

2015年勞動與就業關係學術研討會-人力資源發展與企業促進

(中國文化大學勞工研究所系 50 週年慶學術系列活動之三)

中華勞動與就業關係協會 主辦

中國就業促進會、臺灣海峽兩岸法律交流協會 共同主辦

合辦單位：

文化大學勞工關係系所、政治大學勞工研究所、中正大學勞工關係系所；

中國人民大學勞動人事學院、中南財經政法大學勞動經濟研究所；

中華職業教育社；香港人力資源管理學會；澳門人力資源協會；中華勞促會

2015年10月15日·劍潭海外青年活動中心·台北市

下午議程：論文發表與研討

第一研討會場 (經國紀念堂集賢廳)

研討主題二：勞動經濟與產業關係

主持人：江豐富 中央研究院經濟研究所研究員

評述人：王長城 中南財經政法大學勞動經濟研究所所長

張家春 中國文化大學勞工關係系副教授

吳啟新 中正大學勞工關係系助理教授

發表論文及作者：

1. 勞動報酬法制與公私社三分論(中山大學中國與亞太區域研究所，鄧學良)
2. 新常態下的中國大陸的就業和勞動關係(華東師範大學，王大犇)
3. 非繳費型養老金—中國養老保障制度改革的一種嘗試(廈門大學公共事務學院，聶愛霞)
4. 全面治理拖欠農民工工資問題研究—基於四省市的專題調研分析(中南財經政法大學勞動經濟研究所，李波)
5. 中國勞動力供給趨勢與經濟增長前景(中國人民大學勞動人事學院，劉爾鐸)
6. 經濟結構調整中的就業增長機制探討(山東省就業促進會副秘書長，張善利)

15:10-17:00

[時間配當]每場次總計110分鐘，主持人掌控原則：(1)論文發表人依議程排序、輔以自備簡報，各以10分鐘做發表；(2)評述人針對會前所審查的論文並按評述分工，每位擔任二篇論文、共10分鐘的評述；(3)主持人掌控現場提問與研討，來賓每人次發言以2分鐘為度；(4)主持人最後請論文作者每人以2分鐘做回應。

勞動報酬法制與公私社三分論

鄧學良

中山大學中國與亞太區域研究所

E-mail: fclma@ms10.hinet.net

摘要：勞動報酬法係屬公法性質？私法性質？或其他？勞動報酬所衍生之紛爭，為我國勞資爭議(無故資遣、無薪假、大量解僱等)之根本原因所在。如何解決此一問題，確實在法制結構上有待給予正確定位！

關鍵字：勞動報酬、公法、私法、社會法、初次分配

Abstract: It is an unveiled question that whether the nature of the legal system regarding labor remuneration inclines to public law, private law or others. The related arguments that have been caused by labor remuneration are the main reason that triggered the labor management affairs, including dismissal without cause, unpaid leave and mass redundancy. It is necessary to solve this problem by positioning the legal structure properly.

Keywords: labor remuneration, public law, private law, social law, primary distribution

壹、前言

勞動報酬為勞動契約之核心，基於契約自由原則，國家在法制設計上，往往任由勞資雙方契約當事人間約定。然如眾週知，勞動關係當事人間，並非立足於平等地位，勞動對資本之從屬特性，已致勞工在經濟上，須依存於雇主。

勞動報酬之約定，私法自治是否足以保護勞工，則迭受質疑，勞動契約之社會化，成了不可避免之議題。為此，各國遂有基本工資或最低工資之規定。

本文不認為最低工資不應是勞動報酬之全部，且不認為勞動報酬關係，係屬私法關係。回歸探討法律社會化之必要性。為此，本探討或可為我國未來思考公法規範如何介入私法自治之重要參考。

* 鄧學良(Shuai-liang Deng)，中山大學中國與亞太區域研究所副教授，財團法人中華勞資事務基金會董事長。

所謂勞動報酬，是指勞動者因勞力(含體力或智力等)的付出，所取得的對價性報酬。勞動報酬法制應立基於何種理論，學界甚少細微關心。雖然實際發生的問題，則不曾少過，「無薪假」等，便為其著例。

工資依勞基法規定，可為貨幣，亦可為實物。狹義的勞動報酬，雖係由勞動力領受之當事人，所進行之報酬給付(即：「初次分配」)。然，廣義的勞動報酬，尚且指因此勞動關係的發生，由國家社會體制，相對提供對價性給付，例如：在勞動關係下，產生之社會保險(勞工保險)等給付(即：「二次分配」)。此等給付實係基於社會連帶之考量，在本於互濟有無之原則下，給勞動者一項社會式報酬。進而，由於在「福利國家」之概念下，勞動報酬制度常由統治者進行規劃(即：「三次分配」)，故統治者之心思所向(如：免稅額之設定、內含或外加消費稅之設計及對資本利得之稅制規畫等)，乃成為最廣義之勞動報酬。

亦即，勞動報酬應不限於由雇主以現金直接支付之「工資」而已，勞動者應獲得報酬之正義，實乃包括來自國家社會體制之設計。只因其在此體制下之所得，方可通盤顧及勞動者在社會生活所應得之「整體」報酬。蓋「初次分配」中，勞工獲得工資之多寡，乃直接影響社會保險給付之多寡。因為在社會保險中，勞工繳交一定比例之費用後，未來獲得年金給付等之多寡，均受投保金額(依工資)多寡之連動。進而，國家在稅制乃至於補助上，多為低收入勞工設想時，勞工亦由此獲得「實質」報酬給付。亦即，勞工直接受領自雇主之工資，其分配比率上之正義，乃實質影響勞工在勞動法制及國家其他法制上之權益。直言之，勞動報酬之合理化，乃直接牽動勞工生活之安全與穩定，我國憲法基本國策中規定之「社會安全」之實現，可謂受制於勞動報酬之合理與否。

或謂，勞動報酬如交由統治者進行調整，將有害於私法自治或市場經濟之發展。查，我國勞動法制之現狀觀之，我國於民法之僱傭契約之外，另以大量之勞動立法，來調整勞資間在勞動基準、勞動安衛、勞動保險、勞動力使用等等多層面之秩序，純就此等立法之內容觀之，我國之勞資關係法制，實已非「私權絕對化」乃至於「自由市場經濟體制」，所可解釋，而應是呈現一種於私法關係中由公法予以介入之「複合法治」秩序。勞動報酬法制亦應立論於此。或許因為如此，識者對勞動法等也常以「社會法」稱之，其乃意味著於公法與私法之外之「第三領域」。

蓋，如眾週知，法學領域之區分，僅以公法與私法二分，顯已不濟，宜增為公法、私法、社會法之三領域，已為各學者所主張。只是，吳庚雖提及「三分法」，惟所謂三分法，係指於公私法二分外，另創「行政私法」，用以強調公私二分論非屬絕對價值¹。室井力早已提出較吳庚上開指陳更仔細之說明，指出在勞動法、教育法、社會保險法、醫學法、租稅法、環境法等法領域，應「結合」公私法之相關原理²。阿部泰隆以「行政需否能否介入私行為」為題，強調公私混合之必要

¹吳庚，「行政法之理論與實用」(增訂第9版)，台北，三民書局，頁28(2006)。

²室井力，「現代行政法入門(1)」，東京，法律文化社，頁34-37(1981)。

性³。中國大陸應松年之主張，雖未提及「三分論」之相關說法，但對行政法之主要內容，則指出在用以調整行政權力的授與、行使，以及監督過程及發生的各類社會關係，尤其是行政權與國家權力和個人權利間發生的「社會關係」⁴。

本文認為，在非純然公法與私法二領域，為實現個人間之實質平等，乃至於保護社會弱勢，以「所有權社會化」、「契約自由限制化」以及「權利行使之社會差異化」等為原則，所形成之公私綜合法領域，即為社會法。根據「世界百科全書」(第 2 版)之解說，社會法係第一次世界大戰後，以德國為中心，漸次普遍化之概念，特指將近代市民法中之「絕對所有權」、「契約自由」、「過失責任主義」等進行修正後之法律體系。雖然在眾多主張中尚無定論，但 Otto Friedrich von Gierke (著有「德國團體法論」)等、Gustav Radbruch (著有「法哲學」等強調價值相對主義)等之主張，則屬有力之「社會法」觀念鋪陳。彼等尤其提醒在自由競爭與資本主義發展結果，已擴大貧富差距，形成階級不平等與對立之種種社會問題。又，在台灣地區，純就單一法制而言，早早就有識者認為應有公私法之混合領域，以例言之，史尚寬氏便主張勞動法乃屬公私法混合領域之法⁵。

