

司法院釋字第 810 號解釋抄本



司法院公布令	1
解釋文及解釋理由書	1
黃大法官虹霞提出之協同意見書	5
黃大法官瑞明提出之協同意見書	71
詹大法官森林提出之協同意見書	80
蔡大法官明誠提出之不同意見書	89
許大法官志雄提出，黃大法官昭元加入之不同意見書	103
黃大法官昭元提出，許大法官志雄加入之不同意見書	114
蔡大法官宗珍提出，黃大法官昭元加入之不同意見書	126

適用之系爭規定，確有牴觸憲法第 15 條財產權保障及第 23 條比例原則之疑義，乃裁定停止訴訟程序，於中華民國 105 年 1 月 12 日向本院聲請解釋憲法。

核其聲請，與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害（本院釋字第 709 號、第 770 號及第 771 號解釋參照）。立法者就人民未履行或未完全履行其法定作為義務，而課予繳納代金義務者，仍屬對人民財產權之限制，該限制須合乎憲法第 23 條比例原則之要求。

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。

按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。」另同法第 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。」據此，依政府採購法得標之廠商，其國內員工總人數逾 100 人者，於履約期間應進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，並依系爭規定計算其金額。

查，前揭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，業經本院作成釋字第 719 號解釋。

次查，系爭規定係以得標廠商未依相關規定進用一定比例原住民之差額人數乘以每月基本工資，計算代金金額，其目的係為提升得標廠商僱用原住民之意願（原住民族委員會 105 年 10 月 11 日復本院函說明二及四參照），洵屬正當；其所採之手段亦有助於上開目的之達成。

惟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，本院釋字第 719 號解釋理由書第 6 段業已敘明有關機關應就代金金額超過政府採購金額之情事，儘速檢討改進，然立法者迄今仍未修正。

綜上，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。有關機關應至遲於本解釋公布之日起 2 年內依本解釋意旨修正之。完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明
詹森林 黃昭元 謝銘洋 呂太郎
楊惠欽 蔡宗珍

釋字第 810 號解釋協同意見書 黃虹霞大法官提出

政府不能為非，這是民主憲政法治國家與共產專制根本不同所在，此一價值值得大法官大力捍衛

政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條規定（下併稱系爭規定一）合憲固曾經本院釋字第 719 號解釋解釋在案，但該解釋也以合憲警告方式，諭知應檢討改進（以免違憲），但迄今已逾 7 年，有關機關仍未確實檢討修法改進，自有由本院進一步作成解釋以維護人權之必要。又因系爭規定一及與其相關之代金計算方式即原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定（下稱系爭規定二）涉及政府行為嚴重侵害人民受憲法第 15 條保障之財產權，本件聲請有原則重要性，具憲法價值，本即應予受理。本席對於多數意見終作成受理之決議，及以宣告系爭規定二部分違憲之方式，較本院釋字第 719 號解釋，更勇敢踏出緩和系爭規定二規定過苛效果之第一步，本席固認多數意見仍未完全解人民之苦，但已屬不易，且可解人民部分之苦，爰勉強贊同。惟本件解釋文及理由均不足表達本席關於系爭規定一及二之完整意見，爰提出本協同意見書，說明本席之完整意見如下：

一、本件有受理價值

本院釋字第 719 號解釋固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 條規定合憲，惟其審查客體未含本件聲請人所針對之原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定（即系爭規定二）；而且本院釋字第 719 號解釋除了肯定上開系爭規定一即原住民族工作權保障法第 12 條等規定係對得標廠商受憲法保障之基本權（財產權、工作權）之限制，須符合比例原則外，另亦已於該解釋理由書末，明確指示應檢討改進，稱：「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」在案。¹本件聲請自應受理，否則無異意謂大法官在人權保障上停滯不前、甚至不進反退！

而自 103 年本院作成釋字第 719 號解釋迄今，已 7 年餘，有關機關並未至少依本院釋字第 719 號解釋所已為之上開應儘速檢討改進之諭知完成修法，致仍有如本件聲請案之原因案件所示之本院釋字第 719 號解釋已認為違反比例原則之案件繼續發生（於 101 年度，政府僅支付採購租金 164 萬元，其中含稅及管理費共 56 萬元，但得標廠商須交代金近 295 萬元），有關機關未苦民所苦，誠屬遺憾！又因這類案件非僅 1 件，²為求類似案件一體適用，並其中以是否超過採購金額為標準部分是否仍合宜，也不無再進一步檢討必要，是以自非無由本院受理本件聲請案，並依這些年來之事實變動情事，另作成適當解釋之憲法價值。更細而言之

二、行政不得強奪、立法不得恣意

臺灣人民含企業，很有愛心，凡有大災難時，不分災難地點在國內或外，都能發揮人飢己飢、人溺己溺之精神，慷慨捐輸，這叫樂捐，出於人民主動，這種行為是義行，受社會肯定，可感可佩！相反地，如果非出於人民自願主動，而是被其他人民強索，刑法會對強索者論罪科刑，國家處罰強索者的惡行也是天經地義！那如果強索者是國家呢？國家如以法律強制人民捐輸，為不樂之捐，可以嗎？這個道理很簡單，三歲小兒都知道不可以！因為我們不是共產國家，我們是堂堂民主憲政法治國家，行政不可以強奪、立法不得恣意！由憲法角度看，本院大法官已經以多個解釋確立人民財產權應予保障，在為公益而有徵收人民財產必要時，應給與人民適足補償，而且補償費須及時發給。同理，上述立法強

¹ 此部分違反比例原則，實質上係本院作成釋字第 719 號解釋當時，本院全體 15 位大法官之唯一共識，另林錫堯、陳碧玉、羅昌發大法官均提出不同意見書主張此部分違反比例原則違憲。

² 聲請書所舉：應交代金金額超過採購履約金額之法院其他案例共 4 件，最高倍數為 4.9 倍，最高金額為 168 萬元；依本院釋字第 719 號解釋卷所附臺灣高鐵公司提出之 10 件案例中，其中一件：代金金額為得標（履約）金額之 36 倍多。

制之不樂之捐，必須符合法治國原則，否則無異強制剝奪人民財產，當然也不可以，因為憲法第 15 條保障人民之財產權！如下分析，系爭規定一及二之代金不符法治國原則，與不樂之捐何異！

三、系爭規定一及二與政府採購連結掛勾，顯然不合理、不妥當，牴觸平等原則、比例原則等

（一）私人間契約不可以收取過高的違約金（賠償）；如果約定之違約金過高，法院得予核減至相當數額（民法第 252 條規定參照），為什麼？從一般人之觀點，上開行為不對！從法律言，這種行為違反民事誠信原則，不應該被容許！那如果是政府與人民間契約關係呢？政府可以經由契約約定向人民收取過高的違約金（賠償）嗎？如果這樣可以，那臺灣還是個民主憲政法治國家嗎？政府可以為非？！系爭規定一及二建立在政府採購行為之上，政府與人民因採購而必簽訂採購契約書，得標廠商未僱足原住民，就其差額人數應繳納之代金，本質上是一種違約罰，至少相近似。系爭規定一及二竟然不區分採購類型（財物採購、勞務採購、工程採購）、不管採購案是否有勞力需求、需要多少勞力或是否有合於資格之原住民可供僱用？更不論採購金額大小、得標廠商合理利潤若干？……一概以含得標廠商與採購案無關之總員工人數為計算應僱用原住民人數之基礎，並容許政府按系爭規定二之劃一標準收取代金！政府不可如此為非！已然不合理、不妥當。

（二）或謂政府採購行為非私人間契約行為，代金也不是違約金或賠償。惟以本件聲請案之原因案件為例：政府機關向人民租用辦公室，與其他私人間不動產租賃，法律性質那裡不同？至於代金是不是違約金或賠償，系爭規定一即政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條立法資料如附件 1，可供參考（政府採購法第 98 條是立法委員提案增列，不是主管機關提案，未查到立法理由。討論過程中，蔡正揚委員及林忠正委員之發言，均稱係賠罰金或繳罰金；另依立法院法律系統資料顯示，本條立法稱：「採購動輒上千億金額，理應對弱勢團體有所保障」，實則聲請書所舉案例及原

因案件採購金額都只有幾百萬元而已，依此「立法理由」，應該被處代金嗎？明顯有疑。又同意旨之原住民族工作權保障法第 12 條規定之立法理由亦稱，代金為罰金。）系爭規定一及二竟許政府向人民收取不相當之代金（違約罰），系爭規定一及二侵害為人民之得標廠商受憲法第 15 條保障之財產權，並牴觸憲法第 23 條比例原則，系爭規定一及二明顯違憲。

（三）又有謂保障原住民工作權是國家依憲法規定應盡之責任，代金是一種特別公課；大企業也應盡社會責任！然：

1、特別公課也應符合平等原則、比例原則

憲法所定之國家責任，不是應由全民分擔嗎？當然可以轉嫁給少部分人民（如得標廠商）的憲法原理何在？即使是特別公課就不必受憲法平等原則、比例原則等法治國原則之規制嗎？尤其是政府可以經由採購行為，轉嫁政府責任予得標廠商且不受任何限制嗎？

2、企業社會責任應出自企業主動，更不宜立法強求，當然更不能以社會責任之名，轉嫁尤其不合理轉嫁國家社福責任予企業。如果企業的社會責任可以是國家侵害憲法所保障人民財產權之依據，那(1)在此疫情嚴竣時刻，國家需要大量疫苗，可以立法強制大企業出錢認購疫苗，由國家分給民眾施打嗎？(2)舉輕以明重，為公益而徵收企業財產，還需要給補償嗎？這讓本席想到最近中國大企業被共同富裕及香港特首要向大財團借地說。本席以為我國是民主法治憲政國家，不是共產體制，上述企業社會責任之論調應極謹慎，才能與共產體制明顯切割，避免混淆。本席無法贊同上述論調得作為系爭規定一及二合憲之理由。

（四）原住民工作權保障以系爭規定一加二方式與政府採購行為連結掛勾，違憲

1、政府採購是商業行為，得標人將本求利，政府怎可不在原採購合理標價之外增加補助，而另課得標人僱用一定比例原住民之義務即令就不足數交代金，而且代金數額無上限，可以吃掉得標人全部利潤、全部得標金、甚至自掏腰包，強制捐數倍於得標金之金錢？行政程序法比例原則，憲法法

治國原則應該退讓，要為原住民工作權保障而被束之高閣嗎？實則這是假原住民工作權保障之名得污名化原住民之實（詳後述）！不智！

2、政府採購之目的在有效採購，系爭規定一及二妨礙有效採購之事實，明甚！政府與得標廠商因之所生爭議不斷！

3、另如政府採購分為財物採購與勞務採購，財物採購未直接涉及人力僱用，系爭規定一及二未予區分，亦難認合於比例原則！等等。

四、自本院作成釋字第 719 號解釋迄今，相關情事已有相當變動，允宜再作檢討

依本院調查：政府採購法第 98 條定於 87 年，當時原住民失業率約為一般人民之三倍高，但 108 年、109 年二者失業率已約略相當，110 年 3 月最新統計資料更顯示：原住民失業率低於一般人民（附件 2）；監察院調查統計亦顯示：自 98 年至 108 年之 10 年間「各年度得標廠商應僱用原住民情形之統計」，已僱用原住民人數均超過應僱用人數，且自 104 年起已僱用人數超過應僱用人數 2 倍（附件 3）。類此情事，相較於本院釋字第 719 號解釋理由書第 3 段，所立基之解釋當時，原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上未受到有效保障之情形，明顯有所不同，即 7 年多來，情事已有重大變更，系爭規定一及二是否合於比例原則，有檢討必要！更遑論系爭規定一及二是否仍合於憲法第 5 條：「中華民國各民族一律平等」，及第 152 條：「人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會」之規定，更為有疑！

五、系爭規定一及二可能生污名化原住民之結果，而且由政府編列預算以獎勵補助得標人之手段，替代系爭強制聘僱原住民及如不足額應交代金之規定，才是正道，並更能有效落實增進原住民就業，保護原住民之憲法意旨，也才符合平等原則、比例原則

因為：

1、依本院調查，依系爭規定一即政府採購法第 98 條或

原住民工作權保障法第 12 條規定（二者規定內容相同）所交代金之數額，以 108 年度決算為例，超過 3 億元（附件 4）。為什麼得標企業不僱足原住民而寧交代金？除了僱用困難（僱用困難者應被處罰代金嗎？）外，寧受罰不願僱用，如是因對原住民能力之否定，系爭規定一及二不是反而傷了原住民族尊嚴，生污名化原住民之效果嗎？而且背離憲法增進原住民就業之本旨。

2、本院釋字第 719 號解釋係援引憲法增修條文第 10 條第 12 項規定，作為原住民族工作權應受保障之依據，目的在促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況（理由書第 3 段參照）。此為國家之社福保護責任，其所需費用理應由國家編列支出預算，間接分由全民負擔，才符合平等原則；若如系爭規定集中僅由少部分人民過重負擔，則不符比例原則。此外，社會福利事項之推展，縱使不必然需僅以補助獎勵方式為之，但其推動應多以補助獎勵方式為之，其理由除了不得強制人民為善行、不樂之捐外，更因補助獎勵之實效大於強制處罰！因此，如為落實保障原住民族工作權之意旨，亦應以補助獎勵替代系爭規定之處罰。

3、其實，強摘的花不香、強摘的果不甜，這個道理再淺顯不過！尤其增進原住民就業，是要追求長期穩定之勞動關係，政府採購行為所能促成者充其量為定期、短期性關係，系爭規定一及二尚非妥適達成上述憲法意旨之手段，而且收取代金從來都不是也不應是目的。

六、系爭規定一及二之立法，確應再斟酌

系爭規定一及二為美國、歐盟法例所無（附件 5：羅昌發大法官前整理之資料參照；本資料已徵得羅大法官同意作為附件），另上開監察院調查報告第 134 頁以下所舉澳洲、紐西蘭、日本國法例（請參見附件 3）也未見類似規定，似係我國獨有；政府採購法主管機關行政院公共工程委員會亦認為系爭規定一及二有時過苛，會發生不符比例原則的問題（附件 6：96 年 1 月 9 日原民會「就業代金相關疑義會議紀錄」參照）。上開監察院調查報告第 101 頁亦載稱：審計部 108 年檢察原民會業務時，認系爭規定一及二有未盡明確、

合宜之處，致屢生爭訟，宜將大法官意見（按指上開檢討改進）納入修法參考等語。另甚至行政院了解收取代金不是系爭規定之立法本意，且因訴願爭議甚多，早有系爭規定一及二應與政府採購脫勾、刪除之擬議（請見附件6）。

七、綜上，以上述之本件聲請案原因案件事實，政府機關經由政府採購契約向人民租辦公室，只支付164萬元租金（其中含56萬元稅費，扣除後租金收入僅108萬元），卻以系爭規定一及二為據，令人民交超過收入2倍半之295萬元代金，無異國家以法律強迫人民，除了無償提供財產供政府使用外，還要為近200萬元之不樂之捐！也等同政府藉採購契約之約定向人民收取過高之違約金！在臺灣這塊民主憲政法治樂土上，竟然還有這樣的不義行為持續發生，本院7年多前作成之第719號解釋未及時宣告此種情形違憲，只作如再不檢討改善可能違憲之警告諭示，此一諭示遭棄置，未見修法處理，任令爭議持續存在不絕，難怪有良知的聲請人法官，會認為這種情形「匪夷所思」，故不平則鳴，為本件聲請。感佩、贊同其主張！爰予支持。

八、又大法官解釋只是合憲之最底線，未經大法官宣告違憲部分，不等於合理妥當，謹進一步呼籲有關機關苦民所苦，全面檢討系爭規定一及二之立法妥當性。本席贊成行政院刪除系爭規定一及二之擬議。

- 附件 1：政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條立法資料（節錄）。
- 附件 2：各年度原住民族就業狀況調查（節錄）。
- 附件 3：監察院 109 內調 99 調查報告（節錄）。
- 附件 4：原住民族綜合發展基金附屬單位決算（108 年度）（節錄）。
- 附件 5：原住民優惠性差別待遇立法例-羅昌發大法官提供（節錄）。
- 附件 6：研商原住民族工作權保障法第 12 條所為之原住民族就業代金相關疑義會議紀錄。

立法院公報 第八十六卷 第二十四期 委員會紀錄

三八〇

主席：請蔡委員正揚發言。

蔡委員正揚：主席、各位同仁。前面條文中，有保護中小企業的部分，當時是如

何處理的呢？

主席：條文已經刪除，而原住民的獎勵非營利事業已經包括在內，林委員的建議條文則已撤回。

蔡委員正揚：有關韓國瑜委員案的說明中提到美國在一九九二年預算一千八百億四千萬美元裡面，設定百分之二十三保留給中小企業，日本也在一九九三年預算十一兆六千九百五十億日圓中，設定百分之四十保留給中小企業，尤其美國設百分之十給有色人種、印第安人等所開的中小企業，因此，本席建議應該設定一定比例的政府採購給中小企業，至於比例究竟多少以及中小企業弱勢團體的範圍到底包括那些，則可由有關主管機關再訂定詳細的細則來保障。

蕭委員金蘭：主席，本席與蔡委員都贊同規定一定比例由中小企業取得，你的意見如何？別的國家都有這種保障中小企業的條文。你要如何處理呢？

主席：別的國家有設定比例，並不表示在他們的法律中有如此規定，除非委員同

仁把條文舉證出來！

蕭委員金蘭：本席又不是學法律的，怎麼知道是美國的那個法律第幾條？你有本事可以舉反證，說明別的國家沒有這種條文。

蔡委員正揚：美國法律有規定有色人種、弱勢族群百分之十的保護。

主席：到底是美國的什麼法律？又是第幾條條文呢？

蕭委員金蘭：本席在總質詢曾經提過中小企業的問題，事實上，在歐洲德國也有保障中小企業的這種現象。

主席：有此現象並不表示在法律內有這種規定。況且我國中小企業發展條例第三十七條規定「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。」

蔡委員正揚：所謂「應」並未明定，因此本席認為應該給中小企業，甚至弱勢團體一些保障。

主席：可是比例不能定出來啊！政府的採購不能負擔太多社會義務或任務。

蕭委員金蘭：那本條文暫時保留。

主席：報告聯席委員會，對於第八十七條依照行政院案中修改「法律」為「法令

」，另加上「小額採購」等文字，請問各位，有無異議？（有）有異議，本條文暫時保留。

進行韓國瑜委員案第八十七條之一
韓國瑜委員案

第八十七條之一 前條之廠商及中小企業，應進用具有工作能力之殘障人士及原住民，且其人數不得低於該企業員工總人數百分之十。

主席：請問各位，對韓國瑜委員案第八十七條之一有無異議？（有）請蔡委員正揚發言。

蔡委員正揚：主席、各位委員。有關第八十七條之一之內容，韓委員的建議是進用殘障人士及原住民，且其人數不得低於該企業員工總人數的百分之十，本席覺得將此內容列在第八十七條之一，並不十分恰當，如果能在第八十七條規定弱勢團體、原住民取得一定比例的業務採購，反而來得較為恰當些，現在民間企業有很多根本請不到殘障人士，政府機關也是如此，才會賠罰金了事，若規範進去，執行上有困難，將來是否也要賠罰金呢？

主席：請林委員忠正發言。

林委員忠正：主席、各位委員。政府乃資源的重要分配者，特別是它的採購，動不動就有上千億的金額，或許政府在採購時有效率的考量，但是常常會忽略中小企業或弱勢團體的保障。而政府有些法規規範進用殘障人士的百分比，否則必須要繳罰金，另外，也規定在雇用上是沒有歧視的，這些都是很重要的社會法規。如果民間企業想承包政府的採購案，政府應該可以有一些要求，設定一些規範，且這些規範並不會太影響其採購的效率。西方國家中，尤其是美國有所謂 affirmative action，承包採購的企業必須要合乎不歧視，且要對於少數民族、或婦女或弱勢團體有一定雇用的比例，才准其參加聯邦政府的採購招標。事實上，整個採購流程機制，政府有責任讓它是公平的。而且又不會有太多的限制，因此可在雇用的人數及條件上，給予弱勢及少數民族做些必要的保障。事實上，已實際證明性別及種族的歧視與生產力是無關的，大部分的研究顯示，美國對黑人、少數民族及婦女有歧視，主要來自於族羣和性別的歧視而非工作能力。所以，本席認為雇用人數

立法院公報 第八十六卷 第二十四期 委員會紀錄

有所限制是可以接受的，不過方式上，本席與韓委員案稍有不同，即此廠商沒有按照一定比例雇用殘障人士及原住民勞工，但是我們又不能要求員工人數過少的中小企業一定要多少比例的雇用人數，因此，對於員工超過一百人以上的廠商，則必須進用某一個比例的殘障及原住民勞工，或許可以規定在履約過程中，要達成雇用的標準，以合乎法令。另外，在承包政府採購的履約過程中，更不可以有族羣、宗教、黨派、性別等歧視的雇員標準。總之，本席所建議的意見或許與韓委員有些不同，但精神是一致的。

主席：綜合各位委員的意見，本席提出以下條文之修正為：「得標廠商應於履約期間，進用具有工作能力之殘障人士及原住民，其人數不得低於該廠商員工總人數百分之一，進用不足者，應繳納代金。」

林委員忠正：本席對殘障人士百分之一的比例沒有意見，但原住民百分之一比例則太少，起碼要百分之一點五以上，所以百分之二是較合理的。而且廠商總人數應該百人以上。

蔡委員正揚：本席反對！

主席：我們先處理第八十七條之一。

蕭委員金蘭：第八十七條與第八十七條之一有關連性。全部都保留。

主席：兩者不衝突嘛！可以先處理第八十七條之一，修正後的條文是：「得標廠商應於履約期間，進用具有工作能力之殘障人士及原住民，其人數不得低於該廠商員工總人數百分之二，進用不足者，應繳納代金。」請問各位，有無異議？（有）請蕭委員金蘭發言。

蕭委員金蘭：主席、各位委員。具有工作能力的殘障人士及原住民到底有多少人？並不很清楚，剛才林委員不是要求百分之二比例是指原住民嗎？

林委員忠正：殘障福利法規定是百分之一，但是原住民佔總人口數百分之一點五。當然要設定百分之二較合理。

蕭委員金蘭：但是現在條文中是具有工作能力者。

主席：蕭委員的意思是認為具有工作能力的文字刪除，其實，這也是可以的。請問各位，有無異議？

蔡委員正揚：不行，本席還是堅持應該把中小企業放在一起討論比較好。

三八一

蕭委員金蘭：兩條文有相關，本席覺得一起處理較好。

蔡委員正揚：即使第八十七條之一，廠商總人數也應規定在百人以上。

主席：要加上「百人以上」，本席也同意。修正條文為：「得標廠商其員工總人數逾一百人者，應於履約期間進用殘障人士及原住民，人數不得低於總人數百分之二，進用不足者，應繳納代金。」請問各位，有無異議？（無）無異議，修正通過。

