

一般法院的憲法解釋*

—— 關廠工人案

林佳和**

摘 要

「司法應受憲法之拘束」、「法院應本於憲法而為審判」、「司法應受法律與法之拘束」，這些憲法學上的基本原則與教條，事實上隱含著更多的神祕與奧妙，遠比其作為憲法基本原理的形式上作用來得複雜。面對某一法規不明或需要具體化時，法官無可避免的，必須實踐、實驗自己的法政策。憲法內涵難尋，希望在不同的分歧個案中，找出一定穩定的軸線，確實不易。本文試圖統一從法事實研究與規範性分析、基本權衝突與第三人效力、雙務秩序中的契約內容控制、社會科學理論與司法的民主正當性等不同向度，在方法論上對話，提供幾個「找尋憲法」的思考路徑。臺灣社會關注的所謂2012年關廠工人案，涉及的究竟是私法借貸抑或社會補償，對於包括法院在內的社會行動者而言，憲法究竟說了什麼？無疑是個有趣的觀察場域。

關鍵詞：憲法規範性、前理解、法政策、社會補償、契約內容控制、第三人效力、司法的民主正當性。

* [責任校對：黃品瑜]。

** 國立政治大學法學院副教授。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/51416002.pdf>。



目次

壹、前言：法院如何得出判決？ 法官前理解與憲法拘束	中，找出規範性的指向？ 一、法事實研究與規範性反思
貳、個案：關廠工人案始末、法律爭點與公法私法爭議	二、基本權衝突與第三人效力
參、原則：司法受憲法拘束、正義或正當性對抗合法性	三、雙務秩序的契約內容控制
肆、方法：如何從抽象的憲法	四、社會學理論與民主正當性
	伍、結語：法官的法政策、社會現實與前理解

Coram iudice et in alto mari sumus in manu dei...

於法院前，臨大海上，我們都在上帝的手中……

壹、前言：法院如何得出判決？法官前理解與憲法拘束

中華民國憲法第80條說，法官依據法律獨立審判，德國基本法第20條第3項明文，司法受法律與法之拘束，雖然沒有明講，但絕不會有異議的是：法官當然要受憲法的拘束，必須受憲法所指引而適用法律，更可以本於自己對憲法的認知，直接拒絕適用法律以下位階的其他法規範，或針對有違憲之嫌的法律，停止適用而聲請司法院大法官為合憲與否的解釋。毫無疑問的，法院當然有自行解釋法律及命令之權限¹，但絕不會有人同意法院能夠恣意為之，原因不在於法官被體制所賦予的權限，那個哈特（H.L.A. Hart）所說

¹ 司法院釋字第136、216、407號解釋參照。

「體制內說最後一句話的人」、「一旦作出終局決定，任何人都無法於體制內加以指摘」的體制決定；套一句憲法國的標準說法：吾人相信法院，賦予法官如此重要、拘束力如此之強的決定權限，理由毋寧在於：因為法官會受憲法拘束，法官會依據憲法而審判。

然而，必須老實說，法院究竟如何得出他的判決？吾人並不真的清楚。就像德國法學方法論一句流行的話：「事實上，方法論既沒有提供法院幫助，也沒有帶來任何限制」。相對的，法律社會學理論，很早就開始從不同的角度出發，例如出身、階級背景、社會地位等，試圖找出法官的自我理解（*Selbstverständnis der Richter*），說穿了，就是要參透「為何法院會做出如此判決？」之神祕提問²。有趣的是，如果依照法秩序的規範性假設，「法院應該會依照憲法認事用法、根據憲法解釋法規範」，那麼，至少在攸關「規範性內涵」的這個層次——或許先暫時忘卻單純的事實認識過程，法官之決定應該、至少在一定程度之內，可以被預測，扮演其捍衛法之安定性的角色。可是，實際狀況似非如此，那麼，法院究竟如何作出判決呢？其實，容許作者先在這裡說出結論：法官當然還是依照憲法的要求，作成決定，然而，之所以有時出人意表，答案顯然仍在於憲法本身，奧妙在於憲法本身的開放性，就像Ulrich K. Preuß所說的，應該將憲法理解為「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

2 參見例如：Ralf Dahrendorf, *Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten: Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen Oberschicht*, in Dahrendorf (Hrsg.), *Gesellschaft und Freiheit. Zur soziologischen Analyse der Gegenwart*, 1961, S. 176 (195); Manfred Riegel/Werle Raymund/Rudolf Wildenmann, in: Institut für Sozialwissenschaften der Universität Mannheim (Hrsg.), *Selbstverständnis und politisches Bewusstsein der Juristen: insbesondere der Richterschaft in der Bundesrepublik*, 1974; Raymund Werle, *Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter*, 1977; Thomas Raiser, *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*, 3. Aufl., 1999, S. 380 f.; Thorsten Berndt, *Richterbilder. Dimensionen richterlicher Selbsttypisierungen*, 2010, S. 49 ff.

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點的狀態之下，要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，讓憲法釋放「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，並重安定性與社會的自我變更能力與可能性，貫穿的主軸則是「追求社會進步的持續性」(Kontinuität des Fortschritts)³。如果說，在當代的環境與條件下，憲法理當如此，那麼，受憲法拘束、應該本於憲法而執行職務的法官，難道不該同樣「提供社會自我形成、自我理解過程中的法律理性形式」、「反思與反映社會之現實」、「提供社會力量對抗過程上理性的制度條件與管道」嗎？

理論說來簡單：法院當然該受憲法的拘束，即便當代的憲法內涵長得不太一樣；但講到裁判實務，我們仍然未必參透與頓悟，清楚知道法官究竟如何依據憲法來認事用法。德國民法學者Josef Esser，在其1970年的重要著作《找法中的前理解與方法選擇——法官判決實務之理性基礎》(Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis)，觀察德國法院的民事裁判，得出一些有趣的線索：

基本提問：法官相對的濫用其解釋工具，亦即從不實質的合理化其解釋方法之選擇，那麼，法官究竟如何做出最終的決定？

- 法感 (Rechtsgefühl) 會導引法官的決定行為，法感是法

3 Ulrich K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, in: Preuß (Hrsg.), Zu einem neuen Verfassungsverständnis, 1994, S. 7 (11 f., 27 f.); ders., Revolution, Fortschritt und Verfassung, in: Frankenberg (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, 1994, S. 103 (117 f.); 另參見 Karl-Heinz Ladeur, Postmoderne Verfassungstheorie, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, 1994, S. 304 (304 ff.).

官法律上行為與判斷的動力，但是法感本身並非客觀標準，因為，法感的決定要素，不在於人類本質的結構中，而在於精神層級（in der Schicht des Geistes）之中，它伴隨著社會存在而生，受社會化與文化薰陶之影響；

- 導引法院做出最終決定的，不是法感，應該是前理解：前理解不是成見、亦非情感與非理性的感情用事；
- 赤裸的法感事實上仍屬引導法官作成決定之非理性要素，但前理解則不然，它不是制式的判決理由構成，而是一種間接的、專業訓練下理解條件的一部分。前理解包含著職業上社會化對於法官養成之影響，意即關於法官「自我議題化與公開選擇法政策上不同選項」之能力的養成；
- 法官的判決實務，不是來自於找法上的制式方法，而只是利用這些方法，包裝與建構依自己之法律與專業理解上，最合適的那個決定⁴。

這是作者選擇的論述出發點：不是成見，亦非完全的中立，但當然也不是制式或如同機器般的照章行事，而是Josef Esser所言之「法官自我議題化與公開選擇法政策上不同選項之能力」，這個作為通往其最後決定的前理解之主要基礎，此方為理解法官裁判的祕密所在。憲法，或說：憲法秩序與規範性內涵，與這項前理解的關係為何？等於或至少大部分等同於前理解？或是兩者根本毫無相干？法院只是先射箭、再畫靶，「憲法拘束」僅係最後拿來支撐其事實上與論證無關的殘餘正當性說嘴？這篇短文，就是要簡單探討這個問題，選擇的切入點是所謂的關廠工人案。

⁴ Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 1970, S. 7 ff.

貳、個案：關廠工人案始末、法律爭點與公法私法爭議

簡單論述與分析一下備受關注的關廠工人案，同時連結至最後的司法判決——包括最終解決爭議的臺北高等行政法院102年度訴字第1635號判決，以及以涉及公益為由，拒絕作為原告之政府機關撤回訴訟而仍做出判決之臺灣桃園地方法院102年度簡字第177號判決。

首先簡單鋪陳相關的原因事實：

民國（下同）85、86年間，聯福製衣、福昌紡織、東洋針織、耀元電子等關廠歇業，雇主積欠勞工資遣費、退休金、特休費等，無論是否經勞資爭議調解，多案中之勞工未蒙清償，而雇主亦多潛逃出境，避不處理，且均未依法或未足額提撥退休準備金，致無從由金融機構保管之該準備金獲償。經所涉勞工抗爭，包括至桃園縣永豐平交道臥軌、上高速公路撿垃圾、於行政院勞工委員會（下稱勞委會）前絕食抗議等，迫使勞委會提出解決方案，結束抗爭行動。

勞委會解決方案：86年5月31日，勞委會職業訓練局就業安定基金委員會第三次臨時會，決議依據《就業服務法》第24條與《就業安定基金收支保管及運用辦法》第6條第2款，訂定《關廠歇業失業勞工促進就業貸款實施要點》（下稱實施要點——該要點於86年6月16日公布施行），申明目的為「考量失業勞工突遇工廠關廠歇業，致生活陷入困境，為即時協助失業勞工就業，並安定其生活」，決議「在一百萬元的額度內，以雇主積欠之資遣費或退休金之數額為額度，給付金錢給勞工」，亦即在一百萬元額度內，「貸款金額即等於個別勞動債權金額」（實施要點第6點參照），事實上無協商餘地，最後即以就業安定基

金為財源，委託華南銀行與所涉勞工辦理「關廠歇業失業勞工促進就業貸款」，亦即由勞委會職業訓練局與個別勞工，簽訂《關廠歇業失業勞工促進就業貸款契約》（下稱貸款契約）。

其他情況事實：86年6月1日聯合報有關前揭就業安定基金委員會議報導：「……文化大學勞工研究所所長陳繼盛、台大經濟系教授吳忠吉等隨後發言，質疑許介圭的作法是『讓雇主逃避應負的責任，由政府基金代償資遣費、退休金，與基金運用辦法不合』。許介圭則認為合法，雙方幾度針鋒相對，僵持不下。許介圭一度以高分貝要求以記名表決，讓社會公評，陳繼盛、吳忠吉未再堅持」。勞委會100年5月1日出版之《工運春秋》中載明：「聯福製衣、福昌紡織、東菱電子等重大關廠事件遲未解決，八十六年五月十四日許介圭上任當天，數百位關廠歇業失業勞工在勞委會樓下『埋鍋造飯』，要求與主委面談……為解決雇主惡性積欠勞工工資、資遣費與退休金，許介圭更破天荒的動支就業安定基金，以政府代償方式，先拿出十億元代墊，再由政府向資方求償，成了就業安定基金使用上的特例」。86年6月19日，幾家關廠的幹部在王拓立委的陪同下，到勞委會與許介圭主委討論貸款辦法。承辦的古科長說明時表示「聯福老闆願拿土地抵押」，解決應沒問題。同年7月1日，聯福三百多人至桃園縣政府參加由勞工局召開之貸款說明會，由於承辦的勞委會古科長說明時，一再要求聯福用個人名義借貸，「和先前說法不同」，遭聯福員工翻桌子抗議。（詳見聯福自救會抗爭大事記）。92年間，曾茂興等人向時任勞委會主委陳菊確認此筆金額之處理，陳菊表示：「這是勞工的苦難錢、血汗錢，國民黨政府都不討，我更不會向大家討」。隨後92至101年6月間，大多數員工皆未收到任何通知。

