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, S. 129 ff. (2001).
25. Korinek, Karl, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbestätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung, in: ders., Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 119 ff. (2000).
26. Kröger, Klaus, Grundrechtsentwicklung in Deutschland – von ihren Anfängen bis zur Gegenwart (1998).
27. Lachmayer, Friedrich, Das tertium comparationis im Recht, in: Ulfrid Neumann u.a. (Hrsg.), Verantwortetes Recht, Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, S. 67 ff. (2005).
28. Leisner, Walter, Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR 93, S. 162 ff. (1968).

29. Maaß, Rainald, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuansatz?, NVwZ 14 ff. (1988).
30. Michel, Elmar/Kienzle, Werner, Das Gaststättengesetz, 11. Aufl. (1992).
31. Ossenbühl, Fritz, Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, in: 115, S. 5 ff. (1990).
32. Osterloh, Lerke in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., Art. 3 (2007).
33. Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II, 22. Aufl. (2006).
34. Rüfner, Wolfgang, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl., § 117 (1995).
35. Rupp, Hans Heinrich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 92 S. 212 ff. (1967).
36. Sachs, Michael, Der Gleichheitssatz als eigenständiges subjektives Grundrecht, in: Rudolf Wendt u.a. (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, S. 309 ff. (1996).
37. Sachs, Michael, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 124 ff. (1997).
38. Sachs, Michael, Grundgesetz: Kommentar, 3. Aufl., Art. 3 (2003).
39. Sachs, Michael, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl. (2003).
40. Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, in: Sonderdruck aus Deutsches Handwerksblatt, 1956, S. 25.
41. Schlink, Bernhard, Abwägung im Verfassungsrecht (1976).
42. Scholz, Rupert, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12 (1981).
43. Schulev-Steindl, Eva, Wirtschaftslenkung und Verfassung: Gesetzgebungskompetenz und grundrechtliche Schranken direkter Wirtschaftslenkung, S. 1 ff. (1996).

44. Starck, Christian, Grundrechte und Privatrecht, 當代公法新論(上), 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集, 頁365以下, 2002。
45. Starck, Christian, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 5. Aufl. (2005).
46. Stern, Klaus, Grundfrage der globalen Wirtschaftssteuerung [1969], in: Helmut Siekmann (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes, S. 488 ff. (1992).
47. Tettinger, Peter J., Wettbewerb in den freien Berufen—berufsgrundrechtliche Aspekte, NJW 293 ff. (1987).
48. Tettinger, Peter J., Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 108 S. 92 ff. (1983).
49. WATERSON, MICHAEL, REGULATION OF THE FIRM AND NATURAL MONOPOLY (1988).
50. Wendt, Rudolf, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, in: AöR 104 S. 414 ff. (1979).
51. Wendt, Rudolf, Der Gleichheitssatz, NVwZ 778 ff. (1988).
52. Zacher, Hans F., Soziale Gleichheit—Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip, AöR 93 S. 341 ff. (1968).

Equal Protection in Economic Regulation—An Analysis of the Interpretations of the Grand Justices Related to the Freedom of Occupation and Enterprise

Chien-Liang Lee^{*}

Abstract

“Equal Regulation” has multiple meanings in the academic field. Each subject has its own concerns and focuses for research. From the perspective of the public law, economic regulation contains formulation, regulation, adjustment, and intervention imposed on people’s economic activities in order to achieve specific economic goals such as the implementation of a competitive market, the control over industries, the establishment of a harmonious relationship between labor and capital, and the maintenance of a sound economic order. Economic regulation has a great impact on people’s rights, individually or collectively, including the right to work, the freedom of occupation, the freedom of enterprise, the freedom of business, the property right, and the freedom of speech. Therefore, the constitutionality of the government’s economic regulation is undoubtedly a critical topic in the interpretation and

^{*} Associate Research Professor, Institutum Iurisprudentiae (Preparatory Office), Academia Sinica.

Received: July 23, 2007; accepted: October 24, 2007

application of the Constitution. Although the preceding judicial interpretations support the protection of the right to work, they focus limitedly on the principle of legal reservation, the principle of proportionality, and the principle of reliance protection, and are insufficient in the discussion on the principle of equal protection. Expecting that the Grand Justice will place more emphasis on equal protection when reviewing the economic regulations and providing a reference for the academic and practice fields, this article aims to construct the thoughts and methods on equal protection, and comments on the judicial interpretations related to the freedom of occupation and the freedom of business.

Keywords: Economic Regulation, the Right to Work, Freedom of Occupation, Freedom of Enterprise, Equal Protection, Principle of Proportionality

