

# 本土、理論與實踐 – 勞動法課程教學改進計畫

## 期末成果報告書

計畫主持人：黃程貫教授  
協同主持人：劉士豪副教授  
協同主持人：林佳和助理教授

執行期程：2007年6月至2008年1月  
執行單位：國立政治大學  
中華民國97年4月30日

## 結案報告書目次

壹、計畫內容.....	3
一、計畫目標.....	3
二、計畫內容大綱.....	3
三、計畫執行規劃.....	9
貳、各單元內容.....	12
第一單元：勞動法導論.....	12
第二單元：勞動法之主體、法源及適用順序.....	27
第三單元：勞動關係之建立—以勞動派遣為例.....	42
第四單元：勞動關係之內容.....	81
第五單元：勞動關係之履行障礙—以勞務受領遲延為例.....	138
第六單元：勞動關係之終止—以大量解僱保護為例.....	178
第七單元：勞動保護法及勞工保險法.....	227
第八單元：同盟自由.....	266
第九單元：集體協商.....	281
第十單元：勞動鬥爭.....	297
第十一單元：共同決定.....	317
第十二單元：勞資爭議處理—勞資爭議處理協調及調解程序之分析.....	331
附錄	
本土、理論與實踐勞動法課程教學改進計畫發表會會議紀錄.....	369

## 壹、計畫內容

### 一、計畫目標

- (1) 提供大學法律系所勞動法課程符合多元目標之教學手冊。
- (2) 提示相關勞動法議題核心且關鍵之理論要點與提醒。
- (3) 提示相對之台灣本土相關案例暨實務見解（行政與司法）軌跡。
- (4) 為促進與激發勞動問題意識，輔以相關國內外多媒體形式與教材（例如事件紀錄片、歷史事件彙編等）。
- (5) 提供教學者相關勞動法議題之考試題目、思索問題、教學重心與評量方法之範例。
- (6) 以研究成果架設網站公開發表，並作為今後勞動法教學之交流平台。

### 二、計畫內容大綱

#### (一) 本計劃之重要性

勞動法作為新興領域，在我國相較於具有長久歷史傳統之民、刑及公法，直至最近二十年來才開始受到法律人的重視。尤其是自民國七十三年勞動基準法公布施行之後，相關勞資爭議<sup>1</sup>（參見下表一：勞資爭議案件年度表）、訴訟案件不斷遞增（參見表二：93,94 年度勞動訴訟案件表<sup>2</sup>）。使得勞動法日益受到各界之重視。此一法域的發展，到目前為止，幾乎所有知名大學之法律系均聘有勞動法專任教授，並開設各種勞動法相關課程。部分大學法律學院甚至已設置勞動法研究中心，並在碩士班研究所開闢有勞動法的獨立分組。不過目前國內專為勞動法課程的教科書一方面數量極少，另一方面修訂過緩，跟不上修訂法律的速度。因此撰寫一適合專為勞動法課程教學的手冊，不僅重要，時間上更是克不容緩。

表一：勞資爭議案件年度表

	爭議件數	爭議人數
78 年	1,943	62,391
79 年	1,860	34,089
80 年	1,810	12,696
81 年	1,803	12,394
82 年	1,878	37,949
83 年	2,061	30,890
84 年	2,271	27,342
85 年	2,659	21,654
86 年	2,600	81,004

<sup>1</sup> 參見行政院勞工委員會統計資料；網址  
<http://statdb.cla.gov.tw/statis/webproxy.aspx?sys=210&kind=21&type=1&funid=q05031&rdm=uqtqz7Tq>

<sup>2</sup> 依司法院 93, 94 年司法統計資料。

87年	4,138	103,568
88年	5,860	30,440
89年	8,026	56,543
90年	10,955	58,643
91年	14,017	105,714
92年	12,204	28,821
93年	10,838	32,478
94年	14,256	85,544
95年	14,262	80,144

表二：93,94 年度勞動訴訟案件表

	地方法院	高等法院	最高法院
93 年度	1808	308	104
94 年度	1793	405	91

所謂勞動法，或是一般人習稱的勞工法，係指一切勞工為中心的所有規範之整體，除勞工與雇主間的權利義務關係之法律規範外，還包括：勞工與國家間、勞工與勞工間、勞工與工會間、工會與雇主團體及雇主團體間，即使是雇主與國家間就勞動事務之相關法律規範，均屬勞動法的內容。所以勞動法所涵概的範圍非長廣泛，上自憲法關於勞動三權等基本權規定，下至如雇主之指示權等相關事項均屬之。就其功能而言，勞動法乃是國家經濟狀況的演進下，公平合理地調整勞資關係內容的法律。所以勞動法的內容深受一國經濟發展狀況、產業與勞動力市場之結構及變化等因素之影響，而隨時相應地調整其內容。然而近年來全球化的影響更是牽動各國政治經濟的發展，勞動法之發展自然也受到這種潮流的激盪。因此本教學計畫不僅關注我國現行勞動法規範的理論和實務，同時也會討論全球化的變動下勞動法未來之發展。

## (二) 勞動法之規範架構

### 1. 概說

勞動法，一般認為是橫跨公法與私法之第三法域，事實上勞動法的內涵確實是公私法相互交織成為不可分割的整體，所以勞動法的法源構成也就甚為複雜。就勞動法的體系分類來說，勞動法大略可分為二：一為個別勞動法，另一是集體勞動法。也有論者認為應增加所謂勞動保護法一項，而成為三分法者。

個別勞動法是指以個別勞工與雇主之勞動契約為基礎所發展建立的法律關係的規範，尤其是指關於勞動關係之締結、內容、債務不履行、移轉、消滅等勞動契約法上問題之法律，如勞動契約法、勞動基準法及其他相關規範等。但是民國二十五年制定之勞動契約法，事實上雖已公布但未施行，故非一有拘束力的法源，所以今日規範諸多重大勞動關係內容之勞動基準法，遂成為勞資雙方間契約內容之重要行為準則。而自民國七十三年勞動基準法公布施行以來，復有許多附

屬法規及相關法規一一制定，前者例如積欠工資墊償基金管理辦法；後者例如兩性工作平等法、大量解僱勞工保護法、職業災害勞工保護法及勞工退休金條例等等，都可算是個別勞動法極為重要之法令。

集體勞動法通常是指工會與雇主或雇主團體間之法律關係，或工會與其會員勞工間之法律關係的法律規範，主要者例如工會法、團體協約法、勞資爭議處理法等。除此之外，共同決定法制或是習稱的產業民主制度也是非常重要的集體勞動法律規範，國內已有事業單位層級的勞資會議，也有企業層級的國事業管理條例中所規定的勞工董事制度。

另外有所謂的勞動護法之分類，這是指國家基於個別勞工之生命、身體、健康等法益之保護，而以公法上強行法規之方式課雇主以一定之作為或不作為義務，並以行政罰，甚至於刑罰作為雇主違反時之法律制裁，以促使雇主遵守該等法律義務，例如勞工安全衛生法。在勞動法學理上有將此一歸類為個別勞動法，蓋其所產生之雇主公法上義務亦得解為雇主在勞動契約上對勞工所負之照顧保護義務。而勞工保險制度雖在歸類上屬社會法之範疇，但因我國社會保險許多係以身份保險制度，由於勞工保險係針對勞工之保障，因此本計畫也納入討論單元之列。

## 2. 本計畫之單元

綜上，本計畫共劃分以下十二單元：

一、勞動法導論：(負責人：黃程貫)

1. 勞動法的概念、分類與歷史發展。
2. 勞動法的地位與意義。
3. 國際勞動法及全球化對勞動法的影響

二、勞動法之主體、法源及適用順序 (負責人：林佳和)

1. 勞動法的主體(勞工、雇主、工會、雇主團體)
2. 勞動法的法源與適用順序

三、勞動關係之建立(負責人：劉士豪)

1. 職業介紹與失業
2. 僱用程序
3. 有瑕疵的勞動關係
4. 特別的勞動關係

四、勞動關係之內容(負責人：劉士豪)

1. 概論—勞動關係的權利義務
2. 勞工的義務
  - (1) 工作義務
  - (2) 附隨義務
3. 雇主的義務
  - (1) 工資給付義務
  - (2) 附隨義務

五、勞動關係中之履行障礙(負責人：劉士豪)

1. 概論
2. 勞工違約的法律效果
3. 雇主違約的法律效果
4. 不可歸責勞雇雙方的履行障礙

5. 職業災害之問題
- 六、勞動關係之終了(負責人：劉士豪)
  1. 概說—終了的原因
  2. 勞動契約終止之概念與種類
  3. 解僱
  4. 辭職
  5. 退休之相關問題
  6. 企業併構法與大量解僱勞工保護法之相關問題
- 七、勞動保護法及勞工保險法(負責人：劉士豪)
  1. 勞動保護法
  2. 勞工保險法
- 八、同盟自由(負責人：林佳和)
  1. 同盟自由之憲法基本權
  2. 同盟之概念：工會、雇主團體與其他
  3. 同盟組織與行動之法律保障與限制
  4. 同盟組織與行動之事實上限制：不當勞動行為
- 九、團體協商(負責人：林佳和)
  1. 團體協商之憲法保障基礎
  2. 團體協商主體與過程之法律保障
  3. 團體協約之法律效力
  4. 概念區別：同盟與勞工共同決定機制之團體協商
- 十、勞動鬥爭(負責人：林佳和)
  1. 勞動鬥爭之基本概念
  2. 勞工主要勞動鬥爭手段：罷工
  3. 勞工其他勞動鬥爭手段
  4. 雇主主要與其他勞動鬥爭手段
  5. 勞動鬥爭之法律上與內在行使限制
- 十一、共同決定(負責人：林佳和)
  1. 共同決定之基本概念與實踐形式
  2. 我國共同決定制度一：勞資會議
  3. 我國共同決定制度二：國營事業勞工董事
- 十二、勞資爭議處理(負責人：劉士豪)
  1. 概說—勞資爭議的種類與處理機制
  2. 勞資爭議處理法的處理機制
  3. 其他法律設置的 ADR 機制
  4. 勞動訴訟

### (三) 現有法規不足及改進之道部分

我國勞動立法制雖然從國民政府時代即開始，然發展極為曲折，又經過戒嚴時期等特殊政治、經濟、社會發展，雖然近來修訂法律較以往為快，但仍有未逮之處。本計畫各單元中雖然以我國案例為主要講學內容，但也會介紹其他重要國家之發展，特別是全球化下國際組織及各國有關勞動法制的因應之道，以讓學生能開拓更寬廣的視野。

#### (四) 本計畫採取案例及理論講解的雙軌教學

##### 1. 概說

國內勞動法的案例非常之多，近年來台灣勞動法學會更是有計劃地出版勞動法判決評釋。而行政院勞工委員會的訴願案件、各地方政府的勞資爭議協調、調解案件若情節重大者，也可以作為上課案例。授課方式將分三階段：

第一階段：

將同學分兩組(勞資雙方，或工會對行政機關)。將下次上課要討論的案例給學生，先介紹本案背景及法律規定及推薦相關的文獻，由學生課後研讀分析。老師並擬定重心爭點三項。其餘爭點應由同學自行研判。

第二階段：

上課時，各組同學就案例事實討論，根據其不同立場為攻防辯論。如有調解案例，應由調解組同學作成調解方案。

第三階段：

由老師講評，並與學生討論。

#### (五) 課程之作業或其他評量方法

學生之評分，分三種：

第一、分組分數 40%：學生分組就案例爭點整理，該組必須撰寫一共同報告，就該報告評分。

第二、個別分數 30%，分組於上課時攻防辯論時，對個別同學其邏輯思維、論證能力評分。

第三、平時成績 30%，於老師評論及全班共同討論時，對個別學生提出問題及討論的積極性、對議題瞭解深度等能力，作平時成績評分。

#### (六) 提供參考文獻之方式

本計畫將提供勞動法總論及專論部分教科書名單，以及於各單元提供參考文獻(如上列案例討論：個別勞動法及集體勞動法兩案)

在此先就國內勞動法之整體研究與論述提供參考文獻。近二十年來國內對該等文獻有相當之成果，已出現之相關專書如後列，大致上可分為三類。

##### (一) 第一類：勞動法總論或通論類

書名	作者	出版資料
勞動法	黃程貫	臺北縣蘆洲鄉：國立空中大學，民 90
勞動法	黃程貫	臺北市
勞動法新論	黃越欽	臺北市 黃越欽發行 翰蘆總經銷 2006/9/1

勞動法原論	史尚寬	臺北市 史吳仲芳 民 67
勞動法法源及其適用關係之研究	呂榮海	臺北市 蔚理有限公司 2002[民 91]
勞動法論	黃越欽	臺北市，三民，民 80
勞工政策與勞工法論	林大鈞	台北市、華泰、民 83
勞工立法新論	陳國鈞	台北，正中，民 59

(二) 第二類：勞動法專論或論文集類

書名	作者	出版資料
勞動法裁判選輯 1~4 集	劉志鵬、黃程貫	臺北市 臺北縣新店市，月旦出版 農學總經銷
勞動法理論與判決研究	劉志鵬	臺北市 元照 2000[民 89]
勞動法案例研究	林更盛	[桃園縣中壢市] 臺北市 林更盛發行 翰蘆圖書總經銷、2002- [民 91- ]
勞工法制之最新發展趨勢	焦興鎧	臺北市 臺北縣新店市 月旦出版 農學總經銷、1997[民 86]
勞工法論叢 1-2	焦興鎧	台北市、元照、2000-2001[民 89-90]
勞工法與勞工權利之保障--美國勞工法論文集	焦興鎧	臺北市、月旦、1995[ 民 84]
國際勞動基準之建構	焦興鎧	臺北市、新學林出版、2006[ 民 95]
勞動基準法釋義：施行二十年之回顧與展望	焦興鎧等	台北市，新學林: 2005[民 94]
勞工法論文集	陳繼盛	台北，陳林法學文教基金會 83/06/01

(三) 第三類：勞動法實用類

書名	作者	出版資料
勞動法解讀（勞資爭議致勝錦囊）	劉志鵬	臺北市、元照、2000[民 89]
勞動法一百問	陳金泉	臺北市 三民 2003[民 92]
勞資權益 Q&A	李永然、李旻	永然，2005/11/1
兩岸勞動法解析與比較	張清滄	台南復文書局

(七) 網路資源介紹



目前國內有關勞動法資訊的重要網路資源有：

1. 行政院勞工委員會：<http://www.cla.gov.tw/>
2. 行政院勞工委員會勞工保險局：<http://www.bli.gov.tw/>
3. 行政院勞工委員會職業訓練局：<http://www2.evta.gov.tw/evta/index.asp>
4. 司法院：<http://www.judicial.gov.tw/>
5. 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/index.php>
6. 全國法規入口網站：<http://law.moj.gov.tw/>
7. 國際勞工組織(ILO)：<http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>
8. 全國產業總工會：<http://www.tctu.org.tw/index.phtml>
9. 中華民國全國總工會：<http://www.cfl.org.tw/>
10. 苦勞網：<http://www.cooloud.org.tw/>
11. 臺灣勞工陣線：<http://labor.ngo.org.tw/>
12. 陳金泉律師網站：<http://www.kcchen.com.tw/>

### 三、計畫執行規劃

#### (一) 計畫執行方法與分工

本計畫業已參就勞動法領域之結構，列出核心之十二項議題，並編寫出各項議題下重要且關鍵之子題單元，內容結構上已臻完備，是以在計畫的執行與分工上，將秉持下述的方法為之：

- (1) 首先由三位研究者共同研擬具體之共同撰述規格，包括目次、字數、基本結構、理論取向、案例選擇標準、其他多媒體等輔助性教材的選取等。
- (2) 次由研究者分別就各自負責之單元，進行初稿之撰寫。
- (3) 研究者各自完成第一單元之撰寫工作後，即共同加以審視、討論並做必要之修正與改進。
- (4) 所有初稿完成後，召開專家諮詢會議（含學界、實務界與法律研究所研究生），請其提供必要之修正建議。
- (5) 各研究者依據專家諮詢結果進行修改。
- (6) 所有研究者共同決定相互檢查工作的選取，即由不同的研究者檢視其他人撰述之單元。
- (7) 最後由計畫主持人檢視、潤飾並確定最終定稿。
- (8) 於初稿完成之同時，即設計並架設網站，除最後提供本計畫之研究成果發表外，並得作為今後勞動法課程教學之交流平台。
- (9) 計畫主持人並完成計畫相關費用單據之核列報銷等工作。

#### (二) 教材撰寫格式

基於實驗角度，也著眼於提供不同教學角度之選擇暨思考，在單元內容的撰寫上，本案共區分兩種基本格式，呈現交互的運用，包括：

##### 第一種格式

第一階段	背景、法律關係、法律問題介紹
	提供重要判決及必要參考文獻
	作為討論的判決
	相關判決
	案例事實分析
	爭點整理
	閱讀文獻
第二階段	同學分組（原告、被告）
	教師擔任審判長
	言詞辯論
第三階段	綜合講評
	衍生問題探討
	法律政策思考

#### 第二種格式

一、重要性與現行法規狀況
（一）重要性
（二）現行法規狀況
二、理論與實踐發展
（一）理論
（二）實務發展
三、案例分析與說明
（一）案例選擇之原因
（二）重要案件（國內、國外）
（三）案例之重要內容
（四）案例之意義與影響
四、教學範例與內容設計
（一）重要之議題
（二）思考問題方向
（三）活動設計（分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論）
五、教學評量方式
（一）作業設計
（二）考題設計
（三）參考答案
六、參考文獻

在這兩種格式之交互運用下，再次考量教學者可能之不同需求，各單元撰寫便再區別「教科書」以及「教學手冊」之不同撰寫形式，希望提供不同之參考選擇，包括：

協同主持人	撰寫格式	負責單元
劉士豪 副教授	教學內容之詳 述與教科書撰 寫方式	勞動關係之建立、勞動關係之內容、勞動關係中之 履行障礙、勞動關係之終了、勞動保護法及勞工保 險法、勞資爭議處理
林佳和 助理教授	教師教學手冊 撰寫方式	勞動法之主體/法源及適用順序、同盟自由、團體 協商、勞動鬥爭、共同決定

以下即為初步研擬之各單元基本內容。

## 貳、各單元內容

### 第一單元：勞動法導論

本單元作為勞動法破題單元，將包括下列三個主要部分，一是勞動法的概念、歷史發展與制度基礎；二是勞動法之定位及其體系分類；三是最近之國際與內國社會經濟發展對勞動法之影響。因本單元係勞動法教學之第一單元，故旨重在基本理念之傳輸，而非實際案例之解析，期望能使學習者對勞動法能有一基本的理解，如此始能在後述依勞動法之體系分類所安排之十二個單元中藉由實際案例之解析討論，而較深入且全面地掌握勞動法之內容。

### 壹、勞動法之稱謂與概念

#### 一、勞工法還是勞動法？

在法律的稱謂問題上，到底應稱之為勞工法？抑是勞動法？國內學界有稱之為勞動法者<sup>3</sup>，亦有稱之為勞工法者<sup>4</sup>。惟依吾人之看法，其實「勞工法」乃是較佳之用語，蓋勞動法或勞工法係指一切以勞工為中心之所有法律規範的整體，而由「勞工法」一詞之文義即可知一切與「勞工」相關之法令均屬其涵蓋之內容。但「勞動法」一詞則並不能顧名思義地認為一切關於「勞動」之法令均屬之，蓋勞動法之內容其實僅僅涵蓋「(從屬性) 勞工之勞動」，因此，若以勞動法稱之，則尚需多費口舌來說明，但若以勞工法稱之則毋庸如此，故「勞工法」一詞似乎是比較妥當、適宜的名稱。惟我國憲法第 108 條關於中央立法事項之規定第 1 項第 13 款之用語為「勞動法」，故似宜以勞動法稱之，以統一憲法以下法律體系之用語的一貫。如此亦較符合國際上之通用稱謂，例如德國、日本、韓國等亦均使用勞動法一詞。惟在我國相關法律用語上，有時亦仍會使用「勞工法令」一詞，用以泛稱相關的各種勞動法規，例如勞動基準法第14條第1項第6款是。

#### 二、勞動法之概念

現代意義之勞動法乃是自 19 世紀資本主義之工業化生產方式形成且不斷擴張以來始形成的產物。而何謂勞動法，則各家論者所作的定義雖然多有所不同，但概略言之，約有三種不同的觀察方式，一以「人」(主體，即勞工) 作為定義之重點，一以「法律關係」(客體) 作為定義之重點，或在定義中兼顧二者，茲分別介紹如下<sup>5</sup>：

<sup>3</sup> 參見史尚寬，勞動法原論，民國 67 年 6 月重刊，第 1 頁；黃越欽，勞動法論，民國 80 年二書之教科書名。

<sup>4</sup> 參見陳繼盛，勞工法論文集，民國 83 年；林大鈞，勞工政策與勞工法論，民國 83 年 12 月二書之書名。

<sup>5</sup> 僅參見陳繼盛，前揭書，第 27 - 28 頁；黃越欽，前揭書，第 8 - 9 頁。

(一) 以「勞工」(主體、人) 作為定義之主要著眼點者，係將勞動法作如下之定義：(1) 從屬性勞動者(勞工)之特別法；(2) 亦有論者基於勞動法之內容係規範「勞工」之法律關係的特殊性及勞動法中保護勞工之基本原則而稱勞動法為保護(從屬性)勞工之特別法<sup>6</sup>。第二種定義除加入保護勞工一點外，其實基本立場與第一種定義並無不同，均係以「勞工」為定義重點。

(二) 以「法律關係」(客體) 為著眼點者，係將勞動法作如下之定義：(3) 勞資關係法規<sup>7</sup>；(4) 或稱為規律勞動關係及其附隨的一切關係之法律制度全體<sup>8</sup>；(5) 規範勞動關係之法律的整個體系；(6) 規範由從屬勞動關係所產生之一切法律關係的法律。此等定義均係以勞動關係作為定義之重心，第(3)至第(6)種定義的內容除些微的差異外，並無太大的不同。

(三) 兼顧主體(人) 與客體(法律關係) 二者而將勞動法定義為(7) 規範從屬的勞動者與雇主間權利義務關係之法律<sup>9</sup>；(8) 規範勞工與雇主間之勞動關係、工會與雇主間之關係以及工會組織之法規的總稱；(9) 以資本社會為基礎，以勞動者身份所展開之生活關係為規範對象，並以確保勞動者依其勞動者身份之生活為目的之法<sup>10</sup>。

依拙見，勞動法應係指一切以勞工為中心之所有法律規範的整體，除勞工與雇主間權利義務關係之法律規範外，尚包括勞工與國家間、勞工與勞工間、勞工與工會間、工會與雇主及雇主團體間，以及雇主與國家間之相關法律規範，亦均屬勞動法之內容，故其所涵蓋之內容甚為廣泛，上自憲法關於勞動三權等基本權規定，下至如雇主之指示權等相關事項均屬之<sup>11</sup>，因此前述第(7)種定義在涵蓋的範圍上即失之過狹，只及於勞工與雇主間之法律關係，至於第(8)種定義雖將定義重心之勞工(個別勞工) 擴及到工會(勞工集體)，但卻忽略勞工與國家間及勞工相互間的法律規範亦是勞動法之規範內容，故定義之範圍亦並不週延。而第(3)至第(6)種定義則避開主體之複雜性，不去定義主體的範圍，純粹以勞動關係、法律關係作為定義之主要著眼點，應屬較為穩妥的定義方式，惟第(3)種定義只限於「勞資」關係，可能稍嫌過狹。

至於第(4)至第(6)種定義之內容則似較為周延，亦是較為常見之說法，例如德國勞動法學界及實務界之通說亦持此一見解認為：勞動法乃是規範以私法

<sup>6</sup> 參見：BVerfGE Bd.7, S.342, 350; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., S.1 f.; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, A I.

<sup>7</sup> 陳繼盛，勞資關係，正中書局，民國 68 年，第 4 頁。

<sup>8</sup> 史尚寬，前揭書。

<sup>9</sup> 參見陳繼盛，前揭書。

<sup>10</sup> 陳繼盛，勞工法論文集，第 28 頁。

<sup>11</sup> 正因其涵蓋範圍過於廣泛，因此一部包涵所有內容之勞工法典的制定，根本是一不可能實現的夢想，事實上當今亦無任何國家有此等法典之制定。

上勞動契約為基礎的從屬性勞動關係之特別法<sup>12</sup>，我國勞動基準法之定義基本上亦是如此。

至於第(9)種定義則係將勞動法之制度基礎定為資本社會，實正確地直指現代意義勞動法的根源乃是資本主義生產方式(詳見下述勞動法制度基礎部分)，再者其所謂「確保勞動者依其勞動者身份之生活為目的之法」云云，雖頗為寬泛，但亦明確地點出勞動法在資本主義社會中之主要目的係在於保護勞工之生存，此一定義係著眼於勞動法之目的功能，亦可資參採。

## 貳、勞動法的起源—雙重自由的僱傭勞動者

現代意義之勞動法的歷史發展起點係始自農民解放及工業革命的開始，故可以說現代意義的勞動法，其實就是工業革命的產物，雖有論者謂勞動法的根源乃是羅馬法中之勞務租賃 (locatio conductio operarum)，是介於物之租賃與承攬契約二者之中間型態，亦有論者謂勞動法的根應是中古世紀之忠誠勤務關係，惟此等說法均非正確，蓋今日之勞動法所規範之勞動與羅馬法中之勞務租賃、中古世紀之忠誠勤務關係雖形式上相似，但實際上性質截然不同，現代意義之勞動法應是自工業革命後始產生的，所規範之勞動主要指的是從事工業生產之產業勞工，也就是說乃是針對被集中在工廠中從事工業生產之勞動者，其後勞動法的範圍始漸擴及至其他勞工。總之，農民的解放與工業革命二者導致雙重意義自由的僱傭勞動者 (或稱為工資勞動者，der doppelt freie Lohnarbeiter，也就是工人、勞工) 的產生，並形成社會的普遍現象。

所謂雙重意義的自由，一方面是指相對於被土地所束縛，也就是被封建貴族所束縛的農民，僱傭勞動者得自由處分其勞動力，並得將其勞動力當作是商品而出賣、讓與給想要使用其勞動力之他人 (即企業主)。因為僱傭勞動者可自由地決定是否要出賣其勞動力，且可自由選擇其出賣對象，故係自由的勞動者；另一方面，僱傭勞動者是不受其所需之各種生產資料之束縛的，故是自由的，僱傭勞動者除了自己的勞動力之外，別無其他商品可以出售，自由得一無所有，沒有任何實現自己的勞動力所必需的東西 (即欠缺生產資料 - 所謂生產資料，亦稱為生產手段，是人類從事物質生產所需要的一切物質條件，是人在生產過程中所使用的勞動資料和勞動對象的總和，簡言之，就是指生產工具與原料及土地、廠房等不變資本<sup>13</sup>)，無法使自己的勞動力與原料等結合成為商品，故僱傭勞動者的自由乃是一無所有的自由，因而全然無拘無束。故有人戲稱僱傭勞動者之自由是「鳥

<sup>12</sup> Vgl. nur Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, S.1 m.w.N.

<sup>13</sup> 在政治經濟學中，一般係認為生產資料 (或稱生產手段，Produktionsmittel)與勞動力 (Arbeitskraft 或 Arbeitsvermögen) 二者共同構成生產力(Produktionskräfte)。生產資料又可分為：一、生產工具 (或稱勞動工具，Arbeitsmittel)；二、原料 (即勞動對象，Arbeitsgegenstand)，與三、廠房、土地、輔助性工具及其原料與保養等；勞動力則是指實際從事生產者之生產能力，包括其體力、技術、知識與創造性等等。生產資料又可稱為「不變資本」，勞動力則可稱為「可變資本」，二者合稱「資本」。

自由」(Vogelfreiheit)，意即勞動者與天上飛鳥一樣地自由，但卻有隨時被射殺的高度危險，是一種毫無任何實質意義的自由。勞動者藉由勞動以滿足其生存需求，此與過去之農奴不同，因為過去之農民對其生產工具與家畜享有處分之權限，且對其所耕作之土地也享有一定程度之權利(縱使極其有限)，而中世紀之手工業者對其生產資料，在行會(Zunft)規定之限制內，亦享有所有權。工業革命時期之僱傭勞動者則除自身之勞動力外，一無所有，其勞動所需之生產資料亦非屬勞動者自身所有。因此，僱傭勞動者為求生存只有被迫將其勞動力出售給擁有生產資料之人，亦即雇主，以換取工資糊口，否則空有勞動力亦無法實際從事勞動，以滿足自己的生存需求。因而僱傭勞動者雖非屬於某個特定的資本家個人，但卻是被一條看不見的線網綁在資本家階級身上，是屬於整個資本家階級，勞動者為求生存，沒有不出賣自己的自由，而只有選擇要出賣給那一個雇主的自由。不過，就算勞動者要出賣自己的勞動力，或者說勞動力之所以能夠出賣，在所有市民社會的各種型態中，均必須取決於一個最基本的條件：從屬性勞動者藉由勞動必須創造比其所獲得之工資價額更高的經濟價值，否則勞動力對資本家而言，即自始毫無價值，也不可能成為商品，在此一情形下，勞動者將連選擇出賣自己的對象、選擇剝削自己的對象之自由都喪失了。

僱傭勞動者(即工人或勞工)與購買其勞動力之企業主(即雇主)二者間之關係，本質上就是一個賣一個買的一種不可避免、不可抹殺的利益衝突對立(Interessengegensätze)，此一利益的衝突對立不但自勞動關係成立之時即已必然存在，而且也持續地貫穿到整個勞動關係的存續期間，更會表現在勞動關係之結束，甚至延續到勞動關係消滅之後。

### 參、勞動法之制度基礎

決定一國勞動法內容之最重要的因素正就是各該經濟制度，而所謂經濟制度對勞動法之影響，最重要者有二：一即係市場制度或非市場之計劃分配制度，另一則為所有權，此尤其主要是指生產資料所有權制度，或為私有制或為公有制(或為國家所有制，或為社會所有制，或為生產者所有制，不問名稱為何，基本上均屬公有制)。就西方工業先進國家之勞動法與經濟制度觀察之，可知其基本上具備自由市場經濟及生產資料私有等兩種要素，德國有論者直接稱此種經濟制度為市場經濟；而將帶有社會主義色彩在內之民主社會國家，如德國，稱之為社會市場經濟(Soziale Marktwirtschaft)<sup>14</sup>；而另有論者則直呼此種經濟制度為所謂資本主義。此等稱謂，在概念上，其實均不夠週延，蓋均只涵蓋、強調經濟制度之二個要素中之某一特定方面而已，前者只著眼於市場制度，而後者只著眼於資本、生產資料所有權。上述經濟制度中之市場制度與所有權制度兩者，在理論上及實務上均屬可分離，在進行經濟制度與勞動法之比較時，若只著重其中之一成分，則係錯誤之觀察方法。在當今世界的現實中，生產資料所有權私有固然與市

<sup>14</sup> Vgl nur Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S.1ff.; Ruthers, Arbeitsrecht und politisches System, 1973, S.21ff.

場經濟互為補充、密切配合，而公共所有權與國家計劃經濟又密不可分，但計劃經濟下保有生產資料私有制度，或社會主義所有權與市場經濟因素相結合，亦均非不可想像，尤其勞動者自我管理制度（即工人自治制度），例如過去南斯拉夫所採行者，若國家計劃能賦與勞動者極大之自由活動空間，則並非不可能實現，而他如中共近來一再強調的所謂「社會主義市場經濟」，亦非絕對不可想像。惟今日世界上乃是以西方工業先進國家之經濟制度為主流，此種經濟制度基本上具備自由市場經濟及生產資料私有等兩大因素。

## 一、自由市場經濟

在自由的市場經濟中，產品的價格與勞動力的價格（即工資），原則上係根據市場規律自行形成，而非由國家公權力機關所訂定或經由此等機關所核准，例如工資或其他勞動條件即應由勞資雙方當事人自行約定，也就是說勞動力之供應者（勞工）與需求者（雇主）雙方在市場上透過契約自由之行使，以個別契約合意之方式（即僱傭契約、勞動契約）相互約定其商品（即勞動力）之價格（即工資與其他勞動條件）應有之內容。原則上國家不得介入此一市場運作過程，不得強行規定何人應在何處工作、擔任何種工作、取得何等工資與勞動條件。縱使因為個別勞工之締約地位與力量有限，不能任由市場規律自由運作，故須予以保護，則原則上亦應是藉由扶持勞工工會成立，即仍利用市場原理，在市場的基礎上，藉由勞動力供應者一方之集中，增強其市場力量，也就是說原則上仍應係透過雇主或雇主團體與工會所訂定之團體協約來確立工資與其他勞動條件之內容或最低基準。

總之，工業先進國家之指導觀念是：在市場經濟體制下，為能重建市場上供應者與需求者雙方之市場力量對等原則（此亦正是民法基本思想前提之契約當事人對等的市場地位、力量），應容許勞工得以自由團結建立工會，令其得以在勞動市場上集中勞動力之供應，容許工會有發展成為勞動市場上趨近唯一的、壟斷的、獨占的或寡占的集中勞動力供應者之可能與自由，並肯定其法律地位，令勞工得與資方基於其資本及生產資料所有權之先天上強勢相抗衡，透過團體溝通協商而締結合於公平正義原則之團體協約或其他集體性協議，以規範勞資雙方之權利義務關係；同時為求團體協約制度之確切落實，亦必然須賦與勞方一勞動爭議權作為壓力武器，俾得於必要時，勞方能藉之迫使資方進行溝通協商。

## 二、生產資料私有

工業先進國家之經濟制度的另一成分即所謂「所有權私有」，主要指生產資料私有：勞動力所者者並不能憑空進行勞動，而是必需藉由生產資料（機器、原料、場房、交通運輸工具等等），始有可能進行勞動，製成商品。因此擁有勞動力之勞工即必須依賴雇主始有可能勞動，因為雇主擁有勞工所欠缺但必需的生產資料。雇主原則上即係籌措或擁有資本者（通常為私人），以及由其所控制之法



人(如公司)。身為生產資料所有人之雇主即亦因其擁有生產資料，故而亦擁有將勞工在實際勞動中所創造之價值 (的一部分) 收歸已有作為利潤的權力。

在生產資料私有制度中，勞工就企業經營決策無法與資方立於平等地位的情況下，不論就法律上或實務上而言，企業的經營與領導、資產增長與利潤，基本上均係歸於資本擁有者、立於出資者及債權人地位之金融企業、以及由上述二者所安置之經理人員所有。但私有資本之力量並非絕對且不可侵犯，若國家法律對之有所限制，或代表勞工之工會有所主張，且在團體協約中與資方約定勞方對特定事項享有參與決定權，則法律上亦非不可。

### 三、資本主義經濟制度之修正－勞工保護原則與民主原則

上述市場經濟及生產資料私有二原則固然是目前所有資本主義國家共通之兩大基本原則，但是現今世上並無純粹的、赤裸裸的資本主義國家存在，工業先進國家常多在法律中 (甚至於在憲法中)對上述二原則之適用加以限制，用以平衡資方基於前述二原則所擁有之強勢，此等限制最常見者乃是勞工保護原則與民主原則二者。

勞工保護原則乃是對毫無限制之市場經濟與生產資料之自由運用的否認，蓋此二者之極致乃是對社會弱勢之勞工的殘酷壓制。又因為勞工乃是社會上之絕大多數，若任由少數人對大多數人進行剝削，則絕對不合乎社會公平正義，故有必要依勞工保護原則賦與勞工以廣泛的保障，修正市場經濟及生產資料私有原則之弊病，減緩勞資雙方對立利益的衝突。我國憲法基本國策章之第 153 條即係勞工保護原則之一種明白的表現。德國則係以社會國原則 (德國基本法第 20、28 條) 貫徹對勞工的保護，強調社會安全與社會正義，對勞工之生活與工作應予以保障，勞資雙方間之法律關係的內容應合乎公平正義。惟勞工保護原則並非一具有特定的具體內容之法律基本原則，而是具有多種不同的面向，必須依據當時具體社會關係始能認定之，且其內容將隨時代、社會狀況的變遷與需求而不同。至於何謂勞工保護，則例如勞動基準之訂定、勞動安全與檢查等勞動保護法規之制定、終止保護、同盟自由、國家關於勞工之職業訓練、職業介紹等制度之建立，均屬之<sup>15</sup>。

民主原則雖然主要係適用於國家政治領域，但此一原則對經濟領域無論如何應具有政治上之放射作用，且得以用來作為企業、廠場內勞資共同參與決定之正當化根據。生產資料所有人之處分權限將因之而受限制、被中和。民主原則不但用以要求資方任何涉及勞工之措施均應合乎民主公開程序、經充分討論，且本於勞動與資本乃是企業之兩大對立又對等的要素之觀點，企業之 (一切) 決策、決定，尤其是直接涉及勞工之措施，均應共同決定之。

<sup>15</sup> Vgl. MK-Arbeitsrecht/Richardi, § 6, Rz.15ff.

勞工保護原則與民主原則及其政治上之作用乃係不斷對市場經濟與生產資料私有二原則加以修正，且尤其著重勞工利益之保護。在此二原則的作用下，勞動法的任務，簡言之，乃是在於平衡在勞動生活中因市場經濟原則與生產資料私有原則對經濟上、社會上均處於弱勢之勞工所導致的各種不利益。總之，在西方工業先進國家的勞動法中乃是資方之市場經濟與生產資料私有原則對抗勞方之勞工保護與民主原則。

#### 四、現代工業國家勞動法之制度基本特徵

綜上所述，現代工業先進國家之勞動法制度，簡單整理後可知，基本上具有下列主要特徵：

(一)「勞動」本質上是一種「自由」而非義務：憲法與法律所保障的是工作自由、出賣勞動力之自由而非義務；經濟上採行自由市場經濟制度；政治上則採行民主制度。

(二)肯定資本、生產資料私有制度。

(三)工會自由、自主、自治並享有合法地位，且其力量充分成長，不受外力(包括國家統治權及資方等)之干涉。

(四)容許勞動爭議之進行。

(五)原則上國家負有中立之義務，不得偏袒勞資雙方當事人之任何一方<sup>16</sup>。

(六)就勞動法之形成而言，國家尊重「社會自治」原則，基本上國家不干涉而只居於「補充」地位。

#### 五、勞動法之定位

在法律傳統上，一般均會區分公法與私法二法域。而要判斷勞動法究竟是屬法何一法域，則頗為困難，蓋勞動法之大部分內容，尤其是整個勞動契約法，固然均可歸類為私法，但另一方面，勞動法中亦有純粹公法性質之規定，例如勞工安全衛生方面之勞動保護法規是，故分類上有其困難。

學者中有認為勞動法係一新法域，即所謂第三法域者。採此說者係認為：根據傳統公私法分立之思想，勞動法既不能單純歸類為私法，亦不能單純歸類為公法，蓋在勞動法中，私法與公法根本相互交織為一體，例如勞工與雇主間之法律關係，一方面係以私法上之勞動契約為基礎，但另一方面，雇主對勞工又負有眾多之保護義務，如工作場所之安全衛生等事項，而此一保護義務之履行復受公權力機關之檢查監督，甚至於在雇主違反法定義務時，更課雇主以行政或刑事制

---

<sup>16</sup> 關於國家中立問題，參見拙著：「勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本法律結構」，政大法學評論第 39 期，一文中參、二、(四) 及伍、一、(二)、3) 部分，拙著：「論政治罷工」，政大法學評論第 40 期，一文中參、二、(一)1. (2).b 及 d 部分。

裁，凡此均係屬於公法之範疇（廣義之公法亦包括刑法在內）。故勞動法不能單純歸類為私法或公法，而係一新法域，係公法及私法外的第三法域。

惟依德國勞動法界幾乎一致之通說，勞動法與商法等相同，係屬於所謂特別私法之領域。相對於特別私法之一般私法乃是指民法。特別私法均係以一般私法（即民法）之基本原則（主要即指私法自治原則）為基礎<sup>17</sup>。屬於特別私法之勞動法在內容上固係同時跨越並包含公法及私法在內，但因勞動關係之最根本基礎係一私法上勞動契約關係，故乃一私法自治之法律關係，亦即係本於當事人之契約自由，相互合意而形成之私法自治之規範體系。就因為勞動關係的基礎是私法自治，而民法典又正是私法自治基本原則的展現，故勞動法根本無脫離民法基礎理論之理由與必要。勞動法因此仍是民事法律秩序、私法法律秩序的一個組成部分。

惟勞動法大部分之內容（尤其是勞動契約法），雖然均屬私法性質，但仍有部分內容並非純粹私法或民法性質，茲舉二例說明之：

一是勞動法中有部分規定（尤其是關於勞動保護之法規）乃是公法性質之規定，例如工作場所之安全衛生等勞動保護法規，此等法規係國家藉由課雇主以一定之作為義務（例如特定防護措施的採行或特定防護安全設備之配置等），並透過國家之監督、強制、處罰、刑罰等方式來確保雇主之必定履行此等作為義務，以達到保護勞工生命、身體、健康之目的。此種勞動保護法規亦多屬強行法之性質，其適用並不因勞工個人之意思而受限制或排除。此等國家課雇主之公法上義務，對雇主與勞工間之勞動契約亦有極大之影響，亦即應自然地構成雇主依誠信原則而生之照顧保護義務的當然內容<sup>18</sup>，探言之，雇主實際上應提供勞工一適當、安全、無害之工作場所與環境，以保護勞工之生命、身體、健康免受危害之義務，此一雇主之行為義務可解為係我國民法第 235 條但書之所謂債務人（在此是指負有提供勞務之義務的勞工）給付所兼需之「債權人之行為」，雇主若不履行，則勞工即可以言詞提出勞務，不用現實提出，而陷雇主於受領遲延，並可依民法第 487 條請求雇主給付工資，如雇主一再要求勞工提供勞務，則勞工可依民法第 264 條同時履行抗辯權而拒絕提供勞務，蓋提供一合乎法令要求之安全且無害的工作場所與環境乃是雇主應先為之給付義務。因此，雇主之公法上勞動保護義務，當然亦同是係勞動契約內容之一部，亦具有私法上之意義。

除上所述之外，勞動法中之集體勞動法亦有非純粹私法性質，甚且有與傳統私法秩序之基本原則相悖之內容：例如在關於團體協約效力問題中，團體協約之法規範效力部分即有排除個別勞動契約當事人之個別契約自由原則之適用的效

<sup>17</sup> Vgl. nur Gamillscheg, Arbeitsrecht Bd.I,Nr.5; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, B I 8 m.w.N.

<sup>18</sup> 此一照顧保護義務雖非勞動契約所獨有，其他契約型態亦有此一義務類型，但此一義務在其他契約型態中均非主要給付義務而是附隨義務，惟此一照顧保護義務在勞動契約中，則基於保護勞工之原則應將之例外地提升為主要給付義務，此亦是德國勞動法界之一致的看法。

力，亦即若勞動契約當事人約定較團體協約所約定者更為不利於勞工之勞動條件，則該較不利於勞工之勞動契約約定即屬無效，而代之以對勞工較為有利之團體協約約定；又例如勞工參與合法罷工行動之行為亦不構成勞動契約上之債務不履行等等，凡此均與傳統民法之基本原則相違背。惟話雖如此，但其實集體勞動法之思考形式、原則與價值判斷亦非絕對與民法基礎理論 (Zivilrechtsdogmatik) 完全無關，蓋團體協約制度之目的乃是本於「社會自決」(Soziale Selbstbestimmung) 之基本原則，企圖排除國家公權力之干涉與介入，而由當事人自行依據契約制度之協商與合意之方式，自主自治地規範勞工與雇主間之權利義務關係，因此，團體協約制度之核心其實仍是契約制度，企圖藉由契約制度，令當事人自行達成勞動生活之秩序，重建個別勞動契約因當事人間之強弱勢差距過大而喪失之契約正義功能。又，因為如罷工等勞資爭議行為之所以會被法律所容許，乃是為要建立或確保勞資雙方當事人間之協商對等力量 (Verhandlungsgleichgewicht)，而此一所謂當事人間之協商對等力量，其實就是契約制度之所以能自行達成公平且切合當事人最大利益之結果的基本前提，因此，法律容忍勞資爭議行為的目的正也是為要維護、重建自由的契約秩序模式 (das Ordnungsmodell des freien Vertrags) 之功能。而當事人進行勞資爭議行為之目的，其實也正是希望在維持、確保對等力量並進一步展現此一力量，俾能迫使對方早日妥協，以相互締結團體協約<sup>19</sup>，換言之，勞資爭議行為是作為在協商破裂後，為要回復團體協約締結可能性之最後手段<sup>20</sup>。

綜上所述可知，具有公法性質之勞動保護法規，以及具有與傳統民法基本原則相悖之內容的集體勞動法，其實在理念、基本原則與價值判斷上常仍是不脫民事法律秩序之基礎理論<sup>21</sup>。因此，勞動法在本質上仍應屬於私法，係特別私法之中的一種。

至於勞動法在我國究竟應如何定位之問題，雖然有部分民法與公法論者基於本位主義而各自認為勞動法應屬民法或行政法之一部分，但實際上我國之勞動法總體言之，亦應係特別私法之一種，蓋我國之勞動關係基本上亦是以私法上之勞動契約為基礎，而勞動契約如前所述乃是民法僱傭契約之特殊類型，具有別於民法基本原則之內容 (此觀之勞動基準法之與民法僱傭契約之規定不同可知)，因此勞動法應屬私法範疇，且是有別於民法 (即一般私法) 之特別私法，而我國之勞動關係上權利義務之爭議，即所有個別勞動法上之爭議，以及集體勞動法中之諸多事項，例如罷工行為之合法性、團體協約內容之爭議等等，亦均屬乃是普通民事法院所管轄之範圍，且是勞工法庭所應處理者 (見勞資爭議處理法第 5 條第 2 項與法院辦理勞資爭議事件應行注意事項)，因此可知我國之法律制度基本

<sup>19</sup> Vgl. nur BVerfG, U. v. 26. 6. 1991, NZA 1991, 809, 810 f.

<sup>20</sup> Vgl. nur BAG, U. v. 21. 6. 1988, AP Nr.108 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

<sup>21</sup> Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, Bd.1, §2, Rn.27 f. und 32 f.

上乃是將勞動法歸入私法之範疇，且是一種特別的私法。

但此一特別私法說在論及勞動法之發展時，復又可分為兩種見解，一認為勞動法係源於民法，但基於勞資關係之特殊性而有其特別之發展方向，終至脫離傳統民法，惟並非脫離私法，最近又有學者謂勞動法應回歸民法；一認為勞動法根本上即與民法之本質不同，故係獨立於民法之外的特別私法，當初立法者將勞資關係以僱傭契約之方式納入民法之規範範圍，根本係一立法錯誤，勞動法應建立自己獨特之立法，毋庸植根於民法。

惟勞動法之定位、歸類的困難，並無任何實際意義，亦即並不會造成任何實務上無法解決之困難問題，換言之，只要能解決訴訟救濟途徑之問題，則搞清楚勞動法究竟歸為何一法域，亦不會有什麼好處或解決任何疑難問題。

但無論如何，不論是新法域說或是特別私法說，均認為傳統民法之契約觀念係假設社會生活中每個個人均立於平等地位、具有對等力量、均得憑藉之與他人訂定最合乎本身利害之契約，此一傳統觀念與勞工之先天上必然之從屬性在本質上即不相同，傳統民法之「個別契約模式」根本無法保障個別勞工之實質的契約正義，為達到勞工實質契約正義之保障，勞動法即發展出所謂「集體性契約模式」(如團體協約等制度)，此均已超乎傳統民法之預設規範之範圍，非民法所得規範；且勞資關係雖基本上仍係一契約關係(勞動契約)，惟基於勞工之從屬性，實有肯定特別保護勞工之必要，因此民法傳統個別契約模式之規範適用於勞動法時即須有所修正，不能毫無保留地一體適用。

## 伍、勞動法之體系

勞動法依其規範之內容，體系上應如何加以分類的問題，向有不同的看法，依據不同之標準，即會有不同之結論。若實務操作之方便性來分類，一般將勞動法令依其所指涉之主要內容，約略大分為五大部分：一為關於勞工與雇主間之法律關係的規範，亦即勞動契約與勞動關係法規；二為國家基於公共利益為保護勞工所制定之法律規範，亦即所謂勞動保護法規，或稱勞工保護法規；三為勞資團體相互間，以及關於該等團體之規範制定權限的法律規範，此一部分之法規主要即是工會法、團體協約法、勞資爭議法規等；四為企業組織法；五為勞動訴訟法規。

惟就勞動法學理上言之，學術界一般均係採所謂二分法，即將勞動法分為個別勞動法 (Individualarbeitsrecht)、集體勞動法 (das kollektive Arbeitsrecht) 二者。另亦有少數學者採三分法者，即認為應另外將勞動保護法 (Arbeitsschutzrecht，亦有論者稱之為勞工保護法，Arbeitnehmerschutzrecht) 與上述個別勞動法、集體勞動法二者並列為三。採二分法之學者則是將前述之勞動保護法歸類為個別勞動法之一部分，不再將之視為獨立之分類。

至於所謂個別勞動法（狹義）乃是指規範個別勞工與雇主間法律關係之勞動法部分，尤其是指關於勞動關係之締結、內容、債務不履行、移轉、消滅等勞動契約上問題之法律，例如勞動契約法、勞動基準法中關於勞動契約部分之規定等等。而勞動保護法則是指基於保護勞工不受勞動生活、工作環境危險之危害的目的而訂定之制定法規，例如工作場所之安全衛生與防護措施、設備的配置、工作時間之限制等勞動基準保護、童工、女工及殘障勞工之特別保護等均屬之，此等法規多係強行法。因其亦同時構成勞動契約中雇主照顧保護義務之內容，故論者多將之歸為個別勞動法之領域。所謂集體勞動法則係指規範勞工團體與雇主或雇主團體相互間，以及此等團體與其所屬成員相互間法律關係之勞動法部分，包括同盟自由基本權（即我國俗稱之團結權、集體協商權、集體行動權或勞資爭議權等勞動三權）、工會法、團體協約法、勞資爭議法及其他有關勞工代表機關（如職工福利金委員會等）之法令。

區分個別勞動法與集體勞動法二者之基本理念，主要乃是因為二者所規範之主體不同，且二者之法律形成方式亦不同：1、就所規範主體之不同而言，個別勞動法乃是以個別之勞工與雇主為主要規範重心，而集體勞動法則是以勞工之集體（das Kollektiv）與雇主及雇主之集體作為規範之重心；2、就法律形成方式之不同而言，勞動法中之勞動關係內容的形成，基本上有二種主要方式，一為個別形成，亦即透過個別勞動契約，由個別勞工與雇主以契約合意之方式而形成具體勞動關係之內容，此係個別勞動法之範圍；另一種形成方式則為集體形成，此係基於第一種傳統上個別形成方式並無法保障其所形成之勞動關係內容的公平正義，故而產生；勞動關係之集體形成係透過勞工團體與雇主協商及爭議而形成其內容，此係集體勞動法之領域。前者之勞動關係內容形成權限係屬於個人，而後者，則屬於集體。

傳統上規範個別勞工與雇主間之法律關係者，主要係民法，尤其是契約法。民法契約基本觀念係以「個別契約」為其規範基本模式，依民法之基本假設，社會生活中之每個個人均係平等、均擁有對等力量，以與相對人訂定契約，追求本身之經濟目的、最大利益；但事實上此一假設只係一種烏托邦，實際上，在勞資關係中，資方擁有資本及生產資料，較之僅擁有勞動力且迫於生存不得不出賣其勞動力的勞工，資方永遠處於一種近乎「獨裁」的強勢地位，在締結勞動契約的過程中，契約內容的工資及其他勞動條件必然為具有強勢地位之資方所得片面指導形成，勞工迫於生存必然只有接受資方所決定之條件。在此種事實前題下所訂定之勞動契約固然形式上完全合於民法之規範，但其內容則係片面有利於資方，不具有民法所追求的衡平正義內容。

就歷史發展言之，勞動保護法是現代勞動法之最早的原始細胞。勞動法最早首先出現者，即是勞動保護法，再形成個別勞動法，其後因為作為勞動契約基礎之民法自由契約制度，在勞資雙方經濟上強弱勢力量差距太大的制度現實下，並無法有效保護勞工，為補救此種民法自由契約制度之缺失，唯有加強勞方之締約時的談判協商力量，而僅擁有勞動力且不得不將之出賣的勞工，其力量之增強，唯有透過結社方式，組成工會，成為勞動市場上唯一的勞動力供應者，如此一來，始有可能與資方處於可資抗衡的地位而與資方談判協商工資及其他勞動條件，以求自保免於剝削。而透過此種團體方式協商締結的勞動條件，已超乎民法個別契約之基本模式，係一民法規範體系預設範圍外的一種「集體性契約」（Kollektivverträge，包括團體協約）。此種集體性契約之形成固係有如民法之契約，但當事人一方之勞方已非個別勞工而係勞工之結社團體（工會），且協商之成果的勞動條件適用於所有團體成員之個別勞工，其效力有如法律，位階高於個別契約而低於立法機關之制定法。此即形成集體勞動法中之工會法與團體協約法。

勞資爭議因與團體協約制度具有功能上之必然關連性（作為勞方迫使資方進行有誠意之團體談判協商之武器）且因係勞工透過工會所為之集體性行動，故亦係屬於集體勞動法之一部，事屬自明，毋庸贅言。

又，基於經濟民主理念，即全民民主理念落實於經濟領域之基本概念，每一企業場廠之所有員工應有權利共同參與討論，甚至決定其企業中所有涉及員工本身勞動條件之事項，故應令員工得組成勞資會議、工廠會議，以共同討論、決議勞動條件，此亦具有集體性，其位階亦高於個別勞動契約，亦屬集體勞動法之內容。

由上所述之歷史發展過程觀之，集體勞動法的產生是後於個別勞動法，且係作為修正、補救個別勞動法之不足而產生，目的仍在保護個別勞工，因此，集體勞動法之本質其實不過是一種手段，做為提升或確保個別勞動法之保障的一種手段。勞動法不是為了要集體而集體，集體本身不是目的，而是手段，是為了保護個人，故要集體，但因為在今日社會中，集體是作為一種為要有效保護個別勞工而不可或缺的唯一手段，故集體勞動法與個別勞動法已是密不可分、相輔相成，不可能一刀兩段加以切割。所以個別勞動法與集體勞動法之分類與勞動法之歷史發展的原因並不符合。再者，此一個別與集體勞動法之分類與勞動生活之現實亦並不符合，蓋在勞動法實務中所發生之案件，常常不能歸類為單純個別勞動法問題或單純集體勞動法問題，而是二者相互交織夾雜，不能切割。總之，依拙見，個別勞動法與集體勞動法的分類，並無歷史發展上之原因或是分類上之實質必要性，惟在勞動法的教學上，則勢必非遷就此一學理上之體系分類不可，如此方能循序漸進，以達到教學上之目的。基此，本書後續之十二個單元亦將本於此一體系分類而進行各分類領域之重要問題的探討。

## 陸、近來勞動法中對勞工之負面發展趨勢—去法規化、個人化、商品化 (Kommerzialisierung)

自上世紀1980年代之後，除工會及某些左派論者之外，一般論者幾乎無人再企圖加強勞動法令對勞工的保護，相反的，人人均不斷呼籲所謂的「勞動法中應有更多的市場機制」(Mehr Markt im Arbeitsrecht)<sup>22</sup>、「少一點政治，多一點經濟」<sup>23</sup>，並主張「去法規化」(Deregulierung)，目的在廢除勞動法令中對勞工的重重保護，並企圖遲滯、防止勞方採取集體行動形式，而代之以個別的勞動契約，企圖以個別的勞動契約與民法典的規定取代團體協約，並限縮集體爭議行為之進行，此即所謂個人化 (Individualisierung)，使勞動力在無國家強行法保障與無工會集體保護的情形下，投入勞動力市場，任由市場規律的自由運作來決定勞動力之對價，此即所謂商品化。國公營事業之不斷民營化也是此一趨勢下的一個當然結果。

由今日各工業國家的趨勢觀之，未享有或未曾全面享有勞動保護之各種非典型勞動契約、勞動關係的類型與數目，較諸1970年代確實多出許多，此等未能享有全面勞動保護之非典型勞動關係，例如部分工作時間勞工、定期契約工、派遣或借調工 (Leiharbeitnehmer) 等，相較於全時受僱之不定期契約的典型勞工，在許多方面均頗受歧視及不利益待遇，例如工資、工時、休假與資遣方面之規定或者退休金與各種福利之給與等等均未能充分受到保障，而又因為其勞動關係性質特殊，故而亦非常不易進行工會之組織活動<sup>24</sup>，或者此等人員不願加入工會，或者工會因為此等人員易受資方支配掌控而根本排斥不願接納其入會。此種非典型勞動關係大量增加的現象，主要是由於雇主利用現存之契約上形成自由與權力所形成，在今日現存體制下，雇主透過勞動契約手段擁有各種諸多的可能性，得以訂定合乎雇主需求的規定。此等資方措施也會使勞工在企業層面或廠場層面的團結或團結可能性大為降低，因為這些勞動力所有者間的利益狀態並不完全一致，甚且有可能具有相互衝突對立的利益狀態，也因此極易分裂分化而相互對立。在此種情形下，勞工不斷被分類、分化成各種等級、小群體。在企業中也相應地形成上下統屬的統治支配之階層關係，除了白領 (職員) 與藍領 (勞工) 的區分之外，正式員工 (全時受僱的不定期工) 與「彈性勞動力」、「邊緣性勞動力」(指定期契約工、部分工時勞工等等) 之分類亦是有利於資方，資方可利用後者壓低勞動條件的標準，亦即利用之作爲正式員工之競爭者，而壓低正式員工之勞動條件。此外，女工、童工、建教生與外籍勞工在企業內亦多是受到不利益待遇極爲

<sup>22</sup> Vgl. Kronberger Kreis (Hrsg.), Mehr Markt im Arbeitsrecht, Frankfurt 1986; Möschel, ZRP 1988, 48ff.; Besters (Hrsg.), Auflösung des Normalarbeitsverhältnisses ?, Baden-Baden 1988.

<sup>23</sup> 見過去曾任經濟部長之趙耀東於其傳記發表時所言，持同一口號者在台灣不乏其人。

<sup>24</sup> Vgl. Däubler, WSI-Mitt. 1988, S.452; Zachert, Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag, Baden-Baden 1989.



嚴重的一群，與前述之彈性、邊緣性勞動力一樣，均是二等、次等勞工，有利於資方之運作。此外，在台灣使勞工階層的利益狀態分裂現象更為嚴重的是勞動基準法有適用行業的限制，數百萬勞工被排除在勞基法的適用範圍之外，因而進一步將勞工再分類為勞基法勞工與非勞基法勞工二者。又，更有甚者係利用承攬契約類型，以外包方式（這是經濟上從屬性的極端形式）來規避勞動法保護勞工的規定<sup>25</sup>，在台灣也是極為普遍，在外包方式中擔任實際勞動之人反而常常被剝奪勞工身分。

基本上目前各工業國家的立法趨勢及新自由主義論者均企圖擴張資本對勞動的支配權力、統治權力，原本已存在的各種勞動保護法規均大量遭到廢止或修正（去法規化），儘量使勞動契約關係回復到自由的市場規律之運作，回歸到傳統民法的規定或基本原則（個人化），勞動保護法已不斷被宣告為是對勞動力市場的過度干涉，是雇主僱用新員工的障礙，因而也就是造成失業問題無法解決且一再惡化的禍首，因此應將勞動保護法規予以去法規化，不只勞動契約將被賦與更多的彈性，令雇主得以擁有愈來愈大的空間得以實施上述之人力使用措施，再者，工作時間也是不斷彈性化，例如二週制、一個月制、兩個月或三個月制之彈性工時制度，容許雇主在二週、一個月、兩個月或三個月的期間內，不變更工作總時數，但卻得隨意調配每日的工作時間，以適應企業經營之需要，不但可不受每日工作時數與最高加班時數之限制，更可免除支付加班費之義務，另外有些工作時間彈性化的措施，是指工作時間的打散，打破過去傳統「班」的觀念，不再是一大群勞工在同樣的時間一同到場工作，而是例如可以由勞工在一定的時段內（例如十二小時內）任選其中連續或不連續的八個小時作為自己的工作時間，或者將勞工的班整個打散，而是將勞工編為小團隊且是每隔一個小時有一隊進場工作，不再是一大批勞工同進場，此種現象的逐漸普遍，除有可能造成勞工之間衝突的可能性之外，勞工間共同勞動經驗的累積將會更為困難，勞工的勞動經驗將會更為個人化、個人傾向，團結的可能性急速降低，受分化的可能性反而大為提高。在此一情勢下，勞工的團結愈形困難，勞方的工會組織工作隨之為艱辛，當然勞方的集體性抗爭行動的力量也就不斷削弱。此外，勞動力亦持續不斷地被透明化，在電腦資訊流通如此普遍且迅速的社會中，勞工的一切個人資料，包括其履歷、家庭婚姻狀況、身體狀況、一切在特定雇主處工作之所有狀況，例如出勤的情形如何？有無遲到、曠工等等？或是否經常請假？平時工作之情形？考績如何？有無反抗上司或與同事衝突的記錄？曾否加入工會？曾否參與罷工或其他抗爭活動，或甚至參與工運？在原雇主處所做的各種性格、性向測驗、智力測驗、壓力測驗的結果如何？有無接受心理諮商輔導或生涯規劃？其內容與結果如

---

<sup>25</sup> 關於台灣外包制問題的社會學研究，請參閱謝國雄，「外包制度—比較歷史的回顧」，台灣社會研究季刊第二卷第一期 1989 年春季號第 29 頁以下，及「隱形工廠：台灣的外包點與家庭代工」，台灣社會研究季刊第十三期 1992 年 11 月第 137 頁以下；夏林清／鄭村棋，「一個小外包廠的案例調查- 家族關係與雇傭關係的交互作用」，台灣社會研究季刊第二卷第三、四期 1989 年秋／冬季號第 189 頁以下。

何？諸如此類的資訊流通，將使勞工在勞動力市場上有如玻璃人一般地通體透明，不只是勞工的勞動能力，而是勞工整個人的人格都被澈底掃描、分析、秤重，勞工整個人就有如物品一樣被澈底商品化。

總之，勞動法原本的社會基礎確實是正處於一種逐漸腐蝕的過程之中，如何面對當今全球化下，此一對勞工及其集體甚為不利之情勢的持續發展，並提出對應的辦法，將是勞動法目前及未來的普遍難題與艱困任務。

## 第二單元：勞動法之主體、法源及適用順序

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

勞動法秩序之客體，無非本於一社會的勞動，亦即學理上所稱之僱傭勞動，而作功能性的排除，也就是將非屬僱傭勞動之其他勞動型態，既使其仍有一定程度之保護需求，而將之剔除於勞動法秩序之適用範圍以外。是以，何謂「勞工」與「雇主」- 勞動契約之雙方當事人，遂成為勞動法教學上的基本出發點。此外，相較於其他法律領域，勞動法有較為特殊的法源次序與關係，因此亦納入本單元之教學內容中，提供教學者之參考。

本單元之重要性臚列如下：

- (一) 理解作為勞動契約雙方當事人之勞工與雇主之定義。
- (二) 從社會現實之觀點，提示當事人主體之納入與排除(Inclusion&Exclusion)。
- (三) 理解勞動法之相關法源，包括其定義、性質與效力。
- (四) 符合時宜之理解勞動法法源，並澄清相關理論爭議。

#### 二、現行法規範狀況

國內現行有關勞工與雇主定義之法規範如下：

- (一) 民法相關條文，包括：

第 482 條：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約」。

- (二) 勞動基準法相關條文，包括：

第 2 條：「本法用辭定義如左：一、勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。二、雇主：謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞務事務之人…五、事業單位：謂適用本法各業僱用勞工從事工作之機構」。

⇒ 在法律的具體規定中，經常混用「雇主」與「事業單位」，而「雇主」概念之使用復常與「勞動契約之一方當事人主體」相區隔，極容易引起誤解，在教學時應加注意。

☞ 提醒：如勞動契約之一方當事人爲法人，則以勞動契約關係角度言之，勞工之雇主即爲該法人組織，亦即常見之「組織意涵」的「事業單位」。誠然，雇主既爲法人，必須要自然人代爲行使意志而爲意思表示，就對內關係而言，則需要代理人代爲法律行爲。教學時應以此爲主軸，提示學生如何理解法律上有關雇主之定義，以及現實勞動生活中常見之相關誤解與指涉。

### （三）勞工安全衛生法相關條文，包括：

第 2 條：「本法所稱勞工，謂受僱從事工作獲致工資者。本法所稱雇主，謂事業主或事業之經營負責人。本法所稱事業單位，謂本法適用範圍內僱用勞工從事工作之機構」。

### （四）勞工保險條例相關條文：

第 6 條：「凡年滿十五歲以上，六十歲以下之左列勞工，應以其雇主或所屬團體或所屬機構爲投保單位，全部參加勞工保險爲被保險人：一、受僱於僱用勞工五人以上之公、民營工廠、礦場、鹽場、農場、牧場、林場、茶場之產業勞工及交通、公用事業之員工。二、受僱於僱用五人以上公司、行號之員工。三、受僱於僱用五人以上之新聞、文化、公益及合作事業之員工。四、依法不得參加公務人員保險或私立學校教職員保險之政府機關及公、私立學校之員工。五、受僱從事漁業生產之勞動者。六、在政府登記有案之職業訓練機構接受訓練者。七、無一定雇主或自營作業而參加職業工會者。八、無一定雇主或自營作業而參加漁會之甲類會員。前項規定，於經主管機關認定其工作性質及環境無礙身心健康之未滿十五歲勞工亦適用之。前二項所稱勞工，包括在職外國籍員工」。

### （五）勞工退休金條例相關條文：

第 3 條：「本條例所稱勞工、雇主、事業單位、勞動契約、工資及平均工資之定義，依勞動基準法第二條規定」。

☞ 提醒：請注意勞工定義之「功能性」(Funktionalität) 問題，簡言之：

- 不同的勞動法規範，基於不同之規範目的，可以有不同之勞工定義（例如勞動基準法與工會法、勞工安全衛生法與勞工保險條例）；
- 因此，彼此具有相關關聯性之不同勞動法規範，則常有相互貫穿之相同勞工

定義（例如勞動基準法與大量解僱勞工保護法、勞工退休金條例）；

- 反之，基本上不具相當關聯之不同勞動法規範，則常有不同之勞工定義，須加注意（例如勞動基準法與工會法）。

☞ 提醒：提醒學生勿混淆「是否為勞工」與「是否適用特定之勞動法令」，兩者是截然不同的問題。教師應注意提示學生：

- 是否為勞工，主要是判斷其契約關係是否為勞動契約，是否為具有從屬性之勞動；
- 是否適用特定之勞動法令，主要係本於「特定之社會保護需求」與「社會重大公益之衡量」，與前者無必然關聯；
- 是以，同為勞工者，可能有適用或不適用特定勞動法令之可能，例如國內尚有近 50 萬勞工排除於勞動基準法適用範圍之外，但其皆為勞工，同時亦均有勞工安全衛生法之適用；
- 特別是在歐陸國家，同樣基於「特定之社會保護需求」與「社會重大公益之衡量」，非屬勞工者（例如所謂家內勞動者之類似勞工），亦可能基於行政行為而同樣適用勞動法令，應予注意。

☞ 提醒：有關雇主定義之問題，主要來自於現代產業與企業經營型態之變遷，所導致之「實際人事指揮監督權」與「法律上勞動契約相對人」之不同與落差，亦即勞動契約一方主體之「法律上」（de iure）與「現實上」（de facto）互異之情形；教師應提醒學生注意相關之理論爭議。

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### （一）勞工之從屬性判斷及與其他契約類型之區別

一般勞動法學理上，概從勞工之從屬性（Abhängigkeit）去判斷何謂勞工，亦即，僅有「為他人、且由他人所決定（fremdbestimmt）、具有人格上與經濟上從屬性，亦即受他人指揮監督，以獲取非獲利之純粹報酬之提供勞務者」，方為勞動法所欲掌握之僱傭契約與勞動契約關係的一方當事人-勞工。是以，學說原則上區分兩種不同之從屬性，以定義勞工：

- 人格上之從屬性，
- 經濟上之從屬性。

⇒ 此二從屬性之概念，學說上眾說紛紜，教師應本於自己之認識與理解去定義與講授，僅須固守其重要核心內涵：「受他人指揮監督（受雇主指示權之拘束）」與「獲取勞務提供之對價（而非勞務直接獲益與所得）作為報酬」。

⇒ 理論上亦有加入所謂編入說（Eingliederungslehre）之補充要件 - 亦有稱之為「組織上之從屬性」，亦即認定「勞工是否有編入他方當事人之生產組織之內」，

以作為判斷是否為勞工之依據。理論上，此可能為獨立要件，然亦可放置入人格上的從屬性中加以理解。

- ☞ 提醒：理論上尚有其他足以補充勞工定義之其他標準，可供參考，例如：
- 是否承擔企業經營風險？
  - 是否承擔工作風險，例如是否有「無工作，但有報酬」之工資保護情事？
  - 他方當事人是否有典型之雇主管理行為之作成（例如必要之薪資管理行為、投保相關社會保險義務履行等）？

☞ 提醒：在 21 世紀的當代，人格與經濟上的從屬性，包括編入說之所謂是否編入他人生產組織等要件，均因產業與工作型態之變遷，而有相當微妙之變化，例如：經濟上的從屬性幾已喪失其認定是否為勞工上的重要性，而納入生產組織與否，也在許多新興之勞動型態上呈現其問題，甚至連人格上的從屬性，於許多案例上復喪失其絕對必要性，對此之演變，必須提醒學生注意。

☞ 提醒：相當程度上來說，認定是否為勞工，已變成「是否使特定人適用勞動保護法令」的選擇問題，因此不妨以社會之觀點出發，從現實勞動生活之普遍認知與意識著手，重新思考相關之勞工定義。

另一與勞工定義相關之理論問題，即屬勞動契約與其他契約類型、特別是均以「勞務提供、而非實物給付作為內容之契約」的相互區別。教師於教學時應特別提醒學生注意此問題。本手冊僅提供以下簡圖供參考：

	僱傭契約	勞動契約	承攬契約	委任契約
人格從屬性	✓	✓	×	×
給付標的	勞務	勞務	成果	勞務/成果
自行風險承擔	×	×	✓	✓
適用勞動法令	×	✓	×	×

☞ 提醒：請教師依據自我之認識與理解，對此圖作不同程度的補充與修正。惟請注意下列幾項提醒：

- 僱傭與勞動契約之差別：較舊之學說認為前者是「不具從屬性之僱傭勞動」，而後者是「具從屬性之僱傭勞動」，但此說無法解釋即便有勞動法令，仍不排除民法僱傭契約章繼續適用之情形，是以較新的學說均主張「以是否適用勞動保護法令」，來區別兩者。
- 無論就「人格從屬性」、「給付標的」、「自行風險承擔」之三項要件來說，不同之契約類型均可能有相互重疊或模糊之現象產生，簡言之，勞動契約之勞工亦可能有相當之自主性，報酬之計算也可能以成果為據，甚至某種程度的自我承擔風險。

⇒ 就此，教師應提醒學生注意「理論要件」、「現實變動」與「保護需求」，再勞工的定義上作妥適的運用。

## (二) 法律上與現實上雇主地位之判斷

相較於勞工定義之複雜，作為他方契約當事人之雇主，某個程度較為單純。原則上，只要是僱用勞方之契約他方當事人，不論是否為法人或非法人，例如自然人（包括獨資與合夥）或非法人團體，均得為勞動契約之當事人，也就是這裡所稱的雇主。惟須特別注意的是，勞動基準法第 2 條之所謂「謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人」，很明確的將雇主之概念維繫於「執行雇主功能與職權之自然人」之上，換言之，在整個勞動法體系中，雇主便可能有兩個不同意涵與指涉：

- 作為勞動契約一方當事人之雇主，以及
- 代表雇主執行其功能與職權之自然人。

☞ 提醒：教學時必須提示學生注意，在不同的問題關聯與脈絡下，雇主之概念可能連接至兩者之一，切勿相互混淆，免生誤解。例如

- 公司股權變動，董事長易人，是否涉及雇主變更或事業單位轉讓？

☞ 提醒：當代之發展趨勢中，雇主之概念亦有相當之移動，例如以下兩例：

- A、B 同屬一企業集團，互為關係企業（無論是否構成公司法中的關係企業），集團總部將 A 所屬員工甲調動至 B（類似之例，如金融控股公司）；
- 大量解僱勞工保護法第 12 條第 1 項規定：「事業單位於大量解僱勞工時，積欠勞工退休金、資遣費或工資，有下列情形之一，經主管機關限期令其給付，屆期未給付者，中央主管機關得函請入出國管理機關禁止其董事長及實際負責人出國…」，何謂在此之實際負責人？

⇒ 不論教學者之個人看法如何，「掌握勞動力指揮監督權限」之雇主地位，在當代之產業暨生產組織變遷中，必須靈活運用法釋義學工具，妥適的去解釋雇主概念，以符合勞動生活之現實與需求。

## (三) 勞動法法源順序之爭議

一般勞動法學說上所稱之勞動法法源，依其先後順序，大致可區分為：

- (1) 國際勞動法
- (2) 憲法
- (3) 制定法（廣義與狹義之法律）
- (4) 行政命令

- (5) 法院判決
- (6) 行政機關解釋令
- (7) 團體協約
- (8) 勞資會議決議
- (9) 工作規則
- (10) 個別勞動契約
- (11) 企業習慣
- (12) 雇主指示權

☞ 提醒：教學時應對不同之法源作清楚之定義與分析，並可各舉例說明。特別是幾項理論上較有爭論之法源，包括：

- 勞資會議決議：由勞資雙方相同人數代表所組成之勞資會議所為的決議 → 其決議究屬合同行為或契約行為？拒不履行決議應如何解決與救濟？
- 工作規則：雇主所制定，主要規範勞動條件與服務紀律之統一規定 → 關於工作規則之法律性質，有契約說、法規說、修正之法規範說、二分說、集體合意說、法源否定說等 → 國內各有學者主張，教師得分析各說之說法與利弊。
- 企業習慣 (Betriebsübung)：在勞資關係實務中，並非所有的權利義務均規範於勞動契約或前述之定型化勞動條件之中，例如最常見的工作規則，相反的，有許多並非「成文化」，未經雇主明示公佈的企業內不成文規範，亦經常發生實際上的效力，雖然其內容不一定清晰可辨，在學理上，一般均稱之為所謂的「企業習慣」，特別是有利於勞工，在一定條件下賦予勞工某種利益的企業習慣。

至於法源的適用順序問題，基本上亦依下述之基本原則：

- (1) 同一位階之法源：應依「後法優於前法」與「特別法優先原則」加以適用。
- (2) 不同位階之法源：順序在前之法源，優先於順序在後之法源。但應注意兩項例外：「有利勞工原則」與「上位階法源為任意法或開放下位階法源為不同形成」。

☞ 提醒：有關法源適用順序問題，請注意下列幾項理論描述：

- 有利勞工原則之內涵：判斷何謂有利於勞工，基本上可有主觀比較法與客觀比較法，後者可分個別比較法、整體比較法與相關事項比較法等，可參閱「團體協商」單元中之介紹。
- 法院判決原則上僅針對個案，所作對於法律之解釋，事實上雖有相當之影響力，但並非法律適用上即須受其見解之拘束，即便經選為判例者，亦無太大變更。
- 更大的爭議出現在行政機關之解釋函令：原則上此僅為行政機關對於法律規



定之解釋，至多僅對於行政內部有其拘束力，不論對法院或相對人而言均無，因此雖有事實上之影響與決定性，但並非屬於嚴格定義下的法源。

⇒ 提醒：一般理論上最大的爭執在於工作規則；由於工作規則多由雇主單方制定，亦經常含有統一勞動條件(或稱定型化勞動條件 Allgemeine Arbeitsbedingungen, AAB)之規定，因此其法源順序究竟是在個別勞動契約之前，或其實應認其規定為個別勞動契約之當然內容，因此法源順序應與個別勞動契約相同？請教師就個人見解與看法，作適當之說明與分析。

⇒ 請注意前述有關工作規則法律性質之爭議，所連帶產生之不同看法（特別是契約說與修正的法規範說）。

⇒ 關於工作規則之效力問題，國內沿襲日本法學說，法院普遍採行所謂的「工作規則合理變更法理」，認為：(a) 工作規則變更勞工之勞動條件，應得勞工之同意，(b) 變更後勞動條件僅適用於同意之勞工，對不同意之勞工則無適用，(c) 但如勞動條件之變更為合理者，則不論是否不同意，均有變更之適用。教師應提醒學生注意有關此法理之具體適用。

## 二、實踐發展

以 2007 年 12 月底之資料為例，我國有勞動意願、有勞動能力、且於就業中之勞動力，共有約 1038 萬人(失業者為 414 萬人)，其中雇主與自營工作者為 191 萬 5 千人，無酬家屬工作者則有 63 萬 7 千人，是以總共約有 782 萬 8 千人，均屬符合勞工定義之受僱者，其中 688 萬 4 千人受僱於私人，94 萬 4 千人則受僱於公部門。

關於勞工定義，台灣實踐上最重要者，為是否納入勞動基準法適用範圍之問題。

⇒ 請注意行政院勞工委員會歷年來之擴大勞動基準法適用範圍之公告。

⇒ 請注意行政院勞工委員會八十七年十二月卅一日台(87)勞動一字第○五九六○五號函之「除公告排除外，其餘勞雇關係均一律適用勞動基準法」之原則。公告內容：

下列各業及工作者不適用勞動基準法，其餘一切勞雇關係，自即日起適用該法：

一、不適用之各業：

藝文業、其他社會服務業、人民團體、國際機構及外國駐在機構。

二、不適用之各業工作者：

餐飲業中未分類其他餐飲業之工作者、公立之各級學校及幼稚園、特殊教育事業、社會教育事業、職業訓練事業等(技工、工友、駕駛人除外)之工作者；私立之各級學校、特殊教育事業、社會教育事業、職業訓練事業、已完成財團法人登記之私立幼稚園等之教師、職員。

公立學術研究及服務業（技工、工友、駕駛人除外）之工作者；私立學術研究及服務業之研究人員。

娛樂業中職業運動業之教練、球員、裁判人員。

公務機構（技工、工友、駕駛人、清潔隊員及國會助理除外）之工作者。

國防事業（非軍職人員除外）工作者。

醫療保健服務業之醫師、法律及會計服務業之律師及會計師。

☞ 提醒：請注意 2008 年 1 月始，公部門臨時人員亦納入勞動基準法適用範圍。

☞ 提醒：關於我國就業者之數量統計與其他概況，得請同學參見行政院勞工委員會勞動統計月報網頁 <http://statdb.cla.gov.tw/html/mon/22090.htm>。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

在這個單元中，我們將選擇兩則台灣的案例，提供講者說明有關勞工定義與勞動法法源之問題。選擇案例之主要思考為：

- 澄清勞動契約與其他契約類型之同與異；
- 從社會現實與需求觀點，觀察勞工之意涵；
- 理解不同法源、特別是工作規則之性質與相關問題。

### 二、重要案件

本單元提供兩則案例，分別是：

- (1) 南山人壽業務主任案。
- (2) 復興航空調整機師薪資案。

### 三、案例之重要內容

#### (一) 南山人壽業務主任案

A 自 82 年 2 月 26 日起擔任南山人壽公司順興通訊處保險業務代表，並於 85 年 5 月 1 日晉陞業務主任。A 於 90 年 2 月 10 日南下拜訪客戶時發生車禍，經台大醫院急診診斷為雙腿多處瘀傷及上腹部瘀傷，致無法工作，遂向公司請假，且申請自 90 年 3 月 1 日起至 92 年 2 月 28 日准予免考核獲准。期間屆滿後，因傷仍持續治療中，詎料被公司於 92 年 8 月 31 日通知因未達業務主任聘約書考核標準，自 92 年 9 月 1 日起終止該聘約，並將之降為業務代表，同時拒絕 A 准予免考核之申請，拒絕為職業災害之補償。公司主張，A 僅負有招攬保險業務之義務，並無上下班工作時間之限制，且就所招攬保險之履行方法有獨立裁量權，公

司對其勞務提供方式及指揮監督程度極低，顯無從屬性，況 A 收取報酬之計算方式非採底薪制，而是依其每月交易完成之保險契約金額計算佣金，如因故未能順利完成保件招攬，公司亦毋庸給付報酬，是該報酬自非提供勞務之對價，則雙方所訂業務主任聘約書顯為承攬契約，非屬勞基法第 2 條第 6 款所定之勞動契約。

關於本案，臺灣高等法院 94 年度勞上字第 45 號判決則認為：「顯見上訴人（勞工）須負擔企業經營之風險，其對被上訴人無經濟上之依賴、從屬性，前揭津貼等與勞務對價之工資尚屬有間，且上開勞務之提供，重在工作之完成，而非勞務本身，即具有承攬契約之特質」。

☞ 提醒：本案是南山人壽系列案中之一案，亦即針對保險業務員之契約性質而生爭議，一般多熟悉認定應屬僱傭契約之法院見解（例如最高法院 81 台上 347、台灣高等法院 93 勞上 35、台灣高等法院 90 勞上 24），本案提供不同之看法，而認無從屬性之存在，非為勞工。教師應注意提醒學生，有關保險業務員之可能不同契約內容，但應注意的是：基於勞工保護之需求，國內學說多傾向於「只要有指揮監督權的存在，即應認保險業務員亦屬勞工」，因此提供不同見解之案例，作交互式之說明與考察。

⇒ 類似案例如台灣人壽展業經理案（最高法院 95 台上 1175）：法院認：「惟公司之員工與公司間究係屬僱傭關係或委任關係，應以契約之實質關係為判斷。按所謂委任係指委任受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理，故受任人給付勞務，僅為手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。而所謂僱傭則係受僱人為僱用人服勞務之契約而言。僱傭之目的，僅在受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地。兩者之內容及當事人間之權利義務均不相同」。

☞ 提醒：關於當事人是否為勞工、法律關係是否為勞動契約關係，乃至於是否適用勞動基準法的問題，我國法院漸採所謂之實質認定說，而非形式主義，亦即並不以當事人之職務名稱（例如經理、主任、聘任契約等）為據，而是實質認定其契約關係內容，應值注意。

## （二）復興航空調整機師薪資案

復興航空公司以企業革新為由，進行薪資結構之調整，調整範圍包含國內外機隊，目的係為使薪資合理單純化、人力管理制度化及公平性。該於 87 年 8 月 1 日所新公告之飛航機師人事管理辦法，將副駕駛 1 薪資調整如下：1、本俸：三萬一千元。2、定額旅費：一萬五千元，未予調整。3、飛安獎金：新制予以刪除。4、固定飛加：三萬九千二百元（每小時 560 元，保證飛行時數 70 小時）。

5、伙食津貼：1800 元，未予調整。6、超時飛加：每小時 840 元（560 元乘 1.5 倍）。另將副駕駛 2 薪資調整為：1、本俸：三萬二千元。2、定額旅費：一萬五千元，未予調整。3、飛安獎金：新制予以刪除。4、固定飛加：三萬九千九百元（每小時 570 元，保證飛行時數 70 小時）。5、伙食津貼：1800 元，未予調整。6、超時飛加：每小時 855 元（570 元乘 1.5 倍）。所涉機師主張，依新制飛航機師人事管理辦法，其實際薪資將減少，因此該變更應經契約當事人同意，公司不得單方變更該工作規則。

法院直接針對「雇主單方變更工作規則之合法性」而加以回答：雇主以工作規則單方對於勞動條件作不利益之變更，可否拘束不同意之勞工，或於何種情況下得拘束不為同意之勞工，學說上向有爭論。亦即，以工作規則變更勞動條件如係剝奪勞工之既得權、課予勞工不利益之勞動條件，原則上不受允許，惟如不利益變更有其合理性及必要性時，亦能拘束反對變更之勞工。特別是對工資、退休金等重要的權利、勞動條件為不利益變更時，更須具備「高度之必要性」，就具體事件，應考慮企業經營狀況之低迷、經營環境是否惡化至改革薪資制度有其必要性、變更後對勞工經濟上不利益之程度、其他相關待遇之改善以及是否與勞工團體進行協議等一切情狀。

☞ 提醒：本判決清楚分析有關工作規則之法律性質，以及雇主為單方變更時之效力，值得注意。特別是本案針對最常發生爭議之工資變動問題，考量企業經營必要性、勞工權益之保障與勞動契約內容之拘束力（所謂 *pacta sunt servanda*）等複雜關係，尤值討論。

☞ 提醒：教師教學時，可設計類似之個案與模糊地帶之利益糾葛問題，讓同學思考如何於企業經營必要性與勞工權益保障間，尋求合法且合理之解決方法。

#### 四、案例之意義與影響

台灣勞動生活的一項通病是：「以詞害義」、「以形式包裝實質」、「掛羊頭而賣狗肉」。是否為勞工，進一步是否適用勞動基準法與其他勞動保護法令，切勿以勞動者所冠以之職務名稱相繩，而是應以前述之有關人格、經濟與組織之從屬性要件，綜合考量與審視，據以判斷。

有關法源之判斷上，理論與實務上最屬重要者，一般均為工作規則之效力問題。由於工作規則一般係由雇主單方所制定，經常包含勞動條件與服務紀律等內容，而雇主之單方變更，於勞工權益之影響不可謂不大，是以除理論上「工作規則與個別勞動契約位階順序問題」之趣味外，實質上之觀察重點無非在於對工作規則之合理性控制上，應特別提醒學生注意。

☞ 提醒：有關勞工之定義與類型化問題，一般教科書均有詳載，所涉判決亦多，

教師得要求學生蒐集並為討論。

## 肆、教學範例與內容設計

### 一、重要之議題

- (一) 何謂僱傭契約與勞動契約？其區別為何？
- (二) 勞動契約與委任契約之區別為何？
- (三) 勞動契約與承攬契約之區別為何？
- (四) 何謂勞工定義之功能性？（何謂功能性之勞工定義）
- (五) 試說明勞工資格與勞動保護法令適用之相互關係。
- (六) 相同與不同位階法源之適用順序應如何處理？
- (七) 工作規則之法律性質為何？
- (八) 我國法律關於工作規則制定與其效力之規定為何？
- (九) 何謂企業習慣與雇主指示權？
- (十) 試舉出勞動法之法源及其順序？

### 二、思考問題方向

- (一) 應清楚理解勞工之法律上與理論上定義暨內涵。
- (二) 理解勞工定義與社會保護需求之相互關聯。
- (三) 理解勞動法法源之意義與相關理論爭議問題。

### 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

#### (一) 分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，教師得命進行下列相關問題的討論，並請提出討論結論：

- 保險業務員是勞工嗎？
- 工廠廠長與銀行經理是勞工嗎？
- 關係企業或企業集團之雇主應如何認定？
- 工作規則之法律性質與未來之法政策應如何？

#### (二) 角色扮演

第一組：同學分為三組，分別扮演勞工、雇主、法院，就「聘任之經理人得否主張勞動法權利」（例如勞動基準法之資遣費），進行如法庭審判程序之主張、

準備、爭點整理、言詞辯論等行爲，扮演法院之同學並應爲適當的闡明權行使。

第二組：同學分爲三組，分別扮演勞工、雇主與行政機關，就「未經行政機關審核合法通過之行政規則，對勞工是否有拘束力」之問題，進行彼此之法律論證交換與辯論，請注意提醒參與之同學注意「法律解釋」與「現實影響」之雙重觀點。

### (三) 問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 1、何謂僱傭契約與勞動契約？其區別爲何？
- 2、勞動契約與委任契約之區別爲何？
- 3、勞動契約與承攬契約之區別爲何？
- 4、何謂勞工定義之功能性？（何謂功能性之勞工定義）
- 5、試說明勞工資格與勞動保護法令適用之相互關係。
- 6、相同與不同位階法源之適用順序應如何處理？
- 7、工作規則之法律性質爲何？
- 8、我國法律關於工作規則制定與其效力之規定爲何？
- 9、何謂企業習慣與雇主指示權？
- 10、試舉出勞動法之法源及其順序？

### (四) 引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

⇒ 例如：保險業務員也是勞工嗎？ ⇒ 同學回答：應該是，因爲他必須受雇主指揮監督 ⇒ 教師質疑：可是一般可能毫無工作時間上的限制啊！甚至不需要向主管爲任何之報告 ⇒ 同學回答：可是業務員一樣要向公司支領報酬，應認有經濟上的從屬性 ⇒ 教師質疑：可是其薪資計算方式卻是佣金制，也就是成果導向，好像比較接近承攬，不是嗎？（依此類推）

⇒ 例如：依據勞動基準法的規定，事業單位訂定工作規則應先經行政機關核備 ⇒ 同學回答：對，如果沒有送核備，應該就不生效力 ⇒ 教師質疑：可是這跟工作規則之法律性質相符嗎？ ⇒ 同學回答：例如採取法規說或契約說，好像都

不用行政機關之審核為生效要件 ⇨ 教師質疑：那麼應該如何解釋勞動基準法之規定呢？（依此類推）

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- 試論勞工之人格與經濟上從屬性。
- 請整理我國勞動法領域中不同法律所含之勞工定義及其目的。
- 請整理勞動法源體系與法源位階適用論。
- 不同勞動者類型是否為勞工之司法判決個案摘要（Case Study, Briefings）。

撰寫格式：

- ⇨ 個案研究：事實、爭點、法院判決或行政處理結果、評論與分析。
- ⇨ 專題寫作：依一般法學論文格式。

### 二、考題設計

以下為所擬提供參考之考題：

- 何謂勞工之人格上、經濟上與組織上從屬性。
- 試論下列勞動者何一為勞工：保險業務員、銀行經理、工廠廠長、計程車司機、SOHO 族。
- 試分析民法、勞動基準法、大量解僱勞工保護法、勞工保險條例、勞工退休金條例、勞工安全衛生法、工會法中之勞工定義，並述其目的與功能。
- 試論工作規則與個別勞動契約作為勞動法源之相互關係。
- 試論工作規則之法律性質、效力、行政監督與合法性控制。
- 試論勞資會議決議之法律效力。
- 何謂企業習慣與雇主指示權？

### 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

- 1、焦興鎧，勞工法制之最新發展趨勢，月旦出版有限公司，1997 年。
- 2、焦興鎧，勞工法論叢 1-2，元照出版有限公司，2000、2001 年。
- 3、焦興鎧，勞工法與勞工權利之保障--美國勞工法論文集，月旦出版有限公司，

1995 年。

4、焦興鎧，國際勞動基準之建構，新學林出版有限公司，2006 年。

5、黃程貫，勞動法，國立空中大學出版，修訂再版，1997 年 10 月。

6、黃越欽，勞動法新論，修訂二版，2004 年 9 月。

7、臺灣勞動法學會叢書（1）：勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望，新學林出版股份有限公司，2005 年 5 月。

8、高得潤，工作規則之問題研究－以違反工作規則解僱勞工之問題為中心。

9、林更盛，勞動法案例研究，2002 年。

10、林更盛，「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響，律師雜誌，第 291 期，2003 年 12 月。

11、郭玲惠，多重契約關係－以勞動關係為例，私法學之傳統與現代（中）－林誠二教授六秩華誕祝壽論文集，新學林出版股份有限公司，2004 年 4 月。

12、楊通軒，工作規則法律性質之探討－最高法院八十一年度台上字第二四九二號及八十四年度台上字第一一四三號民事判決評釋，勞動法裁判選輯（三），元照出版有限公司，2000 年 1 月。

13、楊通軒，勞動者的概念與勞工法，勞工研究第 2 卷第 2 期，2002 年 12 月。

14、楊通軒，藝文工作者之身分及其法律上保障之研究，中原財經法學，第 11 期，2003 年 12 月。

15、楊通軒，論公司高層管理人員之勞動者身份，月旦民商法雜誌第 14 期，2006 年 12 月。

17、王能君，工作規則不利益變更的合理性判斷－台北地院八十七年度勞訴字第三〇號民事判決、台灣高等法院八十八年度勞上字第四十二號民事判決、最高法院九十三年度台上字第六七〇號民事判決評釋，月旦法學第 125 期，2005 年 10 月。



18、王能君，台灣工作規則法理，「兩岸勞動法學術暨實務界交流－勞動者之個別保障與集體形成」學術研討會，2006年5月。

19、陳建文，控股公司所引發之勞動法議題初探，律師雜誌第291期，2003年12月。

20、呂榮海，國際勞動法之法源地位（上）（下），司法周刊第1035、1036期，2001年6、7月。

21、魏千峰，多重雇主初探－台灣高等法院八十九年度勞上易字第三六號判決及台北地院八十八年度勞訴字第八九號判決評釋，臺灣勞動法學會學報第六期：勞動法裁判選輯（五），新學林出版股份有限公司，2007年6月。

22、王松柏，英國法律上受僱人之判斷與勞動法之適用範圍，臺灣勞動法學會學報二期：退休金法制之研究，新學林出版股份有限公司，2002年6月。

23、林炫秋，保險業務員之部分工時僱傭契約－臺灣臺北地方法院95年度勞簡上字第17號民事判決評釋，銘傳大學法學論叢第7期，2007年6月。

### 第三單元：勞動關係之建立—以勞動派遣為例

#### 壹、重要性與現行法規範狀況

##### 一、重要性

我國近來所稱的勞動派遣是指：「派遣人指派自己所僱用的勞工，接受要派人的指揮監督，為要派人提供勞務。」<sup>26</sup>勞動派遣的工作型態在我國已經存在多年，在近幾年發展更是迅速，由於我國現行法令並未明文禁止勞動派遣業，且該業已列入中華民國行職業分類表<sup>27</sup>中。企業界甚至政府對於勞動派遣有一定的需求，例如有外商公司和政府機關有任用人員的員額限制，必須使用非編制內的勞動力，或是有編制內的勞工依兩性工作平等法請育嬰假<sup>28</sup>，雇主必須保留請假者之職位，只能尋求非編制的勞動力替代，這些都可能是勞動派遣存在的理由。

從巨視的角度來看，工會及勞工方面擔心大部分勞動條件較低的派遣勞工將大幅取代正職勞工，造成這些正職勞工失業，而失業的勞工若想再找到職業，也只能委身於較低勞動條件的勞動派遣業，造成對勞工雙重剝削<sup>29</sup>。從契約標的來分析，勞動派遣的工作型態，將勞動力物化，從某種角度來看派遣契約很像美國的「勞動租賃」<sup>30</sup>，也就是並非將勞工的勞動力視為與血肉不可分的一部分，而是可以像物一般，讓需要勞動力的企業交付租金，使用標的(人如同提供勞動力的「物」)。用完後返還出租者即可<sup>31</sup>。從此可以瞭解其在法律倫理問題的嚴重！國際勞工組織一直秉持「勞動非商品」"Labour is not a commodity." 的基本原則，

---

<sup>26</sup> 此定義為筆者參酌行政院勞工委員會所擬勞動派遣法草案第二條(2004.9.6版)及其他學者見解所下的定義，並請參見邱駿彥，勞動派遣之法律關係探討，萬國法律雜誌，第一三八期，頁54；就各國法制的分析，國際法部分請參見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準，臺灣勞動法學會學報，第一期，頁159-160，2000年6月；德國法部分請參見黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，頁273-275，1998年12月；楊通軒，論德國勞動派遣法制，臺灣勞動法學會學報，第一期，頁78-83，2000年6月；日本法部分請參見邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，臺灣勞動法學會學報，第一期，頁35-4，2000年6月；美國法部分請參見鄭津津，從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案，中正大學法學集刊，第十期，頁44，2003年1月。

<sup>27</sup> 依據民國86年10月30日(86)台勞動一字第047494號公告及中華民國行業標準分類規定，其他工商服務業項下人力供應業(細類編號：7901)及所屬勞工應自民國87年4月1日起適用勞動基準法。

<sup>28</sup> 參見兩性工作平等法第16、17條。

<sup>29</sup> 不過在美國等國家的勞動派遣中有許多是中高級主管或專業人員。

<sup>30</sup> Summer, Contingent Employment in the United States, 18 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 503, at 509-510(1997)；美國此種勞動租賃與羅馬法時期的勞動租賃(location conduction operarum)有所不同，後者介紹請參見：黃越欽，勞動法新論，自刊，頁4-5；2002年修訂二版；黃茂榮，僱傭契約，植根雜誌第十九卷第六期，頁199之註2，2003年6月。

<sup>31</sup> 另可參見鄭津津，從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案，中正大學法學集刊，第十期，頁45，2003年1月。

以往該組織也不斷強調此點原則<sup>32</sup>，然而面對這種「勞動被商品化」的現象，堅持「勞動非商品」國際勞工組織(ILO)不能抵擋趨勢，於一九九七年六月三日妥協地通過「私營就業服務機構公約」(Private Employment Agencies Convention)<sup>33</sup>，一改過去反對收費勞務仲介之立場，並承認彈性的非典型僱傭型態。既然該公約第一條已將絕大部分私營就業機構合法化，並承認納入勞動派遣業者(規定在該公約 Article 1.1(b))<sup>34</sup>。然而非常可惜的是，該公約在國勞大會討論中因雇主代表的反對，並未將勞工保護義務和責任在派遣人及要派人間作一分配，也沒有創設一指導原則，僅在第一八九號建議書的第五款中提及「派遣契約應以書面明定其勞動條件」的訓示；更何況國際勞工組織的建議書，本就無強制效力。因此，這種情形飽受批評<sup>35</sup>。

除了結構上的責任分配有問題外，從具體的法律保護需求來看，勞動派遣也有相當多的問題，比如管理勞動派遣業的問題<sup>36</sup>、派遣勞工能否加入要派公司的工會之問題<sup>37</sup>等等。不過目前實務上有一項相當棘手而且法律關係相當複雜的問題，就是派遣勞工的職業災害預防、補償及賠償的問題。因為勞務之提供，勢必增加人之往來接觸，不但人員、設備與場地的安全防護極為重要，而且一旦發生職業災害，更要妥善處置<sup>38</sup>。由於勞動派遣涉及三方當事人：派遣勞工、派遣人及要派人，可是目前我國並沒有像德國和日本已有規範勞動派遣的專法，因此三方關係僅靠學者參酌外國法制的法理來建構；依照我國學者通說<sup>39</sup>：派遣人和派

---

<sup>32</sup> Trebilcock, A Comment on "Legitimizing The Triangular Employment Relationship", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 19 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 43, at 82.

<sup>33</sup> 該公約的全稱為 Convention Concerning Private Employment Agencies, 簡稱 Private Employment Agencies Convention, 1997, No.181.全文可參見焦興鎧, 論勞動派遣之國際勞動基準, 臺灣勞動法學會學報, 第一期, 頁 185-195, 2000 年 6 月, 另相關建議書 Private Employment Agencies Recommendation, 1997, No.189, 中文翻譯可參見焦興鎧, 前揭文, 頁 196-200。

<sup>34</sup> 參見 Vosko, Legitimizing the Triangular Employment Relationship: Emerging International Labour Standards from a Comparative Perspective, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 19 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 43, at 83.

<sup>35</sup> 批評見焦興鎧, 論勞動派遣之國際勞動基準, 臺灣勞動法學會學報, 第一期, 頁 176, 2000 年 6 月。

<sup>36</sup> 如日本之勞動派遣業務管理：參見邱駿彥, 勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例, 輔仁法學, 第十九期, 頁 301-303, 2000 年 6 月；德國勞動派遣業務管理：參見楊通軒, 論德國勞動派遣法制, 臺灣勞動法學會學報, 第一期, 頁 78-83, 2000 年 6 月。

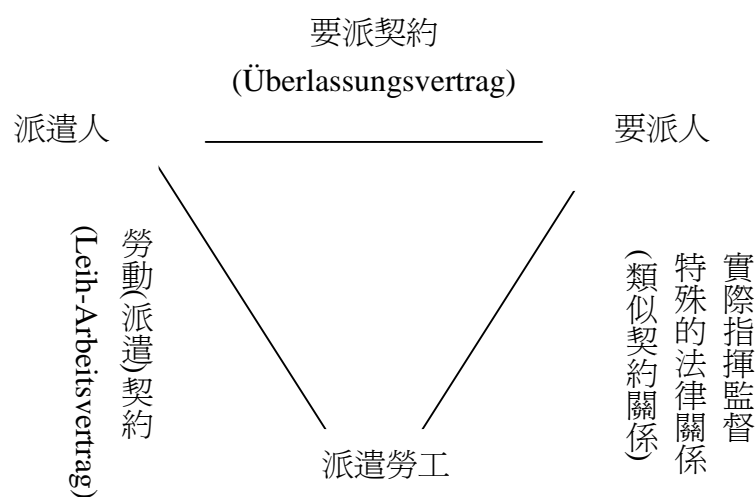
<sup>37</sup> 參見如美國之派遣勞工得否加入要派人企業之工會, 參見鄭津津, 從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案, 中正大學法學集刊, 第十期, 頁 53-58, 2003 年 1 月。

<sup>38</sup> 參見黃茂榮, 僱傭契約, 植根雜誌第十九卷第六期, 頁 203, 2003 年 6 月。

<sup>39</sup> 就我國法部分的分析, 請參見邱駿彥, 勞動派遣之法律關係探討, 萬國法律雜誌, 第一三八期, 頁 54；就各國法制的分析, 國際法部分請參見焦興鎧, 論勞動派遣之國際勞動基準, 臺灣勞動法學會學報, 第一期, 頁 159-160, 2000 年 6 月；德國法部分請參見黃程貫, 德國勞工派遣關係之法律結構, 政大法學評論, 第六十期, 頁 273-275, 1998 年 12 月；楊通軒, 論德國勞動派遣法制, 臺灣勞動法學會學報, 第一期, 頁 78-83, 2000 年 6 月；日本法部分請參見邱駿彥, 勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例, 臺灣勞動法學會學報, 第一期, 頁 35-42, 2000 年 6 月；美國法部分請參見鄭津津, 從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案, 中正大學法學集刊, 第十期, 頁 44, 2003 年 1 月。此外黃茂榮教授於討論僱傭契約時, 亦有提到相似觀念, 參見黃茂榮, 僱傭契約, 植根雜誌第十九卷第六期, 頁 210, 211, 2003 年 6 月。

遣勞工間的契約關係為勞動契約(或稱派遣勞動契約)，所以派遣人也可稱之為派遣雇主；但是要派人和派遣勞工沒有契約關係 (圖一：派遣勞動關係圖)<sup>40</sup>。由於派遣人雖然是派遣勞工的雇主，但派遣勞工卻受要派人指揮監督下提供勞務，那麼誰有義務防止派遣勞工的職業災害？萬一派遣勞工發生職業災害，究竟應該由誰負責損害賠償責任或職災補償責任？該等問題並不容易解決，一方面我國對於勞動派遣沒有特別的法律規範；二來，三方的法律關係相對一般契約只有雙方當事人的關係要複雜得多，特別是要派人透過派遣勞動契約及要派契約之效力，享有指揮監督之權能及勞務請求權，從而應否衍生出某些管理及保護之義務<sup>41</sup>？這些問題其實相當嚴重。

許多要派人就是認為自己不需對派遣勞工負擔勞工法令規定雇主的義務，而且一般來說，派遣勞工的勞動條件相對於要派人的「正職勞工」比較差，由於雇用這些派遣勞工對要派人的成本低，所以大量使用勞動派遣，取代正職勞工。而勞動條件差的派遣勞工，如果發生職業災害又求償無門，造成非常嚴重的問題。



(圖一)派遣勞動關係圖

<sup>40</sup> 德國勞動派遣關係與此類似，類似之圖亦可參見 Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2004, S. 73.及 Grimm/Brock, Praxis der Arbeitnehmerüberlassung,, 2004, S. 33.

<sup>41</sup> 採直接肯認說者，見焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準，臺灣勞動法學會學報，第一期，頁 159-160，2000 年 6 月；引用外國立法例而承認者，參見楊通軒，勞動派遣立法必要性之研究，全國律師雜誌，頁 36-37，1998 年 7 月；楊通軒，歐洲聯盟勞動派遣法制之研究—兼論德國之勞動派遣法制，中原財經法學，第十期，頁 317，尤其第五點，2003 年 6 月；邱駿彥，勞動派遣之法律關係探討，萬國法律雜誌，第一三八期，頁 56(引用日本學說)，頁 60(邱教授認為要派公司在實際指揮監督下必須課公司的安全衛生照顧義務)，2004 年 12 月；以民事法理推衍者見黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，頁 273-275，1998 年 12 月。

## 二、現行法規範狀況

### (一) 既有規範對職災賠償責任分配的缺失

從表面上來看，派遣人是派遣勞工的雇主，原則上派遣人要負職業災害的賠償責任。我國民法債編在一九九九年修正後增列民法第四百八十七條之一規定：「受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害，得向僱用人請求賠償。(第一項)前項損害之發生，如別有應負責之人時，僱用人對於該應負責者，有求償權。(第二項)」當時的立法理由為：「僱傭契約與委任契約同屬勞務契約，受人於處理委任事務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，尚且得向委任人請求賠償；受僱人於服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，自亦宜使得向僱用人請求賠償，始能充分保護受僱人之權益，爰仿第五百四十條第三項規定，增訂第一項。此外基於造成損害者，應負最後責任之法理。爰仿第一百九十條第二項、第一百九十一條第二項規定，增訂第二項。」<sup>42</sup>該規定奠定了僱傭人的「無過失賠償責任」<sup>43</sup>，並因法定承擔債務後，得向加害人求償；與民法第三百十二條關於有利關係人清償，以及第二百八十一條關於連帶債務人之一先為清償所定者類似<sup>44</sup>。因此根據民法第四百八十七條之一規定，派遣勞工無論至任何要派人處，只要從事契約所定之派遣工作，且非可歸責自己之事由致受損害，都可以向派遣人(雇主)請求損害賠償。

然而一九九九年的民法債編修正中所增訂的民法第四百八十七條之一規定所確立的僱用人「無過失賠償責任」，卻被二〇〇一年十月三十一日公布的職業災害勞工保護法第七條給推翻，該法第七條規定：「勞工因職業災害所致之損害，雇主應負賠償責任。但雇主能證明無過失者，不在此限。」也就是採取雇主「推定過失責任」。由於職業災害勞工保護法是特別法，有關職業災害之規範，應優先民法適用，因此發生職業災害時，只要雇主能證明自己無過失，完全沒有民法第四百八十七之一條代替加害人先為賠償的責任，也就是勞工只能向加害者求償。因此要派人所造成的職業災害，勞工就得自己向要派人求償。但問題是要派人與勞工並未訂定契約，如果沒有法律規定或以法理推導出一定的類似契約的關係<sup>45</sup>，那派遣勞工只能依照民法第一百八十四條第一項前段有關侵權行為的規定

<sup>42</sup> 參見一九九九年四月二十一日，民法債編增訂理由，另見郭玲惠，於黃立編，民法債編各論(上)，元照出版公司，頁 561,562, 2002 年初版一刷；林誠二，論勞工服勞務受害之賠償請求權，臺灣本土法學，第十五期，頁 123-134，2000 年 10 月。

<sup>43</sup> 見魏朝光，勞動職業災害之補償，財團法人勞工研究資料中心基金會，頁 167，1992 年初版一刷。

<sup>44</sup> 黃茂榮，僱傭契約，植根雜誌第十九卷第六期，頁 222,223，2003 年 6 月；郭玲惠，於黃立編，民法債編各論(上)，元照出版公司，頁 562, 2002 年初版一刷。

<sup>45</sup> 如黃程貫教授認為勞動派遣是真正利他契約(德國民法第三百二十八條第一項，我國民法第二百六十九條)，要派人(利他契約的第三人)與派遣勞工(利他契約的債務人)之間有所謂類似契約的關係(vertragähnliches Verhältnis)，因此要派人對派遣勞工也有保護照僱義務。參見黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，頁 286-288，1998 年 12 月；利他契約的

向要派人請求損害賠償<sup>46</sup>。由於職業災害的過失及因果關係最難舉證<sup>47</sup>，因此派遣勞工遭受職業災害依照現行民法與職業災害勞工保護法的法律規定很可能求償無門。

## (二) 既有規範對職災補償責任分配的缺失

當然，勞動基準法第五十九條規定勞工發生職業災害，雇主必須負「補償」責任，其文字以「補償」二字，意味著不以雇主有過失為要件<sup>48</sup>，故派遣勞工依照該規定，似乎仍有向派遣人(雇主)求償之可能。但是依照勞動基法向派遣人(雇主)請求職災補償有三項缺點：

### 1、勞動基法職災補償範圍較民法賠償範圍小

如果職業災害的賠償按民法第四百八十七條之一、第二百二十七條之一規定得準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定。其賠償範圍非常大，就職業災害可能造成死亡和傷害的情形，舉凡因死亡之喪葬費(民法第一百九十二條第一項)、生活額外支出(民法第一百九十三條第一項)、法定扶養義務之損害(民法第一百九十二條第二項)、近親之慰撫金(民法第一百九十四條)等等；因傷害之醫療費用、生活額外支出、收入喪失、勞動力之減損、慰撫金等等，都遠遠較勞動基準法職災補償範圍為要廣<sup>49</sup>。根據勞動基準法第五十九條第一項規定：「勞工因遭遇職業災害而致死亡、殘廢、傷害或疾病時，雇主應依左列規定予以補償。但如同一起事故，依勞工保險條例或其他法令規定，已由雇主支付費用補償者，雇主得予以抵充之：

- 一 勞工受傷或罹患職業病時，雇主應補償其必需之醫療費用。職業病之種類及其醫療範圍，依勞工保險條例有關之規定。
- 二 勞工在醫療中不能工作時，雇主應按其原領工資數額予以補償。但醫療期間屆滿二年仍未能痊癒，經指定之醫院診斷，審定為喪失原有工作能力，且不合第三款之殘廢給付標準者，雇主得一次給付四十個月之平均工資後，免除此項工資補償責任。

---

第三人對利他契約的債務人關係，即德國所稱的第三層面的關係(Dritterverhältnis)是類似契約的關係(vertragähnliches Verhältnis) 係通說，另參見 BGH 9, 318.; MK-Gottwald, , 2001, § 328, Rn. 25; Palandt-Heinrichs, 2004, Einf.v. 328, Rn. 5, § 328, Rn. 19.

<sup>46</sup> 依民事侵權行為求償關係，參見 Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2004, München, S.294.