現在進行第八十七條。

行政院草案條文：

第八十七條 主管機關得參酌相關法令規定採取措施，扶助中小企業參與各機關之採購。

主席：請問各位，對第八十七條照行政院草案條文通過，有無異議？

請林委員忠正發言。

林委員忠正：主席、各位同仁。第八十七條雖有空間，但不知道現行法令對各機關之採購，是否有獎勵？

主席：獎勵是由融資及不被大包剝削而來，直接規定比例有困難存在。何況行政院草案條文並未排除直接規定比例。請

問各位，是否便照行政院草案條文通過。

請蕭委員金蘭發言。

蕭委員金蘭：主席、各位同仁。蔡委員正揚提案條文第二項「前項規定得適用弱勢團體，弱勢團體之範圍由主管機關定之。」事實上於第八十七條之一已有保障，因為弱勢團體主要應指原住民及殘障者。但本席仍主張明文規定「一定比例的採購由中小企業優先取得。」因此本席支持採蔡委員正揚提案條文，但要刪除第二項。

主席：行政院草案條文亦不排除比例規定。

請林委員忠正發言。

林委員忠正：主席、各位同仁。本席認為蔡委員正揚提案條文較具明白宣示意義。當然比例仍是由主管機關來訂。

主席：倘若要規定比例，應明定為小額採購或公告金額以下之採購。

請蕭委員金蘭發言。

蕭委員金蘭：主席、各位同仁。一定比例可於施行細則中訂定。

主席：倘若不如此明文規定，施行細則便可天馬行空的訂。

蕭委員金蘭：要如何決定範圍？國外是用總金額來規定比例。

主席：以總金額或公告金額決定比例，皆較適合中小企業的生產規模。

請林委員忠正發言。

林委員忠正：主席、各位同仁。本席建議保留此一條文，先討論其他條文。

主席：林委員建議第八十七條暫行保留，第八十七條暫行保留。

現在進行第八十八條及相關條文。

行政院草案條文

第八十八條 機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，準用本法之規定。

蔡委員正揚案及林委員忠正提案條文：

第八十八條 如行政院版。

鄭委員寶清等提案條文：

第七十條（開放民間籌資興辦）

機關辦理採購案件，報經業務主管機關核准以開放民間籌資興辦之方式辦理者，其廠商之甄選程序除準用本法相關規定外，並得於招標文件中

第九十八條

(0870501 制定)

條文 得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用殘障人士及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，應繳納代金。

理由 政府為資源之重要分配者，尤其採購動輒上千億金額，理應對弱勢團體有所保障，正如美國的肯定行動計畫 (Affirmative Action)，規定凡意欲參加聯邦政府採購招標之企業，須合乎不歧視並承諾對少數民族、婦女或弱勢團體有一定僱用比例，爰訂定本條。

(0910116 修正)

條文 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。

理由 一、第二句中「殘障人士」修正為「身心障礙者」。
二、限制其僱用不足額部分不允許僱用外勞取代，保障本國勞工權益。

立法院第四屆第五會期第十一次會議議案關係文書

討一五二

<p>第十二條 得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之二。</p>	<p>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。原住民地區以外區域之政府機關、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，亦同。</p> <p>前項規定於辦理政府採購法公告金額以上之採購，應優先由原住民個人、機構、法人或團體承包。</p> <p>前二項由原住民承包之績優機關應予獎勵，其辦法由中央主管機關定之。</p>
<p>第十二條 得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之二。</p>	<p>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。原住民地區以外區域之政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區未達公告金額之採購，亦同。</p> <p>原住民地區以外區域之政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於非原住民地區未達公告金額之採購，得由原住民個人、機構、法人或團體承包。</p> <p>前二項由原住民承包之績優機關應予獎勵，其辦法由中央主管機關定之。</p>
<p>第十六條 一、得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之二。</p>	<p>由原住民勞動合作社承包。</p>
<p>協商版： 一、本條明定得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用總人數百分之二之用原住民。</p>	<p>由原住民承包。</p> <p>二、明定由原住民承包之績優機關應予獎勵。</p> <p>楊委員仁福等提案： 本條明定原住民地區工程由原住民勞動合作社承包。 (戴委員振耀保留院會發言權)</p> <p>審查會： 全條修正如上。</p>

得標廠商及其分包商僱用原住民人數，不得低於工程需用勞工總人數百分之五。

得標廠商依第一、二項

規定甄選決定錄用原住民於待工期間，應辦理職前訓練；其訓練費用應由政府補助。

前項補助條件、期間及數額，由中央勞工主管機關另以辦法定之。

得標廠商及其分包商進用原住民人數未達第一、二項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金專戶繳納代金；其金額依差額人數乘以每月基本工資之三倍計算。

前項得標廠商與政府訂

定之契約中，應明訂得標廠商違反前項規定，政府有權終止契約且不負任何契約責任。

二。

二、前項得標廠商與政府訂定之契約中，應明訂得標廠商違反前項規定，政府有權終止契約且不負任何契約責任。

二、本條明定政府與得標廠商

訂定之契約中，應訂立得標廠商違反前項規定之罰則，最高罰則得為終止契約。鑒於目前廠商未進用足額原住民，多數以繳納代金方式，罰金對於原住民整體工作權之保障，並未有太大作用，故以契約條文明訂違約罰則方式，迫使得標廠商進用足額原住民。

楊委員仁福等提案：

一、本條明定得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱總人數百分之二之用原住民。

二、本條明定政府與得標廠商訂定之契約中，應訂立得標廠商違反前項規定之罰則，最高罰則得為終止契約。鑒於目前廠商未進用足額原住民，多數以繳納代金方式，罰金對於原住民整體工作權

立法院第四屆第五會期第十一次會議議案關係文書

討一五四

			之保障，並未有太大作用，故以契約條文明訂違約罰則方式，迫使得標廠商進用足額原住民。 （戴委員振耀保留院會發言權） 審查會： 全條修正如上。
（刪除）	第十三條 政府公共工程承包商每僱用一名原住民，始得聘用外籍勞工一名。	第十七條 政府公共工程承包商每僱用十名原住民，始得聘用外籍勞工一名。	協商版： 本條明定公共工程原住民與外籍勞工之僱用比例。 楊委員仁福等提案： 本條明定公共工程原住民與外籍勞工之僱用比例。
第五章 促進就業 第十三條 中央勞工主管機關得視需要獎勵設立職業訓練機構，為原住民辦理職業訓練。	第五章 職業訓練 第十四條 中央勞工主管機關應在下列地點設立或獎勵設立職業訓練中心： 一、花蓮縣。	第六章 職業訓練 第十八條 除現有職訓中心，勞委會職訓局應在左列地點設立原住民職業訓練中心： 一、花蓮縣。	楊委員仁福等提案： 第六章 職業訓練 審查會： 全條修正如上。 協商版： 本條明定中央勞工主管機關應在花蓮縣、南投縣、屏東縣增設或獎勵設立原住民職業訓練

附件2：各年度原住民族就業狀況調查（節錄）

本頁為90年度原住民族就業狀況調查

下載自 https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=687

本次調查與88年臺灣原住民就業狀況調查結果比較，九十年三月原住民十五歲以上勞動力人口的失業率(9.24%)高於88年原住民十五歲以上勞動力人口的失業率(7.55%)。(88年原住民戶內十五歲以上勞動力人口及其失業率之資料來源：88年臺灣原住民就業狀況調查報告，行政院原住民委員會編印。)

和一般民眾比較，根據行政院主計處資料(行政院主計處人力資源調查網站(<http://www.dgbas.gov.tw>))，民國九十年三月，臺灣地區十五歲以上勞動力人口的失業率為3.89%，比原住民的失業率(9.24%)低很多。(見表3-17)

表3-17 原住民與一般民眾失業率比較

單位：%

	計別	88年		90年	
		原住民的失業率	一般民眾的失業率	原住民的失業率	一般民眾的失業率
總性		7.55*	2.84	9.24*	3.89
	男	7.73*	3.38	8.64*	4.46
	女	7.24*	2.03	10.17*	3.04
年	齡				
	15 至 19 歲	12.32*	6.93	15.40*	9.54
	20 至 24 歲	8.40*	5.94	9.42*	8.04
	25 至 29 歲	7.98	8.86	7.79*	4.82
	30 至 34 歲	8.11*	2.50	8.00*	3.75
	35 至 39 歲	7.00*	2.14	8.72*	3.06
	40 至 44 歲	7.41*	1.98	9.54*	2.82
	45 至 49 歲	6.68*	1.89	10.63*	2.95
	50 至 54 歲	7.48*	2.23	10.21*	2.89
	55 至 59 歲	5.63*	1.51	10.93*	2.02
	60 至 64 歲	4.26*	1.06	5.92*	1.07
	65 歲或以上	1.50*	0.28	2.11*	0.10
教 育 程 度					
	自修及不識字	8.40*	1.39	8.85*	3.17
	小學及以下	6.95*	2.33		
	國中、初中	9.99*	3.13	11.54*	5.07
	高中	6.65*	3.11	9.42*	4.32
	高職	7.54*	3.30	9.11*	4.36
	專科	5.24*	2.88	4.20*	3.39
	大學或以上	2.83	2.09	1.24*	2.37

註：1. 88年原住民戶內十五歲以上勞動力人口及其失業率之資料來源：88年臺灣原住民就業狀況調查報告，行政院原住民委員會編印。

2. 88年臺灣地區15歲以上失業率之資料來源：中華民國、臺灣地區人力資源統計月報306

108 年原住民就業狀況調查

Employment Status Survey of Indigenous Peoples,

2019

原住民族委員會 編印

Council of Indigenous Peoples

中 華 民 國 1 0 9 年 6 月

108 年原住民族就業狀況調查結果摘要

一、15 歲以上原住民

1. 行政區域：108 年臺灣地區年滿 15 歲以上原住民現住人數年平均有 456,563 人，以居住在非原住民族地區的人口最多，有 202,553 人，占 44.36%，其次是山地原住民族地區，有 140,681 人，占 30.81%，再其次是平地原住民族地區，有 113,330 人，占 24.82%。
2. 統計區域：108 年 15 歲以上原住民以居住在北部地區的 156,095 人最多，占 34.19%，其次是東部地區的 145,542 人，占 31.88%，再其次依序為南部地區的 89,896 人，占 19.69%，中部地區的 65,030 人，占 14.24%。
3. 族別：108 年 15 歲以上原住民以阿美族的人數最多，占 37.91%；其次是排灣族，占 19.18%；再其次是泰雅族，占 15.51%；布農族占 11.36%，其餘各族別比率皆在 5% 以下。
4. 性別：108 年 15 歲以上的原住民男性 217,941 人，占 47.74%，女性 238,622 人，占 52.26%。與全體民眾相較，15 歲以上的全體民眾亦是女性(50.75%)多於男性(49.25%)。
5. 年齡：108 年 15 歲以上原住民年齡的分布，15~24 歲占 20.88%，25~44 歲占 38.41%，45~64 歲占 30.77%，65 歲及以上占 9.94%。與全體民眾比較，全體民眾 45 歲以上者占 51.87%，高於原住民的 40.71%。

6. 教育程度：108年15歲以上原住民的教育程度以高中(職)比率最高，占41.18%，其次是大學及以上的19.57%，再其次是國(初)中的16.94%，小學及以下占15.37%，專科僅占6.93%最少。與全體民眾相較，原住民高中(職)及以下者之比率較全體民眾高，而專科及以上者之比率則低於全體民眾。
7. 婚姻狀況：108年15歲以上原住民有配偶者占46.76%，未婚者占39.00%，離婚、分居或喪偶者合計占14.24%。若與全體民眾比較，原住民未婚者比率較全體民眾高4.74個百分點，有配偶者比率較全體民眾低3.53個百分點。
8. 家計分擔：108年15歲以上原住民有60.67%需要負責家計，(包含有31.68%為主要家計負責人，28.99%為次要(輔助)家計負責人)，而不需要負責家計的占39.33%。

二、勞動力狀況

108年原住民15歲以上不含現役軍人、監管人口與失蹤人口之民間人口數為436,526人，其中原住民的平均勞動力人數有270,097人，勞動力參與率為61.87%；勞動力人口中有259,407人為就業人口，10,690人為失業人口，失業率為3.96%。與上年比較，108年勞動力參與率較107年平均61.34%上升0.53個百分點，失業率較107年平均3.97%下降0.01個百分點。

三、就業狀況

1. 就業者從事的行業：108年原住民就業者從事的行業，以「製造業」(15.34%)比率最高，其次為「營建工程業」(14.40%)，再其次為「住宿餐飲業」(10.65%)。與全體民眾相較，原住民從事「營建工程業」的比率高於全體民眾。
2. 就業者從事的職業：108年原住民就業者所擔任職業中，以擔任「服務及銷售工作人員」(24.64%)比率最高，其次為「技藝有關工作人員」(16.61%)的比率最高，再其次為「基層技術工及勞力工」(15.94%)及「機械設備操作及組裝人員」(13.10%)。與全體民眾相較，「技藝有關工作人員」、「機械設備操作及組裝人員」、「基層技術工及勞力工」三類職業合計，原住民就業者占4成6左右的比率，較全體民眾的30.69%高。
3. 就業者的從業身分：108年原住民就業者的從業身分以受私人僱用比率最高，占78.73%，自營作業者占11.46%，受政府僱用者占8.85%，擔任雇主者為0.50%，擔任無酬家屬工作者為0.46%。其中受政府僱用者，有34.43%有正式公務員任用資格，65.57%沒有正式公務員任用資格。
4. 原住民有酬就業者每人每月主要工作收入：108年原住民有酬就業者每人每月主要工作平均收入30,056元。與全體民眾相較，原住民有酬就業者主要工作平均收入，較全體民眾的40,401元低10,345元。觀察每月主要工作收入分布情形發現，原住民有酬就業者每月主要工作收入未滿3萬元之比率占48.34%，高於全體民眾的32.25%。

5. 非典型就業情形：108 年原住民就業者是從事非典型工作的比率為 16.57%，與 107 年相比較為下降；不是從事非典型就業工作的比率為 83.43%。
6. 從事政府所提供之臨時工作情形：108 年原住民就業者有 2.95% 從事政府所提供的臨時性工作，97.05% 不是從事政府所提供的臨時性工作。從事政府提供之臨時工作者中，有 89.17% 認為臨時工作對生活改善有幫助，78.86% 認為對未來就業有幫助。
7. 就業者尋職管道：108 年原住民就業者獲得目前工作的管道以「託親友師長介紹」的相對次數最高，每百人次有 42.20 人次，其次為「自我推薦及詢問」，每百人次有 20.87 人次，再其次為「向民間人力銀行求職(含上網)」(每百人次 14.17 人次)、「自營作業/自家事業」(每百人次 6.50 人次)。
8. 工作場所僱用移工情形及其影響：108 年原住民就業者工作場所 7.70% 有僱用移工，其中 19.06% 認為對其工作有影響，影響情形以「部分工作項目被取代」的相對次數最高(每百人次有 10.97 人次)，其次是「工資下降」(每百人次有 7.91 人次)、「工作時間縮短」(每百人次有 4.12 人次)。

四、失業狀況

108 年原住民勞動力人數有 270,097 人，其中失業人數 10,690 人，失業率為 3.96%。和全體民眾 108 年平均失業率的 3.73% 比較略高 0.23 個百分點。

1. 失業週數：原住民失業者，至資料標準週，平均已失業 20.92 週。
2. 失業者尋職管道：108 年原住民失業者尋找工作管道，以「向民間人力銀行求職(含上網)」的相對次數最高，每百人次有 49.35

人次，其次是「託親友師長介紹」，再其次依序是「看報紙」、「向公立就業服務機構求職(含上網)」、「自我推薦及詢問」。

3. 遇到工作機會情形：108 年原住民失業者在找尋工作過程中，35.97%有遇到工作機會。曾經遇到工作機會，但是沒有去工作的原住民失業者沒有去工作的原因，以「待遇不符期望」相對次數最高，其次是「工時不適合」，再其次是「工作環境不良」。
4. 找工作主要遭遇困難：108 年原住民失業者有 64.03%在找尋工作過程中沒有遇到過工作機會，進一步分析找尋工作過程中，主要遭遇的困難是「就業資訊不足」，其次為「生活圈內沒有工作機會」，再其次依序是「本身技術不合」、「要照顧家庭無法找到合適的工作」及「生活圈以外沒有工作機會」。
5. 過去工作經驗：失業的原住民有 67.06%為非初次尋職者（過去曾經有過工作經驗）。其中有 69.07%離開上次工作為自願離職，另有 30.93%為非自願離職；離開上次工作的主要原因以「對原有工作不滿意」占 31.47%最多，其次為「工作場所業務緊縮或歇業」及「季節性或臨時性的工作結束」。
6. 最希望從事的工作內容：108 年原住民失業者中，最希望從事的工作內容以「餐飲旅遊運動」最多(每百人次有 23.86 人次)，其次是「營建職類」，再其次是「行政經營」、「技術服務」、「資訊軟體」、「交通及物流服務」、「品管製造」等。
7. 沒有工作期間的主要經濟來源：原住民廣義失業者（包含失業者及想工作而未找工作且隨時可以開始工作者）沒有工作期間的主要經濟來源以「家庭協助」(每百人次有 47.32 人次)為主，其次為「積蓄」，再其次為「親友協助」。

109 年原住民就業狀況調查

Employment Status Survey of Indigenous Peoples, 2020

原住民族委員會 編印

Council of Indigenous Peoples

中 華 民 國 1 1 0 年 6 月

109 年原住民族就業狀況調查結果摘要

一、15 歲以上原住民族

1. 行政區域：109 年臺灣地區年滿 15 歲以上原住民族現住人數年平均有 461,643 人，以居住在非原住民族地區的人口最多，有 207,604 人，占 44.97%，其次為山地原住民族地區，有 140,490 人，占 30.43%，再其次為平地原住民族地區，有 113,548 人，占 24.60%。
2. 統計區域：109 年 15 歲以上原住民族以居住在北部地區的 159,066 人最多，占 34.46%，其次為東部地區的 145,638 人，占 31.55%，再其次依序為南部地區的 90,969 人，占 19.71%，中部地區的 65,970 人，占 14.29%。
3. 族別：109 年 15 歲以上原住民族以阿美族的人數最多，占 37.66%；其次為排灣族，占 18.76%；再其次為泰雅族，占 15.98%；布農族占 11.25%，其餘各族別比率皆在 5% 以下。
4. 性別：109 年 15 歲以上的原住民族男性 220,138 人，占 47.69%，女性 241,505 人，占 52.31%。與全體民眾相較，15 歲以上的全體民眾亦是女性(50.81%)多於男性(49.19%)。
5. 年齡：109 年 15 歲以上原住民族年齡的分布，15~24 歲占 20.16%，25~44 歲占 38.59%，45~64 歲占 30.75%，65 歲及以上占 10.51%。與全體民眾比較，全體民眾 45 歲以上者占 52.71%，高於原住民族的 41.26%。
6. 教育程度：109 年 15 歲以上原住民族的教育程度以高級中等(高中、高職)比率最高，占 36.61%，其次為大學及以上的 22.87%，再其次為國(初)中的 18.09%，小學及以下占 14.05%，專科僅占

8.38%最少。與全體民眾相較，原住民族高級中等(高中、高職)及以下者之比率較全體民眾高，而專科及以上者之比率則低於全體民眾。

7. 婚姻狀況：109年15歲以上原住民族有配偶者占46.33%，未婚者占39.17%，離婚、分居或喪偶者合計占14.50%。與全體民眾比較，原住民族未婚者比率較全體民眾高5.01個百分點，有配偶者比率較全體民眾低3.78個百分點。
8. 家計分擔：109年15歲以上原住民族有61.18%需要負責家計，其中32.25%為主要家計負責人，28.93%為次要(輔助)家計負責人；不需要負責家計的占38.82%。

二、勞動力狀況

109年原住民族15歲以上不含現役軍人、監管人口與失蹤人口之民間人口數為440,899人，其中原住民族的平均勞動力人數有274,232人，勞動力參與率為62.20%；勞動力人口中有263,319人為就業人口，10,913人為失業人口，失業率為3.98%。與上年比較，109年勞動力參與率較108年平均61.87%上升0.33個百分點，失業率較108年平均3.96%上升0.02個百分點。

三、就業狀況

1. 就業者從事的行業：109年原住民族就業者從事的行業，以「製造業」(15.05%)比率最高，其次為「營建工程業」(14.79%)，再其次為「住宿餐飲業」(10.53%)。與全體民眾相較，原住民族從事「營建工程業」的比率高於全體民眾。
2. 就業者從事的職業：109年原住民族就業者所擔任職業中，以擔任「服務及銷售工作人員」(23.47%)比率最高，其次為「技藝有

關工作人員」(17.27%)，再其次為「基層技術工及勞力工」(15.60%)及「機械設備操作及組裝人員」(13.31%)。與全體民眾相較，「技藝有關工作人員」、「機械設備操作及組裝人員」、「基層技術工及勞力工」三類職業合計，原住民族就業者占 4 成 6 左右的比率，較全體民眾的 30.62%高。

3. 就業者的從業身分：109 年原住民族就業者的從業身分以受私人僱用比率最高，占 76.60%，自營作業者占 10.99%，受政府僱用者占 10.23%，擔任雇主者為 1.46%，擔任無酬家屬工作者為 0.72%。其中受政府僱用者，有 36.75%有正式公務員任用資格，63.25%沒有正式公務員任用資格。
4. 原住民族有酬就業者每人每月主要工作收入：109 年原住民族有酬就業者每人每月主要工作平均收入 30,538 元。與全體民眾相較，原住民族有酬就業者主要工作平均收入，較全體民眾的 40,516 元低 9,978 元。觀察每月主要工作收入分布情形發現，原住民族有酬就業者每月主要工作收入未滿 3 萬元之比率占 48.78%，高於全體民眾的 29.76%。
5. 非典型就業情形：109 年原住民族就業者是從事非典型工作的比率為 20.92%，不是從事非典型就業工作的比率為 79.08%。
6. 從事政府所提供之臨時工作情形：109 年原住民族就業者有 2.65% 從事政府所提供的臨時性工作，97.35%不是從事政府所提供的臨時性工作。從事政府提供之臨時工作者中，有 92.84%認為臨時工作對生活改善有幫助，83.58%認為對未來就業有幫助。
7. 就業者尋職管道：109 年原住民族就業者獲得目前工作的管道以「託親友師長介紹」的比率最高，占 44.77%，其次為「自我推薦及詢問」占 20.05%，再其次為「向民間人力銀行求職(含上網)」占 12.63%。

8. 工作場所僱用移工情形及其影響：109 年原住民族就業者工作場所 7.45%有僱用移工，其中 15.76%認為對其工作有影響，影響情形以「部分工作項目被取代」的比率最高(9.33%)，其次依序為「工資下降」(4.46%)、「同事人際關係問題」(3.02%)、「工作時間縮短」(2.63%)。

四、失業狀況

109 年原住民族勞動力人數有 274,232 人，其中失業人數 10,913 人，失業率為 3.98%。和全體民眾 109 年平均失業率的 3.80%比較，略高 0.18 個百分點。

1. 失業週數：原住民族失業者至資料標準週，平均已失業 19.64 週。
2. 失業者尋職管道：109 年原住民族失業者尋找工作管道，以「向民間人力銀行求職(含上網)」的比率最高(50.53%)，其次為「託親友師長介紹」(38.52%)，再其次依序為「看報紙」(12.25%)、「向公立就業服務機構求職(含上網)」(10.38%)。
3. 遇到工作機會情形：109 年原住民族失業者在找尋工作過程中，36.90%有遇到工作機會。曾經遇到工作機會，但是沒有去工作的原住民族失業者沒有去工作的原因，以「待遇不符期望」比率最高(34.60%)，其次為「工作環境不良」(29.52%)，再其次依序為「工時不適合」(20.13%)、「離家太遠」(13.38%)。
4. 找工作主要遭遇困難：109 年原住民族失業者有 63.10%在找尋工作過程中沒有遇到過工作機會，進一步分析找尋工作過程中，主要遭遇的困難是「本身技術不合」(30.90%)，其次為「就業資訊不足」(27.34%)，再其次為「生活圈內沒有工作機會」(20.76%)。
5. 過去工作經驗：失業的原住民族有 76.29%為非初次尋職者(過去

