

釋字第 810 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

110 年 10 月 8 日

本號解釋宣告：原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項（下稱系爭規定）就原住民就業代金所定之計算方式，特別在依該公式計算所得之代金金額超過採購金額之情形，個案上，可能顯然過苛，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者卻未就此設有適當之調整機制，於此範圍內，該規定對人民（此之「人民」，於本號解釋，指政府採購之得標廠商而言）受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而違反憲法第 23 條之比例原則。有關機關應至遲自本解釋公布之日起 2 年內（即中華民國 112 年 10 月 8 日前），依本解釋意旨修正之。

本解釋並諭知，在新法施行前，如發生本解釋所稱顯然過苛之個案，相關機關及法院均應依本解釋意旨為適當之處置。

本席贊同上開解釋文¹，並認為尚有其他應闡述之處，爰提出本協同意見。

一、系爭規定所定代金金額計算方式，未考慮政府採購之多樣性及不確定因素，易生個案過苛情事

按政府採購之得標廠商，其國內員工總人數逾 100 人者，

¹ 本解釋文，係參考釋字第 641 號解釋（米酒專賣案）而作成，惟本號解釋與釋字第 641 號解釋不同者在於，本號解釋之客體（即系爭規定）並非行政罰。

應於履約期間僱用原住民，其聘用之人數不得低於總人數 1 %；如進用原住民人數不及前述標準，即應於履約期間內繳納代金²。至於其所應繳納之代金金額，依系爭規定，則以應聘用與實際聘用人數之差額，乘以每月基本工資計算之。

準此，系爭規定據以計算原住民就業代金之因素有三：（1）人數差額（2）每月基本工資（3）履約期間。前二者均屬固定，但第三個因素，則可能難以確定或純為配合採購機關需求，並因而可能致生對廠商不公平之結果。

按此之「履約期間」，依政府採購法施行細則第 107 條第 1 項，係指：「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：一、訂有開始履約日或開工日者，自該日起算。兼有該二日者，以日期在後者起算。二、因機關通知全面暫停履約之期間，不予計入。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。」

前開規定，看來平淡無奇，且似亦合乎事理。惟實際適用上，則不然。舉例說明：

1. 前開第 2 款所指「不予計入履約期間」之情形，以發生「因機關通知」而「全面暫停履約」為要件。換言之，縱有「全面暫停履約」之客觀情事（例如：履約期間內，發生颱風、地震等不可抗力事由，或因疫情致履約期間拖長³），但若採購機關不為「全面暫停履約」之通知，

² 參見原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項、政府採購法第 98 條。

³ 2019 年 9 月左右開始，迄今仍未停止之新冠肺炎（COVID-19），對眾多商業交易即造成履約期間一再延展。2021 年 3 月 23 日至 29 日發生之長榮海運貨櫃船「長賜輪」在埃及蘇伊士運河擱淺，致波及全球交易秩序大亂，僅為其中較為顯著之一事件而已。

或僅通知「部分暫停履約」，該不可抗力之存續期間，仍屬「履約期間」，從而仍為系爭規定所據以計算廠商應繳納原住民就業代金之期間。

2. 主管機關關於履約期間之認定，或有恣意情形。本號解釋之原因案件中，採購機關向相對人承租辦公處所，兩造簽署之租賃契約所載明之契約租賃期間為 9 個月。惟採購機關為配合其遷駐裝修，遂要求相對人於遷駐裝修期間，應免收租賃費用，從而僅支付 6 個月之租金。但原住民族委員會在依系爭規定計算相對人應繳納之原住民就業代金時，卻仍以 9 個月為履約期間。相對人雖就此提出訴願，但原住民族委員會拒不變更。聲請人（臺北高等行政法院第四庭法官）於審理相對人所提原因案件之行政訴訟時，即直指系爭規定適用上對相對人顯欠公允⁴。
3. 在不少實際爭議個案，依系爭規定計算所得之原住民就業代金金額，顯逾履約金額⁵，無異於國家（採購機

