

## 司法院釋字第七一九號解釋

### 協同意見書

大法官 葉百修

本件解釋涉及立法者透過政府採購之制度手段，賦予於國內員工總人數逾一百人之得標廠商，須依據原住民族工作權保障法第十二條第一項、第三項及政府採購法第九十八條規定（下稱系爭規定），應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一；得標廠商進用原住民人數未達上開標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。系爭規定對於參與政府採購之得標廠商，以其內部規模大小為分類標準，區分百人以上者須進用一定比例之原住民，未達標準則須繳納代金，而限制其是否增僱或選擇受僱對象等營業自由與侵害其財產權，本件解釋多數意見以系爭規定之目的，在於實踐憲法第五條、第七條、第十五條及憲法增修條文第十條第十二項規定之意旨，本於上開增修條文明文「確認」國家保障扶持並促進原住民發展之「積極角色」下，衡酌系爭規定於人（選擇進用原住民之比例僅百分之一）、事（參與政府採購投標前可自行評估）、時（僅於履約期間僱用原住民）、物（進用原住民或選擇繳納代金）等四端考量下，認定對得標廠商營業自由之限制並未過當，並未抵觸比例原則；其以得標廠商員工人數為分類標準所形成之差別待遇，手段（進用一定比例原住民或繳納代金）與目的（經營規模較大而有較多進用原住民之能力）間具有合理關聯性，並未抵觸平等原則。本席對於多數意見之合憲結論敬

表贊同，亦同意系爭規定應有定期檢討修正之機制，藉以確實保障原住民之工作權，提升原住民族之經濟與社會地位。惟多數意見就系爭規定於平等權審查部分，或有進一步說明之必要，爰提出協同意見如后。

## 一、多面關係下之社會權保障：本件解釋僅處理權利限制一方之得標廠商部分

### （一）得標廠商作為聲請憲法解釋之權利主體

傳統憲法權利之保障，強調國家與人民間的雙面關係，要求國家不得有過度侵害人民受憲法保障之基本權利，或者有不合理的差別待遇；然而隨著憲法權利從單純消極防禦國家之侵害與干涉，到進一步積極要求國家給予憲法權利之保障，同時重視人民間憲法權利之效力問題，特別是平等權保障之實踐尤為明顯。因此，現代憲法權利保障之面貌，由國家基於貫徹憲法保障人民基本權利之意旨，透過法律或政策直接或間接限制人民權利，而呈現國家、權利受保障之人民與權利受侵害之人民間之多面關係。

以本件解釋所涉及之系爭規定為例，立法者以系爭規定要求參與政府採購之得標廠商，於履約期間應進用一定比例之原住民，未達標準者則須繳納代金，其憲法權利保障之對象為原住民，而憲法權利因此受限制或侵害者，則係得標廠商，以及因系爭規定要求得標廠商進用一定比例之原住民，而排擠該一定比例下非原住民之工作機會。是本件解釋系爭規定所涉及之規範對象，包括政府採購與負責處理進用原住民未達標準繳納代金之主管機關（行政機關）、員工人數規模不同之參與政府採購得標廠商（僱用人）、受一定進用比

例保障之原住民及因此受侵害平等工作機會之非原住民(受僱人)等多面關係。

## (二) 系爭規定以得標廠商員工人數為分類標準形成差別待遇

以系爭規定抽象規範審查之角度而言，因系爭規定而憲法權利受到限制或侵害者，固然包括作為僱用人之得標廠商與非原住民之受僱人，因而從分類標準而言，系爭規定之分類標準，從規範結構上而言，可區分為以得標廠商員工人數以及是否為原住民之種族等兩項標準<sup>1</sup>，同時產生因員工人數是否逾百人而有無進用一定比例原住民或須繳納代金，以及因種族是否為原住民族而有無保障一定比例進用之「優先受僱」等兩項差別待遇，有無牴觸憲法第五條及第七條平等權保障之規定。惟基於司法權之性質，本院受理人民之解釋憲法或統一解釋之聲請案，即有當事人適格與相關程序要件<sup>2</sup>；對於本件解釋聲請人等均為因系爭規定而被賦予進用一定比例之原住民，因未達標準而被課予繳納代金之參與政府採購得標廠商，以其聲請人之角度而言，則對於系爭規定之合憲性審查，即應限於上開所述第一種分類標準下所生之差別待遇，有無牴觸憲法平等權規定。誠然，就得標廠商而言，其因系爭規定而須進用一定比例之原住民，是否即當然賦予原住民優先進用之工作權，兩者間仍須進一步分析，同時，對於得標廠商而言，因進用一定比例，而無法依其事業經營