曾經有過工作經驗)。其中有 61.20%離開上次工作為自願離職，另有 38.80%為非自願離職；離開上次工作的主要原因以「工作場所業務緊縮或歇業」占 27.79%最多，其次為「對原有工作不滿意」(23.41%)，再其次為「季節性或臨時性的工作結束」(14.68%)。

6. 最希望從事的工作內容：109 年原住民族失業者中，最希望從事的工作內容以「餐飲旅遊運動」比率最高(25.08%)，其次為「行政經營」(15.86%)，再其次為「資訊軟體」(11.22%)、「營建職類」(10.79%)。
7. 沒有工作期間的主要經濟來源：原住民族廣義失業者（包含失業者及想工作而未找工作且隨時可以開始工作者）沒有工作期間的主要經濟來源以「積蓄」比率最高(50.07%)，其次為「家庭協助」(46.40%)，再其次為「親友協助」(13.13%)。

五、非勞動力狀況

109 年原住民族非勞動力人數有 166,667 人，其中未參與勞動原因以「高齡、身心障礙」(27.88%)比率最高，其次為「求學及準備升學」(26.92%)及「料理家務」(25.55%)，再其次依序為「傷病或健康不良」(9.91%)、「賦閒」(8.23%)及「想工作而未找工作，且隨時可以開始工作」(0.91%)等。

六、再度就業情形

109 年有 14.72%的原住民族曾因結婚、生育、料理家務、照顧家人、傷病、退休等各式因素離開職場一段時間而成為再度就業者，平均離開職場時間為 3.12 年；另有 85.28%未曾因各式因素離開職場再度恢復工作。

110 年第一季原住民族 就業狀況調查報告

原住民族委員會編印

中 華 民 國 1 1 0 年 3 月

統計結果摘要

根據原民會提供之原住民族戶籍人口資料顯示，110年3月底臺灣地區原住民族住戶（戶內至少有一位15歲以上且具有原住民身分者）共計有244,638戶，其中15歲以上原住民族人口數共計464,606人。根據調查推估，110年3月原住民族勞動力人數有276,583人，勞動力參與率為62.20%；就業人數為265,887人，失業人數為10,696人，失業率為3.87%。

原住民族勞動力參與率及失業率狀況

單位：人、%

年別	15歲以上 原住民族 人口	15歲以上 原住民族 民間人口	勞動力			非勞 動力	勞動力 參與率	失業率
			合計	就業者	失業者			
109年平均	461,643	440,899	274,232	263,319	10,913	166,667	62.20	3.98
109年3月	459,627	439,750	273,584	262,771	10,813	166,166	62.21	3.95
109年6月	460,825	440,121	273,372	262,081	11,291	166,749	62.11	4.13
109年9月	462,452	441,149	274,464	263,631	10,833	166,685	62.22	3.95
109年12月	463,666	442,576	275,508	264,793	10,715	167,068	62.25	3.89
110年平均	464,606	444,654	276,583	265,887	10,696	168,071	62.20	3.87
110年3月	464,606	444,654	276,583	265,887	10,696	168,071	62.20	3.87
本月與上次(109年12月) 比較(%)	0.20	0.47	0.39	0.41	-0.18	0.60	(-0.05)	(-0.02)
本月與上年同月比較(%)	1.08	1.12	1.10	1.19	-1.08	1.15	(-0.01)	(-0.08)

1.括弧()數字係為增減百分點。

2.109年3月樣本數為12,348人，109年6月樣本數為12,287人，109年9月樣本數為12,599人，109年12月樣本數為12,126人，110年3月樣本數為12,409人。

一、原住民族狀況與勞動狀況

(一)110年3月15歲以上原住民族以設籍在非原住民族地區的人數最多(45.94%)，族別以阿美族為各族之冠(37.49%)。原住民族年齡分布:25~44歲占38.64%，45~64歲占30.76%，15~24歲占19.71%，65歲及以上者僅占10.89%。教育程度以高級中等(高中、高職)比率最高(39.49%)，其次依序為大學及以上、國(初)中、小學及以下，分別占21.99%、19.10%及12.58%。

✓(二)臺灣地區原住民族勞動力參與率與全體民眾比較，110年3月原住民族勞動力參與率(62.20%)高於全體民眾(59.14%)。

二、原住民族就業狀況

- (一)110年3月原住民族就業者從事的行業以「製造業」(15.23%)及「營建工程業」(15.09%)比率最高，其次為「住宿及餐飲業」(10.45%)。從事的職業以「服務及銷售工作人員」(24.07%)的比率最高，其次是「技藝有關工作人員」(17.68%)，再其次是「基層技術工及勞力工」(14.13%)及「機械設備操作及組裝人員」(13.49%)。
- (二)110年3月原住民族就業者的從業身分76.42%為受私人僱用(71.56%受公司/企業僱用、4.86%受非營利組織僱用)，受政府僱用者占9.77%。在受政府僱用者中有40.52%有正式公務員任用資格，59.48%沒有正式公務員任用資格。
- (三)110年3月原住民族就業者每人每月主要工作平均收入為30,999元。原住民族就業者每週平均工作時數為42.08小時，其中以每週工作時數以35至44小時者比率最高，占58.31%。工作地點以在桃園市(13.81%)、新北市(12.40%)、花蓮縣(11.59%)、臺東縣(10.20%)的比率較高。
- (四)110年3月原住民族就業者有1.82%從事政府提供的臨時性工作，臨時性工作期限在12個月以上占就業者1.23%；認為從事政府臨時性工作對生活有幫助(含非常有幫助和有幫助)的比率為95.95%，認為對未來就業有幫助(含非常有幫助和有幫助)的比率為79.91%。

三、原住民族失業狀況

- (一)110年3月(3月14日至3月20日)，原住民族的勞動力人數有 276,583 人，其中失業人數為 10,696 人，失業率為 3.87%。
- (二)110年3月本次調查顯示，原住民族失業者平均失業週數為 20.46 週。
- (三)110年3月原住民族失業者求職尋找工作的方法與管道，以「向民間人力銀行求職(含上網)」的 52.75%比率最高，其次是「託親友師長介紹」的 39.33%，再其次依序為「向公立就業服務機構求職(含上網)」、「看報紙」、「原住民就業服務員轉介」比率分別為 19.08%、11.49%及 6.88%。
- (四)110年3月有 39.63%的原住民族失業者在求職過程中曾遇到工作機會，所遇到的工作機會類型主要為全時工作(61.83%)，其次為部分時間工作(27.13%)；未去工作原因主要為「待遇不符期望」(42.32%)，其次為「離家太遠」(21.04%)、「工時不適合」(17.43%)、「工作環境不良」(15.62%)。
- (五)110年3月原住民族失業者有 60.37%在找尋工作過程中沒有遇到工作機會，進一步分析找尋工作過程中主要遭遇困難為「就業資訊不足」(31.08%)，其次是「本身技術不合」(22.67%)、「教育程度限制」(15.08%)。

(六)110年3月原住民族失業者有12.80%為初次尋職者，非初次尋職者有87.20%。非初次尋職的失業者中，有71.33%離開上次工作為自願離職，另有28.67%為非自願離職。非初次尋職的原住民族失業者中，離開上次工作的主要原因以「對原有工作不滿意」(30.76%)，其次為「工作場所業務緊縮或歇業」(21.15%)及「季節性或臨時性的工作結束」(19.33%)。

(七)110年3月原住民族失業者希望從事的工作內容以「餐飲旅遊運動」(25.56%)最多，其次是「營建職類」(20.97%)，再其次是「行政經營」(12.52%)及「醫藥美容」(11.28%)。

(八)110年3月原住民族廣義失業者沒有工作期間的主要經濟來源以「家庭協助」(48.81%)為主，其次為「積蓄」(42.68%)，再其次為「親友協助」(16.72%)。

四、非勞動力原住民族狀況及其他

(一)110年3月原住民族非勞動力人數有168,071人，其中未參與勞動原因以「高齡、身心障礙」(28.84%)、「求學及準備升學」(28.46%)及「料理家務」(27.40%)所占的比率較高。

(二)110年3月原住民族曾為二度就業者的比率占15.74%，平均離開職場時間為3.23年。

監察院109年度專案調查研究期末報告

壹、題目：「政府協助原住民就業成效及檢討」通案性案件調查研究。

貳、專案調查研究主旨：

一、研究緣起：

依據聯合國原住民族權利宣言第21條：「1.原住民族有權不受歧視地改善其經濟和社會狀況，尤其是在教育、就業、職業培訓和再培訓、住房、環境衛生、醫療和社會保障等領域。2.各國應採取有效措施，並酌情採取特別措施，繼續改善原住民族的經濟和社會狀況。應特別關注原住民老人、婦女、青年、兒童和殘疾人的權利和特殊需要。」

為回應原住民社會之需求，並順應世界潮流，行政院於民國（下同）85年間，即籌備成立中央部會級機關，以專責辦理原住民事務，並於籌備期間研訂機關組織條例草案，用為機關成立之法源依據。同年11月1日，立法院審議通過「行政院原住民委員會組織條例」，行政院並於同年12月10日即正式成立「行政院原住民委員會」，專責統籌規劃原住民事務，成就了我國民族政策史上新的里程碑，使原住民政策的釐訂及推展，更具一致性與前瞻性，以發揮整體規劃的功能，帶動原住民跨越新世紀全方位的發展。嗣後因應臺灣省政府功能業務與組織調整¹，於91年1月4日，立法院審議通過行政院原住民委員會組織條例部分條文修正案，並於同年3月25日正式更改為「行政院原住民族委員會」（下稱原民會），掌理原住民族政策、制度、法規之綜合規劃、協調及推動等與原住民族相關之事項。

¹ 原臺灣省政府原住民事務委員會經裁撤，自88年7月1日起歸併行政院原住民委員會，並於中興新村設置中部辦公室；前臺灣省政府原住民事務委員會所屬文化園區管理處亦同時改隸行政院原住民委員會。

保障法第12條規定修正107條第2項規定³⁵區分身心障礙者及原住民僱用比率各百分之一及分別計算。

(二)得標廠商僱用原住民人數統計：

1、據原民會查復，近十年進用情形（表38），逾100人得標廠商平均為1千7百餘家，未有明顯增減，可知參與政府採購之廠商數變化不大，然已僱用原住民人數，已從10年前1萬餘人之進用數，增加至2萬1千餘人，呈現倍數成長，且未僱足原住民之廠商，平均家數為611家，除逐年遞減外，亦從102年起即低於平均值，可知近十年推動成效有正向發展。

表38 各年度得標廠商應僱用原住民情形之統計

年度	逾100人得標廠商家數	應僱用原住民人數	已僱用原住民人數	超額僱用原住民人數	未僱足原住民之廠商家數	未僱用原住民人數
98	1,657	6,609	10,747	5,986	703	1,848
99	1,725	7,032	12,286	6,931	731	1,677
100	1,714	7,668	13,946	8,027	681	1,749
101	1,606	7,954	14,531	8,328	615	1,750
102	1,647	7,461	14,303	8,247	568	1,405
103	1,792	8,311	16,504	9,675	608	1,482
104	1,736	8,472	17,084	10,121	570	1,677
105	1,802	8,709	19,350	11,904	590	1,257
106	1,856	8,825	21,333	13,679	527	1,171
107	1,587	9,254	22,100	13,650	546	1,148
108	2,013	9,317	21,099	12,845	587	1,063

資料來源：原民會查復資料。

備註：應僱用原住民、已僱用原住民、超額僱用原住民及未僱用原住民年度人數為月平均數。

2、行政院公共工程委員會說明：

展基金專戶(第2項)。第1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(第3項)。」

³⁵ 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，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」



簡報及座談交流



與技訓中心學員大合照



竹編工藝師證照班上課情形



訪談就業服務員及督導

十二、國外作法

(一) 澳大利亞：

- 1、澳洲總理府內設有原住民事務部，現任部長為 Ken Wyatt，係該職位自1968年設立以來，首位原住民裔部長。根據澳洲政府2016年普查，澳洲原住民(Aboriginal and Torres Strait Islander people)共有744,668人，佔澳洲總人口3.3%。
- 2、據澳洲政府「生產力委員會」(Productivity Commission)最新公佈之「2017年原住民支出報告」(2017 Indigenous Expenditure Report)顯示，澳洲政府2015-16年度編列之原住民相關預算約334億澳元，較2008-09年度預算270億澳元增加，平均每位原住民編列之預算為44,886澳元，為非原住民平均預算(22,356澳元)之2倍。
- 3、另根據「生產力委員會」發布之「克服原住民不

利因素報告：2016年主要統計資料」(Overcoming Indigenous Disadvantage: Key Indicators 2016)第九章「經濟參與」(Economic participation)顯示，澳洲政府以4大策略，提升原住民經濟參與，其中2014-15年為例，18-64歲原住民全職(full time employment)就業率為63.1%⁵⁴，較2002年就業率54.5%提升約8.6%，該4大策略如下：

- (1) 「全職或兼職就業促進方案」(Employment by full time/ part time status, sector and occupation)
- (2) 「原住民擁有或管理之土地或公司」(Indigenous owned or controlled land and business)
- (3) 「房屋擁有權」(Home ownership)
- (4) 「所得協助」(Income support)

(二)紐西蘭：

1、據原民會103年度紐西蘭考察報告⁵⁵內容，對於紐西蘭原住民之就業輔導，其以「先用後訓」之就業輔導模式與國內就業輔導方式之不同有特別之描述比較，重點如下：

- (1) 1990年7月成立職業輔導局(Rapuara)希望能夠從就業輔導與諮詢開始，協助毛利族群在工作上有不同的選擇，並提供適當的職業教育訓練，以符合未來工作方面之需要。該局為一獨立機構，由教育部長直接委派人員組成委員會，負責推展行動方案，其中包括提供就業諮詢、職業課程設計、建教合作所需之設備、課程安排與輔導，大部分經費由紐西蘭王室贊助。1991年通過毛利發展部法案(Ministry of

⁵⁴ 同年度非原住民就業率為69.5%。

⁵⁵ 原民會「103年度台灣原住民非政府組織赴紐西蘭考察(原住民就業輔導)報告」

Maori Development Act 1991)，1992年成立毛利發展部（Ministry of Maori Development），從「毛利族群領導毛利族群發展」的理念開始，讓毛利族群能建構自我及發展自我的能力。在1990年代初期毛利族群在工作上雖然有改善的趨勢，但是在90年代中葉後卻又呈現停滯狀態。與非毛利族群相較，毛利族群之所得來源缺乏多樣性。由於他們的所得來源大多集中於工資，因此失業的衝擊對於毛利族群的影響較為顯著。當景氣衰退時，毛利族群對政府的依賴會隨之提高。

（2）紐西蘭原住民之就業及在職訓練

紐西蘭政府為扶助國內毛利族群健全發展，提供地區發展、能力建構或資金等方面的資助，主要是促使毛利族群脫離經濟困境，其中也特別針對商業發展給予專業資訊服務並挹注需要的資金。其中「地區發展」是以一個「地理區域」的規模層級促進毛利族群的發展，其目的是針對在某一區域範圍中的個人、家庭、部落和毛利族群、組織等，幫助他們確認當地的各種發展機會，並且發展出能夠對應這些機會的潛力和能力。

原住民領袖提出的毛利經濟發展策略，目的是透過教育，提高金融知識和儲蓄，發展土地和天然資源，並與各毛利部族衷心的合作，希望毛利族群的收入在2040年能追上全國平均收入。其實在過去10年來，毛利族群和歐裔人的平均時薪收入差距，一直維持在約17%至18%之間；此外，自2001年以來，每次普查結果均顯示，毛利族群較歐裔人有更多人領取社

會相關福利。懷卡托大學人口學家Tahu Kukutai博士分析數據後發現，沒有任何證據顯示毛利族群和太平洋島人的收入可以追得上歐裔人士，尤其是發生經濟衰退時，毛利族群和太平洋島人更容易流失其工作職位。因此紐西蘭政府不論是對毛利在學學生或一般人，都有提供特別針對毛利族群所設計之職業教育訓練方案，簡介如下：

〈1〉訓練機會方案（The Training Opportunity Programme）

過去十年以來，毛利族群進入綜合技術學院、教育學院及大學或其他訓練機構的人數已有增加。但真正進入第三等教育方案者仍不多。此一訓練機會方案是為失學者、長期失業及領取家庭津貼金戶長達四年以上的弱勢團體所設計的方案，主要是在幫助沒有一技之長、長期未有收入的毛利族群，藉由訓練取得國家與就業市場認可的資格，以期他們可藉此達到可被受雇的條件而最後能經濟獨立。這個方案由政府提供全額補助金，以供相關教育與訓練機構開設訓練課程，甚至私人機構訓練課程也被包括在內。凡參與受訓者，皆可透過這些課程取得國家證照檢定合格或國家文憑。

〈2〉技術提升方案（Skill enhancement）

技術提昇方案來自於「教育及訓練支援機構（Education Training & Support Agency，簡稱ETSA）」，主要對像是16歲到21歲的毛利青年及太平洋小島年輕人，方案設計主要目的是透過系統化教育訓練以提高

工作態度、職業品質與就業能力，不管是目前在職或兼職均可參與。ETSA不斷從執行中改良方案，目前著重於毛利族群職業訓練的需求。

(3) 考察發現：

對毛利人之職業教育訓練或發展相關策略時，是以啟發、輔導及協助毛利人的能力為主，並不完全以社會福利之觀點來促成其生活上的質與量的增進。而是訂定各種職能標準，提供訓練機會，要求原住民考取證照或獲得某種特別技能。

目前國內(指台灣)對原住民之就業輔導，一部分是要求企業或公部門要聘雇一定比例的原住民，或是要求非營利組織在申請政府經費時能聘用原住民，進行就業能力之訓練。透過這些組織或協會的幫助聘雇原住民。但後來發現有些原住民的能力沒有被充分的訓練，反而變成非常依賴這些組織，因此目前台灣採用的是一種「先訓後用」的觀念，但這種方式讓原住民長期在這些組織中工作，離開後仍然無法自力工作，未能達成人力資源培育的目標。反觀紐西蘭政府在推展毛利人就業輔導方案時，與大企業或非營利組織之合作，會事先選拔適合的人員進行訓練，以「先用後訓」的方式，來培養或提升原住民之就業能力，當然這樣的型式短期不一定能見效，若能長期持續，才能培養更多原住民之中、高階人才。

- 2、另據紐西蘭毛利發展部(TPK)提供之「紐西蘭協助原住民就業成效相關研究報告一覽表」，共制訂7項協助原住民就業主題：

- (1) 2040年毛利經濟發展策略(Stratgy to 2040)：
- 〈1〉2012年11月紐西蘭獨立機構「毛利經濟發展小組」(Māori Economic Development Panel)發表「2040年毛利經濟發展策略」(Strategy to 2040)，盼建立一個「政府與毛利經濟成長夥伴關係」(Crown- Māori Economic Growth Partnership)之願景。2013年紐西蘭商務、創新暨就業部(MBIE)設立「毛利經濟發展諮詢委員會」(Māori Economic Development Advisory Board)負責執行該策略。
 - 〈2〉「2040年毛利經濟發展策略」六大目標包括：更多的教育機會及表現、成功且有技能的勞動力、提升金融知識及儲蓄、政府與毛利建立夥伴關係、積極開發自然資源、以及毛利公司(Māori Inc)驅動經濟成長等，盼於2040年將毛利的平均薪資、每人所得及失業率與紐國全國平均達成一致。
- (2) 微型金融研究(Microfinance Report)：紐西蘭毛利發展部(TPK)針對102戶毛利「家族」(whānau)之微型金融產品及服務需求，進行一對一面談研究，報告結論：
- 〈1〉多數毛利人仍處貧窮狀態。
 - 〈2〉缺少可負擔的住房。
 - 〈3〉工作或收入漸少而財務壓力增加。
 - 〈4〉婦女及兒童受貧窮影響較深。
 - 〈5〉積欠政府單位、金融公司及高利貸之債務情形普遍。
 - 〈6〉多數毛利人不瞭解微型金融產品及服務之用途。
- (3) 毛利「家族」及低收入戶儲蓄報告(Whānau and

Low-Income Household Savings Report) :

- 〈1〉紐西蘭毛利發展部(TPK)及商務、創新暨就業部(MBIE)委託「金融知識及儲蓄夥伴工作小組」(Financial Literacy and Savings Partner Working Group)對於如何透過更多的金融知識及儲蓄機制來協助毛利人增加資產進行研究，盼鼓勵更多的正面儲蓄行為。
 - 〈2〉該報告檢視毛利「家族」及低收入戶身邊可選擇利用的儲蓄機制，包括當地及國際性的儲蓄計畫，並透過一系列面談方式，蒐集低收入戶對於儲蓄機制的看法。
 - 〈3〉報告結論：現有的儲蓄機制服務存有許多缺口，毛利部落(iwi)急需一量身訂製的儲蓄機制，以及更多可得的金融知識，以鼓勵更多的正面儲蓄行為。
- (4) 商務顧問計畫(He Tupu Ohanga:Commercial Advisors Scheme) :
- 〈1〉紐西蘭商務、創新暨就業部(MBIE)設有「毛利創新基金」(Māori Innovation Fund)，用以資助毛利企業或組織經營。
 - 〈2〉每一毛利企業最多可獲6萬紐元贊助，以及一位商務顧問提供諮詢服務。該顧問最多可提供18個月的專業諮詢，包括創業選擇、可行性研究、策略規劃及市場分析等建議。
- (5) 實習生計畫(Cadetships) :
- 〈1〉提供至少6個月以上的實習計畫，協助雇主培訓全職的毛利員工，以期未來有更多的毛利人自己開業。
 - 〈2〉每一實習計畫，雇主最多獲得1萬紐元的補助。

(6) 青年發展計畫(Pae Aronui)：

- 〈1〉 四年期間投注約1千5百萬紐元。目標鎖定在紐西蘭South Auckland、West Auckland、Hamilton Hutt Valley及Porirua等地區的15至24歲毛利青年。
- 〈2〉 給予15至24歲、未獲教育、沒有就業或沒有受訓的毛利青年更多的教育及就業機會，促使他們有良好的學習及就業成果。

(7) 生活護照計畫(Taiohi Ararau-Passport to Life)：

- 〈1〉 協助15至24歲、未獲教育、沒有就業或沒有受訓的毛利青年，在他們就業時所需取得的基本文件包括駕照、稅務號碼(IRD)、出生證明及銀行帳號等。
- 〈2〉 該計畫原規劃在四年期間投注4百萬紐元，另經毛利發展部副部長Willie Jackson爭取8百萬紐元，該計畫總預算共計1千2百萬紐元。

(三) 日本：

有關原住民族政策，在日本以對「愛努」族之政策較受關注。日本於2018年通過「為推動實現尊重愛努民族尊嚴社會之政策相關法律案」之內閣決議，並據此在內閣府設立「愛努政策推進本部」，由內閣官房長官擔任本部長，成員包含法務大臣、外務大臣、文部科學大臣、厚生勞動大臣、農林水產大臣、經濟產業大臣、國土交通大臣及環境大臣等各中央省廳首長，以推動綜合政策。

