

## 釋字第七一九號解釋部分協同部分不同意見書

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

印度聖雄·甘地

大法官陳新民

本席贊同多數意見認定政府採購法第九十八條、原住民族工作權保障法第十二條第一項及第三項(下稱系爭規定)，關於得標廠商於國內員工總人數逾一百人者(下簡稱大廠商)，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，進用原住民人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，尚未違反平等原則與比例原則。

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

上述說明，顯然仍不足以合理化系爭規定所為之差別待遇，勢必仍需要更多說理。本院過去釋憲之成例，難有現成之答案可供採用。同時，本號解釋對系爭規定保障原住民就業機會的高度肯定，對比起本院大法官作出的另一號同類型案件之解釋(對視障者獨占按摩業的合憲性爭議所作出之釋字第六四九號解釋)，卻是完全不同的結論！該號解釋對工

作權及比例原則，採取嚴格的審查標準，宣告保障視障者獨占按摩業之立法違憲。然本號解釋則對平等權與比例原則，採取最寬鬆之審查基準，並捨工作權之檢驗於不顧。由於事關本院釋憲應具有「體系正義」，此兩號解釋審查客體容有差異，但審查標準為何有所不同？本席雖贊同本號解釋應朝向平等權之審查，然既然涉及對特定族群之差別待遇，理應採行嚴格審查標準。多數意見卻採行寬鬆審查標準，且未詳細說明，本席未能贊同之<sup>1</sup>。為此，本席嘗試提出一套理論架構，以補充多數意見論理不足之處。

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

此外本席對多數意見認定系爭規定具有的合憲性，應僅具有「勉強合憲性」。憲法對原住民（及身心障礙者）保障其工作機會的條文（憲法增修條文第十條），同條中亦宣示應保障外島人民及退伍軍人之就業機會。故此四種族群具有

---

<sup>1</sup> 近年來對於涉及優惠性政策的審查標準，例如德國對於立法者所為差別待遇的形成權有無濫用的問題，聯邦憲法法院已經使用合理原則與比例原則來審查之。所謂的合理原則已經採用「新模式」，特別針對不同性別、種族之立法，必須不論就差異方法或程度上，探求有無達到「合理化」的理由，來審查有無侵犯平等原則。在比例原則審查上，更應區分成「對人差別」與「對事差別」的兩種形式。對前者的審查必須採嚴格與最高密度之基準，故和「新模式」已十分接近。可參見陳新民，《憲法學釋論》，民國 100 年修正 7 版，第 218 頁以下；本席在本院釋字第 682 號解釋所提不同意見書。

享受相同憲法位階之接受扶助權利地位。故系爭規定可解釋為，立法者履行憲法委託四類扶助弱勢族群所為之第一階段義務，取得合憲性，且不致於違反平等原則及比例原則。若立法者無法賡續履行憲法委託之扶助義務，逐步加大扶助的範圍，亦即有「後續不作為」時，則系爭規定合憲性即逐漸喪失矣。故本席認定系爭規定的合憲性僅具「暫時性」與「前階性」，立法者必須儘速擴張扶助範圍。多數意見顯然未對此有任何體悟，是為本席所難支持。

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

爰提出部分協同、部分不同意見，以申其詳。

### 一、原住民就業扶助具有憲法位階的公共利益-典型「憲法委託」條款

系爭規定立法目的很明顯可溯源到憲法增修條文第十條第十二項規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……」。同時聯合國原住民族權利宣言(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007)第二十一條第二項前段規定：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善」。系爭規定具有憲法位階的公共利益，當無任何疑問。立法者遵循此憲法意旨所制定的法律，既已達成憲法所期盼的重要價值，憲法學上稱為「憲法委託」(Der

Verfassungsauftrag)。

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

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

憲法委託的制度與理念，乃制憲者期待所有國家權力應當履行特定憲法價值。其主要的期盼對象，甚至規範力，雖然及於行政、立法與司法權，惟在五權體制的我國，即連考試權與監察權亦不無法推卸相關責任。在論及實踐的積極性與成果時，最重要的當是立法權，其次才是司法權。先以司法權而論，主要發揮的是「事後糾正」功能，消極面上可宣告違反憲法委託的法律無效或命予修正。至於積極性面上一要求立法者應於一定期限內完成立法，容易引起釋憲權與立法權的摩擦，由於具體規範內容的形成權仍操之在立法者手中，故釋憲者只要給予合理、從容的修法期限，當可避免兩權可能的衝突<sup>2</sup>。

