

委託研究報告

台灣產業移工管制與保障之  
比較研究

成果報告書

研究主持人：林佳和 副教授

監察院國家人權委員會委託研究

中華民國 111 年 12 月

# 委託研究報告

## 台灣產業移工管制與保障之 比較研究

受委託單位：國立政治大學

研究主持人：國立政治大學法學院 林佳和 副教授

研究助理：楊子敬、駱渝璇、魏睿甫

研究期程：中華民國 110 年 11 月 4 日至 111 年 12 月 15 日

本報告純為學術研究，不代表委託單位立場

監察院國家人權委員會委託研究

中華民國 111 年 12 月

# 台灣產業移工管制與保障之比較研究

研究單位：國立政治大學

計畫主持人：林佳和副教授

第一章 緒論：處於三角衝突關係之台灣移工政策 4

第二章 台灣當前移工現況與發展歷程 10

第一節 移工的法事實：初步觀察 10

第二節 產業移工制度之發展演進 18

第三章 法學者對移工人權之標準回應 32

第四章 移工勞動市場管制之理論分析 49

第一節 勞動市場管制、秩序政策與移工 49

第二節 產業競爭力的解讀：所謂國家競爭 59

第三節 勞動市場管制邏輯：所謂失業論證 64

第四節 小結 67

第五章 移工作為內國勞動者：憲法基本權與社會國原則 69

第一節 職業自由基本權 72

第二節 平等權 77

第三節 基本權客觀法 82

第四節 社會國原則 84

第五節 比例原則與利益衡量 100

第六節 小結 105

第六章 探討移工人權之前提：人權如何普世化？	107
第一節 普世人權：真實、虛惘或純粹文本？	107
第二節 移工人權：制度本質還是實踐問題？	113
第三節 人權內涵一：Rainer Forst«合理化的權利»	120
第四節 人權內涵二：Axel Honneth«承認的關係»	124
第五節 小結	125
第七章 全球場域之移工人權：發展、原則與公約	127
第一節 前提認識：國際法與內國法	127
第二節 另類角度：雇主之企業責任	132
第三節 聯合國場域之全球移工人權	154
第四節 小結	169
第八章 國際場域之移工人權：比較制度觀察	173
第一節 德國	173
第二節 日本	180
第三節 南韓	188
第四節 香港與新加坡	194
第五節 小結	205
第九章 勞動市場與人權保障：產業移工觀察體系之建立	207
第一節 為何應有國際人權公約外的觀察體系	207
第二節 本研究建構之產業移工人權觀察體系	210
第三節 本研究移工人權觀察體系之實際操作	213
第十章 研究結論	229

參考文獻 239

附錄：2022 年 8 月 5 日產業移工之管制與保障論壇實錄 249

## 第一章 緒論：處於三角衝突關係之台灣移工政策

不論法律的內容為何：禁止、限制、誡命、獎勵、促進、補貼，即便僅是框架性的法律內容，諸如程序法，無疑的都體現一定的國家管制思維、管制政策，意圖導往一定的社會行為或社會效果期待。當然，移民勞工亦不例外。相對於國內早已汗牛充棟之關於移工人權的研究，本研究 – 至少相對來說 – 希望採取比較不一樣的進路，從「勞動市場管制」之角度，一起觀察此問題。

這個選擇事實上別具意義：相對於國內多從「國際人權公約」來回應此問題，也許應該另尋蹊徑：如果說，「國際人權規範仍不得牴觸內國憲法」，則至少著眼於法的拘束效力而言，不管國際人權法作為直接法源、間接法源、乃至於諸如僅拘束司法機關「應對內國法為符合國際公約之解釋」，要完整且有效力的回答「移工管制及人權限制」之提問，某個角度來說，重點反而應該在內國法秩序，不在國際法<sup>1</sup>。更詳細的討論與說理，放在本研

---

<sup>1</sup> 從國家的角度來看，國際法要拘束國家機關與個人，必須本於所謂「國家法之命令」，不論此命令是來自憲法、法律或習慣法。例如在英國，一般國際法規則，依其習慣法與一般法律原則，即有其效力，得以作為英國法的一部分，所謂「國家間之法律（萬國法）整體就是英國法律的一部分」（The law of the nations in full extent is part of the law of England）（Lord Mansfield in *Triquet v. Bath* (1746) 3 Burr. 1478）。在德國，依據基本法第 25 條第 1 句規定，國際法之一般規則，作為聯邦法的一部分，具有廣泛之適用誡命，相對的，如為國際法上之條約，則必須本於德國之批准行為 – 不論以法律或法規命令為之，方有其內國法上之效力，如同德國，不少國家在憲法中直接處理國際法規範之適用位階，如前述之「國際法一般規則優先於聯邦法律」，而條約則必須端視各該批准行為形式的位階，而在法國、荷蘭或美國，經國會批准的條約，位階同在法律之上，也有國家的憲法將特定的條約，視之為與憲法位階相同之實質憲法規範。在一些中南美洲國家，於解釋憲法時，必須一併考量人權公約與條約，類似如瑞士聯邦憲法（第 194 條第 2 項），直接視強行國際習慣法，為修憲之界限，等同於實質之憲法規範。國際法規範於內國法秩序之適用，有其不同的類型形式：依據轉換說（Transformationslehre），國際法具有內國之適用，必須本於一內國的適用指令，例如對於國際法上條約之批准法律，「將之轉換為內國法」，才能做為內國法而適用。相對的，執行說（Vollzugslehre）認為，無須所謂轉換為內國法，內國適用指令之真正效果，只是讓國家機關有適用國際法之義務，換

究的後面，在一開始只是想強調：站在內國法秩序角度，以移工同作為內國憲法受保障之基本權人出發，以勞動市場管制作為最核心之「公共利益」之「共同體保留」，進而檢視對於移工人權的限制是否合憲，是本研究所希望採取的不同路徑，當然，在適當之處，亦會努力連結國際人權公約的相關討論 – 相對於國內已有很傑出的研究成果，必須說，本研究不準備以此為主。

我們幾乎可以這麼說：國民國家基於內國經濟與社會秩序的掌握與調控，對於所謂「移民勞工」(*migrant workers*)的一定管制，絕然無法避免，不分理論或實踐，至少在國際比較中，難以看到所謂完全與內國、本國勞工相同。然而，發展至21世紀的今天，不只是基本人權的保障，而是隨同社會的進步、人們權利意識的增長，移工亦當享有相當程度的、所謂「第一層」之人身自由人權之外、之上的權利與利益，也儼然備受關注，倡議之社會行動者益增，也經常被視為社會進步與否的重要指標。在此，台灣在追趕世界先進國家的步調上，恐怕不如經濟產業部門來得快。溯自二次大戰後，在國際組織的層次上，不論是聯合國或國際勞工組織，均通過了一些有關移民勞工權利保障的國際公約，後者如「1949年移民就業建議書（第86號建議書）」、「1975年移民濫用限制及平等機會與待遇促進公約（第143號公約）」、「1975年移民勞工建議書（第151號建議書）」，前者如「保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約」，均指出了許多有關移工權利保

---

言之，國際法規範並未因之而被轉換為內國法，其作為國際法規範之性質未變。以德國為例，德國聯邦憲法法院漸次告別昔日之看法，慢慢趨近於多數學說主張之執行說（BVerfGE 90, 286, 364）。然而，學說之爭固有其意義，但實則影響不大，兩者經常通往相同的結果：幾乎所有人都認為，國際法上之條約公約，應由國家機關，依據國際法規則來加以解釋，而只要其國際法層次上之拘束繼續，則內國法層次上就應繼續適用。相對於學說之爭在歐陸法體系國家較受到關注，在英美法國家，如英國美國，如同前述，國際法主要作為內國法的一部分，本於習慣法規則，具有其直接拘束力，當然，不包括國際法上之條約，條約需要特別的適用基礎，例如英國之所謂平行立法（*Parallelgesetzgebung*），條約之內容得以適用，仍需一特別之立法行為才行，與國際法一般規則不同。

障之重要內容，單就「勞動權」、「團結權」、「社會權」等而言，台灣的現實情況即有一定差距，或許，在前揭公約所賦予之「各該國家之公共秩序等之必要限制」的某些保留上，重點不是形式上運用類似的保留，而是利用此契機，重新檢討相關移工管制政策，再度審視在不同的社會發展背景及條件下，台灣社會所能容讓的空間與範圍，重新建構何謂真正的必要限制？其理由與正當性何在？如何得以通過某種人權標準的檢驗？甚至，亦可能是理念思維的本身，如此才能真正建立符合時代需求的移工政策。

值得注意的是：法學者在觀察移工相關問題時，多聚焦於人權問題，不論是其勞動、社會、經濟、乃至於人身或一般人權事項，道理很簡單：法律人慣於操作最容易上手、且相對於其他學科能夠「獨攬詮釋權」的規範性工具，運用著看似簡單的雙元符碼：合法、違法，乃至於合憲、違憲，努力做出直接的評價。在移工規範與保障的脈絡下，法學者所擅長的切入點，顯然就是憲法或國際人權法所標榜的人權，包括勞動暨其他人權。這個角度當然重要，但也某個程度容易與「管制」本身的觀察暨討論，呈現脫節。舉例而言，一般討論從屬性勞工之保障，可以粗分為以下三類：

- 勞動保障：或說，狹義的勞動保障，通常與人身安全、人格權等有關，主要涉及職業安全衛生領域，或勞動法學上的術語：(Arbeitsschutz)<sup>2</sup>。

<sup>2</sup> 所謂的勞動保護 (Arbeitsschutz)，依德國學者 Otfried Wlotzke 之定義，係指為了保護經納入雇主生產組織內之勞工的身體與心理之不可侵犯性暨特定的人格權，所採取之所有法律上、組織上、技術上、醫學上措施的總稱，亦即以勞工於就業勞動過程中之安全與健康保護作為目標的所有措施，而相關之任何公法上的法規範，即一般統稱之勞動保護法。勞動保護之範疇大致如下表所示：

古典之勞動保護任務	防止勞動過程中之職業災害與意外	
	預防勞動所引起之健康危害（特別是職業病的預防）	
	預防過早過度消耗體力之勞動力的維繫（特別是工作時間的限制）	
	保障勞工宗教、文化與家庭生活之自由空間（特別是週日假日工作禁止、工作時間之限制）	
擴大之勞動保護任務	勞動之符合人性的形成（勞動世	健康相關之目標：考量勞動科技、人類工程學、勞動心理學與勞動醫學上之發展狀況，以符合勞工心理身理



- 契約保障：涉及勞動契約之存續保障形式，包括「無特定的存續保障」作為選項，從入口、過程到出口，例如定期契約、限制轉換、有限度之解僱保護、公行政之管制(如作為形成私法效力之行政處分的聘僱許可)等。
- 社會保障：亦稱社會安全或社會法保障，主要涉及國家給付行政，如勞工保險、其他社會保險、社會救助與其他社會法上的扶助手段。

談到移工管制，如果聚焦於移工之「權利描述」、所享有之不同保障形式，無疑就是前述三個類型之排列組合，換言之：即便談及勞動人權，也不是理型上 (*Idealtyp*) 的毫無掛一漏萬，才叫做有之，而毋寧來自於某種選擇。一般而言，第一種類型之勞動保障、勞動保護，規範上通常是與本國勞工完全相同對待，沒有區分之可能，特別涉及所謂的*ordre public*、*ius cogens*，公共秩序與強行法，即便雙方當事人選擇以外國法作為契約準據法，亦不得排除之<sup>3</sup>，但必須承認，至少在所謂的家事、社福移工，吾國便

務	界的人性化)	特質與能力之方式，去重塑勞動過程 人格相關之目標：以促進勞工個人自由、人格之不受侵犯與生活品質之目標，去重塑勞動過程
---	--------	---

相關討論請見：林佳和/徐婉寧，公務人員執行職務安全保障法制之研究，考試院公務人員保障暨培訓委員會委託研究計畫，2012年3月30日-2012年9月30日；MünchArbR/Wlotzke, Bd. 2, 2 Aufl., München 2000, § 206 Rn. 1, 9; Wlotzke, BarbBl., 1978, 147, zitiert nach Kittner/Pieper, Arbeitsschutzrecht, 3 Aufl., Ffm. 2006, Einleitung Rn. 9。

<sup>3</sup> 既使當事人選擇或依其他標準認定外國法律為契約的準據法，仍然可能有內國強行法的適用，亦即「如無選擇或適用外國之契約準據法，原本應強加於契約自治之上的內國強制保護法律」，應令其繼續適用，不因當事人適用外國準據法而逕予排除，此原則於勞動法領域亦常見其適例<sup>3</sup>。在此討論脈絡下，有三種不同的類型：

- 內國公共秩序 (*ordre public*)：在國際私法的衝突法規則上—所謂衝突法上的公共秩序保留 (*kollisionsrechtlicher ordre-public-Vorbehalt*)，當事人所適用之外國準據法，仍不能抵觸作為內國法律「核心原則」之公共秩序；
- 國際法之干預規範 (*Eingriffsnormen*)：一般稱為干預規範之國際法上強行規範，當事人選擇與適用之準據法不得排除之；
- 在完全純粹的境內內國行為上，為防止當事人刻意選擇外國準據法，以規避內國強行法之適用。

面臨著在此面向上，存在一定差別待遇的尷尬。相對的，在第二、第三種類型的契約保障與社會保障，則存在著連結管制政策選擇的某種模式，一定的排列組合，至少在規範性上。是以，未必在政治或人權政策主張上，那麼樣的容易回答：現行移工的管制政策，合乎或必然抵觸「人權」、「涉及違憲」，因為，聚焦此範疇的人權與憲法要求，本身就需要定義，不是作為倡議者的政策主張而已，而是在法規範上的清楚定性。也就是說，在本研究案之推演上，研究者認為，單單談移工所涉人權問題，應該是不夠或經常難以為繼的，在某種「人權政策」的高度上，「單向度」的去回答移工人權，完全可以理解與支持，但不去碰觸管制政策，恐怕無法窺知其全貌，特別是在攸關本研究案主題之產業移工身上。

眾所周知，1990年代初期首次開放藍領移工以降，補充性原則、限業限量、避免衝擊本國勞工勞動市場權益，始終是關鍵性的政策思維，易言之，「提昇國內產業競爭力」、「維持國內勞動市場均衡」，甚至再進一步的所謂「藉引進移工而促使企業僱用本國勞工」的所謂「就業論證」<sup>4</sup>，亦屬

---

以前述內國公共秩序作為當事人契約準據法選擇的界限而言，其目的無非保障內國法秩序的基本價值，所謂「實質正義原則」(Prinzip der materiellen Gerechtigkeit)，基於其例外性質，必須嚴格加以適用，亦即只有在例外的、明確違反內國法秩序核心原則與價值的情形，如任其適用外國法將無法被接受，而且具有一定程度的內國關聯，方有排除當事人所選擇或適用之外國準據法的餘地。在攸關公共秩序的內容上，首先，性質上為公法或私法規範並不重要，亦不分制定法、法規命令、習慣法或法官法，但不能是單純對於雇主的訓示規定，而是必須「具體而直接的對勞動關係之權利義務產生影響」，方足當之<sup>3</sup>。當然，何謂勞動法上的強行規範，必須將之納入此公共秩序的內涵中，迭有爭論，德國學說與實務普遍認為下列事項應屬之：解僱保護法中不容合意約定排除的規定，特別休假法，工資與工資續付法，母性與青少年勞工保護法，工作時間法，以及性質上雖非勞動保護，但屬於保護契約中弱勢一方之私法一般規範<sup>3</sup>。相關見解與文獻請參見：BAG 9.7.2003 – 10 AZR 593/02, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 261; 11.12.2003 – 2 AZR 627/02, AP EGBGB Art. 27 nF Nr. 6; BAG 19.3.2014 / 5 AZR 252/12 (B) Rn. 35, AP BGB § 130 Nr. 26; MüKoBGB/Martiny Rom I-VO Art. 8 Rn. 36f.; Staudinger/Magnus (2016) Rom I-VO Art. 12 Rn. 14; MHdB ArbR/Oetker § 13 Rn. 60, Bd. 1, 4 Aufl., München 2018。

<sup>4</sup> 典型的例如行政院經建會主委尹啟銘所提出之「獎勵台商回流」的2年短期方案，

探討整個移工法律管制之法政策上，絕對不可或缺的核心客體。換言之，一定程度涉及政治經濟學所談論之管制問題，當然特別是法律形式的管制關聯，對移工政策，作一抽象理論層次的爬梳，並進而試圖連結至人權的討論，應該無從避免，也是本研究案，之所以與國內多數移工人權論述者不同之處。再者，限於研究能力與專業分工，本研究的重點不在於、至少主要並非去回答「具體的移工法律管制內容何者不對或錯誤」，因為顯然有更具資格的其他學科領域之人，來處理與回答。本研究希望將視野與論述目標擺在「鋪陳觀察問題之結構體系」，面對涉及人權保障（移工）、產業競爭力（移工需求面）、勞動市場均衡（作為第三人之本國勞工）之複雜三角關係，能夠有提供吾人得以參考之更深入、更能關照問題全貌的考察方式。

---

主要鎖定有意打造國際品牌、在產業鍊扮演關鍵角色，及投資額達一定規模並具有高階、附加價值的 3 類台商。獎勵政策包含：外勞配額提高至 40%，且不提高就業安定費，緩衝期 6 年；尹啟銘主委說：希望可以藉此創造更多就業機會，帶動藍領及白領勞工的薪資上漲；請參見經建會，加強推動台商回台投資方案，2012 年 10 月，頁 12。



電子零組件製造業	70,206	16.5%	10.87%
機械設備製造業	38,448	9.0%	16.33%
塑膠製品製造業	28,643	6.7%	20.82%
食品及飼品製造業	28,388	6.7%	21.05%
電腦、電子產品及光學 製品製造業	17,298	4.1%	7.40%
電力設備及配備製造業	9,265	2.2%	7.37%

聚焦產業移工，在國籍的分布上<sup>9</sup>，以越南籍佔 46.3%最多，約有 20.5 萬人之眾，其次則為菲律賓籍之 11.6 萬人，佔 26.1%，兩者相加已超過 7 成，其他則為印尼（6.6%）、泰國（5.7%），相對於社福移工之印尼籍獨佔 7 成以上（17.2 萬人、75.6%）大相逕庭。在僱用地區的分佈上，與社福移工以雙北地區較多情況不同，產業移工則以桃園市（9.4%）、台中市（7.7%）為最，接下來除新北市亦佔 5.1%外，相對而言人口較少的彰化縣、台南市，亦分別有 4.5%、4.3%之產業移工，顯現在全國各縣市的分佈上，或許基於產業之特性與普遍分佈，並未出現僱用產業移工之「超級縣市」，呈現較為平均之狀況<sup>10</sup>。

在勞動條件方面，以 2021 年所進行之調查為據：產業移工（相關報告所稱之事業面移工）總薪資平均為 3 萬 541 元，其中經常性薪資為 2 萬 4603 元、加班費 5,396 元，較前一年度增加 1,958 元，主要因加班費增加 1,429 元之故。總工時平均為 204 小時/月，其中正常工時為 167.7 小時/月，

<sup>9</sup> 勞動部，勞動統計通報：110 年底產業及社福移工概況，頁 3。

<sup>10</sup> 勞動部，勞動統計通報：110 年底產業及社福移工概況，頁 3。事實上，即便以雙北地區為多，社福移工亦呈現類似的分佈，前五名之台北市、新北市、台中市、高雄市、桃園市，亦僅有佔全國社福移工之 3.8%、3.7%、2.4%、2.0%、1.9%，相較於產業移工而言更為均勻。

加班工時為 36.4 小時/月<sup>11</sup>。再一併觀察普遍之製造業、營建工程業之產業移工的薪資與工時狀況，略可由下表窺見一二。為一併與本國勞工相比，下表同樣列出於同一調查期間（2021 年 6 月）之本國勞工薪資<sup>12</sup>、工時<sup>13</sup>狀況。

表 2：事業面移工薪資、工時及放假天數<sup>14</sup>

	總薪資	經常性薪資	加班費	其他	總工時	正常工時	加班工時	放假天數
110 年 6 月	30,541	24,603	5,396	542	204.1	167.7	36.4	9.1
製造業	30,537	24,610	5,384	544	204.1	167.7	36.4	9.1
(本國勞工)	49,534	39,146	10,388	-	178.5	163.0	15.5	-
營建工程	30,831	24,164	6,235	432	208.6	168.1	40.6	9.0

<sup>11</sup> 勞動部，110 年移工管理及運用調查報告：

<https://statdb.mol.gov.tw/html/svy10/1042summary.pdf>（下載日期：2022 年 4 月 1 日）。

<sup>12</sup> 勞動部，勞動統計查詢網：

<https://statdb.mol.gov.tw/statis/jspProxy.aspx?sys=100&kind=10&type=1&funid=q0401&rdm=qq6cdiji>（點閱日期：2022 年 4 月 1 日）。

<sup>13</sup> 勞動部，勞動統計查詢網：

<https://statdb.mol.gov.tw/statis/jspProxy.aspx?sys=210&kind=21&type=1&funid=q04022&rdm=R62847>（點閱日期：2022 年 4 月 1 日）。

<sup>14</sup> 勞動部，勞動統計通報：110 年底產業及社福移工概況，頁 1。還請留意，本研究所著眼之「產業移工」，較聚焦於工業部門，關於農林漁牧等傳統所謂第一級產業，由於該等部門之工作性質特殊，顯然不同於典型「工業部門勞動現況」之觀察模式，請見諒暫不將此部分列入觀察。

業								
(本國勞工)	43,393	38,918	4,474	-	165.2	161.9	3.3	-

在勞動條件部分，幾可清楚看出：「本國勞工相較於產業移工，工時明顯較低、薪資明顯較多」，在統計上應該已達相當顯著的程度，在製造業，產業移工僅有本國勞工總薪資的 6 成 (61.6%)，在營建工程業，亦僅有 7 成上下 (71.1%)，如觀察經常性薪資的部分，前者為 62.9%、後者則是 62.1%，可見，以大宗的進用產業移工之部門而言，普遍觀察，產業移工之薪資水準顯然較本國勞工為低，大約在 6-7 成左右，製造業之狀況又明確比營建工程業來得嚴重，但如果僅聚焦經常性薪資，則兩部部門都是只有 6 成，顯現，一個合理的推斷：在不計入加班費等浮動薪資的前提下，一個普遍的薪資水準對比，不論製造業、營建工程業，「6 成」應該是台灣社會對於產業移工薪資設定的出發點，如果一併觀察加班，營建工程業或顯現「加班費佔比較高」之現象，當然，這可能與加班時數息息相關。

在工時部分，同樣比較產業移工與本國勞工，在製造業，前者之總工時為後者之 1.14 倍，在營業工程業則為 1.26 倍，在正常工時差距微乎其微的前提下 (製造業兩者僅差 4.7 小時/月、營建工程業則僅有 6.2 小時/月)，關鍵顯然在於加班：製造業部分，產業移工每月比本國勞工多加班 20.9 小時，如果以一日加班 2 小時、最多可加班 4 小時為例，形同產業移工比本國勞工多加班 10 日或 5 日，前者加班時數為後者之 2.35 倍。而在營建工程業，產業移工平均多加班 37.3 小時，以同樣的對比方法來看，如果一日加班 2 或 4 小時，則形同產業移工多加班近 19 日或 9 日，如果本國勞工之加班時數，每月確實僅有 3.3 小時，等於每個月只有一班 1 日或 2 日，則兩者之差距更加明顯：產業移工是本國勞工加班的 12.3 倍之譜。

在官方向來的說法中：「外勞的引進，除可紓解基層勞力不足之困境，使國內各產業得以持續發展，並順利推動重大工程外，另外在家庭方面亦可分擔家務，使長期被照護者獲得妥善照顧」<sup>15</sup>，是以，聚焦產業部門之勞動市場實況，就不免產生一自從移工引進台灣以來，即從未止息的爭論：外籍人力之引進，即便採取限業限量總量管制與補充性原則，但究否產生了一定程度的就業替代效果，換言之，也同時造成在相同產業工作之本國勞動者的失業問題？或直接間接促成同一產業部門本國勞工薪資的下降？學者成之約的觀察是<sup>16</sup>：

- 移工的引進，對於處於同一職業層級的諸如婦女、青少年和弱勢族群勞工的影響最大；
- 移工引進，對於同職業層級的本地勞工會產生影響，特別是營造與製造業；
- 同時，移工的引進可能產生本地勞工職業階梯向上流動的效果；
- 最後，雖然可能產生低職業層級本地勞工的遭替代效果，但原屬此層級之本地勞工應會在其他層級中覓得就業機會。

另學者薛承泰/林昭禎對於相同問題的研究，也顯現類似之觀察，氏等以為，特別是在公共工程之營造業、重大投資之製造業與監護工三個領域，尤其是受僱之婦女、青少年、原住民與其他弱勢族群，將受引進此職業層級之移工較大之影響，換言之，產生顯著之替代效果，除此之外，營造與製造業是兩個本國勞工就業衝擊最大的行業，而由於企業對於此類藍領移工產生長期的依賴，雇主將傾向在配額下循環使用移工，最後將使原先的

---

<sup>15</sup> 如行政院勞工委員會，100年移工運用及管理調查報告，頁1。

<sup>16</sup> 成之約，外勞引進與管理政策的探討，財團法人國家政策研究基金會發行，國政分析，095-017號，2006年10月11日，頁1；引自 <http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/SS/095/SS-B-095-017.htm>（點閱日期：2012年12月1日）。



補充性政策大打折扣，使該等行業之勞動市場長期為其所佔有，產生對本國勞工就業機會之更高威脅<sup>17</sup>。

國內知名的勞動市場經濟學者江豐富，針對同樣的問題，則下結論道：在外勞使用密集度愈大的產業內，本國勞工失業的機率愈大，參與機械設備操作工及體力工、技術工等基層職類的機率愈低，但參與服務工作人員及售貨員、事務工作人員、技術員、助理專業人員、專業人員等較高職類之機率則愈高；再者，產業外勞使用密集度對本國絕多數的職業工資率都產生負面影響，但只有少數性別與職類的排列組合下具有統計顯著性<sup>18</sup>。學者藍科正也得出類似的觀察，氏以為在製造業中，外籍與本國籍勞工在「機械設備操作工及體力工」與「銷售及服務工作人員」之間，產生了明顯的替代效果，亦即，前者在工作上，外籍排擠了本國籍勞工的就業，但也將本國勞工推向後者與其他類似職類別，而在營造業裡，技術工與售貨及服務工作人員，亦產生相同之推移效果<sup>19</sup>。

從以上的簡略對比可發現，幾乎社會學、政治學、經濟學，乃至勞資關係專長的研究學者，觀察台灣移工引進之共同結論，都是勞動市場確實產生了一定程度的替代效果，也印證了因移工之引入，將無可避免地發生工資往下移動的影響，直接間接迫使原本受僱於製造業與營造業之操作工/技術工/體力工，遷往銷售服務型工作內容，而後者，顯然又是最顯著低薪化的服務業部門，想像中也應對國內普遍為人所詬病之低薪化發展，有著

---

<sup>17</sup> 薛承泰/林昭禎，外勞數量與台灣勞工就業的關係，國家政策論壇季刊，2004年春季號；引自 <http://old.npf.org.tw/monthly/0401/theme-212.htm>（點閱日期：2022年4月10日）。

<sup>18</sup> 江豐富，外勞引進對本國勞工失業、職業選擇及薪資之影響，中央研究院經濟研究所發行，台灣經濟預測與政策，第37卷第1期，頁69以下。

<sup>19</sup> 藍科正，外勞引進對台灣勞工就業之影響，移工、經濟發展和勞動市場變化學術會議，嘉義：國立中正大學勞工關係學系暨勞工研究所，2006。類似之觀察亦見：藍科正，外勞大量引進有無促進失業，政策月刊第52期，1999年11月，頁23以下。

某種程度推波助瀾的因果作用。由此可看到，移工引進政策對於國內勞動市場的相當影響，至少吾人可看到勞動力替代與推擠，乃至於服務業部門勞動力供給增加、持續低薪化發展的趨勢，當然，所謂「台灣本地勞工不願意從事諸如 3K 等工作」（危險、辛苦、骯髒）之說法，究竟多少程度為因，何等情況為果，或僅有些許具體影響，與前述之解讀不相衝突或重疊？當然更需進一步的研究，但我們至少可以得出這些有關勞動市場的重大效果。

再就人權角度為之，國內之觀察心得更是不知凡幾<sup>20</sup>，如以國內人權團體發表之人權報告為例，亦提出下列其實早廣為周知的結論<sup>21</sup>：

- 台灣移工政策自始即為客工制度，因此僅得訂定定期契約，不得攜眷來台，不得自由轉換工作與雇主，外勞政策自始僅從國家管理與管制的角度出發，種種政策前提與移工人權保障與落實有根本性的扞格，此為有意之結構性與制度性壓迫；
- 國家將移工管理責任完全轉嫁雇主，造成雇主必須更緊縮對移工之控制，透過諸如扣留護照、居留證件、強迫儲蓄制度、限制外出等手段，造成移工受迫的惡性循環；
- 移工因膚色、母國政治、經濟條件、本身較不利之經濟狀況，以及媒體與政府有意無意地形象建構，加上對本地勞工間一定程度的競爭關係，因此處處可見對移工之歧視。

---

<sup>20</sup> 請參閱重要之觀察如：藍佩嘉，合法的奴工、法外的自由：移工的控制與出走，台灣社會研究季刊第 64 期，2006 年 12 月，頁 107 以下；台灣的新奴工制度-高捷泰勞抗暴事件簿，律師雜誌。第 321 期，頁 41 以下；鄭津津，從國際勞工組織相關公約與建議書看我國移工人權保障問題，台灣國際法季刊第 5 卷第 3 期，2008 年 9 月，頁 131 以下。

<sup>21</sup> 黃怡碧、黃嵩立/台灣國際醫學聯盟，提交給國家人權報告專家審議小組：針對兩公約施行監督聯盟影子報告提出之外籍勞動者相關人權補充報告，2012 年 11 月，頁 1-2。

本研究在下一章，將以近期法學界針對同一問題之觀察為對象，再詳細整理對所謂「移工人權」問題，法學界常見的標準回答，不令人太意外地，大致上銜接前段人權團體之態度。不論如何，我們可以看到，移工引進政策，無疑處於一緊張的三角關係：一方面，產業界不斷地要求放寬外勞進用，甚至根本性的挑戰限量限業與總量管制，同時提出「僱用移工將促使企業多僱用本籍勞工」之看似矛盾奇特，實質一定程度關照牽連到所謂僱用職類推移之勞動市場效果，因此，第二方面，對於本國勞工勞動市場機會之影響，自始即屬移工政策接連遭質疑之處，最後，第三方面，聚焦於人權，移工之人權，如果先拋開實際發生之雇主惡意剝削與侵害，則制度上是否存留一定的結構性缺失，使得其人權受到根本係制度性的干擾與破壞？此亦向為社會行動者所關注之議題。這三者其實存在著微妙的相互關係，例如：

- 產業競爭力是否應透過勞動力成本低薪化來促進？（第一與第二）
- 移工充任基層勞動力，是否反而有害產業之升級而長久以降影響其競爭力？（第二與第一）
- 本國勞工之勞動人權 – 某個程度而言，是否亦因移工勞動市場之發展而認受到某種侵害？（第二與第三）
- 產業競爭力是否結構上必須綁在對於移工人權的制度性歧視？（第一與第三）
- 如果改善移工人權，是否將使台灣本國勞工的勞動市場機會更加惡化？（第三與第二）

如同本研究之設定，在國內一般討論移工人權時，較少從管制政策、產業政策之角度試圖做某種對話的前提下，如果涉及前述三類型之保障中，特別是契約保障與社會保障之類型，國內確實存在的現行制度性差別待遇 – 事實上，即便連第一種類型之勞動保障、勞動保護，亦常有怪異之連結管制政策的排除適用（社福移工尤其明顯），不論如何，對於前段所列舉之

問題，本研究希望加以處理與回應，並進而以此為基礎，提出對於保障產業移工人權之對策。

## 第二節 產業移工制度之發展演進

我國產業移工之「正式」引進，係溯源於 1989 年 10 月，1989 政府推動十四項建設，為解決當時勞力短缺之問題，於是行政院勞工委員會頒布了「十四項重要建設工程人力需求因應措施方案」以專案方式之「政府重大公共工程」正式引進台灣第一批低技術移工<sup>22</sup>。惟當時僅限於政府重大工程之專案，引起了民間業者要求政府進一步開放民間產業引進移工，勞委會為因應民間要求，遂於 1991 年 10 月 11 日公告「因應當前人力短缺暫行措施」，在此措施中開始受理其所公告的六行業十五種職業可專案申請聘僱海外「補充勞工」<sup>23</sup>。

而後於 1992 年，我國正式通過「就業服務法」，於其中涉及到外籍移工之第五章立法說明指出，因對外國人之聘僱及媒介等行為，目前尚無法律明確予以規範，因而造成非法外籍勞工管理上之困擾，增加社會治安等問題之嚴重性。是故立法管制外國人之聘僱，並對基於國家發展需要而許可聘僱外國人工作及媒介行為等予以有效管理<sup>24</sup>。緣此制定了外籍勞工之聘僱原則與工作範圍及許可程序，並對於開放六行業十五種職業外籍勞工正式賦予法源。在就業服務法之基礎上，我國產業移工之引進，逐年逐步的因應勞動力市場需求而開放，例如於 1992 年開放煙草製造業、化學材料

---

<sup>22</sup> 蔡宏政、周昀臻，老化、照護人力與移工/移民政策，載於：遠東白皮書 5-長照需求下的外籍看護勞動權益，頁 263，2018 年 4 月。

<sup>23</sup> 單驥，台灣外籍勞工政策之探討，行政院國家科學委員會委託研究計畫，頁 3，2000 年 8 月。

<sup>24</sup> 參就業服務法第 41 條之立法理由。

製造業等「68種行業」，1993年開放船舶及其零件製造業等「73種行業」，1994年又開放「經濟部加工出口區及科學園區專案」以及「三K行業<sup>25</sup>專案」等（詳細開放進程詳參下表）。惟於1998年，受制於當時國內失業率升高之影響，勞委會即凍結製造業與營造業之移工配額，而短期之內不開放移工之引進額度<sup>26</sup>。而後於2004年，對於雇主聘僱外籍勞工之資格條件及申請人數規範，制定了「外國人從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十一款工作資格及審查標準」，其中，如第24條（製造工作）、第42、43條（營造工作）以及第48條（屠宰業）等則規範了雇主聘僱移工之資格，而第25條以下則規範製造業以及營造業之移工核配比率上限。而其中涉及到核配比率之部分，依照該資格審查標準第14-3條就製造業部分，因就業服務法55條既規定雇主聘僱外國人從事第46條第1項第8款至第10款規定之工作，應向中央主管機關設置之就業安定基金專戶繳納就業安定費，而在此基礎上，允許雇主透過附加繳納就業安定費之方式，來增加移工之配額，例如提高比率至百分之5者，雇主聘僱外國人每人每月額外繳納就業安定費新臺幣3000元等（參該審查標準第26條）。

也就是說，我國之移工政策，執行上常清楚地採取「限業、限量」之漸進式開放原則，以保障國人就業為方針，且不容許移工為變相移民，如同中央主管機關向來之主張：保護國人的就業權益、不得為變相移民、不得影響社會治安、不妨礙產業升級與經濟發展<sup>27</sup>。觀察1992年就業服務法之內容，關於引進移工之程序及僱用準則，可得出以下的明顯軌跡<sup>28</sup>：

---

<sup>25</sup> 三K(特定製程)：屬異常溫度作業、粉塵作業、有毒氣體作業、有機溶劑作業、化學處理、非自動化作業及其他特定製程之行業。三班(特殊時程)：屬午後10時至翌晨6時之時段內，生產運作工作時數至少達1小時以上之特殊時程之行業。

<sup>26</sup> 吳韶璇，引進外籍勞工對本國勞工需求之影響分析，中央大學經濟學系碩士論文，頁4，2018年6月。

<sup>27</sup> 劉黃麗娟主持，外籍勞工人權之保障，行政院勞工委員會職業訓練局委託研究，2012年10月12日，頁62。

<sup>28</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託

- 移工是補充性勞動力，不得替代本勞；
- 移工的引進與使用是暫時性的，當時規定移工只能在台灣工作 2 年，其滿意後如表現良好，經雇主申請可再延長 1 年；
- 移工不得攜帶家眷來台；
- 移工的引進不得影響本國產業的升級；
- 移工在進入台灣之後，必須在指定的產業、職業與雇主工作，非經許可不得更換工作；
- 行政工作與僱用 10 人以下的廠商不得僱用移工，因為前者沒有勞力短缺的現象，後者則是執行有困難。

不論 30 年來進入台灣之移工人數增減多寡，基本的政策主軸並未改變：我國引進移工，是以對藍領勞工嚴格的聘僱規定及居留管理為主要特色，亦即所謂的「客工計劃」( *guest worker program* )，將移工視為短期的補充性勞動力，使之對台灣之經濟利益最大化，也同時對移工可能產生之政治與社會衝擊降至最低<sup>29</sup>。在產業移工方面，作為最典型之所謂短期與循環性外籍勞動力政策的對象，亦即最早的主要輸入類別，目的在於遞補本國低技術、基層勞動力之不足，然而，可以觀察到的，在 1990 年代中期以後，由於本國勞工失業情況惡化 – 勞力密集產業外移、服務業再難吸收從製造業釋放之勞動力等原因，基層勞力失業率從之前的低於 1%、急速升高至 2.8%、後更增至 5.17%<sup>30</sup>，是以，政府遂採行緊縮政策，曾一度降低至不到 18 萬人的規模（2009 年），2014 年又恢復到逾 26 萬人<sup>31</sup>，然 2021 年

---

研究，2014 年 12 月，頁 34。

<sup>29</sup> 曾熾芬，引進外籍勞工的國族政治，台灣社會學刊第 32 期，2004 年，頁 1 以下；財團法人國家政策研究基金會、林國榮教授主持，未來十年我國外勞政策變革方向之研究，國家發展委員會委託研究，2014 年 4 月，頁 1。

<sup>30</sup> 李誠，外勞在台灣經濟發展過程中所扮演的角色，外籍勞工政策研討會會議論文集，2007 年，頁 1-20。

<sup>31</sup> 財團法人國家政策研究基金會、林國榮教授主持，未來十年我國外勞政策變革方向之研究，頁 1。

底又成長超過 43 萬人之眾，可見產業部門移工需求之明顯波動。發展背景的諸多政策與社會壓力之考量，亦可從引進產業移工之產業別變動觀察到：相對於 1992-1997 年間，產業移工之功能主要在於補充本地勞動力之不足，到了 1997 以後，協助高科技產業、重大投資與新興產業之發展，成為移工引入之主要考量。至 2008 年後，又回歸補充某些產業的缺工思維，如 3K（或稱 3D）產業、國人就業意願低之傳統產業，成為大宗。近年來，政府為因應產業升級人才需求、台商回流投資，著手推動放寬高階技術人力之引進限制，乃至於針對台商回流，使之在移工聘僱比例上得以鬆綁，再者，因應農業轉型，開放農業聘僱移工等，都是值得關注之發展現象<sup>32</sup>。

由此可觀察到：在移工之開放引進的政策思維上，政府部門顯然將之與產業發展，做了非常緊密的連結，透過移工名額配給的控管，得以重點式的協助高科技產業與新興產業發展，相對的，原本使用移工較多之傳統製造業，也因產業結構調整、促進升級等之考量，一度逐步限縮其名額，雖然說，也因台商回流的影響、傳統產業之另闢競爭之路，有重新增加之趨勢。再者，一個社會性的觀點也值得注意：研究者觀察到，由於經濟發展、所得提高，民眾開始注重休閒生活，使得加班意願大幅降低，移工的引進，提供了雇主所需要的管理彈性，填補本勞無法提供與滿足的工時量，應該也是台灣產業移工需求量不斷升高的原因<sup>33</sup>。

銜接前段，基於產業之人力需求，所謂「移工與本勞之替代關係」，始終是產業移工政策的重中之重<sup>34</sup>。為了保障國人就業，移工一直在政策上被定位為「短期補充性人力」，例如，在經歷產業外移（特別是傳統產業）、

---

<sup>32</sup> 同前註，頁 2。

<sup>33</sup> 同前註，頁 18-19。

<sup>34</sup> 例如：辛炳隆，有效運用外籍勞工促進本國勞工就業，就業安全半年刊，2007 年，第 6 卷第 2 期；辛炳隆，外勞總額控管與名額分配，收錄於：羅紀琮主編，台灣外籍移工研究，中央研究院經濟研究所，2007 年；辛炳隆、劉怡君，開放特定製程及特殊時程引進外勞影響之評估，就業安全半年刊，2008 年，第 7 卷第 1 期。

國內失業急速惡化的 90 年代，2000 年 9 月開始的產業移工限縮措施，就是典型之例，必須將勞動市場開出給更多失業的本勞，以免引進移工產生過度之替代效果。另一清楚之例，如 2007 年度之調整分配機制，再次取消重大投資專案之引進，改以特定製程、特殊時程作為連結。根據當時行政院勞工委員會所頒布之最新修訂「外國人從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十一款工作資格及審查標準」，其中移工人數之核配標準，係依中央目的事業主管機關或自由貿易港區管理機關預估建議之特定製程或特殊時程製造工的人數，「每 5 人得申請聘僱外國人 2 人」：清楚的連動效果，聘僱移工、亦會帶來增聘本勞之效果。此外，該審查標準也就所聘僱外國人總人數佔雇主申請當月前 2 個月之前 1 年僱用員工平均人數，再加上中央目的事業主管機關預估建議製造工人數的比例，分別訂有 20%、18%、15%等 3 種不同上限，亦即，「產業關連性越高，缺工越嚴重者，核配比例上限就愈高」<sup>35</sup>。

換言之，如何分配移工名額，如何進行核配，始終為政府部門與產業界所重視。行政院勞工委員會的一份委託研究即顯示：既然有關移工之聘僱，必須以不妨礙本國勞工就業機會、不妨礙本國勞動條件、不妨礙本國國民經濟發展、不妨礙本國社會安定為目的，再加上所謂「加碼競標」之方法引入，遂建議以此五項因素作為分配準則，設計多項評分標準，以及每一指標之權重，最後再依分數高低來分配移工名額，一個可能的預測是：勞動條件越佳、付費能力越高者，越有資格聘任移工<sup>36</sup>。政府部門後亦委託學者進行研究，仿照經建會（國發會前身）之景氣燈號，建立所謂「外勞警戒指標」<sup>37</sup>，以更有效率地建立核配移工名額之客觀標準，均為其適例。

---

<sup>35</sup> 財團法人國家政策研究基金會、林國榮教授主持，未來十年我國外勞政策變革方向之研究，頁 22。

<sup>36</sup> 轉引自：劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，2014 年 12 月，頁 39。

<sup>37</sup> 辛炳隆，外勞總額警戒機制之研析，就業安全半年刊，12 卷第 1 期，2013 年 6 月，頁 102-107。



在此，可以看到一非常明顯的政策軌跡 – 這在後述第四章一、二節談到國家競爭力、失業論證等之勞動市場管制目標時，將尤其顯著：容許雇主進用移工的同時，也能提供本國勞工更多就業機會，也就是前面「每 5 人得申請聘僱外國人 2 人」之背後邏輯。此外，將產業關連性也納入訂定核配比例上限之考量因素，也是希望藉由產業關連效果，讓引進移工之受益面得以擴大，「以協助國內更多的產業發展，以創造更多本國勞工之就業機會」。研究者也發現，相較於高科技產業，傳統產業有特定製程的比例較高，故較能因此而受惠，易言之，由於傳統產業勞力密集度比較高，「故在促進本國勞工就業方面的貢獻也會比高科技產業大」<sup>38</sup>。

以上主要以移工開放、引進的角度為政策的簡單回顧，此部分因與我國經濟發展之結構、政策與思想牽動，而具有較高的政策選擇取向。直接相關於引進政策的核心思維，建置了一定的立法與行政管制，特別重要的為定期契約之限制，以及移工締約自由的限制，亦即原則上禁止轉換雇主與工作。在行政管制部分，則著眼於進入職場前的健康檢查，以及進入職場後有關移工生活起居與行動的相關規定。首先是定期契約部分，就業服務法第 52 條之規定，聘僱外國人從事第 46 條第 1 項第 1 款至第 7 及第 11 款規定之工作，許可期間最長為 3 年，期滿有繼續聘僱之需要者，雇主得申請展延。但從事第 46 條第 1 項第 8 款至第 10 款規定工作之外國人，其在中華民國境內工作期間，累計不得逾 12 年。而社福移工而言，經專業訓練或自力學習，而有特殊表現，符合中央主管機關所定之資格、條件者，其在中華民國境內工作期間累計不得逾 14 年。而在現行法將產業移工與社福移工之居留許可與工作許可連結之規範下，則將使得藍領移工之勞動契約形態相較於我國勞基法第 9 條以定期契約為例外之規範模式，一概只得為定期契約。

---

<sup>38</sup> 同前註，頁 23。

然而在晚近的移工政策上，對於定期契約之限制或有鬆動之可能，蓋 2018 年 11 月行政院通過《新經濟移民法》草案，新增聘僱外國中階技術人力，以解決國內產業中階技術人力不足的問題。將受聘僱從事《就業服務法》第 46 條第 1 項第 8 款至第 10 款工作累計 6 年以上之基層外籍勞工，其薪資水準不得低於最近一年度職類別薪資調查之總薪資第 70 分位，且須具備專業證照，若符合以上條件且連續居留 5 年(平均每年 183 日以上)者，提供永久居留條件。是故，在有永久居留之前提下，就出現了訂定不定期契約之可能，惟該法迄今尚未立法通過。

在契約轉換的限制方面，於就業服務法甫施行時，於第 50 條但書即以「...但受聘僱從事第四十三第一項第七款至第九款規定工作者，不得轉換雇主及工作」，明文限制藍領移工轉換雇主及工作之權利，充分顯示出立法者將藍領移工視為過渡性、暫時性的替代人力思維。其後於民國 91 年新修第 59 條時改為現制。現制下，藍領移工仍維持原則禁止轉換的限制，僅限於雇主或被看護者死亡或移民、所服務船舶無法繼續作業、雇主關廠歇業或未給付工資之列舉事由，以及不可歸責於移工之情形此一概括事由時，方許再「經中央主管機關核准」後轉換雇主或工作。

至於轉換程序與其他細節事項，則由勞動部依就業服務法第 59 條第 2 項授權訂定之「外國人受聘僱從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十一款規定工作之轉換雇主或工作程序準則」規定之。其中與移工轉職權利較有關的，如準則第 8 條明定除合規定的原雇主接續聘僱、移工為特定犯罪被害人或主管機關核准的情形外，原則限制移工轉換至其他工作類別。又如準則第 11 條則限制轉換程序原則上須 60 日內完成，否則移工即有被遣返的可能。這些規定雖已較舊法第 6 條除主管機關允許外，僅容許

固定次數的轉換且無法轉換至其他工作類別的規定<sup>39</sup>，較為放寬及開放，但綜觀整個程序的開啟與進行，可以看出移工之轉換工作，仍困難重重。

110 年受新冠肺炎疫情影響，移工移入數量銳減，勞動部以移工迭有以怠工要求雇主同意轉換或提高薪資，為聘僱安定及雇主權益<sup>40</sup>，爰修正準則第 7 條、第 8 條、第 10 條第 7 項等條文，在維持盡先由同一工作類別內接續聘僱的前提下，允許移工在無法接續聘僱時，轉換至其他工作類別，但此是否意味業別間轉換的逐漸開放，抑或僅是疫情下的權宜之計，仍有待後續觀察。

健康檢查的相關議題部分，依據就業服務法第 48 條制訂之受聘僱外國人健康檢查管理辦法第 5 條規定，就業服務法第 46 條第 1 項第 8 款至第 11 款規定工作之外國人於申請入國簽證時，應檢具認可醫院核發之 3 個月內健康檢查合格證明辦理健康檢查，且於入國後 3 個工作日內，至指定醫院接受健康檢查；而自聘僱許可生效日起，工作滿 6 個月、18 個月及 30 個月之日前後 30 日內，雇主應安排其至指定醫院接受定期健康檢查。

就其檢查項目而言，依據同法之規定，則胸部 X 光肺結核檢查、漢生病檢查、梅毒血清檢查、腸內寄生蟲糞便檢查、身體檢查、麻疹及德國麻疹之抗體陽性檢驗報告或預防接種證明等。而若移工未通過檢查之法律效果，按同法第 5 條之規定，入國前健康檢查有任一項目不合格者，不予辦理入國簽證。而就入境我國後之健檢未通過，按雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 46 條第 2 項第 3 款之健康檢查結果表有不合格項目者則將導致

---

<sup>39</sup> 民國 94 年 12 月 30 日修正《外國人受聘僱從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十一款規定工作之轉換雇主或工作程序準則》第 6 條第 1 項：「公立就業服務機構應依外國人原從事行業之同一工作類別，辦理外國人轉換作業，並以三次為限。但經中央主管機關核准者，不在此限。」

<sup>40</sup> 民國 110 年 8 月 27 日修正《外國人受聘僱從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十一款規定工作之轉換雇主或工作程序準則》立法總說明及修正理由。

移工被遣返回國，惟按前開健康檢查管理辦法第 7 條之規定，梅毒與寄生蟲不合格者原則上允許移工於一定期間治療後複檢，並對肺結核與漢生病不合格者提供都治服務（Directly Observed Treatment Short-Course, DOTS），而不會立即將其遣返回國。

最後談到移工的生活起居與行動，依就業服務法第 48 條第 2 項授權訂定之雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 33 條，規定雇主聘僱藍領移工時應依外國人生活照顧服務計畫書確實執行，又同條第 2 項及勞動力發展署公告之外國人生活照顧服務計畫書裁量基準，就該計畫書的應記載事項及應達到的標準設有詳細規定。倘雇主違反上開規定，依雇主違反「就業服務法第五十四條規定不予許可及中止引進裁量基準」第 14 款，雇主除受行政裁處外更可能失去聘僱移工之資格，這些規定可以看出雇主就移工之生活起居有一定的義務及職責。

依就業服務法第 54 條第 1 項第 7 款「聘僱之外國人妨害社區安寧秩序，經依社會秩序維護法裁處」，亦得成為雇主失去聘僱移工資格之事由；就業服務法第 56 條規定雇主應於 3 日內通報失聯移工，否則依第 68 條將受罰鍰之處分。縱雇主依法通報，依第 58 條第 1 項、雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 17 條之 1，也需至通報 6 個月後始能申請遞補，甚至可能因移工行蹤不明比率過高，而依第 54 條第 1 項第 3 款喪失聘僱資格。

我們可以發現，這些課予雇主一定管理義務及違反效果之規定，雖能迫使雇主善盡其責，但往往也使雇主為避免發生經濟上的不利後果，而施予勞工過度的控制。例如我國法制上並無要求移工居於雇主指定處所之設計，但雇主多在定型化契約中加入移工應入住雇主指定宿舍的條款，而這些宿舍往往以門禁管理、出入限制、早晚點名等軍事化管理而受雇主青睞

41。如此是否對移工自由形成過度干預，亦形成我國產業移工勞動市場，非常明顯的特徵，必須說明，在其他自由民主國家難以看到與想像。

下表將整理吾國歷年來有關移工、特別是產業移工的政策內容之重大演進過程。

表 3：我國產業移工政策發展進程<sup>42</sup>

1989 年	開放「政府重大公共工程」引進第一批低技術移工。
1991 年	開放「六行業十五種職業」包括紡織業、金屬基本工業、金屬製造業、機械設備製造修配業、電子及電力機械器材修配業、營造業等產業。
1992 年	就業服務法實施。 開放漁船船員。 開放「六十八種行業」僅煙草製造業、家具集裝設品製造業、化學材料製造業、石油及煤製品製造業等行業無法申請移工。
1993 年	開放「七十三種行業」，除了「六十八種行業外」，另新增船舶及其零件製造業、化學製品製造業、製傘業、食品加工業、化學材料業等。 開放「陶瓷等六行業」。 開放「新廠及擴充設備案」，開放七十三種行業新設廠或擴充設備三千萬元之行業，申請移工以鼓勵企業投資。 開放「重大投資營造業」。
1994 年	開放「經濟部加工出口區及科學園區產業」。 開放「三 K 行業專案」。

<sup>41</sup> 楊雅雯，跨越國境的勞動平權？— 論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限，中研院法學期刊，第 28 期，頁 269-270，2021 年 3 月。

<sup>42</sup> 參考自：勞動部「移工權益維護報告書」，2021 年 1 月。吳韶璇，引進外籍勞工對本國勞工需求之影響分析，國立中央大學經濟學系碩士論文，2019 年 6 月。

	開放「重大投資製造業」。
1995 年	開放「七行業專案」包含織布業、毛衣編織業、電鍍業、塗料業、石材業、模具業、織襪業等產業。
1999 年	開放「非高科技製造業」、「高科技製造業」。
2004 年	<p>新增製造業核配比率上限：屬非傳統產業，核配比率 15%；屬傳統產業，核配比率 20%。</p> <p>新增營造業核配比率上限：營造業在 2000 年 9 月 1 日以前者，核配比率為 50%，但在國內招募期間每僱用原住民 1 人，同意增加外國人配額 2 人，但核配比率不得超過 65%。營造業在 2000 年 9 月 2 日以後者，核配比率為 30%。</p>
2005 年	修正製造業核配比率上限：屬非傳統產業，核配比率 10%；屬傳統產業，核配比率 15%；屬自由貿易港區，核配比率 40%。
2007 年	製造業三 K 三班：核配比率採用三級制，分別為 15%、18%、20%。
2009 年	停止三班引進移工：因應 2008 年底金融海嘯，保障國人就業機會，外國人不得受聘僱於特殊時程的行業。
2010 年	<p>修改「私立就業服務機構許可及管理辦法」，明定仲介公司不得預先收取服務費。</p> <p>修正「雇主聘僱外國人許可及管理辦法」，規定雇主、代表人、負責人或代表處理勞工事務之人對移工有妨害性自主情事者，禁止申請聘僱移工。</p> <p>修正「外國人生活照顧服務計畫書裁量基準」，規定應尊重移工宗教信仰之飲食禁忌，設監視器應以移工隱私為先，應公告求助管道之資訊。</p> <p>開始實施「三 K 五級制」，將核配比率改為五個等級。</p>
2011 年	核釋就服法第 40 條第 6 款、第 54 條第 1 項 10 款之「不正利益」，包含雇主

	<p>依法令或契約應給付費用及超出習慣的饋贈，以遏止雇主向仲介公司收取回饋金。</p> <p>工會法修正刪除具我國國籍始能被選為工會理監事之限制。</p> <p>修正合意接續聘僱作業規定，明定應簽署接續聘雇證明文件，以保障轉換後工作權益。</p>
2012 年	<p>修正「勞動部辦理私立就業服務機構及就業服務專業人員違反就業服務法停業及廢止案件裁量基準」，明示仲介公司超收費用應裁以停業，以遏止超收費用。</p>
2013 年	<p>實施外加就業安定費附加外籍勞工配額機制。得增加繳交就業安定費提高核配比率。</p>
2014 年	<p>修正「私立就業服務機構許可及管理辦法」，明訂仲介公司引進移工入國 3 月內行蹤不明人數達一定比率者，處以罰鍰、不予許可重新設立、不予重新認可。</p> <p>提送「就業服務法」修正草案，提高違反本法第 45 條之罰則，惟未受立院審議通過。</p>
2015 年	<p>於直聘中心與移工原籍國合作，先由雇主提供需求後由原籍國招募勞工供雇主直接選工。</p> <p>訂定「民眾檢舉違反就業服務法相關規定獎勵金支給要點」，提供查獲非法仲介行蹤不明移工者獎金。</p> <p>修正聘僱外國人健康檢查辦法，刪除愛滋病檢驗項目，不再要求檢驗也不會遣返回國。</p> <p>修正「補助辦理外籍勞工管理措施作業要點」，如移工為刑案被害人、職災或傷病不能工作，並依「受聘僱從事就業服務法第 46 條第 1 項第 8 款至第 11 款規定工作之 外國人 臨時安置作業要點」安置者或移工係有特殊情事者，經認定有必要後提供補助。</p>

2016 年	<p>開放「屠宰業」核配比率為 25%，可額外提高核配比率 5%、10%、15%。</p> <p>自 11 月 3 日刪除就業服務法第 52 條有關移工 3 年聘僱期滿應出國 1 日之規定，針對移工聘僱期滿經與雇主合意期滿續聘，或與新雇主合意期滿轉換接續聘僱者，得申請聘僱許可，免除原須出國 1 日之作法，保障移工在臺工作權益。</p> <p>配合 2016 年 11 月 3 日修正公布就業服務法第 52 條規定，勞動部訂定移工期滿轉換雇主或工作之新制，於聘僱許可期限屆滿，移工經與原雇主協議不續聘，且願意繼續在臺工作者，原雇主應於聘期屆滿前 2 個月至 4 個月內為移工向勞動部申請轉出，並由勞動部依移工意願，於資訊系統登錄必要資料，俾便新雇主與其聯繫接洽。</p>
2017 年	<p>為保障移工返鄉休假權益，於 2017 年 4 月 18 日訂定發布「受聘僱從事就業服務法第 46 條第 1 項第 8 款至第 10 款規定工作之外國人請假返國辦法」，明定移工請特別休假返國者，其返國期日由移工排定，雇主應予同意，至於請特別休假以外之假別返國者，則回歸勞動基準法、性別工作平等法及勞動契約等規定或約定辦理。</p>
2018 年	<p>為降低移工負擔高額仲介費用線上申辦服務，提供雇主線上申請招募及聘僱許可案件，簡化直接聘僱申辦流程，並推動一案到底服務，由專人協助案件追蹤管理及在臺期間應辦事項主動通知，強化雇主自行聘僱及管理移工事宜。</p> <p>11 月 28 日修正公布就業服務法增訂第 40 條第 1 項第 18 款及第 19 款，規範私立就業服務機構及其從業人員禁止對求職人或受聘僱移工有人身侵害行為，及課予私立就業服務機構從業人員主動通報移工疑似遭受人身傷害責任。</p> <p>涉及職業災害部分，11 月 28 日起規定，雇主有違反職業安全衛生法規定，致所聘僱移工發生死亡、喪失部分或全部工作能力，且未依法補償或賠償聘僱移工，其後續申請案將不予許可，而已許可者將中止引進。</p>



2020 年	勞動部 3 日修正營造業聘僱外籍移工規定，將公共工程進用外籍移工之金額門檻由現行 10 億元調降至 1 億元。
2022 年	勞動部「移工留才久用方案」，規劃未來在台工作滿 6 年以上的移工，及取得我國副學士學位的僑、外生符合薪資與技術條件者，均可由雇主申請在台從事中階技術工作，且無工作年限的限制，預定於 111 年 4 月底前修正相關法規正式上路。

當然，要連結到本研究所聚焦之「產業移工人權」，前述的產業移工勞動市場發展軌跡，必須進行更進一步的解讀，用後述第五章第一節之用語，所謂選擇職業自由之限制，就其合憲性的討論，可否、如何適用於外國人身上？答案也許不是全有全無，或許是「特定勞動市場公共利益連結下的整體檢驗」，進而可能得出「部分限制可能成立違憲」的結論。本研究將在第九章處理此問題。

### 第三章 法學者對移工人權之標準回應

吾國自引進產業移工以來，已逾 30 年，歷經不同時期「補充性勞工不同人力需求目的」之階段，相關勞動暨社會人權問題，則在廣受注目與關懷之下，有著內容與節奏不一的改進與發展。有關移工不同面向之問題分析，文獻上早已汗牛充棟，以下僅以近來之法學研究類文獻為例，不再追求歷年來所有相關文獻之完整性，謹就此鋪陳一般常被提及之產業移工勞動與其他面向人權之問題，作為背景分析。

#### 一、強制定期契約

就業服務法第 46 條第 3 項規定，藍領移工須以定期契約方式聘僱。就此，學者楊雅雯分析我國向來在聘僱本國勞工之情形，除勞動基準法第 9 條係以列舉容許種類的體例外，實務往往也實際認定勞務內容有無繼續性，以嚴格地限縮適用範圍。但在藍領移工的場合，不論勞務內容有無繼續性，卻只得以定期契約方式聘僱。這樣的法制設計，氏認為實是在勞動條件上，加諸移工基於國籍之差別待遇：

- 首先，定期契約將低估移工的經濟貢獻，而與年資長短相關的勞工權益如資遣費、勞工保險給付、休假將可能受到定期契約的影響而無法累積；另外，前後二契約間可能產生空窗期間，實務上移工也多利用此期間返國省親、結婚或進行其他人生重要活動，此時固非勞動契約的存續期間，雇主自然也不必提供如婚假等有薪休假。
- 再者，定期契約也使勞雇間的權力關係進一步向雇主傾斜，蓋契約每次屆期時雇主得自由評估選擇續約的時點。此外，實務上為減輕移工不必要的負擔，於 2016 年取消原就業服務法第 52 條每 3 年強制移工出國一日的規定後，有移工團體指出，部分仲介改在檯面下收取「買工費」，作為辦理聘僱許可展延及工作機會的對價。這可說是因定期契約的不穩

定性，而產生他人介入勞工權利的風險適例。

當然，學者楊雅雯亦承認移工定期契約的設計，實是短期居留身分的配套措施，而國家本有決定外國人居留期間的權力。但以移民事項管制的理由，去影響勞動條件的平等似有不當。畢竟技術上就外國人的居留期限與勞動契約是可分離處理的，並沒有一律採定期契約的必要。如能廢除此項限制，可期在不影響國家邊境管制的前提，更平衡勞雇間的權力關係<sup>43</sup>。

## 二、健康檢查

就現行移工入境的健康檢查制度，學者楊雅雯批評實為具針對性而加諸在移工的差別待遇：

- 首先在健檢時點上，現行規定雖已「簡化」，但仍需在入境前以及入境後 3 個工作日、6 個月、18 個月、30 個月頻繁地自費進行，其中，18 個月及 30 個月的健檢，已實在很難再用邊境防疫的理由正當化。
- 再者，就健檢項目的選擇也已與防疫考量脫鉤，而是受到政治社會因素考量的決定。例如 1992 至 2004 年的健檢項目包含安非他命及嗎啡等藥檢，1997 年時則仍含精神狀態此一排除不安全移工的項目，2007 年前存在的驗孕項目實為排除「變相移民」的手段等。而 2015 年後雖取消 HIV/AIDS 入境居留限制，而不再是移工強制健檢項目時，「外籍勞工健康項目檢查表」卻附錄「愛滋篩檢與治療費用通知書」，以 4 種語言告知移工非本國籍者在台灣愛滋治療須自費，費用高昂，建議欲來臺工作者自行篩檢，亦建議感染者在母國治療。這些不同的處理顯示健康檢查項目並不是單純科學評估的決定，而包含對疾病的評價，投射在國境控管上。

---

<sup>43</sup> 楊雅雯，〈跨越國境的勞動平權？—論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限〉，中研院法學期刊，2021 年 3 月，頁 256-259。

- 再來在工作項目的差別上，與藍領移工相較，白領移工僅外語教師在申請或展延聘僱許可時須健康檢查，項目也不含漢生病與寄生蟲；而其他工作聘僱許可之申請不需要健康檢查，更不是入境條件。是氏認為此種基於職業不同所生之差異，預設不同職業者有不同的感染與傳染他人之風險，事實基礎可議，亦顯示國家只將此對身體直接而頻繁的干涉措施，加諸於來自經濟後進國家、從事 3K 工作的外國人身上。

而與患傳染病的本國勞工相比，學者楊雅雯更指出，向來我國咸認雇主不得解僱，僅得以留職停薪等方式，至不能醫癒時始得以不能勝任為由資遣。但藍領移工的情形，則得以「健檢不合格」認其違反居留條件而遣返移工，免去承擔受僱人健康風險的責任，毋庸依法資遣，移工更因離境而失去全民健康保險下應享有之保險給付，在移工須負擔部分保費的前提下，遣返剝奪的不只工作權，亦有健康權與社會安全之權利。

