

釋字第 810 號解釋不同意見書

許志雄大法官 提出

黃昭元大法官 加入

原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」（下稱系爭規定）本號解釋認其部分違憲，而為如下之釋示：「以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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，於此範圍內，上開規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。」並限期修法，以及責成有關機關與法院於修法前採取適當之處置。本席就部分違憲之結論礙難接受，且認多數意見所持見解蘊含諸多問題，有待解明，爰提出不同意見書。

一、釋字第 719 號解釋與本號解釋之遞嬗

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 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 項規定：「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。」同法第 24 條第 2 項，即系爭規定明定：「……第 12 條第 3 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，……應繳納代金……。」此等規定環環相扣，形成一套促使企業進用一定比例原住民，以及國家維護原住民就業等權益之法制（下稱一定比例原住民進用制度）。

根據上開規定，依政府採購法得標之廠商，其國內員工總人數逾 100 人者，於履約期間至少應進用一定比例（1%）之原住民；未進用足額之原住民者，則負有繳納代金之義務，其金額依系爭規定計算。釋字第 719 號解釋曾就原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條有關部分，作成合憲解釋。本號解釋承襲釋字第 719 號解釋，亦肯認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項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並無不符。

系爭規定關於代金金額之計算方式，尚非釋字第 719 號解釋之審查客體，惟該解釋於理由書中表示，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，有關機關應就其規定，儘速檢討改進。本席認為，其立場背離促進原住民就業及保障原住民工作權之旨意，恐弱化原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及政府採購法第 98 條僱用原住民規定之實效性，要不足取。本號解釋卻基於此一錯誤前提，變本加厲，宣告系爭規定部分違憲，並限期修法。其論斷十分可議，問題癥結在於，多數意見未能體察一定比例原住民進用制度在憲法上，特別是人權保障上之意義，漠視私人間實現人權價值之

重要性，而且審查系爭規定之合憲性時，就比例原則之操作顯然失當。有關分析，詳如後述。

二、一定比例原住民進用制度在人權保障上之意義

原住民之工作權應受憲法保障，與一般人同（憲法第 7 條及第 15 條參照）。然現實社會中，原住民之失業率偏高，其工作權並未受到同樣程度之保障，此一現象與憲法第 7 條揭櫫之種族平等有違。有鑑於此，國家乃建立一定比例原住民進用制度，用以促進原住民就業，保障原住民工作權（原住民族工作權保障法第 1 條參照），並追求種族實質平等之實現。為達成上開目的，其採取之手段，係以法律明定，符合一定要件之廠商須僱用一定比例之原住民，未進用足額之原住民者，則負有繳納代金之義務。對於原住民之人權保障而言，一定比例原住民進用制度應有相當助益。惟人權保障本屬國家之義務及責任，為何國家可藉由立法，要求第三人進用原住民或繳納代金，而將義務轉嫁予私人？換言之，一定比例原住民進用制度之憲法基礎何在？

釋字第 719 號解釋依據憲法第 5 條及增修條文第 10 條第 12 項規定，並參照聯合國原住民族權利宣言第 21 條第 2 項前段及國際勞工組織原住民和部落人民公約第 20 條第 1 項規定，肯認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條等關於原住民之進用規定具正當性¹。

¹ 釋字第 719 號解釋理由書稱：「憲法第 5 條規定：『中華民國各民族一律平等。』憲法增修條文第 10 條第 12 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……。』……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 1 條、聯合國原住民族權利宣言(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007)第 21 條第 2 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

惟憲法第 5 條民族平等規定置於憲法第一章總綱，屬原則性宣示，重在政治意義。增修條文第 10 條第 12 項規定屬基本國策性質，即使課以國家保障原住民族之政治或法律義務，亦無法直接從中導出基本權，或賦予國家可立法強制廠商進用一定比例原住民之權力。至所引國際法上之權利宣言及公約規定，固要求國家採取有效或特別措施保障原住民，但亦僅供參酌，並非一定比例原住民進用制度之規範基礎。本席認為，從憲法觀點著眼，我國立法建立一定比例原住民進用制度，基本上係為追求工作權保障之實質平等，故須自人權論尋求該制度之憲法依據。

