

從平等理論的演進檢討實質平等觀 在憲法適用上的難題*

黃昭元**

摘 要

平等規範的意涵籠統，向有爭議。在憲法適用上，往往需要先找尋中介原則（平等觀），才足以操作。而中介原則的選擇又涉及平等規範預設的價值爭議，且與政治哲學的平等理論密切相關。本文先檢討平等理論在政治哲學思想史上的演進，發現在啟蒙時期之後，原先的形式平等觀與人生而平等的理念結合，形成道德平等觀，強調法律人格平等，以挑戰當時的少數統治，並開啟後來的多數統治之民主潮流。到了19世紀後，社會經濟地位的不平等，又進一步挑戰道德平等觀的抽象理性人預設及異中求同的無差別待遇要求。於是出現實質平等觀，強調少數／弱勢保障、異中存異，要求國家積極介入以消除結構性及事實上歧視。本文一方面支持實質平等觀的立場，但也進一步檢討：如以實質平等觀來理解憲法所稱之平等，在適用時所會面臨的主要挑戰及難題，包括平等的權利主體（個人或群體？）、歧視的認定（事實上、結構性歧視的認定標準等）、促進平等的方法（積極優惠措施的要件及效果）等問題。最後，本文也重新評估形式／道德平等觀的現代意義與必要性，認為其仍有不可取代之處，只是其適用範圍應有限制。特別是涉及分配正義的社會經濟事項，應以適用實質平等觀較為妥當。

* 投稿日：2015年12月22日；接受刊登日：2016年6月29日。〔責任校對：張幼文〕。

** 司法院大法官（2016年11月起）；國立臺灣大學法律學院兼任教授。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/72217161.pdf>。



關鍵詞：平等、平等觀、形式平等、實質平等、道德平等、中介原則、優惠性差別待遇。

目 次

壹、前言	參、形式平等與實質平等的初步比較
貳、平等理論的歷史演進	一、平等的終局狀態（目標）
一、形式平等觀的起源：「等者等之、不等者不等之」的形式平等公式	二、促進平等的手段
二、形式平等觀的價值基礎：啟蒙時期後人生而平等的道德平等觀	三、分析方法（認識論）
三、實質平等觀的興起：20世紀以來消除階級壓迫的積極平等保障	四、人的圖像及預設
四、道德平等與實質平等觀的扼要比較	肆、實質平等觀在憲法適用上的難題
	一、「誰」的平等？
	二、「是否」平等？（歧視是否存在？）
	三、「如何」促進平等？
	四、取代或並存？
	伍、結語

壹、前言

在憲法所規定的各種權利類型中，「平等」（equality）可說是分析工具最多，但實際應用操作上最複雜的權利或原則¹。主要原

¹ 我國憲法學界對於憲法的平等規範究竟是權利或兼有原則的性質，一直有不同看法。實務上大法官解釋往往併用或混用兩者，並未有明確的區別。但不論是將平等看成權利或原則，都一樣會有本文所討論的形式平等觀或實質平等觀的內涵爭議。由於本文主要目的並非在討論憲法平等規範的「性質」，而是關於平等的理論演進及「內涵」爭議，因此併稱平等權利或原則，或通稱為平等規範，以避免不必要的用語之爭。

因應該是平等所指涉的價值內涵至今仍充滿爭議，尚無定論。儘管政治哲學和法學理論對於平等早已發展出不少分析性的概念工具，例如機會平等與結果平等、法律平等與事實平等、個人平等與群體平等的對照概念²。但這些分析工具所代表的評價標準有時互補，有時衝突，對於確定平等的規範內涵並無決定性的功能。在憲法解釋上，有關平等權的許多爭議，例如優惠性差別待遇的容許性等，其問題所在往往是有關平等的基本或預設價值立場的爭議，例如本文後述所討論的形式平等與實質平等觀³間的衝突與選擇，而不只是分析模式或審查標準等較為技術面的爭議而已。

以我國憲法解釋為例，雖然大法官向來都以「實質平等」來說明憲法第7條的平等內涵⁴，但何謂實質平等，至今仍然欠缺精確的分析或說明。對此，林子儀大法官在司法院釋字第571號解釋的協同意見書中，即曾質疑大法官解釋自認的實質平等與「等者等之，不等者不等之」的平等公式思考如出一轍，其概念、內涵缺乏實質

2 關於平等的各個分析概念之討論，參，例如，DOUGLAS RAE, EQUALITIES 15-18 (1981) (Rae 統稱為“grammar of equality”); MICHEL ROSENFELD, AFFIRMATIVE ACTION AND JUSTICE: A PHILOSOPHICAL AND CONSTITUTIONAL INQUIRY 11-42 (1991).

3 本文所稱「平等理論」是指有關平等規範內涵的各種主張之統稱，亦可稱為平等概念 (concept of equality)。至於「平等觀」則指有關平等規範內涵的各種具體主張，如形式平等、道德平等、實質平等之不同主張。如果說平等理論是上位概念，平等觀則是下位概念。至於「平等觀」的用語及意涵，係參考政治哲學學界有關「conception of equality」的用語及翻譯。參，例如，John Rawls, *A Kantian Conception of Equality*, in COLLECTED PAPERS 254, 254-66 (Samuel Freeman ed., 1999); JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 9, 447 (Rev. ed. 1999) (區別平等概念及平等觀之不同，並討論兩種平等觀); John Rawls 著，李少軍、杜麗燕、張虹譯，正義論，頁 9、469 (2003 年) (將 concept of justice 譯為「正義概念」，conceptions of justice 譯為「正義觀」，conceptions of equality 譯為「平等觀」); 謝世民，論德我肯的資源平等觀，人文及社會科學集刊，11 卷 1 期，頁 123-153 (1999 年)。

4 參，例如，司法院釋字第 211 號解釋：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等」；又如司法院釋字第 485 號解釋：「憲法第七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。」

價值，其實也屬於一種形式平等觀而已。然而，對於實質平等的內涵究竟為何？林大法官也坦言爭議已久，尚難有共識⁵。

本文認為：上述有關平等規範之價值內涵的爭議，例如形式平等與實質平等的內涵及異同，並無法只從或直接從憲法條文獲得明確的答案。因為這已涉及更深層的政治哲學層面之價值爭議。對於法院而言，在審理平等權案件時，往往會發現抽象、籠統的平等概念本身並不具直接的操作可能性，而需要另外適用或選擇更具體的中介原則（*mediating principles*）⁶，例如等者等之或不等者不等之、無差別待遇或合理的差別待遇，這類較特定的規範原則或判準，才能據以為裁判依據。而這個有關平等規範在實際應用面的中介需求，在理論面則涉及平等的規範性預設（*postulate of equality*）為何的爭議⁷，這是個價值立場的實質性問題，而不只是用語或定義不同的技術性問題。當憲法對於平等的規範預設及意涵欠缺明文規定或文義不明時，此時就只能（也必須）透過有關平等的政治哲學等同屬規範性的理論，來釐清或補充憲法文義的不足或含混之處。反之，如果先釐清政治哲學中有關平等理論的不同主張及演進，應會有助於分析或理解憲法所稱平等之規範內涵。這也是本文寫作的起點和目的：以下擬先檢討平等理論在（政治哲學）思想史上的演進，特別是形式平等觀與實質平等觀的各自理論基礎及歷史脈絡。然後再進一步比較形式平等和實質平等觀的異同，由此界定

5 參司法院釋字第 571 號解釋（2004 年），林子儀大法官協同意見書註 6：「……所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念，然而其具體內容學說理論爭議已久，尚難有共識。」

6 這是美國學者 Owen Fiss 的用語，*see* Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, in *EQUALITY AND PREFERENTIAL TREATMENT: A "PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS" READER* 84, 84-85 (Marshall Cohen, Thomas Nagel & Thomas Scanlon eds., 1977)。Rae 借用康德的用語，稱之為“a middle term”，並認為這是連結平等之理論與實務所必要者。*See* RAE, *supra* note 2, at 14-15 (“...[A] middle term is required between theory and practice, providing a link and a transition from one to the other.”).

7 *See* ROSENFELD, *supra* note 2, at 19-22.

實質平等的規範內涵。最後，本文將進一步檢討：如以實質平等觀來理解憲法所稱之平等，所會面臨的主要挑戰及難題。

貳、平等理論的歷史演進⁸

一、形式平等觀的起源：「等者等之、不等者不等之」的形式平等公式

平等既是憲法規範，也早是政治哲學在討論正義理論時所必然觸及的基本概念與議題。就此而言，最早正面討論平等並試圖給予界定的最重要哲學家，應該就是希臘時期的亞里士多德。此後兩千多年，他的平等理論已經成為各種平等論述的主要起點。

在古希臘時期，柏拉圖（Plato）、亞里士多德（Aristotle）等哲學家所討論的平等概念，通常是正義理論的一環，而非獨立的平等理論。例如亞里士多德是在有關特殊（個別）正義（particular justice）下的分配正義（distributive justice），去討論平等與正義的關係。亞里士多德主張：分配是否合乎正義，要看是否平等。不平等即不正義，正義必需平等。所謂平等，則是「對於類似情形應給予類似對待（treat like cases alike）」或「等者等之，不等者不等之（treat equals equally, unequals unequally）」，這是後來稱為「形式平等（formal equality）」的核心內涵，甚至成為最常見的平等公式⁹。

8 有關本文貳內容的相關分析，參黃昭元，導讀：平等理論的演進與典範變遷，收於：財團法人民間司法改革基金會編，大法官，給個說法！3：不平則鳴，頁5-18（2010年）。