問題是，為何須增加「社會法」此一領域？社會法之內涵應為何？社會法是一新價值領域，抑或僅為公私法交錯下之新生體？社會法對「國家法益」、「社會法益」及「個人法益」之保護上，其彼此間之關係又為何？再者，社會法整體之理論架構，又該為何？

查，由各國之法制可知，法律乃為「統治者與人民」或「人民與人民」間，以特定價值為原點之各該時代構想。準此，法律之定義，似易實難，惟法律必須符合各該時代需要，則屬同一。

本文發現，過去法律的傳統，就當事人主體而言，乃偏重於明確之個體(即：當事人主體)，即便是「統治者與人民」間之法律制度，亦仍以明確之個體為基礎。

只是，法律關係之當事人主體，除為明確之個體外，有無可能是不明確之不特定個體，乃至於「眾人之集合體」亦即「社會」？亦即，統治者或人民有無可能是以「社會」(即：不特定之第三人或群體)為對象，而為或不為一定之行為？

有鑑於上開諸問題應有之法制思維，仍難一見明白。本文謹以「法政策論」與「行程過程論」⁶為論述基礎，將社會法中應有之「原理思辨」、「組織設計」、「權限運用」、「救濟與善後」及「績效評核」等五大架構⁷，予以鋪陳，嘗試模擬出「社會法」可能之面貌。

雖然，行政法學基本論點於今日，似已定著於「由『警察國家』⁸，已提升為

³阿部泰隆，「行政法システム(上)」，東京，有斐閣，頁 88-92(1992)。

⁴應松年主編，「當代中國行政法上卷」，北京，中國方正出版社，頁 9-10(2004)。

⁵請詳：史尚寬，「勞動法源論」，台北，正大印書館，1934 上海初版，1978 年台北重刊，頁 3。

⁶請詳：勞資論壇>國際勞資政策中心>中華勞資論文集>研究方法(一)，載於：<http://fclma.org/>，2013 年 7 月 12 日造訪。

⁷請詳：鄧學良，「兩岸行政法研究」，高雄，財團法人中華勞資事務基金會，頁 1-885(2006)。

⁸警察國家又稱夜警國家，乃指 19 世紀型態之自由國家。亦即，國家對市民經濟等生活，僅提供國防、外交、消防、公安等必要最小限度之活動便可，請詳：室井力，前揭書，頁 3-4。

『福利國家』⁹之見解，問題是，國家對人民的責任，果真僅以「福利國家」予以理解，便為已足？

一國之統治權，其在責任層面，對人民而言，迄今雖已有非「反射利益」¹⁰之定見，惟國家責任存在的原意為何？又應及於何種層面？查今日之法哲學¹¹對此等問題，則又未必已有一方向與指標呈現！

再者，有鑑於識者對於「公私社三分論」中之社會法，雖已包含「勞動法學」等¹²，本文認為，此等見解，固無違誤，惟已不無窄化社會法理論之原義，並且不足以提醒統治者對於「人民在秩序行政上所應有之受益權」以及「政府在福利行政中所應有之秩序建構責任」等，由「社會安全」¹³角度，所應有之認知。因此，本文嘗試突破「社會法學派」之昔日主張，¹⁴擬給予在當前應有之新思維，

⁹福利國家或稱福祉國家，乃指 20 世紀後半以來，由國家積極地、全面地介入人民生活，以維持經濟秩序，並解決各種社會矛盾。請詳：室井力，前揭書，頁 4。

¹⁰反射利益是指，為實現行政目的上所採取之命令、禁止、許可下所生之利益，僅屬事實上之利益而已，並非法律所保護之權利。請詳：室井力，前揭書，頁 53。另，吳庚，前揭書，頁 156，亦持相同說明。

¹¹法哲學即法律哲學，又名法理學。是探討法律的論理結構或存在基礎的學問。亞里斯多德 (Aristotle) 將其分為自然法與制定法。到了近代，由於知識論與方法學的崛起，不再能安於由形上學而保證法律妥當性的說法，而要求認真理理性去經驗實證與邏輯分析。是以法學轉由研究方法而分支發展。此有四大學派：一是分析法學派、二是哲學法學派、三是歷史法學派、四是社會法學派。請詳：<http://ap6.pccu.edu.tw/encyclopedia/data.asp?id=371&nowpage=1>。2013 年 5 月 17 日造訪。

¹²以例言之，郭明政，「社會法講義 2005」，台北，政治大學法學院。郭明政便以「勞動促進」（含職業訓練、就業服務、失業保障）、「社會保險」（含全民健康保險法、勞工保險條例等），以及「社會補償」（含犯罪被害人保護、交通事故被害人保護等）內容，作為「社會法」之內容。請詳：<http://www3.nccu.edu.tw/~mjguo/socialsecurity.doc>，2013 年 5 月 17 日造訪。另亦可參：郭明政，「社會法安全法—社會安全法規彙編」，台北，元照出版公司，(2009)，郭明政於本書更明指「社會保險各項法制」乃為「社會法」之內容。請詳：http://www.angle.com.tw/book01.asp?b_code=5A015PA，2013 年 5 月 18 日造訪。相較於上開論點，鍾秉正，「社會法與基本權」，台北，元照出版公司，(2010)。對於社會安全之論述，則稍廣於「社會保險法」層次，論及由基本人權角度如何看待社會法。請詳：http://www.angle.com.tw/book01.asp?b_code=5D184PA，2013 年 5 月 20 日造訪。

¹³所謂社會安全，在 1935 年美國制定社會安全法之後，已成為國際上所通行之用語。美國社會安全法之內容主要為年金保險、勞災保險與失業保險。此與德國 1883 年以降所實施的社會保險相較，實質上非但少有突破，甚至也不及德國當時已實施的健康、勞災、年金及失業四大保險。在德國社會法法典，舉凡教育促進、勞動促進（包含失業保險）、健康保險、勞災保險、長期照護保險、社會補償、子女津貼、養育津貼、兒童與青少年扶助、住屋津貼、身心障礙者保護及社會扶助等，概屬社會安全法之範疇。後依 1952 年國際勞工組織 102 號公約，社會安全應包括醫療照護、傷病給付、老年給付、勞災給付、家庭給付、生育給付、殘廢給付、遺屬給付。若以中華民國憲法為基準，則社會安全不只前述的風險與給付，甚至還及於農民與勞工保護及公醫制度等。其中，農民及勞工的一般照顧，與國際所通行社會安全的概念與範疇，不盡相同。

¹⁴社會法學派產生的原因不外乎：(1)為了適應政治上加強議會民主和法制的需要。(2)法律的社會化。亦即，憲法領域出現了加強行政權、完善選舉制度等趨勢；民法領域出現了無限私有變為有限私有、無過失不負損害賠償責任改為無過失損害賠償責任、契約自由改為契約自由的限制等趨勢；刑法領域出現了社會防衛主義和保安處分等趨勢；立法領域出現了應有之社會觀點與趨勢。社會法學派的主要觀點在於：(1)從法學研究方法言之，係注重用社會的觀點和方法研究法律，主張研究法律與其他社會因素的相互作用，特別是法律在社會生活之作用，法律的目的和社會效果。(2)好的法律就是能充分為社會服務的法律，法律的實際作用比抽象的法定內容更重要。法律必須依靠社會，適應社會的需求，並根據滿足這種需要的程度來判斷法律的好壞。社會法學派強調法律既關心個人利益，更要關心集體和社會的利益。對於個人自由，除非是作為更大的社會安全和社會自由的一部分，否則，法律不能予以保護。請詳：<http://tw.knowledge.yahoo.com/question/question?qid=1105042201654>，2013 年 5 月 20 日造訪。

並期待由此建構更理想之勞動法制論，更進而深化在勞動報酬上當有之思維。

貳、勞動報酬法制與社會法式原理—公平與正義

如眾週知，行政等公法學之原理探討，在體系上乃不脫「社經政之背景省思」、「國際面向之分析借鑑」、「法治主義之執著」乃至於「公私之協作與參與」等層面之著墨。¹⁵問題是，此等行政法學之原理，對社會法學而言，果真單純套用便可？由於社會法學乃介於公私法體系之間，社會法所應為公法與私法共同考量的綜合原理或新生原理應為何？本文於力倡社會法學之際，實有必要完成一理論建構！