當前狀況，就健檢不合格的處理與遣返現已有改善，如對肺結核與漢生病不合格者提供治療。但學者楊雅雯復指出，移工的居留取決於僱傭關係，故移工得否獲得治療事實上取決雇主意願。在結核病的案例中有高比例的雇主選擇不續為聘用，使移工的聘僱許可迅遭廢止而失去居留許可及醫療醫療。另外定期頻繁的健檢也不重視移工的隱私權，也使移工暴露在傳染病的汙名。學者楊雅雯遂認為，相較一般傳染病帶原者雇主不得要求檢查不在法定項目之疾病，也不得因病而給予就業與工作上之不公平待遇，而移工健康檢查因病不通過的法律效果是無法申請簽證，在這個意義上，國境間接發揮代替雇主以病為由挑選求職人的效果，這些扣連入境與居留資格的身體條件，在入境前就發揮作用<sup>44</sup>。

### 三、轉換雇主限制

---

<sup>44</sup> 楊雅雯，同前註，頁 260-266。

就業服務法自 2001 年始即允許移工在一定特殊情況下轉換雇主，但原則上僅能從事同一工作類別不得轉職。學者楊雅雯認為有轉換程序不代表移工享有轉職的自由，因移工無單方面決定轉職的可能，始終需要雇主意願上的配合<sup>45</sup>。學者鄭津津亦指出外籍勞工即使被准許轉換雇主，新雇主也僅能補足原聘僱許可期限<sup>46</sup>，如外籍勞工欲轉換雇主時，其原聘僱許可期限只剩半年一年，很難找到新雇主願意接手僱用，這種外籍勞工往往只好繼續忍受原雇主的不當對待，或是選擇逃跑<sup>47</sup>。

另外，學者楊雅雯也提到轉換程序對於勞雇各有制度性的不友善。以移工而言，於轉換程序時因無新聘僱許可而不得工作，又我國不許移工加入就業保險，資遣費亦難以期待；又轉換期間亦有限制（原則上 60 日，可展延 60 日），期滿未順利媒合新雇主即須返國。另外在雇主方面，也不許於轉換期內遞補移工，降低了雇主讓移工進入轉換程序的意願，因此有人力壓力的雇主更傾向直接解約讓移工回國，逕行引進新移工，或者直接拒絕移工轉換雇主<sup>48</sup>。就此種職業自由的限制，學者鄭津津亦認為，相關國際基準原則上保障外籍勞工之「職業選擇自由」，但當一個國家為保護「國家安全、公共秩序、公共衛生或道德或他人的權利和自由」，可例外地對外籍勞工此項權利做合理必要之限制。但相關法令限制外籍勞工轉換雇主之自由除不符合「國民待遇」原則外，亦不符合前述憲法與相關國際基準所建立之原則，因為轉換雇主之自由應屬於所有人（不分本國人或外國人）

---

<sup>45</sup> 楊雅雯，同前註，頁 267。

<sup>46</sup> 現行制度下，外國人受聘僱從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十一款規定工作之轉換雇主或工作程序準則第 14 條規定，接續聘僱之雇主聘僱許可期間最長為 3 年。但以遞補招募許可申請接續聘僱者，以補足所聘僱外國人原聘僱許可期間為限。

<sup>47</sup> 鄭津津，反歧視與平等權－論台灣外籍勞工之工作平等，月旦法學雜誌，No.189，2011 年 2 月，頁 14。

<sup>48</sup> 楊雅雯，跨越國境的勞動平權？—論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限，頁 267-268。

皆可享有之權利，且限制外籍勞工轉換雇主，與保護「國家安全、公共秩序、公共衛生、道德或他人之權利和自由」之目的連結亦不夠堅強<sup>49</sup>。

學者楊雅雯總結到：移工作為不自由的勞動力，會升高其受到剝削的風險，若涉及移工背負高額債務等情況，更可能成為強迫勞動，成為國際勞工組織（ILO）所稱的歧視性就業系統。正如聯合國經社文公約第 23 號意見書所言：移工「易遭剝削、被迫長時間工作，接受不公平工資以及危險和有害健康的工作環境。惡劣的勞動做法又加劇了這種弱勢，例如給予雇主控制移徙工人的居留身分，或將移徙工人綁定一個特定的雇主。」但是也承認移工若要求有轉職自由，其實已是在要求擁有公民才可具備的特性，衝擊以主權國家為核心的政治架構與想像。不過即便尊重就業國僅將特定工作機會開放給移工的政策考量，仍然有許多措施可以降低轉職禁止的強度，例如依移工公約容許一定期間後得在特定產業自由流動、提供失業時的經濟安全網、採取有效措施避免移工負擔過度債務，以降低轉職禁止所可能造成的強迫勞動狀態<sup>50</sup>。

現今台灣移工在期滿前仍被禁止單方要求轉換雇主，其欲轉換雇主或工作可循兩模式：一為經由公立就業服務機構媒合，二為以合意方式逕向勞動部申請轉換雇主，後者又可分為雙方與三方之合意轉換聘僱。就前者來說，除依照就業服務法第 59 條第 1 項明定四款不可歸責於勞工之例外情況，移工不得任意轉換雇主或工作。然而，實務上從符合期滿前轉換要件至轉換完成之過程中，移工常因難以取得不可歸責於自己之證據而無法適用轉換程序，或是受到轉換期間的限制而冒著逾期未被新雇主聘僱而遭遣返回國之風險<sup>51</sup>。

---

<sup>49</sup> 鄭津津，反歧視與平等權－論台灣外籍勞工之工作平等，頁 14。

<sup>50</sup> 楊雅雯，跨越國境的勞動平權？—論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限，頁 268-269。

<sup>51</sup> 邱羽凡、宋庭語，移工自由轉換雇主之限制規範與檢討，交大法學評論，勞動法特

至於合意轉換聘僱制度，雖轉換雇主準則第 17 條第 1 項第 5、6 款明訂雙方與三方合意轉換雇主之權利，然而，原雇主之單方同意權以及其名額無法在轉出移工後迅速遞補，亦加深了合意轉換難度。而對於移工期滿後轉換規定，原雇主須依照轉換雇主準則第 23 條與移工協議是否續聘以及辦理後續事宜，惟實務上許多雇主並未依法協助不續聘移工向主管機關申請轉換雇主或工作，導致移工因超過了轉換期間遭遣返，又轉換期間中，仲介對於工作機會之掌握亦衍生出買工費之問題。

由於移工於我國受聘僱僅得訂立定期契約，而基於定期契約原則上不得單方提前終止，除非依民法第 489 條第 1 項於具有重大終止事由時得提前終止外，移工在此定期契約的枷鎖下本來即無法自由轉換雇主，此亦產生移工無法自由轉換雇主的結果。不過，國內 71 多萬名移工中，其中 61.23%從事製造業工作，0.61%從事營造業工作，1.74%從事農林漁牧業工作，36.16%為看護工，0.25%為家庭幫傭<sup>52</sup>，其大部分從事者均是繼續性工作，而非臨時性或短期性等應訂立定期契約的工作，僅是因我國外籍勞工政策為維持補充性與暫時性之原則，而有上述定期契約的限制。因此，學者邱羽凡即指出，若為兼顧政策目的與移工人權，應在目前的定期契約框架下，放寬移工終止原契約、轉換新雇主之權利，而不應以就服法第 53 條與第 59 條為嚴苛之限制<sup>53</sup>。

學者邱羽凡進一步參照國際勞工組織於 1975 年通過的第 143 號公約，「移工濫用限制及平等機會與待遇促進」(Convention concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers - 下稱「第 143 號移工公約」)。該公約

---

刊，2020 年 12 月，頁 33。

<sup>52</sup> 此處之數據整理為同前註之文獻所載。

<sup>53</sup> 同前註，頁 34。

第 1 條規定即明揭：「本公約適用之每一會員國，應尊重移民勞工的基本人權。」就移工自由轉換雇主之權利，該公約第 14 條第 1 項亦有明文規範：「會員國可：一、實施自由選擇就業，確保移民勞工有遷移的權利，但必須符合下述條件，移民勞工為就業而合法居留一定期間，不超過兩年，或如法令規章提供低於兩年之固定期間之契約。勞工得完成他的第一個勞動契約。」另再參照聯合國大會於 1990 年通過的「保護所有移工及其家庭成員權利國際公約」( *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, ICRMW* )，該公約第 52 條規定第 1 項本文指出移工應有職業選擇自由：「移工在就業國內應有權自由選擇其有報酬活動，但需符合下列限制或條件。」雖然就業國得根據本國利益的需要和國家立法的規定，限制移工從事某些種類工作、職務、服務或活動(公約第 52 條第 2 項)，但是就業國至少應注意：第一，就業國規定已獲接納入境工作的移徙工人可獲准自行從事工作的條件。應考慮到該移工已在就業國合法停留的期間(公約第 52 條第 4 項)；第二，對獲准工作的時間有限制的移工，就業國並得：(a)對自由選擇其有報酬活動的權利附加以下條件，即移工以合法在其境內居留以從事國家立法規定一段期間不超過 2 年的有報酬活動(公約第 52 條第 3 項第 1 款)。

從而，依據國際勞工組織第 143 號移工公約第 14 條與保護所有移工及其家庭成員權利國際公約第 52 條之規範，移工應有工作選擇之權利，而就業國若要加以限制，亦應限制在一定期間之內，上引公約均以 2 年為上限，移工於工作屆滿 2 年之後即應享有工作選擇之自由。故學者邱羽凡認為，我國對於工作期間達到上限 14 年之移工，均仍一律適用「原則禁止、例外許可」的規範，與上述國際規範已有相當差距，我國規範顯有放寬之必要<sup>54</sup>，學者劉士豪亦於比較分析之研究中指出，相較於公約規定，我國就業服務法中，缺乏就移工應享有選擇有報酬之活動自由之權利加以規

---

<sup>54</sup> 同前註，頁 36-37。



範，若我國未來欲採取移工政策，實有修正之必要<sup>55</sup>。就勞基法與就服法相關規範上，立法者對於本國人與外國人之離職與轉職自由之區別性限制，學者邱羽凡認為，此處應思考者為，工作權包含兩層次之意義：一為要求國家提供適當工作機會，二為選擇工作之權，即個人應有就其性情、體力、能力之適應性選擇適當工作，即所謂職業自由，從而在外國人已經合法取得工作許可後，立法者可否對於在聘僱許可期間內之外國人的轉職自由，毫無限制地進行限制？對於已經循就服法相關規定取得於台灣工作之許可的移工來說，其已經不涉及「要求國家提供適當工作機會」此關係社會資源分配的問題，因此若對於就服法第 53 條進行合憲性審查，並無侵害立法者分配國家資源之權限的疑慮<sup>56</sup>。

此一前提下，學者邱羽凡進一步檢視就服法第 53 條，其除了為針對外國人轉換雇主與工作之限制規範外，尚針對從事不同工作類別之外國人為差異性限制，第一類外國人只需繼續從事就服法第 46 條第 1 項第 1 款至第 7 款之工作，且覓得新雇主即可轉職，但是藍領移工則因為就服法第 53 條第 4 項所揭示的「原則禁止、例外允許」之規範，必須在滿足就服法第 59 條之「不可歸責於移工」才可得轉換雇主。對於第一類外國人與移工在轉換雇主之自由為差異限制的理由為何？學者邱羽凡指出，於此處僅在於討論立法對於從事不同工作之「外國人」的自由限制，所比較者並不涉及本國人，因此「優先保障本國人就業」此立法目的無法正當化該區別，而針對移工欲避免其久居或他人媒介圖利此立法目的，亦難以給予合理之理由。反之，移工在無法自由轉職下，實務上中間剝削問題更形惡化且更衍生買工費問題，加上移工之工作機會完全掌握在仲介手上，制度上亦未保障吹哨者工作權，若移工檢舉將可能面臨得不到新工作的問題。

---

<sup>55</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 260。

<sup>56</sup> 同前註，頁 39。

此外，勞工轉職自由除了有工作權保障之意涵外，學者邱羽凡認為有保障其自由意志而不被強制勞動之意義，故其進行轉換雇主或工作實亦含有自由行使權利以保障其自由意志之意涵，此一自由權亦可能受到憲法第 22 條「人民之其他自由與權利」保障。故此一差別待遇之規定雖具有憲法公益目的，然其限制手段並無法達成維持國內勞動秩序之目的，卻弱化移工勞動權利保障，有高度違憲之可能性<sup>57</sup>。

#### 四、對移工自由的控制及逃逸移工的處理

保護所有移工及其家庭成員權利國際公約第 39 條明文，移工與其家庭成員享有於就業國內自由選擇住所之權利，而通說認為我國憲法第 10 條所謂之人民，並不限於具備我國國籍之人，故移工亦受我國憲法居住遷徙自由之保護，又我國並無其他法律明文之限制，於結論上我國現行法符合公約之規定<sup>58</sup>。惟學者楊雅雯分析，我國法並不限制移工居於雇主指定處所，但實務上移工本國所提供定型化契約通常多有此要求，產業移工的雇主並得由薪資中扣除新臺幣 5,000 元以下的食宿費用。移工宿舍管理甚至成為一種標榜軍事化秩序的產業以招徠雇主青睞。而外國人生活照顧服務計畫書課予了雇主管理移工的生活起居的義務，此外「聘僱之外國人妨害社區安寧秩序，經依社會秩序維護法裁處」也構成雇主被中止引進移工的事由，這意謂在下班時間後，雇主仍被認為有確保移工不妨礙社區安寧的義務。而移工尚且需為其所受的全時性監管付（住宿）費<sup>59</sup>。

而生活管理的層面，學者鄭津津指出在外勞生活管理方面，常有外勞

---

<sup>57</sup> 同前註，頁 40-41。

<sup>58</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，2014 年 12 月，頁 245。

<sup>59</sup> 楊雅雯，跨越國境的勞動平權？—論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限，頁 269-270。

生活管理員因不夠專業、溝通不良等原因，非但未能協助外勞，反而侵害外勞人權。高捷事件即是一個實例，當時管理高捷外勞的管理單位規定外勞在廠區消費必須使用代幣，新台幣 100 元僅能換 80 元的代幣，且廠區內販售物品的價格又高於市價，外勞等於受到雙重剝削<sup>60</sup>。學者楊雅雯亦分析，避免移工失聯是台灣移工制度的重大考量。雇主有義務即時向警察機關或境管機關通報「逃跑外勞」。對於失聯 3 日內之移工，雇主「得」立即通報警察機關及移民機關「協尋」，一經通報，移工的聘僱許可即可能被廢止；產業移工的雇主也不能在 6 個月申請遞補。另外，扣留護照及強制儲蓄更可能是被採用來避免逃跑的手段。公約第 21 條規定，除依法經正當授權的公務人員外，任何人沒收、銷毀或企圖銷毀身份證件、准許入境或在一國境內逗留、居住或營業的證件，或工作許可證，皆為非法。公務人員經授權對這類證件進行沒收，必須提出詳細證據。現行就業服務法禁止雇主扣留移工證件及薪資，但扣留護照的禁令實務上不難規避，因為主管機關認為雇主只要讓移工填妥保管意願書即不屬非法扣留。強制儲蓄雖違反勞動基準法，但過去行政命令曾允許雇主扣留 30% 的薪資。2008 年後雖已禁止，但勞動部調查於 2016 年仍約有 5% 的移工其薪資雖係透過轉帳，卻不持有存摺<sup>61</sup>。

是以，學者楊雅雯即認為，移工屈從在雇主全時全地、制度性的生活控管權力之下。一般而言，從屬性的特徵無論本國或外國勞工都存在。但移工之雇主的管控已經超越了經濟生產關係中效率與管理的層面，而承擔了國家移民體制裡，須始終明確掌握移工行蹤的任務，形成私人化的國境管理權力、過度向雇主傾斜的勞雇關係並惡化勞動條件<sup>62</sup>。

---

<sup>60</sup> 鄭津津，我國外籍勞工人權保障問題之研究，月旦法學雜誌，No.161，2008 年 10 月，頁 76。

<sup>61</sup> 楊雅雯，跨越國境的勞動平權？—論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限，頁 271-272。

<sup>62</sup> 楊雅雯，跨越國境的勞動平權？—論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限，頁 272-273。

## 五、團結權

ILO 第 66 號「移民就業公約」，係最早針對移工集體勞動關係之相關權利保障，有關該公約第 6 條規定外勞的工會組織權利、工作條件與訴訟權利等，規範應採與本國國民有平等對待之要求；要求批准此項公約之會員國，就有關於參加工會等方面不得給予外國人較本國人民為差的條件。不過，必須注意的是，該公約並未經會員國有效批准，以至無法具備拘束力，爾後 ILO 遂於 1949 年再以第 97 號公約強化其對會員國之規範效力。ILO 1949 年第 97 號移民就業公約，該公約第 6 條第 1 項第 1 款規定，凡施行本公約之會員國承諾對其領土內合法移民，無分國籍、種族、宗教或性別，關於下列事項之待遇不得劣於其本國國民，主要內容以各該事項係由法令規定或行政機關管理者為限，包括：1.報酬（包括構成報酬一部分之家屬津貼）、工作時間、加班工時、有給休假、在家工作之限制、僱傭最低年齡、學徒訓練、婦女及少年人之工作。2.工會會員資格及團體協商利益之享有。3.住宿。

此外，ILO1975 年 第 143 號移工公約，該公約第 7 條規定，勞資團體代表應協商有關法令規章，及本公約書所提出的措施，以防止及消除前述有關濫用情形，並瞭解發起之目的。又，同公約第 10 條規定，本公約適用之會員國應制訂國家政策，明示並貫徹以促進及保證，經由適合國情的方法，對移民勞工及其家屬合法地在其轄區內，在有關就業及職業、社會安全、工會及文化權利，個人及集體的自由等，享有平等的機會及待遇。再者，同公約第 12 條第 1 款亦規定，每一會員國應藉由下列適合國情的方法：「尋求雇主及勞工團體及其他有關團體之合作，以促使接受及遵行本公約第 10 條所提出之政策」。ILO 第 143 號公約同樣強調「國民待遇原則」：主張應以適合本國國情的方法保障外國人勞工在就業保障制度，包括

就業安全、轉業規定、失業救濟、社會安全、工會及文化等方面得享有平等的機會及待遇，同時，為能和諧地落實有關移民勞工之政策及法令，要求締約國應與勞資團體之代表進行協商，並於制定或修正相關政策或法令時，亦應讓相關團體有機會得以參與並表達意見。

在聯合國公約方面，公民與政治權利國際公約（*International Covenant on Civil and Political Rights*）第 22 條第 1 款即明文規範：人人有自由結社之權利，包括為保障其本身利益而組織及加入工會之權利。又，第 26 條亦規定，人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。經濟社會文化權利國際公約（*International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*）第 8 條第 1 項第 1 款亦明文：「本公約締約國應承允確保：人人有權為促進及保障其經濟及社會利益而組織工會及加入其自身選擇之工會，僅受關係組織規章之限制。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共秩序、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此項權利之行使」。至保護所有移工及其家庭成員權利國際公約（*ICRMW*），該公約乃就具移工身分之勞工提出相關權利保障之規範；內容包含範圍相當廣泛，其中除於第 1 條第 1 項開宗明義地規定歧視禁止原則外，並特別強調移民勞工，不論其身分為合法或非法，皆應享有「國民待遇」而非「最低基準」（*minimum standards*），再者，根據公約第 26 條 1 項本文規定締約國應確保移工及其家庭成員應享有下列規定：第一、參與工會的或其他任何為保護他們經濟、社會、文化和其他利益而依法成立的協會的集會和活動，僅受有關組織規則的限制（公約 26 條 1 項 1 款）；第二、自由參加任何工會或上述任何這類協會，並僅受有關組織規則之限制（公約 26 條 1 項 2 款）；第三、向任何工會或上述任何這類協會尋求援助和協助（公約 26 條 1 項 3 款）。並於 2 項明文，

這些權利的行使除受法律規定並在民主社會為了國家安全、公共秩序或保護他人的權利和自由所需要的限制之外，不受任何限制。又於第 40 條規定，移工及其家庭成員亦應享有結社和組織工會之權利。

綜合相關國際公約對於締約國內之外國人勞工所要保護的內容與方向，學者林良榮即指出，該等公約對於其所要保護外國人勞工之範圍，似有以下逐漸擴大的軌跡<sup>63</sup>：

- 其一，從外國人勞工之平等原則（特別是基本權利）延伸到國民待遇原則的確認；
- 其二，從外國人勞工之個別勞動關係延伸到集體勞動關係；
- 其三，從外國人勞工之勞動條件保護的領域延伸到社會安全保障的範疇；
- 其四，從外國人勞工之合法就勞延伸到不法就勞行為的勞工；
- 其五，從外國人勞工自身之個人保護擴大至其家族之保護。

此外，就我國現階段有關於工會的組織特徵與外國人組織工會的實務困難，學者林良榮亦指出以下幾個常見的問題<sup>64</sup>：

- 長期以來，就我國企業內組織工會的特徵與性質而言，工會組織基礎薄弱，且易於受雇主控制。相較於職業或產業工會，不論是藍領或白領，外國人勞工於企業內組織工會相當不易。
- 僅能締結定期勞動契約、短期停留於國內的外國人藍領勞工與長期在臺工作的白領勞工之間，就工會組織實務上有明顯的文化差異；前者，由於雇主的壓制與組織動員條件之限制，乃相當不利於組織工會，但後者，雖相對具有一定的條件與資源，但對於組織工會之誘因則甚為不明顯。
- 語言的溝通方式造成組織發展之困境；在台而來自南亞洲特定國家的多

---

<sup>63</sup> 林良榮，論外國人勞工（移工）團結權之行使與保護 - ILO 規範基礎、工會組織實務與團結政策，交大法學評論，勞動法特刊，頁 243-248，2020 年 12 月。

<sup>64</sup> 同前註，頁 263-264。

數藍領移工，不善於使用我國通用語言或英文，因而於組織發展上，大多僅以同一輸出國之勞工為主要組織對象，甚難跨越不同勞動力之輸出國。

- 長期加入工會的可能性不高；因為是屬於所謂「客工」之短期勞動契約身分，藍領外國人勞工長期加入工會之意願與機率並不高，相對亦造成組織發展上的不安定與工會幹部培養的困難。
- 即使台灣的工會會費甚低，但對於事實上低工資的藍領客工而言，仍然難以負擔；大多數藍領客工的薪資不高，難以負擔額外費用支出之工會會費。
- 就我國勞資關係之現實狀況而言，因屬於發展中國家的階段，多數勞工對勞動法認識仍相當的陌生，相對地，就外國人勞工來說，對於本國勞動法的規範認知上，藍領客工對於勞動法規並不重視，亦欠缺獲得資訊之管道。
- 就政策上，仍有部分產業領域的勞工被排除適用勞基法適用；相對地，自使從事此一領域的外國人勞工受到限制，其中，最明顯者，即為從事家務之勞動者。
- 另外，就組織運作之特徵上，一般白領外籍移工，因屬於非典型勞動者居多，流動性高，不易組織工會，但就藍領客工，雖定期僱用，且雇主單一，但因不易打破現行企業工會的單一與「應強制加入」之規範，以致甚難以單一國家之外國人為對象組織工會。即使移工於我國現行法令規範下仍可組織跨企業型態之職業工會或產業工會，但於工會成立的行動上則需要較多的組織資源給予支持，非但不易，即使成立後，該組織因未能如企業工會享有會務假或取得會務所，故其經營存續與日常性之工會活動亦不易維持與發展。
- 對於由外國人勞工所組織工會，就其會務活動上，工會會務人員對於會員之「支援領域」乃具有無限制擴大其需求之特徵，而非僅限於所謂勞動契約或條件內容之相關諮詢事項或協助爭議處理。舉例而言，基於外

國人身分之勞工，工會提供一般生活資訊或協助參與相關社會或地方社區活動等之需求性並不低於勞動基準之保護。是以，相對於本國工會而言，由外國人所組織的工會往往基於組織經營的考量，必須更傾向於一般社團活動的性質，並有意識地降低其勞動權利之鬥爭意識以擴大其工會會員之招募。

總體而言，台灣有關移工之集體勞動關係的保障，學者林良榮從法制政策與工會組織實務兩個面向加以分析，並檢討其現實法制現況與工會組織運作模式<sup>65</sup>：

- 首先，就法政策上乃涉及兩個基本問題，其一是台灣之外國人人權保障的法制政策與計畫，其中包括勞動人權的部分；即從外國人保障的觀點著眼，建立包括外國人在台灣從事勞動時其以勞工身分所應享有權利保障之法律架構。其二，有關集體勞動關係保障的法制政策與計畫，即從集體勞動權保障的觀點著眼，如何使外國人勞工依法得享有勞動基本權，其中應包括工會的組織與加入、團體協商、爭議行為，以及不當勞動行為保護等相關權利與制度之適用。
- 再者，就工會組織實務的面向，亦涉及三個基本問題，其一是，外國人勞工如何可以在台灣的社會脈絡下以自己的需求組織工會，以及如何擴大以外國人為主的工會組織發展與活動，此一問題亦必須探討，該工會之組成是以特定國家的外國人勞工為主，或者是特定的產業或職業領域的外國勞工。其二是，外國人勞工如何加入既存本國人勞工的工會，特別是在台灣以企業工會為主的工會發展與運動的主流中，本、外國人勞工的團結與聯合如何可能進展，尤其是在台灣的本國人工會應該如何面對此一趨勢制定工會政策與運動方針，實乃當前我國工會組織發展上不得不面對的急迫課題。其三是，對於存在於我國社會現實中所謂的「非法外勞」，無論個別或集體勞動關係，其明顯居於法律上非常弱勢之地

---

<sup>65</sup> 林良榮，同前註，頁 264-266。



位，自更需要來自外部團體的協助。

以上從五個面向，以國內近年之法學文獻為例，直指攸關外籍移工勞動暨其他面向人權的五大問題，其實多為社會行動者所熟悉。在國內將國際人權公約「施行法化」、內國法化 12 年來，乃至於向為社會行動者、倡議者所呼籲之「應進一步將移工相關人權公約引入」，日益高漲，在在使得「如何從人權角度出發、更完整化我國移工法制規範之內涵？」，成為重要議題。在國內已有討論甚多之文獻，國際人權公約亦越發受到重視的今天，如何能有「產業移工之完整人權視野」，參考以上之不同論述，如何能扣合產業與其他管制政策、移工不同類型權利保障之組合與檢驗，如何讓前述相當精準的分析能夠更加體系化，正是本研究希望提供之視野。

不論如何，我們可以輕易地發現，國內法學界探討移工之保障問題，一方面未特別區分產業與社福移工，再方面，要不多引據國際人權公約來加以論斷，要不則其實比較接近倡議者之角度，前者事實上難以面對「我國並未將該公約施行法化」之障礙，即便結論無誤且應加支持 – 本研究其實都相當贊同其等說法，再者，前開論述其實並未面對一法規範性無可逃避的框架：我國現行對於產業移工之管制措施，是否 – 或許問題重重 – 但可能通得過我國憲法的檢驗？只是作為「令人不快」、但必須歸諸於立法形成自由下的「遺憾立法」？探索人權，總是帶有「符合 vs. 違反與侵害」之法拘束性判斷，並非其他如道德哲學、政治主張之層次，是以，試圖從法規範性角度回答移工人權，單從一未簽署加入、亦（尚）未內國施行法化的國際人權公約著手，恐有相當之不足。

同樣地，勞動市場的管制，自然包括外籍移工之勞動市場，涉及產業競爭力、不同角度勞動與就業促進等面向，言及移工，則本國勞工勞動市場機會之保障，不論是否採取補充性政策，亦屬不可忽視之問題關聯。這

未必是憲法學上所講的基本權衝突，所謂本勞 vs. 移工之間，但在論及移工勞動市場管制之規範性評價時，斷不可忽視合理化、至少試圖合理化這些管制措施之公共利益，做相互的考察與檢驗。如果勞動市場對於特定人員之管制，涉及其人權 – 答案顯然是肯定的，則如何能一併納入應有的移工人權保障體系？如何同時來來回回的考察「作為限制正當事由之本勞勞動市場之憲法法益」？如何能有兼顧兩者之可能？就一法學論述的場域，其實應在研究與觀察中加以重視，而非無交集般之各行其是，選擇最安全的以「純粹人權」(套用 *Hans Kelsen* 的純粹法學，*Reine Rechtslehre*，之視野與進路)，來作為事實上牽涉複雜之政策批判。本研究，如果能容許如此的問題意識與努力企圖，希望能彌補這個常見的法學研究缺憾。

## 第四章 移工勞動市場管制之理論分析

在本章中，將嘗試從政治經濟學的分析角度，換言之，較為理論性的觀點，觀察法律對於移工勞動市場管制上，通常涉及之問題，誠然，也為了避免失焦或開花，除無可避免之鋪陳外，將盡力連結於與移工人權之交集上<sup>66</sup>。

### 第一節 勞動市場管制、秩序政策與移工

談到勞動市場，特別試圖在「市場法秩序」下去討論，可能必須先想到，事實上有三項任務必須面對<sup>67</sup>：

- 普遍的法秩序，特別是經濟秩序，究竟有多少「一般性的內涵」，同樣必須呈現於勞動市場秩序之中？作為共通之內容要素？
- 勞動市場本身有何不同於其他市場之特殊性？
- 勞動市場秩序應考量現有之競爭狀態，簡言之，多少的維持競爭是必要的？多少的限制競爭是容許的？

上述這些角度，都應該在本研究聚焦於產業移工勞動市場問題時，一併加以思索與回應。首先，我們還是先從國家對經濟行為與過程的管制<sup>68</sup>，

---

<sup>66</sup> 在有關移工勞動市場的研究上，多見聚焦於整合（Integration）問題，包括進入、退出勞動市場，以及在勞動市場上之處遇，這在本研究的脈絡中當然重要，只是在本章節所處理者，較非此面向，還請注意。相關討論請參見：Burkert/Garloff, *Der Arbeitsmarkterfolg von Migranten und Migrantinnen und Geflüchteten: Ergebnisse, Gründe und Wege zur Überwindung der Benachteiligung*, in: Rauch/Tophoven (Hrsg.), *Integration in den Arbeitsmarkt. Teilhabe von Menschen mit Förder- und Unterstützungsbedarf*, Stuttgart 2020, S. 138ff.。

<sup>67</sup> Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht*, Berlin-Heidelberg 1996, Rn. 144ff.

<sup>68</sup> 關於這部分的討論，亦可參見林佳和，*勞動法的管制與去管制－經濟學理論的觀點*，收錄於《社會公義－黃越欽教授紀念論文集》，台北：元照，2011年5月，頁13-

特別聚焦於勞動市場出發。國家對於經濟過程的管制，主要有兩種類型，首先是所謂「結構性質的管制」(*konstitutive Regulierungen*)：適用於全體社會成員的行為限制規範，目標在於透過強制性的、國家高權式的行為規則，去壓制對於經濟交換與社會互動可能引發高額交易成本之「混亂」，而得以提供社會成員一有利的經濟或社會行為互動之環境，屬於這一類的管制，例如刑事法、財產權的保障法令或契約法制。第二類是所謂「引導性質的管制」(*lenkende Regulierungen*)，對象僅是特定的、少數的社會成員或團體，透過對其行為的限制，以促成一正面之市場過程與結果的出現，因為某些特有的「情事」，將使得市場機制無從發揮其自動之互動功能，因此需要國家的管制介入，屬於這一類的管制，如進入市場的限制，生產條件、價格、品質等的規範<sup>69</sup>。

當然，前面所描述的，主要是經濟規範理論進路下的管制，如果將視野放寬至政治經濟學的層次，一個比較廣泛的理解應該是：在國家與經濟的領域中，一負有調控導引任務及能力的主體 – 國家，在一包含特定目的之干預模型 (*Interventionsmodell*) 中所為之對於經濟行為的干預與介入，就是規制 (*Regulierung*) <sup>70</sup>。雖有學者特別提醒它與管制 (*Regulation*) 的不同 – 後者包括社會矛盾所表達的某種形式與過程<sup>71</sup>，但畢竟特定形式的社會管制，亦須一定程度的轉化為國家管制，或至少以國家管制的形式提供其框架或基礎，因此在國家與經濟的領域中去談論此問題，相當程度應是正確的。

勞動市場作為一「市場」，的確有其截然不同的特性，這些特性將使得

---

49。

<sup>69</sup> Ewers/Wein, Gründe und Richtlinien für eine Deregulierungspolitik, Berlin 1989, S. 5f.

<sup>70</sup> Röttger, Neoliberale Globalisierung und eurokapitalistische Regulation, Münster 1997, S. 28f.; Hübner, Theorie der Regulation, Berlin 1989, S. 45, 52.

<sup>71</sup> Röttger, Neoliberale Globalisierung und eurokapitalistische Regulation, S. 28f.

勞動市場運作的結果，無法產生規範理論對於市場機制的期待：當事人自主的利益滿足，所謂勞動契約作為一不充分契約，勞動市場自然也不例外，一個不充分的市場。一般而言，勞動市場的特殊性，主要在於勞動力的供給者這一方：(1) 勞動力為了自我的再生產，強迫必須依賴市場上的需求給付，無法以其他替代性的方式維持生活；(2) 所謂「勞動力的不可儲存性」：勞動力無法暫時儲存，等待市場上更有利的價格條件；(3) 勞動力的需求者（雇主）獨立於供給者之外，極輕易放棄勞動力的需求，擁有極高程度的可替代選擇（例如技術的使用），亦即勞動經濟學上所說之「勞動力出走與對抗成本（*Abwanderungs- und Widerspruchskosten*）與雇主之固定僱用成本不對稱」之現象<sup>72</sup>；(4) 勞動力供給需求雙方的市場移動性差別極大，資本得任意移動其資本，勞動力無法任意決定移動遷徙；(5) 供給需求雙方之組織性權力差距甚大：勞動力必須與其他勞動力競爭，其勞動力牽涉其幾乎所有的生活利益，無法任意組織運用勞動力，而企業主無須面對需求該勞動力的其他競爭者，組織利益單一（企業獲益、降低成本），對於勞動力的運用權力極高，亦即雙方存在之「權威與從屬性關係」<sup>73</sup>。必須留意的是，談吾人探討產業移工之困境時，前述的勞動契約特性，就如加乘效果般的更形惡化。

在勞動力的如此特性下，勞動契約成為「不充分契約」，由於極可能產生勞動市場上的毀滅性競爭或不當的外部效果，因此勞動市場便需要國家的管制介入，以矯正此市場上供需雙方虛假的消費主權（亦即虛偽的勞資權力均勢），防堵因勞動力接續提出供給所可能產生之循環出現的不均衡過程，以達成社會政策上保護勞動者之目的，此即為勞動經濟學上所稱國

---

<sup>72</sup> 關於此問題之討論，可見 Buttler in: Winterstein(Hrsg.), *Sozialpolitik in der Beschäftigungskrise II*, Berlin 1986, S. 45。

<sup>73</sup> *Offe/Heinrichs in: Offe(Hrsg.), Arbeitsgesellschaft, Ffm. 1984, S. 54ff.; Feldhoff, Regulierung – Deregulierung. Steuerungsprobleme der Arbeitsgesellschaft, Nürnberg 1988, S. 118f.*

家管制勞動市場的正當事由<sup>74</sup>。此對於勞動市場的管制，最主要的形式即為國家高權之介入私人間的契約自由，不論是個別或集體當事人（例如同盟的自由權），而干預的範圍主要是足以影響勞動契約之形成與內容的行為或事項，例如勞動成本（工資）、工時、調職調動的可能性，或其他影響勞動者職業上、地域上或產業部門上之遷徙移動的要素<sup>75</sup>。請注意，特別在社福移工的勞動市場上，國家嚴密管制其勞動價格，呈現一封閉性的狀態，而在產業移工，雖然因適用勞動基準法，是以亦有最低工資（基本工資）之保障，但仍存在相當程度的國家控制，特別是「列舉得使用產業移工之產業部門暨個別企業清單」，管制之痕跡更加明顯。

由此國家管制勞動市場的正當事由與目的，吾人得以清楚的看出，國家管制的外觀，主要是透過對於雙方當事人的行為，有意識的以非價格形式之「影響」，不論直接或間接，不論是提供機制供雙方以集體約定為之或強加命令，進而提供勞資雙方不同的行為選項，以作為社會不同利益的均衡。這種「影響的形式」，顯然是觀察勞動市場管制的重要線索，因為它不盡然是國家發動的、甚至以高權地位所訓令當事人應予遵守的 - 典型之例如最低工資，而是以一學理上所稱之複雜的「補充與替代關係結構」（*Struktur der Komplementaritäts- und Substitutionalitätsbeziehungen*），來進行不同層級與體系的管制<sup>76</sup>，例如德國之由員工代表會介入的解僱保護程序，即是一明顯的適例，這裡不涉及國家公權力行為，但卻是由法律提供一機制平台的設計，讓雇主的終止契約行為得到一定的監督與控制效果。

國家保障市場經濟體制及其相關的制度條件，特別是契約自由、財產

---

<sup>74</sup> Knappe in: Thiemeyer(Hrsg.), *Regulierung und Deregulierung im Bereich der Sozialpolitik*, Berlin 1988, S. 221f.

<sup>75</sup> Knappe in: Thiemeyer(Hrsg.), *Regulierung und Deregulierung im Bereich der Sozialpolitik*, Berlin 1988, S. 220.

<sup>76</sup> Buttler in: Winterstein(Hrsg.), *Sozialpolitik in der Beschäftigungskrise II*, Berlin 1986,, S. 12, 24, 48.

權的保障乃至貫徹機制等，無疑的，主要的呈現方式即為「法律」，如同經濟法學者 Ernst Joachim Mestmäcker 所說的：開放社會的秩序，包括法治國及經濟秩序，都只能透過法律來實現<sup>77</sup>。德國基本法第 2 條第 1 項的一般行動自由、第 12 條第 1 項的職業自由、第 14 條的財產權自由等，即其憲法層次之基本權依據<sup>78</sup>，然後依照整體法秩序位階關係的向下發揮其規範性作用，保障整個市場社會（*Marktgesellschaft*）的運作與存續。而面臨市場失靈時的管制，基於其公共性質，同樣亦須憑藉著法律的形式為之，不論其目的是重新回復市場機制的運作 – 不正競爭的經濟法制顯然重點為此，亦或在於矯正市場運行所可能導致對社會有害的結果。顯然，為了勞動者的保護，進而必須限制勞動市場，即本於此社會保護之目的，在此近乎常識性的描述下，吾人需要更深一層的論證。這個觀點，在探討特別是「為了保護本國勞工、一定程度必須限制移工」之問題上，別具重要性。

重點即在於所謂的經濟及勞動憲法（*Wirtschafts und Arbeitsverfassung*）<sup>79</sup>：顯然，國家相對於經濟的關係，不可能僅限於保障經濟行為主體的基本權，否則無異回到昔日所謂古典的市民法治國時代，一個早期自由主義的思考模式，雖保有了市場，但社會卻無法承受其帶來之非社會（*unsozial*）、甚至破壞自己之經濟體系的結果。然而，一個早期不斷受到注意的問題：憲法的經濟秩序，是否為中立、未有特定之秩序決定，本身帶有一定程度的開放性？例如我國或德國的憲法秩序？亦或憲法明示一特定的經濟秩序，例如市場經濟，或是所謂社會的市場經濟（*soziale Marktwirtschaft*）<sup>80</sup>？

---

<sup>77</sup> Mestmäcker, *Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft*, *Rechtstheorie* 1989, 278.

<sup>78</sup> 例如典型的聯邦憲法法院說理：BVerfGE 30, 292(334)。

<sup>79</sup> 在一個比較傳統的部門憲法分類中，多半將勞動憲法視為經濟憲法的一部分，綜觀「勞動市場行為亦為經濟市場行為的一種樣態」之觀點，或可理解；請見 Scholz, *Grundgesetzliche Arbeitsverfassung- Grundlagen und Herausforderungen*, DB 1987, 1192。

<sup>80</sup> 「社會的市場經濟」一詞主要來自佛萊堡學派的主要領導學者 Alfred Müller-Armack，亦即在秩序政策思維的主導下，強調以市場經濟體制為基礎，但亦同時達到社會相容性（*Sozialverträglichkeit*）：工資上揚、人民均富、社會安定與和諧；關於其

雖然，觀察德國，實務及學說多已偏向經濟秩序之開放與中立說<sup>81</sup>，但此問題相當程度已失去其意義：當代的重點毋寧在於，眾所公認的，國家有保障經濟秩序之存續及得以順暢運作的義務，也就是 Peter Badura 所說的「國家照護經濟成長的憲法委託」（*Verfassungsauftrag der staatlichen Wachstumsvorsorge*）<sup>82</sup>，而在法學者的眼中，國家這類維持經濟運行之義務，又無疑的將發揮保障國民自由權行使之功能，但問題同樣存在：假使此經濟秩序的核心叫做「市場」，那麼究應如何處理對於市場的管制或不管制（或管制後的去管制），換言之：保障或不保障某些經濟自由<sup>83</sup>，提供如何之框架環境與條件，此方為重要且困難之處。假如像 Helmut Coing 所說的，法律及法學必須做到三個工作：以經濟事實作為法律規範的客體，以法律作為經濟過程與利益衝突後的結果呈現，法律政策必須經得起經濟學的檢驗<sup>84</sup>，那麼這裡所談的對於市場失靈之管制，便得極為輕易的加以理解：法律自經濟學的基礎出發，繼受其結論，直接轉化為管制經濟過程的法律形式。換言之，觀察移工管制政策，必須經得起某種經濟秩序角度的檢驗，如果前者來自於或必然產生某種影響至「移工人權」上，則經濟秩序的檢驗，也會一定程度發生與移工人權的交集與衝突，必須面對：哪一種類型之勞動市場失靈，特別是本勞的，所以必須仰賴移工之引入？如此

---

概念可參 Müller-Armack 於 1947 年的著作《社會角度觀察下的市場經濟》（*Die Wirtschaftsordnung, sozial gesehen*）； dazu Stützel/Watrin/Willgerodt/Hohmann(Hrsg.), *Grundtexte zur sozialen Marktwirtschaft*, Stuttgart-NY 1981, S. 19ff.。

<sup>81</sup> BVerfGE 4, 7; Benda in: Gemper(Hrsg.), *Marktwirtschaft und soziale Verantwortung*, Köln-Bonn 1973, S. 189f.

<sup>82</sup> Badura, *Wirtschaftsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit*, FS Hans Peter Badura, Tübingen 1977, S. 368.

<sup>83</sup> Hoppmann 同時舉出了這個矛盾：一切為了自由，卻又必須不斷「為自由之故」的限制經濟自由權，最後「保障自由權」將只剩下修辭學上的意義；dersl. in: Francke (Hrsg.), *Ökonomischer Individualismus und freiheitliche Verfassung*, Freiburg i.Br., 1995, S. 130。

<sup>84</sup> Coing in: Raiser/Sauermann/Schneider(Hrsg.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Berlin 1964, S. 2ff., 6ff.



之引入形式與方式，是否有助於解決本勞勞動市場的回復應有狀態？封閉型的移工勞動市場，是否反而產生某種有害的勞動市場結果？舉例，禁止轉換雇主之措施，如何在這個脈絡下加以觀察與解讀？

談到法律與包括勞動市場在內的經濟市場，一個非常德國式的談法，應是所謂「秩序自由主義」（*Ordoliberalismus*），「佛萊堡學派」（*Freiburger Schule*）的經濟學家們所倡導的秩序資本主義、秩序政策，並以此為基礎為建立之德國社會的市場經濟秩序，然後放在法學領域中的呈現：一個以國家管制實現秩序的經濟法律規範體系，包括國家提供經濟所需之框架條件、其他基於社會目的之必要管制，亦即一般論述都會提及的：經濟必須在一國家賦予之秩序框架（*Ordnungsrahmen*）之中，才能藉由市場機制去運作。讓我們以佛萊堡學派的重要學者 Walter Eucken 為例：在 Eucken 的理解中，一個包括經濟在內的社會秩序，是不可能逃避意識形態的鬥爭與追逐的，因此解決之道在於，塑立並捍衛某些作為價值的意識形態，並將之提升為整體秩序政策上的思維，它的名稱就叫作秩序政策（*Ordnungspolitik*），其內容就是市場競爭秩序，而其作為內涵的意識形態，便包含自由、人性、權利、平等、進步、公平與正義<sup>85</sup>。在此競爭秩序中，其內容為「充分競爭的市場形式」，國家的秩序政策目的在於，給予市場一個競爭秩序，使所有經濟過程的各單元、各部分，都能圓滿的整合進來。

在 Eucken 的如此理解下，此競爭秩序應包含下列四項原則<sup>86</sup>：

- （1）所有經濟單位及個體，包括產業、工廠、國家預算、勞動者，都能自由的依自我意志計畫與行動，例如勞動者的自由遷徙權及自由締結勞動契約；
- （2）市場的規則、經濟過程應如何進行的形式、市場的形式、貨幣系統，

---

<sup>85</sup> Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Hamburg 1977(1959), S. 23ff.

<sup>86</sup> Ebenda, S. 154ff.

均不能憑恣意而加以形成建構，必須留由秩序政策來決定；

- (3) 最理想的市場形式是充分競爭，但它並非自由放任 (*Laissez-faire*)、壟斷競爭、毀滅性或傷害性的競爭，而是一種能力與貢獻的競爭 (*Leistungswettbewerb*)；
- (4) 競爭秩序與自由：競爭秩序與憲法的法治國原則緊密結合，個人的競爭行為必須受第三人的自由權所限制，其結果是：所有社會成員的自由權均達到一均衡的狀態。

是以，在 Eucken 競爭秩序的經濟政策中，主要目標在於建立得以順暢運作的物價體系、充分競爭體系、避免由國家或私人操作管控進入市場與否的開放市場、財產權保障、契約自由等體制<sup>87</sup>。特別關於契約自由，Eucken 說明道，契約自由不得運用至為了要限制第三人的契約自由而締約，就此而言，形成壟斷以濫用權力，應是一秩序政策所應加以反對的。最後，在有關社會性質的管制方面<sup>88</sup>，Eucken 認為，社會政策並非經濟政策的附屬品，正確的理解應係：社會政策本身即是經濟秩序政策的一部分，這是整體秩序政策決定的一環。如此的理解下，所謂的社會正義，只限於「經濟交換的公平」，只要競爭、風險、責任的原則及規則被嚴守，則工資所得的差距是符合公平的；勞工集體的利益代表機制（廠場層級之員工代表會）是正當的，因為它使勞工的利益得以「加入競爭」，然而，Eucken 在此又特別強調，如此廠場共同決定施行的結果，是讓企業自主計畫的空間受到限制，進而使「整體秩序受到干擾而無法順暢運行」，最後也將有害於勞動者之利益，「整體秩序看來」，應認為是不合乎秩序政策的；重點不在於企業必須繼續生存，勞動者亦有其利益，而是在於：對整體經濟沒有受到干擾的順利運作，勞動者是責無旁貸的<sup>89</sup>。最後，就勞動市場的組織而言，Eucken 認為，從秩序政策的觀點來看，只要是為了維持勞動市場上行動者

---

<sup>87</sup> Ebenda, S. 160ff.

<sup>88</sup> Ebenda, S. 179ff.

<sup>89</sup> Ebenda, S. 184.

的均衡，採取某些保護勞動者的措施，是正當而必要的，但如超越原先之目的，至反影響勞動市場供給需求的基本運作，則違反秩序政策的要求；同樣的角度也適用於勞動者的工會組織：就保護勞動者、改善其處境，使其得以在勞動市場上達到與勞動力需求者之均衡，則工會是正面的，但如工會進行集中式的引導與管控，盡一切努力以維持充分就業，要求超過競爭工資的提高工資，則將危害勞動市場的競爭秩序，從秩序政策的觀點來看，應屬危害<sup>90</sup>。

從 Eucken 極為「德國式」的描述，吾人可以看出，基本上來說，雖然佛萊堡學派（包括 Alfred Müller-Armack、Franz Böhm、Wilhelm Röpke、Alexander Rüstow）所建立的秩序政策之經濟政策理解，亦即結合「秩序」與「市場競爭」，甚至將市場競爭秩序重新整理納入一上位的秩序下面，而顯與一般古典或新古典經濟學派的說法有異，甚至多有將此秩序政策稱為德國「社會的市場經濟體制」之理論基礎的說法，但詳細分析其內涵，基本上來說，基於秩序政策之思考所為之法律管制形式，只可能有兩者：重建市場機制所需者，以及促進真正使用市場機制所需者；前者例如壟斷、寡佔或不正競爭的限制，後者例如社會政策、勞動市場之限制等，至於前述有關管制的三種發動原因：自然的壟斷、毀滅性競爭、公共財的外部效果，理論上應屬市場因素以外、經濟以外的特殊類型，並不與這裡的詮釋相衝突。不論如何，在 Eucken 的解釋中，所謂的「秩序」既然是以競爭秩序為核心，則何謂「競爭所必需」、「將危害競爭」，本身即帶有一定之權衡空間，並非如理論上所觀察的那般涇渭分明，特別在所謂的灰色地帶或情況特殊之際，如何找尋一限制或不限制經濟自由、管制或不管制的「秩序內涵」，其實毋寧是一難題<sup>91</sup>。

---

<sup>90</sup> Ebenda, S. 185ff.

<sup>91</sup> Reuter 討論經濟全球化時代的勞動法未來走向時，就認為何為當代「秩序政策上的整體策略」，或言之：應採取何種形式的管制內容，是勞動法最重要的問題；dersl., *Recht und Ökonomie im Zeitalter der Globalisierung*, Heidelberg 1997, S. 14f.。

這個難題，在 Eucken 有關社會政策、勞動市場之管制等之說法上，即可清楚看出：只要產生他所認為的「危害競爭秩序」 - 例如工會壟斷工資的結果超過競爭工資，則原本所肯定之「秩序內涵」將遭否定，這也就是批評者不認為佛萊堡學派與德國之「社會的市場經濟」在理論上絕對相符之故：秩序自由主義，或許只是強調市場需要一個保障其運行的「秩序」，並非追求一「社會」的秩序<sup>92</sup>，「社會」的市場經濟，或許亦不是「符合社會公平正義」的市場經濟，而是「需要一社會框架」的市場經濟而已。不論如何，既使站在競爭秩序的觀點下，如何在法律上決定採取對於經濟過程的管制形式，就如同 Heinz Dieter Assmann 所言，本身就仍然隱含著一定的空間。換言之，就一經濟法的領域來說，法律不可能自限於就市場失靈的問題，採取逐步逐點的修正管制，就為了重建市場機制的重新運作，難以否認的是，法律始終嘗試著要藉由對經濟過程的管制，嵌入法律本身的某些秩序概念、正確性的思維，以追求在最後市場結果的事實上「夾帶」呈現<sup>93</sup>；顯然，帶有濃厚社會公平、社會國理想色彩的勞動市場之管制，就極可能含有 Assmann 或 Ulrich Karpen 闡述經濟憲法時所說的這項性質<sup>94</sup>。「秩序」如何嵌入法律體系中，成為憲法或其他法秩序的基本原則及內容，這無疑是探討經濟管制形式的最重要課題，從這裡有關經濟管制、勞動市場管制在法律中的呈現，吾人亦可看出如何描述除了「市場競爭」以外的「其他秩序內涵」之難題。

如此的理論探討，可以開啟我們一個不一樣的視野：在攸關產業移工的勞動市場管制上，不是僅存狹義的「經濟秩序」之思維，而是必須交疊

---

<sup>92</sup> Schui/Blankenburg, Neoliberalismus, Hamburg 2002, S. 119.

<sup>93</sup> Assmann, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königsten/TS. 1980, S. 255, 260.

<sup>94</sup> Karpen 認為單單為了「透過經濟運行以賦予人民更多的自由」這一項憲法目標來看，經濟憲法便不可能維持中立，換句話說：必須決定如何之「秩序內涵」；siehe Karpen, Der Rechtsstaat des Grundgesetzes, Baden-Baden 1992, S. 125。

地留意與關注「其他的秩序面」，包括一定的社會秩序。在多元又複雜的交叉面向與關係上，吾人必須找到一「某種融合下的制度選擇」，不但無礙於經濟秩序，有助於其蓬勃，更不能因之而犧牲與失卻其他的社會面向。不論理論或經驗實踐上，這個世界都不存在一毫無管制的勞動市場，更何況是移工，然而，就如同上一章所看到之諸多學者的見解，也不代表所有對於移工勞動市場的管制，都能毫無疑問地通過必要性檢驗，得以嵌入一致而得以支持的勞動市場管制邏輯。姑不論佛萊堡學派諸多值得商榷的個別問題看法，至少就理論層次來說，「秩序經濟學」，著眼於包括勞動市場在內的「不同市場形式」，經濟效率效能絕非全部，必須放在一整體「秩序」，不同類型秩序交疊交錯之「融合整合下的秩序」(*integrierte Ordnung*)，加以建構、理解與運行，應該是一值得深思的市場思考模式，包含運用於本研究所處理之產業移工勞動市場。

## 第二節 產業競爭力的解讀：所謂國家競爭

在前述的理論鋪陳後，直指產業移工部門，必須再提出更進一步的觀察。首先，提升國內產業競爭力，更進一步延伸至整體台灣的國家競爭力，一直是移工政策中，至少從產業端而言，不斷反覆出現的一項重要考量。在此有必要討論一下所謂競爭力，特別是它作為一經濟學上之概念時。

在經濟學的討論中，所謂的競爭力，是指「需求及供給方，面對嶄新而無法預見之發展狀況的調整適應能力」。雖然在論述上經常區別「企業的」或「國民經濟的/國家的」競爭力，但其所指涉之要素卻極為類似<sup>95</sup>，一般討論所接受的判斷競爭力之指標，大致包括出口比例、工資單位成本

---

<sup>95</sup> 例如 Molitor, Bernhard: *Deregulierung in Europa*, Tübingen 1996, S. 8f.。

(*Lohnstückkosten*)<sup>96</sup>、租稅負擔、產業升級能力、直接投資數額，其他所謂軟性要素，例如社會穩定、國民教育水準等<sup>97</sup>。在國際貿易的場域中，主要有評估競爭力的兩種理論進路：一為「真實理論」(*Reale Theorie*)，認為競爭力的核心在於重要之生產要素 – 包括資本、土地與勞動力 – 的移動性與不可移動性之對比，另一則為所謂的「貨幣理論」(*Monetäre Theorie*)，主張競爭力的關鍵在於國際貿易行為中累積貨幣存量的能力（例如外匯存底），主要自然來自於貨幣及金融理論的基礎<sup>98</sup>。不論如何，這兩個理論對於勞動作為生產要素的「競爭力問題」，看法其實無甚差異：勞動力是否具有競爭力，包含兩個判斷的面向：一是勞動力的價格，所謂勞動力的名目工資 (*Nominallohn*)，另一則是其投入資本所創造之效率，亦即生產力指標。當然，一個理論上的標準說法是：如果特定生產及銷售的「界限是不明的」 - 亦即無法事前預見與計算，則要求一定的名義工資價格，是不當的，換言之：是有害於勞動力之競爭力的<sup>99</sup>。不過在經濟學討論上一個相當明顯的趨勢是：貨幣理論漸漸從實務發展的過程中，證明其理論具有較高之可信度，也就是說：貨幣體制的方式及狀態，對於一開放性的國民經濟來說，具有決定其具體之調整適應必要性的能力，從另一角度來看，貨幣體系相關的期間、規模等情況，確實能決定一短期性的國家產業之競爭

---

<sup>96</sup> 所謂的工資單位成本，異於單純的工資成本，主要是考量工資數額與生產力高低之關係，以避免單純以工資絕對額或工資附隨成本（例如社會保險支出）比較勞動成本的侷限。學理上之工資單位成本，主要是以每一勞工每一勞動小時的工資，除以國民平均的生產力，只要分母越大，亦即工資單位成本越低，表示工資並未隨著生產力價值創造而提升，則即難以認定為勞動成本過高。此即為德國所擁有之特殊情況：工資額或工資附隨成本雖相對較高，但計算生產力後，此工資單位成本反而以國際比較上來說，並非偏高；dazu siehe DGB, *Zur Einkommensentwicklung in Deutschland*, Berlin 2001, S. 11。

<sup>97</sup> Friedrich/Wiedemeyer, *Arbeitslosigkeit – ein Dauerproblem. Dimensionen, Ursachen, Strategien*, Opladen 1998, S. 157f.

<sup>98</sup> Vgl. Flassbeck, *Theoretische Aspekte der Messung von Wettbewerbsfähigkeit*, *Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung* 1992, 6f.

<sup>99</sup> Flassbeck, *ebenda*, 8, 19.

差異<sup>100</sup>。另一相當類似的概念，是所謂的「生產據點品質」(*Standortqualität*)，其意涵大致與競爭力接近，亦包括相關資源、制度規範（例如勞動法與社會法）<sup>101</sup>、資源利用之生產力與彈性程度等變項之綜合判斷，其指標如工資成本、生產力、租稅、國家公共預算支出、環境保護支出、能源、教育研究企業管理水準等<sup>102</sup>。「低廉好用的產業移工」，作為重要生產要素之一的勞動力，特別在真實理論的影響力，「引進產業移工」，成為某種提升產業、企業競爭力的代名詞。

經濟學上有關競爭力的討論，是一相當有啟發性的線索：Joachim Hirsch 分析民族競爭國之競爭力問題時便認為，事實上競爭力的優劣與否，很少取決於某些生產要素是否「便宜」，特別是勞動力工資、地租或原料價格，而是相當程度決定於生產力，或甚至貨幣體系的運作狀況<sup>103</sup> – 正如 Heiner Flassbeck 所作之結論一般。Elmar Altvater 則從另一角度批評新自由主義片面的理解競爭力；事實上，競爭力是一複雜的變項組合，它必須取決於許多因素在交互回饋影響關係（所謂的 *Reziprozitätsbeziehungen*）上的呈現，而且復須考量地緣上的拘束關係，並非單向而片面的決定於某

---

<sup>100</sup> Flassbeck, ebenda, 9f.

<sup>101</sup> Osbild 即從此角度出發，認為國家為保護勞動者所建立之勞動市場上的管制，事實上會發生間接的、第二層的不利影響，而有害於國家的國際競爭力；siehe Osbild, Staatliche Eingriffe in Arbeitsverhältnisse. Allokationstheoretische Begründungen, volkswirtschaftliche Nebenwirkungen und Ausgestaltung im europäischen Vergleich, Pfaffenweiler 1994, S.132f.。

<sup>102</sup> Härtel, Standortqualität, Wirtschaftswachstum und internationale Wettbewerbsfähigkeit, in: Kantzenbach/Mayer (Hrsg.), Deutschland im internationalen Standortwettbewerb, Baden-Baden 1995, S. 14f.; Perlitz, Die Aufrechterhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit als Verpflichtung für Unternehmen und Gesamtwirtschaft, in: Dichtl(Hrsg.), Standort BRD. Die Wettbewerbsbedingungen auf dem Prüfstand, Ffm. 1994, 30f.

<sup>103</sup> Hirsch, Der nationale Wettbewerbsstaat. Staat, Demokratie und Politik im globalen Kapitalismus, 2 Aufl., Berlin 1996, S. 104f.

一生產要素的價格<sup>104</sup>。在有關法律扮演「競爭力」之一項指標的問題上，其時亦存在著類似的現象，雖有認內國法律確實產生了對國家因應全球化之不利影響者<sup>105</sup> – 特別是經濟學者 Horst Siebert 以工時、解僱保護、團體協約的勞動法規範為例，強調何謂有害於國家競爭力的「制度」<sup>106</sup>，然而，就如同這裡所分析之經濟學上有關競爭力的討論，如單以「法律規範本身的內容在於限制企業主的運用生產要素」，即認有害於全球化競爭，則未免過於化約，既使站在一「法律應隨全球化之需求而調整」之主張立場的學者，亦不免警告如此看待法律角色之危險<sup>107</sup>。這個提醒對於本研究相當重要：如同國內企業界不斷的「開放引進產業移工」呼聲，作為提昇台灣競爭力的方式之一？抑或淪為「低技術能力暨競爭力低落之傳統產業、難以產業升級之幫兇」？這個爭論，在台灣引進產業移工的討論中，不斷地出現。

不論如何，競爭國已儼然經濟全球化時代，「國家性」唯一的未來走向 – 除了極少數挑戰國家競爭力說法之經濟學者外<sup>108</sup>，假使國家仍欲擁有它

---

<sup>104</sup> Altvater, Vergebliche Befreiungsversuche aus den Fallstricken der neoklassischen Theorie – Zu Winfried Vogts Erklärung der Massenarbeitslosigkeit, in: Hickel(Hrsg.), Radikale Neoklassik. Ein neues Paradigma zur Erklärung der Massenarbeitslosigkeit? Opladen 1986, S. 86f.

<sup>105</sup> 例如 Schwintowski, Verteilungsdefizite durch Recht auf globalisierten Märkten, Staatswissenschaften und Staatspraxis 6(1995), 21ff.

<sup>106</sup> Siebert, Geht den Deutschen die Arbeit aus? Wege zu mehr Beschäftigung, München 1995, S. 169f., 182f., 194.

<sup>107</sup> 典型的例子如 Röhl/Magen, Die Rolle des Rechts im Prozess der Globalisierung, ZRSoz 1996, 39f.; Kaupen, ebenda, S. 14ff.，其等雖然肯定法律必須放在整體之生產據點政策下來觀察與檢驗，或認同法律應隨經濟全球化之需要而發展新的形式，但反對完全的去除管制，同時強調國民國家在其內國以法律進行社會調控的重要性。

<sup>108</sup> 產業結構不均衡發展所呈現出之另一項問題，即為 Krugman 所說之「國家競爭力」基本上是錯誤的說法：基於不均衡發展的現象，這個概念顯然不對，再者，經驗研究上亦無法證明有所謂「國家競爭力」的存在，例如外貿順差往往是一國內國需求羸弱或存在產業結構性問題的表徵，同時，所謂評估國家競爭力之標準，亦大有問題：例如通常列入計算的選項，包括外貿順差、逆差、工資成本等，卻忘了工資成本往往等



的統治正當性的話，藉由「競爭力」、「生產據點政策」等之核心概念，國家似乎找到新的貫穿法秩序的主軸，至少在自由主義理論脈絡中，這可能是法律要自我改革與升級的唯一出路與選擇。換言之，經濟全球化下的內國法律秩序之應有面貌，Christoph E. Hauschka 在探索其對於法律理論層面之影響後發現，是一所謂「向最低標準均衡」( *Nivellierung auf dem niedrigsten Niveau* ) 的制度競爭，也就是所謂「向下沉淪的制度競爭」( *Institutionswettbewerb nach unten* )：內國法秩序為了強化本國企業的國際競爭力，在其本質任務的認定上，經濟活動的界限，將不再是內國的法秩序，而是市場本身所能達到的臨界點；內國的法秩序必須一同努力，製造出法規範的「落差」，讓企業能利用這種落差，以創造自己之競爭優勢<sup>109</sup>。在如此之理解下，法律當然變成企業生產據點政策與決定的要素之一，法秩序在經濟全球化下的地位與任務，便相對的昭然若揭。

顯然與全球化發展一定程度脫不了關係的勞動力全球移動，所謂移工，考察整體背後的經濟政策思維，「提升移工輸入國之國際競爭力」，始終佔有一席之地。然而，如同前述，它並不如表面上看來的如此理所當然，如果說，引入移工之後的一定管制模式，必須尋獲其正當性，包括在人權的面向上，吾人常說：來來去去的考察 ( *hin & her* )，如要嚴肅以對產業移工管制體制，就必須在競爭力、人權等衝突之間，做周延之交互觀察，那麼，對於競爭力的剖析與精準解讀，就成為必要之工作。產業移工之引入，在何等模式之規範下，究竟帶來何種之競爭力的提升？是否經得起移工人權之檢驗？是否踩到某種逾越臨界點的紅線？以產業移工人權為觀察對象，「競爭力指標」無法忽略，不論試圖證立或反駁對於移工人權的何種限制。

---

於高生產力或高附加價值產品的同義詞； dazu Krugman, Wettbewerbsfähigkeit. Eine gefährliche Wahnvorstellung, JB Arbeit und Technik 1996, 39f., 43ff.。

<sup>109</sup> Hauschka, Internationalisierung der Wirtschaft und ordoliberalen Rechtsdenken, Rechtslehre 21(1990), 386f.

