# 最　高　行　政　法　院　判　決

111年度上字第835號

上　訴　人　原住民族委員會

代　表　人　夷將・拔路兒Icyang・Parod

訴訟代理人　黃煒迪　律師

複 代理 人　吳俐慧　律師

被 上訴 人　凱基人壽保險股份有限公司

（原為中國人壽保險股份有限公司）

代　表　人　黃思國

訴訟代理人　賴盛星　律師

複 代理 人　蔡美君　律師

上列當事人間原住民族工作權保障法事件，上訴人對於中華民國111年8月18日臺北高等行政法院103年度訴字第224號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院高等行政訴訟庭。

理　由

甲、程序部分：

按行政訴訟法於民國111年6月22日經總統公布修正部分條文，並定於112年8月15日施行。行政訴訟法施行法第19條規定：「（第1項）修正行政訴訟法施行前已繫屬於最高行政法院，而於修正行政訴訟法施行後，尚未終結之事件，由最高行政法院依舊法審理。（第2項）前項情形，最高行政法院為發回或發交之裁判者，應依修正行政訴訟法第104條之1或第229條規定決定受發回或發交之管轄法院。」準此，本件仍應依修正施行前規定審理，審理結果認應予廢棄發回原審時，則依修正行政訴訟法第104條之1第1項本文規定：「適用通常訴訟程序之事件，以高等行政法院為第一審管轄法院。」再依修正行政訴訟法第3條之1前段規定：「本法所稱高等行政法院，指高等行政法院高等行政訴訟庭」應發回臺北高等行政法院高等行政訴訟庭，先予指明。

乙、實體部分：

一、緣被上訴人於101年3月15日標得臺中市政府地方稅務局（下稱招標機關）辦理「公開徵求勘選租賃辦公室」採購案（下稱系爭採購案），於101年7月2日將租賃標的物即臺中市○區○○路0-000號00樓到00樓、0-000號00樓房屋（下稱系爭房屋）點交予招標機關，招標機關按系爭採購案需求說明書第6條第10項：「配合本局遷駐與裝修廳舍作業，自簽約日起至101年6月30日止期間，廠商應提供本局免收租賃費用。」規定，支付被上訴人7月至12月總租金新臺幣（下同）1,640,000元。嗣上訴人依原住民族工作權保障法，認被上訴人履約期間為101年3月15日起至101年12月31日止，僱用員工總人數為5,043人至5,219人間，而進用原住民族之人數，未達該法第12條第1項所要求不得低於總人數1%之標準，各月差額人數分別為16人、18人、17人、17人、15人、15人、15人、16人、15人、14人，依該法第12條第3項規定應繳納代金，並依同法第24條第2項規定（下稱系爭規定），按差額人數乘以每月基本工資計算，以102年8月13日原民衛字第1020044720號行政處分書（下稱原處分）課其原住民族就業代金共2,949,712元。被上訴人不服，循序提起行政訴訟，並聲明：訴願決定及原處分均撤銷。原審受理後，認系爭規定牴觸憲法而於104年12月31日聲請憲法解釋，經司法院於110年10月8日以釋字第810號作成解釋，認系爭規定以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，無法兼顧實質正義，尤其應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛，而有違憲，要求有關機關及法院應依解釋意旨為適當之處置。經改制前臺北高等行政法院103年度訴字第224號判決（下稱原判決）將原處分關於課處被上訴人繳納原住民族就業代金及該部分訴願決定予以變更，確定代金為541,200元，並將被上訴人其餘之訴駁回。上訴人不服，乃提起本件上訴。

二、被上訴人起訴之主張及上訴人於原審之答辯，均引用原判決所載。

三、原判決變更原處分並確定代金為541,200元，及駁回被上訴人其餘之訴，係以：

㈠被上訴人除對於代金之起算日及本件屬顯然過苛之情形予以爭執外，其餘如計算代金人數等不爭執。原處分所課之代金為294萬餘元，遠超過被上訴人得標系爭採購案之採購金額1,640,000元，係屬司法院釋字第810號解釋所指顯然過苛之個案，並經多位協同意見大法官指明在案。上訴人係屬原住民族工作權保障法之主管機關，職掌原住民族就業代金相關事項，為司法院釋字第719號及第810號解釋所要求應通案建立適當減輕機制及個案為適當處置之機關，原審理應優先尊重上訴人之處置意見。惟上訴人未依解釋意旨變更原處分，且未與被上訴人達成和解，原審即依司法院釋字第810號解釋意旨為適當處置如下：

