

釋字第七一九號解釋不同意見書

大法官陳碧玉

本號解釋多數意見認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（下併稱系爭規定），關於政府採購得標廠商（下稱得標廠商）於國內員工總人數逾一百人者（下稱大規模得標廠商），應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，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（下稱就業基金）繳納代金部分，尚無違背憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。

本席認為，系爭規定以得標廠商於履約期間內，其國內員工總人數是否逾一百人，作為是否有義務僱用原住民、僱用人數以及未能進用法定人數時，每月應向就業基金繳納以基本工資計算之代金之基準，於廠商間為此差別待遇，違反比例原則及平等原則，侵害人民受憲法第十五條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由權之意旨，爰提出不同意見如下。

一、對原住民族採取就業優惠方案，為憲法所許

對原住民族，此一就業市場相對弱勢族群所為之就業優惠待遇方案（Affirmative Action），使原住民與非原住民間於就業機會上有一定程度之差別待遇，除造成有相同、甚或較佳條件之非原住民欲就業者，受進用機會下降之差別待遇外，雇主選擇僱用對象之營業自由亦受有限制。優惠待遇之目的在於促進原住民就業，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），與憲法第五條、憲法增修條文第十條第十二項規定意旨相符，洵屬正當。至於差別待遇是否違反平等原則，須視差別待遇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；雇主營業自由之限制是否違反比例原則，應視方案所採取手段之必要性，以及是否合乎狹義比例原則而定。

二、現行法關於原住民就業保障之優惠方案

依原住民族工作權保障法規定，對於原住民就業保障優惠方案內容概分為比例進用原則，明定各級公營機構與原住民地區公營機構應進用人數之比例¹，以及公共工程及政府採購之保障，包括同法第十一條之承包限制以及第十二條得標廠商僱用原住民之比例及補助²兩種。上開規定，

¹ 參照原住民族工作權保障法第四條：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構，除位於澎湖、金門、連江縣外，其僱用下列人員之總額，每滿一百人應有原住民一人：一、約僱人員。二、駐衛警察。三、技工、駕駛、工友、清潔工。四、收費管理員。五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務。（第一項）前項各款人員之總額，每滿五十人未滿一百人之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，應有原住民一人。（第二項）第一項各款人員，經各級政府機關、公立學校及公營事業機構列為出缺不補者，各該人員不予列入前項總額計算之。（第三項）」、第五條：「原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有三分之一以上為原住民：一、約僱人員。二、駐衛警察。三、技工、駕駛、工友、清潔工。四、收費管理員。五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務。（第一項）前項各款人員，經各級政府機關、公立學校及公營事業機構列為出缺不補者，各該人員不予列入前項總額計算之。（第二項）原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，進用須具公務人員任用資格者，其進用原住民人數應不得低於現有員額之百分之二，並應於本法施行後三年內完成。但現有員額未達比例者，俟非原住民公務人員出缺後，再行進用。（第三項）本法所稱原住民地區，指原住民族傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央主管機關報請行政院核定之地區。（第四項）」

² 參照原住民族工作權保障法第十一條：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區未達政府採購法公告金額之採購，應由原住民個人、機構、法人或團體承包。但原住民個人、機構、法人或團體無法承包者，不在此限。」第十二條：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。（第一項）依前項規定僱用之原住民於待工期間，應辦理職前訓練；其訓練費用應由政府補助；其補助條件、期間及數額，由中央勞工主管機關另以辦法定之。（第二項）」

於公部門所採用之比例進用原住民員額之保障方式，於私部門並不適用³。於私部門所採取的是與政府採購契約結合方式，使得標廠商於履約期間僱用一定比例之原住民，而未擴及未參與政府採購或未得標之廠商，蓋因政府採購契約金來自政府預算，僅得標者負有照護原住民就業之義務之故。

三、系爭規定係採取第二種方案，爭點在於立法者設定之差別待遇基準，對於參與政府採購之競標廠商或得標廠商間，是否未違反平等原則？是否能達成立法目的，且對於得標廠商權利之限制，合乎比例原則？

得標廠商應負擔之原住民就業優惠待遇方案之責任內容為強制進用或繳納代金，其中強制進用原住民部分，構成營業自由之限制，未僱用足額原住民繳納代金之替代方案，則涉及財產權之限制。如前所述，此限制係因得標