<sup>47</sup> 參見黃越欽、王惠玲、張其恆合著，職業災害補償論—中美英德日五國比較，五南圖書出版有限公司，頁 7-8，1995 年初版一刷。

<sup>48</sup> 參見林豐賓，勞動基準法論，三民書局，頁 275，2000 年修訂二版；黃程貫，勞動法，國立空中大學，頁 441，2002 年修訂二版。

<sup>49</sup> 參見陳聰富，損害賠償補償制度三層結構與職業災害補償，勞工行政，第 148 期，頁 29，2000 年 8 月。

- 三 勞工經治療終止後，經指定之醫院診斷，審定其身體遺存殘廢者，雇主應按其平均工資及其殘廢程度，一次給予殘廢補償。殘廢補償標準，依勞工保險條例有關之規定。
- 四 勞工遭遇職業傷害或罹患職業病而死亡時，雇主除給與五個月平均工資之喪葬費外，並應一次給與其遺屬四十個月平均工資之死亡補償。」

也就是勞基法的職災補只有人身侵害(即人格權中的生命、身體及健康)所衍生的財產損害，至於一般財產權上損害(如勞工的衣物破損)及人身侵害中的精神上損害<sup>50</sup>，並非補償範圍。因此依照勞動基法請求職災補償範圍要比民法第四百八十七之一條的損害賠償範圍要小。

## 2、大部分的勞動派遣業無補償能力

我國目前的勞動派遣業除極小部分較有規模以外，大多是微型事業，能否有職災補償的承擔能力，令人懷疑？而且實務上就有不少企業為規避勞動法令，刻意地另外成立小型勞動派遣公司。假如勞動派遣業者，有為勞工投保勞保，發生職災時，還能從勞保局獲得給付。實務上我國派遣業大多為登錄型派遣，非常用型派遣<sup>51</sup>，可是萬一派遣業者節省成本，不為勞工投保，那麼派遣勞工的保障確實發生問題！而且根據我國學說和實務的通說，連帶債務根據第二百七十二條第二項規定必須是契約「明示」約定或法律有規定方有連帶債務成立之可能<sup>52</sup>。由於要派人和派遣勞工沒有締結任何契約，故不可能有明示與派遣人承擔連帶債務；單就現行法律規定的文義來看，法律上又沒有規定要派人與派遣人對於遭受損害之勞工必須負連帶補償責任<sup>53</sup>。因此派遣勞工從職業災害補償上，也很難得到損害的彌補。

## 3、職災照顧責任與職災保險未能充分銜接

有學者在討論勞基法第五十九條時認為：由於我國法制對職災照顧責任係基於分配正義所發展出來之無過失責任，其制度的設計理念應在於分配風險，而不在於追究責任，且其危險之分配的方法應重於利用保險。是故，大可不必莫須有

<sup>50</sup> 人身損害之觀念請參見陳聰富，人身侵害之損害概念，台大法學論叢，35 卷 1 期，頁 65 以下，特別是頁 69 之表一，2006 年 1 月。

<sup>51</sup> 登錄型是指派遣業有要派需求才通知派遣勞工上班，常用型是指派遣業必需與派遣勞工訂定不定契約；其分類是參酌日本的派遣型態，參見邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，輔仁法學，第十九期，頁 267，2000 年 6 月；德國勞動派遣法只允許常用型派遣，參見楊通軒，論德國勞動派遣法制，台灣勞動法學會學報，第一期，頁 78-83，2000 年 6 月。雖然行政院勞工委員會曾函釋人力派遣業不得與派遣勞工訂立定期契約，但實務上還是許多登錄型勞動派遣存在。

<sup>52</sup> 國內亦有學者批評該通說，參見王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(上)，中正大學法學集刊，第七期，頁 190-191，2002 年 4 月；王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(下)，中正大學法學集刊，第八期，頁 52-53，2002 年 7 月。

<sup>53</sup> 連帶損害賠償責任的外部關係與內部關係，請參見王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(上)，中正大學法學集刊，第七期，頁 192 以下，2002 年 4 月。

地平添相關事業單位或人員之間無謂的法律連帶責任，造成不當有之緊張與不該有之不安，而認為應回歸民法第一百八十九條定作人與承攬人的責任分配<sup>54</sup>。這種見解，若究責任分配複雜度會造成當事人(通常非法律人)之間的困擾，筆者表示贊同；然而我國職災保險制度與職災賠償和補償責任三者立法時，通常都未作完善地整體考量，因此在未完成整體完善立法之前<sup>55</sup>，按照勞動基準法第五十九條規定要求定作人要與承攬人負連帶賠償責任，可能是目前為保護勞工不得不作的選擇。

相同的考慮也在於要派人、派遣人之責任與職災保險間的責任分配上，由於依目前法令的文義解釋，只有派遣雇主需要為派遣勞工投保職業災害保險，而要派人因其非派遣勞工之雇主，並不能為勞工的投保單位<sup>56</sup>。因此若勞工保險的職業災害投保範圍應該與整個職災照顧責任合併考量，無論是職災賠償或補償的債務人、連帶債務人都應該得以投保，方能合理地分散風險，也才能實質保障勞工。

### (三) 目前問題解決的可能方向

行政院勞工委員會曾草擬過勞動派遣法草案，根據筆者所拿到的草案版本(九十三年九月六日版，據說有數版本)第三十五條規定：「派遣雇主派遣勞工至適用勞工安全衛生法之要派人提供勞務，就安全衛生事項，該要派人視同該派遣勞工之雇主。要派人應與派遣雇主連帶負勞動基準法職業災害補償責任。要派人就其所補償部分，得向派遣雇主求償。但同一事故，依勞工保險條例或其他法令規定，已由派遣雇主支付費用補償者，派遣雇主或要派人均得主張抵充。前項所稱職業災害補償責任，若因要派人違反勞工安全衛生法規定，致派遣勞工發生職業災害時，要派人應付職業災害補償最終之責任，其給付之補償金額，得抵充同一事故所生損害之賠償金額。」這項條文非常重要，第一、它規定了要派人也要負勞動基準法第五十九條的職業災害補償責任；第二、該條所設計的求償方法是讓要派人和派遣人負連帶賠償責任，使發生職業災害的勞工能夠依民法第二百七十三條第一項的方式請求(債權人的選擇自由)，因此勞工獲得全部求償的可能性將大幅提升。惟勞委會因各界反應不同，甚至宣稱無該草案的存在，看來，訂定勞動派遣法似乎遙遙無期。在這種情形下，會形成下列結果：

1、派遣人主張自己並無過失，不負債務不履行之責任，縱然派遣人要負勞動基

<sup>54</sup> 參見黃茂榮，僱傭契約，植根雜誌第十九卷第六期，頁 203，2003 年 6 月。職災風險的補償立法構想，尚可參考王澤鑑，勞災補償與侵權行為賠償，收錄於：氏著，民法學說與判例研究，第三冊，頁打 283-290，自刊，1983 年版。

<sup>55</sup> 比如在美國職災補償責任與職災保險責任係採同一責任，不同於我國目前勞基法的職災補償與職災保險給付是採抵充關係，在美國只要派遣雇主或要派人為勞工投保職災保險後即免除職災補償責任，參見鄭津津，從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案，中正大學法學集刊，第十期，頁 48-49，2003 年 1 月。其中的銜接關係或可供未來立法參考，惟筆者認為必須未來整體立法時考慮職災保險費分擔及保險給付擴大範圍。

<sup>56</sup> 參見勞工保險條例第六條。



準法第五十九條規定的職災補償責任，但目前勞動派遣業可能無資力補償。

2、派遣勞工要依侵權行為之規定求償，因此對要派人的求償難以舉證。

3、因為當事人若無「契約明示或法律規定」要負連帶賠償責任的情形下，按民法第二百七十二條之規定，要派人和派遣人不負連帶債務，要派人的賠償責任和派遣雇主的職災補償責任僅是「不真正連帶債務」(數債務人客觀上具有同一目的，本於各別發生之原因，對債權人各負全部給付義務之債之關係)<sup>57</sup>，派遣勞工獲償的可能性非常低。

那麼在沒有勞動派遣專法規定下，要確實保障派遣勞工發生職業災害補償問題，可能可以從下列方向解決：

1、要派人對派遣勞工是否要負保護照顧義務？可能為勞動派遣是真正利他契約<sup>58</sup>，而要派人(利他契約的第三人)與派遣勞工(利他契約的債務人)之間有德國學說上所謂的類似契約關係(vertragähnliches Verhältnis)。<sup>59</sup>

2、要派人違反保護義務侵害派遣勞工時，能否適用第四百八十七條之一第一項規定：「受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償。前項損害之發生，如別有應負責任之人時，僱用人對於該應負責者，有求償權。」或是派遣勞工得否依民法第二百二十七條「加害給付」之規定請求要派人賠償(若派遣勞工係人格權，如生命、身體及健康受侵害，也可以依民法第二百二十七條之一條向要派人求償。)？或是能否使要派人負起勞動基準法第五十九條規定的補償責任？

萬一派遣勞工發生職業災害時，能否依法理推導出要派人和派遣人之間負連帶損害補償或賠償責任？因為在德國通說認為有關損害賠償的債務得類推適用既有的法律規定，而認定有連帶之債存在<sup>60</sup>，該種看法有值得參考之處。

<sup>57</sup> 參見王澤鑑，民法學說與判例研究，第三冊，自刊，頁 283-290，1996 年；林誠二，民法債編總論，下冊，瑞興圖書公司，頁 295,296，2001 年；孫森焱，民法債編總論，下冊，自刊，頁 898-902，2001 年修訂版；邱聰智，民法債編總論，下冊，自刊，頁 253-254，2001 年。

<sup>58</sup> 德國相同見解，參見 Niebler/ Biebl/ Ulrich, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 1996, Rn. 411.

<sup>59</sup> 德國也有將派遣勞動契約(即派遣人與派遣勞工的契約)認為是德國法上所稱的「具保護第三人功能的契約」(Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten)例如德國學者 Schaub 教授即採此見解，參見 Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 10. Aufl., 2002, § 120, Rn.65-68。具保護第三人功能之契約(Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)理論參見 Larenz, Schuldrecht, I 1987, § 17; Erman-H.P. Westermann, §328, 2004, Rn. 11ff, Palandt- Heinrichs, 2004, §328, Rn. 13ff.; 國內最早完整介紹見王澤鑑，契約關係對第三人之保護效力—德美兩國契約法之發展趨勢與我國現行制度之檢討，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，頁 33-56 自刊，1983 年第五版；近年的論著參見：王怡蘋，論德國法中契約對第三人之保護效力，法學叢刊，第一九八期(五十卷第二期)，頁 131-146，2005 年 4 月。

<sup>60</sup> 參見 Soegel- Mertens/Wolf, BGB Kommentar, § 421, Rn. 43；國內學者意見可參見黃立，民法債編總論，元照出版公司，頁 563，2000 年二版二刷；另王千維教授甚至認為連帶之債不一定要依民法第二百七十二條之規定，該條規定僅限於法律規定與契約明示者；參見王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(上)，中正大學法學集刊，第七期，頁 190-191，2002 年 4 月；王千

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

其實核心問題就是要派人與勞工之間的法律關係究竟為何？只要能突破這點，派遣勞動有關職災賠償、補償責任問題就能得到比較滿意的解決。

#### (一) 要派人對派遣勞工是否要負保護照顧義務？

##### 1、從要派人與派遣勞工的法律關係分析

勞工派遣乃是三方關係(triangular employment relationship, Dreiecksbeziehung 或 Dreipersonenverhältnis)，這種三方關係的承認並非只有德國<sup>61</sup>、日本<sup>62</sup>大陸法系國家承認，連美國法院及學說也承認<sup>63</sup>。這些國家的學說通常都不否認派遣人和派遣勞工之間有勞動關係存在。而要派人與派遣人間也有契約的訂定，所以有契約關係。只是派遣勞動關係有一重要之特徵—「雇用與使用分離」<sup>64</sup>，也就是派遣人只「雇用」並不「使用」派遣勞工，而是由要派人只「使用」並不「雇用」派遣勞工。以往德國曾有學者認為提出所謂「雙重勞動關係」理論(Theorie vom Doppelarbeitsverhältnis)，認為派遣人與要派人同時均是派遣勞工之雇主，亦即在派遣勞工為要派人工作之期間，同時存在兩個勞動關係，故稱之為雙重勞動關係，但德國現行之勞工派遣法並不採此看法<sup>65</sup>。美國的國家勞動關係局 NLRB 及法院也認為在特定條件下，要派人與派遣人需負共同雇主責任，而派遣勞工得加入要派人企業之工會<sup>66</sup>。

姑不論德國早期學說及美國基於集體法目的，所認定要派人與派遣勞工以「擬制」(Fiction)認定其間有勞動關係<sup>67</sup>。事實上要派人與派遣勞工間確實未訂定

---

維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(下)，中正大學法學集刊，第八期，頁 52-53，2002 年 7 月。

<sup>61</sup> Grimm/Brock, Praxis der Arbeitnehmerüberlassung, 2004, S. 151-152; Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl., 2003, Einleitung, Rn. 81ff.

<sup>62</sup> 日本學說之見解請參見邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，輔仁法學，第十九期，頁 292 以下，2000 年 6 月。

<sup>63</sup> 美國學說之見解請參見：鄭津津，從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案，中正大學法學集刊，第十期，頁 43-46，2003 年 1 月。

<sup>64</sup> 邱駿彥，勞動派遣之法律關係探討，萬國法律雜誌，第一三八期，頁 54，2004 年 12 月。

<sup>65</sup> 學者黃程貫教授認為，該等雙重勞動關係的見解對並無特別之勞工派遣立法的國家，如我國，則有理論價值。德國見解參見 Nikisch, Arbeitsrecht I, § 24 V 1, S. 241, 242.; Mayer-Maly, ZfA 1972, 1, 22 ff.; 34.; 另參見黃教授之見解：黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，頁 275，1998 年 12 月。

<sup>66</sup> 參見鄭津津，從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案，中正大學法學集刊，第十期，頁 19-22，2003 年 1 月。

<sup>67</sup> 立法機關以外之人應謹慎運用「擬制」，「擬制」通常是立法者才有的權利，即使是司法機關運用擬制做為法院判決理由的手段，更是必須小心，論述請參見下面台中地方法院 93 年度重勞訴字第 3 號的判決之討論。

契約，未能直接認為在要派人與派遣勞工間應成立一勞動關係，但此二方當事人之間並非全無關係，而是確實存在一法律上的連結(ein rechtliches Band)，因為派遣勞工乃是遵照要派人之指示、指揮管理而服勞務，且派遣勞工在發生違反勞務給付義務之情形時，毫無疑問地亦必須對要派人負契約上之責任，而不只是以完全無干之第三人身分負擔侵權行為責任而已。但是要派人與派遣勞工間之此一所謂的法律連結，其本質與內容為何？學者黃程貫教授曾將德國的各種學說作一詳細分析<sup>68</sup>，該文重要性及詳細程度不可言喻，本文實毋須重述。本文的重點集中於究竟應該在我國現行法規下去解釋這個「法律上的連結」，尤其是在職業災害這個課題上去分析。因此該論文中認為德國派遣人與派遣勞工之間的勞動契約係真正之利他契約(德國民法第三百二十八條第一項，我國民法第二百六十九條第一項)<sup>69</sup>。我們看民法第二百六十九條第一項之規定：「以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人亦有直接請求給付之權。」派遣勞動關係，確實是由派遣人(要約人)向派遣勞工(債務人)要約，使派遣勞工向要派人(第三人)給付勞務，因此符合我國民法第二百六十九條第一項之規定。然而要派人雖可由真正利他契約之法律結構取得勞務給付請求權，但要派人並不至於與派遣勞工成為勞動契約的當事人，惟根據德國學說，兩者間形成一類似契約關係(ein vertragsähnliches Verhältnis)<sup>70</sup>。因為於真正利益第三人之契約中，第三人在債務人給付時，與其有一緊密的社會接觸 (Sozial Kontakt)，因此德國法院及各學說均承認：享有給付利益的第三人必須對債務人負保護照顧義務<sup>71</sup>。

其實在我國的法律體制上也能得出此一結論，因為派遣人與要派人締結要派契約，雙方不僅有主給付義務，還有附隨義務。而派遣人並非自己提供勞務，而是派遣勞工以債務履行輔助人的地位提供勞務，此時要派人的附隨義務(主要是保護照顧義務)本應向派遣人履行，唯在派遣關係時由作為債務履行輔助人的派遣勞工提供勞務，則要派人應對該債務履行的輔助人履行附隨義務，此一解釋也能得到與德國學說所稱「類似契約關係」之效果<sup>72</sup>。從此看來，要派人必須對派遣勞工負保護照顧義務。由於派遣勞工所提供給要派人的勞務與一般勞工給付

<sup>68</sup> 黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，頁 275，1998 年 12 月。德國註釋書中完整分析者，可參見 Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2003, Einleitung, Rn. 77-345. 尤其 Rn. 84-150。

<sup>69</sup> 黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，頁 287，1998 年 12 月。另可詳見 Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2003, Einleitung, Rn. 77-345. 尤其 Rn. 141。

<sup>70</sup> Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2003, Einleitung, Rn. 143 ; MünchKomm-Gottwald, § 328, Rn. 29 ; Erman-H.P.Westermann, § 328, rn. 9, 11.

<sup>71</sup> Larenz, Schuldrecht, AT § 17 I, BGH 33, 249; 49, 350; 61, 127; 86, 240, 247.

<sup>72</sup> 台北律師公會、民法研究基金會等於九十六年三月十日共同舉辦台北律師公會系列在職進修課程，由民法研究基金會理事長前大法官孫森焱所提供之意見。另外誠信原則意亦可導出此一保護義務，另參見姚志明，誠信原則與附隨義務，收錄於民法研究會編，民法研究 6，學林出版公司，頁 224-226，2000 年 6 月。

給雇主的勞務，殊無二致，因此其保護的範圍自然應與第四百八十一條之一規定相同，即：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。」

## 2、勞工安全衛生法上的保護應擴及派遣勞工

### (1) 勞工安全衛生法之規定

前面提到行政院勞工委員會曾草擬過勞動派遣法草案，其中規定要派人要對派遣勞工負公法上的勞工保護義務。目前最典型的公法上的勞工保護法令為勞工安全衛生法，那麼要派人企業內勞工安全衛生的保護範圍應否擴及派遣勞工？從勞工安全衛生法第二條第一項至第三項的定義來看，原則上雇主只保護自己所雇用的勞工，但是第十六條至第十九條則例外擴及承攬人所雇用的勞工。如勞工安全衛生法第十六條規定：「事業單位以其事業招人承攬時，其承攬人就承攬部分負本法所定僱主之責任；原事業單位就職業災害補償仍應與承攬人員負連帶責任。再承攬者亦同。」

該法第十七條：「事業單位以其事業之全部或一部分交付承攬時，應於事前告知該承攬人有關其事業工作環境、危害因素暨本法及有關安全衛生規定應採取之措施。承攬人就其承攬之全部或一部分交付再承攬時，承攬人亦應依前項規定告知再承攬人。」

及該法第十八條：「事業單位與承攬人、再承攬人分別僱用勞工共同作業時，為防止職業災害，原事業單位應採取左列必要措施：

- 一、設置協議組織，並指定工作場所負責人，擔任指揮及協調之工作。
- 二、工作之連繫與調整。
- 三、工作場所之巡視。
- 四、相關承攬事業間之安全衛生教育之指導及協助。
- 五、其他為防止職業災害之必要事項。

事業單位分別交付二個以上承攬人共同作業而未參與共同作業時，應指定承攬人之一負前項原事業單位之責任。」

但是派遣業與要派人之間非承攬關係，於是第十六條至第十八條之規定，至少在表面上無法適用要派人對於派遣人所雇的派遣勞工。

### (2) 實務見解

目前實務上勞工檢查機關在執行檢查及勞工行政主管機關依法處罰時，對於法人之企業，除了將法人本身作為處罰對象外，對於事業單位內實際指揮監督者，也視為勞工安全衛生法第二條第二款所稱之雇主，一併處罰。故有學者認為「要派人」可以視為此處之「雇主」。只是勞工安全衛生法第二條第二款之定義

非常明確「本法所稱雇主，謂事業主或事業之經營負責人。」從文義上就是只有指事業主或事業之經營負責人。而從第五條以下所定雇主的勞工安全衛生義務，從體系性上解釋，完全導不出要派人為該法所稱「雇主」。惟有「目的性擴張」雇主任義，才有可能如此適用該法<sup>73</sup>，筆者認為或許也可以用下列之法律解釋或法律補充之方法。第一是以法律解釋中的當然解釋；第二是以法律補充的方法類推解釋前述民法第二六九條第一項所導出的類似契約關係。

### (3) 法律解釋中的當然解釋

首先筆者嘗試以法律解釋中的當然解釋來解決此一問題！我國現行的勞工安全衛生法本身存在一承攬人的勞工安全衛生義務。這是一項重要參考機制：派遣關係和承攬關係兩者有明顯的區別，對於要派人(定作人)來說，承攬人執行承攬事項，有其獨立自主的地位，定作人對於承攬人並無監督其完成工作之權限，原則上更不可能指揮監督承攬人的勞工。但是派遣勞工卻必須在要派人的指揮監督下工作，反而派遣人通常不指揮監督派遣勞工。從此來看，要派人對於派遣勞工的「使用」遠遠超過對承攬人的勞工，也就是說要派人因職災對派遣勞工造成侵害的可能性要高於對承攬人的勞工！然而勞工安全衛生法第十六條規定，事業單位(定作人)必需與承攬人對承攬人所雇用的勞工負職業災害的連帶補償義務；當然第十七條和第十八條等職業災害預防義務，對於承攬人的勞工也有私法上的權利(以此判斷有否過失)和公法上的反射利益。對於侵害的可能性比較低的承攬人之勞工都可以得到勞工安全衛生法的保護，那麼派遣勞工難到不能得到保護？

法律解釋中有所謂論理解釋，其中有一種解釋方法即當然解釋！當然解釋，指法文雖未規定，惟依規範目的衡量，其事實較之法律所規定者，更有適用的理由，而逕行適用該法律規定而言<sup>74</sup>。對於保護需求而言，正所謂舉輕以明重(Argumentum a minus ad majore)<sup>75</sup>，也就是論證上屬「尙且… 當然」的推論；從整體保護需求來說，未受事業單位指揮監督的承攬人之勞工保護需求較低，該等勞工都能受到勞工安全衛生法的保護。那麼事業單位實際指揮監督派遣勞工，其受保護需求高，那麼派遣勞工就更應該受到保護，這正符合舉輕以明重的論理性解釋。

### (4) 勞工安全衛生法類推民法法理

當然前述的當然解釋與類推適用之分辨有時極微，判斷不易。雖然學者有舉判斷之方法<sup>76</sup>，但為保險起見，筆者也嘗試以法律補充之常用方法一類推適用。

<sup>73</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法(增訂版)，自刊，頁 740-745，2006 年增訂五版。

<sup>74</sup> 楊仁壽，法學方法論，頁 145,146，自刊，1999 年初版再刷。

<sup>75</sup> 參見王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，頁 12-15，自刊，1998 年版。

<sup>76</sup> 楊仁壽，法學方法論，頁 146,147，自刊，1999 年初版再刷。

類推適用的概念定義，雖然各個學者所用之語句並不完全相同，如「所謂類推適用，係指將法律上的明文規定，適用到不是該法律所直接規範的情形，但其法律上的重要特徵與法律所明文規定者相同」<sup>77</sup>；「『類推適用』者，係將對『一事項』之『一法律規定』，或對『數類似之事項』之『數法律規定』，比照適用於法律評價上相似，而未經規定之事項」。然而究其重點則皆在於「相同的事物為相同的處理」之平等原則，所以在判斷某個案件或類型是否得類推適用法律有明文規定的類型，其認定的標準即在於「兩者是否具有法律上相似的評價，並且其二者之不同處在法律的評價上並不足以排斥此種相似的評價」<sup>78</sup>。

既然類推適用准否的基準在於其於法律上的評價是否相似，則公法與私法之區別是否重大到足以構成排斥所有兩者具有相同評價者的類推適用，則是一個非常值得討論的問題。因為勞工安全衛生法的性質為公法，能否類推適用前述以民法第二百六十九條第一項導出的法理？也就是第三人(要派人)基於社會接觸(Sozial Kontakt)，而對債務人(派遣勞工)有一保護照顧義務，類推至勞工安全衛生法，讓事業單位對派遣勞工也必須負起勞工安全衛生的保護義務。

依照我國通說，公法與私法有所區別，雖然有學者認為公法、私法區分的必要性在學理上值得檢討，但在我國，因為二元論已成制度上之實然，故而重提公私法一元論亦不過只具學問上辯證意義，而缺乏現實的可能性<sup>79</sup>。則公法是否得類推適用私法便有所爭議<sup>80</sup>。

實務上對於公法是否得類推適用民法則有不同之看法<sup>81</sup>，如下：

## 否定說

以最高行政法院判例 60 年度判字第 417 號為代表：「按公法之適用，以明文規定者為限，公法未設有明文者，自不得以他法之規定而類推適用本法，此乃當然之解釋，亦為適用法律之一大原則。」另外，最高行政法院判決 85 年度判字第 150 號也重申上述判旨。

<sup>77</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法(增訂版)，自刊，頁 730，2006 年增訂五版。

<sup>78</sup> 陳敏，行政法總論，自刊，頁 133，2004 年四版；Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., S.202.

<sup>79</sup> 參見蔡茂寅，郵政利用關係的法律性質—以公法與私法二元論之檢討為中心，月旦法學雜誌，第十五期，頁 99, 100，1996 年 8 月。

<sup>80</sup> 參見葛克昌，私法規定在行政法上適用，收錄於：台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究(上)，五南圖書出版公司，頁 15-27，2001 年二版。

<sup>81</sup> 另可參見葛克昌教授之評論，葛克昌，私法規定在行政法上適用，收錄於：台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究(上)，五南圖書出版公司，頁 15-27，2001 年二版。

## 肯定說

例如最高行政法院判例 52 年度判字第 345 號：「公法與私法，雖各具特殊性質，但二者亦有其共通之原理，私法規定之表現一般法理者，應亦可適用於公法關係。依本院最近之見解，私法中誠信公平之原則，在公法上應有其類推適用」<sup>82</sup>。76 年判字第 2086 號：「私法上向第三人為清償規定之法理，於政府在公法上因徵收而應補償所有權人之債務之履行，亦應有類推適用」。另 80 年判字第 579 號：「權利行使之期間，法律未設特別規定者，私法上之請求權因十五年不行使而消滅之規定，於公法上之權利，亦應類推適用」。88 年判字第 448 號：「原告對於本件課徵遺產稅之標的土地並無繼承權甚明，原核課處分認定原告為繼承人之事實既有錯誤，顯係對於非繼承人而核課遺產稅，其已繳納之遺產稅屬公法上之不當得利，其返還於稅法無明文規定時，應類推適用民法關於不當得利之規定處理。」都採肯定見解。

從上面的法院判決來看，行政法院對於公法是否得類推適用民法之規定，似乎從早期之一律否認，至今似乎有漸採肯定說之趨勢。那麼在學說的看法呢？近來好像也認為行政法領域可類推適用私法規定<sup>83</sup>，但必須注意行政法之法律關係究竟能否接受相當之「私法制度」，能接受至何種程度<sup>84</sup>？也就是說，因為公法著重之公益與私法著重的私法自治，有時有相當程度的衝突，所以在公法領域內要類推適用私法規定時，應特別注意兩者目的及本質之不同。雖然我國採取公私法二元之區分理論，然此二者之區別並未重大至足以構成排斥兩者具有相同評價者的類推適用，故在勞工安全衛生法是否得類推適用民法的規定時，應注重的是兩者在法律上的評價是否相似。其實勞動法的起源和最重要的目的固然是保護勞工，但是「勞動保護法」這個名詞無論在我國或德國都有其特別的概念，與其他的勞動法可以做一個概念上的區分。狹義上，傳統的勞動保護法是指國家制定保護勞工的法律，而且這種法律通常規定主管機關的監督權限，及刑法或行政法上的處罰規定<sup>85</sup>。可是現代的勞動法發展已迥異於以往，許多勞動保護法以私法的型態規定，尤其在實務上可以用請求履行或損害賠償訴訟達到制裁的效果<sup>86</sup>。因此，勞動保護法涵蓋私法及公法兩個範疇，公法上的勞動保護是指依照公法的規定，雇主甚或勞工所應承擔的義務；私法上的勞動保護是指雇主在勞動關係存續期間對勞工應履行的保護義務，根據德國的判決及學說認為：凡在公法上要求雇主的義務，就成為雇主在勞動契約中對勞工所應履行的義務<sup>87</sup>。這使得勞動保護

<sup>82</sup> 不過應注意者，一般認為誠信原則、信賴保護原則，是一般法律原則，存在於私法及公法之中，故公法是直接適用之，而非類推適用。

<sup>83</sup> 參見吳庚著，行政法之理論與實用，自刊，頁 33-34，2006 年增訂九版，；陳清秀，依法行政與法律的適用，收錄於翁岳生編，行政法 2000 (上冊)，頁 178，2000 年二版。

<sup>84</sup> 陳敏，行政法總論，自刊，頁 44，2004 年四版。

<sup>85</sup> Zöllner /Loritz, Arbeitsrecht, 1998, S.305.

<sup>86</sup> Zöllner /Loritz, Arbeitsrecht, 1998, S. 306.

<sup>87</sup> Wank /Börgmann, Deutsches und europäisches Arbeitsrecht, S. 1.

對個別勞工而言，可以依照公法上的勞動保護規定直接獲得請求權，不待監督機關執行公務才能享有反射利益的保護，這是一項很大的進展<sup>88</sup>。這種理論已有學者介紹至國內<sup>89</sup>，事實上也適合我國的勞動法及民法體系。從此等看法，勞工安全衛生法類推民法規定及法理，使派遣勞工得到勞工安全衛生法之保護，若無明顯扞格之處，難為有禁止之理。

## (二) 要派人是否要負損害補償或賠償責任？

要派人違反保護義務侵害派遣勞工時，派遣勞工能否適用第四百八十七條之一第一項規定或依民法第二百二十七條「加害給付」之規定請求要派人賠償？這個問題當然很難回答，由於要派人與派遣勞工之間沒有契約關係，只有法律所推導出來的類似契約關係，而該關係是指第三人(要派人)對債務人(派遣人)有保護照顧義務，違反該義務造成派遣勞工損害，是否直接以契約關係作為損害賠償責任之依據？

### 1、實務的見解—三則有關勞動派遣的法院判決

近來法院開使對派遣勞動關係關心，以下前兩則法院判決認定派遣勞工於值行工作時，不法侵害他人權益者，要派人必須與該派遣勞工負民法第一百八十八條的連帶賠償責任。最後一則判決認定要派人與派遣勞工有契約關係則引發學界及實務界爭議<sup>90</sup>。

#### (1) 臺灣臺北地方法院八十九年度訴字第五三〇九號判決要旨

該判決之判決理由略謂：「(一)、被告新祥記公司所抗辯：「……被告新祥記公司並未與位道公司訂立承攬契約……新祥記公司與位道公司間僅為資金借貸往來及人力支援之關係，故新祥記公司在工地現場並無負責人，其勞工潘重光當時雖在工地，為並非從事新祥記公司承攬位道公司之工程，而係被借調至位道公司，完全受位道公司統籌指揮作業……，潘重光受位道公司指揮作業，即應由位道公司負雇主監督管理之責，而與被告新祥記公司無關……」等情，核與前開職災檢查報告所述：「現場並無工地負責人，潘重光、鄭明軒等該事業單位勞工在場受韓國傷位道股份有限公司臺北分公司授權之工務所所長高樹樟指揮作業」相符，此亦為位道公司所不否認，故被告新祥記公司與參加人位道公司間，並無承攬關係，原告主張其有承攬關係，並不足採，其關係應屬勞工派遣關係。按所謂勞工派遣，乃是派遣公司之雇主，與勞工訂立勞動契約，於得到勞工同意，維持勞動契約關係之前提下，使其在要派公司事業主指揮監督下為勞務

<sup>88</sup> Grundlegend Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrecht, in: Die RG-Praxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 4, 1929, S. 37; Halbach/ Paland/ Schwedes/ Wlotzke, Übersicht über das Arbeitsrecht, 8 Aufl. 2000, S. 532.

<sup>89</sup> 參見黃程貫，勞動法，國立空中大學，頁 91,92，2002 年修訂版，。

<sup>90</sup> 勞動法學界對該判決討論甚多，參見司法院及行政院勞工委員會合辦，於 2006 年 11 月 9-10 日，在台大集思會館舉辦「九十五年勞工法規論壇」資料，頁 85 以下。



給付，該勞工與要派公司事業主間並無勞動契約關係存在。故本件被告新祥記公司為派遣公司，而參加人位道公司則為要派公司，潘重光即為受派遣之勞工，而勞動契約關係乃存在於潘重光與被告新祥記公司之間，故被告新祥記公司係潘重光之僱用人，要無疑義。雖潘重光於事故發生當時並非受被告新祥記公司指揮監督，惟其派遣勞工係擴張其事業經營領域，因而獲有經濟上及資金調度等利益，對於因此所生之風險自仍有歸責之理由及原因，何況被告新祥記公司於契約法上為潘重光之雇主，則何能脫免其僱用人之侵權責任？是被告新祥記公司為肇事之潘重光之僱用人，其亦未就民法第一百八十八條但書之免責事由舉證證明，應就本件事故負僱用人之侵權責任，而與潘重光負連帶責任。(二)、原告認為和解有無效之事由無非以和解低於勞動基準法關於職業災害補償之法定數額，違反強行規定為論據。查職災補償雖為強行規定，惟依法理，應認為係不得事先約定排除勞工之職災補償權，若於事故發生後，既已擁有該項權利，其是否行使，乃勞工之權利，應任其自由決定，法律上並無禁止其與雇主約定不行使或放棄其權利之理，此與侵權行為損害賠償責任不得預先約定拋棄，惟得事後和解同理，況且兩造和解數額八十萬元並未低於法定補償數額已如前述，故本件和解應無無效事由。」

## (2) 臺灣臺中地方法院九十二年度重訴字第七七六號判決

該判決理由略謂：「(一) 按所謂勞工派遣，乃是派遣公司之雇主，與勞工訂立勞動契約，於得到勞工同意，維持勞動契約關係之前提下，使其在要派公司事業主指揮監督下為勞務給付，該勞工與要派公司事業主間，並無勞動契約關係存在。查宋才係以被告名義申請引進，此有宋才之外僑居留證附於偵查卷宗可憑(參照台灣台中地方法院檢察署九十年度發查字第一四三一號傷害案件偵查卷宗第八頁)。又被告引進宋才後，將其借調予鹿峰土木至第二高速公路後續計劃大甲彰濱段第 C325A 標龍井彰濱段橋樑工程之結構工程工地工作，其在台工作期間之薪資，勞保費、就業安定費或其它各項費用概由被告給付，被告仍有隨時抽查、監督其之工作情形之權利給付，亦有被告所提之協議書，附卷可稽。(二) 基上可知，被告為派遣公司，而鹿峰土木則為要派公司，宋才為受派遣之勞工，而勞動契約關係乃存在於宋才與被告之間，故被告係宋才之僱用人，要無疑義。雖宋才於本件事故發生當時並非於為被告服勞務，惟其派遣勞工係擴張其事業經營領域，因而獲有經濟上及資金調度等利益，對於因此所生之風險自仍有歸責之理由及原因，何況被告於契約法上為宋才之雇主，自不能脫免其僱用人之侵權責任。因此，被告為肇事之宋才僱用人，其亦未就民法第一百八十八條但書之免責事由舉證證明，自應就本件事故負僱用人之侵權責任，而與宋才負連帶賠償責任。」

## (3) 臺灣臺中地方法院九十三年度重訴字第三號判決

該判決理由略謂：「…5…按當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行爲，乃學說上所稱之脫法行爲，倘其所迴避

之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質達成該效果，違反法律規定之意旨，即非法之所許，自屬無效。按國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策，憲法第153條第1項定有明文，勞動基準法即係國家為實現此一基本國策所制定之法律。於保護勞工之內容與方式應如何設計，立法者有一定之自由形成空間，惟其因此對於人民基本權利構成限制時，則仍應符合憲法上比例原則之要求。按勞動基準法係國家本於保護勞工權益之意旨，規範各項勞動條件最低標準之法律，事業單位固得依事業性質及勞動態樣與勞工另行訂定勞動條件，但仍不得低於勞動基準法所定之最低標準。並藉此減少勞工流動率，獎勵久任企業之勞工，俾使其安心工作，提高生產效率，藉以降低經營成本，增加企業利潤，穩定勞雇關係，以落實憲法規定國家應實施保護勞工政策之意旨。故雇主如將大量長期需要之人員改以委外派任之方式，來規避勞動基準法之適用，應認為無效，以貫徹「國家為保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展」之立法目的。否則雇主得以將長期雇用之人員，由第三人依雇主之指示出面聘任後，由第三人名義指派員工前往提供勞務之方式，來更改實際僱傭關係之名義，使僱傭關係不存在實際僱用人，無異助長脫法行為，難以保護經濟上之弱者。本件被告為國營機構，對於持續以新建電廠、增加發電機組來完成國家能源政策之需，既已明知，對於該持續新建電廠並增加發電機組所需之人員，依勞基法之規定，本應加以僱傭，並使渠等得適用勞基法內關於年資、退休金、休假等權利，竟意圖規避勞動基準法雇主之義務及責任，任由顧問公司剝削原告等A E人員之權益，並中斷原告等A E人員之工作年資，勞工一身之工作年限精華之所在有几年，原告等人在被告公司內服務達十餘年，該十餘年均屬原告等人之青春歲月，外觀上雖由不同顧問公司聘用原告再指派至被告施工處工作，除原告等人之年資遭中斷受損外，其工作權似無受損，然隨著原告等人年歲漸長，自當面臨被告無意願再由原告等人提供勞務，而拒絕顧問公司指派原告等人續至被告處工作，如此一來，原告等人自當面臨中年或中老年失業之困境，苟原告等人均由被告出面僱用，對於已服務公司達十餘年之員工，自可獲得勞動基準法之保障，換言之，被告不得以原告等人年歲過高或所領薪資足以聘任二名新進員工等經濟考量，任意終止雙方僱傭關係，此乃勞動基準法為保障辛苦多年為資方貢獻一身心力之勞工所為之規定，旨在防止企業主可將長期必需之有專業性之勞工，均由民間人力顧問公司出面聘僱再派至企業主處服務，期滿再由另一之顧問公司改聘後，同樣派至原企業主處工作之方式，造成企業主規避雇主責任，且可以任意解雇勞工，又不需支付資遣費之情形。雇主對於非臨時性或間歇性的職務，長期由同一勞工持續提供勞務之狀態，竟由他人以雇主之身份，與該勞工簽定勞動契約，再將該勞工派至實際雇主處長期提供勞務，係以迂迴方法逃避勞動基準法之適用，以達其實質享有原告等人長期提供勞務之實質目的，依上說明，被告與訴外人駱鈴、吉興及泰興等顧問公司，以簽訂人力支援契約之方式，由駱鈴、吉興或泰興等公司，陸續與原告等人簽訂僱傭契約，再將原告等人指派至被告處工作，上開由駱鈴、吉興或泰興為

名義人與原告等人簽訂之勞動契約之脫法行為於法即屬無效。6.綜上所述，本件被告雖自七十五年起對於新建電廠及發電機組設置等所需之人力，長期以外包方式，與民間工程顧問公司簽訂人力支援契約，或透過採購法以公開招標方式，與得標顧問公司簽訂契約，由原告等人提供勞務長達十餘年來支援被告所需人力，原告等人雖曾與各工程顧問公司簽訂任職同意書，或與陸續未得標的顧問公司領取資遣費，然勞雇關係本非立於平等地位，此乃憲法及勞動基準法、就業服務法、勞工保險條例、就業保險法、勞工退休金條例、職業災害勞工保護法、大量解僱勞工保護法及兩性工作平等法相關法令之制定以保護勞工之權益，是以，原告等人為獲取工作權，僅得依資方之要求，與名義上之雇主定約，或依其規定簽署任職同意書，然本件原告之工作年限、工年內容及其工作之從屬性，實際雇主應為被告，已詳述如前，則原告與訴外人顧問公司間資遣費之領取或任職同意書之簽署，均屬被告為免去依勞動基準法所應負雇主責任之脫法行為之一部，上開簽署行為亦為無效，非可以此而謂原告與被告間無僱傭關係存在。此外，原告游騰憲、朱福中、陳裕洲三人於訴訟進行中雖曾由被告通知名義上之駱鈴工程顧問公司，以工作已告一段落為由，而遭駱鈴公司解僱，然本件原告游騰憲、朱福中及陳裕洲等三人之真正雇主既為被告，而非駱鈴公司，則駱鈴公司對原告三人所為之解任行為，自不影響原告游騰憲、朱福中及陳裕洲等三人與被告間之尚存在之僱傭關係，附此敘明。」

## 2、筆者對三項判決之評論

### (1) 前兩則判決之評論

雖然法院認為要派人應該與派遣勞工對被害人負民法第一百八十八條之連帶損害賠償責任。那麼是否指要派人就是僱用人？而派遣勞工及受僱人？其間就有民法第四百八十二條的僱傭關係？答案當然是否定的！因為依照我國通說及實務的見解<sup>91</sup>：民法第一百八十八條規定，並非只有僱傭契約才有適用；按僱用人依民法第一百八十八條應負賠償責任，係以選任或監督受僱人有過失為原因，則解釋受僱人之意義，應以僱用人對其選任有無責任，以為決定標準。凡客觀上被他人使用，為之服勞務而受其監督者，均應認為受僱人。即使構成從事勞務基礎之法律行為無效，對本條之適用亦屬無礙<sup>92</sup>。因此這兩號判決並未提供契約上的損害賠償請求權基礎。

### (2) 第三則判決之評論

第三則判決以要派人(台灣電力公司)與各工程顧問公司訂立要派契約，係為迴避為脫法行為，直接認定要派人與派遣勞工之間有僱傭關係存在，是一很大膽

<sup>91</sup> 參見孫森焱，民法債編總論，上冊，自刊，頁 300-302，2005 年修訂版

<sup>92</sup> 通說僅參見孫森焱，民法債編總論，上冊，自刊，頁 301，2005 年修訂版。法院見解參見：最高法院五十六年臺上字第一六一二號判例；最高法院五十七年臺上字第一六六三號判例。

的認定。此一對於現行勞動派遣的實務會造成相當大的衝擊。

筆者對於該判決希冀達到勞動保護法，甚至是憲法上的公平正義的想法，能所理解；但是對其運用法學方法則持保留態度。筆者以下面三點作分析(並請參考圖二)：

一、法院使用「擬制」方法的錯誤：立法機關以外之人應謹慎運用「擬制」，「擬制」通常是立法者才有的權利，即使是司法機關運用擬制做為法院判決理由的手段(die Fiktion als Mittel der Begründung eines Gerichtsurteils)，更是必須小心翼翼，因為理由和法條不同，判決理由主要的是對事實有適切的認識；而不是從事規定，也就是說希望該理由具有說服力(überzeugen)。所以法官在判決中運用擬制時往往是明知兩種例型的事實不相同，卻引用相同的法律效果，這通常是法院的卸責，因為司法裁判運用擬制的方法，將掩蓋了決定性的理由(mas gebliche Entscheidungsgründe)，將說理貶抑為表象說理(sie setzt die Begründung zu einer Scheinbegründung herab)，所以法院應盡量避免運用「擬制」。<sup>93</sup>本判決中對於台灣電力公司與各派遣勞工之間直接認定有契約關係，其理由是要派人和派遣人之間要派契約和派遣人和派遣勞工之間的勞動契約為脫法行為，顯然論證上過於牽強，此等擬制之論證方法有濫用之危險。

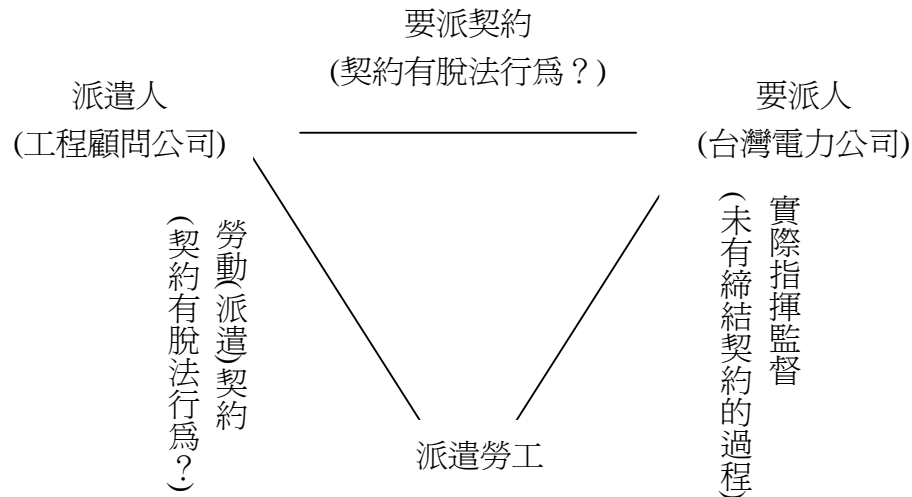
二、認定要派契約及勞動派遣契約為脫法行為而有實質上違反民法第七十一條規定而無效，對勞工不見得有利：如果將要派人和派遣人之間的契約、派遣人和派遣勞工之間的契約均認定無效，將斷絕以契約關係的求償可能性，如此一來，對勞工可能更不利。

三、如果真要使要派人和派遣勞工能有擬制上的契約關係，或可運用從德國學說的「有瑕疵的勞動關係」解決。<sup>94</sup>然而德國學說針對事實上的勞動關係或有瑕疵的勞動關係而言，都是指有締約合意之事實，只是締約過程發生瑕疵造成被撤銷或無效，並已實際投入勞動者<sup>95</sup>。因此第三則判決中要派人與派遣勞工間並未有締約合意，殊難援用該等理論來解決法律關係。

<sup>93</sup> Larenz/ Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 85.

<sup>94</sup> 所謂「有瑕疵的勞動關係」係從德國學者 Haupt 教授所發展「事實上的契約關係」延伸而來。國內的介紹參見王澤鑑，事實上契約的關係，收錄於：氏著，*民法學說與判例研究*，第一冊，頁 93-109，自刊，1983 年版。Haupt 氏的見解當時受到民法界很多批評，但勞動法領域卻發展出「事實上勞動關係」，以至於後來的「有瑕疵的勞動關係」，國內的介紹參見林更盛，從「事實上勞動關係」到「有瑕疵的勞動關係」--評最高法院八七年度臺上字第四五一號判決，*臺灣本土法學雜誌*，頁 25-44，2003 年 12 月。

<sup>95</sup> 德國見解僅參見 Schaub-Schaub, *Arbeitshandbuch*, § 35, Rn. 32ff.，國內另可參見林更盛，從「事實上勞動關係」到「有瑕疵的勞動關係」--評最高法院八七年度臺上字第四五一號判決，*臺灣本土法學雜誌*，頁 37，2003 年 12 月。



(圖二)台中地方法院93年重勞訴3號判決之派遣勞動關係圖

### 3、以類推適用民法及勞動基準法之規定

從上面三則判決中，筆者分析了各判決所持的理由錯誤，該等理由並不能導出要派人要對派遣勞工負職業災害的賠償和補償責任。或許還是回到勞動(派遣)契約的涉他性質，較為妥當。也就是類推適用民法第四百八十七條之一項規定：「受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償。前項損害之發生，如別有應負責任之人時，僱用人對於該應負責者，有求償權。」由於派遣勞工對於要派人也是服勞務，在服勞務的範圍內，要派人本必須提供必要的協助(保護照顧義務)方能使派遣勞工順利提供勞務，滿足債之關係。舉例來說，面臨一個即將爆炸得鍋爐，如何期待任何人在該鍋爐旁工作。其意義很明顯，民法第二百八十九條第一項(真正利益第三人契約)所導出「要派人」和「派遣勞工」之間的類似契約關係(vertragsanlicheas Verhältnis)，在派遣關係上，正是要派人類同雇主有勞務請求權、實際指揮監督派遣勞工並受領該勞務，就工作環境及勞務給付可能性的風險控制上，派遣勞工如同要派人自己雇用的勞工，在保護需求上並無不同。其法理自明，縱不直接援用德國學說，如前所述，在我國法律體制下也能導出該法理，更何況還有兩個法律上的連結：一是適用我國民法第二百六十九條第一項的勞動(派遣)契約，二是讓渡勞務請求權及指揮監督權的要派契約。如果要派人因不履行保護照顧義務致生派遣勞工損害。職是之故，以類推適用第四百八十七條之一第一項規定向要派人求償，較為恰當。如果只能依民法第一百八十四條規定求償，則因為侵權行為的舉證責任遠較於債務不履行為重，勞工很難達成求償目的。

至於是否使要派人對派遣勞工負起勞動基準法第五十九條規定的補償責

任？應該也如同上述之推論，應使要派人在職災時負起雇主責任對派遣勞工補償，嗣後向應負責之人請求返還賠償之金額。

### (三) 要派人與派遣人是否要負連帶損害補償或賠償責任？

要派人與派遣人在發生職災時，依照目前之推論雖然得到各應在契約責任上負損害賠償之責任及依勞動基準法第五十九條的職災補償責任，但並非負連帶損害補償或賠償責任！

#### 1、要派人與派遣人的補償或賠償債務「表面」為不真正連帶債務

要派人與派遣人在發生職災時所負的損害或補償責任，都是因派遣勞工發生損害；但卻基於各別的發生原因：派遣人與派遣勞工是因勞動契約關係，要派人與派遣勞工本來只有依侵權行為規定，而筆者上述的推理或可得到類似契約的關係。因此債務人間並無主體牽連關係。故要派人與派遣人與派遣勞工之間債務關係從「表面上」來看是「不真正連帶債務」。即是指有數個債務人存在，而債權人可向各個債務人為全部之請求，其中一人為清償之後，如果目的已達，而其他人之債務亦隨之消滅<sup>96</sup>。它和民法規定的連帶債務不同；它無法享有根據我國民法第二百七十三條規定來連帶債務的效力：「連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人，或數人，或其全部，同時或先後請求全部或一部之給付。連帶債務未全部履行，全體債務人仍負連帶責任。」但由於我國通說認為不真正連帶債務不得準用連帶債務之規定，因此就派遣勞工的職災損害賠償，表面上無法依民法第二百七十三條規定來請求<sup>97</sup>。因此他的債權實現可能性要比較差。

#### 2、連帶債務對債權人(派遣勞工)之優劣

當然要派人與派遣人適用「連帶債務」之規定不全然對派遣勞工有利，因為根據連帶債務的效力不只有民法第二百七十三條，尚有第二百七十四條至第二百七十九條之對外效力規定及第二百八十條至第二百八十二條之對內效力，實務上就曾發生一例：有事業單位甲將工程交付乙承攬，而乙又轉包給丙，丙承攬人之勞工丁因於工程中發生職災。按勞動基準法第六十二條(可參考下面條文)之規定甲乙丙必須連帶負職災補償責任，應為職災補償新台幣 2,413,500 元。唯不諳法律之丁先與自己的雇主丙只以新台幣 20 萬元達成和解，丁原想向乙請求其他金額，結果向法院提起訴訟獲敗訴判決。因民法第二百七十六條第一項規定：「債權人向連帶債務人之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。」反面言之，被免除之利益。就該案件而言，丙小包為最後承攬人依法應負最終補償責任，亦即就內部關係言應負「全部」補償責任。乙公司依勞動基準法第六十二條規定對外需與丙小包對勞工

<sup>96</sup> 參見謝銘洋，連帶債務與不真正連帶債務，臺灣本土法學雜誌，第十五期，頁 120-121，2000 年 10 月；邱聰智，民法債編總論，下冊，自刊，頁 649，2001 年。詳論者見王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(下)，中正大學法學集刊，第八期，頁 32-53，2002 年 7 月。

<sup>97</sup> 參見孫森焱，民法債編總論，下冊，自刊，頁 914-918，2006 年修訂版。

丁負連帶補償責任，但「內部關係」則應無分擔額。所以當勞工丁與丙小包以 20 萬元達成和解，並拋棄對丙小包其他金額之債權時，雖然其內心是想向資力較好的乙請求，唯其發生法第二百七十六條第一項反面解釋的效力，不得再向甲或乙求償<sup>98</sup>。此外諸如第二百七十六條第二項連帶債務人時效完成之限制絕對效力(之反面解釋，即時效完成之絕對效力)等相關問題<sup>99</sup>，也類似前面的例子。

不過就求償可能性來看「要派人與派遣人負連帶債務」對派遣勞工是有優點的！黃茂榮教授就認為：「其實就連帶債務在交易上之機能論，連帶債務的意義應在於歸屬個別債務人之無支付能力所構成的風險。該風險由每一個連帶債務人對債權人獨立負擔。」<sup>100</sup>這層考量對於我國實務上特別有意義，如前所述，我國的派遣人資力大多較差，相對地要派人資力較好；即使在一些例外的情形要派人資力較差，假設「要派人與派遣人負連帶債務」派遣勞工當然能從民法第二百七十三條的規定獲得比較高的保障。「要派人與派遣人對派遣勞工負連帶債務」的優缺點相較，顯然瑕不掩瑜。

然問題是民法第二百七十二條規定：連帶之債必須有「契約明示或法律規定」，國內有學者對此一通說有所批判<sup>101</sup>。筆者則認為所謂法律規定，包括法律所明文規定及類推適用法律規定兩者。因此問題在於應類推適用什麼規定？

### 3、類推適用勞基法有關職業災害補償規定是突破點

國內學者論述三方關係者非常多，也多想突破要派人和派遣勞工之間「法律上的連結」，但鮮有以我國法制中去尋找突破。可是學者邱駿彥教授在其大作中「勞動派遣之法律關係探討」<sup>102</sup>中就勞動基準法對於承攬關係與派遣勞動關係作比較，釐清「派遣」和「承攬」之間的區別，是一相當重要的探討，對於本文想解決的問題功用甚大，首先他分析：依據民法第四百九十條規定，承攬契約乃是承攬人與定作人雙方約定，承攬人爲定作人完成一定之工作，定作人俟其工作完成後，給付報酬之契約。按此種承攬契約之工作型態，在派遣公司亦非無運用之可能。若派遣公司承攬某定作人企業之工作，則承攬性質之常態應該是派遣公司「指揮」自己所雇用之勞工，遂行定作人交付之工作。但實務上基於事實需要，可能無法排除派遣公司所雇用之勞工進入定作人企業內，與定作人企業之勞工同

<sup>98</sup> 參見陳金泉，職業災害補償和解與連帶補償責任之免除—台灣高等法院九〇年勞上字第三三號判決評釋一，台灣本土法學雜誌，第十五期，2005年7月，頁227-231，特別是頁229以下，2005年7月

<sup>99</sup> 參見林誠二，連帶債務人時效完成之限制絕對效力，台灣本土法學第89期，頁177-182，2006年12月。

<sup>100</sup> 參見黃茂榮，多數債務人或債權人之債，植根雜誌，第二十卷第七期，頁285，2004年7月。

<sup>101</sup> 參見王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(上)，中正大學法學集刊，第七期，頁190-191，2002年4月；王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(下)，中正大學法學集刊，第八期，頁52-53，2002年7月。

<sup>102</sup> 參見邱駿彥，勞動派遣之法律關係探討，萬國法律雜誌，第一三八期，頁50-66，2004年12月。

受定作人指揮命令服勞務之情形。在此狀況下，邱教授認為：究竟屬於承攬或派遣，即有區別上之困難<sup>103</sup>(但筆者認為這時勞動派遣公司已經在進行承攬業務，其契約內容已非常明確。)。邱教授認為「目前在我國尚未有派遣相關法規範前，區別派遣之不同於承攬，對派遣勞工似乎無立即實益可言，但由於勞動基準法第六十二條與第六十三條就事業單位(定作人)與承攬人之責任區分置有若干規定，因此區別承攬與派遣至少於釐清派遣勞工可向派遣公司主張雇用人責任，或可向承攬人主張職業災害補償連帶責任上，有其一定意義<sup>104</sup>。」

可是筆者認為邱教授的區別方法不僅重要，而且為於派遣勞工於職業災害補償和賠償上有重大實益！區別派遣與承攬，若要認定派遣公司派遣公司所為係承攬而非派遣時，邱教授認為必須確認派遣公司係獨立遂行定作人所定作之義務；換言之，派遣公司必須滿足以下兩要件：

第一、派遣公司必須直接使用自己所雇用勞工之勞動力。

第二、派遣公司必須將所承攬之業務當成自己之業務脫離定作人企業之介入，而獨立處理。

從邱教授上述的第一點來看，是從「作用」上分析，第二點來看是從「組織」<sup>105</sup>上作分析。承攬關係中無論從作用上或組織上都是與定作人的影響範圍分離的、獨立的<sup>106</sup>。故承攬人執行承攬事項，有其獨立自主的地位，定作人對於承攬人並無監督其完成工作之權限，即無民法第一百八十八條規定之適用。如承攬人執行承攬事項，致侵害他人權利，原則上定作人不負責任<sup>107</sup>。不過我們看一下勞動基準法第六十二條、第六十三條的規定：

勞動基準法第六十二條規定：「事業單位以其事業招人承攬，如有再承攬時，承攬人或中間承攬人，就各該承攬部分所使用之勞工，均應與最後承攬人，連帶負本章所定雇主應負職業災害補償之責任。事業單位或承攬人或中間承攬人，為前項之災害補償時，就其所補償之部分，得向最後承攬人求償。」

---

<sup>103</sup> 參見邱駿彥，勞動派遣之法律關係探討，萬國法律雜誌，第一三八期，頁 54-55，2004 年 12 月；邱駿彥，勞動派遣法律若干疑義之考察，台北大學法學論叢，第六十期，頁 55-57，2006 年 12 月。

<sup>104</sup> 參見邱駿彥，勞動派遣之法律關係探討，萬國法律雜誌，第一三八期，頁 55，2004 年 12 月。

<sup>105</sup> 「作用」與「組織」原係行政法上作為區別法律性質的概念，於此借用其概念，以助釐清法律規範。

<sup>106</sup> 劉春堂，民法債編各論(中)，頁 31，初版一刷，2004 年；楊芳賢，於黃立編，民法債編各論(上)，元照出版公司，頁 580-581，2002 年初版一刷。。

<sup>107</sup> 參見孫森焱，民法債編總論，上冊，自刊，頁 300-302，2005 年修訂版；劉春堂，民法債編各論(中)，頁 31，初版一刷，2004 年。



勞動基準法第六十三條：「承攬人或再承攬人工作場所，在原事業單位工作場所範圍內，或為原事業單位提供者，原事業單位應督促承攬人或再承攬人，對其所僱用勞工之勞動條件應符合有關法令之規定。

事業單位違背勞工安全衛生法有關對於承攬人、再承攬人應負責任之規定，致承攬人或再承攬人所僱用之勞工發生職業災害時，應與該承攬人、再承攬人負連帶補償責任。」

我國的勞動基準法將民法中原本只由承攬人獨自承擔的損害賠償責任打破，於勞動基準法第六十二條及第六十三條規定，定作人必須與承攬人對承攬人所僱用之勞工於發生職業災害時，要負連帶損害賠償責任！

那麼派遣勞工在「組織上」已經脫離派遣人而納入要派人的生產組織內提供勞務。而在「作用上」要派人又實際指揮監督該派遣勞工。要派人對於派遣勞工提供勞務時所掌控的風險與危險，都遠遠超過定作人之於承攬人之勞工！難道要派人不需與派遣人為派遣勞工連帶負職災損害賠償之責？答案似乎顯而易見：當然要派人與派遣人兩者應該要連帶負損害責任！

## 二、實踐發展

實務上相關見解如下：

### （一）高等法院 94勞上字7

按所謂勞動派遣係指派遣公司之雇主，與勞工訂立勞動契約，於得到勞工同意，維持勞動契約關係之前提下，使其在要派公司事業主指揮監督下為勞務給付，該勞工與要派公司事業主間並無勞動關係存在而言。是要派公司與派遣勞工間，僅存有勞動力使用之指揮命令關係，至於基於勞動契約關係成立而發生之雇主義務，則係存在於派遣公司，要派公司對派遣公司應負擔給付派遣費用之責任，但對派遣勞工無直接給付工資義務，故有關勞動契約、解雇、工資及工作規則等事項皆只由派遣公司雇主負擔法律上之主體責任。此種特殊之勞動關係，可視為派遣公司將其勞動請求權乃至勞務指揮權讓與要派公司後所發生，依據我國民法第四八四條規定旨趣，僱用人於得到受僱人同意後，得將其勞務請求權利讓與第三人，只要派遣勞工基於與派遣公司間之勞動契約約定，同意此種勞務給付型態，勞動派遣即屬適法。

### （二）高等法院 92 勞上易 59

按上訴人囿於其需服從配合被上訴人之業務支配及公司規章，已如前述，被上訴人延續書面契約時，不由自己訂立，而由泰國盛美公司出名與上訴人訂立，上訴人難有選擇或拒絕之餘地，且與泰國之公司訂約或有出於在泰國工作許可或進入泰國簽證等等之問題，自不能單以上訴人與泰國公司之合約，即遽以認定上

訴人非受雇於被上訴人；且倘上訴人無僱傭關係，上訴人收入高，需支付泰國高所得，是上訴人之問題，何需被上訴人替上訴人規避泰國之高稅率？雖被上訴人又以泰國盛美公司係依泰國法成立之公司，且係由被上訴人之法定代理人李賓以個人名義投資，並非由被上訴人公司轉投資成立或係被上訴人分公司云云，並提出泰國盛美公司商業執照證明書一紙、經濟部投資審議委員會九十一年八月九日經審四字第 000000000 號函檢附被上訴人境外投資卷宗為證（附本院卷一 0 六頁至一一一頁），惟查上述文件僅係證明被上訴人與泰國盛美公司為兩個獨立不同之事業，但兩個獨立不同之事業之間，有可能借調員工、或是勞動派遣、或是員工兼職，或是兩個不同之契約等等不一而足，縱使被上訴人與泰國盛美公司為二個不同之公司，如在泰國盛美公司服務之人員是被上訴人借調之員工，或被上訴人勞動派遣之員工，仍是以被上訴人為雇主，而非泰國盛美公司，而本件因上述事由經認定是被上訴人雇用上訴人，則與被上訴人及泰國盛美公司是否為兩個獨立不同之事業無關，被上訴人徒以該二公司為兩個不同之事業，主張上訴人非其受僱人云云，尚不足採。

### （三）高等法院 90 勞上 7

按所謂勞動派遣係指派遣公司之雇主，與勞工訂立勞動契約，於得到勞工同意，維持勞動契約關係之前提下，使其在要派公司事業主指揮監督下為勞務給付，該勞工與要派公司事業主間並無勞動關係存在而言。是要派公司與派遣勞工間，僅存有勞動力使用之指揮命令關係，至於基於勞動契約關係成立而發生之雇主義務，則係存在於派遣公司，要派公司對派遣公司應負擔給付派遣費用之責任，但對派遣勞工無直接給付工資義務，故有關勞動契約、解雇、工資及工作規則等事項皆只由派遣公司雇主負擔法律上之主體責任。此種特殊之勞動關係，可視為派遣公司將其勞動請求權乃至勞務指揮權讓與要派公司後所發生，依據我國民法第 484 條規定旨趣，僱用人於得到受僱人同意後，得將其勞務請求權利讓與第三人，只要派遣勞工基於與派遣公司間之勞動契約約定，同意此種勞務給付型態，勞動派遣即屬適法。

有關勞動派遣之相關立法，於我國尚無明文規範，航空業是否排除適用，亦未見明文，揆諸民法第 484 條規範之僱用人於得到受僱人同意後，得將其勞務請求權利讓與第三人，及受僱人得僱用人同意，得使第三人代服勞務之旨趣，本院認此種勞務給付型態—「勞動派遣」，於無立法明文限制前尚難遽認上述勞務給付之型態無效，而應予尊重。

### （四）台北地院 95 訴 11817

查，被告自 92 年 4 月 30 日公司設立時，其所登記經營事業項目中雖即有「人力派遣業」乙項（見本院卷第 5 頁之公司基本資料查詢）；惟此所指之「人力派遣業」係指就業服務業以外之提供人力支援從事事業機構委託派遣工作之業務而

言見本院卷第 100 頁之細類定義及內容簡要)。換言之，即謂派遣公司與用人企業訂定派遣契約，約定由派遣公司僱用員工派遣至用人企業，該員工在用人企業之指揮監督下工作(勞動派遣法草案第 2 條規定參照)。由此觀之，被告與原告簽訂系爭契約刊登徵才廣告(此為原告所不爭執)，以便僱用後再指派至客戶公司完成專案需求之人力派遣服務業務，顯與 1111 人力銀行網站人力派遣中心所經營之「人力仲介」業務迥異甚明。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

本案為首宗針對勞動派遣關係本質討論的案例，由於我國尚未有勞動派遣之立法，法院實務對勞動派遣關係的見解將直接影響勞資關係。

### 二、重要案件

本單元提供二個案例，分別是：

- (一) 臺灣臺中地方法院 九十三年度重勞訴字第三號
- (二) 臺灣高等法院臺中分院 九十五年重勞上字第三號

### 三、案例之重要內容

#### 民國 72 年 4 月 24 日

被上訴人子○○其原為上訴人公司之員工，後於 72 年 4 月 24 日主動離職，跳槽至泰興公司，泰興公司於 72 年 4 月 25 日至 78 年 5 月 1 日指派被上訴人子○○之工作地點。

#### 民國 75 年 2 月 28 日

台灣電力股份有限公司為國營事業，因經濟部核准台中火力發電廠(即台中施工處)之建廠及新發電機組(一至四號機)之設置，而需短期之人力，為此被告以承攬名義轉由民間顧問公司為其代為招募勞工，期間預計 4 至 5 年。

#### 民國 77 年

民國 77 年間被告即以承攬名義轉由民間顧問公司為其代為招募勞工。

#### 民國 78 年

被上訴人戊○○於 78 年 11 月 2 日至 83 年 6 月 30 日、85 年 10 月 7 日至 86 年 10 月 14 日及 88 年 12 月 20 日至 90 年 7 月 15 日間均受僱於吉興公司，並由吉

興公司派往上訴人公司台中施工處以外之地點工作。

#### 民國 79 年

因行政院 79 年 3 月 30 日台 79 經 06252 號函，追加發電機組，即五至八號機。

#### 民國 85 年

泰興工程公司得標，被告與其訂立承攬人事支援服務契約。

#### 民國 86 年

因行政院 86 年 8 月 1 日台 86 經 30917 號函，追加發電機組，即九號及十號機。

#### 民國 86 年 5 月 3 日

被上訴人辛○○被泰興公司調回，且依泰興公司指示在他處工作，工作地點非在上訴人公司，時間長達近 5 年。

#### 民國 86 年 10 月 16 日

被上訴人戊○○於 86 年 10 月 16 日至 88 年 5 月 31 日間受僱於桂裕企業股份有限公司。

#### 民國 87 年

吉興工程公司得標，被告與其訂立承攬人事支援服務契約。

#### 民國 92 年 9 月

益鼎工程公司及駱鈴工程公司得標，被告與其訂立承攬人事支援服務契約。

### 四、案例之意義與影響

#### (一) 爭點

其相關爭點如下：

何謂勞動派遣？

原告與被告兩造間是否僅存在勞動派遣之派遣勞工要派機構之事實狀態或兩造間有勞動契約之適用？

派遣人與要派人之派遣契約是否為脫法行為？

#### 1、何謂勞動派遣？

##### (1) 地院

派遣乃勞工先由人力派遣公司雇用並簽定勞動契約，在此僱傭關係下，再由派遣公司將勞工指派至真正想要使用勞工的公司即俗稱要派公司，接受該公司的指揮、監督，並提供勞務。因此，派遣制度不同於一般的直接僱用形態，而係屬於間接僱用之一種。亦即勞務之提供及接受者之間多了一個派遣公司，並由派遣公司以法律上雇主身份出現。因此，對要派公司而言，派遣人員是和派遣公司簽訂僱傭契約，因此要派公司並非派遣人員法律上的雇主。所以，派遣人員雖和要派公司原有的正規職勞工一般提供勞務，然要派公司在法律上既非派遣人員之雇主，自無庸提供任何員工福利、獎金、津貼、員工教育費等義務。

人力派遣制度，既得以達成某程度經濟上之利益，而人力派遣之允許，或雖會造成法律的實施及貫徹勞工保護法的困難，但為保障勞工就業權及兼顧經濟利益，人力派遣之允許，為保障勞工就業權及兼顧經濟利益，僅得「適度」採行，在已立法之國家均就派遣提供勞務之期間加以限制，如韓國勞動派遣法第六條第一項、第三項，日本勞動派遣法第四十條之二第二項、第四十條之五，及我國目前由立法委員於立法院第五屆第二會期第六次會議提案討論之派遣勞動法草案之第十六條亦有規定。

派遣勞動法在我國雖尚未立法通過，然依世界各國為降低人事成本，以增加企業競爭力，均逐漸認同勞動派遣制度，雖採行派遣制度將損及勞工權益，然如未能在契約自由原則及保障勞工權益間取得一個平衡點，適度同意企業主依勞動派遣契約之方式，解決部分人事成本，無異殺雞取卵，畢竟勞資雙方乃共存共榮之關係。因此，人力派遣制度應僅適用於「非長期性」之工作型態。故勞動派遣制度，在「勞動派遣期間」及「派遣業務範圍」等二大要件限制下，對於季節性、臨時性、短暫性之工作所需人力，得委由派遣機構提供派遣勞工支援此部分人力之需求，既無契約自由原則之濫用，亦無背於公序良俗或與憲法保護勞工之精神相抵觸。

## (2) 高院

勞動派遣定義下，吾人可知派遣勞工係受雇於派遣公司，但卻在要派公司的指揮、監督下服勞務行政院勞動委員會亦於其制定之派遣勞工權益參考手冊載述：「要派機構與派遣勞工間雖無勞動契約關係，但派遣勞工係在要派機構之指揮監督下提供勞務。…派遣機構－派遣勞工：勞動契約（勞動關係）。要派機構－派遣勞工：指揮監督（使用關係）、提供勞務。…派遣機構應適用勞動基準法…僱用派遣勞工之派遣機構當然應遵行所有勞動法令規定之雇主義務。…派遣機構與派遣勞工須訂定勞動契約…工資應由派遣機構與派遣勞工雙方約定之…因派遣勞工係受僱於派遣機構，再由派遣機構派遣至要派機構內提供勞務，即使在派

遣期間，派遣機構與派遣勞工間仍維持勞動關係，所以應由派遣機構負擔工資給付之義務。…派遣機構既為派遣勞工之雇主」等語。

是勞動派遣契約之雇主僅為派遣機構，而應認僅派遣公司與派遣勞工間成立僱傭關係，派遣勞工與要派公司間則無僱傭關係。即要派公司與派遣勞工間，僅存有勞動力使用之指揮命令關係，至於基於勞動契約關係成立而發生雇主義務，則存在於派遣公司，要派公司則對派遣公司依契約負擔給付派遣費用責任，有關勞動契約、解雇、工資、職業災害補償等皆應由派遣公司負責。

我國勞動派遣法草案目前並非僅有單一版本，且該草案尚未制定通過，尚無規範拘束力。至國際公約或外國立法例，或有限定派遣勞工限於短期、或無期限限制、或有不同業務種類之限制，或無不同業務種類限制，惟此係政策決定立法問題。是於我國勞動派遣法未立法通過前，尚不得遽認派遣勞動契約，應受業務種類、工作性質、期間等限制。

## 2、原告與被告兩造間是否僅存在勞動派遣之派遣勞工要派機構之事實狀態或兩造間有勞動契約之適用？

### (1) 地院

原告等人前往被告施工處服務之過程，均透過親友告知台電將雇用大批工程師，僅需登記經面試通過即可等情，且依被告之性質乃公營機構，任用人員或經國家考試派任，或由內部考試錄取等等，顯與原告等之任用方式有別，且其等人亦知屬俗稱之 A E 人員，與一般台電員工不同，再佐勞工保險資料及每年之綜合所得稅扣繳憑單等資料上均明顯載明其僱用人並非被告，原告應之其僱用人並非被告。

然被告雖以公開招標方式，與各人力派遣顧問公司簽訂人力支援之商務契約，然所需人力之性質、數額均大致相符，實質上，原告等人無論與新舊顧問公司間僱傭契約之終止及簽訂，原告等人均在被告施工處執行相同性質勞務之期限，短則九年，長則高達十五年，原告等人在被告施工處服務之年限均已逾目前世界各國已立法規範或我國目前仍在立法院之草案內容所限制之勞動派遣工作期限。

被告雖以造成應屬『短期』需要之外包人力，竟持續達十餘年，係因經濟發展及民生用電倍增，然就我國被告既為一專業電力公司，對於電力之需求乃伴隨著之經濟蓬勃發展，僅有日溢增加，豈可委為不知，且能源政策乃國家經濟大政，自非短期政策，而我國能源所需之電力既均由被告提供，被告空言此僅為短期之

定期行爲，顯與被告持續不間斷之建廠行爲事實不符。

參酌證人卯○○即駱鈴公司負責人證述：「印象中九十多人都是舊的顧問公司留用，只有二、三人是從台中火力發電廠以外新招募而來」、「…選擇拿資遣費離開的約有二、三人，大部分都願意留下來，由我們公司聘僱，再派駐原單位。」，並比對被告於八十五年間與泰興公司簽署人力派遣契約後由泰興公司提供被告之人員名單及駱鈴公司與被告簽署人力派遣契約後提供被告人之人員名單，大多係重複人員，可知被告之工程屬長期連續性工作。再由駱鈴公司提出之公開徵才之報紙廣告內容字樣，除工作內容及薪資條件均不明朗外，甚至未顯示徵才公司之名稱，難認駱鈴公司確實有透過登報方式徵得所需人才之意願。本件被告公司內之 A E 人員均由被告負責指揮監督及管理，且所擔任之工作，均為長期連續性，難謂原告等人與被告間無勞動契約之存在。

## (2) 高院

上訴人與訴外人泰興公司、吉興公司、益鼎公司、駱鈴公司等簽有人力支援服務契約。被上訴人與訴外人泰興公司、吉興公司、益鼎公司、駱鈴公司等簽有書面勞動契約，而被指派至上訴人處工作。被上訴人等均係向上開訴外人公司領取薪資、津貼、加班費等，並以上開公司為勞保、壽險、意外險之投保單位。是難謂上訴人與被上訴人間確有僱傭之合意。

再者，「雇用」與「使用」分離，乃勞動派遣之主要特色之一。縱有主張勞工與派遣公司和要派公司間存有「雙重之雇用關係」，認係「多數雇主」之觀念可適用於派遣制度。惟此將使勞動契約當事人權利義務內容變得更不明確，且勞工之薪資請求權何以係向派遣公司為之，亦難以解釋；使要派公司負擔勞動基準法上之雇主全部義務，亦非甚妥。另勞委會於其制定之派遣勞工權益參考手冊：「要派機構與派遣勞工間雖無勞動契約關係，但派遣勞工係在要派機構之指揮監督下提供勞務。…即使在派遣期間，派遣機構與派遣勞工間仍維持勞動關係，…」等語。是勞動派遣契約之雇主僅為派遣機構，此種雙重雇用關係之說，尚非足取。

雖派遣公司需提出「擬支援上訴人施工處之推薦人員名單」，該等人員須經上訴人審查面談及測試合格始通知任用。惟此係因上訴人與派遣公司間簽立之人力支援服務契約中第 23 條約定。況上訴人係國家企業，必須通過政府考試，方能成為員工，被上訴人等既未經政府考試，亦自承上訴人公司將渠等視為 AE 人員，渠等薪資、健、勞保均由派遣公司負擔，扣繳憑單之雇主亦非上訴人，被上訴人等即亦不得諉為不知其非上訴人所雇用之員工。至被上訴人辯稱，因受迫方與泰興公司簽立上開契約，並未舉証，自不足取。況泰興公司等派遣公司，曾因自身工作所需，派遣勞工與其契約到期等原因，可知派遣公司對於被上訴人等確有指揮調動權，有實際僱傭行爲。

### 3、派遣人與要派人之派遣契約是否為脫法行爲？

#### (1) 地院

按當事人爲迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行爲，非法之所許，自屬無效。故雇主如將大量長期需要之人員改以委外派任之方式，來規避勞動基準法之適用，應認爲無效。本件被告竟意圖以與訴外人駱鈴、吉興及泰興等顧問公司簽訂人力支援契約之方式，規避勞動基準法雇主之義務及責任，爲脫法行爲於法即屬無效。

#### (2) 高院

被上訴人受上訴人指揮、監督，爲上訴人服勞務情形，此與勞動派遣契約所指「派遣機構與派遣勞工直接訂立派遣契約，於得到派遣勞工同意後，使其在要派機構指揮、監督下，提供勞務之勞動型態」相符。另依民法第 484 條規定旨趣，僱用人於得到受僱人同意後，得將其勞務請求權利讓與第三人，只要派遣勞工基於與派遣公司間之勞動契約約定，同意此種勞務給付型態，勞動派遣契約難認不法。

被上訴人另主張：參酌我國目前勞動派遣法草案，及依外國立法例，可知派遣勞工應有特定業務種類、非長期性之工作期間、特定性之限制。惟我國勞動派遣法草案目前並非僅有單一版本，且該草案尚未制定通過，尙無規範拘束力。且由行政院勞動委員會制定之派遣勞工權益參考手冊可知，勞動派遣關係中，要派公司使用派遣勞工並無期間之限制。蓋各國立法例對派遣勞工有無期限限制，自有其國情、經濟發展程度上等之考量，我國於勞動派遣法未立法通過前，尙不得遽認派遣勞動契約，應受業務種類、工作性質、期間等限制。

被上訴人等派遣勞工之薪資係由泰興公司等派遣機構給付，而非由上訴人給付，被上訴人復曾自派遣公司領取資遣費，故被上訴人等在經濟上係從屬於泰興公司等而非上訴人，被上訴人並未受何勞動契約上之不利益。上訴人亦須依人力支援服務契約對派遣公司支付相關費用，難認上訴人有何迴避法規之意圖。縱認勞動派遣契約應受業務種類、期間之限制，其違反規定，亦不能直接推論兩個無契約關係之上訴人與被上訴人等間成立雇傭關係。

#### (二) 結論

##### 1、地院



原告與訴外人顧問公司間資遣費之領取或任職同意書之簽署，均屬被告為免去依勞動基準法所應負雇主責任之脫法行為之一部，上開簽署行為亦為無效，原告與被告間有僱傭關係存在。

此外，原告壬、乙、陳裕洲三人於訴訟進行中雖曾由被告通知名義上之駱鈴工程顧問公司，以工作已告一段落為由，而遭駱鈴公司解僱，然本件原告壬、乙及陳裕洲等三人之真正雇主既為被告，而非駱鈴公司，則駱鈴公司對原告三人所為之解任行為，自不影響原告游騰害、乙及陳裕洲等三人與被告間之尚存在之僱傭關係。

## 2、高院

被上訴人等未能舉証證明兩造間有僱傭關係之合意或上訴人曾同意給付薪資、對其負擔僱傭人之責任，被上訴人與上訴人應無僱傭關係，原審徒以保護弱勢勞工之目的，認上訴人規避勞動基準法之適用而逕認兩造間有僱傭關係，顯有未洽，原判決應廢棄。被上訴人在第一審之訴駁回。

## 肆、教學範例與內容設計

### 一、重要之議題

- (一) 何謂勞動派遣。
- (二) 勞動派遣興起之原因。
- (三) 勞動派遣所產生的影響。
- (四) 要派人對派遣勞工是否要負保護照顧義務。
- (五) 要派人是否要負損害補償或賠償責任。
- (六) 要派人與派遣人是否要負連帶損害補償或賠償責任。

### 二、思考問題方向

- (一) 先理解傳統之一般勞動關係，再和勞動派遣型態作對比，從中了解其不同之處，及勞動派遣興起之原因與可能產生的影響。
- (二) 確定何者為與派遣勞工訂定勞動關係之雇主後，進而分析其三方關係，了解其各自應有之權利義務。

### 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

#### (一) 分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，對下列相關問題進行討論，並請提出討論結論：

- 1、何謂勞動派遣。
- 2、勞動派遣興起之原因。
- 3、勞動派遣所產生的影響。
- 4、要派人對派遣勞工是否要負保護照顧義務。
- 5、要派人是否要負損害補償或賠償責任。
- 6、要派人與派遣人是否要負連帶損害補償或賠償責任。

## （二）角色扮演

同學分為三組，分別扮演派遣人、要派人、派遣勞工，就誰有權指揮派遣勞工、派遣勞工薪資應由何人給付、派遣勞工發生職災時賠償、補償責任如何處理等實際生活中可能發生的情況，推演權利義務之行使與分擔。

## （三）問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 1、何謂勞動派遣？
- 2、勞動派遣興起之原因？
- 3、勞動派遣所產生的影響？
- 4、要派人對派遣勞工是否要負保護照顧義務？
- 5、要派人是否要負損害補償或賠償責任？
- 6、要派人與派遣人是否要負連帶損害補償或賠償責任？

## （四）引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- （一）我國實務有何特別勞動關係，勞動派遣發展的情況。

- (二) 勞動派遣可能對一般勞動關係造成的衝擊與影響。
- (三) 比較國外對勞動派遣型態的處理有何不同(例如美國、德國、日本)。
- (四) 由平等權探討一般勞工與派遣勞工的關係。

## 二、考題設計

以下為所擬提供參考之考題：

- (一) 何謂勞動派遣。
- (二) 勞動派遣興起之原因。
- (三) 勞動派遣所產生的影響。
- (四) 要派人對派遣勞工是否要負保護照顧義務。
- (五) 要派人是否要負損害補償或賠償責任。
- (六) 要派人與派遣人是否要負連帶損害補償或賠償責任。

## 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

### 一、中文書籍

- 1、林更盛，勞動法案例研究(一)，自刊，2002年初版。
- 2、林誠二，民法債編總論，下冊，瑞興圖書公司，2001年。
- 3、林豐賓，勞動基準法論，三民書局，2000年修訂二版。
- 4、吳庚著，行政法之理論與實用，自刊，1996年增訂九版。
- 5、邱聰智，民法債編總論，下冊，自刊，2001年。
- 6、陳敏，行政法總論，自刊，2004年四版。
- 7、黃立，民法債編總論，元照出版公司，2000年二版二刷。
- 8、黃立編，民法債編各論(上)，元照出版公司，2002年初版一刷。
- 9、黃茂榮，法學方法與現代民法(增訂版)，自刊，2006年增訂五版。

- 10、黃程貫，勞動法，國立空中大學，頁 441，2002 年修訂二版。
- 11、黃越欽、王惠玲、張其恆合著，職業災害補償論—中美英德日五國比較，五南圖書出版有限公司，1995 年初版一刷。
- 12、黃越欽，勞動法新論，自刊，2002 年修訂二版。
- 13、楊仁壽，法學方法論，自刊，1999 年初版再刷。
- 14、孫森焱，民法債編總論，上冊，自刊，2005 年修訂版。
- 15、孫森焱，民法債編總論，下冊，自刊，2006 年修訂版。
- 16、劉春堂，民法債編各論(中)，自刊，初版一刷，2004 年
- 17、魏朝光，勞動職業災害之補償，財團法人勞工研究資料中心基金會，1992 年初版一刷。

## 二、中文論文

- 1、王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(上)，中正大學法學集刊，第七期，頁 147-221，2002 年 4 月。
- 2、王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(下)，中正大學法學集刊，第八期，頁 1-55，2002 年 7 月。
- 3、王怡蘋，論德國法中契約對第三人之保護效力，法學叢刊，第一九八期(五十卷第二期)，頁 131-146，2005 年 4 月。
- 4、王澤鑑，事實上契約關係，收錄於：氏著，民法學說與判例研究，第一冊，頁 93-109，自刊，1983 年版。
- 5、王澤鑑，契約關係對第三人之保護效力—德美兩國契約法之發展趨勢與我國現行制度之檢討，收錄於：氏著，民法學說與判例研究，第二冊，頁 33-56，自刊，1983 年版。
- 6、王澤鑑，勞災補償與侵權行為賠償，收錄於：氏著，民法學說與判例研究，第三冊，頁打 283-290，自刊，1983 年版。

- 7、王澤鑑，舉重明輕、衡平原則與類推適用，收錄於：氏著，民法學說與判例研究，第八冊，頁 1-98，自刊，1998 年版。
- 8、林更盛，承攬關係中職災補償責任一評最高法院九十年度台上字第九四八號判決，收錄於：氏著，勞動法案例研究(一)，自刊，2002 年初版。
- 9、林更盛，從「事實上勞動關係」到「有瑕疵的勞動關係」--評最高法院八七年度臺上字第四五一號判決，臺灣本土法學雜誌，頁 25-44，2003 年 12 月。
- 10、林更盛，雇主的權利義務，收錄於：司法院及行政院勞工委員會合辦，於 2006 年 11 月 9-10 日，在台大集思會館舉辦「九十五年勞工法規論壇」資料。
- 11、林誠二，論勞工服勞務受害之賠償請求權，臺灣本土法學，第十五期，頁 123-134，2003 年 10 月。
- 12、姚志明等，誠信原則與附隨義務，收錄於民法研究會編，民法研究 6，學林出版公司，頁 169- 278， 2000 年 6 月。
- 13、邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，台灣勞動法學會學報，第一期，頁 1-68，2000 年 6 月。(同邱駿彥，勞工派遣法制之研究—以日本勞工派遣法為例，輔仁法學，第十九期，2000 年六月，頁 253-312。)
- 14、邱駿彥，勞動派遣之法律關係探討，萬國法律雜誌，第一三八期，頁 12-66，2004 年 12 月。
- 15、邱駿彥，勞動派遣法律若干疑義之考察，台北大學法學論叢，第六十期，頁 49-79，2006 年 12 月。
- 16、葛克昌，私法規定在行政法上適用，收錄於：台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究(上)，五南圖書出版公司，頁 15-27，2001 年 2 版。
- 17、焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準，台灣勞動法學會學報，第一期，頁 151-200，2000 年 6 月。(同焦興鎧，論勞動派遣之國際勞動基準，輔仁法學，第十九期，頁 253-312，2000 年 6 月。)
- 18、黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，頁 273-275，1998 年 12 月。

- 19、楊通軒，論德國勞動派遣法制，台灣勞動法學會學報，第一期，頁 78-83，2000 年 6 月。
- 20、楊通軒，勞動派遣立法必要性之研究，全國律師雜誌，頁 36-37，1998 年 7 月。
- 21、楊通軒，歐洲聯盟勞動派遣法制之研究—兼論德國之勞動派遣法制，中原財經法學，第 10 期，頁 284 以下，2003 年 6 月。
- 22、蔡茂寅，郵政利用關係的法律性質—以公法與私法二元論之檢討為中心，月旦法學雜誌，第十五期，頁 98-102，1996 年 8 月。
- 23、陳金泉，職業災害補償和解與連帶補償責任之免除—台灣高等法院九〇年勞上字第三三號判決評釋—，台灣本土法學雜誌，第十五期，2005 年 7 月，頁 227-231，2005 年 7 月。
- 24、陳聰富，損害賠償補償制度三層結構與職業災害補償，勞工行政，第 148 期，頁 26-36，2000 年 8 月。
- 25、陳聰富，人身侵害之損害概念，台大法學論叢，35 卷 1 期，頁 47-104，2006 年 1 月。
- 26、陳清秀，依法行政與法律的適用，收錄於翁岳生編，行政法 2000 上冊，頁 178 以下，2000 年二版。
- 27、鄭津津，國際社會勞動派遣法制之比較分析—兼論我國勞動派遣法制之現況與未來發展，萬國法律，第一三八期，頁 12-66，2004 年 12 月。
- 28、鄭津津，勞動派遣之法律關係與相關法律問題之探討，中正大學法學集刊，第二期，頁 12-16，1998 年 11 月。
- 29、鄭津津，勞動派遣相關法律問題之探討，就業與訓練，第十六卷第六期，頁 12-16，1998 年 11 月。
- 30、鄭津津，美國勞動派遣法制之研究，台灣勞動法學會學報，第一期，頁 123-150，2000 年 6 月。
- 31、鄭津津，從美國勞動派遣法制看我國勞動派遣法草案，中正大學法學集刊，

第十期，頁 37-98，2003 年 1 月。

32、黃茂榮，僱傭契約，植根雜誌，第十九卷第六期，頁 199-238，2004 年 6 月。

33、黃茂榮，多數債務人或債權人之債，植根雜誌，第二十卷第七期，頁 285，2004 年 7 月。

34、黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，頁 272-273，1998 年 12 月。

35、謝銘洋，連帶債務與不真正連帶債務，台灣本土法學雜誌，第十五期，頁 119-122，2000 年 10 月。

### 三、外文書籍

1、Westermann(Hrsg. ),Ermann Bürgerliches Gesetzbuch-Handlommmentar Bd. I, II,11 Aufl. Koln, 2004.

2、Grimm/Brock, Praxis der Arbeitnehmerüberlassung, Bonn, 2004.

3、Halbach/ Paland/ Schwedes/ Wlotzke, Übersicht über das Arbeitsrecht, 8 Aufl. Bonn, 2000.

4、Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 3. Aufl., , Munchen, 2004。

5、[Larenz](#), Lehrbuch des Schuldrechts. Bd.1 Allgemeiner Teil. 14.Aufl., Munchen 1987.

6、Larenz/ Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. , Munchen, 1995.

7、Munchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht, -Allgemeiner Teil(§ 241-§432), 4. Aufl., Munchen, 2001.

8、Nikisch, Arbeitsrecht I, 3. Aufl. , Munchen, 1953.

9、Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 63. Aufl., 2004.

10、Schaub (Hrsg.), .Arbeitsrecht-Handbuch, 10. Aufl., Munchen, 2002.

11、Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, Schuldrecht I, Bd. III, Schuldrecht II, 12.Aufl. 1990.

12 · Schuren, Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. , Munchen, 2003.

13 · Wank /Borgmann, Deutsches und europaisches Arbeitsrecht, , Munchen, 1992.

14 · Zollner /Loritz, Arbeitsrecht,5. Aufl. , Munchen,1998.

#### 四、外文論文

1 ·Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrecht, in: Die RG-Praxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 4, 1929, S. 37ff.

2 · Mayer-Maly, Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972, S. 1ff..

3 · Summer, Contingent Employment in the Unioited States, 18 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 503, 503-522 , (1997).

4 · Trebilcock ,A Comment on "Legitimising The Triangular Employment Relatonship" , Comparative Labor Law & Policy Journal, 19 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 43, at 82. 79-84 (1997).

5 · Vosko, Legitimizing the Triangular Empkloyment Relatonship: Emerging International Labour Standards from a Comparative Perspective , Comparative Labor Law & Policy Journal, 19 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 43, 43-77 (1997) .

6 · Stauch, Zum Vertrag mit Schutzwirkung fur Dritte, JuS 1987, S. 947ff.



## 第四單元：勞動關係之內容

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

勞動契約為雙務契約，一方之權利相對於他方為義務。而雇主對勞工有提供勞務的請求權(債權)，而勞工有提供勞務的義務(債務)，即泛稱的「工作義務」。根據我國民法第四百八十二條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」而勞動基準法第二條第一款規定：「勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。」另外已公布未施行的勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」所以勞工的工作義務與雇主的工資義務形成對價關係。根據我國民法第二百六十四條規定，如果一方不履行該等義務時，他方得主張同時履行抗辯。不過工作義務的內容並非只依據勞動契約；也可能根據法令規定、團體協約、工作規則、雇主的指示權。

#### 二、現行法規範狀況

##### (一) 意義

勞動基準法第二條第六款之規定，乃指約定勞雇關係之契約，也就是勞工與雇主之間的契約。就其本質係屬民法第四百八十二條所規定之僱傭契約的下位概念、特殊類型，可以說是僱傭契約社會化的類型。關於個別勞動法之制定法依據，最基本的是民法中僱傭契約一節(民法第四百八十二條至第四百八十九條)中規定。

根據我國民法第四百八十二條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」也未確切說出勞動契約本質。反而是已公布未施行的勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」才把勞動契約的定義說得最清楚。

##### (二) 雇主義務

勞動契約法第十四條規定：「勞動契約，得約定勞動者於勞動關係終止後，不得與僱方競爭營業。但以勞動者因勞動關係得知僱方技術上秘密而對於僱方有損害時為限。前項約定，應以書面為之，對於營業之種類地域及時期，應加以限制。」

勞動契約法第十五條規定：「僱方對勞動者，如無正當理由而解約時，其禁止競爭營業之約定失其效力。」

勞工請假規則第十條規定：「勞工請假時，應於事前親自以口頭或書面敘明請假理由及日數。但遇有急病或緊急事故，得委託他人代辦請假手續。辦理請假手續時，雇主得要求勞工提出有關證明文件。」

勞工安全衛生法第二十四條規定：「雇主應負責宣導本法及有關安全衛生之規定，使勞工周知。」

勞工安全衛生法第二十五條更規定：「雇主應依本法及有關規定會同勞工代表訂定適合其需要之安全衛生工作守則，報經檢查機構備查後，公告實施。勞工對於前項安全衛生工作守則，應切實遵行。」

### （三）工資給付

工廠法第二十一條有明文規定：「工廠對工人應以當地十足通用貨幣為工資之給付。」

勞動基準法第二十一條第一項規定：「工資由勞雇雙方議定之，但不得低於基本工資。」

勞動基準法第二十一條第二項及第三項即規定：「前項基本工資，由中央主管機關設基本工資審議委員會擬訂後，報請行政院核定之。前項基本工資審議委員會之組織及其審議程序等事項，由中央主管機關另以辦法定之。」

勞基法第二十二條規定：「工資之給付，應以法定通用貨幣為之。但基於習慣或業務性質，得於勞動契約內訂明一部以實物給付之。」

勞動契約法第二十三條第一項規定：「勞動報酬之給付，除當事人有特別約定外，應於其工作場所內行之。」

勞基法第二十三條規定：「工資之給付，除當事人有特別約定或按月預付者外，每月至少定期發給二次；按件計酬者亦同。」

勞動基準法施行細則第十二條規定：「採計件工資之勞工所得基本工資，以每日工作八小時之生產額或工作量換算之。」

民法第三百十四條規定：「清償地，除法律另有規定或契約另有訂定，或另

有習慣，或得依債之性質或其他情形決定者外，應依左列各款之規定：一、以給付特定物為標的者，於訂約時，其物所在地為之。二、其他之債，於債權人之住所地為之。」

民法第四百九十條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」

民法第四百八十三條第二項規定：「未定報酬額者，按照價目表所定給付之，無價目表者，按照習慣給付。」

民法四百八十七條前段規定：「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。」

團體協約法第十六條規定：「團體協約所定勞動條件，當然為該團體協約所屬雇主及工人間所定勞動契約之內容，如勞動契約有異於該團體協約所定勞動條件者，其相異之部分無效；無效之部分，以團體協約之規定代之。但異於團體協約之約定為該團體協約所容許，或為工人之利益變更勞動條件，而該團體協約並無明文禁止者為有效。」

#### （四）雇主附隨義務

民法第四百八十三條之一明文規定：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按情形為必要之預防。」因此僱佣人有必要為受僱人提供安全健康的工作環境。勞動安全衛生法的的規定則更詳細，勞工安全衛生法第一條規定：「為防止職業災害，保障勞工安全與健康，制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」

#### （五）勞工權利

著作權法第十一條規定：「受雇人於職務上所完成之著作，以該受雇人為著作人。但契約約定以雇用人為著作人者，從其約定。依前項規定，以受雇人為著作人者，其著作財產權歸雇用人享有。但契約約定其著作財產權歸受雇人享有者，從其約定。前兩項所稱之受雇人，包括公務員。」著作權法第十二條規定亦有規定：「出資聘請他人完成之著作，除前條情形外，以該受聘人為著作人。但契約約定以出資人為著作人者，從其約定。依前項規定，以受聘人為著作人者，其著作財產權依契約約定歸受聘人或出資人享有。未約定著作財產權之歸屬者，其著作財產權歸受聘人享有。依前項規定著作財產權歸受聘人享有者，出資人得

利用該著作。」

專利法第七條規定：「受雇人於職務上所完成之發明、新型或新式樣，其專利申請權及專利權屬於雇用人，雇用人應支付受雇人適當之報酬。但契約另有約定者，從其約定。前項所稱職務上之發明、新型或新式樣，指受雇人於僱傭關係中之工作所完成之發明、新型或新式樣。一方出資聘請他人從事研究開發者，其專利申請權及專利權之歸屬依雙方契約約定；契約未約定者，屬於發明人或創作人。但出資人得實施其發明、新型或新式樣。依第一項、前項之規定，專利申請權及專利權歸屬於雇用人或出資人者，發明人或創作人享有姓名表示權。」

積體電路電路布局保護法第七條規定：「受僱人職務上完成之電路布局創作，由其雇用人申請登記。但契約另有訂定者，從其約定。出資聘人完成之電路布局創作，準用前項之規定。前二項之受雇人或受聘人，本於其創作之事實，享有姓名表示權。」

民法第二百二十七條之一的規定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定，負損害賠償責任。」

勞動基準法第二十五條規定：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」

就業服務法第五條第一項規定：「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、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視。」

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### （一）勞動契約內容之概說

所謂勞動契約依照勞動基準法第二條第六款之規定，乃指約定勞雇關係之契約，也就是勞工與雇主之間的契約。就其本質係屬民法第四百八十二條所規定之僱傭契約的下位概念、特殊類型，可以說是僱傭契約社會化的類型。關於個別勞動法之制定法依據，最基本的是民法中僱傭契約一節(民法第四百八十二條至第四百八十九條)中規定，過去在一九三六年國民政府曾經公布「勞動契約法」，但基於種種政治經濟社會因素，並未施行，所以勞動契約法目前僅供法理上做參考，並無制定法的效力。因此勞動契約當事人的權利義務問題，基於特別法優於

普通法的原則，應該先適用勞動基準法之規定，勞動基準法無規定之事項，始回歸民法。不過勞動基準法是一規定勞動條件最低標準之法律(勞動基準法第一條第一項)，其本質並非規定一般勞動契約的權利義務關係，因此勞動契約雙方當事人的權利義務，仍須參考法院判決、行政命令、學說等法理運用建構完整的體系。

事實上勞動基準法第二條第六款對於勞動契約定義之規定太簡單；只定義為：「約定勞雇關係之契約」。而根據我國民法第四百八十二條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」也未確切說出勞動契約本質。反而是已公布未施行的勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」才把勞動契約的定義說得最清楚。由於勞動契約和其他勞務提供的契約(如承攬契約和委任契約)最大的區別，就是具有「從屬性」。勞動契約的內容絕非單純只有勞工的勞務給付義務與雇主報酬給付義務兩項相對的主要義務(Hauptpflicht)；勞雇之間根據人格屬性的特質(pesonaler Charakter)還有一系列的附隨義務(Nebenpflicht)。

## (二) 勞動契約的主要義務與附隨義務

### 1、勞動契約的主要義務

勞動契約關係是債之關係的一種，而債之關係的核心，也就是債在現代民法債之關係建立在「給付義務」之上，學說上稱為主給付義務。主給付義務，指契約上固有、必備，並用以決定契約類型的基本義務(債之關係的要素)，例如在買賣契約，物的出賣人負交付標的和移轉所有權的義務，買受人負支付價金及受領標的物的義務。<sup>108</sup>根據我國民法第四百八十二條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」而勞動基準法第二條第一款規定：「勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。」另外已公布未施行的勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」所以僱傭契約和勞動契約中受僱人和勞工的主給付義務就是勞務或從事工作，一般稱為勞務給付義務或工作義務，與雇主的主要義務，即工資給付義務，此等義務均屬所謂的主給付義務。就雙務契約而言，主給付義務構成雙務契約的對待關係(in synallamatischer Beziehungen)<sup>109</sup>。

### 2、勞動契約附隨義務的一般概念

<sup>108</sup> 參見王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，增訂版五刷，2001年，頁39

<sup>109</sup> 僅參見 Dütz, Arbeitsrecht, Rn. 138; Preis, Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.258.

而勞動契約雙方當事人除了主要義務(主給付義務)以外，根據法律、判決和學說有一系列的附隨義務(Nebenpflicht)。勞動關係是債的一種，債之關係在其發展的過程中，除了主給付義務外，尚會發生其他義務，例如雇主應為勞工辦理參加勞工保險(照顧義務)，此類義務的發生，按照我國和德國的通說係以誠實信用原則為依據<sup>110</sup>。附隨義務和主給付義務的區別，可分為三點說明<sup>111</sup>：(1) 主給付義務自始確定，並決定債之關係的類型。反之，附隨義務係隨債之關係的發展，於個別情況要求當事人的一方有所作為或不作為，以維護相對人的利益，於任何債之關係(尤其是契約)均可發生，不受特定債之關係類型的限制。(2) 主給付義務構成雙務契約的對待給付，一方當事人於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己的給付(參見我國民法第二六四條第一項)。反之，附隨義務原則上非屬對待給付，不發生同時履行抗辯。(3) 因給付義務的不履行，債權人得解除契約。反之，附隨義務的不履行，債權人原則上不得解除契約，但就其所受損害，得依債務不履行規定，請求損害賠償。

勞動契約的主給付義務則較為明確，雇主义一方的主給付義務為工資給付義務，勞工一方的主給付義務則為勞務給付，幾乎沒有疑義。根據學說之看法，雇主义一方的附隨義務有：保護勞工生命、身體、健康，公法上的勞動保護，勞工人格權之保護，勞工資料保護，性騷擾防止，勞工財產利益之保護，工作提供義務(就勞請求權)，勞工職業訓練之提供，符合人性工作環境之提供，再僱用義務，平等原則之遵守，及與勞動契約終止後有關的義務(如發給服務證明書等)。而勞工一方的附隨義務則有：保密義務，競業禁止義務，禁止收受不正利益義務，兼差告知義務，不傷害企業言論之義務，禁止不當影響同事義務，報告通知義務，遵守勞工安全衛生規範義務，廠場損害與故障排除及報告義務，行為義務及企業外行為義務。

### 3、勞動契約附隨義務的法律依據

我國勞動契約的附隨義務之在法律依據，主要學說可分為四種不同學說：(1)身分法因素說；(2)人格法上共同關係說；(3)誠信原則說；(4)衝突對立理論說：

#### (1) 身分法因素說

我國最早期的文獻中，史尚寬教授認為勞動契約有身分契約的性質，基於身分的要素發生勞工的「忠實義務」與雇主的「保護義務」；基於債的要素，發生勞工之勞動義務與雇主的給付報酬義務<sup>112</sup>。這與史尚寬先生留學的年代在威瑪時期早期有關，當時德國學說上也認為勞動契約具有身分法上的因素(personenrechtlichen Element)，由身分法上的因素衍生出雇主的照扶義務

<sup>110</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，增訂版五刷，二〇〇一年，頁 43。

<sup>111</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，增訂版五刷，二〇〇一年，頁 43, 44。

<sup>112</sup> 見史尚寬，勞動法原論，一九三四年原刊，一九七八年重刊，頁 23。

(Fursorgepflicht)及勞工方面的忠實義務(Treupflicht)，特別是服從義務(Gehorsamspflicht)及對雇主適當言行義務(Verpflichtung zu angemessenem Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber)<sup>113</sup>。這種具有父權意味的身分法關係在日耳曼法的大師奧圖·封·基爾克一篇「僱傭契約的根源」<sup>114</sup>一文，更是淋漓盡致，他認為僱傭契約應分別從各個歷史來源探討；在羅馬法的根源是筋肉勞動契約(locatio conductio oerarum)，是一種類似奴隸制度的勞動租賃(Diestmiete)<sup>115</sup>。但在日耳曼法的根源是中古世紀的奉公契約(Treudienstvertrag)，而奉公契約是身分法上的關係，而非債法上的關係。基爾克甚至認為勞動法應該是一人格法上的統治關係(ein personenrechtliches Herrschaftsverhältnis)<sup>116</sup>，這個問題在談到勞工對於雇主之義務，特別是所謂「忠誠義務」(Treupflicht)時，特別有其歷史上的意義。因為一九三四年納粹主導的「國家勞動秩序法」(Arbeitsordnungsgesetz)的通過，尤其是第二條第二項的規定，勞動的本質邁入所謂的「人格法上之共同體關係」(personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis)，當時的帝國勞動法院認為，勞動關係已經脫離原先的債法上之交換關係，因為雇主與勞工共同形成一「共同體」，而每一位皆是該共同體的成員<sup>117</sup>，雇主就是企業的領袖，勞工就是企業內的同志。

## (2) 人格法上的共同關係說

第二種看法是將勞動契約的忠誠義務和保護義務視為基於人格法上的共同關係所產生。國內陳繼盛教授即採此種見解，他認為勞工的「忠實義務」與雇主的「保護義務」其法律依據為：勞動關係並非單純債法上之法律關係，而係勞工與雇主之人的結合關係，基於債法上關係，勞工之勞務，與雇主之報酬，成為對待給付關係；而基於勞工與雇主之人的結合關係，發生勞工之「忠實義務」與雇主的「照扶義務」。<sup>118</sup> 實際上這和陳繼盛教授留學德國的年代，即第二次世界戰後的六〇年代所流行得看法很類似。二次大戰後的初期只有少數學者試圖使勞動關係回歸到純粹給付的交換關係，但是主要還是採取人格法上共同體理念，不但實務界繼續支持，學說上也少有質疑之聲<sup>119</sup>。對於勞動關係的最大影響，是基於此一人格法上的共同體關係，雇主對於勞工必須負擔照顧義務(Fursorgepflicht)，而勞工相對於雇主則有忠誠義務(Treupflicht)，依當年的聯邦勞動法院的說法：「勞工必須積極地為雇主之利益及企業之成長(Interessen des Arbeitgebers und das

<sup>113</sup> 見 E. Jacobi, Grundlehre des Arbeitsrechts, Leipzig, 1927, S. 24.

<sup>114</sup> 見 Otto von Gierke, Die Wurzeln des Diestvertrag, in Festschrift für Heinrich Brunner, Berlin, S.37-68.

<sup>115</sup> Otto von Gierke, Die Wurzeln des Diestvertrag, in Festschrift für Heinrich Brunner, Berlin, S.68

<sup>116</sup> Otto von Gierke, Die Wurzeln des Diestvertrag, in Festschrift für Heinrich Brunner, Berlin, S.40.

<sup>117</sup> A. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947, S. 9.

<sup>118</sup> 陳繼盛，勞工法論文集，初版，一九九四年，頁 219，220。

<sup>119</sup> 例如 BAG AP Nr. 2 zu § 616 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Lohnanspruch。Friedhelm Farthmann, Der „Personenrechtliche Charakter“ des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, S. 5-9; Alfred Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947

Gedeihen des Betriebs)而奉獻，並且不得為任何對於雇主或企業有害之行為」<sup>120</sup>。

### (3) 勞動契約與誠信原則說

但是德國在七〇年代學說見解和法院漸漸從傳統「身分法上的共同體」、「忠實義務」及「照顧義務」的名詞解放出來，認為勞動契約和其他債之關係一樣根據德國民法第兩百四十二條的誠信原則<sup>121</sup>衍生有一系列的「附隨義務」(Nebenpflicht)。而以往使用的忠誠義務及照顧義務已經成了附隨義務的下位概念<sup>122</sup>。德國目前的通說<sup>123</sup>認為各種契約關係中，一方當事人對他方當事人都有一定的注意、保護及促進義務，以實現契約的本旨，也就是雙方都要盡此等義務方能圓滿達成契約之目的。而這種義務的質量和強度隨著不同的契約而有不同的要求。根據這個理由對於勞動關係的人格屬性的結構(die Personale Struktur des Arbeitsverhältnisses)就應該有特別的附隨義務，況且勞動關係是一繼續性的債之關係，因此產生特殊的義務結構。德國聯邦勞動法院近來<sup>124</sup>曾判決認為「勞工有不得對雇主及企業作出有害的行為之忠實義務」；而另一有關雇主照扶義務的判決則認為「照扶義務是雇主的基本義務，源自於民法第二百四十二條誠實信用原則，而其義務的內容必須依照個案情況審慎斟酌。」其說法仍然非常籠統，並未提出勞工具體的義務內容。

依照誠信原則導出勞動契約附隨義務見者，在我國學者黃越欽教授採之，在其教科書中提及忠誠義務和保護照顧義務是根據誠信原則；他認為：契約義務可分為主給付義務(Hauptleistung)、從給付義務(Nebenleistung)，勞動關係並不僅僅為雇主和勞工的財產價值交換，其間的人格信賴關係比較其他契約關係高出甚多。因此勞工的義務除了主給付義務，即工作義務，尚有從給付義務，以往習稱為忠誠義務。勞工根據此義務為雇主之合法利益，依誠信原則(甚至依法律規定或契約約定)應予維護，因此勞工應盡力避免或減少雇主的損害。<sup>125</sup>黃教授並參考瑞士債法臚列各種義務的內容<sup>126</sup>。

此外實務界也有類似的看法，台北地方法院在八十九年的一項判決對於附隨

<sup>120</sup> BAG, AP Nr. 7, zu § 611 BGB, Treuepflicht.; Linck, in Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 10. Aufl. München, § 53, Rn. 1; BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht.

<sup>121</sup> 條文為 Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

<sup>122</sup> 參見 Linck, in Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 10. Aufl. München, § 53, Rn. 1。Schaub, in Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 10. Aufl. München, § 108, Rn. 1; P. Hanau/ K. Adomeit, Arbeitsrecht, 12. Aufl. S. 168.

<sup>123</sup> 僅參見 Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.277.

<sup>124</sup> BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB.

<sup>125</sup> 黃越欽，勞動法新論，初版二刷，二〇〇一年，頁 250。

<sup>126</sup> 黃越欽，勞動法新論，頁 249-260。



義務有相當的分析，該判決認為：「按動基準法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，一般學理上亦認勞動契約當事人之勞工，具有下列特徵：1、人格從屬性，即受僱人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務，親自履行，不得使用代理人；2、經濟上從屬性，即受僱人並非為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動，納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態。…又勞動關係乃以勞動者願提供勞務，而雇主願給付報酬之對待法律關係為其主要內容，而勞動契約與民法僱傭契約並不完全相同，勞動契約所成立之勞動關係在本質上，實可認為是勞動者雇主以其共同目的，所組成之人的組合關係，並非單純之價值交換之債法上對待給付，雖然勞動關係以勞動者之勞務提供與報酬給付為其主要內容，但勞動關係之人的組合關係，具有繼續性，則對於在勞務的提供與報酬之給付過程中，基於《誠實信用原則》即會衍生勞工與雇主除上開勞務提供與報酬給付外，亦另需提供附隨義務，即雇主對於勞工之照扶義務，與勞工對於雇主之忠實義務，又勞動契約雖為私法上契約，但勞動者與雇主之權利義務內容及其行使，並不排除以公法規範介入之可能，尤其具有公法性質之勞工保護法規，常為勞動契約之內容依據。」<sup>127</sup>該判決前半先提到勞動契約的「人格結構的特殊性」、勞動關係是一「人的組合關係」，不過也提及我國民法第一百四十八條「誠信原則」做為附隨義務的法律基礎，再加上勞動契約的「繼續性」，惟理論上未有進一步闡明。

#### (4) 衝突對立理論說

部分德國學者採批判立場，如 Daubler 教授全盤否認勞動關係中勞雇雙方有為他方利益服務的義務<sup>128</sup>。國內黃程貫教授亦採此說，認為勞資雙方當事人間的利益狀態並非一致的，亦非相互信賴的，而是相互衝突對立的，且是不可終局調和、不對等的衝突對立。而勞工之同盟自由基本權或所謂的勞動三權(團結權、團體協商權與團體行動權)，根本的前提就是承認資本與勞動的二者間之對立衝突；故若論及勞動關係之本質時強調勞工與雇主負有一廣泛的維護對方利益之義務，只是造成角色之混淆和衝突而已。<sup>129</sup>採此種觀點者又認為：原則上，勞工之附隨義務或忠誠義務，應嚴格限制在實際生產過程、實際勞動過程中，或對此等過程必定會造成重大影響之範圍。相對地，雇主之附隨義務或者稱照顧保護義務，則不應限縮其適用範圍，反而應基於勞工之人格保護，為求勞工之從屬性與物話現象之克服，仍應該廣泛與以肯定，不宜予以限制。

#### (5) 筆者之評價

<sup>127</sup> 台北地方法院 89 年度勞簡上字第 29 號。

<sup>128</sup> W. Däubler, Arbeitsrecht, 2.S.368f.及 Richardi, in Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht., § 8, Rn. 14.

<sup>129</sup> 參見黃程貫，勞動法中關於勞動關係之本質的理論，政大法學評論，第五十九期，1998 年 6 月，頁 243。

筆者認為在探討勞動關係的權利義務時，應關照勞動契約的本質，該契約的本質應該有以下幾項特點：

### (5-1) 勞動契約屬特殊的繼續性債之交換關係

勞動契約根據勞動基準法及民法之相關規定屬於債的交換關係的一種，但是其給付標的是一長期不可劃分的勞務給付。時間的因素賦與勞動契約在債之關係中一種特殊的地位，也就是勞動契約為繼續性的債之關係。勞動契約上債權債務內容之給付需一定期間繼續履行，即勞工在一定期間內繼續提供勞務，而雇主因勞工之提供勞務亦繼續給付報酬為內容<sup>130</sup>。而勞工提供勞務時不同於其他的債之交換關係，他無法將勞務抽離身體而為提供，他必須親自履行。因此勞動契約這項交換關係具有人格上的特質(Personale Charakter)。不過勞動契約並非使勞工全人格對於雇主的從屬，也就是根據勞動契約的勞工義務只有在與工作職務有相關性時(arbeitsplatzbezogene)才存在，如果與工作職務無關者，則無勞工的義務可言<sup>131</sup>。

### (5-2) 依誠實信用原則導出個別的附隨義務

以往忠誠義務和照扶義務是根據所謂勞雇關係構成全面性的「人格法上共同體」之說法已經被揚棄。這種具有父權意識的勞動法的意識形態已經沒有追隨者。不過每種契約當事人對於債的關係，除了主給付義務外，根據民法的誠實信用原則，都有為契約目的相互注意(Rücksichtnahme)，保護(Schutz)及促進(Foderung)的附隨義務。勞動契約也不例外，除了勞工的勞務給付及雇主的工資給付的主給付義務外，還有一系列附隨義務。這些附隨義務在法律的架構中雖不能構成民法上第二百六十四條的對待給付關係(Gegenseitigkeitsverhältnis)，不過在在實務上的重要性不可忽略，因為違反該等義務(無論是侵權行為或債務不履行)也可能構成損害賠償<sup>132</sup>。

### (5-3) 事業單位內的合作關係

勞動關係實際上不僅非單獨的勞雇給付關係，它還包含了第三層面的關係(Drittdimension)。因為勞工不是個人單獨在工作，他是在與整個勞動組織共同提供勞務，因此他有一共同體的關連性(Gemeinschaftbezug)存在<sup>133</sup>。也就是勞工是和其他勞工共同在雇主的指揮監督下工作，他與整個員工整體，甚至與雇主在勞務

<sup>130</sup>參見陳繼盛，勞資關係，頁 20, 21；W. Zöllner /K. Loritz, Arbeitsrecht, Munchen, 1998, §11 II 7 a; E. Wolf, Das Arbeitsverhältnis 1970, S. 91ff.

<sup>131</sup>參見 R. Richardi, in Richardi/ Wlotzke(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 8, Rn. 18.

<sup>132</sup>參見王澤鑑，雇主未為受僱人辦理加入勞工保險之民事責任，收錄於民法學說與判例研究，第二冊，1983年10月，五版，頁 239。

<sup>133</sup> Richardi, in Tomandl, Treue- und Fürsorgspflicht im Arbeitsrecht, 1975, Wien, Stuttgart, S. 67f; W. Zöllner, Unternehmerische Mitbestimmung und Einzelarbeitsverhältnis, in Festschrift für Fechner, Tübingen, 1979, 141f.

給付時，構成一共同體關係。這無關於勞動與資本是為合作或對立的爭辯，而是勞工在提供勞務，完成契約上債務履行的必然事實。筆者不認為承認勞工同盟基本權就會改變這項法律關係的本質。而且如果承認憲法上給予勞工同盟基本權即是承認了勞動和資本絕對對立，以此推論，那麼承認「契約自由」在憲法上有基本權依據，那麼所有契約當事人均處於沒有合作可能性的對立狀態？顯然此等見解絕非憲法承認私法自治所期待之結果。因此筆者認為：同盟基本權的賦予最大目的是承認勞動市場上勞雇雙方議價的方式可以用同盟的程序(Koalitionsverfahren)完成<sup>134</sup>。因此勞動契約在法律本質上絕對不是債之交換關係以外的某一種獨立型態，只是勞動市場的形成秩序與其他市場形成的秩序有所不同，並非絕對不可能有經濟上的合作。勞務給付並非個別遺世獨力地完成，勞工是在他治(frembestimmt)的勞動組織與其他的勞工共同提供勞務，甚至在許多情況上是與雇主共同完成勞務的提供，也就是勞工若要提供勞務，雇主有協力之義務，如果雇主不為此等協力義務，即可能形成雇主的拒絕受領或不能受領，符合我國民法第二百三十四條的構成要件，該條規定債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起負遲延責任<sup>135</sup>。因此此等關係以勞工個人自治(individualautonomie)稱之已有所不足，無寧以事業單位的自治(Betriebsautonomie)作為補充更為恰當<sup>136</sup>。

#### (5-4) 社會背景變遷可能會造成義務群的流動現象

勞動契約的主給付義務為雇主的工資給付義務及勞工的工作義務，應無疑義，但是大量的附隨義務的確定內容為何？眾說紛紜。主要的原因就是附隨義務主要的法律依據是民法的誠信原則所導出，盡何種義務是為誠信？本需就實際情況作判斷。當然從勞動生活中我們可以歸納出許多的附隨義務類型，而這些義務群會隨社會背景的變遷增加或改變內容。例如傳統手工業中雇主兼師父和勞工兼學徒的關係，雖然較現在的勞動關係單純，但是由於勞工可能和雇主同住或和雇主家屬共同工作、生活，勞工和雇主家屬的關係可能成為附隨義務涵蓋範圍，例如我國勞動基準法第十二條第一項第二款及第十四條第一項第二款還保有這種規範。但是隨著科技進步、產業升級、分工愈趨專業複雜，雇主對於生產過程已不可能完全掌控，尤其是對於專業技術人員更是如此，因此，勞工洩密的機會或競業的情況很可能會侵害到雇主的權益，相對地雇主為了管理大量勞工，利用各種監控設備，勞工上網的監督、電話監聽、以電子攝影器材監控勞工也可能侵犯勞工的人格權。顯然隨著不同的社會背景會有不同的勞動生活，基於誠信原則可以導出雖時代和環境不同的附隨義務類型，乃是不可避免的趨勢。

<sup>134</sup> R. Richardi, in Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht, 2001, München, § 8, Rn. 19.; R. Scholz, in Mauz/ Dürig, Kommentar zum GG, § 9, Rn. 158.

<sup>135</sup> 參見邱聰智，新訂民法債編通則(下)，自刊，2001年2月，頁475,476，孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001年，頁548, 549.

