



Arbeit & Recht

勞動與法 論文集 Ⅱ

勞動與公法、全球化與勞動人權

林佳和 著

 元照

勞動與法論文集Ⅱ

——勞動與公法、全球化與勞動人權

林佳和 著

元照出版公司

勞動與法論文集. II, 勞動與公法、全球化與
勞動人權／林佳和著. -- 初版. --

臺北市：元照，2014.10

面；公分

ISBN 978-986-255-418-0（平裝）

1.勞動法規 2.勞動基準法 3.論述分析
4.文集

556.8407

103007461

勞動與法論文集 II

——勞動與公法、全球化與勞動人權

5D321RA

2014 年 10 月 初版第 1 刷

作 者 林佳和

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 500 元

專 線 (02) 2375-6688

傳 真 (02) 2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-418-0

序 文

2005下半年開始展開學術生涯以來，累積了不少學術研討會或論壇之發表著作，然後就多藏諸私下，未留下甚麼痕跡。幾乎不曾主動投稿學術期刊的我，自然沒有任何「西哀」（SSCI、TSSCI），即便敝帚理應自珍，但還是想集結問世，作為一個人生階段的註記。

我的知識關懷與興趣甚廣，但總跟嚴謹的學術要求未必相稱；著眼法學領域，粗略說來，大致有憲法學與勞動法學兩類文章，呈現面前的《勞動與法》三冊論文集，就是後者的一些作品，再進一步以主題歸類下，包括第一冊的《勞動法基礎理論與法制發展》、《同盟與集體勞動法》，第二冊的《勞動與公法》、《全球化與勞動人權》，以及第三冊的《國家與勞動市場管制》、《勞動契約》，合計30篇論文，幾近全部未曾正式期刊發表。

我不想當馬克思口中四處招搖撞騙的普魯東，以跨足不同領域為譽，實則敗絮其中，還是先出版過去幾年著墨較多的勞動法著作，其他領域的嘗試就待時日良辰，如果有緣。有些過去幾年投注不少心力的論文或研究，這次並未收錄進來，因為在擴大改寫成個別專書中，至少計畫如此，特別是

關於勞動基本權、勞動訴訟法、罷工法、共同決定與勞動派遣這幾項「大議題」，當然行動總趕不上心思，未來之取捨勢必難違。有些聯繫勞動法學與憲法學角度的文章，適合的就放入第二冊的《勞動與公法》中，感覺公法味道顯然較濃的，就留待以後的《國家與法》中，當然，篇幅考量也是一項因素。幾篇論文的某些論述重疊或類似，還請見諒，因為思緒往往是一致的，難以全然擺脫，個人在某些時間點的力有未逮，只得權充，當然也是原因。曾經表達最深的自我期許：發掘事物的奧秘，並從中證明自己的力量（亞里斯多德）；幾年看來，遺憾的，不但未必能發掘奧秘，自己的力量也微乎其微，留下紀錄，竟成僅剩的療癒。

林佳和

2014年2月28日於木柵家中

目 錄

序 文

勞動與公法

• 勞動與勞動憲法

一、前言：法與社會（權力）現實	3
二、勞動憲法的提問與澄清	10
(一)提問一：憲法／部門憲法的問題意識？	10
(二)提問二：勞動法的特殊性——法之形成與社會力的 對抗關係？	12
(三)提問三：私法／勞動法作為社會理論？	16
(四)理論的澄清嘗試：新的憲法理解與法之社會理論	19
三、勞動法之定位與經濟全球化	29
(一)勞動法制的政治經濟學定位	29
(二)經濟全球化作為勞動／勞動憲法的框架條件	36
四、台灣勞動生活與法之問題分析	49
(一)有關去管制化與彈性化的討論課題	51
(二)以勞動法的討論觀察社會與勞動	53
五、結語：一個勞動之法的反思（Reflexives Recht von und über Arbeit）嘗試	68

• 憲法角度下的勞動法與隱私權

——兼論基本權於私法關係上的適用

一、前言：隱私權當然——勞動法領域中亦然？	69
二、勞動生活中之基本權適用	72
(一)原 則	72
(二)勞動法特殊性(一)：勞動生活中的基本權衝突、限制與競合	77
(三)勞動法特殊性(二)：勞動生活中的基本權客觀法內容與效力	84
(四)勞動法特殊性(三)：勞動之法事實與基本權行使的事實要件	94
三、私領域作為憲法法益——勞工人格權	98
(一)勞工人格權作為基本權	98
(二)聚焦：與資訊相關之隱私權——所謂資訊自決權	103
(三)勞工資訊自決權之憲法界限	107
四、結語：勞工隱私權保護的思考框架、侷限與突破	118