### 第三節 勞動市場管制邏輯：所謂失業論證

在許多勞動市場政策的辯論中，常見「對勞動者的保護反而不利其勞動市場機會」，乃至於台灣討論移工議題上之「不引進外勞反而造成台灣本勞失業」、「多引進外勞將有助於本勞就業」之奇特講法<sup>110</sup>，甚至連德國聯邦憲法法院的判決中，吾人亦可看到這些勞動市場考量的痕跡，所謂「失業論證」（*Arbeitslosigkeitsargument*）、或有稱「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<sup>111</sup>，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<sup>112</sup>，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。以同樣備受爭議的勞動派遣為例，此失業／就業論證法就別具重要性：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本國勞動者就業機會；透過這樣的過程，勞動派遣得到了使憲法法院贊同、甚至認為是符合社會國原則要求之合憲性<sup>113</sup>。

---

<sup>110</sup> 其實也說不上奇特：在探討有關特定製程、特殊時程產業之移工引進時，除該等企業所面臨之嚴重缺工問題，是以引進移工不會產生替代作用外，學者也同時提及「也考量到引進外勞對促進本國勞工就業之積極效果」，即為示例；請參考辛炳隆，有效運用外籍勞工促進本國勞工就業，就業安全半年刊，2007年，第6卷第2期。

<sup>111</sup> Jessop, in: Becker/Sablowski/Schumm, *Jenseits der Nationalökonomie? Weltwirtschaft und Nationalstaat zwischen Globalisierung und Regionalisierung*, Hamburg, 1997, S. 52f.

<sup>112</sup> Saage, *Arbeiterbewegung, Faschismus, Neokonservatismus*, Ffm. 1987, S. 246.

<sup>113</sup> 德國聯邦憲法法院針對規範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，經聲請提起憲法訴願一案，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。雖然憲法法院最後以「該規

如果談到「使本勞有工作機會」，大概不會有人膽敢反對，即便是增加移工的引進，所以重點在於：這個講法在科學上是否確實經得起考驗？如同前述法事實部分所簡單提及的，如何判斷引進移工對於本國勞工的勞動市場影響，無論是推移就業部門或低薪化等，都必須要有更進一步的實證研究與調查，這裡讓我們從另一種角度來探討之。許多觀察均同樣的顯示，既使供給導向的經濟政策，以及以其為基礎的勞動市場解除管制措施，並未帶來積極的創造就業效果，但「失業」顯然對該政策思維在政治實踐的過程中，扮演了相當的催促作用。即便利用標準的「失業論證法」：工資成本過高，企業的稅負過高，社會保護過多，國家干預過多，進而採取壓抑工資成長、減少企業稅負、將勞動法之社會保護規範去除、降低社會安全體系支出、減少國家官僚體系的介入等之措施，既使理論上的說理及論證不足，而實踐所產生之創造就業效果又極不顯著，只是製造更多的社會不平等，此「失業論證法」依舊樂此不疲，繼續發揮其左右政治走向的功能<sup>114</sup>。Karl Georg Zinn 及 Claus Koch 均認為，供給導向的經濟及就業政策，亦即解除管制為核心的政策路線，無疑是一「霸權的計畫」(Hegemonialprojekt)，為了在政治上貫徹其主張，刻意將當代政治經濟問題的原因及效果彼此混淆，成為意識形態上的操作「失業、解除管制以解決失業」之錯誤邏輯<sup>115</sup>。政治經濟學者 Narr/Schubert 亦同樣指出，當代經

---

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，包括：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等，就是運用典型的失業論證，作為其合憲違憲判斷之基礎；請參見 BVerfG 1 BvR 2283/03 vom 29.12.2004 = DB 2005, 110。

<sup>114</sup> Arbeitsgruppe Alternative Wirtschaftspolitik, Memorandum 1997, S. 10, 13f., 72f.。其他類似看法的經濟學者如 Buttler, *Regulierung und Deregulierung der Arbeitsbeziehungen*, S. 37, 49; dersl., *Regulierung und Deregulierung in der Beschäftigungskrise*, S. 82。

<sup>115</sup> Zinn, *Jenseits der Markt-Mythen*, Hamburg 1997, S. 53, 61; Koch, *Zivilisation der Arbeitslosigkeit oder vor dem Ende des Nationalstaats?* Merkur 1993, 932.

濟學已陷入其所謂複雜模型的泥淖之中，不斷的否認「解除管制與民營化並未改變結構性問題，只是創造更多的社會負面效果」之現實，淪為一種所謂的「實用的抽象」(*angewandte Abstraktion*)，僅在意自己科學式的抽象模型，而不考慮現實狀況、社會前提要件及人道方面的負面影響<sup>116</sup>。「一種意識形態的作用」、「否認其理論付諸實現的錯誤」、「粗暴的排除其他經濟政策的思維」、「重點不在於現實發展的檢驗、而在於作為政策主張的理論基礎堅持」、「類似宗教式的擁護市場定律」、「堅持經濟學作為唯一符合真理的社會科學」，遂成為許多學者眼中的當代經濟學面貌，特別是有關供給政策與解除市場管制的議題之上<sup>117</sup>。

新古典經濟學家 Winfried Vogt 所說的，資本主義體制及供給導向的經濟政策中，一定範圍的失業反而是健康而正面的，漸漸成為勞動經濟學的一種基本出發點；由此角度出發，Heiner Ganßmann 認為，政府及企業界找到了最好的意識工具，一方面壓制所謂將導致通貨膨脹的提高工資要求，另一方面主張社會福利體制是主要的肇因，因此必須改造社會國，減少政府的社會性支出，換言之，亦同樣減少企業分擔的社會性支出<sup>118</sup>。這整套事實上是一完整的理論工具，既使其中存有相當的矛盾 – Ganßmann 便特別指出，甚至許多主流的經濟學家都不認為其具有說服力<sup>119</sup>，仍繼續在公眾意見市場中發酵，成為人人琅琅上口的「通俗理論」。企業界將解除管制

---

<sup>116</sup> Narr/Schubert, *Weltökonomie. Die Misere der Politik*, Ffm. 1994, S, 161, 266.

<sup>117</sup> Misik, *Mythos Weltmarkt. Vom Elend des Neoliberalismus*, 1 Aufl., Berlin 1997, S. 87ff.; Narr/Schubert, *Weltökonomie*, S, 161.

<sup>118</sup> Ganßmann, *Soziale Sicherheit als Standortproblem, Soziale Sicherheit als Standortproblem*, PROKLA 106(1/1997), S. 26ff.

<sup>119</sup> 例如以新古典、新自由主義經濟學派著稱的德國經濟研究所 (DIW)，亦曾表明「德國龐大的社會支出並非企業競爭力的不利因素」之少有看法；siehe DIW, *Hat Westdeutschland ein Standortproblem? DIW-Wochendienst 1995/38*。社會學者 Ulrich Menzel 在討論經濟全球化與社會福利國之相互關係時，亦認西方國家的社會福利體制，反而是全球化的發展基礎，而非全球化發展的障礙，新自由主義者的說法顯然與事實不符；vgl. dersl., *Globalisierung versus Fragmentierung*, Ffm. 1998, *passim*。

作為戰略而加以運用，在許多的勞動議題上均顯而易見<sup>120</sup>，如果不能在整個基礎理論上挑戰其說理論證，則極容易在個別的勞動議題上失去方向，無法進行應有的辨正。

在此可同樣看到，「使企業因降低成本、增加獲利、同時增加勞動力供給」，即便引進的是移工，都會產生最終有利於本國勞動市場的結果，只是，如果一定的替代效果已無從否認，許多產業部門之本國勞動力需求只是不斷地下降，如此的「失業論證」實在經不起考驗。當然，勞動力畢竟仍是一種經濟性質的市場，就算「最終帶來本國勞動力之需求增加」落空，是否可能因企業之蒙受利益，有助於諸如國家財政收入之挹注，進而擴大社會福利體系之財務基礎與能量？等同換個方式來承接勞動市場遺留之問題？不論這個說法在理論與實踐上如何等到印證，至少已與「失業論證」有顯著的落差，使之只能淪為經濟與社會行動者之類似意識形態般的說詞與表面主張。

#### 第四節 小結

從勞動市場的管制出發，顯然，產業移工無疑作為一封閉性的勞動市場，整體國家之秩序政策，到與引進產業移工息息相關之競爭力、失業論證，這些可能扮演某種「管制移工措施」之正當性基礎，形同扮演「檢討對移工人權侵害」之某種反證。例如，在所謂本勞與移工之替代關係上，不論是「引進移工將造成本勞失業」，亦或「引進補充性移工，將因產業之復甦而帶來本勞之就業效果」，不管理論或實踐影響，都會在探討某些移工人權問題時，例如國家管制下的強制定期契約、禁止轉換雇主等，扮演作

---

<sup>120</sup> 例如應開放派遣勞動，以刺激產業發展，創造就業；關於其相同的批評請見 Voswinkel/Bade, Regulierung der Arbeitsbeziehungen und Unternehmerinteressen. Das Beispiel der Leiharbeit, ZRSoz 1993, 313f.

為立法正當性事由的作用。不試著與之對話，法學上的論述移工人權，就顯得空洞，失去某種經濟與勞動政策的連動與現實感。同樣地，試圖由此出發，批評性的回答移工人權限制之得與失，或說：是否通得過檢驗，才能讓問題得到比較周延的回答。

## 第五章 移工作為內國勞動者：憲法基本權與社會國原則

在歐陸法體系下，除極少數之例外，以間接適用說、非直接適用說，作為國際法規範於內國法體系效力之主要作用方式，不禁碰觸一核心問題：國際人權公約，如何得以「適用」於內國？德國聯邦憲法法院在所謂「第一次如...就...」判決中（*Solange I*），面對自己究竟可否審查歐洲法是否合乎德國基本法之問題時，清楚表達的：「只要歐洲共同體之整合過程，尚未進展到，歐洲法已建立起一由國會所制定、有效施行且相當於德國基本法基本權清單之歐洲基本權清單前...德國法院聲請聯邦憲法法院所進行之規範審查程序，即屬合法且正當，如果法院有確信，在歐洲法院解釋下的歐洲法之重要規範實難以適用，因與德國基本法相抵觸」<sup>121</sup>。換言之，不僅內國包括狹義法律在內之一般法規範，甚至國家加入與簽署之國際公約，乃至於如我國施行法化後、作為特別法而適用之國際法規範，都必須經得起憲法的檢驗。作為法律層次之規範而適用之國際人權公約，例如本研究脈絡下的移工相關公約規範，同樣受限於此，可以產生優先於內國法律之特別法，但仍須受到內國憲法之拘束；換言之，談到移工之權利，就必須在內國憲法秩序，特別是基本權秩序上，進行適切的處理。與許多經常誤解的看法不同：就算可能直接適用的國際人權公約，乃至於間接適用，或如非國際組織會員國之我國的「將人權公約施行法化」、進而作為優先於一般法之特別法（*lex specialis*）<sup>122</sup>，「必須通過內國憲法之合憲性檢驗」，成為無可避免之問題。

是以，就法律之適用與拘束而言，談到移工權利，不可能只論及國際人權公約 – 不論出自聯合國或作為其附屬專門機構之國際勞工組織，而

---

<sup>121</sup> BVerfGE 27, 271.

<sup>122</sup> 相同看法，請見：廖福特，兩公約之歷史發展及台灣參與，收錄於：廖福特主編，聯合國人權兩公約 – 公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約，台北：新學林，2014年8月，頁19。

是必須納入內國憲法秩序的範疇，站在基本權的角度，做進一步的處理，否則，國際人權公約之應然規範，只能作為「不牴觸內國憲法前提下之法理而適用」- 當然，如果已經由內國立法者施行法化，進而成為特別法，則不再僅僅作為法理，而是直接的法律，但同樣無可逃避內國憲法之檢驗。也別忘了：向來研究所述及之不少國際組織攸關移工保障之公約，特別是後述之 ICRMW，基本上都尚未施行法化，則確實又只能回到法理來加以援引，前提仍然是：不能違憲。以下謹從憲法基本權的角度，探討移工所涉及之基本權問題，限於篇幅，這裡將先不特別論述「外國人基本適用之普遍原則與例外」之複雜問題，儘量於討論個別問題時，再同時提醒。

當然，如學者許育典所言：「在主權與人權折衝下，大多承認內國立法者有權對規範對象作差別待遇，此數立法者所享有的形成自由，除非該項自由被恣意濫用，否則應屬司法尊重立法，而不宜屬於司法審查的範圍」，然而，許育典也提到：「經濟資源、政治權利與人性尊嚴，根本是相互糾結，無法完全區分的，經濟政治資源乃是人性尊嚴的必要條件，因此，『應給予外國人一定的公民權』」<sup>123</sup>。是以，類似本研究採取之基調：聚焦於內國憲法秩序下的「產業移工基本權限制」，一個內國法、非國際法的觀察路徑，即便不能完全取代後者，但也無從偏失前者，必須從內國憲法基本權保障與限制的角度，努力回應移工管制所產生之爭議，所謂人權的爭議。

誠然，外國人固有內國基本權的保障，但是否完全與本國人等量齊觀，實則需要進一步探討。觀察中華民國憲法之人權基本權章，吾人可以發現，僅有第 7 條之平等權，基本權之享有主體書寫著「中華民國人民」，其他第 8 至 22 條，主詞全部為「人民」，換言之，單以憲法文本觀之，應該可以確認，立憲者有意將「法律之前應受平等對待」之平等權的適用對象，侷限於本國人民，本於「明示其一、排除其他」之法理，則不具中華民國國

---

<sup>123</sup> 許育典，憲法，修訂九版，台北：元照，2019 年 9 月，頁 128。



籍之外國人，應不得直接援引第 7 條的平等權，但此並非意味，其他所有基本權清單上的權利，外國人便當然享有與本國人完全一樣的保障內容，不容任何差別待遇，例如攸關本研究之工作權（第 15 條）。相反地，正由於第 7 條明確排除外國人，從某種角度來解讀，正好突顯：如涉及其他清單上基本權的保障，則當然可以對外國人為差別待遇，因不論涉及者為合一「自由權」、「其他實體基本權」，都無法「加上平等權」而主張「涉及 XX 基本權（如職業自由）時、不得容許對外國人為差別待遇」。這牽涉到一根本的問題：平等權，不是自由權，學理上常謂並無真正的實體保障內容，其功能，毋寧作為平等原則，而突顯於與其他實體基本權共同作用之時。

在德國憲法學的討論上，亦有類似之身影，因為，同樣地，德國基本法亦有不少只將德國人列為基本權主體者，所謂「德國人基本權」（*Deutschengrundrechte*）。學理上討論俱認，即便涉及明文上的德國人基本權，也不代表外國人一概被排除，與我國之情形很類似，重點不在這種形式上的排除，仍然在於「各該保護的實質客體」（*die jeweiligen sachlichen Schutzgegenstände*），基於各該領域之特性，究竟外國人得享有多少程度之基本權保障<sup>124</sup>？例如人性尊嚴的保障，一般即公認，不容許因人之差異，做有任何的縮減，外國人當與德國人享有完全一樣的保障；雖然說，在涉及爭議之基本權限制或衝突時，通常人性尊嚴之適用順序，必然會落在其他直接碰觸之基本權之後<sup>125</sup>。換言之，談論不同的基本權，例如以下之職業自由基本權，不會產生「一概不保障外國人」的問題，而是 - 同樣聯繫至平等權、平等原則，究竟容許多少與本國人相較之差別待遇，而這正好是本研究要著墨的重點：對於產業移工勞動市場所享地位之限制，顯然較本國人為差之差別待遇，如何從憲法加以觀察、試圖合理化？

---

<sup>124</sup> Sachs, *Verfassungsrecht II Grundrechte*, 3 Aufl., Berlin Heidelberg 2017, 6 Rn. 13.

<sup>125</sup> Ebenda, 6 Rn. 14.

## 第一節 職業自由基本權

最直接關聯產業移工且重要者，當屬職業自由基本權；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（*Berufsfreiheit*）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<sup>126</sup>，且論理亦多參酌德國基本法有關職業自由基本權之內涵，是本研究仍選擇以德國理論為師，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<sup>127</sup>，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

---

<sup>126</sup> 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）。

<sup>127</sup> BVerfGE 50, 362; 7, 377.

私人侵害，提供職業上重要之程序等，不一而足<sup>128</sup>。雖然說，學說與實踐上多認作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 (*Gewerbefreiheit*) 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<sup>129</sup>。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<sup>130</sup>。

談到移工之職業自由，一個可能的切入點，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 (*Beruf*) 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」，是必須綜合兩個概念要素「工作」與「位置」一併考察之<sup>131</sup>。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<sup>132</sup>，例如亦含及工作位置之繼續保有，勞動關係之存續保障<sup>133</sup>，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

---

<sup>128</sup> Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, Heidelberg 1989, § 57 Rn. 148.

<sup>129</sup> Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 2 Aufl., Berlin Heidelberg 2003, B 12 Rn. 2.

<sup>130</sup> MüArbR/Richardi, Bd. 1, 3 Aufl., München 2009, § 12 Rn. 59.

<sup>131</sup> BVerfGE 84, 133(146); Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 422f.

<sup>132</sup> 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.。

<sup>133</sup> Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, B 12 Rn. 13.

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」<sup>134</sup>。在這個脈絡下特別值得一提的，自屬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<sup>135</sup>。這在學理論述，特別在探討國家廢棄移工之聘僱許可，乃至於一定程度限制移工之轉換雇主、亦即自身決定工作位置之自由，都會產生相當的影響，也就是說，完全將產業移工之勞動關係存續保障，取決於國家之公權力行為，是否毫無違憲之侵害移工職業自由之可能？是否一切的限制與無保護，都能透過前述勞動市場管制所企圖實現之公共利益，加以合理化？構成外國人職業自由的合憲限制？並非毫無疑問。

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誠命」，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」<sup>136</sup>。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

---

<sup>134</sup> BVerfGE 97, 169, 175 = AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17; dazu auch MüArbR/Richardi, § 12 Rn. 59.

<sup>135</sup> BVerfGE 84, 133, 146; 92, 140, 150; 97, 169, 175; siehe auch MüArbR/Richardi, § 12 Rn. 61.

<sup>136</sup> Breuer in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, Heidelberg 1989, § 147 Rn. 74.

置的自由加以限制，應得以合理化，甚而應忍受「國家之效果預測無法逃避之不安定性（*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<sup>137</sup>。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<sup>138</sup>，或許是一值得探索的問題，然而在我國移工管制的問題關聯上，就必須面臨以下的思考：

- 所謂國家對勞動市場的公共調控任務，是否在「本勞-移工」的相互關係上，足以合理化對於後者的管制措施？
- 既使對於移工勞動市場的管制措施，從經驗研究上，證實無法藉由現實發展而合理化，但仍無憲法上的疑慮？
- 一個更基本而麻煩的問題是：在探討類似情形時，作為外國人之移工，是否適用相同之職業自由基本權拘束？

從另一角度言之，包括職業選擇、行使、工作與教育位置選擇在內的職業自由基本權，解釋上均包括傳統歸類為營業自由之雇主職業自由，亦

---

<sup>137</sup> Ebenda.

<sup>138</sup> 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，業經本院釋字第四〇四號、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。

即指涉獨立而非從屬性質 (*selbständig*) 之職業活動，相當程度等同於學理上所稱之企業主自由。這裡的「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*)<sup>139</sup>。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 – 例如有謂德國基本法第 2 條第 1 項的一般行動自由權 (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。此學理上所稱之「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，至屬當然<sup>140</sup>。

當然，憲法中的討論亦不忘強調，經濟自由、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<sup>141</sup>。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。面對諸多要求引進外國人勞動力的特定產業部門，亦即歷年來不同時期之不同產業移工引進政策內容，就是這裡所言對於企業主自由的限制；雖然說，國家對於決定何等產業在何一期間內，得以引進數量多少之移工，應有其相當程度的政策形成自由，難以想像企業主得主張本身之企業主自由遭受侵害 (主觀面向)，而毋寧會以一基本權客觀法、包括社會國原則在內的某種姿態出現：國家對於特定勞動暨經濟市場的形成，是否符合憲法誠命之要求？

---

<sup>139</sup> Papier in: Maunz/Dürig, GG, München 2003, Art. 14 Rn. 238; dazu auch Däubler, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? Saarbrücken 2012, S. 9f.

<sup>140</sup> Ebenda, Rn. 239.

<sup>141</sup> Papier in: Benda/Maihofer/Vogel, HBVerfR, Bd. 1, 2 Aufl., Berlin 1995, § 18 Rn. 48, 50.

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移工管制毫無置喙餘地；這特別在探索「作為行政處分之聘僱許可的拘束範圍內，移工之職業自由受到相當限制」之問題時，尤顯其重要性。從憲法基本權釋義學角度來看，不僅移工之主觀權利 - 如果企圖以「勞動市場之公共利益」來合理化現行制度帶來之限制，本身就需要更多的論證，即便論及國家對於勞動市場形成之客觀法任務，從職業自由或社會國原則皆然，都必須詳加檢視，對於移工之諸多限制措施，是否目的正當、手段合乎比例原則、而國家有無涉及應予禁止之不足或過度(*Untermaß-, Übermaßverbot*)？易言之，國家對於移工之管制，從憲法職業自由權的角度，包括主客觀面向，都應有更完備的合憲性內涵。

## 第二節 平等權

探討產業移工之勞動市場管制而言，另一個可能的路徑，無非平等權、或說：平等原則，因為極其明顯的是：相較於本國勞工，包括受僱於同一產業、雇主之其他台灣本國勞工，移工確實可能受到某些制度上或實踐上較差之待遇，吾人應如何從憲法上加以評價？

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<sup>142</sup>。當然，由於勞動關係中存在著一類似國家權

---

<sup>142</sup> Vgl. Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*, Baden-Baden 2000, S. 5.

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<sup>143</sup>。

在德國司法實務方面，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<sup>144</sup>。不論各自學說之指涉與內涵為何，雖然同樣沿襲自民法學之傳統，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<sup>145</sup>。

---

<sup>143</sup> Richardi-MünArbR, München 2000, Rn. 6ff. zu § 14.

<sup>144</sup> 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;

<sup>145</sup> Linck-Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 13 Aufl., München 2009, § 3 Rn. 4f.



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<sup>146</sup>。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（*Verschiedenbehandlung*）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（*Ungleichbehandlung*），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。

也就是說，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，換言之，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，例如相同或類似的人（不論移工或本國勞工，都是為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」<sup>147</sup>；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，例如外國與本國勞工，這項要素就構成之後加以

---

<sup>146</sup> Maunz-Dürig, GG, München 2003, Art. 3 Abs. I Rn. 314.

<sup>147</sup> 例如 Schmidt 所使用之 *gemeinsamer Oberbegriff* 的說法；Schmidt, Grundrechte, 8 Aufl., Grasberg bei Bremen 2006, Rn. 325。

差別待遇處理的關鍵原因<sup>148</sup>。這便是 Michael Sachs 所說的「流入弔詭的平等原則」( *Gleichheitssatz in eine Paradoxie* )<sup>149</sup>：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，是以在判斷是否牴觸平等原則時，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。

涉及移工，兩相比較之差異性，顯然在於國籍、甚而：產業移工政策決定下之特定國家別(菲律賓、越南、印尼等)，雖然同樣均為雇主提供勞務，但明顯呈現因國籍的不同，致生不同之對待結果。如果說，同樣均為雇主提供勞務，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，移工與本勞，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，但如加入德國 2006 年一般平等對待法、乃至於我國就業服務法第 5 條第 1 項之歧視性指標，則包括種族、族群出身等，至少在形式上，應可得出「不得種族之不同而為差別待遇」之結論才是。然而，這顯然與某些制度與實踐上可觀察到的現實，截然有別。

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，主張基於移工勞動之特性，認為「如要求移工相對於本勞均應為平等對待」，對雇主而言，成立侵害其平等權。

---

<sup>148</sup> 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。

<sup>149</sup> Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechts, S. 216.

這聽來著實有些混淆，容許這裡以勞動派遣為例，試圖說明之。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<sup>150</sup>。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<sup>151</sup>。

容我們套用至產業移工之問題上：抽象地說，是否可能證立出，因為移工之勞務提供「必然」與本勞不同，是以，針對特定的權利（如勞動基準法繼續性工作需求之不定期契約理型、自由消滅勞動關係以自由選擇雇主等），對移工為不同的、顯然較差的差別待遇，足以被合理化，通過平等權、平等原則的檢驗？相對的，如果不容許，強求雇主對本勞與移工之相同對待，則反而違反平等原則之憲法要求？在此，我們更細膩地碰觸到不同的平等面向，易言之，不是純粹的移工人權、基本權適用問題，而是同樣兼及作為其社會對手之雇主，「雇主亦可能有平等權遭受侵害之虞」，開啟不同之規範性視野，而貫穿之公共利益主軸，除了不斷重複之勞動市場，顯然也會涉及雇主之經營利益，所謂憲法上社會國原則，對於「建立有效率有效能之國民經濟體系之憲法誠命」，必須從這兩個角度，回應當前移工所

---

<sup>150</sup> Kämmerer/Thüsing, *Leiharbeit und Verfassungsrecht*, S. 78f.

<sup>151</sup> Ebenda, S. 79f.

受之差別待遇。

### 第三節 基本權客觀法

如果從基本權主觀法內容出發，無法精準得出一憲法上評價移工的適當觀察，當然，關鍵可能在於「勞動市場作為特殊公共利益」，是否得以產生合理化移工較差待遇之效果，至少從移工之主觀防禦權而言，並不容易證立，可能就必須將視野轉換至客觀面向<sup>152</sup>。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<sup>153</sup>，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<sup>154</sup>。

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

---

<sup>152</sup> 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。

<sup>153</sup> 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.

<sup>154</sup> Nolte in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, Art. 12 Rn. 10.

向出發，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<sup>155</sup>。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<sup>156</sup>，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<sup>157</sup>。然而，就如同 *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」<sup>158</sup>。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，如果那邊得不出制度上對於移工之管制，得以證成侵害移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。

不論如何，基本權之客觀法內容 – 即便立於必須受限主觀法內容之「倒影」、「反映」，就算提出抽象的所謂國家保護義務、國家形成特定制度（勞動市場、勞動保護）內容之義務，乃至於國家保證基本權人最低生存基礎之義務，針對產業移工 – 某個程度而言、未納入勞動基準法適用的社福移工顯然狀況有別，都恐有難以直接輕易回答之障礙。產業移工之基本權保障，不論主觀法、客觀法面向，包括其內涵，都無法周全地回應制度

---

<sup>155</sup> 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.

<sup>156</sup> 例如 BVerfGE 84, 133(146ff.); 85, 226(233ff.); 92, 140(150ff.); 97, 169(175ff.); 99, 202(211ff.)。

<sup>157</sup> BVerfGE 22, 1ff.; 23, 50ff.

<sup>158</sup> Stern, *Das Staatsrecht der BRD*, Bd. III/1, S. 924, dazu siehe BVerfGE 66, 116(135).

上所受差別待遇之合憲性問題。

#### 第四節 社會國原則

如同前述，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」往往併列或至少被順帶一提的；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<sup>159</sup>？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 – 這在移工管制的問題關聯上尤其明顯，拉到所處理之框架內，試圖得到正確的解讀，賦予正確的規範性與拘束性？乃至於針對「移工保障相對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？本研究以為，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「移工管制合憲性論述」的關鍵所在。

##### 一、社會國與基本權之關係

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，

---

<sup>159</sup> 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.

來達成穩定之效果，而顯然兩者本質上是相衝突的<sup>160</sup>。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<sup>161</sup>。

進一步觀察，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<sup>162</sup>，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<sup>163</sup>，而得以限制個人的基本權<sup>164</sup>。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」<sup>165</sup>。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

---

<sup>160</sup> Isensee, *Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des Grundgesetzes*, *Der Staat* 1980, 375f.。

<sup>161</sup> Fechner, *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen 1953, S. 10ff.

<sup>162</sup> BVerfGE 53, 283(298)。

<sup>163</sup> 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 Interessenstruktur des Europäischen Gemeinschaftsrechts und des Völkerrecht*, Saarland 1991, 4ff., 12ff.。

<sup>164</sup> BVerfGE 6, 55(72); 8, 274(329); 18, 121(132); 35, 202(235); 45, 376(387).

<sup>165</sup> BVerfG = 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。

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<sup>166</sup>，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<sup>167</sup>。

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，作為所謂基本權地位論（*Statuslehre*）的共通基礎，而相當程度將古典的自由權轉變為參與權<sup>168</sup>。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」<sup>169</sup>；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，應屬一比較正確的態度。

---

<sup>166</sup> Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, GS Walter Jellinek, 2 Aufl., München 1969, S. 48f. ◦

<sup>167</sup> 學理上將之稱為「基本權的群體保留」； dazu siehe BVerfGE 33, 303(334); 39, 334ff. ◦

<sup>168</sup> 轉引自 Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, München 1999, S. 146f. ◦

<sup>169</sup> 類似的說法亦見 Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin 1989, S. 58ff. ◦



站在所謂內國強行法、強行公序良俗（*ordre public, ius cogens*）之觀點，憲法社會國原則所誡命之最低勞動保護，顯然亦適用在移工身上，是以，必須去逐項檢驗，現行管制措施是否經得起這個角度之審查。

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 90 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*）<sup>170</sup>，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嵌入整體法適用中，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，最核心的便是憲法的社會國原則<sup>171</sup>。勞動法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

---

<sup>170</sup> 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。

<sup>171</sup> Fabricius, *Arbeitsrecht und juristische Methodenlehre*, Neuwied und Darmstadt 1980, S. 33ff., 46, 49.

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。

對於產業移工之勞動市場管制而言，社會國原則在職業自由基本權之上——不論是主觀法或客觀法，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，進而判斷產業移工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，乃至於，更重要的：是否得以毫無疑問地適用於產業移工身上？憲法基本權與作為基本決定之社會國原則，絕不會對移工大門深鎖，然而，所面臨之諸多不同公共利益與基本權之衝突衝擊，實有必要在憲法學理論上加以釐清。

## 二、經濟與勞動市場發展均衡

在第四章第二節的討論中，關於移工勞動市場的管制，吾人可清楚看到勞動市場考量的痕跡，所謂「失業論證」或「就業論證」，這不僅涉及本勞，也涉及僱用產業移工之本國企業主。由於在社會國原則之內涵中，同樣包括經濟秩序與市場之均衡發展，是以，在社會國原則之脈絡下，也同樣有此「經濟與勞動市場發展均衡」之憲法要求。

除第四章第二節之論述外，在此，或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。

換言之，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<sup>172</sup>，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

---

<sup>172</sup> 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。

的基本態度<sup>173</sup>。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，包括針對特定的勞動者（如產業或社福移工），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」：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<sup>174</sup>。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<sup>175</sup>。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

---

<sup>173</sup> Wieland in: dersl./Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 13ff., 27.

<sup>174</sup> Engel in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 60.

<sup>175</sup> Engel in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 62.

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」<sup>176</sup>。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<sup>177</sup>。

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<sup>178</sup>。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<sup>179</sup>，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

---

<sup>176</sup> Engel in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 84f., 87.

<sup>177</sup> Engel in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 94.

<sup>178</sup> v. Danwitz in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 101f., 107f.

<sup>179</sup> BVerfGE 94, 372(389); 88, 145(159); 85, 248(256); 85, 97(104).

權，以保障失業者之憲法基本權<sup>180</sup>。

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，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。依循如此的邏輯，我們可看到，「對於移工之勞動市場管制」，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「符合國家對於本國（潛在）失業者基本權保護義務要求」的結論，進而合理化對於產業移工之勞動市場管制，包括制度性之差別待遇。

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

---

<sup>180</sup> v. Danwitz in: Wieland/Engel/v. Danwitz, VVDStRL 59(1999), 131ff.

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<sup>181</sup>。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」<sup>182</sup>，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<sup>183</sup>。因為，聯邦憲法法院繼續說道：「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」<sup>184</sup>。

由前段描述可看到，「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

---

<sup>181</sup> 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。

<sup>182</sup> 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).

<sup>183</sup> BVerfGE 5, 85, 198; 22, 204; 82, 80.

<sup>184</sup> 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)。

任務所需之必要要件」<sup>185</sup> - ，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「社會占有狀態之保障」 - 意指勞工之就業權益，即 Blank/Fangmann 所稱「社會國條款下的工作權」<sup>186</sup>，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<sup>187</sup>。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<sup>188</sup>。

同樣的，從前述這兩本少見的「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

---

<sup>185</sup> Benda in: Benda/Maihofer/Vogel(Hrsg.), HBVerfR, Bd. 1, S. 788.

<sup>186</sup> Blank/Fangmann, *Arbeitslosigkeit und Grundgesetz*, AuR 1988, 237.

<sup>187</sup> Weller, *Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht. Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit unter Einbeziehung der Geschichte des Arbeits- und Sozialrechts*, Stuttgart 1969, S. 150ff.

<sup>188</sup> Weismann, *Das Arbeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Arbeitsplatzbesitzern und Arbeitslosen*, Würzburg 1988, S. 79ff., 291ff.



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面向來加以理解，來加之闡述呢？這個思考在討論移工勞動市場管制的問題關聯上，將特別重要，特別是吾國移工引進政策之出發點，始終存在著非常關鍵之「避免本勞失業」，乃至於「多僱用移工、即會帶來多僱用本勞」之政策主張。

吾人可以看到，台灣許多支持產業移工勞動市場管制者，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，當然，直接指涉的是台灣本勞，雖然管制的對象是移工。準此，「顯然有利於本勞就業效果之移工勞動市場管制形式」，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，必須提醒，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* )<sup>189</sup>—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<sup>190</sup>，而是應該更正面探求法事實基礎，辯證式的重新建構憲

---

<sup>189</sup> Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG, in: Starck(Hrsg.), BVerfG und GG, Bd. I, Tübingen 1976, S. 464f.

<sup>190</sup> Bryde, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. I, Tübingen 2001, S. 533.

法本身的規範性內容。重點不在「國家是否不應解決與關懷本勞之失業」、「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」，當然不是，而是針對移工之勞動市場管制措施，從社會國原則之宏觀與體系角度，必須更全面地去檢視與看待。

### 三、促使改變社會權力關係

一種對於社會國原則有趣的理論嘗試，在我們探討移工管制的脈絡下別具意義，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<sup>191</sup>。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*）<sup>192</sup>。

在如此的理解下，Hartwich 嘗試建構他的社會國理論。首先，他反對

---

<sup>191</sup> Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, Köln-Opladen 1970, S. 11.

<sup>192</sup> Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, S. 12f.

將社會國原則解釋為「完全之對於個人自由所做的群體拘束」，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<sup>193</sup>。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<sup>194</sup>。

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弊病，不論方法論上亦

---

<sup>193</sup> Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, S. 13.

<sup>194</sup> 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。

或抽象理論上<sup>195</sup>；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<sup>196</sup>。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<sup>197</sup>；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、企業主宰制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<sup>198</sup>。

本研究以為，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，面對所謂移工勞動市場管制、移工人權的問題，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<sup>199</sup>，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

---

<sup>195</sup> 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。

<sup>196</sup> Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, S. 276f.

<sup>197</sup> 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.。

<sup>198</sup> Kutscha, *Sozialstaatsverheißung*, S. 131f.

<sup>199</sup> 有關基本權理論之詳細說明，請參見：林佳和，自由、平等、民主與生活領域：憲法解釋如何可能？對於基本權理論的一個回顧、論辯與展望的嘗試，中華民國憲法學會主辦「憲法學之素材及憲法學方法論」學術研討會，國立台灣大學法律學院，2016年9月24日。

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。

觀察移工勞動市場管制之問題關聯，在此或可得到一新的啟發：普遍

來說，許多產業移工面臨不利之管制 – 只能締結定期契約、不能任意轉職或轉換雇主、嚴厲之聘僱許可之拘束等，因此在基本權主觀面向，如職業自由基本權的操作上，直覺而言，似乎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「對於移工之勞動市場管制，無疑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」( *Problemgruppe der Arbeitnehmer* ) 中，在吾國之脈絡下，應可毫無疑問地納入移工，是如站在社會國原則之角度，不同於前述公法學界熟悉之「基於本勞勞動市場之特殊需求、以證立對於移工之管制措施」，社會國原則的另一層面貌，反而是應該透過一定的制度框架與行動模式，努力建構起「勞資社會勢力的均衡」，同時，站在此目標下，全面性地檢討移工管制措施，才能更加周延地觀察移工之人權問題，不流於浮面與形式。

## 第五節 比例原則與利益衡量

嚴格說來，憲法釋義學層次上的技術工具性操作，特別是比例原則，並非屬於憲法秩序規範性的範疇<sup>200</sup>，易言之，本研究討論之焦點：對於產業移工本於特定公共利益等之權利限制，真正爭點或許是在該等公共利益，未必僅為技術性層次之比例原則問題。然而，觀察「立法行為之憲法控制」之實務經驗，顯然，比例原則的操作影響相當重大，因為，對於特定立法行為所主張之公共利益，很難在第一時刻加以全盤否定，以德國聯邦憲法法院處理過之勞動市場管制的案例來觀察，憲法法院經常表示「雖有憲法

---

<sup>200</sup> 依通說之見解，比例原則基本上產生自基本權的本質內容，即表徵只有在「保障公共利益之必要範圍內」，人民之一般自由權方得由國家公權力加以限制；相關論述請參閱 BVerfGE 19, 342(348f.); 61, 126(134); 76, 1(50f.); Sachs, Verfassungsrecht II, 3 Aufl., Berlin-Heidelberg 2017, 10 Rn. 32ff.; Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd. III/2, München 1988, S. 761。

上的疑慮」，但因為立法者所欲達到的創造就業效果，本身是有可能的，因此逕為合憲的評價。在這類「立法者之形成與評估預測特權」的問題關聯上，許多憲法法院的操作都實際上流於「只要立法者決定，便屬於其特權範圍之內」，而忽略了本應具有的進一步規範性控制的可能性。

如同前面第四章第一、二節，所看到的許多德國事例，經濟與社會學界的普遍共識均為「解除某些勞動市場原有的管制措施，事實上無法創造就業效果」、「甚至製造更多的失業」，而聯邦憲法法院既然具備判斷社會事實的權限與能力，則在一定程度的科學基礎下，對於現實勞動生活負面影響的論述與證據，法院應主動而積極的認定是否符合比例原則 – 特別是適當性或必要性，並運用釋義學上操作成熟的結果考量的憲法解釋方法，以判斷立法者去管制措施的合憲性。同樣的，對於產業移工勞動關係之管制的立法行為，是否涉有違反比例原則之嫌，關鍵仍然在於一定程度的社會現實判讀分析的基礎上，例如特定之法律內容是否有助於本國勞工就業效果的激發，亦或僅是單純的壓低企業主之經營成本，或甚至造成整體社會（至少是勞動世界中）所顯不相當的「非社會效果」，吾人可以觀察到，具備這樣的前提認知之後，即能比較無礙的嵌入比例原則之操作中，不論是適當性、必要性或狹義的手段目的相當之比例原則，由於這方面之學理討論已相當成熟，國內之相關論述亦極多見，本研究在此將不再贅述<sup>201</sup>。

公法學者 Hans-Ulrich Gallwas 所提出之基本權衝突時之利益衡量步驟

---

<sup>201</sup> 例如蔡宗珍，公法上之比例原則初論--以德國法的發展為中心，政大法學評論第 62 期，1999 年 12 月，頁 75 以下；蔡茂寅，比例原則的界限與問題性，月旦法學雜誌第 59 期，2000 年 4 月，頁 30 以下。當然，國內亦不乏對於比例原則之所謂「日耳曼化」（許宗力語）的批評，認為如果不進一步細膩的再區別明白性審查、可支持性審查與強烈內容審查，同時建立相對穩定之檢驗標準及內涵，否則幾乎所有的立法行為都將逃不過比例原則之審查，特別是必要性原則；關於此問題請參閱：許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於：戰鬥的法律人-林山田教授退休祝賀論文集，台北：元照出版公司，2004 年 1 月，頁 214 以下。由此亦可見比例原則相對操作之問題與困難。

<sup>202</sup>，特別在考量「產業移工 vs. 本國雇主職業自由」上，亦同樣具有參考異議。在其建議下，一個利益衡量的標準模型為：

- 是否存在利益衡量的必要性？包括：國家公權力是否侵害基本權所保障之利益、是否存在憲法上的干預保留；
- 個別衡量步驟，包括：不利於基本權所保障之利益的目標合憲性、不利於基本權所保障之利益的目標實現之合憲性（重點在於比例原則）；
- 所涉及之基本權保障利益與欲實現之目標相互間的憲法位階，包括：基本權所保障利益的憲法位階、限制基本權以實現某種目標之憲法位階等。

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<sup>203</sup>，類似前述檢驗模式中的形式上法律保留階段。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*)，進而扮演著限制基本權行使之功能<sup>204</sup>，亦即所謂界限的界限(*Schranken-Schranken*)，或德國聯邦憲法法院曾短暫出現過的基本權核心領域概念，甚至可連結至基本法第 19 條第 2 項的基本權本質內容(*Wesensgehalt*)<sup>205</sup>。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

---

<sup>202</sup> Gallwas, *Grundrechte*, Ffm. 1985, S. 125ff.

<sup>203</sup> 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。

<sup>204</sup> 「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.。

<sup>205</sup> Krebs in v. Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 Rn. 23.



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」，亦即即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<sup>206</sup>。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」<sup>207</sup>。

在此，吾人可觀察到一項憲法釋義學的基本共識<sup>208</sup>：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」，

---

<sup>206</sup> 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。

<sup>207</sup> 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。

<sup>208</sup> Statt vieler siehe Schramm, Staatsrecht, Bd. II, S. 39.

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何一順序及步驟：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<sup>209</sup>，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。也就是說：有別於特別出現在基本權主觀面向上的比例原則，在基本權的限制、干預與合理化的工作中，特定的、某種經常以「價值」來描述的憲法規範性，顯然是處理基本權問題的關鍵，不論是在前述實質的法律保留，或是利益衡量階段下的基本權位階秩序，處理的都是同一件事：究竟在憲法規範性的普遍層次上，著眼於基本權秩序，憲法到底指向何方？適用者如何找出？當然，如同 Reinhold Zippelius 所舉出之基本權的評價問題，因為事實上不存在一完整的超法律之規範秩序，更毋庸說完整的實定法體系，因此不斷出現的邊緣問題，都在在挑戰著基本權適用的論證能力<sup>210</sup>；這裡的弔詭在於：憲法並沒有具體的告訴我們什麼，但它確實「可能」抽象的指出某種方向，指引著吾人如何面對具體的問題，雖然 Karl-Heinz Ladeur 酸溜溜的以「國家淪為基本權行動者」相譏<sup>211</sup>。不論如何，任何 Zippelius

---

<sup>209</sup> 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.。

<sup>210</sup> Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, München 1962, S. 1f.

<sup>211</sup> Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen 2004, S. 10.

所說的「基本權適用之論證能力」，都無法自滿或自限於比例原則，而是一不論面對基本權位階秩序、實質的法律保留，都必須迎接規範性指向的挑戰。

前述有關比例原則或利益衡量之討論，對於「移工管制之內國憲法檢驗」工作，別具意義。即便有著某些藉此希望實現與維護的公共利益，「規範與技術適用」的相互考察，特別是藉由比例原則、利益衡量之助，實有益於吾人檢視產業移工管制的合憲性，如同本研究一再試圖強調的：重點不是、或未必一定是什麼國際人權公約要求我們應如何保障移工，而是內國的憲法秩序，本身就必須回應立法者之種種針對產業移工的管制措施，是否確實得以通過憲法檢驗。當然，「不存在毫無任何界限的基本權保障」，這個不變原則，也會同樣出現在產業移工身上。不論從立法行為或基本權之憲法保障內涵，我們都不得不出絕對不能加以任何限制的基礎，是以，在從理論層次上釐清這些問題之後，我們仍須直指 – 如果套用憲法學常見用語：產業移工所處之「共同體保留」為何？站在這個保留所凸顯之公共利益，其具體指涉及影響究竟到哪裡？如此才能精準測定關於產業移工管制與保障的應有內涵，包括其界限。

## 第六節 小結

意圖凸顯與向來關於移工人權的處理不同的，本研究希望從內國憲法秩序的觀點，梳理出真正評價產業移工人權之標準，至少方法，而非簡單地從國際人權公約的角度來輕易評斷。吾人可以發現，「勞動市場秩序」，始終扮演企圖合理化移工管制基礎的角色，在所涉及之不同憲法基本權（職業自由、平等權），以及憲法基本決定（社會國原則），技術性層次的比例原則與利益衡量論述中，聚焦於勞動市場管制政策，吾人可篩檢出許

多不同的向度，乃至於勾勒出可能的界限。本研究後面，在如此之出發點上，試圖以自己的觀察體系，提出移工人權之保障與管制界限，換言之，直接對話與聯繫內國憲法秩序的檢驗，而非如一般討論之僅聚焦於國際人權公約。

## 第六章 探討移工人權之前提：人權如何普世化？

### 第一節 普世人權：真實、虛惘或純粹文本？

也許吾人可用一台灣社會中不斷被提出之問題為例：在台灣工作之移工，除產業移工外，是否包括社福移工在內，均應享有勞動基準法第 21 條之基本工資保障？有關外籍移工之國際人權法文件並不少，但對於移工與本國勞工之平等對待，卻經常有各自不同表述，例如國內最近極為熱門之本勞移工基本工資是否應脫鉤的爭論，肯定者多援引國際勞工組織第 86 號「移民就業建議書」，其中第 17 條第 1 項規定：「移入國之主管機關應承認，移民及其家庭成員在其有資格擔任之工作上，可以依照法律或行政或團體協約之規定，像其本國人民一樣，享有待遇平等」，是以不應區分本勞移工，而在實質上作為最低工資保障之基本工資制度上，同有其適用。有趣的是，反對論者則從多個角度出發，例如認為移工成本高將導致企業出走，進而形成本國勞工失業，而如果成本拉低，則會使已出走之企業再回流，最終結果將對本國勞動者有利。而在本文脈絡下最為重要的：相關法律基本工資保障之基本人權，原則上僅保障本國人民，並不及於外國人。以後者為例，論者巧妙的將本勞與移工對立起來，進而形成「保障移工基本工資將最終造成本勞受害=侵害本勞人權」之不幸結果，亦即類似前述之所謂「失業論證」。

姑且不論如此之主張在經驗上是否經得起檢驗，它無疑間接的碰觸到邇來政治哲學界著名的世界與特殊公民主義（*Kosmopolitismus und Partikularismus*）哲學思維之爭：基本（最低）工資之保障是否為普世人權？在特定之人權/正義基礎與基點上，相較於非成員（移工），特定團體的成員（中華民國國民/本國勞工），是否應享有優位？

雖然說，以最低工資為例，由於產業移工之直接適用勞動基準法，並無這個問題，但仍然可以作為發想的開始：即便不在最低工資之上，亦有其他不同的勞動保護形式與內容，涉及同樣的疑慮。當然，我們可以趁此機會再聚焦一下「法學與政治經濟學之人權落差」的老問題，也許可以舉資本主義發展下之勞動與社會人權為例。先跳脫傳統上直接引介與面對「究竟何一國家的勞動者受了什麼委屈？」的基本論述基調，先將焦點選擇擺在「國際人權」的語意意涵上吧，理由很簡單：之所以名之為「移工」，代表著「移動」作為前提，而所謂移動，無疑立基於一全球的社會空間。

就像德國哲學家哈柏瑪斯（*Jürgen Habermas*）寄望之「國際/全球市民社會」所掀起的哲學討論熱潮<sup>212</sup>，學者們不斷的問：在「人權」之道德倫理基礎，國家間貿易保護主義的包裝掩飾，有別於國民國家「憲法基本權」之無國家執行權力壟斷為依靠的「國際人權海市蜃樓」等等，在這些有關國際人權的衝突性討論之外<sup>213</sup>，從哲學的角度出發，識者們還應該看到什麼更本質的面向？依循著典型哲學式的標準問法，問題無疑是：何謂國際人權？它的具體內涵究竟是什麼？如果再聚焦於經常成為論戰焦點的經濟生活領域，亦即涉及所謂社會人權（*soziale Menschenrechte*）之時，哲學家們最感興趣的問題是：這些社會人權的形成理由、內容與範圍<sup>214</sup>，究竟應該是什麼？觀察歐陸學界分析相關之社會人權的脈絡中，眾所公認的三項核心客體，這些均涉及所關注的人權之形成理由、內容與範圍，貫穿其

---

<sup>212</sup> 請參閱 Habermas 1999 年以來的諸多著作，例如 *Wahrheit und Rechtfertigung*, Ffm. 1999、*Zeit der Übergänge*, Ffm., 2001。

<sup>213</sup> 例如從 Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann 所編輯之《主張人權的權利》（*Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Ffm. 1999）專書中，吾人便可看到這一「全球化人權」問題的多重面向。

<sup>214</sup> 請參閱一本集合歐陸眾多知名哲學家所撰寫之「人權的哲學」專書，其中即以此為探討諸多不同面向人權的共通點，以便聚集不同進路的討論於同一焦點；siehe Gosepath/Lohmann, *Philosophie der Menschenrechte*, Ffm. 1998, S. 14ff.。

中。這三項客體是：自由自主、基本需求、分配正義<sup>215</sup>。

簡單的說，談到社會人權，涉及到不同的三個面向，或許可以用另外的角度來說：三項存在著「隱約」上下層級與不同階段關係的階段。首先是自由與自主，這當然是源自於一個古典自由主義傳統的產物，強調每個人皆有主張並行使自由的權利，歷史上從政治與經濟領域開始作不盡然是線性式的發展；社會權利在「自由」脈絡中的定位是：滿足人民的社會需求，目的就在於促進主體得以平等的行使自由權，同時保有自我的個人與政治自主，有趣的是：在何等範圍內，外國人、移工，在第一個層次的自由與自主，可以受到限制？其次，「作為人之主體所應享有之最低基本生活需求」，亦即所謂「人類學上的基本需求」( *anthropologische Grundbedürfnisse* )，此亦憲法社會國原則專注之焦點：「作為一個有尊嚴之人之起碼與最低生存價值與需要」，亦即傳統與古典之社會人權的指涉所在<sup>216</sup>。最後則是「符合公平正義的平等分配」問題，換言之，所涉及的並非自由自主或基本生活需求的問題，這兩個層次的問題甚至可能已經完全滿足與解決；這個面向所觀照的，無非是在「個人擁有自主」以及「基本生活需求無虞」的條件下，社會成員主體如何能夠更符合公平正義的、更社會的( *sozial* ) 平等分配社會財富。

當然，這個部分的問題意識並不令人陌生，從 John Rawls 的正義論以降，近期政治哲學的論述均集中圍繞於此，特別是在當代社會情境早已遠離所謂早期資本主義的「赤裸剝削」的階段，甚至步入諸如西北歐國家一般之社會民主之後，此一面向的社會人權問題，無疑成為最重要、甚至是

---

<sup>215</sup> 最為簡潔與分析各家學說結論，所整合出之此三項社會人權觀照客體，請參閱 Gosepath, Zu Begründungen sozialer Menschenrechte, in: dersl./Lohmann, ebenda, S. 146ff.。

<sup>216</sup> Stober, Zur Wirtschaftliche Bedeutung des Demokratie- und Sozialstaatsprinzips, GewArch 1988, 151.

幾近唯一的關注焦點：基於社會連帶，本於社會團結與和諧，社會成員如何能聯繫/不聯繫其貢獻與能力的，去參與整體社會的共同財富與資源？

社會人權的這三個領域與面向，擺放在經濟全球化的環境與條件下，其呈現之面貌更為明顯；讓我們先以一素樸而直覺式的觀察開始：顯然，相較於不同國家與社會的發展階段，或用管制學派（*Regulationsschule*）的標準術語來說：在彼此間歧異甚鉅的「積累模型」（*Akkumulationsregime*）與「管制方式」（*Regulationsweise*）中<sup>217</sup>，或再用 Immanuel Wallerstein 的「中心 - 邊陲」座標來看待不同國家間的巨大差距，吾人皆可清楚看出：想要理出一個清晰而某個程度一致的各國「社會人權」面貌，其實是難以作到的，假如不是一項不可能之任務的話。在不同的資本主義發展階段中，在差距甚大的國民與個體經濟發展型態下，既使它們同樣面臨經濟全球化的挑戰，卻又尤然呈現截然不同的現象，吾人如何得以爬梳一清楚的「紅線」，尋找出何謂「全球化趨勢下的勞動者與社會人權保障」問題，而可毫無疑問地適用在「居留於第三國之移工」呢？這裡鋪陳了一個無法逃避的人權圖像衝突，至少是衝突的可能性：如果各國民國家內所建構之社會（*nationalstaatliche Gesellschaft*），分別坐落於不同之發展階段中，例如典型的移工輸入國與輸出國之間，究竟應該而且如何去論斷各自的人權發展狀態，或甚至試圖做出「違反人權」的負面評價？即便單以社會人權中最為人所爭論的分配正義為例，即便在貧富差距日益懸殊的各資本主義發達國家，恐怕也難以直接做出簡潔有力的評斷。

如果說，甚至該不該評價「符不符合國際人權？」，本身都是一需要證

---

<sup>217</sup> 管制學派最重要的概念，便是「積累模式」，指某一時期資本積累的形式總稱，以及「管制方式」，意指使資本得以穩定積累、符合資本積累模式的所有國家或非國家的規範、制度、組織形式、社會網絡與行為模式的總稱；相關討論請參見

Demirovič/Krebs/Sablowski, *Hegemonie und Staat. Kapitalistische Regulation als Projekt und Prozeß*, Münster 1992, S. 238。



立的問題呢？近來在有關全球正義 (*globale Gerechtigkeit*) 的辯論中，事實上直接間接指涉著具體的「國際人權實踐」，理由很簡單：如果有所謂全球正義、而非僅是地域或侷限空間範圍內的正義存在，那麼透過國際人權之轉化機制，無疑的為此正義問題找到最佳的實踐路徑，如果確實存在，似乎可以比較容易地處理不同勞動者在不同國家中的問題，移工，就某種保障的意涵上而言，無異於非移工。然而，也當然間接指涉國際人權隱晦的，在全球正義的思辨過程中，政治哲學界出現了被統稱為世界公民主義與特殊公民主義之爭的不同主張，在我們的問題關聯與脈絡中，特別重要。請原諒在此無法詳細的分析在此背後之眾多學者的理論與說法，為更清楚的聚焦，僅以德國政治哲學界一本非常重要的集子為引，由 Christoph Broszies 與 Henning Hahn 合編之《全球正義 - 世界公民主義與特殊公民主義辯論之關鍵文獻合集》 (*Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltex te zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*)<sup>218</sup>，其中收錄包括 John Rawls、Thomas Nagel、David Miller、Charles R. Beitz、Martha C. Nussbaum、Otfried Höffe、Thomas W. Pogge、Darrel Moellendorf、Iris Marion Young、Jürgen Habermas、Seyla Benhabib、Rainer Forst 等歐美知名政治哲學家重要文章，一同考察其不同陣營之核心主張所在。

首先談到世界公民主義，簡言之，稟信「確實存在全球正義」、乃至於延伸之普世國際人權存在之世界公民主義論者，有下列之看法<sup>219</sup>：

- 規範性而言，應存在一所謂道德上的普世主義 (*moralischer Universalismus*)，它對於所有地區的所有人，都具有同樣程度之最終道德上重要性；
- 方法論上，如此之世界公民主義係植基於正當之個人主義 (*legitimatorischer Individualismus*)，亦即，包括所有實踐、規則與制度

---

<sup>218</sup> Broszies/Hahn(Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltex te zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Ffm. 2010.

<sup>219</sup> Ebenda, S. 10f.

在內的統治關係，只要無可避免且重大的干預介入人們之生活，就必須針對每一個當事人而合理化；

- 政治上，世界公民主義者主張一正當的全球統治秩序，以改革現存全球宰制的結構，同時建立起維護暨保障全球政治的機構與制度。

相對的，認為「正義原則不可能放諸四海皆準，而是必須侷限於特定正義場域」之特殊公民主義者，則提出不同的三項主張<sup>220</sup>：

- 首先，同就規範性而言，只可能有特殊公民恆優先命題（*partikularistische Prioritätsthese*）：在國家與全球正義原則相互衝突之場合，只有各該國家自己之國民，方享有優越地位；
- 就概念上來說，正義與不正義之問題，只有在特別之關係形式上方有意義與可能。易言之，在建構正義之關係形式（*gerechtigkeitskonstitutive Beziehungsformen*）下，如內國與全球之正義原則衝突，應認不是所有人，而是只有國家之國民（例如國家主義 *Etatismus*），或甚至民族（民族主義 *Nationalismus*）、社群（社群主義 *Kommunitarismus*）或權力秩序（權力現實主義 *Machtrealismus*）之成員，方得享有優越地位與保障；
- 再者，從經驗角度出發，現實上並不存在與國民國家類似之全球統治形式與全球主權，以解決正義主張之問題。

聚焦於移工的人權對待，即便只談基本工資，即經常出現莫衷一是，各說各話之現象，如果我們無法由此得到更多的線索，顯然，必須尋找其他的出路；即便本研究所聚焦的產業移工，沒有最低工資保障的排除，但從理論層次而言，仍須面對如此之艱難問題。先讓我們具體地，先提出國內有關移工之法律對待相關問題。

---

<sup>220</sup> Broszies/Hahn(Hrsg.), *Globale Gerechtigkeit*, S. 11f.

## 第二節 移工人權：制度本質還是實踐問題？

從相關的國際公約或建議書，吾人可以看到一項保護內國少數族群、移工的基本核心內涵，就是一般所熟悉的「國民待遇原則」，亦即要求國家應盡一切的努力，不論在行政、立法或司法上，賦予移工同樣於本國勞工的相同待遇與權利<sup>221</sup>，如特別針對移工、移民勞工而言，依保護所有移工及其家庭成員權利國際公約第 25 條之規定，更進一步使移工不問其勞動身份是否合法，皆應使移工享有「國民待遇」，而非「最低基準」<sup>222</sup>。不只在工作職場上，亦即不僅在勞動生活的領域中，也包括其他政治、社會、經濟、文化的諸面向上，都應該盡量採取平等對待的原則。同時，為了達到實質的平等，國際法上認為應該採取兩類不同而互補的基本措施<sup>223</sup>：

- (1) 平等處理原則的確立（*Sicherstellung der Gleichbehandlung*）；
- (2) 特別針對外來移民的保護措施（*besondere Schutzmaßnahmen*）。

基於對移工少數族群的保護，除了形式上的平等國民待遇之外，亦為促進實質平等之故，必須在不同的領域中、針對不同的事項，採取特別的、本國國民一般所未享有的保護措施，亦即一般平等原則所描述之「相同事物雖相同處理，但不相同之事物亦應為不相同之處理」的真正平等精神。從這些國際法上所樹立之人權保障原則來看，面對移工的問題，在法制的設計建立上，我們亦應把握這兩項基本的內涵，對於移工，採取與本國勞工相同的對待，特別是「某些」勞動權益的部分（例如前述第一類型的勞動保護），同時對於移工所顯然不同於本勞的某些特殊問題，亦應認係具備特別的保護需求，而有採取某些本勞所不能享有之特別保障措施的必要。

---

<sup>221</sup> 例如鄭津津，反歧視與平等權-論台灣移工之工作平等，月旦法學第 189 期，2011 年 2 月，頁 5-21；焦興鎧，從國際勞動基準論歐洲聯盟對移工人權之保障，歐美研究，2004 年第 3 期，頁 95-141。

<sup>222</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 65。

<sup>223</sup> Wolfrum/Philipp, Handbuch Vereinte Nationen, 2 Aufl., München 1991, S. 599

然而，基於國民國家主權及正當性之考量，在維持內國秩序、保護國民的必要範圍內，即便如國際法上之公約或建議書，亦未排斥各國得依其特殊國情或需要，採取對於移工之必要的差別待遇，例如保護所有移工及其家庭成員權利國際公約（*ICRMW*）第 26 條第 2 項，允許締約國為了國家安全、公共秩序或保護他人的權利和自由所需要的限制等因素，得對移工之集體勞動權進行限縮。但詳細觀察相關之國際法文件的規定及其精神，我們可以看到兩項基本的要點及特徵：

- (1) 對於直接相關於特定勞動權益的事項，不論是個別法或集體法上的事項（工作條件，包括工時、休息、有給薪年假、職業安全衛生措施，及社會安全措施及福利設施及與就業有關給付；工會會員，行使工會權利及享有工會職業及勞資關係團體的被選舉數，包括在事業上代表勞工的團體），必須堅持國民待遇原則，也就是不得低於本國勞工。
- (2) 但是基於國家安全、社會秩序或保護一般第三人之權利與自由，可以對移工的其他權利，例如社會權、政治權、公民權、入出國境權，作有一定程度的限制。但必須實質上與其目的相關，而且必要。

也就是說，在公約所賦予之「各該國家之公共秩序等之必要限制」的保留上，我們應該重新檢討相關之移工管制政策，再度審視在不同的社會發展背景及條件下，台灣社會所能容讓的空間與範圍，重新建構所謂必要限制的範疇，甚至是概念思維的本身，如此才能真正建立符合時代需求的移工政策。有一句勞動世界的諺語這麼說：「要評斷一個國家的文明發展水準，看它國內最弱勢的勞工族群的處境便知」，這當應是政府部門開始面對移工人權問題的契機。當然，國際法的適用上，基於公約的簽署國身分，再基於各該簽約國內國法律上之「批准認可」（*Ratifikation*）的不同，容有不同的規範效力，不論是直接適用、間接適用，或單純的當作法理。就相

對上較處國際法邊緣的台灣而言，恐怕問題多出現在雖非國際法上公約（不論是聯合國、國際勞工組織，或單純的國家間之國際公約）的會員國或簽署國，但基於台灣實際上參與國際社會活動的頻繁密度，台灣與國際標準接軌的重要性，以及最核心的：普世的人權價值之維護，台灣仍然不能自外於這些國際法上的明文人權準繩，在法律的適用層級上，必須至少將它當作應予尊重的法理來看待。

進一步來說，從一抽象的層次上來看，探討有關移工管理政策的是否符合國際人權標準，從前述的這兩個原則出發，應可歸納出三個主要的面向：

- (1) 對於移工權利與自由的限制，是否合乎比例原則？
- (2) 對於移工權利與自由的限制，是否僅基於其「不同種族、不同國籍」的連接因素？
- (3) 對於移工基於其特殊之勞工屬性，法律上是否有針對其特殊需求而設計足夠的保障？

第一項是法律適用者相當熟悉的比例原則操作，或許無須在此贅述。其次，對於移工權利與自由的限制，是否僅基於其「不同種族、不同國籍」的連接因素的檢驗。我國憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，就業服務法第 5 條規定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、婚姻、容貌、五官、身心障礙、星座、血型或以往工會會員身分為由、予以歧視」，再衡諸前述各項國際公約或建議書的關於平等原則的強調，可見既使非我國國民，仍不得單以其「種族」為由，作有法律上或私人行為上的歧視，因為，「平等對待」與「國民待遇」，已成為普世的人權基本原則，我國的移工政策上，也一再強調吾國所遵循的這項基本精神。換言之，假如是一個以「人的本身」、「外國人

的本身」，「外國之低或非技術性勞動力的人的本身」(例如就業服務法第 46 條第 8 至第 11 款的外國人)，而非以「行為或問題的歸責」作為差別待遇的連接因素<sup>224</sup>，其實正是一最典型的「基於人及身分」的歧視，便屬違反憲法所要求之「差別待遇的禁止」(Differenzierungsverbot)<sup>225</sup>，當然抵觸平等原則。在檢驗我國相關管理移工的法制上，亦應特別注意此點，因為一個達成合法合憲目的的必要管制，即便僅在可以忍受的範圍內侵害移工的人權，但假使此差別待遇僅是基於移工的「外國人」、甚至「外國之低等勞工」之身分，對於本勞，或甚至對於「外國的高等勞工」(例如就業服務法第 46 條第 1 至第 7 款的外國人)，即無適用的可能，則恐應認違反平等原則，而有不當侵害移工人權的嫌疑<sup>226</sup>。

基於移工特殊之勞工屬性，法律上是否有針對其特殊需求而設計足夠的保障，亦必須加以留意。基於平等原則的另一內涵，亦即「不相同之事物，須作不同的處理」，對於移工的人權保障，應考量其特殊問題，重視其特殊的「社會保護需求」，而為達實質的平等及真正的國民待遇原則之精神，對於其異於本勞之特別情況，另行創設因應的法制設計，而不僅將焦點擺放於完全與本勞的相同規範內容之保障，如此方得符合平等原則的真正內涵。一般說來，有關移工的特殊情況，吾人必須考量其結構性的幾項特徵，以便於具體問題的審查及考量上，確認移工是否有特別的社會保護需求：

- 因移工基於貼近「基本工資」之工資收入水準，其經濟之弱勢；

---

<sup>224</sup> 例如在「入境後每六個月身體健康檢查不通過，即予遣返回國」之情形，換言之，以「移工的健康發生問題→歸責於人的因素→直接發生限期遣返的效果」的邏輯及思維，而完全忽視背後的勞動、社會或經濟成因，恐怕即為「對於外國人本身」的歧視。

<sup>225</sup> v. Münch/Kunig(Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 4 Aufl., München 1992, Art. 3 Rn. 94ff.

