

政府採購得標廠商進用原住民的合憲性探討 ——釋字第七一九號解釋評析

編目：公法

出處	月旦法學雜誌，第 242 期，頁 105~128	
作者	許育典教授	
關鍵詞	原住民基本權保障、營業自由、憲法正當性理由、比例原則、平等原則	
摘要	1. 本案涉及對大規模廠商的營業自由及非原住民工作權造成侵犯，因未涉及職業選擇僅為工作內容限制，應採取低度審查標準。 2. 系爭規定有助於原住民就業機會提升可能性，得標廠商已具有選擇的可能性，且國家採取方法所造成的損害與欲達成目的之利益未顯失均衡，符合比例原則。 3. 而本案得標廠商的雇用強制對平等的影響相對釋字 649 號解釋較小，然而本號解釋對此並未加以說明。	
重點整理	解評	一、 案例事實 (一) 原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項規定：「依政府採購法得標的廠商，國內員工總人數逾一百人者，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第一項標準者，應向原住民族綜合發展基金的就業基金繳納代金。」政府採購法第 98 條亦作相同規定。（下併稱系爭規定） (二) 聲請人參與政府採購案得標後未依規定進用總員工人數 1% 的原住民，經原住民族委員會依原住民族工作權保障法第 12 條第 3 項及政府採購法第 98 條規定，命繳就業代金。聲請人主張各該規定違憲，侵害平等權、營業自由及財產權等，大法官作成釋字第 719 號解釋。 二、 解釋要旨 (一) 人民營業之自由為憲法第 15 條工作權及財產權所保障之內涵。國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第 7 條平等原則及第 23 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

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	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。另為正當公益之目的限制人民權利，其所採手段必要，且限制並未過當者，始與憲法第 23 條比例原則無違。 (二) 本案對財產權及營業自由構成侵害：系爭規定要求國內員工總人數逾 100 人以上之政府採購得標廠商，於履約期間須進用原住民總人數不得低於 1%，係對其是否增僱或選擇受僱對象等營業自由形成一定限制，侵害其財產權及其與工作權內涵之營業自由。而得標廠商未達進用原住民之標準者須繳納代金，則屬對其財產權之侵害。 (三) 本案在基本權限制上的憲法正當性理由：系爭規定係立法者為貫徹憲法第 5 條暨憲法增修條文第 10 條第 12 項之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神，系爭規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。 (四) 本案在基本權限制上的實質手段合憲性 1. 比例原則： 政府採購係國家公務運作之一環，涉及國家預算之運用，與維護公共利益具有密切關係且其要求得標廠商進用比例僅為 1%，比例不大，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。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，系爭規定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。綜上，系爭規定並未牴觸憲法第 23 條之比例原則。 2. 平等原則： 系爭規定在政府採購市場形成因企業規模大小不同而有差別待遇。係因國內員工總人數逾百
--------------------	-----------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	人之廠商，其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高；且系爭規定所為進用比例為 1%，以百人為差別待遇之分界，其用意在降低實現前開目的所為差別待遇造成之影響。鑑於現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢，致影響其生活水準，其所採取之分類與達成上開差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，與憲法第 7 條平等原則亦無牴觸。 (五)具體建議：系爭規定所能提供者，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。 三、本號解釋的釋憲突破與憲法爭點 (一)開啓原住民族基本權客觀法的保障 提出憲法委託立法者落實原住民相關基本權保障的憲法誠命，也強調聯合國原住民族權利宣言及國際勞工組織原住民和部落人民公約各國應採取有效措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善。 (二)建立定期的檢討修正機制 本號解釋雖認定系爭規定尚未違憲，仍諭知相關機關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。 (三)類型化基本權的合憲性檢驗 (四)其他憲法爭點 1.基本權的涵攝、侵犯與內在限制： (1)本案基本權的涵攝在憲法第 15 條的工作權與財產權及人民營業自由保障，另有大法官將保障基礎擴張到憲法第 22 條的契約自由。 (2)另有大法官認為系爭規定對大規模廠商的營業自由與契約自由構成直接的事實上侵害。 2.憲法正當性理由的補充： 本號解釋從憲法與國際法規定，肯定原住民族
-------------	-----------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	工作權保障的優惠措施是憲法上的重要公共利益，卻未能與憲法委託的國家目標規定加以連結。 3.比例原則適用上的討論： 另有大法官認為，系爭規定所採取的手段，於履約期間可藉由員工總人數調降低於 100 人而規避其應負責任，無助於立法目的之達成。另有認為系爭規定適用結果有致個案過苛，而嚴重侵害依政府採購法得標大規模廠商的財產權與營業自由，有違比例原則。 4.平等原則適用的再思考： 有大法官認為立法者並非不能採取其他不違反平等原則的更適當手段來達成保障原住民族工作權的目的，系爭規定係為執行便利而簡化手段，卻以差別待遇手段侵害參與投標大規模廠商的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。 5.審查標準的酌定： 相對於本號解釋對平等原則採取較寬鬆的低度審查標準，釋字第 649 號則採取較嚴格的中度審查標準，採取不同的審查標準需要更清楚的說明。 四、本號解釋的合憲性探討 (一)本案涉及的基本權 參與政府採購得標廠商的營業自由、受一定進用比例保障的原住民工作權、及因此平等工作機會受侵害的非原住民工作權。 (二)基本權是否受侵犯 1.基本權何時會受到侵犯應採取對人民有利的解釋，不論公權力的行使是法律行為或事實行為，行使是否具直接性或目的性，只要造成基本權所害的結果，而且這個損害是公權力可以預見的均構成對基本權的侵犯。 2.系爭規定對依政府採購法得標的大規模廠商，課予僱用原住民或繳納代金的義務，造成大規模廠商於參與政府採購投標時的特別負擔，影響大規模廠商投標能力與意願，形成參與政府採購投標廠商之間的不平等地位，對大規模廠商的營業自由構成直接的事實上侵害。
-------------	-----------	--