事實簡單鋪陳如上，在所涉勞工想像與理解中的「政府單方給與」，不論是代位求償或純粹補償給付，這不是、也無法要求勞方去定性與解讀，重點與關鍵只在「行動者所理解中的政府單方給與」，結果法律關係的形式，採取的是截然不同的「貸款契約」，亦即私法消費借貸契約：法律形式外觀呈現，勞工「向政府借錢」，而勞方十餘年來的一向理解與主張，搭配前述之情況事實，都是「政府給錢、這筆錢跟自己的勞動債權有密切關聯」，清楚的認知是「不必還」。在作者所書寫的法律意見書中⁵，臚列出本案事實所呈現之法律爭點，包括：

- 此形式上之貸款契約是否為一般民事法上之貸款契約？純屬單純之私法借貸關係？
- 如非，則該形式上存在之貸款契約，性質上應為何等法律關係？
- 如為公法上之行政法律關係，則是否可能為一階段之行政處分或行政契約？抑或存在二階段之行政處分與私法借貸契約？
- 如仍認定為私法上之民事契約關係，則是否可能為行政私法，而有不同於一般私法契約之公法上拘束？

在觀察最後法院如何做出裁判前，請先閱讀作者所整理的一些分析，會更有助於理解法院最後之結論：

(1) 勞委會處理之事實上可能意圖

由前述本案事實之描述可知，「解決並消弭勞工之抗爭行為」、「避免影響公共秩序」、「安撫因遭積欠資遣費及

⁵ 參見林佳和，《關廠歇業失業勞工促進就業貸款契約爭議案》法律意見書，台灣法學雜誌，228期，頁1-14（2013年）。

退休金之重大債務而極度焦慮之勞工」，應為勞委會最後通往所指處理方式的核心動機與意圖，如果加上「國家怠惰行政引發不當後果之『間接共犯心態』」（監察院調查意見）⁶，更足見行政機關介入之強烈公法意涵：「高權地位之行政介入」自始就是出發點、立場與行為內涵，並非基於對等地位之私法契約關係的形成，至少在意圖與目的層次上，「公權力介入處理本身難辭其咎之行政怠惰所引發之人民權利受損」，應得肯定，這是研判系爭契約之公私法性質時，絕對必須注意的關鍵。

「運用私法自治手段、以實現雙方私權上處分權（Dispositions- oder Verfügungsbefugnis）、達成利益均衡與正確性保證（Interessenausgleich und Richtigkeitsgewähr）之效果」⁷，這個私法契約自由所要通往之理想狀態，根本與本案無關，未及關照於此，僅在意表面上看似無懈可擊的私法契約形式，反而可能落入相違之陷阱。前述有關86年6月1日就業安定基金委員會議之報導，特別是其中委員等質疑當時勞委會主委許介圭作法是「讓雇主逃避應負的責任，由政府基金代償資遣費、退休金，與基金運用辦法不合」，致引發隨後雙方爭辯、許主委最終得以貫徹意志做

6 監察院87年3月2日（87）院台財字第872200072號函所檢附之調查意見中，即明示：「……桃園縣政府勞工局曲解法令，從未就勞工退休準備金之提撥情形確實查核，並就違反之事業單位依法按月處分……明顯怠忽勞動基準法第72條及勞工退休準備金提撥及管理辦法第10條所賦予之職責，應切實檢討改善」、「……而產生如聯福公司無法支付勞工退休金之情事，行政院勞工委員會未能依各企業實際情形訂定提撥率且切實執行，是為重要因素之一，應速檢討改進」。

7 學者Heinz Dieter Assmann在討論現代法律之發展時，特別提到契約自由之這項功能，但因為保護社會弱勢者之必要，現代法治國家毋寧重新思考私法契約形式之問題，在本案之脈絡下尤顯其重要性；相關討論請參見Heinz-Dieter Assmann, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges (Hrsg.), Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, 1980, S. 239 (239 ff., 251).

出決議之過程，更足證明行政機關進行公法性介入干預之決定意圖，否則何來針對「政府基金代償」之質疑、爭辯、要脅（許介圭主委之訴諸社會公評說）、乃至最終的貫徹，如果僅係單純的消費借貸？

（2）勞委會所依法規範之可能指向

在行政契約之判斷定性上，如特定事項屬於執行法律或行政準則，人民基本上僅能決定是否依該等規定之要件而締結契約，亦即如認存在「就受補助人及其他補助要件，為抽象規定，再以諸如補助準則為規範之法規範基礎」，則顯屬公法性質與範疇⁸，所為之單方行為即為行政處分，雙方行為之契約則應認行政契約。學理上所整理所謂較不具爭議、應屬行政契約之類型清單中，亦有一類「公法規定明文授權行政機關締結契約或公法對於契約內容予以詳細規定者」，亦同此理⁹。本案所涉之《就業服務法》第24條、《就業安定基金收支保管及運用辦法》第6條第2款、《關廠歇業失業勞工促進就業貸款實施要點》等，均無疑屬此類公法行為所本的法規範基礎，其所成立之法律關係，皆應屬公法上的法律關係。特別是就業服務法該條文內容：「主管機關對左列自願就業人員，應訂定計畫，致力促進其就業：一、負擔家計婦女。二、中高齡者。三、殘障者。四、原住民。五、生活扶助戶中有工作能力者。六、其他經中央主管機關認為有必要者。前項計畫應定期檢討，落實其成效」，第1項第6款「其中經中央主管機關認為有必要者」而訂定之計畫，所指稱者當為

⁸ 陳敏，行政法總論，9版，頁681（2016年）。

⁹ 李建良，公法契約與私法契約之區別問題，收於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁183（2002年）。

「顯然屬於公法性質之就業促進類措施」，換言之就是成立公法上之法律關係¹⁰，例如實務上最常見之津貼或其他單純授益行為¹¹，應屬明確，斷無可能是「還須償還本息」之私法借貸，因其他各款既無類似前例可循，再者借貸應不能為「致力促進其就業」所能涵蓋，總而言之，就業服務法第24條所指涉者，應屬單純授益行為，亦即標準之公法上行政法律關係，應得確定。

當然，公行政是否得於公私法之不同領域中，自由選擇其所為行為之形式，即擁有所謂選擇自由，學理上向為肯定。例如學者所言：「除法律別有反對規定，或與事件性質相抵觸外，公行政亦得採取私法之組織或行為形式」¹²，大法官亦曾於不同的解釋中，提及同樣之公行政形式選擇自由的本旨¹³。是以，即便存在前段所稱之法律或行政準則，而行政機關本於該等規範而據以執行，自始或不能排除採取私法形式之可能，即便其可能居於絕對的少數，但反面言之，同樣也不能逕以外觀上的私法借貸關係，即否認有實質上應為行政契約之餘地，至少「執行法

10 有趣的是，實施要點第5點同時規定貸款用途為：「本貸款限於關廠失業勞工尋求工作機會或就業有關之用途」，事實上並無「稽核或監督該所限用途」之任何行政作為，卻又要求相對人攤還本息，可見第五點是尷尬的搭配就業服務法第24點之授權意旨所致，完全不見所需之勞工證明「該等用途」，顯屬掩耳盜鈴之舉。

11 91年修正後施行之就業服務法第24條第1項，即在原先之「主管機關對下列自願就業人員，應訂定計畫」之後，再加上「必要時，得發給相關津貼或補助金」文字，即將本案實施要點所欲實質作為之行政行為——雖然突兀的以私法借貸關係包裝，透過修法而加以明文化，回到「發放津貼」之實，不復見實施要點之僅適用一次的私法借貸行為，尤見行政機關之原始意圖。

12 陳敏（註8），頁672。

13 例如司法院釋字第540號解釋即指出：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段」，吳庚大法官亦於司法院釋字第324號解釋之協同意見書中表示：「按行政機關對於行政作用之方式，固有選擇之自由，如法律並無強制規定時，行政機關為達成公共行政上之目的，自可從公法行為、私法行為、單方行為或雙方行為等不同方式中，選擇運用」。

律或行政準則，原則上應盡量成立行政契約」，以鞏固其公法上之拘束關係。且如該所涉之法規範，依其實體內容，性質上必然屬於公法上法律關係，亦即成立前述「與事件性質相牴觸」之排除選擇自由適用的例外，則就得否棄公法而遁入私法，即有違法之虞。此即學理上所說——實務判決亦常援引之，如因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替，或約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者，均屬締結行政契約之典型情形，無論契約標的或契約目的等角度觀之，至為當然，別無成立私法契約之餘地¹⁴；前述提及學理上列舉之「通常無爭議、應認成立行政契約」之類型者，亦有「取代公權力行為（特別是行政處分）之契約」，理由完全相同¹⁵。則公法或私法形式之選擇自由固然，但一方面，斷不可直接排除實體上某一真正性質的歸屬，另一方面，仍然必須回溯法律規定本旨與性質是否相容，兩者不得混為一談，誤以為行政機關採取例如私法形式的法律行為，則毫無違法問題，重點毋寧在於法院所經常強調的：訂立契約背後是否確實存在「公益上任務」、追求特定之「公益上目的」（學者林明鏘特別強調此特定的、個別的行政目的¹⁶），而非僅模糊，是如為肯定，則定性上當屬行政契約¹⁷。

14 學說見解參照李建良，行政契約與私法契約區分的新思維——從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起，月旦法學雜誌，157期，頁309（2008年），實務見解如臺北高等行政法院96年度訴字第1132號裁定。

15 李建良（註9），頁184。

16 林明鏘，行政契約法研究，頁135（2006年）；類似說明亦可見李建良（註14），頁310。

17 如註14臺北高等行政法院裁定；最高行政法院92年度判字第84號判決。

(3) 勞委會所本政策上之可能決定

意圖履行公共任務，即便有間接之「公法性質之干預意涵」，但在行政行為選擇自由的前提下，未必見得公行政必然毫無意外的選擇公法途徑，不然就不會有「以私法手段履行公共任務之行政私法」的出現，也當然不宜單以其公共性、公共任務屬性之存在，便否認有一切私法形式成立與存續之可能。換言之，在前述之勞委會可能意圖、採取特定法規範之走向之餘，必須進一步深究，行政機關是否確如外觀形式一般，真的採取私法借貸關係之選擇。

觀察系爭事件整體發展，包括社會行動者最初之行動意旨、公行政處理態度與立場、急促找尋與短時間內立即建構必要之法規範基礎、行政內部決策過程之拉扯與衝突、貫穿事件發展所見之勞動法領域慣性、乃至於持續多年「不予追討、代位求償」等之主觀意思，綜合研判勞委會之採取外觀上的私法貸款契約形式，應可看出「形式行為與實質目的之明顯落差」，應是本事件最啟人疑竇之處。為何刻意捨當時氛圍與訴求下最適切的公法補貼（不論是否有代位求償之真意），反而採取最突兀與偏離當時情境與認知最遠的私法貸款，所謂單純的短暫紓困？借貸關係是否來自於行政內部所評估最安全、最符合行政勤務與制式作業之決策，因此故意忽視與掩蓋此奇特之解決方式？為何相關社會行動者幾一致認定「勞工無須償還貸款」¹⁸，且現實狀況與行為，至少符合此認知至歷時十年以上？

