臺北高等行政法院判決

109年度訴字第47號

）FKT64W1Z1X5L0;@109年6月17日辯論

原　　告　台達電子工業股份有限公司

代　表　人　海英俊（董事長）

訴訟代理人　薛郁蕙　律師

被　　告　原住民族委員會

代　表　人　夷將・拔路兒（主任委員）

訴訟代理人　黃煒迪　律師

複代理人　　吳俐慧　律師

上列當事人間原住民族工作權保障法事件，原告不服行政院中華民國108年12月5日院臺訴字第1080197060號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：被告以原告標得新北市政府採購處「新北市徵求民間參與節能路燈換裝暨維護案」等9件採購案，於民國104年1月1日至104年12月31日履約期間內僱用員工總人數逾百人，惟進用原住民人數未達原住民族工作權保障法（下稱原權法）第12條第1項之標準，乃依同條第3項規定，以108年8月8日原民社字第1080050517號行政處分書（下稱原處分）追繳原告原住民就業代金（下稱代金）新臺幣（下同）772萬8,712元。原告不服，提起訴願，經行政院院臺訴字第1080197060號訴願決定駁回。原告仍不服，提起本件訴訟。

二、原告主張略以：

（一）政府採購法（下稱採購法）第98條與原權法第12條之規定（下合稱系爭規定）雖經司法院大法官作成釋字第719號解釋，惟該規定仍屬違憲，是依據系爭規定作成之原處分，亦為違法處分，理由如下：

1、系爭規定對非原住民身分之求職者造成反向歧視。系爭規定要求得標廠商須僱用一定比例原住民員工，得標廠商於招募時，將不得不優先錄用具原住民身分之求職者，如此將對不具原住民身分之求職者造成反向歧視，侵害其憲法上之平等權。況依被告「104年原住民族就業狀況調查」（下稱原住民就業調查，甲證3），目前原住民與非原住民之失業率差距僅0.12%，系爭規定之立法目的是否具正當性，令人懷疑。

2、系爭規定對大小廠商造成差別待遇。系爭規定區分得標廠商國內員工是否超過百人，決定是否應僱用原住民員工（或繳納代金），違反平等權。有謂「國內員工總人數逾百人之廠商，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」，惟實情並非如此。國內員工人數超過百人的大廠商，正因其規模大、人數多，要僱用足額原住民員工難度更高，且規模越大的廠商，特別是公開上市公司，其內稽內控制度通常越完備嚴格，任意安插員工進入公司的「彈性」遠不如小廠商。是故前開「彈性」說法，不足以作為正當化大小廠商間差別待遇的理由。

3、系爭規定違反不當聯結之禁止原則。政府採購之目的在於公平、公開、效率、功能與品質，廠商本身不具有照顧少數民族人民之憲法上義務，要求得標廠商僱用原住民員工（或課代金），係將與事物本質無關之因素為不當聯結，

違反不當聯結禁止原則。

4、系爭規定違反比例原則。系爭規定要求得標廠商之原住民員工比例不得低於1%，否則應繳納代金。比例原則之必要性原則，要求手段必須為最小侵害，保障原住民工作權自為重要公益，惟促進原住民就業之手段多端，如提供原住民教育訓練、加強原住民就業媒合等，即使要從得標廠商下手，也可以提供誘因而非侵害廠商基本權之方法，如提供租稅減免或相同條件優先得標之方式，使得標廠商僱用原住民；即便採取侵害基本權方式，也可用得標金額比例作為認定廠商義務基準、得標廠商在相同條件下應優先使用原住民員工人數高於一定比例的下包廠商等方法，故系爭規定並非最小侵害手段。系爭規定也不能通過狹義比例原則檢視。如前所述，系爭規定目的在創造原住民就業機會，於目前原住民與非原住民民眾失業率相差無幾情況下，系爭規定保護之利益，顯小於被侵害之非原住民求職者工作權、得標廠商締約自由權、營業自由權與財產權、以及政府採購之目的。

（二）原告亦有意僱用具原住民身分之員工，惟事實上無法如願。原告招募員工時，無法特別針對原住民進行招募，否則有違反就業服務法（下稱就服法）第5條規定之虞。原處分雖認，針對原住民進行招募並未違反就服法，此觀改制前行政院勞工委員會（下稱勞委會）100年11月17日勞職業字第1000089945號函說明四、即明。然而：