1.系爭採購案之契約期間，依系爭採購案需求說明書第6條第7項規定，租賃期間第1年簽約日期為101年簽約日起至101年12月31日止，且被上訴人自承其係於101年3月15日決標簽約，參之招標機關提出之履約情形調查表記載履約期間為101年3月15日起至101年12月31日止，可認契約期間係101年3月15日至101年12月31日止。然契約期間，並非一概均為履約期間，此觀之政府採購法施行細則第107條第1項即明，原則自訂約日起至廠商完成履約事項之日止，該規定第1款尚有訂有開始履約日者，自履約日起算之例外。又所謂訂有開始履約日，自指契約當事人就開始履約日達成明示或默示意思表示合致。是依招標機關覆原審之103年4月8日中市稅秘字第1030004499號函已表示：履約標的物點交日為101年7月2日，租金期間為101年7月至101年12月，租金金額1,640,000元等語，及被上訴人主張履約期間亦係自101年7月開始，且系爭採購案需求說明書第6條第10項規定：「配合本局遷駐與裝修廳舍作業，

自簽約日起至101年6月30日止期間，廠商應提供本局免收租賃費用。」以觀，解釋渠等之意思表示（民法第98條參照），履約期間完全係被上訴人為配合招標機關而訂，被上訴人與招標機關合意自101年7月始正式交付租賃物並收取租金，履行契約之日期應自契約當事人意思表示合致之101年7月起算。上訴人所為原處分以契約起算日作為履約起算日，洵無足取。依此計算代金金額應以上訴人計算全部代金金額2,949,712元，扣除其計算3月至6月金額分別171,524、338,040、329,276、319,260元，為1,791,612元（上訴人於原審最後言詞辯論期日已具狀更正代金金額為此金額），超過本件採購金額1,640,000元，依司法院釋字第719號及第810號解釋意旨，仍有顯然過苛之情狀，原審自應為適當之處置。

2.被上訴人固於投標時，可依相關法規自行評估代金是否過高而難以負擔，且履行出租系爭房屋之地點在臺中市，難認有未合於資格之原住民可供僱用之情形，而有可歸責情事。惟參諸系爭採購案係財物採購，而被上訴人提供系爭房屋出租予招標機關，所收取之租金係屬被動收入，除文書作業與溝通連絡外，幾無任何勞力進用或勞務提供之需求，亦無技術性或專業性勞力提供之需要。又觀諸系爭採購案採購金額，每月租金金額約27萬多元，然履約期間達6個月，於勞力需求甚低之情形下，被上訴人仍應按與租約履約性質、地點無合理關聯之「全國國內員工」總人數，按月計算應僱用之原住民人數繳納代金，致代金金額仍為過高而顯不相當，應為適當之減輕。又本件代金之繳納係肇因於被上訴人標得政府採購案，惟得以確實履行政府採購契約，促進與落實政府採購之品質，而達到政府採購之功能，始為系爭採購案首要目的（參照政府採購法第1條之立法目的在於提升採購效率與功能，確保採購品質）。而政府採購伴隨之促進原住民就業之功能，僅為政府採購之附隨功能，並非主要，如令得標廠商繳納逾其履

行採購案所可獲得之合理利潤，除非被上訴人未聘僱原住民之情節已屬嚴重情形（例如履約過程需大量人力，實際上聘僱足額之原住民很容易，卻仍不僱用或相當不足之僱用，堪認違反保障原住民就業之主客觀情節均鉅，此際應繳之代金金額或可接近採購金額），否則，於一般情節，已形同廠商倒貼履約，不但無任何獲利，甚純作白工，且要自掏腰包，於此情況下，已難期廠商履約能提高品質及功能，無法達政府採購品質及功能之立法目的，妨礙政府採購立法意旨之公益實現，致危害社會大眾因政府採購所帶來品質及功能不佳之不利益，況國家不得為保障一定原住民族群，而造成嚴重影響另一因政府採購而履約及使用成果之族群權利，是因此造成廠商財產權受侵害程度與損害結果，核與欲達到之目的間已產生嚴重失衡，而有違反比例原則。然應補充的是，於廠商違反情節輕微之情況下（例如，已經努力招募、找尋合資格之原住民以待進用，仍找不到合適之原住民加以聘僱），此際或可減輕代金之繳納義務，讓廠商可取得較一般違規情節為多之利潤，如予剝奪全部合理利潤，也難謂相當。