公行政行為之所以在特定範圍及事項上，必須納入公法的定性軌跡，重點毋寧在於其「公法拘束」的重要與迫

¹⁸ 最新的證據是時任勞委會勞資關係處長的陳仲賢，於接受電視訪問時已公開承認「本案係代位求償」（參見各訴訟被告書狀所列該項證據）。

切性，以防遁入原則上立基於對等地位、重在當事人自治與自由形成之私法範疇之中。當然，必須再強調的是，即便當事人具有公法地位，目的在於履行公共任務，仍然不足以認定必屬行政契約，如同契約標的說所言，只有在「以行政法之法律效果為標的之契約」時，方為行政契約¹⁹，換言之，在形式上顯然為私法契約的本案，看似沒有任何轉圜餘地之「私法上借貸之法律效果」，只能進一步深究，這真的是勞委會的「目標意圖」嗎？行政機關之目的確實是要以私法借貸、而非行政法上補助之法律效果嗎？於本案，就行政機關事實上處理之意圖、相關法規範基礎之公法屬性、乃至於相關行動者之認識與理解，在在均落入典型的「公法授益行為」領域，何來怪異之私法借貸關係的共同形成？「言明無須償還」，根本不是某些人等的主觀臆測或善心好意之下的安慰之詞，而是該發展脈絡下當然又合乎邏輯的意志呈現，代位求償與否並不重要，因為政府機關在「補貼勞工」之後，是否決行政向雇主追索，在當時的狀況下，不是不重要、就是尚未決定；重點只有一項：補貼勞工²⁰。也只有在如此之前提認識下，「私法借貸關係」方能順理成章又矛盾奇特的被接

19 陳敏（註8），頁573。

20 87年11月10日，雇主李明雄向勞委會行文承諾負擔債務，91年3月20日，再向時任勞委會主委的陳菊行文，再度承諾負擔債務，均未獲官方之相當回應，至少雙方並未達成任何協議。臺灣臺北地方法院95年度訴字第8372號民事判決中，原告勞委會職業訓練局即自認：「縱聯福公司董事長李明雄曾表示願承受被告之債務，惟原告並未予以承認，依民法第301條之規定，該債務之承擔，對原告自不生效力」，即為明證。啟人疑竇的是，如確如勞委會所言，本案純屬勞工私法借貸，為何政府機關不積極處理「雇主之承諾負擔債務」，料想應是指「雇主承擔勞方積欠政府之借款債務」？政府一方面拒絕雇主，一方面只要求勞工依約償債（如本案之法律主張），明顯違背與抵觸其「協助勞工處理雇主欠款」之政策目的，著實令人百思不解。唯一的合理解釋是：基於法律授權與命令制定，行政之「授益行為」既屬於法有據，便毋庸處理雇主——勞工之債權債務關係，以免更形複雜。

受：成理的是，相關當事人皆知這是符合行政作業要求之不得已選擇，既無人當真，是當著勿庸議；怪異的是，本質上既係補貼，行政機關之公務員卻不斷地利用言語、行動與法律形式，將之硬朝往表面上的私法關係前進，引起勞方之注意與憤慨，只有不停安撫與慰藉，請其體諒與接受。行政行為公法拘束所欲防堵之公法遁入私法，杜絕以外觀上形式對等之私法關係，掩蓋與稀釋行政任務履行所應遵從之各項形式與實質要求，就是本案的奧秘所在。

(4) 補助之公行政任務的界定可能

從本案發展經過來觀察，勞委會處理解決上之事實意圖極其明顯：直接「承接」雇主所遺留之勞動債務，雖然用間接與迂迴之方式，整個脈絡清楚地就是「公法性質暨本於高權地位之介入干預」，直接授予金錢給付是其最終結果。從本案涉及之法規範基礎來觀察，特別是就業服務法第24條，規範與指涉者均屬「國家為促進就業所為之授益行為」，不論該條與本案勞工爭取者之關聯性如何，至少以此授權基礎來看，都直指一特定而個別之行政與公益目的，所成立者當為公法法律關係，非可能為立基於對等地位之私法契約形成。

從本案最終之政策選擇方式觀察，外觀上雖存在著看似與前述對立而衝突之私法借貸關係，但突兀的與整體關聯、發展軌跡、當事人認識、乃至隨後經年之慣行與認知等相背離，唯一可能的解釋是：私法契約是行政機關當時所認最安全的行政內部處理方式，至外部關係上的顯然矛盾，只好透過怪異卻又合乎邏輯的安撫與勸誘來處理：這是國家的給與，別擔心，雖是大費周章的私法貸款契約形式，但政府機關不會追討。

至此：本案並非單純私法上之借貸法律關係，而是明確之「行政機關履行其行政任務之補貼」，事實基礎自然是因應來自勞工「政府未盡監督雇主提撥退休金之責」、「進行相當程度震動社會秩序之抗議行動」等之指控與訴求。行政機關之意圖、目的、法規範建構與選擇，皆明顯朝向「公行政任務之履行」，建立者為公法上的法律關係，採取之行政行為內容是金錢補貼。當然，既存在一形式上似仍有效存續之私法契約，特別是勞方當事人尚有「清償借款之債務」，則必須進一步究明，應如何聯繫至特定的法律關係，形成如何之權利義務內容，以切實符合前述之觀察結果。想像中，有一階段之行政私法、一階段之行政契約、一階段之行政處分、二階段之行政處分+私法契約之四種可能，自然必須做繼續的辨明與分析。

當然，這裡無須再做進一步「辨明與分析」，因為法院直接做出清楚的決定，例如扮演讓勞委會最後做出全面撤告、首次認定系爭事件應屬公法事件的臺北高等行政法院102年度訴字第1635號判決，便定性道：「基於就業安定基金管理機關之地位，對於85年9月15日關廠歇業之聯福公司失業勞工，撥給國家所給與之有因性補償給付（無論要不要償還），既係基於社會國精神、就業服務法、就業安定基金收支保管及運用辦法、貸款實施要點等公法規範而來，則其權利義務關係自應受此等公法之規範，則原告於撥款前，要求被告等簽立的系爭契約當亦屬公法契約而無疑。從而，本件因上開撥款而生之爭議，自屬公法上之爭議，本院對之有審判權」，法院之所以改定公法上爭議（行政契約）之核心理由，無非基於「國家保護法制之不健全」，以及「主管機關未盡法定監督義務」之故，進而做出下列「非常憲法學式」的論證：

按所謂社會補償，即國家本於社會國原則的精神，基於衡平性及合目的性之考量，就若干人民對國家並無請求權之損失，主動給予一定補償，藉以實現社會正義，此類社會

補償給予與否，國家有完全的裁量空間，人民並無憲法上之請求權可言，補償額度亦為單純的政策考量，而不以當事人的實際損失為標準，最典型之類型為國家對於犯罪被害人及其家屬所受之損害所給予之救濟。社會補償責任的發展成形晚於國家賠償責任與犧牲補償，其功能在補傳統國家賠償責任與犧牲補償責任之不足，因國家賠償責任嚴格限於公務員行為之違法、有責，以及行為與損害之相當因果關係，犧牲補償又侷限於為公益的特別犧牲，導致某些情形，人民的損害，即使與國家的作為或不作為間存有一定因果關係，依然無從獲取賠償或補償，有鑑於此，發展出以社會國的社會連帶思維作為理論基礎，以求彌補對人民的虧欠……社會補償乃具有因性之社會福利措施，係以特定事件產生之損害為補償給付，此與社會促進之無因性社會救助，目的純粹在扶助弱勢有別。一般而言，社會國的無因性給付，國家對於給付種類、內容與範圍等的決定享有較大的政策裁量空間，如果是選擇金錢給付，其性質可能是津貼、補助，也可能是無息或低利貸款。反之，在有因性的社會補償給付，國家對於給付種類、內容與範圍等的決定，固然原則上還是擁有相當裁量空間，但目的既在補償，國家的政策裁量空間，勢必較社會促進之無因性給付更為緊縮；且因所進行者為補償，國家始能成為補償義務之歸屬主體，自應受各公法規範之控管²¹。

換言之，在法院的眼中，系爭之「消費借貸」目的之「貸款契約」，實為「社會補償」目的之「公法行為」²²，當然，法院進一步將此公法行為定性為行政契約，最後以行政契約上請求權罹於時

21 臺北高等行政法院102年度訴字第1635號判決，五（六）3。

22 在此，法院顯然受到一篇論文的影响：參見許宗力，從社會補償看關廠歇業失業勞工的法律問題，台灣法學雜誌，236期，頁93以下（2013年）。

效為由，判決勞工無須清償「貸款」。作者所謂的「憲法學式」論證，重點在於直接從社會國原則、社會正義角度切入，在此層次上聯繫至國家社會補償目的下的國家行為，進而否定原告勞委會所主張之、以對等地位締結之私法上借貸契約，此當係典型之「由憲法角度出發，確立國家依據憲法上所要求之目的，以公法行為之法律形式，履行國家任務」，標準的憲法學式推理過程。另一以「於公益之維護有礙」，先經裁定駁回勞委會撤回起訴，於前揭臺北高等行政法院判決後方作成之臺灣桃園地方法院102年度簡字第177號民事判決，在更詳盡地說理論證之餘，亦當不乏憲法學考察之語：

系爭契約既係為解決八十五年一月一日以後關廠歇業而失業勞工，自與國家為落實其改良勞工之生活，增進其生產技能，實施保護勞工之憲法社會國要求。更與國家應重視社會救助、國民就業等社會福利工作，為憲法增修條文所宣示之基本國策。其契約目的係為確保並增進上述公益目的²³；

是立法者於此顯然委由行政機關自行裁量決定，基於社會國原則、福利國原則，發放津貼或補助金，正是最具體有效之行政作為。因為國家實質上的金錢補貼，正是對於弱勢且陷於經濟困境之失業勞工渡過其眼前難關，安定其生活的公認有效方式²⁴；

從勞動憲法的觀點，對於本件勞工的系爭給付與勞動法的規範本質攸關，一方面是國家為了補救工廠惡性倒閉，勞工與資方地位不對等下，國家所應負的社會保護與救助義務；他方面，也是國家為了安定勞動與經濟市場供需所為的秩序穩定機能。落實在勞動實務，乃以「國家以勞動保

23 臺灣桃園地方法院102年度簡字第177號民事判決，伍四（二）4（2）b。

24 臺灣桃園地方法院102年度簡字第177號民事判決，伍五（二）4。

護之公法監督並必要時制裁雇主」及「對勞工為單方給付之行政行為」為其特徵²⁵；

此外，此一補貼行為更有落實憲法第一百五十三條保障勞工生活之基本國策意旨與要求，焉能謂國家無此公法上之義務？更何況國家之所以要出面提供一定的金錢給付，不單單是基於社會國保護弱勢的社會連帶思維，還有一個關鍵因素，即關廠歇業失業勞工之所以領不到退休金與資遣費，究與勞動檢查機關對雇主長期未依法履行退休準備金提撥義務，未能盡到法定監督義務，有一定因果關係，業如前述。因此以憲法社會國社會連帶意旨的觀點來解讀，勞委會提供的金錢給付應進一步定性為一種補破網的補救措施，即使未到賠償，也具有補償性質，目的在彌補國家對受害人的「虧欠」²⁶。

