

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

勞動基準法註釋研究-基礎理論與通則(子計畫 1)

計畫類別：整合型計畫

計畫編號：NSC96-2414-H-004-012-MY3

執行期間：96年8月1日至99年7月31日

執行機構及系所：國立政治大學法律學系

計畫主持人：黃程貫

計畫參與人員：專任研究助理 張義德

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)：完整報告

本計畫除繳交成果報告外，另須繳交以下出國心得報告：

- 赴國外出差或研習心得報告
- 赴大陸地區出差或研習心得報告
- 出席國際學術會議心得報告
- 國際合作研究計畫國外研究報告

處理方式：除列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

- 涉及專利或其他智慧財產權，一年二年後可公開查詢

中 華 民 國 100 年 2 月 12 日

簡目

勞動基準法總論.....	1
壹、勞動法之形成與概念：現代國家與台灣勞動秩序之形成與勞動基本概念...1	
貳、勞動法基本思考與體系：勞動基本原則與體系分類.....	19
參、勞動法法源：勞動法相關法源與適用關係.....	24
肆、國際勞動法與法律衝突：國際勞動法秩序與勞動的國際私法.....	48
伍、勞動法之貫徹與執行：勞動司法與行政之理論與實踐.....	59
陸、勞動基準法之性質：勞動基準法之兼具私法與公法性質.....	67
第一章 總則.....	70
第二條第一款(勞工之概念).....	70
第二條第二款(雇主之概念).....	109
第三條(適用行業之範圍).....	118
第四條(主管機關).....	148
第五條(強制勞動之禁止).....	150
第六條(抽取不法利益之禁止).....	156
第七條(勞工名卡登載事項).....	159
第八條(雇主提供工作安全設施之義務).....	161
第十章 監督與檢查.....	165
監督與檢查總論.....	165
第七二條(勞動檢查機構之設置及組織).....	170
第七三條(檢查員之職權).....	171
第七四條(勞工之申訴權及保障).....	178
第十一章 罰則.....	181
罰則總論.....	181
第七五條(罰則(一)).....	186
第七六條(罰則(二)).....	186
第七七條(罰則(三)).....	187
第七八條(罰則(四)).....	187
第七九條(罰則(五)).....	188
第八十條(罰則(六)).....	189
第八一條(處罰之客體).....	190
第八二條(罰鍰之強制執行).....	192
附論：日本勞動基準法第一一四條之附加金制度.....	192
第十二章 附則.....	199
第八三條(勞資會議之舉辦及其辦法).....	199
第八四條(公務員兼具勞工身分時法令之適用方法).....	208
第八四條之二(工作年資適用法令之標準).....	212

詳目

勞動基準法總論.....	1
壹、勞動法之形成與概念：現代國家與台灣勞動秩序之形成與勞動基本概念...	1
一、現代勞動法的歷史起源.....	1
二、勞資雙方利益衝突對立狀態與調和理念.....	2
(一)勞方的主要利益所在.....	2
(二)資方的主要利益所在.....	3
(三)調和勞資雙方利益衝突對立狀態之指導理念思考.....	4
三、勞動法之制度基礎.....	8
(一)自由的市場經濟.....	8
(二)生產資料私有.....	9
(三)資本主義經濟制度之修正－勞工保護原則與民主原則.....	11
(四)制度基本特徵.....	12
四、勞動秩序之形成.....	13
(一)勞工問題的產生背景.....	13
(二)勞工問題的規範需求與面向.....	14
(三)勞工問題的法律應對.....	14
1、勞動法的發展.....	15
2、社會法的發展.....	16
(四)勞動法與社會法的規範分工.....	17
(五)我國勞動基準立法之演進歷程.....	18
貳、勞動法基本思考與體系：勞動基本原則與體系分類.....	19
一、勞動法之定位.....	19
二、勞動法之體系.....	22
參、勞動法法源：勞動法相關法源與適用關係.....	24
一、勞動法法源問題的研究意義.....	24
二、勞動法法源體系建構與運作原理.....	25
(一)所涉及之相關多數法源均係同一位階.....	26
(二)所涉及之相關多數法源分屬不同位階.....	27
1、「利益勞工原則」或「有利勞工原則」.....	27
2、上位階法源是任意法或對下位階法源之不同規定或約定有特許規定..	28
三、勞動法法源之種類.....	30
(一)國際勞動法.....	30
(二)憲法－尤其是基本權之規定.....	31
1、概論.....	31
2、基本權作為直接適用之法律.....	31
3、基本權之第三人效力.....	32

(1)直接第三人效力說.....	32
(2)間接第三人效力說.....	33
(3)小結.....	33
(三)勞動法單行法規.....	35
(四)勞工行政主管機關之命令.....	36
(五)法院之判決與勞工行政主管機關之解釋令.....	37
(六)團體協約.....	39
(七)勞資會議所為之決議.....	39
(八)工作規則與定型化、統一化勞動契約.....	40
(九)勞動契約.....	41
(十)雇主之指示權.....	41
四、「自主」概念作為勞動法法源及規範制度之建構性原則.....	43
肆、國際勞動法與法律衝突：國際勞動法秩序與勞動的國際私法.....	48
一、國際勞動法秩序.....	48
(一)1948年12月10日聯合國人權宣言.....	49
(二)1966年12月16日之公民權及政治權利聯合國國際公約.....	49
(三)1966年12月16日之經濟、社會、文化權利聯合國國際公約.....	49
(四)1979年12月18日聯合國消除各種型態之婦女歧視公約.....	51
(五)1989年11月20日聯合國兒童權利公約.....	51
(六)國際勞工組織之公約與建議書.....	52
二、勞動的國際私法.....	53
(一)勞動基準法之地域的適用範圍.....	53
1、勞動基準法之公法上規制之適用.....	54
2、勞動基準法之私法上規制(絕對強行法規)之適用.....	55
(二)勞動契約之準據法.....	56
(三)勞動基準法之域外適用.....	58
伍、勞動法之貫徹與執行：勞動司法與行政之理論與實踐.....	59
一、勞資爭議之司法解決.....	60
(一)我國勞動訴訟之缺陷.....	60
1、訴訟曠日廢時，無法使勞工獲得即時的救濟.....	60
2、訴訟費用之負擔構成訴訟之經濟性障礙.....	61
3、勞動法令之專業性有進步空間及勞工法庭制度未能落實原本期待之功能.....	62
4、欠缺專家或勞資代表之參與.....	63
5、當事自治合意解決爭議原則在訴訟前或訴訟中應可強化.....	63
6、民事訴訟法規定對勞資爭議案件所形成之障礙.....	64
(1)管轄法院之問題.....	64
(2)訴訟程序之區分問題.....	64

(3)舉證責任問題.....	64
(4)保全程序之問題.....	65
(二)我國勞動訴訟改革之可能方向.....	65
二、勞資爭議之行政解決.....	66
陸、勞動基準法之性質：勞動基準法之兼具私法與公法性質.....	67
第一章 總則.....	70
第二條第一款(勞工之概念).....	70
一、關於勞工定義之學說見解.....	70
(一)人格上從屬性.....	70
(二)經濟上從屬性.....	72
(三)組織上從屬性.....	73
二、關於勞工定義之實務判決.....	74
(一)法院引入「從屬性」以判斷勞工身分之理由.....	74
(二)我國法院判斷勞工從屬性之具體標準.....	74
1、人格上從屬性.....	75
(1)獨立業務執行權限之賦予.....	76
(2)雇主有考核及懲戒權.....	77
(3)固定工作時間、上下班打卡.....	79
(4)工作地點之指定.....	80
(5)遵守公司之工作規則.....	81
(6)人事任免權.....	82
(7)勞務拒絕權.....	82
2、經濟上從屬性.....	82
(1)勞工之經濟生活依賴雇主給付之工資.....	83
(2)勞工是否依賴雇主之生產資料而勞動.....	83
(3)加入勞工保險.....	84
(4)薪資高低.....	84
3、其他輔助標準.....	85
(1)對於職稱相同者之認定.....	85
(2)投保資料及扣繳憑單等相關文件之記載.....	85
(3)選任程序.....	86
(4)所得報酬之計算方式.....	86
(三)法院對於勞工從屬性之詮釋與本文分析.....	87
1、人格上從屬性.....	87
(1)雇主的指示命令(監督)權.....	88
(2)雇主之懲戒權與勞工對雇主指示命令權之拒絕.....	88
(3)勞工親自履行勞務.....	89
2、經濟上從屬性.....	89

(1) 爲雇主之目的而勞動.....	90
(2) 經營風險承擔.....	90
3、組織上從屬性.....	91
(四) 小結.....	92
三、外國法對於勞工定義之討論.....	93
(一) 德國法.....	93
(二) 日本法.....	97
1、關於勞動基準法之「勞工」的判斷基準報告書之內容與特徵.....	97
2、學說上之檢討.....	98
四、對於具體案例之認定.....	100
(一) 經理人.....	100
1、形式認定說.....	100
2、實質認定說.....	101
3、折衷說之一：兼採形式認定說及實質認定說.....	102
4、折衷說之二：先以形式認定說爲主，再輔以實質認定說.....	103
(二) 保險業務員.....	104
1、僱傭或勞動契約.....	105
2、承攬契約.....	106
3、委任契約.....	107
4、居間契約.....	107
5、兼具僱傭與承攬之混合契約.....	108
第二條第二款(雇主之概念).....	109
一、勞動基準法上之雇主.....	109
二、勞動契約上之雇主.....	111
(一) 雇主概念之擴張.....	112
1、母子公司.....	112
2、關係企業與企業集團僱用.....	113
3、多數雇主.....	114
(二) 雇主概念之分離.....	115
1、借調.....	115
2、勞動派遣.....	116
第三條(適用行業之範圍).....	118
一、勞動基準法適用範圍規定問題概介.....	118
二、勞基法及其適用範圍規定的歷史演進.....	121
(一) 勞基法的演進簡史.....	121
(二) 勞基法適用範圍規定的修正演變及衍生的討論.....	123
1、三個演變轉折點.....	123
2、第一個觀察點：勞基法制定過程中的討論.....	124

3、第二個觀察點：民國八十五年十二月二十七日修正過程的討論.....	125
4、第三個觀察點：民國九十一年六月十二日修正時.....	127
5、小結：總體觀察後的印象.....	128
三、勞基法適用範圍規定的實踐情形.....	129
(一)觀察實踐情形的可能途徑.....	129
(二)勞工行政主管機關的實踐作為.....	129
1、概況.....	129
2、勞基法適用之例外.....	129
3、勞工行政主管機關實踐作為有待改善之處.....	131
(三)司法實踐情形的觀察.....	135
1、司法實務見解概況.....	135
2、特殊見解的判決.....	136
3、農會信用部員工有無勞基法適用之爭議.....	138
4、小結：判決趨勢所呈顯的意義.....	139
(四)爭取納入適用的實例及經驗啟示.....	140
1、銀行員工會爭取納入勞基法適用.....	140
2、公務機關臨時人員納入勞基法.....	141
四、附件：勞動基準法適用及不適用行業變更類別情形之行政函釋資料.....	143
第四條（主管機關）.....	148
第五條（強制勞動之禁止）.....	150
一、禁止強制勞動的意義.....	150
二、關於禁止強制勞動之國際公約.....	151
三、禁止強制勞動規定之法理內涵思考.....	153
(一)思考禁止強制勞動規定法理內涵之必要.....	153
(二)「強迫勞動」禁止內涵在民事法律效果面的延伸.....	154
第六條（抽取不法利益之禁止）.....	156
一、立法意旨.....	156
二、要件.....	157
(一)介入他人的勞動契約.....	157
(二)介入他人勞動契約後，還須有抽取利益之行爲.....	157
(三)所抽取之利益應屬不法利益.....	157
三、外國立法例.....	157
(一)國際勞工組織公約.....	158
(二)日本勞動基準法第六條.....	158
第七條（勞工名卡登載事項）.....	159
第八條（雇主提供工作安全設施之義務）.....	161
第十章 監督與檢查.....	165
監督與檢查總論.....	165

一、勞動檢查之意義與目的.....	165
二、勞動檢查之沿革.....	165
(一)國際趨勢.....	165
(二)日本概況.....	166
(三)我國發展.....	167
1、國民政府遷台前.....	167
2、國民政府遷台後至施行勞動基準法.....	167
3、施行勞動基準法後迄今.....	169
第七二條(勞動檢查機構之設置及組織).....	170
第七三條(檢查員之職權).....	171
一、檢查員之配置.....	171
二、檢查員之資格.....	171
三、檢查員之訓練.....	172
四、檢查員之權限.....	172
(一)入場臨檢權.....	172
(二)詢問權.....	174
(三)查閱與抄錄權.....	174
(四)封存及取樣權.....	174
(五)糾正權.....	175
(六)停工權.....	175
(七)控訴權.....	176
(八)請求協助之權利.....	176
五、檢查員之義務.....	176
六、檢查結果之處理.....	177
第七四條(勞工之申訴權及保障).....	178
一、立法意旨.....	178
二、申訴之內容及方式.....	179
三、申訴之法律效果.....	179
四、對於申訴者之保護.....	180
第十一章 罰則.....	181
罰則總論.....	181
一、罰則之意義.....	181
二、罰則規定與勞動基準法之解釋.....	183
三、對於罰則規定思維的變化.....	184
第七五條(罰則(一)).....	186
第七六條(罰則(二)).....	186
第七七條(罰則(三)).....	187
第七八條(罰則(四)).....	187

第七九條(罰則(五))	188
第八十條(罰則(六))	189
第八一條(處罰之客體)	190
第八二條(罰鍰之強制執行)	192
附論：日本勞動基準法第一一四條之附加金制度	192
一、意義與宗旨	193
二、性質	193
(一)公法上制裁說	193
(二)民事制裁說	194
(三)損害賠償說	194
(四)兼有公法上制裁與損害賠償之性質	194
三、要件	194
(一)雇主進行本條所定之勞基法違反行爲	194
(二)勞工請求	196
(三)法院爲附加金支付命令	196
四、附加金給付義務之發生時期	197
(一)雇主有違反義務之行爲時	197
(二)勞工提起訴訟之時	197
(三)法院進行支付命令時	197
第十二章 附則	199
第八三條(勞資會議之舉辦及其辦法)	199
一、勞資會議之沿革－工廠法之「工廠會議」	199
(一)工廠會議之組織	199
(二)工廠會議之職務	199
(三)工廠會議之運作	200
二、勞資會議實施辦法	201
(一)勞資會議之組織	201
(二)勞資會議之職務	202
(三)勞資會議之運作	203
三、勞資會議決議之法律性質	203
(一)契約行爲說	204
(二)共同行爲說	204
四、勞資會議決議之法律效力	204
(一)君子協定說	204
(二)契約性法源說	205
(三)擬制股東會決議說	205
五、勞基法修正與勞資會議之同意	206
第八四條(公務員兼具勞工身分時法令之適用方法)	208

一、立法宗旨與意義.....	208
二、公務員兼具勞工身分之定義.....	208
三、對於勞動條件之具體適用.....	209
(一)加班費之計算.....	210
(二)特別休假之計算方式.....	210
(三)資遣.....	210
(四)勞工轉變為公務員兼具勞工身分者之勞動條件.....	211
四、對於「從優原則」適用之解釋與修法意見.....	211
第八四條之二(工作年資適用法令之標準).....	212
一、本條文之產生背景.....	213
二、兵役年資併計退休金給付年資之爭議.....	215
(一)兵役年資問題的發生原由.....	215
(二)司法實務對於兵役年資問題的見解立場.....	216
(三)年資概念的觀念釐清.....	216
三、本條文之實務操作觀察.....	219
四、勞基法年資規範的未來研究課題.....	220

勞動基準法總論

壹、勞動法之形成與概念：現代國家與台灣勞動秩序之形成與勞動基

本概念

一、現代勞動法的歷史起源

現代意義之勞動法基本上係西方工業化社會文明進展的反省產物，其歷史發展起於農民解放及工業革命的開始，並以民法僱傭契約規範思想的反省檢討為基礎。

雖然，有論者主張勞動法的根源乃是羅馬法中之勞務租賃（*locatio conductio operarum*），是介於物之租賃與承攬契約二者之中間型態，亦有論者謂勞動法的根應是中古世紀之忠誠勤務關係，但是這些說法均非正確，蓋今日之勞動法所規範之勞動與羅馬法中之勞務租賃、中古世紀之忠誠勤務關係雖形式上相似，但實際上性質截然不同，現代意義之勞動法應是自工業革命後始產生的，所規範之勞動主要指的是從事工業生產之產業勞工，也就是說乃是針對被集中在工廠中從事工業生產之勞動者，其後勞動法的範圍始漸擴及至其他勞工。就此而言，現代意義的勞動法其實就是工業革命的產物，其規範發展與民法僱傭契約規範思想的反省檢討有著密不可分的关系。從此一角度來說，如何吸收轉化相關的民法規範思想，並妥為劃清界線，誠為勞動法研究關心的重點所在。

農民的解放與工業革命二者導致雙重意義自由的僱傭勞動者（或稱為工資勞動者，*der doppelt freie Lohnarbeiter*，也就是工人、勞工）的產生，並形成社會的普遍現象。所謂雙重意義的自由，一方面是指相對於被土地所束縛，也就是被封建貴族所束縛的農民，僱傭勞動者得自由處分其勞動力，並得將其勞動力當作是商品而出賣、讓與給想要使用其勞動力之他人（即企業主）。因為僱傭勞動者可自由地決定是否要出賣其勞動力，且可自由選擇其出賣對象，故係自由的勞動者；另一方面，僱傭勞動者是不受其所需之各種生產資料之束縛的，故是自由的，僱傭勞動者除了自己的勞動力之外，別無其他商品可以出售，自由得一無所有，沒有任何實現自己的勞動力所必需的東西（即欠缺生產資料 - 所謂生產資料，亦稱為生產手段，是人類從事物質生產所需要的一切物質條件，是人在生產過程中所使用的勞動資料和勞動對象的總和，簡言之，就是指生產工具與原料及土地、廠房等不變資本¹），無法使自己的勞動力與原料等結合成為商品，故僱傭勞動

¹ 在政治經濟學中，一般係認為生產資料（或稱生產手段，*Produktionsmittel*）與勞動力（*Arbeitskraft* 或 *Arbeitsvermögen*）二者共同構成生產力（*Produktionskräfte*）。生產資料又可分為：一、生產工具（或稱勞動工具，*Arbeitsmittel*）；二、原料（即勞動對象，*Arbeitsgegenstand*），與三、廠房、土地、輔助性工具及其原料與保養等；勞動力則是指實際從事生產者之生產能力，包括其體力、技術、知識與創造性等等。生產資料又可稱為「不變資本」，勞動力則可稱為「可變資本」，二者合稱「資本」。

者的自由乃是一無所有的自由，因而全然無拘無束。

有人戲稱僱傭勞動者之自由是「鳥自由」(Vogelfreiheit)，與天上飛鳥一樣地自由，但卻有隨時被射殺的高度危險，是一種毫無任何實質意義的自由。勞動者藉由勞動以滿足其生存需求，此與過去之農奴不同，因為過去之農民對其生產工具與家畜享有處分之權限，且對其所耕作之土地也享有一定程度之權利(縱使極其有限)，而中世紀之手工業者對其生產資料，在行會(Zunft)規定之限制內，亦享有所有權。

工業革命時期之僱傭勞動者則除自身之勞動力外，一無所有，其勞動所需之生產資料亦非屬勞動者自身所有。因此，僱傭勞動者為求生存只有被迫將其勞動力出售給擁有生產資料之人，亦即雇主，以換取工資糊口，否則空有勞動力亦無法實際從事勞動，以滿足自己的生存需求。因而僱傭勞動者雖非屬於某個特定的資本家個人，但卻是被一條看不見的線綑綁在資本家階級身上，是屬於整個資本家階級，勞動者為求生存，沒有不出賣自己的自由，而只有選擇要出賣給那一個雇主的自由。不過，就算勞動者要出賣自己的勞動力，或者說勞動力之所以能夠出賣，在所有市民社會的各種型態中，均必須取決於一個最基本的條件：從屬性勞動者藉由勞動必須創造比其所獲得之工資價額更高的經濟價值，否則勞動力對資本家而言，即自始毫無價值，也不可能成為商品，在此一情形下，勞動者將連選擇出賣自己的對象、選擇剝削自己的對象之自由都喪失了。勞動法的存在意義，就是要在這樣的環境結構下，為勞動者經營、創造合理、人性的基礎條件。

二、勞資雙方利益衝突對立狀態與調和理念

勞動法的規範任務之一，在調合資雙方間的利益衝突對立狀態。此等規範任務之落實，有賴深入瞭解資雙方間的利益衝突對立狀態，形成調和勞資雙方利益衝突對立狀態的指導理念。

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

依據一般勞動社會學方面的研究，此一勞資雙方間的利益衝突對立主要是指以下內容之利益相互對立與對抗：

(一) 勞方的主要利益所在

勞工作為提供勞務的主體，其最主要利益就是企求能擁有充分發揮創造性勞動能力的勞動環境與生活環境，且在該當具體的勞動分工的範圍內儘可能地得以

自行決定勞動之目的、目標。

前述利益可進一步詳細說明如下：

- 1、在各該社會之當時經濟發展條件下，確保工人之最高可能的生活水準，以保障工人具備合乎人類尊嚴生活之必要條件，包括工資與勞動條件之提高、如罹患疾病等非可歸責於勞工之事由致勞工未能實際工作時之工資繼續支付以及絕對確保勞工之生命、身體、健康，其工作場所與環境並應設有充分且有效之防護配備。
- 2、應保障勞工在工作崗位上享有範圍廣泛之自由，包括對雇主指示權（即指揮權、經營管理權）之限制，也包括勞動過程結構人性化，以及生產過程中之參與決定等等。
- 3、應保障工人享有充分的休閒時間，以使工人得以發展、從事非工作性質之活動；正常工作時間與加班工作時間均應儘量予以縮短，工作時間的長度與勞動強度不得使工人之精神、體力消耗到無法充分有效運用空閒時間的程度。
- 4、應享有受教育、學習之機會，以使勞工能在學習過程中獲致關於其本身在社會中定位的必需資訊，充分瞭解自身之社會地位，並亦應有進升及技能提升的訓練可能性。
- 5、應保障工人享有廣泛的生存權，不問是勞工之工作或住居，均不得任由欠缺民主監督的第三人(如雇主是) 之恣意來加以決定或支配，而應經由協議或由一獨立的第三者（如特定之委員會是）協調分配或依據一公平客觀的程序來決定分配。
- 6、而為求在一定程度上貫徹工人之前述利益，其不可或缺的前提要件就是工人群眾的團結與組織。因此，工人之利益亦包括工人組織，尤其是工會以及維護工人利益之政黨與其他團體之強化與壯大。對勞工而言，團結(Solidarität)不但是其倫理上的義務，亦是其生活與勞動狀況的必然結果。

（二）資方的主要利益所在

資方長期處於市場的競爭壓力之下，必須儘可能便宜地生產，尤其是生產設備之持續擴充與更新，以降低產品之生產成本，並將其產品儘量以最高之價格出售獲利。此並非出之於雇主之任意或自由的決定，而是市場的無情定律，是一種無可逃避的必然趨勢與強制，即使是一大企業，如果不再追求利潤、不再投資，則不久之後便會喪失償付能力，因為技術發展一旦落後，很快便會因而喪失競爭能力，致遭淘汰消滅。故肯定市場競爭其實基本上對勞工是頗為不利的，市場上的競爭愈強，勞工被雇主剝削的程度與可能性就愈強。

歸納而言，資方的利益主要如下：

- 1、支付給勞工之報酬與防止勞工生命、身體、健康受害之防護設備及措施，對

雇主而言，均是企業經營之成本，因而當然必須儘量予以壓低、降低。

- 2、同時，雇主也會要求勞動給付（勞務提供）之儘可能的提高擴大，尤其是升高工作速度、勞動強度，以便在一定的工作時間範圍內充分利用勞工之勞動力。
- 3、而在企業經營狀況惡化不佳時，雇主自會企求儘速丟棄「多餘」的勞動力，以求減少不必要之成本花費。此外，在採取自動化、合理化（Rationalisierung）措施時，雇主自然會希望能不受勞工干擾地及時且彈性加以運用，以增加其競爭能力。
- 4、在企業經營上能夠擁有較多的決定權、決策權自主空間。在現代私法的規範理念上，雖然將勞工與雇主認定為平等對立的當事人，但為求能在市場上靈活調整、適應生存，雇主均會傾向於保有在企業經營上能夠擁有較多的決定權、決策權自主空間，故所謂勞工參與決定制度，對雇主而言，只有在雇主之決定權、決策權不會受到重大限制或影響，甚至被剝奪時，且只有在雇主的措施，經勞工參與決定後，確實得以較易為勞工所接受而不會產生反彈時，始會被雇主所容忍、接受。
- 5、最後，雇主其實並不希望勞工真正清楚認識勞工自己在社會中、在企業中、在生產過程中被壓制的從屬地位，總之，雇主必定是企圖維持其在企業內的絕對統治、絕對領導。同時，除非對雇主經營或生產力的提升有利益，否則雇主對勞工之職業訓練、進深教育並不會有任何興趣或意願去進行²。至於對勞工人格發展自由之維護，則雇主更是全無興趣，且為要使生產過程得以不受任何干擾地順利進行，雇主自是希望勞方的集體行動愈少愈好，故當然會儘量破壞勞方之團結，而儘可能地加以分裂、壓制。

勞動法的發展歷史其實也就是上述勞資雙方衝突對立之利益的抗爭歷史。而此等利益的衝突對立之存在與解決，均取決於勞動法所具體生成之一國的社會經濟與法律制度，也就是說一國的社會經濟與法律制度將會決定該國勞動法之內容。

（三）調和勞資雙方利益衝突對立狀態之指導理念思考

相較於民法契約將勞資雙方在勞動關係中的角色扮演，抽象簡化為平等對立之雙方當事人，來看待勞資雙方利益衝突、分配的問題，勞動法試圖對勞動問題作人性化思考，發展出調和勞資雙方利益衝突對立狀態之指導理念。

換言之，勞動法學所追求者，不外是構想勞動關係的理想型態，並透過具體的權利義務安排，來形成更文明、更人性的勞資對待方式。「勞動」二字在「金

² Vgl. dazu Johannson, Die politische Bildungsarbeit der Unternehmer, Frankfurt 1975; Bosch, Mitbestimmungsgesetz, 1983, S.557.