3.被上訴人未僱用足額原住民之情節，依系爭採購案之性質可歸責之程度，並經上開之考量，認尚非屬嚴重，也非屬最輕微，是被上訴人合理負擔代金之範圍，應不逾其履行採購案所可獲得之合理利潤，而可接近或相當於合理利潤，並無法取得較多利潤。而同業利潤標準，為財政部國稅局為公平執行所得稅法第79條及第83條所必要，針對各營利所得利潤訂定之課稅標準，較為具體化及普遍性，應可作為衡量被上訴人合理負擔範圍之基準。準此，系爭採購案標的係房屋租賃，被上訴人履行租賃系爭房屋之採購案所可獲取之合理利潤，應按行為時101年度營利事業所得額暨同業利潤標準之不動產租賃業淨利率33%計算（此標準至今未變更），為541,200元（＝1,640,000元×33%）。參以被上訴人實際利潤，按政府採購金額，減去

其契約期間（並非指上述計算代金之履約期間，況其於101年3月15日至6月30日已無償提供租賃物供招標機關裝修，此期間所為花費如不算入成本費用，顯非合理）所付出之成本費用，而被上訴人主張該期間之房屋稅219,897元，地價稅24,383元，營利事業所得稅278,800元，支出管理費等相關費用561,735元，則被上訴人實際利潤為555,185元，與前述按同業利潤標準所計算利潤金額所差無幾。再審酌被上訴人業已表明願於500,000元至800,000元範圍內負擔本件代金金額。是綜合上情，原審認被上訴人本件合理負擔應繳納之代金金額為541,200元。

㈡上訴人辯稱司法院釋字第810號解釋意旨認僅有代金超過採購金額才有過苛，故本件代金調整至採購金額即可，不接受未達政府採購金額1,640,000元之和解方案，若代金相等或小於採購金額則無需調整，不會考量採購性質及類型、勞力需求、履約期間云云。惟個案所課之代金是否顯然過苛，解釋意旨係要求審酌各項因素，衡量得標廠商應繳代金與採購金額是否「顯不相當」，如逾人民「合理負擔範圍」而有「顯然過苛」之情狀，即應為適當之調整處置，以符合「實質正義」，並不限於得標廠商所應繳納之代金超過採購金額之情形。因此，上訴人訂定之原住民族就業代金調整機制暫行要點第3點規定，未審酌個案情節及衡量代金與採購金額是否相當、有無逾合理負擔範圍，就代金超過採購金額者，規定僅調整至與採購金額相同，顯牴觸司法院釋字第810號解釋明揭追求個案實質正義之合憲要求，原審當不受其拘束，並應拒絕適用，上訴人辯稱因適用該要點第3點之結果，本件調整至採購金額即可云云，要屬無理。上訴人進而辯稱因代金未超過採購金額，無庸調整代金金額，致不得依同業利潤標準計算代金，與代金超過採購金額而可調整代金至採購金額，產生不平等之現象云云，亦屬無據。上訴人再辯稱原審提出之和解方案並無通案性明確之判斷標準，落入喊價解決爭端云云，然按和解本係追求個案之實質正義，以

平和及衡平之方式解決個案紛爭，制度目的本不在追求通案性標準，但仍可參酌大法官所述諸多調整因素，提出衡平方案。而本件訴訟標的原處分係涉及金錢（即代金金額），提出和解方案本質上即會涉及一定金額，無從迴避，上訴人以原審未提出通案性、明確標準及喊價為由，為卸其不為和解之詞，難認可採。至上訴人辯稱原審以利潤標準為和解建議，違背司法實務不以廠商利潤為代金金額之見解云云。然上訴人所舉之實務判決，個案情節與本件不同，且絕大多數為司法院釋字第810號解釋意旨作成前之判決，況依多數大法官之協同或不同意見，不約而同提出合理負擔係原則不超過「利潤」之具體標準，實可作為本件調整代金以達個案實質正義之重要參考標準，為訴訟經濟計，遂依行政訴訟法第197條之規定，變更原處分並確定代金為541,200元，並駁回被上訴人其餘之訴等語，為其論據。

