

釋字七一九號解釋協同意見書

黃大法官茂榮

本號解釋多數意見認為：「原住民族工作權保障法第十二條第一項、第三項及政府採購法第九十八條，關於政府採購得標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，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，尚無違背憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則，與憲法第十五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。」因為原住民族工作權保障法第十二條第一項、第三項、及政府採購法第九十八條、所定扶助原住民就業之措施，在僱用數量，以員工總人數百分之一為標準，而非直接以政府採購金額之一定比例為基礎，在手段與財源之連結上不夠細膩，容易造成困擾。所以，扶助原住民就業，應尚有較為周全的方法。爰提出協同意見書，敬供相關法制研修之參考。

壹、保障特定族群之就業的方法

為特別保障一定族群之就業，其方法有：(1) 國家透過稅費之課徵，籌集財源，編列預算，成立輔導特定族群就業基金，增長其技能，並輔導其就業。(2) 在編列政府採購標案之預算時，即預估，為完成該標案所需之人事費，以及在該人事費中，期望用來僱用特定族群之薪資占發包金額之比例。(3) 課廠商以義務，在其員工之一定比例，應僱用特

定族群，例如身心障礙者及原住民，或向輔導就業基金繳納代金，供輔導特定族群就業。

在上述方法中，第一種方法，由國家透過稅費之課徵，籌集財源，可以規劃在一定之市場範圍（例如以政府採購之市場為範圍，或以獲利較佳之產業為市場範圍）普遍課徵，以對特定族群為跨產業之就業輔導，避免過度扭曲競爭者間之競爭條件或妨礙其發展。第二種方法論諸實際為由發包機關以採購預算之一定比例，補貼特定族群之就業，並避免因此而對得標廠商，課以過重或難以預測之組織或財務負擔。第三種方法，如不能普遍適用於有競爭關係之廠商，該義務之課予，不利於市場公平競爭機能之維護，與憲法第七條所定平等原則不符。

貳、現行法的規定

每一個國家由於諸多因素，都可能有一些特定族群在市場經濟中，遭遇到就業及生活的困難，需要政府給予特別的救助。在國內這特別表現在身心障礙者及原住民。因此，政府採購法第九十八條及原住民族工作權保障法第十二條有關於身心障礙者及原住民之就業保障的相關規定如下¹：

政府採購法第九十八條規定：「得標廠商其於國內員工

¹ 身心障礙者權益保障法亦有相關規定如下：第三十八條規定，「各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在三十四人以上者，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三（第一項）。私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在六十七人以上者，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，且不得少於一人（第二項）。第四十三條規定，「為促進身心障礙者就業，直轄市、縣（市）勞工主管機關應設身心障礙者就業基金；其收支、保管及運用辦法，由直轄市、縣（市）勞工主管機關定之（第一項）。進用身心障礙者人數未達第三十八條第一項、第二項標準之機關（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（第二項）。」

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。」原住民族工作權保障法第十二條規定：「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（第一項）。依前項規定僱用之原住民於待工期間，應辦理職前訓練；其訓練費用應由政府補助；其補助條件、期間及數額，由中央勞工主管機關另以辦法定之（第二項）。得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金（第三項）。」

參、就業扶助與財務負擔的歸屬

依上開規定，得標廠商僅在履約期間，有應按一定比例僱用特定族群之義務，所以得標廠商可能以定期勞動契約的形式進用（勞動基準法第九條參照），期滿自動終止；或即使以不定期勞動契約的形式進用，在履約期間經過後，亦可能再予資遣（同法第十一條參照）。所以如果不能在職業訓練上給予原住民有效果的輔導，勉強要求得標廠商按一定比例僱用，對於要扶助之特定族群在就業上的幫助，可能不大。是故，實際施行之結果可能還是繳交代金。由於得標廠商意識到此時，當先將該代金之負擔計入其投標價額中。其結果，還是由國庫負擔。

肆、現行規定之影響

在廠商依政府採購法參與投標並得標的情形，該二條在其法定比例，限制得標廠商選擇受僱人所屬族群之自由。如不為僱用，因為應向就業基金繳納代金，而會加重其財務負擔。如真因此而勉強僱用，可能影響績效。這最後會轉為因增加勞務費用之支出，或減少收入，而加重其財務負擔。該財務負擔如不能避免，可能轉嫁發包機關負擔。