<sup>136</sup> 同一意旨參見 R. Richardi, in Richardi/ Wlotzke(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 8, Rn. 19.

## (二) 勞工的主給付義務—工作義務

### 1、概說

勞動契約為雙務契約，一方之權利相對於他方為義務。而雇主對勞工有提供勞務的請求權(債權)，而勞工有提供勞務的義務(債務)，即泛稱的「工作義務」。根據我國民法第四百八十二條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」而勞動基準法第二條第一款規定：「勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。」另外已公布未施行的勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」所以勞工的工作義務與雇主的工資義務形成對價關係。根據我國民法第二百六十四條規定，如果一方不履行該等義務時，他方得主張同時履行抗辯。不過工作義務的內容並非只依據勞動契約；也可能根據法令規定、團體協約、工作規則、雇主的指示權。

### 2、勞務給付與受領的當事人

#### (1) 勞務給付的債權人

勞務給付的債權人原則是勞動契約一方的締約當事人—雇主，所以勞務請求權人通常即為勞動契約當事人之雇主。<sup>137</sup>依據我國民法第四百八十四條第一項前段規定：「僱傭人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人，…」如果違反該原則，按同條第二項規定「當事人之一方違反前項規定時，他方得終止契約。」此所謂勞務供給之專屬性，或稱高度身分義務(Personliche Verpflichtung)<sup>138</sup>因此勞務請求權性質上為不可轉讓之不可讓與(keine Übertragbarkeit)，不過勞工之勞務給付的對象，有時難免為雇主的顧客，例如：工讀生服務便利超商的顧客，或雇主的家屬，例如：看護工照顧雇主之生病的家人。勞務給付請求之不可讓與僅表示勞動者之勞務給付應以雇主本人之指示為基準。<sup>139</sup>因此勞務給付之指示權轉由第三人行使時，則必須有勞工的同意，此時得例外地由雇主以外的第三人指揮監督勞工的工作並受領勞務，例如：派遣勞動業者得勞工之同意派遣勞工至要派人處工作，勞工的勞務給付由要派人受領。派遣勞動關係(Arbeitnehmerüberlassung)並非將所有的勞務請求權讓與第三人，只是在勞動契約中約定將一定部分的勞務請求權和指示權讓與他人。<sup>140</sup>當然，如果勞動契約訂立時，即約定向第三人服勞務者，該第三人依照我國民法第二百六十九條

<sup>137</sup> 陳繼盛，勞資關係，頁 30。Preis, Arbeitsrecht – PraxisßLehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.383, 384.

<sup>138</sup> 參見 Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht, 1998, 頁 163；黃越欽，勞動法新論，頁 247。

<sup>139</sup> 陳繼盛，勞資關係，頁 30。

<sup>140</sup> 參見 Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht, 1998, 頁 163 及頁 334 以下；黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，一九九八年，頁 271 至頁 301。

之規定(真正第三人利益之契約)自始有勞務請求權。

假使事業單位轉讓給第三人時，如勞雇若無特別之約定，從我國勞動基準法第二十條之規定的文義性解釋，勞務債權不須勞工之承諾移轉於第三人，勞務債權移轉時，前雇主之契約上義務亦移轉於新雇主。但是我國二〇〇二年二月六日所公布的企業併購法第十六條卻規定：「併購後存續公司、新設公司或受讓公司應於併購基準日三十日前，以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定留用之勞工。該受通知之勞工，應於受通知日起十日內，以書面通知新雇主是否留用，屆期未為通知者，視為同意留用。」兩項條文雖然有所不同，惟若考量勞務契約之專屬性，以及涉及勞工如不願意從新雇主工作時的可取得資遣費之保障，以企業併購法對於勞工的保障較為周全。

還有一種值得探討的情形是繼承的問題，雇主如果死亡，而其事業由其繼承人承受，勞動給付之債權是否也由其繼承？我國現行法令並無規定，但公布而未施行的勞動契約法第三十條有關勞動契約終了之事由僅列舉勞動者死亡一事(第四款)，未列雇主死亡為勞動契約終了之事由，按法律之反面解釋，雇主死亡時勞動契約不當然終了，其繼承人應得繼承勞動給付之債權而成為勞動契約之新當事人。不過有些勞動契約的勞務給付是專對雇主本人有特別需求者，或是有特別的信賴關係者，譬如照顧癌症末期患者之特別看護，若雇主死亡，其勞動契約之目的業已不存在，應無繼承之可能；或雇主為私人之秘書，專門處理雇主個人事務，如雇主死亡，同樣契約之目的已不存在，如使繼承人繼承勞務給付之債權，險不合宜，應認該勞動契約終了為妥。

## (2) 勞務給付的債務人

勞務給付的債務人原則上也是契約當事人的一方—勞工本人，財產法上一般的清償，依我國民法第三百十一條之規定本得由第三人為之。但勞務的給付義務是例外，因為勞動契約除了財產法上意義外，尚有勞雇雙方人格信賴關係。蓋勞務之供給因人而異，若使第三人代服勞務，則往往難達契約之目的。我國民法第四百八十四條第一項後段規定：「…，受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。」因此此一專屬性，乃相對的，非絕對的，經僱用人之同意，仍得由第三人為之，因而不妨礙由第三人承擔，因為按我國民法第三百零一條規定債務承擔仍須經債權人同意。<sup>141</sup>但是違反民法第四百八十四條第一項之規定時，非經僱用人之同意，則不得使第三人代服之。<sup>142</sup>如果違反該等規定，雇主得終止契約(民法第四百八十四條第二項)。實務上常發生關係企業內調職、公司合併，因已違反勞工服勞務的專屬性，自應尊重勞工同意與否，否則依民法第四百八十四條規

<sup>141</sup> 參見鄭玉波著，民法債編各論，上冊，十版，一九八五年，頁 338。

<sup>142</sup> 參見鄭玉波著，民法債編各論，上冊，十版，一九八五年，頁 338。

定，構成終止僱傭契約的重大事由<sup>143</sup>。

而勞工若死亡，其勞動給付的債務有否繼承問題？公布而未施行的勞動契約法第三十條第四款規定「勞動者」（即勞工）死亡為勞動契約終了之事由。現行法雖無規定，但勞務供給既有專屬性，學說一般認為供給勞務的義務不得繼承。<sup>144</sup>

此外，勞工若有婚、喪、疾病或其他正當事由，得依勞動基準法第四十三條及勞工請假規則之規定請假，亦毋須尋找替代勞工服其勞務。<sup>145</sup>

### 3、工作義務的內容與範圍概說

工作義務的具體內容最主要的依據是勞動契約之個別規定，通常包涵工作地、工作形式及工作時間。而工作的品質通常是由雇主的指示權所定，因為該等內容一般無法在勞動契約明定者。

#### (1) 勞務給付之品質與範圍

我國在學說與實務上很少談及工作品質的問題，甚至誤解認為勞動關係中無工作品質的問題，只有承攬契約才有工作成果的品質問題。事實上勞動契約的工作品質是一非常重要的問題。我國法院對於勞工主觀上「能為而不為」或「消極而無意為」之情形，曾認為是勞工是符合勞動基準法第十一條第五款所謂「確不能勝任工作」的經濟性解雇事由<sup>146</sup>，按勞動基準法第十一條第五款規定所謂確不能勝任工作，非但指能力上不能完成工作，即怠忽所擔任之工作，致不能完成或違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務亦屬之。又同款所謂不能勝任工作，不僅指勞工在客觀上之學識、品行、能力、身心狀況不能勝任工作者而言，即勞工主觀上能為而不為，可以做而無意做，違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務者亦屬之。<sup>147</sup>但是學者劉志鵬律師則指出其不當，該等情事如屬嚴重，應屬為勞動基準法第十二條第四款「違反勞動契約或工作規則情節重大」的懲戒解雇事由，方屬正確<sup>148</sup>。因此勞務給付之品質在實際的勞動關係有其重要性，只是未受學界足夠的重視而已。陳繼盛教授曾將勞務給付之種類及範圍作一限制，也就是應依團體協約或勞動契約予以確定，如無法依團體協約或勞動契約予以確定時，則依雇主或其代理人之指示為勞務，但指示權之行使並非漫無際限，按勞動契約法第十條

<sup>143</sup> 參見郭玲惠，黃立等編，民法債編各論(上)，初版一刷，二〇〇二年，頁 563；BAG, NJW 1999, S. 3508ff; BAG, NJW 1998, S. 3138ff..

<sup>144</sup> 參見 Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 頁 163；鄭玉波著，民法債編各論，上冊，十版，一九八五年，頁 338。

<sup>145</sup> 德國見解相同，參見 W. Dütz, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2000, München, S. 66.

<sup>146</sup> 參見最高法院八十四年度判決台上字第六七三號

<sup>147</sup> 參見最高法院九十二年度台上字第三五三號。

<sup>148</sup> 參見劉志鵬，論「勞工確不能勝任工作」—最高法院八十四年度判決台上字第六七三號判決評釋，載於劉志鵬、黃程貫編，勞動法理論與判決研究，元照出版公司，2002年，初版一刷，頁 133 以下。

之法理，雇主及其代理人的指事不得有違法、不道德或有害勞工健康之情事<sup>149</sup>。其所指不得違法應為不得違反勞動基準法等勞動保護法令<sup>150</sup>，至於不道德者在概念上無法在勞動關係以如此要求；倒是不得有害勞工健康則有相當重要的意義，除了雇主在要求勞工提供勞務必須遵守民法第四百八十三條之一及勞工安全衛生法及相關法令外。必須注意要求勞工工作品質或勞務提供的速度是否逾越勞工在精神和生理的負擔能力。尤其近年來「過勞死」的現象在職場上時有所聞，因此更應注意。在此舉德國的法院實務見解供作參考，工作的品質與勞務提供的速度根據德國通說必須根據個別勞工的給付能力而定。雇主對於勞工工作的要求必須考量到在工作時間內對該勞工精神和生理上的能力，不能傷害到該勞工的健康。德國聯邦動法院在曾經對勞工義務要求的程度作出判決，認為：「如果某一勞工可以超過一般平均水準給付勞務，那麼其義務則必須以超過一般平均水準要求之，若某一勞工只能低於一般水準給付勞務，那麼其義務就依低於一般平均水準要求之。」<sup>151</sup>不過如果勞工故意降低工作水準，而誤使雇主對該勞工降低要求，德國聯邦勞動法院認為有可能違反工作義務。<sup>152</sup>

此外，勞工原則上無須為約定外之勞務給付，但根據勞動基準法第三十二條第三項(因事變之加班)的文義解釋，雇主的廠場若有天災事變或突發事變，勞工不能拒絕其能給付之勞務(另參見勞動契約法第十一條)。雇主如要求勞工為超過團體協約或勞動契約所約定正常工作時間以外之勞務給付時，按勞動基準法第三十二條第一項規定，必須有工會或勞資會議同意後，才得將工作時間延長(即加班)。

## (2) 工作場所—勞務給付地

工作場所，也就是勞務給付的處所，根據勞動基準法施行細則第七條第一款之規定，原則上會由勞動契約確定。如無約定時，由雇主依照勞務之性質予以指示確定。通常推定勞工對於雇主所有的廠場服務有默示的同意，所以勞工原則上以雇主的廠場為勞務給付地<sup>153</sup>。同一事業單位內的調動通常可由雇主以指示權定之。勞工並無移地服勞務的義務，但雇主於一地同時有數個廠場或營業所而不增加勞工之特別困難時，雇主得指定或轉移之(參見勞動契約法第九條)。不過雇主確有調動勞工之必要，尚須符合內政部 74.9.5 台內勞字第 328433 號函揭示的調職五大原則：

<sup>149</sup> 陳繼盛，勞資關係，頁 31。

<sup>150</sup> 相同見解見黃越欽，勞動法新論，頁 248。

<sup>151</sup> BAG 20.3.1969 AP Nr. 27 zu § 123 GewO.，其原文為 Wer überdurchschnittlichen leisten kann, ist auch zu überdurchschnittlichen Leistungen verpflichtet. Wer umgekehrt nur unterdurchschnittlichen leistungsfähig ist, genügt mit einer unterdurchschnittlichen Leistung seiner Arbeitspflicht.

<sup>152</sup> 參見 BAG 20.3.1969 AP Nr. 27 zu § 123 GewO.

<sup>153</sup> 參見陳繼盛，勞資關係，頁 31。

- 1、基於企業經營上所必需。
- 2、不得違反勞動契約。
- 3、對勞工薪資及其他勞動條件，未作不利之變更。
- 4、調動後工作與原有工作性質為其體能及技術所可勝任。
- 5、調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。

該調動五原則解釋函之見解：工作地點的變更指派若在合理範圍內勞工有接受的義務，實務上許多法院判決所援引<sup>154</sup>。例如：某國內航空公司在國內只有台北、高雄兩個站，但在國外有二十五個外站。因企業經營所需將某飛機維修技師調往國外外站，該勞工拒絕接受調動，台灣台北地方法院八十五年度勞訴字第六十九號判決即判決認為該調動具有合理性與必要性且不具不當動機，所以勞工有接受義務，勞工拒不到職雇主可以行使懲戒解僱權，並進而求償。<sup>155</sup>不過學說上亦有認為該五原則有許可議之處，例如：第三項原則所謂「其他勞動條件」定義不明確；過度著重雇主一方的協助義務，缺乏規定對於勞工的期待可能性(Zumutbarkeit)之具體標準等<sup>156</sup>。

勞工之勞務給付全部或大部分在雇主廠場以外或營業所以外所為者，雇主自得要求勞工在廠場外或營業所外服勞務，例如業務員，建築工或從事火車或公共汽車之司機。

### (3) 工作時間

工作時間，也就是勞務給付的時間，其開始、終止、休息及延長(即俗稱的加班)等，原則上都需要依據當事人的約定，但是工作時間對勞工的權益影響重大，如勞動基準法第四章即以專章規定工作時間，而團體協約也會對此一部分予以特別規定，以保護勞工之權益。當事人對於此等法令或團體協約之最低基準的保護規定自不得任意變更，如果違反者當屬無效。勞務給付時間既定後，勞工於其正常工作時間內負有完全服勞務的義務，即使計件勞工，亦不得任意中止工作<sup>157</sup>。勞工在正常工作時間內，雖有服勞務之義務，但於正常工作時間外，則無服勞務之義務。除非按照勞動基準法第三十二條：「雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，

<sup>154</sup> 僅參見台灣高等法院 92 年度重勞上第 12 號判決；台灣高等法院 92 年度勞上易第 45 號判決；台灣台北地方法院 85 年度勞訴字第 69 號判決。

<sup>155</sup> 另參見陳金泉，勞動法一百問，三民書局，2003 年，頁 51。

<sup>156</sup> 批評見黃程貫，勞動法，頁 462 至 468。

<sup>157</sup> 參見陳繼盛，勞資關係，頁 32。



得將工作時間延長之。」或者事業單位發生天災、事變或突發事件，雇主認為有繼續工作之必要時，得依勞動基準法第四十條規定停止例假、休假及特別休假等勞工之假期；勞工在發生該等情事時則不得拒絕雇主延長工作時間之要求。

### （三）勞工的附隨義務

#### 1、概說

##### （1）勞工附隨義務意義

雖然勞動關係以勞工之勞務提供與雇主之報酬給付為其主要內容，但由於勞動關係不僅僅是財產價值之交換而已，因勞動關係具有從屬性據有高度的人格特質(personal Charakter)，且具有繼續性，在勞務的提供與報酬之給付過程中，皆認為根據勞動契約以及我國民法第一百四十八條誠實信用原則(Prinzip der Treuen und Glauben)可以衍生一系列的附隨義務。勞工與雇主除上開勞務提供與報酬給付外，亦另需提供附隨義務。在勞工方面有關勞工附隨義務的名稱國內並未統一，以往有稱為忠實義務<sup>158</sup>，有稱為忠誠義務<sup>159</sup>，其意旨為勞動者應盡注意義務(Pflicht zur Rücksichtnahme)提供勞務，並忠實維護雇主合法利益。根據德國勞動契約法草案(Entwurf des Arbeitsgesetzbuchs)及今天德國的通說<sup>160</sup>將勞工的附隨義務定義為：「勞工在履行勞動關係的義務、行使勞動關係的權利、和維護與勞動關係相關的雇主利益時，應要求該勞工依誠實信用原則的方法合理地考慮自己在企業內的地位，除了注重自身利益外也要考量其他勞工利益。」更開展所謂第三面向(Drittdimension)的注意義務。

一系列勞工的附隨義務，在學說和實務也沒有統一的名詞，不過這些義務就其性質來說基本上可以分成兩大範圍：一是雇主利益維護義務，也就是不作為的義務(Interessenwahrungspflichten, Unterlassungspflicht)，另一為保護義務，即作為義務(Schutzpflichten, Handlungspflichten)，此外還有一項值得特別提出的就是勞工在企業外行為是否也有義務？也一併在此討論(參見圖一：勞工附隨義務圖)。

另外值得注意者，勞工的附隨義務已經有一些法律明文具體規範，因此無需再使用誠信原則的法理去導出該等義務，例如最明顯的勞動基準法第十二條規定：勞工不得對於雇主、雇主家屬、雇主代理人或其他共同工作之勞工，實施暴行或有重大侮辱之行為，否則雇主得不經預告解僱該勞工。這是勞工典型應遵守的法定附隨義務。

<sup>158</sup> 黃越欽，勞動法新論，頁 249。

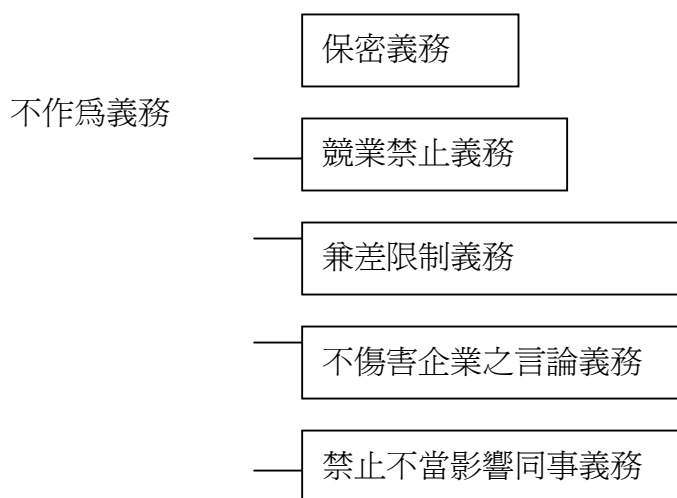
<sup>159</sup> 陳繼盛，勞資關係，頁 33。

<sup>160</sup> 參見 P. Schwedtner, Fürsorge- und Treuepflichten im Gefüge des Arbeitsverhältnisses : Vom Sinn und Unsinn einer Kadifikation des Allgemeinen Arbeitsvertragsrecht, ZfA 1979, S.15,16.

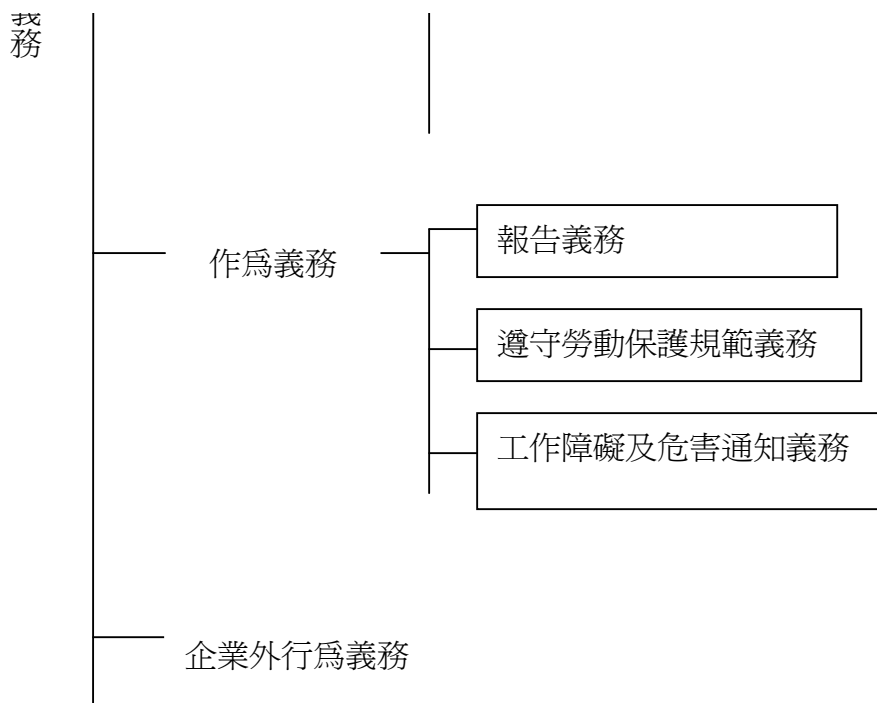
## (2) 勞工違反附隨義務的法律效果

還有一點必談的就是法律效果，如果勞工違反附隨義務有何法律效果？首先雇主可以予以警告(Abmahnung)，或依據勞動基準法第十二條對於有過失之勞工予以解僱(Kündigung)。如果勞工嚴重違反義務而造成雇主損害者，雇主得依據民法第二百二十七條加害給付之規定，向勞工請求損害賠償。至於雇主得否主張民法第二百六十四條同時履行抗辯？因為勞工之附隨義務與雇主之工資給付義務及附隨義務並不構成對待給付之關係，因此不得主張拒絕履行債之給付。至於德國民法中第二百七十三條債權履行的留置權，我國法律並無該等規定，因此雇主也無從留置其工資及附隨義務之履行，因為勞工的附隨義務與雇主的工資給付義務並不構成對待給付；實務上相似的見解如台北地方法院 89 年度勞小上字第 4 號認為：「勞工對雇主除負有提供勞務之主給付義務外，尚有忠實義務，如：保密、信譽維護、不正利益收受、營業競爭禁止、報告結算、危害通知等附隨義務，其中關於報告結算義務即勞工於離職後辦理移交手續，既非屬基於勞動契約之主要給付義務，自非雇主即上訴人給付報酬工資義務之對待給付甚明，因而並無民法第二百六十四條規定之適用。」<sup>161</sup>

此外，雇主給付工資時並不需有勞工以附隨義務做為協力義務，雇主給付工資時，不至於因勞工違反附隨義務而造成勞工受領工資遲延之情事(民法第二百三十四條規定)。尤其工資通常為金錢債務，絕無所謂給付不能之情形，雇主不得主張因勞工之事由而給付不能；即使雇主按照勞動基準法第二十二條規定基於習慣或業務性質，以實物給付代替工資給付，由於該等給付原則上通常為種類之債，除非該等種類均在世間消逝，否則均不發生給付不能之情形。



<sup>161</sup> 台北地方法院 89 年度勞小上字第 4 號。



圖一：勞工附隨義務圖

## 2、不作為義務

### (1) 保密義務

勞工在勞動關係存續中，不論用何種方法獲悉雇主營業上或製造上秘密者，有保密義務(Verschwiegenheitspflicht)。保密義務有依法律與予以規定，例如：勞動基準法第十二條第五項後段規定：對於故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者，雇主可以不經預告解僱。這些事務是否屬於營業上或製造上秘密者，國內學說及實務並無特別闡釋，於此舉德國聯邦勞工法院之見解為例，其提攻供以下五個判斷標準<sup>162</sup>：

- (1) 事業經營有關者。
- (2) 只有特定的人能知悉者。
- (3) 並非公開之事實。
- (4) 根據雇主明示或可得而知的意思，不願意公開之事實。
- (5) 其保持秘密的狀態對於事業之經營有經濟上的利益。

因此實務上像顧客名單、公司電腦資料、設計程式等等均屬雇主不願公開之秘密，應受法律上之保護。我國營業秘密法第三條更規定：「受雇人於職務上研究或開發之營業秘密，歸雇用人所有。但契約另有約定者，從其約定。受雇人於非職務上研究或開發之營業秘密，歸受雇人所有。但其營業秘密係利用雇用人之資源或經驗者，雇用人得支付合理報酬後，於該事業使用其營業秘密。」所以明

<sup>162</sup> BAG, 15. 12.1987, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis。

確地確立勞工有保密義務。

有時保密義務可能括及法定保密義務以外的事項，此時勞雇雙方可以在勞動契約中以《特別的保密義務條款》的訂定雇主希望的守秘事項，例如雇主私人事務或財務關係<sup>163</sup>。除了法律明定和勞動契約特別約定外，當然誠信原則及根據勞動契約本質也能導出此一義務。

## (2) 競業禁止義務

競業禁止就其禁止的時間可以分成契約期間與勞動關係結束後兩部分討論。目前我國並無專對勞工競業禁止規範的適用的法規，不過已公布未施行的勞動契約法第十四條及第十五條對此有所規定，可供參考。勞動契約法第十四條規定：「勞動契約，得約定勞動者於勞動關係終止後，不得與僱方競爭營業。但以勞動者因勞動關係得知僱方技術上秘密而對於僱方有損害時為限。前項約定，應以書面為之，對於營業之種類地域及時期，應加以限制。」勞動契約法第十五條規定：「僱方對勞動者，如無正當理由而解約時，其禁止競爭營業之約定失其效力。」一般而言，勞動關係存續期間的競業禁止根據民法的誠實信用原則即能導出義務。勞動關係終止後的競業禁止通常以契約約定。只是在我國實務上也承認得在勞動契約中訂定競業禁止條款，只是有一定的衡量原則，如行政院勞工委員會八十九年八月二十一日台八十九勞資二字第〇〇三六二五五號函中就表示：「勞資雙方於勞動契約中約定競業禁止條款現行法令並未禁止，惟依民法第二百四十七條之一的規定，契約條款內容之約定，其情形如顯失公平者，該部分無效；另法院就競業禁止條款是否有效之爭議所作出之判決，可歸納出下列衡量原則，1.企業或雇主須有依競業禁止特約之保護利益存在。2.勞工在原雇主之事業應有一定之職務或地位。3.對勞工就業之對象、期間、區域或職業活動範圍，應有合理之範疇。4.應有補償勞工因競業禁止損失之措施。5.離職勞工之競業行為，是否具有背信或違反誠信原則之事實。」法院的判決雖然未列明詳細的衡量原則，但若勞工一方掌握的資料、機密或因受訓獲得的經驗和利益對雇主有重大影響者，則承認該等條款的正當性，如 85 年度勞訴字第 78 號判決中認為：「本件被上訴人所簽署之員工及專屬經紀人服務契約，承諾於離職後三個月內非經原告之同意，不得從事與原告同類性質或相似之業務，上揭三個月競業期間之限制，固尚稱合理適當，被上訴人並沒有於在職期間即至別家房屋仲介公司擔任業務員，均是離職後才加入〇〇房屋仲介公司，亦無法認定被上訴人有攜帶上訴人公司之營業機密例如客戶之資料、情報等到他公司，致損害上訴人公司之利益，本件純粹係勞工違反員工服務契約、保證契約而訴求懲罰性之賠償，上訴人公司在限制勞工競業行為之三個月期間內並無填補員工之代償措施；被上訴人在上訴人公司僅係房屋仲介經紀人，均屬職位不高之業務員，房屋仲介買賣之業務又不需較特別之技能，而時今房屋仲介公司員工之流動性，亦屬頻繁，亦為社會周知

<sup>163</sup> LAG Hamm 5. 10. 1988, DB 1989, 783.

之事實；雖上訴人公司在仲介業界執牛耳居翹楚，本件並無可認有保護上訴人公司利益之必要；再者，雖現今交通便利，但被上訴人由台北市區之上訴人公司轉職至台北縣土城市工作，尚可認對原雇主利益之衝突與影響係屬較低輕微者，被上訴人之競業行為亦無顯著背信性或顯著違反誠實信用之情事，且亦未收受上訴人公司之任何代償金或津貼，是故，上訴人公司上揭競業禁止特約之約定即屬不當限制被上訴人之職業選擇自由，自屬不能准許。」另外 87 年度勞上字第 18 號的見解認為：「本件上訴人公司之營業價格表為上訴人公司在市場上競爭最有價值之營業機密，被上訴人為業務員，又經過公司不斷的講習訓練，派遣出國觀摩學習，方有機會取得此一資料，由此足證被上訴人自上訴人公司處，因身分即可輕易獲得營業秘密或與業務有關之資料。從而兩造於協議書內為上述自離職起一年內競業禁止條款之約定，尚稱允當，應認為合法有效，被上訴人自應遵守該協議書所載之承諾，一年內不為屬於公司直接競爭營業範圍之行為，若有違約，自應依法賠償。且被上訴人於在職期間即行設立公司，其蓄意惡質行為即有欠正當性，且屬重大違反誠信原則，應認競業禁止之約定有效。故本件經審酌被上訴人違反競業禁止當時社會經濟狀況、一般客觀事實及上訴人公司因本次事件所受上述營業額下降等損害，認兩造約定以營業全額一百倍之違約金，顯然過高，應以營業全額之十倍較稱允當，並符公平之原則，依此計算本件違約金為一十五萬七千元。」

### (3) 兼差限制義務

雖然公司法第三十二條規定：「經理人不得兼任其他營利事業之經理人，並不得自營或為他人經營同類之業務。但經依二十九條第一項規定之方式同意者，不在此限。」但是依通說經理人與雇主的關係係依委任契約，目前法律並無明文規定勞工兼差問題，不過未施行的勞動契約法第八條規定：「勞動者於勞動契約期滿前，未經僱方同意，不得與第三人訂立勞動契約，但無損於原約之履行者，不在此限。」到底兼差是否為附隨義務所限制呢？原則上在勞動契約中如無特別規定，雇主不得限制勞工在工作時間以外兼差。至於兼差之工作若是從事營業競爭行為者，除非獲得雇主同意，否則將影響主要的勞動契約，失去誠實信用，也非憲法第十五條工作權保障的範圍，雇主得請求損害賠償，情節嚴重者得依勞動基準法第十二條第四款解僱，最高法院 87 年台上字第 43 號判決就認為：「憲法第十五條固規定：人民之生存權、工作權及財產權應予保障。但人民之工作權並非絕對之權利，此觀憲法第二十三條之規定自明。演藝人員之經紀人鑑於藝人須長期培訓及投資，因而於演藝人員經紀契約約定演藝人員在一定期間內不得從事與其經紀範圍相衝突之表演活動之限制，倘未逾越合理之範圍，既出於契約當事人之同意，自與憲法保障人民工作權之精神不相違背，亦難謂違反其他強制規定，且與公共秩序無關，自非無效。」。此外根據誠信原則，勞工不得因兼差而過度影響原勞動關係下的勞動力。

#### (4) 不傷害企業之言論義務

勞工有不得傷害企業的聲譽之忠實義務，不過這項義務與勞工在憲法保障的言論自由有關。因為該等義務之界限必須將勞工言論自由的基本權與雇主的聲譽作利益衡量，也就是必須考量勞工對於雇主的企業利益的注意義務有多廣？此種衡量均須依個案認定。

#### (5) 禁止不當影響同事義務

在職場上最令人不安的情事之一就是性騷擾，性騷擾不僅來自雇主或上司，同僚之間也常發生。根據我國兩性工作平等法第十二條第一項第一款規定性騷擾有可能是：「受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。」而且第二十七條還規定：「受僱者或求職者因第十二條之情受有損害者，由雇主及行為人連帶負損害賠償責任。…雇主賠償損害時，對於性騷擾之行為人，有求償權。」這是法律明定勞工之間不得性騷擾，這也是勞工對雇主應負的附隨義務。除了性騷擾外，上司或同事也可能對勞工進行其他方式的騷擾，近年來在整個歐洲非常重視所謂 Mobbing 的行為。Mobbing 此字的來源是英文，原意指騷動、暴動，後來引伸為一種騷擾的行為，特別是長期的心理的騷擾<sup>164</sup>。這種騷擾的形式非常多樣<sup>165</sup>：如刻意對某一同事排擠，不打招呼，不理睬；在某同事背後毀謗或散布謠言；甚至是暴力相向造成身體傷害或性侵害。根據雇主的附隨義務，雇主有義務保護勞工避免受到 Mobbing 行為的侵害。勞工若受到 Mobbing 的侵害時，得向雇主請求履行保護義務<sup>166</sup>，雇主必須採取有效的措施阻止 Mobbing 侵害<sup>167</sup>。因此來自同事之間的 Mobbing 的行為與性騷擾的情形也很類似，根據誠信原則勞工為企業內的和諧和尊重同事，應該也有禁止進行 Mobbing 的附隨義務。

### 3、作為義務

#### (1) 報告義務

勞工基本上對雇主詢問有關工作事務之問題，對於工作有重要性者，勞工不得拒絕回答，而且必須照實回答，此點依誠信原則即可導出該報告義務 (Anzeigepflicht)。法律也有具體規定，例如依據勞動基準法第四十三條規定，由行政院勞委會所公布的勞工請假規則第十條規定：「勞工請假時，應於事前親自以

<sup>164</sup> Leymann, Mobbing, 1993, S. 33f; Liu, Arbeitsrechtliche Diskriminierung durch Arbeitnehmer, 2002; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Aufl. 1998, § 108 V 8.

<sup>165</sup> 參見 Kraus/ Kraus, Mobbing- Die Zeitbombe am Arbeitsplatz, 2. Aufl. 1996, S. 13ff; Leymann, Mobbing, S. 35ff;

<sup>166</sup> Hallenberg, Die Pflicht des Arbeitgebers zur Förderung der freier Persönlichkeitsentfaltung nach § 75 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz, S. 78 f.; Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht, § 16 I 2b.

<sup>167</sup> Kollmer, Mobbing im Arbeitsverhältnis, Rn. 31ff.

口頭或書面敘明請假理由及日數。但遇有急病或緊急事故，得委託他人代辦請假手續。辦理請假手續時，雇主得要求勞工提出有關證明文件。」明確指出勞工有據實報告請假理由及日數，更必需提出證明文件。

## (2) 遵守勞工保護法令義務

不僅雇主有義務遵守勞動保護法令，勞工也有遵守勞動保護法令，特別是像勞工安全衛生之規定，通常必須有所有勞工與雇主共同維護遵守方能貫徹實行，例如勞工安全衛生法第二十四條規定：「雇主應負責宣導本法及有關安全衛生之規定，使勞工周知。」此條雖然規定由雇主負責讓勞工能知悉勞工安全衛生法令，其目的無非使勞工有該等知識防止自己發生職業災害，也保障其他勞工避免發生職業災害。因此勞工安全衛生法第二十五條更規定：「雇主應依本法及有關規定會同勞工代表訂定適合其需要之安全衛生工作守則，報經檢查機構備查後，公告實施。勞工對於前項安全衛生工作守則，應切實遵行。」如果勞工違反該條規定，不切實遵守，根據勞工安全衛生法第三十五條規定，主管機關還可以處罰該勞工新台幣三千元以下之罰鍰。

## (3) 障礙及危害通知義務

勞工在自己工作中所發現或預見的工作障礙或危害應即時告知雇主，此稱之為工作障礙及危害通知義務(Pflicht zur Anzeige drohender Schaden und Störung)，至於勞工對其他同事有害雇主之行為有否通知義務，則應視其所擔任職務而定。德國聯邦勞工法院曾對自來水廠財務結算員就收帳員有侵占之嫌的案例中，認為應向雇主報告<sup>168</sup>。但勞工若不是擔任此等監督或管制工作，原則上並無義務報告。

## 4、企業外行為義務

勞工在工作時間外行為屬於勞工人格權保護的範圍<sup>169</sup>。原則上雇主沒有權利干涉勞工在工作時間以外的行為，也就是企業外的行為勞工沒有附隨義務要遵守雇主之指示，因為這已經超出勞動關係的範圍，除非能明確證明其行為對雇主的事業活動或聲譽有影響。特別是有些企業或組織有特殊需求，例如教會或是有特殊傾向的企業 (Tendenzunternehmen)<sup>170</sup>，得在勞動契約載明雇主可以干涉勞工在工作時間以外的行為。至於其界限如何掌握，九十年十一月台北地方法院的一項涉及解僱判決，對雇主干涉勞工私生活的界定，作了相當好的分析。該事實為某一家保險公司因為某員工婚外情而解僱之<sup>171</sup>，法院認為：「需證明原告之不檢行為

<sup>168</sup> BAG vom 18.6.1970, BB 1970, S. 1048 ; Halbach/ Paland/ Schwedes/ Wlotzke, Übersicht über das Arbeitsrecht, 2000, S. 67。

<sup>169</sup> Preis, Arbeitsrecht – PraxisβLehrbuch zum Individualarbeitsrecht, .S. 294f..

<sup>170</sup> 德國所謂具有特殊傾向的企業，例如：政黨所屬的機關，教會組織。

<sup>171</sup> 台北地方法院，八十九年度勞訴字第四四號。

與被告之事業活動有直接關連，有損害被告之社會評價，且為維持被告之事業秩序必須將原告解僱，方屬合法，否則即屬不當干涉勞工之私生活。」該判決文清楚地界定出雇主干涉勞工私生活的權限。事實上在最高法院八十二年度台上字第一七八六號判決要旨已明確指出：「勞資關係係以勞動力為中心，受空間、時間限制之結合關係，並非勞工與雇主之全人格之結合關係，因此在工作時間外之勞工業務外行為，屬於勞工之私生活範圍，非雇主所得任意支配，惟有勞工之行為與事業活動有直接關連，且損害事業之社會評價，為維持事業秩序必要，方足成為懲戒之對象。」因此雇主對於勞工企業外的行為的干預應該嚴格限制。

#### (四) 雇主的工資給付義務

雇主的工資給付義務為勞動關係中的主給付義務(Hauptleistung)，此項義務與勞工的工作義務成為互相對待給付義務(Gegenleistung) (民法第四百八十二條及第二百六十四條)。有關工資的事項通常由勞雇雙方議定(參見勞動基準法第二十一條)，或依團體協約之約定。而根據勞動基準法第二條第三款規定，所謂工資是指謂勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。工資又因其給付的方式、金額、給付地、受領人而有不同的約定，茲分述如下：

##### 1、工資給付的種類

民法僱傭契約一節及勞動契約法均無規定工資給付的種類，對於工資給付的種類只有在在工廠法第二十一條有明文規定：「工廠對工人應以當地十足通用貨幣為工資之給付。」也就是說限制工資只得以工作地通用貨幣給付。但勞動基準法第二條第三款則例示了現金與實物兩種給付種類，而勞基法第二十二條規定：「工資之給付，應以法定通用貨幣為之。但基於習慣或業務性質，得於勞動契約內訂明一部以實物給付之。」也就是承認有所謂現金和實物的混合給付。因此勞動基準法規定的工資給付的種類可分為現金給付、實務給付及混合給付三種。

##### (1) 現金給付

以往有學者認為金錢報酬是工資給付的種類，而以金錢表示之一切報酬而言，不限以現金給付，即使以票據或其他債券給付，亦不失為金錢報酬。<sup>172</sup>惟勞動基準法公布施行後，明文以現金一詞為工資給付的種類，因此以票據或其他債券給付應不符勞基法之意旨，更何況以票據或其他債券給付，將使勞工有兌換的風險，因此勞動基準法不僅明示以現金一詞，第二十二條更規定：「工資之給付，應以法定通用貨幣為之。」而根據中央銀行發行新臺幣辦法第二條規定：中華民國貨幣為新台幣。因此工資給付原則上應以新台幣，應無庸議，不過今日金融機構間轉帳業務發展良好，已非昔比。如果由雇主透過轉帳業務直接將工資匯入勞工於銀行或郵局的帳戶，不失為現金給付之方法。有疑問者，實務上亦有勞雇雙

<sup>172</sup> 參見陳繼盛，勞資關係，頁 36。



方約定工資以外國貨幣給付者，特別是企業派駐外國之勞工，常以美金、歐元或人民幣計算工資者，勞基法第二十二條之規定原為勞工避免匯兌之風險，但條文顯然訂定過於僵化，未來第二十二條前段似乎宜修正為「工資之給付，應以法定通用貨幣為之。但基於習慣或業務性質，得於勞動契約內訂明以外國貨幣或一部以實務給付之。」以符實務之需。

## (2) 實物給付

以金錢以外之一切物或利益為給付者，稱為實物給付。勞基法第二十二條規定：「工資之給付，應以法定通用貨幣為之。但基於習慣或業務性質，得於勞動契約內訂明一部以實物給付之。」也就是工資給付的種類原則上應以現金給付為主，混合給付為輔，完全以實物為給付應為勞動基準法第二十二條文義所不許，否則雇主有可能在產品銷受不佳時，直接以產品折價為工資，使產品銷售變現之責任轉嫁到勞工的身上<sup>173</sup>。另外同條亦規定實物給付的原則：「工資之一部以實物給付時，其實物之作價應公平合理，並適合勞工及其家屬之需要。」

## (3) 混合給付

現金與實物同時並用之給付方式。例如行政院勞工委員會曾作過一解釋令認為：「外籍勞工，除金錢給付外，得提供食、宿及其他水電費用等實物給付。」(參見行政院勞委會八十七年四月十三日台 87 勞動二字第○一四四二一號函)

## 2、工資的計薪方式

### (1) 以時間計薪及以件數計薪

#### (1-1) 以時間計薪

勞動基準法第二條第三款例示以按計時、計日、計月計算工資或薪金，實務上並不排除以周及年計薪。只不過勞工行政主管機關根據勞動基準法作成行政命令及解釋時，多以計時、計日、計月計算。例如行政院勞工委員會日前對基本工資的公告「每月為一五、八四〇元，每日五二八元，每小時六十六元」。(參見行政院勞委會八十六年十月十六日台 86 勞動二字第○四五〇一三號函)

#### (1-2) 以件數計薪

以件數計薪即以工作成績為報酬計算之基準，例如按製造工以製造產品的個數，搬家工人以搬家之次數、土時石採取工人以採取礦物之重量等<sup>174</sup>。計件計薪之勞工雖然以工作成績計算報酬，但與承攬契約有所不同，根據民法第四百九十條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作

<sup>173</sup> 黃程貫，勞動法，頁 402。

<sup>174</sup> 參見陳繼盛，勞資關係，一九七六年，頁 37。

完成，給付報酬之契約。」很明顯兩者有所不同：承攬契約的承攬人報酬的對待給付是「工作之完成」，而計件勞工工資只是以工作達成件數作為計算的標準而已。<sup>175</sup>此外雖然勞工行政主管機關公告基本工資的計算均以「時間計薪」的方式公告，但是勞動基準法施行細則第十二條規定：「採計件工資之勞工所得基本工資，以每日工作八小時之生產額或工作量換算之。」如此一來計件工在基本工資計算上也能獲得保障。

## （2）年資計薪、職能計薪及職務計薪

除了計時計件作為計薪標準，實務上也可能以年資計薪、職能計薪及職務計薪，這些計算方式原則上也符合所謂「合理的計算標準」。特別在衡量雇主是否有違反同工同酬(勞動基準法第二十五條)或性別歧視(兩性工作平等法第十條)，雇主在計算工資應具體提出合理的計算工資標準，否則有違反法律之虞。

### （2-1）年資計薪

實務上常將勞工服務於事業單位的年限作為薪資的計算基礎，每增加一年的年資，其薪水則相對提高。此為自動加薪的方式，任何人均能計算出自己依照年資所得的薪資。一般企業通常只將年資計薪作為基本薪資的計算，做為穩定勞工，避免具有經驗勞工流失的計薪方式。如果所有薪資完全依照年資比序，將對具有實力但年資淺者則缺乏激勵效果<sup>176</sup>。

### （2-2）職能計薪

以個人工作能力，如拓展客戶、技術發展能力等作為核定薪資的標準，技能增加時，薪資也隨之調升，對個人較為公平而有保障，採取職能薪資制時，不因職務方面已標準話而調適困難，所以可以因應技術不斷革新，在企業發展快速的行業裡，可以避免因職務調整困難造成無法調薪而使人才外流。不過完全只依職能計算薪資，不隨年資、職務之不同而調整，形成對組織的不公平。<sup>177</sup>

### （2-3）職務計薪

若以勞工所擔任的職務來計算薪資，是所謂職務計薪，如擔任公司司機一職有一定工資，擔任襄理、副理或經理又有不同的薪資。企業往往根據該職務的困難度或重要性而有不同工資的評價，因此在性質上這是「屬職的薪資制」<sup>178</sup>。如果完全採取職務得的企業，往往容易造成企業內同僚的競爭職務，而對企業內和諧有影響。

## 3、一般工資的額度

<sup>175</sup> 參見黃越欽，勞動法新論，二〇〇二年，頁 307。

<sup>176</sup> 參見黃越欽，勞動法新論，二〇〇二年，頁 301。

<sup>177</sup> 參見黃越欽，勞動法新論，二〇〇二年，頁 301。

<sup>178</sup> 參見黃越欽，勞動法新論，二〇〇二年，頁 301。

## (1) 勞雇雙方議定

工資的額度原則上由勞雇雙方合意定之，惟我國民法第四百八十三條第二項規定：「未定報酬額者，按照價目表所定給付之，無價目表者，按照習慣給付。」因此勞雇間如果從事工作有合意，而無工資的合意，仍不妨勞動契約之成立。<sup>179</sup>但勞雇雙方對工資未有合意即行工作者，畢竟為極少現象。絕大多數的工資仍由勞雇雙方議定，但應注意下列限制：

## (2) 基本工資的規定

勞動基準法第二十一條第一項規定：「工資由勞雇雙方議定之，但不得低於基本工資。」依照文義解釋該項基本工資即其他國家所謂的法定最低工資。最低工資乃是為保障經濟上處於弱勢的勞工，對最重要的勞動條件—工資，所設定的最低標準，此項最低標準的確定並非易事，一方面要保障工資低廉之邊際勞工的生存；另一方面卻又要顧慮到國民總體經濟的發展及產業界的公平競爭<sup>180</sup>。因此世界對訂定多循嚴謹之程序形成之。我國勞動基準法第二十一條第二項及第三項即規定：「前項基本工資，由中央主管機關設基本工資審議委員會擬訂後，報請行政院核定之。前項基本工資審議委員會之組織及其審議程序等事項，由中央主管機關另以辦法定之。」

## (3) 團體協約的規定

團體協約法第十六條規定：「團體協約所定勞動條件，當然為該團體協約所屬雇主及工人間所定勞動契約之內容，如勞動契約有異於該團體協約所定勞動條件者，其相異之部分無效；無效之部分，以團體協約之規定代之。但異於團體協約之約定為該團體協約所容許，或為工人之利益變更勞動條件，而該團體協約並無明文禁止者為有效。」因此工資的議定除了不得低於基本工資以外，根據團體協約法第十六條所揭示的優惠原則(Günstigkeitsprinzip)，也不得低於團體協約所訂的最低工資標準。如果勞動契約的規定較團體協約所訂較低時，團體協約的規定自動取代勞動契約的約定。<sup>181</sup>

## 4、工資給付地

勞動基準法並未規定工資給付地，按照民法第三百十四條規定：「清償地，除法律另有規定或契約另有訂定，或另有習慣，或得依債之性質或其他情形決定者外，應依左列各款之規定：一、以給付特定物為標的者，於訂約時，其物所在地為之。二、其他之債，於債權人之住所地為之。」另參酌勞動契約法第二十三條第一項規定：「勞動報酬之給付，除當事人有特別約定外，應於其工作場所內

<sup>179</sup> 見黃程貫，勞動法，二〇〇二年，頁 378。

<sup>180</sup> 參見黃越欽，勞動法新論，二〇〇二年，頁 304-305。

<sup>181</sup> 參見陳繼盛，勞資關係，一九七六年，頁 39。

行之。」因此勞雇雙方若無特別約定者，應於工作場所內給付之。不過實務上工資給付大多透過金融機構轉帳匯入勞工的帳戶內，工資給付地已經漸漸不在重要。到是所謂「當事人有特別約定」相對有重要性，例如，勞工被派駐中國大陸服務，由於大陸人民幣匯兌有嚴格管制。勞雇雙方常約定一部分工資在中國大陸的工作場所支付，另一部分在國內支付給其家屬。

## 5、工資給付時間

工資給付時間是指實際支付工資的時點而言。與工資計算之時或工資請求權發生之時有別。工資請求權發生之時與工資實際之支付的時間不必一致。如採日薪制的勞工在當日勞務給付的時間經過後及發生工資請求權，但實際支付的時間不一定即時行之。<sup>182</sup>勞基法第二十三條規定：「工資之給付，除當事人有特別約定或按月預付者外，每月至少定期發給二次；按件計酬者亦同。」實務上勞雇雙方大多以每月計算，無論是月初、月中或月末給付，大多以一次給付行之。

## 6、工資受領人

工資受領人原則上應由勞工親自受領。如自己不能受領時，得委託他人代領。勞工若為未成年人時，因為其締結勞動契約應得法定代理人同意，若法定代理人同意該勞動契約，類推適用民法第八十五條規定及參酌勞動契約法之法理，就關於受僱行為有「部分行為能力」(Teilgeschäftsfähigkeit)，<sup>183</sup>該未成年人應有受領工資能力。

### (五) 雇主的附隨義務

#### 1、概說

##### (1) 意義

雇主對勞工的保護照顧義務也是附隨義務。根據勞動關係具有人格上的特質(der personale Charakter)，因此有一系列的附隨義務，傳統上被稱之為保護照顧義務(Fursorgepflichten)。現在一般稱為雇主的附隨義務，雇主一方的附隨義務有：保護義務、促進義務、平等原則的遵守及勞動契約終止後有關的義務。(參見圖二：雇主附隨義務圖)

<sup>182</sup> 參見陳繼盛，勞資關係，1976年，頁39。

<sup>183</sup> 未成年勞工之受僱行為所涉及的民法問題，參見拙著，法定代理人對限制行為能力人受僱行為之允許，法學講座第二期，2002年2月，頁63-71。

所謂保護義務(Schutzpflicht)是指維護勞工的權利生命、身體、健康，人格權、財產及其他的財產利益。因此保護義務又可細分為勞工生命、身體、健康之保護義務，公法上的勞動保護義務，勞工人格權之保護，性騷擾防止，勞工資料保護，勞工財產利益之保護。在傳統的見解中保護義務是雇主最重要的附隨義務。其主要理由是因為勞工將自幾已的各項權利如生命、身體、健康或人格權等，置於一個他治環境的企業組織(fremde betriebliche Organisation)，而且是在雇主的指示權下工作，其權利將受到來自雇主或雇主控制方面來的危險，因此根據勞動法的保護思想要求雇主在這些範圍予以保護<sup>184</sup>。

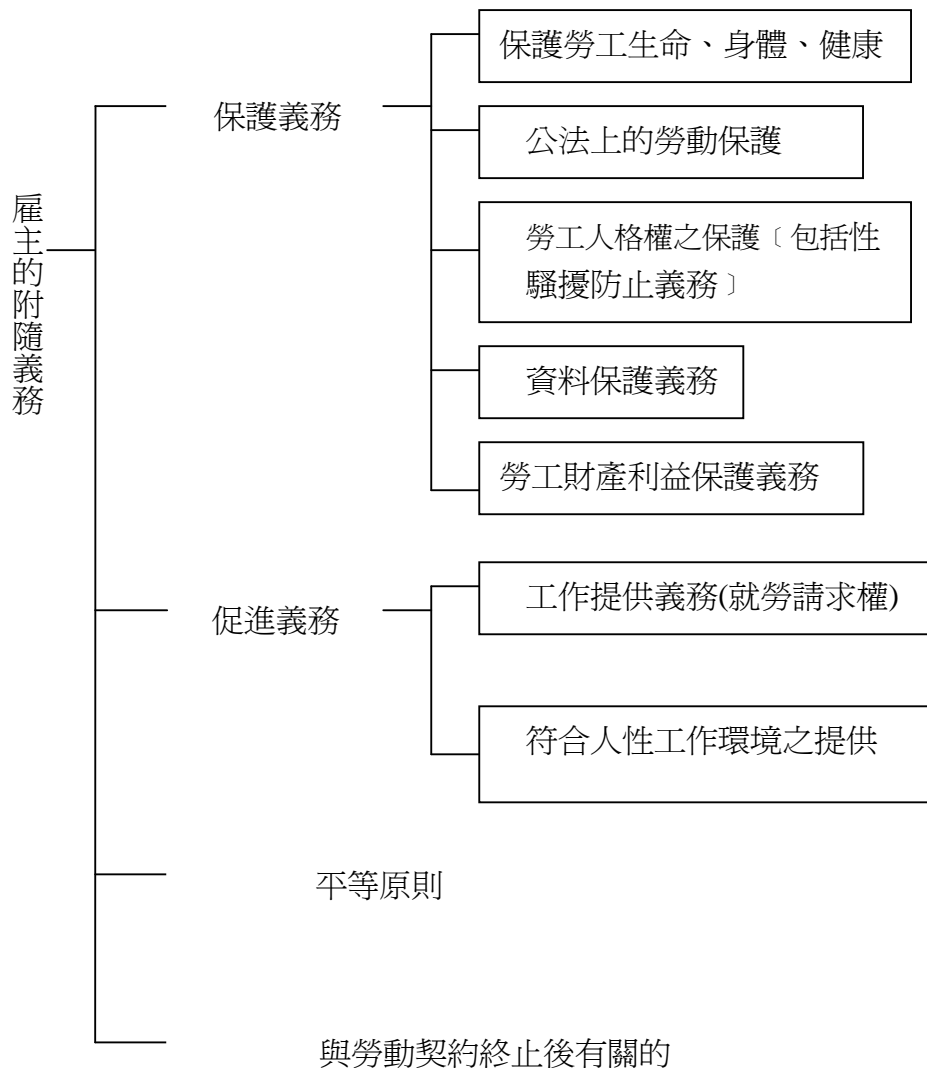
而所謂促進義務是指雇主不僅應避免勞工的權利受到損害，更應該提供勞工向上促進的機會，特別是在人格權的促進上，這些促進義務包括工作提供義務(就勞請求權)，符合人性工作環境之提供。

而平等原則的遵守已經成為勞動法一種普遍性的原則，雇主不能以歧視的方視對待勞工，而目前我國已經有許多具體的法律規定，如勞動基準法第二十五條、兩性工作平等法第七條至第十一條以及就業服務法第五條。

雇主的附隨義務不僅僅在勞動關係存續期間，在勞動關係終結後也有附隨義務，詳細茲如下述。

---

<sup>184</sup>參見 Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.383, 384; .Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht, 5 Aufl. 1998, § 11 7, S. 202-203.



圖二：雇主附隨義務圖

## (2) 違反附隨義務之法律效果

### (2-1) 違反附隨義務之一般法律效果

雇主若違反保護義務是可以依訴請求之(einklagbar)，勞工得對雇主訴請履行保護義務(Erfüllungsansprüche)、不得為侵害行為(Unterlassungsansprüche)、排除侵害(Beseitigungsansprüche)。<sup>185</sup>在雇主嚴重違反保護義務時，由於雇主的保護義務不

<sup>185</sup> 參見 Grunewald, Mobbing – arbeitsrechtliche Aspekte eines neuen Phänomens, NYA 1993, 1071 ff,

一定與勞工的勞務給付義務構成對待給付，故勞工不得依照我國民法第兩百六十四條規定主張同時履行抗辯，但勞工可以依照《雇主受領遲延》等法理拒絕勞務之給付及有工資請請權衡(詳如下述)。給此外勞工也可以因雇主義務的違反根據我國民法第二百七十三條「加害給付」之規定及根據民法第一百八十四條以下有關侵權行為的規定請求損害賠償。當然勞工也可以在非常嚴重違反義務時，得根據勞動基準法第十二條終止勞動契約。

## (2-2) 勞工得拒絕履行勞務及工資請求權

雇主違反附隨義務，特別是違反保護義務時，勞工可否拒絕履行勞務，國內學者對此點並未重視，但實務上均直接認為雇主的保護義務不能與勞工的勞務給付義務構成對待給付，故無民法第二百六十四條規定之適用，勞工不得依照我國民法第二百六十四條規定主張同時履行抗辯，但是德國通說認為勞工得依德國民法第二百七十三條規定(該規定為債務履行留置權的規定，)有權拒絕履行勞務給付(Recht auf Zurückbehaltung der Arbeitsleistung)，該條第一項規定：「債務人依與債務發生同一法律關係，對債權人有已屆清償期之請求權時，以債之關係無其他約定者為限，得在履行其應得給付之前，拒絕清償其債務。」此所謂債權之留置權。我國民法債編沒有德國民法第二百七十三條債權之留置權類似的條文，我國僅在民法物權編第九百二十八條以下有物權留置權之規定。因此我國違反附隨義務時不能像德國一般直接主張「債權給付之留置權」，而拒絕勞務給付，我國法院實務上，例如臺灣高等法院民事判決八十九年度勞上字第三二號就認為：「然雇主為勞工投保勞工及全民健康保險，係雇主就僱傭契約所負之附隨義務，雇主未履行該義務，僅係勞工得請求損害賠償之問題，尚無礙僱傭契約之效力。」法院認見解認為遇有雇主違反附隨義務時，隨即認定不能構成妨礙契約之效力，顯有速斷不謹慎之嫌！因為此等判決顯然忽略勞動契約人格特質，特別是輕估了在雇主控制的職場中，勞工提供勞務給付所必須承擔的高度危險。如果雇主在工作環境的提供，無論是生理上或心理上造成勞工在給付上發生障礙，其責任不應由勞工承擔該危險。應屬雇主在受領勞務時未盡協力義務。

我國通說認為不能受領謂給付可能而因債權人主觀的情事，不能協力完成債務之履行。蓋受領遲延責任，以債務人已提出給付為要件，其給付自屬可能。倘若給付不能，當無從受領，亦即不負受領遲延之責任。惟受領遲延與給付不能，有時甚難區別。例如雇主將工廠封鎖，拒絕勞工進入開工，固屬受領遲延(債務人之給付兼需債權人之行為而不行為)，倘若工廠失火，勞工不能進廠工作，以往我國通說既認為不能受領以給付可能為前提，則若依社會觀念，可認為給付行為之基本要素已欠缺，即屬給付不能而非受領不能<sup>186</sup>。若依此說，則因工廠失火

---

Liu, Arbeitsrechtliche Diskriminierung durch Arbeitnehmer, S. 177, 178. Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.383, 384.,

<sup>186</sup> 洪文瀾，民法債編通則釋義，頁 253；胡長清，中國民法債編總論頁 317。孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001 年，頁 548, 549.

而不能做工；均屬給付不能，此種見解顯有不當。惟以僱傭契約為例，民法第四百八十七條前段規定，僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務。因此，僱用人受領遲延，一方面亦造成受僱人之給付不能。如此情形，究竟應如何歸類？頗滋疑義。近來學說則認為限於給付不能之原因，若係債務人一方之事由所致，為給付不能；反之，履行障礙係因債權人一方之事由所致者，為不能受領；此外復有學者主張因債權人一方之事由而發生給付之障礙，致不能協力完成債務之履行者，如能預期其障礙可得除去，是為受領遲延<sup>187</sup>。債權人受領遲延往往造成債務人一方一時之給付不能<sup>188</sup>，而此等給付不能乃是債權人所致，非可歸責於債務人，根據民法第二百二十五條第一項：「因不可規歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」值得特別提出的是我國民法債編八十八年修正後，民法第四百八十三條之一明文規定者：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受唯害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。」如果雇主未按該條規定做必要之預防，難以期待勞工進入職場工作，勞工這時自可主張雇主對於已準備提出的給付，未為適當的協力義務，因此雖然勞工一方不能給付，但該勞務給付履行之障礙為雇主一方所致，是為受領遲延，同時造成不可歸責於勞工一方的給付不能，使勞工免給付勞務的義務。唯有如此區分責任之歸屬才能確切保護勞工。<sup>189</sup>

當然一般債權人受領遲延時，債務人之債務並不消滅；這對一般契約而言是為原則，不過對於勞務為給付標的的僱傭契約則不適用。因為勞務如果不在約定期間給付，其勞務無法儲存，如果勞工已經依民法第二百三十五條以現實或言詞提出給付者，自然得依民法四百八十七條前段規定：「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。」因此雇主若違反類似的民法第四百八十三條之一的其他附隨義務(尤其是保護義務)，而造成勞工無法順利提供勞務者，應類推適用民法第四百八十三條之一之規定及適用第二百三十四條規定，而認定雇主受領遲延，並依照四百八十七條，得拒絕補服勞務。因此我國雖然沒有德國民法第二百七十三條債權留置權的規定，但是仍然能透過法理解釋，使勞工在雇主未為附隨義務時，得以主張雇主未為協力義務使給付不可能，分別構成雇主受領遲延及非可歸責於勞工之給付不能(民法第二百二十五條)，使勞工免除勞務給付之義務，而有工資給付的請求權。

## 2、保護義務

雇主對於勞工最初也是最重要的附隨義務就是保護義務，保護義務茲可分為下列細節說明：

<sup>187</sup> 孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001年，頁549, 550.

<sup>188</sup> 按通說見解：一時不能亦可構成給付不能。特別是勞務給付不同於一般財產權，例如歌星倒嗓不能履行唱歌，檔期過雖已恢復，仍然構成給付不能。

<sup>189</sup> 類似見解參見 P. Hanau, in Westermann(Hrsg.), Erman-Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Aufl. 2000, § 618, Rn. 15; U. Preis, in Erfurtkommentar, § 611 BGB 887ff..



## (1) 勞工生命、身體、健康的保護義務

如前面所提，民法第四百八十三條之一明文規定：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按情形為必要之預防。」因此僱佣人有必要為受僱人提供安全健康的工作環境。勞動安全衛生法的規定則更詳細，勞工安全衛生法第一條規定：「為防止職業災害，保障勞工安全與健康，制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」整部勞工安全衛生法都幾乎都是在規範雇主對於勞工生命、身體及健康的保護義務（少部分也規定勞工的義務，如第二十五條）。實務上對於雇主此等義務也有同樣要求，例如台北地方法院 89 年勞訴字第 66 號就言明：「依僱傭契約，雇主對員工負有維護其工作安全之附隨義務，是以勞工安全衛生法等相關法令，均明定雇主應提供安全良好工作環境及設備予員工，並明定各該環境及設備之標準。」<sup>190</sup>

至於雇主按照社會保險規定為勞工投保，以使勞工的生命、身體與健康受侵害時，得到社會保險之給付，同樣是對勞工生命、身體與健康的保護，特別是職業災害保險，按勞工保險條例第十五條第一款規定：有一定雇主之勞工的職業災害保險費全部保費由雇主負擔。萬一發生職業災害時，雇主按照勞動基準法第五十九條得扣抵職業災害的補償費；尤其是雇主無資力時，職業災害的保險給付無異是勞工的定心丸。可惜我國法院實務上並未考量社會保險對勞工的重要性，臺灣高等法院民事判決八十九年度勞上字第三二號就認為「雇主為勞工投保勞工及全民健康保險，係雇主就僱傭契約所負之附隨義務，雇主未履行該義務，僅係勞工得請求損害賠償之問題，尚無礙僱傭契約之效力。」其理由顯然未考量到社會保險，特別是職業災害保險保障對於勞工經濟上和心理上的保障，筆者認為若雇主怠於為勞工投保勞工保險，除了按勞工保險條例第七十二條，勞保局可以課予處罰，雇主要賠償勞工損害以外；勞工有理由類推適用民法第四百八十三條之一之規定認定雇主未履行協力義務，及適用第二百三十四條規定而認定雇主受領遲延，並依照民法四百八十七條，得拒絕補服勞務。

## (2) 公法上的勞動保護義務

除了勞工安全衛生法是公法上重要的勞動保護法令之一，勞動基準法更是目前最重要的勞動保護法令，其所規定的勞動條件按勞動基準法第一條之規定是為最低勞動條件，任何勞動契約之約定均不得低於其所規定之勞動條件。勞動保護法實應該涵蓋私法及公法兩個範疇，公法上的勞動保護是指依照公法的規定，雇主(甚或勞工本身)所應承擔的義務；私法上的勞動保護是指雇主在勞動關係存續期間對勞工應履行的保護義務，對於雇主一方面課以公法上的義務，另一方面凡在公法上要求雇主的義務，就成為雇主在勞動契約中對勞工所應履行的義務<sup>191</sup>。

<sup>190</sup> 見台北地方法院 89 年勞訴字第 66 號。

<sup>191</sup> Grundlegend Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrecht, in: Die RG-Praxis

這使得勞動保護對個別勞工而言，可以依照公法上的勞動保護規定直接獲得請求權，不待監督機關執行公務才能享有保護<sup>192</sup>，這就是所謂勞動保護法兼具公私兩法的雙面性質(Doppelnatur)。

### (3) 勞工人格權的保護(包括性騷擾的防止)

人格權對勞工而言，又存在一層更深的意義。因為勞動力做為一種市場上交換的商品和其他商品最大的不同，在於它融於人的血肉中，無法和人分離<sup>193</sup>，勞動關係不單純是勞務給付和工資給付的交換關係而已。勞工在給付勞務的同時，也交出自已的行動自由，由雇主指示從事勞務，其精神和肉體的活動都受到了相當限制，這就是所謂勞動關係中人格的從屬性 (personliche Abhängigkeit)<sup>194</sup>。雇主本身在許多情形都可能侵害到勞工的人格權，以下實例為常發生者，諸如：

- 1、勞工尊嚴的侵害：雇主在監督勞工履行勞務時，可能對勞工指責或批評，如果該等指責或批評不適當時，可能構成勞工人格權的侵害。該等指責或批評以辱罵的方式，即使是在非公開的場合，雖然未構成刑法上的「公然侮辱罪」，也可能構成對勞工內在尊嚴的侵害。
- 2、工作監督與其他在職場內行為的監督：特別是長期針對勞工監視對勞工造成心理的壓力，或是在職場內的廁所或浴室等不當地裝設監視器。
- 3、電話監聽及勞工上網的監督。
- 4、對於勞工的人格分析，健康檢查及基因檢測。
- 5、雇主對求職人的詢問權。
- 6、門房管制與搜身。
- 7、勞工的服裝限制。
- 8、工作時間外行為之干預。

因此雇主在進行相關行為時，是否會侵害勞工的人格權，應該考量三大原則：必要性原則、合比例原則及利益衡量原則。<sup>195</sup>

---

im deutschen Rechtsleben, Bd. 4, 1929, S. 37; Wank /Börgmann, Deutsches und europäisches Arbeitsrecht, S. 1.

<sup>192</sup>; ausführlich Wlotzke, FS Hilger/ Stumpf, 1983, S. 723; Hanau, FS Wlotzke, 1996, S. 37; Halbach/ Paland/ Schwedes/ Wlotzke, Übersicht über das Arbeitsrecht, 8 Aufl. 2000, S. 532. 奧地利 Innsbruck 大學 Gustav Wachter 教授在 1993 年 4 月在政大勞工所主辦的「工作環境權國際學術研討會」最早詳細介紹這個理論，參見政大勞動學報，第四期，第六三至六五頁，另參見黃程貫，勞動法，頁 91, 92。

<sup>193</sup> 參見 Marx, Das Kapital, Erster Band, nach der 4 Aufl. Von 1890, Berlin 1973, S. 181 ff.; Wiese, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, ZfA 1996, 443.

<sup>194</sup> Dütz, Arbeitsrecht, 5 Aufl. 2000, Rn. 28; Ehmann, Die Persönlichkeit als Grundlage des Arbeitsrechts, FS Wiese, S. 99, 102. Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht, 5 Aufl. 1998, § 11 7, S. 154-157.

<sup>195</sup> 參見拙著，網路資訊社會勞工人格權的保護，政大勞動學報，第十二期，2002 年 7 月，頁 187-219。

此外，雇主也應防範來自其他員工及企業外第三人對於勞工人格權侵害，特別是我國兩性工作平等法第十二條及第十三條規定雇主應該避免勞工受到任何人的性騷擾；類似騷擾的防範也應該包括前面所述 Mobbing 一類的長期的心理騷擾，以保障勞工在工作場所內人格受到保護。

#### (4) 勞工資料保護義務

就獲得知悉隱私之情形而言：雇主在勞動關係中可以很容易得到勞工的資料，許多資料可能涉及勞工的隱私，甚至於在勞動關係發生前就可能獲知勞工的隱私，最明顯的例子就是雇用勞工前的詢問權<sup>196</sup>。雇主在勞動關係中還可能要求勞工做各種測驗，如人格特質的測驗、健康檢查等。這些測驗均有可能獲得知悉勞工的隱私。原則上雇主只在與勞動關係有關的必要情形，才可以要求知悉勞工的資料，否則，必須得到勞工明示同意，才有權利獲得勞工的資料。就散布隱私的情形而言：雇主由於很容易得到勞工的隱私，因此對其規範就格外重要。原則上散布隱私的行為必須有權利，否則則侵害人格權<sup>197</sup>。我國目前並無特別法規範勞工的資料保護情形，不過有關以電腦處理資料勞工資料的立法，電腦資料保護法第十八條規定可以作某種程度的保護，該條規定：「非公務機關對個人資料之蒐集或電腦處理，非有特定目的，並符合左列情形之一者，不得為之。一、經當事人書面同意者。二、與當事人有契約或類似契約之關係而對當事人權益無侵害之虞者。…」。

#### (5) 對勞工財產的保護義務

##### (5-1) 一般財產權之保護

勞工進入職場通常都會攜入自己的物品，對於該物品雇主應防止其損害及被盜。

##### (5-2) 勞工智慧財產權之保護

依照勞動契約的原理，勞工對工作成果不得主張所有權，但是勞工在工作上有新的著作或發明之情形逐漸普遍<sup>198</sup>，因此我國在許多法律對雇主對勞工智慧財產權的保護有詳細之規定之。

##### (5-2-1) 著作權法規定之保護

著作權法第十一條規定：「受雇人於職務上所完成之著作，以該受雇人為著作人。但契約約定以雇用人為著作人者，從其約定。依前項規定，以受雇人為著作人者，其著作財產權歸雇用人享有。但契約約定其著作財產權歸受雇人享有者，從其約定。前兩項所稱之受雇人，包括公務員。」著作權法第十二條規定亦

<sup>196</sup> Thees, Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts, S. 40.

<sup>197</sup> Vgl. MünchArbR-Blomeyer, § 99, Rn.20.

<sup>198</sup> 參見黃越欽，勞動法新論，二〇〇二年，頁 258-259。

有規定：「出資聘請他人完成之著作，除前條情形外，以該受聘人為著作人。但契約約定以出資人為著作人者，從其約定。依前項規定，以受聘人為著作人者，其著作財產權依契約約定歸受聘人或出資人享有。未約定著作財產權之歸屬者，其著作財產權歸受聘人享有。依前項規定著作財產權歸受聘人享有者，出資人得利用該著作。」

### (5-2-2) 專利法規定之保護

專利法第七條規定：「受雇人於職務上所完成之發明、新型或新式樣，其專利申請權及專利權屬於雇用人，雇用人應支付受雇人適當之報酬。但契約另有約定者，從其約定。前項所稱職務上之發明、新型或新式樣，指受雇人於僱傭關係中之工作所完成之發明、新型或新式樣。一方出資聘請他人從事研究開發者，其專利申請權及專利權之歸屬依雙方契約約定；契約未約定者，屬於發明人或創作人。但出資人得實施其發明、新型或新式樣。依第一項、前項之規定，專利申請權及專利權歸屬於雇用人或出資人者，發明人或創作人享有姓名表示權。」

### (5-2-3) 積體電路電路布局保護法規定之保護

積體電路電路布局保護法第七條規定：「受僱人職務上完成之電路布局創作，由其雇用人申請登記。但契約另有訂定者，從其約定。出資聘請人完成之電路布局創作，準用前項之規定。前二項之受雇人或受聘人，本於其創作之事實，享有姓名表示權。」

## 3、促進義務

### (1) 安置職務之義務 (勞工之就勞請求權)

勞動契約締結後，基於雙務契約的性質，勞工負有提供勞務之義務，雇主負有支付工資的義務，兩者形成對價。所以受領勞工的勞務是雇主的權利，應無疑問，但是雇主無正當理由拒絕受領勞工之勞務時，勞工是否有權請求雇主受領其勞務呢？也就是勞動法領域所稱勞工的「就勞請求權」(Beschäftigungsanspruch)或稱雇主的「安置職務的義務」(Beschäftigungspflicht)存否的問題。在德國無論學說及實務對於勞工有否就勞請求權的見解均趨向於肯定的見解<sup>199</sup>。其見解並非從德國民法第六百一十一條(類似我國民法四百八十二條)所導出雇主有受領勞務的義務，而是在考量勞動關係人格的特殊屬性，從勞動契約及德國基本法第一條及第二條第一項所保護的人格權導出勞工有就勞請求權。而日本在學說上雖然對勞工有就勞請求權採肯定說居於多數，然而學說對於如何在解釋論的架構就勞請求權的法律根據，迄今並未凝聚較為一致的見解，然而日本實務界於六十年代以後為全面採取肯定說<sup>200</sup>。我國實務界面對就勞請求權的問題有不同的見解，分為

<sup>199</sup> 僅參見 Dütz, Arbeitsrecht, Rn. 182; BAG, GS AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 14.

<sup>200</sup> 參見劉志鵬，論就勞請求權，收錄於氏著，勞動法理論與判決研究，元照出版，二〇〇〇年，

否定說、肯定說及例外肯定說的不同立場。

首先是採「否定說」者，最高法院二十九年上字第九六五號判例就曾經闡示：「債權人有受領給付之權利，除法律有如民法第三百六十七條、第五百十二條第二項等特別規定，契約有特別訂定外，不負受領給付之義務。故債權人對於已提出給付拒絕受領者，通常祇負遲延責任，債務人不得強制受領給付。」台北地方法院七十九年勞訴字第四六號判決也引用最高法院二十九年上自第九六五號判例，認為：「依此判例意旨，僱傭契約或勞動契約之雇主並無受領勞務之義務。即勞工無強制雇主受領勞務之請求權。從而原告主張有就勞請求權，聲明請求被告不得拒絕其進入工作場所工作，強制被告受領其勞務，依法自屬無據。」持相同見解的還有台灣高等法院八十年勞上易字第三號判決，該判決認為：「勞動契約為債權契約之一種，債權人有受領給付之權利，除法律有特別規定或契約有特別訂定外，不負受領給付之義務，故債權人拒絕受領債務人之給付，只負遲延責任，債務人不得強制債權人受領給付(參照最高法院二十九年上自第九六五號判例)。」<sup>201</sup>最高法院八十九年台上字第二二七六號判決也採否定說，該判決認為：「按債權人有受領給付之權利，除法律有如民法第三百六十七條、第五百十二條第二項等特別規定，契約有特別訂定外，不負受領給付之義務。故債權人對於已提出之給付拒絕受領者，通常祇負遲延責任，債務人不得強制其受領給付(本院二十九年上字第九六五號判例參照)。僱傭契約依民法第四百八十二條之規定，係以約定受僱人於一定或不定之期限內為僱用人服勞務，僱用人給與報酬為其成立要件。就此項成立要件言之，僱傭契約在受僱人一方，僅止於約定為僱用人供給一定之勞務，即除供給一定勞務之外，並無其他目的，在僱用人一方，亦僅約定對於受僱人一定勞務之供給而與以報酬，縱使受僱人供給之勞務不生預期之結果，仍應負給與報酬之義務；同法第四百八十七條亦規定，僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬；是僱用人僅負給付報酬之義務，並無受領勞務給付之義務。本件上訴人為僱用人，被上訴人為受僱人，為原審確定之事實，則被上訴人請求上訴人容許其進入「台北 XX 大飯店」之工作場所為執行原稽核室副理職務之行爲，於法自有未合，不應准許。」

法院對就勞請求權採「限制肯定說」者，如最高法院八十一年台上字第一六七八號判決，該判決認為「債權人有受領給付之權利，除法律另有規定或契約另有訂定外，原則上不負受領給付之義務。而就勞動契約之本質言，須勞工如不就勞，勞工之職業技術水準將無法維持時，始得認勞工有就勞請求權存在。」<sup>202</sup>相同看法者有台北地方法院七十九年勞訴字第二五號判決，該判決雖然承認最高法

---

頁 97。

<sup>201</sup> 轉引自劉志鵬，論就勞請求權，收錄於氏著，勞動法理論與判決研究，元照出版，二〇〇〇年，頁 93。

<sup>202</sup> 轉引自劉志鵬，論就勞請求權，收錄於氏著，勞動法理論與判決研究，元照出版，二〇〇〇年，頁 94,95。

院二十九年上自第九六五號判例對僱傭契約有所適用，惟對勞動契約則有疑義，認為：「…惟此種以個人為本位之法律結構所導致之結論，是否當然適用於有社會法性質之勞動契約，固有不同見解，惟無論如何，勞工之工作權與雇主之財產權，同為憲法保障之基本權利，如何調適工作權與財產權，本是勞動法學上重要課題，我國勞動法學之研究起步甚晚，對於勞工之就勞請求權並無完整之論述，本於法之安定性，本院認為就勞請請求權之存否，不宜無限制的承認(即完全肯定說)，而宜採限制的肯定說，即如不就勞，致勞工之職業技術無法維持時，…始承認勞工之就勞請求權存在，否則，勞工即不能強制雇主受領勞務之提供，…」本件經上訴後，台灣高等法院八十年第一號判決採取完全相同之見解。另外台北地方法院七十九年勞訴字第七三號判決及台灣高等法院七十九年勞上字第五四號判決，與台北地方法院七十九年勞訴字第二五號判決採相同見解。

法院採肯定說者始於台北地方法院七十九年勞訴字第二六號判決，該判決認為：「工作權為憲法保障之基本權利。工作權之內容不僅使勞工有工作之機會，且由於勞動契約之社會化，勞工經由勞務之提供，得以發展職業能力，建立群體生活，實踐工作價值及保持人格尊嚴，故勞務提供亦屬工作權之重要內容。基此意義，勞務之提供既為勞工之權利，自得向雇主為受領其勞務之請求。被告雖引自最高法院二十九年上字第九六五號判例，辯稱債權人不負受領給付之義務，故債權人對於已提出之給付拒絕受領，通常只負遲延責任，債務人不得強制其受領云云，惟此係民法以個人思想為背景之法律結構所導致之結論，尚難援引為勞動契約之解釋。本件兩造間之僱傭關係既係存在，被告有受領原告原告勞務給付之義務，應容許原告進入工作場所提供其勞務，使工作權得以實現。」爾後台北地方法院八十六年勞訴字第八二號判決，台灣高等法院八十七年度勞上字第三四號判決也採肯定學說，均將就勞請求權的法律依據從憲法的工作權導出<sup>203</sup>。

我國學者劉志鵬律師對就勞請求權討論相當深入，他採限制肯定說，其理由之重點有二<sup>204</sup>：

(1) 首先他對法院採肯定說和限制肯定說對於「反省勞動契約的特殊性格」的見解表示讚許，但他也分別質疑這兩種見解的法律依據。就法院的肯定說而言，該說將就勞請求權建立工作權之上，可是因為工作權乃憲法保障之基本人權，勞工可否直接援引憲法關於工作權之規定，直接請求雇主受領其勞務。不無疑問。另一方面，法院採限制肯定說的見解，雖然基於「法之安定性」的考慮，有限制地承認就勞請求權，至於就勞請求權的依據何在？判旨並未說明；而且以「如不就

<sup>203</sup> 台北地方法院八十六年勞訴字第八二號判決理由及台灣高等法院八十七年度勞上字第三四號判決理由，轉引自林更盛，就勞請求權 - 評最高法院八九年台上字第二二六七號，收錄於氏著，勞動法案例研究(一)，自刊，二〇〇二年，頁 68-69。

<sup>204</sup> 參見劉志鵬，論就勞請求權，收錄於氏著，勞動法理論與判決研究，元照出版，二〇〇〇年，頁 95-100。

勞致勞工之職業技術水準無法維持」作為衡量標準，其概念雖具體，但範圍較日本限制肯定說以「特別利益」為衡量依據為狹，對勞工之保護較薄，而且有無就勞必要，應由勞工負舉證責任，。

(2) 他也不贊成將日本肯定說及德國早期學說直接引進國內，認為該等學說是以勞雇形成共同體，並導出雇主照顧義務，認為雇主有受領勞務的義務，而全面承認勞工有就勞請求權。他認為如果直接引進即欲主張是以民法第一百四十八條：「權利之行使，不得專以損害他人為主要目的」，然權利人是否有此意思，依社會一般觀念認定之。換言之，應依行使權利的外部行為認定其內部的主觀意思<sup>205</sup>。所以客觀上，「權利之行使，於自己無益而於他人有害，或自己所得利益極小而於他人損害莫大者，通常可視為有加害他人為目的，其行使於經濟用途或社會的目的或毫無目的不合理之行為，亦在所不許」<sup>206</sup>，最高法院五十五年台上字第三二三五也持相似見解。劉志鵬律師認為，基於此法律依據，雇主受領勞務固為其權利，然其權利行使如於自己無利益或利益甚小，造成遭拒絕就勞之勞工利益重大傷害時，解釋上應認為雇主濫用其受領勞務之權。民法第一百四十八條規定屬民法第一百八十四條第二項所稱「保護他人之法律」，故當雇用人拒絕受領勞務行為構成權利濫用，勞工亦可根據侵權行為規定向雇主請求損害賠償。他並引施啟揚教授的觀點，對於是否構成權利濫用，法院應依職權調查，不待勞工舉證<sup>207</sup>。

另外學者林更盛教授也採限制肯定說，不過理由與劉志鵬律師有異，他認為：就勞請求權涉及勞工人格權及工作權的實現，可採間接第三人效力之觀點，透過私法中的誠信原則導出就勞請求權，較為恰當。若以權利禁止濫用原則導出就勞請求權，會有缺點：若當事人行使權利，雖足以使他人喪失利益，而苟非以損害他人為主要目的，即不在該條所定範圍之內。因此若當事人之行為僅為圖利而已，並非當然可認定為以損害他人為主要目的。依此標準，雇主無正當事由、拒絕受領勞務時，由於雇主仍有支付工資之義務(民法第四百八十七條)，因此恐怕只有例外情形，方才構成權利濫用；而吾人若以此作為肯定勞工就勞請求權之依據，則勞工基本上將只能於例外情形才擁有就勞請求權，恐將過度限制勞工上述權利，而與否定說相距不遠<sup>208</sup>。惟誠信原則要求斟酌個案具體事實，衡量當事人間之利害關係。而且人格權之保護範圍，並非自始固定、而是應和其他相關法益衡量比較後定之。何況勞工提供勞務之型態不一，採取全面肯定說，至少就現

<sup>205</sup> 參見施啟揚，民法總則，二〇〇四年，頁 386。

<sup>206</sup> 史尚寬著，民法總則，一九七五年，頁 648；黃茂榮，民法判解之理論體系民法總則，一九七九年，頁 619。

<sup>207</sup> 參見施啟揚，民法總則，二〇〇四年，頁 390。

<sup>208</sup> 林更盛，就勞請求權 - 評最高法院八九年台上字第二二六七號，收錄於氏著，勞動法案例研究(一)，自刊，二〇〇二年，頁 84。

階段而言，似與社會通念不盡相符。<sup>209</sup>

筆者則採取肯定說，主要有以下三點看法：

(1) 勞動契約的特性在於提供之勞務具有人格從屬性，可是勞動的目的不僅在於換取工資、維繫物質生活，另一方面勞動本身即屬目的，透過勞動可以使勞工的人性尊嚴獲得維繫、透過工作可以實現自我。民法對於僱傭契約固然沒有規定僱傭人有受領勞務之義務，但是保障勞工工作權及維護人格尊嚴是我國憲法中保障人民自由權利之基本理念<sup>210</sup>，這個基本權構建了一價值體系(Wertsystem)，或是說基本權是一客觀的價值秩序(Wertordnung)<sup>211</sup>，由這個價值秩序可以導入民法中的公序良俗條款及誠實信用原則<sup>212</sup>。因此雇主在勞動契約的履行上基於憲法客觀價值決定(Verfassungsrechtlichen Wertentscheidung)<sup>213</sup>導入的誠信原則<sup>214</sup>，當勞工以言詞或行為履行勞務給付時，雇主就有受領勞務的義務，否則雇主為債務不履行，根據我國民法第二百二十七條之一的規定：「債務人因債務不履行，致債權人之權利受侵害者，準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定，負損害賠償責任。」勞工可以據此向雇主請求損害賠償。劉志鵬律師所主張「雇主拒絕受領勞務」是一權利，而以第一百四十八條第一項的「權利禁止濫用」之規定作限制，違反者根據民法一百八十四條第二項因違反保護他人之法律的侵權行為，負損害賠償責任；並引施啟揚教授的主張，法院對權利是否濫用應為調查，似乎也能部分解決問題。但是有其缺點，民法第一百八十四條第二項「違反保護他人法律」而推定有侵權行為的規定，通常在運用的「保護他人法律」是明確者，對於被害人的舉證責任才有實質減輕的效果，如加害人違反刑法或道路交通安全條例；雖然第一百四十八條第一項的「權利禁止濫用」之規定作為保護他人之法律，在學說上也承認<sup>215</sup>，但仍要證明「權利濫用」是損害他人為目的，雖然施啟揚教授或劉志鵬律師宣稱法院應為調查，這只是理論上的理想，受害人仍然必須為基本的舉證。因此對於勞工而言，責任重大，很難探知雇主有損害勞工為目的。不若以債務不履行的規定，將舉證責任轉換由雇主承擔。

<sup>209</sup> 林更盛，就勞請求權 - 評最高法院八九年台上字第二二六七號，收錄於氏著，勞動法案例研究(一)，自刊，二〇〇二年，頁 86。

<sup>210</sup> 釋字第三七二號明確指出：「維護人格尊嚴...為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」另參見法治斌/董保城，中華民國憲法，頁 155。

<sup>211</sup> 參見 Klein/v. Mongoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. B III 4 vor Art. 1, S. 93; Eichard Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, Festschrift für Günter Winkler, Wien 1989, S. 39ff.; 國內見解參見吳庚，憲法的解釋與適用，自刊，二〇〇三年，頁 112。

<sup>212</sup> 參見 Richardi, in Richardi/W.Lotzke, Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 1, Aufl. 2, § 9, Rn. 5, 42; Preis

<sup>213</sup> 參見 BAG, GS 27.2.1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

<sup>214</sup> 相似見解見林更盛，就勞請求權 - 評最高法院八九年台上字第二二六七號，收錄於氏著，勞動法案例研究(一)，自刊，二〇〇二年，頁 82。

<sup>215</sup> 參見 Sprau, in Palandt Kommentar zum BGB., § 823 BGB, Rn. 61. G. Schiemann in Erman BGB Kommentar, 10 Aufl. Band. I, 2000,-, §823, Rn. 161，德國早期實務也承認，參見 RG, 58, 214.



(2) 對於限制肯定說的限制理由，無論是我國實務界所採「如不就勞致勞工之職業技術水準無法維持」之理由，或是日本學界所提對勞工有「特別利益」的判斷標準，都明顯忽略兩大問題：第一、勞工的就勞請求權涉及勞工人格權的實踐，並非單純對勞工有經濟上的利益，所謂「技術水準的維持」或「特別利益」都只看到經濟上的利益，而嚴重忽略勞工可以透過工作達到自我實現的意義。這種以雇主的角度或法官的角度去判斷，而不去觀照勞工主觀意識的需求，很容易侵害了勞工的人格權，因為從事工作是否對勞工有意義，不能單靠雇主或法官以自己的立場去思考，而必須就每位勞工內心的需求做判斷；第二、限制肯定說及否定說建構在不真實的認識基礎上，在實際的勞動生活中，勞工沒有實際工作，就算技能不喪失，因為未從事工作，工作就無任何表現，難道雇主會持續給予薪資，永不解僱？顯然這個答案是否定的！雇主拒絕給勞務給付而仍給付工資，通常都是基於雇主利益的權宜，諸如：該勞工是工會幹部，避免其進入工作場所中進行工會活動或雇主個人討厭該勞工，該等權宜的手段不可能持續，雇主不可能一直養一位不用工作的勞工，如果就此承認雇主有「拒絕勞務給付」的權利，就是給雇主有「作手」的機會，該勞工很容易在未來就以各種其他的理由被解僱，這才是勞動生活的實情。因此除非權宜的手段有正當性(阻卻違法事由)，譬如某勞工對另一勞工進行性騷擾，雇主為了隔離雙方繼續接觸先暫時停止嫌疑的勞工工作(參見兩性工作平等法第十三條第二項)，否則雇主沒有拒絕受領勞務的權利。

(3) 林更盛教授認為就勞請請求權係導源於誠信原則，故必須採個案認定和必須採限制肯定說的論述，筆者亦有不同看法：雇主對於勞工的附隨義務(保護照顧)都可從誠信原則導出，也就是勞工對於雇主有該等權利是被肯定的。特別是勞工的人格權的保護！而且就是因為勞動的給付與勞工的人格權有密切的關連。林教授亦不否認此點，特別他認為勞務之提供和勞動者本身密不可分，是憲法上保障人格權的觀點下所衍生，法律上自有更加強化勞工人格權保護之必要<sup>216</sup>。所以全面承認勞工的就勞請求權，根本不是問題，林教授所擔心需以個案衡量的問題，似乎在順序上有了顛倒。因為就勞工的人格權及其衍生的就勞請求權來說，必須先承認有該等權利才有利益衡量的問題，而不是先利益衡量才產生權利問題。換句話說，在特殊情形下(比如上述的性騷擾防止的例子)，在利益衡量下，限制勞工的就勞請求權，要先承認勞工有就勞請求權。

綜上所述，給予雇主有拒絕勞務給付的權利，對於勞工就有危險存在，不能單純從短時期的外觀來判斷勞工不需工作就能拿薪水的「好事」，而認定雇主有拒絕受領勞務之權利，也不能忽略實際工作對於勞工人格權實現的意義，因此筆者認為從勞動契約的特質結合工作權及人性尊嚴等基本權導入誠信原則，應該全面承認勞工有就勞請求權。

<sup>216</sup>林更盛，就勞請求權 - 評最高法院八九年台上字第二二六七號，收錄於氏著，勞動法案例研究(一)，自刊，二〇〇二年，頁 81,82。

## (2) 符合人性工作環境之提供

雇主根據一般契約義務有促進勞工人格權開展的責任<sup>217</sup>。所謂勞工人格權的開展是指勞工的創造力、勞工的獨立與自主，雇主有義務促進勞工在這些方面開展其人格權。譬如雇主應協助勞工在同事間的和諧相處，促進勞工工作的知識與能力以及勞工未來的工作發展。不過，雇主促進勞工人格權的義務通常被視為一行爲標準或解釋的規則，勞工對雇主的履行請求權是不存在的，因爲雇主促進勞工人格開展往往涉及員工全體，甚至是員工的自由是相互影響。勞工若要求雇主讓其人格開展的環境，這種請求權因在內容上並不具體，所以不被承認<sup>218</sup>。雇主對勞工人格權的促進義務並非漫無邊際，其義務的範圍必須根據比例原則，依照雇主在技術上、組織上及經濟上的能力予以限定。如果雇主確有能力促進勞工的人格權而未履行該義務，造成勞工「民法第二百零二十七條向雇主請求損害賠償，或是類推適用民法第四百八十三條之一、第二百四十三條及第二百零二十五條之規定拒絕履行勞務<sup>219</sup>。

## (3) 平等對待之義務

平等對待也是雇主重要的附隨義務，事實上我法律規定已有相當具體明文話規定，如勞動基準法第二十五條規定：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」以及就業服務法第五條第一項規定：「爲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、身心障礙或以往工會會員身分爲由，予以歧視。」兩性工作平等法更是在第二章(第七條至第十一條)：性別歧視之禁止一章，巨細靡遺地將各種僱用關係中可能造成的不平等情形予以規範。

事實上即使沒有前述的規定，也可以透過民法的一般性條款(General Klausel)之規定使勞工得到一定的保障。因爲民法第七十二條規定法律行爲不得違反公序良俗，可以從憲法的平等權觀念導入，將平等原則視爲一公序良俗。如此勞雇間的任何規定即不得違反平等權，使勞工能獲得保護。

## (4) 與勞動契約終止有關的義務

勞動關係終了後原來勞雇之間的權利義務關係原應告結束，但在特殊情況下雇主仍有部分義務，如發給服務證明書，依照勞基法第十九條規定：「勞動契約終止時，勞工如請求發給服務證明書，雇主或其代理人不得拒絕。」此外又如再雇用義務，大量解僱勞工保護法第九條第一項規定：「事業單位大量解僱勞工後

<sup>217</sup> GK-Kreutz, § 75 BetrVG Rn. 88; Hallenberger, Persönlichkeitsentfaltung, S. 94; Niederal, S. 164, 168.

<sup>218</sup> Däubler, Entscheidungsfreiheit am Arbeitsplatz, AiB 1988, 237; Zöllner, RdA 1973, 215.

<sup>219</sup> Zöllner, Arbeitsrecht und menschengerechte Arbeitsgestaltung, RdA 1973, 215.

再僱用工作性質相近之勞工時，除法令另有規定外，應優先僱用經其大量解僱之勞工。」此等均為勞動契約終止後的義務。

## 二、實踐發展

實務上相關見解如下：

### (一) 最高法院 85 台上 2510

勞基法所規定之勞動契約並不完全等於僱傭契約，於具有指揮、監督、從屬關係之勞務給付，即足構成勞動契約。介於僱傭契約與承攬契約間之中間型態，只要具有指揮、監督及從屬關係，即不失為勞動契約，而有勞基法之適用。

### (二) 最高法院 88 年台上 1864 號

按所謂「勞動契約」，就形式上言，參照勞動基準法第二條第六款規定，自係約定「勞雇關係」之契約，而其契約之內容，依勞動基準法施行細則第七條規定，應就工作場所及從事之工作有關事項、工作開始及終止之時間、休息時間及休假、請假有關事項、工資之議定、調整及給付之日期與方法、退休金、勞工福利及安全衛生等項為約定；就其內涵言，勞工與雇主間應有從屬性，即一般學理上亦認勞動契約當事人之勞工，具有下列特徵：人格從屬性，即受雇人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。親自履行，不得使用代理人。經濟上從屬性，即受雇人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動。納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態。勞動契約之特徵，即在此從屬性，換言之，勞動基準法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，與委任契約之受委任人，以處理一定目的之事務，具有獨立之裁量權者有別。

### (三) 最高法院 90 台上 1260

查合約書已表明上訴人願為被上訴人完成特定地區新聞採訪與報導工作，並就「工作約定之期間」、「應完成之特定工作」、「約定報酬之給付」、「特殊重要之約定」、「終止契約之事由」、「損害賠償與保證」及「附約」等各項，均有明確約定，著重在完成特定之工作，顯示契約之目的，係以工作之完成（即完成特定新聞之內容並經被上訴人採用）為要件，並非以新聞採訪之勞務給付過程為給付酬金之對價，足見該契約之性質為承攬契約，而非勞動契約。另依被上訴人公司員工工作規則第二條規定：「本公司員工之管理，除勞動基準法及有關法令另有強制規定外，悉依本規則行之，惟特約人員及定期契約人員另依有關法令規定辦理之」等語。已明示特約記者與被上訴人公司之員工有異，特約記者並不受上開工作規則之拘束，兩造係屬依件計酬之承攬或委任之法律關係，而非勞基法所規範之勞雇關係。

#### (四) 最高法院 92 年台上 1328

勞基法所稱之勞工，係指「受雇主僱用從事工作獲致工資」之人，而該法適用之行業包括水電業。本件上訴人乃受被上訴人僱用從事工作而獲致工資之人，縱上訴人依聘用條例予以聘用為職員而非工員，亦無礙上訴人受被上訴人僱用從事工作獲致工資之本質，故上訴人應屬勞基法所稱之勞工。是上訴人主張其非公務員，有關係爭聘用契約之解僱事宜，應有勞基法之適用一節，即屬可採。又上訴人所擔任之工作已形成永久性，為被上訴人自承，且上訴人受僱於被上訴人，雖每年簽訂聘用契約一次，但自七十一年九月起至八十六年六月止連續簽約已達十四年餘而未曾中斷，依勞基法第九條第一項、第二項第二款之規定，兩造間之勞動契約應屬不定期契約，不因聘用契約定有期限而有不同。

#### (五) 最高法院 93 台上 2567

展業區經理由公司之授權就其下屬之展業主任及展業代表，有督導、招募、訓練及管理之權，即具有獨立之裁量權。與勞動契約之勞工，具有在雇主企業組織內，服從雇主之權威，並有接受懲戒或制裁之義務；親自履行，不得使用代理人；非為自己之營業勞動，而係為雇主之目的而勞動；納入雇主生產組織體系，與同僚居於分工合作狀態等人格上、經濟上之從屬性有別。故上訴人乃為一獨立之營業單位，僅單純接受被上訴人公司之委託，完成一定之工作（即完成招攬保險並達一定之責任額），並約定須以完成特定之工作，方得收取相當之佣金報酬，且由被上訴人授權其有督導、招募、訓練及管理下屬之權，同時不受被上訴人之指揮、監督，顯見上訴人乃係單純為自己之營業而勞動，該展業區經理聘約非屬勞動契約。

#### (六) 最高法院 86 台上 82

按「勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主得預告終止勞動契約」固為勞動基準法第十一條第五款及上訴人公司工作規則第二十條第五款所明定，然所謂不能勝任工作，應係指勞工之學識、能力在客觀上不能勝任其工作者而言。證人證詞被上訴人平日抱怨較多，撰稿字數若不督促即達不到版面需求等情，均屬被上訴人是否滿於現狀及其工作態度之問題，僅係其「能為」而「不為」，實非其無勝任記者工作之「能力」及「知識」。

按勞動基準法第十一條第五款所謂「不能勝任工作」，不僅指勞工在客觀上之學識、品行、能力、身心狀況，不能勝任工作者而言，即勞工主觀上「能為而不為」，「可以做而無意願做」，違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務者亦屬之。此由勞動基準法之立法本旨在於「保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展」觀之，為當然之解釋。原審以所謂不能勝任工作，係指勞工之學識、能

力在客觀上不能勝任其工作者為限，縱被上訴人有能為而不為之情形，亦僅是否違反勞動契約應予懲處之問題，而非是否勝任記者工作之問題。

## （七）最高法院 87 台上 2754

所謂工資，依該法第二條第三款規定，係指勞工因工作而獲得之報酬，包括工資、薪金及依計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義經常性給與均屬之，故依該法計算平均工資，自應以勞工因工作所獲得之對價為限。

所謂駐外津貼，係特別發給派駐國外工作人員之額外津貼，以上訴人受薪之情形觀之，上訴人在港工作期間，除基本薪資外，僅領有駐港津貼，其他如主管加給、伙食費、車馬費等在台同等級人員領取之給付，被上訴人並未給與；而上訴人自承伊派駐香港分公司後，被上訴人公司為彌補因港、台兩地生活程度之差異與伊全家生活之不便，及支付昂貴之房屋租金等，而按月給付伊駐外生活津貼，且被上訴人於七十七年六月間通過之該公司國內外派人員薪給改制方案，其簡報資料亦記載：「現行對外派員工所採之補救措施係在台發放房屋津貼、幣值匯率貼補……，改進方案則採國內存記等級之基本月薪照發，另加發國外津貼，折合當地貨幣發給，國外津貼之設定，係按員工需要，參考當地經濟狀況、生活指數、保險、稅金等因素，以包括在當地之『生活、房租、交通、保險、稅金』等項費用考量而研定合理標準」，可見被上訴人公司係將國內同等級人員所領取之主管加給、車馬費、伙食費及因國內、外生活條件差異所給與之房租補貼等，均包括在駐外津貼乙項中給付，是該項津貼顯非全然係工作之對價，其中與國內職等相同人員薪資之差額部分，應認係被上訴人公司員工因派駐國外，由被上訴人公司給與之生活補貼，該部分給付乃恩惠性給與，自不得列計為工資之一部分。

按勞動基準法第二條第三款規定：工資謂勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。所謂經常性之給付，祇要在一般情形下經常可以領得之給付即屬之。舉凡某種給與係屬工作上之報酬，在制度上有經常性者，均得列入平均工資以之計算退休金。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

該案例切合勞動關係中雇主與勞工間之權利義務，因此選擇作為討論之案例。

## 二、重要案件

本單元提供三個案例，分別是：

- (一) 臺北地院 八十八年度勞訴字第一〇九號
- (二) 高等法院 八十九年度勞上易字第二十七號
- (三) 最高法院 九十二年度台上字第三五三號

## 三、案例之重要內容

民國 81 年 5 月 4 日

原告甲受僱於被告遠東航空股份有限公司，擔任空服員乙職。

民國 86 年 1 月 2 日

被告以原告未參與〔關鍵時刻〕地面服務旅客活動，而記申誡。

民國 86 年 2 月春節期間

原告拒絕參加關鍵時刻活動。

民國 86 年 5 月 26 日

原告擅自以工會第四分會名義張貼大字報鼓動空服員連署對抗被告。

民國 86 年 5 月 31 日

原告因工作繁多，遲到二十五分鐘。

民國 87 年 1 月 20 日

原告與其他空服員執行待命任務，任何一位待命空服員皆可出勤。然被告見原告一時未在待命室內（原告當時在機場內另一單位，隨時可以傳呼機聯絡），指名一定要原告出勤，之後被告認為原告執行待命期間擅自離開待命室，因而延誤派遣任務，計遲到一小時五分鐘，但原告指出事實上已由其他待命空服員出勤，該次任務並無遲誤，卻遭記過。

民國 87 年 4 月 3 日、7 月 5 日

原告拒絕服勤，令被告不得不調派他人。

民國 87 年 7 月 10 日

原告抗議取消排班，嚴重妨害被告之人事管理。

民國 87 年 7 月 13 日

原告發起空服員聯名請願。

民國 87 年 7 月 17 日

原告曲解並拒絕出席被告召開之座談會，破壞勞資和諧。

民國 87 年 10 月及 88 年 1 月間

被告未徵詢原告意見，恣意調動原告職位，由空服員變更為地勤，限制原告飛行。

民國 88 年 2 月 3 日

被告以(八八)人報字第 0 二 0 號人事通報通知原告，翌日即未附任何理由解僱原告，並禁止原告進入公司工作，使原告生活頓失依恃。

民國 88 年 2 月 5 日

被告之產業工會亦於以( ) 遠航工組字第 0 0 七號表明：原告係因主管憑其好惡，任意擴張解釋勞基法第十一條第五款，嚴重損及勞工工作權，．．違反工會法第三十五條之規定，迫害工會幹部，打壓工會運作。

#### 四、案例之意義與影響

##### (一) 爭點

其相關爭點如下：

是否符合勞動基準法第十一條因虧損而資遣勞工？

何謂不能勝任？

是否已罹於解雇勞工之除斥期間？

解雇是否合法？

飛行加給是否為工資？

#### 1、是否符合勞動基準法第十一條因虧損而資遣勞工？

##### (1) 地院

勞基法第十一條第一款所謂虧損，既未限定以營業收入是否少於營業支出為認定依據，自應以僱主之整體損益情形認定是否虧損，則被告於八十六、七年度之損益結算後仍有盈餘，即難謂為虧損。至被告於八十八年上半年度雖呈虧損狀態，然無從認為其於資遣原告當時已符合虧損之事由。是退步言，縱認被告曾以勞基法第十一條第一款虧損事由表示資遣原告，亦因被告未證明其有虧損之事實，該資遣之意思表示仍因於法不合而不生資遣之效力。

縱使被告於八十八年二月間有虧損情事，並以該事由資遣原告，惟被告不先資遣冗員，反而對任職於人力不足之空服單位之原告先行資遣，事後再招聘其他空服員，以疏減人力不足之壓力，其行使資遣之權利亦屬違反誠實信用方法，應認不生資遣之效力。

## (2) 高院

未表意見。

## (3) 最高院

未表意見。

## 2、何謂不能勝任？

### (1) 地院

第十一條第五款所定勞工對於所擔任之工作確不能勝任時之解僱事由，係指不可歸責於勞工之情形者。亦即指勞工於勞動契約存續期間，因不可歸責於其之事由，其學識、能力、技術等在客觀上已無法勝任其工作之情形而言。至勞工怠忽所擔任之工作，致不能完成，或違反應忠誠履行勞務給付之義務，既為可歸責於勞工之事由，應不屬勞基法第十一條第五款雇主可隨時資遣之事由，而應視勞工行為，認定是否該當同法第十二條第一項所列舉雇主得單方終止勞動契約之事由，及雇主之行使終止權是否罹於除斥期間，以決定雇主之終止契約是否合法。從而勞工有上開可歸責事由，而雇主欲以給付勞工預告工資及資遣費之方式予以資遣時，仍不能變更雇主係依勞基法第十二條第一項解雇勞工之事實，自應受該條款所定要件及除斥期間之限制。

### (2) 高院

按勞動基準法第十一條第五款規定所謂確不能勝任工作，非但指能力上不能完成工作，即怠忽所擔任之工作，致不能完成或違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務亦屬之（最高法院八十四年度台上字第六七三號判決、八十六年度台上字第六八八號判決參照）。又同法第五款所謂不能勝任工作，不僅指勞工在客觀上之學識、品行、能力、身心狀況不能勝任工作者而言，即勞工主觀上能為而不為，可以做而無意做，違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務者亦屬之（最高法院八十六年度台上字第八十二號判決參照）。依上說明，所謂不能勝任工作，並不限於不可歸責於勞工之情形始得適用，此觀該條文並未予以限縮自明。乃被上訴人謂該條款規定限於不可歸責於勞工之情形始得適用云云，自非可採。



### (3) 最高院

按勞動基準法第十一條第五款規定所謂確不能勝任工作，非但指能力上不能完成工作，即怠忽所擔任之工作，致不能完成或違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務亦屬之（最高法院八十四年度台上字第六七三號判決、八十六年度台上字第六八八號判決參照）。又同法第五款所謂不能勝任工作，不僅指勞工在客觀上之學識、品行、能力、身心狀況不能勝任工作者而言，即勞工主觀上能為而不為，可以做而無意做，違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務者亦屬之（最高法院八十六年度台上字第八十二號判決參照）。依上說明，所謂不能勝任工作，並未限於不可歸責於勞工之情形始得適用，此觀該條文並未予以限縮自明。乃被上訴人謂該條款規定限於不可歸責於勞工之情形始得適用云云，自非可採。

## 3、是否已罹於解僱勞工之除斥期間？

### (1) 地院

各該事由分別涉及上開工作規則規定之解僱事由，則縱使原告之行爲已達可予解僱之程度，然因各該事實發生時起迄被告於八十八年二月二日對原告爲終止僱傭契約之意思表示止，均已罹三十日之除斥期間，被告之終止權已消滅，其嗣後再爲終止之意思表示，應屬無效。

### (2) 高院

未表意見。

### (3) 最高院

未表意見。

## 4、解僱是否合法？

### (1) 地院

系爭僱傭契約不因被告爲終止之意思表示而消滅，兩造間之僱傭關係自仍存在。按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬，民法第四百八十七條前段定有明文。查被告非法解僱原告，迄今被告仍不同意回復原告之職務，堪認被告拒絕原告依僱傭契約給付勞務，則原告無從履行受僱人之勞務給付義務，顯可歸責於被告，被告難謂無受領勞務遲延情事。

### (2) 高院

兩造間之系爭僱傭關係，已因上訴人爲終止之意思表示而消滅，從而，被上訴人於本訴請求判令上訴人給付如原決附表一、二所示之本息，即屬無據，應不

准許。

### (3) 最高院

兩造間之系爭僱傭關係，已因上訴人爲終止之意思表示而消滅，從而，被上訴人於本訴請求判令上訴人給付如原決附表一、二所示之本息，即屬無據，應不准許。

## 5、飛行加給是否爲工資？

### (1) 地院

被告制定之空服人員薪給辦法，其第三條規定：空服人員薪資分爲基本薪給及飛行加給兩部份；第七條規定：每月飛行加給及零費依空服人員累計其每月擔任空中勤務之飛行計酬爲憑。並爲被告所是認，堪信爲真正。顯見飛行加給係原告因工作而獲得之報酬，且屬被告之經常性給與，自屬勞基法第二條第三款及上開工作規則第二條第四項所示工資。

### (2) 高院

未表意見。

### (3) 最高院

未表意見。

## (二) 結論

### 1、地院

原告請求被告給付獎金及遲延利息，於如附表二所示範圍內爲有理由，應予准許。超過部分之請求爲無理由，應予駁回。

原告及被告分別陳明願供擔保，聲請宣告假執行及免假執行，經核原告勝訴部分均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。原告敗訴部分，假執行之聲請失所附麗，應併予駁回。

### 2、高院

假執行之聲請，已失附麗，應併予駁回。原判決未察，就上開部分，爲被上訴人勝訴之判決，並爲假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，爲有理由，自應由本院將原判決此部分廢棄改判如主文第二項所示。至於被上訴人所爲擴張之訴部分，如前所述，亦屬無理由，其訴及其假執行之聲請，自均應予駁回。

### 3、最高院

原審對於被上訴人所辯之該第二款之事由是否可採，雖未予以判斷，對於兩造間之勞動契約業已終止之認定，並不生影響。上訴論旨，仍執陳詞，就原審認定事實、取捨證據及解釋契約之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

### 肆、教學範例與內容設計

#### 一、重要之議題

- (一) 是否符合勞動基準法第十一條因虧損而資遣勞工。
- (二) 何謂不能勝任。
- (三) 是否已罹於解雇勞工之除斥期間。
- (四) 解雇是否合法。
- (五) 飛行加給是否為工資。

#### 二、思考問題方向

思考勞動關係中，雇主與勞工之權利及其主義務，與附隨義務。

#### 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

##### (一) 分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，對下列相關問題進行討論，並請提出討論結論：

- 1、是否符合勞動基準法第十一條因虧損而資遣勞工。
- 2、何謂不能勝任。
- 3、是否已罹於解雇勞工之除斥期間。
- 4、解雇是否合法。
- 5、飛行加給是否為工資。

##### (二) 角色扮演

同學分為二組，分別扮演雇主、勞工，就一些勞工之行為，僱主以此為解雇之決定，並且在不同時間提出解雇，以推演其中不同之處。

### (三) 問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 1、是否符合勞動基準法第十一條因虧損而資遣勞工？
- 2、何謂不能勝任？
- 3、是否已罹於解雇勞工之除斥期間？
- 4、解雇是否合法？
- 5、飛行加給是否為工資？

### (四) 引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- (一) 我國實務對於不能勝任及虧損之定義。
- (二) 工資的定義。
- (三) 比較國外對工資的解釋有何不同(例如美國、德國、日本)。

### 二、考題設計

以下為所擬提供參考之考題：

- (一) 勞動基準法第十一條因虧損而資遣勞工的判斷標準。
- (二) 何謂不能勝任。
- (三) 解雇勞工之除斥期間。
- (四) 何謂合法解僱。
- (五) 工資的定義及判斷標準。

### 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

### 一、中文書籍

- 1、王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，增訂版五刷，2001年。
- 2、黃越欽，勞動法新論，初版二刷，二〇〇一年。
- 3、王澤鑑，雇主未為受僱人辦理加入勞工保險之民事責任，收錄於民法學說與判例研究，第二冊，1983年10月，五版。
- 4、邱聰智，新訂民法債編通則(下)，自刊，2001年2月。
- 5、孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001年。
- 6、鄭玉波著，民法債編各論，上冊，十版，一九八五年。
- 7、郭玲惠，黃立等編，民法債編各論(上)，初版一刷，二〇〇二年。
- 8、劉志鵬，論「勞工確不能勝任工作」—最高法院八十四年度判決台上字第六七三號判決評釋，載於劉志鵬、黃程貫編，勞動法理論與判決研究，元照出版公司，2002年，初版一刷。
- 9、陳金泉，勞動法一百問，三民書局，2003年。
- 10、劉志鵬，論就勞請求權，勞動法理論與判決研究，元照出版，二〇〇〇年。
- 11、林更盛，就勞請求權 - 評最高法院八九年台上字第二二六七號，勞動法案例研究(一)，自刊，二〇〇二年。
- 12、施啓揚，民法總則，二〇〇四年。
- 13、史尚寬著，民法總則，一九七五年。
- 14、黃茂榮，民法判解之理論體系民法總則，一九七九年。
- 15、吳庚，憲法的解釋與適用，自刊，二〇〇三年。

## 二、中文論文

- 1、史尚寬，勞動法原論，一九三四年原刊，一九七八年重刊。
- 2、陳繼盛，勞工法論文集，初版，一九九四年。
- 3、黃程貫，勞動法中關於勞動關係之本質的理論，政大法學評論，第五十九期，1998年6月。
- 4、黃程貫，德國勞工派遣關係之法律結構，政大法學評論，第六十期，一九九八年。
- 5、劉士豪，法定代理人對限制行為能力人受僱行為之允許，法學講座第二期，2002年2月。
- 6、劉士豪，網路資訊社會勞工人格權的保護，政大勞動學報，第十二期，2002年7月。

## 三、外文資料

- 1、Dutz, Arbeitsrecht, Rn. 138; Preis, Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.258.
- 2、E. Jacobi, Grundlehre des Arbeitsrechts, Leipzig, 1927, S. 24.
- 3、Otto von Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrag, in Festschrift für Heinrich Brunner, Berlin.
- 4、A. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947, S. 9.
- 5、Linck, in Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 10. Aufl. München, § 53, Rn. 1。 Schaub, in Schaub (Hrsg.), Arbeitsrecht-Handbuch, 10. Aufl. München, §108, Rn. 1; P. Hanau/ K. Adomeit, Arbeitsrecht, 12. Aufl. S. 168.
- 6、Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.277.
- 7、W. Daubler, Arbeitsrecht, 2.S.368f.及 Richardi, in Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht, § 8, Rn. 14.

8 · W. Zollner /K. Loritz, Arbeitsrecht, Munchen, 1998, §11 II 7 a; E. Wolf, Das Arbeitsverhältnis 1970, S. 91ff..

9 · R. Richardi, in Richardi/ Wlotzke(Hrsg.), Munchener Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 8, Rn. 18.

10 · Richardi, in Tomandl, Treue- und Fursorggepflicht im Arbeitsrecht, 1975, Wien, Stuttgart, S. 67f; W. Zollner, Unternehmerische Mitbestimmung und Einzelarbeitsverhältnis, in Fessfrift fur Fechner, Tübingen, 1979, 141f..

11 · R. Richardi, in Munchener Kommentar zum Arbeitsrecht, 2001, Munchen, .§ 8, Rn. 19.; R. Scholz, in Mauz/ Durig, Kommentar zum GG, § 9, Rn. 158.

12 · R. Richardi, in Richardi/ Wlotzke(Hrsg.), Munchener Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 8, Rn. 19.

13 · Preis, Arbeitsrecht – Praxiss Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.383, 384.

14 · Zollner/ Loritz, Arbeitsrecht, 1998, 頁 163.

15 · Zollner/ Loritz, Arbeitsrecht, 1998.

16 · BAG, NJW 1999, S. 3508ff: BAG, NJW 1998, S. 3138ff..

17 · Zollner/ Loritz, Arbeitsrecht, 頁 163.

18 · W. Dutz, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2000, Munchen, S. 66.