9 See ARISTOTLE, NICOMACHEAN ETHICS, BK. V, CH. 1-5 (Harris Rackham ed. & trans., 1934), <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0054> (last visited Aug. 20, 2016). 不過，亞里士多德強調：平等的分配指的是「各人所獲者之比較」與「各人間之比較」，兩種比例（ratios）間的平等（equality of ratios），而非指各人所獲者的數量相同。亞里士多德將前者稱為「比例平等（proportional equality）」，將後者稱為「數量（或數字）平等（numerical equality）」。

上述亞里士多德主張的形式平等公式，既是平等理論的典範起源，也是束縛的框架。主要問題有三。第一，欠缺具體的評價標準，流於空洞公式。第二，「等者等之」與「不等者不等之」會發生內在衝突，何者優先？第三，實踐上容易導向以表面中立的「無差別待遇」為平等的優先預設。

一談到平等，必然引發：「誰的平等（equality among whom?）」及「什麼的平等？（equality of what?）」至少這兩個基本問題。要回答這兩個問題，也勢必要引入更具體的評價性比較基準，或連結某一特定分類或事務領域，才能為終局判斷¹⁰。系爭兩組人或事物究竟是屬於「等者」或「不等者」，這不可能是單純事實性的比較，而屬規範性的評價。但是亞里士多德的平等公式本身針對是否類似？何謂類似對待？乃至於為何類似的人就應該要類似對待？等關鍵爭點，都沒有提供有效的內在操作基準，而必然要引入外在的評價基準，以致流於同義反覆（tautology）的空洞公式¹¹。

equality)」。假設 A 和 B 兩人各得到 X 和 Y 數量的財貨，則 X:Y (的比例) 要相當於 A:B (的比例)，這才符合亞里士多德所稱的比例平等。因此 X 和 Y 的數量，並不當然相同。至於 A 和 B 間如何比較，則是關鍵問題，也是難題所在。依亞里士多德的理論，數量平等其實只是比例平等的一種偶然、特殊結果，只有當系爭人們被認為是相當或無從區別時，才會出現數量平等的結果。依據比例平等，反而應該針對各人的個別情形，分別給予各自所應得者 (due)。See Stefan Gosepath, *The Principles and the Presumption of Equality*, in *SOCIAL EQUALITY: ON WHAT IT MEANS TO BE EQUALS* 167, 168-69 (Carina Fourie, Fabian Schuppert & Ivo Wallimann-Helmer eds., 2015).

10 對此，學說上有質疑平等本身根本就是空洞概念 (empty idea)，而應揚棄不用。See, e.g., Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537, 537-96 (1982).

11 由於這個平等公式是以「比較系爭兩組人或事物」為分析起點，縱使是要找尋規範上有意義的差異，進而予以平等規範。這在方法上容易陷入「差異論」的困境：預設有一先存的中立標準，其實則是以部分人（通常是強勢及多數人）的標準做為所有人的一般標準。有關差異論的分析及檢討，see CATHERINE A. MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* 32-45 (1987); CATHERINE A. MACKINNON, *TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE* 215-36 (1989) (以下稱：MACKINNON, *TOWARD A FEMINIST THEORY*)，及後文參、三相關段落

其次，亞里士多德並未針對「等者等之」與「不等者不等之」這兩項規範要求的優先順位，有進一步的論述。也沒有論述當兩者衝突時，究竟應以何者為原則？何者為例外¹²？亞里士多德形式平等公式的兩部分看起來像是一體兩面，邏輯一致。但在實際操作時，由於兩者的規範效果剛好相反，一求相同待遇，一求不同待遇，因此會發生平等究竟是優先「求同」或「求異」的內在衝突。當代有關優惠性差別待遇所生的種種爭議，例如：其是否需要特別授權？或是平等的內在、優先要求？正是上述疑義的反映及延續。

再者，亞里士多德所強調的「類似對待」，在實踐上通常會指向「相同對待」。因為當無從區別或證立系爭兩組人之異同時，很容易會以數量平等的無差別待遇推定或視為平等的優先要求，甚至直接以無差別待遇來定義平等。相反地，差別待遇的存在，則成為需要證立的例外情形。換言之，「無差別待遇」會受到合乎平等的推定，而「有差別待遇」則會被推定為違反平等。這是遺害更大的誤導。

二、形式平等觀的價值基礎：啟蒙時期後人生而平等的道德平等觀

嚴格來說，上述亞里士多德的平等公式只是一種分析工具，本身難以稱為是平等理論。具有價值內涵的平等理論，直到17、18世紀的理性及啟蒙時代，才算真正登場，此後並蔚為主流思想。

在18世紀之前，「人生而不平等」不僅是經驗性的實然描述，也是規範性的應然主張。甚至如主奴、男女、貴族平民等種種不平等的制度，也各有其道德基礎。一直要到17、18世紀，在啟蒙時代

之討論。

12 我國大法官在有關平等權的多號解釋中，至今也仍未正面論述此一問題，而多只是說這兩者都是平等的規範內涵。雖然在規範預設及實際操作上，大法官還是以「求同的無差別待遇」（也就是等者等之）為優先原則。

思想家的主張下，才開始出現「人生而平等」的天賦人權（或自然權利）主張，開啟政治哲學的道德平等（moral equality）觀，並促成了後來「法律之前人人平等」的法律平等觀之實踐。

（一）核心內涵：人生而平等的規範主張

「人生而平等」的主張，其思想基礎源於天賦人權（自然權利）、社會契約論和人的理性能力。啟蒙時期的主要思想家如霍布斯（Hobbes）¹³、洛克（Locke）¹⁴、盧梭（Rousseau）¹⁵等，均有其貢獻。從今日來說，最重要者應該是總結啟蒙時代的康德（Kant）。康德主張每個人都具有與生俱來的理性能力，而為理性主體。人並具有自主意志，且應基於自主意志，秉持理性能力所認識的各項道德原則，為自己立法（self-legislation），以實踐其責任，從而完成人之自主性。在此意義上，人皆為道德主體，更是價值主體（人就是目的），彼此之間當然是（也應該是）平等的主體¹⁶。

霍布斯、洛克、盧梭等人所描述的自然權利，或許兼具有事實描述和規範主張的雙重性質。但康德訴諸人的理性能力所建構的道

13 See THOMAS HOBBS, *LEVIATHAN* (Richard Tuck ed., Cambridge University Press, 2d rev. ed. 1996) (1668) (主張每個人在自然狀態中，都享有平等的自然權利)。

14 See JOHN LOCKE, *THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT* (Crawford B. Macpherson ed., Hackett Publishing Co. 1980) (1690) (開啟天賦人權說，主張在自然法支配下的自然狀態中，每個人都享有平等的自然權利，特別是不容他人任意侵犯的財產、自由與生命)。

15 See JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *THE SOCIAL CONTRACT* (Maurice Cranston trans., Penguin Books Ltd. 1968) (1762); JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *A DISCOURSE ON INEQUALITY* (Maurice Cranston trans., Penguin Books Ltd. 1984) (1775) (進一步發揚天賦人權說，認為：人雖然有天生的自然差異（事實不平等），但在自然狀態下，卻是各自獨立、平等存在。只是在私有財產與法律制度興起後，人才從自然狀態墮落至社會狀態，受到各種人為、政治不平等之束縛。因此主張：只有透過締結社會契約，成立國家，組織政府，犧牲天生自由去換取平等的契約自由，人類才能確保其自由、平等的地位)。

16 See IMMANUEL KANT, *FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE METAPHYSIC OF MORALS* (Thomas K. Abbott trans., Bobbs-Merrill 1949) (1785), <https://ebooks.adelaide.edu.au/k/kant/immanuel/k16prm/> (last visited Apr. 9, 2016).

德主體性，就明顯屬於應然的規範要求，而非實然的事實描述。暫且不論康德主張的明顯缺陷¹⁷，在康德之後，以天賦人權（自然權利）為基礎的道德平等觀，更成為個人主義、自由主義思想的主要基石。時至今日，「人應該平等」的道德平等觀，幾乎已經成為當代歐美政治哲學的普遍主張。而法學家甚至提出「將每個人當成平等的主體」（*treating people as equals*）的規範主張，做為平等的核心內涵，並用以闡釋上述道德平等觀在憲法解釋及適用時的具體要求¹⁸。

（二）人的圖像（想像）：無知之幕內的理性人

在實然面，人生而不同，而有強弱智愚等種種自然差異（或事實不平等）。然道德平等觀強調人皆都其共同之處，此即認知、思辨、判斷、行動等理性能力。因此主張在應然面上，每個人都應享有相同的人格及道德主體地位。在此理念下，所謂人與人間基於道德主體地位所享的平等，顯然是指向一種「應該視為（或至少是推

17 康德只以純粹的理性能力及人格去建構道德主體，完全排除道德動機與情感，其理論基礎明顯過於狹隘，甚至不切實際。又從現代的認知科學、腦神經學、心理學、人類學等學科理論來看，啟蒙時代有關人類理性、感性、悟性等能力的主張不免過於粗糙，甚至是欠缺實證依據的想像。又康德在其 1775 年發表的 *On the Different Races of Man (Über die verschiedenen Rassen der Menschen)* 中，甚至認為黑人等非白人種的智力低於白人，以致有些學者批評康德亦為種族主義者（*racist*），而非真正的人人平等論者。關於康德種族立場的近年討論，*see, e.g.,* Thomas E. Hill, Jr. & Bernard Boxill, *Kant and Race, in RACE AND RACISM* 448, 448-71 (Bernard Boxill ed., 2001); PAULINE KLEINGELD, *KANT AND COSMOPOLITANISM: THE PHILOSOPHICAL IDEAL OF WORLD CITIZENSHIP* 92-123 (2011).

