

科技部補助專題研究計畫成果報告 期末報告

(子計畫八)勞動領域之平等保護:私法勞動派遣關係之管制與自治(第3年)

計畫類別：整合型計畫
計畫編號：MOST 102-2420-H-004-013-MY3
執行期間：104年01月01日至105年03月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：林佳和

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：陳瑞元
碩士班研究生-兼任助理人員：陳芄諭
碩士班研究生-兼任助理人員：姚妤嬋
碩士班研究生-兼任助理人員：陳璟賢
碩士班研究生-兼任助理人員：施苡丞

中華民國 105 年 07 月 11 日

中文摘要：私法關係中的平等原則適用，不論在理論或實踐上，都是非常艱難之問題，勞動法領域亦不例外。屬於非典型勞動類型之一的勞動派遣，在台灣已行之多年，同工而不同酬、僱用關係的不穩定、缺少同等之許多勞動保護，無疑是勞動派遣的重要特徵。在近年來歐陸諸國、以及歐盟指令開始正視派遣勞工之平等對待問題之後，在社會正義的脈絡下，由憲法平等原則以及憲法對於私法關係之穿透適用出發，從解釋論與立法論雙重角度觀察勞動派遣，同時納入兩個不同的理論向度：政治哲學之人權與正義，特別是關照社會權力關係的視野；以及，著眼於當代政治與民主之討論下，對於諸如勞動派遣艱難問題的政治形成可能，通往本研究的結論：本於社會權力關係，站在社會正義的高度，必須回溯民主與政治的原始初衷，以一動態的、兼具前述內涵的憲法規範性，重新看待勞動派遣之負面意涵，對之做出不符憲法期待的定論

中文關鍵詞：勞動派遣、憲法、憲法釋義學、社會正義、政治哲學、社會權力關係、民主理論、政治理論、勞動法、勞動關係、基本權、基本權理論

英文摘要：Both in the legal theory or practice, the application of the principle for equal protection at the area of private relationship, was and is still a difficult issue. As the subtype of the so-called. atypical employment, the labor dispatched goes to its enforcement since many years. Equal work with different payment, instability of the employment and not the least the absence of such legal protections, all these are the main characters of labor dispatched to see. In the recent years, not only some of the European countries but also the European Union with its directives, have faced such problems from the labor dispatching, especially on the point of the equal protection. In the context of social justice, from the perspective of the constitutional principle of legal protection and its application on the private relationship, this research wants to give an appropriate answer to the legislative and no less than the legal practices. At the meanwhile, incorporating two different theoretical dimension: political philosophy of human rights and justice, particularly with the view of social power relations; and, focusing on the discussion of contemporary politics and democracy, to try to answer the question about the possibility of the political formation for the labor dispatching. And finally leading to the conclusion of this study: according to the power relations in society, at the height of social justice, with the original intention of democracy and politics, we could only make the conclusion in this study that the labor dispatching should be seen as constitutionally, and normatively nevertheless, unexpected.

英文關鍵詞：labor dispatching, constitutinal law, constitutional normativity, political philosophy, social relation of power, democratic theory, political theory, labor law, labor relation, fundamental rights, theory of fundamental rights

平等原則與社會正義之理論與制度實踐整合型計畫 — 勞動領域之平等保護：私法勞動派遣關係之管制與自治子計畫

期末報告

林佳和

國立政治大學法學院副教授

1. 權力關係與契約自由夾縫下勞動關係：勞動法作為社會正義實現的困局
2. 認識基礎：勞動法角度的勞動派遣法律關係與社會行動者觀察的法事實
3. 勞動派遣作為憲法與社會正義的問題：從德國聯邦憲法法院的裁定談起
4. 法學處理社會正義的標準模式：平等權與社會國原則包圍下的自由權利
5. 方法論上之個人主義捍衛下的自由—法律經濟理論與再探權利的主觀化
6. 不同思考路徑：社會權力關係角度下的社會正義內涵—幾個理論的嘗試
7. 從法規範性矛盾思考勞動派遣：民主的對立、主觀權利、政治與政治的
8. 民主與政治下的形成：正當性危機、無力的代議、不是民主的與政治的
9. 結語：在政治場域中對話自由與平等？政治對勞動派遣做出決定的可能

1. 權力關係與契約自由夾縫下勞動關係：勞動法作為社會正義實現的困局

以一個古典而標準的說法來看¹：觀察當代勞動法的歷史發展及規範現狀，我們可以使用下面的基本思維來理解勞動法：所謂的勞動法，其形成的源始，無疑就是承認最早的工廠工人，乃至後來之所有勞力勞心之勞動者的保護需求，這不但是勞動法在形成初期的主要目的與面貌，直至進展約一個半世紀後的今日，它仍是勞動法的主要內涵與結構特徵。換句話說，勞動法的目的與正當性，就是所謂的「社會保護」本質上，勞動法就是勞工保護法，它保護勞工免受資本主義經濟過程及體系的直接剝削，某個程度上來說，勞動法自己形成一獨特的社會系統，在其中，透過國家的法律規範或集體力量的介入(例如團體協約)，「市場的力量」被排除在外²。勞動法變為一獨特的私法法域，甚至可以用一句社會學上的術語來說：勞動法的出現，使勞工再由契約走向身分，國家需要一個建立在勞動者特

¹ Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7 Aufl., Ffm. 1963, § 7 I.

² 特別強調此「社會保護」面向的，例如Däubler, Arbeitsbeziehungen und Recht in der BRD, in: Memoriam Otto Kahn-Freund, München 1980, S. 54; Zöllner, Arbeitsrecht und Marktwirtschaft, ZfA 1994, 423f.。

殊社會地位之上的勞動法，因為，這是邁向僱傭勞動社會的必要條件³。簡言之，勞動法領域就是典型的實踐社會正義之法制場合。

再讓我們拉高層次，用憲法的角度來看：所謂的社會國原則，是一項憲法的基本決定，以德國聯邦憲法法院的話來說：它是一項「從憲法的整體內容中，可導出做為憲法基礎之原則及基本決定」⁴。社會國原則係一主要針對立法者之形成的委託，以消除社會不平等，保護社會及經濟上之弱者，創造國民自由發展所需之最低生存條件等。社會國的典型態樣如：給付行政，生存照護，措施法，計畫，補助，創造教育機會的均等，以及私法體制之社會化，不論是房屋承租人的保護、訴訟扶助，或是這裡所要關注的：勞動法⁵。勞動法的這種即便連我國法院都經常以此稱呼之「社會化的私法」，正是憲法社會國原則在勞動生活中的規範性之具體呈現，它所標榜的，即是一個清晰的憲法價值秩序決定：基於結構上劣勢的勞動者之保護，必須限制雇主的指揮監督與支配干預權，更進一步的說，即便這是以勞雇雙方間之「私法自治」、「契約自由」的形式出現，在某個程度內，都必須凌駕其上⁶。

當然，處於勞工對立面的雇主，亦應享有一定程度的基本權保障，且讓我們以結構上最重要的營業營利領域之雇主來看：基本上，憲法亦保障人民有所謂的「營業自由」，或者亦可從字面上翻譯：「企業主自由」（*Unternehmerfreiheit*），也就是 Hans Peter Ipsen 所說的「企業主之支配自由」（*unternehmerische Dispositionsfreiheit*）⁷。不論學者們對於該等經營權之基本權歸屬依據的說法為何 - 如德國基本法第2條第1項的一般行動自由權（即類似我國憲法第22條）、第12條第1項的職業自由權、或前述兩者的結合第14條之財產權 -，原則上都肯認，作為私法主體的自然人或法人，在憲法上都擁有「透過自由決定之計畫及管理經營行為，運用與支配生產要素，以獲取生產效益」之權利。而此學理上之所謂「一般的經濟自由」（*allgemeine Wirtschaftsfreiheit*），邏輯上也當然包括行使上所必需之契約自由權，是屬當然⁸。當然，憲法中的討論亦不忘強調，經濟自由、

³ 這是工業社會學上的標準說法；例如 Castel, *Metamorphosen der sozialen Frage. Eine Chronik der Lohnarbeit*, Konstanz 2000, S. 296。

⁴ BVerfGE 3, 225(232f.).

⁵ Schnapp in: v. Münch/Kunig, GGKI, 4 Aufl., München 1992, Rn. 16ff. zu Art. 20.

⁶ 大法官釋字第576號解釋，亦聲明同樣的意旨：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第十四條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制」。

⁷ Papier in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Bd. II, München 2003, Rn. 238 zu Art. 14.

⁸ Ebenda, Rn. 239.

經營權等的概念，不能導致一所謂「國家放棄規範的宣示」、「一切回歸前法律狀態之規則定律」等的錯誤結論，因為它仍須放在一國家所建立、所期待、符合規範性要求的私法秩序之上⁹。換句話說，經營權雖然包括對勞動力的支配與運用（「生產要素」之一），但仍然必須在現行憲法規範下之私法秩序框架內，才有合憲的可能，而這個私法秩序，無疑的，是必須考量憲法要求國家之作為社會國的規範性前提。我們試著用憲法上的規範次序關係來說：社會國原則，基本上賦予國家形成與介入的權限，以保護弱勢的勞工為目的，不但得以干預雇主的財產權、職業自由權、一般行動自由權，甚至可以干預勞工的契約自由權，只要國家在「勞工經濟與人格之雙重從屬性」的基本認識下，認為以「他決」來取代「自決」是必要、是對當事之勞工有利時，所涉及之雇主或勞工之基本權都必須退讓¹⁰。

然而，為了實踐社會正義而建構之勞動法體系，終究無法完全自絕於其他憲法價值與法益的衝突，例如：以契約自由為核心的自由權。如同本整合型計畫之主題所示：如果平等原則是實踐社會正義所必要必須的，那麼是否得以毫無障礙的同樣適用至勞動領域中呢？事實上，勞動生活中的平等原則，一向是勞動法學極為棘手之問題，既使在德國法學界中亦然，在一般的評價中，德國勞動法的平等對待與禁止歧視之保護，基本上長期處於無涉法律(*außergesetzlich*)的狀態，而大部分依靠司法裁判的累積，甚至在德國私法學界，尚有「從契約法導不出平等原則」之說法，可見問題之艱難¹¹。當然，由於勞動關係中存在著一類似國家權力擁有者之雇主，因此在勞動法學中想要導出平等原則之適用，基本上問題較小，至多僅有其規範基礎找尋之討論，誠如Reinhard Richardi所舉出的，德國勞動法學向有三種解釋模式之爭，以試圖導出勞動法領域中的平等對待原則之適用：Eduard Bötticher主張關鍵在於雇主自訂規範的本質，Götz Hueck認為勞工因隸屬於同一廠場，致與雇主間形成所謂的共同體關係(*Gemeinschaftsverhältnis*)，Alfred Söllner則以為基於雇主相對於勞工之權力地位與優勢，本於德國民法第315條第1項之規定，雇主決定其單方給付內容時應依合理之裁量為之，而顯然這裡的「合理裁量」便應該包括平等對待，或是Richardi自己繼續補充的所謂勞動契約之「群體關聯」(*Gemeinschaftsbezug*)，亦即著眼於雇主之面對多數勞工，因此「應有」對於雇主決定權之分配正義上的拘束等¹²；而在德國司法實務的方面，帝國勞動法院早期認為，平等對待之要求來自於「廠場的具體秩序」，晚期

⁹ Papier in: Benda/Maihofer/Vogel, HBVerfR, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1995, Rn. 48, 50 zu § 18.

¹⁰ 勞工的「自決」與勞動法所帶來之「他決」的矛盾關係，成為德國勞動法學界近來十分關注的問題；statt vieler nur Löwisch, Schutz der Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung - Zur verfassungsrechtlichen Ambivalenz des Arbeitnehmerschutzes, ZfA 1996, 293。

¹¹ Vgl. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000, S. 5.

¹² Richardi-MünArbR, München 2000, Rn. 6ff. zu § 14.

則傾向於導自勞方之忠誠與雇主之照顧義務，到了聯邦勞動法院的時代，法院在個案中或會對不同之學說表示看法，但基本上亦不明確表明自己之服膺何一主張¹³。不論各自學說之指涉與內涵為何，雖然同樣沿襲自私法學之傳統，至少德國勞動法學上均認，在雇主所定規範之執行、而非制定上，的確存在一所謂平等對待原則（*Gleichbehandlungsgrundsatz*）之限制，它係屬私法領域中之憲法平等原則的具體化，主要內涵在於不得以「人」作為差別待遇之依據，禁止對於勞工為不具實質理由而與其他類似與可資比較者較差之對待，也就是不得為「較差之無實質理由的恣意對待」，但原則上不禁止對個別勞工為較佳之對待¹⁴。

總而言之，即便是意圖實現社會正義的勞動法領域，平等原則，始終都不是毫無問題的一併適用，上溯自憲法層次的基本權或憲法法益衝突與整體評價，下延伸至個別勞動關係之具體形成，都不見得、或甚至難以導出當然的平等原則之適用，不僅法釋義學上如此，有時即便立法政策之討論上亦不例外。讓吾人如此說吧：從譜系學的角度，以社會保護作為原始出發點與本旨的勞動法體系，不論其歷史上形成之形式與實質為何，它始終無從避免探討社會正義之「自由與平等」所遭逢之衝突宿命。當代的勞動契約，不再放置於階級法或甚至突兀的身份法脈絡下去討論，作為私法契約，契約自由所標榜之「契約應遵守」（*pacta sunt servanda*）的價值不會截然消滅，然而，本於權力關係-不論是結構上或行動上之權力關係¹⁵，勞動關係下的某種「自由」，都會被怪異而一定程度扭曲的被理解著，也才因此需要有國家公權力，不論藉由立法、行政或司法的何種形式之干預及介入，雖然，弔詭地說，相當程度與範圍下的「自由」，仍是勞動法秩序的核心內涵。處於如此之緊張關係下，面對社會權力關係的制約，在無從擺脫拘束的契約自由規範下，透過勞動法秩序，「社會正義」如何實現？如何找尋？如果不願停留於望似神聖不可侵犯的勞工保護神主牌，以及從Sir Karl Popper「開放社會及其敵人」，Friedrich von Hayek「通往奴役之路」以降那種鏗鏘有力的自由呼聲？以勞動派遣為例，嘗試處理這個攸關社會正義，卻同樣無法擺脫契約自由與權力關係之命定衝突下的勞動形式，是這個研究的主要目的。

¹³ Vgl. RAG 19.1.1938 ARS 33, 172(177); 35, 114; 36, 12; 37, 273. BAG 13.9.1956, 25.4.1959, 9.11.1972, 13.12.1972 AP 15, 36, 37 AP 3 zu § 242 BGB Gleichbehandlung;

¹⁴ Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 11 Aufl., München 2005, Rn. 5.

¹⁵ 在政治社會學的討論中，所謂的社會權力關係分為兩者，一是「結構性的權力關係」（*Machtverhältnisse*），是一種社會結構形成建構之後所客觀存在於該領域內，亦即為社會行動者之社會行動的基本框架；另一則是所謂的「結構與行動辨證影響的權力關係」（*Kräfteverhältnisse*），是指在前述的結構權力關係下，基於行動者之行動的辨證式影響結構，所交互形成的另一層社會權力關係。相關討論請參見：Rolshausen, *Macht und Herrschaft*, Münster 1997, S. 102ff.。

2. 認識基礎：勞動法角度的勞動派遣法律關係與社會行動者觀察的法事實

2.1. 勞動派遣的法律關係與特徵要素

要回答如此的憲法提問，當然必須從法律關係與事實兩個面向，共同理解勞動派遣。如同前述，勞動派遣之核心法律關係是：派遣雇主以營業為目的，將勞工讓與要派雇主指揮監督，以為其提供勞務，這裡存在著三個主體：派遣雇主，要派雇主，派遣勞工，其中派遣雇主與派遣勞工間存在著勞動—或稱勞動派遣契約（*Leiharbeitsvertrag*）關係，派遣雇主與要派雇主間則為勞工讓與契約（*AN-Überlassungsvertrag*），至於派遣勞工與要派雇主之間，則為編入（*Eingliederung*）要派雇主之生產組織內，由勞工為其事實上提供勞務¹⁶。

與傳統的「僱」與「用」合一不同的是，在勞動派遣之場合，雇主完全以「將勞工讓與第三人使用作為營業內容」，以區別於一時性的、非營業目的之借予他人使用所僱用之勞動力¹⁷。這是一觀察勞動派遣的關鍵要素：以營業獲利為目的而事實上（*de facto*）轉借勞動力，但繼續維持法律上（*de iure*）的勞動關係，既與一般勞動契約關係不同，也與雖同樣營業、但並不從法律上「參與並進而成為法律關係主體」的職業居間（*Arbeitsvermittlung*）迥異。讓我們看看德國派遣勞動的法制發展源起，便可清楚的看到相關之軌跡。這必須從聯邦憲法法院1967年4月4日的一則判決談起：當時的德國職業介紹與失業保險法（*AVAVG*）第37條第3項，將社會上已經出現的所謂「勞工轉讓契約」（*Arbeitnehmerüberlassungsverträge*）- 亦即維持相當期間的將勞工讓與第三人、使其受之指揮監督而提供勞務的契約關係，認應屬勞工主管機關的職業介紹專屬範圍之內，本於「職業介紹公共而無償」之原則，不得由私人機構居間為之。聯

¹⁶ Bachner-Kittner/Zwanziger, *Arbeitsrecht*, 5 Aufl., Ffm. 2009, § 112 Rn. 6。當然，這裡所謂的編入，似乎有一不太光彩的過去：在納粹時代，依據所謂的「編入理論」（*Eingliederungstheorie*），認為勞動契約關係應重新理解為「以企業主為領袖的成員共同體關係」，其意涵當然與這裡所談者不大相同； dazu Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Ffm. 1973, S. 323。

¹⁷ 在德國法的概念中，一般有兩個名詞與概念用以指稱派遣勞動：一是 *Arbeitnehmerüberlassung*，亦即「將勞工轉讓」之義，則一則是 *Leiharbeit*，也就是「將勞工借用予第三人」之意。前者之轉讓，在一普遍之社會意涵與理解中，指的是將指揮監督權限移轉予第三人，而在後者之借用關係，如果是一時性、非營業性質的借用，一般稱之為「真正的借用」，亦即套用一般無償性使用借貸之概念，而意為「無償之勞務借用」，而如果係屬營業性質的、基本上勞工根本不向原先之借用人（即勞動關係之雇主）提供勞務的，雇主以此借用而獲取其經濟利益的，則稱之為「非真正的借用」，也就是台灣社會所俗稱之派遣勞動。從 *Arbeitnehmerüberlassung* 與 *Leiharbeit* 在德國法律與社會實踐中的運用，指的都是「雇主僱用勞工、目的在於營業性質的借用予第三人」之同一樣態，與我國所稱的派遣勞動完全相符，併予說明；相關之德國法概念的討論，請見黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第60期，頁271以下。

邦憲法法院認為該規定違憲，因其不當的侵害人民受德國基本法第12條所保障之職業自由基本權¹⁸。在判決中，法院清楚的認識到，社會上所出現之勞工轉讓契約，確實與職業介紹同樣具備類似的經濟功能，因此，本於「國家壟斷無償且公共之職業介紹體制」之基本精神，職業介紹與失業保險法遂將之與職業介紹作相同處理，雖非無據，然而，「兩者畢竟有其本質上的不同，關鍵在於，在勞工轉讓契約的法律關係中，轉讓人與被轉讓人(勞工)，其法律關係顯然是繼續性的、維持一段相當時間的，而且在其法律關係存續的期間內，勞工顯然都在第三人的事業單位中提供勞務，這與職業介紹之一時性，顯有極大差距」¹⁹。也就是基於如此之差異，將勞工轉讓契約視為是規避「職業介紹由國家壟斷」之脫法行為，而希望透過前開法律加以一視同仁的擬制，聯邦憲法法院認為並不恰當；在判決中，法院甚至更進一步的闡述到：此類的勞工轉讓契約事實上有其特殊之經濟意義，因為它會促使不易或不願找到不定期契約工作的勞動者，比較容易在勞動市場上有所斬獲。

在德國勞動法學中，咸認聯邦憲法法院的此則判決，對於派遣勞動法制之發展有其重大意義：首先，既然與職業介紹之規範體系不容，法院便指出「對此借用勞動 (*Leiharbeit*) 應以特別法律加以規範」之必要性，再者，針對19世紀以來之「國家應壟斷提供無償之職業介紹服務」的原則，聯邦憲法法院雖然沒有根本的動搖或挑戰此項原則，但卻事實上指陳了一個重大問題：是否私人絕對不容許跨入職業介紹領域？是否從憲法的角度來看，私人之從事職業介紹、而且是營利性質的服務，完全沒有容許的空間？這也為著1980年代中期以後的解除管制 (*Deregulierung*) 與公共任務民營化 (*Privatisierung der öffentlichen Aufgaben*) 之發展，至少在職業介紹的領域中，率先投入一個轉變的因子²⁰。「營業目的」顯然是勞動派遣的核心要素，作為勞動契約一方當事人的雇主，事實上不需要勞工之勞務提供，而是藉由勞工之為第三人工作而獲利，但是繼續承擔其他的雇主功能、市場風險與義務，在前開1967年的德國聯邦憲法法院眼中，此亦應享有職業自由基本權之保障。我國勞動基準法第6條明文：「任何人不得介入他人之勞動契約，抽取不法利益」，在許多社會行動者眼中，本條係理應全面禁止勞動派遣之依據，如先暫且拋開「不法利益」之違法性判斷涵攝上的爭論，假使職業介紹

¹⁸ BVerfG vom 4.4.1967 = NJW 67, 974.

¹⁹ Ebenda。當然，勞動派遣與職業介紹之區別，有時並不容易，因此德國勞動派遣法第1條第2項遂明文，如讓與人並未負有其他之雇主義務與雇主風險，則推定其為職業介紹人，除非得以證明該讓與顯為一次性或不具重要性，方得推翻該推定；相關討論請見Schaub/Koch, ArbR-Hdb., 13 Aufl., München 2009, §120 Rn. 26。

²⁰ 這個問題的討論，可參見Buttler, Regulierung und Deregulierung der Arbeitsbeziehungen, in: Winterstein(Hrsg.), Sozialpolitik in der Beschäftigungskrise II, Berlin 1986, S. 24, 49。

可能成立介入他人之勞動契約，則一定程度可資類比之勞動派遣，又何嘗能完全無礙的通過合法檢驗？如再著眼於我國理論與實務均曾獲支持的「事實勞動關係」說²¹：經過相當期間之於同一要派雇主提供勞務，則派遣勞工與其之間成立事實勞動關係，則問題無疑更加有趣：勞動派遣之派遣雇主，是否構成「介入他人勞動契約」（雖屬事實勞動關係）？。顯然，對於這些問題，吾人必須從憲法規範性的角度，進行一定的探索。

2.2. 勞動派遣的法事實與非典型勞動

派遣勞動的法事實，一般研究多認有僱用不安定、中間剝削嚴重、勞動條件不佳、雇主責任不明、難以組織工會行使團結權等問題，例如學者邱祈豪即認為，現階段派遣勞動中有中間剝削、強制勞動、勞動力買賣危險性等問題²²，楊通軒亦分析道，對派遣勞工不利的是其薪資通常較要派機構的核心勞工為低，且因其經常轉換工作地點、在派遣機構的工作時間較短，因此並無解僱保護之適用，同時因派遣機構人員流動快速，亦難以成立工會以保障其權利²³。

也許從社會行動者的角度，更能參透台灣社會勞動派遣所滋生之問題。全國產業總工會在一篇宣言式的文章中，即清楚地表達所觀察及擔憂之勞動派遣現象，並進而提出應有所行動以建立相關之規範原則（以下原文節錄）²⁴：

- 同等待遇原則：由於派遣的勞動型態，存在著嚴重的剝削以及勞動條件的惡化，工會對於派遣的工作型態抱持極度的反對，但不能漠視派遣勞動者已存在的既定事實以及其所遭受的差別待遇，因此本會主張不管是何種形式的派遣，在所有相關法規及契約中應給予派遣勞動者如正式員工一般的同等待遇，不得歧視。
- 派遣勞工保障原則：對於受派遣的勞動者應考量其僱用狀態的極度不安定性，基於對弱勢地位者的保障原則，而予以增加保障的強度，一切法律之適用應

²¹ 台中地方法院93重勞訴3判決，雖未直接使用事實勞動關係文字，但似有相當之暗示：「雇主對於非臨時性或間歇性的職務，長期由同一勞工持續提供勞務之狀態，竟由他人以雇主之身份，與該勞工簽定勞動契約，再將該勞工派至實際雇主處長期提供勞務，係以迂迴方法逃避勞動基準法之適用，以達其實質享有原告等人長期提供勞務之實質目的，依上說明，被告與訴外人駱鈴、吉興及泰興等顧問公司，以簽訂人力支援契約之方式，由駱鈴、吉興或泰興等公司，陸續與原告等人簽訂僱傭契約，再將原告等人指派至被告處工作，上開由駱鈴、吉興或泰興為名義人與原告等人簽訂之勞動契約之脫法行為於法即屬無效」。

²² 邱祈豪，派遣勞動法制化與勞工權益之保護，研究與動態第11期，2004年12月，頁85以下。

²³ 楊通軒，台灣勞動派遣法立法之芻議-機會與風險的平衡，萬國法律第138期，2004年12月，頁32以下。

²⁴ 全國產業總工會，工會對勞動派遣之看法與因應，「工訊」第22期，2006年10月31日，頁31以下。

以最有利勞工的角度從嚴解釋，並嚴格禁止中間剝削及榨取不法之利益，確保勞工非商品之原則、保障勞工之人格。

- 明確共同雇主責任：因雇主責任的歸屬混淆，易使派遣勞動者面對不確定的權利義務關係，一旦發生爭議勞工將求償無門。因此必須修改勞動基準法與其他相關法令，透過清晰的行政與司法解釋，使不同的雇主責任歸屬得到釐清。工會主張雇主須負擔連帶責任，並應建立「禁止以派遣勞動形式規避不定期契約關係」的基本原則，使派遣勞動者之雇主明確、無法規避其責任。
- 保障團結權：應保障派遣勞動者組織工會之團結權，使其能透過團結權的行使，抵擋來自雙重雇主的不當剝削與勞動條件之惡化。讓派遣勞動者加入要派企業之工會組織，如要派企業無工會，亦可自組派遣勞動者之工會。
- 補充性原則：一切勞雇關係均應以長期且穩定的僱用為原則，只有在例外情形下允許補充非典型僱用之人力，且必須修改勞動基準法做為配套，建立「勞工參與決定」之機制，事業單位如有使用非所屬之其他勞工之需求時，應提出人力計畫後經工會或勞資會議同意，不得逕自透過派遣公司運用人力。

另一份由國內知名之工運團體全國自主工聯，於2005年所發表之《台灣非正式雇用調查報告》，亦同樣直指勞動派遣所產生之不當後果（以下原文節錄）²⁵：

- 削弱工會力量：資方以非正規人力取代正式員工，工會面臨會員人數減少、組織弱化的危機；
- 分化工人：工人被分化為不定期契約工（正式員工）、派遣工、外包工、臨時工、約聘雇勞工，各種不同的雇用型態與待遇，致使工人團結不易。例如明明是資方惡化勞動條件，卻往往會利用「進用派遣人力是為了保障正職員工」為由（意即非正式人力活該承受惡劣的勞動處境），來分化正式員工與非正式員工；
- 打擊勞動三權：因為間接雇用型態或者是假外包（假性承攬契約）扭曲了直接雇傭關係，從而剝奪工人行使團結、協商、爭議權的權利；
- 勞動市場雙元化：非正規工人身陷就業不受保障的狀態，沒有勞動三權做後盾，也喪失議價能力，諸如同工不同酬等最終造就勞動市場雙元化，工人競相比賤的惡況。

由前述工會陣營的分析與主張來看，毫無疑問的，派遣勞工所受較差之勞動條件對待，常受派遣雇主中間剝削與遭榨取不法利益，派遣與要派雇主之責任不明而混淆，難以行使團結權而組織工會，派遣勞動者經常被以規避法律保護為目

