

## 釋字第七一九號解釋不同意見書

大法官 林錫堯

本意見書認為：系爭規定違反平等原則；系爭規定與其他相關條文，在形成個案過苛之情形下，違反比例原則。茲詳細說明如下：

一、本案之問題性，不在原住民族之保障目的，亦不在系爭規定之保障手段於原住民與非原住民之間是否違反平等原則之問題，乃在其保障手段是否侵害第三人之基本權、是否違反平等原則或比例原則，而逾越執行國家保護義務之界限

按依憲法增修條文第 10 條第 12 項，國家應保障原住民族，而系爭規定（指原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項規定及政府採購法第 98 條有關原住民部分規定，詳如解釋理由所述，以下同）即係基於執行上述國家保護義務之目的，其目的具正當性，應無可質疑，故本案問題不在應否保障之問題。同時，本案所探究之問題，亦不在系爭規定，於原住民與非原住民之關係上，是否違反平等原則之問題。

本案問題在於，系爭規定於原住民以外之第三人（廠商）間之關係上，是否違反平等原則或比例原則？此等問題，因涉及對原住民以外之第三人（廠商）基本權之侵害，不能僅因憲法規定國家應保障原住民族，亦不能僅因系爭規定之保障手段可達成保障原住民族之目的，即可逕認系爭規定之侵

害手段具備憲法上正當性。畢竟，國家執行保護義務所採取之保障手段，應有其界限，如該手段侵害第三人之基本權時，即應符合平等原則或比例原則。而依系爭規定，「依政府採購法得標之廠商」，不論投標金額大小，凡「國內員工總人數逾一百人者」（以下簡稱「大規模廠商」），一律課予僱用原住民或繳納代金之義務。系爭規定之保障手段，是否及如何侵害第三人（廠商）之基本權？是否違反平等原則或比例原則而逾越執行國家保護義務之界限？此乃本案必須究明之問題。

## 二、系爭規定，於政府採購招標時（對參與投標之大規模廠商）及決標後（對得標之大規模廠商），均有侵害基本權之可能性

按系爭規定係對「依政府採購法得標之大規模廠商」，課予僱用原住民或繳納代金之義務，其所採手段，對「依政府採購法得標之大規模廠商」而言，係直接的、法律上侵害其營業自由與財產權，至為顯然，因而發生系爭規定所採手段是否違反比例原則之問題。但依現代「基本權侵害」（Grundrechtseingriff）之概念，系爭規定亦有可能於政府採購「招標」時，即已違反平等原則而侵害「參與投標之大規模廠商」之營業自由與契約自由。

以下先說明「系爭規定違反平等原則部分」，次說明「系爭規定違反比例原則部分」。

### 三、關於系爭規定違反平等原則部分

(一) 現代「基本權侵害」之概念有採廣義之趨勢，故公權力行為在基本權保障範圍內發生「直接的事實上不利影響」者，除係完全無意義或輕微之侵害外，當可認係「基本權侵害」，並得審查該公權力行為是否符合平等原則：

按所謂「基本權侵害」，簡言之係指公權力行為介入基本權之保障範圍而言。傳統的基本權侵害係以介入基本權保障範圍之公權力行為具有目的性（指公權力行為係以侵害基本權為目的，並非僅基於其他目的而發生非本意之效果）、直接性（指公權力行為主要係以發生特定法律效果為目的，並非僅雖屬有意但係間接之效果）、法形式性（指公權力行為係發生法律效力之「法行為」，並非僅生事實上效力，如以法律、行政處分、裁判等）、強制性（指對人民有拘束力之要求或禁止，必要時得以強制力貫徹之）。因而傳統的基本權侵害存在於下命、強制或禁止，例如：負擔處分（如徵收、拒絕許可、禁止行為）、法院裁判、法律限制等<sup>1</sup>。

但傳統的「基本權侵害」概念已不足涵蓋所有不同之侵害可能性，此包括構成傳統的「基本權侵害」概念的四項要素，均有待檢討，因而有間接侵害（mittelbare Eingriffe）與事實上侵害（faktische Eingriffe）之說，蓋基本權侵害

---

<sup>1</sup> Heinrich Wilms, Staatrecht II Grundrechte, 2010, Rn 187ff ; Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 73 (引用 BVerfGE105, 279, 300)

