

原住民族工作權保障法第 4 條、第 5 條及第 12 條規定
講習講義

瑟法國際法律事務所 製

1 0 6 年 9 月

大綱

- 壹、原住民族工作權保障法立法起源-----p. 2
- 貳、憲法一般原則(基本國策—保障原住民)- -----p. 8
- 參、原住民族工作權保障法保障對象-----p. 11
- 肆、進用原住民或繳納代金之法定義務-----p. 12
- 伍、原住民就業政策-----p. 12
- 陸、結語-----p. 13

壹、原住民族工作權保障法立法起源

國內失業率不斷攀升，尤其原住民 87 年失業率達 7.55% 比同期的一般民眾失業率 2.84% 高出三倍，痛苦指數更是與日驟增。為拔擢及培育原住民行政人才，目前均定期舉辦之特種考試原住民行政暨技術人員考試，實為促進原住民就業之重要措施，但二十五個平地原住民鄉鎮市、三十個山地原住民鄉機關（構）、學校之職缺，皆可提報高普考、基層特考之缺額並予分配，以致前項考試缺額偏低。

為保障原住民工作權益，促進就業，行政院內政及民族委員會已通過「原住民族工作權保障法(以下簡稱本法)」草案之審議，該草案明定原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構進用一定比例之原住民員工，其促進各級政府機關、公立學校及公營事業機構進用原住民，以保障原住民工作權益之意旨相當明確，尤其二十五個平地原住民鄉鎮市、三十個山地原住民鄉機關（構）、學校之職缺，更應優先進用原住民。

據二十五個平地原住民鄉鎮市長、三十個山地原住民鄉長迭次反映、高普考、基層特考錄取人員分配後，服務年資屆滿即遷調一般鄉鎮市機關，不僅造成人事流動率高，亦滋生困擾，為能充分培育原住民行政人才及輔導就業，要求人事行政局函請轄有二十五個平地原住民鄉鎮市、三十個山地原住民鄉之相關縣市政府將該等鄉鎮市機關（構）、學校之職缺，優先提報納入特種考試原住民行政暨技術人員考試分發名額。

原住民因其特有文化及歷史背景，普遍處於弱勢，原住民社會深陷結構性劣勢地位，為加速其社會發展，縮短與一般社會的發展差距，是憲法增修條文第 10 條第 12 項特規定：「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，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」

為落實上開憲法規定揭櫫之基本國策，鑑於政府採購為政府重大歲出，於 87 年制定政府採購法(以下簡稱採購法)當時，即透過立法方式賦予得標廠商僱用原住民之責，以作為保障原住民族之政策工具。故採購法之制定除建立公平、公開之採購程序外，更賦予該法透過此等公平、公開之採購程序改善原住民及身心障礙者經濟狀況之社會福利功能。

惟採購法公布於 87 年 5 月 27 日，當時得標廠商之進用義務係採身心障礙者及原住民合計 2%之方式，然時有顧此失彼，進用比例失衡之現象，為確保原住民於政府採購案件中受進用達 1%比例，以避免僱用身心障礙者與原住民族合計達一定比例之流弊，本法第 12 條乃配合制定，並於 90 年 10 月 31 日公布施行，以確實保障原住民於政府採購案件中達到 1%比例進用之就業機會。

貳、憲法一般原則(基本國策—保障原住民)

一、法源：憲法增修條文第 10 條第 12 項：「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，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」

二、概念

基本國策之效力原則上並無拘束力可言，蓋其多涉及教育、經濟、財政、土地等專業性較高的領域，若其擁有拘束力恐因太過專業於受司法審查時令審查不及且亦違反權力分立原則，因此基本國策之內容應屬方針條款或是憲法委託。屬憲法委託者，指制憲者將特定事項委託給該特定機關加以處理；方針條款則僅為國家政策之指標或方向並無實質上拘束力。

三、理論運用於代金實務：

按憲法增修條文第 10 條第 12 項：「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，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。」