根據近代憲法理論與人權觀念，憲法乃限制國家權力之法規範，人權則係個人對國家之「防禦權」(Abwehrrechte; defensive rights)，專為對抗國家權力之侵害；若屬私法領域，應受私法自治原則及契約自由原則支配，而無人權規定之適用。然而，基於戰後主流之實質憲法論立場，人權屬普世價值，為實定化之自然權，於全體法律秩序中具有最高價值，一切國家權力皆應受人權規定拘束，公法及私法皆應追求人權價值之實現。

為在私人間落實人權價值，乃須設法擴張人權規定之效力，以規範私人間的法律關係。大體上，具體化人權規定在私人間之效力，或所謂人權規定之第三人效力，其可運用之方式有憲法明定、立法規定及憲法解釋三種，略述如下²：

Peoples Convention, 1989 (No. 169)) 第 20 條第 1 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)。』認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條等關於原住民之進用規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。

² 許志雄著，人權規定之第三人效力，月旦法學雜誌試刊號，1995 年 3 月，頁 59、60；同氏著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 121。

（一）憲法明定：堪稱最明確之解決方法，通常係憲法本身針對特定人權，明文規定適用於私法關係，諸如德國基本法第 9 條第 3 項及日本憲法第 15 條第 4 項，分別對勞工團結權及選舉權所作之保障，即為典型例子。1975 年葡萄牙憲法第 18 條第 1 項揭示「憲法上關於權利、自由及保障方法之規定，不論公私團體，亦皆直接適用，並受拘束」，屬最極端之作法，頗為特殊。

（二）立法規定：關於私人間之人權保障，涉及複雜之利益衡量，宜由立法機關擔負首要任務，此乃通說見解。我國勞動基準法第 25 條規定同工同酬、禁止性別歧視，性別工作平等法第二章規定性別歧視之禁止，就業服務法第 5 條規定就業機會平等，均有將憲法第 7 條及增修條文第 10 條第 6 項平等原則具體化之效果，明顯屬於立法保障之方式。

（三）憲法解釋：人權規定在私人間之效力，未依上開兩種方式保障者，唯有藉由憲法解釋謀求解決。參照德國及日本學說，採取此一解決方式之主張大致分為直接效力說與間接效力說兩種，而以間接效力說居於主流地位。另外，美國判例發展出「國家行為」（state action）理論，用以解決人權與私法關係問題，同樣屬於憲法解釋之方式。

一定比例原住民進用制度係以立法規定之方式，具體化人權規定在私人間之效力。從企業角度觀之，其財產權不免因該制度而受限制，但相對可促進人權價值之落實，有助於企業社會責任之實現（公司法第 1 條第 2 項參照）³。自政府

³ 企業之財產權固受憲法保障，但其性質上為「基於公共福祉之權利」，應受公共福祉之制約。國家基於一定之經濟或社會政策考量，為追求公益之實現，非不得立法加以限制。尤其 1990 年代以降，企業之社會責任（CSR:Corporate Social Responsibility）備受重視。企業之社會責任論強調：企業不僅追求利潤，亦對社會負有責任，須尊重消費者、投資者及勞工等利害關係人之立場；

採購法 87 年公布，翌年施行，以及原住民族工作權保障法 90 年公布施行以來，原住民之失業率已顯著降低。以 88 年及 90 年失業率為例，原住民分別為 7.55%、9.24%，相較於一般民眾之 2.84%、3.89%，高出甚多⁴，狀況十分嚴峻。近年狀況緩和，差距縮小，例如 108 年失業率原住民為 3.96%，較全體民眾之 3.73%略高 0.23%⁵；109 年失業率原住民為 3.98%，較全體民眾之 3.80%略高 0.18%⁶；110 年第 1 季失業率原住民為 3.87%，較全體民眾之 3.67%略高 0.20%⁷。由此觀之，在原住民之人權保障上，一定比例原住民進用制度似已發揮相當成效。

三、比例原則之操作不當

一定比例原住民進用制度係為促進原住民就業，保障原住民工作權，改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用及繳納就業代金之手段所為優惠措施（釋字第 719 號解釋第 3 段參照），與一般人比較，乃一種優惠性差別待遇。按優惠性差別待遇或稱積極性差別矯正措施，旨在矯正扭曲之不公平社會環境，以追求實質之平等，通常見諸高等教育機構之入學、職場之進用、升遷等場合，用以維護少數或弱勢群體之權益。一定比例原住民進用制度屬職場進用場合之優惠性差別待遇，要無疑義。