相形之下，憲法委託是一種「動態性」制度，期盼國家持續性的立法與修法來達成憲法理念之要求。故將重心置於立法者之上。故憲法委託亦可稱為「立法委託」(Der Gesetzgebungsauftrag)<sup>3</sup>。立法者要持續地依據憲法條文的

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

<sup>3</sup> 陳新民，〈論「憲法委託」之理論〉，第62頁以下。

精神，斟酌事務的特性、社會環境、國民情感、國家財政能力……等，逐步達成憲法理念，質言之，立法者面對各種憲法委託的條款，擁有可審時度勢，定其緩急先後之程序，並採行一切可行的方式，形諸於法律條文的高度裁量空間，正是憲法委託的概念具體寫照。

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

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

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

**（二）政府採購制度能否搭附「強制聘僱政策」的判斷標準**

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

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

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

這種對於政府採購制度的認知，恐有誤解。

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

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

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

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

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

惠措施等<sup>4</sup>。故本於上述公益理由，均造成部分特定投標者擁有優勢的地位，而其他競爭者，並無公平的競標機會。

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

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

故本席認為，政府採購制度是立法者所創設的一種具有多重立法目的的制度，並非專以經濟因素或自由採購理念為考量，而是仍可承擔其他公共利益任務之制度。這些形諸於法律明文，而非採購機關可以隨便安加上的「締約夾帶之公益」條款（大型得標廠商必須承擔強制聘僱之條件），可以避免出現行政法學上所指責之「搭附禁止」（聯結禁止 *Das Koppelungsverbot*）的現象，亦即不應許可行政機關在為行政處分之附款或締結行政契約時，恣意附加其他與行政處分或行政契約不相關之其他拘束條件，以杜絕行政裁量權的濫

---

<sup>4</sup> 參見政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款：「購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務」；第 13 款：「委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展。」及第 14 款：「邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動。」



用之可能性。

故人民並未擁有主張參與政府採購機會的平等權，亦不得將之視為受憲法所保障之財產權與營業權<sup>5</sup>。人民參與政府採購之權利，應當只是法律所創設的一種權利，所謂的「法定權利」，無法提升到憲法層次之基本人權，亦不能援引憲法第二十二條，創設出採購自由權或採購參與權。誠然立法權的形成空間不得恣意與違反比例原則，然對其審查密度可望降低。

### （三）如何解釋「差別待遇」具有正當性？

立法者利用政府採購制度來達成照顧原住民工作機會，原則並無違憲之虞。其次必須在手段上來審查，其必須先通過平等原則的檢驗，釋憲聲請指摘其對於其國內員工總人數逾一百人的大廠商，造成削減其競爭力的差別待遇<sup>6</sup>，然多數意見並未對差別待遇的正當性提出較令人信服的說理。

#### 1、第一個說法：「願者上鉤」

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

的確，在拉丁法諺中有「自願不構成非法」(Volenti non fit iniuria)之說法，既然大廠商心甘情願承擔得標後的

<sup>5</sup> 這可解釋為人民的財產權之內容及其行使範圍，由法律加以規範之「財產權內容法定原則」，亦即哪些物品及權利，可以構成「財產權」，由法律來予以決定，最明顯的例子，「違禁品」即非憲法財產權保障的標的。參見陳新民，〈憲法財產權保障體系與公益徵收之概念〉，刊載：《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，第296頁以下。

<sup>6</sup> 不僅對比起小廠商而言，對大規模之外國廠商，國內大廠商亦有可能喪失競爭力。因系爭規定只對國內得標之大廠商方設有此不利競爭之條件。

額外不利負擔，即不得再爭執該規定的違法性。惟此法諺適用上有前提要件，即該規定本身並不具備違法性，故能否適用在系爭規定之上？

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

## 2、第二個說法：明白「圖利小廠商」

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

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

然而多數意見認定系爭規定之要求，是基於大廠商「其

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

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

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

反之，若大廠商無法承擔勝任此公益負擔，則更難期盼小廠商有承擔之能力。故立法者寄望大廠商承擔義務，而不及於小廠商。這種區別對待是否恣意？大廠商因額外負擔而喪失得標實力，是否達到過苛的不合比例之程度？多數意見皆採否定見解。本席則以為，大廠商應當承擔更多的公益任務。系爭規定僅（或先）對大廠商課予強制聘僱之義務，小廠商則免之，雖屬立法權自由形成的裁量範圍。就大廠商的不利處境而言，正是立法者肯定大廠商在參與政府採購的「法定權利」，雖比小廠商較為不利，卻為實行公益任務所