文」時代所固定下來的象形字型（如下圖示），具體描繪出被迫為奴僕常服苦勞役的男性奴隸，雙手舉爵為主人倒酒、服役，手腳不停、無休無止、費力辛苦，「用力者勞、勞力者動」的模樣³。



這樣的觀察認知提醒我們留意，現代出於經濟上的自願結合，同意讓別人「使役」自己的勞動關係，其原始形態其實是「威脅」、「控制」、「壓迫」、「使役」的奴隸關係。即使在法律觀念上確立了以契約為基礎之勞動關係，如果沒有深刻的反省思考與制度安排，其仍然很容易質變、淪為不當的「使役」關係。

此可舉勞動時間問題的探討思考作為說明。時間為勞工之生命、生活基礎，勞動時間的存在註定會占據、排擠勞工對自身生命、生活基礎的支配權限，如無妥善的規劃、安排，容易產生勞動時間侵蝕、扭曲勞工生活時間之情形。在商業資本主義下，「時間」是一項該在效率觀點下被管理的資源。所以，只要有獲利可能，生產活動及營業活動就被期待能無限制地延長時間、與時俱進、毫不間斷。然而，在資本使用過程中，其將勞動以時間尺度買入，勞動者因為工資依賴所生的從屬性，將其生活時間的支配權讓渡給資本，自己的時間與被他人規定、被他人沒收的時間切割分離。勞動時間的發展，不能從資本方來演繹，勞動與資本之理想共存關係來說明與思考⁴。

工業化後所形成的現代就業模式使得工作領域與家庭領域分化，使得個人的工作生活與家庭生活在時空、精力、責任上都有很大的互斥性。個人的生命原是時間的累積，時間資源是人從事任何活動時均不可或缺之基本資源。時間資源具有供給毫無彈性、無法蓄積、無法取代及無法失而復得等特性。時間資源的配置安排必須考量其數量（可得性）與品質（可用性）上的連結⁵。所以，勞動時間應該作為引進「人性化」思考，用以調和「企業管理」與「家庭管理」彼此間相互拉扯緊張狀態的中介機制。

就工時設計的整體討論是傾向於配合企業運作需要的角度，工時規則免不了

³ 有關「勞動」字源演變的詳細解說以及金文書法，參閱援引自：陳政，「用力者『勞』，勞力者『動』--釋『勞』、『動』，兼析『爵』、『童』、『僮』」，收於氏著，字源趣談—詳說 800 個常用漢字之由來，新世界出版社（北京），2006 年 7 月第 1 版，頁 29-33。

⁴ 面地豐，『労働時間をめぐる歴史と現在』（千倉書房，2005 年 4 月），7-8 頁。

⁵ 黃迺毓等編著，『家庭管理』（國立空中大學，1997 年 8 月），133 頁。

如同產品設計思考的延伸般，著眼點一切為「功能」、「效率」，講求標準規格，對「物」的品質管制，追求合理性。相對的，如何正視時間是個人生命，應立於人的本位思考，設法將經營的「功能」、「效率」與勞工生活的人性需求與人性關懷拿捏的恰到好處，以營造良好「生活型態」，形成優質「生活文化」，達到「人性化」生活環境，也就還留有很大的努力空間。

近年來，重視工作生活與家庭生活調和的規範觀點，蔚為流行。各種以家庭為設想基礎的權利，諸如育嬰假、照顧假等因應而生。在關懷面擴大轉移到勞工家庭生活，不斷透過法律制度創造、提供工作中的雙親可以親自養育子女的現實環境的同時，其所衍生的經濟負擔問題，則視性質以資方負擔、勞方負擔、勞資比例負擔或社會保險等方式處理⁶。

這些措施背後的共通想法是，勞工並非孤立存在的個人，其存在於由「企業」與「家庭」這兩個面向所延伸出來的連帶關係交錯而成的社會脈絡中，故相關勞動條件的保護或是協助措施，應該設法呈顯勞工家庭生活利益的考量（勞工與家庭的連帶關係）。蓋相較於民法，勞動法學的特別之處在於，其以勞動市場特殊性的前提來思考問題，認知到勞動力商品無法與其販賣者即勞工的人格相切離，勞動力商品的買賣、消費與勞工的生命活動不可分，所以勞動條件不是抽象數字化的契約條件，勞動條件及其保護意義均應該擺到勞工的整體生活脈絡來思考⁷。勞動條件不僅是勞工的實際生活條件，也涉及勞工家庭生活處境的問題。

由於勞工係家庭中具有工作能力者，其賺取所得、養家活口，扮演家庭的照顧及支持者，所以勞動條件基準的設定，並未侷限在個別勞工個人身上，相反地自然發展出以勞工家庭生活需求為設想基礎的趨勢，典型如，決定最低工資、基本工資金額時對勞工家庭生活因素的考量取舍⁸；工時、休假制度對於兼負家庭責任勞工設計育嬰假、照顧假等協助其兼顧工作生活與家庭生活的種種措施等。國際勞工組織的相關條約與建議書⁹，亦不斷宣導類似觀念，強調在規劃勞動政策時，意識到勞工與家庭密不可分，設法調和勞工在勞動與家庭上的雙重責任，並設法找出所有關係者最佳利益狀態的解決方案，是政府的施政責任¹⁰。

⁶ 兩角道代，「職業生活と家庭生活の両立と法」，載於：岩村正彦等編，『岩波講座現代の法 12 - 職業生活と法』（岩波書店，1998年2月），275-277頁。

⁷ 遠藤隆久，「グローバル化と労働法の市民法化」，載於：横井芳弘等編，『市民社会の変容と労働法』（信山社，2005年7月），52頁。

⁸ 我國「基本工資審議辦法」第4條規定：「基本工資審議委員會為審議基本工資，應蒐集左列資料並研究之：一、國家經濟發展狀況。二、躉售物價指數。三、消費者物價指數。四、國民所得與平均每人所得。五、各業勞動生產力及就業狀況。六、各業勞工工資。七、家庭收支調查統計。」，其將家庭收支調查統計，列為審議基本工資應該研究的資料之一，足見「家庭支出」係決定基本工資時的考量因素之一。

⁹ 參見：1965年第49次ILO總會通過第123號建議書（雇用有家庭責任之婦女相關建議書）、第156號條約（有家庭責任之男女勞工的機會及待遇均等相關條約）。相關條約、建議書的介紹說明，請參閱：中山和久編，『教材国際労働法』（三省堂，2002年4月），149-156頁。

¹⁰ 日本政府對於職業生活與家庭生活調和議題的努力及作為狀況，可參閱：角田邦重、毛塚勝利、協田滋編，『新現代労働法入門（四版）』（法律文化社，2009年5月），241頁以下（川田知

因此，在看待勞動條件問題以及思考解決對策時，應該兼顧勞工與企業和家庭間的連帶，即「工作位置的利益連帶」與「家庭生活的利益連帶」來作整合平衡的思考。彈性工時除了由權利義務面來討論之外，還必須從我們會讓勞工過著什麼樣的勞動生活來觀察看待。勞工之所以維持勞動關係、展開職業生活，主要是為了賺取滿足生活需求的資金。亦即，勞工不僅是企業的一員，同時也是家庭的一員、社會的構成員，其必須有暫時脫離職業生活、自由享受從事其他生活的權利¹¹。

勞工不是孤立個人，每個勞工背後都是一個仰賴其所得生活的家庭，對家庭責任提供法律支援，提供現實的選擇機會。追求看護照顧子女家人的家庭責任與勞動生活相互調和的觀念趨勢，是二十世紀後半勞動法問題的一個焦點¹²。因此，工時、休假、調職¹³等與生兒育女、照顧家庭有關的勞動保護議題，都應在重視工作生活與家庭生活調和的新觀念下重新找出定位。相關議題的關聯可以下圖表示：

協助勞工兼顧家庭生活與工作生活的指導理念						
保有生活精力及便利性			維持完整使用的可能性		家庭生活的運作配合	
縮短 工作 時間	工作時間 彈性化	工作時間 變形調整 的限制	時段配置的人性考量		調職	請(休.放)假
			夜間工作.假日工作原則禁止. 輪班替換的妥適頻率與間隔		就業型態 調整	颱風假
						親屬照護假
						育嬰假
		加班的自				

子執筆)。

¹¹ 意識及此，日本勞動法學者認為，企業的休假制度、雇主的業務命令、職務調動均有必要從「職業生活與家庭生活調和」的觀點，來重行檢討，並將其列為 21 世紀勞動法學的重要課題。相關討論文獻，可參閱：西村健一郎，「企業における多様な休暇制度」，載於：日本労働法學會編集，『講座 21 世紀の労働法第 7 卷－健康・安全と家庭生活』（有斐閣，2000 年 10 月），168 頁以下；武井寬，「深夜業.交替制勤務.變形勞動時間制の法的規制」，載於：日本労働法學會編集，『講座 21 世紀の労働法第 7 卷－健康・安全と家庭生活』（有斐閣，2000 年 10 月），187 頁以下；和田肇，「業務命令權と労働者の家庭生活」，載於：日本労働法學會編集，『講座 21 世紀の労働法第 7 卷－健康・安全と家庭生活』（有斐閣，2000 年 10 月），208 頁以下等文獻。

¹² 菅野淑子，「育児・介護をめぐる法的問題と今後の展望」，載於：日本労働法學會編集，『講座 21 世紀の労働法第 7 卷－健康・安全と家庭生活』（有斐閣，2000 年 10 月），260 頁。

¹³ 相關討論可參閱：和田肇，「業務命令權と労働者の家庭生活」，載於：日本労働法學會編集，『講座 21 世紀の労働法第 7 卷－健康・安全と家庭生活』（有斐閣，2000 年 10 月），208 頁以下。我國學者黃越欽亦認為，勞資雙方是社會夥伴關係，勞動者之家庭生活與社會生活與雇主之家庭生活與社會生活同等重要，雇主不得任意調動勞工而剝奪勞動者之正常家庭生活機會，或不當影響到勞動者之家庭生活與社會生活利益。參見：黃越欽『勞動法新論（修訂三版）』（翰蘆，2006 年 9 月），334 頁。

				由選擇 工作時段 變更	假也者，有必要 暫時脫離工作 位置的人性假 設與資源濟助
--	--	--	--	-------------------	---------------------------------------

三、勞動法之制度基礎

勞動是一種起因於經濟活動人力需要的衍生需求，決定一國勞動法內容之最重要的因素正就是其經濟制度。經濟制度對勞動法之影響，主要有二：一即係市場制度或非市場之計劃分配制度，另一則為所有權，此尤其主要是指生產資料所有權制度，或為私有制或為公有制（或為國家所有制，或為社會所有制，或為生產者所有制，不問名稱為何，基本上均屬公有制）。

觀察西方工業先進國家之勞動法與經濟制度，可知其基本上具備自由市場經濟及生產資料私有等兩種要素，德國有論者直接稱此種經濟制度為市場經濟；而將帶有社會主義色彩在內之民主社會國家，如德國，稱之為社會市場經濟（Soziale Marktwirtschaft）¹⁴；而另有論者則直呼此種經濟制度為所謂資本主義。此等稱謂，在概念上，其實均不夠週延，蓋均只涵蓋、強調經濟制度之二個要素中之某一特定方面而已，前者只著眼於市場制度，而後者只著眼於資本、生產資料所有權。上述經濟制度中之市場制度與所有權制度兩者，在理論上及實務上均屬可分離，在進行經濟制度與勞動法之比較時，若只著重其中之一成分，則係錯誤之觀察方法。

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

（一）自由的市場經濟

在自由的市場經濟中，產品的價格與勞動力的價格（即工資），原則上係根據市場規律自行形成，而非由國家公權力機關所訂定或經由此等機關所核准，例如工資或其他勞動條件即應由勞資雙方當事人自行約定，也就是說勞動力之供應者（勞工）與需求者（雇主）雙方在市場上透過契約自由之行使，以個別契約合意

¹⁴ Vgl nur Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S.1ff.; Rùthers, Arbeitsrecht und politisches System, 1973, S.21ff.

之方式 (即僱傭契約、勞動契約) 相互約定其商品 (即勞動力) 之價格 (即工資與其他勞動條件) 應有之內容。

原則上國家不得介入此一市場運作過程，不得強行規定何人應在何處工作、擔任何種工作、取得何等工資與勞動條件。縱使因為個別勞工之締約地位與力量有限，不能任由市場規律自由運作，故須予以保護，則原則上亦應是藉由扶持勞工工會成立，即仍利用市場原理，在市場的基礎上，藉由勞動力供應者一方之集中，增強其市場力量，也就是說原則上仍應係透過雇主或雇主團體與工會所訂定之團體協約來確立工資與其他勞動條件之內容或最低基準；可見團體協約制度基本上仍是一種市場制度之修正，並不脫其市場經濟之本質，此一經修正之市場當事人間的市場運作過程並無須國家之監督與核准。若勞資雙方就工資與其他勞動條件事項的內容未能達成合意而無法訂定團體協約，則為求爭議、衝突之解決，即須肯定集體性勞動爭議為合法解決手段。有爭議權始能確保團體協約必定得以締結，沒有爭議權的工會所進行的協商與抗爭行動均只是有如「集體行乞」而已，且可能會如個別契約的契約自由一樣，無法締結契約，但是為求工業生產、企業經營得以順利運作，約是非締結成功不可，因而須有爭議權的保障。

由此可知，一切勞動問題基本上均係依據市場運作的定律解決之。這也可以說明為何在過去許多社會主義國家的憲法中反而並無勞工罷工權之保障，甚至規定不得罷工，蓋在該等國家中，除並無私人雇主之存在外，更因為並無市場經濟制度之故！也就是說在眾多社會主義勞動法學者的推論中，什麼集體協商權、爭議權等乃是資產階級制度下之自由權，是資產階級的人權概念，而非社會主義或共產主義之人權—此等說法當然有其問題，但非本文討論重點所在，茲不多予討論。

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

（二）生產資料私有

西方工業先進國家之經濟制度的另一成分即所謂「所有權私有」，主要指生產資料私有：勞動力所者者並不能憑空進行勞動，而是必需藉由生產資料（機器、原料、場房、交通運輸工具等等），始有可能進行勞動，製成商品。因此擁有勞

動力之勞工即必須依賴雇主始有可能勞動，因為雇主擁有勞工所欠缺但必需的生產資料。雇主原則上即係籌措或擁有資本者（通常為私人），以及由其所控制之法人(如公司)。身為生產資料所有人之雇主即亦因其擁有生產資料，故而亦擁有將勞工在實際勞動中所創造之價值 (的一部分) 收歸己有作為利潤的權力，即社會主義者所稱之剝剩餘價值的權力，例如我國民法第 814 條但書關於加工之規定原本是肯定勞動的價值超越原料之價值時，勞動者即取得勞動成品之所有權而否定原料所有人之所有權，但此一物權法上之規定卻是被債權契約 (如僱傭契約、勞動契約) 所排除，在僱傭契約、勞動契約之下，勞動者在法律上絕對不可能取得其勞動成果之所能權。

因為生產資料之擁有亦須投入資本，除少數情況是雇主即擁有完全的自己資本外，在一般情形，此等資本均係由金融機構 (不問地上或地下) 所提供之他人資本，而非雇主原本即擁有之自己資本，因此，雇主即必須將其由勞工身上剝剩取得之利潤的部分，以利息之形式，再讓渡給提供資本之金融資本家，若雇主之場房或機器設備等非雇主自己所有，而是承租而來，則更需將利潤之一部分，以租金之形式，讓渡予地主或出租人，此外，尚須將利潤之一部作為稅金向國家繳納，最後的利潤剩餘部分再轉為資本，成為生產資料，再吸入勞動力進行生產，此即資本主義經濟體制的基本流程。稅金、租金與利息愈高，雇主的利潤就愈低，勞工被剝剩的程度就愈重。

生產資料所有權在此等經濟制度下，雇主基於生產資料所有權即得支配、控制勞動力，並及於身為勞動力所有者之勞工個人，形成資本所有權之絕對支配。雖然目前一般之通說持不同之看法認為：由生產資料私有必然導致企業主之企業經營絕對自由與對企業內生產資料以及使用生產資料之勞工的絕對支配之論點則並不一定正確，並認為：企業所有權與經營權二者應是相分離，且二者各有其不同之憲法權源根據的見解，自由的企業經營之最終根源與基礎並非生產資料的私有而係(國家經濟憲章所賦與之) 經濟自由、經濟活動自由權能¹⁵；或又有謂：企業主之法律地位並非依其所有權，而係根據企業主與勞工間自由訂定之勞動契約所形成，亦即係基於相對人之同意而產生，換句話說，縱使資方宰制勞工，也是以契約之方式，事先取得被害人 (被剝剩人，即勞工) 之同意；亦有謂：在大多數中小型企業中，資本並非決定性因素，而係企業主本身之企業經營理念；至於在大企業中，則資本的力量復更為有限，蓋在大企業中真正經營者係領導、管理該企業但不一定擁有該企業之經理人才，渠等對企業之經營決策亦有其影響力。

故持此等見解者認為：若一味地強調資本的力量實過於偏頗；生產資料之私有制度固然存在，無可否認，但並不至於必然導致絕對經營自由與對物 (生產資料)、對人 (使用生產資料之勞工) 的絕對支配，故與勞動力相衝突對立的、對勞動力實際上進行統治支配的乃是經營權而非私所有權，因而並無廢除所有權私有

¹⁵ Söllner, Arbeitsrecht, 9.Aufl., S.22.

制度之必要。不過，依作者拙見，此一危險卻是必然存在而無可避免，且這才是真正問題所在！

經營權縱使可與所有權分離，但仍是由所有權所衍生而出，且必然是與勞動者相對立的，蓋不問是經營權或是所有權，其最後的目的均是在於追求企業的最大利潤，就其與勞工相對立一點而言，並無不同。目前已有之員工分紅、入股即是企圖消弭此一對立所做的努力，惟實施的程度、比例迄今仍十分有限。

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

(三) 資本主義經濟制度之修正－勞工保護原則與民主原則

上述市場經濟及生產資料私有二原則固然是目前所有資本主義國家共通之兩大基本原則，而此二大基本原則雖是基本上只片面有利於資方，但是現今世上並無純粹的、赤裸裸的資本主義國家存在，工業先進國家常多在法律中（甚至於在憲法中）對上述二原則之適用加以限制，用以平衡資方基於前述二原則所擁有之強勢，此等限制最常見者乃是勞工保護原則與民主原則二者。

勞工保護原則乃是對毫無限制之市場經濟與生產資料之自由運用的否認，蓋此二者之極致乃是對社會弱勢之勞工的殘酷壓制。又因為勞工乃是社會上之絕大多數，若任由少數人對大多數人進行剝削，則絕對不合乎社會公平正義，故有必要依勞工保護原則賦與勞工以廣泛的保障，修正市場經濟及生產資料私有原則之弊病，減緩勞資雙方對立利益的衝突。我國憲法基本國策章之第 153 條即係勞工保護原則之一種明白的表現。德國則係以社會國原則（德國基本法第 20、28 條）貫徹對勞工的保護，強調社會安全與社會正義，對勞工之生活與工作應予以保障，勞資雙方間之法律關係的內容應合乎公平正義。

惟勞工保護原則並非一具有特定的具體內容之法律基本原則，而是具有多種不同的面向，必須依據當時具體社會關係始能認定之，且其內容將隨時代、社會狀況的變遷與需求而不同。至於何謂勞工保護，則例如勞動基準之訂定、勞動安全與檢查等勞動保護法規之制定、終止保護、同盟自由、國家關於勞工之職業訓練、職業介紹等制度之建立，均屬之¹⁶。

民主原則雖然主要係適用於國家政治領域，但此一原則對經濟領域無論如何應具有政治上之放射作用，且得以用來作為企業、廠場內勞資共同參與決定之正

¹⁶ Vgl. MK-Arbeitsrecht/Richardi, § 6, Rz.15ff.

當化根據。生產資料所有人之處分權限將因之而受限制、被中和。民主原則不但用以要求資方任何涉及勞工之措施均應合乎民主公開程序、經充分討論，且本於勞動與資本乃是企業之兩大對立又對等的要素之觀點，企業之（一切）決策、決定，尤其是直接涉及勞工之措施，均應共同決定之。

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

第三世界國家之勞動法制度基礎則雖如同西方工業先進國家，係採取自由市場經濟及資本、生產資料私有制度，但通常有先天上之弊病，即不論係獨裁或民主政體，其政治經濟體系均係傾向官僚資本主義，政府與資方之利益常相一致並相結合，力求政治力量之不多元化，以免難以控制，並大力維持有利於資方之投資環境，而經濟之發展與成長適又用於鞏固政權。在此種制度下，工會力量多遭壓制，甚至禁止組織工會，工會原本應擔當之任務（保護、照顧勞工），基於避免社會動盪之政治考量，由國家出面代為，以消弭工會藉由任務之達成而累積勞工之支持及社會資源，而形成一股政治上、社會上實力體，致使國家無法控制之或造成國家施政之干擾或障礙。在經濟發展至上的前提下，西方工業先進國家所強調的勞工保護原則與民主原則，在第三世界國家中則大多遭到嚴重忽略。

（四）制度基本特徵

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

- 1、「勞動」本質上是一種「自由」而非義務：憲法與法律所保障的是工作自由、出賣勞動力之自由而非義務；經濟上採行自由市場經濟制度；政治上則採行民主制度。
- 2、肯定資本、生產資料私有制度。
- 3、工會自由、自主、自治並享有合法地位，且其力量充分成長，不受外力（包括國家統治權及資方等）之干涉。
- 4、容許勞動爭議之進行。
- 5、原則上國家負有中立之義務，不得偏袒勞資雙方當事人之任何一方¹⁷。

¹⁷ 關於國家中立問題，參見拙著：「勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本法律結構」，政大法學評論第 39 期（1989 年 6 月），191-195 頁、214-216 頁；拙著：「論政治罷工」，政大法學評論第 40 期（1989 年 12 月），135-139 頁。

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

至於第三世界國家則一般具有下列主要特徵：

- 1、「勞動」本質上是一種「自由」；經濟上基本上採行自由市場經濟制度；政治上雖亦採所謂民主制度，但均未臻成熟。
- 2、肯定資本、生產資料私有制。
- 3、肯定經濟發展與成長為國家生存第一要務，強調勞資和諧之神聖不可侵犯、不可破壞；政府立場多十分親資方，或根本就是官僚資本主義；即極端強調市場經濟原則與生產資料私有原則，至於前述西方工業先進國家亦十分重視的勞工保護原則與民主原則二者，在第三世界國家多被澈底忽略。
- 4、工會之建立及活動不被許可，或功能萎縮為「和諧團體」（一般亦稱之為「黃色工會」、「中介團體」）。
- 5、工會之任務多由國家代行或遭忽視，以防止工會壯大成為社會上實力團體。
- 6、否定勞動爭議之必要性，或雖表面上容許並保障勞動爭議，但卻透過繁雜之程序規定而實質上剝奪勞工之勞動爭議權。
- 7、國家公權力主體不尊重「社會自治」原則，而立於指導、監督地位，甚至自己成為爭議當事人。

四、勞動秩序之形成

勞動秩序之形成，與國家介入勞動問題，試圖將勞動問題引導進入的法律處理模式有密切關係。工業革命帶來劇烈的社會結構變化，使得以自由主義、個人主義為基本價值假設的民法在許多問題領域均難以發揮妥善的規範作用，而亟待反省、調整，此一客觀情事因而促成經濟法、勞動法以及社會法等公法、私法交互併用以求體現社會正義之第三法域的萌生與發展。以下即就國家在勞動法體系中的角色與功能，來全盤鳥瞰勞動問題的法律處理，並就勞動法與社會法的規範分工關係加以說明。

（一）勞工問題的產生背景

勞工問題係近代工業革命的產物。工業生產型態的出現使得傳統以農業生產為主的經濟模式發生變化，社會結構亦急劇的改變。在此之前，人類的社會經濟活動受制於身份與土地，人們依其身份而繫屬於某一生活共同體，土地是最重要的生產工具，家庭即是生產單位，而家庭的成員同時也常是生產工具的所有人。在此情形下，縱使個人遭逢生活風險而（永久或暫時）失卻生產能力，其原則上仍保有生產工具，而其家庭成員又可提供必要之協助，保障彼等生活的經濟需

要。

然而工業革命後，社會成員以生產資料的有無截然分離成資本家與勞動者兩個不同的階級，勞動者被排除於生產工具外的結果，整個生產活動的展開就以無生產工具之勞動者，透過勞動市場勞動力供需關係之媒合機制，向握有生產資料之雇主提供勞動力作為基本形式。大量依賴工資謀生的從屬勞動者出現，使得絕大多數的家庭不再是生產單位，大家庭解組也成了不可避免的結果，隨著家庭此一生活團體之生產及生活保障功能的瓦解式微，強調自由平等、個人獨立人格的新思想適時興起，形成一種加速破壞生活共同體身份拘束的個人解放運動，使個人掙脫身份束縛獲得自由，而經由家庭團結提供生活保障也漸次難以期待。每個人雖可以像鳥般的自由生活，但其同時亦必需自負責任地面對生活中所有可能的風險。於此等情形下無生產資料的個人為了獲取生活的經濟基礎，就必需進入勞動關係以其勞動力換取工資，成為依賴工資生存的從屬勞動者。

