解釋字號：司法院 103.04.18 釋字第 719 號

解釋日期：民國 103 年 04 月 18 日

解 釋 文：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，關於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，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之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。

理 由 書：　人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號解釋參照）。國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則。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（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七〇一號解釋參照）。另為正當公益之目的限制人民權利，其所採手段必要，且限制並未過當者，始與憲法第二十三條比例原則無違。

原住民族工作權保障法第十二條第一項規定：「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。」同條第三項規定：「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。」又政府採購法第九十八條亦規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，……應繳納代金……。」其百分之二係包含身心障礙者及原住民至少各百分之一（身心障礙者權益保障法第三十八條第一項、第二項、政府採購法施行細則第一百零七條第二項規定參照；有關原住民部分併稱系爭規定）。系爭規定要求國內員工總人數逾一百人以上之政府採購得標廠商（下稱得標廠商），於履約期間須進用原住民總人數不得低於百分之一（下稱進用一定比例之原住民），係對其是否增僱或選擇受僱對象等營業自由形成一定限制，侵害其財產權及其與工作權內涵之營業自由。而得標廠商未達進用原住民之標準者須繳納代金，則屬對其財產權之侵害。

憲法第五條規定：「中華民國各民族一律平等。」憲法增修條文第十條第十二項並規定：「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……。」系爭規定係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神（原住民族工作權保障法第一條、聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007） 第二十一條第二項前段：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善」及國際勞工組織原住民和部落人民公約（Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989（No. 169）） 第二十條第一項：「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，應於各該國法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障」參照）。是系爭規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。

政府採購係國家公務運作之一環，涉及國家預算之運用，與維護公共利益具有密切關係。系爭規定固然限制得標廠商之財產權及營業自由，然其僅係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；如未進用一定比例之原住民，亦得按每月基本工資為標準繳納代金代替，對於得標廠商營業自由之限制並未過當。又系爭規定並非規定得標廠商一律須繳納代金，而僅係於未進用一定比例之原住民時，始令得標廠商負繳納代金之義務；至代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估。參諸得標廠商之繳納代金，係用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況，系爭規定就有關得標廠商繳納代金之規定，對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡。綜上，系爭規定並未牴觸憲法第二十三條之比例原則，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並無不符。

基於上開憲法暨憲法增修條文之意旨，國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務。系爭規定乃規範於政府採購制度下，以國內員工總人數是否逾一百人為分類標準，使逾百人之得標廠商，於履約期間負有進用一定比例原住民，以及未達比例者須繳納代金之義務，在政府採購市場形成因企業規模大小不同而有差別待遇。按系爭規定所以為差別待遇，係因國內員工總人數逾百人之廠商，其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用

原住民以分擔國家上開義務之能力較高；且系爭規定所為進用比例為百分之一，以百人為差別待遇之分界，其用意在降低實現前開目的所為差別待遇造成之影響。至於此一差別待遇對於目的之達成，仍應有合理之關聯，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，與憲法第七條平等原則亦無牴觸。

國家所採取原住民族之保障扶助發展措施原有多端，系爭規定要求得標廠商於履約期間進用一定比例之原住民，亦屬其中之一環。然因此所能提供者，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，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，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。又得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進。

附表所示聲請人一、三指摘中華民國九十一年十一月二十七日修正發布之政府採購法施行細則第一百零七條、第一百零八條規定，與憲法平等原則、法律保留原則、比例原則、授權明確性原則有違部分，核其所陳，並未具體指明上開規定客觀上究有何牴觸憲法之處；又聲請人一、三指稱原住民族工作權保障法第二十四條第二項、第三項、聲請人二指稱同條第一項及聲請人四指稱同條第二項等規定，侵害其受憲法保障之平等權及財產權部分，惟查該規定未為各該案確定終局判決所適用，不得執以聲請釋憲。是聲請人等上開部分之聲請，均核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理，併此指明。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽

林錫堯

池啟明

李震山

蔡清遊

黃茂榮

陳　敏

葉百修
陳春生
陳新民
陳碧玉
黃璽君
羅昌發
湯德宗

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。因此本院在釋字第五一四號解釋對營業自由內涵所作的闡明：「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、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。本院作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，但和釋字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、憲法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、憲法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聯，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，來讀憲法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。以強制僱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。因此強制特定廠商僱用一定比例員

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，對於得標廠商的僱用強制，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。當然以強制僱用為積極平權手段，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。

協同意見書　　大法官　黃茂榮

本號解釋多數意見認為：「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，關於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，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之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。」因為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，所定扶助原住民就業之措施，在僱用數量，以員工總人數百分之一為標準，而非直接以政府採購金額之一定比例為基礎，在手段與財源之連結上不夠細膩，容易造成困擾。所以，扶助原住民就業，應尚有較為周全的方法。爰提出協同意見書

，敬供相關法制研修之參考。

壹、保障特定族群之就業的方法

為特別保障一定族群之就業，其方法有：（1） 國家透過稅費之課徵，籌集財源，編列預算，成立輔導特定族群就業基金，增長其技能，並輔導其就業。（2） 在編列政府採購標案之預算時，即預估，為完成該標案所需之人事費，以及在該人事費中，期望用來僱用特定族群之薪資占發包金額之比例。（3） 課廠商以義務，在其員工之一定比例，應僱用特定族群，例如身心障礙者及原住民，或向輔導就業基金繳納代金，供輔導特定族群就業。

在上述方法中，第一種方法，由國家透過稅費之課徵，籌集財源，可以規劃在一定之市場範圍（例如以政府採購之市場為範圍，或以獲利較佳之產業為市場範圍）普遍課徵，以對特定族群為跨產業之就業輔導，避免過度扭曲競爭者間之競爭條件或妨礙其發展。第二種方法論諸實際為由發包機關以採購預算之一定比例，補貼特定族群之就業，並避免因此而對得標廠商，課以過重或難以預測之組織或財務負擔。第三種方法，如不能普遍適用於有競爭關係之廠商，該義務之課予，不利於市場公平競爭機能之維護，與憲法第七條所定平等原則不符。

貳、現行法的規定

每一個國家由於諸多因素，都可能有一些特定族群在市場經濟中，遭遇到就業及生活的困難，需要政府給予特別的救助。在國內這特別表現在身心障礙者及原住民。因此，政府採購法第九十八條及原住民族工作權保障法第十二條有關於身心障礙者及原住民之就業保障的相關規定如下（註一）：

政府採購法第九十八條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」原住民族工作權保障法第十二條規定：「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）。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）。」

叁、就業扶助與財務負擔的歸屬

依上開規定，得標廠商僅在履約期間，有應按一定比例僱用特定族群之義務，所以得標廠商可能以定期勞動契約的形式進用（勞動基準法第九條參照），期滿自動終止；或即使以不定期勞動契約的形式進用，在履約期間經過後，亦可能

再予資遣（同法第十一條參照）。所以如果不能在職業訓練上給予原住民有效果的輔導，勉強要求得標廠商按一定比例僱用，對於要扶助之特定族群在就業上的幫助，可能不大。是故，實際施行之結果可能還是繳交代金。由於得標廠商意識到此時，當先將該代金之負擔計入其投標價額中。其結果，還是由國庫負擔。

肆、現行規定之影響

在廠商依政府採購法參與投標並得標的情形，該二條在其法定比例，限制得標廠商選擇受僱人所屬族群之自由。如不為僱用，因為應向就業基金繳納代金，而會加重其財務負擔。如真因此而勉強僱用，可能影響績效。這最後會轉為因增加勞務費用之支出，或減少收入，而加重其財務負擔。該財務負擔如不能避免，可能轉嫁發包機關負擔。

如非僱用不可，而且以全體員工數為基數，而非以因標案而增加之員工數為基數，會放大上開規定對於與員工之僱用有關之營業自由的衝擊。因得標而應增僱之員工數，如果集中在履行標案所需人力的範圍，則特定族群占該標案使用之員工數的比例可能過高，而影響標案之妥適的履行。反之，如將一部分之增僱員工，安置在標案以外之部門，則勢必衝擊到其他部門的營運。這是最後得標廠商幾乎都會選擇繳納代金，而不依規定進用法定比例之特定族群為其員工的道理。

當有此認識，應在招標時即在投標須知中，告知上開規定。以促使投標廠商在投標時能有正確之認識及因應，避免發生事後由於不能因應，而發生紛擾。

伍、財務之特別負擔與公平競爭

在參與競標者中，如有因僱用國內員工總人數未逾一百人，而無該項財務負擔時，該不利會使參與競標者間，因其僱用國內員工總人數，逾或未逾一百人，而有不公平競爭的情形，不利於市場公平競爭機能之維護。

該二條規定皆以政府採購界定其受適用之市場範圍。由於政府採購之品目跨越各種產業，而非以一定之產業全體為其範圍，所以該特別義務之課予，自可能在一個產業內部，對於參與及不參與政府採購之投標廠商間，形成差別待遇。假設在各該產業不能將政府採購及非政府採購的市場隔離開來，則除非國家或發包之政府機關對於得標廠商因履行該特別義務而產生之財務負擔，提供相應之補貼，該差別待遇便可能影響其競爭機能。

陸、得標廠商應僱用原住民之員額的計算基礎

系爭規定之疑義存在於得標廠商應僱用原住民之員額的計算基礎。

關於應僱用原住民之員額的計算基礎，可能有：（1） 以得標廠商僱用之員工總數為基礎，（2） 以履行系爭標案所需員工總數為基礎，（3） 以系爭標案得標金額之一定比例為基礎。

首先因不同標案所需之人力資格可能不同，所以原住民之專長是否適合標案之人力需求，每一個標案都可能不同。因此，以一致的百分比課得標廠商僱用原住民之義務，可能不切實際。

第一種基礎，以得標廠商僱用之員工總數為計算基礎，將僱用義務之計算基礎連結到標案外，在要件之連結上有牽連過廣，發生不當連結的問題。其因此所生之企業組織的調整幅度，對於參與投標廠商會因其規模不同而異。這有礙於公平競爭，對於招標機關及投標廠商都可能不利。第二種基礎，以履行系爭標案所需員工總數為計算基礎，將僱用義務之基礎，連結到標案本身所需之人力，固可避開第一種基礎所涉牽連過廣的問題。然因不同標案所需之人力資格可能不同，以致原住民之專長是否適合標案之人力需求，每一個標案都可能不同。因此，以一致的百分比課得標廠商僱用原住民之義務，可能不切實際。如以系爭標案，得標金額之一定比例為基礎，所課之義務，可在相對於得標金額之一定比例所框計之一定財務負擔的基礎上，比較有彈性的基於原住民之能力，以相匹配之薪資，僱用合用數量之原住民，不預設應僱用之人數及其薪資，也不拘泥於系爭規定所定之應僱用人數。此外，因其以得標金額之一定比例為基礎，不會發生系爭規定之適用結果，妨礙公平競爭，或個別得標廠商所需繳交之代金，達得標金額數十倍的離譜情事。

柒、政府採購制度不中立而又無就業之積極的扶助功效

該二條規定，得標廠商僱用員工數達百人者，應不低於百分之一僱用原住民，或不僱用而應按基本工資繳交代金。其所構成之財務負擔，使僱用員工數，達到及未達到所定標準之廠商間，在政府採購案件，不能公平競爭，使政府採購制度對於以僱用員工數為標準界定之企業組織規模不中立。其延伸的影響為：僱用員工規模達到法定標準之廠商，可能不參與投標，或透過組織規模較小之關係企業參與投標，以規避系爭規定之適用。其結果，可能參與投標廠商之僱用員工數在形式上皆未達到法定標準。若偶有達系爭規定所定規模之廠商參與投標，其因系爭規定所增加之財務負擔，亦將轉嫁由發包機關負擔，而所增加之原住民的就業機會，因其開始並不自然而且突然，總難免使其勞動契約流於「為臨時性、短期性、或特定性工作」而締結之定期的勞動契約，不易長久。以上現象對發包機關及投標廠商皆有所不利。所以，上開規定尚非扶助特定族群就業之最妥適的手段。

捌、系爭規定是否符合比例原則

系爭規定雖容許得標廠商自由選擇，按法定比例（百分之一），進用原住民或向就業基金繳交代金，以緩和其對於得標廠商在員工之進用、培訓等之營業自

由的限制。且因原住民之進用或繳交代金可能增加之財務負擔，發包機關及得標廠商除非無經驗，原則上皆應有此認識，並將之轉嫁於發包機關負擔。所以如非無經驗，系爭規定適用之結果，如果負擔過高，應會流標，不致於有得標之後續的發展。問題是：參與投標者，不會因無經驗，而不知有系爭規定存在的假定，與事實可能不符。值得推敲者，得標廠商得否事後主張其投標之表示有錯誤？捨棄押標金，撤銷其投標之表示。

另因原住民之進用，以得標廠商僱用員工之總數，而非以其為履行得標契約所需員工之總數為基數，致得標廠商，因未按法定比例進用原住民之人數所應繳納之代金數額，在具體案件有超出其得標金額數十倍的情形。不論轉嫁與否，這對於得標廠商及發包機關皆顯然過高。因此，對於應繳納之代金總額未設相對於得標金額之一定比例為其上限，顯有過當，不符憲法第二十三條所定之比例原則。

玖、特定族群之就業保障或就業扶助

常言道：為幫助一個人生活，與其給魚，不如給釣竿。同理，要幫助一個人透過就業，自立更生，與其強制廠商勉強僱用，不如透過教育、職業訓練，增進其謀生能力，使其成為一個受歡迎的求職者。在僱傭關係，猶如婚姻，勉強撮合，最後幫助不大。

就限制非視覺障礙者從事按摩業，以保障視覺障礙者從事按摩謀生之法制，本院釋字第六四九號解釋：「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。』（九十六年七月十一日該法名稱修正為身心障礙者權益保障法，上開規定之『非本法所稱視覺障礙者』，經修正為『非視覺功能障礙者』，並移列為第四十六條第一項前段，規定意旨相同）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，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力。」該號解釋，開啟關於如何保障弱勢者就業，才不違反平等原則之問題的反省。因就業市場短期內僅有一定數量之需求，所以將就業機會保障給特定族群，對於其他族群自然會有排擠效果。因此，除就業保障外，是否可一般的以繳納「就業安定金」代之？值得探討。蓋就業，受限於雇方有一定之能力的需求，在勞方有一定之專長與性向，不一定互相匹配。勉強要雇主僱用一定比例之原住民，可能影響效率。所以比較理想的選項應當是對於原住民提供其有意願學習之職業訓練機會，而後輔以對於僱用原住民者，給予補助。其財源可來自於：對全體薪資所得或營利事業所得課徵一定比例之就業安定捐，以由有職業者及有事業者，本諸己立立人，己達達人的胸懷，捐輸一部分所得，建構足夠規模之基金，健

全及強化技職教育、職業訓練、就業輔導及失業救助之完整體系，根本解決相關問題。

拾、政策目標與政策手段

一個政策，因其所要實現之目標有關之適用對象的特徵，而需要不同之政策手段。此為政策目標與政策手段之匹配的問題。這亦稱為目的與手段之關聯性，為手段是否違反比例原則之衡量標準。

公課因其內容之種類及數量或徵取之時令，因人而異，對義務人基本權利有不等程度之介入。原則上，以金錢為內容，相較於以貨物或勞務為內容，人民對其負擔之適應性較好。其理由為：義務人得透過其較擅長或喜歡之方式，在市場取得其為履行公課所需之金錢。反之，如以一定之貨物或勞務為公課之內容，則涉及貨物之徵收或勞役之徵夫，這對於義務人之自由的限制一般較重。是故，為配合國家扶助原住民就業，以改善其生活之政策，應規劃對於原住民比較實惠有效之方案。

謀生之扶助，要鼓勵其學習技能，培養其榮譽感，而不宜勉強僱用或呵護。要籌措資金，深入調查，原住民在謀生技能方面的強項與弱項，系統性的針對原住民之性向及特殊能力，在運動、歌唱、表演、野外生態資源之調查培育方面，多加借重與開發。依附於政府採購，課其得標廠商僱用一定比例之原住民的方法，雖看似直接方便，但因資金最後還是由國庫來，不因攀緣於政府採購而會比較節省，所以反而會比編列一定預算，支應扶助原住民就業之所需，沒有效率。此外，如真介入得標廠商之僱用自由，還會造成無效率之人事干預，得不償失。

註一：身心障礙者權益保障法亦有相關規定如下：第三十八條規定，「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）。」第四十三條規定，「為促進身心障礙者就業，直轄市、縣（市）勞工主管機關應設身心障礙者就業基金；其收支、保管及運用辦法，由直轄市、縣（市）勞工主管機關定之（第一項）。進用身心障礙者人數未達第三十八條第一項、第二項標準之機關（構），應定期向所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關之身心障礙者就業基金繳納差額補助費；其金額，依差額人數乘以每月基本工資計算（第二項）。」

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，並未牴觸比例原則；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，並未牴觸平等原則。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（註一），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（註二）；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（註三）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（註四）。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。本院於釋字第六四九號解釋，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（註五）。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（註六）。

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（註七），其目的均在使國家對於過往受到歧視或差別待遇之群體，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（註八）。

（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（註九），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（註十）等，確實都應該回到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（註十一）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」（註十二），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（註十三）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（註十四），進而於第一件涉及積極優惠措施之 Minister of Finance v. Van Heerden 判決（註十五）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。」（註十六）

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。」（註十七）

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、反復無常或僅是單純偏好的展現」（arbitrary, capricious or display naked preference）（註十八），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（註十九）。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（註二十），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）（註二十一）。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。」（註二十二）

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，此亦釋字第六四九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六四九號解釋採取較嚴格或嚴格審查基準，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（註二十三），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（註二十四）。

（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（註二十五）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（註二十六），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（註二十七）。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六四九號解釋，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（註二十八）；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，亦為本院釋字第六四九號解釋後，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。

註一：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。

註二：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。

註三：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。」

註四：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。

註五：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）.

註六：See THOMAS SOWELL, AFFIRMATIVE ACTION AROUND THE WORLD: AN EMPIRICAL STUDY （2004）.

註七：See CHRISTOPHER EDLEY, JR., NOT ALL BLACK AND WHITE: AFFIRMATIVE ACTION AND AMERICAN VALUES 167 （1996）.

註八：See MARK S. KENDE, CONSTITUTIONAL RIGHTS IN TWO WORLDS: SOUTH AFRICA AND THE UNITED STATES 173 （2009）（hereinafter KENDE, CONSTITUTIONAL RIGHTS）.

註九：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 （lastvisited 2014.04.15）.

註十：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 KELLOUGH, UNDERSTANDING AFFIRMATIVE ACTION: POLITICS, DISCRIMINATION, AND THE SEARCH FOR JUSTICE 76-91 （2006）.

註十一：438 U.S. 265 （1978）.

註十二：Id. at 311& 315.

註十三：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）.

註十四：See KENDE, CONSTITUTIONAL RIGHTS, supra note 8, at 93.

註十五：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 （last visited 2014.04.15）.

註十六：Id. at para. 31.

註十七：Id. at para. 37.

註十八：Id. at para. 41.

註十九：Id. at para. 44.

註二十：Id. at para. 145.

註二十一：Id. at para. 137.

註二十二：Id. at para. 152.

註二十三：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).

註二十四：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.

註二十五：488 U.S. 469 (1989).

註二十六：Id. at 510.

註二十七：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.

註二十八：Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, at 330-331 (2003) (O'Connor, J.).

部分協同部分不同意見書　　大法官　陳新民

如果我有權力的話，我會停止免費發放食物的機構。這種制度敗壞了民族，助長了懶惰、遊手好閒，甚至犯罪行為。這種錯誤的慈善行為，不論在物質上還是精神上，都沒有為國家增加財富，反而是在給捐贈者造成一種錯誤的成就感。

印度聖雄・甘地

本席贊同多數意見認定政府採購法第九十八條、原住民族工作權保障法第十二條第一項及第三項（下稱系爭規定），關於得標廠商於國內員工總人數逾一百人者（下簡稱大廠商），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繳納代金部分，尚未違反平等原則與比例原則。

然而系爭規定的確造成大廠商，於政府採購競爭時處於不利地位，形成差別待遇。惟此差別待遇的合理化依據何在？多數意見僅以「經營規模較大，僱用員工較具彈性」為由，認此「差別待遇」能分擔國家扶助原住民族發展的憲法義務。

上述說明，顯然仍不足以合理化系爭規定所為之差別待遇，勢必仍需要更多說理。本院過去釋憲之成例，難有現成之答案可供採用。同時，本號解釋對系爭規定保障原住民就業機會的高度肯定，對比起本院大法官作出的另一號同類型案件之解釋（對視障者獨占按摩業的合憲性爭議所作出之釋字第六四九號解釋），卻是完全不同的結論！該號解釋對工作權及比例原則，採取嚴格的審查標準，宣告保障視障者獨占按摩業之立法違憲。然本號解釋則對平等權與比例原則，採取最寬鬆之審查基準，並捨工作權之檢驗於不顧。由於事關本院釋憲應具有「體系正義」，此兩號解釋審查客體容有差異，但審查標準為何有所不同？本席雖贊同本號解釋應朝向平等權之審查，然既然涉及對特定族群之差別待遇，理應採行嚴格審查標準。多數意見卻採行寬鬆審查標準，且未詳細說明，本席未能贊同之（註一）。為此，本席嘗試提出一套理論架構，以補充多數意見論理不足之處。

本席認為應討論政府採購制度的本質，分析是否可以作為履行具有憲法位階之公益、以及人民是否擁有憲法位階所保障之參與政府採購的自由權利，及系爭規定已侵犯財產權與營業自由等面向，加以檢驗。並對系爭規定，是否屬於立法者的自由形成空間，從而應降低審查密度，採取較寬鬆的標準。此外尤應考察系爭規定的立法過程，立法委員秉持扶助中小企業，增加其獲得政府採購機會的優惠旨意，方採行降低大廠商之競爭力之差別待遇，作為系爭規定正當化的主要依據也。

此外本席對多數意見認定系爭規定具有的合憲性，應僅具有「勉強合憲性」。憲法對原住民（及身心障礙者）保障其工作機會的條文（憲法增修條文第十條），同條中亦宣示應保障外島人民及退伍軍人之就業機會。故此四種族群具有享受相同憲法位階之接受扶助權利地位。故系爭規定可解釋為，立法者履行憲法委託四類扶助弱勢族群所為之第一階段義務，取得合憲性，且不至於違反平等原則及比例原則。若立法者無法賡續履行憲法委託之扶助義務，逐步加大扶助的範圍，亦即有「後續不作為」時，則系爭規定合憲性即逐漸喪失矣。故本席認定系爭規定的合憲性僅具「暫時性」與「前階性」，立法者必須儘速擴張扶助範圍。多數意見顯然未對此有任何體悟，是為本席所難支持。

又系爭規定在比例原則的審查上，亦有不足之處。針對代金可能超過政府採購金額數倍之不合理現象，已顯示出系爭規定在立法上不乏粗糙之處，應在改革幅度上擴大其適用範圍，並更細緻化規定之。

爰提出部分協同、部分不同意見，以申其詳。

一、原住民就業扶助具有憲法位階的公共利益─典型「憲法委託」條款

系爭規定立法目的很明顯可溯源到憲法增修條文第十條第十二項規定：「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……」。同時聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007）第二十一條第二項前段規定：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善」。系爭規定具有憲法位階的公共利益，當無任何疑問。立法者遵循此憲法意旨所制定的法律，既已達成憲法所期盼的重要價值，憲法學上稱為「憲法委託」（Der Verfassungsauftrag）。

系爭規定即是立法者藉由政府採購之機會，提供原住民就業機會的保障，是為立法者履行憲法委託的典型案例。就此而言，出發點上已取得合憲性的基礎，其次要審查的是手段是否合憲之問題。

（一）憲法委託條款的特色─立法者享有採行措施之方式、範圍與時間長短的甚大裁量空間

憲法委託的制度與理念，乃制憲者期待所有國家權力應當履行特定憲法價值。其主要的期盼對象，甚至規範力，雖然及於行政、立法與司法權，惟在五權體制的我國，即連考試權與監察權亦無法推卸相關責任。在論及實踐的積極性與成果時，最重要的當是立法權，其次才是司法權。先以司法權而論，主要發揮的是「事後糾正」功能，消極面上可宣告違反憲法委託的法律無效或命予修正。至於積極性面上─要求立法者應於一定期限內完成立法，容易引起釋憲權與立法權的摩擦，由於具體規範內容的形成權仍操之在立法者手中，故釋憲者只要給予合理、從容的修法期限，當可避免兩權可能的衝突（註二）。

相形之下，憲法委託是一種「動態性」制度，期盼國家持續性的立法與修法來達成憲法理念之要求。故將重心置於立法者之上。故憲法委託亦可稱為「立法委託」（Der Gesetzgebungsauftrag）（註三）。立法者要持續地依據憲法條文的精神，斟酌事務的特性、社會環境、國民情感、國家財政能力……等，逐步達成憲法理念，質言之，立法者面對各種憲法委託的條款，擁有可審時度勢，定其緩急先後之程序，並採行一切可行的方式，形諸於法律條文的高度裁量空間，正是憲法委託的概念具體寫照。

如今立法者利用系爭規定的強制聘僱制度，來達成憲法扶助原住民就業之意旨。此手段雖屬可行，本號解釋多數意見認為「具有合理之關聯」（解釋理由書第四段）。顯示立法者並未恣意行使裁量權，故採用寬鬆的審查基準，認

定並不牴觸平等原則。

聲請釋憲理由指摘強制聘僱制度對於大得標廠商之平等權、財產權與營業自由皆造成侵害。多數意見認為政府採購制度為國家公務運作之一環，應履行公共利益，故實施強制聘僱制度，為實踐公共利益之手段。相形比較之下，即使侵犯財產權與營業自由，該限制仍未逾越比例原則，仍屬合憲。

此種立論無異承認人民在參與政府採購行為時，仍然擁有充分的營業自由、財產權與平等權，政府採購制度亦形成人民擁有「參與採購之基本權利」的同義詞，從而是否能夠在採購法制上形成差別待遇，亦應由平等原則及比例原則上而予以考量？是否會與一般限制基本人權之法律條文「完全」相同，取得合憲限制之依據！這種承認人民擁有憲法位階之參與採購權利，而非由政府採購法所「創設」的參與之法定權利，從而可承認立法者擁有廣泛的形成權，釋憲者應以寬鬆的審查標準尊重之，是否妥適？恐值得再予斟酌。

（二）政府採購制度能否搭附「強制聘僱政策」的判斷標準

政府採購法之立法意旨，乃依公平、公開之採購程序，提升政府採購效率與功能，確保採購品質（政府採購法第一條），政府採購是利用國庫之財力所為之經濟行為。為了避免政府採購有黑箱作業之弊，造成圖利他人、浪費公帑、或影響政府採購效率或品質，方有制定該法之必要。

上述立法旨意很容易被誤解為政府採購行為，是以「追求公開與公平」為唯一手段，且必須遵循自由市場原則。易言之，應當儘量符合「在商言商」的合理經營手段，減少公款的支出，並提升採購的品質與效率。在此「採購自由化」的前提下，應貫徹平等原則，使人民有公平參與投標之機會，而無庸擔心有黑箱作業之虞。同時採購機關，亦無法援引契約自由原則，恣意選擇締約對象，是為「採購陽光主義」。

上述的見解，當可導出人民擁有參與國家投標的自由權利，可視為人民財產權與營業自由的行使，若對之限制或其他不利對待，不得牴觸平等原則及比例原則，其審查標準應較為嚴格。

這種對於政府採購制度的認知，恐有誤解。

誠如本號解釋在解釋理由書第四段所稱「政府採購係國家公務運作之一環，涉及國家預算之運用，與維護公共利益有密切關係。」的確政府採購制度是國家機關利用預算與人民簽訂採購契約。採購契約性質上明顯屬於私法契約，按國家機關為執行任務及維持運作，需要一定的物資時，即可與人民訂定採購契約，並按其使用目的區分屬於私法性質亦或公法性質，行政法學上亦有區分為國庫行為或是行政私法之分類。屬於國庫行為者乃是純粹的私法性質之契約

，國家機關比照一般私人地位與人民簽訂契約，例如購買機關自用之貨物，甚至勞務聘用。而行政私法是指透過簽訂私法契約來達到行政目的或特定之公法任務，例如將國有農場租給榮民耕作，以達到保障榮民就業之目的（釋字第四五七號解釋）或防止國有林地之濫墾而出租給人民來耕種維護（釋字第六九五號解釋參照），均為其例。

上述兩種採購契約既然目的不同，理論上應有不同法理依據，國庫行為具有民事性質，依契約自由之原則來運作；行政私法則具有公法性質，應比照行政法之「依法行政」原則來運作，從而契約自由原則，特別是締約自由應受到限制。

然而我國政府採購法卻將上述國庫行為或行政私法之兩種混為一談，全部納入該法之適用範圍。故只要涉及到採購程序，則不論屬於國庫行為或行政私法性質，全部一視同仁，故國庫行為已經混入行政私法。

行政私法行為既然必須遵循依法行政法理，政府採購制度承擔公法任務的必要性與可能性亦隨之強化，民法尊重當事人之自由意志的精神也隨之消退。這種公共利益的分量排斥了締約自由形成空間，此現象可從兩個面向上顯現：第一是採納雙階理論，政府採購行為的法律爭訟分為兩途，關於締約是否合法以及得標之爭議，採行類似行政處分合法性爭議之行政訴訟程序（政府採購法第八十三條）；至於締約後的履約爭議，則採民事紛爭解決程序。若採購機關無法本於自由意志選擇締約對象，而必須受到法律嚴格拘束時，顯然已經摒棄締約自由之理念。第二、在具備公益理由之情形時，可採「限制性招標」之規定，例如對於弱勢族群或其他教化目的、獎勵科學與學術成果或傑出藝術或文化團體的優惠措施等（註四）。故本於上述公益理由，均造成部分特定投標者擁有優勢的地位，而其他競爭者，並無公平的競標機會。

由上述對政府採購制度本質的討論可知，「採購機會一律平等」並非該法制定之唯一目標，同時該法制定也並非遵循自由經濟市場原則或契約自由之原則，仍要承擔公益任務，對弱勢族群、教化團體、優秀文化、藝術與學術專業人士或團體賦予優先性採購機會之保障。原住民就業的保障，既然亦是立法者所追求的公共利益，當可作為限制參與採購競標者「締約自由」之限制也。

政府採購制度既然無法比照私人採購行為來追求最低價格、最高品質與最好效率，應輔以法定公益任務完成之可能性為綜合判斷。故即使採購金額不免過高，亦由國庫承受，故政府採購制度若在財政上造成不利，亦會轉嫁在國庫之上，這也是國家追求公共利益所承擔之代價。

故本席認為，政府採購制度是立法者所創設的一種具有多重立法目的的制

度，並非專以經濟因素或自由採購理念為考量，而是仍可承擔其他公共利益任務之制度。這些形諸於法律明文，而非採購機關可以隨便安加上的「締約夾帶之公益」條款（大型得標廠商必須承擔強制聘僱之條件），可以避免出現行政法學上所指責之「搭附禁止」（聯結禁止 Das Koppelungsverbot）的現象，亦即不應許可行政機關在為行政處分之附款或締結行政契約時，恣意附加其他與行政處分或行政契約不相關之其他拘束條件，以杜絕行政裁量權的濫用之可能性。

故人民並未擁有主張參與政府採購機會的平等權，亦不得將之視為受憲法所保障之財產權與營業權（註五）。人民參與政府採購之權利，應當只是法律所創設的一種權利，所謂的「法定權利」，無法提升到憲法層次之基本人權，亦不能援引憲法第二十二條，創設出採購自由權或採購參與權。誠然立法權的形成空間不得恣意與違反比例原則，然對其審查密度可望降低。

（三）如何解釋「差別待遇」具有正當性？

立法者利用政府採購制度來達成照顧原住民工作機會，原則並無違憲之虞。其次必須在手段上來審查，其必須先通過平等原則的檢驗，釋憲聲請指摘其對於國內員工總人數逾一百人的大廠商，造成削減其競爭力的差別待遇（註六），然多數意見並未對差別待遇的正當性提出較令人信服的說理。

1、第一個說法：「願者上鉤」

基於締約自由原則，既然系爭規定給予得標之大廠商更多的限制，形成其競爭上不利，大廠商儘可不必來投資。參見解釋理由書第四段提及「至代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估。」上述文字雖在說明代金之負擔不至於過高而違反比例原則，亦將得標廠商要否參與投標應當自行評估其得標後果的意旨，說明的十分透澈。

的確，在拉丁法諺中有「自願不構成非法」（Volenti non fit iniuria） 之說法，既然大廠商心甘情願承擔得標後的額外不利負擔，即不得再爭執該規定的違法性。惟此法諺適用上有前提要件，即該規定本身並不具備違法性，故能否適用在系爭規定之上？

在一般涉及基本人權限制的法規範上，不得隨便援引「自由決定要否接受限制」作為論究法規合憲性或合法性的依據。特別在涉及到基本人權的案例上更是如此，例如立法者對出版自由採行嚴格的事先審查制，立法機關即不可主張「人民儘可以不為出版行為」；或立法者制定嚴苛從事特定職業之門檻，亦不可主張「人民儘可選擇其他職業」來迴避是否牴觸平等原則或比例原則之審查。故「自願上鉤」理論並不足以作為合理化系爭規定所為之差

別待遇的正當理由。

2、第二個說法：明白「圖利小廠商」

比較直接的說法，類似「濟小扶弱」，認為大廠商之所以規模宏大，乃營業範圍與競爭能力較佳所致。至於小廠商既然財小勢弱，不必再課予額外負擔。按扶助中小企業亦為憲法委託之事項（憲法增修條文第十條第三項之規定：國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助其生存與發展。）此外依據中小企業發展條例第三十七條之規定：「各級政府及公營事業進行公告採購或興辦公共工程，應協助中小企業取得業務機會。」可見得政府採購案可成為偏惠小廠商之手段。

為此，大廠商即非與小公司爭奪每件政府採購案不可。系爭規定固可對大廠商因實施強制聘僱，而削減競爭力之情形，棄而不顧，仍硬要其與國家一併承擔所要履行之憲法義務，以偏惠小廠商，同樣履行憲法委託，取得合憲之依據。

然而多數意見認定系爭規定之要求，是基於大廠商「其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高」（解釋理由書第五段）。惟這種「安插就業」的可能性，並不能作為「課予負擔」之唯一立論。按小廠商亦更具安插臨時人員的彈性；若專以「安插可能性」作為差別待遇的唯一合理化理由時，將與「代金」制度造成矛盾。小廠商即使未具有安插就業之可能性時，亦可以藉由代金制度承擔之。故一律規定，強制聘僱制度適用於大廠商、而小廠商則承擔代金制度，會否更符合多數意見之說理乎？

系爭規定之不利於大廠商，顯見不能以「可彈性安插」作為正當性的理由，吾人是否必須另闢蹊徑，明白宣示政府採購制度乃是「劫富濟貧」的另一個版本？

大廠商既然經營規模較大，設備、人力資源與經驗，均比小廠商優越，更具競爭力。此優勢應當也會反應在競爭成本的優勢之上，故要求大廠商額外負擔強制聘僱或繳納代金，降低其獲得利潤額度，並一併承擔系爭規定所追求之重大公共利益。

反之，若大廠商無法承擔勝任此公益負擔，則更難期盼小廠商有承擔之能力。故立法者寄望大廠商承擔義務，而不及於小廠商。這種區別對待是否恣意？大廠商因額外負擔而喪失得標實力，是否達到過苛的不合比例之程度？多數意見皆採否定見解。本席則以為，大廠商應當承擔更多的公益任務。系爭規定僅（或先）對大廠商課予強制聘僱之義務，小廠商則免之，雖屬立

法權自由形成的裁量範圍。就大廠商的不利處境而言，正是立法者肯定大廠商在參與政府採購的「法定權利」，雖比小廠商較為不利，卻為實行公益任務所必需，大廠商「得標實力」的不利處境，不能夠視為憲法財產權受到侵害，其損失的僅是「獲利期待」（Gewinnchance），而不能請求法律救濟。

故捨此明白闡釋，即無法合理化系爭規定對大廠商之差別對待，同時系爭規定立法過程中，立法委員們也援引中小企業發展條例的規定，明白地秉持扶助中小企業能夠分食政府採購大餅的一部分，故方有偏惠小廠商、削弱大廠商競爭實力的系爭規定。

惜多數意見未能善盡大法官解釋方法論，應最優先考量「歷史解釋法」，考諸系爭規定的立法理由（司法院大法官審理案件法第十三條第一項），即可清楚與迅速獲得系爭規定扶助小廠商的立法目的也！（註七）。

（四）比例原則的檢驗─不無「粗糙立法」之嫌

系爭規定所為之差別待遇，若要通過平等原則之檢驗，除了在差別待遇具有合理化的基礎外，仍應審查手段是否適當而無違反比例原則。

系爭規定以得標廠商國內員工總人數一百人為基準，作為界分之標準，理由在以百分之一的強制聘僱比例計算，自應以最少百人為基礎，方能僱用一人，此為立法所追求之簡單計算方式，應予尊重（註八）。至於無法再聘僱一人的殘餘比例，則課予代金，可視為補充強制聘僱之制度，皆可視為立法者之裁量權。故以百人為基礎之計算方式，仍屬立法形成自由，尚無違反比例原則之問題。

至於百分之一的強制聘僱比例是否過重，多數意見權衡後認為並未過重。惟現行實務上發生繳納代金之數額，反而超過政府採購金額之情事，多數意見在解釋理由書第六段已作出有關機關應儘速檢討「允宜有適當之減輕機制」之宣示。

本號解釋作出檢討改進之宣示，乃事出有因。按代金本應由競標成本所吸收，在扣除代金後得標廠商仍有合理的利潤，是為事理之當然。俗語有謂：「殺頭生意有人幹，賠本生意無人做」，投標廠商誠如多數意見在解釋理由書第四段已言明，應在投標前已自行評估代金會否過高，方決定要否投標及投標金額。怎會發生「代金超過投標金額」之情事，不僅令投標廠商毫無利潤，甚至賠上血本的匪夷所思之情形（註九）？

推其因，若投標廠商都是精明之生意人，而採購機關亦應大致瞭解各採購案應有的成本與利潤額度，不應推出如此不合理與違反市場規則的採購標案。若採購機關明知，豈非事先挖下令得標者跳下之陷阱乎？其答案當屬否定。

故上述不合理現象，應歸咎於系爭規定在立法模式上的粗糙。按政府採購項目種類繁多，性質各有不同。例如有現成品採購者，一次給付即完成之採購案；有成品分期給付（例如原因案件之一即承包政府之宣傳廣告，分期於雜誌或媒體中刊登播放）；況採購之物品需要之施工與製造時間長短不一，此外是否要為採購標案另聘人手，或另尋專業性與技術性人才，系爭規定並未考量其差異性，而分別妥善規範。

又政府採購標案中的「履約期」，更是產生爭議的來源。大廠商可能擁有許多製造部門，若只參與其中一項產品之採購標案，卻將整個廠商僱用的員工人數，列入強制聘僱比例之計算。這些本應詳盡形諸於條文，界定得標廠商所承擔法定義務的事項，若僅以系爭規定的強制聘僱百分比一筆帶過，實務上發生代金額度過高以致違反比例原則的現象，也不足為奇。

