

教育部補助法律專業科目教學改進 計畫研究報告

計畫名稱：「勞動法」教學改進計畫

計畫主持人：鄭津津教授

協同主持人：楊通軒教授

協同主持人：李洙德副教授

執行期程：96年6月1日至97年1月31日

執行單位：國立中正大學

中華民國97年1月30日

第一章 前言

第一節 研究緣起與目的

傳統的法律教學方式皆是以教科書的講解與法條的闡釋為主，學生亦多是被動地接受與背誦，對於制訂法律背後的動機以及欲規範的問題往往並不瞭解。此外，由於傳統的法律教學方式多是「單向教學」，課堂中的雙向討論不足，學生在課堂中容易因枯燥無味而有學習意願低落之情形。為改善此種問題，教育部推動「補助法律專業科目教學改進計畫」，本計畫從事之教學改進課程為「勞動法」。

本計畫在教學方法方面將突破傳統的課堂講授方式，而以「互動教學」作為主軸。為使課程的進行更多元活潑，以刺激修課學生的學習意願，並加深其印象，本計畫在課程教學的安排上將透過 PowerPoint 簡報教材的製作，並佐以其他輔助教學方式，以個案事實作為引導，介紹相關之理論與主要法律規定、實務見解與行政函釋等，之後進入問題討論，透過課堂上的討論與意見交換，啟發修課學生的問題意識，刺激其獨立思考能力，並使其能對我國相關法制在執行過程中所面臨之困境以及未來可能解決之方法有全面性之瞭解。

本計畫之目的在於突破傳統之勞動法教學，期能透過有別於傳統教材的撰寫與多元教學方法的引入，強化教學之效果，並增進修課學生主動學習與獨立思考之能力。在本計畫完成之後，本計畫之研究報告以及相關資訊皆會放置在本計畫委託「國立中正大學研發處法律 e 化與互動教學研究中心」所設計的網頁中，並依本計畫建議之教學方式在課堂中試教。

第二節 研究範圍與限制

勞動法涵蓋之範圍甚廣，為兼顧各個重要議題，本計畫在教材撰寫方面選定六個主題，其中包括個別勞動法議題（含「競業禁止條款與勞動契約定型化」與「職業災害與職災補償」兩個主題）、集體勞動法議題（含「團結與協商」以及「勞資爭議」兩個主題）、新興勞動法議題（含「工作平等」與「非典型勞動」兩個主題）。在教材的撰寫安排上，每一個單元中，皆會以相關理論、法令與發展為出發，再進入相關案例的討論，最後再將相關理論與案例在教學中呈現，期能透過有別於傳統教材的撰寫與多元教學方法的引入，強化教學之效果，並增進修課學生主動學習與獨立思考之能力。

本計畫教材撰寫之重點係放在國內相關法制與本土案例之探討，但在某些主題，因國內目前欠缺相關具體規範或實務案例，本計畫會以國外相關法制與案例作為輔助補充之教材。在無法取得適合之國內外實際案例時，只能以虛擬之事實編纂案例作為教材與上課討論之內容，為本研究之

限制。

第三節 研究方法

本計畫在研究方法上主要係使用文獻分析法，本計畫將深入研究有關工作平等之相關文獻與法制，且亦將整理探討我國相關之研究與法規範。因此，在研究過程中，將大量蒐集國內外有關「競業禁止條款與勞動契約定型化」、「職業災害與職災補償」、「團結與協商」、「勞資爭議」、「工作平等」與「非典型勞動」之文獻、相關法律規定與案例，並予以探討分析。

第二章 勞動法教材之撰寫

為兼顧勞動法之傳統與新興重要議題，本計畫撰寫之教材分為六個單元，包括「競業禁止條款與勞動契約定型化」、「職業災害與職災補償」、「團結與協商」、「勞資爭議」、「工作平等」與「非典型勞動」。

第一節 競業禁止條款與勞動契約定型化

壹、競業禁止之理論、相關法令與發展

在競爭激烈的商業社會中，企業基於營業秘密之保護及維護正當的營業利益¹，通常與離職的員工簽訂協議，約定受僱人不得在離職後在自設之事業或在他人之事業中使用原雇主之營業秘密，甚或約定受僱人在離職後不得從事與原雇主相同或類似的事業²，此等限制受僱人離職後營業競爭之約定，即所謂的「競業禁止契約」。在無離職後競業禁止契約之情形，受僱人得與其前雇主從事公平及公開之競爭，惟其在勞動契約下負有不使用或揭露其在前勞動契約中獲得之營業秘密或其他隱密性資訊之附屬義務（implied obligation），以免損害前雇主³。故所謂離職後競業禁止契約目的，有時雖使受僱人不得侵害前雇主義營業秘密之附屬義務明確化外，其更強調利用當事人間之約定，使前雇主免於受僱人之競爭行為⁴。此含有利用契約自由原則，限制自由競爭之意味，在離職後競業禁止之契約限制自由競爭，有違反休曼法（Sherman At）第一條：「任何契約……不得限制交易或商業」之嫌，惟美國司法實務因側重契約特性，並不認為此種契約違反公平競爭⁵。依「競業禁止契約」，離職的受僱人通常在特定的期間內負有不從事特定營業活動之義務，在此種情形下，受僱人受憲法保障之工作權及職業自由（選擇職業自由），即因契約上不作為義務之承擔而受波及，受僱人之基本權地位在其自願的契約上意思表示下，即因而產生減縮的效果，因此競業禁止契約亦為拋棄基本權之案例。

一、相關理論

在法理上存在之基礎關於營業秘密之保護理論⁶，學說上計有契約說、

¹ 關於營業秘密之保護，可參閱：蔡文燦，侵害營業秘密民事救濟制度之研究，中國文化大學法研所碩士論文，頁70-80，1997年6月；曹永遊，論專門技術在我國營業秘密法之保護，中興大學法研所碩士論文，頁88-92，1997年6月。

² 謝銘洋，營業秘密侵害之類型觀察與責任分析，資訊法務透析，第15期，頁42-59，1992年8月。

³ Maureen B. Callahan, Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment, 52 University of Chicago Law Review 703 (1985).

⁴ Phillip J. Closius & Henry M. Schaffer, Involuntary Nonservitude: the Current Judicial Enforcement of Employee Covenants Not to Compete - A Proposal for Reform, 57 Southern California Law Review 532 (1984).

⁵ 魏千峰，離職後競業禁止契約之研究—評釋台灣高等法院八十年度上字第一四九九號民事判決，勞動法裁判選輯（一），頁367，1999年12月。

⁶ 關於營業秘密之保護理論，參考文衍正，營業秘密之侵害及其應負之法律責任，中正法研所碩士論文，頁79-90，1994年11月。

信賴關係說、不公平競爭說、侵權行為說。無論採何種說法，均在說明營業秘密保護之必要。無人擬不贅述，在綜合各說之精神說明如下。依據民法第一百五十三條，雙方意思表示一致者，契約即為成立。從而雙方產生權利義務關係，學者謂債權關係，亦為一種負擔行為，至此，契約雙方即應受自己意思表示之拘束。由於債之關係可分為廣義債之關係及狹義債之關係⁷。在廣義債之關係發展過程中，於雙方訂約之前，每有接觸磋商，而於此接觸磋商之際，雙方本應依誠實信用原則而互負照顧、通知、說明等義務。此等附隨義務，學者謂為「先契約義務」。倘一方於訂約磋商之際，違反先契約義務者，即應負擔「締約上過失」之損害賠償責任⁸。而在契約雙方完成各自之主給付義務後，仍然得依誠信原則，而負附隨義務。例如僱傭契約終止後，受雇人原先對於雇主之忠實義務，仍應履行，否則違反「後契約義務」，依學者見解，對於後契約義務之違反，仍應負損害賠償之契約責任⁹。吾人可知，勞動契約終止後，依誠信原則，受雇人仍應善盡保護雇主之營業秘密，且負有非不當使用此等營業秘密與雇主做不當競業行為之後契約義務，如有違反，則依通說見解，受雇人仍須負債務不履行之損害賠償責任。從而受雇人之不為不當之競業行為，於契約法上仍有法理基礎可循¹⁰。按競業禁止義務性質上屬於不作為義務之一種，其發生原因可能為：

1. 依法律規定而發生，為法定之不競業義務，例如民法第五百一十七條規定：「出版權授與人於出版人得印行之出版物未賣完時，不得就其著作之全部或一部，為不利於出版人之處分。」本條即屬法定的契約後競業禁止義務，違反時構成債務不履行行為，應負損害賠償責任。
2. 依當事人之約定而發生，但須不違反民法第七十二條規定。
3. 依習慣而發生，乃源於昔日之學徒制習慣，但隨該制之絕跡已不得適用¹¹。

又本文以為，倘受雇人離職後故意侵害原雇主之營業秘密權¹²，而從事不正之競業行為，於侵權行為法上，似應肯認被害人可依民法第一百八十四條第一項前段請求損害賠償；惟學者另有不同見解而認為營業秘密為

⁷ 王澤鑑，債編總論，第一冊，頁4，1988年1月。

⁸ 王澤鑑，締約上過失，民法學說與判例研究（一），頁77，1990年。

⁹ 詹文馨，契約上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，台大法研所碩士論文，頁216-220，1988年1月；劉承武，論契約上附隨義務基本理論體系之建立，司法官訓練所26期學員論文集，頁13-17，1990年6月。

¹⁰ 學者謝銘洋有不同之見解，參氏著營業秘密侵害之類型觀察與責任分析，台大法學叢書，第85冊，頁309，1995年4月。

¹¹ 鄭玉波，論競業之禁止，民商法問題研究，台大法學叢書，頁172，1980年。

¹² 綜觀整體智慧財產法之立法比較而認為營業秘密屬權利之一。關於此點，參見陳家駿，從我國新通過營業秘密法—談保密之法律規範及其維護措施，工業財產與標準，第23期，頁3，1996年5月。

一種利益，須被害人純粹有經濟損失，且以侵權人故意背於善良風俗之方法加以損害，方可依民法第一百八十四條第一項後段，請求損害賠償。但無論係採何種說法，皆可認競業義務之違反，為係契約責任與侵權責任之競合。

以下就勞動約上之競業禁止義務，依債之發展過程，敘述如後：

1. 在職中：

依據民商法規，經理人、代辦商、董事，均負有競業禁止義務（民法第五百六十二條、公司法第三十二條、第二百零九條參照），至於一般職員則無明文規定。我國學者認為一般員工在僱傭關係存續中，依誠實信用原則，負有促使契約目的圓滿達成及不損害他方當事人之協力及保護等附隨義務，故通說認為受雇人在勞動契約關係存續中不得為競業行為，否則即違反受雇人之附隨義務¹³。

2. 離職後：

勞動契約終止後，受雇人應有利用其累積之知識、經驗及能力，謀求經濟活動，以提高生活水準之權利。惟離職後之員工利用原公司之營業秘密從事不當之競業行為，依民法第一百四十八條第二項誠信原則之法理，應認此時該離職員工違反勞動契約之後契約義務，應負損害賠償責任。又一般性地限制之勞工競業行為，將違反憲法所保障人民之生存權及工作權之規定，因該等較低階之員工並無從知悉公司之營業秘密。我國地方法院七十八年訴字第二三七四號判決亦同此見解¹⁴。

二、國外相關法令

(一) 英國法

在英美司法實務中，早期認為離職後競業禁止契約當然無效（per se void）（典型的案例，乃1414年之英國Dyer's Case），蓋其損害立約者及公共之利益。直至1711年之英國Mitchel v. Reynolds案例，現代觀點始告出現，本案認為競業禁止契約原則上無效，僅在合理（reasonable）之情況下方例外有，此即在國內全面競業禁止（general restraint）約定無效，僅有特定地點及特定期間之限度競業禁止（limited restraint），且有其他因素，認為此種約定是合理的，該約定始生效。蓋因工業革命發生，使過去學徒

¹³ 謝銘洋，營業秘密侵害之類型觀察與責任分析，台大法學叢書，第85冊，頁309，1995年4月；詹文馨，契約上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，台大法研所碩士論文，頁165，1990年1月。

¹⁴ 七十八年訴字第二三七四號判決要旨：「被告等之月平均薪資，分別為二三、八一五(23815)及一六、二九四(16294)元，以如此之月平均水準，足見被告等於原告公司所任之職務當非重要職務，其離職後即使於其他從事製造揚聲器之公司擔任對於原告公司之營業應不至有影響。」；參見莊若涵，離職員工競業禁止條款之效力，資訊法務透析，第25期，頁40-46，1996年5月。

制度崩潰，改採契約制度，而雇主對勞工須施以長期訓練，勞工方足以勝任工作，雇主招募勞工亦由於交通便利而不限定於特定地區，故在此種雇主佔盡優勢之情況下，勞工為保住目前工作及獲得工作訓練及經驗，勞工只好簽署保障雇主之離職後競業禁止契約。

(二) 美國法

美國司法實務至 19 世紀結束為止，皆採用英國司法實務之見解，但仍有二點不同：強調審查競業禁止之是否合理 (reasonable)，不區分禁止競業地區係全面的或特定的。另外，美國少數州認為競業禁止是一種限制競爭行為，與該國所維護公平自由競爭原則相違背，所以逕使競業禁止約款無效¹⁵。而大多數的州法院均在合理的範圍內，亦即限制競業禁止條款於某特定條件下，尤其是在不侵害勞工之生存權下，肯認此約款之效力，以下略述之：

1. 企業須是為保護其合法之利益或營業秘密，為維持整體產業之競爭力、競爭地位必要時，始可訂立此約款；換言之，企業訂立此約款須有保護之標的存在為前提下，方認為未違背國家所維護之公平自由競爭原則，而進行審查該約款。否則，應認為無效之約款。
2. 約款的內容必須合理，例如禁止競業之年限、地域範圍及限制競業的種類、項目、範圍等，均需合理。
3. 約款之內容不能違反公共利益，否則不能執行約款。所謂公共利益，包括公共健康或公共安全等。

近來美國法院更發展出「藍鉛筆原則」(blue pencil rule)，又稱為刪改原則，以應付競業禁止約款所生之不合理性。亦即，法院於作成裁判之際，本於合理性原則，一方面可宣告該約款無效，另一方面亦可依該規則而修改此書面約款，使該約款具備合理性後，始能執行之。例如原競業禁止約款年限為十年，法院於考量該產業之營業秘密，會隨著資訊之日新月異而淘汰，因此認為此時競業年限不合理，而將其修改成二年，較能兼顧雙方之利益而做出的利益衡量。再者，法院適用此一規則，僅在局部修改或刪改約款，並不能加入字句，以免違反締約雙方之原意¹⁶。

(三) 日本法

日本在昭和四十五年於判例上明白表示，競業禁止約款之有效與否，與該約款的內容是否在合法的範圍內有關。應考慮之因素為約定競業禁止約款的債權人是否有合法的利益存在？債務人因此受到之不利益如何？最後在衡量整個社會所受之影響為何？若利益衡量之結果，該約款對員工之不利與企業主所欲保護之利益顯不相當、不合理時，該約款即應認為違

¹⁵ 加州原則上反對。

¹⁶ Michael Garner, Franchise and Distribution Law and Practice, 1 CBC New York §8.33、§8.36、§8.37.

反公序良俗而無效。

(四) 德國法

德國相當重視員工權益，對於員工離職後競業禁止約款之效力，已於德國商法第四十七條中有明文限制規定¹⁷：「雇主與受雇人就僱傭關係終止後，預期產業活動中對受雇人之限制合意（即競業禁止約款），必須以書面為之。且於雇主競業禁止期間，每年至少應支付受雇人離職前一年年收入之二分之一作為補償額，否則該競業禁止約款不生效力。另外，與未成年人或低薪資之受雇人所定立之競業禁止約款亦不生效力。」亦即，在立法例上採明示契約說。而德國在法院實務上，亦指出競業禁止約款限於保護企業主營業上之正當利益，且不可違反公序良俗，即須符合比例原則。例如禁止的年限、地域、範圍須合理，否則該約款亦視為無效。

三、競業禁止條款與比例原則

憲法上第三人效力適用於私法領域中，仍須符合比例原則之要求，此點亦為本文強調之重點。吾人研析外國法後，對於競業禁止約款做利益衡量及價判斷，於此提出競業禁止之合理範圍：

(一) 企業主方面須保護之標的

企業主訂立競業禁止約款時，須有所欲維護之合法的營業秘密及營業利益¹⁸，亦即，企業主有值得保護之權益存在。美國有案例指出¹⁹，所謂合法的利益包含營業秘密、機密的客戶名單及雇用人獨特不尋常的服務。而所謂獨特，係指員工於接受特殊之職業訓練後，為一種合法可受保障之利益。如為一般員工之訓練，則不能謂獨特，例如該案例認為卡車司機僅具一般技術，因此該競業禁止約款無效²⁰。因此前述太平洋房屋仲介公司一案，就被告等四人於任職太平洋公司期間所為之訓練課程，即可以此原則作為輔助審查標準。

(二) 受雇人離職後會使企業利益受損²¹

競業禁止之目的既在保障營業秘密之不受不當侵害，因此受此約款規範之對象，應為可能獲取此等營業秘密之高級員工，而非一般員工，蓋因其無法獲知原公司之營業秘密，故無從規範之必要，否則反而為侵害一般員工之工作權、生存權而成為違憲之約款（憲法第十五、二二、二三條參照）；另外瑞士民法第三百四十條明文規定，競業禁止之對象必須是受雇

¹⁷ 按德國係採民商分立之立法例，從而其商法總則對於商人之商行為有較具體之規範，不似我國採民商合一之立法例，導致我國規範商人之商行為時，往往效果不佳，而無法較周延地規範商人，所以我國早有學者主張應採德國之民商分立之立法例。

¹⁸ 徐玉玲，營業秘密之保護，中興法研所碩士論文，頁136，1993年1月。

¹⁹ Morgan's Home Equipment Co. v. Martucci, 390 Pa. 618, 136 A.2d 838(1975).

²⁰ Hasty v. Tent-A-Driver, Inc., 671 S.W.2d 471(Sup. Ct. Tenn. 1984).

²¹ 張凱娜，競業禁止與營業秘密之保護，月旦法學雜誌，第20期，頁72，1997年1月。

人在勞動契約中參與或可能接觸顧客、貨物來源、製造或銷售過程等秘密，而對此等秘密之不當使用，會對原企業主造成重大損害者為限，若不具備此要件，即不能課以競業禁止之不作為義務²²。美國判例亦指出企業主與職業低之受雇人約定競業禁止約款，所帶給受雇人之不利益遠較企業主所欲保障之營業秘密之利益要大，所以認為約款無效²³。

(三) 競業禁止年限

競業禁止約款規範之目的既在保障企業主之合法的營業秘密及營業利益，以便確保其產業之競爭力。在公益上，為確保國家科技之發展，國際地位之提昇，因此吾人理應肯認此約款存在之必要性²⁴。惟營業秘密及合法利益本身在市場上具有時效性，且受雇人依其在該企業服務之前，往往已習得該方面相關之知識、技能及經驗，倘如無合理之期限限制，對於國家須再重新培養人才，對公益而言，亦是一種重大不利益，因長期損失一位既有之專業人才，不免使該產業之人才，產生嚴重斷層之虞，所以應有合理之規範年限。

(四) 競業禁止之地域限制

競業禁止之目的既在保障企業主之營業秘密及競爭力，則以競爭利益是否受到影響而具體判斷禁止競業的地域範圍，亦不失為一種合理的判斷標準，所以應以實質上會造成雇用人競業危險為範圍²⁵，但不可擴大到受雇人將來可能擴展之地域。又受雇人之企業係國際性及全國性者，則地域之限制，即不在考慮之列²⁶。

(五) 代償給付原則

西德商法第七十四條規定，競業禁止期間，雇用人應給付受雇人最後年報酬二分之一以上，以補償受雇人生計上之不利益，否則該約款無拘束力。吾人以為德國此種立法例至為妥當，蓋此一原則在於尊重受雇人之生存權之保障²⁷，惟亦有認為代償給付原則係為避免受雇人生計上之不利益，如受雇人離職後在其他非競業禁止所限制之營業種類、項目之範圍工

²² 林隆志，勞動契約上競業禁止約款之效力，判解研究彙編（二），頁52，2001年1月。

²³ *Necco Inc. v. The Computer Factory*, Civ. A. No.87-1921-Z(D. Mass. Aug. 19, 1987).

²⁴ 所謂公益原則並非抽象地屬於統治團體或其中某一成員之利益，更非執政者、立法者或官僚體系本身之利益，係由各個成員之事實上利益經由複雜的交互影響過程所形成理想之整合狀態，傳統上強調公益優先於私益，較忽視個人權益的保障；現今則認為公益原則，是公權力措施之考量依據，除非對國家社會之法律秩序發生破壞或有影響，具有公益上之必要外，否則公益與私益必須等同考量，蓋公益與私益並非全然對立之命題，保障私益亦屬維護公益之一部份。例如憲法第22條：「凡人民之其他自由及權利不妨害社會公共秩序利益均受憲法保障。」

²⁵ *Suellen Lowry*, *Inevitable Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property interests*, 40 *STANFORD LAW REVIEW* 524 (1988) .

²⁶ *Ronald B. Coolley*, *Employment Agreement Provisions: Definitions, Duties, Covenants not to Compete, Assignment After Termination and Severability*, 14 *AIPLA QUARTERLY JOURNAL* 23 (1986).

²⁷ 徐玉玲，營業秘密之保護，中興法研所碩士論文，頁138，1993年1月。

作，則此時應適用民法第二六七條之損益相抵原則²⁸，本文以為，若比例原則此一橋樑可以解決競業禁止之相關問題，則無理由在受雇人可以維持其生存權之保障後反自雇主取得補償金，否則即屬不當得利。又此原則，應係保障善意之受雇人，倘受雇人係以商業間諜之身分介入該工作，則應適用惡意不保護原則，不應給予補償金²⁹。

綜上所述，競業禁止特約之合理性，應就當事人間之利害關係及社會的利害關係作總合的利益衡量而為判斷，其重要標準計有：

1. 企業或雇主須有依競業禁止特約保護之利益存在，亦即雇主的固有知識和營業秘密有保護之必要。
2. 勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位。關於沒有特別技能、技術且職位較低，並非公司之主要營業幹部，處於弱勢之勞工，縱使離職後再至相同或類似之公司任職，亦無妨害原雇主營業之可能，此時之競業禁止約定應認拘束勞工轉業自由，乃違反公序良俗而無效。
3. 限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，須不超逾合理之範疇。
4. 須有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施，代償措施之有無，有時亦為重要之判斷基準，於勞工競業禁止是有代償或津貼之情形，如無特別之情事，此種競業特約很難認為係違反公序良俗。
5. 離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則，亦即當離職之員工對原雇主之客戶，情報大量篡奪等情事或其競業之內容及態樣較具惡質性或競業行為出現有顯著之背信性或顯著之違反誠信原則時，此時該離職違反競業禁止之員工自屬不值得保護³⁰。

四、勞動契約定型化

(一) 定型化勞動契約之意義與範圍

定型化契約條款，係指契約當事人之一方，為與不特定之多數相對人訂約之用，而預先就契約內容約定之交易條款，至於法制上之定義，分別規定在民法第二百四十七之一：「依照當事人一方預先預定用於同類契約之條款而約定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部份約定無效：……」以及消費者保護法第二條第七款：「定型化契約：企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬定之契約條款」。綜觀上述條文發現，民法第二百四十七條之一並非對定型化契約作定義性規

²⁸ 同前註，第53頁。

²⁹ 曾隆興，民法研究會第三次研討會發言，法學叢刊，第160期，頁106，1988年。

³⁰ 參見85年勞訴字第78號，本件判決書係由被告李寶民等四人共同提供。

定。本論文擬以定型化契約理論適用於勞動契約關係，因此不得不嘗試為定型化契約作如下之定義說明：「企業經營者為與不特定多數勞工訂立契約之用而單方面預先擬定之契約條款。有左列各款約定，按其情形顯失公平者，該部份約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之企業經營者之責任者。二、加重勞動者之責任者。三、使勞動者拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於勞動者有重大不利益者。」

(二) 定型化勞動契約之特色、定位及流弊

1. 定型化勞動契約之特色

定型化勞動契約為現代大量交易型態下的產物，而定型化勞動契約之得以普及化，係因其具備效率化、合理化以及補充性之功能所致：

(1) 效率化

定型化勞動契約為多數企業經營者所採用，可以免除各個契約訂立的繁瑣、節省人力、時間、費用，蓋此等契約之一項特色，並不重視締約相對人之個人因素，故就勞動條件得予以等同化，對於締約雙方均屬有利。

(2) 合理化

利用定型化約款，擬定契約條款之一方得預估風險，進而預防風險之發生、限制風險之範圍甚至移轉風險予以他方當事人，以競業禁止條款為例，在預防風險上，「任職期後五年內不得至與原公司業務性質相同之公司任職。」；在限制風險上，「勞動者未經公司同意不得以任何方式以公司名義刊登任何廣告……。」；在移轉風險負擔上，「違反競業禁止義務者，本公司得請求相當於五倍工資之損害賠償金。」

(3) 補充性

依現行民法關於「典型契約」(或稱為有名契約)之規定(自民法第三四五條至第七五六條之九)，或與此種契約型態不符，或因當事人間之特約排除適用，或因條文過於簡略而有待當事人另為補充規定，因此藉由定型化約款之訂定以精確規範契約內容。

2. 定型化勞動契約之定位

定型化勞動契約係預先訂定一定之條款為契約內容，供不特定勞動者訂定多數契約之用之固定性契約條款，綜其特徵有下列數項：

(1) 契約要式性

依契約自由原則，雙方當事人只需意思表示一致，契約即為成立(民法第一五三條參照)，此為諾成契約並且無須其他之方式或證據。然而經濟發展越複雜，法律關係越不單純，為求證據力之充分，契約之要式性及公示性便相對增強，定型化勞動契約既係經濟發展下之產物，為求締約基

礎明確，一般皆將預先擬定之內容印製成書面，僅留下少部份空白，供不特定締約之勞動者簽名而已。

(2) 契約普遍性與繼續性

契約條款若僅供特定人或可得確定之人而制訂，該契約條款在社會交易上即無法普及，相對人對其要求必不殷切，企業經營者議約能力之優越性便不顯著，則契約當可透過探求當事人之真意而無須另以定型化勞動契約控制理論來救濟。

(3) 契約預先擬定

在確定締約對象之特定勞動者或其保證人之前預先擬定定型化契約條款，並且發生法律效果，至於該條款是否構成契約內容之全部或一部，則非所問。此與單純的標準契約書式 (Model Form) 不同，蓋其只有形式而不具實質內容，僅作為各種企業經營者締結個別契約或定型化契約條款之標準模式之示範作用。

(4) 契約雙方當事人之不平等性

定型化勞動契約之所以受制於企業經營者，乃是當事人間資力與智力懸殊，由於企業的獨佔或寡佔，而相對人對之又有迫切之需要，因此企業者通常是站在優越之地位 (Superior Position)，而較弱的當事人 (Weaker Party) 僅是接受與否的相對人罷了，對於契約內容則毫無討價還價的餘地。

3. 定型化勞動契約之流弊

定型化契約雖具有效率化、合理化及補充性之功能，而成為現代契約交易之重要工具，但另一方面，由於其係由契約之一方當事人預先擬定，而其隱含的目的就是在追求一方的最大利益為目標，很少甚至完全不顧契約相對人應有之保障，因此其具有下列幾項流弊：

(1) 破壞契約自由原則，使成為企業經營者單方片面的自由

契約自由原則應以當事人平等對立之意思表示為前提，而定型化勞動契約以一定之內容規定相對人之權利義務，因此當事人之「契約意思」係由制度上加以擬定，而非以平等以及自由意思來確定契約內容，而將相對人的自由意志寄託於制訂契約者之良知上，相對人只有選擇接受或不接受的自由，對於無法儲存之勞動力擁有者根本毫無選擇餘地，例如高科技產業對其勞動者所立下之競業禁止以及營業秘密條款即是著例，此為貫徹一方契約自由卻造成他方的不自由。