陸、結論與建議

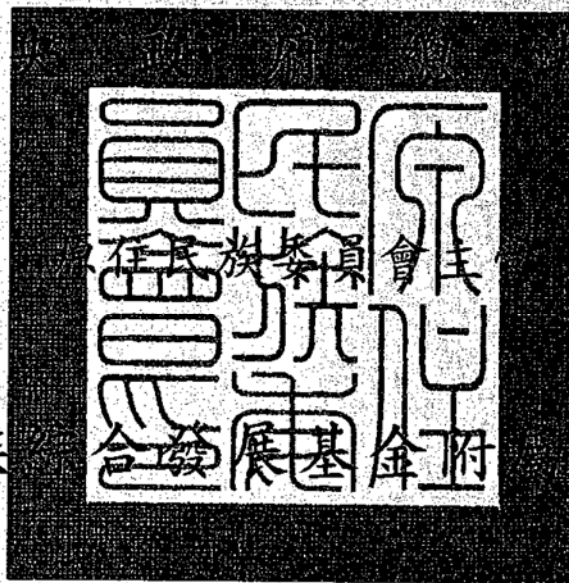
- 一、「促進原住民就業方案」自98年至109年10年間，共推動三期計畫，透過「就業服務」、「職業訓練」、「保障進用」等面向，強化原住民族就業技能及穩定就業，使原住民與全體民眾失業率之差距逐年趨近。然

中華民國108年度
(108年1月1日至108年12月31日)

中

算

原住民族



單位決算

(非營業部分)

原住民族綜合發展基金管理會 編

原住民族綜合發展基金

收支餘絀表

中華民國108年度

單位：新臺幣元

科 目	本年度預算數		本年度決算數		比較增減		上年度決算數	
	金額	%	金額	%	金額	%	金額	%
業務收入	1,732,897,000.00	100.00	1,736,440,318.00	100.00	3,543,318.00	0.20	1,723,504,288.00	100.00
投融資業務收入	33,611,000.00	1.94	27,632,489.00	1.59	-5,978,511.00	17.79	25,791,569.00	1.50
融資業務收入	33,593,000.00	1.94	27,632,489.00	1.59	-5,960,511.00	17.74	25,628,469.00	1.49
其他投融資業務收入	18,000.00				-18,000.00	100.00	163,100.00	0.01
徵收收入	315,000,000.00	18.18	299,121,841.00	17.23	-15,878,159.00	5.04	288,151,109.00	16.72
徵收就業代金收入	310,000,000.00	17.89	294,039,284.00	16.93	-15,960,716.00	5.15	283,175,884.00	16.43
溫泉取用費提撥收入	5,000,000.00	0.29	5,082,557.00	0.29	82,557.00	1.65	4,975,225.00	0.29
其他業務收入	1,384,286,000.00	79.88	1,409,685,988.00	81.18	25,399,988.00	1.83	1,409,561,610.00	81.78
其他補助收入	1,384,286,000.00	79.88	1,409,685,988.00	81.18	25,399,988.00	1.83	1,409,561,610.00	81.78
業務成本與費用	3,145,081,000.00	181.49	2,732,624,826.00	157.37	-412,456,174.00	13.11	2,252,811,797.00	130.71
投融資業務成本	29,723,000.00	1.72	32,228,199.00	1.86	2,505,199.00	8.43	30,556,395.00	1.77
融資業務成本	29,716,000.00	1.71	32,228,199.00	1.86	2,512,199.00	8.45	30,556,395.00	1.77
其他投融資業務成本	7,000.00				-7,000.00	100.00		
行銷及業務費用	3,111,893,000.00	179.58	2,697,208,141.00	155.33	-414,684,859.00	13.33	2,218,937,120.00	128.75
業務費用	3,111,893,000.00	179.58	2,697,208,141.00	155.33	-414,684,859.00	13.33	2,218,937,120.00	128.75
管理及總務費用	3,465,000.00	0.20	3,188,486.00	0.18	-276,514.00	7.98	3,318,282.00	0.19
管理費用及總務費用	3,465,000.00	0.20	3,188,486.00	0.18	-276,514.00	7.98	3,318,282.00	0.19
業務賸餘(短絀)	-1,412,184,000.00	-81.49	-996,184,508.00	-57.37	415,999,492.00	29.46	-529,307,509.00	-30.71
業務外收入	55,482,000.00	3.20	84,169,070.00	4.85	28,687,070.00	51.71	81,005,765.00	4.70
財務收入	37,982,000.00	2.19	39,617,328.00	2.28	1,635,328.00	4.31	47,528,609.00	2.76
利息收入	37,982,000.00	2.19	39,617,328.00	2.28	1,635,328.00	4.31	47,528,609.00	2.76
其他業務外收入	17,500,000.00	1.01	44,551,742.00	2.57	27,051,742.00	154.58	33,477,156.00	1.94
違規罰款收入			208,899.00	0.01	208,899.00		124,273.00	0.01
收回呆帳	6,000,000.00	0.35	3,023,977.00	0.17	-2,976,023.00	49.60	4,581,460.00	0.27
雜項收入	11,500,000.00	0.66	41,318,866.00	2.38	29,818,866.00	259.29	28,771,423.00	1.67
業務外費用	10,000,000.00	0.58	11,730,054.00	0.68	1,730,054.00	17.30	19,879,580.00	1.15
財務費用			17,774.00		17,774.00		196,219.00	0.01
利息費用			17,774.00		17,774.00		196,219.00	0.01
其他業務外費用	10,000,000.00	0.58	11,712,280.00	0.67	1,712,280.00	17.12	19,683,361.00	1.14
雜項費用	10,000,000.00	0.58	11,712,280.00	0.67	1,712,280.00	17.12	19,683,361.00	1.14

附件5 (本附件為羅昌發大法官前整理之資料，並已徵得其同意使用)
(節錄)

原住民優惠性差別待遇立法例

羅昌發大法官提供

壹、問題：以原住民工作權保障之優惠性差別待遇為中心

有無與我國政府採購法第 98 條(「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」)或原住民工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項(內容相同)類似的外國立法例？

貳、初步分析摘要：無相同立法例

於法令層面而言，美國法並無類似於我國原保法第 4 條第 1 項及第 12 條，以及政府採購法第 98 條比例進用之規定。其關於促進少數團體成員就業機會平等之相關規定，於 1964 民權法第七章僅消極宣示禁止歧視之意旨，縱使是較為積極地要求與政府機構締約之承包商承諾於進用員工時，不基於種族因素給予差別待遇，並於承包商違反時課予不利益，亦僅是針對歧視行為的消極評價。且縱使課與承包商積極採行優惠性差別待遇之義務，而令其提出就業人口結構報告、改善目標及計劃，亦留有相當之裁量空間與承包商自行設計相關計畫。於實踐層面而言，美國在對於優惠性差別待遇之具體內容形成，基本上係交由法院在衡量個案事實及當事人兩造間利益後而為之；方法上可能係法院直接下令要求企業應採取一定之優惠性方案，亦有以「同意判決」的方式由各方協商而形成之。觀諸美國法院判決之內容可發現，不論是法院所形成者、抑或是企業及政府機關所自願採行之優惠性方案均十分多樣化。聯邦最高法院甚至不斷於案例中表示單純使用「配額」來保障弱勢種族的方式並不適當(儘管此為多數企業所愛好之方式)；蓋其未考慮到可能造成對多數族群的反向歧視以及雇主營業自由保護等問題。是故，若欲以配額作為優惠性差別待遇之內容，仍應配合諸如「符合特定資格」等條件限制，始能被認為不偏離民權法案第七章之要求。

歐盟部分，原則上就相關法條與指令而言，不排除歐盟與成員國得就種族事項採取積極平權措施(Positive Action)。然而，歐洲法院對於積極平權措施之適

用相當嚴格，經常宣告成員國國內的積極平權措施抵觸歐盟條約「平等待遇」之規定。在此種適用之下，成員國之措施必須具有相當彈性，不得以僵化之配額，方符合比例原則。至於成員國部分，有採取軟性積極平權措施者，即透過實施多文化專案協商促進族群雇用多元化，例如英國與荷蘭等是。然而，亦有對於種族採取身分盲（identity-blind）態度者，原則上禁止一切基於種族為基礎之措施，例如德國與法國等是。

我國之相關比例進用規定，係為落實憲法增修條文第 10 條第 12 項促進原住民族就業及經濟生活之保障，藉由採購方式賦予得標廠商僱用之責，即藉由國家私經濟行政行為，使得標廠商分擔一部之國家任務，而原住民族工作權保障法並未賦予原處分機關對於計算代金標準有裁量空間，係屬羈束處分，故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，原處分機關並無裁量之權限。——此等立法例相較於上述歐美立法例，似乎有較為僵化之問題，不區分具體情形，一概剝奪法院審查彈性以及行政機關裁量權，似可能有未能達實質平等目標、且手段不符比例原則之虞。

參、立法例具體說明

一、 美國

I. Title VII of the Civil Rights Act of 1964

Title VII of the Civil Rights Act of 1964 (下譯為 1964 民權法第七章) 為美國法上關於就業平等之基礎規範，其規範意旨主要在於確保就業機會上之平等，消弭於就業過程中，基於種族、膚色、地區、性別、國籍之歧視，並設有相關的救濟程序規範及各類豁免及特殊例外，其中與比例進用此優惠性差別待遇較為相關的部分，整理如下：

1. 企業對於員工之進用

關於企業進用員工的資格審酌，1964 民權法第七章於違法僱傭行為章節 (Unlawful Employment Practices)，亦揭示禁止基於宗教、性別、國籍為差別待遇之意旨；並禁止教育機構於任用員工時，以宗教作為判斷基礎⁷。此外，另提出兩種可被允許的例外樣態，其一為該當以宗教、性別、國籍為差別待遇判斷基礎之資格要求，係基出於善意，且為維持事業正常運作所必需之合理條件。其二為關於教育機構及學術單位之例外規範，如該當教育機構或學術單位係由特定宗教組織直接或實質所有、控制或經營，或該教育機構及學術單位所提供之課程，係

⁷ 42 U.S.C. §2000e-2(e): “Businesses or enterprises with personnel qualified on basis of religion, sex, or national origin; educational institutions with personnel of particular religion . . .”

以傳播特定宗教為目的，則其以宗教作為任用基準，不屬於非法之僱傭行為⁸。

2. 否認優惠性差別待遇之合法性

縱使 1964 民權法第七章將基於種族、膚色、地區、性別、國籍所為之各樣態就業歧視，視為違法僱傭行為而予以禁止。然而，該法案亦於 Section 2000e-2(j) 明示，即使是事業機構內之少數團體成員、女性受僱者於勞動結構中的組成偏低，亦不得以此為由請求給予該優惠待遇⁹，亦即，1964 民權法對於就業上的種族優惠性差別待遇並未肯認。

3. 小結

⁸ *Id.* §2000e-2(e): “Notwithstanding any other provision of this subchapter, (1) it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor- management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise, and (2) it shall not be an unlawful employment practice for a school, college, university, or other educational institution or institution of learning to hire and employ employees of a particular religion if such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is, in whole or in substantial part, owned, supported, controlled, or managed by a particular religion or by a particular religious corporation, association, or society, or if the curriculum of such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is directed toward the propagation of a particular religion.”

⁹ 42 U.S.C. §2000e-2(j): “. . . Nothing contained in this subchapter shall be interpreted to require any employer, employment agency, labor organization, or joint labor-management committee subject to this subchapter to grant preferential treatment to any individual or to any group because of the race, color, religion, sex, or national origin of such individual or group on account of an imbalance which may exist with respect to the total number or percentage of persons of any race, color, religion, sex, or national origin employed by any employer, referred or classified for employment by any employment agency or labor organization, admitted to membership or classified by any labor organization, or admitted to, or employed in, any apprenticeship or other training program, in comparison with the total number or percentage of persons of such race, color, religion, sex, or national origin in any community, State, section, or other area, or in the available work force in any community, State, section, or other area.”

相較於我國原住民族工作保障法(下稱原保法)第4條第1項及第12條，積極以比例進用之方式，賦予在就業人口結構中代表性不足之原住民族優惠性差別待遇。1964 民權法第七章則相對保守，僅消極規範企業於進用員工時，不得以其種族、膚色、地區、性別、國籍作為差別待遇之依據，尚不及於積極以法規範強制企業需進用一定人數之少數團體成員。至於法院於認定企業違反上開禁止歧視之規範而予以禁止時，所附帶做成之積極的優惠性差別待遇，將於後詳述。

II. 平等就業機會報告

平等就業機會委員會 (Equal Employment Opportunity Commission) 除負責執行上開 1964 民權法第七章所規定之事項外，尚有監督聯邦政府內各機構就業人口結構，並接受各該機構每年提出之平等就業機會報告¹⁰。而在此類政府文書中，近似於優惠性差別待遇之文字往往僅是「應考量衡平之勞動力需求」、「為消除少數團體在就業上代表性不足之問題，必須進行特殊努力來招募少數團體成員」等¹¹。由於此等法律文書之用語，並未明定應以何種手段達成優惠性差別待遇，而僅透過該機構對於優惠性差別待遇的宣示，以及所提出之年度就業人事報告中，針對不同團體代表性過低的問題所提出的解決方法，達成賦予少數團體優惠性差別待遇之目標。

III. 總統命令及其他行政命令

美國法上優惠性差別待遇之概念，於 1941 年羅斯福總統 8802 號總統命令當中即已出現。命令中禁止聯邦政府中存有種族歧視，並要求相關企業對於已存在之種族歧視問題採取相應之措施。然而囿於政府人力、預算之不足，且未有相應的處罰法律效果，種族歧視於就業市場中仍屢見不鮮。

1. 優惠性差別待遇之首見

於 1961 年甘迺迪總統所頒布之 10925 號總統命令 (Executive Order 10925) 中，優惠性差別待遇 (Affirmative action) 此詞彙首次出現，其鼓勵行政部門與政府機構採取積極的手段消除種族歧視¹²。並要求承包政府工程之承包商應平等對

¹⁰ U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, <http://www.eeoc.gov/eeoc/index.cfm> (last visited Jan 11, 2014)

¹¹ For example, 5 U.S.C §5379(e): “In selecting employees to receive benefits under this section, an agency shall, consistent with the merit system principles set forth in paragraphs (1) and (2) of section 2301(b) of this title, take into consideration the need to maintain a balanced workforce in which women and members of racial and ethnic minority groups are appropriately represented in Government service.”

¹² Executive Order 10925 §201: “The President's Committee on Equal Employment Opportunity established by this order is directed immediately to scrutinize and study employment practices of the Government of the United

待員工與求職者，不因種族、膚色、國籍、宗教等因素而有差別待遇，並進一步採取優惠性差別待遇¹³，確保少數團體成員的就業機會。

2. 對聯邦承包商之具體規範

詹森總統於 1965 年發佈的 11246 號總統命令中，除再次重申行政部門及聯邦政府承包商，不得因種族、膚色、國籍、宗教等因素而有就業歧視外。另對於承包商的相關義務做出較具體之規範，例如於契約示範條款中明定，承包商於締約時需承諾其關於員工之進用、升遷、培訓、解雇等就業進程，不以種族、膚色、國籍、宗教等因素而有差別待遇，且要求承包商提出遵行報告¹⁴，並於承包商不履行該當承諾時，賦予一部或全部契約解除、終止、中止及取消將來締約資格之不利¹⁵。

States, and to consider and recommend additional affirmative steps which should be taken by executive departments and agencies to realize more fully the national policy of nondiscrimination within the executive branch of the Government.”

¹³ *Id.* §301(1): “The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship. The contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment, notices to be provided by the contracting officer setting forth the provisions of this nondiscrimination clause.”

¹⁴ Executive Order 11246 §203(a): “Each contractor having a contract containing the provisions prescribed in Section 202 shall file, and shall cause each of his subcontractors to file, Compliance Reports with the contracting agency or the Secretary of Labor as may be directed. Compliance Reports shall be filed within such times and shall contain such information as to the practices, policies, programs, and employment policies, programs, and employment statistics of the contractor and each subcontractor, and shall be in such form, as the Secretary of Labor may prescribe.”

¹⁵ *Id.* §202(6): “In the event of the contractor's noncompliance with the nondiscrimination clauses of this contract or with any of such rules, regulations, or orders, this contract may be cancelled, terminated or suspended in whole or in part and the contractor may be declared ineligible for further Government contracts in accordance with procedures authorized in Executive Order No. 11246 of Sept 24, 1965, and such other sanctions may be imposed and remedies invoked as provided in Executive Order No. 11246 of September 24, 1965, or by rule, regulation, or order of the Secretary of Labor, or as otherwise

3. 1971年勞工部頒佈之第4號修正命令

於尼克森總統任內，勞工部頒佈了第4號修正命令 (Revised Order No.4)，要求未能充足進用少數團體成員之聯邦承包商，制定相當的優惠性差別待遇計畫，其中需包含目標及達成時間表，而該聯邦承包商基於善意所採取的優惠措施，亦須與更正缺失直接相關。¹⁶此種措施之採行，雖更進一步強化聯邦承包商採取優惠性措施之義務，惟仍留有裁量空間由承包商自行設定自身應達成之目標，並設計符合自身需求的優惠性差別待遇計畫。

美國於1972年的「公平就業機會法」就民權法第七章之規定為具體化補充，針對優惠性差別待遇部分，該法案提供了各級法院得考量個案情狀而形成優惠性差別待遇措施判決內容之依據。而法院在形成優惠性差別待遇判決的內容可能有兩種情況，一種係在發現雇主有歧視性措施，而雇主對此係有過失的情況下，法院即得逕為下令雇主應依法院認為適當之優惠性差別待遇措施為改善。另一種情況係法院與雇主間以「同意判決」(consent decree)的方式，在兩造合意的基礎下設計優惠性方案，供雇主為未來的執行。¹⁷以下擬介紹美國聯邦法院所下令或已同意判決方式所形成的優惠性方案等相關案例，以釐清針對「弱勢族群就業」之優惠性差別待遇措施在美國係如何適用。

IV. 美國法院在個案中對於優惠性差別待遇之適用

1. *Local 28 of Sheets Metal Workers' international Ass'n v. E.E.O.C.*¹⁸

本案係美國紐約市的金屬片工會(該工會係有向政府為採購)的若干歧視少數民族之措施，被聯邦地方法院認為係違反了民權法第七章之規定，故法院下令工會必須實施一確保工會內需雇用至少29%黑人員工的優惠性差別待遇政策。本案一路上訴到了聯邦最高法院，最高法院亦維持了地方法院之見解，認為當雇主故意對少數民族在職場上為歧視性行為時，法院除應禁止被告繼續為該等行為外，亦有權形成一優惠性措施以根本性地除去少數族群之弱勢地位；如此始為確保民權法第七章之意旨能充分實現之方式。而在上訴人所提出地方法院之優惠性方案可能會對白人造成所謂「反向歧視現象」的抗辯部分，最高法院認為，既然該優惠性措施並不會造成白人員工被迫資遣的結果，因此並不會不必要的侵害到白人員工的權益，自無所謂反歧視的情況發生。

2. *United State v. Paradise*¹⁹

provided by law.”

¹⁶ AFFIRMATIVE ACTION HASN'T WORKED, <http://www.huppi.com/kangaroo/L-aahelp.htm> (last visited Jan 11, 2014)

¹⁷ BARBARA RESKIN, THE REALITIES OF AFFIRMATIVE ACTION IN EMPLOYMENT 13-14 (1998).

¹⁸ *Local 28 of Sheets Metal Workers' international Ass'n v. E.E.O.C.*, 478 U.S. 426 (1986).

本案係發生於政府機關之案件。在阿拉巴馬州政府機關內存在著非常嚴重的種族歧視情況，也因此該州政府時常為黑人所控訴。為解決黑人在阿拉巴馬州政府內所遭遇的不平等工作待遇，聯邦地方法院做出了一項優惠性待遇判決，要求該機關在決定升遷名額時，需保留百分之 50 之名額於黑人，直到黑人主管之人數達全部的百分之 25 為止。

被告對此項優惠性措施不服因而上訴至聯邦法院。聯邦法院在經過充分討論後仍然維持地方法院的判決，其理由在於：除該項措施僅係暫時性、不會過度侵害到白人員工的升遷權利。更重要者，乃地方法院所設計的優惠性待遇方案並非讓黑人得毫無限制的受到該配額的保障；蓋該優惠性待遇方案所保障之對象，係指那些「符合升遷資格」之黑人而言。聯邦法院認為，在給予了適當限制的情況下，此種優惠性待遇方案應被認為係有助於民權法第七章目的之達成。

3. *Local Number 93, Intern. Ass'n of Firefighters, AFL-CIO C.L.C v. Cleveland*²⁰

本案係聯邦法院承認「同意判決」可做為實現民權法第七章意旨之方法的重要案例。在俄亥俄州的黑人消防協會，認為該州克里夫蘭市政府消防局對於黑人消防員的雇用、派遣或升遷均有明顯的歧視，因此向地方法院提起訴訟。地方法院與兩造在經過密集協商後，提出了一套優惠性差別待遇方案以保障黑人消防員。

此等經由各方磋商並達成合意的「同意判決」亦受到聯邦最高法院的認同。最高法院認為，因民權法第七章本就係以「自願實施優惠性措施」做為最高指導準則；而同意判決即具有加速達成此等自願實施優惠性措施之作用。

4. *Wygant v. Jackson Board of Association*²¹

與前案不同，本案的同意判決最終為聯邦最高法院所否決。本案之事時背景乃密西根州的傑克森市與該市的教師工會之前在地方法院的協調下達成一同意判決，內容係關於解雇時給予黑人教師優惠待遇的相關保障。依照該同意判決之規定，若學校遇到需解雇教師的情況，原則上資深者應予留任；惟當解雇人員中黑人所佔之比例將高於黑人教師在該學校所佔之總體教師比例時，則此時年資則不得作為保障之理由。

最高法院認為，由於此優惠性方案未能真正達到保障黑人之目的，且「解雇」對於該特定人所造成之工作權及財產權有極大傷害；欲達成保障黑人教師之目的，仍有其他較小侵害多數團體之方式可為之，諸如在受僱階段採取優惠性措施等均屬適例。因此本案中的解僱優惠性措施係屬違法。

5. *Regents of the University of California v. Bakke*²²

¹⁹ *United State v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987).

²⁰ *Local Number 93, Intern. Ass'n of Firefighters, AFL-CIO C.L.C v. Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986).

²¹ *Wygant v. Jackson Board of Association*, 476 U.S. 267 (1986).