多數意見對此顯然絕對過苛之規定，卻未能宣告其違憲，而僅宣告檢討改進。這種對過苛規定的「抗痛性」之高，本席深不以為然。若要得標廠商協助國家負擔安置弱勢族群工作機會的社會義務及公法義務，勢必要在得標廠商能有利可圖的前提下。系爭規定應在內容上改弦更張，關於代金之繳納上，宜以得標金額的百分比為計算標準，採行「就業扶助稅」的方式，方得遏止上述「代金超越合理利潤」，甚至「代金超越履約金額」的不合理現象。當然，若是履約金額過小，則立法者可訂定「最低履約金額」之門檻，使人民於承擔各種稅捐義務外，無庸在微薄的採購得標利潤上，再承擔不公正的負擔也。

二、原住民保障法制的再檢討

系爭規定僅在比例原則方面，提出應檢討改進的意見，且提出「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」諭知外，對於現行原住民保障法制是否具有毫無猶豫的正當性，多數意見並無質疑。誠然對原住民保障是憲法增修條文所明定，但釋憲機關既然對此制度及憲法委託之實踐情形加以檢驗，對每個實證法應以更高度的視角來對其「時代性」審慎檢視之。否則，本號解釋殷切的檢討改進之宣示，將失之空泛。若無明確修法方向供立法者遵循，修法最後將淪為不了了之，致使系爭規定仍將在原地上打轉，了無新意，故本席以為現行原住民保障法制應朝下述方向進行「體檢」。

（一）強制聘僱制度及優惠性措施適用對象的擴張

系爭規定誠然在兩個層面涉及到對平等原則的衝擊，第一個層面為涉及圖利小廠商部分，立法理由對部分之正當性訴求，十分模糊。本席則以為，應當將履行照顧原住民的義務，一視同仁。如前所述，不論得標廠商大小，皆應當課予一定比例金額（例如百分之一）的「原住民就業輔導金」。這種類似「教

育捐」、「娛樂捐」的制度，好處是獲得公平及較充沛的財源。此制度當然必需與強制聘僱原住民政策相搭配，為加強廠商僱用原住民之誘因，可採取優惠措施（例如僱用一位原住民可少若干比例的輔導金），這些都是立法者可採行的辦法。唯有改採此辦法，方能將目前對大廠商課加強制聘僱義務與代金制度的矛盾，轉變為大小廠商都應承擔代金義務之合理現象，亦更符合平等原則之要求。

在第二個層面，系爭條文對原住民及身心障礙者就業均有強制聘僱制度的特別保障。考其憲法依據，分別為憲法增修條文第十條第十二項及第七項規定。若仔細觀察前者之條文：「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。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」赫然發現，同條文也將對原住民的照顧，應及於外島之人民（澎湖、金門及馬祖地區人民）。如今系爭規定單對原住民族群提供優惠性差別待遇，為何不及於外島人民（註十）？

此外憲法同條文第九項亦規定：「國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。」難道功在國家的退伍軍人，國家豈不應當比擬照顧原住民及身心障礙者的就業機會，提供優惠的工作機會？

故由憲法同一條文，甚至同項條文中，都可得知國家應對身心障礙者、原住民、退伍軍人及外島人民，提供優惠性的措施，這四種可稱為「弱勢族群」者，都具有同樣位階獲得保障的權利。

儘管憲法委託的概念得賦予立法者有先對哪些族群提供協助，以及如何協助的形成權，但立法者必須持續地履行義務。故在第一階段，立法者僅對原住民及身心障礙者提供強制聘僱的制度保障，當可獲得合憲性的評價。其他尚未獲得扶助的族群，無法以未獲得扶助為由，而認定系爭規定違憲。

故本席認為系爭規定之所以獲得「暫時性合憲」的立論，即本於此（註十一）。

上述四種族群中恐只有身心障礙者才是客觀上就業競爭力居於弱勢地位者。至於其他三種族群，恐怕未達到要國家以立法方式施予優惠性差別待遇之必要。立法者若要完全履行保障上述四種弱勢族群之義務，立法上是否可以採行「開大門」的扶助方式？依本席之見，政府採購制度若仍維持強制聘僱之制度，則此百分之二的僱用比例（原住民與身心障礙者各百分之一），應當擴張至只要僱用上述四種弱勢族群之一即可。至於得標之小廠商仍應負擔代金之義務，已於前述。

強制聘僱比例若改採上述方式，以符合公平原則與憲法照顧所有弱勢族群之意旨，更是現代國家講求法治與福利國原則的寫照。

（二）檢討過時且容易潛伏歧視因子的原住民扶助法制

我國對於原住民的扶助、給予優惠的法律地位，的確堪稱盡心盡力。在立法委員選舉上，特別提供原住民（包括平地與山地原住民共六人）的保障名額，此制度確保了原住民能在國會內有足夠表達意見的機會（註十二）。另外在就業扶助方面，除了系爭規定施行於政府採購事務的強制聘僱外，另外同法下列三個條文亦強制保障原住民工作機會。

1、第四條（各級公營機構之比例進用）

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。

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。

2、第五條（原住民地區公營機構之比例進用）

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。

3、第十一條（承包限制）

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。

我國現行立法對原住民工作機會之保障，是否有過度保障之嫌？誠然，全國約五十萬原住民，不論是山地原住民或平地原住民，是否都處於教育、經濟或其他就業市場弱勢地位（註十三）？我們固可以舉出許多原住民事業成功的例子來予以反駁，顯示出仍以半世紀前的眼光來審視原住民的現狀，已經遠離事實甚遠（註十四）。多數意見解釋理由書第五段亦承認「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」。且此認定亦符合有關機關之調查，原住民家庭生活水準仍普遍降低，故即使原住民族群經濟狀況已有改進，但立法者履行憲法增修條文的憲法委託，其形成空間，釋憲機關固應予尊重（註十五）。

本號解釋多數意見對原住民是否仍居值得政府大力協助、輔導就業的必要性，未置一詞加以檢視，完全採納立法者的判斷。立法者履行憲法增修條文的憲法委託，其形成空間，釋憲機關固應予尊重。然本席期盼立法者在日後應全盤檢討原住民的相關扶助法制是否已經過時，有無「保護過度」之情事，而讓原住民在國家長期優惠制度與政策照顧下，養成依賴習慣而喪失積極競爭與奮鬥的活力？

（三）原住民身分法─危險的立法模式

我國對原住民提供參政與就業機會極為周詳的保護機制，但為了界定「受保護者」的資格，避免非原住民享受此差別待遇，故透過原住民身分法，對原住民身分提供認定區分的標準。

依原住民身分法第二條之規定，原住民的身分認定，不論是山地或平地原住民，採「血統主義」為主，且認定的標準為「臺灣光復前原籍在山地或平地行政區域，且戶口調查簿可證明其本人或直系血親尊親屬為原住民者。」

除上述以血統主義作為認定原住民之標準外，該法亦對原住民與非原住民結婚、生子、收養等法律行為，所產生的身分認定問題皆有詳盡規範（註十六）。

藉由立法對特定族群身分的認定，雖說是基於貫徹實施優惠與扶助政策之需要，然就被認定之國民而言，其無異已被國家公權力界定為屬於特定族群，亦即「法定族群」，雖然可由個人自由意志、或由其他法律行為（例如結婚、收養）加以變更、褪去其身分（註十七），卻仍可在法律上，追源出其曾具有原住民的身分。

這是一種「一刀兩刃」的立法方式。好的一面即基於善意的立法─例如我國的原住民法制，亦可能出於敵視或鄙視特定族群之意圖。最明顯的案例，莫如德國一九三五年十一月所公布的「紐倫堡種族法」，此法包括「血統保障法」（Blutschutzgesetz）及「帝國國民法」（Reichsburgergesetz），將德國國民仔細區分為是否具有猶太身分，例如直系血親中有多少比例的猶太血統，作為國民「法定身分」的認定標準。

由這部惡名昭彰的「國民種族區分法制」，無形中將國民由血統、族群所具有的差別，形成「法定烙印」，更為國家日後迫害特定族群取得明確認定標準。不少抨擊納粹此種種族與血統主義惡行的文獻，皆指出早已多代「日耳曼化」的猶太裔國民，透過該法的制定與施行，卻重新被定為猶太裔，而被逐出已融入同化的社會。

類似的種族（族群）區分法儘管可能出於善意的立法原意，但無論如何，

此種法律不僅明確區分「族群」，更產生強制的公信力，對有意融入其他、更廣大的社會族群者，無疑是反其道而行的絆腳石型立法。

故紐倫堡種族法在許多不少國家的人權教科書上，被引為反面教材，不僅是該法對於猶太裔國民的歧視與迫害，也在於警惕此種優惠、給予特權於國內特定族群（純亞利安人），甚至強制區分國內各族群的立法模式，可能帶來許多負面的效果，質言之，容易形成社會歧視的反作用，是為一種「危險的立法模式」，更對族群融合形成極大的考驗與阻礙。

本席之所以舉出此著名的德國立法例，乃本於言責，期盼國人不應對此類立法模式抱以浪漫的想法，應體察其可能帶來的潛在、散布歧視因子的危害！

反觀我國原住民身分法的認定時點，是以「光復前」為基準，光復至今已近七十年。當年居住於山地之原住民，可能早已遷居平地、更遑論當時已遷居平地之所謂平地原住民。臺灣地小人稠，不少非原住民也前往山地開墾、經商，若論今日臺灣居住環境原住民與非原住民早已混雜，其生活習慣、文化、語言、外表膚色、社會關係……等幾乎完全分辨不出，有無必要再以祖先之血統、且以三代人（七十年）前的血統依據，作為法制上差別待遇的判斷基準？

在光復後，我國更面臨大陸撤守，數百萬大陸人民渡過千山萬水，跋涉千萬里路來臺，其族群、血統各異，更顯示出臺灣為族群與血統融合之社會。面對大環境的轉變，豈可再被日據時代原住民與非原住民的二分法所拘泥？

故國家應對真正需要援助的原住民族群，施予法律上不同的優惠對待措施，例如真正處於弱勢的偏遠山區部落、而非透過「血統主義」認定的所有原住民族群（註十八）。這才是國家以平等的眼光重視各個族群，而將援助的力道與資源集中在急需被援助者之上，亦即應當「雪中送炭」，而非「錦上添花」。

況原住民族工作權保障法保留給原住民的工作項目─約僱人員、駐衛警察、技工、駕駛、工友、清潔工、收費管理員等，無一不是屬於勞力型、而非技術型的藍領工作，本於尊重「勞動神聖」之精神，任何憑勞力而得之生活之資均值得讚揚。若實事求是考諸立法理由，不難體會出立法者衡量上述工作「適合保留」給原住民的「客觀性」。這種對原住民工作能力「適才性」的認定，若問其有無一定之價值評判？恐不言可喻矣（註十九）！

三、結論：愛之適之以害之─建立奮發圖強、而非養成依賴性的原住民扶助政策

本號解釋的確提供國人審視現行原住民政策，是否有過度溺愛之傾向？本席認為立法者應一股作氣，重新形塑出實踐各種照顧弱勢族群之憲法委託法制。就系爭規定所建立的「強制聘僱」制度而言，應作以下之改革：第一、將強制聘僱

的範圍，應由現行獨鍾原住民及身心障礙者，擴及於外島人民與退伍軍人之上，亦即強制聘僱之人員，僅需是上述四種族群之一即足，以保障其等具有憲法位階之接受扶助權利。第二、對系爭強制聘僱制度（含代金）之適用範圍，應及於所有得標之廠商，不論規模大小，均負有履行憲法照顧弱勢族群之義務。

最後在履行憲法照顧上述四種弱勢族群之義務時，仍應特別重視「扶助是否過度」之情形，尤其是針對原住民、外島人民及退伍軍人之扶助，與身心障礙者相比，客觀而言仍擁有強健體魄，更能應付職場之挑戰也。

印度聖雄甘地一輩子提倡國民應當勤勞努力，以勤奮獲得生活之資，而非仰賴他人與外界的助力、優惠與慈善制度。並認為這種慈善制度正是會使民族繼續淪落、衰退，而扼殺了奮發向上的生機。甘地曾為此說出下面這句名言：

「如果我有權力的話，我會停止免費發放食物的機構。這種制度敗壞了民族，助長了懶惰、遊手好閒，甚至犯罪行為。這種錯誤的慈善行為，不論在物質上還是精神上，都沒有為國家增加財富，反而是在給捐贈者造成一種錯誤的成就感（註二十）。」

就以本號解釋所涉及原住民就業扶助而論，的確，原住民過去長期處於社會競爭力邊緣的地位，但國家立法若以「爛好人式」採取過度關愛的措施，而滿足社會情感之「錯誤成就感」，恐怕也要步上甘地上述警語的後塵也。

甘地的哲言警鐘，亦可與在中學教科書中讀到民國初年朱惺公所撰之「瘞菊記」裡的一句名言：「愛之適之以害之」相互輝映。我國關愛原住民，儘量保障其工作的機會，但更應當期盼他們的就業競爭力能「脫弱轉強」，進而融入到社會之中，而非一昧地依賴各種的扶助計畫，勢必將彷彿沉迷鴉片般，期盼效力一種強過一種的優惠政策，進而躲入人為的「保護傘下」，逐漸喪失競爭的實力，以及接受失敗的勇氣！

一個種族過度地耽於逸樂、隨意可獲得生活之資，必會逐步喪失毅力與勇氣。國民皆知當年滿清入關的八旗子弟，何其驍勇健壯？惟得到天下後，人人可坐領皇糧而不事生產，僅不過百年之久，數百年累積的剽悍族風，卻如水銀洩地般消失，成為孱弱不堪的「病夫一族」！

八旗子弟的慘痛歷史，斑斑在目。國人早已耳熟能詳，臺灣原本攀越崇山峻嶺，如履平地般的雄健原住民十四族子弟，豈要步其後塵乎？國人施期待於原住民者，恐應只有「發憤圖強之雄心」，而非廉價之慈善心。我國俗諺有謂「與其打魚送人，不如教其結網捕魚」，西諺亦云：「贈人麥子，莫如給予種子」，對增強原住民就業競爭力之原住民政策，應秉持此種精神也！

註一：近年來對於涉及優惠性政策的審查標準，例如德國對於立法者所為差別待遇的

形成權有無濫用的問題，聯邦憲法法院已經使用合理原則與比例原則來審查之。所謂的合理原則已經採用「新模式」，特別針對不同性別、種族之立法，必須不論就差異方法或程度上，探求有無達到「合理化」的理由，來審查有無侵犯平等原則。在比例原則審查上，更應區分成「對人差別」與「對事差別」的兩種形式。對前者的審查必須採嚴格與最高密度之基準，故和「新模式」已十分接近。可參見陳新民，《憲法學釋論》，民國 100 年修正 7 版，第 218 頁以下；本席在本院釋字第 682 號解釋所提不同意見書。

註二：這種情況往往會發生立法者屢屢不作為，讓憲法委託的規定形同具文，而使現存法制上形成嚴重的「保護不週」，此情形也包括立法者怠於行使修法在內。釋憲機關迫不得已可宣布立法者在一定期限內必須完成修法，否則相關法規失效將形成甚大的法制漏洞，迫使立法者必須遵期修法。然透過釋憲權逼迫立法積極作為，以及以釋憲內容規劃出法律具體內容，容易有架空立法權之疑慮，也會造成立法權之反彈，甚至虛應故事，在此即可看出釋憲機關的智慧與手段。可參見陳新民，〈論「憲法委託」之理論〉，刊載於：《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，2002 年 7 月 5 版 2 刷，第 80 頁以下。

註三：陳新民，〈論「憲法委託」之理論〉，第 62 頁以下。

註四：參見政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款：「購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務」；第 13 款：「委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展。」及第 14 款：「邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動。」

註五：這可解釋為人民的財產權之內容及其行使範圍，由法律加以規範之「財產權內容法定原則」，亦即哪些物品及權利，可以構成「財產權」，由法律來予以決定，最明顯的例子，「違禁品」即非憲法財產權保障的標的。參見陳新民，〈憲法財產權保障體系與公益徵收之概念〉，刊載：《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，第 296 頁以下。

註六：不僅對比起小廠商而言，對大規模之外國廠商，國內大廠商亦有可能喪失競爭力。因系爭規定只對國內得標之大廠商方設有此不利競爭之條件。

註七：系爭規定在立法院審查過程，於 5 委員會聯席會議中，不分黨派的立法委員都明白主張應透過政府採購的機會，建立保障與增加中小企業與弱勢族群的就業機會。例如韓國瑜委員主張，以美國 1992 年度預算 1,800 億 4,000 萬美元中，保留 23% 予中小企業；10% 給有色人種經營之企業，日本 1993 年

之預算為 11 兆 6,950 億日圓，保留 40% 給中小企業；蔡正元委員與蕭金蘭委員皆主張在系爭規定中，明定若干政府採購金額比例，保留給中小企業。惟最後上述明定百分比或保留給中小企業的額度之建議，均未形成共識，為系爭規定所不採。僅留下對大企業強制聘僱之規定，而不要求中小企業承擔此義務，可見得扶助中小企業，亦為系爭規定的精神！參見《立法院公報》第 86 卷第 24 期，第 380 頁以下。

註八：系爭規定於立法過程中，本諸照顧原住民與弱勢團體之精神，既然無法將一定政府採購金額比例保留給前述族群（參見註七處），立法委員遂以保障就業的方式取代之。韓國瑜委員主張強制聘僱殘障與原住民共 1% ；林忠正委員則認為以原住民就業人口占臺灣總就業人口的 2.5% ，故主張兩者合併應 2% 為妥，遂獲得共識，參見《立法院公報》第 86 卷第 24 期，第 385 頁以下。

註九：證諸臺北高等行政法院近年來許多案例中，經常出現此種不可思議的高額代金比例（代金與履約金額之比例）。例如臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3511 號案件中，代金比例即高達 490%（履約金額 146,952 元；代金 720,192 元）；臺北高等行政法院 97 年度訴字第 295 號案件中，代金比例高達 3,679%（履約金額 45,000 元；代金 1,655,808 元）；臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2988 號案件中，代金比例高達 450% （履約金額 480,950 元；代金 2,165,328 元）；最高行政法院 100 年度訴字第 1360 號案件中，代金比例高達 141% （履約金額 1,237,497 元；代金 1,749,696 元）。上述案例中代金比例之高，令人咋舌。

註十：早在系爭規定草案提出時，金門選出之立法委員李炷烽已提出質疑，認為與原住民立於同一憲法增修條文條項內之離島居民，為何沒有「離島人民工作保障法」的優惠？認為有牴觸平等原則之虞。參見《立法院公報》第 69 卷第 36 期，第 105 頁以下。事後立法院制定「離島建設條例」，雖對離島人民生活提出諸多照顧與優惠之規定，例如國民教育經費、醫療服務、交通費補助與水電費減免等，仍未有如系爭規定般，保障其在臺灣本島就業的工作機會。

註十一：本席贊同葉百修大法官在本號解釋提出之協同意見書中，引用南非憲法法院 Sachs 大法官所提出的「時間因素」之考量，認為不僅應衡諸受歧視時間的長短，也要斟酌享受優惠措施時間的長短，作為判斷優惠措施合憲與否的依據。美國聯邦最高法院 O’Connor 大法官亦認為優惠措施應為暫時性措施。

註十二：試觀立法委員選舉，全國選民約 1,762 萬人選出區域立委共計 73 席，山地原住民選民約 18 萬人與平地原住民選民約 17 萬人各選出 3 席當選名

額，其當選比例之高，僅金門、馬祖、澎湖等外島地區差可比擬。也因此有被外界被質疑「票票不等值」之嫌。惟憲法增修條文第 10 條第 12 項既規定保障原住民與外島地區人民「政治參與」之權利，故對其參政權加以特別保護，也符合憲法之意旨。

註十三：依行政院原住民族委員會 101 年原住民就業狀況調查年度報告中顯示，當年原住民勞動人口約 24 萬人，其中失業人口為 11,700 人，失業率為 4.86% 。故專家認為原住民的失業率已與一般民眾接近，失業已非原住民就業之問題，而是職業的品質與穩定。據原住民族委員會委託專家研究結論顯示，原住民失業的主因為：離家遠、親情牽絆、生活態度、學習能力與信心不足，以及社會對原住民的刻板印象等，可見原住民的失業不僅是客觀的教育水準或文化程度的低落，反而許多是「求諸於己」的主觀因素，可參見 101 年原住民就業座談會第 1、2 場之紀錄，邱汝娜教授主持之研究計畫。

註十四：在此仍可以釋字第 649 號解釋之質疑「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」相比。原住民不論在影劇、運動、演藝方面，甚至事業成功之案例，遠超過視障者，可見得原住民比起視障者而言，後者才是真正謀生與就業競爭力的弱者族群。

註十五：誠然原住民普遍生活水準仍低落於其他民眾，仍為事實。本號解釋蘇永欽大法官提出之協同意見書中，舉出一個數據：依原住民族委員會所委託之調查顯示，民國 99 年原住民家庭的每人每月收入低於我國貧窮線下者，已達 58.2% ，即顯示原住民家庭的生活水準仍普遍處於貧窮狀態也。

註十六：原住民身分法雖仍有彈性的規定，但也頗不合理，例如原住民與非原住民結婚，所生之子女，以從具原住民身分之父或母之姓，或取原住民傳統姓名者，方取得原住民身分（第 4 條第 2 項）；原住民之非婚生子女，經非原住民生父認領者，以保留母姓或原住民傳統姓名者，視為原住民（第 6 條第 2 項）。此種藉由姓名來改變身分認定，是否「圖騰化」族群的差異？

註十七：原住民身分法第 9 條有申請喪失原住民身分的規定，例如在原住民與非原住民結婚；原住民為非原住民收養；年滿 20 歲自願拋棄等情形。

註十八：本席主張比照離島建設條例，對官方認定屬於邊遠山區、生活環境艱困之原住民居住區域，給予全方面補助。且補助對象為所有居民，不限原住民族群為對象，以符合社會正義。

註十九：行政院目前也提出修法草案，將上述各種工作機會的保留規定予以刪除，而改以類似系爭規定之以機關總人數比例強制聘用。其理由在於「原住民可適合的工作應不止上述幾種為限」。顯見現行法的規範模式已過時。

註二十：甘地著，吳蓓譯，《聖雄箴言錄》，北京新星出版社，2007　年，第 178 頁。

不同意見書　　大法官　林錫堯

本意見書認為：系爭規定違反平等原則；系爭規定與其他相關條文，在形成個案過苛之情形下，違反比例原則。茲詳細說明如下：

一、本案之問題性，不在原住民族之保障目的，亦不在系爭規定之保障手段於原住民與非原住民之間是否違反平等原則之問題，乃在其保障手段是否侵害第三人之基本權、是否違反平等原則或比例原則，而逾越執行國家保護義務之界限

按依憲法增修條文第 10 條第 12 項，國家應保障原住民族，而系爭規定（指原住民族工作權保障法第 12 條第 1　項、第 3　項規定及政府採購法第 98 條有關原住民部分規定，詳如解釋理由所述，以下同）即係基於執行上述國家保護義務之目的，其目的具正當性，應無可質疑，故本案問題不在應否保障之問題。同時，本案所探究之問題，亦不在系爭規定，於原住民與非原住民之關係上，是否違反平等原則之問題。

本案問題在於，系爭規定於原住民以外之第三人（廠商）間之關係上，是否違反平等原則或比例原則？此等問題，因涉及對原住民以外之第三人（廠商）基本權之侵害，不能僅因憲法規定國家應保障原住民族，亦不能僅因系爭規定之保障手段可達成保障原住民族之目的，即可逕認系爭規定之侵害手段具備憲法上正當性。畢竟，國家執行保護義務所採取之保障手段，應有其界限，如該手段侵害第三人之基本權時，即應符合平等原則或比例原則。而依系爭規定，「依政府採購法得標之廠商」，不論投標金額大小，凡「國內員工總人數逾一百人者」（以下簡稱「大規模廠商」），一律課予僱用原住民或繳納代金之義務。系爭規定之保障手段，是否及如何侵害第三人（廠商）之基本權？是否違反平等原則或比例原則而逾越執行國家保護義務之界限？此乃本案必須究明之問題。

二、系爭規定，於政府採購招標時（對參與投標之大規模廠商）及決標後（對得標之大規模廠商），均有侵害基本權之可能性

按系爭規定係對「依政府採購法得標之大規模廠商」，課予僱用原住民或繳納代金之義務，其所採手段，對「依政府採購法得標之大規模廠商」而言，係直接的、法律上侵害其營業自由與財產權，至為顯然，因而發生系爭規定所採手段是否違反比例原則之問題。但依現代「基本權侵害」（Grundrechtseingriff）之概念，系爭規定亦有可能於政府採購「招標」時，即已違反平等原則而侵害「參與投標之大規模廠商」之營業自由與契約自由。

以下先說明「系爭規定違反平等原則部分」，次說明「系爭規定違反比例原則部分」。

三、關於系爭規定違反平等原則部分

（一）現代「基本權侵害」之概念有採廣義之趨勢，故公權力行為在基本權保障範圍內發生「直接的事實上不利影響」者，除係完全無意義或輕微之侵害外，當可認係「基本權侵害」，並得審查該公權力行為是否符合平等原則：

按所謂「基本權侵害」，簡言之係指公權力行為介入基本權之保障範圍而言。傳統的基本權侵害係以介入基本權保障範圍之公權力行為具有目的性（指公權力行為係以侵害基本權為目的，並非僅基於其他目的而發生非本意之效果）、直接性（指公權力行為主要係以發生特定法律效果為目的，並非僅雖屬有意但係間接之效果）、法形式性（指公權力行為係發生法律效力之「法行為」，並非僅生事實上效力，如以法律、行政處分、裁判等）、強制性（指對人民有拘束力之要求或禁止，必要時得以強制力貫徹之）。因而傳統的基本權侵害存在於下命、強制或禁止，例如：負擔處分（如徵收、拒絕許可、禁止行為）、法院裁判、法律限制等（註一）。

但傳統的「基本權侵害」概念已不足涵蓋所有不同之侵害可能性，此包括構成傳統的「基本權侵害」概念的四項要素，均有待檢討，因而有間接侵害（mittelbare Eingrffe） 與事實上侵害（faktische Eingrffe）之說，蓋基本權侵害可能經由事實上影響而發生（例如經由國家之警告、評價或批判等），亦可能經由間接影響而發生（註二）。學者對間接侵害與事實上侵害之概念描述，並非一致（註三），甚至有認為在間接侵害與事實上侵害之外尚有其他種類侵害之可能（註四）。但學者對「基本權侵害」之概念，均有採廣義之趨勢。

此外，學者亦設法建立現代的基本權侵害之概念。有謂：係指公權力行為使基本權主體得受基本權保障之行為成為全部或一部不能（unmoglich） 之情形（註五）。有謂：係指國家行為使個人得受基本權保障之行為「成為不能 unmoglich macht」 或造成「重大困難 erheblich erschwert」之情形，而不論其作用是否具目的性、直接或間接、法律上或事實上、有無強制性，只要其效果係源自於公權力行為，且可歸責於公權力行為，即屬之（註六）。有謂：係指違反權利人之意志而對其法益造成「非不重大之影響 nicht unerhebliche Einwirkung」 （註七）。有謂：係指公權力以可歸責方式（in zurechenbarer Weise）使基本權保障範圍內之標的遭受不利影響（註八）。有謂：所謂侵害基本權保障範圍，如國家有目的地，有時運用強制力地，限

制基本權保障範圍內之行為，即屬侵害；又如國家措施對基本權自由之行使有事實上影響、限制或使之不可能，不論係直接或間接，亦屬侵害（註九）。等等，不一而足。大致而言，其所採現代的基本權侵害之概念，側重在對基本權發生實質影響之效果（註十）。

儘管如此，對於此種傳統的基本權侵害以外之基本權侵害，仍認其界限並不明確，究應如何認定？其具體之要件為何？仍有爭議，且易誤認為只要涉及基本權即可認定係「基本權侵害」。因而強調，仍應視各個基本權及相關情況分別認定。對此，有謂：目前不作統一定義，宜就國家行為所涉之基本權分別探討何種情形可構成「基本權侵害」；對此，應考量干涉之程度與期間、各個基本權之保障目的；因而各個基本權容有不同之認定標準；但總以有逾越「重大程度 Erheblchkeitsschwelle」為必要，輕微之干涉應不構成「基本權侵害」；又對基本權之危害（Grundrechtsgefahrdungen） ，亦可能構成「基本權侵害」，對此，尤其應視是否有發生具體危險而定（註十一）。有謂：仍應視各個基本權保障目的及侵害之程度與預見可能性而定（註十二）。有謂：間接、事實上侵害是否構成「基本權侵害」，應依相關基本權之保護目的與功能是否亦當防禦此種性質之侵害而定；重點在於「違反基本權之效果」，例如：倘若對關係人之間接侵害，所造成之負擔性效果，與直接侵害基本權保障範圍之效果相同或相近，則可認係「基本權侵害」（註十三）。有謂：公權力行為係以侵害基本權為目的者，通常即屬「基本權侵害」；否則，應視影響之程度與個別化可能性而定（註十四）。有謂：公權力行為係以造成負擔性效果為目的者，通常即屬「基本權侵害」；如其目的與效果可認係傳統的基本權侵害之公權力行為之替代者，亦同；提供資訊之事實上效果，如其對基本權所保障之行為造成不利影響之方式，與傳統的基本權侵害相同者，亦同；此外，其他影響如不利於基本權之程度愈嚴重，或受限制之行為對基本權之行使愈重要，則愈宜認其構成「基本權侵害」（註十五）。

然而，學者大多認為，如係完全無意義（如僅屬日常生活之不便或主觀之感受）或輕微之侵害，不屬「基本權侵害」（註十六）。且必須至少是可歸責於公權力行為，始屬「基本權侵害」（註十七）。亦有進一步分析：如係公權力行為單獨造成影響，通常可歸責於公權力行為，此屬直接的事實上侵害；如公權力行為僅係造成影響原因之一，且因人民之行為始發生影響，則屬間接的事實上侵害，必須該公權力行為係以引起人民之行為為目的，始得認可歸責於該公權力行為；又如國家對人民之行為有預見可能且予以容忍，則通常可認係可歸責於公權力行為（註十八）。

總之，吾人可以肯定：在現代的「基本權侵害」之概念下，公權力行為在基本權保障範圍內發生「直接的事實上不利影響」者，除係完全無意義或輕微之侵害外，當可認係「基本權侵害」，並得審查該公權力行為是否符合平等原則。至如公權力行為在基本權保障範圍內僅發生「間接的事實上不利影響」者，是否構成「基本權侵害」，仍應視各個基本權及相關情況分別認定。

準上所述，以下試說明本案系爭規定何以違反平等原則之理由。

（二）系爭規定雖係對「依政府採購法得標之大規模廠商」課予僱用原住民或繳納代金之義務，但因其造成「大規模廠商」於參與政府採購投標時之特別負擔，事實上直接不利影響「大規模廠商」之投標能力與意願，形成「參與政府採購投標廠商」之間之不平等地位，對「大規模廠商」之營業自由與契約自由構成「直接的事實上侵害」，對此差別待遇復無憲法上正當理由可資為憑，已逾越執行國家保護義務之界限，故系爭規定有違平等原則：

按廠商參與政府採購投標，係屬於憲法保障之營業自由與契約自由之保障範圍（本院釋字第 514 號、第 576 號、第 580 號、第 716 號解釋意旨參照）。系爭規定雖係對「依政府採購法得標之大規模廠商」課予僱用原住民或繳納代金之義務，於法律上，係直接限制「依政府採購法得標之大規模廠商」之基本權，並非拘束得標前之行為，但事實上，「大規模廠商」於參與政府採購投標時，必須考量其得標後僱用原住民或繳納代金之支出，將此種支出納入成本計算，作為決定投標金額之因素，較之「非大規模廠商」於計算投標金額時，不須負擔此種成本而言，形成一種特別負擔。尤其於政府採購採最低標之情形，不僅因而提高「大規模廠商」之投標金額，而處於較不利之競爭地位，甚至因無法獲得預期之利潤，或因僱用原住民應支出之金額或應納代金之金額高於得標金額，致放棄投標之機會。在廠商規模不變（即依系爭規定，不論投標金額多少，得標後僱用原住民或繳納代金之具體義務內容恆不變，亦即應支出或繳納之金額係屬固定）之前提下，投標金額愈小，其相對應支出或繳納之金額之比例愈高，甚至事實上有高於投標金額數倍乃至數拾倍之情形（此種情形，並非單一個案，應予正視），顯然於參與政府採購投標時，「大規模廠商」事實上係處於不平等之不利地位。此係因系爭規定直接造成之「事實上不利影響」，當可認係「基本權侵害」，即係對「大規模廠商」營業自由與契約自由之侵害。且此種情形，事實上使採購機關未能運用「大規模廠商」之資源，以實現其行政目的，於公益亦屬不利。

再者，如解釋理由書第一段所述：「國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則。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（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七〇一號解釋參照）。」上述侵害「大規模廠商」營業自由與契約自由之差別待遇手段，其「差別待遇之目的」為何？是否正當？顯然不能僅以國家保障原住民族為「差別待遇之目的」，更遑論「差別待遇之目的」是否具備正當性，仍有待檢驗。再者，如何認定系爭規定所採差別待遇之手段具有憲法上正當理由？顯然亦不能僅以國家保障原住民族之目的，逕認其所採之手段具有憲法上正當理由。又關於此一問題之判斷，為何以「所採取之分類手段」與「差別待遇之目的」之間具有「合理之關聯性」為基準，而非以有「實質之關聯性」為基準？又如何認定上開二者具有「合理之關聯性」？這些問題，解釋理由書第五段雖有觸及，但仍未充分明確說明，尚不足證明系爭規定所採行之差別待遇手段具有憲法上正當理由。

質言之，除系爭規定等所採之手段造成「大規模廠商」事實上係處於不平等之不利地位外，立法者並非不能採取其他不違反平等原則之更適當手段（例如：以得標金額一定比例之金額作為認定其義務之基準，並分別情況採行適當之要求或措施），來達成保障原住民族工作權之目的。足證系爭規定之手段，並非達成目的所必要，甚至因其係為執行便利而簡化手段，卻實際上造成不合理現象，致堪認係出於恣意，欠缺憲法上正當理由。系爭規定既以差別待遇手段侵害「參與政府採購投標之大規模廠商」之營業自由與契約自由，且無憲法上正當理由，自屬違反平等原則，而不符憲法保障營業自由與契約自由之意旨。

四、關於系爭規定與其他相關條文違反比例原則部分

（一）除系爭規定外，尚有其他有關僱用原住民或繳納代金之規定，與系爭規定間具有重要關聯性，應一併納入審查。

由於系爭規定僅係課予「依政府採購法得標之大規模廠商」僱用原住民或繳納代金之義務，至繳納代金之計算方式，係由原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定：「前項及第十二條第三項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」另政府採購法施行細則第 107 條第 2 項規定：「依本法第九十八條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」第 108 條第 2 項規定：「前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足一月者，每日以每月基本工資除以三十計。」（上述三項規定合稱「相關條文」），均係為執行系爭規定之僱用原住民或繳納代金義務而設

，或因其與系爭規定具重要關聯性，或因其為確定終局判決所適用，均難略而不論，應一併納入審查。

（二）系爭規定與相關條文適用結果，有致「個案過苛」而嚴重侵害「依政府採購法得標之大規模廠商」財產權與營業自由之情形，已逾越執行國家保護義務之界限，就此而言，有違比例原則。

按我國釋憲實務，向有因法規適用結果導致個案過苛，因而認該法規在此範圍內違反比例原則之例。例如：於釋字第 641 號解釋就目的正當性、適當性及必要性都加以論述，而最終係以「罰鍰金額有無限擴大之虞，可能造成個案顯然過苛之處罰，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此未設適當之調整機制」不符妥當性，認有違比例原則。又例如：於釋字第 669 號解釋亦就目的正當性、適當性及必要性加以說明，最後則以「未能具體考量行為人違法行為之惡害程度，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義」致罪責與處罰不相對應而有違比例原則。又例如：於釋字第 685 號解釋論及目的正當性，而以「系爭規定之處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰部分，逾越處罰之必要程度而違反憲法第二十三條之比例原則」作為說理。又例如：近期的釋字第 716 號解釋，論述目的正當性、適當性、必要性後，另從「惟交易行為之金額通常遠高甚或數倍於交易行為所得利益，又例如於重大工程之交易，其交易金額往往甚鉅，縱然處最低度交易金額一倍之罰鍰，違規者恐亦無力負擔。系爭規定二可能造成個案顯然過苛之處罰，立法者就此未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度」為個案過苛之論理。

本案如前所述，系爭規定與相關條文適用之結果，對「依政府採購法得標之大規模廠商」課予僱用原住民或繳納代金之義務，即不論得標金額多少，均依其原來規模（廠商之國內員工總人數）之大小，使其負擔僱用原住民應支出或應繳納代金之一定金額支出，其得標金額愈小，相對地因其得標而固定應支出或繳納之金額之比例愈高，甚至有應支出或應納代金之金額高於得標金額數倍乃至數拾倍之情形（此可參酌釋憲聲請書及其附表所述，並查考相關之行政院訴願決定書、行政法院判決書而知），對「依政府採購法得標之大規模廠商」形成「個案過苛」，當非憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民族之本意，顯已逾越執行國家保護義務之界限，核諸狹義比例原則要求公權力行為所欲達成目的之公益（保障原住民族工作權）與因而侵害人民權利之程度（得標之大規模廠商之財產損失）之間，應有適當比例關係之標準以觀，顯然造成得標之大規模廠商不成比例之負擔，嚴重侵害其財產權與營業自由，自有未合。

就此而言，系爭規定與相關條文均有違比例原則。

多數意見對於因系爭規定與相關條文適用之結果，事實上造成對「依政府採購法得標之大規模廠商」個案過苛，而侵害其財產權與營業自由之情形，未能探究其侵害之嚴重性與非單一性，並依往例宣告系爭規定與相關條文違憲而應定期失效，以促立法者儘速妥適修法，卻以檢討改進之釋憲模式，僅要求立法者應有適當之減輕機制，不僅有未竟其功之憾，且因其肯定系爭規定之合憲性，而未務實面對問題，提出切合實際之憲法上要求，徒增未來修法之困難。

註一：Heinrich Wilms, Staatrecht Ⅱ Grundrechte, 2010, Rn 187ff；Christian Bumke/Andreas VoBkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 73.（引用 BVerfGE105, 279, 300）

註二：Michael Kloepfer, Verfassungsrecht BandⅡ, 2010, §51 Rn. 26ff；Heinrich Wilms, Staatrecht Ⅱ Grundrechte, 2010, Rn. 190. 德國聯邦憲法法院裁判亦將基本權侵害之概念擴大至間接侵害與事實上侵害（BVerfGE105, 279, 299）。

註三：例如有謂：事實上侵害，指行政上事實行為之侵害；其效果並非在基本權保障範圍內作有拘束力之規律（規制），而是妨害或危害基本權之行使；但不包括因違法之公權力行為致生損害賠償請求權之情形在內；間接侵害，指非以限制基本權為目的，但對基本權之行使產生不利效果之規律（規制）；又如對相對人之負擔性公權力行為進而侵害第三人者，對該第三人亦可能構成間接侵害（Heinrich Wilms, Staatrecht Ⅱ Grundrechte, 2010, Rn. 191.）。有謂：間接侵害，指某一特定公權力行為是多種原因之一，其與其他原因共同作用造成不利之結果者；事實上侵害，指欠缺目的性或直接性。非目的但係直接之侵害，亦屬之，而與間接侵害有別；事實上侵害造成關係人不利之效果，可能係出於有拘束力之下命，亦可能出於僅係使關係人事實上遭受之非規律性公權力行為。（Helge Sodan/Jan Ziekow, Grundkurs Offentliches Recht, 2. Aufl., 2007, §24 Rn. 7.）。有謂：間接侵害，指對第三人而非直接對相對人之侵害；事實上侵害，指國家對基本權之自由範圍之事實上影響，而非法律上影響（Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfauf, Grundgesetz, 12. Aufl., 2011, Vorb. V. Art. 1, Rn. 36.）。

註四：例如：Christian Bumke/Andreas VoBkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 75. 將傳統的基本權侵害以外之「侵害」概念區分為四種影響：事實的、間接的、非目的的、非強制的；Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG（2007）, Vorb. vor. Art. 1 Rn. 28. 將傳統的基本權侵害以外之「侵害」概

念區分為四種侵害：事實的、間接的、影響性的（influenzierende Eingrffe 即給予某種利益使拋棄行使基本權）、基本權之危害。

註五：Heinrich Wilms, Staatrecht Ⅱ Grundrechte, 2010, Rn. 192；Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatrecht Ⅱ, 29. Aufl., 2013, §6, Rn. 253.