⁴ 參見本院 105 年 1 月 12 日收受之聲請書第 1 頁至第 3 頁，及 105 年 9 月 23 日收受之釋憲聲請補充理由書第 1 頁。

⁵ 下列案例，可供參考：（1）臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2085 號判決：代金金額 260 萬 4,096 元/履約金額 192 萬 2,350 元（1.35 倍）；（2）臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3062 號判決：代金金額 928 萬 2,240 元/履約金額 450 萬元（2.06 倍）；（3）臺北高等行政法院 97 年度訴字第 295 號判決：代金金額 165 萬 5,808 元/履約金額 4 萬 5,000 元（36.79 倍）；（4）臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2988 號判決：代金金額 216 萬 5,328 元/履約金額 48 萬 950 元（4.5 倍）；（5）臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1266 號判決：代金金額為 206 萬 7,120 元/履約金額為 57 萬 6,000 元（3.58 倍）；（6）臺北高等行政法院 99 年度訴字第 136 號判決：代金金額為 174 萬 9,696 元/履約金額為 123 萬 7,494 元（1.41 倍）；（7）臺北高等行政法院 99 年度訴更一字第 69 號判決：代金金額 72 萬 192 元/履約金額為 14 萬 6,952 元（4.9 倍）；（8）臺北高等行政法院 100 年度訴更一字第 242 號判決：代金金額為 84 萬 7,440 元/履約金額 4 萬 7,940 元

關)強迫人民(得標廠商)須賠本履約。此種結果，無論比例進用原住民及繳納原住民就業代金之強制規定(原住民族工作權保障法第12條第1項及第3項、政府採購法第98條、系爭規定)具有如何崇高而重要之立法目的，均不能認為並未牴觸現代法治國之基本原則：國家不得為保障一定族群，而制定嚴重影響另一族群基本權之法律。

再者，依政府採購法第2條規定，政府採購分為工程採購、財物採購及勞務採購。而採購金額，依其大小，則有小額⁶、公告金額⁷、查核金額⁸、巨額⁹之別。因此，所謂之履約期間，其長短即可能因不同類型之採購，及不同之採購金額，而有重大差異。

綜上，系爭規定就得標廠商所應繳納之代金，不問政府採購之類型為何，亦不管採購金額之大小，及因而所致履約期間之差異為何，一律以劃一公式機械式地計算之，固有簡單、明確之效，卻也因立法模式不夠細緻¹⁰，致適用上，易生個案過苛情事。依系爭規定計算得標廠商應繳納之代金金額超過

(17.67倍)。

⁶ 依行政院公共工程委員會民國88年4月2日(88)工程企字第8804490號函，政府採購法所稱之小額採購，指其採購金額為新臺幣(下同)10萬元以下。

⁷ 政府採購法所稱之公告金額，在工程、財物及勞務採購，均為1百萬元，同註6之函。

⁸ 政府採購法所稱之查核金額，在工程及財物採購為5千萬元，在勞務採購則為1千萬元，參見註6之函。

⁹ 依行政院公共工程委員會所定投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第8條，政府採購法所稱之巨額採購，在工程採購為2億元、財物採購為1億元、勞務採購為2千萬元。

¹⁰ 參見陳新民大法官於釋字第719號解釋所提出之部分不同、部分協同意見書一(四)(第12頁至第14頁)部分。

履約金額時，尤然¹¹。

或有認為，得標廠商於投標前，可自行依系爭規定計算其應繳納之代金金額，即可預知該金額之具體數字，自無增加其履約風險可言，亦不生個案過苛情事。

然而，如前所述，系爭規定據以計算代金之因素，其中之履約期間並非一律不變，且不論變動原因是否可歸責於得標廠商所致，均可能導致履約期間（大幅）延長。在此情形，其依系爭規定計算所得之代金，即不得謂為仍屬廠商於投標時所得預見。履約期間之長短或變動若純為配合採購機關之情形¹²，尤其明顯。