²² *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

本案係美國聯邦最高法院對於優惠性差別待遇應如何正確適用於保障弱勢族群的一項重要判例。本案原告欲申請 University of California 的醫學院，惟卻因該校所採取對於弱勢族群多所保障的若干優惠性措施(包括維持百分之十六的保障名額給予特定少數族群)而未能錄取。原告因此提起訴訟，主張被告之措施違反了美國憲法增修條文第 14 條以及民權法案第七章之規定。

聯邦最高法院在本案中首次承認某些為糾正過去歧視而有相當種族意識之補救方案，應係民權法案第七章所允許者。惟須注意者，此仍不代表為優惠性差別待遇之機構或機關可以採取「配額」的方式以達成其補救之目的；蓋此等措施將造成其他未受優惠性政策所及之族群反而受到「反向歧視」(reverse-discrimination)的困境。

6. *Gratz v. Bollinger*²³

本案之事實背景係密西根州大在評量大學入學申請人資格時，係以 150 分作為基準。其中若申請者係少數族群(如拉裔美人、黑人或原住民)則有自動加 20 分之優惠待遇。有兩位白人申請人則因此優惠性方案而無法入學，故因而向地方法院提起訴訟。案件一路上訴至聯邦最高法院，最高法院認為，密西根州大對於申請入學的評分方式雖表面上係為確保入學者具備多元背景；惟事實上能否達成如此之目的係難以被衡量，且此等優惠方案過度侵害了多數族群申請者之權益因而應屬違憲。

7. *Grutter v. Bollinger*²⁴

與 *Gratz v. Bollinger* 案類似，本案之被告亦係密西根州大學。本案原告欲申請密西根州大法學院，最後卻因該校對於弱勢族群的優惠性差別待遇措施而未能錄取。原告主張，被告之措施違反了美國聯邦憲法增修條文第 14 條以及民權法案第七章之規定，對非弱勢族群的白人造成了歧視。被告則同樣提出「確保入學成員組成多元性」的抗辯，認為上開優惠性政策係屬必要。

本案原告在地方法院時獲得勝訴判決；惟在接下來的第六巡迴法院及最高法院中，均駁回地方法院所持的見解。蓋最高法院重申 *Bakke* 案之見解，認為基於補償弱勢族群在以往遭受不平等待遇時所受之損失，在選任特定人員時將「種族」作為一種判斷標準，而賦予少數或弱勢族群較優惠的待遇並不違反聯邦憲法增修條文第 14 條及民權法第 7 章之意旨。惟大法官在此亦提出了此種優惠性政策之限制，認為此種措施不可能係長期存在；且「種族」因素不可作為判斷一個學生是否得以入學的唯一標準。更重要者，本案中並非如前案係以「配額」(或可謂「一致性優惠」)的方式來保障弱勢族群，故自應得到此項優惠性差別待遇措施並無違反美國憲法及民權法第七章之結論。

8. *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*²⁵

²³ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

²⁴ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

90年代初期，美國「中小企業法案」(*Small Business Act*)及「水路運輸法案」(*Surface Transportation Act*)為扶助弱勢族群之發展，故規定主標商在取得政府標案後，若其能與一定比例之弱勢族群所持有或經營的次標商合作，即能獲得一定的獎勵與補助²⁶。本案原告係一家建設公司。在一場與政府建設有關的標案中，雖然其所提出之標價系最低，但主包商為獲得上開法案中所授予之利益，因而與次優廠商簽約；蓋該次優廠商符合上開法案所謂「由弱勢族群所持有或經營」之要件。原告不服，提起訴訟主張上開兩法案之規定有違反平等權之疑慮。

本案在地方法院及巡迴法院階段原告均獲得敗訴判決。直到上訴至聯邦最高法院後，該法院以5:4推翻前兩法院之見解，認為所有涉及「種族」因素所為之優惠性差別待遇，均應採取嚴格之審查標準。此與最高法院在先前碰到優惠性差別待遇時將降低審查標準之態度有所不同²⁷。在本案中，兩法案所追求之保障弱勢團體之目的雖係急迫且重大，惟所採取之手段與目的之達成並非緊密剪裁，蓋仍然有其他侵害較小之手段可達成相同之目的。故該兩法案係屬違憲。

二、 歐洲

(一) 歐盟法層次

在歐盟，原則上其積極平權措施(positive action)最早出現於處理性別歧視議題—尤其是女性地位。

- 歐盟運作條約(TFEU)

Article 157(4)

With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, **the principle of equal treatment shall not prevent** any Member State from maintaining or adopting measures **providing for specific advantages** in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

然而就種族或民族之積極平權措施，或許因為歐洲本來多民族的歷史文化，相較於歐盟運作條約第157(4)條，歐盟運作條約第19條文字顯然較為保守，僅「在不違反條約中其他(平等原則)條款之前提下，歐盟得採取適當措施對抗種族或民族歧視。」

- 歐盟運作條約(TFEU) Article 19

Article 19

Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in

²⁵ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

²⁶ GIRARDEAU SPANN, *THE LAW OF AFFIRMATIVE ACTION- TWENTY-FIVE YEARS OF SUPREME COURT DECISIONS ON RACE AND REMEDIES* 53 (2000).

²⁷ *See Metro Broadcasting v. FCC*, 497 U.S. 547, at 565-66 (1990).

accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, **may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin,** religion or belief, disability, age or sexual orientation.

至於相關指令則更進一步說明歐盟原則上不排除會員國為種族或民族實施積極平權措施。

- 歐盟理事會就實施種族或族群間平等待遇原則之 2000/43/EC 指令²⁸

Article 5 (Positive action)

With a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for *disadvantages linked to racial or ethnic origin*.

- 歐盟理事會就設立就業與職業平等待遇一般架構之 2000/78/EC 指令²⁹

Article 1 (Purpose)

The purpose of this Directive is to lay down a general framework for combating *discrimination on the grounds of religion or belief*, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.

Article 7 (Positive action)

1. With a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to any of the grounds referred to in Article 1.

雖然法律層次規範如此，但歐洲法院對於積極平權措施之適用相當嚴格，經常宣告成員國國內的性別積極平權措施抵觸歐盟條約「平等待遇」之規定。在此種適用之下，成員國之措施必須具有相當彈性，不得以僵化之配額，方符合比例原則。³⁰

²⁸ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin

²⁹ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation

³⁰ 在 1995 年的 *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* 案，歐洲法院認定德國有關「條件相同則優先錄取代表數過少之女性」之規定，抵觸了歐體條約性別平等待遇之規定。法院以為此一無條件給予女性優先權之規定，違反了「禁止歧視」的要求，而侵犯了男性謀職者的「個人權利」(individual rights)。而在 1997 年的 *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* 案，歐洲法院雖然承認類似的雇用優惠措施合乎歐盟法。但依然採取相當形式主義的

(二) 歐盟成員國法律層次：軟性積極平權措施

I. 英國

英國 1976 年的種族關係法案 (Race Relations Act 1976) 原則上禁止對種族的特殊待遇，但在法案的第六部分 (Part VI) 亦提供了一般例外，容許在「教育」「訓練」「福利」層面提供積極平權措施，同時針對公共與私人機構予以規範。措施內容包括鼓勵措施 (例如：在徵才廣告中加上鼓勵特定族群應徵之敘述)、職前及在職訓練。

Section 35 (Special needs of racial groups in regard to education, training or welfare)
—Nothing in Parts II to IV shall render unlawful any act done in affording persons of a particular racial group access to facilities or services to meet the special needs of persons of that group in regard to their **education, training or welfare, or any ancillary benefits.**

根據此法，雇主得對於「代表數過低」(underrepresented) 之族群，提供特別的教育訓練。這類措施之目的，在於使少數族裔能夠與其他人在平等條件上競爭職位。而「過低代表數」係包含以下條件—第一，在特定機構的特定工作，並無該族裔之受僱人；或第二，該族群在該機構的受僱人數量比例，小於其於全英國之受僱比率；或是小於該族群在地方或全國之人口比例。

Section 37 (Discriminatory training by certain bodies.)
(1) Nothing in Parts II to IV shall render unlawful any act done in relation to particular work by any person in or in connection with—
(a) **affording** only persons of **a particular racial group access to facilities for training** which would help to fit them for that work; or
(b) **encouraging** only persons of **a particular racial group to take advantage of opportunities for doing that work**, where it reasonably appears to that person that at any time within the twelve months immediately preceding the doing of the act—
(i) *there were no persons of that group among those doing that work in Great*

途徑：積極平權措施仍然被當作一種「例外」。而系爭的措施之所以能夠通過檢驗，乃是因為它有一個例外條款—男性謀職者可以提出其他的優點與理由，推翻「優先錄用女性」的推定。嗣後，在 2000 年的 *Badeck v. Hessische Ministerpräsident* 法院亦以類似的理由—系爭措施並非自動優惠，亦非絕對固定配額，而是擁有相當彈性的平權措施。最後，在另一個有關瑞典優先聘用女性教授的案件 *Abrahamsson v. Fogelqvist* 中，歐洲法院認定此一規定既無例外的「反證推定條款」，又不符合比例原則 (proportionality)，因而並不能通過檢驗。參照：廖元豪，種族積極平權措施 (Race-Based Positive Action) 與平等原則之關係—歐洲角度的評析，歐洲人權學術研討會 2004-10 中央研究院歐美研究所。

Britain; or

(ii) *the proportion of persons of that group among those doing that work in Great Britain was small* in comparison with the proportion of persons of that group among the population of Great Britain.

此外，在 2010 年新訂的平等法案 (Equality Act) 中，亦規定雇主得自願性的實施積極平權措施。措施內容亦是鼓勵性質之措施。

Section 158 (Positive action: general)

(1) This section applies if a person (P) reasonably thinks that—

- (a) persons who share a protected characteristic suffer a disadvantage connected to the characteristic,
- (b) persons who share a protected characteristic have needs that are different from the needs of persons who do not share it, or
- (c) participation in an activity by persons who share a protected characteristic is disproportionately low.

(2) This Act does not prohibit P from taking any action which is a proportionate means of achieving the aim of—

- (a) enabling or encouraging persons who share the protected characteristic to overcome or minimise that disadvantage,
- (b) meeting those needs, or
- (c) enabling or encouraging persons who share the protected characteristic to participate in that activity.

II. 荷蘭

荷蘭則是在「1994 年促進比例非國民勞動參與法」(the 1994 Act for the Promotion of Proportional Labour Participation of Non-Nationals) 中規定，擁有員工超過三十五人的企業，有義務申報其員工的族裔組成情況。若少數族議員工有「代表數過低」之情況，該企業就有義務訂定計畫以強化其族群多樣性。爾後，此等硬性規定遭到廢止，政府邀請了工會以及企業界，研擬新方案已改進就業歧視。其後即制訂新法，改變原本強硬命令與懲罰的手段，而改採軟性的方法。新法規定企業應公布少數種族員工之數目以及年度雇用計畫，並由勞動檢查員監督。

上述法律已在 2004 年 1 月 1 日廢止。³¹ 荷蘭政府目前主要透過多文化專案繼續推動就業族群多樣性。³²

III. 德國與法國—身分盲 (identity-blind)

³¹ http://www.art1.nl/artikel/1459-Wet_SAMEN.

³² Daniela Caruso, Positive Action in the European Union after the New Equality Directives, Jean Monnet Working Paper 10/02, at 52.

法國之憲法以及相關法律原則上致力於消除「種族」一詞。1958年憲法第一條明確規定「法蘭西是一個不可分裂、政教分離、民主及社會的共和國。她確保每位公民在法律前平等，不分出身、種族或宗教。她尊重所有信仰。她的組織架構是非中央集權的。」第二條第一項明文規定：「法國保障所有公民法律之前的平等，無分出身、種族，或宗教。」國家法令措施，甚至民間社會行為，均不可以種族作為分類標準—連一般性的戶口普查、資料統計，均不准有種族或宗教的分類。在2013年五月，更進一步刪除9處法典裡和13處非成文法裡出現的「種族」詞彙。³³準此，法國法律中並無針對少數族群的積極性平權措施立法例。

對德國而言，種族議題主要存在外來移民與本國國民間之問題。德國聯邦憲法第三條第三項禁止基於性別、出身、族裔、信仰、宗教或政治意見、身障而來的歧視。然而，除了第二項允許對女性的積極措施外，除此之外似乎並不允許對於其他族群的積極性矯正措施，蓋可能與第三條第三項之平等原則產生衝突。³⁴

³³ <http://tw.news.yahoo.com/%E6%B3%95%E8%AD%B0%E6%9C%83%E9%80%9A%E9%81%8E%E6%8F%90%E6%A1%88-%E5%88%AA%E9%99%A4%E6%B3%95%E6%A2%9D%E4%B8%AD-%E7%A8%AE%E6%97%8F-%E8%A9%9E-015823524.html>.

³⁴ Daniela Caruso, Positive Action in the European Union after the New Equality Directives, Jean Monnet Working Paper 10/02, at 32-42.

附件 6

研商原住民族工作權保障法第 12 條所為之原住民族就業代金 相關疑義會議紀錄

壹、會議時間：96 年 1 月 9 日（星期二）上午 9 時 30 分

貳、會議地點：本會第二會議室（10 樓）

參、主持人：徐副主任委員明淵 紀錄：鄭婷尹

肆、出席機關與人員：如簽到簿（後附）

伍、主席致詞：略

陸、討論事項：

- 案由一：行政院訴願審議委員會就國立新竹高級工業職業學校及國立成功大學醫學院等不服本會依原住民族工作權保障法（以下簡稱本法）第 12 條所為之代金處分提起訴願案，行政院訴願審議委員會認為本會就「得標廠商」之定義與範疇應另為解釋、另亦對「員工總人數之計算基準」、「比例原則」提出疑義案，提請討論。

與會學者及機關代表意見：

一、原民會紀處長明錫：

- （一）本會為原住民族工作權保障法（以下稱本法）之主管機關，自應有得標廠商解釋權限，惟政府採購法（以下稱採購法）第 8 條已明確定義「廠商」，亦即只要得標，不論公、私部門均為「得標廠商」。本法第 12 條乃依照採購法第 98 條應運而生，基此，得標廠商應比例進用原住民乃採購法為促進原住民就業，改善其經濟生活之立法實現，立法者既賦予採購法促進原住民就業之重任，非採購法主管機關之本會實難違背立法機關之民意而作成不同之解釋。倘強就本法「廠商」為不同解釋，實有割裂法律適用之疑慮。
- （二）按本法第 12 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。」觀其文義，凡得標且人數逾 100 人者均有其適用，並未排除政府機關、公立學校及公營事業。倘前開機關並非廠商，招標機關不應使其得標，一旦得標自為廠商甚明，將該等得標之機關排除廠商身份，實有窒礙難行之處。

(三) 本法第 4、5 條係規範(原住民族地區)各級政府機關、公立學校及公營事業機構平時進用義務，第 12 條則係規範依政府採購法得標廠商於履約期間之進用義務，前開各條文係規範不同情形下所產生之不同法律效果，即各級政府機關、公立學校及公營事業機構平時應符合第 4、5 條之規定，一旦得標則應依實際情形適用第 12 條之規定，應無重複課處代金之情形。

(四) 公部門對於促進原住民族就業應負有更多之責任，第 4 條僅規範五類人員 1%(不含公務人員)，而第 12 條若僅規範私部門需以員工總人數 1%計，顯不合理，部分公家機關歷年來均依法繳納代金，倘今恣意排除，將有違「平等原則」之虞。

二、工程會代表：

(一) 政府採購法(以下稱採購法)自施行至原住民族工作權保障法施行前，第 98 條條文所定應僱用身心障礙者與原住民人數比例，係採合併計算認定，故執行上並無問題。惟原住民族工作權保障法公布施行後規定二者各應僱用 1%，不得合併計算認定，對於原住民之僱用，始出現窒礙難行之處。

(二) 採購法所稱「廠商」，同法第 8 條已有規定。如原民會基於原住民族工作權保障法之主管機關，對該法第 12 條之廠商另為適當之解釋，本會尊重其職權。

(三) 依照原住民代金繳納規定，實務上有時會發生不符比例原則的問題。例如一個標案之契約價金僅為新台幣 100 餘萬元，結果有可能因未僱足原住民，而須被追繳 500 餘萬元代金之情形。

三、行政院秘書處：

(一) 原住民族工作權保障法第 12 條在實務運作上，已經出現不少爭議。行政院訴願會已就依政府採購法得標之廠商，其為公法人者，認為應無該條之適用，而撤銷原民會所作的處

分。其他包括公益性質的財團法人，其係以接受政府補助款形式執行政府部門委託之業務，而非以營利為目的者，亦有不少訴願案件待解決。

- (二) 行政院訴願會受理有關本條之訴願案件甚多，顯見其在適用上已產生諸多疑義。原住民族工作權保障法部分條文修正草案已針對這個問題，刪除第 12 條的條文，在但在法律修訂的空窗期，請原民會本於主管機關權責，依法律解釋方式釐清得標廠商的定義，以供行政院訴願會受理此類訴願案件參考，否則只能逐一就個案認為訴願有理由者，撤銷原處分，並請原民會另為適當處分，而原民會又堅持依政府採購法第 8 條認定得標廠商，則問題永遠無法解決，而且也浪費許多行政成本。
- (三) 本法第 12 條之得標廠商認定，是否可依採購案件的類型與性質作區分，而非將工程會所列之得標廠商均視為應適用該條的規定？本處認為有加以討論的必要，且應非一體適用，惟其範圍為何，請各位集思廣益提供意見。
- (四) 原民會擔心部份廠商會因此得免繳納代金，將減少原住民就業基金收入一節，其實促進原住民穩定就業才是本法的政策目的，收取代金只是督促措施，不宜本末倒置。至於已繳納代金者若因原民會所作出之解釋而得請求返還者，其金額及後續籌措等問題，可將法律解釋結果之影響評估，報請行政院協助處理。

四、徐正戎教授：

- (一) 探討業務主管機關對所適用法律的解釋權限，重要原則：主管機關當然有解釋權限，其限制為一、解釋過程依照法律解釋方式與規則。二、適用有爭議時，以司法機關之解釋為最終解釋。原住民族工作權保障法（下稱本法）12 條是依照政府採購法，原民會對廠商解釋擴及到無人格團體。新竹高工與成大醫院主張應是無理由的。
- (二) 本法 12 條無法排除公營專業的機構，黃校長將 4、12 條掛

鉤處理，張教授將 4、12 條脫鉤處理。我認為 4、12 條立法意旨不同，第 4 條為公營事業長期進用的規定，12 條為得標者短期（履約期間）進用規定，12 條無法排除公營事業機構，公部門應受應受第 4 條及第 12 條之規範，若有預算、員額之問題，應於投標前一律考量。提議以得標之特定單位人口作為人數計算基準。

五、黃俊杰教授：

代金為專款專用，偏向徐教授意見。本案關鍵點，本法 12 條第 1 項規定，與身障法規定配合看，應以總人數作為判斷標準，行政院的訴願決定，另為適法處分，所以還是有處分權，貴會裁量權，重點在計算基礎合不合法，為何有三次變動？

六、張桐銳教授：

（一）解釋法律非單以文意解釋，主管機關可從規範目的的角度對本法 12 條廠商要擴張或限縮解釋，從第 4 條與第 12 條發現立法者對公部門要求更多責任，細觀本法，只有第 4、5 條針對公部門為特別規定，並未對私部門有特別規定，僅於第 12 條規範得標廠商，可見立法者在第 12 條之立法想像之規範對象係私部門，如此應可限縮解釋，將得標公部門廠商原先因 24 條而不須僱用到 1% 的公部門也應僱用到 1%。

已經確定的行政處分是否要撤銷，屬於法律見解變更，不一定認為之前行政處分違法，即使認為先前之處分違法，是否要撤銷先前的處分，主管機關是有裁量權的，不一定涉及溯及既往與退回的問題。

七、林志成教授：

私部門也有在反應比例原則的問題（大公司標得小金額之標案其應繳納之代金卻多於小公司標得大金額之標案，顯不合理），在尚未修法前仍應依法行政，貴會應考量例如補助款、上級委託下級、受委託廠商外包程序，是否比照政府採購法，比照與視同不一樣，有較多解釋空間。希望貴會採限縮的解釋。

八、劉士豪教授：

(一) 非營利組織與公益團體並不代表沒有營利行為，只是營利所得為公益目的，所以在採購得標時應將其視為廠商。

(二) 請教公程會為何身心障礙者部分沒有發生問題？（工程會代表表示，未接到該類陳情案件）身障法有進用比例原則，且平常即須進用，所以廠商沒注意到政府採購法的規定；原住民族工作權保障法因政府採購法有 2% 的規定，且須於履約期間才需僱用，立法目的和政府採購法相關聯，原本採購法就已規定合計 2%，後來在本法立法時，為了確實保障原住民就業，希望取得其中 1% 之進用機會，故於本法中規定 1%。在廠商的解釋上，不只關係公立學校，也關係到私立學校，若將本法 12 條解釋作限縮有三種 1. 類推、2. 目的性限縮，不同限縮方式會造成不同結果，且目的性限縮限制嚴格，應作嚴謹的操作。

如果採標案類型作排除，則關於標案是否屬於公益之判斷標準及認定，必須作非常公平合理及嚴密之類型劃分。類型化的目的性限縮若作成，而將已做成之處份撤銷，將造成同一期間做成處分，而已繳交代金之廠商的抗議，是否符合公平性？

(三) 廠商於投標前已明知採購法第 98 條及本法第 12 條規定，若不敷成本，造成繳納代金會超過標案利益，難道也有違憲疑慮嗎？

九、沙一誠教授：

1. 無論是委辦或是委託案在政府單位都是依照採購程序處理。
2. 政府單位審標時會要求他們應僱用人數（資格標）。
3. 第 12 條的解套，可以有兩種，(1) 不包括公部門，將第 12 條廠商界定為私部門，再限縮總人數。(2) 包括公部門，解釋成依政府採購法得標之廠商。

十、主持人徐副主任委員：

(一) 有關依政府採購法得標之廠商，其程序類別繁多（例如委辦、研討會或中央指定之案件），以及公益團體部份（公益法人、財團法人），以採購法程序進行致需雇用原住民一定比例或遭追繳代金，本會解釋以何為標準是討論關鍵所在。

(二) 私部門部分也很極端，第二個提案將從總人數計算部分請教各位。

(三) 本案各位的意見彙整後，函知各與會學者及機關代表。

案由二：原住民族就業代金追繳核算總公司及分公司員工總人數認定標準之疑義，提請 討論。

與會學者及機關代表意見：

一、工程會代表：

採購法第 98 條所稱「國內員工總人數」，採購法施行細則 107 條已有規定。如原民會基於原住民族工作權保障法之主管機關，對該法第 12 條之「國內員工總人數」為適當之解釋，本會尊重其職權。至於原民會 94 年 3 月 11 日研商「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」第一次會議紀錄，曾作成結論「得標廠商以分公司名義投標，但納入總公司投保者，可檢附投保人數（勞工保險局保險費繳款單）及勞工名卡等證明文件，以分公司實際僱用員工總人數計算應僱用原住民人數」，併請參考。

二、劉士豪教授：

勞動基準法第 7 條有規定，事業單位要準備勞工名卡（不同於勞工保險卡），可請勞委會的勞工檢查機構以及臺北市高雄市的勞工檢查機構協助查驗，若有偽造嚴重處罰。

三、黃俊杰教授：

代金是平衡弱勢的特別公課，其所注重點是在於一群體利益性（集體利益），若因人數上的切割而可規避群體責任（集體責任），類似透過稅金的減免造成稅務移轉，對整體來說是不對的，支用目的造成責任移轉似乎不妥。

四、徐正戎教授：

政府採購法已規定團體可作為投標廠商，我們不用考慮當事人能力的問題（訴訟法上概念），權利能力則為實體法上概念，現行法規定下若不修法，分公司名義投標就應以分公司人數計算不應算

入總公司。

對平等權的爭議，應考慮的是未足額雇用原住民課以就業代金比例 1%是否將全國原住民比例考量進去。至於是否有分公司以少報多，則在採購法採購案件中有規範，應和此處重點不同。