1、系爭規定雖明訂僱用原住民之法定最低人數，但此非意指雇主招募員工時，得以原住民身分為條件，作為僱用與否之標準。此由勞委會97年9月19日勞職業字第0970079271號函要旨可知。

2、前開勞委會100年11月17日勞職業字第1000089945號函釋僅為行政解釋，自就服法第5條本文觀之，非必然能推出如此結論。關於就服法第5條第1項規定「就業歧視」之意涵，可參本院97年度訴字第1130號判決、高雄高等行政法院103年度簡上字第62號判決理由。故於招募廣告上載明「歡迎或優先僱用『原住民』以盡其法定義務」，明顯暗示求職者此職位之錄用需有原住民身分，或至少將優先錄用具原住民身分者，此對於其他求職者自造成直接或間接不利對待，構成就業歧視，違反就服法。

3、被告103年處分又謂「建請受處分人可採以將現有受僱人員之工作切割或職務調整等方式，進而打破資格及條件門檻限制，以提供其他類型職缺，俾利招募、聘僱原住民」。原告公司內部職缺及其工作內容，均與業界相同，此也是業界長久累積發展的成果。貿然重新定義職缺角色及其工作內容，恐損及公司營運效率與成本，對現任同仁亦不公平。原告已窮盡一切方法，用盡各種就業媒合工具，包括被告之原JOB原住民人力資源網在內，仍無法達成原權法第12條規定之最低人數標準。原告雖有心配合政策，但現實世界並非「進用比例僅1%，比例不大，整體而言，對廠商選擇雇用原住民之負擔尚無過重之虞」那樣美好。依據被告之原住民就業調查，居住在非山地鄉之原住民約占68.82%，原住民就業者從事之行業，製造業者約占全體就業人口16.37%，亦即，原住民的就業結構，居住非山地鄉而適合從事製造業者，約占全體就業人數之11.27%，又當年度原住民失業率為4.13%，意味原告當年度每月缺額40餘名將近50名的原住民員工，僅能就原住民就業人口的0.47%（非山地鄉失業原住民適合從事製造業的比例）招募

補足，前述0.47%係指臺灣整體製造業，非專指原告所營之電子製造業，更別提原告公司附近，有相同職缺需求的電子公司為數眾多，欲遵守法令進用足額原住民身分之員工，近乎緣木求魚。

（三）代金規定犧牲政府採購之目的。依採購法第1條規定，政府採購的目的在於「建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質」。系爭規定造成員工人數超過百人以上之大廠商，相較於未超過百人以上之小廠商，一開始便遠輸在起跑點，尤其標案金額相對較低之情形，因政府採購經過投標，利潤本就有限，以電子製造業來說，「毛三到四」（毛利3%至4%)是常態，利潤扣除代金後，所剩無幾，甚至血本無歸，其結果將大幅影響廠商投標意願，造成事實上排除競爭、禁止大廠商參與政府採購之情況，姑不論廠商之營業自由受到不當限制，限制競爭的結果，也會造成採購成本增加、採購標的選擇性變少、交易對象範圍縮減、交易廠商整體償債能力降低等不利影響，與政府採購目的背道而馳。依據被告之原住民就業調查，104年原住民失業率為4.13 %。與全體民眾104年平均失業率3.78%比較，略高0.35%。誠如原處分書所言「採購法第98條及本法第12條之立法目的，旨在藉政府採購程序創造原住民就業機會」，但目前原住民失業率已與一般人民失業率相去無幾，是否應該為了0.35%之失業率，犧牲整個政府採購的公平、效率、功能與品質，不無商榷之處。

（四）自願投標並不能使系爭規定正當化。有謂廠商於參與投標前得自行評估，評估結果如認為無利可圖，可不投標；亦即，廠商評估無利可圖仍去投標，結果既由自己造成，應

自負其責。此等說法，與拉丁法諺所謂「自願不構成不法」，似有異曲同工之妙。然而，拉丁法諺「自願不構成不法」適用前提是規範本身即不具備違法性。系爭規定本身即不當侵害廠商基本權利，自不能因廠商自願投標，而使侵害本質正當化。其次，系爭規定適用之結果，本來必然會造成廠商基本權利不當侵害，如稱廠商權利受到侵害是因其自願投標，豈非導果為因？原告為電源、風扇、電子零件等產品製造商，相較於國內其他業者，規模較大，產品品質亦享譽國際。原告主要營業模式為外銷，過去參與政府採購，常常基於政府部門請託、配合政府政策或者是本於服務顧客之立場，然而最後卻遭課與代金結果，以致毫無利潤，甚至賠本，情何以堪。