企業不僅須遵守法令，亦應謀求人權、勞動及環境等之充分保障與維護。參照戶波江二著，憲法學から企業を分析する視角，收於氏編「企業の憲法的基礎」，日本評論社，2010 年，頁 3。公司法順應國際潮流，於 107 年修正第 1 條，導入公司應善盡其社會責任之理念。而一定比例原住民進用制度，亦有促使企業善盡社會責任之旨趣。

⁴ 原住民族委員會編印「90 年原住民就業狀況調查」(AJ010002)，頁 32。下載自中央研究院人文社會科學研究中心調查研究專題中心學術調查研究資料庫：

https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=687（最近更新：103 年 8 月 12 日）

⁵ 原住民族委員會編印「108 年原住民就業狀況調查」，頁 IV，109 年 6 月。

⁶ 原住民族委員會編印「109 年原住民就業狀況調查」，頁 IV，110 年 6 月。

⁷ 原住民族委員會 110 年第 1 季原住民族就業狀況調查報告書，頁 83。下載自原住民族委員會網站：<https://reurl.cc/73Rn1D>（最近更新：110 年 5 月 27 日）

優惠性差別待遇與一般差別待遇不同，違憲審查之嚴格程度應適度降低。蓋在一般差別待遇，少數或弱勢者受到立法之不利規制時，要將該法修正或廢止，恐非易事。反之，在優惠性差別待遇之情形，少數或弱勢者若因立法而享有不當之優惠，多數者自可透過民主程序加以調整⁸，違憲審查機關不必過度介入。除非優惠性差別待遇過度，形成「逆差別」(reverse discrimination, inverse discrimination)，須另予斟酌，否則即使以種族為區別指標之「可疑類型」(suspect classification)，一般亦不宜採取嚴格審查基準。本席認為，關於一定比例原住民進用制度，似以中度審查基準，亦即實質合理關聯性基準為宜。

惟本件係就財產權之規制問題，以比例原則審查系爭規定之合憲性，並未觸及優惠性差別待遇及平等原則之課題。本席認為，多數意見操作比例原則時，出現兩大問題，其一係邏輯上之謬誤，其二係以違反狹義比例原則為由，認定系爭規定部分違憲，卻誤用該原則，致結論荒腔走板，難以服人。以下依序說明之：

第一、多數意見在本件違憲判斷之邏輯上，犯了乞題(begging the question)或循環論證之謬誤。換言之，多數意見之論斷，係先預設系爭規定可能出現之情境，想定該情境為違憲，並以之作為違憲審查基準。然後，於推論時，將原先預設之情境套入該違憲審查基準，從而得出系爭規定部分違憲之結論。

⁸ 長谷部恭男著，憲法，新世社，2014年第6版，頁173。

具體言之，本號解釋理由書首先設定如下之違憲審查基準：「依政府採購法得標之廠商未依法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（本院釋字第 719 號解釋參照），以避免於特殊個案情形，可能因所應繳納之代金金額超過採購金額，造成代金繳納義務呈現顯不相當，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此如未設適當之調整機制，其對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。」（本號解釋理由書第 4 段參照）其未就規制目的之正當性要求及審查密度予以言明，顯然不同於近來大法官解釋之慣例。

接著，穿插 3 個簡單橋段，依序為：1. 臚列有關法條規定，敘明一定比例原住民進用制度之要點（本號解釋理由書第 5 段參照）；2. 援引釋字第 719 號解釋，確認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定之合憲性（本號解釋理由書第 6 段參照）；3. 肯認系爭規定之目的正當，以及所採手段有助於目的之達成，亦即具適合性（本號解釋理由書第 7 段參照）。之後，旋即按照預設之情境，略謂系爭規定關於代金金額計算之方式，一律依差額人數乘以每月基本工資計算，未考慮是否有不可歸責於得標廠商之情事以及採購金額大小等情狀，可能造成應繳納之代金金額超過採購金額之情事，致使得標廠商須以採購金額以外之其他財產，繳納與採購金額顯不相當之代金，已逾越人民合理負擔之範圍；對此，有關機關未依釋字第 719 號解釋理由檢討改進，立法者亦未修法等語（本號解釋理由書第 8 段參照）。

最後，作成部分違憲判斷謂：「系爭規定以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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，於此範圍內，系爭規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則（本號解釋理由書第 9 段參照）。」相較於與前揭違憲審查基準，其文字雖然略有變化，但內容意旨如出一轍。至此，多數意見犯下乞題或循環論證之謬誤，已昭然若揭。