²⁵ 全國自主工聯，台灣非正式雇用調查報告，2005年，頁24。

的而脫離補充性原則，乃至於要派雇主所屬勞工對於企業之使用派遣人力毫無參與暨制衡權等，都是勞動派遣為人所詬病之問題。雖不完全相同，但其實勞動派遣所衍生之現象，各國均相去不遠，例如歐洲法院即曾在判決中明確指出，派遣勞動無疑的碰觸了勞動者就業與社會保障上的敏感地帶，換言之，無論就勞資關係、勞工之工作權與職業自由、勞工之就業保障，乃至於勞動市場上的發展來說，派遣勞動都直接間接牽引出許多的不利影響²⁶。而即便是以彈性安全 (*Flexicurity*) 聞名於世的荷蘭，在依此主軸而重新建立勞動派遣法制，面對企業運用彈性勞動力的需求，兼顧勞動者的保障，亦即相較於法制建立之前的「有訂單、有僱用派遣；無訂單、不僱用或派遣勞動便消滅」的不利狀態，不論是新的「階段體系」或「連鎖體系」²⁷，都無疑的帶給派遣勞動者更多的工資安全，而且派遣勞動關係的時間維持越久，派遣勞工的權利就越多等，但實證調查資料仍然顯示，要派機構中一般不定期契約員工之薪資水準，仍然要較同一或類似性質工作之派遣勞動者高出許多，可見要確實貫徹工資平等待遇原則，恐怕仍存在相當的困難²⁸。

其實從勞動派遣的發展軌跡看來，一項關鍵的觀察主軸，無疑是所謂的非典型勞動，這在我們接下來欲進行的憲法規範性判斷上，實有其重要意義，是在此先為鋪陳。早在1980年代中期，歐美各國勞動生活中，相關社會行動者便已意識到，傳統僱傭勞動的基本形式，無疑的在改變中。許多有別於標準僱用類型的、亦即不同於被稱為「典型勞動關係」之其他形式的僱用，逐漸的出現在現實勞動世界中，某種程度的牽動企業主與勞動者雙方的相互關係。一個德國工業社會學界的普遍說法是：非典型的僱用形式，越來越重要，而典型勞動關係，逐漸失去其重要性，如此之發展與整體就業容量的增減並無絕對關聯，換言之，並非失業問題帶來非典型勞動的激增，而是不論就業勞動的量之增多或減少，一個「非典

²⁶ 此數字詳見德國金屬工會刊物的記載：igm-direkt 13/2000, S. 5。

²⁷ 荷蘭針對勞動派遣之所謂「階段模型」(Phasen-Modell)，即包括「階段體系」(Phasensystem) 與「連鎖體系」(Kettensystem)，簡單地說：在前26週的第一階段，派遣勞工與派遣機構間，可以是定期或不定期的契約關係，而未派遣出去提供勞務之期間的應給付工資義務，勞資雙方可以自行合意免除。開始僱用的第26週後，進入為時6個月的第二階段，此時，如派遣勞工逾21歲，則取得退休金請求權，同時派遣機構必須調查勞工是否有施以職業訓練的需求。不論在第一或第二階段，派遣機構均得不遵守法定預告期間而解僱派遣勞工，也就是說，只要派遣商務契約的期限屆至或必須更換派遣勞動力，派遣機構都可以立即終止契約，使勞動關係消滅。第二階段的6個月過後，正式進入第三階段，派遣勞工相對於派遣機構，即擁有要求訂定不定期契約的請求權；在此階段開始後的24個月內，派遣勞工得至不同的數個要派機構提供勞務，但同時在每一次均有請求契約期限至少應逾3個月的請求權，易言之，在此24個月內，將最多可以有8個定期契約關係，以防止派遣機構任意變換其應行服務之要派機構，減低勞動者延續勞動關係之意願。此兩體系皆出現於荷蘭1993至2003年相關派遣勞動的團體協約；相關討論請參見Waas, Modell Holland – Flexibilität und Sicherheit im Arbeitsrecht der Niederlande, Baden-Baden 2003。

²⁸ 以下有關荷蘭派遣勞動之分析，主要參考Wilkens, Zwischen Flexibilität und Sicherheit – Leiharbeit in den Niederlanden, in: Vogel(Hrsg.), Leiharbeit. Neue sozialwissenschaftliche Befunde zu einer prekären Beschäftigungsform, Hamburg 2004, S. 166ff.。

型取代典型」之質之面向的轉換（*Umschichtung*），是清楚可以看見的²⁹。簡單的說，在勞動經濟學的討論中，非典型勞動型態係屬於所謂「外部的彈性」（*externe Flexibilität*），以相對於所謂的「內部的彈性」（*interne Flexibilität*）。易言之，當企業碰到所謂生產之波動週期，例如訂單的減少或增加，或是更重大的經濟景氣影響時，企業對於勞動力的需求產生短中期的變化，此時採取之因應手段，一種可能是訴諸於內部的彈性，亦即在不影響勞動關係形式的前提下，採行諸如延長工時、休假安排、彈性工時模式、臨時性工作等，但也可能採取外部彈性的類型，亦即僱用非典型勞動者，以非典型之形式來因應對勞動力的不同需求。也因此，特別在討論經濟全球化對於個別企業運行之「個體經濟」（*mikroökonomisch*）面向上的影響時，非典型勞動在此找到其實質的催生基礎，這是勞動經濟學的專業言說領域中，相當值得注意的一點³⁰。

在概念的選取及理解上，必須先從一相對的概念組：典型勞動關係與非典型勞動關係談起：所謂的「典型勞動關係」（*Normalarbeitsverhältnisse*），描述的是二次世界大戰以降，特別是西歐國家歷經50、60年代經濟起飛之建立所謂「福特主義」（*Fordismus*）的資本主義生產方式體系中，一個普遍存在於勞動生活中的勞動者標準類型。當然，何謂如此之標準類型，學理上的歸類暨分析容有不同，但基本的概念要素卻是極為相近的。例如勞動法學者Wolfgang Däubler即認為，典型勞動關係大致有七項特徵及內涵：（1）全時的專職勞動關係：社會上普遍存在一基本的工時規模類型（每週37-40小時），勞動者以此全時勞動關係作為其個人與家庭再生產的基礎；（2）正常工作日的特定規模：每日約工作8小時，大致是始自6至8時30分，於14至17時前後下班，每週工作5日，工作與休閒之時間區域分野清晰；（3）報酬薪資多每月給付一次；（4）在一定規模人數（至少為4至5人）以上的企業或工廠職場中工作，有其他勞動者之形成「同仁關係」，而有特定勞動保護法之適用（例如解僱保護法或企業組織法）；（5）勞動關係存在著一定程度的存續保障，例如解僱預告期間、資遣費、解僱實質要件的限制等，換言之：以不定期為其常態；（6）雇主工資以外之其他給付，特別是企業內社會福利性質的給付，取決於勞動者個人之資格條件與年資；（7）勞動者之工資與勞動條

²⁹ Keller/Seifert, *Atypische Beschäftigungsverhältnisse: Flexibilität, soziale Sicherheit und Prekarität*, WSI-Mitteilungen 5/2006, 235.

³⁰ 典型的德國勞動經濟學討論，如Kronke，在其說法中，彈性化的目標是將企業與作為生產要素之一的勞動相互間之關係，調整至較符合當代企業管理及競爭條件的需求，進而得以節省企業經營之成本，其主要針對四項所謂的勞動法之僵硬領域：（a）非典型勞動關係的限制，（b）工時的限制，（c）解僱保護，（d）共同決定權，進而主張應使企業能配合市場條件的變動而隨時調整其生產組織，而這四者並得歸類至所謂內部與外部的彈性問題；請參見Kronke, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt. Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich*, 1 Aufl., Baden-Baden 1990, 22。

件，係透過集體性的利益代表機制的方式而為集體之形成，換言之，勞動者以加入該組織、受該組織之一定程度的保障為典型之狀態³¹。Ulrich Zachert雖強調典型勞動關係應分為兩個主要的部分：實體部分，如正常工時、解僱保護與勞動保護；程序部分：有拘束力之集體參與對抗形式，如團體協約或罷工權等，惟其典型勞動關係之內涵，亦與Däubler所描述者極為類似³²。

另一專注於典型勞動關係之法學者Ulrich Mückenberger，則以此為出發點，探討勞動法之應有走向，特別是對於勞動關係解除管制政策所應抱持之態度，因為在80年代的氛圍中，咸認政府逐步解除原有的勞動保護，是催生非典型勞動型態出現的重要推手。Mückenberger認為，勞動法之所有管制，不論是實體的管制或程序的管制，前者如工時的限制，後者如參與契約協商與雇主指示權之行使，都是針對雇主就勞動力運用之彈性，包括勞動者關係本身、即勞動者地位的彈性，以及人力使用上的彈性，設下一基本的界限，在此界限範圍內的勞動關係，就能夠享有現行勞動與社會憲法所賦予之最佳保障，該勞動關係即為「保障機制視野所及的標準勞動類型」，即係典型勞動關係³³。Mückenberger指出，所謂的「典型」，並不代表此類之勞動類型是為勞動生活中所存續的、經驗研究中所得以證實的「普遍勞動者之面貌」，也就是說：典型之意不在於指稱「量化上的意涵」，從統計數字上去印證有多大比例之勞動者得以歸類，而排除比例上必然極少數之其他勞動者，換言之，典型勞動關係之意義，其實應在於它之作為「引導勞動法領域發展之基本假設」，以及所因之具有的三項功能：保護、推動與選擇功能³⁴。這是非常重要的一種觀察方式，由「規範與現實」的辯證角度來看，Mückenberger的提醒相當具有啟發。至於典型勞動關係之內涵，則Mückenberger所主張者與Däubler相去不遠，包括：(1) 企業年資；(2) 整體從事就業勞動的年資；(3) 勞動者於就業生涯中所到達之年齡；(4) 全時的專職勞動；(5) 在一明確的企業或社會關聯的框架中從事勞動；(6) 企業或工廠在一定的規模之上；(7) 勞動者具有一定的技術或資格能力水準。整理起來，Mückenberger理解中的典型勞動關係，可以將之描述為「繼續性的、存續一段相當時間的、在一相對大企業的場

³¹ Däubler, Deregulierung und Flexibilisierung im Arbeitsrecht, WSI-Mitteilungen 1988, 450.

³² Zachert, Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag, Baden-Baden 1989, S. 14, 20.

³³ Mückenberger, Normalarbeitsverhältnis: Lohnarbeit als normativer Horizont sozialer Sicherheit? in: Sachße/Engelhardt(Hrsg.), Sicherheit und Freiheit. Zur Ethik des Wohlfahrtsstaates, Ffm. 1990, S. 171.

³⁴ 他所謂的推動功能，是指以建立於典型勞動關係的勞動法制，「推動僱傭勞動優先於其他的社會活動」，而選擇功能，則是意謂「區別就業勞動與非就業勞動」，進而影響社會認同的形成；dersl., Zur Rolle des Normalarbeitsverhältnisses bei der sozialstaatlichen Umverteilung von Risiken. in: Büchtemann/ Neumann(Hrsg.), Mehr Arbeit durch weniger Recht? Chancen und Risiken der Arbeitsmarktflexibilisierung, Berlin 1990, S. 161。

域關聯中、具有特定資格能力的、從事全時工作的勞動關係」³⁵。

值得注意的是，在德國所有典型勞動關係的觀察與討論，基本上都與它所面臨之危機，亦即非典型勞動的出現，有著相當密切的關聯，不論是前述的Däubler、Zachert等法學者及其他社會學者的批判，即使Mückenberger亦同樣以典型勞動關係為主軸來觀察解除勞動法之管制、間接催生非典型勞動滋長的發展。氏認為，1980年代基民黨右派執政聯盟所推定之勞動關係解除管制政策，一方面限縮典型勞動關係的適用範圍 - 他稱之為「削弱個別勞動者的再生產保障」，分裂勞動市場上的不同類型勞工，不利於社會平等均衡的改變社會國原則下的和諧關係，然而在另一方面，特別是在社會法的領域中，解僱管制卻強化了典型勞動關係市場形式的保障類型（排除一定程度非典型勞動關係之適用社會法），也就是說，勞動法解除制所帶來的雙重效果是：一方面將勞動保護的水準降低，但同時亦藉由「分裂勞動市場後典型勞動關係規模縮小的現實發展」，將社會法上的保護與團結關聯，更緊密的連接至此典型勞動關係之上，造成「社會法領域更嚴格的以勞動法領域中之典型存在，為其適用之前提要件」³⁶。然而，與其他批判解除管制者截然不同的，Mückenberger並不認為「典型勞動關係的腐蝕或衰退，非典型勞動關係的擴大，原因在於解除管制的政策推動」，而是 - 在此，社會個人化發展的影響相當關鍵 - ，典型勞動關係的腐蝕本身就是無法抵擋的，觀之勞動生活的現實，早有許多無法歸類為典型之勞動關係形式出現，而且沒有昔日那般顯然較為負面的意涵³⁷。

在德國一般的工業社會學、勞動經濟學的言說領域中，定期契約、部分工時勞動³⁸、微薄工作（*geringfügige Beschäftigung*）³⁹、派遣勞動 - 特別包括「哈茲改革」計畫所帶來之所謂「個人服務仲介」（*Personalserviceagenturen, PSA*）

³⁵ Ebenda, S. 182.

³⁶ 更清楚的觀察「將勞動法與社會法某種程度的脫鉤」之現象，可參見其在另一本合著論述中的分析：Matthies/Mückenberger/Offe/Peter/Raasch, Arbeit 2000- Anforderung an eine Neugestaltung der Arbeitswelt, Reinbek bei Hamburg 1994, S. 43ff.。

³⁷ Mückenberger, Am Leitbild der Normalität oder am sozial Wünschenswerten orientieren? Die Entwicklungsperspektive des Normalarbeitsverhältnisses - zum Stand der gewerkschafts- und rechtspolitischen Diskussion, Die Mitbestimmung 1989, 517.

³⁸ 關於此時間主權與部分工時、乃至定期契約等之關聯性，請參見Vobruba, Wege aus der Flexibilisierungsfalle - politische Voraussetzungen individueller Zeitsouveränität, in: Büchtemann/Neumann(Hrsg.), Mehr Arbeit durch weniger Recht? Berlin 1990, S. 245ff.。

³⁹ 依德國社會法典（SGB）第4編第8條即微薄工作主要是指月收入在一定金額以下，使其雇主免除為勞工投保社會保險、繳納保險費義務之勞動形式，之所以稱之為「微薄」（*geringfügig*），主要是因為「收入低、未享有社會安全保障」 - 當然，重點是在於雇主無繳付保險費之義務，德國政府向來以之為減輕企業負擔、鼓勵雇主增加新僱用的手段。

的新形式 - ，以及定期契約勞動暨特殊之自營勞動（*Selbstständigkeit*）⁴⁰，這些便是一般所稱非典型勞動的一些顯著類型，因為它們都至少未具備典型勞動關係的構成要件要素之一或更多，而且更重要的是：這些新興的勞動形式，在原先所應歸屬於典型勞動者所享有的社會安全體系之保障方面，都某種程度的出現了問題。當然，從分析與歸類的精確度來看，有些「納入與排除」的確難以為毫無瑕疵的說明，這也就是為何在德國的討論中，一般均將非典型勞動稱之為「非規範性的、而係分析性的」（*nicht normativ, sondern analytisch*）之問題⁴¹，可見在基本的定義與歸類上，確實難以篩檢出某一具體而普遍接受的判斷標準，去歸納與區隔何謂典型與非典型勞動關係。

從勞動法學與勞動經濟學社會學方面的論述，吾人可以試圖為屬於非典型勞動次類型之一的勞動派遣，從法事實的角度，適切地找尋其脈絡。雖然說，典型勞動關係並非二次大戰後之完全的勞動現實，但它卻是歐陸法體系法秩序的規範性起點，事實上連我國亦不例外，綜觀1984年制定之勞動基準法的主要內容，再思及20世紀80年代的時間點，吾人可以說，「典型勞動關係」明顯是勞基法的基本理型，典型勞動關係甚至是我國勞動基準法的唯一想像。更進一步觀察，1984年制定時的主要限於所謂第一及第二級產業（農林漁牧、製造業等）之適用，更是著眼於西方國家二次大戰後所謂的「福特主義」發展階段⁴²，將別人建立於大量生產、大量消費時代的標準社會勞動、典型勞動型態，直接作為我國勞基法的指涉對象，至多僅再加上於當時西方國家已式微、但於我國卻仍處理交替之尷尬期中的第一級產業而已。觀察勞基法的相關內容，這項移植的、以典型勞動關係為背後之想像與指涉的痕跡，摭拾皆是：勞動契約的不定期繼續性原則（第9條）、定期契約的限制與例外性格（同前條）、解僱相當事由之限制（第11條）、資遣費之義務（第17條）、基本工資（第21條）、工資給付期限與次數（第23條）、工作時間之標準型態與例外之限制（第30條以下）、企業強制退休金（第55條）、職業災

⁴⁰ 德國經濟與勞動部所提出之所謂「哈茲改革」計畫（Hartz-Reform）中，所提出之所謂「一人公司」（Ich-AG）、「家庭公司」（Familien-AG），便是政策上鼓勵自營工作者的具體呈現；dazu siehe Steck/Kossens, Einführung zur Hartz-Reform, München.2003, S. 65ff.。

⁴¹ Keller/Seifert, Atypische Beschäftigungsverhältnisse, WSI-Mitteilungen 5/2006, 235.

⁴² Statt vieler nur Lipietz, Nach dem Ende des „Goldenen Zeitalters“. Regulation und Transformation kapitalistischer Gesellschaften。「福特主義」的名詞，主要來自於Henry Ford汽車工廠中所推行的泰勒式大量生產方法，此不但革命性的改變勞動生產組織及整體經濟過程，同時也徹底改變了早期資本主義時代的階級結構、價值觀與生活方式，直至今日，「福特主義」已成為描述昔日統合主義（Korporatismus）那個「大量生產、大量消費、勞工參與資本與國家、社會均富與和平」的代名詞。學理上認為福特主義具有下列之特徵：勞動生產過程的合理化、持續消費財的大量生產、工資有效提升所帶來之需求增加、國家對於經濟整體調控的干預主義奏效（凱因斯主義經濟政策）、資本與勞動統合關係的制度化。相關討論請參見Hirsch, Der nationale Wettbewerbsstaat Staat. Demokratie und Politik im globalen Kapitalismus, 2 Aufl., Berlin 1996, S. 75ff.; Deppe, Fin de Siècle. Am Übergang ins 21. Jahrhundert, Köln 1997, S. 43f.。

害補償責任與社會保險（第59條）、工作規則（第70條）、年資性原則⁴³（第17條、第38條、第55條）等。

這項基於成熟工業化階段所建立之典型勞動關係，在制度與社會現實的交相作用下，逐漸的成為社會意識中的標準、正常之社會勞動型態，長久之後，也同樣產生了制約社會權力關係、分配社會角色與功能的作用，最明顯的自然是性別關係。在如此之基礎下，對於勞動者的社會評價已與之密不可分：社會的行動者慢慢習以為常的以勞動基準法的標準勞動關係類型，去衡量、看待社會中的勞動者，因此，部分工時的、沒有廠場與同仁關係的、沒有退休金保障的、沒有能夠領取基本工資的，通通變成了社會中的「偏差」、「非常態」。制度上的採納，亦連帶影響了其他相關法律內容的建構，最明顯的，自然是所謂勞動法與社會法的聯繫：勞動基準法退休金制度最為清楚，沒有符合該法的勞動關係理型（「終身僱用」），老年退休後的「社會權利」甚至沒有保障的可能 - 當然，隨著2005年勞工退休金條例的施行而有本質的改變 - ，這絕對是一不容切割的制度前提：因為只有一個標準類型的想像、只有一種「典型」，所以在勞動社會中，所有的其他權利，包括社會保障的權利，都必須與它作直接的聯繫與掛勾，這方是整體法律的常軌，只要不符合或排除於外的其他人，只能用邊緣的、非結構主流的形式加以處理，例如社會福利、社會救濟、救助，而非此標準理型下的勞動社會權利。從這一點來看，這是勞動基準法對於社會安全體系的重大影響。

屬於非典型勞動關係類型之一的勞動派遣，情況最為特殊，因為它根本的動搖與改變「雇與用合一」的一般勞動關係內涵，連帶使幾乎整個典型勞動關係的個別要素與特徵，都蒙受程度不一的偏離與翻轉：同仁關係、晉升可能性、年資積累都變為毫無可能，特別是登錄型的勞動派遣將沒有任何勞動關係存續保障可言，企業內社會性給付不存在，勞動派遣幾成為工會與勞工團結的禁地，甚至在法律上切割與要派雇主所屬勞工成立工會之可能。在其他國家實踐經驗的觀察，也經常大同小異，呈現類似的結果，例如針對以「鬆動勞動保護、創造非典型勞動就業」知名的德國1985年就業促進法（*Beschäftigungsförderungsgesetz*），許多研究均同樣顯示，聯邦政府依循解除管制理論所建議的諸多措施，不論是定期契約的開放、派遣勞動的放寬、工時的彈性化、工作分享、解僱保護之鬆動、社會計畫義務之減弱等，不論在就業相關的量與質的方面，都產生了負面的效果：以勞動派遣為例，在質的方面，勞動者的工作壓力增加，勞動力的運用更為密集，工會所爭取之社會保障與權利漸被掏空，核心與作為邊緣勞工之派遣者的區隔化，

⁴³ 這一項貫穿我國勞動基準法的重要原則，亦即類似德國法之Senioritätsprinzip；相關討論請參閱Däubler, Seniorität im Arbeitsrecht, FS für A. Gnade, Köln 1992。

乃至於勞動者利益代表組織的弱化等，均是明顯可觀察到的現象。在量的方面，經過勞動力相關統計的證實，整體就業勞動容量並未擴張，反而因同時之科技與生產組織之合理化發展，勞動力的需求越來越少，企業經濟性裁員之情況越來越顯著⁴⁴。連帶的，學者亦提到，勞動法的發展出現一極其明顯的趨勢，由於透過解除管制，將原先法律上所不允許的空間擴大，例如勞動派遣，結果造成一惡性循環：只要當前為貫徹企業單方利益而規避法律的行為，總是到後來變為主張解除管制的建議基礎-「既然違法的大量運用勞動派遣、不如就直接放寬法律限制」，長久以降，法律的適用性將無從維繫，這也便是學理上所稱之「勞動法的腐蝕」（*Erosion des Arbeitsrechts*）或典型勞動關係、勞工地位的腐蝕⁴⁵。

勞動派遣的法事實，以及從典型勞動關係出發，延伸至非典型勞動關係滋生發展的變遷，在在都顯示一「作為法秩序基礎之規範性理型」的腐蝕與沉淪，亦即諸多負面影響之確立，這未必是所有非典型勞動型態的共同特徵，但卻是勞動派遣的顯著現象；與其他非典型勞動形式所截然不同的「雇與用之主體不一」，是結構上造成這些負面因素的重要關鍵，如果不是唯一原因的話。誠然，某一社會制度或行為關聯造成對利害關係人之不當影響，與應受違憲評價是兩回事，係不同的問題，或至少在「不符合憲法期待」之觀點而言，可能亦有不同層次與強度的憲法學考察，最重者如該制度或行為違憲，較輕者或是立法者有近一步加以限制-保護規範的創設或改正義務，不一而足。接下來我們將開始憲法學的探討，試圖回答勞動派遣可能涉及的憲法問題。

3. 勞動派遣作為憲法與社會正義的問題：從德國聯邦憲法法院的裁定談起

首先讓我們觀察一下德國法的進展，以鋪陳接下來將處理的德國聯邦憲法法院裁定—這在本研究談及「憲法與社會正義」之脈絡下，尤其重要。從1972年制定通過至今，德國派遣勞動法歷經諸多的修正。其中最為重要的，無非「單一派遣最高期間限制」的不斷提高，亦即從1972年最初版本的3個月，直至2001年12月10日所謂「工作AQTIV包裹法案」中的放寬至24個月⁴⁶。在此次法案內容中，另

⁴⁴ Vgl. Bobke, Flexibilisierungsstrategien und Arbeitsrecht, in: Oppolzer/Wegener/Zachert(Hrsg.), Flexibilisierung, Deregulierung – Arbeitspolitik in der Wende, Hamburg 1986, 123; Boss u.a., Deregulierung in Deutschland, Eine empirische Analyse, Tübingen 1996, S. 341ff.; Franz, Chancen und Risiken einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts aus ökonomischer Sicht, ZfA 1994, 448.

⁴⁵ Wahsner/Steinbrück, Das Arbeitsrechtliche Programm der Wende, in: dersl. u. a., Heuern und Feuern – Arbeitsrecht nach der Wende, Hamburg 1985, S. 27f.; Wahsner, Das Arbeitsrecht und Sozialrecht ist in Gefahr, in: Oppolzer/Wegener/Zachert(Hrsg.), Flexibilisierung, Deregulierung – Arbeitspolitik in der Wende, S. 23, 26.

⁴⁶ BGBl. I 2001, 3443.

有一項30年前之最初版本所沒有的重大變革，亦即在服務於同一要派機構達12個月的派遣勞工，應享有與該要派機構性質類似勞工的相同工資，派遣機構即有完全之工資給付義務。此一將同工同酬原則貫穿至派遣勞動領域的決定，遂變成2001年以後德國法制的重要特徵，一直到不分派遣期間之全面性平等待遇。對於德國派遣勞動法制產生最大衝擊的，無非是2002年12月23日由國會通過的所謂「勞動市場現代勞務第一法案」(*Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Hartz I*)⁴⁷。該法案主要來自於所謂哈茲委員會的建議⁴⁸，亦即在政策上希望藉著派遣勞動的形式，作為減緩失業問題的手段之一；在哈茲委員會的構思下，主要有下列兩項偏離原先派遣勞動法制基本精神的改變：

- (1) 在同工同酬之「派遣勞工應享有與要派機構內性質類似之勞工的相同工資」原則下，只要派遣勞工是原先之失業者，則派遣勞動關係開始後之六週內無須受此同工同酬原則之拘束，團體協約如有類似「同工但不同酬」之約定者亦同；
- (2) 更為重要的是：為了在政策上提升派遣勞動之社會與勞動價值，此次修正決定廢除作為派遣勞動法制核心精神的「同步禁止原則」，以及揚棄「單一派遣最高期間限制原則」，同時包括廢除原先所禁止之重複定期契約與重複僱用⁴⁹。

這項在德國大選前夕，由聯邦總理主導之修法，雖然廢除原先勞動派遣法核

⁴⁷ BGBI I 2002, 4607, 4617.