二、就保障與促進原住民就業之相關法規，國家應依社會經濟之發展情事，定期檢討之

為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活，立法者先於 87 年 5 月 27 日公布（88 年 5 月 27 日施行）之政府採購法規定第 98 條，又於 90 年 10 月 31 日公布施行之原住民族工作權保障法規定第 12 條第 1 項及第 3 項。依據前開規定，政府採購得標之廠商，如其國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間至少僱用員工總人數百分之一之原住

¹¹ 參見陳碧玉大法官於釋字第 719 號解釋所提出之不同意見書第 7 頁：「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。」陳大法官所稱「此項成本」，即為得標廠商依系爭規定計算所得應繳納之代金。

¹² 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2085 號判決之原因案件，原告所標得之採購案，為單純之軌道燈具買賣契約。採購機關所需之燈具數量，原告依其產能，本可於 1 個月內即完成製作並一次全數交付，但為配合採購機關之倉庫容量，始約定近 1 年半之履約期間，分批給付。嗣後，原住民族委員會卻以該近 1 年半之履約期間計算代金金額，致其代金金額遠逾履約金額。

民；未達此一標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。依據本院釋字第 719 號解釋，前開規定尚無違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨亦無不符。

本號解釋立基於釋字第 719 號解釋，進一步針對系爭規定之合憲性進行審查。

按國家透過課予得標廠商進用一定比例原住民，並在未進用時課予得標廠商繳納代金之義務，企圖藉由要求得標廠商優先僱用原住民族勞工，使長期因文化、環境及教育資源分配等因素，在資本勞動市場上競爭力較弱之原住民族，與非原住民勞工間結構性就業機會不平等之問題，得獲改善，實屬對原住民族之優惠性差別待遇（或稱積極平權措施，affirmative action）。

如前所述，政府採購有工程採購、財物採購、勞務採購之分，且採購金額有小額、公告金額、查核金額、鉅額之別，並非任何類型、任何金額採購之得標廠商，均有因履行採購契約而增加人力之需求¹³。於此情況下，得標廠商為達到法定僱用原住民之比例，必須以調整既有人力配置之方式為之。惟各產業性質不同，得標廠商是否得於勞動市場上，尋得該產業所需具備特定資格、學（經）歷或專業能力之原住民勞工，並非無疑。

更重要者，優惠性差別待遇一方面固然可提供受益之弱

¹³ 本號解釋原因案件涉及之政府採購案件，即為單純辦公廳舍之租賃。此外，臺北高等行政法院 97 年度訴字第 295 號判決之原因案件，得標廠商標得臺北自來水事業處「委託金融機構代收水費」採購案後，僅需透過電腦程式設定，即可完成代扣繳水費業務，根本不因得標而需增加任何人力。

勢群體一定之保護，另一方面卻對非受益者造成不利益。以本案為例，前開優惠性差別待遇不僅限制得標廠商之營業自由及財產權，對非原住民求職者，亦當然發生排擠之效應。況且，非原住民求職者中，亦可能有屬於其他社會弱勢族群（失學者、低收入戶等）。倘國家無視經濟與社會之發展，及原住民就業扶助需求之變化，而持續施行優惠性差別待遇，即會產生「逆向差別」，而有違反憲法平等保障之疑慮。對釋字第 719 號解釋，不僅多位大法官持不同意見¹⁴，學者亦有批評看法¹⁵，均值參酌。

查原住民族工作權保障法於 90 年制定公布之時，原住民之失業率為 9.24%，一般民眾之失業率為 3.89%，兩者差距高達 5.35%¹⁶。經過 20 年之發展，此項差距已逐漸拉近。109 年間，原住民族之失業率大幅降至 3.98%，與一般民眾之失業率 3.85%相較，僅略高出 0.13%¹⁷。