（五）綜上，本件原處分有上揭違法，爰起訴聲明：1、訴願決定及原處分均撤銷。2、訴訟費用由被告負擔。

三、被告答辯略以：

（一）原告主張採購法第98條及原權法第12條規定，對於大、小廠商造成差別待遇，違反不當連結，且代金所採手段有違比例原則，應屬違憲云云，惟其合憲性分述如下：

1、系爭規定對大廠商差別待遇之合理性：按司法院大法官釋字第719號解釋理由書第3段，已敘明系爭規定係為維護重要公共利益，目的洵屬正當。又原告主張系爭規定造成非原住民求職者不利及大廠商須僱用足額比率之原住民之反向歧視，惟上開積極實踐憲法保障實質平等意旨之具體作為係「積極性優惠措施」，且僱用原住民比例僅為1%，業經大法官解釋合憲在案（參該號解釋理由書第5段），系爭規定尚無違反憲法第7條保障平等權意旨，而平等權內涵即禁止差別待遇，則自無違反向歧視及差別待遇。

２、系爭規定之連結性：按所謂「不當聯結」，指「手段」與「所追求之目的」間不具有實質之內在關聯或正當之聯結關係。前開釋字第719號解釋揭櫫，憲法及憲法增修條文保障扶助並促進原住民發展之基本國策，立法者鑑於政府採購為政府重大歲出，而思藉由政府採購制度賦予得標廠商僱用原住民之責（此為立法裁量範圍），使參與政府採購案創造經濟利益之得標廠商，將部分工作機會分配予原住民，經由工作獲得經濟上之自立，進而促進原住民人格自由發展，保障其全面社會參與（參該號解釋理由書第3段）。是以，採購法之制定，不僅建立公平、公開之採購程序，亦賦予改善原住民經濟狀況之社會福利功能，採購法及原權法二者之公益目的並行不悖（另參本院96年度訴字第4051號判決、98年度訴字第462號判決）。

３、系爭規定並未違反比例原則：系爭規定所欲達成之目的，依憲法增修條文第10條第12項規定，係促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，立法者為貫徹其條文意旨，透過得標廠商比例進用之手段作為優惠措施。該手段細節性事項，復依原權法第23條規定，及原住民族就業基金收支保管及運用辦法第5條規定，規範相關原住民就業基金之收支來源、保管、運用等事宜。準此，代金皆挹注促進原住民就業之用途，除用以設置全國9區原住民就業服務辦公室，由原住民就業服務專員提供就業媒合服務，另為協助原住民增進就業所需之工作知識技能，被告配合產業發展政策、就業市場需求及年度原住民族就業狀況調查，針對政府或民間機構辦理之職業訓練項目，辦理原住民職業訓練，俾訓後媒合就業機會，足證課徵代金就現今原住民就業率之助益甚巨，業經大法官解釋該手段之必要，且限制

並未過當，自無違行政程序法第7條規定、憲法第23條規定所示之比例原則（並參本院100年度訴字第1569號判決）。

4、綜上，系爭規定尚無違背憲法第7條平等原則及第23條比例原則，與憲法第15條保障之財產權及與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符，業經大法官釋字第719號解釋審認無違憲之虞。

（二）原告另主張其無法特別針對原住民進行招募，於招募廣告載明「歡迎或優先僱用『原住民』以盡其法定義務」，此做法對其他求職者造成不利對待，構成就業歧視，有違就服法第5條規定，惟：

1、按勞動部107年4月23日勞動條4字第1070130674號函要旨，及本院99年度簡字第906號判決意旨，系爭規定對得標廠商於履約期間賦予僱用原住民義務，是若該公司於徵才廣告中註明優先僱用原住民，其招募僱用之員工係屬上開法律須定額僱用員額之內人員，尚未違反就服法第5條第1項規定。

2、就服法立法目的及其第5條規定，係為促進國民就業以增進社會及經濟發展，依憲法第7條平等權及第15條保障工作權之精神，規定雇主對求職人或受僱者，不得因個人因素而遭致差別待遇，進而保障國民就業之機會應平等；又依就服法第24條規定，主管機關對原住民之就業人員，應訂定計畫促進其就業，必要時發給相關津貼或補助金，為扶助原住民中具工作能力者在就業市場獲得就業；再按系爭規定明定依採購法得標之廠商須於履約期間內僱用法定比率之原住民，即屬就服法第1條及第5條「其他法律有明文規定者，從其規定」之明文規定，且上開勞動部函釋及