18 例如 Dworkin 就進而主張平等要求將每個人當成平等的主體，而給予平等的關懷與尊重（“*treatment as an equal*”, or *treating people as equals with equal concerns and respect*），而非平等地對待每個人（“*equal treatment*”, or *treating people equally*）。*See* RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 226-29, 272-78 (1977). 對此區別之檢討批評，*see, e.g.,* PETER WESTEN, *SPEAKING OF EQUALITY: AN ANALYSIS OF THE RHETORICAL FORCE OF “EQUALITY” IN MORAL AND LEGAL DISCOURSE* 102-08 (1990). Dworkin 平等理論的重點則放在「什麼的」平等，*see* RONALD DWORKIN, *SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY* 11-119 (2000)（進一步闡釋分析福利的平等與資源的平等兩種概念）。

定為)一致或相同的抽象主體地位」。換言之，道德平等觀重視人與人間的共同性(天生的、抽象的理性能力)，並故意忽略人與人間的種種事實上差異。其所預設的人之圖像，與其說是活生生的具體個人，不如說是「無種族膚色、無性別、無高矮胖瘦、無聰明愚笨、無貧富」等差異，抽象且單一面向的無面目、形體之人。這是將人做「最大公約數」般的簡化，也同時強化了平等「無差別」、「求同」的規範內涵及效果。

如果將亞里士多德平等公式所代表的形式平等觀和上述道德平等觀結合，雖然可以認為道德平等觀是形式平等觀在平等「主體」方面的實質化，進而使形式平等觀因此具有其內在價值內容。但以平等的規範內涵及效果而言，道德平等觀的加入，一方面既突出了形式平等公式中「等者等之」的部分，另一方面則同時必然壓抑「不等者不等之」的要求。其結果則是將形式平等觀進一步推導向「以無差別待遇作為平等之優先或核心要求」、「去異以求同」的思考方向。

(三) 道德平等觀的歷史脈絡及貢獻

在現實經驗上，道德平等觀的出現有其歷史脈絡，也有其重大的歷史貢獻。對於啟蒙時代的歐洲而言，道德平等觀明顯具有獨特的宗教意義，使當時歐洲開始擺脫中世紀基督教籠罩下的神權束縛。雖然這對當時歐洲及基督教文明有其獨特的時空意義，但對於其他地區或文明傳統而言，就不具有普遍意義。不過，道德平等觀還是有其超越當時歐洲時空背景的普遍意義：這是個能為被統治的一般人、多數人爭取平等主體地位的理論，因此具有反抗專制、獨裁、少數統治(君權)及階級政治的歷史意義。在人類的政治史上，少數統治多半是經驗上的常態，奴隸、貴族等種種身分及政治階級制度，也往往是普遍存在的現象。對於階級政治與少數統治而言，強調天賦人權、人生而平等的道德平等觀顯然是極具破壞力的

規範主張，可為多數的被統治者向少數的統治者爭取到基本的權利主體地位。這正是道德平等觀的普遍性貢獻所在：對抗少數人的特權，打破政治性的人為階級區分，為多數人乃至於所有人爭取到普遍性的法律人格與主體地位。

（四）道德平等觀的法律實踐

1776年7月4日通過公布的美國獨立宣言（Declaration of Independence）明白宣示「所有人生而平等」（[A]ll men are created equal）的理念可說是第一次將「人生而平等」的道德平等觀，透過政治宣言及法律文件，宣示為人類的自然權利¹⁹。這應該是啟蒙時代道德平等觀的具體影響及成就。雖然在18世紀當時所稱的「人人」，實際上常僅限於「非奴隸的白人男性公民」，而非今日所理解的六十多億人。但當時所採取的全稱式命題用語，卻也內涵進一步擴張並普遍適用的革命火種。此後，「人生而平等」、「法律之前人人平等」逐漸成為各國憲法所普遍承認的基本權利或原則，這是平等思想與理念的實證化、權利化與憲法化。平等不再只是政治哲學家或運動者的訴求，而是人人可以主張的憲法權利及原則。

在法律實證發展上，道德平等觀法律化後的最直接結果就是：

19 U.S. Declaration of Independence, Paragraph 2 (1776). 1776年6月12日由第五次維吉尼亞議會（Fifth Virginia Convention）通過的維吉尼亞權利宣言（Virginia Declaration of Rights）第1條亦有類似規定：「所有人本於自然，平等地自由、獨立」（[A]ll men are by nature equally free and independent ...），U.S. Virginia Declaration of Rights, art. 2 (1776), http://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp（最後瀏覽日：2016年12月25日）。在歐洲大陸，最早出現類似宣示的法律文件應該是一般通稱的1789年法國人權宣言。1789年8月26日由當時法國制憲國民會議通過的「人與公民權利宣言」（Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, Declaration of the Rights of Man and of the Citizen）第1條宣示：「人天生並始終自由且權利平等。……」（Men are born and remain free and equal in rights....），第6條宣示：「……所有公民在法律眼中一律平等，……」（“...All citizens, being equal in the eyes of the law,...”），英文翻譯自 http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp（最後瀏覽日：2016年12月25日）。上述中文翻譯，均為本文作者依據英文文本自譯。

在民、刑、行政等各個法領域確立了人為權利主體的抽象平等地位（雖然行為能力、責任能力仍有別）²⁰。由此出發，進一步的具體實踐如：對於奴隸制度的絕對否定²¹，這可說是承認人為平等權利主體後，一體兩面的必然要求。

至於在各個法律領域是否也同樣適用如此絕對的無差別待遇要求？答案恐怕是否定的。在參政權方面，隨著民主政治的發展，各個民主國家逐漸確立了一人一票的平等投票權制度。暫且不論在投票結果的實際影響力上，票票是否真正等值，還是會受到選舉制度設計的影響而有不同。但在制度理念上，「一人一票」及「形式上」的票票等值（指每個選民的選票在法律上都算一票，也只能算一票），確實是「法律人格平等」在政治權利領域的具體落實。然而，由於各國對於投票權通常還有國籍、年齡等資格限制，因此投票權的平等保障，至多是接近於行為能力的平等，仍然無法和權利主體的平等劃上等號。

在自由權領域，各國實踐也很少採取絕對無差別待遇的形式要求。立法者所為之分類及差別待遇固然常見，在有違憲審查制度的國家，法院通常也會考量分類標準或分類效果所涉事務領域之不

20 公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第 16 條規定：「人人在任何所在有被承認為法律人格之權利。」（Everyone shall have the right to recognition everywhere as a person before the law.），這項規定可說是道德平等觀在實證法規範的具體表現，而且是超越國界的普世性規範主張。

21 如公民與政治權利國際公約第 8 條第 1 項規定：「任何人不得使充奴隸；奴隸制度及奴隸販賣，不論出於何種方式，悉應禁止」，第 2 項規定：「任何人不得使充奴工」。這兩項規定在國際法上，甚至被認為具有絕對規範（*jus cogens*）的最高法地位，不容許例外。See M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 LAW & CONTEMP. PROB. 63, 68 (1996); JAMES CRAWFORD, *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 394-97 (8th ed., 2012); SARAH JOSEPH & MELISSA CASTAN, *THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CASES, MATERIALS, AND COMMENTARY* 30 (3d ed. 2013)；中文文獻參姜皇池，*國際公法導論*，修訂 3 版，頁 127-129（2013 年）。

同，而容許不同程度的（正當）差別待遇²²。就社會經濟事項，多數國家的立法及法院實踐則更容許相對彈性的各種差別待遇存在²³。這部分的問題，要等到19、20世紀後，隨著資本主義經濟的發展，社會經濟差距的擴大，激起經濟平等的訴求，加上重視差異、尊重多元的實質平等觀出現，才開始挑戰原本隱藏在道德平等觀背後的既存權力架構與決定。

三、實質平等觀的興起：20世紀以來消除階級壓迫的積極平等保障

（一）道德平等觀的限制

啟蒙時代興起的道德平等觀所建立的平等新典範：所有人都應享有法律人格的平等地位，固然有反抗並破除少數統治的歷史貢獻。但在民主政治進一步確立平等公民及平等投票制度後，至少在規範面上，多數統治成為新的政治主流。從而新的問題就不再是多數人是否會受到少數人專制統治之壓迫，而是如何避免少數人（或各種弱勢或無力者）受到形式上符合民主程序的多數人（或強勢

22 以美國為例，法院對於種族等嫌疑分類採取嚴格審查，對於財富地位等非敏感分類及社會事項立法的差別待遇則採取寬鬆的合理審查標準。關於美國法院有關平等權的各種審查標準之判決整理，*see generally* Editorial Staff, *Developments in the Law: Equal Protection*, 82 HARV. L. REV. 1065, 1087-1132 (1969); JAMES A. KUSHNER, *GOVERNMENT DISCRIMINATION: EQUAL PROTECTION LAW AND LITIGATION* 255-508 (2006)。See also Gerald Gunther, *Forward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 1-48 (1972); R. Randall Kelso, *Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The "Base Plus Six" Model and Modern Supreme Court Practice*, 4 J. CONST. L. 225, 225-59 (2002)。我國大法官近十幾年來在平等權案件也逐漸採取類似美國法院實踐的類型化審查標準，據以審查並容許不同程度的差別待遇。相關學說討論參，例如，黃昭元，*平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能*，*臺大法學論叢*，37卷4期，頁253-284（2008年）；黃昭元，*平等權案件之司法審查標準：從釋字第626號解釋談起*，收於：廖福特編，*憲法解釋之理論與實務*（六）（下冊），頁551-580（2009年）。

23 參，例如，司法院釋字第485、578號解釋。

者)之「合法」壓迫。換言之,平等保障的對象,也開始從保障多數人民對抗少數統治者,轉成保障人民內部的各種少數或無力、弱勢群體(及所屬個人)。至於哪些人民屬於應該特別保障的無力、弱勢者²⁴?則屬現代實質平等觀在主體方面的難題。