得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。(第三項)」

³參照身心障礙者權益保障法第三十八條：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在三十四人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之三。(第一項) 私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在六十七人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之一，且不得少於一人。(第二項) 前二項各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構為進用身心障礙者義務機關(構)；其員工總人數及進用身心障礙者人數之計算方式，以各義務機關(構)每月一日參加勞保、公保人數為準；第一項義務機關(構)員工員額經核定為員額凍結或列為出缺不補者，不計入員工總人數。(第三項) 前項身心障礙員工之月領薪資未達勞動基準法按月計酬之基本工資數額者，不計入進用身心障礙者人數及員工總人數。但從事部分工時工作，其月領薪資達勞動基準法按月計酬之基本工資數額二分之一以上者，進用二人得以一人計入身心障礙者人數及員工總人數。(第四項) 辦理庇護性就業服務之單位進用庇護性就業之身心障礙者，不計入進用身心障礙者人數及員工總人數。(第五項) 依第一項、第二項規定進用重度以上身心障礙者，每進用一人以二人核計。(第六項) 警政、消防、關務、國防、海巡、法務及航空站等單位定額進用總人數之計算範圍，得於本法施行細則另定之。(第七項) 依前項規定不列入定額進用總人數計算範圍之單位，其職務應經職務分析，並於三年內完成。(第八項) 前項職務分析之標準及程序，由中央勞工主管機關另定之。(第九項)」

金來自於國家預算之應用，得標者有維護公共利益，即促進原住民就業之義務使然。換言之，此為政府採購案全體得標者，依其得標金額比例所應擔負之責任。然系爭規定，並未令所有得標者同負責任，而係以得標廠商於履約期間內其國內員工總人數是否逾一百人，及依總僱用員工人數核計應否進用及進用多少原住民為基準。此以政府採購得標商係因契約金來自政府預算之原由完全無關之因素作為差別待遇之基準，造成競標廠商間或得標廠商間受到不合理之差別對待，有違平等原則，所採手段無助於目的之達成，逾越必要之程度而違比例原則，與憲法第十五條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨有違，其理由詳述如下：

1、政府採購法之本旨，不應因原住民就業之保障而被犧牲牽制，系爭規定違反平等原則

按政府採購制度設計之精神在於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）。系爭規定，對於員工逾百人之廠商設立路障，使其因有此部分成本之負擔而未能與因員工人數未逾百人而無此成本負擔之競標者，立於平等之起跑點，致於競標場中落敗，或因競標之結果必敗無疑而無意參與競標，無以提升政府採購之公平、公開、效率與品質。大規模廠商還未進場即被淘汰，又如何期待其能因經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家照護原住民就業義務之能力較高？況系爭規定之目的，在於使原住民之就業機會能因得標廠商將部分得標金額用以（增）僱用原住民，或挹注於就業基金，提高原住民就業能力，而非犧牲政府採購之宗旨。

2、系爭規定所採取之手段使得標廠商易於規避，無助於立法目的之達成

系爭規定所採取之手段使得標廠商易於規避，其結果無助於原住民就業機會之提升，或就業基金資金之挹注；對於未規避上開責任之得標廠商，亦有侵害其於履約期間內之營業自由與財產權之虞。

茲舉例說明之：假設甲公司為得標廠商。該契約（下稱契約 1）履約期間自一〇二年一月一日起至同年六月三十日止。其國內員工總人數一〇一人，於履約期間內因未進用原住民，而依系爭規定繳納每月以基本薪資新臺幣二萬元（此整數係為說明用）計算之代金：

A 情形

依系爭規定，甲公司於履約期間原應付代金總額為十二萬元（六個月每月二萬元）。倘一〇二年二月一日有位員工屆齡退休，則依系爭規定及政府採購法施行細則第一百零七條、第一百零八條規定，甲公司自第二個月起，無須繳納代金，實際繳納二萬元。

B 情形

倘若甲公司因另於一〇二年二月一日獲得與政府採購無關之新契約，而增加進用一百名員工，於契約 1 履行期間之一〇二年二月一日至六月三十日合計五個月期間，每個月分別依得標廠商國內員工總人數計算之結果，須另加付十萬元（五個月每月二萬元）代金，連同依契約 1 原應繳納之十二萬元代金，合計代金總額二十二萬元。

