

釋字第七一九號解釋不同意見書

大法官 羅昌發

本號解釋涉及「積極平權措施」(或稱「優惠性差別待遇」)之重大且困難之憲法議題。法律對於弱勢族群給予額外之優惠，有其高度之憲法正當性。然如優惠之方式及程度，致他人憲法上權利遭受相當程度之限制，且其限制逾越憲法第二十三條所規定之必要要件時，其規定仍尚有斟酌之餘地。

依原住民族工作權保障法第十二條第一項及第三項以及政府採購法第九十八條之規定(合稱系爭規定)，政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一(下稱進用一定比例原住民之規定)；進用原住民人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金(下稱繳納代金之規定)。多數意見認系爭規定尚無違背憲法第七條、第十五條及第二十三條規定之意旨。本席認為，系爭規定已逾越憲法第二十三條所規定之必要要件；立法者如擬對弱勢族群提供優惠性差別待遇之保障，應另行制定其他有效但避免侵害他人憲法上基本權利之措施。爰提出本不同意見書。

壹、積極平權措施之內涵及其於憲法上之界線

一、在法制先例上，積極平權措施(即美國法下之 affirmative action 及若干國家法律所稱之 positive action)之規定或機制，均係期待政府部門或民間企業僱用或協助少數族裔(如美國之有色人種)或族群(如婦女)，使其有更多之受僱或其他機會，並藉此矯正以往少數族裔或族群在就業市場或其他機會(如受教育之機會)上不成比例

之情形 (underrepresentation)，以彌補該等族裔或族群長期受歧視之結果。然立法先例所規定積極平權措施之精神與內涵，並非在強制要求廠商僱用一定比例或數量之少數族裔或族群；亦非授權或允許任何人基於優惠特定族裔或族群之理由而歧視其他族群或族裔。¹

二、在我國，積極平權措施亦見於不同法律。此種優惠規定受憲法之檢視，亦有先例。例如，立法者為對視覺功能障礙者提供工作上保障，乃於中華民國九十年十一月二十一日修正公布之身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」對於此種以優惠性差別待遇之方式，排除非視覺功能障礙者從事按摩業之規定，本院釋字第六四九號解釋認其「與憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定不符」。故積極平權措施縱係為彌補或改善特定族裔或族群現實上受歧視之狀態，仍應受憲法各項原則之規範與檢視。

¹ 例如，在美國，民間企業所受之積極平權規範主要係詹森總統於 1965 年所簽署之 11246 號行政命令 (Executive Order 11246)，其目的在提高雇主之責任，使承包政府採購案之廠商擔負較高標準，以確保平等僱用之機會。該行政命令將積極平權措施分為強制性積極平權措施 (Mandatory Affirmative Action) 與自願性積極平權措施 (Voluntary Affirmative Action)。強制性積極平權措施，適用於銷售超過五萬美金之產品或服務予聯邦政府機構，且僱用員工超過五十人之廠商。此種廠商，有義務制定積極平權之書面計畫，且接受主管機關之技術協助及指導。此外，被主管機關選定之承包商，或其積極平權做法遭質疑之承包商，其計畫亦須受主管機關之審查。自願性的積極平權措施係指非政府採購之承包商借用聯邦標準以制定其積極平權計畫。

惟不論為強制性或自願性之積極平權措施，廠商均受 1964 年民權法第七章 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964) 之規範。在該法規定之下，任何人不得基於種族、膚色、性別、宗教或祖籍國而有任何歧視。依此，廠商不得以族群或性別等因素做為對受僱人採行差別待遇之理由，亦不得在僱用過程中，藉由優惠特定族群或對特定族群授予特定僱用之配額，而造成歧視其他族群之效果 (例如僱用資格較劣之少數族裔之受僱人，將造成歧視某些資格較優之多數族裔之效果)。