(二) 實質平等觀的內涵、對人之預設及影響

姑且不論有關弱勢群體的界定爭議,實質平等觀的核心內涵及要求可理解為:「採取積極手段來消除弱勢群體所處的次級地位」²⁵,套用比較馬克思的用語,就是以「消除階級壓迫」為核心關懷的積極平等保障。其對人的圖像的想像,當然不是無知之幕內的那個沒有臉龐的理性人,而是實際社會中活生生的人,特別是那些受到壓迫的群體及其所屬成員。

在法律實踐上,實質平等觀除了試圖改寫原本以道德平等觀為基礎的形式平等觀,而發展出各類優惠性差別待遇的要求外²⁶,也已經在間接歧視或差別影響歧視理論²⁷、性騷擾之被界定為性別歧視、色情言論與性工作之合法性爭議²⁸等議題,產生影響。此外,

24 參,例如,司法院釋字第584、626、649、666號解釋。

25 See Cass R. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 MICH. L. REV. 2410, 2410-55 (1994).

26 有關實質平等觀與優惠性差別待遇的討論,美國法上的文獻非常多, see generally LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1514-44 (2d ed. 1988)。以下學者所主張的平等觀,大都被歸類於本文所稱之實質平等觀性質,也是在討論種族優惠性差別待遇的正當性時,常被引用的代表性文獻:Fiss, *supra* note 6 (主張以 group-disadvantaging principle 來理解美國憲法的平等規範內涵,並用以支持優惠性差別待遇); ROSENFELD, *supra* note 2 (全面討論有關平等預設的各種理論基礎,並試圖證立優惠性差別待遇的正當性); CASS R. SUNSTEIN, THE PARTIAL CONSTITUTION 331-33, 338-45 (1993); Sunstein, *supra* note 25 (主張以 anticaste principle 做為美國憲法平等的中介原則,並支持優惠性差別待遇)。

27 中文文獻的討論,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1-63 (2012年)。

28 關於從實質平等觀來討論性騷擾、色情言論與性工作等性別平等議題的代表性

實質平等觀的影響範圍也延伸及於憲法上的社會權或社會國家原則，乃至於各類社會安全立法。不過，這也造成了另一個問題：平等保障與社會福利或救助如何區別？同樣以積極保障弱勢為內涵，兩者的適用對象（主體）、規範對象（受歧視壓迫與社經弱勢地位）、效果等，究竟有何不同？

四、道德平等與實質平等觀的扼要比較

如果以亞里士多德的形式平等公式為參考座標，道德平等觀和實質平等觀其實都是具有實質價值內涵的平等觀，而不只是價值中立的空洞公式。如果要在語意上有更精確的區別，上述實質平等觀或可改稱：保障弱勢或少數的積極平等觀之類的用語。但因為英文文獻中的實質平等觀用語似乎已有其約定俗成，並相對穩定的意涵。在沒有更適切的用語之前，本文還是繼續稱之為實質平等觀。

在價值內涵方面，如果說道德平等觀指向一種芸芸眾生皆平等的大眾平等典範，那麼一百多年來翻騰不止的各種實質平等觀之核心關懷對象及意涵，就是一群又一群、分散又重疊的少數、無力或弱勢者，競相爭取積極平等的小眾平等典範。和道德平等觀相比，實質平等觀在理念上至少有以下兩項主要不同：一是對人的想像（或是說平等適用的主體），二是促進平等的手段。在思考方向上，道德平等觀是堅守應然立場，忽略事實差異，「去異以求同」（或「異中求同」）；實質平等觀則是從事實出發，正視事實差異，並「異中求異」。

學者，應該就是美國法學家 Catherine A. MacKinnon。其相關論述，參，例如，CATHERINE A. MACKINNON, *SEX EQUALITY* 2-48（討論實質平等理論），845-969（討論性騷擾），1233-1332（討論性工作），1332-1473（討論色情言論）（2d ed. 2007）（以下稱：MACKINNON, *SEX EQUALITY*）；Catherine A. MacKinnon, *Substantive Equality: A Perspective*, 96 MINN. L. REV. 1, 1-27 (2011).

參、形式平等與實質平等的初步比較

以上有關道德平等觀與實質平等觀的比較分析，基本上還是政治哲學層面的討論。在憲法解釋及適用上，目前各國學說及實踐所採取的形式平等，其實已經不只是亞里士多德所描述的那個空洞公式，而多已和上述道德平等觀相結合。為免不必要的誤解，本文以下所稱的形式平等指的是：以上述道德平等觀為理論基礎，依據「等者等之，不等者不等之」（更精確的說，應該是：類似的事物應類似處理，不同的事物應不同處理）為分析方式，所架構出的平等理論。至於實質平等則是指：以「採取積極手段，消除弱勢（disadvantaged）、無力（powerless）族群或團體人民所處的相對次級地位」為核心意涵的平等要求²⁹。

需先說明的是：本文所稱的形式平等和實質平等觀，與其說各是「一個」單一概念，不如說各為「一組」（a bundle of）相互連結的概念或規範要求之統稱，而各自表徵相當複雜的多重內涵，並可連結到政治哲學或理論基礎、認識論、對於平等的終局狀態（end state）之想像、達成平等的手段、平等的主體、適用領域等多重面向。以下即依各個面向來扼要比較兩者的主要異同。

一、平等的終局狀態（目標）

對於平等的終局狀態（規範理想狀態），形式平等的想像應該是一種接近規範上無差別待遇的境界，以追求最大多數，甚至是虛擬的所有人之無差別待遇（或狀態）為其價值內涵及規範目標，反映出上述道德平等觀所強調的：眾生（應該）平等、異中求同的平等觀。

²⁹ 有關「形式平等」與「實質平等」觀的初步比較，see, e.g., MACKINNON, SEX EQUALITY, *supra* note 28, at 6-10, 31-32.

而實質平等則會強調各個不同群體在權力（不限於政治權力，包括社會、經濟權力等）關係上之對等，沒有一個群體在事實上、結構上應該處於次級地位，甚至應該是各自在保有其特色與差異下的平等並存。如果以常見的分析工具來對照，形式平等所預設的終局狀態，通常會屬於法律平等、（個案的）機會平等；而實質平等則指向或涵蓋事實平等，且必然會介入（個案的）結果平等（但可能是結構上的機會平等）的問題。這是一種強調：眾生（事實）不平等、異中求異的弱勢平等觀。

二、促進平等的手段

在促進平等的手段上，形式平等和實質平等對於差別待遇（分類本身及其效果的配置）的正當性或必要性，也有很根本的不同。

形式平等雖然會主張「等者等之，不等者不等之」，看似同時容許「無」和「有」差別待遇的手段。但不論是在規範要求或實際操作上，由於結合上述道德平等觀，因此形式平等其實都會以「無」差別待遇做為促進平等的優先或原則性手段，而相對嚴格地限制或看待「有差別待遇」手段之合憲性。

以歷來有關平等的多號大法官解釋為例，我們都可看到以下的類似闡釋。在最早闡釋平等的司法院釋字第179號解釋理由書中，大法官認為：「次按憲法第七條所稱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，並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定。」之後，司法院釋字第211號解釋理由書也表示：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」司法院釋字第485號解釋延續類似見解：「憲法第七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。」

大法官在上述及類似的解釋中，雖然一再強調「不等之」的差別待遇並不當然違反平等，看似給予「等者等之」和「不等者不等之」兩者同等的地位。但細心的讀者應可注意到：大法官認為差別待遇必須是「合理」，才會合憲。反之，大法官對於「無差別待遇」的立法或行政措施，卻從來沒有要求也必須是「合理」才會合憲。上述「合理」的額外要求，其實是只針對「有差別待遇」的情形，才有其適用。換言之，對於「無差別待遇」的國家公權力，大法官其實是直接給予合憲推定，而沒有所謂「合理的無差別待遇」之規範要求！在規範預設或實際操作上，都可以看到：所謂「等者等之，不等者不等之」的公式，其實是以前者「等者等之」為原則，後者「不等者不等之」為例外。原則無須證立，例外則需證立，甚至要從嚴證立³⁰。在此意義下，所謂平等，其實就是以消除差別待遇為手段，來追求無差別待遇的終局狀態之規範要求。這是典型的反分類（anti-classification）、反差別（anti-discrimination）的形式平等觀。

至於實質平等則會主張：平等不應只是要求國家提供表面中立的無差別待遇，讓每個人形式上都受到法律的一致或相同待遇而已。平等還應進一步要求國家積極消除受歧視的少數或弱勢者所面臨的相對不利地位，使他們在資源分配及實現各種機會（特別是政治、教育、社會、經濟等各類成就）的實際可能性上，也享有平等的保障。和形式平等觀不同的是，實質平等不僅容許，甚至會要求國家要透過不對稱的差別待遇手段，來促進平等目標的實現。一般

30 司法院釋字第 365 號解釋理由書有關性別平等的闡述就更清楚了表明以無差別待遇為原則，有差別待遇為例外的規範立場：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」

所謂優惠性差別待遇，正是實現實質平等觀所常見的手段。對於實質平等而言，「有差別待遇」的不對稱手段不僅不是例外，甚至還應該是為達成平等的必要手段（國家義務）。重點是：如此差別待遇的法律效果及事實結果，是否會有助於縮小或改善原本弱勢者所處的次級不平等地位？相反的，表面中立的無差別待遇手段雖然可能是達成平等的手段之一，但絕不會是當然受到合憲推定的優先手段，其合憲性甚至是（或至少也是）需要被證立的。

如果更深入比較的話，可以發現實質平等其實是一種「不對稱」（asymmetrical）的平等觀³¹。以司法違憲審查常見的所謂嫌疑分類來說，形式平等或道德平等觀重視嫌疑分類（例如種族）標準本身，並且要求國家應該避免使用嫌疑分類，以免產生差別待遇（例如要求台灣的原、漢民族，或美國的黑人白人都應享有相同待遇）。但實質平等觀則不只是重視嫌疑分類標準本身，而會更重視分類結果對誰有利？對誰不利？如果是以種族為分類，而對過去受到歧視的原住民或黑人繼續歧視，實質平等觀固然也會徹底反對。但如種族分類的目的是要補償原住民或黑人所受的歧視損害或創造更多元的種族環境，而其效果也有利於原住民及黑人（例如加分），則實質平等觀就未必會反對此項種族分類，而會容許、鼓勵甚至要求國家為之。在此意義上，實質平等不論是在平等保障之主體或促進平等的手段上，都顯然採取一種不對稱的觀點，而非講究形式上的對應、相當或成比例。

更基進的實質平等並不只是要求國家採取種種不對稱的積極手段去促進平等，它還有更深刻的理論反省與批判。過去的平等觀，不論是形式平等或道德平等觀，都是傳統分配正義下的產物，因此

31 關於不對稱平等觀的說明及其在美國憲法的適用上之可能爭議與困難，see Kathleen M. Sullivan, *Constitutionalizing Women's Equality*, 90 CAL. L. REV. 735, 735-64 (2002).