19 · P. Schwedtner, Fursorge- und Treuepflichten im Gefuge des Arbeitsverhältnisses : Vom Sinn und Unsinn einer Kadifikation des Allgemeinen Arbeitsvertragsrecht, ZfA 1979, S.15,16.

20 · BAG, 15. 12.1987,AP Nr. 5 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis.

21 · LAG Hamm 5. 10. 1988, DB 1989, 783.

22 · Leymann, Mobbing, 1993, S. 33f; Liu, Arbeitsrechtliche Diskriminierung durch Arbeitnehmer, 2002; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Aufl. 1998, § 108 V 8.

23、參見 Kraus/ Kraus, Mobbing- Die Zeitbombe am Arbeitsplatz, 2. Aufl. 1996, S. 13ff; Leymann, Mobbing, S. 35ff.

24、Hallenberg, Die Pflicht des Arbeitgebers zur Forderung der freier Persönlichkeitsentfaltung nach § 75 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz, S. 78 f.; Zollner/ Loritz, Arbeitsrecht, § 16 I 2b.

25、Kollmer, Mobbing im Arbeitsverhältnis, Rn. 31ff.

26、BAG vom 18.6.1970, BB 1970, S. 1048 ; Halbach/ Paland/ Schwedes/ Wlotzke, Übersicht über das Arbeitsrecht, 2000, S. 67.

27、Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, .S. 294f..

28、Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.383, 384; .Zollner/ Loritz, Arbeitsrecht, 5 Aufl. 1998, § 11 7, S. 202-203.

29、Grunewald, Mobbing – arbeitsrechtliche Aspekte eines neuen Panomens, NYA 1993, 1071 ff, Liu, Arbeitsrechtliche Diskriminierung durch Arbeitnehmer, S. 177, 178. Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.383, 384.

30、P. Hanau, in Westermann(Hrsg.), Erman-Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar,10. Aufl. 2000, § 618, Rn. 15; U. Preis, in Erfurtkommentar, § 611 BGB 887ff..

31、Grundlegend Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrecht, in: Die RG-Praxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 4, 1929, S. 37; Wank /Borgmann, Deutsches und europaisches Arbeitsrecht, S. 1.

32、ausführlich Wlotzke, FS Hilger/ Stumpf, 1983, S. 723; Hanau, FS Wlotzke, 1996, S. 37; Halbach/ Paland/ Schwedes/ Wlotzke, Übersicht über das Arbeitsrecht, 8 Aufl. 2000, S. 532. 奧地利 Innsbruck 大學 Gustav Wachter 教授在 1993 年 4 月在政大勞工所所主辦的「工作環境權國際學術研討會」最早詳細介紹這個理論，參見政大勞動學報，第四期，第六三至六五頁。

33、Marx, Das Kapital, Erster Band, nach der 4 Aufl. Von 1890, Berlin 1973, S. 181 ff.; Wiese, Der personale Gehalt des Arbeitsverhältnisses, ZfA 1996, 443.



34 · Dutz, Arbeitsrecht, 5 Aufl. 2000, Rn. 28; Ehmann, Die Persönlichkeit als Grundlage des Arbeitsrechts, FS Wiese, S. 99, 102. Zollner/ Loritz, Arbeitsrecht, 5 Aufl. 1998, § 11 7, S. 154-157.

35 · Thees, Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts, S. 40.

36 · Vgl. MunchArbR-Blomeyer, § 99, Rn.20 .

37 · Dutz, Arbeitsrecht, Rn. 182 ; BAG, GS AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 14.

38 · Klein/v. Mongoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. B III 4 vor Art. 1, S. 93; Eichard Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, Festschrift für Gunter Winkler, Wien 1989, S. 39ff..

39 · Richardi, in Richardi/W.Lotzke, Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 1, Aufl. 2, § 9, Rn. 5, 42; Preis.

40 · BAG, GS 27.2.1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

41 · Sprau, in Palandt Kommentar zum BGB,, § 823 BGB, Rn. 61. G. Schiemann in Erman BGB Kommentar, 10 Aufl. Band. I, 2000,-, §823, Rn. 161.

42 · GK-Kreutz, § 75 BetrVG Rn. 88; Hallenberger, Persönlichkeitsentfaltung, S. 94; Niederal, S. 164, 168.

43 · Daubler, Entscheidungsfreiheit am Arbeitsplatz, AiB 1988, 237; Zollner, RdA 1973, 215.

44 · Zollner, Arbeitsrecht und menschengerechte Arbeitsgestaltung, RdA 1973, 215.

## 第五單元：勞動關係之履行障礙—以勞務受領遲延為例

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

勞動關係存續中，雇主若對勞工所提出的勞務受領遲延的話，必須有那些要件？會發生何種法律效果？不僅在實務上是一個很重要的問題，同時在理論也是一個複雜的課題。

#### 二、現行法規範狀況

我國現行的勞動法制中並未規定雇主受領遲延的問題，已公布但未施行的勞動契約法也無該等法律規定。勞動契約作為僱傭契約的下位概念或是說特殊類型，在沒有特別規定下，應該適用普通法—也就是民法的規定。因此探討民法中有關規範如何適用在勞動關係上，是處理雇主受領遲延的重要原則。

民法中的受領遲延，亦稱為債權人遲延，是指履行上需要債權人協力或受領之債務，債權人對於債務人已合法提出之給付，拒絕或不能受領之事實。債權人之受領給付，究屬權利抑或義務？法國學說及判例多以受領為債權人之義務，唯德國通說則認為債權人無受領之義務，受領遲延並不構成義務的違反(nicht Verletzung einer Rechtspflicht)，只是違反責任(Verstoß gegen eine Obliegenheit)而已<sup>220</sup>。我國民法對於一般受領遲延的規定在第二百三十四條，該條規定：「債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。」我國通說也認為除非有特別規定或當事人另有約定外，認為債權人有受領受領給付之權利，不負受領之義務。債務人不得強制債權人受領給付<sup>221</sup>。債權人之權利，除另有特別規定，例如民法第三百六十七條規定，買受人有受領標的物之義務；第五百十二條第二項規定，工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務。惟僱傭契約與勞動契約雖然沒有法律規定僱傭人及雇主有受領勞務的義務，不過，根據該等契約有人格屬性的特質(Personen Charakter)，與其他一般契約不同，根據誠信原則勞動契約除了有一系列的附隨義務，由於提供勞務的過程對於勞工也是人格開展的一種形式，而保護人格權屬雇主的附隨義務，所以應承認在僱傭契約與勞動契約中，僱用人及雇主受領勞務不僅是權利，也是義務<sup>222</sup>，學說上稱為雇主的「工作安置義務」或勞工的「就勞請求權」。此

<sup>220</sup> 參見 Brox, Allgemeines Schuldrecht, S. 173; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, t, §25 I, Palandt-Heinrichs, BGB, 2004, § 293, Rn. 1.

<sup>221</sup> 史尚寬，債法總論，1953年，頁407；鄭玉波，民法債編總論，1987年，頁308；孫森焱，民法債編總論，下冊，2001年，頁545。另見最高法院29年台上字第965號判例。

<sup>222</sup> 雇主有安置勞工義務，採肯定說者，參見郭玲惠，載於：黃立編，民法債編各論，2002年，頁565；拙著，勞動契約雙方當事人的權利義務，載於台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，頁132-139；採限制肯定說者，參見劉志鵬，論就勞請求權，載於氏著，

一討論也是勞動法上重要的課題，不過本文討論聚焦於雇主的受領遲延的要件、法律效果及終了。

就勞工所提出的勞務而言，雇主為債權人，因此雇主的受領遲延屬於債權人遲延的一種。所謂債權人遲延是指債權人對於已提出之給付拒絕受領或不能受領之事實。有關一般受領遲延規定於我國民法第二百三十四條以下各條，一般債權人受領遲延時，債務人之債務並不消滅，僅債務人之責任消極得減免而已。按債權人受領遲延，債務人如欲免其責任，須依民法第三百二十六條規定提存，但是勞務並不像一般物品，無法提存<sup>223</sup>，況且如果僱用人受領勞務遲延下，受僱人不容易在短時間內在勞動市場上馬上出賣勞務，若其在原有僱用人不給付工資的情況，會使依靠工資報酬為生的受僱人，頓失生活所依，因此如果只依民法第二百三十四條(於債權人遲延時)對債務人一般責任減免的規定，顯然對勞動關係中的受領遲延保護有所不足。特別是一般勞動契約的勞務給付無法像一般財產權儲存，今日不履行的勞務在雇主不受領的情形下就形成給付不能，無法在明日再提出給付，也就是說「勞務給付」為時間上定期性給付的類型(Fixschuldcharakter)，或是國內一般稱為定期行為，故有民法第四百八十七條之規定<sup>224</sup>。我國民法第四百八十七條規定：「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬，但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。」此一規定可說是針對民法第二百三十四條以下之規定的特別規定。一般債權人受領遲延最主要的規定在於危險責任的移轉和債務人責任的減免，而第四百八十七條規定則規定受僱人在提出勞務給付後，因僱用人拒絕受領或不能受領的情形下，受僱人無需補服勞務，仍保有報酬請求權。不過受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之<sup>225</sup>。

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### (一) 勞務給付之受領遲延與給付不能的區分

##### 1、問題的源由

原則上民法上對遲延和給付不能兩概念作嚴格的區分，也就是無論是給付遲

---

勞動法理論與判決研究，頁 97 以下。

<sup>223</sup> 鄭玉波，民法債編各論，三民書局，10 版，1984 年，頁 340。

<sup>224</sup> 參見 Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 2000, S.430; .Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht, 5 Aufl. 1998, § 11 7, S. 236f..

<sup>225</sup> 參見郭玲惠，載於：黃立編，民法債編各論，2002 年，頁 565,566。

延或受領遲延，其前提必須是給付可能<sup>226</sup>，從法律適用來看：如果是給付不能，一般的情形屬民法二百二十五條以下之規定，雙務契約則適用民法二百六十六條及第二百六十七條之規定<sup>227</sup>，如果是受領遲延，則適用民法第二百三十四條以下規定，其區分標準為債務人有無給付可能？所謂遲延必然是暫時性、一時性的給付障礙，而給付不能則應指永久不能，兩者是互相排斥且無競合的可能。但是僱傭契約和勞動契約與其他債之關係不同，其勞務給付為時間上定期性給付的類型(國內一般稱為定期行為)，也就是說此種定期性的給付類型中，與時間因素密不可分(zeitbezogen)<sup>228</sup>，所以即使勞務給付是暫時性、一時性之給付障礙，事實上已造成無法事後補行給付，所以會導致該給付永久不能。所以此種時間上定期給付類型中，只要有遲延的情形(無論是債權人受領遲延或債務人給付遲延)，都會導致給付不能的問題。舉例來說：每天早九晚五的上班族，今天若不給付早上九點到下午五點以前的勞務，沒有辦法移至明天給付，因為明天還有明天的勞務要給付。雇主如果拒絕受領或不能受領勞工已經提出的給付，那麼勞工應服的勞務可能性會因為時間的流逝而隨著消失，因為勞務無法像一般的物品保留或儲存，結果勞工的給付就會變成不能。按照債編通則的規範：如果勞務給付障礙不可歸責於雙方當事人則適用民法第二百六十六條規定，也就是：勞工在給付勞務不能的情況下，雇主不需給付工資；如果勞務給付障礙可歸責於當事人之一方則適用民法第二百六十七條規定，亦即：勞務給付不能可歸責於雇主的時分，則勞工才有給付工資的請求權。既然在民法債編債之通則章中已經完全能解決此一問題，那麼民法四百八十七條之規定豈不是多餘？此一推論顯然不合理<sup>229</sup>。從民法體系來看，立法者在僱傭契約一節規定民法第四百八十七條，該條對勞務受領遲延的法律效果與民法第二百六十六條及第二百六十七條作了不同規定，勢必有其立法的目的存在。也就是說勞務給付遲延和一般的給付不能在立法者的意圖一定有區分的必要，但是如何適用？學說和實務有下面的一些嘗試解決此一問題。

## 2、國內學說與實務的見解

國內學者對於雇主不能受領勞務，同時造成勞工給付不能之情形，究竟應如何認定的情形？究其見解有三種學說<sup>230</sup>，茲分述如下：

### (1) 債權人主觀說<sup>231</sup>

認為不能受領謂給付可能而因債權人主觀的情事(無論有無故意、過失)，不能協力完成債務之履行，也就是說，不能受領以給付可能為前提，若依社會觀念，

<sup>226</sup> Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 2000, S.430。

<sup>227</sup> Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 2000, S.430。

<sup>228</sup> Vgl. nur MKArb-Boewer, § 78, Rn. 1.

<sup>229</sup> Vgl. Rückert, Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst und Arbeitsvertrag, ZfA 1983, Picker, Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienststragsrecht, JZ 1985, 693ff, 698. MKArb-Boewer, § 78, Rn. 1.

<sup>230</sup> 此一分類參見林誠二，民法債編總論，體系化解說(下)，瑞興圖書公司，2001年，頁159, 160。

<sup>231</sup> 洪文瀾，民法債編通則釋義，頁253；胡長清，中國民法債編總論，頁317。

可認為給付行為之基本要素已欠缺，即屬給付不能而非受領不能。

## (2) 危險負擔範圍說<sup>232</sup>

此說應將危險負擔公平分配於債權人、債務人，雙方應就控制範圍內之障礙負其責任。例如，受僱人因交通事故之阻礙致不能提出勞務給付時，應負其責任；如僱用人因工作場所焚毀，致不能提供工作場所時，應為不能受領而構成受領遲延。

## (3) 限制範圍說<sup>233</sup>

將給付障礙加以劃分，基於債權人範圍發生或延伸之障礙，如債權人以最高度之注意可避免之者，應有受領遲延之成立，如因不可抗力者，則為給付不能。

國內法院實務對於區分勞務受領遲延與給付不能的實務見解，基本上採危險負擔範圍說及限制範圍說：

有採偏向危險負擔範圍說者，如台灣高等法院九十三年勞上字 57 號認為：「…雇主如因不可抗力暫停工作在一個月以上時，得依勞動基準法第 11 條規定預告勞工終止勞動契約，有行政院勞工委員會 88 年 8 月 19 日台 88 勞動二字第 0035940 號函釋可參，若停工事由不可歸責於勞工，而事業單位無意依該事由終止勞動契約，則僱傭關係繼續存在，不可單方面強制勞工辦理留職停薪，此在停工事由係可歸責於雇主時，更應為如此解釋。呂秀卿抗辯係因同業競爭及擴大營業需要始停工全面整修，此等事由應屬於雇主經營之風險，依行政院勞工委員會 90 年 3 月 15 日台 90 勞資二字第 0008271 號函釋，此應屬可歸責於雇主之原因所致停工，雇主應照給停工期間之工資。又僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬，民法第 487 條前段規定甚明，是蔡雪等三人自無庸補服勞務，均得向呂秀卿請求停工至終止僱傭契約期間之工資。」<sup>234</sup>

也有採限制範圍說者，如士林地方法院九十二年度勞訴字第十九號判決認為：「按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。民法第四百八十七條前段定有明文。本件被告於九十一年十二月三日至十二月二十日，以工作量不足通知原告無庸上班等情，為被告所是認，然原告陳稱被告於停工期間，公司仍如常營運，而被告就其片面通知原告停工係基於如何之不可抗力情形，亦未舉證以實其說，是已難認原告拒絕受領勞務係屬合法，故依前揭法條

<sup>232</sup> 孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001 年，頁 549,550。

<sup>233</sup> 林誠二，民法債編總論，體系化解說(下)，瑞興圖書公司，2001 年，頁 159, 160。

<sup>234</sup> 原初審之桃園地方法院九十二年勞訴字第三二號即採此一旨。

規定，被告既已預示拒絕受領勞務，原告即無補服勞務之義務，仍得請求報酬。」言下之意，若工作量不足如係可歸責於雇主，雇主應負給付工資義務，若因不可抗力所造成的不能受領，則雇主免給付之義務。此一判決雖未直言採限制範圍說，惟其結論認為若不能受領之事由係因不可抗力則不構成受領遲延，與限制範圍說無異。

至於行政機關的見解也是採危險負擔範圍說，以行政院勞工委員會所發布的勞動基準法施行細則第二條第四款規定來看，雇主因不可抗力而不能繼續其事業致勞工未能工作者，其期間之工作日數應予扣除之規定。此規定似乎隱含一層意思：就是在不可抗力不能繼續其事業致勞工未能工作時，雇主得免給付工資，為使計算平均工資公平起見(避免平均工資減少)，所以將不可抗力而不需工作的日數扣掉。事實上行政院勞工委員會的兩項解釋也循此一意旨，如八十年六月二十七日台(八〇)勞動二字第一五七一六函及八十年台(八〇)勞動二字第二一四一函，均認為非可歸責於雇主之事由所造成的停工，停工期間的工資應由勞資雙方約定。<sup>235</sup>，顯然行政機關將「不可抗力」所造成的風險由勞資雙方去議定，但雇主一定不願支付停工期間的工資，實際的結果就是勞工承擔不可抗力而停工的工資危險。

### 3、德國學說與實務見解的參考

為判斷究竟為雇主受領遲延抑或勞工給付不能，德國學術界及實務曾提出不同的理論：

#### (1) 無因理論

第一種理論稱為無因理論( Abstrahierungsformell 或稱抽象公式)，此理論最先由德國 Oertmann 教授所提出<sup>236</sup>，德國實務界對於一般物及權利的給付長期採取此一理論，且至今仍有擁護者，但在勞務給付的部分，在判斷上有一定的困難則為其他學說所取代<sup>237</sup>。該理論的重點在於，判斷是受領遲延或給付不能，並非著眼於雇主是否為協力行爲(也就是將此點先忽略、抽象化，抽象公式一詞正源於此)<sup>238</sup>，而是先假定雇主願為受領、並已為必要協力，或為債務人之給付，提供必要基礎的情況下判斷之。是故，必須是雖經債權人完全之協力，其契約還是不能實現者，始為給付不能<sup>239</sup>。也就是說給付不能的情形發生在於即使雇主

<sup>235</sup> 彰化地方法院九十四年度勞訴字第三號判決也曾引據勞動基準法施行細則第二條第四款之規定該判決認為：「查原告係自 90 年 4 月 1 日起並無實際工作，參酌勞動基準法施行細則第 2 條第 4 款規定，雇主因不可抗力而不能繼續其事業致勞工未能工作者，其期間之工作日數應予扣除之規定，則本件原告於 90 年 4 月 1 日起未能工作，係被告不提供工作所致，對此可歸責被告之事由致未能工作之日數，亦應不列入平均工資日數之計算，故原告之 6 個月平均工資認定，應以 89 年 10 月 1 日至 90 年 3 月 31 日原告工作 6 個月期間所得之工資加以核算。」

<sup>236</sup> Oertmann. AcP 116 15.

<sup>237</sup> Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.431。

<sup>238</sup> Vgl. nur MünchArb-Boewer, § 78, Rn. 10.

<sup>239</sup> BAG 17. 12. 1968, AP Nr. 2 zu § 324 BGB, BGHZ 24, 91, 96; Neumann-Duesberg, JuS 1970, 68,

已經為協力行爲，而勞工仍無法給付勞務的情形；而相對地，給付遲延發生在勞工已提出給付，而雇主不願或不能受領的情形<sup>240</sup>。我國債權人主觀說其實與此學說相同。

## (2) 管領理論

第二種理論稱管領理論(Spharentheorie)，管領理論認為給付不能與受領遲延兩者最重要的區分在於：給付障礙究竟屬於那一方當事人的危險領域，如果給付障礙是屬於債權人之領域或危險範圍，就應該構成債權人之受領遲延；相反地，如果給付障礙是屬於債務人之危險範圍，則此時應構成給付不能。此一理論在德國勞工法界獨立而成企業危險理論(Betriebsrisikolehre，參見下述)。我國的危險負擔範圍說同於德國的管領理論。

## (3) 受領不能理論

第三種理論為(Lehre der Annahmehemöglichkeit)理論，認為：在僱傭契約等以勞務給付原則上具有定期行爲性質，在欠缺僱用人或雇主之受領(Entgegennehmen)、協力(Mitwirkung)，的情形下，必然造成受僱人或勞工客觀的勞務給付不能。民法立法者對於勞務給付的契約類型並未區分給付不能與受領遲延，相反地，立法者是認為給勞務給付的受領遲延與給付不能不但區分不可能，而且沒有區分的必要，勞務給付不能與受領遲延二者依民法立法者的意圖應合併在「勞務債權人受領遲延」概念之下，以債權人受領遲延的方式來解決對待給付危險負擔分配的問題。而受領遲延與債務人之給付遲延兩者所謂的「遲延」概念也不相同，後者係可歸責之債務不履行類型之一，而前者並非指可歸責於債權人之遲延(也就是不問債權人有否過失)，只要債務人的給付可能性取決於債權人之受領、協力，而債權人未為該等行爲，即構成債權人的受領遲延。民法立法者本於此一理念而制定德國民法第六百十五條(我國民法第四百八十七條)僱傭人受領遲延之規定<sup>241</sup>。也就是說僱傭人受領遲延包括因為債權人未協力、未受領所致的債務人給付不能在內，此種情形稱為受領不能(Annahmehemöglichkeit)<sup>242</sup>。亦即嚴格區分給付不能與遲延是多餘的。民法的立法者並未忽略勞務給付有定期給付性質，而受領遲延會同時造成給不能的問題，也就是說：德國民法第六百十五條(我國民法第四百八十七條)的規定並非只有規定受領遲延的情形，而是也將雇主未受領所造成在勞務的給付不能的情形也涵蓋在民法第四百八十七條之內<sup>243</sup>。此一理論近來在德國獲得相當多的贊同。<sup>244</sup>

---

69.另參見黃茂榮，債務不履行(一)：給付遲延與受領遲延(下)，植根雜誌，第十六卷第十二期，頁508。

<sup>240</sup> Ermann/ Battes, Handkommentar zum BGB, vor § 293 BGB, Rn.4; BAG 24. 11. 1960 AP 18 zu § 615 BGB.

<sup>241</sup> Vgl. Rückert, Unmöglichkeit und Annahmehemöglichkeit im Dienst und Arbeitsvertrag, ZfA 1983 7. f..

<sup>242</sup> Vgl. Picker, Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf, JZ 1979, 285ff.; ebenso Staudinger-Richardi, § 615 BGB Rn. 3ff ErfK-Preis, § 615 BGB, Rn. 7.

<sup>243</sup> Picker, Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf, JZ 1979, 285, 292ff.; Preis/Hamacher, Das Recht der Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Jura 1998(I), 11, 15.

## 4、筆者的見解

我國的債權人主觀說及德國的抽象公式理論，對於一般買賣契約等物或權利的給付並無太大問題，因為這些給付在遲延之後都有可能補行給付，因此先忽略債權人的協力行爲，端看債務人的給付是否有可能？如果不可能則是給付不能；如果給付可能則屬給付遲延，此一判斷尚屬合理的判斷方式<sup>245</sup>。但是對於勞務給付此等定期性質的給付，就發生問題，例如因學生生病必須延後私人教課之期日者，應認定爲受領遲延，而非給付不能，固無疑問，但就因天寒而結凍之水管在清理師傅到達前，由於天氣轉變而融化暢通者，或是房屋在修復工作結束前，應認定爲給付不能的結論，則有爭議。此等給付只要雇主無協力行爲，就導致該勞務給付不能之狀態，根本沒有補行給付的可能性存在，運用一般債權人遲延的判斷，根本不適用雇主或僱用人受領勞務遲延的情形<sup>246</sup>。爲解決此一爭議，德國學界才會發展出管領理論。依管領理論的看法，受領遲延與給付不能之區分應以導致未爲受領、協力或提供給付所必須之基礎，從而使期望之結果不發生之障礙事由，是否存在於債權人之管領下爲準。障礙事由存在於債權人之身或其負責範圍內者，爲受領遲延；否則爲給付不能。我國的危險負擔範圍說及德國的管領理論，將給付障礙究竟源於何方當事人之危險領域？作爲區分的標準，似乎某程度解決給付不能和受領遲延的差別，但是當事人危險領域如何劃分，是一大問題？德國帝國法院及帝國勞動法院曾認爲「此等劃分」是一法律漏洞，故應就具體個案判斷，並無法提出一具體的判斷標準<sup>247</sup>。聯邦勞動法院<sup>248</sup>也曾以利益衡量 (Interessen abwägung) 作爲其關於危險分配判斷標準，或是以危險究竟由雇主抑或勞工所造成來判斷。但終究而言，管理理論對危險範圍劃分提不出一清楚而明確的標準<sup>249</sup>，在實務適用上常引發爭議。至於我國的限制範圍說，將不可抗力之情形全部劃分爲給付不能，而非債權人遲延，使債務人承擔不可抗力時的所有危險，其實不脫離我國危險範圍分擔理論及德國管領理論的問題。相對地，德國受領不能的學說，提出一合理而且符合債權人遲延(不問故意或過失)規定的要件，在不違反一般遲延的架構下，衡諸民法立法者已經意識到的勞務給付特殊性，也就是任何遲延均會造成的勞務給付不能；因此只要是勞工有給付的準備，也就是有給付的意願和能力，使雇主在隨時支配的狀態下，此時勞工已經履行其義務，如果雇主不能受領，即使不能受領的原因不可歸責於雇主，也是受領遲延，應適用德國民法第六百十五條及我國民法第四百八十七條的規定。

### (二) 雇主受領遲延的要件

由於民法第四百八十七條僅規定僱用人受領遲延的法律效果，對於僱用人受

<sup>244</sup> Vgl. nur MünchArb-Boewer, § 78, Rn. 12.

<sup>245</sup> H.M. vgl. nur Ermann/Battes, Handkommentar zum BGB, § 293, Rn. 4 m.w.N.

<sup>246</sup> Vgl. Bletz, Abschied von der Betriebsrisikolehre? Zurück zum BGB, JR 1985, S. 229.

<sup>247</sup> RAG, ARS 3, S. 116ff. Schaub-Lincke, Arbeitsrecht-Handbuch, §101, Rn. 2ff..

<sup>248</sup> BAG 8.2.1957, AP Nr. 2 zu § 615BGB Betriebsrisiko.

<sup>249</sup> 批評參見 Vgl. nur MünchArb-Boewer, § 78, Rn. 10.



領勞務遲延的要件並無規定，故應適用民法第二百三十四條以下一般債權人受領遲延的各條之規定，惟依照勞動契約的特殊情形，雇主受領勞務遲延的構成要件應該有三：<sup>250</sup>

- 1、有需要雇主受領之債務存在
- 2、需勞工已合法提出勞務給付
- 3、需雇主拒絕受領或不能受領該提出的勞務給付

## 1、有需要雇主受領之債務存在

受領遲延之前提，為債務履行需要債權人之受領，如不須債權人之受領，則債務人即可自行履行債務，無發生受領遲延之問題<sup>251</sup>。所謂受領，指債務人為完成債務之履行，債權人應予以必要之協力<sup>252</sup>。因此勞工履行債務時，無須雇主受領或為其他協力者，勞工即得自行履行義務，不發生受領遲延之問題。譬如：勞動契約約定勞工不得為兼差等不作為義務，無成立受領遲延之餘地。惟勞務給付並不同於不作為義務，勞務給付需要有雇主的受領方能達成。按通說現實提出勞務給付是一事實行為(Realakt)，非意思表示或通知，不以表示及達到為必要，例如：雇主與勞工約定九點上工，雇主將工廠大門深鎖，無人在工廠內，則雇主因為勞工此一徒勞無功之交付而陷於受領遲延，不以雇主知悉此交付為必要<sup>253</sup>。

## 2、勞工已合法提出勞務給付

勞工給付勞務，即債務人之給付，因此適用民法一般給付和受領的規定，根據我國民法第二百三十五條前段規定：「債務人非依債務之本旨實行提出給付者，不生提出之效力。」而同條但書規定：「但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。」因此勞務給付的提出可以分成現實給付(Tatsachliches Angebot)與言詞給付(Wortliches Angebot)兩種。

### (1) 現實提出

勞工原則上必須現實提出勞務給付，我國民法第二百三十五條規定前段之規定：「債務人非依債務之本旨實行提出給付者，不生提出之效力。」第二百三十五條所稱符合債務之本旨實行提出勞務給付，德國聯邦勞動法院曾發展一固定公式(Standformel)<sup>254</sup>可以作為參考的評斷標準：勞工必須親自(in eigener Person 根據

<sup>250</sup> Stahlhacke, Aktuelle Probleme des Anahmeverzuges im Arbeitsverhältnis, ArbUR, 1992, 8.

<sup>251</sup> 黃茂榮，債務不履行(一)：給付遲延與受領遲延(上)，植根雜誌，第十六卷第十一期，2000年11月，頁7-8。

<sup>252</sup> 鄭玉波，民法債編總論，三民書局，1998年，頁304；林誠二，民法債編總論一體系化解說(下)，瑞興圖書公司，2001年，頁155

<sup>253</sup> 黃立，民法債編總論，自刊，二版二刷，2000年，頁453；Preis/Hamacher, Das Recht der Leistungstörungen im Arbeitsverhältnis, Jura, 1998, S. 11.Fußnote 11.

<sup>254</sup> BAG v. 29.10.1992. EzA § 613 Nr. 77.

德國民法第六百十三條第一句，與我國民法第四百八十四條相同)向雇主在「正確的時間」(zur rechten Zeit)、「正確的地點」(am rechten Ort)及以「正確的方式」(in der rechten Weise)提供勞務。也就是說勞工必須在按勞動契約所約定的時間，於約定的工作地點且按照契約內容提供勞務。如果勞工提出之給付與債務本旨並不相符，雇主雖拒絕受領，亦不負遲延責任<sup>255</sup>。例如勞工遲到，雖然勞工有給付意願，有給付能力，但在一定情況下也無法期待雇主受領該勞務給付，最適切的例子就是建築工，如果建築工遲到，結果使攪拌的水泥已經硬化，無法注入建築的板模之內<sup>256</sup>。按民法第二百三十四條規定之受領遲延，必須債務人對於債權人確依債之本旨提出給付，而為債權人無故拒絕收受者，始足當之。倘債務人未依債之本旨提出給付，自難認已生提出給付之效力<sup>257</sup>。

## (2) 言詞提出

我國民法第二百三十五條但書之規定：「但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。」要求勞工現實提出勞務給付是原則，可是依照民法第二百三十五條但書之規定，如果雇主預先表示不受領勞務之意思或給付需雇主之協助行為時，勞工只需將準備給付勞務之事情通知雇主，以代替現實給付<sup>258</sup>。這即所謂的言詞提出。民法第二百三十五條但書適用在勞動關係之情形，究其要件分析如下：

### (2-1) 雇主預示拒絕受領之意思或勞務給付兼需雇主之行為

#### (2-1-1) 雇主預示拒絕受領之意思

雇主於勞工履行勞務給付前，既然已經預示拒絕受領的意思，則勞工即使實行現實提出，亦屬徒勞。預示拒絕之意思為意思通知，所以債權人拒絕受領之原因為何，概非所問。我國法院實務上有關「雇主預示拒絕受領」最常見的情形即是非非法解僱的情形，因為解僱是一形成權，雇主為終止勞動契約意思表示為勞工所明瞭(對話狀態)或達到勞工(非對話)，即發生勞動關係向未來發生消滅的效力。不過，此一解僱並非終局確定，勞工可以提起訴訟針對解僱的合法性作審查，也就是確認僱傭關係繼續存在，如果法院判決解僱違法，則從原解僱的時點一直到判決確定的期間，勞工都在未提供勞務給付的狀態，可是勞工不能現實提供勞務給付是雇主表示解僱所造成，因此雇主解僱的意思表示就隱含「預示拒絕受領」被解僱的勞工所提供的勞務<sup>259</sup>。最高法院八十五年台上字 3084 號判決非常清楚地

<sup>255</sup> 參見孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001年，頁546。

<sup>256</sup> Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, „§ 48, Rn. 20.

<sup>257</sup> 參見最高法院九十二年台上字 656 號。

<sup>258</sup> 德國民法第 295 條有類似之規定。

<sup>259</sup> 德國聯邦勞動法院一貫的判決認為在雇主解僱無效之情形，雇主的解僱意思表示等同於拒絕勞工的勞務給付，參見 BAG v. 21.5.81 EzA § 615 BGB Nr. 40; BAG v. 27.1.75 § 615 BGB Nr. 28; BAG v 26.8.81 EzA § 615 BGB Nr. 16. 國內學者亦有分析德國法院之見解，參見黃程貫，解僱無效時之雇主受領遲延問題，政大法學評論，第 49 期，1993 年 12 月，頁 186。

指出「…按雇主不法解雇勞工，應認雇主已預示拒絕受領勞工提供之勞務，故勞工縱未實際提供勞務而為雇主拒絕受領，仍應認雇主受領勞務遲延。受僱之勞工即無補服勞務之義務，仍得請求報酬。」最高法院八十七年台上字 1788 號判決也認為：「兩造間之僱傭關係仍然存在，上訴人卻再三爭執與被上訴人已終止僱傭關係，顯已預示拒絕受領其勞務給付之意思。」另最高法院九十三年台上字第 415 號判決認為：「上訴人呂茂東提出之送貨單一紙、驗貨不良之產品及檢驗報告表一張，並不足據以推論該產品係被上訴人所製作生產，且縱被上訴人製作之產品偶有瑕疵，就檢驗報告表上所載之瑕疵百分比觀之，依一般社會通念，應認尚非屬情節重大，故名威公司尚不得逕以勞動基準法第十二條第一項第四款之規定，認被上訴人違反工作規則，情節重大，而得終止僱傭契約。(三)被上訴人與名威公司間之僱傭契約於八十七年六月間尚未終止，而名威公司又表示解僱被上訴人，顯已預示拒絕受領勞務之意思，依民法第四百八十七條前段規定，僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬，名威公司仍應自拒絕受領勞務之時即八十七年七月一日起，按月給付被上訴人工資。」因此我國法院對於非法解僱中之解僱意思表示，即視為預示拒絕受領勞務之意思<sup>260</sup>。

## (2-1-2) 勞務給付兼需雇主之行爲

所謂給付兼需雇主之行爲指雇主受領行爲以外，並需爲其他協力之行爲，勞工始得完成其給付。由於勞工給付勞務需要雇主或其代理人的指示以及許多協力行爲，例如工廠或商店必須開門工廠的工人和售貨員才能工作，或是提供勞工機器設備，勞工方能進行工作。因此勞務給付仍需經雇主協力(Mitwirkung)始得完成。因此雇主如不爲此項協力，勞務給付之債務即不能履行，雇主之受領遲延因而發生。<sup>261</sup>

實務上常發生於被非法解僱勞工欲進入事業單位工作，而受到雇主、雇主代理人或警衛攔阻。最高法院八十七年台上字 1788 號判決即爲一明顯的例子，該判決認為「兩造間之僱傭關係仍然存在，上訴人卻再三爭執與被上訴人已終止僱傭關係，顯已預示拒絕受領其勞務給付之意思。被上訴人於上訴人違法將其解僱時即表示反對，並將上訴人所發資遣費退回，被上訴人主張於被解僱後曾一度回上訴人公司上班，但遭公司警衛拒絕云云，上訴人於言詞辯論時明白表示拒絕被

<sup>260</sup> 最高法院九十四年台上字 24 號判決認為：「綜上所述，被上訴人主張兩造間之僱傭關係仍然存在，自足採取；上訴人抗辯該僱傭關係因解聘而消滅，則不可採，且此僱傭關係存在與否，使被上訴人之受僱人地位有受侵害之危險，亦有即受確認判決之法律上利益。未查上訴人既預示拒絕受領被上訴人之勞務給付，而被上訴人又將其準備給付之情事通知上訴人，則上訴人受領勞務已經遲延，依民法第四百八十七條前段之規定，被上訴人仍得請求自解聘之日（九十年三月十二日）起之原有薪資每月四萬三千二百元。」

九十一年台上字第 2376 號判決：「又上訴人發布公告解僱與被上訴人間之勞動契約，顯已預示拒絕受領勞務之意思，…。」

<sup>261</sup> 參見邱聰智，新訂民法債編通則(下)，自刊，2001 年，頁 475；Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, „§ 48, Rn. 20.

上訴人返回其公司工作，可見被上訴人已將準備給付勞務之情事通知上訴人，上訴人拒絕受領，被上訴人自無補服勞務之義務，故被上訴人請求上訴人自資遣之日即七十九年一月十日起至同意其執行業務之日止，按月給付工資，亦無不合。」(其實雇主非法解僱，已經是預示拒絕受領，勞工不必現實提供勞務，已如上述)

而雇主的附隨義務是否能視為民法第二百三十五條但書所稱之「給付兼需雇主之行爲」？應作肯定見解<sup>262</sup>。例如民法第四百八十三條之一規定：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形爲必要之預防。」明確地將附隨義務明文化。因此雇主若違反類似的民法第四百八十三條之一的其他附隨義務(尤其是保護義務)，而造成勞工無法順利提供勞務者，應類推適用民法第四百八十三條之一之規定及適用第二百三十四條規定，而認定雇主受領遲延，並依照第四百八十七條規定，勞工得拒絕補服勞務。因此我國雖然沒有德國民法第二百七十三條債權留置權的規定<sup>263</sup>，但是仍然能透過法理解釋，使勞工在雇主未爲附隨義務時，得以主張雇主未爲協力義務使給付不可能，分別構成雇主受領遲延及非可歸責於勞工之給付不能(民法第二百五條)，使勞工免除勞務給付之義務，而有工資給付的請求權。

## (2-2) 勞工須有給付之準備

民法第二百三十五條規定：「…債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代替提出。」表示勞工爲言詞提出時，需有給付之準備，否則徒托空言，不應發生提出之效力。給付之準備從時間來看是指勞工得隨時應雇主之請求，或得其協力，履行勞務給付之狀態，惟無須「即時」爲履行之程度，勞工苟於相當期間內得爲給付者即足當之。例如勞工準備於接到開工之通知，即得於相當時期內，前往工廠做工<sup>264</sup>。給付之準備就其內涵上來看，勞工必須有給付能力(leistungsfähig)和意願(leistungswillig)，使勞務可給付的狀態，才能符合所謂「有給付的準備」。典型沒有給付準備者如罷工，罷工是指一在一職業或一產業中共同地有計劃性暫時停止勞務給付，直到達成勞資爭議目的始終止的勞資爭議行爲<sup>265</sup>。參與罷工的勞工因爲不履行契約上給付勞務的義務，雇主得根據民法第二百六十四條之同時履行抗辯權，拒絕給付工資，參與罷工的勞工因此喪失工資請求權。不過，終止罷工後，勞工已回復給付能力及給付意願，如果雇主拒絕受領勞務，應爲受領遲

<sup>262</sup> 參見 BAG 7.6.1973, AP § 615 BGB Nr. 28; ,Erfurter Kommentar-Wank, § 618 BGB, Rn. 32; Soegel-Kraft, § 618BGB, Rn.,22; Palandt-Putzo. § 618BGB, RG。

<sup>263</sup> 該條第一項規定：「債務人依與債務發生同一法律關係，對債權人有已屆清償期之請求權時，以債之關係無其他約定者爲限，得在履行其應得給付之前，拒絕清償其債務。」此所謂債權之留置權。我國民法債編沒有德國民法第二百七十三條債權之留置權類似的條文，我國僅在民法物權編第九百二十八條以下有物權留置權之規定。因此我國違反附隨義務時不能像德國一般直接主張「債權給付之留置權」，而拒絕勞務給付。

<sup>264</sup> 孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001年，頁547。

<sup>265</sup> 參見 BAG 25.1.1963, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 24, st. Rechtsprechung, Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, München, § 14, Rn. 1.

延。例如最高法院八十七年台上字 2559 號判決就認為：「被上訴人所提出之報到書載明『於民國八十一年八月六日上午十一時卅分到總公司報到，準備復工，隨時接受公司按原職編派工作。』已表示欲給付勞務之意旨，核屬民法第二百三十五條所定之以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。上訴人以不合兩造間契約內容之報到程序強令被上訴人完成，並於被上訴人未依其所定程序辦理報到之際，不准被上訴人報到，自屬已預示拒絕受領被上訴人勞務之給付，依民法第四百八十七條之規定，被上訴人即得不補服勞務，但仍有請求給付報酬之權。上訴人辯稱被上訴人未到公司依規定簽到上班，不得僅憑一次作秀即可不簽到上班，要求給付工資云云，自非可取。」

### (2-3) 勞工須將準備給付勞務之事情通知雇主

在現實提出，勞工須完成給付之必要行為，使雇主處於可得受領的狀態，所以勞工無須另為通知。反之，在言詞提出，勞工為給付之準備，非必為雇主所知悉，自應由勞工將準備給付之事情通知雇主，使雇主知所受領。此項通知，不拘形式，以口頭或書面為之，均無不可。實務上，在非法解僱的情形中，勞工如果有退還資遣費之情事<sup>266</sup>，或提起訴訟確認僱傭關係或勞動關係存在能否視為「勞工將準備給付勞務之事情通知雇主」？最高法院判決八十六年台上字第 1159 號判決曾認為非法解僱的勞工仍必需現實提出給付，方使雇主受領遲延<sup>267</sup>。但是最高法院同期判決也有不同意見，如八十五年台上字 359 號判決認為：向法院訴請確認兩造間僱傭關係存在，同時請求給付報酬，該項起訴已可視為隨時準備給付勞務之通知<sup>268</sup>。近年來最高法院一致的判決均認為：提起訴訟確認僱傭關係或勞動關係存在即視為「勞工將準備給付勞務之事情通知雇主」，例如九十一年台上字第 2376 號判決：「…。又上訴人發布公告解僱與被上訴人間之勞動契約，顯已預示拒絕受領勞務之意思，而被上訴人提起本件訴訟，則堪認已將準備給付之情事通知上訴人，…」<sup>269</sup>。

<sup>266</sup> 參見前述最高法院八十七年台上字 1788 號判決。

<sup>267</sup> 最高法院八十六年台上字第 1159 號判決：「且上訴人於原審曾抗辯稱：被上訴人請求報酬，依民法第二百三十四條、第二百三十五條及第四百八十七條之規定，必先依債務本旨提出給付後，伊始負受領勞務遲延之責任，但被上訴人經伊免職後，從未有依債務本旨實行提出給付之積極行為，且伊縱有預示拒絕受領之意思，依民法第二百三十五條規定，被上訴人仍須以「準備給付」之事情「通知」伊公司，被上訴人亦未以「準備給付」之事情「通知」伊，則伊公司何來受領遲延，被上訴人又何能不服勞務而請求報酬。」

<sup>268</sup> 最高法院八十五年台上字第 359 號判決認為：「朱昭介經源發公司否認其間之僱傭關係，並拒絕其續行提供勞務而預示拒絕受領之意思後，即向法院訴請確認兩造間僱傭關係存在，同時請求給付報酬，該項起訴已可視為隨時準備給付勞務之通知。參諸民法第二百三十四條、第二百三十五條、第四百八十七條前段規定，源發公司自應負受領遲延責任，朱昭介則無補服勞務之義務，仍得請求報酬。」

<sup>269</sup> 相同意旨如九十一年台上字第 2376 號判決：「…又上訴人發布公告解僱與被上訴人間之勞動契約，顯已預示拒絕受領勞務之意思，而被上訴人提起本件訴訟，則堪認已將準備給付之情事通知上訴人，…」

由於勞務債務是有確定期限之債務，且兼需雇主之行爲，而雇主於期限屆滿時，仍不爲其行爲時，是否尚須勞工爲言詞提出，雇主始負受領遲延責任？德國民法第二百九十六條第一項規定，「債權人應爲之行爲有一定期限者，應於債權人按期爲其行爲時，債務人始須提出給付。」德國民法第二百九十六條規定，此項情形債務人無須爲言詞提出，債權人即當然陷於受領遲延，我國民法雖無此規定，惟所謂確定期限係債務履行之期限，茲債務人自期限屆滿時起，因兼需債權人之行爲而致未爲給付，應認爲自期限屆滿，即生債權人受領遲延之效果。債務人當毋庸依我國民法第二百三十五條但書規定，爲言詞之提出<sup>270</sup>。例如最高法院九十二年台上字第 1792 號判決即認爲：「上訴人自解僱當日即要求被上訴人清理現務並辦理移交，拒絕被上訴人服勞務，可見被上訴人在上訴人違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務，則於上訴人拒絕受領後，應負受領遲延之責。被上訴人無須催告上訴人受領勞務，且上訴人於受領遲延後，須再表示受領之意，或爲受領給付作必要之協力，催告被上訴人給付時，其受領遲延之狀態始得認爲終了。在此之前，被上訴人無須補服勞務，仍得請求報酬，並無違背法令情事，…」。<sup>271</sup>

### 3、須雇主拒絕受領或不能受領

民法第二百三十四條規定：「債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時負遲延責任。」因此雇主對勞工所提出的勞務受領遲延的另一要件，就是雇主拒絕受領或不能受領。茲分述如下：

#### (1) 雇主拒絕受領

##### (1-1) 雇主拒絕受領的概說

所謂拒絕受領，係指對於勞工所提出的勞務給付，經雇主表示拒絕受領之意思，或兼需雇主之行爲而消極不行爲者，均爲拒絕受領<sup>272</sup>。此在現實提出，固無問題，即使在言詞提出，其兼需雇主之行爲者亦然。至於雇主預示拒絕受領之意思者，於債務人以言詞提出時，債權人即負受領遲延責任。拒絕受領既對雇主發生不利益，自應基於雇主之意思，但雇主對於拒絕受領發生之法律上效果，未必有認識，因此解爲意思通知爲當。至於拒絕受領之原因如何，概非所問。例如：雇主誤信無債權或誤信非依債務本旨而爲給付，或因過失或不可抗力而拒絕受領

<sup>270</sup> 梅仲協，民法要義，1954年，頁177；胡長清，中國民法債篇總論，1968年，頁316；王伯琦，民法債篇總論，1962年，頁173；孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001年，頁548；不同意見參見洪文瀾，民法債編通則釋義，1954年，頁253；史尚寬，債法總論，1954年，頁416，德國實務判決在一九八四年亦轉向認爲非法解僱後，勞工無須爲言詞給付，雇主仍爲受領遲延，參見黃程貫，解僱無效時之雇主受領遲延問題，政大法學評論，第49期，1993年12月，頁187,188；德國學者見解另見Konzen, Anm. Zu BAG, AP Nr. 35 zu § 615 BGB。

<sup>271</sup> 另參見黃程貫，解僱無效時之雇主受領遲延問題，政大法學評論，第49期，1993年12月，頁188。

<sup>272</sup> 參見林誠二，民法債編總論，體系化解說(下)，瑞興圖書公司，2001年，頁157,158。

者，均生受領遲延之效果。蓋一般受領遲延並不以出於債權人之故意或過失為要件，在勞動關係中也應如此處理。

## (1-2) 實務上常見雇主拒絕受領的情形—非法解僱

實務上常見雇主拒絕勞工給付勞務的情形是非法解僱，雇主非法解僱勞工，並拒絕被解僱的勞工給付勞務。因為被解僱勞工認為解僱無效，主張勞動關係繼續有效，因此聲請勞資爭議的調解、仲裁或直接提起訴訟，我國法院一貫見解均將勞工此等行視為勞工言詞提出勞務給付，只要雇主堅持解僱，則視為雇主拒絕受領勞務。早期內政部對於此一情事即作過解釋：「勞資雙方因解僱發生爭議，爭議期間勞工未能工作，其工資是否照發，應視雇主解僱行為是否合法而定。」<sup>273</sup>，足見雇主非法解僱勞工，解釋上形同拒絕受領勞工提供勞務，屬雇主受領遲延，依民法第四百八十七條規定，雇主仍有發給工資之義務。法院也遵此意旨而為裁判，例如高等法院八十九年勞上字 33 號判決認為「第四百八十七條前段定有明文。…足見雇主非法解僱勞工，解釋上形同拒絕受領勞工提供勞務，屬雇主受領遲延，依民法第四百八十七條規定，雇主仍有發給工資之義務。」近年來最高法院也一直採取此一見解，如最高法院九十年台上字第 672 號判決認為：「伊原擔任被上訴人信用合作社永安分社經理職務，民國八十一年一月十八日被上訴人以伊虧欠公款為由將伊免職，嗣伊訴請確認兩造間僱傭關係存在，經原法院於八十三年十一月八日以八十三年度上字第 八七號判決伊勝訴確定在案。詎八十四年一月二十三日伊申請復職，被上訴人竟於同年四月二十六日召開之第十九屆第二十一次理事會無故決議將伊資遣，該項決議於法不合，自不生資遣之效力，兩造間僱傭關係仍屬存在。又伊自八十二年七月起未執行經理職務，乃因被上訴人拒絕受領勞務給付所致，依民法第四百八十七條規定，無補服勞務之義務，且得請求非法停薪期間即八十二年七月一日起至八十四年十月三十一日止之薪資報酬暨獎金等情，求為命被上訴人給付新臺幣（下同）二百零六萬六千零五十四元並加計法定遲延利息之判決。」

所以我國大部分的法院見解，認為雇主非法解僱後經勞工提出異議（無論為何種形式：申請調解、仲裁或直接提起訴訟），即視該異議為言詞給付，雇主如繼續認為解僱合法，即為拒絕受領勞務<sup>274</sup>。此一見解已經相當進步，不過仍會發生對被非法解僱勞工不利的影響：因為若將任何對非法解僱的異議視為言詞給付，言詞給付尚須通知雇主，必須是雇主明瞭（對話狀態）或該通知到達雇主（非對話狀態），才算完成通知，那麼在非法解僱的時點（勞工已經被雇主拒絕勞務），到提出異議，而該異議又必須使雇主明瞭或到達雇主處，其間有時間的落差，在這段時間若不能算作受領遲延，對一被非法解僱勞工相當不利。由於雇主非法解

<sup>273</sup> 內政部七十四年十一月十五日（七四）台內勞字第三五七一七二號函令。

<sup>274</sup> 德國大多數的學說及聯邦勞動法院一九八四年以前之判決一直採取此一見解，參見 Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.433；BAG AP NR.26 zu § 615 BGB und BAG AP Nr. 23 zu §615 BGB。

僱，已經不可能再接受被解僱勞工的勞務給付，除非該雇主自認解僱違法！因此在解僱之後，勞工通知雇主已有給付準備之情事，根本就是多此一舉。上述最高法院九十二年度台上字第 1979 號判決中強調：「上訴人自解僱當日即要求被上訴人清理現務並辦理移交，拒絕被上訴人服勞務，…則於上訴人拒絕受領後，應負受領遲延之責。被上訴人無須催告上訴人受領勞務，且上訴人於受領遲延後，須再表示受領之意，或為受領給付作必要之協力，催告被上訴人給付時，其受領遲延之狀態始得認為終了。…」隱含一意思：即雇主非法解僱勞工即是拒絕受領勞務，勞工也無須再將給付之準備通知雇主。如筆者前面所述，勞工給付勞務兼須雇主的行為，且此一行為具有確定期限，所謂確定期限係債務履行之期限，茲債務人自期限屆滿時起，因兼需債權人之行為而致未為給付，應認為自期限屆滿，即生債權人受領遲延之效果。雇主既然非法解僱當然就不會履行此一勞務給付的協助行為，那麼只要原來勞務給付的時間一過，雇主當然就受領遲延，勞工也不需要另為催告受領或將給付準備之情事通知雇主<sup>275</sup>。

## (2) 雇主不能受領

### (2-1) 雇主不能受領的概說

我國通說認為不能受領謂給付可能而因債權人主觀的情事(無論有無過失)，不能協力完成債務之履行(也就是債權人主觀說)。蓋受領遲延責任，以債務人已提出給付為要件，其給付自屬可能。倘若給付不能，當無從受領，亦即不負受領遲延之責任<sup>276</sup>。惟於勞動契約和僱傭契約的勞務給付，其受領遲延與給付不能，有時甚難區別(已如上述)。依照筆者認為，只要勞工有給付勞務的意願和給付的能力，就已經完成給付的準備，雇主得以隨時支配的情況下，那麼工資危險責任就轉換由雇主承擔，雇主如果不能受領，即使不能受領的原因不可歸責於雇主，勞工依據民法第四百八十七條規定仍有工資請求權，且無須補服勞務。例如雇主將工廠封鎖，拒絕勞工進入開工，因債務人之給付兼需債權人之行為而不行為，固屬受領遲延；倘若工廠失火，勞工不能進廠工作，也是不能受領。實務上行政院勞委會曾經對此等所謂企業危險(Betriebsrisiko)之情形作過兩號解釋，其一為八十年六月二十七日台(80)勞動二字第一五七一六函，「勞工赴事業單位工作，因台電公司停電致雇主宣布停工休息，該日停工因不可規責於勞資雙方，故工資如何發給，可由勞資雙方協商。」另外八十年台(80)勞動二字第二一二四一函，「事業單位因環保問題被主管機關勒令停工或依法處分停工，勞工於停工期間之工資應依主管機關據以處分法令規定辦理；如該法令未規定時，可依團體協約、工作規則或勞動契約之約定或依民法相關規定請求契約不履行之損害賠償。至於

<sup>275</sup> 參見黃程貫，解僱無效時之雇主受領遲延問題，政大法學評論，第 49 期，1993 年 12 月，頁 188-191。

<sup>276</sup> 鄭玉波，民法債編總論，三民書局，1998 年，頁 306；邱聰智，新訂民法債編通則(下)，自刊，2001 年，頁 82；林誠二，民法債編總論，體系化解說(下)，瑞興圖書公司，2001 年，頁 158；孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001 年，頁 549。



資遣費與退休金之請求，應依勞動基準法規定辦理。」這兩號解釋將不可歸責於雇主和勞工的工資給付問題，交由勞資自行協商。在實際勞動生活中，絕大部分的雇主一定不願意支付工資，所以這兩號解釋所造成的結果，也就是將企業危險的責任完全轉嫁給勞工承擔。此一結論完全悖離民法第四百八十七條之規定，完全破壞民法上對於工資危險責任的分配，此兩號解釋實應廢止。

事實上，處理此一問題的學說在德國稱之為「企業危險理論」(Betriebsrisikolehre)，在德國實務上和學說上有長期而且非常精細的討論，茲敘述如下：

## (2-2) 企業危險理論

### (2-2-1) 企業危險理論的概念

所謂企業危險是指有關雇主因為不可歸責於自己的原因，以致於無法受領勞工的勞務給付，通常這種原因是基於企業技術上的原因所造成，例如天災、火災、機器毀損，也就是說雇主雖然想安置勞工工作，但是卻無法安置勞工工作，此時雇主受領遲延的情況下，雇主是否需繼續支付勞工工資？<sup>277</sup>簡單來說就是發生不可歸責於勞資雙方當事人之事由，致使雇主無法受領勞務時，此時是否適用德國民法第六百十五條(我國民法第四百八十七條之規定)？依所謂企業危險理論的基本原則，基本上應由雇主承擔企業危險，也就是雇主仍然必須對未能提供勞務的勞工給付工資<sup>278</sup>。不過此一原則有下列兩個例外情形：第一個例外，是依企業危險理論主要核心內容之所謂領域領論(Sphärenthorie)，若雇主無法受領勞務的企業障礙(Betriebsstörung)係因勞工方面之行為所造成(例如罷工，即勞資爭議危險Arbeitskampfrisiko)，則基於所有勞工的團結性，實無由責令雇主承擔此等企業危險，也就是說在此等情況下，勞工喪失工資請求權，至於該勞工是否屬於該發動罷工行動的工會會員，或該罷工究竟是否發生在本企業或其他企業影響到本企業，則非所問；第二項例外，若雇主無法受領勞務之企業障礙所肇致的結果甚為嚴重，致使雇主若支付全額工資，則勢必使得企業生存受到嚴重危害，在此種情況下，雇主亦不需支付勞工工資<sup>279</sup>。

### (2-2-2) 德國實務的發展

德國帝國法院及帝國勞動法院在1923年2月6日及1928年6月20日的重要判決中奠定理論<sup>280</sup>，兩判決主要的見解認為企業危險分配是法律漏洞，透過法之

<sup>277</sup> Preis, Das Recht der Leistungstörungen im Arbeitsverhältnis(I), Jura, 1998.S.21.

<sup>278</sup> 僅參見 BAG, AP Nr. 2, 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 2ff...

<sup>279</sup> 參見黃程貫，德國企業危險與勞資爭議危險理論，政大法學評論，第46期，1992年12月，頁282。

<sup>280</sup> RGZ 106, 272ff; RAG ARS 3, 116.

續造建立分配的方法，將企業與員工整體視為一勞動及企業共同體(Arbeits- und Betriebsgemeinschaft)，並融合前述的領域原則(Sphärentheorie)提出四個原則處理企業危險的問題：1. 企業危險如果是因為勞工的行為所致，則勞工全體必須承擔，即使沒有參與該行為者也要承擔，例如部分罷工(Teilstreik)。2. 基於勞工與企業的企業共同體關係，勞工原則上應共同承擔危險，這些危險包括所有非可單獨歸責於雇主決策之企業生存的危害，及長期使企業無法正常運作的企業危險，尤其是來自企業外部之原因事實，例如天災或其他不可抗力。3. 如係由雇主領導企業所致的危險必須由雇主單獨承擔。4. 前一項原則有例外，就是企業危險已經構成對企業生存危害時，勞工全體必須共同承擔此一企業危險<sup>281</sup>。

二次戰後聯邦勞動法院在早期 1957 年 2 月 8 日的判決<sup>282</sup>承襲德國帝國法院及帝國勞動法院的見解，並確立原則：因企業是由雇主領導、決策，利潤也是雇主直接取得，基本上應由雇主承擔企業危險，也就是雇主應負責使企業正常運作並提供生產工具及生產所必須之原料等，以讓勞工得以實際提供勞務，獲取工資。不過有下列例外，如果企業的不正常運做是勞方之行為所致，則不問是因為本企業內所發生之部分罷工所造成，或是其他企業發生罷工行為而造成本企業無法順利運做，此時雇主均無須承擔企業危險。此一見解為後來聯邦勞動法院拋棄，從 1980 年 12 月 11 日的判決<sup>283</sup>開始，該院拒絕再適用以往帝國法院及帝國勞動法院所運用的領域理論及視所有勞工必然具備的團結性理念，嚴格區分雇主應獨立承擔的企業危險和經濟危險，以及不應由雇主獨力承擔的勞資爭議危險。創立以爭議對等與協商對等(Kampf- und Verhandlungsparität)理論作為勞動爭議危險時的責任分配。認為：在同一團體協約適用的地域範圍內，受勞動爭議行動間接影響之雇主得拒絕工資的給付，因為他企業的勞動爭議行為可能對本企業內的勞工有潛在的利益，因此該勞動爭議的危險應由勞工承擔<sup>284</sup>。

### (2-2-3) 學說近來的發展

近來德國學者認為德國實務界透過法官造法建立的企業危險理論有問題<sup>285</sup>。有學者提出受領不能的理論(已如前述)，回歸德國民法制定的歷史，認為企業危險的分配問題並非法律漏洞：德國制定民法制定時，立法者已經意識到僱用人之給付基底產生障礙，應由雇主承擔工資危險<sup>286</sup>。僱傭契約法中，民法立法者關於債權人給付基底危險負擔的問題，在立法的技術上以僱用人受領遲延的方式

<sup>281</sup> RGZ 106, 272ff; RAG ARS 3, 116; Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 3ff.; 黃程貫，德國企業危險與勞資爭議危險理論，政大法學評論，第 46 期，1992 年 12 月，頁 294,295。

<sup>282</sup> BAG 8.2.1957, AP 2 zu § 615 Betriebsrisiko.

<sup>283</sup> BAG 22. 12. 1980, AP 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>284</sup> 參見黃程貫，德國企業危險與勞資爭議危險理論，政大法學評論，第 46 期，1992 年 12 月，頁 309。

<sup>285</sup> Insbes. Picker, FS für Kissel, S. 813ff; Staudinger-Richardi, § 615 BGB, Rn. 192ff.; MünchArbR-Boewer, §79 Rn. 13ff..

<sup>286</sup> Motiv zum BGB (1888) Bd. II 68, 69; Mugdan, Materialien zum BGB (1899), Bd. II 38; Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 3ff.

處理，企圖藉此一處理方式函蓋所有源於僱用人領域障礙原因事實，如此則僱用人之對待給付唯一要件就是受領遲延，只要有僱用人「未受領受僱人之勞務給付的單純事實」(die nackte Tatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung)，則僱用人即應負擔全部對待給付危險，而不問僱用人有無故意過失等可歸責事由，亦不問僱用人未受領之原因事實為何。<sup>287</sup>此一見解現在獲得相當多的支持<sup>288</sup>。

### (2-2-4) 德國債法修改後

德國民法債編二〇〇一年修正以後，在民法第六百十五條增訂第三句，其規定將企業危險的情形也準用民法第六百十五條第一句與第二句之規定(即我國民法第四百八十七條)，不適用新修正後的德國民法第三百二十六條第一項規定：「債務人若有第二百七十五條第一項至第三項之情形，免為給付，亦無請求對待給付。」(不可歸責於雙方當事人的受領不能)<sup>289</sup>，也就是企業危險發生時，需由雇主依照來承擔工資危險。只是修正後的德國民法第六百十五條並未規定企業危險的構成要件，所以有學者認為該規定並無實益，因為本來民法第六百十五條的條文即能解決不可歸責雙方當事人的受領不能<sup>290</sup>。因此新修正的條文只不過是把實務上發展的企業危險理論，為彌平爭議，將其一律準用原來德國民法制定者設計的危險處理規範。

### (2-3) 勞資爭議危險

另外一種情形是德國所謂勞動爭議危險(Arbeitskampfrisiko)，是指產生企業危險的原因是基於勞資雙方當事人之爭議行為所造成。例如某企業中發生部分罷工行動，致使未參與罷工的勞工雖然有工作意願及工作能力，但實際上卻因為部分罷工而無工作可做或無法工作，或者甲企業發生罷工，以致於相關之乙企業諸如欠缺原料等原因而事實上未能提供勞務之情形，依德國企業危險理論的通說，不應由雇主單獨承擔企業危險之基本原則，而應由所有勞工承擔此一危險，也就是說即使未參加罷工的勞工也喪失工資請求權。<sup>291</sup>

德國聯邦勞動法院判決在肯定以爭議對等原則免除雇主支付工資義務之必要性時，實際上已將勞資爭議危險理論，讓資方不必要行使鎖場等爭議手段，即有強大傷害的爭議武器<sup>292</sup>。德國通說先驗地自始認為在非爭議狀態下勞資雙方關係一種正常、和平狀態，而勞方發動罷工等爭議行為正是破壞「抽象的、假象的」

<sup>287</sup> 參見黃程貫，德國企業危險與勞資爭議危險理論，政大法學評論，第46期，1992年12月，頁339；Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 7.

<sup>288</sup> Vgl. nur MünchArbR-Boewer, §79 Rn. 13ff.

<sup>289</sup> 德國民法 275 條規定不可歸責於債務人之給付不能，債務人免給付義務。同我國民法第 225 條。

<sup>290</sup> Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101, Rn. 8a.

<sup>291</sup> 參見黃程貫，德國企業危險與勞資爭議危險理論，政大法學評論，第46期，1992年12月，頁361。

<sup>292</sup> 參見黃程貫，德國企業危險與勞資爭議危險理論，政大法學評論，第46期，1992年12月，頁380。

力量平衡關係。但德國通說，尤其是聯邦勞動法院根本未意識到，勞工之所以用集體的方式爭議，如罷工，正是為要平衡隱藏在浮面的企業和平狀態，而事實上的力量不平等，而勞方透過爭議行為以重建勞資雙方間事實的力量對等關係<sup>293</sup>。個別勞工的團結組織成為工會及因而享有憲法所賦予的合法權利，就是使勞工不再個別孤立地處於單獨與資方相對抗的狀態，而是以集體的方式對抗資方的強勢。可是按照德國通說和德國實務的見解：既然承認工會為勞工集體行動的合法主體，則勞工因此享有的更大的權利，相對也要負擔更大義務，於是在勞資爭議期間，不問勞工是否參加罷工，其造成雇主受領遲延而生的工資請求權(德國民法第六百十五條，我國民法的第四百八十七條)應暫時中止。如此一來，憲法所保障的勞工團結權及集體行動權反而對勞工不利，顯然不是憲法制定該等權利之目的。德國的帝國法院、帝國勞動法院及聯邦勞動法院在判斷勞資爭議行為所衍生的企業危險時，依照主觀價值判斷，運用法官造法的方式，摒棄民法制定法中僱用人受領遲延之規定，使勞工喪失工資請求權<sup>294</sup>。德國民法第六百十五條(我國民法第四百八十七條)有關僱用人受領遲延的規定，實際上是法治國原則下處理勞資爭議期間勞工工資請求權的唯一規定，司法實務無權廢除此一民法典制定法的適用，否則即有悖於法治國的基本原則。因此，於勞資爭議衍生效果致使其他企業產生企業危險(das arbeitskampfbedingte Betriebsrisiko)時，該其他企業之雇主沒有任何法治國的基礎得以拒絕給付工資，必須依民法中僱用人受領遲延之規定，繼續支付工資。至於勞動爭議衍生造成其他企業產生經濟危險(das arbeitskampfbedingte Wirtschaftsrisiko)時，本應由雇主方面自行承擔而不得以任何其他方式將危險轉嫁到勞工身上<sup>295</sup>。

## (2-4) 小結

德國通說對勞資爭議危險所提出的三項論證：分別是社會的勞動與企業共同體、所有勞工間之必然存在的團結性、勞動爭議法中爭議對等與協商對等基本原則，這三項原則均是一種假設、臆測，欠缺實質的法律意義，應不得依之而排除民法中僱用人受領遲延此一制定法上明文規定之適用，否則即屬明顯違反法治國基本原則，所以德國的勞資危險理論應不足採。至於企業危險理論本身也沒有存在的必要，因為關於經濟危險的分配、負擔問題，本來就可以依民法可以解決，不需要外求所謂企業危險理論，因為所謂經濟危險就民法基礎理論而言，性質上屬於給付的實益性、獲利性風險，本應由債權人自行承擔，這是民法規範的當然結果，根本不待適用民法關於債務不履行或危險負擔的規定；至於危險領域原則，民法亦有之，並非企業危險理論所獨創，而且結果也是肯定在如僱傭契約與勞動契約等時間上定期性給付之繼續性債之關係中，債權人(即僱用人、雇主)本應當承擔勞務給付基底危險，而且民法立法者事實上不僅明白意識到此一問題，

<sup>293</sup> Zacher/Metzke/Hamer, Die Aussperrung, 1978, S. 125f.

<sup>294</sup> Picker. JZ 1979, S. 285f..

<sup>295</sup> 參見黃程貫，德國企業危險與勞資爭議危險理論，政大法學評論，第46期，1992年12月，頁381-383。

且更有意以僱用人受領遲延的方式來處理此一企業危險負擔的問題。因此實無需另創企業危險的理論來解決，民法中僱用人受領遲延規定，已足以解決企業危險負擔分配的法律根據。德國民法債編二〇〇一年修正以後，更明確地規定將企業危險的情形也準用民法第六百十五條第一句與第二句之規定(即我國民法第四百八十七條)，應該是重新再確認德國民法制定者的意旨。

### (三) 雇主受領遲延的效果

#### 1、勞工無補服勞務之義務且有報酬請求權

##### (1) 規範的理由

雇主受領勞務遲延者，依民法第四百八十七條規定，勞工無補服勞務之義務，仍得請求報酬。按一般債權人受領遲延，債務人如欲免其責任，須予提存，然而勞務無法提存，故法律許其不必補服勞務。<sup>296</sup>此一規定也適用勞務給付因受領遲延而造成給付不能的情形，因為從結論上來看，此一情形係因雇主受領遲延所致，不可歸責於勞工(債務人)，雖然依我國民法二百二十五條第一項規定，勞工因此也免為勞務之給付，惟僅依照民法民法二百二十五條第一項規定，只在免除勞工之義務，但勞工因雇主遲延致成勞務給付不能的損失，民法二百二十五條並無救濟的規定，顯然無法保護勞工。而民法二百六十七條之規定，雖然規定在雙務契約中，因可歸責雇主之事由，致不能給付者，得請求對待給付。但若雇主遲延係不可歸責於雇主，如天災造成工廠毀損，使雇主不能受領勞務，若依民法第二百六十六條規定，因不可歸責雙方當事人，他方免為對待給付，勞工的勞務給付不能所造成的工資危險，要由勞工自己承擔，殊不合理，已如(前第貳)上述。因此民法第四百八十七條規定係考量僱傭契約和勞動契約特殊性的特別規定，即若雇主之受領遲延係不可歸責於雇主，若同時造成勞務給付不能，勞務固然無須補服，其所產生的工資危險應由雇主承擔，勞工仍有報酬請求權。且此一請求權非損害賠償請求權，也不是由法律另定的請求權，而是本於原勞動契約所得的請求權。<sup>297</sup>

##### (2) 報酬請求的額度

我國教科書中對於勞務受領遲延時的報酬請求額度並無著墨<sup>298</sup>，而法院實務上對於請求額度的計算則有不同的看法：

##### (2-1) 法院的見解

<sup>296</sup> 鄭玉波，民法債編各論(上)，三民書局，10版，1984年，頁340。

<sup>297</sup> Schaub-Linck, Arbeitsrecht-Handbuch, § 95, Rn. 3.

<sup>298</sup> 如鄭玉波，民法債編各論(上)，三民書局，10版，1984年，頁340,341；郭玲惠，載於：黃立編，民法債編各論，2002年，頁565,566。

### (2-1-1) 正常工作之基本薪資

九十一年台上 1625 號判決認為：「勞動基準法就雇主依約定應付而未給付之工資，並未規定按同法第二條第四款規定計算平均工資後定其應付金額，被上訴人以六個月平均工資定上訴人應付數額，尚屬無據。又加班工資係以被上訴人有加班之事實，上訴人始有給付之義務，並非被上訴人每月必然可取得之報酬。上訴人受領勞務遲延期間，既無從認為被上訴人必然可加班提供勞務而獲取加班工資，被上訴人主張上訴人應加付六個月平均加班工資云云，亦不足取。」

### (2-1-2) 平均工資

部分法院採勞動基準法計算平均工資的方法來計算報酬額，例如最高法院九十三年台上 1085 號判決認為：「被上訴人於上訴人違法解僱後，依法並無補服勞務之義務，應視同未缺勤，且被上訴人在遭解僱前六個月之每月平均工資為新台幣二萬九千六百九十九元，自得請求上訴人按月給付上開金額。」另八十九年台上字第 1159 號也認為：「…上訴人雖僅抗辯稱該工資不應將伙食津貼及效率獎金列入計算云云，然依八十一年十二月至八十二年七月間上訴人龍德機械廠員工所得清冊觀之，上訴人均按月發給被上訴人伙食津貼與效率獎金，該二項顯係經常性之給與無訛，自應列入平均工資之範圍，上訴人抗辯該二項給予非工資，亦非足採。…」但是平均工資的計算除了依據勞動基準法第二條第四款之規定將工資及經常性給與合併計算外，尚須將勞動基準法施行細則第十條的規定，將部分經常性給與排除計算之內，如最高法院八十六年台上第 1671 號判決就認為「…查被上訴人八十一年八月份受僱於上訴人，每月之薪津為一萬六千五百元、全勤獎金八百元、職務津貼二千五百元、考績獎金四千零七十六元、用品費八百元、教補費六百元，共為二萬五千二百七十六元等情，為上訴人所不爭，並有被上訴人提出之薪津表足按。依該薪津表所載，除教補費六百元及用品費八百元二項非屬經常性給與外，因考績獎金載為「月薪」，其性質與每年年終考核發給勞工之考績獎金不同，自不得認係勞動基準法施行細則第十條所列不應計入工資之範圍。是被上訴人上開薪津經剔除教補費六百元及用品費八百元後，其餘各項名目之給與，應均屬被上訴人因工作所獲得之報酬。」

### (2-1-3) 預期權益(包括工資、薪金及經常性給與)

另外法院有認為該報酬包括工資、經常性給予，甚至於包括年終獎金、三節獎金、紅利等給付。也就是不限於平均工資的計算，九十三年台上字 1605 號判決認為：「…請求被上訴人給付(一)基本薪資(底薪)部分於三十九萬五千一百四十七元範圍內，(二)加班費部分，於七十萬八千四百三十七元及自起訴狀繕本送達之翌日即八十五年七月十六日起至清償日止按年息百分之五計算之利息範圍內，為有理由；追加之訴部分前開(一)基本薪資部分自八十八年四月一日起至清償日止按年息百分之五計算之遲延利息，(二)交通津貼於三萬二千六百七十九

元及自八十八年四月一日起至清償日止按年息百分之五計算之遲延利息範圍內，(三)加發薪資「bonus」部分，於十萬零一百八十九元及自八十八年四月一日起至清償日止按年息百分之五計算之遲延利息範圍內，應予准許，…」

另外最高法院八十九年台上字第 2267 號判決認為：「被上訴人遭上訴人資遣不合法，兩造間僱傭關係仍屬存在，被上訴人自得請求薪資，其項目、金額如次，基本薪資部分：查被上訴人於八十六年八月二十八日遭上訴人資遣時之薪資為每月新台幣（下同）七萬三千九百七十二元，上訴人僅給付被上訴人至八十六年八月二十七日止之薪資，有被上訴人薪資表可憑，且為上訴人所不爭，被上訴人請求自八十六年八月二十八日起至八十六年九月三十日止之薪資八萬一千三百六十九元及自八十六年十月一日起至復職日止，按月於每月月底給付被上訴人薪資七萬三千九百七十二元，並其遲延利息，於法有據。年終獎金部分：依卷附兩造不爭之『圓山大飯店員工年終獎金頒發辦法』第二條：『本飯店年終獎金採三節發放，分別於端午節發放半個月、中秋節發放半個月、農曆春節發放一個月，合計兩個月』之規定，被上訴人請求自八十六年八月二十八日起至復職日止，每年端午節、中秋節各給付半個月即三萬六千九百八十六元，另每年農曆春節給付一個月即七萬三千九百七十二元及各該法定遲延利息部分，亦屬有據。」

最高法院八十七年台上字第 1788 號判決甚至擔任工會幹部之開會津貼亦涵蓋於報酬之內，該判決認為「…另開會津貼三千元，則基於被上訴人擔任工會理事長而發給，於被上訴人擔任該職務期間，均得獲取是項給付，故被上訴人請求上訴人按上開金額給付每月薪資，尚非無據。」。

## （2-2）作者的見解

在雇主受領遲延的情形中，勞工雖有給付準備卻因雇主不能或拒絕受領而無法給付，因此勞工給付的準備勢必為雇主在一般雇用狀況下所應為的給付，因此勞工所應得的報酬當然是依照勞動契約所得的報酬。換句話說，就是雇主拒絕受領勞務的這段期間，如果勞工按照勞動契約的內容工作所應該得到的所有報酬。前面第一種算法以正常工作所得的基本薪資，也就是排除各種因工作所應領取津貼及獎金，當然不對。但是以勞動基準法的平均工資也不能算是正確，勞基法確實未將受領勞務遲延的報酬額規定以平均工資計算，其實勞基法對此根本就未規定，假如這是一項法律漏洞，能否類推適用平均工資的規定？筆者認為不能！理由如下面兩點。第一、平均工資的計算，原則上是以資遣或退休金事等計算事由前六個月的工資計算，此一廣義工資(係指勞基法第三款開始所稱之工資)的計算包括過去的加班費，但民法第四百八十七條所規定的報酬額是以拒絕受領勞務期間的報酬來計算，這段期間雇主加班與否與被拒絕受領勞務的勞工沒有關係，況且用拒絕受領勞務以前的加班費納入報酬來作計算，對雇主並不公平，其狹義工資(係指勞基法第三款廣義工資定義中所包含的一項)及薪金部分依筆者之見，只

能以正常工作時間所得的工資及如主管加給等薪金來計算。第二、相對地，以平均工資計算對勞工也有不公平之處，因為拒絕受領勞務期間的報酬，除該期間可得的工資、薪金外，還應該包括獎金、津貼及經常性給與。勞動基準法施行細則第十條將十一種給與列舉排除，不計算在廣義工資之內，係為衡量雇主負擔資遣費及退休金過重的設計，與民法第四百八十七條所稱之報酬不能等同視之。因此凡是因正常工作的直接所得或間接所得，無論以何名義出現均屬民法第四百八十七條的報酬，因此拒絕受領勞務期間，勞工可得的紅利、年終獎金、久任獎金、三節金當然能計算在報酬之內。就勞保費、健保費而言，雖依勞工保險條例及全民健康保險法規定，勞工負有一定比例之自付額，然上開自付額，職場實務均係雇主自勞工每月領取之薪資中，予以先行扣除後代繳，然不改變其為工資之本質。因此，勞保費、健保費均係勞工提供勞務之對價，應堪確定<sup>299</sup>。而勞工及子女教育補助費及婚喪喜慶的賀禮、慰問金或奠儀等恩遇性質的給付應不計算在內；勞工直接受顧客之服務費，因勞工未工作因無在該期間獲得服務費，且該服務費非由雇主給付，因此也不應計入；至於職業災害補償費部分，如屬非工資的替代，像殘廢補償，應該不能計算在內，即若替代性工資的傷病給付補償(勞基法第五十九條第一項第二款)，該補償期間勞工本來就不能工作，雇主根本也無從拒絕受領勞務。

至於最高法院八十七年台上字第 1788 號判決甚至擔任工會幹部之開會津貼亦涵蓋於薪資之內，則因早期雇主也給予工會經濟上支持，並混淆工會的地位，現在勞資關係已不若以往混淆，工會應不得接受資方的經濟援助，否則喪失其獨立性。因此本判決將報酬擴及雇主給付工會幹部開會的津貼，應該隨時代的進步，不能再視為合理的計算。

## 2、雇主得扣除報酬額

民法第四百八十七條但書規定：「但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。」

### (1) 得扣除報酬額之類型及計算

#### (1-1) 因不服勞務所減省之費用

其不服勞務減省之費用，僱用人及雇主得由報酬額內扣除，惟此處減省的費用，係指因免服勞務直接所減省者，最典型的如通勤費用<sup>300</sup>。

#### (1-2) 轉向他處服勞務之取得

<sup>299</sup> 參見高等法院九十三年勞上易字第 33 號。

<sup>300</sup> Schaub-Linck, Arbeitsrecht-Handbuch, § 95, Rn. 10; Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.437.



## (1-2-1) 轉向他處服務之因果關係

所謂轉向他處服勞務所得，僱用人及雇主得由報酬額扣除之，例如雇主的某勞工於給付勞務時為雇主所拒絕，於是該勞工到其他雇主處服勞務，其所賺取的工資，原雇主得由報酬內予以扣除，也就是勞工轉向他處服務與原雇主拒絕勞務給付要有因果關係<sup>301</sup>。例如最高法院 85 年台上字第 3084 號判決：「惟依民法第四百八十七條但書規定勞工因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣減之。本件上訴人既不法解雇被上訴人，被上訴人起訴請求上訴人給付報酬，於法即屬有據。惟被上訴人分別遭上訴人解雇後，蒲創岳曾自八十二年五月十四日至同年七月十五日在申德公司任職，領得薪資二萬五千二百元；徐慶復自八十二年七月十二日起在昱昕公司任職，領得七、八、九月等三個月薪資分別為二萬四千五百七十三元、三萬七千五百零七元、四萬二千一百二十元；劉德祥自八十二年八月一日任職佳鎧公司，領得八、九月份薪資各四萬二千元等情，有各該公司函在卷可稽，而被上訴人在上訴人公司之薪資，蒲創岳八十二年二月份為七萬八千零八十七元、徐慶復八十二年四月份為五萬一千九百四十八元、劉德祥八十二年二月份為六萬四千一百四十元之事實，亦為上訴人所不爭，且有薪資單附卷足憑。從而被上訴人請求上訴人分別給付之報酬，應扣除各該利益，…。」<sup>302</sup>不過，此種情形僅限於全職工作者，如果是部分工作時間者(Teilzeitbeschäftigung)，不能完全適用。部分工作時間的勞工，若至他處工作的時間，並非因原雇主拒絕勞務給付所空下來的時間，顯然勞工於他處工作與原雇主拒絕給付之間沒有因果關係<sup>303</sup>，因此不能適用民法第四百八十七條後段。

## (1-2-2) 計算範圍

轉向他處服勞務的所得，其範圍應如何計算，筆者認為應該與原雇主應給付的報酬以同樣方式計算，也就是依工作的直接與間接所得，無論以何名義出現，均應作為扣除範圍，因此勞工轉至他處服勞務，可得的紅利、年終獎金、久任獎金、三節節金當然要計算在扣除額內。類似見解如最高法院九十年度台簡抗五十一號認為：「抗告人自應給付相對人扣除相對人另外從事勞務所得之非法解僱期

<sup>301</sup> Schaub-Linck, Arbeitsrecht-Handbuch, § 95, Rn. 11; Preis, Arbeitsrecht – Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, S.438; BAG 29.7.1993, AP 52 zu § 615 BGB; BAG 24.8.1999, AP 1 zu § 615 BGB Anrechnung BAG 29.

<sup>302</sup> 類似見解最高法院九十三年台上字第 1605 號判決認為：「民法第四百八十七條規定：『僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。』，上訴人於八十五年四月一日後，轉向雙安旅行社股份有限公司、英商新衛傳播事業公司、金冠企業管理顧問股份有限公司工作所得依序為一萬八千元、一千三百五十元及十八萬七千二百二十四元，合計二十萬六千五百七十四元，有其所得稅結算申報書及扣繳憑單為憑，被上訴人抗辯該部分所得應自薪資部分予以扣減，應屬有據，是上訴人所得請求薪資為三十九萬五千一百四十七元。」高等法院九十年勞上字第 23 判決亦採相同見解。

<sup>303</sup> Schaub-Linck, Arbeitsrecht-Handbuch, § 95, Rn. 12.

間工資及八十六年之年終獎金與三節獎金。」而勞工及子女教育補助費及婚喪喜慶的賀禮、慰問金或奠儀等恩遇性質的給付應不計算在內；勞工直接受顧客之服務費及職業災害補償費，也應該不能計算在內。

至於就業保險的給付及社會救助法的津貼均非此等計算範圍，例如失業後若就業服務站轉介全日職業訓練，可領取職業訓練津貼，若勞工不願參加該等訓練，不得列入可扣除範圍。持此一見解如高等法院九十二年勞上易第 121 號字判決就認為：「領取失業救濟金，係政府為幫助貧困生活而臨時緊急之救難金，屬社會福利性質，非被上訴人另外工作所得，因性質不同，無法由被上訴人所請求之薪資中扣除，……。」

### (1-2-3) 非法解僱之例外？

學者黃程貫教授認為：我國民法第四八七條但書之扣除規定，實應將之排除在雇主解僱為非法無效時的工資給付之外，雇主在依受領遲延規定給付工資時，應不得主張扣除，蓋勞工遭雇主非法解僱時，工作權立遭剝奪，勞工及其家庭之生活頓失保障，對勞工損害極大，且必將迫使勞工為求得以維持生活之故而必須再另行尋找新工作。若雇主非法解僱勞工，被認定為無效後，支付工資時，仍得主張扣除，則因為雇主只會支付固定薪資，至於浮動薪資部分則因勞工並未在原雇主處實際提供勞務，故雇主並無需支付，另一方面，勞工在新雇主處實際提供勞務，故勞工之收入包括固定薪資與浮動薪資，二相扣減之下，勞工所能向違法解僱之雇主請求者，不是數額甚少，就是無法請求，違法解僱勞工之雇主因而幾乎等於是完全不需為其違法行為付出代價，且反而是使無辜勞工受到重大不利，這也使勞工認為到法院起訴亦無用，蓋縱使勝訴也是一無所得或所得甚少，何況還必須付出精神上與金錢上重大代價，真是何苦來哉<sup>304</sup>！顯然黃教授對報酬額的計算採「正常工作之基本薪資」，而扣除額又以最廣的範圍計算，當然會發生此等結果。若採筆者計算方式，勞工即若在非法解僱之情形，適用民法第四百八十七條但書，亦不致於有黃教授所指的雙重不利益。

### (1-3) 故意怠於取得之利益

勞工被雇主拒絕受領勞務後，另有服勞務之機會，而故意不服，致未能取得報酬，原雇主得由報酬內予以扣除。但是扣除額為多少？很難認定，因為上述轉向他處服勞務者，勞工確實有工資收入得以計算，但「怠於取得的利益」則必須估計，實務上有不同見解：

#### (1-3-1) 以主觀估計工資計算

<sup>304</sup> 參見黃程貫，解僱無效時之雇主受領遲延問題，政大法學評論，第 49 期，1993 年 12 月，頁 203。

此等計算是以被拒絕受領勞務的勞工在勞動市場的應有薪資作估計，雖然法院判決中並未有採此一見解者，但通常雇主方面均主張以此作為勞工故意怠於取得之利益時，報酬扣除額的計算標準。

### (1-3-2) 以客觀估計工資計算

以客觀估計工資計算，例如以台灣地區勞工平均薪資，臺中地方法院九十二年度勞簡上字第三六號認為：「上訴人復未具體舉證被上訴人曾有可獲得何項工作機會而怠於獲得之事實；徒以被上訴人四肢健全、且受過高等教育，並考取代課老師資格，並非毫無謀生能力，而主張應依行政院勞工委員會統計處之臺灣地區勞工之平均薪資八十九年每月四萬一千八百七十四元，九十年每月四萬一千四百九十七點五元，九十一年一月至七月每月四萬三千二百三十元，予以扣除云云，顯非有理。」法院雖認為雇主之主張並未舉證，但並未認為以平均薪資為錯誤之計算方法，似有認為是可得參考之方法，另最高法院九十四年台簡上第 5 號判決：「又原第二審就被上訴人轉向他處服勞務取得之利益，已依民法第四百八十七條第一項但書規定，於上訴人應給付之薪資中扣除，並說明因兩造訂立系爭選手契約，被上訴人之工作機會受有限制，既無證據證明其有工作機會而故意怠於取得利益，自不得逕按台灣地區勞工平均薪資扣除等語，經核並無適用法規不當或消極未適用法規之情形；至於其認定上開事實有無錯誤，則與適用法規顯有錯誤無涉。未查原第二審未令被上訴人證明其仍具有職業棒球選手之技能，究違反何法令條項，或有關判例、解釋或成文法以外之習慣，上訴人並未表明。其以上開理由逕向本院提起上訴，不合於民事訴訟法第四百三十六條之二第一項及第四百三十六條之三第二項之規定而不應許可，其上訴難謂合法。」該判決也不認為以台灣地區勞工平均薪資之計算方式有誤，只是雇主未提出證據而已。

### (1-3-3) 以基本工資計算

高等法院九十三年勞上易字第 2 號判決認為：「上訴人抗辯縱使被上訴人於上訴人不法解僱期間無其他勞務所得，亦屬怠於取得利益之情形，至少應扣減爭議期間之基本工資四十九萬一千零四十元云云，惟為被上訴人所否認，被上訴人亦否認有怠於從事其他勞務，或取得利益之情形，上訴人既未主張或舉證被上訴人有何得從事之有償勞務之機會或可取得之利益，而故意怠於取得，空言抗辯應扣除相當於基本工資之怠於取得利益，並無理由。」其言下之意，似指若雇主能証勞工怠於取的利益者，則可以以基本工資當作扣除額。

### (1-3-4) 筆者見解

筆者認為所為「故意怠於取得利益」，必須是有具體的事實存在，也就是有其他雇主動向勞工要約，於被原雇主拒絕受領勞務期間雇用該勞工，而扣除額之計算自然以該其他雇主所提出之勞動條件為依據。既不以雇主單方面依勞動市場估計，也不是以客觀的平均薪資，更不是以基本工資。理由為：該被拒絕受領

勞務期間，勞工本來就非常難在勞動市場中找到短期工作，勞工依賴為生的原勞動關係也並未終了，原雇主無權要求勞工必須在此期間去找工作，因此勞工不主動去找工作，並不能就指稱其「故意怠於取得利益」。除非真有其他雇主已提出上述要約，而其要約又是客觀上能為該勞工所接受，此時才能依該「要約內容」作為「怠於取得利益」之標準。

## (2) 扣除報酬額之舉證責任

台灣高等法院八十八年度勞上易字第 12 號「上訴人抗辯上訴人未服勞務期間減省飲食、工作服、通勤車資等費用或支出乙節，並未舉證以實其說，固不足採信。」表示未服勞務所簡省支出的事實和範圍應由雇主舉證。

至於勞工轉向他處取得報酬之情事，雇主若主張扣除該報酬，是否應負舉證責任？而我國最高法院有認為此屬法院應依職權調查審酌之事項<sup>305</sup>，如最高法院九十四年台簡上第 5 號判決認為：「又民法第四百八十七條所定受僱人怠於取得與轉向他處取得之利益，屬法院應依職權調查審酌之事項，原第二審不得僅以伊未能證明即不予調查審認，至少亦應按台灣地區勞工每月平均薪資扣除，始符合公平原則。」。德國實務<sup>306</sup>則認為勞工若轉向他處服勞務而有所得時，類推適用德國商法典(HGB)第 74c 條第二項規定<sup>307</sup>，勞工應向原雇主告知所得額度，即勞工有告知義務(Auskunftplicht)，否則雇主得拒絕履行報酬給付。不過筆者認為：按主張法律關係存在之當事人，僅須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，至於他造主張有利於己之事實，原則上應由他造舉證證明<sup>308</sup>。又主張積極事實者，原則上應就所主張之積極事實負舉證責任，乃通說舉證責任分配原則之一<sup>309</sup>。按惟受僱人之有符合此轉向他處服勞務或故意怠於取得之利益之規定，乃屬積極事實，並為僱用人之抗辯事實，並非本件薪資債權發生所須具備之一般要件，此乃學說上所謂權利根據規定之障礙事實，即所謂權利障礙規定，自應由雇主負舉證責任。相同的見解台灣高等法院九十年度勞上字第 23 號認為：「惟受僱人之有符合此轉向他處服勞務或故意怠於取得之利益之規定，乃屬積極事實，並為僱用人之抗辯事實，並非本件薪資債權發生所須具備之一般要件，自應由僱用人負舉證責任。」另台灣高等法院八十八年度勞上易字第 12 號亦採此等看法。

## (四) 雇主受領遲延的終了

<sup>305</sup> 最高法院九十四年台簡上第 5 號判決：「又民法第四百八十七條所定受僱人怠於取得與轉向他處取得之利益，屬法院應依職權調查審酌之事項，原第二審不得僅以伊未能證明即不予調查審認，至少亦應按台灣地區勞工每月平均薪資扣除，始符合公平原則。」

<sup>306</sup> BAG 27.3.1974 ,AP Nr. 15 zu § 242 BGB Auskunftpflcht.; BAG 29.7.1993 AP zu § 615 BGB Anrechnung; Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 95 Rn. 9.

<sup>307</sup> 德國商法第 74C 條規定：受聘人於競業時於他處所得利益之額度，有義務告知原聘用人。

<sup>308</sup> 參見最高法院四十八年度台上字第 887 號判例。

<sup>309</sup> 參看最高法院八十六年度台上字第 3198 號判決。

有關雇主受領遲延終了的情形，法律並無明文規定，依勞動契約之性質因下列事由而終了：1. 雇主為遲延之滌除；2. 勞工撤回其給付之提出；3. 遲延之免除。分述如下：

## 1、雇主為遲延之滌除

雇主於遲延後，復再表示受領之意思，或為受領給付作必要之協力，催告勞工給付，勞工此時給付勞務時，雇主受領後，其受領遲延即告滌除<sup>310</sup>。惟其效果僅向嗣後發生，已經發生的遲延效果則不受影響<sup>311</sup>。一般債權人於債務人履行債務前，已預示拒絕受領之意思表示，或債務人之給付兼需債權人之行為而不行為，債權人即負受領遲延之責任。又債權人遲延後，須再表示受領之意思，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，受領遲延之狀態，始因滌除而告終了<sup>312</sup>。

如前所述，我國實務上認為在非法解僱之情形，勞工的異議視為言詞給付，而使雇主陷於受領遲延，雇主必須為表示受領之意思，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，方能滌除遲延，例如最高法院九十二年台上字第 1979 號判決認為：「上訴人自解僱當日即要求被上訴人清理現務並辦理移交，拒絕被上訴人服勞務，可見被上訴人在上訴人違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務，則於上訴人拒絕受領後，應負受領遲延之責。被上訴人無須催告上訴人受領勞務，且上訴人於受領遲延後，須再表示受領之意，或為受領給付作必要之協力，催告被上訴人給付時，其受領遲延之狀態始得認為終了。」

如果罷工結束後，勞工表示復工，並親自至工作場所履行勞務，被雇主所拒絕，此時雇主的拒絕行為已經構成受領遲延，如果嗣後雇主未在表示願意受領勞務，則受領遲延狀態未滌除，例如八十七年台上 2559 號判決就認為：「本件被上訴人於八十一年八月六日上午十一時卅分至上訴人總公司報到，準備復工，隨時接受上訴人公司按原職編派工作，上訴人不准被上訴人報到，拒絕受領被上訴人勞務之給付，為原審確定之事實。上訴人嗣後即未再表示受領之意思，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付，則其受領遲延之狀態，並未滌除，被上訴人自無再行提出給付勞務之必要。」<sup>313</sup>

<sup>310</sup> 參見最高法院七十五年台上字 1319 號判決；馬維麟，民法債編註釋書(二)，五南圖書出版公司，初版二刷，1997 年，頁 444。

<sup>311</sup> 孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001 年，頁 555。

<sup>312</sup> 參見最高法院八十七年台上字第 1416 號判決；最高法院八十七年台上字第 2559 號判決。

<sup>313</sup> 高等法院九十三年勞上易字 106 號判決也引用最高法院八十七年台上字第 2559 號判決意旨，認為：勞工既係以雇主人解僱不合法請求雇主給付薪資，而聲請勞資爭議調解，即難認其有不願提供勞務之意。而雇主既將該勞工解僱要求該勞工辦理交接，拒絕該被解僱的勞工提供勞務，足見勞工於遭雇主非法解僱前，主觀上並無去職之意，客觀上亦繼續提供勞務，則雇主於拒絕受領後，應負受領遲延之責，勞工無須催告上訴人受領勞務，且雇主受領遲延後，須再表示受領之意，或為受領給付必要之協力，催告勞工給付時，其受領遲延之狀態始得認為終了，在此之前，勞工無須補服勞務，仍得請求報酬。

## 2、勞工撤回其勞務給付之提出

一般債務人既撤回其給付之提出，債權人即無從受領，其受領遲延狀態亦即終了。在勞動契約中可能發生的情形，如雇主非法解僱勞工，勞工表示異議，如前所述，勞工之異議視為言詞提出給付。勞工若在調解、仲裁或訴訟程序中，表明不願意回該雇主處工作者，其意思應為撤回勞務給付之提出，台灣高等法院九十三年勞上易字 106 號判決雖未直接說明此點，但認為：「對查證人張嘉芬、陳淑美、林義芳固證稱雙方於勞工局調解，調解委員魏千峰律師詢問被上訴人是否願意回上訴人公司上班時，被上訴人回答不願意云云，然證人謝政哲則稱證被上訴人於調解會向魏千峰律師表示願意回上訴人公司上班…，張嘉芬、陳淑美為上訴人公司之員工、林義芳為上訴人公司之董事，謝政哲則為被上訴人配偶，雙方各執一詞，均難據以遽認被上訴人有無為不願提供勞務之表示。然被上訴人既係以上訴人解僱不合法請求上訴人給付薪資，而聲請勞資爭議調解，即難認其有不願提供勞務之意，上訴人抗辯被上訴人於勞工局調解時曾向調解委員表示不願回上訴人公司工作，尚屬無法證明。」也就是說，法院認為：若能證明勞工有表示不願提供勞務之情事者，即勞工撤回其勞務給付之提出，則雇主的受領遲延即告終了。

## 3、遲延之免除

當事人合意延期受領時，債權人之受領遲延亦即終了。惟於勞務給付之情形，雖非不可能有此受領遲延終了之情形，但勞務給付通常為定期行為，無法合意延期受領。

## 二、實踐發展

實務上相關見解如下：

### (一) 高等法院 93 勞上 57

雇主如因不可抗力暫停工作在一個月以上時，得依勞動基準法第 11 條規定預告勞工終止勞動契約，有行政院勞工委員會 88 年 8 月 19 日台 88 勞動二字第 0035940 號函釋可參，若停工事由不可歸責於勞工，而事業單位無意依該事由終止勞動契約，則僱傭關係繼續存在，不可單方面強制勞工辦理留職停薪，此在停工事由係可歸責於雇主時，更應為如此解釋。呂秀卿抗辯係因同業競爭及擴大營業需要始停工全面整修，此等事由應屬於雇主經營之風險，依行政院勞工委員會 90 年 3 月 15 日台 90 勞資二字第 0008271 號函釋，此應屬可歸責於雇主之原因所致停工，雇主應照給停工期間之工資。又僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬，民法第 487 條前段規定甚明，是蔡雪等三人自無庸補服勞務，均得向呂秀卿請求停工至終止僱傭契約期間之工資。

## (二) 士林地院 92 勞訴 19

按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。民法第四百八十七條前段定有明文。本件被告於九十一年十二月三日至十二月二十日，以工作量不足通知原告無庸上班等情，為被告所是認，然原告陳稱被告於停工期間，公司仍如常營運，而被告就其片面通知原告停工係基於如何之不可抗力情形，亦未舉證以實其說，是已難認原告拒絕受領勞務係屬合法，故依前揭法條規定，被告既已預示拒絕受領勞務，原告即無補服勞務之義務，仍得請求報酬。

## (三) 彰化地院 94 勞訴 3

查原告係自 90 年 4 月 1 日起並無實際工作，參酌勞動基準法施行細則第 2 條第 4 款規定，雇主因不可抗力而不能繼續其事業致勞工未能工作者，其期間之工作日數應予扣除之規定，則本件原告於 90 年 4 月 1 日起未能工作，係被告不提供工作所致，對此可歸責被告之事由致未能工作之日數，亦應不列入平均工資日數之計算，故原告之 6 個月平均工資認定，應以 89 年 10 月 1 日至 90 年 3 月 31 日原告工作 6 個月期間所得之工資加以核算。

## (四) 最高法院 93 台上 415

上訴人呂茂東提出之送貨單一紙、驗貨不良之產品及檢驗報告表一張，並不足據以推論該產品係被上訴人所製作生產，且縱被上訴人製作之產品偶有瑕疵，就檢驗報告表上所載之瑕疵百分比觀之，依一般社會通念，應認尚非屬情節重大，故名威公司尚不得逕以勞動基準法第十二條第一項第四款之規定，認被上訴人違反工作規則，情節重大，而得終止僱傭契約。(三)被上訴人與名威公司間之僱傭契約於八十七年六月間尚未終止，而名威公司又表示解僱被上訴人，顯已預示拒絕受領勞務之意思，依民法第四百八十七條前段規定，僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬，名威公司仍應自拒絕受領勞務之時即八十七年七月一日起，按月給付被上訴人工資。

## (五) 最高法院 87 台上 2559

被上訴人所提出之報到書載明『於民國八十一年八月六日上午十一時卅分至總公司報到，準備復工，隨時接受公司按原職編派工作。』已表示欲給付勞務之意旨，核屬民法第二百三十五條所定之以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。上訴人以不合兩造間契約內容之報到程序強令被上訴人完成，並於被上訴人

未依其所定程序辦理報到之際，不准被上訴人報到，自屬已預示拒絕受領被上訴人勞務之給付，依民法第四百八十七條之規定，被上訴人即得不補服勞務，但仍有請求給付報酬之權。上訴人辯稱被上訴人未到公司依規定簽到上班，不得僅憑一次作秀即可不簽到上班，要求給付工資云云，自非可取。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

實務上常有雇主為規避給付資遣費，而故意以不需預告終止勞動契約的事由解僱勞工，若其事由非屬正當，則該終止僱傭契約行為，不生終止之效力，此時若雇主拒絕勞工服勞務，則屬雇主受領遲延。而本案涉及調職、工作規則等議題，均是實務上常面臨之情形，故由此延伸討論。

### 二、重要案件

本單元提供二個案例，分別是：

- (一) 高等法院 八十九年度勞上字第三號
- (二) 最高法院 九十一年度台上字第一六二五號

### 三、案例之重要內容

民國 79 年 10 月 26 日

被上訴人受僱於上訴人(德合機械股份有限公司)，負責灌漿工程。

民國 81 年 1 月

上訴人以德春公司名義公告自 81 年 2 月日起實施德春公司暨關係企業管理規則。

民國 82 年

被上訴人調任基礎部連續壁吊車司機。

民國 85 年 5 月 14 日

上訴人將其調往訴外人德春公司支撐部擔任工地支撐及拆裝工作，為其所拒。

民國 85 年 5 月 15 日

被上訴人仍赴上訴人處上班，上訴人於 85 年 5 月 18 日將原簽到上班方式更改為點名方式，而不記載其自 85 年 5 月 17 日至 22 日上班之事實，嗣由德春公司以其自同年月 15 日起連續曠工三日為由，予以開除。



民國 79 年 10 月 26 日~85 年 5 月 14 日

被上訴人享有特別休假應休未休共三十六日。

民國 80 年 5 月~85 年 4 月

被上訴人享有之例假日及國定假日應休未休共二百日；及延長工時之工資差額共七千四百五十九元。

民國 84 年 11 月~85 年 4 月

被上訴人之月平均工資為五萬二千元(本薪三萬一千二百元、交通津貼三千元、伙食津貼一千八百元、特別津貼六千元、保養津貼一萬元)。

民國 87 年 4 月 29 日

被上訴人於原審當場表示：「不可能再回去上訴人處工作」，並稱係對上訴人為終止僱傭契約之意思。

#### 四、案例之意義與影響

##### (一) 爭點

其相關爭點如下：

上訴人之調職是否合法，被上訴人可否拒絕？

被上訴人被調職後仍至上訴人公司上班，惟上訴人更改點名制度，使被上訴人無法給付勞務，被上訴人能否請求報酬？

按月平均工資之計算方式，可否包括加班費？

##### 1、上訴人之調職是否合法，被上訴人可否拒絕？

###### (1) 高院

按工作規則為雇主統一勞動條件及工作紀律，單方制定之定型化規則。雇主公開揭示時，係欲使其成為僱傭契約之附合契約，而得拘束勞雇雙方之意思表示。勞工知悉後如繼續為該雇主提供勞務，應認係默示承諾該工作規則，而使該規則發生附合契約之效力。查上訴人曾於八十一年一月，以德春公司名義公告自八十一年二月一日起實施德春公司企業管理規則，被上訴人未曾表示異議，繼續提供勞務，應認該管理規則為僱傭契約之附合契約，而得拘束兩造。而依管理規則第一條、第四條、第二十七條，上訴人因工作需要，有權調動其雇用之人員至關係企業德春公司工作，亦堪認定。

惟參管理規則第二十七條但書，該調動以不降低原有勞動條件及確為員工能力所能勝任為原則。查被上訴人調其從事之工作，與其原任需具備合格證照之吊車司機一職之性質迥異，上訴人未舉證證明該調職並未降低原有勞動條件及確為被上訴人所能勝任，顯違反規定，故被上訴人仍為上訴人之受僱人，則德春公司以被上訴人連續曠工三日為由，終止僱傭契約，不生終止之效力。

縱認德春公司解僱被上訴人，係上訴人之意思。惟查，被上訴人自八十五年五月十五日起仍至上訴人處上班，但上訴人更改原上班簽到制度為點名方式，不記載被上訴人上班之事實，以其曠工三日解僱(有證人證稱且點名不符管理規則第二十三條)從而被上訴人應無連續曠工三日，則上訴人終止僱傭契約，不生效力。

## (2) 最高院

同上所述。

2、被上訴人被調職後仍至上訴人公司上班，惟上訴人更改點名制度，使被上訴人無法給付勞務，被上訴人能否請求報酬？

## (1) 高院

按民法第四八七條前段，僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。查上訴人違法解僱被上訴人，被上訴人無從履行勞務給付，顯可歸責於上訴人，被上訴人自得請求給付薪資。惟被上訴人已於八十七年四月二十九日在原審表示：「不可能再回去上訴人處工作」，並稱上開表示係對上訴人為終止僱傭契約。按上訴人未按月給付薪資，違反勞動契約，依勞動基準法第十四條第一項第六款，被上訴人自得未經預告而終止契約。即八十七年四月二十九日起，勞動契約因終止而消滅，被上訴人嗣後即無從再請求給付薪資。

## (2) 最高院

同上所述。

3、按月平均工資之計算方式，可否包括加班費？

## (1) 高院

被上訴人又主張：伊八十四年十一月份起至八十五年四月份止之月平均工資為五萬七千二百六十一元（上開工資係以每月五萬二千元加計加班費計算），爰請求上訴人自八十五年五月十五日起至原審言詞辯論終結之日即八十八年十月

二十六日止，按月給付伊工資五萬七千二百六十一元等語。

勞動基準法就雇主依約定應付而未給付之工資，並未規定按同法第二條第四款規定計算平均工資後定其應付金額，是被上訴人以上開六個月平均工資定上訴人應付數額，尚屬無據。又加班工資係以被上訴人有加班之事實，上訴人始有給付之義務，並非被上訴人每月必然可取得之報酬。則上訴人受領勞務遲延期間，既無從認為被上訴人必然可加班提供勞務而獲取加班工資，則被上訴人主張上訴人應加付六個月平均加班工資云云，自不足取。從而，被上訴人請求上訴人自八十五年五月十五日起至八十七年四月二十八日止，按月給付被上訴人工資五萬二千元共計一百二十二萬零二百六十七元部分，自原有據。

參勞動基準法第三十八條及管理規則第四十條，被上訴人在受僱未滿一年期間應無特別休假，一年以上未滿三年者七日，三年以上未滿五年有十日，是被上訴人應休而未休之特別休假為三十六日。又按勞動基準法第三十九條及該法施行細則第二十四條第三款，被上訴人於特別休假日工作，上訴人應加倍發給工資，特別休假係按當年度年資決定其日數。則雇主就當年度應休未休之特別休假應加倍給付之薪資，自以按該年度終了當月之薪資為計算基準，從而，被上訴人給付特別休假應休未休之工資為五萬七千七百三十三元。

參上訴人所提出之工程日報表，八十三年八月至十二月之再延長工時合計十六小時，應給付一千一百五十五元五角。參被上訴人所提出之工程日報表，八十二年四月十五日起至同年月二十九日止，延長工時共計二十四小時，再延長工時共計二十四小時，應給付工資差額四千一百九十九元八角。另就八十二年五月八日，應給付工資差額八百七十九元九角。八十四年一月起至八十五年五月止，應再給付被上訴人工資差額一千二百二十三元八角。從而，上訴人應給付工資差額為七千四百五十九元部分。

依勞動基準法第三十六條及第三十七條，計算每年例假日（五十二日）及國定假日（十五日）為六十七日。被上訴人自八十年五月起至八十二年底止，及自八十三年一月起至八十五年五月止之例假日及國定假日應休未休共為二百日，上訴人應給付三十一萬零九百九十七元。

## **（2）最高院**

同上所述。

## **（二）結論**

### **（1）高院**

被上訴人請求上訴人給付特別休假應休未休之工資為五萬七千七百三十三元，再延長工時之工資差額為七千四百五十九元及例假日、國定假日應休未休之工資為三十一萬零九百九十七元，共計三十七萬六千一百八十九元，及自起訴狀繕本送達翌日之八十五年十一月三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，為有理由，並請求自八十五年五月十五日起至八十七年四月二十八日止，按月給付工資五萬二千元計一百二十二萬零二百六十七元部分，自屬應予准許；至超過上開部分被上訴人之請求，即屬不應准許。

是以上訴人聲明被上訴人應返還其因假執行所為給付七萬六千三百十六元及自八十九年三月十七日起，至清償日，按年息百分之五計算之利息部分，自屬應予准許；至超過上開部分上訴人之聲明，即屬不應准許。

## (2) 最高院

認依原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，與法並無違背，而上訴駁回。

## 肆、教學範例與內容設計

### 一、重要之議題

- (一) 勞務給付的性質。
- (二) 勞務給付之受領遲延與給付不能的區分。
- (三) 雇主受領遲延的要件。
- (四) 雇主受領遲延的效果。
- (五) 報酬請求的額度。
- (六) 雇主受領遲延的終了。

### 二、思考問題方向

- (一) 先區分勞務給付之受領遲延與給付不能的不同，進而學習雇主受領遲延的要件和何時雇主受領遲延會終了。
- (二) 了解雇主受領遲延會產生的效果，並理解關於工資的認定及勞工可請求報酬的額度。

### 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

#### (一) 分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，對下列相關問題進行討論，並請提出討論結

論：

- 1、勞務給付的性質。
- 2、勞務給付之受領遲延與給付不能的區分。
- 3、雇主受領遲延的要件。
- 4、雇主受領遲延的效果。
- 5、報酬請求的額度。
- 6、雇主受領遲延的終了。

## （二）角色扮演

同學分爲三組，分別扮演勞工、雇主、法院，擇一相關案例爲基處，分別就其立場行使權利義務，進行如法庭審判程序之主張、準備、爭點整理、言詞辯論等行爲，扮演法院之同學並應爲適當的闡明權行使。

## （三）問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 1、勞務給付的性質？
- 2、勞務給付之受領遲延與給付不能的區分？
- 3、雇主受領遲延的要件？
- 4、雇主受領遲延的效果？
- 5、報酬請求的額度？
- 6、雇主受領遲延的終了？

## （四）引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- （一）勞務給付與一般之債務給付有何不同。

- (二) 雇主非法解僱時，其拒絕受領的問題。
- (三) 不可歸責雇主之不能受領時，勞工的地位。
- (四) 工資的範圍應如何認定。

## 二、考題設計

以下為所擬提供參考之考題：

- (一) 勞務給付的性質。
- (二) 勞務給付之受領遲延與給付不能的區分。
- (三) 雇主受領遲延的要件。
- (四) 雇主受領遲延的效果。
- (五) 報酬請求的額度。
- (六) 雇主受領遲延的終了。

## 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

### 一、中文書籍

- 1、史尚寬，債法總論，中冊，自刊，1953年。
- 2、鄭玉波，民法債編總論，三民書局，1998年。
- 3、孫森焱，新版民法債編總論，下冊，自刊，2001年。
- 4、黃立主編，民法債編各論(上)，元照出版，2002年。
- 5、林誠二，民法債編總論，體系化解說(下)，瑞興圖書公司，2001年。
- 6、洪文瀾，民法債編通則釋義，自刊，1954年。
- 7、胡長清，中國民法債編總論，自刊，1968年。
- 8、邱聰智，新訂民法債編通則(下)，自刊，2001年。
- 9、王伯琦，民法債編總論，自刊，1962年。

10、黃立，民法債編總論，自刊，二版二刷，2000年。

11、梅仲協，民法要義，1954年。

12、鄭玉波，民法債編各論（下），三民書局，10版，1984年。

13、馬維麟，民法債編註釋書(二)，五南圖書出版公司，初版二刷，1997年。

## 二、中文論文

1、劉志鵬，勞動法理論與判決研究，元照出版，二〇〇〇年，頁 79-10。

2、劉士豪，勞動契約雙方當事人的權利義務，載於台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，頁 92-139。

3、黃茂榮，債務不履行(一)：給付遲延與受領遲延(上)，植根雜誌，第十六卷第十一期，2000年11月。

4、黃茂榮，債務不履行(一)：給付遲延與受領遲延(下)，植根雜誌，第十六卷第十二期，2000年12月。

5、黃程貫，解僱無效時之雇主受領遲延問題，政大法學評論，第 49 期，1993年12月，頁 183-204。

6、黃程貫，德國企業危險與勞資爭議危險理論，政大法學評論，第 46 期，1992年12月，頁 279-387。

## 三、外文書籍

1、Brox, Allgemeines Schuldrecht, 22.Aufl, 1995, Munchen.

2、Palandt, Kommentar zum Burgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl. 2004, Munchen.

3、Preis, Arbeitsrecht - Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht, 2000, Koln.

4、Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried (herausgeben), Munchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, 2. Aufl., 2000, Munchen.,(Abkuzung: MKArb-Bearbeiter)

5、Erman, Bugerliches Gesetzbuch, Handkommentar,10. Aufl., 2000, Munchen, Staudinger, Bugerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13.Aufl., Berlin, (Abk u zung:

Staudinger-Bearbeiter)

6 · Sorgel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13.Aufl., München, (Abkürzung: Sorgel-Bearbeiter))

7 · Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 10. Auflage, 2002, München.

8 · Dietrich/ Hanau/ Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, . 2000, München.

9 · Fabricius, Leistungstörungen im Arbeitsverhältnis, 1970, Tübingen.

10 · Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14 Aufl, 1987, München.

11 · Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, München.

12 · Zacher/Metzke/Hamer, Die Aussperrung, 1978, München.

13 · Zollner/ Loritz, Arbeitsrecht, 5 Aufl. 1998, München.

#### 四、外文論文

1 · Ruckert, Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst und Arbeitsvertrag, ZfA 1983, 7 ff..

2 · Picker, Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf, JZ 1979, 285ff..

3 · Picker, Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienststragsrecht, JZ 1985, 693ff.

4 · Beuthien, Das Nachleistung versäumter Arbeitszeit, RdA 1972, 20ff..

5 · Preis/Hamacher, Das Recht der Leistungstörungen im Arbeitsverhältnis(I)(II), Jura, 1998.S.11-21, S. 116-121

6 · Bletz, Abschied von der Betriebsrisikolehre? Zurück zum BGB?, JR 1985, 228ff..

7 · Konzen, Anm. Zu BAG, AP Nr. 35 zu § 615 BGB.

8 · Stahlhacke, Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis, ArbuR 1992,



8ff..

9 · Waas, Rechtsfragen des Annahmeverzugs bei Kündigung durch Arbeitgeber, NZA 1994, 151ff..