在 A 情形下，同一廠商承接之同一政府採購案，只因公司規模自一百零一人降至一百人或九十九人，所須負擔之義務即有二萬元及十二萬元之差。於 B 情形，甲公司僅

承接一個政府採購案，卻因承接其他非政府採購契約需要擴大進用更多原住民或繳納更多代金。

由上二例可知系爭規定極易規避被適用之可能。造成之結果為（1）使僱用員工數不逾百人之廠商或已進用足額之廠商，因無須進用原住民或繳納代金⁴，成本較低，而得以最低標得標，違反政府採購之公平性。於得標後，縱領取公預算之契約金，依法無須擔負照護原住民就業責任，對於促進原住民就業之最終目的，其達成可能性無異緣木求魚。（2）於履約期間可藉由員工總人數之調降低於一百人而規避其應負責任，原住民之就業處於不確定狀態，就業基金資金之挹注不穩定，長期性之原住民就業能力之培養訓練經費受有影響。（3）依系爭規定，於政府採購案完成招標程序前，無法事先預知得標者是否為大規模廠商，契約履行中是否繼續進用原住民或繳納代金非無變數，因此原住民是否有就業機會、有幾個名額均無法事先確定，就業基金可以獲得多少金額亦無法事先預估，並有效運用以協助就業，此等不確定性，均造成系爭規定無法有效達成促進原住民就業之立法目的。（4）得標廠商於政府採購契約履約期間，將因新契約而影響其應負責任範圍，成本之不確定性，限制得標廠商於政府採購契約履約期約之營業自由權與財產權。

3、進用原住民人數或繳納代金之計算與得標廠商履約期間每月總員工人數相連結之結果，產生個別廠商就此部分所支出之成本費用達得標金額數倍之離譜現象

⁴ 系爭規定僅適用於國內員工總數逾一百人且未足額進用原住民之得標廠商，詳參下表：

| | | | |
|---------|-------|----------|----------|
| 國內員工總人數 | 未逾一百人 | 無須適用系爭規定 | |
| | 已逾一百人 | 已足額進用原住民 | 無須適用系爭規定 |
| | | 未足額進用原住民 | 須適用系爭規定 |

政府採購契約與原住民進用相結合之規定，立基於契約金來自於政府預算，與公共利益具有密切關係，企業之責任既因賺取國家資金，則此項成本負擔不應超過契約金額內之一定比例（利潤部分），尤其更無令得標廠商負擔超過得標金額之契約法理。進用原住民或繳納代金均為得標廠商因該採購契約而支付之成本費用，前者並不低於後者，亦非因兩方案可供得標廠商選擇而謂其非契約之成本。實務案例顯示，系爭規定之適用，使部分得標廠商將因國內總員工人數規模，支付超過其契約總金額數倍之代金⁵，此對得標廠商財產權之限制，豈能謂其於履約期間進用原住民比例僅為百分之一，比例不大，負擔尚無過重之虞？又系爭規定為導致大規模廠商受不平等待遇之因，所謂該廠商於參與投標前本得自行評估，若評估結果認無利可圖，可以不參與競標為由，果爾，豈非導果為因？從而，多數意見所為（1）要求大規模得標廠商於履約期間進用原住民之比例僅為百分之一，比例不大，對於廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞；（2）大規模得標廠商有選擇增僱原住民或繳納代金之權利，對於營業自由之限制，並未過當；（3）大規模廠商於參與投標前得自行評估代金是否過高難以承擔等由，認系爭規定合於比例原則之見解，礙難贊同。

四、結語

⁵ 例如最高行政法院 100 年度判字第 1360 號判決中，履約金額為 1,237,494 元，繳納代金金額為 1,749,696 元，代金占履約金額之 1.41 倍、臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1266 號判決中，履約金額為 576,000 元，繳納代金金額為 2,067,120 元，代金占履約金額之 3.58 倍、臺北高等行政法院 97 年度訴字 2988 號判決中，履約金額為 480,950 元，繳納代金金額為 2,165,328 元，代金占履約金額之 4.5 倍、臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3511 號判決中，履約金額為 146,952 元，繳納代金金額為 720,192 元，代金占履約金額之 4.9 倍等。

以得標金一定比例為得標廠商應負責任範圍，使所有競標廠商利於平等之競爭地位，政府採購之宗旨無需犧牲。就原住民而言，因所有政府採購案均應提撥一定比例之價金作為進用原住民之費用或為就業基金之挹注，得標廠商無從規避，且其總額於政府預算經立法院審定後，即得以概估，使原住民委員會能有長期培養提升原住民就業能力之資源。系爭規定以員工總人數為競標廠商與得標廠商應否負擔促進原住民就業義務之差別待遇基礎，而非以得標金一定比例為基準，牽連過廣、造成廠商間不公平競爭、妨害公平交易，此以犧牲政府採購應有之公平效率為手段，卻未必能達真正提升原住民就業保障，顯然違反平等原則與比例原則。主管機關原住民族委員會亦認系爭規定之「廠商」「履約期間」衍生諸多訴願、訴訟案件，浪費行政、司法資源致有修法之研議⁶，可為佐證。

⁶ 行政院原住民族委員會（現改名為「原住民族委員會」）中華民國第 101 年 7 月 20 日原民衛字第 1010037490 號函參照。