從這幾段論述可看出，承審法院在此有強烈的「憲法意圖」：面對系爭貸款契約的定性，一方面從機關行為之目的著手，但不陷入原告機關表面上所宣稱者，毋寧從憲法、特別是勞動憲法的角度切入，同時聯繫至社會國、福利國與社會補償之憲法決定與國家任務，反方向的回過頭來設定「國家在此特定脈絡下、受憲法拘束而僅能想像的公法行為」，一方面「由內而外」的敘述「行政機關真正之意圖與目的」，另一方面「由外而內」的闡釋「行政機關在此只能有如此之任務想像」，兩者，毫不意外的，必然是公法性質，因為這毋寧是憲法要求的，姑不論其究為單方行為（行政處分）或雙方行為（行政契約）。由前述兩則判決都可看到，法院依據憲法，特別是憲法的規範性要求，去解釋與定性系爭的國家行為，不管是抽象的法規範制定行為（實施要點），抑或接下來至少形式上

25 臺灣桃園地方法院102年度簡字第177號民事判決，伍六（二）。

26 臺灣桃園地方法院102年度簡字第177號民事判決，伍七（五）。

為雙方契約行為的貸款契約，所運用之論證方式，抽象的說，顯然都是憲法學式的，其結論與方法，作者都極為贊同。

然而，如果回到「司法受憲法拘束」、「法院應依憲法而為裁判」之抽象層次，先暫且跳脫關廠工人案的具體事實，則不免引人好奇：如果要選擇相反的結論，例如同意形式上的私法貸款契約，實質上亦無不同，則法院即便依據憲法，是否不可能得出勞方敗訴之結論？如同前述桃園地方法院判決，原告機關即同時主張：

查「法治國原則」乃係現代憲法體制之重要原理，依照法治國原則，所有國家行為皆應受法之支配，其合法性固應受法院審查，在實定憲法中除法治國原則之外，尚有其他各種原理，如「國民主權」、「權力分立」、「議會政治」、「責任內閣」等。各項原理之間可能發生矛盾對立、互相制衡的情形，然而其係併存於同一部憲法典之內，所以憲法之解釋必須考慮上述各種原理、各種價值，做和諧的、體系的解釋，以求與憲法整體之旨趣相符合。法院之司法審查因此有其「內在限制」，其來自於其他憲法原理之牽制要求與制約，亦應併予考量²⁷。

原告機關說得好：法治國原則、憲法體系、憲法整體、司法審查之內在限制、其他憲法原理的牽制與制約，這些同樣也是法院所必須受拘束的憲法秩序內涵，那麼，法院為何就是得出截然不同的結論呢？顯然，「一般法院的憲法解釋」，沒有那麼簡單。

德國知名的政治與法律理論學者Ingeborg Maus，顯然就不太以為然；他在最新的國民主權論中提到，當代民主的一項重大危機是：「只有透過民主程序所制定之法、方具有正當性」的基本假設，已嚴重地被推翻，取而代之的是「法院掌控法發展的主導

27 臺灣桃園地方法院102年度簡字第177號民事判決，參四（八）。

權」，當代法院之自我認識，已經不再是作為民主意見與意志形成程序——它的基礎顯然是合憲程序規範與自由權之行使——所生結果的執行機關，而是跳過民主程序，直接實踐「前共識所定」(vorkonsentiert)、也就是早在民主共識形成前便已存在之憲法內容，在此，憲法法院與其他審級法院，藉由所宣稱「對於毫無疑問已存在之憲法內容」的「自主性解釋」，取代民主的意志形成，運用「專業官僚權限」(expertokratische Kompetenz)，冷眼旁觀的詮釋努力，做出最終具有拘束力之決定²⁸。法學者當然不服氣，必須捍衛自主性，那個奇特的「受憲法拘束、但自己決定究竟憲法說了什麼」的自主性，包括法院在內的法律適用者，也許看看Ernst-Wolfgang Böckenförde的典型說法：憲法理論不是試著找出憲法的何種前概念(Vor-begriff)，而是企圖得出—足以理解憲法之普遍特質、規範性目標與內容範圍之體系性的想法，一個有拘束性的憲法理論，重點不在它應該來自於主觀的前理解，或是理應本於政治共識或共識變遷所生，而是作為一從憲法中明示或隱含的、從憲法本文與憲法形成之中，藉由理解認識手段所得出之憲法理論²⁹。談得既清楚、又模糊，有時社會行動者的問題卻很簡單：請問法官們是如何從憲法中「讀出」這些內容呢？究竟什麼是「憲法之普遍特質、規範性目標與內容範圍」？而什麼又叫做「憲法中明示或隱含的、從憲法本文與憲法形成之中，藉由理解認識手段所得出之憲法理論」呢？「此憲法非彼憲法」，眾說紛紜，各說各話，即便同受憲法拘束，同樣本於憲法，為何，以關廠工人案為例，原告機關跟勞方、乃至於跟最後判決的法院，所理解的「憲法」長得實在不太像呢？

28 Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*, 2011, S. 27.

29 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1991, S. 83 f.

參、原則：司法受憲法拘束、正義或正當性對抗 合法性

或許事情該從頭講起：究竟憲法對於司法，做了什麼要求。一個憲法學上的標準說法是：所有司法機關都必須受憲法的拘束，包括所有的活動，不論是個案判決或其他事實行為，例如民事或刑事執行³⁰。換言之，法院的活動，包括調查事實，確認相關的規範內容——必要時透過解釋與一定界限內的法之續造，涵攝，決定法律效果等，都必須受憲法的拘束³¹。談到司法權 (*potestas iudiciaria*)，如同Richard Thoma所描述：「司法作為控制與節制其他國家公權力之平行要素，所謂*Pouvoir Judiciaire*，司法自然是現行憲法體系完整形貌之必要成分」³²，它絕非只是單純的「既定/既存法之適用者」，相反的，司法並非侷限於法規範的審查、法的續造、漏洞的填補（所謂法官法），而是在這三種活動中，本身就在「產生法」（*Rechtserzeugung*）³³，或說：創造法之效果（*rechtsschöpferische Wirkung*），本身就成為「規範制定的權力」（*normsetzende Gewalt*）³⁴；1907年12月10日瑞士民法第1條第2項：「如於具體個案，無可資適用之法律或習慣法規定，法院可自視為立法者而決定之」，就是最好的例子。這似乎讓吾人得到一個印象：法官當然要依法審判，除此之外，也要受憲法的拘束，然而，它本身又經常扮演規範制定者的角色，究竟，法院如何處於這三角關係之中呢？

德國基本法第20條第3項明文：「行政與司法受法律與法之拘束」，一個有趣的問題是：何謂此處之「法」（*Recht*）？德國聯邦憲法法院曾經表示：「法律與法，一般而言，事實上可能是同一件

30 Roman Herzog, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2003, Art. 20 Rn. 25.

31 Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 895.

32 Stern (Fn. 31), S. 891.

33 Stern (Fn. 31), S. 894 f.

34 Herzog (Fn. 30), Art. 20 Rn. 42.

事情，但未必需要、亦非一直都是相同的」³⁵，是以，學者遂有評論到，讓法院得以援引「法」，其實僅有警告的性質³⁶。問題當然沒有那麼簡單，要想圓滿地處理以上呈現的這些問題，最重要的關鍵在於：必須試圖抓出法院受法、其實也就是法院受憲法拘束的真正意涵。Gustav Radbruch說得好：「正義與法的安定性之衝突，其解決之道在於：以制定權力所確立的實證法，即便內容不正義且不具目的性，仍然必須優先而遵守，除非，實證法與正義的矛盾已達到令人無法容忍的程度，亦即作為不正確的法，實證法已徹底偏離了正義」³⁷；在如此的理解下，連結至當代憲法國之國家性，就只能得出一個答案：法院所要實現的正義，必須從憲法中去找尋，如此，它才能夠面對不正義，面對令人無法忍受的法律，重點不在抽象的正義，而是在憲法。

如同Wolfgang Heyde所言，解決正義問題的答案，在於憲法，因為憲法就是正義的實證化，例如基本權，法治國與社會國原則，重點與依據都在於這些實質的憲法規範。法官不應該任意援引正義的理念與想法，然後隨意偏離法律的文義與規範³⁸。同樣道理，如果法律出現漏洞，法官意圖填補法律，則必須由法律上「找尋規範標準與評價基礎」，說穿了，必須依據與從憲法中去找尋³⁹。如同Rudolf Wassermann所說的「司法的政治面向」：法官不能偏離社會現實，某個程度而言，法官必須「在政治上明知而警惕」(politisch

35 BVerfGE 34, 269 (286 f.).

36 Friedrich E. Schnapp, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 6. Aufl., 2012, Art. 20 Rn. 62; Fritz Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staats Rechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 61 Rn. 18.

37 Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1976, S. 353; dazu auch BVerfGE 3, 225 (233).

38 Wolfgang Heyde, Rechtsprechung, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1995, § 33 Rn. 94 f.

39 Heyde (Fn. 38), § 33 Rn. 96.

bewußt) ⁴⁰，對於公共事務的法律形成，要關照社會現實，但仍然必須以現行法為導向，包括制定法，乃至於憲法之基本權與基本決定⁴¹。德國基本法說：「司法受法律與法之拘束」，這裡的「法」，並非抽象的正義或其他非實證的價值，如果一定程度要把司法理解為「以正當性力抗合法性 (Legitimität gegen Legalität)」之主體，也必須侷限於前述的情況，換言之，憲法不應容許法官以個人主觀的正義理念，取代憲法實證化之價值秩序，所以毋寧說：一個比較正確而沒有矛盾的理解「司法受憲法拘束」之基本公式，或許是「合法性指向正當性」(Legalität indiziert Legitimität) ⁴²，以免造成常為人所詬病的所謂司法國，這既是「司法受法的拘束」、亦即受正義之拘束的正確理解，也當然作為司法權本身的界限，這個界限，其實就是憲法⁴³。

這當然是個難題，如同學者Eberhard Schmidt所說的：「法官的責任在於，當必須說出何謂法的時候，他說出來的確實是法，而非僅是取得擁有說話的權力」⁴⁴；這無疑是個困局：究竟什麼是毫不含糊的「憲法內容」呢？如果憲法法院的法官們總是意見分歧，僅僅憑著甚至可能是簡單相對多數決而立下判決時，法秩序內的社會行動者，例如一般法院，又該如何自處呢？這些分析只告訴了我們，法官的任務雖然在於實現正義，但整體而言，憲法秩序並未賦予其「依持正當性來對抗合法性」的萬能工具，法官主觀認知的正義，必須在憲法中找到基礎與依據，所以，法官當然依據良心，但追根究柢，正義與良心都必須從憲法規範秩序中去找尋、去發現，不論院所從事的是解釋、涵攝、續造、造法的何種活動。

⁴⁰ Rudolf Wassermann, *Der politische Richter*, 1972, S. 107.

⁴¹ Heyde (Fn. 38), § 33 Rn. 100.

⁴² Schnapp (Fn. 36), Art. 20 Rn. 61.

⁴³ Otto Rudolf Kissel, *Grenzen der rechtsprechenden Gewalt*, NJW 1982, S. 1777 (1777 ff.).

⁴⁴ 轉引自 Julius Federer, *Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters*, JZ 1968, S. 511 (521).