法院判決均持肯認見解，原住民就業為就服法所欲保障之重要內涵之一，故為盡原權法僱用原住民之法定義務，並未違反就服法第5條規定。

（三）原告主張，與原告既有職缺及工作內容相同之公司為數眾多，僅能就原住民就業人口招募，難以進用足額原住民員工，且於電子製造業，利潤低將造成採購成本增加，日前原住民失業率與一般民眾失業率相差無幾，是否應為此犧牲政府採購之公平、效率、功能及品質。惟：按臺灣新北地方法院108年簡字第138號行政判決意旨，立法者87年制定採購法時，思藉立法方式作為保障弱勢團體之政策工具，始將採購法與原權法或身心障礙者保護法連結，以避免法律漏洞之可能，不應以採購案是否需增加人力，作為原告欲免除法定義務責任之事由。本院96年度訴字第2934號判決亦揭示，不應以採購案是否得提供職缺而免除原告應負擔之法定義務，依採購法得標之廠商，未達法定僱用原住民之比率，即應產生相對應之法律效果，被告作成原處分自屬合法。

1、申言之，代金係用於扶助原住民就業之發展，倘得標廠商未能於履約期間僱用足額比率之原住民，意即得標廠商皆以其既有公司員額進行採購標案而未產生職缺，則亦得以繳納代金之方式替代，且所有依採購法得標之廠商（不限於電子產業），皆有區域間人力分配及僱用員工之成本，原告所陳未能僱用原住民之就業人口，顯非正論，自難免除法規範之義務。

2、現今企業所能提供之職缺仍非長期穩定，在原住民失業率仍高於一般人民失業率之情形下，課徵代金仍有其必要性，現行法制對於企業協力政府機關促進原住民就業方式，

仍有賴透過政府採購程序為手段。況且，並非所有企業皆須負擔法定義務，企業仍保有其選擇之彈性，企業如因採購案之成本增加而致採購效率低下，其應於投標前將人事成本加入考量，提前進行風險評估，而非歸責既有原住民就業人口比例。

（四）原告另稱，系爭規定本身即不當侵害廠商基本權利，自願投標不能使侵害本質正當化，原告參於政府採購係基於配合政策，卻遭課與代金結果，原處分及訴願決定皆違法，惟：

1、系爭規定為優惠性差別待遇。按憲法第7條規定所揭示之平等原則係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，基此以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第23條規定比例原則之要求（司法院大法官釋字第618號解釋意旨參照）。系爭規定已限縮至標得政府採購案之一定規模廠商於履約期間內須足額僱用原住民，就干涉法益層面觀之，影響程度已屬最小；又代金目的乃透過課予達一定規模得標廠商僱用原住民之公法上義務，手段上係以代金繳納取代未足額僱用原住民之法律效果，並以最低基本工資作為代金計算基準，大法官判斷並未牴觸憲法平等原則及比例原則，故系爭規定本身並非侵害基本權利，而係針對憲法整體價值為優惠性差別待遇。

2、代金屬特別公課，其性質與行政罰有別，無涉可責性或歸責性，故僅需得標廠商於履約期間違反僱用一定比例原住民之義務符合法定構成要件，即應繳納代金。本件被告業已踐行行政調查，原告既於履約期間未僱用法定比率原住民，原處分令原告繳納代金，係依法行政。且貿然將系爭

法規範排除適用於原告，將難以實踐前揭憲法及原權法揭示之保障原住民工作權及經濟生活立法目的。

（五）被告前於103年度行政處分建請原告「將現有受僱人員之工作切割以聘僱原住民」，惟並未影響本件原處分，至於僱用原住民有無可行性及影響公平競爭之虞，說明如下：

1、系爭規定係所有「依採購法得標廠商」於履約期間內，其員工總人數達百人以上須僱用法定比率之原住民，並未區分何種產業類別及採購案是否需僱用人力（參本院96年度訴字第2934號判決），不應以上開原因評估僱用原住民之可行性，若僅因原告屬電子製造業及其地域性而免負擔僱用原住民義務，而其他「依採購法得標之廠商」仍須足額僱用，乃法所無之限制；另參釋字第719號解釋理由書「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。」是以，倘原告無職缺可提供，亦可以繳納代金方式替代之。