三、本席在先前多次解釋所提出之諸多意見書中一再論述，在憲法第二十三條規定之下，任何限制或影響憲法權利之措施，應先確認其目的是否為「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之情形。如其情形非為此等目的之一，則顯然無法通過憲法第二十三條之檢視。在通過此項檢視之後，則應進一步依第二十三條所規定「必要」之要件，進行檢視。故該條屬兩階段之檢視過程。而「必要」與否之認定，係一種衡量與平衡（to weigh and balance）各種相關因素之過程，包括某種規範「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」之相對重要性、該規範對於所擬達成之目的可以提供之貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響之程度。在衡量與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」之措施存在。

四、積極平權措施係對弱勢者提供保障之機制，其措施可能對他人憲法上之權利毫無侵害可言（例如以誘因之機制，鼓勵廠商僱用弱勢之就業者；而非以處罰或令廠商負擔之方式為之）；然其措施亦可能相當程度限制他人憲法上之權利（例如以強制之規定，要求廠商僱用一定數量或比例之弱勢者）。就後者之積極平權措施而言，自應以前述憲法第二十三條相關原則予以檢視；並在衡量及平衡相關因素時，將保護弱勢之意旨，納為重要之考量。以下謹分別就「進用一定比例原住民之規定」及「繳納代金之規定」兩種積極平權措施，所限制或影響他人之憲法權利、所增進之公共利益、是否符合必要要

件（包括所欲增進公共利益之相對重要性、系爭規定對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度）、有無「較不侵害憲法權利」之優惠措施存在等因素加以分析。

貳、進用一定比例原住民之規定違憲部分

一、進用一定比例原住民之規定所限制人民憲法上權利：

（一）多數意見認為，進用一定比例原住民之規定，係對符合總人數逾一百人之得標廠商（下稱得標廠商）是否增僱或選擇受僱對象等營業自由，形成限制，侵害其平等權、財產權，及其與工作權內涵之營業自由（見本號解釋理由書第二段）。然本席認為，多數意見所列系爭規定涉及之憲法上權利並不周延。

（二）本席認為，進用一定比例原住民之規定所限制人民憲法上權利，應包括憲法上之契約自由、工作權、財產權、營業權及平等權：

1. 進用一定比例原住民之規定使「得標廠商」「僱用員工之契約自由」受限制：進用一定比例原住民之規定，雖未直接要求得標廠商與特定之原住民訂定僱用契約，然其對得標廠商僱用對象所設之最低比例規範，顯然限制得標廠商選擇受僱人及與其訂定僱用契約之自由。本席在本院釋字第七一六號解釋協同意見書中曾闡釋，契約自由應屬憲法第二十二條其他自由權利之一種類型。

2. 進用一定比例原住民之規定使「參與投標之廠商」及「有資格參與，但因系爭規定未參與投標之廠商」

之「訂定採購契約之自由」均受限制：系爭規定所設僱用一定比例原住民做為簽訂政府採購契約之條件，在廠商員工較多而標案金額相對較低之情形，將嚴重影響廠商參與承包政府標案之決定，甚至將造成「實際上禁止」(*de facto prohibition*) 此種廠商參與競標之結果。其一，有些廠商所僱用之員工多須具備一定證照、資格、特殊專業背景或經驗；此等人員並非易於適時由人數較少之原住民中選取。其二，有些廠商經營規模較大，但所擬參與競標之標案較小；在僱用一定比例原住民之規定下，所必須僱用原住民員工之總人數可能不少；其僱用額外員工所花費之成本可能超過由該標案可獲得之利潤。此種無法適時僱用原住民，或僱用成本超過標案利潤甚至超過標案總價之情形，並非可歸因於廠商自己，而係法規所設之障礙；其結果，使廠商訂定採購契約之自由，可能遭到實質之限制。

3. 進用一定比例原住民之規定使「得標廠商」及「有資格參與，但因系爭規定未參與投標之廠商」之「營業自由」受限制：本席同意多數意見所主張營業自由為工作權及財產權所保障之內涵（見本號解釋文及解釋理由書第一段）。然多數意見認僅得標廠商之營業自由受侵害。本席認其範圍過於狹隘。有資格參與之廠商，亦可能由於系爭規定，造成實際上無競標可能（例如前述須特定資格或經驗員工之廠商，或員工較多之廠商而標案金額相對較低之情形，可能使廠商實際上無法參與投標）；其結果，