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	3.系爭規定事實上會造成非原住民因此而喪失平等的工作機會，對非原住民工作權造成侵犯。 (三)本案限制的形式規範合憲性 1.憲法直接限制： 只有憲法第 8 與 22 條的規定，已將其憲法直接明文限制，本案涉及的是憲法第 15 條規定，並不存在任何的憲法直接限制。 2.法律保留的限制： 國家限制政府採購得標廠商進用一定比例原住民須有法律的依據，或至少有法律的明確授權。系爭規定均可視為法律的依據，本案形式上符合法律保留原則。 3.憲法的內在限制： 本案屬於國家直接的立法管制，除了涉及原住民工作權外，還涉及大規模廠商營業自由與非原住民工作權的限制，在此存在基本權衝突的問題，而必須在兩者之間加以利益衡量。立法者利用系爭規定的強制聘僱制度，來達成憲法扶助原住民就業的意旨，無法得到何者較值得保護的明確結果。因此，在憲法的內在限制檢驗上，先推定系爭規定對原住民工作權保障是合憲，再檢驗此優惠性差別待遇的實質手段合憲性。 (四)本案限制的實質手段合憲性 1.公益理由的檢驗： (1)系爭規定出發點係立法者履行憲法委託，取得憲法正當性的合憲性基礎。 (2)憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」系爭規定表面上是個別原住民獲得工作權保障，實際上是透過原住民在工作場域上的存在，凸顯社會各種場域中多元文化價值的重要性，此亦為憲法實踐平等原則的憲法正當性理由。 2.比例原則的檢驗： (1)系爭規定限制大規模廠商的營業自由，對於得標大規模廠商而言，因進用一定比例，無法依其事業經營的最佳利益考量選擇其僱用對象，未涉及職業選擇僅為工作內容限制，應採
-------------	-----------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	取低度審查標準。 (2)適合性原則：如採取低度審查標準，應寬鬆地認為系爭規定所採取的手段，只要「可能」有助於立法目的的達成，也就是有助於原住民就業機會的提升「可能性」時，應該就符合比例原則的適合性原則。 (3)必要性原則：得標廠商已具有選擇的可能性，如果採取低度審查標準，應寬鬆地認為已選擇最小侵害手段，而符合必要性原則。 (4)狹義比例原則：如採取低度審查標準，國家採取方法所造成的損害與欲達成目的的利益，只要沒有顯失均衡的情形，即應符合狹義比例原則。 3.平等原則的檢驗： (1)因系爭規定而基本權受到限制或侵害者，包括了作為僱用人的得標廠商與非原住民的受僱人。 (2)本號解釋雖然肯定系爭規定的確造成大廠商於政府採購競爭時處於不利地位，形成差別待遇。卻以「經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高」為由，認此「差別待遇」能分擔國家扶助原住民族發展的憲法義務，但有大法官認屬違反平等原則。此差別在於採用較嚴格或低度的審查標準。 (3)相對於釋字第 649 號，針對立法者就視障者賦予從事按摩業的獨佔權，以此項立法涉及採取「非屬人力所得控制之生理狀態」為分類標準，區分視障者及明眼人得否從事按摩業而有差別待遇，並以中度審查基準認此差別待遇與目的間不具實質關聯性而宣告違憲。視障者得「獨佔」按摩行業，實際上是把所有其他人都逐出市場，對他人平等的影響相對較大。本案得標廠商的雇用強制，對平等的影響相對較小，然而本號解釋對此並未加以說明。
考題趨勢	優惠性差別待遇之合憲性審查	
延伸閱讀	• 許育典，〈當比例原則遇到平等原則：公益理由的憲法二重奏〉，《月旦法學教室》，第 150 期，頁 6-8。	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！