第二，關於狹義比例原則之誤用問題。多數意見表示，系爭規定之目的，係為提升得標廠商僱用原住民之意願。此一說法，尚無不妥。惟系爭規定乃一定比例原住民進用制度之一環，該制度之目的，係為促進原住民就業，保障原住民工作權，並追求種族實質平等，則謂系爭規定之最終目的相同，應無不可。就系爭規定是否違反狹義比例原則進行審查時，衡量之對象應係上開目的所涉公共利益與得標廠商財產權所受損失。詎知，多數意見竟將代金金額與採購金額作為相互比較衡量之對象，而認個案所應繳納之代金金額超過採購金額，即可能過苛，顯不符相當性（狹義比例原則）而有違比例原則。此一操作顯然有誤，成為本號解釋之一大敗筆。

本席認為，除非法律規定之應僱用人數過多，超出原住民人數占國家總人口之比率，抑或代金之計算方式不合理，例如以超出差額人數或超出國人每月平均薪資計算，而失諸過重，否則即無與比例原則有違之問題。現行一定比例原住

民進用制度並無上述情形⁹，應不致違反比例原則。況進用一定比例原住民之規定業經宣告合憲，差額代金乃原進用義務之變形，其規定竟遭認定違憲，殊難想像。反向思考，如果系爭規定違憲，則進用一定比例原住民之規定豈能合憲？又理論上，仿一定比例身心障礙者進用制度之立法模式（身心障礙者權益保障法第 38 條第 2 項及第 43 條第 2 項規定參照），對所有具一定規模之民營事業機構，課以平時即應進用一定比例原住民及繳納代金之義務，應無不可。現行制度將該義務與政府採購掛鉤，限縮義務主體及客體，係低調之立法。依理，判斷系爭規定合憲與否時，採購金額大小本不應納入考量，多數意見竟以之作為部分違憲之關鍵因素，自屬不當。

四、本號解釋背離工作權之實質平等保障意旨，後遺症堪憂

本號解釋赤裸裸暴露出，原來所稱系爭規定係為提升得標廠商僱用原住民之意願之目的，只是虛晃一招，多數意見真正之懸念，乃廠商利益或財產權之維護¹⁰。至於一定比例原住民進用制度最終為促進原住民就業，保障原住民工作權，並追求種族實質平等之目的，業已拋到九霄雲外，甚至蕩然無存。部分違憲之結果，有些廠商須繳納之代金金額可能減少，而進一步降低僱用原住民之人數，並且對全額僱用原住民之廠商形成不公平對待，恐有間接導致其僱用原住民之意願降低，乃至未能善盡其社會責任之虞。本號解釋對原住民

⁹ 110 年 8 月底原住民人口數為 579,590 人，占總人口數 23,451,837 人之比例 2.47%。參照民國 110 年 8 月戶口統計資料分析：<https://reurl.cc/DZAqgQ>（發布日期：110 年 9 月 10 日）

進用比例 1%，遠低於人口數比例 2.47%。計算代金之每月基本工資，亦低於國人每月平均薪資。

¹⁰ 部分論者主張，除採購金額外，採購類型（工程採購、財物採購及勞務採購）、採購案之勞力需求、得標廠商之合理利潤等，亦應納為系爭規定是否符合比例原則之考量因素。其向廠商利益或財產權之維護傾斜，更加明顯。

工作權之實質平等保障造成不利影響，難免遭受物議。

事實上，所謂個案顯然過苛之情狀，究應如何認定，多數意見並未提示明確之準繩。立法者、有關機關及法院於修法或為個案處置時，如何因應，將是一大難題。又依政府採購法第 98 條規定，得標廠商僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數 2%。若原住民之僱用人數低於 1%，身心障礙者及原住民之僱用人數合計亦不足 2%，則有關問題更加複雜，不言可喻。

此外，身心障礙者權益保障法第 38 條第 2 項規定：「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一，且不得少於 1 人。」第 43 條第 2 項規定：「進用身心障礙者人數未達第 38 條第 1 項、第 2 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。」該一定比例身心障礙者進用制度完全與政府採購脫鉤，既未將義務之主體及計算期間限定於得標廠商、履約期間，亦無採購金額，顯然對義務人更為不利。若依本解釋之意旨審查該制度，則必然形成全面過苛而全部違憲之結果，比本件之個案過苛及部分違憲更加嚴重，此諒非多數意見所樂見。

綜上，本號解釋問題重重，後遺症堪憂！