據此憲法增修條文第 10 條第 12 項應屬憲法委託，則該國家機關若不針對受託之事項制定法律加以規範，即有遭違憲判斷之可能，因此本會即有依本條項制定法律之必要，則所制定之本法，即為符合基本國策中之憲法委託。

四、相關判決、決定書：

1. 臺北高等行政法院，98 年 6 月 4 日 97 年度訴字第 3106 號判決：

理由（一）：「……按憲法增修條文第 10 條第 12 項規定：『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，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。』基於上開憲法增修條文所規定之基本國策，立法院分別於 87 年 5 月 27 日及 90 年 10 月 31 日制訂採購法第 98 條規定：『得標廠商於其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。』及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。……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。』以促進原住民族就業，保障原住民工作權及經濟生活（原住民族工作權保障法第 1 條之立法目的參照）。依據上開條文，員工總人數逾 100 人之得標廠商，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數 1%，否則應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。此項有關得標廠商於履約期間僱用一定比例原住民之限制，係為促進原住民族就業，保障原住民工作權及經濟生活之考量所為之特別規定，屬立法裁量範圍。」

2. 行政院訴願審議委員會，97 年 11 月 4 日院臺訴字第 0970091494 號決定書：

「……又憲法增修條文第 10 條第 12 項揭示保障扶助原住民族經濟並促其發展，原住民族工作權保障法第 12 條之立法意旨，即在促進原住民族就業，保障原住民工作權及經濟生活，已限縮至標得政府採購案之履約期間內須足額僱用原住民，其干涉法益之影響程度已屬最小。」

3. 臺北高等行政法院，101 年 2 月 23 日 100 年度簡字第 831 號判決：

理由（二）：「……憲法增修條文第 10 條第 12 項亦明定：『以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。』『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，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。』是在憲政體制中，國家追求之價值及任務多端，在多元之價值、任務併存下，本有賴立法者基於比例原則，妥為立法協調。而上述採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條、第 23 條、第 24 條等規定，即係基於上開憲法增修條文所規定之基本國策，為促進原住民族就業，保障原住民工作權及經濟生活之公益目的（原住民族工作權保障法第 1 條之立法目的參照），經立法院分別於 87 年 5 月 27 日及 90 年 10 月 31 日所制訂，明示課徵代金之對象、額度及用途。依據前揭條文規定，員工總人數逾百人之得

標廠商，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數 1%，以創造廠商僱用原住民之動機及誘因；並於違反名額規劃時，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金（亦即就短少之名額，繳納一定金額之『差額補助費』），而設『原住民族綜合發展基金』管理運用，以供實現立法所欲實現之輔導原住民族就業之政策目標，乃具有『專款專用』之特別公課；至採購法施行細則第 107 條、第 108 條規定之代金計算方式，則屬執行母法之細節性技術性事項，合乎採購法第 113 條授權本旨，且未逾越母法之限度，自得為本院所適用。」

參、原住民族工作權保障法保障對象

一、本法保障對象規定：

(一) 本法第二條：本法之保障對象為具有原住民身分者。

(二) 本法施行細則第二條：本法第二條所稱具有原住民身分者，以依原住民身分法第十一條第一項規定，於戶籍資料記載為山地原住民或平地原住民者。

二、原住民身分法規定

(一) 原住民身分法第二條：本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記及本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記及本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。

(二) 立法理由：一、 憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定原住民立法委員分別從「山地原住民」及「平地原住民」當中選出，本條爰明定「平地原住民」及「山地原住民」之認定及其區分標準。二、 本條關於「山地原住民」與「平地原住民」之認定及區分，源於臺灣省政府區分山胞為「山地山胞」與「平地山胞」，其中「山地山胞」係 43 年 2 月 9 日（肆參）府民四字第 11197 號函所指稱之「山地同胞」而言，「平地山胞」則係 45 年 10 月 3 日以（肆伍）府民一