這樣的發展趨勢打亂了社會原有的生產方式及生活保障機制，原有的法律與制度不能妥適處理環繞勞動者生活所產生之種種問題，因而使得問題日益嚴重深化形成亟待解決的社會問題。

（二）勞工問題的規範需求與面向

前述社會變遷下所產生之勞工問題主要有三個客觀的規範需求待處理：首先是如何克服、衡平雇主因契約取得全面支配勞動力之權限，致勞動者整個人格完全受雇主支配之勞動者從屬性問題。其次是，勞動者生存基礎完全取決於受領勞務之他方所支付之對價，所造成的生存基礎依賴行及弱勢的問題。第三則是為彌補個別勞工弱勢，承認勞工的自由團結組織勞工團體，進行協商的勞動者集體保障問題。換言之，勞動在本質上並非單純的財貨交換問題，其尚涉及勞動者個人之生存問題，所謂勞工問題並非止於勞資間不對等地位所產生的「剝削」問題，也起於薪資依賴及家庭結構變遷所導致之社會方風險保障問題¹⁸。

（三）勞工問題的法律應對

法律起於社會的需求與共識，其任務在為社會建造一套符合公平正義之規範，以形成一種支撐人民生活的「框架」，導引或修正社會的發展方向。因此，當社會生活事實之發展、變動，導致原有法律架構不能適合社會需要時，法律就必需在社會進化的道程上，思考社會變遷現象的規範需求，進行既有規範的整理、修補工作，重新建立符合社會需要的法律規範。經過長期的摸索、嘗試，對應勞工問題的兩個面向，分別發展出以解決起因於勞資間不對等地位的從屬、剝削問題為主要任務之勞動法及處理社會風險保障問題的社會法兩個新興法律領域。

¹⁸ 郭明政，『社會安全制度與社會法』（自版，1997年11月），78頁。

1、勞動法的發展

勞動法提出從屬性概念作為一切勞動問題的思考前提，並以打破從屬性、回復勞動者在勞動生活中之主體地位為其目標。民法將勞動關係定位成勞務給付與工資支付立於交換關係的債權契約（雇傭契約 民法第四百八十二條）。從勞動法制的演變史來看，此等法制設計並非是必然的處理¹⁹。

民法依私法自治原則之近代社會法律思想，以自由平等當事人間之契約作為彼等間的權利義務根據，私人間之法律關係（包括個別勞工與雇主間的勞動關係）應由二個同為自由平等之人格者以自由意思形成合意、締結契約的方式成立。唯此等傳統民法之契約自由觀念係假設，除未成年人及禁治產人外，每個人在社會生活中無才智聰愚、經濟貧富之別，每一位自由、平存在之市民，具有均等力量，得憑藉己力與他人訂定最合乎自身利害之契約。

故民法之財產法僅抽象著眼於各權利主體間之法律行為及由契約等法律行為所導出之請求權，規範有產者相互間之財產交換、流通過程。在此種法律思想及法制下，勞資當事人之社會生活基礎並未被加以斟酌，而人人自由平等的前提假設亦明顯與勞工先天上所必然具有之從屬性相齟齬，蓋勞動力商品買賣關係中的當事人並非抽象假設的「人」，而是擁有生產資料的雇主與只能依靠工資生活的勞工，無視雙方經濟地位差距之社會現實的民法個別契約模式，根本無法保障個別勞工之實質契約正義，達成解決勞工問題之社會政策目的²⁰。

西方先進國家工業革命後的實際歷史經驗證明，委由勞資經由契約自由形成勞動關係將生勞動力與金錢交換之條件不斷惡化而衍生社會問題的後果。為防免前述不利於勞工的弊害，勞動法發展出兩種因應途徑：其一，自工運抗爭發展之社會事實整理、歸納，發展出「團體勞動法」，保障勞動者團結權及團體行動權，以超越民法預設之規範範圍的「集體性契約模式」（主要為團體協約制度）及附屬法制，由工會集體自主性進行協商談判、形成勞動條件。另一種途徑則是意識到勞資關係基本上雖仍係一契約關係（勞動契約），唯基於勞工之從屬性，實有特別保護勞工之必要，因此民法之規範適用於勞動法時需有所修正，並對於特定的勞動條件事項由國家以法律介入創設勞動條件保護立法。

綜上，今日勞動法在體系上係由三個規範內容不同的領域所組成，即個別勞動法、集體勞動法、勞動保護法。個別勞動法所規範者乃個別勞工與雇主間之法律關係，尤其是指關於勞動關係之締結、內容、移轉、消滅等勞動契約之問題之

¹⁹ 有關勞動關係法制史演進的中文文獻，可參考：劉得寬，「法與勞動—勞動關係之歷史觀察（上）」，律師通訊 78 期（1986 年 2 月），10-11 頁；劉得寬，「法與勞動—勞動關係之歷史觀察（中）」，律師通訊 79 期（1986 年 3 月），15-16 頁；劉得寬，「法與勞動—勞動關係之歷史觀察（下）」，律師通訊 80 期（1986 年 4 月），11-13 頁。黃越欽『勞動法新論（修訂三版）』（翰蘆，2006 年 9 月），3 頁以下。；陳繼盛主持，勞委會委託研究報告，『我國勞動契約法制之研究』（1989 年 9 月），5 頁以下。

²⁰ 有關民法與勞動法之重大差異另可參考：黃越欽『勞動法新論（修訂三版）』（翰蘆，2006 年 9 月），35 頁以下。

法律。勞動保護法是指基於保護勞工不受勞動生活、工作環境危險之危害為目的所訂定之法規，如勞基法即為此類法律的典型。至於集體勞動法所處理者則為規範勞工團體與雇主或雇主團體相戶間，以及此等團體與其所屬成員相互間之法律關係。包括工會法、團體協約法、勞資爭議處理法等均屬之。

2、社會法的發展

社會法的初始雛形以勞動保護法、勞動保險等法制形式產生於勞動法之中，其後這些因應處理勞工問題需要所實施的零碎社會政策措施，才漸走向勞工以外的社會弱者甚至以全民為對象生活保障制度，脫離勞動法由鬆散未整合的各別制度蛻整成具有獨自理論體系的新生法律領域。

工業化後家庭等原有生活團體瓦解、式微，而不再能妥善發揮為個人防護生活風險的功能，致使勞動者飽受貧困痛苦，從此等苦難經驗中，重新摸索建立各種分擔勞工生活風險的制度，進而認識到每個社會都存在著必需設法滿足個人安全需求的問題，而各種生活團體在提供個人生活保障上扮演著相當重要的角色，為解決工業社會中個人的「安全需求」，除了強化利用原有的生活團體的團結基礎，更必需運用國家立法的強制力量形成各種更為廣大的團結基礎，為個人建立起層層疊疊的生活保障措施。

所有的生活保障措施依其用以分散個人生活風險的團體基礎，係原有的或係以國家強制立法所促成的來分類的話，可以歸納整理成內化及外化兩大類。所謂「內化措施」即是利用原有生活團體的團體基礎，或在既有法律關係中建立的生活風險防護措施，具體的方式有個人的儲蓄（即積穀防饑；用以防護生活風險的既有法律關係為財產所有權）、家屬扶養義務（即養兒防老；用以防護生活風險的既有法律關係為親屬關係；所利用的團結基礎為家庭）、雇主責任（用以防護生活風險的既有法律關係為勞動關係；所利用的團結基礎為各該企業之所有勞工）。相對於此，「外化措施」係指於原有法律關係外，以直政府之強制立法為促成團結的媒介，所另外創設的生活保障關係，如社會保險即為適例²¹。

換言之，補足人民生活短缺、解決工業社會所衍生之社會問題，是社會法的任務與目標。在私有制之市場經濟體制及既有法律體系下，國民之經濟與社會生活可謂建立在兩個基本命題之上，亦即

--所有人皆經由其勞動而獲得所得。

--此等所得皆可滿足其個人及其家屬生活之所需。

因此，若因個人或社會因素而未能獲得工作，或雖已獲得工作但仍不足以獲

²¹ 所謂「內化」、「外化」係德國社會法學者 Hans F. Zacher 針對「生活保障措施」所提出來之分類方法。有關「內化」、「外化」的概念介紹及運用之中文文獻，可參考：郭明政，「從勞動基準法之制定探討我國當前勞工福利政策」，載於：勞委會綜合規劃處編，『勞工政策與社會發展論文集』（1988年6月）。張志銘，勞工法制之剖析，勞工行政雜誌 11 期（1988年11月），20 頁。

得足夠之生活資源，發生生活短缺現象時，國家社會即有透過相關制度提供各種社會給付以解決此等短缺問題。亦即國家提供社會給付之目的，在於保障人民記得之生活水準並防止其惡化，及減少、控制「依賴」以輔助其獨立²²。

（四）勞動法與社會法的規範分工

由上述的介紹可知，勞動者生存依賴性的解決問題可說是勞動法與社會法的共同目標。作為相鄰法域勞動法與社會法兩者，不僅有歷史淵源上的關連性，就連所關注的議題範疇亦存有某種程度的相重合，其在在研究上的交錯面就是勞動保護法。最早凡可為勞工利益之一切的福利設施及手段，如救貧、保險、衛生等措施，以至於勞動時間、工資等勞動條件之保護，皆包括在勞動保護法之意義內。後因勞動保險制度、救貧措施等部分在法律上有特殊色彩，佔有獨立之範圍，遂漸由從來之勞動保護立法中分離成為獨立的法律系統，而對殘餘的法律措施之整體稱為勞動保護立法²³。時至今日部分勞動保護法的實際立法亦常和混合勞動法與社會法規定，例如我國的勞基法其規範內容並非全然是最低勞動條件的最低基準保護，亦包括退休金、資遣費等強制性企業社會給付。

如著眼於勞動保護法係以在各別勞資關係上保障勞工生存權、勞動權為焦點，求終局確保勞工人性尊嚴的法律。為了實現此等目的，國家對於依契約自由原則成立之個別勞動關係進行干涉，甚至以附加罰則的形式規制。就此點而言，勞動保護法可謂具有公法之性質。然而，不容誤解的是，規定公權力之組織及其應如何適正行使的部份並非勞動保護法的主要內容，用以保障勞動者生存權、工作權等人權之具體規定，才是其真正的規範重點。

現代勞動問題並非單純起因於勞資勢力不對等所產生的勞動條件剝削問題，其同時亦起因於勞工薪資依賴性所產生的社會風險問題。勞動法與社會法同屬為處理勞動問題而興起的法律學科，雖然在學科發展專業分工的趨勢下，兩者各成科目，但是在實例問題的思惟運用上，應嘗試交叉運用兩法律學科的知識，協力建構處理勞動問題的良善制度，以避免兩大法域各自成長，卻不能相互配合，產生相互抵觸現象，造成制度裂縫，損及人民權利。

誠如學者黃越欽所言，勞動法從交換正義的角度出發，求經濟交換關係中實質平等的達成。社會法則以分配正義作基軸，追求人之生活保障宗旨，希望透過各種制度措施（內化/外化）的安排，協助個人減輕生活危險的威脅。兩個法學領域的關係向來密切，並有許多地方「接壤」、「共治」，而有相互「衍生」、「共生」的發展現象，兩法域實難截然劃分成互不相涉的領域²⁴。思考國家在勞動法體系中的角色與功能時，應同時考量「勞動法」與「社會法」這兩個法律領域，

²² 郭明政，『社會安全制度與社會法』（自版，1997年11月），128-129頁。

²³ 史尚寬，『勞動法原論（重刊）』（正大印書館，1978年6月），344-345頁。

²⁴ 有關勞動法與社會法的關係，參閱：黃越欽『勞動法新論（修訂三版）』（翰蘆，2006年9月），500-506頁。

使之能交相配合，共同達成保護勞工的目的。

（五）我國勞動基準立法之演進歷程

我國勞基法之制定倡議最早始於民國四〇年代。經多年研議因種種緣故始終未能拍板定案。嗣至民國七〇年代，在我國對美國有龐大之貿易出超，遭該國指責以低廉勞動力行不公平競爭等外交、內政諸多因素交互影響下，勞動基準立法又開始出現曙光。最後，以工廠法、廠礦工人受僱解雇辦法等當時之相關勞動法規為本，另外參考日本勞基法，加上自創的確定給付制之雇主責任退休制度，研議出勞基法草案，完成立法程序，於民國七十三年八月一日，為我國勞動保護法之立法開闢了新頁。

由於勞基法之工作時間規範設計主要係以工廠製造業之勞動型態為參考對象，無法完全吻合服務業等新興勞動型態之工時規範需求；該法獨創之退休金制度又未充分考量我國企業壽命、勞工流動力及雇主財務負擔等現實因素，以致於勞基法從制定之初，外界即不斷有該法相關規定背離我國勞動市場現實或是窒礙難行之批評。但勞基法相關規定的修正牽涉到勞雇雙方當事人利益的重分配，要在各方達成共識之情況下完成修法，其難度甚高，故該法施行二十多年來，僅有幾次小幅度的修正，大幅度的修法始終不易推動。

這幾次修正及其所修正之條文分別是：1. 中華民國八十五年十二月二十七日總統（八五）華總（一）義字第八五〇〇二九八三七〇號令修正公布第三條條文；並增訂第三十條之一、第八十四條之一、第八十四條之二等條文。2. 中華民國八十七年五月十三日總統（八七）華總（一）義字第八七〇〇〇九八〇〇〇號令修正公布第三十條之一條文。3. 中華民國八十九年六月二十八日總統（八九）華總一義字第八九〇〇一五八七六〇號令修正公布第三十條條文。4. 中華民國八十九年七月十九日總統（八九）華總一義字第八九〇〇一七七六三〇號令修正公布第四條、第七十二條條文。5. 中華民國九十一年六月十二日總統華總一義字第〇九一〇〇一二〇六二〇號令修正公布第三條、第二十一條、第三十條之一、第五十六條等條文。6. 中華民國九十一年十二月二十五日總統華總一義字第〇九一〇〇二四八七七〇號令修正公布第三十條、第三十條之一、第三十二條、第四十九條、第七十七條、第七十九條、第八十六條等條文。

此外，值得注意的是，在大幅度修法不易推動的情況下，勞基法內部規定的成長雖然有限，但卻在該法外圍出現一些特別法分支，以外接的方式向外輻射擴充出更豐富、龐大的規範體系。這些帶來勞基法外部成長現象的特別法，包括肇始於八十六年，由工作傷害受害人協會與工人立法行動委員會等勞工團體共同提出「工人版職業災害勞工保護法」，促成職業災害勞工保護法於九十年通過立法；結合婦運團體與工運團體力量整合各方意見，於九十年十二月二十一日完成立法審議之兩性工作平等法；以及工運團體透過立法委員提案，並在政黨輪替後經濟發展會議之決議背景下，完

成立法之大量解僱勞工保護法、勞工退休金條例等。時至今日，在討論我國的勞動基準規範時，目光雖不能僅侷限於勞基法法典，而必須將散落在勞基法法典外的「實質勞基法」納入視野，但勞基法事實上仍居於勞動保護法領域的核心地位。

不論是從實際上所發揮之規範機能及受重視的程度來看，勞基法無疑都是我國勞動基準規範中最為人所矚目的法律。勞基法施行已逾二十年，其相關規定之適用爭議，促使得行政解釋與法院裁判數量快速累積，賦予個別勞動法研究生機，帶來豐富的研究素材，如何就勞基法內部因應個案處理需求，就個別規定適用問題累積為數可觀之行政解釋與法院判決，進行有系統的整理研析，來帶動勞基法法律解釋或修法等內部成長，誠屬勞動法研究之重要課題。有鑑於此，本整合型研究計劃特擇定勞基法進行註釋研究。

貳、勞動法基本思考與體系：勞動基本原則與體系分類

一、勞動法之定位

勞動法之大部分內容，尤其是整個勞動契約法，固然均可歸類為私法，然另一方面，勞動法中亦有純粹公法性質之規定，例如勞工安全衛生方面之勞動保護法規即屬之。故如要按傳統法律觀念區分公法與私法的二分架構，要判斷勞動法究竟是屬法何一法域，會產生分類上的困難。

就此，學說有認為勞動法係一新法域，即所謂第三法域者。亦即，根據傳統公私法分立之思想，勞動法既不能單純歸類為私法，亦不能單純歸類為公法。在勞動法中，私法與公法根本相互交織為一體，例如勞工與雇主間之法律關係，一方面係以私法上之勞動契約為基礎，但另一方面，雇主對勞工又負有眾多之保護義務，如工作場所之安全衛生等事項，而此一保護義務之履行復受公權力機關之檢查監督，甚至於在雇主違反法定義務時，更課雇主以行政或刑事制裁，凡此均係屬於公法之範疇（廣義之公法亦包括刑法在內）。故勞動法不能單純歸類為私法或公法，而係一新法域，係公法及私法外的第三法域。

惟依德國勞動法界之通說，勞動法與商法等相同，係屬於所謂特別私法之領域。相對於特別私法之一般私法乃是指民法。特別私法均係以一般私法（即民法）之基本原則（主要即指私法自治原則）為基礎²⁵。屬於特別私法之勞動法在內容上固係同時跨越並包含公法及私法在內，但因勞動關係之最根本基礎係一私法上勞動契約關係，故乃一私法自治之法律關係，亦即係本於當事人之契約自由，相互合意而形成之私法自治之規範體系。因為勞動關係的基礎是私法自治，而民法典又正是私法自治基本原則的展現，故勞動法根本無從脫離民法基礎理論，勞動法仍是民事法律秩序、私法法律秩序的一個組成部分。

²⁵ Vgl. nur Söllner, Arbeitsrecht, §5 I; Gamillscheg, Arbeitsrecht Bd.I,Nr.5; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, B I 8 m.w.N.

惟勞動法大部分之內容（尤其是勞動契約法），雖然均屬私法性質，但仍有部分內容並非純粹私法或民法性質。例如，勞動法中有部分規定（尤其是關於勞動保護之法規）乃是公法性質之規定，像工作場所之安全衛生等勞動保護法規，其係國家藉由課雇主以一定之作為義務（例如特定防護措施之採行或特定防護安全設備之配置等），並透過國家之監督、強制、處罰、刑罰等方式來確保雇主之必定履行此等作為義務，以達到保護勞工生命、身體、健康之目的。此種勞動保護法規亦多屬強行法之性質，不論是勞工或是雇主個人之意思均不得限制或排除其適用。

此等國家課雇主之公法上義務，對雇主與勞工間之勞動契約亦有極大之影響，亦即應自然地構成雇主依誠信原則而生之照顧保護義務的當然內容²⁶，探言之，雇主實際上應提供勞工一適當、安全、無害之工作場所與環境，以保護勞工之生命、身體、健康免受危害之義務，此一雇主之行為義務可解為係我國民法第 235 條但書之所謂債務人（在此是指負有提供勞務之義務的勞工）給付所兼需之「債權人之行為」，雇主若不履行，則勞工即可以言詞提出勞務，不用現實提出，而陷雇主於受領遲延，並可依民法第 487 條請求雇主給付工資，如雇主一再要求勞工提供勞務，則勞工可依民法第 264 條同時履行抗辯權而拒絕提供勞務，蓋提供一合乎法令要求之安全且無害的工作場所與環境乃是雇主應先為之給付義務。因此，雇主之公法上勞動保護義務，當然亦同是係勞動契約內容之一部，亦具有私法上之意義。

除上所述之外，勞動法中之集體勞動法亦有非純粹私法性質，甚且有與傳統私法秩序之基本原則相悖之內容：例如在關於團體協約效力問題中，團體協約之法規範效力部分即有排除個別勞動契約當事人之個別契約自由原則之適用的效力，亦即若勞動契約當事人約定較團體協約所約定者更為不利於勞工之勞動條件，則該較不利於勞工之勞動契約約定即屬無效，而代之以對勞工較為有利之團體協約約定；另外，例如勞工參與合法罷工行動之行為亦不構成勞動契約上之債務不履行等等，凡此均與傳統民法之基本原則相違背。

惟值得注意的是，集體勞動法之思考形式、原則與價值判斷並非絕對與民法基礎理論（Zivilrechtsdogmatik）完全無關，蓋團體協約制度之目的乃是本於「社會自決」（Soziale Selbstbestimmung）之基本原則，企圖排除國家公權力之干涉與介入，而由當事人自行依據契約制度之協商與合意之方式，自主自治地規範勞工與雇主間之權利義務關係，因此，團體協約制度之核心其實仍是契約制度，企圖藉由契約制度，令當事人自行達成勞動生活之秩序，重建個別勞動契約因當事人間之強弱勢差距過大而喪失之契約正義功能。又，因為如罷工等勞資爭議行為之所以會被法律所容許，乃是為要建立或確保勞資雙方當事人間之協商對等力量

²⁶ 此一照顧保護義務雖非勞動契約所獨有，其他契約型態亦有此一義務類型，但此一義務在其他契約型態中均非主要給付義務而是附隨義務，惟此一照顧保護義務在勞動契約中，則基於保護勞工之原則應將之例外地提升為主要給付義務，此亦是德國勞動法界之一致的看法。

(Verhandlungsgleichgewicht)，而此一所謂當事人間之協商對等力量，其實就是契約制度之所以能自行達成公平且切合當事人最大利益之結果的基本前提，因此，法律容忍勞資爭議行為的目的正也是為要維護、重建自由的契約秩序模式（das Ordnungsmodell des freien Vertrags）之功能。而當事人進行勞資爭議行為之目的，其實也正是希望在維持、確保對等力量並進一步展現此一力量，俾能迫使對方早日妥協，以相互締結團體協約²⁷，換言之，勞資爭議行為是作為在協商破裂後，為要回復團體協約締結可能性之最後手段²⁸。

綜上所述可知，具有公法性質之勞動保護法規，以及具有與傳統民法基本原則相悖之內容的集體勞動法，其實在理念、基本原則與價值判斷上常仍是不脫民事法律秩序之基礎理論²⁹。因此，勞動法在本質上仍應屬於私法，係特別私法之中的一種。

至於勞動法在我國究竟應如何定位之問題，雖然有部分民法與公法論者基於本位主義而各自認為勞動法應屬民法或行政法之一部分，但實際上我國之勞動法總體言之，亦應係特別私法之一種，蓋我國之勞動關係基本上亦是以私法上之勞動契約為基礎，而勞動契約如前所述乃是民法僱傭契約之特殊類型，具有別於民法基本原則之內容（此觀之勞動基準法之與民法僱傭契約之規定不同可知），因此勞動法應屬私法範疇，且是有別於民法（即一般私法）之特別私法，而我國之勞動關係上權利義務之爭議，即所有個別勞動法上之爭議，以及集體勞動法中之諸多事項，例如罷工行為之合法性、團體協約內容之爭議等等，亦均屬乃是普通民事法院所管轄之範圍，且是勞工法庭所應處理者（見勞資爭議處理法第5條第2項與法院辦理勞資爭議事件應行注意事項），因此可知我國之法律制度基本上乃是將勞動法歸入私法之範疇，且是一種特別的私法。

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

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

最後，不論是新法域說或是特別私法說，均認為傳統民法之契約觀念係假設社會生活中每個個人均立於平等地位、具有對等力量、均得憑藉之與他人訂定最合乎本身利害之契約，此一傳統觀念與勞工之先天上必然之從屬性在本質上即不

²⁷ Vgl. nur BVerG, U. v. 26. 6. 1991, NZA 1991, 809, 810 f.

²⁸ Vgl. nur BAG, U. v. 21. 6. 1988, AP Nr.108 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

²⁹ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, Bd.1, §2, Rn.27 f. und 32 f.

相同，傳統民法之「個別契約模式」根本無法保障個別勞工之實質的契約正義，為達到勞工實質契約正義之保障，勞動法即發展出所謂「集體性契約模式」（如團體協約等制度），此均已超乎傳統民法之預設規範之範圍，非民法所得規範；且勞資關係雖基本上仍係一契約關係（勞動契約），惟基於勞工之從屬性，實有肯定特別保護勞工之必要，因此民法傳統個別契約模式之規範適用於勞動法時即須有所修正，不能毫無保留地一體適用。

二、勞動法之體系

對於有著上述規範內容之勞動法，如何妥適依照其規範之內容加以分類，論者曾提出過不同見解。歸納而言，一般均以採二分法或三分法者最為常見。

所謂三分法係指將勞動法分為個別勞動法（Individualarbeitsrecht）、集體勞動法（das kollektive Arbeitsrecht）與勞動保護法（Arbeitsschutzrecht）三者³⁰。至於，二分法則是將前述之勞動保護法歸類為個別勞動法之一部分，不再將之視為獨立之分類³¹。採三分法者係對個別勞動法採狹義之定義，認為並不包括勞動保護法在內，而採二分法者對個別勞動法採則係採廣義之定義，認為應包括勞動保護法在內。

至於所謂個別勞動法（狹義）乃是指規範個別勞工與雇主間法律關係之勞動法部分，尤其是指關於勞動關係之締結、內容、債務不履行、移轉、消滅等勞動契約上問題之法律³²，例如勞動契約法、勞動基準法中關於勞動契約部分之規定等等。而勞動保護法則是指基於保護勞工不受勞動生活、工作環境危險之危害的目的而訂定之制定法規，例如工作場所之安全衛生與防護措施、設備的配置、工作時間之限制、童工、女工及殘障勞工之特別保護等均屬之，此等法規多係強行法。因其亦同時構成勞動契約中雇主照顧保護義務之內容，故論者多將之歸為個別勞動法之領域。

所謂集體勞動法則係指規範勞工團體與雇主或雇主團體相互間，以及此等團體與其所屬成員相互間法律關係之勞動法部分，包括同盟自由基本權（即我國俗稱之團結權、集體協商權、集體行動權或勞資爭議權等勞動三權）、工會法、團體協約法、勞資爭議法及其他有關勞工代表機關（如職工福利金委員會等）之法令³³。

區分個別勞動法與集體勞動法二者之基本理念，主要乃是因為二者所規範之主體不同，且二者之法律形成方式亦不同，說明如下：

³⁰ Vgl. nur Söllner, Arbeitsrecht, §5 II.