---

<sup>1</sup> 員工人數為分類標準，尚可區分為國內與國外員工總人數之不同，惟本件解釋基於審查系爭規定之性質，復以聲請人並未就此有所主張，此項分類標準之討論略之。

<sup>2</sup> 司法院大法官審理案件法相關規定及本院大法官歷來所作程序性決議參照。

之最佳利益考量以選擇僱用對象，有是否間接使其有違反如就業服務法<sup>3</sup>等相關禁止歧視規定之疑義，然以法律規範適用之位階與順序，就此而言，系爭規定當以特別法優先適用於勞動基準法等普通法，對於因此無法獲得進用之非原住民，得標廠商並未因此負有法律上之不利益，自亦非與上述第二項分類受到差別待遇之非原住民具有同等地位，而得爭執系爭規定該分類差別待遇之合憲性問題。是本件解釋多數意見僅就系爭規定有無過度侵害得標廠商之營業自由及財產權，以及系爭規定所形成之上開第一種分類標準下之差別待遇，是否牴觸平等權保障等兩項爭點加以審查判斷，尚無不妥之處。

### （三）系爭規定以得標廠商員工人數為差別待遇之審查基準：合理審查基準

其次，就上開第一種分類標準，依據本院歷來解釋所建立之審查基準，由於系爭規定以得標廠商國內員工總人數是否逾百人為分類標準，形成僅逾百人之得標廠商須進用一定比例之原住民，或因未達進用標準而須繳納代金之差別待遇，其審查基準，則視該分類標準，是否係涉及所謂「違憲可疑分類」(suspect classes/classification)，即有無涉及「非屬人力所得控制之生理狀態」者，例如性別（本院釋字第三六五號、第四九〇號解釋參照）、國籍（本院釋字第五六〇號解釋參照）、出生地（本院釋字第六一八號解釋參照）、身心障礙（本院釋字第六二六號、第六四九號解釋參照）；或

---

<sup>3</sup> 就業服務法第 5 條第 1 項規定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」

者有無涉及弱勢之結構性地位(本院釋字第六四九號解釋參照)或欠缺政治參與之機會等因素<sup>4</sup>。若屬違憲可疑分類，則須採取較嚴格或嚴格之審查基準；其餘一般分類，例如財產資力(本院釋字第五八〇號、第五九三號解釋參照)、公職年資(本院釋字第五七五號、第六〇五號解釋參照)等社會經濟事務之規範，則採取寬鬆審查基準。是本件解釋多數意見針對系爭規定所為之第一種分類標準，採以寬鬆之合理審查基準，認定該分類(得標廠商員工人數多寡與規模大小)與因此造成差別待遇之目的(人數多、規模大，較容易進用原住民)間，具有合理關聯性，而與憲法平等權保障之意旨並無不符，本席亦表贊同。

值得注意的是，本件解釋多數意見於論述系爭規定上開第一種分類所形成之差別待遇時，對於目的之審查，除了該差別待遇之目的外，並以系爭規定之立法目的一併討論，亦即系爭規定所為之差別待遇，亦與達成系爭規定為促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，以避免因「現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢，致影響其生活水準」，因而透過對於員工人數逾百人之得標廠商，由其進用一定比例原住民之可能性與能力較高，而賦予與員工人數百人以下之得標廠商不同之差別待遇，以保障原住民工作權，兩者間具有合理關聯性。

或因系爭規定同時涉及上開第二種分類所為之差別待遇，本件解釋多數意見蛇足之引，略與釋字第六四九號解釋之論述方式相同，均係將分類標準與其所形成差別待遇之目

---

<sup>4</sup> 有關年齡歧視之論述，參見本席於釋字第 694 號解釋提出之協同意見書；有關婚姻關係歧視之論述，參見本席於釋字第 696 號解釋提出之部分協同意見書。