<sup>226</sup> 類似的思維亦可見 Heinze, Rechtliche oder politische Absicherung von Minderheitenrechten? in: dersl.(Hrsg.), Moderner Minderheitenschutz. Rechtliche oder politische Absicherung? Bonn 1998, S. 20ff.。

- 因移工之社會地位與個別身份，其與雇主合理議價及協商之能力薄弱；
- 因移工之社會地位與個別身份，其法律權利貫徹能力的薄弱；
- 因家事移工身處雇主直接力量的指揮監督及實力支配下，其法律權利的晦暗不明與貫徹能力的薄弱。

換言之，必須適當的考量移工的這些特殊處境與條件，在法律上針對其特殊問題，作進一步的法律規範努力或程度較高的控制，例如懷孕移工的特殊保障，契約罰的嚴格禁止與控制等，因為在類似的問題關聯中，本勞與移工的問題面貌與影響截然不同，難以將移工問題的處理等同於本勞。如此方符合真正的人權保障觀點。以一般經常觀察到的幾項問題為例，試圖操作前述的簡單原則，當然，更為詳盡的處理，必須留待之後的觀察體系之提出與操作：

1. 依現行法的規定，基本上移工能夠獲得的聘僱許可期限並不長（例如可能僅 3 年），更顯得入國後週期短而頻繁的健檢之必要性，值得懷疑。就一人權保障之觀點來說，類似之強制規定無異將外勞之勞動力「極度商品化」，一發生「勞動力的瑕疵」，即予強制遣返，銜接期限既短，強制效果又強，恐怕逃不過人權觀點的檢驗。這是一個以「人的本身」、「外國人的本身」、「外國之低或非技術性勞動力的人的本身」，而非以「行為或問題的歸責」作為連接因素，完全忽視背後的勞動、社會或經濟成因（一個「台灣」本體的問題），其實是一最典型的「基於人及身分」的歧視。
2. 台灣國民普遍上關於僱用移工的基本行為模式，不但是一種守法觀念的薄弱，也是一種普遍社會公共責任的欠缺。然而，為何文化及社會型態極為類似的華人社會如新加坡與香港，印象中的仲介剝削問題，並不如

台灣的嚴重呢<sup>227</sup>？解釋上，可能有兩項原因：法律上對於違法移工仲介的處罰規定較為嚴苛；亦或執法上對於違法移工仲介的查處較為嚴格而有效率。參酌我國勞動基準法第 26 條、第 78 條，對於預扣工資定性為刑事犯罪的立法例，以及民法第 74 條之暴利行為，以及刑法第 344 條的重利罪，假使我們將仲介的許多違法及不當行為，認定係「給付與對待給付的顯不相當」、「利用他人急迫、輕率或無經驗」、「缺乏判斷能力」、「具有重大的意志及認識缺陷」，同時更屬明顯的，仲介的行為又是明顯之「行為人主觀故意行為」，則已完全符合民法及刑法上之重利及暴利行為的構成要件，是否除了勒令停業及罰鍰之行政罰外，另得構成民事不法及刑事不法，進而有刑事追訴及民事法律行為之撤銷、損害賠償責任之成立等問題，其實頗值探討。

3. 在強調補充性、非替代性、非移民性的相同前提下，新加坡與香港至少就家事移工方面，並未有如我國之嚴格定期的限制，可見理論上兩者並非必然關係，也就是並不是不准移工產生替代效果、不准移工變相、或說真正成為移民，制度上便要嚴格限制其聘僱許可的年限，這在強調「勞雇間緊密的勞務提供及生活關聯性」的家事服務類方面，尤其明顯，即便是一般的產業移工，在熟悉台灣環境，具備一定的技術與生產純熟度的有利條件下，繼續留在台灣工作，其實無論在社會適應，亦或滿足雇主的需求上來說，都可能是無害或甚至極為有利的，因此，關於聘僱許可期限的問題，或許值得重新加以檢討。

4. 多年前取消入國後每 6 月所施行之健康檢查中的驗孕項目，一個相當

---

<sup>227</sup> 相關討論請見：林佳和，外勞人權與行政管制－建立外勞保護體系之初步研究，行政院勞工委員會職業訓練局委託研究計畫，2004 年 1 月，頁 101。當然，這邊特別聚焦的是「仲介問題」，而不是說，香港、新加坡之移工政策，全面性地比台灣好，例如在最低工資的保障上，不論是產業或社福、家事移工，台灣就明顯較兩國為優：移工在台灣領取較高之工資。



可能的結果卻是：不是墮胎，保住工作權，便是立即被解僱，馬上遣返回國（此在家庭幫傭監護工之情形應特別顯著），是否真有人權保障的實際作用與效果，還是只單純從表面上取消驗孕的不人道措施，未有進一步之保障人權的真正思考，或更重要的：願意承擔所增加之「社會及政府成本」的準備及思維，恐值懷疑。如果沒有處理懷孕女性移工的整體配套措施，而僅以「雇主得以不能勝任工作為由行使解僱權」來作為法律上解決問題的方式，反串地說，實不如恢復健康檢查項目中的驗孕措施，以免法律所帶來的突兀與不符人權保障之情況更加嚴重。

5. 勞工主管機關對於加諸於移工身上之「不當契約罰」問題，應負起責任，以各種方式宣導勞工的權利問題，特別是僱用或仲介移工的雇主及仲介公司，並且運用現行法下的種種「行政指導」或「行政罰」手段，責令雇主或關係人不得有類似之行為，加強執行上的查處，同時思考未來的修法方向，是否將實務上發生的嚴重態樣直接明文化，訂定罰責，以矯治剝削移工的狀態。
6. 移工的社會依靠、內國社會的法律知識、貫徹權利的準備，皆無法與本勞相提並論，因此宜對移工之勞資爭議處理管道，另闢蹊徑。例如：於定型化契約中明定：「雙方合意，於發生勞資爭議時，由中央主管機關指定之仲裁機構仲裁之」，亦或修改就業服務法，增訂有關「聘僱第四十八條第八款至第十一款之外國人工作，發生勞資爭議時，應由中央主管機關指定之仲裁機構仲裁之」- 此等多見於社會倡議者之建議。
7. 為兼顧勞資雙方的合法權益，或可考慮分別情形，讓原聘僱許可內的勞動契約關係有提前終止的機會及可能，既不影響雇主的權益，亦得對移工的利益能所兼顧。例如：雙方對於相互間之給付與對待給付之狀態不滿，但基本上未涉違法情事時，得否考慮由主管機關或其他由主管機關

指定委託之機構，依雙方當事人之申請，以雇主之費用進行必要之調查，依其該當結果下「得令提前終止勞動關係」、「變更聘僱許可內容」的行政處分。長久以降，仍應考慮朝向完全之自由轉換雇主發展，以符基本勞動人權。

8. 雇主涉有人身侵害之情事時，如有涉及刑事犯罪或違反社會秩序之行為，除警察司法機關為必要之調查追訴外，關於勞動關係的處理，不應等同於刑事訴追，而應放寬解釋法定的事由。此時或可考慮由主管機關或主管機關所委託之第三人，特別是具備社工或其他相關專業的人員，進行必要的詢問與調查後，依其該當結果下「得令提前終止勞動關係」、「變更聘僱許可內容」的行政處分。

以上只是舉例發揮，突顯在一般法學者所掌握的「人權語言」下，針對移工人權，特別是勞動人權，所提出之典型看法，不僅在第三章「法學者對移工人權的回應」中，可輕易看到，事實上，幾乎在所有採取某種「有拘束力之規範性觀點」（法律、法學最為明顯）的論述中，都老生常談的充斥這些批評。在理論處理上，本研究以為，需要更細膩與嚴謹的「人權內涵」引入，在面向選擇上，需要勞動市場管制的同樣作用，尤其在產業移工的部分。在前者，本研究將著眼於人權哲學角度，提出兩個理論嘗試，並試圖連結至產業移工的論述。

### 第三節 人權內涵一：Rainer Forst«合理化的權利»

或許，面對世界與特殊公民主義者之爭，德國學者 Rainer Forst 所主張之所謂跨國正義的批判理論（*kritische Theorie transnationaler*

Gerechtigkeit), 是一可以思考的捷徑<sup>228</sup>, 同樣可以用來作為諸如「本勞與移工特定事項差別待遇, 是否違反國際人權要求?」等棘手問題之思考參酌。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<sup>229</sup>, 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」<sup>230</sup>, 這極容易理解: 如果他不承認這一點, 而贊同政治正義可例外地不相同, 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<sup>231</sup>:

- 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

---

<sup>228</sup> Siehe Forst, Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit, in: ebenda, S. 439ff.

<sup>229</sup> Ebenda, S. 451.

<sup>230</sup> 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. ◦

<sup>231</sup> Forst, Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit, S. 452f.

(*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*)<sup>232</sup>。

本研究以為，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<sup>233</sup>，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

---

<sup>232</sup> Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Ffm. 2007, S. 220.

<sup>233</sup> 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.。

兩項迷障，兼具理論與實踐之雙重暨辯證考察，頗值參酌。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「結構與行動辯證影響的權力關係」( *Kräfteverhältnisse* )，是指在前述的結構權力關係下，基於行動者之行動的辯證式影響結構，所交互形成的另一層社會權力關係<sup>234</sup>，兩者在細緻的分析上必須加以區別。作者的意思是：無論較抽象層次的企圖探討正義所處之場域空間，不管係內國-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、結構與行動辯證影響的權力關係」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。

如果聚焦於台灣的移工處遇，其實問題將非常清楚：單以許多勞動權之事項為例，定期契約限制、不得自由轉換雇主、健康檢查之定期實施，乃至於可預見之將來極可能被掏空之基本（最低）工資保障，都明顯地呈現「無法回溯」之結果，不論是內容或理由，而國家或企業所可能援引之「更高的理由」：國家或產業競爭力等，又根本必須加以批判性的面對，個人以為，這是一個適切的人權內涵考察標準，尤其在用來觀察移工之制度問題上。如果說，運用這個理論進路，面對移工之差別待遇是否涉及侵害人權問題，必須完整關照到「結構性的、結構與行動辯證影響的權力關係」雙重面向，顯然，移工同時淪入靜態的、動態的社會權力關係之不利處境，如果某些權利限制，無從藉由更高層次的公共利益等加以合理化，移工將更處於此等權力關係造就之非正義困境。

---

<sup>234</sup> Vgl. Rolshausen, *Macht und Herrschaft*, Münster 1997, S. 102ff.

#### 第四節 人權內涵二：Axel Honneth「承認的關係」

另一或可參酌的人權理解點，是德國政治哲學家 Axel Honneth 所提出之「承認的關係」( *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<sup>235</sup>。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(這在國內關於移工人權的討論上極為常見)，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<sup>236</sup>。

Honneth 進一步提出所謂「承認的關係」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<sup>237</sup>。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

---

<sup>235</sup> Honneth, *Das Recht der Freiheit*, Ffm. 2011, S. 9f.

<sup>236</sup> Honneth, *ebenda*, S. 16, 20.

<sup>237</sup> Honneth, *Ebenda*, S. 410f.

全的實現<sup>238</sup>。換言之，這是個勞動領域中「承認的關係」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<sup>239</sup>。這無疑是觀察台灣社會移工處境的寫照：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，並同時使受波及之本國勞工淪入更低薪化之循環，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。

## 第五節 小結

本章直指所謂理應普世的移工人權，雖尚未直接觸及攸關移工之國際人權公約的文本內容（詳見以下第七章），但從當代政治哲學、特別是全球人權之政治哲學的角度，做了較具理論性的分析。然而，以上的討論，不會僅停留在單純的哲學層次，而是會進一步地充實「法規範性」的內涵，至少在本研究的看法中。

換言之，不論是否採取全球公民主義之論點，在探索人權、特別是移工人權的問題上，類似法國哲學家 *Etiennè Balibar* 討論外國人於內國之人權處境時，所提出之「平等的自由」（*Gleichfreiheit, l'égaliberté*）之概念，我們不能自滿於國際人權公約那種文本上的優越與進步，而是要直指內國人權差別待遇上的正當事由。不論是 *Rainer Forst* 的要求合理化之權利、回溯性檢驗法，抑或 *Axel Honneth* 的承認之關係，都是將某種動態與靜態

---

<sup>238</sup> Ebenda.

<sup>239</sup> Honneth, *Das Recht der Freiheit*, S. 451, 453.

的社會權力關係之考量，併入法律體系內人權、非人權檢驗之標準內。在本研究最後的觀察提出上，亦將嘗試將該等從人權之政治哲學所帶來之啟發，引入對於產業移工人權之論述中，特別在於憲法規範性內涵的豐富上。



## 第七章 全球場域之移工人權：發展、原則與公約

### 第一節 前提認識：國際法與內國法

#### 一、國際法與內國法之關係

討論國際場域、特別是聯合國體系下之國際人權公約，依循本研究選擇之路徑：不是關於移工之國際人權公約不重要，而是論及其「內國法之適用」，原本即不可能免於內國憲法秩序之左右，規範上，本於主權國家之出發點，無法逃避內國憲法秩序規範性之最高性，至所當然。這也就是為何，在本研究的設定上，即便不能、亦不應忽視國際人權公約對於移工之著墨與努力，但要從法律拘束之角度出發，永遠無法逃避「內國法上是否合憲？」之提問，某個程度，甚至可能緩和或治癒所謂「違反國際人權公約」之問題，更毋庸說非為聯合國會員國之我國，採取國際人權公約「內國法化」(施行法化)下，必然作為內國憲法秩序下之法律規範的「命運」。在本節中，本研究再回顧此一問題。

關於國際法與內國法之關係，當然特別是如何將前者「轉化」至後者，不同的法秩序、不同的理論，有截然迥異的看法。依雙元主義(*Dualismus*)的說法，國際法與內國法，是兩套各自獨立的、彼此不相干的法秩序，兩者有著自己的法源、不同的權利貫徹機制，更重要的是，雙元主義論者認為，國際法與國內法有著各自的「最終論證」(*Letztbegründung*)，或稱：最終建構，簡言之，國際法之所以得以適用，並非導自國內法，同樣邏輯，國內法之擁有適用效力，也與國際法無關<sup>240</sup>。

單一主義論(*monistische Theorie*)則看法不同：國際法與國內法，應

---

<sup>240</sup> Herdegen, *Völkerrecht*, 21 Aufl., München 2022, § 22 Rn. 1.

視之為一整體體系的組成要素。不令人意外地，單一主義者總認為「國際法應優先於國內法」，亦即其等主張之單一主義，應理解為「國際法恆優先之單一主義」，而無那種對立的、站在國家主權優先角度出發之「國內法優先」之謂。該等論者認為，內國公權力主體應絕對適用國際法，「即便國際法牴觸內國憲法或其他內國法律」<sup>241</sup>。

雙元與單一主義的理論之爭，當代已漸式微，取而代之的是所謂「節制的雙元主義」(*gemäßigter Dualismus*)：出發點雖然不變，國際法與國內法各有其路徑，但兩者並非平行無涉，毋寧說是彼此重疊。在一以主權國家所組成之世界體系中，這個觀點比較符合法之現況：道理很簡單，各主權國家法秩序之適用，不可能單獨來自國際法規範，但首先，不可諱言的，有不少國家或類似國家之政治實體，其法基本秩序確實來自國際法程序，或甚至本身就某種程度的國際法，例如波士尼亞、西約旦與加薩走廊地區之巴勒斯坦自治區。再者，更為重要的，國際法之所以能適用，取決於一關鍵要件：內國法秩序，必然提供國際法一個「內國法規範」作為基礎，如此一來，國際法才有適用之餘地<sup>242</sup>。

以國際法上之條約法為例，如果沒有經由內國法律批准，不可能於國內法上生效，以德國法為例，國際習慣法、一般國際法原則，只有透過基本法第 25 條之所謂「法律適用命令」(*Rechtsanwendungsbefehl*)，方有其效力。雙元主義強調，國際法原則上不可能自行在內國的法律領域中生效適用，更重要的是：

- 國際法通常不可能主張說，只要內國的法律或其他國家的法律行為，「只要牴觸國際法，就應直接視為無效」。
- 只有在極少的例外情形，國際法才可能直接建構個人的權利與義務，例

---

<sup>241</sup> Ebenda.

<sup>242</sup> Ebenda, § 22 Rn. 2.

如核心人權、戰爭罪行之可罰等<sup>243</sup>。

在有關歐洲人權公約（EMRK）於德國法之效力問題上，德國聯邦憲法法院即秉持此典型的「節制之雙元主義」立場<sup>244</sup>：「德國基本法明確地站在古典之出發點，國際法與國內法，是兩個不同的法律範疇之關係，而如此關係之本質使然，從國家法的角度，只能藉由國家法自己來決定...是以，在此雙元主義的理解下，國際法上的條約義務，只能由內國立法者自己來使之產生內國法上的效力，包括跳過其原有意圖達成的拘束，所謂的條約覆蓋（*treaty override*），不論國際法上之效果為何。當然，在憲法的適用下，國家之如此違反國際法上的義務，立法者必須明確表示要偏離條約內容，同時，已不存在對法律可為符合條約之解釋可能性，方足當之」。

在國家相互間的關係上，則自然以國際法上之義務為重，與各自內國法無關，換言之，國家不能主張因與其內國法律衝突，進而拒絕履行條約義務（維也納條約公約第 27 條第 1 句）。

節制的雙元主義，與傳統的雙元主義不同，願意考量國際法與內國法之相互關係。如同維也納條約公約 46 條所示，在締結國際法上之條約時，如果明顯牴觸其內國法，經常顯示準備以國際法為重，是以，確實有不少法秩序賦予國際法規範優先地位，如德國基本法第 25 條第 2 句即規定，國際法之一般規則，優先於聯邦法。再者，更為常見的，許多國家均堅持所謂「法律與其他內國規範應為符合國際法之解釋」原則，努力避免國際法與內國法之衝突。當然，如果牴觸與衝突無可避免，則站在內國法的角度，必然只能得出內國法優先的結論，相對的，國際法院則自然以適用國際法

---

<sup>243</sup> 昔日南斯拉夫、盧安達內戰後之刑事法院，以及後來的國際刑事法院規章，即屬此典型但少見的，藉由國際法上之制裁機制，直接建構個人的必要行為義務；dazu Herdegen, ebenda, § 22 Rn. 2f.。

<sup>244</sup> BVerfGE 141, 1 (36f.).

規範為主，兩者涇渭分明。瑞士聯邦法院曾在個案上，認為雖然牴觸內國法上之權限規定，但仍肯定國家所締結之條約的優先效力，而以法院直接適用國際法上之條約收場<sup>245</sup>。

## 二、國際法於內國法之適用

一般所稱之「國際法之內國適用」(*innerstaatliche Geltung von Völkerrecht*)，係指國際法規則於內國法秩序中的適用性，亦即「國家機關之執行國際法」，如同其執行內國法一般<sup>246</sup>。國際法上之條約，如依據批准同意之法律，得以具備內國之適用效力，換言之，條約內容即有內國之適用性。此時，如果無法進一步的立法措施，內容明確的條約，即可直接為內國機關與法院所適用，則稱之為「直接適用性」(*unmittelbare Anwendbarkeit*)，以美國法的概念來說：所謂的自動執行(*self-executing*)。常見的具此直接適用性之明確規範，諸如營業自由、引渡或雙重課稅<sup>247</sup>。

相對的，如果國際法上之條約，需要內國措施進一步的具體化，諸如單純的努力義務、某種善意或支持促進條款等，則不具備此直接適用性，截然不同。當然，即便是所謂自動執行之國際法規範，個人亦未必具有主觀公權利，未必能直接向行政機關與法院據以主張貫徹，如果肯定之，則學理上又稱為「狹義的直接適用性」。是否為狹義，得否成立個人權利，端視條約等國際法規範的解釋。在德國實務上曾以為，一將受引渡之人，不得主張「條約未約定有互惠義務」而拒絕<sup>248</sup>。

---

<sup>245</sup> EuGRZ 1995, 309 – Schweizerisch-Österreichisches Abkommen zum Niederlassungsrecht.

<sup>246</sup> Herdegen, *Völkerrecht*, § 22 Rn. 5.

<sup>247</sup> Ebenda.

<sup>248</sup> BGHSt 30, 55, 62ff.

談及國際法於內國之適用，當然不限於國際法規範之執行，一般而言，內國機關對於內國法律與其他規範，做合乎國際法規定之解釋，也當屬所謂國際法之適用，並非只限於直接適用與執行。

### 三、內國之適用基礎與適用位階

從國家的角度來看，國際法要拘束國家機關與個人，必須本於所謂「國家法之命令」，不論此命令是來自憲法、法律或習慣法。例如在英國，一般國際法規則，依其習慣法與一般法律原則，即有其效力，得以作為英國法的一部分，所謂「國家間之法律（萬國法）整體就是英國法律的一部分」（*The law of the nations in full extent is part of the law of England*）<sup>249</sup>。在德國，依據基本法第 25 條第 1 句規定，國際法之一般規則，作為聯邦法的一部分，具有廣泛之適用誠命，相對的，如為國際法上之條約，則必須本於德國之批准行為 – 不論以法律或法規命令為之，方有其內國法上之效力，如同德國，不少國家在憲法中直接處理國際法規範之適用位階，如前述之「國際法一般規則優先於聯邦法律」，而條約則必須端視各該批准行為形式的位階，而在法國、荷蘭或美國，經國會批准的條約，位階同在法律之上，也有國家的憲法將特定的條約，視之為與憲法位階相同之實質憲法規範。在一些中南美洲國家，於解釋憲法時，必須一併考量人權公約與條約，類似如瑞士聯邦憲法（第 194 條第 2 項），直接視強行國際習慣法，為修憲之界限，等同於實質之憲法規範<sup>250</sup>。

### 四、國際法之內國適用類型

國際法規範於內國法秩序之適用，有其不同的類型形式：依據轉換說

---

<sup>249</sup> Lord Mansfield in *Triquet v. Bath* (1746) 3 Burr. 1478.

<sup>250</sup> Herdegen, *Völkerrecht*, § 22 Rn. 6.

(*Transformationslehre*)，國際法具有內國之適用，必須本於一內國的適用指令，例如對於國際法上條約之批准法律，「將之轉換為內國法」，才能做為內國法而適用。相對的，執行說 (*Vollzugslehre*) 認為，無須所謂轉換為內國法，內國適用指令之真正效果，只是讓國家機關有適用國際法之義務，換言之，國際法規範並未因之而被轉換為內國法，其作為國際法規範之性質未變。以德國為例，德國聯邦憲法法院漸次告別昔日之看法，慢慢趨近於多數學說主張之執行說<sup>251</sup>。

然而，學說之爭固有其意義，但實則影響不大，兩者經常通往相同的結果：幾乎所有人都認為，國際法上之條約公約，應由國家機關，依據國際法規則來加以解釋，而只要其國際法層次上之拘束繼續，則內國法層次上就應繼續適用。相對於學說之爭在歐陸法體系國家較受到關注，在英法國家，如英國美國，如同前述，國際法主要作為內國法的一部分，本於習慣法規則，具有其直接拘束力，當然，不包括國際法上之條約，條約需要特別的適用基礎，例如英國之所謂平行立法 (*Parallelgesetzgebung*)，條約之內容得以適用，仍需一特別之立法行為才行，與國際法一般規則不同<sup>252</sup>。

## 第二節 另類角度：雇主之企業責任

在前一章探討移工人權之保障前提，比較傾向於學界所謂「國際人權哲學觀」之問題後，讓吾人從雲端躍下，進入在全球場域之移工人權脈絡下，實證化的一些討論與成果。向來，國內也不例外，多聚焦於移工人權之保障內容，亦即多從「移工之權利」出發，本章第二節開始，亦將試圖

---

<sup>251</sup> BVerfGE 90, 286, 364; Herdegen, *Völkerrecht*, § 22 Rn. 7.

<sup>252</sup> Herdegen, *Völkerrecht*, § 22 Rn. 7.

依循此通常路徑，當然，由於國內相關研究與論述早已汗牛充棟，實在無需本研究再狗尾續貂，是以，將採取較不同之方式，不以相關移工人權公約之文本內容，進行直接的介紹，而是選擇產業移工之特殊性。而在此之前，亦即此處之第一節，與一般探討移工人權的詮釋角度不同，將先從企業端之義務與責任出發，也就是一個「保障移工人權之義務主體」的角度，重在防止來自僱主端之侵害。

關於移工權利之保障，自始便多見來自於國際、全球場域之關懷。從僱主端義務與責任的觀點來說，「企業社會責任」、「企業與人權」則屬常見貫穿之主軸。當代法律之發展趨勢，「權利」雖依然作為論述之焦點，但本於相互關係，事實上，「義務」，特別是義務違反進而形成之責任，往往才是真正爭點所在。道理很簡單：「權利」未必確有主觀面向，不見得能夠作為主觀公權利而能在法律體系內得到貫徹，所謂的客觀權利、權利的客觀面向、權利之形成國家保護義務等，就是類似之例。但義務與責任則不同：只有論及此，則必然進入直接貫徹與實現的層次。理論上，必須先有義務，只要確立義務的違反，則自然有責任可言，不論來自於民事、刑事或行政（秩序）不法之情形，而有民事、刑事或行政責任之成立。由此角度來說，暫且跳過「權利」，先就「義務與責任」，往往有其實益。限於篇幅，本節除簡單爬梳在國際、全球場域上，探討企業之人權保障義務的發展軌跡外——雖非直接針對移工，但企業之僱用保護需求顯然特別高之外籍移工，常為典型適用之例，將以近年來備受關注之聯合國 2011 年通過之《聯合國企業與人權指導原則》（*United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, UNGPs*），包括其前身之 2008 年、《聯合國保護、尊重與救濟架構》（*United Nations Protect, Respect and Remedy Framework*），作為論述之焦點，並從中篩檢出：當代討論移工人權之保障時，從國際人權角度出發，不可不面對之實證法成果，這在聚焦於移工輸入國之移工人權的保障上，具有非常重大的意涵，換個角度說，如果忽略此發展軌跡，則單單述

及「國際移工人權公約內容如何如何」，恐失去其現實意義，只是單純學理之比較，忽視整體國際、全球社會之實踐趨勢。

## 一、發展背景與過程

有關企業對於人權應負責任之討論，大致上始自 1990 年代，亦即跨國經濟大幅增長的快速發展，私人企業，不再是國家，成為全球經濟的主角，在此，人權問題逐漸浮現，特別是全球供應鏈下產業／生產外移 (*off-shore production*) 發展所產生之惡劣勞動條件的現象，換言之：跨國企業主導全球供應鏈下之血汗工廠。在全球輿論的諸多報導下，聯合國也開始關注此議題。當然，雖然最早的聯合國 1948 年人權宣言，並未將企業視為重要的規範客體，當代的企業亦遠非戰後初期所能想像，但隨著經濟國際化與跨國企業的興起，並非毫無有關「企業侵害人權」之關注與努力；例如 OECD 組織早在 1976 年即制定有所謂多國籍企業指導綱領 (*Guidelines for Multinational Enterprises*)，或如 90 年代與血汗工廠事件與運動息息相關，由美國公平勞動協會 (*Fair Labor Association*) 於 1999 年所推動之改善工廠勞動條件，乃至約莫同時發展之 SA 8000<sup>253</sup>，以及 2000 年所頒行、針對企業集團之安全與人權自願性原則 (*The Voluntary Principles on Security and*

---

<sup>253</sup> SA 8000 全名為 Social Accountability 8000，係一國際性「社會責任」驗證標準，適用於各種行業及規模之公司。SA 8000 於 1997 年 8 月由 CEPAA (Council on Economic Priorities Accreditation Agency) 依據「國際勞工組織公約」、「世界人權宣言」及「聯合國兒童權利公約」內容而發展制定。CEPAA 為 CEP (Council on Economic Priorities) 的分支機構，CEP 主要任務乃評估企業的社會責任表現，提供給消費者及投資者。CEPAA 負責 SA 8000 國際標準的制定及認可委員會，其標準內容與 ISO 9000 或 ISO 14000 有相同的驗證體系。實施 SA 8000 是企業重視社會責任、推動社會責任、落實社會責任管理的最佳保證。SA 8000 宗旨包括：改善全球作業環境、勞動條件，提供世界性標準給各個行業及國家，與世界各地人權及勞工組織合作，提供誘因使企業與消費者達到雙贏境界，提供企業管理體系整體改善的機制。當代由國際標準化組織 (ISO) 所推動之 ISO 26000 — 社會責任 (Social Responsibility)，亦屬相同之發展軌跡。



Human Rights) 等，均為適例。在聯合國的層次上，亦非毫無努力痕跡：事實上，聯合國跨國企業委員會 (UN Commission on Transnational Corporations)，早自其 1973 年設立起，即不斷思索建置適用於跨國企業之行為準則 (code of conduct)，其中當然包括侵害人權之可能行為與樣態，然而，經過多次的草案與協商，此項行動在 1994 年正式宣告失敗<sup>254</sup>。在企業社會責任的主軸上，國際、全球層次的努力所在多有，例如以下的幾大系統，即為顯例，但不論如何，直接聚焦於「企業侵害人權」、「企業與人權」之議題，並非這幾大系統的核心內涵，應可確定<sup>255</sup>：

- 中心價值觀：聯合國全球盟約 (The UN Global Compact)、責任投資原則 (Principles for Responsible Investment)、赤道原則 (Equator Principles)；
- 評等系統領域：道瓊永續性指數 (DJSI)、富時永續性指數 (FTSE4Good)；
- 資訊揭露實務綱領：全球永續性報告第三代綱領 (GRI G3 Guidelines)、AA1000 報告書保證標準 (AA1000 Assurance Standard)；
- 企業社會責任實務指引：OECD 多國籍企業指導綱領 (The OECD Guidelines for Multinational Enterprises)、ISO26000 綱領。

就「企業侵害人權」這個脈絡而言，事實上，早在二次大戰後，即有類似國際貿易秩序中的勞動保護痕跡，例如 1954 年以公平勞動條件為名的國際原料公約，1968 年進一步關於糖、1975 年關於可可亞等之貿易公約中，都有關於公平勞動條件之條款，接下來逐漸走向另外一個路徑：直接在國際貿易關係秩序中，安排相關的保護條款，特別是針對勞動人權的部份。一個某個程度作為典範的國際貿易社會條款安排，得以 1994 年北美自

---

<sup>254</sup> Kenan Institute for Ethics, *The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Analysis and Implementation*, 2012, p. 4.

<sup>255</sup> 吳慧玲，淺談我國企業社會責任相關規範及推動情形，證券暨期貨月刊，第 29 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 7。

由貿易協定（NAFTA）中的附加議定書，所謂《北美勞動合作協定》（North American Agreement on Labor Cooperation, NAALC）為例。這裡先需要一些概念上的澄清與分析，因為在相關之脈絡與領域中，常有不同之用語及概念。一般而言，常見的相關概念如下：

- 社會標準（*Sozialstandards*）：關於形成勞動契約（包括工資、工時、社會保險等）與勞工權利之最低標準。
- 勞工權利（*Arbeiterrechte*）：關於勞動生活中之重要而核心的權利，一般包括團結權／同盟自由權、集體協商權、禁止強制勞動、禁止童工、就業與職業中的歧視禁止等。
- 社會條款（*Sozialklauseln*）：在雙邊或多邊貿易協定（*Handelsvereinbarungen*）中，有關前述社會標準之部分條款，經常包括於國際層次上貫徹勞工權利之機制<sup>256</sup>。

前述的 NAALC，就是被認為典型的國際貿易社會條款、或稱：藍色條款的範例，換言之，可以將之理解為「於國際貿易協定中納入社會標準以規範暨保障勞工權利」；其中重要內容包括：轉化與形成內國的勞動法令（第 3 條），建立解決國家間衝突爭端的公平與透明之機制（第 5 條），同時，在該附加協定所標榜之「會員國落實與改善勞動權利」目標下（第 1 條 f 與第 2 條），最為重要的，當然是當發生內國勞動法規範或執行缺失時，協定明文在進一步擴大合作措施與溝通平台的同時（第 1 條 d 與 e），應採取並發動從課予罰鍰到貿易制裁等程度不一的手段。作為得提起救濟與貫徹的手段，北美勞動合作協定開啟了國際貿易有關勞工權利領域的新頁，雖然並非沒有批評，例如仍然以內國衝突解決途徑優先，意即不動搖內國司法的審判權，是以協定所定機制不能作為內國法院之上訴審等，形同一定程度即便產生相當的疑慮，但仍保留各國以「應尊重該國司法裁判」為

---

<sup>256</sup> Greven, T.: Das Norfamerikanische Arbeitsabkommen (NAALC), in: Scherrer/Greven/Frank, Sozialklauseln. Arbeiterrechte im Welthandel, Münster 1998, S. 12.

由的抗拒<sup>257</sup>。

在 NAALC 對於北美自由貿易協定下的勞動保護，區分不同的勞動實體事項，採取不同的程序性設計，例如最受重視的，就是保護強度最高，最嚴重可以通往違反者可能喪失貿易優惠待遇，例如童工保護、最低勞動標準與健康保護，因為直接涉及人性尊嚴，對此，亦設有特別的爭端解決機制<sup>258</sup>。相對的，有關勞工團結權、工會組織與集體協商權的部分，甚至包括罷工權的部分，協定採取的則是程度最輕的設計，原則上僅需各國勞動部關於 NAALC 的行政辦公室（NAO, *National Administrative Office, Büros in den nationalen Arbeitsministerien der USA, Kanadas und Mexikos zur Verwaltung des Nebenabkommens für Arbeit, NAALC*）處理即可，必要時，而且非強制性的，才需召開部長諮詢會議，換言之，以一較為鬆散而初步的處理程序，即認已足，顯然與美加墨三國，相較於截然不同的歐洲國家，關於勞工集體組織之相對較為羸弱，或說：企業較為強硬，政府態度較不強調勞工集體權利，一個新自由主義經濟政策下對於勞工集體行動較有敵意有關。其他的勞動事項，例如禁止強制勞動，禁止歧視，性別同工同酬，職業災害與職業病的補償，以及外籍/移民勞工之特殊保護，協定則傾向中間模式的程序設計，進一步包括組織專家評估委員會（*Evaluation Committee of Experts, ECE*），同時要求各國勞動部必須對專家委員會所提出的報告，舉行諮詢會議，易言之，直接因應與處理，介於前述兩種類型的勞動事項之間，同樣顯現三國關於該等事項的態度與立場。

從政治經濟學的角度分析，「國際貿易社會條款無法帶來太多勞動市場上的正面影響」，幾乎是觀察者常見的共識。事實上，社會條款的存在本身，

---

<sup>257</sup> Ebenda, S. 212.

<sup>258</sup> von Campenhausen, A. F., *Sozialklauseln im internationalen Handel. Eine entwicklungsvölkerrechtliche Untersuchung insbesondere über Sozialklauseln im internationalen Handelsverkehr und ihre praktische Handhabung*, Berlin 2005, S. 91.

就經常受到特別是經濟實力較弱之貿易夥伴的反對與質疑，所謂的貿易保護主義觀點。當然，特別是工業進步國家的工會組織與非政府組織，經常努力推動國際貿易秩序中的社會條款，例如 1994 年由國際自由工聯 (ITUC) 所提出之建議，但目的仍在於改善後進國家之勞工待遇，而非以直接的貿易制裁作為手段，這份建議即提及：「依照過去關貿總協 (GATT) 之規則，世界貿易組織會員國，只有在其他國家嚴重且持續地侵害勞工權利，同時拒絕改善時，方得施予貿易制裁」，但亦非主張「強制貿易制裁」，而是仍保留裁量空間，易言之，並非絕對為之<sup>259</sup>。相對的，來自於第三世界陣營之國家或觀察者，則經常抱持反對社會條款之立場，例如以吉隆坡作為根據地之第三世界連線 (Third World Network) 之 Martin Khor，即嚴厲批評到：「嘗試將勞動標準與勞工權利作為世界貿易組織的議題，明顯無關於第三世界國家勞工的福祉，無疑來自保護主義的企圖，只是想防堵就業與工作從北半球被移往南半球而已」<sup>260</sup>，1995 年 10 月的孟加拉宣言 (Bangalore-Erklärung)，同年有超過 50 個非結盟運動組織 (Non-Alignment Movement) 所屬的第三世界國家勞動部長，更於印度新德里發表聯合公報，嚴拒出自貿易保護主義的國際貿易社會條款，1996 年 5 月於南非約翰尼斯堡舉行之聯合國貿易與發展會議 (UN-Konferenz für Handel und Entwicklung)，同樣彰顯南半球國家的堅決反對立場，非政府組織代表甚至極力阻止將社會條款納入會議議程<sup>261</sup>，可見問題之複雜性。

正因為「國際貿易關係下的勞動市場安排」，遭逢一定的阻力，特別是來自於貿易保護主義的指控，是以各界重拾「在國際人權法層次建構新機制」之呼聲與行動。除此之外，「單純由國家作為行動主角」，亦即侷限於

---

<sup>259</sup> Knirsch, J., AG 9: Sozialstandards und Sozialklauseln im Fairen Handel mit Agrarprodukte, in: Forum entwicklungspolitischer Aktionsgruppen, 202/203, 1996, S. 18f.; Braßel, F. & Windfuhr, M., Welthandel und Menschenrechte, Bonn 1995, S. 81.

<sup>260</sup> Greven, T. & Scherrer, C., Die soziale Flankierung des Weltmarkts- Eine Einführung, in: Scherrer/Greven/Frank, Sozialklauseln. Arbeiterrechte im Welthandel, Münster 1998, S. 22.

<sup>261</sup> Ebenda, S. 24f.

政府之義務與責任主體的分工，也招致一些批評，特別是在沒有私部門行動者參與形成與執行的情況下，不論有效性或適當性，皆不盡理想，是以連結至另一個重要的國際發展：所謂「全球治理」(Global Governance)，試圖全面性的解決諸多各內國、乃至於國際與全球層次發生的問題，包括和平、軍備、貧窮、發展、環境，以及相當重要的人權議題，例如在「企業、經濟與人權」的這個脈絡下。所謂全球治理，不論此概念作為分析上的運用、規範上的目標計畫與政治改革路線，或是用以協助政治決定能夠更有效地貫徹之助力，都有一共通的主軸：在垂直的、由上而下的調控外，加入扁平層次的程序，進而在此範圍內，由多個管制層次共同作用，改變傳統單純由國家、公部門主導，單一方向的管制路徑與層次。

全球治理這個概念使自聯合國1991年設置的同名委員會，其目標在於：「對於從冷戰過渡到21世紀的今日，世界共同體應該形成的共同想像與路徑」，換言之，全球治理的核心意涵，就是要在所有的行動層次上，尋求新的政治形式，重組新的政治結構<sup>262</sup>。在理論與實踐的雙重考察下，以聯合國作為觀察對象，吾人可看到在「聯合國與全球治理」這組概念中，不同面向之想像<sup>263</sup>：

表 4：聯合國與全球治理

	聯合國作為全球治理的行動者	聯合國之內的新治理形式
多元行動者	聯合國作為全球治理結構中的許多行動者之一	聯合國開放私行動者加入（非政府組織與企業）
水平之調控	協商體系或網絡：聯合國作為許多行動者之一	除由上而下的垂直外，加入水平之網絡模式

<sup>262</sup> Brühl, T. & Rosert, E., Die UNO und Global Governance, Wiesbaden 2014, S. 49f.

<sup>263</sup> Ebenda, S. 53.

多層級政治	開始介入各國內部之問題； 跨國性質之問題	開始介入各國內部之問題； 跨國性質之問題
-------	-------------------------	-------------------------

吾人可以看到，在多層級政治 (*Mehrebenenpolitik*) 的發展趨勢下<sup>264</sup> — 在國家內部的、跨國的、國際的、全球的等不同層級，發展出不同的調控模組，包括垂直與水平的，互為選擇或甚至替換運用，同時在規範制定與形成、甚至執行與實踐上，加入非國家的私行動者，亦即在「多元行動者」 (*Akteurpluralität*) 的新興結構下，共同形成整體新的全球治理結構。如此之「全球治理」的發展背景相當重要，也是理解接下來所要觀察之企業與人權指導原則形成的重要條件。回到前述 90 年代中期試圖進一步形成規範框架的失敗，10 年光景，2003/2004 年，聯合國人權委員會一附屬委員會針對跨國企業應行遵守的行為準則，提出《跨國企業暨其他企業有關人權之責任規範草案》 (*Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*)，是聯合國較早的一個嘗試，主要目的在於使國際人權法得以直接拘束企業，創設其相關義務，與國家同受相同範圍之人權拘束，亦即該草案中所言之「促進、確保其履行、尊重、確保其尊重暨保護人權」，雖然說，仍舊依循

<sup>264</sup> 觀察學者所提出之新政治形式的內涵，其實有兩項共通點：作為基礎之社會保障 — 包括勞動保護、社會福利安全體系、基本權（特別是政治自由權），不應受到全球化之影響；另一方面，相較於昔日國際化年代，全球化所帶來之新的挑戰，相當程度的加深了地域層次的參與必要性 — 學理上所稱之「全球在地化」 (*Glokalisierung*)，但此並非意味著以上層級之參與並不重要，Jürgen Habermas 所提及之「全球性的市民社會」，毋寧是一相當重要的線索：全球化帶來國民國家調控與決定能力的削弱，但卻同時催生國民國家以上（區域、國際、全球）、以下（地域、地方、企業、廠場）的參與重要性，此即政治學理上所稱之「多層級」 (*Mehrebenen*) 的政治決定機制。全球化既帶來傳統「政治-國民國家」空間關係的破壞，私人及市場的力量相當程度的抽離國民國家的主權範圍，則政治的場域指涉勢必重組，必須相應於全球化力量的走向，分布於不同的層級，展現集體性決定的管制能力，這應為面對全球化挑戰的正確方式。有關多層級決定機制的理論與現實，請參 Brand, U.: *Global Governance. Alternative zur neoliberalen Globalisierung*, Münster 2000, S. 89。

向來之國際法秩序規範體系，由國家負擔「第一層義務」，而由非國家之企業負擔「第二層義務」，同時進一步容許該企業之義務得藉由所謂「影響領域」( *spheres of influence* ) 而履行之<sup>265</sup>。

當然，面對如此之草案，各界反映不一：企業界堅決反對，包括企業之國際組織、國際商會 ( *International Chamber of Commerce, ICC* )，直指該規範草案「只有破壞性，企圖將政府所應負擔的責任與功能，轉嫁至企業身上」<sup>266</sup>。相對的，諸如國際特赦組織 ( *Amnesty International, AI* ) 等人權團體則大表歡迎；聯合國人權委員會最終並未採納此草案，但要求聯合國秘書長指派特別代表，研究並澄清，在商業貿易與人權領域內，國家、包括跨國企業在內之企業暨其他社會行動者究竟應負擔何等之角色與責任，同時避免利害關係人之衝突與僵局<sup>267</sup>。2005 年，聯合國秘書長安南 ( *Kofi Annan* ) 指派美國哈佛大學甘迺迪學院教授 John Ruggie 為該特別代表，並持續至繼任的秘書長潘基文 ( *Ban Ki-Moon* ) 任內。2006 年，該委員會經聯合國人權會議 ( *United Nations Human Rights Council, UNHRC* ) 所取代，前開特別代表則須每年向該會議提交報告，同時出席聯合國大會備詢<sup>268</sup>。

特別代表 Ruggie 教授之工作，大致上分為三個階段：第一個階段，自

---

<sup>265</sup> Ruggie, J., Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy“ Framework, U.N. Human Rights Council, 21 March 2011, p. 3.

<sup>266</sup> Joint views of ICC and the IOE on the draft “Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights” submitted to Members of the United Nations Commission on Human Rights, 24. November 2003.

<sup>267</sup> Kenan Institute for Ethics, The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Analysis and Implementation, 2012, p. 5.

<sup>268</sup> Ruggie, J., Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, p. 3.

2005 年開始，聚焦於「現行人權標準與實踐的研究與釐清」，由於相關利害關係團體，特別是企業，對於企業領域所生之人權問題不是所知無幾，就是看法差異頗大，是以必須廣泛且體系性的研究相關人權內容，例如：描繪並類型化企業所造成之人權侵害行為，從國際人權法暨國際刑事法中找尋相關人權標準，整理國家與企業之實務經驗，聯合國條約司針對國家處理企業相關人權侵害之義務，進行歸納，乃至於國家與企業兩方面就投資協定、公司法、安全管制等政策所可能產生之影響。此第一階段之研究成果，不僅提交聯合國人權會議，同時也公布周知於世，對於之後所進行之貿易與人權議題的討論，提供相當廣泛與詳盡之事實基礎。第二階段，2007 年，聯合國人權會議延長特別代表的任期 1 年，同時延請其提出具體之建議。特別代表提及，確實有許多公共或私人的途徑與方法，都涉及企業與人權之議題，但似乎無一能達成有效動搖市場現況的結果，原因之一可能在於：相互間並不存在一共通的、具有一致性或得以相互補充的體系<sup>269</sup>。

2008 年 6 月，經過逾 3 年與世界五大洲相關政府、企業暨市民社會等各界的諮詢與磋商，相關議題的研究與整理，特別代表 Ruggie 教授提交報告指出，在國際人權與企業之領域之所以難有累積進展的原因之一，在於針對如何滿足相關行動者之期望，缺乏一官方正式的、核心且聚焦的架構，這個架構必須能釐清相關行動者所應負之責任，同時提供永續性之構思與行動所需的基礎。是以，在同份報告中，Ruggie 教授正式提交所謂的《保護、尊重與救濟架構》（"Protect, Respect and Remedy" Framework），該架構包含下列三大支柱<sup>270</sup>：

- 國家透過適當之政策、管制與司法救濟，保護人權免受第三人侵害之義務，該第三人包括企業；

---

<sup>269</sup> Ebenda, p. 3-4.

<sup>270</sup> Ebenda, p. 4.



- 企業尊重人權之義務，包括採取適當之努力以避免對人權造成侵害，同時處理所生之不利影響；
- 人權被害人得以進行有效之包括司法與非司法的救濟。

聯合國人權會議一致地通過該架構（決議 8/7）<sup>271</sup>，這是聯合國歷史上就此議題，首次由該跨政府機制明確決定採取實質性的政策路線，而此架構亦得到包括各國政府、企業暨其聯合組織、市民社會與工會<sup>272</sup>、國家人權機構，甚至是投資人的支持與接受，同時，某些國際上的多邊組織，例如國際標準化組織（*International Organisation of Standardization, IOS*）、OECD，亦將之納入其發展企業與人權議題的工作中，而其他聯合國的特別程序亦有相互援引之例。此外，數量龐大的來自作為利害關係人之利益團體的諮商與意見，亦屬架構廣為接受的重要原因，直至 2011 年 1 月，總共

---

<sup>271</sup> 在作成該次 8/7 決議的程序之前，共有澳洲、加拿大、歐盟、挪威、瑞典、英國等國家，直接提交該國政府關於落實企業社會責任、人權策略與行動計畫等之主張與聲明，在國家人權機構方面，則有國家保護與提昇人權機構之國際協調委員會、國家人權機構亞洲太平洋論壇、馬來西亞國人權委員會、南非人權委員會等提出其主張，在非政府組織部分，則有 Amazon Watch、國際特赦組織、國際特赦組織英國分會、美國康乃爾大學 Avon 婦女與司法正義全球中心、英國緬甸行動、柬埔寨人權中心、英國企業責任協會、歐洲企業正義協會、全球報導行動、澳洲人權法資源中心、人權與企業研究所、OECD Watch、澳洲 Oxfam、南非進步憲法/公眾/人權與國際法研究所、英國 Tourism Concern 等，企業組織方面則包括哥倫比亞雇主協會、Barclay Group、Varrick 黃金公司、Chevron、Eni 永續與人權、Cerrejón、ExxonMobil、GE、Goldcorp、KLM、Nestlé、Phillips、Royal Dutch Shell、TNT、UN Global Impact 等，其他則有全球網路行動、國際商業領袖論壇、Domini 社會投資、Interfaith 企業責任中心、歐洲投資銀行、國際標準化組織、聯合國國際貿易法委員會、UNICEF、人權法資源中心、國際法曹協會等組織，各自提出其不同的呼籲與遊說；參見：Special Representative of the United Nations Secretary-General for business & human rights, Applications, 2011, p. 4-15。

<sup>272</sup> 例如國際自由工聯（ITUC）在有關加入與組織工會之團結權，以及集體協商之部分，即力主跨國企業及其他企業應遵守指導原則之教示，而國家自然應負起監督與執行保護、救濟之義務與責任；請參見 ITUC, The UN Guiding Principles on Business and Human Rights and the Human Rights of workers to form or join trade unions and to bargain collectively, 11.22.2012, [http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/12-11-22\\_ituc-industriall-ccc-uni\\_paper\\_on\\_due\\_diligence\\_and\\_foa.pdf](http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/12-11-22_ituc-industriall-ccc-uni_paper_on_due_diligence_and_foa.pdf)。

於世界五大洲舉行 47 場國際諮詢會議，特別代表及其團隊造訪超過 20 個國家，聽取許多企業團體與地方人士之建議，均屬明證<sup>273</sup>。

同時，2010 年 6 月的聯合國人權會議中，決議延長特別代表之任期至 2011 年，重點工作為規劃此架構的進一步運作與深化，並且提供實施上的具體建議，會議並決定，該等建議應以「指導原則」( *Guiding Principles* ) 之形式提交，做為最終報告的附件，會議同時指派五大洲各一國家作為協力單位，包括挪威、阿根廷、印度、奈及利亞與俄羅斯，並以挪威作為首席協力國家，此即第三階段。2011 年 6 月，特別代表提出實施該架構之指導原則，即所謂《聯合國企業與人權指導原則：有關「聯合國保護、尊重與救濟架構」之實施》( *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations' "Protect, Respect and Remedy" Framework* )，同時具體建議人權會議應研擬在其任期結束之後，接下來有關實施企業與人權相關架構之時程及步驟<sup>274</sup>。

這份聯合國架構與指導原則，得到相關利害關係團體暨當事人的支持與接受：例如從 2010 年 11 月 22 日架構內容發予聯合國所有會員國後，直至 2011 年 1 月 31 日的公眾線上意見反應平台終了日止，特別代表共收到超過百份的書面修正建議，包括來自於國家政府的正式意見，當月亦舉行由相關專家、利益團體代表、聯合國人權會議代表共同參與之諮詢會議，許多的意見與看法均經納入最後的指導原則內容中，也是受到普遍支持的重要因素。在指導原則公布後，一些國家的政府已宣布會將架構內容納入其政策評估中，數家跨國企業已承諾將以該架構為本，重新檢討有關人權方面的措施與程序，市民社會公民團體亦多把架構內容放入其分析與評估之架構中，最後，幾個主要的國際組織也參考此指導原則與架構，並進一

---

<sup>273</sup> Ruggie, J., Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, p. 4.

<sup>274</sup> Ebenda, p. 4-5.

步制定相關標準規範，諸如《OECD 多國籍企業指導綱領》( *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* )、ISO 26000、國際金融公司 ( *International Finance Corporation, IFC* ) 之新永續政策 ( *New Sustainability Policy* )、歐洲投資銀行環境與社會手冊 ( *EIB's Environment and Social Handbook* )、歐盟執委會企業社會責任政策等<sup>275</sup>。事實上，某些指導原則中的內容，已付諸實施，至少是實驗性質的實施，例如有關非司法之申訴機制所適用的有效性標準，即早於 5 個不同的國家中，各自選擇在 5 個不同的產業部門內試用。

此外，指導原則中的人權適當督促程序規定，亦實驗於 10 家跨國企業中，同時交由逾 20 個國家、超過 40 個司法管轄區域的公司法專家商討研議，特別是指導原則所處理之，經常見諸於衝突領域的人權侵害行為，透過許多工作坊的舉辦，與具有豐富處理經驗的各國官員討論，更進一步促使最後指導原則的貼近實務，並非紙上談兵。為了進一步宣導與促進實施該指導原則之成效，聯合國人權會議並於 2011 年成立「人權與跨國暨其他企業工作小組」( *Working Group on Human Rights and Transnational Corporations and other Enterprises* )，進行相關工作，該小組再於 2014 年經人權會議延長其存續期間。同年 6 月 26 日，聯合國人權會議決議設置一跨政府的工作小組 ( *Inter-Governmental Working Group, IGWG* )，以研擬制定國際法、特別是國際人權法上具有拘束力的實施工具，促使企業與人權之相關議題能有更多的進展，雖然說，在不同國家間仍引起相當的爭論<sup>276</sup>；該小組在 2015 年 7 月 6-10 日於日內瓦召開第一次集會，往後之成效仍待觀察<sup>277</sup>。

---

<sup>275</sup> Ebenda, p. 4-5.

<sup>276</sup> Resolution HRC 26/9。該決議是由厄瓜多提議，經南非、玻利維亞、古巴與委內瑞拉連署，最後 20 個國家投票贊成，14 國反對，13 國棄權，通過該項決議。

<sup>277</sup> Ruggie, J., Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, p. 5.

最後，從發想到最後的形成過程，指導原則都非意在創設一新的國際法上義務，毋寧說是為了國家與企業，提供一整理現行有效施行之人權標準與保護實踐之參照基礎，亦即將該等整合為單一的、邏輯上沒有矛盾的、廣泛而周延的企業人權版本，進而突顯現有作法之缺失與改進之道，為了達成此目的，指導原則每一條項之後，都有相關的解釋與說明文字，以提供正確的理解。當然，聯合國 192 個會員國，全球超過 8 萬家跨國企業，其 10 倍以上不止的關係企業，乃至於不可勝數的各國本土企業，巨大的差異性，將可能帶來架構與指導原則適用上的疑難與歧異，此當屬無可避免，所謂 *one size does not fit all*，接續之發展自應細為觀察。

對於此架構與指導原則，當然並非毫無疑慮：許多人權團體與非政府組織即擔心，架構與指導原則是否只是另一份新的、沒有拘束力的、僅供參考的行為準則？還是真正有落實之可能？在所謂的「任意還是強制？」（*voluntary-versus-mandatory*）的辯論之餘，特別代表 Ruggie 教授特別強調：沒有哪一顆銀色子彈可以解決企業與人權的挑戰，他也提醒，特別在 2007 年的報告中，重點在於建置企業防治人權侵害的不同路徑與光譜，而且並非「非強制性的方式即不會有效果」，Ruggie 指出，事實上有許多的自願任意性行動都帶有問責課責的機制設計，同時也會有一定的成效，並非毫無作為，再者，將架構與指導原則的內涵，融入現行的、特別是帶有一定執行機制與程序的國際標準，例如 OECD 多國籍企業指導綱領，亦屬可行之道」<sup>278</sup>。該特別代表認為，架構與指導原則既不是要創造新的國際人權法規範，而是要提供政策上的建議，則必然要集思廣益，尋求多重的管道一起建構，以創造最大的效果。有趣的是，在人權團體嚴厲批評其不具強制力的同時，許多跨國企業卻認為，不無有運用此指導原則以規避其他有拘束力之國際法或內國法規範之可能，呈現明確的對比。如同特別代

---

<sup>278</sup> Kenan Institute for Ethics, *The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Analysis and Implementation*, 2012, p. 7.

表 Ruggie 教授在聯合國人權會議提交報告時的最後發言：「我不會幻想說，藉著我的報告，相關規範與指導原則的提出，企業與人權的挑戰就會宣告結束。但聯合國人權會議對於指導原則的支持，將會宣告一個開始的結束」<sup>279</sup>。

在「全球治理與企業社會責任」( *Global Governance & Corporate Social Responsibility* ) — 最明顯者當屬所謂「全球經濟治理」( *Global Economic Governance* )<sup>280</sup>，在此脈絡下觀察，當然，聯合國此指導原則絕非首創，甚至不是內容最為繁複與完整的一項國際文件，雖然說，特別是在 90 年代中期之後的治理、良善治理 ( *Good Governance* )、全球治理的新興發展中，本指導原則到達一顯然較符合時宜的呈現。易言之，談論企業與人權、企業之社會責任的問題，絕非始自指導原則，毋寧說：在漫漫發展過程上，走到了 21 世紀的時點，以聯合國作為主體與平台，在全球治理的範疇與思維基礎中，針對此等議題，發展了該等形式。吾人可以從下表看出此一歷史過程<sup>281</sup>：

表 5：企業社會責任之發展歷程

1950	1955	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2002	2010
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	-	--
企業倫理、企業良心、企業慈善											
商業社會責任、商人社會責任											
企業社會責任 ( CSR )											

<sup>279</sup> Ebenda, p. 8.

<sup>280</sup> Becker, M., John, S. & Schirm, S. A., *Globalisierung und Global Governance*, Paderborn 2007, S. 107.

<sup>281</sup> Rieth, L., *Global Governance und Corporate Social Responsibility. Welchen Einfluss haben der UN Global Compact, die Global Reporting Initiative und die OECD Leitsätze auf das CSR-Engagement deutscher Unternehmen?* Berlin 2009, S. 68.

		企業社會回饋 (Corporate Social Responsiveness)			
			利害關係人模式 (Stakeholder Model)		
			企業社會績效 (Corporate Social Performance)		
			企業社會公正 (Corporate Social Rectitude)		
			永續發展 (Sustainable Development)		
			三基線 (Triple Bottom Line)		
			企業公民 (Corporate Citizenship)		
					企業與人權

由上表可發現，同樣在「企業與人權」—亦即企業潛在地作為侵害人權之主體的脈絡下，從戰後至今，不同時期有著以不同概念表彰之不同行動，殊途而同歸，雖然確實在所著墨之重心、方式、行動者類別上有所差異；聯合國針對「企業與人權」所頒定之指導原則，應屬一長久發展以來，考量過去之正面或負面影響，斟酌當前之情勢，所產生之新興行動形式，

但非絕對新穎之創設。從另一角度亦可觀察該指導原則在歷史發展時間軸上的定位：研究者經常以為，針對企業與人權議題，當前比較重要且普遍受到重視的三項「規範架構」，應屬 OECD 多國籍企業指導綱領 (OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Guidelines)、全球盟約網絡 (Global Compact Network, GCN)、全球報告行動 (Global Reporting Initiative, GRI)，這三個規範框架在諸多方面，有其差異如下表所示<sup>282</sup>：

表 6：企業與人權不同國際規範框架之比較

	類型	成立 / 修正	目標	適用範圍	目標企業	法律定位
OECD 多國籍企業指導綱領	針對國家與企業之國際工具	2000	支持有關人權、社會標準、環保、反貪腐與其他 10 項目標	OECD 會員國暨其他 8 個國家	總公司所在地位於 OECD 會員國境內之企業	無法律上拘束力，但有國家履行義務
全球報告行動	自願性行動	1999	支持有關人權、社會標準、環保、反貪腐與其他目標	無明確定義，以全球為適用範圍	加入本行動並為登記之企業	無法律上拘束力
全球盟約網絡	自願性行動	2000	支持有關人權、社會標準、	無明確定義，以全球為適用	所有接受本盟約之企業	無法律上拘束力

<sup>282</sup> Ebenda, S. 97.

			環保、反 貪腐	範圍		
--	--	--	------------	----	--	--

由這三項針對企業與人權之重要國際框架規範與行動，各自在不同之事項－諸如拘束對象、拘束力、適用範圍、目標等，有著不同之著墨，是以聯合國企業與人權指導原則，明顯欲針對相關之事項，進一步聚焦於「企業與人權」(相較於這三項文件與行動之擴及如環保、社會標準、反貪腐等其他目標)，在從結構上釐清且區分「國家與企業」的不同角色暨功能的前提下，意圖形成一新的規範框架與架構，以作為邁向 21 世紀之全球化跨國企業時代，在「國際組織、國家、跨國企業、內國企業、其他利害關係人」之主體光譜與繁複組合 (*complex mix*) 下，面對企業與人權問題之新興規範基礎。有了這些前提理解後，以下將簡略介紹架構、指導原則之內容。

## 二、《聯合國保護、尊重與救濟架構》重要內容<sup>283</sup>

### (一) 國家的保護義務 (*The State Duty to Protect*)

架構的第一個支柱是：國家透過適當之政策、管制與司法救濟，保護人權免受第三人侵害之義務，該第三人包括企業。這裡彰顯了整個架構最重要的原則之一：與企業相關之人權侵害的預防與處理，應由國家負擔最初、第一層、也當然是最重要的角色；特別代表在其 2008-2009 的年度報告中，即清楚表明此等國家義務的法律基礎、政策理由與範圍。

雖然國家與企業之互動原本即頻繁，但如談及複雜之企業與人權的議

<sup>283</sup> 相關內容請參見 Howard L. & Smith, R., John Ruggies „The Guiding Principles“. A Legal Guide to „The Guiding Principles“ on Business and Human Rights, Advocates for International Development 2011，以及 United Nations, The UN „Protect, Respect and Remedy“ Framework for Business and Human Rights, September 2010。



題，乃至於有效的處理方法與時程，則根本上缺乏適當的政策與管制機制。從不同的國家之間觀察，有些國家當然比較重視此議題，也呈現較多的努力，但國際上觀之，則不免多有相互間法律與政策方面的落差與不一致，進而對人權被害人、企業與國家本身常滋生明顯的影響，其中又以法律有效難以執行為最。法律與政策上的不相容，經常來自於：依據諸如公司法、安全法令、投資、進出口信用、保險與貿易等制度與規範，直接劃定企業活動之部門與機構，通常各自獨立行事，互不相干，甚至對其國內政府之人權義務與機構一無所知。

在提交聯合國人權會議的報告中，特別代表建議五項優先的領域，以促使國家要求企業尊重人權且預防其對人權之侵害，包括：(a) 努力達成專責貿易，包含維護國家與其他國家締結經濟協定時之權利等事務之不同部會間，政策上的一致性與有效性；(b) 針對國家與企業間之貿易往來，不論國家作為股東、投資人、保證人、繼受人或單純倡議人，努力支持尊重人權；(c) 扶持並協助培養企業於本國暨外國尊重人權之企業文化；(d) 規劃引導企業於涉及衝突區域之革新政策；(e) 審視跨區域性之議題。

## (二) 企業的尊重責任 (*The Corporate Responsibility to Respect*)

所謂企業尊重人權之責任，意指應為適當之努力以避免侵害人權，同時處理已生之侵害。與前述第一個支柱不同的是：這裡使用的概念是「責任」(*Responsibility*)、而非「義務」(*Duty*)，主要是因為當前國際人權法規範，至少一般而言，並非直接拘束企業，企業不直接由之導出義務，雖然相關企業之議題確實會間接反映在各內國法律中。從性質上來說，此架構經理解為「期待企業行為的全球標準」，如同針對企業責任之規範方式，多見諸於實際上之任意性與軟法 (*soft-law*) 之類的工具，此架構亦不例外，只是此時特別由聯合國人權會議承認而已。

企業尊重人權的責任，適用於其本身之企業活動，以及與第三人間的交易關係，例如涵蓋於其價值供應鏈中的貿易夥伴，乃至於其他非國家的行動者暨國家機構。此外，企業履行其責任時，應考量國家與區域不同環境與條件下之任何特殊挑戰，以及這些所可能導致其活動與關係產生之人權影響。

企業影響之範圍，事實上能擴及所有國際上承認之人權光譜，是以，企業尊重人權之責任應適用於所有如此之人權清單，當然，某些人權所遭受之侵害風險可能遠大於其他。官方正式承認之人權清單，可參酌以下的國際法人權文件：聯合國人權宣言，公民與政治權利國際公約，經濟社會與文化權利國際公約，以及國際勞工組織之核心公約<sup>284</sup>。該等國際法人權文件所提出之權利，均為廣受國際間接納並肯定之普世人權與原則，作為人權標準，國際社會的行動者莫不以之為檢驗企業是否尊重人權之準繩。

許多企業經常宣稱：我們當然尊重人權。然而，為了「知悉且展示」(know and show) 確實履行尊重人權之責任，企業需要一所謂的「人權適

---

<sup>284</sup> 邁入全球化的當代，國際勞工組織重新強調所謂「制約國際勞工組織自我認知與行為之四項基本原則」(Vier Grundprinzipien bestimmen Selbstverständnis und Handeln der ILO)，包括：結社自由與集體協商權，排除強制勞動，廢除童工，禁止就業與職業歧視。與此四項基本原則有密切關聯之八個國際勞工公約，即經國際勞工組織併稱為所謂的「核心勞動基準」<sup>284</sup>，包括：1948 年第 87 號結社自由與結社權之保護公約；1949 年第 98 號結社權與集體協商權公約；1930 年第 29 號強制勞動與義務勞動公約；1957 年第 105 號廢除強制勞動公約；1951 年第 100 號兩性同值同酬公約；1958 年第 111 號就業與職業歧視公約；1973 年第 138 號許可就業最低年齡公約；1999 年第 182 號禁止與立即排除最惡劣形式童工公約。1998 年 6 月的第八十六屆國際勞工組織大會，最後決議提出「工作基本原則與權利宣言」，國際勞工組織正式提出以前述八項國際勞工公約所構成之「核心勞動基準」，作為今後該組織所有行動之基本架構與原則。請參見國際勞工組織網站：

(<http://www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/kernarbeitsnormen/index.htm>，最後瀏覽日期：2022 年 3 月 20 日)。

當督促程序」( *human rights due diligence process* )，以知悉、預防與處理有關針對人權之不利影響。結合建置完善之該等程序的實踐經驗，加上人權之特殊性，本架構描述了人權適當督促程序的一些核心內容，亦即以承諾並努力尊重人權之聲明暨支持性政策為基礎，該程序應包括：人權影響評估，跨越重要之企業內部功能與程序以整合對於人權之尊重，並進一步追蹤暨進行通訊。

### (三) 獲得有效的救濟 ( *Access to Effective Remedy* )

即便相關制度得以順暢運行，企業活動所生之對於人權的侵害，仍然難以避免，是以被害人必須能夠尋求救濟與補償，至屬重要。在此，不論作為國家保護人權的義務，或是企業尊重人權的責任，有效的申訴機制都至為關鍵。

作為保護人民免受與企業相關人權侵害之義務的一部分，國家應透過司法、行政、立法或其他適當之方式，採取適當措施，以確保於其土地及/或司法管轄區域內受影響之當事人，得獲取有效之救濟。以目前形勢觀之，針對與企業相關之人權侵害行為，試圖採取司法訴訟的救濟途徑，勢必遭逢相當的法律上與實踐上之障礙而越顯困難，是以同時可觀察到其他非司法機制的誕生，包括在企業內部層次，在國家層次一例如國家人權機構或簽署 OECD 多國籍企業指導綱領下分布於會員國之國家接觸據點( *National Contact Points* )，乃至於在國際層次一例如國際金融公司所設之遵法諮詢監察人 ( *Compliance Advisor Ombudsman* )。

非司法申訴機制，不論是國家或民間所設立，皆應符合架構所要求之正當性、貼近性、預見性、公平性、透明性、相容性。如果是在企業內部，則主要應藉由對話與協商努力，而非由企業本身作為評斷自己行為的仲裁

者。為使非司法之申訴機制更為有效，得以在資訊、學習與專業上有所精進，特別代表 Ruggie 教授亦同時建置一線上資源系統以協助相關當事人，期許更有效的達成架構所列之目標，此即所謂「商業與社會－探索答案」（*Business and Society Exploring Solutions*）的網站<sup>285</sup>。

聚焦於前述之聯合國企業與人權指導原則，所謂保護、尊重與救濟之架構，雖其發想與主要功能作用，係直指跨國企業，指涉者為跨國企業之海內外據點，然後，作為國際場域上追求企業社會責任、企業尊重人權之長久發展軌跡之一，「勞動者」，不論是跨國企業本身，抑或在於其供應鏈網絡、不同端點之協力者所僱用之勞工，自然包括不同國籍，乃至於移工，始終是主要的保護對象，並無疑問。在向來對於產業移工人權之探討上，多聚焦於「實體保障內容」之介紹，較少著墨程序與權利貫徹面向，本節之「另類觀察」，希望提供不同的視野：非常明顯的，相對於「多僅滿足於特定個人與家庭在地需求之社福移工」，集中於生產部門之產業移工，究其市場特性，比較得以輕易地銜接至「企業與人權」之發展主軸上，從不同的角度，同樣努力建構產業移工之保障體系，不論採取的係硬法或軟法手段，都能提供本研究相當值得思索的制度與實踐線索。

### 第三節 聯合國場域之全球移工人權

誠然，談到國際場域關於移工人權之規範建構，自是以聯合國系統為核心，特別是作為聯合國專門機構之國際勞工組織（ILO），特別是透過其公約、建議書等之規範形成的努力。例如於移工之議題上，聯合國於 1990 年通過保護所有移工及其家庭成員權利國際公約，而 ILO 通過第 97 號移民就業公約、第 143 號移民勞工公約內容，而除了公約外亦有第 86 號移

---

<sup>285</sup> <http://www.baseswiki.org>.