(2) 不合理分配契約風險，相對人責任加重

契約自由常為企業者所濫用，而嚴重剝削相對人的利益，例如約定自己僅就故意或重大過失行為負責 (民法第二二〇條第一項參照)，並且排

除民法第二二〇條第一項之原則規定，而約定契約相對人對於事變或不可抗力亦應負責；或約定就其履行輔助人之故意或過失行為，不負任何責任（民法第二二四條參照）³¹。

（3） 資力與智力無法相對抗衡

定型化勞動契約條款常以詳細專門且難以理解之文字作成，且其內容概以細小文字印製於繁雜之文件中，帶動者多未注意而不知其存在，或知其存在但無閱讀與理解之興趣，或即便加以閱讀仍難以瞭解其在法律上之意義，其結果定型化契約條款往往成為企業經營者乘相對人之無知或無經驗，相對人渴望獲得工作機會便不得不接受該不公平之約款，因此以定型化約款締結契約，並規範契約之內容，外觀上雖符合契約自由原則（締約與否、相對人選擇、方式、內容之自由），然實質上卻是違背契約正義之要求³²。

貳、相關重要案例

一、案例選擇之原因

民國八十八年民法債編修訂以前，並無「定型化契約」此一概念，定型化契約主要出現於早漁民法債編修正之消費者保護法，而消費者保護法中的定型化契約主要適用於企業主與消費者之間，是否能適用於勞動契約頗有疑問；然而民國八十八年民法債編修訂增列民法第二百四十七條之一，該條文立漁民法債編總論，且並未明文排除勞務關係之適用，從法律解釋學上來看，記未明文排除則當然民法所有契約類型皆有「定型化契約」之適用。本案例為近幾年，法院明文承認勞動契約可以定型化契約加以解釋與處理，再者本案例亦符合本單元所指，台灣勞動契約定型化之概念係自競業禁止條款所發展。

二、案例重要內容：九十三年上易字第一五二號

按關於「競業禁止」之約定，乃雇主為免受僱人於任職期間所獲得其營業上之秘密或與其商業利益有關之隱密資訊，遭受受僱人以不當方式揭露在外，造成雇主利益受損，而與受僱人約定在任職期間及離職一定期間內，不得利用於原雇主服務期間所知悉之技術或業務資訊為競業之行為。而關於離職後競業禁止之約定，其限制之時間、地區、範圍及方式，在社會一般觀念及商業習慣上，可認為合理適當且不危及受限制當事人之經濟生存能力，其約定固非無效。惟轉業之自由，牽涉憲法第十五條所保障人民工作權、生存權之基本人權，競業禁止契約乃應有合理限制。然在該競業禁止之約定係以附合契約即定型化契約之方式訂定時，仍應審酌該競業禁止之約定，是否有上開民法第二百四十七條之一各款（一免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二加重他方當事人之責任者。三使他方當

³¹ 詹森林，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，頁9，1995年2月。

³² 王澤鑑，債法原理（一），頁95，1999年10月。

事人拋棄權利或限制其行使權利者。四其他於他方當事人有重大不利益者。)且顯失公平情形。在離職後競業禁止約定之效力問題，應就雇主與受僱人間之利益量加以判斷，其以附合契約即定型化契約之方式訂定時，審酌該競業禁止之約款是否有顯失公平之情事，其判斷標準均應以下列各項加以審酌：企業或雇主需有依競業禁止特約保護之利益存在，亦即雇主的固有知識和營業祕密有保護之必要。為受僱人之離職勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位，足可獲悉雇主之營業祕密。關於沒有特別技能、技術且職位較低，並非公司之主要營業幹部，處於弱勢之勞工，縱使離職後再至相同或類似業務之公司任職，亦無妨害原雇主營業之可能，此競業禁止約定應認拘束勞工轉業自由而無效。限制受僱人就業之對象、時間、區域、職業活動之範圍，應不逾合理範疇。不致對離職員工之生存造成困難。需有填補勞工即受僱人因競業禁止損害之代償或津貼措施。離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則，亦即當離職之員工對原雇主之客戶、情報大量篡奪等情事或其競業之內容及態樣較具惡質性或競業行為出現有顯著之背信性或顯著的違反誠信原則時，此時該離職違反競業禁止之員工自屬不值保護。按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，為民法第二百五十二條所明定，法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷。

三、該案例於該法規範之意義與影響

目前實務上對於勞動契約定型化尚未有判例，本案例為民國九十三年台灣高等法院台南分院所做出之判決，由此可見自民國八十八年民法債編修訂迄今，勞動契約具備定型化契約之概念在台灣勞動法可謂短暫，但卻也發展出台灣獨特的勞動法理論。而本案例亦不斷重申以定化契約之概念解釋勞動契約，亦即從消費者保護法的概念言之，當契約顯失公平時，應對消費者做有利解釋；透過此一解釋方法，則在民法債編所規範之定型化契約概念，便是對締約顯失公平一方做有利解釋，因此在處理定型化勞動契約時，便應該對勞動者做有利解釋。再者，本案例雖發展出台灣特有的勞動法理論，但在處理競業禁止條款時，仍參考德國在競業禁止條款中的處理模式，而發展出以「比例原則」檢視競業禁止條款的合理性，並且以五大原則對競業禁止條款做出合理性控制。

參、理論及案例在教學中的呈現

一、重要之議題

1. 勞動契約的特性
2. 定型化契約的特性與解釋
3. 從消費者保護法到民法債編
4. 勞動契約定型化

5. 競業禁止條款

二、思考問題之方向

1. 誠實信用與公平正義
2. 憲法基本權之保障
3. 企業主財產權保障與勞動者工作權保障之兼顧
4. 比例原則之應用於勞動契約
5. 定型化契約理論是「適用」還是「類推適用」於定型化勞動契約

三、活動設計

1. 將負責本單元小組同學再分成三小組，一組扮演原告（含律師）、一組扮演被告（含律師）、另一組則扮演法官。
2. 小組成員必須蒐集本案自地方法院判決至高等法院判決並熟讀雙方攻擊防禦之方法，作為模擬法庭之問答。
3. 負責本單元之小組必須先對本案做簡略報告，之後進行模擬法庭演練，並由修課同學在扮演原被告雙方的攻擊防禦中尋找問題。

四、單元教學評量方式

（一）評量方式

1. 課堂報告：30%
2. 學期報告：30%
3. 課堂參與：40%

（二）考題設計

1. 請從憲法角度分析競業禁止條款的合理性限制
2. 定型化契約理論於勞動契約為「適用」或「類推適用」？
3. 定型化契約之解釋原則如何應用於勞動契約？

第二節 職業災害與職災補償

壹、職業災害與職業傷害之理論、相關法令與發展

一、職業災害與職業、傷害

(一) 職業災害

勞工安全衛生法第二條第四項：「本法所稱職業災害，謂勞工就業場所之建築物、設備、原料、材料、化學物品、氣體、蒸氣、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之勞工疾病、傷害、殘廢或死亡。」

(二) 職業傷害

勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則。包括：1.執行職務而致傷害。2.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。3.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。4.作業開始前，在等候中，因就業場所設施或管理之缺陷所發生之事故。5.因作業之準備行為及收拾行為所發生之事故。6.於作業終了後，經雇主核准利用就業場所設施，因設施之缺陷所發生之事故。7.因勞務管理上之必要，或在雇主之指揮監督下，從飯廳或集合地點赴工作場所途中或自工作現場返回事務所途中，為接受及返還作業器具，或受領工資等例行事務時，發生之事故。8.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。9.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。10.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。11.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發生事故而致之傷害。12.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發生事故而致之傷害。13.經所屬團體指派參加前項各類活動發生事故而致之傷害。14.執行職務關係，因他人之行為發生事故而致之傷害，視為職業傷害。15.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。16.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。17.參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。18.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。19.於工作日之用餐時間中或為加班、值班，如雇主未規定必須於工作場所用餐，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。

下列不得視為職業傷害：（1）非日常生活所必需之私人行為。（2）未領有駕駛執照駕車者。（3）受吊扣期間或吊銷駕駛執照處分駕車者。

- (4) 經交叉路口闖紅燈者。(5) 闖越鐵路平交道者。(6) 酒醉駕車者。
(7) 行駛高速公路路肩者。(8) 逆向行駛單行道或跨越雙黃線行駛者。

二、職業災害補償

按現行勞基法第五十九條僅規定，勞工因遭遇職業災害而致死亡、殘廢、傷害或疾病時，雇主應依規定予以補償；惟並未對職業災害之定義作一明確之規範，對於職業災害，現行有關勞工法令中僅在：一、勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則（以下稱傷病審查準則）第三、四條；二、勞工安全衛生法（以下稱安全衛生法）第二條第四項中有規定。而對於上下班途中，勞工發生交通事故是否能認定為職業災害，傷病審查準則與安全衛生法卻有不同之規定¹，因此在法規適用發生疑義時，司法機關通常函示行政機關加以解釋，並且多予以尊重；然本案判決除了辨明傷病審查準則中之職業災害定義與安全衛生法中職業災害之定義有別外，亦認為有關勞基法中『職業災害』，應採安全衛生法中之定義，至於依勞保條例制訂之傷病審查準則『職業災害』，並非勞基法之適用範圍。

(一) 勞保條例

依照勞保條例第三十四條第一項之勞工保險局應給付勞工職業災害補償或職業病補償之適用範圍、給付義務人、有關職業災害與職業傷害之定義與依照勞基法第五十九條有關雇主應負之職業災害之補償，兩者適用範圍及定義有別，此一見解，造成職業災害之定義與適用會有不同情形產生，亦即勞工是否發生職業災害與職業病之判斷標準是以安全衛生法為依據，至於依照勞保條例第三十四條第二項制訂之傷病審查準則是以參加勞工保險之被保險人發生職業災害時為適用之依據。果真如此，則我國職業災害補償之法理究採過失責任主義或是無過失責任主義？即非常有探討之必要²，此一問題重要性在於我國有關職業災害補償法制之演進過程中，勞保條例與安全衛生法之間究竟是並存抑或是競合關係？在職災補償法制上究竟應適用安全衛生法抑或是勞保條例？因為安全衛生法與勞保條例間之衝突是現行職災補償另一個缺失重點所在。

(二) 勞工安全衛生法與勞工保險條例之關係

我國對於職業災害之定義與職業災害補償係分別規定於不同的法律中；其中有關職業災害之定義，又分別規定於勞工安全衛生法第二條第四項以及依勞工保險條例第三十四條第二項所訂定之傷病審查準則第三條³；惟兩種法律間之關係究為如何？係競合關係？併存關係抑或補

¹ 傷病審查準則第4條：「被保險人上下班，於適當時間，已適當交通方法，從日常居住、住處所往返就業場所之應經途中發生事故而致傷害，視為職業災害。……。」安全衛生法第2條第4項：「本法所稱職業災害，謂勞工就業場所之建築物、設備、原料、化學物品、氣體、蒸汽、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之勞工疾病、傷害、殘廢或死亡。」

² 職業災害補償法制之建立與發展，在工業先進諸國家中，原先多係從民事上之過失責任原則，導入雇主無過失責任之基礎已成之。參見魏朝光，勞動者職業災害之補償，頁47，1992年。

³ 黃越欽、王惠玲、張其恆，職災補償論，頁173，1994年。有指我國職業災害之定義分別規定於工廠法第45條、安全衛生法第2條第4項以及依勞保條例而制訂之傷病審查準則第3條，應為有誤。

充關係？

1.我國職災補償法制之沿革

按學者魏朝光指出，我國之職業災害補償法制，除了民商法上之救濟途徑外，於勞工法上之補償法制，其沿革依序為：

(1) 工廠法適用時期

自民國十八年十二月三十日公布，民國二十年八月一日施行，歷經民國二十一年十二月三十日及六十四年十二月二十九日二次修正，迄勞基法公布施行。

(2) 勞保條例適用時期

源自民國三十九年三月一日，根據台灣省政府呈奉行政院公佈施行之「台灣省勞工保險辦法」，歷經民國四十二年二月、十月、四十五年六月三次修正，並將漁民保險以及蔗農保險加入後，於民國四十九年三月一日由行政院命令台灣地區施行「勞工保險條例」而購成現行法之雛形。之後歷經民國五十七年七月二十三日、六十二年四月二十五日、六十八年二月十九日及七十七年二月三日四次修正。

(3) 勞基法適用時期

在勞基法完成立法之前，早在民國四十七年即依照憲法規定保護勞工之意旨及國內外有關勞工事務之趨勢與社會經濟法展情形，研議制訂勞工法草案⁴，惟勞工法草案雖研議多年，卻始終未能完成立法並施行之，且由於民國四七年當時之勞工立法，適用範圍過小及原有之立法內容陳舊難以適應時代之變遷及懷境之改變；再者，為精簡法令政策，以及促進勞資和諧關係，提高勞動效率，因此以原有的工法草案之勞動基準編及勞動檢查編為藍本，制訂勞動基準法，並於民國七十三年公佈施行，也將職業災害補償法制，帶入一個新的階段。

(4) 職業災害救濟之法律適用

工廠法並未廢止，然其適用範圍依該法第一條之規定，僅適用於發動機器之工廠，在勞基法公布施行之後，由於其適用範圍僅排除少數不適用勞基法之行業外，所涵蓋之範圍顯大於工廠法，因此工廠法有關職業災害補償之規定已無適用之餘地。其次，就安全衛生法之適用部分，依該法第一條：「為防止職業災害，保障勞工安全與健康，特制定本法。……。」可知其立法意旨；在就該法第四條有關適用範圍觀之，顯較勞基法規定為大⁵。惟安全衛生法在保障勞工安全衛生之立法目的的上有其獨特意義，因該法課雇主勞工安全衛生法上之義務為公法上義務，而勞基法對於勞動契約之內容違反勞基法之規定時，可產生公法上之法律效果，由政府處罰該雇主，同時亦可產生私法上之法律效果，使該違法之契約內容無效不同⁶。

(三) 安全衛生法與勞保條例之關係

⁴ 中國勞工運動史續編編纂勞委會編纂，中國勞工運動史，第六冊增訂版，頁 619，1992 年。

⁵ 魏朝光，同註 2，頁 76。

⁶ 青木宗也、秋田成就合編，勞動基準法講義，1997 年，頁 8。轉引自魏朝光，同註 2，頁 76。

由於我國對於職業災害之定義係規定於安全衛生法第二條第四項與依勞保條例制訂之傷病審查準則第三、四條，而二者對於職業災害之範圍並不相同，而勞基法第五十九條有關職業災害補償中之職業災害究應適用何者之定義即產生許多疑問，按勞基法第七章規定為職業災害補償，係一種救濟法制，學者魏朝光指出，安全衛生法僅係課雇主公法上之義務，係規定災害防止之法制，似應無救濟法制之適用⁷，據此推論，勞基法中有關職業災害之定義似不應採安全衛生法之定義。剩下者即係傷病審查準則中有關職業災害之規定，由於勞保條例與勞基法職業災害補償同屬救濟法制，再者，依勞基法第五十九條但書之規定，勞保條例與勞基法職業災害補償可互相抵充。又有關勞基法中職業災害補償中之職業災害定義，學者間並未明白表示意見、學者黃越欽、王惠玲、張其恒僅提到我國職業災害補償制度，在基本權利義務關係為勞基法第五十九條、在保護法規為工廠法第四十五條及勞保條例第三、四條、而其要件規定為安全衛生法第二條第四項及傷病審查準則⁸；學者魏朝光亦僅整理出職業災害補償制度有關勞工法上之規定為：工廠法之適用時期、勞保條例之適用時期（民國四十九年）、勞基法之補償（民國七十三年）⁹，至於實務上之解釋令多以勞保條例之精神為其內涵。因此，長久以來勞基法中職業災害之定義，似乎就等同於勞保條例之規定。

又我國職業災害補償法制，究採無過失責任主義？按職業災害補償制度之特質係採無過失責任，亦即雇主對於業務上災害之發生，不問其主觀上有無故意或過失，皆應負補償責任，受僱人縱有過失，亦不減損其應有之權利，即使在一定情形下（例如：傷病審查準則第十三條但書所指從事之業務遭受天災地變之危險性較高者或為搶救工作而發生之傷害，仍得視為職業災害），受僱人之故意涉險行為（例如：於災難已無法確信其不致發生，甚且已有其發生且不違背本意之意味）仍受保障¹⁰。

然則，就職業災害為定義之安全衛生法及勞保條例，是否一直都謹守此一無過失責任之原則？欲探就此一問題之重點，必須自安全衛生法及勞保條例之屬性探究之：

1. 安全衛生法

行政院原草案之總說明略謂：

(1) 近世以生產技術大進，機器及粉塵、氣體、液體、熱、能、放射線等，對於勞工職業上之危害，日趨嚴重，各工業先進國家，均竭盡所能採取有效措施，以防止職業上之災害，並制定專法以資貫徹，我國保護勞工安全衛生法之法律條文，雖散見於工廠法、工廠法施行條例、工廠檢查法及礦場法，但其適用範圍過小，且為時過久，……參酌現形勞工法規，國際勞工公約及

⁷ 魏朝光，同註2，頁151。

⁸ 黃越欽等，同註3，頁174。惟此一分類似乎不盡完善，蓋在基本權利義務關係應為工廠法與勞基法、保護法規應為勞保條例與安全衛生法、至於要件規定則為傷病審查準則與安全衛生法。

⁹ 魏朝光，同註2，頁60-75。

¹⁰ 黃越欽等，同註3，頁197。

建議書並參考工業先進國家法例，擬定「勞工安全衛生法草案。」。

(2) 關於適用範圍：現行安全衛生法有關法律僅適用於工廠、礦場。其他個別勞工均未受法律保障，……。又現行工廠法僅對雇用工人三十人以上，使用發動機器者適用；礦場法規定僅對坑內五十人以上者適用之，則大部分之廠礦工人均未受法律保護……。就今日社會經濟發展情況，允為莫大缺憾，本草案適用範圍經參考先進國家及國內情勢，原則上適用於各種雇用工人之事業……（第四條）¹¹。

2. 勞工保險條例：

我國勞工保險條例於民國三十九年由台灣省訂頒「台灣省勞工保險辦法」開始辦理；至民國四十七年，中央制定「勞工保險條例」。有關勞工保險性質，由於民國四十七年之立法資料已不可考，惟自日後部分條文修正理由可見一般。

(1) 民國七十六年勞委會主委鄭水枝於審查勞工保險條例部分條文修正案指出：「本次修正拓大了投保對象，將使更多的勞工受到勞保之保障，……投保範圍的拓大，對日後全民保險的實施，又向前邁進了一大步。又關於勞保收歸中央的問題，……應就未來規劃實施全民保險問題，組織專案小組併案通盤研究。」

(2) 勞工保險條例部分條文修正草案總說明：

「……勞工保險係以推社會政策，保障勞工經濟收入安全的制度……，並以勞工保險為基礎，逐步拓大社會保險。」

至此，已經很明確可認為，勞工保險條例係全民保險的預先制度，係整個社會保險之一部份，也可以說現今全民健康保險係由勞保演繹而來，唯一種社會福利制度。綜上所述，吾人可作以下結論，由於勞基法第五十九條並未對職業災害下定義，而我國職災補償法制又是由勞基法與勞保條例共同架構而成所謂之雙軌制，由於勞保條例系一種社會保險制度，而勞工因職業災害得為勞工保險給付者，必以依法加入勞工保險為被保險人，否則當無由給付¹²，由於勞工保險之補償源自保險制度，基於危險分擔之理論，因此，其對於職業災害之認定，採無過失責任可為贊同，但卻非勞基法第五十九條所指職業災害。反之，安全衛生法與勞基法雖皆課雇主責任，然安全衛生法有其獨特危險預防之意義，要非補償制度，因此，其應係採過失責任而非無過失責任主義，亦非勞基法第五十九條所指職業災害。

三、職業災害勞工保護法

¹¹ 安全衛生法草案逐條說明第4條略為：在工業先進國家中，受僱人均屬「勞工」，同受法律之保障。……本法將拓大適用範圍，並依照我國行業標準分類，列舉與概拓並用，以便衡酌情形，逐一拓充。其後無論於行政院草案條文、審查修正條文或現行條文，其適用行業均為，一、礦業及土石採取業。二、製造業。三、營造業。四、水電、煤氣業。五、交通運輸業。六、其他經中央主管機關指定之事業。相較於民國七十三年通過之勞基法，其適用行業除增加，一、農、林、漁、牧業及二、大眾傳播業外，於均維持安全衛生法之規定，由此或課推論出勞基法雖立法較安全衛生法為晚，然安全衛生法之基本精神係補工廠法之不足，而勞基法公佈施行後，工廠法已無適用餘地，則安全衛生法係勞基法之一部份應無疑義。

¹² 魏朝光，同註2，頁153。

為了保障職業災害勞工之權益，加強職業災害之預防，促進就業安全，民國九十年十月三十一日公布之職業災害勞工保護法，已於九十一年四月二十八日施行，該法為了保護職業災害之勞工，茲就其主要部分簡介如下：

(一) 補償給付

未加入勞工保險而遭遇職業災害之勞工，雇主未依勞動基準法規定予以補償時，以往救濟上較麻煩，現在依此法，得比照勞工保險條例之標準，按最低投保薪資申請職業災害殘廢、死亡補助。不過這項補助，如果雇主已支付補償金額，則該金額要扣除。還有如果是申請殘廢補助的話，身體遺存障害必須適合勞工保險殘廢給付標準表第一等級至第十等級規定之項目及給付標準，才可以申請。

(二) 明定雇主之賠償責任

勞工若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。申言之，只要勞工因職業災害導致損害，雇主就要負責賠償，勞工不必舉證證明雇主有故意或過失，而雇主若想免責要能夠證明其沒過失才可以。

(三) 補助對象及補助期限

勞工保險之被保險人，在保險有效期間，在職業災害勞工保護法施行後，如遭遇職業災害，這時候得向勞工保險局申請下列補助：

- 1、罹患職業疾病，喪失部分或全部工作能力，經請領勞工保險各項職業災害給付後，得請領生活津貼。
- 2、因職業災害致身體遺存障害，喪失部分或全部工作能力，適合勞工保險殘廢給付標準表第一等級至第七等級規定之項目，得請領殘廢生活津貼。
- 3、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前二款之生活津貼，得請領生活津貼。
- 4、因職業災害致身體遺存障害，必需使用輔助器具，且未依其他法令規定領取器具補助，得請領器具補助。
- 5、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。
- 6、因職業災害死亡，得給予其家屬必要之補助。
- 7、其他經中央主管機關核定有關職業災害勞工之補助。

還有，勞工保險效力終止後，勞工保險被保險人，經醫師診斷罹患職業疾病，且該職業疾病係於保險有效期間所致的，而且未請領勞工保險給付及不能繼續從事工作者，得請領生活津貼。須特別注意的是，請領上面1、2、5及還有生活津貼之補助，合計是以五年為限。

(四) 未加入勞工保險者申請之條件及期限

如果是沒有加入勞工保險之勞工，於職業災害勞工保護法施行後遭遇職業災害，符合上面1－7情形之一者，也可以申請補助。同樣的，請領1、2、5之補助，也是合計以三年為限。

(五) 職病之申請認定

如果勞工疑有職業疾病的時候，應經由醫師來診斷。但是勞工或雇主對於職業疾病診斷有異議時，仍可以檢附有關資料，向直轄市、縣（市）主管機關申請認定。

(六) 終止勞動契約之情形

1、如果雇主要預告終止與職業災害勞工之勞動契約，必須具有下列之情形：

a.歇業或重大虧損，報經主管機關核定者。

b.職業災害勞工經醫療終止後，經公立醫療機構認定心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。

c.因天災、事變或其他不可抗力因素，致事業不能繼續經營，報經主管機關核定者。

2、職業災害勞工可以終止勞動契約之情形：

a.經公立醫療機構認定心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。

b.事業單位改組或轉讓，致事業單位消滅者。

c.雇主未依第二十七條規定辦理者。

d.對雇主依第二十七條規定安置之工作未能達成協議者。

(七) 資遣費、退休金

雇主若依前面六、1的第一、三項，或勞工依六、2的第二至四項之情形來終止勞動契約時，雇主應依勞動基準法之規定，發給勞工資遣費。雇主若係依六、1的第二項，或勞工依六、2的第一項規定終止勞動契約者，雇主應依勞動基準法之規定，發給勞工退休金。而前面二項請求權與勞動基準法規定之資遣費，退休金請求權，職業災害勞工應擇一行使。

(八) 身心障礙者之協助

職業災害勞工經醫療終止後，直轄市、縣（市）主管機關發現其疑似有身心障礙者，應通知當地社會行政主管機關主動協助。

(九) 雇主之義務

職業災害勞工經醫療終止後，雇主應按其健康狀況及能力，安置適當之工作，並提供其從事工作必要之輔助設施。而事業單位改組或轉讓後所留用之勞工，因職業災害致身心障礙、喪失部分或全部工作能力者，其依法令或勞動契約原有之權益，對新雇主繼續存在。再則，職業災害未認定前，勞工得依勞工請假規則第四條規定，先請普通傷病假，普通傷病假期滿，雇主應予留職停薪，如認定結果為職業災害，再以公傷病假處理。

(十) 職業勞工之繼續加保

參加勞工保險之職業災害勞工，於職業災害醫療期間終止勞動契約並退保者，得以勞工團體或勞工保險局委託之有關團體為投保單位，繼續參加勞工保險普通事故保險，至符合請領老年給

付之日止。

(十一) 職業災害補償

事業單位以其工作交付承攬者，承攬人就承攬部分所使用之勞工，應與事業單位連帶負職業災害補償之責任。再承攬者，亦同。而事業單位或承攬人，就其所補償之部分，對於職業災害勞工之雇主，有求償權。而關於職業災害補償之標準，依勞動基準法之規定。同一事故，依勞工保險條例或其他法令規定，已由僱用勞工之雇主支付費用者，得予抵充。

(十二) 雇主之罰責

若雇主違反上述雇主應負之義務（上述第十點），主管機關應通知限期改善，並處新台幣五萬元以上三十萬元以下罰鍰。經限期改善或繼續限期改善，而未如期改善者，得按次分別處罰，至改善為止。再則，依法應為所屬勞工辦理加入勞工保險而未辦理之雇主，其勞工發生職業災害事故者，須按僱用之日至事故發生之日應負擔之保險費金額，處以四倍至十倍罰鍰。但勞工因職業災害致死亡或身體遺存障害適合勞工保險給付標準表第一等級至第十等級規定之項目者，處以上述一補助金額之相同額度之罰鍰。

貳、相關重要案例

一、案例選擇之原因

本單元所選擇三個案例都與台灣頗具知名之汽車客運統聯汽車客運公司有關，而且皆為最高法院之判決，然而八十九年台上字第一九二〇號判決卻推翻了八十七年台上字第二三三號判決以及八十六年台上字第四七九號判決，主張職業災害補償為社會責任之一種，且無過失相抵之適用，然而本單元所選三則判決都未形成判例，更值得檢驗的是，該三則最高法院判決都涉及同一原因事實，然而八十九年台上字第一九二〇號判決是否禁得起檢驗仍有待觀察。

二、案例重要內容

(一) 裁判字號：八十九年台上字第一九二〇號（民國八十九年八月二十四日）

勞動基準法第五十九條之補償規定，係為保障勞工，加強勞、雇關係、促進社會經濟發展之特別規定，性質上非屬損害賠償。同法第六十一條尚且規定該受領補償之權利不得抵銷，故該項補償，應無民法第二百十七條所定過失相抵之適用。此為本院最新之見解。原審就林○漢等三人所請求之喪葬費、死亡補償部分，以統○公司原應給付之七十七萬七千二百四十元，適用民法第二百十七條之過失相抵原則減輕統○公司之賠償金額，認統聯公司僅應給付五十一萬八千一百六十元云云，自屬違誤。

(二) 裁判字號：八十七年台上字第二三三號（民國八十七年二月十二日）

職業災害補償，基本上亦為損害賠償之一種，雇主之職業災害補償責任，乃係基於勞動基準法第五十九條之特別規定，依此條之規定，對於雇

主雖採無過失責任主義，即雇主不得以自己無過失為由而拒絕賠償，惟損害賠償之法則，我國規定於民法第二百十三條至第二百十八條，其中第二百十七條規定之過失相抵，係為促使被害人注意履行其應盡之義務，以避免或減少損害之發生，職業災害補償既為損害賠償之一種，自仍有民法第二百十七條之適用，以促勞工於執行職務時，對於自己生命、身體之安全，盡其應盡之注意義務，避免或減少危險或損害之發生，故自目的而言，職業災害補償適用民法上過失相抵原則，與保護勞工之意旨，並不相違。