查公法學既著重於統治者之所當為，而私法學既著重於特定行為人(含法人，以下同。)之所當為時，則社會法學似應著重於「統治者或特定行為人」對「社會乃至於不特定第三人(含自然環境)」之所當為。只是此一「第三」領域之存在，並非統治高權以及個人私權所必然顧及。理由無他，蓋有利於統治者或特定行為人者，並不必然有利於不特定第三人乃至於社會。以例言之，統治者於勞動法中規定雇主之所當為，統治者固可強制雇主為其應為，進而特定勞工於該法制中，固可得一定法益，惟統治者對於勞動事務中，哪些應施予強制，僅以統治者在秩序行政上之便宜考量，而無社會正義乃至於國民主權觀時，則該勞動法制便僅及於行政上秩序之考量而已。甚至對該等作為，當統治者不認為在秩序行政上應有所作為，而改交由私法自治時，則該社會便出現僅以私權來論究勞動權義關係之怪象。其實，目前我國社會已出現不少事例，如「勞動派遣之常態化」¹⁶、「公務勞動之非典型化」¹⁷、「責任制之歧異勞動化」¹⁸、「工會事務處理之非保障化」¹⁹、「勞資爭議上舉證責任非均等化」²⁰、「工資體制在初次分配之長期不合理

¹⁵請詳：鄧學良，「勞動行政法論」，高雄，財團法人中華勞資事務基金會，2005年8月，頁3-176。

¹⁶「勞動派遣」自從在社會上出現以來，在日本及海峽兩岸均呈無能力處理之狀態。請詳：勞資論壇(fclma.org)>勞資法務>勞資派遣，2013年7月15日造訪。

¹⁷公務勞動之非典型化，係指公務從業上從傳統的僱傭關係，衍生出之其他契約型態。有關「工作外包」、「長期型之臨時工」、「點工制度」及「承攬代替僱傭」，請詳「勞資事務研究」，臺北五南圖書公司，1997年初版第2刷，頁109-125。有關「勞動派遣與政府採購」及「臨時人力」，請詳：鄧學良，論勞務採購與勞動法制之關係，國立中山大學，勞資關係論叢(第11卷第2期)，2010年3月，頁41-82。另非典型勞動型態，有分為「定期型的勞動」、「部份工時勞動」及「承攬或勞派」之區分方法，此一區分實與非典型勞動之分類，有相當大的出入。請詳：菅野和夫，勞動法，第10版，東京，弘文堂，2012年12月15日，頁203-275。

¹⁸台灣地區勞動基準法第84條之1，「創造」了責任制工作型態，將勞動保護之法制全盤否定，並已滋生無數問題，相關資料請詳：「勞團要求廢責任制」，<http://fclma.org/showpost/27515.aspx>，2013年7月15日造訪。

¹⁹高雄市教育產業工會連辦理事務之會所，都發生問題，請詳：「學校提供教師(教育)產業工會辦理會務場所法律意見書」，2012年5月24日，<http://fclma.org/shoepose/24265.aspx>，2013年7月16日造訪。

²⁰台灣地區於2010.12.22第二次修正之「職業病促發腦血管及心臟病(外傷導致者除外)之認定參考指引」明列「雇主舉證原則」，此為重要「舉證責任轉換」(舉證倒置)之變革。請詳<http://fclma.org/showpost/23457.aspx>，2013年7月16日造訪。台灣地區勞動基準法第7條規定雇主保留勞工資料等之義務條款，其實際形成「雇主未依法履行義務時將形成自己不利利益」，此亦產生「舉證責任轉換」之效果。台灣地區的「財產來源不明罪」亦採舉證責任轉換之手法，使犯罪嫌疑人，應擔負財產來源上之說明，否則便屬有罪，勞資爭議上之相關資料等，

化」²¹、「團協之積弱化」²²、「各項社保間之差異化」²³、「安衛責任之非刑責化」²⁴等「勞動三權」²⁵與「經營三權」²⁶之衝突，便屬之。此等社會現象，可謂無一不是產生自對勞動法制之理解，欠缺社會正義、不追求社會公平之結果。

由此可知，社會正義、社會公平之維持與保障，並不當然出現於國家有完整之公法與私法體制。以上事例所顯現之勞動異象，如為人民社會生活中、社會公平正義中所不應出現，而且顯然不利於現有公法、私法秩序之維繫時²⁷，則社會法式新型法理之必需性，便應於此產生。亦即，當前社會於公私法體制之外，對於不必然被正視的社會公平、正義，便有必要新立法理，並將其併立於現行公私法之執行體制中，以強化統治者之「社會治理」責任。

由於傳統之公私法，所考量之利益，乃聚焦於國家法益與個人法益，而其立論基礎，無不在於國家體制與個人人權之神聖不可侵犯。一種國家主義與個人主義之理論下，鋪陳出了世人週知之現行公私法體制。

問題是，誠如在自然人之餘，社會因社會生活與組織活動之需要，乃創設有「法人」之制。易言之，自然人與法人之集合體，方為「社會人」之全貌。其次，

常是由資方保管資料，理應由資方一定程度負擔舉證責任。

²¹兩岸在工資收入分配上均同樣有問題，可參：「大陸分配改革難以施行，台灣也有類似經驗」，請詳：<http://www.wretch.cc/blog/watetree999/10670770>，2013年7月17日造訪。

²²迄2013年第1季底止，全台灣地區簽訂團體協約者，共有82家，請詳：行政院勞工委員會「勞動統計月報」(2013年6月)頁40，請詳：<http://statidb.cla.gav.tw/html/men/23040.htm>，2013年7月16日造訪。

²³台灣地區勞工保險條例第15條、全民健康保險法第27條、農民健康保險條例第11條、公教人員保險法第8條間有關保費費率，便不一致。此一差異之合理性為何，尚未有一全面性的探討。

²⁴2013年7月3日台灣地區將「勞工安全衛生法」修正為「職業安全衛生法」，修正後之罰則規定仍是「行政上之秩序罰」與「行政刑罰」並存。側觀「行政上之秩序罰」的行為對象，如在日本體制，則依日本之「勞動安全衛生法」，則至少在「石化業之安全預防措施」上，日本同法(第31條之2)，在罰則(同法第119條)乃規定為「刑責」，然在台灣地區(同法第15條)，在罰則(同法第42條)上，則僅規定為「行政責任」！

²⁵勞動三權概指勞工之「組織權」、「交涉權」及「爭議權」，詳日本國憲法第28條。

²⁶經營三權，係指資方之「決策權」、「人事權」、「分配權」。此為筆者在講學上用以相對於「勞動三權」之權宜整理，至於詳細內容，可參：菅野和夫，前揭書，頁489、頁655-569。

²⁷當前台灣地區以下的社會問題，均已擾亂了台灣的公私法秩序，無一是可以公私法手段解決的問題，(示例)(2013年7月18日造訪)

(1)「超時工作、8越籍看戶控半年沒有休假」(2013年5月12日)請詳：

<http://fclma.org/showpost/27713.aspx>

(2)「派遣不幸福，中華電信被吐槽」(2011年8月8日)請詳：

<http://fclma.org/showpost/20776.aspx>

(3)「談年金/制度非改不可，台灣不能希臘化」(2013年5月2日)請詳：

<http://fclma.org/showpost/27550.aspx>

(4)「民生六行業，訂30天罷工冷卻期」(2006年7月15日)請詳：

<http://fclma.org/showpost/1968.aspx>

(5)「政府約聘雇員；退休金不如工友」(2011年9月26日)請詳：

<http://fclma.org/hsowpost/21217.aspx>

(6)「鼓勵生育，如何減稅？」(2011年6月28日)請詳：<http://fclma.org/hsowpost/20315.aspx>

(7)「女牙醫罰工讀生，沾血針筒舔又吞」(2008年12月29日)請詳：

<http://fclma.org/hsowpost/8116.aspx>

(8)「民營電廠，『暴利』迷思」(2012年7月19日)請詳：<http://fclma.org/showpost/24439.aspx>

(9)「壽險業務員抗議政府徵才歧視」(2012年11月26日)請詳：

<http://fclma.org/hsowpost/25848.aspx>

(10)「反貪腐公投，國民黨展開連署」(2006年9月19日)請詳：

<http://fclma.org/hsowpost/2709.aspx>

上述所謂社會公平與社會正義，乃為人與人之間在相互對待上之比較結果，以及統治體與特定自然人對於不特定第三人所為之善惡判斷。果如此，在「國家法益」與「個人法益」間，理當還有「社會法益」之層面；在「國家主權」與「個人人權」之外，應當還有「社會法權」必須考量。亦即，一種在國家主義與個人主義之外，理應還有一社群主義（團體主義）之存在。進而，為維持此一社會價值（公平與正義）所建立之法制，便屬社會法。

準此觀之，社會法相對於公私法體系，乃確實存在，只是迄今，社會法規未獲有完全清楚之論述。

本文認為，勞動報酬上之公平與正義，自工業革命以來，誠如上述，斷非以公法或私法之單一手段，所能實現，勞動報酬在公法與私法之綜合調理間，以公法手段，來「管制」私法契約上之可能恣意，進而由公法來主張前述各次分配上應有之比例，確有必要。亦即，勞動報酬法制在原理上，特有待社會法式原理之支撐。

