

釋字第七一九號解釋協同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋是第一個涉及原住民權益，第二個有關積極平權措施的解釋例，憲法的介入有諸多方法論的問題值得剖析，因時間關係，僅就以下五點簡要表達補充意見，對於解釋的結論，敬表贊同。

一、本案涉及什麼基本權

聲請人主張其財產權和契約自由受到侵害，系爭法律強制得標廠商於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，未達標準者則須向原住民族綜合發展基金的就業基金繳納代金，契約自由和財產權確實都已受到限制，但自釋字第五七六號解釋以憲法第二十二條為基礎創設的契約自由，實際上只是民事關係不可或缺的工具，作為一個獨立的基本權實在過於薄弱，以本案為例，強制僱用影響廠商的人事管理，僅著眼於外部的契約締結自由，自然過於狹隘。解釋認定的是可以吸收契約自由的營業自由，值得贊同。

在基本權的認定上，本席一向反對忽略基本權系譜和體系建構、近於即興「散打」的作法，契約自由就是一個反面教材。相對的，釋字第五一四號解釋以憲法第十五條的工作權和財產權為基礎建構的營業自由，在方法上就妥適得多。第十五條結合了三個攸關社會經濟體制的基本權，猶如三個基本支柱，配合相關基本國策規定，即可勾勒出我國的社經憲章。營業自由（Unternehmensfreiheit）概念的使用在制憲時也許還未普及，但其凸顯的人人可以選擇投入市場，成為自負盈虧的企業主的自由，正是工作權和財產權共同內含的一種自由，以這種疊

影投射的方式來詮釋這樣一個現在已有高度共識的自由權，比起找不到可以涵納的列舉權立刻跳入第二十二條，在體系建構上自然高明得多。至於系譜上營業自由的理念可以溯及西元一八六九年北德聯盟的營業法（宣示 Gewerbefreiheit）。現在的德國基本法承受威瑪時期的經濟人權的發展，所列舉的是涵蓋面更廣的職業自由和財產權，但憲法法院很早就從這兩個基本權引伸出營業自由。法國的憲法委員會也肯認憲法位階的營業自由，瑞士的舊憲法則在第三十一條第一項宣示人民經營工商業的營業自由，西元二千年開始實施的新憲法才改在第二十七條以更宏觀的經濟自由取代，並例示職業選擇自由與自由進入私經濟場域及其自由經營。因此本院在第五一四號解釋對營業自由內涵所做的闡明：「基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」是相當精準的，據以推論，所謂「許可營業之條件、營業須遵守之義務及違反義務應受之制裁，均涉及人民工作權及財產權之限制。」自然也很正確。本件解釋從營業自由來檢視有關強制僱用的系爭條文，而從財產權來檢視有關繳納代金的系爭條文，其故在此。

二、平等原則與比例原則

上述基本權的限制從有人被限制有人不被限制的三面關係來看，有平等原則的問題，從被限制的基本權與限制所要實現的公共利益的兩面關係來看，又有比例原則的問題。因為平等原則的檢驗，同樣會觸及差別待遇背後的公共利益考量，憲法的審查要不要考量這裡的重複性？而且本院在比例原則的審查已參考德國憲法法院的方法，發展出不同的審查標準，比如釋

字第五八四號、第六三四號、第六四九號、第六九〇號、第七一一號等解釋。在平等原則的審查又參考美國最高法院的方法，發展出不同的審查標準，比如釋字第六二六號、第六六六號、釋字第六八二號、第六九四號等解釋。如果兩種審查都要作，是否適用相同的標準？這應該是本院的違憲審查在廣納百川之後，不能不思考的方法問題：如何通過本土化的努力使其終能匯流於一河？就如美國正當程序原則的繼受，不能不把同時繼受的德國比例原則放在一塊排比梳理，而在功能內涵上有所調整。這是混合繼受必須作的後續功課，或許也是修成本土化正果的必經過程。