觀察此一資料，或可認為，採取強制政府採購得標廠商應比例進用原住民，否則即應繳納代金之手段，對原住民整體就業，尚非無助益；然此一資料亦同時顯示，提升原住民

¹⁴ 對釋字第 719 號解釋，計有陳新民大法官提出部分協同部分不同意見書、林錫堯大法官、陳碧玉大法官及羅昌發大法官提出不同意見書。

¹⁵ 參見李仁森，平等保障與積極性優惠措施，月旦法學教室第 150 期，2015 年 4 月，44-46 頁、50 頁。

¹⁶ 參見行政院原住民委員會 90 年臺灣原住民就業狀況調查報告第 28 頁，https://twinfo.ncl.edu.tw/tiqry/hypage.cgi?HYPAGE=search/merge_pdf.htm&dtd_id=11&type=s&sysid=T0114136&jid=00997124&vol=90060000&page=%E6%8F%90%E8%A6%81%E5%88%86%E6%9E%9027-34（最後瀏覽日期：2021 年 10 月 8 日）。

¹⁷ 參見原住民族委員會 109 年臺灣原住民就業狀況調查報告，108 至 109 頁，[file:///C:/Users/user/Desktop/109%E5%B9%B4%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E5%B0%B1%E6%A5%AD%E7%8B%80%E6%B3%81%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E5%A0%B1%E5%91%8A-%E9%9B%BB%E5%AD%90%E6%AA%94%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Desktop/109%E5%B9%B4%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E5%B0%B1%E6%A5%AD%E7%8B%80%E6%B3%81%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E5%A0%B1%E5%91%8A-%E9%9B%BB%E5%AD%90%E6%AA%94%20(1).pdf)（最後瀏覽日期：2021 年 10 月 8 日）。

整體就業率之需求，實已下降¹⁸。更何況，前開優惠性差別待遇所能提供者，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，亦為釋字第 719 號解釋理由書第 6 段所明示。

準此，本號解釋雖並未變更釋字第 719 號解釋，然立法者面對時代發展，應採取更適合而有效之手段，始能因應當前原住民於就業市場上所遭遇之問題。

三、本解釋所指之調整機制，及相關機關與法院於修法前應採取之適當處置

為彌補本解釋文所指系爭規定欠缺之適當調整機制，法理上，即應就解釋文所指「依系爭規定計算所得之代金金額超過採購金額，致個案顯然過苛」之情形，增設將該代金金額減輕至合理限度之明文。至於合理限度為何，究竟應以廠商在該個案實際所得利潤、同業利潤，或履約金額為最高額？或以前述實際所得利潤、同業利潤、履約金額之一定倍數為最高額？抑或交由主管機關及法院依個案一切具體情事裁量之？甚或修正系爭規定所定之三計算因素（人數差額、每月基本工資、履約期間）？均為立法取捨，自屬當然。

又，本號解釋於解釋文末，另諭知於系爭規定完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案時，應依本解釋意旨為適當處置。換言之，在修法前如遇有顯然過苛個案之情形，相關機關，固應依本號解釋意旨，對個案所應繳納之代

¹⁸相較於整體就業率不足，現今原住民族參與經濟生活之結構性問題主要在於其教育程度低於一般民眾、工作型態為勞力密集型、非典型就業比例較高、參與職業訓練比例過低等問題上。參見張義德，論原住民就業促進與工作權保障法制，台灣原住民族法學，第 6 期，2019 年 4 月，46 頁。

金金額予以酌減。法院於審理個案過苛案件時，亦應適當處置之；至於其處置之方式，則不僅得撤銷訴願決定及原處分，並發回由原處分機關另為適法處分，並且得基於訴訟經濟之考量，不「撤另處」，而依行政訴訟法第 197 條規定，逕行判決裁減得標廠商所應繳納之代金¹⁹。

最後一提者，立法者為實踐憲法增修條文第 10 條第 12 項所定保障扶助原住民族之經濟，並促其發展之基本國策，遂將其與政府採購連結，且不分採購類型之差異與採購金額之大小，對政府採購之得標廠商，一律課以比例進用原住民或繳納就業代金之義務。此項立法，是否確為有效且損害最小之手段，或亦可藉由本號解釋，重新省思²⁰。

¹⁹ 參見林明鏘，行政訴訟法第 197 條，翁岳生主編，許宗力、張登科副主編，2018 年 2 版，561-563 頁。

²⁰ 參見黃瑞明大法官於本號解釋提出之協同意見書伍，5-8 頁。