參、勞動報酬法制與社會法式執行主體—應含「複合式」之調整角色

由於社會法乃出現於公私法二分論之後，社會法之執行主體，除仍應由掌握公權之統治者與管理私權之自然人執行之外，誠如前述，社會法式之運作，並無法由公私法體制自然產生。進而即便採「法治主義」²⁸，由於法治主義中之「法律保留」、「法律優先」及「法律之法規創造力」之「依法行政三原則」²⁹，在實務上，已不無出現公權行政上之懈怠與疏忽³⁰。其次，法治主義中之「法律拘束原則」、「內容明確原則」、「禁止差別待遇原則」、「比例原則」、「誠實信用原則」、「兩面俱呈原則」、「裁量合目的原則」等之「程序正義七原則」³¹，在實務上，亦常有「本位主義」與「徒法不足以自行」之一面³²。甚而，於私法層面，亦常出現「所有權仍呈絕對化」³³、「公法遁入私法」³⁴、「私權匿身國際」³⁵等現象，社

²⁸所謂法治主義是指行政上之一切活動必須依循法律規範之原理與制度。請詳：室井力，前揭書，頁 18，頁 163，頁 258，頁 268，頁 278。

²⁹請詳室井力，前揭書，頁 18，頁 19；吳庚，前揭書，頁 81-91。

³⁰以例言之，台灣地區對於勞動基準法之適用範圍，並非所有行職業等工作均適用，就實質的法治主義而言，實比不上日本之勞動基準法與中國大陸之勞動法及勞動合同法等全面適用。

可參：鄧學良，「勞基法講義」（2013 年 7 月 15 日），請詳：<http://tclma.org/Show>

Poss/28124.aspx

³¹請詳台灣地區行政程序法第 4 條至第 10 條。

³²教師升等在實務上所生諸多問題，以及大法官 462 號解釋在程序法上之重要意義，可參：陳淑芳，「大學教師升等制度之性質與升等審查之原則」。載於「世新法學」第 4 卷第 1 期，2010 年 12 月，頁 38-73。

³³所有權不宜絕對化，似已為通論，可參：中華百科全書(1983 年)，請詳：

<http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=1818>，2013 年 7 月 18 日造訪。

³⁴所謂「公法進入私法」，即指「公法傾向私法」，或「行政私法」，亦有人稱之為「共通法」，特指高權行政轉自非高權行政的依賴，例如國民住宅之使用關係，便具公私法二面，公法上之管理權，必須依賴私法上之租賃關係。進而，當行政機關有選擇行為方式之自由，常時應以公法型態出現之作為，改以私法型態為主。以上可參：吳庚，前揭書，頁 33-34；室井力，前揭書，頁 37-38。

³⁵此為本文於學術界首次提出的概念。由於目前行政公權雖然有國際公法之輔助，在國際間各國行政主體尚可得彼此之支援，進而在國際私法雖產生自對外貿易與異國之間交流，然而私有

會法之執行主體，如全交由現有之公私法執行主體擔任，顯有疑慮。

本文認為，在社會法之執行主體，應有另一設計，以防社上開弊端滋生。尤其，當社會公平與社會正義，在「無主化」下，常不受關切外，社會公平之爭取，如交不特定第三人出面處理時，常使個人負擔過大的不利益。目前，社會之公平正義，又遭公私法執行主體之忽略下，以個人處理社會法式問題，處境可謂更加艱難。

問題是，何種之執行主體設計，方能避開乃至於處理上述種種問題？本文認為，應使社會上有能力、有專業之 NGO（非政府組織）、NPO（非營利組織），來擔任「執行主體」之一。NGO、NPO 做為社會法之執行主體時，其角色並非取代統治者或特定行為人，而是由 NGO、NPO 與統治者及特定行為人間，形成三面關係，有如下列各種情形：

- 1.（當事人替代）NGO、NPO→督促政府（→督促特定行為人）³⁶
- 2.（當事人替代）NGO、NPO→督促特定行為人³⁷
3. 特定行為人→回應 NGO、NPO（當事人保護）之請求³⁸
4. 政府→尋求 NGO、NPO 輔助→調整特定行為人與當事人之關係³⁹
5. 特定行為人→尋求 NGO、NPO 輔助→向政府提出相關意見⁴⁰

亦即，社會法之執行主體，不宜僅以統治者或特定行為人為限，應增加不特定第三人之「準主體」地位，進而容許 NGO、NPO，作為必要「分身」，以使現有之公私法執行主體，在未必會隨時緊守與採行之社會公平、社會正義之層面，獲得在催促上之輔助力量。

或謂工會等人民團體，亦可充任上述 NGO、NPO 之角色乙節，本文固無反對意見，惟必須提醒者是，工會等人民團體在特定問題上，一則專業、一則角色，仍有其完整擔任執行主體之困難面。⁴¹故此時，非當事人之 NGO、NPO，宜獲善用，

財產權之管理，則不盡然為現行國際私法與國際公法體制所能周延治理，世間上之國際熱錢、避稅天堂等，應為其著例。

³⁶依台灣地區行政程序法第 168 條等規定之善用結果，不僅陳情之人民，透由 NGO、NPO，便可順利於 1 個月獲取政府之因應，進而獲知對人民所提問題之處理情形。實例可參：有關「印刷業者與膽管癌問題」之政府回應。請詳：<http://fclma.org/Show Post/27682.aspx>，2013 年 7 月 17 日造訪。

³⁷由於當事人與相對人（如雇主或上司）間有其不便表達之一面，但當事人如能擅用 NGO、NPO 之平台，統由 NGO、NPO 進行理性與專業陳述時，相對人常會有相關的回應，有利問題之解決。實例可參：「高雄市教育施政與應團體協商事項」案，財團法人中華勞資事務基金會，2013 年 5 月 15 日，中勞(102)良字第 00124 號函。

³⁸如雇主因應 NGO、NPO 之建議。以例言之，雇主因應同意辦理「潛能式薪資設計」，請詳：<http://fclma.org/ShowPost/13005.aspx>，2013 年 7 月 17 日造訪。

³⁹如 2013 年 3 月 8 日，台灣地區勞工行政主管機關便曾尋求財團法人中華勞資事務基金會之協助，以解決中華電信工會兩派人馬之爭執。本案無書面文件。

⁴⁰特定自然人因恐「人微言輕」，或憂慮「被吃案」，而尋求 NGO、NPO 等協助。以例言之，老人安養機構因菲律賓勞工使用上之爭議，請求 NGO、NPO 處理。請詳：財團法人中華勞資事務基金會，2013 年 2 月 1 日，中勞(102)良字第 00018 號函。

⁴¹由於角色與定位，工會對於不同身分權益之勞工，會有不便出面，乃至於輕重權衡之考量不同，未必能符合上開員工要求，而展開與資方對談。以例言之，高雄市交通局產業工會對於定期契約工之權益，在考量上便有不同，定期契約身分之會員，改向財團法人中華勞資事務基金會尋求協助，已取得交通局之正式回覆，請詳：高雄市政府交通局 2013 年 7 月 16 日高市交停管字第 10233807200 號函。

方屬正辦。

社會法雖特需有 NGO、NPO 之協助，惟對政府機關自始當有之角色，則不宜有漠視與閒置。亦即，社會法所關切之「當事人」間之關係，並非公私法中所常呈現：「國家(或特定行為人)與相對人(民)間之『二面關係』⁴²」，而係「國家(或特定行為人)與不特定第三人間之『三面關係』」。誠如前述，「反射利益」說既為現代行政價值所拋棄⁴³，政府公權之行使，除以依法行政，應對於相對人(行為人或申請人)外，該特定行為之結果，既依然與不特定第三人有不可免之利害關係衝突時，政府公權在行為或不行為上，特需採綜合考量手法，以協調行為人(民)與相對人(民)間之利益。⁴⁴

上述之三面關係，特為掌握社會法核心概念之一。蓋，社會法之理念，乃立基於維護社會安全，並非只以特定個體之利益為訴求，故當各種法律制度綜合形成的法治秩序，乃為不特定第三人之國民所期待、所應享有時，則政府公權本於社會大眾之需求，對行為人之行為內容，便應有所管理。進而，政府其實與行為人在特定之事務上，對於不特定第三人，便應負起共同行為或不行為責任。