本席認同本件解釋保留比例原則與平等原則雙重審查的作法，因為平等原則後面的三面關係，追求偏向水平的分配正義，比例原則後面的兩面關係，則又偏向垂直的交換正義。但在審查標準上，本件解釋在二者都沒有採較為嚴格的標準，可能予人有意在審查標準上統一的印象。實際上比例原則審查標準的採擇，重點應置於所涉基本權的基本評價，比如人身自由、言論自由的高度不可侵性，還有基本權受到限制的程度（營業自由的三階理論）。而平等原則更受到重視的反而是所涉的規範領域，比如性別、宗教、種族等。故在同一引起爭議的法令，有可能在比例原則的審查上採寬鬆標準，卻在平等原則上採中度或嚴格標準，並無可怪。本院做成的第一件有關優惠性差別待遇的釋字第六四九號解釋，在審查比例原則時採嚴格標準，卻在平等原則上採中度標準，就是一個先例。這個重要的方法論還有待在未來釐清，但和第六四九號解釋相比，本件解釋在比例原則的審查上因為根本無涉職業的選擇—遑論客觀條件的限制—，而為單純工作內容的限制，採低度審查尚可理解，至於平等原則的審查，為什麼也採低度標準，幾乎只是以法律形式

上呈現的道理就用來權充合憲的理由，特別是考量前案涉及視障者，本案涉及原住民，都屬於內含特別憲法感情的規範領域，為什麼一採中度審查標準（目的為重要公共利益而差別待遇與目的之間有實質關聯），一採低度審查標準（目的為正當公共利益而差別待遇與目的之間有合理關聯）？這裡可能需要更深入的分析才說得清楚，因為優惠性差別待遇的積極平權措施本質為平等原則的特別發展，在我國因近年修憲而有特別加重的傾向，每個解釋案的思考都應該有其邏輯的一致性，否則政府部門更將無所適從。尤其解釋最後的檢討還特別諭知主管部門建立定期檢討機制，其目的顯然認為未來對此類平權措施有進行較高密度評鑑的必要，隱隱然已有中度標準的取向，為何本案對現行法的審查反而僅採低度標準，恐怕禁不住進一步的推敲，因此有必要對平等原則的審查標準作更深入的檢討，最簡單的作法就是去和前案比較。

三、平等原則的審查標準

如前所述，兩案都涉及優惠性差別待遇（affirmative action），顧名思義，其性質不同於一般的差別待遇，是在利益的給付而非不利益的歧視，即國家給甲的好處，乙未能均霑。其第二層意義，則在通過優惠去積極改善結構性的弱勢，扶弱的正當性基礎可能源於單純的博愛思想，也可能源於長期剝削的歷史，有通過表面的不平等來實現真正平等的意思，當憲法在傳統的消極平等以外，同時認可這樣的積極平權時，不啻針對某些領域明確的說，這裡僅僅有不作為的平等保障是不夠的，國家必須有所作為才能達到真正的平等。這樣的想法在某些問題上反映了一個國家特別的歷史，但在另外一些問題上，又有其普世性，因此我們會看到若干國際人權法上的優惠性差別待遇，可為其差別待遇提供更堅強的人權基礎。就兩案而言，

視障人民和原住民族剛好都可以找到憲法和國際人權法的支持，前者見於憲法第一百五十五條、增修條文第十條第七項以及聯合國身心障礙者權利公約(Declaration on the Rights of Disabled Persons, 2006)，後者則見於憲法第五條、增修條文第十條第十二項以及聯合國原住民族權利宣言(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007)、國際勞工組織原住民和部落人民公約(Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169))，可說旗鼓相當。

其次，就落入差別待遇對象所具特徵，和此一待遇可被合理化的理由之間有多大的直接關連，又有人從個人或集體的特徵來區分，視障者的弱勢和憲法要求對視障者加以照顧，兩者間即有較高的直接性—再有錢的視障者其生存仍有很大的需要特別扶助的欠缺。相對而言，以整個原住民族為對象，而要求加以照顧，此一單純源於血統的特徵和照顧合理性之間的直接性就容易受到質疑。美國第一個案例：Regents of University of California v. Bakke 涉及少數族裔入學的名額保護規定，多數意見就從憲法保障的平等權為個人權 (personal rights)，不是任何集體享有的權利，因此所謂「白人男性不是分散而孤立的少數族群，而無須特別保護」的論點，便不能成立。用這樣的邏輯於視障的特徵，則一定可以說視障者為弱者，需要特別照顧，非視障者非弱者，不需特別照顧，符合平等原則。這種區分當然有其說服力，但這也正凸顯了憲法本身的差異，美國憲法上的平等權，確實不具有「民族平等」的歷史意識，一如我國憲法第五條所宣示，臺灣特有的原漢歷史問題雖與五族共和的歷史不同，但從憲法內涵的、在共存共榮以外追求結構性的和諧，如憲法第一百六十九條所彰顯者，來讀增修條文第十條第十二項，即可理解其精神的一貫。因此對我國而言，此處所為結構