必需，大廠商「得標實力」的不利處境，不能夠視為憲法財產權受到侵害，其損失者僅是「獲利期待」(Gewinnchance)，而不能請求法律救濟。

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

惜多數意見未能善盡大法官解釋方法論，應最優先考量「歷史解釋法」，考諸系爭規定的立法理由（大法官審理案件法第十三條第一項），即可清楚與迅速獲得系爭規定扶助小廠商的立法目的也！<sup>7</sup>。

#### （四）比例原則的檢驗—不無「粗糙立法」之嫌

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

系爭規定以得標廠商國內員工總人數一百人為基準，作為界分之標準，理由在以百分之一的強制聘僱比例計算，自應以最少百人為基礎，方能僱用一人，此為立法所追求之簡單計算方式，應予尊重<sup>8</sup>。至於無法再聘僱一人的殘餘比例，

---

<sup>7</sup> 系爭規定在立法院審查過程，於 5 委員會聯席會議中，不分黨派的立法委員都明白主張應透過政府採購的機會，建立保障與增加中小企業與弱勢族群的就業機會。例如韓國瑜委員主張，以美國 1992 年度預算 1800 億 4000 萬美元中，保留 23% 予中小企業；10% 給有色人種經營之企業，日本 1993 年之預算為 11 兆 6950 億日圓，保留給 40% 給中小企業；蔡正元委員與蕭金蘭委員皆主張在系爭規定中，明定若干政府採購金額比例，保留給中小企業。惟最後上述明定百分比或保留給中小企業的額度之建議，均未形成共識，為系爭規定所不採。僅留下對大企業強制聘僱之規定，而不要求中小企業承擔此義務，可見得扶助中小企業，亦為系爭規定的精神！參見《立法院公報》第 86 卷第 24 期，第 380 頁以下。

<sup>8</sup> 系爭規定於立法過程中，本諸照顧原住民與弱勢團體之精神，既然無法將一定政府採購金額比例保留給前述族群（參見註七處），立法委員遂以保障就業的方式取代之。韓國瑜委員主張強制聘僱殘障與原住民共 1%；林忠正委員則認為以原住民就業人口佔臺灣總就業人口的 2.5%，故主張兩者合併應 2% 為妥，遂獲得共識，參見《立法院公報》第 86 卷第 24 期，第 385 頁以下。

則課予代金，可視為補充強制聘僱之制度，皆可視為立法者之裁量權。故以百人為基礎之計算方式，仍屬立法形成自由，尚無違反比例原則之問題。

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

本號解釋作出檢討改進之宣示，乃事出有因。按代金本應由競標成本所吸收，在扣除代金後得標廠商仍有合理的利潤，是為事理之當然。俗語有謂：「殺頭生意有人幹，賠本生意無人做」，投標廠商誠如多數意見在理由書第四段已言明，應在投標前已自行評估代金會否過高，方決定要否投標及投標金額。怎會發生「代金超過投標金額」之情事，不僅令投標廠商毫無利潤，甚至賠上血本的匪夷所思之情形<sup>9</sup>？

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

故上述不合理現象，應歸咎於系爭規定在立法模式上的粗糙。按政府採購項目種類繁多，性質各有不同。例如有現成品採購者，一次給付即完成之採購案；有成品分期給付（例如原因案件之一即承包政府之宣傳廣告，分期於雜誌或媒體

---

<sup>9</sup> 證諸臺北高等行政法院近年來許多案例中，經常出現此種不可思議的高額代金比例（代金與履約金額之比例）。例如臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3511 號案件中，代金比例即高達 490%（履約金額 146,952 元；代金 720,192 元）；臺北高等行政法院 97 年度訴字第 295 號案件中，代金比例高達 3679%（履約金額 45,000 元；代金 1,655,808 元）；臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2988 號案件中，代金比例高達 450%（履約金額 480,950 元；代金 2,165,328 元）；最高行政法院 100 年度訴字第 1360 號案件中，代金比例高達 141%（履約金額 1,237,497 元；代金 1,749,696 元）。上述案例中代金比例之高，令人咋舌。