在勞動報酬方面，時下社會所出現之亂象，其與一般社會大眾(即：不特定第三人)之期待落差，無一不是發生自政府欠缺社會法概念下，所出現。以例言之，(1)「對勞動派遣之非同工同酬」⁴⁵；(2)「勞動報酬不討論初次分配正義」⁴⁶；(3)「大學生初領工資，陷於 22K」⁴⁷；(4)「責任制下，低工資，高操勞」⁴⁸；(5)「勞資會議虛化下，無協商勞動條件舞台」⁴⁹；(6)「勞保遭以多報少，竟只能以民訴自立追討」⁵⁰；(7)「公權不辦代償，勞工求償難圓」⁵¹等，無一不起因自社會法式思維之不足。

析言之，上開之各種社會紛爭，由於加害人與被害人之衝突，乃為外在表象，致有執政者，主張該紛爭乃與政府公權之施行無涉云云，查上開所舉事例，乃無一屬人民(不特定第三人)有能力可阻止或改變，公權部門實無卸責之空間。易言之，上開事件所應有之社會安全與法治秩序，乃建構於專業、專責公權人員之

⁴²有關傳統行政之防禦型模式，只求公行政對待特定個體予以行政管理之討論，可詳：阿部泰隆，前揭書，頁 37-38。

⁴³詳前揭註 6。

⁴⁴以上有關行政上之「三面關係」，詳參：阿部泰隆，前揭書，頁 35、38、39、554、555。

⁴⁵可參：「新勞動合同法今起實施，同工同酬任重道遠」，請詳：<http://theory.people.com.cn/n/2013/0701/c49154-22026689.html>，2013 年 7 月 1 日造訪。

⁴⁶有關：「沒有收入分配改革何來同工同酬」(2013 年 7 月 1 日)，請詳：<http://fnmce.people.com.cn/n/2013/0701/c1004-22026103.html>，2013 年 7 月 1 日造訪。

⁴⁷可參「(自由廣場)22K→20K?請政府別再壓低年輕人的薪水」，請詳：<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/paper/330169>，2014 年 12 月 20 日造訪。

⁴⁸可參：「『朝 9 晚 9』成常態，「責任制」無法可管?」，請詳：<http://news.ltn.com.tw/news/supplement/paper/340522>，2014 年 12 月 20 日造訪。

⁴⁹可參「2011 年 2 月 1 日科技製造業勞檢，違反勞資會議最多，有加班需求即應成立，否則將違法」，請詳 http://www.manstrong.com.tw/news_industry_labor.php?page=34，2014 年 12 月 20 日造訪。

⁵⁰我國勞工保險條例第 72 條所規定，應由投保單位賠償者，均有待受害勞工，提起民事訴訟，方可獲得賠償。

⁵¹可參：「錢談不攏，華隆自救會要拆『勞動部』」，請詳：<http://fclma.org/Show Post/32296.aspx>，2015 年 1 月 5 日造訪。

承擔，政府錯將「加害人、被害人、政府公權」之「三面關係」，棄置於「私法爭執」之地位，恐已生有國家賠補償之餘地。⁵²

或謂，真正影響勞資約定工資額度之法制規範，在我國乃僅有基本工資或最低投保薪資等少數規定，如其工資應高於該等額度時，則我國對於勞動報酬沒有進一步之作為時，則顯有失社會法之本質。何況，由外國立法例可知，仍有許多國家無最低工資之規定，而是委由團體協約等集體勞動關係法制，保障勞工權益。本文謹參考其他國家之情形，進一步說明工資問題如次。

瑞士自始未實施基本工資制度，但工會之薪資集體談判權，則極為強勢。9 成之受薪階級薪水都高於這項提案，3.2% 的失業率也在歐洲各國中，低得優異，促使瑞士選民願意保持現狀，否決 2014 年 5 月 18 日基本工資公投案。⁵³

查，雇主依法須給予勞工的最低工資額 (minimum wage)，各國規定的形式，乃有不同，例如規定基本時薪或月薪等。歐洲有 21 國訂定全國性的法定基本工資，其中法國、希臘、葡萄牙、西班牙與荷比盧一直都有保障最低工資的傳統，愛爾蘭和英國直到 1990 年代末期才開始實施。加拿大、日本及美國也都有法定基本工資。不過奧地利、丹麥、芬蘭、德國、義大利、瑞典、挪威與塞浦路斯等國，仍由工會與雇主進行集體談判，來規範最低工資。⁵⁴

由上開各國有無基本工資之設計可知，1929 年第 26 號的國際勞工公約 (最低工資公約)，對各國而言，因勞資關係各有其生成背景，有採最低工資制者，亦有採團體協商者。採前者時，通常依賴政府以公權定之。採後者時，則勞資雙方則透由法定或約定之程序，尋求工資之合理定位。其間，勞資常分別須有專業人士之協助，並由各由其推出相互妥協之決議。即便於勞資雙方無法達成共識，須以仲裁方式做一了斷時，本文前述所指之 NGO、NPO 亦於定紛止爭上，扮演一定角色⁵⁵。

或謂，我國有無相關之 NGO、NPO 可扮演專業與公正之第三人角色？本文認為，各級律師公會、會計師公會、仲裁協會及勞資關係團體，均不難成為適格對象。只是，我國迄今，勞資政三方尚不講求在紛爭解決上，應同時著重「理性」與「效率」之最適選擇。上開各 NGO、NPO，似尚難有發揮空間。

綜上觀之，我國目前在勞動報酬之各次分配上，由於 NGO、NPO 之角色不彰，以致在「合理工資」等之調整上，充滿了公法或私法單方上之妥協與恣意，完全

⁵² 國家在社會體制中之法律責任，早為本人所主張。請詳：鄧學良「勞資事務研究」(第五篇第二章勞動條件與檢查責任-論退休準備金提撥監督與國賠責任)，台北，五南圖書公司，1993 年 9 月第 2 刷，頁 465-470。陳家齊，「月薪 13.5 萬 瑞士公投遭否決」，蘋果日報 <http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/international/20140519/35839693/>，2014 年 05 月 19 日。

⁵³ 陳家齊，「月薪 13.5 萬 瑞士公投遭否決」，蘋果日報 <http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/international/20140519/35839693/>，2014 年 05 月 19 日。

⁵⁴ 今日新聞網，「瑞士 17 日最低工資公投 最低月薪 13.5 萬全球最高」，

<http://www.nownews.com/n/2014/05/18/1238648>，NOWnews.com，2014 年 5 月 18 日。

⁵⁵ 有關勞資仲裁，尤其是「調整事項」之仲裁，可參：鄧學良、陳樹村，「調整事項勞資爭議處理之仲裁理論與實務」，(高雄)財團法人中華勞資事務基金會，2014 年 11 月初版，頁 1-282。

不顧在公平與正義之考量下，對社會之所應為。我國目前固然已有不少之勞資事務團體存在，問題是，統治者與資方並未給予此等團體以本文所指（輔助型）「當事人」主體上之地位。甚至連參與表達在勞動報酬意見的機會，均無。準此，我國勞動報酬法制上所當有之社會法式（複合式）執行主體，尚有待建立。

肆、勞動報酬法治與社會法式權限設計運用—應立「危險預防與管理之責任」條款

迄今，社會法所需實現之社會公平與社會正義，仍不如現行之公私法體制各自價值之明確。因為，現行公私法在權利義務責任之歸屬，常可清楚確認相對人、相對事等要件之所在，進而現代法治在理性效率之考量下，故公私法對相關責任之追究，常呈「事後處理」乃至於有賴「當事人進行主義」，並常以故意過失為必要。⁵⁶

問題是，公私法之此一權限設計運用分際，果真可照用於社會法？

查，社會法常呈「無主化（或主體不特定化）」、「特定主體不適化」之狀態，尤其，社會法之所以是以社會為主，而非全體或個人為考量時，當個別事件未全面化或整體化之際，傳統之公私法體系，只會以個案，即「推定」其不會普遍發生，來處理之。也因此，由此便容易使社會公平與社會正義，遭到漠視。⁵⁷

本文認為，社會法上應有之權限設計運用，宜著力於「事前之預防」與「事中之即時處理」。析言之，社會法體系在權限設計與運用上，應重視「行政調查」、「行政計畫」、「行政立法」、「行政上之即時強制」等環節之掌握，⁵⁸俾使統治者或特定行為人，於現行責任追究體制之外，宜增加「危險預防與管理之責任」⁵⁹之設計與運用。亦即，統治者及特定行為人，宜以更積極之手法，解讀社會現象、社會需求。而且，此一需求之達成，特需有一定步驟與必要計畫，並於必要時應完成法制之整備，進而對於屬於社會型事務，宜於一般行政處理（如：行政處分等）之外，採取必要之即時處理乃至於即時強制。