## 第六單元：勞動關係之終止—以大量解僱保護為例

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

今年一月十三日立法院三讀通過了「大量解僱勞工保護法」，該法揭槩「為保障勞工工作權及調和雇主經營權，避免因事業單位大量解僱勞工，致勞工權益受損害或有受損害之虞，並維護社會安定」為立法目的<sup>314</sup>。這項法律草擬的歷史約可推向七年多前，大約在一九九五年國內經濟受景氣循環影響開始漸漸下滑，許多事業單位突然歇業或裁員，造成勞工失業問題，更有許多雇主惡意積欠勞工工資、退休金或資遣費，隱匿地將事業的資產移到外國或中國大陸，然後潛逃出境，造成嚴重的勞資糾紛和社會問題，行政院勞工委員會當時即意識此一問題之嚴重性，曾委託學者做相關研究及草擬法案因應。<sup>315</sup>但是自此之後七年的時間，全球化和兩岸政經變動的影響，再加上國內本身的政治經濟結構也有劇烈改變，尤其是國內投資不僅持續下降，許多雇主關閉在國內原有產業，到中國大陸投資，使國內失業問題更為嚴重<sup>316</sup>。國內要求改善這種狀況的民間呼聲不斷，當然政府亟思改善之道，各種就業促進的方案不斷推出；民國八十八年底由民進黨籍立委賴勁麟等連署提出「大量解僱保護法草案」，這項勞工政策，也列在陳水扁總統競選時的政策白皮書中。兩年前的經發會(經濟發展諮詢委員會)中，各政黨及勞資雙方更達成「應加速完成『大量解僱勞工保護法』」草案的共識。後來「大量解僱保護法草案」歷經行政院勞委會內部十二次會議討論，以及三次政務委員審查會。終於在今年一月十三日由立法院三讀通過，並於二月七日由總統公布。

#### 二、現行法規範狀況

若就現行法律體系的背景分析，可以分為「勞動關係」和「行政機關監督」兩部分來觀察：

一、就勞動關係而言：「解僱」是指由雇主對於勞工以單方意思表示，使勞動關係向未來發生消滅的法律行為<sup>317</sup>。「大量解僱勞工」從國際法和比較法觀之<sup>318</sup>，是

<sup>314</sup> 參見大量解僱勞工保護法第一條；另參見行政院勞工委員會，「大量解僱勞工保護法草案」第一條之規定及立法說明；立法委員賴勁麟等委員所提「大量解僱保護法」草案第一條之規定及立法說明。

<sup>315</sup> 行政院勞工委員會當時曾委託政大勞工研究所張昌吉教授進行「關廠法立法之研究」，研究期間從一九九五年九月一日至一九九六年六月三十一日。

<sup>316</sup> 目前失業率已持續保持超過百分之五，參考行政院主計處網站資料，網址

<http://www.dgbas.gov.tw/census-n/four/n9111.HTM>，其中表二：主要國家失業率比較。

<sup>317</sup> 參見陳繼盛，勞資關係，一九八一年，第四十三頁；林武順，勞工法上解僱問題之研究，政治大學法律研究所碩士論文，一九八四年，第一頁；拙著，德國、奧地利與我國一般解僱保護之比較研究，政治大學勞工研究所碩士論文，一九九三年。

<sup>318</sup> 參見國際勞工組織於一九八二年第一五八號公約及第一六六號建議書，歐盟於一九七五年通

指「雇主基於經濟因素，在一定時間內解僱一定數量的勞工或一定比例的勞工」。由於我國勞動契約法在一九三六年通過後並未施行，因此目前有關勞動關係的規範是根據勞動基準法。勞動基準法中對於「大量解僱勞工」並沒有特別的規範，勞基法第十六條有關「預告期間」的規定，只是針對各別「資遣」勞工的規定，也就是說，雇主依照勞基法第十一條及第十三條但書規定終止勞動契約時，按該勞工的年資計算預告期間。但是實務上雇主為了避免預告時引起勞工恐慌，妨礙事業經營，往往依照勞基法第十六條第三項規定，以給付預告期間工資來取代預告，使得勞基法「預告制度」的設置名存實亡。所以我國在「勞動關係」的規範中對大量解僱勞工並無特別規定。也就是說我國原有的規範沒有對大量解僱的情形有緩衝的機制。

二、就行政機關監督而言：以往規範關廠歇業或大量解僱的依據，如「事業單位大量解僱勞工保護措施」、「事業單位關廠歇業預警通報實施要點」、「地方勞工行政主管機關辦理事業單位歇業事實認定應注意事項」都是行政規則，既無罰責規定，又沒有法律拘束力，使得行政機關無法具體落實保護勞工。

目前政治經濟社會面和法律體系對於「大量解僱勞工」的問題面臨兩大考驗：第一，大家都意識到在經濟的變動下，企業要進行大量解僱勞工是不可避免，但是這種經營變革將導致勞工面臨個人就業上問題，同時對其家庭，乃至於社會將產生嚴重衝擊。第二，企業經營策略調整所伴隨大量解僱行為，具有時間集中及範圍龐大的特性，此不但對國內經濟活動造成衝擊，且對社會秩序之安定有一定影響。正如大量解僱勞工保護法第一條規定所揭櫫的立法目的：「為保障勞工工作權及調和雇主經營權，避免因事業單位大量解僱勞工，致勞工權益受損害或有受損害之虞，並維護社會安定，特制定本法；…」「大量解僱勞工保護法」在這個時間由立法院通過，正是反應著這樣的政治、經濟、社會和法律背景。

「大量解僱勞工保護法」計有二十條，其他十九條條文大致上包含有七個重要內容：一、定義與適用範圍，二、解僱計劃書的通知和通知主管義務，三、解僱計劃書協商之時程與方式，四、預警通報制度，五、禁止事業單位董事長及實際負責人出國，六、違法解僱的效力，七、其他行政措施。

大量解僱勞工保護法第一條規定：「…本法未規定者，適用其他法律之規定。」可以知道本法有特別法的性質。雖然該法在對解僱有實質的規範，(例如第十三條第二項：「違反前項規定或勞動基準法第十一條者，其勞動契約之終止不發生效力」)，但有關勞動契約終止的意思表示、原因、預告期間及資遣費等規定，

---

過第一百二十九號及一九九八年通過第五十九號有關「大量裁員」綱領(Richtlinie 或有譯為歐盟指令)，文獻並參見 Hepple, European rules on dismissal law, Comparative labor law journal, Vol. 18, No. 2, 1997, PP; Birk, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 2000, § 19, Rn. 270 ff.

仍必須依照勞動基準法及民法的相關規定。大量解僱保護法最重要的考量應該是事業單位短期內對大量解僱對社會造成衝擊，課以雇主解僱時的程序限制，以減少對於勞工之傷害，並配套相當的行政處罰與限制出境等手段以達保護目的<sup>319</sup>。

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### (一) 解僱計劃書

##### 1、大量解僱勞工

#### (1) 定義

大量解僱勞工保護法對「大量解僱勞工」的定義「係指事業單位有勞動基準法第十一條所列各款情形之一、或因合併、改組而解僱勞工，且有下列情形之一：一、同一事業單位之同一廠場僱用勞工人數未滿三十人者，於六十日內解僱勞工逾十人。二、同一事業單位之同一廠場僱用勞工人數在二百人以上者，於六十日內解僱勞工逾所僱用勞工人數三分之一或單日逾五十人；其僱用勞工人數在三十人以上未滿二百人者，於六十日內解僱勞工逾所僱用勞工人數三分之一或單日逾二十人。三、同一事業單位僱用勞工人數在五百人以上者，於六十日內解僱勞工逾所僱用勞工人數五分之一。前項各款僱用勞工人數之計算，不包含定期契約之勞工。」(第二條)這項規定包含兩個問題，第一個是適用範圍的問題，第二個是解僱事由的問題。

#### (2) 適用範圍之問題

大量解僱勞工勢必在解僱勞工人數或比例上有一定的規模，而時間上也有一定的期間規定。在規模上本法規定事業單位於六十日內解僱勞工逾十人者，即有其適用。但是在行政院勞委會原先的草案中對於僱用未滿三十名勞工的小型事業單位是排除適用，而立法委員賴勁麟等所提出的「大量解僱保護法」草案中第四條中則規定凡是雇主解僱十人以上時就有適用，最後朝野協商最後通過的條文及三讀通過後的條文，將小型事業單位納入規範。

或有認為小型事業單位在經濟上屬弱勢，如果法律規定要求太高，可能造成經營困難，所以應該排除適用。事實上在德國對於解僱保護法(Kündigungsschutzgesetz)的立法也曾發生過類似的爭議。德國的解僱保護法自一九六九年立法以來第二十三條第一項第三句一直規定五個員工以下的小型事業單

---

<sup>319</sup> 參見郭玲惠，大量解僱保護法制之初探—兼簡介德國之大量解僱保護，律師雜誌，282期，92年3月，頁17。

位 Kleibetriebe 不適用<sup>320</sup>，這種區分受到相當的質疑<sup>321</sup>，認為對於小型事業採取不同待遇，是違反了德國基本法第三條的平等原則。<sup>322</sup>但是多數學者和實務認為為了保障小型事業的創立和發展應給予解僱保護法上特權<sup>323</sup>。一九九八年德國憲法法院在一項判決<sup>324</sup>中則明確地表示考慮到「小型事業單位的負擔當然超過大企業」，因此解僱保護法對小型事業單位排除適用為合憲。雖然仍有反對呼聲<sup>325</sup>，但可以預測未來德國立法者應該不會刪除這項規定<sup>326</sup>。

不過德國解僱保護法第十七條以下所規定的「大量解僱勞工」並沒有造成如上所述的平等權爭議，倒是解僱人數和時間的規定可以在此提出供參考，該法第十七條第一項規定「雇主有於三十天內下列各款情形之一時，須先行報告勞動局，一、事業單位經常僱用逾二十名，未滿六十名勞工，將裁員逾五人以上時。二、事業單位經常僱用六十人以上，未滿五百名勞工者，將裁員逾經常僱用人數的百分之十或二十五人以上時。」我國與德國的規定相較，人數和時間限制顯然略有不同。在人數上或有顧及我國以中小企業為多數之特性，作不同的規定。而時間上我國規定較德國多一倍。由於在立法理由中看不出草擬法案時所做的實證研究，因此筆者對時間和人數的規定不敢擅加評論。

### (3) 解僱事由之問題

大量解僱勞工保護法規定大量解僱勞工事由除了勞動基準法第十一條所列各款情形之外，又加上因「併購、改組」的事由得解僱勞工。觀諸勞動基準法第十一條所列各款情形是我國學說上所稱的「裁員解僱」<sup>327</sup>。若單純從立法的文義解釋，立法者特別將「併購、改組」與勞基法第十一條並列，而且以「或」字做連結具有兼容意義<sup>328</sup>，顯然將兩者共同做為大量解僱勞工的事由。

學者劉志鵬律師將勞基法第十一條更細分為「整理解僱」和「普通解僱」<sup>329</sup>，

<sup>320</sup> 德國解僱保護法對於小型事業單位一直排除「通常僱用五名以下勞工」的小型事業單位 (Kleinbetrieb)，但是在一九九六年九月三十日，因為德國勞動法之就業促進法 (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. 9. 1996) 的施行，將解僱保護法第二十三條的人數限制暫時提高到十個員工，以納入部分工時工作的勞工，不過至一九九九年一月一日因為修正法案 (Korrektur Gesetz vom 19. 12. 1998, BGBl IS 3843)，將勞工人數回復到五名以下。

<sup>321</sup> 參見 Bock, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG, DB 1988, S. 2204; Kraushaar, Ist die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Kündigungsschutz verfassungswidrig? AuR 1988, S. 137; Ramm, Arbeitsrecht und Kleinunternehmen, AuR 1991, 257.

<sup>322</sup> Hueck/ v. Hoyningen-Huene, Kündigungsschutzgesetz, 11. Aufl. 1992, §23, Rn.19.

<sup>323</sup> Herschel/ Löwisch, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl. 1984, § 23, Rn. 2;

Trieschmann, Ungleichbehandlung im gesetzlichen Arbeitsvertragsrecht, Festschrift für Herschel, 1982, S. 454ff.

<sup>324</sup> BetrVG vom 27. 1. 1998, NZA 1998, 496.

<sup>325</sup> Däubler, Arbeitsrecht, Ränge für Beruf, Praxis und Studium, 2. Aufl. Rn. 818ff.

<sup>326</sup> Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 2000, § 132, Rn. 49 ff.

<sup>327</sup> 參見黃越欽，勞動法新論，二〇〇一年，初版二刷，第二百一十九頁。

<sup>328</sup> 參見羅傳賢，立法程序與技術，一九九一年二版，一刷。

<sup>329</sup> 劉志鵬，勞動法解讀，一九九七年，一版三刷，第一百八十二頁。劉志鵬先生將解僱分為「整

他認為所謂「整理解僱」是以經營不善、虧損、景氣不佳為解僱事由；而「普通解僱」是因勞工不能勝任工作者。<sup>330</sup>若按這種分類，勞基法第十一條第一款到第四款應屬整理解僱，而第五款是普通解僱。他認為整理解僱通常是不可歸責於勞方，而是因為資方外部事由，如景氣、虧損而解僱勞工。由於整理解僱會導致多數勞工失業，極易釀成社會問題，所以在外國的勞工法多有一套特殊的法律來解決此類問題。<sup>331</sup>但是大量解僱勞工保護法中並未區分這兩者，而一併納入大量解僱勞工事由。顯然立法者認為無論「整理解僱」和「普通解僱」均屬經濟上理由的解僱，只要在一定期間內解僱一定數量的勞工均有保護需求。

至於「併購、改組」是否成為一解僱事由？這回到以往曾經爭議過的問題：除了勞基法第十一條以外，是否還有其他的「裁員解僱」事由？學者黃程貫教授認為勞基法第十一條和勞基法第二十條的規定有許多不明確之處，立法技術上值得檢討，勞動基準法第二十條規定：「事業單位改組或轉讓時，除新舊雇主商定留用之勞工外，其餘勞工應依第十六條規定期間預告終止契約，…」的「改組和轉讓」應該和勞基法第十一條第一款合併觀察，因為勞基法第十一條所採完全列舉的立法，結果在勞基法第二十條又出現其他解僱事由，有繆誤之處<sup>332</sup>。其他學者也不認為第二十條是解僱事由<sup>333</sup>。但是大量解僱勞工保護法在立法上顯然將「併購、改組」列為解僱事由，頗有問題。改組一詞與勞基法第二十條相同，按以往行政院勞工委員會七十七年六月廿三日台勞資二字第一二九九二號函解釋：「勞動基準法第二十條所稱『事業單位改組或轉讓』，係指事業單位依公司法之規定變更其組織型態，或其所有權(所有資產、設備)因移轉而消滅其原有之法人人格；或獨資或合夥事業單位之負責人變更而言。」雖然大量解僱保護法中以「併購」一詞取代「轉讓」，其定義或可從企業併購法第四條第二款規定瞭解：「併購：指公司之合併、收購及分割。」究其大量解僱勞工保護法的規範目的不外乎是防範「雇主的變更後的解僱」。黃程貫教授對「改組和轉讓」當作解僱事由之批評對這個立法仍有參考。他認為所謂改組，依公司法之變更組織之規定<sup>334</sup>，至於董事會等之改組均不屬之。單純的公司組織改變應該不能構成解僱事由。至於事業轉讓所造成雇主的變更，應該承認勞動法中「買賣不破勞動」原則，以保護勞工的工作權<sup>335</sup>。筆者也認為，如果勞基法第十一條所列舉的解僱事由，若其目的為完全列舉時，在大量解僱勞工保護法中，實在沒有必要再增加解僱事由，徒增困擾而已。

---

理解僱」、「普通解僱」、「懲戒解僱」三種。

<sup>330</sup> 劉志鵬，同上。

<sup>331</sup> 劉志鵬，同上。

<sup>332</sup> 黃程貫，勞動法，一九九六，初版，第四百八十四頁。

<sup>333</sup> 從其他學者如林豐賓、黃越欽等人之教科書中也不認為勞基法第二十條是另一解僱事由，參見林豐賓，勞動基準法論，二〇〇〇年，修訂二版一刷，第一百七十七頁以下，黃越欽，勞動法新論，二〇〇一年，初版二刷，第二百二十三頁以下。

<sup>334</sup> 目前的公司法規定無限公司與兩合公司間可以相互變更，有限公司得變更為股份有限公司。

<sup>335</sup> 黃程貫，勞動法，一九九六，初版，第四百八十五頁。

#### (4) 通知主體、客體及通知內容

通知主體在大量解僱勞工保護法中，並未明確指出何人？僅規定：「事業單位於有勞動基準法第十一條所列各款情形之一、或合併、改組時，應於解僱勞工六十日前將解僱計畫書通知主管機關及相關單位或人員，並公告揭示。但因天災、事變或突發事件，不受六十日之限制。」(第四條第一項)雖然可以直接認定其為雇主，但是雇主的定義是否與勞基法中對雇主的定義相同？立法時可能應該明確化會比較妥當，特別是第十七條規定：「事業單位違反第四條第一項規定未於期限前將解僱計畫書通知主管機關及相關單位或人員者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰；並限期令其提出解僱計畫書，屆期未提出者，得按日連續處罰至提出為止。」究竟應處罰誰？若是未將通知主體釐清，恐怕執行將有困擾。

通知客體按第四條規定是指主管機關及相關單位或人員。「主管機關」是指第三條第一項所規定：「在中央為行政院勞工委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」此外如果同一事業單位大量解僱勞工事件，跨越直轄市、縣（市）行政區域時，直轄市或縣（市）主管機關應報請中央主管機關處理，或由中央主管機關指定直轄市或縣（市）主管機關處理。(第三條第二項)所以主管機關部分相當明確。

至於「相關單位或人員」則有順序之分，分別如下：

- 一、事業單位大量解僱勞工所屬之工會。
- 二、事業單位勞資會議之勞方代表。
- 三、事業單位之全體勞工。而且所謂全體勞工，不包含定期契約及未涉及大量解僱部門之勞工。

這裡很明顯地和第六條所規定的協商主體有密切關係，第六條規定勞方代表，有工會組織者，由工會推派；無工會組織而有勞資會議者，由勞資會議之勞方代表推選之；無工會組織且無勞資會議者，由事業單位通知第四條第二項第三款規定之全體勞工推選之。但是第六條所規定的是「強制協商程序」，勞雇雙方其實不必透過「強制協商程序」，可以按第五條規定得以本於勞資自治精神進行協商，而自治協商的勞方代表在第五條之並無規定。這裡就會發生一個順序上爭議的問題，是否有工會的事業單位，就不需通知勞資會議的勞方代表和事業單位之全體勞工？畢竟如果工會不積極時或不協商時，勞資會議代表想要依第五條自治協商，但在順序上非通知的客體，也無從協商！這個問題觀諸大量解僱勞工保護法，並無解決之道。

事業單位依第一項規定提出之解僱計畫書內容，應記載下列事項：一、解僱

理由。二、解僱部門。三、解僱日期。四、解僱人數。五、解僱對象之選定標準。六、資遣費計算方式及輔導轉業方案等。解僱計劃書通知的目的有二，第一是要讓行政主管機關有準備，將來可能有一群勞工即將失業。在德國一九六九年時草擬解僱保護法時，對於第三節「有報告義務的大量解僱勞工」(Anzeigepflichtige Entlassung)保護首要的目的應是勞動市場政策的調整，盡可能防範失業。同時也考慮到全體員工和員工代表會(Betriebsrat)的利益<sup>336</sup>。不過在德國按解僱保護法第十七條第二項的意旨，如果雇主要大量解僱勞工時應先書面通知員工代表會，告知內容有大量解僱計劃的理由、預計解僱的人數及職業種類、經常僱用勞工的人數與職業種類、解僱的時間、解僱對象的選定標準、資遣費的計算方式。雇主和員工代表會針對這些內容應磋商討論避免或限制裁員。所以我國就解僱計劃書通知的內容來看，與德國並無太大差別，而在通知主管機關和相關單位及人員上的時間點有別。或許是立法者考量我國實務上並無一固定的勞工組織經常承擔「協商」之責，而讓主管機關也能「早期」知道勞雇之間協商的情形或可能性，以便在勞資間無法依第五條自由協商或協商失敗時，擔起強制協調者的角色依照第六條規定召集協商委員會和進行協商程序。

### (5) 解僱計劃書之通知

解僱計劃書之通知主要目的在於，事業單位於大量解僱勞工時，讓工會和勞工有知的權利，同時也能讓行政主管機關預知解僱之發生以便因應<sup>337</sup>。那麼我們首先必須了解大量解僱勞工保護法中對「大量解僱勞工」的定義。其次要確定通知的主體、客體及通知內容，最後應該看看解僱計劃書之通知有什麼樣的法律效果。

### (6) 通知之法律效果

解僱計劃書通知的法律效果，在大量解僱勞工保護法中的規定不影響解僱的效力。這與德國解僱保護法第十八條之規定有所不同，該條第一項規定：「依第十七條應為報告之解僱，於報告到達勞工局前一個月內應得其同意方為有效，同意得溯及至提出申請之日。」德國通稱此一時間為封鎖期間(Sperrfrist)，如果大量裁員的報告未遵此期間就解僱的話，解僱將不生效力<sup>338</sup>。反觀我國的規定，事業單位若怠於將解僱計劃通知書通知主管機關和相關單位或人員，則是依照第十七條規定以處行政罰之方式作為督促。大量解僱勞工保護法中規定會影響解僱效果者是「協商」。依第十條規定：「…未經協商之前，雇主不得在預告期間將員工任意調職或解僱。」這個規定雖然有相當重要性，但是和整體時間的設計有些矛

<sup>336</sup> Hueck/ v. Hoyningen-Huene, Kündigungsschutzgesetz, 11. Aufl. 1992. Vorb. Zu §§17 ff., Rn.19.其實德國解僱保護法須報告的大量解僱在一九五一年的立法就有，當時第三節稱為大量裁員的解僱保護 Kündigungsschutz bei Massentlassung，但是當時沒有經營組織法(Betriebsverfassungsgesetz)，所以員工代表會還未扮演大量解僱中的一個角色。但在一九六九年的立法中則變得非常重要。

<sup>337</sup> 參見行政院勞工委員會，「大量解僱勞工保護法草案總說明」，貳、立法原則。

<sup>338</sup> Berkowsky, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 2000, § 156, Rn. 44 ff.



盾。本法規定解僱計劃書必須在解僱六十天前通知，但是按照第五條規定：「事業單位依前條規定提出解僱計畫書之日起十日內，勞雇雙方應即本於勞資自治精神進行協商。勞雇雙方協商無法達成協議時，主管機關應於接獲當事人一方之通知後十日內召集勞雇雙方組成協商委員會，就解僱計畫書內容進行協商，並適時提出替代方案。」也就是「協商」最晚在通知後的二十天內一定會開始，而按照勞動基準法第十六條規定，預告期間最長者不過三十天，所以不協商就解僱在立法的時間設計上就不可能，所以第十條的條文雖然立意甚佳，但可能在規範的整體設計上可能有所忽略。

## 2、解僱計劃書之協商

大量解僱勞工保護法對「解僱計劃書的協商」分別規定在第五條、第六條、第七條。其中第五條第一項所規定的是一種「自由協商機制」，第五條第二項規定是「強制協商機制」，而第六條則是規定強制協商機制中「協商委員會的組成」，第七條是「強制協商所得協議的效力」。茲分為自由協商機制與強制協商機制討論如下：

### (1) 自由協商機制

按大量解僱勞工保護法第五條第一項規定：「事業單位依前條規定提出解僱計畫書之日起十日內，勞雇雙方應即本於勞資自治精神進行協商。」勞資雙方以自治的方式進行協商是本來就是一我國勞動法制早期繼受歐陸所持的態度，只是後來因政治歷史的因素，使我國的勞動法制趨於國家統合的模式<sup>339</sup>。現在這項法律是使規範模式回到協約自治模式，但仍以國家的力量為後盾，按第六條規定在勞資雙方拒絕協商或無法達成合意時，則由主管機關介入。只是自由協商的機制有兩個問題：一、是協商主體的問題，二是協議的法律性質問題。

#### (1-1) 協商主體之問題

按第四條第二項的規定，解僱計劃書通知的對象及順序分別是：一、事業單位大量解僱勞工所屬的工會，二、事業單位勞資會議之勞工代表，三、事業單位之全體勞工。但是雇主得否不按通知的順序協商？如果工會不願與雇主協商，雇主與勞資會議之勞工代表協商，是否符合第五條第一項所規定的自由協商機制？這項法律對此一問題，不知是立法上有意的忽略抑或無意的忽略？如果是前者，那麼雇主有協商對象的選擇自由；如果是後者那麼可能是法律漏洞(Lücke im Gesetz, Gesetzeslücke)，而這法律之欠缺依其目的本應該包含適用的規則，也就是假設立法者無意忽略了協商主體的順序，那麼這個漏洞就是開放性的漏洞(Offene Lücke)，而開放性的法律漏洞通常要用類推適用(Analogie)的方式來填補<sup>340</sup>，所謂

<sup>339</sup> 參見黃越欽，勞動法新論，二〇〇一年，初版二刷，第九十七頁以下。

<sup>340</sup> 參見 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 198，國內學者見解參見王澤鑑，法律思維與民法實例，二〇〇一年，初版五刷，第三百零二頁；黃茂榮，法學方法與現代民法，二〇〇二年，增訂四版，第三百九十一頁以下。

類推適用，是比附援引，即將法律與某案例甲所明定的法律效果，轉移適用於法律未設規定的案例類型乙之上，這種轉移適用乃是基於一種認識，即基於兩者之間的類似性(Anlichkeit)，甲案例類型的法律效果，適用於乙案例類型，因為相類似者，應該作等同處理，這是基於平等的原則，也是正義的要求<sup>341</sup>。筆者觀察有類似法律要件而能比附援引者就是本法第六條第一項規定，該項規定：「…。資方代表由雇主指派之；勞方代表，有工會組織者，由工會推派；無工會組織而有勞資會議者，由勞資會議之勞方代表推選之；無工會組織且無勞資會議者，由事業單位通知第四條第二項第三款規定之全體勞工推選之。」那麼剛好就是解僱計劃書的通知順序。只是在草案討論的立法說明和理由中，筆者沒有看到立法者的立場為何？只能就整個勞動法律體系和目前草擬的工會法草案做推測，第一、目前工會法第八條之規定，同一廠場內之產業工人以設立一個工會為限。而第十二條則規定凡是年滿十六歲之男女工人，均有加入工會的權利和義務。而工會法修正草案第八條第二項規定：「同一企業或同一廠場之企業工會，以設立一個為限。」其立法理由為「企業工會部分，為免多元化之結果，造成企業勞資關係複雜化，並避免影響企業內勞工之團結。仍以成立一個為限。」工會法草案第十二條仍未放棄勞工強制入會的規定。從這裡可以看出整個法律體系和行政機關草擬法案的立法思考，仍強烈地保障工會，特別是現存的工會。第二、勞動基準法的新修正條文第三十條、第三十一之一條、第三十二條及第四十九條同意的主體均以工會為主，然後是以勞資會議的同意取代了以往所謂「勞工半數以上同意」或「勞工同意」。第三、再觀察大量解僱勞工保護法中第四條的通知順序以及第六條的強制協商對象選定的順序，皆是以工會、勞資會議、全體勞工的順序，所以筆者推測立法者在第五條未列自由協商的勞方主體，應是無意忽略所造成的法律漏洞。

## (1-2) 協議的法律性質問題

按照第五條第一項之意旨：勞資本於自治精神協商，而協商的內容是解僱計劃書，其中涉及勞動契約終止、資遣費等等私法上的權利，而雙方又是以意思表示為要素，基於此意思發生私法上的效果為目的的適法行為，那麼勞資的協議就是一雙方意思表示合致的法律行為，也就是「契約行為」<sup>342</sup>。如果法律沒有特別規定，那麼協議自然應符合自由的原則，契約自由包括五種：一、締約自由，即得自由決定是否與他人締結契約，二、相對人自由，即得自由決定契約與何人締結契約，三、內容自由，即雙方當事人得自由決定契約的內容，四、變更或廢棄的自由，即當事人得於締約後變更契約的內容，甚至以後契約廢棄前契約，五、方式自由，即契約的訂定不以踐行一定方式為必要<sup>343</sup>。當然這五種原則中的第一原則因有第六條的強制協商制度，如果勞資雙方不協商則進入強制協商程序。而相對人的選擇上，已經如上述「協商主體之認定」所談的三個對象，在此不贅。

<sup>341</sup> 參見 Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 202, 王澤鑑，法律思維與民法實例，二〇〇一年，初版五刷，第三百零五頁。

<sup>342</sup> 參見施啓揚，*民法總則*，二〇〇一年，增訂十版，第一九六至第一九八頁，二〇〇頁。

<sup>343</sup> 參見王澤鑑，*債法原理(一)基本理論、債之發生*，二〇〇一年，初版五刷，第八十頁。

但是解僱計劃書的協議能否按照契約自由的第三、四、五原則呢？顯然有很大的疑慮。很明顯地，本法中也沒有對此做處理。

再則，自由協商程序所得的協議法律性質為何？雇主與工會達成的協議是否可以是團體協約？雇主與勞資會議的勞方代表所達成的協議是否就是勞資會議的決議<sup>344</sup>？而和勞工全體所定的協議是否變成民法中的附合契約？在第五條的規定中，實在看不出立法者有何立場，因為這三種契約(廣義)的效力有所不同，在實施後可能會構成困擾。而第七條第一項規定：「協商委員會協商之協議，其效力及於個別勞工。」這裡的協商委員會是因為勞雇雙方拒絕協商或無法達成協議時，主管機關召集雙方組成(第五條第二項)，第七條第一項所指的是由強制協商所成立協議，其效力及於個別勞工。那麼按照第五條第一項由勞雇雙方本於自治精神進行協商所得的協議，其協議的法律效果為何？條文中付之闕如。自由協商的協議是否應該在第七條中也一併說明，是否較為妥當？

## (2) 強制協商機制

大量解僱保護法第五條第二項和第六條共同構成解僱計劃書的強制協商機制。第五條第二項規定：「勞雇雙方拒絕協商或無法達成協議時，主管機關應於十日內召集勞雇雙方組成協商委員會，就解僱計畫書內容進行協商，並適時提出替代方案。」第六條則規定：「協商委員會置委員三人至九人，由主管機關指派之代表一人及勞雇雙方同數代表組成之，並由主管機關所指派之代表為主席。資方代表由雇主指派之；勞方代表，有工會組織者，由工會推派；無工會組織而有勞資會議者，由勞資會議之勞方代表推選之；無工會組織且無勞資會議者，由事業單位通知第四條第二項第三款規定之全體勞工推選之。」而第七條則是規定了解僱計劃協議的制定形式、法律性質與法律效力，該條規定：協商委員會協商達成之協議，其效力及於個別勞工。(第一項)協商委員會協議成立時，應作成協議書，並由協商委員簽名或蓋章。(第二項)主管機關得於協議成立之日起七日內將協議書送請管轄法院審核。(第三項)前項協議書，法院應儘速審核，發還主管機關；不予核定者，應敘明理由。(第四項)經法院核定之協議書，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其協議書得為執行名義。(第五項)在此僅就協商代表之法律地位及協議書之法律性質與效力做一探討。

### (2-1) 協商代表之法律地位

強制協商程序中協商委員會是由勞、資、政三方的代表所組成，除了一名由主管機關所派代表外，勞雇雙方推出同樣人數的代表。勞資雙方推出所謂「代表」，其法律地位到底為何？與民法中之「代表」是否相同？抑或是民法中之「代

<sup>344</sup> 參見周兆昱，勞資會議決議法律效力之研究，月旦法學雜誌，第三十六期，一九九八年五月，第九十三頁以下。

理人」？事實上從第五條規定加上主管機關代表，使得單純勞資雙方協商的法律本質起了改變，在解僱計劃書自由協商程序中，因為協議單純是由勞資雙方所訂，所以協議有契約行為的性質，那麼法律行為可以由民法中的代表或代理人代本人行使。可是在強制協商程序中有公權的意思表示介入，能否將協議單純看做契約行為，有所疑義？是否已經成為合同行為？在大量解僱勞工保護法中實在看不出端倪。

特別是勞方代表部分，代表和勞工之間的關係究竟為何？。如果事業單位有工會者，事業單位的勞工是工會的會員，可以依照工會法處理工會與會員之間的關係。事業單位有勞資會議者，雖然代表和勞工之間的關係相當模糊，但還有勞資會議實施辦法一行政命令做規範。最難解決者是若無工會和勞資會議代表的勞工，究竟這些勞工彼此之間的法律關係是什麼？同一事業單位的勞工之間能否有私法上共同體關係呢？可能考慮的像目的共同體(Zweckgemeinschaft，如合夥)，權利共同體(Rechtsgemeinschaft，如共有)還是利益共同體(Interessegemeinschaft)，或是另有特殊之法律關係<sup>345</sup>，勞工選出的代表究竟是什麼樣的法律地位？因為這涉及未來協議發生法律爭議時，協商的勞方代表能否有訴訟當事人適格的問題。按訴訟當事人適格的認定的一般原則：訴訟標的之權利或法律關係之主體，就其權利或法律關係為訴訟標的之訴訟，原則上有當事人適格。<sup>346</sup>顯然立法上僅在第七條第一項考慮協商達成的協議，其效力及於個別勞工，卻未深入考慮到誰是權利主體的問題。筆者在此也是以揣度的方式，思考草擬法案者是否參酌團體協約法第十四條及第十六條之規定，將強制協商所得的決議類同團體協約？讓協議對協商代表間有債法上的效力，而對個別勞工能享有法規效力？如果筆者揣測屬實，那麼立法的明確性就的確有待補強了，而且主管機關所推派代表的定位也該釐清，使這代表脫離債之關係的當事人地位。

## (2-2) 協議書之法律性質與效力

如上所述強制協商解僱協議書所得的協議在法律性質上很難斷定。不過強制協商程序與勞資爭議處理法的調解似乎可以做一比較：一、依照勞資爭議處理法第十三條的規定，調解委員的組成也是由勞、資、政三方推派。這和大量解僱勞工保護法的協商委員會相似。二、勞資爭議處理法第十七條規定：勞資爭議調解委員會之調解方案，經爭議當事人雙方同意在紀錄上簽名者，調解為成立。而大量解僱勞工保護法中協商委員會協議成立時，應作成協議書，並由協商委員簽名或蓋章。三、勞資爭議處理法第二十一條規定：經調解成立者，視為爭議當事人之契約；當事人一方為勞工團體時，視為當事人間之團體協約。而大量解僱勞工保護法規定：協商委員會協商達成之協議，其效力及於個別勞工。從這比較中，

<sup>345</sup> 參見 Liu, Die arbeitsrechtliche Diskriminierung durch Arbeitnehmer, 2002, S. 46ff.; Riesenhuber, Die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern, JZ, 1999, S. 711ff.

<sup>346</sup> 參見王甲乙、楊建華、鄭建才，民事訴訟法新論，二〇〇二年，第四十九、五十頁。

雖然可以看出調解委員會和協商委員會組成有相似性，而調解之作成與協商委員會的協議之作成，並不太一致，特別是在調解中是要爭議當事人雙方簽名，而協商委員會所做成的協議則是由所有委員簽名，這是否意含著：協商委員會的協議非契約性質，只能說是一種特別的合議。至於此一合議能否對勞雇雙方代表構成債之關係，有待未來修法上做更清楚之規定。

最後要談的是為確保債權所制定的特別規定，大量解僱勞工保護法第七條第三、四、五項規定：「主管機關得於協議成立之日起七日內將協議書送請管轄法院審核。前項協議書，法院應儘速審核，發還主管機關；不予核定者，應敘明理由。經法院核定之協議書，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其協議書得為執行名義。」這和鄉鎮市調解條例中，為使法律關係明確並確保債權，以便未來申請強制執行時省卻訴訟程序有同工之妙。鄉鎮市調解條例第二十三條規定：「鄉鎮市公所應於調解成立之日起七日內，將調解書送請管轄法院審核。前項調解書，法院應儘速審核，認其與法令無牴觸者，應由推事簽名並蓋法院印信，除抽存一份外，發還鄉鎮市公所送達當事人。法院因調解內容與法令牴觸未予核定之事件，應將其理由通知鄉鎮市公所。調解文書之送達，準用民事訴訟法關於送達之規定。」第二十四條規定：「調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力，經法院核定之刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其調解書具有執行名義。」立法者在訴訟程序和強制執行有深入的考量，是值得贊許的。

### 3、結語

大量解僱勞工通常是「雇主基於經濟性因素，在一定期間內，針對一定比例或達一定人數以上之多數勞工所為勞動契約的終止行為。」它對勞工本身及社會都有很大的影響，對於這項法律的出現，眾人期待已久。不過這項法律已經跨出我國傳統勞動法的設計。事實上，我國勞動法在上一個世紀末一直存在一個問題，就是無法區分：何者屬勞資關係內應解決的問題，何者屬脫離勞資關係或勞資關係中無法全然解決的問題？二十一世紀初，我國大量解僱勞工保護法的制定象徵邁開一個新的步伐。筆者以粗淺的認識對於其中「解僱計劃書通知與協商」制度作一探討，謹以此篇小文對草擬法案和立法者表示敬意，也期待能拋磚引玉，讓更多人來關心這項法律。

## (二)大量解僱勞工保護法禁止董事長及實際負責人出境制度之檢討

### 與配套-一項錯置法令的重新思考

#### 1、前言

凡是一項立法，必有其立法的目的，而法律要件和法律效果的規定，必然是要達到其立法目的。如果法律要件和法律效果的規範不能達成立法目的，我們就要仔細思考，條文規定的不適當的地方在那裏，為什麼不能達到立法的目的？重新檢討後，予以修正，以達成立法的規範目的。本文就要檢討大量解僱勞工保護法第十二條禁止董事長及實際負責人出境規定及依該條所發布的大量解僱勞工保護時禁止事業單位董事長及實際負責人出國處理辦法，究竟這些法律規定到底能不能達到立法的目的？

事實上，影響台灣社會的關廠、歇業、企業出走乃至於大量解僱的情況，在性質上並非完全相同；可以分成兩種類型：第一種類型是社會上所慣稱的「惡性倒閉」，第二種類型是「企業經營合理化」，前者常出現的特徵是：不當融資、利益輸送、非善意的積欠高額債務、未盡法律的經營及雇主義務、積欠勞工工資、資遣費、退休金、惡意且有計畫的脫產、身分的不正常變更或逃匿等，總而言之，其問題出現非常明顯的「非經營面向」；後者通常採取大量解僱，某個程度上來說，所謂的「精簡人事」、「組織瘦身」、「減低勞動成本壓力」，不見得都會被視為是一經濟體系中的偏差，或是經營不正常、營運獲利不佳的一種指標或現象，反而在競爭市場質變、甚至叫做經濟全球化的時代，容易被看作是企業經營「合理化」的選擇<sup>347</sup>。而大量解僱勞工保護法對這兩種類型的大量解僱都企圖規範，但是有關「禁止董事長及實際負責人出境規定」其目的很明顯是為了解決「惡性倒閉」的情形。大量解僱勞工保護法第十二條規定，事業單位於大量解僱勞工時，積欠勞工退休金、資遣費或工資達一定金額，並經主管機關限期令其給付，屆期未給付者，中央主管機關得函請入出國管理機關禁止其董事長及實際負責人出國，此一條文在行政院勞工委員的草案所附的立法理由就說明：「…本條規定之目的在於保障弱勢勞工爭取法定權益，維護公共利益，降低社會成本。基此，對於大量解僱勞工，且未依法給付退休金、資遣費或有積欠工資，造成勞工權益損害情節重大之事業單位，對於事業單位應負責之董事長及實際負責人，禁止出國，謀求解決途徑。為避免對事業單位董事長及實際負責人之處罰措施與其損害勞工權益之程度不相當，爰將事業單位依其規模及積欠金額作為區分標準，以符衡平原則，…」<sup>348</sup>而根據該條第二項所制定的法規命令，即行政院勞工委員會於二〇〇三年七月三十日發布大量解僱勞工保護時禁止事業單位董事長及實際負責人出國處理辦法，該辦法的立法總說明也強調：「實務上，事業單位大量解僱勞工時，最常見的問題為無預警解僱、未依法給付退休金、資遣費及積欠工資，甚至雇主行蹤不明，導致失業勞工採取激烈抗爭手段，社會付出重大成本。此外，退休金、資遣費及工資為勞動者生存基礎之所繫，雇主未依法履行前項法定義

<sup>347</sup> 林佳和，大量解僱勞工保護的法政策選擇—行政權的管制介入與協商機制的雙重核心—，台灣勞工陣線協會舉辦「大量解僱勞工保護法」研討會，會議手冊，二〇〇三年十一月七日，頁5-6。

<sup>348</sup> 雖然在行政院所提「大量解僱勞工保護法」草案中的總說明看不到針對「惡性倒閉」的立法說明，但在第十一條(現今條文第十二條)的立法說明中，明顯地是針對「惡性倒閉」的類型。

務，不但使得勞工個人所得立即中斷，對其家庭經濟亦造成重大危機；且大量失業人口所形成的經濟問題及後續引發的社會不安，更是整體國家及社會必須面對處理的重要問題。爰此，本辦法為確保勞工合法權益，維護公共利益所必要，對於事業單位大量解僱勞工達一定人數，又未依法給付勞工退休金、資遣費或積欠工資達一定金額者，對於其董事長及實際負責人予以禁止出國，以謀從速解決。…」所以從這些立法說明可以看出，大量解僱勞工保護法中「禁止董事長及實際負責人出境」的規範主要是針對所謂「惡性倒閉」而來的，而且企圖以該規範來確保勞工的工資、資遣費及退休金(此等債權以後姑稱為勞動債權)的受償，以免在發生該等勞資爭議時所造成的重大的社會不安。然而這項法律規定真的能達到立法目的嗎？我先從實際的例子來發現問題！

## (1) 問題所在

我們設想一下，假如有一個雇主在積欠許多勞工的工資、資遣費及退休金，而且企圖脫產，隱匿，勞工在被積欠這些債權後，如果無法受償者，會怎麼辦？實務的例子告訴我們：激烈的就上街頭，遊行到縣政府找縣長陳情，甚至去機場遊行示威、抗議，包圍勞委會<sup>349</sup>。「惡性倒閉」導致「積欠勞動工資、資遣費及

---

<sup>349</sup> 此為實際發生的案例，參見行政院勞工委員會「禁止事業單位董事長及實際負責人出國案件審查委員會」九十二年第二次會議紀錄，九十二年十一月二十一日，此外參見 2003 年 12 月 8 日自由時報報載「中正國際機場昨天出現抗議民眾，原來是找人？上百名「進輪」汽車工業公司自救會員工，手持標語牌子，昨天上午前往中正機場第一出境大廳遊行，揚言要尋找惡性倒閉而可能潛逃出境的公司負責人，卻因此與航警發生推擠，在警察兩次舉牌警告後，所有人才離開機場，平息這場風波。」參見 <http://www.libertytimes.com.tw/2003/new/dec/8/today-life4.htm>(點閱日期：2005.6.17)。另 2003 年 12 月 10 日 ET-Today.com 報載「桃園縣有將近兩百多位進輪汽車員工與家屬，由於被資方積欠將近六千萬薪水，所以這些員工戴著土地公神像在市區遊行。但在轉往縣政府要向縣長朱立倫陳情時，由於事先並未申請，就執意闖進縣府大樓，被警方制止，雙方一度發生肢體衝突。」參見 <http://www.ettoday.com/2003/12/10/184-1555435.htm>(點閱日期：2005.6.17)

另一案例如大魯閣纖維股份有限公司，因二〇〇五年六月十七日無預警宣布桃園中壢廠及新竹新埔廠關廠，造成二百多名勞工無法得到退休金，於同年六月二十二日包圍行政院勞工委員會，參見中國時報 2005 年 6 月 23 日 A10 版。中華日報網站 2005 年 12 月 24 號載「桃園縣八德市進輪汽車工業公司歇業影響百位員工權益，勞資糾紛長達兩年半，十一月初廠區土地總算以七億三千萬元拍賣，並將於二十六日點交，員工自救會二十二日強調，廠方積欠六千萬元資遣費還沒給，當天將用汽油彈、瓦斯鋼瓶誓死抗議、拒絕點交。

九十二年六月三十日，八德市介壽路旁的進輪公司關廠歇業，事發突然員工愕然，兩年多來還沒領到資遣費的近百位員工組織成自救會，固守廠區、四處陳情，儘管變賣廠區設備變現二十萬元，資遣費迄今還短缺四千萬元。

自救會長黃和力說，進輪公司廠區土地約二萬坪，十一月八日桃園地方法院依銀行團要求，進行第三次拍賣，並以高於底價六千萬元的七億三千萬元標售廠區土地，自救會希望桃園縣政府能居中協調，先解決勞資糾紛撥款支付資遣費。

據悉，進輪公司的李姓負責人目前早已潛逃至大陸，在逃往大陸前，曾將廠區土地向銀行團貸得八億元的貸款，此次的七億三千多萬元遭法院拍賣出去，尚未達八億元，所以，銀行團不可能同意支付四千萬元的資遣費給員工。

面對這樣的結果，自救會成員十分不滿，表示為了確保自救會成員權益，黃和力說，二十六日法院在強制點交土地前，自救會的訴求若未獲同意，下午二時將有自救會成員、支援的工運團體等超過二百人固守廠區，用汽油彈、瓦斯鋼瓶等激烈的手段抗議，拒絕點交。

由於自救會成員這兩天大量趕製汽油彈等攻擊武器，八德警方也如臨大敵，當天除將拉出封鎖

退休金」然後導致「社會不安」，其實解決的核心在那裡？答案其實就是解決積欠的勞動債務！對於勞工來說，拿到維生的錢是最重要的！拿到錢，勞工就不會上街頭抗議，社會就不會不安。那麼大量解僱勞工保護法希望透過「禁止董事長及實際負責人出境制度」來確保勞工債權，能解決這個問題嗎？對於勞工最現實的三個問題，就是：

第一、什麼條件下，行政機關才會出手協助我要到錢？

第二、不管行政機關禁止誰出境，重要的是：誰能夠還我錢？

第三、如果找到人負責了，他就有辦法還錢給我了嗎？

第一個問題，按照大量解僱勞工保護法的規定，必須符合兩個要件：一是有大量解僱的情形發生，二是雇主積欠工資、資遣費及退休金達一定金額。實務上目前就發生一個問題，如果一個雇主惡性倒閉，早就將財產暗中移轉到國外，根本就不解僱勞工，事業單位放任其歇業，結果勞工被積欠的工資、退休金無法獲得清償，這種情形因雇主未大量解僱勞工，結果根本不能適用大量解僱勞工保護法第十二條的規定。所以，將積欠勞工工資、資遣費及退休金和大量解僱的要件綁在一起的規定，根本上有問題。

第二個問題，大量解僱勞工保護法第十二條及大量解僱勞工保護時禁止事業單位董事長及實際負責人出國處理辦法所禁止出境的人，不侷限在勞動債權的債務人，擴張至實際負責人，因為要找到真正能解決債務的人才有用，掛名的事業單位董事長等代表人未必能解決債務。從這項法律的規定表面上禁止出國對象的擴大好像頗能符合立法的規範目的，但是在「大量解僱」這個時間點所規範的對象，只能抓到處理「大量解僱」的實際負責人，不一定能抓到「欠錢該還錢」的負責人。實務上就發生某有線電視公司原來經營團隊已經積欠勞工工資達一定數額後，在九十二年七月初，由某大集團旗下的一家投資顧問公司取得過半數的股權及經營權，並將原周姓董事長解職。事實上，本身財務也出狀況的該大集團，並沒有經營有線電視公司意願，其旗下的投資顧問公司派任的代理董事長(以董事代表之名義)，不過是負責處分公司資產的帳房而已，九十二年七月七日，該有線電視公司即向全公司 105 位員工發出通知，除了 12 位留下之外，其餘一律資遣<sup>350</sup>。在這個案例中，欠錢的經營團隊已經離開，公司法人人格雖然繼續存在，後來接手的經營團隊根本就不想經營，也拿不出錢來還勞動債權，最後禁止出國的實際負責人，他是負責解僱勞工，但他只不過是該投資顧問公司的次要人物，

---

線外，會調動超過百人警力維護治安。」參見：

<http://www.cdns.com.tw/20051223/news/shwx/770020002005122217140521.htm> 點閱日期：2006 年 1 月 2 日。

<sup>350</sup> 行政院勞工委員會「禁止事業單位董事長及實際負責人出國案件審查委員會」九十二年第一次會議紀錄，九十二年八月十八日行政院勞工委員會「禁止事業單位董事長及實際負責人出國案件審查委員會」會議中，及台北市政府依職權調查「實際負責人」所提供之資料，。



即使禁止他出國，他根本也無力償還這些勞動債權。另一家紡織公司未按大量解僱保護法將解僱計劃書通知給工會，而在這段期間公司負責人已經換成在大陸的經營者，即使依法限制負責人出境，也無作用<sup>351</sup>。

第三個問題，假如有位積欠工資的雇主，他本來沒有解僱勞工，但由地方政府要求其函復是否承認同意解僱，如果逾期未函復者則視為承認同意解僱勞工，結果雇主未函復地方政府，被視為大量解僱勞工，因此行政院勞工委員會認為適用大量解僱勞工保護法第十二條的規定(該等擬制的方法有問題，詳如下述)，該雇主被禁止出國。不過該雇主甚至表明：就公司無力運作迫不得已關廠，委由律師通知各債權人進入法律訴訟、強制執程序參與分配<sup>352</sup>。該雇主擺明即使被宣告破產也無所謂的態度，試問這種情況下勞動債權獲得求償的機會如何？答案是很難！因為我國勞動基準法第二十八條等法律規定工資債權雖然有優先受償的地位，但是相較於其他債權，諸如：清算人之報酬(公司法第三百二十五條)、破產的財團費用及財團債務(破產法第九十七條)、稅賦(土地增值稅及關稅)、擔保物權(別除權)，則工資債權的優先次序排在其後，更何況勞動基準法第二十八條的規定僅限於工資，並不包含退休金及資遣費。所以找到真正的負責人了，就能使勞動債務順利獲得清償了嗎？答案顯然是很難。

從上面三個問題的答案，我們可以發現大量解僱勞工保護法第十二條和大量解僱勞工保護時禁止事業單位董事長及實際負責人出國處理辦法的規定並不能真正解決所謂「惡性倒閉」的勞資糾紛，因此我們必須重新思考解決的方法。

## (2) 問題的解決

「惡性倒閉」所造成勞資糾紛最重要且最核心的問題就是勞動債權能否獲償？如果勞工的工資、資遣費和退休金都能獲得求償，那麼就不會造成重大的勞資糾紛，也避免造成勞工家庭的經濟問題及其導致的社會問題。我們從大量解僱保護勞工保護法第十二條的規定也可以看出這項意味。只是該條規定面臨上述三個問題的檢驗，沒有辦法真正解決問題。所以我們從勞動債權確保的法律要件、時點、方法及地位來重新來思考。

## 2、確保勞動債權要件的重新思考

### (1) 大量解僱勞工保護法第十二條的錯置

大量解僱勞工保護法第十二條規定：「事業單位於大量解僱勞工時，積欠勞

---

<sup>351</sup> 參見中國時民國 94 年 6 月 23 日 A10 版；東森新聞報 2005 年 6 月 16 日 <http://www.ettoday.com/2005/06/16/185-1804747.htm> (2005.6.28 點閱)；苦勞網剪報資料庫 2005 年 6 月 16 日 <http://www.cooloud.org.tw/news/database/Interface/Detailstander.asp?ID=106060> (2005.6.28 點閱)

<sup>352</sup> 行政院勞工委員會「禁止事業單位董事長及實際負責人出國案件審查委員會」九十三年第一次會議紀錄，及該會議中桃園縣所提供之雇主釋明書及行政命令函等。

工退休金、資遣費或工資，有下列情形之一，經主管機關限期令其給付，屆期未給付者，中央主管機關得函請入出國管理機關禁止其董事長及實際負責人出國：一、僱用勞工人數在十人以上未滿三十人者，積欠全體被解僱勞工之總金額達新臺幣三百萬元。二、僱用勞工人數在三十人以上未滿一百人者，積欠全體被解僱勞工之總金額達新臺幣五百萬元。三、僱用勞工人數在一百人以上未滿二百人者，積欠全體被解僱勞工之總金額達新臺幣一千萬元。四、僱用勞工人數在二百人以上，積欠全體被解僱勞工之總金額達新臺幣二千萬元。前項規定處理程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」

及依該條所發布的大量解僱勞工保護時禁止事業單位董事長及實際負責人出國處理辦法針對惡性倒閉中確保勞動債權而來，但是前述第一個問題中所舉的例子當中，一個惡性倒閉，任由事業單位歇業的雇主不一定行使勞動契約的終止權(解僱)，因此，大量解僱勞工保護法第十二條的第一項要件就不符合。事實上，不是只有被解僱的勞工才有被積欠工資的問題，在職的勞工被積欠工資不見得就比被解僱的勞工在法律上取得比較有利的地位，他一樣面臨被「倒債」的風險，因此保護勞工被積欠的勞動債權，放在大量解僱勞工保護法根本就是一項錯置。勞動債權的確保應該回復到勞動契約法處理，而現在沒有勞動契約法，或可與勞動基準法第二十八條一併處理才是。

或者有人建議，將惡性倒閉而歇業的情形，視為「雇主默示解僱勞工」而適用大量解僱勞工保護法，或是像前述的例子中，由行政機關對積欠工資的雇主處以行政處分，命其函復是否承認同意解僱，如果逾期未函復者則視為承認同意解僱勞工，結果雇主未函復地方政府，被視為大量解僱勞工。這兩種作法是以「擬制」(Fiktion)的方法將雇主惡性倒閉又未解僱勞工的情形擬制為雇主解僱勞工。所謂擬制通常是以法律方法行使，立法者雖然明知其所擬處理的案型事實與其所擬引來規範案型事實，其法律事實由法律上重要之點(構成要件上所指稱的特徵)論，並不相同，但仍將二者通過擬制賦予同一的法律效果。行政機關這兩種擬制的作法隱藏三項危險：

第一、「擬制」無合法性的危險：「惡性倒閉而未解僱勞工」擬制為大量解僱，不僅影響勞工的權利，也影響雇主(董事長及實際負責人)遷徙自由的權利，可以由行政機關在無法律規定的情況下自行認定而使它擬制為大量解僱，而適用大量解僱勞工保護法第十二條的效果嗎？這在合法性上充滿問題！首先，惡性倒閉而沒有解僱勞工的問題不是一個法律漏洞(die Lucke im Gesetz)，不能透過法律續造的方法，諸如類推適用的方法。因為類推適用是，乃比附援引，即將法律於某案例類型 A 所明定的法律效果，轉移適用於法律未設規定的案例類型 B 之上。此項轉移適用，乃是基於一種認識，即基於其類似性(Anlichkeit)，A 案例類型的法

律效果，應適用於 B 案例類型<sup>353</sup>。何況法律續造通常是法院的工作，行政機關不具有法律續造的任務和權利。此外，「惡性倒閉未解僱」與「大量解僱」其間沒有類推適用中的類似性，而是不同的事實，只有用「擬制」的方法，使其法律效果相同。然而「擬制」通常是立法者才有的權利，即使是司法機關運用擬制做為法院判決理由的手段(die Fiktion als Mittel der Begründung eines Gerichtsurteils)，更是必須小心翼翼，因為理由和法條不同，判決理由主要的是對事實有適切的認識；而不是從事規定，也就是說希望該理由具有說服力(überzeugen)。所以法官在判決中運用擬制時往往是明知兩種例型的事實不相同，卻引用相同的法律效果，這通常是法院的卸責，因為司法裁判運用擬制的方法，將掩蓋了決定性的理由(mas gebliche Entscheidungsgründe)，將說理貶抑為表象說理(sie setzt die Begründung zu einer Scheinbegründung herab)，所以法院應盡量避免運用「擬制」<sup>354</sup>。那麼行政機關就更不能恣意地將不同的法律事實，硬是將它套進一個完全不適用的法律規定中，所以將「惡性倒閉而未解僱」的情形，除非是由立法者將其擬制為「大量解僱」，否則行政機關將有逾越立法權的違法危險。

第二、「擬制」可能對勞工不利的危險：破壞勞基法的法定事由的解僱，「惡意倒閉變合法解僱」。目前大部分的論者都看到只要適用大量解僱保護法，看起來好像問題解決了！所以就將行使解僱權的雇主，硬是擬制為解僱，適用大量解僱保護法，就能將董事長和負責人禁止出國。但是勞工可能喪失部分債權和年資！因為如果雇主歇業但不解僱勞工的情況下，其實可以適用民法第四百八十七條的規定。雇主歇業而不解僱情況下，只要勞工現實或言詞提出給付，雇主拒絕受領或不能受領，將構成雇主的受領遲延<sup>355</sup>，此時勞工不但免補服勞務，而且繼續有工資請求權及年資繼續計算，因此為了適用大量解僱勞工保護法，阻止董事長及實際負責人出國就將「惡性倒閉而未解僱」擬制為大量解僱，對勞工不見得有利。如果雇主惡性倒閉積欠工資，以現行的法規，勞工覺得有必要終止契約，自可依照勞動基準法第十四條第一項第五款規定，以「雇主不依勞動契約給付工作報酬」的理由辭職，且依同條第四項規定，可以請求勞動基準法第十七條的資遣費。當然如果已經達到自請退休條件者，也有權利請求退休金。殆無疑義。實在不需要由行政機關越俎代庖，發動行政高權去將「惡性倒閉未解僱」的情形擬制為「大量解僱」。

第三、擬制無必要性：「禁止董事長和負責人出國」不一定就能償還勞動債權，如果禁止出國的時點沒有抓準，被禁止的人不一定能還錢，就算被禁止的人

<sup>353</sup> Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983；王澤鑑，法律思維與民法實例，2001年，頁302, 303。黃茂榮，法學方法與現代民法(增訂版)，頁307；黃建輝，法律漏洞、類推適用，1988年，第五章。

<sup>354</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 85.

<sup>355</sup> 參見拙著，「勞動關係中雇主受領遲延」，台灣勞動學會舉辦「2005台灣勞動學學術研討會」論文集，2005年6月19日，頁1037以下。

正是欠錢的人，依據現行法令規定的勞動債權的優先地位並不是那麼「優先」，勞工受償相對很低(詳如下述)。因此將惡性倒閉所造成勞動債權確保的問題硬是塞在大量解僱的概念裏面，用擬制處理問題正是削足適履，不一定能解決，反而扯出一大堆法律問題。而解決勞動債權的重點，不在於「如何擬制適用大量解僱勞工保護法」，而是如何盡量盡早防止「惡性倒閉」的發生，以使勞動債權獲得確保。

筆者認為，大量解僱勞工保護法第十二條之規定適用惡性倒閉而未解僱勞工的問題，並非法律漏洞，而是法律的錯置。因此筆者認為應該盡速修改大量解僱勞工保護法第十二條，將勞動債權確保的問題回歸勞動契約法制，只要有積欠工資、資遣費及退休金達一定數額，行政機關就應介入處理，不應將確保債權的問題和大量解僱綁在一起。

## (2) 行政機關必須分階段介入確保勞動債權

惡性倒閉其實不會瞬間發生，它必然有一定的過程，因此確保勞動債權的條件，應該在不同的階段有不同的作法，也就是說行政機關不要把確保勞動債權的重點只放在大量解僱勞工保護法第十二條。雖然說「亡羊補牢，其猶未晚」，但是實務上若是等到大量解僱時才介入協助勞工求償，往往已經失去最佳時機。

### (2-1) 防範於未然，善用預警機制

防範於未然是任何處理勞資糾紛的首選，惡性倒閉的前奏最先一定是積欠工資，只要一有這種情形就要注意！大量解僱勞工保護法第十一條的規定可以說非常重要，該條規定：「僱用勞工三十人以上之事業單位，有下列情形之一者，由相關單位或人員向主管機關通報：一 僱用勞工人數在二百人以下者，積欠勞工工資達二個月；僱用勞工人數逾二百人者，積欠勞工工資達一個月。二 積欠勞工保險保險費、積欠工資墊償基金或全民健康保險保險費達二個月，且金額分別在新臺幣二十萬元以上。三 全部或主要之營業部分停工。四 決議併購。五 最近二年曾發生重大勞資爭議。前項規定所稱相關單位或人員如下：一 第一款、第三款、第四款及第五款為工會或該事業單位之勞工；第四款為事業單位。二 第二款為勞工保險局、中央健康保險局。主管機關得於接獲前項通報三日內前往事業單位查訪，查訪時得令其提出說明或限期令其提供財務報表及相關資料。主管機關承辦人員對於事業單位提供之財務報表及相關資料，應保守秘密。」

不過本條有兩項值得補充的地方，第一是對於通報的勞工，應該予以保護，否則沒有勞工敢冒險通報。第二是應該將「勞工參與決定」法制化。雇主積欠勞動債權靠事後發生救濟的途徑，往往覆水難收，要讓公司負責人不易脫產，國家以禁止出國的方式，不一定抓到該負責的人，前面也講過，如果原來事業單位的負責人早已脫產，然後將公司賣給專門處理資產的公司，這時無論是董事長和實

際負責人都已經不是原來該負責的人。禁止後來接手的這批人出國，根本也解決不了積欠勞工債務，因為事業單位的資產早就脫手。因此要事前預防，不是靠政府去查，政府也沒有那個能力。雖然目前大量解僱勞工保護法第十一條可資運用，但最好的預防模式還是產業民主制，讓勞工能參與。因為只有在勞工能參與事業單位管理或營運時，才能洞燭先機，防止雇主的惡性倒閉。

## (2-2) 積欠工資達三個月，行政機關即應協助勞工求償

對勞工如果有三個月的工資被積欠，就有可能造成生活困難；另一方面不肖雇主布局惡性倒閉的情形，通常這時候也進入緊鑼密鼓的階段，如果這時候透過強制調解、協助勞工取得強制執行名義等手段(詳見下述)，往往能遏止不肖雇主的惡性倒閉的布局，而勞工受償的機會也增多。因此行政機關在這個階段應該善用既有的規範，特別是勞資爭議處理法(未來修正通過後，增加強制仲裁的手段，詳見下述第三點)及強制執行法的規定，介入處理雇主積欠工資的情形。有關訴訟的輔助目前規定有所不足，對於未解僱但積欠勞工工資的情形沒有補助，筆者認為未來修法，只要積欠工資達三個月，即可申請協助。

## (2-3) 積欠工資達六個月或一定數額，即應運用強制手段

依目前大量解僱勞工保護法第十二條的規定，行政機關介入確保勞動債權的要件，除了大量解僱外，必須事業單位夠大，而且積欠勞工工資、資遣費和退休金達一定的量，行政機關才會介入禁止事業單位的董事長及負責人出國。從第十二條的規定來看，立法者在乎的還是量的問題，及其所可能以引發社會的衝突，並不那麼在乎個別勞工的債權。可是個別勞工的債權對個別勞工的其重要性就是生存的所需。目前大量解僱勞工保護法第十二條的規定以數額來決定行政權是否發動，筆者認為應該仿照大量解僱勞工保護法第十一條的規定作修正，增加以雇主積欠勞工幾個月的工資作為行政權發動的依據。

此外在積欠六個月以上的工資或一定數額的工資，情節已經很嚴重，以目前規定的方法只有禁止董事長及實際負責人出國，足不足以遏止雇主惡性倒閉，實在很難說。為實現憲法保障勞工的生存權，未來修法應可參酌行政執行法及強制執行法的規定，在不違反比例原則(參酌釋字第五八八號)，增加例如拘提、管收及限制拘住的方法(詳見下述)。

## 3、確保勞動債權的方式的重新思考

### (1) 「禁止董事長和負責人出國」不足解決勞動債務清償

大量解僱勞工保護法設計第十二條禁止董事長及實際負責人出國的規定其實是仿照稅法而來，稅捐稽徵法第二十四條第三項規定：「納稅義務人欠繳應納稅捐達一定金額者，得由司法機關或財政部，函請內政部入出境管理局，限制其

出境；其為營利事業者，得限制其負責人出境。但其已提供相當擔保者，應解除其限制。其實施辦法，由行政院定之。」關稅法第四十八條第三項規定：「納稅義務人或受處分人欠繳應繳關稅或罰鍰達一定金額者，得由司法機關或財政部函請內政部入出境管理機關限制其出境；其為法人、合夥或非法人團體者，得限制其負責人或代表人出境。但已提供相當擔保者，應解除其限制；其實施辦法，由行政院定之。」<sup>356</sup>目前依稅捐稽徵法第二十四條第三項及關稅法第四十八條規定，訂定有限制欠稅人或欠稅營利事業負責人出境實施辦法。

其實當時限制出境的方法是認為：事業單位負責人如果脫產到外國或中國大陸，如果人不隨時到投資地點去執行業務或巡視的話，該外國或中國大陸的資產將可能遭受到損害。可是相較於稅務的實務，欠稅大戶現在漸漸不怕限制出境，除了部分人士潛逃出境外，許多欠稅大戶還是在國內過得好好的，沒準備繳稅，因此稅捐稽徵機關開始運用行政執行法中有關拘提和管收的規定。這較之限制出境還嚴重，由於稅捐稽徵機關使用效果很好，欠稅大戶怕被管收，紛紛補稅，但為此引起違憲爭議。然而大法官解釋釋字五八八號認為：「立法機關基於重大之公益目的，藉由限制人民自由之強制措施，以貫徹其法定義務，於符合憲法上比例原則之範圍內，應為憲法之所許。行政執行法關於「管收」處分之規定，係在貫徹公法上金錢給付義務，於法定義務人確有履行之能力而不履行時，拘束其身體所為間接強制其履行之措施，尚非憲法所不許。」只是必須符合比例原則。

今年(二〇〇五年)五月二十七日剛經立法院三讀通過的行政執行法第十七條及第十九條將拘提和管收的要件更明確化，並依釋字地五八八號解釋予以修正。

行政執行法第十七條：「義務人有下列情形之一者，得命其提供相當擔保，限期履行，並得限制其住居：

- 一 顯有履行義務之可能，故不履行者。
- 二 顯有逃匿之虞。
- 三 就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事者。
- 四 於調查執行標的物時，對於執行人員拒絕陳述者。
- 五 經命其報告財產狀況，不為報告或為虛偽之報告者。
- 六 經合法通知，無正當理由而不到場者。

義務人逾前項限期仍不履行，亦不提供擔保者，行政執行處得聲請該管法院裁定拘提管收之。

---

<sup>356</sup> 類似規定還有：銀行法第六十二條規定：「銀行因業務或財務狀況顯著惡化，不能支付其債務或有損及存款人利益之虞時，主管機關得勒令停業並限期清理、停止其一部業務、派員監管或接管、或為其他必要之處置，並得洽請有關機關限制其負責人出境。」

法院對於前項聲請，應於五日內裁定。行政執行處或義務人不服法院裁定者，得於十日內提起抗告；其程序準用民事訴訟法有關抗告程序之規定。

抗告不停止拘提管收之執行。但准拘提管收之原裁定經抗告法院裁定廢棄者，其執行應即停止，並將被拘提管收人釋放。

第二項之拘提管收，除本法另有規定外，準用強制執行法、管收條例及刑事訴訟法有關拘提、羈押之規定。」

及第十九條：「法院為拘提之裁定後，應將拘票交由行政執行處派執行員執行拘提。拘提後，有下列情形之一者，行政執行處應即釋放義務人：

- 一、義務已全部履行。
- 二、義務人就義務之履行已提供相當擔保。
- 三、不符合聲請管收之要件。

法院為管收之裁定後，應將管收票交由行政執行處派執行員將被管收人送交管收所；法院核發管收票時義務人不在場者，行政執行處得派執行員持管收票強制義務人同行並送交管收所。

管收期限，自管收之日起算，不得逾三個月。有管收新原因發生或停止管收原因消滅時，行政執行處仍得聲請該管法院裁定再行管收。但以一次為限。

義務人所負公法上金錢給付義務，不因管收而免除。」

這是大量解僱勞工法第十二條所不及之處，所以應該思考我們能否找到跟隨稅捐稽徵機關一般更強烈的方法來使工資、資遣費及退休金的債務人清償債務。

## (2) 既有法規的善用

事實上，原本民事體系也有類似行政執行法第十七條的規定，那就是強制執行法第二十二條之規定。

### (2-1) 強制執行法上既有的規範

以債務人之自由或身體為執行對象，間接促使債務人履行債務，以滿足債權人之債權，並非只有行政執行法才有。民事上的法律規定本來就有這項規定，根據強制執行法第二十二條規定：「債務人有左列情形之一者，執行法院得拘提之：

- 一 顯有履行義務之可能故不履行者。
- 二 顯有逃匿之虞者。
- 三 就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事者。
- 四 於調查執行標的物時，對於法官或書記官拒絕陳述者。
- 五 違反第二十條之規定，不為報告或為虛偽之報告者。

前項情形，執行法院得命債務人提供擔保，無相當擔保者，管收之。其非經拘提到場者亦同。

第一項各款情形，必要時，執行法院得依職權或依聲請，限制債務人住居於一定之地域，但已提供相當擔保者，應解除其限制。

前項限制住居，應通知債務人及有關機關。」

所謂拘提，是指強制債務人到場應訊之處分。蓋強制執行，每有傳訊債務人之必要，例如調查關於強制執行之法定要件或執行標的物等，如債務人拒不到場應訊，將使執程序難以進行，故有拘提其到場應訊之必要<sup>357</sup>。而管收係拘束債務人、具保證人等身體自由於管收所。管收與拘提同為間接強制之方法，惟拘提僅強制到場應訊，時間較短。管收則管收於管收所，時間較長，影響債務人之個人自由更大<sup>358</sup>。不過管收有期限和次數之限制，依強制執行法第二十四條第一項之規定：管收期限，不得逾三個月。管收期滿，縱執行案件尚未終結，亦不得繼續管收。但有管收新原因發生時，對於債務人仍得再予管收，但以一次為限(強制執行法第二十四條第二項)<sup>359</sup>。至於限制住居則指限制債務人住居一定地域，非經執行法院許可，不得離開住居之地域。經限制住居後，債務人即不得遷徙或出國<sup>360</sup>。

拘提、管收及限制居住等是強制執行法既有的法定手段，此一規定對於所謂惡性倒閉的雇主當然有很高的嚇阻作用，因此若能善用，當可使勞動債權獲得確保。而且如果在必要時，對於債務關係人也得作該項強制處分，強制執行法第二十五條第二項及第三項規定：「關於債務人拘提、管收、限制住居及應負義務之規定，於左列各款之人亦適用之：

- 一 債務人為無行為能力人或限制行為能力人者，其法定代理人。
- 二 債務人失蹤者，其財產管理人。
- 三 債務人死亡者，其繼承人、遺產管理人、遺囑執行人或特別代理人。
- 四 法人或非法人團體之負責人、獨資商號之經理人。

前項各款之人，於喪失資格或解任前，具有報告之義務或拘提、管收、限制住居之原因者，在喪失資格或解任後，於執行必要範圍內，仍得命其報告或予拘提、管收、限制住居。」

## (2-2) 行政機關協助勞工取得執行名義或進行訴訟

雖然強制執行法中拘提、管收及限制居住的方法對於不肖的雇主可以嚇阻其惡性倒閉。但是其前提要件是勞工必須先取得執行名義。勞工若要經過一般訴訟程序，才能取得執行名義，這訴訟程序不僅對一般勞工很複雜，而且訴訟時間通常很長，時間一拖，不肖的雇主可能就脫產了。因此行政機關應該盡早介入，協

<sup>357</sup> 參見張登科，強制執行法，自刊，二〇〇一年，頁 214；楊與齡，強制執行法，自刊，一九九七一年，頁 291。

<sup>358</sup> 參見張登科，強制執行法，自刊，二〇〇一年，頁 217；楊與齡，強制執行法，自刊，一九九七一年，頁 297-298。

<sup>359</sup> 參見張登科，強制執行法，自刊，二〇〇一年，頁 218；楊與齡，強制執行法，自刊，一九九七一年，頁 300。

<sup>360</sup> 參見張登科，強制執行法，自刊，二〇〇一年，頁 220；楊與齡，強制執行法，自刊，一九九七一年，頁 301。

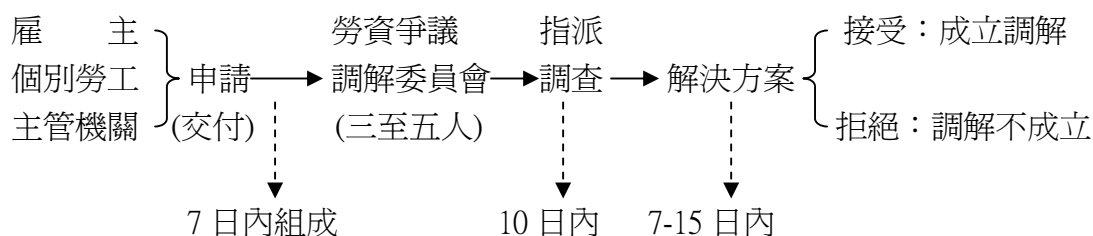


助勞工取得執行名義或進行訴訟。而我國現行法規中也有兩種方式。

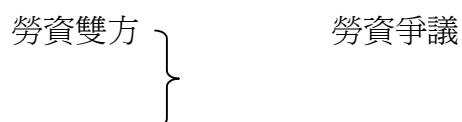
第一個方式是運用勞資爭議處理法：應善用現行的勞資爭議處理法第九條第三項依職權交付調解，因為調解的時間只要二十四天到三十二天就完成(參見圖一：現行調解程序期間)。而調解若能成立，依據現行勞資爭議處理法第三十七條規定：「勞資爭議經調解成立或仲裁者，當事人之一方不履行其義務時，他方當事人得向該管法院聲請裁定強制執行並免繳裁判費；於聲請強制執行時，並免繳執行費。前項聲請事件，法院應於七日內裁定之。對於前項裁定，當事人得為抗告，抗告之程序適用非訟事件法之規定，非訟事件法未規定者，準用民事訴訟法之規定。」勞工不僅很快就能請求強制執行，而且免繳裁判費。

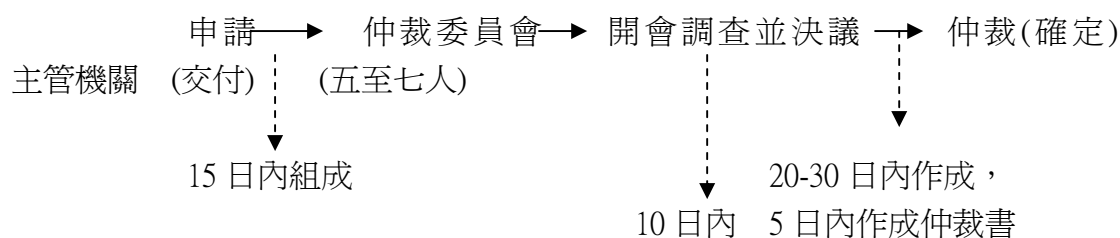
當然雙方當事人之任何一方若不同意調解委員的調解方案，該調解就不成立(參見勞資爭議處理法第十八條)，所以調解並不容易達成。相對地勞資爭議處理法的仲裁程序，因勞資爭議處理法第三十五條第一項規定，當事人對於仲裁不得聲明不服，所以比較容易達成，只不過現行勞資爭議處理法中規定權利事項的勞資爭議不能仲裁。不過未來修法可能會使權利事項的勞資爭議也能仲裁，根據勞資爭議處理法修正草案第五條第三項規定：「權利事項之勞資爭議，得依本法所定之調解、仲裁程序處理之。權利事項之勞資爭議，勞工提起訴訟或仲裁者，主管機關得給予適當補助；其申請資格、補助範圍、審核方式等事項之規定，由主管機關定之。」而勞資爭議處理法修正草案第二十二條第三項規定：「中央主管機關認為情節重大有交付仲裁之必要時，得依職權交付仲裁，並通知勞資爭議當事人。」那麼整個仲裁程序的期間只要五十天到六十天(參見圖二：勞資爭議處理法修正草案中仲裁程序期間)，此外勞資爭議處理法修正草案第五十三條，仍維持現行條文第三十七條的精神，未來透過仲裁迅速取得執行名義的方法，行政機關應該多多活用。因此利用勞資爭議處理法的規定可以使勞工迅速得到強制執行名義，使勞工的勞動債權加速求償的機會。

圖一：現行調解程序期間



圖二：勞資爭議處理法修正草案中仲裁程序期間





第二個方法是協助勞工訴訟。現行的法律規定對於勞工的訴訴訟的主要規定有二，即行政院勞工委員會勞工訴訟輔助辦法和大量解僱勞工訴訟及必要生活費用補助辦法。可是勞工訴訟輔助辦法第四條規定中，只補助因關廠、歇業而終止勞動契約，雇主未依勞動基準法及相關法令給付資遣費或退休金者<sup>361</sup>。對於是被積欠工資的勞工並未補助。而大量解僱勞工訴訟及必要生活費用補助辦法中第四條規定補助雇主未依法給付勞工工資、資遣費或退休金者資遣費及退休金者，但是須滿足另一條件，就是大量解僱<sup>362</sup>。所以以目前的規範雖然有訴訟補助的規定，但是無法完全協助實務上因雇主積欠工資而受害的勞工，因此建議協修改行政院勞工委員會勞工訴訟輔助辦法第四條增加一款，即對雇主積欠勞工工資達一定數額者，無論是否被解僱，該勞工均能獲得訴訟的補助。

### (3) 另定法規重新整理確保債權的強制方法

而勞工的工資、退休金及資遣費，涉及影響財產權核心—生存權，其法益並不低於稅法上金錢給付，因此稅務機關使用的限制人身自由的手段，在雇主惡意積欠勞工債務時，應該可以思考修法將這些手段納入，也就是新整理相關法規，將確保勞動債權而各種行政權介入的態樣規整至一條文，讓勞工知道什麼階段可

<sup>361</sup> 行政院勞工委員會勞工訴訟輔助辦法第四條規定：「勞工有下列各款情形之一而訴訟，得向行政院勞工委員會（以下簡稱本會）申請補助律師費。但顯無勝訴之望或顯無實益者，不予補助：

一 同一事業單位或其分支機構因關廠、歇業而終止勞動契約，雇主未依勞動基準法及相關法令給付資遣費或退休金者。

二 同一事業單位或其分支機構於六個月內發生終止勞動契約爭議，其人數達二十人，雇主未依勞動基準法及相關法令給付資遣費或退休金者。

三 勞工因遭遇職業災害致傷病、殘廢或死亡，雇主未依勞動基準法及相關法令給付職業災害補償者。

四 工會理、監事及會員代表大會代表、工會發起人或籌備人遭不當解僱，經依勞資爭議處理法調解不成立者。」

<sup>362</sup> 大量解僱勞工訴訟及必要生活費用補助辦法第二規定：「符合本法第二條被解僱之勞工，有下列情形之一而訴訟者，得向行政院勞

工委員會（以下簡稱本會）申請訴訟補助：

一 雇主未依法給付勞工工資、資遣費或退休金者。

二 雇主違反本法第十三條第一項或勞動基準法第十一條規定解僱勞工者。

前項訴訟補助，包含訴訟費用及律師費。」

以找到行政的協助，是未來修法的目標。不過，修法時應注意人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第八條第一項規定所稱「法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。此項程序固屬憲法保留之範疇，縱係立法機關亦不得制定法律而遽予剝奪；惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之「拘禁」，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障<sup>363</sup>。

#### 4、確保勞動債權的地位的重新思考

##### (1) 工資債權的優先受償

###### (1-1) 我國法律對積欠工資優先受償的規定

我國現行法令中對工資優先權有優先權者有下列規定：

###### (1-1-1) 勞動基準法

勞動基準法第二十八條第一項規定：「雇主因歇業、清算或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分，有最優先受清償之權。」另外勞動基準法施行細則第十五條規定：「本法第二十八條第一項所定最優先受清償權之工資，以雇主於歇業、清算或宣告破產前六個月內所積欠者為限。」

###### (1-1-2) 礦場法

已經廢止的礦場法第十五條規定：「礦業權者於歇業或破產時，應儘先清償所欠礦工工資。」

###### (1-1-3) 勞動契約法

尚未正式立法的勞動契約法草案第二十九條規定：「勞動報酬於僱方破產時，或其前一年內已屆給付期者，對於僱方財產有最優先請求清償之權。」

###### (1-1-4) 海商法

海商法第二十四條第一項第一款規定：「船長、海員及其他在船上服務之人員，本於僱傭契約所生之債權為海事優先權擔保之債權，有優先受償之權。」原

<sup>363</sup> 參見釋字第五八八號解釋文。

來海商法在民國八十八年修正前，有關「訴訟費及為債權人之共同利益而保存船舶或標賣，並分配賣價所支出之費用、船鈔港埠建設費、引水費、拖船費，自船舶開入最後港之看守費、保存費、檢查費。」等共益費用是列在後海事優先權的第一順位。在八十八年修正後刪除共益費列在海事優先權的規定，使海事人員的工資債權列在海事優先權的第一順位。

另外海商法第二十四條第二項明文規定：「前項海事優先權之位次在船舶抵押權之前。」

### (1-1-5) 私立學校法

民國九十年十月三十一日通過的私立學校法第七十五之一條規定：「私立學校於停辦、解散、清算開始前，本於教職員工聘僱契約所積欠應支付之薪資資遣費應最優先受清償。」

### (1-2) 勞動基準法第二十八條的立法經過

在此我們主要討論適用最廣的勞動基準法第二十八條，要討論工資優先受償的規定，應該先瞭解其立法經過<sup>364</sup>。我國曾於民國五十一年十月二十二日批准國際勞工組織 (ILO) 的第一百四十九條「工資保障公約 (Protection of Wages Convention)」(參見以下說明)，當時勞動基準法草案乃將第十一條的精神納入，明示積欠工資債權有最優先清償的順位，而且優先於抵押權受償。立刻引起工商界的反對，造成一場長時間的爭論。

工商界積欠工資優先於抵押權最重要的理由是會影響企業向銀行貸款額度，或銀行的貸款意願，而且我國大多為中小企業，大多依賴銀行貸款，如果因此影響企業籌措資金，對經濟發展有不利的影響。但是民國七十一年行政院提出勞動基準法草案中，並無積欠工資墊償基金之規定，維持六個月以內之積欠工資債權，有優先於抵押權受償之權。此草案規定但遭到很大反對，於是內政部專案小組進行修正條文會議時對第二十八條做了修正。修正條文仍保留工資債權優先於抵押權規定的適用，但雇主參加工資保險者，即可排除工資債權優於抵押權清償規定之適用。亦即工資保險係提供雇主之替代方案，不參加保險的雇主融資的困難，另一方面充分保障勞工的工資債權，並藉此間接促使雇主參加保險。而且工資債權優先於抵押權的清償，是對勞工生存的保障，藉由工資債權優先受償，使抵押權人設定抵押時必須考慮積欠工資債權發生的可能性，使積欠工資得到類似擔保物權的地位<sup>365</sup>。

<sup>364</sup> 立法院編輯，勞動基準法草案，民國七十一、二年行政院函送立法院的勞動基準法草案，民國七十一、二年立法院聯席會議記錄，台七十一內字第三四九一號解釋，台七十二內字第八六九四號解釋，林振賢，修正勞動基準法釋論，一九九九年，捷太出版社九頁 198-203。

<sup>365</sup> 王惠玲，積欠工資墊償制度—國勝公司積欠工資事件案例探討，月旦法學雜誌，第二十四期，民國八十六年五月，頁 65,66；王惠玲，從積欠工資之爭議探討我國積欠工資墊償制度，勞資關

後來行政院在七十二年的草案中增列了第二十八條第二項有關工資保險之規定，並刪除優先抵押權之文字。其主要理由為：如果規定積欠工資債權優先於抵押權受償，將會影響雇主向銀行融資，導致資金運用困難。內政部也極力推銷工資保險方案，但有許多反對聲浪：第一、積欠工資不合社會保險原理，它只是部分雇主不履行債務的問題，是部分雇主的責任，強制全部雇主參加有欠公平，如果採取自由投保方式，除非有其他條件配合，(例如不參加保險者適用積欠工資優先抵押權的規定)，否則無法達成。第二、根據勞保經驗，至今尚無法百分之百強制雇主加入，因此工資保險能否強制徹底執行，令人懷疑。雇主如不繳保費，勞工就不能獲得給付，工資保險依然落空。第三、恐引起企業惡性提前歇業、破產、蓄意積欠工資，企圖讓保險機構代為清償。雖然擬議中規定保險機構於墊付工資後，可取得代位清償權，或參加資產分配，不過事實上企業一旦宣告歇業或破產，已不會剩餘多少財產，能否悉數追索，不無疑問。再者既為保險，豈有再向要保人追所之理。第四、所擬的辦法是將工資保險由勞保機構代理，必使工資保險與社會保險相混淆；而給付工資應該是雇主的責任，實不應由社會負擔。在立法院的內政經濟司法三委員會聯席會議審查時，有部分委員質疑工資保險貫徹執行之可能性，最後才改為現行的積欠工資墊償基金的制度。該制度的法律依據為現行勞動基準法第二十八條第二項至第五項，其規定為：「雇主應按其當月雇用勞工投保薪資總額及規定之費率，繳納一定數額之積欠工資墊償基金，作為墊償前項積欠工資之用。積欠工資墊償基金，累積至規定金額後，應降低費率或暫停收繳。前項費率，由中央主管機關於萬分之十範圍內擬訂，報請行政院核定之。雇主積欠之工資，經勞工請求未獲清償者，由積欠工資墊償基金墊償之；雇主應於規定期限內，將墊款償還積欠工資墊償基金。積欠工資墊償基金，由中央主管機關設管理委員會管理之。基金之收繳有關業務，得由中央主管機關，委託勞工保險機構辦理之。第二項之規定金額、基金墊償程序、收繳與管理辦法及管理委員會組織規程，由中央主管機關定之。」

### (1-3) 勞動基準法第二十八條符合保障工資債權的國際公約規定

國際勞工組織曾在一九四九年通過第九十五號公約，也就是有關工資保障公約(Protection of Wages Convention)。其中第十一條規定：雇主破產或依法清算時，其所僱用之勞工，應列為特別優先清償債權人，此項特別優先清償範圍，得就其在破產或依法清算以前，勞工工作期間所應得之工資或一定數額以下的工資，以法律或命令確定之。特別優先清償的工資與其他特別優先清償債務的優先順序，應以法律或命令定之。

---

係月刊，第十五卷第十期，頁 584；王惠玲，積欠工資墊償基金制度修正芻議，行政院勞工委員會舉辦「我國工資保護制度學術研討會」會議實錄，民國八十八年十一月三日，頁 16。

國際勞工組織為更進一步保護勞工工資在一九九二年通過第一百七十三號公約，也就是有關雇主破產時勞工請求權公約(Protection of Workers' Claims (Employer's Insolvency) Convention)，對於原來在第九十五號公約第十一條的規定有更完整而明確的規定。其中第六條規定：雇主破產時，勞工工資的優先清償權不得少於三個月。第七條規定：內國法律或命令規定勞工工資的優先清償權的數額不得低於社會上所接受的程度。第八條規定：內國法律必須給與勞工工資請求優先受償的順序，應優先於國家稅捐及社會保險之保費的優先受償權，除非設有工資墊償的保證機制。另外一九九二年同時通過的第一百八十號建議書，也就是有關雇主破產時勞工請求權建議書(Protection of Workers' Claims (Employer's Insolvency) Recommendation)，其中第三條將勞工請求權的範圍明確規定包括勞工基於勞動關係所生之請求權、資遣費、企業自定之離職給付、職業災害補償及損害賠償等請求權。

就我國現行的工資保護制度，積欠六個月工資債權有優先受償之規定，雖然其清償順位在部分稅捐之後，但有積欠工資墊償基金的保證機制，所以仍符合國際勞工組織的公約與建議書之規定。

## (2) 勞動債權的弱勢地位

從勞動基準法第二十八條第一項規定雖然明示工資債權有優先受償的地位，但從前述立法過程即可知其「優先性」並非如此優先，我們羅列所有可能優先於勞工工資債權的其他債權，作一比較，就能知道勞工工資債權優先性如何。

### (2-1) 國家租稅優先受償

憲法第十九條規定：人民有依法律納稅之義務。稅收是國家最主要的財政來源，如果不能確保稅收來源，國家的財政就會發生嚴重的問題，而國家的運作就會發生問題，因此基於財政的目的，國家的租稅應該受到保障，給予優先受償的權利，例如我國稅捐稽徵法第六條第一項就明定：「稅捐之徵收，優先於普通債權。」不過，國家的租稅與勞工的工資的受償權何者優先？討論如下：

#### (2-1-1) 土地增值稅

稅捐稽徵法第六條第二項規定：「土地增值稅之徵收，就土地之自然漲價部分，優先於一切債權及抵押權。」此一規定除為確保財政目的外，也為貫徹平均地權之基本國策（憲法第一百四十三條）。因土地之自然漲價非一己或少數人之力，應歸人民共享。<sup>366</sup>因為其有強烈的共益性質且基於立國的基本政策，立法賦予最強的受償的順位，高於一切債權，甚至於高於擔保物權。而勞動基準法第二十八條的積欠工資的受償權在擔保物權之後（參見以下探討），因此依照現行規

<sup>366</sup> 參見最高法院五十七年台上字第一九七四號判決。

定，土地增值稅應該優先於勞工工資受償。<sup>367</sup>

## (2-1-2) 關稅

關稅法第五十五條第一項規定：「依本法規定應繳或應補繳之左列款項，除本法另有規定外，經通知繳納而不繳納者，移送法院強制執行。」同法條第四項規定：「第一項應繳或應補繳之關稅，應較普通債權優先清償。」從文義性解釋：關稅法對關稅的優先清償的順位，似不若勞基法第二十八條以「最優先受清償之權」來得強烈，因此若從文義性解釋，積欠工資似乎應優先於關稅受清償。但是從系統性及目的性解釋則有不同之結果：積欠工資清償順位在擔保物權之後，而關稅的受償順位依照大法官會議解釋及最高法院的見解均優先於擔保物權。依此則關稅優先積欠工資受償。

司法院大法官會議解釋釋字第二一六號認為：「就關稅未繳清之貨物取得動產抵押權者，其擔保利益自不能存在於該貨物未繳之關稅上，此觀關稅法第三十一條第二項、第三項規定甚明。前司法行政部六十五年十一月十五日台（六五）函民字第○九九八二號及六十七年七月二十二日台（六七）函民字第○六三九二號函示執行法院，於拍賣關稅記帳之進口貨物時，應將該貨物未繳關稅，始予點交，此」按釋字第二一六號意旨：關稅的優先清償就應稅進口物本身，清償的順序優先於擔保物權。其詳細的理由可從六十八年台上字第二四九○號判決及五十七年台抗字第二七號裁定進一步瞭解，這兩個裁判主要論點為：關稅制度為謀國家財政之充實，主要目的尚在配合經濟政策，一國主權之獨立自主與否，均可於該國之關稅制度見之，故處理關稅事件必先自此著眼；認為若尚未報關完稅之進口貨物得查封拍賣而由其他人優先清償（如質權人），乃承認外國貨物可不經報關完稅手續而在我國境內自由流通；且其性質若為普通債權，其實行結果未免有名無實，無法受清償，所有關稅之財政目的及經濟目的均受影響，難以實現；且國家主權在關稅之運用，亦難收其預期。故尚未報關完稅之進口貨物，尚非正式進口得在國境內自由流通之貨物，應從私法上根本否認其融通性與讓與性，因此應徵收之關稅其標的物為動產之情形時，就應稅之進口貨物本身而言，優先於一切債權或擔保物權受清償。而最高法院六十八年台上字六○六號判例更認為關稅的優先受償權，不以應稅的貨物為限，更擴張到債務人其他財產。不過學說上均認為關稅，就應稅進口貨物本身，優先一切債權與質權等擔保物權；就納稅義務人之其他財產，則僅優先於普通債權。<sup>368</sup>

那麼就納稅義務人的財產，關稅與積欠工資的清償順序何者為先？就關稅法第五十五條第四項僅言應較普通債權優先清償，而勞動基準法則強調積欠工資

<sup>367</sup> 相同意見請參見王澤鑑，民法學說與判例研究，第四冊，頁 339。

<sup>368</sup> 王澤鑑，民法學說與判例研究，第四冊，第三百四十頁；劉春堂，民商法論文集（二），民國七十九年，第五○六頁。

有最優先受清償之權，似乎積欠工資的清償順位應優先，但行政院勞工委員會曾在八十年八月與財政部達成協議，認為企業倒閉時，除土地增值稅、關稅外，工資的債權應優於一般欠稅，優先獲得償還。行政院之後尚將此協議函令各單位執行。<sup>369</sup>此一協議似有違反勞基法之意旨。

### (2-1-3) 其他稅捐

除了土地增值稅和關稅的優先清償有特別規定外，營業稅法第五十七條也有特別規定：「納稅義務人欠繳本法規定之稅款、滯報金、怠銀金、滯納金、利息及合併、轉讓、解散或廢止時依法應徵而尚未開徵或在納稅期限屆滿前應納之稅款，均應較普通債權優先受償。」就文義比較，營業稅的清償順位應在積欠工資債權之後。

其他稅捐並無類似土地增值稅、關稅及營業稅之特別規定，而按稅捐稽徵法第六條第一項規定中僅提及：稅捐之徵收，優先於普通債權。既然積欠工資債權為優先債權，自不同於普通債權，因此一般稅捐清償順位應較積欠工資為後。

## (2-2) 債權處理共益費用之優先權

### (2-2-1) 強制執行法的共益費

強制執行法第二十九條規定：債權人因強制執行而支出之費用及取得執行名義之費用，得求償於債務人者，得就強制執行之財產優先清償。包括執行費與執行必要費用。因為這類費用支出，是為輔助債權人行使權利，實現其債權必要的花費，為債權人利益之共益費用，有必要使其有優先受償的保障。<sup>370</sup>因此強制執行法第二十九條第二項中所謂「先受清償者」，指優先於其他債權而受清償，不僅優先於一般債權，且優先於擔保物權及其他優先受償權。<sup>371</sup>所以工資債權之優先受償與其相比較時，此類司法行政之共益費用，應優先於工資債權受清償。

<sup>372</sup>

### (2-2-2) 公司法的共益費

公司法第三百二十五條第二項就股份有限公司的清算規定：「清算費用及清算人之報酬，由公司現存之財產儘先給付。」基於公益費用特質，似應優先於工

<sup>369</sup> 聯合報八十年八月五日第一版。

<sup>370</sup> 張登科，強制執行法，二〇〇一年，頁 236；楊與齡，強制執行法，自刊，一九九七一年，頁 320；鄭永裕，論勞工工資優先受償權之研究，一九九六年，文化勞工研究所碩士論文，頁 129。

<sup>371</sup> 張登科，強制執行法，二〇〇一年，頁 236；楊與齡，強制執行法，自刊，一九九七一年，頁 320。

<sup>372</sup> 鄭永裕，論勞工工資優先受償權之研究，一九九六年，文化勞工研究所碩士論文，頁 129。



資債權。

### (2-2-3) 破產法的共益費

破產法第九十七條規定：「財團費用及財團債務，應優先於破產債權，隨時由破產財團清償之。」所謂破產財團費用根據破產法第九十五條是指：一、因破產財團之管理、變價及分配所生之費用。二、因破產債權人共同利益所需審判上之費用。三、破產管理人之報酬。而破產人及其家屬之必要生活費及喪葬費，視為破產費用。所謂破產財團債務根據破產法第九十七條是指：一、破產管理人關於破產財團所為行為而生之債務。二、破產管理人為破產財團請求履行雙務契約所生之債務，或因破產宣告後應履行雙務契約而生之債務。三、為破產財團無因管理所生債務。四、因破產財團不當得利所生債務。由於財團費用及財團債務可以不經破產程序，隨時可逕向破產管理人請求清償。<sup>373</sup>而積欠工資只能列為破產法第九十八條的破產債權，只是在清償順序上依破產法第一百十二條之規定優先受償，但還是必須在破產程序中行使權利，所以財團費用及財團債務，應優先於積欠工資債權受清償。

### (2-3) 擔保物權

我國民法學者一致認為：物權有優先債權的效力，尤其是就債務人之物有擔保物權存在者，於受清償時，優先一般債權<sup>374</sup>。縱令債務人受破產受破產宣告，其優先效力，亦不因此而受到影響<sup>375</sup>。破產法第一百零八條即規定：「在破產宣告前，對於債務人之財產有質權、抵押權或留置權者，就其財產有別除權。(第一項) 有別除權之債權人，不依破產程序而行使其權利 (第二項)。」

我國的積欠工資受償與擔保物權優先受償順位爭議最大者，莫過於抵押權之問提，已如前面立法過程所述。實務上的相關解釋與判決也多認為抵押權應優先於積欠工資受償。如：內政部七十四年五月二十一日台內勞字第二九四九〇三號函釋：「工資優先受償權順位除法律另外有規定之外，僅次於抵押權，優先於其他一切債權。」司法院七十四年三月八日廳民二字第〇一五六號函復台高院之三函釋：「所謂最優先清償之權，僅指優先於普通債權及無擔保權之優先債權，至於土地增值稅及有擔保之債權，仍優先於本條積欠工資而受清償 (按行政院原草案第二十八條係採優先於抵押權受償，惟經立法院修正通過如現行條文，其目的即在刪除優先抵押權受償)。」<sup>376</sup>

<sup>373</sup> 耿雲卿，破產法釋義，一九九二年，五南書局，頁 275；陳計男，破產法論，自刊，一九八七年，頁 195。

<sup>374</sup> 姚瑞光，民法物權論，自刊，一九九九年，頁 7；劉宗榮，民法概要，二〇〇一年，三民書局，頁 324；謝在全，民法物權論，自刊，一九九七年，頁 7。

<sup>375</sup> 參見破產法第九十八條、第一百零八條 (別除權)，第一百十二條 (優先權)。

<sup>376</sup> 民事法律問題研究彙編，第四輯，第五九三頁。

## (2-4) 其他相關規定之優先受償權

我國工會法第三十八條規定：「工會於其債務人破產時，對其財產有優先受清償之權。」職工福利金條例第九條規定：「職工福利金有優先受清償之權。」從文義性解釋，這兩種債權的清償順序應在積欠工資之後。

## (2-5) 小結

從上面的分析就可以知道，勞工工資債權的優先地位低於土地增值稅、關稅、債權處理共益費用，及留置權、抵押權及質權等擔保物權<sup>377</sup>。特別是擔保物權的優先地位，實務上造成積欠工資債權請求困難。因此即便找到董事長或實際負責人後，大量解僱勞工保護法第十二條中確保勞動債權立法目的之實現仍然非常渺茫。

## (3) 現行墊償工資債權的權宜作法與其問題

由於工資債權的優先受償地位很低，因此目前實務上若有發生雇主積欠勞工工資，而且雇主無力支付的情形，甚至是惡性倒閉，勞工求償無門的情形，如果有勞工行政機關介入協助，大多是協助勞工向行政院勞工委員會的積欠工資墊償基金申請，請求墊償工資<sup>378</sup>。特別是「惡性倒閉」的情形，當事業單位歇業時，不肖雇主早已脫產，縱然按勞動基準法第二十八條第四項，積欠工資墊償基金在墊償勞工工資後，取得代位權，得向雇主請求償還，惟實務上該基金獲得求償的機會微乎其微。

根據勞工保險局近年來的報告，積欠工資墊償基金應提繳的單位、人數、金額均呈現大幅下降，係因經濟不景氣，事業單位關廠歇業增加所致；另一方面由於勞動基準法適用範圍擴大及申請墊償要件放寬，加上經濟不景氣事業單位大量關廠歇業，導致積欠工資墊償案件不斷增加<sup>379</sup>。更另人憂心的是部分不肖的雇主在積欠勞工工資後，將雇主責任完全推給積欠工資墊償基金，與勞工達成合意，交付勞工申請積欠工資墊償的債權文件<sup>380</sup>，這時無辜的勞工，那裡有錢可拿，當

<sup>377</sup> 同一意旨參見林豐賓，勞動基準法論，三民書局，二〇〇〇年，頁 161-163。

<sup>378</sup> 例如最近發生的佳姿養身館財務困難的例子，自由時報報載 2005.5.21 「長達九個小時馬拉松談判，佳姿董事長蔡純真和二百多名員工，昨天傍晚達成共識，佳姿申請停業一年，配合台北市勞工局等單位進行事實歇業認定，勞工局長師豫玲則允諾，從下週一起，在十個工作天內完成認定程序，呈報勞保局，以墊償基金支付積欠的員工薪資計三千一百多萬元。」  
<http://www.epochtimes.com/b5/5/5/21/n929003.htm>(2005-06-24 點閱)

<sup>379</sup> 參見勞工保險局，九十年積欠工資墊償基金提繳及墊償業務總報告，二〇〇二年三月；九十一年度積欠工資墊償基金提繳及墊償業務總報告，二〇〇三年二月。

<sup>380</sup> 參見「積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法」第八條：「勞工因雇主歇業積欠工資，已向雇主請求而未獲清償，請求墊償工資時，應檢附當地主管機關開具已註銷、撤銷或廢止工廠、商業或營利事業登記，或確已終止生產、營業、倒閉、解散經認定符合歇業事實之證明文件。事業單位之分支機構發生註銷、撤銷或廢止工廠登記，或確已終止生產、營業經當地主管機關認定符合歇業事實者，亦得請求墊償積欠工資。」第九條：「勞工因雇主清算或宣告破產，請求墊償積欠

然就向那裡拿。勞工行政機關在以往別無他法，只能利用積欠工資墊償基金，解決該問題，把具有保險性質的積欠工資墊償制度當成社會福利制度來利用，這使得積欠工資墊償基金的金額在未來極可能會萎縮，因此不能長期依賴積欠工資墊償制度，而且不肖雇主不履行給付工資的負擔推給積欠工資墊償基金，等於將責任推卸給於守法善良持續提繳積欠工資墊償基金的雇主，甚不公平。因此必須如上述所提，在不肖雇主還未脫產時，就能阻止其發生，這時縱由積欠工資墊償基金先行墊償勞工工資，取得代位權後也比較能向積欠工資的雇主求償。

#### (4) 勞動債權地位的重新定位

##### (4-1) 工資債權優先地位應擴張至資遣費與退休金

資遣費及退休金同為照顧勞工因終止契約而離職後的生活所需，皆由雇主負擔給付之義務，具強制性，而且均以勞工工作年資及平均工資為其基數之計算標準和依據，是故在性質上有其相同之處<sup>381</sup>，均有「工資延付」的性質<sup>382</sup>。既然資遣費及退休金均有延付工資的性質，其債權的優先受償地位宜與工資一併處理。

##### (4-2) 勞動債權應提升優先受償地位

###### (4-2-1) 勞動債權目前弱勢地位的缺點

目前工資債權的地位低於抵押權等擔保物權，會發生兩大問題，第一個問題是勞動債權在整個破產程序中無法順利求償，因此勞工若要獲得債權的實現，唯有依靠積欠工資墊償基金，而該基金只墊償歇業、清算或破產前六個月內的積欠工資，超出的部分不予墊償，而且依現行規定，資遣費和退休金非墊償範圍。第二個問題，積欠工資墊償基金在墊償後取得的代償請求權，因其受償順位低，參與破產債權分配的時候，低於土地增值稅及擔保物權，受償機會很小，形成財務不斷支出。因此必須提升勞動債權的受償地位。

###### (4-2-2) 以德國為例

德國立法保護積欠工資的歷史甚早，在一八九八年五月二十日開始施行的破產法 (Konkursordnung vom 10. Februar 1899, 以下稱舊破產法) 就已經將積欠六個月內的工資列入破產財團債務 (Massenschulden) 中(德國舊破產法第五十九條第一項第三款)；積欠一年的工資列為破產債權中優先清償的第一順位 (德國舊破

---

工資時，應檢附向清算人或破產管理人申報債權，或向雇主請求未獲清償之有關證明文件。第十條：「同一雇主之勞工請求墊償工資，應備申請書及左列文件向勞保局申請之：一 請求墊償工資金額及勞工名冊。二 第八條或第九條所定證明文件。三 墊償工資收據。前項申請書應經雇主簽署後一次共同申請之。但情況特殊者，不在此限。」

<sup>381</sup> 參見林豐賓，勞動基準法論，三民書局，二〇〇〇年，頁 131；林振賢，修正勞動基準法釋論，捷太出版社，一九九九年，頁 164。

<sup>382</sup> 林振賢，修正勞動基準法釋論，捷太出版社，一九九九年，頁 164；柯木興，社會保險，中國社會保險學會，二〇〇二年，頁 167-168。

產法第六十一條第一項)。到了一九七四年七月十七日修正時，配合勞動促進法 (Arbeitsförderungsgesetz) 增列第一百七十三 a 條至第一百七十三 n 條等條文，共同建立了破產工資補薪(Konkursausfallgeld) 制度。

一九九四年七月二十五日舊破產法再次修改，但隨即在一九九四年十月五日制定新破產法(Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 或譯名為無支付能力法) 取代舊破產法。新破產法在一九九九年一月一日修正，已將積欠工資的優先受償規定刪除，並配合社會法典第三編勞動促進編 (原勞動促進法) 第一百八十三條以下之規定建立新的積欠工資的保障制度。

因此以下分新制及舊制來說明：

## 一、舊制

### (一)、積欠工資的優先受償權

當雇主破產時，有關積欠工資債權，勞工有優先受償權利。其規定如下述<sup>383</sup>：

#### 1. 破產程序開始前六個月內的工資債權列為財團債務

依舊破產法第五十九條第一項第三款之一，將破產程序開始前六個月以內因勞動關係及類似關係所生之請求權列為破產財團破產財團債務 (Massenschulden)，且居第三順位，僅次於為破產財團之管理所生之費用，以及破產財團為履行雙務契約所生之債務。根據破產法第五十七條規定破產財團債務應先於破產債權清償。<sup>384</sup> 解釋上，依舊破產法第五十九條第一項第二款規定：破產宣告開始以後，所積欠工資為履行雙務契約所生之債務，為財團債務。

#### 2. 破產程序開始逾六個月至一年內之工資債權列為優先受償債權

另外舊破產法<sup>385</sup> 第六十一條第一項規定：勞工在雇主破產前一年到期但逾六

<sup>383</sup> 舊制可參考郭玲惠，企業關廠或倒閉時，勞工權益之保障—以德國制度為例，中興法學第四十二期，民國八十六年，第五三頁至地九三頁。該文有詳盡的介紹和德國相關法律條文之翻譯。

<sup>384</sup> 我國破產法對財團債務之清償有相似規定，參見破產法第九十七條。

<sup>385</sup> 德國的舊破產法 (Konkursordnung vom 10. Februar 1989) 於一八八九年二月十日開始公布施行，以往在六十一條就有將積欠工資列為優先受償權的規定，一九七四年七月十七日修正時，也在勞動促進法 (Arbeitsförderungsgesetz) 增列第一百七十三 a 條以下等條文，共同建立了破產工資補薪(Konkursausfallgeld) 制度，一九九四年七月二十五日舊破產法再次修改，但隨即在一九九四年十月五日制定新破產法(Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 或譯名為無支付能力法) 取代舊破產法。新破產法在一九九九年一月一日修正，配合社會法典第三編勞動促進編 (原勞動促進法)

個月之工資列為破產債權 (Konkursforderungen) 中優先清償的第一順位破產優先清償權 (Konkursvorrecht, Vorrecht)<sup>386</sup>。舊破產法第六十一條第一項所列的一般優先清償債權的順序分別為：第一位為積欠工資，第二位為國庫請求權，第三位為教會或學校的債權，第四位為醫療人員的債權，第五位為子女及受監護人對法定扶養人的債權，第六位為其他破產債權。顯然德國對積欠工資的保護優先於租稅的保護。

3. 若是積欠超過一年以上的工資，則為一般破產債權，但仍享有優先受償債權的第六順位。

## (二)、破產補薪制度 (Die Konkursausfallsgeld)

但是工資債權和擔保物權的債權孰先？孰後呢？按舊破產法第四條之規定：於破產宣告前，對於債權人之財產有質權 (Pfandrecht)、抵押權 (Hypothek)、土地債務 (Grundschuld)、所有權擔保轉讓 (Sicherungsübereignung) 等擔保物權者，就其財產有別除權 (Ansonderungsrecht)。另按破產法第四十七至第四十九條規定：別除權不依破產程序而行使其權利。也就是說有擔保物權的債權人就破產人擔保的財產有優先於其他破產債權清償。因此在德國抵押權等擔保物權受償的順序先於積欠逾六個月未超過一年的工資債權，但低於破產程序開始前六個月內的工資債權。

除此之外，德國破產程序中另有特別優先清償債權 (Besondere Vorrechte) 的規定<sup>387</sup>，例如：根據抵押銀行法 (Hypothekenbankgesetz) 第五條第一項第一款規定無記名抵押債券的債權人在抵押銀行破產時有特別優先清償之權。此種特別優先清償權的清償順序又先於破產法六十一條所列的一般優先清償債權<sup>388</sup>。

德國在一九七四年七月十七日修改破產法第五十九條，配合勞動促進法 (Arbeitsförderungsgesetz) 增加第一百四十一 a 條至第一百四十一 n 條之規定，建立了所謂破產補薪的制度 (Konkursausfallversicherung)。當時建立該制度最主要的理由就是勞工對積欠工資的請求權，當雇主營運不善而倒閉時，其可作為破產財團之才產本已有限，往往無法滿足勞工實際需要，致勞工生活陷入困境。因此

---

第一百八十三條以下之規定建立新的積欠工資的保障制度，即勞工得向勞工局請求破產工資保險金。保險費則是由職災保險的負責機關各職業合作社 (Berufsgenossenschaft) 向雇主所收的職災保險費的一部分繳交給勞工局以作為經費來源。

<sup>386</sup> Brox/ Ruthers, Arbeitsrecht, 1995, Rn. 128; Hueck/ Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. 1, 1963, S. 378 f; Nikisch, Arbeitsrecht I, 1961, S. 445.; Söllner, Grundriß des Arbeitsrechts, 1990, S. 266 f., Zöllner/ Lortz, Arbeitsrecht, 1998, S. 202.

<sup>387</sup> 如德國舊破產法第六十四條、第一百五十三條、第一百五十六條、第一百六十八條第一項第三款。

<sup>388</sup> Mentzel/ Kuhn/ Uhlenbruck, Kommentar zur Konkursordnung, 1979, § 61, Rn. 8.

對於勞工的雙重保障確有需要。<sup>389</sup>

破產補薪制度最主要規定為：在雇主無力支付債務時，勞工在破產程序開始兩個月內，向各地就業服務站 (Arbeitsamt, 也有人譯為勞工局) 提出破產補薪申請。補薪範圍為破產程序開始前三個月內積欠工資。而且勞動促進法規定由聯邦就業總署 (Bundesanstalt für Arbeit, BAA, 也有人譯為聯邦勞工署) 擔任工資補薪的制度的保險人，在發出補薪後取得代位權，得向破產管理人請求清償。其無法獲得清償及行政等支出，由意外保險的保險人 (Unfallversicherungsträger, 或譯職災保險之保險人)，也就是各職業合作社來攤提損失。

## 二、新制

所謂新制是指一九九九年新的破產法 (Insolvenzordnung, 1.1.1999) 則將積欠工資優先受償的規定排除<sup>390</sup>，根據新破產法第三十八條，雇主在破產前所積欠的工資根據新破產法第三十八條及第一百零八條第二項的規定一律改為一般破產債權 (gewöhnliche Insolvenzforderungen)。但是相對地，建立新的破產補薪制 (das Insolvenzgeld) 以取代舊的破產補薪制度。根據社會法典第三編第一百八十三條以下的規定，勞工得請求補薪的勞工請求限制放寬，<sup>391</sup> 讓勞工透過破產補薪得到更獲得譬如：舊制中工資補薪的請求權是破產程序開始前的三個月的工資，而新制是規定為申請破產程序前三個月的工資。<sup>392</sup>

### (4-3) 將積欠工資墊償基金改為勞動債權保險

若是考慮工商業界貸款融資不易，仍將擔保物權(別除權)的受償的優先地位高於工資、資遣費及退休金的話，還有一項方法就是確實地將積欠工資墊償制度更改為勞動債權保險，確實地透過精算的方式確定保險費率，由所有的雇主來承擔部分雇主無法清償勞動債務的風險，這樣保險基金才不會萎縮，勞工獲得求償的機會也高。

<sup>389</sup> 參見 RegE des 3. AFG – Änderungsgesetz, BT- Druck, 7/ 1750, S. 10; früheren Rechten 參見 Eckert, BIStSozArbR, 1974, 241.

<sup>390</sup> 參見 Däubler, Arbeitsrecht – Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, , 2. Aufl. 1999, Rn. 992; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht / Peters – Lange, § 77, 2. Auflage, 2000 Rn. 1; Preis, Arbeitsrecht, 1. Auflage, 1999, S. 313 f.; BMAS- Halbach, Arbeitsrecht, Übersicht über das Arbeitsrecht, 8 Auflage, 2000.

<sup>391</sup> Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht / Peters – Lange, § 77, 2. Auflage, 2000 Rn. 1ff.; Krummel/ Lungerich, Arbeitsrechtslexikon, 1997, S. 227f..

<sup>392</sup> Heinze, Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, NZA 1999, 63.