³¹ 在德國勞動法界中大部分論者均是採二分法，僅參見 Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, §6 III; Däubler, Arbeitsrecht 1, S.63; MK-Arbeitsrecht/Richardi, §7, Rn.15.

³² Vgl. nur Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, J I 3; Zöllner/Loritz, aaO., §6III; Schmid, Arbeitsrecht, Einl. II 1.

³³ Vgl. nur Zöllner/Loritz, aaO., §6 III.

1、就所規範主體之不同而言，個別勞動法乃是以個別之勞工與雇主為主要規範重心，而集體勞動法則是以勞工之集體 (das Kollektiv) 與雇主及雇主之集體作為規範之重心。

2、就法律形成方式之不同而言，勞動法中之勞動關係內容的形成，基本上有二種主要方式，一為個別形成，亦即透過個別勞動契約，由個別勞工與雇主以契約合意之方式而形成具體勞動關係之內容，此係個別勞動法之範圍；另一種形成方式則為集體形成，此係基於第一種傳統上個別形成方式並無法保障其所形成之勞動關係內容的公平正義，故而產生；勞動關係之集體形成係透過勞工團體與雇主協商及爭議而形成其內容，此係集體勞動法之領域。前者之勞動關係內容形成權限係屬於個人，而後者，則屬於集體。

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

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

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

又，基於經濟民主理念，即全民民主理念落實於經濟領域之基本概念，每一企業場廠之所有員工應有權利共同參與討論，甚至決定其企業中所有涉及員工本

身勞動條件之事項，故應令員工得組成勞資會議、工廠會議，以共同討論、決議勞動條件，此亦具有集體性，其位階亦高於個別勞動契約，亦屬集體勞動法之內容。

由上所述之歷史發展過程觀之，集體勞動法的產生是後於個別勞動法，且係作為修正、補救個別勞動法之不足而產生，目的仍在保護個別勞工，因此，集體勞動法之本質其實不過是一種手段，做為提升或確保個別勞動法之保障的一種手段。勞動法不是為了要集體而集體，集體本身不是目的，而是手段，是為了保護個人，故要集體，但因為在今日社會中，集體是作為一種為要有效保護個別勞工而不可或缺的唯一手段，故集體勞動法與個別勞動法已是密不可分、相輔相成，不可能一刀兩段加以切割。所以個別勞動法與集體勞動法之分類與勞動法之歷史發展的原因並不符合。再者，此一個別與集體勞動法之分類與勞動生活之現實亦並不符合，蓋在勞動法實務中所發生之案件，常常不能歸類為單純個別勞動法問題或單純集體勞動法問題，而是二者相互交織夾雜，不能切割。

叁、勞動法法源：勞動法相關法源與適用關係

一、勞動法法源問題的研究意義

勞動法的存在意義之一，即在於針對勞資關係組織性、集體性的特質，設計各種制度，來協助勞工爭取勞資關係公共事務領域的主導權或參與權，以妥適地統一處理多數勞動關係之同質的問題需求。如何在勞資關係公共事務領域特有的結構中，尋找、開發規範潛能，以為勞資關係之公共事務問題領域帶來合理的秩序，是集體勞動法的主要任務。而勞動法法源體系的進化史，事實上就是不斷「徵收」雇主獨享的「當然」權限，擺納到勞資關係公共事務領域開放參與，並設計制度協助多數勞工整合意見，形成適當規範的過程。

相較於其他法律領域，勞動法特殊之處在於，一方面基於現實需要創設出由勞資自治進行「立法」產生勞動生活所須之規範法源，如團體協約、工作規則，同時又考慮到這些「社會自主法源」之規範品質「參差不齊」，甚至因當事人實力差距，有可能產生勞工毫無置喙餘地全由雇主主導制定出空有規範形式但並無實質規範品質的規範，致使由勞資雙方共同參與形成「規範」之「自治」精神完全淪喪，故在法源構造上有其特殊性。

整個勞資自主法源領域的存在與發展，可謂是勞動法不同於民法等其他法律領域的特色。勞動關係及勞動問題具有組織性、集體性的本質。因應企業經營之勞務需求而締結勞動契約，多數叢聚的勞工自然會形成同質的利害群體，產生各式各樣的共同問題需求。換言之，勞資關係中事實上存在著以多數勞工共同需求為基礎的「公共事務領域」，勞資關係中潛藏著一種隱性的公共事務領域，但如無妥善的制度安排，個別勞工往往難以自行動員組織、集思廣益，而讓勞資關係

中的強勢者—雇主趁勢先占而單方決斷³⁴。

私法自治制度保障之問題，除了從限制契約自由的正當性切入觀察之外，尚可從勞動法法源體系的建構來觀察思考。勞工於勞動關係中處於從屬狀態，其於勞動契約中的「自主決定」，往往受到經營組織財產的牽連、牽制及雇主指示權的驅動、填充，難以自主決定契約內容的形成，而兼存併有「自治」與「他治」。所以，必須在法源構造的規劃安排與運作原理上多方設想，以維護勞工在勞動關係中的自主決定空間，並貫徹私法自治精神。

勞動法之法源較一般傳統法域更為複雜，一般法域之法源僅指國際法、憲法、制定法、命令與判決、章程、習慣法等等。惟勞動法之法源，除上所述者外，更有集體形成之契約合意，即所謂集體性契約，例如團體協約等，此係其他法域所無者；除此之外，尚有其他許多現象亦係其他法域所無，但卻是勞動法所不可或缺者，例如雇主之指示權，此在勞動法中係極為重要的法源之一，諸多法律未規定且當事人亦未約定之事項，均係由雇主根據其指示權片面地加以決定；又，在勞動法中之制定法，其範圍固然極為廣泛，諸如勞動基準法、工會法、團體協約法、勞資爭議處理法、勞工安全衛生法、勞動檢查法、勞工保險條例、職工福利金條例.....等均屬之，但這些制定法的內容其實並不代表勞動生活中之現實即是如此，法律上的「應然」(Sollen) 與現實勞動生活中之「實然」(Sein) 是頗有差距的，真正決定雇主與勞工在勞動生活中之行爲的規範，事實上有一大部分並未被納入制定法之中，亦即並未變成成文法，在這些不成文的勞動法規範當中，又有部分是由法院的判決，以及勞工行政主管機關的「解釋令」所構成。因而勞動法之法源階層結構較其他法域更為複雜，且有時與其他法域相同之法源，在勞動法中亦常有不同之重要性³⁵。

二、勞動法法源體系建構與運作原理

勞動法法源體系的規劃安排，乃基於單一、絕對的國家主權思想，國家秩序吸納領土之內的其他秩序，形成一疊疊套套、上下隸屬的單一秩序，而開展出有位階關係的法源體系。整個法源體系貫徹憲法所確立之人性尊嚴等共同價值基礎，同時維護保存次級社會系統的自治運作，其間有賴於各種行政控制與司法審查機

³⁴ 社會學家哈伯瑪斯指出，19 世紀工業資本主義中發展起來的階級關係，使得資本家與僱傭工人間形式上的法律平等關係，轉變成了一種事實上的隸屬關係；這種隸屬關係在私法上的表現遮掩了某種「準公共權力」。私法的中心機制(Institution)，如生產資料的所有權及其相關保障、契約自由、職業自由等，依其實際功能，它們完全應該是公法的組成部分，但卻當成私法關係，保障資本家實施「一種委託給他的公共權力」。但在法律的發展嗣後在一定程度上跟隨社會發展，從而導致公法因素、私法因素錯綜複雜、彼此偶合的「私法的公共化」現象。此外，論者從財產權的社會意義觀察財產權保障的演變趨勢，亦觀察到各種勞工與社會立法，已使財產權「公」的性質多於「私」的性質，私有財產相當程度變成具有某種「固定性」與「開放性」的公共財。參閱：哈伯瑪斯著，劉北城等譯，『公共領域的結構轉型』(聯經，2004 年 1 月)，195 頁；蘇永欽，『違憲審查』(學林，1999 年 1 月)，80 頁。

³⁵ Vgl. Däubler, Arbeitsrecht 1, S.35 ff.

制來防止或糾正、補救社會自治出現不合理運作結果。勞動法法源體系約有 12 種不同的法源途徑，其體系可簡要圖解如下：

法源性質的分類	勞動法法源體系
國際法源/法規性（他主）法源	1.國際公約
內國法源/法規性（他主）法源	2.憲法（基本權.基本國策章）
法規性（他主）法源	3.法律
法規性（他主）法源的延伸/依「法」立法	4.行政命令
法規性（他主）法源的延伸/依「法」審判	5.法院判決
法規性（他主）法源的延伸/依「法」行政	6.行政機關解釋令
<p>**政治生活與經濟生活有所區別且緊密關聯；民主是貫穿政治與經濟的全面普遍價值；分權、參與以及正當程序是彼此交互用的民主落實手段。</p> <p>**政治生活與經濟生活的共通理念：人人平等、自由--受統治規範者與被統治規範者合一。</p>	
契約性（自主）法源/雙方法源	7.團體協約
契約性（自主）法源/雙方法源	8.勞資會議所為之決議
契約性（自主）法源/單方法源	9.工作規則（雇主指示權的文字化）
契約性（自主）法源/雙方法源（附合化）	10.勞動契約
事實累積（自主）法源/不明確.不穩定	11.企業習慣
契約性（自主）法源/雙方法源（單方化）	12.雇主指示權

如所涉及之同一事項、同一爭點，同時有多數之勞動法法源可資適用時，則其適用之優先順序究竟如何決定？大體言之，應將情形再略分為兩種：一是所涉及之相關法源均屬同一位階者；一是所涉及之相關法源係分屬不同位階者。以下茲就此兩種情形分述之³⁶：

（一）所涉及之相關多數法源均係同一位階

若同時所涉及之相關多數法源均係同一位階者，則應依後法新法優先原則及特別法優先原則等原則，優先適用後法、新法、特別法（參見中央法規標準法第 16 及 18 條）。

³⁶ 另有學者主張若是不同位階間之規範衝突，乃依位階原則及有利原則處理；若係同一位階之規範衝突，則依特殊原則及取代原則解決之。詳見：楊通軒，『個別勞動法－理論與實務』（五南，2010 年 5 月），167-168 頁。

(二) 所涉及之相關多數法源分屬不同位階

若同時所涉及之相關多數法源分屬不同位階，則應依一般法律階層理論之基本原則，亦即應依位階理論或階層原則決定之，階層愈高者，效力愈強，上位階法源破下位階法源，即下位階法源規範之內容不得違反上位階法源之規範，例如憲法第 171 條第 1 項與第 172 條、中央法規標準法第 11 條、勞動基準法第 71 條與團體協約法第 16 條第 2 項本文之規定即係此一法源位階理論或階層原則之明文表現。惟在勞動法中，此一原則具有下列兩種重要的例外：

1、「利益勞工原則」或「有利勞工原則」

基於勞動法中保護勞工之基本原則，於下位階法源內容較上位階者對勞工更為有利時，則應優先適用下位階之法源，此在勞動法中稱為「利益勞工原則」或「有利勞工原則」。換言之，有利勞工原則破法源位階理論、階層原則，例如勞動基準法與團體協約之位階雖高於個別勞動契約，故個別勞動契約之內容本應不得與勞動基準法或團體協約之內容不同，但若個別勞動契約之內容對勞工較為有利，則依利益勞工原則，下位階法源之個別勞動契約的約定應得優先適用，亦即基於有利勞工原則，當事人應得任意為更有利於勞工之特別約定（參見我國團體協約法第 16 條第 2 項但書後段之規定）。應注意者係，此一有利勞工原則只適用於法規性法源（即前述法源階層中之 1 - 6）與契約性法源（即前述法源階層中之 7 - 12）之間，以及多數契約性法源之間，至於多數法規性法源之間，則並無適用。

惟若對勞工較為有利之法源的內容，有部分係對勞工較為有利，但有一部分卻對勞工較為不利，則此時究竟應如何適用「有利勞工原則」？此一問題在德國勞動法界中先後有三種不同之說法：

其一為「個別規定之比較」（或稱為「個別事項之比較」）。亦即有利或不利，乃係就個別爭點之規定相互比較，然後擇其有利者適用之，例如依勞動基準法第 53 條第 1 款之規定，勞工須工作滿 15 年且年齡為 55 歲以上者，始得自請退休，至於退休金之計算，則依勞基法第 55 條第 1 項第 1 款本文之規定，工作年資每滿一年，給付二個月之平均工資。在甲企業之制式勞動契約中，則規定勞工年滿 50 歲者，即得自請退休，惟退休金之計算，則是工作年資每滿一年，給付一個月平均工資，此時若有一工作年滿 10 年而年齡 52 歲之甲企業勞工意欲自請退休，則應如何適用法律？依個別規定之比較方式，此一勞工得依勞動契約之約定自請退休，而依勞基法第 55 條之規定，請求 20 個月之平均工資，惟一般均認為此說太過保護勞工，且將各個法源割裂來相互比較，並不足採。

另一種說法為「整體之比較」，此說乃是以整個法源來相互作比較，例如整個團體協約與整個勞動契約相互比較，而非只比較個別規定，而選定一對勞工較為有利之法源以適用之。但此說有時十分難以落實，除非相關之法源乃是只針對

某些特定事項之規定或約定，否則即常常無從比較起，例如在前例中，即有可能根本不知如何將整個勞基法與勞動契約相比較（若只就退休金一點觀之，自係制式勞動契約較為有利），故一般認為亦並不足採。

第三種說法則是「相關事項之比較」或稱「實質相關部分之比較」，此說認為應以各法源中與爭點具有客觀上關聯性之事項來相互比較，例如前例乃是涉及退休之問題，則此時應以勞基法中之退休部分的所有規定與勞動契約中關於退休之所有規定相互比較，而非只是個別規定之比較，因此，在前例中，若勞工堅欲退休，則只能依勞動契約始能自請退休，故較為有利之法源乃是勞動契約，因而退休金之給付亦應根據勞動契約計算之，亦即只能請求 10 個月之平均工資。此說目前在德國雖屬多數說，惟亦非全無爭論。蓋此說最主要之缺點在於，何謂與爭點具有客觀上關聯性之事項？其界限究竟如何劃定？並無定論；再者，此說亦有割裂法源整體性之缺點，例如以團體協約而言，常是當事人在就各種勞動條件與福利事項全面協商與妥協後之結果，例如說雇主在團體協約之退休制度上的讓步，給予勞工較為有利之給付，很可能是因為工會在工作時間或其他福利措施上對雇主讓步之結果，因而此時若將與爭點具有客觀上關聯性事項和團體協約之其他事項割裂開來，則是一種破壞法源完整性之做法，惟此說雖有缺點，但其實已是三說中，缺點最小且最有實行可能者，故德國勞動法之多數法院判決與學者一般均採之³⁷。

2、上位階法源是任意法或對下位階法源之不同規定或約定有特許規定

若上位階之法源乃是任意法或上位階法源有容許下位階法源有不同規定或約定之特許規定時，則前述之位階理論或階層原則，亦不適用³⁸。蓋上位階之法源既是任意法，則當事人間本得以特別約定予以變更或排除，而若上位階法源有前述特許規定，則本即容許下位階之法源為不同之規定或約定，例如我國預計於今年五月開始施行的團體協約法修正條文第 19 條但書前段之規定即屬有前述所稱之特許規定的情形。

勞動法法源極為多樣複雜，其大致係由上層的「國家他主法源」（即 2~5 的法源）與下層「社會自主法源」（即 7~12 的法源）併存作用。整個勞動法法源體系存有國家他主法源、社會自主法源等範疇結構上的不同成分，於社會自主法源範疇中復存有附合化、單方化的法源。整個法源體系中之個別法源途徑彼此間存有位階順序、範疇劃設、權限歸屬、功能區隔等的關係面向，必須全盤考量、綜合設想，按各別法源途徑之特質與核心功能妥適分配處理事物。同時並應思考如何監督、促進附合化、單方化法源的健全運作？社會自主法源運作結果的妥當性如何審查控制？又各種社會自主法源與國家他主法源如何進行規範分工，彼此又如何相互整合、接軌？等理論上的課題。

法源體系所彰顯者，乃我們的社會對於勞動生活秩序的正義觀，旨在解決如

³⁷ Vgl. nur Steinmeyer, Casebook Arbeitsrecht, S.214 ff.

³⁸ Vgl. nur Gamillscheg, Arbeitsrecht I, Nr.9; Ruppert, Arbeitsrecht, S.44 f.

何在社會的基本組織中分配權利以及義務的方式，同時適當的分配、界定當事人的互動原則以及其在社會合作中的利益、負擔。法源體系的建構竅門，在於因應不同的情勢，分之合之地形成運作系統，個別部分的運作系統再互相調適以組成一個整體系統。所以，整個法源體系是由法源次系統的分合異同、化遷往來、組合變化而來的，觀察與思考法源問題，不能僅注意到分，同時要注意到合，要從全面而觀察到一點，再從一點而觀察到全面，亦分亦合地互相參證，才不會「見樹不見林」，造成思路的侷限、膠著。

不同的「社會自主法源」彼此間，與「國家他主法源」一樣，有按各自法源特質與核心功能分配處理事務的問題，在個別法源功能分殊、事務規範處理平台分流之外，個別法源彼此間同時亦存有上下階層排序，以及如何殊途同歸共同完成為勞動生活形成合理規範任務的問題。

就各自特質與核心功能來說，團體協約、勞資會議決議具「雙方集體共同議定」的特質，適合用來作為將多數勞動契約共同面臨問題定性成公共事務，抽離契約架構範疇時的規範處理平台。勞動契約雖因勞動從屬、嚴重附合化，而規範功能僅少，然契約由本人以意思表示親自同意的特質，給與當事人為自身利益把關的機會，所以適合做充當深具個人性、不容他人代言，保留給當事人透過契約進行個別磋商事項的規範處理平台。至於，工作規則、指示權基本上只可用以作為維持職場工作紀律等雇主可合法享有正當管理權威事項的規範處理平台。

從階層順序來看，團體協約、勞資會議決議等雙邊集體共同議定的法源居上位；勞動契約、工作規則等個別、單方決定的法源居下位；規範明確性、形式性及穩定性程度相較偏低的企業習慣與、指示權等，則更為劣後，作如此上下位階排序，用意在於促成雇主單方作為的權力（包括事實上與法律上）的可見化，使其決定、發動受法律事先制約，受管理、規範之勞工，則可據此穩定地規劃、安排生活，無須過度擔心動輒來自雇主單方、恣意的管理作為的突襲。

從法源體系的結構可以看出，法治國家透過法律規範規訓社會權力，使其臣服於國家權力與法律之下，主要是運用階層式的分權策略及監視技術，亦即將擬規訓對象安置在一個可以加以層級化、系列化切割的空間中，透過這種可切割性空間的運用，一方面稀釋、分散、調移被認為是不恰當或過多的權限歸屬，同時確保被監控的對象能夠隨時處於一種可見的狀態。

如此一來，一切法的事物，甚至包括各種國家權力的作用在內，都被視為一種具有規範性的存有物，同時被安置在一個具有特定位階關係的階層秩序中，順理成章地根據內部自我參照的規範階層關係，要求每一個下位規範原則上都要有某些特定的上位規範，來作為它在規範成立上的正當化依據，透過此等上下位階鮮明之階層秩序，提供特定規範框架，來界定並拘束下位規範的外延範圍³⁹。

³⁹ 與此對應同時產生透過法源體系規訓權力之三項主要法律技術：（1）法律規範位階構造上的階層監視。（2）對違反上位法律規範的下位法律規範，克已無效、得撤銷、變更、廢棄等不

觀察「政治民主」部份的法源途徑領域，對國家權力作有效監視與控制的作法可知：其首先透過對國家權力運作的法律化操作，使得一切國家權力的作用，都轉變成一個個特定的法律規範。接著，將此業經法律化或規範化的國家權力，一方面水平式地根據功能性的劃分（此即傳統上基於功能性觀點對國家權力所作之權力區分），另一方面則垂直地根據規範上不同具體化的程度，將歸屬於立法權的「法律」、歸屬於行政權的「法規命令」以及歸屬於法院的判決與裁定，分門別類地安置在一個以憲法為最高位階的法規範介接構造之中，讓任何一種國家權力的行使，都完全暴露在階層監視的網絡之中⁴⁰。

勞動法法源體系之「『開發中』與『未開發』區域」，即「經濟民主」觀念所對應的相關法源途徑，特別是工作規則的法源定位與規範問題，其實可以也應該如法泡製前述的法源體系建構運作原理，來為問題尋出路。

三、勞動法法源之種類

（一）國際勞動法

所謂的國際勞動法主要係指由國際勞工組織所通過的公約、建議書或若干之聯合國公約等為世界各國所普遍承認之規範，並將其中由國際勞工組織所設立之基準稱為「國際勞動基準」⁴¹。國際勞工組織所通過之公約或建議書會送到各加盟國，加盟國必須將之提出於有批准或實施權限之機關，但因只要不批准就不受到該公約或建議書之拘束，故其並不直接作為裁判規範。不過，法院得衡量公約或建議書之宗旨進行法律的解釋⁴²。但亦有認為對於未批准之國際公約，只要有壓倒性多數國家之批准，就應該作為「確定的國際法規」而承認其作為法源之效力⁴³。

過去因我國與國際社會甚少往來，所加入之國際組織亦不多，不過立法院於2009年批准了聯合國大會於1966年所通過的「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」及制定「兩公約施行法」之後，因該兩公約中有相當

同程度之處置，維持位階秩序。（3）透過國家權力機關的作為主要是法院裁判特別是司法違憲審查機制的實施。參閱：江玉林，「你吃得安心嗎？毒牛奶事件的「科技/社會/法律」反思」，發表於：國立政治大學法學院、國立政治大學基礎法學研究中心、國立政治大學法律科技整合研究所主辦，第一屆法律繼受下的訴訟外紛爭解決研討會—ADR：從威權到民主（政治大學，2009年6月19日），13頁及14-15頁。

⁴⁰ 參閱：江玉林，「你吃得安心嗎？毒牛奶事件的「科技/社會/法律」反思」，發表於：國立政治大學法學院、國立政治大學基礎法學研究中心、國立政治大學法律科技整合研究所主辦，第一屆法律繼受下的訴訟外紛爭解決研討會—ADR：從威權到民主（政治大學，2009年6月19日），15頁。

⁴¹ 東京大學勞動法研究会編，『注釈労働基準法上卷』（有斐閣，2003年3月），15頁（大內伸哉執筆）。

⁴² 角田邦重、毛塚勝利、脇田滋編，『新現代労働法入門（四版）』（法律文化社，2009年5月），26頁（毛塚勝利執筆）。

⁴³ 片岡昇著，村中孝史補訂，『労働法（1）—総論・労働団体法（四版）』（有斐閣，2007年6月），21頁。

條文與勞動基本權相關，隨著兩公約的通過與實施，在國際上普遍所承認的國際勞動基準在我國法上的實踐乃有受到注意與重視的契機。關於國際勞動法之論述請參照本研究計畫之「肆、國際勞動法與法律衝突：國際勞動法秩序與勞動的國際私法」部分，在此不再贅述。

(二) 憲法—尤其是基本權之規定

1、概論

在我國憲法中，真正與勞工有關之規定，主要有兩處，一為人民之權利義務（即基本權）部分，一為基本國策部分。惟基本國策部分，例如第 152 條雖提及充分就業，第 153 條提及勞工之保護及女工與童工之特別保護，第 154 條提及勞資爭議之處理等等，但此等規定究其本質，均只是制憲者對國家所課之義務，尤其是對立法機關（制定法之立法）、行政機關（政策之擬定與推行）所課之義務，人民並無法依基本國策章之規定而主張任何權利，亦即不可能直接依基本國策章之規定而導出人民對國家或對雇主之任何個別的請求權。

惟基本權部分之規定則有所不同。雖然自憲法中人民權利義務章的規定文義觀之，與勞工有直接關聯者，約莫只有第 15 條之工作權而已，但其實勞工亦屬人民之範疇，故亦享有一切憲法中之基本權利，而勞工之基本權利對勞動關係之內容即會有所影響，例如第 3 條之平等原則，或例如憲法第 14 條之結社自由中之勞工結社自由（即德國基本法所稱之同盟自由，亦即我國俗稱之勞動三權）等等。凡此均有可能成為可資適用之勞動法法源。

2、基本權作為直接適用之法律

基本權係憲法賦與人民之權利，依基本權傳統理論，基本權原則上乃是在處理人民與國家間之關係，為避免國家干涉、侵害人民，故而賦與人民基本權以防衛自己，換言之，基本權原本之目的乃是一種防禦權。由此一基本權之防禦權性質、目的即可知，憲法中基本權規定對國家（不問是立法、行政、司法部門）均有拘束力，基本權規定之遵守、基本權之尊重乃是憲法課國家之義務。因而憲法中基本權之保障規定並非須待立法者以制定法將基本權予以具體化之後，始成為可資適用之法律，憲法中基本權之保障規定本身其實就是可以直接適用之法律，不待國家之具體化措施。國家之立法、司法、行政部門的任何措施與決定，如果違反憲法中基本權保障規定而侵害人民之基本權，則原則上此等措施與決定均應屬違憲而無效⁴⁴。

又，如前所述，基本權原本之目的乃在於確保人民個人之自由領域不受國家公權力之干涉與侵害，具有消極性格，乃是一種人民針對國家之防禦權，故原則上基本權並無除針對國家以外之第三人效力，但是因為基本權具有拘束國家公權

⁴⁴ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, Bd.1, §10, Rn.6.