可能經由事實上影響而發生（例如經由國家之警告、評價或批判等），亦可能經由間接影響而發生<sup>2</sup>。學者對間接侵害與事實上侵害之概念描述，並非一致<sup>3</sup>，甚至有認為在間接侵害與事實上侵害之外尚有其他種類侵害之可能<sup>4</sup>。但學者對「基本權侵害」之概念，均有採廣義之趨勢。

此外，學者亦設法建立現代的基本權侵害之概念。有謂：係指公權力行為使基本權主體得受基本權保障之行為成為全部或一部不能（unmöglich）之情形<sup>5</sup>。有謂：係指國家行為使個人得受基本權保障之行為「成為不能 unmöglich

---

<sup>2</sup> Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht Band II*, 2010, §51 Rn. 26ff; Heinrich Wilms, *Staatrecht II Grundrechte*, 2010, Rn. 190. 德國聯邦憲法法院裁判亦將基本權侵害之概念擴大至間接侵害與事實上侵害（BVerfGE105, 279, 299）。

<sup>3</sup> 例如有謂：事實上侵害，指行政上事實行為之侵害；其效果並非在基本權保障範圍內作有拘束力之規律（規制），而是妨害或危害基本權之行使；但不包括因違法之公權力行為致生損害賠償請求權之情形在內；間接侵害，指非以限制基本權為目的，但對基本權之行使產生不利效果之規律（規制）；又如對相對人之負擔性公權力行為進而侵害第三人者，對該第三人亦可能構成間接侵害（Heinrich Wilms, *Staatrecht II Grundrechte*, 2010, Rn. 191.）。有謂：間接侵害，指某一特定公權力行為是多種原因之一，其與其他原因共同作用造成不利之結果者；事實上侵害，指欠缺目的性或直接性。非目的但係直接之侵害，亦屬之，而與間接侵害有別；事實上侵害造成關係人不利之效果，可能係出於有拘束力之下命，亦可能出於僅係使關係人事實上遭受之非規律性公權力行為。（Helge Sodan/Jan Ziekow, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 2. Aufl., 2007, §24 Rn. 7.）。有謂：間接侵害，指對第三人而非直接對相對人之侵害；事實上侵害，指國家對基本權之自由範圍之事實上影響，而非法律上影響（Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfauf, *Grundgesetz*, 12. Aufl., 2011, Vorb. V. Art. 1, Rn. 36.）。

<sup>4</sup> 例如：Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, 2013, Rn. 75. 將傳統的基本權侵害以外之「侵害」概念區分為四種影響：事實的、間接的、非目的的、非強制的；Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, *GG (2007)*, Vorb. vor. Art. 1 Rn. 28. 將傳統的基本權侵害以外之「侵害」概念區分為四種侵害：事實的、間接的、影響性的（influenzierende Eingriffe 即給予某種利益使拋棄行使基本權）、基本權之危害。

<sup>5</sup> Heinrich Wilms, *Staatrecht II Grundrechte*, 2010, Rn. 192; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatrecht II*, 29. Aufl., 2013, §6, Rn. 253.

macht」或造成「重大困難 erheblich erschwert」之情形，而不論其作用是否具目的性、直接或間接、法律上或事實上、有無強制性，只要其效果係緣自於公權力行為，且可歸責於公權力行為，即屬之<sup>6</sup>。有謂：係指違反權利人之意志而對其法益造成「非不重大之影響 nicht unerhebliche Einwirkung」<sup>7</sup>。有謂：係指公權力以可歸責方式（in zurechenbarer Weise）使基本權保障範圍內之標的遭受不利影響<sup>8</sup>。有謂：所謂侵害基本權保障範圍，如國家有目的地，有時運用強制力地，限制基本權保障範圍內之行為，即屬侵害；又如國家措施對基本權自由之行使有事實上影響、限制或使之不可能，不論係直接或間接，亦屬侵害<sup>9</sup>。等等，不一而足。大致而言，其所採現代的基本權侵害之概念，側重在對基本權發生實質影響之效果<sup>10</sup>。

儘管如此，對於此種傳統的基本權侵害以外之基本權侵

---

<sup>6</sup> Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Band II, 2010, §51 Rn. 31.

<sup>7</sup> Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfau, Grundgesetz, 12. Aufl., 2011, Vorb. V. Art. 1, Rn. 36.

<sup>8</sup> Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 76.