多半只是檢討「分配的結果」：誰得到什麼？是否相同或不同？為何相同或不同？但現代實質平等理論則更進一步質疑：分配者為誰？分配的權力來源為何？分配的過程由誰決定？有誰參與？是否公平？也就是會根本質疑分配本身的決定權力及決策過程，而想要從根本處改變分配所依附的程序、結構及體制本身³²。在這個意義上，實質平等典範下的平等，勢將成為質疑（大眾）民主政治的有力訴求，也是一種對抗權力結構現狀的基進性（radical）權利。在啟蒙時代，道德平等觀其實也曾發揮過類似作用。但等到推翻了神權、君權專制以後，道德平等觀本身又逐漸成為維護既得利益的新依據（以最低限度的政治及法律平等來掩飾或模糊社會、經濟、資源等實存不平等），終也成為被挑戰的對象。

三、分析方法（認識論）

上述兩者算是法律人比較熟悉的比較，但形式與實質平等觀的上述差異其實還有方法論和基礎理論層面的更深刻差別。先就分析方法的差異來說，以「等者等之，不等者不等之」為分析架構的形式平等觀，可說是一種「差異論」式的思考：從比較規範對象間的「差異」出發，來決定是否給予差別待遇。雖然說是否有差異，並非單純經驗性的比較，而屬評價性結果。但因為上述公式本身欠缺引導此項評價的內在標準，而只能求之於外在標準，因此形式平等觀所立基的上述公式，經常被譏為是空洞公式。或在實際上以強勢群體（例如男性、白人等）的標準做為表面中立的全體標準，而成為權力宰制的幫兇。

32 從宰制論立場（也是一種實質平等觀）質疑決定者及其權力決定的經典論述，*see, e.g.,* MACKINNON, *TOWARD A FEMINIST THEORY*, *supra* note 11, at 215-36。另 Iris Marion Young 教授分析五種壓迫型態，強調要從決定權層次才可能根本解決結構性壓迫，也是類似的觀點，*see* IRIS MARION YOUNG, *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE* 15-38 (1990)。從這類更基進的實質平等觀出發，如果不先解決政治結構和決定權的問題，即使是優惠性差別待遇也只是既存宰制階級的小恩小惠。

再者，由於以上述公式為基礎的形式平等觀是以規範目的為依據，來評價系爭人群或個體是否處於類似的地位，而應給予類似待遇，因此其所採取的平等觀，特別是就平等的規範目標而言，也容易傾向於只保障所謂法律上的平等，而不及於事實上的平等。換言之，形式平等觀往往是從法律的不平等出發（或只看到法律的不平等），來追求法律上的平等。如果更深入的批判，因為據以為評價依據的規範目的往往是立法者或行政機關（都是有權力者）所選擇、所設定的目標，因此其對於是否相同及應否給予相同待遇的評價，也就容易是從國家／有權力者的觀點出發，來解釋何謂（法律上）平等。

在認識論的方法層面，實質平等觀則是從事實出發，從社會實存的權力結構出發，找尋並發現權力關係下的弱勢者，來界定平等的保障對象和目標，因此發展出和差異論截然不同的宰制論（在性別平等領域）、反種性論或反階級論（在種族平等領域）³³之思考方式及理論。在方法上，這種意義下的實質平等觀顯然是受到馬克思主義階級論方法之影響。也正由於實質平等觀是從事實面的權力宰制關係來界定平等的保障對象（弱勢者）、平等的適用領域（從政治權力到社會經濟資源的分配）、促進平等的手段（消除結構性歧視，甚至翻轉既存權力宰制關係的各種積極作為）等，因此其必然是從事實不平等出發，也必然要看到事實不平等，從而追求翻轉後的事實平等。在此意義下，所謂法律平等（尤其是被窄化為實證立法意義下的法律平等，而非憲法層次的規範平等）³⁴，不過是圓滿的事實平等狀態內的一個環節而已，既非其終局目標，也不會是其核心關懷所在。

³³ See, e.g., Fiss, *supra* note 6; Sunstein, *supra* note 25.

³⁴ 關於法律平等與事實平等的更詳細分析與比較，參黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查：從釋字第六四九號解釋談起，*法學新論*，7期，頁17、27-34（2009年）。

再者，由於實質平等觀是從整體權力結構的觀點去分析不平等，因此其對於平等主體的觀點，也必然是群體導向（group-regarding），而非個人導向（individual-regarding）的平等³⁵，甚至會有朝群體權（group rights）發展的可能³⁶。又由於實質平等觀是從受壓迫者的觀點去界定不平等的根源，去界定平等的目標，因此其必然是挑戰並批判現狀的反抗性平等觀。

四、人的圖像及預設

以道德平等觀為基礎的形式平等所預設的人，明顯是抽象的理性人；並且由於其有意忽略人的種種事實上差異，因此其對人的想像可說是相當接近是規範意義的人，而非事實上的人。借用John Rawls的話來比喻，指的是無知之幕內的人。

至於實質平等觀則重視人與人間的個別及群體差異，預設的是出了無知之幕後，各種脈絡、身分下的具體人。差異、多元、弱勢等開始成為新平等典範的核心語言，甚至是理論正確的用語，從而根本挑戰道德平等觀的「求同」典範。實質平等觀要在眾生平等的無面目之人群中，發現值得或應該特別保障的一群又一群的弱勢者，而以之為平等保障的重點對象。這些人可能是過去的奴隸或受壓迫種族、女性、身心障礙者、同性戀者或有前科紀錄者等。原本人人平等典範下的「人人」開始分殊化，經由承認某些人受有長期、結構性歧視的特殊不利地位，進而要求國家對於這些人或群體加強平等保障。

然而，道德平等觀所預設的抽象理性人之圖像，其原本的重要

35 關於這一組分析工具的介绍與討論，see ROSENFELD, *supra* note 2, at 15-16.

36 目前多數國家所實施的優惠性差別待遇，仍然是以個人為權利主體，只是將個人所屬的某些群體屬性（例如種族、性別等），納入並給予正面考量。此僅為群體導向的觀點，尚非以群體為權利主體的群體權。但如進一步以群體為單位而劃分配額，並讓各該群體享有並可自己決定如何行使這項配額的權利，則會接近甚至成為群體權。

功能之一是要區別人與非人，因此強調人之抽象理性及共通性。就此而言，本文認為實質平等觀應該不會也不能完全放棄這個基本預設。換言之，在區別人與非人（例如其他靈長類動物間）的層次，即使是實質平等觀也還是會承認此一人之圖像，亦即人都有共同的基本理性能力。但由於平等規範要處理的是「人之間」的平等問題，而非「人與非人間」的平等問題，因此不能停留在如此素樸的預設，而需進一步納入其他要素，特別是在社會中的實際地位，這是實質平等觀批判和補充道德平等觀不足之處所在。

肆、實質平等觀在憲法適用上的難題

亞里士多德主張的平等公式只是一種價值中立的空洞公式，似乎已成定論。但實質平等所批判的形式平等如今並不只等於這個公式，而是一個已經結合道德平等觀的形式平等。再者，如何將原本立基於社會與政治哲學理論的實質平等觀，轉化成在憲法解釋及適用上具有操作可能性的平等理論，這些都是實質平等觀所面臨的挑戰與難題。

本文以下就是想以支持實質平等觀的立場，進一步檢討並反思其在憲法解釋及適用上所面臨的挑戰和主要難題。在一般性的理論層面（指多數國家的憲法解釋及適用都會面臨的共同問題），主要的難題有：（1）哪些人（群體）是實質平等觀所強調的特定弱勢群體？（2）如何界定這些特定群體確實受到結構性歧視，而處於次級地位？（3）消除歧視並促進平等的積極優惠措施（如各類優惠性差別待遇）是否為國家之憲法義務？（4）實質平等觀和道德平等觀究竟屬於相互對立或互相補充的關係？前者是否可能完全取代後者？如果兩種平等觀是並存競爭關係，則是否各有各自的優先適用領域？

一、「誰」的平等？

這涉及兩個層面的問題。一是如何辨識或確認哪些人是應受積極平等保障的弱勢群體？二是個人與群體平等的爭議。

(一) 誰是弱勢者？

第一個層面的問題其實是平等權的核心問題，即使是形式平等也會面臨類似的問題。雖然結合道德平等觀的形式平等是以所有人為其平等保障的對象，並強調追求無差別待遇，但立法不可能不分類，司法對於各種分類的審查也不可能都採取相同的審查標準。只要是對於不同分類的司法審查標準有別，例如嫌疑分類應提高審查標準，就會有哪些群體應受較高度平等保障之解釋問題。

以群體認定標準來說，要如何辨識或確認哪些群體應該是實質平等特別保障的對象，至今仍有爭議。這必然是個開放性的價值與經驗概念，在方法上，恐怕只能透過經驗考察的途徑個別認定，而不可能透過憲法或法律一一列舉各個群體。美國最高法院大法官Stone在*United States v. Carolene Products Co.*一案判決的腳註四所提出的「分散且隔離的少數」(discrete and insular minorities)³⁷固然經常成為美國法甚至比較法研究的重要起點，但其意涵仍不明確，認定標準更有歧異。在美國學說上，John Ely教授以是否能透過正常民主程序獲得保障為標準，來認定系爭群體是否屬於結構性弱勢者³⁸。他的主張基本上可說是對於*Carolene Products*判決腳註四中

所稱：“...whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect

37 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 154 n.4 (1938).