字第 109708 號令發布「平地山胞認定標準」予以界定。茲摘錄前揭函文及平地山胞認定標準如下：(一)山地同胞(即山地山胞)：凡原籍在山地行政區域內而其本人或父系直系尊親屬（父為入贅之平地人者從其母）在光復前日據時代戶籍簿種族欄登載為高山族（或各族名稱）者，稱為山地同胞。(二)平地山胞：凡日據時期居住平地行政區域內，其原戶口調查簿記載為「高山族」者，為平地山胞。凡符合前段規定條件之平地山胞，應於命令到達公告後，向當地鄉鎮市區公所申請為平地山胞之登記。三、另臺灣省政府 69 年 4 月 8 日 69 府民四字第 30738 號令發布之「臺灣省山胞身分認定標準」及內政部 80 年 10 月 14 日臺（80）內民字第 8072256 號令發布之「山胞身分認定標準」，皆援引臺灣省政府上開行之經年之區分標準，本法亦予援用，以示身分安定之立法旨趣。四、又依內政部 81 年 3 月 4 日臺（81）內民字第 8174921 號之函釋，上開山胞身分認定標準中所稱「山胞種族」（即本法所稱「原住民」）係指「臺灣光復前，戶口調查簿種族欄登記為『生』或『高砂族』者而言。」，是第一款及第二款所稱「原住民」，仍從內政部上開函釋意旨，及戶口調查簿種族欄登記為「生」或「高砂族」者方屬之。

(三) 原住民身分法第十一條第一項：原住民身分取得、喪失、變更或回復之申請，由當事人戶籍所在地之戶政事務所受理，審查符合規定後於戶籍資料及戶口名簿內註記或塗銷其山地或平地原住民身分及族別，並通報當事人戶籍所在

地之鄉（鎮、市、區）公所。

（四）案例：【90年4月9日臺(90)原民企字第9004582號函】

主旨：有關父母之一方為非原住民，父母同姓，欲依本法第4條第2項或第6條第2項、第3項申請從具原住民身分之父或母之姓，其從姓如何認定。說明：父母同姓，即無變更姓氏問題，惟申請取得原住民身分時，仍應填寫「子女從姓並取得原住民身分約定書」。

肆、進用原住民或繳納代金之法定義務

一、本法第 4 條及第 5 條規定

- (一) 本法制定公布日期：民國 90 年 10 月 31 日。
- (二) 立法目的：促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活。
- (三) 保障對象：為具有原住民身分者，本法是少數專為保障原住民族工作權益的法規，也是一種政府積極性政策的宣示與實踐。
- (四) 適用對象：國家為落實保障原住民工作權及經濟生活，對於各級政府機關、公立學校及公營事業機構(除位於澎湖、金門、連江縣外)，課予其應僱用法定比例原住民人數。
- (五) 本法第 4 條及第 5 條之規定：
 1. 第 4 條規定：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構，除位於澎湖、金門、連江縣外，其僱用下列人員之總額，每滿一百人應有原住民一人：一、約僱人員。二、駐衛警察。三、技工、駕駛、工友、清潔工。四、收費管理員。五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務(第 1 項)。前項各款人員之總額，每

滿五十人未滿一百人之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，應有原住民一人(第2項)。第一項各款人員，經各級政府機關、公立學校及公營事業機構列為出缺不補者，各該人員不予列入前項總額計算之(第3項)。」

2. 第5條規定：「原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有三分之一以上為原住民：一、約僱人員。二、駐衛警察。三、技工、駕駛、工友、清潔工。四、收費管理員。五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務(第1項)。前項各款人員，經各級政府機關、公立學校及公營事業機構列為出缺不補者，各該人員不予列入前項總額計算之(第2項)。原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，進用須具公務人員任用資格者，其進用原住民人數應不得低於現有員額之百分之二，並應於本法施行後三年內完成。但現有員額未達比例者，俟非原住民公務人員出缺後，再行進用(第3項)。本法所稱原住民地區，指原住民族傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中