<sup>9</sup> Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., 2005, §19, II 1 (S.184)

<sup>10</sup> 我國學者亦不乏採上述廣義「基本權侵害」之見解者，相關論述詳如：蕭文生，〈自基本權保障觀點論街頭監視錄影設備裝設之問題〉，收錄於《法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集》，公益信託法治斌教授學術基金，2004年5月，頁245-246；許宗力，〈基本權利：第六講—基本權的保障與限制(上)〉，月旦法學教室，第11期，2003年9月，頁69-70；許育典，《憲法》，元照，四版，2010年8月，頁150-152；李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，收錄於氏著《憲法理論與實踐(一)》，二版，2003年2月，頁82-85；法治斌、董保城，《憲法新論》，元照，三版，2008年9月，頁172-173；陳慈陽，《憲法學》，自刊，2004年1月，頁394；林三欽，〈論基本權利之侵害〉，收錄於現《憲法解釋之理論與實務》(第二輯)，中央研究院中山人文社會科學研究所，2000年8月，頁444-456。

害，仍認其界限並不明確，究應如何認定？其具體之要件為何？仍有爭議，且易誤認為只要涉及基本權即可認定係「基本權侵害」。因而強調，仍應視各個基本權及相關情況分別認定。對此，有謂：目前不作統一定義，宜就國家行為所涉之基本權分別探討何種情形可構成「基本權侵害」；對此，應考量干涉之程度與期間、各個基本權之保障目的；因而各個基本權容有不同之認定標準；但總以有逾越「重大程度 Erheblichkeitsschwelle」為必要，輕微之干涉應不構成「基本權侵害」；又對基本權之危害（Grundrechtsgefährdungen），亦可能構成「基本權侵害」，對此，尤其應視是否有發生具體危險而定<sup>11</sup>。有謂：仍應視各個基本權保障目的及侵害之程度與預見可能性而定<sup>12</sup>。有謂：間接、事實上侵害是否構成「基本權侵害」，應依相關基本權之保護目的與功能是否亦當防禦此種性質之侵害而定；重點在於「違反基本權之效果」，例如：倘若對關係人之間接侵害，所造成之負擔性效果，與直接侵害基本權保障範圍之效果相同或相近，則可認係「基本權侵害」<sup>13</sup>。有謂：公權力行為係以侵害基本權為目的者，通常即屬「基本權侵害」；否則，應視影響之程度與個別化可能性而定<sup>14</sup>。有謂：公權力行為係以造成負擔性效果為目的者，通常即屬「基本

---

<sup>11</sup> Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Band II, 2010, §51 Rn. 33ff.

<sup>12</sup> Heinrich Wilms, Staatsrecht II Grundrechte, 2010, Rn. 193.

<sup>13</sup> Helge Sodan/Jan Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 2. Aufl., 2007, §24 Rn. 7.

<sup>14</sup> Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfauf, Grundgesetz, 12. Aufl., 2011, Vorb. V. Art. 1, Rn. 36.

權侵害」；如其目的與效果可認係傳統的基本權侵害之公權力行為之替代者，亦同；提供資訊之事實上效果，如其對基本權所保障之行為造成不利影響之方式，與傳統的基本權侵害相同者，亦同；此外，其他影響如不利於基本權之程度愈嚴重，或受限制之行為對基本權之行使愈重要，則愈宜認其構成「基本權侵害」<sup>15</sup>。

然而，學者大多認為，如係完全無意義（如僅屬日常生活之不便或主觀之感受）或輕微之侵害，不屬「基本權侵害」<sup>16</sup>。且必須至少是可歸責於公權力行為，始屬「基本權侵害」<sup>17</sup>。亦有進一步分析：如係公權力行為單獨造成影響，通常可歸責於公權力行為，此屬直接的事實上侵害；如公權力行為僅係造成影響原因之一，且因人民之行為始發生影響，則屬間接的事實上侵害，必須該公權力行為係以引起人民之行為為目的，始得認可歸責於該公權力行為；又如國家對人民之行為有預見可能且予以容忍，則通常可認係可歸責於公權力行為<sup>18</sup>。

總之，吾人可以肯定：在現代的「基本權侵害」之概念下，公權力行為在基本權保障範圍內發生「直接的事實上不

---

<sup>15</sup> Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG (2007), Vorb. vor. Art. 1 Rn. 29.