38 See JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 135-180 (1980).

minorities,...”之闡釋，算是以政治程序的弱勢地位來認定誰是憲法平等權所要特別保障的群體。Cass Sunstein教授則主張以「高度明顯且道德上無關的差異」(highly visible and morally irrelevant differences)(例如種族、性別、身心障礙等)作為特徵，來界定哪些群體應受實質平等所要求的反種性原則(anticaste principle)之保障³⁹。在法院判決方面，美國最高法院在*San Antonio School District v. Rodriguez*一案判決中，曾將此主體問題和歷史性歧視(不利對待)與政治無力地位相連結，據以認定系爭群體是否屬於應受特別平等保障的主體⁴⁰。

對此，本文作者主張應以下列兩項作為界定特殊弱勢群體的主要特徵：(1)「政治結構或程序上的弱勢地位」(a status of political powerlessness)：指向那些難以循正常民主程序爭取或維護自身權利，而容易淪為正常民主程序的局外人或經常失利者；(2)「對該群體存在有歷史或社會性的歧視」(a history or social existence of class-based discrimination)，致其成員處於結構性的次級地位：不論是源自刻板印象、敵意或偏見等，屬於結構性的歧視，而不只是個人性的偏好⁴¹。如果依照上述兩個特徵，則問題爭點就會移轉到如何證立結構性歧視存在的問題。

39 See Sunstein, *supra* note 25, at 2411-12.

40 *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28 (1973) (“...[T]he class is not saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process.”). 原告主張系爭規定不利於較貧窮地區的學童而違反平等保障，最高法院以 5 比 4 的票數，判決原告敗訴，並認為「財富地位」不是嫌疑分類不必適用嚴格審查標準。

41 參黃昭元(註 34)，頁 24-25。該文另列有「不可改變的不利特徵」為弱勢群體的可能特徵之一，但也同時對此特徵表示高度懷疑。本文認為這類特徵未必連結或導致一個人的弱勢地位，未必都可當然成為弱勢群體的界定特徵，於此修正前文見解，故只列出其他兩項特徵。

（二）個人或群體平等？

其次，實質平等觀在憲法解釋及適用上還常被質疑：其所保障的主體究竟是個人或群體？特別是關於優惠性差別待遇的手段，例如原住民學生享有加分的利益，就常會引發這是群體平等的質疑。不過，即使是採取優惠性差別待遇，仍然要看其具體手段和效果的設計，並不當然就一定是群體權。如果採取硬性配額的手段，例如強制招收固定比例的原住民學生，且完全不考量其任何表現，甚至是由原住民族本身直接決定哪些原住民學生得以入學，這固然很接近群體權的效果。但如只是將身為弱勢群體（如原住民）的身分列為加分因素，一如其他的加權因素，例如身心障礙、運動或特殊項目表現成績等，就還不能算是群體權，甚至也還未必是群體平等。因為個人仍然是主張平等的權利主體，只是將個人所屬群體的因素列入考量，至多只能說是一種「群體導向」（group-regarding）的觀點及考量，尚非逕以群體取代個人而為權利主體，並進而要求群體間的平等或直接賦予群體權⁴²。其實形式平等觀也還是會有群體導向的考量，例如將個人所屬的種族身分列為嫌疑分類，而在形式上就嚴格甚至一律禁止國家以之為分類標準，這也是一種群體導向的思考。其和實質平等觀的差別，不在於「是否」考量群體身分，而在於是否進而考量不同群體所處的不同地位。兩者的主要差別在於：形式平等觀通常是一種對稱的平等觀（例如：原漢既然同屬種族分類，因此一律禁止），實質平等觀則屬不對稱的平等觀（例如：原住民與漢人雖同屬種族，但歷史與社會處境不同，得分別對待）。實質平等觀的群體導向觀點是強調並重視個人所屬的特殊群體身分，例如原住民、黑人、女性等，並將具有此身分的人都視為

42 我國憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等」，因是以民族（明顯屬於群體的概念）為主體，故有承認群體平等的解釋可能。如再配合憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民族之地位及政治參與的相關規定，以及公民及政治權利國際公約第 27 條有關少數群體人民權利保障的規定，甚至有進一步發展出群體權的解釋空間。但這已超出本文研究範圍，謹此附帶說明。

受到類似的結構性歧視或壓迫。正是因為這種「假設同一群體所屬成員都具有類似受壓迫地位」的擬制思考，導致實質平等觀確實有強烈的群體導向之思考。如果說實質平等觀是以群體為單位，來分析各個群體所處之地位間有無結構性壓迫存在，並用此群體的身分定位個人；形式平等觀則是以個人為單位來進行人與人間是否具有類似性的比較，而將群體身分消化成（或表述為）個人特徵，這確實是兩者在選擇主體單位時的重大不同。對於實質平等觀而言，其挑戰正在於：當以群體地位來定位個人時，是否一律「擬制」（視為）必然如此，而不承認例外？或只是「推定」如此，並容許排除某些個案或次類型？以我國原住民學生入學加分為例，如果所有原住民學生都可加分，就是一種群體擬制式的規範。如排除都市原住民或政經地位優越的原住民學生，則屬本文所稱之群體推定式規範。前者有理論一致的優點，但也有將現實經驗普遍化及本質化的危險。後者則容許以涵蓋過廣或過窄為由，另為個別化的分析。在優惠性差別待遇的案件中，常見有是否應該排除「奶油層（creamy layer）（指弱勢群體中處於相對較佳社經地位者）的爭議，就是實質平等觀在貫徹到制度設計及實際適用時，所會面臨的困難抉擇。

至於形式平等重視分類本身，而不考量分類效果對於原本弱勢的群體是否有利，一律採取相同的審查標準。而實質平等則會同時考量分類效果究竟是對弱勢者或強勢者有利，而採取不同的審查標準。但此差別應該說是這兩種平等觀對於促進平等手段的態度有別，而非群體認定標準的問題。

二、「是否」平等？（歧視是否存在？）

關於如何認定歧視存在？這是實質平等觀的最主要挑戰所在。和形式平等相比，實質平等從事實出發，從群體的觀點來認定某一特定群體是否受到結構性歧視，而處於次級地位。不以主觀的歧視故意、特定歧視行為之存在為要件，而重視客觀上存在的歧視結

果。重視結果面的救濟，而不重視原因面的連結。可說是接近客觀歧視，而非主觀歧視理論。

在憲法解釋及適用上，實質平等觀所要克服的第一個挑戰是有關事實平等與法律平等的爭議。以我國憲法第7條的平等規範而言，其內涵（規範目標）是否及於事實平等（消除事實不平等，並促進事實平等）⁴³？

如果認為事實平等屬於憲法平等所保障的範圍，但從實務操作的觀點來看，如何發展出具有可操作性的認定標準，來認定事實上的結構性歧視確實存在，仍有其理論及方法上的困難需要克服⁴⁴。假設整體成年女性的就業率低於成年男性20%，是否就可證立女性在職場受到結構性歧視，而處於次級地位？又假設上述差距是60%，而且是30年來皆如此，是否就可必然證立（或至少推定）？如果和後述的促進平等手段相連結，在認定這類結構性歧視時，究竟是要以全部職業為準？還是要看個別產業勞動人口之性別比例？又在空間規模上，究竟是理所當然地都以全國為準？還是以各縣市或其他單位為準？在在都是問題。再以大法官的性別比例而言，在2003年以前，女性大法官的人數在歷屆向來不超過一人；2003至2011年間，女性大法官在15名中占了3名，綜合歷史與整體狀況，是否仍算是有結構性歧視？理由？如果涉及三個以上的群體間比較，例如種族，結構性歧視的認定將顯然更為複雜。

關於這個問題，在學理與實踐上固然有直接（direct）與間接

43 參黃昭元（註34），頁23-34。

44 雖然 Iris Marion Young 所主張的五種壓迫面貌（five faces of oppression）經常被引用為界定或說明哪些人屬於弱勢群體的理論依據，但她所主張的壓迫型態過於廣泛，也欠缺具體的認定標準。雖可以成為討論結構性歧視的起點，但難以成為操作標準。See YOUNG, *supra* note 32, at 39-65. 政治學者或社會理論家可以提出新的主張，而止於思想啟蒙或創新觀點，但法律學者卻必須面對理論轉化及操作介面的挑戰。

(indirect) 歧視，主觀與客觀歧視，或美國勞工法上所稱之差別對待 (disparate treatment) 和差別影響 (disparate impact) 歧視⁴⁵的概念可以援引。雖然實質平等觀通常會同時承認間接歧視或差別影響歧視，但在實際的解釋適用上，還是有以下幾個具體問題需要解決：

(1) 是否以有「表面中立的特定行為」之存在，作為認定間接歧視 (差別影響歧視) 的要件？如果貫徹實質平等的理論，既然是以結構性歧視為目標，自然不以特定行為為必要。但如不以特定 (有限範圍) 的行為為要件，而以既存的歷史、社會歧視為準，就更會發生上述如何界定參考樣本 (時間、空間、群體數及範圍等) 的問題。