(三) 裁判字號：八十六年台上字第四七九號（民國八十六年二月二十日）

民法第二百十七條第一項規定，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用。

三、該案例於該法規範之意義與影響

本案件迭經最高法院數次審理，法官本於對法律之見解獨立審判在本案中可為發揮淋漓盡致，究竟職業災害補償責任屬於單純雇主責任或勞工亦需負起部分責任，涉及雇主是否可以主張過失相抵之重要理由，又職業災害發生的原因於本案雖非主要討論重點，但整理各號判決後發現，只要勞工在雇主指揮監督下從事勞務，不論是否在工廠內，都可以被認定為是職業災害，某種程度此三則判決宣示職業災害的發生並不以廠場為限。

參、理論及案例如何在教學中呈現

一、重要之議題

1. 職業災害與職業傷害之比較
2. 職業災害之歷史演進
3. 勞動基準法對於職業災害補償之規定
4. 勞工保險條例對於職業災害補償之規定
5. 職業災害勞工保護法之使命

二、思考問題之方向

1. 職業災害之性質
2. 職業災害之認定
3. 職業災害補償採過失責任主義或無過失責任主義？
4. 過失相抵原則與職業災害補償之關係
5. 職業災害勞工保護法與勞動基準法、勞工保險條例之關係

三、活動設計

1. 將負責本單元小組同學再分成三小組，一組扮演原告（含律師）、一組扮演被告（含律師）、另一組則扮演法官。
2. 小組成員必須蒐集本案自地方法院判決至高等法院判決並熟讀雙方攻擊防禦之方法，作為模擬法庭之問答。

- 3.負責本單元之小組必須先對本案做簡略報告，之後進行模擬法庭演練，並由修課同學在扮演原被告雙方的攻擊防禦中尋找問題。

四、單元教學評量方式

(一) 評量方式

- 1.課堂報告：30%
- 2.學期報告：30%
- 3.課堂參與：40%

(二) 考題設計

- 1.請試述職業災害勞工保護法之基本內涵
- 2.職業災害補償為過失責任主義抑或無過失責任主義？
- 3.職業災害應如何認定？是否以廠場為限？

第三節 團結與協商

壹、 團結自由基本權之理論

一、 團結與協商權之意義與重要性

勞工權利之保障，原係指對其生存權及工作權之確保而言，意即勞工「具有尊嚴之人之生存」及「合乎人的條件之工作環境」而言，此謂之勞工實質之基本權。與此相對的，團結權、協商權及爭議權三者，係為實現生存權及工作權實質內容所必須之勞工力量的保障，故有集體的基本權之稱。對此集體之基本權，學者多有稱之為勞動三權者。

勞動三權之團結權、協商權及爭議權，具有密切相互關連之關係，作為確保勞工生存之手段而受保障。因之，勞動三權係為確保所有勞工生存之基本手段，其本身並非目的。關於團結權、協商權及爭議權，團結權係最根源之基本權，而協商權對於其他兩者則具有目的與手段之關係。團結權既為根源之權利，則無勞工團結之前提，協商權與爭議權均無法實現。原在資本主義法秩序之下，勞工生存之確保應通過勞動契約之實現，團結與團體行動係於團體交涉中實現勞資之對等，或為導出有利團體交涉之手段，團結與團體行動本身並非目的，而「為爭議而爭議」法律上亦無何意義。

憲法保障勞動三權之立場，並非採取資本主義之自由主義之見解，故對於依據團體交涉無法解決之事項，勞工對於雇主之爭議權不受保障，況且勞動三權亦不得作為階級鬥爭之手段而受保障。依此意義，勞動三權以團體交涉作為主軸而立於密接之相互關連之關係，實際上具有與憲法中之財產權相互均衡之地位，亦即基於勞動三權能夠導出限制財產權之根據，至於勞動三權保障之界限，應以：基於勞資間團體交涉無法解決之事項，勞工對於雇主之爭議權亦不受保障為準。

勞動三權既具有相互密切之關連，且係為確保勞工生存之基本權，故僅承認特定職業之勞工之團結權而否認其協商權，其真正意義之團結權亦不被承認。然而基於爭議權行使影響社會之利益甚大，故雖承認特定職業勞工之團結權，並非當然即承認其爭議權¹。惟觀於勞動三權之保障具有前述相互之關連，且爭議權之行使係保證團體交涉之有利措施，原則上亦係不可或缺之基本手段，故勞動三權原則上應作為一體保障勞工，憲法依此

¹ 台灣司法院大法官會議釋字第377號對於教育事業技工、工友組織工會部分，基於憲法第14條結社權之保障而肯定之。「惟基於教育事業技工、工友之工作性質，就其勞動權利之行使有無加以限制之必要，應由立法機關檢討修正。」由此觀之，教育事業技工、工友雖有團結權，但協商權及爭議權卻不一定享有，問題是：如果連協商權都未享有，那麼藉由組織工會所欲形成之集體的壓力，必定大大的減低。

旨趣亦應作此保障之解釋²。惟針對特定的勞工，例外仍得對其爭議權、協商權予以限制或排除。此即為吾人前面所提的「割裂處理說」。

總之，由保障團結權之目的觀之，實際上亦需一併保障協商權及爭議權。蓋組織工會之主要目的係在於締結團體協約，所以必須賦予工會進行團體協商之權利，又為確保協商之能進行且終能達成一定的協議，必須賦予工會必要時有進行爭議之實力，以免雇用任意拒絕協商。學者嘗言：無罷工權保障之協商，對勞動者而言，實無異乎「集體行乞」(kollektives Betteln)³。此實為的論。反面言之，從雇主的角度出之，一旦其爭議的地位受到勞工爭議行為的影響而傾斜，必須依賴鎖廠回復平衡時，其當能行使鎖廠的爭議手段。不宜剝奪其鎖廠權。

二、 工會的成立要件

無論是由勞工所組成之工會或雇主組成之團結體(雇主聯盟)，其既係在追求較佳的勞動條件，即必須具備下列諸要件：

(1)純粹性

工會之組成份子為勞工，具有雇主身分者(例如委任經理人)不得加入⁴。以免稀釋工會的凝聚力與戰鬥力。一個由雇主與勞工共同組成之協合團體(Harmonieverband)並非是工會，因其並不具有團體協商之能力⁵。

不過，隨著勞工法令不斷地加強勞工參與的程度，工會也在實行部分雇主的職權，也有危及雇主純粹性之虞。例如工會對於雇主欲施行變形工時、延長工時、及女工夜間工作的同意權(勞基法第三十條、第三十條之一、第三十二條、第四十九條)。尤其是目前施行在國營事業中的勞工董事(國營事業管理法第三十五條)，由於其是在董事會執行董事的權限，其會相當程度影響雇主的純粹性，係一不言自明之事。

(2)自主性

工會必須是勞工自主的組織。必須在人事上、財政上、以及組織上保持獨立性。工會必須不受第三者控制，此第三者包括國家、政黨及雇主等⁶。因此工會的經費只可少數來自於國家補助，不可過量。又雇主雖可為工會由勞工薪資中扣除會費及提供最小限度的辦公處所，至於逾此之外之費

² 有關公共部門爭議行為之限制，請參閱彭常榮，勞動者爭議行為合法性研究-以醫師罷工為中心，中原財經法律研究所碩士論文，頁77以下，2004年6月。

³ Gamillscheg, Arbeitsrecht II, Nr. 320 (1) mwN; 黃程貫，由罷工權及工作拒絕權之法律性質談勞工集體休假，政大法學評論，第37期，頁109，1988年6月。

⁴ 參照工會法第13條及工會法施行細則第10條規定。

⁵ BVerfGE 50, 290 (368); Daebler/Hege, Koalitionsfreiheit, 1976, S. 59; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 13. Aufl., 2005, Rn. 171.

⁶ 黃程貫，勞動法，頁197以下，2000年2月；BverfGE 50, 290 (376); Soellner, Grundriss des Arbeitsrechts, 11. Aufl., 1994, 61.至於宗教是否會介入工會的運作、進而影響其獨立性？目前在台灣似乎尚未成為問題。

用補助，工會即不得接受，否則將無能力與雇主進行對等談判。其中代扣會費(check-off)的條款，要求雇主直接從會員的薪資中扣取會費，再交給工會，係台灣強制入會成敗的關鍵所在。連帶地，在強制入會之代扣會費，其影響工會獨立性的機率，當然要遠大於自由入會下的代收會費行為。而且，工資係勞工生活的主要來源，勞基法且要求雇主應全額直接給付給勞工，現在團體協約中約定雇主代收會費，該約款有無抵觸勞基法的規定而無效？針對雇主直接扣費的行為，主管機關可否依勞基法第二十七條之規定，限制雇主補足差額的工資？這些都是有待釐清的。

至於工會與政黨的關係，也應該保持一定的界限。也就是說不應該受到政黨的 control、主導。以免失去其本身為經濟團體、而非政治團體的本質。這雖然在全國層級的總工會、產業別的總工會與職業別的總工會，由於涉及法規的制定及政治訴求的推動，而無法避免求助於政黨的支持。但也不可偏離其自主性的路線。雖然如此，工會與特定的政黨保持一定程度的互動及合作，實際上也很難禁絕。比較有問題的是：工會是否可以為特定政黨助選、募捐、要求會員支持特定候選人？對此，本文以為工會幹部的政治信仰或與會員不同，不應該強迫會員為特定政黨助選或繳交政治獻金或其他名目的捐款、並不得要求會員支持特定候選人。至於工會幹部個人的助選活動，恐怕法律難以禁止。畢竟，想要以警察法規或其他行政法規、刑事法規阻止工會幹部的政治活動，恐怕已不符合時代的趨勢。重要的是，每個幹部均必須為其選民（會員）負責，無論是幹部的各種作為或想要競選連任，都必須通過其選民的監督及同意。

(3)以維護及促進勞動條件與經濟條件為主要目的

工會的源起既係為改善勞工經濟上的弱勢，故其主要目的是要向雇主要求勞動條件與經濟條件之維持、改善，除此之外，工會並得附帶地從事福利事業以及政治、社會運動，亦即工會具有經濟性功能、社會性功能及政治性功能，但經濟性功能為其主要目標⁷。

(4)持續性

工會必須係一具有持續性的團體，持續地與雇主協商勞動條件的改善，而不是只為特定目的之一時性團體(Ad-hoc-Koalition)。故為避免被判定為不法的野罷工(wilder Streik)所一時組成之團體，不得被視為工會⁸。亦即不可以只為單一的目的而成立。在此，成立工會之目的在罷工，而非在團體協商，而且該工會嗣後又進入靜止狀況、或甚至淪落於解散的狀況。因此，自無承認其為工會的必要性或合理性。但是，假設雇主不願意調整勞工的勞動條件，勞工因此集結一定的人數成立工會，且其也完成了工會

⁷ 陳繼盛，我國工會法制之研究，行政院勞工委員會委託研究，頁6以下，1994年6月；Sugeno, Unions as social institutions in democratic market economies, International Labor Review 510-522 (1996).

⁸ BAG v.14.2.1978, DB 1978, 1403; Hanau/Adomeit, a.a.O., Rn. 167.

法第八條所要求的登記程序，則其續行協商或之後進入爭議行為，並且其後持續關心及協商勞動條件，則其持續性的要件應已具備。自無否認其具有工會成立要件之必要。

(5)為求目的之實現，必須具有進行爭議之實力

工會為達到其改善勞動條件與經濟條件之要求，雖不至於每次均必須進行爭議行為，但其必須具有進行爭議行為之認識、意願與能力(Durchsetzungsfähigkeit)，亦即其必須具有社會壓力(soziale Machtigkeit)⁹。須注意者，依據德國聯邦憲法法院的見解，只要具有施加壓力的能力，即社會壓力即已足，並不須要(隨時)準備進行爭議行為(Arbeitskampfberetschaft or Streikberetschaft)¹⁰。不過，此一社會壓力係針對工會而言，倒不能作為雇主防禦的藉口。亦即，在廠場或企業協商團體協約時，雇主不得主張其未具有社會的壓力、且無團體協商的能力，因此，工會不能進行罷工¹¹。

工會此種具有施加壓力的能力，目的是在避免「假象的團體協約」(Scheintarifvertraege)的出現。也就是說，工會確實與雇主協商並訂定符合其須要的勞動條件及其他條款，而不是單純或大體上照抄勞基法的規定而已。而且，一旦工會具有社會壓力，雇主當然無法拒絕協商或不認真協商、或甚至讓工會輕啟罷工的大門。所謂的雇主不當勞動行為也就不會出現或者其機率會大大的降低。因此，要求工會必須具有施加壓力的能力，並不只涉及工會協商的成敗，更會牽涉到台灣是否要在團體協商制度中、加入不當勞動行為及裁決之制度。對此，假使工會不思自己增強實力，而是回頭期盼雇主與其誠信協商，不成時，再回頭求助於立法者為其所設置的不當勞動行為及裁決的制度，那麼，可以預見未來台灣集體協商及爭議行為的實務操作，將會如目前一樣的原地踏步。孰令致之？

三、 工會的種類

台灣目前就工會組成份子及範圍分為產業工會及職業工會：

(1) 產業工會：同一區域或同一生產事業單位及交通、運輸、公用等事業機構內，由各部分不同職業工人所組織者，如造船廠內所有木做、鐵做、油漆等部門勞工聯合組織「某某造船廠產業工會」。

(2) 職業工會

⁹ 黃越欽，勞動法新論，頁369，2000年7月；BVerfG v.20.10.1981, DB 1982, 231; Daeubler/Hege, a.a.O., 71; Hanau/Adomeit, a.a.O., Rn. 168 ff. 如以此標準來檢視台灣的工會，那麼有為數不少的職業工會顯然不具有作為工會之條件。

¹⁰ BVerfGE 18, 18 = AP Nr. 15 zu § 2 TVG. 本案涉及基督教家事服務人員聯盟(katholische Hausgehilferinnenverband)。其章程規定：「本聯盟不能進行爭議行為」。如此，該聯盟可以稱得上是一個工會？從聯邦憲法法院的判決看來，只要其具有施加壓力的能力，即已具備工會的成立要件。

¹¹ 參見SAE 1991, Heft 7.

係一種職業聯合，為同一區域、同一職業之勞工聯合組織者，如泥水、木工、餐飲等職業工人，依職業分別組織之各該職業工會。

整體來看，台灣的工會結構在產業工會與職業工會上極不平衡。依據統計，1995年產業工會數與會員人數隨著產業外移及產業結構改變之影響，續呈遞減趨勢，工會數降為1,204家，會員人數598,479人，分別較1994年減少33家與38,616人，已連續第五年下降。至於在2006年第四季底，產業工會的數目更降到989家，會員人數為579,291人，又較2005年第四季底的1027家工會及618,006會員人數少。反之，職業工會則是續增至3277家，會員人數為2,399,682人，較2005年第四季底的3119家及2,368,798會員人數多。只是，從工會數及會員人數相較，職業工會在2005年第四季底的組織率為47.98%，高於2006年第四季底的47.15%。如以總工會而言，在2006年第四季底已經增加至69家，較2000年第四季底的25家成長近兩倍，可以說是增加速度最快的領域。

若從整體工會組織的現況特徵觀之，職業工會約佔80.5%，產業工會約佔19.5%。

四、 組織工會的自由

從勞動者團結權之國際法制化觀之，國際勞工組織(International Labour Organization 簡稱 ILO)自1919年成立後，即為提高各國勞工標準，建立社會正義而不遺餘力。其中與勞動者團結權有關者有：第87號結社自由及組織權之保障公約(The Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948)、第98號組織權與團體協商權公約(The Right to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949)、第135號公約與第143號建議書，以及第151號公約與第159號建議書(26)。而第87號公約及第98號公約且為國際勞工組織於今年選為7項「核心國際勞工公約」之一(27)，可見其重要性。依據結社自由委員會認為，單元化工會組織並不違反結社自由原則，同時第87號公約並不限定工會組織為多元化，但仍應使工會組織有多元發展之可能性。第87號公約規定，勞動者有權設立或參加工會組織，無需經事前核准。最後，第87號公約第五條規定，工人團體應有權成立或參加聯合組織。由此看來，國際勞工組織第87號公約及第98號公約對於勞動者團結權之保障，亦僅從其實質要件考量，而不及其形式要件。

對於結社自由及組織與團體協商權利的保障，除了國際勞工組織以條約及建議書加以明定外，聯合國人權宣言、經濟、社會與文化權利公約及其他各國多邊、雙邊條約中，亦一再被宣示應加以保障。亦即在其他的勞動條件方面，也許必須要考量各國發展的狀況而作不同的處理，但在結社自由、組織與團體協商權方面，則必須是國際成員—不問是已開發國家或開發中國家—一致遵行的。經由這些國際勞動基準的實施，才能確保經濟成長的果實能為勞工所分享(28)。基此，我國既為國際社會的成員，且正

積極著手加入國際組織，那麼對於在我國尚未真正落實的勞動者團結權及協商權的保障，自應依照國際規格來加以建制。

五、 工會一元化 v. 工會多元化

在一個企業、一定產業或職業、一個地區及一個國家內不允許多數同類工會組織並存者，稱之為單元式工會組織。若在一個企業、一定產業或職業、一個地區及一個國家內允許多數同類工會組織並存者，則稱之為多元式工會組織。依據結社自由委員會認為，單元化工會組織並不違反結社自由原則，同時第 87 號公約並不限定工會組織為多元化，但仍應使工會組織有多元發展之可能性。

至於工會聯合組織亦同，若在一定產業或職業、一個地區及一個國家內不允許多數同類工會聯合會之組織者，為單元式工會聯合組織。若允許多數同類工會聯合會組織者，則為多元式工會聯合組織。多元式工會組織以保障勞工之團結自由為其著眼點，但亦造成多數工會之競爭削弱集體交涉之力量，又單元式工會組織對於勞工團結自由之保障有所限制，而其集體交涉力量可得集中。但多元式工會組織或單元式工會組織其孰者較易達成集體協商之目的，則視工會成員得意志是否集中，以及是否受到雇主左右而定。

六、 自由入會 v. 強制入會

採取自由入會的看法者，認為勞工有權決定是否組織或加入工會。至於採取強制入會者，則認為勞工均有加入工會的義務。兩者的差別點，是前者保障消極的團結權，而後者則是否定消極的團結權。

一般所謂積極的團結權，係指勞工或雇主有權組織、選擇並且加入一個團結體（工會、工會聯盟、雇主聯盟）、留在團結體、在團結體內活動、以及加入另一個團結體的權利。此一積極的團結權，是過去數百年勞工運動所亟力爭取者，因此也是憲法有關團結自由權之規定首先欲保障者。此一積極團結權之保障，目的是在於免除受到國家、公權力機關、以及任何私人的侵害。

至於所謂消極的團結權，係指個別的勞工或雇主不組織團結體、不加入團結體、或退出團結體之權利；其係積極團結權的一體兩面（人民有信仰之自由，當然也有不信仰之自由；有遷徙之自由，當然也有不遷徙之自由），德國工會一向作此主張。此種權利是為了對抗來自於同一方(eigene Seite)的不當或不法侵害。也引伸出：團結權不是只有在保護社會自治當事人(soziale Gegenspieler)間的關係而已¹²。

有關消極團結權的憲法上的依據，早就有學者認為消極的團結權僅為憲法第二十二條之一般自由的保障而已。甚至，也有少數學說認為消極的

¹² Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, 105.

團結權並不為憲法所保障。無論如何，本文既然主張積極團結權的憲法根據是在第二十二條，則消極的團結權亦應作相同對待。

七、 團體協商的權利與義務

勞工組織工會的主要目的，是在於進行團體協商及訂定團體協約，而不在於進行爭議行為。畢竟，憲法所保障之團結權、協商權及爭議權都只是手段而已，而非目的，亦即其終極的目標都是在爭取勞動條件的改善及進而改善勞工的生活。所謂「為了組工會而組工會」「為了協商而協商」「為爭議而進行爭議」，均不符合集體勞工法的原始意義。

從團體協約自治來看，勞工是否組織工會、是否進行協商、以及是否進行爭議，都是由其自行決定。現行勞動三法並無工會或雇主必須進行協商的規定。惟修正中的團體協約法修正草案第六、七、八、及三十五條規定了工會及雇主對於他方的協商請求權（不得拒絕協商、不得限期提出對應方案、以及不得拒絕提供合理協商所必要之資料等）、以及一方違反時之行政罰鍰。立法理由說明中應指出係參酌美、日、韓三國之立法例，雇主及工會均有協商之義務。並且考量工會實力現況，需政府一定程度之介入，透過一定金額之處罰，較能真正落實誠信協商之保障，故明定經勞資爭議處理法裁決認定違法者，課予罰鍰。

對於承認工會或雇主之協商請求權，實際上必須與承認工會或雇主之爭議目的及爭議手段一併思考。工會係一公益性的社團法人，其成立應具備一定之條件（純粹性、自主性、以維持或改善勞動條件與經濟條件為主要目的、持續性、為求目的之實現，必須具有爭議之實力），因此係在代替國家進行一定的公共任務。也是因為從這個角度出發，工會及工會聯盟始能原則上免除公平交易法上「壟斷或聯合」（工資之訂定）的制裁。

因此，承認工會有協商請求權，將會衍生如下之問題：1.其所以成為工會之前提（尤其是為求目的之實現，必須具有爭議之實力）將隨之喪失，工會的鬥爭實力也將更難以形成；2.接著，目前實務上較偏向政治運作之工運團體，是否有可能被納入工會對待？3.由於爭議行為本身在促使雇主進行團體協商，法律上既然承認工會有協商請求權，是否也應相對地限制工會之爭議行為？4.國家為了落實協商請求權，甚且以行政制裁對待之，是否已介入太深而違反國家中立原則？

八、 協商議題的選定

有關協商的議題，必須限於與勞動條件有關者，始會具有團體協約法規範的效力。如非勞動條件之事項，則只具有債法上的效力。

此處之勞動關係之事項，原本應係指有關勞動契約之內容、訂立、以及終止之事項而言。但立法者在第一條第二項加入了四種事項，「視為」勞動關係處理（修正草案第一條第三項），擴大了團體協約的適用範圍，係一值得肯定的作法。此觀德國團體協約法第四條第一項下半段規定，也

將法規效力準用於團體協約有關廠場的(betrieblich)及企業組織法的(betriebsverfassungrechtlich)事項，似乎有異曲同工之效。只不過，將台灣與德國的立法兩相比較，顯然德國廠場的及企業組織法的事項的範圍廣了許多，也與勞工的勞動條件較為實體有關，例如廠場的工作規則(Ordnungsnorm)¹³及擴大勞工參與的權限。再以勞工參與而言，由於團體協約法第一條第二項第二款只規定「一企業內之勞動組織」(修正草案第一條第三項第二款則是規定「一企業內勞動組織之設立及利用」)，並未觸及勞動組織之權限，因此，勞資會議實施辦法第十三條所規定之議事範圍，並未受到變更或擴大。

較為可議的是，修正草案第一條第二項有關勞動關係之規定。依之，「前項所稱勞動關係，係指當事人之一方，對於他方在從屬關係上提供職業上之勞動力，他方給付報酬之契約『等』¹⁴關係。」此一規定，似係參酌一九三六年十二月二十五日國民政府制定公布(但未施行)的勞動契約法第一條的規定而來。雖然該用語並未指出，那些當事人間之關係係勞動關係，但如從對於私法上勞工之定義「勞工，係指一方當事人(基於私法上之契約關係)對於他方、在從屬關係上提供其職業上之勞動力之人而言。」推知，該勞動關係當係指基於私法上勞動契約而提供勞務而言。

對於勞動條件可以作為團體協商、團體協約及爭議行為之對象，我國學術界及實務界迨都認為自然之理。然而，其他之非勞動事項是否可以作為對象？範圍多廣？例如雇主之經營管理事項、人事事項。此迨因我國向來並不區分為應協商、得協商及不得協商之事項，所使然¹⁵。即使是團體協約法修正草案第十四條，亦只是規定「團體協約得約定下列事項」。只是從團體協約法修正草案第一、三、十四、二十二條等規定觀之，我國的團體協約對象已不侷限於核心的勞動條件，只不過團體協約對於非勞動條件之約定，並未具有法規性效力及不可貶低性。也就是只具有債法上的效力。

至於這些非勞動條件的事項，包括 1)協商程序之約定，2)是否向中立團體申請仲裁之約定，3)維持性工作之約定，4)代扣工資為會費之約定，5)是否提供工會辦公處所及其中資源之約定等。

九、 團體協約的內容與效力

依據團體協約法第十六條上半段之規定，「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訂勞動契約之內容，如勞動契約有異於該團體協約所定之勞動條件者，其相異之部分無效；無效之部分，以團體協約之規定代之。」此即為團體協約對於勞動關係具有規範性的效力，

¹³ 具體而言，如工廠的門禁規定(Torkontrolle)。

¹⁴ 該「等」字係一贅文，應刪除之。

¹⁵ 德國團體協商之對象，向來奉行核心部分理論(Kernbereichtheorie)，排除人事事項及勞工安全事項協商之可能性。

它（就如法律一樣）具有強制的效力。此一如同法律效力的反面是團體協約的當事人均負有和平的義務(Friedenspflicht)。基此，團體協約乃具有取代勞動契約之效力。而為了發揮此一替代的功能，當然不能任由當事人自由決定是否締定團體協約，而是應該賦予當事人之一方可以實力迫使他方屈服與之締定團體協約。在此，乃有團體協約自治保障、尤其是爭議行為保障之出現。

詳言之，契約自由係立基於一個市場所產生的競爭上。一個人可以不締定任何契約。他可以挑選其它的競爭者來締定契約¹⁶。但基於能夠締結團體協約的當事人較少，上述所言者，並無法全然適用於團體協約。與此相對者，尤其是工會，係依附於團體協約的締定。雖然針對與勞動關係有關者（勞動關係之締結、內容及其結束），團體協商當事人原則上可以自由決定是否協商及是否簽締團體協約。但是，假使雇主可以毫無憂慮地拒絕協商，則將只能回到勞工保護法求助。此顯然並不恰當。團體協約自治因此必須創造出一代替物，以便基此能強迫團體協商之他造與之締定團體協約。在此範圍內，雇主的協商自由乃經由一可導致對手屈服的合法的爭議行為的壓力，而受到限制。為了此團體協約，爭議行為(Arbeitskampf) - 主要是罷工(Streik)，但鎖廠(Aussperrung)亦是 - 乃肩負起此一任務。勞資爭議法(Arbeitskampfrecht)因此亦屬於團體協約自治之範疇。勞資爭議法補充了團體協約法。以下即針對團體協約之效力加以說明之。

十、 團體協約餘後效力問題

團體協約的延後效力(Nachwirkung)，表示團體協約已屆期滿，只有直接的效力，而無強制的效力。依據德國團體協約法第4條第5項規定，「團體協約已屆期滿，其規定的效力，於被其他的約定(Abmachung)取代之前，繼續適用。」其所謂「其他的約定」，包括團體協約、企業協定(Betriebsvereinbarung)、以及勞動契約等。延後效力之目的，在於確保法律安定性。須注意者，一個只具有延後效力之團體協約，並無和平義務之債法上的效力。因此，幾乎每日均有爭議，例如警告性罷工(Warnstreik)。除非當事人雙方約定延後效力期間，仍然存在和平義務。

一旦團體協約適用期間屆滿，則勞資任何一方均可以勞動契約、勞資會議決議、或團體協約等，約定變更勞動契約的工資及其他勞動條件。尤其是勞動契約的適用空間最大。但是，以雇主而言，如其未採取上述措施，那麼，原來的團體協商的條件就會繼續適用下去。在實務上，餘後效力之規範，常發生在工會與雇主的團體協商未能在舊約屆滿前達成合意時。因此，此種規範的設立，某種程度也是在避免雇主一再拖延簽訂新的團體協約而來。