性弱勢確實有必要從民族集體來觀察。換言之，不同憲法有其不同的歷史意識，其合理化某些優惠性差別待遇的理由，對於其為個人或集體化的特徵是否在直接性上有別，還不能相提並論。以我國的脈絡而言，應該說對視障者和原住民的優惠性待遇也可以作相同的評價。緊接著這部分可以作的另外一個比較因素，是跳脫此一特徵的可能性，釋字第六四九號解釋特別強調「系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準」而「視障非屬人力所得控制之生理狀態」，可見這一點在平等原則保障程度的判斷上也很具關鍵性。本案涉及的原住民族，同樣是以人力無法改變的血緣為其分類標準，目前有十四族，到民國一百零二年底為止，共有五十三萬三千六百零一人。因此就這一點在重要性的評價上和釋字第六四九號解釋也應該一致。

再從優惠性差別待遇所生影響的方式和程度來觀察，前面提到單純有利於需要保護者的差別方式，因為不像一般的差別待遇，並無任何受到不利者，對公平性的影響自然最小，但從資源稀缺的角度思考即知，很少優惠可以免於對他人使用同一資源的排擠，比如入學名額保障，在申請入學人數超過總名額的情形，就會對排序造成影響（reranking），使本來可以入學者名落孫山，其使用教學資源的機會即受到排擠。以強制雇用一定比例員工來說，依市場行情使用勞動力的機會就會受到影響，廠商可能需使用較不合需求的勞動力。但對平等價值衝擊更大的還不是排擠，如果優惠特定對象是以由特定對象來承擔的方式，同樣是一加一減，但因為這時減的不利是由少數人來承擔，比由其他人來共同承擔的單純資源使用的「排擠」，又會造成更大的不公平。因此強制特定廠商雇用一定比例員工和提供老人優待票的優惠措施相比，前者的影響又更為重大。本案歧視的對象為政府招標案的得標廠商，即屬這種在差別待遇

上比較嚴重的情形。但視障者得「獨占」按摩的行業，實際上是把所有其他人都逐出市場，即使沒有「針對性」的歧視，如本案，但整體而言，其對平等的影響當然還是較大。緊接著這部分，還可以追問跳脫此一平權措施的可能性，也就是強制的方式和程度。就視障者獨占按摩而言，非視障者仍有許多別的選擇，因此不是沒有跳脫不公平待遇的機會，只是對於少數人而言，按摩所需的訓練和工作條件和多數工作相比確實較低，因此仍屬相當重要的工作選擇的剝奪。相對來說，對於得標廠商的雇用強制，更多反而是「一個願打一個願挨」，基本上是經過計算的志願受歧視，因此其對平等的影響應該較低。

把以上五個因素加總後比較兩案，對於決定本案應該採何種審查標準應該可有較清楚的指引：

比較的參數	視障人民 (釋字第 649 號)	原住民族 (釋字第 719 號)	影響平等原則的 重大性比較
優惠性待遇 的人權基礎	憲法、國際人權法	憲法、國際人權法	相當
個人或集體 化的特徵	以個人特徵為差別待遇 的基礎	以集體化特徵為差別待 遇的基礎	相當（因憲法要求 民族間實質平等）
特徵的 可轉移性	無法轉移	無法轉移	相當
差別待遇的 方式與程度	非針對性的歧視，但已剝 奪所有其他人的機會	針對性的歧視，但僅影 響其資源使用的排序	對非視障者的平等 保障影響略大
差別待遇的 可轉移性	非視障者雖可 opt out，但 對少數人仍為重要選擇	被強制者是志願 opt in，故很容易趨避	對非視障者的平等 保障影響略大

本席認為本案所涉的優惠性差別待遇，從平等原則的觀點來評價其影響，在重大性上確實應該比釋字第六四九號解釋處理的情節要輕一點，但差距應該還未大到可以從中度標準降到低度標準的程度。本席僅提出協同意見而非不同意見，是因為即使從中度標準來審查，應該也會得到尚不違憲，只須作某些加強的相同結論。