(2) 差別程度的認定：要差多少才算是存在有結構性歧視？如果無法也不應訴諸印象，則必然要仰賴各種實證分析及統計方法。然即使訴諸統計學方法，仍會面臨如何認定系爭差別已經構成統計上顯著 (statistically significant) 的差別影響？這是證明間接歧視或差別影響存在的第一個問題。其次，即使是統計上顯著的差別影響是否就當然構成法律上顯著 (legally significant) 或實質 (substantial) 的差別，從而可推定差別影響歧視成立 (a prima facie case of disparate impact discrimination)？則是第二個問題。前者雖是統計問題，後者仍然是法律評價⁴⁶。

(3) 配額政治的質疑：如要貫徹實質平等的的要求，而認定間接歧視的存在，更根本的挑戰應該是「配額政治」(quota politics) 的質疑。上述有關群體權的質疑，其實是與此連結。不論是硬性的最低配額或軟性的目標條款，甚至是表面上更有彈性的權衡因素 (plus factor)，其實都以特定弱勢群體應該享有一定比例的利益、

45 關於美國法差別影響歧視的分析，參，例如，黃昭元 (註 27)，頁 27-36。

46 黃昭元 (註 27)，頁 27-28。

機會、職位，特別是決策權（不限於公權力政治意義的決策權）等想法為前提或參考座標，而據以衡量當下的實際情形是否構成結構性弱勢。從肯認多元並強調參與、存在的肯認政治（politics of recognition）⁴⁷及存在政治（politics of presence）⁴⁸的觀點來看，實質平等的真正落實必然會朝此一方向發展。這既是積極性的促進平等措施，也是消除既有歧視的必然要求；但也會成為實質平等觀在解釋適用上的永恆爭議。

三、「如何」促進平等？

實質平等觀在促進平等的手段方面，強調可以採取不對稱手段，例如各類優惠性差別待遇，並重視分類效果是否對原本的弱勢者有利，固不待言。但仍有兩個主要問題：

（一）積極優惠措施與受歧視領域間是否需有對應關聯？

在弱勢群體沒有受到結構性歧視的領域，是否也可對之實施優惠性差別待遇？換言之，我們能否以某一特定群體在整體或個別領域受到結構性歧視，並處於次級地位為由，而正當化國家在一切或其他領域對該特定群體所採取的各種積極優惠措施。例如以女性的「整體社會地位」相對不利為由，而在「政治領域」採取性別比例代表制度？又如為消除女性在「整體」就業率的明顯偏低，而對「特定」職業採取優惠性差別待遇？之前我國以視障者的整體就業情形不佳為由，因此在按摩業的特定領域給予獨佔性的職業保障，即屬這類案例。

過去美國最高法院曾宣告專收女子的護理學院違反性別平等而違憲。按系爭密西西比女子大學的護理學院主張：女子在美國社會

47 See, e.g., CHARLES TAYLOR, MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 25-73 (1994).

48 See, e.g., ANNE PHILLIPS, THE POLITICS OF PRESENCE 1-55 (1995).

曾受有普遍性、結構性的教育歧視，為救濟女子所受之教育上歧視，因此該校專收女性學生，並主張這是對女性學生的優惠性差別待遇。美國最高法院雖然也同意美國女性在教育領域確實曾經受有結構性歧視，但並不認同該學院的優惠性差別待遇主張，因為美國女性在護理領域向來不曾被歧視或排擠過。既然不曾受到歧視，就沒有給予特殊優惠或保障的必要，因此該州立大學不能就護理領域給予女性有利的差別待遇⁴⁹。這是一種「哪裡有歧視，那裡才得給予優惠待遇」的嚴格對應要求。

又在審理西雅圖市教育領域之種族優惠性差別待遇的合憲性時，美國最高法院也曾認為西雅圖政府在中小學公立教育制度上，過去不曾有種族隔離的法律上歧視，或已經終止，因此無法以「一般性的種族不平衡」來正當化其考量種族因素的現行入學政策⁵⁰。

49 *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 728 (1982) (“...[A] State can evoke a compensatory purpose to justify an otherwise discriminatory classification only if members of the gender benefited by the classification actually suffer a disadvantage related to the classification.”). 這個判決另外認為護理學院專收女子入學，反而是出於「護理是專屬女性的工作」之性別刻板印象，難以構成合憲目的。*Hogan*, 458 U.S. at 729 (“Rather than compensate for discriminatory barriers faced by women, MUW's policy of excluding males from admission to the School of Nursing tends to perpetuate the stereotyped view of nursing as an exclusively woman's job.”).

50 *See Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, et al.*, 551 U.S. 701, 720-21 (2007) (“Yet the Seattle public schools have not shown that they were ever segregated by law, and were not subject to court-ordered desegregation decrees. The Jefferson County public schools were previously segregated by law and were subject to a desegregation decree entered in 1975. In 2000, the District Court that entered that decree dissolved it, finding that Jefferson County had ‘eliminated the vestiges associated with the former policy of segregation and its pernicious effects,’ and thus had achieved ‘unitary’ status. Hampton, 102 F. Supp. 2d, at 360. Jefferson County accordingly does not rely upon an interest in remedying the effects of past intentional discrimination in defending its present use of race in assigning students. ...Nor could it. We have emphasized that the harm being remedied by mandatory desegregation plans is the harm that is traceable to segregation, and that ‘the Constitution is not violated by racial imbalance in the schools, without more.’ ...”).

這兩個判決所顯示的立場，就是要求優惠性差別待遇的實施領域，應該限於受惠群體當下確實遭受結構性歧視的同一領域。而不可以用某一群體在A領域受到歧視為由，而在B領域對之實施積極優惠待遇。但問題是：如何判斷A和B的領域類似性或關聯性？（例如警察公職和警校教育）可否訴諸更一般、上位的共同歸屬領域？（例如按摩和服務業之關係）。

上述判決理由雖然有其考量，卻嫌保守。例如：一位沒有種族（或性別）歧視歷史，並且已經雇用超比例少數種族（性別）員工的私人雇主，能否以社會性、結構性的種族（性別）歧視為由，志願繼續甚至擴大採行積極優惠措施，雇用更多少數種族（性別）的員工？如果採行類似措施的是某一州或地方政府，只實施於該州或地方政府所在地，影響相對較小，但也更可能受到地方民意（不論是支持或反對）的控制（如上述西雅圖市之案例），而非聯邦政府之強制、普遍實施於全國，是否也適用同樣嚴格的標準⁵¹？又如以政治代表的設計而言，上述對應的要求也會面臨更大的挑戰。因為實質平等理論通常認為結構性歧視的根本問題在於權力宰制關係，而要扭轉權力宰制關係，直接從政治代表或決策結構切入，讓弱勢群體得以直接參與議會及行政部門的決策層共享決策權，將會是更有效的促進平等手段⁵²。

（二）優惠性差別待遇是「得為」或「應為」？

積極優惠措施是實質平等觀所常主張的手段，至今難解的問題是：這究竟是為追求平等所「得為」者？還是所「應為」的國家義

51 美國最高法院在 *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) 一案判決認為法院審查優惠性差別待遇的標準，應該具有全國一致性。不論是聯邦或各州或地方政府所實施者，都應同樣適用嚴格審查標準。*Peña*, 515 U.S., at 224 ('...congruence: "Equal protection analysis in the Fifth Amendment area is the same as that under the Fourteenth Amendment..."'). 這是謹慎但比較保守的立場。

52 *See, e.g.*, PHILLIPS, *supra* note 48, at 57-84 (倡導女性配額)。

務？如果貫徹實質平等的理念，所謂積極優惠措施，就像消除對於弱勢群體的不利歧視一樣，都是消除歧視所必要的手段，因此都應該是義務性的應為規範要求。如果是採取向後看的補償正義觀點，積極優惠措施和消除既有不利歧視的手段一樣，都是除去歧視，並真正填補損害的必要手段。即使是採取向前看的分配正義觀點，積極優惠措施也會是為了貫徹群體平衡（或比例政治）所必要的設計。

但在實踐上，至今多數國家憲法或法院判決對於積極優惠措施的定位，似多界定為容許性的授權行為，而非必要的消除歧視義務。我國司法院釋字第719號解釋以憲法第5條、增修條文第10條第12項為授權基礎，肯定立法者以原住民族為對象，實施就業優惠性差別待遇的合憲性。美國法院及學者對於優惠性差別待遇的容許性固有爭議，但至今均仍以憲法第5及14增補條文有關平等保障的一般性規定為憲法依據，討論其要件及界限所在，基本上也是將優惠性差別待遇定位在國家「得為」，而非「應為」的性質。在國際人權法上，1979年聯合國消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, CEDAW）第4條第1項規定各國為實現男女平等所採取的特別措施，不得視為歧視⁵³。其意旨也是將優惠性差別待遇定位為容許性的平等措施，而非應為的義務。即使是在憲法中對於優惠性差別待遇有明文規定者，也多半是採取類似CEDAW的容許式、授權式規定，而非義務性規定⁵⁴。這可能也是實質平等觀至今在實務應用上

53 Article 4, Para. 1 of CEDAW: "Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved."

54 參，例如，加拿大1982年Canadian Charter of Rights and Freedoms第15條第2項規定："Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as

的侷限。

四、取代或並存？

儘管現代實質平等觀來勢洶洶，也已逐漸為現代平等理論及各國憲法的平等權實踐所重視或接納。但不論是在價值理念或實際應用上，道德平等觀仍有其無法取代的重要地位及功能。

在價值理念上，形式平等觀在啟蒙時期後，與上述理性人圖像相結合，而形成人生而平等的道德平等觀，進而在法律上強調人的法律人格一律平等。也就是從承認人為具有自主性的道德主體，進而為平等的法律主體。這項平等觀不僅已具有實質性的價值內涵，而非空洞公式而已。至今仍有其正面及重要功能，也繼續是自由主義理念的核心要素，以及現代憲法強調的個人自由權、人格平等、反奴隸制度等重要規範之價值預設。這是在價值理念上，道德平等觀無法被完全取代之處。在這個意義上，本文認為實質平等觀不是要取代，而是要補充上述道德平等觀的不足，並強調應該要在這個人人（法律人格）平等的基礎上，進一步對於弱勢者給予有利的差別待遇，使人人都有實際的可能性去實現各自的平等人格。從這個角度來看，也可認為實質平等觀的主要目的之一，不是要完全否定道德平等觀的價值預設，而是要限縮其（抽象的法律人格平等）具體適用範圍，使其不當然成為國家分配各類型資源或利益時的當然

its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”又如印度憲法第 15 條第 4 項：“Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.”（同條第 5 項、第 16 條等也有類似規定）；南非憲法第 9 條第 2 項：“Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.”.