貳、 案例引導

¹⁶ 一般所稱強制締約的案例，並不包括勞動契約在內。

一、 選擇原因

由於工會具有社會團體的本質，其參與社會公益活動乃屬不可避免。問題是：假使工會理事或理事長長期地請假參與其他工會的活動，是否會掉入勞基法第 11 條第 5 款之「不能勝任工作」之適用範圍？

二、 案例事實

原告擔任被告公司中之產業工會的常務理事及理事長，經被告以其熱衷工運，無心工作，未依規定請公假，民國 78 年度之工作績效全無，確不能勝任工作，援依公司工作規則第 16 條第 5 款、勞基法第 11 條第 5 款規定，予以資遣。原告不服，起訴請求確認僱傭關係存在。

三、 案例爭點

(1) 對於勞基法第 11 條第 5 款之「勞工確不能勝任工作」，最高法院採取包括勞工客觀上的無工作能力及主觀上的無工作意願的見解，此一見解是否有誤？蓋台灣大多數學者的見解，認為僅限於客觀上勞工年齡過大、無學識能力等情形，此等事由之出現均不可歸責於勞工。

(2) 那麼，針對勞工主觀上無工作意願，是否已表示其有可歸責之原因，應視其情節是否嚴重，而分別依勞基法第 12 條第 4 款「違反勞動契約或工作規則情節重大者」予以解僱，或者給予其他手段的懲戒處分？

(3) 另外，有問題的是，最高法院認為工會會所雖已不在公司內，但工會理事長為完成工會之任務，似有借助公司內資料及設施、連繫會員及與資方洽商等情事之必要，故應可請求進入該公司。蓋此一問題涉及雇主是否又提供工會會所之義務/或者工會有無權利要求雇主設立會所於公司內？

(4) 承上之問題：工會的任務似有多項，但實者似應僅限於團體協約之締結與爭議之調解而已（團結會員互助合作、增加生產，以及研究改進生產技術、提高品質，本來就不是工會的任務），工會幹部為執行此類工作，是否非得進入公司不可？在公司外難道就無法協商、調解爭議？

四、 判決要旨

最高法院判決意旨為：「查勞基法第 11 條第 5 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，所謂『確不能勝任工作』，非但指能力不能完成工作，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。」觀其廢棄理由有二：一、設如原告有打卡，未遭登記曠職，但卻經常擅離工作崗位，甚且違法未請公假而處理工會事務或參加工會活動之情形頻繁，能否謂其無違反勞工忠誠履行勞務誌義務，被告公司不得終止僱傭契約，即不能無疑。二、產業工會雖已遷離公司，但為執行工會任務，原告似有借助公司內資料及設

施、連繫會員及與公司洽商等情事之必要，被告公司似不得無故拒絕原告進入公司執行該工會之會務之行為。

五、 重要法律規定

(一) 勞動基準法第 11 條第 5 款規定：勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。

(二) 勞動基準法第 12 條第 4 款規定：違反勞動契約或工作規則，情節重大者。

(三) 工會法第 5 條規定：工會之任務如左：

1. 團體協約之締結、修改或廢止。
2. 會員就業之輔導。
3. 會員儲蓄之舉辦。
4. 生產、消費、信用等合作社之組織。
5. 會員醫藥衛生事業之舉辦。
6. 勞工教育及托兒所之舉辦。
7. 圖書館、書報社之設置及出版物之印行。
8. 會員康樂事項之舉辦。
9. 勞資間糾紛事件之調處。
10. 工會或會員糾紛事件之調處。
11. 工人家庭生計之調查及勞工統計之編製。
12. 關於勞工法規制定與修改、廢止事項之建議。
13. 有關改善勞動條件及會員福利事項之促進。
14. 合於第 1 條宗旨及其他法律規定之事項。

參、 理論及案例在教學中的呈現

一、 重要議題及思考方向

1. 認識工會的功能。
2. 強制入會與自由入會之比較，以及世界上多數國家的選擇。
3. 台灣職業工會的功過及其協商權、爭議權之探討。
4. 不當勞動行為設計之再探討。

5. 提供民國八十二年六月桃園縣美商台灣克林登股份有限公司罷工及鎖廠事件作為探討。¹⁷

二、 活動設計

1. 以小組討論的方式，檢驗現行工會法及團體協約法之法制缺失。
2. 以參訪的方式，造訪具有活動力的工會，並且與嘉義市職業總工會進行座談，了解其所面臨之問題。

肆、 教學評量方式

一、 評量方式

- (一) 課堂報告：30%
- (二) 學期報告：30%
- (三) 課堂參與：40%

二、 作業與考題設計

- (一) 甲是某大學二年級學生，18歲。其應徵某公司(乙)擔任工讀生，負責加油站的一些工作。甲入公司後不久，就想加入乙公司中的工會(丁)。但遭到了以工會章程中有一個條文「本工會不接受部分時間工作者申請入會」而被拒絕。問：該工會章程條款有無違反禁止歧視原則？
- (二) 請解釋何謂「封閉工廠條款(closed shop)」。現行勞工法令中，何處有封閉工廠條款之規定？雖然如此，其有無牴觸團結自由基本權？
- (三) 乙工會甚不喜歡雇主甲所委任的經理人丙。乙是否有權以團體協商的方式要求甲撤換丙？乙是否可與甲在團體協約中約定「公司委任經理人以工會會員為限」？

三、 參考答案

- (一) 有關勞工加入工會條件之限制不得違反平等待遇原則，亦即不得以種族、宗教、政治信仰為由，而拒絕入會。但勞工如參與左派或右派激進團體的活動，因其追求違反憲法之目的，與其擔任工會成員的身份不合，工會即可於章程中或以作成決議的方式，拒絕勞工入會(台灣人民團體法第2條)。另外，如果勞工已具有競爭團體成員的身份，因其有可能從事不忠於工會的行為，工會亦可在章程中明定拒絕其入會。有問題的是：工

¹⁷ 本案詳細過程，請參閱黃雪珍，社會變遷中集體協商權應有之法規範研究，國立中正大學勞工研究所碩士論文，頁5以下，2006年1月。

會可否排除部分工時勞工之入會？這是因為工會憂慮非典型工作者會導致全時工作者的勞動條件降低、甚至導致其被解僱，所採取的反抗措施。另外，工會一旦同意納入部分時間工作者，馬上會面臨下一個問題：在代表權上，部分時間工作者（例如每日工作 4 小時者）的選舉權是與全時工作票票等值？還是依比例計算？例如上例的每日工作 4 小時者，只有「半票」選舉權，如果是每日只工作 2 小時者，更是只有（四分之一票）的選舉權？或者說選舉權的多少也是依據章程自治原則處理？此一問題會涉及權力的分配及代表權的正當性問題，如以公平合理原則觀之，似乎應依比例計算代表權及選舉權，不宜依據章程自治原則處理。雖然如此，此一代表權及選舉權問題的解決，或許仍無法改變工會對於部分時間工作者所可能導致勞動條件降低的疑慮，因此，似乎宜讓工會依據章程自治原則自行決定部分時間工作者的入會條件（含拒絕其入會）。

- (二) 台灣團體協約法第 8 條之規定，「團體協約得規定雇主僱用工人，限於一定工人團體之團員。」此即為封閉工廠條款。

此種條款係工會安全條款的極端表現，對於工會組織的維持與發展最為有利，但卻對於勞工消極的團結自由侵害最嚴重。造成非會員僱用上的受到歧視。另一方面，雇主的企業經營權及用人權限也受到擠壓或侵害。因此，在德國法上係違反基本法第 9 條第 3 項而違憲，在美國法上則在 1947 年勞資關係法 (National Labor Relations Act, NLRA) 宣告其為違法。

- (三) 團體協商之對象必須具有團體協約相關性，不得觸及雇主之經營管理事項及人事事項。即使約定，亦應該無效。

第四節 勞資爭議

壹、勞資爭議之基本理論

一、勞資爭議的意義與種類

勞資爭議與「爭議行為」的概念並不相同。如屬集體性(此可由罷工、鎖場推知)之「為達成爭議當事人主張所為阻礙事業正常運作或對抗之行為」,即為爭議行為,而為勞資爭議處理法所處理之對象。至於勞資爭議有發生爭議行為狀態者,亦有未發生爭議行為者;爭議行為至多為達到爭議之手段,而僅指勞資爭議之一種狀態。故就狀態言:已發生爭議行為者,固然屬於勞資爭議之範疇,然縱未發生爭議行為,亦非當然不屬勞資爭議,蓋爭議行為之未發生,有受限於法律之規定,亦有爭議當事人一方尚在觀望對方對其要求事項之承諾而未付諸爭議行為者。

至於在勞資爭議的種類上,可以其爭議內容及其爭議當事人為分類基準,區分為(1)權利事項之爭議與調整事項之爭議;(2)個別的爭議與集體的爭議。

(1) 權利事項之爭議與調整事項之爭議

所謂「權利事項之爭議」,是指以勞資雙方基於法令之規定或契約之約定,主張現在權利之有無為其爭議之內容。其有待解決之爭議問題,係權利之存否、內容及額度問題。此類問題之解決,需要由司法人員確定事實並適用法規,原不宜以行政的手段(協調、調解、仲裁)加以解決爭議。

至於所謂「調整事項之爭議」,係指勞資雙方基於經濟社會情況之改變,主張將來勞動條件可否予以調整為其爭議之內容,其有待解決之問題係應否調整勞動條件及調整幅度大小之問題。由於此類問題須要了解經濟社會變動之實況及調整勞動條件之必要性如何為斷,就其處理行為之性質而言應屬行政範圍,允宜由勞工行政人員協助處理。

(2) 個別的爭議與集體的爭議

所謂「個別的爭議」,是指個別勞工與雇主就其勞動契約有關問題所為之爭議。其爭議當事人為個別的勞工,而非工會及雇主聯盟。個別的勞資爭議通常多以權利事項為其爭議之內容,因此司法機關所處理之勞資爭議以個別的權利事項之爭議為主。

至於所謂「集體的爭議」,是指工會或有組織之多數勞工與雇主或雇主聯盟為其所屬會員有關勞動關係之問題或相互間有關問題所為之爭議。其爭議當事人為勞方時必為工會或多數有組織之勞工,即以團體為權義之爭議主體。集體的勞資爭議通常多以調整事項為其爭議內容,因此行政機關所處理之勞資爭議以集體的調整事項為主。

二、 勞資爭議手段的合法性

勞資爭議行為雖亦為民事行為之一，但因民法僱傭之規定全然立於市民法契約自由之觀點，無法予勞工實質之保障，如一旦發生爭議行為即以民法之債務不履行及侵權行為令其賠償，甚且課予刑事責任（如脅迫、侵入），而雇主亦可趁機加之以罷工者懲戒責任，如此將有背於憲法保障之原意，故學者認為應確立勞工之基本權，以修正市民法上僱傭之理論，於正當之爭議行為阻卻勞工之責任。即學者於此亦非認為勞動基本權全面地優於憲法上所保障之其他權利，實應與其他權利相調和，於此，學者間或法院漸有以「正當性」作為判定之基準者，認為爭議行為於具有正當性時即可免於民事責任、刑事責任及懲戒責任。

爭議行為之實施必須以和平方式為之，不得涉及暴力行為。蓋勞工所謂之團結權、協商權之行使，以無形之力即為已足，而不應擴及物理的、有形的力。故以有形力之強制，當然不在勞動法保障之列¹。如前所言，罷工係勞工在與雇主進行團體協商之際，不服從雇主所提出建議與見解，而期望勞動條件之維持或較佳勞動條件之實現，因自工作場所撤退，集體地脫離雇主之勞務指揮權之謂。因此，其手段限於消極地勞務不提供。故若逾此而以積極之手段對機器或製品加以破壞、毀損（這通常是經由附屬的爭議行為所為），則不具合法性。亦即行使暴力究不能解釋為工會之正當行為，而為爭議權之濫用。又爭議權既僅應為消極之不作為，則實不宜允許生產管理，以免侵害雇主之經營管理權與財產權。台灣相關之規定見之於工會法第26條第2項及第29條第1款至第6款²。

另爭議行為之手段須具備誠信原則與公正原則，因此項謹守過度禁止原則 (Uebermassverbot)、最後手段原則及比例原則 (Verhältnismässigkeit)³。為遵守比例原則，爭議行為不得以毀滅對造為目的、爭議行為中應繼續維持性工作(Erhaltungsarbeiten)、爭議行為中應繼續緊急性工作(Notstandsarbeiten)⁴。

三、 不當勞動行為

工會法中另一項待檢討的規定是「不當勞動行為」。雖然工會法第三十

¹ 陳繼盛，勞工法論文集，頁387以下。勞資爭議處理法修正草案第48條第3項規定，爭議行為不得以暴力為之。

² 黃程貫認為工會法第26條第2項之限制，其實已逾越憲法第23條之必要限度，故應予以廢止或適當修正，而在未能修法之前。對工會法第26條第2項之適用應予以嚴格解釋，不應任意適用之。一工會法第26條第2項之適用範圍應嚴格解釋為只適用於非和平性之爭議動作，若是和平性之罷工動作應不受該條之限制。一該條項應只限於非和平性之爭議動作或逾越為確保進行有壓力效果之罷工行動的可能性而有必要之其他爭議動作始應受該條項之限制。黃程貫，勞動法，頁268以下，2000年。

³ 關於比例原則在憲法上意義之說明，請參陳新民，中華民國憲法釋論，頁174以下，1995年9月版。如以爭議行為而言，爭議之目的及行為必須相互配合，不應出現「以大砲轟小麻雀」(mit Kanonen auf Spatzen schießen) 之情形。

⁴ 楊通軒，集體勞工法，頁98以下，2007年。

五、三十六、三十七條已針對雇主的不當勞動行為加以規定，然而其審理權限係歸法院所管，對於熟悉雇主反工會行為的勞工行政主管機關，反而無權處理。而即使法院判決雇主對於工會幹部、會員或一般勞動者有工會法第三十五、三十六、三十七條等情形，但雇主仍不遵循法院判決行事（如解僱違法，但雇主不讓其復職），則勞工行政主管機關亦莫可奈何。為此，亟需修正強化不當勞動行為的處理。當然，為示對於中立原則之遵守，工會法中亦需規定有工會的不當勞動行為。

雖然如此，從根本上來講，不當勞動行為之規定，實際上仍然某種程度地違反集體勞工法之法理。蓋既然工會及雇主團體係為憲法所保障之組織體，且其協商及爭議亦受到憲法的保障。則勞工及雇主即應自行思考如何組織其團體、如何與對方協商、以及如何進行爭議，亦即其所恃者為自有之力，而非再轉而要求國家以不當勞動行為，對於他方予以制裁。如此一來，將不利於工會或雇主團體協商及爭議實力的形成。此種不當之規定，同樣出現在團體協約法修正草案第六條以下之「協商請求權」的規定中，值得吾人深思。

四、 勞資爭議調解制度

調解乃指爭議發生時，勞資雙方無法自行獲得和解而由法定之機構或其他第三人周旋於爭議當事人之間，調查雙方之要求作成適當之建議使當事人作成妥協之制度。調解機構可以是政府人員、一般人民或中立之專家組成。調解之成立，以雙方當事人之自由合意為要件，國家並不加以強制。

理論上，調解可以區分為任意調解及強制調解。前者，必須由雙方當事人共同合意並提出申請，始會發動。後者，是由當事人一方申請或由國家機關主動發動調解程序。台灣勞資爭議處理法第九條第三項即有強制調解之規定。本來，只有在強制調解之情形，團體協商當事人始應停止爭議行為。不過，台灣勞資爭議處理法第七、八條即使在任意調解之情形，亦禁止當事人進行爭議行為。此種規定，完全無視該調解是雙方同意進行或國家片面強制進行，一律剝奪社會自治當事人之爭議權，顯然並不恰當。

五、 勞資爭議仲裁制度

對於勞資爭議之仲裁，在我國係單指為締結團體協約時所發生之爭議，而由仲裁機構進行仲裁而言，與德國之仲裁兼指包括為締結團體協約及企業協定所生之爭議，而由仲裁機構進行仲裁者，不同。德國有關對於勞動條件之集體規定，係由雇主或雇主聯盟與工會或員工代表會(Betriebsrat)所共同談判協商或對話，而將其結果訂定於團體協約或企業協定(Betriebsvereinbarung)。協商或對話未果時，雙方可採行之行動如下：任令原來之法律狀態存續下去；其中一造採行爭議行為以貫徹其要求；或者採行仲裁程序對雙方爭議之標的進行仲裁⁵。進一步言之，為了調和雙方之

⁵ Soellner, Grundriss des Arbeitsrechts, 11. Aufl., 111 f.

利益，在團體協商之範圍可進行爭議行為，而兩造在此範圍所進行之仲裁稱之為「狹義之仲裁」；反之，在企業組織法之領域，由於要求充滿信任的合作，因此雙方並不得進行爭議行為，而必須於仲裁委員會(Einigungsstelle)進行強制仲裁，此一仲裁稱之為「廣義的仲裁」⁶。

對於仲裁之定義，各家看法並不完全相同。我國學者謂：「仲裁乃指爭議發生時，勞資雙方無法自行獲得和解，而由法定之機構就勞資爭議之情況調查後，作出解決之決定而要求爭議當事人接受之制度⁷。」至於德國學者則認為：仲裁，係指為幫助解決一集體的爭議以締結一集體的協議(Gesamtvereinbarung)所提供之助力(Hilfeleistung)⁸。依據歐洲社會憲章(Europäische Sozialcharta, ESC)第6條之規定，為了確保集體談判權利之有效進行，聯邦德國負有促進設立適當的調解的程序(Vermittlungsverfahren)及任意的仲裁程序(freiwillig Schlichtungsverfahren)之義務⁹。

惟仲裁人並未被賦予提出一最正確解決途徑之義務，而只是應提出一適當的建議，以避免當事人採行爭議行為。需注意者，仲裁的目的在於期能迅速公平解決勞資爭議，而並不在於貫徹經濟上的適當的分配政策，國家如為維護特定勞動者族群之最低薪資，必須以制定最低工資法或最低勞動條件法(Gesetz ueber die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen)的方式為之¹⁰，而不得命令雙方當事人至官署仲裁或給予仲裁人具拘束力之指導綱領，否則將有違團體協約自治與國家中立原則。

貳、 案例引導

最高法院八十四年度台上字第一零七四號民事判決

一、 選擇原因

在勞資爭議當中，勞工及工會常會以各種爭議行為向雇主進行經濟性的施壓行為，究竟有那些爭議行為係合法的？有那些係非法的？又，爭議行為是否宜區分為主要的爭議行為及附屬的爭議行為？

二、 案例事實

本案原告係一客運股份有限公司，被告係司機。被告席地坐於欲發車之大客車前，阻止其同事發車載客，並施以恐嚇，使其不敢發車。又將另一司機所駕大客車由停車場駛至該站門口停放，並將輪胎放氣，以阻礙其他車輛進出。被告則以其係上訴人公司產業工會常務理事。經由該工會於

⁶ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl., 1641.

⁷ 陳繼盛，各國勞資爭議處理制度之研究，行政院勞工委員會委託，頁17，1991年6月。

⁸ Brox, in: Brox/Ruethers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Rn. 683; MuenchArbR/Otto, § 286, Rn. 1.

⁹ 附帶一言者，美國學說認為：「仲裁，係指爭議當事人依其合意或法律規定，將其紛爭交由一或一以上之第三者，以取得一終局並具拘束力(final and binding)之裁決」。參蔡信章，美國勞資爭議仲裁制度之研究，中國文化大學勞工研究所碩士論文，頁12以下，1996年12月。

¹⁰ 德國的最低勞動條件法已於1952年1月1日公布施行，但該法僅在團體協約當事人不存在時，始有適用之餘地。

80年9月20日第一次臨時會員代表大會決議，執行支持會員之合法休假行動。

三、 案例爭點

【1】最高法院雖然認為：「集體休假係勞動關係中休假權利之合法行使，而非以違反勞動契約為手段」，而肯定其合法性。但是，此一見解似乎有誤，必須再加探討。

【2】本案中，由於被上訴人不僅本身拒絕提供勞務，且有下列行為：坐在車前阻止他人發車、恐嚇他人不得發車、將輪胎放氣以阻礙其他車輛進出等行為，這些均屬積極妨害資方營運之行為，是否屬於罷駛或集體休假等消極行為之內涵？必需加以釐清。

【3】又，罷工與爭議行為的意義為何？有無不同？

【4】最後，爭議行為合法性的判斷基準為何？各個判斷基準之內涵為何？

四、 判決要旨

最高法院判決的見解為：惟查罷工(罷駛)係多數勞工以違反勞動契約之手段，拒絕履行其工作義務；又集體休假係勞動關係中休假權利之合法行使，而非以違反勞動契約為手段。二者性質雖異，然其保以消極的不為其約定之工作者則一。．．．惟罷駛或集體休假既僅係消極的不為其約定之工作而已，至於恐嚇他人不得發車、將公司車輛輪胎放氣等積極行為，是否屬於罷駛或集體休假等消極行為之內涵？即有推敲之餘地。倘積極妨害資方營運之行為，不在罷駛、休假之範圍內，則原審將上訴人同意所有參與此次依法休假之全體員工、工會會員不予追究之協議效力，認為亦及於恐嚇他人、阻止發車、洩放車輛輪胎氣體等妨害上訴人營運行為所生之損害，即屬可議。

五、 重要法律規定

(一) 工會法第26條規定：勞資或僱傭之爭議，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。

(二) 勞資爭議處理法第8條規定：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。

(三) 勞動基準法第38條規定：勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作满一定期間者，每年應依左列規定給予特別休假：

1. 一年以上三年未滿者七日。
2. 三年以上五年未滿者十日。

3. 五年以上十年未滿者十四日。
4. 十年以上者，每一年加給一日，加至三十日為止。

參、 理論及案例在教學中的呈現

一、 重要議題及思考方向

勞資爭議與爭議行為的區別為何？爭議行為是否應該區分為主要爭議行為與附屬的爭議行為，以便判斷其合法性？以及是否有新興型態的爭議行為（例如集體休假、集體辭職）？學者間大多未加以詳細探討，似乎允宜在教學中向學生說明之，並著令其研究之。

二、 活動設計

- (一) 進行課堂上的分組討論。
- (二) 進行有進行爭議行為之工會之參訪，以了解其事務的運作。

肆、 教學評量方式

一、 評量方式

- (一) 課堂報告：30%
- (二) 學期報告：30%
- (三) 課堂參與：40%

二、 作業與考題設計

- (一) 爭議行為合法性之判斷基準為何？
- (二) 工會所進行之附屬爭議行為，主要有那些？

三、 參考答案

- (一) 主體合法性、程序合法性、目的合法性、手段合法性。
- (二) 杯葛、糾察、圍堵、佔據。

第五節 工作平等

壹、工作平等（禁止就業歧視）之理論、相關法令與發展

一、相關理論

依照自然法思想，人生而自由平等，不應因種族、膚色、性別、語言、年齡、身心障礙以及宗教等因素而受到差別待遇。然而，不論在哪一個國家，許多人因其性別、種族、原國籍、宗教、年齡或身心障礙等因素受到歧視，其中當然包括在職場上所受到的差別待遇。個人的特質，有些是與生俱來，無法透過後天努力改變的特質，例如性別、種族、原國籍、年齡、身心障礙等；有些則是可以透過後天努力改變的，例如學歷、特殊技能等。當雇主以求職者或受僱人的某些特質來決定其受僱機會或勞動條件時，如果該種特質是求職者或受僱人可以透過後天努力改變的特質，求職者或受僱人還有可能透過後天的努力來滿足雇主的要求，但如果該項特質是求職者或受僱人與生俱來無法改變的特質，且該項特質又與執行該項特定工作無關時，雇主在該項特質上的要求即不公平且不合理，「工作平等」或禁止「就業歧視」(employment discrimination)之精神即在於此。

就業歧視在我國職場上仍是一個普遍存在的問題，從職場上各式各樣的招募廣告中不難發現許多事業單位在招募時仍會就求職者的條件作種種的限制，如「限男性」、「限女性」、「限三十五歲以下」、「五官端正」、「英語流利」等，甚至還有對「星座」做限制的。此種條件的限制若是與執行某特定工作之能力無關時，具備執行該項工作能力的求職者，即會因雇主在此種條件上的限制，連應徵該工作的機會都沒有。雇主作此種限制並不止於招募的階段，在招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷與解僱等各方面皆有可能因受僱人的某些特質而給予差別待遇。

長期以來，我國之求職者與受僱人對於雇主的就業歧視行為或是認知不足或是默然接受。近年來，隨著勞工意識的抬頭與勞工教育水平的提升，不論在實務界或學界，就業歧視的問題受到愈來愈多的重視。然而，儘管此項議題的討論與研究大幅增加，但實質上的規範仍十分有限。有關工作平等之理論相當多，以下僅就關於就業歧視之理論做一介紹：

（一）社會風俗及慣例理論

「社會風俗及慣例理論」(theory of social customs and rules)又稱為「社會歧視理論」(theory of social discrimination)，此種理論認為傳統的兩性觀將兩性界定為「男主外，女主內」，而這種性別角色分工之結果，造成職

場中就業歧視的現象¹。

(二) 統計歧視理論

「統計歧視理論」(theory of statistical discrimination)又稱為「最大利潤理論」(theory of profit maximization)，此項理論偏重於經濟層面的分析，認為大多數雇主係以追求最大利潤為目標，為達到最大利潤，雇主必會期望要僱用生產效率最高的勞工。在僱用的過程中，雇主會參考一些總體統計資訊，來做為其僱用員工之判斷標準，而此種總體統計資訊往往是錯誤或不充分的，因而造成職場中就業歧視之結果²。

(三) 偏好歧視理論

「偏好歧視理論」(theory of taste for discrimination)認為就業歧視是由雇主、受僱人與顧客對求職者或受僱人的某些特質的偏好或偏見所造成。在此種理論下，就業歧視的成因有「雇主偏好歧視」、「受僱人(同事)偏好歧視」及「顧客偏好歧視」³。

二、就業歧視之類型

(一) 直接歧視

「直接歧視」(direct discrimination)又稱為「表面歧視」(facial or overt discrimination)，是一種從表面或形式上即可觀察出來的就業歧視，亦即雇主以法律明文禁止的就業歧視行為作為其僱用措施的一部份。例如，雇主在招募廣告中明白限制求職者的性別必須是女性或是雇主基於年齡的因素，拒絕給予中高齡員工升遷的機會。原則上，直接歧視是違法的就業歧視行為，但也有例外的情況。雇主可藉由主張「真實職業資格」(bona fide occupational qualification, 簡稱 BFOQ)、「正當事由」(good cause)或「積極行動計畫」(affirmative action plan)來合法化其直接歧視行為。

(二) 間接歧視

當雇主的僱用措施表面和形式上係中性且公平(neutral and fair)，但實施的結果卻會對就業歧視相關法律所保護的特定群體造成負面影響(adverse impact)時，即是「間接歧視」。例如，雇主在招募時要求求職者不得有老花眼，雖然雇主此種僱用標準表面上係中性客觀的，但實施的結果若會對中高齡的求職者造成負面影響，且雇主無法藉由證明該項僱用標準「與工作執行有關」(related to job performance)或「可衡量工作能力」(measuring job capability)來正當化該項標準，則雇主此項僱用措施構成年

¹ G. SCHMID and R. WEITZEL, SEX DISCRIMINATION AND EQUAL OPPORTUNITY 274-77 (1984); 王麗容, 婦女與社會政策, 第77-78頁, 1995年。轉引自焦興鎧、鄭津津, 我國就業歧視評議運作機能與制度建立研究報告, 行政院勞工委員會委託研究, 第7頁, 2000年。

² 王麗容, 同前註, 第80頁。轉引自焦興鎧、鄭津津, 同前註, 第7頁。

³ SCHMID and WEITZEL, *supra* note 1, at 272-74. 轉引自焦興鎧、鄭津津, 同註1, 第7頁。

齡歧視。

三、就業歧視之例外

(一) 真實職業資格

當求職者或受僱者的宗教信仰、性別或種族等特質是一種「真實職業資格」，對事業單位的正常營運(normal operation)是合理需要(reasonably necessary)時，雇主以求職者或受僱者的宗教信仰、性別或種族等特質作為僱用之條件，並不構成違法的就業歧視行為⁴。「真實職業資格」必須具備下列要件：

1、「工作實質」要件

為滿足「真實職業資格」，雇主必須證明被拒絕僱用的求職者或受僱者無法安全且有效率地執行該項工作⁵。舉例而言，空服員工作的主要功能為「安全且有效率」地將乘客運送至目的地，因此儘管女性空服員所提供的機上服務，在乘客心理上可能較男性空服員為佳，但乘客心理上的感覺與空服員工作的主要功能並無相當的關連，因此，雇主不得以「性別」作為一種「真實職業資格」而拒絕僱用男性空服員⁶。

2、「全部或幾乎全部」要件

在主張「真實職業資格」時，雇主必須證明「全部或幾乎全部」被排除僱用之特定群體的求職者或受僱者無法執行該工作的實質功能(essential function)⁷。因此，當執行某特定工作需要堅強體力時，雇主不得因大部分女性的體力較男性差，而拒絕僱用女性或解僱女性⁸。然而，如果被排除僱用之特定群體的求職者或受僱者雖有能力執行系爭工作的實質功能，但會帶給雇主或其他第三人實質的風險，且去除該風險是不切實際的，在此種情形下，雇主仍可主張「真實職業資格」。

3、「合理需要」要素

「真實職業資格」對雇主事業的正常營運必須是合理需要的。因此，若雇主可以找到一個合理的替代方案(reasonable alternative)來取代排除僱用某特定群體的求職者或受僱者之僱用措施時，雇主即不能主張「真實職業資格」⁹。然而，雇主尋找合理替代方案的責任並非絕對的，如果尋找合理替代方案會造成雇主對工作的重新分配，或是對其他受僱者帶來顯著的負擔，則雇主仍可主張「真實職業資格」¹⁰。例如，雇主雖不能因受僱者

⁴ 42 U.S.C.A. § 2000e-2(e).