力之作用，而此一基本權作用也就使得基本權之規定不只是確立國家之組織結構與行動之界限，同時相對地也確定了社會的結構與行動之界限。就此點而言，基本權即不只是具有防禦性格，更是足以積極地確立社會制度之規範秩序，基本權之規定因此也就構成了整個社會的客觀價值秩序，貫穿整體法律秩序⁴⁵。

3、基本權之第三人效力

所謂基本權之第三人效力乃是指基本權除針對國家之外，更具有對社會上其他第三人之拘束力，換言之，社會上之私人亦受到基本權保障規定之拘束，不得介入、侵害他人之基本權。此一基本權之第三人效力，在理論上可分為直接第三人效力說與間接第三人效力說兩種理論⁴⁶。茲分述之如下：

(1) 直接第三人效力說

此說亦稱之為「絕對第三人效力」說，乃是 Nipperdey 首倡之見解⁴⁷，而提出後亦被部分學者所採取⁴⁸。Nipperdey 認為，憲法中有部分基本權對於所有法律秩序均具有作為該法律秩序之基本原則的功能與作用。此等基本權因而對私法上之法律行為亦有直接之拘束力，可直接適用於私人間之私法行為。而因為 Nipperdey 當時係擔任德國聯邦勞工法院之院長，故在其影響之下，德國聯邦勞工法院的判決亦全面支持 Nipperdey 之見解，且在經德國聯邦憲法法院（見下述間接第三人效力說部分）明白駁斥其見解後，德國聯邦勞工法院直到 1985 年年初仍是一直堅持己見⁴⁹，甚至在判決中挑釁地表示德國聯邦憲法法院不應該也沒有能力作為勞動法院關於勞動法問題之判決的「超級上級審」⁵⁰。

此一基本權直接第三人效力說之說理根據主要乃是認為，基本權既係所有法律秩序之基本原則，則自亦適用於私法。因而基本權之功能與作用即並非僅僅是在處理人民與國家間之關係而已，而是更應包括私人與私人間之關係，也就是說在私人間之關係中，任何私人均不得侵害他人之基本權，國家所不得為之侵害行為，私人自亦不得為之⁵¹；再者，雇主因擁有生產資料而在勞動關係中具有經濟上之強勢，故基本上雇主乃是一「社會實力者」，強勢之雇主與弱勢之勞工間之關係其實和國家與人民間之不對等、不平衡關係，並無本質上之不同（台灣尤其是如此，因為在我國勞動契約與工作規則等等一般均係由雇主片面訂定，勞工毫

⁴⁵ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, aaO., Rn.7 m.w.N.

⁴⁶ 關於此一問題之中文文獻，主要可參閱：蘇永欽，「憲法權利的民法效力」，載於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編輯，『翁岳生六秩誕辰論文集—當代公法理論』（元照，1993年5月）161頁以下；王澤鑑，「勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗」，萬國法律 50期（1990年2月），1頁以下；王澤鑑，『民法學說與判例研究第七冊』，36頁以下。

⁴⁷ Nipperdey, RdA 1950, 121 ff.; ders., in Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1959, S.91 ff.; ders., FS Molitor, 1962, S.17 ff.

⁴⁸ Vgl. nur Laufke, FS Heinrich Lehmann, 1956, Bd.I, S.145, 179 ff.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960; Ramm, Die Freiheit der Willensbildung, 1960; Gamillscheg, AcP 164 (1964), 385 ff.; ders., Arbeitsrecht I, Nr.9; ders., Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S.32 f.

⁴⁹ Vgl. nur BAG, AP Nr.2 zu §13 KSchG; AP Nr.4 zu Art.3 GG.

⁵⁰ 參見 Gamillscheg, Arbeitsrecht I, Nr.27 und 25, 26.

⁵¹ Vgl. nur Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S.32.

無置喙的餘地，在台灣的企業內，雇主可說是居於一幾近於獨裁的絕對強勢地位），而基本權既係在保護「國家-人民關係」中之弱者人民，則亦應同樣適用於「雇主-勞工關係」中之弱者勞工，何況雇主身為社會實力者，縱使未有國家法律之強制，亦應在為法律行為時兼顧公共利益，因而除非法律明文容許，否則即不得違反作為社會秩序基礎之基本權規定，此乃民主原則之基本要求⁵²。

（2）間接第三人效力說

在 Nipperdey 提出前述基本權直接第三人效力說後，學者 Dürig 即大力加以抨擊⁵³，其認為 Nipperdey 之見解一來完全違背基本權作為人民針對國家之防禦權的傳統，且亦忽略了雇主縱使是所謂社會實力者，但雇主本身其實也是一基本權主體，仍是一享有基本權保障之人民，而非國家，雇主與勞工間之關係乃是人民與人民間之關係，和國家與人民間之關係具有本質上之差異，絕對不應混淆之⁵⁴；再者，若採 Nipperdey 之見解，則勢必將澈底破壞契約自由原則，蓋契約當事人基於其契約自由，本得自由約定行使或不行使一定之基本權，換言之，當事人得於契約中自行拋棄原本享有之基本權，至於此一拋棄基本權之契約約定是否為法律秩序所容許，本即應得依據民法中之各種概括條款（或稱一般條款，例如公序良俗、誠實信用、權利濫用等）與諸多不確定法律概念（例如雇主之照顧保護義務、勞工之忠誠義務、重大事由等）加以審查，故可知作為所有法律秩序之客觀價值秩序、客觀價值判斷的基本權本即可經由民法中之概括條款及不確定法律概念，而在私法中發揮其作用，故實毋庸採取直接第三人效力說之見解。

Dürig 之此一見解，其後亦為德國聯邦憲法法院所採取⁵⁵，民事最高法院亦係如此⁵⁶，大多數之民法與憲法學者亦均採之⁵⁷，而勞動法學者則分裂為二個陣營，爭執不下，惟採間接第三人效力說者，似占多數⁵⁸。至於德國聯邦勞工法院，雖然向來堅持直接第三人效力說，但在 1985 年年初的聯庭會議所作成的一個判決中，則顯然已改採間接第三人效力說⁵⁹。

（3）小結

不過，在德國勞動法中，基本權之直接效力說並非完全不適用，除了基本法第 9 條第 3 項同盟自由基本權（主要係指勞工的結社自由，亦即我國俗稱之勞工的勞動三權）乃是明文規定為直接第三人效力之外（原文為：「任何以侵害同盟自由或企圖侵害同盟自由的合意，均屬無效，基於前述目的所為之措施，均屬違

⁵² Vgl. nur Gamillscheg, aaO., S.32 f.; ders., Arbeitsrecht I, Nr.27.

⁵³ Vgl. Dürig, FS Nawiasky, 1956, S.157 ff.

⁵⁴ Vgl. auch MK-Arbeitsrecht/Richardi, Bd.1, §10, Rn.9; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S.480; Canaris, AcP 184 (1984), 201 ff.

⁵⁵ BVerfGE 7, 198 ff. Lüh-Urteil; 42, 141 ff.

⁵⁶ Vgl. nur BGH, NJW 1962, 198.

⁵⁷ Vgl. nur Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, §11 II m.w.N.

⁵⁸ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, aaO., Rn.10 ff.

⁵⁹ BAG, GS, AP Nr.14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = EzA Nr.9 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht。

法」，較無爭論而為德國聯邦勞工法院與大多數學者所接受者是：團體協約當事人（即工會、雇主或雇主團體）應如同國家公權力主體一般，同樣受到基本權之直接拘束（亦即採基本權之直接效力說），蓋團體協約的內容中，關於工會之勞工會員或雇主團體之雇主會員的權利義務部分，乃是所謂「法規範效力部分」，與僅規定團體協約當事人雙方間權利義務之「債之效力部分」在本質上根本不同，對於團體協約當事人團體所屬會員而言，團體協約當事人所訂定之團體協約內容，即形同國家立法者所制定之法律一樣，就此點而言，工會或雇主團體對其成員之關係與國家立法機關對人民之關係無異，因而團體協約當事人在締結團體協約時，與國家立法機關在立法時相同，均應受到會員之基本權的直接拘束，並無需再透過民法中之概括條款與不確定法律概念來引入憲法基本權之價值判斷，故團體協約之內容不得有侵害任何團體協約當事人團體所屬會員之基本權的約定⁶⁰。此點在德國勞動法界中幾乎無任何爭論而為絕大多數學者所採。

關於基本權利之第三人效力問題，我國學者亦多採基本權之間接第三人效力說⁶¹，至於各級法院所為之判決，除少數例外之外⁶²，絕大多數亦是採間接第三人效力說。

不過，因為關於憲法基本權利規定對私法、勞動法亦應有所適用一點，其實是毫無爭論的，有爭論的只是如何使基本權之規定適用到民法、勞動法之中，是以直接之方式，還是以間接之方式來適用基本權？因此，實際上平心而論，基本權規定之直接第三人效力說與間接第三人效力說之爭論根本只是一種表面的、假象的爭執，因為二說之最終結論除少數論點之外，基本上並無不同，故可說是純粹是法律人在理論推演上之趣味，無論採何說，在結果上均無太大的影響。因此，基本權之第三人效力問題並非基本權問題真正的重心所在，基本權問題真正的重心所在應是：弱勢勞工之基本權與強勢雇主之向外呈現為契約自由的自由權、財產權間的衝突對立，究竟應如何解決？相衝突對立的基本權又如何界定權利之範圍、界限？因此，其實問題可以說根本是相當性原則（亦稱為廣義的比例原則）之問題，也就是說在保障契約自由與生產資料私有原則的前提下，如何以相當性原則限制雇主之強勢及保護勞工之問題⁶³。

⁶⁰ Vgl. nur BAG, AP Nr.136 zu Art.3 GG = EzA Nr.18 zu Art.3 GG; AP Nr.3 zu §52 BAT = EzA Nr.21 zu Art.3 GG; Wiedemann/Stumpf,TVG, 5.Aufl., 1977, Einl., Rn.57; Walteramnn, RdA 1990, 138 ff.;Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S.103 ff.; Otto, aaO.,S.61 ff.; Anton Wiedemann, Die Bindung der Tarifnormen an Grund-rechte, insb. an Art.12 GG, 1994, S.22 ff. m.w.N.

⁶¹ 例如公法學者有：陳新民，「憲法基本權利及對第三者效力之理論」，載於：氏著，『憲法基本權利之基本理論（下）』（元照，2002年7月），57頁以下；許宗力，「基本權的第三人效力與國庫效力」，月旦法學教室9期（2003年7月），67-68頁；法治斌、董保城，『憲法新論（三版）』（元照，2005年10月），163頁；陳新民，『憲法學釋論（修訂六版）』（自版，2008年9月），60頁以下。但早期有學者採直接第三人效力說，詳見：林紀東，『中華民國憲法逐條釋義（一）（修訂八版）』（三民，1998年9月），68-72頁。民法學者主要有：王澤鑑，「勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗」，萬國法律50期（1990年2月），1頁以下；同文亦載於氏著，『民法學說與判例研究第七冊』（自版，2009年12月），36頁以下。

⁶² 例如台北地方法院79年勞訴字第26號關於「就勞請求權」之民事判決。

⁶³ 詳見 Gamillscheg, Arbeitsrecht I, Nr.27; MK-Arbeitsrecht/Richardi, aaO., Rn.13 ff. m.w.N.中文文

(三) 勞動法單行法規

勞動法之單行法規的範圍極為廣泛，所有經立法院通過並經總統公規施行之制定法（見中央法規標準法第 4 條），均屬此處所稱之勞動法單行法規，例如勞動基準法、大量解僱勞工保護法、職業災害勞工保護法、勞工安全衛生法、工會法、團體協約法、勞資爭議處理法、職工福利金條例、勞工保險條例、勞工檢查法、就業服務法、職業介紹法與職業訓練法等等均屬之。因為範圍過於廣泛且種類與內容繁雜，故本文在此並不能亦不欲詳盡敘述，在此僅指出勞動法單行法規之幾個值得注意的特點。

勞動法之單行法規與其他法域相同，亦可區分為強行法與任意法二者，惟與其他法域相較之下，勞動法中之強行法規的數量與比重明顯地多得多，此係立法者有鑑於勞資雙方在經濟上強弱勢的差別，為要保護勞工而採取的一種立法手段，因為法律必須制定為強行法始能在一定程度上確保其保護勞工之目的得以達成。而又因為勞動法法源在適用上有所謂「有利勞工原則」，故當事人可訂定優於制定法所規定之內容，因而制定法上之保護勞工的強行法規也就因而是一種「最低勞動條件」或「最低勞動基準」。惟此種強行法性質之勞動法法規，在某些國家之立法例上亦有將其法規之強行性作某種程度之變更者，例如德國在許多強行性之勞動法法規中特別容許團體協約得變更強行法之規定，且亦唯有團體協約始能變更強行法之規定，換言之，個別的單行法規中所規定的最低勞動條件原則上具有強行性，不容許當事人在個別的勞動契約中作不同或更不利之約定，但此等法規之強行性並不適用於團體協約，亦即團體協約得約定與強行法所定之最低勞動條件不同或更不利之內容。

德國勞動法會採此等之立法方式自有其背景，亦即德國之工會乃是產業或行業工會，也就是說依產業或行業之分類，每一產業或行業組成一個單一工會，與我國之分業工會聯合會類似，但德國乃是單一基層工會而非聯合會，因此工會之實力不可謂小，因此工會若基於一定的考量而與資方在團體協約中達成低於法定勞動條件之約定，則法律並無強行非予以保護不可，而且更可賦與工會以更大的自由裁量空間，使工會可以自行決定其集體協商與團體協約政策，基於勞工利益之整體考慮進行協商、交換、妥協，本於此一考量，德國之大部分強行性勞動單行法規遂規定工會得以在團體協約中與資方達成低於法定勞動條件之約定，原本具有強行性之單行法規，對工會之團體協約則變成任意性法規。惟德國此種特別規定在我國並無模仿之可能，蓋我國工會的實力與德國的工會實在不可同日而語，若在立法上採用德國之上述立法方式，則勞方將只有被完全宰制的份，因為我國

獻請參見：拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），122頁。公法學者李建良教授亦採取類似的看法，其認為基本權在私法上效力的爭點乃在於「如何」在私權爭執中使雙方當事人的基本權利達到平衡的狀態，以及如何「證立」當事人「一方」的基本權利相對於「他方」應受到特別的保護。詳見：李建良，「競業禁止與職業自由」，台灣本土法學 15 期（2000年10月），111頁以下。

工會根本欠缺與資方進行對等協商的可能性，故強行性勞動法規保護勞工之原意也將因而澈底失其意義。

又，勞動法之單行法規亦可區分為公法與私法，其中之勞動保護法規（尤其是基本的、最低的勞動條件與工作場所之安全、衛生等等）幾乎完全是公法，也均屬強行法，而此等公法性質之勞動保護法規同時亦全部構成勞動契約中雇主的主要給付義務⁶⁴。

此種公法性質之勞動保護法規與關於勞動條件之最低保障的規定，均屬所謂「強制私法」，亦即不待當事人之合意，亦不問當事人之意願，均當然構成勞資雙方間勞動關係之內容，不容當事人爲不利於勞方之特約。當事人縱使原本根本不知有此等法律規定之存在，亦同樣有其適用，例如我國之勞動基準法，依一般之看法乃是公法性質之法規，因此，有部分論者認爲，勞動基準法之性質既屬公法，則私法上之勞動契約當事人如何得直接依據勞動基準法之規定而向契約他方當事人有所主張...云云。依拙見，其實依強制私法之概念，則並無不可，蓋如同勞動基準法此等強制私法均已同時構成私法上勞動契約之內容！因此，勞動契約當事人之一方自得對他方當事人主張勞動基準法此等強制私法之內容，至多再行指明該等強行私法係勞動契約之當然內容即可，故勞動契約當事人其實乃是主張其契約上之權利，應無可質疑之處！

（四）勞工行政主管機關之命令

此處所謂勞工行政主管機關之「命令」乃是勞工行政主管機關依其法定職權或基於法律授權而訂定（見中央法規標準法第 7 條），包括勞工行政主管機關所發布之各種規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則（見中央法規標準法第 3 條之規定）。在目前存在之各種「命令」中，稱「細則」者，例如勞動基準法施行細則、工會法施行細則、勞工安全衛生法施行細則等；稱「規則」者，例如勞工請假規則、台灣省工廠工人退休規則、台灣省礦工退休規則等等；稱「辦法」者，例如基本工資審議辦法、積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法、廠礦工人受雇解雇辦法、勞工退休金提撥及管理辦法等；稱「規程」者，例如職工福利委員會組織規程積欠工資墊償基金管理委員會組織規程等等；稱「標準」者，例如機械器具防護標準、碼頭裝卸安全衛生設施標準等等；稱「準則」者，例如事業單位勞工退休準備金監督委員會組織準則、台閩地區勞工保險醫療準則等等；另有稱「要點」者，例如工作規則審核要點、違反勞動基準法罰鍰案件處理要點、處理重大勞資爭議事件實施要點等等，或稱之爲「注意事項」者，例如事業單位實施勞工值日（夜）應行注意事項、各級勞工行政主管機關辦理勞資爭議事件應行注意事項、遴聘勞資爭議仲裁委員注意事項等等。可見其種類之繁多。

⁶⁴ 關於勞動法之性質，請參見本研究計畫之「勞動基準法總論－陸、勞動基準法之性質：勞動基準法之兼具私法與公法性質」，在此不再贅述。

此等勞工行政主管機關之「命令」對於前述之勞動法單行法規具有進一步加以具體化之作用，也就是說對既存的法規發揮解釋與補充的功能，有時甚至新創單行法規所未規定之事項⁶⁵，而因為勞工行政主管機關之「命令」之內容多係直接牽涉到私人（即勞資雙方當事人）之權利義務，故此時即會產生法律上之疑義，蓋所有直接涉及到人民之權利義務的事項，一律必須以單行法加以規定始可，而不得僅以行政機關之「命令」加以規範，此乃是我國中央法規標準法第 5 條第 2 款以及第 6 條所明定之嚴格的「制定法或立法保留」。因此，就法論法嚴格地言之，若勞工行政主管機關所訂定之「命令」直接涉及勞資雙方當事人之權利義務，則此等「命令」即應屬違法而無效。不過，因為目前之法規十分不足且制定之速度又遠遠落在社會需求之後，故藉由主管行政機關之「命令」以規範人民權利義務之情形，遂無可避免，而此等命令在今日亦極為普遍常見，前述中央法規標準法立法保留之嚴格要求顯然在實際上窒礙難行，因而在一定程度上實應採較寬容之解釋，認為單行法規所授權或所容許制定之命令亦得直接規範人民之權利義務，或再輔以一定之審查程序來確保行政機關之命令不悖母法、不悖中央法規標準法，如此似較可行。

（五）法院之判決與勞工行政主管機關之解釋令

在勞動法中之制定法與行政機關之命令，其範圍雖廣泛、數量雖龐大，但這些制定法其實並不充分，有許多需要規範之事項並未制定為成文法，且已有之制定法的內容又常常悖離現實，或過於模糊而不知如何適用，故制定法之存在其實並不代表勞動生活中之現實即是如此，生活的實然與法律的應然之間存有極大的鴻溝。在勞動生活的現實中，真正決定雇主與勞工之行為的規範，事實上有一大部分並未被納入制定法之中，亦即並未變成成文法。在這些不成文的勞動法規範當中，有一大部分是由法院的判決，以及勞工行政主管機關的所謂「解釋令」所構成。這其中尤其是以最高法院之判決與行政院勞工委員會之解釋令，最具有實質拘束力。而之所以會如此，主要有如下幾個原因：

1、沒有任何一部制定法能夠在立法之時，事前就把所有各種具體的案件中所可能發生的各種細部問題，均一一周延地設想清楚、完整，並一一加以規定（這是法學家們過去所確信的理想，但早在一百年之前，就已澈底破滅，法學家們也自己承認這只是不可能達成的空想），且縱使忠於法律條文之文義解釋，常常也無法解決許多概念定義上的疑義。

2、勞動法中許多領域尚未有制定法加以規定，例如關於雇主之勞動爭議行為，如鎖場；或勞方之勞動爭議行為，如罷工糾察、怠工、杯葛等等，我國在目前均未有制定法規定加以規範，尤其是杯葛，不論是現行勞資爭議處理法或預定於今年五月施行的勞資爭議處理法修正條文均未提及，但此等問題卻實際上不斷

⁶⁵ 參見呂榮海，『勞動法法源及其適用關係之研究』（國立台灣大學法律研究所博士論文，1991年6月），109 - 110 頁。

發生，而無法公平妥善地解決。

3、在勞動法規定之文義有漏洞時，或其意義多重時，則應由法院決定之。但在當事人不願進入司法程序或進行司法訴訟有事實上之困難時，則多常常請求勞工行政主管機關之解釋。

藉由法院判決與解釋令所形成之規範，對勞工、工會及雇主的行為，均會有強大的影響，且大體上言之，法院通常並不會推翻先前之判決，而勞工行政主管機關通常亦不會推翻先前之解釋令（惟法院判決與行政機關解釋令之間則不乏因見解不同而相互攻訐之例），故此等規範之實際效力實有如制定法一般。

此種藉由判決與解釋令所形成之規範，基本上只受到法學方法論之拘束、限制，法院與行政機關作成判決與解釋令時，應不得逾越法學方法論之要求，不過，此亦僅是法官與作成解釋令者對自己之自我要求而已，並非事實上有第三者得加以審查。而正確的法學方法論究竟應是如何，以及勞動法本身是否應有不同於其他法律之獨特的法學方法論？凡此均是長久以來聚訟紛云、爭論不休，迄今亦無定論的問題。今日一般之處理方式多只是衡量各種觀點，即探求一法律規定之文義、形成歷史，以及其在法律體系中之定位，並藉由類推以填補法律漏洞，且應本諸公平原則（雖甚難掌握）衡量當事人之利益，再導出一定的結論。不過，事實上，有許多非法律性的因素對法院的判決與行政機關的解釋令具有強烈影響，例如法官與解釋令作成者之主觀理念、意識形態立場或社會公共的意見等等，再再均會影響判決與解釋令之結果。雖然此種關於非法律性因素對法院判決與行政機關解釋令之影響的推測，就學術探討而言，並不妥當，惟法官與解釋令作成者之自由裁量空間仍是極為廣泛，且幾乎不論採何結論，似乎均可由前述各種方法之論證中，尋得其根據，不問正反意見均可找到其方法論之依據，因而也使得法院與行政機關時常招致濫用法學方法論或判決與解釋令之結果太具恣意性之批評。

就形式上之法源意義而言，此處所述之兩種法源，其中之法院方面的判決、判例固屬勞動法中之法源，自無問題。惟勞工行政主管機關（包括行政院勞委會、省政府勞工處等）於下級機關行文詢問時，或事業單位與工會於有疑義時來函詢問，均會不斷透過所謂「解釋」、「說明」、「建議」等管道表示其見解而形成一事實上之「規範網」，以至於此等解釋令之見解在實務上已幾乎取代、淹沒制定法之規定，遇有問題時常反而捨制定法之規定而唯解釋令馬首是瞻。惟此等解釋令基本上均非嚴格意義之法源，蓋人民間之權利義務關係應非行政機關以「行政解釋」（其主要作用本在於以之拘束下級機關之用法）或其他如上述之說明或建議等方式所得干涉或拘束者，故勞工行政機關所為之解釋、說明及建議等，除非經當事人合意成為勞動契約之一部或經司法機關援引而作成判決，否則應不具法源效力，此業經大法官會議解釋第 38、137 及 216 號所明白指出。惟其對勞資雙

方當事人具有廣泛之事實上拘束力，則乃是無可否認，也是無可避免之事實⁶⁶！

（六）團體協約

所謂團體協約乃是由雇主或雇主團體與工會，以規範勞動關係及相關事項為目的所締結之書面契約（團體協約法修正條文第 2 條）。而所謂勞動關係及相關事項依團體協約法修正條文第 12 條第 1 項之規定，除工資工時等勞動條件外，尚包括勞資爭議調解或仲裁機構之設立及利用、團體協約之協商程序、工會組織運作及企業設施之利用、參與企業經營與勞資合作組織之設置與利用、申訴制度等關於勞資共同遵守之事項等，此等事項均得作為團體協約之內容。又，關於學徒或養成工等與技術工性質相類者之前項事項，亦得於團體協約中規定（團體協約法修正條文第 12 條第 2 項）。而依團體協約法修正條文第 19 條前段之規定，團體協約中關於此等勞動關係之規定，即產生有如法規一般之效力，立即成為個別勞動契約之當然內容，而得成為勞工或雇主之個別權利義務的根據。

除前述關於勞動關係的規定之外，簽訂團體協約之當事人（即工會、雇主或雇主團體）亦可在團體協約中相互約定一定之權利義務，蓋團體協約亦具有一般契約之本質，因此，團體協約當事人間若有此等一定之權利義務的約定，則即成為工會、雇主或雇主團體之權利義務的根據。

因此，團體協約自得作為勞動法之法源，而又因為其關於勞動關係之規定，對個別勞工與個別雇主而言，具有如同法規一般之效力，個別的勞工與雇主並不得另行特別約定較團體協約內容更不利於勞工之約定（參見修正條文第 19 條後段之規定），故團體協約之法源位階高於勞動契約。

（七）勞資會議所為之決議

勞資會議乃是根據勞動基準法第 83 條而成立。其成立與運作，行政主管機關亦訂有勞資會議實施辦法作為依據，該辦法第 13 條規定勞資會議之議事範圍包括關於勞動條件等事項，且有作成決議之權限（參見該辦法第 19 條、第 21 條第 10 款、第 22 條之規定），此與工廠法第 50 條所規定之工廠會議的職務似並不相同，工廠會議似僅有研究、協調、建議與籌畫等權限，並無針對勞動條件作成決議之職權，而勞資會議則有針對勞動條件作出實質決定之職權，且依勞資會議實施辦法第 22 條之規定，此等決議事項應由事業單位分送工會及有關部門辦理，並函報當地主管機關備查，故可知勞資會議一旦針對勞動條件等事項有作決議後，事業單位之有關部門即應履行該決議，若事業單位拒不履行，則勞工自得向法院訴請履行，故勞資會議之此等決議應具有勞動法之法源效力。