中刊登播放)；況採購之物品需要之施工與製造時間長短不一，此外是否要為採購標案另聘人手，或另尋專業性與技術性人才，系爭規定並未考量其差異性，而分別妥善規範。

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

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

## 二、原住民保障法制的再檢討

系爭規定僅在比例原則方面，提出應檢討改進的意見，且提出「依國家與社會時空環境與保障原住民工作權之需要，定期檢討修正」諭知外，對於現行原住民保障法制是否具有毫無猶豫的正當性，多數意見並無質疑。誠然對原住民

保障是憲法增修條文所明定，但釋憲機關既然對此制度及憲法委託之實踐情形加以檢驗，對每個實證法應以更高度的視角來對其「時代性」審慎檢視之。否則，本號解釋殷切的檢討改進之宣示，將失之空泛。若無明確修法方向供立法者遵循，修法最後將淪為不了了之，致使系爭規定仍將在原地上打轉，了無新意，故本席以為現行原住民保障法制應朝下述方向進行「體檢」。

### （一）強制聘僱制度及優惠性措施適用對象的擴張

系爭規定誠然在兩個層面涉及到對平等原則的衝擊，第一個層面為涉及圖利小廠商部分，立法理由對部分之正當性訴求，十分模糊。本席則以為，應當將履行照顧原住民的義務，一視同仁。如前所述，不論得標廠商大小，皆應當課予一定比例金額（例如百分之一）的「原住民就業輔導金」。這種類似「教育捐」、「娛樂捐」的制度，好處是獲得公平及較充沛的財源。此制度當然必需與強制聘僱原住民政策相搭配，為加強廠商僱用原住民之誘因，可採取優惠措施（例如僱用一位原住民可少若干比例的輔導金），這些都是立法者可採行的辦法。唯有改採此辦法，方能將目前對大廠商課加強制聘僱義務與代金制度的矛盾，轉變為大小廠商都應承擔代金義務之合理現象，亦更符合平等原則之要求。

在第二個層面，系爭條文對原住民及身心障礙者就業均有強制聘僱制度的特別保障。考其憲法依據，分別為增修條文第十條第十二項及第七項規定。若仔細觀察前者之條文：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於

澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」赫然發現，同條文也將對原住民的照顧，應及於外島之人民（澎湖、金門及馬祖地區人民）。如今系爭規定單對原住民族群提供優惠性差別待遇，為何不及於外島人民<sup>10</sup>？

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

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

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

故本席認為系爭規定之所以獲得「暫時性合憲」的立論，即本於此<sup>11</sup>。

上述四種族群中恐只有身心障礙者才是客觀上就業競

---

<sup>10</sup> 早在系爭規定草案提出時，金門選出之立法委員李炷烽已提出質疑，認為與原住民立於同一憲法增修條文條項內之離島居民，為何沒有「離島人民工作保障法」的優惠？認為有牴觸平等原則之虞參見《立法院公報》第 69 卷第 36 期，第 105 頁以下。事後立法院制定「離島建設條例」，雖對人民生活提出諸多照顧與優惠之規定，例如國民教育經費、醫療服務、交通費補助與水電費減免等，仍未有如系爭規定般，保障其在臺灣本島就業的工作機會。

<sup>11</sup> 本席贊同葉百修大法官在本號解釋提出之協同意見書中，引用南非憲法法院 Sachs 大法官所提出的「時間因素」之考量，認為不僅應衡諸受歧視時間的長短，也要斟酌享受優惠措施時間的長短，作為判斷優惠措施合憲與否的依據。美國聯邦最高法院 O'Connor 大法官亦認為優惠措施應為暫時性措施。



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

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

## （二）檢討過時且容易潛伏歧視因子的原住民扶助法制

我國對於原住民的扶助、給予優惠的法律地位，的確堪稱盡心盡力。在立法委員選舉上，特別提供原住民（包括平地與山地原住民共六人）的保障名額，此制度確保了原住民能在國會內有足夠表達意見的機會<sup>12</sup>。另外在就業扶助方面，除了系爭規定施行於政府採購事務的強制聘僱外，另外同法下列三個條文亦強制保障原住民工作機會。

### 1、第四條（各級公營機構之比例進用）

各級政府機關、公立學校及公營事業機構，除位於澎湖、金門、連江縣外，其僱用下列人員之總額，每滿一百人應有原住民一人：一、約僱人員。二、駐衛警察。三、技工、駕駛、工友、清潔工。四、收費管理員。五、其他不需具公