⁵ MACK A. PLAYER, EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW 281 (1988).

⁶ *Diaz v. Pan American World Airways, Inc.*, 442 F.2d 385 (5th Cir. 1971).

⁷ PLAYER, *supra* note 5, at 290-91.

⁸ *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, 97 S.Ct. 2720, 53 L.Ed. 2d 786 (1977).

⁹ PLAYER, *supra* note 5, at 293-94.

¹⁰ *Id.* at 295.

懷孕無法勝任原來之工作而將之解僱，但雇主亦沒有責任為了繼續僱用懷孕受僱者而為其安排一個與受僱者專業或技能無關的工作¹¹。

(二) 營運需要

「營運需要」係另一個雇主可以主張免責的抗辯。當雇主誠信地採用「中性的選擇措施」(neutral selection devices)，而此種方式會對就業歧視法律所保護之特定群體的求職者之就業機會造成負面影響，雇主必須證明其拒絕僱用某特定群體的求職者係「合理需要」(reasonably necessary) 的，否則不論雇主採用此種僱用措施的動機為何，皆會構成就業歧視。

由於「營運需要」抗辯亦涉及「合理需要」之要件，因此很容易與「真實職業資格」抗辯混淆，僅將兩者之差異論述如下：

- 1、「真實職業資格」抗辯是適用在「直接歧視」類型的就業歧視；「營運需要」抗辯則是適用在「間接歧視」類型的就業歧視¹²。
- 2、雇主主張「真實職業資格」抗辯時，所負擔的舉證責任較主張「營運需要」抗辯時為重。由於「真實職業資格」抗辯是適用在「直接歧視」類型的就業歧視，而在「直接歧視」中，雇主係將就業歧視法律所保護的特定群體求職者或受僱者「全部」排除，因此雇主必須證明其所採用的僱用措施與該工作的有效執行有「絕對的必要性」(absolute necessity)。然而，雇主在主張「營運需要」抗辯時，其所採用的僱用措施並未將就業歧視法律所保護的特定群體求職者或受僱者「全部」排除，而只是對該特定群體的求職者或受僱者產生負面影響，因此，雇主只須證明其所採用的僱用措施與該工作的有效執行有「顯著的關係」(manifest relationship)¹³即可。
- 3、當雇主主張「營運需要」抗辯時，求職者或受僱者可以進一步地舉證說明雇主採用該項僱用措施真正的動機在於對特定群體的受僱者或求職者造成損害。只要原告舉證成功，雇主雖已證明其僱用措施與該工作的有效執行有「顯著的關係」，該僱用措施仍構成就業歧視行為。然而，當雇主主張「真實職業資格」抗辯時，雇主的動機並不重要，重點在於雇主採用該項僱用措施對有效安全地執行系爭工作是否有「絕對的必要性」。只要雇主可以證明該僱用措施對有效安全地執行系爭工作有「絕對的必要性」，即使雇主的動機不正當，該項僱用措施亦不會構成就業歧視¹⁴。

綜合上述可知，雖然「營運需要」抗辯與「真實職業資格」抗辯在適用上有所不同，但在同一個就業歧視的案件中，雇主仍有可能同時主張兩種抗辯。例如，雇主要求求職者必須身高一七〇公分以上，此要求在形式上雖是公平中性，但實質上會對女性求職者的就業機會產生負面影響。雇主在此種情形下，可以先舉證說明其在求職者身高上的要求與該工作（如

¹¹ *Levin v. Delta Air Lines, Inc.*, 730 F.2d 994 (5th Cir 1984).

¹² *PLAYER*, *supra* note 5, at 282.

¹³ *New York City Transit Auth. v. Beazer*, 440 U.S. 568, 99 S. Ct. 1355, 59 L. Ed.2d 587 (1979).

¹⁴ *Levin v. Delta Air Lines, Inc.*, 730 F.2d 994 (5th Cir. 1984).

搬運物品至一六五公分以上的貨架)的有效執行有顯著的關係。原告(身高不滿一七〇公分的女性求職者)可以進一步地舉證說明雇主對身高的要求真正的目的在於拒絕僱用女性,如果雇主無法進一步地主張「真實職業資格」抗辯,其對求職者身高的要求即會構成性別歧視。然而,如果雇主能進一步地證明求職者的身高對有效安全地執行該項工作有絕對的必要性,其對求職者身高的要求就不會構成性別歧視。

(三) 積極行動

「積極行動」(affirmative action)之目的在於促使雇主積極僱用就業歧視法律所保障之特定群體¹⁵,由於制定就業歧視法律之目的在於消弭職場中特定群體之求職者或受僱者間受雇不平衡的現象,並促進少數及弱勢群體求職者或受僱者的就業,故其目的與「積極行動」的目的是相同的。因此,當雇主依照「積極行動」方案(affirmative action programs)之規定將僱用對象限定為女性或少數族裔,因此遭致男性與白種求職者主張「反向歧視」(reverse discrimination)時,雇主即得以遵行「積極行動」規定作為抗辯來正當化該項僱用措施¹⁶。

四、現行相關規定

(一) 憲法

依據我國憲法第七條:「中華民國人民,無分男女、宗教、種族、階級、黨派,在法律上一律平等。」及第十五條之規定,人民之工作平等權應受最高位階法律之保障,此外,在歷次修憲之增修條文中,除曾強調消除性別歧視,促進兩性地位之實質平等外,並對身心障礙者之就業輔導有所宣示,而原住民之各項保障,也訂有完整之規定,但卻未對就業歧視有任何之規定,雖有學者認為根據工作平等權之規定,應可推論出在就業上不被歧視之暗示性權利。但由於憲法上所規定之基本權利,一向僅在於限制國家公權力之行使,並不適用於私法關係,從而,這些條款可說僅具宣示作用,並無法發揮剷除就業歧視之積極功效。

(二) 就業服務法

就業服務法第五條規定:「為保障國民就業機會平等,雇主對求職人或所僱用員工,不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、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。」

就業服務法第六十五條:「違反第五條第一項...規定者,處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」

就業服務法施行細則第五條第二項:「直轄市、縣(市)政府為認定就

¹⁵ 3 C.F.R. 339 (1965).

¹⁶ PLAYER, *supra* note 5, at 313.

業歧視，得邀請相關政府單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會。」

「就業服務法」中第五條是目前國內唯一針對「就業歧視」問題所做的法律規範。就業服務法第五條以列舉的方式禁止種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由的歧視，以下僅就這十六種就業歧視作一論述：

1、種族歧視

我國係合漢、滿、蒙、回、藏五個種族而成，其餘尚有苗、夷以及台灣原住民等族，漢族為我國之主要種族。我國憲法第七條對種族平等有明文的规定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」除了憲法之外，就業服務法第五條亦禁止職場中的種族歧視。

在我國職場中，種族歧視的問題並不顯著，較受矚目的職場種族歧視問題為台灣原住民因其種族¹⁷而在就業上受到差別待遇的情形。然而，由於台灣原住民在全台人口比例甚低，再加上目前並未針對此項問題作較完整的調查與研究。因此，種族歧視在我國職場的現況與嚴重性並不明確。

2、階級歧視

階級歧視的禁止係源自於憲法第七條的规定，憲法第七條所指的「階級」係指「勞資階級」，「階級平等」係指「不分貧富、身份、財產、知識水準高低、職位等，在法律上一律平等」¹⁸。至於就業服務法第五條所禁止之階級歧視所指的「階級」是否與憲法上的意義相同並不清楚，就業服務法僅列舉了就業歧視的種類，並無任何進一步相關的定義或規定。因此，無法從條文中得知該法所要禁止的階級歧視是何種階級。基本上，我國職場中並無所謂的「階級制度」。若要將「階級」解釋為「勞資階級」，因求職者與受僱者基本上都是勞工階級，如此的解釋在邏輯上是有問題的。

3、語言歧視

語言歧視的禁止僅在就業服務法第五條有所規定，語言歧視的禁止應在於禁止「雇主因求職者或受僱者所使用之語言而在僱用上給予差別待遇」。每個國家都有官方語言，但除了官方語言外，往往還有許多地方方言。目前在國內，國語是官方語言，地方方言則有閩南語、客家語以及原住民的母語等。在我國，語言的使用習慣往往與省籍或族群有密切的關係，例如，外省籍者以使用國語為主，本省籍者以使用台語為主，客家族群則以使用客語為主。

按就業服務法第五條的文義，雇主不得因求職者或受僱者使用某種語言或是無法使用某種語言溝通，而在僱用上給予差別待遇。舉例而言，雇

¹⁷ 在我國職場中，有不少雇主對原住民有「酗酒、懶惰、不負責任」的偏見。

¹⁸ 蘇嘉宏，增修中華民國憲法要義，第103頁，1996年。

主甲對使用台語有特殊偏好，因此在徵求法務人員時，設定「台語流利」的僱用條件。除非雇主能證明法務人員工作的執行與「台語流利」有直接顯著之關係，否則即應構成「語言歧視」。反之，如果雇主係一廣播電台，在徵求台語節目主持人時，設定「台語流利」的僱用條件，由於此種限制與該工作的有效執行有密切之關係，故應為「語言歧視」之例外，並不違法。

4、思想歧視

思想歧視的禁止應在於避免「雇主因求職者或受僱者的思想而在就業上給予差別待遇」。就業服務法並未對「思想」作定義性的規定，其他相關法律亦無類似之規定，因而無法確知就業服務法第五條所指之「思想」意義為何。從一般通念來看，「思想歧視」應是指某種「意識型態」，如右派思想、左派思想、統派思想、獨派思想、三民主義思想及共產思想等。除非雇主有合法之抗辯，否則不得因不認同求職者或受僱者的意識型態，或是對某種意識型態有偏好，而給予差別待遇。

5、宗教歧視

宗教問題在很多國家是項嚴重問題，因宗教信仰的不同而產生紛爭，甚而發生戰爭。在我國，宗教信仰一向是十分自由。因此，雇主因對某種宗教信仰的偏好或偏見，並以之作為僱用措施之條件者並不多見。然而，如果雇主因其對某種宗教信仰的偏好或偏見而在就業上給予求職者或受僱者差別待遇時，仍構成「宗教歧視」。例如，雇主係虔誠之佛教徒，因而拒絕僱用信仰其他宗教之求職者，此即構成「宗教歧視」，除非雇主能證明其所招募之工作必須是佛教徒方能有效執行，如招募住持。

6、黨派歧視

就業服務法並未對「黨派」做定義性的規定，但依其文義，「黨派」指的應是「政黨」。「黨派歧視」的禁止應在於禁止「雇主因對某種政黨的偏見或偏好，而以之作為各項就業措施之條件，因而對是否歸屬於某一政黨之求職者或受僱者造成差別待遇」。舉例而言，雇主甲係忠實民進黨支持者，某乙在應徵會計人員時，雖然各方面皆符合雇主甲之要求，但由於某乙係新黨黨員，於是雇主甲拒絕予以僱用，即是一種「黨派歧視」。

7、籍貫歧視

就業服務法並未對「籍貫」做定義性的規定，依社會通念，「籍貫」應是指過去身份證上所記載之籍貫，國內大多是依籍貫來區分所謂的「外省人」與「本省人」。籍貫歧視的禁止應在於禁止雇主因對某一省籍的偏見或偏好，而以之作為各項就業措施的條件，進而對是否屬於某一省籍之求職者或受僱者在就業上給予差別待遇。舉例而言，雇主之籍貫為湖南，因而對籍貫湖南東者有偏好，假設雇主所經營之事業單位的經理職位出缺，適任者有兩位，其中甲較資深，工作績效亦較好，乙則表現平平，但只因籍貫湖南，而獲得升遷機會，此即所謂的「籍貫歧視」。

8、出生地歧視

「出生地」歧視之禁止係就業服務法於民國九十六年修正時所增定，有鑑於我國國民身分證上之記載改採「出生地」，基於保障國民就業之平等，避免雇主因對某一出生地有偏見或偏好，而以之作為各項就業措施的條件，對特定出生地之受僱者為差別對待，故特別立法禁止。

9、性別歧視

就業服務法第五條僅宣示性地禁止職場性別歧視，職場性別歧視直到「兩性工作平等法」（現已改名為「性別工作平等法」）的施行才有了較完備明確的規範，其內容於後詳述。

10、性傾向歧視

鑑於社會多元發展，個人性傾向已不限於傳統「生理性別」之分，且性傾向與個人之工作能力並無相關，基於保障國民平等就業，避免雇主因個人對性傾向之偏見，對受僱者歧視對待，新法特別禁止性傾向歧視，以保障受僱者之權利。

11、年齡歧視

由於雇主普遍存在「年齡越大，勞動力越低」之刻板印象，故多不喜歡雇用中高齡之求職者，或是對於中高齡之受僱者予以特殊對待；然而，由於國人退休年齡普遍延後，加上我國中高齡求職者日漸增多，基於保障中高齡受僱者的權利，特別增定禁止年齡歧視之明文。但此條文之規定過於簡單，並未具體規定「保障之對象」為何？而可能存在「所有年齡」之求職者或受僱者，都可以主張雇主年齡歧視之缺失。

12、婚姻歧視

就業服務法於民國九十一年修法時在該法第五條第一項中加入婚姻歧視禁止的規定，雖然該法並未針對婚姻歧視作進一步定義性或規範性的規定，依其文義應是禁止雇主因求職者或受僱者的「婚姻狀況」而給予差別待遇，例如，雇主因求職者已婚而拒絕予以僱用。一般而言，婚姻歧視多與性別歧視有關，由於受到已婚女性無法專注工作的刻板印象影響，有些雇主會因女性求職者或受僱者的婚姻狀況而給予差別待遇，過去國內普遍存在的「單身條款」即是一個明顯的例子。

13、容貌歧視

容貌歧視的禁止應在於禁止「雇主因求職者或受僱者的容貌而在就業上給予差別待遇」。就業服務法並未定義「容貌」，從文義來看，「容貌」應是指「個人的相貌美醜、端正與是否有殘缺」。

14、五官歧視

就業服務法亦未對「五官」做定義性的規定，從文義來看，「五官」應是指「個人眼、鼻、嘴、耳及眉毛的長相」而言。因此，雇主不得因求職者或受僱者的眼、鼻、嘴、耳及眉毛的長相，而在就業上給予差別待遇。

15、身心障礙歧視

就業服務法並未對「身心障礙」做定義性的規定，從文義來看，「身心障礙」應是指「個人肢體或心理上的損傷或功能障礙」，因此，在就業服

務法之規定下，雇主不得因求職者或受僱者肢體上或心理上的損傷或功能障礙，而在就業上給予差別待遇。

16、工會會員身份歧視

除了前面所列舉的十五種就業歧視之外，我國就業服務法還列舉了以「以往工會會員身份」為由的歧視。因此，雇主不得因求職者或受僱者以往係工會會員而在就業上給予差別待遇。

(三) 性別工作平等法

1、性別歧視的禁止

性別工作平等法中「有關性別歧視禁止」的規定主要為「差別待遇的禁止」、「同工同酬與同值同酬」以及「禁婚與禁孕條款的禁止」。

(1) 差別待遇的禁止

在「差別待遇禁止」¹⁹方面，性別工作平等法禁止雇主在下列事項中對求職者或受僱者，因其性別而給予差別待遇：a.招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷²⁰；b.舉辦或提供教育、訓練其他類似活動²¹；c.舉辦或提供各項福利措施²²；d.薪資之給付；e.退休、資遣、離職及解僱²³。

在「差別待遇禁止」的原則下有兩個例外情形：(1)雇主在決定招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷事項時，若能證明某些工作的性質僅適合特定性別者，則得因求職者或受僱者之性別而有差別待遇²⁴；(2)雇主在薪資給付上，若是基於年資、獎懲、績效或其他非性別因素之正當事由，則得給予不同性別受僱者不同之待遇²⁵。

(2) 同工同酬與同值同酬

性別工作平等法第十條第一項除了規定同工同酬之外，還有同值同酬的規定。事實上，同工同酬的規定在世界各國皆是非常普遍的，我國勞動基準法及工廠法對此亦有明文規定。然而，由於我國兩性職業區隔的現象十分嚴重，女性受僱者大多從事較無前景或社會地位較低的職業，女性受僱者擔任管理監督階層工作者相對較少。因此，單有同工同酬的規定並無法解決我國男女受僱者在薪資給付上的差別待遇問題。性別工作平等法第十條第一項規定：「雇主對受僱者薪資之給付...其工作或價值相同者，應給付同等薪資」，其目的即在於真正落實兩性在薪資給付上的平等，只是工作價值如何認定在技術上頗為困難，若無法克服此項困難，要落實同值

¹⁹ 所謂「差別待遇」係指雇主因性別因素而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待。參見兩性工作平等法施行細則第2條。

²⁰ 性別工作平等法第7條。

²¹ 性別工作平等法第8條。

²² 性別工作平等法第9條。

²³ 性別工作平等法第11條第1項。

²⁴ 性別工作平等法第7條但書。

²⁵ 性別工作平等法第10條第1項但書。

同酬的規定，並不容易。

(3) 禁婚與禁孕條款的禁止

在「禁婚與禁孕條款禁止」方面，性別工作平等法規定「工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。」²⁶雇主若在工作規則、勞動契約或團體協約中，作「禁婚」或「禁孕」條款的約定，該項約定是無效的，勞動契約若因「禁婚」或「禁孕」條款的約定而終止亦是無效的²⁷。

2、性騷擾的防治

性別工作平等法是我國第一個針對工作場所性騷擾有明確規範的法律，雖然該性騷擾防治專章只有兩個條文，但對於工作場所性騷擾的定義以及雇主在工作場所性騷擾問題上應負之責任，有明文具體的規定，對規範工作場所性騷擾議題仍有相當之貢獻。僅將有關工作場所性騷擾之重要規定歸納如下：

(1) 性騷擾之定義

性別工作平等法第十二條將工作場所性騷擾分為兩種：(1)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；(2)雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。

前者類似美國法中的「敵意環境性騷擾」(hostile environment harassment)，行為人可以是「任何人」，包括雇主、雇主代理人、管理監督階層受僱人(主管)、一般受僱人、職場外的第三人(如顧客、廠商等)，受害人為受僱者，此種性騷擾之特質在行為人的言詞或行為對受僱者造成「敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境」；後者類似美國法中的「交換式性騷擾」(quid pro quo harassment)，行為人為雇主²⁸，受害人可能是求職者，也可能是受僱者，此種性騷擾之特質在於行為人利用其擁有之權力優勢，或是威脅；或是利誘，以勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲來「交換」受僱者或求職者接受雇主的性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為。

(2) 雇主責任

²⁶ 性別工作平等法第11條第2項。

²⁷ 性別工作平等法第11條第3項。

²⁸ 所謂「雇主」係指「僱用受僱者之人、公立機構或機關。代表雇主行使管理權之人或代表雇主處理有關受僱者事務之人」，參見性別工作平等法第3條第3款。

為確實防治職場性騷擾，性別工作平等法第十三條明確地規定雇主在此類事件中的法律責任。僱用受僱者三十人以上的雇主，應依行政院勞工委員會訂頒之「職場性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則」訂定性騷擾防治措施²⁹、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示³⁰。此外，雇主在知悉上述兩種工作場所性騷擾時，應採取立即有效之糾正及補救措施³¹。僱用受僱者三十人以上之雇主，如未訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示；或是知悉上述兩種性騷擾之情形而未採取立即有效之糾正及補救措施時，主管機關得處以新台幣一萬元以上十萬元以下罰鍰³²。

性別工作平等法第二十七條對雇主在工作場所性騷擾一事上之民事損害賠償責任亦有具體之規定。受僱者或求職者若因工作場所性騷擾之情事受有損害者，原則上由雇主及行為人連帶負損害賠償責任。但雇主證明其已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主不負賠償責任³³。如被害人依前項但書之規定不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌雇主與被害人之經濟狀況，令雇主為全部或一部之損害賠償³⁴。雇主賠償損害時，對於為性騷擾之行為人，有求償權³⁵。

（四）身心障礙者權益保障法

身心障礙者權益保障法為保障身心障礙者之人格及合法權益，使其受到尊重與保障，故該法第十六條第一項規定：「身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、應考、進用、就業、居住、遷徙、醫療等權益，不得有歧視之對待。」該法第四十條第一項更進一步規定，「進用身心障礙者之機關（構），對其所進用之身心障礙者，應本同工同酬之原則，不得為任何歧視待遇，其所核發之正常工作時間薪資，不得低於基本工資」。惟同法條第二項規定，若為庇護性就業之身心障礙者，得依其產能核薪；但其薪資應經進用單位與庇護性就業者議定，並報直轄市、縣（市）勞工主管機關核備。

身心障礙者權益保障法第三十八條並有強制僱用之比例，以保障身心

²⁹ 雇主實施性騷擾防治措施，應包括：1.實施防治性騷擾之教育訓練。2.頒布禁止職場性騷擾之書面聲明。3.規定處理性騷擾事件之申訴程序，並指定人員或單位負責。4.以保密方式處理申訴，並使申訴人免於遭受任何報復或其他不利之待遇。5.對調查屬實之行為人之懲處方式。行政院勞工委員會，性別工作平等法資訊網，<http://equal.cla.gov.tw/>。（最後瀏覽日：2008年4月1日）。

³⁰ 「公開揭示」係指「雇主應將訂定辦法提勞資會議討論通過，並在工作場所顯著之處公告，並印發各受僱者。」行政院勞工委員會，性別工作平等法資訊網，<http://equal.cla.gov.tw/>。（最後瀏覽日：2008年4月1日）。

³¹ 性別工作平等法第13條第2項。

³² 性別工作平等法第38條。

³³ 性別工作平等法第27條第1項。

³⁴ 性別工作平等法第27條第2項。

³⁵ 性別工作平等法第27條第3項。

障礙者之就業。該規定為，各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在三十四人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之三；私立學校、團體及民營事業機構總人數在六十七人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之一。且同法第四十三條第二項規定，上述公、民營機關（構）、團體進用身心障礙者人數未達標準者，應繳納差額補助費，其金額依差額人數乘以每月基本工資計算。

違反上述規定時，身心障礙者權益保障法於第八章訂定罰則以處罰違反規定者，例如違反同法第十六條第一項者，依第八十六條第一項規定處以新台幣十萬元以上五十萬元以下之罰鍰。再如，未依第四十三條第二項規定繳足差額補助費者，依第一百零三條第二項規定，自期限屆滿之翌日起至完納前一日止，每逾一日加徵其未繳差額補助費百分之零點二滯納金。但以其未繳納之差額補助費一倍為限。

（五）工會法

工會法第三十五條第一項規定：「雇主或其代理人，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。」同法第三十六條進一步規定：「雇主或其代理人，對於工人，不得以不任工會職務為僱用條件。」

（六）勞動基準法

勞動基準法對男女同工同酬有所規定，該法第二十五條規定：「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。」

（七）工廠法

工廠法亦是對男女同工同酬有所規定，該法第二十四條規定：「男女作同等之工作，而其效力相同者，應給同等之工資。」

（八）原住民族工作權保障法

原住民族工作權保障法係為了促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活而制定，其保障對象為具有原住民身分者。該法採取「比例進用原則」，在各級政府機關、公立學校及公營事業機構，除位於澎湖、金門、連江縣外，其僱用下列人員之總額，每滿一百人應有原住民一人³⁶：

- 1、約僱人員。
- 2、駐衛警察。
- 3、技工、駕駛、工友、清潔工。
- 4、收費管理員。
- 5、其他不需具公務人員任用資格之非技術性工級職務。

³⁶ 參見原住民族工作權保障法第4條。

前項各款人員之總額，每滿五十人未滿一百人之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，應有原住民一人。第一項各款人員，經各級政府機關、公立學校及公營事業機構列為出缺不補者，各該人員不予列入前項總額計算之。

在原住民地區公營機構之比例進用規定則為原住民地區³⁷之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，其僱用下列人員之總額，應有三分之一以上為原住民³⁸：

- 1、約僱人員。
- 2、駐衛警察。
- 3、技工、駕駛、工友、清潔工。
- 4、收費管理員。
- 5、其他不需具公務人員任用資格之非技術性工級職務。

前項各款人員，經各級政府機關、公立學校及公營事業機構列為出缺不補者，各該人員不予列入前項總額計算之。原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構，進用須具公務人員任用資格者，其進用原住民人數應不得低於現有員額之百分之二，並應於本法施行後三年內完成。但現有員額未達比例者，俟非原住民公務人員出缺後，再行進用。

貳、重要案例

（臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 5 號）

一、選擇原因

職場上長久以來存在著性別不平等的現象，從過去的禁婚條款及禁孕條款之約定屢遭法院判定為無效後，近年來職場上常發生女性受僱者因懷孕而被解僱之爭議，故選擇此案例做為案例討論之個案。

二、案例事實

本件被上訴人（勞工甲）被上訴人（公司）告知解僱，未告知原因，勞工甲認為遭解僱之原因，係當時公司中除一名員工乙分娩後正在休產假外，另一名懷孕員工丙與勞工甲均係孕婦，而上訴人公司總經理曾稱「生產請假，還要我付薪水」，隨後勞工甲即與另兩名懷孕員工同遭資遣。顯見上訴人（公司）係因被上訴人（勞工甲）懷孕而終止兩造間勞動契約，勞工甲乃向台北市政府提出申訴，經台北市就業歧視評議委員會（下稱評議委員會）裁定就業歧視成立。

上訴人公司則以訴外人勞工丙係因業務過失造成公司損失而遭公司解僱，公司並於工作規則中載明女性員工生產有賀儀金，且其他懷孕之女性員工並未遭資遣，足見上訴人公司並無就業歧視。勞工甲係因於任職期間經常遲到早退，且於上班時間上網，傳送與工作無關之郵件，造成公司員工工作績效不彰，影響同仁上班情緒，經主管屢勸不聽，其行為業已違

³⁷ 所謂原住民地區，係指原住民族傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央主管機關報請行政院核定之地區。參見原住民族工作權保障法第5條第4項。

³⁸ 參見原住民族工作權保障法第5條第1-3項。

反工作規則。且被上訴人身為業務員，其工作為開發業務，惟被上訴人任職一年多並未開發新客戶，經主管評定為不能勝任工作，上訴人始依勞動基準法第 12 條第 1 項第 4 款、第 11 條第 5 款之規定終止兩造間勞動契約。