肆、方法：如何從抽象的憲法中，找出規範性的指向？

談完司法應受憲法拘束的基本原則，就個案、例如關廠工人案而言，至少就抽象層次來說，似乎沒有太大的聯想，因為，我們仍然陷於不同的憲法規範性想像中，是以，要想更進一步，吾人需要更多的工具與認識，方能努力從抽象的憲法中，找出規範性的指向。以關廠工人案為例，可以對照出四個不同的向度，由此觀察與回答這個提問。

一、法事實研究與規範性反思

關廠工人案給予吾人的一個重要啟發，自然是法事實在整個司法裁判中的重要性；所有的法院裁判，都必須「認事」，這還用說嗎？然而，更重要的一個切入點是：所蒐集到的法事實，究竟如何與「法的規範性」，例如這裡之「憲法的規範性」，能有適當的考察、關照與反思。必須這麼說：在法學的研究上，仍然多將事實層次的社會關係視為觀察的一個「次領域」，而並未真正在認識上嘗試去完整的處理它與法規範體系的核心問題⁴⁵。

公法學者Friedrich Müller認為，要處理憲法文義/條文與社會現實之間的關係，就必須區別所謂的「規範條文」(Normtext)與

45 少數的例外可見Dieter Grimm：他認為，如果法規範本身便帶有社會現實的要素，而非針對法規範適用結果所產生之社會現實的影響，那麼傳統的法學方法論那種「不得以社會現實的解釋觀點，影響法規範性」之假設，基本上就不盡正確了；參見Dieter Grimm, Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 1982, S. 39 (43)。當然，另一相反面向的觀點，便是「法社會學之對於法釋義學」的毫無興趣，認為它純粹是法律邏輯與論理的操作結果，而與社會事實無關，例如Ingo Schaeffer, Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie. Für eine Rechtssoziologie, mit noch mehr Recht, ZRSoz 25 (2004), S. 141 (149)。

「規範」(Norm)的不同。「規範」復包括兩個部分，一為「規範指向」(Normprogramm)，它是一種規範性意涵上的標準，其中清楚的明列構成要件與法律效果，透過對於規範條文的所有語言資訊上的處理與整合——換言之：透過「解釋」，法律的適用者可以得出此「規範指向」。「規範」的另一部分稱之為「規範領域」(Normbereich)，它則是透過對於事實的觀察、檢視與評價，所得出之對於許多事實變數的經驗分析。「規範領域」必須取決於「規範指向」，也就是說：「規範指向」必須找尋出建立「實踐規範性」(praktische Normativität)所需要的「規範領域」，換言之，「規範領域」是「規範指向」所找尋出來的作為自己描述對象之社會現實，是以，只有在「規範指向」的基礎上，方有可能進行符合法學方式的「規範領域」之描述與分析，而成為整體法規範具體化的組成部分之一⁴⁶。

Müller的說法告訴我們一個重要的基本問題：「社會現實」當然應是憲法規範性所應涵及的範圍，兩者不能彼此超脫分離：吾人既不能誤認憲法規範性是一回事，社會事實只是冷眼旁觀的另一層次，亦不能誤會憲法規範性當然可以左右或主宰社會現實，或甚至等於社會現實。假如容許補充Müller之說法的話：其實更精確一點的講法，應該是「規範領域」與「規範指向」的辯證式關係的理解。法律來自於社會現實，以對之的一定評價為基礎，建立自己體系的規範性，或套用Müller的概念：也建構自己的規範指向，然後在一「相互考察」的結構中理出規範領域，但此規範指向本身保持一定的開放性，容許規範領域再「反思」回來的可能性，否則就只有碰到臨界點時之修法問題。到此，我們可清楚的看到，既使在當代的公法學方法論中，亦已看到「規範性與事實」的複雜關係，而早早捨棄「規範性的單向描述方式」。但Müller的詮釋也正好告訴

46 Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. I, 6. Aufl., 1995, S. 266 ff.

我們一個核心點：切勿遺忘規範性對社會現實的「篩檢作用」，也莫忽略社會現實對規範性的「反思作用」。換言之，即使是限於「單純的事實層次」，也就是憲法學理上所稱之「規範控制範圍內的現實分析」(Realanalyse im Rahmen der Normenkontrolle)⁴⁷，無疑亦不能等而視之，單向的、不論是從何一端點出發的，都必須一定程度的揚棄，而是一個嚴謹而複雜的相互、甚至辯證式的考察過程。

關廠工人案的法院判決，正是一典型的規範指向與規範領域之操作示範：對於案件事實之發展過程，在一清晰的規範指向下，法院精準地掌握了所處理之規範領域，貫穿兩者之規範性，顯然就是憲法社會國原則、勞動關係特殊性與系爭事件本身之獨特屬性，特別是在前揭桃園地方法院的判決，法院在諸多地方呈現清晰的規範指向（社會國、福利國、社會補償、勞動憲法、國家任務），同時一一臚列與處理所各該事實、特別是對相關事實之法律形式外觀的批判性對話，一種辯證式的言說，都是憲法所期待之規範分析的示範。就此方法層次而言，無疑的是「適用憲法」。

二、基本權衝突與第三人效力

談到法院之適用憲法，特別是攸關私法契約時，「第三人效力」之運用於以私法形成所彰顯之基本權衝突，是一慣常出現的談法，在本案中，其實也具有某種意義⁴⁸。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

47 *Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG*, in: Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. I, 1976, S. 458 (464 f.).

48 如民法學者周伯峰即提到，即便純以民事契約的角度觀察系爭貸款契約，亦可見其中諸多問題，例如「當事人真意」，甚而為刻意隱藏他項法律關係，作為通謀虛偽意思表示而可能無效；詳見：周伯峰，關廠工人案：不誠信的國家機關?!，法律扶助，41期，頁21（2013年）。

本權衝突問題的根本困難⁴⁹。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，得以順暢地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⁵⁰，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涵括其內」的呈現。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」，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⁵¹。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

49 類似的提問亦可觀察較晚期之討論，例如Uwe Diederichsen, Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, S. 39 (39 ff.). 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Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 485 ff.; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1559 f.; Albert Bleckmann, Staatsrecht II. Die Grundrechte, 3. Aufl., 1989, S. 397.

50 這種將社會力量（Soziale Gewalten）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 Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 10. Aufl., 1988, S. 325.

51 Herbert Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 17 ff.

別是私人間基本權衝突的解決，總而言之，不論處理基本權衝突或第三人效力，無可避免的皆必須面對「國家所擁護之憲法價值的鉗入」⁵²，而非20世紀初期瑞士知名公法學者Fritz Fleiner所說的「遁入私法」：換句話說，國家仍須確認其公共任務之所在⁵³。

這個談法對於關廠工人案的意義在於：所謂「退萬步言」，即便系爭貸款契約之私法關係外觀無從挑戰，或說：法院不欲挑戰，但所謂的法院受憲法拘束，自然仍有第三人效力之問題，當然不會任由之「遁入私法」，法院仍然必須公共任務執行與捍衛者的角色；任何的私法關係，事實上都有相當之公共性質，作為裁決者的法院，當然必須引入憲法規範性內涵而加以評斷，舉輕明重，更毋庸說行政私法。在此種可能模式下，如果本案所涉者仍為私法借貸契約，但卻因加上公行政任務履行之屬性，成為行政私法之行政行為。論其法律效果，雖形式上為私法形式之國庫活動，但實質上仍屬給付行政之公法上行政任務，因此仍應受一定程度的公法拘束，不能全面享有私法自治，特別是不得對人民課加較公法形成更多之法律限制⁵⁴，至少與本於對等地位、強調自治與當事人意志自由呈現之私法上契約行為不同⁵⁵。一般行政私法所可能想像應受之公法拘束，包括比例原則、誠實信用原則、不當連結禁止原則、權利濫用禁止原則、信賴保護原則等行政法上原則，在此亦當得拘束之。在爭議與適用上，如為行政私法，則基本上必須限於直接之行政任務或公法設定之事務，而以私法方式執行時，方為行政私法，是以

52 就此問題而言，研究基本權與私法關係的Walter Leisner，以「社會國與第三人效力」為題而探究社會國原則之進入私法關係，亦舉出同樣的問題意識；參見Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 170 f.

53 在探討基本權之第三人效力時，特別強調此點者，參見Zippelius (Fn. 50), S. 328.

54 陳敏（註8），頁674。

55 學者程明修亦同樣強調此意旨，氏認公行政即便選擇了私法形式的決定，也不能全然主張私法自治，仍應受到相關法規之限制，特別是不應從事與公行政本身職權無甚關聯之事務；參見程明修，行政法之行為與法律關係理論，2版，頁303-304（2005年）。

應排除行政營利活動及私法輔助行為。由於本案濃厚之「履行行政任務」屬性，顯非行政營利活動或與行政任務無關之私法輔助行為，是以或得歸類為行政私法，則憲法之拘束將更為明顯，至少外觀上。

三、雙務秩序的契約內容控制

前述兩個法院判決，事實上都通往行政契約的結論，是以從另外一個角度觀察，作為雙務秩序的契約，即便是公法契約，究竟有無內容控制之問題。聚焦於關廠工人案的系爭貸款契約：如認為屬於行政私法性質之私法契約，仍須適用公法拘束，包括其法律根據及目的，亦非純然之私法契約。當然，如何「適用公法拘束」，例如一般行政法上原則，確實不易，特別在本案直接屬於行政任務（至少在行政機關之意圖上），但卻刻意採取形式上對等之雙方互負義務之私法借貸契約，將越形困難，是如有更佳之定性選擇，或應考量揚棄屬於行政私法之認定，如無法為之，則應思考特定公法原則與法律效果之適用，特別是行政機關是否存在濫用權利（本案之接近罹於時效的時間點方發動請求）、違反誠實信用（一再言明不追討）、比例原則（個別勞工之生存權）等因素，應作適當的操作控制。如設定為行政契約之定性，則如何觀察「本於行政意圖與行政任務、既屬單方之授益/消失性津貼之賦予、為何尚有受益人清償借款之義務？」問題，想像中或有：有瑕疵之行政契約？準用民法規定而無效（心中保留等）或違反行政契約許可性下之特殊處理？基於本案授益行為之作成背景、政策意圖、相關人員之行為與認識等因素，使該契約關係因此瑕疵而全部無效，應係違背當事人真正意志與利益、且顯有抵觸公益之嫌的作法，是一個可能的思考方向，就是朝「符合當事人真意、使行政契約一部無效」之結論前進，基礎為行政程序法第143條：「行政契約之一部無效者，全部無效。但如可認為欠缺該部分，締約雙方亦將締結契約者，其他部分仍為有效」規定，或較妥適，而該無效部分，顯然是指「借方清償

義務」；法條上之要件雖為「亦將締結契約」，論理上亦應包括「將單方授益之行政處分改以行政契約形成」之情形，方符合法律本旨，否則一方面言此時僅須作成行政處分，再方面又說並無符合要式之行政處分存在，否而使之全部無效，舉輕明重，應不符合公益要求。總結言之，至少就作者個人而言，整體上應可理解為「代替行政處分之行政契約為瑕疵、致契約內容一部無效」，通往「該無效部分屬借方清償義務、是借方免於給付義務、已返還者得請求不當得利之再返還所受利益」之結論，雖然說，法院最後並未特別論證至此，以關鍵的臺北高等行政法院判決為例，最終似僅以罹於時效收場，未再及關照這裡所提出的問題。