民就業、第 151 號移民勞工建議書等。

在國際勞工組織數量甚眾之規範文件中，幾乎無一不與移工、特別是產業移工有關，在一般性的勞工權益保障上，其實國際勞工組織向來抱持著平等對待之態度，雖然說，並非完全沒有例外。就包括移工在內之所有勞工作為適用對象上，觀察其相關規範之形成，吾人可以發現，有逐漸凝聚回國際勞工組織一次大戰後成立初始之宗旨與目的，亦即重新強調所謂「制約國際勞工組織自我認知與行為之四項基本原則」( *Vier Grundprinzipien bestimmen Selbstverständnis und Handeln der ILO* )，包括：

- 結社自由與集體協商權；
- 排除強制勞動；
- 廢除童工；
- 禁止就業與職業歧視<sup>286</sup>。

與此四項基本原則有密切關聯之八個國際勞工公約，即經國際勞工組織併稱為所謂的「核心勞動基準」<sup>287</sup>，包括：

- 1948 年第 87 號結社自由與結社權之保護公約；
- 1949 年第 98 號結社權與集體協商權公約；
- 1930 年第 29 號強制勞動與義務勞動公約；
- 1957 年第 105 號廢除強制勞動公約；
- 1951 年第 100 號兩性同值同酬公約；
- 1958 年第 111 號就業與職業歧視公約；
- 1973 年第 138 號許可就業最低年齡公約；
- 1999 年第 182 號禁止與立即排除最惡劣形式童工公約。

---

<sup>286</sup> 參見國際勞工組織網站

( <http://www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/kernarbeitsnormen/index.htm> )，最後瀏覽日期：2022 年 3 月 28 日)。

<sup>287</sup> 同前註。

前述所謂四個原則、八個核心勞動基準，是近年來在全球場域上，最為人所周知之「全球勞動人權」內涵，「移工」，當在其適用之列，至屬當然。1998年6月的第86屆國際勞工組織大會，最後決議提出「工作基本原則與權利宣言」，國際勞工組織即正式提出以前述八項國際勞工公約所構成之「核心勞動基準」，作為今後該組織所有行動之基本綱領與原則。由於國際勞工組織透過其與會員國之緊密關係，在國際勞工公約上，不斷的促使各國加入批准之行列，遂使特別在「勞動暨社會人權」的國際普遍適用領域上，取得其他人權所難以匹敵的成就，廣受肯定與讚揚<sup>288</sup>。當然，國際社會與國際勞工組織皆心知肚明：批准核心勞動基準並不等於實際上之適用，更毋庸說尚有些國家仍對批准該等公約採取消極抵制的態度，其原因常來自於各國政府或特別是雇主團體之阻力，以及複雜的經濟、制度或文化因素；對此，國際勞工組織提供許多技術方面的協助，包括建置法律框架與研擬具體之推動步驟，以進一步改善內國之職業教育、社會保障或工作安全等狀態<sup>289</sup>。

在1999年的國際勞工大會上，國際勞工組織再提出所謂的「尊嚴勞動綱領」(Decent Work Agenda)，進一步將其任務聚焦於以下四項戰略目標<sup>290</sup>：

- 轉化與實踐核心勞動基準；
- 提供符合人性尊嚴且有足夠所得之就業機會；
- 強化社會安全；
- 強化社會夥伴間之社會對話。

---

<sup>288</sup> 明確的指出這一點者，例如 Christoph Scherrer/Thomas Greven/Volker Frank, *Sozialklauseln*, Münster 1998, S. 262f.。

<sup>289</sup> 參見國際勞工組織網站

(<http://www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/kernarbeitsnormen/index.htm>，最後瀏覽日期：2022年3月28日)。

<sup>290</sup> 同前註。

值得注意的是，這是國際勞工組織首次將就業政策置入其策略核心，不再自限於以往消極性的保護目標，不論是童工、強制勞動、就業與職業歧視、結社自由與協商權等，而是進一步著眼於積極性的創設穩定之就業關係——特別在當代強調所謂彈性安全（*Flexicurity*）之就業時代<sup>291</sup>，方得對抗全球性的貧窮問題。國際勞工組織喊出的目標是：經濟與社會政策之核心思維，便是創造就業（*Schaffung von Beschäftigung ist die Leitidee der Wirtschafts- und Sozialpolitik*）<sup>292</sup>。之後，聯合國經濟社會理事會（ECOSOC）亦正式肯認尊嚴勞動綱領對於對抗貧窮之重大意義；2008年以降，聯合國亦將創造符合人性尊嚴與生產性之勞動，視為聯合國千禧年發展目標之一<sup>293</sup>。

隨著經濟全球化時代的到來，國際勞工組織無可避免的亦須面對其挑戰：自1995年在丹麥哥本哈根舉行之世界社會高峰會以降，「如何更符合社會正義的形成全球化」，已成為國際注目之焦點問題。在世界貿易組織2001年多哈部長會議，開啟世界貿易組織的所謂「發展回合」（*Entwicklungsrunde*）的同時，國際勞工組織理事會亦組成一所謂之「世界全球化社會面向委員會」（*Weltkommission für die soziale Dimension der Globalisierung*），延攬國際知名之產官學代表，當然也包括勞工與雇主雙方陣營人士，共同探討之；2004年，該委員會提出其正式報告「一個公平的全球化」（*Eine faire Globalisierung*），其中不但分析全球化之影響，同時提

---

<sup>291</sup> 例如國際勞工局所出版之專書：Peter Auer and Sandrine Cazes, *Employment stability in an age of flexibility. Evidence from industrialized countries* (Geneva: International Labour Office, 2003), p. 1-11。

<sup>292</sup> 參見國際勞工組織網站

（<http://www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/ziele/index.htm>，最後瀏覽日期：2022年3月28日）。

<sup>293</sup> 同前註。

出如何將之導往利於人民方向之策略，其具體主張包括<sup>294</sup>：

- 著眼於人民、相對於人民之更高程度的透明性要求；
- 符合人性尊嚴的就業；
- 世界經濟之公平規則；
- 內國與國際層次之「良善治理」( *good governance* )；
- 聯合國體制內更高之政治融合與合作。

必須說，在國際勞工組織近年來有關勞工實體保障內容之發展上，「尊嚴與合宜勞動」始終是清楚的焦點，在此指涉下，移工自然也是保護對象。當然，本於移工之特殊性，國際勞工組織也不忘特別針對移工，如果著眼於二次大戰後<sup>295</sup>，即通過幾則重要的公約與建議書，包括：

- 1949年，第97號，移民就業公約( *Migration for Employment Convention* )；
- 1949年，第86號，移民就業建議書( *Migration for Employment Recommendation* )；
- 1975年，第143號，移民濫用限制及平等機會與待遇促進公約( *Migrant Workers Supplementary Provisions Convention* )；
- 1975年，第151號，移民勞工建議書( *Migrant Workers Recommendation* )。

總其大成者，自然是聯合國大會於1990年12月18日所通過、2003年7月1日起方施行之，保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約( *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, ICRMW* )。相對於國際勞工組織早期，例如1949年第97號公約，多著墨於所謂一般情況( *in regular situations* )下之一般勞動條件的保障，諸如應提供適當且免費之協助措施，防止歧視

---

<sup>294</sup> 同前註。

<sup>295</sup> 事實上，成立於1919年的國際勞工組織，很早即關注移工之保障，在二次大戰早有所成，包括：1926年第21號移民者檢查公約( *Inspection of Emigrants Convention* )，1939年第66號移民就業公約( *Migration for Employment Convention* )。



與剝削，平等對待，不因國籍、種族、宗教與性別而在工資與勞動條件上有所差距，組織工會的權利，住宅，社會安全，薪資所得稅，法律救濟保障等<sup>296</sup>。1975 年的第 143 號公約，則針對當時所謂非正規移民（*irregular migration*）問題，亦即對於非法移工之嚴重剝削提供對策，即便違法，就業國仍應維護與保障其基本人權，諸如聯合國與國際勞工組織相關公約中所標榜之，於工作位置上應適用之基本原則與權利，如禁止強制勞動等，同時不能因移工為非法，即使其要求前一份工作在薪資給付、社會安全與其他利益上之同等對待，逕遭落空<sup>297</sup>。該號公約更提供移工在就業安全、轉業、失業等各方面之平等待遇，同時更要求會員國，在限定移工一段期間（不得長於 2 年）以後，即得享有工作選擇自由<sup>298</sup>。出現於後之聯合國 1990 年 ICRMW，內容即相當完整。

ICRMW，作為聯合國系統下移工人權保障最完整的國際法文件，以公約之形式出現，直至走筆的時點，簽署、加入與批准之聯合國會員國仍然不多，且幾乎毫無例外地均為移工輸出國，並無移工輸入國之身影。以全球各洲分佈而言為以下之國家：

- 非洲：阿爾及利亞、貝南、布吉納法索、喀麥隆、查德、維德角共和國、葛摩、剛果、埃及、甘比亞、加彭、迦納、幾內亞、幾內亞比索、賴索托、賴比瑞亞、利比亞、馬達加斯加、馬利、茅利塔尼亞、摩洛哥、莫三比克、尼日、奈及利亞、盧安達、聖多美普林西比、塞內加爾、塞席爾、獅子山、多哥、烏干達。
- 美洲與加勒比海地區：阿根廷、貝里斯、玻利維亞、智利、哥倫比亞、厄瓜多、薩爾瓦多、瓜地馬拉、蓋亞那、海地、宏都拉斯、牙買加、墨

---

<sup>296</sup> Inter-Parliamentary Union, Migration, human rights and governance. Handbook for Parliamentarians Nr. 24, 2015, p. 50.

<sup>297</sup> Ibid, p. 50.

<sup>298</sup> 莊國良，國際勞工組織相關外勞公約下的臺灣外勞權益，社區發展季刊，第 123 期，2008 年 9 月，頁 132-133。

西哥、尼加拉瓜、巴拉圭、秘魯、聖文森及格瑞那達、烏拉圭、委內瑞拉。

- 亞洲及太平洋地區：孟加拉、柬埔寨、印尼、斐濟、吉爾吉斯、帛琉、菲律賓、斯里蘭卡、巴基斯坦、東帝汶。
- 歐洲：阿爾巴尼亞、亞美尼亞、亞塞拜然、波士尼亞赫斯哥維納、蒙地內哥羅、塞爾維亞、土耳其。
- 中東：敘利亞。

從 1990 年 12 月 18 日聯合國大會通過時簽署加入之 48 個（當時的聯合國有 192 個會員國，正好是 1/4），至今之 68 個國家，ICRMW 始終得不到移工輸入國、西方工業國家之青睞。德國政府拒絕批准的理由，極為典型：本國早已批准並施行之聯合國公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約，毫無二致的亦適用於所有德國境內之移工，自無再行加入 ICRMW 之必要；再者，可能更為重要的，德國政府認為：ICRMW 之移工定義過於廣泛與不確定，甚而可以包括非法入境居留、從事非法就業者，同時，公約對於此類移工之保障，已遠遠逾越「毫無疑問應予保障之人權範圍」的必要限度，是以，如批准此公約，形同鼓勵非法移工，將使德國政府念茲在茲的「對抗非法移民」（*Bekämpfung der illegalen Migration*）之核心移民法制目標，等同落空<sup>299</sup>。

觀察 ICRMW 之內容，大致上包括移工之公民權、移工之經濟權及社會權、移工家庭成員權利（團聚權）、資訊權、移動過程之權利與保障，乃至於人及時之適用範圍。全公約共 93 條，是聯合國至今為止條文數最多的人權公約，共分 9 章：

- 第 1 章：第 1-6 條，確立公約之適用範圍，包括不分性別、種族、膚色、

---

<sup>299</sup> UN-Wanderarbeiterkonvention, Die deutsche Verweigerung der Ratifizierung, siehe: <https://www.wanderarbeiterkonvention.de/die-deutsche-verweigerung-der-ratifizierung-3118/> (2020/05/01).

語言、宗教、政治或其他信仰、國家、年齡與家庭狀況之所有移工。

- 第 2 章：第 7 條，會員國有無歧視地，遵守公約與保障所有移工人權之義務。值得注意的是，本條強調，「不創設移民者新的權利，目標在於使移工與本地國民享有平等對待與同一勞動條件」。
- 第 3 章：第 8-35 條，分條列舉各項移工之權利。
- 第 4 章：第 35-36 條，規範移工之其他權利，包括進入教育機構、住宅市場、社會保險、健康醫療機構。
- 第 5 章：第 57-63 條，針對特殊類型之移工，包括邊境移動者，季節工，旅行移動及計畫型勞工。
- 第 6 章：第 64-71 條，針對無合法居留許可之非法移工的特別規定，包括防止非法、境內之移動「黑工」，要求應採取措施使當事人得以合法化，使非法移工之勞動與生活條件不較合法居留之外國人更差。
- 第 7 章，第 72-78 條，成立委員會以審查及監督公約之適用。
- 第 8 章，第 79-84 條，一般適用公約之規定。
- 第 9 章，第 85-93 條，附則規定。

以下僅分為幾個類別，介紹 ICRMW 之重要內容<sup>300</sup>。

## 一、所有移工之公民權

在公約的第 2 章，列舉特定之私權、公民權、經濟社會文化之人權，應保障不論合法或違法居留於就業國之移工。事實上，該等權利都已見諸聯合國的核心人權公約之中，ICRMW 並未有特別的創設新的、不同的權利。列舉者包括：

- 自由遷徙權（第 8 條）；
- 返回原籍國之權（第 8 條）；

---

<sup>300</sup> 同前註。

- 生命權（第 9 條）；
- 禁止刑求，禁止殘忍、不人道或羞辱性之處遇或刑罰（第 10 條）；
- 禁止奴役與強制工作（第 11 條）；
- 思想、良心與宗教自由之保障（第 12 條）；
- 於普遍法律之範疇內享有之言論自由（第 13 條）；
- 住宅與秘密通訊之自由（第 14 條）；
- 財產權保障（第 15 條）；
- 自由權與追求安全之權利，包括於逮捕與監禁中之基本權利的保障（第 16 條）；
- 權利能力，保障得使用國家法院暨法治國刑事訴訟程序之權利（第 18 條）；
- 罪刑法定主義（第 19 條）；
- 尋求原籍國領事扶助之權利（第 23 條）；
- 保障其權利能力。

ICRMW 之目的，在於使移工及其他家庭成員得享有人權、部分公民權，更盡量使其得享有國民待遇，而上述大多基本權保障，移工亦受到我國憲法之保護，惟於平等權之部分，因我國憲法第 7 條將權利主體限於我國國民，產生移工是否受我國憲法平等權保障之疑慮，然我國就業歧視法第 5 條第 1 項之反歧視保障，亦缺乏以「國籍」作為歧視原因之依據，僅能退而求其次，以「種族」作為判斷是否歧視之依據，或移工僅能通過入出國及移民法第 62 條之規定，以因國籍受到歧視而向主管機關提出申訴等<sup>301</sup>，顯示移工之平等權保障於我國法制上，仍具待修正之空間。

當然，雖然前揭權利保障都已見諸聯合國的基本人權公約，ICRMW 並

---

<sup>301</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 298。

非新創，但仍然針對移工及其家屬之特殊需求，更進一步地具體化其中特定權利：

- 追求個人安全與自由之權利（第 16 條）；
- 於監禁中與其原籍國取得聯繫之權利（第 16 條第 7 項）；
- 提審權（人身保護令狀），移工於因違反當地國有關外國人法令而遭逮捕安置，等待遣返時，不應與一般監獄受刑人或羈押被告於同處監禁之要求（第 17 條第 3 項）；
- 禁止僅因移工未履行契約上義務，即以之為由遭廢棄居留許可或工作許可（第 20 條）；
- 只能由有權官署簽發或廢棄出境與居留文件（第 21 條）；
- 禁止集體遣返、驅逐出境（第 22 條）；
- 保障免受非法律上之驅逐出境，應以移工當理解之語言告知有關驅逐事宜（第 22 條）；
- 被驅逐出境的事實不得損害移工及其家庭成員按照該國法律所獲的任何權利，包括接受工資及其他應享的權利（第 22 條）；
- 禁止任何因移工為由之勞動法上的歧視（第 25 條）；
- 離開就業國之攜帶所有財產之權利（第 32 條）；
- 有關 ICRMW 所含之權利的資訊權。

此外，公約在第 35 條特別強調，對於未持有必要之合法文件、地位未經確認之移工暨其家屬，不得藉由公約而合法化，或主張取得合法化其地位之權利。公約的基本出發點是：非法居留於就業國之移民，不能因 ICRMW 而取得居留權。

這類針對移工及其家庭成員需求之基本權保障，移工亦大多可自我國憲法、就業服務法、入出國及移民法、提審法等尋求權利保障，惟我國法仍有不足之處，如公約第 22 條第 5 項「已經執行的驅逐判決如其後予以消

除，當事人應有權依法要求賠償，以前的判決不得用來阻止當事人再次進入有關國家」、第 6 項「如被驅逐出境，當事人在離境之前或之後應有合理機會解決任何應得工資和其他應享權利的要求以及任何未決義務」、第 9 項「驅逐出境之事實不得損害移工或其家庭成員按照該國法律所獲的任何權利，包括接受工資及其他應享的權利」等，這些規定皆未見於我國法制中，未來我國若欲採取移工相關政策，應於我國就業服務法、入出國及移民法中修正，以完善移工之權利保護<sup>302</sup>。

## 二、家庭成員之同行

如同 ICRMW 的名稱，公約不僅保障移工本人，也包括其直接家屬的權利，然而，經常引起誤解的：公約並未賦予移工「攜眷權」，此雖曾於草案中出現，但因引起不少國家的激烈反彈，在最終版本中已經看不到蹤影。當然，原先反對之國家陣營，基本上均為移工輸入國、西方工業國家，並未因此妥協而簽署加入公約。在公約第 44 條，僅強調家庭之價值，督促簽署國採取依其裁量之適當措施，使移工得以與其家人團聚，但不論針對原籍國或就業國，公約事實上並沒有特別要求「使合法居留之移工較輕易地與家人團聚」。

我國並未對移工及其家庭完整保障加以規範，而係僅於入出國及移民法中規定個人得居留之要件。若家庭成員欲申請永久居留，依入出國及移民法第 25 條之規定，區分白領階級移工以及藍領階級移工，若為依就業服務法第 46 條第 1 項第 8 款至第 10 款的移工和其家庭成員，居留期間不得計入欲申請永久居留所需之居留期間，使藍領階級移工及其家庭成員無法申請永久居留，對其權利保障不周<sup>303</sup>。

---

<sup>302</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 218。

<sup>303</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託

### 三、資訊權

公約第 33 條賦予移工暨其家屬有關特定事項之資訊權，包括：

- 公約賦予之權利；
- 國家之法令及習慣，以及其他使其等必須於就業國填寫行政與其他文書之問題。

就業國必須以移工當事人得以理解之語言文字，免費提供該等資訊。ICRMW 規範的資訊權，在人權公約史上較為罕見，例如 1967 年的公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約，皆無類似之資訊權的明文。相對的，在 1990 年 ICRMW 通過後，之後的聯合國人權公約，即多有仿效而類似之資訊權設計。

目前於我國實務，係由入出國及移民署製作專門提供給外國人的資訊網站，提供外國人在台灣或進入台灣前能了解相關資訊，但目前我國並沒有專門處理移工資訊權問題的權責機關，有論者認為未來行政院下應增設一委員會協調各部會，並應由中央與地方共同合作以確保移工能獲取期需要的資訊<sup>304</sup>。

### 四、移動過程中之權利與保障

對於合法居留於就業國之移工，公約賦予其得適用於開始工作前之額外的權利。包括：

- 前述之資訊權；

---

研究，頁 252。

<sup>304</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 242。

- 特別攸關經濟之角度，移工個人之存款與財產，免稅、免關稅之帶入就業國，同時包括返鄉時同樣免稅之攜出（第 46 條）。有權將其收入與儲蓄匯回原籍國（第 47 條），特別在於該匯款對移工之家屬的生活至關重要時；
- 特別攸關社會之角度，包括參與原籍國社會與政治生活、政治選舉之權利（第 41 條），以及參與就業國之外國人代表機制並取得該等資訊之權利（第 42 條）。

目前我國就上述權利之規定較為匱乏，對於第 46 條之移工應享有之關稅優惠待遇，我國之關稅優惠待遇係依照入關物之性質而定，並無特別針對移工給予優惠性差別待遇，且我國就第 42 條所提到之移工政治權之規範，我國目前亦缺乏相關規定，應審酌我國政治環境，對此仍有繼續研究之必要<sup>305</sup>。

## 五、家屬之權利

ICRMW 不僅保障移工，同樣也擴及移工之直接家屬，雖然說，如同前述，並不包括攜眷同行之權利。此外，公約賦予移工家屬之權利與保障，前提是該等家屬，依據就業國之法律，必須屬於合法入境居留者，不論是本身擁有居留許可，或依法享有團聚權者，方得為之。只有在此前提下，公約於其第 4 章，方賦予家屬等同於移工本人之相同權利及保障，最重要者為第 43、45 條：前條保障所有合法居留就業國之移工，享有進入教育機構、享有接受在職訓練、轉職訓練、參與文化生活等之權利，後條則延伸至移工之家屬。最後，特別值得一提的：ICRMW 之適用，不能遭解為得以此為依據，反而限制移工暨其家屬，依其他國際人權公約已經享有之權利

---

<sup>305</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 249。



與保障。

然而我國目前並未有針對移工之家庭成員於我國應享有國民待遇進行規範，欠缺公約第 45 條所要求之受教權、受職訓練、社會保健服務之保障及文化生活保障等權利，對移工之家庭成員權益保障仍有不足<sup>306</sup>。

## 六、所有移工之經濟及社會權

公約在其第 2 章，規範有關私人的、公民的、經濟的、社會的、文化的人權，賦予所有之移工，重要的是：不論其係合法或非法之居留於就業國。在此，公約首先肯認了某些之前的聯合國人權公約已經保障所有人均得享有之權利，特別是所謂基本的經濟與社會人權，包括：

- 人性尊嚴與文化認同的保護（第 17、31 條）；
- 進入居留國之社會安全體系的權利（第 27 條）；
- 接受緊急醫療照顧之權利（第 28 條）；
- 所有子女均得進行出生、姓名、國籍之登記（第 29 條）；
- 平等受教育之權利（第 30 條）。

ICRMW 針對某些其他人權公約已賦予之權利，仍進一步針對移工之特殊處境，再做著墨，包括：

- 禁止僅因移工未履行契約上義務，即以之為由遭廢棄居留許可或工作許可（第 20 條）；
- 禁止任何因移工為由之勞動法上的歧視（第 25 條）。

然而，亦在某些保障上，ICRMW 有較聯合國經濟社會文化權利公約微

---

<sup>306</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 253。

差之規範，諸如：

- 有關享有適當之生活水準的權利，ICRMW 雖然明文包括住宅權，但未如經社文公約般，並未涵蓋工作權；
- 相對於經社文公約「任何人有請求對其而言可獲取之最高身體及精神之健康狀態的權利」，ICRMW 僅規範接受緊急醫療照顧之權利，亦即僅限於生命救治、避免無法回復之健康損害而急迫者，範圍顯然有差距。

當然，面對不同人權公約所可能引發之保障落差，ICRMW 第 81 條明定，其他公約所賦予之權利及保障，不因本公約沒有規範或內含較差之保障水準，而受影響。亦即，在解釋上，本公約僅提供移工相關權利保障的最低標準，換言之，即便有未批准加入經社文公約、但加入 ICRMW 的聯合國會員國，亦不得違背牴觸之，相對的，如受前者公約之拘束，則當不因同樣簽署 ICRMW，反而拉低對於移工之保障，至屬當然。

其中於我國法上，移工之經濟與社會權利於我國憲法以及兩公約下大多受到保護，惟仍有少數需要注意之處。如移工對其原籍國文化認同之保護，我國目前缺乏專責機關處理外國人與本國人文化融合之問題，應改正並與地方政府合作共同規動外國人與本國人融合之工作。又於公約 27 條所規定之移工進入社會安全體系之規定，依我國勞工保險條例第 6 條之規定，移工亦得參加勞動保險，惟依照就業服務法第 52 條之規定，藍領階級移工最長工作年限以 12 年為限，故依照勞工保險條例第 58 條不得請領老年年金，僅能請求一次金給付，影響藍領階級勞工於勞保上之權益<sup>307</sup>。顯示我國目前就移工之經濟與社會權利保護，雖法規上符合 ICRMW 之標準，惟於實際上仍具備改進空間，以期更加健全對於移工之權益保障。

---

<sup>307</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 229。

## 七、時之適用範圍

從時間的面向來看，公約提供廣泛地對於移工及其家屬的保障。包括準備移動之期間、出境與過境之期間、於就業國之整體居留及從事有償就業勞動期間、回到原籍國或通常居住國之期間。延伸相當廣的時間範圍之適用，亦可見諸於不同的權利與保障事項上，例如：

- 第 37 條，針對所謂未來的移工，面對未來可能的就業國，有請求提供有關居留、工作許可之規定與方法之資訊權；
- 第 46 條，移工個人之存款與財產，免稅、免關稅之帶入就業國，同時包括返鄉時同樣免稅之攜出。

於我國法上並無區分時間適用範圍而給予移工權益保障，第 37 條公約明文規定移工於入境前應享有資訊請求權，本條規定係將資訊提供義務人除了雇主外，更及於原籍國與就業國，惟我國私立就業服務機構許可及管理辦法對此之規範不周，並未就得請求之主體、請求時間有明文規範，實務上係與輸入國之勞工管理主管機關簽訂協議，由輸入國先行提供資訊，故雖實務運作上符合公約規範，惟仍應修法明訂之<sup>308</sup>。

## 第四節 小結

如同觀察者所言，ICRMW 涉及移工及其家庭成員之醫療、教育、司法、政治選舉、社會福利、保險等事項，也涉及到國際關係、國家主權、國家安全、移民等政策方向，範疇相當廣泛<sup>309</sup>，也當然成為當今分析國際法層

---

<sup>308</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，頁 244。

<sup>309</sup> 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，2014 年 12 月，頁 29。

次上，有關移工權利與保障之核心文件。當然，由於至今為止，簽署加入之國家，幾乎毫無例外地均為移工之輸出國、原籍國，沒有公約所意圖規範之真正且最重要之義務主體：移工輸入國、就業國，使公約之相關內容，不論好壞優劣，在影響各國有關移工之內國法體系的内容建構上，產生不了事實上的影響。

如同前述，特別是德國政府提到之拒絕批准與加入 ICRMW 之理由，乃至於分析之「不影響原先其他聯合國人權公約之既有保障」，則或許吾人可言：ICRMW，不論規範內涵或實踐影響上，其實並不重要，因為：

- 首先，攸關核心基本人權之事項，特別關於人性尊嚴之維護、生命權、健康權等基礎權利，至少憑藉著原本之其他國際人權公約，絕大多數之移工輸入國，已有同樣適用於移工身上之規範現況；
- 之所以有不同公約間之「批准與加入的懸殊落差」，觀察相關之討論及內容，重點應該在於「非法居留與非法工作之移工，是否同受保障？」之爭點上。誠然，在不影響前述攸關核心人權之事項，如果著眼於其他的經濟、社會、文化等權利，ICRMW 所企圖建立之「全體適用於合法與非法移工」，衡諸政治現實，斷斷不可能為移工輸入國所接受，因為無異鼓勵非法移工，各國有 – 某個角度而言，有將之就地合法化之義務，實在難以想像，那就引發各國國境管制之某種瓦解與崩潰。

同樣回到本研究設定之主軸與基調：觀察內國關於移工之勞動市場管制，乃至於連動之國境與其他政治經濟社會文化管制，從國際人權公約體系與相關規範，其實得不到太多規範性上 (*normativ*) 的指引與線索，不論實體內容的適用與操作，乃至於政治與規範現實的考察；如果寄望於國際人權公約，例如 ICRMW，研究其精美內容可也，以此為政治主張與政策倡議，當然很好，但企圖以此為規範上直接論斷內國管制體系之合法、違法、合憲、違憲的依據，則實在力有未殆，如果不是根本無能為力的話。

誠然，非聯合國會員國的台灣，本無國際法上簽署、加入與批准該體系下之國際人權公約的可能，但因為採取獨特之「將國際人權公約施行法化」，形同國內的立法者，自行制定某一特別法（*lex specialis*），使之凌駕於有法規競合之其他既有的普遍法律之上，換言之，與前段所述之「正常情況」截然不同<sup>310</sup>：國際人權公約，將直接產生我國內之法律效力，那麼，該「內裡是國際人權公約、外在是特別法」的規範形式，首先，因其經常抽象與空洞、甚至充滿期待與目標性的規範方式，可能帶來許多解釋上的困難與障礙，甚至與其他法律之衝突與解釋問題。再者，它依然存在著「不能違憲」的法源控制機制。當然，由於 ICRMW 畢竟尚未被施行法化，吾人暫時沒有這個急迫的問題，情勢或許較為緩和，然而，其他已經施行法化的人權公約，特別是經社文公約，同樣會在相關產業移工勞動市場管制的問題上，作為「上位階的法源」，然而再受更上層之憲法的檢驗，其理至明。

總結來說，本研究之看法，攸關移工之國際人權公約，無法提供太多有用的、有意義的、甚至有直接拘束力的依據，雖然說，特別是經社文公約，還是有些值得提出來探討與檢驗。不論如何，本研究的主張，要分析移工人權，找出其適當的規範性內涵，還是必須回歸內國的憲法秩序，找出現行產業移工勞動市場管制措施之憲法界限。依循國內法學界慣常之「從國際人權公約找依據與理由」，並非太適當之路徑選擇，學理探索可矣，實際適用則恐（尚）不可得，包括許多學者喜用之 ICRMW 之論述途徑。

---

<sup>310</sup> 特別說明的是：本研究並非贊同國際人權公約皆應該「施行法化」，正好相反，研究者並不贊成這種「立法者事實上未必全然精準檢視公約各內容，包括其規範效力等，只是看似毫無任何保留地引入」之「內國法化」的方式，但因為中華民國並非聯合國之會員國，我們在內國法環境下，並無可能一廂情願地將聯合國系統之人權公約，自行視之為「法律上簽署、加入、締結條約」等「正常聯合國會員國模式」來處理，是以，在目前法制環境尚未改變之前，僅先以「施行法化」作為研究討論之基礎，特此說明。

是以，本研究以為，必須建構一不同的產業移工人權觀察體系。然而，本章第一節也同樣提到的，即便在「實體內容」的呈現上，全球移工人權之公約文本，未必有真正實踐上的意涵，但是，這並不意味著，在全球場域上，「企業社會責任」、「企業與人權」只能淪為邊緣；正好相反：從第一節討論的 UNGPs，可以清楚地看到，跨國企業主導全球經濟秩序的當代，「人權」，包括其直接間接僱用或使用（如供應鏈）之勞動者的人權，始終作為全球國民國家、國際組織與全球社會行動者關注之焦點。在此發展脈絡下，正好表徵著「全球移動現實」之移工，尤為關注之焦點，即便沒有、或說尚無真正具有法拘束力之 ICRMW 存在，亦完全無礙於此事實。

## 第八章 國際場域之移工人權：比較制度觀察

### 第一節 德國

談到移工法（*Recht der Erwerbsmigration, Arbeitsmigrationsrecht*），如同其他國家，是個介於勞動法與居留法之間的特殊領域，而非單純之勞動法問題<sup>311</sup>。外國人在德國欲從事就業勞動，不論是受僱於雇主而締結勞動關係、自營作業或甚至建立公務員關係，都必須處於相當嚴密之法律規範下，最核心之問題為：

- 對於所欲從事之特定活動，居留名義，不論是簽證或居留許可，是否必要？
- 於前述情形，何為居留名義目錄清單下之正確選項？
- 應申請之居留名義之法律基礎為何？
- 如果存在不同的選擇可能（事實上如此），何為好處最多（如最為迅速）之選擇？

#### 一、如何進入勞動市場

就外國人勞動者如何進入德國之勞動市場，在規範上，主要可以區分為非屬歐盟國家或是歐盟經濟區國家之第三國人民以及歐盟國家與歐洲經濟區之人民兩部分，下分述之：

##### （一）非歐盟之第三國國民

就移民法（*Zuwanderungsgesetz*）於 2005 年對德國勞動力市場的進入

---

<sup>311</sup> Timmermann in: Timmermann/Uznanski/Mävers/Klaus, Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter. Arbeitsmigrationsrecht in der Praxis, 1 Aufl., Baden-Baden 2021, Rn. 1.

進行改革以來，第三國國民，也就是非歐盟公民之外國人，必須要有所謂的居留證 (*Aufenthaltstitel*) 才可以進入聯邦領土並且居住。移民法的第一條則包含了居留法 (*AufenthG*)，該法對於第三國國民之入境、居留、就業以及融入做出了規範。具體來說，居留權的授予，係以居留法第 6 條之簽證、第 7 條之居留許可 (*Aufenthaltserlaubnis*)、第 18 條 b 款之歐盟藍卡 (*Blaue Karte EU*)，以及第 9 條之定居許可 (*Niederlassungserlaubnis*) 或第 9 條 a 款之歐盟長期定居許可 (*Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU*) 之形式發放<sup>312</sup>。

而關於就業的部分，則規定在居留法第 4a 條之情況，其規定，持有居留證之外國人，可以從事有償之工作 (*Erwerbstätigkeit*)，除非有法律禁止之規定。此外若有償的工作受到法律限制時，欲行使超過限制之有償工作時，按照同法第 39 條，應該獲得聯邦就業總署之許可。而關於允許從事有償工作之範圍，則必須依照各該居留權之規定<sup>313</sup>。

就各該居留權之一般性規範，則參照居留法第 5 條第 1 項，所有居留權的前提是：外國人的生活有保障 (第 1 款)，他或她的身份，以及如果他或她無權返回另一個國家，他或她的國籍是明確的 (第 1a 款)，沒有驅逐出境之理由 (第 2 款)，該外國人之居留不會因為其他任何原因損害或危害到德意志聯邦共和國之利益 (第 3 款)，以滿足居留法第 3 條規定的護照要求 (第 4 款)。而若係要請求居留許可、歐盟藍卡、定居許可以及歐盟長期居留許可者，則按照同條第 2 項之規定，必須要持著必要的簽證進入德國，並且必須在簽證的申請中已經提供了授予該居留權所需要的資訊<sup>314</sup>。

---

<sup>312</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage, 2021, § 11 Arbeitsverhältnisse mit Auslandsberührung, Rn. 3-5.

<sup>313</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 19-20.

<sup>314</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 23-25.



## 1. 簽證：

就簽證而言，係為一獨立之居留權。形式上可以區分為申根簽證（*Schengen-Visum*）以及國家簽證（*nationales Visum*），前者為在申根國家領土上，每 180 天可以最多停留 90 天。後者則是在聯邦長期居留的目的下而簽發之簽證，原則上只有後者的國家簽證可以進入勞動市場，前者則必須要以有償工作為目的簽發者才可以從事工作<sup>315</sup>。

## 2. 居住許可（*Aufenthaltserlaubnis*）：

就居住許可而言，按照同法第 7 條第 1 項之規定，他是屬於暫時的居留權，是故其也僅能在時間內暫時的進入勞動市場。其發放之目的，依照同法第 16 條以下，可以區分為職業訓練目的、就業目的、國際人道以及政治原因之目的以及家庭目的。若係以就業目的之居住許可，則係規範在同法第 18 條以下，其規定對於外國勞動者之接受，應基於德國國為商業以及科技地點之要求，並應考慮到德國勞動市場的條件。就就業居留許可之發給，申請人必須要存在一個具體的工作機會、具有從事某種職業之許可（*Berufsausübungserlaubnis*）、具有資格的同等性（*die Gleichwertigkeit der Qualifikation*）或是有公認或可資與德國比較之高等教育資格，並依據同法第 39 條聯邦就業總署，審查外國勞動者所提供之額外勞動力是否會對勞動市場帶來不良影響（勞動力市場審查），並且在個別情況下，德國勞工會不會因在法律上平等就業之外國人而無法被安置到具體的工作職位上（優先審查），而若申請人有特殊的專業職業資格（*qualifizierte Fachkräfte*）的話，就無須踐行優先審查。此外，如果是同法第 27 條以下依據家庭目的而被授予之居留許可，也具有從事有償勞動之資格。而若是基於職業訓練目的而授予的居留許可，則是在職業訓練結束後之 18 個月內可以留在德國

---

<sup>315</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 26-28.

尋找工作<sup>316</sup>。

### 3. 歐盟藍卡

歐盟藍卡之效力在於使持有人能夠在歐盟國家工作並且居住，一般來說期限是依附者勞動契約之期間外加 3 個月之額外時間，而最長不超過 4 年。其發放條件除了第 5 條之規定外，必須證明在德國有具體工作機會或是勞動契約：在從事工作有要求之情況下有對應之職業許可、具有德國大學學位、公認之外國大學學位或相當於德國大學之學位；達到一定的工資水準<sup>317</sup>。

### 4. 定居許可 (*Niederlassungserlaubnis*)

根據同法第 9 條之規定，定居許可係無限制之居留權。原則上可以從事任何工作。其要件在於申請人已經有 5 年之居留許可、其生活已有所保障、已經向法定年金保險繳納了至少 60 個月的保費、不妨礙公共安全及秩序、有足夠德語能力、有對於德國之法律及社會秩序及生活條件之理解、有足夠生活空間供自己與同住家人使用<sup>318</sup>。

### 5. 歐盟長期定居許可 (*Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU*)

同法第 9a 條所規定之歐盟永久居留許可，係為無限制之居住權以及最全面的許可證，允許在德國以及其他歐盟國家定居以及就業<sup>319</sup>。

---

<sup>316</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 30-40.

<sup>317</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 41-47.

<sup>318</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 48.

<sup>319</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 51.

## （二）歐盟及歐洲經濟區的國民

就歐盟及歐洲經濟區的國民在德國之居住以及就業，則規定在所謂歐盟公民普遍行動自由法 (*FreizügG/EU*)。該法執行了歐洲議會以及歐盟理事會於 2004 年關於歐盟公民及其家庭成員在成員國內自由流動與居住之權利的第 2004/38/EC 號指令。依據該法第 2 條之規定，希望作為勞工或是基於職業訓練目的或 6 個月留在德國尋找工作而居住的歐盟公民有在德國住居之資格。此亦適用在歐洲經濟區但非歐盟成員之國家。而此等國民在就業方便不受到任何限制，依據歐盟運作條約 (*AEUV*)，賦予所有歐盟公民在歐盟內自由流動和居住的權利。亦保障勞工在歐盟內部的自由流動，包括廢除成員國工人在就業方面基于國籍的任何差別待遇<sup>320</sup>。

## 二、勞動及社會保障

### （一）勞動法：

如前所述，在德國，若要與外國人締結勞動契約，對於非歐盟成員國的勞工而言，則要取得所述之居留權，而對歐盟成員國的勞工而言，則享以居住遷徙與就業的自由。

若該外國勞工僅係短期待在德國工作，在法令適用方面，則依據羅馬條例第 3(1)條，原則上雙方可以約定在其派駐期間所適用之準據勞動法。惟若該勞工在德國的工作活動達到羅馬條例第 8 條第 2 項之通常工作地點的程度時，就算約定以外國法作為勞動契約之準據法，但必須要比較德國與該準據外國法之強制性勞動保護規範，兩者誰會使得勞工處於更好之勞

---

<sup>320</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 67-73.

動保護地位，例如若德國法在解僱保護上較為周全，則應適用德國之解僱保護規範<sup>321</sup>。

而若係長期在德國之外國人勞動者，則其會受到德國法律之約束，原則上依據德國一般平等待遇法（AGG）第 1 條以及第 7 條之規範<sup>322</sup>，在德國之外國勞動者，原則上必須與其他德國勞動者一般被對待。而基於雇主對於勞工之一般保護照顧義務（*allgemeine Fürsorgepflicht*），因為勞工語言技能之缺乏，雇主有義務在地約時告訴勞工勞動契約之內容。但若勞工拒絕學習德文，則可能會構成個人事由之解僱原因<sup>323</sup>。

## （二）社會法

就德國社會法對於外國人勞動者之保障，按德國社會法典（SGB）第 4 篇第 3 條之規定，社會保險，包括年金保險、健康保險、長照保險、職業災害保險與失業保險均係適用屬地原則（*Territorialitätsprinzip*），是故原則上，只要外國人勞動者受僱於德國境內，則就會有前開社會保險及其給付之適用<sup>324</sup>。而若是非以保險費為財源之社會給付，則按照社會法典第 1 篇第 30 條第 1 項之規定以有無居住作為連結：社會法典之規定，適用於所有在德國境內有住所或居所之人。以德國社會救助法為例，其保障對象就會是經常性居留而無法獨立維生之本國人以及外國人<sup>325</sup>。

---

<sup>321</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 105-107.

<sup>322</sup> 關於該法之介紹分析，包括條文內容，請參見：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。

<sup>323</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 108-109.

<sup>324</sup> Melms/Felisiak, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 11, Rn. 167-168.

<sup>325</sup> 孫迺翊，簡評行政法院有關勞工保險「境外僱用」與「申報主義」之見解—以臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1767 號判決為例，法令月刊，第 66 卷 6 期，頁 22，2015 年 6 月。

除了內國社會法屬地原則之情況外，德國社會保險法之涉外因素還會受到國際條約以及歐盟法所規範，按社會保險法 4 篇第 6 條即規定超國家社會保險規範及雙邊社會保險制度協議優先於本法適用。首先就歐盟之外國人勞動者而言，按照歐盟指令第 883/2004 號之協調整合規定，歐盟成員國之社會保險不得基於國籍而有歧視規定、且承認歐盟成員國之間保險年資之併計以及期待權保障。並且針對個別社會保險制度，如健康保險、職業災害保險、年金保險之法律適用建立一套互惠與結算機制，讓不同會員國投保年金保險所累積之年資得以併計，提供歐盟人民跨境就業之完整社會保障<sup>326</sup>。而除了歐盟人民外，其他國家之外國人勞動者，有無類似規範則應視德國與該國之間有無社會保險之雙邊協議，例如德國目前即有與美國、中國、韓國、日本以及土耳其等約 20 個國家之間有社會保險協定<sup>327</sup>。

### 三、移工人權：制度或實踐問題？

由以上討論可清楚看出，在一定之勞動市場規劃想像下，搭配相對複雜的居留法制，德國移工法呈現一難以清楚掌握之面貌，極度複雜而繁瑣、且經常變更之法規範，顯然是德國法制的特徵。一旦合法進入德國勞動市場，其實就沒有與本國人在制度上明顯的歧異與不同對待，當然，實踐上經常是另外一回事。

研究上認為，普遍而言，移工在德國社會所遭受較差的對待，勞動市場表現明顯較弱，很大原因取決於「文化權限之不足」( *kulturelle Kompetenzen*，如語言能力)、缺乏專業證照與知識，因長久居留之希望不大所導致之動力不足，乃至於確實存在的歧視問題<sup>328</sup>。必須承認，在德國

---

<sup>326</sup> 孫迺翊，同前註，頁 25-26。

<sup>327</sup> 孫迺翊，同前註，頁 25。

<sup>328</sup> Burkert/Garloff, Der Arbeitsmarkterfolg von Migranten und Migrantinnen und Geflüchteten: Ergebnisse, Gründe und Wege zur Überwindung der Benachteiligung, in:

勞動市場研究上，總認為歧視「應確實存在」，但研究上並不容易證明，常見的佐證，其實只是某種統計上的聯想，例如，在多數情形，移工主要從事者多為生產力較低之無或低技術能力之工作，則其勞動市場上質與量之較差呈現，例如薪資或契約保障，就不意外地隨之落入「受歧視群體」。再者，不同類型的移工，狀況也不盡相同，例如在所謂第一代移民，與德國本地人較不理想之互動與接觸、難以證明一定之專業與技術能力，以及很難改變的語言能力問題，都是較差勞動市場待遇之主因，而相對地，在第二代移民，如何擺脫因父母教育程度較差所帶來之依賴與負面影響，乃至於在某些領域經常見聞之成見與種族主義，問題情狀差異不小<sup>329</sup>，都是德國政府與社會必須嚴正以待之挑戰。

## 第二節 日本

### 一、日本移工政策概述：

日本向來以廉價勞動力的流入會對勞動市場造成不利影響、外國人社會保障造成的社會負擔增加及因文化習慣差異衍生的問題等理由，對外國移工的引入採取十分保守謹慎的立場，相關政策內容也大致係以非法移工問題、援助開發中國家等角度出發，直至近年才開始關注如何引進並活用高階外國人才<sup>330</sup>。

日本傳統上對外籍移工的引入，縱使是在 1960、70 年代人力短缺的經

---

Rauch/Tophoven/Hrsg.), *Integration in den Arbeitsmarkt. Teilhabe von Menschen mit Förder- und Unterstützungsbedarf*, Stuttgart 2020, S. 155.

<sup>329</sup> Ebenda, S. 156.

<sup>330</sup> 水町勇一郎，詳解労働法，東京大学出版会，初版，頁 873，2019 年 9 月。

濟高度成長期，政府對此仍是持否定態度<sup>331</sup>。到了泡沫經濟時期，為解決非法移工問題，厚生勞動省原本試圖立法由事業主事前申請許可的方式引入移工，但最終受阻，外國勞動力的進入仍由出入境的主管機關即法務省管理<sup>332</sup>。之後縱使在 1989 年入管法修正中有增加了法律、會計、醫療及研究等具有專業的外國人引入制度，但一般企業對外國廉價勞動力的需求卻是轉以新設技能實習制度處理，先以技能實習為名引進外國人先進行為期一年的「研修」習得一定技能後，再進行兩年的「技能實習」<sup>333</sup>。之後直到近年才再因應全球化擴大開放外國勞動力的引入，除包含參考美國綠卡以點數制方式提供居留優惠以吸引高階人才的「高度專門職」外，2018 年後針對特定人手不足的產業，修正入管法規定並新增「特定技能」的居留資格，以擴大引入具有一定技能的外國人至人材缺乏的產業。

## 二、日本移工進入勞動市場之方式：

而從現行規定觀察，外國人欲進入該國勞動市場，不同於包含我國在內「需同時取得居留許可及工作許可」之多國做法，日本是由法務省轄下的出入國在留管理廳所核發包含入境、居留及居留期間活動許可的「居留資格」，所為的一元化管理<sup>334</sup>。而該國入管法<sup>335</sup>第 2 條之 2 第 2 項規定：「居留資格定於本法附表第一之上欄.....持有附表第一上欄所定居留資格之居留者，得依該特定居留資格，在本國從事同表下欄所定之特定活動.....」，因此，日本對外國勞動力的引入管制，便是從該特定外國人的居留資格別以及該資格得從事的活動出發。以下簡要就制度上與我國產業移工較有可比較性的範疇論述：

---

<sup>331</sup> 濱口桂一郎，日本の労働法政策，労働政策研究・研修機構，初版，頁 261，2018 年 10 月。

<sup>332</sup> 濱口，頁 261-262。

<sup>333</sup> 水町，頁 874。

<sup>334</sup> 水町，頁 871。

<sup>335</sup> 全稱為「出入国管理及び難民認定法」，以下均依該國習慣簡稱為「入管法」。

## (一)、專業人員：

該法附表第一之二列有若干具專門技術人員資格的居留條件，包含有法律及會計業務、醫療、研究、教育、技術及人文知識及國際業務、照護等，得從事的職業即為該專門技術資格所對應的職業。以法律及會計業務為例，依入管法附表具有外國律師、外國會計師或其他法律上資格之外國人獲得該居留資格後，即得在日本從事律師或會計師等行業。此種居留資格並受人管法第 2 條之 2 第 3 項之規定限制，期間最長不得逾 5 年，實務上准許之居留期間則可能為 5 年、3 年、1 年或是 3 個月<sup>336</sup>。

## (二)、高度專門職：

同表亦列有前述為吸引高階外國人才之「高度專門職」，範圍包含依與日本國內公私立機構之契約從事研究或研究相關之指導教育（高度學術、研究活動）、依與日本國內公私立機構之契約從事需要自然或人文科學相關知識技術之業務（高度專業、技術活動）、從事在日本國內公私立機構的事業經營或管理（高度經營、）管理活動，共有三種類型。並由法務省依前述入管法之授權制定命令<sup>337</sup>，參考美國綠卡制度建立點數評分制度，就申請者之學經歷、年收入、年齡等事項分別訂定點數，再加上如具有研究實績、在特定中小企業服務、日語檢定及格等事項的點數加給後，達 70 分者即符合條件，得以「高度專門職 1 號」的身分在日本居留、服務 5 年<sup>338</sup>。

---

<sup>336</sup> 出入国在留管理庁網站，<https://www.moj.go.jp/isa/applications/guide/qaq5.html>，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 8 月 21 日。

<sup>337</sup> 平成二十六年法務省令第三十七号 出入国管理及び難民認定法別表第一の二の表の高度専門職の項の下欄の基準を定める省令。

<sup>338</sup> 出入国在留管理庁網站，[https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/newimmiact\\_3\\_index.html](https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/newimmiact_3_index.html)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 2 日。



以高度專門職 1 號身分在日本服務 3 年且素行良好之情形，更可申請變更為「高度專門職 2 號」的居留資格<sup>339</sup>，其居留期間即不受前述入管法第 2 條之 2 第 3 項之規定限制，可無限期在日本居留並服務。

而此種外國人勞動力在居留期間也享有其他優惠。例如在一般需要在日本合法居留 10 年始得申請之永住權，高度專門職人員只需 3 年即可，倘該人員在前述評分拿到 80 分以上的高分，更可縮短至僅居留 1 年即可申請永住權<sup>340</sup>。此外，持有此種身分之人員亦得在一定條件下享有攜眷赴日、配偶就業許可、得從事業務以外的一定活動等權利<sup>341</sup>，這相對於其他居留資格而言十分優惠。

### (三)、特定技能制度：

而亦列於同表之「特定技能制度」係 2018 年為擴大引入人材而設。其中「特定技能 1 號」，係指於人才獲取困難而有必要自外國引進的特定產業中，從事需具有相當程度知識或經驗之業務之外國人，所發放的居留資格，居留期間為 1 年、6 個月、4 個月不等，雖可更新但期間最長不得逾 5 年；而在該產業中從事需要熟練技能之業務之外國人，則可發放「特定技能 2 號」之居留資格，居留期間每次為 3 年、1 年、6 個月不等，並可無上限地重複更新<sup>342</sup>。認定上除已在日本技能實習並通過一定標準者外外，則須通

---

<sup>339</sup> 出入国在留管理庁網站，

[https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/newimmiact\\_3\\_procedure\\_index.html](https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/newimmiact_3_procedure_index.html)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 2 日。

<sup>340</sup> 出入国在留管理庁網站，

[https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyukan\\_nyukan50.html](https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyukan_nyukan50.html)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 3 日。

<sup>341</sup> 出入国在留管理庁網站，

[https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/newimmiact\\_3\\_preferential\\_index.html](https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/newimmiact_3_preferential_index.html)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 3 日。

<sup>342</sup> 出入国在留管理庁網站，

過日語檢定，以及依各目的事業主管機關所制定要點舉辦之技能考試，方可取得此種資格。取得資格後，即得與事業單位簽訂僱用契約後，受一定事前指導及健康檢查後申請赴日，開始工作<sup>343</sup>。

以此種身分進入日本勞動市場的外國移工，雖不若前述高度專門職有相當優遇，但仍有一定的支援計畫。例如在離境前舉行說明會，以當面或視訊方式向移工說明勞動條件、入境手續、有無收取保證金等問題；入境後協助房屋租賃、銀行開戶或成為租屋的保證人等等，以協助移工在日本生活。於移工取得「特定技能 2 號」之資格後，更可在一定條件下攜帶家屬來日共同生活<sup>344</sup>。

而「特定技能制度」相較於前述的其他居留資格規定，也更強調其他各機關的水平橫向聯繫、合作。入管法第 2 條之 3、第 2 條之 4 明文規定法務省須針對此種居留制度的妥善運用，制定「基本方針」規定若干基礎事項後，與目的事業主管機關、勞政機關、外交機關等機關長官共同就本制度在特定產業的運用上，制定「分野別運用方針」，內容包含需要自外國填補人手不足的產業別、與該人手不足狀況的相關事項、選材標準的相關事項，以及配合同法第 7 條之 2 於特定產業人才已無確保需求時得暫停發放居留許可規定所相關的事項等。例如「基本方針」即有諸如：行政機關在本制度的運用上應關注人力缺乏的地域狀況，並有應採行一定措施避免外國勞動力過度集中於都會圈的努力義務；目的事業主管機關應於分野別

---

[https://www.moj.go.jp/isa/policies/ssw/nyuukokukanri01\\_00133.html](https://www.moj.go.jp/isa/policies/ssw/nyuukokukanri01_00133.html)，政府站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 3 日。

<sup>343</sup> 出入国在留管理庁網站，

[https://www.moj.go.jp/isa/policies/ssw/nyuukokukanri06\\_00064.html](https://www.moj.go.jp/isa/policies/ssw/nyuukokukanri06_00064.html)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 5 日。

<sup>344</sup> 出入国在留管理庁網站，

[https://www.moj.go.jp/isa/policies/ssw/nyuukokukanri01\\_00133.html](https://www.moj.go.jp/isa/policies/ssw/nyuukokukanri01_00133.html)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 7 日。

運用方針中載明若干就業相關數據及指標，並應掌握地方及中小企業的人力缺乏情形，就地域存在的人力缺乏為適切之應對等規定<sup>345</sup>。「特定技能制度」即是透過此種跨部門合作，以彈性、有效地運用、分配外國勞動力。而現行適用本制度之產業有照護、大樓清潔、原料加工、機械製造、電子製造、建築、造船及船舶、汽車維修、航空地勤、旅館住宿、農業、漁業、食品加工、餐飲服務等 14 個產業<sup>346</sup>。

#### (四)、其他：

除了在入管法附表中明文的就業身分外，也有以「特定活動」居留的移工，但大多是基於一定經濟協議或一時性需求所為的個別引入措施。以下以「照顧勞動者」、「建設及造船業」兩者為例。

就前者而言，主要係因應日本急遽高齡化而產生需求，加上 2000 年以來全球化浪潮影響，日本政府先後與東南亞多國簽訂經濟合作協定時針對人員移動所為協議，並依該協議引入日本服務之照顧勞動者<sup>347</sup>，至今共接受印尼、菲律賓及越南 3 個國家的人員赴日取得照顧相關資格後在日本服務，服務時的居留期限可無限次更新<sup>348</sup>。

後者則是因應 2020 東京奧運對建設人力的一時性需求，為取得即戰力，

---

<sup>345</sup> 特定技能の在留資格に係る制度の運用に関する基本方針（令和 4 年 8 月 30 日一部變更），資料來源：出入国在留管理庁網站，

[https://www.moj.go.jp/isa/policies/ssw/nyuukokukanri01\\_00132.html](https://www.moj.go.jp/isa/policies/ssw/nyuukokukanri01_00132.html)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 17 日。

<sup>346</sup> 辛炳隆，由他國經驗談如何留用外國技術人力，台灣經濟論衡，第 20 卷第 2 期，頁 48，2022 年 6 月。

<sup>347</sup> 塚田典子，介護現場の外国人労働者，明石書店，初版，2011 年 1 月，頁 19-20。

<sup>348</sup> 厚生労働省網站，

[https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou\\_roudou/koyou/gaikokujin/other22/index.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyou/gaikokujin/other22/index.html)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 20 日。

而從曾在日本完成技能實習的人力中發給以就業為目的之居留許可<sup>349</sup>。期間依先前所完成的技能實習級別不同，分別為 2 或 3 年<sup>350</sup>。而另因造船業與建設業間的人員流動頻繁，此政策亦適用於造船業<sup>351</sup>。

### 三、日本外國勞動者的勞動權利：

在日本，涉及刑罰及行政罰的等公法性質的勞動法，不但因屬地原則而一體適用於在日本服務的外國勞動者，且因不論日本勞動基準法、最低工資法乃至工會法等勞動法規大抵都僅以「勞工」概念為規範，解釋上更可包括非法移工<sup>352</sup>。

行政機關亦同此見解，認為「……只要是在日本國內的勞動關係，不問是否為日本人，亦不問是否為非法就業，一律適用（勞動關係法）……」<sup>353</sup>，而該國勞動基準法上也明文禁止以國籍作為勞動條件差別待遇的原因，縱在非法移工的情形學者亦認無不同<sup>354</sup>。此外，縱使雇主與外國移工在私法層次上約定以日本法以外的法律作為勞動關係的準據法，依該國法適用通則法<sup>355</sup>第 12 條第 1 項之規定，勞工亦得向雇主請求適用最密切關係地法（以在日本服務的移工而言，即為日本法）中的特定強行法規。學者即有舉例，縱與美國企業締結以美國法為準據法的勞動契約，在日本實際提供

---

<sup>349</sup> 濱口，頁 270-271。

<sup>350</sup> 外国人建設就労者受入事業に関する告示（平成二十六年八月十三日号外国土交通省告示 第八百二十二号），資料來源：[https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11800000-Shokugyounouryokukaihatsukyoku/0000183166\\_1.pdf](https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11800000-Shokugyounouryokukaihatsukyoku/0000183166_1.pdf)，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 20 日。

<sup>351</sup> 濱口，頁 271。

<sup>352</sup> 水町，頁 882。

<sup>353</sup> 昭和六三年一月二六日基発第五〇号・職発第三一号。

<sup>354</sup> 水町，頁 883。

<sup>355</sup> 原文為：法の適用に関する通則法。

勞務的移工亦可主張日本勞動契約法第 16 條的解僱權濫用法理<sup>356</sup>。由此看來，至少在法規層次上，日本外國移工享有的勞動權利與本國勞工並無不同之處。

另外，厚生勞動省亦有向事業主頒布改善外國人僱用管理的指令，內容包括於招募時應清楚將工作內容、勞動條件、旅費負擔及住居安排等事項以書面或電子方式通知外國移工；應全額給付最低工資以上的工資，有約定的情形亦不得扣除不相當的餐費、住居費用；應依勞動基準法規定就移工所寄宿的宿舍條件、健康、秩序及生命保護為一定處置；職業安全衛生訓練時應以外國移工母語、試聽或其他能使移工易懂的方式進行；並採行如多語言環境等易於適應的職場環境、申訴機制、生活支援等等措施，以使外國移工得在日本安心就業並在職業生活、日常生活及社會生活上給予適當援助<sup>357</sup>。

#### 四、日本外國勞動者之社會法上權利：

日本與勞動相關的社會保險，包含職災保險、僱用保險等等原則上均適用於外國移工，職災保險更有適用於非法移工<sup>358</sup>。日本最高裁判所並曾認為計算外國勞動者職災損害時，表示應以在日本居留期間可能獲得收入及離日後於他國（通常為母國）可能獲得收入為基準，並考量居留期間、居留許可之內容及可否就業等等要素綜合判斷，並在個案中認為某非法移工因職災所受之損害，應以失去職位後 3 年在日本可能獲得之收入加上其

---

<sup>356</sup> 水町，頁 1292。

<sup>357</sup> 外国人労働者の僱用管理の改善等に関して事業主が適切に対処するための指針（平成十九年厚生労働省告示第二百七十六号），資料來源：  
<https://www.mhlw.go.jp/content/000601382.pdf>，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 22 日。

<sup>358</sup> 水町，頁 883。

後於母國可能獲得之收入計算之<sup>359</sup>，可資參考。

而年金的部分如國民年金、厚生年金保險亦不分適法或非法就業的外國移工，均一體適用<sup>360</sup>。然並非所有外國移工均有辦法在日本長期服務至滿足年金請領條件，外國移工亦可能因日本及該母國均有強制加入年金制度之規定而負擔過重。為因應此種情形，日本已與 23 國簽訂社會保障協定，內容包含於一定情形下可豁免勞工在日本加入社會保障制度之義務，以避免重複加入之情形；以及可將在日本（或他國）未達年金請領條件之保險年資，與他國（或日本）的年資一併計算，以利移工請領年金給付<sup>361</sup>。而在未有適用社會保障協定之情形，也有做為適用該種協定前的暫定性、特例性措施的「脫退一時金」制度適用<sup>362</sup>。該制度係不具日本國籍，且喪失國民年金、厚生年金被保險人資格之人，得在不以日本國內為住所的 2 年內，向年金請求一定金額給付的制度<sup>363</sup>，可使未滿足年金請領條件的外國移工於離開日本時得退回一定保險費用。