註六：Michael Kloepfer, Verfassungsrecht BandⅡ, 2010, §51 Rn. 31.

註七：Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfauf, Grundgesetz, 12. Aufl., 2011, Vorb. V. Art. 1, Rn. 36.

註八：Christian Bumke/Andreas VoBkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 76.

註九：Reinhold Zippelius/Thomas Wurtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., 2005, §19,Ⅱ1（S.184）

註十：我國學者亦不乏採上述廣義「基本權侵害」之見解者，相關論述詳如：蕭文生，〈自基本權保障觀點論街頭監視錄影設備裝設之問題〉，收錄於《法治與現代行政法學─法治斌教授紀念論文集》，公益信託法治斌教授學術基金，2004 年 5 月，頁 245-246；許宗力，〈基本權利：第六講─基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室雜誌》，第 11 期，2003 年 9 月，頁 69-70；許育典，《憲法》，元照，四版，2010 年 8 月，頁 150-152；李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，收錄於氏著《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 82-85；法治斌、董保城，《憲法新論》，元照，三版，2008 年 9 月，頁 172-173；陳慈陽，《憲法學》，自刊，2004 年 1 月，頁 394；林三欽，〈論基本權利之侵害〉，收錄於《憲法解釋之理論與實務》（第二輯），中央研究院中山人文社會科學研究所，2000 年 8 月，頁 444-456。

註十一：Michael Kloepfer, Verfassungsrecht BandⅡ, 2010, §51 Rn. 33ff.

註十二：Heinrich Wilms, Staatrecht Ⅱ Grundrechte, 2010, Rn. 193.

註十三：Helge Sodan/Jan Ziekow, Grundkurs Offentliches Recht, 2. Aufl., 2007, §24 Rn. 7.

註十四：Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfauf, Grundgesetz, 12. Aufl., 2011, Vorb. V. Art. 1, Rn. 36.

註十五：Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG（2007）, Vorb. vor. Art. 1 Rn. 29.

註十六：Heinrich Wilms, Staatrecht Ⅱ Grundrechte, 2010, Rn. 201；Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatrecht Ⅱ, 29. Aufl.,

2013, §6, Rn. 260；Christian Bumke/Andreas VoBkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 77.

註十七：Heinrich Wilms, Staatrecht Ⅱ Grundrechte, 2010, Rn. 192；Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatrecht Ⅱ, 29. Aufl., 2013, §6, Rn. 253；Christian Bumke/Andreas VoBkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 77.

註十八：Christian Bumke/Andreas VoBkuhle, Casebook Verfassungsrecht,2013, Rn. 78.

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（註一），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（註二）兩種。上開規定，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（註三）。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。此以政府採購得標廠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（註四），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間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

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（註五），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，豈非倒果為因？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

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，使原住民族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、造成廠商間非公平競爭、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（註六），可為佐證。

註一：參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）」

註二：參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）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）」

註三：參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）」

註四：系爭規定僅適用於國內員工總人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

註五：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 年度訴字第 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。

註六：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 101 年 7 月 20 日原民衛字第 1010037490 號函參照。

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（註一）。

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。

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，則應進一步依憲法第二十三條所規定「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作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憲法第二十三條之規範，至於侵害憲法第七條平等權之情形則不受憲法第二十三條之規範。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」（包括憲法第七條之平等權）「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（依行政院原住民族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。

叁、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。

註一：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，有義務訂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，或其積極平權作法遭質疑之承包商，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訂定其積極平權計畫。

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作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）。

抄興農股份有限公司代表人楊文彬釋憲聲請書

為就原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及同法第 24 條第 1

項規定恐牴觸憲法第 7　條人民平等權及憲法第 15 條所保障之締約自由權，依法謹呈聲請書聲請　貴院解釋：

壹、聲請解釋憲法之目的

臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2169 號判決（附件一）、最高行政法院 99　年度判字第 205　號判決（附件二）所依據之原住民族工作權保障法第 24 條第 1　項，有損及憲法上所保障之人民平等權，另同法第 12 條第 1　項則限制人民締約上之自由，亦違反憲法第 22 條保障人民權益之規定，爰依司法院大法官審理案件法第 5　條第 1　項第 2　款之規定，向　貴院聲請解釋憲法。

貳、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文

緣聲請人依政府採購法標得臺中縣大雅鄉文雅國民小學午餐公辦民營廠商評選採購案等 96 件，履約期間聲請人僱用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1　項之標準，遭行政院原住民族委員會依同法第 12 條規定向聲請人追繳原住民就業代金。聲請人則以同法第 24 條第 1　項前段賦予政府機關三年緩衝期間之規定應一體適用於依政府採購法得標之廠商為由，提起訴願及行政訴訟答辯。

案經臺北高等行政法院以 96 年度訴字第 2169 號判決：此三年緩衝期間所以僅賦予政府機關、公立學校及公營事業機構，乃因渠等依原住民族工作權保障法第 4　條及第 5　條規定，平時即應照比例進用原住民，其所負的義務程度遠較得標廠商於履約期間內始須照比例僱用原住民者為高，又公部門於進用人員時，因受限於員額編制及任用資格問題，且公部門進用人員亦須受到各該職缺管理辦法或聘用條例之規範，故規範主體不同、適用期間密度、執行方式亦有所差異，立法者為此為合理差別待遇，並未違反平等原則等為由駁回聲請人之訴訟。嗣經聲請人提起上訴，經最高行政法院 99 年度判字第 205　號判決敗訴確定在案，惟該院並未就前開聲請人所主張事項予以表明見解。

另觀諸同法第 24 條第 1　項但書規定，政府機關、公立學校及公營事業機構僱用原住民之人數，經函請各級主管機關推介者，於主管機關未推介進用人員前，免繳代金。惟立法者未就一般民營事業有相同之規定，對此無異於賦予上開公部門得以脫免繳納代金責任之藉口，此間差別性待遇難謂有其合理之依據存在。

綜上所陳，原住民族工作權保障法針對原住民於工作權益上設有保障比例之規定，迫使參與政府採購之廠商必須聘僱一定數量之原住民，已限制人民締約自由。另同法對於政府機關等公部門不僅設有三年緩衝期之規定，更甚制定免除課予代金之後門條款，此顯然偏向政府機關等公部門而予以優惠性差別待遇，致使

一般民營機構無法與其有同等例外規定之適用而需面臨高額代金之徵收，顯然有違平等原則，是原住民族工作權保障法第 12 條及第 24 條第 1 項之規定顯有侵害憲法第 7 條及第 22 條所保障人民之平等權及締約自由權。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、人民之締約自由乃受憲法保障，原住民族工作權保障法第 12 條規定要求參與政府採購之廠商須僱用原住民達一定比例，限制人民締約自由之權且有違憲法第 23 條比例原則規定，應予宣告違憲。

1. 按基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換。憲法第 15 條保障人民之財產權，使財產所有人得一財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源；憲法第 22 條保障人民之契約自由，使契約當事人得自由決定其締約方式及締約內容，以確保與他人交換生活資源之自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第 23 條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。此為貴院釋字第 580 號解釋所明白揭櫫。

2. 查原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定，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。如得標廠商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。是本條規定強制要求國內員工總人數逾一百人而依政府採購法得標之廠商，應僱用百分之一以上的原住民，否則即受到代金的處罰，已限制得標廠商選擇締約對象之自由。

3. 就上開限制是否符合憲法第 23 條比例原則，因契約自由涉及確保人民獲得足以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源，故就本件涉及選擇締約對象自由權之限制，應至少採取中度審查標準，即在目的合憲審查方面，要求系爭限制自由之法律所追求目的需是重要公益；手段適合、必要與合比例審查方面，就立法事實之認定，在斟酌一切相關情況、事實與知識之基礎上，審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持（參貴院釋字第 584 號解釋許宗力大法官協同意見書）。

4. 首先就目的合憲審查方面，系爭法律追求保障原住民族工作權益，應符合重要公益之要件。然就手段適合性審查方面，系爭條文不分得標廠商產業類別，一律要求僱用百分之一以上的原住民，單從文義上似乎可保障原住民族工作權益，然實際上原住民整體教育程度明顯偏低，從事的工作多以低技術性或體力性

的工作為主。而此種因教育程度影響工作型態及工資，且受教育機會又與家庭經濟狀況有關，這是歷史、文化、社會環境的長期影響所導致的結果，要扭轉現狀需長時間的培育，並透過制度性的協助及培植方可達成，非一蹴可幾。此為行政院原住民族委員會所自承（附件三），是系爭條文在手段上並不適宜達到其所追求之目的。另就手段必要性審查：系爭條文不分得標廠商產業類別及政府採購案之內容，一律要求僱用百分之一以上的原住民，否則即受到代金的處罰，對照行政機關為促進就業，仍可採取類似「大專畢業生至企業職場實習方案」等補助或補貼方案協助原住民就業，是系爭條文在手段上顯然並非屬於最小侵害手段。

二、憲法所保障之平等權係以實質平等為依歸，原住民族工作權保障法第 24 條第 1 項規定賦予政府機關等公部門享有三年緩衝期間及免予繳納代金之條件規定，然就依政府採購法得標且國內員工總人數逾一百人者之廠商並未設有類似規定，顯有侵害憲法保障人民平等權，違反平等原則之嫌。

1. 按中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。中華民國憲法第 7 條定有明文。而憲法第 7 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。此為貴院釋字第 211 號、第 485 號、第 596 號解釋所闡明。是立法機關於法規範上欲為差別待遇之際，即應具備合理差異之基礎，始能謂符合憲法第 7 條所揭櫫之實質平等原則，而此即為平等權之核心。
2. 查依據原住民族工作權保障法第 24 條第 1 項規定，立法者不僅賦予各級政府機關及公部門於應僱用原住民達第 5 條所定之比例，得有三年緩衝期，另變相給予其免予繳納代金責任之免責條件。縱立法者有如臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2169 號判決所述，考量公部門機關受限於員額編制、任用資格問題及平時有僱用原住民之義務等理由，惟仍無法符合作為合理性差別待遇之基礎，且難謂無恣意之嫌。
3. 蓋單就僱用人與受僱人間之法律關係來看，政府公部門與受僱原住民雙方法律關係確實為私法上僱用契約行為無疑，法院見解認為公部門人員之進用，亦需受到各該職缺之管理辦法或聘用條例之規範等云云，惟何謂職缺管理辦法，其內容為何，未見法院詳細說明其中差異，且就一般民營企業而言，企業內部同樣也有職務上各種管理規則應予以遵循，且企業組織於招募員工同時也需面臨到內部編制的變更、招募人才條件及應徵聘僱人選流動率不確定等狀況，是就此而言，政府機關公部門與民營企業間並無二致。

4. 次就政府機關公部門平時即有僱用原住民之義務部分以觀，一般民營企業一旦參與政府採購，依照原住民族工作權保障法之規定，於契約存續期間得標廠商即須符合該法僱用原住民之標準，無法自行選擇僱用對象。及至契約終止後，民營企業仍然受到勞動基準法之拘束而不能即時調整員工結構，是故於此情形下，民營企業於平時依法即有僱用原住民勞工之必要，此與政府機關等公部門平時具有僱用原住民並無不同，縱法規範上要求政府機關等公部門有僱用原住民之義務，惟政府機關等公部門有所違反之際，並無其他實際罰則或懲處，其結論與民營企業相同均應繳納代金，則以此而論，政府機關等公部門與民營企業間並無合理差別待遇之基礎，卻立法者給予政府機關三年緩衝期間之優惠性待遇，無視於民間業者亦相同面臨難題，其中差別待遇復無合理之基礎，顯與憲法上平等原則相違背。再者依原住民族工作權保障法第 12 條第 2 項規定，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。然中央勞工主管機關行政院勞工委員會遲至民國 94 年 1 月 25 日方以勞職公字第 0940500307 號令訂定發布原住民待工期間職前訓練經費補助辦法。立法機關於立法之際未給予本條施行之緩衝期間在先，行政機關復又未依法協助輔助廠商於後，置廠商背負不合理的差別待遇義務於不顧，顯非當初立法之目的。
5. 又原住民族工作權保障法第 24 條第 1 項但書以政府機關等公部門於函請主管機關推介而未獲推介前，即免繳代金之責，則形同報備免責之情事。蓋徵人求才皆有一定程度之不確定性，涉及人選、求職意願、本職學能等事項，並非一開出職缺需求，即有適當人選前來應聘，此不論係政府機關公部門抑或民營企業皆然。若以原住民族工作權保障法之目的係為保障原住民就業，且充實原住民族綜合發展基金以促進原住民族發展之推動，則於未僱用足額之原住民時，應一視同仁均負繳納代金之責，今卻以報備推介未果為免責之擋箭牌，將實質促進原住民族發展基金充實之責任完全轉嫁由民間企業承擔，此亦顯然違反憲法所保障之平等真諦。
6. 綜上所陳，政府機關等公部門與民營企業在招募人才、組織管理及變動、法規義務上並無二致，意即此間並無合理差別待遇之基礎，立法者卻予政府機關公部門緩衝期及變相免責條款等優惠性待遇，與憲法上平等原則不相符合，有違憲之虞。

肆、關係文件之名稱及件數

附件 1：臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2169 號判決影本。

附件 2：最高行政法院 99 年度判字第 205 號判決影本。

附件 3：行政院原住民族委員會民國 99 年 3 月 5 日新聞稿影本。

此 致

司 法 院 公鑒

具狀人：興 農 股 份 有 限 公 司

代表人：楊 文 彬

中 華 民 國 99 年 6 月 3 日

（附件二）

最高行政法院判決 99 年度判字第 205 號

上 訴 人 興農股份有限公司

代 表 人 楊 文 彬

訴訟代理人 張 慶 宗 律師

被 上訴 人 行政院原住民族委員會

代 表 人 孫 大 川

上列當事人間原住民族工作權保障法事件，上訴人對於中華民國 97 年 4 月 10 日臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2169 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、本件被上訴人以上訴人標得臺中縣大雅鄉文雅國民小學午餐公辦民營廠商評選採購案等 96 件，履約期間自民國 91 年 1 月 1 日至 94 年 6 月 30 日，其中 91 年 1 月 1 日至 93 年 8 月 31 日（即該會第 1 階段追繳期間）每月僱用員工總人數均逾 100 人，惟進用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項之標準，乃依同條第 3 項規定發單向上訴人追繳原住民就業代金新臺幣（下同） 8,360,352 元。嗣以 94 年 9 月 30 日原民衛字第 09400294661 號函將前開追繳原住民就業代金變更為 4,362,336 元。上訴人不服，提起訴願，經行政院以院臺訴字第 0950084319 號訴願決定將原處分撤銷，由被上訴人於 2 個月內另為適法之處分。案經被上訴人重行審查，以 96 年 1 月 11 日原民衛字第 0960002137 號處分書向上訴人追繳原住民就業代金 4,264,128 元。上訴人不服，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、上訴人起訴主張：（一）對照原住民族工作權保障法第 4 條第 1 項規定與同法第 12 條第 1 項之規範文義，上訴人應與政府機關等，同有適用原住民族工

作權保障法第 24 條第 1 項所設三年緩衝期。如有差別待遇，縱形式上符合法律保留原則，惟仍違反憲法第 7 條所揭櫫之平等原則。況原住民族工作權保障法係 90 年 11 月 2 日生效，則上訴人所應擁有之緩衝期，應至 93 年 11 月 2 日始屆至。（二）上訴人前因信賴依政府採購法得標之採購契約，並依採購契約有可信賴之基礎及信賴利益存在。然相關案件招標機關，係由各縣市政府單位等之專人負責，應知行政院公共工程委員會 90 年 11 月 13 日工程企字第 90044255 號公告，卻仍在各採購契約規定上訴人應僱用身心障礙人士及原住民合計達百分之二即可。上訴人實依約履行僱用義務，自應受有保障。且上訴人依法招募，原住民人數始終無法僱足，係客觀情事所不能達成。被上訴人以每月計算上訴人是否僱用足額原住民並據此科處代金，顯有違比例原則。（三）況原住民族工作權保障法或施行細則並未就履約期間何時點應僱足原住民人數作細節性或技術性規範。被上訴人以履約期間內各個月份按月計算人數，將造成同一採購合約履約期間內，縱有部分月份已僱足原住民人數，僅因其他月份未僱足原住民人數而遭被上訴人科處代金之不合理現象，解釋上應以得標廠商履約期間屆滿當月份是否僱用足額原住民作為科處代金基礎，始為允當。被上訴人援引政府採購法施行細則第 107 條第 1 項認履約期間內應按月計算是否僱足，惟該第 107 條第 1 項並非定義代金計算之依據，且是否具合法性，訴願決定理由均未敘明，顯有違誤。又政府採購法施行細則第 107 條第 2 項規定僱用身心障礙者及原住民各須達百分之一以上，與政府採購法第 98 條規定（僅需合計達百分之二以上即可）顯有牴觸等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分。

三、被上訴人則以：（一）原住民族工作權保障法第 4 條、第 5 條及第 12 條，目的雖然相同，但規範主體、適用期間及執行方式有所差異。政府機關等平時即應比例進用原住民，其所負的義務遠較得標廠商於履約期間內始需比例僱用原住民者為高，故有第 24 條第 1 項所設之三年緩衝期。且公部門進用人員，需受到各該職缺之管理辦法或聘用條例之規範，非立於私人地位從事私法僱用契約行為。故實已斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，並未違反平等原則。（二）行政院公共工程委員會 90 年 11 月 13 日 (90) 工程企字第 90044255 號令公告並刊登於政府採購公報，依政府採購法得標之廠商即應遵守第 12 條之規定；另 91 年 11 月 27 日亦修正政府採購法施行細則第 107 條，上訴人前已承接並履行其他標案，自不得以契約雙方未明文規定或不知法律為由，主張免除法定僱用義務。且未僱用足額者始需繳納代金，屬特別公課，無涉有無歸責性，是以故意過失與否本在所不問。且原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、第 24 條第 2 項、政府採購法第 98 條、政府採購法施行細則第

107 條、第 108 條，已明定得標廠商本應於履約期間內，按月繳納上月之代金，而非於履約屆滿之隔月繳納上月代金。被上訴人對於計納代金之方式，並無裁量空間，是屬羈束處分。又縱如上訴人所言招募有客觀不能之情事，代金之繳納係代負其教育、訓練、輔導就業等應盡而未盡之義務，亦達原住民族工作權保障法促進並保障原住民工作權及經濟生活之目的。（三）勞工保險局（下稱勞保局）事實上僅能提供每月月底投保人數，並曾函予被上訴人說明目前並無統計投保單位每月一日投保人數之機制。且其所提供之月底生效人數係指扣除當月份退保之被保險人人數後，事業單位仍加保生效中之被保險人人數。被上訴人作成對上訴人處分，係以其各月份所據員工總人數即係依勞保局提供之前月月底投保人數將其退月後作為當月份國內員工總人數，且因各該數據已扣除當月月底退保者，故每月月底投保生效人數實已相當接近次月一日之生效人數。惟遇有例外情形，如人數差距逾百人致影響代金數額變動時，得標廠商亦能舉出反證，被上訴人必當予以審酌。（四）系爭處分是追繳上訴人統一編號「 51911712 」於標案履約期間內，未足額僱用原住民之代金；上訴人以統編「 93912072 」得標乙事，被上訴人請經濟部協助確認統編「 93912072 」之疑義，經該部以 97 年 2 月 5 日經授商字第 09701029120 號函回覆說明並無統編「 93912072 」之相關資料可稽，另併附上訴人之最新公司變更登記表供參。是此，被上訴人將不對於統編「 93912072 」得標之案件，另向上訴人追繳代金等語置辯，求為判決駁回上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一） 90 年 10 月 31 日公布施行（同年 11 月 2 日生效）之原住民族工作權保障法第 24 條第 1 項前段規定：「本法施行 3 年後，各級政府機關、公立學校及公營事業機構僱用原住民之人數，未達第 4 條及第 5 條所定比例者，應每月繳納代金。」同法施行細則第 12 條規定：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構僱用、進用原住民之人數未達本法第 4 條及第 5 條所定比例者，應依本法第 24 條第 1 項規定，自 93 年 11 月 2 日起，於每月 10 日前向中央主管機關設立之原住民就業基金專戶繳納當月之代金。」準此，各級政府機關、公立學校及公營事業機構未達原住民族工作權保障法第 4 條、第 5 條所定比例者，自 93 年 11 月 2 日起始須按月繳納未足額僱用之代金；惟廠商依政府採購法得標者，自原住民族工作權保障法於 90 年 11 月 2 日施行生效後，即應依同法第 12 條第 1 項之規定，於履約期間內負有僱用原住民之義務，如未達法定比例者，即應按月繳納代金。上訴人雖主張原住民族工作權保障法第 24 條第 1 項所設之三年緩衝期，未一體適用於依政府採購法得標之廠商，顯有違反憲法第 7 條之平等原則

云云。惟按此三年緩衝期所以僅賦予政府機關、公立學校及公營事業機構，乃因渠等依原住民族工作權保障法第 4 條及第 5 條規定於平時即應照比例進用原住民，其所負的義務程度遠較得標廠商於履約期間內始須照比例僱用原住民者為高。又公部門於進用人員時，因受限於員額編制及任用資格問題，故於原住民族工作權保障法第 4 條、第 5 條課予各級政府機關、公立學校及公營事業機構平時僱用原住民之義務，本應排除具公務員身分者。且該法第 4 條及第 5 條所規定五類人員之進用，亦須受到各該職缺之管理辦法或聘用條例之規範，非如上訴人所言單純係公部門立於私人地位從事私法僱用契約行為。是觀原住民族工作權保障法第 4 條、第 5 條及第 12 條之規範目的雖均為促進原住民族就業，然因規範之主體不同，適用期間密度、執行方式亦有差異。故按不同性質之事物為不同之處理，立法者對此為合理之差別待遇，未予得標廠商三年緩衝期，尚難謂違反平等原則。（二）行政院公共工程委員會為因應原住民族工作權保障法於 90 年 10 月 31 日公布施行，早於 90 年 11 月 13 日以 (90) 工程企字第 90044255 號令公告揭示：配合原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定，修正得標廠商依政府採購法第 98 條代金繳納之方式須依身心障礙者保護法第 31 條及原住民族工作權保障法第 12 條規定，各均不得低於總人數百分之一；並刊登政府採購公報周知。另於 91 年 11 月 27 日配合修正政府採購法施行細則第 107 條，明定「依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入」，核與原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 1 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」，悉相符合，自不生牴觸母法之問題。上訴人參與投標時，本應就攸關自身權益之採購事項所涉及之法令規定，善加注意。其雖主張得標案件中 20 件之採購契約僅明定應僱用身心障礙者及原住民人數合計百分之二等語，惟上訴人於標得該 20 件標案前，即已承接並履行其他標案，應已知悉上開相關法令之規定，且該等條文係為配合協助原住民就業及經濟發展之政策目標，以政府採購作為保障原住民工作權之政策工具，得標廠商須依法僱用足額原住民，及於僱用不足額時須繳納代金，係屬強行規定，自不得以契約雙方未明文規定或不知法律為由，據以主張免除法定僱用之義務。再者，原住民族工作權保障法第 12 條係課予標得政府採購案之廠商僱用法定比例原住民之義務，未僱用足額者始須向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，係國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，性質上屬於特別公課，究與行政罰有別，無涉有無歸

責性，是以有無故意過失，本在所不問。（三）依據前揭原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、第 24 條第 2 項、第 3 項、政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條、身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項前段規定內容，並未賦予被上訴人對於追繳代金的要件、計算代金之標準有任何裁量空間，只要有特定構成要件事實存在，被上訴人即應為特定法律效果之處分，而無權選擇作為或不作為，或選擇作成不同法律效果之處分，係屬羈束處分，依被上訴人之權責，本無違反比例原則可言。故被上訴人既查悉上訴人於履行期間每月有原住民族工作權保障法第 12 條第 3 項之特定構成要件事實存在，即應依法於標案之履約期間內，每月依差額人數乘以基本工資核算代金，並追繳之。且政府採購法施行細則第 107 條第 1 項既已規定所謂履約期間，係自訂約日至廠商完成履約事項之日止，自非如上訴人所言係以各個標案為計算單位，而僅得以得標廠商履約期間屆滿之當月份是否僱用足額原住民，作為科處代金之基礎。是上訴人主張計納代金之方式，顯於法有違，不足採取。又上訴人於參與投標政府採購案時，本應就其本身是否具有符合相關法令之能力，及於違反法令或執行上力有未逮時所應承擔之費用支出，予以綜合考量，自行評估其風險損益，尚難事後再以其已刊登求才啟事特別徵求原住民而仍未能僱足，係屬客觀不能等語卸責。是縱如上訴人所言，其已刊登求才啟事特別徵求原住民而仍未能僱足，然被上訴人向其追繳代金，歸入原住民族綜合發展基金之就業基金，用以辦理輔導原住民就業等事項，亦係貫徹原住民族工作權保障法為促進原住民就業，並保障其工作權及經濟生活之目的。（四）依據前揭政府採購法施行細則第 107 條第 1 項前段及身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項前段規定，被上訴人追繳未足額僱用原住民之代金時，對於上訴人員工總人數之計算，固應以勞工保險局所統計其每月一日參加勞保人數為準。惟因被上訴人曾多次與勞工保險局協調是否能提供每月一日之投保生效人數，卻據該局告知因其係以各投保單位每月保險費開單計費後之月底生效人數作為保費計算標準，並無統計投保單位每月一日投保人數之機制，是僅能提供得標廠商各月份之月底投保人數，至於各月份內其他日期之投保人數並非該局計算保費之標準，係屬浮動數據而無法確實查核。此有勞工保險局提供之電子檔欄位說明表及其 96 年 4 月 14 日保承新字第 09610113700 號覆函影本可稽，又被上訴人為釐清每月月底投保生效人數是否已扣除月底當日退保人數之疑義，曾另以 96 年 10 月 22 日原民衛字第 09600439532 號函詢勞工保險局，經該局以 96 年 10 月 30 日保承新字第 09610377170 號函覆說明其所提供之「月底生效人數」係指扣除當月份退保之被保險人人數後，事業單位仍加保生效中之被保險人人數在案。足見，勞工保險局

確有不能提供每月一日投保生效人數之情事，因此被上訴人以 96 年 1 月 11 日原民衛字第 0960002137 號函向上訴人作成追繳代金之處分，即係依勞工保險局提供之各月份月底投保人數作為次月一日投保人數，然而因各該數據已扣除當月至月底時已退保者，故每月月底投保生效人數，衡情應相當接近次月一日之投保生效人數，不致影響依「得標廠商於國內員工總人數逾 1 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，並以整數為計算標準，未達整數部分不予計入」之標準所計算出來的法定僱用人數及其代金數額。質諸上訴人對此情形並不爭執，而僅爭執不應以履約期間勞工保險局所統計每月一日參加勞保人數為準計徵代金。（五）至於上訴人訴稱本件原處分於訴願期間內，被上訴人竟另以 96 年 2 月 6 日原民衛字第 0960005373 號函追繳 90 年 11 月至 93 年 8 月止代金 116 萬 2,656 元整，且其期間與原處分重疊，顯見被上訴人未盡調查之責等語。經查上訴人所指原民衛字第 0960005373 號函僅係說明被上訴人擬依法向上訴人追繳就業代金，請上訴人於文到 7 日內陳述意見，並非已作成行政處分向上訴人追繳就業代金，此觀該函全文意旨自明。又被上訴人係依行政院公共工程委員會所建置之「政府電子採購網」，查得上訴人另以統編「 93912072 」標得 2 件採購案，才另以上開函文通知，惟經上訴人否認該統編屬其所有，被上訴人乃請經濟部協助確認統編「 93912072 」之疑義，經該部以 97 年 2 月 5 日經授商字第 09701029120 號函回覆說明並無統編「93912072」之相關資料可稽，故被上訴人答辯意旨已承諾將不對於統編「93912072」得標之採購案，另向上訴人追繳代金。且按追繳代金之基礎，既係得標廠商於履約期間各月份之國內員工總人數，而非個別採購案所僱用之員工人數，則縱令上訴人有另以統編「 93912072 」標得 2 件採購案，除其履約期間有超出本件履約期間，得就超出部分另行追繳代金外，即無重複向同一廠商追繳相同期間代金之餘地，而本件被上訴人並無重複追繳之情事，併此敘明。（六）綜上所述，被上訴人依據勞工保險局按月提供上訴人公司投保人數資料核對結果，認上訴人於得標政府採購案之履約期間，其國內僱用員工總人數已逾 100 人，卻未於履約期間內僱足原住民名額達國內員工總人數百分之一，乃依原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、第 24 條第 2 項等規定，以 96 年 1 月 11 日原民衛字第 0960002137 號處分書按月向上訴人追繳原住民就業代金合計 4,264,128 元，核其認事用法均無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合。因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、本院按：政府採購法第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱

用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」係規範依政府採購法得標之廠商如其僱用員工總人數在一定數額（ 100　人）以上者，依法於履約期間即有僱用不得低於員工總人數一定比例之身心障礙者及原住民之義務，否則依差額人數，向主管機關繳納代金，所規定百分之二為僱用身心障礙者及原住民二者合計之最低下限。次按原住民族工作權保障法第 12 條第 1　項、第 3　項規定：「（第 1　項）依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 100　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 3　項）得標廠商進用原住民人數未達第 1　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。」乃特別針對保障原住民之就業，規定依政府採購法得標之廠商如其僱用員工總人數在一定數額（ 100　人）以上者，依法於履約期間即有僱用不得低於員工總人數一定比例即百分之一之原住民義務，否則依差額人數，向主管機關設立之原住民族綜合發展基金專戶繳納就業基金之代金，作為辦理促進原住民就業權益相關事項之用。是以，國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，性質上屬於特別公課。上開原住民族工作權保障法第 12 條第 1　項規定為政府採購法第 98 條之補充特別規定，其內容尚與政府採購法第 98 條相容，即合於政府採購法第 98 條所規定百分之二為僱用身心障礙者及原住民二者合計之最低下限。復依行政院公共工程委員會依政府採購法第 113　條授權訂定之政府採購法施行細則，第 107　條第 2　項規定：「依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，……」，即僱用原住民之最低比例百分之一亦與上開原住民族工作權保障法第 12 條第 1　項相同，故同上說明，無何牴觸政府採購法第 98 條或增加其所無之限制。又依政府採購法施行細則第 107 條第 1 項前段規定：「本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1　項規定辦理」，核其性質係就母法已明定之僱用員工總人數，為如何計算之細節性、技術性規定；至其內容所稱員工總人數「依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1　項規定辦理」，係指依政府採購法得標之廠商於履約期間之僱用不得低於員工總人數一定比例之原住民義務，其「員工總人數」計算方式依該規定辦理，並未逾越母法或增加母法所無之限制，自得適用於本件。至原住民族工作權保障法施行細則第 3　條規定係對於各級政府機關、公立學校及公營事業機構依原住民族工作權保障法第 4　條、第 5　條規定僱用、進用原住民人數之計算方式，而與依政府採購法得標之廠商，依法於履約期間應僱用不得低於員工總人數一定比例之原住民義務無關，自不適用於本件。上訴論旨主張：上述政府採購法施行細則第 107

條增加母法所無之限制且無涉員工總人數之計算方式，原住民族工作權保障法施行細則亦未規定員工總人數之計算方式，及原住民族工作權保障法施行細則第 3 條規範對象較身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項狹隘，進而謂本件員工總人數之計算方式不得依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理云云，指摘原判決違法，並無可採。原判決依調查證據之辯論結果，詳述其得心證之理由及法律意見，及就上訴人所主張：其依政府採購法得標案件，其中 20 件得標案件之採購契約僅規定應僱用身心障礙人士及原住民合計達百分之二即可，已構成上訴人信賴之基礎等云，並其餘主張論點何以不足採，分別予以指駁甚明，將訴願決定及原處分均予維持，而駁回上訴人在原審之訴，依上開所述，核屬有據，並無上訴人所稱判決不備理由、適用法規不當或不適用法規之違法。上訴意旨仍執前詞指摘原判決違誤，求予廢棄，經核為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由，依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。中華民國 99 年 3 月 4 日（本件聲請書其餘附件略）

抄香港商壹傳媒出版有限公司台灣分公司代表人裴偉釋憲聲請書

主　　旨：

為聲請人因原住民族工作權保障法事件，經行政院原住民族委員會（下稱「原民會」）於民國（下同） 97 年 6 月 3 日原民衛字第 0970027125 號行政處分書命補繳代金，嗣經提起訴願遭行政院以訴願決定駁回後提起行政訴訟，迭經臺北高等行政法院 98 年 4 月 2 日 97 年度訴字第 2942 號判決及最高行政法院 98 年 6 月 25 日 98 年度裁字第 1557 號裁定駁回確定，因認上開確定裁判所適用之原住民族工作權保障法第 12 條、政府採購法第 98 條及第 113 條、政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項，有牴觸憲法第 7 條及第 23 條規定之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及同法第 8 條規定，聲請貴院解釋。

說　　明：

壹、聲請解釋憲法之目的：

原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、政府採購法第 98 條及政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條，違反憲法第 7 條平等原則及第 3 條比例原則，均為無效，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及同法第 8 條規定，聲請解釋，以維憲法保障人民權益之精神。

貳、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文：

一、緣聲請人前標得臺灣菸酒股份有限公司菸事業部「香煙類委外辦理平面媒體（雜誌）廣告刊登」、行政院衛生署疾病管制局「為辦理衛生教育宣導－採購壹週刊別冊內頁廣告（四頁）案」、臺灣菸酒股份有限公司酒事業部「『壹週刊』刊登平面廣告 16 篇」等 4 項標案，於 94 年 9 月 1 日至 95 年 9 月 30 日履約期間內，國內僱用員工總人數逾 100 人，惟僱用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項之標準，遭原民會依同條第 3 項之規定，於 97 年 6 月 3 日以原民衛字第 0970027125 號行政處分書命聲請人繳納代金新臺幣（下同） 558,624 元（附件二）。聲請人因不服上開行政處分，依法提起訴願，惟遭行政院於 97 年 10 月 8 日以院臺訴字第 0970090182 號決定書駁回訴願（附件三）；聲請人不服，再依法提起行政訴訟，復遭臺北高等行政法院 98 年 4 月 2 日 97 年度訴字第 2942 號判決、最高行政法院 98 年 6 月 25 日 98 年度裁字第 1557 號裁定駁回確定在案（附件四及附件五）茲因上開確定終局裁判所適用之原住民族工作權保障法第 12 條、政府採購法第 98 條、政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條，有牴觸憲法第 7 條及第 23 條規定之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及同法第 8 條規定，聲請貴院解釋。

二、按司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款係對人民聲請解釋憲法程序要件之規定，其中之一即為須經「確定終局裁判」，從文義上解釋，凡有終結一個審級效果之裁判，且不得再以上訴方式請求救濟者，即為確定終局裁判，並無僅指終審確定終局裁判之意涵，此不僅在文理上理應如此解釋，在法理上實更有堅強之理由（見附件六），而原因案件之聲請人若已依法定程序窮盡救濟，經以程序上駁回其上訴，自應以原審之判決所適用之法令為審查客體，聲請解釋（見附件七及司法院大法官會議 99 年 10 月 18 日第 1365 次、99 年 7 月 30 日第 1363 次、99 年 7 月 16 日第 1362 次、99 年 6 月 25 日第 1360 次等不受理決議），而本件原因案件係經臺北高等行政法院 98 年 4 月 2 日 97 年度訴字第 2942 號判決後，復經最高行政法院 98 年 6 月 25 日 98 年度裁字第 1557 號裁定以上訴不合法駁回確定，依前所述，即滿足聲請解釋憲法之「經確定終局裁判」之要件，並應以臺北高等法院上開判決所適用之法律為本件聲請及審查客體，合先敘明。

三、聲請人不服前開原民會命繳納代金之行政處分，經依法提起訴願及行政訴訟後，遭行政法院以裁判駁回確定在案，經查其主要理由，無非係以：

（一）聲請人於標得臺灣菸酒股份有限公司菸事業部「香菸類委外辦理平面媒體（雜誌）廣告刊登」等 4 件採購案後，於各採購案之履約期間內，其僱用國內員

工總人數逾 100 人，惟未依原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項「不得低於總人數百分之一」之標準進用原住民，原民會依同條第 3 項之規定，命聲請人繳納原住民就業代金共計 558,624 元之行政處分，於法並無不合。

（二）因政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項係立法院為貫徹憲法增修條文第 10 條第 12 項所規定之基本國策以促進原住民族就業、保障原住民工作權及經濟生活之考量所制定之特別規定，屬立法裁量之範圍，且因雖使進用原住民未達標準之得標廠商依法須繳納代金而生財產權喪失，惟促進原住民族就業、保障其工作權及經濟生活屬於公共利益，且政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條規定已限縮至國內員工總人數逾 100 人以上之得標廠商始須負此等義務，其干涉法益之影響程度已屬最小，又其目的係以扶助原住民就業，手段係課予僱用原住民或繳納代金之義務，手段有助於目的之達成，經核業已斟酌憲法第 23 條之情事而以法律限制他人之財產權，按諸釋字第 593 號解釋意旨，並未牴觸憲法之平等原則及比例原則。

（三）法律對於有關人民權利義務之事項，不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬於細節性、技術性者，法律得授權主管機關以命令定之；如其內容未逾越授權範圍，並符合授權之目的者，自為憲法第 23 條之所許，而政府採購法施行細則第 107 條「本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」、第 108 條「得標廠商僱用身心障礙者及原住民之人數不足前條第 2 項規定者，應於每月 10 日前依僱用人數不足之情形，分別向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心障礙者就業基金專戶及原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」及身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項前段「本法第 31 條之各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構員工總人數之計算方式，以勞工保險局、中央信託局所統計各該機關、學校、團體或機構每月 1 日參加勞保、公保人數為準……」（身心障礙者保護法於 96 年 7 月 11 日修正為「身心障礙者權益保障法」，而上開施行細則規定並移列至身心障礙者權益保障法第 38 條第 2 項），均係主管機關基於政府採購法、身心障礙者保護法之授權所頒訂，屬於細節性、技術性之法規命令，符合立法