的關聯性討論，誤以為法規範立法目的，因此導致釋字第六四九號解釋誤判視障與否而賦予視障者按摩業獨占權之差別待遇之目的，實際上其目的並非「保障視障者工作權」，而係「立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩」，其差別待遇之目的，即在於「賦予視障者從事按摩業之獨占權」，是而分類與差別待遇之目的，不僅具有實質關聯，甚至具有非常緊密之關聯性。因而於釋字第六四九號解釋，系爭規定實際上應可通過較嚴格甚至嚴格審查基準而認定為合憲。是以釋字第六四九號解釋之問題，在於此項差別待遇之目的，具否具有重要公共利益？何以賦予視障者從事按摩業之獨占權，具有重要公共利益？藉以保障其工作權？抑或因此排除視障者其他職業之可能性？因而該差別待遇之目的，不具正當性？凡此均係於判斷平等權審查基準中，關於「目的」審查之認定，即可影響審查基準之操作，不可不察。

是本件解釋多數意見之推論，雖與本院歷來解釋關於「法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否正當，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」之意旨有所出入，惟此項規範立法目的之加入判斷，是否因此成為慣例，或僅屬本件解釋之特殊考量，本件解釋多數意見此部分之說明，雖尚無顯然不妥，然仍有仔細斟酌之處。

## **二、積極優惠措施之審查標準：美國與南非之法院判決比較**

至於系爭規定所涉及上開第二種分類標準，亦即因進用

一定比例之原住民，致使該一定比例之非原住民，其平等工作機會受到排擠與剝奪，是否因此構成「反向歧視」(reverse/benign discrimination)，亦即以歧視非原住民而達成原受歧視之原住民權利獲得實質平等之保障，以及實際上給予積極優惠措施，有無因此造成原住民因此成為需要積極保障之社會弱勢地位之刻板印象或次等公民身分之標記，確實是積極優惠措施在各國制度運作下，歷來深受批評與檢討之原因。本院於釋字第649號解釋，針對立法者就視障者賦予從事按摩業之獨占權，以此項立法涉及採取「非屬人力所得控制之生理狀態」為分類標準，進而以此區分視障者及明眼人得否從事按摩業而有差別待遇，並以中度審查基準，認為此項差別待遇與目的間不具有實質關聯性而宣告違憲，歷來及引起學者間不同解讀與批評。

此種美國法制上所稱“affirmative action”，中文譯稱有「優惠性差別待遇」、「積極平權措施」、「積極行動措施」、「優惠性矯正措施」等不同說法，其義均係指國家透過積極作為，以「優惠措施」實踐憲法平等權保障人民「實質平等」之意旨<sup>5</sup>。然而，此種實踐實質平等之具體作為，其目的與使用方法，乃至於司法審查介入之判斷標準，仍有不同社會

---

<sup>5</sup> 實際上從美國於1961年，最先於美國總統 John F. Kennedy 於其第10925號行政命令中，要求與政府部門締結契約者，均須採取「積極措施」(“take affirmative action”)避免有歧視情形發生，首度使用該名詞，原意尚非具有「優惠」之意，而是一種禁止歧視的「重申」，並要求有積極作為消除歧視。1965年美國總統 Lyndon Johnson 進一步擴大第10925號行政命令之適用範圍，於其第11246號行政命令中，要求與政府部門締結契約者，對於其僱用員工與轉包契約時，均不得基於種族、膚色、性別、國籍等而有不合理之差別待遇。直到 Richard Nixon 總統於其著名之「費城計畫」(Philadelphia Plan)中，首度要求與政府部門締結契約者，必須對於少數或弱勢族群提供以種族為標準之「優惠措施」，之後並且擴及退伍軍人及身心障礙者。目前美國聯邦與各邦對於積極優惠措施適用於政府採購之情形，大致是以具有種族或一定少數族群之企業，可獲得政府工程契約或採購一定比例或補貼，see JAMES A. BECKMAN, AFFIRMATIVE ACTION: AN ENCYCLOPEDIA 231-234 (2004); JAMES S. PETERSON ED., AFFIRMATIVE ACTION: FEDERAL LAWS, REGULATIONS AND LEGAL HISTORY 9-32 (2005).