2、至有無違反公平競爭一節，係指「得標廠商」須負擔僱用原住民之義務而「非得標廠商」則無，此等同於探討該差別待遇是否合理，憲法委託保障原住民相關義務，可參照上開釋字第719號解釋理由書第5段說明，顯肯認系爭規定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，自無違反公平競爭。

（六）綜上，本件原告起訴無理由，爰答辯聲明：1、原告之訴駁回。2、訴訟費用由原告負擔。

四、兩造聲明陳述同上，原告對原處分所附得標案件一覽表、應僱用原住民人數與應繳納代金一覽表及應繳納代金計算表（

詳本院卷第49頁至57頁）等並不爭執，因此本件兩造間爭點厥為：㈠原權法第12條規定及採購法第98條規定是否違憲？㈡本件原處分適用上開法律與就服法第5條第1項規定「就業歧視」有無衝突？現實狀況原告有無法依法僱用足額原住民勞工？

（一）本件應適用之法律及本院見解：

1、原住民族工作權保障法第1條規定：「為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」第12條規定：「（第1項）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。……（第3項）得標廠商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之就業基金繳納代金。」第14條規定：「……（第3項）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。」第14條第1項規定：「中央主管機關應定期辦理原住民就業狀況調查；各級主管機關應建立原住民人力資料庫及失業通報系統，以利推介原住民就業或參加職業訓練。」第24條規定：「（第1項）中央主管機關應於原住民族綜合發展基金項下設置就業基金，作為辦理促進原住民就業權益相關事項；其收支、保管及運用辦法，由行政院定之。（第2項）前項就業基金之來源如下：一、政府循預算程序之撥款。二、依本法規定所繳納之代金。……。」第24條第2項規定：「前項及第12條第3項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」

2、政府採購法第98條規定：「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。」同法施行細則第107條規定：「（第1項）本法第98條所稱國內員工總人數，依身心障礙者權益保障法第38條第3項規定辦理，並以投保單位為計算基準；……。（第2項）依本法第98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1，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」第108條規定：「（第1項）得標廠商僱用身心障礙者及原住民之人數不足前條第2項規定者，應於每月10日前依僱用人數不足之情形，分別向所在地之直轄市或縣（市）勞工主管機關設立之身心障礙者就業基金專戶及原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。（第2項）前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足1月者，每日以每月基本工資除以30計。」

3、司法院大法官釋字第719號解釋：「原住民族工作權保障法第12條第1項、第3項及政府採購法第98條，關於政府採購得標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，人數不得低於總人數百分之一，進用原住民人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，尚無違背憲法第七條平等原則及第23條比例原則，與憲法第15條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。」理由書則略以「……（第3段）憲法第五條規定：『中華民國各民族一律平等。』憲法增修條文第十條第十二項並規定：『國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶

助並促其發展……。』系爭規定係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，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（原住民族工作權保障法第一條、聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples ,2007）第21條第2項前段：『各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善』及國際勞工組織原住民和部落人民公約（Indigenous and Tribal Peoples Convention,1989（No. 169））第20條（第1項：『各國政府在適用於一般勞動者之法律無法對原住民族提供有效保障之情形，應於各該國法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障』參照）。是系爭規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。……（第5段）基於上開憲法暨憲法增修條文之意旨，國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務。系爭規定乃規範於政府採購制度下，以國內員工總人數是否逾一百人為分類標準，使逾百人之得標廠商，於履約期間負有進用一定比例原住民，以及未達比例者須繳納代金之義務，在政府採購市場形成因企業規模大小不同而有差別待遇。按系爭規定所以為差別待遇，係因國內員工總人數逾百人之廠商，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百分之一，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。至於此一差別待遇對於目的之達成，仍應有合理之關聯，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，與憲法第七條平等原則亦無牴觸。……」

4、就業服務法第5條規定：「（第1項）為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙、星座、血型或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。（第2項）雇主招募或僱用員工，不得有下列情事：一、為不實之廣告或揭示。二、違反求職人或員工之意思，留置其國民身分證、工作憑證或其他證明文件，或要求提供非屬就業所需之隱私資料。三、扣留求職人或員工財物或收取保證金。四、指派求職人或員工從事違背公共秩序或善良風俗之工作。五、辦理聘僱外國人之申請許可、招募、引進或管理事項，提供不實資料或健康檢查檢體。六、提供職缺之經常性薪資未達新臺幣四萬元而未公開揭示或告知其薪資範圍。」