引發作者好奇的是：作為雙務秩序的契約關係，憲法可以有何等之拘束？如同之前所分析的，規範上而言，不會有任何的私法秩序是脫逸出憲法秩序之外，都必須受憲法的拘束，那麼，所謂的契約控制，必然來自於憲法的要求，毫無疑問，不論其核心的價值叫做自由或平等。再者，只要是契約，不論私法或公法契約，理應皆有契約控制的問題，在行政契約尚未發展出自己完整的規範體系之前，多所援引私法契約原則與法理，應屬可接受，更何況作為以私法形式履行公共任務的行政私法契約，是以，私法秩序下的契約內容控制，在談到相關法院應依據憲法而裁判的面向上，應有其相當意義。學者Lorenz Fastrich於1989年提出《私法中法院之內容控制》(Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht)，全面性的針對私法各領域中之「司法控制契約自由」的問題——包括民法、公司法與勞動法，作一相當完整的處理。Fastrich努力的企圖建立一套完整而全新的「契約內容控制」理論，脫離單純「衡平性控制」(Billigkeitskontrolle)的範疇⁵⁶，而希望建立普遍之「內容控制」的

56 作為傳統法律理論中的所謂「衡平性」，本質上似乎應為個案正義性質，所追求的本來就不是通案正義、普遍性的規範正義，如同法哲學的標準說法：所謂普遍的規則與衡平的感受，原本就是對立的概念，它的提問正是：「法官是否

理論；這是相當值得注意的一點：立論的一開始，Fastrich就認為「衡平性控制」的提問並不正確，因為如此的理論脈絡會陷於「衡平性」所帶來的語意巢臼，正本清源之道，應是全面檢討私法領域中「契約自由的內容控制」問題，包括它的「制度化」(Institutionalisierung)、理論、適用對象、適用方法及步驟等，然後再去觀察不同的私法領域中，不同類型之契約條款約定的問題，不論是稱之為衡平性、適當性、相當性等概念。Fastrich的主要論點如下：

(1) 當事人契約條款的內容控制，本身就是法律控制的一種下位類型，它並非來自於法院的特殊權限，而是法秩序、特別是憲法秩序所要求的「必須普遍的、實質的限制契約自由」的必然結果。與其他法律控制形式不同的是，內容控制的適用範圍與標準各有差異：例如，德國民法第315條的標準是個案導向（衡平性），而內容控制卻是普遍的性質，同法第138條的善良風俗必須依據法律規範上的標準，而且範圍極其限縮，內容控制則不然。內容控制與補充性的法律解釋或權利行使之控制，皆不相同，解釋的重點在於探求真意，而內容控制的內涵在於限制所得到的當事人真意；權利行使之控制不挑戰當事人約定的有效，只是在非典型的特別情狀下，審查當事人的行使權利是否適當或濫用，而內容控制可能完全否定當事人約定的合法性⁵⁷。

(2) 契約內容控制的基礎在於所謂的「契約作為正確保證」的內涵。私法自治的精神在於當事人依其意思，自我負責的自由形成法律關係，以符合當事人之利益，亦即所謂的「正確」。然而，契

在這個案子上，不應該依照一般規則，而應依衡平的情感來作判決？」，是在理論上，「形式法與衡平」、「*ius strictum*與*aequitas*」、「*common law*與*equity*」，從來就是對立的；僅參見 *Reinhold Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1994, § 24.

⁵⁷ *Lorenz Fastrich*, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, S. 9 ff., 14 ff.

約制度本質上亦含有「建立公平之秩序」的內在意涵，只要在某些條件下，如此之契約意涵無法實現，法秩序就必須加以干預介入，以重建欠缺之「正確保證」。一個相當重要的介入方式便是法院的內容控制，以限制契約自由出發，在維護私法自治的自主形成法律關係的前提下，藉由考量當事人相當利益之有效要件的控制，重新使契約發揮原有之秩序功能；換句話說，契約自由的內在界限（*immanente Schranken*），便是契約內容控制的依據及基礎⁵⁸。相當重要的是內容控制的此一「普遍、一般化」的本質，它並非契約扶助、契約修正，而是一基於契約欠缺正確保障下的法律控制⁵⁹。

（3）一般學說所主張，應依據德國民法第242條（誠實信用原則）以進行契約內容控制的說法並不正確，因為該條之功能在於補充當事人之意思，而非修正。正確的理解是：內容控制可以援引誠實信用的法律基本原則，而毋庸必須以德國民法第242條為法律依據。再者，內容控制與同法第138條（善良風俗）的關係亦同，它可以援引善良風俗的原則，卻不應直接引為基礎，因為兩者的基本出發點實有差異：善良風俗未質疑契約的正確保證功能，只是在防堵個案中的極端情狀，而內容控制因契約的正確功能失效而出發，並不限於防堵極端的情況，亦能對某些非重大之契約約定進行內容的修正⁶⁰。

（4）契約內容控制的前提在於：契約所欲達成之正確保證，在個案中並不存在。由於契約類型繁複，過去理論上嘗試建立一放諸四海皆準的正確保證之功能條件（何者應認具備正確保證，何者則否）的努力，必然是失敗的。然而，契約正確保證的觀察，仍可從兩方面探求：一是個案中契約一方當事人對於契約條款的具體影

58 *Fastrich* (Fn. 57), S. 51 ff., 69 f.

59 *Fastrich* (Fn. 57), S. 190 f.

60 *Fastrich* (Fn. 57), S. 9 ff., 71 f.

響，另一則是普遍的交易秩序中，市場及競爭領域上特定的典型締約行為。後者並非毫無探求之機會，理論上應可透過對於特定範圍內、典型契約行為的研究歸類，將之類型化，理出何為典型欠缺當事人地位對等（*gestörte Vertragsparität*）的情事⁶¹。

（5）法官造法，欲建立一得作為契約內容控制基礎之原則，亦符合四項要件：

普遍的存在契約正確保證的欠缺；

目的在於排除一顯然的不合理狀態；

別無其他透過當事人自主形成之方式加以補救；

進行內容控制的範圍極其明確⁶²。

（6）契約內容控制的步驟如下：

先確認應進行內容控制的功能條件是否具備⁶³：包括（a）欠缺當事人的自主決定，（b）欠缺當事人間的對等：個案的欠缺、典型通案的欠缺、雖無欠缺但規範上應介入，（c）一方當事人無法影響契約之約定：個案、通案；

再進行兩階段的控制⁶⁴：（a）找出一法律典範：強行法、任意法、法官造法，（b）是否存在顯不相當的歧視：歧視情狀、個案之利益衡量（應依普遍而客觀的衡量標準：如交易習慣）。

就憲法對於私法契約上的要求，最後所提到的控制模式，深具價值。換言之，在面對個案時，法官必須腦海中存有一「法律典

61 *Fastrich* (Fn. 57), S. 77 ff.

62 *Fastrich* (Fn. 57), S. 78.

63 *Fastrich* (Fn. 57), S. 215 ff.

64 *Fastrich* (Fn. 57), S. 280 ff.

範」，毋寧應該說：「憲法所想像與指向之典範」，相對於任意法或法官法，強行法所提供之規範指向顯然更為關鍵。如果從憲法規範秩序中，可以找尋一期待的典範，例如前述桃園地方法院判決中所運用的社會國、福利國、社會補償等憲法內涵，自可以將之運用於個案上的契約控制，不論是契約形式、契約內容或契約效果的控制上。如此之理論進路的最大啟發在於：法院對於契約內容的控制，不應任憑自己的法感、甚至一般的情感，去任意矯正當事人約定內容，而必須依循一清楚的形式法或實質法內涵，也就是法秩序本身一定程度的「規範期待」，去決定何謂符合正義的內容。法的適用雖然難以逃避形式法、成文法的拘束關係，但它事實上是被箝入一個「整體的實質法」概念及範疇下來看、來操作的。亦即，思考問題的一開始，反而應該是「法規範秩序的整體規範觀」，亦即從實質法為出發點，去思考如何限制契約自由的問題，它本身就是一項普遍的工作，成文法規範可能是它第一個「入手」的依據，可能只是它「參酌」的開始（特別是在諸如誠實信用或善良風俗等之概括條款），甚至因為成文法的確定內容難以適用，反而可能必須加以拋棄，另外尋求一類似該成文法內容的法律原則，正本清源，銜接前述「司法受憲法的拘束」、「司法受法律與法之拘束」、「司法所追求之正義」，三者的最大公約數，其實就是憲法規範性，面對雙務秩序下的契約關係，作為法院審判之對象，法院之操作憲法解釋，就是對於契約的控制。

四、社會學理論與民主正當性

如果再把視野拉得更高更廣，法院適用法律於個案時，最困難之處，往往不在於法規範的解釋，乃至於單純的事實探知，而在於「對於事實之規範性分析」，而這顯然是法院依據憲法審判中，最為關鍵的一環。就此，或可由兩個面向來加以探討，首先是運用其他社會科學理論，藉以豐富法院分析事實能力，得到一些線索與啟發，以供法學領域探討憲法所彰顯之正義實現問題時所運用，以下

是兩個簡單的嘗試。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》⁶⁵，Forst主張所謂跨國正義的批判理論（kritische Theorie transnationaler Gerechtigkeit）⁶⁶，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⁶⁷，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之規範性思考」⁶⁸，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⁶⁹：

- 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

65 Christoph Broszies/Henning Hahn (Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, 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，國立政治大學法學院主辦（2012年3月17-18日）。

66 參見Rainer Forst, *Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit*, in: Broszies/Hahn (Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, 2010, S. 439 (439 ff.).

67 Forst (Fn. 66), S. 451.

68 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 (Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, 2010, S. 404 (404 ff.).

69 Forst (Fn. 66), S. 452 f.

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

係人原則上的同意，亦即所謂「正義在言談上之善」(diskursive Tugend der Gerechtigkeit)⁷⁰。為防誤解，Forst進一步說明，他所在意的，並非最後的例如財貨分配結果，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)⁷¹。個人以為，Forst之主張是一可資思考的方向：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。

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⁷²。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

⁷⁰ Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, 2007, S. 220.

⁷¹ Rainer Forst, *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*, 2011, S. 32.

⁷² Axel Honneth, *Das Recht der Freiheit*, 2011, S. 9 f.

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⁷³。

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⁷⁴。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⁷⁵。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⁷⁶。

另一個值得深思的反省是：司法如何取得其正當性？秘密絕對不在於：因為法官權力很大，再怎麼自許為單純的法院，如果眼中的自己，只是作為威信與一致性表徵的權威，甚至變成眾所畏懼的「司法國」⁷⁷，進而忽略Otto Depenheuer所說的「國民的憲法意識」，

73 Honneth (Fn. 72), S. 16, 20.

74 Honneth (Fn. 72), S. 410 f.

75 Honneth (Fn. 72), S. 410 f.

76 Honneth (Fn. 72), S. 451, 453.

77 Ernst-Wolfgang Böckenförde的名言：「從議會的立法國到憲法法院的司法國」，相關討論亦見Wolfgang Knies, *Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“? Das Bundesverfassungsgericht und die gewaltenteilende Kompetenzordnung des Grundgesetzes*, in: Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, 1997, S. 1155 (1157).