將使有資格參與投標，卻因系爭規定而實際上未能參與投標之廠商，無法參與政府採購之營業行為，因而使其營業自由受限制。

4. 進用一定比例原住民之規定使得標廠商之平等權受限制：蓋此種規定，使國內員工總人數逾一百人之得標廠商，於履約期間負有僱用該廠商員工總人數百分之一原住民之義務；然其規定對下列廠商，並未課以相同之僱用原住民義務：(1) 未參與政府採購案之廠商；(2) 參與同一政府採購案卻未得標之廠商；(3) 參與內容及金額均相同或類似之政府採購案，且已得標，但其員工總人數未逾一百人之廠商。由於前二種情形之廠商並未得標，而系爭規定僅適用於得標之廠商，其所造成之差別待遇，或有正當理由；然在第三種情形，廠商均承包內容及金額均相同或類似之政府採購案，其差別待遇是否有憲法上正當性，顯有斟酌之餘地。
5. 進用一定比例原住民之規定使非原住民工作機會之平等受限制：進用一定比例原住民之規定，可能使同擬就業之原住民與非原住民在競爭得標廠商所招募之同一職缺時，發生「反向歧視」(reverse-discrimination)之結果。亦即使具有相同或較佳條件之其他族群之擬就業者，因此種規定而反受差別待遇。多數意見對於系爭規定可能造成此種「反向歧視」之情形，並未探究。

(三) 有關平等權受限制問題之附帶說明：

1. 平等權與平等原則之釐清：多數意見在解釋文及理

由書第五段使用「平等原則」之用語。本席曾於本院釋字第六九二號解釋所提協同意見書表示：「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。』此條規定，一方面可以作為一項憲法上的重要原則，以確保人民所應擁有之其他憲法上權利，可以平等的方式享有。另一方面，該條雖未使用『權利』一詞，然其規定在憲法第二章『人民之權利義務』中的第一個條文，顯然憲法亦承認其為一項獨立且重要的權利。憲法第七條之規定除可確保人民以平等之基礎享有『憲法上其他基本權利』之外，如涉及『非憲法上的權利或利益』，該條規定亦可使人民獲得憲法上平等權的保障。故承認其為獨立的權利，有其實質功能。不過，在實際適用上，平等作為一項原則及平等作為一項權利，並無重要不同；二者基本上均係以憲法第七條作為基礎，審查是否存有差別待遇，以及如有差別待遇，在憲法第二十三條之下是否有正當理由（亦即審查其規範是否符合憲法第二十三條有關規範目的之正當性以及所採限內容與程度之正當性等要求）。」本件情形，前述有關廠商所受差別待遇及非原住民所受反向歧視結果等，均涉及廠商及非原住民於憲法第七條所保障之平等權受侵害之情形。

2. 平等權之審查方法不應有異於侵害其他憲法上權利之審查方法：本院以往就法規範是否符合平等權保障之要求所採之判斷標準，包括該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲且具正當性，其所採取之分

類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七〇一號解釋參照）。本件情形，多數意見亦延續此種不同於與其他權利受侵害是否具備憲法上正當性之判斷模式，以系爭規定差別待遇之目的是否正當、其所採取之分類（即所採手段）與規範目的之達成之間是否有合理關聯等標準，為判斷基礎（見本號解釋理由書第一段及第五段）。然本席認為，此種判斷模式有斟酌餘地。如前所述，法規範所為之差別待遇是否具有憲法上之正當性，依我國憲法之結構，應與法規範限制其他種類之憲法上權利是否具有正當性相同，應均受憲法第二十三條之規範；而非侵害其他權利之情形受第二十三條之規範，至於侵害第七條平等權之情形則不受第二十三條之規範。如此解釋，在規範體系上始符合憲法第二十三條所規定「以上各條列舉之自由權利」（包括第七條之平等權）「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」之意旨。