或謂「行政上之危險預防責任」於學界早有相關主張，⁶⁰本主張不應專屬於社會法之權限設計運用。關於此點，本文固無異議，惟就實務言之，行政上之危險之預防與管理責任，實難稱於公法學上，已獲完整之尊重與執行。⁶¹何況，本

⁵⁶現代法制在侵權上的嚴格責任制度，請詳：蘇力譯，Richard A. Posner 著，「正義/司法的經濟學」，台北，元照出版有限公司，2002 年 11 月，頁 193-204。

⁵⁷姑不論「社會法」之領域與概念為何，現代行政中，除去「政府與人民」及「人民與人民」之兩面關係外，尚有將人民區分為「行為人」與「第三人（受益人）」，進而有「政府、行為人與第三人（受益人）」之三面關係。有關此部份之論述，可詳：阿部泰隆，前揭書，頁 38-39。

⁵⁸有關「行政計畫」等行政權限（行政作用或行政行為）之類型及意義，可參：鄧學良，「兩岸行政法研究」，高雄，財團法人中華勞資事務基金會，2006 年 9 月，頁 235-441。

⁵⁹相關論述，可詳：阿部泰隆，前揭書，頁 39。

⁶⁰同前揭註。

⁶¹以例言之，台灣地區在 2008 年金融風暴以來，結構性解僱到大量解雇，其間雖定有「大量解僱勞工保護法」，然如今又「變形」為採用「無薪假」，甚而可預見者，最近將以契約自由之方式，自始要求勞工與雇主簽訂「無薪假條款」，雖然政府刻已努力以「勞動契約法」的復活，來作因應，勞資間之報酬給付，可謂時時陷於風雨飄搖。以上請詳：鄧學良、王德儼，「勞動契約履行之事實終(中)法制論」，載於「社科法政論叢」，2013 年 3 月，頁 39-71。再請參：莊靜宜（行

文強調此點之用意，僅在於提醒社會法之危險預防與管理設計，方為社會法式權限之啟動重點，欠缺此一觀念之公私法部門，勞動公權要有社會法式執行，恐難免有「自始不能」之慮！

再者，有關目前公私法體系，對於刑事責任之追究，常有「去刑責化」，乃至於「刑期無刑」之論調。⁶²亦即，在公私法體系，除去刑法典之外，特別刑法之設計，常被要求能免則免。當前我國雖已有不少之特別刑罰規定，惟未來似仍以不存在為宜。⁶³此一刑責之追究，在私法關係上，則更無討論空間。亦即，民事上之不法行為（侵權行為、不當得利等），只需完成填補（侵權行為之賠償及不當得利之返還等）之責任便可，凡屬可以金錢進行賠償或補償，進而輔以回復原狀乃至於道歉聲明等，便已為足，無需再入人於刑。

問題是，如此之公私法責任設計方法，果真亦可完全適用於社會法體系？

查，社會化之有別於傳統之民刑法，其重點之一，乃在於其「加害」對象乃為不特定，且其發生絕非單一次，便終止。進而，社會法所應管束之行為，若論其「加害」之動機，則同樣有其不以特定為必要。其次，在民事責任之「認知」要件上，社會法所擬規範之對象，常是對社會期待，難稱全無認知，且其違反，常可推定為有過失。以例言之，不給勞工安衛環境或不依勞動貢獻，給予勞工相對應之報酬，便為其著例。

準此，社會法之法律責任，在追究原因與責任認定等方面，實與傳統公私法截然不同。而且，社會法之違反行為，在外形上，似可以民事賠補償了結之，惟其侵害對象等之不特定，且其動機，又屬可歸責時，社會法之法律責任建構，似有必要建立「反社會行為罪」，以做為上位概念。亦即，在國家法益與個人法益之餘，應以社會法益之維護為標的，以特別刑罰之理論，對於對社會有「惡意」之行為，不再以民事填補為已足，並由其間要求特定自然人對社會體制，應進行擁護，以支持一國社會秩序之穩定，進而實現對社會應有之道德分際。台灣地區，將「勞工安全衛生法」，修正為「職業安全衛生法」，惟，似仍以「行政上之秩序罰」為罰則之主軸。查，大陸地區於刑法第 276 條之 1（惡意欠薪罪）之增定，採與日本相同之作法，將雇主之惡意欠薪行為，科以刑事責任。本文認為，兩岸間，在有無課處刑事責任間之不同，可謂為對「反社會行為罪」認知差距之最具體表現。⁶⁴

政法勞工委員會勞資關係處），「勞動契約法修法芻議」，請詳：
http://book.cla.gov.tw/image/no_13/05.pdf，2013 年 7 月 19 日造訪。

⁶²所謂「非刑責化」（除罪化），係指特定行為人行為可免於國家所施以之刑罰，但仍須面對民事上之損害賠償責任，或採用行政上之秩序罰，再輔以懲罰性賠償便可！至於「刑期於無刑」，意指即便採用刑罰，仍應重在教育人民恪遵法律，以達不用刑之目的。

⁶³台灣地區目前已有「通姦除罪化」、「醫療除罪化」、「毒品除罪化」、「誹謗除罪化」、「專利除罪化」等之議。

⁶⁴台灣地區於 2013 年 6 月 18 日新修正尚未施行之「職業安全衛生法」不盡理想，對於「勞工過勞致死」未課予雇主刑責，行政院勞工委員會只強調會視其情節，依刑法第 276 條，以業務「過失」為由，移送司法偵辦。請詳 <http://www.coolloud.org.tw/node/74711>，2013 年 7 月 19 日造訪。反觀大陸地區於 2011 年 2 月 15 日，由全人代常會通過之刑法修正案（八），增定刑法第 276 條之 1，對於「惡意欠薪」，將依其情節，分別處以不同程度之刑責，請詳 http://big5.china.com.cn/policy/txt2012-1/14/content_24405284_5htm，2013 年 7 月 19

謹再舉一勞動事例，以證明不知「社會法」與「社會責任」時，公私二分論對國事之傷害為何？

高雄市政府於 2013 年 7 月 16 日以高市交停管字第 10233807200 號函復財團法人中華勞資事務基金會，認為「高市府交通局停車管理中心」與「定期契約服務員」之工作權益之法律關係，作如下理解（原函照錄）：

（一）依台灣地區勞動基準法第 9 條第 1 項規定：「勞動契約，分為定期契約及不定期契約。臨時性、短期性、季節性及特定性工作得為定期契約；有繼續工作應為不定期契約。」。另，行政院勞工委員會 2000 年 3 月 11 日台勞資二字第 0011362 號函釋略以：「非繼續性工作」係指雇主非有意持續維持之經濟活動，而欲達成此經濟活動所衍生之相關職務工作而言。至於實務上認定工作是否為非繼續性當視該事業單位之職務(工作)說明書等相關文件載明之職務……。「特定行業」工作是謂某工作標的係屬於進度中之一部分，當完成後其所需之額外勞工或特殊技能之勞工，因無工作標的而不需要者，合先敘明。

（二）勞動契約書係已載明此案人員為特定期間之定期契約之定期契約路邊服務員；又路邊停車收費雖為維持停車秩序所衍生之經濟活動，然停車收費業務委外乃為全國性政策趨勢，本局（高雄市政府交通局）自 2004 年起業務持續推動多項停車業務委外工作，並積極推動路邊停車收費掣單委外，爰是項工作係屬非繼續性工作(雇主非有意持續維持之經濟活動)。為避免增加未來業務委外之困難度，於掣單業務推動委外期間，旨案人員仍以定期契約為之。

查，上開事例之主要爭點，便在於高雄市政府之路邊(收費)服務員之從業關係，應以何種法律關係來處理？依上開高雄市政府交通局之見解，則是在上開「路邊服務」之公行政，其人力來源，將「政策性」以委外之定期契約人力來充任。姑不論，此一政策性作法之當否，在法論法，本案之契約關係，應屬「行政契約」⁶⁵，而行政契約既為公行政手法之一種。本案行政契約之權利義務責任之設計，便不可以「私法」關係定位之。亦即，本案路邊掣單服務員實屬「契約型」公務員，應負有我國憲法第 24 條所規定之責任。由於公務員之法律責任，相較於普通人民的民刑責任，顯不相當，一份公務員之薪酬，卻需面對無數相對人下之可能風險。因此，一般國家體制中，乃有國賠法之設計，而且無論採「代位責任說」或「自己責任說」，其不變者均在國家，均應出面扛起責任。⁶⁶亦即，以「私法」之便宜性，要求本案公務員，負無定量職責，凡此已非國家使用公務人力所應有之分際。更何況，本案公務部門對執行公務之人力，假設可不期待「長期忠誠」人力，便可成事，其在行政原理、組織、權限、救濟、監督上，已帶來風險，而置行政於不安定狀態上。直言之，政府不知公務勞動在社會安定上之意義，只願以私法關係，來約定廉價與非長期之勞動報酬，均屬無社會法概念之作法。