⑴上開規定立法理由略以：依憲法第七條平等權及第十五條保障工作權之精神，規定雇主對求職人或受僱者，不得因個人因素而遭致差別待遇。而107年11月28日修正為上開條文之立法理由略以：㈠「就業歧視」指「雇主以求職人或所僱用員工『與執行特定工作無關』之特質，來決定是否僱用求職人或受僱人的勞動條件，且雇主在該項特質上的要求是不公平、不合理的行為」，民間部分雇主在招聘與面試時，要求求職人或受僱人提供星座、血型等資料，請命理師、星座、塔羅牌業者「神算」，但這與工作表現

完全沒有相關。㈡增列星座、血型等，禁止雇主不去考量求職人或受僱人的能力、條件或表現，而考量與工作能力及表現無關的星座、血型等因素，因而造成求職人或受僱人因具有某類特質，而失去在工作上與其他人公平競爭的機會，避免就業歧視與不公平競爭。㈢以勞動部統計，我國目前平均起薪約為兩萬六千元，而平均起薪最高者為服務業技術人員為三萬六千元，因此以最高平均起薪為基準，並設定四萬元以下須公告或通知求職者最低薪資以杜絕薪資面議資訊不對稱之情形發生。㈣以各大求職網站及報紙求職廣告，雇主往往以薪資面議做為薪資待遇條件之敘述，不難推斷薪資面議已成為雇主為隱藏低薪或其他不利徵才之工作內容，在與勞工面談時才予以提出，以社會新鮮求職者通常未有類似議談經驗，為求得工作，因此往往被迫遷就同意，損害求職者工作權甚鉅，且不利於我國勞動市場之發展。㈤綜上所述，爰修正就業服務法第5條將工資為四萬元以下者須告知求職者或所僱用員工最低薪資，不得以面議之方式洽談工資，並修正就業服務法第65條將該款納入罰則，避免求職者工作權益受損。」

⑵勞動部即改制前行政院勞工委員會100年11月17日勞職業字第1000089945號函：「說明：……四、若雇主為能達成身心障礙者權益保障法及原住民族工作權保障法等法律所定之『定額僱用』比率員額，於徵才告示明列屬『定額僱用』員額，歡迎或優先僱用『身心障礙者』或『原住民』，以盡法定義務，尚無違反禁止就業歧視之虞。……」。又勞動部107年4月23日勞動條4字第1070130674號函要旨：「為落實並保障原住民勞工就業權益，若雇主為達成法定『定額僱用』比率員額，於徵才告示明列屬『定額僱用

』員額，歡迎或優先僱用原住民，以盡法定義務，尚無違反禁止就業歧視之規定。」

⑶綜上，並參照原權法第12條規定，雖強制得標廠商須僱用一定比例員額之原住民，未限制工作種類與性質；且原住民族長期生活水準及經濟地位處於弱勢，而藉政府採購以達保障原住民族工作權之政策目的，其差別待遇係為追求實質平等，符合憲法平等權之意旨，原住民族工作權保障第12條及政府採購法第98條規定無違反就業服務法第5條（就業歧視）規定。

（二）兩造間對於事實概要欄記載及下列事實均不爭執，並有兩造提出之證據附本院卷及原處分卷(或訴願卷)可查，自足認為真實：

1、原告陸續標得新北市政府採購處「新北市徵求民間參與節能路燈換裝暨維護案」等9件採購案（原處分卷第1至6頁、第7至10頁、第14至16頁、第17至18頁、第19至20頁、第21頁、第22頁、第23至28頁、第29頁）。惟於104年1月1日起至12月31日止之政府採購履約期間內，原告僱用之原住民人數未達原權法及採購法之法定標準，合計應繳納代金772萬8,712元（本院卷第51、53、55、57頁）。

2、被告於105年11月7日以原民社字第1050062956號函，就原告應繳納104年度代金，請原告陳述意見（原處分卷第31至第38頁）。原告於同年12月20日函復陳述意見（原處分卷第41、42頁）。

⑴108年8月8日，被告以原民社字第1080050517號函附行政處分書（即原處分，詳本院卷37頁以下）略以：「主旨：受處分人自104年1月1日起至104年12月31日止之政府採購履約期間，未依法僱用足額原住民，應繳納原住民族就業