現狀與憲法規範架構之差異而有不同面貌。例如歐盟法上所稱”positive action”，本質上是否與上開美國法上所稱之「積極優惠措施」完全一致，學者間仍有爭議。然而，此種積極實踐憲法保障實質平等意旨之政策或具體作為，歷來已成為世界各國普遍採行之方法<sup>6</sup>。

本院於釋字第六四九號解釋，對此即以「在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權之意旨。」本件解釋雖未就此部分加以審查，惟此部分仍涉及系爭規定對於原住民工作權保障與促進其就業、提升原住民族之經濟與社會生活水準，仍有必要綴述略語，以策來資。

### （一）積極優惠措施在於「彌補」而非「報復」過往之歧視

無論是積極優惠措施於一開始在美國的適用範圍，從與政府締結契約關係或政府採購(如同本件解釋系爭規定之適用範圍)，到就業與教育領域，其採行之方法從提供機會或類似的基本協助(opportunity-enhancing assistance)、給予具體利益(advantages)或優惠措施(preferences)、排他性的優惠措施(set-asides)到直接提供職位或名額(quotas)等不同方式<sup>7</sup>，其目的均在使國家對於過往受到歧視或差別待遇之群

<sup>6</sup> See THOMAS SOWELL, AFFIRMATIVE ACTION AROUND THE WORLD: AN EMPIRICAL STUDY (2004).

<sup>7</sup> See CHRISTOPHER EDLEY, JR., NOT ALL BLACK AND WHITE: AFFIRMATIVE ACTION AND AMERICAN VALUES 167 (1996).



體，提供積極具體的措施，以「過正」的優惠方式「矯往」，達到憲法平等權保障人民實質平等的理念。這種優惠措施，在社會資源分配上，原本就可能因此影響原有分配情形，亦即對於人民形成若干差別待遇或特定權利之侵害。因此，作為一個司法者與釋憲者，對於如此情形而判斷其是否與憲法相牴觸時，應重視這種積極優惠措施，最重要的目的在於國家對於過往歧視的救濟 (remedial measures) 或彌補 (reparation)，而非對於過往受歧視者，透過歧視「歧視者」所為之報復行為<sup>8</sup>。

## (二) 憲法規範上之差異

誠然，積極優惠措施具有高度爭議性，同時也隨著不同國家的社會文化，其具體內容與存在必要性也有所差異。無論是支持者強調其具有社會資源重分配與補償的社會正義、促進社會多元發展、積極創造實質平等價值觀等論點，或者反對者認為以群體式提供優惠措施，無法確實保障個別人民需求、優惠措施可能因此使非受歧視者獲得利益、優惠措施將因此造成既得利益者或因資源分配而造成反向歧視、同時也對於因優惠措施而得利者容易有標籤化或刻板印象之負面影響<sup>9</sup>，而應僅具階段性任務，當弱勢少數族群「不再弱勢」，即不具正當性與存在價值<sup>10</sup>等，確實都應該回到

---

<sup>8</sup> See MARK S. KENDE, CONSTITUTIONAL RIGHTS IN TWO WORLDS: SOUTH AFRICA AND THE UNITED STATES 173 (2009)(hereinafter KENDE, CONSTITUTIONAL RIGHTS).

<sup>9</sup> 例如同因教育領域的積極優惠措施而進入耶魯法學院的美國聯邦最高法院現任大法官 Clarence Thomas 與印地安納大學法學院教授 Kevin Brown，兩人對於積極優惠措施，便有截然不同的經驗感受與立場。See Erin Fuchs, *Law Professor: Here's What Clarence Thomas Got Wrong About Affirmative Action At Yale*, BUSINESS INSIDER, June 3, 2013. Available at <<http://www.businessinsider.com/what-kevin-brown-would-say-to-clarence-thomas-2013-5#ixzz2z6Tb4j8f>> (last visited 2014.04.15).

<sup>10</sup> 關於積極優惠措施正反雙方論點的討論與參考資料可謂汗牛充棟，see e.g. J. EDWARD

憲法平等權保障的觀點而論，取決於憲法規範對於平等權保障之具體內涵與意旨。

以目前我國學者討論引用的美國法而言，確實在美國聯邦最高法院歷來判決上，均以積極優惠措施所採用之分類標準，恆涉及種族或性別，其因此所生之差別待遇，聯邦最高法院概予以較嚴格或嚴格審查基準加以判斷其合憲性，例如在美國積極優惠措施最常出現的教育領域，於 *Regents of the University of California v. Bakke* 一案<sup>11</sup>中，由大法官 Lewis Powell 主筆的相對多數意見，就曾強調美國憲法平等權保障的「個人主義」<sup>12</sup>，此種見解，即與南非憲法法院對於平等權保障，強調群體觀的論點不同，而此差異，即在於憲法規範之不同。

南非憲法第九條第二項明文規定：

「平等包括完全及公平地享受所有權利和自由。為了促進平等的達成，可採取立法或其他措施以保護或提升受害的不公平歧視的人們或其他種類的人們。」

對於南非憲法關於平等權保障的立場，南非憲法法院於著名的 *President of South Africa v. Hugo* 一案<sup>13</sup>及之後相關判決，大致上建立以群體觀點判斷平等權保障範圍、以禁止權

---

KELLOUGH, UNDERSTANDING AFFIRMATIVE ACTION: POLITICS, DISCRIMINATION, AND THE SEARCH FOR JUSTICE 76-91 (2006).