央主管機關報請行政院核定之地區(第4項)。」

3. 約僱等五類人員定義：

目前係依據行政院人事行政局(現為人事行政總處)92年6月30日研商「行政院所屬各機關(構)學校九十二年底前足額進用原住民對策會議」，所指：

- (1) 約僱人員：係指依「行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法」所僱用之。
- (2) 駐衛警察：係指依「各機關學校團體駐衛警察設置管理辦法」所任用之。
- (3) 技工、駕駛、工友：係指依「事務管理規則」所僱用之。
- (4) 清潔工：凡各機關「清潔隊」中以「勞動基準法」或「事務管理規則」僱用之正式編制內人員均屬之(「以工代賑」人員及「臨時單工」不屬上開「清潔工」之範疇)。
- (5) 收費管理員：凡實際工作內容為「收費管理」者均屬之，包括：國道高速公路各收費站之收費管理員(以「勞動基準法」僱用或以「業務費」進用或以「基金」自給自足僱用之人員均屬之)、各縣市政府路邊

收費管理員、公共造產之收費管理員、公立機關(構)等學校開放民眾入場參觀(如：木柵動物園)之收費管理員均屬之。

(6) 「其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務」：

I. 該職務須為「不須具公務人員任用資格」之職務(如係以交通資位「士級」人員任用者即不屬是類人員)。

II. 該職務侷限於「非技術性」職務方屬之，排除「技術性」職務。

III. 該職務係為「工級」職務，排除「正式職員」。

4. 有關五類人員個案具體認定疑義：

(1) 「約聘人員」、「臨時人員」(包括本會核准僱用「部落在地就業臨時人員」、勞委會(現為勞動部)「多元就業開發方案」所僱用短期臨時人員等)均不屬上開「約僱人員」之範疇。

(2) 國防部(含中山科學研究院)：以列入「中央政府機關總員額法草案」之「文職」人員為計算基數，故排除適用。

(3) 各縣市地政事務所僱用之「測量助理」，如以上開「約僱」或「技工、工友」方式僱用者，亦屬上開「約僱人員」等之範疇。

(4) 農委會代表所提林務局僱用之「巡山員」、南投縣政府代表所提「林業推廣人員」均屬上開五類人員之範疇。

(六) 本法第 12 條規定：「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. 依政府採購法得標定義：所謂「依政府採購法得標」者，即指程序上必須依照採購法第 18 條至第 44 條參與招標程序，並依同法第 45 條至第 62 條得標；實體上，該管案件係屬於採購法之範圍。

2. 依政府採購法得標之廠商定義：依 102 年 4 月 22 日原民衛字第 1020012303 號令，原住民族工作權保障法第十二條第一項所稱之「依政府採購法得標之廠商」，即由公司、合夥或獨資之工商行號及其他得提供各機關工程、財物、勞務之法人、機構或團體或個人，參與採購程序進而得標之謂。

3. 國內員工總人數定義：國內員工總人數之認定，依採購法施行細則第 107 條前段規定，以義務人每月 1 日參加勞、公保之人數為準。次依公司法第 3 條第 2 項規定：「本法所稱本公司，為公司依法首先設立，以管轄全部組織之總機構；所稱分公司，為受本公司管轄之分支機構。」，故總公司得標之政府採購案，以總公司為投保單位之投保人數（包括分公司員工人數）為計算標準，與上引公司法規定意旨並無不符。況得標廠商如認其總公司與分公司業務獨立，依勞工保險相關規定，得分別以總公司、分公司為投保單位加入勞工保險，各別作為計算國內總員工人數之計算依據，當事人既得選擇，則對當事人之保護亦無不週之虞。故國內員工總人數之計算上，應先行認定得標廠商隸屬，再行依其投保單位計算其國內員工總人數。職此，唯有總、分支機構分別投保者，始有適用分別計算之可能。
4. 履約期間定義：採購法施行細則第 107 條第 1 項後段規定：「…；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。」自文義上而言，得標廠商於負擔契