三、案例爭點

上訴人之行為是否構成「懷孕歧視」（就業歧視的一種態樣）？

四、判決要旨

兩性工作平等法第 35 條規定「法院及主管機關對差別待遇事實之認定，應審酌兩性工作平等委員會所為之調查報告、評議或處分。」本件被上訴人在懷孕期間，遭上訴人解僱，被上訴人向台北市政府就業歧視評議委員會（以下簡稱「評議委員會」）申訴，經「評議委員會」決議裁定就業歧視成立，其認定有就業歧視之理由略為：上訴人公司同時解僱二位同期懷孕之申訴人．．．依公司所提供申訴人之業務考核表資料顯示，皆可看出申訴人係屬公司中優秀之業務人才，並曾得到老闆之讚許，與資方解僱之理由似有矛盾。再者，依上訴人所稱被上訴人濫用公器情況嚴重方面，公司使用電話或網路，含主管在內，皆屬平時用以調劑之普遍狀況，平時公司未有相關主管出面予以禁止之表示。依前述兩性工作平等法之規定，本院應審酌該委員會之評議，合先敘明。

上訴人雖辯稱公司尚有其他懷孕之女性員工並未遭資遣，且上訴人公司之工作規則亦載明女性員工生產可享有賀儀金，足證上訴人並無就業歧視。經查上訴人公司之工作規則 5.3.3 中固載明女性員工生產可享有 3,200 元之賀儀金，然前開工作規則之規定，僅能證明上訴人公司有此福利制度，而實際上有無就業歧視，則仍應視上訴人公司實際上實施之情形以為判定。查解僱勞工應係公司業經依工作規則之懲處規定所不得不為之最後手段，本件上訴人未經預告、復未具理由，亦未經過人事考評、懲處之階段，即同時解僱 2 二名懷孕之女性員工，堪認被上訴人主張上訴人有就業歧視等語，尚屬非虛。

五、重要法律規定

（一）勞動基準法第十一條第五款，勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主得不經預告終止勞動契約。

（二）勞動基準法第十二條第一項第四款，勞工違反勞動契約或工作規則

情節重大者，雇主得不經預告終止勞動契約

（三）性別工作平等法第七條規定，雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。

（四）性別工作平等法第三十五條，法院及主管機關對差別待遇事實之認定，應審酌性別工作平等會所為之調查報告、評議或處分。

參、理論及案例在教學中的呈現

一、重要議題與思考方向

- 1.懷孕歧視之認定基準
- 2.懷孕歧視 v.懷孕勞工不能勝任工作
- 3.雇主可能使用何種藉口來掩飾其歧視懷孕勞工的行為
- 4.勞工因懷孕而不能勝任工作時之可能因應措施
- 5.勞工因懷孕而造成的成本應由何種機制承擔
- 6.懷孕歧視可能之例外情形

二、活動設計

將修課同學分組（九人一組），三人擔任法官之角色；其餘六人，三人一組，分別擔任雇主及受僱者之律師，對於下列二個個案進行攻防與做成判斷。

（一）花奇銀行招募銀行催帳員，其中有一項條件為「應徵者以處女座、山羊座為佳」。

★問題引導：

- 1.依美國法判斷，花奇銀行的徵才廣告是否構成就業歧視？
- 2.在我國現行法律的規範下，花奇銀行的徵才廣告是否構成違法之就業歧視？
- 3.若徵才廣告中之文字改為「應徵者以處女座、山羊座為限」，其認定結果是否有所不同？

（二）A 航空公司要招募國際線空服員數名，小玉是 A 航空公司的資深國內線空服員，其對飛國際線非常感興趣，但小玉已經懷孕三個月，A 航空公司人資部門討論後，認為懷孕女性不適合擔任國際線空服員之工作，故拒絕小玉之申請。

★問題引導：

- 1、A 航空公司以工作內容不適合懷孕女性拒絕小玉的申請，此種行為是否構成懷孕歧視？
- 2、小玉主張 A 航空公司懷孕歧視時，A 航空公司是否有任何正當理由可供抗辯？

肆、教學評量方式

一、評量方式

- （一）課堂報告：30%
- （二）學期報告：30%
- （三）課堂參與：40%

二、作業與考題設計

(一) A 快遞公司招募快遞工人，在水果日報中刊登招募員工廣告。廣告中限定求職者必須是男性，甲小姐欲應徵此項工作，卻被 A 公司以快遞人員搬貨需要堅強體力，直接拒絕甲小姐的應徵。

(二) B 快遞公司招募會計人員，在求職廣告中並未限定性別，但在招募的考試項目中要求應徵者必須要背負 20 公斤沙包跑完 1000 公尺才合格，錄取結果皆為男性。

★問題引導

1.A 貨運公司之行為是否違反性別工作平等法之相關規定？

2.B 貨運公司之招募措施是否違反性別工作平等法之規定？

三、參考答案

(一) 按性別工作平等法第七條規定，雇主對於求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。因此，A 公司之招募行為，於該廣告中限定求職者需為男性，顯違反上開法規範。惟 A 公司得否主張該法條但書之抗辯，需視「搬運供人之工作性質是否僅適合男性」。依性別工作平等法施行細則第三條規定，本法第七條但書所稱工作性質僅適合特定性別者，係指「非由特定性別之求職者或受僱者從事，不能完成或難以完成之工作」若依上開法規範之解釋，搬運工作顯非男性不能完成或難以完成之工作，職是之故，A 貨運公司之行為違反性別工作平等法第七條之規定。

(二) B 貨運公司於招募時雖未在求職人性別上做限制，但其所採取之體能測驗可能構成「間接歧視」。依性別工作平等法施行細則第二條規定，本法第七條至第十一條、第三十一條及第三十五條所稱差別待遇，係指雇主因性別因素而對受僱者或求職者為直接或間接之不利對待。由上開規定觀之，B 貨運公司採取之體能測驗係由求職者必須要背負 20 公斤沙包跑完 1000 公尺才合格，此舉顯對女性求職者較為不利。且若 B 貨運公司無法證明該項嚴格之體能測驗與執行會計工作有密切之之關係，則該該公司之招募措施即構成「間接歧視」，違反性別工作平等法之規定。

第六節 非典型勞動

壹、非典型勞動之理論與發展

一、非典型勞動在我國之發展沿革

傳統的「僱用關係」需具備三個特質。第一，「僱用關係」是具有指揮監督權的雇主與具有服從義務的受雇人之間的「個人關係」(personal relationship)；第二，「僱用關係」須建立在「全時間」(full-time)的基礎上；第三，只要受雇人被要求繼續工作或其願意繼續工作，「僱用關係」將無期限地(indefinitely)繼續存在或是繼續存在一段相當的期間(substantial period)¹。雖然有些工作的流動性相當大，如工廠工人，但這些行業的僱用措施仍是建立在一個全時間、持續性的個人（雇主與受雇人）關係上。然而，在職場中仍有許多工作的特質無法符合上述的模型。例如，從事部分工時工作的勞工無法與雇主建立一個全時間的僱用關係；從事暫時性工作的勞工不能與雇主建立一個持續性的僱用關係；從事派遣工作的勞工很難與雇主建立一個「個人」關係。這些不具備傳統僱用關係特質的工作被通稱為「不定性僱用」(contingent employment)、「非典型僱用」(atypical employment)、「外圍僱用」(peripheral employment)或是「不定僱用」(vagrant employment)。

非典型勞動大致上可分為六大類型：(一) 部分工時勞動(part-time employment)；(二) 暫時性勞動(temporary employment)；(三) 勞動派遣(dispatched employment)；(四) 租賃勞動(leasing employment)；(五) 外包(service contracting)；(六) 電傳勞動(tele-work)。這六種類型的勞動型態之間亦有許多重疊之情形，例如，暫時性勞動同時可能也是部分工時勞動；勞動派遣也可能同時是部分工時勞動，而我國目前非典型勞動係以「部分工時工作」、「勞動派遣」與「外包」三種工作類型為主。

我國「非典型勞動」之發展沿革與世界各國大同小異，其形成的原因可以歸納如下：

(一) 從雇主面向觀察

- 1、保護勞工的法令日益增多，造成雇主的經營成本增加，為減少此種成本的支出以獲取更大的利潤，雇主盡可能減少從事「典型勞動」的勞工，而改以雇用「非典型工作者」的方式獲取其所需的勞動力。藉此，雇主一方面可獲得其所需的勞動力，另一方面又不須負擔勞動法令課予雇主的各種義務。
- 2、對雇主而言，當有些工作並不具有「經常性」時，「非典型勞動」即成為一個有彈性且便利的僱用模式。雖然，現行勞基法允許雇主在某些情形下與勞工簽訂定期勞動契約，但一來有些工作不一定符合勞基法有關簽訂定期勞動契約的要件，二來即使事業主依法得與勞工簽訂定期勞動契約，契約屆滿後不須給付資遣費即可終止勞動

¹ Clyde W. Summers, *Contingent Employment in the United States*, 18 COMPARATIVE LABOR LAW JOURNAL 503(1997).

關係，但雇主仍須負擔其他勞動法令課予雇主的責任。不過，對雇主而言，以「勞動派遣」的方式獲取上述勞動力仍是極為便利節約的方式。

- 3、在事業單位裡，有些工作僅適合「部份工時工作者」負責，雇用「全時間工作者」從事該項工作會造成雇主人事成本上的浪費，在此種情形下，「非典型勞動」即成為雇主最佳的選擇。
- 4、當事業單位面臨勞工請長假（如產假）或職災住院治療時，若因此雇用（以訂定不定期勞動契約的方式）另一名員工以取代該項空缺，一旦勞工銷假上班之後，雇主往往必須將新聘之員工解雇，此時即須依法給付資遣費；雇主若與該新聘員工簽訂定期勞動契約，契約屆滿後雖不須給付資遣費即可終止勞動關係，但在雇用期間仍須負擔其他勞動法令課予雇主的責任。因此，對雇主而言，以「非典型勞動」的雇用方式因應此種狀況是最佳的方式。

（二）從受僱者面向觀察

- 1、由於個人價值觀的轉變與生涯規劃的需要，愈來愈多勞工選擇較有彈性的工作型態，「非典型勞動」因此成為極佳的工作型態選擇。
- 2、對初入社會無工作經驗的勞工或二度就業的家庭主婦，要在職場上找到經常性雇用的工作往往不是那麼容易，「非典型勞動」因此成為一個過渡期的工作選擇。

二、非典型勞動之種類

（一）部分工時工作勞動(Part-time Employment)

依據美國勞工統計局(U.S. Bureau of Labor Statistics，以下簡稱 BLS)對「部份工時勞動」(part-time work)所做的定義為「每週工作時數少於三十五小時者」²。而「部分工時勞動」又可分為兩種類型：(1)「自願性部分工時勞動」(voluntary part-time employment)，從事此種勞動型態多為因本身情況而選擇「部分工時工作者」，其中包括在家勞動者、學生、殘障者與中高齡者；(2)「非自願性部分工時勞動」(involuntary part-time employment)，從事此種勞動型態則係無法獲得全時間工作者。

而我國目前關於部分工時勞動之主要規範為勞委會公布之「僱用部分時間工作勞工實施要點」³，根據此要點，所謂之「部分時間工作勞工」係指「其工作時間，較該事業單位內之全時勞工作時間（通常為法定工作時間或企業所定之工作時間），有相當程度縮短之勞工」，至於其縮短之時數，由勞資雙方協商訂定。

在該要點的規範下，僱用部分時間工作勞工時，勞雇雙方之勞動契約應以書面訂定為宜；部分時間工作勞工的工資、例假、休假、請假、產假、

² 關於此點，參見duRivage, Carre and Tilly, *Making Labor Law Work for Part-Time and Contingent Workers*, in *Contingent Work: American Employment Relations In Transition* 263 (K. Barker and K. Christensen ed. 1998)。

³ 行政院勞工委員會(81)台勞動一字第 20422 號函；行政院勞工委員會(85)台勞動一字第 139739 號函。

資遣、退休、職業災害補償、工作規則等事項應依勞動基準法規定辦理，非該法之適用範圍者，亦可參照辦理，其細節部分如下：

- 1、部分時間工作勞工的工資（含假日工時）由勞雇雙方議定之，但不得低於按工作時間比例計算之基本工資；勞工每日工作時間超過約定之工時而未達八小時部份之工資，由勞雇雙方議定之；超過八小時部份之工資，則依勞動基準法第二十四條規定辦理。
- 2、勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假；紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應放假，但得由勞雇雙方協商調整休假日日期；特別休假依勞動基準法第三十八條規定辦理，其休假日日期及休假之每日時數由勞雇雙方議定之；婚、喪、事、病假，依勞工請假規則辦理，其請假之每日時數由勞雇雙方議定之；產假依勞動基準法第五十條辦理。
- 3、資遣費與退休金，依勞動基準法之給付標準計給。
- 4、解僱預告期間，依勞動基準法第十六條規定辦理。勞工接到解僱預告後，為另謀工作得請假外出。其請假時數，每星期不得超過兩日之工作時間，其請假日期由勞雇雙方議定之。
- 5、部分時間工作勞工因職業災害而至死亡、殘廢、傷害或疾病時，依勞動基準法第五十九條規定予以補償。
- 6、凡僱用勞工人數在三十人以上並經常僱用部分時間工作勞工之事業單位，於訂立工作規則時，應依相關法令訂定適用於部分時間工作勞工之條款。

至於其他的權益，「僱用部分時間工作勞工實施要點」規定部分時間工作勞工之福利，除依規定於個人薪津內有扣繳職工福利金之義務外，並享有與全時員工同等福利待遇之權利。在勞工保險的部份，凡受雇於僱用員工五人以上之事業單位之部分時間工作之勞工，如經雇主輪派定時到工時，應依勞工保險條例第六條及其施行細則第二十五條之規定由雇主辦理加保；受雇於僱用員工未滿五人之事業單位之部分時間工作勞工，如經雇主輪派定時到工時，得自願加保，惟該單位如已為所屬員工申報加保者，其僱用之部分時間工作勞工，亦應辦理加保；部分工時勞保被保險人之薪資報酬未達基本工資者，其勞保投保薪資得依照勞工保險投保薪資分級表規定有關職業訓練機構受訓者及童工適用之投保薪資等級申報。在安全衛生事項上，事業單位僱用部分時間工作勞工，其工作場所安全衛生設施標準應與全時工作之勞工相同；事業單位僱用部分時間工作勞工，應事前考慮體能健康予以適當分配其工作，並針對工作特性辦理工作上所必要之安全衛生及預防災變教育訓練。

雖然「部分工時工作型態」在我國職場中尚未成為主要的工作型態，亦無針對「部份工時工作型態」制定法律規範，但從「僱用部分時間工作勞工實施要點」的規定可以看出「部分工時工作者」在我國職場中所享有的權益與「全時間工作者」並無太大的差別。

(二) 暫時性勞動(Temporary Employment)

「暫時性勞動」係指「短期固定的僱用期間」或「按日、週或月計算的僱用期間」，此係相對於「經常性僱用」的「不定期僱用期間」概念。雖然「暫時性僱用」多係短期僱用，但也有一些「暫時性僱用」的期間長達數年。一如「部分工時工作者」，「暫時性工作者」亦可分為「自願性」與「非自願性」；大多數「暫時性工作者」係屬「非自願性」，往往因為無法找到「經常性僱用」的工作，只好接受「暫時性工作」直至找到「經常性僱用」的工作為止。

「暫時性工作」幾乎含括了所有的工作，自低技能低收入的工作，如收銀員、餐廳侍者，至高技能高收入的工作，如工程師、會計師等。但實際上，絕大多數的「暫時性工作」和「部分工時工作」一樣，是屬於低技能與低收入的工作。然而，「暫時性工作」和「部分工時工作」之間有一個顯著的區別：許多從事「暫時性工作」的勞動者是有條件獲得較高工資的工作，只是在現階段無法覓得合適的工作而已⁴。

由於我國目前並無關於暫時性工作之法規範存在，因此，以下關於暫時性勞動之具體內容之介紹，主要係整理自美國之相關法規範。

在工資與其他附加福利的給付上，雇主對「暫時性工作者」與「經常性工作者」仍有相當的差別待遇。當「暫時性工作者」與「經常性工作者」從事同樣工作時，「暫時性工作者」所領取之工資大約只有「經常性工作者」領取工資的百分之八十⁵；且「暫時性工作者」大多未能享有雇主所提供的有給的特別休假日、休假日、病假、醫療保險與養老金計畫⁶等附加福利⁷。

雖然「暫時性工作者」享有雇主提供的附加福利相當有限，但「暫時性工作者」仍享有許多法定權利。當「暫時性工作者」在工作受傷時，其仍受到「勞工補償法」(workers' compensation laws)完全的保障；「暫時性工作者」亦受到最低工資相關法律的保護，亦即雇主至少需給付最低工資予「暫時性工作者」；雇主有時亦會被法律要求為「暫時性工作者」提撥失業保險與社會安全等相關費用⁸。此外，「暫時性工作者」亦受到就業歧視相關法律⁹的保障，亦即雇主不得因「暫時性工作者」的種族、性別、膚色、原國籍、年齡與殘障等因素在雇用上給予不公平的待遇。然而，由於

⁴ 關於此點，參見Summers, *supra* note 1, at 510.

⁵ 關於此點，參見Francoise J. Carre, *Temporary Employment in the Eighties*, in *New Policies For The Part-Time And Contingent Workforce*, at 57 (Virginia L. duRivage ed., 1992).

⁶ 雇主在其事業單位若有提供「養老金計畫」(pension plan)，則有義務為工作半年以上的「暫時性工作者」提撥養老準備金，但由於勞動者必須在雇主為其提撥五年後方能取得該項福利的權利，故「暫時性工作者」大多無法享有雇主所提供的「養老金福利」。關於此點，參見Summers, *supra* note 1, at 511.

⁷ 關於此點，參見Summers, *supra* note 1, at 510.

⁸ 關於此點，參見Edward A. Lenz, *Co-employment—A Review of Customer Liability Issues in the Staffing Services Industry*, 10 LABOR LAW 195 (1994).

⁹ 這些法律包括 Title VII of Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §2000(e)-2(a)(1)(1996); Age Discrimination in Employment Act, 29 U.S.C. §623(1996); Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. §12112 (1996).

上述法律適用的事業單位往往是雇用「全時間工作者」在一定人數以上者¹⁰，因此有些雇主即以雇用此法定人數以下的「全時間工作者」的方式規避上述法律所賦予的責任，而「暫時性工作者」也因此無法受到上述法律的保障。

此外，「暫時性勞動」與「勞動派遣」亦常發生重複的情形，此種情形一般係發生在要派機構需要短期勞動力，而不願自行雇用，透過「派遣機構」的協助，由「派遣機構」雇用「要派機構」所需之勞動者，再由「派遣機構」派至「要派機構」服勞務，「要派機構」則以給付一定之費用予「派遣機構」作為對價。當勞工係透過「派遣機構」從事「暫時性勞動」，該勞工可能會不斷地更換服勞務的對象，但雇主（即「派遣機構」）卻不會改變。然而，當勞工係由雇主直接雇用從事「暫時性工作」，除非該勞工之後能獲取「經常性工作」，否則只能不斷地更換雇主從事「暫時性工作」。此外，與「勞動派遣」結合的「暫時性勞動」相較於傳統由雇主直接雇用勞工的「暫時性勞動」，在勞動權益保障上，亦會產生不同的效果。

（三）勞動派遣(Dispatched Employment)

1、勞動派遣的定義

「勞動派遣」是「非典型勞動」的另一個型態，其勞動方式係由派遣機構與派遣勞工訂定派遣契約，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。

2、勞動派遣的特質

「勞動派遣」最主要之特徵為「雇用」與「使用」的分離，派遣機構與派遣勞工之間或是訂定不定期勞動契約或是訂定定期勞動契約，派遣勞工之工資由派遣機構支付；派遣機構與派遣勞工之間則訂定派遣契約，使派遣勞工在派遣機構的指揮下，前往要派機構提供勞務，派遣勞工雖在要派機構提供勞務，並受其管理監督，但兩者之間並無契約關係¹¹；派遣機構與要派機構之間則訂定要派契約，派遣勞工給付勞務之利益直接歸於要派機構，要派機構則將使用派遣勞工之對價交付予派遣機構。

3、勞動派遣的形成與現況

勞動派遣的形成從「資方」的角度來看可歸納為下列幾點原因：(1)降低勞動成本；(2)在經營與人力調派上有更多的彈性，並可有效地節約人事成本與規避勞動法令課予的義務；(3)不需要給付派遣勞工「附加福利」(fringe benefits)；(4)派遣勞工可以取代請病假或休假的經常性雇用勞工；(5)派遣勞工可以在旺季時提供協助；(6)為節省徵才與試用的成本，要派機構可以先使用派遣勞工，若派遣勞工的表現符合要求，要派機構可以在派遣關係結束後再自行雇用該派遣勞工；(7)要派機構可在很短的時間內透過派遣機構獲得派遣勞工以執行某種特殊工作¹²。

¹⁰ 適用Title VII of Civil Rights Act of 1964 的事業單位必須是雇用「全時間工作者」在十五人以上者。

¹¹ 關於此點，參見Carre, *supra* note 5, at 48.

¹² 關於此點，參見Robert B. Moberly, *Temporary, Part-Time and Other Atypical Employment*

勞動派遣的形成從「勞方」的角度來看則可歸納為下列幾點原因：(1)出於勞動者自願性的選擇、無法獲得經常性雇用的工作或將派遣工作視為一個跳板¹³；(2)工作流動的自由性高；(3)工作環境的轉換性高；(4)工作時間的選擇性較有彈性；(5)獲取更多的工作經驗；(6)更多與人互動的機會；(7)工作責任較少¹⁴。

4、勞動派遣的型態

「勞動派遣」的態樣大致上可分為「經常僱用型」與「登錄型」兩種。

「經常僱用型」的「勞動派遣」係指派遣機構將其經常性雇用的勞工派至要派機構提供勞務，此種類型的派遣勞工與派遣機構之間的勞動契約係屬不定期勞動契約。因此，派遣契約期滿與否不會影響派遣勞工與派遣機構之間的勞動關係，只要派遣機構與派遣勞工之間的勞動關係繼續存在，不論派遣勞工是否從事派遣工作，派遣機構皆有義務繼續給付工資予派遣勞工。此種勞動關係與典型勞動關係極為相似，兩者之間最大的差別在於勞工給付勞務的對象。

「登錄型」的「勞動派遣」則係指派遣機構與派遣勞工之間並未訂定勞動契約，派遣勞工僅是在派遣機構登記，直到要派機構向派遣機構提出人力需求，而該需求又符合派遣勞工的專長時，派遣機構方與派遣勞工簽訂定期勞動契約，該契約期間與要派契約之期間相同，故當派遣契約期間屆滿時，派遣機構與派遣勞工之間的勞動契約也因之終止，並回到「登錄」的狀態。

5、勞動派遣的法律關係

「勞動派遣」的法律關係是一種三方兩地的勞動關係，此三方為：(1)派遣機構；(2)派遣勞工；(3)要派機構。兩地則為派遣契約訂定地以及提供勞務之地。茲將此三方兩地之關係歸納分析如下：

(1) 派遣機構與派遣勞工之間

雖然派遣機構與派遣勞工之間所簽訂的派遣契約與傳統的勞動契約極為相似，但兩者之間仍有所不同。在傳統的勞動契約中，勞工給付勞務之對象係與其簽訂勞動契約之事業單位，但在「派遣契約」中，勞工給付勞務的對象並非與其簽訂派遣契約之派遣機構，而是另一事業單位（即要派機構）。雖然派遣契約的內涵與傳統勞動契約不盡相同，但在現行勞動法制下，派遣仍屬勞動契約的一種。

(2) 派遣機構與要派機構之間

派遣機構與要派機構之間為移轉派遣勞工之勞務給付須訂定「要派契約」，在此契約中，派遣勞工所需從事的工作內容、相關勞動條件以及派遣機構與要派機構之間責任分配等事項皆會有所規定。由於現行勞動法規中並未對所謂「要派契約」有明文規範，因此有關「要派契約」法律適用

Relationships in the United States, 38 LAB. L.J. 689, 690-91 (1987).

¹³ 關於此點，參見 Eileen Silverstein & Peter Goselin, *Intentionally Impermanent Employment and the Paradox of Productivity*, 26 STETSON L. REV. 1, 14 (1996).

¹⁴ 關於此點，參見 Moberly, *supra* note 12, at 691.