<sup>16</sup> Heinrich Wilms, Staatsrecht II Grundrechte, 2010, Rn 201; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 29. Aufl., 2013, §6, Rn.260; Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 77.

<sup>17</sup> Heinrich Wilms, Staatsrecht II Grundrechte, 2010, Rn. 192; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 29. Aufl., 2013, §6, Rn. 253; Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 77.

<sup>18</sup> Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013, Rn. 78.

利影響」者，除係完全無意義或輕微之侵害外，當可認係「基本權侵害」，並得審查該公權力行為是否符合平等原則。至如公權力行為在基本權保障範圍內僅發生「間接的事實上不利影響」者，是否構成「基本權侵害」，仍應視各個基本權及相關情況分別認定。

準上所述，以下試說明本案系爭規定何以違反平等原則之理由。

(二) 系爭規定雖係對「依政府採購法得標之大規模廠商」課予僱用原住民或繳納代金之義務，但因其造成「大規模廠商」於參與政府採購投標時之特別負擔，事實上直接不利影響「大規模廠商」之投標能力與意願，形成「參與政府採購投標廠商」之間之不平等地位，對「大規模廠商」之營業自由與契約自由構成「直接的事實上侵害」，對此差別待遇復無憲法上正當理由可資為憑，已逾越執行國家保護義務之界限，故系爭規定有違平等原則：

按廠商參與政府採購投標，係屬於憲法保障之營業自由與契約自由之保障範圍（本院釋字第 514 號、576 號、580 號、716 號解釋意旨參照）。系爭規定雖係對「依政府採購法得標之大規模廠商」課予僱用原住民或繳納代金之義務，於法律上，係直接限制「依政府採購法得標之大規模廠商」之基本權，並非拘束得標前之行為，但事實上，「大規模廠商」



於參與政府採購投標時，必須考量其得標後僱用原住民或繳納代金之支出，將此種支出納入成本計算，作為決定投標金額之因素，較之「非大規模廠商」於計算投標金額時，不須負擔此種成本而言，形成一種特別負擔。尤其於政府採購採最低標之情形，不僅因而提高「大規模廠商」之投標金額，而處於較不利之競爭地位，甚至因無法獲得預期之利潤，或因僱用原住民應支出之金額或應納代金之金額高於得標金額，致放棄投標之機會。在廠商規模不變（即依系爭規定，不論投標金額多少，得標後僱用原住民或繳納代金之具體義務內容恆不變，亦即應支出或繳納之金額係屬固定）之前提下，投標金額愈小，其相對應支出或繳納之金額之比例愈高，甚至事實上有高於投標金額數倍乃至數拾倍之情形（此種情形，並非單一個案，應予正視），顯然於參與政府採購投標時，「大規模廠商」事實上係處於不平等之不利地位。此係因系爭規定直接造成之「事實上不利影響」，當可認係「基本權侵害」，即係對「大規模廠商」營業自由與契約自由之侵害。且此種情形，事實上使採購機關未能運用「大規模廠商」之資源，以實現其行政目的，於公益亦屬不利。

再者，如解釋理由書第一段所述：「國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否正當，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字

第六八二號、第六九四號、第七〇一號解釋參照)。」上述侵害「大規模廠商」營業自由與契約自由之差別待遇手段，其「差別待遇之目的」為何？是否正當？顯然不能僅以國家保障原住民族為「差別待遇之目的」，更遑論「差別待遇之目的」是否具備正當性，仍有待檢驗。再者，如何認定系爭規定所採差別待遇之手段具有憲法上正當理由？顯然亦不能僅以國家保障原住民族之目的，逕認其所採之手段具有憲法上正當理由。又關於此一問題之判斷，為何以「所採取之分類手段」與「差別待遇之目的」之間具有「合理之關聯性」為基準，而非以有「實質之關聯性」為基準？又如何認定上開二者具有「合理之關聯性」？這些問題，解釋理由書第五段雖有觸及，但仍未充分明確說明，尚不足證明系爭規定所採行之差別待遇手段具有憲法上正當理由。

質言之，除系爭規定等所採之手段造成「大規模廠商」事實上係處於不平等之不利地位外，立法者並非不能採取其他不違反平等原則之更適當手段（例如：以得標金額一定比例之金額作為認定其義務之基準，並分別情況採行適當之要求或措施），來達成保障原住民族工作權之目的。足證系爭規定之手段，並非達成目的所必要，甚至因其係為執行便利而簡化手段，卻實際上造成不合理現象，致堪認係出於恣意，欠缺憲法上正當理由。系爭規定既以差別待遇手段侵害「參與政府採購投標之大規模廠商」之營業自由與契約自由，且無憲法上正當理由，自屬違反平等原則，而不符憲法