而僅記得法院自己的憲法認識⁷⁸，則所謂「司法受憲法拘束」，將只淪為無意義的夢囈。如同著名的民法與羅馬法學者Helmut Coing之所謂「*justitia protectiva*」——正義的要求，提醒「所有人之於他人的權力，都必須加以限制，無限制的權力，根本就牴觸法律」⁷⁹，問題自然直指司法、特別是法院應受憲法拘束所彰顯之民主正當性與民主拘束。Axel Tschentscher在其名為《第三權之民主正當性》（*Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*）的論述中，分析當代憲法國中所謂司法之「民主正當性的組織——形式模式」（*organisatorisch-formales Modell demokratischer Legitimation*），其中又分為三個不同層次的模組，包括人事——組織上的正當性、功能——制度上的正當性、實體——內容上的正當性，指涉五項民主正當性的結構要素，包括高權行為作為對象、國民作為主體、形式上的權責歸屬作為手段、代議制與多數決原則作為實踐、政治公民權作為必要的條件等⁸⁰。

Tschentscher以為，傳統的民主正當性理解，如果試圖用在作為第三權的法院，顯然捉襟見肘，因為如果這些機關獨立行使職權，享有充分的決定自由，又要如何從民主的角度上自圓其說：這些獨立機關還是受國民意志之拘束⁸¹？雖然德國聯邦憲法法院並非沒有試圖緩頰⁸²，但Tschentscher仍然正確地指出其缺憾，因此發展

78 *Otto Depenheuer*, Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit? Das Verfassungsbewußtsein der Bürger als Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Ziemske/Langheid/Wilms/Haverkate* (Hrsg.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, 1997, S. 485 (485).

79 轉引自 *Karl Larenz*, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979, S. 144.

80 *Axel Tschentscher*, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, 2006, S. 51 ff.

81 *Tschentscher* (Fn. 80), S. 107f.

82 例如在知名的馬斯垂克判決中，對於顯然是獨立機關的歐洲央行，聯邦憲法法院有些尷尬地說：雖然德國聯邦議會與其選民，幾乎完全喪失監督權限，不過「依然存在得在規範上限制其權限的嚴格標準」，可見在獨立機關的場合，法院似乎只看到實體——內容上之正當性問題；就此參見 *BVerfGE* 89, 155 (207 f.) - *Maastricht*。相關討論亦見 *Tschentscher* (Fn. 80), S. 110.

出另一所謂的「民主正當性的控制模式」(Kontrollmodell demokratischer Legitimation)：直接站在審議民主(deliberative Demokratie)之立場，提出「以溝通言說之控制(diskursive Kontrolle)來滿足高權行為的正當性需求」⁸³。他提出一很重要的論點：對司法的民主正當性控制，首在「潛在之內容控制」(potentielle Inhaltskontrolle)，易言之，在「組織——形式模式」中最重要之人事——組織上的正當性外，取而代之的自然是實體——內容層次上的正當性問題，在此，法院是否具有民主正當性，關鍵在於「是否受憲法實體內容上的拘束」，例如簡單的公式：「法律調控效力越強，判決與其他司法行為的民主正當性需求程度就越高；法律拘束越弱，則司法之正當性要求就越低」，防止司法專擅之監督手段，就必須搭配特定的程序條件，例如最重要的論證義務與程序開放性⁸⁴；這是一項非常重要的參考線索。

其實，司法最核心的正當性問題與泉源——兩者其實同一，就是「司法行為之憲法拘束」，換言之，裁判的實體內容；不論是基本權保障、少數族群保護、乃至於就法規範一定程度的合憲審查，法院欲在整體民主體制中取得正當地位，唯一的途徑就是「對於憲法之理解與適用未逾越憲法界限」，偏偏弔詭的是：至於憲法內涵與界限是什麼，由法院自己決定之。到了最後，就如同Tschentscher所說的，既然憲法之「實體」由法院自己講，那麼意圖對之作民主正當性的控制，就只能試圖「透過對決定程序的控制，來間接控制實體內容」，答案自然就是法官的論證義務與程序的開放性。從政治學討論民主正當性的一些脈絡中，其實也可看到類似的軌跡：傳統的正當性思維下之正當性找尋，係循所謂的「順從模式」(Folgebereitschafts- bzw. Compliance-Modell)，亦即社會學家韋伯(Max Weber)提出之定義：人民非因暴力威脅而自願遵從

⁸³ Tschentscher (Fn. 80), S. 123.

⁸⁴ Tschentscher (Fn. 80), S. 224 f., 226, 377.

統治秩序，也就是正當性的確信⁸⁵，取代制裁、乃至於暴力手段的運用，成為統治維繫與功能發揮的關鍵，這也是聯邦憲法法院、以及德國公法學所揭諸之「不中斷的民主正當性鎖鏈」(ununterbrochene demokratische Legitimationskette)，背後所依循之理論基礎與思維⁸⁶。然而，這種過度強調形式主義的說法，在當代蒙受很大的質疑與非難，於是學理上出現了諸多不同理解與定義民主正當性的嘗試，例如Frank Nullmeier & Martin Nonhoff便整理出三種常見的策略⁸⁷：

來自於人民作為主權體的正當性來源之外，也將例如「是否促進人民福祉」作為判斷標準，觀察有無「解決問題之權限」的「產出」(Output)，亦屬是否具備民主正當性的重要線索；

是否存在足以取代「選舉之民主過程」的其他功能上等值等價的機制，而這些機制同樣可以達成「選擇、控制、合理化義務」等民主功能，例如近年來最常被提及的手段：審議；

或甚至更根本地，在民主中找出其他足資與國民主權相當的其他價值，例如審議、少數保護、制衡、對抗個人私益與促進公益等。

85 同樣採取此說法者，如林依仁，民主正當性成分與其程度，政大法學評論，129期，頁79（2012年）。

86 Böckenförde (Fn. 29), S. 299, 302。類似的說法亦見Roman Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 214.

87 Frank Nullmeier/Martin Nonhoff, Der Wandel des Legitimationsdenkens, in: Nullmeier/Biegon/Gronau/Nonhoff/Schmidtke/Schneider (Hrsg.), Prekäre Legitimitäten. Rechtfertigung von Herrschaft in der postnationalen Konstellation, 2010, S. 16 (28 f.).

前述所提到的詮釋民主正當性之新興策略，顯然有別於傳統透過「人民觀感與印象之蒐羅」所進行之實證性質的正當性研究，而因其偏向作質性的評價工作，經歸類為所謂「規範性的評價模式」(normatives Bewertungsmodell)⁸⁸，不論強調與著眼的是正當性的投入(Input)、過程(Procedure)或是產出(Output)，重點都在於規範性的觀察與評估⁸⁹。曾任聯邦憲法法院法官的公法學者Dieter Grimm認為，不應以制定法之想像去理解憲法，憲法的最大功能，其實在於穩固「持續與變遷」(Kontinuität und Wechsel)，它藉由原則與程序，去保障更高程度的持續性，換言之，憲法的功能不在阻撓變遷，而是提升對於共識及正當性的要求，同時發揮拖延程序與決定的效果⁹⁰，就像聯邦憲法法院自己多次說過的：「當在某一憲法條文所指涉的領域內，產生新的、過去所無法預見之構成要件，或是原先既存的構成要件，基於被捲入某一發展之整體過程中，進而以新的關係或面貌出現時」⁹¹，那麼，憲法條文的意義變遷就是可以、而且應該被接受的；一個特定時點頒布的憲法，面對每日層出不窮的社會現實，也只有如此，才有維繫自己的正當性，順暢實踐自己命定的任務。審議式民主的形式有當代的重要意涵，但在撞見像法院之類的獨立機關時，必須選擇不同內容的實踐；換言之，在這個脈絡下，重點可能不是什麼「所有利害關係人之參與」，而是必須開啟與結合憲法的雙重開放性：內容形成與變遷的開放性，以及決定作成與論辯的開放性，前者是憲法規範性的論述與適用工作，後者則是意見意志形成過程的開放、不同論證立場的展現與交互影響。

88 Nullmeier/Nonhoff (Fn. 87), S. 30 f.

89 同樣提出這一點者，例如Ingolfur Blühdorn, *Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende*, 2013, S. 219.

90 Dieter Grimm, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung*, in: Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1996, S. 613 (633).

91 BVerfGE 2, 380 (401); BVerfGE 3, 407 (422); BVerfGE 7, 342 (351).

前述社會科學理論觀點，乃至於司法民主正當性的思考，都足以給今日的法院相當之啟發。套用至關廠工人案來分析：就一個案事實，所謂的法院依憲法而認定事實與解釋適用法律，都必須去觀察與理解所面臨之社會權力關係，方能在法的規範性基礎上找到適當的評價基礎。在個案中追尋正義，法院必須兼顧諸如Forst的回溯方法，考量政府機關對於不同相對人之平等適用，以及最重要的規範目的，顯然，貸款契約無以通過如此之人權暨正義檢驗。就Honneth之承認關係而言，所謂「個人在社會關係中的座落」，例如以社會的勞動作為中介，有此前提，方能理解其真正或虛假的自由，就此，政府機關一意孤行、堅持到底的貸款契約，無以論證一公平之承認關係下的自由。從民主正當性的角度來看，法院之本於憲法而裁判，自然必須關照其產出的正當性，而非單純、甚至機械般的認事用法，包括論證義務與程序的開放性，易言之，形式上主張係私法上的貸款契約，即表明「無做其他定性之可能與餘地」，自然有違法院的憲法任務，相對的，如同前述臺北高等行政法院與桃園地方法院判決般，以憲法規範性為意旨，做出完整的論證與一定程度的開放性，以探求關係內社會行動者之關鍵意識與過程，找出最正確的指向，即屬成功之例。

伍、結語：法官的法政策、社會現實與前理解

「司法應受憲法之拘束」、「法院應本於憲法而為審判」、「司法應受法律與法之拘束」，這些憲法學上的ABC，事實上隱含著更多的神祕與奧妙，遠比其作為憲法基本原則來得複雜。如同Wolfgang Däubler所說的：當面對某一法規範不明或需要具體化時，法官無可避免的，必須實踐、實驗自己的法政策⁹²，或許不必這麼戲劇

92 Wolfgang Däubler, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, 1975, S. 26 ff.

化：只要為了轉化自己心中的那個「正義結果」，法院總會、也總是能輕易地運用或許少見於同僚的「另類解釋或另類釋義學」(alternative Interpretation oder Dogmatik)⁹³，無論何者，都可能毫無困難地，被認為是合乎憲法意旨，或，令人遺憾地，產生違憲的法律適用結果。

Alfred Rincken提出所謂「民主的基本權政策」(demokratische Grundrechtspolitik)⁹⁴，亦或Peter Häberle主張之「社會的基本權正義目標下之實踐的基本權理解」⁹⁵，代表的都是與作者前述相同的嘗試：必須以一定程度的「規範性主軸」，來作為解釋與適用憲法基本權、建構憲法規範性內涵的依據與基礎，不論是在民主公共生活領域中，亦或攸關社會生活之範疇，這始終是學界對於基本權客觀面向的思考努力中，所普遍出現的一種無可避免的嘗試：在憲法基本權的主觀面向之上與之外，超脫單純的概念分析層次，必須提出一套具有整合功能的規範性內涵。當我們說：法院對於憲法所做的解釋，司法應受憲法的拘束，說的，應該就是如此的憲法內涵與理解；道理很簡單：面對個案，特別是艱難的個案，法官無可避免的面臨兩難，必須決定自己的「基本權政策」與「基本權理論」，找出最終的那個、至少可以說服自己的決定答案。對作者而言，這當然就是法院與憲法的最重要連結。

93 Ebenfalls Wolfgang Däubler, *Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht*, 1974, S. 41 ff.; dersl., *Wolfgang Däubler, Die unverhältnismäßige Aussperrung - BAG (GS) AR Art 9 GG - Arbeitskampf - Nr 43, JuS 1972, S. 642 (642 ff.)*; *Wolfgang Däubler, Legalität und Legitimität der Aussperrung*, 1979, S. 10 ff.; *Wolfgang Däubler, Das Grundrecht auf Streik - eine Skizze, ZfA 1973, S. 201 (201 ff.)*; *Wolfgang Däubler, Neue Beweglichkeit im öffentlichen Dienst? Der gewerkschaftliche Warnstreik als Rechtsproblem*, 1984, S. 19-38.