---

<sup>12</sup> 試觀立法委員選舉，全國選民約 1762 萬選出區域立委共計 73 席，山地原住民選民約 18 萬人與平地原住民選民約 17 萬人各選出 3 席當選名額，其當選比例之高，僅金門、馬祖、澎湖等外島地區差可比擬。也因此有被外界被質疑「票票不等值」之嫌。惟憲法增修條文第 10 條第 12 項所規定保障原住民與外島地區人民「政治參與」之權利，足見憲法特別對其特別保護，以促進發展之意旨。

務人員任用資格之非技術性工級職務。

前項各款人員之總額，每滿五十人未滿一百人之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，應有原住民一人。

## 2、第五條（原住民地區公營機構之比例進用）

原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有三分之一以上為原住民：  
一、約僱人員。二、駐衛警察。三、技工、駕駛、工友、清潔工。四、收費管理員。五、其他不需具公務人員任用資格之非技術性工級職務。

## 3、第十一條（承包限制）

各級政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區未達政府採購法公告金額之採購，應由原住民個人、機構、法人或團體承包。但原住民個人、機構、法人或團體無法承包者，不在此限。

我國現行立法對原住民工作機會之保障，是否有過度保障之嫌？誠然，全國約五十萬原住民，不論是山地原住民或平地原住民，是否都處於教育、經濟或其他就業市場弱勢地位<sup>13</sup>？我們固可以舉出許多原住民事業成功的例子來予以反駁，顯示出仍以半世紀前的眼光來審視原住民的現狀，已經遠離事實甚遠<sup>14</sup>。多數意見解釋理由書第五段亦承認「現今

<sup>13</sup> 依行政院原住民委員會 101 年原住民就業狀況調查年度報告中顯示，當年原住民勞動人口約 24 萬人，其中失業人口為 11,700 人失業率為 4.86%。故專家認為原住民的失業率已與一般民眾接近，失業已非原住民就業之問題，而是職業的品質與穩定。據原住民委員會委託專研究結論顯示，原住民失業的主因為：離家遠、親情牽絆、生活態度、學習能力與信心不足，以及社會對原住民的刻板印象等，可見原住民的失業不僅是客觀的教育水準或文化程度的低落，反而許多是「求諸於己」的主觀因素，可參見 101 年原住民就業座談會第 1、2 場之記錄，邱汝娜教授主持之研究計畫

<sup>14</sup> 在此仍可以釋字第 649 號解釋之質疑「以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位」相比。原住民不論在影劇、運動、演藝方面，甚至事業成功之案例，遠超過視障者，可見得原住民比起視障者而言，後者才是真正謀生與就業競爭力的弱者族群。

原住民所受之教育，其職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力仍處於相對弱勢，致影響其生活水準」。且此認定亦符合有關機關之調查，原住民家庭生活水準仍普遍降低，故即使原住民族群經濟狀況已有改進，但立法者履行憲法增修條文的憲法委託，其形成空間，釋憲機關固應予尊重<sup>15</sup>。本號解釋多數意見對原住民是否仍居值得政府大力協助、輔導就業的必要性，未置一詞加以檢視，完全採納立法者的判斷。立法者履行憲法增修條文的憲法委託，其形成空間，釋憲機關固應予尊重。然本席期盼立法者在日後應全盤檢討原住民的相關扶助法制是否已經過時，有無「保護過度」之情事，而讓原住民在國家長期優惠制度與政策照顧下，養成依賴習慣而喪失積極競爭與奮鬥的活力？

### （三）原住民身分法-危險的立法模式

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

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

除上述以血統主義作為認定原住民之標準外，該法亦對原住民與非原住民結婚、生子、收養等法律行為，所產生的身分認定問題皆有詳盡規範<sup>16</sup>。

<sup>15</sup> 誠然原住民普遍生活水準仍低落於其他民眾，仍為事實。本號解釋蘇永欽大法官提出之協同意見書中，舉出一個數據：依原住民委員會所委託之調查顯示，民國 99 年原住民家庭的每人每月收入低於我國貧窮線下者，已達 58.2%，即顯示原住民家庭的生活水準仍普遍處於貧窮狀態也。