⁶⁶ 詳見呂榮海，『勞動法法源及其適用關係之研究』（國立台灣大學法律研究所博士論文，1991 年 6 月），第 114 - 117 頁。

而因為勞資會議之勞方成員並非純粹由工會擔任，否則勞資會議之決議即與團體協約無異，依勞資會議實施辦法第 5 條及第 6 條之規定，勞方代表應透過選舉產生，且所選出之勞方代表中具有工會幹部或職員身份者不得超過三分之一，由此可見勞資會議乃是有別於團體協約之協商的另一管道，蓋協商之主體及其職務均不相同，而因為團體協約在勞動法中，一般均認為乃是效力僅次於法令且是勞資雙方合意形成之法源中位階層次最高者，因此，勞資會議之決議雖得作為勞動法之法源，且具有一定之集體性，決議作成後，當即成為個別勞動契約之內容，得成為個別勞工之權利義務的根據，故其法源位階高於個別勞動契約，但其法源位階必定較團體協約為低。

勞資會議之決議得成為勞動法法源一事，一般論者均未提及，勞委會更曾經認為此等會議之決議甚至連一般契約之效力均不具備，亦不得訴請強制執行，惟其後則改口變更見解認為應至少具有契約之效力。

(八) 工作規則與定型化、統一化勞動契約

依勞動基準法第 70 條之規定，事業單位之雇主應就下列事項訂立工作規則，報請主管機關核備後並應公開揭示之：(一) 工作時間、休息、休假、國定紀念日、特別休假及繼續性工作之輪班方法；(二) 工資之標準、計算方法及發放日期；(三) 延長工作時間；(四) 津貼及獎金；(五) 應遵守之紀律；(六) 考勤、請假、獎懲及升遷；(七) 受僱、解僱、資遣、離職及退休；(八) 災害傷病補償及撫卹；(九) 福利措施...等等。此等事項均涉及個別勞工之權利義務，故工作規則自係勞動法的法源。

而依我國實務界（尤其是最高法院）與一般論者之見解，工作規則其實乃是雇主指示權之文字化，雇主在現行法下有片面訂定之權力，故其本質似與雇主之指示權並無不同，而在結果上又將工作規則之效力認定為勞動契約的一部分，故工作規則在法源階層上等於是勞動契約。但因工作規則一經訂定後，在企業內即具有一種制度上之效力，亦即一經訂立即適用於所有員工之勞動契約，故在法源階層上似應高於勞動契約。而如上所述，因為團體協約在勞動法中，一般均認為乃是效力僅次於法令且是勞資雙方合意形成之法源中位階層次最高者，故工作規則之法源位階低於團體協約，此亦是勞動基準法第 71 條所明定。至於工作規則與此述勞資會議決議二者法源位階之高低的問題，則因為工作規則乃是雇主片面所訂定，而勞資會議之決議乃是協商、討論後，經民主議決程序所作之決定，故後者較合乎當事人雙方之利益、較符合公平的要求，而非當事人一方之片面決定，因此其法源位階應高於工作規則⁶⁷。

⁶⁷ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），133頁。

（九）勞動契約

勞動契約係指個別勞工與個別雇主以約定勞工為雇主提供勞務為目的所訂定之契約，依勞動基準法第 2 條第 6 款之規定，勞動契約乃是約定勞雇關係之契約。勞動基準法施行細則第 7 條亦規定勞動契約應約定下列事項：1、工作場所及應從事之工作有關事項；2、工作開始及終止之時間、休息時間、休假、例假、請假及輪班制之換班有關事項；3、工資之議定、調整、計算、結算及給付之日期與方法有關事項；4、有關勞動契約之訂定、終止及退休有關事項；5、資遣費、退休金及其他津貼、獎金有關事項；6、勞工應負擔之膳宿費、工作用具費有關事項；7、安全衛生有關事項；8、勞工教育、訓練有關事項；9、福利有關事項；10、災害補償及一般傷病補助有關事項；11、應遵守之紀律有關事項；12、獎懲有關事項；13、其他勞資權利義務有關事項。由此等契約應規定之內容可知個別勞動契約之得係當事人間之利義務的根據，乃是自明之理，不待說明。

（十）雇主之指示權

所謂雇主之指示權乃是指雇主決定勞工工作義務具體內容之權限。此一指示權的權利基礎究竟為何？一般認為乃是基於勞動關係之功能與本質所必然產生的一種雇主權限，勞工既係為雇主提供從屬性勞務，且被雇主納入其生產組織與過程，故而雇主對勞工之勞動力本即有指導、支配的權力，論者亦稱此一權限為「勞動力處分支配權」，若雇主無此一權限，則勞動關係根本無法實際運作，勞工亦根本不知如何具體地去提供勞務，因為通常勞工受僱時，多只廣泛地、概括地與雇主約定其所擔任之工作的種類或職稱，有時甚至連工作的種類或職稱亦完全未有明白之約定。故受僱之勞工在實際上究竟應如何具體地提供勞務，一般而言，其提供之時間、地點、種類、方式、過程、數量與強度等等，均仍有待雇主之指示，此乃雇主的固有權限。此外，亦有認為，就通常情形觀之，任何人締結勞動契約受僱於他人時，在主觀上亦必然明白認識到未來在提供勞務時，將必須服從雇主之指示，此一服從雇主指示之義務乃是勞動契約之當然本質，並不待明文約定，此時或可認為勞資雙方間已有勞工服從雇主指示權之默示合意，若有契約之明文約定（不問概括或特定），則更可認為雇主指示權乃是基於契約之合意而產生。至於此一雇主指示權的權利本質的分類究竟是形成權或特殊之給付決定權，在理論上亦有爭論⁶⁸。

而此一至於雇主行使此一權利之行為的法律性質，亦頗有爭論，有謂係一法律行為，詳言之，係一有相對人之意思表示；此外，亦有論者認為乃是一準法律行為，以及認為是一事實行為、過程者。惟此種行使行為性質之爭論與前述指示權權源及權利性質的爭論，其實並無太大的實益，蓋無論如何，在今日實務上，不論對雇主之指示權的權源採何種見解，事實上均無法否認雇主此一權限的存在，

⁶⁸ 僅參見黃越欽，『私法論文集』（世紀書局，1980年9月），383頁以下之論述。

因而討論之重心應是雇主指示權之界限或如何以權利不得濫用之原則加以限制的問題。

關於雇主指示權之界限問題，我國之專論尚不多見，在德國勞動法界，一般係認為在制定法、團體協約及勞動契約之合意內容所構成的範圍內，如有不明確的事項，此時雇主始得行使其指示權，而且雇主並非針對所有不明確事項均得行使其指示權，德國勞動法界一致認為，雇主之指示權只有針對勞務給付之方式有不明確之情形，始得行使指示權予以具體化。至於契約已有明確合意之內容或法規已有明確規定之事項，雇主即根本不得行使指示權而予以變更。若是勞工之給付義務在契約中並無明確具體約定，而只有廣泛的、概括的範圍約定、描述，則此時雇主應得基於其指示權在制定法、團體協約及勞動契約之合意內容所構成的範圍內，片面變更勞工勞務給付之方式、種類，或限縮工作範圍，惟無論如何，雇主指示權之行使絕對不得觸及勞動契約之雙方當事人的主要給付義務之範圍（即報酬之支付與勞務之提供），也就是說雇主絕對不得行使指示權而片面地任意在數量上變更（增加或減少）勞工之工作時間，致使報酬之支付，隨之而發生變動，雇主亦不得任意片面指示變動工資之支付標準，因為此等事項均屬勞動契約之主要給付義務的必要之點，其變更均須經勞資雙方同意始可，非雇主所得片面任意決定者。

總之，在制定法、團體協約及勞動契約之合意內容所構成的範圍內，針對涉及勞務給付之具體方式中不明確事項，雇主始有指示權，得片面決定之，但是針對勞動契約中之主要給付義務（即契約的必要之點），則雇主並無指示權，不得片面變更之，此外，若所涉及之事項，雖非勞動契約的必要之點，但已在契約中有所明定或雖未明定，惟已依其他方式而已經成為契約之確定內容時，則雇主針對此等事項亦無指示權，不容雇主片面任意變更之。若雇主發出一逾越前述合法界限之指示，或其指示雖在界限內，但卻並不適當時，例如違反公序良俗或違反權利濫用禁止原則是，則此時勞工自得向雇主指明其指示之不當或違法之處，且並無服從雇主指示之義務⁶⁹，而其拒不服從指示，亦不應構成終止事由或任何懲戒之原因，且於勞工向雇主清楚表明其拒絕之立場時，就法律上而言，即已屬勞務給付之言詞提出，而因為在此種情形，雇主並未為給付所兼需之債權人行為（參見我國民法第 235 條但書之規定），故於勞工表明拒絕服從雇主指示時，即已陷雇主於受領遲延狀態，勞工因此得根據民法僱傭契約中關於僱傭人受領遲延之規定（參見我國民法第 487 條），向雇主請求給付工資。反之，若勞工拒絕服從一合法妥當之雇主指示，則應構成給付拒絕，自不待言。又，若勞工誤認雇主之合法之指示為非法，故而拒不服從，則只要勞工之誤認並無過失、並無可歸責事由，則雇主亦不得因而即解僱該勞工⁷⁰。由此反觀台灣實務界對雇主指示權之界限的認定，則實在未免太過於廣泛，對勞工十分不利。

⁶⁹ Vgl. ArbG Elmshorn, AP Nr.2 zu §273 BGB.

⁷⁰ Vgl. BAG, AP Nr.83 zu §1 KSchG; a.A. Gamillscheg, Arbeitsrecht I,Nr.10.

四、「自主」概念作為勞動法法源及規範制度之建構性原則

私法自治制度之終極目的，在維持法律觀念上平等、自由的法律主體能彼此維持其「自主性」，這也是契約自由觀念的真諦所在。勞動法學其實也就是在此等相信「自主」、堅持改革的信念下，批判民法就契約自由觀念作過於抽象、簡化解讀的傾向，另由「從屬性」觀念反省出發，試圖持續維護「個人自主」的規範哲學基調。所以，勞動法學研究有必要對「自主」概念作根本而徹底的哲學思考，來為私法自治、契約自由問題的思考，形成更深沉、完整的基本認知。

哲學學者陳瑤華曾以概念探原的方式，從獲得有關自主概念使用之脈絡，來解釋「自主」對於建構現代化民主社會的必要性。因其見解頗為精闢，頗值得參考，以下即借用其探討成果，延伸說明「自主」概念的哲學基礎，並指出勞動法應以「自主」概念作為其法源以及規範制度之建構性原則⁷¹。

人格自主的概念是法治國家理念的基本理論預設。自主概念的歷史緣起，關聯於民主的意涵。詳言之，「自主」始於弱勢者爭取強權下之獨立性，並且認同自身自由人的身分和價值，不容他人以次等公民的方式對待，避免權益被強權所壟斷。由於特定關係中的弱勢者與強權者，其衝突點在於自我認同的紛歧與價值的不可通約共量，衝突不一定會有和解的可能性。所以，法律規範的關注重點其實不該擺置在雙方衝突無法協調和一致，反而應看重如何防止強權者不當介入、支配了雙方溝通的程序，阻礙弱勢者自我認同與雙方彼此價值融貫認知的形成。具體可行的對策之一，即是透過合理的適當程序，維護弱勢者的自主以及促成雙方價值彼此融貫的認知，以達到整體（弱勢者、強權者以及兩者構成之整體）共善之目標⁷²。

「自主」之所以成為訴求和目的，與強權的興起、存在及壟斷所有事務決定勢力，有密切關係。「自主」的需求，基本上出於個人認識到自身權益的獨特性和價值，而就自身獨立性的宣示與認同。人際相互衝突無法達成和解，且對方以強權威嚇的情況，促使個人意識到自己的弱勢以及自身創造之生活方式和價值有可能被取消，同時原來並不一定清楚之自我認同因此更臻具體，進而萌生出拒絕作為強權者附庸之分離、獨立意識，這種直觀式的正義感受，就是「自主」的概

⁷¹ 關於法律學的討論是否適宜引入哲學討論的問題，筆者認為如果套用「量身訂作」的比喻來說明，法律規範形同是「衣服」，照理說其產生應該併同著用者的「身材」部分整體觀照，然而學術分工分殊的結果，法學研究其實主要偏重在「衣服」的部份（後端工作），著用該套「衣服」者的「身材」部分（前端工作），則主要偏勞哲學、社會學、經濟學等其他社會科學進行研究，因此如何適時、合宜地汲這些分工關聯學科領域的研究成果，消化轉變成為法律規範研究的理論養分，刺激、帶動學界對系爭議題進一步的重新反省與討論，是法學者的任務之一。事實上，勞動法的源生概念—「從屬性」，即係法律學引借社會學研究成果發展理論思想之代表事例。相類的觀點，可參閱：林更盛，『論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制』（翰蘆，2009年3月），57頁。

⁷² 參閱：陳瑤華，「自主與民主」，人文及社會科學集刊 15 卷 2 期（2003年6月），339頁。

念雛形⁷³。

在此一源生脈絡之下，爲了避免強弱不均、強權利益之壟斷，「自主」遂成爲重要訴求和目的，一方面宣示各人不分強弱勢均應保有按照自己所訂定的法則生存之權利，另一方面則顯示如放任強權者任意拓展勢力、侵蝕弱勢者應有的「自主」空間以及權益，無法達成雙方關係的和平與均勢⁷⁴。

字源上「自主」由「自我」(autós)與法則(nómos)所組成，中文可譯爲「自主」、「自治」或是「自律」。所以，字面上「自主」可以被理解爲一種「自己訂定法則的權利」或是「按照自己所訂定的法則而生活之權利」，故「自主」涉及個人或集體性的自我，如不同的個人、族群、性別、階層和國家，如何以自己想要之方式合理地建立自己想要的生活⁷⁵。

換言之，以「個人自主」作最高指導原則的勞動法法源體系，不能只向「好的法則」看齊，甚至錯誤地爲求解決勞資爭議的混亂局勢，帶來勞動關係的安定與繁榮，而容許強權者（雇主）一方獨裁專斷，而是應該同時兼顧整合「好的法則」、「正當法則」及「平等法則」，來設計互動規則，使勞資雙方能透過正當程序平等參與彼此關係之公共法則的訂定，來達成和平與安定之目的。

由此看來，「自主」概念的形成與提出，至少有下面兩重意義。一是，「自主」作爲確保弱勢者自身獨立性(Eigenständigkeit)，不受到強權者的併吞或侵害。另外，則是弱勢者可以透過協商，來抑制、緩解強權勢力對個人自主空間的侵壓狀態，以保證個人的自主性。綜合言之，「自主」的作用其實在表達「身處於強權勢力範圍內的個人獨立性」。通常提出「自主」要求的一方（弱勢者），強調自身獨立性的合法意義，並以此爲前提要求這樣的合法性必須受到保障與容忍。簡言之，「自主」至少有兩種不同面向的作用：一是，宣示自身不容忽視的獨立性，而且肯定此一獨立性具有無可替代之價值。其次，是限制其他強權的干預、侵犯，並宣示強權干預、侵犯行徑的不正當性，進一步作出應有的糾正、矯枉之具體處置⁷⁶。

因此，以「自主」概念爲核心的「正當概念」應與強權之法則有所區隔。強權所認定的法則和秩序，並不能因爲那是強權者之認定，而取得正當性與合理性。因爲那是強權者以其優勢實力（或武力）爲後盾強行推銷的正義主張，弱勢成員其實感受到自身合理權益不受尊重，自然無法認同這種只以強權實力爲後盾的壓迫，反而突顯出自身的獨立性，認爲自身所堅持的正義，必須與強權區隔開來。同時，由於強權者在關係中當然地享有「自主」空間，無須考慮自身所認同之價值，是否與他人有所出入或區隔，其自然得一方主導推銷的任何主張，不必訴諸任何法則之支持，亦無須衡量該主張就他方利益、整體關係的影響是否合理問題。

⁷³ 參閱：陳瑤華，「自主與民主」，人文及社會科學集刊 15 卷 2 期（2003 年 6 月），344 頁。

⁷⁴ 參閱：陳瑤華，「自主與民主」，人文及社會科學集刊 15 卷 2 期（2003 年 6 月），343 頁。

⁷⁵ 參閱：陳瑤華，「自主與民主」，人文及社會科學集刊 15 卷 2 期（2003 年 6 月），342 頁。

⁷⁶ 參閱：陳瑤華，「自主與民主」，人文及社會科學集刊 15 卷 2 期（2003 年 6 月），344 頁。

這時候強權者的任意性其實就等於「規範」，此等「有規範」狀態的產生其實是遷就強權現實，混亂和無秩序，不該肯定其正當性的⁷⁷。

由於人際間普遍存有主、奴、上、下、優、劣關係，自主和平等有機會融入舊有的家庭、社會、種族和經濟生活關係中，成爲人生存最基本的價值。以較現代的角度來看，不同的家庭、社會和政治關係，如資方與勞方、長官與部屬、父母與子女、老師與學生、醫生與病人、男與女、官與民等等，處於弱勢的一方，只能任由人擺佈。弱勢者即使並不淪爲奴隸，但其在生活關係中一再被消音，導致失去爲自己發言、維護應有權益的能力，幾乎與奴隸無異。故應該應用「自主」概念印行反省檢討，爲於生活關係中的結構弱勢者，創造能夠爲自己發言爲制度條件，協助其平等參與生活關係的公共事務⁷⁸。

總之，「自主」作爲現代社會的一種價值原則，從專業組織之自律，弱勢者之權益，到少數、邊緣族群之維護，都必須以自主原則作爲先決條件，議題本身才有正反討論之必要性。同時，「自主」的價值之維護，受制於基本的生存條件，根本無法擺脫社會政治、經濟權勢之操弄，獲得操作的權勢和知識，與他人平等地競爭，來維護自身權益。故如果沒有正視「自主」概念的意義與運用問題，自由的法律主體在平等基礎上作公開討論和協商之私法基本觀念預設，將毫無落實可能而形同空談⁷⁹。

如將「自主」概念作爲勞動法法源及規範制度之建構性原則來觀察，前述勞動法法源構造雖相應有上半部（國家他主法源；即編號 2~5 之法源途徑）、下半部（社會自主法源；即編號 7~12 之法源途徑）⁸⁰之區分，惟二者其實均爲「維護個人平等、自主之民主價值體系」貫徹其中。

對應於上半部的「國家他主法源」以「政治民主」爲指導理念，下半部社會自主法源應該以「經濟民主」爲指導理念，來將各種生活關係中的強權者「馴化」、「收服」進規範體系，「抑制」、「緩解」弱勢者自主空間被干預、侵犯、壓縮的狀態。

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

⁷⁷ 參閱：陳瑤華，「自主與民主」，人文及社會科學集刊 15 卷 2 期（2003 年 6 月），345 頁。

⁷⁸ 參閱：陳瑤華，「自主與民主」，人文及社會科學集刊 15 卷 2 期（2003 年 6 月），349 頁、347 頁之註 4。

⁷⁹ 參閱：陳瑤華，「自主與民主」，人文及社會科學集刊 15 卷 2 期（2003 年 6 月），頁 340。

⁸⁰ 有關勞動關係之社會自主法源的相關問題探討，可參閱：淺井清信，「自主的規範と労働法」，收於：氏著，『労働契約の基本問題（改訂増補版）』（法律文化社，1967 年 6 月），2-58 頁。

接涉及勞工之措施，均應共同決定之⁸¹。

「政治民主」、「經濟民主」同係服膺於維護個人平等自主的民主理念，二者在勞動法法源體系構造上俱為一體，其「理一分殊」又「殊途同歸」，彼此間之規範策略、發展狀況，自不宜異同或是存有太大的落差，反而應該相互參照引證、互為借鏡，掌握法源體系化遷往來、分合異同的根本道理，來追求維護個人自主的共同目標。

由於「政治民主」觀念在歷史上較早普遍受到肯定，其所對應的相關法源途徑（編號 2~5 之法源途徑）運作原則，亦較為成熟嚴謹，儼然是勞動法法源體系中的「『已開發』區域」；發展相較為遲的「經濟民主」觀念所對應的相關法源途徑，則如同勞動法法源體系之「『開發中』區域」，仍有長足的改善、發展空間，尤其是工作規則的定位仍有不明，形同渾沌『未開發』區域，仍有待積極從事學理研究耕耘經營、建構完善的論述，以臻完備⁸²。

在解釋適用勞動法令、處理勞動問題時，亦應以「個人平等自主」、民主（政治民主/經濟民主）、私法自治、契約自由等關聯性的觀念，作為指導觀念，按照勞動法法源所內蘊之位階順序、功能區劃、範疇劃設，來深化法理觀念，提示、糾導勞資當事人遵守整體勞動法法源所內蘊之價值體系，提升人民的規範運用能力。

歸納而言，對照前述觀念的認知，勞動法法源體系宜參酌下列原則來操作：

- (1) 勞資之間存有多軌規範平台，包括團體協約、勞資會議決議、勞動契約、工作規則、企業習慣與指示權等等。所涉問題究應循何種規範平台處理，須按事物本質作最佳配置。

就此，立法者享有優先決定權，並由法官延續、貫徹立法者的評價。如經立法明定應以特定法源途徑為之者，自應依法定方式為之⁸³；如立法未作明確表示，其基本上具有開放性，可由勞資當事人自行選擇，惟仍應適度衡酌規範之事務本質判斷是否適合以此法源途徑處理。如勞基法第 30 條第 2 項及第 32 條第 1 項採取「...雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得...」之立法體例，特別明示限制促成或實際完成雙方約定的進行主體，即應依法定途徑為之。

至於，勞基法第 84 條之 1 之所謂「得由勞雇雙方另行約定」、「以書面為之」，其重點在「雙方約定」及明確、穩定，故工作規則、雇主指示權及企業習

⁸¹ 參見：拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997 年 5 月），16 頁。

⁸² 有關工作規則相關問題的深入探討，請參閱：王能君，『就業規則判例法理の研究』（信山社，2003 年 3 月）；中文文獻則可參見：臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），399-417 頁（王能君執筆）。

⁸³ 如勞基法第 30 條第 2 項及第 32 條第 1 項採取「...雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得...」之立法體例，特別明示限制促成或實際完成雙方約定的進行主體。

慣等單方決定而明確性、穩定性、形式性程度低的法源途徑應被排除在外。另同條規定既未如同法第 30 條第 2 項及第 32 條第 1 項採取「…雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得…」之立法體例，特別明示限制促成或實際完成雙方約定的進行主體，則在該等勞雇約定符合雙方議定原則之要求下，約定進行主體究係個別（勞工）或代表勞工集體之工會，容具有開放性，應該斟酌該規定處理事項之本質來合理框限可循之法源途徑。查勞基法第 84 條之 1 的勞雇雙方書面約定，其作用在「代替國家制定法，形成合理的工時基準規範」，事涉所處個別業種、職場之一般通念討論形成，性質上較偏向於勞動關係公共事務領域事項，團體協約、勞資會議應係較為符合事物本質的規範平台選項。

（2）勞動條件的決定、變更的審查面向應該兼就程序面與實體面，留意程序正義。

勞動條件的決定、變更是一動態過程，其妥當性應就程序互動面（法源的運作過程）與實體結果面（法源的運作結果）全面觀察。故不論係以個別（勞工）或代表勞工集體之工會，來作為勞雇雙方（議）約定進行主體，行政機關與司法機關在遂行審查控制權責時，除了形式上係由誰（個別勞工或工會代表）出面約定或是終局結果係以何種法源形式呈現規定之外，真正更應關注審查的重點其實是：約定過程中有無遵守正當程序，讓勞工間的多元利益與觀點充分呈現、透過多數決民主決策，實質作到雙方議定的要求。

亦即，程序成就秩序，一切才會井然有序。如沒程序互動面的關照，只強調約定實體結果須由特定主體為之或是透過特定規範平台來完成處理的觀點，並不妥當。諸如，個別勞工同意，可能因勞工處於從屬、附合地位而無商議能力與實力，「合意過程」彼此沒有真正的程序互動，僅係強勢的一方（雇主）單方提案、行銷灌輸，強制弱勢的一方（勞工）「畫押」接受的情形。至於由工會出面代表議定，同樣可能出現未踐行正當程序，在不具民主正當性的情況下完成相關勞動條件的議（約）定，空有形式而不具實質正當性的狀況。

值得注意的是，此等程序正義審查的需求，並不會因有工會、勞資會議等由勞方組成或參與組成之機構擔綱作用的情形，就淡化或消失。例如，工會雖然係針對勞動關係之集體性所產生之公共事務領域，為統一處理多數勞動關係之同質問題的需求，抑制雇主單方主導、專斷決定，所發展引進勞動法規範領域的典型機制。惟工會出面不等於「約定」的規範品質即獲得正當性保證，仍應審視其有無踐行正當程序以及是否在具民主正當性的情況下完成約定。

此時，審查的步驟與重點，應從工會在法律秩序中的功能關聯，思考工會在整個勞動條件決定問題上所應扮演之功能，確保勞動規範形成過程的程序正當性。詳言之，集體勞動條件的決定過程，就是勞動條件規範產出機制的運作過程，擔綱法源形成的機構如工會，行使規範勞動條件權能協商、締結約定，形同一種立

法活動，此等擔綱機構內部以及連串關聯的運作環節，自然應該依照民主運作法則，本於「公正代表」(fair representation)的立場，處理公共事務的規範行程事宜，如此始能擔保勞動規範形成過程具有一定的程序正當性，而將其自主產出的結果整合納入國家法律秩序成爲具有一定拘束力的規範。