⁴⁸ 2001年，德國總理施洛德 (Gerhard Schröder)，任命前福斯汽車公司董事會人事主管哈茲博士 (Dr. Peter Hartz)，結合多名專家學者，共同組成所謂的「勞動市場上之現代勞務委員會」，即一般俗稱之「Hartz委員會」，負責研擬出三年內減少二分之一失業人口的方案，施洛德總理並公開承諾，將「逐條逐項的落實哈茲委員會的所有建議」。2002年8月16日，委員會公佈最終定案的報告書，並提出13項所謂的「模組」(13 Module)，作為解決失業問題的建議選擇。Hartz委員會的建議，雖多為勞動市場的積極措施與改革，並涉及社會法之問題 (例如最知名的第6模組：結合失業救助與社會救助之「第二類失業給付」(Arbeitslosengeld II))。在哈茲委員會的大動作後，德國總理於2003年3月14日，在聯邦議會又發表所謂的政府宣言，亦即知名的所謂「行動2010 – 升級與成長」(Agenda 2010 – Innovation und Wachstum)，強調以促進「經濟與勞動的雙贏」，為此政治行動方案的核心目標。關於勞動市場的去管制方面，「行動2010」提出許多的建議，例如解僱保護的「使之更易於掌握之改革」，企業經營事由解僱之資遣費制度的引入，明確化社會選擇之標準，企業不可或缺之勞動力應排除在考慮選擇範圍外，定期契約締結的進一步放寬，團體協約「宜多考慮開放予廠場當事人作不同約定的權限」，否則政府將採取相當措施「調整之」，失業給付之進一步縮減等。在此「行動2010 – 升級與成長」宣布後，德國國會極進行密切的立法準備，最後在2003年的12月19日完成立法程序，通過四項所謂的Hartz包裹立法，其中與勞動關係最有相關者，即為所謂的「Hartz第4法」(Hartz IV)：「勞動市場改革與失業救助暨社會救助合併法」，該法自2004年1月1日起施行，成為目前德國相關勞動法規範的解除管制基礎。相關哈茲委員會之建議與討論，詳見 *Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt. Vorschläge der Kommission zum Abbau der Arbeitslosigkeit und Umstrukturierung der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 2002, S. 67ff.*; Adomeit, *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände, München 2004*。

⁴⁹ 關於此法之重要內容介紹，請參見 Ankersen, NZA 2003, 421。

心之同步禁止原則，也就是不再禁止登錄型派遣，亦不再規定派遣至同一要派機構的最高派遣期限，等於可相當期間的期間持續，而派遣雇主亦得重複締結定期契約，對派遣勞工事實上有相當之損害，但立法者決定以平等待遇原則進行交換，要求派遣勞工必須與要派機構其他可資比較勞工享有包括工資在內之相同勞動條件，雖然又容許團體協約得作不同之約定⁵⁰。這個劃時代的平等對待原則，早於歐盟2008年5月之「派遣勞動指令」(*Directive on Temporary Agency Work*)，但仍然為德國勞動派遣業者所激烈反對，最後遂推由八家派遣公司、兩家派遣業之公會組織，在慕尼黑大學法學院公法教授Peter Badura、勞動法教授Volker Rieble，新生代重要勞動法學者科隆大學Gregor Thüsing、Jörn Axel Kämmerer的共同代理下⁵¹，針對規範此平等對待原則之勞動派遣法第3條第1項第3款、第9條第2款、第10條第4項，提起憲法訴願，最後經聯邦憲法法院第一庭第二分庭於2004年12月29日作出裁定決定不受理，等於間接宣告該規定合憲⁵²。

雖然憲法法院最後以「該規定並無原則性之憲法意義」為由(聯邦憲法法院法第93a條第1款)，決議不受理，未通往實體判決，但仍於裁定中陳明看法，仍有啟發，以下即略述憲法法院的重要觀點：

- 系爭規定未侵害聲請人之同盟自由基本權，因為維護公益，該基本權原本即得加以限制，同盟主體並未取得制定勞動條件之壟斷，立法者仍得自行制定勞動法，特別是在考量第三人基本權之保護、其他憲法位階相當之利益的目的，同時未牴觸比例原則之情形下⁵³；
- 系爭規定之目的在於維護派遣勞工之職業自由基本權，始之享有適當水準的保護，以便「提高社會對勞動派遣的接受度」、「提升勞動派遣的品質」，並「進而強化派遣勞工在勞動市場上的地位」⁵⁴；
- 就此由憲法社會國原則出發，立法者運用其形成空間，為保護特定經濟部門

⁵⁰ 事實上，雖然法律明定此同工同酬原則，然而衡諸企業界之成本壓力與反彈，兼顧派遣勞工之就業利益，以及特殊之德西德東地區不同的經濟發展水準，德國勞資雙方也的確簽訂了許多的團體協約，以利用法律創設的偏離規範空間，早期最重要的，乃2003年由德國工會聯盟(DGB)所屬工會與「聯邦計時工作個人服務聯合會」(Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V., BZA)所締結之團體協約，接下來數年中，亦多有由DGB、BZA，乃至所謂「計時工作利益共同體」(Interessengemeinschaft Zeitarbeit)、「計時工作者與個人服務仲介基督教工會協約聯盟」(Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen)所共同簽署之團體協約等，形成派遣勞動勞資雙方權利義務之基礎。

⁵¹ 科隆大學與漢堡大學的兩位勞動法教授，在數年後出版了他們對本案所進行之研究，亦當與擔任訴訟代理人時之論證有相當關聯，頗值參考； dazu Kämmerer/Thüsing, *Leiharbeit und Verfassungsrecht. Zum Gleichbehandlungsgebot von Stammebelegschaft und Leiharnehmern sowie zur Errichtung von Personal-Service-Agenturen durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*, Berlin 2005。

⁵² BVerfG 1 BvR 2283/03 vom 29.12.2004 = DB 2005, 110.

⁵³ Gründe C II 20f.

⁵⁴ Gründe C II 22.

之從屬性勞工所為之理性且合目的性的規範，個人應視為係對此企業主行動之應有界限，應得以接受並容忍。特別是系爭規定復容許協約特約偏離，換言之亦容留協約當事人以團體協約去彈性形成勞動條件的空間，並非具完成之強制性，尤見其適當⁵⁵；

- 系爭規定有助於達成一具正當性之公益目的：創造新的就業，因為居間導向的勞動派遣，有利於失業者之跳脫失業困境，而此所謂對抗失業之目標，本於社會國原則而享有憲法位階上之重要性，同時有助於失業者實踐其職業自由基本權⁵⁶；
- 立法者在勞動市場、社會與經濟領域，應享有特別廣闊之評估與預測特權⁵⁷，換言之，立法者本於其勞動市場、經濟與社會政策方面之理念與目標，在尊重各該規範領域之實質特性的情況下，本於公共利益，有權決定所應採取之措施⁵⁸；
- 系爭規定未違反比例原則：透過協約開放條款⁵⁹，團體協約當事人之行動權並未受限制，同時並未損及派遣雇主之競爭條件，因為一方面勞動派遣之品質與接受度將提升，對派遣在整體勞動市場上的地位亦有益，有助於派遣雇主之於其他經濟部門的競爭優勢⁶⁰；
- 系爭規定未侵害派遣雇主之消極同盟自由基本權，因派遣雇主仍得選擇不加入特定之雇主團體，另行成立新的雇主團體，或不加入任何雇主團體而直接

⁵⁵ Gründe C II 23.

⁵⁶ Gründe C II 25f.

⁵⁷ 德國聯邦憲法法院在著名的藥房判決（Apothekenurteil）中，即清楚的表明，針對外界所質疑之「法院無法以實證經驗的角度來挑戰立法行為之必要性，因為那將超越法院之能力及權限」，憲法法院自認為：「法院有責任，為保障人民的基本權，必須去挑戰與面對立法者。從基本權的解釋出發，必須得出對於立法者的界限，而法院的職責就在於監督立法者不得超越此界限。除非法院容許基本權的價值貶低，並且無視於基本法所賦予自身的功能，否則法院必須承擔起如此之任務」；siehe BVerfGE 7, 377(410)。亦有學者從德國聯邦憲法法院法（BVerfGG）第26條第1項第1句的規定出發（「聯邦憲法法院得提出為發現真實所需之必要證據」），認為對於所審查之法律條文相關事實 – 即學理上所稱之所謂「立法事實」（legislative facts），便有以實證經驗分析家以佐證的權利與義務；相關討論請參Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, S. 165。

⁵⁸ Gründe C II 27.

⁵⁹ 所謂團體協約開放條款（Öffnungsklauseln im Tarifvertrag），是存在於多數雇主所組成之雇主團體、以及特殊之雙軌制集體勞動關係下，所有之特別問題。簡言之，團體協約當事人，關於協約所定之特殊事項，得於協約中明文保留「開放予協約當事人層級以下的其他集體性勞資雙方」，再行合意而為對勞工較優或較劣之不同約定。此處之其他勞資雙方當事人，僅限於集體性，而不包括個別勞工與雇主，因為這原本即有團體協約有利原則之適用。是以如雇主團體與工會締結團體協約後，個別雇主與工會，亦或在諸如歐陸國家之集體勞資關係雙軌制，個別企業欲與所屬之員工代表會，就協約已經明定之事項欲再為不同約定時，則對專屬協約內容的特定事項，必須存在協約當事人已明定之「開放條款」之授權，方得為進一步之約定。在分類上，如是由法律所明文規定容許團體協約偏離法定義務，則套用前述之發展基礎，復別稱為法定之協約開放條款，內涵上極為接近；相關討論請參見Däubler in:dersl.(Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 2 Aufl., Baden-Baden 2006, Einleitung Rn. 63f.。

⁶⁰ Gründe C II 29ff.

與工會締結團體協約，再者，系爭規定完全無涉於國家強制性的擴大或延伸團體協約適用範圍，是此規定完全無關消極同盟自由⁶¹；

- 系爭規定屬於干預派遣雇主之有關職業行使的職業自由，亦即依其意願而締結契約之自由，然而，如為均衡同受基本權保障之對立利益，契約自由本即得加以限制，特別是為均衡其結構性劣勢而保護勞工，對此，立法者享有較大之形成空間，本於其對經濟與社會條件之評估，預測其規範未來可能產生之影響與效應，衡量衝突雙方之利益，最後決定各自之保護必要性，除非達不到適當之均衡，否則立法者之作為，並未違背其基本權保護義務⁶²；
- 最後，系爭規定並未違反平等原則，因為相對於其他產業部門之雇主，立法者並未賦予派遣雇主未符平等要求之對待，更何況派遣雇主亦得運用協約偏離之方式，進一步彈性形成勞動條件。再者，根據派遣至不同企業、因工作內容與技術能力之不同而有不同之勞動條件，顯然為勞動法規範之常態，其他產業之雇主亦完全相同，並無有違憲之差別待遇可言⁶³。

觀察前述德國聯邦憲法法院之裁定內容，吾人可發現，有關勞動派遣之憲法上評價，可能涉及以下的問題點：

- (1) 勞資雙方之同盟自由基本權，不論積極或消極；
- (2) 勞資雙方之職業自由基本權，包括雇主之營業自由與「本於基本權競合（Grundrechtskonkurrenz）而優先（Spezialität）適用」⁶⁴之涵蓋契約自由/一般行動自由；
- (3) 勞資雙方各自之平等權，包括派遣勞工之相對於要派機構內其他可資比較勞工，以及派遣雇主之於各自派遣產業部門之其他雇主；
- (4) 社會國原則，包括直接涉及勞動法領域之內涵，特別是攸關勞動市場、對抗失業之部分；
- (5) 以及幾乎所有立法規範均無法逃脫的：立法者之形成空間與比例原則之檢驗。

當然，德國聯邦憲法法院並非僅做過這一則有關勞動派遣之判決，事實上，如前述所言，早在1972年8月通過勞動派遣法時，即因是否違反國家壟斷職業介紹原則而違憲，即作有判決。該判決指稱，社會對於勞動派遣有特別之經濟需求，因為派遣勞動契約「得使那些基於不同理由而很難找到不定期繼續僱用之勞工，

⁶¹ Gründe C II 35f.

⁶² Gründe C II 37ff.

⁶³ Gründe C II 43ff.

⁶⁴ 關於此基本權競合的優先性、優先適用問題，一般性的討論可參見Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 3 Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1989, S. 391ff.。

得有勞動市場機會，例如特別需要彈性的工作時間，欲找尋符合其專業能力之僱用，同時就特定雇主保有穩定關係者」，是以「派遣勞工便形成一特殊建構的勞工族群（*besonders strukturierte Arbeitnehmergruppe*），得以嵌入基本法第12條第1項所稱享有憲法上保護權利之從屬性職業之內」⁶⁵。由此可見，當時針對甫制定通過的勞動派遣法，聯邦憲法法院毋寧是站在勞動市場的角度出發，針對眾所質疑之國家職業介紹壟斷的是否受威脅⁶⁶，直接做出憲法回答，雖值參考，但已不若2004年底所做成之前述裁定，較為全面性的，特別是同時兼顧平等原則問題的，全面檢驗勞動派遣制度，是仍以該裁定作為分析對象，併予說明。

如果暫且拋開在台灣勞動派遣脈絡下，可能無甚關聯的同盟自由基本權，加上因為目前台灣並無任何直接針對勞動派遣之法律規範存在，是至少表面形式上沒有立法者「形成空間」（根本就尚未形成），乃至於下階段的比例原則檢驗問題，吾人可以清晰地看出，探討勞動派遣涉及的憲法問題，無疑：

- 基本權主觀法的層次，特別是職業自由基本權，以及平等權，
- 基本權客觀法的層次，亦即前述職業自由與平等權的客觀法面向，以及憲法基本原則，顯然直接指涉社會國原則。

是以，在社會正義的討論脈絡下，試圖以法學作為工具，無疑會被聯繫到憲法基本權體系的運作，當然主要指涉者即為平等權，進一步的，作為憲法基本決定的社會國原則，亦同有相當之影響。接下來我們將可以看到，以勞動派遣為例，法學如何來處理如此之社會正義問題，一個標準的操作方式。

4. 法學處理社會正義的標準模式：平等權與社會國原則包圍下的自由權利

談到攸關勞動派遣的自由權，首先自然是職業自由：我國憲法第15條規定人民之工作權應予保障，雖未使用職業自由一詞，但在理論暨大法官釋憲實務上，均以職業自由作為該條工作權之防禦面向的理解，亦多見直接使用職業自由之概念⁶⁷，且論理亦多參酌德國基本法有關職業自由基本權之內涵，是本文仍選擇以

⁶⁵ BVerfGE 21, 261f.; 21, 269; dazu auch Scholz in: Maunz/Dürig, GG, München 2003, Art. 12 Rn. 234.

⁶⁶ 聯邦憲法法院亦事實上繼續堅持國家壟斷職業介紹的正當性與合憲性，而認非但與欲從事職業介紹之私人的職業自由基本權無違，因為本於重大公共利益，而且應認符合社會國原則之要求；dazu BVerfGE 21, 245(251), 257。

⁶⁷ 較新之例如大法官釋字第702號解釋：「憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，其內涵包括人民之職業自由。法律若課予人民一定職業上應遵守之義務，即屬對該自由之限制，有關該限制之規定應符合明確性原則。惟立法者仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定，苟其意義非難以理解，且為受規

德國理論為師，探討在我國憲法秩序中之規範性意義。

依德國聯邦憲法法院之意旨，作為主觀權利之職業自由，係指個人得選擇自認為適當之工作，作為職業，並從事該職業以為其生活之基礎⁶⁸，依基本法第12條第1項之明文，該職業自由保障之範圍包括選擇與行使、工作位置之選擇、教育位置之選擇。理論上看來，該條之職業自由基本權涵括主觀面向之參與權、保障權與程序權，除了防禦國家對於職業選擇與從事行使等之不當干預與侵害外，並在建立於客觀基本權任務之國家積極保護措施上，相應的擁有特定之主觀公權利，例如要求國家創設發展教育自由所需之要件，要求國家履行其保護義務以防禦第三人對於職業自由的私人侵害，提供職業上重要之程序等，不一而足⁶⁹。雖然說，學說與實踐上多認為經濟生活核心基本權的職業自由，並不限於從事從屬性之職業，應亦包括非從屬性職業之諸如獨立營業，也就是營業自由之謂，但從條文之描述方式看來，學說亦多認職業自由規範上專注於從屬性勞動之職業類型，亦值留意⁷⁰。勞動法領域的觀察最能顯示這一點：例如Reinhard Richardi便清楚的指出，職業自由基本權的核心意涵之一，就是保障勞動生活的私法自治秩序⁷¹。

聚焦於我國的勞動派遣，比較特殊的無疑是「無法律特別規範」之情形，換言之，除去對於一般勞動契約之國家公權力介入外，我國並不存在針對勞動派遣之規範限制與形成，是以在職業自由主觀法角度看來，似乎難有交集與衝突，因為目前締結勞動派遣關係是毫無限制與拘束的，不論對於派遣勞工，抑或派遣雇主來說，成立一「以供第三人指揮監督並使用其勞動力而本於營利目的致訂定派遣勞動契約」，雙方均享有充分自由。這是一尷尬而弔詭的問題：至少從職業自由基本權的主觀面向來觀察，在不存在法律限制的前提下，當事人行使職業自由權而訂定勞動派遣契約，何來基本權主觀法上之疑慮與問題呢？或許吾人應另闢蹊徑。一個可能的切入點，是德國基本法第12條第1項所稱之「選擇工作位置」（*Wahl des Arbeitsplatzes*），此一首見於基本法的基本權內容，刻意區別職業與工作位置，前者為抽象，後者則指涉「個人從事其職業活動之具體關聯」，是必

範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違（本院釋字第五二一號、第五四五號、第六五九號解釋參照）。另對職業自由之限制，因內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準，若所限制者為從事一定職業所應具備之主觀條件，則需所欲實現者為重要之公共利益，且其手段屬必要時，方得為適當之限制，始符合憲法第二十三條比例原則之要求，迭經本院解釋在案（本院釋字第五八四號、第六四九號解釋參照）」（文字下橫線為作者所加）。

⁶⁸ BVerfGE 50, 362; 7, 377.

⁶⁹ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, Heidelberg 1989, § 57 Rn. 148.

⁷⁰ Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 2 Aufl., Berlin-Heidelberg 2003, B 12 Rn. 2.

⁷¹ MüArbR/Richardi, Bd. 1, 3 Aufl., München 2009, § 12 Rn. 59.

須綜合兩個概念要素「工作」與「位置」一併考察之⁷²。也就是說，相對於抽象活動的職業概念，這裡的位置顯然指涉具體的工作與其範圍，而且並非限於空間意義，而是包括整體的勞動關係⁷³，例如亦含及工作位置之繼續保有，勞動關係之存續保障⁷⁴，雖然不是沒有法律上解僱保護制度一定的限縮。**Richardi**亦分析道，基本法第12條所保障之職業自由基本權，包括職業的自由選擇與工作位置的自由選擇，兩者之關係，應說「工作位置的選擇自由具體化職業的選擇自由」，但如果直接指涉所選擇之具體工作位置，則前者就應優先於後者而適用，亦即聯邦憲法法院所說的：「個人依其決定，就其所選擇之職業中進入一具體的僱用可能性，或去維持與拋棄一現存的勞動關係，不受國家之干預，包括防止其獲得一以可供支配之工作位置，或強制其接受、維持或拋棄一特定的工作位置」⁷⁵。在這個脈絡下特別值得一提的，自然勞動關係存續保障的問題：依職業自由的保障意旨，所謂工作位置的選擇自由，解釋上亦包括「勞工之決定消滅勞動關係」，但是在主觀法的面向上，作為防禦權的這個部分僅指涉針對國家而言，亦即不受國家干預而強制人民維持或拋棄一既有之勞動關係，並不及於勞動關係的他方當事人雇主，換言之，職業自由並不包括對於勞工因私人支配決定而喪失工作位置的直接保障，僅有客觀法上的內容：國家有透過諸如解僱保護制度等手段以履行之保護義務而已⁷⁶。

特別值得注意的是，探討此工作位置選擇之職業自由的主觀面向時，**Rüdiger Breuer**所提出的觀點：從職業自由的客觀法內容出發，國家有透過勞動市場規制跟干預之調控措施進行諸如創造就業等任務的義務，亦即學理上所稱之「國家對勞動市場之公共調控誡命」，**Breuer**立即話鋒一轉：準此，則發生基本權的衝突，應認「如失業率越高，則工作位置選擇自由之事實上行使要件即消失，是針對該自由之限制的合憲性懷疑，應盡量退讓」⁷⁷。換言之，此時本於國家的保護與給付義務，對於人民選擇工作位置的自由加以限制，應得以合理化，甚而應忍受「國家所為效果預測之無法廢棄的不安定性（*unaufhebbare Unsicherheit der Prognose*）」，等於說，即便國家勞動市場措施嗣後證明沒有創造就業或緩和失業

⁷² BVerfGE 84, 133(146); Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 422f.

⁷³ Nolte in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar. Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, Köln 2010, Art. 12 Rn. 27。當然，相較於過去多數說之認為「選擇工作位置之職業自由權僅適用於從屬性勞動」的見解，現今德國學界多主張亦應擴大適用於非從屬性之自營工作者，乃至於公部門勞動者，值得注意 dazu Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, München 2011, Art 12 Rn. 9。

⁷⁴ Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, B 12 Rn. 13.

⁷⁵ BVerfGE 97, 169, 175 = AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17; dazu auch MüArbR/Richardi, § 12 Rn. 59.

⁷⁶ BVerfGE 84, 133, 146; 92, 140, 150; 97, 169, 175; siehe auch MüArbR/Richardi, § 12 Rn. 61.

⁷⁷ Breuer in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, Heidelberg 1989, § 147 Rn. 74.

之效果，則其對於選擇工作位置之職業自由的侵害，仍不會遭受違憲評價⁷⁸。如此對於職業自由的限制，是否通得過諸如三階理論（*Drei-Stufen-Theorie*）的檢驗⁷⁹，或許是一值得探索的問題，然而在我國的勞動派遣脈絡下，會尤其顯得突兀，因為相較於德國：

- 台灣現行法原本即對勞動派遣沒有限制，何來立法者干預？
- 即便本於勞動市場措施之考量，立法者並未採取例如「將典型勞動關係轉換為勞動派遣形式」之手段；
- 職業選擇自由雖亦包括勞動關係之一定程度的存續保障，所謂保有勞動關係本身，但本於「派遣勞動契約關係」之勞動派遣形式，並未根本性的動搖勞動關係，雖然不免產生了「僱與用分離」的質變。

不論如何，至少從前述有關工作位置選擇自由的部份來說，職業自由並非完全對勞動派遣毫無置喙餘地；這特別在所謂的登錄型派遣時尤然。登錄型派遣即典型的「同步」（*Synchronisierung*）：派遣勞動契約與勞工讓與契約期間相同，亦即單一的要派雇主所需派遣勞動力的期間，與派遣勞工與派遣雇主訂定之契約期間同步，毫無不定期繼續僱用可言，完全無異於職業介紹。在此，勞動關係的存續保障完全與雇主之企業主自由無關，而是取決於第三人之因素，應認相當程度偏離憲法職業自由所容許之「享有該項基本權之勞動關係雇主的選擇自由權限」，造成基本權憲法上之行使主體與事實上之行使主體脫鉤，使原本職業自由所同意之「使勞工喪失工作位置的雇主職業自由優先」，變為怪異的面貌，並非憲法規範性所得期待，而且完全以勞工的喪失存續保障與就業關係之不穩定為效果，沒有適切的衡平雙方之憲法法益；基於這些理由，即便職業自由的主觀法內容無法直接對抗之，至少在客觀法面向上，登錄型派遣是否可對之為不合憲之評價，恐值探討。

⁷⁸ Ebenda

⁷⁹ BVerfGE 7, 377；大法官在釋字第649號解釋所採取之方法，即屬典型的德國三階理論：「又按憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第40四號、第五一〇號、第五八四號、第六一二號、第六三四號與第六三七號解釋在案。對職業自由之限制，因其容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違」。相關文獻亦請參見請參李惠宗，德國基本法所保障之職業自由，收錄於《德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）》，1997年6月，頁1-46；李惠宗，論營業許可基準之司法審查——兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢第5期，1990年1月，頁227-264。

對派遣勞工而言，即便認為從事派遣勞動係屬其受保障之職業自由主觀法的範疇，仍有可能本於前述此勞動形式對其產生之不利影響，意圖抓出其不合憲法期待之處，但弔詭的是，似乎很難從職業自由主觀法內容本身去強求；一個可能的路徑，無非平等原則，因為極其明顯的是：相較於共同工作場所之要派雇主所屬其他可資比較之勞工，派遣勞工確實受到較差之待遇，吾人應該如何從憲法上評價之呢？首先要釐清的是，勞動派遣所涉及的平等原則問題，與一般常見之情形不同，簡言之，此處非屬常見之「立法者就A與非A人民之差別待遇」，例如大法官在釋字第649號解釋中所曾處理過之「視障者與非視障者」、「視障者與其他非視障之身心障礙者」等，而係「人民A對B與C為差別待遇」，更精準一點的說，「雇主對為其勞工者，與雖非其勞工但聽令其指示而提供勞務者，為差別待遇」，顯然，這便涉及平等權之第三人效力的問題，直接指涉者即為勞動法領域。如同前述，勞動生活中的平等原則，一向是勞動法學極為棘手之問題，即便僅將焦點放在勞動派遣，在有關平等原則的操作上，仍非簡單，例如從前段的討論中可發現，「本於法律關係之不同而於勞動條件上為差別待遇」，似乎並非理論與實務所承認之歧視指標，那麼，是否要派雇主之差別待遇，即必然得以通過平等原則的檢驗呢？公法學者Günter Dürig曾提醒，或應說警告：如果在操作憲法平等原則時，只是自限於所謂的循環危險（*circulus vitiosus*），例如將比較平等與否之工作「絕對化」，結果不是對於業已存在之事實或現實加以「宿命化」「複製化」，誇大所謂事物本質（*Natur der Sache*）的差異，直接賦予比較之事實一個同樣已經存在的規範內涵 – 換句話說：既然兩種事物有所不同，則不同處理應「基本上能有所據」，而事實上這些都極為危險，而且對企圖掌握平等之規範意旨毫無助益⁸⁰。如果說，想要避免Dürig之宿命憂慮，關於平等原則之操作與功能，或更進一步的說：針對隱含人性尊嚴基本精神之憲法平等權的價值秩序，吾人應該如何找尋一符合時代需求、卻又得以穩健運行的觀察模式呢？傳統法學討論平等問題的標準模式：從兩件社會現實在法律上的不同呈現來看，就其法律效果而言，可能有所謂差別待遇的外觀，亦即法律效果的不一，但是這並非立即構成法律所欲介入的所謂不平等待遇，因為要無疑的論證出此評價，必須滿足「差別待遇的法律效果事實上本於『相同的構成要件』」，以及「該差別待遇並無其他實質理由加以合理化」的兩項要件，方有違反平等原則的可能。

要發動平等原則的檢驗動作，在外觀上必須存在著特定的情狀，也就是說，在具體審視某一社會事實的法律上處理，是否違反平等原則之時，吾人必須列舉出至少兩個相互比較的事件，在該等事件中，邏輯上必然存在著某一相同之情狀，

⁸⁰ Maunz-Dürig, GG, München 2003, Art. 3 Abs. 1 Rn. 314.

例如相同或類似的人（不論派遣勞工或要派機構所屬勞工，都是為要派雇主提供勞務的勞工）、相同或類似的問題類型（都涉及例如工資等勞動條件）－此即憲法學理上所稱之「得以共同之上位概念加以掌握者」⁸¹；但同樣的，其間必然、而且必須存在至少兩個不同一、乃至於最後評價為不相同的要素（例如與要派雇主有以及無勞動契約關係者），這項要素就構成之後加以差別待遇處理的關鍵原因⁸²。這便是Michael Sachs所說的「流入弔詭的平等原則」(*Gleichheitssatz in eine Paradoxie*)⁸³：依平等原則所應平等對待的相同情狀，事實上必然存在著不同的情狀要素，易言之，由於比較案例組之相同並非同一，所以雖然存在著某些關係上的一致性，但亦同時併存其他關係上的差異性，是以在判斷是否抵觸平等原則時，就必須先行篩檢出何者是關鍵性的要素或關係，只要這些被接下來的評價視為「相同」(*Beurteilung als gleich*)，那麼其原先之差別待遇就成立不平等待遇，如果經評價為不相同，則該差別待遇便不會進一步違反平等原則。

我們可以看到，聚焦於勞動派遣，至少以前述聯邦憲法法院2004年底的裁定為例，可能有兩個層次的平等問題：

- 要派雇主對於派遣勞工與其他所屬之可資比較勞工，在工資或其他勞動條件上的差別待遇；以及
- 派遣雇主對於派遣至不同要派雇主處提供勞務的派遣勞工，在工資或其他勞動條件上為差別待遇。

前者兩相比較之差異性，顯然在於勞動關係之有無，雖然同樣均為要派雇主提供勞務，而後者的差異性，即雖然同屬具勞動關係者，但因派遣至不同的要派機構提供勞務，致生不同之對待結果。我們事實上可以先拋開後者，因為就同聯邦憲法法院所言，既然工作內容不一，則享有不同之工資等勞動條件，原本即屬勞動生活之常態，不會得到違反平等權的憲法評價，但前者顯然不同，因為就派遣勞工與可資比較的要派雇主所屬勞工來說，同樣均為要派雇主提供勞務，同屬一生產組織，同有連結至雇主之間接市場風險，是否在平等原則或平等權的操作上，兩者應被評價為相同呢？不論德國民法第611a條或第612條第3項，乃至於我國勞動基準法第25條，都僅將同工同值同酬原則之適用，侷限於性別⁸⁴，即便加

⁸¹ 例如Schmidt所使用之gemeinsamer Oberbegriff的說法；Schmidt, Grundrechte, 8 Aufl., Grasberg bei Bremen 2006, Rn. 325。

⁸² 如公法學者Böckenförde、Schoch等論述平等原則時，都同樣提出這項前提上的基本認識；dazu Gubelt in: von Münch/Kunig, GGK I, 4 Aufl., München 1992, Art. 3 Rn. 16a。

⁸³ Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechts, S. 216.