<sup>16</sup> 原住民身分法雖仍有彈性的規定，但也頗不合理，例如原住民與非原住民結婚，所生之子女，

藉由立法對特定族群身分的認定，雖說是基於貫徹實施優惠與扶助政策之需要，然就被認定之國民而言，其無異已被國家公權力界定為屬於特定族群，亦即「法定族群」，雖然可由個人自由意志、或由其他法律行為（例如結婚、收養）加以變更、褪去其身分<sup>17</sup>，卻仍可在法律上，追源出其曾具有原住民的身分。

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

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

類似的種族(族群)區分法儘管可能出於善意的立法原意，但無論如何，此種法律不僅明確區分「族群」，更產生強制的公信力，對有意融入其他、更廣大的社會族群者，無

---

以從具原住民身分之父或母之姓，或取原住民傳統姓名者，方取得原住民身分（第4條第2項）；原住民之非婚生子女，經非原住民生父認領者，以保留母姓或原住民傳統姓名者，視為原住民（第6條第2項）。此種藉由姓名來改變身分認定，是否「圖騰化」族群的差異？

<sup>17</sup> 原住民身分法第9條有申請喪失原住民身分的規定，例如在原住民與非原住民結婚；原住民為非原住民收養；年滿20歲自願拋棄等情形。

疑是反其道而行的絆腳石型立法。

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

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

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

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

故國家應對真正需要援助的原住民族群，施予法律上不同的優惠對待措施，例如真正處於弱勢的偏遠山區部落、而

非透過「血統主義」認定的所有原住民族群<sup>18</sup>。這才是國家以平等的眼光重視各個族群，而將援助的力道與資源集中在急需被援助者之上，亦即應當「雪中送炭」，而非「錦上添花」。

況原住民族工作權保障法保留給原住民的工作項目——約僱人員、駐衛警察、技工、駕駛、工友、清潔工、收費管理員等，無一不是屬於勞力型、而非技術型的藍領工作，本於尊重「勞動神聖」之精神，任何憑勞力而得之生活之資均值得讚揚。若實事求是考諸立法理由，不難體會出立法者衡量上述工作「適合保留」給原住民的「客觀性」。這種對原住民工作能力「適才性」的認定，若問其有無一定之價值評判？恐不言可喻矣<sup>19</sup>！

### 三、結論：愛之適之以害之一建立奮發圖強、而非養成依賴性的原住民扶助政策

本號解釋的確提供國人審視現行原住民政策，是否有過度溺愛之傾向？本席認為立法者應一股作氣，重新形塑出實踐各種照顧弱勢族群之憲法委託法制。就系爭規定所建立的「強制聘僱」制度而言，應作以下之改革：第一、將強制聘僱的範圍，應由現行獨鍾原住民及身心障礙者，擴及於外島人民與退伍軍人之上，亦即強制聘僱之人員，僅需是上述四種族群之一即足，以保障其等具有憲法位階之接受扶助權利。第二、對系爭強制聘僱制度（含代金）之適用範圍，應及於所有得標之廠商，不論規模大小，均負有履行憲法照顧

<sup>18</sup> 本席主張比照離島建設條例，對官方認定屬於邊遠山區、生活環境艱困之原住民居住區域，給予全方面補助。且補助對象為所有居民，不限原住民族群為對象，以符合社會正義。

<sup>19</sup> 行政院目前也提出修法草案，將上述各種工作機會的保留規定予以刪除，而改以類似系爭規定之以機關總人數比例強制聘用。其理由在於「原住民可適合的工作應不止上述幾種為限」。顯見現行法的規範模式已過時。

弱勢族群之義務。

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

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

「如果我有權力的話，我會停止免費發放食物的機構。這種制度敗壞了民族，助長了懶惰、遊手好閒，甚至犯罪行為。這種錯誤的慈善行為，不論在物質上還是精神上，都沒有為國家增加財富，反而是在給捐贈者造成一種錯誤的成就感<sup>20</sup>。」

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

甘地的哲言警鐘，亦可與在中學教科書中讀到民國初年朱惺公所撰之「瘞菊記」裡的一句名言：「愛之適之以害之」相互輝映。我國關愛原住民，盡量保障其工作的機會，但更應當期盼他們的就業競爭力能「脫弱轉強」，進而融入到社會之中，而非一味地依賴各種的扶助計畫，勢必將彷彿耽迷鴉片般，期盼效力一種強過一種的優惠政策，進而躲入人為的「保護傘下」，逐漸喪失競爭的實力，以及接受失敗的勇

---

<sup>20</sup> 甘地著，吳蓓譯，《聖雄箴言錄》，北京新星出版社，2007年，第178頁。

氣！

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

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