

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

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。

之定額僱用義務。參酌相關統計，本席推估因此負有定額僱用義務之大、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

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。

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

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。

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，

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

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

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)。

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

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。」

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。