意旨及目的，且未逾越母法所定之授權範圍及內容，自無違反授權明確性原則之問題。

（四）又因政府採購法第 98 條之代金，既由主管機關依預算法規定設置單位預算「原住民綜合發展基金」加以列明，並編入中央政府年度總預算，經立法院審議通過後實施，且主管機關徵收後，亦妥為管理運用，當符合立法所欲實現之輔導原住民就業政策目標，以促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活，且關於課徵目的、對象及額度有政府採購法明定並有具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範，核與保障原住民就業之法規範目的達成具有合理之關聯性，自無違反法律保留原則之可言。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解—原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、政府採購法第 98 條及政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條（下稱系爭規定），違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則

一、系爭規定限制具一定規模得標廠商之契約自由與財產權並形成差別待遇

（一）系爭規定所涉及之基本權

1. 系爭規定之解讀

原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及第 24 條第 2 項分別規定「Ⅰ. 依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 100 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。……Ⅲ. 得標廠商進用原住民人數未達第 1 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。」、「前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」而政府採購法第 98 條與政府採購法第 107 條、第 108 條分別規定「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」、「Ⅰ. 本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。Ⅱ. 依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」、「Ⅰ. 得標廠商僱用身心障礙者及原住民之人數不足前條第 2 項規定者，應於每月 10 日前依僱用人數不足之情形，分別向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心障礙者就業基金專戶及原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。

Ⅱ. 前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」則依政府採購法得標之廠商，倘其國內員工總人數逾 100 人，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止，其國內所僱用具原住民族身分之員工人數，應達其國內員工總人數百分之一，若僱用不足者，除應依不足額人數乘以每月基本工資或不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計算代金，並於每月 10 日前向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金外，亦不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分，合先敘明。

2. 強制僱用一定比例原住民族員工所涉憲法基本權

按契約自由乃個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第 22 條所保障其他自由權利之一種，其限制亦應以法律定之，或以法律明確授權主管機關發布命令為補充規定，始符憲法第 23 條規定之意旨（司法院釋字第 576 號、第 580 號、第 643 號解釋參照），而關於前揭得標廠商應僱用一定比例之原住民身分員工，乃係強制介入參與政府採購案件而得標之一定規模廠商與他人就其營業項目之執行所締結契約，而要求其應與一定比例之原住民訂定勞務供給契約，此涉及得標廠商就上開勞務供給契約選擇締約相對人之自由，即屬契約自由範疇之事項，故已生限制於得標廠商受憲法第 22 條所保障之契約自由權利。

3. 繳納代金之性質及所涉憲法基本權

關於前揭得標廠商所應繳納之代金，核其性質，乃係國家為配合特定之財政收入目的，基於公權力對於具有同一屬性之少數、特定而違反法律義務之人所徵收，並將之納入封閉之財政循環系統（特種基金專戶），用以挹注國家特別支出之特別公課（見附件八），就此，雖與人民依憲法第 19 條所應繳納之稅捐有別，然其均為人民對於國家所負公法上金錢給付義務，殆無疑義。而關於此等稅捐以外公法上金錢給付義務，涉及得標廠商受憲法第 15 條保障之財產權，則其課徵目的、對象、額度應以法律定之，或以法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範，且有關此等繳納金錢之義務，應本於正當之立法目的，在必要範圍內對適當之對象以合理之方式、額度予以課徵，始與憲法所規定之平等原則與比例原則相符（司法院釋字第 593 號解釋參照），堪認關於得標廠商負有繳納代金之公法上金錢給付義務，係對得標廠商受憲法第 15 條保障財產權之限制。

（二）本件確定裁判適用之法律所產生違憲疑義狀態

查本件確定判決所適用法律，依前述，係課予「具備政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條所定內部規模（即國內員工總人數逾 100 人）」之得標廠商，應僱用一定比例之原住民身分員工或繳納代金以免除僱用原住民勞工之義務，就此，則不論廠商所標得之採購案其內容如何，凡達於一定規模之得標廠商，均負有上開義務，將導致針對同一投標案而言，「具備政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條所定內部規模」之得標廠商即負有上開義務，而「未達政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條所定內部規模」之得標廠商即不負有上揭義務，顯存在差別待遇之情事，尤有甚者，不論得標廠商就其標得之採購案所需投入之人力、物力或時間之性質者，為何與不同標案，均負有上開義務，而於法律上受同等之評價，亦即是否負有上開義務全繫於「得標廠商之內部規模」之唯一因素，除此之外，各該採購案之內容、型態均恝置不論，就此，僅以上開單一因素為差別待遇之考量基礎，顯然違反事物之本質，而不合於憲法上「相同事物應為相同之對待，不同事物應為合理之差別對待」之平等原則，顯有疑問。

二、本件確定裁判適用之法律違憲疑義之審查

（一）「平等原則」、「以比例原則檢驗平等原則」及「以期待可能性原則為比例原則輔助標準」之抽象闡釋

按人民之平等權雖受憲法第 7 條之保障，惟並非指絕對、機械之形式上平等，而係為防止公權力恣意對人民為不合理之差別待遇，要求本質上相同之事物獲致相同之處理，以保障人民在法律上地位之實質平等，因此，立法機關固可基於憲法之價值體系及立法目的，斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別待遇，並得授權行政機關發布施行細則為合理必要之規定，然所據以為差別待遇之分類與規範目的之達成之間，須存有一定程度的關聯性，此有司法院釋字第 485 號解釋文暨解釋理由書與釋字第 412 號、第 584 號、第 593 號、第 605 號、第 666 號、第 675 號、第 682 號等解釋理由書可稽。

又平等權爭議都產生在複數不同法律後果的適用對象間，而如何能夠使受不利益者能獲得「合理化」的說明，正是平等權問題的最大難處，誠如前大法官翁岳生在司法院釋字第 445 號解釋協同意見書所表示：「平等權是一種『結果論』的判斷，以一方較他方有利的結果存在為前提，其審查重點……在於『規範關係』的違憲。亦即不論立法者是否有意積極排除一方受益，或是未予以規範，只要造成另一規範關係的不利益，而沒有合理的解釋，即可構成違反平等原則」，而平等權為所有基本權利之基礎（見諸前大法官翁岳生前述協同意見書），立法者有決定差別待遇以符合平等權之義務，且非如一般自由權需

透過法律限制以達成公益需求，即平等權與公益需求兩者本合而為一。易言之，由憲法第 23 條明定「以上各條列舉之自由權利……」可知法律保留原則僅適用於基本自由權，而不能用以「限制」平等權，故立法者的任何區別對待，都必須基於最正確、合理公正與排除無具體關連之判斷，因此可由釋憲機關來作審查，這也是平等權的憲法功能已由拘束法規範之執行（所謂法規範執行平等）以獲得「法適用之平等」，轉向為拘束法規範之制定（所謂法規範制定之平等），而國民可由此平等權取得對抗不公平之法規範的主觀地位。若法規對於某些適用案件，採行了差別待遇，即屬於法律手段的規範力問題，此時，該手段是否合乎理性、有無恣意而考慮無實際關連的因素，以及給受不平等者不必要的不利益？並與比例原則息息相關，而應一併檢驗，且此將比例原則的檢驗納入到平等權保障的手段，德國聯邦憲法法院自 1980 年之前所盛行而過度限縮平等權適用範圍之「恣意模式」階段，經過 1980 年 10 月 7 日作出一個重要判決揭示「平等權保障之重心，應當以正義觀來檢視『相同情形者，不得有不同對待』」，即就各法規範適用之對象存在差異的「種類（ Art）」及「份量（ Gewicht，即情節輕重大小）」，有否足夠到造成差別的待遇而與比例原則的精神相去不遠之「新模式」的檢驗標準，迄至 1993 年聯邦憲法法院以更須於差別待遇之對象間「種類」及「份量」的差異有否足夠到造成差別的待遇外，進一步探究造成此差別待遇的「理由」，是否合理與具有說服力之「新模式理論」階段，已獲得其承認，近年來更提出「因人而異」與「因事而異」之判斷基準，所謂「因人而異」是指針對法規所欲規制之對象的年齡、身分、教育背景及職業別等，而差別之待遇，這是最容易造成侵犯平等權的類型，應當適用嚴格的標準，同時也應運用比例原則，予以進一步檢驗，至於「因事而異」的差別待遇是指因為客觀存在事實的不同，而作出的差別待遇，德國聯邦憲法法院對此許可立法者有較大的裁量權，而無庸一定需援引比例原則予以檢驗。易言之，仍採納最早的「恣意模式」之檢驗標準（見附件九）。

綜前所述，若法規範所涉定之差別待遇因此致生限制人民基本權利之結果，亦應符合憲法第 23 條規定比例原則之要求（司法院釋字第 596 號、第 618 號解釋理由書參照），就此，則須探究正當化差別待遇之比例原則，其具體內涵為何及如何操作。

承前，比例原則於學說上又稱為禁止過當原則或侵害最小原則，並將比例原則區分為適當性、必要性及衡量性（狹義比例性） 3 個下位原則一般均係以法治國原則及憲法基本權利保障意旨為其理論基礎。比例原則從發展早期作為行政法上之一般原則拘束行政行為，鑑於對法治國原則實質保障之重視，亦

逐漸成為憲法上之基本原則，並拘束立法與司法行為，而於我國憲法第 23 條予以明確實現其內涵，基於為「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，國家不得以法律對人民基本權利為過度限制或侵害（見附件十）。

而如何判斷是否符合比例原則，司法院釋字第 554 號解釋理由書明白指出，首先立法目的必須具有正當性，其次，手段須有助於立法目的之達成（適合原則），亦無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用（必要原則），最後，手段對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性必須處於合乎比例之關係（狹義比例原則），且之後的釋字第 575 號、第 577 號解釋大體上也都循此足跡作比例原則之操作。又比例原則之操作，一般總以為僅僅是依循三個次原則之要求，單純作目的與手段間之利益衡量而已。其實，操作比例原則，不僅與利益衡量有關，也涉及對立法事實認定之審查。例如適合原則審查手段是否有助於目的之達成，或必要原則審查可能之較小侵害之替代手段，就目的之達成，是否與系爭手段同等有效，或狹義比例原則審查公益之迫切性是否足以正當化對基本權之限制，往往須先行判斷立法者倘不採干預行動，公益所可能面臨危險的嚴重程度與危險發生的可能性等等，都涉及對立法者就事實之判斷是否正確之審查。為避免司法者就相關立法事實存在與否形成心證時，會流於恣意，也同時為提升司法審查的可預測性與可接受度，逐步發展出寬嚴不同的審查基準，自亦有其必要。再參酌外國釋憲經驗，關於對立法事實判斷之審查，約可粗分 3 種寬嚴不同審查基準：如採最寬鬆審查標準，只要立法者對事實的判斷與預測，不具公然、明顯的錯誤，或不構成明顯恣意，即予尊重；如採中度審查標準，則進一步審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持；如採最嚴格審查標準，司法者對立法者判斷就須作具體詳盡的深入分析，倘無法確信立法者的判斷是正確的，就只能宣告系爭手段不符適合原則之要求，至於何時從嚴，何時從寬審查，應考量許多因素，例如系爭法律所涉事物領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇（見附件十一）。

又基於法諺：「法不強人所難」之思維，故判斷當事人義務範圍之界線，若無法期待該當事人遵守規範，該當事人縱違反規範而有一定作為或不作為，亦認其不具有責性，此乃「期待可能性原則」，而此原則，儼然已為一般法律原則，甚至與公法學領域中「人性尊嚴原則」、「誠信原則」、「情事變更原

則」、「信賴保護原則」等同具憲法層次之效力，亦經認同，而關於「期待可能性原則」本身即需經過利益衡量之過程，就國家行為所欲達成之目的、所獲致之利益與所生之損害加以衡量於各案中是否造成強人所難之狀態，而招致受規範之人難以預測之損害或負擔，就此適與比例原則中「狹義比例原則」所衡酌國家行為所產生效果與所欲達成之目的及所引發之副作用是否不符比例原則，故論者有以期待可能性原則可為比例原則中「狹義比例原則」之輔助判斷標準（見附件十二），此由司法院釋字第 575　號解釋理由書略謂「……當事人就職缺之期待，縱不能盡如其意，相對於遵守法治國原則、適當分配警察任務與一般行政任務以回復憲政體制此一重大公益之重要性與必要性，其所受之不利影響，或屬輕微，或為尊重當事人個人意願之結果，並未逾越期待可能性之範圍，與法治國家比例原則之要求，尚屬相符」等語亦可得知。

至於期待可能性原則之判斷，究應以何標準判斷各該國家行為所欲達成之目的、所獲致之利益與所生之損害加以衡量於個案中是否造成強人所難之狀態，而招致受規範之人難以預測之損害或負擔，於學說上有依行為人本人行為時之具體狀況及其本人之能力可否期待其為一定之行為之「行為人標準說」，有主張以平均人或通常人出於行為當時，有無履行其法律上義務之可能性之「平均人標準說」，亦有以國家或法秩序所期待行為人採取是法行為之具體要求為判斷行為人本人有無他行為之可能性之「國家標準說」，除其中「國家標準說」以法秩序之期待為行為人本人期待可能性之判準有循環論證之邏輯上矛盾而不可採外，秉諸期待可能性原則「法不強人所難」之本質，不應脫離行為人本人而觀察、判斷，惟若一般人、通常人即無法期待者，倘因行為人本人有可予期待之特別情狀者即苛求其應履行義務，亦有不當，故論者有認原則上以「行為人標準」資為判斷是否符合期待可能性之基準，然以「平均人標準」為該當事人義務之上限（見附件十二）。

綜上所述，立法者固可基於憲法之價值體系及立法目的，斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別待遇，並得授權行政機關發布施行細則為合理必要之規定，然其所據以為差別待遇之分類與規範目的之達成間，須存有一定程度之合理關聯性，而該差別待遇之分類標準與規範目的間是否有合理之關聯性，則得輔以憲法上比例原則，先視該規範目的是否具有正當性、該差別待遇之手段是否有助於達成目的，另就該規範目的之達成而言，是否已無其他影響性較小之手段，而該手段所形成之差別待遇對基本權利之影響與立法者所欲維護法益之重要性必須處於合乎比例之關係併不得對於受規範者形成不可預測、難以期待之損害或負擔，且關於上開比例原則之判斷倘涉及立法事實預測之審查，則

應就該規範所涉事物領域、基本權之種類及對基本權干預之強度等因素綜合考量後，採取或寬或嚴之基準予以審查。

（二）平等原則、比例原則及期待可能性原則於本件具體操作及審查

1.本件確定裁判所適用法律之規範目的正當性審查

（1）原住民族與身心障礙者之保護屬憲法委託事項

查憲法增修條文第 10 條第 7、8、12 項規定「……Ⅶ. 國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。Ⅷ. 國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等經濟性支出應優先編列。……ⅩⅡ. 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……」等基本國策，乃凸顯修憲者對於身心障礙者及原住民族就業與經濟生活維持事項之關切，並衡酌修憲時當前社會經濟生活狀況，預設身心障礙者及原住民族之就業、經濟生活維持事項之維護與扶助已係刻不容緩，而直接以憲法委託方式課予國家應建立各種有助於協助、維護身心障礙者及原住民族之就業、經濟生活維持等社會福利制度之優先義務。

（2）系爭規定之目的係為履行原住民族與身心障礙者保護之憲法委託事項，具有正當性

本件確定裁判所適用之法律，有政府採購法第 98 條規定「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分」，而原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項規定「Ⅰ. 依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 100 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。……Ⅲ. 得標廠商進用原住民人數未達第 1 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。」並參酌政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條及原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項，係出於社會福利之思想，基於身心障礙者及原住民族於現今社會仍屬相對弱勢群體之立法預測，認身心障礙者及原住民族於求職或其經濟生活之滿足，相對於非身心障礙者及非原住民族均較屬不易，故對於在政府採購案招標而得標之「一定內部規模」廠商，課予其「僱用一定比例之身心障礙者及原住民族」或「繳納一定比例之代金併禁止僱用外籍勞工取代僱用不足之員額」

之義務，而確保身心障礙者及原住民族工作機會或其經濟生活之維持，以縮小與非身心障礙者及非原住民族謀職營生可能性之差距，核其目的，即在踐履前揭憲法增修條文第 10 條第 7、8、12 項之憲法委託事項，冀能使各群體均得立於同一水平而共生共存，若再予細究，即是為實現各群體於社會生活上之實質平等，具有追求重要公益之目的，應認屬正當。

2. 本件差別待遇手段與規範目的達成之關聯性審查標準之擇定

本件差別待遇之手段與上開規範目的間是否具備一定程度之關聯性，依前所述，係以參與政府採購案件招標而得標之廠商其內部規模為唯一考量基準，即係以得標廠商本身之條件為依據之「因人而異」之差別待遇，而非參酌其他客觀情事之「因事而異」類型，需仰賴比例原則之操作，且關於本件比例原則之操作乃繫諸上開規範目的立法事實之預測及審查，進而需衡酌本件所涉事物領域、基本權之種類及對基本權干預之強度等因素而擇定審查基準，而本件立法因涉及國家福利政策之推動、就業發展之維護及弱勢群體之扶助，進而影響社會整體經濟之配置與運用、社會環境、經濟結構及勞雇關係等複雜政策性問題，基於功能最適之考量，固不可能採嚴格審查標準，而應留給政治部門較廣泛之政策形成空間，惟承認政治部門享有廣泛之政策形成空間，並非表示司法者只能採最寬鬆審查標準，蓋就本件而言，雖屬經濟及社會政策立法，但因涉及達於一定內部規模之得標廠商之財產權與契約自由，甚至達於一定內部規模之得標中小型廠商均受限制，反有造成該等中小型廠商於衡酌各該採購案件所造成損益比後，降低參與政府採購案件投標之意願，揆諸憲法增修條文第 10 條第 3 項要求「國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展」而凸顯國家對中小企業的照顧發展義務，且政府採購案件之招標、投標、決標乃需參與投標之廠商本於公平競標之原則（政府採購法第 1 條參照），倘中小型廠商甚至大型廠商參與投標意願低落，致政府採購案件之投標均僅有少數廠商甚至固定少數廠商參與競標，更有使政府採購案件之投標、決標逸脫於公平競爭之外，甚至有促使原增訂政府採購法所欲避免之弊端再度發生，則本件就立法事實的認定與預測之審查應提升至中度審查基準，審查其是否合乎事理、說得過去，而不得僅止於審查是否明顯錯誤、明顯恣意（見附件十一）。

3.「適合性」審查─差別待遇手段是否有助於達成規範目的？

在採取中度審查基準之前提下，差別待遇手段是否有助於達成規範目的之「適合性」審查，並不能要求手段對目的之達成必須非常有效或完全有效，毋寧，只要對目的之達成有部分助益或效果，而非完全無效，甚至有害，

即已滿足適合性原則之要求，蓋倘若適合性審查採高標準，要求系爭手段必須高度或完全有助於目的之達成，有時反會造成要求國家為達目的而必須採取一個更嚴格、更激烈之差別待遇手段的反效果，況審查手段是否有助於目的之達成，其實是審查立法者對事實之預測，既曰「預測」，就該容認立法者有預測錯誤的「權利」，除非極盡調查之能事，能證實系爭立法措施在立法當時就已經明顯是一個完全無效之手段，始得認為欠缺適合性外，無容由司法者以事後諸葛自居，以立法者預測錯誤為由逕指摘違憲，而自陷違反權力分立之境地；惟事後既證實預測錯誤，為了保障人權，避免人民基本權利因基於錯誤預測所採取差別待遇手段狀態之延續而產生持續侵害，司法者自有權，甚至有義務課予立法者配合事實變遷檢討改進之義務（見附件十一）。

就本件而言，觀諸現行憲法增修條文第 10 條第 7、12 項係於 86 年 7 月 18 日所增訂（斯時分別為第 7 項及第 10 項），嗣於 88 年 9 月 3 日增修現行第 8 項（項次均同現行規定項次），衡酌當時係處於社會經濟起飛、迅速成長之階段，而相對於經濟成長相關措施、政策備受重視，當前社會結構中之弱勢群體確實多因資源不足致無從與非弱勢群體公平競爭，且對於上開群體間實力差距亦多欠缺足以平衡之相關社會福利措施、政策，故修憲者於上開憲法增修條文修正時，即出於對原住民族（或身心障礙者）等弱勢群體在當前社會中謀求社會經濟生活或求職之相關條件上係屬相對不易之迫切關注，而預設改善原住民族（或身心障礙者）生活為國家重要，甚至為首要之任務，就此之預設應認符合修憲時當前社會經濟情況，應予尊重，至政府採購法於 87 年 5 月 1 日制定，其第 98 條嗣於 91 年 1 月 16 日增訂後段「不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分」，另原住民族工作權保障法第 12、24 條則係 90 年 10 月 12 日制定後迄今均未修正，而系爭規定依前所述，均係為達成前揭憲法增修條文之目的而制定，且課予具有一定內部規模之得標廠商僱用一定比例原住民族（或身心障礙者）員工或繳納就業代金之義務，確有助於原住民族（或身心障礙者）工作權獲得保障及其經濟生活得以維持，故系爭規定所採取之差別待遇手段確實有助於達成該規範目的而具備適合性。

4.「必要性」─就規範目的之達成是否已無影響性較小之同等有效手段？

關於是否已無其他影響性較小之手段達成該規範目的之「必要性」審查而言，必就規範目的之達成並無同等有效而影響性較小之手段，始可認系爭手段具備必要性，而本件以立法手段強制具備一定內部規模之得標廠商應僱

用一定比例原住民身分（或身心障礙者）員工或繳納代金並禁止僱用外籍勞工替代，乃因政府採購常基於效率之考量而忽略弱勢群體之保障，故基於參與政府採購案招標之廠商因得標一方面獲取利益，他方面應對於社會上相對弱勢之群體施予扶助之社會責任思想，以為政府採購之招標多重視效率、忽略弱勢群體保障之補償措施（見附件十三），就此等規範所欲達成之目的而言，若透過立法強行加諸所有企業或所有得標廠商如同系爭規定所課予之義務，雖可達成上開目的，然其所產生之影響更屬強大，又倘容任企業、廠商與具備原住民族身分之人（或身心障礙者）之私法自治、契約自由形成，衡諸立法當時之社會經濟環境，因相關社會福利措施未備，難認原住民族身分者（或身心障礙者）有足與各企業、廠商平等協商之實力，則上開手段非屬影響較大之手段，即為非同等有效之手段，故系爭規定犧牲達一定內部規模得標廠商之契約自由及財產權，難謂與必要性原則相悖。

5.「狹義比例原則」佐以「期待可能性原則」之判斷—系爭手段所形成之差別待遇對基本權利之影響與立法者系爭手段所欲維護法益之重要性是否合乎比例？是否造成受規範者不可預測、難以期待之負擔？

關於本件採取之差別待遇手段所形成之基本權利影響與系爭規定所採差別待遇手段所欲維護之法益間是否合乎比例，應審查該差別待遇之目的是否足以正當化系爭規定之差別待遇所造成具備一定內部規模得標廠商契約自由及財產上損失之不利益而具備合致性，抑或其間已然呈現失衡之狀態，而於採取中度審查基準之本案而言，上開合致性之審查至少需該差別待遇所產生之不利益與其所欲達成之規範目的間具備合乎事理而得以支持之程度，且對於受規範者不得形成不可預測或難以期待之損害或負擔，始足當之。因本件確定裁判所適用法律所採取之差別待遇分別造成「涵蓋過廣」、「涵蓋不足」及造成受規範者於上開「涵蓋過廣」之部分違憲狀態下，難以期待其具有符合法規範之可能性等違憲狀態，爰分述如下。

（1）系爭規定於「國內員工總人數同逾 100 人內部規模之不同得標廠商間」造成「涵蓋過廣」之情事，並造成受規範之「國內員工總人數逾 100 人得標廠商」難以符合系爭規定而欠缺期待可能性之違憲狀態

查系爭規定課予「國內員工總人數逾 100　人之得標廠商」「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務，係以得標廠商國內員工總人數是否逾 100　人為斷，揆諸政府採購法制定之初，各種版本提案雖認為我國政府採購案件非規模甚大，即採購金額過鉅而屬政府重要支出（見附件十四），惟持平而論，政府採購案之類型甚

多、不一而足，確常有政府採購案其規模甚大，而需投入大量人力、物力或各知識領域份子之參與協助及花費諸多時間等成本始能完成，至其涉及之損益金額甚鉅，甚而足以動搖國本者（下稱大採購案），然亦有小型之政府採購案件，其內容單純，且亦無須投注太多人力、物力，亦無須藉由各知識領域份子參與協助，更無須耗費時間者（下稱小採購案），諸如採購標的為文具、紙張、書桌椅等不具精密性質者或屬小宗採購者，又或如本件原因案件所涉之各種類菸酒類廣告之刊登，衡情，類此採購案件多僅依需採購之單位、機關之指示提供採購內容而不具複雜性，且所涉損益金額亦不若公共工程、精密機械、高科技產品採購案件，各該得標廠商對於採購內容之履行，亦未必均有必要於其現有內部規模之編制內另行引進人力即可順利履約，而非如標得公共工程、精密機械或高科技產品等採購案之得標廠商，常為符合需採購單位、機關之需求或為顧及效率，而有於其現有內部規模之編制內另行引進人力，甚或採購案之內容涉及相關產品或技術之研發，勢需引進相關領域專業人才，在在均凸顯關於政府採購案其規模均有不同。

觀諸系爭規定在於課予「國內員工總人數逾 100　人之得標廠商（下稱大規模廠商，至於國內員工總人數未逾 100　人之廠商，下均稱小規模廠商）」上揭義務時，僅考量該得標廠商之內部規模，亦即系爭規定產生規制效力者為不論標得大採購案或小採購案之大規模廠商，則就標得小採購案之大規模廠商而言，即負有僱用一定比例原住民族員工或繳納代金之義務，倘所標得之採購案本毋須投入過多人力、物力或時間等成本，而該得標廠商本於現有內部編制之人力資源即可順利履約，且該得標廠商現所僱用原住民族員工未達法定比例，則要求該得標廠商必僱用至一定比例原住民族身分員工或繳納代金以為替代，雖有助於原住民族等弱勢群體之工作權保障或經濟生活之維持，惟相對於政府採購法之主要目的原在規範政府採購案招標以迄決標、履約、驗收過程之事項，防免政府採購法制定前我國政府採購案件洩密、舞弊或貪瀆等弊端發生，並營造一公開、公平、透明之採購環境而論，顯然踐履憲法保障原住民族等弱勢群體保障之委託事項，僅是政府對於採購案件常因注重效率、忽略弱勢群體利益之一種補償措施，而非政府採購法之主要目的，倘大規模廠商就小採購案之招標因系爭規定反裹足不前或於決標後因系爭規定致發生違約，甚或針對小採購案之招標而言，有參與意願之廠商數量下降，反有礙政府採購追求公平、公正之目的或注重效率之特性，或影響採購案招標、履約之品質，反將使

政府採購法上開為落實憲法委託保障原住民族等弱勢群體所制定之補償措施之附帶效果凌駕於政府採購法初始立法目的，不啻係殺雞取卵，反有害政府採購制度之建構與維持。

況該大規模廠商所標得之小採購案，倘其內容單純而履行期間僅有數日甚或半日者，其招標程序亦通常較為簡便，如必令該廠商於投標前即判斷其國內僱用員工及具備原住民族身分員工人數是否符合系爭規定或評估其就本件採購案損益比而逕參與投標，時間上已稍嫌倉促，甚或影響該廠商參與投標之意願，而難建構公平、公正、透明之採購環境，又縱該廠商先參與投標並得標，惟因履約期間有前述過短之情事，仍不及覓得適於為其履行該採購案之原住民族員工，採購期間即已屆滿，則系爭規定所課予該得標廠商需僱用一定比例原住民族員工義務之履行不論對於該得標廠商自身（即採行為人標準）或其他廠商置於該得標廠商（即採平均人標準）之立場而言，均難以期待系爭規定所課予僱用一定比例原住民族員工之義務能順利達成，故難認有何符合法律期待之可能性存在。

依前所述，則系爭規定強加標得小採購案之大規模廠商「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務，因所標得採購案內容若屬單純，所涉損益金額較小亦毋須再行投入人力，甚或該採購案之履行所需時間甚短，將有造成大規模廠商因評估個別條件及得標後損益比後，無參與競標意願之情形可能發生，導致政府採購公平、公正、透明之環境不易建立、採購案履行之品質降低，久而久之，政府採購秩序崩解，政府採購法上開補償措施失所附麗，得不償失，抑或原住民族員工受僱時間甚短，其保障原住民族工作權之力道亦甚不足，而得標廠商仍須花費相關人事成本，又或得標廠商內部規模固有僱用 100 人以上之員工，惟其數量亦僅超過數人而屬中小型企業，卻因忌於上開系爭規定而不欲參與政府採購案之招標，不僅對於建構公平、公正、透明之政府採購環境建構難有幫助，亦使憲法增修條文第 10 條第 3 項扶植中小企業之美意落空，對國家經濟發展之斲傷甚為顯著，故系爭規定對於標得小採購案之大規模廠商課予「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務，既對於得標廠商契約自由或財產權有所不利，再就整體政府採購秩序而言，其造成之影響不容小覷，更有與憲法增修條文扶植中小企業生存、發展之目的背道而馳，並將使該得標廠商除額外就上開義務擇一承擔外，別無符合法規範之選擇空間存在，其與系爭規定所欲達到保障原住民族等弱勢群體工作權及經濟生活之維持之目的相較之

下，難認合乎比例，甚至已有本末倒置之象，故系爭規定僅以得標廠商內部規模是否「國內員工總人數逾 100　人」為差別待遇之分類基準，就前揭「大規模廠商標得小採購案」之情形課予「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務並不符合比例原則、期待可能性原則而有「涵蓋過廣」之情事，應予排除始與平等原則所蘊含「不同之事物應為合理之差別對待」精神相稱。

（2）系爭規定於「標得同一採購案之國內員工總人數未逾 100　人與逾 100 人之不同內部規模得標廠商間」所造成「涵蓋不足」之違憲狀態

再查系爭規定課予「國內員工總人數逾 100　人之得標廠商」「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務，僅以得標廠商其國內員工總人數是否逾 100　人為斷，而不論得標之採購案性質單純或複雜、所涉及之損益金額及所需投入人力、物力或時間等成本多寡，對於標得小採購案之大規模廠商而言，強行課予「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務形成「涵蓋過廣」之差別待遇現象，並違反憲法平等原則業如前述，惟另關於政府採購案之得標廠商與採購案件類型之排列組合後，「標得大採購案之小規模廠商」相對於「標得小採購案之大規模廠商」而言，亦有不合理之差別待遇甚或涵蓋不足之違憲疑義。

就「標得大採購案之小規模廠商」而言，倘該採購案需大量人力參與其中，則該得標之小規模廠商因未達法定條件，未負有上揭法定義務，若該得標廠商依現有編制人力即可順利履約，當無強令其另外僱用員工之理，即便依現有編制人力不足應付採購案之履行，其為履行採購案而選擇為其履行採購案對象之契約自由亦無限制，更毋須繳納代金；相對而言，關於「標得小採購案之大規模廠商」，倘該得標之大規模廠商依現有編制人力已足滿足順利履約之所需而不欲另外僱用員工，又其現有編制人力中原住民族身分者未達法定限制，如其不於現有編制人力外另行僱用具備原住民族身分員工以補足法定員額，即負有繳納代金之義務，而面臨兩難之窘境，又若其依現有編制人員不足應付採購案之履行而欲另行僱用為其履行採購案內容之員工，其對象之選擇應以具備原住民族身分為限而受有第一重限制，又倘其確欲依法僱用具原住民族身分員工卻苦尋不著以順利履行該採購案，仍負有繳納代金之義務而受有第二重限制，則遇有上開情形之各得標廠商關於採購案履行之差異無幾，或均毋須另外投入人力，卻僅因廠商於屆履約期時之規模大、小即使標得小採購案之大規模廠商需就額外

僱用原住民族身分員工補足法定員額或繳納代金間擇一負擔（即上開兩難之窘境），而標得大採購案之小規模廠商毋須強行僱用一定比例之原住民族員工，亦不需繳納代金（即豁免於兩難窘境之外），或均有於現有編制人力外另尋求為順利履行採購案之人力之必要，亦因廠商規模大、小致標得小採購案之大規模廠商僅得選擇原住民族身分之員工為其履約或繳納代金（即上開二重限制），至標得大採購案之小規模廠商不僅就為其履約之對象有選擇之自由，亦毋須繳納代金（即無上開二重限制），尤有甚者，該標得小採購案之大規模廠商於現有編制人力外另尋求為順利履行採購案之人力，卻苦尋不著符合為其履約所需條件之原住民族員工時，仍需就採購案履行之進度因未能覓得符合為其履約之原住民族身分員工致有延誤採購案履行之結果，或為能順利履行該採購案以求效率而繳納代金間作抉擇，又陷入另一兩難之窘境。

依前所述，標得小採購案之大規模廠商因系爭規定面臨多種兩難之窘境或受有多重限制，而對於採購案履行之條件幾無差別之標得大採購案之小規模廠商而言，全然不受限制，使系爭規定因僅以得標廠商於履行期間之內部規模大、小而為差別待遇，反造成應負有義務之標得大採購案之小規模廠商豁免於系爭規定之補償制度背後所蘊含保障弱勢群體之立法精神外，亦有「相同之事物，卻為不同之待遇」之情事，而與憲法上平等原則相悖。

三、結論

綜上所述，系爭規定僅以「得標廠商之內部規模大小」為差別待遇之分類標準，致課予標得小採購案之大規模廠商僱用一定比例原住民族員工或繳納代金之義務，其所生之影響顯然與所欲達成之目的不符比例，甚至導致政府採購法立法目的之瓦解，進而造成系爭規定之目的亦遭落空，而有「涵蓋過廣」之違憲情事，且與標得大採購案之小規模廠商於履行採購案之條件差異無幾下，顯然面臨過多困境或受有多重限制，致對於標得大採購案之小規模廠商而言，有「涵蓋不足」之違憲情事，均堪認系爭規定未將個別採購案內容繁簡、所涉損益金額多寡、所需投入人力、物力或時間之多少等因素併予列入考量，甚至有恣意訂定分類標準之嫌明顯違反事物之本質，實有賴以宣告違反憲法平等原則，而另由立法機關參酌評估採購案件類型等因素為適當規定之必要，以兼顧系爭規定於建構公平、公正、公開之政府採購環境之目的外，並得妥適踐履憲法保障弱勢群體之工作權、經濟生活維持及扶植中小企業生存、發展之意旨。

四、本件審查客體應擴及於原住民族工作權保障法第 24 條第 2、3 項

（一）聲請客體與審查客體之區辨

按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋。大法官依此規定所為解釋，固以該確定終局裁判所適用之法律或命令為標的，就人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利有無遭受不法侵害為審理對象。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理，揆諸司法院釋字第 216、289、324、339 、396、436 號等解釋亦不全以聲請意旨所述者為限，有司法院釋字第 445 、535 號解釋理由書可資參照。則倘非原因案件之確定裁判所適用之法律，然因與該確定裁判所適用法律有相關聯或與原因案件有相關聯，聲請人就此縱未併為聲請大法官違憲審查，大法官仍應本於解釋憲法以維護憲政秩序之客觀價值併予審理。

（二）查本件原因案件之確定裁判，依前所述，其所適用之法律僅及於政府採購法第 98 條、政府採購法施行細則第 107、108 條與原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項，惟觀諸原住民族工作權保障法第 24 條第 2、3 項分別規定「……Ⅱ. 前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。Ⅲ. 依本法應繳納之代金，經通知限期繳納而仍不繳納者，依法移送強制執行。」則其規範之內容乃涉及系爭規定中關於計算未僱用足額原住民族員工之得標廠商所應繳納代金之公式及逾期未繳納之執行方式，均與系爭規定所產生之規制效力相關聯，且其規範內容亦與政府採購法施行細則第 108 條第 2 項規定重疊，則本件聲請人聲請審查之客體既包括政府採購法施行細則第 108 條第 2 項，亦應及於規定內容與其重疊並與本件原因案件有相關聯之原住民族工作權保障法第 24 條第 2、3 項。

肆、關係文件之名稱及件數：

附件一：委任狀正本 1 份。

附件二：行政院原住民族委員會民國 97 年 6 月 3 日原民衛字第 0970027125 號行政處分書影本 1 份。

附件三：行政院民國 97 年 10 月 8 日院臺訴字第 0970090182 號決定書影本 1 份。

附件四：臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2942 號判決影本 1 份。

附件五：最高行政法院 98 年度裁字第 1557 號裁定影本 1 份。

附件六：司法院釋字第 490 號解釋劉鐵錚大法官不同意見書影本 1 份。

附件七：司法院釋字第 615 號解釋理由書影本 1 份。

附件八：陳敏，《行政法總論》，98 年 9 月六版，第 272 至 273 頁影本 1 份。

附件九：司法院釋字第 682 號解釋陳新民大法官不同意見書影本 1 份。

附件十：司法院釋字第 659 號解釋葉百修大法官協同意見書影本 1 份。

附件十一：司法院釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書影本 1 份。

附件十二：城仲模主編，《行政法之一般法律原則（二）》，86 年 7 月初版，第 312、313、321 至 323、326、331 至 333 頁影本 1 份。

附件十三：《立法院公報》第八十六卷第二十四期 2916 號中冊，第 381 頁，林忠正委員發言紀錄影本 1 份。

附件十四：《立法院公報》第八十七卷第二十期 2969 號上冊，第 30、32、36 頁，二讀會廣泛討論程序宣讀審查會報告中關於宣讀行政院公共工程委員會主任委員歐晋德報告內容、提案委員朱鳳芝說明內容、提案委員鄭寶清說明內容影本 1 份。

謹 狀

司 法 院 公鑒

聲 請 人：香港商壹傳媒出版有限公司台灣分公司

代 表 人：裴 偉

訴訟代理人：蔡 世 祺 律師

中 華 民 國 100 年 1 月 21 日

（附件四）

臺北高等行政法院判決 97 年度訴字第 2942 號

原 告 香港商壹傳媒出版有限公司台灣分公司

代 表 人 裴 偉

訴訟代理人 張晴玲 律師

蔡世祺 律師

複 代理 人 賴伊信 律師

被 告 行政院原住民族委員會

代 表 人 章仁香（主任委員）

訴訟代理人 林長振 律師

上列當事人間因原住民族工作權保障法事件，原告不服行政院中華民國 97 年 10 月 8 日院臺訴字第 0970090182 號訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主　　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事　　實

一、事實概要：

緣被告以原告標得臺灣菸酒股份有限公司菸事業部「香菸類委外辦理平面媒體（雜誌）廣告刊登」等 4 件採購案，於民國（下同） 94 年 9 月 1 日至 95 年 9 月 30 日履約期間內僱用員工總人數逾 1 百人，惟進用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項之標準，乃依同條第 3 項規定，以 97 年 6 月 3 日原民衛字第 0970027125 號處分書（下稱原處分）追繳原告原住民就業代金新臺幣（下同） 558,624 元。原告不服，提起訴願遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