二、進用一定比例原住民之規定所擬增進之公共利益及該公共利益之相對重要性：原住民族在經濟、教育及就業上，多屬弱勢。其弱勢之形成，原因甚多。國家未能盡更大之努力，提升原住民在經濟、就業、文化、生活上之競爭力或特色，亦屬值得檢討之原因。國家對居於弱勢之原住民，應有義務投入更多資源，及以其他適當方式，協助其發展。憲法增修條文第十條第十二項之設，亦屬此旨。該條項規定：「國家應依民族意願，保障原住民族

之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。……」此屬國家目標之規定，立法者在立法時自應遵守之；其規定之意旨，亦屬違憲審查時所應認定之公益。本席亦同意多數意見援引聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）第 21 條第 2 項前段所規定「各國應採取有效措施，並於適當情況下採取特別措施，確保原住民族之經濟與社會狀況持續得到改善」（States shall take effective measures and, where appropriate, special measures to ensure continuing improvement of their economic and social conditions.）及國際勞工組織原住民族與部落人民公約（Indigenous and Tribal Peoples Convention）第 20 條第 1 項所規定「各國政府在適用於一般勞動者之法律無法對原住民族提供有效保障之情形，應於法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障。」（Governments shall, within the framework of national laws and regulations, and in co-operation with the peoples concerned, adopt special measures to ensure the effective protection with regard to recruitment and conditions of employment of workers belonging to these peoples, to the extent that they are not effectively protected by laws applicable to workers in general.）之意旨，以說明憲法對原住民族提供保護之重要性。然應注意者，該宣言及公約亦要求，國家採取特別措施，須於適當情況時（where appropriate）及應於國

家法令架構下（within the framework of national laws and regulations）始得為之，而非毫不受限制或節制。進用一定比例原住民之規定，係為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活（原住民族工作權保障法第一條參照），其所欲維護者確屬重要之公共利益。縱使如此，此種規定是否符合憲法意旨，仍應衡酌後列因素。

三、進用一定比例原住民之規定，對於所擬達成之目的可以提供之貢獻或功能：進用一定比例原住民之規定，表面上雖似有益原住民之就業，然得標廠商為滿足此要件，常僅提供勞力密集性質且待遇較低之工作機會。多數意見亦認為得標廠商「所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能」（見本號解釋理由書第六段）。是故，進用一定比例原住民之規定，對長期提升原住民族經濟與社會地位，助益較小。亦易使相關機關輕忽應以長遠、穩定且有效之方式提升原住民技能及多元發展之重要職責。

且按政府採購制度設計之精神係在確保及提升採購之公平、公開、效率與品質（政府採購法第一條參照）。進用一定比例原住民之規定，將增進原住民族就業機會之目的與政府採購制度聯結，依前述說明，其手段並非達成規範目的之適當手段，而係將與事物本質無關之因素為不當聯結；此亦有礙政府採購制度本旨之達成。

四、進用一定比例原住民之規定對憲法上權利所造成限制或影響的程度：

（一）就進用一定比例原住民之規定使「得標廠商」僱用員工之契約自由、營業自由、平等權受侵害而言：此種

限制較為嚴重。蓋其規定可能使得標廠商被迫僱用冗員或資格與經驗未必合適之員工，此顯然將影響廠商之正常人事管理及其運作，更可能影響廠商在市場之競爭力及其可能獲得之利潤。多數意見雖認為「進用比例僅為百分之一，比例不大，整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞」，然在市場競爭激烈之現代經濟，廠商如因而被迫僱用冗員或不符合資格或經驗者，甚難謂百分之一屬於「比例不大」。更何況，如廠商員工總人數甚高，而所須投入於履行標案之人數甚少時，其因此規定而須進用之原住民人數，可能甚至遠高於履行標案之總人數。其「相對於履行標案人數之比例」可能甚至更高。

- (二) 就進用一定比例原住民之規定使「有資格參與，但因系爭規定未參與投標之廠商」之契約自由及營業自由受侵害而言：此種限制，使高度依賴政府採購市場而存續之廠商，因主要業務受限制而影響其正常營運。此種對廠商造成之限制，亦較為重大。
- (三) 就非原住民工作機會之平等權受侵害而言：非原住民可期待獲得之工作機會，但因進用一定比例原住民之規定而受到剝奪之情形，究竟是否曾實際發生，以及發生之頻率如何，本席並無具體資訊以為分析，因而較難判斷該規定造成非原住民平等權侵害之嚴重情形。