問題仍應回歸民法之規定。

(3) 要派機構與派遣勞工之間

要派機構與派遣勞工之間並無任何契約關係存在，但在「派遣契約」與「要派契約」的交叉運作下，要派機構與派遣勞工在無任何契約的拘束下，派遣勞工仍有義務在要派機構的指揮監督下提供勞務。

由上述可知，「派遣契約」的訂定有分離「雇用關係」與「實質勞務使用關係」的效果。雖然要派機構與派遣機構皆具有指揮、命令與管理派遣勞工之權，但派遣機構可透過要派契約的訂定來限制要派機構對派遣勞工的指揮、命令與管理權。

(四) 租賃勞動(Leased Employment)

傳統的「租賃勞動」係指「承租公司將所有的勞動力(entire workforce)移轉給租賃公司(leasing firm)，然後再向租賃公司租回前述之所有勞動力」¹⁵；現代意義的「租賃勞動」則包括「承租公司與租賃公司之間約定對租賃勞工共同負擔雇主責任」¹⁶的勞動模式。在某些層面上，租賃勞動很類似勞動派遣，然而兩者之間還是有些許不同。第一，「租賃勞工」是由「承租公司」所選擇雇用，但卻由「租賃公司」負責雇用，之後再將該勞工出租予「承租公司」。在此種雇用模式下，雇主得將其雇用的勞工解雇，再透過「勞工租賃公司」雇用該勞工，之後再向該「租賃公司」承租該勞工。第二，「租賃勞動」並非「暫時性勞動」，一般而言，「租賃勞動」係屬長期性雇用。

從事「租賃勞動」者多是專業或管理階層的勞工，由於「租賃勞動」是一經常性的工作型態，因此，「租賃公司」給付給「租賃勞工」的工資與福利一般皆會與「承租公司」給付給從事相同工作的自雇勞工相同。「勞動派遣」有時會以「租賃勞動」的模式出現，要派機構將其所雇用的勞工解雇，由派遣機構雇用，再由要派機構向派遣機構承租這些勞工為要派機構服勞務。

(五) 外包(Service Contracting)

1、外包之定義

「外包」又稱為「勞務承攬」，其係指事業單位將其部分工作交給另一事業單位，再由該事業單位所雇用的勞工處理。例如，辦公大樓將其清潔工作外包給清潔公司負責，該清潔公司則自行雇用勞工來處理該大樓的清潔工作。「外包工作型態」多是為了節約成本，雇主為了節約執行某項工作的成本，將該工作外包予另一事業單位，以較低的代價完成該工作。因此，外包機構給付給從事該外包工作的勞工之工資必然少於發包公司給付予從事相同工作之自雇勞工的工資。

2、外包之型態

外包之型態依學者間之不同見解以及不同之主題，而有不同之分類，

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

在此將之舉列如下。

首先，承商須依據合約規定、經濟效益之考量及承商本身執行之能力等，檢討建造合約中各項須以外包方式執行之業務及其所涵蓋之範圍，並依工程類別、品質要求及建造期程等因素歸類整合，以擬定外包工程項目之內容、作業程序、檢驗稽核、交貨驗收標準與管制作為等。蓋言之，外包合約類別可做其業務內容之特性分為設計、勞務、設施、材料及採購等五大項之分項或多項組合之外包合約。

設計外包：

凡承商設計能力不足，或某一時段內人力不足時，需將部份製造或施工設計工作，委協力外包廠商代為設計或設繪藍圖等作為¹⁷。

(1) 純勞務外包

一般純勞務外包係由於承商勞力不足，必須將部份建造標的物之純勞務工作委協力外包廠商執行，以確保工程執行之進度¹⁸。

(2) 勞務帶設施或材料外包

由於承商設施不足，需借助協力外包廠商之設施及其操作人力之委外作業，或依承商供應之藍圖由協力外包廠商自行籌料製作之委外作業，或特殊物料，須專業協力外包廠商執行之工作；亦或由協力外包廠商提供裝備及人力協助承商執行測試之委外作業等。

(3) 採購外包

由於承商採購能力不足，必須將部份建造標的物之採購行為委協力外包。

3、外包之優勢

外包可說是近年來的新興產業，在經濟不景氣籠罩下的職場，異軍突起，一躍而成為寵兒。企業可以彈性調配人力，以應付季節性、起伏不定的人力需求。例如，國內有一家電腦大廠剛著手縮編生產線技術員，進行資遣作業後，又接到一批訂單，需要近百位人員來支援三個月接單出貨的工作量，在人力不足的情況下，只有透過人力派遣公司外包作業員以補充人力¹⁹。

(1) 降低生產成本

企業在考慮內製或外包時，最先考慮的應該是成本問題。如果企業自己生產，除了製造、生產的費用外，還必須包括研發、人員培訓、設備等投資，和外包商相比較，並不見得比較便宜。例如統一企業，因為擁有許多不同的產品線，如果自己生產，機器的設置耗費太大，不合乎經濟效益，

¹⁷ 由於設計成果將直接影響建造工作執行之成效，因此，設計外包合約內容必須將相關之定義、法令規定、要求標準、參考依據、認證程序及結果表達方式等詳盡訂定，俾確保設計與施工整合之一致性、完整性及持續性，使標的物之建造得以順遂。

¹⁸ 因此，基本上，純勞務外包由承商供給物料、由協力外包廠商加工為原則，惟其中零星輔助或消耗性用科或依施工慣例應由協力外包廠商自備之物料，仍需由協力外包廠商自備。

¹⁹ 關於此點，參見丁志達，與外包人員協力並進，管理雜誌第293期，第44-46頁，1998年。

交由委外處理，外包商在大量生產的作業情況下，就可將成本壓到最低。

(2) 提升企業效率

外包的一大好處即是減少經理階層處理不重要業務的時間，讓高層經理有更多時間處理核心業務。除此之外，更可以讓公司的每一個員工發揮其能力，因外包能讓人力作最有效的配置，不會浪費於無效率的雜務。例如台塑公司總管理處便以人力派遣的方式。將事務性的工作(像打字等)，交由人力顧問公司負責，這麼一來，員工就不用埋首於雜役性工作，可專注於附加價值高的工作。

(3) 提供專業服務

外包商因為對於某個領域特別的專精，可以提供更專業的人員，發展出比企業更先進的科技，資訊科技外包就是基於這方面的考量²⁰。委外管理所帶來的利益，除了降低成本外，還可能帶來更好的服務以及新約商機。如從事貨運快遞服務的ups，擁有龐大的車隊，從規模看來，他們可以自己成立維修體系。但該公司台灣區總經理表示，其專業在運輸，而車輛維修方面則委託專業維修廠商來做，因為他們能夠提供更好的服務。又如資訊產業外包主要是和資訊公司簽訂合約，負責整個資訊部門的開發和維修。

(4) 分擔企業風險

對企業而言有些業務會受到季節性的影響，有淡旺季之分，這時如果外包出去，就可以減少數量變化上所產生的風險。企業可將部份的投資和風險轉移到外包商身上。當企業決定發展某一個新的產品時，其研發所投入之人員、設備經費都是一大負荷。因此藉由外包，企業對生產零件和科技發展的風險，可以分散到數個外包商身上，不必完全承擔研發及採用新科技的風險。例如統一企業，因為某些產品可能受到季節性的影響較大，這時自己生產就較不划算，寧可外包出去。

(5) 快速回應需求

專業的外包商可以以更低的價錢達到更好的品質，超越企業所能達到的程度，同時能夠讓企業在業務調整上，做一個彈性的調度。另一方面，因為從事外包服務的通常是規模較小的公司，組織小有彈性，比較能夠快速回應環境的變化及需求，彌補了大企業作業流程繁雜的缺點。

此外，「勞動派遣」與「外包」之間亦是關係密切，當要派機構不願雇用經常性勞工來執行某一部門的工作時，即可解雇該部門的勞工，將該部門的工作外包給派遣機構，由派遣機構雇用勞工來執行該部門的工作。

(六) 電傳勞動(tele-work)

1、電傳勞動的定義

所謂「電傳勞動」，係指勞動者於雇主主要營業場所外之職場，或於自行選擇之職場中，藉電腦資訊技術與電子通信設備履行勞務之勞動型態

²⁰ 面臨瞬息萬變的資訊革命時代，企業組織都想透過最新科技提升行政效率、降低成本，但因資訊科技日新月異，企業不見得有自己能力自己做，外包便是個不錯的選擇。

²¹。亦有論者謂電傳勞動係在遠離企業或辦公室以外的地方完成工作，並透過資訊科技及設備的使用將工作成果傳遞至企業或其他經指定的地點²²。綜合來看其構成要件有三²³：

(1) 職場選擇

電傳勞動的職場選擇，或於雇主主要營業場所之外，或由電傳勞動者自行選擇，這意味著電傳職場相較於傳統職場在地理上與雇主間具有相對之獨立性。

(2) 使用技術設備

電傳勞動的發展是由於資訊科技的興起及運用，其最大特點也就在於使用電子資訊設備與技術。

(3) 與雇主通信連線

電傳勞動由於不在雇主主要營業場所提供勞務，故雇主欲對電傳勞動者加以指示或監督必須透過電子通信連線。而電傳勞動依連線的狀況又可分為廣狹二意：狹義的電傳勞動意指雇主與勞動者間在彼此溝通與勞動成果的傳輸上，係直接通信連線；至於廣義的電傳勞動則是包括使用傳統媒介（例如郵件或快遞磁片）來溝通與傳送勞動成果。

2、電傳勞動發達的原因及優點

(1) 經營彈性與成本節約

企業組織經營與管理的成本日趨昂貴，相較之下，儘管電子通訊設備索價不斐，電傳勞動日常管理監督困難，但由於其在生產組織與過程上的彈性，所以仍能吸引企業加以採用；況且資訊科技和設備日趨價廉物美，有利於企業經營發展之需要。此外，電傳勞動額外增加的設備與操作成本通常都能與節省下來的辦公空間費用相抵銷，尤其以都會區最為明顯。換句話說，電傳勞動對雇主最大的好處是降低固定成本（例如辦公室租金）及節省人事支出²⁴。

(2) 提高生產力

生產力是雇主經營上最重要的考慮因素，而電傳勞動能大幅提高生產力已成為一種共識，其原因為電傳勞動因係透過電子通訊系統聯繫勞雇雙方，故其可以節省通勤時間，而將節省的時間投入工作，與傳統勞動相較之下，作業間斷較少、注意力較集中、對工作的投入、士氣與彈性也會增加，因此可以提高生產力²⁵。

(3) 人才留用與招募

電傳勞動對勞動者最大的優點是可以彈性安排工作時間，因此對於無

²¹ 關於此點，參見張其恆，資訊網路社會中電傳勞動關係之初探，勞動學報第6期，第81頁，1997年。

²² 關於此點，參見成之約、莊美娟，資訊科技運用對勞資關係影響之初探，經社法制論叢第26期，第177頁，2000年。

²³ 同前註，第177頁。

²⁴ 成之約、莊美娟，同註22，第83頁。

²⁵ 成之約、莊美娟，同註22，第83頁。

法適用傳統勞動型態的勞動者有利，比如說欲給予子女較多照顧的女性勞工，就不一定非得離職不可，也因為彈性工作的優點，企業能吸引較多優秀人才，而不受傳統工作型態的限制，開發新的勞動力。

(4) 促進殘障及邊際勞動人口之就業

電傳勞動工作場所分散的特點對於殘障者之就業有利，因為即使無障礙設施做得再完善，對殘障者而言仍有其不便之處，若不必日日到雇主要營業場所提供勞務，則將可提升殘障勞動者的競爭力。理論上電傳勞動雖可促進殘障就業，但有論者認為實際上不易成功，因為牽涉到許多諸如改裝技術設備以適合個別殘障者等的面向。

邊際勞動人口一般多見於女性及高齡勞工等在勞動市場上較不具競爭力之人，彼等在工業生產時代因其體力及無法配合作業場所等原因而致就業困難；但在資訊生產時代，電傳勞動因其職場分散、知識勞動與事務勞動的性質，導致僅要求最低的體能條件與最短的移動距離，故對邊際勞動人口之就業有利。

(5) 增進偏遠地區發展，改善偏遠地區的發展瓶頸

在以往經濟發展的條件中，地理環境相當重要，交通不便即意味著發展落後，是偏遠地區發展上無法突破的瓶頸。而電傳勞動在時間上的同步，可以彌補偏遠地區空間上的隔閡，縮短邊陲與中心的落差，促進偏遠地區當地就業及改善人口外流、城鄉失衡等狀況。相關的研究有歐體委員會的報告：「減少都市與鄉村及核心與邊陲間之社會經濟落差，必須將電傳勞動的注意力從個別勞動者，移轉到擴大組織與市場，涵蓋更多偏遠地區的勞動人口。」。在偏遠地區首次綜合應用電腦通訊技術的電傳職場稱為「電子住宅」，提供當地居民教育、事業經營、休閒旅遊及就業的功能，目的在於發展鄉村地區的經濟。

(6) 減少通勤時間，緩解環境破壞的壓力

這是電傳勞動目前所見最主要的效益，間接導致了生產力的提高及通勤災害的減少。電傳勞動在七〇年代能源危機期間開始受到注意，而資訊技術的進步使得以電子通信代替實際通勤成為可能，從而使消耗大量能源的日常通勤得以減少，因通勤所導致的空氣污染、能源消耗及交通壅塞等問題也隨之緩解。此外由於電傳勞動是以最少的物質媒介（電子）處理生產最高價值的資訊產品，因此對於自然資源的開發以及環境生態的破壞都會減到最低，而且因為職場分散，對於因為都市人口集中所導致的問題也都得到舒緩。

(7) 工作時間彈性，增進家庭與社區生活

彈性的工作時間是勞動者選擇電傳勞動最大的理由，方便其依需要分配處理公私事務的時間。在工業生產時代，勞動者必須脫離家庭與社區進入工廠或辦公室，而電傳勞動的家內、近鄰與衛星職場，則有助於勞動者重拾家庭生活，對於家庭制度與社會秩序倫理的重建具有積極意義，未來學者 A.Toffler 稱此為「返家運動」。而勞動者之所以可以增進家庭與社區

生活，所依賴的就是彈性的工作時間及分散的職場。

3、電傳勞動的職場類型

電傳勞動打破了工業革命以來職場集中的特性，而呈現出分散與多樣化的現象，電傳職場的真義並不僅限於電子家內職場，只要是遠離雇主主要營業場所並使用電信設備相聯繫者均屬之。其主要類型如下：

(1) 電子家內職場

為電傳職場最常見的類型，工作職場在勞動者家中，外觀類似於家內勞動，但在技能種類、組織型態及與雇主主要營業場所聯繫方式上，二者有明顯不同。此種型態的電傳勞動，受雇者純粹在家（或在其他地點）工作，而在企業辦公室中並無工作位置。而此處與傳統的家內勞動有其重疊之處，私人的生活領域與工作世界的界限已不再存在²⁶。

(2) 更替式的電傳勞動

此種型態的電傳勞動，受雇者有一部份勞務係於企業職場中提供，另一部份勞務則於外部電傳勞動工作位置中提供（如家內職場）。經由此種電傳勞動，受雇者享有與企業職場中其他勞動者直接接觸的優點²⁷。

(3) 衛星職場

仍為雇主所提供的職場，但遠離雇主主要營業場所，而以穩定的電腦通信設備相聯繫。

(4) 近鄰職場

鄰近職場係指不同的企業受雇者或自雇勞動者共同使用居家附近的辦公處所及電腦通信設備。由於辦公室的基礎設施是共同使用，費用持依照比例分配²⁸。

(5) 移動職場

此處係涉及外勤的工作，例如保險外務員、記者、外勤業務員等，此等人員均無需親臨一固定的工作場所。而需由外勤工作者經由現代的通信設備與主要辦公處所或企業總部聯繫（讀取電子郵件或資料庫）²⁹。

三、先進國家針對勞動派遣之規範

雖然非典型勞動之類型主要可以區分為六種，然而，近年來世界各國之企業廣泛採用「勞動派遣」，故先進國家針對非典型勞動所建立之規範，也多集中於規範勞動派遣當事人間之權利義務關係，因此，以下針對先進國家有關勞動派遣相關規範做介紹。

勞動派遣在全球化的推波助瀾下，在國際社會中有愈來愈普遍的趨勢，但國際勞工組織(International Labor Organization, 簡稱ILO)、歐洲各國（包括歐陸各國、英國與東歐國家）、美國與日本在勞動派遣的法制保障上仍有不少的差異。歐洲大部分國家與日本係採「法制化」的規範方式，

²⁶ 楊通軒，電傳勞動所引起勞工法上問題之研究，勞工行政第149期，第39頁，2000年。

²⁷ 同前註，第40頁。

²⁸ 楊通軒，同註26，第40頁。

²⁹ 楊通軒，同註26，第40頁。

許多歐盟指令(European Union directives)、歐盟社會憲章(European Union Social Charter)與各國法令在實務應用與制訂法上提供派遣勞工相當多的保障規定與措施³⁰；日本雖有針對勞動派遣制訂專法予以規範，但其在法律上所提供的保障與實質上對派遣勞工所提供的保障是有落差的；美國對於勞動派遣則是採取「非法制化」的規範方式，雖然美國未針對勞動派遣制訂專法，但其透過法院判決(普通法)以及全國勞工關係委員會(National Labor Relations Board, 簡稱NLRB)對相關勞動法令的解釋³¹，對於派遣勞工所提供的保障愈來愈趨近歐洲國家的保障水準³²。

由於勞動派遣之規範模式有「法制化」與「非法制化」兩種，因此，以下即以「非法制化模式之美國」與「法制化模式之日本」為例，對勞動派遣之規範作一初步介紹：

(一) 美國之相關規範

美國的僱用型態自一九七〇年代末期即開始有了轉變，「不定性勞動」(contingent employment)型態愈來愈普遍³³，其中有一種型態為「暫時性勞務提供」(Temporary Help Supply, 簡稱 THS)³⁴，此種勞動型態亦是一種涉及三方當事人的勞動關係³⁵，勞動派遣即是其中之一³⁶。然而，勞動派遣在美國並無專有名詞，只是涵蓋在暫時性勞務提供的概念下。

在美國，不論是制訂法(enacted law)或普通法(common law)皆未能充分地定義與保障派遣勞工，同樣地，美國的相關法律亦趕不上勞動派遣快速成長所造成的影響。美國傳統勞動關係一直是以「僱用自由原則」(employment at will doctrine)為中心，在此原則下，雇主可以隨時解僱勞工。美國現行勞動法令也仍是針對「全時間、全年僱用與為單一雇主提供勞務」(full-time, full-year employment with a single employer)的勞工所制訂³⁷。近年來，愈來愈多美國大型企業透過使用勞動派遣來增加利潤，但相關法律規範卻尚未在雇主使用勞動派遣所獲得的利益與雇主應為派遣勞工提供社會保障之間取得平衡。舉例而言，美國銀行(the Bank of America)就因為使用勞動派遣而聲名狼藉，美國銀行開除所有的全時間銀行行員之

³⁰ Leah F. Vosko, *Regulating Precariousness? The Temporary Employment Relationship under the NAFTA and the EC Treaty*, 1998 Indus. Rel. (Can.)123.

³¹ Business, St. Louis Dispatch, Feb. 2, 1999, at C1.

³² *Id.*

³³ Carre, *supra* note 5, at 46.

³⁴ 美國暫時性勞務提供型態自1980年代起開始蓬勃發展，在1982年至1992年之間，受暫時性勞務提供機構僱用的勞工由41萬7000人增至140萬人。由於暫時性勞動的蓬勃發展，美國最大的私人雇主是從事暫時性勞務提供的「萬寶華公司」(Manpower, Inc.)。關於此點，參見Hiatt and Rhinehart, *The Growing Contingent Work Force: A Challenge for the Future*, 10 LAB. LAW 143, 145 (1994)；Glenn Burkins, *Temp Workers May Be Able to Join Unions*, WALL ST. J., Dec. 2 1996, at A3.

³⁵ 在暫時性勞務提供勞動型態中有三方當事人：(1)勞動力使用機構(user firms)；(2)暫時性勞務提供機構(the THS agency)；(3)從事暫時性勞務提供的勞工(the THS worker)。關於此點，參見Carre, *supra* note 5, at 48.

³⁶ *Id.* at 48.

³⁷ 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10期，第46頁，2003年。

後，由派遣公司以部分工時工重新僱用他們，再派給美國銀行使用，部分工時銀行行員的工資只有全時間銀行行員的 62%，且只有 15% 的部分工時銀行行員可以獲得醫療給付津貼³⁸。直到今日，美國仍未針對勞動派遣制訂專法³⁹，未來也很難期待奉行「僱用自由」哲學的美國會制訂如國際勞工組織或是歐盟為保障派遣勞工所定的法規範。

由於美國並未針對勞動派遣制訂專法，亦沒有在相關法規中明確定義派遣勞工，故派遣勞工若欲享有與經常性僱用勞工相同的勞動基準，該派遣勞工必須符合相關法令或是普通法中對於「受僱人」(employee)的定義，目前在美國法中用來保障派遣勞工權益的相關法律多是從「共同雇主責任」以及「集體勞動權的行使」兩方面來適用。

在「共同雇主責任」方面，由於派遣勞工是由派遣機構直接僱用，因此派遣機構幾乎在所有的相關事項上皆必須負擔雇主責任。另外，在「共同雇主」(joint employer)的概念，要派機構有時亦須負擔雇主責任⁴⁰。在判斷要派機構是否須負擔共同雇主責任時，主要之判定標準為「要派機構平日對派遣勞工行使監督管理權的程度」⁴¹，且在不同的事項上，要派機構所負擔的共同雇主責任也會有所不同。舉例而言，在「職災補償」的事項上，如果派遣機構⁴²沒有為派遣勞工購買職業災害保險，導致派遣勞工無法得到充分的補償，要派機構即須負擔「次要雇主責任」(secondary responsibility)⁴³；在「最低工資保障」方面，要派機構與派遣機構皆有遵守最低工資相關法律(minimum wage laws)之義務⁴⁴，如果派遣機構給付派遣勞工之工資低於最低工資，要派機構即須為派遣機構的違法行為負擔共同雇主責任⁴⁵；在「職業安全與健康」方面，要派機構與派遣機構亦被視為共同雇主，故要派機構所提供的工作環境若損及派遣勞工的健康與安全時，要派機構與派遣機構皆會受罰⁴⁶；在「就業歧視禁止」方面，要派機構與派遣機構亦須負擔共同雇主責任，故當派遣勞工在要派機構服勞務，因其性別、種族、年齡、宗教、殘障或原國籍等法律所禁止之原因受到差別待遇時，派遣機構與要派機構皆須負責⁴⁷。

³⁸ *Id.*

³⁹ 為保障非典型勞工之勞動條件，立法者曾致力於推動相關法案。一九八七年的「部分工時與暫時性勞工保障法」(Part-Time and Temporary Workers Protection Act)法案與一九九四年的「不定性勞動力平等法」(Contingent Workforce Equity Act)法案皆是為保障非典型勞動者所提出之法案，但皆未能通過立法程序。關於此點，參見Vai Io Lo, *Atypical Employment: A Comparison of Japan and the United States*, 17 COMPARATIVE LABOR LAW JOURNAL 492, 494, 518-519 (1996).

⁴⁰ Summers, *supra* note 1, at 516.

⁴¹ *Id.*

⁴² 派遣機構對派遣勞工所受到的職災須負擔「主要雇主責任」(primary responsibility)。關於此點，參見Summers, *supra* note 1, at 516.

⁴³ Summers, *supra* note 1, at 516.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ 關於此點，參見Mendez v. Brady, 618 F. Supp. 579, 582 (W.D. Mich. 1985).

⁴⁶ Carre, *supra* note 5, at 77.

⁴⁷ 關於此點，參見Amarnare v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 611 F. Supp. 344 (S.D.N.Y.1984), *aff'd without opinion* 770 F.2d 157 (2d Cir. 1985)；Magnuson v. Peak Technical Services, 808 F. Supp. 500 (E.D. Va. 1992).

另外，全國勞工關係委員會(NLRB)係美國在認定事業單位是否符合全國勞工關係法(National Labor Relation Act, 簡稱NLRA)⁴⁸中之「雇主」身分的最重要機構，故該委員會的雇主認定標準也成了判斷要派機構與派遣機構是否構成共同雇主之重要依據。目前全國勞工關係委員會用來決定要派機構與派遣機構是否構成共同雇主的判斷標準是「控制權準則」(a right of control test)⁴⁹。

法院在認定要派機構應否被視為共同雇主時有時會採取與全國勞工關係委員會不同之認定標準。除了全國勞工關係委員會所採取之「控制權準則」外，法院有時會採用另外兩種標準：(1)共同控制準則(mutual control test)⁵⁰；(2)結合準則(integration test)⁵¹。

在「集體勞動權的行使」方面，由於派遣勞工對經常性僱用勞工工作機會的排擠，許多工會對組織派遣勞工相當排斥，故早期派遣勞工在行使集體勞動權方面遭遇許多困難。之後，由於工會發現其愈排斥組織派遣勞工，愈是增加雇主使用派遣勞工的誘因，對經常性僱用勞工更是不利。因此，近年來工會的態度有了轉變，許多工會已願意組織派遣勞工⁵²。然而，派遣勞工不論是加入派遣機構或要派機構之工會皆有其缺點與困難。

首先，從派遣勞工加入派遣機構之工會來看，雖然派遣機構是直接僱用派遣勞工的事業單位，且為其法律上的雇主，但由於派遣勞工提供勞務的對象與地點並非派遣機構，其與派遣機構之間的關係往往是十分疏離的⁵³。因此，雖然派遣機構是派遣勞工法律上之雇主，理論上當然可以加入派遣機構之工會，但受同一派遣機構僱用的派遣勞工之間可能從事不同工作，或是在不同地點提供勞務，彼此之間可能根本不認識，或是缺乏共同

⁴⁸ 29 U.S.C.S. §§ 151 et seq.(1945).

⁴⁹ 控制權準則的適用主要是著眼於要派機構與派遣機構是否對派遣勞工的工作具有「充分的控制」(sufficient control)來決定兩者是否應被視為「共同雇主」；換言之，要認定要派機構與派遣機構為共同雇主，必須證明要派機構與派遣機構有共同實質地影響勞動派遣之僱用關係，如僱用、解僱、懲戒、監督與指揮等。關於此點，參見Comment, *Rethinking the National Labor Relations Board's Treatment of Temporary Workers: Granting Greater Access to Unionization*, 47 UCLA L. REV. 1105, 1116 (2000)(authored by Bita Rahebi).

⁵⁰ 「共同控制準則」主要係著眼於要派機構與派遣機構對派遣勞工的工作條件或勞動關係的共同控制(joint control)。法院認為當要派機構對派遣勞工有相當程度的控制，甚至有權僱用或解僱派遣勞工時，要派機構與派遣機構皆應被視為派遣勞工之雇主。一般而言，派遣勞工對要派機構提供勞務的時間愈長，對要派機構的投入愈多，要派機構被視為共同雇主的可能性就愈大。關於此點，參見Rivera-Vega v. Conagra, Inc., 876 F. Supp.1350, 1369(D.P.R. 1995)；NLRB v.

Browning-Ferris Indus., 691 F.2d 1117, 1119, 1123 (3d. Cir. 1982)；Donald F. Jr. Kiesling, *Title VII and the Temporary Employment Relationship*, 32 VAL.U. L. R.1,12-13(1997).

⁵¹ 「結合準則」的適用除了考量「共同控制準則」的認定標準外，還必須考量要派機構與派遣機構之間是否存在一定的結合關係。在此準則的適用下，少有派遣機構與要派機構之間具有結合準則所要求的結合程度，故要透過此項準則視要派機構與派遣機構為共同雇主相當困難。關於此點，參見Kiesling, *Id.* at 14；Metropolitan Detroit Bricklayers Dist. Council v. J.E. Hoetger & Co., 672 F.2d 580, 584 (6th Cir. 1982).

⁵² Michelle Quinn, *A Union of Temps?*, ORANGE COUNTY REG., May 26, 1997, at D6.

⁵³ Jpy Vaccaro, *Temporary Workers Allowed to Join the Unions: A Critical Analysis of the Impact of M.B. Sturgis Decision*, 16 ST. JOHN'S J. L.COMM. 489, 512-13 (2002).

的利益，即使一起參加派遣機構之工會，工會也很難為派遣機構中所有的派遣勞工與派遣機構進行協商。此外，要派機構得因派遣勞工加入派遣機構之工會而終止與派遣機構之間的要派契約，派遣勞工也因此會失去該項派遣工作⁵⁴，此又是另一項使派遣勞工加入派遣機構工會之困難。綜上可知，在派遣機構中組織派遣勞工，或是由派遣勞工加入派遣機構現有之工會並無太大實益，且在技術上亦有相當的困難性。

至於由派遣勞工加入要派機構之工會，亦須面對不少困難，但實質意義比較大。派遣勞工與要派機構之間的關係本就較為密切，且派遣勞工與在要派機構從事相同工作的經常性僱用勞工的利益亦有較多共同點，但派遣勞工與要派機構之間並無僱用關係，如何加入要派機構工會有法律上之困難。在現行法的規範下，派遣勞工無法直接加入要派機構工會，派遣勞工若欲加入要派機構工會，必須符合三個要件：(1)要派機構與派遣機構被視為共同雇主⁵⁵；(2)要派機構與派遣機構同意派遣勞工加入要派機構之工會⁵⁶；(3)派遣勞工與要派機構經常性僱用勞工須具有共同利益⁵⁷。

(二) 日本之相關規範

如同美國，不定性勞動（勞動派遣是其中的一種）的盛行在日本已非新鮮事。目前在日本，不定性勞動者已佔總體勞動力的五分之一⁵⁸。一九七〇年代石油危機發生時，日本企業已相當依賴不定性勞動型態的運用⁵⁹。不定性勞動在日本日益普及的原因主要有下列幾點：(1)為降低因石油危機所造成的成本增加；(2)為因應一九八〇年代引進外籍勞動者處理科技轉型與辦公室電腦化業務之需要；(3)為解決日本因經濟蕭條所產生的就業問題；(4)為因應一九九〇年代日本企業大量裁減員工的現象；(5)因人口結構改變造成勞動人口短缺⁶⁰。一九八五年，日本之人力派遣法使得勞動者

⁵⁴ 要派機構因派遣勞工參與工會活動而拒絕繼續使用該名勞工並不會違反全國勞工關係法第8(a)(3)條。關於此點，參見Local No. 447, United Association of Journeymen and Apprentices (Malbaff Landscape), 172 N.L.R.B. 128, 129 (1968).

⁵⁵ 派遣勞工若欲加入要派機構工會，第一個要件即是證明要派機構與派遣機構為共同雇主，並在此前提下，將要派機構與派遣機構視為同一協商單位。關於此點，參見Comment, *supra* note 235, at 1115.

⁵⁶ 由於美國國會並不支持由數個利益衝突的雇主組成同一團體協商單位，再加上全國勞工關係法亦明文禁止工會以威脅或強制的方式迫使雇主與其協商，因此，派遣勞工若欲加入要派機構之工會，必須得到要派機構與派遣機構之同意。關於此點，參見Section 8(b)(4)(A) of the NLRA.

⁵⁷ 即使要派機構與派遣機構被認定為共同雇主，且雙方同意成為同一雇主協商單位，派遣勞工並不會得以自由加入要派機構之工會。派遣勞工若欲加入要派機構工會，尚須符合全國勞工關係委員會所採用之「利益一致性」(community of interest)原則。在適用「利益一致性」原則時，全國勞工關係委員並不會要求派遣勞工與要派機構經常性僱用勞工的全方位相似性(similar in all respects)，而是著眼於派遣勞工與要派機構經常性僱用勞工是否在技能、工資、工時與其他勞動條件上有足夠的相似性。關於此點，參見Comment, *supra* note 49, at 1129.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Kazumichi Goka, International Labour Organization, Labour Administration Branch, Country Study: Japan, Development of Private Employment Agencies and Government Policies, at Ch. 1, Historical Development of Private Employment Agencies in Japan, <http://www.ilo.org/publish/english/clip/admitra/papers/1998/japan/ch.1.htm>.