二、兩造聲明：

（一）原告聲明求為判決：1.訴願決定及原處分均撤銷。

2.訴訟費用由被告負擔。

（二）被告聲明求為判決：1.駁回原告之訴。

2.訴訟費用由原告負擔。

三、兩造之爭點：

（一）本案爭執點如下：

1.原住民族工作權保障法第 12 條以及政府採購法第 98 條是否違反憲法第 7 條之平等原則及第 23 條之比例原則。

2.系爭處分是否違反行政程序法第 5 條行為明確性原則。

3.政府採購法第 113 條是否違反授權明確性原則。

4.政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項是否違反法律保留原則 。

5.系爭處分是否違反行政程序法第 7 條之比例原則。

（二）原告主張之理由：

1.原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條未區分得標廠商得標之標案類型為何，全部要求其應依照上開法條僱用原住民，違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，爰懇請鈞院裁定停止訴訟程序，聲請大法官釋憲：

(1)「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，為憲法第 7 條所明定。其依同法第 18 條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，本院釋字第 205 號解釋理由書足資參照。且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第 23 條規定比例原則之要求。……」「國家基於一定之公益目的，對特定人民課予繳納租稅以外之金錢義務，涉及人民受憲法第 15 條保障之財產權，其課徵目的、對象、額度應以法律定之，或以法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範。該法律或命令規定之課徵對象，如係斟酌事物性質不同所為之合目的性選擇，其所規定之課徵方式及額度如與目的之達成具有合理之關聯性，即未牴觸憲法所規定之平等原則與比例原則。」憲法第 7 條、司法院釋字第 618 號（原證 5）、第 593 號解釋（原證 6 ）定有明文。

(2)「以上各條列舉之自由權利，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。」憲法第 23 條定有明文。司法院釋字第 588 號、第 598 號、第 612 號、第 614 號、第 616 號、第 637 號、第 638 號解釋亦同其旨。按比例原則又稱為「損害最小原則」以及「禁止過當原則」，係指國家公權力為了達成某一特定的目的、結果所採取的方法、措施，必須符合合理、比例的原則。主要可分為三項內容①妥適性原則：指所採取的措施必須是可能達成所要達成的目標者，亦即透過法律所產生的侵害必須和法律欲達成目標之間具有妥適性，又稱為「合目的性原則」。②必要性原則：在所有合乎妥適性的措施中必須選擇其中對當事人最小的侵害方式，亦即較為緩和的措施，又稱為「最小侵害原則」。③狹義比例性原則：指手段和目的之間要成比例，不可為了達到一個很小的目標，而使人民產生極大的損害，不可使用過於激烈的措施，亦即合法措施所可能引發的損害和所欲達成的合法目標之間，沒有不相對稱的情況發生。

(3)原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條未區分得標廠商得標之標案類型為何，全部要求其應依照上開法條僱用原住民，自違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則：

①查依政府採購法得標的廠商得標之標案類型眾多，在工程案件，因工程完工大多需時頗長，可能要約數年的時間才能完工，且金額亦屬龐大，

故在此種工程標案依原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條要求其必須僱用原住民，方具有期待可能性，且符合比例原則，也才能達到原住民族工作權保障法為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活的目的。

②復查如在刊登廣告的標案，其時間係屬短暫，且金額亦不大，如要求得標的廠商需依原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條僱用原住民，不僅不具期待可能性（按：如在履約期限只有 1 日或僅有短暫數日時，縱使廠商有意遵循法律規定，也無法達成法律的要求），也違反比例原則。且更促使廠商在衡量利害得失（即因履約期限短暫，根本無法依上開法條規定僱用原住民，而被處罰之代金與得標的金額相比，廠商不但可能沒有賺錢還要貼錢）之下，決定不再參與政府標案，則不僅增加政府招標的困難，且也無法達成原住民族工作權保障法為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活的目的。

③綜上，原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條未區分得標廠商得標之標案類型為何，全部要求其應依照上開法條僱用原住民，自有違憲法第 23 條比例原則。且不同事物作相同處理，也違背憲法第 7 條規定實質平等之原則。故懇請鈞院依司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。

2.被告所為原處分未提供原住民身分資訊已違反行政程序法第 5 條明確性原則。訴願決定認為原處分未提供原住民身分為合法亦不可採：

（1）「行政行為之內容應明確。」「按『行政行為之內容應明確。』行政程序法第 5 條定有明文，該條所謂明確性原則，包含行政處分之明確。次按，行政處分應記載理由及法令依據，乃現代法治國家行政程序之基本要求，是以同法第 96 條第 1 項第 2 款規定：『行政處分以書面為之者，應記載下列事項：……二、主旨、事實、理由及其法令依據。……』又處分理由之記載，必須使處分相對人得以知悉行政機關獲致結論之原因，其應包括以下項目：（一）法令之引述與必要之解釋。（二）對案件事實之認定。（三）案件事實涵攝於法令構成要件之判斷。（四）法律效果斟酌之依據（於有裁量授權時）等。至於具體個案之行政處分在說理上是否完備而符合上開要求，應為實質上判斷，不得僅因處分書上備有『理由』或『說明』欄之記載，即謂已盡處分理由說明之法律義務。……」行政程序法第 5 條及高雄高等行政法院 92 年度訴字第 1157 號判決定有明文（原證 7）。按行政程序法第 5 條係明確性原則之具體化，即內容明確的

行政行為始能讓人民預見行政機關行政行為將發生何種法律效果，俾人民得以遵行而有助於法秩序安定。

（2）查本件原處分雖載明主旨、事實、處分理由、法令依據，然依原處分附件 1 之「一覽表」中，僅有數字而未有姓名，且數字的來源依據為何、是否有誤、如何計算等情，原告皆無法得知，也無法複查被告計算是否有誤，則原告實無從得知行政機關獲致結論之原因，自與行政行為應具備明確性原則有違。

（3）復查原處分附件 1 之「一覽表」中僅有金額，然其下並無「標案名稱」可供核對，其記載之內容未盡詳實，致原告無法核對。故原告實不明原處分之計算準據究為何項「標案」，該「標案」是否即為「得標資料」所載之「標案」，「標案」的天數與「得標資料」是否相符，有無重覆計算，而得作為本件計算之準據，再參以該附件 1 「一覽表」、「標案名稱」暨其本文，均未見任何就計算方式為理由之說明，核與行政程序法第 5 條明定之行政行為應明確之原
則有違，該處分顯然違法。

（4）按「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 23 條所保障」（原證 13） 迭經釋字第 603 號解釋肯認在案，是隱私權為憲法上所保障基本權利之一種，要無疑義。復於釋字第 603 號解釋理由書中「至該法律是否符合憲法第 23 條之規定，則應就國家蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量。並就所蒐集個人資訊之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查。」（參見原證 13） 明確揭示「資訊穩私權」須具有涉及私密敏感性質，始為資訊隱私權之保障核心。

（5）本件原住民身分是否如被告所辯涉及個人隱私權而不予提供，首應探究者，即為原住民身分有無涉及資訊隱私權私密敏感事項，如與資訊隱私權私密敏感性質無涉，則公開原住民身分自無任何侵害隱私權可言。

（6）查原住民得依原住民身分法第 11 條主動向行政機關申請認定為具原住民身分，經被認定為原住民身分後，即可享有法律上對原住民所賦予之各種權利保障，對原住民而言，實有利而無害。其次，原住民申請認定具原住民身分，除享有法律上之諸多保障外，多基於對其族群之認同感及情感，

即原住民身分尤如「閩南人」、「客家人」、「外省人」等族群別等資訊，非具有秘密不欲為人知之性質，再者，如公開具有原住民身分資訊，對原住民亦僅有極低的比率會造成對原住民的歧視，此由被告自行發布之「96 年原住民就業狀況調查與政策研究」報告中（原證 14）摘要結果就原住民就業狀況調查結果之三、7.，「僅 5.9 ％ 原住民就業者工作場所因為原住民身分受到歧視」可資佐證，足見原住民身分資訊不具私密而不欲為人知特性，且公開此資訊對原住民不會造侵害。

（7）且查，行政行為應符合明確性原則已如前所述，而明確性原則尚應符合①可瞭解性②可預見性③可審查性；其中可預見性部分，必須要人民有充分資訊得以預見其所可能遭受之不利益，而對自己的行為加以負責，被告辯稱原住民身分涉及個人隱私，又礙於權責劃分，實難將該等資訊公開查詢云云，容有誤會，從未提供實際僱用原住民人數之相關資訊予原告或公開上開資訊，則縱使原告欲依法僱用，也無從掌握在職員工中究竟有多少員工屬於原住民族，則不僅原告無從預見及調整公司實際原住民身分之人數，抑且原告縱施以謹慎之注意力，亦無法得知案件事實涵攝於法令構成要件之判斷上是否有違誤，復無法預見該規範涵攝構成要件之具體事實內容，於何種情形下，應憑何種證據方能為原住民身分之認定，如此，行政機關隱藏資訊之瑕疵，將永久無法被揭露，則被告據憑未經檢視之資訊，既對原告作成系爭行政處分，自與行政行為應明確性之要求相悖。

3.被告對其原處分所本之標案，有未附資料，即逕為裁罰，未盡舉證責任之違法：

（1）「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意。」「再查原告得標案之 62 件中，有編號第 1 號、第 5 號、第 8 號、第 12 號、第 28 號及第 62 號共 6 件得標案，未據被告提出各招標機關確認表，亦據被告訴訟代理人於本院準備程序中不爭執，記明在卷。按『認定事實，須憑證據，不得出於臆測，此項證據法則，自為行政訴訟所適用。』改制前行政法院 61 年判字第 70 號判例可資參照，系爭處分既未提出上開 6 件得標案之招標機關確認表，即無由計算原告應繳代金金額，要無疑義，從而，系爭處分命原告應補繳 8,393,616 元，即有未合。又因被告未據本院諭知提出計算表，本院無法釐清上開有缺失之 11 件及 6 件得標案之應納代金金額，自應補繳代金金額中扣除，被告系爭處分，亦有未洽。」行政程序法第 36 條、鈞院 96 年度訴字第 4172 號判決（原證 8） 參照。

（2）查原告就原處分提起訴願之後，被告向行政院提起訴願答辯書，被告並稱「一標案之查證：本會前經行政院公共工程委員會建置之『政府電子採購網』查得被告標得附件 1 所示政府採購案計 4 件，履約期間僱用員工總數逾 1 百人，惟進用原住民人數未達本法第 12 條第 1 項之標準，乃函請各招標機關提供標案履約情狀，並據招標機關所復資料，逐一校對標案履約期間，或確認標案誰屬。」請參見被告訴願答辯書（原證 9），惟就被告所舉證得標案，僅能證明原處分所列 4 件得標案中之 3 件，其餘 1 件即序號 2，標案名稱為「為辦理衛生教育宣導－採購壹週刊別冊內頁廣告（四頁）案」，履約期間為 94 年 6 月 8 日至 6 月 30 日之標案，被告並未附任何資料舉證，致原告無從查證。

（3）綜上，本件被告並未就上述招標案件完成查證，即遽然作成原處分，於此已有違法。故應請被告就上述案件先行舉證，證明原告受追繳原住民就業代金之處分確有法律上理由，否則被告未充分查證，僅憑片面之詞即課原告以不利之負擔，原告實難以心服，所為處分之認事既有誤，其裁處自亦已違法，故理應撤銷原處分。

4. 政府採購法第 113 條違反授權明確性原則、政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條違反法律保留原則，故被告據此規定所作成之處分自屬違法應予撤銷：

（1）國家對人民課予租稅以外之金錢給付義務，涉及人民之財產權限制，屬法律保留事項，惟立法機關在符合授權明確性原則下，可授權行政機關以命令補充之。大法官復於釋字第 593 號解釋理由書中闡述「國家對特定人民課徵金錢給付義務，應以法律明定課徵之目的、對象與額度，如以法律具體明確授權主管機關以命令為必要之規範，應就授權法律整體規定之關聯意義，綜合判斷立法機關之授權是否符合授權明確原則，及行政主管機關之命令是否逾越母法授權或與之牴觸。73 年 1 月 23 日修正公布之公路法第 27 條第 1 項規定：『公路主管機關，為公路養護、修建及安全管理所需經費，得徵收汽車燃料使用費；其徵收費率，不得超過燃料進口或出廠價格百分之五十』；同條第 2 項前段授權交通部會商財政部，訂定汽車燃料使用費徵收及分配辦法。同法第 75 條並規定汽車所有人不依規定繳納汽車燃料使用費者，公路主管機關應限期通知其繳納。是公路法已就汽車燃料使用費之徵收目的、對象及徵收費率之上限予以明定，並就徵收方式及徵收後之分配辦法，授權主管機關訂定。其授權之目的、範圍及具體內容均已明確規定，符合授權明確性原則。」（司法院釋字第

593 號解釋理由書參照）合先敘明。

（2）「人民自由及權利之限制，依憲法第 23 條規定，應以法律定之。其得由法律授權以命令為補充規定者，則授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令。中華民國 81 年 12 月 18 日經濟部及內政部會銜修正發布之玩具槍管理規則（已廢止），其第 8 條之 1 規定：『玩具槍類似真槍而有危害治安之虞者，由內政部公告禁止之』。內政部乃於 82 年 1 月 15 日發布台（82）內警字第 8270020 號公告（已停止適用）：『一、為維護公共秩序，確保社會安寧，保障人民生命財產安全，自公告日起，未經許可不得製造、運輸、販賣、攜帶或公然陳列類似真槍之玩具槍枝，如有違反者，依社會秩序維護法有關條文處罰』，均係主管機關基於職權所發布之命令，固有其實際需要，惟禁止製造、運輸、販賣、攜帶或公然陳列類似真槍之玩具槍枝，並對違反者予以處罰，涉及人民自由權利之限制，應由法律或經法律明確授權之命令規定。上開職權命令未經法律授權，限制人民之自由權利，其影響又非屬輕微，與憲法第 23 條規定之法律保留原則不符，均應不予適用。」司法院釋字第 570 號解釋參照（原證 10）。

（3）政府採購法第 113 條違反授權明確性原則：查政府採購法第 98 條規定得標廠商違反僱用原住民員工義務時，應予繳納代金，然上開條文並未對代金之繳納額度、代金之計算方式有明確規定。政府採購法第 113 條雖曾授權主管機關訂定施行細則，然依前開司法院大法官解釋之意旨，仍應符合授權明確性之要求方可，即授權之目的、內容及範圍均應具體明確，始得據以發布命令。然政府採購法第 113 條僅規定：「本法施行細則，由主管機關定之。」未詳列授權之目的、內容及範圍，自與授權明確性原則有違，而據以訂定之政府採購法施行細則亦屬違法而不予適用。

（4）「以上各條列舉之自由權利，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。」「特別公課亦係對義務人課予繳納金錢之負擔，故其徵收目的、對象、用途自應以法律定之，如由法律授權以命令訂定者，其授權符合具體明確之標準，亦為憲法之所許。」「國家基於一定之公益目的，對特定人民課予繳納租稅以外之金錢義務，涉及人民受憲法第 15 條保障之財產權，其課徵之目的、對象、額度應以法律定之，或依法律具體明確授權，由主管機關以命令為必要之規範。而有關繳納金錢之義務，則應本於正當之立法目的，在必要範圍內對適當之對象以合理之方式、額度予以課徵，以符合憲法所規定

之平等原則與比例原則。」憲法第 23 條、司法院釋字第 426 號解釋（原證 11）、 第 593 號解釋（請參見原證 6）定有明文。

（5）政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項違反法律保留原則：

①政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項所規定之事項，依憲法第 23 條、司法院釋字第 426 號及第 593 號解釋之意旨，應由法律規定或以法律具體明確之授權，由主管機關於授範圍內以命令為必要之規定方符法律保留原則，合先敘明。

②政府採購法第 98 條係針對得標廠商國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間內僱用一定比例原住民，如僱用人數不足，廠商應繳納代金，此條文係為保障原住民工作權及經濟生活而設，核屬為公益目的，應無疑問；而在廠商違反僱用原住民之公法上義務時，賦以繳納代金之法律效果，亦屬課予人民租稅以外之金錢給付義務，是前揭條文既為課予人民租稅以外之金錢給付義務，如授權給行政機關以命令補充時，自須具體明確。而政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條係由行政機關（行政院公共工程委員會）係針對政府採購法（即母法）第 98 條所作補充規定，若母法未具體明確授權，又行政機關逕自增加對人民權利所無之法律限制，即與法律保留原則相悖。

③查政府採購法第 98 條規定「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」據此條文觀之，可否從條文中得知授權之「目的」、「內容」、「範圍」，顯有疑問，蓋本條係規定得標廠商在違反該條僱用原住民一定人數義務下，會被課予繳納代金之法律效果，立法者在本條並無授權給行政機關訂定代金之計算、繳納額度及方式等作補充規定，其授權目的自條文整體規定自無從推知，得標廠商亦無從預見，亦即從前揭條文無法預見授權內容及範圍包括繳納代金之方式或比例在內，如該條文可作為授權條款，則行政機關在繳納代金之計算上即可以行政命令毫無限制的為代金之任意增減，不受立法者之拘束，實已與前揭大法官解釋保障人民財產權意旨相違。

④次查，政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條分別規定「本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止

。依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」「得標廠商僱用身心障礙者及原住民之人數不足前條第 2 項規定者，應於每月十日前依僱用人數不足之情形，分別向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心礙障者就業基金專戶及原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足一月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」相互比照上開母法規定，足見母法就應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，僅規定人數不得低於百分之二，但政府採購法施行細則第 107 條第 2 項竟規定為「得標廠商於履約期間應僱用身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一」，顯已增加法律所無之限制，復就代金之計算，政府採購法施行細則第 108 條第 2 項係依差額人數乘以每月基本工資計算，如行政機關欲增加代金數額，亦可任意取代基本工資改以其他基準為計算，另員工總人數及履約期間皆涉及廠商有無違反僱用原住民義務之構成要件，應由立法者加以規定或具體明確授權給行政機關訂定，俾使廠商得以預見。是政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條在政府採購法第 98 條未明確具體授權之下，自行增加對人民權利所無之限制，顯違反法律保留原則。

（6）政府採購法第 113 條概括授權規定，不得作為政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條之授權規定：

①政府採購法第 113 條概括授權之規定，可否作為前開課予人民給付代金義務之授權基礎，殊值商榷，蓋依前揭大法官解釋意旨可知，課予人民租稅以外之金錢給付義務，涉及人民權利之限制，不得以概括授權方式為之，此迭經司法院釋字第 394 號、第 559 號解釋闡釋在案，另司法院釋字第 593 號解釋理由書中已敘明：「國家對特定人民課徵金錢給付義務，應以法律明定課徵之目的、對象與額度，如以法律具體明確授權主管機關以命令為必要之規範，應就授權法律整體規定之關聯意義，綜合判斷立法機關之授權是否符合授權明確原則……」等情明確。

②次查政府採購法第 113 條係授權行政機關就執行政府採購法中之招標、決標等流程事項作細節性及技術性之補充規定，此由政府採購法施行細則第 79 條規定：「本法第 58 條所稱總標價偏低，指下列情形之一：一、訂有底價之採購，廠商之總標價低於底價百分之八十者。二、未

定底價之採購，廠商之總標價經評審或評選委員會認為偏低者。……」可為佐證，蓋該條規定係針對政府採購法第 58 條機關辦理採購採最低標決標時，認最低標廠商之總標價偏低或有顯不合理情形所為之補充規定。

③綜上，因政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條所為之規定並非單僅就執行法律之細節性所作之補充規定，該條文涉及人民權利之限制，是故政府採購法第 113 條概括授權條款，自不得作為政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條之授權規定。

（7）綜上所述，政府採購法第 98 條未明確具體授權行政機關補充規定，而政府採購法第 113 條不得作為政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條授權依據，據此，政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條已違反法律保留原則，從而被告依據政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條作成命原告應繳納代金之原處分自屬違法。

5.原處分違反行政程序法第 7 條行政行為應符合比例原則之規定應予撤銷：

（1）按行政上之比例原則係國家為達特定目的，而採取之方法或措施，必須符合適當性、必要性及狹義比例原則，此為行政程序法第 7 條所明定。所謂適當性係指採取方法有助於目的之達成，而必要性係指有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。茲就原處分違反比例原則之情形詳述如後。

（2）政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條固為透過政府採購方式給原住民更多就業機會保障其工作權益，而課予達一定規模得標廠商僱用原住民員工之公法上義務，而手段上則以繳納代金取代未足額僱用原住民之法律效果，惟繳納代金之手段，是否可通過適當性檢驗不無疑問，蓋立法目的既在促進原住民就業機會，則廠商如未僱用足額原住民員工義務，行政機關應可先令廠商於一定期限內僱用足額數之原住民員工，因直接僱用原住民員工係對其工作權益保障最直接有效方式。又原住民就業代金之繳納係向原住民族綜合發展基金繳納，且依原住民族綜合發展基金收支保管及運用辦法第 5 條規定，該基金用途並非僅用於原住民就業基金之用途（原證 12）， 以繳納代金之手段可否達成與直接僱用原住民員工之效果實有疑問。縱認以繳納代金手段具有同樣達成目的之效果，其亦非對人民權益損害最小手段，承如前述，行政機關可在得標廠商於履約期間內未僱用原住民員工時，先命廠商在一定期限內補足僱用原住民員工人數，與繳納代金之手段相較下即為對人民權益侵害較小之手段。故繳納代金

之手段不符適當性及必要性原則，被告作成之處分因為違反比例原則自為不合法。

6. 綜上所述，原處分及訴願決定，實有諸多違背法令及一般法律原則之處，應予撤銷，請鈞院賜判決如訴之聲明，以維法制，並保權益，實感德便。

（三）被告主張之理由：

1. 系爭公法爭議乃立法者為落實憲法增修條文第 10 條之國家重大政策，故藉由規範政府採購此一政府重要歲出，以達保障原住民就業之社會福利政策，自當合於平等原則及比例原則之要求：

（1）憲法增修條文第 10 條第 12 款規定：「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。……。」故原住民族工作權保障法（下稱本法）第 12 條第 1 項、第 3 項規定：「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。」「得標廠商進用原住民人數未達第 1 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。」政府採購法（下稱採購法）第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代不足額部分。」故承前揭條文可知為落實憲法促進原住民族與身心障礙者就業之目的，立法者鑑於政府採購乃政府重要歲出，思藉由政府從事經濟活動所支出之龐大金錢，用以保障原住民族生存權，故制定本法第 12 條及採購法第 98 條之規定，使行政機關得藉前開具體規定達成國家貫徹弱勢族群優先之政策，故政府採購程序除公平、公開、公正之目的外，更肩負改善原住民及身心障礙者經濟狀況之社會福利功能。

（2）原告訴稱系爭公法義務未區分得標案件類型，有違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則云云。惟前已述及原住民就業代金之立法理由及立法者所欲規範者，誠乃政府每年從事私經濟行政時所支付之龐大金額，藉由政府支出而達保障原住民就業之目的，此外，更希冀得標廠商得於履約期間內僱用原住民，於力有未逮之際，被告亦得就其繳納之代金，支應相關促進原住民就業之支出，實有代負其責任之意旨，其立法目的與手段具實質正當關聯，故原告前述所持等語，顯係誤解法令。至若原告訴稱就業基金非僅用就業用途乙節，惟被告另訂有原住民就業基金收支保管及運用辦法，其中第 4 條及第 5 條均已詳加明文基金之來源及其用途，故原

告來文等語，誠屬誤解，委無足採。

2. 依司法院釋字第 443 號解釋意旨，履約期間及國內員工總人數之認定僅屬執行上細節性、技術性事項，無悖於法律保留及授權明確性之要求：

(1) 按司法院釋字第 443 號解釋理由節以：「……。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。……。」是以，承前揭釋字意旨可知，規範密度得作為審查有無符合法律保留及授權明確性之判準。涉及人民自由或權利之限制者，應由法律或法律具體明確授權之命令方得為之；反之，倘屬執行細節性、技術性之事項，得以法律概括授權之方式，由主管機關發布命令為補充。

(2) 查本法第 12 條及採購法第 98 條均明定依採購法得標之廠商應於履約期間內僱用原住民達其員工總人數百分之一，而本法第 24 條第 2 項規定：「前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」職此，採購法施行細則第 107 條及第 108 條係針對如何認定法條中所稱之國內員工總人數、履約期間、應收取代金之機關及計算方式之詳實述明，尚未增加法條中所無之限制，僅屬主管機關針對執行細節性、技術性之事項予以命令之形式為補充。

(3) 原告訴稱採購法施行細則第 107 條、第 108 條係增加法律所無之限制，有違法律保留原則等語。然前已述及相關施行細則規定僅係針對原住民就業代金義務時之細節性、技術性事項，承司法院釋字第 443 號解釋意旨，無違法律保留原則之要求。至若原告另訴以採購法施行細則第 113 條之授權明確性乙節，惟採購法施行細則僅對細節性、技術性事項為補充規範，尚無增加法律所無之限制，依司法院釋字第 367 號及相關諸多解釋意旨，自得以法律概括授權之方式，由主管機關基於專業及合目的性範圍為必要之補充規範。故原告起訴所持等語，顯係誤解法令，委無足採。

3. 本件公法義務之課徵方式、範圍、額度均已明定於相關法令中，且相關事證亦詳附在卷，被告依法課處原告就業代金，無違行政法上相關原理、原則：

(1) 查本法第 12 條第 1 項、第 3 項、第 24 條第 2 項分別規定：「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。」「得標廠商進用原住民人數未達第 1 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。」「前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」又採購法第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代不足額部分。」同法施行細則第 107 條規定：「本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。」身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項乃規定：「本法第 31 條之各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構員工總人數之計算方式，以勞工保險局、中央信託局（現已改由臺灣銀行股份有限公司公教保險部）所統計各該機關、學校、團體或機構每月一日參加勞保、公保人數為準。」

（2）原告訴稱略以原處分未明確說明計算式及其來源依據，亦無提供實際僱用原住民人數資料等語，其行政行為實有欠缺明確性云云。惟系爭公法義務之計算方式已如前揭法規甚詳，尚無不明之處；再者，被告於實務上亦曾多次與類似原告之其他應負代金義務者，反覆核對標案資料、員工人數、標案資料及代金之計算，原告徒執前詞，顯與事實不符。至若其訴稱實際僱用原住民員工人數資料乙事，惟被告於訴願答辯及相關案件中均已聲明，原住民員工個人資料係由戶役政單位協助建置之原住民人口資料庫而來，其資料來源賴其他法定機關戶役政單位之提供，被告非執掌該等資料之主管機關，受前揭機關要求妥善保管、合法運用之拘束，基於行政機關權責劃分原則，被告實非可任意外洩。再者，承司法院釋字第 585 號、第 603 號解釋意旨，就個人自主控制其資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。除保護個人隱私權之意旨，兼有「電腦處理個人資料保護法」個人人格權保護之限制，被告實難將該等資料公開查詢。

（3）原告另訴稱被告標案未舉證云云，惟相關標案證據資料業已送院參酌；次者，縱標案序號 2 未附資料舉證，其履約期間亦為其他採購案所覆蓋，尚不至影響本件公法義務之計算。職是，原告來文所持等語，誠屬誤解，核無足採。

4. 綜上所述，原告之訴顯然為無理由，爰狀請貴院鑑核，駁回原告之訴以維被告權益暨其所維護之原住民族公益需求，是所至禱。

理　　由

一、按政府採購法第 8　條規定：「本法所稱廠商，指公司、合夥或獨資之工商行號及其他得提供各機關工程、財物、勞務之自然人、法人、機構或團體。」第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾 1 百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」同法施行細則第 107　條規定：「本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。依本法第 98　條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」第 108　條規定：「得標廠商僱用身心障礙者及原住民之人數不足前條第 2　項規定者，應於每月 10 日前依僱用人數不足之情形，分別向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心障礙者就業基金專戶及原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1　月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」另身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1　項規定：「本法第 31 條之各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構員工總人數之計算方式，以勞工保險局、中央信託局所統計各該機關、學校、團體或機構每月 1　日參加勞保、公保人數為準。……」又「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 1　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。……得標廠商進用原住民人數未達第 1　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。」亦為原住民族工作權保障法第 12 條第 1　項、第 3 項所明定。

二、緣被告以原告標得臺灣菸酒股份有限公司菸事業部「香菸類委外辦理平面媒體（雜誌）廣告刊登」等 4　件採購案，於民國（下同） 94 年 9　月 1　日至 95 年 9　月 30 日履約期間內僱用員工總人數逾 1　百人，惟進用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1　項之標準，乃依同條第 3　項規定，以 97　年 6　月 3　日原民衛字第 0970027125 號處分書（下稱原處分）追繳原告原住民就業代金新臺幣（下同） 558,624　元。原告不服，提起訴願遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。核兩造對下列事項不為爭執：（一）原告參與臺灣菸酒股份有限公司以及行政院衛生署招標之系爭政府採購法案件（標案資料如訴願卷第 13 頁所示）。（二）原告原先爭執被告未提出行政院衛生署標案資料調查表

，因被告已經提出，所以不爭執。而兩造主要爭執點如下：（一）原住民族工作權保障法第 12 條以及政府採購法第 98 條是否違反憲法第 7 條之平等原則及第 23 條之比例原則。（二）系爭處分是否違反行政程序法第 5 條行為明確性原則。（三）政府採購法第 113 條是否違反授權明確性原則。（四）政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項是否違反法律保留原則。（五）系爭處分是否違反行政程序法第 7 條之比例原則。本院判斷如下。

三、經查本件原告依政府採購法標得臺灣菸酒股份有限公司菸事業部「香菸類委外辦理平面媒體（雜誌）廣告刊登」（有前後兩案）、「壹週刊刊登平面廣告 16 篇」及行政院衛生署疾病管制局「為辦理衛生教育宣導─採購壹週刊別冊內頁廣告（四頁）案」等 4 件採購案，履約期間分別為 94 年 4 月 1 日至 94 年 7 月 7 日（前案）、95 年 1 月 1 日至 95 年 12 月 1 日（後案）、94 年 10 月 5 日至 95 年 3 月 31 日及 94 年 6 月 8 日至 94 年 6 月 30 日，上開履約期間內，原告僱用國內員工總人數逾 100 人，惟進用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定不得低於百分之一之標準等情，經被告函請上開招標機關確認上述採購案件之標案名稱、得標廠商、契約起始日、實際完成履約日期等，業經各招標機關核對確認、函復被告，此有臺灣菸酒股份有限公司菸事業部及行政院衛生署疾病管制局函覆被告之「各機關（構）及學校辦理政府採購履約情形調查表」（見原處分卷第 31-37 頁）附卷可稽，原告於 90 年 11 月至 95 年 9 月止政府採購履約期間內僱用原住民人數未達法定標準及應繳納代金一覽表（見訴願卷第 12 頁）在卷可憑，堪信為真實。從而，被告以原告標得上述 4 件政府採購案，於前揭履約期間內，僱用國內員工總人數已逾 100 人，卻未於前開履約期間內僱足原住民名額，爰依原住民族工作權保障法第 12 條第 3 項規定，以系爭處分命原告追繳原住民就業代金合計 558,624 元（其計算如本院卷第 138 頁），本院言詞辯論程序經提示原告訴訟代理人確認，表示不爭執，記明在卷（見本院卷第 109 頁），揆諸前揭規定，於法並無不合。

四、原告主張系爭處分違反平等原則、比例原則云云，惟查：

（一）按憲法增修條文第 10 條第 12 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。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」基於上開憲法增修條文所規定之基本國策，立法院分別於 87 年 5 月 27 日及 90 年 10 月 31 日制定政府採購法第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及

原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」及原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項規定：「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。……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。」以促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活（原住民族工作權保障法第 1 條之立法目的參照）。依據上開條文，員工總人數逾 100 人以上之得標廠商，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數 1%，否則應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。此項有關得標廠商於履約期間僱用一定比例原住民之限制，係為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活之考量所為之特別規定，屬立法裁量範圍。

（二）次按，「國家基於一定之公益目的，對特定人民課予繳納租稅以外之金錢義務，涉及人民受憲法第 15 條保障之財產權，其課徵目的、對象、額度應以法律定之，或以法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範。該法律或命令規定之課徵對象，如係斟酌事物性質不同所為之合目的性選擇，其所規定之課徵方式及額度如與目的之達成具有合理之關聯性，即未牴觸憲法所規定之平等原則與比例原則。」業經司法院釋字第 593 號解釋闡釋在案。依前所述，促進原住民族工作權屬於公共利益，而繳納代金雖使部分人民生財產權喪失之後果，惟政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條規定已限縮至標得政府採購案之一定規模廠商於履約期間內須足額僱用原住民，其干涉法益之影響程度已屬最小，經權衡促進原住民就業與部分人民財產權喪失二者，當以促進原住民就業為優先。再者，原住民就業代金於立法之初，即希冀透過政府採購方式給予弱勢團體更多就業機會，特課予達一定規模得標廠商僱用原住民之公法上義務；其手段係以代金繳納取代未足額僱用原住民之法律效果，且立法設計上以最低基本工資作為代金之計算基準，並規定國內員工總人數逾 100 人之廠商方具此等義務，已屬侵害最小；又其目的係以扶助原住民就業，手段係課予僱用原住民或繳納代金之義務，手段有助於目的之達成，經核已斟酌憲法第 23 條之情事而以法律限制他人之財產權，揆諸前揭大法官解釋意旨，並未牴觸憲法之平等原則及比例原則，原告指摘上開規定牴觸憲法應屬無效云云，洵無足採。原告執此請求裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，亦非有據。

五、原告主張系爭處分及訴願決定違反行政程序法第 5 條明確性原則，顯有瑕疵及違法，依法應予撤銷云云；惟按：

（一）政府採購法於 87 年 5 月 27 日公布施行時，該法第 98 條規定雖採原住民族及身心障礙者合計達 2% 之進用方式，為避免政府採購法採合計方式造成僱用偏頗之流弊，原住民族工作權保障法於 90 年 10 月 31 日公布施行時，乃於同法第 12 條第 1 項明定：「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。」以確實保障原住民於政府採購案件中達到 1% 比例進用之就業機會，此參諸該法條立法理由係「……針對政府採購法第 98 條而來的，因為該條中雖規定僱用殘障人士及原住民的人數不得低於 2% ，但這些名額經常被身心障礙者占用，實際僱用原住民的人數並不多」（見立法院公報第 89 卷第 46 期委員會紀錄第 122 頁）及原住民族工作權保障法草案總說明：「……配合政府採購法，保障原住民就業機會……一般依政府採購法得標之廠商，應於履約期間僱用一定比例之原住民……」（見立法院公報第 90 卷第 26 期院會紀錄第 217 頁），是原住民族工作權保障法第 12 條旨在就政府採購法第 98 條進用原住民比例之標準及代金之收取機關為明確規定，原住民族工作權保障法公布施行後，政府採購案得標廠商依政府採購法第 98 條規定於履約期間僱用原住民之僱用比例，自受該法規範。

（二）而現行政府採購法施行細則第 107 條規定，雖係於 91 年 11 月 27 日始行修正公布，然觀諸其修正理由：「現行條文第 1 項對於殘障人士及原住民之認定，第 22 條第 5 項已予增訂，爰刪除之。二、配合原住民族工作權保障法第 12 條之規定，於第 2 項增訂各 1% 及分別計算之規定。」可知該修正，純係配合母法及原住民族工作權保障法規範之整體性；對於依政府採購法得標之廠商，其於國內員工總人數逾百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數 1% ，如有僱用不足者，得標廠商應繳納代金之規定，政府採購法及原住民族工作權保障法自 91 年 2 月 6 日之後並未為任何修正；而修正後之上開細則亦不過把其母法有關僱用人數不得低於總人數 2% 之規定，明確規定為 1%， 此 1% 人數之規定，非但由母法及原住民族工作權保障法之規定之對照，即可推知，業於前述，且未逾母法所規定之 2% 範疇，係屬有利於受規範廠商之修正，是原告主張其與刑事局於 91 年 6 月 18 日簽訂系爭租賃契約時，政府採購法施行細則第 107 條尚未修訂，原處分命原告給付代金，使原告受有不可測之損害，有違行政程序法第 5 條之明確性原則云云，即無可採。

（三）又行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款規定，書面之行政處分應記載主旨、事實、理由及其法令依據，並未規定須附記相關證據，蓋此等記載之主要目的

，乃為使人民得以瞭解行政機關作成行政處分之法規根據、事實認定及裁量之斟酌等因素，以資判斷行政處分是否合法妥當，及對其提起行政救濟可以獲得救濟之機會；書面行政處分是否明確，應自其記載是否已足使人民瞭解其受處分之原因事實及其依據之法令判定之，而非須將相關之法令及事實、證據全部加以記載，始屬適法（最高行政法院 96 年度判字第 594 號判決可資參照）查本件被告於 97 年 6 月 3 日作成系爭處分前，曾於同年 5 月 9 日以原民衛字第 0970023550 號函通知原告有違反原住民族工作權保障法之嫌，並檢附附件，請原告到會或以書面陳述意見（見原處分卷第 7-8 頁），原告且於同年 5 月 20 日擬具「違反原住民族工作權保障法第 12 條規定陳述意見書」向被告以書面陳述意見（見原處分書第 9-11 頁），苟原告有對被告欲作成系爭處分所憑證據不明之處，自當到會陳述意見，予以澄清，要無事後指摘原處分未附證據，有不明確之處之理。另被告作成系爭處分，其原住民員工個人資料係由戶役政單位協助建置之原住民人口資料庫取得，且經被告函請招標機關確認系爭採購案件之標案名稱、得標廠商、契約起始日、實際完成履約日期等，亦經各招標機關核對確認、函復被告，此有臺灣菸酒股份有限公司事業部及行政院衛生署疾病管制局函覆被告之「各機關（構）及學校辦理政府採購履約情形調查表」（見原處分卷第 31-37 頁）附卷可稽，而原告亦已自承與臺灣菸酒股份有限公司事業部及行政院衛生署疾病管制局訂定系爭採購合約，從而，被告依首揭法律規定及前開證據，認定原告違反原住民族工作權保障法而作成系爭處分，內容極為明確，並無違反行政程序法第 5 條「行政行為之內容應明確」之規定，要無疑義。

六、原告主張政府採購法第 113 條違反授權明確性原則云云，惟：按「依憲法第二十三條之規定，國家對於人民之自由及權利有所限制，固應以法律定之。惟法律對於有關人民權利義務之事項，不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬於細節性、技術性者，法律自得授權主管機關以命令定之，俾便法律之實施。行政機關基於此種授權發布之命令，其內容未逾越授權範圍，並符合授權之目的者，自為憲法之所許。」為司法院釋字第 360 號解釋所闡釋明確。查政府採購法施行細則第 107 條規定：「本法第九十八條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第十二條第一項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。依本法第九十八條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」同法施行細則第 108 條規定：「得標廠商僱用原住民之人數不足前條第二項規定者，應於每月十日前依僱用人數不足之情形，向原住民中

央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足一月者，每日以每月基本工資除以三十計。」及身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項前段規定：「本法第三十一條之各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構員工總人數之計算方式，以勞工保險局、中央信託局所統計各該機關、學校、團體或機構每月一日參加勞保、公保人數為準。……」分別為主管機關行政院公共工程委員會及內政部，基於政府採購法及身心障礙者保護法之授權所頒訂屬於細節性、技術性之法規命令，經核符合立法意旨及目的，且未逾越母法所定之授權範圍及內容，行政機關於辦理相關事務時自可加以援用。從而，政府採購法第 113 條規定：「本法施行細則，由主管機關定之。」並無違反授權明確性之問題可言。