五、林志成教授：

公程會於 90 年曾給經濟部中小企業處函釋，員工總人數是以投保單位為計算標準，總行跟分行可個別當投保單位。

六、工程會代表：

上開函據悉目前應無停止適用。原民會 94 年 3 月 11 日的會議結論，係指以分公司名義投標，但納入總公司一併投保之情形。

七、法務部代表：

法務部為行政院及各部會的法律諮商機關。實務上分公司有當事人能力。我們將保障法第 4.5.11.12 條一起看，發現立法者意在建購政府機關與廠商的種種僱用責任，應將整部法的立法意旨一併考量。

柒、結語：

感謝諸位老師指導，給我們一個方向，基本問題仍是整個民族的就業問題解決，原住民人口有 1/3 強在都會地區，其就業需要關照，另原鄉部落產業發展也需要大家努力推動協助。

捌、散會：十二時整

釋字第 810 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官提出

壹、本號解釋聲請案原因事實大要及聲請釋憲之主張

本號解釋釋憲聲請人為臺北高等行政法院第四庭，就其所審理原告中國人壽保險股份有限公司（下稱中國人壽）與被告原住民族委員會（下稱原委會）間有關中國人壽應繳納代金之爭議，認為該事件所應適用之原住民族工作權保障法（下稱原保法）有關代金計算之規定違憲而聲請釋憲。

聲請人所審理案件之原因事實為：臺中市政府地方稅務局（即招標機關）為承租辦公廳舍，依政府採購法公開招標，中國人壽提供一處房舍而得標，依原保法第 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」¹。僱用原住民人數未達該標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金（同條第 3 項）。應繳代金金額依原保法第 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」（即系爭規定）。

中國人壽於履約期間全國僱用員工總數 5,000 多人，超過 100 人之最低門檻，其進用原住民之人數，未達總人數百分之一之標準，中國人壽就差額人數乘以每月基本工資新臺幣（下同）18,780 元計算，於履約期間合計應繳納代金為 2,949,712 元。然而，該採購案於民國（下同）101 年度，招標機關僅支付 7 至 12 月總租金 1,640,000 元，低於中國人壽應繳納之代

¹ 意旨相同之規定亦見於政府採購法第 98 條：「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。」

金金額，聲請人認為系爭規定侵害人民財產權，違反比例原則而聲請釋憲。

貳、本號解釋與釋字第 719 號解釋之關聯

針對系爭規定之相同爭議，本院曾於 103 年 4 月 18 日作出釋字第 719 號解釋，認為原保法第 12 條第 1 項、第 3 項，以及政府採購法第 98 條規定，關於政府採購法得標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，人數不得低於百分之一，未達標準者，應繳納代金之規定，並未違反憲法平等原則及比例原則而合憲。依解釋理由書，合憲之理由包括「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」，但同時指出「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」，並要求有關機關應儘速檢討改進。本號解釋可稱是接續釋字第 719 號解釋，就立法者遲未修正之系爭規定，認為係「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」，並總結：立法者就此未設適當之調整機制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。本席贊同本號解釋之結論，但認為本件聲請案應與釋字第 719 號解釋一併重新檢討繳納代金義務規定（即原保法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條）之合憲性，以及代金調整機制之問題，爰提出協同意見如下：

參、釋字第 719 號解釋原因案件、本件聲請案之原因案件以及其他相關判決案例之原因事實應合併觀察

本席認為，評價繳納代金義務之規定與系爭規定是否合理（合憲），應由瞭解相關案例之原因事實為起點，以避免流

於理論推演。

- 一、本件聲請案之原因事實已如前述。
- 二、釋字第 719 號解釋共有 4 件聲請案，有 2 件為雜誌或報紙刊登國營事業等廣告案，另 2 件為興農公司標得國民小學午餐採購案，以及台灣高鐵公司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。
- 三、與釋字第 719 號解釋和本件聲請案爭議相同，但敗訴廠商並未據以聲請釋憲之其他案件

除了本號解釋之原因案件以及釋字第 719 號解釋之 4 件原因案件之外，尚有許多廠商因參與政府採購案而被追繳代金之案件，部分受追繳代金之金額超過採購金額數倍之多²。本席認為其中較具代表性之案件為：

- (一) 臺灣萊雅公司標得國立臺灣大學附設醫院總務室「安德利全護敏感防曬乳液(清爽防曬乳)」採購案，履約期間銷售總價 146,952 元，獲得利潤 22,000 元。原委會向其追繳代金 720,192 元³。
- (二) 義大醫院標得行政院衛生署疾病管制局「94 年度衛生署愛滋病指定醫院免費匿名篩檢諮詢服務徵選計畫書」採購案，採購案總金額為 480,950 元。原委會向其追繳代金 2,165,328 元⁴。
- (三) 燦坤公司標得前中央信託局股份有限公司 5 組採購案。實際交易訂約僅國立清華大學向燦坤公司之光復分公司訂購數位相機 35,940 元、國立花蓮師範學院向燦坤

² 相關案件事實及判決理由可參見：臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2085 號、第 3062 號、97 年度訴字第 295 號、98 年度訴字第 1266 號、99 年度訴字第 136 號判決。

³ 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3511 號判決、最高行政法院以 99 年度判字第 533 號判決、臺北高等行政法院 99 年度訴更一字第 69 號判決。

⁴ 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2988 號判決。

公司訂購數位相機與記憶卡 12,000 元，二者合計營業金額共計 47,940 元。原委會向其追繳代金 2,581,920 元，最後判決確定追繳 847,440 元⁵。

肆、前揭得標廠商對原委會追繳代金處分表示不服之主張及法院判決駁回之理由

一、得標廠商不服之理由大要

- (一) 未能順利招募原住民員工非可歸責於得標廠商，如因原住民族分布、人力結構限制等因素，造成人力供需不平衡或受到地域限制，事實上難以招聘足額原住民。
- (二) 採購案履行方式本不須投入大量勞力，甚至是使用電腦程式處理，而無需實際處理人力，而原委會要求之僱用原住民人數，已超過得標廠商承作採購案所需之人力。
- (三) 採購案之履約期間，未區分政府採購單位與各種不同型態之採購契約而為不同之規定，概以形式上規範義務之期間為準，並不合理。
- (四) 原委會對得標廠商課處之應繳納代金，超出採購金額或得標利益，有違比例原則。

二、行政法院則概以下述見解，駁回前揭得標廠商之主張

- (一) 原保法第 12 條規定，性質上屬於特別公課，與行政罰或其他行政責任有別，無涉可責性或歸責性，故僅需得標廠商符合法律所規定之構成要件，即負有繳納代金之義務，不問是否有故意或過失。

⁵ 臺北高等行政法院 98 年度訴字第 332 號判決、最高行政法院 100 年度判字第 2134 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴更一字第 242 號判決。

- (二) 廠商於投標時，即可由相關法令、契約內容及招標機關之投標須知等得知相關僱用原住民之義務，以及執行力有未逮時應負擔之成本（代金），本可綜合考量及風險評估。
- (三) 代金相關規定並未因採購案利潤之多寡而區分代金之計算方式，故縱使得標並未增加就業機會，或所獲得之利潤不高，得標廠商仍負有僱用原住民之義務。
- (四) 條文既未區分計算國內員工總人數之範圍是否以實際參與採購案或與之相關者為限，且未區分採購案之適用類型、特性，亦不論有無增添人力之必要或考量履約期間長短之問題，自不得恣意附加法律所無之限制，否則將無法落實該法律為促進原住民族就業，保障原住民族工作權及經濟生活之立法目的。

上述行政法院判決之理由，依法論法並無違誤。但本席認為代金制度可能涉及政府多重政策間之衝突，如不能兼顧，即應探討代金制度合憲性問題。如代金制度尚有存在之必要，則應考量調整機制以免過苛。就上述案件之原因事實綜合觀察，可得討論如下：

伍、政府採購制度與促進原住民族就業機會政策掛勾之利弊

對上述諸多案例綜合研判，本席認為原保法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條將政府採購制度與國家保障原住民族工作權政策目的掛勾，可能妨害政府採購法立法意旨之實現，應予重新檢討：

- 一、政府採購案不具吸引力，且政府公共工程品質低下之原因多端——政府採購制度承擔太多政策任務為原因之一
憲法規定國家應保障原住民族（憲法增修條文第 10 條第

12 項)，並依此制定原保法，其立法目的自為合理，然而就原保法所定之各種保障機制，應隨執行之效果及成本而隨時檢討。又政府採購法之立法目的是為「提升採購效率與功能，確保採購品質」（政府採購法第 1 條參照），欲達此目的，立法上應儘量鼓勵有能力承作之優質廠商踴躍參與投標，從事價格及品質競爭，讓招標機關得以最合理之價格獲取最優質之採購成果，以促進公益。政府採購制度若與促進原住民族就業政策相輔相成，讓政府採購制度搭配扶助弱勢族群之目的，自屬雙贏。但若為保障原住民族工作機會而妨害政府採購法立法目的之實現，就該保障方式自應予檢討。行政法院判決及釋字第 719 號解釋理由書所稱「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」，此說法固有道理，但其副作用卻被忽視。按廠商如評估後認為代金過高而決定不參加投標，實際上已產生篩選、阻隔投標廠商之效果。因為廠商如於投標前注意到因得標將被課處與採購金額不成比例之代金，沒有一個理性的廠商會來投標，造成「是否僱用原住民族人數達國內員工總人數百分之一」成為資格標之要件。未具備此資格而選擇不參與投標之廠商，並非其專業沒有競爭力，相反地可能是少數具有履約專業能力的廠商之一，少了此一家（或數家）投標廠商，對標案價格、品質之競爭產生影響，如此所生阻隔、篩選之結果，已妨礙政府採購法立法意旨之實現，對公益有所傷害。實務上，投標須知通常為印得密密麻麻之定型化契約條款，於金額不高、履行項目單純之採購案，很少投標廠商會去特別注意招標條款裡竟然隱藏如此嚴苛的代金義務，招標機關若未事先提醒投標廠商，縱然不能說違法，但稱其未

以誠信之方式履行招標機關之義務，並不為過。

- 二、未注意到代金規定而參與投標並得標之廠商，依約忠實履行之後，卻被原委會要求繳納高額之代金，不僅侵蝕利潤，且代金金額可能超過採購金額，廠商當然不服，卻於訴訟後均遭敗訴駁回。可以想見這些廠商將對政府採購制度留下極為負面的評價，爾後對政府採購案避之唯恐不及。影響所及導致優良廠商普遍性地選擇不參與政府採購案，將造成政府採購制度之立法目的無法實現之後果，是整體社會的損失。
- 三、國內公共建設品質不如民間之建設，其原因與政府採購制度僵化有關，包括「單價偏低、工期不足、工程查核失焦」等⁶，無法吸引優質有競爭力之廠商參與投標，也反映在最近許多政府採購案不斷地流標。由本案可知，政府採購制度背負著與其立法本旨無關的政策任務，如本案所爭議之促進原住民族就業的政策目標，亦為造成政府採購缺乏吸引力之原因之一。
- 四、原住民族就業促進政策與政府採購制度應予脫勾已如前述，如一定要有所聯結，強制繳納代金方式並非為達成促進原住民族就業目的而損害較小之方法。由政府採購之預算中提撥一定比例之金額供原住民族就業訓練，以及結合政府所推動國家發展目標，培力原住民族在「地方創生產業」、「文化創意產業」或「高科技產業」等等領域之人才，可能更有助於該目的之達成，並避免政府採購制度受到扭曲。原保法第 5 章所定之促進就業措施，尤其是第 15 條⁷所定政府應辦理職業訓練，以及提供生活補助

⁶ 徐岩奇，剪綵文化 讓公家建築品質輸民間，聯合報，110 年 9 月 30 日，<https://udn.com/news/story/7339/5781601>（最後瀏覽日：110 年 10 月 8 日）。

⁷ 原保法第 15 條規定：「（第 1 項）中央勞工主管機關得視需要獎勵設立職業訓練機構，為原住民

之規定，符合授人以魚竿之意旨，應值得國家投注更大之經費以實踐。

五、依原委會統計，目前原住民族之失業率與一般民眾逐年趨近，在「量」的提升有長足進步，且「自 105 年迄今，原住民族失業者平均失業週數較全體民眾為低」⁸，此數據應可解讀為戰後多年來各方的努力，原住民族與一般民眾間之教育水平漸趨接近，原住民族已於就業市場憑自己之實力取得一席之地，而不依賴法令最低聘僱比例之保障。對於憑自己實力爭取到工作職位的原住民卻可能須承受「一定比例僱用保護」之眼光，對其亦不公平，在此環境之下應重新檢討原保法結合政府採購法之機制。

陸、持續課徵代金應有適當調整機制

本號解釋認為「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」，因此立法者未設適當之調整機制而違憲。至於立法者應如何設適當之調整機制，本號解釋並未說明。本席認為所謂過苛應不限於代金金額超過採購金額之情形，而調整機制可考慮如下情形：

- 一、代金與採購金額顯不相當者，例如租賃契約，每月租金可能不高，契約總額不大，但可能因履約期間長，依此計算代金，造成代金金額龐大，如本件聲請案之原因案件，即應有調整機制。
- 二、代金與採購金額顯不相當，亦可能是採購金額微小，僅因廠商於全國僱用員工總人數多，因此應僱用原住民人數

辦理職業訓練。（第 2 項）中央勞工主管機關應依原住民就業需要，提供原住民參加各種職業訓練之機會；於其職業訓練期間，並得提供生活津貼之補助。（第 3 項）中央主管機關對原住民取得技術士證照者，應予獎勵，以確保並提升其專業技能。（第 4 項）第二項之補助條件及數額，由中央勞工主管機關定之；前項之獎勵辦法，由中央主管機關定之。」

⁸ 原住民族委員會，109 年原住民就業狀況調查報告，頁 2、113。

相對提高，造成代金金額龐大，例如前述之臺灣萊雅公司出售防曬乳液給國立臺灣大學附設醫院案，以及燦坤公司出售相機及記憶卡給學校案，即為此情形，亦應有調整機制。

三、得標廠商如為全國性之廠商，於原住民族居住人數較多之縣市或於履約之縣市已僱用原住民達最低人數標準，甚至超過，但是於原住民族人數較少之縣市，則無法僱足一定比率之原住民，造成全國計算未達比例，此時應讓廠商有說明之機會，瞭解未僱用足額之原因，以減少或免除代金。

四、履約期間之計算亦有調整空間，如機具採購或工程契約，於給付義務履行之後往往有一段保固期間，長達數年，此段保固期間是否屬履約期間而列入計算代金範圍，實有疑義。又政府採購契約常因不可抗力或其他不可歸責於廠商之原因而延展，延展期間未必能獲得政府增加契約金額給付，若此延長工期均列入計算代金之履約期間，對廠商即為不公。

綜上，本意見書支持本號解釋之結論而為協同意見書，但本席認為本號解釋之結論就處理代金問題祇是跨出小小一步，並非是解決相關政策衝突最好的方法。代金過苛應予調整，不限於代金金額超過採購金額之情形。更進一步，政府採購應與代金制度脫勾，讓政府採購回歸立法本旨，亦可考慮由政府採購預算中提撥一定比例金額供原住民族就業訓練，不失為達成相同目的而損害較小之方法。

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 參見行政院原住民族委員會 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。

釋字第 810 號解釋不同意見書

蔡大法官明誠提出

本號解釋延續本院釋字第 719 號解釋意旨，並未質疑原住民族工作權保障法要求政府採購得標廠商，應於履約期間足額僱用原住民一定比例人數規定之合憲性，可資贊同。但卻認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）以劃一方式計算代金金額，尤其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。有關機關應至遲於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。本號解釋所稱顯不符相當性，認系爭規定之計算方式違背狹義比例原則（相當性），係以促進原住民就業代金與採購金額多寡或過重（超過）作為比較對象，誤解原住民族工作權保障法要求依政府採購法得標之廠商，應於履約期間僱用一定比例人數原住民之立法意旨，及促進原住民就業代金之目的及特性，此一解釋結果及立論均有值得商榷之餘地，爰提出不同意見如後：

一、先從本院釋字第 719 號解釋而論

本院釋字第 719 號解釋認依憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等。」及憲法增修條文第 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

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」⁴。是該號解釋系爭規定係為維護重要之公共利益，其目的具正當性。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，亦未牴觸憲法第 23 條之比例原則，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。且該號解釋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，所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，為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(affirmative action)，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。其中以憲法與國際宣言及公約等規範及精神作為立論基礎，符合保障原住民人權之意旨及目的，可資贊同。

惟就得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金部分，其金額如超過政府採購金額者，該號解釋附加宣示：「允宜有適當之減輕機制」，並呼籲有關機關應依該號解釋

⁴ “Governments shall, within the framework of national laws and regulations, and in cooperation 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.”

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。整體而言，本號解釋基本上未對前開釋字第 719 號解釋之立論有所懷疑，由於該號解釋自 103 年 4 月 18 日公布後，未見有關機關有所檢討改進，故本號解釋將原先合憲性解釋中併予呼籲性宣示部分，以比較政府採購原住民就業代金與採購金額多寡之方式，認為系爭規定違反狹義比例原則（相當性）而違憲。但對於促進原住民就業代金之課徵特殊性，卻未予以申論，亦即並未深究代金係屬於原住民族工作權保障法所定義務之違反，而非政府採購法所定採購契約義務之違反，即純從數量上以代金與採購金額之多寡，進行比較，本號解釋之立論，是否符合本院釋字第 719 號解釋之意旨，頗值得再推敲。

二、促進原住民就業代金之意義及性質

關於政府採購原住民就業代金之課徵，依原住民族工作權保障法相關規定，僅係使依政府採購法得標廠商，於履約期間內，負有依相關規定足額僱用原住民族之義務。⁵原住民族工作權保障法並規定，僱用不足者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，作為辦理促進原住民就業權益相關事項之用。前述代金之概念為何，值得申論，以期較正確予以定性，藉以作為本號解釋之立論基礎。

⁵ 上開規範對象及內容，與身心障礙者權益保障法規定有所不同，後者係針對各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構，不論是否為政府採購法得標廠商，皆應負有足額僱用身心障礙者之義務。參照 <https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B637B9AEF768756E93-info.html>（最後瀏覽日期:110 年 10 月 7 日）

1. 特別公課之概念及定性

有關公法上之負擔，亦即公法上之給付義務，可分為公法上金錢給付及公法上實物給付。其中公法上金錢給付，亦即公課(öffentliche Abgaben)，包括稅捐、規費、受益費及特別公課。⁶特別公課，係源自於德國之法律概念，⁷首見於公法學者 Werner Weber 於 1943 年所發表之文章，該文指出特別公課與稅捐相對，主要係基於經濟政策目的，而非財政目的。⁸所謂特別公課，係指由國家對人民以公權力課徵，將其收入納入封閉之財政循環系統（特種基金專戶），用以挹注國家特別任務支出之金錢給付義務。⁹其中涉及法律義務之特別公課，例如身心障礙者權益保障法規定之差額補助費、原住民族工作權保障法規定之代金等。¹⁰

從比較法觀察，德國基本法將公共負擔(Gemeinlast)之稅捐(Steuer)（德國基本法第 105 條以下）與非稅公課(nicht

⁶ 在具體情形，是否有一項稅捐、規費、受益費或特別公課存在，應專門依其是否滿足此類公課的各自概念特徵而定，至於立法者對於此類公課所選擇的名稱如何，並不重要。參照陳清秀，稅法總論，臺北：元照，2019 年修訂 11 版，頁 75。

⁷ 戰後隨著德國重建與經濟發展的需要，實務上曾大量運用此種公課，以實現特定之經濟政策目的。早期係將其理解為除了稅捐、規費以及受益費以外之其他公課，亦即將特別公課作為補遺式構成要件，泛指無法歸類於上述三種古典公課概念以外之金錢給付義務。參照張志偉，特別公課的憲法框架—以德國聯邦憲法法院裁判及其學理檢討為借鏡，興大法學第 23 期，2018 年 5 月，頁 66。

⁸ 參照柯格鐘，特別公課之概念及爭議—以釋字第 426 號解釋所討論之空氣污染防制費為例，月旦法學雜誌第 163 期，2008 年 12 月，頁 199。

⁹ 參照陳敏，稅法總論，臺北：作者發行，108 年 2 月初版，頁 10。

¹⁰ 參照陳敏，前揭書，頁 11-12。

steuerliche Abgaben) (德國基本法第 70 條以下) 予以區分。該非稅公課，包含德國法傳統受益負擔(Vorzugslast)之規費(Gebühr)、分擔金(或譯分擔費，Beitrag)，以及有名之第 4 種獨立公課範疇之特別公課(Sonderabgabe)，其應與前述稅捐嚴予區分。¹¹特別公課，係以實現國家特定政策目的，課予特定團體(或譯群體或集體)所負擔金錢給付義務(Geldleistungspflicht)，不負直接對待給付(keine unmittelbare Gegenleistung)之義務。與納入一般預算之稅捐義務不同者，該公課負擔(Abgabeaufkommen)納入特種基金專戶(Sonderfonds)。¹²又特別公課，不僅應符合法律保留及授權明確性要求，經由德國聯邦憲法法院實務運作發展，認尚須符合一定要件，例如其係為特別事務之財政目的(Finanzierung

¹¹ 參照 Mike Wienbrache, Zum Begriff der Sonderabgabe, VR 2021, S.73f.; Gersch, in: Klein, a.a.O., AO §3 Rn. 18a, 21; BVerfG NJW 81, 329; 95, 381; BVerfG NVwZ 10, 35; BVerfGE 113, 128.