• 公務員、勞工與平等原則

——從釋字第596號解釋談起

一、前言：從平等什麼到為何平等	121
二、釋字第596號解釋的基本意旨	123
(一)解釋理由書	124
(二)不同意見書	126
三、基本權釋義學角度的觀察	130
(一)平等原則之基本意涵	130
(二)從恣意禁止的舊公式到新公式	131
(三)從基本權的相當影響到複雜多樣的補充方法	137
(四)兩個攸關本案的重要提醒	140

四、中間結論.....	142
五、問題的另類關鍵(一)——公務員法與勞動法之趨近？.....	147
(一)例示觀點一：德國公部門勞工與其勞動法概念的啓發.....	147
(二)例示觀點二：公務員忠誠義務內涵的演進.....	156
(三)例示觀點三：德國之近期發展趨勢.....	160
六、問題的另類關鍵(二)——社會國原則與基本權事實要件？.....	162
(一)聚焦：系爭規範之規範目的與指涉.....	162
(二)從基本權事實要件指往憲法保障之基本權利.....	163
七、問題的另類關鍵(三)——立法者形成自由.....	167
八、結 論.....	173

• 論勞動法領域中的委員會決定與判斷餘地

一、引子：勞動法領域中的委員會決定——以性別工作平等審議為例.....	175
二、問題：行政機關內委員會決定、判斷餘地與司法審查界限.....	178
三、理論與實踐：德國法相關論述發展觀察.....	183
(一)判斷餘地之基本內涵與要素.....	185
(二)判斷餘地之理論與實務發展.....	187
(三)判斷餘地之法院審查與界限.....	192
(四)聚焦：委員會決定判斷餘地.....	195
四、關鍵線索：勞動法領域之實質特殊性——特殊結構關係或單純法律適用？.....	199
(一)勞動關係之人格面向與其從屬性：特殊爭議處理的新基礎.....	200
(二)勞動關係之社會自治與力的對抗：特殊爭議處理的新邏輯.....	206

五、Exkursus：企圖更強烈的新嘗試？新勞資爭議處理法 的不當勞動行為裁決制度	210
六、結 論	215

• 救濟途徑之前提：社會救助或第二勞動市場？

——以臨時工作津貼及多元就業方案為中心

一、問題起點：三則訴願案例	217
二、基本爭點：違法授益處分之撤銷與法定構成要件要素	219
三、「公益」與「信賴利益」何在？——就業促進行政之 特殊性	227
四、另類核心爭點：單純社會救助或第二勞動市場措施？	236
五、模式一：單純社會救助下之法律關係	243
六、模式二：第二勞動市場措施下之法律關係	245
七、結論：回到問題起點——對三則訴願案例之回答嘗試	251

• 《關廠歇業失業勞工促進就業貸款契約爭議案》法律 意見書

一、原因事實	255
二、法律爭點	257
三、進行論證之前提認識	257
(一)公法與私法契約關係定性變更	257
(二)欠缺特定行政行為要式之限制	258
(三)勞動法領域特殊思維貫穿影響	259
(四)小 結	261
四、原因事實重要性評價	262
(一)勞委會處理之事實上可能意圖	262
(二)勞委會所依法規範之可能指向	263

(三)勞委會所本政策上之可能決定.....	266
(四)小結：補助之公行政任務的界定可能.....	268
五、可能形式一：一階段之行政私法.....	269
六、可能形式二：一階段之行政契約.....	270
七、可能形式三：一階段之行政處分.....	272
八、可能形式四：二階段之行政處分＋私法契約.....	272
九、四種可能形式之相互比較與判斷.....	274
十、結論：本案為有瑕疵的替代行政處分之行政契約， 其中「債務人負清償借款義務」部分應為無效.....	277

• 教師申訴制度與勞資爭議處理

——從德國經驗看台灣法制

一、前 言.....	279
二、教師身分之基本定位——德國法律上之歸屬.....	281
(一)概念：德國公部門勞工與公部門勞工勞動法.....	281
(二)比較法視野：台灣與德國法制比較之附帶提醒.....	284
三、教師作為職業公務員——教師的公務員關係與爭議 處理.....	289
(一)概 說.....	289
(二)教師公務員權利保障：爭議處理方式一——一般機制.....	291
(三)教師公務員權利保障：爭議處理方式二——人事代表會 機制.....	301
四、教師作為雇員——教師的勞動關係與爭議處理.....	309
(一)概 說.....	309
(二)教師雇員權利保障：爭議處理方式一——一般機制.....	310
(三)教師雇員權利保障：爭議處理方式二——人事代表會 機制.....	314
五、結 論.....	315