<sup>11</sup> 438 U.S. 265 (1978).

<sup>12</sup> *Id.* at 311& 315.

<sup>13</sup> *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* (CCT11/96) [1997] ZACC 4; 1997 (6) BCLR 708; 1997 (4) SA 1 (18 April 1997). Available at <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/4.html>> (last visited 2014.04.15).

力支配作為平等權保障之價值與以實用觀點解釋平等權之意旨等審查原則<sup>14</sup>，進而於第一件涉及積極優惠措施之 Minister of Finance v. Van Heerden 判決<sup>15</sup>中，主筆大法官 Dikgang Moseneke 即以

「對於消除由社會建構以及長期根植於系統化與制度化的貶抑而阻卻實踐平等的障礙，若缺乏一個積極進步的承諾，則憲法對於平等權保障之意旨將成空談。」<sup>16</sup>

因此，憲法法院基於憲法第九條第二項之規定，對於積極優惠措施，認為應推定具有合理性。Moseneke 大法官進一步提出三項判斷基準：

「第一個需跨越的問題涉及該措施是否針對曾因不公平歧視而受到不利益之特定人或者特定分類之人；其次應判斷該措施是否確為保障或提供利益予該特定人或特定分類之人；第三則視該措施是否確實可促進平等之實踐。」<sup>17</sup>

實際上，Moseneke 大法官對積極優惠措施之合憲性判斷所提出三項基準，與美國平等權審查基準之判斷要件並無太大歧異，均著重在目的、手段與關聯性等基準，而判斷優惠性差別待遇，與美國聯邦最高法院採用嚴格審查基準，南非憲法法院在要件操作上，實際上也接近嚴格審查基準，係以該優惠措施形成差別待遇之目的，是否係「恣意、反復無

---

<sup>14</sup> See KENDE, CONSTITUTIONAL RIGHTS, *supra* note 8, at 93.

<sup>15</sup> Minister of Finance and Other v Van Heerden (CCT 63/03) [2004] ZACC 3; 2004 (6) SA 121 (CC); 2004 (11) BCLR 1125 (CC) ; [2004] 12 BLLR 1181 (CC) (29 July 2004). Available at <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/3.html>> (last visited 2014.04.15).

<sup>16</sup> *Id.* at para. 31.

<sup>17</sup> *Id.* at para. 37.

常或僅是單純偏好的展現」(arbitrary, capricious or display naked preference)<sup>18</sup>，以及該措施是否確實能「彌補」過往歧視而實踐南非憲法所保障的「實質平等」，而這個實質平等，依據 Moseneke 大法官所言，是建立一個「多元」的社會<sup>19</sup>。本案中，Albie Sachs 大法官在其協同意見書中亦認為，在實踐憲法平等權保障之社會轉型目的上，積極優惠措施確實扮演一個重要角色<sup>20</sup>，然而卻不是「在倒洗澡水的時候，連非種族主義的孩子一起倒掉了」(the baby of non-racialism is not thrown out with the bath-water of remedial action)<sup>21</sup>。Sachs 大法官點出：

「假如系爭措施忽略或侵害社會既得利益者之利益而顯失均衡，同時逐漸或過度賦予其不合比例的負擔時，法院即應予以介入。」<sup>22</sup>

因此，於本院判斷立法者所為積極優惠措施之合憲性時，基於解釋憲法之本質，當然應以憲法具體規範為出發點，此亦釋字第649號解釋以及本件解釋中，均以我國憲法暨增修條文對於身心障礙者與原住民族之保障，賦予國家「積極角色」以實踐促進身心障礙者及原住民族在社會中之實質平等，此項憲法規範意旨，於本院判斷積極優惠措施之合憲性，特別是如本件解釋系爭規定所涉及之第二種分類基準，即便如美國及釋字第649號解釋採取較嚴格或嚴格審

---

<sup>18</sup> *Id.* at para. 41.

<sup>19</sup> *Id.* at para. 44.

<sup>20</sup> *Id.* at para. 145.

