

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。