⁸⁴ 詳細討論請參見：林佳和，各國同值同酬規定之比較分析以歐洲法暨德國法為中心，法學新論第20期，2010年3月，頁49-74。

入德國2006年一般平等對待法的其他歧視性指標：種族、族群出身、宗教、世界觀、身心障礙、年齡或性傾向，也還是無法直接得出絕對之「不得以勞動關係之不同而為差別待遇」⁸⁵。

相反的，學說上卻有從另一角度，認為本於「相同事物相同處理、不相同事物不相同處理」之平等原則內涵，主張基於勞動派遣之特性，要求「要派雇主應在勞動條件上對於派遣勞工為平等對待」，是對派遣雇主而言侵害其平等權。這聽來著實有些混淆，例如Kämmerer/Thüsing便以為，在有關平等問題的觀察上，重點應在於派遣雇主與要派雇主之間的特殊關係，同時揆諸於市場狀態，應容讓派遣雇主在工資數額之確定上有較大的彈性形成空間，例如計入無派遣商務契約、無勞工轉讓契約存續時之市場風險，從另一角度言之，由於派遣雇主之利潤，經常來自於「要派雇主對派遣勞工與其他勞工之工資差別給付的利差」，是以如強要相同的勞動條件，將使要派雇主要不減少派遣之使用，要不壓低給予派遣雇主之報酬，反而侵害派遣雇主之平等權⁸⁶。而就派遣勞工與要派雇主所屬其他勞工之比較而言，Kämmerer/Thüsing則認為，如果無法在派遣雇主處主張平等對待，則邏輯上又何能在要派雇主的場合要求之？此無疑是「破壞體系」(Systembruch)，重點在於，平等原則之適用不及於僱用，而既然要派雇主根本沒有僱用派遣勞工，則根本沒有是否應平等對待之問題⁸⁷。

如以前述聯邦憲法法院裁定為，例面對身兼訴訟代理人之勞動法學者的辯駁，聯邦憲法法院事實上沒有直接回答，僅以這是立法者本於社會國原則與平等權之決定，但同時「協約當事人仍然得以團體協約之手段而為差別待遇」，那麼，到底勞動條件之不同對待是否違反平等權、平等原則呢？為何會因為有無協約之介入保留而有所不同呢？在此，我們看到了基本權主觀面向的另一種尷尬：受限於基本權主觀法內容的結構設計，「有權利但未必有相對者之義務」，使得在特別是私第三人相互間、而非國家-人民之關係領域中，衡諸權利義務，經常會在義務面的端點碰壁，實無法相當程度的澄清問題。就勞動派遣所涉及的平等權保障問題，揆諸當前在第三人效力脈絡下的「基本權私法效力」發展現況，恐怕無法提供太多的規範性解答。

延伸來說，即便將視野再擴大至基本權的第三人關聯，特別是基本權的衝突

⁸⁵ 參閱林佳和，2006年德國一般平等待遇法－勞動法領域平等貫徹的新契機？成大法學第15期，2008年6月，頁115-172。

⁸⁶ Kämmerer/Thüsing, *Leiharbeit und Verfassungsrecht*, S. 78f.

⁸⁷ *Ebenda*, S. 79f.

與限制，勞動派遣的憲法問題亦未必容易回答。例如公法學者Herbert Bethge早在1977年便提出「基本權與私法」，也就是私法關係中所存在之基本權衝突問題的根本困難⁸⁸。Bethge認為，公法學傳統上習慣以第三人效力理論（*Drittwirkungstheorie*）來處理私法關係中的基本權衝突，已面臨著本質上的困境：換言之，為了將原本以國家為導向與指涉客體的基本權保障，得以順暢的延伸至私人間的關係之內，是以必須將當事人之一方定性為類似國家 – 不論是其社會力量的強大程度或對於他方基本權的危害程度 – 的主體⁸⁹，而得透過基本權的第三人效力去扭正失衡的私人關係。然而，在基本權衝突的場合，所面對的經常不是如此這般「是否能將私人力量比擬國家公權力」或是「國家領域以外的純粹私法領域」，而是「當事人並非完全對立或上下、而是彼此並立或甚至利益重疊」，甚而「有某種程度之公共性質涵括其內」的性質。換言之，吾人所經常面臨的基本權衝突，事實上均含有相當程度的「公共性質」，或是Bethge所說的「基本權之國家導向面向」，是以國家即處於一解決私人間基本權衝突之義務主體的角色，就此而言，基本權第三人效力理論從未觀照到這一點：憲法價值之體現，在私人生活領域中固然重要，但卻非國家居間、以公共考量介入解決之性質，這兩者是截然不同的；換言之，第三人效力中的國家是居於「第三人」之地位，而基本權衝突中的國家卻某個程度是站在「主體之一」的角色⁹⁰。在這般之思維下，私法將不再是與國家脫節的、僅存在於私人之間、依循私法秩序而實現的面貌，而毋寧是作為國家體現其具體目標的工具，特別是私人間基本權衝突的解決。

在基本權法釋義學上，談到有關基本權之限制，大致上區分為兩種不同的類型，首先是特定法規範基礎上的「限制保留」（*Begrenzungsvorbehalt*），亦即憑藉著特定之法規範 – 例如憲法、制定法或經其授權而訂定之法規命令，在「形式」的層次上保留限制基本權行使的權能，亦即一般所稱之憲法保留、國會或法律保留等⁹¹；另一則是所謂「封閉性的基本權」（*geschlossene Grundrechte*），亦即雖然沒有明確的、形式上的法律保留或憲法保留存在，但基本權仍非絕對的權利，而是存續著所謂之「內在的基本權界限」（*immanente Grundrechtsschranken*），

⁸⁸ 類似的提問亦可觀察較晚期之討論，例如Diederichsen, *Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, in: Starck(Hrsg.), *Rangordnung der Gesetze*, Göttingen 1995, S. 39ff. 雖然同樣提出與Bethge後述類似的看法，例如「合目的性」或「基本權的保護要求功能」，但並未進一步處理如Bethge之細膩提問者，亦請見Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2 Aufl., Ffm. 1994, S. 485ff.。

⁸⁹ 這種將社會力量等同於類似國家的地位，而主張本質上以國家為導向的基本權體系得以援引進來，首見有德國集體勞動法之父之稱的Hugo Sinzheimer；dazu Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 10 Aufl., München 1988, S. 325。

⁹⁰ Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, München 1977, S. 17ff.

⁹¹ Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlin 1981, insb. S. 26ff.。中文文獻亦見：許宗力，*法與國家權力*，台北：自版，1992年，頁117以下。

進而扮演著限制基本權行使之功能⁹²。換言之，基本權內在界限所強調的是本於基本權「內部」所生之本質上或社會關聯中的界限，而非來自「外部的」，例如最明顯基於其他同樣憲法位階之法益或第三人值得保護之權利或利益所生之限制，至少在「限制來自的形式面向上」，與基本權的內在界限有明顯之區隔。基本權之內在界限的談法，在德國憲法學界中有數種不同之理論進路，以從形式或實質面探討其可能的內涵，不論是基本法第2條第1項的「第三人權利、合憲秩序或善良風俗」之作為普遍的界限保留(*Schrankenvorbehalt*)，基本法第18條之「濫用禁止」作為基本權內部的行使界限，亦或聯邦行政法院透過裁判所發展之所謂「共同體條款」(*Gemeinschaftsklausel*)：「基本權之整體內涵包括，其行使不得危害共同體存續之必要法益」，亦即既使沒有成文的限制保留，只要為了保護其他同樣憲法位階上之法律價值(*Rechtswerte*)，仍得限制基本權之行使⁹³。不論採取的那一分析進路，吾人皆可清楚的看出，只要「來自於憲法本身」，即使是面對所謂無保留的基本權，亦均可限制該基本權的行使，而與是否存在憲法下其他位階的規範或制度體系者無關；如同德國聯邦憲法法院所表明的：「個別關係中不能限制的基本權，只有在因與第三人之基本權衝突或基於保護其他具有憲法位階之法律價值時，方能本於憲法之一體性及憲法所保障之整體價值秩序，而得加以例外的限制之」⁹⁴。

在此吾人可觀察到一項憲法釋義學的基本共識⁹⁵：面對無明確限制保留的基本權 - 不論是沒有憲法或法律保留的形式上「絕對之基本權」，本於「第三人之基本權」或「憲法之價值秩序」，基本權仍存在其內在的界限，而得限制該基本權之行使；基本權主體與第三人基本權之相互關係，無異便是基本權衝突之問題，解決之思考已如前述，而後者的所謂「憲法之價值秩序」，亦或聯邦憲法法院於「激進者裁定」(*Radikalenbeschluss*)中所說的「立法者為維護及促進社會共同生活所應承擔之普遍可期待的界限」，表徵的都是憲法本身之一體性所賦予基本權之限制，亦即試圖從整體憲法客觀面向的價值秩序出發 - 既使該價值秩序的核心仍是基本權的保障體系 - ，找尋出各該基本權的行使界限。例如通常要處理的立法行為之限制基本權合憲性的問題，不論是法釋義學體系所列舉之任一順

⁹² 「內在的基本權界限」首見聯邦憲法法院對於程序上基本權的可限制性，例如BVerfGE 3, 248, 252f.。

⁹³ 主張基本權第2條第1項者如：Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 I Rn. 79ff.。主張第18條之基本權濫用禁止者如：Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968, S. 73ff.，聯邦憲法法院之相同意旨亦見BVerfGE 12, 4，聯邦行政法院之判決則見BVerwGE 1, 48, 52; 1, 92, 94; 5, 153, 159。

⁹⁴ 請參見聯邦憲法法院著名的Mephisto判決：BVerfGE 30, 173, 191ff.，或所謂的「激進者裁定」：BVerfGE 39, 334, 367。

⁹⁵ Statt vieler siehe Schramm, Staatsrecht, Bd. II, S. 39.

序及步驟：憲法文義之作為司法再造的基本界限，整體基本權界限或義務體系的附帶建構，比例原則的要求等⁹⁶，運用上即可將之視為此「憲法一體性之基本權客觀面向」下的技術性操作，而形成一完整的規範適用與解釋系統。

套至本文脈絡下的勞動派遣，探索派遣勞工與派遣/要派雇主可能之基本權的衝突，道理相同：吾人究竟能從憲法規範性的內涵中，找尋出如何的「價值力道」，乃至於判定是否勞工基本權、派遣或要派雇主職業自由權等之優先或後退；以上有關基本權主觀面向的一些討論，其實可以從抽象層次上給予吾人甚多的啟發。換言之，如不滿足於經常流於技術層次操作的比例原則與利益衡量，事實上，即使是主觀面向的基本權，也當有一定貫穿之價值拘束可言，這在處理基本權衝突時將尤其明顯。不論是否肯認有「基本權位階秩序」(*Rangordnung der Grundrechte*)的存在—例如派遣勞工之職業自由應優先於派遣雇主之營業自由，就算著眼於在基本權主觀領域中做此運用上的「簡化工作」，關鍵要素有時仍須他尋，亦即往基本權客觀面向移去。換言之，如果從基本權主觀法內容出發，無法得出一憲法上評價勞動派遣的適當觀察，如同前述，可能就必須將視野轉換至客觀面向⁹⁷。如同德國聯邦憲法法院所言，職業自由基本權對於「以勞動作為職業的階級」別具重要性，勞動者皆應享有相同之價值與尊嚴，就此，職業自由可說是整體勞動法、經濟法、乃至其他所有職業法之憲法基礎，成為職業憲法(*Berufsverfassungsrecht*)的核心基礎規範⁹⁸，國家公權力應有為保障並實踐職業自由基本權，採取所有適當措施之任務與義務。明顯的例子例如基本權的客觀原則規範，就僅以職業自由為例：簡言之，國家有保障人民職業自由之保護義務，它可能以不同之形式出現，例如：

- 作為限制國家公權力、特別是立法者之行為與決定空間之消極性權限規範(*negative Kompetenznorm*)；
- 本於憲法對職業自由的保障，司法與行政權均應對個別法律為合乎基本權意旨的解釋，不論是行政法領域的不確定法律概念與裁量餘地，抑或私法範疇中的概括條款⁹⁹。

Michael Sachs便特別強調立法者的角色，從職業自由基本權的客觀面向出

⁹⁶ 典型的論證方式可見Neuner對於社會國立法行為限制基本權的檢驗；vgl. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, München 1999, S. 139ff.。

⁹⁷ 關於基本權客觀面向的討論，中文文獻請參見張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，收錄於氏著，憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，台北：五南，2012年10月，頁37以下。

⁹⁸ BVerfGE 7, 397; 13, 97(104f.); 32, 54(71); 41, 251(264); 50, 290(362); dazu auch Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 6.

⁹⁹ Nolte in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, Art. 12 Rn. 10.

發，立法者便應特別在包括勞動法在內的私法領域中，履行其制定得以保障職業自由之強行法的任務，不論是透過契約當事人有關契約內容的外來或自我限制¹⁰⁰。這類「立法者針對勞動法領域本於勞工職業自由基本權所應負之形成義務」，聯邦憲法法院亦當然多所著墨¹⁰¹，例如針對工時相關法制，憲法法院即認為，本於勞工之職業自由，立法者應考量其健康之發展、避免勞動力之過度減損與消耗，採取保護勞工之措施，而此當為公益之理性思維所要求的¹⁰²。然而，就如同Klaus Stern所警告的，吾人所運用之基本權的客觀法內容，切勿使之超越主觀法上的相應內容，進而擁有同樣的效力，因為站在基本權的客觀面向，偏向類似原則性質，不若基本權主觀法內容上的嚴格與清晰，是以，Stern主張，應將基本權的客觀法效力，侷限於「對私法為合憲解釋的放射效」¹⁰³。如果這樣的理解正確，那麼依前述有關職業自由的主觀法內容之描述，顯然也不能太期待直接由主觀基本權反映之客觀法的部份，如果那邊得不出勞動派遣有侵害勞工職業自由或其他基本權的結論，則要本於主觀基本權呈現之客觀法面向內涵，得出相反的看法，似乎難以支持。準此，必須再往前邁進。

如同前述有關理論與特別是憲法法院實務見解所提到的，在職業自由基本權的客觀法內容中，聚焦於勞動法、勞動關係、就業與失業之勞動市場等問題關聯，「社會國原則」往往是經併列或至少順帶一提的；這項作為憲法基本決定的原則，究竟如何發揮其規範作用？如何與尤其是主觀基本權維持何等之關係，因為在憲法學理上，確實有不少質疑「憲法基本決定不應優於基本權」之批評¹⁰⁴？如何將職業自由脈絡下所提到的勞動市場與經濟之均衡發展，拉到自己的框架內以得到正確的解讀、賦予正確的規範性與拘束性？乃至於針對「已因勞動派遣之蔓延而更加劇失衡之勞動生活的社會權力關係」，如何提供扭正所需的導引？本文以為，相較於前述由工作權、職業自由基本權主觀法、客觀法內容呈現的尷尬與無力，憲法社會國原則，應是探索「勞動派遣憲法規範性」的關鍵所在。

事實上，正如Hans F. Zacher或Erich Fechner所形容的：社會國原則本質上就內含自由權的實現與自由權的限制、自由與強制之雙重面向；Josef Isensee更以德國基本法之放棄社會基本權的入憲規範方式，用以說明憲法的一項命定的矛

¹⁰⁰ Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, B 12 Rn. 61; dazu siehe auch Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988, S. 924.

¹⁰¹ 例如BVerfGE 84, 133(146ff.); 85, 226(233ff.); 92, 140(150ff.); 97, 169(175ff.); 99, 202(211ff.)。

¹⁰² BVerfGE 22, 1ff.; 23, 50ff.

¹⁰³ Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd. III/1, S. 924, dazu siehe BVerfGE 66, 116(135).

¹⁰⁴ 例如Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, GS Walter Jellinek, 2 Aufl., München, S. 48f.; Achterberg, Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen, Der Staat 1969, 159ff.

盾：藉由社會國原則，一方面希望要容認社會權力關係的繼續發展 – 這無疑是一自由的民主秩序所必然的解釋 – ，而另一方面卻也企圖以社會既有狀態的維持，特別是已經存續之社會保護的堅持，來達成穩定之效果，而顯然兩者本質上是相衝突的¹⁰⁵。而更加深此問題與矛盾的結構因素是：憲法之社會國原則，並沒有對於所涉及之相關基本權或基本原則之內部關聯、乃至於實現的優先順位，提供任何明確的文字或概念佐證¹⁰⁶。雖然聯邦憲法法院曾在「出版社發行人之新聞自由與基於社會國原則之共同決定衝突」的案子中表示：社會國原則具有較高之位階與規範上之拘束力¹⁰⁷，然而，學理上俱認的，在絕大多數的判決中，聯邦憲法法院並未明確的表示「社會國原則應優先於基本權」的清楚結論，反而是諸如在個案上可以作為「私人行為社會平等考量上的界限」，以之作為「鬆動擁有特殊保障地位之某些基本權」，可以「得以強化其他的社會國之基本權」，亦或作為「公益」的同義詞¹⁰⁸，而得以限制個人的基本權¹⁰⁹。雖然在個案的判決理由中，聯邦憲法法院經常顯得謹慎，不願在抽象的描述上完全肯定社會國原則之優先於一般的主觀基本權，例如在知名的「廣播電視自由與勞動關係存續保障」之案例中，法院便清楚表示：「不得賦予社會國原則一種力量，讓之得以沒有經過立法者具體化的，去直接限制人民廣播電視自由的權利」¹¹⁰。然而，從學理上一般的歸納，事實上，在憲法法院的操作中，社會國原則已能扮演作為干預與介入自由權之功能，已得獨立成為限制基本權的正當性基礎，這也是許多觀察者眼中「憲法基本決定與基本權相互關係」的正確解讀¹¹¹，而憲法法院自己亦在其他有關「個人與群體緊張關係」之判決中，清楚的表明「群體優先於個人自由權」或「個人之群體關聯性」的見解，而此「群體」無異便是社會國原則的另一種表徵¹¹²。

值得一提的是，有另外的理論嘗試，亦企圖從其他面向來理解「社會國原則與基本權之關係」，例如Peter Häberle所主張之「基本權普遍的社會拘束」，他選擇從制度面來理解基本權，也就是一般俗稱之「社會的基本權理解」或「社會的

¹⁰⁵ Isensee, *Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des Grundgesetzes*, Der Staat 1980, 375f.。

¹⁰⁶ Fechner, *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen 1953, S. 10ff.

¹⁰⁷ BVerfGE 53, 283(298)。

¹⁰⁸ 基於公益與社會國原則結合所生之弊病，因此主張應將公益視為所有個人個別利益之總和者，可參見Bleckmann, *Die Entwicklung der Allgemeininteressen aus den Grundrechten der Verfassung – Zur Staatszwecklehre des Grundgesetzes und zur Interessen- struktur des Europäischen Gemeinschaftsrechts und des Völkerrecht*, Saarland 1991, 4ff., 12ff.。

¹⁰⁹ BVerfGE 6, 55(72); 8, 274(329); 18, 121(132); 35, 202(235); 45, 376(387).

¹¹⁰ BVerfGE = DB 1982, 1062ff.轉引自Kittner in: Wassermann(Hrsg.), *AK-GG*, 2 Aufl., Neuwied-Ffm. 1989, Art. 20 Abs. 1-3 IV Rn. 56。

¹¹¹ Wolff, *Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen*, GS Walter Jellinek, 2 Aufl., München 1969, S. 48f.。

¹¹² 學理上將之稱為「基本權的群體保留」； dazu siehe BVerfGE 33, 303(334); 39, 334ff.。

基本權理論」：將社會的基本權正義（*soziale Grundrechtsgerechtigkeit*）變為貫穿所有不同類型之基本權，作為所謂基本權身分理論（*Statuslehre*）的共通基礎，而相當程度將古典的自由權轉變為參與權¹¹³。或是許多學者所主張之「基本權部分的社會拘束」：嘗試從個別基本權的內涵中，導出一定程度的社會保護規定，換言之，從任一基本權中找出相應的「社會國內涵」，將之視為憲法規範性的最低限度，而獲取部分的所謂「社會內容」¹¹⁴；這在勞動法領域中特別常見，例如由基本法第12條的職業自由，導出如勞動關係存續保障與勞工共同決定之「憲法最低保護限度」 - 差別僅在於，它不是從社會國原則而來，而是從個別基本權所內含的「社會內容」、「部分的社會拘束」而來，相對於前述普遍的社會拘束，此說顯然較有值得肯定之處；這在我們的脈絡中尤其重要：不論是從社會國原則，亦或職業自由基本權的客觀法內容，其實都能得出「勞動法領域中勞動者所應享有之最低保護」的結論，可見，對於基本權必須做「符合社會國原則之理解」，進而形成其規範性內容，應該一比較正確的態度。

基於憲法社會國原則的基本決定 - 在我國的主要呈現可能是憲法第15條、《基本國策章》第153條、以及貫穿所有條文其上的憲法原則 - ，勞動法取得了它的正當性：基於勞工的雙重從屬性，勞動法必須干預與限制雇主的基本權，以及，必要時，勞工的基本權。換言之，雇主與勞工形成勞動生活中法律關係的基本行為模式 - 契約自由，用一句德國九十年代以來新興的憲法理論術語來說：基於國家對於人民的《基本權保護義務》（*grundrechtliche Schutzpflichten*）¹¹⁵，就必須加以限制，甚至剝奪人民的權利，不論是雇主的，或必要時：勞工的。如此的憲法要求貫穿下來，就形成 Fritz Fabricius 所說的《勞動法的前理解》（*Vorverständnis des Arbeitsrechts*）：當代的勞動法面貌，最主要的特徵，就是將法政策的價值標準箝入整體法適用中，換言之，「保護勞工作為勞動、社會、經濟生活之弱者」的實質正義觀，亦即一在法釋義學形成之前的、法政策的、特定實質目的的考察方式，已正式被納入法釋義學的體系之中。而這個所謂的實質正義內涵，在法律體系中的呈現，便是憲法的價值秩序，當然，最核心的便是憲

¹¹³ 轉引自 Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, München 1999, S. 146f.。

¹¹⁴ 類似的說法亦見 Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Berlin 1989, S. 58ff.。

¹¹⁵ 這是「國家的基本權保護義務」一個相當重要的論點：基於保障人民基本權的目的，國家有保護之義務，必要時可以違反被保護人之自由意志，例如注射預防針；相關討論參閱 Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1992; Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden 1994, S. 46ff.。在勞動法的討論上，關於勞動法與國家保護義務的關連，可參 Preis, *Perspektiven der Arbeitsrechtswissenschaft*, RdA 1995, 340; Otto, *Zur Interaktion zwischen Bundesverfassungsgericht und Arbeitsgerichtsbarkeit. Erfahrungen und Erwartungen*, FS Wolfgang Zöllner, Bd. II, Köln-Berlin-Bonn-München 1998, S. 897.。

法的社會國原則¹¹⁶。勞動法的這種即便連我國法院都經常以此稱呼之「社會化的私法」，正是憲法社會國原則在勞動生活中的規範性之具體呈現，它所標榜的，即是一個清晰的憲法價值秩序決定：基於結構上劣勢的勞動者之保護，必須限制雇主的指揮監督與支配干預權，更進一步的說，即便這是以勞雇雙方間之「私法自治」、「契約自由」的形式出現，在某個程度內，都必須凌駕其上。換言之，為了作為弱勢者之勞工的真正自由，必須在一定範圍內去限制其自由，「以限制自由之手段獲取真正的自由」，遂成為勞動法領域中非常重要的社會國原則體現結果；在有關於勞動派遣的規範性判斷上，這個看法尤其重要。

對於勞動派遣而言，社會國原則在職業自由基本權—不論是主觀法或客觀法—之上，應該本於其群體關聯與社會正義的公益性，成為貫穿基本權體系的「當然內容」。換言之，必須將職業自由基本權做符合社會國原則內涵之理解與充實，進而判斷勞動派遣的諸多法律關係內容與其現實影響，諸如「無存續保障之由勞工單方承擔雇主市場風險」、「結構性之僱用關係不穩定所引發對勞工職業自由之傷害」、「結構性之勞動條件差別待遇所造成之對勞工平等權的可能侵害」等，如何蒙受不合憲的憲法評價，或許更進一步的回溯（*reziprok*）至包括職業自由在內的主觀基本權內容，方使基本權主觀法內容—基本權客觀法內容—社會國原則之三個憲法規範性次領域，可以得到一致性的評價結果。

在前述聯邦憲法法院有關勞動派遣的判決與裁定中，吾人可看到勞動市場考量的痕跡，所謂「失業論證」（*Arbeitslosigkeitsargument*）、或有言「就業論證」（*Arbeitsplatzargument*）的身影，該等說法是類似的：此無非新自由主義有關失業的最重要詮釋¹¹⁷，只要降低真實工資，增加企業之獲利，便能增加企業之投資行為，投資帶來經濟成長，經濟成長創造新的就業。換言之，新自由主義對於失業的主張，重心已調整至供給經濟政策脈絡下的「以降低工資及勞動條件來解決失業」，目標指涉則是企業的投資行為，換言之，目的在於改善資本的利用條件（*Verwertungsbedingungen des Kapitals*）—學者Richard Saage亦有類似的觀察¹¹⁸—，此顯然與新古典經濟學派之「勞動市場上的供給需求之交換行為」做為主軸不同。攸關勞動派遣，此失業/就業論證法別具重要性：因為要派雇主必須能夠壓低成本，特別是毋須遵守同工同酬義務與解僱保護等拘束，如此才能反過來多給勞動市場機會差的勞動者就業機會；透過這樣的過程，勞動派遣得到了

¹¹⁶ Fabricius, *Arbeitsrecht und juristische Methodenlehre*, Neuwied und Darmstadt 1980, S. 33ff., 46, 49.

¹¹⁷ Jessop, in: Becker/Sablowski/Schumm, *Jenseits der Nationalökonomie? Weltwirtschaft und Nationalstaat zwischen Globalisierung und Regionalisierung*, Hamburg, 1997, S. 52f.

¹¹⁸ Saage, *Arbeiterbewegung, Faschismus, Neokonservatismus*, Ffm. 1987, S. 246.

亦使憲法法院贊同、甚至認為是符合社會國原則要求之合憲性。

限於篇幅，這裡無法再從政治經濟等角度去分析此問題，或讓我們聚焦於公法學方面的論述即可。在1999年的德國公法學者協會年會之中，Joachim Wieland/Christoph Engel/Thomas v. Danwitz三位公法學者，同樣從憲法角度出發，以「勞動市場與國家導引」(Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung)為題，分別提出稍具規模的鑑定報告，除了有關「國家對於勞動市場、充分就業之規範性責任」的憲法釋義學描述外 - 特別是相關的基本權依據(如財產權自由、職業自由)與國家目標決定 - ，亦有針對立法者之鬆動國家勞動管制之措施，提出事實上極為類似的憲法評價。其中Joachim Wieland從憲法的規範性出發，認為問題的關鍵在於「憲法之有效適用與規範力量」，如何圓滿的處理憲法之此結構性問題，Wieland的解答是：憲法必須隨著社會事實而自我調整(Anpassung an Tatsache)，而在勞動市場的問題關聯上，必須承認的是「國家與其憲法必須仰賴勞動市場上之行動者的無力感」，也就是說，既使面對勞動市場上的非功能性，國家機關事實上無法直接介入，而是仍須依賴勞動市場行動者(特別是勞動力需求的一方)的「配合行為」，因此國家行為之重點應在於激勵該等社會行動者採取憲法所期待的行為，例如積極之僱用或消極之不解僱。基於憲法對於經濟秩序的開放性，就市場之國家形成而言，正確的解讀不是必然的國家中立 - 這與經濟憲法秩序之開放性顯然是兩個不同的問題¹¹⁹ - ，而是憲法賦予政治評價較寬廣的空間，由立法者隨時代的不同而自由決定選擇信賴國家或市場機制，這是Wieland對於勞動市場的基本態度¹²⁰。同樣的，Wieland認為社會國原則亦是憲法對於立法者之拘束，在此問題脈絡中，重點在於憲法保障社會的弱者，使個人擁有取得社會認同的事實條件，而其關鍵媒介便是「僱傭勞動」，至於應如何實現社會國原則，Wieland援引標準的說法：「立法者之形成特權」，如果立法者的決定是「信賴市場的自我治癒能力」，例如去除原有社會保護的勞動法規範，則自是符合憲法規範性要求的落實社會國原則。

公法學者Engel並未從憲法規範性的描述開展，而是先跳入對於勞動市場的政治經濟分析，他認為，勞動市場作為勞動力供給與需求的均衡平台，想要發揮作用以達成理想的就業狀態，就必須妥善的運用該市場中的幾項「調整變項」：

¹¹⁹ Wieland在此問題上，特別指出Isensee/Kirchhof認為「既然是國家中立，則必然是選擇信賴市場」之看法有誤，因為「中立」(Neutralität)表示憲法對於選擇手段的中立，換言之，憲法並未完全放棄市場領域中的所有規制權限，亦企圖建立特定的規範性要求，例如社會保護或社會均衡，由此觀點來看，國家亦可選擇不要市場、而自行以政治手段主動形成之； dazu Wieland in: dersl./Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 32。

¹²⁰ Wieland in: dersl./Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 13ff., 27.