造訪。由兩岸制度變革可知，純就勞動上之犯罪而言，台灣地區仍以舊思維，僅會在現行刑法典中找一相關刑名科處，大陸地區則不然，而是採取「新立」刑名來進行保護勞工。大陸地區之作法，就其保障之實益，實與日本勞基法對工作之保障（第 24 條至第 28 條）科以刑責（第 120 條、第 121 條），具有相同之效果，同為對「反社會行為罪」，以新刑責追究之。

⁶⁵ 請詳：吳庚，前揭書，頁 419-453。

⁶⁶ 有關「代位求償」、「自己責任」之說明，請參：吳庚，前揭書，頁 723-733。

何況，台灣地區勞基法第 9 條除前述規定外，其第 2 項乃規定「定期契約視為不定期契約」之情形。查，本案掣單服務工作，既非特定性或季節性之定期工作時，本案公務機關實無法定職權，可在勞基法之外，對常態性公務，創設「異型」之定期契約。質言之，本案路邊服務員在公務上之從業權益，係受制於「勞務委外」之政策，本政策其背於公務體制與勞動法之二面，必將滋生公務之阻礙與徒生勞資爭議。

本案如能由社會法角度，對其在公法與私法二層面皆應兼顧，而予以社會法理解時，本案從業人員在公務員體制與勞動法制之兼顧下，斷無使用定期契約之空間，更無呼之則來、揮之則去之仰人鼻息與無勞動尊嚴之餘地。亦即，本案政府部門，欠缺社會法手法，實已有其公務不忠誠之一面。

綜上言之，高市府交通局對路邊停車收費員之公務勞動權益，已加諸社會法益層面之侵害。

此外，社會法關係之當事人既然包含「公權機關」，公權機關之違法行為（含不作為），便應同樣有行為責任（即：罰則）之設計。析言之，遍查台灣地區有關社會事務之相關立法，其所設計之罰則，亦僅針對應行為或不行為之人民乃至於法人而已。至於公權機關有無法律責任，則全歸行政救濟體制（即：請願、訴願、行政訴訟、國家賠償等），並以此為滿足。

由於「行政權限」體制與「行政救濟」體制之功能既有不同，彼此間便難有替代關係。何況，如能以罰則，來「明示」公權機關之作為義務時，則人民便不待權利受傷害後，便可以公權機關之違法（特指不作為），而尋求行政救濟。果不如此，在公權機關之依法行政，如依然認為可由其自由裁量時，則人民之法治受益權，依然深陷「反射利害」之狀態，社會所期待之法治利益，仍依然無法由公行政之執行中出現。

查，中國大陸勞動合同法第 5 條明定勞動關係協調之三方（公權、工會、企業）機制，進而於同法第 95 條，追究公權部門之法律責任之作法，實為社會法式條款設計之罕見，中國大陸勞動合同法所擬實現之社會秩序與法益，將於焉實現。我國宜有所參採、檢討。

本文認為，勞動報酬問題在我國社會。乃以各種態樣發生。析言之，「大量解僱」究其原因，乃在於客觀因素下，資方可能不再有能力使用原有人力，不再有能力支付原有之報酬；「無薪假」亦起因自業務是不足以支付原有報酬；「基本工資調整之爭」亦發生勞資間在勞動貢獻與報酬基本評價看法上之差異；「裁員」又何嘗不是在生產與利潤綜合考量下，不願再承受更多報酬負擔之結果，「颱風假」等天災事故是否補班等，其核心仍在勞工有無報酬上之「不當得利」；「使用派遣勞動力」所求之節省成本，亦是對報酬負擔上之非法考量；「過勞死」的可能原因，應不難理解是人力之最大使用與追求報酬最輕負擔下的共業因果。

本文強調，上述各項事例，如由私法層面著手時，其實為勞資雙方均無能力解決之問題。如由公法層面處理時，勞工行政部門則不難又會以「勞資自治」之角度，謙退之。事實上，勞動報酬法制既同為勞動法之一環，其社會法之本質，

如能予以重視時，則勞工行政主管機關，便不難以「行政上之危險預防責任」之認知，對上述各該問題便應由預防層面，給予事前之處理與防治。其中，對該勞動報酬之各次分配，便將都有「行政調查」、「行政計畫」、「行政契約」與「行政指導」等行政權限方面之投入。

準此觀之，我國勞動報酬法制上，對社會法之全面設計運用，確仍有待我國政府加強。

伍、勞動報酬法制與社會法式救濟手法—— 紛爭處理責任之公平負擔

在傳統公私法之救濟理論，如眾週知，乃常態性地要求行為者的人民，負舉證責任，而不幸者，「舉證之所在，乃敗訴之所在。」。亦即，在現行社會之所以有「民不與官鬥」、「貧鬥不過富」之印象，實係由此生。蓋，公私法現行之舉證責任理論，其於疏減訟源，雖符「效率」要求，惟於真實救濟，不無欠缺「理性」之一面，勞工常敗於舉證之環節。

雖然，誠如前述，在現行救濟法制中，已不無「舉證責任轉換」（即：舉證責任倒置、舉證責任反轉）（如：民法第 191 條之 3 等）之規定，惟行政救濟中最主要之「訴願」（即：行政復議）與「行政訴訟」，其舉證責任仍歸於「原告」之人民。

準此觀之，現行之公私法常用舉證責任之原理，果真可適合於社會法紛爭之救濟？

誠如前述，由於社會法行為之相對人，常呈不特定，且其行政重點應在於事前防範。凡此，如由傳統之私法理論觀之，不特定第三人可謂自始不可能有主張救濟之空間。易言之，現行之公私法救濟體制，顯然無濟於社會法紛爭之處理。以例言之，政府不依「基本工資審議辦法」之規定，調整基本工資時，雖為勞工所怨，但體制上，並無可資救濟之憑藉。

或謂，社會法紛爭可採請願乃至於集會遊行，來尋求救濟。問題是，當社會法已獲統治者及特定行為人之容認而成為制度，社會法上之相關主張，既應以「權利」認識時，依「有權利便有救濟」之鐵則，社會法紛爭之解決，不宜缺乏「理性」與「效率」兼顧之特性。亦即，社會法式救濟方法，實應同樣有採取訴願、行政訴訟等之空間！

為此，在處理社會法之新制度完成前，就救濟法原理之根本，似可先行建立「舉證責任轉換」之作法。亦即，當人民對於社會法事務，有不平不滿時，統治者或特定行為人，首應負起說明與辨正之法律責任。或謂行政部門於現行制度中，已依代議式民主，向立法部門充分答詢。惟本文所擬強調者是，統治者或特定行為人在具體事務之施為，其範圍及個別性，實非立法答詢所能涵蓋，即便於行政法制或已確立之今日，於行政上當有之救濟，實仍並存於立法行為。準此，給予社會法紛爭以必要回應，並追究法律責任者，實不宜減省，且應儘速新立社會法層面之相關救濟法制。

再者，由於社會法事務之紛爭，其發生並不限於「行政處分」乃至於「侵害私權之行為」，故未來之社會法救濟法制，宜使「行政處分」以外之所有「行政行為」⁶⁷，均在舉證責任轉換之原理下，獲得統治者與特定行為人必然之正面處理，並究以法律責任。而社會法之訴訟審理核心理論，更應立基於「課以義務」⁶⁸，如此將符社會法在危險之預防與管理上對統治者之期待。以例言之，對於「舊制」退休金尚有不提撥之企業，主管機關遲遲不處理乙節，其實終將危害社會。

我國目前對於勞動報酬上之紛爭，全然不思以社會法手段，予以救濟，其問題乃出自上述般在制度上之欠缺。亦即，勞動報酬紛爭救濟法制之不興，已使我國勞資關係難以獲得穩定。至少，「初次分配」的不合理，難獲政府之助力，已使我國勞資關係，難得和諧。

當然，本文亦深知，勞動報酬上之紛爭解決，除實體法定位外，尚需處理程序法上之問題。查我國目前之訴訟方式，僅有行政訴訟、民事訴訟及刑事訴訟，勞動報酬訴訟僅能以此等訴訟方式為救濟。查已有無數國家擁有「勞動訴訟」制度⁶⁹。我國目前在暫時無法新增「勞動訴訟」之新體制下，便應考量在民事訴訟法中，增定「勞動訴訟程序」之專章。本專章應在一般民事訴訟程序中，補足一般民事訴訟無法回應勞動爭訟特色之各個環節。⁷⁰