## 5、結語

大量解僱保護法第十二條的立法目的是爲了協助勞工在勞動債權獲得清償爲主要目的的一項立法，可是以目前法律規定的內容卻不能完全達到立法的目的。本文嘗試從確保勞動債權的條件、方式及地位三個面向討論。得到以下幾點結論：

- 1、確保勞動債權的條文不應該與大量解僱混爲一談，雖然惡性倒閉的結果常會實際上歇業而造成實質上終止勞動關係。確保勞動債權，行政權不能等到大量解僱的時點才介入，這時爲時已晚，行政機關亡羊補牢的工作，實際的效果有限。
- 2、惡性倒閉且積欠勞工工資、資遣費及退休金通常有一段過程，因此確保勞動債權有不同的階段，不同的控制機制方能真正解決勞動債權。
- 3、讓勞工參與事業單位的營運，最能洞燭機先，防止雇主惡性倒閉。
- 4、禁止董事長及實際負責人出國，並非解決勞動債務的唯一方法。應配合善用既有的強制執行法、勞資爭議處理法中既有的方法，其實非常多樣，效果也更好。當然重新整理相關法規，將確保勞動債權而各種行政權介入的態樣規整至一條文，讓勞工知道什麼階段可以找到行政的協助，是未來修法的目標。
- 5、應將工資債權的優先受償地位擴及資遣費及退休金。並應將勞動債權的優先地位重新檢討。
- 6、若維持目前勞動債權的受償地位，則應考慮將積欠工資墊償基金改爲真正的勞動債權保險，使勞動債權獲得確保。

## 二、實踐發展

實務上相關見解如下：

### (一) 台北地院 90 勞訴 6

原告固主張依據勞動基準法第十一條第一款請求被告給付資遣費，惟按歇業或轉讓時，雇主得預告勞工終止勞動契約，該法第十一條第一款著有明文，且觀之該法第十一條、第十二條所由設立，乃立法者爲保障勞工權益，故對民法上自由解約之原則加以限制，並以法律明文列舉雇主得據以終止契約之事由，再觀之該法第十四條亦以相同之立法技術規定勞工得終止契約之事由，則應認在立法之初既已權衡勞雇雙方地位，考量後以法明文雙方得終止契約之事由，則在此範圍內即屬勞雇雙方得自由行使終止權之權限，並無存在法律解釋之空間，亦即勞工無由援引雇主得終止契約之事由而有所請求甚明，是縱如原告所稱有該條所規定之歇業或轉讓情事發生，則亦僅有「雇主」方有終止契約之權利。

按雇主違反勞動契約或勞工法令之行爲，致有損害勞工權益之虞者，勞工得不經預告終止契約並準用勞動基準法第十七條請求雇主發給勞工資遣費，此觀該法第十四第一項第六款、第四項規定即明。易言之，倘雇主並無違反勞動契約或勞工法令之行爲，或未因此致生損害於勞工權益之虞時，則勞工自無由據以主張終止勞動契約並請求發給資遣費。

又勞動基準法第二十條對於新舊雇主商定留用時是否需經需勞工同意，及對不願繼續留用之員工是否亦得據此請求資遣費並未明文規定。然法院對法律未明文規定之事項，如在適用上有疑義時，則依「法官應知法律」之法諺，自不得以法無明文拒絕審判，而應以法律解釋之方法，探究其規範意旨並爲妥當之適用。

## （二）最高法院 95 台上 889

按勞基法第十一條、第十二條雖未規定雇主終止勞動契約應表明終止事由，然基於保障勞工權益原則，且參酌大量解僱勞工保護法第四條第三項第一款規定事業單位依同條第一項規定解僱勞工時所提出之解僱計畫書內容應記載解僱事由，應認雇主於終止勞動契約時如已明確告知終止契約之事由，即不得嗣後翻異。

按勞基法第十一條第五款規定勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主得預告勞工終止勞動契約。揆其立法意旨係因勞工所提供之勞務無法達成雇主透過勞動契約所欲達成之客觀上合理經濟目的，允許雇主得解僱勞工。而造成此項合理經濟目的不能達成之原因包括勞工主觀意志及客觀行爲，故所謂確不能勝任工作應包括勞工主觀上違反忠誠履行勞務給付義務，及客觀上之品行不能勝任工作。經查被上訴人對詹惠嬪之請款並無核決之權限，而依詹惠嬪出具之切結書，被上訴人並無獲得利益而教唆不實申報之動機，上訴人以被上訴人未盡審核責任致未發現詹惠嬪之不實申報係不能勝任工作，自不足取。

惟按當事人互相表示意思一致者，無論其爲明示或默示，契約即爲成立，民法第一百五十三條第一項定有明文。經查法無明文禁止勞雇雙方以資遣之方式合意終止勞動契約，雇主初雖基於其一方終止權之發動，片面表示終止勞動契約資遣勞方，但嗣後倘經雙方溝通、協調結果，達成共識，就該終止勞動契約之方式，意思表示趨於一致，即難謂非合意終止勞動契約。

## （三）最高法院 94 年台上 2339

按虧損或業務緊縮時，雇主得預告勞工終止勞動契約，此固可由勞基法第十一條第二款規定之反面解釋推知。惟爲保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定，亦爲修正前之就業服務法第四十一條（九十一年一月二十一日修正爲同法第四十二條）所明定。此乃爲促進國民就業，以增進社會及經濟發展，所制定之特別規定（就業服務法



第一條參照)，應優先於勞基法之適用，蓋聘僱外國人工作，乃為補足我國人力之不足，而非取代我國之人力，故雇主同時僱有我國人及外國人為其工作時，雇主有勞基法第十一條第二款得預告勞工終止勞動契約之情事時，倘外國勞工所從事之工作，本國勞工亦可以從事而且願意從事時，為貫徹保障國民工作權之精神，雇主即不得終止其與本國勞工間之勞動契約而繼續聘僱外國勞工，俾免妨礙本國人之就業機會，有礙國民經濟發展及社會安定。

#### （四）最高法院 96 台上 887

按工廠、礦場或其他企業組織因解散或受破產宣告而結束經營者，所提撥之職工福利金，應由職工福利委員會妥議處理方式，陳報主管官署備查後發給職工；工廠、礦場或其他企業組織變更組織而仍繼續經營，或為合併而其原有職工留任於存續組織者，所提撥之職工福利金，應視變動後留任職工比率，留備續辦職工福利事業之用，其餘職工福利金，應由職工福利委員會妥議處理方式，陳報主管官署備查後發給離職職工。職工福利金條例第九條之一第一項、第二項分別定有明文。依上開規定，負發給職工福利金義務者，應為原工廠、礦場或其他企業組織之福委會，即使工廠、礦場或其他企業組織因合併而消滅，其原來福委會仍負有將提撥之職工福利金按留任存續組織之員工比率移交存續組織之福委會留備續辦職工福利事業，並就屬離職職工部分之福利金妥議處理方式，陳報主管官署備查後發給離職職工。

#### （五）最高法院 95 台上 2217

惟按企業併購法係於九十一年二月六日公布，其中第五十條規定該法自公布日施行，依法律不溯既往原則，自不得適用於該法公布前之併購（合併）案件。

參諸該法第十六條第一項前段規定之法理，即使勞動契約繼續，存續公司仍得重新訂定勞動條件，通知留用之勞工是否接受，除雙方之合併契約另有約定外，被上訴人顯有可變更前述工作規則之權等語，亦有判決理由前後矛盾之違法。

#### （六）最高法院 93 台上 331

按勞動基準法第二十條規定事業單位改組或轉讓時，除新舊雇主商定留用之勞工外，其餘勞工應依第十六條規定期間預告終止契約，並應依第十七條規定發給勞工資遣費。其留用勞工之工作年資，應由新雇主繼續予以承認。該條雖於企業併購法九十一年二月六日公布施行前規定，惟尋繹勞動基準法第一條第一項所定之立法目的，再參諸該法乃企業併購法之補充法（企業併購法第二條第一項）及民法第四百八十四條之規定意旨，並將企業併購法第十六條、第十七條詳為規

定當成法理（民法第一條）以觀，該條所稱之「事業單位改組或轉讓」，於事業單位為公司組織者，自應包括依公司法規定變更組織、合併或移轉其營業、財產，以消滅原有法人人格另創立新法人人格之情形。該條所稱之「其餘勞工」，亦當指除「新舊雇主商定留用並經勞工同意留用者」外之其餘勞工而言，並應涵攝「未經新舊雇主商定留用」及「新舊雇主商定留用而不同意留用」之勞工在內，始不失其立法之本旨。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

該案例切合大量解僱之問題，適合作為此單元之討論。

### 二、重要案件

本單元提供一個案例，分別是：

（一）最高法院九十五年度台上字第八八九號

### 三、案例之重要內容

八十七年十月一日

被上訴人甲受僱於上訴人公司台灣高速鐵路股份有限公司擔任財務副理。

九十二年九月一日

被上訴人甲調任站區開發處副理。

九十二年九月二十九日

上訴人於被上訴人調職後，逕以站區開發處組織調整，已無適合被上訴人之職位可供安置為由，依勞動基準法（下稱勞基法）第十一條第四款規定，終止兩造間之勞動契約。

九十二年十一月十二日

勞資爭議調解會上，上訴人仍陳稱係本於勞基法第十一條第四款規定終止系爭勞動契約。

### 四、案例之意義與影響

#### （一）爭點

其相關爭點如下：

上訴人有無業務性質變更之情事？

僱主是否應表明解僱事由？  
何謂勞基法第十一條第五款之工作確不能勝任？  
雙方是否合意終止？

## 1、上訴人有無業務性質變更之情事？

### (1) 最高院

按勞基法第十一條第四款雖規定業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時，僱主得預告勞工終止勞動契約。但僱主依此款規定終止勞動契約，必須符合業務性質變更有減少勞工之必要及無其他適當工作可供安置之要件。

## 2、僱主是否應表明解僱事由？

### (1) 最高院

按勞基法第十一條、第十二條雖未規定僱主終止勞動契約應表明終止事由，然基於保障勞工權益原則，且參酌大量解僱勞工保護法第四條第三項第一款規定事業單位依同條第一項規定解僱勞工時所提出之解僱計畫書內容應記載解僱事由，應認僱主於終止勞動契約時如已明確告知終止契約之事由，即不得嗣後翻異。

## 3、何謂勞基法第十一條第五款之工作確不能勝任？

### (1) 最高院

按勞基法第十一條第五款規定勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，僱主得預告勞工終止勞動契約。揆其立法意旨係因勞工所提供之勞務無法達成僱主透過勞動契約所欲達成之客觀上合理經濟目的，允許僱主得解僱勞工。而造成此項合理經濟目的不能達成之原因包括勞工主觀意志及客觀行為，故所謂確不能勝任工作應包括勞工主觀上違反忠誠履行勞務給付義務，及客觀上之品行不能勝任工作。

## 4、雙方是否合意終止？

### (1) 最高院

當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立，民法第一百五十三條第一項定有明文。經查法無明文禁止勞雇雙方以資遣之方式合意終

止勞動契約，雇主初雖基於其一方終止權之發動，片面表示終止勞動契約資遣勞方，但嗣後倘經雙方溝通、協調結果，達成共識，就該終止勞動契約之方式，意思表示趨於一致，即難謂非合意終止勞動契約。

上訴人依勞基法第十一條第四款規定終止系爭勞動契約，係基於其一方終止權之片面發動，並非民法第一百五十三條及第一百五十四條所為合意終止勞動契約之要約，被上訴人自無承諾而為合意之餘地。

## （二）結論

### （1）最高院

原審未詳加調查究竟兩造有無達成以資遣之方式終止勞動契約之合意，徒以前揭情詞，遽為上訴人不利之判決，自非無判決理由不備之違法。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。

## 肆、教學範例與內容設計

### 一、重要之議題

- （一）虧損或業務緊縮之事由。
- （二）修正前就業服務法第四十一條之禁止規定。
- （三）工會法第三十五條第一項關於解僱之規定。
- （四）勞資爭議處理法第七條之規定。
- （五）業務性質變更之情事？
- （六）雇主是否應表明解雇事由？
- （七）何謂勞基法第十一條第五款之工作確不能勝任？

### 二、思考問題方向

針對大量解僱與各個相關之勞動法之關係做思考。

### 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

#### （一）分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，對下列相關問題進行討論，並請提出討論結論：

- 1、虧損或業務緊縮之事由。
- 2、修正前就業服務法第四十一條之禁止規定。
- 3、工會法第三十五條第一項關於解僱之規定。
- 4、勞資爭議處理法第七條之規定。
- 5、業務性質變更之情事？
- 6、雇主是否應表明解雇事由？
- 7、何謂勞基法第十一條第五款之工作確不能勝任？

## (二) 角色扮演

由同學分為兩組，各自扮演資方與勞方，以大量解僱之情形扮演，推演二者之間之關係。

## (三) 問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 1、虧損或業務緊縮之事由。
- 2、修正前就業服務法第四十一條之禁止規定。
- 3、工會法第三十五條第一項關於解僱之規定。
- 4、勞資爭議處理法第七條之規定。
- 5、業務性質變更之情事？
- 6、雇主是否應表明解雇事由？
- 7、何謂勞基法第十一條第五款之工作確不能勝任？

## (四) 引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- (一) 虧損或業務緊縮之事由。
- (二) 修正前就業服務法第四十一條之禁止規定。

- (三) 工會法第三十五條第一項關於解僱之規定。
- (四) 勞資爭議處理法第七條之規定。
- (五) 業務性質變更之情事？
- (六) 雇主是否應表明解雇事由？
- (七) 何謂勞基法第十一條第五款之工作確不能勝任？

## 二、考題設計

以下為所擬提供參考之考題：

- (一) 虧損或業務緊縮之事由。
- (二) 修正前就業服務法第四十一條之禁止規定。
- (三) 工會法第三十五條第一項關於解僱之規定。
- (四) 勞資爭議處理法第七條之規定。
- (五) 業務性質變更之情事？
- (六) 雇主是否應表明解雇事由？
- (七) 何謂勞基法第十一條第五款之工作確不能勝任？

## 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

### 一、中文書籍

- 1、陳繼盛，勞資關係，一九八一年。
- 2、黃越欽，勞動法新論，二〇〇一年，初版二刷。
- 3、羅傳賢，立法程序與技術，一九九一年二版，一刷。
- 4、劉志鵬，勞動法解讀，一九九七年，一版三刷。
- 5、黃程貫，勞動法，一九九六，初版。
- 6、林豐賓，勞動基準法論，二〇〇〇年，修訂二版一刷。
- 7、黃越欽，勞動法新論，二〇〇一年，初版二刷。
- 8、王澤鑑，法律思維與民法實例，二〇〇一年，初版五刷。

- 9、黃茂榮，法學方法與現代民法，二〇〇二年，增訂四版。
- 10、施啓揚，民法總則，二〇〇一年，增訂十版。
- 11、王澤鑑，債法原理(一)基本理論、債之發生，二〇〇一年。
- 12、王甲乙、楊建華、鄭建才，民事訴訟法新論，二〇〇二年。
- 13、黃建輝，法律漏洞、類推適用，1988年。
- 14、張登科，強制執行法，自刊，二〇〇一年。
- 15、楊與齡，強制執行法，自刊，一九九七一年。
- 16、林振賢，修正勞動基準法釋論，一九九九年，捷太出版社。
- 17、王澤鑑，民法學說與判例研究，第四冊。
- 18、劉春堂，民商法論文集(二)，民國七十九年。
- 19、耿雲卿，破產法釋義，一九九二年，五南書局。
- 20、陳計男，破產法論，自刊，一九八七年。
- 21、姚瑞光，民法物權論，自刊，一九九九年。
- 22、劉宗榮，民法概要，二〇〇一年，三民書局。
- 23、謝在全，民法物權論，自刊，一九九七年。
- 24、林豐賓，勞動基準法論，三民書局，二〇〇〇年。
- 25、柯木興，社會保險，中國社會保險學會，二〇〇二年。

## 二、中文論文

- 1、行政院勞工委員會當時曾委託政大勞工研究所張昌吉教授進行「關廠法立法之研究」，研究期間從一九九五年九月一日至一九九六年六月三十一日。

- 2、林武順，勞工法上解僱問題之研究，政治大學法律研究所碩士論文，一九八四年。
- 3、劉士豪，德國、奧地利與我國一般解僱保護之比較研究，政治大學勞工研究所碩士論文，一九九三年。
- 4、郭玲惠，大量解僱保護法制之初探—兼簡介德國之大量解僱保護，律師雜誌，282期，92年3月。
- 5、周兆昱，勞資會議決議法律效力之研究，月旦法學雜誌，第三十六期，一九九八年五月。
- 6、林佳和，大量解僱勞工保護的法政策選擇—行政權的管制介入與協商機制的雙重核心—，台灣勞工陣線協會舉辦「大量解僱勞工保護法」研討會，會議手冊，二〇〇三年十一月七日。
- 7、行政院勞工委員會「禁止事業單位董事長及實際負責人出國案件審查委員會」九十二年第二次會議紀錄，九十二年十一月二十一日。
- 8、劉士豪，「勞動關係中雇主受領遲延」，台灣勞動學會舉辦「2005 台灣勞動學學術研討會」論文集，2005年6月19日。
- 9、王惠玲，積欠工資墊償制度—國勝公司積欠工資事件案例探討，月旦法學雜誌，第二十四期，民國八十六年五月。
- 10、王惠玲，從積欠工資之爭議探討我國積欠工資墊償制度，勞資關係月刊，第十五卷第十期。
- 11、王惠玲，積欠工資墊償基金制度修正芻議，行政院勞工委員會舉辦「我國工資保護制度學術研討會」會議實錄，民國八十八年十一月三日。
- 12、鄭永裕，論勞工工資優先受償權之研究，一九九六年，文化勞工研究所碩士論文。
- 13、勞工保險局，九十年度積欠工資墊償基金提繳及墊償業務總報告，二〇〇二年三月。



14、勞工保險局，九十一年度積欠工資墊償基金提繳及墊償業務總報告，二〇〇三年二月。

15、郭玲惠，企業關廠或倒閉時，勞工權益之保障—以德國制度為例，中興法學第四十二期，民國八十六年。

### 三、外文資料

1、Hepple, European rules on dismissal law, Comparative labor law journal, Vol. 18, No. 2, 1997, PP ; Birk , Muchener Handbuch zum Arbeitsrecht , Band 1, 2000, § 19, Rn. 270 ff.

2、Bock, Zur Verfassungsmasigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG, DB 1988, S. 2204; Kraushaar, Ist die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Kündigungsschutz verfassungswidrig? AuR 1988, S. 137; Ramm, Arbeitsrecht und Kleinunternehmen, AuR 1991, 257.

3、Hueck/ v. Hoyningen-Huene, Kündigungsschutzgesetz, 11. Aufl. 1992. §23, Rn.19.

4、Herschel/ Lowisch, Kommetar zum Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl. 1984, § 23, Rn. 2; Trieschmann, Ungleichbehandlung im gesetzlichen Arbeitsvertragsrecht, Festschrift für Herschel, 1982, S. 454ff.

5、BetrVG vom 27. 1. 1998, NZA 1998, 496.

6、Daubler, Arbeitsrecht, Rargeber für Beruf, Praxis und Studium, 2. Aufl. Rn. 818ff.

7、Berkowsky , Muchener Handbuch zum Arbeitsrecht , Band 2, 2000, § 132, Rn. 49 ff.

8、Hueck/ v. Hoyningen-Huene, Kündigungsschutzgesetz, 11. Aufl. 1992. Vorb. Zu §§17 ff., Rn.19.

9、Berkowsky , Muchener Handbuch zum Arbeitsrecht , Band 2, 2000, § 156, Rn. 44 ff.

10、Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 198

11、Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 202

12、Liu, Die arbeitsrechtliche Diskriminierung durch Arbeitnehmer, 2002, S. 46ff.; Riesenhuber, Die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern, JZ, 1999, S. 711ff.

- 13 · Canaris, Die Feststellung von Lucken im Gesetz, 2. Aufl. 1983
- 14 · Larenz/ Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 85.
- 15 · Brox/ Ruthers, Arbeitsrecht, 1995, Rn. 128; Hueck/ Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. 1, 1963, S. 378 f; Nikisch, Arbeitsrecht I, 1961, S. 445.; Sollner, Grundris des Arbeitsrechts, 1990, S. 266 f., Zollner/ Loritz, Arbeitsrecht, 1998, S. 202.
- 16 · Mentzel/ Kuhn/ Uhlenbruck, Kommentar zur Konkursordnung, 1979, § 61, Rn. 8.
- 17 · RegE des 3. AFG – Änderungsgesetz, BT- Druck, 7/ 1750, S. 10; fruheren Rechten  
參見 Eckert, BlStSozArbR, 1974, 241.
- 18 · Daubler, Arbeitsrecht – Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, , 2. Aufl. 1999, Rn. 992; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht / Peters – Lange, § 77, 2. Auflage, 2000 Rn. 1; Preis, Arbeitsrecht, 1. Auflage, 1999, S. 313 f.; BMAS- Halbach, Arbeitsrecht, Übersicht über das Arbeitsrecht, 8 Auflage, 2000.
- 19 · Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht / Peters – Lange, § 77, 2. Auflage, 2000 Rn. 1ff.; Krummel/ Lungerich, Arbeitsrechtslexikon, 1997, S. 227f..
- 20 · Heinze, Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, NZA 1999, 63.

## 第七單元：勞動保護法及勞工保險法

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

我國的勞工保險制度可以說是我國社會保險制度中發展最久的制度之一，在全民健康保險實施以前，是涵蓋範圍最廣的社會保險，其重要性不言而喻。其實早在 1943 年間，國民政府的社會部為安定鹽工生活，增進工作效率，曾在中國大陸川北各鹽區分別設置鹽工保險社，制定川北區各鹽場鹽工保險暫行方法，此項方法已具有社會保險的雛型，對我國日後正式辦理強制性社會保險的推動亦頗具貢獻<sup>393</sup>。自從 1947 年中華民國憲法公布實施後，已將社會安全列為基本國策之一，又以社會保險為社會安全的主要基礎，憲法第 155 條明文規定，「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度」，但時值中國國共內戰，社會保險制度始終無法在中國大陸正式辦理，直至 1949 年國民政府進入台灣後，一方面為穩定民心，另一方面也希望漸進施行憲政，於是在 1950 年 3 月在台灣省開辦勞工保險，為我國正式實施強制性社會保險的濫觴。

勞工保險是一特別團體保險，基於互助共濟的原則下，應用保險技術，採用強制方式，集合多數人及配合政府的經濟力量，對於多數勞工遭遇到生、老、病、死、傷、殘及失業等事故時，提供保險給付，本人或家屬均可領取勞工保險給付，獲得經濟上的幫助，以減少所得的損失，或接受醫療服務，使其迅速恢復身體的健康，早日重返工作崗位，以增加生產，繁榮經濟。也是保障經濟安全為目的之一種社會保險制度<sup>394</sup>。

#### 二、現行法規範狀況

勞工保險制度於台灣可分三個時期。初期於中央並未立法，僅由台灣省政府於 1950 年 3 月起在台創辦勞工保險；1951 年 9 月復辦職業工人保險；1953 年 3 月增辦漁民保險；1956 年 7 月兼辦蔗農保險，同時開辦勞保住院診療。這段時間屬草創時期，由臺灣省政府以摸索嘗試的方式推行勞工保險。

第二個時期是中央開始立法制定勞工保險條例至全民健康保險法實施。1958 年 7 月中央制定公布勞工保險條例，1960 年 4 月 16 日奉准實施；1968 年 7 月首次修正勞保條例，1970 年 1 月起奉准在台閩地區實施，並增辦門診醫療；1983 年 4 月再次修正勞保條例部分條文；1979 年 2 月 19 日第三次修正公布；1988

<sup>393</sup> 劉見祥，我國勞工保險制度之研究，中國社會保險學會，頁 12-14，1981 年；柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 417，2002 年。

<sup>394</sup> 柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 419-420，2002 年。

年 2 月 3 日第四次修正公布。1995 年為配合全民健康保險法的實施，勞保普通事故保險醫療給付業務劃歸全民健康保險體系，因此修正相關規定而提出勞工保險條例修正草案，經行政院於 1994 年 6 月 25 日送請立法院審議，並於 1995 年 2 月 28 日總統令修正公布。這段時間奠定了勞工保險制度的宏模，並不斷擴大保險適用範圍，甚至有學者認為有保險「福利化」的情形<sup>395</sup>；特別是醫療保險的部分，對於一般人民缺乏全民醫療保險或公醫制度的年代，承擔著相當大的社會政策任務。直至全民健保開辦後，勞工保險免除了普通事故的醫療給付，至於職業災害的醫療給付均由特約醫院於提出醫療實務給付後再向勞工保險局請求支付，讓被保險人減輕許多繁瑣的申請手續。此外這個時期由於精省的關係，勞工保險局也由地方轉隸中央。

第三個時期，從 1996 年之後，勞工保險條例陸續有部份條文修正，分別於 2000 年 7 月 19 日修正公布第 4、15、67 至 69 條條文，2001 年 12 月 19 日修正公布第 12、58 條條文，2003 年 1 月 20 日修正公布第 29、67 條條文，同年旋於 1 月 29 日修正公布第 10、13、28、72 條條文；並增訂第 14 條之 1、14 條之 2、20 條之 1、42 條之 1 條條文。這個時期國內經濟發生景氣循環問題，因此失業給付的問題浮上檯面，由於勞工保險條例中普通事故的失業給付規定在第 74 條：「失業保險之保險費率、實施地區、時間及辦法，由行政院以命令定之。」但行政院一直未公布相關命令，直至 1998 年 12 月 24 日行政院才通過勞工委員會所提「勞工保險失業給付實施辦法」，並於同月 28 日發布，於民國 1999 年 1 月 1 日實施。嗣後政府為順應社會各界的反應，乃適度擴大失業給付對象，放寬自願性失業給付範圍，調整給付標準及簡化給付標準等，而研擬勞工保險失業給付實施辦法修正草案，於同年 6 月 10 日送請行政院審議，並經行政院發布，於同年 8 月 1 日實施。嗣鑒於當時勞工失業率居高不下，為解決失業勞工的經濟生活保障，政府乃研擬放寬失業給付的適用對象及期間等相關給付措施及條件，重新提出修正草案，並經行政院於 2000 年 12 月 30 日公布，於 2001 年 1 月 1 日付諸實施<sup>396</sup>。不過 2002 年 4 月 25 日立法院三讀通過就業保險法，使失業給付有了獨立的法源依據行政院將配合勞保條例相關條文的修正擇期施行。同一時其另外一個勞工保險的相關法規是 2001 年 10 月 11 日立法院三讀通過的職業災害勞工保護法，同月 31 日總統令公布，並於 2002 年 4 月 28 日，即工殤日起施行；該法兼具社會保險及社會福利兩種法律的性質(詳如下述)，為保護受職業災害的勞工邁向新的里程。

<sup>395</sup> 參見鍾秉正，社會保險法論，三民書局，頁 175,176，2005 年。

<sup>396</sup> 柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 421，2002 年。

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### (一) 我國現行勞工保險條例的內容

##### 1、保險人及監理機關

###### (1) 勞工保險局

###### (1-1) 組織

依照現行勞工保險條例第 5 條第 1 項規定，中央主管機關(也就是行政院勞工委員會)，設勞工保險局為勞工保險的保險人。勞工保險人是執行勞工保險業務的機構，負責全國勞工保險業務，辦理承保、收受保險費與核發保險給付等事宜。但我國最早期並未設置勞工保險局。民國 1950 年勞工保險初創時，其保險業務是委由臺灣人壽保險公司專設「勞工保險部」承辦。直到至民國 47 年中央立法後，乃於民國 1960 年 4 月 16 日正式成立「臺灣省勞工保險局」，專責辦理勞工保險業務，其主管機關明定為兩級，在中央為內政部，在省(市)為省(市)社會處(局)，至於業務、財務及爭議事項等之監理審議等，則由「勞工保險監理委員會」司其職。民國 1968 年，勞工保險條例第一次修正，行政院隨之修正施行細則，勞工保險擴大其實施區域至福建省(金門、馬祖)及台北市，因此臺灣省勞工保險局乃改名為「臺閩地區勞工保險局」。民國 1979 年第三次修正勞工保險條例時，規定勞工保險之主管機關在中央為內政部，在省(市)為省(市)政府，台閩地區勞工保險局改為省政府之二級機構，與各廳處之地位平行。民國 77 年第四次修正勞工保險條例時，由於中央已成立勞工委員會，故中央主管機關改為行政院勞工委員會，在省(市)則仍為省(市)政府。可是精省之後，台灣省政府虛級化，民國 1995 年第五次修正勞工保險條例，將原有委託地方辦理勞保業務之文字刪除，「勞工保險局組織條例」並於民國 1995 年 11 月 8 日公布施行，台閩地區勞工保險局於民國 1996 年 7 月 1 日起改隸行政院勞工委員會，並正式更名為「勞工保險局」<sup>397</sup>。

有關勞工保險局的組織，該局設置一名總經理，承中央勞工行政主管機關(也就是行政院勞工委員會)之命，綜理局務；另外置副總經理二人，輔助總經理處理局務<sup>398</sup>。其下有一、承保處。二、給付處。三、財務處。四、企劃室。五、資

<sup>397</sup> 參考勞工保險條例第 5 條第 1 項，勞工保險局組織條例第 1 條。另見勞工保險局網站 <http://www.bli.gov.tw/sub.asp?a=0000103>，點閱日期：2007.9.18。

<sup>398</sup> 勞工保險局組織條例第 2 條。

訊室。六、稽核室。七、秘書室<sup>399</sup>。此外除了人事、會計及政風之外<sup>400</sup>，相關承辦處有：受託業務處、勞工退休金業務處、積欠工資墊償室、職業災害勞工保護室<sup>401</sup>。為管理地方業務，目前由勞工保險局(於民國八十五年七月一日起)，全國設北中南區三個管理中心及全國二十一個地方辦事處。正式員工及約聘僱人員達二千多人，其組織非常龐大。<sup>402</sup>

## (1-2) 掌理業務

我國勞工保險局除了依勞工保險條例第 5 條第 1 項負責辦理勞工保險業務之外，還負擔其他受託業務。由於勞工保險局是我國最有經驗的社會保險機構，因此在其他社會保險機構尚未建立之前，勞保局承擔相當多勞工保險條例以外的任務。比如：農民健康保險條例第四條就規定：「農保本保險由中央主管機關設立之中央社會保險局為保險人。在中央社會保險局未設立前，業務暫委託勞工保險局辦理，並為保險人。」還有積欠工資墊償業務：依據勞動基準法第 28 條第 5 項規定，積欠工資墊償基金，由中央主管機關設管理委員會管理之。基金之收繳有關業務，得由中央主管機關，委託勞工保險機構辦理之。目前勞保局設置積欠工資墊償室，專門處理該業務。勞工退休金條例第 5 條也規定：「勞工退休金之收支、保管、滯納金之加徵、罰鍰處分及其強制執行等業務，由中央主管機關委任勞工保險局(以下稱勞保局)辦理之。」此外依照國民年金法第四條規定：「本保險之業務由中央主管機關委託勞工保險局辦理，並為保險人。」目前國民年金法雖然已經公布，但於 97 年 10 月 1 日起施行<sup>403</sup>。

## (2) 勞工保險監理委員會

### (2-1) 組織

為監督勞工保險業務及審議保險爭議事項，依勞工保險條例第五條規定應設置勞工保險監理委員會。其主要功能在協調勞資雙方與政府及專家的意見來監督勞保業務，共同保障勞工權益，安定勞工生活。其組成，有主任委員一人及委員十六人，除主任委員外，其名額分配如左：

- 一、專家四人，其中三人為專任。
- 二、勞方代表六人。
- 三、資方代表四人。
- 四、政府代表二人。

<sup>399</sup> 勞工保險局組織條例第 3 條。

<sup>400</sup> 勞工保險局組織條例第 13,14,15 條。

<sup>401</sup> 受託業務處之設置，參見勞工保險局組織條例第 20 條。

<sup>402</sup> 勞保局現行組織概況，可參見勞工保險局組織表 <http://www.bli.gov.tw/sub.asp?a=0004407>，點閱日期：2007.9.18。

<sup>403</sup> 國民年金法第 59 條。

有關前上述之專家擔任委員者，係由中央勞工行政主管機關遴聘財務專家二人、社會保險及法律專家各一人擔任之，其餘委員分別洽請有關機關團體遴送中央勞工行政主管機關核定聘任。

## (2-2) 掌理事項

根據勞工保險監理委員會組織條例第五條規定，該會掌理事項如下：

- 一、保險年度計畫及年度總報告之審議事項。
- 二、保險年度預算，決算之審議事項。
- 三、保險基金保管之審核及其運用之審議事項。
- 四、保險業務之檢查及考核事項。
- 五、保險重要業務之審議事項。
- 六、保險財務帳務之檢查及考核事項。
- 七、保險爭議之審議事項。
- 八、保險法規及業務興革之研究建議審議事項。
- 九、其他有關保險業務監理事項。

該監理會執行前項規定掌理事項時，除第七款爭議審議審定書由主任委員逕予核定外，其他各款經決議事項，報請中央勞工行政主管機關核辦或函請勞工保險局辦理。

## 2、被保險人

勞工保險是一種團體保險，依照現行勞保條例規定，年滿十五歲以上，六十歲以下的下列勞工，均應以其雇主或所屬團體或機構為投保單位，全部參加勞工保險為被保險人<sup>404</sup>。根據統計，截至民國 96 年 7 月底止，參加勞保的投保單位數約計 465,975 個，被保險人數約 8,750,165 人<sup>405</sup>。唯被保險對象分為強制納保、自願加保及特殊情形之繼續加保三種。

### (1) 強制保險之被保險人

依據現行勞工保險條例第六條第二項規定，下列八種類別的員工應強制加保：

- 1、受僱於僱用勞工五人以上之公、民營工廠、礦場、鹽場、農場、牧場、林場、

<sup>404</sup> 參見勞工保險條例第 6 條第 1 項。

<sup>405</sup> 行政院勞工委員會統計資料，網址 <http://statdb.cla.gov.tw/statis/webproxy.aspx?sys=100>，查詢日期 2007.10.6。

- 茶場之產業勞工及交通、公用事業之員工。
- 2、受僱於僱用五人以上公司、行號之員工。
  - 3、受僱於僱用五人以上之新聞、文化、公益及合作事業之員工。
  - 4、依法不得參加公務人員保險或私立學校教職員保險之政府機關及公、私立學校之員工。
  - 5、受僱從事漁業生產之勞動者。
  - 6、在政府登記有案之職業訓練機構接受訓練者。
  - 7、無一定雇主或自營作業而參加職業工會者。
  - 8、無一定雇主或自營作業而參加漁會之甲類會員。

另外如於經主管機關認定其工作性質及環境無礙身心健康之未滿十五歲勞工也應強制加入勞工保險<sup>406</sup>；其次，依照現行規定於我國領域內的在職外國籍員工如果符合上述強制加保的類別，也應加保<sup>407</sup>。上述第 1,2,3 款五人以上之事業若在投保之初，勞工人數符合五人以上標準，但日後僱用人數不達五人時，該等透過事業單位投保之勞工不影響其繼續加保義務<sup>408</sup>。

對於上述納保的範圍中，有學者認為將參加職業工會或漁會的「自作營業者」強制納入勞工保險中，甚至於政府在保費的補助上也較一般勞工優惠<sup>409</sup>，批評為違反平等原則<sup>410</sup>。此一似乎不合理的情形有其歷史之因素，由於我國社會保險初期並非以全民為保險對象，而是團體保險，當時也只有軍公教及勞工保險。當時社會保險的強制納保對象皆以在職為要件，並無如德國以家庭為對象的家庭保險(Familienversicherung)<sup>411</sup>，也沒有今天像以全民為保險對象的全民健康保險，因此當時多數國民無法享有社會保險。我國早期的社會保險本身即具有濃厚的福利傾向，政府不僅補助保費，依法甚至還要負責保險財務的虧損<sup>412</sup>，所以此一鼓勵勞工藉由職業工會加保的途徑，含有儘量將保險的對象加以擴大，更何況就這些自作營業者的工作性質而言，確實也有保護需求<sup>413</sup>，或可在未來調整政府對該等自作營業者的保費補助，以達到公平合理之原則。

## (2) 自願參加之被保險人

<sup>406</sup> 參見勞工保險條例第 6 條第 2 項。

<sup>407</sup> 參見勞工保險條例第 6 條第 3 項。

<sup>408</sup> 參見勞工保險條例第 7 條。

<sup>409</sup> 因為一般勞工的保費，由政府補助 20%；透過職業工會加保的自作營業者，由政府補助 40%；而透過漁會加保的自作營業者，甚至由政府補助 80%。

<sup>410</sup> 參見郭明政，社會安全制度與社會法，自刊，頁 156 以下，1997 年。

<sup>411</sup> 德國家庭保險制度部分參見德國社會保險法典第 5 編法定疾病保險(Gesetzliche Krankenversicherung)第 10 條，另見 Schmidt, Sozialrecht 2- Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., 2005, S. 266; Einchenhofer, Sozialrecht, 3. Aufl., 2000, Rn. 359; W. Gitter/ J. Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl., 2001, S. 53ff.

<sup>412</sup> 見勞工保險條例第 6 條第 1 項。

<sup>413</sup> 鍾秉正，社會保險法論，三民書局，頁 176，2005 年。



勞工保險是一強制性的團體保險，所以原則上應該適用範圍的勞工應全部強制納保，但是勞工保險條例還規定自願投保的對象，依據勞工保險條例第八條規定：上述各業以外的勞工，以及僱用未滿五人者的員工、實際從事勞動的雇主、和參加海員總工會或船長公會為會員的外僱船員，自願參加勞工保險者，得比照辦理，但於參加保險後，非依勞工保險條例規定，不得中途退保。

### (3) 繼續加保之特殊情形

凡應徵召服役者、派遣出國考察、研習或提供服務者、因傷病請假致留職停薪訂有期限者(普通傷病未超過一年，職業災害未超過二年)者、在職勞工年逾六十歲繼續工作者，或因案停職或被羈押未經法院判決確定者，均得繼續參加勞工保險<sup>414</sup>。此外，被保險人參加保險，年資合計滿十五年，被裁減資遣而自願繼續參加勞工保險者，由原投保單位為其辦理參加普通事故保險，至符合請領老年給付之日止<sup>415</sup>。

## 3、投保單位

勞工投保勞工保險，在我國並非以勞工個人直接向勞工保險局投保，而是透過投保單位，如果勞工是有一定雇主者應以其雇主為投保單位；如果勞工無一定雇主者應以其所屬團體或所屬機構為投保單位，一般而言是由職業工會及漁會等團體為投保單位。不過，投保手續及其他有關保險事務，投保單位得委託其所隸屬團體或勞工團體辦理<sup>416</sup>。

投保單位有相當多的義務要履行。首先是各投保單位應為其所屬勞工，辦理投保手續及其他有關保險事務，並備僱用員工或會員名冊。此等表冊，投保單位應自被保險人離職、退會或結(退)訓之日起保存五年。勞工保險局為查核投保單位勞工人數、工作情況及薪資，必要時，得查對其員工或會員名冊、出勤工作紀錄及薪資帳冊。<sup>417</sup>。其次，符合勞工保險條例第六條規定之勞工，各投保單位應於其所屬勞工到職、入會、到訓、離職、退會、結訓之當日，列表通知保險人；其保險效力之開始或停止，均自應為通知之當日起算。但投保單位非於勞工到職、入會、到訓之當日列表通知保險人者，其保險效力之開始，均自通知之翌日起算。

如果投保單位違反上述義務，則勞工保險條例第七十二條規定負其民事上的責任或受行政法上之處罰：其一、是投保單位不依本條例之規定辦理保險手續者，按自僱用之日起，至參加保險之日止應負擔之保險費金額，處以二倍罰鍰。勞工因此所受之損失，並應由投保單位依本條例規定之給付標準賠償之。其二、

<sup>414</sup> 見勞工保險條例第9條。

<sup>415</sup> 見勞工保險條例第9條之1。

<sup>416</sup> 勞工保險條例第10條第2項。

<sup>417</sup> 勞工保險條例第10條。

投保單位違背本條例規定，將投保薪資金額以多報少或以少報多者，自事實發生之日起，按其短報或多報之保險費金額，處以二倍罰鍰，並追繳其溢領給付金額。勞工因此所受損失，應由投保單位賠償之。其三投保單位於保險人依第十條第三項規定為查對時，拒不出示，或違反同條第四項規定者，處以二千元以上六千元以下罰鍰。投保單位經依第十七條第一項規定加徵滯納金至應納費額一倍後，其應繳之保險費仍未向保險人繳納者，應按其應繳保險費之金額，處以三倍罰鍰。

#### 4、保險費

社會保險制度中的保險費是支付保險給付的最重要財源<sup>418</sup>。通常由被保險人預先繳納一部分費用，費用中雇主也可能有負擔部分或全部，也可能由國家提供補助，共同形成保險費之來源，作為支應未來保險給付的準備<sup>419</sup>。作為社會保險之一的勞工保險也是如此，勞工保險費的計算是以下列公式：

$$(\text{月或日})\text{投保薪資} \times \text{保險費率} \times \text{保險期間} = \text{保險費}$$

其中投保薪資，必須依照行政院勞工委員會所公告的投保薪資分級表投保；保險費率部分則分普通事故費率及職業災害事故費率；然而依據相關規定，被保險人、雇主及政府就保險費各有分擔比例，詳如下述：

##### (1) 投保薪資

投保薪資通常以月計算，係指由投保單位按被保險人之月薪資總額，依投保薪資分級表之規定，向保險人申報之薪資稱為月投保薪資；因為勞工工作時間通常超過一個月，不過未達一個月者也有以日投保薪資計算是。被保險人薪資以件計算者，其月投保薪資，以由投保單位比照同一工作等級勞工之月薪資總額，按分級表之規定申報者為準。被保險人為勞工保險條例第六條第一項第七款、第八款及第八條第一項第四款規定之勞工，其月投保薪資由保險人就投保薪資分級表範圍內擬訂，報請中央主管機關核定適用之。被保險人為薪資，如在當年二月至七月調整時，投保單位應於當年八月底前將調整後之月投保薪資通知保險人；如在當年八月至次年一月調整時，應於次年二月底前通知保險人。其調整均自通知之次月一日生效<sup>420</sup>。

投保時必須依照行政院勞工委員會所公告的投保薪資分級表(參見表一：勞工保險投保薪資分級表)，由於今年(96 年)中行政院勞工委員會配合新調整的基

<sup>418</sup> Muckel, Sozialrecht, 1. Aufl., 2003, § 7, Rn. 56; Einchenhofer, Sozialrecht, 3. Aufl., 2000, Rn. 359; 柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 379，2002 年；曾妙慧，社會安全與社會保險，華泰文化事業公司，頁 56，2002 年。

<sup>419</sup> Muckel, Sozialrecht, 1. Aufl., 2003, § 7, Rn. 56; 柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 379，2002 年。

<sup>420</sup> 勞工保險條例第 14 條。

本工資，新公告的分級表共分二十二級，目前將第一級的月投保薪資訂為新台幣 17,280 元，與現行基本工資相同，最高的第二十二級訂為新台幣 43,900 元。此外受職業訓練、童工及部分工作時間者，因其性質特殊，若其工資未達基本工資者可低於第一級之標準投保。職業訓練機構受訓者及童工之薪資報酬未達基本工資者，其月投保薪資分 12,105 元（12,105 元以下者）、12,300 元（12,106 元至 12,300 元）、13,500 元（12,301 元至 13,500 元）、15,840 元（13,501 元至 15,840 元）及 16,500 元（15,841 元至 16,500 元）五級，其餘年滿十六歲以上被保險人之月投保薪資，應依本表所適用之等級覈實申報。至於部分工時勞工保險被保險人之薪資報酬未達基本工資者，其月投保薪資下限為 11,100 元，其薪資總額超過 11,100 元者，應依前述規定照實申報。

表一、勞工保險投保薪資分級表

勞工保險投保薪資分級表				中華民國 九十六年 六月二十五 日行政院勞 工委員會勞 保 2 字第 0960140278 號 令修正發 布，自九十六 年七月一日 施行
投 保薪 資 等級	月 薪 資 總 額 (實物給付應折現金 計算)	月投保 薪資	日 投 保薪資	

第 1級	17,280元以下	17,2 00元	576 元
第 2級	17,281元至17,400元	17,4 00元	580 元
第 3級	17,401元至18,300元	18,3 00元	610 元
第 4級	18,301元至19,200元	19,2 00元	640 元
第 5級	19,201元至20,100元	20,1 00元	670 元
第 6級	20,101元至21,000元	21,0 00元	700 元
第 7級	21,001元至21,900元	21,9 00元	730 元
第 8級	21,901元至22,800元	22,8 00元	760 元
第 9級	22,801元至24,000元	24,0 00元	800 元
第 10級	24,001元至25,200元	25,2 00元	840 元
第 11級	25,201元至26,400元	26,4 00元	880 元
第 12級	26,401元至27,600元	27,6 00元	920 元
第 13級	27,601元至28,800元	28,8 00元	960 元
第 14級	28,801元至30,300元	30,3 00元	1,010 元
第 15級	30,301元至31,800元	31,8 00元	1,060 元
第 16級	31,801元至33,300元	33,3 00元	1,110 元
第 17級	33,301元至34,800元	34,8 00元	1,160 元
第 18級	34,801元至36,300元	36,3 00元	1,210 元
第 19級	36,301元至38,200元	38,2 00元	1,270 元
第 20級	38,201元至40,100元	40,1 00元	1,330 元
第 21級	40,101元至42,000元	42,0 00元	1,400 元
第 22級	42,001元以上	43,9 00元	1,460 元

備 註	<p>一、職業訓練機構受訓者及童工之薪資報酬未達基本工資者，其月投保薪資分 12,105 元（12,105 元以下者）、12,300 元（12,106 元至 12,300 元）、13,500 元（12,301 元至 13,500 元）、15,840 元（13,501 元至 15,840 元）及 16,500 元（15,841 元至 16,500 元）五級，其餘年滿十六歲以上被保險人之月投保薪資，應依本表所適用之等級覈實申報。</p> <p>二、部分工時勞工保險被保險人之薪資報酬未達基本工資者，其月投保薪資下限為 11,100 元，其薪資總額超過 11,100 元者，應依前項規定覈實申報。</p> <p>三、本表日投保薪資金額以元為單位，角以下四捨五入。</p>
--------	--

## （2）保險費率

勞工保險分普通事故保險及職業災害保險兩類保險費率，均採彈性費率制<sup>421</sup>，分述如下：

### （2-1）普通事故保險費率

依照勞工保險條例第 13 條第 1 項規定，勞工保險之普通事故保險費率，其中普通事故保險採綜合保險費率制，包括生育、傷病、殘廢、死亡及老年等五種現金給付所需費用在內<sup>422</sup>。由中央主管機關按被保險人當月之月投保薪資 6.5% 至 11% 擬訂，報請行政院核定之。現行費率為 6.5%，奉核定自 84 年 3 月 2 日起施行至今。但由於自 1999 年 1 月 1 日起，實施勞工保險失業給付，依照勞工保險失業給付實施辦法第 3 條規定，失業給付之保險費率，為被保險人當月之月投保薪資 1%，並自普通事故保險費率 6.5% 內調整提撥。不適用失業給付之被保險人，自本辦法施行日起，其普通事故保險費率按失業給付保險費率調降之，亦即職業工會及漁會之會員因不適用失業給付，其普通事故保險費率按 5.5% 計收。又自 92 年 1 月 1 日起實施之就業保險法（原勞工保險失業給付實施辦法同時廢止）依該法第 41 條第 2 項規定及行政院 91 年 12 月 27 日院臺勞字第 0910061906 號函核定，自就業保險法施行之日起，被保險人之勞工保險普通事故保險費率應按被保險人當月之月投保薪資 1% 調降之，亦即就業保險法實施後，勞工保險普通事

<sup>421</sup> 柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 425，2002 年。

<sup>422</sup> 柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 425，2002 年。

故保險費率調降為 5.5%。<sup>423</sup>

## (2-2) 職業災害保險費率

由於職業災害保險包括傷病、醫療、殘廢及死亡等四種給付在內，職業災害保險費率也是綜合費率，依照勞工保險條例第 13 條第 2 及第 3 項規定，職業災害保險費率，按被保險人當月之月投保薪資，依職業災害保險適用行業別及費率表（參見下表二）之規定辦理。前項職業災害保險適用行業別及費率表，由中央主管機關擬訂，報請行政院核定，並至少每 3 年調整 1 次，俾能按各業危險事故發生率及最近三年間職業災害給付實績等因素，重新加以精算，以符合實際。<sup>424</sup>現行的「勞工保險職業災害保險適用行業別及費率表」（參見表二）係行政院勞工委員會 93 年 11 月 10 日勞保 3 字第 0930053553 號令修正發布，並自 94 年 1 月 1 日起實施。計編列為 61 種行業費率，最低為金融、保險業的 0.06%，最高為煤礦業的 3.0%。

表二、**勞工保險職業災害保險適用行業別及費率表**

行業分類			保 險 費 率 (%)
大分 類	編 號	行業類別	
農、 林、漁、 牧業	一	農業及畜牧業	0.30
	二	林業	1.32
	三	伐木業	2.21
	四	遠洋漁業及海面養殖業	1.19
	五	其他漁業（遠洋漁業及海面養殖業除外）	0.18
礦業 及土石採 取業	六	煤礦業	3.00
	七	石油、天然氣及地熱礦業	1.51
	八	金屬礦業與非金屬礦業 (鹽業除外)	2.82
	九	土石採取業	1.77
	十	鹽業	1.05
製造 業	一	食品製造業	0.22
	二	飲料及菸草製造業	0.44
	三	紡紗業、織布業、印染整 理業及其他紡織業	0.32

<sup>423</sup> 參見勞工保險局網站 <http://www.bli.gov.tw/sub.asp?a=0007551>，點閱日期：2007.9.18。

<sup>424</sup> 柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 425，2002 年。

四	一	不織布業及繩、纜、網、 氈、毯製造業	0.31
五	一	成衣、服飾品及其他紡織 製品製造業	0.11
六	一	皮革、毛皮及其製品製造 業	0.26
七	一	木竹製品、家具及裝設品 製造業	0.63
八	一	紙漿及造紙業	0.87
九	一	紙製品製造業	0.53
○	二	印刷及其輔助業	0.28
一	二	化學材料、化學製品、石 油及煤製品製造業	0.30
二	二	橡膠、塑膠及其製品製造 業	0.40
三	二	陶瓷製品、耐火材料、石 材製品及其他非金屬礦物製品 製造業	0.56
四	二	玻璃及其製品、水泥及其 製品製造業	0.63
五	二	鋼鐵基本工業	0.85
六	二	鋁、銅、鎂及其他金屬基 本工業	1.20
七	二	金屬製品製造業（機械設 備除外）	0.60
八	二	機械設備製造修配業	0.46
九	二	電力機械器材及設備製造 修配業、電腦通信及視聽電子 產品製造業、電子零組件製造 業	0.13
○	三	運輸工具製造修配業	0.45
	三	精密、光學、醫療器材及	0.20

	一	鐘錶製造業	
	三 二	其他工業製品製造業（珠寶、貴金屬製品、拉鍊、鈕扣及未分類其他工業製品製造業除外）	0.25
	三 三	珠寶、貴金屬製品、拉鍊、鈕扣及未分類其他工業製品製造業	0.15
水電 燃氣業	三 四	水電燃氣業	0.35
營造 業	三 五	土木工程業	0.48
	三 六	建築工程業	0.70
	三 七	機電、電信、電路及管道工程業	0.67
	三 八	建物裝修及裝潢業	0.64
	三 九	其他營造業	1.02
批發 業及零售 業	四 ○	批發業及零售業	0.18
住宿 及餐飲業	四 一	住宿及餐飲業	0.14
運 輸、倉儲 及通信業	四 二	陸上運輸業	0.45
	四 三	水上運輸業	1.43
	四 四	航空運輸業	0.48
	四 五	旅行業、報關業、船務代理業	0.20
	四 六	倉儲業、運輸輔助業、儲配運輸物流業（旅行業、報關業、船務代理業除外）	0.25
	四 七	電信業、郵政及快遞業	0.22



金融及保險業	四 八	金融業、保險業	0.06
不動產及租賃業	四 九	不動產業	0.1
	五 〇	租賃業	0.20
專業、科學及技術服務業	五 一	法律及會計服務業、建築及工程技術服務業、專門設計服務業、電腦系統設計服務業、資料處理及資訊供應服務業、顧問服務業、廣告業、其他專業、科學及技術服務業	0.10
	五 二	研究發展服務業	0.07
教育服務業	五 三	教育服務業	0.09
醫療保健及社會福利服務業	五 四	醫療保健服務業、社會福利服務業	0.09
文化、運動及休閒服務業	五 五	出版業、電影業、廣播電視業、藝文及運動服務業、圖書館及檔案保存業、博物館、歷史遺址及類似機構、休閒服務業	0.11
其他服務業	五 六	支援服務業	0.19
	五 七	環境衛生及污染防治服務業	0.46
	五 八	宗教、職業及類似組織	0.10
	五 九	維修服務業	0.20
	六 〇	未分類其他服務業	0.09
公共行政業	六 一	公共行政業	0.19

不過，於民國 1995 年修正公布的勞工保險條例第十三條第二項規定，對於僱用員工達一定人數以上的個別投保單位訂有實施實績費率制的條文規定。現依行政院勞工委員會發布的「勞工保險職業災害保險實績費率實施辦法」規定，自民國 1996 年 1 月 1 日起實施職業災害保險實績費率。而所謂實績費率係指僱用員工達一定人數以上投保單位(目前只規定對僱用員工達一百人以上的投保單位先行適用)，其職業災害保險費率，除依適用行業別及費率表的規定辦理外，並就其前三年職業災害保險給付總額，佔應繳職業災害保險費總額的比例高低，每年分別計算調整其職業災害保險費率。其前三年職業災害保險給付總額佔應繳職業災害保險費總額的比例超過百分之八十者，每增加百分之十者加收其適用行業的職業災害保險費率的百分之五，並以加收至百分之四十為限；其低於百分之七十者，每減少百分之十減收其適用行業的職業災害保險費率的百分之五，每年計算調整其職業災害保險費率<sup>425</sup>。

### (3) 保險費分擔比例

#### (3-1) 概說

社會保險的保險費應當如何分攤，這不僅是一個經濟問題，也是一個政治問題<sup>426</sup>。以勞工保險來說，照理勞工既然身為享受保障的對象，就應當自行負擔保險費，但是我國勞工退休金制度無論依勞動基準法或勞工退休金條例均由雇主負擔全數費用，從其脈絡來看，雇主於社會保險的保費負擔，似乎是我國向來的法律政策<sup>427</sup>。學者分析雇主負擔保費理由有以下幾點<sup>428</sup>：

- 1、雇主負擔保險費，本質上可視為為工資的一部分，因勞工的實得工資低，為使其免受生活上的威脅，確保勞動力及提高生產效率，雇主理應負擔因事故發生致所得損失的必要費用。
- 2、基於雇主責任及員工福利的觀念，雇主因未履行對勞工提供適當保護的義務，而使其遭受傷害損失時，雇主應負其責任。
- 3、由於勞動費用列入生產成本中，不僅包括勞工從事工作所支領的工資，且對其發生危險事故時的安全保障附加保費亦應列入在內。

基於前述理由，在世界各國的社會保險制度中，雇主都要分擔一部分的保費。雖然說雇主負擔部分保費已成為慣例，但究竟要負擔多少保費比例，又是一個難題。一般學者認為的理想情形是勞雇間平均分擔保費，如果是自營作業者原

<sup>425</sup> 勞工保險條例第 13 條第 2 項；柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 426，2002 年。

<sup>426</sup> 羅紀琮，健康保險財務制度，收錄於：楊志良編，健康保險，四版，頁 55，2003 年。

<sup>427</sup> 鍾秉正，社會保險法論，三民書局，頁 258-259，2005 年。

<sup>428</sup> 柯木興，社會保險，中國社會保險學會，頁 389-390，2002 年。

則上應自己負擔全部保費<sup>429</sup>。

此外像南韓和我國也由國家負擔部分保費，相對而言法國、德國及日本則不由國家負擔任何保費<sup>430</sup>。國家負擔保險費的理由，學者曾歸納以下幾點理由：

- 1、國家基於社會團結的原理，以及社會安定的目的，對於國民生活應當負有保護的責任。
- 2、勞資雙方所繳保險費不足以支應保險給付所需，因國家對勞工的健康與安全負有責任，故應予補助費用。
- 3、因給付標準提高後，勞資雙方無法負擔高費用時，為謀勞工福利，與國民所得分配效果，國家應補助部分費用，以補其不足。
- 4、由於國家負有促進安全衛生設施及改善生活條件的責任，故對不合安全衛生條件所引發的職災事故無法予以預防時，理應提供部分補償費用。
- 5、假若國家未實施社會保險制度，至少也應該對低收入者提供最低保障。換言之，國家對於社會保險所負擔的保費，至少亦應提撥相當於用之社會救助的預算。

從我國勞工保險的發展來看，學者另外分析有兩點理由來解釋<sup>431</sup>：為何我國要由國家來負擔保費？

- 1、早期社會保險性質是「重福利而輕保險」。在國民政府來臺之初，社會保險有很重要的目的是寵絡人心以及鞏固政權的手段而已，所以保費分擔比例大多偏向政府與資方。由於積習已久，此一責任一直到全民健康保險實施的時候，仍然無法擺脫。<sup>432</sup>
- 2、社會保險成為政府對勞工運動的「兩手策略」。礙於政治情勢，我國勞工運動始終未能成為氣候。而政府在限制勞工集體權利的同時，也提供勞工自付費率比較低的保險。甚至我國有關勞工的退休金政策，都是由政府主導且立法強制雇主提撥，而與外國是由勞資協議的情形不同，也應當是基於同一背景所產生的<sup>433</sup>。

### （3-2）法定分擔比例

根據勞工保險條例第十五條規定，勞工保險保險費之負擔，依左列規定計算之：

- 一、第六條第一項第一款至第六款及第八條第一項第一款至第三款規定之被保險

<sup>429</sup> 鍾秉正，社會保險法論，三民書局，頁 259，2005 年。

<sup>430</sup> 羅紀琮，健康保險財務制度，收錄於：楊志良編，健康保險，四版，頁 56 以下，2003 年。

<sup>431</sup> 鍾秉正，社會保險法論，三民書局，頁 251，2005 年。

<sup>432</sup> 鍾秉正，社會保險法論，三民書局，頁 251，2005 年；吳凱勳，我國社會保險制度現況分析及整合問題，1993，頁 112。

<sup>433</sup> 鍾秉正，社會保險法論，三民書局，頁 251，2005 年。

人，其普通事故保險費由被保險人負擔百分之二十，投保單位負擔百分之七十，其餘百分之十，在省，由中央政府全額補助，在直轄市，由中央政府補助百分之五，直轄市政府補助百分之五；職業災害保險費全部由投保單位負擔。

二、第六條第一項第七款規定之被保險人，其普通事故保險費及職業災害保險費，由被保險人負擔百分之六十，其餘百分之四十，在省，由中央政府補助，在直轄市，由直轄市政府補助。

三、第六條第一項第八款規定之被保險人，其普通事故保險費及職業災害保險費，由被保險人負擔百分之二十，其餘百分之八十，在省，由中央政府補助，在直轄市，由直轄市政府補助。

四、第八條第一項第四款規定之被保險人，其普通事故保險費及職業災害保險費，由被保險人負擔百分之八十，其餘百分之二十，在省，由中央政府補助，在直轄市，由直轄市政府補助。

五、第九條之一規定之被保險人，其保險費由被保險人負擔百分之八十，其餘百分之二十，在省，由中央政府補助，在直轄市，由直轄市政府補助。

因此可分為五類的被保險人，對於這些人的保險費分擔比例，分就普通事故保險費和職業災害保險費有所不同，可參考下列筆者所繪的「勞工保險費負擔比例表」(參見表三如下)。

**表三、勞工保險費負擔比例表(筆者自繪)**

被保險人類別	普通事故保險費		職業災害保險費	
	有一定雇主的各類被保險人	被保險人	20%	雇主
雇主		20%		
政府		10%		
無一定雇主的職業工人	被保險人	60%	被保險人	60%
	政府	40%	政府	40%
漁會甲類會員	被保險人	20%	被保險人	20%
	政府	80%	政府	80%
外僱船員	被保險人	80%	被保險人	80%
	政府	20%	政府	20%
被裁減資遣續保者	被保險人	80%	被保險人	80%
	政府	20%	政府	20%

有關勞工保險條例第十五條所規定政府負擔比例部分，涉及中央與地方政府之間的保費負擔分配比例發生過爭議<sup>434</sup>，由於台北市及高雄市為直轄市，無論是勞保或全民健康保險法之規定均需承擔所謂「政府負擔部分」的保費(負擔比例參見上述勞工保險條例第十五條及全民健保條例第二十七條<sup>435</sup>)，兩市，特別是台

<sup>434</sup> 參見行政院勞工委員會訴願決定書，勞訴字第 0920040450 號；另見蔡震榮，勞工保險補助款問題之探討，法學講座，26 期，2004 年 3 月，頁 17-28。

<sup>435</sup> 本保險保險費之負擔，依下列規定計算之：

一、第一類被保險人：

(一) 第八條第一項第一款第一目被保險人及其眷屬自付百分之三十，投保單位負擔百分之七十。但私立學校教職員之保險費，由被保險人及其眷屬自付百分之三十，學校負擔百分之三十五，中央或直轄市主管教育行政機關補助百分之三十五。

(二) 第八條第一項第一款第二目及第三目被保險人及其眷屬自付百分之三十，投保單位負擔百分之六十，其餘百分之十，在省，由中央政府補助；在直轄市，由中央政府補助百分之五，直轄市政府補助百分之五。

(三) 第八條第一項第一款第四目及第五目被保險人及其眷屬自付全額保險費。

北市認為有破壞憲法地方自治之精神，因此申請大法官會議解釋，大法官會議於大法官釋字第 550 號作解釋<sup>436</sup>。該解釋重點有三：一是社會保險事務之中央與地方垂職分工，二是社會保險事務之經費分擔是中央與地方均有義務，三是地方自治團體對於經費分擔立法程序之參加<sup>437</sup>。唯該解釋中未明示中央與地方政府未來對社會保險之保險費應分擔比例的計算基準，若要澈底解決，依學者之看法，計算的基準可能還是要由立法明確規定<sup>438</sup>。

## 4、保險給付

### (1) 保險事故之區分

二、第二類被保險人及其眷屬自付百分之六十，其餘百分之四十，在省，由中央政府補助；在直轄市，由直轄市政府補助。

三、第三類被保險人及其眷屬自付百分之三十，其餘百分之七十，在省，由中央政府補助百分之六十，縣(市)政府補助百分之十；在直轄市，由中央政府補助百分之四十，直轄市政府補助百分之三十。

四、第四類被保險人：

(一) 第八條第一項第四款第一目被保險人，由其所屬機關全額補助。

(二) 第八條第一項第四款第二目被保險人，由內政部全額補助。

五、第五類被保險人，在省，由中央社政主管機關補助百分之三十五，縣(市)政府補助百分之六十五；在直轄市，由直轄市政府全額補助。

六、第八條第一項第六款第一目之被保險人所應付之保險費，由行政院國軍退除役官兵輔導委員會補助；眷屬之保險費自付百分之三十，行政院國軍退除役官兵輔導委員會補助百分之七十。

七、第八條第一項第六款第二目之被保險人及其眷屬自付百分之六十，中央政府補助百分之四十。

<sup>436</sup> 釋字第 550 號之解釋文為「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度；國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度，憲法第一百五十五條、第一百五十七條分別定有明文。國家應推行全民健康保險，重視社會救助、福利服務、社會保險及醫療保健等社會福利工作，復為憲法增修條文第十條第五項、第八項所明定。國家推行全民健康保險之義務，係兼指中央與地方而言。又依憲法規定各地方自治團體有辦理衛生、慈善公益事項等照顧其行政區域內居民生活之義務，亦得經由全民健康保險之實施，而獲得部分實現。中華民國八十三年八月九日公布、八十四年三月一日施行之全民健康保險法，係中央立法並執行之事項。有關執行全民健康保險制度之行政經費，固應由中央負擔，本案爭執之同法第二十七條責由地方自治團體補助之保險費，非指實施全民健康保險法之執行費用，而係指保險對象獲取保障之對價，除由雇主負擔及中央補助部分保險費外，地方政府予以補助，符合憲法首開規定意旨。

地方自治團體受憲法制度保障，其施政所需之經費負擔乃涉及財政自主權之事項，固有法律保留原則之適用，但於不侵害其自主權核心領域之限度內，基於國家整體施政之需要，對地方負有協力義務之全民健康保險事項，中央依據法律使地方分擔保險費之補助，尚非憲法所不許。關於中央與地方辦理事項之財政責任分配，憲法並無明文。財政收支劃分法第三十七條第一項第一款雖規定，各級政府支出之劃分，由中央立法並執行者，歸中央負擔，固非專指執行事項之行政經費而言，惟法律於符合上開條件下，尚非不得為特別之規定，就此而言，全民健康保險法第二十七條即屬此種特別規定。至全民健康保險法該條所定之補助各類被保險人保險費之比例屬於立法裁量事項，除顯有不當者外，不生抵觸憲法之問題。法律之實施須由地方負擔經費者，如本案所涉全民健康保險法第二十七條第一款第一、二目及第二、三、五款關於保險費補助比例之規定，於制定過程中應予地方政府充分之參與。行政主管機關草擬此類法律，應與地方政府協商，以避免有片面決策可能造成之不合理情形，並就法案實施所需財源事前妥為規劃；立法機關於修訂相關法律時，應予地方政府人員列席此類立法程序表示意見之機會。」

<sup>437</sup> 參見劉宗德，直轄市負擔全民健康保險暨勞工保險補助款之計算基準及其相關法律問題，台灣本土法學雜誌，第 77 期，2005 年 12 月，頁 78-104，特別是頁 86-89。

<sup>438</sup> 參見劉宗德，直轄市負擔全民健康保險暨勞工保險補助款之計算基準及其相關法律問題，台灣本土法學雜誌，第 77 期，2005 年 12 月，頁 103-104。

## (1-1) 普通事故與職業災害

勞工保險所保險的事故範圍包括：普通事故與職業災害；普通事故係指勞工日常生活發生之事故，也就是該事故乃非起因於職業上之原因且非職行職務所造成者。而職業災害則是與職業上之原因或執行職務有關之事故。勞工保險條例對職業災害並未直接規定定義<sup>439</sup>，依勞工保險條例第 34 條第二項而是委由中央主管機關訂定「因執行職務而致傷病準則」。目前行政院勞工委員會發布「勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則」經 2003 年 6 月 18 日修正後共 24 條條文，依照該準則判斷為職業傷害與職業病之類型可參考下表。

表四：法定職業傷害與職業病之類型表(筆者自繪)

---

<sup>439</sup>參見王惠玲，台灣職業災害保險現況與展望，政大勞動學報，第 10 期，2002 年 1 月，頁 11。

職業傷病類型	型態	依據
職業傷害	被保險人因執行職務而致傷害者	第3條第1項
視為職業傷害	<p>被保險人上、下班，於適當時間，從日常居、住處所往返就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，視為職業傷害。</p> <p>被保險人為夜校學生或建教合作班學生，於上、下班直接往返學校與就業場所之應經途中發生事故而致之傷害。</p>	第4條
	被保險人於作業前後，發生左列事故而致之傷害。	第5條
	被保險人於作業時間中斷或休息中，因就業場所設施或管理上之缺陷發生事故而致之傷害。	第6條
	被保險人於工作時間中基於生理需要於如廁或飲水時發生事故而致之傷害。	第7條
	被保險人於必要情況下，臨時從事其他工作，該項工作如為雇主期待其僱用勞工所應為之行為而致之傷害。	第8條
	被保險人因公差由日常居、住處所或就業場所出發，至公畢返回日常居、住處所或就業場所期間之職務活動及合理途徑發生事故而致之傷害。	第9條
	<p>被保險人經雇主指派參加進修訓練、技能檢定、技能競賽、慶典活動、體育活動或其他活動，由日常居、住處所或就業場所出發，至活動完畢返回日常居、住處所或就業場所期間因雇主指派之活動及合理途徑發生事故而致之傷害。</p> <p>被保險人經所屬團體指派參加前項各類活動，由日常居、住處所或就業場所出發，至活動完畢返回日常居、住處所或就業場所期間因所屬團體指派之活動及合理途徑發生事故而致之傷害。</p>	第10條



	被保險人由於執行職務關係，因他人之行為發生事故而致之傷害。	第 11 條
	被保險人因執行職務受動物或植物傷害。	第 12 條
	被保險人於執行職務時，因天然災害直接發生事故導致之傷害，不得視為職業傷害。但因天然災害間接導致之意外傷害或從事之業務遭受天然災害之危險性較高者，不在此限。	第 13 條
	被保險人利用雇主為勞務管理所提供之附設設施，因設施之缺陷發生事故而致之傷害。	第 14 條
	被保險人參加雇主舉辦之康樂活動或其他活動，因雇主管理或提供設施之瑕疵發生事故而致之傷害。	第 15 條
	被保險人因職業傷害或罹患職業病，經雇主同意直接往返醫療院所診療或下班後直接前往診療後返回日常居住處所應經途中發生事故而致之傷害。	第 16 條
	被保險人於工作日之用餐時間中或為加班、值班，如雇主未規定必項於工作場所用餐，而為必要之外出用餐，於用餐往返應經途中發生事故而致之傷害。	第 17 條
職業病	被保險人於勞工保險職業病種類表規定適用職業範圍從事工作，而罹患表列疾病者	第 3 條第 2 項
	被保險人因執行職務而罹患中央主管機關依據勞工保險職業病種類表第八類第二項規定核定增列之職業病種類或有害物質所致之疾病。	第 19 條
	被保險人罹患之疾病，經行政院勞工委員會職業疾病鑑定委員會鑑定為執行職務所致者。	第 20 條
視為職業病	被保險人於作業中，因工作當場促發疾病，而該項疾病之促發與作業有相當因果關係者。	第 21 條
	被保險人於下班應經途中促發疾病，而該項疾病之促發與作業有相當因果關係者。	第 22 條

前述表中有關職業病之判斷，依勞工保險職業病種類表(勞工保險條例第三十四條附表)原共分八大類六十九種職業病，後於 1996 年 6 月陸續修正增加為九

十七種職業病種類(行政院勞工委員會發布之「增列勞工保險職業病種類」<sup>440</sup>)，及包括塵肺症、放射線病、重聽及各種化學物中毒症等在內分就職業名稱及適用的職業範圍作分類。

判斷某一事件究竟是普通事故或職業災害，是一學理和實務都面臨許多挑戰的課題。特別是因果關係之判斷<sup>441</sup>，特別像近年來的過勞死<sup>442</sup>之事件更是履生爭議。

此外依該準則第 18 條規定，被保險人於第四條、第九條、第十條、第十六條及第十七條之規定而有下列情事之一者，不得視為職業傷害<sup>443</sup>：

- 一、非日常生活所必需之私人行為。
- 二、未領有駕駛車種之駕駛執照駕車者。
- 三、受吊扣期間或吊銷駕駛執照處分駕車者。
- 四、經有燈光號誌管制之交岔路口違規闖紅燈者。
- 五、闖越鐵路平交道者。
- 六、酒精濃度超過規定標準、吸食毒品、迷幻藥或管制藥品駕駛車輛者。
- 七、駕駛車輛違規行駛高速公路路肩者。
- 八、駕駛車輛不按遵行之方向行駛或在道路上競駛、競技、蛇行或以其他危險方式駕駛車輛者。
- 九、駕駛車輛不依規定駛入來車道者。

## (1-2) 與勞動基準法職業災害補償之關連

事實上我國職業災害有勞動基準法之職業災害補償責任<sup>444</sup>，其判斷職業傷害或職業病之範圍與「勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則」之認定範圍，因規範目的不同，所以並非必然相同。不過雇主依勞動基準法第五十九條規

<sup>440</sup> 行政院勞工委員會 85 年 6 月 14 日台八十五勞保三字第 120885 號函。

<sup>441</sup> 參見林更盛，勞基法上職業災害因果關係的判斷—評台灣高等法院八七年勞上字第五號判決一，臺灣本土法學雜誌，第 40 期，2002 年 11 月，頁 23-43，林更盛教授自己的見解見頁 36 以下。

<sup>442</sup> 參見徐婉寧，過勞死之職業災害認定—台灣高等法院八七年勞上字第五號判決一，臺灣本土法學雜誌，第 76 期，2005 年 11 月，頁 247-251；王惠玲，由過勞死到過勞自殺—相當因果關係之迷思—台灣台北地方法院九三年勞訴字第七六號民事判決評釋一，臺灣本土法學雜誌，第 77 期，2005 年 12 月，頁 301-305。

<sup>443</sup> 陳建文，勞工保險人因執行職務而致傷病審查準則第十八條之探討，政大勞動學報，第 10 期，2002 年 1 月，頁 85-127。

<sup>444</sup> 參見邱駿彥，我國職業災害補償制度，輔仁法學，第 17 期，1998 年 6 月，頁 205-220；陳聰富，損害賠償制度三層結構與職業災害補償，勞工行政，第 148 期，200 年 8 月，頁 26-36；黃茂榮，職業災害之照顧責任，植根雜誌，第 18 卷 10 期，2002 年 10 月，頁 405-412；黃虹霞，職業災害補償相關法律問題，萬國法律，第 126 期，2002 年 12 月，頁 63-72。實務上爭議問題另見陳金泉，職業災害補償實務爭議案例解析，政大勞動學報，第 12 期，2002 年 8 月，頁 425-455。

定必需補償勞工所發生之職業災害，若雇主已為勞工投保法定之社會保險，該社會保險之給付得以抵充。

## (2) 保險給付內容

### (2-1) 概說

現行勞工保險給付種類，因全民健康保險實施後，勞保普通事故保險醫療給付劃歸全民健保辦理，目前尚有生育、傷病、殘廢、老年、死亡及失業等六種現金給付及職業災害保險醫療給付。其職災醫療給付醫療委託中央健康保險局辦理。其中失業給付一種，1999年1月起開辦，自2002年就業保險法通過施行後失業給付則有了獨立的法源。

當然保險給付依勞工保險第19條第1項規定：「被保險人或其受益人，於保險效力開始後，停止前發生保險事故者，得依本條例規定，請領保險給付。」大法官釋字第609號解釋，保險效力及於加保前事故<sup>445</sup>

### (2-2) 生育給付

被保險人本人生育發給一個月，但被保險人及其配偶的分娩費部份，改以醫療給付方式由全民健保辦理。

### (2-3) 傷病給付

普通傷害及普通疾病補助費，按被保險人平均月投保薪資的半數發給，最長發給十二個月；職業傷害及職業病補償費，先按投保薪資百分之七十發給一年，如未痊癒者，再按半數發給一年，最長共發給二年。

### (2-4) 殘廢給付

普通傷病致成殘廢者，按殘廢程度發給補助費一至四十個月；因職業傷病致成殘廢者，按殘廢程度發給補助費一個半月至六十個月。勞工保險殘廢給付標準表(勞工保險條例第五十三條<sup>446</sup>附表)共有一百六十項障害項目、十五個殘障等級，給付標準從最高等級的1,200單位的日投保薪資至30單位的日投保薪資。

---

<sup>445</sup> 郝鳳鳴，勞工保險之效力是否及於加保前事故一簡評司法院大法官釋字第609號解釋一，臺灣本土法學雜誌，第81期，2006年4月，頁281-285。

<sup>446</sup> 第54條：

(職業傷害或職業病之殘廢補助費)被保險人因職業傷害或罹患職業病，經治療終止後，如身體遺存障害，適合殘廢給付標準表規定之項目，並經保險人自設或特約醫院診斷為永久殘廢者，依同表規定之殘廢等級及給付標準，增加百分之五十，一次請領殘廢補償費。

各殘廢等級給付標準表(筆者自繪)

殘障等級	給付標準	殘障等級	給付標準	殘障等級	給付標準
1	1,200 日	6	540 日	11	160 日
2	1,000 日	7	440 日	12	100 日
3	840 日	8	360 日	13	60 日
4	740 日	9	280 日	14	40 日
5	640 日	10	220 日	15	30 日

被保險人身體遺存障害，同時適合殘廢標準表兩項以上的實質競合時，其計算方式如下表：

殘廢項目競合之升等表(筆者自繪)

適合殘廢給付標準表之項目	升等規定
第五等級至第一等級	按其最高殘廢等級再升三等級給與之
第八等級至第一等級	按其最高殘廢等級再升兩等級給與之
第十四等級至第一等級	按其最高殘廢等級再升一等級給與之
第十五等級至第一等級	按其最高殘廢等級給與之

但上表中各種升等規定中最高只能給到第一等級之給付。

## (2-5) 老年給付

凡被保險人參加保險年資滿一年，男性年滿六十歲或女性年滿五十五歲，或加保年資滿十五年而年滿五十五歲，或在同一投保單位加保年資滿二十五年退職，或參加保險年資合計滿二十五年而年滿五十歲退職者得請領老年給付，其給

付標準為已投保滿一年至十五年者，每滿一年發給一個月，第十六年起每滿一年發給二個月，滿半年者以一年計，最高四十五個月。但被保險人年逾六十歲繼續工作者，其逾六十歲以後的保險年資最多以五年為限，於退職時合併六十歲以前的年資計算，最高以五十個月為限。

## (2-6) 死亡給付

本人普通傷病死亡者，按投保年資發給十五個月至三十五個月，本人因職業傷病死亡者，一律發給四十五個月，家屬死亡發給一個半月至三個月。

## 5、保險財務<sup>447</sup>

現有勞工保險基金的運用，依照現行勞保條例規定，可作下列四項用途：即（1）對於公債、庫券及公司債之投資；（2）存放於國家銀行或省（市）政府指定之公營銀行；（3）自設勞保醫院之投資及特約公立醫院勞保病房整修之貸款；（4）政府核准有利於本基金收入之投資等。

至於辦理勞保所需經費，依照目前規定，係按編製預算的當年六月份應收保險費百分之五點五全年伸算數，改隸於中央後，其行政事務費，依規定已全部由中央撥付。

## (二) 其他勞工保險制度的相關法規

### 1、就業保險法

相對於德國，失業者的社會保障分別規定在社會法典<sup>448</sup>的不同的三編中，第一是已無工作意願和工作能力(Erwerbfähigkeit)的失業者<sup>449</sup>，分別在第十二編。

<sup>447</sup> 陳雲中，新世紀勞工保險財務之省思與展望，勞工行政，第 150 期，2000 年 10 月 15 日，頁 2-8。趙俊人，勞工保險財務規劃之探究，立法院院聞，29 卷 8 期，2001 年 8 月，頁 62-78。

<sup>448</sup> 德國社會法典(Sozialgesetzbuch)分為十二編，臚列如下：

第一編 總則 (Allgemeiner Teil, 1976)

第二編 就業者之基本保障 (Grundsicherung für Arbeitsuchende, 2003)

第三編 就業促進 (Arbeitsförderung, 1998)

第四編 社會保險之通則 (Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, 1977)

第五編 法定健康保險 (Gesetzliche Krankenversicherung, 1989)

第六編 法定退休保險 (Gesetzliche Rentenversicherung, 1992)

第七編 法定意外保險 (Gesetzliche Unfallversicherung, 1997)

第八編 兒童及青少年福利 (Kinder- und Jugendhilfe 1991)

第九編 殘障者福利 (Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2001)

第十編 社會行政程序與社會資料保護 (Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 1981)

第十一編 照護保險 (Pflegeversicherung, 1995)

第十二編 社會扶助 (Sozialhilfe, 2005)

<sup>449</sup> 參見 Marburger, SGBII-Grundsicherung für Arbeitssuchende, 6. Aufl., 2006, S. 10.

至於就業服務及破產補薪制(類似我國勞動基準法第二十八條所規定的積欠工資墊償)<sup>450</sup>，(1) 勞工保險條例；(2) 全民健康保險條例；(3) 就業保險法；(4) 職業災害勞工保護法；(5) 退休金條例。

## 2、職業災害勞工保護法與勞工保險之關連

### (1) 立法目的

為保障職業災害勞工的權益，加強職業災害的預防，促進就業安全及經濟發展。

### (2) 主管機關

在中央為行政院勞工委員會，在直轄市為直轄市政府，在縣(市)為縣(市)政府。

### (3) 適用對象

凡依法參加勞工保險的被保險人及未加入勞保而遭遇職業災害的勞工均為適用的對象。在本法施行後遭遇職業災害或職業病者，均得依規定申請各項的補助，但無法溯及既往。

### (4) 請領條件

勞工罹患職業疾病，喪失部份或全部工作能力，經請領勞保各項職業災害給付後，得請領生活津貼。

### (5) 補助標準

依遭遇職災勞工的障害狀態輕重，每月發給一千元至六千元不等，勞保被保險人最長合計發給五年，未加入勞保者最長發給三年。

### (6) 各項補助

#### (6-1) 殘廢生活津貼

##### 請領條件

勞工因職業災害致身體遺存障害，喪失部份或全部工作能力，適合勞保殘廢給付標準表第一等級至第七等級規定的項目者，得請生活殘廢津貼。

---

<sup>450</sup> 參見 Marburger, SGBIII-Das neue Arbeitsförderungsrecht, 3. Aufl., 2007, S. 10.

### **補助標準**

障害狀態符合第一等級至第三等級且喪失全部工作能力者，每月發給六千元；符合第二等級至第七等級且喪失部份工作能力者，每月發給四千元。

## **(6-2) 職業訓練生活津貼**

### **請領條件**

勞保被保險人在發生職業災害後，參加職業訓練期間，未請領訓練補助津貼或生活津貼、殘廢生活津貼者，得請領職業訓練生活津貼。

### **補助標準**

障害狀態依勞保殘廢給付標準表等級不同，在受訓練期間每月發給一萬二千元、八千元及六千元不等。

## **(6-3) 器具補助**

### **請領條件**

勞保被保險人因職業災害致身體遺存障害者，必須使用輔助器具，且未依其他法令領取器具補助者，得請領器具補助。

### **補助標準**

有關請領器具的類別、補助金額、使用年限及補助對象，以職業災害勞工輔助器具補助標準表所訂為準。

## **(6-4) 看護津貼**

### **請領條件**

勞保被保險人因職業災害致喪失全部或部分生活自理能力，確需他人照顧，且未依其他法令規定領取有關補助，得請領看護補助。

### **補助標準**

每月發給八千元，而勞保被保險人最長合計發給五年，未加入勞保者最長發給三年。

## **(6-5) 家屬補助**

### **請領條件**

勞保被保險人因職業災害死亡，其家屬得請領必要的補助。

### **補助標準**

由勞保局依勞保條例有關規定審核後，一次發給十萬元。

## (6-6) 其他補助

此一部分需經勞委會核定有關職業災害勞工的補助。

至於各事業單位、職業訓練機構及相關團體為加強職業災害預防及職業災害勞工的重建等事宜，得依規定辦理事項向勞保局提出申請補助。

## (7) 經費來源

本制度的經費主要來源係由勞保基金職業災害保險收支結餘金額中一次提撥一百億元，作為加強辦理職業災害預防及補助參加勞保遭遇職災勞工之用。另由勞委會編列專款預算作為補助未加入勞保者之用。另按年由職災保險於上年度收支結餘提撥百分之四十以上、百分之六十以下的金額作為經費來源，但若當年度發生收支不足時，則不予提撥。

自民國三十九年勞保開辦至民國九十一年六月底止，保險財務收支情形，其每年應收保險費除支付當年各項保險給付支出外，其餘均提撥基金，並加以運用孳息，現已積存勞保基金約新台幣四千九百五十五億元（內含普通事故保險基金四千八百二十四億元及職業災害保險基金一百三十一億元），以備供未來支應老年等給付之用。

## 3、退休金制度與勞工保險之關連

我國對於勞工的老年安全除了勞保的勞工保險作為第一層保障外，還有基於雇主責任所發展出的勞基法退休制度<sup>451</sup>。

我國勞動基準法規定第五十五條規定：「勞工退休金之給與標準如左：  
一、按其工作年資，每滿一年給與兩個基數。但超過十五年之工作年資，每滿一年給與一個基數，最高總數以四十五個基數為限。未滿半年者以半年計；滿半年者以一年計。  
二、依第五十四條第一項第二款規定，強制退休之勞工，其心神喪失或身體殘廢係因執行職務所致者，依前款規定加給百分之二十。  
前項第一款退休金基數之標準，係指核准退休時一個月平均工資。  
第一項所定退休金，雇主如無法一次發給時，得報經主管機關核定後，分期給付。  
本法施行前，事業單位原定退休標準優於本法者，從其規定。」  
第五十六條規定：「雇主應按月提撥勞工退休準備金，專戶存儲，並不得作為讓

<sup>451</sup> 鍾秉正，社會保險法論，初版，三民書局，2005年11月，頁155。



與、扣押、抵銷或擔保之標的；其提撥之比率、程序及管理等事項之辦法，由中央主管機關擬訂，報請行政院核定之。

前項雇主按月提撥之勞工退休準備金匯集為勞工退休基金，由中央主管機關設勞工退休基金監理委員會管理之；其組織、會議及其他相關事項，由中央主管機關定之。

前項基金之收支、保管及運用，由中央主管機關會同財政部委託金融機構辦理。最低收益不得低於當地銀行二年定期存款利率之收益；如有虧損，由國庫補足之。基金之收支、保管及運用辦法，由中央主管機關擬訂，報請行政院核定之。雇主所提撥勞工退休準備金，應由勞工與雇主共同組織勞工退休準備金監督委員會監督之。委員會中勞工代表人數不得少於三分之二；其組織準則，由中央主管機關定之。」

大法官會議解釋第 578 號解釋「勞動基準法第五十五條及第五十六條分別規定雇主負擔退休準備金，及按月提撥勞工退休準備金之義務，作為照顧勞工生活方式之一種，有助於保障勞工權益，加強勞雇關係，促進整體社會安全與經濟發展，並未逾越立法機關自由形成之範圍。其因此限制雇主自主決定契約內容及自由使用、處分其財產之權利，係國家為貫徹保護勞工之目的，並衡酌政府財政能力、強話受領勞工勞力給付之雇主對勞工之照顧義務，應屬適當的提撥」。

### （三）我國勞工保險制度的展望

勞工保險條例自施行以來已日趨完備，惟考量近年來社會經濟環境變遷，有擴大強制加保範圍，以保障更多勞工；為適時保障被保險人權益，職業病種類標準及殘廢給付標準授權由中央主管機關定之；另為符法律保留原則，將涉及人民權利義務之事項，增列相關法規命令授權明確之規定，爰擬具「勞工保險條例」部分條文修正草案，其修正要點如下：

- 一、擴大強制加保範圍，現行僱用四人以下事業單位所僱之勞工納為強制加保對象，以保障勞工權益。（修正條文第六條及第八條）
- 二、強制加保年齡上限由現行六十歲提高至六十五歲。（修正條文第六條）
- 三、增訂年逾六十五歲從未參加勞工保險及已領取老年給付，再受僱從事工作者，可參加職業災害保險。（修正條文第九條之二）
- 四、欠費徵收滯納金比率降低為百分之零點一及上限調降為應納費額之百分之三十。（修正條文第十七條）
- 五、修正保險給付請求權時效，由二年延長為五年。（修正條文第三十條）
- 六、放寬傷病給付等待期，另勞工保險職業病種類標準授權由中央主管機關定之。（修正條文第三十三條及第三十四條）
- 七、勞工保險殘廢給付標準授權由中央主管機關定之。（修正條文第五十三條）

## 二、實踐發展

實務上相關見解如下：

### (一) 最高行政 88 判 572

經查，依勞工保險局 附原告公司八十六年七月三十一日出具之說明書，李玉玲係於八十四年三月一日到職，八十六年二月二十二日離職，其於李女任職期間均未向勞工保險局申報李女加保，係因經辦人員疏失而漏報，惟勞工保險條例第七十二條第一項前段並不以投保單位之故意而為處罰要件，且原告公司會計人員之疏失，即屬原告公司之過失，李玉玲縱曾經辦原告公司申請加保業務，並未發現其自己未申報加保，原告均難脫其過失違章責任。至所舉其因全民健康保險局之疏失，致為員工侯音傑多繳六個月之全民健康保險費，該局亦未受任何處罰一節，係屬另案；縱原告所稱屬實，亦屬承辦人員應負行政疏失之責任，或原告因而造成損害，可另案訴請損害賠償之問題，原告不得執為本件應免予處罰之論據。

### (二) 最高行政 87 判 131

經查，依首揭勞動基準法第二條第三款規定，工資包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之口金、津貼及其他任何名義經常性給與均屬之；雖工資係因工作而獲得之報酬，但不以直接提供勞務獲得者為限，諸如生活津貼、加班津貼、特殊津貼、久任口金、伙食津貼等經常性給與，亦均包括在內。依原告出具之薪資表所載，每月均列有生活津貼、加班津貼、特殊津貼、久任口金、伙食津貼等項目，應屬經常性給與，依上開說明及被告七十六年十月十六日台 勞動字第三九三二號、七十七年一月七日台七十七勞動三字第八三二〇號、七十八年六月十五日台七十八勞動二字第一四九四一號等函釋，均應列入工資一併計算，仍屬月薪資總額之範疇。

### (三) 最高法院 87 台上 2540

惟查投保單位，依勞工保險條例第十條之規定，為其所屬員工辦理參加勞工保險手續及其他有關保險事務，其對國家言，固係履行公法上義務，然勞工保險與普通保險不同，同條例第六條規定勞工參加勞工保險，並以雇主或所屬團體為投保單位，係強制的，上開第十條法文，亦為硬性規定，是故該第十條之規定，應解釋為強行的契約法規之一種，勞工與投保單位之間，乃具有私法上之委任關係，從而勞工由同條例第七十二條第一項規定所取得對投保單位之損害賠償債權，自不能謂非因投保單位不履行債務而生之損害賠償請求權，依民法第一百二十五條規定，其消滅時效期間應為十五年。原判決竟認為上訴人此項損害賠償請

求權，亦應適用民法第一百九十七條第一項所定之二年短期時效，其法律上之見解，自有可議。

#### (四) 78 台勞保一 字第 24258

關於勞工保險條例第三十三、第三十四條所稱「原有薪資」應指同條例第十四條所訂「月薪資總額」。另依本會 78.09.15 (78) 台勞保一字第 22950 號令修正發布之勞工保險條例施行細則第三十六條規定，月薪資總額應以勞動基準法第二條第三款規定之工資為準；其每月收入不固定者，以最近三個月收入之平均為準；實物給與按政府公布之價格折為現金計算。又勞動基準法中所稱工資，依該法第二條第三款規定，係指因工作而獲得之報酬及其他不論任何名義之經常性給與均屬之。

#### (五) 81 台勞保二 字第 27934

查被保險人因執行職務而致傷害或職業病不能工作，以致未能取得原有薪資，正在治療中者，自不能工作之第四日起，發給職業傷害(病)補償費，於勞工保險條例第三十四條已有明訂。傷病給付之功用，係為保障勞工因傷病事故不能工作，於未能領取原有薪資期間，為維持經濟生活而給予之補助。故對於勞工傷病期間已領得原有薪資者，自不得請領傷病給付。

又勞動基準法第五十九條第二款規定，勞工在醫療中不能工作時，雇主應按其原領工資數額予以補償。所稱之「按其原領工資數額」係指其補償費用之標準，其與勞工保險條例之「原有薪資」性質不同。準此，勞工保險條例與勞動基準法規定並無相互矛盾之處。

#### (六) 90 台勞保二 字第 0025534

按勞工保險條例第十四條規定，投保單位應按被保險人之月薪總額，依投保薪資分級表之規定申報投保薪資，另依同條施行細則第三十二條規定之月薪總額，係以勞動基準法第二條第三款規定之工資為準。查「休假補助費」係為鼓勵休假而發給，非因勞工因工作而獲得報酬，故非屬前開勞動基準法所稱之工資，自不得併入月薪資總額申報勞保投保薪資。

### 參、案例分析與說明

#### 一、案例選擇之原因

實務上常有雇主為避免負擔提撥費用，故意將投保薪資金額以多報少，而本案例為一典型之情況。

## 二、重要案件

本單元提供二個案例，分別是：

- (一) 台北高等行政法院 九十一年度簡字第三二五
- (二) 最高行政法院 九十三年度判字第一〇三一號

## 三、案例之重要內容

民國 90 年 5 月 4 日

被告依勞工保險局之查報，以原告未依勞工保險投保薪資分級表規定，申報被保險人游春嬌等四十人之投保薪資(89 年 12 月~90 年 3 月)，將投保薪資金額以多報少，乃依行為時勞工保險條例第七十二條第二項規定，以台九十勞局承字第 0000000 號函處原告短報保險費金額二倍之罰鍰計新台幣三〇、九一〇元。

## 四、案例之意義與影響

### (一) 爭點

其爭點如下：

被告以原告未依勞工保險投保薪資分級表規定，申報被保險人之投保薪資，處以罰鍰，其重點在於，按勞基法第 2 條第 3 款之工資以何作為認定標準？

#### (1) 高等行政法院

查勞工保險條例施行細則第三十二條第一項所引據之勞動基準法第二條第三款：「工資：謂勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。」同細則第十條亦規定：「本法第二條第三款所稱之其他任何名義之經常性給與係指左列各款以外之給與：一、紅利。二、獎金：指年終獎金、競賽獎金、研究發明獎金、特殊功績獎金、久任獎金、節約燃料獎金及其他非經常性獎金。」足證勞動基準法第二條第三款所定義之工資，應以與工作有關之任何名目所發給之「經常性給與」，要無疑義。按「工資，乃勞工因工作而獲得之報酬，勞動基準法第二條第三款前段定有明文。是工資實係勞工之勞力所得，為其勞動對價而給付之經常性給與。倘僱主為改善勞工生活而給付非經常性給與；或為其單方之目的，給付具有勉勵、恩惠性質之給與，即非勞工之工作給付之對價，與勞動契約上之經常性給與有別，應不得列入工資範圍之內。」最高法院七十九年度台上字第二四二號民事判決亦為同樣見解。從而，被告上揭八十五年二月十日台八十五勞動二字第一〇三二五二號函釋及八十七年九月十四日台八七勞動二字第〇四〇二〇四號函釋意旨，顯違法律文義，不應適用。

原告員工游春嬌等四十人分任清潔工、稽查員、站服員、站管員、助理副站長、辦事員、售票員、副站長等不同職務，其等所領薪資，除原告自承之「本俸、職務津貼及技術津貼」三項為經常性給與外，其餘項目如「免稅加班」、「值班費」、「服務全勤」、「其它獎金」等項，是否屬經常性之給與？是否屬勉勵性之給與？被告未為分析，即遽以列於薪資表之給與，無論是否經常性給與，均以工資同視，認定均應全數列入申報投保薪資範疇，要嫌速斷。

## (2) 最高行政法院

原審以勞動基準法第二條第三款所謂之工資，應以與工作有關之任何名目所發給之「經常性給與」為限，將訴願決定及原處分均撤銷，惟查「工資」為勞工因工作而獲得之報酬，其係以屬於勞工提供勞務而由雇主所獲致之對價甚明。是以除勞動基準法施行細則第十條所列各款者外，不因其係以何名稱給與有所不同。本件原判決認系爭「免稅加班」、「值班費」、「服務全勤」等給與性質不明，不能列入申報投保薪資範圍，尚有可議。

至被上訴人所列「其它金」一項，核與同施行細則第十條第二款規定不符，難謂非屬勞動基準法第二條第三款所稱之工資，被上訴人謂不得列為薪資給與云云，經核均有未合。上訴意旨，指摘原判決不當，為有理由。

## (二) 結論

### (1) 高等行政法院

被告以原告之薪資表項目，均屬因工作而獲得之報酬，不論是否為經常性給與，均應全數列入申報投保薪資，即有不合，訴願決定未予糾正，原告訴請撤銷，為有理由，訴願決定及原處分均撤銷。

### (2) 最高行政法院

將原判決廢棄，並駁回被上訴人在第一審之訴。

## 肆、教學範例與內容設計

### 一、重要之議題

- (一) 我國勞工保險之被保險人及投保單位為何。
- (二) 關於保險費之投保薪資應如何認定。
- (三) 保險費之比例應如何分擔。

- (四) 普通保險事故與職業災害事故如何區別。
- (五) 勞工保險與勞基法之職業災害補償有何關連。
- (六) 勞工保險與退休金制度有何關連。

## 二、思考問題方向

- (一) 先掌握勞工保險現行制度之規範，再和其他勞動保護法比較分析其關連性。
- (二) 在保險費方面，應先確定工資的概念，再了解投保薪資及投保費率的計算方式。

## 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

### (一) 分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，對下列相關問題進行討論，並請提出討論結論：

- 1、我國勞工保險之被保險人及投保單位為何。
- 2、關於保險費之投保薪資應如何認定。
- 3、保險費之比例應如何分擔。
- 4、普通保險事故與職業災害事故如何區別。
- 5、勞工保險與勞基法之職業災害補償有何關連。
- 6、勞工保險與退休金制度有何關連。

### (二) 角色扮演

同學分為三組，分別扮演勞工保險局、雇主、勞工，就誰為被保險人、保險費應如何計算、分擔、保險事故發生時應如何處理等實際生活中可能發生的情況，推演權利義務之行使與分擔，扮演勞工保險局之同學並應為適當的引導。

### (三) 問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 1、我國勞工保險之被保險人及投保單位為何？
- 2、關於保險費之投保薪資應如何認定？
- 3、保險費之比例應如何分擔？
- 4、普通保險事故與職業災害事故如何區別？
- 5、勞工保險與勞基法之職業災害補償有何關連？
- 6、勞工保險與退休金制度有何關連？

## （四）引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- （一）試分析我國勞工保險制度的演變。
- （二）勞工保險與其他勞動保護法有何關連。
- （三）我國勞工保險制度是否足以妥善保障勞工，還有何可改進之處。
- （四）試探究勞工保護於憲法中有何地位。

### 二、考題設計

以下為所擬提供參考之考題：

- （一）我國勞工保險之被保險人及投保單位為何。
- （二）關於保險費之投保薪資應如何認定。
- （三）保險費之比例應如何分擔。
- （四）普通保險事故與職業災害事故如何區別。
- （五）勞工保險與勞基法之職業災害補償有何關連。
- （六）勞工保險與退休金制度有何關連。

### 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

### 一、中文書籍

- 1、吳凱勳，我國社會保險制度現況分析及整合問題，1993年。
- 2、柯木興，社會保險，中國社會保險學會，2002年。

- 3、郭明政，社會安全制度與社會法，自刊，1997 年。
- 4、曾妙慧，社會安全與社會保險，華泰文化事業公司，2002 年。
- 5、劉見祥，我國勞工保險制度之研究，中國社會保險學會，1981 年。
- 6、鍾秉正，社會保險法論，三民書局，2005 年。
- 7、羅紀琮，健康保險財務制度，收錄於：楊志良編，健康保險，四版，2003 年。

## 二、中文論文

- 1、王惠玲，台灣職業災害保險現況與展望，政大勞動學報，第 10 期，2002 年 1 月。
- 2、王惠玲，由過勞死到過勞自殺—相當因果關係之迷思—台灣台北地方法院九三年勞訴字第七六號民事判決評釋—，臺灣本土法學雜誌，第 77 期，2005 年 12 月。
- 3、林更盛，勞基法上職業災害因果關係的判斷—評台灣高等法院八七年勞上字第五號判決—，臺灣本土法學雜誌，第 40 期，2002 年 11 月。
- 4、邱駿彥，我國職業災害補償制度，輔仁法學，第 17 期，1998 年 6 月。
- 5、徐婉寧，過勞死之職業災害認定—台灣高等法院八七年勞上字第五號判決—，臺灣本土法學雜誌，第 76 期，2005 年 11 月。
- 6、郝鳳鳴，勞工保險之效力是否及於加保前事故—簡評司法院大法官釋字第六〇九號解釋—，臺灣本土法學雜誌，第 81 期，2006 年 4 月。
- 7、陳金泉，職業災害補償實務爭議案例解析，政大勞動學報，第 12 期，2002 年 8 月。
- 8、陳建文，勞工保險人因執行職務而致傷病審查準則第十八條之探討，政大勞動學報，第 10 期，2002 年 1 月。
- 9、陳雲中，新世紀勞工保險財務之省思與展望，勞工行政，第 150 期，2000 年 10 月 15 日。



- 10、陳聰富，損害賠償制度三層結構與職業災害補償，勞工行政，第 148 期，200 年 8 月。
- 11、黃茂榮，職業災害之照顧責任，植根雜誌，第 18 卷 10 期，2002 年 10 月。
- 12、黃虹霞，職業災害補償相關法律問題，萬國法律，第 126 期，2002 年 12 月。
- 13、趙俊人，勞工保險財務規劃之探究，立法院院聞，29 卷 8 期，2001 年 8 月。
- 14、劉宗德，直轄市負擔全民健康保險暨勞工保險補助款之計算基準及其相關法律問題，台灣本土法學雜誌，第 77 期，2005 年 12 月。
- 15、蔡震榮，勞工保險補助款問題之探討，法學講座，26 期，2004 年 3 月。

### 三、外文資料

- 1、Muckel, Sozialrecht, 1. Aufl., 2003, § 7, Rn. 56.
- 2、Einchenhofer, Sozialrecht, 3. Aufl., 2000, Rn. 359.