<sup>21</sup> *Id.* at para. 137.

<sup>22</sup> *Id.* at para. 152.

查基準，亦應分辨憲法規範意旨之差異。換言之，於本件解釋中，多數意見將憲法第五條、第七條及憲法增修條文第十條第十二項規定一併觀察，實際上也呼應南非憲法第九條第二項與第三項兩者間適用關係的詮釋<sup>23</sup>，以及南非憲法法院 *Van Heerden* 判決見解。鑑於我國憲法規範與南非憲法相近，南非憲法法院之判決見解，對於本院之後判斷積極優惠措施之合憲性，應有重要參考價值；惟其間無論是過度尊重積極優惠措施或者是僅以形式主義加以審查，均非的論<sup>24</sup>。

### (三)「時間因素」的考量

上述 Sachs 大法官的論點，其實點出判斷積極優惠措施合憲性一個重要因素：時間。時間因素一方面是積極優惠措施本身適用或實行的時間長短，另一方面是適用對象受到歧視以及優惠促進平等的時間長短。例如類似本件解釋系爭規定適用範圍之政府採購案件，美國聯邦最高法院於 *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* 一案<sup>25</sup> 中，Sandra Day O'Connor 大法官所主筆的意見書中，即附帶說明以種族為分類標準所為之積極優惠措施，僅得為一種暫時性的優惠措施<sup>26</sup>，同時也不得在手段上採取直接給予利益（例如保障名額）的方

---

<sup>23</sup> 本件解釋中，多數意見並未就憲法第 5 條、第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 12 項規定間的適用關係進一步闡述，亦未就憲法增修條文第 10 條第 12 項之規定，是否即賦予國家應採行積極優惠措施之「責任」或「義務」，仍有待日後釐清。關於南非憲法第 9 條第 2 項與第 3 項適用關係之逐條釋義，see STUART WOOLMAN & MICHAEL BISHOP, *CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* 35-29-35-42 (2 nd. Ed., 2013).

<sup>24</sup> 即便南非憲法第 9 條第 2 項可作為積極優惠措施之憲法依據，而南非憲法法院歷來數個針對積極優惠措施的判決也具有一定支持程度，學者仍然認為南非憲法法院的態度不夠「積極」。See KENDE, *CONSTITUTIONAL RIGHTS*, *supra* note 8, at 172.

<sup>25</sup> 488 U.S. 469 (1989).

<sup>26</sup> *Id.* at 510.

式。因此，對於積極優惠措施，本院不僅應判斷立法者基於何種事實認定規範給予優惠之對象，其所受社會不公平對待或歧視之歷史因素，進而就給予優惠措施之類型，究僅係提供一機會或者逕予保障之結果，以及有無隨著給予優惠之對象，其社會或經濟地位之改善或提升程度予以調整，不至於使因給予一方優惠而另一方其權利過度受到侵害<sup>27</sup>。此亦本件解釋多數意見最後於檢討改進部分所予以強調之原因所在。而以時間因素重新檢視本院釋字第五四九號解釋，亦可知其問題癥結。

#### （四）實質平等與社會多元價值

最後，回到 Moseneke 大法官所強調的，透過多元社會而逐漸達成人民實質平等之可能性。以本件解釋系爭規定而言，對於得標廠商進用一定比例之原住民，表面上是各別原住民獲得工作權之保障，實際上是透過原住民在工作場域上的存在，凸顯社會各種場域中多元價值的重要性<sup>28</sup>；而受僱人多元面貌的呈現，實際上亦有助於得標廠商之企業經營。此種多元價值的呈現，於本院審查積極優惠措施時，亦為內涵於憲法保障平等權之重要的憲法價值。

綜上所述，本件解釋誠為一具有重要憲法價值之解釋，亦為本院釋字第五四九號解釋後，針對積極優惠措施所為之重要解釋；惟本件解釋基於本院行使解釋憲法職權之本質，並未就系爭規定更具爭議性之第二種分類標準，即以種族作

---

<sup>27</sup> Sachs 大法官於 Van Heerden 一案判決的協同意見中，即特別強調南非的歷史與社會文化因素，在判斷積極優惠措施合憲性的重要性，*supra* note 15, at 152.

<sup>28</sup> Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, at 330-331 (2003) (O'Connor, J.).

為分類標準形成之差別待遇涉及積極優惠措施最核心爭議之問題加以闡述，仍有待之後相關案件中予以澄清與論斷。