94 Alfred Rincken, *Bedeutung der Grundrechte und modernes Grundrechtsverständnis in Europa, RuP 1979, S. 128 (128 ff.)*.

95 Peter Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in: *VVDStRL 30, 1972, S. 42 (80 ff.)*, 轉引自 Jörg Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, 1999, S. 146.

當然，憲法內涵難尋，希望在不同的分歧個案中，找出一定穩定的軸線，確實不易，如果說可能的話；在此，作者分別提出法事實研究與規範性分析、基本權衝突與第三人效力、雙務秩序中的契約內容控制、社會科學理論與民主正當性等不同向度，希望能在所謂方法論上對話，提供幾個思考路徑，或許可以一定程度的，告別那個「方法論對於法院毫無幫助也沒有任何牽制」的遺憾。實驗性質當然不輕，提出問題，交換想法，或許是僅存的價值所在。

Jürgen Habermas的名言：「現代的法已經脫離理性的理性法（rationales Vernunftsrecht）的世界，從Marx到Luhmann，社會都不再是由法，而是法由社會來理解」⁹⁶；其實，對於法院的認事用法而言，又何嘗不是如此？關廠工人案，作為臺灣勞工運動史上必然重要的一頁，在法院實務的發展上，也不無記上一筆的價值：不論在系爭貸款契約的定性與效果上，法院，幾乎是有意且明知的，本於憲法規範路徑在走，在形式表面層次（prima facie）的私法契約上，堅定而毫不猶豫的加以「改定」，所本之基礎，不是自己的法政策，又非赤裸的正義觀，而是對於憲法的衷心信仰與服膺。Josef Esser續談他的「前理解與司法裁判」，進一步說到：「藉著嘗試去發現與找尋出價值形式的非理性，我的立場其實不是啟蒙式的。觀看人類在世界上那種神奇的主宰與統合意志所展現之文化創造力量，事實上阻撓著通往一烏托邦的理性思維。在社會領域與特別在法律中的創造性，就如同藝術來自於靈感一般，很少能透過進化的目的理性而能加以掌握與理解」，作者想緩頰地說：在關廠工人案上，至少在所觀察的兩則法院判決上，這些或許叫「靈感」，也許未必是「目的理性」之事物，事實上，都是在憲法秩序的規範性範疇內，執行作為法官的任務，nothing more, nothing less。

⁹⁶ Jürgen Habermas, Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter, KJ 22 (1989), S. 138 (143).

參考文獻

1. 中文部分

- 李建良（2002），公法契約與私法契約之區別問題，收於：台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，頁165-204，臺北：元照。
- （2008），行政契約與私法契約區分的新思維——從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起，月旦法學雜誌，157期，頁304-324。
- 周伯峰（2013），關廠工人案：不誠信的國家機關?!，法律扶助，41期，頁1-46。
- 林依仁（2012），民主正當性成分與其程度，政大法學評論，129期，頁75-166。
- 林佳和（2012），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，國立政治大學法學院主辦，2012年3月17-18日。
- （2013），《關廠歇業失業勞工促進就業貸款契約爭議案》法律意見書，台灣法學雜誌，228期，頁1-14。
- 林明鏘（2006），行政契約法研究，臺北：翰蘆。
- 許宗力（2013），從社會補償看關廠歇業失業勞工案的法律問題，台灣法學雜誌，236期，頁93-100。
- 陳敏（2016），行政法總論，9版，臺北：新學林。
- 程明修（2005），行政法之行為與法律關係理論，2版，臺北：學林文化。

2. 外文部分

- Alexy, Robert (1994), *Theorie der Grundrechte* (1985), 2. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Assmann, Heinz-Dieter (1980), *Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht*, in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königsten: Athenäum, S. 239-341.
- Benhabib, Seyla (2010), *Gibt es ein Menschenrecht auf Demokratie? Jenseits von Interventionspolitik und Gleichgültigkeit*, in: Broszies/Hahn (Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 404-438.
- Berndt, Thorsten (2010), *Richterbilder. Dimensionen richterlicher Selbsttypisierungen*, Wiesbaden: VS Verlag.
- Bethge, Herbert (1977), *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, München: Franz Vahlen.
- Bleckmann, Albert (1989), *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, 3. Aufl., Köln u.a.: Carl Heymanns.
- Blühdorn, Ingolfur (2013), *Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991), *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Broszies, Christoph/Hahn, Henning (Hrsg.) (2010), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Dahrendorf, Ralf (1961), *Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten: Ein Beitrag zur*

- Soziologie der deutschen Oberschicht, in: Dahrendorf (Hrsg.), Gesellschaft und Freiheit. Zur soziologischen Analyse der Gegenwart, München: Piper, S. 176-196.
- Däubler, Wolfgang (1972), Die unverhältnismäßige Aussperrung - BAG (GS) AR Art 9 GG - Arbeitskampf - Nr 43, JuS, S. 642-648.
- (1973), Das Grundrecht auf Streik - eine Skizze, ZfA, S. 201-226.
- (1974), Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht, Köln u.a.: Pahl-Rugenstein.
- (1975), Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt a.M.: Europäische Verlagsanstalt.
- (1979), Legalität und Legitimität der Aussperrung, Bielefeld: Juristische Studiengesellschaft.
- (1984), Neue Beweglichkeit im öffentlichen Dienst? Der gewerkschaftliche Warnstreik als Rechtsproblem, Stuttgart: ÖTV.
- Depenheuer, Otto (1997), Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit? Das Verfassungsbewußtsein der Bürger als Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ziemeke/Langheid/Wilms/Haverkate (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München: C. H. Beck, S. 485-505.
- Diederichsen, Uwe (1995), Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, S. 39-69.
- Esser, Josef (1970), Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M.: Athenäum.
- Fastrich, Lorenz (1992), Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München: C. H. Beck.
- Federer, Julius (1968), Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des

überstimmten Richters, JZ, S. 511-521.

Forst, Rainer (2007), Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

——— (2010), Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit, in: Broszies/Hahn (Hrsg.), Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltex-te zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 439-464.

——— (2011), Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Grimm, Dieter (1982), Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden: Nomos, S. 39-76.

——— (1996), Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 613-646.

Habermas, Jürgen (1989), Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter, KJ 22, S. 138-146.

Herzog, Roman (1971), Allgemeine Staatslehre, Frankfurt a.M.: Athenäum.

——— (2003), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, München: C. H. Beck, Art. 20.

Heyde, Wolfgang (1995), Rechtsprechung, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (1983), 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, § 33.

Honneth, Axel (2011), Das Recht der Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Kissel, Otto Rudolf (1982), Grenzen der rechtsprechenden Gewalt, NJW, S. 1777-1784.

- Knies, Wolfgang (1997), Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“? Das Bundesverfassungsgericht und die gewaltenteilende Kompetenzordnung des Grundgesetzes, in: Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München: C. H. Beck, S. 1155-1182.
- Ladeur, Karl-Heinz (1994), Postmoderne Verfassungstheorie, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, Frankfurt a.M.: Fischer Taschenbuch, S. 304-331.
- Larenz, Karl (1979), Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, München: C. H. Beck.
- Leisner, Walter (1960), Grundrechte und Privatrecht, München: C. H. Beck.
- Maus, Ingeborg (2011), Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph (1995), Juristische Methodik, Bd. I, 6. Aufl., Berlin: Dunker & Humblot.
- Neuner, Jörg (1999), Privatrecht und Sozialstaat, München: C. H. Beck.
- Nullmeier, Frank/Nonhoff, Martin (2010), Der Wandel des Legitimationsdenkens, in: Nullmeier/Biegon/Gronau/Nonhoff/Schmidtke/Schneider (Hrsg.), Prekäre Legitimitäten. Rechtfertigung von Herrschaft in der postnationalen Konstellation, Frankfurt a.M.: Campus, S. 16-44.
- Ossenbühl, Fritz (1976), Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, Tübingen: J. C. B. Mohr, S. 458-518.
- (2005), in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staats Rechts, Bd. III, 3. Aufl., München: C. F. Müller, § 61.
- Preuß, Ulrich K. (1994), Revolution, Fortschritt und Verfassung, in:

- Preuß (Hrsg.), Zu einem neuen Verfassungsverständnis, Frankfurt a.M.: Fischer, S. 7-33.
- (1994), Revolution, Fortschritt und Verfassung, in: Frankenberg (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Fischer Taschenbuch, S. 103-126.
- Radbruch, Gustav (1976), Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München: C. F. Müller.
- Raiser, Thomas (1999), Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Riegel, Manfred/Raymund, Werle/Wildenmann, Rudolf (1974), in: Institut für Sozialwissenschaften der Universität Mannheim (Hrsg.), Selbstverständnis und politisches Bewusstsein der Juristen: insbesondere der Richterschaft in der Bundesrepublik, Mannheim: Institut für Sozialwissenschaften der Universität Mannheim.
- Rinken, Alfred (1979), Bedeutung der Grundrechte und modernes Grundrechtsverständnis in Europa, RuP, S. 128-136.
- Schnapp, Friedrich E. (2012), in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 6. Aufl., 2012, München: C. H. Beck, Art. 20.
- Schulz-Schaeffer, Ingo (2004), Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie. Für eine Rechtssoziologie, mit noch mehr Recht, ZRSoz 25, S. 141-174.
- Stern, Klaus (1980), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München: C. H. Beck.
- (1988), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München: C. H. Beck.
- Tschentscher, Axel (2006), Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wassermann, Rudolf (1972), Der politische Richter, München: Serie

Piper.

Werle, Raymund (1977), Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter, Frankfurt a.M.: Athenäum.

Zippelius, Reinhold (1988), Allgemeine Staatslehre, 10. Aufl., München: C. H. Beck.

——— (1994), Rechtsphilosophie, 3. Aufl., München: C. H. Beck.

Constitutional Interpretation by the Ordinary Courts:

The Factory Closure Case 2012

*Jia-He Lin**

Abstract

“Judicial should be bound by the constitutions.” “The court should be based on the constitution for trial.” “Judiciary should be bound by the law and the justice.” These elemental constitutional principles and doctrines imply more mysteries and are more complicated than their functions. Whenever a legal norm is unclear and in need of concretization, the judges inevitably must practice and experiment with their own legal policies thereon. The connotation of the constitution is difficult to look for, and so is a certain axis of stability in different cases. This paper discusses methodological issues, and provides several ways of thinking about “finding the constitution.” It covers such different issues of legal studies as normative analysis, the conflict of basic rights, the third-party effect of the constitution, the control of contract content, the use of social science, and the democratic legitimacy of the judiciary. The question of whether the Factory Closure Case 2012 involves loans in private law or social compensation draws the attention of Taiwanese society. What does the Constitution say about the social actors, including the courts concerned? This is undoubtedly an interesting topic to study.

KEYWORDS: normativity of constitution, pre-understanding, legal policy, social compensation, contract content control, third-party effectiveness, democratic legitimacy of judiciary.

* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University.