## 第八單元：同盟自由

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

在集體勞動法的領域中，「勞工形成其團結組織、向作為其社會對手之資方爭取自己勞動與經濟條件提升」之勞工同盟自由，是遂行其集體勞動生活，自主形成其相關權利義務的核心與前提。由於雇主行使其同盟自由，組成雇主團體，以與勞工之同盟共同形成集體勞動生活之情形，於台灣極為少見，易言之，理論與實務上都未若勞動者之同盟自由來得重要，因此本單元將主要以勞工同盟自由為教學內容之核心，僅於必要說附加說明雇主之同盟自由，併予說明。

本單元之重要性臚列如下：

1. 理解集體勞動法之核心內容-同盟自由。
2. 理解勞工團結之法律上要件與限制。
3. 理解勞工團結之事實上障礙與困難。
4. 澄清國內有關勞工團結之理論上誤解與偏差。

#### 二、現行法規範狀況

國內現行有關勞工同盟自由之法規範如下：

(一) 憲法相關條文，包括：

第 14 條：「人民有集會及結社之自由」。

第 15 條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」。

第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」。

(二) 工會法相關條文，包括：

【勞工業別限制】第 4 條：「各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工，不得組織工會」。

【組織人數與工會形式限制】第 6 條：「同一區域或同一廠場，年滿二十歲之同一產業工人，或同區域同一職業之工人，人數在三十人以上時，應依法組織產業工會或職業工會。同一產業內由各部分不同職業之工人所組織者為產業工會。聯

合同一職業工人所組織者為職業工會。產業工會、職業工會之種類，由中央主管機關定之」。

【單一工會限制】第 8 條：「凡同一區域或同一廠場內之產業工人，或同一區域之職業工人，以設立一個工會為限。但同一區域內之同一產業工人，不足第六條規定之人數時，得合併組織之」。

【年齡限制與強制入會】第 12 條：「凡在工會組織區域內，年滿十六歲之男女工人，均有加入其所從事產業或職業工會為會員之權利與義務。但已加入產業工會者，得不加入職業工會」。

【勞工資格限制】第 13 條：「同一產業之被僱人員，除代表僱方行使管理權之各級業務行政主管人員外，均有會員資格」。

⇒ 上述乃直接相關勞工同盟自由權之「成立與加入同盟」部分的法律條文。

【不當勞動行為一與會務假】第 35 條：「僱主或其代理人，不得因工人擔任工會職務，拒絕僱用或解僱及為其他不利之待遇。工會理監事因辦理會務，得請公假，其請假時間，常務理事得以半日或全日辦理會務，其他理監事每人每月不得超過五十小時，其有特殊情形者，得由勞資雙方協商或於締結協約中訂定之」；

【不當勞動行為二】第 36 條：「僱主或其代理人，對於工人，不得以不任工會職務為僱用條件」；

【不當勞動行為三】第 37 條：「在勞資爭議期間，僱主或其代理人不得以工人參加勞資爭議為理由解僱之」；

【工會財產保障一】第 38 條：「工會於其債務人破產時，對其財產有優先受清償之權」；

【工會財產保障二】第 39 條：「工會之公有財產不得沒收」。

⇒ 上述乃直接相關勞工同盟自由權之「同盟保護」部分的法律條文。

☞ 提醒：教學上應注意工會法相關條文所造成之台灣工會結構現實，務必使同學有一整體之工會結構的印象。

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### (一) 同盟自由之基本內容

在同盟自由之學習中，以理論之角度觀之，必須兼及下列幾項基本內容：

- 1、同盟自由之憲法基本權。
- 2、同盟之概念。
- 3、同盟組織與行動之法律保障與限制。

4、同盟組織與行動之事實上限制-不當勞動行爲。

☞ 提醒：同盟自由之外國理論發展必須注意。

☞ 提醒：切勿忽視外國理論所本之「勞工運動發展實踐」，必須妥適的以台灣時空及知識背景做適當的處理與轉化。

## （二）同盟自由基本權之憲法基礎的理論爭議

國內學者對於同盟自由基本權的憲法基礎為何，存在相當的爭議，基本上有下列幾說：

1、憲法第 14 條說：著眼於「勞動者同盟」之作爲結社的一種形式，因此傾向將之同盟自由基本權視爲結社自由權的一種次類型。

2、憲法第 15 條說：基於黃越欽教授的創見，將憲法第 15 條的「生存權、工作權、財產權」之三種權利作特殊的層級結構設計與分工 ⇒ 請注意提醒同學這項理論創見的特殊意涵。

3、憲法第 22 條說：在憲法基本權清單沒有明列勞動者同盟自由的我國，亦可能以第 22 條之所謂截堵基本權（Auffanggrundrecht）爲基礎。

德國與日本皆有明確的憲法條文：

⇒ 德國基本法第 9 條第 3 項：「任何人與任何職業，爲維護及促進其勞動與經濟條件而結社，應予保障。限制或意圖妨害此權利之約定無效，以此爲目的所採取之措施違法。依第 12a 條、第 35 條第 2 項及第 3 項、第 87a 條第 4 項與第 91 條所採取之措施，不得針對第 1 句所稱之結社，爲維護及促進其勞動與經濟條件所爲之勞動鬥爭行爲」。

⇒ 日本國憲法第 28 條：「勤勞者的團結權及團體交涉權及其他團體行動權，應予保障」。

☞ 提醒：請強調憲法基礎之規範性意義，特別是對於國家公權力（立法、司法、行政）之直接拘束力 ⇒ 請同學思考：對於限制勞動者同盟自由之制定法，憲法能夠扮演其控制功能嗎？例如大法官會議可以宣布其違憲嗎？（大法官會議釋字第 373 號解釋）

☞ 提醒：請以德國日本之憲法明文爲例，說明其重要理論與實踐上的意涵 ⇒ 日本「勞動三權」與德國「直接第三人效力」。

## （三）同盟自由與所謂勞工團結權是否同一的理論爭議

背景：國內除留學德國之學者，慣常以德國之同盟自由（Koalitionsfreiheit）概念來稱呼外，法學界、政府機關或其他社會行動者，則多半習慣以「勞工團結

權」或「勞動三權」來理解相關問題。教學者必須清楚點出其同與異、優點與缺點。

⇒ 同：同指勞動者成立團結組織，行使相關之權利，以爭取勞動與經濟條件之提升。

⇒ 異：除概念來自於德國與日本外，同盟自由可能之指涉範圍較廣，團結權或勞動三權較易有「階段」、「範圍不同」、「割裂」等之印象（注意日本學者有不同意見）。

⇒ 優點：同盟自由概念發展清晰而久遠，勞工團結權與勞動三權客體清楚，台灣人人朗朗上口。

⇒ 缺點：同盟自由概念恐較艱澀，不易推廣，勞工團結權與勞動三權常為人所誤解，無助於正確法律概念的形成。

☞ 提醒：同學務必清楚的分別不同之概念組，理解其不同意涵。

☞ 提醒：本主題選擇使用「同盟自由」之主題，請妥適說明選擇之理由。

## （四）同盟自由主體的理論爭議

### 1、爭議一：同盟與工會

國內社會科學界對於同盟主體的認識，普遍來看，僅限於「工會」，在此基礎上，將產生下列的認識模式與落差：

- 以工會概念理解所有的同盟形式。
- 非工會即非同盟。
- 欲組織同盟則必須組成工會。
- 欲組織同盟則必須依照現行之「工會法」組織工會。
- 未依或不能依「工會法」所成立之勞動者團體，就不能是同盟。
- 將同盟之概念與名詞視為德國法學的專有名詞，而非建構台灣理解之基本單位。

☞ 提醒：應使同學注意同盟與工會之區別：

- 工會為同盟之下位概念。
- 工會為同盟之一種形式，但顯然為最重要的形式。
- 在有工會法的台灣，「同盟僅得為工會」確有其道理，但仍應有對於同盟之正確認識。
- 特別注意國內兩個與同盟在外觀上極為類似、卻在本質上有重大差異的組織：「公務人員協會」與「教師會」。

☞ 提醒：如不贊同以德國勞動法學理為基礎之分析，亦可直接以「勞工團結權」之角度出發，但仍宜介紹同盟自由權之內涵。

## 2、爭論二：何種勞工方得享有同盟自由權

現行工會法第 4 條，明文排除行政機關、教育事業員工得以成立工會之權利，除可能涉有違憲之嫌外，在制定法的修正思維上，便經常陷入難以休止的爭論：究竟行政機關之公務員與其他員工，教育事業之教師與其他員工，是否應繼續維持禁止其組織工會的權利？在教學上應注意提示下列的幾個思考面向：

- 外國立法例幾無同樣禁止之情況。
- 理論上難以說明該等勞動者無同盟自由基本權之目的與理由。
- 我國工會法制定之背景為 1929 年之所謂前法西斯之時空。
- 大法官會議第 373 號解釋，雖認為行政機關與教育事業之技工工友，在工會法第 4 條之禁止範圍內應為違憲，但並未清楚的回答整體之問題。

☞ 提醒：請注意政府機關，特別是考試院與人事行政局之於公務員，教育部之於教師之「該等人員非勞工，因此不應組織工會」之政策說明內容，並指出其可能的謬誤（內容可請同學參見相關部會網站）。

☞ 提醒：請注意台灣教師會組織所進行之反遊說，主張亦擁有憲法保障之同盟自由基本權所提出之理由與說明，其中包括各國教師團結組織之研究。

### （五）同盟行動權的理論爭議

在一普遍意義的憲法同盟自由基本權理解下，基於同盟之目的，此基本權保障之範圍，亦應包括同盟所為之行動（Betätigung）。理論上而言，同盟行動權的保障範圍，應有下列數項：

- 同盟作為結社之一般行動權（例如組織運作方面）。
- 同盟之集體協商權。
- 同盟之集體爭議權。
- 同盟之其他重要權利（例如入廠權、宣傳權、諮商權、言論自由權）。

⇒ 國內學界既多以「勞動三權」來理解同盟自由，則其中之「集體協商權」與「集體爭議權」則多被歸類為同盟行動權的內容，是以經常滋生是否指涉範圍過於狹隘，保障客體難以及於其他行動權之爭議，事實上，日本國憲法第 28 條所規範之勞動三權，亦未僅限於協商權與爭議權，教學時應加注意。

### （六）同盟保護之不當勞動行為的理論爭議

所謂的不當勞動行為（unfair labor practices），主要來自於美國與日本之法律體系，係指所有雇主壓制勞工團結權的所有行為總稱，只要目的是侵害勞工同盟自由權，打壓工會活動，其所有形式、不論針對勞工或工會之行為均稱之。

☞ 提醒：不當勞動行為是我國勞工難以行使同盟自由基本權之最重要事實障

礙，遂成爲我國集體勞動法上非常重要的課題。

⇒ 現行工會法關於保護工會之免受雇主不當勞動行爲，於第 35-37 條訂有明文，然規範之態樣極少，僅有「擔任工會職務與參加勞資爭議」與「不僱用、解僱」等之簡略樣態與懲戒手段，規範內容相當不足。

⇒ 2007 年 11 月修正通過之團體協約法修正草案，加入一新的不當勞動行爲態樣：「無正當理由拒絕他方所提出團體協約之協商」與「未本誠實信用原則進行團體協約之協商」。

☞ 提醒：此爲集體勞動法最新之發展，應提醒同學特別注意其理論與實踐上之重要性。

☞ 提醒：勞資爭議處理法修正草案增列許多新的不當勞動行爲態樣，在未來法上別具意義，值得注意。包括：

- 因勞工發起工會組織、加入工會、參加所屬工會之活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或爲其他不利之待遇；
- 因勞工提出團體協商之要求、擔任團體協商職務或簽約代表，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或爲其他不利之待遇；
- 因勞工參加勞資爭議而解僱、降調、減薪或爲其他不利之待遇；
- 對於勞工以不加入工會或擔任工會職務爲僱用條件；
- 無正當理由拒絕工會理事、監事或會務人員進入事業單位辦理工會會務；
  - 妨礙或限制工會之成立、組織或活動。

☞ 提醒：我國不當勞動行爲之重大問題：

現行法對於不當勞動行爲僅規定罰則，也就是採取行政罰的制裁方式，並未設計任何司法以外的救濟途徑，對於雇主行爲所產生之任何私法、勞動關係上之效果，並無處理，而是留待一般民事訴訟途徑。如此可能產生以下的弊病：

- 以勞動契約關係作爲訴訟焦點，而非雇主之不當勞動行爲。
- 訴訟制度結構上對勞方之不利處境，將增加權利貫徹之困難。
- 最有效、亦最符合台灣社會期待的行政權，並無有效的處理規範與機制在手。

☞ 提醒：我國勞資爭議處理法修正草案中增列「裁決」章，參酌美國與日本之不當勞動行爲處理制度，在行政體系中建構相應之機制，應提醒同學注意相關問題，因爲一旦修法通過，則立即將對我國集體勞動生活產生重大影響，同時引發許多法律適用上的問題疑難。

## 二、實踐發展

以 2007 年 12 月之勞動統計資料爲據，我國共有 4574 家各級工會，會員總人數達 302 萬 6508 人，以全台灣 845 萬勞動者計之，我國之工會組織率約在 35.8% 之譜。在此 4 千 574 家工會中，復分別有 75 家縣市與全國級總工會，141 家工會聯合會（36 家產業工會聯合會、105 家職業工會聯合會），982 家產業工會，3 千

376 家職業工會。再以官方統計為據，982 家的產業工會，以家數為準所計之工會組織率為 3.2%，其會員人數總計為 57 萬 3161 人，以人數為主所計之工會組織率則為 17.4%，相對的，3 千 376 家職業工會，其會員人數高達 245 萬 3347 人，佔全體職業工人比例之 47.5%，表示我國職業工人工會組織率接近一半之高。

觀察我國勞動者之行使同盟自由權的實況，應提醒同學注意下列線索：

- 全國勞動者工會組織率偏高，主要係因職業工會所致。
- 職業工會主要係自營工作而無雇主或無一定雇主之職業工人，為加入勞工保險而成立之組織，某個程度而言，它並不符合本單元所稱之同盟意義。
- 我國產業工人組織率偏低，主要集中在國營事業與少數民營大企業，中小企業因受僱人數在 30 人以下，依法根本不得成立工會；
- 我國產業工會均非實質意義之「產業工會」，而較接近日本之企業工會，此亦係雇主不當勞動行為猖獗的結構性主因；
- 我國產業工會多集中於製造業、倉儲運輸等傳統工業部門，服務業中少見工會，比較顯著的例外是金融業。

☞ 提醒：請以相關同盟自由之法律規範為據，具體說明實際上的發展狀況，並作交互分析，以使同學理解同盟自由權在我國之理論與實踐，並從中找出清晰的結構性因素。

☞ 提醒：關於我國工會之數量統計與其他概況，得請同學參見行政院勞工委員會勞動統計月報網頁 <http://statdb.cla.gov.tw/html/mon/rptmenumon.htm>。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

在這個單元中，我們將選擇三則台灣的案例，提供講者說明有關同盟自由權之保障問題。選擇案例之主要思考為：

- 突顯國內法律適用者對於同盟自由權的常見錯誤。
- 從憲法的規範審查 (Normenkontrolle)、司法審查 (Judicial Review) 之觀點，使同學觀察制定法之規定應如何加以批判性的考察與適用。
- 理解我國特別嚴重之不當勞動行為的實況與法律處理。

### 二、重要案件

本單元提供三個案例，分別是：

- (1) 國語實小技工工友組織工會案。
- (2) 柯文賢等組織台北市教師工會案。



(3) 大同公司產業工會理事長白正憲解僱案。

### 三、案例之重要內容

#### (一) 國語實小技工工友組織工會案

台北市國語實驗國民小學工友李永恆，於 1989 年 8 月以學校工友已納入勞資爭議處理法適用之範圍，依該法規定有成立工會之必要性為由，向台北市政府社會局申請籌組台北市教育事業技工工友工會，經該局以工會法第 4 條「各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工，不得組織工會」規定駁回，李永恆對原處分不服而提起訴願及再訴願遞均遭駁回，遂提起行政訴訟，經行政法院以 79 年度判字第 2014 號判決敗訴確定。最後李君聲請大法官會議解釋工會法第 4 條是否違憲。

大法官會議於 1995 年 2 月 24 日作成釋字第 373 號解釋，其中解釋文寫道：工會法第 4 條規定：「各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工，不得組織工會」，其中禁止教育事業技工、工友組織工會部份，因該技工、工友所從事者僅係教育事業之服務性工作，依其工作之性質，禁止其組織工會，使其難以獲致合理之權益，實已逾越憲法第 23 條之必要限度，侵害從事此項職業之人民在憲法上保障之結社權，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。解釋理由書中亦附帶說明，謂基於教育事業技工、工友之工作性質與國民受教育權利之保護，諸如校園之安全、教學研究環境之維護等各方面，仍不能謂全無關涉；其勞動權利之行使，有無加以限制之必要，應由立法機關於一年內檢討修正，併此指明。可見，大法官雖認教育事業技工工友雖得組織工會，但立法者仍得本於教育事業之特殊性，思考加以某種程度之限制，教學上亦須注意此問題。

☞ 提醒：劉鐵錚與戴東雄兩位大法官提出不同意見書，主要認「教育事業之工友、技工既非本身從事教育事業，僅擔任學校勞力性之服務工作，其組成之工會，縱有罷工之權利，在前述有關罷工法律規範下，如何會影響國民受教育之權利與校園之安寧，實令人費解；其組成之工會，不能與其他工會立於平等之地位，也難令人心安。犧牲勞動者賴以獲致合理權益之憲法上權利，以換取無必然關聯之立法目的」，是否更符合學理上對於該等勞動者同盟自由權保障之意旨，更值注意」。

☞ 提醒：釋字第 373 號解釋是大法官所作有關勞動者同盟自由權最重要的解釋，理論上非常重要，應要求學生詳細研讀。

#### (二) 柯文賢等組織台北市教師工會案

台北市教師柯文賢於 2004 年 1 月 5 日，向台北市政府勞工局申請「台北市

教師工會」成立備案，並要求發給工會登記證書，經台北市政府勞工局審查，以其申請違反工會法第 4 條「各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工，不得組織工會」規定，柯君暨其他擔任「台北市教師工會」之發起人等，既屬教師，而為工會法第 4 條所稱之教育事業之員工，依法自不得組織工會，乃於 2004 年 6 月 23 日否准所請。柯文賢不服該否准之行政處分，向行政院勞工委員會提起訴願，經該會於 2004 年 9 月 24 日駁回柯文賢訴願申請，柯君再向台北高等行政法院起訴，請求撤銷原處分，業經該院於 2005 年 8 月 25 日判決原告之訴駁回，柯文賢乃再向最高行政法院提起上訴，最後由該院於 2007 年 2 月 14 日以 96 年度判字第 00280 號判決上訴駁回。

最高行政法院本案之主要判決理由，有下列八項：

- 教育事業乃國家之百年大計，教師身負傳道、授業及解惑之職責，凡人民之教化及道德水準之提昇，莫不以教育為基準，因此教師肩負著神聖使命但其職責亦甚為艱鉅且與國民之受教權息息相關。
- 有關教師之福利、待遇及權利之行使與工作之保障等規範體系自成一格，凡教師之資格、聘任、權利義務、待遇、進修研究及有關退休撫卹、離職、資遣、保險等相關權益，目前係以教師法為規範。
- 教師法第 26 條係有關教師成立專業團體之規定，在學校為教師會，在直轄市及縣市為地方教師會，在中央為全國教師會，此項規定即為教師集會與結社權行使之方式。
- 工會法係為保障勞工有關之工資、工時、安全衛生、休假、退休、職業災害補償及保險等事項而設。教師與勞工之工作性質不同，故有關集會、結社權之行使亦應有不同方式。
- 立法考量將教師組工會之權利於工會法排除而由教師法取代，並無剝奪憲法第 14 條所賦予教師之集會、結社權，亦無違背所謂之平等權及逾越憲法第 23 條之必要性及比例原則。
- 大法官會議釋字第 373 號解釋，認教育事業之技工及工友所從事者僅係教育事業之服務性工作，其性質與教師不同，亦無教師法之適用，則禁止其組織工會已逾越憲法第 23 條之必要限度，而認工會法第 4 條限制教育事業之技工及工友組織工會違反憲法第 23 條之規定；至教師不得組織工會部分並不在該號解釋範圍內。
- 「各級教師組織之基本任務如下：一、維護教師專業尊嚴與專業自主權。二、與各級機關協議教師聘約及聘約準則……。」為教師法第 27 條第 1、2 款所定。教師對主管教育行政機關有關其個人之措施，認為違法或不當，致損害其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。可見教師法所定之教師會組織已具有協商權與爭議權之權能，對教師權益之保護已屬周全；
- 未查各國法制、民情均有不同，甚至人民對法治之接受度亦有不同，因此以教師法取代工會法對於教師集會、結社權為規範，乃立法考量，非行政機關所

得置喙，我國並非不准教師有集會結社權，僅因法律用語不同至其名稱與他國有異而已，並非有悖國際趨勢或國際公約。

☞ 提醒：請提示同學注意最高法院論證之諸多問題與錯誤，包括「教師法律關係」、「教師權利義務法律適用基礎」、「教師法所定教師會權利是否與同盟相關」、「教師之結社自由權或同盟自由權」等，並請討論思索。

### （三）大同公司產業工會理事長白正憲解僱案

白正憲自 1974 年 6 月起即受僱於大同股份有限公司，曾獲公司多次獎勵，並於 1988 年 12 月 30 日當選第 12 屆產業工會理事，1989 年 3 月 24 日當選第 12 屆產業工會常務理事及理事長。嗣後因白君多次代表工會與公司協商年終獎金事宜而不見容於公司，公司遂於 1990 年 1 月 10 日以「原所屬新品開發處，負責新產品開發設計工作之白正憲君，因當選產業工會常務理事及理事長後，熱衷工運，無心工作，未依規定請公假，1989 年度之工作績效全無，確不能勝任工作，遂依公司工作規則第 16 條第 5 款、勞動基準法第 11 條第 5 款規定，予以資遣，終止勞動契約」，將其資遣，並拒絕其進入公司繼續執行業務。白君於是訴請法院審理，欲確認僱傭關係繼續存在，公司涉及違法解僱。

本案纏訟逾 8 年，最高法院於 87 年 7 月以 87 年度台上字第 1788 號作出終局確定判決，認就事實部分認定，白君並非無工作之事實，並不構成違反相關工作規則暨勞動基準法第 11 條第 5 款之情事，進而判決確認僱傭關係存在。

☞ 提醒：請要求同學詳讀判決，並注意法院所提及之「解僱後執行工會會務與職工福利委員會會務之必要性」，因此係正面承認同盟之一般行動權，別具意義。法院在審查是否符合勞動基準法解僱要件之餘，經常述及工會事務，應提醒同學注意此點。

☞ 提醒：亦得要求同學一併研讀 1997 年 8 月 27 日台灣高等法院 86 年度勞上更字第 11 號有關本案之第二審更審判決。

## 四、案例之意義與影響

### （一）國語實小技工工友組織工會案

本案之意義與影響：

- 工會法第 4 條之禁止教育事業員工組織工會，至少不得以形式層次觀之，而是必須區別教育事業中之「教學工作者」與「其他服務性工作者」的不同，顯然，限制後者亦不得組織工會，無法得到合憲之評價。
- 我國首見對於勞動者同盟自由基本權之大法官會議解釋。
- 於集體勞動法相關權利之憲法基礎具有理論上重大意義。

☞ 提醒：該解釋效力是否僅及於學校內之技工工友？是否亦得包括諸如行政事業中之技工工友，以及教育事業之教師？學理上迭有爭論。如以釋字第 373 號解釋文與解釋理由書觀之，前者應為大法官所肯定，後者似為否定。

## （二）柯文賢等組織台北市教師工會案

本案之意義與影響：

- 延續大法官釋字第 373 號解釋，最高行政法院繼續作出「限制教師同盟自由基本權」之合憲見解。
- 法院對於教師之法律關係、適用法律基礎、教師團結權之實踐、教師會之性質與職權，乃至保障教師團結權之憲法意涵等，都有極其嚴重的誤解。

☞ 提醒：本案在教育法領域中亦有相當之意義，有助於協助學生理解「教師作為特殊勞動者類型」之勞動法與教育法問題，應予留意其理論上的重大爭議。

## （三）大同公司產業工會理事長白正憲解僱案

- 法院少見的承認不當勞動行為之問題，認在勞動關係是否應予維繫之個別勞動法適用外，亦應考慮不當勞動行為之動機與影響。
- 本案是我國勞動史上最重要的不當勞動行為案例，為時最久，引起之社會關注程度最大，間接促成之法律政策思考與修正行動最鉅。
- 對於我國不當勞動行為理論之發展亦有相當之里程碑意涵。

☞ 提醒：大同公司有所謂不當勞動行為的系列案，時間允許，可要求同學蒐集資料並加以分析，有助於學習效果之提升。

☞ 提醒：此案引起社會運動界歷時甚久的關注，相當程度促成不當勞動行為處理制度之催生，在教學上應注意以實際案例，聯繫至勞資爭議處理法修正草案中裁決制度的分析與討論。

## 肆、教學範例與內容設計

### 一、重要之議題

- （一）同盟的意義。
- （二）同盟與其他的勞動者結社形式，在實質與功能上之差異。
- （三）同盟與工會之同與異，理論上之意涵為何。
- （四）同盟自由基本權的內涵。
- （五）我國憲法與制定法關於勞動者同盟之規範及其問題。
- （六）我國集體勞動生活中同盟之實況與問題。
- （七）不當勞動行為之理論與實踐。

- (八) 不當勞動行為處理機制之思考與行動。
- (九) 其他同盟行動權（入廠權、宣傳權、諮商權、言論自由權）。

## 二、思考問題方向

- (一) 理解與學習規範意義上的同盟及其保障，勿忘實踐層次的同盟發展所帶來之影響。
- (二) 學習外國（特別是德國、日本與美國）同盟理論與法學論述時，勿忘與我國作適切的區分與融合。
- (三) 必須提醒同學「同盟」對於現代法治國的重大意涵與體系定位。

## 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

### （一）分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，教師得命進行下列相關問題的討論，並請提出討論結論：

- 同盟與工會有何不同？
- 勞動者的同盟與雇主的同盟有何同與異？
- 教師與公務員亦得擁有同盟自由權嗎？有關教師會與公務人員協會的結社自由權，亦等於同盟自由權嗎？
- 我國工會法的規定與限制，對於我國集體勞動生活的貧乏有何結構性的影響？
- 我國工會法的規定與限制，如何對之作嚴格的批判性觀察？
- 不當勞動行為應以何等行政或司法機制加以處理？

### （二）角色扮演

第一組：同學分為三組，分別扮演勞工、雇主、法院，就「從事工作與從事工會會務」，究竟如何適當的兼顧勞方勞務提供義務、勞方同盟自由權的保障、雇主適切的容忍與協助義務等，進行如法庭審判程序之主張、準備、爭點整理、言詞辯論等行為，扮演法院之同學並應為適當的闡明權行使。

第二組：同學分為三組，分別扮演教師會幹部、教育部、家長代表，就「教師能否行使同盟自由權，組織工會，是否將影響學生受教權」，究竟如何適當兼顧教師同盟自由權、教育行政之特殊考量、學生受教權與社會需求、如何調和教師之專業性與勞動性需求等，進行教育政策上的辯論。

### (三) 問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 同盟是什麼？
- 同盟的目的為何？
- 現行法制對勞動者同盟的基本態度為何？
- 現行法制對勞動者同盟的具體規範為何？
- 我國集體勞動生活中的同盟地位如何？
- 何謂雇主的不當勞動行為？
- 不當勞動行為已經得到很好的處理嗎？
- 教師與公務員究否為勞工？亦應享有同盟自由權嗎？
- 同盟自由權與結社自由權如何區別？

### (四) 引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

⇒ 例如：教師是勞工嗎？他又不是一般的藍領或白領！ ⇒ 同學回答：他應不是一般勞工 ⇒ 教師質疑：可是他同樣有經濟與人格上的從屬性 ⇒ 同學回答：他似乎也具有勞工的特徵 ⇒ 教師質疑：讓教師組織同盟，可能與學生受教權之保障吻合嗎？（依此類推）

⇒ 例如：雖然從事工會事務，也可以容許荒廢工作嗎？ ⇒ 同學回答：似乎亦得以勞動基準法的解僱要件相繩 ⇒ 可是雇主的解僱假如顯然是不當勞動行為的動機呢？ ⇒ 同學回答：應該以不當勞動行為之處理為重心 ⇒ 兩者並存應如何評價呢？（依此類推）

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- 我國工會結構與工會運作實況（輔以相關之勞動統計）。
- 以同盟自由基本權角度，分析教育部與行政院人事行政局關於教師與公務員結社自由保障之說帖。

- 各國憲法對於同盟自由權之保障比較（請特別提醒東歐國家 90 年代之後的新憲法）。
- 勞資爭議處理法關於不當勞動行為裁決章之分析。
- 台灣不當勞動行為個案研究（大同工會系列案、台北銀行電子郵件案、信立化學合法申訴案、佳鼎科技公假不立案）。
- 同盟自由與不當勞動行為司法判決個案摘要（Case Study, Briefings）。

撰寫格式：

- ⇒ 個案研究：事實、爭點、法院判決或行政處理結果、評論與分析。
- ⇒ 專題寫作：依一般法學論文格式。

## 二、考題設計

以下為所擬提供參考之考題：

- 同盟之定義。
- 同盟之目的。
- 同盟之憲法保障基礎。
- 現行法制對勞動者同盟的具體規範為何？
- 何謂雇主之不當勞動行為？
- 現行法下不當勞動行為處理之問題為何？
- 試以同盟自由權之觀點分析教師會與公務人員協會。
- 同盟自由權與結社自由權之區別。

## 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

- 1、焦興鎧，論勞工團結權在國際上之最新發展，政治大學法學院「團結權、同盟自由與勞動基本權－科際的對話」學術研討會，2005 年 11 月。
- 2、焦興鎧，勞工團結權國際勞動基準之發展，憲政時代第 31 卷第 3 期，2006 年 1 月，頁 287-320。
- 3、焦興鎧，從勞動三權國際勞動基準之發展看我國工會法之修正方向，法令月刊第 58 卷第 2 期，2007 年 2 月，頁 26-48。
- 4、黃程貫，勞動法，國立空中大學出版，修訂再版，1997 年 10 月。

- 5、王惠玲，國際勞工組織對團結權之保障：兼評我國工會法，政大勞動學報第18期，2005年7月。
- 6、楊通軒，集體勞工法－理論與實務，五南出版公司，2007年11月。
- 7、黃瑞明，團結權在台灣－兼論臺企銀工會的「小大角之役」，政治大學法學院「團結權、同盟自由與勞動基本權－科際的對話」學術研討會，2005年11月。
- 8、黃瑞明，團結權研究的新典範，政治大學法學院「兩岸勞動法學術暨實務界交流－勞動者之個別保障與集體形成」學術研討會，2006年5月。
- 9、王能君，日本國憲法上勞動權保障之意義，憲政時代第29卷第1期，2003年7月。
- 10、王能君，日本團體交涉權與團體行動權，政治大學法學院「勞動基本權學術研討會」論文，2004年10月。
- 11、王松柏，簡論勞動法之特殊性格、規範方法與勞動三權在我國之現況，台灣勞動學會「2005台灣勞動學學術研討會」，2005年6月。
- 12、劉士豪，我國憲法基本權體系中的勞動基本權，政治大學法學院「勞動基本權學術研討會」論文，2004年10月。
- 13、劉士豪，勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位（上）（下），政大法學評論第87、88期，2005年10、12月，頁66-132、1-62。
- 14、劉士豪，我國之「勞動憲法」，蘇永欽編「部門憲法」，元照出版有限公司，2006年1月。
- 15、張鑫隆，德國同盟自由(Koalitionsfreiheit)概念的原點－團結權理論之再思考，憲政時代第31卷第3期，2006年1月，頁321-360。
- 16、林佳和，勞動與勞動憲法，蘇永欽編「部門憲法」，元照出版有限公司，2006年1月。
- 17、林佳和，教師與憲法同盟自由之保障－最高行政法院九十六年度判字第○○28○號判決評釋，月旦法學第151期，2007年12月，頁240-254。



## 第九單元：集體協商

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

在集體勞動法的領域中，「勞工形成其團結組織、向作為其社會對手之資方爭取自己勞動與經濟條件提升」之勞工同盟自由，以及行使必要之施壓手段-勞動鬥爭行為，原則上來說，目的均為與其社會對手進行集體協商，以爭取締結團體協約，提升勞工勞動與經濟條件。在集體勞動法的四大支柱與核心之中，除另外三單元之「同盟自由」、「勞動鬥爭」與「共同決定」，本單元將進行另一領域「集體協商與團體協約」，以形成完整之集體勞動法輪廓。

本單元之重要性臚列如下：

- (一) 理解集體勞動法之另一核心-集體協商與團體協約。
- (二) 理解集體協商之法律上定位與評價。
- (三) 理解團體協約之法律性質與規範體系。
- (四) 理解國內集體協商與團體協約實務狀況。

#### 二、現行法規範狀況

國內現行有關集體協商暨團體協約之法規範如下：

- (一) 憲法相關條文，包括：

第 14 條：「人民有集會及結社之自由」。

第 15 條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」。

第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」。

⇒ 請注意在憲法規範基礎部分，與同盟自由基本權密不可分。

- (二) 團體協約法相關條文，包括：

**【集體協商與團體協約之保障目的】**第 1 條：「為規範團體協約之協商程序及其

效力，穩定勞動關係，促進勞資和諧，保障勞資權益，特制定本法」。

【團體協約之定義】第 2 條：「本法所稱團體協約，指雇主或有法人資格之雇主團體，與依工會法成立之工會，以約定勞動關係及相關事項為目的所簽訂之書面契約」。

【團體協約之無效】第 3 條：「團體協約違反法律強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限」。

【誠信協商義務】第 6 條：「勞資雙方應本誠實信用原則，進行團體協約之協商；對於他方所提團體協約之協商，無正當理由者，不得拒絕。勞資之一方於有協商資格之他方提出協商時，有下列情形之一，為無正當理由：一、對於他方提出合理適當之協商內容、時間、地點及進行方式，拒絕進行協商。二、未於六十日內針對協商書面通知提出對應方案，並進行協商。三、拒絕提供進行協商所必要之資料。依前項所定有協商資格之勞方，指下列工會：一、企業工會。二、會員受僱於協商他方之人數，逾其所僱用勞工人數二分之一之產業工會。三、會員受僱於協商他方之人數，逾其所僱用具同類職業技能勞工人數二分之一之職業工會或綜合性工會。四、不符合前三款規定之數工會，所屬會員受僱於協商他方之人數合計逾其所僱用勞工人數二分之一。五、經依勞資爭議處理法規定裁決認定之工會。勞方有二個以上之工會，或資方有二個以上之雇主或雇主團體提出團體協約之協商時，他方得要求推選協商代表；無法產生協商代表時，依會員人數比例分配產生」。

【提供資料義務】第 7 條：「因進行團體協約之協商而提供資料之勞資一方，得要求他方保守秘密，並給付必要費用」。

【協商代表】第 8 條：「工會或雇主團體以其團體名義進行團體協約之協商時，其協商代表應依下列方式之一產生：一、依其團體章程之規定。二、依其會員大會或會員代表大會之決議。三、經通知其全體會員，並由過半數會員以書面委任。前項協商代表，以工會或雇主團體之會員為限。但經他方書面同意者，不在此限。第一項協商代表之人數，以該團體協約之協商所必要者為限」。

⇒ 請注意 2008 年 1 月 9 日總統公佈（施行日期另定）之團體協約法修正條文，除符合時宜之更明確化團體協約相關法律效力規範外，更重要的是引入所謂之「誠信協商義務」（negotiation in good faith），同時搭配勞資爭議處理法修正草案中的裁決制度，作為勞資違反誠信協商義務時之法律處理機制，亦即將之作為不當勞動行為之下位類型而加以規範，教學時應特別注意。必要時，教師應蒐集相關美國與日本有關誠信協商之資料，以豐富學生之認識。

☞ 提醒：教學上應注意搭配團體協約之法釋義學體系與團體協約法各別條文之解釋，提醒學生注意。

## 貳、理論與實踐發展

## 一、理論

### (一) 集體協商權之憲法基礎的理論爭議

國內學者向將「集體協商權」視為一獨立的勞動者權利，揆其緣由，應是在沿襲自日本之「勞動三權」概念體系的一種當然理解，同時亦在日本國憲法中有著明文之依據（憲法第 28 條：「勤勞者的團結權及團體交涉權及其他團體行動權，應予保障」）。較屬德國法背景之學者，則多認為集體協商權應為所謂的「同盟行動」（Koalitionsbestatigung, koalitionsmaessige Taugkeiten），概念上應屬於同盟自由權所涵蓋之必要行為與手段，因此較偏向於非屬一獨立之憲法權利，但並非不受憲法所保障。與同盟自由基本權之憲法基礎爭議類似的是，關於集體協商權之憲法依據，國內學界基本上亦有下列幾說：

- 1、憲法第 14 條說：著眼於「勞動者同盟」之作爲結社的一種形式，因此傾向將之同盟自由基本權視爲結社自由權的一種次類型，而集體協商權復爲其所涵蓋。
- 2、憲法第 15 條說：基於黃越欽教授的創見，將憲法第 15 條的「生存權、工作權、財產權」之三種權利作特殊的層級結構設計與分工，而集體協商權自然爲其所包含。
- 3、憲法第 22 條說：在憲法基本權清單沒有明列勞動者同盟自由的我國，亦可能以第 22 條之所謂截堵基本權（Auffanggrundrecht）爲一般行動自由之憲法基礎，例如要求社會對手爲集體性協商的權利。

☞ 提醒：在團體協約法修正公佈後，由於明定勞資雙方之誠信協商義務，同時復有法律效力及處理程序之規定，是以「集體協商權」亦成爲制定法所保障之權利，應加注意。

### (二) 團體協約法釋義學體系相關問題與理論爭議

由於國內團體協約之實務極不發達（黃瑞明教授之名言：團體協約法，一部躺在六法全書中的屍體），連帶亦使團體協約之法學發展極爲貧乏，國內甚至少有完整之團體協約法釋義學的闡釋與論述。是以在教學上，應注意相關之三大部分：

- 團體協約法釋義學體系及其基本內容；
- 團體協約法重要法律概念；
- 團體協約重要理論爭議。

#### 1、團體協約法釋義學體系及其基本內容

本手冊謹提出以下體系及內容供參考；教師得依自我認識與重要性評估，調

整其內容：

## 團體協約法相關問題

協約自治與其挑戰  
團體協約性質與理論爭議  
團體協約類型與功能  
團體協約之憲法界限（基本權的拘束）  
團體協約與其他法律規範

## 團體協約 總論

團體協約之要式與解釋  
協約能力  
協約當事人與關係人  
協約認可與行政管制  
誠信協商義務  
特殊領域之協約實務與問題（公部門）  
台灣與外國團體協約發展實務

債法效力            和平義務條款

條款                協約履行條款與其他

勞動關係訂定條款

法規範效力條款    勞動關係內容條款（勞動與經濟條件）

款                    勞動關係終止條款

## 團體協約 內容

工作規則及其他集體性規範條款

開放條款

急迫條款

類似勞工之團體協約

非典型勞工之團體協約（定期、部份工時、派遣）

其他內容之團體協約（企業組織、企業政策、共同機構、工會會務）

## 團體協約 效力

強制效力

有利原則

	效力移轉
	協約競合
	餘後效力
	情事變更原則
	協約權利保護
	協約一般化效力宣告
	團體協約對非受拘束之勞工的影響
	協約權利貫徹
	涉外團體協約
其他	法定最低勞動與經濟條件

## 2、團體協約法重要法律概念

本手冊提供下列相關之重要團體協約法概念及其簡略介紹，提供教師教學時參考，當然，亦得自行增刪修改。

### (1) 團體協約自治 (Tarifautonomie)

所謂團體協約自治，係指作為團體協約當事人的勞資雙方，非經國家的授權，而是本於自我形成社會生活重要權利義務事項的權限，所得享有之自行規範勞動生活相關規則的自主性。雖然團體協約之法律性質迭有爭論，不論是法律行為說或國家授權說，都試圖用來解釋：為何團體協約當事人得訂定直接強制適用於其成員之條款內容，然而，協約自治所突顯之重點在於：協約的目的，並非國家之授與等同於國家立法者之規範權限，而是尊重勞資雙方當事人，使其依循自我之意志，自主形成勞動生活的權利與義務。協約自治應受法秩序、特別是憲法的保障。

### (2) 團體協約自治界限 (Grenzen der Tarifautonomie)

團體協約當事人雖擁有憲法保障之協約自治權限，但並非毫無限制，基於整體法秩序，特別是第三人利益保護的考量，協約自治仍存在著相當的界限，雖然界限為何，確實存在著極大的爭論。一般而言，團體協約自治的界限，可以分為下列三種類型。第一是成員屬性的界限：協約當事人不得訂定影響非屬會員權益的條款；第二是實體的界限，包括制定事項的性質僅限於經濟與勞動條件，強行勞動法規的限制，不受集體權利干預的成員個人私領域，以及比例原則的限制等。第三則是一般法秩序的界限，例如公益的拘束，司法審查控制的權限等。

### (3) 團體協約能力 (Tariffähigkeit)

所謂團體協約能力適格，係指具有擔任有效之團體協約當事人的法律行為能力。

協約能力性質上屬於特殊的法律行為能力，因為協約能力之法律效果，並非完全只能歸屬於具有法律行為能力之主體，再者，民法上雖無行為能力，但在勞動法的領域中，卻有可能具備協約能力，因此兩者雖有重疊，但指涉並非同一。團體協約之主要功能既在制定協約條款，使之具有規範效力，因此學理上亦將協約能力，稱之為「制定有拘束力之規範的法律行為能力」。（我國團體協約法第 1 條第 1 項參照）

#### （4）團體協約強制效力（Zwingende Wirkung des Tarifvertrags）

團體協約之強制效力，有廣義與狹義兩種理解：前者包括所謂團體協約之直接效力與狹義的強制效力，亦即團體協約直接對所涉之個別勞工與雇主發生形同法律規律的效力，同時，團體協約亦存在所謂的不可變更性（即強制性），除非對個別勞工有利，否則不容許勞資雙方另為異於團體協約的約定。狹義的強制效力，則僅指團體協約後者之不可變更性而言。（我國團體協約法第 16 條參照）

#### （5）團體協約債法效力條款（Schuldrechtlicher Teil im Tarifvertrag）

團體協約均包括所謂的規範部分與債法部分條款，共同構成團體協約的兩大內容。債法部分條款，係指團體協約中無關勞動關係之「第三人」個別權利義務的事項，而專拘束締結團體協約之當事人團體的內容。一般常見的債法部分條款，主要包括團體協約和平義務、團體協約履行條款，以及拘束當事人團體的其他約定，例如調解或仲裁程序等。該等條款之所以稱之為「債法部分」，主要是團體協約之當事人團體，制定了僅得拘束本人權利義務事項之條款，是以該等條款只發生形同債的關係之債法上效力，而與效力形同法規，得直接形成個別成員權利義務內容之規範部分條款，有所區別。

#### （6）團體協約法規範效力條款（Normativer Teil im Tarifvertrag）

團體協約均包括所謂的規範部分與債法部分條款，共同構成團體協約的兩大內容。規範部分條款，主要是制定有關勞動條件的內容，可能涉及的範圍有勞動關係的三類條款：第一類是勞動關係內容條款，例如工資、工時、津貼、休假；第二類是勞動關係訂定條款，內容包括僱用或不僱用特定勞工的約定，例如要式規定、禁止僱用、僱用要求等；第三類是勞動關係的終止條款，內容可能涉及解僱預告期間、解僱要件、資遣費、退職金等。規範部分條款亦可能涵括非直接屬於勞動關係的事項，例如工作規則、企業職場的其他集體性規範等。該等條款之所以稱之為「規範部分」，主要是團體協約之當事人團體，制定了直接拘束其個別成員、也就是「第三人」之權利義務事項，對該等成員而言，團體協約之此類條款，效力形同法規，因此學理上概稱為規範部分條款，以資區別僅拘束締結團體協約之當事人團體的債法部分條款。

#### （7）團體協約有利原則（Gunstigkeitsprinzip im Tarifvertrag）

團體協約之本質，在理論與實踐的發展過程中，有一基本之確立：團體協約之功能，係作為最低、而非最高工資與勞動條件的保障，此即學理上所稱之「團體協約最高勞動條件之禁止」，德國威瑪時代的團體協約命令，雖曾容許協約當事人為此約定，但在二次大戰後已全面廢除。準此，團體協約自不應禁止勞資個別當事人，就團體協約之規範部分條款，作有利於勞動者之特別約定，此即所謂的團體協約有利原則。「有利」專指對勞方而言，不包括對雇方有利之約定，否則無異規避與掏空團體協約之保障功能。為同時維護團體協約之強制性，基本上在團體協約未明文禁止之情形下，方有有利原則之適用，但仍應注意不得作為最高勞動條件之確立。（我國團體協約法第 16 條參照）

#### （8）團體協約和平義務（Friedenspflicht im Tarifvertrag）

所謂團體協約之和平義務，係指勞資雙方締結團體協約之後，團體協約本質上當然產生一不可約定拋棄的，雙方當事人於協約有效期間內，均不得再針對協約內容行使爭議行為手段的義務；此義務亦涵括勞方當事人-工會，必須督促其所屬會員放棄爭議手段之義務，如雇方當事人為雇主團體，則亦須督促其所屬個別雇主遵守和平義務，亦屬當然。和平義務一般分為絕對與相對兩類，前者是指在協約有效期間內，均不得為任何之爭議行為，而後者僅限於不得針對「協約已明文規定之事項」為爭議行為，易言之，並未排除針對協約中未規定事項的爭議權，如為之亦不牴觸和平義務；學理上關於絕對與相對之和平義務，迭有爭論。（我國團體協約法第 20 條參照）

#### （9）團體協約餘後效力（Nachwirkung des Tarifvertrags）

所謂團體協約之餘後效力，係指團體協約有效期間已屆滿，在勞資雙方未訂定新的團體協約，而個別勞雇雙方亦未以勞動契約為新的約定時，則原團體協約內容，特別是所謂的勞動關係內容條款，亦繼續適用，以作為過渡階段的銜接。值得注意的是，團體協約餘後效力的目的，在於維護勞動條件的持續性，而非原先團體協約的強制性，亦即不再作為最低工資與勞動條件之保障，因此並不禁止勞資雙方約定較原團體協約為差的勞動條件，在此並無團體協約有利原則的適用。（我國團體協約法第 17 條參照）

#### （10）團體協約競合（Konkurrenz von Tarifverträgen）

所謂團體協約之競合，亦有稱複數團體協約者，係指就作為團體協約規範適用主體之同一勞動關係上，同時適用兩份以上之團體協約時，就相同之事項存在著內容彼此衝突之協約條款而言。「競合」的本意是指「競爭」，亦即存在相互衝突的複數規範，致生應如何選擇適用之疑慮。如雖存在數個團體協約，但其規範事項各殊，亦即不同事項散見不同協約，或所規範之同一事項內容相同，則並無真正的競合問題。關於團體協約競合時，應如何選擇準據團體協約，學理上有諸多建議，例如協約當事人選擇原則、單一團體協約適用原則、特別團體協約優先原則

等。(我國團體協約法第 5 條參照)

#### (11) 團體協約權利保護 (Rechtsschutz im Tarifvertrag)

所謂團體協約之權利保護，係指有關協約所定權利之貫徹問題，亦即國家所提供、於當事人自助行為以外、予當事人得以選擇利用之權利貫徹手段，一般主要是指法院訴訟而言。工會與雇主或雇主團體之作爲協約當事人，以法院訴訟途徑貫徹權利，本無問題，是團體協約權利保護之討論實益，重點即在於勞方之工會會員的個人協約所享有權利，應如何循求法律保障之問題。(我國團體協約法第 22 條參照)

#### (12) 團體協約一般性效力宣告 (德國) (Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags)

團體協約之規範效力，原則上僅及於受團體協約拘束之勞雇雙方，結果經常發生某些現象，例如受團體協約拘束之雇主，就其未加入工會而不受協約拘束之勞工，故意約定較差之勞動條件，或原本即不受團體協約拘束之雇主，賦予其勞工較一般協約保障之勞動者顯然較差之待遇。德國法制上爲解決此問題，特於其團體協約法第 5 條中，設立所謂之一般性效力宣告制度，以保障未受協約保護之勞工。依該條規定，只要受協約拘束之雇主，實際僱用該協約涵蓋區域下二分之一以上之勞工，且公益上認爲必要者，該等雇主並可申請聯邦勞動部，由該部組成一勞資雙方各 3 名代表與聯邦勞動部部長之獨立委員會，決議是否將該團體協約爲具一般性之效力宣告。

☞ 提醒：教學時建議以團體協約法釋義學體系之「重要議題」爲核心，方搭配提示我國團體協約法條文，以備說明。惟建議切勿以我國團體協約法條文爲教學重心，因其條文結構多沿襲第二次世界大戰前之歐陸國家法規範狀況，2008 年之修正條文雖有處理，但多流於片斷，教學時應特別留意。

## 二、實踐發展

至 2007 年底爲止，台灣國內所簽訂並有效之團體協約，共僅 71 份，其中包括 15 份公營、56 份民營事業單位所簽署之團體協約，其中有 69 份均爲產業領域之團體協約，僅有 2 份爲職業工會與雇主團體所簽署者，相較於 2007 年底將近 70 萬家之企業，份數可謂極少。綜觀我國團體協約實務，約有以下幾項重要特徵：

- 台灣企業勞資雙方所簽訂之團體協約數量，有逐年下降之趨勢，如從 1992 年至 2007 之 15 年爲觀察週期，國內團體協商之數量逐年爲：306、292、296、287、289、297、300、301、301、309、283、206、260、255、75、71；



- 顯然，2006 年是個重要的轉捩點：團體協約從前一年的 255 - 事實上維持十多年來之穩定數量，急遽下降為 75，直接剩下三分之一。其原因究竟為何，國內學界尚無定論，有認因國公營事業快速民營化之故，亦有認民營產業外移有著相當之影響；
- 如從公營與民營企業所簽訂團體協約之數量消長來觀察，應可見到兩項因素均有相當之關聯性，之所以在一年之間有著如此驚人之數量消長，可能與前團體協約之有效期限巧合性之同時屆滿有關。當然，結構性之原因仍有待學理上之進一步觀察；
- 即便有團體協約之簽訂，觀察其實際內容，大致上可看到某些共通之內容：類似勞動基準法保障之複誦、工會組織與活動權之保障、工會會員特殊福利（節慶獎金、子女教育津貼等）等；
- 由此觀之，我國團體協約實務並無歐美各國之主要以勞動條件為內容之情況，換言之，我國團體協約並無真正扮演「保障勞動者最低勞動條件」之功能，惟在工會權利之保護上，則有相當之意義，應值注意。

☞ 提醒：請注意國內學界有關集體協商與團體協約實務之研究發展。

☞ 提醒：關於我國團體協約之數量統計與其他概況，得請同學參見行政院勞工委員會勞動統計月報網頁 <http://statdb.cla.gov.tw/html/mon/rptmenumon.htm>。

☞ 提醒：在團體協約法於 2008 年修正公佈後，雖尚未施行，但應注意誠信協商義務與未來將修正施行之裁決程序，所可能帶來之國內集體協商實務之衝擊與影響，亦可提醒學生研究國內工會界曾出現之集體協商爭議個案。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

國內極少相關集體協商或團體協約之法律訴訟案件，較難以舉例加之說明。教學時建議以曾發生之協商案件為例（但均未步入司法訴訟階段），重點不在法院作依據法律之審判，而是作教學上之輔助說明。選擇案例之考量如下：

- 是否實際涉及「集體協商權」之作唯一具體的法律權利；
- 是否涉及新團體協約法的新制度「誠信協商義務」；
- 是否涉及團體協約法釋義學中之具體法律問題。

### 二、重要案件

本單元提供三個案例，分別是：

- (1) 中華電信工會要求簽訂團體協約案。
- (2) 新竹國際商業銀行工會要求集體協商案。
- (3) 交通銀行工會與中國國際商業銀行工會合併與團體協約案。

### 三、案例之重要內容

#### (一) 中華電信工會要求簽訂團體協約案

中華電信工會於 93 年 12 月 5 日依工會法第 26 條規定，於台北市圓山公園、台中新市政中心預定地、高雄勞工公園等三地，同時召開會員大會，就要求中華電信股份有限公司「依工會所提出之團體協約修正條文簽訂團體協約」之調整事項，決議是否為罷工行為，經到場 17,356 會員投票，17,118 會員贊成通過「於罷工投票通過後至民營化前實施罷工」並「授權理事會決定罷工日期及相關事項」。此案涉及以下之問題：

- 罷工得否以「反對民營化」為目的；
- 於勞資爭議協商與調解階段，所涉及「拒絕就民營化進行協商是否可能成立未依誠信協商之義務」。

☞ 提醒：此案所涉及之議題「企業民營化」，亦即「得否透過團體協約限制企業主股份轉換與企業主自由」之問題，係當代團體協約法之重要議題，教學時應特別提醒學生注意，無論教師係持贊成或反對意見。

☞ 提醒：在新團體協約法之誠信協商義務出現後，應教導學生如何思考本案所涉及之問題。

#### (二) 新竹國際商業銀行工會要求集體協商案

2006 年 9 月，英商渣打銀行以百分之百股份轉換之方式，完全收購新竹國際商業銀行之股份，惟法律上觀之，新竹國際商業銀行員工之勞動契約當事人並未變更，亦即未涉及當事人變更，似未成立勞動法上之「轉讓」(Betriebsubergang)，基本上雇主即不得依勞動基準法第 11、20 條及企業併購法第 16、17 條等解僱員工。惟鑒於經營權易手後可能出現的不同企業組織氣候與管理方式，員工開始組成工會，並與資方（英商渣打銀行）代表展開協商，然而對於工會所提簽定團體協約及保障員工權益（保障工作權、員工優惠離退）等訴求，在歷經多次協商之後，渣打銀行均不願做出任何具體承諾，僅以融合期間「不裁員、不減薪」一語帶過。

☞ 提醒：本案涉及之法律問題與前述中華電信工會案極為近似，教學時應就「得否作為勞動鬥爭標的與團體協約內容」與「資方是否可能涉及新團體協約法之無正當理由拒絕協商」，提醒同學思考並進行討論。

#### (三) 交通銀行工會與中國國際商業銀行工會合併與團體協約案

交通銀行與中國國際商業銀行於 2006 年 8 月年合併為兆豐國際商業銀行，

事實上，早在 2001 年，交通銀行與國際證券公司即共同成立「交銀金融控股公司」，之後納入中興票券及倍利證券，後再於 2002 年 12 月 31 日再加入中國產物保險公司及中國國際商業銀行，同時更名為「[兆豐金融控股公司](#)」，而兩家銀行之合併只不過再稍往後推遲數年而已。兩家銀行之員工原本即均成立產業工會，銀行合併後，兩工會除產生「工會是否亦應合併」之疑慮與爭執外，由於原中國國際商業銀行曾與其資方締結合併時仍屬有效之團體協約，則「是否繼續適用於合併後之兆豐銀行」、「團體協約勞動條件就原交通銀行員工得否適用」、「兩家工會得否主張得與兆豐金控協商，金控不得拒絕」等問題。爭議至今未休。

☞ 提醒：本案涉及團體協約法釋義學上的重要問題：所謂「工會合併所生團體協約效力移轉」，同時亦有新團體協約法之誠信協商義務的問題，特別是國內金融控股公司型態所產生之「銀行工會得否主張與金控協商」之疑慮，而金控得否以非銀行員工之法律上雇主為由，拒絕與之協商，此問題在台灣十分重要，應提醒學生注意。

☞ 提醒：有關兩家銀行合併所產生之諸多爭議，亦請參見中國國際商業銀行產業工會之網站：<http://icbclu.myweb.hinet.net/main.htm>。

#### 四、案例之意義與影響

- 團體協約之目的與訴求之正當性爭議，應隨產業發展與當代趨勢而加調整。
- 新團體協約法誠信協商義務之內涵與具體適用，必須考量實務上的發展實況。
- 國內新興之產業發展趨勢，包括金融控股、企業併購等，對國內之工會生態與集體勞資關係，均產生相當衝擊，在法釋義學體系的建構上應加以考量。

#### 肆、教學範例與內容設計

##### 一、重要之議題

- (一) 集體協商權之憲法基礎。
- (二) 集體協商權之制定法規範與功能。
- (三) 團體協約法誠信協商義務具體內涵與爭議處理（勞資爭議處理法之裁決程序）。
- (四) 團體協約當事人與關係人。
- (五) 團體協約債法效力與法規範效力條款。
- (六) 團體協約之有利勞工原則。
- (七) 團體協約之不可貶抑性與強制效力。
- (八) 團體協約之和平義務條款。
- (九) 團體協約競合之處理。
- (十) 團體協約制度於經濟全球化時代下之挑戰與因應。

## 二、思考問題方向

- (一) 集體協商權對於台灣羸弱之工會力量的重大意義。
- (二) 新團體協約法所規範之誠信協商義務所產生之法律問題與處理程序，以及其對台灣集體勞動生活可能產生之影響。
- (三) 務必清晰掌握團體協約法釋義學體系。
- (四) 將集體協商放置於同盟自由基本權下加以理解之主要意涵。

## 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

### (一) 分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，教師得命進行下列相關問題的討論，並請提出討論結論：

- 協商與否不該是當事人的自由嗎？為何法律上必須規定誠信協商義務？
- 團體協約優先於個別勞雇之約定，是否意味著「集體主義凌駕於個人主義」呢？
- 以團體協約（如歐陸各國）或國家強行法令（如我國勞動基準法）規範最低勞動條件，哪一種模式理論上較佳，實踐上較適合台灣？
- 在經濟全球化的時代中，團體協約制度之優與劣各為何？

### (二) 角色扮演

第一組：同學分為三組，分別扮演行政機關、雇主與工會，教師得規定或請同學選擇一項議題（例如加薪 3%、彈性工時模式、改變解僱決定、是否遷廠與外移），由勞資雙方進行協商，雙方並得相互攻防，請求他方提供協商所需之對案或必要之資料，如涉及未依誠信原則協商時，並得請示行政機關是否涉及違反團體協約法所定之誠信協商義務。

第二組：同學分為三組，分別扮演雇主、工會與個別勞工，就「勞資雙方形成集體性秩序、優先於個別勞雇約定」之問題，例如每週最高工時、最低特別休假日數、生產組織上之安排等，進行辯論，教師應提醒三方應有之角色與任務：工會應極力主張「勞方團結與共同秩序」，勞方應有看似相互矛盾與對立之立場，同時主張「受團體保護之必要」與「個別形成之自由」，雇主與勞方類似，亦應同時掌握「勞工一律相同對待之必要性」與「個別彈性形成之需求」。

### (三) 問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 集體協商權之憲法基礎為何？亦屬憲法上獨立之個別基本權嗎？
- 集體協商權之制定法規內容為何？
- 何謂誠信協商義務？何謂無正當理由拒絕協商？
- 對於勞資一方違反誠信協商義務之法律上處理為何？
- 何謂團體協約之強制效力與不可貶抑性？
- 何謂團體協約債法效力條款？請舉例說明。
- 何謂團體協約法規效力條款？請舉例說明。
- 何謂團體協約餘後效力？
- 何謂團體協約和平義務？理論上之爭議為何？
- 何謂團體協約一般化效力宣告？

### (四) 引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

⇒ 例如：為何勞資一方有請求他方應進行協商之權利？ ⇒ 同學回答：如果沒有這種法律上之權利與義務，那麼集體協商無異淪為空談！ ⇒ 教師質疑：可是法律上又不能強求勞資雙方必須要有協商結果？ ⇒ 同學回答：沒有錯，協商結果當然是私法自治，可是如果不依誠信協商，還是可以用行政罰相繩，可以達成間接強制的效果！ ⇒ 教師質疑：間接強制！？那不就是單純的充實國庫嗎（依此類推）

⇒ 例如：個別勞工可以與雇主約定偏離團體協約之規定嗎？ ⇒ 同學回答：為了鞏固協約自治，應該不容許！ ⇒ 教師質疑：可是如果對勞工比較有利呢？ ⇒ 同學回答：那當然可以，因為團體協約應該是保障最低、而非最高勞動條件！ ⇒ 教師質疑：沒錯，學理上稱之為有利原則，可是，如何來決定何者對勞工較為有利呢？ ⇒ 同學回答：應該由約定之勞工來決定吧？！ ⇒ 教師質疑：好，學理上稱之為主觀比較法，可是這樣一來，不就是勞工有約定，團體協約就一定退讓嗎？團體協約的優先性與強制性怎麼辦呢？（依此類推）

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- 我國集體協商運作實況
- 我國團體協約實況（輔以相關之勞動統計）。
- 世界主要工業國家集體協商與團體協約概況。
- 團體協約債法效力條款之定義與主要類型。
- 團體協約法規範效力條款之定義與主要類型。
- 團體協約有利原則之理論爭議與重要類型。
- 台灣集體協商與團體協約個案研究（中華電信工會、營造業公會全國聯合會團體協約、金融業團體協約案等）。
- 誠信協商義務之法律規範與處理（勞資爭議處理法之裁決程序）。
- 美日誠信協商義務之法律規範比較研究。

撰寫格式：

- ⇒ 個案研究：事實、爭點、法院判決或行政處理結果、評論與分析。
- ⇒ 專題寫作：依一般法學論文格式。

### 二、考題設計

以下為所擬提供參考之考題：

- 集體協商權之憲法基礎為何？亦屬憲法上獨立之個別基本權嗎？
- 集體協商權之制定法規範內容為何？
- 何謂誠信協商義務？何謂無正當理由拒絕協商？
- 對於勞資一方違反誠信協商義務之法律上處理為何？
- 何謂團體協約之強制效力與不可貶抑性？
- 何謂團體協約債法效力條款？請舉例說明。
- 何謂團體協約法規範效力條款？請舉例說明。
- 何謂團體協約餘後效力？
- 何謂團體協約和平義務？理論上之爭議為何？
- 何謂團體協約有利原則？理論上之爭議為何？
- 何謂團體協約一般化效力宣告？

### 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

- 1、黃程貫，勞動法，國立空中大學出版，修訂再版，1997年10月。
- 2、黃程貫，德國關於團體協約餘後效力之理論發展與爭論，政大法學評論第64期，2000年12月。
- 3、黃程貫，團體協約之和平義務及其反思，2005台灣勞動學學術研討會，2005年6月。
- 4、黃程貫，團體協約，台灣法學新課題（四），元照出版有限公司，2006年8月。
- 5、郭玲惠，團體協約與團體協商，台灣法學新課題（四），元照出版有限公司，2006年8月。
- 6、楊通軒，德國勞工參與制度之研究，勞工研究第3卷第2期，2003年12月。
- 7、楊通軒，集體勞工法—理論與實務，五南出版公司，2007年11月。
- 8、謝棋楠，美國法中誠信協商義務具體內涵與構成雇主不誠信之事實認定標準，育達學院學報第11期，2006年5月。
- 9、王松柏，英國集體協商法制與我國相關規定的探討，臺北大學法學論叢第55期，2004年12月。
- 10、劉士豪，德國團體協約對第三人（Ausenseiter）的拘束之介紹，「工會法、團體協約法、勞資爭議處理法」學術研討會，2003年10月。
- 11、劉士豪，德國團體協約對第三人的約束—兼初探我國團體協約法草案第十五條規定，戰鬥的法律人：林山田教授退休祝賀論文集，元照出版有限公司，2004年1月。
- 12、劉士豪，團體協約效力及拘束力之研究--兼論「代理工會廠場」條款在我國團體協約制度實現的可能性，銘傳大學法學論叢第2期，2004年6月。
- 13、劉士豪，我國憲法基本權體系中的勞動基本權，政治大學法學院「勞動基本

權學術研討會」論文，2004 年 10 月。

14、劉士豪，勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位（上）（下），政大法學評論第 87、88 期，2005 年 10、12 月。

15、劉士豪，我國之「勞動憲法」，蘇永欽編「部門憲法」，元照出版有限公司，2006 年 1 月。

16、黃瑞明，團體協商程序與協商內容規範之研究，「工會法、團體協約法、勞資爭議處理法」學術研討會，2003 年 1 月。

17、黃瑞明，集體勞動法：臺灣法學的虛擬實境，「勞動基本權」學術研討會，2004 年 1 月。

18、潘世偉，團體協商程序與協商內容規範之研究：協商主體之代表性與工會安全條款之約定，「工會法、團體協約法、勞資爭議處理法」學術研討會，2003 年 10 月

19、潘世偉，論勞資協商策略，勞資關係第 19 卷第 8 期，2000 年 12 月。

20、王能君，日本國憲法上勞動權保障之意義，憲政時代第 29 卷第 1 期，2003 年 7 月。

21、王能君，日本團體交涉權與團體行動權，政治大學法學院「勞動基本權學術研討會」論文，2004 年 10 月。

22、張鑫隆，公司治理與勞資關係—從日本企業內之團體協商和勞資協議制度看勞工參與，「公司治理與勞工參與」學術研討會，2005 年 10 月。

23、陳建文，違反誠信協商義務之不當勞動行為類型—制度理念、設計邏輯與問題環節，「工會法、團體協約法、勞資爭議處理法」學術研討會，2003 年 10 月。



## 第十單元：勞動鬥爭

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

在集體勞動法的領域中，「勞工形成其團結組織、向作為其社會對手之資方爭取自己勞動與經濟條件提升」之勞工同盟自由，一般學理上俱認為是集體法的核心，亦是集體法的第一次領域。第二次領域即是所謂的「勞動鬥爭法」（Arbeitskampfrecht），也就是國內所慣稱之「爭議行為法」，也就是探討與研究同盟基於其目的，對於社會對手所行使之手段，以貫徹自己有關勞動與經濟條件的主張，無論就法律或現實勞動生活觀之，勞動鬥爭法都是非常重要、經常也是最吸引學生注意的領域。理論暨實務上最重要的勞動鬥爭手段，均屬勞方的罷工權，是以本單元將主要集中於罷工之問題進行探討。

本單元之重要性臚列如下：

- （一）理解集體勞動法之第二次領域-勞動鬥爭法的基本結構。
- （二）理解勞動鬥爭手段的基本類型與法律定義。
- （三）理解勞動鬥爭手段的法律上限制與效果。
- （四）明瞭有關勞動鬥爭之法律社會學與法事實上觀察。

#### 二、現行法規範狀況

國內現行有關勞動鬥爭之法規範如下：

- （一）憲法相關條文，包括：

第 14 條：「人民有集會及結社之自由」。

第 15 條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」。

第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」。

第 154 條：「勞資雙方應本協調合作原則，發展生產事業。勞資糾紛之調解與仲裁，以法律定之」。

- （二）工會法相關條文：

【罷工之要件、程序與限制】第 26 條：「勞資或雇傭間之爭議，非經過調解程序無效後，會員大會以無記名投票經全體會員過半數之同意，不得宣告罷工。工會於罷工時，不得妨害公共秩序之安寧，及加危害於他人之生命財產及身體自由。工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工」。

### （三）勞資爭議處理法相關條文：

【權利事項與調整事項】第 4 條：「本法所稱勞資爭議，為勞資權利事項與調整事項之爭議。權利事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。調整事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議」。

【資方爭議行為禁止】第 7 條：「勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為」。

【勞方爭議行為禁止】第 8 條：「勞資爭議在調解或仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為」。

☞ 提醒：以最重要的勞動鬥爭手段-罷工為例，其合法性要件便散見於工會法與勞資爭議處理法之不同條文中，於教學時應注意綜合考察，並且提出將之放置於不同法律體系中的缺點。

☞ 提醒：在近年來的勞動三法（工會法、勞資爭議處理法、團體協約法）修正行動中，規範勞動鬥爭之勞資爭議處理法的政治爭議最大，其法律上可能產生之理論與解釋問題亦屬最多，迭為勞動法學界與各社會行動者關注之焦點，於教學中亦可加以提示。以下列 2007 年 12 月，行政院提交予立法院審議之勞資爭議處理法修正草案為例，其中相關勞動鬥爭之修正條文即包括：

### 第五章 爭議行為：

【爭議行為標的】第 44 條：「權利事項之勞資爭議，不得為爭議行為；調整事項之勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為。雇主、雇主團體經裁決決定機關認定違反工會法第三十一條、團體協約法第六條第一項規定者，工會得依本法為爭議行為」。

【罷工程序與罷工行業限制】第 45 條：「工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工。通訊傳播、大眾運輸、公共衛生、石油煉製、醫院、燃氣事業與金融服務業之勞工及各級政府機關（構）、公立學校不具公務人員身分之勞工，其所屬工會決議罷工後，應於罷工三日前以書面將罷工時間、地點及方式通知雇主及直轄市、縣（市）主管機關。前項所列之機關（構）、學校、事業及其勞工之範圍，由中央主管機關會同各中央目的事業主管機關定之」。

【爭議行為原則與法律效果】第 46 條：「爭議行為應依誠實信用及權利不得濫用

原則為之，並應顧及其行為對公眾利益之影響。雇主不得以工會及其會員依本法所為之爭議行為所生損害為由，向其請求賠償。工會及其會員所為之爭議行為，該當刑法及其他特別刑法之構成要件，而具有正當性者，不罰。但以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞時，不適用之」。

【維護工作義務】第 47 條：「爭議行為期間，爭議當事人雙方應維持工作場所必要之安全及衛生設備之正常運轉」

【爭議行為主體限制】第 48 條：「第二十三條第一項規定之機關（構）、學校或事業之勞工，其勞資雙方均不得為爭議行為。第四十五條第二項規定之機關（構）、學校、事業及其勞工之勞資爭議，經調解不成立者，直轄市、縣（市）主管機關認為其爭議行為對國家經濟或公眾生活有發生重大影響之虞時，應報請中央主管機關令勞資雙方於通知之日起三十日內不得為爭議行為。中央及直轄市、縣（市）主管機關應於前項期間內，協助勞資雙方解決爭議」

【法律效果】第 49 條：「爭議行為期間，勞工未為勞務之提供時，雇主得拒絕給付工資」。

☞ 提醒：前述勞資爭議處理法修正草案中，研擬許多現行法所沒有的、特別攸關勞動鬥爭手段合法性要件與限制之條文，教師應注意將之放置於相關的理論脈絡中，進行解說與批判性之分析。

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### （一）勞動鬥爭手段之類型與定義爭議

「同盟或勞方社會對手之雇主，為貫徹其相關協約或其他事項之主張，所行使之『在未消滅勞動契約關係前提下』施壓予其社會對手之手段」，於此理解下的勞動鬥爭手段，在概念上可能有數種類型，這裡提供其中重要者，並簡略提出其相關定義、要件與次類型等之說明：

鬥爭手段類型	定義	相關理解與問題
罷工(一般)	同一產業或企業廠場中的多數勞動者，基於一爭議目的，共同而有計畫的停止提供勞務，但意在達成爭議目標與結束爭議行為之後，繼續原先之提供勞	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 罷工之目的在於「施壓」，所以必須造成「雇主之損害」，因此罷工之理解應包括「造成雇主之經濟上不利益」、「阻礙資本假借外力而繼續運作利用的可能性」</li> <li>▶ 罷工本質上具有「暫時性質」，並非以終局性的消滅勞動關係為目標</li> <li>▶ 可能由工會事前或事後組織接手，但原則上必</li> </ul>

	務	<p>須由工會主導組織之</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 必須為爭取簽訂團體協約之目標</li> <li>▶ 罷工之範圍可能為「總罷工」、「完全罷工」、「部分罷工」、「循環罷工」、「逐步罷工」、「波浪罷工」、「警告罷工」</li> <li>▶ 非直接相關團體協約簽訂之罷工，類型有：同情性（團結性）罷工、政治性罷工、示威性罷工</li> <li>▶ 罷工時間長短：可能為不定期（至雇主屈服或自行停止）或定期（依罷工策略之設計）</li> <li>▶ 合法罷工的效果：勞動契約主給付義務效力中止（工資與服勞務之義務）、禁止以罷工為由之解僱或其他懲戒措施、非參與罷工之勞工工資請求權（勞資爭議危險理論的變動）</li> <li>▶ 非法罷工的效果：相關的損害賠償與不作為請求權</li> </ul>
有限度的拒絕勞務給付	非如罷工一般之「罷工者完全拒絕勞務提供」，而僅部份的、有限度的拒絕工作	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 可能樣態：拒絕加班、週日加班或所謂骯髒工作、怠工（Bummelstreik）、嚴格依規定工作（Dienst nach Vorschrift）、產生損害之不完全給付/加害給付</li> <li>▶ 法律效力：倒轉一般不完全給付之企業風險原則，可能產生損害賠償責任及得予解僱之事由</li> </ul>
集體請病假或特別休假	多數勞動者同時請病假（Go sick）或請特別休假	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 個別勞動者在個別勞動法上，均係享有請假之權利者；其共同行使乃係基於一彼此間的共同約定，目的在於施壓予雇主</li> <li>▶ 如病假之申請無正當理由，僅是掩飾拒絕工作之內在目的，可能涉及勞動契約義務的違反與施予詐術</li> </ul>
集體行使同時履行抗辯權	多數勞動者同時行使債法上所擁有之同時履行抗辯權	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 個別勞動者在個別勞動法上，均因雇主之未為對待給付，因而享有拒絕為自己給付之同時履行抗辯權者</li> <li>▶ 應以其拒絕提供勞務之「目的」，以判斷究為集體之行使個別同時履行抗辯權，亦或罷工</li> </ul>
集體終止契約	多數勞動者同時或接續行使個別勞動法上所擁有之契約終止權	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 第一次世界大戰前的歷史遺跡（罷工前必須先終止契約，方得避免債務不履行之違法性）</li> <li>▶ 必須依個別勞動法以判斷其效力，既使為工會所組織、帶有明確之協約目標者亦同</li> </ul>
企業封鎖	為強化罷工之效果，阻擋企業廠場之人貨進	▶ 可能有違法侵害雇主財產權之問題，甚至可能造成罷工的喪失合法性

	出(特別是阻止替代工作者進入)	▶ 靜坐或其他罷工必要之糾察線阻擋方式，容有合法性之空間
企 業 佔 領	罷工者為使企業廠場之運作越趨困難，佔領因罷工而停止運行之工作位置	▶ 企業佔領之態樣甚多，可能包括罷工糾察線、佔領企業餐廳與廁所、企業封鎖或杯葛 ▶ 學說上對於「工會所組織之企業佔領」的合法性存有爭議，例如「不應以特別法所保障之企業主基本權而危害勞動者之同盟自由」，惟通說認其違法
杯 葛	阻撓雇主與第三人進行法律行為的接觸，間接透過第三人所形成之損害以施壓雇主(常見如杯葛交易、銷售杯葛或供應杯葛)	▶ 本質上並無直接產生損害的效果，是以只要第三人之契約自由不受影響，則杯葛之合法性並無疑問 ▶ 如涉及違法之杯葛行為，則必須同時滿足一般勞資爭議行為之合法性要件，方得認其合法(特別是造成損害之相當性) → 學說上漸趨反對 ▶ 通說認應依一般法律原則、而非勞資爭議原則來處理之(包括同情性杯葛與消費者杯葛)
示 威	多數人集體以身體之出現於公眾之前，共同表達其確信	▶ 無違背勞務提供義務之示威，應視同一般憲法保障之集會遊行法制加以處理 ▶ 違背勞務提供義務之示威，則必須滿足一般爭議行為之合法性要件，方得阻卻債務不履行之違法性
鎖 場	為達成一協約上的目的，雇主集體性的拒絕勞工之提供勞務，亦即不允許勞工以從事勞動而履行勞動契約之義務，以同樣停止自己工資給付義務之履行，	▶ 除極少見之終止性的鎖場外，一般之中止性鎖場的法律效果僅是「暫時中止勞動契約的主給付義務」 ▶ 概念上區別防禦性與攻擊性鎖場，許多國家禁止後者的採行 ▶ 與罷工相同，亦有同情性鎖場與警告鎖場之類型 ▶ 必須同樣以協約可達目標為其目的

☞ 提醒：國內由於慣以「爭議行為」稱呼勞動鬥爭，而所謂「爭議」(Streitigkeiten)事實上得包括權利事項與調整事項之不同爭議事項，而可能對後者之爭議方得進行鬥爭手段，是以教學上應注意提醒同學「不同名詞可能帶來之誤解」。

☞ 提醒：由於勞動鬥爭手段並無制定法的明文基礎，遑論其清晰的法律定義，因此在純理論層次的介紹上，教師得本於自己之認識而作調整與修正，。

## (二) 勞動鬥爭之憲法基礎的理論爭議

勞動鬥爭手段是否受憲法保障，或是否甚至存有憲法基本權層次之保障基礎

與依據，向來是集體勞動法學關注的焦點之一。前者是理論與實踐上的共識，而後者自德國聯邦憲法法院 1991 年之判決後，也無疑的步入一新的階段。不論如何，究竟勞動鬥爭手段之憲法保障基礎為何，應屬教學上必須加以注意與重視的課題。

對於勞動鬥爭之憲法基礎的爭論，相當程度與同盟自由基本權之脈絡接近，理由很清楚：作為同盟必要手段的勞動鬥爭，於憲法上之規範基礎理應同一或處於同一實質關聯中，應為必然之理解方式。

☞ 提醒：關於同盟自由基本權之憲法基礎的國內學說爭論，請參考「同盟自由」章之教學說明。

☞ 提醒：南歐國家 70 年代民主化之後的憲法（西班牙、葡萄牙），以及東歐共產國家 90 年代轉型之新憲法革命後產生的憲法，均對勞動鬥爭行為作有憲法上之明文，而迥異於英美與西歐國家傳統憲法之幾無隻字片語的規範，可提醒同學尋找資料並參考研究。

例如：

- 保加利亞共和國憲法第 50 條：「工人及雇員為維護之集體經濟與社會利益，有罷工之權利。罷工權之行使應依法律所定之要件與程序」；
- 斯洛伐克共和國憲法第 37 條第 3 項：「罷工權應予保障。罷工的要件應以法律定之。法官、檢察官、軍隊與其他武裝兵團人員，消防員與救難隊員，不得罷工」；
- 葡萄牙共和國憲法第 57 條：「罷工權應予保障。行使罷工權所維護之利益，應由勞工自由決定，不得以法律限制之。罷工權行使中，為維護廠場設備物品與機構之安全，並保障社會最低需求之滿足所需之不容變更之最低服務提供，其必要勞務提供之要件，應以法律定之。鎖場應予禁止」。

☞ 提醒：請以日本國憲法第 28 條為例，說明其重要理論與實踐上的意涵。

### （三）勞動鬥爭手段是否必須以協約相關事項為目的之爭議

背景：國內除留學德國之學者，向以德國之學說及司法實務為師，認為勞動鬥爭手段之行使，特別是勞工的罷工權，基本上應以團體協約之締結為目的，也就是概念上僅限於「協約相關之罷工」(tarifbezogener Streik) 或「團體協約可規範者」(tariflich Regelbares) 作為合法與否的判斷基準，因此在定義上即可能將「非協約相關之罷工與其他勞動鬥爭手段」，立即排除在合法範圍之外，例如政治性罷工、同情性罷工等。我國工會法第 26 條僅明文：「勞資或雇傭間之爭議」，文義上並不明確，過去司法實務亦有肯認非協約相關之罷工亦屬合法（☞ 最高法院 89 年度台上字第 1795 號基隆客運罷工判決），是存在相當之理論上爭議。

☞ 提醒：法國與義大利基本上容許政治性罷工，請注意提示相關問題與影響。

☞ 提醒：在我國之法秩序中，這項理論爭議會與勞資爭議處理法第 4 條所稱之「權利事項」與「調整事項」之勞資爭議有關，亦即產生我國實務上相當重要之「是否限於調整事項方能罷工？」、「權利事項是否絕對不得為罷工目的？」、「理論與實務上應如何區分權利事項與調整事項？」爭論，應舉例提醒同學注意。

☞ 提醒：2007 年 12 月行政院送交立法院審議之勞資爭議處理法修正草案第 44 條第 1 項明定：「權利事項之勞資爭議，不得為爭議行為；調整事項之勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為」，亦即固守「權利事項僅得以司法訴訟途徑貫徹」、「調整事項方得以爭議行為手段貫徹」之理論觀點，引起關注，應提醒學生注意。

☞ 提醒：與此相關聯的，「何謂與協約相關」亦須進一步探討：直接與勞動契約、勞動條件相關，例如工資、工時、特別休假等，固無問題，一般認為間接與之相關者，究竟何者方屬與協約相關，得以團體協約手段締結之，同時亦得行使勞動鬥爭手段加以貫徹與施壓，即存有相當爭論。請教師注意帶領同學做下列具體問題之探討，共同討論該等問題得否作為罷工之目的：

- ⇒ 禁止民營化或將股份轉換
- ⇒ 禁止企業關廠或遷廠或一定期間內不為該等行為
- ⇒ 禁止一定期間內解僱特定勞工
- ⇒ 反對立法者通過特定不利於勞工之勞動法規
- ⇒ 支持上游（下游）企業勞工發動罷工

☞ 提醒：請教師注意國內外相關問題與案例之比較，促使同學思考「何謂最適合於台灣集體勞動生活與社會期待之最好規範模式」

#### （四）罷工合法性要件之爭議

觀察我國工會法與勞資爭議處理法之相關規定，學理上遂有所謂我國罷工八項要件之提出；然而，此八項要件有許多有待解釋、闡釋、模糊與甚至不合時宜之處，應提醒同學注意。以下僅提出此八項要件之整理與問題提示，提供教師教學時參考。

合法性要件	定義	理解與可能之問題
須工會始得為之	（工會法第 26 條）只有工會得以組織或發動罷工（所謂工會之罷工獨占權）	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 由工會事後接手的「野貓罷工」是否亦具合法性</li> <li>▶ 是否排斥勞工個人之同盟自由所可能涵括的罷工自由</li> </ul>
須有勞資或僱傭間之爭議	（工會法第 26 條第一項）解釋上僅限於調整事項之爭議	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 是否僅得限於調整事項的爭議（權利事項的可能性、不當勞動行為）</li> <li>▶ 是否必然排除同情性罷工、示威性罷工、政治性罷工</li> </ul>

該爭議須經調解程序而無結果	(工會法第 26 條第一項) 勞資雙方須經勞資爭議處理法之調解程序, 結果不成立者為要件	▶ 行政調解程序之強制介入的必要性 (協商破裂不等於必須肯定調解介入之要件)
工會以會員大會無記名投票、全體會員過半數同意	(工會法第 26 條第一項) 工會須限於以會員大會之形式進行罷工投票, 須全體會員 1/2 以上同意	▶ 是否必須絕對限於以會員大會方式為之 ▶ 是否必須限於全體會員過半數之同意門檻 ▶ 是否應容許工會內部以民主原則自行決定發動罷工的形式限制
不得妨害公共秩序之安寧、不得加危害於他人之生命財產身體自由	(工會法第 26 條第二項)「公共秩序」、「第三人生命財產身體自由」作為勞工同盟自由行動權之基本權外在界限	▶ 是否將罷工必然限縮於「單純的不提供勞務」, 而不得涵括其他必要之附隨行為 ▶ 「公共秩序」是否必然等同於「刑事法」或「社會秩序維護法」、「集會遊行法」等相關秩序法制的保護客體? 如何處理相互間之衝突關係 ▶ 「他人之生命財產身體自由」之具體指涉為何? 是否將雇主之財產權暨其他權利絕對化
不得要求超過標準工資之加薪而罷工	(工會法第 26 條第三項) 罷工不得以「要求超過標準工資之加薪」為目的	▶ 此項規定根本牴觸罷工之正當性基礎, 為昔日威權時代的過時產物 ▶ 今日完全失其實踐意義
調解與仲裁期間不得罷工	(勞資爭議處理法第 8 條) 法定勞資爭議處理程序期間內之爭議行為的禁止原則	▶ 基於罷工作為最後手段的法理, 此規定應可接受 ▶ 是否不當的搭配「強制仲裁」制度 ▶ 一方申請即進入調解程序, 是否可能產生不當限制罷工權行使時點的問題
不得就團體協約已有事項進行罷工	(團體協約法第 20 條第一項) 團體協約之和平義務	▶ 和平義務之應有範疇必須加以確定



- ☞ 提醒：此所謂我國罷工八大合法性要件，理論與實踐上俱有相當大之爭議，即便司法實務上，亦未必遵照制定法之規範為裁判，教學上應特別提醒學生注意。
- ☞ 提醒：我國工會法與勞資爭議處理法均制定於第二次世界大戰前的 1930 年代，當時對於勞資勞動鬥爭手段之行使，特別是勞工的罷工，均有截然不同於當代今日的陳舊思維，充滿諸多必須放在該時空下方得理解之限制，教學時必須提醒學生注意此「法制史」與「政治經濟社會背景」所制約下的重大差異，作符合時代需求的提示。

### （五）勞動鬥爭手段是否構成過度而違法之爭議

關於罷工行為之合法性，實務上發生最多爭執的，基本上並非罷工本身與刑法構成要件該當或違法性的問題，而是罷工之個別附隨行為，是否已經逾越一定程度的界限，而有諸如牴觸刑事法規之成立。學理上將之稱為所謂的罷工過度行為（Streikexzesse）：簡言之，在單純的拒絕勞務提供之外，如個別的勞動者有為達罷工之目的而為其他之附隨行為，而該等行為已顯然有刑事可罰行為之成立可能時，則應其已超過法秩序可容許的界限，也就是「過度」（Exzes），因此便會有違法評價的機會。請注意，這裡指的不是罷工行為本身的過度，而是罷工附隨行為之構成罷工過度行為，兩者之層次不同；常見之過度行為，諸如運用身體暴力的普通傷害、公然污辱等。

- ☞ 提醒：理論與實務上最受關注的罷工過度行為，主要發生在罷工糾察線之問題。所謂的罷工糾察線，是指由罷工領導者所指定之特定從事罷工活動之勞工，於進入工作場所之特定位置 - 通常是入口或鄰近區域，組織糾察線，對於不參加罷工而欲進入工作場所提供勞務之其他勞工，施予勸說，促使其支持並參加罷工，或至少拒絕從事工作。

⇒ 請教師依本身之認知，提醒學生有關罷工糾察線合法性判斷之問題，包括「使用暴力或和平勸服」、「必要之身體阻擋是否合法」、「警察權得否以預防犯罪為由事前介入」等。

- ☞ 提醒：理論上關於罷工過度行為最屬重要者，乃是所謂的相當性原則或比例原則。來自 19 世紀刑法學之社會相當性理論（Sozialadaquanz），之後亦適用於罷工的評斷上。基本內容 ⇒ 如是一社會普遍認為相當、法秩序本於罷工制度的保障目的所肯定的罷工行為，就不應任意使用其他的法律規範，試圖作技術層次的限制或違法評價。

### （六）罷工時雇主得否使用替代人力與要求工會應為必要維護工作之

## 爭議

另一重大爭議問題是：工會罷工時，雇主得否使用替代人力，亦或為防止企業產生重大或難以回復之損害，得否要求工會應為必要之維護工作或緊急工作？這部分國內學界之討論並不多見，但理論上十分重要。從集體勞動法學的角度來看，涉及的將是兩個面向的問題：「爭議平等」（Kampfparität）及「維護工作」（Erhaltungsarbeiten）。

☞ 提醒：國內有相當之勞動法學見解，認替代人力之使用係屬「企業主自由」的一部分，並不擺在罷工之爭議平等的脈絡下加以討論，應特別注意。不論教師個人之見解如何，應對此為完整之說明。

☞ 提醒：德國勞動派遣法明文規定，不得於罷工時使用派遣人力替代罷工者工作。是以德國通說俱認，罷工時，原則上雇主不得使用替代人力，以避免發生損害，因此無異使罷工失去功能。

⇒ 觀察重點：「避免雇主不可期待之損害的維護工作或緊急工作義務」，而非替代人力。

⇒ 請注意勞資爭議處理法修正草案中對於使用替代人力之限制原則。

## 二、實踐發展

參之「同盟自由」單元有關實踐發展之敘述，即可知道我國實務上之工會型態，排除無一定雇主之勞動者為參與社會保險所組成之職業工會，就真正之從屬性勞工所成立之產業工會而言，事實上幾乎均為「企業工會」（Enterprise Union, Company Union），或甚至廠場工會，而必須注意的是：基於「單一企業與廠場之勞工難以與其直接僱用之雇主處於對等地位而對抗」之邏輯，歐陸各國甚至有「工會必須跨企業而組成」之要件內涵，亦即本於「單一企業工會之無鬥爭能力（Kampffähigkeit）」之情形，而否定其同盟能力；由此可知，在如此工會型態下之我國，自難以期待工會能有真正的鬥爭能力，進而進行爭議手段，而擁有強大勞動契約暨工作職場生產組織支配權之雇主，自亦無須有行使該當鬥爭行為（如鎖場）之必要。

觀察我國集體勞動生活勞動鬥爭手段之行使實況，應提醒同學注意下列線索：

- 勞方主要之鬥爭手段為罷工，其餘之爭議行為方式幾未出現過。資方並無嚴格定義下之勞動鬥爭手段的行使紀錄。
- 工會之罷工極為少見，如有，多半集中於兩種情況：（1）國營事業或公用交通事業為爭取雇主未依約給付之工資（特別是加班費），（2）其次是近年來新

興的一種罷工類型，亦即公營事業為防止民營化或反對政府出售公股（亦包括少數民營事業工會之反對經營權易手），換言之，非直接針對勞動條件之提升，或是針對股東結構之改變，以及所引起之當然經營權主體之變更。

- 與其他歐美國家主要以「提高勞動條件」，尤其是加薪、縮減工時等大不相同的是，我國幾乎完全未出現如此之罷工目的。

☞ 提醒：近年來，歐美亦出現過去極少看到之以「反對企業出走外移」（所謂 Standortsicherung ）、「使雇主承諾一定期間內不解僱勞工」（所謂 Beschäftigungssicherung 或 Bündnis für Arbeit ），而非過去慣見之提升勞動條件之協約主張，請注意提醒同學「罷工目的與行動之與當代經濟環境息息相關」。

☞ 提醒：近年我國幾項重大勞工罷工之行動，相關之過程記載均可見苦勞網（<http://www.cooloud.org.tw/>）。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

在這個單元中，我們將選擇三則台灣的案例，提供講者說明有關罷工權之行使與限制之問題。選擇案例之主要思考為：

- 此三則均為台灣勞工運動發展上之重要、甚具里程碑意涵之案例。
- 除台灣中小企業銀行工會罷工案外，其他兩案均有司法判決出現，對罷工法之理論與實務均具意義。
- 此三案例涵括公用交通業、電信業與金融業，涉及之業別正足以表徵台灣罷工行動之主流。

### 二、重要案件

本單元提供三個案例，分別是：

- （一）基隆客運罷工案。
- （二）中華電信工會罷工案。
- （三）台灣中小企業銀行工會罷工案。

### 三、案例之重要內容

#### （一）基隆客運罷工案

1992 年初，基隆客運的經營權移轉，接手之新雇主擬採取較為嚴苛之管理措施，基隆客運工會遂提出勞資爭議，要求雇主與工會進行協商。工會主要提出兩項爭議事項：其一係針對新雇主之管理制度，提出「應立即解決之 11 項訴求」，另一則為其他三項調薪案，一般咸認後者是為了得以進入調解程序，以使將來之

罷工符合法律規定之煙霧彈。在調解不成立後，1992年6月4日，基隆客運工會正式進行罷工，省政府交通處隨即緊急裁示要求臺灣客運、福和客運、基隆市公車等與基隆客運行駛路線部份相同之交通運輸單位，增加班次行使原基隆客運所經營之路線，以防影響通勤民眾。而資方亦於同月13日，對勞方的罷工採取一連串的對抗措施，首先以工會違反工會法第26條第3項『不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工』的規定為由，主張該罷工行為係違法，並進一步要求工會會員於三日內以通訊的方式向公司報到，否則將依勞動基準法第12條第6款之連續曠工三日規定，予以解僱。同月18日，資方對參加罷工又未依公司要求向其報到的146位工會會員，發出解僱通知書。翌日，資方針對於罷工始日將金山站車輛開往基隆站停放的8名勞工，以其違反公司駕駛員獎懲規則為由，再度發出解僱通知書。同月20日，公司將前述146位勞工之勞工保險退保。

同月19日，臺北縣勞工局將基隆客運勞資爭議案依職權交付仲裁，要求勞資雙方停止一切爭議行為，同月22日上午5時30分起，工會會員停止罷工，陸續到原工作崗位報到，並要求資方發給車鑰匙、提供車輛排班表，但遭管理人員拒絕致無法復工。另一方面，資方亦不願進入仲裁程序，並發出申覆書給勞工局，指陳其係合法解僱，仲裁對象已消失，無須進行仲裁。由於資方拒不指定仲裁委員，而勞工局在代為指定的作業上亦不順利，致仲裁委員會直到爭議被交付強制仲裁生效日的一個月後才得以召開。除了仲裁委員會的組成一波三折外，仲裁結果及其執行上亦產生不少問題，於仲裁結果即將做成之時(7月27日)，資方與工會會員簽署協議書(四種條件讓會員選擇)。28日，臺北縣勞工局召開第二次仲裁委員會作出：1.七日內復工。2.資方應給付仲裁期間工資。3.有關調薪案二個月後再仲裁等三項仲裁結果。7月30日，基隆客運工會召開臨時會員大會，決定由會員自行選擇是否與資方簽協議書，部份會員希望依仲裁決定執行，遂未與資方簽訂協議書，然資並不理會仲裁令之要求，工會於8月7日依法向法院聲請強制執行，但該項聲請於9月2日遭法院以不能執行為由駁回。工會續對裁定駁回之結果提出抗告但仍遭駁回。

針對勞方自救開車的爭議策略，資方同時採取司法訴訟途徑加以對抗。一方面向臺灣省政府訴願，對交付強制仲裁之行政處分表示不服，進而主張勞方以執行仲裁決定為由強行開走公司所有之巴士的行為，涉犯刑法第153條、第304條、第325條之煽惑他人犯罪、強制罪、搶奪罪等犯罪行為，向地檢署提出告訴。另一方面，雇主則以勞工不但違法罷工，而且阻止要上班的司機開車，甚至出現強制押車將輪胎放氣等破壞性舉動，嚴重影響公司的正常營業，造成經營損失，依據民法第28條及第185條對參與自救開車的勞工提起侵權行為的民事損害賠償訴訟。於罷工結束後數年的2000年8月10日，最高法院以89年度台上字第1795號判決，終局的確定所涉工會幹部必須對之負損害賠償責任。

☞ 提醒：基隆客運罷工是我國罷工史上，所涉法律問題最多的一項案件，應要求學生詳細研讀相關紀錄與法院判決。

☞ 提醒：在相關之法律問題上，須特別注意：(a) 調解標的、(b) 職權交付仲裁、(c) 仲裁決定執行力、(d) 罷工時替代人力之運用、(e) 罷工合法性界限、(f) 合法罷工之民刑事免責與違法罷工之損害賠償責任範圍。此等均為集體勞動法上之重要問題，請教師應為清楚之說明與分析。

## (二) 中華電信工會罷工案

中華電信工會於 93 年 12 月 5 日依工會法第 26 條規定，於台北市圓山公園、台中新市政中心預定地、高雄勞工公園等三地，同時召開會員大會，就要求中華電信股份有限公司「依工會所提出之團體協約修正條文簽訂團體協約」之調整事項，決議是否為罷工行為，經到場 17,356 會員投票，17,118 會員贊成通過「於罷工投票通過後至民營化前實施罷工」並「授權理事會決定罷工日期及相關事項。」。罷工決議後，因中華電信股份有限公司仍持續進行民營化之釋股準備，卻未與電信工會達成團體協約之簽定，是電信工會於其第 3 屆第 10 次理事會中決議，於 94 年 5 月 17 日海外釋股承銷商投標截止日首度進行罷工，要求未簽定電信工會所提出之團體協約前，暫緩釋股民營化。5 月 17 日罷工當日，中華電信股份有限公司請求中正第一分局以四百餘人次之警力支援，除阻礙電信工會會員為罷工糾察線之設立外，並以會員於人行道公眾得出入之場所阻擾其他未參與罷工之員工正常上班為理由，分別於 94 年 5 月 17 日 7 時 20 分、7 時 25 分、9 時 00 分，以涉及集會遊行法所稱之非法集會遊行為由，舉牌「警告」、「命令解散」、「制止」，嗣後並以中華電信工會之違法集會遊行經命令解散而不解散為據，依集會遊行法課處作為集會遊行負責人之工會理事長張緒中，共新台幣 3 萬元之罰鍰。

☞ 提醒：本案有兩項在集體勞動法上相當重要的關鍵問題，應提醒學生注意，包括：「罷工之目的與標的」、「警察權對於罷工之介入與干預」。

## (三) 台灣中小企業銀行工會罷工案

2004 年 10 月 20 日，陳水扁總統宣布二次金改的四項目標，即 2005 年底前促成三家金融機構市占率逾百分之十，官股金融機構數目減半；2006 年底前，國內十四家金控數目減半，且至少有一家金控由外資經營或在國外上市。所謂「二次金改」於焉展開，「金融整併」則是這項計劃的核心內容，在此政策下，財政部決定標售台灣中小企業銀行（下稱台企銀）的國庫持股，亦即以百分之百股份

轉換進行購併，自股份轉換日後，逐步釋出股權，並定 2005 年 9 月 9 日為股份公開標售之決標日。在畏懼銀行合併將重大影響員工權益之情形下，台企銀工會即不斷與資方暨財政部協商，雖曾於今天六月間達成初步的協議，但始終未能簽署團體協約，在法律上明確訂定具有拘束力之權利義務條款。2005 年 8 月 9 日，工會召開臨時理監事會，決議採取系列行動，以四大訴求：(一) 反對金融合併案在董事會未決議通過前執行；(二) 反對公股以換股方式規避立法院監督；(三) 反對銀行法第 96 條未修改前片面提出合併案；(四) 反對團體協約未簽訂前執行合併計畫，表達員工「反合併、要專業、反財閥、顧飯碗」之基本主張。8 月 27 日，台企銀工會近四千名會員於中正紀念堂召開工會成立十年以來第一次會員大會、進行罷工投票。「是否配合工會決議而罷工」是會員大會的唯一提案；投票結果，以 3619 人、占會員人數八成的出席率，以及取得 3467 位出席會員之同意，過半數通過罷工提案。財政部表示，如發生罷工事件，財政部和台企銀已做好萬全準備，除委請台銀、土銀、合庫、華銀等官股金融機構協助，另外，中央存款保險公司亦將協助調度。屆時台企罷工，將由鄰近行庫分行借調人員，或台企銀員工外勤調內勤的方式因應。9 月 8 日上午八時不到，台企銀台北總行、台中民權分行、高雄分行前陸續有員工抵達罷工集結現場，當日總計約聚集 1500 位左右之會員，除集合於現場之會員外，亦有許多會員以在家不出門、不請假但拒絕出勤的方式響應罷工。依據台企銀業務部的統計，至少有四成二的員工並未到班，在該日結束前，合計約有逾 2000 名工會會員參與罷工，雖然資方曾提出「罷工者皆以曠職論處」之懲戒手段。9 月 9 日，罷工第二天，亦即台企銀公股標售之決標日，參與罷工之會員增多，銀行整體缺職率已近五成。在罷工現場，工會指責財政部之標售業務完全違反公開、透明原則，係屬標準的黑箱作業，有圖利財團、賤賣國產之嫌。9 月 10 日晚上，參加 APEC 會議返國的財政部長林全召開記者會，說明台企銀標售案出最高價的投標者，和財政部感到滿意的價格尚有距離，如議價後達到雙方滿意的價格，交易才算完成，否則就會流標。經過週末兩日休整，工會決定 9 月 12 日（星期一）繼續原地進行第三天之罷工，並將訴求改為要求「廢標」。該日，來自各行各業之工會的關心與聲援持續增加，除同屬金融業之其他銀行或金控之產業工會外，亦包括其他全國性工會聯合組織、公民營事業單位之工會。由於翌日立法院正式開議，經過三處罷工現場會員之討論，決定繼續進行罷工，但是將罷工地點改至立法院外，由工會幹部進入立法院向各黨團陳情，以阻擋標售案之通過。9 月 13 日上午，近六百位台企銀員工聚集立法院群賢樓，高舉「廢標」標語，高呼「反合併、要專業」口號，工會亦尋求立委連署提案，要求「財政部督促撤銷台灣企銀併購計劃並保有官股，以輔導該行程為協助台灣中小企業提升競爭力及繁榮台灣經濟之專業銀行」。經過中午的討論，工會決定罷工行動於該日結束，將行動焦點改為立法院。9 月 14 日晚上，財政部長林全召開記者會，正式宣布台灣企銀標售案流標。

☞ 提醒：這是最接近教學時點的一項備受台灣各界矚目的罷工行為。教學時應

提醒同學注意其政治經濟背景，同時注意其罷工目的之合法性問題。

#### 四、案例之意義與影響

- (一) 三個案例均涉及典型之罷工行為合法性的判斷，均是集體勞動法、勞動鬥爭法釋義學上的核心問題，教學上十分重要。
- (二) 基隆客運罷工案可稱為勞動鬥爭法的完整操作過程，可作為學生實際演習之題目。
- (三) 中華電信罷工與台灣中小企業銀行罷工案，標榜今日台灣工會罷工的一項新興趨勢；亦即針對經營權變更與股份解構變更所可能間接帶來之勞動關係的影響，工會紛紛以罷工行為回應之。

#### 肆、教學範例與內容設計

##### 一、重要之議題

- (一) 勞動鬥爭行為的定義、類型與歷史實踐。
- (二) 勞動鬥爭行為的憲法基礎。
- (三) 勞動鬥爭行為的制定法規範，合法性要件與限制。
- (四) 罷工作為最重要之勞動鬥爭行為類型，其特殊問題。
- (五) 我國重要實際個案之勞動鬥爭法演練。
- (六) 經濟全球化時代勞動鬥爭行為之時代意義。

##### 二、思考問題方向

- (一) 理解與學習規範意義上的勞動鬥爭行為保障，勿忘實踐層次的同盟發展與集體勞動關係消長所帶來之影響。
- (二) 學習外國（特別是德國、日本與美國）勞動鬥爭理論與法學論述時，勿忘與我國作適切的區分與融合。
- (三) 必須提醒擺脫一般對勞動鬥爭行為之負面印象與評價，思考其對於勞動生活與社會公平正義之重要意涵。

##### 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

###### (一) 分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，教師得命進行下列相關問題的討論，並請提出討論結論：

- 罷工權的社會界限為何？如何調和勞工罷工權之行使與第三人利益暨公益之

保護？

- 罷工必要附隨行為與罷工過度行為之區分與評價？
- 罷工權是否應該壟斷於工會之手？罷工究為個人權或集體權？
- 雇主亦須擁有鎖場權的保障嗎？是建立勞資爭議平等所必要或所害？
- 經濟全球化時代，罷工權是不合時宜還是更有其時代意義？

## （二）角色扮演

第一組：同學分為三組，分別扮演勞工、雇主、法院，就「罷工糾察線是否適當」，究竟如何適當的兼顧勞方貫徹罷工成果、資方保護其必要之財產權、第三人或未參與罷工之其他勞工權利的保障等，進行如法庭審判程序之主張、準備、爭點整理、言詞辯論等行為，扮演法院之同學並應為適當的闡明權行使。

第二組：同學分為三組，分別扮演工會幹部、行政院、社會公益團體代表，就「罷工權應如何行使與限制」為題，究竟如何適當兼顧勞工同盟自由暨行動權、國家公行政之社會考量、一般社會大眾之合理社會需求、如何調和三方可能之衝突等，進行勞動政策上的辯論。

## （三）問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 為什麼勞工應有罷工權？這不是集體性的債務不履行嗎？
- 為了確保罷工的成果，勞工可以實施罷工糾察線其他的必要行為嗎？
- 雇主為了防止罷工所造成之損害，可以自由而任意的使用替代人力嗎？
- 罷工是否應該要有目的上的限制呢？
- 公用事業或與國計民生息息相關之事業罷工，其應有之界限為何？
- 針對勞工之罷工，雇主可以行使防禦性的鎖場嗎？

## （四）引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。



⇒ 例如：爲什麼我們的法律體系，可以容許勞工罷工？ ⇒ 同學回答：因爲勞工處於結構性的劣勢 ⇒ 教師質疑：好，那麼罷工是否應該要有目的上的限制呢？ ⇒ 同學回答：應該是吧！？應該與提升勞動條件有關？ ⇒ 教師質疑：那麼針對政治性的目的也可以嗎？ ⇒ 同學回答：應該不可以吧！？否則無異變成任意的政治性罷工 ⇒ 教師質疑：可是法國與義大利就允許啊！？而且例如有些勞動立法無疑的與勞動條件有相當的間接關聯（依此類推）

⇒ 例如：公用事業，例如鐵路，也可以罷工嗎？ ⇒ 同學回答：罷工的話將對公用交通有重大的影響，似乎不可以！？ ⇒ 教師質疑：好，那這樣公用事業的勞動者權益怎麼辦呢？爲什麼許多國家並不禁止公用事業罷工？ ⇒ 同學回答：可能是國情不同吧！ ⇒ 教師質疑：難道不可能有一兼顧兩者的中間之道嗎？例如最低運轉服務的滿足？（依此類推）

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- 罷工與鎖場的憲法基礎。
- 我國制定法關於罷工之規範與限制。
- 特殊勞動者，例如公務員與教師，是否得以擁有罷工權之研究。
- 台灣或外國罷工與鎖場司法判決個案摘要（Case Study, Briefings）。

撰寫格式：

- ⇒ 個案研究：事實、爭點、法院判決或行政處理結果、評論與分析。
- ⇒ 專題寫作：依一般法學論文格式。

### 二、考題設計

以下爲所擬提供參考之考題：

- 罷工之定義與類型。
- 勞方常見勞動鬥爭行爲之類型與定義。
- 我國法律所規定之罷工合法性要件與限制。
- 警察權介入罷工之常見情狀與合法性爭議。
- 雇主鎖場權之類型與合憲性爭議。

### 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

## 陸、參考文獻

- 1、焦興鎧，論歐洲聯盟勞工及勞資關係法制之建構，政大法學評論第 65 期，2001 年 3 月。
- 2、焦興鎧，美國勞資爭議行為實務探討，勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007 年 6 月。
- 3、黃程貫，勞動法，國立空中大學出版，修訂再版，1997 年 10 月。  
黃程貫，罷工權之行使及其法律效果，「工會法、團體協約法、勞資爭議處理法」學術研討會，2003 年 11 月。
- 4、黃程貫，台灣勞資爭議處理之法律規定與檢討，「勞資爭議處理法律制度」國際研討會暨上海法學家論壇，2006 年 10 月。
- 5、黃程貫，台灣勞資爭議處理之法律規定與檢討，「健全勞資爭議訴訟上及訴訟外紛爭處理機制」國際研討會，2007 年 9 月。
- 6、黃程貫，我國罷工合法要件之檢討，月旦法學第 107 期，2004 年 4 月。
- 7、郭玲惠，「勞資爭議行為正當性之判斷與確立」專題評析二，勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007 年 6 月。
- 8、楊通軒，集體勞工法—理論與實務，五南出版公司，2007 年 11 月。
- 9、楊通軒，歐洲聯盟爭議行為法制之探討，勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007 年 6 月。
- 10、楊通軒，歐洲聯盟勞資爭議行為法制之研究—兼論德國法制之因應，政大法學評論，第 100 期，2007 年 12 月。
- 11、鄧學良、李錦智，勞資爭議行為冷卻之檢視：從爭議行為修正析論，法令月刊第 58 卷第 2 期，2007 年 2 月。
- 12、鄭津津，美國勞資爭議行為正當性之實務研析，勞資爭議行為論文集，鄭津津，我國勞資爭議處理制度之現況與檢討，國立中正大學法學集刊第 6 期，2002 年 1 月。

- 13、邱駿彥，我國勞資爭議處理程序禁止行為之法規範，「工會法、團體協約法、勞資爭議處理法」學術研討會，2003年10月。
- 14、黃瑞明，落後的罷工法制、反動的意識形態，月旦法學第107期，2004年4月。
- 15、黃瑞明，團結權在台灣－兼論臺企銀工會的「小大角之役」，政治大學法學院「團結權、同盟自由與勞動基本權－科際的對話」學術研討會，2005年11月  
魏千峰，台鐵工會罷工事件始末，月旦法學第107期，2004年4月。
- 16、王惠玲，勞資爭議處理制度中國家角色之探討，「勞資爭議處理機制：理論與實務」學術研討會，2007年7月。
- 17、陳彥良，勞資爭議期間工資危險分擔問題之研究－德國法制之啓示，國立臺灣大學法學論叢，第35卷第2期，2006年3月。
- 18、陳彥良，勞資爭議行為與勞動法令，勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007年6月。
- 19、張鑫隆，爭議權之憲法保障與爭議行為之法規範－以日本為例看台灣爭議行為法之再生（一），勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007年6月。
- 20 張鑫隆，罷工糾察線作為預防犯罪的警察權發動對象？－勞動法觀點勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007年6月。
- 21、黃鼎佑，歐盟勞資爭議行為之行政權機制與實務－論罷工行為在歐盟法制之實踐，勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007年6月。黃鼎佑，罷工集會作為集會遊行法的警察權發動對象？－勞動法觀點，勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007年6月。
- 23、黃鼎佑，論部分罷工時未參加罷工勞工的工資請求權－以德國與我國在民法上的規定為例，開南法學第1期，2006年6月。
- 24、林佳和，德國公部門勞工罷工，勞資爭議行為論文集，行政院勞工委員會出版，2007年6月。

25、林佳和，公部門罷工—尋找法釋義學體系中的合法性答案？月旦法學第 107 期，2004 年 4 月。

26、林佳和，臺灣中小企業銀行工會罷工事件—一個勞動法角度的觀察，台灣本土法學雜誌第 77 期，2005 年 12 月。

## 第十一單元：共同決定

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

在集體勞動法的領域中，「勞工形成其團結組織、向作為其社會對手之資方爭取自己勞動與經濟條件提升」之勞工同盟自由，向為理論與實踐上的重心，而其核心主軸為「勞資間的對抗」。然而，本於歐陸國家 20 世紀初期以來特殊之勞工運動歷史發展，更發展出一種以「勞資間之合作」為主軸的集體勞動關係之另一環，所謂雙軌體制（Zweigleissystem）中的另一軌，亦即理論上所稱之「共同決定」（Mitbestimmung, Co-determination）。要完整的理解集體勞資關係，亦不可忽視理論與外國實踐上非常重要的共同決定制度，更重要的是，基於特殊之歷史背景與發展，我國是極少數除歐陸國家以外，世界上亦有共同決定制度之國家，即便其制度內涵與歐陸國家差距仍遠。

本單元之重要性臚列如下：

- （一）理解集體勞動法之另一核心內容-共同決定。
- （二）理解勞工團結組織之另一發展軌跡：勞資合作。
- （三）理解國內特有之兩套共同決定制度：勞資會議與國營事業勞工董事。
- （四）澄清國內有關共同決定之理論上誤解與偏差。

#### 二、現行法規範狀況

國內現行有關勞工共同決定之法規範如下：

- （一）憲法相關條文，包括：

第 15 條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」。

第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」。

第 154 條：「勞資雙方應本協調合作原則，發展生產事業。勞資糾紛之調解與仲裁，以法律定之」。

- （二）勞動基準法相關條文，包括：

【勞資會議法源】第 83 條：「為協調勞資關係，促進勞資合作，提高工作效率，事業單位應舉辦勞資會議。其辦法由中央主管機關會同經濟部訂定，並報行政院

核定」。

【變形工時】第 30 條第 2、3 項：「前項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將其二週內二日之正常工作時數，分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時。但每週工作總時數不得超過四十八小時。第一項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將八週內之正常工作時數加以分配。但每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時」。

【變形工時】第 30-1 條第 1 項：「中央主管機關指定之行業，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，其工作時間得依下列原則變更：一、四週內正常工作時數分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時，不受前條第二項至第四項規定之限制。二、當日正常工時達十小時者，其延長之工作時間不得超過二小時。三、二週內至少有二日之休息，作為例假，不受第三十六條之限制。四、女性勞工，除妊娠或哺乳期間者外，於夜間工作，不受第四十九條第一項之限制。但雇主應提供必要之安全衛生設施」。

【延長工時】第 32 條：「雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將工作時間延長之」。

☞ 提醒：根據勞動基準法第條之授權，中央主管機關遂於年月訂定勞資會議實施辦法，全文共 25 條，亦須要求同學自行準備條文以備查閱。

☞ 提醒：請注意 2002 年 6 月勞動基準法修正，導入「事業單位採取變形工時應先經工會或勞資會議同意」之機制，為企業舉辦勞資會議創造新的誘因與契機，應提示學生注意此嶄新發展。適用勞動基準法之事業單位的實況，亦須提醒學生注意規範與現實之落差。

(三) 國營事業管理法相關條文，包括：

【勞工董事法源】第 35 條：「國營事業董事、監察人或理、監事，不得兼任其他國營事業董事、監察人或理、監事（第一項）。前項董事或理事，期代表政府股份者，應至少有五分之一席次，由國營事業主管機關聘請工會推派之代表擔任（第二項）。前項工會推派之代表，有不適任情形者，該國營事業工會得另行推派之（第三項）」。

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### (一) 共同決定制度概念本質的爭議

國內有關共同決定之理論極為少見，在一般社會科學之論述中雖有些許論

述，包括企業管理學與政治學，但基本上多有概念不清、多關注於現實與表象、少有歷史發展脈絡視野之問題。常見之誤解例如：

- 共同決定基本上多仰賴國家立法保障與奠定基礎；
- 所有「勞動參與資本形成」之形式，均為勞工共同決定制度之下位類型（例如員工分紅入股或德國法制下的所謂勞工財產參與與形成 Vermögensbeteiligung und -bildung der Arbeitnehmer）；
- 我國勞動基準法之勞資會議，並非或未意識到係共同決定制度之一環；
- 我國國營事業管理法之勞工董事，未清楚其制度本質，未將之置放於勞工共同決定之脈絡下理解。

教學上，教師可以依據本身對於勞工共同決定制度之認識，妥適的說明與分析，以及最重要的：定義共同決定制度。本單元之撰寫，原則上基於以下之理解：  
⇒ 共同決定制度來自於歐陸勞工運動之實踐與爭取，基本上萌芽於 19 世紀末期，以德皇威廉二世 1890 年敕令：「（設置工廠會議）…為了讓勞資和諧，應該制定法律，讓得到勞工信賴的代表們參與事業共同事務的決定，而且為勞工們的利益跟雇主及朕的官署協商」為重要里程碑，但真正發展必須等到第一次世界大戰與第二次世界大戰之後，而這兩次契機均是因為勞工運動之積極爭取；

⇒ 所謂勞工共同決定，簡言之，便是「勞動之參與資本的形成」，亦即「勞工組織性的參與企業經營與管理」，易言之，它含有三大重要且核心的特徵：

- 「勞工以其組織去參與」，不論是勞工所組織之工會、員工代表會，或以民主多數決選出代表參與；
- 「勞工參與企業經營」，一般稱之為「企業共同決定」，主要之實踐形式即為「工會或勞工推舉代表擔任勞工董事」，以參與資方之董事會運作；
- 「勞工參與企業（廠場）管理」，一般稱之為「廠場共同決定」，主要之實踐形式即為「勞工組織員工代表會，與企業進行有關人事、經濟與社會事項上不同程度的共同決定」，以與資方共同決定管理事項。

⇒ 與同盟自由不同的是，共同決定制度係基於「勞資合作」之理念，並非如同同盟自由般原則上是本於對抗原則，是以有勞動鬥爭手段與團體協約制度等之搭配。

⇒ 共同決定制度之核心本質是「非財產性的參與」與「社會拘束與公益的要求」，亦即勞工非本於股東之身分而參與企業經營，而是本於企業財產權之社會拘束與公益要求，應認勞方有一定程度的參與之故。

☞ 提醒：共同決定之憲法基礎辯論，主要聚焦於德國聯邦憲法法院 1979 年之所謂共同決定判決（Mitbestimmungsurteil），該判決相當程度結束德國公法學界與勞動法學界對於「共同決定是否違憲」的爭議，教師可說明其主要判決意旨，以補國內學界缺乏有深度之討論的缺憾。聯邦憲法法院之主要論證如下：

- 勞工董事不涉及公司股東的財產權；
  - 勞工董事涉及公司股東的結社自由部份；
  - 但是只是某個程度的改變公司意志形成程序，未涉及核心的公司存續及基本運作；
  - 勞工董事造成的公司意志形成結構的改變，不論在德國或是我國（政府股份代表的五分之一），都沒有逾越不合比例原則的違憲界限，因為，基於股份財產權而生的股權權力關係(Krafteverhältnisse)並未被過度的扭轉；
  - 勞工董事並不會造成勞資角色的混淆，不會影響勞資的對立性或獨立性；
  - 因為首先，對立性並非形成勞資關係的唯一選擇，它既不是依憲法決定出來的基本價值，更不符合當代潮流；
  - 其次，在前述現有的公司組織制度面的權力關係下，資方或股東的獨立性亦不會受到根本的影響；
  - 最重要的是，基於強烈的公共利益的要求，公司股東的基本權必須受到一定的限制，而在現有的勞工董事制度下，這樣的限制是合乎憲法意旨，同時合乎比例原則。
- ☞ 提醒：許多討論國內國營事業勞工董事之法律問題，之所以有難以理解的謬誤（例如勞工董事雖為工會推派，但應退出工會；勞工董事既為公司法中所稱之公司負責人，則將產生勞工法律身分之競合與衝突等），基本上均來自於對勞工董事本質的誤解，教學上時應提醒學生注意。
- ☞ 提醒：關於勞動基準法之勞資會議，請教師於教學上注意，應將之置放於勞工共同決定制度下來說明與分析。
- ☞ 提醒：最新之理論爭議在於「共同決定制度與公司治理（Corporate Governance）之關聯性」，很顯然的，英美法（包括國內留學英美之商法學者）認為兩者並無關聯，甚至相互排斥，而歐陸法，特別是留學德國之勞動法與商法學者，則多以為兩者有相當之關聯性，甚至德國勞動社會學界有一句話：「如果公司治理可行，則本質相近之勞工共同決定不可能不可行」，教學時應予注意。

## （二）我國勞動基準法勞資會議法律效力的爭議

與其他國家廠場共同決定制度之「員工組成員工代表會，與企業進行分屬資訊權、諮詢權、同意權、真正共同決定權等程度不一之共同決定」不同的是，我國勞資會議有著以下迥異的特徵：

- 由勞資雙方以相同人數共同組成，換言之，無勞工單方組成之團體存在，而是雙方共同組成一會議性質的臨時性集會；
- 勞資會議之議決事項無所不包，完全採「任一事項均得自由討論與決議」之議決方式，自無任何程度不一之共同決定權可言；
- 一但產生決議，法律性質上即為合同行為，並非契約行為，在無法律明文的前提之下（例如公司法第 305 條之公司重整關係人會議決議或破產法第 124 條第 1 項之債權人會議決議），自不得訴請法院執行。



由於國內勞資會議之議決已屬不易，即便作成決議，性質上因屬合同行為，無法訴請法院判決履行，是實務上造成相當困擾，惟其重點在於法律性質之故，是無法透過解釋（例如「準契約性質」之提議）而解決此問題。

☞ 提醒：教學上得以德國企業組織法為例，說明有關廠場共同決定制度之應有內涵，並藉以說明我國勞資會議制度之重大缺陷。德國 1972 年企業組織法有關勞工共同決定事項之基本規範如下：

員工代表 會權利類 型	權利行使之客體及範圍	權利行使之性質
共同決定 權	(1)工作規則 (2)工作時間、休息時間之分配 (3)工時之延長或縮減 (4)薪資結構、發薪方式、時間及地點 (5)獎金及紅利制度 (6)休假安排 (7)用來監督員工行為與機效的方法 (8)職業災害、病變 (9)員工福利 (10)社會與文化活動 (11)員工建議方式 (12)招募新員工的廣告與程序 (13)對員工的問卷調查 (14)調職與解雇的原則	人事事項之實施必須 共同決定 勞資意見不一致時，可 請求仲裁或訴諸法院
諮商權	(1)人事徵募、解雇、裁員、調職、升遷 (2)企業全部或部分的遷移及併購 (3)員工之生涯計畫 (4)工作設計之改變 (5)工作評估 (6)訓練計畫 (7)技術之引進	必須先徵詢工廠會意的意見，方得實施之
資訊權	(1)市場競爭狀況、雇用趨勢 (2)管理策略、經營策略之改變 (3)國家補助之運用情況 (4)財務狀況 (5)勞動力之成本 (6)研究發展	工廠會議有要求提供這些資訊的權利

## 二、實踐發展

國內並無完整而隨時更新之國營事業勞工董事名冊與資料，下表為 2004 年之國內勞工董事名冊與相關工會內部產生辦法：

企業	現任勞工董事	任期	相關實施辦法
台中市漢翔航空工業公司	賓澤歐、廖英方、王鴻傳	兩年	<a href="#">台中市漢翔航空工業股份有限公司產業工會勞工董事選舉辦法</a> <a href="#">台中市漢翔航空工業股份有限公司產業工會</a>

			<a href="#">勞工董事施行辦法</a>
高雄市中國鋼鐵股份有限公司	黃百堅	一年	<a href="#">中鋼員工代表董事暨諮詢會議勞方委員選舉罷免辦法</a>
唐榮	胡文三、唐念慈	三年	
台灣菸酒股份有限公司	羅家瑞、林洋一、席亦嘉	三年	<a href="#">台灣菸酒股份有限公司勞工董事遴選辦法</a>
台灣省自來水股份有限公司	劉昌仁、許坤明、丁春雄		<a href="#">台灣省自來水公司產業工會推派勞工董事選舉罷免辦法</a>
台灣電力	吳振台、董忠雄、潘興中	兩年	
臺灣石油	孫志偉、鄭安雄、曹道全		<a href="#">臺灣石油工會出任勞工董事施行辦法</a>
中華電信股份有限公司	蔡石明、林岳宏、林沂茂		<a href="#">中華電信股份有限公司產業工會推派勞工董事辦法</a> <a href="#">中華電信股份有限公司產業工會勞工董事諮詢委員會組織規</a>
合作金庫銀行	黃哲輝、朱清輝	三年	<a href="#">合作金庫銀行產業工會推派代表擔任本行董事辦法</a>
台灣土地銀行	陳玉田、林劍聖、陳開進	三年	<a href="#">台灣土地銀行產業工會推派工會董事實施辦法</a>
中央信託局股份有限公司	戴文芳、陳福星	三年	<a href="#">中央信託局股份有限公司產業工會推派勞工董事代表選舉辦法</a>
台北國際商業銀行	鍾馥吉		
臺灣中小企業銀行	李鴻炎		<a href="#">臺灣中小企業銀行產業工會勞工董、監事遴選監督辦法</a>
台鹽公司	何恭宏	三年	<a href="#">台鹽公司產業工會聯合會勞工董事代表遴選辦法</a>
台灣肥料股份有限公司	何華燠、陳祺昌	三年	<a href="#">台灣肥料業產業工會聯合會勞工董事遴選辦法</a>
台灣糖業公司	林裕發、田賢堂、蕭俊傑	三年	<a href="#">台灣省製糖業產業工會聯合會推選勞工董事施行辦法</a>
中華郵政股份有限公司	沈英傑、鄭光明、藍明涵		<a href="#">中華郵政工會推派勞工董事選舉辦法</a>

台北市榮民工程股份有限公司	吳江彬、陳天溫		<a href="#">台北市榮民工程股份有限公司產業工會勞工董事代表遴選辦法</a>
中央存款保險公司	陳清江		
第一銀行			<a href="#">第一銀行董監事代表人選任辦法</a>

☞ 提醒：有關勞工董事資料可參見- 社團法人台灣勞動與社會政策研究協會資料庫 ([http://tlsa.ngo.org.tw/labor\\_re/consult/eight-compare.htm](http://tlsa.ngo.org.tw/labor_re/consult/eight-compare.htm))。

在勞資會議方面，台灣事業單位舉辦勞資會議之家數，有逐年上升之趨勢，如從 1992 年至 2007 之 15 年為觀察週期，國內勞資會議之數量逐年為：914、932、970、980、994、1013、1052、1296、1943、2617、2701、2916、5813、6804、7492、16596，如果再區分公營與民營事業單位，更可發現：公營企業辦理勞資會議之數量基本上均維持在 450 上下（除 2004 與 2005 年曾短暫超過一千），而民營企業之數量則有明顯成長，1992 年至 2007 年底之數字為、484、492、497、523、536、562、561、749、1297、1933、2071、2364、4553、5358、7063、7063、16155。台灣勞資會議之實況約有下列幾項特徵：

- 事業單位舉辦勞資會議之數量有明顯之急遽成長，與團體協約完全相反；
- 觀察具體之原因，一般學理分析認為有三大因素推動：「勞工行政機關之積極輔導舉辦」、「財政部將舉辦勞資會議作為許可公司上市上櫃之要件、經濟部亦將之列為其他經濟行政上許可權之要件」、「2002 年勞動基準法修正列入變形工時之採行應先經工會或勞資會議同意」；
- 惟有舉辦之事業單位，其勞資會議是否確屬勞資雙方之真正協商，或是僅為應負行政機關要求所虛應，仍須進一步研究與探討。

☞ 提醒：國內曾有將勞資會議法制化、甚至將之列為強制性組織之提議，亦即主張仿效歐陸各國之員工代表會模式，雖然企業界阻力極大，惟仍值注意。

☞ 提醒：關於我國勞資會議之數量統計與其他概況，得請同學參見行政院勞工委員會勞動統計月報網頁 <http://statdb.cla.gov.tw/html/mon/rptmenumon.htm>。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

在這個單元中，我們將選擇兩則台灣的案例，提供教學者說明有關台灣共同決定制度之問題。選擇案例之主要思考為：

- 突顯國內法律適用者對於共同決定制度，特別是勞工董事性質的常見誤解。

### 二、重要案件

本單元提供兩個案例，分別是：

- (1) 經濟部發函要求勞工董事應退出工會案。
- (2) 財產部制定行政規則規範勞工董事資格案。

### 三、案例之重要內容

#### (一) 經濟部發函要求勞工董事應退出工會案

國營事業管理法於 2000 年 6 月底修正通過，正式創設勞工董事之法源後，由於該修正之施行日期將由行政院另定之，是以各界無不關注行政院面對修法後的真正態度。甫過兩個月的 8 月 24 日，經濟部首見發難，以經(八九)國營字第八九〇二二六八三號函，知會所屬各國營事業，做了如下的指示：「工會推派擔任之公股董事若係由工會會員中遴選，其身分將造成公司法、工會法與勞動基準法之競合，故各事業應於公司章程中訂明：「工會推派之董事如為工會會員，任職後應退出工會…」。

☞ 提醒：經濟部完全誤解所謂之法律競合問題，本質上，勞工的身分是基於勞動契約，環境是企業或廠場的生產體系，基本的法律機制是勞動基準法或民法(僱傭契約章)，而董事是企業經營的一個合意的集體機構中的一部份，法律機制是公司法，兩者原本就不同，權利義務原本就各依所涉事項的不同而有所區別。

☞ 提醒：其次，勞工董事在理論上的確有可能成為公司外部關係上的公司負責人，但必須注意的是，這不是一普遍的公司負責人地位，而只是在公司與第三人之間(特別是與公司之主管機關)的特定關係上，關於公司法所規定的具體事項，勞工董事有可能享有特定的權利、負擔特定的義務罷了，並非意指勞工董事亦在對內的關係上，同樣享有所謂公司負責人的身分及地位。

☞ 提醒：教學者應注意經濟部發布此函之背景，易言之，「以空泛之法律意見爭議，掩飾自身對推行勞工董事制度採取不合作態度之實」，並注意指出該函之法律上重大錯誤。

#### (二) 財產部制定行政規則規範勞工董事資格案

在行政院各部會中，一向對於所屬國營事業(絕大多數為金融業)之勞工董事最為消極，甚至多所抗拒者，首推財政部。2002 年 6 月，經過多方折衝，財政部終於檢送各工會所謂的「聘任所屬國營金融機構產業工會推舉代表擔任公股董(理)事注意事項」，具體要求勞工董事的具體資格，包括職等與專業知識、經歷等，資格要件極為嚴格。其注意事項相關內容如下：

第一點 本部為執行聘任國營金融機構產業工會推舉代表擔任公股董(理)事注意事項。

第二點 本部聘任工會推舉代表擔任公股董事(理)事時，工會推舉代表除無銀

行法第三十五條之一與銀行負責人應具備資格條件準則第三條及第七條所列之情事者外，並應符合下列條件之一：

- (一) 擔任銀行總行襄理以上或同等職務者。
- (二) 銀行工作經驗七年以上，任十職等以上職位，且成績優良，並曾擔任主要業務兩項以上者。
- (三) 銀行工作經驗十二年以上，且成績優良，並曾擔任主要業務兩項以上者。
- (四) 曾擔任國內、外專科以上學校財政、金融、保險、企業管理、會計統計、法律、產業、經濟等課程教授、副教授五年以上者。
- (五) 執行會計師、律師業務五年以上信譽卓著者。
- (六) 對任職之國家行、局、公司業務具有專門著作或特殊研究，聲譽卓著者。

第三點 本部聘任工會推舉代表擔任公股董（理）事，工會推舉之代表系經由會員大會或會員代表大會等選舉方式產生，國營金融機構產業工會超過一個以上者，前揭推舉方式應由各該工會協商辦理之，並由各該工會聯名推舉函報本部依規定聘任之。

第四點 工會推舉代表經本部聘任擔任公股董（理）事比照其餘公股董（理）事以兼任為原則，其報酬按『統一彙整修訂軍公教人員兼職酬勞及講座終點費支給規定』辦理；如為該國營事業人員，不得支給兼職酬勞；如非該國營事業人員，得案生產、金融保險及交通事業機構兼任董（理）事待遇支給標準，以『交通費』名義支給兼職酬勞。

第五點 工會推舉代表經本部聘任擔任公股董（理）事，應以善良管理人注意義務執行公股代表職務，對於執行職務期間所知悉及經辦事項，並依相關法令規定嚴守秘密，離職後亦同。

第六點 工會推舉代表經本部聘任擔任公股董（理）事係代表政府股份，其執行職務時應遵守「財政部派兼公民營事業機構董（理）事監察人（事）執行職務程序要點」相關規範，並應簽署公股代表個人聲明書，聲明代表政府股份行使職權，且應以維護公股權益為依歸。