### 第三節 南韓

#### 一、韓國的外籍移工政策背景：

韓國自 1980 年代始，即因高速工業化、人口外流，以及近年遠低於 OECD 國家的出生率所致的人口結構轉變，而出現持續性的缺工問題；另

---

<sup>359</sup> 最三小判平 9・1・28 民集 51 卷 1 号 78 頁。

<sup>360</sup> 水町，頁 883。

<sup>361</sup> 嵩さやか，外国人労働者と社会保障制度の課題，日本労働研究雑誌，No.744，頁 58-59，2022 年 7 月。

<sup>362</sup> 嵩，頁 57。

<sup>363</sup> 日本年金機構網站，<https://www.nenkin.go.jp/service/jukyu/sonota-kyufu/dattai-ichiji/20150406.html>，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 9 月 25 日。

外也因韓國人民知識教育水準的提高，致使韓國的勞工傾向不選擇低薪、耗費體力或危險的工作－在當地被稱為骯髒、危險、有辱人格的的 3D 工作，而擁有此項特徵的工作往往集中在中小企業，也使中小企業成為韓國缺工問題的首當其衝，縱使在韓國飽受極高失業率打擊的 1997 年金融危機中，3D 工作仍然存在缺工問題<sup>364</sup>。

為應對此種勞動力需求，韓國最早於 1988 年首爾奧運時開始引入外籍勞動者，而早期的引入模式，係以日本研修生制度為參考，於 1993 年設立的產業實習生制度，並在 2000 年時導入實習就業制度<sup>365</sup>。該實習生制度允許 300 人以下的中小企業引入實習生，在韓國小企業聯合會（KFSB）的監督下於私人機構或雇主協會中安置、訓練實習生，期間可達 2 年，但因實習生在法律上並非勞工，不受工資工時等勞動條件及社會保障，也增強了雇主違法或使實習生為尋求更好條件而成為非法移工的誘因，縱使其後韓國對制度內容做了若干修改，允許實習生完成實習後轉為一年期的正式勞工，勞動條件的爭議及非法移工的問題依舊沒有解決，於 2002 年，非法移工佔韓國外籍移工的比例甚至高達 80%之譜<sup>366</sup>。

直到盧武鉉政權時代，受上述問題產生的民意推動，於 2004 年 8 月制定了外國移工僱用法，轉往了現行的僱用許可制（EPS），並在 2007 年廢止了實習就業制度<sup>367</sup>。理論上，至今所有韓國的低技術外籍移工，皆係以僱用許可制的方式進入韓國，並擁有勞工身分而受勞動法令的保障<sup>368</sup>。

---

<sup>364</sup> Kim Min Ji, International Migration Papers No. 119 The Republic of Korea's Employment Permit System (EPS): Background and Rapid Assessment, 頁 3, 2015 年 2 月。

<sup>365</sup> 深川博史、水野敦子編，日韓における外国人労働者の受け入れ-制度改革と農業分野の対応-，九州大学出版会，初版，頁 36，2022 年 8 月(佐野孝治執筆)。

<sup>366</sup> Kim Min Ji, 頁 3。

<sup>367</sup> 深川博史、水野敦子編，頁 36(佐野孝治執筆)。

<sup>368</sup> Kim Min Ji, 頁 4。

## 二、如何進入韓國勞動市場：

如前所述，外籍移工欲進入韓國勞動市場，主要係依該國「僱用許可制」的制度。而該制度的結構主要分為「一般僱用許可制」及「特例僱用許可制」兩種，2021年7月，依兩種制度進入韓國服務的移工分別為21萬9,570人、13萬8,960人，總計35萬8,530人而成為韓國外籍勞動政策的核心<sup>369</sup>。而由於特例僱用許可制主要是針對中國及獨立國家國協等11國的韓裔外國人而設，以國族、血統等連結為適用條件，以下將會把焦點放在與我國產業移工較有可比性的一般僱用許可制上。

一般僱用許可制的制度特色依學者分析有四：①勞動市場補充性：韓國的移工政策並非全面無條件地開放，而是需先由韓國國內勞動市場解決；具體呈現在僱用許可只發給無法自韓國國內僱用人力的企業、移工原則上只能在廠場間移動3次、隨時因應勞動市場情勢調整引入配額等。②均等待遇原則：在韓國的外籍移工與本國勞工同有勞動三權、最低工資、年金保險以及包含健康保險、僱用保險、職災補償保險等規定之適用。③短期輪替原則：為防止移工長期定居，原則上僱用期限僅限3年，得延長1年10個月。④引入程序透明化：韓國為反省向來採行的產業實習生制度帶來的爭議，除與人力輸出國簽訂協議明確責任外，從勞工入國到出國的各程序皆由勞政機關主持，避免民間仲介等的不當介入<sup>370</sup>。

具體而言，韓國僱用許可制係以與人力輸出國的協定(MOU)為基礎，目前包含越南、柬埔寨及印尼等16個國家。每年度，韓國政府會先由僱用勞動部轄下，由勞資政與公民團體組成的外國人力就業委員會決定議程，

---

<sup>369</sup> 深川博史、水野敦子編，頁41(佐野孝治執筆)。

<sup>370</sup> 深川博史、水野敦子編，頁42(佐野孝治執筆)。



再由財政、經濟、司法、商務、工業和能源及僱用勞動等部會的副部長組成的外國人力政策委員會決定引入移工之配額，確認由輸出國輸入勞動力至不同產業<sup>371</sup>。而目前允許配額的產業包括：中小企業之製造業、建築業、部分服務業（廢棄物處理、冷凍倉儲、出版業等）、漁業及農牧產業<sup>372</sup>，共 5 業種可接受外籍移工配額。以 2022 年為例，各業種分別獲得了製造業 44,500 人、建築業 2,400 人、服務業 100 人、漁業 4,000 人、農牧產業 8,000 人，共 59,000 人之配額。

而希望進入韓國勞動市場之外籍移工，在輸出國當地通過韓語檢定並符合年齡、教育程度等條件後，由輸出國政府有關機關在韓國產業人力公團（韓國僱傭勞動部轄下機構）的監控及支援下，將符合資格的移工編制成冊送至韓國的僱用勞動部及就業機構；同時，僱用勞工小於 300 人，並試圖在韓國國內勞動市場招募勞工無果達 7 日以上的韓國雇主，得經由就業機構向僱用勞動部申請聘僱移工許可，獲得許可的雇主方可查閱移工之資料，並於選擇欲僱用的移工後擬定勞動契約，並經僱用勞動部檢查是否合於勞動法令後，由產業人力公團在輸出國的辦事處轉交予該移工簽字，再由韓國法務部發放簽證使移工進入韓國<sup>373</sup>。

移工於輸出國接獲契約後，產業人力公團在當地的辦事處會向移工解釋契約內容，移工可以選擇是否簽訂，但拒絕達兩次者即不能在一年內再次申請求職程序，移工於簽約後，即應在輸出國接受當地政府舉行之行前培訓，內容包含韓文、韓國文化、僱傭許可制相關規定及各行業的職安及就業訓練<sup>374</sup>，並在進入韓國後，參加由各引入行業的雇主團體辦理至少 16

---

<sup>371</sup> Kim Min Ji，頁 5。

<sup>372</sup> <https://www.eps.go.kr/eo/EmployPerSystem.eo?natNm=kr&tabGb=04>，僱用勞動部網站，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 10 月 11 日。

<sup>373</sup> Kim Min Ji，頁 5-9。

<sup>374</sup> [https://www.eps.go.kr/eo/EmplyPrsykTst.eo?langCD=kr&menuID=10003&pgID=P\\_000000035&sKorTestNo=&sFnrwRecvNo=&contVer=](https://www.eps.go.kr/eo/EmplyPrsykTst.eo?langCD=kr&menuID=10003&pgID=P_000000035&sKorTestNo=&sFnrwRecvNo=&contVer=)，僱用勞動部網站，政府網站，最後瀏覽

小時的就業訓練後<sup>375</sup>，才分配至各廠場工作。

這邊可以看到韓國僱用許可制下的移工引入程序從引入源的決定、配額的分配到實際媒合勞雇雙方、契約簽訂、實際入境韓國的程序，都有韓國政府機關不論係直接負責、抑或是透過協定監督的方式高度參與其中，而與過往採行的實習生制度不同。此種政府對政府（G-to-G）的僱用許可制程序向來備受各界好評，被期待能有效減少人力仲介介入、避免使移工付出過多的仲介費用或背負貸款的效果<sup>376</sup>，但也有學者引實證資料，認為韓國僱用許可制雖然已將過去實習制度時代每位移工在進入韓國前須背負 3,509 美元的費用，下降至平均 1,097 美元，但仍存在仲介介入及負擔非正式費用的問題<sup>377</sup>。這固然是韓國以後須持續面對的問題，但相比我國及日本制度而言，韓國此種引進移工的模式仍有一定的參考空間。

另外在居留期間的部分，如前所述，韓國移工政策的基本立場還是為防止長期定居而以短期輪替為原則。原則上聘僱期間僅限 3 年，得延長至 4 年 10 月，但倘移工符合「勤奮勞工再入境就業制度」的條件，始可在回國 3 個月後再次入境韓國，如此移工最長可在韓國服務 9 年 8 個月<sup>378</sup>。可以看出主要還是以短期替代人力為主要思考。此外，韓國雖然如日本特定技能制度般，存有將移工政策轉往長期留才方向的制度。例如，2011 年始符合一定條件的移工，可將居留許可更換為得自由就業的 E-7 簽證；2018 年導入的「外國熟練技能人才點數制度」，可容許符合一定條件並在韓國就業達 5 年以上的移工轉為「熟練技能人才」簽證，享有使家族一同在韓國永住的可能，但每年實際成功申請的人仍十分稀少<sup>379</sup>。

---

日：2022 年 10 月 11 日。

<sup>375</sup> Kim Min Ji，頁 9。

<sup>376</sup> 深川博史、水野敦子編，頁 64-66(加藤真執筆)。

<sup>377</sup> 深川博史、水野敦子編，頁 68-69(加藤真執筆)。

<sup>378</sup> 深川博史、水野敦子編，頁 56-57(佐野孝治執筆)。

<sup>379</sup> 同前註。

### 三、韓國移工的勞動權益：

如前所述，過往實施的實習生制度下，由於實習生並不具有法律上的勞工地位，引入程序也不若前述僱用許可制透明、完備。致生不法輸入勞動力、非法移工化以及人權問題，甚至被評為「現代版奴隸制度」<sup>380</sup>。

現行僱用許可制為回應以往的人權侵害問題，除如前所述般係以「勞工」的身分引進外，也規定移工均與韓國本國勞工同適用勞動基準法、最低工資法及職安法令等勞動相關法令；僅家事勞動者、照護勞動者、漁業及農牧業的勞工設有部分排除適用的例外，但這些例外對韓國本國勞工而言亦是如此<sup>381</sup>，可見在勞動法令的適用上韓國移工幾與本國勞工相同。此外，韓國政府除在做為僱用許可制基礎之協定中承諾會依韓國勞動法令保障移工外，也在相關法律中明文規定禁止歧視移工，而韓國國民享有的人權相關案件申訴管道亦一體適用於移工，且產業人力公團更在韓國設有許多不同的移工支持機構，提供勞工申訴、韓語課程、文化活動、電話訪問等服務，確保移工能被勞動法令的保護覆蓋並融入韓國生活<sup>382</sup>。

另外，以往韓國對於移工轉換工作場所設有十分嚴格的限制，除須獲得法務部長及雇主的許可外，次數僅限 3 次，且須在離開工作場所 2 個月內找到新工作，否則即有可能被遣返。這些限制飽受批評因而在 2012 年後修正，依現行制度倘移工受到歧視或雇主違反勞動法規或契約，即可在未經雇主同意下更換工作場所，轉職期間也延長至 3 個月<sup>383</sup>。

---

<sup>380</sup> 深川博史、水野敦子編，頁 36(佐野孝治執筆)。

<sup>381</sup>

[https://www.eps.go.kr/ko/LglRyt.co?pgID=P\\_000000040&menuID=10022&langCD=kr](https://www.eps.go.kr/ko/LglRyt.co?pgID=P_000000040&menuID=10022&langCD=kr)，僱用勞動部網站，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 10 月 11 日。

<sup>382</sup> Kim Min Ji，頁 9-10。

<sup>383</sup> Kim Min Ji，頁 11。

### 三、 韓國移工的社會保障：

韓國移工及雇主依法可能需加入四種為移工所設的保險<sup>384</sup>，分別為回國滿期保險、保證保險、回國費用保險、意外險。回國滿期保險的制度目的在於減輕中小企業給付退休金的壓力，移工在聘僱 4 人以下員工時，每月須將移工工資 8.3% 的保險費繳至保險機構，俟移工連續服務滿 1 年以上回國時由移工領取做為退職金，若移工不符合領取條件即由雇主領取；保證保險係保障移工的工資請領權利，只要雇主有拖欠工資之事實，移工即可經勞政機關認定後檢具文件申請最多 200 萬韓元的保險金；回國費用保險則是依輸入來源國不同，一次收取固定金額的保費，待移工歸國時做為回國必須的旅費；意外險係為職災以外的意外、疾病事故，提供移工意外最多 3,000 萬韓元、疾病最多 1,500 萬韓元之保障。

社會保險部分，在韓國服務的外籍移工有權參加與韓國國民同等水平的健康保險、職災保險、就業保險及退休年金計畫，其中前二者係法規規定須強制參加者，後二者則可由移工自行選擇是否參加<sup>385</sup>。

## 第四節 香港與新加坡

### 一、 兩國外勞管制政策表列

本章將針對香港、新加坡與兩個國家，進行其外勞管制政策的介紹與

---

<sup>384</sup> 以下參自：

[https://www.eps.go.kr/eo/FrminPlcs.eo?langCD=chs&menuID=10027&pgID=P\\_000000045&sKorTestNo=&sFnwRecvNo=&contVer=](https://www.eps.go.kr/eo/FrminPlcs.eo?langCD=chs&menuID=10027&pgID=P_000000045&sKorTestNo=&sFnwRecvNo=&contVer=)，僱用勞動部網站，政府網站，最後瀏覽日：2022 年 10 月 11 日。

<sup>385</sup> Kim Min Ji，頁 10-11。

比較分析<sup>386</sup>。首先，以表列方式介紹兩國相關的法制規定：

	香港	新加坡 (FDW)
法源或特定規範	僱傭條例 (違反者負民、刑事責任)、僱員補償條例	«外籍勞工僱用法» (Employment of Foreign Workers Act)
適用範圍	同時適用於本勞及外勞，且同時適用於 <u>外籍家庭傭工及補充勞工計劃</u>	自僱者以外，所有在新加坡尋求或獲得工作機會之外國人
勞動力來源國／勞工人數		依工作業別有異，可包含馬來西亞、中華人民共和國、印度、斯里蘭卡、泰國、孟加拉、緬甸、菲律賓、香港、澳門、韓國、台灣
勞雇接觸管道	民間仲介公司	有政府推薦優良仲介
入境費用	雇主須負擔入出境交通、手續費用	無
契約	強制使用定型契約	有建議的合約內容，但未強制使用
保證金或相關稅金	2013 年後補充勞工計劃之雇主，每月須繳交港幣 400 元之僱工再培訓徵款	移工人國前須由雇主負擔 S\$5,000 的保證金；並以所引入移工的技能、移工佔企業人力比率等因素決定應繳納的移工稅(以製造業來為例約 S\$250~650)。
相關檢查	入境健康檢查	入境健康檢查 (包含結核病、愛滋病、梅毒、瘧疾及是否適於工作)，女性移工每 6 個月檢查 (包含妊娠及若干傳染病)

<sup>386</sup> 本章相關香港、新加坡之資料，主要參考自：香港勞工處，<http://www.labour.gov.hk/front.htm>；香港入境事務處，<http://www.immd.gov.hk/index.html>；新加坡人力部，<https://www.mom.gov.sg/passes-and-permits>；加拿大公民與移民網站，<http://www.cic.gc.ca/english/index.html>；香港勞工處，2003a，〈雇用外籍家庭傭工實用指南—外籍家庭傭工及其僱主須知〉，<http://www.labour.gov.hk/front.htm>；香港勞工處，2003b，〈從外國聘用家庭傭工指南〉，<http://www.labour.gov.hk/front.htm>；香港勞工處，2003c，〈僱傭條例簡明指南〉，<http://www.labour.gov.hk/front.htm>；香港勞工處，[https://www.labour.gov.hk/tc/form/eform/sld/note/EF0601/Pamph.pdf?fbclid=IwAR10mcw892Jb6u1VHN\\_fWDqR07kWji5FxsRT4zefqiybF3oy4EJSSLkExQ](https://www.labour.gov.hk/tc/form/eform/sld/note/EF0601/Pamph.pdf?fbclid=IwAR10mcw892Jb6u1VHN_fWDqR07kWji5FxsRT4zefqiybF3oy4EJSSLkExQ)；香港勞工處，[https://www.labour.gov.hk/tc/erb/content.htm?fbclid=IwAR1c9MviM3g3mrw-WfSldmwGwQMR9A5PNKPw7R6Dk5taBZAgP3RI\\_vPvXsQ](https://www.labour.gov.hk/tc/erb/content.htm?fbclid=IwAR1c9MviM3g3mrw-WfSldmwGwQMR9A5PNKPw7R6Dk5taBZAgP3RI_vPvXsQ)；成之約，2000，各國外勞政策與管理制度，勞資關係 20(8): 480-488；陳育俊，1995，新加坡現行的外籍勞工管理政策，就業與訓練 13(5): 65-72。

薪資	有最低工資（2022 年 10 月 1 日後為港幣 4730 元），至少每月支付一次 欠薪超過七天需支付利息，且可被檢控；超過一個月勞方可自行解除僱傭合約、僱主須向傭工支付解僱代通知金及其他終止僱傭合約的款項	無強制，由勞雇雙方於契約中訂定
居住	僱主須提供符合一定條件的居住場所	僱主須提供符合一定條件的居住場所
休假	每七天一天休息日、13 天法定假日、有薪年假	無強制，由勞雇雙方於契約中訂定
保險及醫療費用	強制由僱主為傭工投保僱員補償保險（勞保），且僱主須提供免費醫療，並負擔僱員補償條例下的補償責任，如工傷病假錢、一筆過補償、醫療費	« 個人意外保險 »（Personal Accident Insurance）保險金額至少 S\$15,000 由僱主支付醫療費用
懷孕	不可解雇懷孕傭工 有薪產假	禁止結婚、懷孕
眷屬	不可攜入境	一般 WP 不可攜眷入境。但符合一定條件下持 EP 簽證及 S 簽證之移工可以申請
勞工證件	僱主不可扣留	無規定（僱主常扣留）
中止契約	可由勞方單方解除： 1. 恐懼、暴力、疾病 2. 遭僱主苛待 3. 受雇不少於五年，醫生證明不適擔任	無特別規定，但在手冊中有明訂虐待勞工的嚴厲罰則
聘僱展延	可，方便	可，方便
轉換僱主	可，需先離境	可。 得舊僱主同意的情形，可在工作證效期內任何時候線上申請，1 週內即可完成。僅有在工作證僅剩 20 天的情形需向主管機關申請許

		可。  工作證到期前 40 至 21 天期間可由新雇主直接雇用，無須舊雇主同意，但須先向主管機關申請許可。
其他	1996 年開始「補充勞工計畫」，由同一法例管制	另有簡化 FDW 程序的 Malaysian Confinement Nannies，工作十六週，不可展延。

## 二、兩國外勞管制政策比較分析

### (一) 仲介

兩個國家的勞動力招募原則上都仰賴仲介制度，其中香港的仲介狀況類似台灣，有許多民營仲介公司，政府並未介入；新加坡有政府推介的優良仲介。

### (二) 轉換雇主

在香港，原則上在兩年的僱傭契約期限內提出轉換雇主的申請，並不會獲得批准。例外於原先的雇主因為外調、移民、逝世或經濟原因不能繼續履行合約等，或因雇主之故而致僱工解除合約，若有下述情形僱工才可自行解除契約：

1. 在雇主家遭恐懼、暴力、疾病等威脅
2. 遭雇主苛待
3. 受雇不少於五年，醫生證明不適擔任

#### 4. 僱主拖欠薪資超過一個月

兩年僱傭契約期滿後，必需返回原居地，才能再度入境工作；返國的機票與簽證手續費用由原僱主負擔<sup>387</sup>。若要再度進入香港工作，必需持有由現任僱主發給列明契約屆滿／終止日期的離職信，以郵遞的方式或經由僱主直接向入境事務處申請簽證<sup>388</sup>。原僱傭契約終止，在返國之前，仍有兩周之時間尋找新的僱主，進而適用轉換僱主、延長在港工作年限的規定。

新加坡的轉換僱主申請，於得舊僱主同意的情形，可由新僱主在移工工作證效期內的任何時候線上申請，1 週內即可完成，僅有移工工作證效期僅剩 20 天以內的情形需向主管機關特別申請。此外，2022 年 7 月 1 日起，新加坡正式允許新僱主得在移工工作證效期僅剩 40~21 天時，得向主管機關申請預先批准後直接雇用，無須得到舊僱主同意。

乍看之下，香港及新加坡轉換僱主的規定，似乎賦予現任僱主相當大的權力，在整個轉換的程式中，無論是官方規定的書面內容、或是實際執行上，勞工幾乎是缺席、被動的。由於沒有進一步實際案例的資料，我們難以得知外勞實際轉換僱主的運作狀況，但由規定程式的內容，可以推知現任僱主握有了能否轉換僱主的最大權力。不過當然，假使將原僱主的「許可」，解釋為僅係「舊僱主證明契約期限屆滿/契約終止之事實及日期」的事實行為，而非一承認其效力的法律行為，恐怕就實際上的效果來說，原僱主就不見得擁有如此大的權力。橫諸經驗法則，新加坡及香港似乎都是以「原勞動契約關係的法律上及事實上消滅」，作為外勞可以轉換新僱主的程序上條件，除非有發生某些若繼續維持勞動關係、將對外勞造成明顯不利的失衡狀況（如香港的四款情況），才例外的允許期前終止契約關係。換

---

<sup>387</sup> 香港勞工處，2003a

<sup>388</sup> 香港勞工處，2003b



句話說，香港及新加坡原則上都是採取

→「前次許可契約期限屆滿前不得終止」+「例外情況可提前終止」+「原雇主證明原勞動關係已消滅」+「便可轉換新雇主」的規範方式。

換句話說，如此之規定方式，重點在於不但能穩固原許可之勞動關係的穩定性，不讓外勞因為得以任意更換雇主而造成過多的行政管理不便，亦能兼顧勞雇雙方的需求及勞工合法轉換雇主的正當權益，只要原許可的僱傭契約期間屆滿，便容許勞工尋覓新雇主，成立新的契約關係，僅是原雇主必須額外的證明原勞動關係業已消滅的事實（公法上的證明及告知義務）而已，以收法律安定性的效果。當然，由於原雇主是否出具證明，會直接的影響到外勞之新僱傭關係的能否成立，事實上是否就產生「轉換雇主必須得到原雇主許可」的效果，是一必須從社會學上加以研究及肯認的問題，但從制度的規定上來看，新加坡及香港的規定似無如此之行政目的，且邏輯上不盡合理：既容許原契約期限屆滿後轉換雇主，為何又要原雇主的同意？

### （三）延長聘僱許可年限

香港的外籍家務工為兩年一聘，兩年的僱傭關係結束後，可以與同一雇主續約、也可轉換雇主，並沒有延長次數的限制<sup>389</sup>。

新加坡一般勞工的聘僱期限為兩年，期滿得以展延，每次為兩年。並以來源國、移工技能程度、業種等要素決定最長可工作年限為十四年、二十二年甚至無限制<sup>390</sup>；家庭幫傭的工作期限沒有限制。專業技術人力的工

---

<sup>389</sup> 香港勞工處，2003a

<sup>390</sup> 新加坡人力部網站，<https://www.mom.gov.sg/passes-and-permits/work-permit-for-foreign->

作期間為三年，如具有特殊專長者可申請永久居留<sup>391</sup>。

從延長年限、亦即家庭幫傭總的可僱用許可期間來說，社會情況與台灣類似的香港，基本上對於家庭幫傭卻無年限，原則上可繼續的延長下去，假如搭配可持續受僱於同一雇主或可自由轉換雇主的可能，可知香港的規定相對而言十分寬鬆，賦予勞雇雙方極大的彈性空間，既不堅守同一雇主、不將對於外勞的聘雇許可牢牢連結於同一雇主（如我國），而且在僱用期間上亦可無限制的延長。換句話說，香港的制度性特徵在於

→ 不限於同一雇主，只要扣合雇主的僱用，外籍家庭幫傭或監護工即可繼續性的工作下去，沒有年限期間的限制，假使再搭配轉換雇主的自由性（除了兩年內除特定事由外不准提前終止僱用關係的限制外），可見香港的規定對一勞雇雙方的「長期僱用關係」、「外籍勞工的自由選擇權利」上，都顯較我國為寬鬆。「扣合雇主的僱用」，還是香港管制外籍家庭幫傭監護工的核心特徵，不會產生外勞自由移動、甚至不從事僱傭勞動、形成一般國民社會活動的結果。

新加坡最為特殊的一點是，它僅限制產業性外勞的僱用期限，不論是非技術性、低技術性工人或甚至專業技術人力，換句話說，除非專業技術人力願意而且得以申請永久居留，否則新加坡對於一般生產性外勞的主要政策是「控制年限+補充性」，其不欲對新加坡本勞的就業權益產生不當的衝擊（除非願意長期居留，某個程度的「新加坡人化」），其目的相當明顯。但值得注意的是，對於家庭幫傭的工作期限卻沒有限制，不但在僱用期間屆滿後可自由轉換雇主，而且可不斷的繼續工作下去，可見在新加坡政府的眼中，「家庭幫傭」具有其與一般生產性外勞截然不同的特殊性，因為這

---

worker/sector-specific-rules

<sup>391</sup> 成之約，2001

一類的外勞與「僱用人」、「僱用家庭」之間，理論上存在緊密的勞動與生活關聯（Arbeits- und Lebenszusammenhänge），換句話說，可能形成某一種「生活共同體」（Lebensgemeinschaft），所以一方面只要雇主願意，沒有強行拆散，命令外勞離境，間接強迫雇主必須僱用新的外勞的理由與必要，另一方面，依據推想，即有可能新加坡本勞的就業型態上，家庭幫傭並非一相同重要的就業類型，換言之，開放外籍家庭幫傭的「替代性」勞動力供應效果，而非如一般產業外勞的「補充性」，是不會對本勞的就業權益產生不利的衝擊的。只有在這樣的解釋脈絡下，才能比較清楚的理解，為何在僱用年限的制度上，新加坡要如此明確的區別「生產性外勞」與「家庭幫傭外勞」，作完全截然不同的規定<sup>392</sup>。當然，為防外籍家庭幫傭真的產生影響或排擠本勞就業權益的效果，新加坡另行採行高稅金的政策（僱用外籍幫傭的稅金幾乎等同於基本工資），換句話說，提高雇主的經濟負擔，將會發生另一層面的抑制效果。

#### （四）外勞的社會管理

香港於 1970 年代開放外籍家務工後，直到 1996 年才開始實施「補充勞工計畫」，引進其他行業低技術外籍勞工，同由《僱傭條例》管制<sup>393</sup>。因此，香港的外籍勞工與本地勞工在法令上享同樣保障。比較特殊的社會管理如下：

1. 強制使用定型化勞動契約：此一規定應是為避免不必要的勞資糾紛，且保障勞工的部分較多<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> 就此而言，我國的規定是極為特殊的，不但專業技術人力的外勞基本上沒有僱用的年限規定，反而與僱用家庭或僱用人關係上最為緊密的家庭幫傭或監護工，有著清楚而極短的年限制

<sup>393</sup> 香港勞工處，2000c

<sup>394</sup> 香港勞工處，2003a

2. 每工作兩年必需返回原居地一次<sup>395</sup>
3. 續約者（無論是否轉換雇主）需持有原雇主發給的離職信<sup>396</sup>
4. 外籍家務工的家人並不能一同入境香港<sup>397</sup>
5. 沒有禁孕規定<sup>398</sup>

新加坡對於外籍勞工管制採取雙元政策。首先，在身份區分上，一般技術或非技術工，需取得「工作許可」（Work Permit, WP），並受「外籍勞工僱用法」（Employment of Foreign Workers Act）管理。技術工（skilled worker）及月薪高於 S\$5000（約台幣 113000）的勞工，則需取得「僱用許可」（Employment Pass, EP）。對於非技術或低技術勞工，新加坡政府針對不同產業類型制訂不同的外籍員工比例上限，並且制訂不同額度的稅金，試圖以此平衡工資水準，以降低國內對非技術或低技術勞工的需求。其中家務勞工的稅金相當高，幾乎是等同於平均工資。

雙元管制不僅展現在法令上，在公民權管制的層面上，領 EP 的白領技術勞工，是新加坡政府積極要同化的對象；相對地，領 WP 者被視為補充性勞力，因此是短期居留工作的性質，嚴格限制其成為公民的可能：禁止這些外勞與新加坡公民或擁有永久居留權者結婚，男性外勞不得與新加坡女性或擁有居留權之女性同居<sup>399</sup>，並且對外籍勞工實行入境兩週內第一次健康檢查，及入境後每六個月一次的健康檢查，一經發現懷孕、或不符健康資格，必需遣返原居地。另外，移民法規定，非法入境或逾期停留九十日以上的外國人，可判處鞭答三下、三個月以上的徒刑。

---

<sup>395</sup> 香港勞工處，2003a

<sup>396</sup> 香港勞工處，2003c

<sup>397</sup> 香港勞工處，2003a

<sup>398</sup> 香港勞工處，2003b

<sup>399</sup> 陳育俊，1995

觀察這兩個國家可發現，新加坡的嚴防「移民化」是一極為明顯的外勞政策特徵，對於政策上所要禁止長期居留、僅是補充性的外籍勞工，新加坡採取的政策極為嚴厲，不但男性外勞不得與新加坡女性或擁有居留權之女性同居，並且對外籍勞工實行入境兩週內第一次健康檢查，及入境後每六個月一次的健康檢查，一經發現懷孕、或不符合健康資格，都必需遣返原居地，較台灣修正外勞驗孕措施前的規定有過之而無不及，當是因新加坡地小人稠的特殊性考量及政府一向之強悍施政風格所致，是否有侵害人權之虞，則似不無疑問。香港的規定就相對緩和的多，不但沒有強行驗孕或禁孕的規定，而且無不准與香港住民同居的嚴厲措施，假如再一併觀察其採取定型化契約以保障外勞、可自由轉換雇主的彈性空間，香港對於境內的外勞顯然較為尊重，管理上較符合人性，雖然不能准許家務外勞的家人一併進入香港，是其外勞社會管理的一項重大特徵，但亦是其外勞管理政策中唯一較為嚴密之處。

#### （五）家內勞動

香港、新加坡都有大量從事家內勞動的外籍勞工。兩個國家政府皆承諾的保障包括：雇主必需提供勞工獨立且具隱私的臥室、必需依契約內容按時支付工資。

香港政府另外規定不可解雇懷孕傭工、在下述狀況下傭工可自行解除契約：1.在雇主家遭恐懼、暴力、疾病等威脅；2.遭雇主苛待；3.受雇不少於五年，醫生證明不適擔任；4.雇主拖欠薪資超過一個月<sup>400</sup>。

新加坡政府訂有不同程度（從侮辱其人格到傷害、監禁、強暴等）虐

---

<sup>400</sup> 香港勞工處，2003c

待勞工的嚴厲罰則，以示警戒。在勞工保險方面，香港強制由雇主為僱工投保工傷補償保險，由雇主支付醫療費用；新加坡規定雇主必需為勞工投保至少一萬五千元新加坡幣的醫療保險，且必需全盤支付勞工的醫療費用。加拿大則依各省規定，雇主可能需要支付勞工的醫療保險費用；且勞工可參加就業保險（Employment Insurance）及加拿大退休金計畫（The Canada Pension Plan），意即在失業時可領失業保險金，並加入退休金計畫。

香港約由一九七零年代中期開始僱用東南亞國家的家務工作者，1975年有 1350 人，至 2021 年底升至 339451 人。其中 56.4%是菲律賓籍；41.2%是印尼籍；2.2%為其他國籍。沒有輸入人數上限。1970 年代開放外籍家務工後，直到 1996 年才開始實施「補充勞工計畫」，引進其他行業低技術外籍勞工，同由《僱傭條例》管制。因此，家務工作者一直是香港外籍勞工的最大族群，香港政府至今也無意限制或減少引進人數。關於家務工作者的勞動條件及福利，有相當明確的規定。

新加坡則是針對不同技術層次、類型的外籍勞工制訂不同的配額、稅金、保證金等管制規定，非技術或低技術外籍勞工皆受《外籍勞工僱用法》管制。除了外籍家務工（FDW），另有簡化 FDW 程式的 Malaysian Confinement Nannies，工作十六週，不可展延，以迅速補充短期性育兒勞動力。

我們可以看到，關於家內勞動，也就是家庭內照護工、幫傭或監護工，由於它的工作場所、雇主指揮監督的強度、工作性質的人際貼近性等，都與一般的生產性外勞於一生產組織結構中的情況大不相同，換句話說，在此外勞直接面對雇主或服務對象的特殊空間關係中，極易形成一所謂的「法外空間」(rechtsfreie Räume)，勞動法令的保護無從置喙的灰色地帶，

因此新加坡與香港都採取極為嚴厲，法律的介入程度極高的方式，不論是強制性定型化契約的採取（強制契約內容）、提前終止契約的權利、嚴厲的刑事處罰不法行為、強制的社會保險等，以較為週延而強行的方式，一方面強制形成勞資雙方的勞動契約內容，不任雇主得以任意的契約自由為由侵害外勞的合法勞動權益，另一方面從刑事與社會保險面，增加對勞工的保障，形成對雇主的威嚇，建構對外勞的社會安全網。從新加坡及香港的情形均可發現，對於性質與一般生產性外勞極為不同的家務型外勞，法律應該有著截然不同的認知，承認其特殊性及特別的保障必要。

## 第五節 小結

從以上關於德國、日本、韓國、香港與新加坡等國的簡單介紹可發現，多有相對極其複雜的「移工業別」管制模式，這當然與其各內國勞動市場政策上的考量有關，換言之，其本國人之勞動市場權益，始終是移工管制政策上的重要思考依據，與我國沒有本質上的不同，某種程度的「補充性」，避免朝向替代效果的發展，應是共同點。是以，至少從這五國之經驗看來，站在如此之政策主軸上，「契約保障」之不同於本國人的明顯差別待遇，可能為各國移工政策所不可避免者，差距只會出現在程度之別。

在社會保障、特別是社會保險之相關權益上，德國、日本與韓國三國基本原則都是「國民待遇」，即便在退休金保險上也不例外，但與我國類似的，「期待權」（期待利益）之事實上難獲實現，因為經驗上僅有極少比例之移工，得以在就業國滿足退休要件，是以，各國皆努力尋求與移工母國社會保險制度之某種銜接，洽談互惠與結算協定，應為當前之國際趨勢，當然，我國也注意到這個問題。特別值得注意的，「非法移工」之納入，站在人權保障的觀點，擺脫「必須限於合法入境與居留之絕對要件」，是個相當值得稱許與仿效的方向。

比較令人留意的，是攸關失業階段風險承擔之所謂就業（失業）保險的進入上：相對於我國之排除移工，德國、日本與韓國三個國家皆將之納入，亦足為我國參考：即便是站在定期契約、一定期限約制下的移工，並非絕無過渡期間之風險承擔問題，就業保險，乃至於與之相關之僱用安定措施（德國所稱短工：*Kurzarbeit*）的適用，應是一個可以思考的選擇。

當然，也與我國類似，移工法制緊密的聯繫至外國人居留法制，作為整體國境與外國移入人口的管制結構中，並不意外，這或許也是為何此三國，特別是前所介紹的德國，之所以拒絕簽署加入 ICRMW 最主要的理由。



## 第九章 勞動市場與人權保障：產業移工觀察體系之建立

### 第一節 為何應有國際人權公約外的觀察體系？

從第四、五兩章的分析，我們可得出以下的中間結論：首先，法律對於勞動市場的管制，經常本於一定的秩序觀，即便在新古典或新自由經濟學派的主導下，亦從未完全本於自由市場機制。重點在於，吾人如何尋出如此之秩序，一個法律管制的主軸內涵，並據以分析其優缺點與問題。就此，移工法律管制政策的秩序想像出發點，毋寧是一非自由而獨偏資本利益的，必須強調，如此之觀察，不代表研究者強調與主張完全之自由市場。

其次，就產業與國家競爭力而言，似乎看不出移工管制政策與此之緊密關聯，事實上，以補充性為出發點之總量管制與限業限量原則，已印證呈現出替代與排擠本國勞工之效果，卻未見產業與國家之競爭力提升為何，明確地，「產業升級」所帶來之產業暨國家競爭力的成長，並未在移工引進政策中受到重視。如將焦點移轉到失業，則一方面，如前所述，移工將引發同職業層級本國勞工推擠排除效果 – 從營造業知名之「缺工率高（所以得引進移工）與失業率高（本勞失業）」矛盾現象可得而知，同時，所謂引進外籍將有助於本國勞工就業，至今未在科學上得到任何印證，恐將淪為常見之失業/就業論證之泥淖，變成純粹之意識形態與社會權力手段。

就法學者最常關注之人權議題而言，國內移工確實出現不少不小之侵害人權現象，特別是制度上與結構上，不論是人身自由、勞動權（例如定期契約與不得自由轉換雇主）、社會權等。當然，即便將視野擺在政治哲學上聞名之世界公民主義與特殊公民主義之爭，辯論究竟是否有不分國籍、社群、種族屬性等之普世人權的存在，進而斷定「滿足人民的社會需求，目的在於促進主體得以平等的行使自由權，同時保有自我的個人與政治自

主」之國際社會人權，台灣對待移工是否根本的不及格，顯然仍在未定之天，即便以前述之定期契約為例，單就學者楊雅雯所批評之「雇主繼續性需求卻仍然容許與移工締結定期契約、牴觸現行勞動基準法」，某個程度，從前述德國、日本、南韓之規定，其實不無看到類似之限制與做法，可見此問題明確回答之困難。第六章分析之 Rainer Forst 與 Axel Honneth 的理論，在探索移工人權之問題上，可以提供吾人相當的借鏡與參考：如果本國勞工得以享有，移工就不行，就需要特別的合理化 (*Rechtfertigung*)，雖然未必一定不行，必然違反人權要求，但必須要求特殊的合理化，如果連起碼之承認關係都遭否決，則侈談人權，恐怕力有未逮。

一開始所提出之移工法律管制的三角關係：產業競爭力、勞動市場、人權，可能必須思考的幾個問題，經過一些簡單的討論，也許可以得出一些答案：

- 產業競爭力是否應透過勞動力成本低薪化來促進？應該不是，產業競爭力必須更加精準而詳盡的論證，特別是搭配適當的產業升級政策；
- 移工充任基層勞動力，是否反而有害產業之升級而長久以降影響其競爭力？應該說，兩者似乎無直接之關聯，至少不能做肯定的因果斷語，但亦無法為直接的否定答案，如同目前企業界或政府機關經常主張的那般；
- 本國勞工之人權是否亦因勞動市場命運而認受到侵害？至少就相同職類之就業勞動排擠推移，以及投入以低薪化為特徵之就業部門而言，本國勞工之人權侵害似乎是可以證立的，但這不是制度性的問題，毋寧是勞動市場牽動影響的結果，更關鍵的是：如果有所謂本國勞工之人權侵害，移工絕對不是加害者，必須澄清；
- 產業競爭力是否結構上必須綁在對於移工人權的制度性歧視？這個說法似乎應為否定評價，對於移工的制度性歧視，至少在產業競爭力這點上，得不出具有說服力的證明，反而可能徒生人權問題；
- 如果改善移工人權，是否將使台灣本國勞工的勞動市場機會更加惡化？

此說法似乎無法成立，從學理討論上看不出任何足以支撐的蛛絲馬跡。

誠然，移工的引入台灣社會，在其複雜的三角關係中，確實呈現相對的緊張關係，無法用純然的何者完全或主要優先，來決定整個法律管制政策的內涵。法律常有其工具意義，很清楚，但莫忘法律亦有其不容抹煞的規範性作用，在此，法學者最常、也最擅長著手切入的人權觀點，仍不失其重要性，只不過，在諸如失業/就業論證這種意識型態手段的施壓，以及產業或甚至國家競爭力等虛惘吹噓的推波助瀾下，一般法學者的觀察，卻經常忽視與跳略，呈現某種脫脈絡的純粹處理，這當然有其風險：如此這般，如果不是站在對立山頭般的，做出去脈絡化的「純人權批判」，不然。更糟的，或將會類似「法的革新」(*Innovation des Rechts*) 論述所引發的風潮一樣<sup>401</sup>，結果往往不是法的升級，而是單純屈從經濟與資本利益的、無與倫比的向下沉淪，不可不慎。是以，本研究希望建構一套不同的、能夠觀照前述問題的觀察體系，思索產業移工人權，但更周全的涵括不同面向。

如同一再強調的，全球場域之移工人權公約文本，例如當前最堪稱完整的 ICRMW，不論在內國之直接適用、間接適用，或如我國採行之「施行法化」路徑，都必須同樣面對內國憲法秩序的規範性檢驗，並非，不顧國民主權的、彷彿不存在主權國家的，只會單純呈現一「各國行政權前往締結之國際組織合同行為，即當然凌駕於各內國法秩序」規範現實。這個問題

---

<sup>401</sup> 例如勞動法學者 Bernd Rütters，就以此法的革新之主張，直指傳統勞動法的基本理解錯誤：勞動法忽視了它與經濟體系、勞動市場體系的緊密關聯，甚而失去了與經濟憲法、國家憲法的整體關係。主要的問題在於，勞動法過於堅持與僵化其目的之一：對勞工的社會保護，而沒有兼顧其他的目的，例如勞動法應致力於促進一盡可能順暢的、沒有衝突的商品生產，以維護整個國民經濟體系的競爭力、功能性，有助於經濟的成長與勞動力需求的成長，因為「法律必須符合經濟的效率需求」、「法律必須有助於經濟發展」、「勞動法不應限制雇主之企業經營」；請見 dersl., *Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht. Zur Arbeitsmarktpolitik der Arbeitsgerichtsbarkeit*, Bad Homburg 1996, S. 22f., 37f.；類似法的革新之主張，亦請參見 Mahlmann, *Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoietische Evolution des Rechts*, ZRSoz. 2000, 247ff.。

題顯然細膩得多，本研究在第七章第一節之「前提認識：國際法與內國法」，已經清楚地解釋這個面向。不論如何，「通過內國憲法檢驗」，乃至於內國憲法得以支撐之內國國家公權力對於移工之勞動市場等管制，進而得以「對抗」國際人權公約（這部分當然需要更進一步的討論），便成為無可逃避之理論與實踐問題，必須完整關照與處理，無法停留於一人權公約的純粹優越性。還請注意：本研究採取的進路，並非要否定國際人權公約，更不是否認其內容的進步，這完全是兩回事：眾所公認，特別是 ICRMW，彰顯相當進步的人權保障思維與主張，非常明確，作為倡議之 Policy、推動之 Politic 的具體內容，毫無問題，但試圖等同於制度內涵、人權法內容之 Polity？恐怕無法如此。本研究只是要承認與提出，討論諸如產業移工人權，至少在法規範性的這個領域內，不會是、亦不可能是單純的人權公約文本之檢視，而是有著 – 如套用前述多層級政治的標準觀察方式，複雜的、夾雜平行與垂直關係的治理結構，試圖以法律體系最慣以為常的「合法違法」之二分法，恐怕無法妥適地形容這種涉及複雜的治理形式問題。既然如此，則前述第四章的勞動市場管制、第五章的內國憲法基本權與基本決定（社會國原則）之拘束，都必須拉入產業移工人權的分析架構中，才能試圖在法體系內，期待一完整面向的回答。

## 第二節 本研究建構之產業移工人權觀察體系

在前述的研究基礎上，本研究希望建構的產業移工人權觀察體系如下，並將在期中以後，以之作為進一步檢視我國產業移工政策與法律實踐之依據。

表 7：本研究建構之產業移工人權觀察體系

理論、內涵、程序與國家義務	人權之政治哲學 要求合理化 承認的關係	國際人權公約 (ICRMW 與其他)	全球治理 企業社會責任 企業與人權	
憲法控制	貫穿之憲法 基本原則	社會國原則 (勞動與經濟市場秩序、改變社會權力關係)		
	技術適用	比例原則、利益衡量		
	防禦權、給付 權、客觀法	職業自由權	產業競爭力	界限： 公益與共同 體保留
		平等權	就業/失業 論證	
		一般行動自由 權	社會整合性	
其他基本權		其他公共利益		
權利限制	限制移工權利之法規範總和			
權利主體	產業移工（外國人之基本權適用）			

由上表可看到，這是一個在法律層次上思考產業移工人權問題的體系建構，當然，畢竟還是偏向工具面向的，至於這些操作內涵與方法的運用，仍須引入特別關於產業移工的具體指涉內容。進一步說明如下：

- 針對現行限制移工權利的總和，如本研究所強調，要從法律層次上去溝通「人權否」，真正必須進行的，應該是憲法控制，而非單純地諸如運用國際人權公約。
- 其次，在憲法控制的層次上，一邊，比較積極面向的，以移工所享有之基本權（職業自由、平等權與其他）為觀察對象，但另一邊，偏向消極面向的，必須直視對於該等權利的限制，兩相交互考察。
- 在作為移工權利的限制面上，核心概念是公益、共同體保留。在產業移工之脈絡下，最重要者無非產業競爭力，乃至於失業/就業論證，而由於針對移工嚴格之家庭與社會生活之限制（所謂「禁止變相移民」），顯然

著眼於所謂社會整合性 (*soziale Integrität*) 的要求。

- 除了前述的兩個相互對立面，憲法存在一些「貫穿的規範性主軸」，以憲法學理論的術語來說，就是憲法基本決定 (*verfassungsrechtliche Grundentscheidung*)，在攸關產業移工之脈絡下，無疑是社會國原則。但請留意，社會國原則包含不同的內涵，除強調弱勢者的保護外，事實上也包括經濟市場與勞動市場之發展與均衡，所謂競爭力，也帶有比較特殊之「追求改變社會權力關係」的開放性。
- 有助於進行憲法控制工作的，是放置於最上層的一些思考：無疑以全球場域加以觀察之「移工」，各主權國家必須同樣站在全球治理的角度，思考企業社會責任、企業對人權的重視。政治哲學針對人權之討論，特別放在全球層次上來看，Rainer Forst、Axel Honneth，這兩位德國法蘭克福學派哲學家所貢獻之「要求合理化的權利」、「承認的關係」，亦可提供獨特的考察路徑。
- 最後，討論移工人權，法學者、人權法學者最為擅長的國際人權公約，特別是 ICRMW，雖有一些適用上的問題必須面對 – 更何況我國至今並未將 ICRMW 施行法化，但仍然得作為重要的參考指標，特別是「對於我國憲法與法規範為符合國際人權公約之解釋」，當然，最重要的影響必然落在憲法控制的層次上：不是國際人權公約優先於憲法，不，它不會的，然而，憲法的開放性仍然容許、甚至應該相當程度的嫁接人權公約，除非，碰觸到其他亦具有憲法法益價值之第三人基本權、公益或共同體保留，在具體的人權問題檢視與操作上，不可能避免這個衝突。

在本研究舉辦之「產業移工之管制與保障論壇」中（監察院國家人權委員會委託研究：臺灣產業移工管制與保障之比較研究，由監察院國家人權委員會、國立政治大學法學院共同主辦，2022 年 8 月 5 日（五），地點：國立政治大學綜合院館北棟 13 樓法治斌講堂），不論引言或與談（論壇實錄詳見附件），除了聚焦於實踐上的人權侵害批評外，多半引據者仍為國際

人權公約，比較看不到與本研究類似的思考與審查進路。

### 第三節 本研究移工人權觀察體系之實際操作

表 7 所提出之產業移工人權觀察體系，在單純的國際人權公約規範外，試圖以「具特定規範性內涵為依據的憲法控制」，作為「移工＝外國人」在基本權保障與限制的適用檢驗標準，而憲法規範性層次上的內涵，依本研究之見，考量移工之特殊性，特別在處理與外國人相關之人權的政治哲學，國際人權公約，全球場域「全球治理、企業社會責任、企業與人權」等三個面向，都能豐富化憲法規範性的內容，而非停留與滿足於「法規範形式文本的比對」。當然，在產業移工的不同管制內容上，未必涉及所有的規範性指標，仍然必須看具體的問題脈絡而定。表 7 的體系，並不表示任何的管制內容與事項，都必須進行如此龐大的審視，而是端視具體情形而定，在此說明。

以目前國內關於產業移工的重要管制內容，特別是第三章所處理之「法學者對於移工人權侵害」的諸多批評為基礎，參酌本研究所提出之體系，謹提出以下的觀察結果，提供參考。

#### 1. 移工輸入業別

管制內容	就業服務法第 46 條第 1 項：「雇主聘僱外國人在中華民國境內從事之工作，除本法另有規定外，以下列各款為限： 一、專門性或技術性之工作。二、華僑或外國人經政府核准投資或設立事業之主管。三、下列學校教師：（一）公立或經立案之私立大專以上校院或外國僑民學校之教師。
------	--

	<p>(二) 公立或已立案之私立高級中等以下學校之合格外國語文課程教師。(三) 公立或已立案私立實驗高級中等學校雙語部或雙語學校之學科教師。四、依補習及進修教育法立案之短期補習班之專任教師。五、運動教練及運動員。六、宗教、藝術及演藝工作。七、商船、工作船及其他經交通部特許船舶之船員。八、海洋漁撈工作。九、家庭幫傭及看護工作。十、為因應國家重要建設工程或經濟社會發展需要，經中央主管機關指定之工作。十一、其他因工作性質特殊，國內缺乏該項人才，在業務上確有聘僱外國人從事工作之必要，經中央主管機關專案核定者。」</p>	
管制目的	<p>官方宣示之政策目的：「對移工就業別加以管制，有效管理移工引進，並以不得妨礙本國人就業機會為先決條件，以利國民就業之促進」。關於輸入移工之業別選擇，涉及國家勞動市場入出口管制形成，政策目的的主要在於「選擇之特定產業生產力之維繫」，得作為重大公共利益。</p>	
人權檢驗	人權類型	職業自由權、平等權、一般行動自由權(包括契約自由權)
	侵害/限制	在容許進入內國勞動市場之移工而言，性質上作為基本權之形成，並非干預與侵害。對於不容許進入者，確實可能成立某種侵擾影響。
	合理化	<p>1. 前述有關內國勞動市場形成、產業生產力之維繫等公共利益，得作為「遭排除者之基本權侵擾」之合理事由。</p> <p>2. ICRMW 第 52 條 1 項規定移工在就業國內應有權利選擇其有報酬活動，但須符合一定限制或條件，並在第 2 項第 1 款規定，就業國得對任何移工根據本國利益的需要和國家立法的規</p>



		定，限制從事某些種類工作、職務、服務或活動。從國際人權公約作為內國憲法秩序之解釋參酌而言，關於輸入移工之業別選擇，應屬相符之基本權形成規範，亦未涉及人權哲學上所言之「承認關係」的否認，是未生違反平等權之要求，其他外國人進入本國工作因而受限之職業自由權、一般行動自由權(包括契約自由權)，則屬前開基本權形成後之必然影響，應為非侵擾之一般影響，無必須合理化之問題。
	利益衡量	無比例原則、利益衡量之問題。

## 2. 定期契約

管制內容	<p>就業服務法第 46 條第 3 項：「雇主依第一項第八款至第十款規定聘僱外國人，須訂立書面勞動契約，並以定期契約為限；其未定期限者，以聘僱許可之期限為勞動契約之期限。續約時，亦同」。依同法第 52 條，聘僱外國人從事第 46 條第 1 項第 1 款至第 7 及第 11 款規定之工作，許可期間最長為 3 年，期滿有繼續聘僱之需要者，雇主得申請展延。但從事第 46 條第 1 項第 8 款至第 10 款規定工作之外國人，其在中華民國境內工作期間，累計不得逾 12 年。社福移工，經專業訓練或自力學習，而有特殊表現，符合中央主管機關所定之資格、條件者，其在中華民國境內工作期間累計不得逾 14 年<sup>402</sup>。</p>
------	---

<sup>402</sup> 2018 年 11 月行政院通過《新經濟移民法》草案，新增聘僱外國中階技術人力，以解決國內產業中階技術人力不足的問題。將受聘僱從事《就業服務法》第 46 條第 1 項第 8 款至第 10 款工作累計 6 年以上之基層外籍勞工，其薪資水準不得低於最近一年度職類別薪資調查之總薪資第 70 分位，且須具備專業證照，若符合以上條件且連續居留

管制目的	<p>1. 補充性勞動力政策下之合目的性決定，同時區分不同類型工作而有不同管制內容，形同在勞動市場政策的入口管制上，即區別不同類型之「期限需求」，但確實有未能順利關照「雇主繼續性需求下」之「不得締結定期契約」的勞動法原則（勞動基準法第 9 條參照）。</p> <p>2. 作為明顯之本國人與外國人之差別待遇，再區分藍領與白領移工之不同，容許白領移工在經雇主申請展延後，得無限期在台工作，雖得本於勞動市場之政策目的，但應有更為清晰之「本國勞動市場需求與本國勞動力供需關係」的精準評估。</p>	
人權檢驗	人權類型	職業自由權、平等權
	侵害/限制	關於本國人與外國人締結定期契約之差別待遇，乃至於因限制藍領移工僅能於規定期限內在台工作，而白領移工經雇主申請展延後，得無限期在台工作，也在外國人之間區分不同類型，以「勞心勞力」作為差別待遇之標準，雖非典型之歧視性指標，但仍可能成立平等權之侵害。
	合理化	1. 本國人與外國人締結定期契約之差別待遇，以「本國勞動市場秩序政策」、「勞動市場作為社會國原則之重要標的」，普遍認為應得通過合憲性檢驗，ICRMW 第 52 條規定移工在就業國內應享有選擇有報酬工作的自由，但應符合一定限制或要求，其中第 3 項第 1 款明文，就業國得對獲准得工作之時間有所限制的勞工，附

5 年（平均每年 183 日以上）者，提供永久居留條件。是故，在有永久居留之前提下，就出現了訂定不定期契約之可能，惟該法迄今尚未立法通過。

	<p>加條件，規定其在就業國境內合法居留以從事不超過兩年的有報酬工作，亦即，從國際人權公約之角度，定期契約之特殊限制並不違反，即便存在與本國籍勞工之差別待遇，使之不再適用「雇主有繼續性需求、即應容許締結不定期契約」勞動法原則，同樣得作為我國憲法規範性之參考。</p> <p>2. 惟於移工間，再區分勞心勞力者而有是否限於締結定期契約上的差別待遇，似乎未有明確之本國「不同部門」勞動市場影響之精確評估，反而容易流於藍領白領之刻板的、甚至聯想到某種階級關聯之不同對待，並不完全符合合理化之要求。從人權哲學上「回溯之合理化要求」、「承認關係」的角度，本國勞工並無區分藍領白領之相應作法，也可能成立對於特定群體在集體對待上之「承認上的劣勢」，可能有違憲之虞，除非有更清楚的「勞動市場不同部門影響評估」。</p>
利益衡量	<p>從利益衡量、比例原則的角度，站在本國勞動市場政策上，不同工作類別之期限，應屬立法形成自由的範疇，然是否在至少中度、可支持性審查密度之標準下，作為最小侵害的手段？在適當性原則的要求下，亦須從勞動市場政策目的上再加證立。</p>

### 3. 轉換雇主

管制內容	<p>就業服務法第 59 條：「外國人受聘僱從事第四十六條第一項第八款至第十一款規定之工作，有下列情事之一者，經中央主管機關核准，得轉換雇主或工作：一、雇主或被看護者死亡或移民者。二、船舶被扣押、沈沒或修繕而無法繼續作業者。三、雇主關廠、歇業或不依勞動契約給付工作報酬經終止勞動契約者。四、其他不可歸責於受聘僱外國人之事由者。前項轉換雇主或工作之程序，由中央主管機關另定之」。</p> <p>外國人受聘僱從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十一款規定工作之轉換雇主或工作程序準則第 8 條：「外國人辦理轉換登記，以原從事同一工作類別為限。但有下列情事之一者，不在此限：一、由具有前條第一項第三款或第四款規定資格之雇主申請接續聘僱。二、遭受性侵害、性騷擾、暴力毆打或經鑑別為人口販運被害人。三、經中央主管機關核准。看護工及家庭幫傭視為同一工作類別。</p>	
管制目的	<p>自原本全面禁止移工轉換雇主，改為原則禁止例外允許的方式，目的在於避免特定類別之移工久居，或任何人有媒介圖利之行為。</p>	
人權檢驗	人權類型	職業自由、平等權、一般行動自由權（包括契約自由權）
	侵害/限制	限制移工僅在具備要件時，方得申請轉換雇主，且就業服務法第 46 條第 1 項第 8 款至第 11 款之移工（藍領），不得任意轉換工作類別，應屬對職業自由、包括契約自由在內之一般行動自由權的干預。
	合理化	1. 站在作為重要公共利益之「內國勞動市場秩序」的角度，整體勞動市場調控之觀點，必須清楚的合理化，為何得以如此程度之限制轉換雇

	<p>主？系爭規範之概括條款「其他不可歸責於受聘僱外國人之事由」，在實踐上迭受詬病，認有過度嚴苛之情形，性質上屬於「得以免除此相當干預之例外要件」，涉及移工相關基本權有效性與否，必須密切檢討。</p> <p>2. 得作為憲法規範性內涵解釋依據之國際人權公約，ICRMW 容許一定期間後得在特定產業自由流動，並要求應提供失業時的經濟安全網、採取有效措施避免移工負擔過度債務，以降低轉職禁止所可能造成的強迫勞動狀態，包括：</p> <p>第一，就業國規定已獲接納入境工作的移徙工人可獲准自行從事工作的條件。應考慮到該移工已在就業國合法停留的期間（第 52 條第 4 項）；第二，對獲准工作的時間有限制的移工，就業國並得：(a)對自由選擇其有報酬活動的權利附加以下條件，即移工以合法在其境內居留以從事國家立法規定一段期間不超過 2 年的有報酬活動（公約第 52 條第 3 項第 1 款）。是以，由 ICRMW 之內容觀之，我國關於移工轉換雇主之限制，應屬過苛，並沒有例如僅受 2 年限制、之後得轉換雇主之緩和。</p> <p>3. 在移工整體數量管制之前提下，限制轉換雇主必須限於同一類別，亦需比較多的合理化事由，所明列之要件類型，諸如單純之雇主需求（未足額引進、未達比率或數額上限）、移工之遭受重大人身侵害，前者僅考量雇主單方需求，後者只限於極端之重大人身侵害，似有過度偏</p>
--	--

		狹之嫌，雖有「經中央主管機關核准」之個案彈性處理空間，但整體言之，仍須進一步檢討。
	利益衡量	前述規範性角度之「合理化干預之不足」，同樣會呈現於比例原則、利益衡量之層次，諸如可能成立「不足之禁止」( <i>Untermassverbot</i> )，在移工得以轉換雇主之要件類型上，規範不足，相當程度影響移工選擇職業之自由，同有違憲之嫌。

#### 4. 社會保險權益

管制內容	<p>依勞工保險條例第 6 條之規定，移工亦得參加勞工保險，惟依照就業服務法第 52 條之規定，藍領移工最長工作年限以 12 年為限，是依勞工保險條例第 58 條將不得請領老年年金，僅能請求一次金給付。</p> <p>全民健康保險法第 9 條規定，在台灣地區領有居留證明文件，並符合一定資格者，亦應參加健康保險，其中包含在台居留滿 6 個月或有一定雇主之受僱者。</p>	
管制目的	在暫時性、替代性移工政策下，社會保障之相應調整，同步「一定投保年資以下之排除年金給付」的本國被保險人處理原則	
人權檢驗	人權類型	生存權、財產權、社會權(社會國原則與自由權之給付權)
	侵害/限制	移工關於退休後老年生活保障，有關於本國境內僱用時之期待權保障不足，可能涉及違憲之「不足的禁止」。
	合理化	1. 在憲法社會國原則要求下，雖非絕對不能對

		<p>外國人為一定的差別待遇，但仍應符合人性尊嚴與生存基礎之最低保障要求。於社會保險方面，參酌 ICRMW 第 27 條規定，所謂在社會保障上，移工在符合該國的立法以及雙邊或多邊條約的規定，應使移工享有與就業國國民相同的待遇。這是移工關於退休後老年保障之權益上，必須對其於就業國服務年限之期待權，有更清楚的互惠、結算、請領設計，此亦屬憲法基本要求，目前政府亦在努力中，尋求與幾個主要移工輸入國洽談互惠與結算之協定締結。</p> <p>2. 關於最多工作年限僅為 12 年的產業移工，只得請領退休一次金，不得請求年金，並未牴觸人權哲學上「承認關係」之要求，因本國人之類似情形亦有相同設計，得通過「回溯本國人適用」之檢驗，得以合理化。是以，此並未真正涉及本國人與外國人之差別待遇問題，而是期待權未適度獲得保障、特別是本於「移工返國後難以請領」之困難與障礙問題。</p> <p>3. 雖綁於定期契約與最高工作年限（當然特別是藍領移工），但參酌其他國家經驗，並非絕無納入就業保險、針對其過渡失業期間之風險承擔的制度選擇可能。當然，此可能涉及立法形成自由，因為在「失業期間的制度上縮減與消除」之前提下，此社會保險權益之必要性可能降低。</p>
	利益衡量	無利益衡量問題。

## 5. 健康檢查

管制內容	<p>依據就業服務法第 48 條制訂之受聘僱外國人健康檢查管理辦法第 5 條規定，就業服務法第 46 條第 1 項第 8 款至第 11 款規定工作之外國人於申請入國簽證時，應檢具認可醫院核發之 3 個月內健康檢查合格證明辦理健康檢查，且於入國後 3 個工作日內，至指定醫院接受健康檢查；而自聘僱許可生效日起，工作滿 6 個月、18 個月及 30 個月之日前後 30 日內，雇主應安排其至指定醫院接受定期健康檢查。</p> <p>在檢查項目方面，依同法規定，包括胸部 X 光肺結核檢查、漢生病檢查、梅毒血清檢查、腸內寄生蟲糞便檢查、身體檢查、麻疹及德國麻疹之抗體陽性檢驗報告或預防接種證明等。如移工未通過檢查，按同法第 5 條之規定，入國前健康檢查有任一項目不合格者，不予辦理入國簽證。而就入境我國後之健檢未通過，按雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 69 條第 2 項第 2 款，健康檢查結果表有不合格項目者則將導致被遣返回國<sup>403</sup></p>	
管制目的	國民健康、公共衛生之重大公共利益	
人權檢驗	人權類型	人性尊嚴、健康權、一般行動自由權、職業自由權、平等權
	侵害/限制	強制受健康檢查，不合格將受遣返失去工作，前者涉及一般行動自由權或甚至人性尊嚴之干預，後者則可能侵害職業自由權。不同於本國勞工，移工必須受入境後一定期間之強制健康檢查，可能涉及平等權之問題。

<sup>403</sup> 惟按前開健康檢查管理辦法第 7 條之規定，梅毒與寄生蟲不合格者原則上允許移工於一定期間治療後複檢，並對肺結核與漢生病不合格者提供都治服務（Directly Observed Treatment Short-Course, DOTS），而不會立即將其遣返回國。