⁶⁰ *Id.* at Ch. 2.

得透過再承攬人(subcontractor)或是私人就業機構之媒介來執行特定工作⁶¹。到了一九九〇年代，日本政府與企業皆十分擁護私人就業機構，以其作為取得具彈性之非典型勞動力的管道與促進勞動力流動的手段，從而達到降低失業率與造福科技工業的目的⁶²。

總體來說，日本在立法與司法方面提供了派遣勞工相當詳盡的保障。派遣勞工與派遣機構之間多是簽訂短期勞動契約⁶³，在人力派遣法(Workers Dispatching Law)的定義下，派遣勞工係指「受僱於一方而在另一方的監督下服勞務」的勞動者⁶⁴。雖然日本有針對勞動派遣制訂專法，但有許多保護規定流於形式，故在實際的運作上，仍有許多不周全之處，以下僅就日本目前有關勞動派遣之主要規定與相關問題作一探討：

1、性別歧視問題

根據相關報告指出，只有五分之一的日本女性畢業生能夠在本國找到工作⁶⁵。許多日本女性畢業生宣稱她們因為社會價值觀所造成的障礙，造成她們很難找到全時間工作，故只好轉而投入派遣工作⁶⁶，因此目前在日本從事勞動派遣者多為女性⁶⁷。在日本批准私人就業公約之前，根據國際勞工組織對日本所做的研究報告指出，某些日本企業以使用派遣勞工的方式來取代經常性僱用的女性受僱人⁶⁸。雖然在法律上，日本女性的就業權益是受到相當充分保障的，例如一九八五年所制訂的平等就業機會法(the Equal Employment Opportunity Law of 1985)即禁止雇主在招募、僱用、升遷等方面有性別歧視的措施；日本之勞動基準法(the Japanese Labor Standards Law)亦禁止雇主給付與男性從事相同工作的女性受僱人不同之工資⁶⁹，但日本社會實際上仍普遍存在對女性的歧視，此種性別歧視的現象在勞動派遣型態中更為顯著。

2、僱用安定問題

在二次大戰之後，日本法採納了「濫權解僱禁止原則」(the doctrine of abusive dismissal)，在此原則下，雇主若缺乏合理及客觀之原因(reasonable and objective ground)，不得終止勞動契約⁷⁰。此項原則的適用增加了企業在解僱勞工一事上的困難，因此也增加了企業使用派遣勞工的動機。使用派遣勞工的企業與派遣勞工之間並無僱用關係，企業可依其經營需要，調整派遣勞工的數量。在不需要派遣勞工時，亦完全不受到濫權解僱禁止原

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ KAZUO SUGENO, JAPANESE LABOR LAW 154 (transl. 1992, Leo Kanowitz).

⁶⁴ *Id.* at 165.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.* at 159

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.* at 126.

⁷⁰ *Id.* at 155.

則的限制，即可結束使用派遣勞工的狀態。因此，有謂者即批評雖然日本有制訂人力派遣法來保障派遣勞工權益，但派遣勞工實質上仍是接受較差的工資、勞動條件與福利，且其亦無法透過工會來增進其利益，故現行人力派遣法之規範對保障派遣勞工權益而言仍不夠周全⁷¹。

3、集體勞動權行使問題

日本之工會法係以規範經常性僱用員工組成之企業別工會為主，故極少見到由派遣勞工組織之工會⁷²。事實上，即使工會法允許派遣勞工組織工會，派遣勞工要組織工會仍存在許多技術上的困難⁷³。日本人力派遣法規定要派機構不得以派遣勞工之國籍、信條、性別、身份或工會之正當行為作為藉口終止要派契約，故要派機構不得因派遣勞工組織或參加工會的行為而終止要派契約，此乃人力派遣法中唯一與派遣勞工行使集體勞動權有關之規定⁷⁴。儘管有此規定，日本派遣勞工在集體勞動權的行使方面並無顯著的突破，截至目前為止，仍僅有少數的派遣勞工參加工會或參與工會相關活動⁷⁵。

對於有參加工會的派遣勞工而言，其仍須進一步面對另一個問題---其協商之對象為何。根據日本工會法的規定，雇主有與工會進行團體協商之義務，雇主若違反此項義務，即構成不當勞動行為⁷⁶。然而，該法並未對「雇主」作定義性的規定，故在認定要派機構與派遣機構孰為派遣勞工之雇主時即有爭議⁷⁷。人力派遣法制訂後，中央主管機關在此議題上有了明確的政策，原則上由於派遣勞工的勞動條件係由派遣機構決定，故應由派遣機構與派遣勞工之工會進行團體協商，但如果要派機構實際上有決定派遣勞工勞動條件的情況時，要派機構也會被認定為派遣勞工之雇主，而被要求與派遣勞工之工會進行團體協商⁷⁸。

4、安全衛生問題

由於派遣勞工對要派機構而言係屬他人之勞工，故要派機構在派遣勞工的安全衛生事項上往往較不重視，甚至常有命令派遣勞工從事較危險或有害工作的傾向。為保障派遣勞工在此種情形下可能遭遇到不利益，人力派遣法規定要派機構有依照日本工業安全法(the Japanese Industrial and Safety Law)之相關規定來保障派遣勞工工作安全的責任⁷⁹。然而，日本勞

⁷¹ Lo, *supra* note 39, at 529.

⁷² 邱祈豪，台灣勞動派遣法制化之研究，第169頁，2003年。

⁷³ 派遣勞工之工作場所分散，彼此之間可能完成不認識，此種缺乏交集的情況即是派遣勞工組織工會的一大困難。

⁷⁴ 邱祈豪，同註72，第169-170頁。

⁷⁵ 邱祈豪，同註72，第170頁。

⁷⁶ 邱祈豪，同註72，第170頁。

⁷⁷ 邱祈豪，同註72，第170-171頁。

⁷⁸ 邱祈豪，同註72，第171頁。

⁷⁹ Kazumichi Goka, International Labour Organization, Labour Administration Branch, Country Study: Japan, Development of Private Employment Agencies and Government Policies, at Ch. 2, Historical Development of Private Employment Agencies in Japan,

動基準法在職災補償事項上並未課予要派機構任何責任，因此派遣勞工之職災補償責任仍是由派遣機構負責⁸⁰。此種將派遣勞工之安全衛生責任與職災補償責任分開規定的作法，使得派遣勞工之健康與生命是否能得到周全的保障備受質疑。

貳、案例引導

（臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度重勞上字第 3 號）

一、選擇原因

派遣業在我國行之有年，惟因缺乏相關法規範，造成爭議不斷，派遣勞方之權益亦常遭受不當侵害。選擇此案例之目的在於檢視並討論，在缺乏相關法令規範的情況下，法院對於因勞動派遣所生之爭議所採取之態度及判斷標準為何。

二、案例事實

自民國七十八年至九十一年起不等，於台電工作的數名派遣勞工指控台電為規避勞動基準法相關規定因而和民間顧問公司簽訂「承攬人事支援服務契約」。勞工認為台電形式上借用派遣公司名義，掩護實質上之不定期契約，實際上與勞工間存有選任、服勞務及監督關係，與僱傭關係無殊，要求台電比照其員工，確認兩者為僱傭關係。台電則認為此即「勞動派遣關係」，派遣勞工之雇主應為該派遣公司，台電為要派機構，非實際上之雇主。一審台電敗訴，因而上訴高等法院。

三、案例爭點

台電與其所使用之派遣勞工之間是否成立勞動關係？

四、判決要旨

台電非該等派遣勞工之雇主，理由有下：

- （一） 台電與各派遣公司的確簽有勞動派遣契約；
- （二） 勞動派遣在我國雖未法制化，但其已行之有年，且依民法第四百八十四條規定旨趣，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，勞動派遣契約難認不法；
- （三） 勞動派遣本質即為「僱用」和「使用」分離；
- （四） 要派公司有指揮監督權為勞動派遣之必然結果，非謂要派公司有此權限即為實際上之雇主；

<http://www.ilo.org/publish/english/<clip>/admitra/papers/1998/japan/ch.1.htm>.

⁸⁰ 邱祈豪，同註72，第178頁。

- (五) 本案事實原本就是先簽有派遣契約，再由台電面試派遣公司雇用的派遣勞工，非為被上訴人（勞工）所述，先面試錄取再由派遣公司僱用以規避勞基法；
- (六) 該等勞工薪水由派遣公司發給，對於台電並未有經濟從屬性；
- (七) 派遣員工曾接受派遣公司的調動，證明派遣公司有調動權，要派遣公司並無權干涉。

五、相關法律規定

民法第四八四條第一項規定，僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人，受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。

參、理論及案例在教學中的呈現

一、重要議題與思考方向

本案業經高等法院台中分院確認台電與派遣勞工間僅有事實上之僱用關係，法律上之僱用關係係存於派遣公司與派遣勞工間。惟派遣關係與傳統僱用關係不同之處在於「僱用」與「使用」的分離。在此情形下，當派遣勞工發生職業災害時，使派遣機構負擔完全之責任，似有過苛。因要派機構為派遣勞工實際提供勞務之對象，其安全設備與設施，非派遣機構所能管理控制。我國未來若制訂派遣專法，應如何規範雇主責任較為妥當？

二、活動設計（機關參訪）

（一）參訪目的

派遣業目前在我國可說是蓬勃發展，但現有之派遣公司良莠不齊。為使修課學生實際瞭解派遣公司之運作以及實際遭遇之問題，本項主題將會安排至派遣公司參訪，與業者進行對話。

（二）學生行前準備

事前閱讀指定之參考資料，並預備參訪進行雙向對話時之問題。

肆、教學評量方式

一、評量方式

- （一）課堂報告：30%
- （二）學期報告：30%
- （三）課堂參與：40%

二、作業與考題設計

（一）春子是一名派遣到 S&F 企劃公司的派遣人員。有一天春子在公司的廁所中因為地板潮濕跌倒受傷，要住院一個月。春子要 S&F 公司依照勞基法負起雇主職災責任，但 S&F 公司認為其不是春子法律上的雇主，因此不

願意負責，春子所屬的派遣公司也以職災發生地點不是其可以管轄監督的範圍拒絕負責，春子頓時覺得求償無門。

★問題的引導

派遣勞工發生職業災害時，應該由要派公司還是派遣公司負擔雇主責任呢？

(二) 小安是一名大學生，下課後在一家數理補習班打工，負責打電話招生。每週排班三天，一天工作四小時。最近正值大學放榜補習班招生的旺季，補習班要求小安最近要排班工作九小時，小安覺得很累，但想到可能有加班費，還是接受了排班。但補習班事後對小安說：「你是工讀生，不適用勞基法，所以沒有加班費。」小安很生氣想據理力爭，難道工讀生就不受勞基法保障，沒有加班費嗎？

★問題的引導

部份工時的工讀生適用勞基法嗎？如果小安適用勞基法，小安的加班費應如何計算？

(三) 小華是今年剛從大學畢業的社會新鮮人，因此對於職場上各種就業資訊相當的注意。小華最近在人力銀行網站中常看到各種派遣、打工的工作機會，最近市場上似乎也大力推廣社會新鮮人從事這些職務，小華很有興趣先從事這些工作，但又很疑惑這些工作到底和一般工作有什麼不同？

★問題的引導

人力銀行網站最近大力推廣的派遣工作、部份工時工作，這些工作型態與傳統勞動型態有何不同？在勞動市場上還有哪些工作是屬於「非典型勞動」？

三、參考答案

(一) 雖然在派遣關係中，勞工給付勞務的對象並非與其簽訂派遣契約的派遣機構，而是要派機構，但在現行勞動基準法第五十九條的規定下，春子發生職業災害時，其法律上之雇主（即派遣機構）仍應負擔雇主責任。

(二) 1. 勞動基準法第二條第一款對於「勞工」之定義係指「受雇主僱用從事工作獲致工作者」，並未區分全時間勞工與部分工時勞工，小安既是「受數學補習班僱用從事工作獲致工作者」，當然適用勞動基準法之規定，若有加班之事實，當然應有權請領加班費。

2. 若雇主要求小安加班之時間為「法定工時（每日八小時）以外之時間」，雇主當然應依勞動基準法第二十四條之規定發給加班費。小安既適用勞動基準法之規定，且其法定工時為八小時，雇主應就多出的一小時給付小安加班費。

- (三) 1. 傳統的「僱用關係」具有三種特質。第一，「僱用關係」是具有指揮監督權的雇主與具有服從義務的受雇人之間的「個人關係」(personal relationship)；第二，「僱用關係」須建立在「全時間」(full-time)的基礎上；第三，只要受雇人被要求繼續工作或其願意繼續工作，「僱用關係」將無期限地(indefinitely)繼續存在或是繼續存在一段相當的期間(substantial period)。所以，從事部分工時工作的勞工，因未與雇主建立一個全時間的僱用關係；從事派遣工作的勞工，因提供勞務對象非法律上之雇主，有別於傳統的勞動型態。
2. 除了部分工時與勞動派遣外，「非典型勞動」還包括暫時性勞動、租賃勞動、外包與電傳勞動等。

第三章 教學方式的改變

第一節 教材方面

除提供學生本研究計畫所編纂之教材外，本計畫亦將提供與勞動法相關之電影（例如：在性別工作平等與性騷擾之課程中，放映「北國性騷擾」影片）、紀錄片（例如：在爭議權之課程中放映中華電信工會所製作之紀錄片「漫漫長路」）、電視節目（例如：華視之「臺灣力」節目）、媒體報導等作為課程中之輔助教材。

第二節 教法方面

一、互動教學

本計畫在課程進行方面將突破傳統的課堂講授方式，而改採「互動教學」的方式進行。在課程的開始，授課老師會將課程的整體進度以及課前準備作業(assignment)以書面的方式（同時張貼於網路教學平台）告知修課學生。在課堂中，授課老師會將教材所涵蓋之內容製作成生動活潑的PowerPoint簡報，並以個案事實作為引導，介紹相關之理論與主要法律規定、實務見解與行政函釋等，之後再進入問題討論，要求修課學生針對教材設計之問題，進行深度的辯論與探討，透過此種討論與意見交換，啟發修課學生的問題意識，訓練其獨立思考能力。課後，修課學生將以分組的方式，整理分析課堂中同學討論之內容以及授課老師之回饋意見，並進一步提出該組同學之討論結果與研究發現，授課老師則扮演協助指導之角色。教學的評量除了參酌上述修課學生的課堂表現、分組討論的成果之外，亦將設計課堂考試，期能透過實例問題的測驗，瞭解個別修課學生對教材中各個單元內容的瞭解深度與吸收程度。

二、機關參訪

透過參訪法院、勞工行政主管機關、工會等機關，讓學生可以瞭解實務上處理勞動法相關個案之方式與流程，同時透過與相關人員之交流，瞭解法律規定與學理如何適用在實際問題的解決。

三、角色扮演

（一）訴訟案件角色扮演

將修課學生分組，分別代表「勞方辯護律師」、「資方辯護律師」與「法官」，透過教師預先設計之個案，由代表「勞方」與「資方」之學生針對個案中之爭議問題進行辯論，之後再由扮演「法官」之學生針對勞方與資方之辯論做成判斷，最後由其他修課同學進行提問與意見分享，教師再做總評。

（二）協商個案角色扮演

協商個案角色扮演分為「個別協商個案」與「集體協商個案」，亦是先將修課學生分組，分別代表「勞方協商代表」與「資方協商代表」與「法官」，透過教師預先設計之個案，由代表「勞方」與「資方」之學生針對個案中之爭議問題進行協商，之後再由其他修課同學進行提問與意見分享，教師最後做總評。

(三) 調解與仲裁角色扮演

將修課學生分組，分別代表「勞方」、「資方」與「調解委員（或仲裁委員）」設計之個案，由代表「勞方」與「資方」之學生針對個案中之爭議問題進行辯論，之後再由扮演「調解委員（或仲裁委員）」之學生針對勞方與資方之辯論提出調解方案或做成仲裁決定，最後由其他修課同學進行提問與意見分享，教師再做總評。

四、實際觀摩

透過學校行文實際觀摩勞資爭議協調案件，例如類似「渣打銀行」在新竹市政府勞工局以及「亞力山大」在台北市政府勞工局的勞資爭議協調案件，使修課學生能親身經歷勞資爭議協調案件。

五、問卷調查

為深入瞭解修課學生學習之需要與意見，定期以問卷之方式調查修課學生之意見需要，並檢驗授課之成果。

第四章 結論

傳統的法律教學多是以教科書的講解與法條的闡釋為主，修課學生亦多是被動地接受與背誦，對於制訂法律背後的動機以及欲規範的問題往往並不瞭解。課程的進行亦多是聚焦在老師的講授，學生鮮少針對上課的內容進行問答或討論。此種教學方式使得大多數的法律課程顯得枯燥無味，學生在學習過程中很難感受到學習法律的樂趣與意義。在此種教學模式下所建立的法學教育系統，非但容易淪為填鴨式教學，亦無法提升整體法學水準，無論是在學術或是實務方面。此外，在此種法學教育訓練下的學生，非但難以成為術德兼備的法律人，亦很容易淪為法匠。

為改善法學教育長期以來的問題，教育部推動「補助法律專業科目教學改進計畫」，期能透過此項計畫的推動，促進整體法學教育的改革。本計畫所從事之教學改進課程為「勞動法」，惟限於時間與經費，本計畫無法涵蓋所有勞動法涉及之議題，為兼顧勞動法中之重要議題，本計畫在教材撰寫方面選定六個主題，其中包括個別勞動法議題（含「競業禁止條款與勞動契約定型化」與「職業災害與職災補償」兩個主題）、集體勞動法議題（含「團結與協商」以及「勞資爭議」兩個主題）、新興勞動法議題（含「工作平等」與「非典型勞動」兩個主題）。在教材的撰寫安排上，每一個單元中，皆係以相關理論、法令與發展為出發，再進入相關案例的討論，最後再將相關理論與案例在教學中呈現，期能透過有別於傳統教材的撰寫與多元教學方法的引入，強化教學之效果，並增進修課學生學習的樂趣與獨立思考的能力。

本計畫在教材的撰寫上突破傳統教科書的內容與陳述方式，以個案（本土案例為主）為上課討論之主軸，透過個案、相關理論與法令的介紹，使修課學生透過此種教材的內容與安排得以在上課時迅速進入情境式的討論，並能透過角色扮演的形式（分組扮演「法官」、「勞方」與「資方」的角色），進行爭點的攻防答辯，以及合理判決的做成，之後再由授課老師針對實際個案以及修課學生的表現進行評論與評價。

本計畫在教學方法方面亦突破傳統的法律教學方式，在課堂中，老師不再只是單純地講授，「互動教學」才是上課的主軸。為使課程的進行更多元活潑，以刺激修課學生的學習意願，並加深其印象，在課程教學的安排上除了教材之外，還有其他的輔助工具，例如 PowerPoint 簡報、電影、紀錄片、新聞報導等。學生在課堂中不會只有閱讀文字，而會接觸到更多與課程主題相關的圖片、動畫以及影片等。如此的授課方式，非但可以提高學生學習的意願與樂趣，更可以讓課堂中的學習與實際生活做更緊密的連結。除了「互動教學」之外，「機關參訪」、「角色扮演」、「實際觀摩」以及「問卷調查」是本計畫希望能在課堂中提供給修課學生其他的學習管道與方式。

除了教材撰寫與教學方式的改革外，本計畫在期中曾在中興大學參與期中成果報告，並在計畫執行完畢之前，在台北中正大學辦事處舉辦計畫成果發表會。本計畫並委託「國立中正大學研發處法律e化與互動教學研究中心」設計網頁，將本計畫之相關資訊與成果放置在該網頁中，並依本計畫建議之教學方式在課堂中試教。

執行本計畫對本計畫之主持人、共同主持人以及研究助理而言，皆有收穫豐盛之感，期待這是一個持續性計畫的開始，而不是結束，更期待在所有計畫參與者的共同努力下，我國的法學教育能真正突破傳統，日新又新。

參考文獻

一、 中文文獻

- 丁志達 (1998)，與外包人員協力並進，管理雜誌，第 293 期。
- 立法院公報 (1981)，第 63 卷第 6 期，院會記錄。
- 立法院公報 (1983)，第 77 卷第 5 期，院會記錄。
- 立法院公報 (1983)，第 77 卷第 28 期，委員會紀錄。
- 立法院公報 (1983)，第 77 卷第 31 期，委員會紀錄。
- 文衍正 (1994)，營業秘密之侵害及其應負之法律責任，中正法研所碩士論文。
- 中國勞工運動史續編編纂勞委會編纂 (1992)，中國勞工運動史，第六冊增訂版，文化大學勞工研究所理事會。
- 王澤鑑 (1988)，債編總論，第一冊，三民書局。
- 王澤鑑 (1990)，締約上過失，民法學說與判例研究 (一)，三民書局。
- 王澤鑑 (1999)，債法原理 (一)，三民書局。
- 成之約、莊美娟 (2000)，資訊科技運用對勞資關係影響之初探，經社法制論叢，第 26 期。
- 邱祈豪 (2003)，台灣勞動派遣法制化之研究，致良出版社。
- 林隆志 (2001)，勞動契約上競業禁止約款之效力，判解研究彙編 (二)，一版，務實法學基金會。
- 徐玉玲 (1993)，營業秘密之保護，中興法研所碩士論文。
- 彭常榮 (2004)，勞動者爭議行為合法性研究-以醫師罷工為中心，中原財經法律研究所碩士論文。
- 莊若涵 (1996)，離職員工競業禁止條款之效力，資訊法務透析，第 25 期。
- 黃雪珍 (2006)，社會變遷中集體協商權應有之法規範研究，國立中正大學勞工研究所碩士論文。

- 黃越欽 (2000)，勞動法新論，翰盧圖書出版有限公司。
- 黃程貫 (1988)，由罷工權及工作拒絕權之法律性質談勞工集體休假，政大法學評論，第37期。
- 陳新民 (1995)，中華民國憲法釋論，三民書局。
- 陳繼盛 (1991)，各國勞資爭議處理制度之研究，行政院勞工委員會委託。
- 陳繼盛 (1994)，勞工法論文集，陳林法學文教基金會。
- 陳繼盛 (1994)，我國工會法制之研究，行政院勞工委員會委託研究。
- 曹永遊 (1997)，論專門技術在我國營業秘密法之保護，中興大學法研所碩士論文。
- 陳家駿 (1996)，從我國新通過營業秘密法—談保密之法律規範及其維護措施，工業財產與標準，第23期。
- 焦興鎧、鄭津津 (2000)，我國就業歧視評議運作機能與制度建立研究報告，行政院勞工委員會委託研究。
- 張其恆 (1997)，資訊網路社會中電傳勞動關係之初探，勞動學報，第6期。
- 張凱娜 (1997)，競業禁止與營業秘密之保護，月旦法學雜誌，第20期。
- 曾隆興 (1988)，民法研究會第三次研討會發言，法學叢刊，第160期。
- 詹文馨 (1988)，契約上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，台大法研所碩士論文。
- 黃越欽、王惠玲、張其恆 (1994)，職災補償論，五南圖書出版有限公司。
- 蔡文燦 (1997)，侵害營業秘密民事救濟制度之研究，中國文化大學法研所碩士論文。
- 蔡信章 (1996)，美國勞資爭議仲裁制度之研究，中國文化大學勞工研究所碩士論文。
- 楊通軒 (2000)，電傳勞動所引起勞工法上問題之研究，勞工行政，第149期。

劉承武 (1990)，論契約上附隨義務基本理論體系之建立，司法官訓練所26期學員論文集。

鄭玉波 (1980)，論競業之禁止，民商法問題研究，台大法學叢書，二版，三民書局。

鄭津津 (2003)，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10期。

謝銘洋 (1995)，營業秘密侵害之類型觀察與責任分析，台大法學叢書，第85冊，翰蘆圖書。

魏千峰 (1999)，離職後競業禁止契約之研究—評釋台灣高等法院八十年度上字第一四九九號民事判決，勞動法裁判選輯（一），元照初版第一刷。

蘇嘉宏 (1996)，增修中華民國憲法要義，東華書局。

二、西文文獻

Burkins, Glenn(1996), *Temp Workers May Be Able to Join Unions*, WALL ST. J., Dec. 2 1996, at A3.

Callahan, Maureen B. (1985), *Post-Employment Restraint Agreements : A Reassessment*, 52 *University of Chicago Law Review* 703.

Carre, Françoise J. (1992), *Temporary Employment in the Eighties*, in *New Policies For The Part-Time And Contingent Workforce* (Virginia L. duRivage ed.).

Closius, Phillip J. & Hinry M. Schaffer (1984), *Involuntary Nonservitude : the Current Judicial Enforcement of Employee Covenants Not to Compete - A Proposal for Reform*, 57 *Southern California Law Review* 532.

Coolley, Ronald B. (1986), *Employment Agreement Provisions: Definitions, Duties, Covenants not to Compete, Assignment After Termination and Severability*, 14 *AIPLA Quarterly J Journal* 23.

Comment(2000), *Rethinking the National Labor Relations Board's Treatment of Temporary Workers: Granting Greater Access to Unionization*, 47 *UCLA L. Rev.* 1105 (authored by Bitu Rahebi).

Daebler/Hege, *Koalitionsfreiheit* (1976) S. 59.

DuRivage, Virginia L., Carre and Tilly(1998), *Making Labor Law Work for Part-Time and Contingent Workers*, in *Contingent Work: American*

- Employment Relations In Transition (K. Barker and K. Christensen ed.)
- Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht (2005) 13. Aufl., 2005, Rn. 171.
- Hiatt and Rhinehart (1994), *The Growing Contingent Work Force: A Challenge for the Future*, 10 Lab. Law 143.
- Kiesling, Donald F.Jr. (1997), Title VII and the Temporary Employment Relationship, 32 Val.U L.R. 1.
- Lenz, Edward A. (1994), *Co-employment—A Review of Customer Liability Issues in the Staffing Services Industry*, 10 Labor Law 195.
- Lo,Vai Io (1996), Atypical Employment: A Comparison of Japan and the United States, 17 Comparative Labor Law Journal 492.
- Moberly, Robert B. (1987), Temporary, Part-Time and Other Atypical Employment Relationships in the United States, 38 Lab. L.J. 689.
- Player, Mack A. (1988), *Employment Discrimination Law*, West Publishing Co.
- Quinn, Michelle(1997), *A Union of Temps?*, Orange County Reg., May 26, 1997, at D6.
- Schaub (1641) , Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl.
- Seiter (1975) , Streikrecht und Aussperrungsrecht, 105.
- Silverstein, Eileen & Peter Goselin(1996), Intentionally Impermanent Employment and the Paradox of Productivity, 26 Stetson L. Rev. 1
- Sugeno (1996), Unions As Social Institutions In Democratic Market Economies, 133 International Labor Review 510.
- Summers, Clyde W. (1997), *Contingent Employment in the United States*, 18 Comparative Labor Law Journal 503.
- Vaccaro, Jpy(2002), *Temporary Workers Allowed to Join the Unions: A Critical Analysis of the Impact of M.B. Sturgis Decision*, 16 St. John's J. L.Comm. 489.
- Vosko, Leah F., *Regulating Precariousness? The Temporary Employment Relationship under the NAFTA and the EC Treaty*, 1998 Indus. Rel. (Can.)123.

三、 網路資料

行政院勞工委員會，性別工作平等法資訊網，<http://equal.cla.gov.tw/>.

Kazumichi Goka, International Labour Organization, Labour Administration Branch, Country Study: Japan, Development of Private Employment Agencies and Government Policies, at Ch. 1, Historical Development of Private Employment Agencies in Japan,
<http://www.ilo.org/publish/english/<elip>/admitra/papers/1998/japan/ch.1.htm>.

Kazumichi Goka, International Labour Organization, Labour Administration Branch, Country Study: Japan, Development of Private Employment Agencies and Government Policies, at Ch. 2, Historical Development of Private Employment Agencies in Japan,
<http://www.ilo.org/publish/english/<elip>/admitra/papers/1998/japan/ch.1.htm>.