四、中標的審查仍可通過

中標的審查，一如釋字第六四九號解釋，除了目的必須為重要的公共利益，這一點問題不大外，審查範圍不能停留在表層的規範，而必須對規範領域可能因該優惠性差別待遇受到的影響，包括對應受保護者的「加」，和因此受到歧視者的「減」，作整體的評價。比如認定「要求該廠商於其國內員工總人數每逾一百人者，應於履約期間僱用原住民一名，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。」這是對受到針對性歧視的廠商「減」的部分，根據什麼說百分之一的比例不大？根據立法資料，立法委員對於百分比其實就已經有相當考量，其大小應該和人口比例有直接關係，特別是參與勞動力的比率，如果明顯超出原住民的比例，則整體而言（排除個別廠商的特殊情形）得標廠商必須增僱或作人員調整的影響，以及前述因「排序」變動而對勞動力品質的影響，都可能較大。就此據內政部到民國一百零三年第七週的統計，原住民到去年底的總人數占臺灣地區總人數的2.28%，而且比重還逐年上升。若加上勞動力參與率的觀察，根據行政院原住民族委員會一百零二年第四季的就業狀況調查報告，臺灣地區原住民的勞動力參與率與一般民眾相較，去年十二月就以58.89%高於後者的58.55%，根據這樣的調查可知，百分之一的強制僱用比率應該確實不高，整體影響不會太

大。當然以強制雇用為積極平權手段，是否正確，對於原住民族的弱勢結構能不能真正有效的改善（「加」），也是對所謂有無「實質關聯」不能不考察的地方。美國法院對於這類平權措施正當性的審查因為採嚴格標準，必然要對非裔公民失業率加以調查，目前所見原住民的失業率與整體失業率相較，並不特別高，但是否顯示此類措施的多餘或不公平，恐怕還言之過早。前揭原民會報告顯示，原住民從事的工作有相當高的比例屬於非典型工作，包括部分工時、定期契約和政府僱用的臨時工，原住民認為政府提供臨時工作對於生活有幫助的比例高達95.42%，也許正說明系爭法律的平權措施，至少在經濟上對於提高原住民的就業是有幫助的。至於解釋理由書第五段對於「實質關聯」提出的主要論據：「鑑於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，其所採取之分類與達成上開差別待遇之目的間，具有合理之關聯性」，也可以從前揭報告，及有關教育狀況的調查報告得到一定的核實，此處不贅。

整體而言，原住民社經地位的弱勢尚未發生本質的改善，根據原民會委託全國意向顧問公司所作的民國九十九年原住民經濟狀況調查，原住民家庭每人每月最低生活費低於我國貧窮線以下達58.2%；原住民家庭平均年收入與全體家庭平均年收入相較，仍僅為後者的0.463倍；原住民家庭的扶幼比為35.9%，超出全體家庭的21.6%，扶老比為21.8%，也高於全體家庭的14.6%。因此即使採中度標準的審查，系爭法律應該也可以通過平等原則的審查，至於採低度標準的比例原則審查，則更不待言。

五、導入定期檢討的機制

本件解釋最後雖認定系爭規定尚未違憲，但仍諭知相關機關「依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正」，這可能是本院首次要求主管機關建立定期檢討的機制，顯示本院對於積極平權措施動態性格的認知，以及其潛在傷害人民平等權可能性的重視。正因通過不平等來落實平等，本即寓有矯枉過正之意，該手段的合目的性便有必要持續接受檢驗，一旦顯示合目的性或實質關聯性不高，應有研議改弦更張的必要。且當收效逐漸顯著，造成弱勢的社會環境已漸趨好轉時，應該就是開始規劃調整該平權措施的時機，一旦此一存在於原漢民族間的歷史性鴻溝已可成功跨越，自應回到常態的消極平等原則。

優惠性差別待遇是一種進步的、正視歷史的治理方式，但這樣的手段往往也會帶來貶低形象的副作用，特別是以族群集體為優惠對象的情形，這也是本院肯認其合憲性的同時，特別要求相關機關保持最高的警覺，期能以最柔軟而有效的方式執行相關措施的理由。拳拳之意，尚盼各界同予關注。