同時，所謂自治、自主並非獨立個別勞資自主法源途徑及其產出結果，而都是廣義的國家法律秩序的一部，其運作產出結果最終能必須被吸納整合到以憲法爲基礎的整體國家法秩序。國家的角色只是從立法者變成立法控制者，而非毫無關係的旁觀者，必須顧及勞資自主規範的形成引導、審查控制、吸納整合的功能需求，設想相關處理機制及規則。

以工會訂定團體協約觀察事例，其包含了「工會內部彙集各種主張要求形成一致意見」、「工會與雇主進行協商」以及「工會與雇主締結約定」這三個過程。在這些過程中工會與其說是行使個別勞工的私人自治權限，還不如說是同屬一工會之多數勞工透過代表委員會的方式制定法律。在此等立法過程中，因勞工個人「原始的自治」，在法律上已降爲一種「衍生的自治」，故須有「民主程序」來確保約定結果得以實質實現勞工個人之契約自由。在理論上應對應集體勞動條件決定過程的三個主要階段，分思相應的程序法理，即：在「工會內部集約整合不同意見」階段之「工會民主法理」；「與雇主進行協商」階段之「誠信協商義務法理」及「締結集體約定」階段之「集體約定規範效力法理」，讓勞動生活規範生產過程的每個環節，均可貫徹「民主」原理，以結合成一條傳輸「約定規範效力正當性」的輸送帶⁸⁴。

肆、國際勞動法與法律衝突：國際勞動法秩序與勞動的國際私法

一、國際勞動法秩序

我國向來與國際社會甚少往來，所加入之國際組織亦少，故國際勞動法法源，一般而言，並無直接重要性，亦不受國內勞動法界之重視。惟此一封閉現象，現今隨著我國重返國際社會、加入國際組織之企圖與行動，應逐漸有所改變⁸⁵。特別是經過民間團體多年的努力，立法院終於在 2009 年 3 月 31 日批准了聯合國大會於 1966 年 12 月 16 日所通過的「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」（因該兩公約於同時通過，一般乃將之稱爲「兩公約」，本文乃從之）及制定「兩公約施行法」，總統於 2009 年 5 月 14 日簽署批准書，並於同年 6 月 8 日透過友邦將批准書遞交聯合國秘書長存放（雖聯合國拒絕存放），而兩公約亦於同年 12 月 10 日（國際人權日）施行。該兩公約中有相當條文與勞動

⁸⁴ 參閱：陳建文，「團結權思想之發展與演變—以日本法的經驗爲觀察素材」，憲政時代 30 卷 3 期（2005 年 1 月），330 頁。

⁸⁵ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997 年 5 月），109 頁。

基本權相關，隨著兩公約的通過與實施，在國際上普遍所承認的國際勞動基準在我國法上的實踐乃有受到注意與重視的契機。以下乃就在國際上幾乎與所有國家均有所相關之國際勞動法法源，即聯合國之相關公約及國際勞工組織（International Labor Organization，簡稱 ILO）之公約與建議書分述如下：

（一）1948 年 12 月 10 日聯合國人權宣言

1948 年 12 月 10 日聯合國人權宣言亦包括對勞動法甚為重要之社會人權在內。在該宣言之第 23、24 條中提及勞工之基本權利：工作權、享有適當勞動條件之權利（第 23 條第 1 款）、同工同酬之權利（第 23 條第 2、3 款）、勞工個人之積極同盟自由與消極同盟自由，第 20 條第 2 款）、合理工作時間之請求權及經常性有薪休假請求權（第 24 條）。

惟此一宣言對聯合國會員國並無國際法上之拘束力，而只是一種政治上之訴求，會員國之人民若欲享有此一人權宣言內所載明之權利，則唯有在其本國內透過政治活動的運作去達成，而不能直接以該人權宣言作為權利主張之根據⁸⁶。

（二）1966 年 12 月 16 日之公民權及政治權利聯合國國際公約

1966 年 12 月 16 日之公民權及政治權利聯合國國際公約之第 22 條乃是此一公約中唯一涉及勞動法者。依該公約第 22 條第 1 項之規定，為要保護本身之利益，所有的人均享有與他人共同組成工會或加入工會之權利。此乃對個人積極同盟自由的明文保障。該公約第 22 條第 2 項並規定，此一個人之團結權，唯有基於國家公共秩序、公共安全、他人自由之保障而有必要時，始得以立法方式加以限制。

為確保此一公約之履行，該公約設有一由 18 個國家所組成之人權委員會，此一委員會有權每五年根據會員國之人權狀況制作人權報告。經其他會員國提出申訴者，人權委員會即有權處理被申訴之特定會員國的人權狀況，惟人權委員會在為任何處理之前，應先得當事國之同意⁸⁷。此亦使得公約之實際效力頗難貫徹。

（三）1966 年 12 月 16 日之經濟、社會、文化權利聯合國國際公約

1966 年 12 月 16 日之經濟、社會、文化人權聯合國國際公約之第 6 - 8 條對勞動法尤其重要，包括如下之權利保障：

1、工作權（第 6 條）：此一權利包括任何人均有自由選擇工作以獲致工資之自由。

⁸⁶ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, Bd.1, §17, Rn.8 ff.

⁸⁷ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, aaO., Rn.11 ff.

國家應提供充分之職業訓練與教育之機會，並採取相關措施，以達成充分就業之目標。

2、享有公平勞動條件之權利 (第 7 條)：包括同工同酬與男女同酬之權利、享有安全與健康之工作條件的權利、享有平等之職業上升遷機會之權利、享有適當之休息、休閒、合理工作時間、經常性有薪休假、有薪法定假日之權利等。

3、勞工之同盟權 (第 8 條)：包括個人組成或加入工會之權利，亦包括工會自由加入全國性或國際性聯合組織之權利；個人亦應享有在工會內自由行動之權利。此外，罷工權亦應受到保障。此等權利，唯有基於國家公共安全、公共秩序之維護，以及為保護他人之自由而有必要時，始得以立法限制之。

此一公約原本之效力甚為微弱，蓋簽約國僅負有將該公約內容作為理想目標，儘量努力達成，並採取一切相應之必要措施之義務，此一公約並不當然成為簽約國之內國法，或使得簽約國因而負有儘速配合立法之義務。但在 1976 年時，此一公約之簽約國數目已達到一定之程度，因而已受到國際社會普遍之承認而具有一定程度之國際法上拘束力。簽約國，尤其是該國之立法與司法部門負有儘速落實此一公約之義務，不過，簽約國之人民則仍無直接主張此一公約之權利⁸⁸。

然而，如前所述，我國於 2009 年 12 月 10 日開始施行「兩公約」及「兩公約施行法」。依兩公約施行法第二條之規定，兩公約「具有國內法效力」，自此，眾多國際人權條約中最具綱領性的兩公約，正式成為我國國內法的一部分，也成為我國施行國際人權公約前所未有的首次嘗試。此外，兩公約施行法第八條之規定：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」除本條外，兩公約施行法中尚賦予政府機關許多義務，除第四條之一般規定外，於第五條規定籌劃、推動及執行兩公約規定，第七條規定各級政府機關有優先編列經費之義務等。然而這些義務之本質為何？若各級政府機關未善盡上述義務時，似乎不會發生任何法律效果，雖兩公約施行法要求政府機關諸多義務，但這些義務之實踐主要是依靠各級政府機關之善意，因此未來未來的重要工程之一乃如何督促各級政府機關善盡義務。相對於其他締約國有人權事務委員會與經濟社會及文化權委員會之監督，我國因缺乏此監督機制之適用，故更需要民間團體之努力⁸⁹。

而政府為落實兩公約及其施行法，係以法務部為統籌機關，根據總統的裁示，規劃所謂的「人權大步走計畫」⁹⁰。而兩公約施行法生效至今屆滿一年，由 42 個

⁸⁸ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, aaO., Rn.16 ff.; AR-Blattei SD/Franzen, Internationales Arbeitsrecht Nr.920, Rn.9 m.w.N.

⁸⁹ 廖福特，「批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論」，月旦法學雜誌 174 期（2009 年 11 月），229 頁。

⁹⁰ 關於「人權大步走計畫」之詳細內容，請參見法務部網站：<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=26528&CtUnit=8396&BaseDSD=7&mp=200>。

民間團體組成的兩公約施行監督聯盟提出長達80頁的年度監督報告⁹¹，追蹤政府落實兩公約的「人權大步走計劃」之規劃、執行及成效，提出詳細的檢討、批評與建議。

在該監督報告之附錄中，由勞工陣線指出我國現行勞動法規中違反兩公約之規定並提出修正建議，要求政府部門重視以落實兩公約之精神，諸如：針對勞基法第二一條所規定之基本工資認為應確定其政策意義，並訂出明確的調整公式；針對外勞與本勞同工不同酬之現象及外勞政策之正當性，認為有檢討之必要；對於勞保條例第六條僅規定五人以上之事業單位強制納保，認為應修正為將所有受僱者納入強制納保之對象；對於工會法第四條（現役軍人及國防部所屬及依法監督之軍火工業員工不得組織工會）以及勞資爭議處理法第五四條（罷工行業之限制及約定必要服務條款）違反經濟社會文化權利公約第八條第一項之團結權及第四項之罷工權保障而有修正之必要等。

（四）1979年12月18日聯合國消除各種型態之婦女歧視公約

1979年12月18日聯合國消除各種型態之婦女歧視公約之第11條明文規定，應消除婦女在職業生活中之歧視，包括保障婦女工作權、享有同等工作機會之權利、同等選擇工作之權利、同等職業升遷之權利、同等工作環境安全之權利、同等受職業訓練與教育之權利、男女同工同酬之權利、疾病中工資續付之權利、經常性有薪休假與法定假日之權利。此外，阻礙婦女結婚、懷孕生育之歧視措施均應禁止之。懷孕婦女應不得解僱之，同時亦應賦與有薪產假。不得令懷孕婦女從事有害其健康之工作等。

此一公約之簽約國負有履行公約內容之義務。惟簽約國之婦女人民，則仍不得直接主張該公約所明定之權利⁹²。

（五）1989年11月20日聯合國兒童權利公約

1989年11月20日聯合國兒童權利公約第32條規定，兒童應有免於受經濟剝削之自由、享有不得擔任危險工作之權利、雇主並不得妨害兒童之健康、身體、心靈及社會發展。又應說明者，該公約所稱之兒童乃指18歲以下之人。

依該公約之規定，為確保此一公約之落實，應成立一由10人組成之兒童權利委員會，在該委員會組成後，二年內即應對各會員國的國內狀況作成報告，且以後每五年即應再制作會員國之國情報告，以審查會員國是否履行該公約⁹³。

⁹¹ 該監督報告－「一年又七個月來政府落實兩公約及其施行法之檢討」，得兩公約施行監督聯盟網站下載：<http://www.tahr.org.tw/files/2010report.pdf>。

⁹² Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, aaO., Rn.23 ff.

⁹³ Vgl. nur MK-Arbeitsrecht/Richardi, aaO., Rn.26 ff.

(六) 國際勞工組織⁹⁴之公約與建議書

國際勞工組織會址位於瑞士日內瓦，係於 1919 年依凡爾賽和約而成立，二次戰後亦經由簽訂國家條約之方式成為聯合國組織之一，迄今共通過一八八號公約（conventions）及一九〇項建議書（recommendations）舉凡結社自由、免於強迫勞動之權利、就業機會均等之權利、合理工作環境之權利、男女同工同酬之原則、享受一切社會安全福利之權利、童工之特別保護、特種勞工之保護以特殊行業勞工之保護等，不但成為各會員國勞動立法之取法對象，並且也是國際社會上一套相當完整齊備之國際公平勞動基準（International Fair Labor Standards: IFLS）⁹⁵。

在 1994 年國際勞工組織之理事長韓森（Michel Hensenne）曾特別提出一項報告，列出七項所謂的核心公約（core conventions），包括：第二十九號強迫勞動公約、第八十七號結社自由與組織權保障公約、第九十八號組織權及團體協商權公約、第一〇〇號男女同工同酬公約、第一〇五號廢止強迫勞動公約、第一一一號歧視（就業與職業）公約與第一三八號最低年齡公約⁹⁶。

在 1998 年 6 月，國際勞工組織召開第 86 屆會員大會時通過了「工作基本原則與權利宣言」及其附則，根據此一宣言，前述七項核心公約內所列舉之四項基本權利（包括：結社之自由及有效承認集體談判交涉之權利、去除所有形式之強迫性或強制性勞動、有效廢除童工、去除就業與職業上之歧視等）都應受到各會員國之尊重、推展與實現，不論其是否已正式批准這些公約與否（第二條）。又，此宣言強調該組織將透過技術合作及諮詢服務之方式來推廣批准及執行這些核心公約。再者，該宣言還強調這些勞動基準不得用來作為貿易保護主義之措施（第五條）。此外，基於此宣言之附則，未正式批准這些公約之會員國應每年提出報告予國際勞工組織辦事處，並由理事會聘請專家予以審查，並由秘書長提出一全球性報告，每年針對前述四項基本原則及權利依序提出報告，藉以對所有會員國之情形作一全面性之審查⁹⁷。此外，於 1999 年國際勞工組織召開第 87 屆國際勞

⁹⁴ 關於國際勞工組織之成立背景、體制、功能與發展等，詳請參：林佳和，「國際勞工組織」，載於：陳隆志、陳文賢編，『聯合國專門機構：體制、功能與發展』（新學林，2009 年 12 月），1-28 頁。日文文獻可參見：吾鄉真一，『國際労働基準法—ILO と日本・アジア』（三省堂，1999 年 11 月），1-18 頁。

⁹⁵ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），3 頁（焦興鎧執筆）。

⁹⁶ 關於該七項核心公約之具體內容，請參照：焦興鎧，「國際勞工組織重要公約及核心勞動基準之研究」，載於：氏著，『國際勞動基準之架構』（新學林，2006 年 10 月），86-92 頁；吾鄉真一，『國際労働基準法—ILO と日本・アジア』（三省堂，1999 年 11 月），44 頁以下。而關於核心公約在我國勞動法制中被落實的情形，請參照：吳慎宜，「國際勞工組織核心勞動基準與臺灣之勞動立法」，臺灣國際法季刊 5 卷 2 號（2008 年 6 月），77-110 頁。

⁹⁷ 焦興鎧，「國際勞工組織重要公約及核心勞動基準之研究」，載於：氏著，『國際勞動基準之架構』（新學林，2006 年 10 月），84-86 頁；臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），5-6 頁（焦興鎧執筆）；齊藤周，「國際労働基準の展望」，載於：日本労働法学会編，『講座 21 世紀の労働法第 1 卷—21 世紀労働法の展望』（有斐閣，2000 年 5 月），302-305 頁。

工大時通過了第一八二號「最惡劣形態兒童公約」，並自 2000 年起此一公約亦被指定為核心國際勞動基準之一而為所有會員國所必須恪守⁹⁸。

國際勞工組織之公約一旦為會員國所批准後，如公約內容足夠具體而有一經批准即可立即實施之可能，則該公約當即成為該會員國之內國法。惟此並非指會員國之人民得直接根據該公約而有所主張，所謂成為內國法乃指會員國之立法、司法、行政機關均應遵守、尊重該公約之內容，也就是說公約之批准係構成會員國之國家義務，而非會員國人民之權利義務根據。但國際勞工組織之公約至少仍有一定之政治作用，即促使會員國儘速立法配合之作用⁹⁹。會員國國內法若違反國際勞工組織之公約，雖構成國際公約之違反，但該會員國之內國法規定，則仍屬有效，並不因違反國際公約而無效。惟會員國政府如有違反國際勞工組織公約之情事，則會員國之人民即得向國際勞工組織申訴¹⁰⁰，國際勞工組織經調查屬實者，即會發函譴責該國政府，並要求立即改正。透過此等申訴管道，國際勞工組織在諸多案例中所為之裁決亦極具重要性，係對公約進一步之解釋與具體化¹⁰¹。

二、勞動的國際私法

隨著社會經濟的全球化、國際化，對於外籍勞工或國外出差、調職等勞動關係與涉外因素相牽連時，勞動基準法是否及應該如何適用乃成為問題而有檢討之必要。然而，規範個別勞動關係之主要法源除了勞動基準法外，對於勞動基準法未規定之事項得以勞動契約加以約定，故關於個別勞動關係之涉外紛爭，需區分為勞動基準法之地域的適用範圍及勞動契約之準據法二種情形加以討論。此種分類方式亦為我國實務判決所採，如台北地方法院¹⁰²表示：「涉外勞動事件之準據法，應區分為具公法性質之工資、工時及安全衛生事項等勞動條件；及受僱、解僱等私法性質的勞動契約兩部分。前者應一律適用我國法律規定，後者則依涉外民事法律適用法第六條之規定，定其準據法。」而採取了二分法的判斷架構，本文以下的論述乃從之。

(一) 勞動基準法之地域的適用範圍

關於勞動基準法之地域的適用範圍問題，有學說認為因勞動基準法是國內法，

⁹⁸ 焦興鎧，「全球化與基本勞動人權之保障」，載於：氏著，『國際勞動基準之架構』（新學林，2006 年 10 月），19 頁。

⁹⁹ Vgl. nur LÖisch, Arbeitsrecht, S.24; Steinmeyer, Casebook Arbeitsrecht, S.29; Zölner/Loritz, aaO., S.113 m.w.N.

¹⁰⁰ Vgl. nur Steinmeyer, aaO.; Gamillscheg, Arbeitsrecht I, Nr.9; Otto, Einführung in das Arbeitsrecht, 1991, S.68 f.; Hanau/ Adomeit, Arbeitsrecht, BB II 12; Spiegelhalter, Arbeitsrechtslexikon, 1994, S.231; AR-Blattei SD/Franzen, Internationales Arbeitsrecht, Nr.920, Rn.10 ff.; Dertinger, Menschlich arbeiten - menschlich leben. Die Internationale Arbeitsorganisation, 1987, S.51 ff.

¹⁰¹ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997 年 5 月），113 頁。

¹⁰² 台北地方法院九十一年勞訴字第二一五號民事判決。

其適用對象應僅限於我國境內之勞工與雇主，不論其為本國人或外國人均應適用該法，亦即所謂屬地主義。至於本國人在外國經營事業或受僱為勞工，則應適用各該國之勞動法令，我國之勞動基準法無法對之加以適用¹⁰³。換言之，勞動基準法是國家規範勞動條件之基本法律，當然適用於全國，亦即效力及於國家主權所及之領域範圍，包括領域外之我國船艦或航空機等領土之延伸在內¹⁰⁴。

亦有學者認為勞動法中有關勞動條件或勞工安全之基本規定乃為公法，從法律適用的角度來看，各國公法原則上都以該國主權所及之領域為限始能適用該國公法之規定。因勞動公法在工廠、企業或集團所在地的法律體系不可或缺的一環，故不可能將其可適性之問題交由當事人決定。換言之，有關勞動公法之問題應依工廠、企業或集團所在地之勞動公法加以處理¹⁰⁵。

然而，關於勞動基準法之適用範圍，因勞動基準法之規定並不全然均為公法性質之規定，故得按該規定之性質再區分為下列二種情形：

1、勞動基準法之公法上規制之適用

對於雇主違反勞動基準法的情形，乃於該法第十一章罰則之第七五條到第七八條規定了刑罰，並於第七九條、第八十條規定了行政罰，關於此處罰之發動乃以公法之地域適用範圍問題加以處理。亦即，我國刑法第三條規定：「本法於中華民國領域內犯罪者適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。」我國刑法乃採屬地主義，本條對於勞動基準法亦有所適用，故僅於雇主在國內觸犯勞動基準法中的刑罰規定時，始得論以勞動基準法之刑事責任。此外，勞動基準法中關於行政取締處罰規定之規範與執行，因與國家之公權力密切相關，故依公法屬地主義原則，僅於勞務給付地始有所適用¹⁰⁶。

而在日本法上關於此種勞動基準法之公法上規制之適用，一般學說也認為在違反勞動基準法之刑罰規定、行政取締法規時，因為此規範與國家權力的行使有密切的關連，根據公法屬地主義而肯定勞動基準法之地域適用範圍，當事人之國籍或合意在此並不具有任何意義¹⁰⁷。此外，因為勞動基準法乃欲對於在現實上所展開的勞動關係予以保護，故勞動關係是否適法地成立、展開並不是問題，從而即使是非法就勞者，只是要勞動基準法上的勞工，就仍受到勞動基準法為首之勞

¹⁰³ 黃劍青，『勞動基準法詳解（增訂四版）』（三民，1995年2月），52頁。

¹⁰⁴ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），26頁。

¹⁰⁵ 陳榮傳，「由國際私法觀點論涉外勞動契約（下）」，月旦法學雜誌 167 期（2009年4頁），89-90頁；陳榮傳，「外勞職業災害補償的準據法」，月旦法學教室 80 期（2009年6月），22頁。

¹⁰⁶ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），46頁（劉志鵬執筆）。

¹⁰⁷ 荒木尚志，「国内における国際的労働関係をめぐる法的諸問題」，労働法学会誌 85 号（1995年5月），106頁；山川隆一，『雇用関係法（四版）』（新世社，2008年4月），29頁；土田道夫，『労働契約法』（2008年8月），718頁；荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），460頁、462頁。

動保護法之保護¹⁰⁸。

2、勞動基準法之私法上規制（絕對強行法規）之適用

至於對於勞動基準法所規定之私法上規定（絕對強行法規，亦即勞動基準法所規定的各種最低勞動條件之私法上效力）應如何適用，在學說上有二種見解。其一為認為應重視勞資雙方之合意，因依涉外民事法律適用法第六條第一項之規定：「法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律。」故勞資雙方得自由選擇是否適用我國之勞動基準法。其二則認為勞動基準法之立法政策乃在於設定最低勞動條件，其係屬強制性法規，為實現此政策目的而設有刑事罰及行政罰，此等規範手段適用屬地主義，故勞動基準法以設於我國境內之事業為適用對象。上述第二種見解較貼近勞動基準法之法律性質而具說服力，從而，於我國境內應適用勞動基準法之事業單位，不問雇主或勞工之國籍或雙方是否已選擇勞動契約之準據法，均應適用我國勞動基準法，亦即排除國際私法上當事人自治原則之適用¹⁰⁹。

而日本在 2006 年所制定通過「法律適用通則法」¹¹⁰中對於勞動基準法等「特定強行法規」之適用定有特別之規定。亦即，於第十二條第一項規定在當事人以明示或默示之意思表示選擇準據法之情形，於勞工主張有最密接關係地法中特定強行法規之適用時，對於勞動契約之成立與效力也得適用此強行規定，並於第十二條第二項規定勞務應提供地之法乃推定為本項所謂之最密接關係地法。然而，在勞工未根據法律適用通則法第十二條第一項之規定主張特定強行規定之適用時，應如何處理？學說認為法律適用通則法之立法意旨乃將特定的強行法規作為法庭地的絕對強行法規而應優先適用，故其結果乃不論勞工之意思表示，這些強行法規通常乃被加以適用¹¹¹。而對於「特定強行規定」之判斷基準，必須按個別的法規以是否有和準據法無關而強行適用之立法意思為基準，特別是應該重視是否有刑罰或行政監督等國家公法制裁措施而加以判斷，而勞動基準法無疑地乃屬於此處所謂的特定強行法規¹¹²。

¹⁰⁸ 荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009 年 7 月），462 頁。西谷敏，『労働法』（日本評論社，2008 年 12 月），117 頁指出雖然沒有就勞資格者之就勞違反了出入國管理法，但並不因此就意味其就勞不需要法律的保護，而這些不法就勞者即使直接面對不給付工資、強制勞動、長時間勞動、扣留護照等違反勞基法或侵害人權的情形，在法律上尋求解決乃事實上有所困難，國家的政策必須加以轉換。

¹⁰⁹ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），46 頁（劉志鵬執筆）；陳金泉，『勞動法一百問（修訂二版）』（三民，2007 年 10 月），13 頁同旨。

¹¹⁰ 關於日本法律適用通則法之中文相關文獻，可參見：何佳芳，「日本新國際私法之契約準據法－兼論我國民事法律適用法及其修正草案之相關條文」，月旦法學雜誌 152 期（2008 年 1 月），113 頁以下。

¹¹¹ 土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008 年 8 月），718 頁。

¹¹² 土田道夫、豊川義明、和田肇，『ウォッチング労働法（三版）』（有斐閣，2009 年 10 月），306 頁（土田道夫執筆）。

(二) 勞動契約之準據法

至於未為勞動基準法所規定之個別勞動關係事項，則與勞動基準法相異，未必可解為強制禁止規定，此時當事人可依涉外民事法律關係適用法第六條第一項規定選擇準據法，於當事人意思不明時，適用同法第二項及第三項之規定，亦即同國籍者依其本國法，國籍不同者依行為地（訂約地）法，行為地不同者以發要約通知地為行為地，如相對人於承諾時不知其發要約通知地者，以要約人之住所地為行為地。但由於勞動契約之重心乃在受僱人之給付勞務，勞僱雙方之訂約地有可能是出於偶然因素，而參照羅馬公約第六條¹¹³規定所採之原則，我國現行規定所採之連結因素乃與涉外勞動契約的關係不夠緊密，而有改進之餘地¹¹⁴。對此問題，有學者認為當勞資雙方之意思不明時，宜探求當事人默示之真意，若勞務給付地在我國時，宜盡可能地解釋當事人默示合意適用我國法¹¹⁵。

而對於涉外勞動契約準據法之確定，我國實務見解¹¹⁶有認為涉外民事法律適用法第六條第一項所稱當事人之意思乃兼指「明示」與「默示」之意思，如當事人有默示選定之法律時，不可逕行適用同法第二項之規定。換言之，涉外契約之準據法除契約當事人於締約時或締約後明示選定準據法，法院應尊重其準據法之選定外，如依契約全篇意旨與契約之客觀要素綜合判斷足認締約當事人有默示選定準據法之意思者，法院亦應尊重當事人默示選定準據法之合意。對此判決，有學說持肯定之見解，認為此見解一方面擴大當事人意思自主之範圍，另一方面則限縮同條第二項當事人意思不明時之硬性規定適用範圍，而促進涉外勞動契約準據法之合理確定¹¹⁷。