謹擬附記者是，我國現行勞資爭議處理法第6條第2項，雖規定有「勞工法庭」之制，且同法並未進一步規定，勞工法庭應依何程序，進行審理？目前實務上是以民事訴訟程序進行之。凡此，如由上述有關「勞動訴訟應不同於民事訴訟之環節」觀之，我國勞動報酬紛爭，實難得一充滿社會正義考量下之處理。

陸、社會法之執行評核—應有內外控機制之建立

在傳統之公私法執行評核上，由於立基於行為人之特定行為上，故迄今仍以「不告不理」、「不行為便無責任」，為論究公私法成效之前提。就實務而言，傳統公私法執行結果之良窳論，果真亦可為社會法所採用？

誠如前述，社會事務之無主化、社會問題之不特定對象化、反社會行為之連續化等，既為社會法之特徵時，則社會法在實務上，對於上開反社會現象有無充分掌握？統治者與特定自然人有無善盡職責？等等之管控，便特有必要。亦即，未來之社會法制，亦應有其之監察體制。

由於，反社會行為乃為當前社會安全之最大憂慮，既如前述，而反社會行為

⁶⁷請詳：鄧學良，前揭「兩岸行政法研究」書，頁235-368。

⁶⁸有關「課以義務訴訟」，請詳：(1)阿部泰隆，前揭書，頁39。(2)吳庚，前揭書，頁620、頁621。又依台灣地區現行行政訴訟法第8條(給付之訴)之規定，如能善用，不無可產生「課以義務」予行政機關之效果。

⁶⁹有關各國勞動訴訟制度，可參：周湖勇，「勞動訴訟制度研究」。(北京)中國法制出版社，2013年8月第1版，頁1-304。

⁷⁰有關「勞動訴訟」不同於民事訴訟之論著，請詳：管野和夫，「勞動法」。(東京)弘文堂。2012年12月15日第10版第1刷，頁876-893。；鄧學良，勞動訴訟法制研究。(高雄)財團法人中華勞資事務基金會，2009年8月修訂版，頁1-頁257。；黃越欽，「勞動法新論」。(台北)翰蘆圖書公司。2004年9月2刷，頁489-497。

所「挑戰」之對象，又為社會之不特定第三人時，讓社會大眾擁有一項富含「效率」及「理性」之監督統治者及特定自然人之方法，便有必要。亦即，在社會法之體制下，宜使社會人對於反社會行為，有一便捷之提問管道，且自然可獲有妥適處理之回應，此即為外控。⁷¹簡言之，所有符合社會法之體制與概念，無一不是重視來自社會的聲音，並以此建構「外控」（即：「吹哨者」）體制。又，有鑑於行政內部之指揮管理，在實務上，常呈管理不能、包庇護短，乃至於同流合污（即：「窩案」等⁷²），社會法體系之建立，亦應包括非指揮管理型、非上述外控型之「內控」制度。⁷³亦即，為使反社會行為於醞釀期，便獲查覺、為使問題防犯於機先、為使社會衝突減少，社會法制中宜採定期、不定期，由非該體制內人員，進行內部稽核，並完成必要之責任追究，此即為內控。

有鑑於現行行政法體制乃至於論著，常缺「行政監察」之一環⁷⁴，加上監察體系在實務上所出現之問題⁷⁵，在台灣地區常不以行政監察為必要。本文認為，行政監察之失能，已使台灣地區各項行政缺失，無人予以警醒與管控。此一現象，特不能再發生於時時、事事、處處，均需有人關切之社會法體系中。否則，再多的社會法制度，仍然無法實現其立法初衷。我國現行勞動報酬法制，既難稱完整，已如前述，如無行政監察（即上述之「外控」、「內控」），予以績效評核時，則勞動報酬上之基本正義，更難實現。

本文強調，我國勞動報酬實務在當下幾乎無人可以進行有效之監控，勞動報酬法制之不正義，儼然處於化外。勞動報酬不正義所發生之紛爭與困擾，無一不因自始欠缺一種督促的力量，來催促政府改善。查勞動報酬上之公平與正義，既為勞資問題之重點，我國實宜儘速建立處理人民意見之有效機制，不宜續將人民對於勞動報酬在各次分配上的外控功能，視為無物。

綜此觀之，無社會法之理念與作法，人民對政府在勞動報酬行政上之所當為乃至於績效，將無從評核。

柒、總結—「公私法之限縮化」與「社會法之最大化」，實現「個體鮮明的團體主義」

綜合上所述可知，社會法理論之建立，乃遠遠落後於公私法體制。但可確認者是，當前社會於公私法之餘，統治者或特定行為人之行為，均需新增社會法式概念，以充實公私法理論對現代社會行為無力詮釋與應對之現象。

其次，所謂社會法，似亦可理解為供不特定第三人群體使用之施政方法，或

⁷¹所謂行政監察，可詳：鄧學良，前揭「兩岸行政法研究」書，頁 443-頁 494。

⁷²以例言之，如「溫州應國權等 16 人腐敗窩案開庭，涉案公款達 4 億」等，請詳：<http://fclma.org/Show Post/22192.aspx>，2013 年 7 月 19 日造訪。

⁷³所謂內控，係指由於行政之結果取決行政內部之原因，行政機關之行為、組織氣候、專業能力等，是行政結果之決定因素，為使此一內在狀態獲得一正確檢核，由第三者（學者專家）所進行之行政監察，稱之。

⁷⁴即以吳庚前揭書為例，「行政監察」便為該書所言及之課題。

⁷⁵以例言之，台灣地區對監察院之定位，便有不同意見。如：「王健壯/這個監察院不好，要打！」等，請詳：<http://fclma.org/Show Post/27408.aspx>，2013 年 7 月 19 日造訪。

進而可稱為應以社會角度(即非國家、非個人)來定位與操作之行政手法。是故,社會法應不限於「勞動法」、「社福法」。舉凡須融入社會觀之法制,均須以社會法定位之、操作之。準此,「土地、環境法」、「教育法」、「商法」、「經濟法」、「智財法」等一切法律,其與人民日常生活有關,進而於制度操作上,須以社會公平與社會正義之考量時,未來均須有「社會法」式手法,來增強其功能。甚而,傳統之公私法領域,未來在其國家利益與個人利益之堅持中,亦有必要考量對社會法兼顧之可能性時,本文對於「勞動報酬紛爭解決」雖於上述有「勞動訴訟專章」置於民事訴訟法之提議,社會法應有「社會法式訴訟程序」(德國已有,可詳前揭「周湖勇」書。),則亦應成為我國充實社會法體制時,在程序法上當有之立法目標。

綜上所述,對所有法律制度,本於社會法式思維,乃至於慮及不特定第三人權益之團體主義,給以「國家」與「個人」以外的「社會」層面考量,已成必要。此一「法政策」有必要確立,未來政府之「行政過程」,必得有社會法式之檢視方法。果如此,「公私法領域之限縮化」乃至於「社會法領域之最大化」,似將為未來社會安全達成上之必要路徑。畢竟,由此將出現「個體鮮明的團體主義」下之新法治境界。而,勞動報酬法制亦將「個體鮮明的團體主義」的社會安全間,獲得更合理之處遇!

參考文獻

書籍

一、中文部份

- 吳庚,2006, 行政法之討論與實用,9版,元照出版有限公司。
- 周湖勇,2013, 勞動訴訟制度研究,中國法制出版社。
- 郭明政,2009, 社會法安全法—社會安全法規彙編,元照出版有限公司。
- 鄧學良,1997, 勞資事務研究,五南圖書出版公司。
- 鄧學良,2005, 勞動行政法論,財團法人中華勞資事務基金會。
- 鄧學良,2006, 兩岸行政法研究,財團法人中華勞資事務基金會。
- 鄧學良與陳樹村,2014, 調整事項勞資爭議處理之仲裁理論與實務,財團法人中華勞資事務基金會。
- 鍾秉正,2010, 社會法與基本權,元照出版有限公司。
- 蘇力譯,2002, 正義/司法的經濟學,元照出版有限公司。
- 應松年,2004, 當代中國行政法上卷,中國方正出版社。

二、日文部份

- 室井力,1981, 現代行政法入門(1)。
- 阿部泰隆,1992, 行政法システム(上)。
- 菅野和夫,2012, 勞動法,10版。

期刊文獻

陳淑芳，2010，「大學教師升等制度之性質與升等審查之原則」，世新法學，4 卷 1 期。

鄧學良，2010，「論勞務採購與勞動法制之關係」，國立中山大學-勞資關係論叢，11 卷 2 期。

鄧學良、王德儼，2013，「勞動契約履行之事實終(中)法制論」，社科法政論叢，1 期。