	<p>合理化</p>	<p>1. 本於國民健康、公共衛生之重大公共利益，對於長期居留之外國人入境前之健康檢查，應屬得以合理化之干預。惟在入境工作後 6、18、30 個月之強制健康檢查，即有違反過度禁止（<i>Übermassverbot</i>）之嫌，蓋入境後之移工，即無異於同處內國環境下之本國人，並無一律強制健康檢查之重大公共利益，應認有違憲之嫌。</p> <p>2. 至特定檢查項目，雖不無涉及國民健康、於流行病學上具有重要影響之傳染病類型，惟據此即得予以遣返，違反人權哲學上之「回溯之合理化」與「承認關係」，顯係本於制度性歧視外國人、視之為人格上較為低下之群體，恐有牴觸羅德布魯赫公式（<i>Radbruchsche Formel</i>）提出之正義標準，所謂「明顯對特定族群為較差待遇」，形成「法律上的不法」。</p> <p>3. 再者，產業移工適用勞動基準法，如本國勞工經健康檢查而涉有類似傳染病，該法並無「雇主即得解僱勞工」之規定，同樣涉及本國人與外國人之差別待遇，本於前述理由，應認難以合理化，牴觸平等原則，該管制所欲達成之公共利益，國民健康與公共衛生秩序的維繫與保護，無從合理化此嚴重干預。</p> <p>4. ICRMW 並無明文得否對移工進行健康檢查，僅於第 22 條規定就業國於遣返移工之程序為法定限制，似乎採取遠較我國為寬之規範方式。</p>
	<p>利益衡量</p>	<p>在利益衡量、比例原則之運用上，對於移工相關權利之干預與侵害，是否應有更小侵害之手</p>

		<p>段？甚至，在適當性原則的認定上，系爭規範是否為「維繫國民健康之重大公共利益」之適當手段？實不無疑問。一經確認健康檢查結果表有不合項目者，即可能啟動遣返（雖然有受聘僱外國人健康檢查管理辦法第 7 條的緩和），亦同屬違反狹義比例原則、目的與手段不符比例之要求。</p>
--	--	---

## 6. 居住及生活管理

<p>管制內容</p>	<p>我國法制上並無要求移工居於雇主指定處所之設計，但雇主多在定型化契約中加入「移工應入住雇主指定宿舍」條款。就業服務法第 54 條第 1 項第 7 款「聘僱之外國人妨害社區安寧秩序，經依社會秩序維護法裁處」，亦得成為雇主失去聘僱移工資格之事由；同法第 56 條規定雇主應於 3 日內通報失聯移工，否則依第 68 條將受罰鍰之處分。縱雇主依法通報，依第 58 條第 1 項、雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 17 條之 1，亦須至通報 6 個月後始能申請遞補，甚至可能因移工行蹤不明比率過高，而依第 54 條第 1 項第 3 款喪失聘僱資格，均在事實上造就「移工均入住雇主指定宿舍」之結果。</p> <p>就業服務法第 48 條第 2 項授權訂定之雇主聘僱外國人許可及管理辦法第 19 條，規定雇主聘僱藍領移工時應依外國人生活照顧服務計畫書確實執行，又同條第 2 項及勞動力發展署公告之外國人的生活照顧服務計畫書裁量基準，就該計畫書的應記載事項及應達到的標準設有詳細規定。倘雇主違反上開規定，依雇主違反「就業服務法第五十四條規定不予許可</p>
-------------	---

	及中止引進裁量基準」第 14 款，雇主除受行政裁處外更可能失去聘僱移工之資格。	
管制目的	維護社會秩序，內國社會治安、安寧之公共安全與公共秩序考量	
人權檢驗	人權類型	一般行動自由權、居住自由權、人性尊嚴、人格權（隱私權與資訊自決權）
	侵害/限制	限制移工居住在雇主指定處所並服從管理，前者雖本於私法自治、契約自由，但後者之雇主管制，可能形成基本權衝突，實踐結果可能直指國家保護義務之不足履行。
	合理化	<p>1. ICRMW 第 39 條規定，移工及其家庭成員應該享有在就業國領土內自由遷徙和在當地自由選擇住所的權利，惟同條 2 項保留就業國為保護國家安全、公共秩序、公共衛生或道德或他人的權利和自由所必需時得以法律限制之。換言之，即便本於國際人權公約，並未絕對有「不得以任何形式或理由限制移工住居」之禁止規範。我國現行制度並未有如此之禁止明文，在制度上無必須合理化之法律干預侵害。</p> <p>2. 惟於現實上，本於移工及其雇主之約定，雖得認定為「移工自主決定下之選擇入住雇主指定宿舍」，惟過度嚴苛之生活管理，恐有侵害移工人性尊嚴、人格權（含隱私權與資訊自決權）、一般行動自由權等之嫌，國家在此有所謂國家之基本權保護義務（<i>grundrechtliche Schutzpflichten des Staates</i>），亦當有保護面向上違反「不足禁止」之虞。從國際人權公約之角度</p>

		<p>觀察，ICRMW 第 14 條規定移工或其家庭成員的隱私、家庭、住宅、通信或其他聯繫，不應受任意或非法干涉，在憲法之符合公約之解釋的適用上，應得出相同之解釋結果。</p> <p>3. 雖非直接針對移工，但現行法對於僱用移工之雇主嚴格之「行政法上義務」，並非本於保護第三人（移工或其他人），而同樣是基於抽象之公共安全、治安與公共秩序之考量，進而間接造成前述「雇主過當之侵害移工人權」、乃至於雇主喪失特定主觀權利（失去聘僱移工資格）之結果，恐有「國家違反基本權客觀法上義務=國家形成制度之義務」之嫌，恐同受違憲之評價。</p>
	利益衡量	<p>前述國家違反保護移工之不足禁止原則，同屬比例原則與利益衡量之適用層次問題，在形成雇主行政法上嚴苛義務的場合，其行為義務內容、違反時之法律效果，亦有牴觸比例原則之問題，甚至違反憲法法治國原則之「罪責原則」（<i>Schuldprinzip</i>），所謂情輕法重，間接造成雇主別無選擇，只得嚴厲管制移工生活起居之不當結果。</p>

## 7. 移工家屬

管制內容	我國並未對移工及其家庭完整保障加以規範，而係僅於入出國及移民法中規定個人得居留之要件。若家庭成員欲申請永久居留，依入出國及移民法第 25 條之規定，區分白領階級
------	--

	移工以及藍領階級移工，若為依就業服務法第 46 條第 1 項第 8 款至第 10 款的移工和其家庭成員，居留期間不得計入欲申請永久居留所需之居留期間（同條第 1 項） <sup>404</sup> ，使藍領階級移工及其家庭成員事實上無法申請永久居留	
管制目的	外國人長期、永久居留之移入人口管制	
人權檢驗	人權類型	家庭權、平等權、一般行動自由權、與長期居留相關之公法上地位（主觀基本權）
	侵害/限制	<p>1. 關於外國人之長期居留，性質上雖屬主觀公權利之一定的公法上地位，但內國法制之規範，較偏向基本權之形成，未必直接該當侵害干預。</p> <p>2. 移工與其家屬之家庭團聚權（廣義家庭權之一部分），輕易之長期、永久居留，雖未必為必要之保障內容，但亦應注意其基本權有效性，是否法制規範與實踐，使該項權利形同無從行使。</p> <p>3. 關於永久居留之要件，特別於「每年必要日數」之規範上，在外國人之間區分不同類型，以「勞心勞力」作為差別待遇之標準，雖非典型之歧視性指標，但仍可能成立平等權之侵害。</p>
	合理化	1. 於移工間，再區分勞心勞力者而有「計算永久居留所需之每年必要居留日數之差異」的差

<sup>404</sup> 入出國及移民法第 25 條第 1 項：「外國人在我國合法連續居留五年，每年居住超過一百八十三日，或居住臺灣地區設有戶籍國民，其外國籍之配偶、子女在我國合法居留十年以上，其中有五年每年居留超過一百八十三日，並符合下列要件者，得向移民署申請永久居留。但以就學或經中央勞動主管機關許可在我國從事就業服務法第四十六條第一項第八款至第十款工作之原因許可居留者及以其為依親對象許可居留者，在我國居留（住）之期間，不予計入：一、十八歲以上。二、品行端正。三、有相當之財產或技能，足以自立。四、符合我國國家利益」，依此規定，所謂藍領移工及其家屬，形同事實上不可能申請永久居留。

	<p>別待遇，無法從本國勞動市場政策得到合理化，因其與勞動市場不同部門之供需無關，反而流於藍領白領之刻板的、甚至聯想到某種階級關聯之不同對待，從人權哲學上「回溯之合理化要求」、「承認關係」的角度，本國勞工並無區分藍領白領之相應作法，也可能成立對於特定群體在集體對待上之「承認上的劣勢」，有牴觸平等權要求的違憲之虞。</p> <p>2. 雖然說，應受保障之外國人的家庭團聚權，並不以「輕易取得永久居留權」為絕對必要內容，但在其他管制要件併存之前提下（整體外國人移入人口之管制），仍應注意其行使之可能與有效性，否則可能成立過度或不足禁止之違憲，端視從哪個角度觀察。</p> <p>3. 誠然，外國移入人口之管制，同屬重大之公共利益，即便著眼於作為權利主體的外國人，諸如入境永久居留，性質上亦可能為基本權之形成，非必然作為侵害與干預，但仍應留意前述平等權、基本權有效性、過度與不足之拘束，並非全然委諸立法形成自由。</p>
利益衡量	<p>從利益衡量、比例原則的角度，外國移入人口之管制，包括在永久居留上「每年必要最低居留日數」之要件，應注意是否應明顯過高，特別是對顯然不同於一般外國人之移工，作為最小侵害手段或本於公共利益之必要形成內容？包括前述國家保障外國人家庭權之過度或不足禁止之違反？皆有牴觸比例原則、利益衡量之嫌。</p>

## 第十章 研究結論

1. 相對於國內多從「國際人權公約」來回應移工人權問題，本研究採取以內國憲法秩序、內國勞動市場管制之角度出發。「國際人權規範仍不得牴觸內國憲法」，則至少著眼於法的拘束效力而言，不管國際人權法作為直接法源、間接法源、乃至於諸如僅拘束司法機關「應對內國法為符合國際公約之解釋」，要完整且有效力的回答「移工管制及人權限制」之提問，某個角度來說，重點反而應該在內國法秩序，不在國際法。
2. 一般討論從屬性勞工之保障，可以粗分為三類：勞動保障：狹義的勞動保障，與人身安全、人格權等有關，主要涉及職業安全衛生領域。契約保障：涉及勞動契約之存續保障形式，包括「無特定的存續保障」作為選項，從入口、過程到出口，例如定期契約、限制轉換、有限度之解僱保護、公行政之管制(如作為形成私法效力之行政處分的聘僱許可)等。社會保障：亦稱社會安全或社會法保障，主要涉及國家給付行政，如勞工保險、其他社會保險、社會救助與其他社會法上的扶助手段。三個不同類別，在人權保障之意涵上不同：第一類勞動保障，應為絕對，不容有差別待遇，第三類社會保障，可以基於整體社會安全制度的考量，為必要之調整，但必須維持最低生存基礎、社會保險期待權之維繫等。第二類之契約保障，則與內國勞動市場政策息息相關，在所謂人權保障上爭議顯然較大。
3. 國內法學界探討移工之保障問題，一方面未特別區分產業與社福移工，再方面，多引據國際人權公約來加以論斷，從某種嚴格之拘束力角度言之，其實比較接近倡議者之角度，同時難以面對「我國並未將該公約施行法化」之障礙，即便結論無誤且應加支持。再者，國內法學界之論述方式，並未直接面對一法規範性無可逃避的框架：我國現行對於產業移

工之管制措施，是否可能通得過我國憲法的檢驗？或只是作為「令人不快」、但必須歸諸於立法形成自由下的「遺憾立法」？從法規範性、特別是內國憲法秩序之角度回答移工人權，而非單從一未簽署加入、亦(尚)未內國施行法化的國際人權公約著手，應屬不可避免之工作。

4. 勞動市場的管制，包括移工之勞動市場，涉及產業競爭力、不同角度勞動與就業促進等面向，同時，言及移工，本國勞工勞動市場機會之保障，不論是否採取補充性政策，亦屬不可忽視之問題關聯。在論及移工勞動市場管制之規範性評價時，斷不可忽視合理化、至少試圖合理化這些管制措施之公共利益，做相互的考察與檢驗。如果勞動市場對於特定人員之管制，涉及其人權，則如何能一併納入應有的移工人權保障體系？如何同時來來回回的考察「作為限制正當事由之本勞勞動市場之憲法法益」？如何能有兼顧兩者之可能？在觀察移工人權之上，這個角度常為人所忽視。
  
5. 產業移工作為一封閉性的勞動市場，整體國家之秩序政策，到與引進產業移工息息相關之競爭力、失業論證，這些可能扮演某種「管制移工措施」之正當性基礎，形同扮演「檢討對移工人權侵害」之某種反證。例如在本勞與移工之替代關係上，不論是「引進移工將造成本勞失業」，亦或「引進補充性移工，將因產業之復甦而帶來本勞之就業效果」，不管理論或實踐影響，都會在探討某些移工人權問題時，例如國家管制下的強制定期契約、禁止轉換雇主等，扮演作為立法正當性事由的作用。不試著與之對話，法學上的論述移工人權，就顯得空洞，失去某種經濟與勞動政策的連動與現實感。同樣地，試圖由此出發，批評性的回答移工人權限制之得與失，或說：是否通得過檢驗，才能讓問題得到比較周延的回答。



6. 本研究選擇從內國憲法秩序的觀點，梳理出真正評價產業移工人權之標準，至少方法，而非簡單地從國際人權公約的角度來輕易評斷。吾人可以發現，「勞動市場秩序」，始終扮演企圖合理化移工管制基礎的角色，在所涉及之不同憲法基本權（職業自由、平等權），以及憲法基本決定（社會國原則），技術性層次的比例原則與利益衡量論述中，聚焦於勞動市場管制政策，吾人可篩檢出許多不同的向度，乃至於勾勒出可能的界限。
7. 不論是否採取全球公民主義之論點，在探索人權、特別是移工人權的問題上，類似法國哲學家 *Etiennè Balibar* 討論外國人於內國之人權處境時，所提出之「平等的自由」之概念，我們不能自滿於國際人權公約那種文本上的優越與進步，而是要直指內國人權差別待遇上的正當事由。不論是 *Rainer Forst* 的要求合理化之權利、回溯性檢驗法，抑或 *Axel Honneth* 的承認之關係，都是將某種動態與靜態的社會權力關係之考量，併入法律體系內人權、非人權檢驗之標準內，諸如：本國勞工得以享有，移工就不行，就需要特別的合理化（*Rechtfertigung*），雖然未必一定不行，必然違反人權要求，但必須要求特殊的合理化，如果連起碼之承認關係都遭否決，則侈談人權，恐怕力有未逮。
8. *ICRMW* 涉及移工及其家庭成員之醫療、教育、司法、政治選舉、社會福利、保險等事項，也涉及到國際關係、國家主權、國家安全、移民等政策方向，範疇相當廣泛，也當然成為當今分析國際法層次上，有關移工權利與保障之核心文件，在內國憲法秩序規範性內涵之具體化上，*ICRMW* 可以作為相當之參考與解釋基礎。然而，至今為止，簽署加入之國家，幾乎毫無例外地均為移工之輸出國、原籍國，沒有公約所意圖規範之真正且最重要之義務主體：移工輸入國、就業國，使公約之相關內容，不論好壞優劣，在影響各國有關移工之內國法體系的內容建構上，

產生不了事實上的影響。在全球場域上，「企業社會責任」、「企業與人權」並非因此而淪為無甚意義；正好相反：跨國企業主導全球經濟秩序的當代，「人權」，包括其直接間接僱用或使用（如供應鏈）之勞動者的人權，始終作為全球國民國家、國際組織與全球社會行動者關注之焦點。在此發展脈絡下，正好表徵著「全球移動現實下」之移工，尤為關注之焦點，ICRMW 的「可能重要性」，仍不言可喻。

9. 就產業與國家競爭力而言，似乎看不出太多移工管制政策與此之緊密關聯，事實上，以補充性為出發點之總量管制與限業限量原則，已印證呈現出替代與排擠本國勞工之效果，卻未見產業與國家之競爭力提升為何，換言之，「產業升級」所帶來之產業暨國家競爭力的成長，並未在移工引進政策中受到重視。如將焦點移轉到失業，則一方面，如前所述，移工將可能引發同職業層級本國勞工推擠排除效果 – 從營造業知名之「缺工率高（所以得引進移工）與失業率高（本勞失業）」矛盾現象可得而知，同時，所謂引進外籍將有助於本國勞工就業，至今未在科學上得到任何印證，恐將淪為常見之失業/就業論證之泥淖，變成純粹之意識形態與社會權力手段。
  
10. 產業競爭力是否應透過勞動力成本低薪化來促進？應該不是，產業競爭力必須更加精準而詳盡的論證，特別是搭配適當的產業升級政策；移工充任基層勞動力，是否反而有害產業之升級而長久以降影響其競爭力？應該說，兩者似乎無直接之關聯，至少不能做肯定的因果斷語，但亦無法為直接的否定答案，如同目前企業界或政府機關經常主張的那般。本國勞工之人權是否亦因勞動市場命運而認受到侵害？至少就相同職類之就業勞動排擠推移，以及投入以低薪化為特徵之就業部門而言，本國勞工之人權侵害似乎是可以證立的，但這不是制度性的問題，毋寧是勞動市場牽動影響的結果，更關鍵的是：如果有所謂本國勞工之人權侵害，

移工絕對不是加害者，必須澄清。產業競爭力是否結構上必須綁在對於移工人權的制度性歧視？這個說法應為否定評價，對於移工的制度性歧視，至少在產業競爭力這點上，得不出具有說服力的證明，反而可能徒生人權問題。

11. 本研究建構之產業移工人權觀察體系如下：

理論、內涵、 程序與國家 義務	人權之政治哲學 要求合理化 承認的關係	國際人權公約 (ICRMW 與其他)		全球治理 企業社會責任 企業與人權
憲法控制	貫穿之憲法 基本原則	社會國原則 (勞動與經濟市場秩序、改變社會權力關係)		
	技術適用	比例原則、利益衡量		
	防禦權、給付 權、客觀法	職業自由權	產業競爭力	界限： 公益與共同 體保留
		平等權	就業/失業 論證	
一般行動自 由權		社會整合性		
其他基本權	其他公共利 益			
權利限制	限制移工權利之法規範總和			
權利主體	產業移工（外國人之基本權適用）			

12. 在移工輸入之業別選擇與管制上，有關內國勞動市場形成、產業生產力之維繫等公共利益，得作為「遭排除者之基本權侵擾」之合理事由。ICRMW 第 52 條 1 項規定移工在就業國內應有權利選擇其有報酬活動，但須符合一定限制或條件，並在第 2 項第 1 款規定，就業國得對任何移工根據本國利益的需要和國家立法的規定，限制從事某些種類工作、職

務、服務或活動。從國際人權公約作為內國憲法秩序之解釋參酌而言，關於輸入移工之業別選擇，應屬相符之基本權形成規範，亦未涉及人權哲學上所言之「承認關係」的否認，是未生違反平等權之要求，其他外國人進入本國工作因而受限之職業自由權、一般行動自由權（包括契約自由權），則屬前開基本權形成後之必然影響，應為非侵擾之一般影響，無必須合理化之問題。

13. 在定期契約之限制上，本國人與外國人締結定期契約之差別待遇，以「本國勞動市場秩序政策」、「勞動市場作為社會國原則之重要標的」，普遍認為應得通過合憲性檢驗，ICRMW 第 52 條規定移工在就業國內應享有選擇有報酬工作的自由，但應符合一定限制或要求，其中第 3 項第 1 款明文，就業國得對獲准得工作之時間有所限制的勞工，附加條件，規定其在就業國境內合法居留以從事不超過兩年的有報酬工作，亦即，從國際人權公約之角度，定期契約之特殊限制並不違反，即便存在與本國籍勞工之差別待遇，使之不再適用「雇主有繼續性需求、即應容許締結不定期契約」勞動法原則，同樣得作為我國憲法規範性之參考。惟於移工間，再區分勞心勞力者而有是否限於締結定期契約上的差別待遇，似乎未有明確之本國「不同部門」勞動市場影響之精確評估，反而容易流於藍領白領之刻板的、甚至聯想到某種階級關聯之不同對待，並不完全符合合理化之要求。從人權哲學上「回溯之合理化要求」、「承認關係」的角度，本國勞工並無區分藍領白領之相應作法，也可能成立對於特定群體在集體對待上之「承認上的劣勢」，可能有違憲之虞，除非有更清楚的「勞動市場不同部門影響評估」。

14. 關於嚴格限制移工轉換雇主之問題，站在作為重要公共利益之「內國勞動市場秩序」的角度，整體勞動市場調控之觀點，必須清楚的合理化，為何得以如此程度之限制轉換雇主？系爭規範之概括條款「其他不可歸責於受聘僱外國人之事由」，在實踐上迭受詬病，認有過度嚴苛之情形，

性質上屬於「得以免除此相當干預之例外要件」，涉及移工相關基本權有效性與否，必須密切檢討。得作為憲法規範性內涵解釋依據之國際人權公約，ICRMW 容許一定期間後得在特定產業自由流動，並要求應提供失業時的經濟安全網、採取有效措施避免移工負擔過度債務，以降低轉職禁止所可能造成的強迫勞動狀態，是以，由 ICRMW 之內容觀之，我國關於移工轉換雇主之限制，應屬過苛，並沒有諸如該公約所示，僅受 2 年限制、之後得轉換雇主之緩和。在移工整體數量管制之前提下，限制轉換雇主必須限於同一類別，亦需比較多的合理化事由，所明列之要件類型，諸如單純之雇主需求（未足額引進、未達比率或數額上限）、移工之遭受重大人身侵害，前者僅考量雇主單方需求，後者只限於極端之重大人身侵害，似有過度偏狹之嫌，雖有「經中央主管機關核准」之個案彈性處理空間，但整體言之，仍須進一步檢討。

15. 攸關移工社會保險之權益上，在憲法社會國原則要求下，雖非絕對不能對外國人為一定的差別待遇，但仍應符合人性尊嚴與生存基礎之最低保障要求。於社會保險方面，參酌 ICRMW 第 27 條規定，所謂在社會保障上，移工在符合該國的立法以及雙邊或多邊條約的規定，應使移工享有與就業國國民相同的待遇。這是移工關於退休後老年保障之權益上，必須對其於就業國服務年限之期待權，有更清楚的互惠、結算、請領設計，此亦屬憲法基本要求。最多工作年限僅為 12 年的產業移工，只得請領退休一次金，不得請求年金，並未牴觸人權哲學上「承認關係」之要求，因本國人之類似情形亦有相同設計，得通過「回溯本國人適用」之檢驗，得以合理化。是以，此並未真正涉及本國人與外國人之差別待遇問題，而是期待權未適度獲得保障、特別是本於「移工返國後難以請領」之困難與障礙問題。雖綁於定期契約與最高工作年限（當然特別是藍領移工），但參酌其他國家經驗，並非絕無納入就業保險、針對其過渡失業期間之風險承擔的制度選擇可能。當然，此可能涉及立法形成自由，因為在「失

業期間的制度上縮減與消除」之前提下，此社會保險權益之必要性可能降低。

16. 本於國民健康、公共衛生之重大公共利益，對於長期居留之外國人入境前之健康檢查，應屬得以合理化之干預。惟在入境工作後 6、18、30 個月之強制健康檢查，即有違反過度禁止之嫌，蓋入境後之移工，即無異於同處內國環境下之本國人，並無一律強制健康檢查之重大公共利益，應認有違憲之嫌。至特定檢查項目，雖不無涉及國民健康、於流行病學上具有重要影響之傳染病類型，惟據此即得予以遣返，違反人權哲學上之「回溯之合理化」與「承認關係」，顯係本於制度性歧視外國人、視之為人格上較為低下之群體，恐有抵觸羅德布魯赫公式（*Radbruchsche Formel*）提出之正義標準，所謂「明顯對特定族群為較差待遇」，形成「法律上的不法」。再者，產業移工適用勞動基準法，如本國勞工經健康檢查而涉有類似傳染病，該法並無「雇主即得解僱勞工」之規定，同樣涉及本國人與外國人之差別待遇，本於前述理由，應認難以合理化，抵觸平等原則，該管制所欲達成之公共利益，國民健康與公共衛生秩序的維繫與保護，無從合理化此嚴重干預。

17. 在移工住居權之保障上 ICRMW 第 39 條規定，移工及其家庭成員應該享有在就業國領土內自由遷徙和在當地自由選擇住所的權利，惟同條 2 項保留就業國為保護國家安全、公共秩序、公共衛生或道德或他人的權利和自由所必需時得以法律限制之。換言之，即便本於國際人權公約，並未絕對有「不得以任何形式或理由限制移工住居」之禁止規範。我國現行制度並未有如此之禁止明文，在制度上無必須合理化之法律干預侵害。惟於現實上，本於移工及其雇主之約定，雖得認定為「移工自主決定下之選擇入住雇主指定宿舍」，惟過度嚴苛之生活管理，恐有侵害移工人性尊嚴、人格權（含隱私權與資訊自決權）、一般行動自由權等之嫌，國家在此有所謂國家之基本權保護義務，亦當有保護面向上違反「不

足禁止」之虞。從國際人權公約之角度觀察，ICRMW 第 14 條規定移工或其家庭成員的隱私、家庭、住宅、通信或其他聯繫，不應受任意或非法干涉，在憲法之符合公約之解釋的適用上，應得出相同之解釋結果。雖非直接針對移工，但現行法對於僱用移工之雇主嚴格之「行政法上義務」，並非本於保護第三人（移工或其他人），而同樣是基於抽象之公共安全、治安與公共秩序之考量，進而間接造成前述「雇主過當之侵害移工人權」、乃至於雇主喪失特定主觀權利（失去聘僱移工資格）之結果，恐有「國家違反基本權客觀法上義務=國家形成制度之義務」之嫌，恐同受違憲之評價。

18. 在移工及其家屬之家庭團聚、長期居留之問題上，首先，外國人之長期居留，性質上雖屬主觀公權利之一定的公法上地位，但內國法制之規範，較偏向基本權之形成，未必直接該當侵害干預。移工與其家屬之家庭團聚權（廣義家庭權之一部分），輕易之長期、永久居留，雖未必為必要之保障內容，但亦應注意其基本權有效性，是否法制規範與實踐，使該項權利形同無從行使。關於永久居留之要件，特別於「每年必要日數」之規範上，在外國人之間區分不同類型，以「勞心勞力」作為差別待遇之標準，雖非典型之歧視性指標，但仍可能成立平等權之侵害。於移工間，再區分勞心勞力者而有「計算永久居留所需之每年必要居留日數之差異」的差別待遇，無法從本國勞動市場政策得到合理化，因其與勞動市場不同部門之供需無關，反而流於藍領白領之刻板的、甚至聯想到某種階級關聯之不同對待，從人權哲學上「回溯之合理化要求」、「承認關係」的角度，本國勞工並無區分藍領白領之相應作法，也可能成立對於特定群體在集體對待上之「承認上的劣勢」，有抵觸平等權要求的違憲之虞。雖然說，應受保障之外國人的家庭團聚權，並不以「輕易取得永久居留權」為絕對必要內容，但在其他管制要件併存之前提下（整體外國人移入人口之管制），仍應注意其行使之可能與有效性，否則可能成立過度或不足禁止之違憲，端視從哪個角度觀察。誠然，外國移入人口

之管制，同屬重大之公共利益，即便著眼於作為權利主體的外國人，諸如入境永久居留，性質上亦可能為基本權之形成，非必然作為侵害與干預，但仍應留意前述平等權、基本權有效性、過度與不足之拘束，並非全然委諸立法形成自由。



## 參考文獻

### 壹、 書籍

1. 許育典，憲法，台北:元照，2019 年 9 月，修訂九版。

### 貳、 專書論文

1. 辛炳隆，外勞總額控管與名額分配，收錄於：羅紀琮主編，台灣外籍移工研究，中央研究院經濟研究所，2007 年。
2. 李誠，外勞在台灣經濟發展過程中所扮演的角色，外籍勞工政策研討會會議論文集，2007 年。

### 參、 期刊與研討會論文

1. 成之約，外勞引進與管理政策的探討，財團法人國家政策研究基金會發行，國政分析，095-017 號，2006 年 10 月 11 日，頁 1，引自 <http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/SS/095/SS-B-095-017.htm>(點閱日期:2022 年 11 月 1 日)。
2. 江豐富，外勞引進對本國勞工失業、職業選擇及薪資之影響，中央研究院經濟研究所發行，台灣經濟預測與政策，頁 69-111，第 37 卷第 1 期
3. 吳慧玲，淺談我國企業社會責任相關規範及推動情形，證券暨期貨月刊，第 29 卷第 8 期，頁 5-21，2011 年 8 月。
4. 辛炳隆，外勞總額警戒機制之研析，就業安全半年刊，12 卷第 1 期，頁 102-107，2013 年 6 月
5. 辛炳隆，由他國經驗談如何留用外國技術人力，台灣經濟論衡，第 20 卷第 2 期，頁 47-53，2022 年 6 月。
6. 林良榮，論外國人勞工(移工)團結權之行使與保護 -ILO 規範基礎、工會組織實務與團結政策，交大法學評論，勞動法特刊，頁 233-270，2020 年 12 月。
7. 邱羽凡、宋庭語，移工自由轉換雇主之限制規範與檢討，交大法學評論，勞動法特刊，頁 1-50，2020 年 12 月。

8. 孫迺翊，簡評行政法院有關勞工保險「境外僱用」與「申報主義」之見解—以臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1767 號判決為例，法令月刊，第 66 卷 6 期，頁 16-42，2015 年 6 月。
9. 莊國良，國際勞工組織相關外勞公約下的臺灣外勞權益，社區發展季刊，第 123 期，頁 130-145，2008 年 9 月。
10. 曾嫻芬，引進外籍勞工的國族政治，台灣社會學刊第 32 期，頁 1-58，2004 年。
11. 楊雅雯，跨越國境的勞動平權?— 論勞動權利之平等保護面對「暫時性跨國移工制度」之侷限，中研院法學期刊，第 28 期，頁 211-285，2021 年 3 月。
12. 蔡宏政、周昀臻，老化、照護人力與移工/移民政策，載於：遠東白皮書 5- 長照需求下的外籍看護勞動權益，頁 260-277，2018 年 4 月。
13. 鄭津津，反歧視與平等權—論台灣外籍勞工之工作平等，月旦法學雜誌，第 189 期，頁 5-21，2011 年 2 月。
14. 鄭津津，我國外籍勞工人權保障問題之研究，月旦法學雜誌，第 161 期，頁 67-82，2008 年 10 月。
15. 薛承泰/林昭禎，外勞數量與台灣勞工就業的關係，國家政策論壇季刊，2004 年春季號，引自 <http://old.npf.org.tw/monthly/0401/theme-212.htm>。
16. 藍科正，外勞引進對台灣勞工就業之影響，移工、經濟發展和勞動市場變化學術會議，嘉義：國立中正大學勞工關係學系暨勞工研究所，2006。

#### 肆、學位論文

1. 吳韶璇，引進外籍勞工對本國勞工需求之影響分析，中央大學經濟學系碩士論文，2018 年 6 月。

#### 伍、技術報告

1. 財團法人國家政策研究基金會、林國榮教授主持，未來十年我國外勞政策變革方向之研究，國家發展委員會委託研究，2014 年 4 月。

2. 黃怡碧、黃嵩立/台灣國際醫學聯盟，提交給國家人權報告專家審議小組：針對兩公約施行監督聯盟影子報告提出之外籍勞動者相關人權補充報告，2012 年 11 月。
3. 單驥，台灣外籍勞工政策之探討，行政院國家科學委員會委託研究計畫，2000 年 8 月。
4. 劉士豪主持，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約國內法化研究，勞動部委託研究，2014 年 12 月。
5. 劉黃麗娟主持，外籍勞工人權之保障，行政院勞工委員會職業訓練局委託研究，2012 年 10 月 12 日。

陸、 德文資料

1. Altvater, E., Vergebliche Befreiungsversuche aus den Fallstricken der neoklassischen Theorie – Zu Winfried Vogts Erklärung der Massenarbeitslosigkeit, in: Hickel(Hrsg.), Radikale Neoklassik. Ein neues Paradigma zur Erklärung der Massenarbeitslosigkeit? Opladen 1986, S. 31ff.
2. Arbeitsgruppe Alternative Wirtschaftspolitik, Memorandum 1997.
3. Assmann, H. D., Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königsten/TS. 1980.
4. Badura, P., Wirtschaftsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit, FS Hans Peter Badura, Tübingen 1977, S. 367ff.
5. Becker, M., John, S. & Schirm, S. A., Globalisierung und Global Governance, Paderborn 2007.
6. Benda, E./Maihofer, W./Vogel, H./J. (Hrsg.), HBVerfR, Bd. 1, 2 Aufl., Berlin 1995.
7. Blank, M./Fangmann, H., Arbeitslosigkeit und Grundgesetz, AuR 1988, 235ff.
8. Broszies, C./Hahn, H. (Hrsg.), Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus, Ffm. 2010.
9. Brühl, T. & Rosert, E., Die UNO und Global Governance, Wiesbaden 2014.

10. Bryde, B./O., Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. I, Tübingen 2001.
11. Burkert, C./Garloff, A., Der Arbeitsmarkterfolg von Migranten und Migrantinnen und Geflüchteten: Ergebnisse, Gründe und Wege zur Überwindung der Benachteiligung, in: Rauch, A./Tophoven, S. (Hrsg.), Integration in den Arbeitsmarkt. Teilhabe von Menschen mit Förder- und Unterstützungsbedarf, Stuttgart 2020, S. 155, S. 130ff.
12. Buttler, F., Regulierung und Deregulierung der Arbeitsbeziehungen, in: Winterstein, H. (Hrsg.), Sozialpolitik in der Beschäftigungskrise II, Berlin 1986, S. 9ff.
13. Braßel, F. & Windfuhr, M., Welthandel und Menschenrechte, Bonn 1995.
14. Coing, H., Verhältnis zwischen Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, in: Raiser, L./auermann, H./Schneider, E. (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Berlin 1964, S. 1ff.
15. Däubler, W., Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? Saarbrücken 2012.
16. Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Hamburg 1977(1959).
17. Ewers, H.-J./Wein, T., Gründe und Richtlinien für eine Deregulierungspolitik, Berlin 1989.
18. Fabricius, F., Arbeitsrecht und juristische Methodenlehre, Neuwied und Darmstadt 1980.
19. Fechner, E., Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953.
20. Feldhoff, J., Regulierung – Deregulierung. Steuerungsprobleme der Arbeitsgesellschaft, Nürnberg 1988.
21. Forst, R., Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Ffm. 2007.

22. Forst, R., Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit, in: Nida-Rümelin, J./v. Daniels, D./Wloka, N. (Hrsg.): Internationale Gerechtigkeit und institutionelle Verantwortung, Berlin 2019. S. 43ff.
23. Friedrich, H./Wiedemeyer, M., Arbeitslosigkeit – ein Dauerproblem. Dimensionen, Ursachen, Strategien, Opladen 1998.
24. Gallwas, H. U., Grundrechte, Ffm. 1985.
25. Ganßmann, R., Soziale Sicherheit als Standortproblem, Soziale Sicherheit als Standortproblem, PROKLA 106(1/1997), S. 26ff.
26. Härtel, H.-H., Standortqualität, Wirtschaftswachstum und internationale Wettbewerbsfähigkeit, in: Kantzenbach, E./Mayer, O. G., (Hrsg.), Deutschland im internationalen Standortwettbewerb, Baden-Baden 1995, S. 13ff.
27. Hartwich, H. H., Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln-Opladen 1970.
28. Hauschka, C. E., Internationalisierung der Wirtschaft und ordoliberales Rechtsdenken, Rechtstheorie 21(1990), 374ff.
29. Herdegen, M., Völkerrecht, 21 Aufl., München 2022.
30. Hirsch, J., Der nationale Wettbewerbsstaat. Staat, Demokratie und Politik im globalen Kapitalismus, 2 Aufl., Berlin 1996.
31. Honneth, A., Das Recht der Freiheit, Ffm. 2011.
32. Hübner, K., Theorie der Regulation. Eine kritische Rekonstruktion eines neuen Ansatzes der Politischen Ökonomie, Berlin 1989.
33. Isensee, J., Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des Grundgesetzes, Der Staat 1980, 367ff.
34. Isensee, J./Kirchhof, P., HStR III, Heidelberg 1989.
35. Jessop, B., in: Becker, S./Sablowski, T./Schumm, W., Jenseits der Nationalökonomie? Weltwirtschaft und Nationalstaat zwischen Globalisierung und Regionalisierung, Hamburg 1997, S. 52ff.
36. Kämmerer, J. A./Thüsing, G., Leiharbeit und Verfassungsrecht, Berlin 2005.

37. Kenan Institute for Ethics, The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Analysis and Implementation, 2012.
38. Knappe, E., Arbeitsmarkttheoretische Aspekte von Deregulierungsmaßnahmen, in: Thiemeyer, T. (Hrsg.), Regulierung und Deregulierung im Bereich der Sozialpolitik, Berlin 1988, S. 219ff.
39. Knirsch, J., AG 9: Sozialstandards und Sozialklauseln im Fairen Handel mit Agrarprodukten, in: Forum entwicklungspolitischer Aktionsgruppen, 202/203, 1996, S. 18ff.
40. Koch, C., Zivilisation der Arbeitslosigkeit oder vor dem Ende des Nationalstaats? Merkur 1993, 927ff.
41. Kutscha, M., Sozialstaatsverheißung, in: Hannover, H./Kutscha, M./Skrobanek-Leutner, C. (Hrsg.), Staat und Recht in der BRD, Köln 1987, S. 129ff.
42. Ladeur, K. H., Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Tübingen 2004.
43. Schaub, G., Arbeitsrechtshandbuch, 13 Aufl., München 2009.
44. Maunz-Dürig, GG, München 2003.
45. Melms, W. (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 2021.
46. Mestmäcker, E. J., Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft, Rechtstheorie 1989, 278ff.
47. Misik, R., Mythos Weltmarkt. Vom Elend des Neoliberalismus, 1 Aufl., Berlin 1997.
48. MüArbR, Bd. 1, 3 Aufl., München 2009, § 12 Rn. 59.
49. Narr, W.-D./Schubert, A., Weltökonomie. Die Misere der Politik, Ffm. 1994.
50. Neuner, J., Privatrecht und Sozialstaat, München 1999.
51. Stern, K./Becker, F., Grundrechte-Kommentar, Köln 2010.
52. Offe, C. (Hrsg.), Arbeitsgesellschaft, Ffm. 1984.

53. Ossenbühl, F, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG, in: Starck, C. (Hrsg.), BVerfG und GG, Bd. I, Tübingen 1976, S. 464ff.
54. Perlitz, M., Die Aufrechterhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit als Verpflichtung für Unternehmen und Gesamtwirtschaft, in: Dichtl, E. (Hrsg.), Standort BRD. Die Wettbewerbsbedingungen auf dem Prüfstand, Ffm. 1994, 9ff.
55. Rieble, V., Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin-Heidelberg 1996.
56. Rieth, L., Global Governance und Corporate Social Responsibility. Welchen Einfluss haben der UN Global Compact, die Global Reporting Initiative und die OECD Leitsätze auf das CSR-Engagement deutscher Unternehmen? Berlin 2009.
57. Röttger, B., Neoliberale Globalisierung und eurokapitalistische Regulation, Münster 1997.
58. Saage, R., Arbeiterbewegung, Faschismus, Neokonservatismus, Ffm. 1987.
59. Sachs, M., Verfassungsrecht II Grundrechte, 3 Aufl., Berlin Heidelberg 2017.
60. Stern, K., Das Staatsrecht der BRD, Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988.
61. Schui, H./Blankenburg, S., Neoliberalismus. Theorie, Gegner, Praxis, Hamburg 2002.
62. Siebert, H., Geht den Deutschen die Arbeit aus? Wege zu mehr Beschäftigung, München 1995.
63. Schramm, Staatsrecht, Bd. II, Grundrechte und ihre verfassungsrechtliche Absicherung, 4 Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1988.
64. Stober, R., Zur Wirtschaftliche Bedeutung des Demokratie- und Sozialstaatsprinzips, GewArch 1988, 145ff.

65. Timmermann, P./Uznanski, J./Mävers, G./Klaus, S., Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter. Arbeitsmigrationsrecht in der Praxis, 1 Aufl., Baden-Baden 2021.
66. Flassbeck, H., Theoretische Aspekte der Messung von Wettbewerbsfähigkeit, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 1992, 5ff.
67. Rolshausen, C., Macht und Herrschaft, Münster 1997.
68. Schiek, D., Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000.
69. Campenhausen, A. F., Sozialklauseln im internationalen Handel. Eine entwicklungsvoölkerrechtliche Untersuchung insbesondere über Sozialklauseln im internationalen Handelsverkehr und ihre praktische Handhabung, Berlin 2005.
70. Wassermann, R. (Hrsg.), AK-GG, 2 Aufl., Neuwied-Ffm. 1989.
71. Weismann, S.-F., Das Arbeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Arbeitsplatzbesitzern und Arbeitslosen, Würzburg 1988.
72. Weller, B., Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht. Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit unter Einbeziehung der Geschichte des Arbeits- und Sozialrechts, Stuttgart 1969.
73. Wieland, J./ Engel, C./ v. Danwitz, T., Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, VVDStRL 59(1999), Berlin-NY 2000.
74. Wolff, H. J., Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, GS Walter Jellinek, 2 Aufl., München 1969.
75. Wolfrum, R./Philipp, C., Handbuch Vereinte Nationen, 2 Aufl., München 1991.
76. Wülfing, T., Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, Berlin 1981.
77. Zinn, K., Jenseits der Markt-Mythen, Hamburg 1997.
78. Zippelius, R., Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962.



## 柒、 英文資料

1. Inter-Parliamentary Union, Migration, human rights and governance. Handbook for Parliamentarians Nr. 24, 2015.
2. Kenan Institute for Ethics, The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Analysis and Implementation, 2012.
3. Kim Min Ji , International Migration Papers No. 119 The Republic of Korea's Employment Permit System (EPS): Background and Rapid Assessment , February 2015.
4. Ruggie, J., Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy“ Framework, U.N. Human Rights Council, 21 March 2011.
5. Ruggie, J., Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises

## 捌、 日文資料

1. 水町勇一郎，詳解労働法，東京大学出版会，初版，2019年9月。
2. 深川博史、水野敦子編，日韓における外国人労働者の受け入れ-制度改革と農業分野の対応-，九州大学出版会，初版，2022年8月(佐野孝治執筆)。
3. 塚田典子，介護現場の外国人労働者，明石書店，初版，2011年1月
4. 濱口桂一郎，日本の労働法政策，労働政策研究.研修機構，初版，2018年10月。
5. 嵩さやか，外国人労働者と社会保障制度の課題，日本労働研究雑誌，No.744，頁55-65，2022年7月。

## 玖、 政府資料

1. 勞動部，勞動統計通報:110 年底產業及社福移工概況，111 年 4 月 20 日：[https://www.mol.gov.tw/media/xjiltz0/110\\_年底產業及社福移工概況.pdf](https://www.mol.gov.tw/media/xjiltz0/110_年底產業及社福移工概況.pdf)。
2. 勞動部，110 年移工管理及運用調查報告：  
<https://statdb.mol.gov.tw/html/svy10/1042summary.pdf>。
3. 行政院勞工委員會，100 年移工運用及管理調查報告。
4. 勞動部「移工權益維護報告書」，2021 年 1 月。

## 附錄：2022 年 8 月 5 日產業移工之管制與保障論壇實錄

### 產業移工之管制與保障論壇

監察院國家人權委員會委託研究：臺灣產業移工管制與保障之比較研究  
監察院國家人權委員會、國立政治大學法學院共同主辦

2022 年 8 月 5 日（五）

國立政治大學綜合院館北棟 13 樓法治斌講堂

09:40 – 12:00

子題一：台灣產業移工的管制與保障問題

主持人：王幼玲委員（監察院、國家人權委員會）

引言人：汪英達主任（桃園市群眾服務協會移工政策處）

與談人：李健鴻教授（文化大學勞工系）、辛炳隆副教授（國立台灣大學國家發展研究所）、劉繼蔚律師（雪谷南榕法律事務所）

12:00 – 13:00 午餐

13:00 – 14:40

子題二：從國際公約看台灣產業移工的管制與保障

主持人：陳貞如副教授（國立政治大學法學院）

引言人：黃昱中律師/秘書長（外籍漁工人權組織）

與談人：邱羽凡副教授（國立陽明交通大學科技法律研究所）、吳靜如研究員（台灣國際勞工協會）、姚孟昌助理教授（輔仁大學學士後法律系）

14:40 – 15:00 茶敘

15:00 – 16:40

子題三：從其他國家法制看台灣產業移工的管制與保障

主持人：劉梅君教授（國立政治大學勞工研究所）

引言人：孫友聯秘書長（台灣勞工陣線）

與談人：杜光宇理事（桃園群眾服務協會）、林良榮副教授（國立政治大學法學院/勞工研究所）、傅柏翔副教授（國立台北大學法律系）

第一場 台灣產業移工的管制與保障問題

主持人王幼玲

除了汪主任有一小時的時間，其他與談人是 15 分鐘的。今天講的是產業移工，我自己有去農業移工，有去看。那個農夫看到我們都淚光光，說現在移工引入的方式讓他們不得不去引進非法的移工。然後移民署要帶大隊，把他們上鏑，他們覺得很屈辱。為了怕被取締，就半夜戴著頭燈工作，做到第二天早上。

所以我覺得如果這個產業不限制在只有工廠，我們今天其實也滿有得聊的啦，那希望今天大家可以激起一些火花，那我們今天請翁主任用一小時的時間，請把握，謝謝。

引言人汪英達

謝謝我們的王委員，還有陳老師，還有各位與談人跟各位來賓，大家好。我是汪英達，那我就因為時間很緊湊，我們就趕快開始了。這是我的簡歷，不太重要。我過去在第一銀行工作了七年，更往前在全國總工會做了四年，當時總工會的理事長是林惠官先生。所以我也跑過立法院，所以

有一些從中央到地方的總工會跟地方公會的經驗。其實我在很久以前在碩士班的時候就是做移工的論文。所以其實跟移工接觸有二十多年的時間。那個時候俊儒就在做論文，他比我早一年，所以都是很久以前的事情。

我先說明一下，目前移工開放已經有三十多年了。目前為止很多的勞動人權其實是一直被侵犯的。這個狀況其實一直都很嚴重。

我希望能夠在多個問題的切入。這次給我們的題目是產業移工的管制跟保護，我一直在想要怎麼講呢，我本來想從管制面講一半，從保護面講一半。後來我想我就放棄念頭，我想說我從各個面向，各個問題來切入，同時來看一下現在各個管制跟保護的問題。管制得好不好，保護得好不好。我也會稍微得涵蓋其他的部分，不僅僅是工廠，其實在勞動部的很多分類都有一些不太一樣矛盾的地方。比如說勞動部的分類上面，他的移工只有兩種，一種叫產業，一種叫社福。產業包括農林漁牧。社福就是社會福利，包括家務工跟機構的看護工。這有一點互相矛盾衝突的地方，最後我大概都會稍微提到一些。不過還是主要以工廠為主。

那第一個我要講仲介費的問題。先看這個 ILO 的規定，國際勞工組織其實從幾年前就有一個指引。中文叫做關於公平聘僱的一般原則和操作以及聘僱費用與相關費用的定義，名字很長。我們可以到 ILO 的網站上面去，有中文版可以下載，不過是簡體版的。不過要特別注意，簡體版的有一段沒有翻譯，所以你要看原文還是要得看英文版。還有一段，我不知道為什麼他是考量了在中國不需要，可能就是沒有翻。裡面講了幾個原則，其中包括不得向勞工或求職者收取或尤其承擔聘僱費或相關費用，聘僱費我們講就是仲介費。這個費用有很多種叫法，中文我們通常叫仲介費，英文有時候叫 recruit fee，等等 fee。裡面有很多都把它叫做聘僱相關費用，是不能跟求職者跟勞工來收的。包括仲介費、介紹費等等，包括來到工作地的交通費。如果有要勞工負擔的話，必須要有政府召集的勞資雙方代表商議，

並且以這幾個原則來做:第一個以勞工利益為考量；第二個以特定種類勞工的特定服務為限；第三個必須要預先告知勞工。

另外一個國際組織 IOM，是聯合國底下的國際移民組織，也有這樣的規定。他幾年前有一個仲介評鑑制度。他推的那個名字叫做道德聘僱 ethical recruit。ILO 講的是公平聘僱 fair recruit。這兩個其實都有很多相似的地方，他不是一樣的東西。ILO 的是一本指引，給很多原則，原則裡面有政府的義務，還有仲介的義務。規定各方人的責任。這是一個原則性的東西，裡面有很多原則，其實是一個旗艦計畫。這個計畫下面有很多的國際組織跟他們合作，其中也有一些團體跟我們接洽過。其中一個原則就是禁止向求職者收取聘僱的費用，其實跟 ILO 剛剛講的東西是重合的。

剛剛講跨政府的國際組織。在資方這邊，RBA，以前叫 EICC，電子業行為準則，後來改名為責任企業聯盟。他們也老早就注意到仲介費的問題。每年他們在全球的會員的供應商都會展開稽核。他們稽核不是自己做，是委外由認證的稽核公司幫他們做。他們移工的仲介費一定是最重要的稽核項目之一。除了 RBA 之外，一些大的公司自己也會做稽核。每一年台灣這邊有接 RBA、接蘋果的廠商都會不斷被稽核。有的是移工的費用、待遇等等。這些都是重要的內容之一。

在頭幾年他們要求的是如果在國外有收費，台灣要退回來。後來至少在去年在台中半年一次我碰到一個幫 RBA 做稽核工作的人說，現在變得更嚴格，必須要在國外都不能收。所以已經變嚴格，所以呢其實那我也知道台灣有一些公司已經做到這個樣子。所以不要認為這是天方夜譚。台灣有些公司在國外品牌商的壓力之下已經開始做了，只是他們沒有大張旗鼓。有些大牌子如聯電，他們要僱用移工的時候底下就是這個樣子。

但是這在台灣 40 幾萬產業移工裡面，涵蓋率並不高。多數的仍然不是這個樣子。多數就是我現在接下來要講的是公平聘僱的這個原則到現在為

止並沒有被我國政府真正的採納，這是很可惜的一點。跟各位分享我跟移工的接觸算有一點時間了，這 20 多年的時間其實過去國際上有標準，政府說我不知道，我只能管我國內，好像沒人能太苛責。但現在還說管不到、不知道，那就完全是推諉卸責，因為有清清楚楚、白紙黑字的原則寫在那邊，政府還不遵守、不跟進。我們跟勞動部提過很多次了，公平聘僱、道德聘僱，勞動部不是沒有人會研究。怎麼到現在沒有人做一件道德聘僱的宣示，都說那是國外的事情。其實工資切結書都還沒改。工資切結書已經做了十幾年，已經行之有年。裡面就有一塊國外的貸款仲介可以直接明目張膽的把國外因為仲介費的貸款放上去，這個全世界一看就是強迫勞動。在台灣確實合法的文件。

再來勞動部還常常配合仲介的說法，那不是仲介費，移工也要借錢安家。但那個就是仲介費。只要有人為了要來台灣而借錢就是仲介費，不要被他們的謊言欺騙。我們也知道一個公開的秘密，移工在國外繳的仲介費，一半以上都是台灣仲介拿到的。仲介有一個專門名詞叫座國外款，所有跟仲介接觸過的人都知道。我不相信勞動部不知道這個東西。多少可能有不同國籍、不同職種，不同家有不同比例，很久以前就有人做過研究，那個可能高達 70%。這麼高的比例，勞動部都不知道，檢調都不知道，這根本就是金融犯罪。那我們台灣，我說有兩塊。對於國外那塊，勞動部一方面說是國外管不到，另一方面又容許仲介把它放到切結書裡面。一方面又說移工要安家。國內一直有服務費，這個就是仲介費。二十年前很多移工都抨擊過這個就是把仲介費合法化。可是我當時問移工看法，以前是幾乎每個月只有幾千塊，現在變成慢慢繳，你覺得哪個比較好。他當然會說現在比較好，比較不會那麼慘，至少留一點錢下來。但其實錢還是一樣的。這麼大一筆錢，政府說有服務才有收費，但不見得有落石。我看很多產業，像是看護工，仲介幾個月去服務一次，有時候是特地為了收錢過去，有時候是訪視。所有的仲介一定都把這筆錢當成必收項目，並非有服務才收費。如果真的有服務，還會另外收費。如果移工要回國，還會特別規定交通一

定要搭乘仲介公司介紹的車，一趟 2000 元。這很常見。收各種的暴利。這就是工資切結書裡面的有關借款這一塊。這塊就是仲介費。

但是你如果現在看移工的這張切結書，十之八九不會把貸款寫在上面。像這張就是跟我們今天的主題有關的。這些仲介根源並不僅僅是仲介。更大的罪魁禍首是製造業，因為製造業不肯花錢。國際上要求移工零付費，但我國業界傳統一向是雇主零付費。從跟勞動部申請配額到將移工帶到國內來以及後續管理等等，全部都是仲介出錢，甚至還能拿回饋。這種現象已經 30 年了，從來沒有人查過，我認為勞動部與檢調都失職。這不但是對移工的剝削，也代表公司有一塊利潤是完全不會秀出來的。回扣收到多高層級，都沒有人知道。這種黑錢完全不透明，對於企業管理非常負面。

這個是政府長久以來仲介費剝削沒有做出規範，且對於國際上的規定視而不見。對仲介費的不作為已經嚴重違反國際標準。我們應該覺得很可恥。連 RBA 這些商業同仁都知道，為了他們的顏面，不要有醜聞影響企業形象，來做這些稽核，政府都做不到，甚至不如 RBA。仲介不敢抱怨，與製造業聯手剝削欺負移工，這種長期的現象如果不再痛定思痛，被制裁的殷鑑不遠。政府機構雖然宣傳移工情況有所改善，台灣人與國外 NGO 也不會被騙，這種宣傳並沒有用。

這就是我剛剛想講的東西。國內外一條龍的跨國犯罪行為，現金都被引到特定的代表公司去付款。移工被要求簽本票、按期支付、約定強制執行。就算移工已經付了一部份的錢，本票上仍然是原本金額，執行的金額也一樣。一般人可以異議，但是移工沒有能力提出法律上的救濟。語言上的門檻與現實上的不便利，移工難以抗辯，只能接受強制執行。

有記者跟我說，仲介跟貸款公司是一體兩面，後面很多都是連在一起的，很多都是台灣仲介開的。以 cash 為開頭讓移工好記的貸款公司，很多都是仲介開的。他們從國外把債務轉移到台灣人，如果收不回就去強制執



行。年利率根據法扶周律師的研究有 60~70%，這是貨真價實的高利貸，遠高過國內年利息上限。他們在國內都還在放貸，很多移工都有貸款應急需求，據我所知就有公司就僱用人到移工聚集地去發傳單。各家超商都可以很方便地用條碼繳費。很多移工都會有很多筆貸款，甚至是貸款公司要求做一份以上的貸款。一個移工的薪水怎麼可能同時附兩張貸款，一定會有一張是繳不出來會被法院扣押的。就是設圈套，讓移工遲繳加以扣押。先是警告、然後執行命令，法院會要求雇主扣押工資。移工因為有債務，更不敢申訴。他們也知道這些債務公司在國外很多都跟黑道有關，不敢不付，以免家裡受威脅。

因為有這個債務拘束，移工直接陷於弱勢處境，更不敢投訴求助。仲介公司跟貸款公司合作，在各國成立法人，在避稅天堂國家可以避免國內查稅與法律管制，是很容易對移工來索債。並對移工放高利貸，差不多是同樣金額，從披索換成台幣，增加了 40%。加上其他 60~70%的利息，這些貸款公司還用本票，還讓法院變成他們的廉價武器。法院系統讓這些幾乎是詐騙集團的公司所利用來欺詐移工，是很可怕的現象。

這兩個東西如果國內政府與司法單位如果沒有決心來整頓，很難杜絕。有一些移工來源國會讓移工申請仲介費退費，如菲律賓規定廠工相當於一個月薪水、漁工與家務工是不能收的，如果超過可以申請退費。但就算拿了一點錢回來，貸款沒有停。就算拿了兩三萬回來，貸款還是要繼續繳，處境並無改善。這個其實就是強迫勞動。

然後以借款為名的仲介費，稍微有點不一樣。這是幾年前移工的借款契約。這邊有中英菲三種語言，約定跟雇主借 48000，約 12 期還款。後面還說如果工作不適合，同意繼續工作以為飛機的支出。意思就是說做不下去回國，就再繼續免費坐幾個月來賺機票。這就是免費做奴工的契約。

這張是今年的切結書，約定借 6 期 65000，每期還 6500。還有切結書，

正經八百，但移工說他一毛都沒借。也沒有跟菲律賓的公司借，他自己都付完了，所有程序都自己辦好了。這張是全英文的，還有律師認證，法律要件都很齊備，以為就是合法文件。但這張在台灣沒有公證，完全沒有效力，移工看了還是會怕。

2016年如此，2022年還是如此。為什麼漁工會有這種奇奇怪怪的東西呢，這是因為菲律賓政府規定，漁工不能支付仲介費。因此比較難以透過繳款單的方式來借款，會被政府禁止。只能用私下假借款真仲介費的方式來進行，變相的方式來處理。第一年的薪水每個月都被扣好幾千塊，還要扣食宿費。菲律賓漁工的膳宿費，直到去年才被禁止。印尼大概八年前就禁止收取膳宿費。這八年當中，如果同一漁船上有菲律賓與印尼漁工，他們的薪水會不一樣，因為前者會被扣膳宿費。

這些檢調從來沒做任何調查與處罰。ILO 指引上要求政府的義務，我不敢說台灣政府完全沒做到，但很多項目仍然有很大的問題。

再來下個題目是一體適用勞基法。現在的家務移工與遠洋漁工都被排除在勞基法之外。漁業署雖然有漁業三法，但對遠洋漁工勞動人權的保障不太有很多著墨。漁業署是三級單位，能做的比勞動部更有限。勞動部會說遠洋漁業非其管轄範圍，他們沒有管制方法。但漁業署也沒有。很多觀察員都是海上跟到一半而已。目前沒有政府機關有能力做海上調查，他們應該要增進。

再提醒一下，家務移工過去曾經適用過勞基法，也曾經適用過基本工資。直到阿扁任內調漲基本工資才開始脫鉤，直到目前已經差了八千多塊。至於遠洋漁工要專法保障還是一體適用，有些學者附和業者，適用勞基法採堅決反對立場。其中理由第一個是漁業有特殊性，但是勞基法適用的職業哪個沒有特殊性，這不能成為反對適用勞基法的理由。第二個是業者成本會驟然增加，但勞基法為了保護勞工當然會增加雇主成本，這也不能成

為理由。又有一種說法認為應該要學習日本制定海上勞動法，但我認為應該要先有勞基法適用，才來制定海上勞動法，而不是擱置延遲。

至於家務移工，家務勞動法比沒有法好，但我認為最好還是要一起納入勞基法。第一個是家務勞動法可能會面臨雇主的杯葛，會讓立法程序變得冗長困難。而且因為各方勢力角逐，一定會被修得四不像，意義不大。第二，家務移工既然本來就適用過勞基法，就算是適用勞基法但那如 84-1 條，都比現在好更多。我認為專法比較不利勞工。

再來，要把家務移工納入長照，應該要政府提出更多資源。政府說沒錢，沒錢怎麼辦，就徵稅嘛。徵稅不是跟我們小老百姓徵稅，是跟企業徵稅。台灣的企業稅是有名的低，我們為什麼要放任企業不繳稅還拿補貼，讓我們的家庭負擔長照。只能雇一個看護工，大家都覺得很不好用，各自吐苦水，為什麼要這個樣子呢，為什麼政府不放更多資源呢。其實可以啊，只是政府不想要得罪金主，不想要得罪財團，影響到選舉。這種不敢得罪財團的短視近利，讓我們的長照跟社福無法改善，這是兩黨的共業。

企業的問題，這也非常嚴重。菲律賓廠工的膳宿費一直有個很大的爭議，來自於台灣政府對於移工沒有公版契約。移工簽的契約都是移工輸出國提供的。以菲律賓為例，到他網站上能看到各個職業契約的版本，要僱用菲律賓移工一定要用這個契約。這些版本就規定膳宿費，包括假日，全都是由雇主來支付。可是工資切結書裡面有個膳宿費的空格，仲介會在這裡填上數字。這就產生問題，契約中免費，切結書說要給錢。勞委會 102 年有個函釋，認為有爭議的時候，要用對勞工有利的版本。但每一次爭議中，勞委會並不會主動告知有這個爭議。即使有拿出這兩個版本，勞委會也只能說不能強制雇主給付，只能讓勞方去法院告。但即使上了法院，目前只有一件在一審贏過，其他全部敗訴。這些敗訴判決，早就被仲介拿去通告全國。全國的相關從業人員都知道有這些爭議。就算有人提出有膳宿費的

爭議，他們也不怕，因為已經有很多法院判決前例。

像這張契約上雖然有規定免費食宿與供食和機票，工資切結書上面有  
空格，上面寫說膳宿費約 4000 塊。所有的雇主都會說這也是契約，但  
這個其實是切結書。在我看來，怎麼有東西能凌駕契約。但對於法院來說，  
並不這麼認為。

又如這件，在附加條款把契約中對勞工有利的事項取代掉。第一個是  
把膳宿費免費改掉。第二個是把來回機票雇主支付改成勞工自付。然後外  
加所有的體檢費用和居留證費用，全都由勞工自付。在勞工健康檢查辦法  
中規定要由雇主支付，雖然契約裡面別有規定，但勞工沒有享受到。這件  
契約還有雇主、仲介與菲律賓律師蓋章。形式主義的司法成為對於侵害移  
工人權的幫兇，我們已經經過太多教訓。只要是雇主提供的資料，移工都  
沒辦法拒絕，並且反過來成為打擊移工的工具。移工可能沒時間也沒能力  
閱讀這些文件，在勞雇關係中是不對等的。即使是台灣人，有多少能看得  
懂英文契約。這種極端形式主義的司法體系，讓移工簽名的文件成為打他  
的工具。讓司法體系成為壓迫移工的幫兇。我認為法律跟司法應該要幫弱  
勢者主持公道。簽約應該要雙方條件對等，但移工迫於經濟情勢，常常已  
經負債，需要急著出國，並沒有地位對等。怎麼能因此說他自由意識下的  
行使，沒有強暴脅迫。但我們的法院對於這種弱勢一點都沒有認識。司法  
對於做出函釋的背景也一點都不認。我認為大部分的移工都可以視為強迫  
勞動與人口販運的被害人。許多幾乎都有債務拘束，證件也被扣留。這兩  
點就是 ILO 對於強迫勞動的定義。

接下來是加班費的問題，這個國人跟移工都知道。製造業有許多彈性  
工時。越為電子、科技的產業，越能夠彈性。工作時間雖然長，加班費並  
不多，還有可能被拖欠。拖欠更多的是傳產。傳產雖然不需要那麼多彈性，  
但工時卻超長。我們雖然現在已經有一例一休，但很多工廠到現在仍一

個禮拜只有一天休假。所以加班費算起來，比如說某兩家工廠加起來就有超過五次勞資爭議，每次計算每個個別移工都欠了幾萬至幾十萬。這種加班費積欠，國際上稱為 **wage theft** 加班費強盜，這麼誇張的積欠，簡直是搶錢。更不用說，有個退休官員直接在仲介公司當門神，直接在法院發表各種歧視勞工的言論。雇主成立不同公司，以不同名義僱用勞工，放在同一個地方工作，甚至輪調來切斷年資。雖然我們知道是同一家企業，但在法院上難以證明。

接下來是性別歧視跟母性保障。性暴力的部分尤其是針對家務移工是非常嚴重的，而且這幾年並未改善。因為多半的家務移工就是跟雇主住在一起，沒有隱私空間，而且難以解決。再來是所有有關懷孕、生育的權利，全都被漠視。勞基法跟性平法雖有保障，即使是國人也難以避免被歧視。我過去向承辦人員說明移工懷孕被歧視，女性承辦員卻跟我說我懷孕也會被歧視啊。我聽了嚇一跳，勞工局的女性員工自己都不知道有性平法與勞基法的保障。這些女性移工到底有多少程度能享受到，在懷孕的時候不會受到資方或仲介的威嚇或勸誘回國。這種不友善的光譜很廣，有的要求直接回國、簽約前要求不得懷孕，有的會跟移工說懷孕很麻煩，先回國再讓你回來。但這一樣是歧視，為什麼在台灣工作不能在台灣生。這些國家並沒有真正做改善。家務移工方面困境較大，政府怎樣讓勞雇雙方受到協助是比較實際的。有些雇主並非故意虐待移工，但是在有家屬的情況下，如果移工懷孕，也只能跟仲介拜託另請移工。最近在桃園有個新的懷孕女工安置所，但這也沒有治本。我們一直在協助因為懷孕被歧視的移工，國家在設置安置所只是重複一樣的事情，因為懷孕被歧視的問題仍未改善。