¹² 因特別公課之許可課徵，德國實務上設有適用許可要件，因其受到狹義之設限，故其係屬例外情事，始准予課徵。因此，個案中，雖不乏許可之案例，但亦有不受許可之案例。(參照 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland-Kommentar, 14. Aufl., München: Beck, 2016, §105 Rn. 9-14; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grunrechte, 8. Aufl., München: Beck, 2020, §14 Rn. 35.) 雖在德國聯邦憲法法院強調特別公課僅作為“少見之例外”(nur als „seltene Ausnahme“)(BVerfG 2 BvL 1/99, BVerfGE 108, 186 (217); BVerfG 2 BvL 5/95, BVerfGE 101, 141 等)(參照 Koenig, in: Koenig, AO, 4. Auflage 2021-beck-online, AO § 3 Rn.36)，但立法者一往如昔創造新型特別公課。在司法實務上，將之區分財政功能之特別公課(Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion)(狹義特別公課；Sonderabgabe im engeren Sinne)與平衡、平準及引導功能之特別公課(Sonderabgabe mit Ausgleichs-, Abschöpfungs- und Lenkungsfunktion)(廣義特別公課；Sonderabgabe im witeren Sinne)(參照 Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl., Köln: Otto Schmidt, 2018, Rn. 25.)

einer besonderen Sachaufgabe dienen)、負擔特別公課團體須具同質性 (homogen) (或稱團體同質性 (Gruppenhomogenität))、特定團體負有履行該特別公課目的之責任 (besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung des Zwecks, dem die Abgabe dient) (即所謂團體當責性、或譯團體責任或團體有責性 (Gruppenverantwortung))，且須具為團體所用益之利用 (團體用益性；Gruppennützigkeit)¹³、特別公課僅准許定期課徵，以及正當化事由之存續須受到立法者持續監督等，始得課徵。由此可見，特別公課之課徵，須符合一定許可要件，始具合憲性¹⁴，亦即其課徵目的，並非專為補充政府稅收之不足，而係踐履特定國家政策之目的，有如本件所涉及之政府採購原住民就業代金 (特別公課)。

2. 促進原住民就業代金之定性

就特別公課之定性及與相關概念之區別¹⁵，本院曾採納學理上特別公課之概念，作為解釋之立論。例如本院釋字第

¹³ 參照 Gersch, in: Klein, AO, 15. Auflage 2020-beck-online, AO §3 Rn. 18a, 21；本院釋字第 788 號解釋本席所提出意見書有關特別公課部分。

¹⁴ 另外關於德國聯邦憲法法院判決認為特別公課是否具備正當性與合法性之標準，參照陳清秀，前揭書，頁 88-90。

¹⁵ 本院釋字第 788 號解釋指出「回收清除處理費依其性質，係國家為一定政策目標所需，對於有特定關係之人民所課徵之公法上金錢負擔，其課徵所得自始限定於特定政策用途，而與針對一般人民所課徵，支應國家一般財政需要為目的之稅捐有別 (本院釋字第 593 號解釋參照)。」該號解釋所涉及回收清除處理費之定性，未以釋字第 426 號有關空氣污染防制費屬於特別公課 (本院於此採較為寬鬆審查密度之特別公課概念) 之解釋作為參考基礎。此外，因如參考德國聯邦憲法法院判決要求之特別公課及審查密度，在解釋上尚有差異，故此不定性為特別公課。參照該號解釋本席所提協同意見書有關環境公課部分。

426 號解釋，認為空氣污染防治費係屬特別公課，立法者為實現環境保護政策之目標，如未悖離徵收特別公課之目的，且與母法空氣污染防治法之法律授權意旨無違，於憲法亦無抵觸。惟主管機關就此項公課應按污染源公平負擔原則課徵，避免在公眾認知上造成假行為制約之名，為財政收入徵收公課之誤解。

另如本院釋字第 515 號解釋，亦論及特別公課之問題。其認為工業主管機關依 79 年 12 月 29 日公布之促進產業升級條例開發之工業區，除社區用地外，其土地、標準廠房或各種建築物出售時，應由承購人按規定繳付工業區開發管理之基金，係專對承購工業區土地、廠房及其他建築物興辦工業人課徵，用於挹注工業區開發及管理之所需，性質上相當於對有共同利益群體者所徵收之特別公課。

回到本件應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，上開基金設置之依據，係依政府採購法及原住民族工作權保障法規定，促進原住民就業代金繳納義務，係因違反政府採購法及原住民族工作權保障法，且係依原住民族工作權保障法第 23 條¹⁶規定及原住民族就業基金收支保管及運用辦法第 1 條¹⁷規定，作為其收支、運用相關之法令依據，自

¹⁶ 原住民族工作權保障法第 23 條規定：「中央主管機關應於原住民族綜合發展基金項下置就業基金，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。前項就業基金之來源如下：一、政府循預算程序之撥款。二、依本法規定所繳納之代金。三、本基金之孳息收入。四、其他有關收入。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支應之。」

¹⁷ 原住民族就業基金收支保管及運用辦法第 1 條規定：「為促進原住民就業權益，特依原住民族工作權保障法（以下簡稱本法）第 23 條

較無本院釋字第 426 號解釋所涉及法律保留或法律授權明確性等爭議。實務上¹⁸，有認該代金具「專款專用」之特別公課性質，以供立法所欲實現促進原住民就業之政策目標¹⁹。質言之，政府採購原住民就業代金，應解為特別公課，係基於國家保障原住民工作權特定政策為其目的，而對於特別關係之人民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之公課之用途，且國家亦不得以特別公課之收入支應一般之財政需要。亦即其係原住民族工作權保障法要求政府採購得標廠商僱用足額原住民之法定義務之違反，而應繳納一定金額之代金。所謂促進原住民就業代金，其係有特定之國家保障原住民工作之政策目的，並非政府採購契約之債務不履行衍生之

第 1 項規定，設置原住民就業基金（以下簡稱本基金），並依同條項及預算法第 21 條規定，訂定本辦法。」同法第 5 條規定：「本基金之用途如下：一、補助、獎勵、委託或辦理本法所規定各項促進原住民就業支出。二、管理總務支出。三、其他有關支出。」

¹⁸ 司法實務上，亦有採取特別公課見解之判決者，例如原住民族工作權保障法第 12 條係課與標得政府採購業者僱用法定比例原住民之義務，未達者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，究與行政罰或其他行政責任有別，原住民族工作權保障法立法考量即以得標廠商員工總人數，作為應僱用原住民人數之計算基準，而非以得標廠商之獲利情形，作為應僱用原住民人數之計算基準，且原住民族就業代金之立法目的，乃為藉著政府採購程序及公共工程來保障原住民就業，於廠商有履行之困難或力有未逮之時，始由行政院原住民族委員會就其所繳之代金負起原住民培訓、就業相關等事宜，實有代負履行義務之性質，原告所稱不符比例原則者自無可憑（臺北高等行政法院 97 年度訴字第 295 號判決參照）。

¹⁹ <https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B60A588103099793E1-info.html>（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）。

違約金或其他損害賠償或補償性質之金額。

再者，上開作為特別公課之政府採購原住民就業代金之課徵，與以一般人民為對象而課徵之稅捐不同，稅捐係納入公庫並循預算程序運用，且與對於過去違反義務之行為而予以制裁之行政罰，亦有所不同。

三、政府採購原住民就業代金之相關行政程序及計算方式

1. 政府採購原住民就業代金之相關行政程序

為避免「初次得標」之廠商不察政府採購法及原住民族工作權保障法規定，致未僱用法定比例原住民而應繳納政府採購原住民就業代金，原住民族委員會（下稱原民會）於標案決標之次月，通常以函文促請其等注意相關法令規定；另於每年 1 月，亦以函文對於前年度全體得標廠商，提醒於政府採購履約期間，其仍須遵依相關法令規定辦理。此外，因得標通知函文，僅就得標廠商通知，並未進行查核程序，從而於發函時，往往無法知悉收受函文之得標廠商是否須繳納原住民族就業代金。²⁰又該得標通知函之性質而言，其係為促請政府採購之得標廠商，注意政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定，實務上將之解釋為單純之觀念通知，不生法律上之任何效果，自非具有繳納代金之通知。²¹

又政府採購法及原住民族工作權保障法先後於 87 年 5 月

²⁰ 參照 <https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AAC4/2D9680BFECBE80B6970776778AB00921-info.html>（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）。

²¹ 參照 <https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AAC4/2D9680BFECBE80B67E68D1B0B7AF1C6D-info.html>（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）。

27 日及 90 年 10 月 31 日制定公布，上開法律施行既久，且廠商於參與投標時，亦可由政府採購公報或招標文件，查知有關比例進用原住民及繳納代金義務之相關規定，得以預先就人員招募、職務缺額及違反法令時所須負擔之相關成本為整體考量，據以決定參與投標與否，非謂原民會未宣導相關法律規定，受處分人即可執為免除其應比例僱用原住民或繳納代金義務之合法論據。

此外，代金之繳納期限，受處分人應於每月 10 日前向原民會設立之原住民就業基金專戶繳納當月之代金；或於原民會行政處分書送達之次日起 30 日內繳納。於行政救濟程序方面，因繳納代金之處分，係屬課予公法上金錢給付義務之行政處分，不服者得於法定期間內提起撤銷訴願及撤銷訴訟。否則，受處分人未於行政處分書送達之次日起 30 日內完納代金，原民會將逕依相關規定移送法務部行政執行署所屬各分署辦理強制執行。²²綜上，該原住民就業代金之課徵或繳納，須踐行法定之行政程序及依法進行強制執行。

2. 促進原住民就業代金之計算方式

政府採購原住民就業代金之計算方式，係依系爭規定及

²² 依原住民族工作權保障法第 24 條第 3 項規定：「依本法應繳納之代金，經通知期限繳納而不繳納者，依法移送強制執行。」行政執行法第 11 條第 1 項第 1 款規定：「義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，附有公法上金錢給付義務，有下列情形之一，逾期不履行，經主管機關移送者，由行政執行處就義務人之財產執行之：一、其處分文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間者。」參照 https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621_AC4/_2D9680BFECBE80B690AEC12DE11103C7-info.html（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）。

原住民族工作權保障法施行細則第 13 條規定：「本法第 24 條第 2 項所稱基本工資，指依勞動基準法第 21 條所定之基本工資（自 110 年 1 月 1 日起為 2 萬 4,000 元²³）。」另參照政府採購法施行細則第 108 條規定：「前項代金之差額，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（2 萬 4,000 元÷30=800 元）。」以上可見，其計算應繳納代金，以差額人數乘以每月基本工資計算，如不足月者，以每日計算之。²⁴其計算之方式，係按月計算，如不足一月，以每日計算。通常情形，受聘僱人之實際薪資，不低於基本工資，故實務運作上，係以較低之基本工資作為促進原住民就業代金之計算基準，而非以人力市場

²³ 106 年 9 月 6 日發布，自 107 年 1 月 1 日起實施，每月基本工資調整為 22,000 元，每小時基本工資調整為 140 元；民國 107 年 9 月 5 日發布，自 108 年 1 月 1 日起實施，每月基本工資調整為 23,100 元，每小時基本工資調整為 150 元；民國 108 年 8 月 19 日發布，自 109 年 1 月 1 日起實施，每月基本工資調整為 23,800 元，每小時基本工資調整為 158 元；民國 109 年 9 月 7 日發布，自 110 年 1 月 1 日起實施，每月基本工資調整為 24,000 元，每小時基本工資調整為 160 元。（參照 <https://www.mol.gov.tw/topic/3067/5990/13171/19154/>）（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）可見近年來，基本工資每年調整，計算時須留意其計算之基準年。

²⁴ 例如 A 機關自 107 年 1 月 1 日起至 107 年 1 月 31 日止之期間，僱用原住民人數未達法定比例之差額 1 人，則其應繳納代金為 1（人）×2 萬 2,000（元）=2 萬 2,000 元。另如 B 機關自 107 年 1 月 1 日起至 107 年 1 月 10 日止之期間，僱用原住民人數未達法定比例之差額 1 人，則其應繳納代金為 1（人）×10（日）×733.33（元）=7,333.3 元。又此所稱進用，須具公務人員任用資格人員之計算方式係以參加公教人員保險為準，則受訓人員訓練期間已參加公務人員保險，亦應計入。參照 <https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B690C0811774765852-info.html>（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）。

之實際支付薪資計算，於此，已選擇較輕負擔基準作為計算方式，實難認為其計算方式有何過苛之處。

四、系爭規定是否有違比例原則

關於系爭規定是否有違憲疑義之審查，本號解釋應比較政府採購原住民就業代金與其他類似代金之繳納義務及計算方式，是否有過苛或顯不相當之疑義，而非以參與政府採購廠商之採購金額為比較對象。詳言之，因違反原住民族工作權保障法法定義務而生代金，此雖屬不利於廠商之處分，但並非制裁性之行政罰。亦即因未履行法律義務而課徵之特別公課，並非對行政不法行為之非難，原容留當事人在履行義務與繳納特別公課之選擇餘地，其性質並非罰鍰。義務人如依規定履行義務，以避免繳納該特別公課，毋寧更符合法律之本旨。更何況，營利事業繳納之特別公課，於申報營利事業所得稅時，得以之為其他費用或損失列支。況且，參與政府採購之廠商，事前可能已知或有機會得知原住民族工作權保障法或政府採購法課與得標廠商之義務，其可事先選擇是否參與競標。就算得標之後，得標廠商自可選擇依規定履行義務，以避免繳納該特別公課，更符合相關規定之本旨。何以，於得標廠商選擇繳納特別公課之後，竟主張系爭規定有抵觸憲法第 15 條財產權及第 23 條之疑義？

再者，特別公課是國家對於經濟統制、社會形成之一種方式，並非取向於量能課稅原則。²⁵有如本院釋字第 719 號解釋所宣示，原住民族工作權保障法相關規定係為保障扶助原

²⁵ 參照陳清秀，前揭書，頁 88。

住民族之發展。²⁶既然肯認其合憲性，縱要審查本件系爭規定是否違憲，進行考量或比較之標準或基準，應係系爭規定是否有助於立法目的之達成，能否提升原住民整體就業率；系爭規定所定之計算方式及基準，是否過高，以致於大部分廠商將無法達標，或是以致於大部分廠商不願意參與政府採購，始有過苛可言。於此並非以政府採購金額作為考量基準或比較是否過苛之標準，亦即不應將所應繳納之代金金額與政府採購金額兩相比較，作為認定系爭規定是否違憲之考量或標準。更何況，從代金設計立法意旨而言，較高之代金金額，始有助於促進立法意旨之達成，否則政府採購得標廠商，寧可選擇繳納代金，而不願依原住民族工作權保障法規定足額僱用一定比例人數之原住民，終將導致系爭規定無法達成其原先設想之立法目的。

至於政府採購原住民就業代金之課徵計算方式及基準如何設計，是否應採上限或累退等計算方法，宜給予立法者裁量之餘地，即經由法律或法律授權法令予以明定，實不宜由本院解釋介入有關代金之計算方式及基準之擬訂及其立法自由形成之空間。

²⁶ 於學理上有稱為引導型特別公課。

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实效性，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，旨在矯正扭曲之不平等社會環境，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），對所有具有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！

釋字第 810 號解釋不同意見書

黃昭元大法官提出
許志雄大法官加入

一、本號解釋結論及本席立場

[1] 本案是釋字第 719 號解釋後，大法官第二次審理有關原住民就業代金之憲法爭議，也是本院解釋中涉及種族積極優惠措施（race-based affirmative action）的第二件。在本號解釋，多數意見一改釋字第 719 號解釋之合憲結論，宣告原住民族工作權保障法（下稱原民工作法）第 24 條第 2 項所定「...第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」部分違憲。主要理由是：「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，...對...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」。對於上述結論及理由，本席均難以贊成，茲提出不同意見如下。

二、本號解釋實質變更釋字第 719 號解釋？

[2] 本號解釋在表面上並未明白變更釋字第 719 號解釋之合憲結論（本號解釋理由書第 6 段），然另援引該號解釋理由書第 6 段末：「...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。」進而宣告原民工作法第 24 條第 2 項所定代金金額之計算方式，如會造成「代金金額超過採購金額」之個案顯然過苛情形，「於此範圍內」違憲。¹基於以下理由，本席認為本號解釋實質上已實質變更釋

¹ 政府採購法施行細則第 108 條第 2 項前段：「前項代金之金額，依差額人數乘

字第 719 號解釋，動搖該解釋所確立之原則。

(一) 如何認定有個案顯然過苛之情形，欠缺可操作的標準

[3] 本號解釋宣告違憲的範圍看似不及於原民工作法第 12 條第 1 項有關得標廠商僱用義務及第 3 項有關代金義務之規定，而只宣告原民工作法第 24 條第 2 項（下稱系爭規定）之代金計算公式於個案顯然過苛之範圍內違憲。又本號解釋係以適用同一計算公式所致各該月應繳納代金金額之總和，來和（總）採購金額相比。前者即使顯逾廠商利潤金額，如未超過（總）採購金額，就仍合憲；如超過（總）採購金額，才可能違憲。即使接受本號解釋所採（總）採購金額為比較基準，問題是要超過多少才違憲？究竟是一旦超過就是顯然過苛？或需要超過很多才算？如採後者理解，究應如何認定已經超過太多？又是一個無解難題。對此，多數意見並未提供任何有操作可能性之指標或新公式。多數意見甚至在理由書第 9 段末還要求在系爭規定「完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置。」然由於本號解釋並未提供新的計算公式或認定標準，不同機關或法院就不同個案，勢必要各自選擇其認為適當的計算公式，甚至直接訴諸喊價方式解決。這在未來的實務上不僅會產生更多爭議，且會造成混亂的結果。多數意見如此解釋，其實是以恣意代替其宣稱的過苛。

(二) 依「採購金額」認定是否有個案顯然過苛之情形？

[4] 本號解釋是以代金金額超過採購金額，作為進一步認定是否有個案顯然過苛情形之出發點，這個連結很有問題。先就得標廠商而言，誠如釋字第 719 號解釋理由書第 4 段中所述，國內員工總人數逾 100 人之得標廠商，始負有百分之一之定額僱用義務。參酌相關統計，本席推估因此負有定額僱

以每月基本工資計算」規定，因與系爭規定原民工作法第 24 條第 2 項採用同一公式，且同樣適用於得標廠商代金金額之計算。本號解釋宣告後者規定部分違憲後，於同一範圍內，內容相同之上述施行細則規定在解釋上亦屬部分違憲。

用義務之大、中型企業²家數應約占我國全體企業家數之 2.5%，且不致超過 3%；³至於定額僱用比例也僅為 1%，且限於履約期間內，「整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞」。⁴對於這類大、中型企業而言，員工總人數已達百人，卻仍僱不到一名原住民，究屬不為也？還是不能也？又得標廠商僅於未僱用足額之原住民時，始須繳納代金，「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」。⁵換言之，得標廠商對於其應負之僱用義務及代金義務（及計算公式），在投標前即已知悉；至於採購金額，也是在投標前即已由採購機關認定（參政府採購法施行細則第 6 條），而為得標廠商所知悉之事項。如果得標廠商將來所可能負擔的（總）代金金額會超過其（總）採購金額，而廠商仍願投標並執行該標案，應有其盤算，蓋賠錢的生意沒人做。不然就可能是得標廠商自己打錯算盤，甚或是自始即打算賴帳。對於此等得標廠商理性計算後的盈虧損益風險，似乎應該適用市場經濟法則，而非法律規範。

[5] 其次，原民工作法所定之定額僱用義務及代金義務，不僅

² 2015 年 3 月 30 日經濟部經企字第 10404601530 號令修正發布之中小企業認定標準第 2 條原規定：「本標準所稱中小企業，指依法辦理公司登記或商業登記，並合於下列基準之事業：一、製造業、營造業、礦業及土石採取業實收資本額在新臺幣 8 千萬元以下，或經常僱用員工數未滿 200 人者。二、除前款規定外之其他行業前一年營業額在新臺幣 1 億元以下，或經常僱用員工數未滿 100 人者。」2020 年 6 月 24 日經濟部經企字第 10904602890 號令將上述第 2 條修正為：「指依法辦理公司登記或商業登記，實收資本額在新臺幣 1 億元以下，或經常僱用員工數未滿 2 百人之事業。」可見僱用員工總人數逾 100 人之企業，在 2020 年 6 月 24 日前，多半已屬大企業。

³ 依經濟部統計，2019 年時，我國全體企業將近 153 萬家，其中屬於中小企業者共 1,491,420 家（占比 97.65%）；大企業家數約 35,852 家（占比 2.35%）。參經濟部，《2020 年中小企業白皮書》，頁 34-35（2020）。2020 年 6 月 24 日修正上述認定標準後，中小企業家數增加了 1,752 家。參經濟部中小企業處，《修正「中小企業認定標準」助中小企業升級轉型》（2020 年 7 月 14 日新聞稿），引自經濟部官網，https://www.moea.gov.tw/mns/populace/news/News.aspx?kind=1&menu_id=40&news_id=90556（最後瀏覽日：2021 年 10 月 3 日）。整體而言，國內員工總人數逾 100 人之中、大型企業家數，粗估應不到 4 萬家，約占全體企業家數之 2.5% 左右，至多應不至於超過 3%。

⁴ 本院釋字第 719 號解釋理由書第 4 段。

⁵ 本院釋字第 719 號解釋理由書第 4 段。

適用於得標廠商（參原民工作法第 12 條第 1 項及第 3 項），也適用於各級政府機關、公立學校及公營事業機構（下合稱公部門）（參原民工作法第 4 條、第 5 條、第 24 條第 1 項）。在僱用義務方面，公部門人員或得標廠商員工總人數之計算基準有別，僱用比例也有些微差異。然定額僱用義務在公部門是經常性的人員比例，就得標廠商則限於履約期間，可見公部門所負擔的僱用義務顯然大於得標廠商。在代金義務方面，兩者應繳納代金金額之計算則適用同一公式（差額人數乘以每月基本工資）（參原民工作法第 24 條第 2 項），唯一差別是公部門因有經常性之僱用義務，因此其代金義務也沒有期間和（總）金額上限，而得標廠商則有依履約期間計算的（總）金額上限，故公部門之代金義務也明顯大於得標廠商。依本號解釋意旨，假使得標廠商得主張代金金額過苛，則負有更大僱用及代金義務的公部門（特別是具有私法人地位之公營事業機構）是否也得如此主張？如可，有何指標可用以認定是否過苛？

[6] 即使不考慮公部門之情形，立法者在制定有關得標廠商僱用義務及代金義務的規定時，除了以履約期間為上限外，顯然並未考慮採購金額這項因素。因此採購金額 50 萬元和 5 千萬元的標案，其得標廠商所負之僱用義務與代金義務仍相同。

[7] 釋字第 719 號解釋理由書第 6 段突然引入採購金額這項因素，本號解釋更進而賦予利齒。惟本號解釋據以為令箭的釋字第 719 號解釋理由書第 6 段末所要求之檢討改進，這項要求究竟真是憲法義務性質的令箭，或僅是政策建議性質的雞毛，已有解釋餘地。如果對照同段理由書前後兩個檢討修正或改進之要求，前一個是認為現行機制實效有限，因此要求國家要更積極保障；⁶後一個則要求代金金額超過政府採購

⁶ 釋字第 719 號解釋理由書第 6 段前半：「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

金額者，宜有適當之減輕機制，⁷這兩個檢討改進的方向其實是會發生衝突的。如果逕將後者看成是憲法義務，則如何定位前者之要求？如果兩者同屬憲法義務的要求，則對此內在衝突，究有何種憲法層次的調節機制？本號解釋多數意見僅取後者，而置前者於不顧，實不妥當。

（三）代金金額之計算於政府採購實務本即不考量採購金額

[8] 再從政府採購法之實務運作而言，在計算得標廠商應繳納之代金金額時，有關連的是履約期間，而不是採購金額，也不考慮同一廠商在同一期間內執行之標案數量。按行政院公共工程委員會早於 2000 年即已函示政府採購法第 98 條「規定之代金繳納，係以『履約期間』應行僱用為計算基準，尚非以『標案』為計算單位；廠商於履約期間已為繳納即符合規定，無須就個別標案分別重複繳納。」⁸換言之，不管得標廠商在同一月份是執行一件或多件標案，其僱用及代金義務之計算標準都相同，而不是就每件標案分別計算。雖然立法者對得標廠商所課之僱用及代金義務已經輕於公部門，但執行機關在實際適用時，仍就得標廠商所負之代金義務，採取負擔較小的認定標準，可說是已有調節機制。

[9] 如依多數意見將採購金額納入考量，反生困惑。如上一段所述，系爭規定有關代金之計算公式，係逐月計算，不考慮各該月標案之總採購金額（不論是一案或多案），也不是就某一特定標案計算其履約期間內應繳納之代金總額。因此各該月應繳納之代金金額，所相對應的各該月採購金額就有可能不同。假設有一得標廠商在同 1 年的履約期間內，均未僱用

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。…」

⁷ 釋字第 719 號解釋理由書第 6 段後半：「…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。」

⁸ 行政院公共工程委員會 2000 年 8 月 1 日 (89) 工程企字第 89019760 號函之說明一。原住民族委員會 2016 年 10 月 11 日原民社字第 1050058384 號（復本院）函說明五亦採相同立場。