勞動力之品質、數量與價格，而當代德國勞動市場的現況是：基於勞動保護的法律介入，整個勞動市場的制度結構呈現「喪失調整能力」的弊病；是以，Engel主張一所謂「去集中化的相對方案」，也就是類似新古典經濟學派所說的重建勞動市場均衡，盡力去除工會的勞動力壟斷¹²¹。值得注意的是，Engel特別提及「外國的競爭壓力」，逼使內國的勞動市場法制必須隨之調整，例如解僱保護、團體協約、失業保險等，這些相關制度都必須通過經濟分析的檢驗，只要被證明有礙於經濟競爭秩序、全球產業競爭或無自我調節能力，就應該透過立法行為加以矯正¹²²。接下來，Engel進行失業者在基本權體系中之定位工作：他的核心主張是，本於以職業自由基本權及其他基本權為基礎的「失業者之利益」，亦為憲法所欲保障的對象，在與其他基本權可能的衝突間，必須以憲法釋義學中的「實踐的相容性」來加以解決。在此勞動關係的鬆動或去除管制、特別是鬆動團體協約強制效力的問題上，「實踐的相容性」之操作結果應該是：失業者之基本權應較優先，理由在於「基本法所面臨的框架條件已然變遷，今天憲法秩序所面對的是商品與資本市場的全球化，內國法秩序與其他國家法秩序的制度競爭」，基於如此之不同環境與條件，「憲法釋義學體系必須隨之調整」，因此「失業者之利益應優先於協約當事人之利益」¹²³。在論述的最後，Engel有一段相當重要的提醒：全球化帶給憲法與聯邦憲法法院一個全新的任務 – 突破對於改革的政治封鎖，法院應善用警告判決的手段，將行政或立法所準備提出之「去集中化的制度改革」，明白的宣示為合憲、且為憲法規範性所要求與期待的，以助該方向下的內國法秩序升級¹²⁴。

最後，在公法年會中一併提出鑑定報告的另一位學者v. Danwitz，亦採取極為類似前兩者的分析進路。v. Danwitz認為，昔日世所稱羨的德國經驗：必要的勞動關係存續保障、社會和諧與個人勞動自由，在當代面臨極大的衝擊，而其根本原因可能出在於：此種內涵已難符合當代的外在框架條件；以解僱保護為例，勞動生活的實況已淪為「越多的解僱保護，則雇主越避免僱用新的勞動力，寧採如延長工時或合理化的措施」，而德國式的差距小之工資結構設計，相較於英國或美國的相反面貌，亦應是勞動市場失衡的主要原因¹²⁵。因此，v. Danwitz建議所謂的「國家導引下的解除管制勞動促進」(*deregulierte Arbeitsförderung durch staatliche Lenkung*)：此一改革的認識前提是，德國昔日之勞動市場管制干預、團體協約當事人的規範制定特權、法院個案上的比例原則要件與過度的社會保護

¹²¹ Engel in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 60.

¹²² Engel in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 62.

¹²³ Engel in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 84f., 87.

¹²⁴ Engel in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 94.

¹²⁵ v. Danwitz in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 101f., 107f.

操作，都已構成改革的障礙，不但未顧及失業者的利益，同時復因強調協約自治而間接壓縮勞動者個人自由權的行使，是以，v. Danwitz援引數則的聯邦憲法法院判決¹²⁶ - ，建議應更加保障勞動者個人的契約自由，令其得以優先於協約自治權。v. Danwitz強調，基於民主法治國的存續，必須改弦易幟，同樣在國家的引導下，去除原有對於勞動市場上的管制，特別是工會的市場壟斷權，以保障失業者之憲法基本權¹²⁷。

從三位公法學者對於勞動市場管制的「憲法評價」，吾人得以清楚的看出，「新自由主義式的政治經濟分析」乃是其論證的真正核心，只有在特定的社會權力關係之解讀基礎上，憲法規範性的解釋才有其依據，「實踐的相容性」之操作才能通向一具體的結果，例如協約自治基本權的退後。值得注意的是，Wieland及Engel均提出「全球化」、「國際市場競爭壓力」等之作為內國憲法秩序的框架環境，Engel更提出新自由主義理論所經常強調的「各國應進行法秩序方面的制度競爭」，可以清晰的觀察到，無論立法者之形成特權、實踐的相容性、社會國原則的內涵等憲法釋義學層次的問題，皆非相關論述的重心，而是作為其適用基礎的「社會事實」。有關失業者之論證亦是另一明證：失業者利益之作為一憲法特殊基本權 - 例如理解為許多基本權的綜合作用 - ，其實是可以肯定的，特別是得以連接至傳統釋義學上對於「工作權」(*Recht auf Arbeit*)之客觀面向的闡釋，成為拘束國家公權力行為的憲法規範性內容；然而，這與直接認定其他特定之基本權（如協約自治、勞工的職業自由）必須退卻，完全是不同層次的論證脈絡，其中間的「連接機制」就毋寧是憲法適用者（如Engel舉出之應運用警告判決手段的憲法法院）的政治經濟分析，絕非立法者之形成特權、比例原則等其他技術工具性質的問題，因為很明顯的，特別是順應v. Danwitz的邏輯，如果新通過之勞動法規範的決定並非「鬆動或解除管制」，而是更進一步限制雇主解僱權的「再管制之勞動促進」，則前述三位學者將不會再度運用「立法形成與評估特權」之理由，肯定此內容之立法行為，此理甚明。依循如此的邏輯，我們可看到，「勞動派遣」必然在該等主張中，找到其正當性與合憲性，進一步透過社會國原則的操作，特別是社會國對於勞動市場所應負之責任，通往「符合國家基本權保護義務要求」的結論。

或許我們應回到原點：究竟「失業」與「就業」這兩組概念，在憲法上有著如何的座落呢？德國聯邦憲法法院很清楚、但也很簡單的表示：基於社會國原則，「解決失業問題」的目標便具有憲法位階（*Verfassungsrang*），是為憲法所保障

¹²⁶ BVerfGE 94, 372(389); 88, 145(159); 85, 248(256); 85, 97(104).

¹²⁷ v. Danwitz in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 131ff.

之公益（*Gemeinwohlbelangen*），並得以使失業者能夠實現其基本法第12條第1項所保障之職業自由權，進而發展其基本法第1條第1項及第2條第1項之人格權，同時得到自我與他人之尊重與尊嚴¹²⁸。至於如何解決失業，立法者是否得以自由選擇採取的手段，憲法法院亦無例外的認為：只要該手段存在著實現的可能性（*Möglichkeit der Zweckerreichung*），那麼「在憲法的意涵上，如此之手段便是適當的，便是合憲的」¹²⁹，換言之，從憲法社會國原則雖然導不出特定內容之勞動法或社會法規範的「憲法期望」，但國家負有「創造一保障其國民享有人性尊嚴之生活的最低條件」之義務，卻是極其確定的¹³⁰。因為 - 憲法法院進一步說明道 - ，「在勞動市場、經濟與社會秩序的領域中，立法者應擁有特別廣泛的評估與預測特權」，是以，「如何在其對於勞動市場、經濟與社會政策之想像與目標的基礎上，兼顧特定專業領域之實體規律，為實現公益之故，選擇採取何種之措施，均是立法者之職權所在」¹³¹。由此描述我們可以看到，「解決失業」在憲法釋義學體系中，顯然是一社會國原則所涵蓋下的重大社會公益 - 所謂作為社會國之前提基礎之「整體經濟均衡」中的「充分就業」（德國基本法第109條第2項）的內涵之一，基於主觀基本權所導向之客觀法秩序的要求，依據國家為遵循社會國原則誠命而實現基本權事實要件之義務 - Ernst Benda稱之為「實現社會形成任務所需之必要要件」¹³² - ，或至少基於基本法該條項的憲法要求，「解決失業」都成為國家行為義務的憲法層次上的目標。

在德國比較少見的直接以失業作為法學論述主題的著作中，我們也看到了類似聯邦憲法法院的定性功夫：Bernhard Weller在1969年，亦即戰後第一次經濟危機與失業潮的時間點中，發表《失業與勞動法》（*Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht*）一書，同樣的以社會國原則為主軸，加上國家推行充分就業政策的憲法要求，以及比較特殊的「社會佔有狀態之保障」 - 意指勞工之就業權益，即Blank/Fangmann所稱「社會國條款下的工作權」¹³³，進而對於雇主解僱自由權之限制 - ，全面開展從「對抗失業之適當且合憲之方式選擇」的面向上，探討職業介紹、解僱保護、工資保護、國家補貼特定產業、社會安全體系等諸問題

¹²⁸ BVerfGE 100, 271(284); 103, 293(307); 較近者亦可見BVerfG, 1 BvR 2283/03 vom 29.12.2004., C II 3 (2) (a); BVerfG, 1 BvL 32/97 vom 3.4.2001., B 3。

¹²⁹ BVerfGE 63, 88(115); 67, 157(175); 84, 133(146); 85, 360(373); 96, 10(23); 103, 293(307); BVerfG, 1 BvR 2283/03 vom 29.12.2004., C II 3 (2) (b); BVerfG, 1 BvL 32/97 vom 3.4.2001., B 3 (b)。

¹³⁰ BVerfGE 5, 85, 198; 22, 204; 82, 80。

¹³¹ BVerfGE 25, 1(17, 19f.); 37, 1(20); 50, 290(338); 51, 193(208); 77, 84(106f.); 87, 363(383); 103, 293(307); BVerfG, 1 BvR 2283/03 vom 29.12.2004., C II 3 (2) (b); BVerfG, 1 BvL 32/97 vom 3.4.2001., B 3 (b)。

¹³² Benda in: Benda/Maihofer/Vogel(Hrsg.), HBVerfR, Bd. 1, S. 788。

¹³³ Blank/Fangmann, Arbeitslosigkeit und Grundgesetz, AuR 1988, 237。

¹³⁴。將近20年後的1988年，亦即另一前所未見之規模的失業浪潮籠罩德國之時刻，Stefan-Friedrich Weismann同樣處理失業問題的著作《就業者與失業者緊張關係中的勞動法》(*Das Arbeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Arbeitsplatzbesitzern und Arbeitslosen*)，則嘗試從冗長的描述就業者與失業者所可能引證的不同憲法基本權利之依據：職業自由、一般行動自由、財產權自由、平等原則、社會合夥人之團體協約規範自由等之中，結合社會國原則的內涵，提出不同勞動法領域之應嘗試協調整合兩類型勞動者利益之主張¹³⁵。同樣的，從這兩本少見的「失業問題」專論出發，吾人碰到與前述聯邦憲法法院類似的疑問：失業問題當然是本於社會國原則所無法容忍的，國家亦確有提出對應措施之行為義務，然而，為何在「尊重立法者評估與形成選擇特權」，以及「重視就業者與失業者之利益調處」的前提下，吾人所經常觀察到的，都只是「立法者的鬆動與解除管制決定合憲」，而「各個勞動法領域應一貫往彈性化、解除管制、非典型勞動之方向發展」的結論呢？是否失業問題在法學領域中的呈現，都只是被論者由此單一向來加以理解，來加之闡述呢？

吾人可以看到，事實上不論在德國或台灣，支持勞動派遣、甚至欲將之「產業化」者，均無疑地點到此勞動市場關聯；簡言之，特別是本於職業自由客觀法內容與社會國原則，國家既有關照勞動市場之保護義務—充分就業、經濟與勞動市場發展均衡等，則「顯然擁有創造就業效果之勞動派遣形式」，至少理應獲得憲法上的正面合憲評價，如果不把它定性為國家積極義務的話。從前述公法學對此問題關聯的論述，再參照德國聯邦憲法法院的闡述，吾人幾乎都可看到如此之軌跡。然而，前面有關勞動派遣之法事實，尤其是關於非典型勞動之負面影響的討論，應給予論者當頭棒喝：法學之論述，不應再或明或暗的建立於一單向而片面的政經社前提，再去繁複的推演自己的論理論證結構，而是應該多根據法事實的判讀，但不是僅做憲法學理上所稱「規範控制範圍內的現實分析」(*Realanalyse im Rahmen der Normenkontrolle*)¹³⁶—只要憲法沒有清楚的明文規定，就很容易把對立法者的控制密度縮減到單純的事實層次，然後在不會減損規範內容的前提下，任意的接受與採信立法者所作的所有決定¹³⁷，而是應該更正面探求法事實基礎，辯證式的重新建構憲法本身的規範性內容。重點不在「國家不應解決失業」、

¹³⁴ Weller, *Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht. Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit unter Einbeziehung der Geschichte des Arbeits- und Sozialrechts*, Stuttgart 1969, S. 150ff.

¹³⁵ Weismann, *Das Arbeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Arbeitsplatzbesitzern und Arbeitslosen*, Würzburg 1988, S. 79ff., 291ff.

¹³⁶ Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG, in: Starck(Hrsg.), *BVerfG und GG*, Bd. I, Tübingen 1976, S. 464f.

¹³⁷ Bryde, *Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG*, in: *FS 50 Jahre BVerfG*, Bd. I, Tübingen 2001, S. 533.

「就業並非憲法社會國原則與職業自由基本權所應關照之保護任務之一」，而是勞動派遣並非合憲的手段，雖然它形式上可能為主觀基本權所涵蓋與正當化，而這正是社會國原則所應該去戳破與面對的。

5. 方法論上之個人主義捍衛下的自由－法律經濟理論與再探權利的主觀化

勞動派遣所面臨的嚴厲挑戰，不能不觀察在新自由主義－從意識型態走向政治實踐－之發展脈絡中，處理「法與經濟」之特別路徑，也就是說，以上所推演之憲法學論證方式，不論主觀法或客觀法，都必須在時代的演變中，迎向新的開展；例如：法律經濟理論。所謂的法律經濟分析理論（*Ökonomische Analyse des Rechts*）¹³⁸，包括可歸類於其範疇下的財產權理論（*Theory of Property Rights*）¹³⁹、效率理論（*Theorie der Effizienz*）¹⁴⁰、利益理論（*Nutzentheorie*）¹⁴¹等。同樣的，此可通稱為法律經濟分析的理論脈絡，一律基於新自由主義共通的所謂「方法論上的個人主義」（*methodologischer Individualismus*），強調以個人之自由權為分析概念的核心，貶抑集體理性或法律上的公益概念，並以此出發而分析法律規範與實踐活動¹⁴²。雖然此理論在發跡開始的美國，主要是作為法律之經濟效果的結果分析與評估之用¹⁴³，但移植至德國之後，極為清楚的，法律經濟分析理論

¹³⁸ 亦有將之稱為法律的政治經濟學（*Politische Ökonomie des Rechts*）或經濟學的法律理論（*wirtschaftswissenschaftliche Rechtstheorie*）者；dazu vgl. Fezer, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach*, JZ 1986, 819; Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz*, Tübingen 1986, S. 105。

¹³⁹ 財產權理論又稱為行動權（*Handlungsrechte*）理論，主要分析的對象是資源利用時的「權限歸屬」，亦即本於權利之支配行為所產生之效益的分配問題。在此理論進路中，財產權並非專指法學意義上的私有所有權，尚包括如國有財產等之集體權利，研究的範圍則係權利行使所帶來之效益、收益的擁有、形式與實體的改變、財產權之移轉等，亦包括保護財產權之行為，然後以經濟效率之分析方法，探索這些財產權相關行為的效果；dazu vgl. Meyer in: Schüller(Hrsg.), *Property rights und ökonomische Theorie*, Münche 1983, S. 1f。

¹⁴⁰ 例如Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen 1995; Kübler, *Effizienz als Rechtsprinzip. Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente*, FS Ernst Steindorff, Berlin-NY 1990, S. 687ff。

¹⁴¹ 法律的利益理論主要由企業管理學所發展之，其主張為：法律不只是秩序或解決衝突之要素，而是與資本、勞動力或土地一樣，亦屬生產要素的一環－或以Helmut Kurt Weber之術語來說：法律亦屬公共財的一種－。因此，法律系統或法律規則的主要目的，應與其他生產要素相同，在於創造利益，而判斷法律系統是否得以「創造整體利益」之標準有三：（1）相較於以前，整體利益增加或至少不變；（2）生存最低值得到同樣的保障；（3）所有商品或服務的客觀交換價值增加，交換成本降低，主觀的滿足感增加或至少不變；相關討論請見Schwintowski, *Verteilungsdefizite durch Recht auf globalisierten Märkten*, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 6(1995), 23f., 26ff。

¹⁴² Behrens, *Die Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts für das Arbeitsrecht*, ZfA 1989, 211, 213, 238; Kübler, FS Ernst Steindorff, S. 689。

¹⁴³ etwa Kübler, FS Ernst Steindorff, S. 696, 703。美國法律經濟分析理論相當重要的一項論點是：作成集體性決定的國家立法機關，事實上是不可能作出符合社會多數人利益的決定，這一套複雜

與新自由主義結合，亦同樣變成一所謂法律的社會理論¹⁴⁴。性質上可以歸類於制度主義（*Institutionalismus*）或制度選擇（*Institutional Choice*）研究進路的法律經濟分析，主要亦是運用經濟學的研究分析方法，主要是資源使用與分配之效率觀點，將其運用在國家與社會的制度之上 - 自然亦包括法律之範疇¹⁴⁵。

法律經濟分析理論的出發點是：基本上，沒有所謂個人價值概念以外的集體價值概念 - 除非該集體價值是個人價值的所有總和 - ，因此亦無個人利益或個人利益總和以外的社會利益，基於此新自由主義相同的理論起點，法律經濟分析理論便主張，所有以法律形式所形成與介入的社會生活領域，皆應運用經濟的標準及原則去分析、解釋與評估。以此理論脈絡的起源，美國經濟學者Ronald H. Coase所謂的Coase定理來說（*Coase-Theorem*），其基本主張是：只要存在著一特定的模型條件，法律就不會對資源的分配產生影響，如此之模型條件包括完全的競爭、私人經濟單位享有充分的資訊、商品秩序只存在第一次分配（*Primärverteilung*）、交易成本不存在；而只要這樣的模型條件未具備 - 顯然，這似乎是現代市場社會的常態 - ，法律就會對資源的分配產生影響，因此便須加以分析¹⁴⁶。建立在Coase定理上的財產權理論¹⁴⁷，焦點則擺在「資源」之上：所謂的財產權就是所有社會上重要的資源總和，作為經濟主體之社會成員之間的社會關係，便應以此財產權、即資源的運用，來加以分析理解，而法律便是市場行為之資源交易所本的規範或制度，換言之：法律就是作為社會資源總和之財產權進行市場交易的基本規範，作用在於排除外來對於市場行為的干擾，或更精準一點的說：將外來的效果內化（*Internalisierung externer Effekte*）。不論法律的經濟分析或財產權理論，皆認為當代的法律規範呈現，只是發生資源利用的不當限制與影響，錯失了法律原本應扮演的功能與目的¹⁴⁸。

在法律經濟分析理論與財產權理論開始發展之後，其對於法律的描述越趨複雜，相當程度已脫離美國早期的發展，特別是它移植至德國後，結合德國式特有

的接近數學式的描述方法，即是所謂的「公共選擇理論」（public choice theory），其基本命題則為「立法機關造成之市場失靈」（Marktversagen durch Parlament）；dazu siehe Kirsch, *Neue Politische Ökonomie*, 5 Aufl., Stuttgart 2004, S. 10f.。

¹⁴⁴ Behrens, *ZfA* 1989, 238; Fezer, *JZ* 1986, 819.

¹⁴⁵ 制度主義區別四類分配資源的社會機制：（1）由個人以價格為中介所進行之交換過程；（2）以命令規定個人必須為一定決定之官僚程序；（3）透過選舉與投票，提供個人不同選項以為決定之政治決定機制；（4）由個人組成團體，進行團體之間的協商；dazu siehe Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3 Aufl., Heidelberg 2000, S. 4f.。

¹⁴⁶ Coase, *Journal of Law and Economics* 3(1960), 1ff.

¹⁴⁷ 同樣脈絡在美國的學術發展上，亦有稱為資源權（Resource Rights）、行動權（Rights of Action）理論者；dazu siehe Fezer, *JZ* 1986, 820.。

¹⁴⁸ Fezer, *JZ* 1986, 820f.

的「秩序」思考，已不能單以「法律規範所產生之經濟效果評估」來加以片面的理解。這是可以想像的：因為在理論最早催生的美國，其關注的法律素材都是法院的判決，在德國，則法律環境與條件皆大不相同，是以在運用於法學理論中的闡釋，便會有極為不同的面貌，例如針對立法行為，或甚至主張將經濟效率納入憲法的整體秩序思維體系之中¹⁴⁹。例如Horst Eidenmüller便認為，經濟效率是一集體性的公共財 - 相較於新自由主義理論的標準說法，此立論極為特殊 - ，基於德國基本法對於經濟憲法及經濟秩序所宣稱的中立性，立法者便無制定符合經濟效率要求之法律的義務，在憲法法院的規範控制上，也僅能有個別基本權（例如個人自由權、比例原則）的問題，而不能以效率作為檢驗的憲法規範性標準。Eidenmüller主張將經濟效率視為法律原則，可以透過法律保留原則之運用而限制個人基本權之行使。這是在法律經濟分析理論脈絡中，在德國較為重要的一種主張，不再將視野侷限於個別法律的經濟效果評估上，而企圖植入整體法釋義學體系之中。

綜合來看，德國的法律經濟理論大致有下列的主要主張¹⁵⁰：

- (1) 法律規範的任務應在於導引人類的行為，使之在不同的行為選項中，決定採取將產生最有效運用有限資源結果的行為，對所有人均屬有利，而其最核心之原則即為「獲利的極大化」（所謂的理性原則*Rationalprinzip*）；
- (2) 人們所要追求的最大獲利，只可能是個人的獲利；
- (3) 資源分配的最適結果（*Optimum*），應是整體社會的富足，主要即為分配效率。只要是個人間自由協商的改變財產權狀態，本身就是效率；
- (4) 交易成本的產生，將有礙於有效率的交易行為。交易行為若無效率，將產生外部效果，使資源的分配最後淪為無效率；
- (5) 只要交易成本發生有礙進行有效率之交易的情形，法律便應介入，在衡量成本與效益之後，適當的分配風險，以創造有效率之資源分配的結果。法律進行的方式是：將經濟的訴求與主張，納入法律規範之中，例如透過立法、法律中概括條款的解釋、法院運用其解釋空間等；
- (6) 如果法律選擇的是不符合效率目標的選項，則必須藉由其他的福利目標正當化，例如分配正義；
- (7) 市場交易只能以私有財為對象。公共財需要其他的社會決定機制與程序，同時必須透過法律加以制度化。

由此法律經濟分析理論之主張，吾人可以清楚的看到一點：與標準的新自由

¹⁴⁹ Dazu siehe Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 443ff., 449.

¹⁵⁰ Zusammenfassend siehe Behrens, ZfA 1989, 211ff.; Fezer, JZ 1986, 819ff.

主義稍有不同的是，此理論脈絡並未完全否定「社會的觀點」 - Friedrich Kübler 所言¹⁵¹。因為經濟效率（資源分配效率）與社會正義既然有可能衝突對立，則在抽象的分析層次上，法律經濟分析理論便某種程度的與新自由主義有所差別：對後者而言，社會正義的概念是不存在的，除非它等同於個人經濟利益的總和。主張法律經濟分析的德國法學者Kübler，於其所主張之「效率作為法律原則」論述中¹⁵²，一再的強調這一點：法律的經濟分析並不完全否定私法的實質化，亦即外來引進私法內之特定的目的規範，雖然這些外來規範與理性是必須時時加以檢驗的，如同對於科技發展的評估，Kübler以為：基於科技發展與社會關係的複雜化，使得法律強制規範（法律化）亦越趨繁複，但只要「它在經濟上是有意義的」，則便不至於與法律經濟學有所牴觸，因為法律經濟分析本身的思維便不可能違背或威脅社會或政治秩序的道德基礎¹⁵³。Kübler的說法不無疑問，因為只要基於社會正義或集體理性等之外來價值，所建立之法律化或法律規範，符合經濟效率的要求，則與在理論的出發點上否定市場競爭秩序之外來價值的侵入，雖然本質不同，但就結果分析面來看卻是無分軒輊的。當然，焦點同樣會回到「經濟效率」的判定本身，就如同Kübler自己的舉例：勞動者享有之個人公法上的勞動保護、團體協約之協約自治機制、勞工共同決定制度等，並不有違於經濟效率或落後於經濟效率之目標之後¹⁵⁴，同樣的問題卻在其他的自由主義理論中被認為當然有害於市場競爭秩序¹⁵⁵，則問題存在於「效率」的定義與理解，此恐怕不是抽象理論層次，而可能是實際經濟效果的不同評估問題¹⁵⁶。不論如何，可以肯定的是，法律經濟分析理論到了德國，已經相當程度的融入整體德國式的法律思維，並不完全否定整體法秩序所擔負的公共集體性任務 - 既使連佛萊堡學派的秩序自由主義（*Ordoliberalismus*）亦未完全的否認 - ，對於秩序與市場、法律與經濟理性效率等，已經朝往用一比較複雜的向度去觀察。這些討論對於勞動派遣的思辨，相當具有啟發：在法律經濟分析的脈絡下，勞動派遣經常被視為一得以帶來效率的經濟活動形式，但卻不能理解為一純粹的個人自由權之行使，而是仍然必須嵌入「經濟與社會秩序」之中，這是德國法律經濟分析論比較明顯的不同。

¹⁵¹ Kübler, FS Ernst Steindorff, S. 698f.

¹⁵² Kübler, FS Ernst Steindorff, S. 692ff.

¹⁵³ FS Ernst Steindorff, S. 698ff., 701f.

¹⁵⁴ FS Ernst Steindorff, S. 698.

¹⁵⁵ Statt vieler Schwintowski, Staatswissenschaften und Staatspraxis 6(1995), 33.