四、本院按：

㈠司法院解釋宣告法律違憲並定一定期限屆滿後失效，對於未屆期前經該解釋宣告為違憲之法律，原因案件應如何適用，司法院作成釋字第725解釋，理由書對於未屆期前該解釋宣告法律違憲之狀態有如下之闡述：「本院宣告違憲之法令定期失效者，係基於對相關機關調整規範權限之尊重，並考量解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程等因素，避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以符合本院解釋意旨，然並不影響本院宣告法令違憲之本質。」另111年1月4日施行之憲法訴訟法第38條第1項規定：「判決，有拘束各機關及人民之效力；各機關並有實現判決內容之義務。」立法理由並說明本條第1項乃明定憲法法庭判決之效力，非僅及於聲請案件之當事人，而有對世效力；所稱「並有實現判決內容之義務」，例如各法院應依憲法法庭判決之意旨為裁判、法令主管機關應修正相關法令及行政機關應據以執行等均是。足明，不論係司法院釋字第725號解釋作成

後適用司法院大法官審理案件法之舊制時期，或目前依憲法訴訟法進行違憲審查之新制時期，經司法院解釋或判決宣告為違憲但定期失效之法律，不因其期限未屆至而改變其經司法院宣告為違憲之狀態，各機關包括法院受理審判案件涉及該法律之適用時，應依司法院解釋或判決之意旨作成裁判。

㈡次按關於本件所適用之系爭規定有無違憲疑義，經原審向司法院提出釋憲之聲請，司法院作成釋字第810號解釋，解釋文：「原住民族工作權保障法第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。』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，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，於此範圍內，上開規定對人民受憲法第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。有關機關應至遲於本解釋公布之日起2年內依本解釋意旨修正之。完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置。」理由書第8段並闡述：「系爭規定關於代金金額計算之方式，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。」即指明代金之計算以劃一方式計算，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」難免發生個案過苛之情形，因認未設適當調整機制有違比例原則。上開解釋已於110年10月8日公告，迄今已逾2年，猶未完成修法。

㈢為提升原住民之社經地位，增加其就業機會，我國參考美國實施經驗，考量政府採購之得標廠商取得政府資源之分配，於原住民族工作權保障法規定採購廠商共同落實對於原住民族就業保障之國家政策（另於政府採購法亦有規定），於第

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。」若無法達到法定僱用比例時，則應依同條第3項：「……應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」之規定辦理；另於同法系爭規定明文代金計算標準為「依差額人數乘以每月基本工資計算」。由以上條文建構政府採購得標廠商承擔促進原住民族就業發展之義務內容可知，當採購廠商於標得政府採購標案，因未足額進用原住民而需繳納代金時，決定其金額多寡之因素包括僱用比例、差額人數、每月基本工資。差額人數之多寡與僱用比例息息相關，前揭司法院解釋意旨已指出應將得標廠商有無歸責事由，列為調整機制所應考量之事由之一，而所稱得標廠商有無歸責事由，包括地區因素、產業類別不得謂無影響於廠商足額僱用原住民之歸責判斷，則有無區別地區、廠商類別，訂定不同之僱用比例之必要？又，司法院釋字第810號解釋指出另一應予考量之因素，則是採購金額大小。所稱採購金額大小之意義，係單純指採購案金額之多寡，或廠商因參與採購之獲利大小，又應考量何等因素始不致產生「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」之違憲情狀？凡此等等，應由立法者審視法律要求政府採購得標廠商共同肩負提高原住民就業機會，扶助原住民提升社經地位之立法考量，及得以代金取代其按比例僱用原住民之義務所應權衡之事項後，整體評估修正之。

㈣經核，本件原審基於作成司法院釋字第810號解釋之大法官所提意見書之意旨，大都認為本件原處分命繳代金金額已超過採購金額，而屬情節過苛之個案；並基於訴訟經濟之考量，參酌大部分大法官於意見書表示廠商支付代金合理負擔之具體標準，以不超過「利潤」為原則之意見，乃擇定與系爭採購案同性質之行為時101年度營利事業所得額暨同業利潤標準之不動產租賃業淨利率33%，據以計算系爭採購案之利潤為541,200元（164萬元x33%＝541,200元），因認本件代