保障營業自由與契約自由之意旨。

#### 四、關於系爭規定與其他相關條文違反比例原則部分

(一) 除系爭規定外，尚有其他有關僱用原住民或繳納代金之規定，與系爭規定間具有重要關聯性，應一併納入審查。

由於系爭規定僅係課予「依政府採購法得標之大規模廠商」僱用原住民或繳納代金之義務，至繳納代金之計算方式，係由原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定：「前項及第十二條第三項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」另政府採購法施行細則第 107 條第 2 項規定：「依本法第九十八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。」第 108 條第 2 項規定：「前項代金之金額，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三十計。」

(上述三項規定合稱「相關條文」)，均係為執行系爭規定之僱用原住民或繳納代金義務而設，或因其與系爭規定具重要關聯性，或因其為確定終局判決所適用，均難略而不論，應一併納入審查。

(二) 系爭規定與相關條文適用結果，有致「個案過苛」而嚴重侵害「依政府採購法得標之大規模廠商」財產權

與營業自由之情形，已逾越執行國家保護義務之界限，就此而言，有違比例原則。

按我國釋憲實務，向有因法規適用結果導致個案過苛，因而認該法規在此範圍內違反比例原則之例。例如：於釋字第 641 號解釋就目的正當性、適當性及必要性都加以論述，而最終係以「罰鍰金額有無限擴大之虞，可能造成個案顯然過苛之處罰，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」不符妥當性，認有違比例原則。又例如：於釋字第 669 號解釋亦就目的正當性、適當性及必要性加以說明，最後則以「未能具體考量行為人違法行為之惡害程度，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義」致罪責與處罰不相對應而有違比例原則。又例如：於釋字第 685 號解釋論及目的正當性，而以「系爭規定之處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰部分，逾越處罰之必要程度而違反憲法第二十三條之比例原則」作為說理。又例如：近期的釋字第 716 號解釋，論述目的正當性、適當性、必要性後，另從「惟交易行為之金額通常遠高甚或數倍於交易行為所得利益，又例如於重大工程之交易，其交易金額往往甚鉅，縱然處最低度交易金額一倍之罰鍰，違規者恐亦無力負擔。系爭規定二可能造成個案顯然過苛之處罰，立法者就此未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度」為個案過苛之論理。

本案如前所述，系爭規定與相關條文適用之結果，對「依政府採購法得標之大規模廠商」課予僱用原住民或繳納代金之義務，即不論得標金額多少，均依其原來規模（廠商之國內員工總人數）之大小，使其負擔僱用原住民應支出或應繳納代金之一定金額支出，其得標金額愈小，相對地因其得標而固定應支出或繳納之金額之比例愈高，甚至有應支出或應繳納代金之金額高於得標金額數倍乃至數拾倍之情形（此可參酌釋憲聲請書及其附表所述，並查考相關之行政院訴願決定書、行政法院判決書而知），對「依政府採購法得標之大規模廠商」形成「個案過苛」，當非憲法增修條文第10條第12項保障原住民族之本意，顯已逾越執行國家保護義務之界限，核諸狹義比例要求公權力行為所欲達成目的之公益（保障原住民族工作權）與因而侵害人民權利之程度（得標之大規模廠商之財產損失）之間，應有適當比例關係之標準以觀，顯然造成得標之大規模廠商不成比例之負擔，嚴重侵害其財產權與營業自由，自有未合。就此而言，系爭規定與相關條文均有違比例原則。

多數意見對於因系爭規定與相關條文適用之結果，事實上造成對「依政府採購法得標之大規模廠商」個案過苛，而侵害其財產權與營業自由之情形，未能探究其侵害之嚴重性與非單一性，並依往例宣告系爭規定與相關條文違憲而應定期失效，以促立法者儘速妥適修法，卻以檢討改進之釋憲模式，僅要求立法者應有適當之減輕機制，不僅有未竟其功之

憾，且因其肯定系爭規定之合憲性，而未務實面對問題，提出切合實際之憲法上要求，徒增未來修法之困難。