¹⁵⁶ 例如一份許多著名經濟學者、法學者所共同提出對於共同決定的評估報告，便認為共同決定制度對於德國經濟是有正面貢獻的； dazu siehe Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung, Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen. Bilanz und Perspektiven, Gütersloh-Düsseldorf 1998, S. 80ff.。

不論如何，至少在法律經濟分析的向度中，「個人自由權」，即便有客觀之「秩序」思維，仍然是主角，是以著眼於勞動派遣，這種相間於自由與平等、主觀自由權與客觀法秩序的緊張與衝突，似乎永遠難解。面對對於當代勞動生活有重大負面影響的勞動派遣，運用諸如職業自由與平等權之主觀權利，不論是其內容的找尋、第三人關聯、限制/界限、衝突與競合等，為何難以獲致較有意義之回答，而可能必須回到客觀法面向，不論是基本權的客觀法內容或如社會國原則般之憲法基本決定？就算看到法律經濟分析的視野，似乎也不應擺脫「秩序」的束縛？或許，這樣的進路選擇不是偶然。其實早在1970年代，學界即已提出諸多對於主觀基本權的質疑與批評，就像之前基本權客觀法內容引起的爭論一樣。例如公法學者Ulrich K. Preuß就有很精準的觀察，氏認市民法社會存在一先天的弔詭：整個法秩序都傾向於以「我的主觀權利」在描述著，透過如此的主觀權利結構，主宰著社會資源利益的分配，例如Carl Schmitt的名言：基本權就是一特定的分配原則¹⁵⁷；個人的自由權以「權力權限」（*Machtbefugnis*）的形式，建構社會關係，然而整個法卻是在規範個人相互間的社會與生活關係，如此的描述方式無異是採取「相互排除與區隔」的方法，又相互關聯又相互排拒，結果就是將社會的生活財，轉換為「排他的、可處分的、可轉讓的主觀權利」，以便在各該脈絡下得以具體化個人的利益¹⁵⁸。Preuß繼續分析道，這種透過主觀權利的結構而將「主體內部化」（*Internalisierung des Subjekts*）之影響，就是變成一完全以權利交易作為結構的社會，進而喪失得以發揮整合功能的社會關聯，無從實踐社會正義，因此他主張一「以人性尊嚴為核心的價值秩序」，作為政治統治的形式，決定社會資源的分配與分享，形成自己的社會正義規則¹⁵⁹。

Niklas Luhmann的系統論也在述說著同樣的問題：法的主觀化（*Subjektivierung des Rechts*），由主觀權利的理念所催生，以致使「法作為倫理道德上善的行為之規範」本質，變為「對物所得主張之規範性請求權」，成為個人參與社會的方式，結果便形成「社會納入之弔詭結構」（*paradoxe Struktur der sozialen Inklusion*）：個人成為對立於各功能系統的脫節主體，透過主觀權利的主張，個人得要求納入，但卻無法在該系統中找出該權利之理由與座落¹⁶⁰。Luhmann進一步分析，因為權利與法的主觀化，使得法之概念不再追溯至「公平的回溯性」（*gerechte Reziprozität*），而是能力、形成力量，吾人將只聽聞

¹⁵⁷ Schmitt, *Verfassungslehre*, 4 Aufl., Berlin 1965, S. 126.

¹⁵⁸ Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Ffm. 1979, S. 11ff., 17.

¹⁵⁹ Ebenda, S. 282, 294f.

¹⁶⁰ Luhmann, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, Ffm. 1981, S. 45ff.; dazu auch Menke, *Subjektive Rechte. Zur Paradox der Form*, in: Bedorf/Röttgers(Hrsg.), *Das Politische und die Politik*, Ffm. 2010, S. 167f.

「擁有請求權」、「得以主張」等名詞，權利與義務將呈現失衡，前者獨大、後者式微而模糊，相互的追溯關係扭曲，進而逐漸脫離人們所接受之正義理念與社會座落¹⁶¹；更深沈的關鍵在於，個人的權利，雖歸屬之，但個人失去了作為權利的理由，原本應該是自主的自由，以作為主觀權利之理由，結果演變為「擁有主觀權利的自由成為之所以擁有的理由」，最壞的呈現，就是主觀權利的擁有者，不是本於自主的自由，而是植基於個人的恣意：主觀權利之權利者，淪為行使私人恣意自由之個人¹⁶²。

個人以為，如此之反省，之於勞動派遣，實具有其意義：在主觀權利的建構基礎上，特別是派遣雇主包含營業自由在內的職業自由，連派遣勞工都在「不然在勞動市場上將找不到就業勞動」之基礎上，欣然地享有其選擇與行使職業之自由，無疑正好落入前述Preuß與Luhmann所描述的困境：過度強調權利的主觀化，帶來的結果便是社會正義的毀壞，社會整合功能的淪喪。憲法基本權的主觀與客觀法，乃至於憲法基本決定之制約與貫穿，拉到整體「自由與秩序」體系下觀察，社會正義既不會根源於單純的自由權行使，那種Friedrich von Hayek式的「隨機的秩序」（*spontane Ordnung*）、「發展與選擇」（*Entwicklung und Selektion*）¹⁶³，但也顯然不是一純粹的、甚至是父權家長主義式的「決定」。法學領域的探討社會正義，至少以本文處理的勞動派遣為例，思考上毋寧存在著一定的困局，需要假借他求。

6. 不同思考路徑：社會權力關係角度下的社會正義內涵—幾個理論的嘗試

我們可以從幾個不同的可能路徑，來迎戰如此之困局，首先，例如憲法社會國原則的不同理解：一種對於社會國原則有趣的理論嘗試，在我們探討勞動派遣的脈絡下別具意義，亦即企圖將社會國原則理解為「改變社會權力關係的媒介」，或說提供一社會行動的機會框架（*Rahmen für Chancen*）。雖非最為知名、但理論建構上確屬較為完整者，乃Hans-Hermann Hartwich，他的理論出發點是「社會國與社會現狀」：Hartwich主張，社會國原則的核心問題在於「經濟佔有利益與社會特權的分配」，換言之，國家對於社會與經濟的發展過程所須負的責任，必須藉由社會國原則而同時掌握並控制工業社會中所既存之從屬依賴關係，然後基於某些理由 – 例如社會整合、統治的正當性、經濟發展所須之社會和平基礎

¹⁶¹ Luhmann, ebenda, S. 54; Menke, ebenda, S. 170f.

¹⁶² Luhmann, ebenda, S. 56, 60f.; Menke, ebenda, S. 172f.

¹⁶³ v. Hayek, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 3, S. 232.

等 - ，對此作一定程度的介入、干預與形成，這便是社會國的形式外觀¹⁶⁴。Hartwich以為，德國基本法在此問題關聯中，提供了兩種發展的可能性：(1) 在社會現存之經濟佔有與身分關係下，對於社會的所有次領域，皆進行社會政策的修正與均衡不同利益的干預介入；(2) 另一種選擇，則是藉由民主國家所容許的合法手段，亦即行使憲法所保障之基本權，去改變原有的佔有與身分關係，促成社會的變遷，這也就是Hartwich所說的「社會現狀的改變」(*Veränderung des gesellschaftlichen status quo*)¹⁶⁵。

在如此的理解下，Hartwich嘗試建構他的社會國理論。首先，他反對將社會國原則解釋為「完全之個人自由的群體拘束」，亦即將個人視為社會與經濟宰制關係下的個體，有著無數的拘束與從屬關係束縛，然後只是在維繫與鞏固如此之結構下，去片斷或枝節的改善個人在不同社會領域中的處境，例如勞動者的社會保護¹⁶⁶。他以德國社會政策的歷史發展為例，說明在如前的基本思維的主導下，勞動者被相當程度的整合入社會體系之中，而原有之佔有與特權關係繼續維持而鞏固，是以雖然中產階級與勞動者處境與財產關係獲得相當的改善，然而財產權的利用繼續維持自由放任，除了特定的所謂核心法益之外 - 例如身體、健康、自由、道德、第三人的財產權 - ，其他便無任何之「社會拘束關係」的存在，所謂的「公益拘束」，就其核心的關鍵秩序而言，基本上是沾不上邊的，這便是當代德國社會國原則的實際面貌：改善社會弱勢者身處的環境與條件，但並未動搖整個社會的宰制與從屬關係¹⁶⁷。

對於急切的社會改革者而言，Hartwich認為，憲法的社會國原則其實提供一個特別的契機；但無疑的，基於社會國同時保障人民自由權與機會平等、追求改變社會權力關係的可能性，事實上是可以用來更進步的改造社會。Hartwich批評主流公法學對於社會國原則的闡釋，認為過於侷限所謂的客觀解釋方法：社會國的內涵，就是「藉由立法行為而實現與彰顯的客觀意志，概念、目的與價值體系」，而聯邦憲法法院雖然更細緻得多，除基本的客觀解釋方法外，復加上如歷史發展角度的、體系與目的之解釋論，以所謂的「方法多元主義」來具體形成社會國之內涵，然而 - Hartwich認為 - ，這仍然沒有擺脫將社會國取決於立法者意志的

¹⁶⁴ Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, Köln-Opladen 1970, S. 11.

¹⁶⁵ Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, S. 12f.

¹⁶⁶ Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, S. 13.

¹⁶⁷ Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, S. 259f.。Hartwich舉德國之營業秩序為例，探索營業領域內之營業自由與勞動者職業自由的關係，發現「個人權利的傾向」是極其清楚的，例如勞動者勞動與經濟條件的改善與保障，但是整個營業秩序中並無「社會拘束原則」的存在，也就是說，在核心領域的企業需求或經營利益上，社會國原則所標榜的「社會拘束」基本上是毫無作用空間的；siehe Hartwich, ebenda, S. 263。

弊病，不論方法論上亦或抽象理論上¹⁶⁸；綜合來看，主流公法學的社會國理解，正是阻斷社會國原則發揮其改變社會現狀之內含契機的原因¹⁶⁹。以研究防衛性民主而知名的Martin Kutscha，亦抱持類似的見解，認為法學上對於社會國的詮釋，多聯繫在具體之社會統治關係的結構上，並在此結構中去理解何謂「自由」：不得影響結構本身的自由權¹⁷⁰；是以Kutscha亦主張，利用社會國原則形式及某個程度之實質上所隱含之開放性，將之理解為「特定社會勢力進行社會形成之干預行為的依據」，對其可能形成之不同的未來社會秩序，保持開放而中立之態度，例如勞動者之援引社會國原則，主張勞工共同決定之制度，然後朝改變資本控制權力獨大、企業主宰生產過程之結構關係的方向努力，Kutscha認為，這才是憲法秩序所意圖藉由社會國原則而達成的規範性目標¹⁷¹。

主張以「改變既有之社會權力關係之機會」的觀點來解釋社會國原則，確實有其理論上的意義，即便從傳統的數個基本權理論的派別來看，其實亦不乏前例，例如自由的或社會的基本權理解，則可以影響在個別基本權之解釋或特別是不同基本權之衝突時，能夠作多偏向「私人自由行使權利的」或「有助於社會公平正義實現的」詮釋，是以有其獨特的意義。然而，也與不同的基本權理論進路相似的，既使主張運用社會國原則所提供之改變既有社會權力關係的機會，本質上亦同樣不會影響既定的某些主觀基本權之行使或限制範圍，它不致於產生任何「劃定」或「確定」的效果，也就是說，如此之理論進路雖有其相當意義，但因仍無法超越主觀基本權所設定之體系框架，所以事實上的影響是極其有限的。然而，往好的方向想，既然該解釋進路不致有過大的變動基本權體系之效果，不會造成整個憲法適用上的極度不穩定，因此應是體系所可以接受與容忍的，只要搭配不同的時代與現實條件，如果「改變社會權力關係」是一項重要的憲法規範性目標，或說：至少是開放的規範性所可以接受與容忍的，那麼在社會國原則與基本權之相互關係的考察時，或許便得以較為大膽的運用類似之傾向。「社會權力關係」本身不是一價值或立場中立的敘述，而是帶有清楚的「權力關係狀態的原始解讀」：換言之，亦即承認勞動者的不均衡，勞動者的從屬性與社會保護需求，因此，操

¹⁶⁸ 例如在方法論的層次上，Hartwich承接基本法制定當時有關憲法經濟秩序的討論，認為基本法制憲者是採取開放的態度，容任社會不同力量的自由對抗與形成 – 當然，必須在憲法自由與民主的框架下 – 。而理論上應包含經濟秩序在內的社會國原則，就是立憲者放置於憲法規範內的切入點：中立、自由形成、開放。

¹⁶⁹ Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, S. 276f.

¹⁷⁰ Kutscha舉Roman Herzog為例，Herzog將社會國原則解釋為：國家應積極的繼續發展經濟，以改善經濟之存續基礎；依Kutscha之見，這便是公法學習慣將「經濟理解為社會保障的必要中介與核心」的例子，而未觀照到社會體制改革的部分；dazu Kutscha, Vom zeitgemäßen Sozialstaatsverständnis, KJ 1982, 387; Herzog, Allgemeine Staatslehre, Ffm. 1971, S. 394f.。

¹⁷¹ Kutscha, Sozialstaatsverheißung, S. 131f.

作社會國原則所欲達成的，不是放任式的容讓社會行動者之自由形成，令其自由改變任何之前的權力狀態，而是站在一對於結構中居於劣勢的勞動者，提供其往對己方更為有力之方向去改變與社會對手之關係，此方為對社會國原則之正解：這裡的改變權力關係，並非等同於極端之社會個人化發展下的個人完全自主 - 這將無異於新自由主義所標榜的個人自由 - ，而是主張一脈絡清晰、強調普遍層次與特定價值取向的解釋進路：由於勞動者居於結構上之不平等關係，因此運用社會國原則，以勞動關係當事人之集體性的自主形成，作為使勞動者得以某種程度的脫離立法行為之強制拘束，得以社會行動來企圖改變原先的權力關係狀態，而且是對其更為有利的狀態，則應是社會國原則之社會公平正義內涵所樂觀其成的。

勞動派遣之問題關聯，在此或可得到一新的啟發：普遍來說，由於勞動派遣對於勞動者而言極為不利，因此在基本權主觀面向 - 例如職業自由基本權的操作上，便應有不同於傳統主觀法之理解，換言之，「自由非真正的自由」，在運用社會國原則的工作上，更須著眼於「勞動派遣惡化勞動社會原有宰制性權力關係」之本質與現象，此非典型勞動所創造之新「勞工問題族群」中，帶來之不利影響最為顯著之僱用形式，非但未創造真正的就業效果，反而使必須透過一定的制度框架與行動模式建立之「勞資社會勢力的均衡」，變得更加遙遠與不可能，此應是社會國原則在此之嶄新切入點與意識，所能夠提供吾人最大的啟發，進而對勞動派遣做最適切的規範性評價，如果不是違憲、不合乎憲法期待的話。

除了憲法社會國原則之外，直指「勞動派遣所蘊含的社會權力關係」，不論靜態或動態，應可以從其他的社會科學理論，得到一些線索與啟發，足以供法學領域探討社會正義之實現問題時運用，以下是幾個嘗試。首先是Rainer Forst的«合理化的權利»：著眼於世界與特殊公民主義者之爭¹⁷²，德國學者Rainer Forst主張所謂跨國正義的批判理論(*kritische Theorie transnationaler Gerechtigkeit*)，¹⁷³，Forst以為，以全球化所產生之諸如全球資源分配與貧富差距為例，問題之重點並非在於特定資源對於某人/團體之分配或不分配，而是在於決定該分配結果的政治經濟權力關係所形成之基本結構¹⁷⁴，當然，既然說到這裡，Forst就不能逃避政治民主之問題，因此，他進一步主張，「分配正義與政治正義必須秉持相同

¹⁷² Broszies/Hahn(Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Ffm. 2010。中文部分可參見：林佳和，全球正義與東亞儒家文化？政治哲學世界公民主義(Kosmopolitismus)與特殊公民主義(Partikularismus)之爭下的人權圖像落差，第八屆東亞法哲學研討會：後繼受時代的東亞法文化，2012年3月17-18日。

¹⁷³ Siehe Forst, *Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit*, in: ebenda, S. 439ff.

¹⁷⁴ Ebenda, S. 451.

之規範性思考」¹⁷⁵，這極容易理解：如果他不承認這一點，而贊同政治正義可不相同，則自然有極大的風險必須接受諸如「政治不民主所產生之分配不均的結果」，則無疑間接肯定宰制性權力關係的正當性，那就毫無批判性可言，即便著眼於全球化政治經濟秩序。

在此理論爬梳下，Forst有以下四點核心主張¹⁷⁶：

- 吾人必須深究現存社會關係的歷史發展緣由，特別是彰顯其不平等與權力之失衡關係，做精準之分析；
- 應運用所謂回溯-普遍之合理化 (*reziprok-allgemeine Rechtfertigung*) 方法，直接檢驗並指明正義與不正義之社會關係，亦即批判那些錯誤的合理化手段，那些掩藏社會矛盾與權力關係之錯誤合理化；
- Forst所提出之該回溯-普遍之合理化方法，進一步證立其必要性與可能性，簡言之，重點在於「合理化為正義的，必須是經得起回溯性檢驗，同時存在普遍性」。所謂的回溯性 (*Reziprozität*) 是指：沒有一個人能自我主張特定的權利或特權，卻同時有理由拒絕他人同樣享有，同時，各該權利的描述、論證與評價，不能單方為之。而所謂的普遍性 (*Allgemeinheit*) 則是說，所有可能的當事人，都擁有相同的權利，取得並要求其合理化結果。這一項Forst稱之為所謂「要求合理化之權利」 (*Recht auf Rechtfertigung, Right for Justification*)，必須不但能抽象而假設的操作，同時必須在真實的具體情狀下，同樣經得起檢驗，其結果，「只有當事人能自己創造其自身基本結構的正當性，不能假求第三人」；
- 最後，在實際操作面上，Forst認為應以實現合理之社會關係為目標，因為首先應創造合理化工作的實踐機會，前者之目標應屬追求最大之正義，後者之方法則為先努力實踐最小之正義。

我們可以看到，Forst理論之重心，顯然在於所謂兩個層次的回溯性。首先是內容的回溯性 (*Reziprozität der Inhalte*)：對於自己所提出與主張的權利，不得阻止他人同時享有，其次則是理由的回溯性 (*Reziprozität der Gründe*)，任何人不得將自己之價值觀與利益強加他人之上，即便援引所謂「更高的真理」 (*höhere Wahrheiten*)，亦不能施予其他無此認識與同意之人。也就是說，特定之有關容忍與自由的規範，要尋求其正當性基礎與理由，則絕對少不了所涉關係

¹⁷⁵ Forst如此之討論可參見有著論述上緊密關聯的Seyla Benhabib, *Gibt es ein Menschenrecht auf Demokratie? Jenseits von Interventionspolitik und Gleichgültigkeit*, in: Broszies/Hahn, a.a.O., S. 404ff.。

¹⁷⁶ Forst, *Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit*, S. 452f.

人原則上的同意，亦即所謂「正義在言談上之善」(*diskursive Tugend der Gerechtigkeit*)¹⁷⁷。為防誤解，Forst進一步說明，他所在意的，並非最後的利如財貨分配結果，即便是個人之間的不同分配秩序，而是在於「不同主體間的關係與結構」(*intersubjektive Verhältnisse und Strukturen*)，只有如此，才能篩檢出社會關係得否合理化(*Rechtfertigbarkeit sozialer Verhältnisse*)，乃至於政治關聯中的「合理化權力之分配」(*Verteilung von Rechtfertigungsmacht*)¹⁷⁸。個人以為，Forst之主張是一可資思考的方向：不流於諸如「世界共和國」之夢想與西方人權觀殖民所帶來之衝擊¹⁷⁹，也不能自陷於各自內國社會權力宰制關係所建立之非道德秩序，而是站在民主權利、自主決定、溝通言說的三個基點上，從分析現存權力關係出發，以辯證式的考察內國與全球之正義秩序，進而避免前述有關世界與特殊公民主義之爭所留下之兩項迷障，兼具理論與實踐之雙重暨辯證考察，頗值參酌。即便聚焦於勞動派遣，如此之思考進路仍深具價值，因為，無論在抽象層次上企圖探討正義所處之場域空間，不管是內國-區域-國際-全球之何一層級，抑或具體的直視特定而具體之問題脈絡，回答是否合理、是否符合正義，都無可避免地必須剖析其背後真正的宰制力量與權力關係；如果特定脈絡下與特定空間基礎上之「何謂正義」，是無從客觀而準確的證立其實體內涵，那麼運用Forst之回溯-普遍之合理化方法，完整關照到「結構性的、結構與行動辨證影響的權力關係」之雙重面向，方能較為細膩而準確地回答正義與否之提問，不論內國社會，亦不分全球正義場域與空間。在此，勞動派遣在此所蘊含之「勞方結構上的利益劣勢」，相對於雇主單向之資本利用利益，已得聯繫至一結構與行動上偏頗的權力關係，在這個權力的分析上(*Analyse der Macht*) - a lá Forst：找出好的與壞的合理化嘗試與說理，分析其發生緣起與複雜的作用方式，更重要的，定位出在言說場域上的準確落點、社會結構中的視野與坐落¹⁸⁰，就此，勞動派遣同樣可放入此合理化與否的判斷中，抓出其社會結構中的權力意涵，再者，相較於其他勞動者而言，勞動派遣之法律關係更帶來Forst所稱普遍與回溯上的困難，應有難以通過正義檢驗之嫌疑。

另一或可參酌的觀察切入，是德國政治哲學家Axel Honneth所提出之「承認關係」(*Anerkennungsverhältnis*)。Honneth依循黑格爾法哲學之啟發而主張：只有透過直接的社會分析，才能找出社會正義的原則，亦言之，在當代的自由民

¹⁷⁷ Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Ffm. 2007, S. 220.

¹⁷⁸ Forst, *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*, Ffm. 2011, S. 32.

¹⁷⁹ 一個蠻好的簡單討論亦可見Habermas, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance? Politisch verfasste Weltgesellschaft vs. Weltrepublik*, in: Broszies/Hahn, a.a.O., S. 373ff.。

¹⁸⁰ Forst, *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse*, S. 22, 24.

主社會中，唯有藉由特定脈絡下個人自由的定位與座落，所謂「帶來正當性的自由承諾」(*legitimationswirksames Freiheitsversprechen*)，才能進行規範性的重組工作，找尋出正確的社會正義，例如人權，其內涵與標準¹⁸¹。Honneth批評道，主流對於社會正義與人權內涵的建構，多半只是詮釋學式的不斷連結至既有之制度架構或多數接受的道德確信，但卻沒有在具體的社會實踐脈絡中，根本的去證立這些內容本身的理性或正當，是以，正義應該直指某些能夠作為社會再生產條件所需之價值或理想，而個人對此都能擁有規範上的權利主張-就像康德所說的法權要求 (*Rechtsforderungen*)，方屬找尋正義、乃至人權意涵的適切路徑¹⁸²。

Honneth進一步提出所謂「承認關係」之概念：在資本主義的經濟體制中，社會的勞動 (*gesellschaftliche Arbeit*)，應做為社會的自由之表徵，帶來個人的自我價值，其關鍵就在於整體社會脈絡下的相互承認，亦即相互肯定彼此之尊嚴與市民自由¹⁸³。當然，即便連黑格爾在其所處時代，都得以清楚的看出，如果沒有正確而適切的國家調控，要不就因勞動的貧困化而滋生暴民，不然就會因生產力的提高與勞動之機械化，使得勞動者長期而言喪失其受承認之價值，Honneth以為，黑格爾之預言不啻於當代完全的實現¹⁸⁴。換言之，這是個勞動領域中「承認關係」受到嚴重威脅的時代，如果加上勞動市場的之分裂區隔化 (*Segmentierung*)，所謂社會階層轉變過程 (*gesellschaftliche Umschichtungsprozesse*)，將使邊緣的僱傭勞動者更形邊緣化，更使得此承認關係如緣木求魚¹⁸⁵。這無疑是觀察派遣勞工處境的寫照：隨著制度上的特定歧視，一種結構性的勞動市場區隔，凍結社會階層的轉變，雙重的邊緣化發展。這種承認關係的喪失，作為社會權力關係的分析基礎，正好就是社會不正義的證據，Honneth的分析方法提供一個值得參酌的借鏡。

另一個理論上的嘗試，試圖溶解出资本主義體系下所謂社會正義的內涵，偏向政治經濟學的解讀，可以管制理論 (*Regulationsschule*) 為例。管制理論的一個相當重要的環節，在於所謂的「霸權」(*Hegemonie*) 或「霸權關係的形成」(*Resultat hegemonialer Verhältnisse*)，也就是試圖澄清一個基本問題：為什麼在社會或在政治的層次上，社會的成員願意實現或制定某些管制的內容出來，以保障資本的再生產？為什麼在一社會內部的力的關係的結構中，會達成像今天社會國或福利國一般的所謂階級妥協面貌，實現某些對勞動者或弱勢者的保障，制

¹⁸¹ Honneth, *Das Recht der Freiheit*, Ffm. 2011, S. 9f.

¹⁸² Honneth, *ebenda*, S. 16, 20.

¹⁸³ Honneth, *Ebenda*, S. 410f.

¹⁸⁴ *Ebenda*.

¹⁸⁵ Honneth, *Das Recht der Freiheit*, S. 451, 453.

定出某些社會安全制度－例如所謂社會的市場經濟 (*soziale Marktwirtschaft*)¹⁸⁶？關鍵就在於必須具備一定的、處理資本主義矛盾的霸權形式，在二次大戰後的西方社會福利國家，各國民國家的政府扮演著相當重要的霸權主導力量，國家與政府並不等於霸權，但它卻是塑造一個霸權形式的最主要、而且最有效的執行者(教育、社會化、意識型態企業等)¹⁸⁷，也就是這一個霸權的力量作為主導的管制主體，隨著各該歷史條件的不同，不斷的處理不同時代的威脅、不斷的轉型、不斷的找到一個新的妥協與管制方式，如此一來，符合時宜的管制的形成、資本的穩定積累才有可能¹⁸⁸。必須特別強調的是，由於在整個管制理論的理論結構中，對於資本主義僱傭勞動關係的管制(也就是為了「資本積累」而對「勞動」所做的管制)，是為管制的核心，亦即Robert Boyer所言之：階級衝突、階級衝突的分析、階級衝突的制度性處理就是管制理論的核心，因此相應的，在處理管制及其背後衝突之所謂霸權形式中，也以「階級霸權」(*Klassenhegemonie*)為其首要，亦即以階級之妥協、和平相處、社會整合，為社會衝突階級之所以接受管制、共同為資本積累而努力的因素，而以符合時宜的、因應時代背景之不同而變換其內容之階級霸權的存在與發揮作用，作為達成階級妥協的前提條件¹⁸⁹。

Michel Aglietta說的最為精準：所謂的管制方式，就是去牽制資本積累所產生所有壞的東西之總和，以便讓國家內的社會結構與支撐不致崩解¹⁹⁰。但管制的出現，資本積累模式的調整與形塑，都需要霸權的計畫(*hegemoniale Projekte*)，如同葛蘭西 (*Antonio Gramsci*) 所稱的「消極的革命」(*passive Revolution*)：在一顯然不穩定的階級均勢下，將各自不同之利益加以普遍化的過程¹⁹¹。葛蘭西精準的分析到：「在此，用某種具體的方式，統治者與中下層階級的一般利益取得調和，而所謂的國家生活 (*Staatsleben*)，無異就是持續的形塑與穩固這個不穩定的階級均勢之謂，但別誤會，這個所謂的階級均勢，仍然是以統治階級的利益為先為要，只是只能到某一種程度，不能使之變為狹隘的經濟上之統合利益」¹⁹²。換言之，切勿偏狹地理解霸權，誤以為霸權只是在排除不同的階級矛盾，唯

¹⁸⁶ 例如處理「社會的市場經濟作為一政治言說中的霸權」問題者：Martin Nonhoff, *Politischer Diskurs und Hegemonie. Das Projekt »Soziale Marktwirtschaft«*, Bielefeld 2006, S. 23。

¹⁸⁷ 這也就是為什麼葛蘭西以「擴大的國家」(*Erweiterter Staat*)來描述當代資本主義國家霸權形式的主要原因；siehe nur Röttger, *Gramsci und die Kritik des hegemonialen Neoliberalismus. Politische Re-Konstitution des Marktes und neoliberale Erweiterung des Staates*, in: Hirschfeld(Hg.), *Gramsci Perspektiven*, Hamburg 1998, S. 134ff.。

¹⁸⁸ Röttger, ebenda, S. 94ff., 管制理論的大師Alain Lipietz將之稱為「霸權的主體」(*hegemoniale Blöcke*)，siehe Lipietz, *Nach dem Ende des „Goldenen Zeitalters“*. *Regulation und Transformation kapitalistischer Gesellschaften*, Hamburg 1998, S. 163。

¹⁸⁹ Röttger, ebenda, S. 94ff., 102.

¹⁹⁰ Aglietta, *Ein neues Akkumulationsregime*, Hamburg 2000, S. 11.

¹⁹¹ Demirovič/Krebs/Sablowski, *Hegemonie und Staat*, S. 154.