• 勞工案件專家參審之問題試探

一、問題思考的背景及開始：基○客運案例	317
二、司法改革的一環：司法院「專家參與審判諮詢」的 試行	318
三、德國勞動法院的由來與歷史發展	326
四、德國勞動法院的正當性基礎：所謂勞動法的本質	331
五、德國勞動訴訟法原則與法官的自我認知	334
(一)勞動訴訟法的程序原則	335
(二)勞動訴訟程序中的法官	336
六、德國勞動法院的榮譽職法官	338
(一)提名與任命	338
(二)中立性與獨立性	340
(三)職 權	341
(四)附題：榮譽職法官法政策上的思維	342
七、思考的實務依據：德國勞動訴訟的結構性現象	343
(一)勞動法院審理的訴訟越來越多	343
(二)百分之九十的勞動訴訟由勞方提起	343
(三)勞動法院所審理的案件中，多半其勞動關係已經消滅	344
(四)大部分的勞動訴訟案件多來自中小企業	344
(五)大部分的勞動訴訟案件都是有關個別勞動法的問題	344
八、結 論	345

全球化與勞動人權

• 全球化與國際勞動人權保障

——國際法事實之觀察

一、前言：國際法社會人權三面向——自由自主、基本需求、分配正義	351
二、基本界說與進路選擇：新自由主義的經濟全球化	357
三、理解的開始：經濟全球化的現象與形式	359
(一)全球經濟結構的重組與發展	359
(二)聚焦：所謂的排他型國際貿易、產業結構的不均衡發展	363
四、經濟全球化的勞動關係面貌：去管制為核心	367
五、代結語：回到問題意識——國際法上全球勞動者可能共通的「人權趨勢」？	373

• 經濟全球化下的國家：從社會福利國到國際競爭國

——兼論競爭力之意涵與法律之角色

一、前言	379
二、經濟全球化對國民國家的影響	380
三、競爭國的出現：競爭力作為國家任務與法律概念	382
四、全球化下的國家未來——一個最小的國家觀？	389
五、代結論：法律的應有角色？	394

勞動與公法



- 勞動與勞動憲法
- 憲法角度下的勞動法與隱私權
 - 兼論基本權於私法關係上的適用
- 公務員、勞工與平等原則
 - 從釋字第596號解釋談起
- 論勞動法領域中的委員會決定與判斷餘地
- 救濟途徑之前提：社會救助或第二勞動市場？
 - 以臨時工作津貼及多元就業方案為中心
- 《關廠歇業失業勞工促進就業貸款契約爭議案》法律意見書
- 教師申訴制度與勞資爭議處理
 - 從德國經驗看台灣法制
- 勞工案件專家參審之問題試探

勞動與勞動憲法*

一、前言：法與社會（權力）現實

德國法學者Rudolf Wiethölter，在他1967年著名的所謂「對法律的不愉快（Unbehagen am Recht）——黑森邦廣播電台法律21講」中，說過一段令人印象深刻的話：

「……我們講課的目的在於：描述今天法律所身處的死寂般的孤立，並且協助法律克服這樣的孤立。更具體一點的說：法律已逐漸衰竭，它不再是政治社會所帶來的貢獻，也不再能對政治社會發揮什麼功能，更不是一為人所重視的文化現象。今天吾人對法律的理解，已經無法藉著法律的自我認識中導出，因為法律根本不知道自己是什麼。我們的法律是無意識的，沒有人能逼迫法律重新思考自己，因為它自己便拒絕自我思考。讓我們再進一步的說：『法律』這個病人，需要醫生，必須進醫院，從它目前的處境看來，沒有自我治療的可能，毫無自然痊癒的希望。對於法律的期待，與現實的落差越來越大。在『法律』這個文化領域中，挑戰與回應，永遠不符比例的失卻平衡……」¹

其實，說來似乎陳腔濫調，法律與社會現實的複雜關係，不論是抽象理論面的探討，法規適用面的具體涵攝，不管是從所謂「法與社會」之法律社會學理論的「雲端上」觀點²，或是最個案適用層次的「法事實研究」³，從來就不是法律學者所漠不關心的

* 發表於國立政治大學蘇永欽教授國家講座課程，後收錄於蘇永欽主編：部門憲法，2006年1月，頁353-393。

¹ 收錄於dersl., Rechtswissenschaft, Basel-Ffm., 1986, S. 26 f.

² 最典型的自然是N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1 Aufl., Ffm., 1995.

