

釋字第 810 號解釋不同意見書

蔡大法官宗珍提出

黃大法官昭元加入

本號解釋多數意見以依政府採購法得標之廠商，其依法「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……對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則」為由，作成原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定（部分）違憲之解釋。本席認為本號解釋於宣告違憲部分欠缺實質論理，忽略憲法保障原住民族之意旨與國家具有保障扶助並促進原住民族發展之憲法義務，並與本院釋字第 719 號解釋之理據背道而馳；且本號解釋恐帶來變相扭曲相關制度運作之後遺症，因此對本號解釋之理由及結論均難以認同，爰提出不同意見如下：

一、本號解釋於宣告違憲部分理據不明，且實質上悖離釋字第 719 號解釋意旨

1. 本號解釋之標的及其爭議內涵

本號解釋係以釋字第 719 號解釋意旨為前提，並無變更或補充該號解釋之意，解釋中亦重申其合憲結論，因此本號解釋之標的，有意侷限於原住民族工作權保障法（下稱原民工作保障法）第 24 條第 2 項規定（下稱系爭規定）中有關得標廠商應繳納代金之計算標準部分。

然而，系爭規定之內容僅涉及代金計算標準，至於代金

繳納義務及其要件（範圍），係規定於原民工作保障法第 12 條第 3 項：「得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向……繳納代金。」此處所謂代金，係指代替同條第 1 項所定之依法定標準僱用原住民之義務（下稱僱用義務）之現金，其繳納義務之屬性及其範圍等，自應依其所欲代替之僱用義務而定；且進用原住民人數未達法定標準之得標廠商，於不足額部分始有代金繳納義務。因此，代金繳納義務是否「過苛」或「不相當」，其衡量指標即應以僱用義務為準。至於僱用義務是否「過苛」或「不相當」，乃課予僱用義務之規定是否合於比例原則要求之審查事項；且不論是僱用義務，抑或代金繳納義務，均已經釋字第 719 號解釋肯認其合憲性。

2. 釋字第 719 號解釋之相關理據與結論

釋字第 719 號解釋之標的，正是得標廠商依法僱用一定比例原住民之僱用義務，以及代金繳納義務之規定（原民工作保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定）。於論述理路上，該號解釋開宗明義強調，基於憲法第 5 條及憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民之意旨，國家負有保障扶助並促進原住民族發展之義務；上開規定即係立法者為促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過使得標廠商比例進用原住民之手段所為優惠措施。該號解釋於比例原則之審查部分認為，僱用義務「固然限制得標廠商之財產權及營業自由，然其僅係要求該廠商於其國內員工總人數每逾一百人者，應於履約期間僱用原住民一名，進用比例僅為百分之一，比例不大，整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞；如未進用一定比例之原住民，亦得按每月基本工資為標準繳納代金代替，對於得標廠商營業自由之限制並未過當。又系爭

規定並非規定得標廠商一律須繳納代金，而僅係於未進用一定比例之原住民時，始令得標廠商負繳納代金之義務；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。參諸得標廠商之繳納代金，係用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況，〔原民工作保障法第 12 條第 3 項〕就有關得標廠商繳納代金之規定，對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡。」從而，原民工作保障法第 12 條第 1 項所定僱用義務與同條第 3 項所定代金繳納義務，並未抵觸比例原則，與財產權及營業自由之意旨均無不符。

應特別注意的是，釋字第 719 號解釋針對其解釋標的所為審查論斷，並未出現「採購金額」之衡酌標準，解釋理由中甚且明指，「代金金額是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估」，並未以之為代金繳納義務是否合於比例原則之考量因素。

3. 本號解釋之理路與謬誤

不同於釋字第 719 號解釋，本號解釋一開始即先設定「依政府採購法得標之廠商未依法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……，以避免於特殊個案情形，可能因所應繳納之代金金額超過採購金額，造成代金繳納義務呈現顯不相當，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此如未設適當之調整機制，其對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則」之審查原則。然而，此等審查之前提實已蘊含諸多違憲評價與論斷，

諸如：「所應繳納之代金金額超過採購金額，造成代金繳納義務呈現顯不相當」、「致有嚴重侵害人民財產權之不當後果」、「對……財產權所為限制，顯不符相當性」等。該等評斷不但正是有待審查之客體（即代金繳納義務是否合於比例原則），且係以未經證成、尚屬「來路不明」之衡量指標（採購金額）為前提，違憲結論已躍然紙上，可說未論先斷，結論已成。

實體論述部分，本號解釋指出，系爭規定關於代金金額之計算，「一律依差額人數乘以每月基本工資計算，未考慮是否有不可歸責於得標廠商之情事以及採購金額大小等情狀，可能造成應繳納之代金金額超過採購金額之情事，致使得標廠商須以採購金額以外之其他財產，繳納與採購金額顯不相當之代金，已逾越人民合理負擔之範圍」。然而，在這段應屬本號解釋審查核心之文字以及通篇解釋理由中，完全未說明何以須考慮「是否有不可歸責於得標廠商之情事以及採購金額大小等情狀」，以及何以「得標廠商須以採購金額以外之其他財產，繳納與採購金額顯不相當之代金」，即得出逾越合理負擔之結論。於上述文字之後，本號解釋隨即得出系爭規定（部分）違憲之結論，且內容幾乎是上述審查前提之同語反覆，與審查之「實體論述」之文字亦無太多差別。