第七點 本部聘任工會所推舉之代表擔任公股董（理）事出缺時，應依第三點規定程序由工會另行推舉遞補並經財政部補足至原任期。

第八點 其他本部所屬國營金融機構產業工會推舉代表擔任公股董（理）事；及原公營金融機構民營化後，本部及所屬國營金融機構合計持股逾百分之二十者，其代表國庫股份權擔任勞工董事相關事項，準用本注意事項之規定。

☞ 提醒：本案之最重要關鍵在於：「勞工董事是否為一般的公股代表」以及「勞工董事是否應具備相當之專業資格」，不論教學者個人之看法與見解如何，必須提醒學生注意這兩項關鍵問題。

- ☞ 提醒：這裡的教學建議認為，基於企業共同決定制度之兩大核心主軸：「非財產性的參與」與「社會拘束與公益的要求」，因此政府公股決定將所擁有之董事席次，部分交由工會推派，但揆其制度本質，斷不得誤認其為一般之公股代表，而必須完全、亦即作重大決議之事前事後均向政府機關請示與報告，同時，重點既在工會所發動之勞工參與，因此重點亦非勞工董事應具備何等之積極資格要件，即便依其功能而認應有，亦屬工會內部自行決定之問題，要與政府機關無涉。
- ⇒ 教學者應正確指出財政部行政規則之重大謬誤所在。
- ⇒ 另經濟部 2003 年底，所草擬提出之「經濟部派任公股代表（專任）委任契約書」及「經濟部派任公股代表（兼任）委任契約書」，亦有相同之錯誤，教師得考量作為補充教材。

#### 四、案例之意義與影響

- 兩案例均直接觸及勞工董事的制度本質，亦即究竟是否將之置於「共同決定制度」之脈絡下加以理解。
- 從兩案例可清楚看到政府機關對於法律制度之不信任與欠缺正確認識，教學時亦得請學生注意最新之發展狀況。
- 雖然兩案例未直接涉及廠場共同決定，而僅涉及企業共同決定，惟教學時仍可注意同時提醒注意。

#### 肆、教學範例與內容設計

##### 一、重要之議題

- (一) 共同決定制度的意義與類型。
- (二) 企業共同決定制度之發展歷史與台灣的具體實踐-國營事業勞工董事。
- (三) 廠場共同決定制度之發展歷史與台灣的具體實踐-勞資會議。
- (四) 勞工董事制度相關問題（身分、權限、義務、與工會之關係）。
- (五) 勞資會議制度相關問題（勞資會議實施辦法條文解釋、決議效力、法政策思維）。
- (六) 勞工共同決定制度與公司治理。

##### 二、思考問題方向

- (一) 理解與學習規範意義上的共同決定制度，勿忘歐陸國家與台灣實踐層次所帶來之影響。
- (二) 學習外國（特別是德國）共同決定理論與法學論述時，必須注意適當融入我國的實務運作中。
- (三) 請注意提醒學生注意「勞工共同決定在經濟全球化中的時代嶄新意義」。

##### 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有最佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

### (一) 分組討論

以同學人數為據，分為 2-4 組，教師得命進行下列相關問題的討論，並請提出討論結論：

- 勞工共同決定制度是否可能有礙企業經營與競爭力？
- 勞工共同決定制度如何融入現行公司法體系？
- 勞工共同決定制度與公司治理的關係為何？勞工可以擔任公司獨立董事嗎？
- 國營事業勞工董事究竟是公股代表，還是獨立的工會代表？
- 現行勞資會議的重大問題是什麼？
- 我國需不需要如歐陸國家一般的員工代表會制度？

### (二) 角色扮演

第一組：同學分為三組，分別扮演行政機關、國營事業資方與國營事業工會，就勞工董事如何發揮功能、如何調整企業內之勞資關係、如何參與決策、如何不得碰觸國家重大決策、如何扮演善良管理人角色、如何善盡或無須負擔一般公股代表義務等，設計不同議題，令三方進行立場迥異的辯論。

第二組：同學分為三組，分別扮演行政機關、企業資方與勞方，就勞資會議的召開、討論之議題、如何進行有意義之協商、如何避免僵局、決議後一方拒不履行之處理、對於未來勞資會議改革之芻議等，進行三方對話。

### (三) 問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 共同決定制度與工會之關係為何？
- 西方國家為何在勞工運動發展之中，又同時導出另一支以合作為主軸的共同決定制度？
- 企業中為何可以有勞工擔任董事？如何在現行公司法體系與股東機關體系中加以圓滿的解釋？
- 勞工參與企業之經營與管理，有無侵害雇主之財產權與職業自由基本權？
- 國營事業勞工董事制度，可以推展至民營企業嗎？問題與障礙在哪裡？
- 我國勞資會議之制度性缺陷是什麼？

#### (四) 引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

⇒ 例如：企業由出資之股東組成機關，全面推展公司決定體系，勞工是股東嗎？爲何亦可成爲決定機關之一員？ ⇒ 同學回答：沒有錯，勞工不是股東 ⇒ 教師質疑：可是一定要是出資股東方可成爲董事嗎？現在公司治理制度中的獨立董事，不正是相反之例嗎？ ⇒ 同學回答：對啊，可是獨立董事與企業所屬勞工不同 ⇒ 教師質疑：不同在哪裡呢？（依此類推）

⇒ 例如：勞動基準法所規定之勞資會議，是強制還是任意組織？ ⇒ 同學回答：是任意組織 ⇒ 教師質疑：這樣可以達成勞方參與企業管理之目標嗎？ ⇒ 同學回答：可是企業主擁有職業自由基本權，爲什麼可以法律強制讓勞工參與呢？ ⇒ 教師質疑：可是歐陸國家就是如此啊，員工代表會就是強制組織啊？ ⇒ 同學回答：那麼關鍵在哪裡呢？企業主的憲法權利怎麼辦？ ⇒ 教師質疑：難道財產權不應該社會化嗎？（依此類推）

### 伍、教學評量方式

#### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- 我國勞工董事與勞資會議運作實況（輔以相關之勞動統計）。
- 共同決定制度是否侵害雇主財產權與職業自由基本權之探討。
- 台灣勞工運動團體有關勞工共同決定制度之倡議與推動經過撰寫
- 歐陸國家員工代表會介紹。
- 台灣勞工董事具體個案研究（中鋼公司、漢翔公司、中華電信、中油公司、第一銀行等個案）。

撰寫格式：

- ⇒ 個案研究：事實、爭點、法院判決或行政處理結果、評論與分析。
- ⇒ 專題寫作：依一般法學論文格式。

#### 二、考題設計

以下爲所擬提供參考之考題：



- 共同決定之定義與類型。
- 我國共同決定制度之實踐類型與法律規範。
- 我國國營事業勞工董事制度之重大特徵。
- 我國國營事業勞工董事是否為一般公股代表？試說明之。
- 勞資會議決議之法律效力。
- 

### 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

### 陸、參考文獻

- 1、黃程貫，勞動法，國立空中大學出版，修訂再版，1997年10月。
- 2、黃北豪，「產業民主結構性之探討」，勞資關係論叢第5期，1996。
- 3、郭玲惠，產業民主制度所涉及的法律問題--兼簡介德國之制度，中興法學第43期，1997。
- 4、王志誠，「論公司員工參與經營之制度」，國立政治大學法律研究所博士論文，1998。
- 5、楊通軒，勞工參與企業經營在德國所引起之勞工法問題，法學叢刊第166期，1997。
- 6、楊通軒，勞工參與企業經營在我國合憲性之研究，勞資關係月刊第16卷第11期，1998。
- 7、楊通軒，集體勞工法—理論與實務，五南出版公司，2007年11月。
- 8、衛民，臺灣的產業民主：集體協商或勞工參與，國立中山大學社會科學季刊第1卷第3期，1998。
- 9、衛民，從德國共同決定制度論我國勞工董事制度的定位，政大勞動學報第12期，2002。
- 10、邱駿彥，勞資關係中共同決定制度之初探，「勞動基本權」學術研討會，2004年10月。
- 11、林更盛，德國法上勞工參與決定制度—背景，現況與合憲性，「勞動基本權」學術研討會，2004年10月。

12、劉士豪，我國憲法基本權體系中的勞動基本權，政治大學法學院「勞動基本權學術研討會」論文，2004年10月。

13、劉士豪，勞動基本權在我國憲法基本權體系中的定位（上）（下），政大法學評論第87、88期，2005年10、12月，頁66-132、1-62。

14、劉士豪，我國之「勞動憲法」，蘇永欽編「部門憲法」，元照出版有限公司，2006年1月。

15、劉進興，從產業民主論勞資關係之新展望，月旦法學雜誌第14期，1996。

16、吳光明，勞工參與企業經營之探討-德國與我國現行制度之檢討，中興法學第37期，第161頁以下。

## 第十二單元：勞資爭議處理－勞資爭議處理協調及調解程序之分析

### 壹、重要性與現行法規範狀況

#### 一、重要性

我國的勞資爭議處理制度，源自於國民政府時期，於一九二八年六月九日即公布的勞資爭議處理法，自制定公布以來，迄今歷經七次修正，但大體上勞資爭議之處理架構並未見有重大變革<sup>452</sup>，主要處理爭議的程序為「調解」與「仲裁」。惟其間行政院於一九四七年十一月一日公布施行了所謂「動員戡亂時期勞資糾紛處理辦法」，適用於動員戡亂時期凡工礦、交通、公用事業發達之地區；其目的在謀求勞資爭議的迅速處理，並藉以安定生產程序，而以「評斷制度」為勞資爭議的處理方式<sup>453</sup>。但是該評斷制度超越母法—勞資爭議處理法歷四十年，法律依據不明和法律效力又模糊不清，備受批評<sup>454</sup>。行政院遂於一九八八年六月二十七日修正公布新勞資爭議處理法共四十五條，並於一九八八年七月十八日將「動員戡亂時期勞資糾紛處理辦法」辦法明令予以廢止。然而自此之後，我國政治、經濟、社會有重大變化，隨著時代進步，勞資雙方權利意識抬頭，勞資爭議種類日趨多元化。為有效規範集體勞動關係，消弭勞資糾紛，目前行政院勞工委員會正積極修正包括勞資爭議處理法的勞動三法。不過依目前確定的草案，有關處理爭議的程序部分，除了原有的調解制度、仲裁制度外，雖然增加了裁決制度，但實務上運用甚多的協調制度則仍無明確法源依據。

事實上，以眾多的勞資爭議及複雜的爭議處理實務，現行勞資爭議處理法的規定無寧是過於簡略，在無法律授權制定各相關子法的情況下，雖然勞工行政主管機關行政院勞工委員會作過多次函釋以彌補法律的不足，但終究有缺漏。行政院勞為使勞資爭議處理制度更加完整，曾委託陳金泉律師作成「勞資爭議調解與仲裁委員會之組成相關問題研修」研究報告(二〇〇四年九月)，並草擬完成「勞資爭議調解委員會組織辦法草案」及「勞資爭議仲裁委員會組織辦法草案」。另外為解決實務處理的問題，行政院勞工委員會委託中華民國勞資關係協進會策劃編寫「勞資爭議協處參考手冊」。可說盡其全力健全勞資爭議處理制度。而目前實務上最常運用的協調與調解制度，勞委會也委託筆者作一整體性的分析，以研究訂定進行協調與調解應行注意事項的可行性。筆者才疏學淺，在經過實際訪談中央主管機關官員、三個縣市(臺北市、臺北縣、桃園縣)的勞工行政主管官員、當地的調解委員和協調員後，在短時間內先作一初步分析，謹供各位參考，尚請各位先進不吝提供指教。

<sup>452</sup> 早期修正法律之討論請參見史尚寬，勞動法原論，自刊，頁 283 以下，1934 年上海初版，1978 年台北重刊。

<sup>453</sup> 參見陳繼盛，勞工法論文集，陳林法學文教基金會，頁 397,398 及 404-412，1994 年初版。

<sup>454</sup> 陳繼盛，勞工法論文集，陳林法學文教基金會，頁 409-412，1994 年初版。

## 二、現行法規範狀況

勞資爭議處理法第二條規定「本法於雇主或雇主團體與勞工或勞工團體發生勞資爭議時適用之。」

勞資爭議處理法第四條第二項規定：「權利事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。」

勞資爭議處理法第四條第三項規定：「調整事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。」

勞資爭議處理法第九條規定「勞資爭議當事人申請調解時，應向直轄市或縣(市)主管機關提出調解申請書。」第十一條規定「勞資爭議之調解，直轄市或縣(市)主管機關，應於接到當事人申請調解或依職權交付調解之日起七日內，組成勞資爭議調解委員會處理之。」「同一勞資爭議事件，跨越二直轄市或縣(市)管轄時，前項主管機關，由中央主管機關指定之。」

勞資爭議處理法第二十一條規定「勞資爭議經調解成立者，視為爭議當事人間之契約；當事人一方為勞工團體時，視為當事人間之團體協約。」第三十七條規定「勞資爭議經調解成立或仲裁者，當事人之一方不履行其義務時，他方當事人得向該管法院聲請裁定強制執行並免繳裁判費；於聲請強制執行時，並免繳執行費。」

中華民國憲法中第一百五十四條規定，「勞資雙方，應本協調合作原則，發展生產事業。勞資糾紛之調解與仲裁，以法律定之。」

民法第七十三條規定：「法律行為，不依法定方式者，無效。但法律另有規定者，不再此限。」民法第一百一十一條更規定：「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效，但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。」

## 貳、理論與實踐發展

### 一、理論

#### (一) 勞資爭議與解決

##### 1、勞資爭議的定義與類型

## (1) 定義

勞資爭議(或有學者稱為勞動爭議)，就廣義而言，可指所有以勞動關係為中心所發生之一切爭議<sup>455</sup>。本此意義，雇主與勞工間因勞動契約關係所發生之爭議，雇主與國家間因勞工保護法令及勞工保險法等立法上規定所發生之紛爭，雇主團體或勞工團體本身內部關係所生之糾紛，以及雇主或雇主團體與勞工團體間因集體交涉所發生之爭執均為勞資爭議，但就狹義而言，則僅指個別的勞工與雇主所發生之勞動關係上之爭議，以及雇主或雇主團體與勞工團體(或一定多數之集體勞工)所發生之爭執為限<sup>456</sup>。當然也有學者採更狹義的定義，將勞資爭議僅限於為締結團體協約的爭議<sup>457</sup>，根據勞資爭議處理法第二條及第六條第二項的規定(有關一定多數集體勞工與雇主間之調整事項的勞資爭議)來看，我國勞資爭議處理法所稱的勞資爭議係採狹義的勞資爭議。

## (2) 類型

### (2-1) 以爭議內容的性質區分

以爭議內容的性質來分，勞資爭議處理法明白分為「權利事項之爭議」和「調整事項之爭議」，但實務上也有認為有無法區分的第三種類型。分述如下<sup>458</sup>：

1、權利事項之爭議：勞資爭議處理法第四條第二項規定：「權利事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。」也就是說勞資雙方基於團體協約、勞動契約或相關法令如勞動基準法、職業災害勞工保護法、就業服務法、大量解僱勞工保護法、兩性工作平等法、企業併購法等所取得之權利受有損害或該權利存在與否為爭議之內容。如果就法理而言，主要屬於違反契約或債務不履行的問題<sup>459</sup>，此種爭議有司法審理的可能性<sup>460</sup>，故權利事項之勞資爭議係屬民事訴訟程序所得處理之標的，當事人自可不經調解

<sup>455</sup> 史尚寬，勞動法原論，自刊，頁 241，1934 年上海初版，1978 年台北重刊；陳繼盛，勞資關係，正中書局，頁 140，1976 年初版；陳繼盛，勞工法論文集，陳林法學文教基金會，頁 397,398 及 378，1994 年初版。

<sup>456</sup> 史尚寬，勞動法原論，自刊，頁 241，1934 年上海初版，1978 年台北重刊；陳繼盛，勞資關係，正中書局，頁 378，1976 年初版。

<sup>457</sup> 也有採更狹義的定義者，將勞資爭議定義為：「依據憲法生存權之理念，勞工得行使團結權，以進行團體交涉，進而行使爭議權以達成其改善勞動條件之目的。為達此目的，勞工之爭議權最後將落實在與雇方簽訂團體協約，故爭議權行使之目的在締結團體協約，凡不是以締結或修訂團體協約之行為，『勞資爭議』四個字乃一法律上具有特定意義之專有名詞，並不是一切衝突、械鬥、糾紛均可稱之為爭議行為。」參見黃越欽，勞動法新論，自刊，頁 457，2002 年修訂二版。

<sup>458</sup> 勞資爭議處理法第四條第一項規定「本法所稱勞資爭議，為勞資權利事項與調整事項之爭議。」惟關於爭議法律性質的認定為何種爭議，國內不問是學術界之論述、勞工行政主管機關之解釋令或法院之判決亦常人云人殊，並無共識可言。參見黃程貫，勞動法，空中大學，頁 301，2002 年修訂再版。

<sup>459</sup> 黃越欽，勞動法新論，自刊，頁 459，2002 年修訂二版。

<sup>460</sup> 黃程貫，勞動法，空中大學，頁 300-324，2002 年修訂再版。

程序逕循民事訴訟程序解決之<sup>461</sup>，當事人亦得於調解程序調解不成立後再行民事訴訟程序解決之<sup>462</sup>。

2、調整事項之爭議：勞資爭議處理法第四條第三項規定：「調整事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。」例如：勞雇雙方未約定年終獎金就年終獎金所生之爭議<sup>463</sup>、員工承購股數調高於法定額度之爭議<sup>464</sup>。調整事項之勞資爭議，於調解不成立時，不得循民事訴訟之途徑解決之，僅能訴諸於仲裁或集體爭議行為。

3、實務上認定「非權利事項、亦非調整事項」之爭議：當然實務上尚有第三種類型，行政院勞工委員會的解釋函中曾有認為：非調整事項者，並非完全就是權利事項，仍有部分是法未規定無法依此歸類者。例如：勞方請求由約聘人員改任為正式職員之爭議，非屬勞動契約是否存在及勞工權利有無被侵犯所引起之權利事項爭議，亦非勞動條件如何調整或維持之調整事項爭議，殆無勞資爭議處理法之適用<sup>465</sup>。學者黃程貫教授對此批評：「就司法程序之本質而言、就司法審判權之有無而言，勢必一定要區分可循司法程序解決之權利事項爭議與不可循司法程序解決之調整事項爭議二者……別無第三種類型存在。惟對於勞資爭議處理法所規定之行政處理程序，即調解與仲裁程序而言，則並無必要非區分權利事項與調整事項之爭議二者不可……不問權利事項或調整事項之勞資爭議均得依調解及仲裁程序解決之。」<sup>466</sup>司法實務上，就中油公司員工被公司記過處分，向台北地方法院請求撤銷該處分，地院以八十年簡字第十六號判決認為此等爭議非私法法律關係之爭議，不得向民事法院起訴，即否認其為權利事項，經上訴後，台北高等法院以八十年勞簡上字第六號判決認屬民事訴訟審理範疇，得為起訴，肯認為權利事項之爭議。<sup>467</sup>這些爭議類型有必要在未來以專文詳細討論<sup>468</sup>。

## （2-2）以爭議涉及的人作區分

若就勞資爭議的類型來看，以爭議所涉及的人來分，可分為「個別爭議」與「集體爭議」<sup>469</sup>：

<sup>461</sup> 行政院勞工委員會七十七年七月二十二日台 77 勞資三字第 15389 號函。

<sup>462</sup> 謝政達，勞資爭議處理與預防實務，台北市勞工局網站資料，網址：[http://www.bola.tcg.gov.tw/server/server\\_1.asp?id=%B3%D2%A4u%B0h%A5%F0%AA%F7%B1%F8%A8%D2](http://www.bola.tcg.gov.tw/server/server_1.asp?id=%B3%D2%A4u%B0h%A5%F0%AA%F7%B1%F8%A8%D2)，頁 2,3，2004 年。

<sup>463</sup> 行政院勞工委員會七十八年二月一日台七十八勞動二字第 01874 號函。

<sup>464</sup> 行政院勞工委員會七十八年二月九日台七十八勞資三字第 02995 號函。

<sup>465</sup> 行政院勞工委員會八十二年十一月二十九日台八十二勞資三字第 68814 號函。

<sup>466</sup> 黃程貫，勞動法，空中大學，頁 303，2002 年修訂再版。

<sup>467</sup> 此判決引自黃程貫，勞動法，空中大學，頁 303，2002 年修訂再版。

<sup>468</sup> 參見簡良機，勞資爭議立法規範及處理制度之研究，頁 37-41，1991 年初版一刷；另對此等分類有特殊見解者，參見黃程貫，勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本法律結構，政大法學評論，第三十九期，頁 179-181。

<sup>469</sup> 詳細論述請參見陳繼盛，勞資關係，初版，正中書局，頁 140, 141，1976 年；黃越欽，勞動

1、個別爭議：乃指勞工與雇主因個別的勞動關係所發生的爭議而言，爭議當事人係個別勞工與個別雇主、而非勞工團體或雇主團體。個別爭議通常以權利事項為主，調整事項之爭議原則上不由個別的勞工提起，概其乃屬勞動契約締結問題<sup>470</sup>。

2、集體爭議：乃指勞工團體與雇主或雇主團體為所屬勞工之勞動條件或其相互間所生之糾紛而言，勞方爭議當事人原則上為勞工團體，但勞資爭議處理法第六條第二項將範圍擴張：勞工十人以上或事業單位未滿十人者，經三分之二以上勞工同意，亦得為勞方當事人。從理論上來說，集體爭議以集體交涉為手段，通常以調整事項之爭議為主，但亦有權利事項之爭議，例如就團體協約所規定之債法性效力部分發生協約當事人權利義務之存否問題時，即為其例<sup>471</sup>；另外像大量解僱時所造成的權利事項爭議，甚至於事業單位面臨經營危機，積欠所有勞工工資，勞工們組起所謂的「自救會」，均是實務上常見的案例。但是勞資爭議處理法第六條第二項將範圍限縮：在集體爭議中，只有調整事項的勞資爭議才適用勞資爭議處理法。

當然，勞資爭議處理法如此規定是否合理？有待進一步討論，宜另以專文分析。

## 2、勞資爭議的解決模式

私人間的勞資爭議，任由紛爭當事人自治解決最為適當，但不能期待必能解決，倘不能自治解決而任其紛爭不已，終必訴諸激烈的爭議行為，將嚴重影響社會秩序的維持<sup>472</sup>。為了解決此等紛爭，國家不僅建立民事訴訟制度，還提供許多的紛爭處理機制。現行勞資爭議解決制度的選擇性可以說非常多，不一定是按勞資爭議處理法的規定進行，筆者羅列各種處理機制並分類，以下表(表一：勞資爭議處理機制表<sup>473</sup>)說明<sup>474</sup>：

表一：勞資爭議處理機制表

勞資爭議 處理機制類型	自行協商處理	行政機關協助 協商處理	司法處理
----------------	--------	----------------	------

法新論，自刊，修訂二版，頁 458-460，2002 年；討論最為詳細的學者為黃程貫教授，參見黃程貫，勞動法，空中大學，頁 300-324，2002 年修訂再版。

<sup>470</sup> 陳繼盛，勞資關係，正中書局，頁 141，1976 年初版；

<sup>471</sup> 陳繼盛，勞資關係，正中書局，頁 141，1976 年初版。

<sup>472</sup> 私人紛爭處理的解決與民事訴訟制度的建立有密切關連，此一討論參見陳計男，民事訴訟法，三民書局，頁 7，2006 年增訂三版三刷。

<sup>473</sup> 本表由蘇淑婷小姐繪製。

<sup>474</sup> 學界對此有討論者甚少，唯實務界有律師曾論及，參見謝政達律師，勞資爭議處理與預防實務，台北市勞工局網站資料，網址：

[http://www.bola.tcg.gov.tw/server/server\\_1.asp?id=%B3%D2%A4u%B0h%A5%F0%AA%F7%B1%F8%A8%D2](http://www.bola.tcg.gov.tw/server/server_1.asp?id=%B3%D2%A4u%B0h%A5%F0%AA%F7%B1%F8%A8%D2)，頁 2,3，2004 年。

<p>處理方式 及法律依據</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 勞雇雙方自行協商。</li> <li>2. 工會對勞資間糾紛事件之調處—工會法第5條第9款。</li> <li>3. 勞資會議—勞動基準法第八十三條及勞資會議實施辦法</li> <li>4. 依仲裁法之仲裁—仲裁人之判斷與法院之確定判決有同一效力(仲裁法第三十七條)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 行政協商—中央或地方政府勞工主管機關介入協商—處理重大勞資爭議事件實施要點及各級勞工行政主管機關辦理勞資爭議事件應行注意事項</li> <li>2. 鄉鎮市調解委員會之調解—民事訴訟和解效力(勞資爭議處理法第44條「視為依本法之調解。」)</li> <li>3. 協調—勞工行政主管機關自行進行或轉介中介團體進行</li> <li>4. 勞資爭議處理法之調解： <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 權利事項—強制—主管機關依職權—調解委員會</li> <li>(2) 調整事項—任意—當事人聲請—調解委員會</li> </ol> </li> <li>5. 勞資爭議處理法之仲裁： <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 目前只有調整事項： <ul style="list-style-type: none"> <li>甲、任意仲裁—當</li> </ul> </li> </ol> </li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 通常訴訟程序：勞工法庭(勞資爭議處理法第7條及民事訴訟法)</li> <li>2. 簡易訴訟程序：民事訴訟法第427條</li> <li>3. 小額訴訟程序：民事訴訟法第436條之8</li> </ol>
-----------------------	--	--	--



		事人申請 乙、逕付仲裁—調整事項、經雙方當事人同意不經調解 丙、強制仲裁—情節重大主管機關交付 (2)修正草案納入權利事項亦得仲裁	
--	--	--	--

以上種種勞資爭議處理機制，除了部分當事人發生權利事項之勞資爭議時，直接循法院途徑解決外，大多尋求勞工行政主管機關協助處理勞資爭議。其實上面的表是顯現一個光譜，左邊是國家介入處理最少的勞資糾紛處理制度，右邊司法處理是相對國家介入較多的處理制度，中間則非常多樣，行政機關提供協助的糾紛處理制度，有些介入很強，比如：依照勞資爭議處理法第二十四條第二項主管機關的職權交付仲裁，又加上現行勞資爭議處理法第三十五條的法律效果「勞資爭議當事人對於勞資爭議仲裁委員會之仲裁，不得聲明不服<sup>475</sup>」，當事人自治的可能性大幅限制；有些則非常弱，比如：沒有明確法源依據的協調制度，受通知的當事人既無到場的義務，協調員也無法像調解程序一般行使調查權。

我國勞資爭議處理法所規定的處理機制，明文規定者有兩種：一是調解制度

<sup>475</sup> 現行勞資爭議處理法第三十五條規定太嚴格，該條於修正草案第三十三條已修改為：「第三十三條 勞資爭議仲裁委員會就權利事項之勞資爭議所作成之仲裁判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。第三十三條 勞資爭議仲裁委員會就權利事項之勞資爭議所作成之仲裁判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。」

勞資爭議仲裁委員會就調整事項之勞資爭議所作成之仲裁判斷，視為爭議當事人間之契約；當事人一方為工會時，視為當事人間之團體協約。

對於前二項之仲裁判斷，當事人得準用仲裁法第五章之規定，對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴。勞資爭議仲裁委員會就調整事項之勞資爭議所作成之仲裁判斷，視為爭議當事人間之契約；當事人一方為工會時，視為當事人間之團體協約。

對於前二項之仲裁判斷，當事人得準用仲裁法第五章之規定，對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴。」

(勞資爭議處理法第二章)，二是仲裁制度(勞資爭議處理法第三章)，而勞資爭議處理法的修正草案中還增加針對不當勞動行為的裁決制度<sup>476</sup>。但是實務上尚有協調的制度。事實上依據勞資爭議處理法的仲裁並不多見，根據統計自從 1988 年勞資爭議處理法公布實施以來只有 7 件，即若依仲裁法的仲裁至今也只有四件，另外正準備進行仲裁者一件<sup>477</sup>，在實務上處理勞資爭議的主要的機制是調解與協調，自 1993 年至 2006 年 7 月 25 日資料顯示：調解成立計 9,753 件，不成立者計 5,548 件，合計 15,301 件。協調成立計 47,913 件，不成立者計 35,190 件，合計 83,103 件<sup>478</sup>。所以協調制度雖無明確的法源依據，卻在實務上扮演重要的角色<sup>479</sup>。於一九九八年行政院勞工委員會修正草案的版本中曾出現協調制度的規定，該規定為：「依前條申請調解時，主管機關經徵得勞資雙方當事人同意，得指定適當人員進行協調；進行協調時，其調解程序停止。協調成立者應作成記錄，由爭議雙方當事人簽名，經協調人員通知該管主管機關後，調解程序即告終結。協調進期間，協調人員認為顯然無法達成協議時，應即通知主管機關，主管機關應於接獲通知之日起繼續其調解程序。」但該修正條文於後來的版本中被刪除。

近來筆者為瞭解協調及調解制度的運作，實地訪談中央及地方政府勞工行政機關主管人員及調解委員、協調員，發現實務上有許多值得注意的問題，而法令上似乎也需要作某些修訂。茲將訪查的分析，以下列六點作說明：

- 1、定分與止爭(協調與調解的目的)。
- 2、程序法的外觀與契約法的效果(協調與調解的法律性質)。
- 3、專業能力與斡旋能力(協調員與調解委員的選任與應具備的能力)。
- 4、程序正義與處理彈性(協調與調解程序應注意的事項)。
- 5、裡子問題與面子問題(協調與調解的成立)。
- 6、社會和諧與維護正義(協調與調解制度的檢討與建議)。

## (二) 現行協調及調解制度的分析

### 1、定分與止爭(協調與調解的目的)

協調與調解的目的當然是為了解決勞資爭議。勞資爭議(狹義)本是私法上紛

<sup>476</sup> 有關裁決制度的評析，請參見邱駿彥，勞資爭議處理法草案中「裁決制度」之考察—以日本制度之經驗為借鏡，華岡法粹，第 29 期，頁 117-150，92 年 3 月。

<sup>477</sup> 根據中華勞資關係仲裁協會康長健秘書長所提供之資料。

<sup>478</sup> 根據行政院勞工委員會所提供資料：台灣地區各項勞資爭議概況統計表(日期：2006.7.25)。另可參考行政院主計處網站資料，<http://statdb.cla.gov.tw/html/mon/23050.htm>，(瀏覽日期：2006.8.3)

<sup>479</sup> 批評見鄭津津，我國勞資爭議處理法制之問題與解決方向，勞資關係月刊，第 17 卷第 7 期，頁 23，1998 年 11 月；鄭津津，我國勞資爭議處理制度之現況與檢討，中正大學法學集刊，第 6 期，頁 14，2002 年 1 月；古松茂，勞資爭議處理制度之變革，勞工行政，第 139 期，頁 22，1999 年 11 月。

爭，但私法上紛爭之解決，法院訴訟並非唯一的途徑。民法第七百三十六條和解契約，即屬一種<sup>480</sup>。就權利事項之爭議來說<sup>481</sup>，雖然民事訴訟等法院程序有強制性，且屬於最終的解決途徑。<sup>482</sup>對於可是依現行我國的民事訴訟程序，不僅使用大量的司法資源，當事人(特別是弱勢的勞工)更須花費諸多勞力、時間、費用；若能經由訴訟外之紛爭解決制度解決民事紛爭，自屬良策。故近年來學者多倡法院外代替裁判之紛爭解決制度之利用，即對當事人依自治或準自治方式作成紛爭解決方法，賦予執行力或其他確定判決類似之效果，以減輕當事人勞力、時間、費用之支出，同時亦減輕司法資源之負擔。此種法院外代替裁判的紛爭解決之制度，國內學者引自美國的通稱為 A.D.R.(Alternative Dispute Resolution)或是在德國也有類似的名詞，稱之為 Alternative Streitlerdigung<sup>483</sup>。我國現行以法律規定的 ADR 制度，舉例來說：民事訴訟法之調解(民事訴訟法第 403 條以下)、民事仲裁(仲裁法)、鄉鎮市調解委員會之調解(鄉鎮市調解條例)、耕地租佃爭議之調解與調處(耕地三七五減租條例第二十六條)、地政機關之調解(土地法第三十四條之一第六項)。勞資爭議的協調與調解制度也是 A.D.R.的制度的一環。

調解制度在勞資爭議處理法有明文規定，現行勞資爭議處理法第一條就揭示：「本法依中華民國憲法第一百五十四條制定之。」而根據中華民國憲法中第一百五十四條規定，「勞資雙方，應本協調合作原則，發展生產事業。勞資糾紛之調解與仲裁，以法律定之。」而勞資爭議處理法修正草案第一條第一項則明確規定：「為合理解決勞資爭議，建立協調合作之勞資關係，特制定本法。」從制定法來看，因此調解制度是基本國策的制度性保障<sup>484</sup>，甚至有憲法學者將中華民國憲法第一百五十四條定位為我國的勞動憲法(Arbeitsverfassung)。<sup>485</sup>但不管定位如何，也就是調解與仲裁制度屬憲法中保障的程序基本權(Verfahrensgrundrecht 或 Prozessgrundrecht)，應屬確定。<sup>486</sup>也就是人民若請求勞資爭議的調解或仲裁，勞工行政主管機關若無正當事由，是不得拒絕。若是無正當理由的拒絕受理則構成對人民權利損害，乃是一違法的行政處分，依法得提起救濟<sup>487</sup>。

相對的，協調制度並非憲法明文保障的程序權，現行勞資爭議法也沒有法源

<sup>480</sup> 見陳計男，民事訴訟法，增訂三版三刷，三民書局，頁 6，2006 年。

<sup>481</sup> 在德國也有類似權利事項的概念，稱為 Rechtsstreitigkeit，亦有法院及非法院的處理方式，參見參見 Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 68, Rn.5.

<sup>482</sup> 所謂有強制性，係指對造不出面或不與之解決紛爭時，法院可依民事訴訟法之規定，以裁判予以解決；所謂最終的，即指依其他解決途徑均不能獲解決時，最終可獲解決之途徑。見陳計男，民事訴訟法，增訂三版三刷，三民書局，頁 6，2006 年。

<sup>483</sup> 參見 Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 68, Rn. 16ff, 19. 黃明陽，我國行政機關 ADR 制度之理論探討—以行政調解制度為中心(上)，政大法學評論第 90 期，頁 5-8，2006 年 2 月。

<sup>484</sup> 參見吳庚，憲法的解釋與適用，初版，自刊，頁 285，2003 年。

<sup>485</sup> 參見陳新民，憲法學導論修訂四版，自刊，頁 448，；另外我國之勞動憲法的存否問題，請參見拙著，我國之勞動憲法，銘傳大學法學論叢，第四期，頁

<sup>486</sup> 參見吳庚，憲法的解釋與適用，自刊，初版，頁 285，2003 年。。

<sup>487</sup> 近來即有一例，行政院勞工委員會 94 年 9 月 16 日勞訴字第 0940024619 號。

依據。早期「協調」一詞曾以「調處」<sup>488</sup>的名詞出現，內政部四十九年十一月五日第 42361 號令臺灣省社會處內開：「查協調勞資關係，調處勞資爭議，為各級勞工行政主管官署重要職掌，勞資爭議案件所涉及人數，雖未符勞資爭議處理法第一條之規定，仍應予受理。又勞資糾紛依動員戡亂時期勞資糾紛處理辦法之規定處理時，在交付評斷前，可依據職掌先予調處。」<sup>489</sup>由於該行政命令係以規範依動員戡亂時期勞資糾紛處理辦法所適用前的程序，對於現在已無實際效用，自難得作為法源依據。而目前還適用的「處理重大勞資爭議事件實施要點」(行政院勞工委員會一九八七年十一月二十五日台 76 勞資字第 8255 號函)中第八點規定：「發生重大勞資爭議事件時，依左列方式處理之：

(一) 發生重大勞資爭議事件時，各級勞工行政主管機關應迅速進行疏導、協調，其期間以不超過十日為原則，超過十日者，應即依勞資爭議處理法規進行調解、仲裁，或輔導勞方當事人循司法途徑解決。

(二) 前項勞資爭議事件有聚眾滋擾情勢者，由地方治安機關及勞工行政主管機關會同派員妥為疏導處理。」

將「協調」列為優先適用的勞資爭議的處理程序，惟該要點之性質係屬行政規則，非法規命令，只能拘束行政機關內部，不能拘束一般人民。所以可以看出：實務所常用的協條機制，根本缺乏法源。它的性質只是行政機關單純提供的解決勞資紛爭的機會，行政機關本身並無義務(對人民而言無義務，對內部則有義務)也無高權去進行協調，當事人其中之一若拒絕協調也不會受到任何不利益。也就是行政機關提供協調或進行協調的行為非以直接發生法律效果為目的，不足以直接導致權利義務的得喪變更，因此它屬於行政作用中的非權力行為<sup>490</sup>，且為其中的行政指導(協調與調解其實是多階段的行政作用，詳如下述)。

雖然協調和調解兩者法源依據有別，其法律性質也不相同，但是兩者都是一般民事訴訟制度以外的爭議處理程序(ARD)，兩者目的其實都是定分止爭！中國古老的經典《黃帝四經》第一句話就是：「道生法。法者，定分止爭者也。」<sup>491</sup>。

以現在的法律語言，就是對於勞資爭議雙方當事人，確定其權利義務關係，弭平爭議。大法官會議解釋也曾明確指出 ARD 有定分止爭的目的。釋字第五百

<sup>488</sup> 「調處」在勞資爭議處理以外的其他法律有規定，如土地法第三十四條之一第四項及第三十四之二條等。

<sup>489</sup> 轉載自陳繼盛，勞工法論文集，陳林法學文教基金會，頁 412，1994 年初版。

<sup>490</sup> 參見李震山，行政法導論，修訂六版一刷，三民書局，頁 220，2005 年。

<sup>491</sup> 中國封建制度下的法家中的思想以李恢所言「法者，所以興功懼暴也；律者，所以定分止爭也；令者，所以令人知事也」。歸結起來就是「法者，上之所以一民使下也」，也即法律是君主用來勸善止暴、確定人們權利義務、保護私有財產、役使臣民和維護統治秩序的工具。」雖然封建制度已經不存，然而現在的法律目的之一仍就是定分與止爭。「定分止爭」在當代資本主義社會和共產主義社會一樣有其適用，特別是勞資爭議的領域。

九十一號的解釋文中得第二段也揭示：「民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化，為期**定分止爭**，國家除設立訴訟制度外，尚有仲裁及其他非訴訟之機制。基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權，於無礙公益之一定範圍內，得以合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。」

勞資爭議處理法修正草案第一條更明確規定：「為合理解決勞資爭議，建立協調合作之勞資關係，特制定本法。勞資當事人雙方應本誠信及自治原則，解決勞資爭議。」

如果以法律學術的用語來說，無論是協調、調解或是現行仲裁法的仲裁，以及勞資爭議處理法修正草案的仲裁，對於權利事項爭議的解決著重的就是合目的性(Zweckmassigkeit)，而法院判決則重視的是合法性(Rechtmassigkeit)。可是就當事人自治程度來區分，協調和調解相對於仲裁和法院判決分屬兩個不同類型的爭議處理制度。協調和調解必須受當事人意思的拘束，屬自治的爭議解決；仲裁和法院判決則不受當事人意思拘束，屬非自治的爭議解決<sup>492</sup>。若說勞資爭議處理機制旨在定分止爭的話，仲裁和法院判決著重「以定分來止爭」，而協調和調解著重「為止爭而定分」。雖然協調和調解很類似，但是協調是非法律明定的處理機制。(參酌表二：權利事項之勞資爭議處理比較表<sup>493</sup>)

**表二：權利事項之勞資爭議處理比較表**

	協調	調解	仲裁	法院判決之訴訟程序
1 法律依據	無明確法源	勞資爭議處理法	仲裁法	訴訟法之規定(民事訴訟法)
2 受理要件	當事人任何一方申請	當事人任何一方或職權交付	當事人訂定的仲裁協議	具有審判籍者
3 受理機關	勞務提供地之主管機關	勞務提供地之主管機關	仲裁機構	法院
4 中介或裁決人員	主管機關或中介團體選任一位協調員或雙方合意選任協調員亦可	1. 主管機關指派 1~3 人 2. 勞雇雙方各選定 1 人 3. 主管機關代表 1 人為	由雙方當事人各選一仲裁人，再由雙方選任之仲裁人共推第三仲裁人為	獨任制或合議庭的法官

<sup>492</sup> 參見陳計男，民事訴訟法，三民書局，頁 7，2006 年增訂三版三刷。

<sup>493</sup> 本表由蘇淑婷小姐繪製。

		主席	主任仲裁人。	
5 所需時間	開始協調起10日內，必要時可延長為7日	1.申請後召開委員會，10日內進行調查及提出解決方案 2.提出解決方案後7日內召開調解會議，必要時得延長至15日 3.調解歷程約24~30日間	1.已選定之一方於14日內可催告他方選定仲裁人 2.選任之仲裁人需於30日內共推主任仲裁人，未為之者可聲請法院選任之。	無一定限制
6 進行方式	協調員應聽取雙方意見陳述，提出解決建議方案，經雙方同意達成協議；不同意者，則不成立。	1.成立調解委員會，經委員會開會提出解決方案 2.雙方同意該解決方案，簽名後成立；不同意者則不成立。	開仲裁庭且須做成仲裁協議，並將其通知給當事人。	法院開庭審理
7 效力	協議達成後，視同民法和解效力。	調解成立後，視為當事人間之契約；若一方為工會間則為團體協約，並取得強制執行之名義。	與法院確定判決有同一效力	1.給付訴訟：給付判決，為一定的給付。 2.確認訴訟：確認判決，確定法律關係(成立或不成立、存在或不存在)、證書真偽或為法律關係基礎事實之存在或不存在。 3.形成訴訟：形成判決，請求法院確定私法上之形成權存在，依判決宣告法律關係發生、變更或消滅。
8 救濟方式	達成協議	調解成立	可提撤銷仲	不服可提起上訴

	後,任何一方不履行者,仍另依其他途徑,如仲裁、司法訴訟程序尋求解決。	後,任何一方不履行者,得向管轄法院聲請強制執行。調解不成立時,可尋求仲裁或訴訟程序。	裁判斷之訴。經法院判決撤銷確定者,除另有仲裁合意,當事人可就該爭議提起訴訟。	
9 有無勞資爭議處理法第7、8條的適用	無	有	無	無
10 法院對其效力之承認	不能直接為強制執行名義	能直接為強制執行名義	與法院確定判決有同一效力	
11 當事人自治程度	需受當事人意思拘束	需受當事人意思拘束	不需受當事人意思拘束	不需受當事人意思拘束
12 處理結果	重合目的性	重合目的性	重合目的性	著重合法性

## 2、程序法的外觀與實體法的效果(協調與調解的法律性質)

### (1) 概說

凡是規定法律關係實體內容的法律、亦即規定權利、義務、責任、效果及其範圍的法律,稱為實體法;而程序法則是規定如何實現實體法律關係的法律,亦即規定行使權利、履行義務、確定責任、效果及範圍等的方法<sup>494</sup>。勞資爭議處理法的目的若從權利事項的處理上,很明顯的是為了實現實體法律關係的法律,所以是有程序法的性質。但是若分析勞資爭議處理法第二十一條及第三十五條的規定,調解成立或是仲裁確定後是成為勞資爭議雙方的契約或是團體協約,所以是具有實體法的效果。當然實體法和程序法的區分,並非絕對,往往在實體法中亦有關於手續或方法等程序規定。例如,民法是最典型的實體法,但民法典中亦有屬於程規定的條文,如的法人登記事項(民法第四十六條及六十一條規定);而程序法規中,往往也會有實體法的規定,例如票據法施行細則第三條規定:「票據上之金額,以號碼代替文字記載,經使用機械辦法防止塗銷者,視同文字記載。」

其實勞資爭議處理法的調解、仲裁都有程序法和實體法的雙重效力,與此相近的仲裁法之仲裁,在大法官釋字第五百九十一號解釋就明示:「仲裁係人民依

<sup>494</sup> 李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安,法學入門,元照出版社,頁127-128,2005年六版一刷。

法律之規定，本於契約自由原則，以當事人合意選擇依訴訟外之途徑處理爭議之制度，兼有程序法與實體法之雙重效力，具私法紛爭自主解決之特性，為憲法之所許。」同理可知，協調制度雖然沒有法源，但究其協調的程序和法律效果也是兼有程序法與實體法之雙重效力。

## (2) 法律性質在實務上容易混淆之情形

因此我們若要清楚掌握協調與調解制度的運作，對於這種兼具程序法和實體法的法律性質，就不能完全以程序法觀之，也不能全然以實體法解釋，並須就其為訴訟外之途徑處理勞資爭議之制度來仔細推究。筆者也是初為研究，在此就舉兩例來說明筆者的觀察：第一個例子是應審慎援用訴訟法上「一事不再理」的原則；第二個例子是應將勞資爭議處理程序的代理人和訴訟代理人作區別。

### (2-1) 應審慎援用「一事不再理」的原則

行政院勞工委員會於民國 82 年 9 月 27 日(82)台勞資三字第 56997 號函示中明示：「權利事項勞資爭議，既經依勞資爭議處理法有關規定調解不成立，依一事不再理之原則，對於以同一爭議緣由及訴求再申請調解者，主管機關應不予受理，可請其循司法途徑解決。」該函釋大膽地援用訴訟法上的「一事不再理原則」。所謂一事不再理原則：一般的理解就是判決確定後，針對同一事實、同一請求權不得再提起訴訟，若再為起訴，法院也不會再受理！行政院勞委會也在實務上也一直貫徹此函釋之意旨，例如在 2006 年 6 月 16 日勞委會所舉辦的勞工行政人員的聯繫會報中也一再強調：「原則上，權利事項勞資爭議，如業經主管機關調解不成立，依一事不再理原則，對於以同一爭議事由及訴求再申請調解者，主管機關應不予受理，可請其循司法途徑處理之，但勞資如有提出新方案或退讓空間時，且有再行調解之要求時，主管機關仍宜再行辦理調解。」<sup>495</sup>

這裡有兩個問題：一是如何確定「一事」？二是協調和調解無訴訟法上的既判力。

#### (2-1-1) 如何確定「一事」？

何謂此處的「一事」？根據 82 年 9 月 27 日(82)台勞資三字第 56997 號函示中所指為「同一爭議緣由及訴求」，好像明明白白，實質上是不清不楚！

首先第一種民事訴訟法上的「一事不再理」是民事訴訟法第二百五十三條的規定，該規定為「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟中更行起訴。」民事訴訟法第二百五十五條第一項條規定，「原告起訴後，該起訴事件請求裁判之標的，亦因而特定。原告不得任意變更訴訟標的法律關係。」原告分別提起之二訴訟是

<sup>495</sup> 參見主管王厚偉科長所報告之「勞資爭議處理相關疑議研討」，2006 年 6 月 16 日勞委會所舉辦的勞工行政人員的第十六次聯繫會報，Power point 資料，頁 23。



否為同一訴訟，應就訴之三要素分析之：一、當事人同一性；二、訴訟標的的同一性；三、聲明的同一性。<sup>496</sup>請問：無論是申請調解或協調，一般在沒有專業人員協助下，有誰能把「爭議標的」和「聲明」寫得清清楚楚的？還怎麼判斷同一性？更不要說「同一爭議緣由及訴求」一詞，要在申請當事人的申請文書當中就能掌握明確的「爭議緣由及訴求」，還要判斷是否為同一？確實困難。

第二種就是判決確定後的效力所形成的一事不再理，尤其是本案判決的效力中的實質確定力(materielle oder sachliche rechtskraft)，國內習稱既判力。既判力係解決紛爭的民事訴訟中，達成制度目的不可缺之制度的效力。蓋如確定判決而無既判力，則確定判決之判斷會隨敗訴當事人之不服，再事爭執，則紛爭永無解決之日，為使紛爭解決制度，確實解決紛爭，以安定權利關係，故有既判力<sup>497</sup>。根據民事訴訟法第三百八十八條規定，判決必須依當事人訴之聲明作判決<sup>498</sup>。所以判決和訴之聲明是緊密結合在一起。所以能很清楚地掌握所謂「一事」。但是調解不然，申請調解時所寫的請求調解事項，並不同於訴之聲明。為了解決爭議，很可能以請求內容以外的方法和內容解決。舉例來說：雇主甲違反勞動契約任意將勞工乙調職，構成勞動基準法第十四條第一項第六款之被迫辭職的事由，勞工乙若要依勞動基準法第十四條無預告終止勞動契約應於一個月之內為之，才能拿到資遣費，但勞工乙遲至一個月之後才申請調解，請求事項中載明並要依勞動基準法第十四條辭職，並要資遣費。而雇主甲方面則主張勞工乙已逾勞動基準法第十四條第二項的除斥期間，只能依勞動基準法第十五條第二項自請辭職，拒絕給付資遣費。很明顯地，若在法院訴訟，本案的勞工極可能敗訴。但在調解過程中，經調解委員的努力，很可能以「雙方合意終止契約」(有稱解消契約)、雇主給予相當資遣費一半的補償(非資遣費)作為調解方案。申請調解事項，雖然與最後的調解有關連，調解方案不必一定受申請調解事項的限制；然而相對地根據民事訴訟法第三百八十八條規定，判決必須依當事人訴之聲明作判決<sup>499</sup>。那麼請問如何認定「一事」？

## (2-1-2) 協調與調解之成立無既判力

協調依法律性質和解釋和都只有民法和解的效力，而調解方案，只有具有契約和團體協約的效力，不同於判決具有既判力，不同於訴訟程序中的和解，該和解因有與判決同一效力(民事訴訟法第三百八十一條第一項)<sup>500</sup>。最高法院五十九年台上字第 1705 號判決：「查訴訟法上和解與判決有同一效力，當事人不得更以該法律關係為標的，提起新訴訟。」訴訟上和解經成立者，與確定判決有同一之

<sup>496</sup> 參見陳計男，民事訴訟法(上)，三民書局，頁 270，2006 年增訂三版三刷。

<sup>497</sup> 參見陳計男，民事訴訟法(下)，三民書局，頁 57，2006 年增訂三版二刷。

<sup>498</sup> 參見陳計男，民事訴訟法(上)，三民書局，頁 372，373，2006 年增訂三版三刷。

<sup>499</sup> 參見陳計男，民事訴訟法(上)，三民書局，頁 372，373，2006 年增訂三版三刷。

<sup>500</sup> 在學說也有認為該同一效力不包括既判力，各方見解參見陳計男，民事訴訟法(下)，三民書局，頁 121-123，2006 年增訂三版二刷。

效力，故當事人不得再以上訴或抗告方法對之爭執，更不得以該法律關係為標的，提起新訴訟<sup>501</sup>。依鄉鎮市調解委員會之調解，與民事判決也有同一效力。但勞資爭議處理法的調解，若勞資爭議雙方於調解方案簽名，其效果只是成為雙方的契約或團體協約，與判決尚有不同，所以該成立之調解無所謂既判力。

當然勞資爭議處理法和作為普通法的行政程序法都不是發展很完整的法律，能否以直接援用民事訴訟法的規定，國內行政法學界大多持行政行為原則上應無民事訴訟法規定的適用，只是勞資爭議處理法的協調與調解大多屬有關私人間之法律關係，其公權力色彩甚為薄弱，與民事訴訟法關係類似性高，故性質不容適用民事訴訟法規定者外，不妨以類推適用或改以法理推衍的方法適用<sup>502</sup>。當然行政法上既有的「一事不再理」的法律規定也得類推適用：如訴願法第七十七條第七款規定對「已決定或已撤回之訴願事件重行提起訴願者，應予駁回」。另也可類推適用行政程序法第一百七十三條第二款之規定，「人民陳情案如果同一事由，經予適當處理，並已明確答覆後，而仍一再陳情者，得不予處理。」不一定完全要從民事訴訟法的法理來援引比附。

## （2-2）法律行為的代理人與訴訟代理人的區別

在實際訪談中，發現許多律師出身的調解委員對於程序的掌握非常有邏輯而且審慎，由於勞資爭議處理法規定簡略，因此大幅援用民事訴訟法的規定來進行勞資爭議的調解，其努力相當可取，但偶有將協調及調解機制的性質弄錯的情形。其中就是將法律行為的代理人和訴訟代理人的混淆。勞資爭議雙方有時於協調或調解時間無法親自出席，故委託代理人到場。為了慎重起見，部分調解委員援用民事訴訟法第七十條第一項但書的規定，要求代理人要出具本人「特別委任」的文件才進行調解，若只出具「一般委任」（一般代理）者，則無法進行調解。主要理由為：調解是一相互讓步的過成，必然使雙方當事人有捨棄或認諾的情事，為避免以後發生爭議，本人不承認代理人之代理行為，則仿訴訟代理人制度，要求調解的代理人應取得特別代理或授權。表面上這種要求似乎很有道理，但其實大有問題！反而使協調或調解製造不必要的障礙。

民事訴訟法第七十條中第一項但書的要求，其實和訴訟的勝負有密切的關係。原告提起訴訟要有訴訟標的，希冀法院按照所提訴訟標的，判決原告有該等權益；如果原告依其訴之聲明所為關於某法律關係之主張(訴訟標的)，向法院為否定意旨或拋棄其主張之陳述，或是本於被告就原告主張之訴訟標的，向法院肯定其訴之聲明亦即承認其訴為有理由(民事訴訟法第三百八十四條)，那麼將會就捨棄或認諾的部分得到敗訴的判決<sup>503</sup>。因此原則上訴訟代理人有為一切訴訟行

<sup>501</sup> 參見陳計男，民事訴訟法(下)，三民書局，頁 125，2006 年增訂三版二刷。

<sup>502</sup> 黃明陽，我國行政機關 ADR 制度之理論探討—以行政調解制度為中心(下)，政大法學評論第 90 期，頁 156，2006 年 4 月。

<sup>503</sup> 參見陳計男，民事訴訟法(下)，三民書局，頁 125，2006 年增訂三版二刷。

爲之權，但捨棄、認諾直接影響判決勝負，與委任人之關係重大，所以民事訴訟法才規定非有特別委任，訴訟代理人不得爲捨棄和認諾。相反地，若雙方當事人接受協調建議，則達成和解契約，而勞資爭議處理法的調解成立雖有特別的法律效果，但其本質也是民法中的和解。和解本來就是「當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生」(民法第七百三十六條)，而且「和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所訂明權力之效力」(民法第七百三十七條)。因此本人若要授權代理人締結和解契約，本就應該知道和解會有捨棄認諾之情形，因此一般代理就是讓代理人去參與協調或調解，其中就會捨棄部分權利或認諾對方有的權利。相反地，若要限制代理人權限或撤回代理人權限，應該告知協調或調解的對造當事人，否則依民法第一百零七條的規定，在對造當事人善意的情形下，將構成「廣義的的表見代理」<sup>504</sup>，本人仍需負責。

### (3) 小結

勞資爭議處理法所解決者爲私權上之爭議，按行政程序法第三條第三項第五款對於「有關私權爭執之行政裁決程序。」以事項排除下列事項，不適用本法之程序規定。然而是否所有協調及調解程序中的所有行爲均不適用？這是一項值得探討的問題。從此可以知道協調和調解定性的困難，雖然一般均承認該等 ADR 的制度兼具程序法及實體法的性質，但是那一部分是援用程序法法理？那一部分是援用實體法的法理？程序法中又是民事訴訟法還是行政程序法？是有待研究的大領域。筆者謹初步分析。

## 3、專業能力與斡旋能力(協調員與調解委員的選任與應具備的能力)

就某些特定性質的爭議，因其特殊性或專業性，職業法官往往不是理想的裁判者，因此如能將人民的爭執重心回到「來自社會環境」(soziales Umfeld)的處理模式，有就是說以貼近爭議事實的參與者來協助解決爭端，不論是當事人的代表、專業領域的鑑定人、或甚至於從事該領域研究、運動、從事者，都可能遠較陌生的司法裁判者來得理想，這也就是法律社會學上所稱「爭議處理的接近衝突理論」(Theorie der Konfliktnahe der Streitbehandlung)，對於不同的社會衝突，必須依照其衝突的內容及內在結構的不同，提供特殊的程序形式，方能最有效解決爭議。<sup>505</sup>因此協調員和調解委員和法官本來就有本質上的不同。有關協調員與調解委員的選任與應具備的能力要探討的問題甚多，最重要必須考量的是專業能力與斡旋能力。

<sup>504</sup> 參見施啓揚，民法總則，自刊，頁 293,294，2005 年。

<sup>505</sup> 參見林佳和，勞工案件專家參審之問題初探，律師雜誌第 253 期，頁 57 以下；林佳和，勞資爭議處理法修正草案中裁決處理程序相關問題研究，行政院勞工委員會委託研究報告，頁 15，2004 年 5 月。

## 4、程序正義與處理彈性(協調與調解程序應注意的事項)

### (1) 概說

協調和調解都不是單一的行爲(無論是行政行爲或是具有公法意義的事實行爲)。以調解而言，雖然有學說認爲勞資爭議之調解係屬行政程序法之行政指導<sup>506</sup>。但仍不宜論斷整個調解過程就是一個單一行政指導行爲。我們看看整個調解流程(參見圖一：現行勞資爭議調解程序流程圖<sup>507</sup>)就知道，它是由多個行政行爲及具有公法意義的事實行爲所組成。事實上法規運用多階段的行爲共同建構一個完整生活事實的法律關係仍屬常見。換言之，調解程序中的調解方案之作成行爲只是如同雙階理論中的一個階段行爲而已<sup>508</sup>。以行政機關是否受理調解之申請而言，實務上必須先經過一個制式的決定程序(ein formalisiertes Entscheidungsverfahren)加以確認。行政院勞工委員會於民國82年9月27日(82)台勞資三字第56997號函示中的明示：「權利事項勞資爭議，既經依勞資爭議處理法有關規定調解不成立，依一事不再理之原則，對於以同一爭議緣由及訴求再申請調解者，主管機關應不予受理，可請其循司法途徑解決。」認爲行政機關在此透過單方的意思表示，對勞工申請調解爲確認的意圖甚明。如果拒絕受理，直接發生申請人權利的變動，此處的權利是在憲法中以「制度保障」(憲法第一百五十四條結合第十六條之廣義程序權)的方式所保障的權利(程序基本權)，當然是一個行政處分<sup>509</sup>。而勞資爭議處理法第十四條第二項規定調解程序中的調查自也符合行政程序法第三十六條至第四十三條之行政調查；若於調查中爲虛偽之說明、拒絕答覆等等，將可依勞資爭議處理法第四十二條規定予以行政罰，這當然也是行政處分。所以調解的過程中，即使不訂定「應行注意事項」，在勞資爭議處理法中沒特別規定時，也必須依照行政程序法的規定進行<sup>510</sup>。雖然行政程序法第三條第三項第五款對於「有關私權爭執之行政裁決程序。」以事項排除之方式

協調制度法無明文規定，無論程序和效果均靠實務的累積來建構規範，依據行政院勞工委員會九十年五月二十八日台九十勞資三字第〇〇二二七五一號解釋：「1.……而『勞資爭議協調爲』係主管機關爲迅速解決勞資爭議所採行之處理方式，非爲法定之處理程序，但如勞資雙方達成協議，則該協議亦具有民法和解之效力。2.依勞資爭議處理法第七條規定：『勞資爭議在調解或仲裁期間，資方

<sup>506</sup> 黃明陽，我國行政機關ADR制度之理論探討—以行政調解制度爲中心(下)，政大法學評論第90期，頁145-151，2006年4月。

<sup>507</sup> 參考陳金泉，「勞資爭議調解與仲裁委員會之組成相關問題研修」，行政院勞工委員會委託研究報告，頁20，2004年9月。

<sup>508</sup> 參考程明修，「雙階理論之虛擬與實際」，同作者，行政法之行爲與法律關係理論，頁43以下，2005年2版。

<sup>509</sup> 近來即有一例，行政院勞工委員會94年9月16日勞訴字第0940024619號。

<sup>510</sup> 類似見解，參見黃明陽，我國行政機關ADR制度之理論探討—以行政調解制度爲中心(下)，政大法學評論第90期，頁151-154，2006年4月。

不得因該勞資爭議而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行爲』。上規定係保障勞工於調解或仲裁期間，免於遭受雇主不利之行爲，依規定並無所謂『協調期間』，有關勞資爭議之處理仍應依該法所訂程序辦理；…。」另外早期行政院勞工委員會(78)台勞資三字第06483號也明示協調的附屬地位：「勞資爭議於法定調解程序中，經協調達成協議時，除經原申請人向主管機關申請撤回其調解外仍應依勞資爭議處理法調解之程序繼續進行。」但是協調具有一定的法律地位，甚至於可以作為請求公法上給付的依據，舉例來說：「地方主管機關核發辦理事業單位歇業事實之證明文件應行注意事項」的第二點規定：「二、事業單位歇業，未辦理歇業登記，且有積欠勞工工資、資遣費或退休金等情事，經調解或協調後，地方主管機關得應勞工之請求核發歇業事實之證明文件。」另外「勞工退休金條例施行初期勞工訴訟輔助暫行要點」第七點及第八點也規定：「七、勞工因解僱事件向法院提起訴訟，無資力支付訴訟費用，其訴訟當事人達一百人以上者，得由本會函請法院協助當事人聲請訴訟救助裁定。前項訴訟當事人未達一百人者，得由本會函轉各地方勞工行政機關協助訴訟救助之聲請。

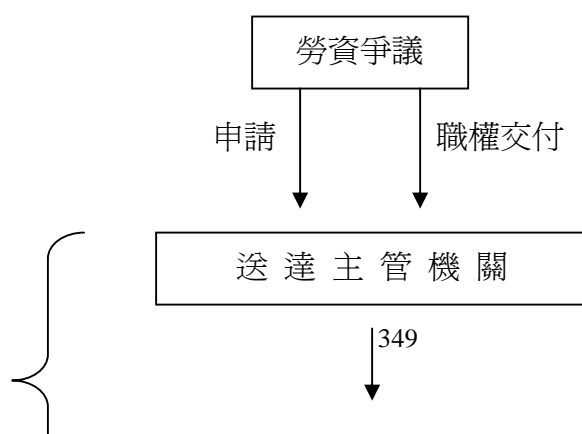
八、勞工申請本會出具前點公文書，應檢具下列文件：

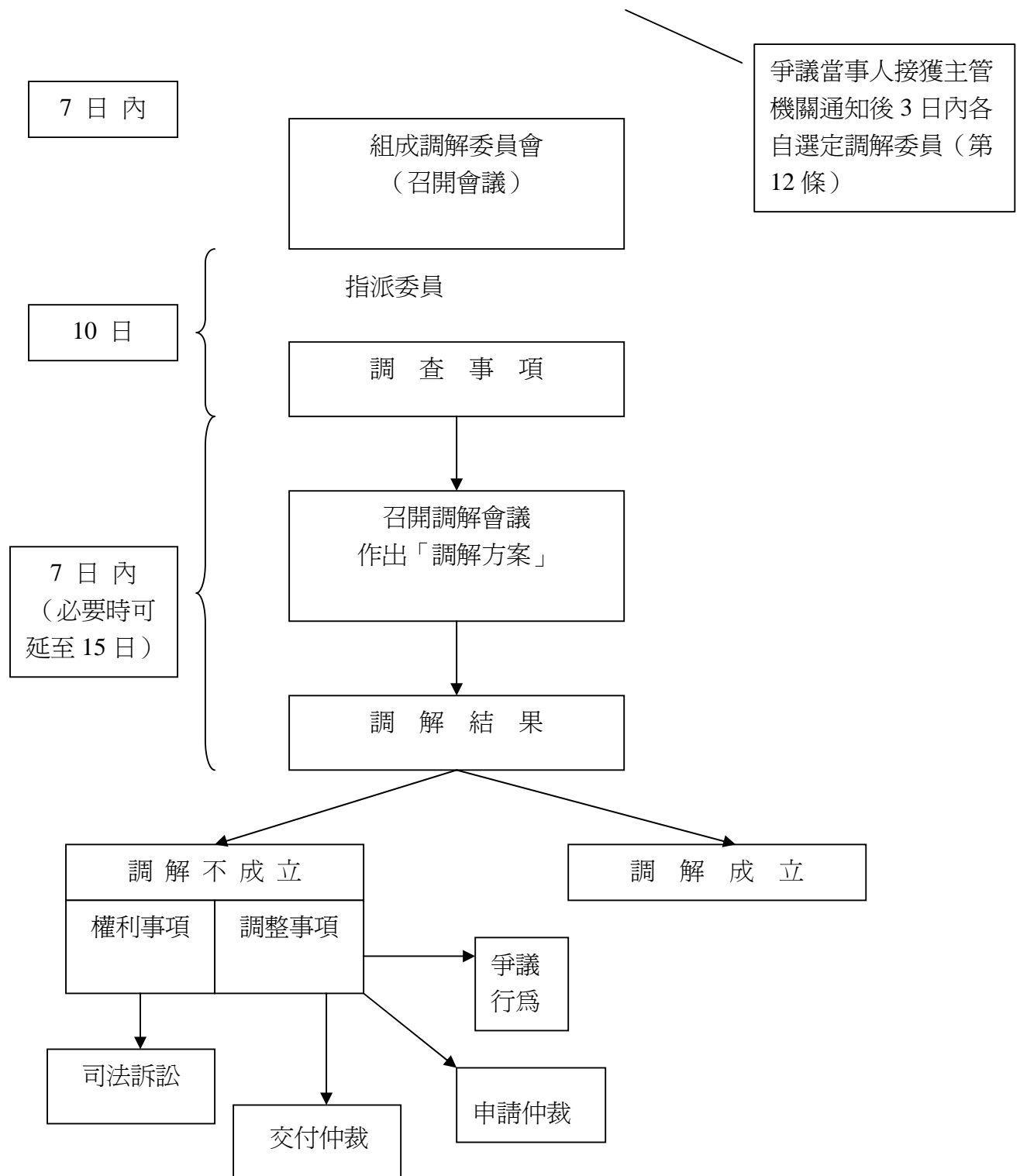
- (一) 申請書。
- (二) 起訴狀影本。
- (三) 勞資爭議調解。  
(協調) 紀錄影本。
- (四) 全戶綜合所得稅免納稅證明文件影本、村(里)長出具之清寒證明正本或公立就業服務機構出具之失業認定影本。
- (五) 其他經本會認定足以證明無資力之證明文件。

前項申請案件，經通知限期補正，逾期未補正者，不予受理。」

從此看來，協調因此也必須受到一定密度的行政審查。

圖一：現行勞資爭議調解程序流程圖：





## (2) 協調應注意的事項

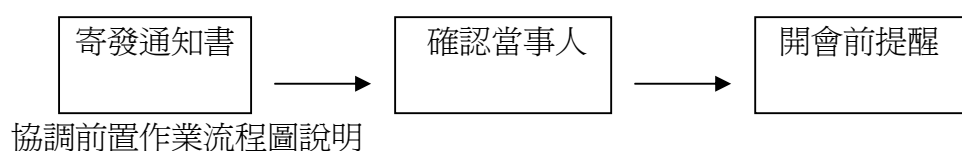
因協調程序非法定，實務上行政機關大多參考調解程序，只是沒那麼嚴格。何況除台北市外，協調案件多由勞資爭議中介團體處理。協調程序的應行注意事項如何訂？因無法源依據，確實必須仔細審酌。不過筆者至各地台北縣勞資關係協進會進行訪談時<sup>511</sup>，該會處理的方式，或許可以有相當的啟發。

<sup>511</sup> 訪談台北縣勞資關係協進會劉永圳理事長。

以台北縣勞資關係協進會處理的處理的程序而言，分：協調前置作業及協調開會程序，詳述如下圖二：協調前置作業流程圖及圖二協調開會流程圖和說明<sup>512</sup>；

### (2-1) 協調前置作業

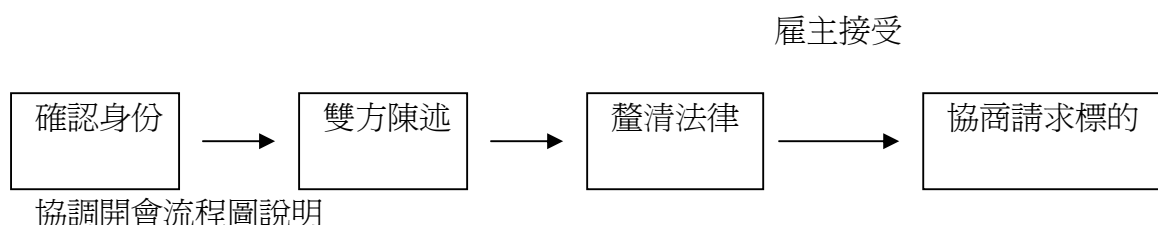
圖二：協調前置作業流程圖



程序	內容	附註
寄發通知書	由民間中介團體寄發	
確認當事人	打電話確認當事人基本資料，並告知應注意事項 資方→帶營利事業登記影本 委派代表要有委託書  勞方→如未滿二十歲，要有法定代理人陪同	電話通知，會使出席參加的機率提高  資方→確認雇主身份，以免進入訴訟時，因當事人不適格而被駁回 避免協調完成後，雇主張其未授權，而不履行  勞方→避免因未成年之契約行為效力未定，影響協調方案之履行
開會前提醒	開會前 1、2 日打電話提醒雙方記得出席	避免當事人因忘記出席，致協調無法進行

### (2-2) 協調開會程序

圖二：協調開會流程圖



程序	內容	附註
----	----	----

<sup>512</sup> 兩圖由游紫茵小姐繪製。

確認身份	資方→帶營利事業登記影本 非親自來要有委託書 勞方→如未滿二十歲，要有 法定代理人陪同	使協調方案易於被履行，且如將來 要訴訟易於進行
雙方陳述	勞方→先由其聲明請求事項 資方→確認、澄清勞方的請求 雙方陳述盡量不要進行超過 三十分鐘	以免雙方陳述過多情緒的紓解，不 利冷靜協商，且致程序拖延
釐清法律	說明法律規定的權利義務	了解法律規定後，較願妥協讓步
協商請求標的	為其確認清楚標的	以免將來標的無法執行

### (3) 調解應注意的事項

#### (3-1) 管轄問題

勞資爭議處理法第九條規定「勞資爭議當事人申請調解時，應向直轄市或縣(市)主管機關提出調解申請書。」第十一條規定「勞資爭議之調解，直轄市或縣(市)主管機關，應於接到當事人申請調解或依職權交付調解之日起七日內，組成勞資爭議調解委員會處理之。」「同一勞資爭議事件，跨越二直轄市或縣(市)管轄時，前項主管機關，由中央主管機關指定之。」該等規定其實非常簡略，行政院勞委會曾有數次函釋有關管轄地，每次函釋均有不同。

1. 勞資爭議行為地：參見行政院勞工委員會七十七年十一月二十五日台七十七勞資三字第 26420 號函釋。係仿民事訴訟法第十五條第一項：「因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。」
2. 勞務提供地：參見行政院勞工委員會八十年四月二十六日台八十勞資三字第 09907 號函釋。係仿民事訴訟法第十二條第一項：「因契約涉涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄。」
3. 勞雇關係繫屬地：參見行政院勞工委員會八十二年十月五日台八十勞資三字第 56587 號函釋。仿羅馬法係以契約成立地為審判籍(forum contractus)，但現在德法日之民事訴訟法均採契約履行地(forum solutionis)。即民事訴訟法第十二條第一項。
4. 未有特定勞務提供地時，以公司所在地：參見行政院勞工委員會八十九年一月二十六日台八十九勞資三字第 0003143 號函釋。仍有民事訴訟法第十二條第一項之適用(雇主方面的債務履行)。
5. 勞務提供地，若於國外提供勞務者，應以台灣公司主事務所所在地：參見行政院勞工委員會九十三年四月十三日勞資三字第 930014864 號函釋。



雖然有上列函釋，但實務上勞工行政主管機關則以下面的判斷方式運作<sup>513</sup>：如總公司與分支機構位於不同縣市，勞資爭議主管機關應以爭議發生所在地之地方主管機關為事件處理之主辦機關。至於爭議行為地之認定尚可細分：

- (一) 勞工勞務提供地，即使爭議雙方當事人分屬不同之主管機關管轄
- (二) 未有特定勞務提供地時，以事業單位所在地為準
- (三) 如同一勞資爭議事件有跨越直轄市或縣市管轄時，由勞委會指定。

萬一未遵行勞資爭議法的管轄規定所作之調解，若有實質上成立者，雖違反管轄之強行規定，原則上應為無效；但爭議雙方既然已願妥協解決紛爭、並達成合意，自然符合民法和解契約之要件。又因民法第七十三條規定：「法律行為，不依法定方式者，無效。但法律另有規定者，不再此限。」民法第一百一十一條更規定：「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效，但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。」所以未依管轄規定所作之調解成立，固然無法取得勞資爭議處理法第二十一條中團體協約部分及第三十七之效力，但仍可依民法第七百三十六條之規定成立當事人之間的和解契約。

### (3-2) 當事人

權利事項之勞資爭議申請、交付調解主體為僱主、勞工、工會、主管機關(第九條第二、三項規定)；調整事項之勞資爭議申請、交付調解主體為勞工十人以上勞工團體、主管機關(第六條第二項規定)

### (3-3) 調解之標的

勞資爭議處理法第二條規定「本法於雇主或雇主團體與勞工或勞工團體發生勞資爭議時適用之。」依勞委會解釋「其適用範圍以具有民法第 482 條所定私法上僱傭契約關係為限，不包括公法上契約。」<sup>514</sup>亦即不以該事業有無適用勞基法為判斷標準，只要是勞僱關係所生之爭議，均有適用餘地。

### (3-4) 調解程序之進行

申請勞資爭議調解應填載申請書，載明第十條所載相關事項，如為工會決議提起，以工會為當事人，但如委請工會為代理人，當事人仍應依人數實際填載。主管機關並應於接到申請或交付調解後七日內組成調解委員會(第十一條)。調解委員會三至五人，由雙方當事人指定一人，主管機關指派一至三人，並由主管機關指派之人任主席(第十二、十三條)，當事人不應擔任調解委員。勞資爭議調解委員會應於組成後立即召開會議，並指派委員調查事實，除有特殊情形外，調

<sup>513</sup> 參酌主管王厚偉科長所報告之「勞資爭議處理相關疑議研討」，2006年6月16日勞委會所舉辦的勞工行政人員的第十六次聯繫會報，Power point 資料，頁4。但該細分方式，筆者已略作修改。

<sup>514</sup> 行政院勞工委員會七十九年六月八日七十九勞字第 14053 號函。

查委員應於指派後十日內，將調查結果及解決方案提出委員會。委員調查時，得通知雙方當事人或有關人員到會說明或提出書面說明，或向爭議事件有關之事業單位調查(第十四條)<sup>515</sup>。

調解委員暨相關處理人員為依據勞資爭議處理法處理事務，為刑法第十條第二項所稱「依法令從事於公務之人員。」<sup>516</sup>負有刑法上公務員之相關刑事責任。95年5月17日修正的中華民國刑法第十條規定：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

委員於調查時相關人員為虛偽之說明、拒絕答覆、無正當理由不到會說明或不提說明書者，由主管機關處一萬元以下罰鍰(第四十二條)。有時調查並非至現場，而是以召開會議方式進行，亦有適用，如行政院勞工委員會民國88年09月06日(88)台勞資三字第0040016號會函示：「查勞資爭議處理法第十四條規定，勞資爭議調解委員會應於組成後立即召開會議，並指派委員調查事實，除有特殊情形外，調查委員應於指派後十日內，將調查結果及解決方案提出委員會。因此調解委員調查時，係以召開會議方式進行，而爭議當事人若為虛偽之說明、拒絕答覆、無正當理由不到會說明或不提說明書者，主管機關應依同法第四十二條規定，處一萬元以下罰鍰。」

而勞資爭議調解委員、參加調解及經辦調解事務之人員，對於調解事件除已公開之事項外，應保守秘密(第二十三條)，違反此項規定造成損害，洩密之人自負有民事損害賠償之責暨刑事上洩露國防以外之秘密罪(刑法第一三二條)。故除經主席同意外，勞資雙方不得於現場錄音。<sup>517</sup>調解委員會應於接到調查結果及解決方案後七日內開會，但得延長至十五日，經過半數委員出席，出席委員過半數同意決議，作成調解方案(第十五、十六條)。經爭議雙方當事人於調解紀錄簽名者，調解為成立(第十七條)，並視為爭議當事人間之契約，當事人一方為勞工團體時，視為當事人間之團體協約(第二十一條)；如不同意時，調解不成立(第十八條)，但經調解委員會主席召集會議二次，均不足法定人數者或無法決議作成調解方案者，以調解不成立論(第十九條)，並應將調解紀錄由主管機關送達雙方當事人(第二十條)<sup>518</sup>。

<sup>515</sup> 參見謝政達律師，勞資爭議處理與預防實務，未公開發表，台北市勞工局網站資料(現已不存在)，頁4,5，2004年。

<sup>516</sup> 法務部七十七年八月二十四日法七十七律14136號函行政院勞工委員會。

<sup>517</sup> 行政院勞工委員會七十七年十一月十五日台七十七勞資三字第25950號函。

<sup>518</sup> 參見謝政達律師，勞資爭議處理與預防實務，未公開發表，台北市勞工局網站資料(現已不存在)，頁5，2004年。

### (3-5) 調解方案必需合法、具體、可能、確定

調解委員在調解方案的作成時，應注意內容必須合法、具體、可能、確定，此一問題詳如下述。

### (3-6) 調解程序中禁止之行爲

勞資爭議處理法第七條及第八條禁止勞資雙方於調解程序期間中，繼續進行爭議行爲，行政院勞工委員會民國 89 年 12 月 20 日(89)台勞資三字第 54629 號即函示：「1.勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或爲其他不利於勞工之行爲；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或爲其他影響工作秩序之行爲，分別爲勞資爭議處理法第七條、第八條所明定。揆諸上開條文之立法精神，旨在規範勞資爭議進入調解或仲裁期間，勞資雙方即不得再有爭議之行爲，用以冷卻並穩定爭議雙方之情緒，而透過法定調解、仲裁之功能，和平解決勞資爭議。…」而在計算調解程序期間也有解釋：「前揭解釋函有關勞資爭議在調解或仲裁期間之起訖期間規定，除規範雙方當事人消極不作為義務外，國家公法並課予雙方當事人若違反前開條文之規定時，地方主管機關可依同法第四十條、第四十一條規定處以罰鍰，以避免爭議擴大；至於所稱「至調解紀錄送達之日終止」，有關送達適用民事訴訟法之規定。」

### (3-7) 有關資料或卷宗之閱覽

依行政程序法第四十六條之規定，當事人或利害關係人得向行政機關申請閱覽、抄寫或複印等有關資料或卷宗，但以主張或維護其法律上利益有必要者爲限，故除涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密或有侵害到第三人權利之虞者外，行政機關均應准許閱覽。<sup>519</sup>

## 5、協調與調解的成立

第二十一條規定「勞資爭議經調解成立者，視爲爭議當事人間之契約；當事人一方爲勞工團體時，視爲當事人間之團體協約。」第三十七條規定「勞資爭議經調解成立或仲裁者，當事人之一方不履行其義務時，他方當事人得向該管法院聲請裁定強制執行並免繳裁判費；於聲請強制執行時，並免繳執行費。」惟現行條文第三十七條規定並非十分明確，致勞資爭議當事人誤以爲所有爭議經調解成立或仲裁者均可爲強制執行，而可能發生若干無法執行之狀況，勞資爭議處理法草案修正條文第五十二條爰規定勞資爭議經調解成立或仲裁者，依其內容當事人一方負有私法上給付之義務，而不履行時，他方當事人可聲請裁定強制執行。至於協調雖然沒有法律依據，但協調成立時，視同民法中的和解契約。協調與調解的能否成立所涉及的因素很廣，其實包含著一是權利義務的問題，在此姑稱爲「裡

<sup>519</sup> 另參見李昆鴻等編，勞資爭議協處參考手冊(稿)，尙未出版，中華民國勞資關係協進會策劃，行政院勞工委員會委託，頁 13，2006 年。

子問題」；另一是爭議氛圍的問題，我姑稱為「面子問題」。裡子問題和面子問題其實在實務上都非常重要。這裡值得討論的部分非常多，在此只簡略提出初步分析。

首先先談裡子問題。協調與調解能成立當然是重要的事；但成立之後的問題也不少。最重要的就是能否執行的問題。依照強制執行法聲請強制執行其執行標的應為適法、可能、確定<sup>520</sup>。勞資爭議處理法雖未規定，但是類似的「鄉鎮市調解條例」遮的調解制度就有這種要求，根據「法院適用鄉鎮市調解條例應行注意事項」第四點第二項第四款規定：「調解方案必須：合法、具體、可能、確定。」未來強制執行上才不會造成困難(另請參考表三：與勞資爭議有關的調解制度比較表<sup>521</sup>)。行政主管機關對此點非常重視<sup>522</sup>。

當然，協調和調解不要忘了面子問題，有時裡子問題不難解決，但為了面子問題，結果無法達成協調或調解。當然實務上也有許多有經驗的協調員或調解委員運用當事人愛面子的情形而促成協調或調解的成立，亦不勝枚舉。

表三：與勞資爭議有關的調解制度比較表

	勞資爭議法之調解	鄉鎮市調解	民事訴訟法之調解
1 法律依據	勞資爭議處理法	鄉鎮市調解條例	民事訴訟法第 403 條以下
2 受理機關	勞務提供地之主管機關	鄉鎮市公所設置的調解委員會	所管轄之法院
3 受理要件	當事人任何一方或職權交付	當事人以書面或言詞聲請。以書面為之須提出繕本，以言詞為之需製作筆錄。	當事人聲請
4 調解人員	1.主管機關指派 1~3 人 2.勞雇雙方各選定 1 人 3.主管機關代表 1 人為主席	1.調解委員由 7~15 人組織而成，且互選一人為主席。 2.委員名額可由縣政府酌增，但最多不得超過 25 人。	由簡易庭法官選任調解委員 1~3 人，再報請法官到場。但當事人合意選任者，亦可為之。
5 所需時間	1.申請後召開委員	受理聲請或移付之	由法官依職權定之

<sup>520</sup> 參考楊與齡，強制執行法論，修訂版，自刊，頁 59-60，2005 年；張登科，強制執行法，修訂版，三民書局，頁 36-37，2006 年

<sup>521</sup> 本表由蘇淑婷小姐繪製。

<sup>522</sup> 參見主管王厚偉科長所報告之「勞資爭議處理相關疑議研討」，於 2006 年 6 月 16 日勞委會所舉辦的勞工行政人員的第十六次聯繫會報，Power point 資料，頁 25。

	<p>會議，10 日內進行調查及提出解決方案</p> <p>2.提出解決方案後 7 日內召開調解會議，必要時得延長至 15 日</p> <p>3.調解歷程約 24~30 日間</p>	<p>日不得逾 15 日。但當事人可聲請延期為 10 日。</p>	
6 進行方式	<p>1. 成立調解委員會，經委員會開會提出調解方案</p> <p>2. 雙方同意該調解方案，簽名後成立；不同意者則不成立。</p>	<p>1.調解成立：應作成調解書，並由當事人及出席委員簽名、蓋章或按指印。該調解書應於 3 日內報知鄉鎮市公所，且鄉鎮市公所應於 10 日內送交管轄法院審核。</p> <p>2.調解不成立：應給予當事人調解不成立之證明書，並陳報法院且檢還該事件之全部卷證。</p>	<p>當事人需到場開調解會，且依當事人合意成立調解。對於財產爭議須做出解決事件之方案。若調解不成立者，法院應給予當事人證明書。</p>
7 效力	<p>調解成立後，視為當事人間之契約；工會間則為團體協約，並取得強制執行之名義。</p>	<p>調解經法院核定後，當事人不得就該事件再行起訴、告訴或自訴。</p>	<p>調解成立，與訴訟上和解有同一效力。若調解不成立而為訴訟之辯論時，則發生訴訟繫屬之效力。</p>
8 救濟方式	<p>調解成立後，任何一方不履行者，得向管轄法院聲請強制執行。調解不成立時，可尋求仲裁或訴訟程序。</p>	<p>調解不成立時，當事人可續行訴訟程序。</p>	<p>當事人於 10 日內提出異議，且可依一造當事人之聲請為訴訟之辯論。</p>

## 6、協調與調解制度的檢討與建議

「協調和調解制度應該如何更完善的建立？」是本研究的終極目標，筆者初

步認為勞資爭議的解決有兩個層面必須考量，一是社會和諧；二是維護正義。然而我們必須在這兩個考量前要有一先前的認知，就是什麼是「勞資關係」？勞動法所要處理的對象是「非自治的勞動」－也就是以勞動力交換工資給付－的法律關係，因此勞動法也反映資本與勞動間的社會關係、或說是社會的力的關係〈gesellschaftliche Macht- und Kräfteverhältnisse〉。因此要建構勞動法令，不能以民法中抽象地個別對等關係來看。由於勞資雙方的顯然不對等，民法中私法自治的原則必須修正，已是其最廣為承認的核心要素。在有這種認知下，才能保護就勞工權利。職是之故，個別勞動關係之重點不在重新強調或引入私法自治，以解決雙方間的爭議。因為在一開始的定性上，個別勞動關係的領域就被認為沒有民法中想像當事人對等的私法自治，因此邏輯上就無法在以後發生爭議的解決中再一次地導入<sup>523</sup>。

雖然在實務上協調和調解扮演如此重要的角色，在實際訪談中發現，協調與調解的過程中，往往為了達到止爭的效果(求社會和諧)，總是希望雙方「各退一步」，如果在調整事項的勞資爭議中勞方是一工會團體，由於勞資雙方實力差距較小，那麼這種調解還可能兼顧社會和諧和社會正義。但是我國的協調和調解制度絕大部分都是處理權利事項的爭議，其中又以積欠工資、資遣費、退休金及非法解僱為最多，而且但這種制度卻常常是犧牲勞工的法定權益所換來的爭議平息。照理說，協調和調解制度只應該是邊緣的、附帶的、補充的解決機制。從這個角度來看，因為法院判決是強調合法性，才能實現真正的正義。但很不幸的，我國現行的訴訟體制對於勞資爭議不能妥善、迅速解決。因此在不得已的情況下大量依賴協調和調解制度。而協調和調解又為了達到社會和諧卻無能兼顧維護正義。就如林佳和教授所言：要解決台灣勞動生活中正義及法感無法獲得滿足的情形，必須正視一項基本問題：勞動訴訟程序及法院作為保護個別勞動者之制度的必要性與正當性，這種「社會需求」，強烈地存在於台灣社會之中。勞資爭議的協調和調解被廣為運用，不過這只是一項「真正需求被假性滿足」的表象，實務從事者的觀察應能印証之。正本清源之道，應考量個別勞動關係的本質，建立一套符合人民期待的特殊勞動訴訟程序，將《勞動法與民事法的差異》正式反映到法律途徑的設計上。如此之後，協調和調解制度才能真正找到它的應有的地位和歸屬<sup>524</sup>。

### (三) 結語

我國勞資爭議協調和調解制度，因為缺乏法律規定或規定簡略，尚待建構相關的子法及法理。本文嘗試以六個課題分析：協調與調解的目的、協調與調解的法律性質、協調員與調解委員的選任與應具備的能力、協調與調解程序應注意的

<sup>523</sup> 林佳和，勞資爭議調解制度的前世、今生與未來，文化大學主辦「集體勞動關係法學術研討會」論文，頁3，2003年12月30日。

<sup>524</sup> 林佳和，勞資爭議調解制度的前世、今生與未來，文化大學主辦「集體勞動關係法學術研討會」論文，頁4，2003年12月30日。

事項、協調與調解的成立、協調與調解制度的檢討與建議作一的分析。事實上我國勞資爭議的協調與調解制度在實施的過程一直有進步，所以持續至今勞資爭議協調和調解處理程序本身在實務上沒有造成大型的爭議。當然若是深入分析，對於勞資爭議處理的整體制度仍有待重新討論改進：包括檢討是否建立獨立的勞動訴訟制度，共同建構一完整的規範和程序。希望這篇報告能拋磚引玉，還請在場的各位先進能給本人建議和指導。

## 二、實踐發展

實務上相關見解如下：

### (一) 最高行政 87 裁 457

本件原告以其所屬員工王國章因年度中經功過抵銷後仍累計記大過三次，予以免職處分。王國章乃於八十五年五月二十日向被告申請調解，以雇主未依法令規定逕行終止勞動契約，請求依法維持勞動契約，經被告於八十五年六月十二日調解不成立。

惟調解委員以勞方因處理工會會務經法院判決緩刑，資方以勞方違反公司工作規則，予以記二大過二小過之適法性，建議向行政院勞工委員會請釋，經被告循序報請解釋結果，經行政院勞工委員會八十五年七月二十七日台八五勞資三字第一二四三七〇號函釋示：「本案台灣化學纖維股份有限公司以該公司產業工會常務理事王國章因處理工會會務挪用公款，係違反公司工作規則之「營私舞弊，挪用公款」之規定，予以記過處分一節，依工會法第二條規定工會係獨立之法人，工會幹部於執行工會職務致有侵害工會之權益時，其受侵害者應為工會，該公司援引勞動基準法第十二條以王君挪用工會公款係違反公司工作規則「營私舞弊，挪用公款」之規定及侵害雇主權益，予以解僱，顯有違法。」被告及原告仍有疑義，乃一再循序層轉報請解釋，嗣經台灣省政府勞工處八十五年十一月一日八五勞一字第第二八四三三號函轉行政院勞工委員會八十五年十月二十四日台八五勞資三字第一三七五八九號函仍依該會八十五年七月二十七日函釋示辦理。被告遂以八十五年十一月十四日八五彰府勞資字第一九六七七四號函復調解委員林國雄等人略謂：「．．．二、按行政院勞委會八十五年七月二十七日台八五勞資三字第一二四三七〇號函略謂：「依工會法第二條規定工會係獨立之法人，工會幹部於執行工會職務致有侵害工會之權益時，其受損害者應為工會，核與勞工違反公司工作規則侵害雇主之權益有別。故該公司援引勞基法第十二條以王君挪用工會公款係違反公司工作規則營私舞弊，挪用公款之規定及侵害雇主權益，予以解僱，顯有違法。」三、至該公司是否違反勞資爭議處理法第七條，雖該條規定：「勞資爭議在調解或仲裁期間資方不得因該勞資爭議案件而歇業、停工、終止勞動契約或其他不利於勞工之行爲」，然本府就事實及書面資料調查，王國章先生

申請勞資爭議調解原因為「工作調動」與該公司對王員之記過處理理由係「擾亂開會、侮辱主管」，分屬不同案件，按勞委會七十七年十一月二十九日台（七七）勞資三字第二七二〇一號函釋：「如資方非因該勞資爭議事件」而係基於其他法令之正當理由或勞方違反法令事由，則不受此規定限制，據此該公司對王員之記過處分，難予認定違反該法第七條之規定。」查前開被告八十五年十一月十四日八五彰府勞資字第一九六七七七四號函，將行政院勞工委員會就該府調解委員會層轉請釋之事件所表示之意見通知調解委員會，而該函所引行政院勞工委員會之意見，不生具體的法律效果，對於原告之法律地位及權利內容，並不生何影響。且該函係被告據該府調解委員會之申請，而轉為通知該調解委員會，並非通知原告，雖將該函副本送達原告，亦僅屬告知原告此項事實而已，自不能同行政處分，原告自不得對之提起訴願。

## （二）最高法院 88 台上 1773

勞資爭議處理法第七條規定勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約等之行爲，乃在限制資方不得單獨行使契約之終止權，以免勞資之爭議加劇。但並不禁止勞資雙方以合意之方式解決雙方之爭端。是兩造以資遣方式終止雙方之僱傭關係，自不受上開規定之限制。

## （三）最高行政 90 判 1674

修正前勞資爭議處理法第七條規定係在禁止資方於爭議調解期間，爲歇業、停工、終止勞動契約或爲其他不利於勞工之行爲；同法第八條規定係在禁止勞方於爭議調解期間爲罷工、怠工或爲其他影響工作秩序之行爲；其目的使勞資爭議在此期間得暫爲冷卻，避免爭議事件擴大，以保障雙方權益。原告之產業工會與原告間因年終獎金計算方式變更發生勞資爭議，向被告申請調解，在調解期間內，彭廣熠、吳基鎮二人如有因該爭議事件而怠工、違反加班協議實行暴力威脅等行爲時，則係彭廣熠、吳基鎮二人是否違反修正前勞資爭議處理法第八條之問題，理應交由被告依修正前勞資爭議處理法第四十一條規定裁處罰鍰，原告竟以終止勞動契約不經預告解雇該產業工會常務理事彭廣熠、吳基鎮二人，使勞資爭議處在調解期間內未具冷卻，反而爭議擴大，實非修正前勞資爭議處理法立法之目的，縱令彭廣熠、吳基鎮二人有違反「勞動基準法」「工作規則」情事而合於終止勞動契約予以解雇情事，原告自可待調解期間後予以行使，無需急於在調解期間內行使，以免使爭議擴大，原告於調解期間內解雇該產業工會二位常務理事違反前揭修正前勞資爭議處理法第七條之規定甚明，被告依同法第四十條規定裁處原告罰鍰三萬銀元，於法尙無不合，原告所辯其未違反修正前勞資爭議處理法之詞，核與事實不符，尙不足採。



#### (四) 高等法院 89 勞上易第 4

按勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行爲，勞資爭議處理法第七條定有明文，其旨在保障勞工合法之爭議權，並使勞資爭議在此期間得以暫為冷卻，避免爭議事件擴大，係屬強行規定，違反該規定者，其解僱行爲當屬無效。且對照工會法第三十七條「在勞資爭議期間，雇主或其代理人不得以工人參加勞資爭議為理由解僱之」之規定以觀，本條既明定「在調解期間」，起迄時點應採狹義解釋，指直轄市或縣（市）主管機關依職權交付調解，並通知勞資爭議當事人之日，或接到勞資爭議當事人雙方或一方之完備申請書之日起算，至調解紀錄送達之日終止。

#### (五) 最高行政 89 判 1084

勞僱雙方之僱傭關係固屬私法上之法律關係，惟本案原告所認僱傭關係之不存在，係因其主張依勞動基準法第十二條終止契約行使合法之解僱權，則其究否係依該條規定合法行使，勞工行政主管機關本於法令賦予之權責，自應且本有權就構成要件事實是否該當予以認定並進而為用法之涵攝。原告以刁君從十二月一、二、三、六日未到新職無正當理由繼續曠工三日而片面終止僱傭關係，然稽之被告八十六年十二月十九日勞資爭議調解記錄，刁君主張其曾於八十六年十一月二十八日提出異議，十二月三日以存證信函寄送公司，四日及五日請公假公司准假，六日入廠上班，但公司拒絕其入廠上班，則刁君既已向原告異議，依前揭函釋，原告即應與之商議協調，而不得逕認刁君無正當理由繼續曠工三日且進而終止僱傭關係，原告主張行政機關不得直接干預，如有爭執應訴之司法機關，以求解決云云，亦非可取。

#### (六) 最高法院 90 台上 1017

勞資爭議處理法第八條規定：「勞資爭議在調解或仲裁期間，勞方不得因勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行爲」，雖是對勞方之限制，但均有先決條件，必須是因勞資爭議事件而不可有罷工、怠工等影響工作秩序之非法行爲，如有其他正當理由，則不受限制，暨該條文中未明文禁止『勞方不得終止勞動契約』，與同法第七條規定有別，顯有意排除勞方得依法終止勞動契約之適用，是被上訴人於勞資爭議調解期間終止兩造間之勞動契約，即難謂違反強制或禁止規定。

#### (七) 最高法院 93 台上 1613

按勞資爭議僅在調解或仲裁期間內，勞方始不得因該勞資爭議事件而罷工、

怠工或為其他影響工作秩序之行爲，勞資爭議處理法第八條規定甚明，是如非在調解仲裁期間內，自無上開規定之適用；又勞方終止契約，不在上開規定限制範圍之列，此與同法第七條規定對照觀之即明。原審認上訴人在勞資爭議調解或仲裁期間之前，因該勞資爭議事件終止勞動契約，違反同法第八條規定，所持見解，殊有未合。

## 參、案例分析與說明

### 一、案例選擇之原因

該案例切合勞資爭議處理之案件，可作為學習討論之例。

### 二、重要案件

本單元提供二個案例，分別是：

- (一) 高雄高等行政法院裁定 八十九年度停字第十一號
- (二) 最高行政法院裁定 九十年年度裁字第一一八號

### 三、案例之重要內容

民國 89 年 2 月 15 日

被告高雄市政府對偉聯運輸股份有限公司產業工會申請勞工調解案件，在調解不成立下，未經原告偉聯運輸股份有限公司之申請，逕以高市府勞二字第 0 一 0 號，函法將不得仲裁之勞資爭議權利事項逕自依職權作成交付仲裁之行政處分。

民國 89 年 8 月 24 日

原告對此違法行政處分，已提起行政訴訟，請求撤銷上開違法之行政處分在案。

民國 89 年 9 月 15 日

被告仍依上開違法行政處分召開仲裁委員會，並要求原告提供與勞資爭議案無關之資料，而以市府勞二字第 0 三七七 0 一號函通知召開第四次仲裁委員會。

### 四、案例之意義與影響

#### (一) 爭點

其相關爭點如下：

被告與原告之勞資爭議，調整不成立後，被告逕依職權交付仲裁之行爲，是

否違反法律規定？

## 1、高等行政法院

依勞資爭議處理法第三十五條第一項之規定，對勞資爭議仲裁委員會之仲裁，不得聲明不服。則原告倘遭違法仲裁，即無不服之申訴管道，原告必須依讓仲裁為履行資方之義務，不僅使原告被迫提高勞資成本，甚且大幅降低市場競爭力，將蒙受難以回復之損害，且情況急迫，而系爭行政處分之執行或停止與否，均與社大眾之利益無涉，原告之本訴又尚非顯無理由，依行政訴訟法第一百十六條第二項之規定，聲請裁定停止系爭行政處分之執行。

於調整事項之勞資爭議於調解不成立時，主管機關如審酌情節重大，並有必要時，即得依職權交付仲裁，資以解決雙方之勞資爭議。至勞資爭議當事人對於勞資爭議仲裁委員會之仲裁雖不得聲明不服，惟在仲裁進行中勞資爭議當事人仍得自行和解，以終結仲裁程序，為勞資爭議處理法第三十五條第一項、第三十四第一項、第二項等所明定。

惟主管機關之交付仲裁行為，無非僅將調解不成立之勞資爭議案件，送交勞資爭議仲裁委員會進行仲，並未對勞資雙方當事人直接發生具體法律效果，參照訴願法第三條第一項之規定，並非屬「行政處分」，其之所以發生拘束勞資爭議雙方當事人之效力，乃嗣後之勞資爭議仲裁委員之仲裁，依法律規定賦予一定之效力所致。主管機關依職權交付強制仲裁之行為，既非屬行政處分，自無行政訴訟法第一百十六條第二項關於行政處分停止執行規定適用之餘地。

## 2、最高行政法院

主管機關之交付仲裁行為，無非僅將調解不成立之勞資爭議案件，送交勞資爭議仲裁委員會進行仲，並未對勞資雙方當事人直接發生具體法律效果，參照訴願法第三條第一項之規定，並非屬「行政處分」，其之所以發生拘束勞資爭議雙方當事人之效力，乃嗣後之勞資爭議仲裁委員之仲裁，依法律規定賦予一定之效力所致。主管機關依職權交付強制仲裁之行為，既非屬行政處分，自無行政訴訟法第一百十六條第二項關於行政處分停止執行規定適用之餘地。

### (二) 結論

#### 1、高等行政法院

本件原告針對被告八十九年二月十五日高市勞二字第0四七一0號函，將其與案外人偉聯運輸股份有限公司產業工會間之勞資爭議，調整不成立後，逕依職

權交付仲裁之行爲，認有違反法律規定，而依行政訴訟法第一百十六條第二項之規定，聲請本院裁定停止上開行政行爲之執行政程序，於法顯有未合，應予駁回。

## 2、最高行政法院

原裁定駁回抗告人停止執行之聲請，於法並無違誤，抗告意旨，難謂有理由，應予駁回。又本件原法院係指定一人爲受命法官，行準備程序，並未行言詞辯論，故原裁定由三名法官（包括受命法官）簽名，並無「非參與爲判決（裁定）基礎之辯論者，不得參與判決（裁定）」之情事，本件原裁定之法院組織爲合法，併予敘明。

據上論結，本件抗告爲無理由。

## 肆、教學範例與內容設計

### 一、重要之議題

- （一）勞資爭議之分類。
- （二）被告與原告之勞資爭議，調整不成立後，被告逕依職權交付仲裁之行爲，是否違反法律規定。
- （三）勞資爭議之處理方式。

### 二、思考問題方向

先思考勞資爭議之定義及種類，並針對其種類之處理方式爲思考。

### 三、活動設計

本單元均適合設計包括分組討論、角色扮演、問題對答、引導式辯論等不同的活動內容，以直接間接促使同學有更佳的學習效果。茲各舉一活動方案說明之：

#### （一）分組討論

以同學人數爲據，分爲 2-4 組，對下列相關問題進行討論，並請提出討論結論：

- 1、勞資爭議之分類。
- 2、被告與原告之勞資爭議，調整不成立後，被告逕依職權交付仲裁之行爲，是否違反法律規定。
- 3、勞資爭議之處理方式。

#### （二）角色扮演

同學分爲三組，分別扮演派遣人、要派人、派遣勞工，就誰有權指揮派遣勞工、派遣勞工薪資應由何人給付、派遣勞工發生職災時賠償、補償責任如何處理等實際生活中可能發生的情況，推演權利義務之行使與分擔。

### （三）問題對答

由教師提出問題，請同學於學習並思考後回答。設計之題目諸如：

- 1、勞資爭議之分類？
- 2、被告與原告之勞資爭議，調整不成立後，被告逕依職權交付仲裁之行爲，是否違反法律規定？
- 3、勞資爭議之處理方式？

### （四）引導式辯論

由教師先提出一問題，請同學回答，但帶有特定答案傾向之提示，待同學循此一脈絡作合乎邏輯與期待的回答後，再提出相反之觀點加以質疑，並再請第二位同學接續回答，同樣給予其特定答案傾向的提示，依此類推，並請先後同學相互辯論。

## 伍、教學評量方式

### 一、作業設計

教師得根據不同之需求與問題領域，規劃同學進行法事實、法釋義學等不同觀點之作業寫作，例如：

- （一）勞資爭議之分類。
- （二）被告與原告之勞資爭議，調整不成立後，被告逕依職權交付仲裁之行爲，是否違反法律規定。
- （三）勞資爭議之處理方式。

### 二、考題設計

以下爲所擬提供參考之考題：

- （一）勞資爭議之分類。
- （二）被告與原告之勞資爭議，調整不成立後，被告逕依職權交付仲裁之行爲，是否違反法律規定。
- （三）勞資爭議之處理方式。

### 三、參考答案

請參酌本單元內容之說明，並以教師本人之觀點撰寫參考答案。

### 陸、參考文獻

#### 一、中文書籍

- 1、史尚寬，勞動法原論，自刊，頁 283 以下，1934 年上海初版，1978 年台北重刊。
- 2、陳繼盛，勞資關係，正中書局，頁 140，1976 年初版。
- 3、黃越欽，勞動法新論，自刊，頁 457，2002 年修訂二版。
- 4、黃程貫，勞動法，空中大學，頁 301，2002 年修訂再版。
- 5、簡良機，勞資爭議立法規範及處理制度之研究，頁 37-41，1991 年初版一刷。
- 6、陳計男，民事訴訟法，三民書局，頁 7，2006 年增訂三版三刷。
- 7、吳庚，憲法的解釋與適用，初版，自刊，頁 285，2003 年。
- 8、陳新民，憲法學導論修訂四版，，自刊。
- 9、李震山，行政法導論，修訂六版一刷，三民書局，頁 220，2005 年。
- 10、李太正、王海南、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安，法學入門，元照出版社，頁 127-128，2005 年六版一刷。
- 11、施啓揚，民法總則，自刊，頁 293,294，2005 年。

#### 二、中文論文

- 1、陳繼盛，勞工法論文集，陳林法學文教基金會，頁 397,398 及 404-412，1994 年初版。
- 2、黃程貫，勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本法律結構，政大法學評論，第三十九期。
- 3、邱駿彥，勞資爭議處理法草案中「裁決制度」之考察—以日本制度之經驗為

- 借鏡，華岡法粹，第 29 期，頁 117-150，92 年 3 月。
- 4、鄭津津，我國勞資爭議處理法制之問題與解決方向，勞資關係月刊，第 17 卷第 7 期，頁 23，1998 年 11 月。
  - 5、鄭津津，我國勞資爭議處理制度之現況與檢討，中正大學法學集刊，第 6 期，頁 14，2002 年 1 月。
  - 6、古松茂，勞資爭議處理制度之變革，勞工行政，第 139 期，頁 22，1999 年 11 月。
  - 7、黃明陽，我國行政機關 ADR 制度之理論探討—以行政調解制度為中心(上)，政大法學評論第 90 期，頁 5-8，2006 年 2 月。
  - 8、劉士豪，我國之勞動憲法，銘傳大學法學論叢，第四期。
  - 9、王厚偉科長所報告之「勞資爭議處理相關疑議研討」，2006 年 6 月 16 日勞委會所舉辦的勞工行政人員的第十六次聯繫會報，Power point 資料。
  - 10、黃明陽，我國行政機關 ADR 制度之理論探討—以行政調解制度為中心(下)，政大法學評論第 90 期，頁 156，2006 年 4 月。
  - 11、林佳和，勞工案件專家參審之問題初探，律師雜誌第 253 期。
  - 12、林佳和，勞資爭議處理法修正草案中裁決處理程序相關問題研究，行政院勞工委員會委託研究報告，頁 15，2004 年 5 月。
  - 13、陳金泉，「勞資爭議調解與仲裁委員會之組成相關問題研修」，行政院勞工委員會委託研究報告，頁 20，2004 年 9 月。
  - 14、程明修，「雙階理論之虛擬與實際」，同作者，行政法之行為與法律關係理論，頁 43 以下，2005 年 2 版。
  - 15、謝政達律師，勞資爭議處理與預防實務，未公開發表，台北市勞工局網站資料(現已不存在)，頁 4,5，2004 年。
  - 16、李昆鴻等編，勞資爭議協處參考手冊(稿)，尚未出版，中華民國勞資關係協進會策劃，行政院勞工委員會委託，頁 13，2006 年。

17、林佳和，勞資爭議調解制度的前世、今生與未來，文化大學主辦「集體勞動關係法學術研討會」論文，頁 3, 2003 年 12 月 30 日。

### 三、外文資料

1、Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 68, Rn. 16ff, 19.



## 附錄

### 本土、理論與實踐勞動法課程教學改進計畫發表會會議紀錄

時間：九十七年四月十八日下午二點

地點：國立政治大學法學院十三樓第一會議室

會議主持人：邱駿彥副教授

報告人：

計畫主持人 - 黃程貫教授

協同主持人 - 劉士豪副教授、林佳和助理教授

與談人：王能君助理教授、陳建文助理教授、趙相文律師、侯岳宏博士、  
邱羽凡律師、楊景勳律師

紀錄：林志蓁

#### 會議開始

一、主席致詞：(略)

二、期末發表報告：

(一) 黃程貫教授：

(一) 案例教學以法院判決及勞委會解釋函作為素材。

(二) 對象：適用研究所以及大學，教師們可以視個別狀況做調整。

(三) 共分十二單元撰寫。

(四) 單元分為兩階段：

第一階段：勞動法結構詳細資料，屬閱讀行資料，學生可以自修。

第二階段：進行教學手冊，由老師引導不適合單獨學生閱讀。

(五) 第一單元是什麼叫做勞動法，從第二單元起則開始關於個別法和集體法的介紹。個別法所討論的範圍是從勞動契約的主體到勞動關係等等問題，集體法主要討論則是勞動三法。

(六) 課程可分為兩類型教學結構。

二、劉士豪副教授報告

(一) 案例討論：以勞動派遣為例。

(二) 第一階段：教學內容強調引導式教學，包括勞動派遣背景、法律關係分析以及實務上常發生問題。如雇主以轉包放式取得指揮監督權，而直接影響契約存續。

第二階段：理論與實務並進。(以台灣電力公司為例)

1、提供重要判決及必要參考文獻以及其他參考文獻。

2、爭點整理：強調簡化案例。

3、閱讀文獻。

第三階段：學生參與討論(案例設計)

1、採分組進行，分為原告被告。

2、爭點整理。

3、學生進行言詞辯論的攻防。

4、老師為裁判並做綜和評量及相關衍生問題的探討。

- (三) 目標：
- 1、訓練學生蒐集資料、分析資料。
  - 2、撰寫能力。
  - 3、團隊合作、整體規劃事務能力。
  - 4、思辨能力。
  - 5、論理能力以及思維能力。

### 三、林佳和助理教授報告

- (一) 報告主題係針對集體法（以同盟自由為例）。
- (二) 教師教學時之基本參考是提醒教師該關注哪些問題。
- (三) 單元重要性：除了讓學生了解同盟自由的重要性，事實上是提醒教師該注意同盟自由核心內容以及實務上探討。
- (四) 需講解現行法的狀況以及未來修法納入不當勞動行為的問題。
- (五) 理論與實踐發展：舉例出六個爭議，強調並非是給學生答案而是給予學生各學說的面向及理由。同時也請教師注意那些學說的爭議，並就未來可能引入的裁決制度一併提醒學生注意。
- (六) 實踐發展：國內工會相關統計資料及五大指標與現象。
- (七) 案例分析與說明（以國語實小技工工友組織工會案、柯文賢等組織台北市教師工會案、大同公司產業工會理事長白正憲解僱案）。  
注意：對於案例的思考會舉出很多點，其目的並非是要告訴學生而是提醒教師對於久遠問題的批判。
- (八) 案例事實介紹。
- (九) 重要爭點與理論。
- (十) 法院判決理由。
- (十一) 案例之意義與影響。
- (十二) 重要議題：由教師選擇重要講解，並可做為考試來源。  
活動設計：包括分組討論、角色扮演、問題對答（不限法學問題）以及引導是辯論（給予一點提示引導學生，再給學生迎頭痛擊，期待能找出真正答案）。

### 與談時間

#### 一、王能君助理教授

問題一：關於勞動法學分配置問題？以及預定幾學分數授課完畢？

問題二：有關單元配置問題，既然以本土為主，若遇到沒有考察資料該如何解決？

問題三：集體法時間比重較大。

問題四：教學時間有限，個別議題教學可能不夠。

問題五：單元配置時數有否一樣，該如何切割？

#### 二、陳建文助理教授

問題一：單元分為兩階段，包含自修部份及教師手冊部份，其之間關係？有否搭配不一制問題？

問題二：既以實務為題材，則除了法院判決外，勞委會之解釋令也應該一併呈現。

### 三、趙相文律師

問題一：擔心同學的參與能力以及同學該如何參與？

問題二：英美法教學方式對於大陸法學習習慣的衝擊？

問題三：老師需要相當程度整理爭點，否則將會對學習失焦。

### 四、侯岳宏法學博士

問題一：日本有一本判例百選，國內是否有類似教材而可以找出各章具代表性的判例？

### 五、邱羽凡律師

問題一：學生社會歷練少，恐無法掌握勞工問題之真實境界。

問題二：角色扮演，能否將辯論對象由學生改為真正勞工或工會？

### 六、楊景勳律師

問題一：採蘇格拉底式教學，一樣可以達成仿言詞辯論進行的教學方式。

問題二：集體法課程理解較難，一般大學生很難有其感受性。

### 七、邱駿彥副教授

問題一：沒有一本具代表性的勞動法教課書，造成上課時都由老師講述，期待有一套投影片可以燒成光碟給需要的人。

問題二：沒辦法區分大學部及研究所兩套教學標準。

問題三：大學生就基礎學習就有困難，若採言詞辯論教學，很難期待學生能發現問題。

問題四：希望也有一本判例百選，能在每一單元有一個著名判決，包含其實事部分、法院判決以及簡短評論。

問題五：就每一單元授課時間之長短是否能定一基準。

## 報告人回應

### 一、黃程貫教授

回應一：就授課對象鎖定大四生以上，且須具備基本勞動法概念。

回應二：老師上課要按具體情況進行。

回應三：若純以本土案例上課會有其侷限性，同時未必有具代表性判決，應該做某程度調整設計。

回應四：十二個單元未必都要交，老師可以考量上課情況而從中挑選。

回應五：教師可就上課時間自行做調整。

回應六：學生負擔是會增加，但老師會更重。

回應七：課輔資源很重要，可以協助教師授課順利。

### 二、劉士豪副教授

回應一：教師上課第一堂就要提供文獻，並且在事前整理出重要爭點，其餘則交由學生自行找出，並自行交換爭點再於上課進行辯論。學生也

未必一定要採訴訟程序進行，只要有互相就整點討論即可。

回應二：參與學生是否有洞悉社會事實情況，相較於集體法的困難，就個別勞動法這方面來說比較沒這問題。至於親身參與性這方面問題可能就沒辦法克服。

### 三、林佳和助理教授

回應一：完整教課書也是沒辦法在一學期教完，討論單元只是參考。

回應二：教學上以英美法教學方式冠上大陸法學習的確是個問題。

回應三：集體法授課比重應該增加。

回應四：本土案例不好找，即便找到也未必適合，故建議老師可以自行設計案例。

回應五：黑格爾說：「不需要是鞋匠，也可以知道是不是合腳」。相信學生都有某一種社會意識和法感。

### 自由討論時間

#### 一、王能君助理教授

問題一：就現實考量上，因不是國家考試科目，很難強加負擔給學生。

問題二：就入門課程而言應該致力發展一本教材，並以大二大三為主。

問題三：自行設計課程可以搭配小說或是傳記當補助。

問題四：剪貼實際判決要旨要剪到什麼程度，在日本每一本都有不同考量。

問題五：教師手冊能否有某程度標準答案。

#### 二、邱駿彥副教授

問題一：私立大學開課不易，同時大學生很難採判例教學方式。

問題二：教學改進計畫要有一個模範標準，而不是一個參考。

#### 三、黃程貫教授

回應一：國立大學資源確實比較豐富，建議私立大學開課在研究所。

#### 四、王能君助理教授

問題一：政大環境較與其他校不同，因為政大有勞社法組，故課輔系統較為能採，反之其他校很難期待學生有如此能力。

問題二：放眼大四生，因為要報考研究所故很難期待會參與課程。

#### 五、黃程貫教授

回應一：國家考試選考課目不列入勞動法是怕增加學生負擔，難道勞動法教學也只能以考試為目的教學嗎？

### 散會