七、原告主張政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項違反法律保留原則云云，惟按：

（一）司法院釋字第 593 號解釋意旨揭櫫：「國家基於一定之公益目的，對特定人民課予繳納租稅以外之金錢義務，涉及人民受憲法第十五條保障之財產權，其課徵目的、對象、額度應以法律定之，或以法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範。該法律或命令規定之課徵對象，如係斟酌事物性質不同所為之合目的性選擇，其所規定之課徵方式及額度如與目的之達成具有合理之關聯性，即未牴觸憲法所規定之平等原則與比例原則。」本件已開徵原住民就業基金代金部分之費率類別，既由主管機關依預算法之規定，設置單位預算「原住民族綜合發展基金」加以列明，編入中央政府年度總預算，經立法院審議通過後實施，且主管機關徵收後，妥為管理運用，符合立法所欲實現之輔導原住民就業政策目標，以促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活（原住民族工作權保障法第 1 條之立法目的參照），其課徵目的、對象、額度有上開法律明定並有法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範，且所規定之課徵對象為「依政府採購法得標之廠商，其僱用員工總人數在一定數額（ 100 人）以上者」，其所規定之課徵方式及額度「依差額人數乘以每月基本工資計算，向主管機關設立之原住民族綜合發展基金專戶繳納就業基金之代金」核與保障原住民就業之法規範目的達成具有合理之關聯性。原住民就業代金係涉及法律義務之特別公課，此一特別公課，以有法律義務之違反為成立之前提，不問違章行為之故意過失。蓋特別公課之性質究與行政罰有別，無涉可責性或歸責性，故僅須得標廠商於履約期間違反僱用一定比例原住民之義務而符合法律所規定之構成要件，即應繳納就業代金。

（二）依前揭政府採購法施行細則第 107 條第 1 項後段規定，政府採購法第 98

條所稱「履約期間」，係自訂約日起至廠商完成履約事項之日止，非以實際執行工作天數為據，原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項所稱之「國內員工總人數」，自應以勞工保險局、中央信託局所統計該得標廠商每月一日參加勞保、公保人數為準。是原告主張原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條，並未就原住民就業代金課徵目的、對象、額度、費率等明文規定或具體授權行政機關以命令定之，政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條逕行規定裁罰性行政處分之要件及效果，違反法律保留原則云云，委無可採。

八、原告主張系爭處分違反行政程序法第 7 條比例原則云云，惟按：行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」此即學理上所稱之「比例原則」。行政上之比例原則係國家為達特定目的而採取某一種方法或措施，必須符合適當性、必要性及狹義比例原則，亦即係規範行政機關有多種合目的之措施時，須選擇侵害最小、與所欲達成之目的比例相當。依前揭原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、第 24 條第 2 項、第 3 項、政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條、身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項前段規定內容，並未賦予被告對於追繳代金的要件、計算代金之標準有任何裁量空間。亦即當法律規定之特定構成要件事實存在時，即應為特定法律效果之行為，並無權選擇作為或不作為，或選擇作成不同法律效果之處分，係屬於羈束處分，並無多種合目的之措施可選擇，故本件並無上開比例原則之適用問題。而廠商依政府採購法得標者，依法即負有僱用法定比例原住民或繳納代金之義務，而繳納代金係僱用法定比例原住民義務之替代，亦係促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活之方法之一。被告並無裁量或減免代金數額之權限，亦不得以原告獲利與否作為免除僱用義務或繳納代金之理由，被告據之追繳就業代金自無違反比例原則之可言，本件被告作成系爭處分完全本「依法行政原則」作為，並無不合。而原告在參與政府採購法訂約，本有知法之義務，對於其於履約期間應僱足一定比例原住民乙節，自得事先評估，資為是否參與投標及得標後因應措施之準備，要無違反原住民族工作權保障法受處分後，再作相關法令不足之抗辯之餘地，從而原告主張：行政機關可在得標廠商於履約期間內未僱用原住民員工時，先命廠商在一定期限內補足僱用原住民員工人數，與繳納代金之手段相較下即為對人民權益侵害較小之手段云云，顯屬於法無據。

九、原告主張原處分未明確說明計算式及其來源依據，亦無提供實際僱用原住民人數資料等語，其行政行為實有欠缺明確性云云。惟系爭公法義務之計算方式已如前

揭法規甚詳，尚無不明之處；且原告訴訟代理人對被告提出之計算式，亦已於本院言詞辯論程序為不爭執之表示，已如前述。至於原住民人數等資料，因原住民身分法已明定原住民身分取得之要件，原告既參與政府採購法投標及得標，自有詳閱相關法令之義務，其所僱用之員工是否符政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條所規定達一定比率之「原住民」員工，自當由原告自行就所僱員工中加以調查，若有不甚明瞭之處，亦可洽詢相關戶役政單位協助建置之原住民人口資料庫加以求證，蓋被告計算原告所僱員工中之原住民員工比率，其資料來源亦係有賴其他法定機關戶役政單位之提供，被告非執掌該等資料之主管機關，自亦無提供原告所僱原住民員工資料之義務。又按諸司法院釋字第 585 號、第 603 號解釋意旨，個人自主控制其資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。除保護個人隱私權之意旨，兼有「電腦處理個人資料保護法」個人人格權保護之限制，被告實難將該等資訊公開查詢。準此，原告此項主張，要難資為其有利之依循。

十、末查原告主張政府採購法第 98 條課予得標廠商僱用原住民之義務，其規範目的旨在保障原住民之工作權，原告認為在手段上被告應該先履行通知義務，而非直接處罰廠商云云。但查此乃立法政策之問題，現行法既未有此種規定，被告依法行政，並無不合，原告此項主張，洵不足採。

十一、綜合上述，本件原告起訴論旨均不足採，原告依政府採購法標得之採購案，於履約期間內僱用員工總人數逾 100 人；惟進用原住民人數未達於原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項之標準，事證明確，被告依同條第 3 項規定，追繳原告原住民就業代金 558,624 元，並無不合，訴願決定予以維持，亦無違誤，原告仍執前詞及一己主觀見解，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

十二、據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中華民國 98 年 4 月 2 日

（本件聲請書其餘附件略）

抄香港商蘋果日報出版發展有限公司台灣分公司代表人葉一堅釋憲聲請書

主旨：為聲請人因原住民族工作權保障法事件，經行政院原住民族委員會（下稱「原民會」）於民國（下同）96 年 3 月 14 日原民衛字第 0960010034 號函通知聲請人應繳納代金，經聲請人依法陳述意見後，原民會再以 96 年 12 月 5

日原民衛字第 0960050950 號處分書追繳聲請人代金。聲請人不服，訴經行政院 97 年 5 月 12 日臺訴字第 0970084701 號訴願決定將原處分撤銷，經原民會重新審酌，以 97 年 6 月 3 日原民衛字第 0970027128 號處分書，追繳聲請人代金，嗣提起訴願後遭行政院訴願決定駁回而提起行政訴訟，迭經臺北高等行政法院 98 年 6 月 18 日 97 年度訴字第 2839 號判決及最高行政法院 100 年 3 月 29 日 100 年度判字第 427 號判決駁回確定，因認上開確定判決所適用之原住民族工作權保障法第 12 條、政府採購法第 98 條及第 113 條、政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項，有牴觸憲法第 7 條及第 23 條規定之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及同法第 8 條規定，聲請 貴院解釋。

說明：

壹、聲請解釋憲法之目的：

原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、政府採購法第 98 條及政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條，違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，均為無效，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及同法第 8 條規定，聲請解釋，以維憲法保障人民權益之精神。

貳、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文：

一、緣聲請人前標得中國石油股份有限公司（96 年 2 月 9 日更名為台灣中油股份有限公司，以下簡稱中油公司）油品行銷事業部行政室事務組「宣導節約用油香港商蘋果廣告」等 29 項採購案，於 93 年 10 月 9 日至 95 年 9 月 30 日履約期間內，國內僱用員工總人數逾 1 百人，惟進用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項之標準，遭原民會依同條第 3 項規定，先於 96 年 3 月 14 日以原民衛字第 0960010034 號函（附件 2）通知聲請人應繳納代金新臺幣（下同）2,040,192 元，經聲請人依法陳述意見後（附件 3），原民會再以 96 年 12 月 5 日原民衛字第 0960050950 號函（附件 4）對聲請人處以代金 1,491,072 元，惟原民會所追繳前後二次代金金額並不相符（前為 2,040,192 元，後為 1,491,072 元），且聲請人亦無從得知其差異之所在，聲請人不服爰依法提起訴願，並經行政院以院臺訴字第 0970084701 號訴願決定書將原處分撤銷（附件 5），由原民會即原處分機關於 2 個月內另為適法之處分，撤銷理由略以，原民會未說明如原住民非於當月 1 日投保，即不予計入原告 94 年 9 月及 95 年 6 月僱用原住民人數，是否合於前開原住民族工作權保障法之立法意旨，及不足 1 月究應如何核算其應繳納之代金金額。經原民會重行審酌後，以 97 年 6 月 3 日原民衛字第 0970027128 號處分書（附件 6

），追繳聲請人原住民就業代金 1,491,072 元（原應追繳 1,504,272 元，因受不利益變更禁止，故維持原處分）。聲請人不服，以法規並未強制具有原住民身分辦理身分登記，原處分機關如何能確認原住民人數，且該會不提供掌握之原住民名冊，致其無法核對，有失公允，以及就聲請人得標案件之性質，無須另外聘僱員工，且履約期間之認定未依廣告之刊登日數計算，原住民就業代金之設計顯失公平，復就代金計算方式及引用數據，亦有處分不備理由之違誤等情，提起訴願，然遭行政院以院臺訴字第 0970089877 號訴願決定書（附件 7）駁回訴願，聲請人仍無法甘服，遂在法定期限內依法提起行政訴訟，迭經臺北高等行政法院 98 年 6 月 18 日 97 年度訴字第 2839 號判決及最高行政法院 100 年 3 月 29 日 100 年度判字第 427 號判決駁回確定（附件 8、9）， 茲因上開確定終局判決所適用之原住民族工作權保障法第 12 條、政府採購法第 98 條、政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條，有牴觸憲法第 7 條及第 23 條規定之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及同法第 8 條規定，聲請貴院解釋。

二、按司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款係對人民聲請解釋憲法程序要件之規定，其中之一即為須經「確定終局裁判」，從文義上解釋，凡有終結一個審級效果之裁判，且不得再以上訴方式請求救濟者，即為確定終局裁判，並無僅指終審確定終局裁判之意涵，此不僅在文理上理應如此解釋，在法理上實更有堅強之理由（見附件 10）， 而原因案件之聲請人若已依法定程序窮盡救濟，經以程序上駁回其上訴，自應以原審之判決所適用之法令為審查客體，聲請解釋（見附件 11 及司法院大法官會議 99 年 10 月 18 日第 1365 次、99 年 7 月 30 日第 1363 次、99 年 7 月 16 日第 1362 次、99 年 6 月 25 日第 1360 次等不受理決議），而本件原因案件係經臺北高等行政法院 98 年 6 月 18 日 97 年度訴字第 2839 號判決後，復經最高行政法院 100 年 3 月 29 日 100 年度判字第 427 號判決駁回確定，依前所述，即滿足聲請解釋憲法之「經確定終局裁判」之要件，並應以臺北高等行政法院上開判決所適用之法律為本件聲請及審查客體，合先敘明。

三、聲請人不服前開原民會命繳納代金之行政處分，經依法提起訴願及行政訴訟後，遭行政法院以判決駁回確定在案，經查其主要理由，無非係以：（一）原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條等規定有關得標廠商於履約期間僱用一定比例原住民之限制，已別於公營機構之比例進用原則，立法者考量此項保護規範對企業活動影響之程度，並斟酌其足堪負擔此社會責任之能力，以廠商規模、履約期間及進用比例，制定前開保障原住民族工作權之法律，此乃維護國族

整體平衡所為之必要限制，立法意旨於此已就憲法第 23 條所定比例原則為衡量；且因有關原住民族之存續或保障，「工作權」實為根本，僅賴政府機關之進用，成效本屬有限，政府機關藉採購之進行，在人民事先知情並同意之前提下，以法律要求僱用原住民族之特定比例或繳納代金，乃為實現保障原住民族之重要方式，其目的正當，採取之手段與目的之達成間有具體關聯，亦為採購廠商投標前可預期，尚難認依此程序之政府採購得標廠商，一體適用前開規定，有違平等原則可言。（二）又按行政程序法第 5 條規定行政行為之「內容應明確」，應指行政行為之各項重要之點均應明確而言，行政行為之內容是否明確，應就個案實質觀察，而不以其形式上有理由或說明欄為斷。是本件有關系爭代金之計算，原處分所附相關資料，其中員工總人數、標案名稱及履約期間，聲請人均可就其內部員工人事管理資料及先前得標契約文件，加以確認，應無不明確之處。至於有關應僱用原住民人數，亦得由原民會所附相關法條得之。另有關代金金額係以每月基本工資 15,840 元計算，不足一月者，每日以每月基本工資除以 30 計算，即每日基本工資為 528 元等情，亦於原處分標案附件後附註說明，並援引相關法律及施行細則之規定，故以 93 年 10 月為例，該月標案僅 1 筆，履約期間為 1 日（93 年 10 月 9 日），員工人數 1,145 人，應僱用原住民人數為 11 人（1,145 之 1/100，未達整數部分不予計入），已僱用 5 人，不足 6 人，故應繳代金數額為僱用不足人數（6 人）乘以履約期間（1 日）乘以每日基本工資（528 元），即為 3,168 元，故依原處分所附基礎資料及相關法規，即可如前核算代金金額，故應可認原處分就相關事實之認定及法規依據等重要之點，均已說明或提供相關資料，尚無違明確性原則。至於聲請人主張原民會未能提供已僱用原住民之資料來源，經查，原民會所提供附件一覽表之實際僱用人數，係由原民會按月檢送年滿 14 歲之原住民基本資料送勞工保險局，經該局比對得標廠商勞工投保資料後檢送原民會，該資料既經原民會以外之機關參與確認，自有相當之正確性。且有關原住民身分之個人資料，因涉及個人隱私，原民會未予提供原住民身分名單，依政府資訊公開法及電腦處理個人資料保護法之相關規定，尚非無據，況聲請人本非不得在原住民員工同意之前提下，自行建立登錄原住民員工名冊，本件聲請人在未有合理依據可認原民會提供錯誤資料之情形，即以原民會未提供是項原住民勞工身分資料，而認原處分有違明確性原則，尚難憑採。（三）又依司法院釋字第 612 號解釋意旨，可知政府採購法第 113 條授權主管機關所定施行細則是否違反授權明確性原則，仍應就施行細則之具體綜合判斷，尚非得以母法授權主管機關訂定施行細則，逕認已有違反授權明確性原則。而政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條第 2 項規定有關應僱用原住民

之比例及僱用不足應繳納代金之義務內容，既已於政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項規定明文揭示，自無違法律保留原則。至於履約期間及代金以每月基本工資計算等亦符合一般契約履行及勞動基準法之精神，故此等細節性、技術性之規定，並無逾越相關母法授權之範圍。（四）至於聲請人主張原民會未提出「購報紙版面刊登月月有成績宣導」，履約期間為 94 年 11 月 30 日至同年 12 月 1 日之標案資料云云，惟原民會雖係自行政院公共工程委員會政府採購資訊公告系統之適用政府採購法第 98 條之得標廠商彙整月報表，取得各標案資料，然為確認各該標案履約期間，原民會尚向各招標機關函查，聲請人所述系爭標案無前開履約情形調查表附卷固屬實情，惟該標案履約期間 94 年 11 月 30 日至同年 12 月 1 日，與另標案即行政院新聞局「購報紙版面刊登軍公教退休制度改革、數字臺灣宣導廣告」之履約期間（94 年 11 月 29 日至同年 12 月 2 日）重疊，故於代金金額之計算上，並無影響，故聲請人主張原民會未盡舉證責任，尚非可採。（五）另按政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條之規定，並未授權主管機關得自行決定是否依前開規定而行為，或可決定選擇採取其他措施，故前開法律之規定，既於構成要件實現時，僅賦予單一之法律效果，則主管機關須依規定而行為，否則即為違法。是本件聲請人為政府採購法之得標廠商，且國內員工人數逾 100 人，依前揭規定，自應依法僱用原住民或繳納代金，聲請人未進用合於標準比例之原住民員工，原民會即應依規定追繳代金，聲請人主張原民會所為違反比例原則，尚有誤解，應難憑採等語，資為論斷。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、政府採購法第 98 條及政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條（下稱系爭規定），違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則

一、系爭規定限制具一定規模得標廠商之契約自由與財產權並形成差別待遇

（一）系爭規定所涉及之基本權

1. 系爭規定之解讀

原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及第 24 條第 2 項分別規定：「Ⅰ. 依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 100 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。……Ⅲ. 得標廠商進用原住民人數未達第 1 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。」「前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」而政府採購法第 98 條與政府採購法施行細則第 107

條、第 108 條分別規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之 2，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」「Ⅰ. 本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。Ⅱ. 依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之 1，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」「Ⅰ. 得標廠商僱用身心障礙者及原住民之人數不足前條第 2 項規定者，應於每月 10 日前依僱用人數不足之情形，分別向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心障礙者就業基金專戶及原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。Ⅱ. 前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」則依政府採購法得標之廠商，倘其國內員工總人數逾 100 人，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止，其國內所僱用具原住民族身分之員工人數，應達其國內員工總人數百分之 1，若僱用不足者，除應依不足額人數乘以每月基本工資或不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計算代金，並於每月 10 日前向原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金外，亦不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分，合先敘明。

2. 強制僱用一定比例原住民族員工所涉憲法基本權

按契約自由乃個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第 22 條所保障其他自由權利之一種，其限制亦應以法律定之，或以法律明確授權主管機關發布命令為補充規定，始符憲法第 23 條規定之意旨（司法院釋字第 576 號、第 580 號、第 643 號解釋參照），而關於前揭得標廠商應僱用一定比例之原住民身分員工，乃係強制介入參與政府採購案件而得標之一定規模廠商與他人就其營業項目之執行所締結契約，而要求其應與一定比例之原住民訂定勞務供給契約，此涉及得標廠商就上開勞務供給契約選擇締約相對人之自由，即屬契約自由範疇之事項，故已生限制得標廠商受憲法第 22 條所保障之契約自由權利。

3. 繳納代金之性質及所涉憲法基本權

關於前揭得標廠商所應繳納之代金，核其性質，乃係國家為配合特定之財政收入目的，基於公權力對於具有同一屬性之少數、特定而違反法律義務之人

所徵收，並將之納入封閉之財政循環系統（特種基金專戶），用以挹注國家特別支出之特別公課（見附件 12）， 就此，雖與人民依憲法第 19 條所應繳納之稅捐有別，然其均為人民對於國家所負公法上金錢給付義務，殆無疑義。而關於此等稅捐以外公法上金錢給付義務，涉及得標廠商受憲法第 15 條保障之財產權，則其課徵目的、對象、額度應以法律定之，或以法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範，且有關此等繳納金錢之義務，應本於正當之立法目的，在必要範圍內對適當之對象以合理之方式、額度予以課徵，始與憲法所規定之平等原則與比例原則相符（司法院釋字第 593 號解釋參照），堪認關於得標廠商負有繳納代金之公法上金錢給付義務，係對得標廠商受憲法第 15 條保障財產權之限制。

（二）本件確定判決適用之法律所產生違憲疑義狀態

查本件確定判決所適用法律，依前述，係課予「具備政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條所定內部規模（即國內員工總人數逾 100 人）」之得標廠商，應僱用一定比例之原住民身分員工或繳納代金以免除僱用原住民勞工之義務，就此，則不論廠商所標得之採購案其內容如何，凡達於一定規模之得標廠商，均負有上開義務，將導致針對同一投標案而言，「具備政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條所定內部規模」之得標廠商即負有上開義務，而「未達政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條所定內部規模」之得標廠商即不負有上揭義務，顯存在差別待遇之情事。尤有甚者，不論得標廠商就其標得之採購案所需投入之人力、物力或時間之性質者，為何與不同標案，均負有上開義務，而於法律上受同等之評價，亦即是否負有上開義務全繫於「得標廠商之內部規模」之唯一因素。除此之外，各該採購案之內容、型態均恝置不論，就此，僅以上開單一因素為差別待遇之考量基礎，顯然違反事物之本質，而不合於憲法上「相同事物應為相同之對待，不同事物應為合理之差別對待」之平等原則，顯有疑問。

二、本件確定判決適用之法律違憲疑義之審查

（一）「平等原則」、「以比例原則檢驗平等原則」及「以期待可能性原則為比例原則輔助標準」之抽象闡釋

按人民之平等權雖受憲法第 7 條之保障，惟並非指絕對、機械之形式上平等，而係為防止公權力恣意對人民為不合理之差別待遇，要求本質上相同之事物獲致相同之處理，以保障人民在法律上地位之實質平等，因此，立法機關固可基於憲法之價值體系及立法目的，斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別待遇，並得授權行政機關發布施行細則為合理必要之規定，然所據以為差別待遇

之分類與規範目的之達成之間，須存有一定程度的關聯性，此有司法院釋字第 485 號解釋文暨解釋理由書與釋字第 412 號、第 584 號、第 593 號、第 605 號、第 666 號、第 675 號、第 682 號等解釋理由書可稽。

又平等權爭議都產生在複數不同法律後果的適用對象間，而如何能夠使受不利益者能獲得「合理化」的說明，正是平等權問題的最大難處，誠如前大法官翁岳生在司法院釋字第 445 號解釋協同意見書所表示：「平等權是一種『結果論』的判斷，以一方較他方有利的結果存在為前提，其審查重點……在於『規範關係』的違憲。亦即不論立法者是否有意積極排除一方受益，或是未予以規範，只要造成另一規範關係的不利益，而沒有合理的解釋，即可構成違反平等原則」，而平等權為所有基本權利之基礎（見諸前大法官翁岳生前述協同意見書），立法者有決定差別待遇以符合平等權之義務，且非如一般自由權須透過法律限制以達成公益需求，即平等權與公益需求兩者本合而為一。易言之，由憲法第 23 條明定「以上各條列舉之自由權利……」可知法律保留原則僅適用於基本自由權，而不能用以「限制」平等權，故立法者的任何區別對待，都必須基於最正確、合理公正與排除無具體關聯之判斷，因此可由釋憲機關來作審查，這也是平等權的憲法功能已由拘束法規範之執行（所謂法規範執行平等）以獲得「法適用之平等」，轉向為拘束法規範之制定（所謂法規範制定之平等），而國民可由此平等權取得對抗不公平之法規範的主觀地位。若法規對於某些適用案件，採行了差別待遇，即屬於法律手段的規範力問題，此時，該手段是否合乎理性、有無恣意而考慮無實際關聯的因素，以及給受不平等者不必要的不利益？並與比例原則息息相關，而應一併檢驗，且此將比例原則的檢驗納入到平等權保障的手段，德國聯邦憲法法院自 1980 年之前所盛行而過度限縮平等權適用範圍之「恣意模式」階段，經過 1980 年 10 月 7 日作出一個重要判決揭示「平等權保障之重心，應當以正義觀來檢視『相同情形者，不得有不同對待』」，即就各法規範適用之對象存在差異的「種類 （Art）」及「份量（Gewicht ，即情節輕重大小）」，有否足夠到造成差別的待遇而與比例原則的精神相去不遠之「新模式」的檢驗標準，迄至 1993 年德國聯邦憲法法院以更須於差別待遇之對象間「種類」及「份量」的差異有否足夠到造成差別的待遇外，進一步探究造成此差別待遇的「理由」，是否合理與具有說服力之「新模式理論」階段，已獲得其承認，近年來更提出「因人而異」與「因事而異」之判斷基準。所謂「因人而異」是指針對法規所欲規制之對象的年齡、身分、教育背景及職業別等，而差別之待遇，這是最容易造成侵犯平等權的類型，應當適用嚴格的標準，同時也應運用比例原則，予以進一步檢驗。至於「因事

而異」的差別待遇是指因為客觀存在事實的不同，而作出的差別待遇，德國聯邦憲法法院對此許可立法者有較大的裁量權，而無庸一定須援引比例原則予以檢驗。易言之，仍採納最早的「恣意模式」之檢驗標準（見附件 13）。

綜前所述，若法規範所涉定之差別待遇因此致生限制人民基本權利之結果，亦應符合憲法第 23 條規定比例原則之要求（司法院釋字第 596 號、第 618 號解釋理由書參照），就此，則須探究正當化差別待遇之比例原則，其具體內涵為何及如何操作。

承前，比例原則於學說上又稱為禁止過當原則或侵害最小原則，並將比例原則區分為適當性、必要性及衡量性（狹義比例性）3 個下位原則，一般均係以法治國原則及憲法基本權利保障意旨為其理論基礎。比例原則從發展早期作為行政法上之一般原則拘束行政行為，鑑於對法治國原則實質保障之重視，亦逐漸成為憲法上之基本原則，並拘束立法與司法行為，而於我國憲法第 23 條予以明確實現其內涵，基於為「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，國家不得以法律對人民基本權利為過度限制或侵害（見附件 14）。

而如何判斷是否符合比例原則，司法院釋字第 554 號解釋理由書明白指出，首先立法目的必須具有正當性。其次，手段須有助於立法目的之達成（適合原則），亦無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用（必要原則）。最後，手段對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性必須處於合乎比例之關係（狹義比例原則），且之後的釋字第 575 號、第 577 號解釋大體上也都循此足跡作比例原則之操作。又比例原則之操作，一般總以為僅僅是依循三個次原則之要求，單純作目的與手段間之利益衡量而已。其實，操作比例原則，不僅與利益衡量有關，也涉及對立法事實認定之審查。例如適合原則審查手段是否有助於目的之達成，或必要原則審查可能之較小侵害之替代手段，就目的之達成，是否與系爭手段同等有效，或狹義比例原則審查公益之迫切性是否足以正當化對基本權之限制，往往須先行判斷立法者倘不採干預行動，公益所可能面臨危險的嚴重程度與危險發生的可能性等等，都涉及對立法者就事實之判斷是否正確之審查。為避免司法者就相關立法事實存在與否形成心證時，會流於恣意，也同時為提升司法審查的可預測性與可接受度，逐步發展出寬嚴不同的審查基準，自亦有其必要。再參酌外國釋憲經驗，關於對立法事實判斷之審查，約可粗分 3 種寬嚴不同審查基準：如採最寬鬆審查標準，只要立法者對事實的判斷與預測，不具公然、明顯的錯誤，或不構成明顯恣意，即予尊重；如採中度審查標準，則進一步審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得

過去，因而可以支持；如採最嚴格審查標準，司法者對立法者判斷就須作具體詳盡的深入分析，倘無法確信立法者的判斷是正確的，就只能宣告系爭手段不符適合原則之要求。至於何時從嚴，何時從寬審查，應考量許多因素，例如系爭法律所涉事物領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇（見附件 15）。

又基於法諺：「法不強人所難」之思維，故判斷當事人義務範圍之界限，若無法期待該當事人遵守規範，該當事人縱違反規範而有一定作為或不作為，亦認其不具有責性，此乃「期待可能性原則」，而此原則，儼然已為一般法律原則，甚至與公法學領域中「人性尊嚴原則」、「誠信原則」、「情事變更原則」、「信賴保護原則」等同具憲法層次之效力，亦經認同。而關於「期待可能性原則」本身即須經過利益衡量之過程，就國家行為所欲達成之目的、所獲致之利益與所生之損害加以衡量於各案中是否造成強人所難之狀態，而招致受規範之人難以預測之損害或負擔，就此適與比例原則中「狹義比例原則」所衡酌國家行為所產生之效果與所欲達成之目的及所引發之副作用是否不符比例相同，故論者有以期待可能性原則可為比例原則中「狹義比例原則」之輔助判斷標準（見附件 16）， 此由司法院釋字第 575 號解釋理由書略謂「……當事人就職缺之期待，縱不能盡如其意，相對於遵守法治國原則、適當分配警察任務與一般行政任務以回復憲政體制此一重大公益之重要性與必要性，其所受之不利影響，或屬輕微，或為尊重當事人個人意願之結果，並未逾越期待可能性之範圍，與法治國家比例原則之要求，尚屬相符」等語亦可得知。

至於期待可能性原則之判斷，究應以何標準判斷各該國家行為所欲達成之目的、所獲致之利益與所生之損害加以衡量於各案中是否造成強人所難之狀態，而招致受規範之人難以預測之損害或負擔，於學說上有依行為人本人行為時之具體狀況及其本人之能力可否期待其為一定之行為之「行為人標準說」，有主張以平均人或通常人出於行為當時，有無履行其法律上義務之可能性之「平均人標準說」，亦有以國家或法秩序所期待行為人採取適法行為之具體要求為判斷行為人本人有無他行為之可能性之「國家標準說」，除其中「國家標準說」以法秩序之期待為行為人本人期待可能性之判準有循環論證之邏輯上矛盾而不可採外，秉諸期待可能性原則「法不強人所難」之本質，不應脫離行為人本人而觀察、判斷，惟若一般人、通常人即無法期待者，倘因行為人本人有可予期待之特別情狀者即苛求其應履行義務，亦有不當，故論者有認原則上以「行為人

標準」資為判斷是否符合期待可能性之基準，然以「平均人標準」為該當事人義務之上限（見附件 16）。

綜上所述，立法者固可基於憲法之價值體系及立法目的，斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別待遇，並得授權行政機關發布施行細則為合理必要之規定，然其所據以為差別待遇之分類與規範目的之達成間，須存有一定程度之合理關聯性，而該差別待遇之分類標準與規範目的間是否有合理之關聯性，則得輔以憲法上比例原則，先視該規範目的是否具有正當性、該差別待遇之手段是否有助於達成目的，另就該規範目的之達成而言，是否已無其他影響性較小之手段，而該手段所形成之差別待遇對基本權利之影響與立法者所欲維護法益之重要性必須處於合乎比例之關係，並不得對於受規範者形成不可預測、難以期待之損害或負擔，且關於上開比例原則之判斷倘涉及立法事實預測之審查，則應就該規範所涉事物領域、基本權之種類及對基本權干預之強度等因素綜合考量後，採取或寬或嚴之基準予以審查。

（一）平等原則、比例原則及期待可能性原則於本件具體操作及審查

1. 本件確定判決所適用法律之規範目的正當性審查

⑴原住民族與身心障礙者之保護屬憲法委託事項

查憲法增修條文第 10 條第 7 項、第 8 項、第 12 項規定「……Ⅷ. 國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。Ⅷ. 國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等經濟性支出應優先編列。……ⅩⅡ. 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……」等基本國策，乃凸顯修憲者對於身心障礙者及原住民族就業與經濟生活維持事項之關切，並衡酌修憲時當前社會經濟生活狀況，預設身心障礙者及原住民族之就業、經濟生活維持事項之維護與扶助已係刻不容緩，而直接以憲法委託方式課予國家應建立各種有助於協助、維護身心障礙者及原住民族之就業、經濟生活維持等社會福利制度之優先義務。

⑵系爭規定之目的係為履行原住民族與身心障礙者保護之憲法委託事項，具有正當性本件確定判決所適用之法律，由政府採購法第 98 條規定「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之 2，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分」，而原住民族工作權保障法第

12 條第 1 項、第 3 項規定「Ⅰ. 依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 100 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 1。……Ⅲ. 得標廠商進用原住民人數未達第 1 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。」並參酌政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條及原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項，係出於社會福利之思想，基於身心障礙者及原住民族於現今社會仍屬相對弱勢群體之立法預測，認身心障礙者及原住民族於求職或其經濟生活之滿足，相對於非身心障礙者及非原住民族均較屬不易，故對於在政府採購案招標而得標之「一定內部規模」廠商，課予其「僱用一定比例之身心障礙者及原住民族」或「繳納一定比例之代金並禁止僱用外籍勞工取代僱用不足之員額」之義務，而確保身心障礙者及原住民族工作機會或其經濟生活之維持，以縮小與非身心障礙者及非原住民族謀職營生可能性之差距，核其目的，即在踐履前揭憲法增修條文第 10 條第 7、8、12 項之憲法委託事項，冀能使各群體均得立於同一水平而共生共存，若再予細究，即是為實現各群體於社會生活上之實質平等，具有追求重要公益之目的，應認屬正當。

2. 本件差別待遇手段與規範目的達成之關聯性審查標準之擇定

本件差別待遇之手段與上開規範目的間是否具備一定程度之關聯性，依前所述，係以參與政府採購案件招標而得標之廠商其內部規模為唯一考量基準，即係以得標廠商本身之條件為依據之「因人而異」之差別待遇，而非參酌其他客觀情事之「因事而異」類型，須仰賴比例原則之操作，且關於本件比例原則之操作乃繫諸於上開規範目的立法事實之預測及審查，進而須衡酌本件所涉事物領域、基本權之種類及對基本權干預之強度等因素而擇定審查基準，而本件立法因涉及國家福利政策之推動、就業發展之維護及弱勢群體之扶助，進而影響社會整體經濟之配置與運用、社會環境、經濟結構及勞雇關係等複雜政策性問題，基於功能最適之考量，固不可能採嚴格審查標準，而應留給政治部門較廣泛之政策形成空間，惟承認政治部門享有廣泛之政策形成空間，並非表示司法者只能採最寬鬆審查標準，蓋就本件而言，雖屬經濟及社會政策立法，但因涉及達於一定內部規模之得標廠商之財產權與契約自由，甚至達於一定內部規模之得標中小型廠商均受限制，反有造成該等中小型廠商於衡酌各該採購案件所造成損益比後，降低參與政府採購案件投標之意願，揆諸憲法增修條文第 10 條第 3 項要求「國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展」而凸顯國家對中小企業的照顧發展

義務，且政府採購案件之招標、投標、決標乃須參與投標之廠商本於公平競標之原則（政府採購法第 1 條參照），倘中小型廠商甚至大型廠商參與投標意願低落，致政府採購案件之投標均僅有少數廠商甚至固定少數廠商參與競標，更有使政府採購案件之投標、決標逸脫於公平競爭之外，甚至有促使原增訂政府採購法所欲避免之弊端再度發生，則本件就立法事實的認定與預測之審查應提升至中度審查基準，審查其是否合乎事理、說得過去，而不得僅止於審查是否明顯錯誤、明顯恣意（見附件 15）。

3.「適合性」審查－差別待遇手段是否有助於達成規範目的？

在採取中度審查基準之前提下，差別待遇手段是否有助於達成規範目的之「適合性」審查，並不能要求手段對目的之達成必須非常有效或完全有效，毋寧，只要對目的之達成有部分助益或效果，而非完全無效，甚至有害，即已滿足適合原則之要求，蓋倘若適合性審查採高標準，要求系爭手段必須高度或完全有助於目的之達成，有時反會造成要求國家為達目的而必須採取一個更嚴格、更激烈之差別待遇手段的反效果，況審查手段是否有助於目的之達成，其實是審查立法者對事實之預測，既曰「預測」，就該容認立法者有預測錯誤的「權利」，除非極盡調查之能事，能證實系爭立法措施在立法當時就已經明顯是一個完全無效之手段，始得認為欠缺適合性外，無容由司法者以事後諸葛自居，以立法者預測錯誤為由逕指摘違憲，而自陷違反權力分立之境地；惟事後既證實預測錯誤，為了保障人權，避免人民基本權利因基於錯誤預測所採取差別待遇手段狀態之延續而產生持續侵害，司法者自有權，甚至有義務課予立法者配合事實變遷檢討改進之義務（見附件 15）。

就本件而言，觀諸現行憲法增修條文第 10 條第 7 項、第 12 項係於 86 年 7 月 18 日所增訂（斯時分別為第 7 項及第 10 項），嗣於 88 年 9 月 3 日增修現行第 8 項（項次均同現行規定項次），衡酌當時係處於社會經濟起飛、迅速成長之階段，而相對於經濟成長相關措施、政策備受重視，當前社會結構中之弱勢群體確實多因資源不足致無從與非弱勢群體公平競爭，且對於上開群體間實力差距亦多欠缺足以平衡之相關社會福利措施、政策，故修憲者於上開憲法增修條文修訂時，即出於對原住民族（或身心障礙者）等弱勢群體在當前社會中謀求社會經濟生活或求職之相關條件上係屬相對不易之迫切關注，而預設改善原住民族（或身心障礙者）生活為國家重要，甚至為首要之任務，就此之預設應認符合修憲時當前社會經濟情況，應予尊重，至政府採購法於 87 年 5 月 1 日制定，其第 98 條嗣於 91 年 1 月 16 日增訂後段「不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分」，另原住民族

工作權保障法第 12 條、第 24 條則係 90 年 10 月 12 日制定後迄今均未修正，而系爭規定依前所述，均係為達成前揭憲法增修條文之目的而制定，且課予具有一定內部規模之得標廠商僱用一定比例原住民族（或身心障礙者）員工或繳納就業代金之義務，確有助於原住民族（或身心障礙者）工作權獲得保障及其經濟生活得以維持，故系爭規定所採取之差別待遇手段確實有助於達成該規範目的而具備適合性。

4.「必要性」－就規範目的之達成是否已無影響性較小之同等有效手段？

關於是否已無其他影響性較小之手段達成該規範目的之「必要性」審查而言，必就規範目的之達成並無同等有效而影響性較小之手段，始可認系爭手段具備必要性，而本件以立法手段強制具備一定內部規模之得標廠商應僱用一定比例原住民身分（或身心障礙者）員工或繳納代金並禁止僱用外籍勞工替代，乃因政府採購常基於效率之考量而忽略弱勢群體之保障，故基於參與政府採購案招標之廠商因得標一方面獲取利益，他方面應對於社會上相對弱勢之群體施予扶助之社會責任思想，以為政府採購之招標多重視效率、忽略弱勢群體保障之補償措施（見附件 17），就此等規範所欲達成之目的而言，若透過立法強行加諸所有企業或所有得標廠商如同系爭規定所課予之義務，雖可達成上開目的，然其所產生之影響更屬強大。又倘容任企業、廠商與具備原住民族身分之人（或身心障礙者）之私法自治、契約自由形成，衡諸立法當時之社會經濟環境，因相關社會福利措施未備，難認原住民族身分者（或身心障礙者）有足與各企業、廠商平等協商之實力，則上開手段非屬影響較大之手段，即為非同等有效之手段，故系爭規定犧牲達一定內部規模得標廠商之契約自由及財產權，難謂與必要性原則相悖。

5.「狹義比例原則」佐以「期待可能性原則」之判斷－系爭手段所形成之差別待遇對基本權利之影響與立法者系爭手段所欲維護法益之重要性是否合乎比例？是否造成受規範者不可預測、難以期待之負擔？

關於本件採取之差別待遇手段所形成之基本權利影響與系爭規定所採差別待遇手段所欲維護之法益間是否合乎比例，應審查該差別待遇之目的是否足以正當化系爭規定之差別待遇所造成具備一定內部規模得標廠商契約自由及財產上損失之不利益而具備合致性，抑或其間已然呈現失衡之狀態，而於採取中度審查基準之本案而言，上開合致性之審查至少須該差別待遇所產生之不利益與其所欲達成之規範目的間具備合乎事理而得以支持之程度，且對於受規範者不得形成不可預測或難以期待之損害或負擔，始足當之。因本件確定判決所適用法律所採取之差別待遇分別造成「涵蓋過廣」、「涵蓋不足」及

造成受規範者於上開「涵蓋過廣」之部分違憲狀態下，難以期待其具有符合法規範之可能性等違憲狀態，爰分述如下。

⑴系爭規定於「國內員工總人數同逾 100　人內部規模之不同得標廠商間」造成「涵蓋過廣」之情事，並造成受規範之「國內員工總人數逾 100　人得標廠商」難以符合系爭規定而欠缺期待可能性之違憲狀態