代金（下稱代金）計新臺幣（下同）772萬8,712元整，爰請依限繳納。……處分理由及法令依據：……五、至受處分人所提陳述意見內容略以，……⑵受處分人主要營業模式為外銷，實際上利潤微薄.，再加上需繳納代金，恐影響國內大廠投標政府標案之意願。⑶受處分人雖有意僱用具有原住民身分之員工，惟招募員工時並無法特別針對原住民進行招募，否則有違就業服務法（下稱就服法）第5條之規定，受處分人縱有配合意願，執行上仍有相當程度之困難，懇請本會免除或減輕應繳納之代金等語。惟查：……㈡參照臺北高等行政法院99年度訴字第1916號判決及100年度訴字第73號判決意旨皆明示：『系爭代金之處分係屬於羈束處分，法規並未賦予被告就代金之計算有何裁量空間，即當法律規定之特定構成要件事實存在時，即應為特定法律效果之行為，並無權選擇作為或不作為，或選擇作成不同法律效果之裁量，故被告並無依個案斟酌裁量原住民就業代金數額之權，必須依法作成系爭處分，且非以得標廠商所獲利益為徵收標準，自無悖公平、比例原則之問題。」職是之故，受處分人應就相關成本、人員編制、職務缺額及所能獲取之利潤多寡等整體考量，並將得標後是否有能力僱足原住民，及僱用不足應繳納代金數額等因素，綜合納入考量風險損益，建請受處分人審慎衡酌，據以決定參與投標與否，並於得標後依法於履約期間僱用足額原住民，或透過繳納代金之方式，由本會專用於補助、獎勵、委託或辦理本法（即原權法）所規定各項促進原住民就業支出，要難以受處分人所稱因外銷模式致利潤微薄，執為免除其依法定比例僱用原住民或繳納代金義務之論據。㈢再參勞動部107年4月23日勞動條4字第107013067

4號函要旨略以，『為落實並保障原住民勞工就業權益，若雇主為達成法定『定額僱用』比率員額，於徵才告示明列屬『定額僱用』員額，歡迎或優先僱用原住民，以盡法定義務，尚無違反禁止就業歧視之規定』另觀諸採購法及本法規定對得標廠商於履約期間賦予僱用原住民義務，若受處分人於徵才廣告中註明優先僱用原住民，其招募僱用之員工係屬上開法律須定額僱用員額之內人員，故未違反就服法第5條第1項規定。㈣基於受處分人未於履約期間內僱用法定比率原住民之事實，其依法應僱用原住民義務之構成要件及法律效果要件，亦已明確規範於本法第12條及第24條第2項，且法律未授予主管機關得依情節為自由裁量空間。綜上，本會無權違背法令，即應依法行政做成課予代金處分，方符法制。六、立法者制定採購法第98條及本法第12條規定，係為促進原住民就業，保障其工作權及經濟生活，得標廠商符合相當規模者須僱用一定比例之原住民，否則應向本會繳納代金，核其性質乃國家基於一定公益目的，對特定人民課予繳納租稅以外之金錢義務，且限定該課徵所得之用途，係屬特別公課，與行政罰之罰鍰，亦屬有別。七、綜上所述，本會業依職權調查事實及證據，受處分人於旨揭政府採購履約期間，未依法僱用足額原住民，應繳納代金一節，洵堪認定，爰依上開理由及法令規定處分如主旨。……」（詳本院卷37頁以下）。

⑵原告不服原處分，循序提起本件行政訴訟，並聲明如上述。

（三）經查本件原告參與新北市政府採購處「新北市徵求民間參與節能路燈換裝暨維護案」等9件採購案並得標，而據勞保局按月提供投保單位投保人數資料核對，原告於上開採

購案件履約期間104年1月1日起至同年12月31日止，國內僱用員工總人數已逾1百人，但於上開9件工程履約期間內未僱足原住民名額等事實詳如上述，復為原告所不爭執，因此被告依原權法第12條第3項規定，以原處分追繳原告原住民就業代金7,728,712元，經核並未違法。

（四）原告雖主張系爭規定（採購法第98條及原權法第12條）規定違憲云云，然參照前揭司法院釋字第719號解釋及理由可知爭規定雖為差別待遇，但與系爭規定之各自立法目的達成合理之關聯，且系爭規定之立法意旨與公益目的並行不悖，亦未違反比例原則，因此原告主張系爭規定違憲云云，並不足採。