¹⁹² Zitiert nach: Candeias, *Neoliberalismus, Hochtechnologie, Hegemonie. Grundrisse einer*

獨貫徹統治階級的利益，毋寧說：在特定的條件下，霸權無法排除或使矛盾消失，但會給它一個新的、動態下的形式，重點不在於描繪或探尋一特定的穩定秩序，而在理解「處理矛盾的特定發展方向」¹⁹³。透過國家的制度化工夫，套用Nicos Poulantzas用語：國家並非一完全獨立自主的主體，也不是目的理性上的組織，而是「一將社會權力關係制度化與實質上密集化（*Verdichtung*）的形式」¹⁹⁴，這樣的說法無疑意味著：國家機器其實不是在代表、代言或單純貫徹某些特定社會團體或權力擁有者的利益，而是在表達不同的社會團體或陣營相互間鬥爭與衝突關係之特殊形式¹⁹⁵，這才是管制理論所理解中的國家、制度、資本積累與管制，而從屬性的勞動，自然必須在如此之視野下方得理解。

吾人可以再從管制理論的進路上，更進一步觀察「社會中的勞動」之意涵，並從中篩檢出勞動派遣的定位。當然，在管制理論的基本分析概念與體系之外，尚有其他同樣歸屬此脈絡之學者，試著提出其他說法加以補充，例如提出所謂的科技主義或工業的典範（*das technologische oder industrielle Paradigma*），聚焦於資本主義積累具體的生產資料、甚至是生產原料的面向，乃至於在此之下的生產與勞動組織，類似的談法亦如Robert Boyer/Jean-Pierre Durand所提出的所謂生產模式（*Produktionsmodell*），進一步將關注研究的重心，擴及至企業管理模式，企業與廠場組織的形成，企業間合作型或競爭型的相互關係，以及國際資本分工下的生產組織國際化模式（*Muster der produktionsorganisatorischen Internationalisierung*）¹⁹⁶。另一常見的管制理論對於勞動的關注，係所謂「積累之社會結構」（*Social Structure of Accumulation*）進路¹⁹⁷，將分析之重點擺在圍繞於生產上不同的競爭利益與思維，也就是勞動場域的社會衝突與權力關係，著重於生產與勞動組織形式中所包含之社會結構上意涵，觀察不同的社會行動者所共同形成之社會結構與行動資源，進而關注於霸權結構或霸權集團（*die hegemoniale Struktur oder der hegemoniale Block*）之上。這個進路的研究者認為，透過積累模式與管制方式的相互關係，亦即藉由資本主義的社會化，在經濟與政治-制度面向上，決定且形塑了社會網絡、市民社會的不同結盟，乃至於政治上的陣營與競爭關係，這從仿效自葛蘭西的霸權集團概念上看得尤其清楚：一類是社會結構上的霸權集團，例如社會階級、性別與族群，以及他們組成之政治

transnationalen kapitalistischen Produktions- und Lebensweise. Eine Kritik, Hamburg 2003, S. 64.

¹⁹³ Borg, Projekt Globalisierung. Soziale Kräfte im Konflikt um Hegemonie, Hannover 2001, S. 101.

¹⁹⁴ Poulantzas, Staatstheorie, Hamburg 1978, S. 119.

¹⁹⁵ Etwa Candeias, a.a.O., S. 67.

¹⁹⁶ 相關討論請參照Bieling, Regulationstheorie und Arbeitspolitik, in: Dörre/Sauer/Wittke(Hrsg.), Kapitalismustheorie und Arbeit. Neue Ansätze soziologischer Kritik, Frankfurt/NY 2012, S. 130。

¹⁹⁷ 最經典者例如：Terence McDonough, Social Structures of Accumulation Theory: The State of the Art, Review of Radical Political Economics, 40/2, 2008, p. 153-173。

組織與網絡，另一類則是言說的、文化的或其他市民社會的共識激勵與妥協形成
198。

由管制理論的研究進路可觀察到，不同的資本主義體制內之社會形式與形成，在不同的空間與時間場域期間內，特別是政治經濟觀點下的動態，矛盾與危機過程，同時關照期以權力及宰制作為基礎的政治-制度上之管制模式，在其中，政治-文化與政治-意識形態上的爭奪霸權，勞動場域中的組織型態等，顯然作為重要的核心媒介，扮演關鍵的角色，這些，便是管制理論的主要研究向度。以「從屬性勞動」作為支點與核心，向來便是管制理論著重所在，形成縱切與橫切面，例如一個對於當代全球化發展的典型說法：在後福特主義（*Postfordismus*）的當代，觀察全球資本分工體系，或聚焦於，例如：東亞的台灣，從目前生產方式與生產關係下的非典型勞動發展為對象，作為動態與傳統典型勞動關係之危機形式，在政治與社會經濟意識形態的霸權主導下，直接灌入包括勞動者在內之社會成員之意識體系中，質量變現實的勞動場域-例如屬於非典型勞動脈絡下的勞動派遣，制度上，例如以法律規範或團體協約（或其他集體性規範）為主要媒介的管制，不是不存在，便是簡略而偏頗的作用著，相關的社會行動者已經出現工作場所上，政治遊說上的抗爭與行動，同時著墨於不同霸權的爭奪與形塑，然而，在資本積累模式之主宰，乃至於國家的策略性選擇形成下，至少在目前為止，仍然呈現一個較赤裸原始而粗糙的初步管制。管制理論對於勞動的主要觀察模型，以「資本主義社會化之下的社會關係」為主軸，簡單而言，就是如此的過程與描述。

由以上的敘述可發現，以從屬性勞動為觀察對象，跟其他一些理論進路最明顯的不同在於，管制理論總是將「勞動與生產」一起觀察，這當然不是管制理論首創，例如美國學者Michael Burawoy知名的勞動過程辯論（*Labor Process Debate*）¹⁹⁹，與管制理論相近，就主張要理解勞動與生產，必須將之視為一連串社會關係的總和，不論如何，管制理論的標準想法，便認為必須重視來自於工廠，企業或社會各不同層次的爭戰與鬥爭，在互異的競爭戰略之主導下，包含*politics in production*與*politics of production*的不同軸線，後者著重於廠場的權力與剝削關係，當然，這必須建立於一霸權穩固的組織基礎上，作為資本主義體制下資本積累的一個面向，前者則毋寧是一種廠場之上的，甚至是整體社會政策形成的層次，在此，不同的國家或市民社會的行動者，各自努力形成自己想要的有關生產

¹⁹⁸ Vgl. Bieling, *Regulationstheorie und Arbeitspolitik*, S. 131.

¹⁹⁹ Siehe etwa Burawoy, *Manufacturing Consent. Changes in the Labor Process under Monopoly Capitalism*, Chicago, 1979; Burawoy, *The Politics of Production. Factory regimes under capitalism and socialism*, London, 1985.

與勞動之管制或再分配的框架條件²⁰⁰。

換言之，管制理論研究進路對於勞動研究的最重要貢獻，在於將視野擴展至「社會關係」，以此來觀察「勞動與生產」，而形成此等社會關係的不同政治活動，不論是縱切面的不同層次，政黨政治，階級政治或廠場鬥爭，抑或橫切面的不同政治領域，例如科技政策，產業政策，金融貨幣政策，健康醫療政策，社會政策或基礎建設政策，透過其中不同社會行動者之「霸權-行動-關係」之交疊觀察，回溯至對於「勞動與生產」這組關係的考察，最後梳理出動態的「資本主義資本積累模型-發展演變中的管制方式-社會權力關係與霸權陣營之變遷」之結構圖像，這便是管制理論對於勞動社會學最直接的切入點²⁰¹。這種勞動政策之「政治經濟學面向」，無疑是管制理論的核心與特徵，雖然，因為被稱之為「管制」學派之謂，經常遭誤解為僅留意「國家機器管制與調控」之問題，實則正好相反：以管制結果為引子，切入並直指在指涉之各當代資本積累模式下，形成與當然持續動態(辯證)發展中的社會權力關係，同時兼顧與觀照不同社會行動者「霸權爭奪」下的意識基礎，並以此詮釋資本主義體制的暫時穩固與隱藏的危機，此方為管制理論關注之所在。也特別是由此角度，「國家」的角色與功能自然浮現，如同兩位法國管制理論學者、阿圖塞學派傳人Michel Aglietta與Alain Lipietz所言，國家的身影雖然到處都是，幾乎所有對於資本積累的管制都與國家有關，雖然國家作為一最重要的制度形式，但不能將國家理解為「單純貫徹與擁護資本利益的機器」，而比較像是作為「保障其他結構形式得以延續的擔保機制」，換言之，國家使得其他不同的社會力量與陣營，當然特別是社會階級，但也包括諸如性別、階層或個人，不致於淪為永無止境的征戰與鬥爭²⁰²；Joachim Becker的說法值得參考：在此，不妨將國家理解為「資本主義社會下社會關係的某種基本形式，這種形式貫穿入所有混合關係下的管制方式」²⁰³。如以任何單一的僱傭勞動管制形式為例，不論是工資、工時、解僱保護或職業安全衛生，並非國家單純貫徹自己的想像與利益，或是替資本、甚至是勞動之利益而決斷，它毋寧只是此資本主義體制下，在特定的時間點中，社會權力關係下，所有社會衝突與鬥爭的密集化形式而已，這是在勞動社會學的研究範疇中，管制理論最重要的啟發與觀點。

²⁰⁰ Bieling, *Regulationstheorie und Arbeitspolitik*, S. 132.

²⁰¹ 類似的看法亦可參見：Jürgens, *Arbeitspolitik: Zur Entwicklung eines Forschungsprogramms*, in: Hildebrandt/Jürgens/Oppen/Teipen(Hrsg.), *Arbeitspolitik im Wandel. Entwicklungen und Perspektiven der Arbeitspolitik*, Berlin 2007, S. 23。

²⁰² Speziell dafür siehe Lipietz, *Nach dem Ende des „Goldenen Zeitalters“*, S. 163.

²⁰³ Becker, *Regulationstheorie: Ursprünge und Entwicklungstendenzen*, in: Atzmüller/Becker/Brand/Oberdorfer/Redak/Sablowski(Hrsg.), *Fit für die Krise? Perspektiven der Regulationstheorie*, Münster 2013, S. 44f.

在勞動派遣的討論中，國家的角色始終受到爭論，不管是放任或本於勞動保護的一定限制。以台灣目前規範狀態為例，將這裡的國家理解為單純的資本利用利益工具，或是簡單的認為應得輕易地禁止限制，可能都忽略了前述管制理論所提醒的社會權力關係面向，那種「所有社會衝突與鬥爭的密集化形式」。同樣道理，社會正義的內涵，當然必須從中去找尋，只有一對等、人性、公平的權力對峙與交往，方有可能得出所謂正義的結果。從管制理論所處理之「社會的勞動」，對於僱傭勞動管制的質量變，乃至於與自由權息息相關「勞動派遣運用之職業自由等」之霸權思維，才是當代面臨勞動派遣等非典型勞動挑戰的真正背景、環境與條件，沒有更正確的分析此形成過程與結構，企圖在勞動派遣議題上，抓出其「正義或不正義」的評價，恐將緣木求魚，管制理論的啟發，值得深思。

7. 法規範性之矛盾：民主結構的對立、主觀權利、政治與政治的

7.1. 命定矛盾：民主與憲法國的相容或互斥

柏拉圖所說的：「民主，一優美的、沒有政府的、花紋燦麗的憲法，對於相同或不相同之人，賦予一定程度的平等」²⁰⁴，看似優美，但似乎註定了憲法國、民主與政治的一定緊張關係或甚至矛盾：民主的目標在於平等，但政治不是，憲法國，特別是自由主義的憲法國，顯然理解的核心在於自由，而政治哲學的核心命題之一，難道不是自由與平等的命定對立嗎²⁰⁵？這無疑是個危險的辯證關係：當代民主中，個人自主，以及從國民主權理念所發展之集體的自決，兩者之間的辯證，如同Hannah Arendt所批評的：自由並非Rousseau式的單純理解為「意志的自主」，因為「絕對的對於自我之自主與宰制的主權，與多元之人類侷限性，根本就存在衝突²⁰⁶。Chantal Mouffe說的好：當代民主總與自由主義的、法治國的面向連在一起，卻經常忘了民主的平等，國民主權的理念，所謂Rousseau之均等的共和主義；Mouffe感嘆說：以自由之名，對國民主權設下界限，就是民主的矛盾本質²⁰⁷。Oliver Marchart正確的指出了，其實Mouffe並不反對自由的民主制度，例如法治國，而是強調：當代自由主義的民主面貌，不幸的就是國民主權理念的毀壞，自行開啟通往右派民粹主義之路，因為當代民主的核心矛盾：自由的與民主的，自始至終就不相容，一個應有的「政治」，是應該努力推向兩者的調和，而非放任，任其各自隨性發展，自由得利，就是前述Maus眼中的憲法法院，

²⁰⁴ Platon, *Politeia*, Der Staat, Darmstadt 1971, §§558c ff.

²⁰⁵ 援引此一觀點作為憲法學論述民主之前提者，例如：Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe 1967, S. 63ff, 137; Häberle, *Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, JZ 1977, 576。

²⁰⁶ Arendt, *Zwischen Vergangenheit und Zukunft*, München 1994, S. 211; zitiert nach Michelsen/Walter, *Unpolitische Demokratie. Zur Krise der Repräsentation*, Ffm. 2013, S. 149f.

²⁰⁷ Mouffe, *Das demokratische Paradox*, Wien 2008, S. 22f.

甚至是右派民粹²⁰⁸；如同所謂決斷主義的一集權式的國民主權模式（*dezisionistisch-totalitäres Modell der Volkssouveränität*），強調透過集體主權來「實現」或「取代」個人的自決，之所以「決斷」，乃是因為「人民經驗上的意志」是唯一正當的法源²⁰⁹。

相較於國民主權所強調的關鍵意涵：最終決定權，人民制定法的權力，絕對的主權，所有結構與程序持續的可支配性，嚴拒僅為其自己負責的代議士，權力的不可分割，正義與多數決的同一性，看似與之絕對對立的法治國與憲法國原則，自然有其捍衛者，所謂「以人民自由為目的之法治國與憲法」，向被稱為自由或自由主義的民主模式，主張必須對既使來自於人民意志與決定的統治，都必須有盡可能的限制與控制，如同*Martin Kriele*的名言：只要憲法國存在，民主的主權就消失無蹤，因為民主的主權者根本無直接的行動能力，作為政治要素的主權者，其實只是潛在的存在著，只有憲法國失靈，主權者才可能發揮功能²¹⁰。推行到極致，這種自由主義的民主模式，甚至要求將主權這種空洞的組織原則，驅逐於憲法國之外，而使用清楚的「權限限制」（*Kompetenzgrenzen*—德國聯邦憲法法院用語²¹¹），導入「合憲的道路之上」²¹²。自由主義的、共和主義（國民主權）的民主模式，同樣在一又明確又似模糊的憲法國概念與框架下，突顯的正好是不同形式的民主理解，透過不同的政治想像，而法規範性，如何能順利的面對此差異性，如果已然辨識出？

7.2. 主觀權利：作為政治與民主之障礙限制

一個觀察角度，在基本權主觀法與客觀法的轉折中，同樣指涉了如上之疑問，顯然，自由主義的民主想像，當然側重於主觀權利的描繪。其實早在1970年代，學界即已提出諸多對於主觀基本權的質疑與批評，就像之前基本權客觀法內容引起的爭論一樣。例如公法學者*Ulrich K. Preuß*就有很精準的觀察，氏認市民法社會存在一先天的弔詭：整個法秩序都傾向於以「我的主觀權利」在描述著，透過如此的主觀權利結構，主宰著社會資源利益的分配，例如*Carl Schmitt*的名言：基本權就是一特定的分配原則²¹³；個人的自由權以「權力權限」（*Machtbefugnis*）的形式，建構社會關係，然而整個法卻是在規範個人相互間的社會與生活關係，如此的描述方式無異是採取「相互排除與區隔」的方法，又相互關聯又相互排拒，結果就是將社會的生活財，轉換為「排他的、可處分的、可轉讓的主觀權利」，以便在各該脈絡下得以具體化個人的利益²¹⁴。*Preuß*繼續分析道，這種透過主觀

²⁰⁸ Marchart, Äquivalenz und Autonomie. Vorbemerkungen zu Chantal Mouffes Demokratietheorie, in: Mouffe, Das demokratische Paradox, ebenda, S. 12.

²⁰⁹ Enzmann, Der demokratische Verfassungsstaat. Zwischen Legitimationskonflikt und Deutungsoffenheit, Wiesbaden 2009, S. 44f.

²¹⁰ Kriele, Einführung in die Staatslehre, Stuttgart 1994, S. 277.

²¹¹ BVerfGE 8, 104.

²¹² Enzmann, Der demokratische Verfassungsstaat(Fn. 20), S. 54.

²¹³ Schmitt, Verfassungslehre, 4 Aufl., Berlin 1965, S. 126.

²¹⁴ Preuß, Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, Ffm. 1979, S. 11ff., 17.

權利的結構而將「主體內部化」(*Internalisierung des Subjekts*)之影響，就是變成一完全以權利交易作為結構的社會，進而喪失得以發揮整合功能的社會關聯，無從實踐社會正義，因此他主張一「以人性尊嚴為核心的價值秩序」，作為政治統治的形式，決定社會資源的分配與分享，形成自己的社會正義規則²¹⁵。這裡可以看到：民主與政治形式，必須脫離在主觀權利之外，導往一有價值取向的正義結果；在此，結合法的規範性，正面迎戰兩者的矛盾。

*Niklas Luhmann*的系統論也在述說著同樣的問題：法的主觀化(*Subjektivierung des Rechts*)，由主觀權利的理念所催生，以致使「法作為倫理道德上善的行為之規範」本質，變為「對物所得主張之規範性請求權」，成為個人參與社會的方式，結果便形成「社會納入之弔詭結構」(*paradoxe Struktur der sozialen Inklusion*)：個人成為對立於各功能系統的脫節主體，透過主觀權利的主張，個人得要求納入，但卻無法在該系統中找出該權利之理由與座落²¹⁶。*Luhmann*進一步分析，因為權利與法的主觀化，使得法之概念不再追溯至「公平的回溯性」(*gerechte Reziprozität*)，而是能力、形成力量，吾人將只聽聞「擁有請求權」、「得以主張」等名詞，權利與義務將呈現失衡，前者獨大、後者式微而模糊，相互的追溯關係扭曲，進而逐漸脫離人們所接受之正義理念與社會座落²¹⁷；更深沈的關鍵在於，個人的權利，雖歸屬之，但個人失去了作為權利的理由，原本應該是自主的自由，以作為主觀權利之理由，結果演變為「擁有主觀權利的自由成為之所以擁有的理由」，最壞的呈現，就是主觀權利的擁有者，不是本於自主的自由，而是植基於個人的恣意：主觀權利之權利者，淪為行使私人恣意自由之個人²¹⁸。此不意為批判自由主義民主模式的最好註腳，雖然說，*Luhmann*顯然不在回答主權與民主問題，乃至於指出規範性走向，但眼望社會功能系統運行，他的洞見仍然指出了「市民權利」作為憲法國核心、民主與政治目的之問題。簡言之，不論*Preuß*或*Luhmann*，都同時指出在自由主義憲法秩序下，主觀權利的可能造成客觀層次之民主與政治形成的「錯失」，這將是後述提到一些反民主、反政治趨勢的重要背景。

7.3. 矛盾深化：政治與政治的相關指涉差異

從其他的角度，政治哲學上有名的「政治與政治的」(*die Politik und das Politische*)思辨，更可看出法規範性的尷尬：所指涉者，經常為政治，甚至是作為政治基礎、行動框架或結果描述的*Polity*—政體，也就是法學者擅長的法律制度，所似乎難以面對之「政治的」，不論概念或行動。如果聯繫至民主，問題會顯得更加艱難，因為經常聽聞之對於政治的批評，特別是民主的政治，往往讓論者導向「相對於政治，應該更努力朝往政治的場域去思考」，而試圖從中找到

²¹⁵ Ebenda, S. 282, 294f.

²¹⁶ Luhmann, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, Ffm. 1981, S. 45ff.; dazu auch Menke, *Kritik der Rechte*, Ffm. 2015, S. 8f.

²¹⁷ Luhmann, ebenda, S. 54; Menke, ebenda.

²¹⁸ Luhmann, ebenda, S. 56, 60f.

民主的新意涵，這樣的觀察非常重要：對於民主弊病或失靈的反省，追求一新的民主內涵與形式，政治哲學上的焦點往往擺在「以政治的來取代政治」，而習慣於在規範性層次上描述民主的*iuris peritvs activa* – 法之適用者們，當然就不應忽視這個提醒。*Jacques Rancière*所說的：代議本身就是民主的相反詞²¹⁹，*Ulrich Beck*言及政治的概念，指涉對於政治秩序的一種反思的、變動其規則的革新，面對當代的制度停滯與過時，主張「發明規則的政治的」也必須改變，所謂「政治的復興」(*Renaissance des Politischen*)，指的也是同一件事²²⁰。

從*Hannah Arendt*很早的區分：所謂政治的，並非創造規則或法律、作為調控功能的活動，而是一種積極的「原則上獨一無二之事務的出現」(*In-Erscheinung-Treten eines grundsätzlich einzigartigen Wesens*)之後²²¹，政治與政治的，兩者之區別與差異，就廣為政治哲學所關注。*Claude Lefort*認為，政治是「對於權力之制度化的分配與行使」，政治的則是「這個社會關係制度化與建立過程」的前提，由它導致吾人所處之「政治的存在場域」。權力是個空白之處，不屬於任何人，而且原則上無法被佔領，即使是經由民主程序選出之人亦無從佔據，權力就是衝突的制度化，它作為社會的象徵符號，只因為它是有爭議的，尚未被實現轉化為制度、政黨或個人，「實現的權力，就是將政治的，壓縮為只剩下政治」(*realisierte Macht bedeutet die Reduzierung des Politischen auf Politik*)²²²。指涉之問題相同：如果法規範性運用者，僅自限於描述政治，所謂已實現的權力，相對的，作為社會關係制度化與建立過程之「政治的」，應如何看待？只能及於行動者引之為行為基礎的「權利」嗎？

法國哲學家*Jacques Rancière*以示威遊行為例：沒有任何事物，本身就是政治的，雖然說，任何事物都可以是政治的。同樣的事物，選舉，罷工，示威，可能是政治，也可能什麼都不是²²³。他舉例說，當任何有意義之事物的分派分配遭到中斷，被質疑，當眾人皆曰理所當然之事，繼續往前走只是唯一的選擇（例如德國社會最愛說的*Sachzwänge*），當這些都被動搖時，*Rancière*說：這就是政治的；政治的就是去「干預看得見的以及可以說的事物」²²⁴。對*Rancière*而言，政治的之重點與標準在於「平等」，但不是像傳統政治哲學所關心的那般，僅限於一好的國度中之財貨與權力分配。平等的目標在於：為對抗貫穿社會秩序之不法（*Unrecht*）而戰²²⁵。至於政治 – 他用「警察」（*polizei*）這個概念來表達，則是共同體的組織與結合，權力的組織，位置與功能的分配，乃至於這些分配的正當化體系²²⁶。在此推衍下，一個動態的行動過程，加入了法規範性慣常的「目標」，

²¹⁹ Rancière, *Der Hass der Demokratie*, Berlin 2011, 58f.

²²⁰ Beck, *Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung*, Ffm. 1993, S. 18, 210, 214.

²²¹ Arendt, *Vita activa*, München 2002, S. 214

²²² Zitiert nach Bedorf, *Das Politische und die Politik – Konturen einer Differenz*, in: dersl./Röttgers(Hrsg.), *Das Politische und die Politik*, Berlin 2010, S. 28f.

²²³ Rancière, *Das Unvernehmen. Politik und Philosophie*, Ffm. 2002, S. 44.

²²⁴ Rancière, *Zehn Thesen zur Politik*, Berlin 2008, S. 32.

²²⁵ Rancière, *Zehn Thesen zur Politik*, S. 11, 44.

²²⁶ Rancière, *Zehn Thesen zur Politik*, S. 39.

例如對抗不法、邁向平等，雖然形式上存在於一正當化現有權力分配的體系下；我們可以看到更清晰的、更加無法逃避的法規範性困局：如何面對此政治的、在原先政治視野之外？

*Ernesto Laclau*與*Chantal Mouffe*，從左派的進路出發，試圖對話、或說甚至結合*John Rawls*與*Jürgen Habermas*，有些重要的思考。從*Antonio Gramsci*出發，兩人所提出的霸權理論，都將敵對主義（*Antagonismus*）當作核心，但卻以溝通言說理論的路徑加以運用。兩位都同意，如同*Carl Schmitt*所批評的，把政治的與國家劃上等號，其實是誤認政治的意涵，但*Mouffe*同時也指出，如果忽視、誤解或理論上輕忽敵對主義，則等同於政治的衰亡，因為「任何透過溝通言說所產生之認同，同一性，都植基於一區分裡面與外面的界限，也就是所謂『區分的邏輯』（*Logik der Differenz*），這是對外而言，至於對內，則是以等價的邏輯（*Logik der Äquivalenz*）整合與處理內部的區別差異。例如民族或國家的認同，究竟能扮演何種功能，就可以巧妙地運用這兩種邏輯以決定之」²²⁷，換言之，區別來自於「言說溝通」，而非原本就具有實質上不可動搖的意涵。在此，政治的群體不是依朋友或敵人，而是在「做出區分的時間點下決定」，理由不在於可能的「理性事由」，而是「區別本身」²²⁸；是以，所謂「政治的」，涉及的是「論爭的敵對主義」（*agonistischer Antagonismus*），相對的「政治」，則是指涉「言說、制度與實踐的整體」，目的在於「建立某種秩序，在某個脈絡下組織人類的共同生活」，而這些秩序與生活，將因為「政治的」而隨時處於衝突狀態²²⁹。

我們可以發現，法的規範性，面對民主與政治，雖然不是只看到靜態與結構，所謂的*Polity*，但對於動態與變遷，卻經常自限於主觀權利的描述，而且是有限度的權利描述，再擴及程序性的規則著墨，雖然可以自詡為「開放與保持社會的創造性」（*a lá Ulrich K. Preuß*）²³⁰，但對於某些在想像之外的新興發展，卻可能顯得捉襟見肘，彷彿置身事外，然而，基於法的作為社會行動規範，卻不得被迫運用規範工具，對可能的發展與行動，做出合法或違法的評價；這些結構上的

²²⁷ Laclau/Mouffe, *Hegemonie und radikale Demokratie*, Wien 1991, S. 167f.

²²⁸ Mouffe, *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*, Ffm. 2007, S. 15.

²²⁹ Mouffe, *Für eine agonistische Öffentlichkeit*, in: Enwezor(Hrsg.), *Demokratie als unvollendeter Prozeß*, Ostfildern 2002, S. 103.