廠工就不太一樣。工廠的雇主本來就該遵守勞基法跟性平法。會做出這樣的歧視表示本來就不打算手法。只是剛好碰到移工懷孕就把他趕出去。不管是傳產還是電子業，我們都碰過因為懷孕而被歧視的案子。政府也沒針對移工的性平，特別是懷孕歧視來做勞檢，也沒處罰不法。沒訪問移工，

是否有逾過因為同事懷孕而被回國?是否是自願?就很清楚，但都沒做過。也沒雇主會允許媽媽把孩子帶在身邊工作，不管是工廠還是家庭都一樣。大部分媽媽在生完小孩後，把小孩放在其他地方，自己拼命工作，小孩別人照顧。我們不斷說性別主流化，性別平等、平權，但移工沒有被當人看。小孩生出來的福利也沒有，除了合法移工的小孩有健保外，公托公幼其他通通都沒有。我認為落實這些保障，比現在華而不實的方案實際太多了。光薪資跟語言的門檻就很少人能達到。為何不對現在這些有實際需求的移工提供保障呢？在台灣生的小孩就先給居留權甚至是國籍，讓出生的小孩成為新台灣之子，這不是很好嗎。

接下來是住宿行動自由。大部分的工廠都會限制移工的行動跟居住自由。這合法性何在?限制移工有宵禁，不能離開宿舍，這是否有違憲違法。這在疫情當中就更嚴重。去年世界媒體都在報導台灣把移工關起來。這不是雇主開始的，是勞動部開始的。是勞動部建議減少放假與外出。雖然沒有強烈要求，但雇主就上行下效，做得更徹底，以避免檢測成本。根據我們在台灣各處收集到的移工宿舍公告，要求禁止外出，外出還要寫切結書。裡面充滿歧視、恐嚇與錯誤的訊息，媒體也有報導。我們做的調查發現這真的很嚴重。即使是沒有疫情，移工也出不去，這我們老早就知道了。疫情之後約有 60%不能出門。我認為勞動部對於勞工人權受到摧殘卻沒有做事，是很說不過去的。

再來是輪班的爭議。夜班大部分是移工要做，雇主要搶錢搶單，特別是在疫情之下訂單大增。但他們輪班幾乎不會換班。本國勞工的夜班津貼一個月不會低於五千，但移工有三千塊就不錯了。例如某大廠供應商就是 0，沒有一毛錢。勞基法 34 條規定要換班，但勞工同意不在此限，問題非常大。夜班工作對於身心健康風險比較大，移工卻沒辦法換班，又沒有相應的經濟補償，實在不合公平正義。現在卻沒有對夜班津貼的規範，使得雇主這樣做不違法。這也是很久的问题。

上面這些問題，限制移工不能自由轉換身分，讓移工淪為奴工。只有自由轉換，才能夠讓讓僱主以改善條件吸引移工留下來。不能夠為了僱主方便，來限制勞工轉換自由，這不人道。

勞退條例新制立法之初就排除外國人，這是種族主義的立法。勞保的部分雖然沒有排除，但有年資限制，但即使符合年資，外國人也不能在國外直接請求給付。移工繳勞保費，卻拿不到這些給付。參考南韓有讓移工在回國前能拿到一次請領的設計，代表這並不是做不到的事情。

最後是如何解決這些問題？我認為重點在多方對話。過往勞動政策都會找總工會來協商，起碼能讓勞工在會議上說到話。但移工沒有。勞動部的移工政策勞動部說了算。應該要讓移工團體跟協助移工的工會能夠加入，這才是健康的制度。再來要有能夠監督企業內部是否違反人權法令的行為的制度。我們不查，國外也會查，到時候就有可能面臨制裁。

主持人王幼玲

主任長期跟移工接觸，前面有提到仲介費問題、契約、輪班、加班問題等等，以及建議機制。接下來請李健鴻教授花 15 分鐘與談。

與談人李健鴻

根據主辦單位給出的移工的管制的題目，我認為我國是存在系統性將風險轉移到移工身上的現象，才會衍伸出保障的問題。管制有多重管制，這邊提四個，其他細節先略過。

第一個是對特定職業類別需求聘僱的管制。農林漁牧工作，其中農牧工作仍在試辦階段。我認為這部分問題最多，但因為試辦所以外界還不理解。管制目的在限縮行業類別，對於勞動市場的效果，就是切割出一塊高

風險的次級勞動市場部門，特別是 3K 產業，就衍伸出系統性的風險移轉。而且限縮之後，就能直接對移工人數、工作與生活狀況的異常狀況作為管理。即是告訴社會這群人是特殊、管制，乃至於將風險移轉到移工身上有正當性，使得社會支持這樣的管制。

第二個是勞動契約型態的管制，即限定在定期契約，這是異常管理的第一步。但如汪主任所提，裡面有很多細節。就我審過許多契約，很多公版契約都有部分條文違反勞基法。我曾經跟主管機關反映過，反映印尼在台辦事處後，對方回應沒有關係，直到現在都還沒改。限定契約型態的管制目的在不要影響本國勞工權益。因為移工的定位只是補充勞動力不足。

第三個是白領從寬，藍領從嚴。例如展延的期限有所差異，藍領有期限，可能會造成前面所說退休金不能領的問題。

第四個是轉換雇主的限制。契約期滿前原則禁止轉換，例外經許可才能轉換。包含不可歸責於移工、合意轉換，如這幾年疫情廠工不能進入台灣，有些家務移工就想過去，為了遏止這種問題，就要求同類工作優先合意轉換，以作為管理是否有異常轉換。最後是期滿轉換。這三種都是例外情形。

這些管制的作用就是系統性風險移轉。移工大多從事台灣人不願從事的 3K，乃基於補充勞力的原則來引入。其次是雇主在契約簽訂上佔有主導權，並且移工為了獲得續聘，不得不接受雇主提出的嚴密管理。這種雇主的霸權主義，跟對待本國勞工基於市場機制有很大差異。這種霸權式的勞資關係，造成底薪較低，還要經常加班。根據勞動部的調查，產業移工去年平均總薪資約三萬，底薪約 24600，僅略高於去年基本工資。加班費占比是近幾年新高，加班時數也是新高。加班工時在疫情下仍增加，三年來最高，平均工時，比台灣總體勞工平均多了 36 小時。第三是職災，因為經常加班，使得注意力下降，或本身防護即不夠。勞保局去年的職災給付也



是 3~4% 左右。移工遭遇職災後的失能比例也比較高，比較難以處理。

最後講一下農業移工。除了公版契約有一些問題之外。第二個是目前分兩個模式，一個是農場主人自聘；但大部分是透過農會、仲介，用相當於派遣的方式引入後再派到農戶工作。但農場主人往往都是小農，對於法令本來就不熟，能夠守法的比例就不高。但因為範圍太廣，勞動部難以管制，也沒有專案勞檢。最後一個問題是，農業移工的失聯率高達 20%，去年底到今年初有 29%。主因包括勞動環境惡劣、貸款壓力，以及住宿空間狹小等問題。我先講到這裡，謝謝。

主持人王幼玲

謝謝教授提供意見，我們可以參考一下。接下來請辛炳隆副教授來作回應。

與談人辛炳隆

感謝引言人對於提供各個議題具體的情況。現在台灣對於移工議題的關注，已經從排擠本國勞工的關注，轉向移工權益問題，這也可以從勞動部研究委託案看出。但勞動部自己做的研究可能沒那麼有批判性，但其不足也能由人權委員會來彌補。就汪主任所提到看法，我一個一個回應。

首先就仲介費的部分，我認為最大的問題在於在雇主身上。據我所知比較大的雇主，根本不需要付錢給仲介，反而能跟仲介要求回饋。最沒爭議的回饋是幫忙雇主管理宿舍，也有些會要求要有回扣。在這種情況下，仲介的收入來自跟移工收取費用。我們之前有開過座談會，就有仲介認為政府應該明確規定仲介應該要跟雇主而非移工。或是不准跟移工收取服務費，才能轉嫁雇主。但這些可能都沒辦法一步到位。另一個作法是改變現在的服務費計算標準，在基礎的費用上，再收取逐項的使用費用。當時就

不少仲介也支持這樣的論調，因為對於仲介來說只是收取費用改變而已，因此對他們影響不大。因此我們認為應該要想辦法讓雇主願意去支付這個費用。

再來是家務移工一體適用勞基法的問題。其中最大的是工時跟勞動檢查的問題。工時部分如同汪主任所說的可以用勞基法 84-1 來解掉。雖然有人反對，但畢竟勞基法的工時規定相對比較沒彈性，使得 84-1 例外越來越大。但適用勞基法後，家務勞工的薪水勢必往上提升。這有可能會引起雇主反彈，但也是比較容易納入勞基法的方式。這是可以思考的一個方向。

接下來是母職保障，確實是比久用方案有效。畢竟都在台灣生小孩了，如果給予入籍或許是個方法，但我沒經過太多研究不敢評論。

再來是限制居住的部分。我認為問題在缺乏配套。雇主跟仲介對於移工住處作出限制，是因為現在法律裡面有課與這樣的責任。我認同應該要比照本國勞工，不要對移工住處做出限制。所以如果能放寬雇主這方面的責任，或許是可以考慮的方向。之前座談會中有立委提出公辦的集體移工宿舍，在研究後發現移工在外因為歧視等因素，租屋品質通常較差。這種風險應該由誰承擔也是個問題。住宿的自由跟保障移工的安全中間也有些牴觸，這部分要如何做平衡是需要思考的。又給予移工租屋自由後，如果市場仍然對移工有所歧視，仍會有上述問題，這是需要處理的。

夜間津貼與輪班的部分，這有點兩難。有一些雇主反映是移工希望能夠加班賺錢。但如同李老師說的，因為薪資太低才需要加班賺錢，這也是個問題。

社會保障的部分，勞保的部分雖然已經納入了，但要求要達到退休要求才能給付。至於勞退條例，我認為沒有理由排除移工。首先是外籍專業人士本來就可以適用；再來是他是個人帳戶，不是社會保險，不會影響到

其他人。但問題可能在於移工是否同意。移工是否願意每個月提撥薪水繳納，或許會引起反彈。但這部分我仍然贊成勞退條例納入移工。

自由轉換部分，我認為本來就應該允許。家務移工的部分，雖然有造成弱勢家庭找不到移工的疑慮。但產業移工的部分，我認為沒有理由限制轉換。但我認為自由轉換之外，應該要有好的就業媒合平台作為配套。我講到這邊，謝謝各位。

主持人王幼玲

接下來我們請劉律師跟我們與談。

與談人劉繼蔚

我們以前辦過一件職災的案件。光是移工的家屬要來台灣的成本就很高。談的時候也發現廠商的姿態擺得非常高，認為保險理賠就已經足夠。但廠商的缺失卻是非常明顯，怎麼能夠一付都不用負責的樣子。當時談判在主管辦事處，我非常驚訝辦事處官員看到廠商提出的賠償單眼睛竟然亮起來，但那些賠償的數額也不過就是法律規定的項目罷了。雖然理論上人人平等，但在慰撫金的項目上，一般來說本國人仍然是比移工高一些，讓我有有人有分三六九等的感覺。在家屬扶養費的計算上，移工的計算結果也比本國人低很多。所以廠商才能擺這麼高姿態，覺得保險金就夠給付。辦事處也因為這樣才覺得廠商已經很有誠意，給得很高。

但該件案子是廠商長期沒有建置相關安全設備，也沒有給予移工安全指引跟教示。雖然整體勞動環境都可能有這種問題，但對於移工來說要尋求救濟又是一條更漫長的路。令我印象深刻的是，這種案件如果是本國人，我們通常能夠與當事人共情。但如果是移工的時候，我們往往能感受到雇主比較沒有感受到移工也跟我們一樣是同類。

讓我想到公政公約外國人與本國人權利一律平等。但這種平等其實有很多障礙。例如尋求權利本身就是充滿障礙的事情。打官司時間漫長，也仰賴本地人幫助，又有語言法規等等門檻。而且如汪主任提到的，這些問題在法院也不見得有穩定見解，而需要大量案例來累積共識與類型化，才有機會看到法院逐漸做出改變。否則前面幾個案件，送進法院結果往往不盡理想。只有案件累積，才会有不同法官從不同角度去思考。但對移工而言，連本勞都感到吃力的勞動事件，負擔更大。

此外，因為移工問題背後更大的問題是國境管制。移工管制跟外國人管理有很大關係。在國境管理的案件上，我們一向通常都尊重政府機關，使得移民署像太上皇，常常以行政管理需要無視法律。例如之前海力士關廠工人的抗議活動，本來是集會遊行權的延伸，但卻能在國境管理上將其驅逐出境，使當事人難以獲得即時有效的救濟。

回歸到汪主任提到的問題，我認為很多都是外國人在本地的困境。這種案件上，外國人很難依靠自己來跟本國整體抗爭。我們能做的是以本國人身分協助外國人，透過制度實現我們想要落實的權利。否則我們看到的只有管理而沒有保障。現在很多外國人保障都是 NGO 爭取來的結果。如果不是本國人有共識要落實這些公約與精神，這些都是空的。有這麼多障礙，也是本國人的阻礙。各方有利益衝突，我們能做的就是對話跟理解來做出改變。

我有認識的朋友向我抱怨請了家務移工，但因為移工表現不良，仲介又難以提供輔導，使得他認為與移工相處經驗非常糟糕。但我認為這是整體勞動環境不良，加上政府長照做得不足，使得壓力轉移到家戶身上。又因為市場不健全，使得只能聘僱到不適合的人力，從而認為他需要更多管制。這個問題是系統不良所導致的，並非移工的問題。

我認為這只能從人跟人的相處以及外國人的保障做出更多的溝通來解

決。

主持人王幼玲

剛剛汪主任有提供移工適用勞基法都沒有問題。不過從實務上看起來，在工時與休假上，討論都認為有一些困難。所以在這次的漁業人權行動計畫上也沒有要讓遠洋漁工適用勞基法，而適用漁工的國際公約。汪主任認為適用漁工的國際公約能不能改善漁工困境？另外關於職災，因為現在職災改為年金制，有些移工回國之後要經過繁瑣的程序，導致他們放棄。老年給付也有一樣的狀況，這個部分可能還要想不想是否給予一次給付，或是在程序上簡化等等，也是後續可以追蹤的。

另外關於農業移工逃逸率高的問題，我們認為是因為制度沒辦法適用現在農業型態的緣故。我們也遇過一片山有大量非法移工，他們雖然薪水高，但負擔極大風險。經過座談也發現有職災問題，但雇主也不會就此給予協助。反而是非法移工的聚落有出現互助的現象。

產業移工也有試辦派遣的計畫。但據勞動部官員說派遣式的都不太成功。以前家務移工也試辦過派遣，但規範嚴格，不太符合實際需要。我認為在產業移工，特別是廠工的部分，比較沒理由拒絕落實勞基法，但實際待遇仍與勞基法有所差距。但在家庭看護工，牽涉 26 萬家戶的看護，勞動部必須考慮家庭是否能夠負擔等等考量。

與談人辛炳隆

農業移工試辦的狀況，據我理解九成都是外展的。採用外展的方式，農委會的說法一個是農作物要符合農忙收割季節突然增加的臨時人力需求，每個作物需求不同，所以有季節性的勞動力需求，比較適合外展。其二是小農不太知道如何申請移工，乾脆由農會或合作社來處理。

但我看到最新調查，問那些外展的雇主，移工用多久?比例哪個最高?有八成以上都回答是一年。因此可以說第一個理由已經消失了。理由是說因為缺工。

主持人王幼玲

根據我們訪問認為這樣的設計不了解農務。並非農忙的時候才需要勞動力。

引言人辛炳隆

因為這樣外展的模式，三年前我就有提出要非常小心會創造出四方勞動關係，包括農場主、農會、仲介與移工。農委會一開始外展就是派遣聽到嚇一跳，他們不理解派遣的問題。但他們仍然採用這個方案。因為小農往往不願意負擔更多成本，農委會與農會為了爭取小農支持，才採用這種模式。因此我認為這種情況很難改變。

難以改變，就會出現比派遣更嚴重的問題。大部分的移工住在農場主提供的環境。但小農沒有管理經驗，生活環境也不好，農務也很繁重。但農會雖然有檢查，但遠水救不了近火。根據調查，八成以上農場主人有跟移工發生問題。第一個是語言不通，日韓有要求移工要上課，但我國是低門檻。溝通不良就會讓雙方產生摩擦。特別是加班認定、工傷、農藥使用等等問題也常常有衝突，仲介也難以介入這麼多問題。這麼多的因素導致農業移工的失聯率特別高。

主持人王幼玲

看來農業移工需要特別開另一個主題來討論。這個議題監察院有在調查。

發問者

剛剛汪主任提到簽本票然後用簡易程序的支付命令。這塊要改善需要法規修正。想請問在修法之前，我想了解一下事情有多嚴重，有沒有可行的部分。另外關於移工的自由轉換，政府機關會認為確實有規定，但實務上卻很難實行。在這樣的問題上，政府機關應該要有怎樣的配套，才能讓移工真的想有這樣的自由轉換？

引言人汪英達

第一個是本票支付命令這個東西，我們能做的非常有限。我們僅能請他去申訴，提供翻譯，請法扶律師幫忙減輕利息。

發問者

我意思是我們能不能讓他真正了解他不需要簽本票？

引言人汪英達

不可能

提問者

這很早以前我們就打過這種案子。有件一二審都有贏，但都是很用心的律師去鑽債權沒有確實移轉的法律漏洞。但之後就比較會注意這塊。王委員也做過本票的表查報告，當時就建議廢除本票這個制度。因為也有很多本國人因此受害。但後來也就默默結案了。另外是最近苗栗縣政府那個案，我相當重視。委員們雖然有用力做調查，但在政府體制內沒人來執行。

主持人王幼玲

關於本票的部分，劉律師有何意見？

與談人劉繼蔚

只能說本票只是工具，核心問題還是在背後的原因債權。但是在程序上對於移工特別不利的效果是，需要債務人自己提訴訟。光前置的裁判費就是很高的門檻。加上需要聲請停止執行，對於移工來說必須付出很高的程序成本。問題可能還是在禁止背後不法的原因關係，或是讓此原因關係能夠顯明在法院上。不然對於法院來說就是一張無因性的票據，縱使提出原因抗辯，如果相關事證都發生在國外，移工仍須負擔舉證的不利益。所以我認為單純討論很末端工具性的本票，意義不大。只能讓真正的原因有機會顯明在法院上，讓法院能比較便捷的審查到。如果審理成本很高，法官也很難調查。難以讓移工獲得實質有效救濟。

引言人汪英達

自由轉換方面，我認為政府首先應該把就服法規定修掉，讓移工轉換不要限制理由。這一定會對產業造成衝擊，促使雇主改善工作環境，這本來就是雇主要做、勞動部應該輔導的。最後是漁工的部分，我認為公約並不足夠。公約本來就是政府要做的。但我認為漁業署一方面跟 NGO 討論，似乎有想改善，另一方面政府也花了很大力氣來塗脂抹粉。雖然不是沒有改善，但是例如在救生衣的普及率上，以及支付薪資必須經由本國仲介的制度上並沒改變，都顯示改善幅度並不大。還有遠洋漁工有多重契約的問題，簽了幾份契約都不清楚，發生爭議應該要怎麼處理都不清楚。這些事情都沒改，說其他事情有改我根本不相信。

主持人王幼玲

請與談人與引言人各一分鐘做結論。



引言人汪英達

我講越多越發現很多東西沒講，我相信下午場會提出更多問題。移工面臨的問題跟理想差距太大，感謝主辦單位提供機會來討論，但我希望不只是清談，而是讓在場各位都能夠起身積極改善，讓移工聲音能夠受到重視。

與談人李健鴻

今天是很特別的座談。據我所知政府機關承受最大的來源是家庭雇主。但是像今天都沒有家庭雇主，像這樣聲音各位可能都知道，但沒有實際感受。實際上雇主團體的壓力非常大。據我所知唐鳳政委最近很忙，在家庭雇主的要求下不斷開座談會與回應。因此我認為今天的座談難能可貴，雖然是微弱的聲音，但必須記取，謝謝。

與談人劉繼蔚

如果是企業雇主的話，我們大概都知道問題在哪裡。可是家庭雇主不一樣在於看起來像另一個弱勢。要引進家務勞工是因為原本應該由政府承擔的長照轉嫁給家戶的困境，造成弱弱相殘的情況。我認為這是一個政策問題。回歸到人權保障部分，即使是已經內國法化的公約，最近的調查報告中就有委員提問是否有要把現在的施行規則修改成符合公約要求的情況，就看到官員不斷鬼打牆說已經有修正，或是稱國內還是有各式問題，目前只能做到這個樣子。如前所述，仲介費的問題，可能需要明文禁止，還需要定義性的規定，才有可能讓法院能夠具體操作來落實保障。剛剛提到多重契約的問題，要法院實質認定每一份契約的效力可能有所困難，可行的作法是讓散落各法的應記載、不得記載事項有強行規定的效果，讓法院能夠比較簡便判斷契約效力。

主持人王幼玲

剛剛有提到這麼多的調查對於政策改善到底有多少動力，確實是人權會與 NGO 的朋友一起努力的方向，謝謝大家。

## 第二場 從國際公約看台灣產業移工的管制與保障

主持人陳貞如

非常感謝各位參加，現在是下午第一場。我很榮幸能夠擔任主持人。我相信我可以在接下來的報告和與談學到很多。移工問題是近年大家所關注的，接下來會由黃昱中律師擔任引言人，並由邱羽凡教授、吳靜如研究員與姚孟昌助理教授擔任與談人。引言人有 40 分鐘，三位與談人有 15 分鐘，並且預留 10~15 分鐘進行討論。

引言人黃昱中

今天題目是國際公約。我們台灣一般提公約都是兩公約移工及家庭成員公約。但國外通常都是提 ILO 的公約。我會從 ILO 的八大基本條約和一些宣言的角度來切入看台灣的狀況如何。

另外提一下就服法的產業移工分類雖然有些模糊的地方，但總的是為了跟家務移工作區別，這邊先定義一下是就服法 46 條 8 款 10 款。比較模糊的是應該有包含漁工，但我國有船員法，主管機關跟規範方式都不太一樣，可能會造成混淆。另外移工也有分境外與境內聘僱，用語也不太統一。但總之根據就服法的漁工就是在講漁工，不完全等於我國法尚稱的船員，這在許多機關的統計上都沒有很統一，這要先搞清楚。

接下來是跟產業移工相關的國際公約。首先是 ICMW，保護所有移工及其家庭成員權利國際公約。然後是 ILO 97 號移民公約、143 號，他有一些意見書我沒有特別加上來，限於篇幅。這個移工公約是補充 97 號公約，因為 97 號是規定移民，但這個是限定在移工在討論。接下來是八大基本公約，29 是防止國家強迫勞動，國家不可以把強迫勞動做成懲罰；105 是規定國家不可以用任何方式來強迫勞動；87 號是保障結社組織；然後 100

號男女同工同酬，這在產業移工比較沒有問題，但在社福移工上值得討論，但不是今天重點；111 號防止就業歧視公約，這個比較宣示性，不具體；138 號是童工、182 也是童工，台灣目前規定跟國際沒有太大差別。ILO 在今年決議把 115 號職業安全衛生和 187 號促進職業安全衛生框架納入基本權利宣言。

其他比較相關的是兩公約、CEDAW 裡面有一些工人的規定；另外是 81 號勞動檢查公約，比較屬於國家要監督的部分。比較國內勞動檢查法，規範方式是比較相像。然後是最近比較受到關注的 C188 公約，但簽署的國家算是比較少的。有時候 NGO 在倡議 C188 時遇到反彈的第一個理由通常就是簽署國家不多。因為他規範的太具體，從年齡、待遇、船上工作環境、仲介及雇主費用責任都規定得非常詳細，跟前面的宣示條款做法不太一樣。ILO 在 1998 年有公布一個工作基本原則與權利宣言，基本就是從八大宣言來的。包括保障工人結社自由、團體協商權、消除一切形式強迫勞動、廢除童工、消除就業歧視等等。

從保障結社自由與團體協商權這邊看下來，這個在 ICMW 26 條裡面有規定移工有參與工會權利、40 條規定移工與其家庭成員有權利成立組織與工會，這個就是團結權的部分。97 號的移民就業公約 6 條也規定工人參加工會與集體協商的效果；87 號也規定可以建立、參加、制定章程、選舉管理與行動規劃，國家也要盡量避免干涉並採取適當措施保障結社自由；98 號規定不可以對加入工會者為不利益待遇，這對應到國內工會法的不當勞動行為與勞資爭議處理法的裁決。例如我曾經辦理的案件就是南方澳大橋倒塌那時候雇主跟漁工工會產生摩擦，最後和解，但讓雇主承諾會尊重工會自主，也是向社會大眾展現工會還是可以團結自主的權利。

回到國際條約的標準，我國確實沒有限制外籍移工組織工會。問題在於工會有很多瑣碎的技術性規定，連本國人都會覺得麻煩。對移工而言有

語言障礙，更難處理。一是資料難以處理，二是定期召開會員大會時，各個移工的契約時效都不一樣，會產生現實的障礙。至於遠洋漁工的問題因為沒有像境內聘雇的移工一樣有 ARC，只有短期 14 天可以進來搭飛機，所以活動區域有所限制，更難以參與會議與送件等等程序，根本沒辦法參加工會活動，這是實際上沒有辦法執行的原因。地方主導機關都是用輔導的方式，但實際上都只是要求補件，不太會派翻譯到場幫忙，但國家確實也是沒資源。

消除強迫勞動，ILO 的強迫勞動定義就是以任何懲罰或威脅所致本人非自願的勞動。這幾年比較受到關注，NGO 也在講 11 個強迫勞動指標，但也是要看程度與樣態而定。公約部分，國家以刑事犯罪作為懲罰的強迫勞動之人；國家不可以任何目的來實行強迫勞動。目前我國規定就是勞基法 5 條配 75 條。這個比較有趣的部分是，他刑度重，但罰金並不重。這法條也很舊了，也可以考慮修正。

人口販運防治法則是很大的問題，因為刑度很重導致法院不願意引用；其次是構成要件非常不清楚，證據沒有辦法完全證明的情況下很難成立。雖然有 NGO 認為是法條不符國際潮流，但我認為就是構成要件不明確導致法條很難用。我們一直被報告批評的定罪率低的問題，我認為就是構成要件不明確、法定刑又太重所造成，有調整的必要。第三個是他是比較早期的條文，當時鎖定的目標並非強迫勞動，而是防止性剝削。器官摘除與強迫勞動是後來才放進來的。所以才會沒有辦法跟上目前國際的標準。刑法的使人為奴隸罪就又更少用。

童工。138 號要求童工不可以在有害的環境下，要提供充分設施與減低風險才能讓滿 16 歲者工作。182 號則是直接認定 18 歲以下都是童工，不得從事奴工、性交易、毒品違禁品等工作。我國目前的外國人從事就業服務法 46 條的審查標準就明文規定要 16 歲、看護工要 20 歲。移工這種狀況

比較少，台灣目前的法制跟國際沒有差太多。

消除就業歧視。這是我認為目前台灣問題最多的。第一個是 ICMW 規定要尊重移工權利不受歧視，要用平等原則對待，工資不低於國民待遇、同等社會保障、遷徙移動與居所自由、自由選擇工作、失業保障、資訊揭露與防止詐騙。143 號公約規定可以轉換工作、權利救濟的管道，這在台灣有，但實務操作上比較困難。

來看台灣的規定。首先是轉換雇主的許可制，已經受到很多批評。就服法 53 條 4 項就規定產業移工原則上不得轉換，僅在例外才可以。轉換雇主或工作程序準則 8 條又規定辦理轉換登記限制同一工作類別，除非有特別狀況。加上雇主聘僱外國人許可機關辦法規定雇主不得聘僱已進入我國的第二類外國人。這其實也是限制了其自由選擇工作的權利。然後是惡名昭彰的漁工聘僱雙軌制。漁業署最近剛修改境外聘僱的辦法，把工資拉到每個月美金 550 元，也多了一些仲介的規範與評鑑方式。但問題是主管機關是漁業署不是勞動部，在專業與事權的分配上其實不太適當。另外境外聘僱辦法原本是使用脫逃漁工的字眼，而非失聯。但脫逃這個字眼是指刑事或是已經行政收容又脫逃的移工，我認為這種是充滿歧視的字眼，不過現在也修正掉了。

然後是客工制度。勞動部很喜歡宣傳漁工在台灣是客工制度，要好好照顧他們的權益。但實際上也是備受壓榨。這已經引起很多批評。因此大家也是希望能夠把許可制跟例外轉換廢掉。客工制度本身比較中性，但目前施行的跟當時講得不太一樣。而且目前有不得轉換、轉換要雇主同意還要同一類別，這些都不太符合國際公約所設定的低標。

職業安全衛生。ICMW 有規定要讓移工有參加職業安全衛生訓練的權利。70 條國家保障生活及工作條件之安全與衛生。155 號公約 10 條規定政府應輔導雇主教育移工何謂安全環境，然後雇主有教育訓練、緊急救護的

義務；且不得使工人負擔職安教育的費用。台灣的職業安全衛生法 5 條有雇主防範義務，32 條有防災教育訓練。實務上法院放得比較寬，不論本勞或移工，如果沒有防範教育訓練，使勞工從事危險行為就成立過失。子法的職業安全設置規則也有規定具體的設施與措施。職業安全衛生管理辦法則規定企業要有一套完整流程。產業移工的部分通常會是仲介來準備外國人生活照顧服務計畫書讓雇主自己勾，勞動主管機關通常不會到現場去看。這在美國也是類似的作法，但若有不實會罰款。但是這個計畫書某程度上是由雇主指定移工的住處，跟國際公約要求移工有自己選擇住宿的要求有衝突，這是立法政策上可以考量的。問題是在漁工的部分，除了陸上居住之外還有船上居住。關於船上居住的設備與措施實際上是由交通部管理，交通部現在也因應 C188 的推行來公布船舶設施規則。問題就來了，勞檢的時候就有主管機關權責的問題。實務上作法新北市勞工局會跟漁港聯絡好，職安、消防、海巡、勞檢一起去，各自檢查自己的部分，他們戲稱是大拜拜，但是效果可能沒那麼好。

勞動檢查。81 號勞動檢查公約。然後我們的勞動檢查法並沒有特別規定由何單位負責何種勞動檢查。還有個問題是地方制度法 18、19 條規定勞資關係與勞工安全衛生是直轄市政府的自治事項，就會發生例如移工出問題打 1955 由中央的勞發署接到電話，轉給地方主管機關後因為不會隨時有通譯，就會打給仲介，仲介就知道移工跑去投訴雇主。就事實上會影響到移工救濟的空間。我們有跟勞動部討論過應該要讓地方增加資源或實施勞檢。但勞動部一年一度會跟地方首長進行會報，原則上一年只進行過這次討論。所以民間才會覺得勞檢不太確實的很大原因。第二個是檢查制度雙軌制，主管機關是勞動部，但執行又丟給地方政府。

招聘費用，ILO 的定義是求職過程中所有東西都不該由勞工間接或直接支出。範圍包括醫療保險、教育訓練、裝備、交通住宿、行政費用、護照、開戶費用都不行。勞動部公布的規則卻允許向移工收取服務費，僅不

得預先收取。第二個是也有同時對移工與雇主收取服務費的狀況，這與漁業署公布的境外聘僱方法不得收取的規定有所衝突。

前面這些東西看下來，台灣移工政策很像是哪裡發現有洞被批評就趕快去補。然後從 1990 到現在，一開始底就沒打好，又沒做全盤調整。主管機關權限割裂也是很大的問題，如前所述。執行面交由與談人補充，等等可以討論。謝謝大家。

與談人邱羽凡

國際公約很多，特色也有不同。但共通的是沒人會公開反對要遵守公約保障移工，多半是實務執行的問題。相較於如白領移工，藍領移工需要這麼多公約來保障，顯示有其結構性的問題。

剛剛提到人口販運防治以及勞基法 5 條的問題，移工是要來台灣工作，但是否有強迫勞動的傾向，以及如何認定，有滿大的爭議。因此從國際公約的角度來切入，來防止強迫勞動，是可以努力的方向。而台灣的國際地位特殊，因此難以直接適用公約，這也是一個存在的困境，因此以下這邊著重已經在台灣有適用的國際公約。

首先是經社文公約，裏面有提到締約國保證人人皆可依本公約行使權利，並沒有排除移工。剛剛引言人有提到台灣移工政策要全盤檢討，我非常認同。並且可以從移工的平等權來下手。移工來台灣首先是希望可以取得就業的權利，並且進到台灣之後就是一個受僱者，應該有平等保障的權利。我們可以限制移工是否進來台灣，但對於其已進入台灣工作後的勞動權利再為限制，並不合理，這是台灣目前有所不足的部分。所以我認為移工政策的檢討可以從平等開始切入。

首先是不平等的情況之下，排除台灣法律制度適用的有家庭看護工，



導致只能以契約自由的方式來決定勞動條件，這在勞動保護造成嚴重不對等的狀況。再來是限制性適用法規的問題，即限制適用勞基法，也就是受到特別法的特別限制，結果上是勞基法不受適用。

全部排除的部分就先跳過。剛剛有提到自由轉換雇主是最近熱門的議題，畢竟已經進來台灣了，應該要有平等選擇雇主的權利。怎麼會連不爽不要做的權利都沒有。這就是雖然適用勞基法，但在特別規定下仍產生的困難。

漁工的部分，主講人有提到產業移工包含漁工，漁工如果是境外僱用的外籍漁工，目前情況是在境外僱用非我國籍船員許可及管理辦法裡面，在工資、工時、職災等保障上都明顯比勞基法更差的狀況，我一直很疑惑這個管理辦法的法工位階怎麼可以排除、取代勞基法。雖然漁業署很積極訂了很多法，但如果條件更差又有什麼用。

最後是全部適用勞基法但一樣有不合適的情況。例如廠工適用性別工作平等法，都有提到不可以懷孕歧視。但如前所述，外籍移工在台懷孕生子的保障明顯有不足。縱使已經適用台灣法律了，但執行面有所不足。

與談人吳靜如

感謝前面引言人跟邱教授的整理。我想說的是台灣的法律本身就執行不完全了，內國法化的國際公約就又執行的更不完全。有次我參加行政院性平會講 CEDAW 的座談會，提到我們有 20 多萬看護工，應該要納入 CEDAW 裡面，他們就很驚訝 TIWA 也會參加那場座談會。

我會著重在兩個部分，第一個是經社文公約裡面規定在政治、經濟、社會與文化上民主自決，再來是政治權力公約第一條的原則，然後要人道、不能侮辱等等。這些原則大家都講講而已，不真的當真。

集會結社也有國際公約保障，還有生活文化、住宿。但是疫情凸顯了很多已經存在的問題，住宿就是一個，例如說剛下飛機就要到旅館隔離。我們很多訪談的勞工都有提到隔離的兩天是待在極差的環境。接下來是某件生活服務計畫書裡面規定的住宿環境只要有 1.6 平方公尺就合格，膳宿費是 4000 元，一棟住上百個都有，廠住分離。鐵皮屋，很熱沒有水，讓勞工用堆高機去抬水喝。住宿條件的問題不只是住不好，還是有可能造成死亡，而且還常常發生。最近疫情下移工的禁足令就是一例，沒有法源，也沒有裁罰，這是嚴重違反國際公約精神的。再來是疫情期間，移工的居住與假日群聚現象的管制。在這樣的描述裡面主管機關已經把剛剛的宿舍沒有私人空間問題，必須從到外聚會認定成移工的文化特性了，不承認這樣的行為是虐待。

接下來要談的是集會結社自由是勞工的重要權利。但是定期契約卻變成雇主控制移工的重要手段，干預了集會結社權利的行使。我們碰到很多團體，也不敢輕易幫助他們組織工會。而且實際要跟雇主談判也不容易，就算有野貓罷工，也只能在法律權益上再妥協。再來是某廠商，移工有聚集起來，因為積欠加班費等等問題，希望能夠轉換雇主。但我們都知道轉換雇主很困難，因此只要移工有機會就想要轉換雇主。再來是某公司，加工出口區的公司，很多人都工作八年九年了，但仍然沒有辦法組工會要求加班費，免得被秋後算帳。

與談人姚孟昌

我簡單做一些提問。第一個是為什麼討論到移工的時候，國際公約如此要緊。第二個是台灣不是聯合國會員國，也不是許多公約的締約國，我們在討論這個議題的時候卻都很關心公約履行的狀況，為什麼？第三個是在討論這些問題的時候，NGO 等等組織的意見政府需要在意嗎？還是應該在意人民的感受？接下來是，台灣人如何看待外籍移工？在移工進入台灣

的過程中，可能或多或少摻進了人口販運的活動，甚至包括移工把自己「賣掉」的情況，而不是典型的人口販運。最後是，外交部理應是最懂國際公約的部門，那在劉姍姍事件中，法務部是怎麼回應的？監察院雖然關心，但能改變什麼？最根本的問題是，我們怎麼看待外國人來到台灣這件事？我們對於外來的勞動者其實有非常嚴重的歧視，這也體現在法律上。很多法律明顯就是在歧視外籍移工，違反了憲法平等權的要求，都沒有落實。當我們在引用公約的時候，可以有很多理由阻礙落實，很難要求政府落實這些保障。所以關鍵在於國際公約要如何跟國內法制契合，在其中立法院跟司法機關扮演重要角色。移工沒辦法選出立法委員，而且有關權利救濟的請求權，都受到很多限制。因此更需要國人關切。不能停留在各個勞動條件，而涉及整體政策的設計。所以從剛剛的意見，我就認為雖然我們有很多公約，像百貨公司，但卻沒有品管員。

很多公約我們都非締約國，但至少在兩公約是具有國內法效力的。但在移工身上的落實，就非常緩慢。我們常常有權責割裂的情況，這是因為我們習慣把移工與本勞割裂處理。實際上移工問題不是勞政單位就可以搞定的。在移工議題上，也涉及外交與國安的層次，這應該思考。同樣國人在思考移工議題上也很短視近利，能用就用。如就有學校單位把外籍學生當成奴工看待。這是否能改變，我是比較悲觀的。

在場大家都講了很多，在如 CEDAW、經社文公約的一般性意見都有提到關於移工權益的保障，國人要不要正視呢？最後我只是很感慨，今天我們在這邊呼籲，包括我也在對自己講，我如何看待家裡的外籍家事工？我能不能提供足夠空間？足夠薪水？能不能好好跟他溝通？這些都是國人在引進外籍移工的議題的時候都應該思考的。

主持人陳貞如

感謝引言人與與談人，接下來開放提問討論。

## 提問者 1

剛剛報告者有提到很多問題都需要長期努力去改善。想請問是否短期內是我們能做到的？其次是剛剛姚老師提到的，很多人可能都需要請家事工。台灣目前請家事工的家庭大概只有二成是屬於中重度，有八成不是非常需要的。最近有提案把外籍移工納入長照來，讓輕中度失能的民眾不需要請移工。但是很多家庭不願意失去移工，因為他們認為移工太好用了。但是在各國越來越需要人力的情況下，台灣越來越難吸引移工。我們之前在勞動部會議就有提到家務移工跟產業移工的收入差距越來越大，應該要提高家務移工待遇。但勞動部以很多請家務移工的家庭是中低收入家庭，沒辦法提高待遇。但我們認為移工進來不是只做社福，只會變成弱弱相殘。關於這方面有何能改善的？謝謝大家。

## 主持人陳貞如

順應剛剛提問者問短期建議的方向，我再延伸一點。例如境外聘僱外籍漁工，在待遇上能不能跟境內聘僱一樣適用勞基法？這樣的方向是否能在短期內達成？想請教引言人與與談人回應。

## 引言人黃昱中

就短期而言，漁工方面多數的團體意見認為短期內可以先把遠洋漁工回歸到正常勞動條件。這是即使沒辦法清楚劃分漁業署與勞動部事權的情況下，也可以透過行政命令達成。如果要符合今天提到的公約的保障，我認為可以先把遠洋漁業移工跟家庭看護工的薪資拉高，畢竟這個就是錢的問題。漁業船東分成兩部分，大公司對此的反彈比較低，個體戶就比較反彈。

除了漁業署與勞動部之外，也有很多政策模糊不明或執行不徹底的狀

況。例如實際上是個體戶，但登記為受雇的甲級移民以領取補助與避免支付移工健保費的問題。這個不是法律上問題，而是政策執行的問題。

另一方面是 FOC。FOC 畢竟不是台灣船，這我們比較難去改善。因此我認為就台籍船的遠洋漁工待遇是我們比較能改善的部分。

與談人姚孟昌

在討論人權議題上，都在考驗國家對於法治的實踐能力。以劉姍姍事件來講，我國將其定位為勞資爭議，但美國卻將其定性成人口販運。有關人口販運是法務部在管，但卻可以將其一部分交給勞動部管。

所以我們在理解公約的時候，各部門各自為政而沒有統合理解的時候，國家難以真正實踐法治。所以人權會可以提倡人權議題，但是在涉及良政的時候，應該要是監察院來負責。國人又認為那是外國人的事務，就無解。因此如果這個問題一直在挑戰我們對民主法治的認知是什麼。台灣如果這一坎沒過去，就還不足夠。

與談人邱羽凡

被排除在勞基法適用的有家庭移工與遠洋漁工。後者的主要理由是工資跟職災。這個部分主管單位是勞動部，勞動部不能說漁業很專業就不管。不可以用行政規則就輕易取代重要的勞動條件。而且遠洋漁業勞動環境惡劣，卻與勞基法脫勾甚至更差，很難說是合理。這是有迫切需要改進的地方。

與談人吳靜如

姚老師剛剛有提到劉姍姍事件被美國認定為人口販運事件。從我們倡議訂立人口販運防治法的時候就提倡，是否有沒有政府跟政府之間的勞力

剝削、政府說不可以自由換雇主、政府規定連坐也是人口販運的可能。所以劉姍姍事件在台灣不是人口販運。

至於什麼是最急迫可做的事情。家事勞動法跟血汗漁工我認為都很重要。目前最急迫的是台灣有大量移工，但全台灣能提供的雙語人員卻很缺乏，這是很嚴重的問題。

另外仲介的問題，仲介掌控外籍移工的勞動市場。移工難以透過自己來找尋工作。應該要簡化聘僱程序跟增加語言選項來方便移工。

另外長照的部分，把家庭看護工納入長照人員。勞動部的外展服務非常侷限，所以成效不彰，但也沒具體檢討。要把看護納入長照人員這件事我認為積弊已久，短期內難以達成。

主持人陳貞如

感謝各位，這場到此為止。

### 第三場 從其他國家法制看台灣產業移工的管制與保障

主持人劉梅君

非常感謝今天各位堅持到最後一場。最後一場也是非常有意義，要從國外法制來看台灣政策。要請友聯來擔任引言人。還有三位與談人，分別是杜光宇、林良榮老師與傅柏翔老師。

引言人孫友聯

約 20 年前我就說過台灣的移工政策是跨世紀與跨政黨的謊言。因為我們還是宣稱移工是補充性的原則。從 1992 年初次引進到今天，已經有七十多萬移工，時代不一樣，問題也不一樣。今天主要是產業移工的部分。

首先要知道外國人在其他國家就業會是非常複雜的問題。舉個例子，今天是移工的討論，那我們請一個移工來這裡現身說法，法律上允不允許？就服法 48 條不允許，因為要經過報備教育部。外國人就業本來就是複雜的，不是說想做就做。很多法律還處於這種狀態。例如我家人在外國賣機器到台灣，在台灣組裝還是要申請工作許可，因為有在台灣從事實質上勞動，否則就違反就服法，有相關處罰。因此今天要討論的問題就是外國勞動力在另一個國家的管制與保障要做到什麼程度？大部分國家是限制，只是有程度差異。另一個問題是有個網紅外國補教名師，下班之後送外送，是否有限制？廠工下班之後是否可以？這很複雜。

我可以提供的意見是個人職務上，例如進行認證，有機會進入到工廠去看相關問題，就有機會看到各種移工訴訟，或是是否有讓雇主負擔認證的成本等等。

產業移工在就服法裡面定義得很清楚。至於看護移工如果是受雇於機

構，可能就會掉到產業移工。因此產業移工到底在法律上如何界定，如製造業、外展工作、屠宰業。乃至勞動條件的問題，例如營造業就被監察院糾正職災比例太高，營造業竟然還在抱怨找不到人。過去也有一些清楚的界線，像是營造業的移工大多是泰籍，印尼與菲律賓多是廠工，但大多都是集中在 3K 產業。例如我曾經拜訪一家工廠，沒請移工，原因是因為他們的本勞也都給基本工資。

過去不是沒有降低移工數量的機會。以前因為總量管制一度有下降，但接下來又一路往上升。2008~2016 年間總共增加 22 萬，接下來一路增加上去。因為為了引進移工，巧立名目了很多方法。例如說夜班專案、3K 專案，各種專案開下去就一直增加。附加移工也是。附加移工就是大企業付得起就業安定費，就能取得更多配額，而且這些配額還是定期契約制。在政策裡面有很多這種巧立名目，尤其是產業移工裡面有很多這種空間。例如說台商回流預留制，我認為那個就有違反就服法要求先在國內招工未果才能招募移工的規定。

所以產業移工的問題，相較於家戶移工，可能還是比較有機會接近管制的。就勞檢來說，至少比較容易進去。還有其他機制，雖然可能會有擦脂抹粉的狀態，例如最近勞動部調查產業移工薪水有 35000 左右，加班只有 36 小時，這樣的調查就有一些落差。就產業移工方面，我們未來應該要限縮巧立名目引進的情況，才能有比較理想的管理。

剛剛提到調查移工平均薪資是 35000 多，國人平均薪資卻是 5 萬多，這個因為國籍差異而有差別待遇的情況，可能有平等權上的問題。

新加坡的移工是非常階層化的。他們沒有定義產業移工，就是用他們的 pass 來對應一些進入國內的產業分類。例如區分高級白領、創業等等。比較接近今天討論範疇的就是 s pass 跟 work meet。前者約要求到台幣 5 萬左右，後者則是製造業等等。統計結果來說兩個人數約佔新加坡一百多



萬總人口的 1/5。准入門檻最近因為疫情關係有要調整，s pass 要調整到 3000，EPE 要從 4500 調整到 5000 等等，但台灣要請白領外國人門檻從 2014 開始到現在還是 47971。他們的 DRC，類似我國就服法的總量管制，在疫情之後預計要向下調整。新加坡雖然沒有基本工資，但我看他們的資訊裡面還是有一個 1600 的標準。

另外他們規定非法勞務輸入有刑責，若有人口販運情事還增加鞭刑。鞭刑的部分我雖然反對，但他們對於違反規範的處分是滿重的。而且在新加坡辱罵、傷害移工也是有罰則的，因為曾經有此情形，造成跟印尼的外交衝突。新加坡有個漸進式薪資的模式。新加坡的清潔工的薪水已經談判確定未來每年增加的幅度，這是談判漸進式的工資。新加坡的大部分清潔工是移工，他們也會適用漸進式談判的結果。

接下來是馬來西亞的部分。馬來西亞最近在討論，新的工業區在建置的時候，必須連同硬體設備如宿舍與休憩場所都要建起來，如果公司要進駐，必須跟工業區管理局租宿舍。這可以確保控制住宿人數。但這也引發了是否能夠限制住居的爭論。馬來西亞的非法外勞大概有 120 萬人，合法外勞有 179 萬，合計約 300 萬，來自印尼、孟加拉、緬甸等等東南亞國家。其中尼泊爾跟不丹比較特別，大部分從事大樓保全。女傭大多是印尼跟越南。

最近有一些相關法令，例如禁止強迫勞動，包括馬來西亞各國都有訂立。然後扣留護照、非法減薪等等。某企業的強迫勞動是最近比較受到關注的部分，尤其他們住宿環境非常糟糕。這個案子最近就被下游取消訂單。馬來西亞一家做醫用手套的廠商，最近受惠疫情股價大漲。但被歐美各國指出有血汗工廠的問題而遭到制裁。這些是我們要注意的，如果台灣沒有相應的改善，尤其是宿舍問題，可能也一樣會遭受制裁。但這種制裁也會是改進的契機，說不定比組工會還有效。

回過頭來，我們要怎麼看待產業移工。在台灣再工業化的過程中，我們要怎麼考慮我們在供應鏈裡面的角色。勞陣在 1999 年的白皮書就主張移工應該要能自由轉換雇主、就業平等應該要得到落實。另外應該考慮保障移工或是移工管理的專法。勞基法雖然有強迫勞動禁止的規定，但是設立當初並沒有預想到今天有大量移工的狀況，導致適用上有不足之處。第三是訂立台灣的行政計畫，促進企業的人權治理。此外，勞動部應該設立一個機制來能夠回報相關問題。我報告到這裡，謝謝！

主持人劉梅君

接下來請桃園群眾服務協會的杜光宇來與談。

與談人杜光宇

跟大家分享一個我自己的經驗。我是機師工會的顧問，機師工會前幾年罷工。當時在評估怎麼樣才會成功。當時已經攏絡到一半的機師，評估會成功。我有跟他們說應該要多開說明會，但機師工會認為不需要。當天確實有一半機師參加，但飛機只停了兩成。後來才發現公司為了應對罷工，已經多聘了 200 多位外籍機師。台灣工廠，聘 4 個人只能有 1 個是移工，但機師是聘一個本國機師可以聘 2.5 個外國機師，反過來！到長榮那件，如果只有本國機師，很難超過一半。那時候我們好不容易說服一位外籍機師，還願意出來當工會代表，馬上就被不續約。

我談這東西重點在於，我們會擔心他們組工會會不會發生問題。我後來認為不犧牲難以成就，但我也會跟他們談清楚，你們可能會被犧牲掉。我對引言人剛剛提到的外國法律我不是很清楚，我先說一個感觸。我發現一個現象是他們很多人沒有時間多思考，最後決定就會落到他們的行政人員上。他們的行政人員可能會有一些很本位的東西，很難推動任何改革。剛剛提到外展的事情，農會是第一家中介機構，但因為外勞跑路比例太高

就被取消資格。我跟官員在聊，他們是說上面不尊重專業，行政院壓力來了，弄一個推動不了的案子就沒事了。這是題外話啦，回應剛剛講的。

我比較關心的是其他國家的做法。移工會懷孕生小孩，生了之後呢？送回去。這對父母是很殘忍的事情。我們協會一開始也有在募款幫助這些懷孕的媽媽和一些癌症病人。也有請一些逃跑外勞來幫忙照顧這些小孩。但我想問一個問題是，我們聘僱能不能以家庭為一個單位，而非以人為單位？其實很多白領就是這樣，那為什麼藍領不行，很奇怪。第二個是有關媒合，像香港只有媒合，沒有後續管理。我認為這模式是對的，人都媒合進來了，應該要雇主處理。所以我們成立的媒合機構，就只做媒合，不做支援服務，但只收三個月服務費。有些雇主會抱怨人來我們這邊很快就走，這其實是正常，不合就走，剛做新人離職率本來就比較高。這個模式要學，問題可能是香港人講話比較直接，但台灣比較含蓄，可能有這種文化差異在。

家庭看護為什麼衝突那麼多，要來台灣前跟雇主互相不認識，但又不能試做，不知道適不適合。但外展看護好處就是可以先派過去，適合再留下來。我們在做仲介機構，也是會挑雇主，讓移工跟雇主面試。但這樣的方式比較需要人力，其實有點吃緊。

回到廠工，不管懷孕職災傷病等等，都有很多問題，國外有哪些例子，我也很想知道。謝謝。

主持人劉梅君

請良榮老師來分享。

與談人林良榮

各位老師朋友大家好。今天談論的是相當困難的問題。在談論到外國人勞工的時候，我印象最深刻的是跟著外勞到宿舍去觀察。後來出國之後，我在日本也很常被問到台灣外勞制度的問題。他們說日本很多制度非常羨慕台灣的外勞制度，很努力在遊說政府採用。我回國之後，也很常遇到日本學者對台灣的外勞制度弊病感興趣，想要給政府作為施政參考。日本也有很多外國人，但在日本人眼中台灣的並非日本的外國人制度，就是一個特殊的外勞僱用制度。可以特定某種雇主、某種職業、某種場所，可以對相關勞務給付以法律限制。我認為核心的問題是，台灣有沒有像日本那樣的外國人制度？還是有啊。例如英語補習班裡面的白領外勞。當然我們說白領外勞好像聽起來比較高級的外國人工作，跟產業外勞看護外勞不一樣。但其實白領跟藍領在社會上的界線本來就不清楚，很多補習班的白領外勞也不見得很好過，是法律透過職種的區分來把他們劃分開。

我常跟札幌的便利商店裡的東南亞移工聊天。發現他們私底下對各家商店的店長都有一些情報交換，也會跳來跳去。這代表他們也會有勞動條件的競爭關係。

早年我們在處理外勞的時候，有個有趣的案例是一個德國人母親過世，能不能申請勞保給付？勞保局對此感到相當困擾，後來打到最高法院是申請人敗訴。他是一個副總經理還會敗訴，那更何況是其他更弱勢的勞工。

剛剛提到外勞保護的問題，台灣長年以來的制度性問題都不太容易改變。其中外國人勞工到底為什麼會有差別？我要說的是不是有差別就是歧視，全世界都看得到，很少有國家對外國人沒差別的。但這個差別要有合理性。像是福利體制有其特殊性，可能會基於分權或是預算的問題而有差異。例如我兒子以前在日本上保育園，老師就有提到早年對於外國人的津貼有比較少。這個就是根據各種考量而有差別的例子。反過來，當需要某種勞動力的時候，就會反過來提高外國人福利。這個我認為要跟勞動政策

跟政治形成一起考慮。誰被差別待遇？合理性何在？是否只是針對本國人外國人？都應該考慮。例如台灣白領的經理，是否有所差別待遇？可能很多人認為沒有。像最近政府在推僑外生制度，以往他們在勞動市場是門檻比較高的，但現在慢慢放寬。最近又推說技術外勞進入台灣經過一段時間可以留下來，並不是因為我們突然對技術人員的人權感興趣，而是因為我們需要這些人。

那像歧視問題，我就曾在陽明交大有討論過外國人能不能組織工會的問題，其實這個不只是外國人歧視，也是本國人的問題。本國人組工會要登記，但對於一個外國人來說，要做登記這件事情是多困擾？日本人要組織工會不需要登記，只要有天大家喝酒決定組織工會就能組織工會，他們不是採登錄主義。有些東西我覺得其實就是內國制度的問題。

外國人的人權限制其實也會受到本國整體勞動發展的影響。例如說為什麼外籍看護不適用勞基法？因為本國人看護也不適用啊，那為什麼本國人不適用？漁工同理，如果外籍漁工要適用勞基法，那是否所有包括本國的、遠近海的移工也適用勞基法？遠洋漁業的部分為什麼不適用勞基法，這個就必須等到國際上關注的時候才有想要立法。但沿近海真的有適用勞基法嗎？實際去問只有薪資有適用。因為海上勞動本來就難以區分工作、待命與休息時間，這怎麼有辦法適用勞基法。這個情況越是遠洋越是明顯，工時爭議就特別多。

從藍領到白領、白領到產業與看護與漁工，這些保護其實跟內國法律規範與立法技術都息息相關。我們從勞動力政策來看，外國人到台灣不一定是勞工，但我們並沒有一個外國人政策，實際上是沒有外國人政策的前提下產生外國人勞動政策，我認為這是問題的根源。每個政策有政策上的需求，不同產業有不同的產業勞動力的需求，我們應該先談產業的需求，才來談外國人勞動力政策的部分。剛剛有人提到要先把政策面先確定，才

來搭配一套外國人保護的法律，我很認同。如果保護沒有周到，才來想制裁。例如勞檢怎麼做，家戶怎麼做，漁工怎麼做，都是需要立法技術去考慮的問題。我講到這裡，謝謝。

主持人劉梅君

接下來請柏翔與談，謝謝。

與談人傅柏翔

各位好。今天主要講美國對於勞工的保障。從保障來看是比較可以聚焦的地方，因為管制種類太多會有點發散。結論上來看，不管是何種目的，不論是真的移民來工作，或是只是做客工，都會進入到個別與集體勞動法的保障。如果不這樣做的話，有這種產業後備軍的存在，倒楣的還是本國勞工，因為雇主是沒在怕的。

法制上該有的都有，不過規範目的還是在告知權利以及救濟管道。實際應用起來還是滿悲觀的，有點類似各國情況。如果是客工，終究還是要走的，所以不會花很多時間在申訴上，寧願多花時間賺錢。

我想從這本小手冊來開展這個議題。大家去美國玩都會拿到這個小手冊，我也有一本，是當訪問學者期間內拿到的，那也算是移工的一種。裡面大致上會告訴你有何種權利、申訴管道是什麼。台灣也有類似的東西，還有各國語言對照版本。

裡面看起來都是白話文，但背後都有法律規定。比如說有這個公平報酬，這個就可以衍伸出很多例如同工同酬、加班費等等規定。又如不受歧視這四個字短短的，包括就業歧視、就業騷擾等等也都有帶進來。禁止人口販運，職場性騷擾、健康工作環境等等也有規定。集體勞動、退避權等

等規定也有。也有一些例示規定，像是美國每個州的基本工資都不太一樣，所以會提醒勞工說不是聯邦最低薪就合法，就提供你一個例子。例如加班費、扣除額，可以扣的東西是什麼，直接給一個例子來簡要告訴你有什麼權利。禁止歧視這個部分就有滿多移工的典型困難。例如說語言不通、差別待遇、職場騷擾。常常有遇到職場騷擾，但因為聽不懂所以不會去申訴的問題。

又例如懷孕歧視，這邊點出來是因為美國的特色，懷孕歧視在美國背景下很常出現，因為在美國出生就是美國人，出生就有什麼假什麼假，讓雇主有很強烈的歧視動機。所以美國對於這方面的歧視防治有很強的執行。

集勞的部分是全體適用。如果不給外籍勞工同等法律對待，會變成超級便宜又權利有限的勞工，倒楣的還是本國勞工。美國的法律有注意到這個情況，因此在解釋上放得非常寬，會讓外籍移工可以組工會。也鼓勵阻斷危險的勞資關係，如果雇主說要打電話給移民局如何如何，還會給予移工保障，來保障勞工權利跟發揮吹哨者的功能。

這個是 NRB 最新的，民主黨換新的人上去後再重申，組工會是允許的。不只是工會，只要兩三個人一起出來爭取勞資權益，也是受保障的。這是美國的特點，團結行為不是只有工會可以進行，個人也有。那要注意去年九月跟墨西哥簽的一個協議的備忘錄，再次跟墨西哥強調墨西哥移工在美國適用 NLRA 的保障。如果擔心集體勞動權受到侵害，就申訴。但是勞工到底願不願意花費有限的時間做這些事情又是另一個問題。所以原則上不管是移民工還是移工，都是受到 NLRA 的保障。那如果雇主採取薪資保密制度，在 NLRB 裡面可能是不當勞動行為，因為這樣會讓工會沒辦法運作——，因此可能構成不當勞動行為。最後還有一個，勞工有權不做任何工會行動。也就是工會的不當勞動行為，是美國的一個特色。

除了一般性保護外，還有一個專法，就是移工季節性農業工人保護法。美國有很多大種植園，所以常常會有整台卡車載移工去採收。所以才有這樣的專法來保護移工。工資工時基本上還是走勞動基準法。但關於住房、運輸揭露事項，有規定要承包這樣的農業移工要註冊，然後由勞動部的工資工時部門來進行檢查，包括入廠入房入車勞動檢查。還有工資全額給付，以及不能限制勞工只能跟承包商購買生活必需品。提供的住房必須經過職業安全衛生檢驗，且必須把標準貼給現場。美國也喜歡把各種規定與權利用海報貼起來，來讓勞工可以輕易看到。契約內容必須採書面公開，額外傭金的可能性等等都要公開。必須讓勞工知道其是否為罷工中的替代勞工，如果是要去敵意環境應該要先知道。最後有提到共同雇主責任，把地主跟承包商一起包起來負擔責任。

以上大方向跟特定法律的簡要介紹，謝謝。

主持人劉梅君

感謝傅老師的說明。現在開放 10 分鐘提問。

提問者 1(汪英達)

剛剛傅老師有提到美國法制，第一次聽到，很感謝。早上有提到很多台灣工廠裡面不平等的事情，我想提的是輪班正義，就是說台灣移工需要輪班、不能換班，加班費又少，夜班津貼又少。我想請問這種情況如果發生在美國會怎樣？回過頭來台灣可以怎麼要求？

與談人傅柏翔

感謝您的提問。關於輪班夜班津貼出現落差的話，如果差別是在本國人與移工之間。美國的 NLRB 主要是處理團結權的部分，目前看起來這個



落差比較像是就業歧視的範疇。如果雙方已經有集體勞資爭議後才產生，那可能會是一個不當勞動行為。但若是沒有，這就只是就業歧視。雇主必須解釋為何有這種差別，如果沒辦法合理解釋，可能就會踩到就業歧視的線。因為所謂的公平報酬，是指沒有正當事由去做差別待遇，所以論證會著重在這一塊。

如果台灣出現這樣的情況，台灣的結構跟美國是差不多的。但是差異性的合理性可能論證上不會跟美國完全一樣，這是比較有挑戰性的地方。謝謝。

提問者 2

早上場有提到外籍移工在勞退條例上不適用。我想請問其他國家有類似制度是怎麼處理？

引言人孫友聯

新加坡不同的簽證會有不同的規定。例如說我在新加坡工作就是公積金制，其他的可能是有點像就業安定費的人頭稅，都是分開的。台灣現在廠工的部分應該是沒有的。

與談人林良榮

日本沒有這個制度。他們在企業僱用上本來就有退職金的制度。外國人不論藍領或白領都有。社會保險也是有，有國民年金。外國人如果在日本做久一點能拿國民年金。但我們的外勞不能做這麼久，所以有這個問題。台灣以前有個大問題，現在有改善了。台灣有分合法外勞跟逃逸外勞，社會保險給付上是有所差異的。逃逸外勞是沒有職災保障的，這是很荒謬的。只要人受到僱用就應該有這種保障，這在政策上應該要先確定，法技術才

來做。

與談人傅柏翔

美國的退休金並不是強制社會保險的一環，基本上是公司給的福利的一環。目前有的就是公家跟軍事，但這兩個單位就不會有外國人。

林佳和

其實大部分國家都不會排除當地工作的外國人加入社會保險。台灣的產業移工也有加入勞保啊。所以問題不在可不可以加入，問題在不會成就條件。因此各國的重點不在前者，而在後者。既然不會成就條件，那重點就在如何互惠。A國勞工在B國工作，能不能把年資算進A國。台灣現在就有在跟附近國家進行這個互惠的談判。台灣人去最多的國家在中國，這就比較麻煩。至於台灣的移工輸入國，很多沒有跟台灣類似的制度。這個是目前遇到的難題。良榮剛剛提到的逃逸勞工問題，理念我都同意。他的現實問題在於移工一逃逸，勞保就會停掉。勞保是申報主義，所以就不會有職災保障。所以不是法律不保障，而是逃跑就不申報。所以需要透過其他方法來處理。這個在社會法上就叫做法定債的關係，避開申報與否才有辦法解決，這是另外一個問題。

與談人林良榮

因為我們逃跑外勞不能工作啊。工作權被限定。他跑到別的地方之後本來就不能申請，不承認他的工作權。

林佳和

這個問題是因為我們對於移工的管制是一個以行政處分形成私法效力的認可處分，就是聘僱許可。卡就卡在聘僱許可，所以台灣是一環扣一環。

沒有聘僱許可或失效，就是違法無效的法律關係。所以這需要另外一個機制解決，就是法定債的關係。只要有受雇的事實，就有社會保障。

提問者 3

那想請問日本有沒有這種區分。

與談人林良榮

日本不區分合法非法。反而對雇主來說是最好都去加保險，可以減少雇主負擔。不論合法非法，雇主都會希望他們去加入保險。

主持人劉梅君

那我們這場就到這裡，謝謝大家。