如非僱用不可，而且以全體員工數為基數，而非以因標案而增加之員工數為基數，會放大上開規定對於與員工之僱用有關之營業自由的衝擊。因得標而應增僱之員工數，如果集中在履行標案所需人力的範圍，則特定族群占該標案使用之員工數的比例可能過高，而影響標案之妥適的履行。反之，如將一部分之增僱員工，安置在標案以外之部門，則勢必衝擊到其他部門的營運。這是最後得標廠商幾乎都會選擇繳納代金，而不依規定進用法定比例之特定族群為其員工的道理。

當有此認識，應在招標時即在投標須知中，告知上開規定。以促使投標廠商在投標時能有正確之認識及因應，避免發生事後由於不能因應，而發生紛擾。

伍、財務之特別負擔與公平競爭

在參與競標者中，如有因僱用國內員工總人數未逾一百人，而無該項財務負擔時，該不利會使參與競標者間，因其僱用國內員工總人數，逾或未逾一百人，而有不公平競爭的情形，不利於市場公平競爭機能之維護。

該二條規定皆以政府採購界定其受適用之市場範圍。由於政府採購之品目跨越各種產業，而非以一定之產業全體為

其範圍，所以該特別義務之課予，自可能在一個產業內部，對於參與及不參與政府採購之投標廠商間，形成差別待遇。假設在各該產業不能將政府採購及非政府採購的市場隔離開來，則除非國家或發包之政府機關對於得標廠商因履行該特別義務而產生之財務負擔，提供相應之補貼，該差別待遇便可能影響其競爭機能。

陸、得標廠商應僱用原住民之員額的計算基礎

系爭規定之疑義存在於得標廠商應僱用原住民之員額的計算基礎。

關於應僱用原住民之員額的計算基礎，可能有：(1) 以得標廠商僱用之員工總數為基礎，(2) 以履行系爭標案所需員工總數為基礎，(3) 以系爭標案得標金額之一定比例為基礎。

首先因不同標案所需之人力資格可能不同，所以原住民之專長是否適合標案之人力需求，每一個標案都可能不同。因此，以一致的百分比課得標廠商僱用原住民之義務，可能不切實際。

第一種基礎，以得標廠商僱用之員工總數為計算基礎，將僱用義務之計算基礎連結到標案外，在要件之連結上有牽連過廣，發生不當連結的問題。其因此所生之企業組織的調整幅度，對於參與投標廠商會因其規模不同而異。這有礙於公平競爭，對於招標機關及投標廠商都可能不利。第二種基礎，以履行系爭標案所需員工總數為計算基礎，將僱用義務之基礎，連結到標案本身所需之人力，固可避開第一種基礎所涉牽連過廣的問題。然因不同標案所需之人力資格可能不

同，以致原住民之專長是否適合標案之人力需求，每一個標案都可能不同。因此，以一致的百分比課得標廠商僱用原住民之義務，可能不切實際。如以系爭標案，得標金額之一定比例為基礎，所課之義務，可在相對於得標金額之一定比例所框計之一定財務負擔的基礎上，比較有彈性的基於原住民之能力，以相匹配之薪資，僱用合用數量之原住民，不預設應僱用之人數及其薪資，也不拘泥於系爭規定所定之應僱用人數。此外，因其以得標金額之一定比例為基礎，不會發生系爭規定之適用結果，妨礙公平競爭，或個別得標廠商所需繳交之代金，達得標金額數十倍的離譜情事。

柒、政府採購制度不中立而又無就業之積極的扶助功效

該二條規定，得標廠商僱用員工數達百人者，應不低於百分之一僱用原住民，或不僱用而應按基本工資繳交代金。其所構成之財務負擔，使僱用員工數，達到及未達到所定標準之廠商間，在政府採購案件，不能公平競爭，使政府採購制度對於以僱用員工數為標準界定之企業組織規模不中立。其延伸的影響為：僱用員工規模達到法定標準之廠商，可能不參與投標，或透過組織規模較小之關係企業參與投標，以規避系爭規定之適用。其結果，可能參與投標廠商之僱用員工數在形式上皆未達到法定標準。若偶有達系爭規定所定規模之廠商參與投標，其因系爭規定所增加之財務負擔，亦將轉嫁由發包機關負擔，而所增加之原住民的就業機會，因其開始並不自然而且突然，總難免使其勞動契約流於「為臨時性、短期性、或特定性工作」而締結之定期的勞動契約，不易長久。以上現象對發包機關及投標廠商皆有所不利。所