金應以541,200元為適法，固非全然無據。惟關於原處分是否已違反比例原則，依前揭解釋表示「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……已逾越人民合理負擔之範圍」之意旨，原審尚應調查認定本件被上訴人未僱用足額原住民之歸責情形，例如有無已經廣為招聘而無人應聘、前來應聘者資歷不適於職缺等無可歸責之情形，參酌判斷本件是否屬於個案過苛之情形。至個別大法官於司法院解釋所提出之意見書，乃進行抽象法規範審查之大法官補充論述其個人對於該號解釋所持之意見，並無拘束力，亦非就個案事實之認定，原審援以為據認定本件已屬個案過苛云云，實有調查證據認定事實違背論理法則之違背法令。上訴意旨指摘原審對於被上訴人是否積極招募原住民而無可歸責一節，遽予認定被上訴人未為足額聘僱原住民為情節非屬輕微，有判決違背法令之違誤，即可成立。

㈤末按行政訴訟法第197條規定：「撤銷訴訟，其訴訟標的之行政處分涉及金錢或其他代替物之給付或確認者，行政法院得以確定不同金額之給付或以不同之確認代替之。」考其立法說明，旨在「原告提起撤銷訴訟為有理由者，如原行政處分違法情形只涉及金額或數量時，應許行政法院在原告聲明之範圍內自行判決加以糾正，不必撤銷原處分而發回原處分機關重為處分，以免原處分機關或有拖延不結，甚至置諸不理之情形。」準此，法院以不同確認之代替判決，取代原行政處分所命之給付，應限於原處分違法情形只涉及金額或數量，且須其本質上行政機關已無裁量權限，或其裁量權已限縮至零，行政法院方得自行判決，否則即屬違法。原判決依系爭採購案同性質之行為時101年度營利事業所得額暨同業利潤標準之不動產租賃業淨利率33%，計算系爭採購案之利潤為541,200元，因認本件代金應以541,200元為適法，而依行政訴訟法第197條作成確定代金為541,200元之判決，並駁回被上訴人其餘之訴，除有前揭事實認定違背論理法則之違

誤外，在系爭規定尚未完成修法，尚無合憲之法令以供審查計算前，應命被上訴人繳納代金若干始得謂為適法合憲，乃上訴人之職權，難謂上訴人已無裁量權，或裁量應限縮至零。是以，原審如經調查證據結果，足以認定原處分確屬個案過苛之情形，而有違反比例原則之違法，應予以撤銷交上訴人另行審酌本件應如何具體調整，始為得謂無違比例原則，而重為處分。乃逕以代替判決確定代金金額，不只與行政訴訟法第197條所規定之情形未符，亦有違反權力分立之逾越，原判決顯有適用法規不當之違誤。

㈥綜上，原審逕依行政訴訟法第197條規定，於判決主文第1項將原處分命被上訴人繳納代金金額之2,949,712元，確定為541,200元，自有違誤，上訴人請求予以廢棄，即屬有據。又細繹此一主文之法律上意義，寓含差額2,408,512元為違法，原處分於541,200元範圍內為合法，被上訴人請求撤銷原處分關於541,200元部分為無理由之判斷，因而原審作成主文第2項判決駁回被上訴人其餘之訴。從而可知，原判決主文第1項之法律效果業已包括主文第2項，如將主文第1項予以廢棄，即無單獨承認主文第2項為合法之可能。上訴人雖僅就其敗訴部分上訴，因涉及上訴人綜合考量本件全部代金應如何計算之基礎，在系爭規定完成修法前，難謂得切割金額而一部先予確定，本件上訴效力自應包含被上訴人未上訴部分。是故，本院以原判決適用行政訴訟法第197條為適用法規不當，應併將原判決主文第1項、第2項全部予以廢棄。又原處分是否已屬個案顯然過苛之情形，尚有未明，本院尚無從作成終局之判決，爰發回原審另為審理判決。

五、據上論結，本件上訴為有理由。依行政訴訟法第256條第1項、第260條第1項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　29　　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　胡　方　新

法官　林　玫　君

法官　張　國　勳

法官　洪　慕　芳

法官　李　玉　卿

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　29　　日

書記官　高　玉　潔