足額原住民，致每月各應繳納代金 10 萬元，12 個月共應繳納之代金總額為 $10 \times 12 = 120$ 萬元。如其在第 1 至 6 月間僅有一個標案，採購金額 50 萬元；第 7 至 12 月間每月各有 5 個標案（包括前 6 個月的標案），總採購金額共 5 千萬元。在第 1 至 6 月，每月應繳納代金金額為 10 萬，不會超過該月標案採購金額 50 萬元；然如以該件標案履約期間 12 個月計算，其代金總額為 $10 \times 12 = 120$ 萬元，則已超過該標案之採購金額（120 萬元 $>$ 50 萬元），即使僅以 1 至 6 月計算總額，也還是超過（ $10 \times 6 = 60$ 萬元 $>$ 50 萬元）。然如以第 7 至 12 月而言，各該月雖有多件標案，每月應繳納代金金額仍是 10 萬元，不論是 1 個月金額（10 萬元）或 6 個月總額（60 萬元），都明顯小於總採購金額（5 千萬元），而不會過苛。依多數意見，究應以何者為準？每月數字相同之代金金額，是否會因各月（總）採購金額之不同，而受到不同評價？月亮是初一十五不一樣，代金是否違憲則是 1 月 7 月不一樣？

（四）僱用義務不會過苛，只有代金義務會過苛？

[10] 代金義務是僱用義務的延伸及變形，不是另一個獨立義務。多數意見既認為僱用義務完全合憲，卻另僅就代金義務認定其部分違憲，這是否一致？在法理上，如僱用義務違憲，則代金義務自亦違憲。反之，如僱用義務不違憲，代金義務亦不至於當然違憲，然不排除有因本身設計（如計算公式）問題而部分違憲之可能。由於本院目前僅得為抽象審查，無法直接認定個案應繳納之實際代金金額是否過苛，因此本院亦僅能以系爭規定有關應繳納代金之計算公式為審查客體，而據以評價是否會過苛。就此而言，系爭規定係採「差額人數乘以每月基本工資」之逐月計算公式，而非一次性或總額式的計算方式。然本號解釋卻引入以標案為計算單位之（總）採購金額為認定是否過苛之比較基準，不僅無據，也與上述逐月計算之公式有所衝突；其結果，則更可能因此動搖本院釋字第 719 號解釋之原則，而不只是整個定額僱用制度執行末端之細節性修正。

[11] 上述僱用義務是否可能違憲？這當然是重要的憲法議

題，因為涉及種族積極優惠措施，不僅在學理上具深層意涵，也是各國憲法法院或最高法院實務上經常面臨的挑戰。本院釋字第 719 號解釋未正面處理這類積極優惠措施是否違反種族平等的爭點，從而迴避此爭議。本號解釋則以鋸箭法式的切割，繼續迴避這項爭議，因而錯失了就此重要憲法爭點表示立場之機會。

三、原住民就業僱用義務及代金義務之憲法意涵

(一) 原住民就業僱用義務

[12] 不論是原民工作法第 12 條或政府採購法第 98 條所規定之定額僱用原住民義務，並不只是立法政策之選擇，而是有憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項之明文規定。上述憲法增修條文規定，對國家（含中央及地方）機關而言，既是憲法之授權，也是憲法之要求，各有關機關自有積極實現之義務。由於此類定額僱用規定涉及種族分類，法院本應從嚴審查。然法院亦應考量此類規定之目的及效果係為扶助弱勢族群，實與排擠弱勢族群之歧視性規定大不相同。對於後者類型之種族歧視規定，各國法院實務多嚴格審查，以維護種族平等。但就前者類型之種族積極優惠措施，就應適用相同的嚴格審查標準或可略為放寬至中度審查標準？在法院實務及學理上向有爭議。本席認為：考量上述憲法增修條文之明文規定，並為促進族群間之實質平等，對於此類種族積極優惠措施之憲法審查，本院宜採中度審查標準即可。

[13] 依其目的及效果觀之，系爭規定顯為經濟領域⁹事項中，對原住民的積極優惠措施，其目的兼有補償原住民族過去所遭受的結構性不利、提昇原住民之就業機會，從而促成一個

⁹ 憲法增修條文所要求的種族積極優惠措施，除了系爭規定所涉及的經濟事項外，另也及於政治、教育文化等領域（參原住民族基本法）。在政治領域，如原住民立委（參憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款）、原住民地方公職人員（參地方制度法第 33 條、第 57 條第 2 項、第 58 條第 4 項等）、公務人員考試之原住民特考等。在教育文化領域的相關規定，參原住民族教育法第 23 條第 1 項、專科學校法第 32 條第 1 項、高級中等教育法第 41 條第 1 項、原住民學生升學保障及原住民公費留學辦法、原住民族基本法第 12 條等）。

更多元的勞動市場。尤其是在過去較少見有原住民之勞動市場，原住民勞動者之加入，不僅對原住民本身之經濟利益、社會生存甚至人格發展均有正面助益，也有助於非原住民得透過和原住民同事間之互動，體驗、學習不同族群之文化及生活經驗，從而有助於種族關係之和諧。其整體目的及效果，不僅僅是金錢問題，而兼有更豐富、深刻的社會文化意涵。是就目的而言，系爭規定所追求之公共利益，不僅重要，甚至可達特別重要的程度。

[14] 在手段部分，原民工作法第 12 條第 1 項及政府採購法第 98 條都採取定額僱用的方式。兩者所定之 1% 僱用比例，確屬配額 (quota) 性質之手段，而不只是要求雇主應考量原住民身分後為綜合評價，以決定是否僱用的加權因素 (plus factor)。對於此類配額式手段之合憲性，在她國法院實務及憲法學理上，是有爭議。美國最高法院自 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) 判決以來，向都認為種族因素固可成為大學錄取學生之考量因素之一，但不得使用固定配額之手段，而只能是綜合考量中之加權因素。後就涉及經濟領域之種族積極優惠措施，於 *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) 一案判決，仍持相同立場。然此保守立場，亦始終遭受批評。

[15] 本席認為：在積極優惠措施中使用配額手段是否合憲，恐怕也應該考量配額之比例高低，而不能一概而論。在美國，由於非洲裔美國人 (即黑人) 的人口約占全國總人口之 13%，若加上拉丁裔約 18%、亞裔約 5%、印第安人約 1% 等，整體少數族群之人口比例已將近全國人口之半數。因此在美國所施行的各類種族積極優惠措施，不論是在教育或經濟領域，其配額比例可達 15-20%，也因此引發爭議。然在我國，暫且不論原住民有其獨特的歷史地位，而與其他少數族群 (如客家人、新住民等) 有所不同，系爭規定所定之僱用比例也僅有 1%，而非 10% 或更高之配額比例。目前我國原住民人口占全國總人口之比例約在 2.5% 左右，兩相對照，系爭規定之 1% 僱用比例，其性質雖屬配額，但比例已經相當低。

本院釋字第 719 號解釋和本號解釋，都沒有禁止立法者於種族積極優惠措施，使用固定比例之配額手段，應該也和 1% 比例極低有關。本席也支持此種寬容態度，並認為配額手段於我國並非當然違憲（*unconstitutional per se*），而屬立法者得選擇手段之一。且此種定額僱用的要求，與促進原住民就業間，當然有相當密切的實質關聯。

（二）代金義務

[16] 如果上述 1% 僱用比例的要求並不當然違憲，則因僱用義務之未履行而延伸變形之代金義務，原則上自也不違憲。至於此項代金義務之金額對於得標廠商而言，是否真的會在特殊情形下造成個案顯然過苛之結果，是有進一步討論之必要。

[17] 對「以代金替換僱用」的省思：系爭規定所定代金之性質並非行政執行法第 27、28 條所稱間接強制方法¹⁰之一，而應屬公課，釋字第 719 號解釋似乎也如此定性。代金之效果則可取代上述僱用義務，因此可認係後者之延伸及變形。不過，本席認為：立法者是否可讓得標廠商理所當然地以代金替換實際僱用，恐怕需要更深入地研究。

[18] 立法者既然採取定額僱用作為種族積極優惠措施的手段，並課予得標廠商有定額僱用之行為義務，得標廠商如未實際僱用，原本設定之立法目的即無法達成。至於得標廠商違反行為義務的效果，更適當的作法或許是按未足額僱用之月數予以處罰（如罰鍰），並得連續處罰。反而是在罰鍰之情形，還比較可以討論罰鍰金額是否過苛的問題。而不應如現行法般，不問原因，逕自容許得標廠商繳納代金而免除僱用義務。換言之，立法者本應先設定繳納代金替代僱用的具體條件，只有在得標廠商已經合理努力，而仍因不可歸責於廠商本身之事由致無法足額僱用時，才例外許其繳納代金以替換其行為義務。就此而言，系爭規定有關代金義務的規定本

¹⁰ 行政執行法第 28 條第 1 項：「前條所稱之間接強制方法如下：一、代履行。二、怠金。」

身對於促進原住民就業之目的而言，反而可能是保護不足之規範，而非過苛。

[19] 在法理上，應該是堪認代金和行為義務等值，而足以完全或充分滿足行為義務所擬達成之目的者，才適合以代金替換行為義務。例如廠商依廢棄物清理法第 15 條所負回收清除處理之行為義務，與同法第 16 條對廠商所課之回收清除處理費間，大致上可認為是等值，畢竟這是可以花錢解決的問題（當然還有技術面等其他因素）。然系爭規定所要求之定額僱用，對於受僱者而言，所表彰的不僅是工作收入之財產價值，而更兼有人格發展、社會關係等精神面的重大意義。失業者所面臨的困境，並不僅僅是收入之減少（除非是家有充分資產者，才比較能夠忍受流動所得之短期或長期減損），而另有人格發展及社會關係等層面之不利影響。前者如長期失業之挫折感、自我評價之下降、自暴自棄等，後者如欠缺同事朋友之互動、無從發展人脈而累積社會資本、也無從透過工作精進技能、提升能力，進而得以在社會階梯向上爬升。僱用所表彰的上述正面效用，實在不是單純的金錢可以充分替換的。對雇主而言，基本工資只是僱用人事成本的一部份，其他另有勞健保費、人員訓練、工作設備及工具、甚至交通工具、宿舍等成本，均未計入。對失業者而言，其所喪失的，豈僅是以每月基本工資計算的財產價值而已。僅以基本工資來換算廠商的僱用義務，已經是從寬的計算標準。再以之和採購金額相比，恐怕是落入數字陷阱。

[20] 得標廠商之所以未能足額僱用原住民，原因各有不同，有的是廠商確有意願僱用但找不到適當的人之「不能也」，有的是廠商根本沒有僱用意願之「不為也」，寧可花錢了事。在「不能也」的情形，有可能是勞工面的問題，如欠缺技術能力、經驗；也有可能是雇主面問題，如薪資不夠吸引人、3D（dirty, dangerous, difficult）工作等。至於在「不為也」之情形，甚至有可能是出於種族歧視而堅持不僱用或避免僱用原住民。現行規定讓雇主可以不附任何理由地以代金來替換其僱用義務，有時反會縱容雇主之隱藏性社會歧視，而與定額

僱用規定所追求的種族平等目的，明顯衝突。

四、對立法者之呼籲

[21] 由於多數意見就「代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀」之違憲理由，並未提出具體的認定標準，因此究竟立法者要如何設定適當之調節機制，或有關機關應為如何之適當，恐怕都仍籠罩在黑霧迷團中，難以執行。按代金金額總和係以「差額人數 x 每月基本工資 x 履約期間」計算，如果要設調節機制，這三個變項其實都不容易修正。差額人數減半計算？基本工資及履約期間都打折計算？這些都不是實際可行的修正方向。如果限制代金金額不得逾採購金額之一定倍數，依多數意見之理由，這仍然會構成過苛，除非是以每月全部標案之總採購金額為準，限制各該月代金金額總和一律不得超過。但即使如此，這個標準對於廠商而言，還是過苛，因為採購金額明顯大於實際利潤，未來得標廠商應該會進而主張以標案之預期利潤為上限，來認定是否過苛。如此一來，在本號解釋所開啟的骨牌效應下，整個定額僱用制度勢必崩盤。這也就是本席在本意見書第[10]段所主張的：宣告代金金額會因過苛而違憲，必然溯源動搖定額僱用制度的根基。依本席想法，如果退一步認為相關規定需要修正，比較具體可行，且能兼顧定額僱用制度的核心原則的修正方向，或許是將總採購金額未達一定金額之標案予以排除，從經濟規模著手。類似現行規定之以得標廠商國內員工總人數逾 100 人者為限，始課以定額僱用義務。如此一來，審查標的也不是系爭規定，而是原民工作法第 12 條第 1 項（及政府採購法第 98 條規定）。且本席認為這依然只是立法政策的選擇，而不是違憲與否的問題。

[22] 本席認為：系爭規定如有不當，並不是代金金額可能過苛，而是（1）將定額進用義務與政府採購連結，而非規定為廠商平時就應履行之經常性義務；（2）容許廠商得任意以代金取代實際僱用，花錢了事。

[23] 雖然本席既愚且魯，¹¹仍不揣淺陋，呼籲立法者：(1) 將系爭規定之定額僱用改為平時義務：仿照身心障礙者權益保障法第 38 條規定，將原住民僱用比例與政府採購脫勾。除了原住民族工作權保障法第 12 條外，政府採購法第 98 條亦應刪除。至於是否也要比照身心障礙者權益保障法第 38 條，將私部門企業之國內員工總人數從現行之 100 人降為 67 人，則屬立法政策之選擇。(2) 將已僱用人數改列為投標廠商之資格要件：如不採取上述平時僱用義務的修正，則可考慮將定額僱用要求列為廠商之投標資格要件，亦即：廠商之國內員工總人數逾 100 人者，如已僱用 1% 以上之原住民，始有投標資格。且於得標期間，應繼續符合定額僱用要求，否則應逐月繳納代金或另處以罰鍰。

五、結語

[24] 據統計，2020 年時，原住民人口占全國人口比例約為 2.5%。國內員工總人數逾 100 人之大、中型企業家數，推估約占全國企業總家數之 2.5% 左右；¹²其中有參與政府採購標案者，家數應該更少。在這兩個 2.5% 之間，本號解釋結果明顯有利後者。本席深以為憾。

¹¹ 宋·蘇軾，〈洗兒戲作〉詩：「人皆養子望聰明，我被聰明誤一生。惟願孩兒愚且魯，無災無難到公卿。」

¹² 參前註 2 及 3。

釋字第 810 號解釋不同意見書

蔡大法官宗珍提出

黃大法官昭元加入

本號解釋多數意見以依政府採購法得標之廠商，其依法「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……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」為由，作成原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定（部分）違憲之解釋。本席認為本號解釋於宣告違憲部分欠缺實質論理，忽略憲法保障原住民族之意旨與國家具有保障扶助並促進原住民族發展之憲法義務，並與本院釋字第 719 號解釋之理據背道而馳；且本號解釋恐帶來變相扭曲相關制度運作之後遺症，因此對本號解釋之理由及結論均難以認同，爰提出不同意見如下：

一、本號解釋於宣告違憲部分理據不明，且實質上悖離釋字第 719 號解釋意旨

1. 本號解釋之標的及其爭議內涵

本號解釋係以釋字第 719 號解釋意旨為前提，並無變更或補充該號解釋之意，解釋中亦重申其合憲結論，因此本號解釋之標的，有意侷限於原住民族工作權保障法（下稱原民工作保障法）第 24 條第 2 項規定（下稱系爭規定）中有關得標廠商應繳納代金之計算標準部分。

然而，系爭規定之內容僅涉及代金計算標準，至於代金

繳納義務及其要件（範圍），係規定於原民工作保障法第 12 條第 3 項：「得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向……繳納代金。」此處所謂代金，係指代替同條第 1 項所定之依法定標準僱用原住民之義務（下稱僱用義務）之現金，其繳納義務之屬性及其範圍等，自應依其所欲代替之僱用義務而定；且進用原住民人數未達法定標準之得標廠商，於不足額部分始有代金繳納義務。因此，代金繳納義務是否「過苛」或「不相當」，其衡量指標即應以僱用義務為準。至於僱用義務是否「過苛」或「不相當」，乃課予僱用義務之規定是否合於比例原則要求之審查事項；且不論是僱用義務，抑或代金繳納義務，均已經釋字第 719 號解釋肯認其合憲性。

2. 釋字第 719 號解釋之相關理據與結論

釋字第 719 號解釋之標的，正是得標廠商依法僱用一定比例原住民之僱用義務，以及代金繳納義務之規定（原民工作保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定）。於論述理路上，該號解釋開宗明義強調，基於憲法第 5 條及憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民之意旨，國家負有保障扶助並促進原住民族發展之義務；上開規定即係立法者為促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過使得標廠商比例進用原住民之手段所為優惠措施。該號解釋於比例原則之審查部分認為，僱用義務「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，〔原民工作保障法第 12 條第 3 項〕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。」從而，原民工作保障法第 12 條第 1 項所定僱用義務與同條第 3 項所定代金繳納義務，並未抵觸比例原則，與財產權及營業自由之意旨均無不符。

應特別注意的是，釋字第 719 號解釋針對其解釋標的所為審查論斷，並未出現「採購金額」之衡酌標準，解釋理由中甚且明指，「代金金額是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估」，並未以之為代金繳納義務是否合於比例原則之考量因素。

3. 本號解釋之理路與謬誤

不同於釋字第 719 號解釋，本號解釋一開始即先設定「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……，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」之審查原則。然而，此等審查之前提實已蘊含諸多違憲評價與論斷，

諸如：「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」、「對……財產權所為限制，顯不符相當性」等。該等評斷不但正是有待審查之客體（即代金繳納義務是否合於比例原則），且係以未經證成、尚屬「來路不明」之衡量指標（採購金額）為前提，違憲結論已躍然紙上，可說未論先斷，結論已成。

實體論述部分，本號解釋指出，系爭規定關於代金金額之計算，「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」。然而，在這段應屬本號解釋審查核心之文字以及通篇解釋理由中，完全未說明何以須考慮「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」，以及何以「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」，即得出逾越合理負擔之結論。於上述文字之後，本號解釋隨即得出系爭規定（部分）違憲之結論，且內容幾乎是上述審查前提之同語反覆，與審查之「實體論述」之文字亦無太多差別。

從本號解釋之理路鋪陳來看，除據以審查之原則與審查之結論，用語與內容幾無二致，形同循環論證外，何以得依「採購金額」衡量代金應繳納金額之相當性，以及於應繳納之代金金額超過採購金額，即可能造成個案「顯然過苛」之違憲情狀之論點，自始至終未見有任何立論根據（引用釋字第 719 號解釋中未附理由之立法改善要求，恐尚難稱之，詳

下述)。此外，值得注意者，釋字第 641 號解釋之理據與文風於本號解釋處處隱然可見。然而，該號解釋涉及的是行政處罰之罰鍰額度，有違法行為與處罰間是否過苛之違反比例原則問題。而代金之性質並非處罰，而是僱用義務之代替，是否有不問僱用義務之內容與範圍，比照罰鍰之處罰而獨立論其是否過苛之正當性，實值商榷。

另從本號解釋所欲審查之爭議來看，其重點實在於依系爭規定計算而得之代金繳納義務是否「過苛」。姑不論代金繳納義務是否涉及過苛與否之問題，僅就過苛之語意而言，其必然為比較、衡量之結果，故本號解釋之爭議實質上定然涉及據以判斷代金繳納義務是否過苛之比較、衡量之基準。而代金繳納義務係代替僱用義務之完全履行，已如前述。本號解釋既遵循釋字第 719 號解釋之結論，即意味著其肯認國內員工總人數逾 100 人之得標廠商，應於履約期間僱用一定比例原住民之規定合憲正當，得標廠商此等僱用義務亦無過苛之違反比例原則問題，縱使其依法定標準履行僱用原住民之義務之結果，亦可能付出遠高於採購金額之人事費用。得標廠商依法應履行之僱用原住民之義務，其義務之形成與範圍，均與採購金額多寡無關。由此可知，「採購金額」從來不是原民工作保障法第 12 條第 1 項所規定之得標廠商強制進用原住民制度之法定要素！釋字第 719 號解釋審酌得標廠商依法定標準僱用原住民義務是否合於比例原則，尤其是是否造成其負擔過重，主要係直接針對僱用義務之要件（針對屬國家公務一環之政府採購得標廠商，並僅限於國內員工總人數逾 100 人者），及應僱用比例（員工總人數百分之 1）而為考量，且得繳納代金以代替僱用，因而認定相關規定未反比例原則，

其中均與個案採購金額無關。得標廠商依法定標準僱用原住民之義務既無過苛問題，則僱用不足應繳納代金時，應繳納之代金金額是否過苛，自應以僱用義務為首要指標，亦即應繳納之代金金額理應不超過完全履行僱用義務所需成本。系爭規定係依僱用不足之差額人數乘以每月基本工資計算應繳納之代金金額，由於我國現制下，勞工之薪資不得低於基本工資，而雇主就其所僱用之勞工所應支付之費用，除基本工資外，尚有社會保險分攤費等相關必要費用，因此，依系爭規定計算所得之代金金額，理應少於實質僱用原住民所需支付之金額，是得標廠商之代金繳納義務之於僱用原住民義務而言，實無過苛可言。而採購金額既非原僱用義務之法定要素，自亦非代金繳納義務所應斟酌衡量者。

本號解釋立論之實質憑藉，其實是出在釋字第 719 號解釋理由末所提示之檢討改進要求：「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。」本號解釋除直接引用此段文字之前段為審查所據之前提外，亦含蓄指摘立法者迄今仍未修正相關規定。然而，如前所分析，釋字第 719 號解釋理由關於解釋標的之論述，並未以「政府採購金額」為審查僱用義務與代金義務相關規定之合憲性之審酌因素；且此段檢討改進之要求，並未有任何理由論述，遑論經憲法解釋之審查；其性質應僅屬立法建議性質，實難認已有違憲預警之警告性解釋之性質與效力。況該段文字表述方式，如「允宜」、「適當之減輕機制」等用語，皆可見該號解釋仍留給立法者相當大之形成空間。本號解釋卻無視於

釋字第 719 號解釋並未有相關理據與論述，逕以該等尚非違憲預警之立法建議，作為解釋所憑據之前提，致使「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」之說形同橫空出世，欠缺法理脈絡與根基，在法律論述上，終究無法回應何以採購金額得作為衡量基準等「何以致之」之問題。

二、本號解釋恐動搖政府採購得標廠商依法僱用一定比例原住民之制度本意與根基，對相關原住民就業扶助發展政策之衝擊不容小覷

如釋字第 719 號解釋所示，原民工作保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定針對原住民所建構之優惠性措施，係立法者為促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，以貫徹憲法第 5 條及憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民之意旨，以及實現國家之保障扶助並促進原住民族發展之憲法義務所為。制度所重在於一定規模以上之得標廠商依規定僱用原住民，以促進原住民就業，而非希冀代金之繳納。因此，就制度目的之實現而言，繳納代金義務不應成為履行義務之主要型態，因而大幅減縮原住民受僱之空間與機會。本號解釋雖未直接涉及得標廠商依規定僱用原住民之義務問題，然其要求就代金應繳納金額超過採購金額，而造成個案顯然過苛之情形，增設調整機制，則未來修法後，無論如何，勢將增加得標廠商逕行繳納代金之經濟誘因，其結果，由源自國家預算之政府採購案一定規模以上得標廠商依一定比例僱用原住民，以促進其就業之制度本意與根基恐遭動搖，亦可能衝擊相關原住民就業扶助發展政策。