從本號解釋之理路鋪陳來看，除據以審查之原則與審查之結論，用語與內容幾無二致，形同循環論證外，何以得依「採購金額」衡量代金應繳納金額之相當性，以及於應繳納之代金金額超過採購金額，即可能造成個案「顯然過苛」之違憲情狀之論點，自始至終未見有任何立論根據（引用釋字第719號解釋中未附理由之立法改善要求，恐尚難稱之，詳

下述)。此外，值得注意者，釋字第 641 號解釋之理據與文風於本號解釋處處隱然可見。然而，該號解釋涉及的是行政處罰之罰鍰額度，有違法行為與處罰間是否過苛之違反比例原則問題。而代金之性質並非處罰，而是僱用義務之代替，是否有不問僱用義務之內容與範圍，比照罰鍰之處罰而獨立論其是否過苛之正當性，實值商榷。

另從本號解釋所欲審查之爭議來看，其重點實在於依系爭規定計算而得之代金繳納義務是否「過苛」。姑不論代金繳納義務是否涉及過苛與否之問題，僅就過苛之語意而言，其必然為比較、衡量之結果，故本號解釋之爭議實質上定然涉及據以判斷代金繳納義務是否過苛之比較、衡量之基準。而代金繳納義務係代替僱用義務之完全履行，已如前述。本號解釋既遵循釋字第 719 號解釋之結論，即意味著其肯認國內員工總人數逾 100 人之得標廠商，應於履約期間僱用一定比例原住民之規定合憲正當，得標廠商此等僱用義務亦無過苛之違反比例原則問題，縱使其依法定標準履行僱用原住民之義務之結果，亦可能付出遠高於採購金額之人事費用。得標廠商依法應履行之僱用原住民之義務，其義務之形成與範圍，均與採購金額多寡無關。由此可知，「採購金額」從來不是原民工作保障法第 12 條第 1 項所規定之得標廠商強制進用原住民制度之法定要素！釋字第 719 號解釋審酌得標廠商依法定標準僱用原住民義務是否合於比例原則，尤其是是否造成其負擔過重，主要係直接針對僱用義務之要件（針對屬國家公務一環之政府採購得標廠商，並僅限於國內員工總人數逾 100 人者），及應僱用比例（員工總人數百分之 1）而為考量，且得繳納代金以代替僱用，因而認定相關規定未反比例原則，

其中均與個案採購金額無關。得標廠商依法定標準僱用原住民之義務既無過苛問題，則僱用不足應繳納代金時，應繳納之代金金額是否過苛，自應以僱用義務為首要指標，亦即應繳納之代金金額理應不超過完全履行僱用義務所需成本。系爭規定係依僱用不足之差額人數乘以每月基本工資計算應繳納之代金金額，由於我國現制下，勞工之薪資不得低於基本工資，而雇主就其所僱用之勞工所應支付之費用，除基本工資外，尚有社會保險分攤費等相關必要費用，因此，依系爭規定計算所得之代金金額，理應少於實質僱用原住民所需支付之金額，是得標廠商之代金繳納義務之於僱用原住民義務而言，實無過苛可言。而採購金額既非原僱用義務之法定要素，自亦非代金繳納義務所應斟酌衡量者。

本號解釋立論之實質憑藉，其實是出在釋字第 719 號解釋理由末所提示之檢討改進要求：「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。」本號解釋除直接引用此段文字之前段為審查所據之前提外，亦含蓄指摘立法者迄今仍未修正相關規定。然而，如前所分析，釋字第 719 號解釋理由關於解釋標的之論述，並未以「政府採購金額」為審查僱用義務與代金義務相關規定之合憲性之審酌因素；且此段檢討改進之要求，並未有任何理由論述，遑論經憲法解釋之審查；其性質應僅屬立法建議性質，實難認已有違憲預警之警告性解釋之性質與效力。況該段文字表述方式，如「允宜」、「適當之減輕機制」等用語，皆可見該號解釋仍留給立法者相當大之形成空間。本號解釋卻無視於

釋字第 719 號解釋並未有相關理據與論述，逕以該等尚非違憲預警之立法建議，作為解釋所憑據之前提，致使「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」之說形同橫空出世，欠缺法理脈絡與根基，在法律論述上，終究無法回應何以採購金額得作為衡量基準等「何以致之」之問題。

二、本號解釋恐動搖政府採購得標廠商依法僱用一定比例原住民之制度本意與根基，對相關原住民就業扶助發展政策之衝擊不容小覷

如釋字第 719 號解釋所示，原民工作保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定針對原住民所建構之優惠性措施，係立法者為促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，以貫徹憲法第 5 條及憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民之意旨，以及實現國家之保障扶助並促進原住民族發展之憲法義務所為。制度所重在於一定規模以上之得標廠商依規定僱用原住民，以促進原住民就業，而非希冀代金之繳納。因此，就制度目的之實現而言，繳納代金義務不應成為履行義務之主要型態，因而大幅減縮原住民受僱之空間與機會。本號解釋雖未直接涉及得標廠商依規定僱用原住民之義務問題，然其要求就代金應繳納金額超過採購金額，而造成個案顯然過苛之情形，增設調整機制，則未來修法後，無論如何，勢將增加得標廠商逕行繳納代金之經濟誘因，其結果，由源自國家預算之政府採購案一定規模以上得標廠商依一定比例僱用原住民，以促進其就業之制度本意與根基恐遭動搖，亦可能衝擊相關原住民就業扶助發展政策。