²³⁰ Ulrich K. Preuß 評論 1989 年起的所謂東歐憲法革命的心得，憲法不只是一要用來創設新的制度，而是更應進一步的思索，如何協助社會的力量釋放出自己的創造性，把憲法定義為「提供社會自我形成、自我理解過程的法律理性形式」，讓社會能夠透過這樣的過程，以在權力的對抗關係中追逐權力的方式，尋求不同的政治選擇，實現不一樣的社會進步，而且是在憲法適當的反映社會在各該當時的狀態之下，反思與反映社會之現實，提供社會的力量對抗過程一個理性的制度條件與管道。憲法雖然透過法律的形式，提供社會一個穩定的、可計算的、可重複的、可維繫的制度基礎，但是重點卻應該在於：憲法也同時釋放了「追求不斷變更與改造的動力」，讓社會得以在憲法作為理性基礎的前提下，自由的尋求自己不同的生存形式。也就是說：一個符合新時代需求的憲法理解與憲法形式，應該是並重安定性與社會的自我變更能力與可能性，而貫穿的主軸則是「追求社會進步的持續性」（*Kontinuitätlichkeit des Fortschritts*）；dazu Preuß, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Ffm. 1994, S. 11f., 27f.; dersl., *Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, in: Frankenberg(Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Ffm., 1994, S. 117f.; ähnlich auch Ladeur, *Postmoderne Verfassungstheorie*, in: Preuß(Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Ffm. 1994, S. 304ff.。

缺憾，例如前述對於「政治的」反省，如果失去在法規範體系中的辨識與定性能力，在法規範性的民主與政治指涉中，不見蹤影，就可能錯失社會性變遷的關鍵時刻。

8. 民主與政治下的形成：正當性危機、無力的代議、不是民主的與政治的

8.1. 後民主的轉折：正當性危機與轉機

觀察民主，如同Klaus von Beyme所言，我們可看到一連串的民主組合歷史，也就是說，民主總是跟著一定的形容詞、特定的框架與指向結合組合，構成「非開放性的」民主理解，例如：結合特定的國家形式，像共和的、自由的、社會主義的、人民的民主；作為特殊的政府形式，例如代議的、直接民主的、多元主義的、調控的民主；或是連接至一定的規範性內涵，但可能相對模糊的內涵，例如防衛的、戰鬥的、審議的民主²³¹。有趣的問題當然是：就法的規範性角度而言，就不同組合形式的民主，如何秤重？是否需要秤重？有無明確的特定指向，不論正面或負面？？這個問題的回答，看似無關，但卻無法與接下來的討論脫離：所謂民主的正當性危機，這可能與特定的民主組合形式有關，也可能，某種組合形式被定位為解決方案或萬靈丹，想要在法規範性的層次上溝通，就無法逃避此危機。

Hubertus Buchstein提到所謂參與的危機：民主的參與及投入、理性的決定產出，兩者之間越來越大的鴻溝，議會中的反對黨就不用說了，沒有提供真正的不同解答之能力，議會的辯論逐漸變為鏡像遊戲，選戰變成*beauty contest*，選舉投票也淪為儀式性的活動²³²。當代的討論，參與不再是重點（在民主體制中已經至少理所當然），而是政治結果的品質，不再是*Input*，而是*Output*成為與民主概念連結的關鍵詞。然而，產出的民主亦備受質疑：民主是否真有能力，滿足各式不同的社會需求，特別是社會系統的國際化所帶來之民主超載（*democratic overload*），或是無法統治性（*Unregierbarkeit*）²³³？Colin Crouch把此稱為所謂後民主轉折（*postdemokratische Wende*）：*Input*面向，著重於個人與社會團體的同一性，而相對的*Output*面向之作為民主正當性來源，重心在於科學上客觀性與專家知識，體系上必要性之貫徹效能，政治過程的形式上效率；Crouch認為，民主的制度在形式上雖然繼續保持完整，但政治過程已然改變，少數擁有某種特權的菁英影響力日增，壓制了傳統左派所宣揚之民主的均等計畫，毫無意外的相關現象諸如：政黨的腐蝕，政治的媒體化，專家的崛起且伴隨著政黨菁英的衰微等²³⁴。

²³¹ von Beyme, *Von der Postdemokratie zur Neodemokratie*, Wiesbaden 2013, 8.

²³² Michelsen/Walter, *Unpolitische Demokratie*, S. 119.

²³³ Buchstein, *Demokratie*, in: Gerhard Göhler u.a., *Politische Theorie*, 2. Aufl., Wiesbaden 2011, S. 55

²³⁴ Crouch, *Postdemokratie*, Ffm. 2008, 13, 119f.

民主正當性模式的轉變，自然不是無跡可尋，與前述民主參與的危機息息相關：在所謂的*liquid participation for the democracy to go*的趨勢下²³⁵，走向產出的正當性，可稱之為「去主體化或客觀化的正當性模式」²³⁶，參與者的主體不見了，遭稀釋了，客觀的政治形式不再重要，如同Frank Nullmeier/Martin Nonhoff所言，在此新興正當性模式之下，對於民主要求的克制，開放給不再連結至政治平等與納入參與的正當性模式²³⁷，在此，昔日強調的投入與程序的正當性，逐漸為「要求民主與政治應兌現其承諾」的「產出導向之正當性」所取代，反過來一只要有必要，就會瀰漫原來之民主或政治、政治的要求，不再要緊與關鍵。那些看似怪異的，例如奇特之對於威權體制的崇拜，例如Herfried Münkler所觀察到的，人民竟然會轉而嚮往威權體制，期許其創造出更堅持的、更公平的、更貼近人民的「民主體制」，使其行政機器更能提供去政治化的、專業導向行政行為，更能符合產出導向之民主理論，追求更有效能、能夠實現、利益展現、符合公平正義與公益的民主決定模式，或許更使人訝異的是：人們仍視之為民主與政治²³⁸。

8.2. 無力的代議制：社會排除與後民主

或許，Jacques Rancière所說的：代議本身就是民主的相反詞²³⁹，實在言過其實，但是，作為當代民主、特別是參與式、自由主義式民主最重要的政治形式—代議（*Repräsentation*），卻令人樂觀不起來，Ulrich Sarcinell甚至把代議的危機，稱之為根本是民主的家常便飯（*Krise der Repräsentation als demokratische Normalität*）²⁴⁰。代議民主的結構性危機，Thomas Meyer使用「保持距離的法則」（*Gesetz der Distanz*）一詞，痛陳政治階級的自我滿足，人民的異化感，人民越來越多的切身利益，甚至是他們的社會關懷所在，代議者都無能在公共空間中加以實踐與投射²⁴¹。代議民主所發展與呈現的制度性政治，與社會成員透過政治的行動所進行之自我建置（*gesellschaftliche Selbstinstituierung des Politischen*）²⁴²，如同前述「政治與政治的」之分野與疏離，兩者只會越形越遠，越來越難以

²³⁵ 例如Ingolfur Blühdorn所提到之「參與的七大趨勢」：政治參與越來越個別化（除了少數專業化的service provider之外，例如政治遊說團體、社運團體或行動網絡），偏好個別化的參與形式，犧牲集體化的形式；政治參與越來越議題化、議題導向，越來越去意識型態化；參與形式通常與現存秩序的邏輯相符，亦即越來越少直接挑戰體系；政治參與及政治投入越來越即興、分散與計畫導向；花費較少的、不要求持續性的義務與投入的參與形式，最受歡迎；當代參與形式強調好玩，有很高的娛樂、休閒與體驗價值；喜愛公共的自我表達與自我體驗，重點不在於「事」，而在於參與者「自己」； dazu Blühdorn, *Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende*, Berlin 2013, S. 190f., 193。

²³⁶ Blühdorn, *Simulative Demokratie*, S. 221.

²³⁷ Nullmeier/Nonhoff, *Prekäre Legitimitäten. Rechtfertigungen von Herrschaft in der postnationalen Konstellationen*, Ffm. 2010, S. 17.

²³⁸ Münkler, *Lahme Dame Demokratie. Kann der Verfassungsstaat im Systemwettbewerb noch bestehen?* Internationale Politik, Mai/Juni 2010, 11f.

²³⁹ Rancière, *Der Hass der Demokratie*, Berlin 2011, S. 58f.

²⁴⁰ Sarcinell, *Repräsentation und Präsentation. Zur Legitimation von Macht in der Vormoderne und im zivildemokratischen Republikanismus*, in: Linden/Thaa(hrsg.), *Krise und Reform politischer Repräsentation*, Baden-Baden 2011, S. 90.

²⁴¹ Meyer, *Die Transformation des Politischen*, Ffm. 1994, S. 75.

²⁴² Abensour, *Demokratie gegen den Staat*, Berlin 2012, S. 234.

相容，到了最後，代議民主將自限於象徵性的展現層次，而對於民主的最大危害：公共性的私有化，政治臣屬於新自由主義價值創造的教條之下，勢將無法避免，造就了令人遺憾的結果：代議民主呈現之政治，本身就可能淪為非民主與非政治的。

談到後民主的代議制，總不能忽略觀察者經常提及之全球化時代的經濟，特別是跨國企業與代表其利益之行動者，造就代議民主的衰亡，包括政治階級的貪汙腐化，道德上的敗壞²⁴³。1980年代以降的所謂排除命題（*Exklusionsthese*）：市場改革，經濟變遷，惡化了社會不平等，是催使代議及參與民主淪亡的重要原因之一。例如法國社會學家Robert Castel從「社會區塊」（*gesellschaftliche Zonen*）出發，分析社會納入與排除，而遭排除者，自然喪失一定的政治與社會參與機會，進一步助長代議民主之危機；Castel認為，從縱切面來說，「僱傭勞動」、「社會關係」與「市民地位」等三個準軸，可以依據每個社會成員參與實況暨可能性的不同，區別為程度不一的三個橫切面：「整合區」（*Zone der Integration*）：在其中的社會成員，享有高度的勞動市場穩定性，連帶的享有高程度的生活水平與社會權利，社會關係充滿溫暖、感性與良善美意，雖然僱傭勞動負荷不輕，又有彈性化之壓力，但相對的期個人亦有較大之自由形成空間。整合區內的成員亦當無從避免危機，所得日漸有停滯風險，社會保障不再絕對，下一代的機會將很大程度取決於教育；「受傷區」（*Zone der Verwundbarkeit*）：其中的社會成員，已不再擁有僱用的穩定性，勞動市場上的危機連帶影響與威脅其社會網絡，社會保障之權利越來越受到限制，未來越發迷惘而不可測，個人與家庭之財務風險日增，生涯充斥不安與波動，易言之，「很容易受傷害」；「排除區」（*Zone der Ausgrenzung*）：其中的社會成員持續性的不存在僱傭勞動，或僅有斷裂而短暫的、薪資低而無甚保障之微薄勞動，不存在因就業勞動而受普遍肯認之社會正面角色，社會網絡與關係趨向個人孤獨化或僅存在於相同命運者之間，越來越依賴國家制度性而帶有制裁權限之扶助，不論市場或國家都無法使其維持一定的生活水準²⁴⁴。落入受傷區與排除區之人民，對於社會問題就可能有越來越偏激的觀察傾向，與政治決定模式、至少是原先之參與/代議式民主之間，鴻溝將日益擴大，最終造成的弔詭是：雖然只有政治才能解決某些問題，但人們將不再信任政治²⁴⁵。

8.3. 社會行動：不是民主的不是政治的

不會因為情勢使然，社會成員的行動就悄然停止，但已然變質。例如Slavoj Žižek便說「沒有政治的政治化民主」（*eine politisierte Demokratie ohne Politik*）：到處可見的抗議，展現了正當的憤怒，但卻沒有能力將此轉化為真正的計畫，導致社會政策上的轉變，結果就是：抗議者經常畏懼積極的使用權力，或根本拒絕

²⁴³ Blühdorn, *Simulative Demokratie*, S. 203f.

²⁴⁴ Castel, *Die Metamorphosen der sozialen Frage. Eine Chronik der Lohnarbeit*, Konstanz 2000, S. 357ff.

²⁴⁵ Greven, *Über demokratischen Dezisionismus*, in: Emig/Huttig/Raphael(Hrsg.), *Sprache und politische Kultur*, Ffm. 1992, S. 202.

承認：其實自己也是需要被改革與變遷的對象²⁴⁶。Ingolfur Blühdorn也說：抗議行動逐漸變成「是否的政治」(Politik des als ob)，它會讓人民感受到自己是民主的主權者，同時藉由民主的價值在進行溝通，但卻根本無法真正的實現民主²⁴⁷。Zygmunt Bauman直言，政治公共性的消失、公共性的區別化與個別化、公共性的私有化，所謂政治的空間，諸如公益、公平社會、共同價值的誕生以及形成的所在地，淪為私有化²⁴⁸，其實等於集體政治行為之無力²⁴⁹。Sheldon S. Wolin在1960年代預言式的所謂「政治的擴散」(Diffusion des Politischen)，重點不在於政治性的衰亡或冷漠，而是政治被其他非政治的制度或行動所吸納與滲透。民主將人民的地位貶抑為便宜的安逸，結果就是民主不斷的稀釋政治²⁵⁰。或是Wolin在1994年的再次肯認：「制度化標示著民主的弱化：表演者站上舞台，建立起層級體系，某種形式的專家團體圍繞在決定的核心旁；秩序、程序與法律上的先例作法，取代了即興的政治。回頭去看：政治變成毫無組織、沒有效率之意。就此，民主毋寧是一「時刻」(moment)、不是一種形式(form)」²⁵¹。好似Hannah Arendt曾經預言的「公共政治領域的衰亡」(在Vita activa一書中)，不是嗎？

Jacques Rancière亦使用所謂「政治的消失」，來談論此一「共識政治(Kosenspolitik)」的時代：真正的政治，應該是「干預正式的、官方的政治」，然而，當代的後民主淪為共識的民主，來自於一強調「首要目標在於追求一普世的、對於『善』的定義，實現公益，達到的是不能進一步詢問的共識實踐，最後，對於平等的參與群眾事務之民主爭戰，變得不重要。這樣的共識民主，是用「行政」取代「政治」，把「政治」濃縮為「警察」²⁵²。他認為，民主的本質是「異議」，跟那種「只是以資本管理為目標、只是在複製社會不平等的國家機器」之「警察」(polizei)，截然對立，在如此之共識政治下，專家所擁有的「司法性力量」，形成被過度正當化的所謂專家國度，不只讓政治擺脫了人民，而是徹底宣告「政治是不可能的」，因為，「共識就是政治的結束或不可能」²⁵³。Michelsen/Walter也有類似的觀察：憲法之外的、非正式的審議與決定程序越來越多，越來越取決於政治外的功能命令，結果：吾人所理解的政治與民主，逐漸在轉變中，甚至政治與民主作為公共之重要性逐漸消失²⁵⁴。

9. 結語：在政治場域中對話自由與平等？政治對勞動派遣做出決定的可能

²⁴⁶ Siehe nach Michelsen/Walter, Unpolitische Demokratie, S. 50.

²⁴⁷ Blühdorn, Das postdemokratische Doppeldilemma. Politische Repräsentation in der simulativen Demokratie, in: Linden/Thaa(Hrsg.), Krise und Reform politischer Repräsentation, Baden-Baden 2011, S. 68.

²⁴⁸ Bauman, Die Krise der Politik. Fluch und Chance einer neuen Öffentlichkeit, Hamburg 2000, S. 10.

²⁴⁹ Bauman in: Nassehi/Schroer, Der Begriff des Politischen, Baden-Baden 2003, S. 35.

²⁵⁰ Wolin, Politics and Vision. Continuity and Innovation in Western Political Thought, Boston u.a. 1960, S. 353; zitiert nach Michelsen/Walter, Unpolitische Demokratie, S. 53.

²⁵¹ Wolin, Fugitive democracy, Philosophical Research Online, 1994, 1(1), 19; zitiert nach Michelsen/Walter, Unpolitische Demokratie, S. 53.

²⁵² Rancière, Das Unvernehmen. Politik und Philosophie, Ffm. 2002, S. 112.

²⁵³ Rancière, ebenda, S. 120.

²⁵⁴ Michelsen/Walter, Unpolitische Demokratie, S. 375.

歐洲諺語說：立法者一個動作，整個圖書館的書淪為廢紙。一個有趣的提問是：處於自由與平等對立中的勞動派遣，有無可能在政治場域的對話與言說中，維繫於對社會正義的要求與實現，得到一個共識與答案？如本論文一般，企圖站在一社會權力關係的角度，描述此一制度與實踐的雙重問題，更須面對，不論是命定的悲觀與否。

在今日的所謂後民主時代 (*Postdemocracy*)，一個核心特徵或許是：即便民主的制度延續，但所有的政治程序與選出之政府，卻反向的走向一個典型的前民主政治徵兆，亦即享有某種形式之特權的小眾菁英，影響力越來越大，民主一開始追求均等的理想與出發點，經常被迫面對自己的無能為力：民主改變不了什麼，無法推翻少數人的利益貫徹，難以實踐真正符合公眾利益的事務²⁵⁵。在此發展趨勢下，所謂「消失的政治」與「重新找回政治」之氛圍中，抗議形式的社會運動，逐漸成為令觀察者眼睛一亮的重要政治形式，如同Danny Michelsen & Franz Walter所看到的，伴隨著個人決定自由的增長，包括公民不服從在內的諸多社會抗議，成為選舉之外最重要的影響政治形式，過去那種被定義出來的公益概念 (*Carl Schmitt : wer über bonum commune sagt, will betrügen*—談公益，就是想騙人²⁵⁶)，只會合理化現狀與既有決定之論述理由，在社會抗議運動的直視下，不再被視為理所當然，社會找不到既存的、眾人敞開雙臂伏首贊同的「共識標準」，只好自己定義，自己去找尋，這也正是社會運動之所以蓬勃發展的祕密所在²⁵⁷。今天是Pippa Norris所稱之「愛批評之市民」(*Critical Citizens*)的時代²⁵⁸，西班牙的街頭運動者說：「現在就要真正的民主」(*Democracia real YA!*)，時代雜誌把「社會抗議者」選為2011年度風雲人物，Dirk Kurbjuweit言：人民不再自溺自哀於永遠的無力感，不想只是徒呼「我們又沒辦法改變什麼」，取而代之的，是新崛起之「憤民」(*Wutbürger*)，英國經濟學家Peter Jay說，民主就像已經咬住自己尾巴的蛇，目前開始在吞噬自己了，英國人看自己「破碎的社會」(*broken society*)，不甘無奈，思索新的民主與政治，無疑都同樣指向一個事實：藉由抗議之社會運動形式，人們意圖翻轉與重新定義民主²⁵⁹。

²⁵⁵ Crouch, *Postdemokratie*, Ffm. 2008, S. 13.

²⁵⁶ 在一場1943年的私人沙龍聚會中，哲學家Joseph Pieper問Carl Schmitt：在你影響深遠的巨著「政治的概念」(*Begriff des Politischen*)一書中，為何隻字未提理應是政治生活最核心的概念：公益 (*bonum commune*)？Schmitt於是回答了這段話；zitiert nach Isensee, *Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie*, in: von Arnim/Sommermann(Hrsg.), *Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung*, Berlin 2004, S. 95。

²⁵⁷ Michelsen/Walter, *Unpolitische Demokratie. Zur Krise der Repräsentation*, Ffm. 2013, S. 8.

²⁵⁸ Norris, *Critical Citizens. Global Support for Democratic Government*, Oxford, 1999.

²⁵⁹ Siehe Blühdorn, *Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende*, Ffm. 2013, S. 14f., 34.

Chantal Mouffe區別「敵對」(敵人相互間)與「論爭」(對手相互間),而後者所支撐起來的「論爭式民主」(*agonistic democracy*),追求的便是所謂「衝突的共識」,意圖在於動搖既存的權力關係,創造新的霸權,形塑一作為激進民主力量的「我們」(*we*),如同Perry Andersen, Mouffe主張,政治不是交換意見,而是爭奪權力,在此,抗議之社會運動顯然是關鍵的行動形式。Martin Balluch直接將社會運動提昇至「作為民主的必要要素」,唯有如此,社會的邊緣者才能影響與改變不利的社會現狀,方得以對峙社會權力勢力非民主之政治宰制, Balluch甚至認為,抗議者公民不服從之違法行動,實踐公益「消弭不平等與非均勢」的真正意涵,當然有其正當性²⁶⁰。社會運動者並非意在興風作浪,或是意圖騷擾及破壞社會和諧,只是去挑戰看不順眼的權力擁有者,相反的,抗議者是要爭奪與重建社會霸權—Martin Nonhoff稱之為霸權策略(*hegemoniale Strategie*)²⁶¹,這並非什麼騷擾社會秩序的行為,而是新民主時代下的新民主形式。社會運動,抗議,不論是Colin Crouch「市民不服從做為後民主時代的民主培力方式」,或是Étienne Balibar: *Potestas in populo*—「做為反對權力壟斷化之基進民主形式」,在後民主的當代,「無力與消沈」的今日(時代雜誌),更加彰顯其重要性。對民主嘻笑怒罵的法國哲學家Jean-Luc Nancy,直指「民主是典型的毫無意義之適例,民主看似道德之政治的同義詞,代表著維護公益的唯一道路,好像沒有加以質疑與置喙的餘地,因為,民主當然等同於政治、倫理、法律、文明,好笑的是,從結果觀之,民主什麼都沒有帶來」²⁶²;想重塑民主,翻轉僵化與壟斷式的社會權力關係,抗議內涵的社會運動形式,顯然有其正當性。

由此延伸,站在自由權似乎無法挑戰、只能追求平等的「試圖一定程度消弭勞動派遣產生之弊端」的,當前專業言說市場上所看到的主要說法,在後民主時代的今日,或許就要做不同的解讀。理解作為非典型勞動形式的勞動派遣,參透其社會權力關係結構中的座落與作用,它與民主體制,顯然存在著複雜的關係:一方面,勞動派遣的命運將被民主體制「決定」,如果是擴散,藉由當前所謂微薄工作、艱困工作、工作貧窮、新下層階級等之概念,可以推知其惡化原本早已失衡之社會權力關係的結果;另一方面,勞動派遣之相關社會行動者,當然特別是派遣勞動者,藉由民主形式,進一步形成自己所處的政治、經濟與社會秩序,

²⁶⁰ Balluch, *Widerstand in der Demokratie. Ziviler ungehorsam und konfrontative Kampagnen*, 2. Aufl., Wien 2011, S. 30f.

²⁶¹ Nonhoff, *Politischer Diskurs und Hegemonie. Das Projekt Soziale Marktwirtschaft*, Bielefeld 2006, S. 238f.

²⁶² Nancy, *Begrenzte und unendliche Demokratie*, in: Giorgio Agamben u.a., *Demokratie? Eine Debatte*, Berlin 2012, S. 72.

前途未卜，一切都在未定之天，在此，一種主張「勞動派遣形式不符合社會正義」、挑戰「勞動派遣雖有些令人遺憾之問題，但應為自由權所涵蓋」思維之抗議，對於社會權力關係與結構的翻轉，當更具其意義。法國社會學家Robert Castel在2009年的新作《不確定因素的提升-個人地位的勞動保護》（*La montée des incertitudes. Travail, protections, statut de l'individu*）中，便不禁慨歎，今天勞動世界的面貌，無疑叫做艱困化、微薄化的發展趨勢，甚至是僱傭勞動自己陣營中的次級無產階級化，原因就出在勞動形式的轉型，亦即危機式的改變與淪喪，直指非典型勞動的問題²⁶³。就像德國社會學家Claus Offe所同時觀察到的，今天是一個傳統制度與過去所認為之理所當然，突然變成可疑的時代，有太多不可預期的困難，不斷滋生，影響卻又無比深遠，從沒有人清楚地知道，接下來將何去何從²⁶⁴。在這裡的發展脈絡與軌跡中，脫離典型勞動之非典型勞動的出現、蓬勃、散佈與逐漸主流化，無疑是最重要的貫穿主軸。如果說：勞動世界的發展軌跡確實如此，如何從理論角度加以圓滿詮釋、甚至希望以社會正義作為主軸而加以檢驗批判呢？這篇文章，是一個初步的嘗試。

套用Rainer Forst的談法，在溝通與言說的場域中，不論是職位、位置、權威、發言權、敘事/反敘事等，光譜上總有不同的相互與制約關係、程度之別，包括權力（*Macht*）、宰制（*Herrschaft*）、控制（*Beherrschung*）、強制（*Zwang*）、暴力（*Gewalt*）²⁶⁵。勞動派遣作為一勞動關係形式呢？相關的社會行動者，例如立法者、行政權、雇主、勞工，甚至法律實務與理論工作者呢？或許，只是或許，勞動派遣之於行動者的意識，對雇主是權力，對國家機器是宰制，對許多勞工而言則是控制，但或許在某些場合將逼近強制，最有趣的，當然是針對包括學者在內的法律工作者：勞動派遣作為一法問題，其實更是社會正義的問題，不同的次法學體系，特別是憲法、商法與勞動法，都憑藉著自己的工具，試圖對之作一定的評價與定性、讚許與批判，或許重點在於，回到社會正義的原始提問，面對同時隱藏與張牙舞爪的社會權力關係，做出正確的判斷與行動。

²⁶³ Castel, *Die Krise der Arbeit. Neue Unsicherheiten und die Zukunft des Individuums*, Hamburg 2011, S. 9-11.

²⁶⁴ Offe, *Arbeitsgesellschaft. Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven*, Ffm. 1988, S. 7.

²⁶⁵ Forst, *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse*, S. 23.

科技部補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2016/07/10

科技部補助計畫	計畫名稱: (子計畫八)勞動領域之平等保護:私法勞動派遣關係之管制與自治
	計畫主持人: 林佳和
	計畫編號: 102-2420-H-004-013-MY3 學門領域: 全球架構下的臺灣發展
無研發成果推廣資料	

102年度專題研究計畫成果彙整表

計畫主持人：林佳和			計畫編號：102-2420-H-004-013-MY3			
計畫名稱：(子計畫八)勞動領域之平等保護:私法勞動派遣關係之管制與自治						
成果項目		量化	單位	質化 (說明：各成果項目請附佐證資料或細項說明，如期刊名稱、年份、卷期、起訖頁數、證號...等)		
國內	學術性論文	期刊論文	0	篇		
		研討會論文	3		<p>林佳和，政治與民主的規範性理解：以去政治化與去民主化為例，台灣法理學學會年度研討會，台北：世新大學，2016年4月23日。</p> <p>林佳和，私權紛爭與社會運動-警察權介入之爭議，國立台灣大學法律學院公法學研究中心主辦：第15屆行政法實務與理論學術研討會，2015年11月21日。</p> <p>林佳和，管制理論與勞動—不同進路與視野，台灣勞動學會主辦：2015 台灣勞動學術研討會《變遷中的勞動世界：理論與實際》，2015年10月24-25日。</p>	
		專書	0		本	
		專書論文	2		章	<p>林佳和，青年就業—一個憲法學的觀點，收錄於社團法人台灣法學會編《台灣法學新課題（十一）》，台北元照，2015年11月，頁131-170。</p> <p>林佳和，社會權與社會發展—從理論與實踐觀察大法官的社會理念，政治大學法學院公法學中心、政治大學法學院勞動法與社會法中心編著，社會正義之建構與權利救濟—海峽兩岸公法學論壇論文集（二）（ISBN 978-986-04-4523-7），台北：新學林，2015年3月，頁3-70。</p>
		技術報告	0		篇	
		其他	0		篇	
	智慧財產權及成果	專利權	發明專利	申請中	0	件
			已獲得	0		
			新型/設計專利	0		
商標權		0				
營業秘密		0				
積體電路電路布局權		0				
著作權		0				
品種權		0				
其他		0				
技術移轉	件數	0	件			

		收入		0	千元		
國外	學術性論文	期刊論文		0	篇		
		研討會論文		0			
		專書		0	本		
		專書論文		0	章		
		技術報告		0	篇		
		其他		0	篇		
	智慧財產權 及成果	專利權	發明專利	申請中	0	件	
				已獲得	0		
			新型/設計專利	0			
		商標權		0			
		營業秘密		0			
		積體電路電路布局權		0			
		著作權		0			
		品種權		0			
		其他		0			
技術移轉	件數		0	件			
	收入		0	千元			
參與計畫人力	本國籍	大專生		0	人次		
		碩士生		0			
		博士生		0			
		博士後研究員		0			
		專任助理		0			
	非本國籍	大專生		0			
		碩士生		0			
		博士生		0			
		博士後研究員		0			
		專任助理		0			
其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)							

科技部補助專題研究計畫成果自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現（簡要敘述成果是否具有政策應用參考價值及具影響公共利益之重大發現）或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以100字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形（請於其他欄註明專利及技轉之證號、合約、申請及洽談等詳細資訊）

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以200字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性，以500字為限）

關於勞動派遣問題，傳統之勞動法學研究總聚焦於差別待遇與雇主濫用權限，少數公法學的討論，雖然提及契約自由與國家勞動市場政策目的，但至多亦僅以類似的平等原則之操作，進行勞動派遣違法效果的「後端控制」。本研究以社會正義之視野為經，透過以社會權力關係、政治哲學人權觀的雙重向度為緯，從不同角度對勞動派遣進行「憲法規範性的檢驗」，採取的是極為少見、公法學暨勞動法學都難以看到的研究進路，應有助於在社會正義望之遙遠與抽象的視野下，面對諸如勞動派遣之艱難問題，得以提出兼顧現實、社會權力狀態與規範性導向的「憲法回答」

4. 主要發現

本研究具有政策應用參考價值： 否 是，建議提供機關
（勾選「是」者，請列舉建議可提供施政參考之業務主管機關）

本研究具影響公共利益之重大發現： 否 是

說明：（以150字為限）

本研究的重大發現在於：連結至社會正義的範疇，從社會權力關係與政治哲學的人權觀，附帶的納入「民主與政治形成」之關懷，可以針對勞動派遣，形塑一新的「規範性取向」，跳脫契約自由的牽絆，直接通往勞動派遣不符憲法期待的結論，這是台灣與德國公法暨勞動法學界都沒有見聞之嘗試