五、有無「較不侵害憲法權利」之優惠措施存在：國家對於原住民族工作權之保障，應以最小侵害之方式為之。保障原住民族工作權及工作機會雖為重要公益，然許多原

住民更有意願留在原鄉工作（依行政院原住民委員會一百零一年原住民就業狀況調查報告表 C16 所示，原住民就業者從事政府臨時性工作結束後，願意在原鄉找工作者之比例逾百分之六十）；系爭規定一廂情願要求全國符合條件之廠商，不問工作機會之性質及地點，片面且一律要求員工總人數逾一百人之得標廠商提供一定比例之工作機會予原住民，自非有效協助原住民之方式。且長遠而言，國家為保障原住民工作權及工作機會，應投入較多資源，以有效提供原住民之教育訓練，提高其工作技能及競爭力，並依其意願，協助其在原鄉或外出尋求工作機會。短期而言，國家可推動自願性之行動方案，以消弭廠商對原住民之歧視；甚至可提供有經濟上誘因之機制，以鼓勵廠商僱用原住民；而非以強制方式，要求廠商僱用一定比例之原住民。國家既得投入更多資源以確實提升原住民技能，有效增進其於職場之競爭力；或推行自願方案協助廠商盡其企業之社會責任；或提供確實之誘因，使廠商優先考量進用原住民，則進用一定比例原住民之規定，自非屬達成保護原住民目的而對他人憲法上權利所形成之最小侵害手段。

六、經衡量及平衡前列各項因素，本席認為，有關進用一定比例原住民之規定對於侵害非原住民平等權之部分，較難認定有違反憲法第二十三條之必要要件外，該規定使「得標廠商」僱用員工之契約自由、營業自由、平等權受侵害部分，及其使「有資格參與，但因系爭規定未參與投標之廠商」之契約自由及營業自由受侵害部分，均無法通過憲法第二十三條所規定之必要要件之檢視。

參、繳納代金之規定違憲部分

- 一、多數意見認為，繳納代金之規定，僅係對得標廠商財產權之侵害（見本號解釋理由書第二段）。本席認為，此種規定所侵害之憲法上權利不限於人民財產權；其侵害之範圍應與進用一定比例原住民之規定所侵害者相同，包括人民契約自由與營業權等。蓋繳納代金規定係進用一定比例原住民之規定之替代機制，其目的及作用與進用一定比例原住民之規定類似。如得標廠商所須繳納之代金，不但超過其所可能獲得之利潤，甚至超過採購契約總金額高達數倍甚至數十倍（後述），則其將產生「實際上禁止」此種廠商參與政府採購案之效果；其因此所侵害之憲法上權利，與進用一定比例原住民之規定所涉及者自應完全相同，包括廠商之契約自由、營業自由、平等權等。依前揭論述，此種規定亦甚難通過憲法第二十三條之檢視。
- 二、繳納代金之規定所涉及之財產權：得標廠商所繳納之代金，性質上屬國家基於一定之公益目的，對特定人民課以繳納租稅以外之金錢義務之特別公課。就此部分，其課徵造成人民財產上支出之負擔，亦屬對人民受憲法第十五條保障之財產權之限制。繳納代金之規定目的雖在保障原住民族之工作機會，然依前述說明，其規定應受憲法第二十三條之檢視。依最高行政法院及高等行政法院就此類事件所為判決顯示，部分事件之代金額度達採購契約總金額之數倍（如代金額度為七十二萬餘元；但契約總金額僅為十四萬六千餘元）、有達三十六倍（代金額度為一百六十餘萬元；但契約總金額為四萬五千元）、有甚至有高達五十三倍者（應追繳之代金額度為二百五十餘萬元；但契約總金額僅為四萬七千餘元）；

如以廠商因該等採購契約所可獲得之正常利潤計算，則其比例更將大幅增加多倍。繳納代金之規定既可造成此種極不合理之結果，本席甚難想像其規定仍可通過前述憲法第二十三條之檢視。