約之日起至完成契約主給付義務的期間，即所謂履約期間。該條項於 99 年 11 月 30 日修正公布後，就履約期間之規定增加但書的例外情況：「…但下列情形，應另計之：一、訂有開始履約日或開工日者，自該日起算。兼有該二日者，以日期在後者起算。二、因機關通知全面暫停履約之期間，不予計入。三、一定期間內履約而日期未預先確定，依機關通知再行履約者，依實際履約日數計算。」惟究代金之性質係特別公課無疑，與行政罰需從輕認定之規定實屬有異，仍應適用行為時之法律為宜。因此於修正前產生之代金，無庸置疑仍應適用修正前之規定，對於但書之例外規定尚無須加以斟酌；至於修正公布後方產生之代金，自應就有無但書例外事項之適用加以衡量。

5. 已僱用原住民人數定義：本會於代金實務上，均以「投保單位」為基準，故其原住民員工係屬員工總人數之其中 1 員，自當以義務人「投保單位」下之原住民當作其已僱用之原住民人數。

二、原住民族就業代金

- (一)本法課予適用對象應僱用法定比例之人數，就其未足額

僱用原住民人數為計算，所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，性質上屬於特別公課，與行政罰或其他行政責任有間，非以有無歸責性為要件。

(二)本會依預算法之規定，於「原住民族綜合發展基金」項下設置就業基金，編入年度預算經立法院審議通過後實施，符合立法所欲實現之輔導原住民族就業政策目標，以促進原住民族就業，保障原住民工作權及經濟生活。

(三)本會將徵收所得，作為辦理原住民族就業輔導、訓練專業技能並提高謀生能力之用，以收「專款專用」之效用。

(四)各機關僱用、進用原住民人數之計算方式：

1. 以每月 1 日參加勞工保險、每月 1 日參加公教人員保險之合計總額為準，準此，上開人員之計算方式係以「投保單位」為計算基準。
2. 經資遣或退休而仍繼續參加勞工保險、公教人員保險者，不予計入。
3. 計算應僱(進)用之原住民人數，未達整數者，不予計入。
4. 計算人數一律以「投保單位」為總體計算基準，不須以其單獨機關所在地地址是否位於為原住民族地區為判別基準(亦即「派出機關」或「工作地點」若位於「原住民

族地區」，惟「投保機關」位於「非原住民族地區」，以「非原住民族地區」之進用標準，納入投保單位合併計算，毋須單獨以「原住民族地區」之進用標準計算)。

5. 進用人數未達標準者，應向就業基金繳納代金，依差額人數×每月基本工資＝繳納代金數。

伍、原住民就業政策方案

一、開發人力資源

- (一)結合企業培育技術人力，提供僱用原住民獎勵措施。
- (二)鼓勵原住民取得專業證照，打造就業競爭力。
- (三)推動青年職能發展計畫。

二、發展潛力產業

- (一)培育在地產業人才。
- (二)以產業為導向就業方案。
- (三)加強輔導原住民組織，達成深耕就業的目的。

三、活化服務網絡

- (一)提供客製化求職求才媒合服務。
- (二)僱用專業化原住民就業諮詢專員。

四、落實進用策略

- (一)全面宣導「原住民族工作權保障法」。
- (二)鼓勵公私部門進用原住民勞工。

陸、結語

- 一、在面對整體社會經濟環境的轉變下，本會將加強原住民就業能力，逐年減少依賴型社會救助計畫，以「工作福利」替代「社會救助」的積極性服務模式，以協助原住民族脫離貧困。
- 二、政府雖制定原住民族工作權保障法，保障一定比例原住民就業權益，在許多就業不利因素下，各機關如能用心體會、考量原住民就業特性，塑造正向的工作環境，將會使原住民在職場上充分發揮，定可展現民胞物與的情懷，有效開發原住民成長能量，對國家勞動力的提升，自不待言，更能促進原住民社會全方位多元展現。