查系爭規定課予「國內員工總人數逾 100　人之得標廠商」「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務，係以得標廠商國內員工總人數是否逾 100　人為斷，揆諸政府採購法制定之初，各種版本提案雖認為我國政府採購案件非規模甚大，即採購金額過鉅而屬政府重要支出（見附件 18），惟持平而論，政府採購案之類型甚多、不一而足，確常有政府採購案其規模甚大，而須投入大量人力、物力或各知識領域份子之參與協助及花費諸多時間等成本始能完成，至其涉及之損益金額甚鉅，甚而足以動搖國本者（下稱大採購案），然亦有小型之政府採購案件，其內容單純，且亦無須投注太多人力、物力，亦無須藉由各知識領域份子參與協助，更無須耗費時間者（下稱小採購案），諸如採購標的為文具、紙張、書桌椅等不具精密性質者或屬小宗採購者，又或如本件原因案件所涉之各種類菸酒類廣告之刊登，衡情，類此採購案件多僅依需採購之單位、機關之指示提供採購內容而不具複雜性，且所涉損益金額亦不若公共工程、精密機械、高科技產品採購案件，各該得標廠商對於採購內容之履行，亦未必均有必要於其現有內部規模之編制內另行引進人力即可順利履約，而非如標得公共工程、精密機械或高科技產品等採購案之得標廠商，常為符合需採購單位、機關之需求或為顧及效率，而有於其現有內部規模之編制內另行引進人力，甚或採購案之內容涉及相關產品或技術之研發，勢須引進相關領域專業人才，在在均凸顯關於政府採購案其規模均有不同。

觀諸系爭規定在於課予「國內員工總人數逾 100　人之得標廠商（下稱大規模廠商，至於國內員工總人數未逾 100　人之廠商，下均稱小規模廠商）」上揭義務時，僅考量該得標廠商之內部規模，亦即系爭規定產生規制效力者為不論標得大採購案或小採購案之大規模廠商，則就標得小採購案之大規模廠商而言，即負有僱用一定比例原住民族員工或繳納代金之義務，倘所標得之採購案本毋須投入過多人力、物力或時間等成本，而該得標廠商本於現有內部編制之人力資源即可順利履約，且該得標廠商現所僱用原住民族員工未達法定比例，則要求該得標廠商必僱用至一定比例原住民

族身分員工或繳納代金以為替代，雖有助於原住民族等弱勢群體之工作權保障或經濟生活之維持，惟相對於政府採購法之主要目的原在規範政府採購案招標以迄決標、履約、驗收過程之事項，防免政府採購法制定前我國政府採購案件洩密、舞弊或貪瀆等弊端發生，並營造一公開、公平、透明之採購環境而論，顯然踐履憲法保障原住民族等弱勢群體保障之委託事項，僅是政府對於採購案件常因注重效率、忽略弱勢群體利益之一種補償措施，而非政府採購法之主要目的，倘大規模廠商就小採購案之招標因系爭規定反裹足不前或於決標後因系爭規定致發生違約，甚或針對小採購案之招標而言，有參與意願之廠商數量下降，反有礙政府採購追求公平、公正之目的或注重效率之特性，或影響採購案招標、履約之品質，反將使政府採購法上開為落實憲法委託保障原住民族等弱勢群體所制定之補償措施之附帶效果凌駕於政府採購法初始立法目的，不啻係殺雞取卵，反有害政府採購制度之建構與維持。

況該大規模廠商所標得之小採購案，倘其內容單純而履行期間僅有數日甚或半日者，其招標程序亦通常較為簡便，如必令該廠商於投標前即判斷其國內僱用員工及具備原住民族身分員工人數是否符合系爭規定或評估其就本件採購案損益比而逕參與投標，時間上已稍嫌倉促，甚或影響該廠商參與投標之意願，而難建構公平、公正、透明之採購環境，又縱該廠商先參與投標並得標，惟因履約期間有前述過短之情事，仍不及覓得適於為其履行該採購案之原住民族員工，採購期間即已屆滿，則系爭規定所課予該得標廠商須僱用一定比例原住民族員工義務之履行，不論對於該得標廠商自身（即採行為人標準）或其他廠商置於該得標廠商（即採平均人標準）之立場而言，均難以期待系爭規定所課予僱用一定比例原住民族員工之義務能順利達成，故難認有何符合法律期待之可能性存在。

依前所述，則系爭規定強加標得小採購案之大規模廠商「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務，因所標得採購案內容若屬單純，所涉損益金額較小亦毋須再行投入人力，甚或該採購案之履行所需時間甚短，將有造成大規模廠商因評估個別條件及得標後損益比後，無參與競標意願之情形可能發生，導致政府採購公平、公正、透明之環境不易建立、採購案履行之品質降低，久而久之，政府採購秩序崩解，政府採購法上開補償措施失所附麗，得不償失，抑或原住民族員工受僱時間甚短，其保障原住民族工作權之力道亦甚不足，而得標廠商仍須花費相關人事成本，又或得標廠商內部規模固有僱用 100　人以上之員工

，惟其數量亦僅超過數人而屬中小型企業，卻因忌於上開系爭規定而不欲參與政府採購案之招標，不僅對於建構公平、公正、透明之政府採購環境難有幫助，亦使憲法增修條文第 10 條第 3 項扶植中小企業之美意落空，對國家經濟發展之斲傷甚為顯著，故系爭規定對於標得小採購案之大規模廠商課予「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務，既對於得標廠商契約自由或財產權有所不利，再就整體政府採購秩序而言，其造成之影響不容小覷，更有與憲法增修條文扶植中小企業生存、發展之目的背道而馳，並將使該得標廠商除額外就上開義務擇一承擔外，別無符合法規範之選擇空間存在，其與系爭規定所欲達到保障原住民族等弱勢群體工作權及經濟生活之維持之目的相較之下，難認合乎比例，甚至已有本末倒置之象，故系爭規定僅以得標廠商內部規模是否「國內員工總人數逾 100 人」為差別待遇之分類基準，就前揭「大規模廠商標得小採購案」之情形課予「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務並不符合比例原則、期待可能性原則而有「涵蓋過廣」之情事，應予排除，始與平等原則所蘊含「不同之事物應為合理之差別對待」精神相稱。

⑵系爭規定於「標得同一採購案之國內員工總人數未逾 100 人與逾 100 人之不同內部規模得標廠商間」所造成「涵蓋不足」之違憲狀態

再查系爭規定課予「國內員工總人數逾 100 人之得標廠商」「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務，僅以得標廠商其國內員工總人數是否逾 100 人為斷，而不論得標之採購案性質單純或複雜、所涉及之損益金額及所需投入人力、物力或時間等成本多寡，對於標得小採購案之大規模廠商而言，強行課予「僱用一定比例原住民族員工」或「繳納代金並禁止僱用外籍員工替代」之義務形成「涵蓋過廣」之差別待遇現象，並違反憲法平等原則業如前述，惟另關於政府採購案之得標廠商與採購案件類型之排列組合後，「標得大採購案之小規模廠商」相對於「標得小採購案之大規模廠商」而言，亦有不合理之差別待遇，甚或涵蓋不足之違憲疑義。

就「標得大採購案之小規模廠商」而言，倘該採購案需大量人力參與其中，則該得標之小規模廠商因未達法定條件，未負有上揭法定義務，若該得標廠商依現有編制人力即可順利履約，當無強令其另外僱用員工之理，即便依現有編制人力不足應付採購案之履行，其為履行採購案而選擇為其履行採購案對象之契約自由亦無限制，更毋須繳納代金；相對而言，關於「

標得小採購案之大規模廠商」，倘該得標之大規模廠商依現有編制人力已足滿足順利履約之所需而不欲另外僱用員工，又其現有編制人力中原住民族身分者未達法定限制，如其不於現有編制人力外另行僱用具備原住民族身分員工以補足法定員額，即負有繳納代金之義務，而面臨兩難之窘境。又若其依現有編制人員不足應付採購案之履行而欲另行僱用為其履行採購案內容之員工，其對象之選擇應以具備原住民族身分為限而受有第一重限制。又倘其確欲依法僱用具原住民族身分員工卻苦尋不著以順利履行該採購案，仍負有繳納代金之義務而受有第二重限制，則遇有上開情形之各得標廠商關於採購案履行之差異無幾，或均毋須另外投入人力，卻僅因廠商於屆履約期時之規模大、小即使標得小採購案之大規模廠商須就額外僱用原住民族身分員工補足法定員額或繳納代金間擇一負擔（即上開兩難之窘境），而標得大採購案之小規模廠商毋須強行僱用一定比例之原住民族員工，亦不須繳納代金（即豁免於兩難窘境之外），或均有於現有編制人力外另尋求為順利履行採購案之人力之必要，亦因廠商規模大、小致標得小採購案之大規模廠商僅得選擇原住民族身分之員工為其履約或繳納代金（即上開二重限制），至標得大採購案之小規模廠商不僅就為其履約之對象有選擇之自由，亦毋須繳納代金（即無上開二重限制）。尤有甚者，該標得小採購案之大規模廠商於現有編制人力外另尋求為順利履行採購案之人力，卻苦尋不著符合為其履約所需條件之原住民族員工時，仍須就採購案履行之進度因未能覓得符合為其履約之原住民族身分員工致有延誤採購案履行之結果，或為能順利履行該採購案以求效率而繳納代金間作抉擇，又陷入另一兩難之窘境。

依前所述，標得小採購案之大規模廠商因系爭規定面臨多種兩難之窘境或受有多重限制，而對於採購案履行之條件幾無差別之標得大採購案之小規模廠商而言，全然不受限制，使系爭規定因僅以得標廠商於履行期間之內部規模大、小而為差別待遇，反造成應負有義務之標得大採購案之小規模廠商豁免於系爭規定之補償制度背後所蘊含保障弱勢群體之立法精神外，亦有「相同之事物，卻為不同之待遇」之情事，而與憲法上平等原則相悖。

三、結論

綜上所述，系爭規定僅以「得標廠商之內部規模大小」為差別待遇之分類標準，致課予標得小採購案之大規模廠商僱用一定比例原住民族員工或繳納代金之義務，其所生之影響顯然與所欲達成之目的不符比例，甚至導致政府採購法立法目的

之瓦解，進而造成系爭規定之目的亦遭落空，而有「涵蓋過廣」之違憲情事，且與標得大採購案之小規模廠商於履行採購案之條件差異無幾下，顯然面臨過多困境或受有多重限制，致對於標得大採購案之小規模廠商而言，有「涵蓋不足」之違憲情事，均堪認系爭規定未將個別採購案內容繁簡、所涉損益金額多寡、所需投入人力、物力或時間之多少等因素併予列入考量，甚至有恣意訂定分類標準之嫌明顯違反事物之本質，實有賴以宣告違反憲法平等原則，而另由立法機關參酌評估採購案件類型等因素為適當規定之必要，以兼顧系爭規定於建構公平、公正、公開之政府採購環境之目的外，並得妥適踐履憲法保障弱勢群體之工作權、經濟生活維持及扶植中小企業生存、發展之意旨。

四、本件審查客體應擴及於原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項、第 3 項

（一）聲請客體與審查客體之區辨

按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋。大法官依此規定所為解釋，固以該確定終局裁判所適用之法律或命令為標的，就人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利有無遭受不法侵害為審理對象。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理，揆諸司法院釋字第 216 號、第 289 號、324 號、第 339 號、第 396 號、第 436 號等解釋亦不全以聲請意旨所述者為限，有司法院釋字第 445 號、第 535 號解釋理由書可資參照。則倘非原因案件之確定裁判所適用之法律，然因與該確定裁判所適用法律有相關聯或與原因案件有相關聯，聲請人就此縱未併為聲請大法官違憲審查，大法官仍應本於解釋憲法以維護憲政秩序之客觀價值併予審理。

（二）查本件原因案件之確定判決，依前所述，其所適用之法律僅及於政府採購法第 98 條、政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條與原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項，惟觀諸原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項、第 3 項分別規定「……Ⅱ. 前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。Ⅲ. 依本法應繳納之代金，經通知限期繳納而仍不繳納者，依法移送強制執行。」則其規範之內容乃涉及系爭規定中關於計算未僱用足額原住民族員工之得標廠商所應繳納代金之公式及逾期未繳納之執行方式，均與系爭規定所產生之規制效力相關聯，且其規範內容亦與政府採購法施行細則第 108 條第 2 項規定重疊，則本件聲請人聲請審查之客體既包括政

府採購法施行細則第 108 條第 2 項，亦應及於規定內容與其重疊並與本件原因案件有相關聯之原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項、第 3 項。

肆、關係文件之名稱及件數：

附件 1：委任狀正本 1 份。

附件 2：原民會 96 年 3 月 14 日原民衛字第 0960010034 號函。

附件 3：原告陳述意見書。

附件 4：原民會 96 年 12 月 5 日原民衛字第 0960050950 號函。

附件 5：行政院院臺訴字第 0970084701 號訴願決定書。

附件 6：原民會 97 年 6 月 3 日原民衛字第 0970027128 號處分書。

附件 7：行政院院臺訴字第 0970089877 號訴願決定書。

附件 8：臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2839 號判決。

附件 9：最高行政法院 100 年度判字第 427 號判決。

附件 10： 司法院釋字第 490 號解釋劉鐵錚大法官不同意見書影本 1 份。

附件 11： 司法院釋字第 615 號解釋理由書影本 1 份。

附件 12：陳敏，《行政法總論》，98 年 9 月六版，第 272 至 273 頁影本 1 份。

附件 13： 司法院釋字第 682 號解釋陳新民大法官不同意見書影本 1 份。

附件 14： 司法院釋字第 659 號解釋葉百修大法官協同意見書影本 1 份。

附件 15： 司法院釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書影本 1 份。

附件 16： 城仲模主編，《行政法之一般法律原則（二）》，86 年 7 月初版，第 312、313、321 至 323、326、331 至 333 頁影本 1 份。

附件 17： 《立法院公報》第八十六卷第二十四期 2916 號中冊，第 381 頁，林忠正委員發言紀錄影本 1 份。

附件 18： 《立法院公報》第八十七卷第二十期 2969 號上冊，第 30、32、36 頁，二讀會廣泛討論程序宣讀審查會報告中關於宣讀行政院公共工程委員會主任委員歐晉德報告內容、提案委員朱鳳芝說明內容、提案委員鄭寶清說明內容影本 1 份。

謹 呈

司 法 院 公鑒

聲 請 人：香港商蘋果日報出版發展有限公司台灣分公司

法定代理人：葉一堅

訴訟代理人：蔡世祺 律師

中　華　民　國　100　年　7　月　21　日

（附件九）

最高行政法院判決　　100 年度判字第 427 號

上　訴　人　香港商蘋果日報出版發展有限公司台灣分公司

代　表　人　葉　一　堅

訴訟代理人　蔡　世　祺　律師

　　賴　伊　信　律師

被 上訴 人　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫　大　川

上列當事人間原住民族工作權保障法事件，上訴人對於中華民國 98 年 6 月 18 日臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2839 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、緣上訴人標得中國石油股份有限公司（民國（下同）96 年 2 月 9 日更名為台灣中油股份有限公司，下稱中油公司）油品行銷事業部行政室事務組「宣導節約用油香港商蘋果廣告」等 29 項採購案，於 93 年 10 月 9 日至 95 年 9 月 30 日履約期間（該會第二階段追繳期間）內，國內僱用員工總人數逾 100 人，惟進用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項之標準，被上訴人乃依同條第 3 項規定，先於 96 年 3 月 14 日以原民衛字第 0960010034 號函通知上訴人應繳納代金新臺幣（下同）2,040,192 元，經上訴人依法陳述意見後，被上訴人再以 96 年 12 月 5 日原民衛字第 0960050950 號處分書追繳上訴人原住民就業代金 1,491,072 元。上訴人不服，訴經行政院 97 年 5 月 12 日院臺訴字第 0970084701 號訴願決定將原處分撤銷，由被上訴人於 2 個月內另為適法之處分。經被上訴人重行審酌，以 97 年 6 月 3 日原民衛字第 0970027128 號處分書（下稱原處分），追繳上訴人原住民就業代金 1,491,072 元（原應追繳 1,504,272 元，因受不利益變更禁止，故維持已撤銷之前次處分金額）。上訴人不服，循序提起行政訴訟，經原審法院判決駁回後，提起上訴。

二、上訴人起訴主張：原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條之規定，未區分得標廠商之標案類型，全部均要求依上開規定僱用原住民，已違反憲法

第 7　條平等原則及第 23 條比例原則。再者，原處分附件之一覽表，僅有數字、金額，但未列相關標案名稱，部分標案未據被上訴人提出各招標機關確認表，顯未完成調查即予裁處，且原處分就標案天數、計算方式均付之闕如，上訴人無從據以複核，訴願決定就此亦未詳為說明，均有違背行政行為明確性原則之要求。又政府採購法第 113　條雖授權主管機關訂定施行細則，然未詳列授權目的、內容及範圍，已與授權明確性原則有違，而政府採購法施行細則第 107　條、第 108 條第 2　項之規定，影響人民權益，於未有法律明確授權下即就追繳代金之計算方式有所規定，亦違反法律保留原則，被上訴人據此作為處分依據自屬違法，應予撤銷等語。

三、被上訴人則以：原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條之規定，係立法者為落實憲法增修條文第 10 條之國家重大政策，故藉由規範政府採購此一政府重要歲出，以達保障原住民就業之社會福利政策，自合於平等原則及比例原則之要求。至於有關代金計算之相關履約期間及國內員工總人數之規定，係屬執行上細節、技術性事項，以施行細則定之，並無悖於授權明確及法律保留之要求。至於代金之課徵方式、範圍、額度均已明定於相關法律，有關事證亦已詳附在卷，並無違反行政法上之原理原則等語，資為抗辯。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）原住民族工作權保障法第 12　條及政府採購法第 98 條等規定有關得標廠商於履約期間僱用一定比例原住民之限制，已有別於公營機構之比例進用原則，立法者考量此項保護規範對企業活動影響之程度，並斟酌其足堪負擔此社會責任之能力，以廠商規模、履約期間及進用比例，制定前開保障原住民族工作權之法律，此乃維護國族整體平衡所為之必要限制，立法意旨於此已就憲法第 23 條所定比例原則為衡量；且因有關原住民族之存續或保障，「工作權」實為根本，僅賴政府機關之進用，成效本屬有限，政府機關藉採購之進行，在人民事先知情並同意之前提下，以法律要求僱用原住民族之特定比例或繳納代金，乃為實現保障原住民族之重要方式，其目的正當，採取之手段與目的之達成間有具體關聯，亦為採購廠商投標前可預期，尚難認依此程序之政府採購得標廠商，一體適用前開規定，有違平等原則可言，是以上訴人指摘系爭法條違反比例原則及平等原則，請求裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，並無必要。（二）又按行政程序法第 5　條規定行政行為之「內容應明確」，應指行政行為之各項重要之點均應明確而言，行政行為之內容是否明確，應就個案實質觀察，而不以其形式上有理由或說明欄為斷。是本件有關系爭代金之計算，原處分所附相關資料，其中員工總人數、標案名稱及履約期間，上訴人均可就其內部員工人事管理資料及先前得標契約文件，加以確認，應無不明確

之處。至於有關應僱用原住民人數，上訴人亦得由被上訴人所附相關法條得知。另有關代金金額係以每月基本工資 15,840 元計算，不足一月者，每日以每月基本工資除以 30 計算，即每日基本工資為 528 元等情，亦於原處分標案附件後附註說明，並援引相關法律及施行細則之規定，故以 93 年 10 月為例，該月標案僅 1 筆，履約期間為 1 日（93 年 10 月 9 日），員工人數 1,145 人，應僱用原住民人數為 11 人（1,145 之 1/100，未達整數部分不予計入），已僱用 5 人，不足 6 人，故應繳代金數額為僱用不足人數（6 人）乘以履約期間（1 日）乘以每日基本工資（528 元），即為 3,168 元，故依原處分所附基礎資料及相關法規，即可如前核算代金金額，故應可認原處分就相關事實之認定及法規依據等重要之點，均已說明或提供相關資料，尚無違明確性原則。至於上訴人主張被上訴人未能提供已僱用原住民之資料來源，經查，被上訴人所提供附件一覽表之實際僱用人數，係由被上訴人按月檢送年滿 14 歲之原住民基本資料送勞工保險局，經該局比對得標廠商勞工投保資料後檢送被上訴人，該資料既經被上訴人以外之機關參與確認，自有相當之正確性。且有關原住民身分之個人資料，因涉及個人隱私，被上訴人未予提供原住民身分名單，依政府資訊公開法及電腦處理個人資料保護法之相關規定，尚非無據，況上訴人本非不得在原住民員工同意之前提下，自行建立登錄原住民員工名冊，本件上訴人在未有合理依據可認被上訴人提供錯誤資料之情形，即以被上訴人未提供是項原住民勞工身分資料，而認原處分有違明確性原則，尚難憑採。（三）又依司法院釋字第 612 號解釋意旨，可知政府採購法第 113 條授權主管機關所定施行細則是否違反授權明確性原則，仍應就施行細則之具體綜合判斷，尚非得以母法授權主管機關訂定施行細則，逕認已有違反授權明確性原則。而政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條第 2 項規定有關應僱用原住民之比例及僱用不足應繳納代金之義務內容，既已於政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項規定明文揭示，自無違法律保留原則。至於履約期間及代金以每月基本工資計算等亦符合一般契約履行及勞動基準法之精神，故此等細節性、技術性之規定，並無逾越相關母法授權之範圍，故上訴人此部分之主張，亦無可採。（四）至於上訴人主張被上訴人未提出「購報紙版面刊登月月有成績宣導」，履約期為 94 年 11 月 30 日至同年 12 月 1 日之標案資料云云，惟被上訴人雖係自行政院公共工程委員會政府採購資訊公告系統之適用政府採購法第 98 條之得標廠商彙整月報表，取得各標案資料，然為確認各該標案履約期間，被上訴人尚向各招標機關函查，上訴人所述系爭標案無前開履約情形調查表附卷固屬實情，惟該標案履約期間 94 年 11 月 30 日至同年 12 月 1 日，與另標案即行政院新聞局「

購報紙版面刊登軍公教退休制度改革、數字臺灣宣導廣告」之履約期間（94 年 11 月 29 日至 94 年 12 月 2 日）重疊，故於代金金額之計算上，並無影響，故上訴人主張被上訴人未盡舉證責任，尚非可採。（五）另按政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條之規定，並未授權主管機關得自行決定是否依前開規定而行為，或可決定選擇採取其他措施，故前開法律之規定，既於構成要件實現時，僅賦予單一之法律效果，則主管機關須依規定而行為，否則即為違法。是本件上訴人為政府採購法之得標廠商，且國內員工人數逾 100 人，依前揭規定，自應依法僱用原住民或繳納代金，上訴人未進用合於標準比例之原住民員工，被上訴人即應依規定追繳代金，上訴人主張被上訴人所為違反比例原則，尚有誤解，應難憑採等語，資為論斷。

五、上訴意旨：（一）原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條之立法目的既如原審肯認應在促進原住民就業機會，以保障其工作權，則如廠商未僱用足額原住民員工人數時，應得以命廠商於一定期限內僱用足額之最小侵害手段，惟系爭法條竟以侵害手段較大之繳納代金方式為之，實已違反憲法第 23 條之比例原則，況被上訴人業曾遭監察院糾正未能妥善運用原住民就業代金，是以用繳納代金之手段可否達成與直接僱用原住民員工之相同效果實有疑義，顯無法通過適當性原則，從而系爭法律規定違反比例原則至為明確。再者原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條之規定，未就得標廠商之標案類型、性質或履約情況等作不同處理，全部均要求依上開規定僱用原住民，亦已違反憲法第 7 條平等原則。原審未依憲法第 7 條之平等原則及憲法第 23 條及行政程序法第 7 條之比例原則將原處分及訴願決定撤銷，自有判決不適用法規之違誤。且為保障人民基本權利，本院應依司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項裁定停止訴訟程序，並聲請大法官解釋。（二）再者，從原民衛字第 0960010034 號處分與原民衛字第 0960050950 號處分針對上訴人 94 年 6 月應繳代金數額，在相同資訊下，竟有不同之認定，足見被上訴人作成處分僅有附件之數字資訊，實不足供上訴人核對，且被上訴人作成處分時並未就代金之計算於處分理由詳細說明，上訴人並無法預見，是被上訴人作成之原處分違背行政行為明確性原則之要求至為明確，原審未予糾正，自有違誤。況被上訴人未予說明何以原住民身分涉及個人隱私，即逕以保護個人隱私之由，拒絕提供已僱用原住民之資料來源，而致上訴人無從核對，實已違反明確性原則，原判決對此未為說明，即逕予維持，自有違誤。（三）又政府採購法第 113 條雖授權主管機關訂定施行細則，然未詳列授權目的、內容及範圍，已與授權明確性原則有違，則據以訂定之政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條第 2 項之規定，於未有法律明確授權下即就

追繳代金之計算方式有所規定，自屬違反法律保留原則，被上訴人據此作為核定上訴人繳納本件原住民就業代金即有違誤，原判決逕認定政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條第 2 項屬細節性、技術性法規與法律保留原則無違，進而維持原處分及訴願決定，其判決自有違誤等語。

六、本院按：

（一）按「本法所稱廠商，指公司、合夥或獨資之工商行號及其他得提供各機關工程、財物、勞務之自然人、法人、機構或團體。」、「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數 2%， 僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」政府採購法第 8 條及第 98 條分別定有明文。又「本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。」、「依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數 1%， 並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」、「得標廠商僱用身心障礙者及原住民之人數不足前條第 2 項規定，應於每月 10 日前依僱用人數不足之情形，分別向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心障礙者就業基金專戶及原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。」、「前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」同法施行細則第 107 條第 1、2 項及第 108 條第 1、2 項亦分別明定。又「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。」「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。」「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。」「前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」復為原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項、第 24 條第 2 項所明定。準此，得標廠商依法即負有僱用原住民之義務，否則即應繳納一定金額之代金，此乃法律課予得標廠商之社會責任，係立法裁量，行政機關就此而言，並無裁量餘地。

（二）經查，上訴人為政府採購法之得標廠商，其標得政府採購案計 29 件，且其於 93 年 10 月 9 日至 95 年 9 月 30 日履約期間內，國內各月僱用員工總人數均逾 100 人，而未於得標標案履約期間內僱足原住民名額之事實，已經

原審就上訴人標得中油公司油品行銷事業部行政室事務組「宣導節約用油香港商蘋果廣告」等 29 項採購得標案件表、各機關（構）及學校辦理政府採購履約情形調查表所示各標案之履約期間、上訴人公司 91 年 10 月至 96 年 2 月每月勞保總人數表、勞工保險局按月提供前開履約期間上訴人投保單位投保人數資料，及經被上訴人提供原住民人口名單由勞工保險局比對加退保資料之勞保原住民名單資料，依調查證據之辯論結果詳予論斷在案，原判決復將其認定得心證理由詳載在判決書中，經核並無違背證據及經驗法則，自得執為本件判決之基礎，先予敘明。

（三）按「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。……」憲法增修條文第 10 條第 12 項定有明文。據此，立法機關分別於 87 年、90 年制定前開政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法。其中原住民族工作權保障法第 2 章即明揭公營機構比例進用原住民之原則；另對於依政府採購法得標之一定規模廠商，亦設有僱用原住民之最低比例要求，及未達比例應繳納原住民就業代金之義務，以符憲法增修條文第 10 條第 12 項扶助原住民就業及生存之政策。而上揭條文規範員工總人數逾 100 人以上之得標廠商，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數 1%，否則應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，固係對於標得政府採購法之國內一定規模廠商所課之公法上負擔。審諸上揭條文揭明符合「一定規模、履約期間及進用比例」之得標廠商，始要求應僱用原住民之「最低比例」，除明定其應積極僱用原住民之意旨外，亦明定其未積極僱用原住民之法律效果，即已考量對得標廠商之最低侵害手段。上訴人非不能於得標後積極僱用符合資格具原住民身分之員工，以替代繳納上開原住民就業代金之義務，上訴人並非僅有繳納代金義務之唯一選擇而已。而上訴人既為政府採購法之得標廠商，其於上開履約期間內，國內各月僱用員工總人數均逾 100 人，卻未於該等標案履約期間內僱足原住民名額，乃原審本於職權調查審認之事實，已如上述。是上訴人並未於上開標案得標後選擇積極僱用符合資格具原住民身分之員工，自僅得被歸入繳納原住民就業代金之義務。原判決因認原處分就此並無違反憲法比例原則，並在判決書中詳論其理由，自無違誤。上訴人主張原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條之立法目的既在促進原住民就業機會，保障其工作權，則廠商如未僱用足額原住民員工時，應命於一定期限內僱用足額之最小侵害手段，然系爭法條以侵害手段較大之繳納代金方式為之，已違反憲法第 23 條比例原則等語。容有忽略上揭法條已賦予上訴人可就僱用

原住民員工或不僱用而繳納代金義務之選擇權，及憲法比例原則係在要求「方法」與「目的」之均衡，而上揭法條之制定係遵循憲法增修條文保障原住民族工作權之政策，採行鼓勵具一定規模之得標廠商僱用原住民員工，如未予僱用者，即以繳納就業代金義務之方法替代，以取其衡平，自無方法與目的失衡情形。上訴人上開主張難謂公允，無法憑採，難認原判決有不適用法規之違法情形。

（四）次按憲法第 7 條所揭示之平等原則非指絕對、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，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇；又按憲法第 7 條所揭示之平等原則，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第 23 條規定比例原則之要求（司法院釋字第 666、608 號解釋意旨參照）。查本件憲法增修條文明文保障原住民族之國策，尚無限制具原住民身分者僅得從事特定類型工作之意旨，而立法者於制定原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條規定時，既已充分考量「廠商規模」等事項，始制定規範員工總人數逾 100 人以上之得標廠商，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數 1% ，否則應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，業已就企業活動影響之程度，及得標廠商負擔此社會責任之能力予以衡酌，無違憲法比例原則，前已言之。是上開系爭條文已就得標廠商規模之大小、履約期間及進用比例等為合理之區別對待，因此，凡具一定規模及於標案履約期間之得標廠商，即生一體適用系爭條文之結果，尚無差別待遇情形，就此即無違憲法平等原則。上訴人主張上揭系爭條文未就得標廠商之標案類型、性質或履約情況等作不同處理，有違憲法第 7 條平等原則。惟按憲法第 7 條之平等原則係在保障人民在法律上地位之實質平等，上訴人所指標案類型、性質或履約情況等，核屬個別標案本身內容之探討，未具標案比較之屬性，核與上揭憲法平等原則之實質內涵有別，難謂原判決所適用之系爭法條有違憲法平等原則。從而，上訴人據以主張本件處分所適用之系爭條文違憲，請求裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，惟因本件所適用之原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條規定，與憲法第 7 條、第 23 條規定尚無牴觸，自無依職權裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋之必要，併此敘明。

（五）又按行政程序法第 5 條規定：「行政行為之內容應明確。」所謂內容應明確，應指行政行為之各項重要之點均應明確而言，行政行為之內容是否明確，應就個案實質觀察，而不以其形式上有理由或說明欄為斷。又法律行為之內容雖

不明確，得經由解釋排除者，則尚非足以影響其法律效力之不明確（陳敏，行政法總論第 4 版，第 94、 95 頁參照）。關於系爭代金之計算，原處分所附「政府採購履約期間內僱用原住民人數未達法定標準及應繳納代金一覽表」、「得標案件之各個履約期間表」，其上已列有代金計算基礎之「員工總人數」「應僱用原住民人數」、「實際僱用人數」「不足人數」、履約起訖日期、標案名稱等，其中員工總人數、標案名稱及履約期間，上訴人非不能自其內部員工人事管理資料及先前得標契約文件予以確認，亦經原審本於職權調查審認。是知原處分關於系爭代金之計算基礎，已屬居於可得明確化之狀態；再者，縱認原處分關於系爭代金之計算方式未能盡如人意，惟被上訴人於原審準備程序中，已依原處分所附基礎資料就上訴人有疑義之計算式提出說明，復經原審確認核算之代金金額尚屬無誤在卷（見原判決第 15 頁），已足釋疑。是上訴人以為計算不明確之處已經被上訴人之解釋說明排除，即屬尚非足以影響原處分法律效力之不明確，自難認有違上開明確性原則。上訴人主張原處分僅有附件之數字資料，不足供核對，且並未就代金之計算於處分理由詳述，實無法預見，原處分有違行政行為明確性原則，原審未予糾正，自有違誤等語，揆諸上開規定與說明，容有誤解法令情形，要無足採。

（六）再按，隱私權，雖非憲法揭明之權利，但司法院釋字第 603 號解釋，指明其仍為憲法之基本權，受憲法第 22 條保障。與人性尊嚴，個人主體性及人格發展有關。在保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制。而國家「基於公益之必要」，得於不違反憲法第 23 條之範圍內，以法律明確規定強制取得所必要之個人資訊。至該法律是否符合憲法第 23 條之規定，則應就國家蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量（上開同號解釋理由書參照）。是知個人資訊涉及個人隱私權，應加以保護，除基於公益之必要而制定法律始得據以公開外，原則上不得任意公開。就此，政府資訊公開法第 18 條第 1 項規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：……七個人……有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人……之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。」可知個人資訊之公開須符合一定要件，或基於公益之必要，或為保護人民生命、身體、健康之必要（未明定包括保護財產權在內），或經該當事人之同意，始得加以公開，因此請求公開個人資訊者，依例外從嚴之法理，必須證明其請求公開之個人資訊符合上開法條但書之要件，否則應不予公開。上訴人爭執被上訴人為保護個人隱私拒絕提供已僱用原住民之資料來源等語。而查，

上訴人所僱用之員工是否具原住民身分，乃其內部人事管理之一環，上訴人難諉為不知所僱用之員工是否非具備原住民身分。又個體是否具備原住民身分，事涉個人基本資料之隱私，基於憲法保護個人隱私權之意旨，揆諸上開規定及說明，上訴人尚未證明其請求公開之個人資訊符合上開法條但書之要件，自不得任意揭露，被上訴人未同意提供上訴人公司內部人事管理關於員工基本資料之隱私，理由雖未詳述，但結論尚無不合。上訴人以被上訴人未同意提供已僱用原住民之資料來源致無從核對計算基礎，認已違反明確性原則之主張，難謂有據，原判決對此雖未詳為說明，仍不足以影響其認定原處分未違反明確性原則之結論。

（七）末查，上訴人主張政府採購法施行細則第 107 條及第 108 條在政府採購法第 98 條規定未明確授權下，增加對人民權利所無之限制，違反法律保留原則等語。按「……但法律內容不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬細節性、技術性之事項，法律自得授權主管機關以命令定之，俾利法律之實施。行政機關基於此種授權，在符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內所發布之施行細則或命令，自為憲法之所許……。惟在母法概括授權情形下，行政機關所發布之施行細則或命令究竟是否已超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷。……」（司法院釋字第 480 號解釋理由書參照）。次按「以法律授權主管機關發布命令為補充規定者，內容須符合立法意旨，且不得逾越母法規定之範圍。其在母法概括授權下所發布者，是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及整體規定之關聯意義為綜合判斷。……」司法院釋字第 612 號解釋亦著有解釋意旨可資參照。準此，政府採購法第 113 條授權主管機關所定施行細則第 107 條及第 108 條是否違反授權明確性原則，仍應就該條文內容之整體為綜合判斷，尚非得以母法授權主管機關訂定施行細則，即逕認違反授權明確性原則或法律保留原則。對此，原判決以上開政府採購法施行細則第 107 條、第 108 條之規定，主要為主管機關基於政府採購法之授權，就適用該法第 98 條規定之得標廠商要件中，有關國內員工總人數之定義，履約期間及代金之計算方式、應僱用原住民之比例等項，須訂屬於細節性、技術性之法規命令，以供行政機關於辦理相關事務時援用，其中關於應僱用原住民之比例及僱用不足應繳納代金之義務內容，已於政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項明文揭示；又標案之履約期間及員工總人數等攸關代金之計算項目為細節性、技術性之規定，亦無逾越相關母法授權之範圍，因認該施行細則第 107 條及第 108 條之規定無

違法律保留原則。是原判決業已就政府採購法及原住民族工作權保障法之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷，符合上揭司法院釋字第 408 號解釋理由書之意旨，其認該等施行細則之規定並未違反法律保留原則，自屬有據，難謂有適用法規不當之違法。至上訴人另以被上訴人業曾遭監察院糾正未能妥善運用原住民就業代金，因認被上訴人以繳納代金之手段欲達成直接僱用原住民員工之效果容有疑義，無法通過適當性原則等語，核屬被上訴人運用原住民就業代金執行面問題，與本件係關於系爭原住民就業代金運用前之繳納問題有別，原處分難認有適當性原則之爭議。另上訴人因本件系爭標案是否擬積極補足進用原住民員工，抑或採取替代繳納代金義務，容有選擇權，前亦已述及，上訴人既未於上開標案履約期間補足原住民員工，即寓有選擇替代繳納代金義務情形，被上訴人因此據以通知繳納代金，容屬有據。所稱標案履約期間僅有 1 日者如何進用原住民員工等語，容有忽略其未積極補足進用原住民員工在先之前提，始被歸入替代繳納代金義務之實情，核不足採。

（八）綜上所述，原判決認原處分認事用法，俱無違誤，維持原處分及訴願決定，並對上訴人在原審之主張如何不足採之論據取捨等，均已詳為論斷，而駁回上訴人在原審之訴，並無判決理由不備、判決不適用法規等違背法令情事，其所適用之法規與該案應適用之現行法規並無違背，與解釋判例，亦無牴觸，並無所謂原判決有違背法令之情形；又證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，不得謂為原判決有違背法令之情形。上訴人對於業經原判決詳予論述不採之事由再予爭執，核屬法律上見解之歧異，要難謂為原判決有違背法令之情形。至上訴人主張其餘各節，無非重述原審所不採之陳詞，持其歧異之法律見解，復對原判決取捨證據及認定事實之職權行使事項，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由，一併敘明。本件上訴人之上訴為無理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中華民國 100 年 3 月 29 日

（本件聲請書其餘附件略）

抄台灣高速鐵路股份有限公司代表人歐晉德釋憲聲請書

為原住民族工作權保障法事件，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項等規定，聲請解釋憲法，並敘明聲請意旨暨相關事項如下：

壹、聲請解釋憲法之目的：

本件確定終局裁判所適用之原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項及第 24 條第 2 項等有關繳納代金之規定，僅單純依履約期間及差額人數乘以每月基本工資計算，未斟酌採購契約之性質及其履約期間之所得（或所受利益）等情事而據此訂出合理之計算方式或最高額之限制，致追繳代金金額與採購案之履約所得金額嚴重不符比例，甚或竟有超過數十倍案例之情事發生，該等規定顯與憲法第 15 條保障人民財產權、憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則之意旨有違，爰有聲解釋憲法之必要，謹請 貴院作成違憲解釋，以維護憲法保障人民財產權之精神。