³ 假如拋開最早從事法事實研究的犯罪學不論，可參閱法社會學者K. F. Röhl

問題，研究文獻之汗牛充棟，早已不在話下⁴。然而，Wiethölter卻依然指出了即使是今日的法學者，不論是進步如德國，或是急起直追如台灣，所仍難以否認的一項基本問題與現象：

—法律規範體系，當然是因應社會生活需求之用，它必須建立在對於社會事實的一定評價與定性基礎上，然後方得利用它的技術性結構與設計（法源層級、法釋義學工具、適用及行動者角色及功能分派等），去規制社會生活，或說：去提供社會成員穩定的行為規則體系與環境條件。然而，無可諱言的，「對於社會事實的一定評價與定性」，既是法律的出發點，整個規範體系的基礎，卻也是它的阿基里斯腱，因為，法律必然是接受一套「某種社會力量」所賦予的評價結果，它的整體建築才有立基灌漿營造的可能，法律本身的「內造」功夫，不管它的來源是叫做「正義⁵、自然法」或其他種種，即便難以否認，至少都可能只是邊緣

的經典作品Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen, 1974; 勞動法方面的法事實研究，最早的自屬被譽為德國勞動法開山祖師之一的P. Lotmar的作品Der Arbeitsvertrag, Berlin, 2001（重印）。

⁴ 例如如何將法事實融入法釋義學體系中的問題，亦屬於法學方法論方面的標準討論範圍之一，vgl. nur F. Bydlinski, Gedanken über Rechtsdogmatik, FS Hans Floretta, Wien, 1983, S. 3 ff., 特別在勞動法方面：F. Fabricius, Arbeitsrecht und die Methodenlehre vom „Vorverständnis“, in: dersl. u.a., Arbeitsrecht und juristische Methodenlehre, Neuwied und Darmstadt, 1980, S. 16. 在憲法的討論中，亦不乏對於「法與現實」的專著，statt vieler W. Hassemer u.a. (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden, 1982; B. Pieroth (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, Berlin, 2000.

⁵ 例如John Rawls的正義論，就經常遭批評其犯下合理化現實狀態的毛病，是否是其理論上的詮釋必然，頗值討論，關於對其批評，可參閱社會學方面的著作J. Strasser, Leben oder Überleben – Wider die Zurichtung des Menschen zu einem Element des Marktes, Zürich, 2001, S. 65 ff., Rawls對自己的辯護，可參考其較新之論著：dersl., Politischer Liberalismus, Ffm., 2003, S. 404 ff., 494 ff.

或具有強烈的時代侷限性（Zeitgebundenheit）⁶。「法律的見解就是強者的意志」（Herrschende Meinung ist Meinung der Herrschenden），雖然或許只是左派對法律的片面看法，但無可否認的，從實證考察的觀點上來看，法律結構的基於特定前提，基於法律本身所無法挑戰懷疑與動搖的基礎假設，卻是相當清晰明白的，這也就是C. Degenhart所稱之「法之體系忠誠性」⁷：法律來自體系，建立、運作於體系之內，必須符合體系的邏輯與理性。所以一項法律無法逃避的基本問題是：假如作為基礎的社會事實評價、規範性描述與方向設定，被社會體系、不同的社會力量所質疑、挑戰，或甚至企圖推翻時，法律如何面對？假如面對社會對峙的行動者，法律的宣稱中立，不是謊言，就是僅為框架下的結構上必然的工具型面貌時，法律如何反思（Reflexion）社會的變化，如何解讀自己被命定無法改變的基礎條件？在法釋義學的工作領域中，此一問題尤其明顯：假如法律、法學本身無法處理作為背後基礎的社會現實，應該這麼說：無法藉著法釋義學的工具判讀社會現實的變遷或演化，那麼，法釋義學的工作如何能持續下去？既然不能中斷，那麼，法律是否只有在接受一個特定「外部」，也就是法律以外的社會、經濟、政治、文化等領域之「答案輸入」的情況之下，才有回溯法律系統內繼續忠於本分的可能⁸？果真如此，法學或許真的忝為其作為「學術」之名？

⁶ 法的這種時代侷限性，可以參考H. J. Berman, *Recht und Revolution*, 2 Aufl., Ffm., 1991中對西方法律文化及傳統演進的描述，特別是頁819以下的所謂《Über Marx und Weber hinaus》。

⁷ Dersl., *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*, München, 1976.

⁸ 這在勞動法的脈絡下，問題將尤其明顯，以勞工的解僱保護（Kündigungsschutz）為例，假如勞動法學者接受所謂新自由主義經濟學者的標準答案，所謂「保護越多，企業競爭力越不利，勞工失業越嚴重」，那麼在法釋義學的工作上，或甚至在法政策的討論上，法學是提不出任何在「法學術」上有價值的知識成果的；德國法學者在討論類似問題上，這