（五）原告又主張違反就業服務法第5條就業歧視云云，然就業服務法第5條規定及相關法律見解詳如上述，另就服法第24條之規定，主管機關對原住民之就業人員，應訂定計畫促進其就業，必要時發給相關津貼或補助金，為扶助原住民中具工作能力者在就業市場獲得就業。因此系爭規定核屬就服法第1條及第5條「其他法律有明文規定者，從其規定」之明文可知，原住民就業亦為就服法所欲保障之重要內涵之一，故系爭規定（應僱用一定比例原住民義務）並未違反就服法第5條之規定，各該法律課予原告之義務亦未衝突。

（六）下開原告主張核不能認原處分違法：

1、原告主張被告「104年原住民族就業狀況調查」顯示，原住民與非原住民之失業率差距僅0.12%，系爭規定（要求得標廠商須僱用一定比例原住民）肇致得標廠商不得不優先錄用具原住民身分之求職者，對非原住民身分之求職者造成反向歧視，立法目的是否具正當性令人懷疑等語。然

⑴如前述本院法律見解，系爭規定與就服法第5條等規定課予原告之義務，有各自公益目的，核無就業歧視或反向歧視問題。

⑵至系爭規定及就服法第5條應如何規定，始能合法正當，則屬立法裁量範圍，本院不採司法積極主義，自不能認原處分違法。

⑶同理，系爭規定以僱用員工百人為界限並未違憲，則原告主張公開上市之大公司因內稽內控制度通常越完備嚴格，任意安插員工進入公司的「彈性」遠不如小廠商，不足作為正當化大小廠商間差別待遇的云云，核亦屬立法裁量及形成時，要否將類似原告等上市且員工高達上萬之公司再為更細緻之區分，核難認原處分依據系爭規定裁處有違法處。

2、系爭規定並未違憲且立法目的及意旨均詳如上述，核無原告主張系爭規定有「違反不當聯結之禁止原則」，至依據系爭規定所為之原處分，因原告未具體指明且查無有何違反不當聯結之禁止行為，是原告此部分主張並無理由。

3、至原告主張招募廣告載明「歡迎或優先僱用『原住民』以盡其法定義務」時，會對其他非原住民身分者構成就業歧視等語。然查，就服法第5條與系爭規定間立法公益目的並不相悖，且上開廣告經就業服務法主管機關前開函示，並未違法。因此原告以假設問題主張本件原處分違法云云，亦不足採。

4、至原告主張為電子製造業，以經調查原住民失業人口比例相較，原告欲遵守法令進用足額原住民身分之員工，近乎緣木求魚等語。然查，系爭規定並未違憲歷述同前，原告於本件現實情況所反應之事實，僅能由行政機關仔細調查

詳細統計原住民之失業及各行業僱用原住民之門檻，更細緻分析並提出法案，交由代表民意之立法機關審議增修，尚非職司司法審判之法院能積極處理，逕行認定系爭規定違憲，應再敘明。

5、至原告主要其營業模式為外銷，參與政府採購，常常基於政府部門請託、配合政府政策等原因，然最後卻遭課與代金結果，以致毫無利潤，甚至賠本，情何以堪等語。因系爭規定並未違憲，法院仍應依系爭規定判斷原處分是否合法詳如上述。且若原告參與政府採購是經政府部門請託，則政府明知告原告僱用原住民不足，仍請求原告參與投標時，則被告針對原告本件違反系爭規定行使本件裁量，基於政府（行政）一體之角度考量其公共目的之達成（此時有二種公共利益衝突）時，亦應行政裁量對本件原告違反系爭規定之行為不予舉發，司法基於不告不理之消極被動情事，亦無從介入，應附予敘明。

五、綜上，被告援用司法院釋字第719號解釋，認原處分適用之系爭規定，並未違憲，從而原處分並無違法，訴願決定予以維持，核無不合。原告執前詞主張系爭規定違憲而原處分違法並訴請撤銷，為無理由，應予駁回。本件為判決基礎事證已明，兩造間其餘攻擊防禦方法及提出證據，雖經審酌亦不影響前揭判決結果，爰不一一敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　1　　日

臺北高等行政法院第四庭

審判長法　官　林惠瑜

法　官　鄭凱文

法　官　洪遠亮

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
㈡非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或

	依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合㈠、㈡之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　1　　日

書記官　簡若芸