貳、爭議之性質與經過及涉及之憲法條文：

一、聲請人財產權遭受不法侵害之事實及所經過訴訟程序：

聲請人標得國防部聯合後勤司令部採購處「國軍人員高速鐵路運輸」採購案，於民國 98 年 7 月 13 日至 98 年 12 月 31 日之履約期間，因聲請人僱用員工總人數已逾 100 人，惟進用原住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定之標準，行政院原住民族委員會遂依同條第 3 項及第 24 條第 2 項之規定，以 99 年 8 月 9 日原民衛字第 0990041698 號處分書（下稱原處分），追繳聲請人原住民就業代金新臺幣（下同）1,287,360 元，惟聲請人所標得之採購案，性質屬繼續性供給契約，原預估之採購總價為 550 萬元，實際履約所得金額僅為 420 萬餘元，而行政院原住民族委員會命聲請人繳納之代金竟高達 128 萬餘元，占實際履約所得金額約 32.8%，聲請人不服原處分，提起訴願，遭行政院 99 年 11 月 11 日院臺訴字第 0990105748 號訴願決定駁回，遂提起行政訴訟。案經臺北高等行政法院以 100 年度訴字第 73 號判決（聲證 1）駁回聲請人之訴，聲請人不服，提起上訴，經最高行政法院 100 年度判字第 1913 號判決（聲證 2），將原判決廢棄，發回臺北高等行政法院更為審理，臺北高等行政法院另以 100 年度訴更一字第 223 號判決（聲證 3）將訴願決定及原處分關於追繳聲請人原住民就業代金逾 1,270,080 元部分均撤銷，並駁回聲請人其餘之訴，聲請人對此判決仍不服提起上訴，末經最高行政法院以 101 年度裁字第 2333 號裁定（聲證 4）駁回上訴，全案於焉確定。

二、確定終局裁判所適用之法律：

本件確定終局裁判所適用之法律，為原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項「（第 1 項）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 3 項）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。」及第 24 條第 2 項「前項及第十二條第三項之代金，依差額人數乘以

每月基本工資計算。」等有關繳納代金之規定。

三、本件涉及之憲法條文：

本件涉及違憲的法律即原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項及第 24 條第 2 項等有關繳納代金之規定，有牴觸憲法第 15 條保障人民財產權之規定，並違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則之基本原則。

叁、聲請解釋憲法之理由，及聲請人之立場與見解

一、按「國家基於一定之公益目的，對特定人民課予繳納租稅以外之金錢義務，涉及人民受憲法第 15 條保障之財產權，其課徵之目的、對象、額度應以法律定之，或依法律具體明確授權，由主管機關以命令為必要之規範。而有關繳納金錢之義務，則應本於正當之立法目的，在必要範圍內對適當之對象以合理之方式、額度予以課徵，以符合憲法所規定之平等原則與比例原則」。又「按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。法規範是否符合平等原則之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度的關聯性，以及該關聯性應及於何種程度而定」，此有司法院釋字第 593 號解釋之理由書可稽。

二、前述國家基於統治高權，依其特殊行政目的，課予人民公法上之金錢負擔，在學理上稱為特別公課。但其與稅捐仍有分別。稅捐係以支應國家普通財政為目的，以一般人民為課徵對象，而其稅收歸入公庫，依普通預算程序辦理。反之，特別公課係政府為達到經濟或行政領域之一定任務，對特定群體課徵額外之金錢負擔，而其收入以基金組織之方法，流向特定用途。而一般人民對稅捐之負擔有憲法第 19 條、第 143 條等法條之依據。人民依租稅法律主義，有納稅義務係指人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項而負納稅義務，其受到立法嚴格之監督。反之，特別公課之金錢負擔並無憲法之直接明文，咸認其來自憲法第 23 條之法律保留原則之規定。準此以解，特別公課之合憲性較稅捐薄弱，但因其所受立法監督較稅捐不嚴，故為避免行政機關假課徵公課之名，而達增加財政收入之實，並防止財政憲法遭受破壞與架空，公課之徵收仍應有法律保留之正當性，以確保人民之財產權。有鑑於此，公課徵收之目的、用途、對象、費率評定之原則與期限等項，應以法律予以規定。其由法律授權命令訂定者，其授權應符合具體明確始可（司法院釋字第 426 號解釋戴東雄大法官之部分不同意見書參照）。

三、查原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定：「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。……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。」及同法第 24 條第 2 項規定：「前項及第十二條第三項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」等有關繳納代金之規定，係國家為落實保障原住民並維護其生存權，所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，以供立法者所欲實現輔導原住民就業之政策目標，其立意無非係確保憲法增修條文第 10 條第 12 項所定：「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」之精神。且原住民族工作權保障法第 23 條暨該法授權命令之「原住民族就業基金收支保管及運用辦法」，已對代金之用途作出規範，可知代金具有「專款專用」之特別公課性質。

四、惟原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項及第 24 條第 2 項之規定，對於依政府採購法得標之廠商，僅就其未足額僱用人數及採購案履約期間作為課徵代金之計算基礎，疏未考量每一件採購案之性質與得標廠商實際履約之所得，執行上因此不乏造成代金所占履約金額比例嚴重失衡之現象，實例上，命繳納代金金額高過採購總額之案例，時有所見（附表參照；資料來源：司法院法學資料檢索系統），甚至竟有命繳納代金金額高達採購總額 53 倍之案例（聲證 5）。惟國家之所以得對特定群體課徵額外之金錢負擔，依前所述大法官解釋之論點，仍應本於正當之立法目的，在必要範圍內對適當之對象以合理之方式、額度予以課徵，以符合憲法所規定之平等原則與比例原則。否則，如此劃一之計算方式，於部分個案情形，難免無法兼顧其實質正義，造成代金金額有無限擴大之虞，可能造成個案顯然過苛之結果，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果。

五、次按，司法院釋字第 685 號解釋已針對 79 年 1 月 24 日修正公布之稅捐稽徵法第 44 條關於營利事業依法規定應給與他人憑證而未給與，應自他人取得憑證而未取得者，應就其未給與憑證、未取得憑證，經查明認定之總額，處百分之五罰鍰之規定，認為該處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰部分，逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違，因而宣告應不予適用。依前揭解釋之精神，受到稅捐法定主義嚴格要求之裁罰，既已需設有合理最高限額之限制，遑論性質屬特別公課之代金，其繳納規定亦應符合行政目的及合理性，訂有合理最高額之限制，始為合憲。

六、再按，法律規範須與憲法第 23 條所要求之「目的正當性」、「手段必要性」、「限制妥當性」符合，始無違於比例原則及憲法規定之保護意旨，此有司法院釋字第 476 號解釋可參。本件行政法院咸以系爭繳納代金之規定，就其課徵目的

、對象、額度等審查，即認與憲法第 7　條平等原則、第 15 條人民財產權之保障及第 23 條比例原則並無牴觸云云，惟均未就該等規定是否會對個案造成顯然過苛之結果，而符合「限制妥當性」，未加審酌，顯有未當。

七、末按，一般企業參與政府採購案，仍應有追求利潤以達到企業永續經營之目的，因此，縱有需繳納代金之情事，若出自企業利潤中亦屬合理。我國依統計法規定，工商及服務業普查係政府應定期舉辦之基本國勢調查，舉辦普查之目的係為蒐集工商及服務業營運狀況、資源分布、資本運用、生產結構及其他相關產業經濟活動狀況，俾掌握工商企業之經營現況與發展趨勢，提供政府研訂產業政策、工商業者發展業務及學術界研究之參考依據。工商及服務業普查，自民國 43 年首次創辦後，已建立每隔 5　年舉辦 1　次之規制，並公布各產業各該不同規模企業之利潤率（（即利潤÷全年各項收入），經查，最近一期所公告之 95 年度工商業利潤率之總平均值為 7.23%（聲證 6；資料來源：95　年工商及服務業普查報告第 1　卷總報告，http://www.dgbas.gov.tw/public/Attachment/07301044771.pdf； 行政院主計總處首頁＞政府統計＞主計總處統計專區＞工商及服務業普查＞統計表＞95 年普查結果統計表＞總報告統計表）。針對代金之繳納規定，除現行法律所規定之以差額人數乘以履約期間並乘以每月基本工資外，宜應進一步訂定合理最高額之限制，以避免造成個案顯然過苛之結果，而逾越課徵之必要程度；至於有關合理最高額之限制，或可參酌上述之工商業利潤率而訂定之，即將得標廠商就政府採購案履約所得之平均利潤（即以履約金額乘以最近一期之工商業利潤率），作為繳納代金之最高限額，得以在符合比例原則之精神下，課予得標廠商繳納代金之義務。得標廠商縱有未能符合僱用足額原住民之情事，亦僅須將執行採購案之所得利潤全數充為代金，不致因為過苛不合理之代金數額影響採購案之履行，更可使規模較大、履約能力較強之企業，得以更有意願承接政府採購案，藉此增加政府競爭力，且並因得標廠商之規模效應間接增加僱用原住民之意願，真正達到三贏（政府、企業、原住民）之局面，以免發生特別公課之課徵而造成過度侵害人民財產權之情事。

八、綜上所述，原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項及第 24 條第 2　項等有關繳納代金之規定，僅係依履約期間及差額人數乘以每月基本工資計算，疏未考量以此計算方式可能造成追繳代金金額與採購案金額不合比例，或竟超過採購案金額之可能性。實應明定繳納代金之合理上限，始符合憲法第 15 條及第 23 條規範之要求，且課徵代金應經由比例原則作實質之審查，以避免濫用特別公課肇致侵害人民基本權利之情形；如其課徵所造成之傷害結果與其所欲達成之目的顯然不成比例，即為違背公課公平負擔之原則，應已違反平等及比例原則，並已侵

害憲法第 15 條所保障之財產權，謹請貴院作成違憲解釋，以維護憲法保障人民財產權之精神。

此　致

司　法　院

《關係文件之名稱及件數》

聲證一：臺北高等行政法院 100　年度訴字第 73 號判決影本乙件。

聲證二：最高行政法院 100　年度判字第 1913 號判決影本乙件。

聲證三：臺北高等行政法院 100　年度訴更一字第 223　號判決影本乙件。

聲證四：最高行政法院 101　年度裁字第 2333 號裁定影本乙件。

聲證五：行政院院臺訴字第 0970093360 號決定書影本乙件。

聲證六：95　年工商及服務業普查報告第 1　卷總報告（節）影本乙件。

聲證七：委任書正本乙件。

聲　請　人：台灣高速鐵路股份有限公司

代　表　人：歐　晉　德

代　理　人：王　柏　泰　律師

曾　子　興　律師

柯　瑩　芳　律師

中　華　民　國　102　年　8　月　20　日

註：台灣高速鐵路股份有限公司之代表人於 103　年 3　月 25 日變更登記為范志強

（附件三）

臺北高等行政法院判決　　100 年度訴更一字第 223　號

原　　告　台灣高速鐵路股份有限公司

代　表　人　歐　晉　德（董事長）

訴訟代理人　曾　子　興　律師

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　李　述　奇

何　岳　儒　律師

上列當事人間原住民族工作權保障法事件，原告不服行政院 99 年 11 月 11 日院臺訴字第 0990105748 號訴願決定，提起行政訴訟，經最高行政法院發回更審，本院更為判決如下：

主　文

訴願決定及原處分關於追繳原告原住民就業代金逾新臺幣壹佰貳拾柒萬零捌拾元部分均撤銷。

原告其餘之訴駁回。

第一審及發回前上訴審訴訟費用由被告負擔千分之十四，餘由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

原告標得國防部聯合後勤司令部（下稱聯勤司令部）採購處「國軍人員高速鐵路運輸」採購案（下稱系爭採購案），於民國 98 年 7 月 13 日至 98 年 12 月 31 日之履約期間內僱用員工總人數逾 100 人，惟進用原住民人數涉有未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定標準之情事，被告乃依同條第 3 項規定，以 99 年 8 月 9 日原民衛字第 0990041698 號處分書（下稱原處分），追繳原告原住民就業代金新臺幣（下同）1,287,360 元。原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。案經本院以 100 年度訴字第 73 號判決駁回原告之訴，原告不服，提起上訴，經最高行政法院 100 年度判字第 1913 號判決，將原判決廢棄，發回本院更為審理。

二、原告主張略以：

（一）政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條等有關繳納代金之規定，係依履約期間及差額人數乘以每月基本工資計算，而未斟酌採購契約之性質、得標廠商於履約期間之所得（或所受利益）等情形，致疏未考量以此計算基準可能造成追繳代金金額與採購案金額不合比例，或竟超過採購案金額之可能性，因此，時有命廠商繳納不符比例之代金情事，甚至竟有命繳納代金金額高於採購總額 53 倍之案例。且繳納代金之規定，自實施以來即衍生諸多爭端，政府機關與廠商間爭議不斷，行政院更於 95 年 12 月 6 日即已提出「政府採購法第 98 條條文修正草案」及「原住民族工作權保障法部分條文修正草案」，並坦言上揭規定確無以達成其所企求之目的，反而造成政府機關與廠商間爭議不斷，並嚴重侵害廠商之財產權。查系爭採購案之預估採購總價原為 550 萬元，惟實際履約金額僅為 420 萬餘元，而被告命繳納之代金竟高逾 128 萬元，占實際履約金額約 32.8 ％，實已違背公課公平負擔之原則並侵害憲法第 15 條所保障之財產權，而違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，依司法院釋字第 371 號解釋，建請本院以之為本案之先決問題裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。

（二）身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項固規定各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構之員工總人數之計算，以勞工保險局、中央信

託局所統計各該機關、學校、團體或機構每月 1 日參加勞保、公保之人數為準；惟同條第 2 項另規定「前項總人數之計算，自機關被裁減，其人員被資遣或退休而仍繼續參加勞保者，不予計入」，此乃係考量計算合理性而就員工總人數之計算所設之例外排除規定。而前揭例外排除規定，於計算履約期間應僱用原住民廠商之員工總人數時亦應有其適用，蓋該部分人員係依法加保而實際並未任職，如再予計入，顯失公允。又「身心障礙者保護法施行細則」業於 97 年 4 月 15 日修正為「身心障礙者權益保障法施行細則」，並發布施行在案；身心障礙者權益保障法施行細則第 15 條規定，復於 98 年 7 月 7 日修正為「進用身心障礙者義務機關（構），其人員有下列情事之一者，得不予計入員工總人數之計算：……二、經機關（構）依法核予留職停薪，仍繼續參加勞工保險或公教人員保險」。從而，受僱者依性別工作平等法第 16 條第 1、 2 項規定申請育嬰留職停薪並仍繼續參加勞工保險而經核准者，亦應符合前揭規定，得不予計入員工總人數之計算。查原告於 98 年 9 月份之勞工總人數固為 3,110 人，惟內含申請育嬰留職停薪之員工 14 人，該 14 人自應得不予計入員工總人數之計算。惟被告未詳究，仍將之計入員工總人數，並據此計算應繳代金金額，亦屬違法不當。

（三）又於繼續性供給契約，其履約期間與契約期間顯然有別，原政府採購法施行細則關於履約期間之規定，對於繼續性供給契約之廠商顯失公允，故政府採購法施行細則第 107 條第 1 項後段規定，於 99 年 11 月 30 日修正為：「所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。但下列情形，應另計之：……三、一定期間內履約而日期未預先確定，依機關通知再行履約者，依實際履約日數計算。」另有關政府採購案繳納原住民就業代金相關規定不合理之處，於法規尚未修訂之前，不乏經由解釋方式而為適用之限制。被告於 94 年 3 月 11 日召開研商「協助廠商（企業）解決繳納原住民就業代金相關問題與籌組專案小組」第一次會議時，即曾為「各機關與廠商簽訂共同供應契約，若於契約有效期內未有任何交易者，可由訂約機關出具證明，而不受政府採購法第 98 條規範」之結論。是以，被告為辦理原住民族代金業務之主管機關，縱於相關法規尚未修訂之前，其就原住民族工作權保障法第 12 條所指之「履約期間」仍應有解釋之權，惟其疏未考量繼續性供給契約之性質，而就繼續性供給契約之「履約期間」為合理允洽之解釋限制適用，亦有未當等語。並聲明：訴願決定、原處分均撤銷。

三、被告則以：

（一）依原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條規定，僱用未達法定

比例者，依其差額始需向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，係國家為落實保障原住民並維護其生存權，對於依採購法得標之廠商，就其未足額僱用人數及採購案履約期間為計算，所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，性質上屬於特別公課，與行政罰或其他行政責任有間，自與司法院釋字第 685 號解釋所稱罰鍰過苛無涉。衡酌憲法增修條文第 10 條第 12 項之精神與原住民族工作權保障法之意旨整體以觀，原住民族工作權保障法乃立法者就原住民與非原住民間工作權之判斷、調和，因此不生違反比例原則與平等原則之疑義，亦無聲請大法官解釋之必要。

（二）國內員工總人數之計算基準，原住民族工作權保障法未有明確規範，鑑於原住民族工作權保障法第 12 條與政府採購法第 98 條具有補充關係之法律地位，被告乃回歸政府採購法相關之規定。依政府採購法施行細則第 107 條第 1 項前段規定，所稱國內員工總人數僅依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項之規定辦理，非全盤接受前法之計算規定。又身心障礙者保護法施行細則於 97 年 4 月 15 日修正為身心障礙者權益保障法施行細則，原身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定移至身心障礙者權益保障法第 38 條第 3 項；第 2 項規定移至其施行細則第 15 條第 1 款；第 3 項規定移至其施行細則第 14 條。新舊條文比較後，舊法「員工總人數以每月 1 日參加勞保、公保人數為準」之規定仍未變更，僅係條文變動，不影響政府採購法施行細則第 107 條第 1 項之規定意旨，適用範圍亦不應因條文變動而將本未準用之條文納入。倘依原告所持理由辦理，將身心障礙者權益保障法施行細則第 15 條亦納入員工總人數內計算，因該條第 1 款係移植舊條文第 12 條第 2 項之規定，即顯與政府採購法施行細則第 107 條第 1 項準用事項不符，於法未合。縱依最高行政法院 100 年度判字第 1913 號判決意旨，就未違反身心障礙者權益保障法第 38 條第 3 項立法意旨即得適用之前提下，則除適用行為時身心障礙者權益保障法施行細則第 15 條第 2 款，就同理亦應適用身心障礙者權益保障法第 38 條第 4 項規定，始屬立論一致。然身心障礙者權益保障法第 38 條第 3 項就國內員工總人數之計算方式，主管機關考量整體規範所根據之價值及原則，於該法施行細則第 15 條再予限縮其範圍，自成身心障礙者權益保障法一套身心障礙者差額補助費之計算標準。較之原住民族工作權保障法第 12 條、政府採購法第 98 條，所賦予義務主體之構成要件已屬不同，故倘準用全部身心障礙者權益保障法及其施行細則相關規定，不僅逾越母法授權，亦係適用法令未規定之事項，破壞法律保留原則。

（三）依政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條之立法目的，旨在藉

政府採購程序創造原住民就業機會，廠商於履約期間須隨時準備履約，即有進用人員之必要，非僅履約日進用。又徵諸就業之本質，長期進用方得使弱勢之原住民得因此而參與社會活動，故法制設計上，以履約期間計算得標廠商進用原住民義務之期限，而不以履約實際天數或得標廠商所得利潤為其計算依據，始能有效保障原住民之工作權及經濟生活。是以，依政府採購法施行細則第 107 條第 1 項規定，規範得標廠商之僱用義務始於契約發生效力之日起，終於完成契約義務之日止，並無逾越授權範圍與立法精神。且原住民族就業代金之性質乃法定債之關係，於法律事實該當於法律構成要件時即當然發生代金債之效果，準此，代金債權債務關係之成立，應以構成要件事實該當（行為時）之法律為準。

（四）被告於 94 年 3 月 11 日召開之研商「協助廠商（企業）解決繳納原住民就業代金相關問題與籌組專案小組」第一次會議，僅係召集各部會研商追繳代金業務之疑義並請求提供相關意見，其會議中之結論僅屬會議之決議性質，並無拘束之效力。又原告係於 98 年 7 月 13 日至 98 年 12 月 31 日政府採購案履約期間，未依法僱足法定比例之原住民，被告於 99 年 8 月 9 日以原處分核定原告需補繳原住民就業代金 1,287,360 元，故原處分作成時新修正之政府採購法施行細則第 107 條並不存在。職此，原處分所適用之法令係行為當時之法令，無違反法律保留原則之情事，亦不生法律適用錯誤之疑義。雖 99 年 11 月 30 日政府採購法施行細則第 107 條有修正規定，惟此與原處分是否合法無涉，不能期待被告預知未來修法而適用未來法令，原告指責被告有解釋之權，主張應適用新修正之規定，實屬無稽。末依中央法規標準法第 18 條「實體從舊」之法律適用原則，本件有關履約期間之計算自應依行為時即 91 年 11 月 27 日修正之政府採購法施行細則第 107 條第 1 項後段為準，則 99 年 11 月 30 日修正之政府採購法施行細則第 107 條第 1 項第 3 款，自無本件履約期間計算之適用。是以履約期間之計算方式仍以「自訂約日起至廠商完成履約事項之日止」為準。綜上所述，本件原告之訴為無理由等語資為抗辯。並聲明：原告之訴駁回。

四、本院之判斷：

（一）按「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。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」中華民國憲法增修條文第 10 條（基本國策）第 12 項定有明文。又「憲法第 7 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。」「國家基於一定之公益目的，對特定人民課予繳納租稅以外之金錢義務，涉及人民受憲法第 15 條保障之財產權，其課徵目的、對象、額度應以法律定之，或以法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範。該法律或命令規定之課徵對象，如係斟酌事物性質不同所為之合目的性選擇，其所規定之課徵方式及額度如與目的之達成具有合理之關聯性，即未牴觸憲法所規定之平等原則與比例原則。」司法院釋字第 211 號、第 593 號解釋分別闡釋在案。再「……法律所定之事項若權利義務相關連者，本於法律適用之整體性及權利義務之平衡，當不得任意割裂適用……。」同院釋字第 385 號解釋亦可資參照。

（二）次按原住民族工作權保障法第 1 條、第 12 條規定：「為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」「（第 1 項）依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 1 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 1。……（第 3 項）得標廠商進用原住民人數未達第 1 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 23 條規定：「（第 1 項）中央主管機關應於原住民族綜合發展基金項下設置就業基金，作為辦理促進原住民就業權益相關事項；其收支、保管及運用辦法，由行政院定之。（第 2 項）前項就業基金之來源如下：……二、依本法規定所繳納之代金……。（第 3 項）中央主管機關辦理原住民就業服務及職業訓練事宜所需經費，得提工作計畫及經費需求，送就業安定基金管理委員會審議通過後支應之。」又政府採購法第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾 1 百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之 2，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」同法施行細則（99 年 11 月 30 日修正前—即 91 年 11 月 27 日修正施行條文）第 107 條規定：「（第 1 項）本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。（第 2 項）依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之 1，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」第 108 條規定：「（第 1 項）得標廠商僱用身心障礙者及原住民之人數不足前條第 2 項規定者，應於每月 10 日前依僱用人數不足之情形，分別向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心障礙者就業基金專戶及原住民中央主管機關設立之原住民族就

業基金專戶，繳納上月之代金。（第 2 項）前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」

（三）復按身心障礙者權益保障法（原名稱：身心障礙者保護法，96 年 7 月 11 日修正名稱及全文 109 條）第 1 條規定：「為維護身心障礙者之權益，保障其平等參與社會、政治、經濟、文化等之機會，促進其自立及發展，特制定本法。」第 38 條第 1 項至第 3 項規定（100 年 2 月 1 日修正前—即 96 年 7 月 11 日修正公布後 2 年施行條文）：「（第 1 項）各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在 34 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 3。（第 2 項）私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在 67 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 1，且不得少於 1 人。（第 3 項）前 2 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 1 日參加勞保、公保人數為準；第 1 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。」本條立法理由載明：「……三、有關公、私立義務機關（構）、學校、團體員工（含身心障礙者員工）總人數之計算方式，自本法施行細則第 12 條修正移列於第 3 項。又適值『政府組織再造』，第 3 項增訂公立機關（構）、學校之員工員額，如經核定為員額凍結或列為出缺不補者不計入員工總人數……。」而 97 年 4 月 15 日修正前（即 87 年 4 月 8 日修正發布施行）同法施行細則第 12 條規定：「（第 1 項）本法第 31 條之各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構員工總人數之計算方式，以勞工保險局、中央信託局所統計各該機關、學校、團體或機構每月 1 日參加勞保、公保人數為準。但下列單位人員不予計入：一、警政單位：警察官。二、消防單位：實際從事救災救護之員工。三、關務單位：擔任海上及陸上查緝、驗貨、調查、燈塔管理之員工。四、法務單位：檢察官、書記官、法醫師、檢驗員、法警、調查人員、矯正人員及駐衛警。（第 2 項）前項總人數之計算，因機關被裁減，其人員被資遣或退休而仍繼續參加勞保者，不予計入。（第 3 項）本法第 31 條第 1 項及第 2 項所定進用具有工作能力之身心障礙者人數，以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」98 年 7 月 7 日修正發布同法施行細則第 14 條、第 15 條規定：「進用身心障礙者義務機關（構），其進用身心障礙者人數，以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」「進用身心障礙者義務機關（構），其人員有下列情事之一者，得不予計入員工總

人數之計算：一、因機關（構）裁減、歇業或停業，其人員被資遣、退休而自願繼續參加勞工保險。二、經機關（構）依法核予留職停薪，仍繼續參加勞工保險或公教人員保險。」

（四）再按性別工作平等法第 1 條、第 2 條第 2 項規定：「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神，爰制定本法。」「（第 2 項）本法於公務人員、教育人員及軍職人員，亦適用之。但第 33 條、第 34 條及第 38 條之規定，不在此限。」第 16 條第 1 項、第 2 項（97 年 1 月 16 日修正公布、98 年 5 月 1 日施行條文）規定：「（第 1 項）受僱者任職滿 1 年後，於每一子女滿 3 歲前，得申請育嬰留職停薪，期間至該子女滿 3 歲止，但不得逾 2 年。同時撫育子女 2 人以上者，其育嬰留職停薪期間應合併計算，最長以最幼子女受撫育 2 年為限。（第 2 項）受僱者於育嬰留職停薪期間，得繼續參加原有之社會保險，原由雇主負擔之保險費，免予繳納；原由受僱者負擔之保險費，得遞延 3 年繳納。」本條立法理由載明：「一、我國托兒制度未臻完善，且保姆素質不齊，多數父母仍親自負擔養育幼兒的責任，故為同時保障父母之工作權益，使其得以同時兼顧工作與家庭之責任，乃有育嬰假之規定。二、留職停薪期間，其健保、勞保、公保等社會保險因而停止，對於無收入又在家庭照顧子女之受僱者甚為不利，為保障其繼續享有上開社會保險，乃規定雇主應負擔之保費免予繳納（因受僱者未工作）；受僱者應負擔之保費，准予遞延 3 年繳納，彼時受僱者已復職有收入，且因社會保險未中斷，投保年資得予併計，對其亦有利，故特此規定。」

（五）綜合上開司法院解釋、原住民族工作權保障法、政府採購法、身心障礙者權益保障法、性別工作平等法及相關施行細則整體觀察可知：

（1）原住民族工作權保障法，係為落實憲法增修條文第 10 條第 12 項「保障原住民族之地位及政治參與，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」而設，此由該法第 1 條規定之立法目的文義觀之甚明。又依前述政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定，依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 1 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 1，如僱用原住民人數未達上開標準，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，以供立法所欲實現輔導原住民就業之政策目標，乃係具有「專款專用」之特別公課性質，該「代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計」（政府採購法施

行細則第 108 條第 2 項）。上開代金其課徵目的、對象、額度有前揭法律明定，並有法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範，核與保障原住民就業之法規範目的達成具有合理之關聯性，與憲法第 7 條平等原則、第 15 條人民財產權之保障及第 23 條比例原則並無牴觸，自應憑為裁判之依據。原告主張上揭規定違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則云云，尚難憑採。

（2）又政府採購法施行細則（99 年 11 月 30 日修正前－即 91 年 11 月 27 日修正施行條文）第 107 條第 1 項既已定義所謂履約期間為自訂約日起至廠商完成履約事項之日止，則原處分適用行為當時之法令，並無不合。雖本項規定於 99 年 11 月 30 日修正為：「（第 1 項）……所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。但下列情形，應另計之：……三、一定期間內履約而日期未預先確定，依機關通知再行履約者，依實際履約日數計算。」然此與原處分是否合法無涉。至被告於 94 年 3 月 11 日召開之研商「協助廠商（企業）解決繳納原住民就業代金相關問題與籌組專案小組」第一次會議，僅係召集各部會研商追繳代金業務之疑義並請求提供相關意見，其會議中之結論並非屬法律或法律所授權之命令，亦難謂係主管機關為執行細節性、技術性事項所發布之命令，自無拘束之效力。是原告主張被告未就繼續性供給契約之「履約期間」為合理允洽之解釋限制適用，亦有未當云云，亦無足採。

（3）再本件應適用之法律（政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條）並無違憲之虞，已如上述，原告請求本院裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋，核無必要，爰此敘明。

（六）惟依前揭 99 年 11 月 30 日修正前政府採購法施行細則第 107 條所適用之身心障礙者保護法（嗣修正名稱為身心障礙者權益保障法）施行細則第 12 條第 1 項（97 年 4 月 15 日修正前－即 87 年 4 月 8 日修正發布施行）規定，該施行細則所指「本法第 31 條」，即當時公布施行之「身心障礙者保護法」第 31 條第 1 項至第 3 項規定：「（第 1 項）各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在 50 人以上者，進用具有工作能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之 2。（第 2 項）私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在 1 百人以上者，進用具有工作能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之 1。（第 3 項）前 2 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），其進用身心障礙者人數，未達前 2 項標準者，應定期向機關（構）所在地

之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心障礙者就業基金專戶繳納差額補助費；其金額依差額人數乘以每月基本工資計算。」即明定「各級政府機關、公立學校及公營事業機構」與「私立學校、團體及民營事業機構」均為進用身心障礙者之「義務機關（構）」；該法於 96 年 7 月 11 日修正時除調整義務單位進用身心障礙者及比例外，並將前揭施行細則第 12 條修正移列於母法即「身心障礙者權益保障法」第 38 條（於公布後 2 年施行）第 3 項規定：「前 2 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 1 日參加勞保、公保人數為準；第 1 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。」修正後仍明定「各級政府機關、公立學校及公營事業機構」暨「私立學校、團體及民營事業機構」皆為進用身心障礙者之「義務機關（構）」，惟該條第 1 項「各級政府機關、公立學校及公營事業機構」之義務機關（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；並於 98 年 7 月 7 日修正同法施行細則時增訂第 12 條之 1 暨修正第 15 條（均自 98 年 7 月 11 日施行）分別規定：「本法第 38 條第 3 項所稱義務機關（構）員工員額經核定為員額凍結或列為出缺不補者，指經總統府、國家安全會議、五院及所屬一級機關、省政府、臺灣省諮議會、直轄市、縣（市）政府，以公文書核定現有人員出缺不再遞補之定期或不定期員額管理措施。」「進用身心障礙者義務機關（構），其人員有下列情事之一者，得不予計入員工總人數之計算：一因機關（構）裁減、歇業或停業，其人員被資遣、退休而自願繼續參加勞工保險。二經機關（構）依法核予留職停薪，仍繼續參加勞工保險或公教人員保險。」前揭施行細則第 15 條所稱「進用身心障礙者義務機關（構）」係指 90 年 11 月 21 日修正公布「身心障礙者保護法」第 31 條第 1 項、第 2 項與 96 年 7 月 11 日修正公布「身心障礙者權益保障法」第 38 條第 1 項、第 2 項規定之「各級政府機關、公立學校及公營事業機構」暨「私立學校、團體及民營事業機構」而言亦明；參以前舉性別工作平等法第 16 條第 2 項「受僱者於育嬰留職停薪期間，得繼續參加原有之社會保險，原由雇主負擔之保險費，免予繳納；原由受僱者負擔之保險費，得遞延 3 年繳納」規定及其立法理由記載「留職停薪期間，其健保、勞保、公保等社會保險因而停止，對於無收入又在家庭照顧子女之受僱者甚為不利，為保障其繼續享有上開社會保險，乃規定雇主應負擔之保費免予繳納（因受僱者未工作）；受僱者應負擔之保費，准予遞延 3 年繳納，彼時受僱者已復職有收入，且因社會保險未中

斷，投保年資得予併計，對其亦有利。」而原住民族工作權保障法第 1 條也揭明「本法未規定者，適用其他法律之規定」等情，則在留職停薪期間，受僱者其健保、勞保、公保等社會保險原則上固因而停止，雇主應負擔之保費並因受僱者未工作而免予繳納，然前揭法律規定受僱者於育嬰留職停薪期間得繼續參加原有之社會保險，乃為保障對於無收入又在家庭照顧子女之受僱者繼續享有上開社會保險而設，前述身心障礙者權益保障法施行細則第 15 條第 2 款「經進用身心障礙者義務機關（構）依法核予留職停薪，仍繼續參加勞工保險或公教人員保險者，得不予計入員工總人數」規定，符合身心障礙者權益保障法第 38 條第 3 項立法意旨，亦應予適用。準此，依政府採購法第 98 條計算得標廠商於本件行為時（98 年 7 月 13 日至 98 年 12 月 31 日）國內員工總人數，自有前開身心障礙者權益保障法施行細則第 15 條第 2 款之適用。查原告固主張於履約期間內參加勞工保險申請育嬰留職停薪之員工有 14 人（相關資料見本院卷第 50 頁以下），惟經核原告自 98 年 7 月至 12 月履約期間內僱用原住民人數未達法定標準及應繳納代金一覽表（原處分卷第 23 頁）所示，各該月員工總人數經扣除 14 人後，亦僅於 98 年 9 月份應僱用原住民人數受有影響，此為兩造所不爭執，堪認屬實，則原告於 98 年 9 月份之勞工總人數原為 3,110 人，經扣除申請育嬰留職停薪之員工 14 人後，總人數為 3,096 人，應僱用原住民人數百分之 1 即為 30 人（未達整數部分不予計入），不足人數為 13 人；與原處分認應僱用原住民人數為 31 人，不足人數為 14 人相差 1 人。故該月份原告應繳代金應為 17,280 元（基本工資）×13 人= 224,640 元，與原處分相差 17,280 元，是原告於履約期間內應繳原住民就業代金應為 1,270,080 元（即 1,287,360 元 - 17,280 元）。

五、綜上所述，被告認原告自 98 年 7 月至 12 月應追繳之代金合計 1,287,360 元，因而以原處分予以追繳，惟未將其中申請育嬰留職停薪之員工 14 人扣除，致同年 9 月份應繳代金相差 1 人共計 17,280 元，自有未合，訴願決定就此部分未予糾正，亦有違誤，是原告就此應繳代金總計逾 1,270,080 元部分，訴請撤銷，為有理由，應予准許。至於原告其餘請求部分，原處分並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，原告訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘主張及陳述，經核於判決結果不生影響，爰不逐一論列，附此敘明。

據上論結，本件原告之訴為一部有理由、一部無理由，依行政訴訟法第 104 條、民事訴訟法第 79 條，判決如主文。

中　華　民　國　101　年　8　月　30　日

（附件四）

最高行政法院裁定　101 年度裁字第 2333 號

上　訴　人　台灣高速鐵路股份有限公司

代　表　人　歐　晉　德

訴訟代理人　曾　子　興　律師

被 上訴 人　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫　大　川

上列當事人間原住民族工作權保障法事件，上訴人對於中華民國 101　年 8　月 30 日臺北高等行政法院 100　年度訴更一字第 223　號判決，提起上訴，本院裁定如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、按對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之，行政訴訟法第 242　條定有明文。依同法第 243　條第 1　項規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；而判決有同條第 2　項所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人對於高等行政法院判決上訴，如依行政訴訟法第 243　條第 1 項規定，以高等行政法院判決有不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容；若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣；倘為司法院解釋或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。如以行政訴訟法第 243　條第 2　項所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條項各款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已對高等行政法院判決之如何違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。

二、緣上訴人標得國防部聯合後勤司令部採購處「國軍人員高速鐵路運輸」採購案（下稱系爭採購案），於民國 98 年 7　月 13 日至 98 年 12 月 31 日之履約期間內僱用員工總人數逾 100　人，惟進用原住民人數涉有未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1　項規定標準之情事，被上訴人乃依同條第 3　項規定，以 99　年 8　月 9　日原民衛字第 0990041698 號處分書（下稱原處分），追繳上訴人原住民就業代金新臺幣（下同）1,287,360 元。上訴人不服，循序提起行政

訴訟，臺北高等行政法院（下稱原法院）以 100 年度訴字第 73 號判決駁回，經本院 100 年度判字第 1913 號判決廢棄發回，原法院更為審理後，以 100 年度訴更一字第 223 號為「訴願決定及原處分關於追繳原告（即上訴人，下同）原住民就業代金逾 1,270,080 元部分均撤銷。原告其餘之訴駁回。第一審及發回前上訴審訴訟費用由被告負擔 14/1,000， 餘由原告負擔。」之判決，上訴人復就其敗訴部分聲明上訴。

三、上訴人以原判決違背法令，主張意旨略以：政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條等有關繳納代金之規定，係依履約期間及差額人數乘以每月基本工資計算，未斟酌採購契約之性質、得標廠商於履約期間之所得等情形，造成追繳代金金額與採購案金額顯不合比例之情事，自實施以來即衍生諸多爭端，行政院早於 95 年 12 月 6 日即提出政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法部分條文修正草案，並坦言現行有關依政府採購法得標之廠商於履約期間僱用原住民之規定，不僅在實務執行上衍生諸多爭議，且無助於原住民之長期就業，足見上揭規定確無以達成其所企求之目的，反而造成政府與廠商間爭議不斷，並嚴重侵害廠商之財產權。系爭採購案之預估採購總價原為 550 萬元，惟實際履約金額僅 420 萬餘元，而被上訴人命繳納之代金竟高逾 128 萬元，占實際履約金額約 32.8 ％，實違反憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，並已侵害憲法第 15 條所保障之財產權，原判決未依法裁定停止訴訟程序並聲請司法院大法官解釋，應有判決不適用法令之違法。另本件適用之 99 年 11 月 30 日修正前政府採購法施行細則第 107 條第 1 項後段有關「履約期間」之規定，因疏未考量個案採購之特殊性及實際履約日數等情節，而造成個案顯然過苛之結果，亦有侵害憲法第 7 條、第 15 條及第 23 條規定之虞。被上訴人為辦理原住民族代金業務之主管機關，就原住民族工作權保障法第 12 條所指之履約期間應有解釋之權，惟其於修法前疏未考量繼續性供給契約之性質，而就繼續性供給契約之履約期間為合理允洽之解釋適用，亦有未當等語。雖以原判決違背法令為由，惟核其上訴理由，無非執其歧異之法律見解，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，並泛言原判決違背法令，而非具體表明合於不適用法規、適用法規不當、或行政訴訟法第 243 條第 2 項所列各款之情形，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首開規定及說明，應認其上訴為不合法。

四、據上論結，本件上訴為不合法。依行政訴訟法第 249 條第 1 項前段、第 104 條、民事訴訟法第 95 條、第 78 條，裁定如主文。

中 華 民 國 101 年 11 月 14 日

（本件聲請書其餘附件略）

資料來源：司法院司法院公報第 56 卷 7 期 1-148 頁司法周刊第 1692 期 1 版司法院大法官解釋（三十二）（104 年 9 月版）第 296-527 頁法令月刊第 65 卷 6 期 101-103 頁