預設 (default) 或優先 (priority) 原則。如果套用Rawls的正義二原則理論來說，道德平等觀在其第一原則所涵蓋的最廣泛架構下之平等基本自由 (the most extensive scheme of equal basic liberties) 範圍內，仍有其適用餘地；至於Rawls所稱第二原則下差異原則 (difference principle) 所涵蓋的社會經濟領域事項，則應優先適用實質平等觀⁵⁵。

在實際應用上，整體來說，只要歧視少數的種種不利規定或實踐沒有完全消除完畢，道德平等觀仍然會有其不可取代的功能。無差別待遇的平等要求，恐怕也將會繼續成為平等思考的有力典範。至少在我們無法找出可操作的實質平等標準時，多數人可能還是會訴諸形式平等作為平等的底線。實質平等之所以仍難以完全取代形式平等，一方面固然和一般人對於平等一詞的平常理解及直接語感 (等同於無差別) 有關；另一方面也和實質平等觀在實際應用上的難以操作有關。平心而論，實質平等與客觀歧視理論間的連結，確實仍有不少需要解決的難題。對於司法而言，形式平等顯然是在個案裁判時，簡易又容易操作的概念；而實質平等則更像是對於立法者的期許。但如果司法始終抗拒實質平等的概念或理念，則即使立法者廣納實質平等理念並據以立法，其立法也仍然會時時面臨司法審查宣告違憲 (與形式平等牴觸) 的厄運。

伍、結語

通觀本文所分析的平等理論演進史，可以發現兩千多年前，亞里士多德所提倡的形式平等公式至今仍然有其影響力。只是當時他認為是一體兩面，相互補充的「等者等之，不等者不等之」之並聯

55 關於 Rawls 的正義二原則，參 RAWLS, *supra* note 3, at 53-70.

公式，後來開始出現內在衝突。啟蒙時代興起的道德平等觀可說是強化了「等者等之」的部分，也凸顯了平等「異中求同」的規範訴求。使得平等不僅以「無差別」為目標，連手段也要求無差別的中立。現代實質平等觀則突出「不等者不等之」的部分，力主平等應該是「異中求異」的權利。不僅是其目標要特別保障弱勢者，更可採取故意有差別的手段來達成平等。在理論基礎及方法上，甚至更直接挑戰分配正義的權力結構及決策過程。

本文認為實質平等觀在理論基礎與方法上，均有其吸引力，也有其更進步於形式平等觀之處。實質平等觀的出現，至少是提醒了我們：平等其實有兩組相互競爭的典範：異中求同的道德平等觀和異中求異的實質平等觀。而不是如許多人所直覺以為的，平等就是無差別待遇、追求相同的權利而已。更重要的是：實質平等觀提醒我們要正視現代平等規範所面臨的真正困難議題：弱勢群體所遭受的事實上、結構性歧視，而不只是國家所為的表面上、法律上的個別歧視。至於實質平等觀的日後課題，應該是要力求其在憲法解釋及適用上的落實，而不能只是停留在引述政治或社會理論的階段。

參考文獻

1. 中文部分

John Rawls著，李少軍、杜麗燕、張虹譯（2003），正義論，臺北：桂冠。[Rawls, John. 1999. *A Theory of Justice*. Rev. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.]

姜皇池（2013），國際公法導論，修訂3版，臺北：新學林。

黃昭元（2008），平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，臺大法學論叢，37卷4期，頁253-284。

——（2009），平等權案件之司法審查標準：從釋字第626號解釋談起，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），頁551-580，臺北：中研院法律學研究所籌備處。

——（2009），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17-43。

——（2010），導讀：平等理論的演進與典範變遷，收於：財團法人民間司法改革基金會編，大法官，給個說法！3：不平則鳴，頁5-18，臺北：新學林。

——（2012），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1-63。

謝世民（1999），論德我肯的資源平等觀，人文及社會科學集刊，11卷1期，頁123-153。

2. 外文部分

Aristotle. 1934. *Nicomachean Ethics*, edited and translated by Harris Rackham. Available at <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?>

doc=Perseus:text:1999.01.0054.

- Bassiouni, M. Cherif. 1996. International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*. *Law and Contemporary Problems* 59:63-74.
- Crawford, James. 2012. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2000. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Editorial Staff. 1969. Developments in the Law: Equal Protection. *Harvard Law Review* 82:1065-1192.
- Ely, John H. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fiss, Owen M. 1977. Groups and the Equal Protection Clause. Pp. 84-154 in *Equality and Preferential Treatment: A "Philosophy and Public Affairs" Reader*, edited by Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Gosepath, Stefan. 2015. The Principles and the Presumption of Equality. Pp. 167-185 in *Social Equality: On What It Means to Be Equals*, edited by Carina Fourie, Fabian Schuppert, and Ivo Wallimann-Helmer. Oxford: Oxford University Press.
- Gunther, Gerald. 1972. Forward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for Newer Equal Protection. *Harvard Law Review* 86:1-48.
- Hill, Thomas E., Jr., and Bernard Boxill. 2001. Kant and Race. Pp. 448-471 in *Race and Racism*, edited by Bernard Boxill. Oxford: Oxford University Press.
- Hobbes, Thomas. 1996 (1668). *Leviathan*, edited by Richard Tuck. 2d rev. ed. Cambridge: Cambridge University Press.

- Joseph, Sarah, and Melissa Castan. 2013. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*. 3d ed. Oxford: Oxford University Press.
- Kant, Immanuel. 1949 (1785). *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals*, translated by Thomas K. Abbott. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill. Available at <https://ebooks.adelaide.edu.au/k/kant/immanuel/k16prm/>.
- Kelso, R. Randall. 2002. Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The “Base Plus Six” Model and Modern Supreme Court Practice. *Journal of Constitutional Law* 4:225-259.
- Kleingeld, Pauline. 2011. *Kant and Cosmopolitanism: The Philosophical Ideal of World Citizenship*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kushner, James A. 2006. *Government Discrimination: Equal Protection Law and Litigation*. New York, NY: Clark Boardman Callaghan.
- Locke, John. 1980 (1690). *The Second Treatise of Government*, edited by Crawford B. Macpherson. Indianapolis, IN: Hackett Publishing Co.
- MacKinnon, Catherine A. 1987. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 1989. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2007. *Sex Equality*. 2d ed. St Paul, MN: Foundation Press.
- . 2011. Substantive Equality: A Perspective. *Minnesota Law Review* 96:1-27.
- Phillips, Anne. 1995. *The Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press.
- Rae, Douglas. 1981. *Equalities*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- Rawls, John. 1999. A Kantian Conception of Equality. Pp. 254-266 in *Collected Papers*, edited by Samuel Freeman. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 1999. *A Theory of Justice*. Rev. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rosenfeld, Michel. 1991. *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1968 (1762). *The Social Contract*, translated by Maurice Cranston. London: Penguin Books Ltd.
- . 1984 (1775). *A Discourse on Inequality*, translated by Maurice Cranston. London: Penguin Books Ltd.
- Sullivan, Kathleen M. 2002. Constitutionalizing Women's Equality. *California Law Review* 90:735-764.
- Sunstein, Cass R. 1993. *The Partial Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 1994. The Anticaste Principle. *Michigan Law Review* 92:2410-2455.
- Taylor, Charles. 1994. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Tribe, Laurence H. 1988. *American Constitutional Law*. 2d ed. St Paul, MN: Foundation Press.
- Westen, Peter. 1982. The Empty Idea of Equality. *Harvard Law Review* 95:537-596.
- . 1990. *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Young, Iris Marion. 1990. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Evolution of Equality Theory and Difficulties Concerning the Constitutional Application of the Conception of Substantive Equality

*Jau-Yuan Hwang**

Abstract

The concept of equality has been vague and disputed. It often necessitates finding of intermediate principles (different conceptions of equality) for its constitutional application. Discussions of intermediate principles, in turn, involve value choices, an issue closely related to the equality theory in political philosophy. This article begins with a review of the evolution of equality theory in the history of political philosophy. It finds that, in the age of Enlightenment, the combination of “formal equality” and “all men created equal” led to the conception of “moral equality”, which proclaims the idea of equal legal personality in order to challenge the minority rule and opens the door for majority democracy. In the 19th century, concerns over inequalities in social and economic resources further cast doubts on the fictional presumption of abstract rational beings of moral equality and its “similar treatment” approach. The conception of “substantive equality” thus emerges, aiming at elimination of de facto discrimination against the minorities or disadvantaged by State’s positive intervention. While supporting the conception of substantive equality, this article seeks to analyze several main difficulties in the constitutional application of this conception, and also re-evaluates the function and usefulness of formal/moral equality in the contemporary era.

* Justice of Constitutional Court, Judicial Yuan (Nov. 2016~); Adjunct Professor, College of Law, National Taiwan University.

KEYWORDS: equality, conception of equality, formal equality, substantive equality, moral equality, intermediate principle, affirmative action.