以，上開規定尚非扶助特定族群就業之最妥適的手段。

捌、系爭規定是否符合比例原則

系爭規定雖容許得標廠商自由選擇，按法定比例（百分之一），進用原住民或向就業基金繳交代金，以緩和其對於得標廠商在員工之進用、培訓等之營業自由的限制。且因原住民之進用或繳交代金可能增加之財務負擔，發包機關及得標廠商除非無經驗，原則上皆應有此認識，並將之轉嫁於發包機關負擔。所以如非無經驗，系爭規定適用之結果，如果負擔過高，應會流標，不致於有得標之後續的發展。問題是：參與投標者，不會因無經驗，而不知有系爭規定存在的假定，與事實可能不符。值得推敲者，得標廠商得否事後主張其投標之表示有錯誤？捨棄押標金，撤銷其投標之表示。

另因原住民之進用，以得標廠商僱用員工之總數，而非以其為履行得標契約所需員工之總數為基數，致得標廠商，因未按法定比例進用原住民之人數所應繳納之代金數額，在具體案件有超出其得標金額數十倍的情形。不論轉嫁與否，這對於得標廠商及發包機關皆顯然過高。因此，對於應繳納之代金總額未設相對於得標金額之一定比例為其上限，顯有過當，不符憲法第二十三條所定之比例原則。

玖、特定族群之就業保障或就業扶助

常言道：為幫助一個人生活，與其給魚，不如給釣竿。同理，要幫助一個人透過就業，自立更生，與其強制廠商勉強僱用，不如透過教育、職業訓練，增進其謀生能力，使其

成為一個受歡迎的求職者。在僱傭關係，猶如婚姻，勉強撮合，最後幫助不大。

就限制非視覺障礙者從事按摩業，以保障視覺障礙者從事按摩謀生之法制，本院釋字第五四九號解釋：「中華民國九十年十一月二十一日修正公布之身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」（九十六年七月十一日該法名稱修正為身心障礙者權益保障法，上開規定之『非本法所稱視覺障礙者』，經修正為『非視覺功能障礙者』，並移列為第四十六條第一項前段，規定意旨相同）與憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力。」該號解釋，開啟關於如何保障弱勢者就業，才不違反平等原則之問題的反省。因就業市場短期內僅有一定數量之需求，所以將就業機會保障給特定族群，對於其他族群自然會有排擠效果。因此，除就業保障外，是否可一般的以繳納「就業安定金」代之？值得探討。蓋就業，受限於雇方有一定之能力的需求，在勞方有一定之專長與性向，不一定互相匹配。勉強要雇主雇用一定比例之原住民，可能影響效率。所以比較理想的選項應當是對於原住民提供其有意願學習之職業訓練機會，而後輔以對於雇用原住民者，給予補助。其財源可來自於：對全體薪資所得或營利事業所得課徵一定比例之就業安定捐，以由有職業者及有事業者，本諸己立立人，己達達人的胸懷，捐輸一部分所得，建構足夠規模之基金，健全及強化技職教育、職業訓練、就業輔導及失業救助之完整體系，根本解決相關問題。

拾、政策目標與政策手段

一個政策，因其所要實現之目標有關之適用對象的特徵，而需要不同之政策手段。此為政策目標與政策手段之匹配的問題。這亦稱為目的與手段之關聯性，為手段是否違反比例原則之衡量標準。

公課因其內容之種類及數量或徵取之時令，因人而異，對義務人基本權利有不等程度之介入。原則上，以金錢為內容，相較於以貨物或勞務為內容，人民對其負擔之適應性較好。其理由為：義務人得透過其較擅長或喜歡之方式，在市場取得其為履行公課所需之金錢。反之，如以一定之貨物或勞務為公課之內容，則涉及貨物之徵收或勞役之徵夫，這對於義務人之自由的限制一般較重。是故，為配合國家扶助原住民就業，以改善其生活之政策，應規劃對於原住民比較實惠有效之方案。

謀生之扶助，要鼓勵其學習技能，培養其榮譽感，而不宜勉強僱用或呵護。要籌措資金，深入調查，原住民在謀生技能方面的強項與弱項，系統性的針對原住民之性向及特殊能力，在運動、歌唱、表演、野外生態資源之調查培育方面，多加借重與開發。依附於政府採購，課其得標廠商僱用一定比例之原住民的方法，雖看似直接方便，但因資金最後還是由國庫來，不因攀緣於政府採購而會比較節省，所以反而會比編列一定預算，支應扶助原住民就業之所需，沒有效率。此外，如真介入得標廠商之僱用自由，還會造成無效率之人事干預，得不償失。