此外，有學者主張對於若干未被明文化之勞動契約判例決法理，如調職五原則、解僱最後手段原則等，在性質上與附有刑事罰或行政罰之勞動基準法規定不同，宜參考涉外民事法律適用法第二五條之規定，將該等判決法理定位為公序良俗，於個案中具體判斷適用¹¹⁸。

而日本在 2006 年制定通過「法律適用通則法」之前，對於勞動契約之準據

¹¹³ 根據羅馬公約第六條第一項之規定，承認當事人有權就其勞動關係選擇應適用之法律，然而當事人未合意選擇準據法時應適用之法律，其所定之勞動保護標準乃最低之標準，故當事人合意選擇之準據法不得低於此最低標準。而在當事人未選擇法律時，依羅馬公約第六條第二項之規定，應適用受僱人慣常執行其職務之地之法律，如無此種慣常工作地法，則依使其投入工作之人之營業所在地之法律，但契約與其他國家具有更密切之關係時，即不適用此二種情形原應適用之法律。關於羅馬公約第六條之內容、相關問題及影響，請參見：陳榮傳，「由國際私法觀點論涉外勞動契約（下）」，月旦法學雜誌 167 期（2009 年 4 頁），101-106 頁。

¹¹⁴ 陳榮傳，「由國際私法觀點論涉外勞動契約（下）」，月旦法學雜誌 167 期（2009 年 4 頁），99 頁。

¹¹⁵ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），47 頁（劉志鵬執筆）。

¹¹⁶ 嘉義地院嘉義簡易庭九三年度嘉勞小字第七號民事判決。

¹¹⁷ 陳榮傳，「由國際私法觀點論涉外勞動契約（下）」，月旦法學雜誌 167 期（2009 年 4 頁），100 頁。

¹¹⁸ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），46 頁（劉志鵬執筆）。

法並未設有特別之規定，故對於勞動契約準據法之問題乃依「法例」第七條有關法律行為準據法之規定而依當事人之意思而決定之（第一項），但當事人意思不明的情形，則應依行為地（契約締結地）法加以處理（第二項）。但考量到勞動契約之從屬性，機械地適用法例第七條第一項可能招致不當的結果，雖然一般學說仍肯定當事人之自治，但都以某種形式對之加以制約¹¹⁹。又在契約締結地係偶然被決定的情形，直接適用第二項的規定並不適當，故學說與實務均認為應探究當事人之默示意思。作為判斷默示意思表示之要素，有契約之履行地、僱用事業所之所在地、當事人之國籍或住所、使用的語言、契約格式、對於特定國團體協約之準據、裁判管轄合意等。然而多數判決對於如何認定當事人默示之意思並未表示特別的基準，而有欠缺預見可能性之問題，但在學說上有認為因勞動契約與勞務給付地關連密切，故應重視勞務給付地法之傾向¹²⁰。

而考量到上述的問題點，於 2006 年 6 月立法通過，並於 2007 年 1 月開始施行的法律適用通則法中，於第七條規定關於契約之準據法維持了當事人自治原則的同時，於第八條第一項規定於沒有明示準據法之選擇時，法律行為之成立與效力乃依與該法律行為有最密接關係之地之法。除此之外，對於勞動契約設有特別之規定，乃於第十二條第三項規定推定勞務給付地法為最密接關係地法，在無法特定勞務給付地法時，乃規定以僱用事業所所在地法為最密接關係地法。

相對於日本，我國於 2010 年 5 月所修正通過的涉外民事法律適用法將舊法第六條之內容修正為第二十條，雖第一項規定：「法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。」與舊法相同承認了當事人自主原則，但另於該條第二項規定：「當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。」第三項前段規定：「法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。」觀察新法的特徵為在當事人意思不明時，不再維持舊法第六條第二項之硬性規則，而改採依個案具體情況決定其準據法之關係最切原則，並輔以「代表性給付」或「特徵性履行」的參考標準，應可解決舊法過於僵化及不合理之問題。而就涉外勞動關係而言，其「代表性給付」或「特徵性履行」乃受僱人之給付勞務，故受僱人慣常執行職務地與涉外勞動契約之牽連關係，也特別值得重視¹²¹。

¹¹⁹ 關於對於當事人自治限制之學說，有公序理論、公法屬地適用理論、強行法規特別連結理論、最低基準保障原則等。詳見：荒木尚志「国内における国際的労働関係をめぐる法的諸問題」，労働法学会誌 85 号（1995 年 5 月），91-100 頁；米津孝司，『国際労働契約法の研究』（尚學社，1997 年 4 月），164 頁以下；山川隆一，『国際労働関係の法理』（信山社，1999 年 1 月），18-21 頁、154-160 頁；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003 年 3 月），163-165 頁（山川隆一執筆）。

¹²⁰ 山川隆一，『国際労働関係の法理』（信山社，1999 年 1 月），17 頁。

¹²¹ 陳榮傳，「由國際私法觀點論涉外勞動契約（下）」，月旦法學雜誌 167 期（2009 年 4 頁），99 頁。

然而，在當事人有約定準據法的情形中，若所約定之準據法非勞務提供地法時，恐難將解釋擴大到如日本法律適用通則法中般得依勞工之主張而逕行適用勞工勞務提供地之強行法規。雖依新法第八條（與舊法第二五條相同）規定，如適用當事人所選擇之準據法的結果有背於我國之公序良俗時，得限制該外國法之適用。但僅因準據法國之勞動法規定與我國規定不同，而導致適用結果相異時，是否得逕認有背於我國公序良俗，乃有所爭議。又，適用新法第八條之結果僅能排除該外國法之適用，而無法成爲直接適用勞工勞務提供地法之根據。故此時應可採用近來年在學界受到相當討論之「即刻適用法」作爲調整機制。亦即，我國勞動法規中有許多屬於強行法規之規定，此類規定仍可較當事人所選擇之準據法優先適用¹²²。

（三）勞動基準法之域外適用

相對於上述勞動契約關係在國內展開的情形，在勞工於我國境內受僱後，被調職到外國之分公司或事務所時，對於其勞動條件是否應適用我國勞動基準法？學說認爲在短期出差之情形，因係執行國內業務之一環，故該出差所生之勞動關係應適用我國勞動基準法。至於長期出差，則需以是否切斷與我國雇主間之勞動契約關係爲斷，若未切斷與我國雇主間之勞動契約關係，乃因我國雇主尙可行使指揮命令權，而仍應適用勞動基準法。反之，則因勞資雙方之勞動契約既已不復存在，則不再適用我國勞動基準法¹²³。對此問題法院見解亦採取相同之判斷方式，認爲：「被上訴人自始即係在台灣受上訴人僱用，僅外派至柬埔寨工作而已，並未切斷兩造間之僱傭關係，此觀上訴人可指派其擔任廠長，或技術僱員，並調動免職即明，上訴人對被上訴人仍有指揮命令權，自應適用我國之勞動基準法相關規定。」肯定在調職而未切斷兩造間之僱傭關係時，仍亦有勞動基準法之適用。

然而，行政函釋對於此問題的意見並不一致。內政部¹²⁴表示：「來函所稱事業單位如其國外分支機構係因工作需要，從國內甄選人員派赴國外工作，且依其契約工作地點僅限於國外者，其勞動契約所約定勞動條件應依該國有關法令之規定，惟在不違反該國法令範圍內，以兼顧我國有關法令規定爲宜。」認爲調派之勞動條件乃應優先符合該工作地國之法令。相對於此，法務部¹²⁵則認爲：「按國家之行政法規，對於本國人，不問其在國內或國外均應適用之，至對於僑居本國之外國人，除上開法規明定不適用於外國人或依國際慣例某種法規不適用於外國人外，原則上均適用本國行政法規（林紀東著行政法新論第七十八頁參見）。勞動

¹²² 何佳芳，「日本新國際私法之契約準據法一兼論我國民事法律適用法及其修正草案之相關條文」，月旦法學雜誌 152 期（2008 年 1 月），132 頁以下。

¹²³ 臺灣勞動法學會編，「勞動基準法逐條釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）」（新學林，2009 年 9 月），47 頁（劉志鵬執筆）；陳榮傳，「由國際私法觀點論涉外勞動契約（下）」，月旦法學雜誌 167 期（2009 年 4 頁），95 頁。

¹²⁴ 內政部（75）台內勞字第 408768 號函。

¹²⁵ 法務部（77）法律字第 12649 號函。

基準法為行政法規，於七十三年七月三十日公布，自同年八月一日生效。故本件行政院國家退除役官兵輔導委員會所屬榮民工程事業管理處派往國外之本國員工，仍應適用該法。至該管理處因事實需要，而僱用當地勞工，除當地國另有特別規定外，似應適用當地國勞工有關法令。」根據從屬人主義之立場，對於派赴國外之本國勞工，採取了仍應適用我國勞動基準法之見解，而此法務部之意見亦為勞委會所採¹²⁶。

而在日本法上因為勞動基準法係以事業為適用單位，故對於勞工從屬於國內之事業而暫時到海外就勞的情形，認為因為無法說是海外獨立的事業，故適用勞動基準法，在此範圍內承認域外適用。而勞工是否從屬於國內之事業，並非以事業的所在而定，而應以是否在國內之雇主的指揮命令下就勞而加以判斷。就其分類而言，可以區分為「海外出差型」的勤務（依國內雇主之指揮命令而就勞之情形）與「海外派遣型」的勤務（依國外雇主之指揮命令而就勞之情形）。前者乃作為國內事業之延長，而有勞動基準法之域外適用，後者係海外之獨立事業，則否定了勞動基準法之適用¹²⁷。

伍、勞動法之貫徹與執行：勞動司法與行政之理論與實踐

對於勞動法（特別是勞動保護法）所規定之種種對於勞工之保護，究竟應如何獲得實現？就在一般以契約所形成之生活關係中所出現之紛爭，多以法院之一般訴訟程序解決。然而，對於以勞動契約為基礎的僱用關係，因為有勞動基準法所規定之最低勞動條件，為了確保此最低基準之實現，除了當事人自行向民事法院提起訴訟確保其權利外，以行政機關進行監督並以罰則作為其後盾之積極保障方式，亦具有相當之重要性。關於勞動基準法之監督、檢查及罰則，請參見本研究案之「拾伍、勞動基準法之監督與檢查：勞動檢查與申訴勞工之保護（第七二條至第七四條）」與「拾陸、勞動基準法罰則：違反勞動基準法之行政與刑事不法處罰規定（第七五條至第八二條）」之部分，在此不再贅述。

勞動法的實效性確保或履行確保從勞動法整體的觀點來看，是勞動法實現的問題，但從勞動契約當事人的角度來看，勞動法乃透過紛爭之解決來加以實現。換言之，考量到勞動法乃產生於為了順利解決在勞動生活關係中所生之問題，勞工可以透過順利地解決其所遭遇之問題而使勞動法具有存在感¹²⁸。勞資紛爭（爭議）之解決方式除了勞資自主解決外，主要可以區分為以司法途徑加以解決與以行政途徑加以解決，以下分述之。

¹²⁶ 勞委（77）台勞動一字第 17299 號函。

¹²⁷ 山川隆一，『國際労働關係の法理』（信山社，1999 年 1 月），184-189 頁；土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008 年 8 月），723-724 頁。

¹²⁸ 角田邦重、毛塚勝利、脇田滋編，『新現代労働法入門（四版）』（法律文化社，2009 年 5 月），34-35 頁（毛塚勝利執筆）。

一、勞資爭議之司法解決

相對於其他一時性，甚至是繼續性之債之關係，勞動契約之特定是勞工在經濟上非常仰賴雇主，以雇主之給付為其本人甚至是其家族之生存基礎，在如此不對等之契約關係中發生爭議時，如何迅速地保障勞工之權益乃為勞資爭議之解決有別於其他種類爭議之處。亦即，即時正義對於勞動訴訟有重要的意義¹²⁹。

一般而言，各國所採取之對於勞資爭議之司法解決模式主要有下列三種：獨立的訴訟程序（如德國）¹³⁰、在民事訴訟程序中規定特別的勞動訴訟程序（如義大利）以在訴訟前的特別非訟程序（如日本在2006年所施行的勞動審判程序¹³¹）。我國現行勞資爭議處理法第五條第二項規定法院為處理前項勞資爭議，必要時應設勞工法庭，但實際上的內容與前述之外國制度大相逕庭，僅具有司法行政上集中處理案件之功能，其存在意義為何，乃有所疑義¹³²。換言之，目前我國對於勞資爭議之司法訴訟並未設有特別之程序加以處理，而係以一般之民事訴訟程序加以解決¹³³。

（一）我國勞動訴訟之缺陷

對於我國目前以一般之民事訴訟程序處理勞資爭議事件之方式，不論是學界或實務界均有所批評，其主要的缺陷為¹³⁴：

1、訴訟曠日廢時，無法使勞工獲得即時的救濟

依學者所作的實證調查結果顯示第一審之平均案件審理期間為131日，其中法院以終局判決以外之方式（例如和解、撤回、裁定駁回等）所終結者，平均案件審理時間為84日，若係以判決之方式終結訴訟，平均案件審理時間則增加至154日（「通常訴訟程序」乃226日，「簡易訴訟程序」係110日，「小額訴訟程

¹²⁹ 孫友聯，「從勞資爭議處理看台灣勞工法院設置的必要性」，司法改革雜誌21期（1999年6月），25頁。

¹³⁰ 關於德國勞動法院之歷史發展、組織、審判權及進程序等，詳見：林佳和，「勞動專業法庭－德國制度之簡析」，月旦法學166期（2009年3月），42-58頁。

¹³¹ 關於日本勞動審判制度之中文文獻，可參見：周兆昱，「日本個別勞資爭議處理制度之介紹－兼論對我國法制之啟示」，律師雜誌327號（2006年12月），77-81頁；張鑫隆，「勞工專門訴訟程序之改革－以日本「勞動審判制度」為考察對象」，月旦法學166期（2009年3月），30-39頁；臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），621-630頁（鄭傑夫執筆）。

¹³² 張鑫隆，「勞工專門訴訟程序之改革－以日本「勞動審判制度」為考察對象」，月旦法學166期（2009年3月），24頁。

¹³³ 關於勞動訴訟事件對於民事訴訟程序之適用，詳見：臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），578-620頁（鄭傑夫執筆）。

¹³⁴ 詳見：拙著，「我國勞動訴訟之現狀與困境」，載於：行政院勞工委員會主辦，2008勞動訴訟制度國際學術研討會會議手冊（政大公企中心，2008年12月），18-23頁；張鑫隆，「勞工專門訴訟程序之改革－以日本「勞動審判制度」為考察對象」，月旦法學166期（2009年3月），26-29頁。

序」則為 61 日)¹³⁵。

雖然根據分析，勞動訴訟案件之審理期間基本上並未長於普通財產權訴訟事件，但此實證分析僅為第一審之結果，並未包括第二審、第三審，甚至是更審之全貌，例如有名的白正憲訴大同公司事件，自第一審至更四審總共經歷了 8 年之久，完全不符勞資爭議事件處理之迅速性要求。又，相較於勞工行政主管機關之勞資爭議平均處理時間只有 13 天¹³⁶，則訴訟時間相對比較下，委實顯得過久。

2、訴訟費用之負擔構成訴訟之經濟性障礙

各種裁判費用與律師費用，對資力不佳的勞工，確實是一大負擔。例如裁判費問題以言之，裁判費之徵收乃以財產權而起訴或非因財產權起訴而有顯著之差異，對於確認僱傭關係存在之訴是財產或非財產權上請求在學說及實務上有所爭議，實務通說認為係屬財產權上之請求，而對於訴訟標的之金額，乃認為應以權利存續期間之收入總數為準，期間未確定者，應推定其存續期間。推定存續期間時，原則上應算至勞工滿六十歲時止，如推定之存續期間逾十五年，則應類推適用院字第二一八九號解釋而以十五年計算¹³⁷。但民訴修正後，依第七七條之十之規定意旨，推定存續期間，應不得超過十年。惟有論者認為¹³⁸：確認僱傭關係之訴並非確認僱傭期間內可能之收入金額，自不宜以權利存續期間之收入總數為訴訟標的價額，因將來僱傭關係是否存續及可能存續期間仍有相當之變數，且確認僱傭關係存在並非只是單純地追求將來可能之薪資利益，故應認其訴訟標的價額不能核定，依民訴第七七條之十二之規定，以民訴第四六六條所定不能上訴第三審之最高利益額數加十分之一定其訴訟標的價額。惟不問如何，對勞工仍可能構成起訴的障礙。

為保障當事人受憲法保障之訴訟權，民事訴訟法乃設有訴訟救助之規定，依民事訴訟法第一〇七條之規定當事人無資力支出訴訟費用且非顯無勝訴之望者，法院得依當事人之聲請以裁定准予訴訟救助。依民事訴訟法第一一〇條規定，若准予訴訟救助，則有暫免訴訟費用、免供訴訟費用擔保、審判長依法律規定為無資力委任第三審訴訟代理人之受救助人選任律師代理訴訟，暫行免付酬金之效力。

¹³⁵ 黃國昌，「我國勞動訴訟之實證研究（下）」，政大法學評論 107 期（2009 年 2 月），178-179 頁。

¹³⁶ 吳孟儒，「勞動統計櫥窗-98 年勞資爭議情勢」，行政院勞工委員會網站：http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/siteMaker/SM_theme?page=4626ea2e。

¹³⁷ 最高法院 89 年度台抗字第 535 號裁定；司法院 77.4.20 廳民一字第 0488 號函復臺灣高等法院，載於：司法院第一廳編，『民事法律問題研究彙編第 7 輯』（司法雜誌社），611 頁；司法院第一廳編，『民事法律專題研究（11）—司法院司法業務研究會第二三期研究專輯』（司法雜誌社），606 頁、609 頁。

¹³⁸ 陳金泉，『勞動法一百問（修訂二版）』（三民，2007 年 10 月），318 頁；臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），584-585 頁（鄭傑夫執筆）。

但對於第一、二審律師酬金並不在暫免之列，且未及於訴訟前之法律諮詢、調解、和解，對於無資力之勞工保護尚有所不周之處¹³⁹。

又，行政院勞工委員會制定「行政院勞工委員會勞工法律扶助實施要點」對於符合要件之勞工給予律師費之補助，但其事由限於發生勞動基準法終止勞動契約之爭議、雇主未依法給予職業災害補償或賠償、雇主有未依勞工保險條例或就業保險法辦理加保或投保薪資以多報少及因進行工會活動遭到不當解僱之情形，其功能乃受到相當之限制。

此外，職業災害勞工保護法、法律扶助法中亦有訴訟救助或法律扶助之相關規定。雖然學者以為上述種種規定對於無資力勞工尋求司法上救濟所應支出訴訟費用之經濟負擔而言，大致上已有完善之保護，所餘課題僅為關於勞動訴訟應徵收之裁判費是否應立法予以降低¹⁴⁰，不過此相關規定仍無法全面解決此一問題，訴訟費用與律師費對於資力不佳之勞工仍為沈重的負荷。

而在預計於今年五月施行的勞資爭議處理法修正條文新設第六章－訴訟費用之暫減及強制執行之裁定，其中第五七條規定勞工或工會提起確認僱傭關係之或給付工資之訴暫免民事訴訟法所定裁判費之二分之一，第五八條規定聲請假扣押、假處分之擔保金額的限制為不得高於請求標的之金額或價額的十分之一，第五九條則規定聲請依調解或仲裁內容強制執行之裁判費的暫免。但上述相關條文之具體成效為何，仍有待制度實施後的觀察。

3、勞動法令之專業性有進步空間及勞工法庭制度未能落實原本期待之功能

依司法院所公布之「法院辦理勞資爭議事件應行注意事項」之規定，除台灣高等法院及其分院、福建高等法院金門分院、台灣台北、板橋、士林、桃園、台中、彰化、台南及高雄地方法院應設立勞工法庭外，其他法院辦理勞資爭議事件應分別指定專人辦理，並以勞工法庭名義行之。

然而，勞工法庭的法官大多由民事庭法官輪辦，此乃由法院院長或法院內部之事務分配基於法院內部工作量平衡之考量而來。而法官或因訓練或歷練不足，裁判內容之專業程度自然不足，有的法官認為勞工案件較為繁瑣，甚至排斥辦理此類案件，故法官對此類案件之專業程度，與理想中仍有相當距離¹⁴¹。此外，由於我國訴訟法結構及實際運作不良，最高法院之法律審查功能不彰，相同或類似的案情，在最高法院不同庭別，常產生不同見解，此種情形屢有所

¹³⁹ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），589頁（鄭傑夫執筆）。

¹⁴⁰ 劉士豪，「勞動訴訟程序之研究」，憲政時代17卷2期（1991年10月），91頁；臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），590頁（鄭傑夫執筆）。

¹⁴¹ 蔡炯燉，「制定勞工訴訟程序法之必要性」，勞資關係月刊18卷6期（1999年10月），19頁。

聞，對於此種法律見解之不能統一的現象不得不說是制度上的一大缺陷¹⁴²。其實不同法院間、同一法院內之法律見解不一致的情形，欠缺作為裁判規範之明確制定法規定（例如勞動契約法），亦是其重要原因。

而就實證上調查，亦發現設有勞工專庭與未設有勞工專庭法院二者間，在「案件審理時間」、「上訴率」以及「上訴維持率」等重要指標上，均不存在具顯著性之差異，二種法院之表現可謂實質上相同¹⁴³。其原因乃在運作上並未完全真正落實由專業勞工法庭負責勞動訴訟之審理，與當初立法通過勞資爭議處理法第五條第二項設置勞工法庭之原意有相當大之落差。換言之，我國勞工法庭之設置並未發揮其所預期之效果，僅具有司法行政上集中處理案件之功能¹⁴⁴。

4、欠缺專家或勞資代表之參與

法院從事審判工作者係受法律專業教育與訓練的司法人員，多未有勞資關係相關之知識與訓練，遇有勞資爭議訴訟案件多係在法言法，而時與勞動生活之現實有所乖違，以至於判決結果或有未能切中勞資關係本質之情形。針對此一情形，全國司法改革會議第一組第三個議題「研擬建立人民參與司法審判之制度」的結論，認為有三項理由足以支持應建立專家參審制度的主張，亦即：社會價值的多元化、增強法官法律以外之專業知識以及提昇國民對司法裁判之信服度。其後，司法院雖制定頒行「專家參與審判諮詢試行要點」¹⁴⁵，但因專家一旦參與審判將涉及憲法第八一條所規定之法官為終身職之相關規定的適用，致未能有進一步之發展¹⁴⁶。

5、當事自治合意解決爭議原則在訴訟前或訴訟中應可強化

依民事訴訟法第四〇三條第一項第八款之規定，因僱傭契約所生之爭議於起訴前應先經法院之調解，而調解委員之選任則依民事訴訟法第四〇六條之一之規定由簡易庭法官選任調解委員一至三人為之¹⁴⁷。然而，目前調解制度之成效並不顯著，就訴訟之結果為達成訴訟上和解與移送調解成立佔全體案件之比例僅為9.97%¹⁴⁸。分析其原因，概為勞動訴訟事件在進入訴訟程序前，通常雙方已進行過和解，不論是當事人間之自主和解，或依勞資爭議處理法所定之調解程序，

¹⁴² 蔡炯燉，「制定勞工訴訟程序法之必要性」，勞資關係月刊 18 卷 6 期（1999 年 10 月），20 頁。

¹⁴³ 黃國昌，「我國勞動訴訟之實證研究（下）」，政大法學評論 107 期（2009 年 2 月），211-213 頁。

¹⁴⁴ 張鑫隆，「勞工專門訴訟程序之改革—以日本「勞動審判制度」為考察對象」，月旦法學 166 期（2009 年 3 月），27 頁。

¹⁴⁵ 對於德國之參審制度（亦即所謂之「榮譽法官」制度）之介紹及對於司法院此試行要點之檢視，詳見：林佳和，「勞工案件專家參審之問題試探」，律師雜誌 253 號（2000 年 10 月），57 頁以下。

¹⁴⁶ 張鑫隆，「勞工專門訴訟程序之改革—以日本「勞動審判制度」為考察對象」，月旦法學 166 期（2009 年 3 月），27 頁。

¹⁴⁷ 關於法院在勞動訴訟程序中所進行之調解程序，詳見：臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），590-593 頁（鄭傑夫執筆）。

¹⁴⁸ 黃國昌，「我國勞動訴訟之實證研究（上）」，政大法學評論 106 期（2008 年 12 月），231 頁。

或是地方勞工行政主管機關所爲之協調，通常資方並無意願再進行民事訴訟法所定之強制調解程序，調解之期日也多僅進行一次即告結束¹⁴⁹。

6、民事訴訟法規定對勞資爭議案件所形成之障礙

除了上述的問題點外，對於勞動訴訟事件直接適用民事訴訟法之規定，尙可能產生以下之問題：

(1) 管轄法院之問題

依民事訴訟法第一條第一項、第二條第二項之規定，以被告之住所地、主事務所或主管營業所所在地法院管轄。但依民事訴訟法第十二條之規定，因勞動契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄。如嚴格適用民事訴訟法之規定，任職於分公司、工廠的勞工須遠赴總公司所在地法院進行訴訟，增加勞工訴訟上支出，造成實質不公平結果，因而需擴大解釋契約履行地範圍，使勞工得在任職之分公司或工廠所在地法院進行訴訟¹⁵⁰。

(2) 訴訟程序之區分問題

關於訴訟程序依踐行程序是否簡捷，區分爲小額訴訟程序（民訴四三六條之八以下）、簡易訴訟程序（民訴四二七條以下）與一般訴訟程序。依民訴第四二七條第一項關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額在五十萬以下者，適用簡易訴訟程序，但依該條第二項第二款之規定「僱用人與受僱人間，因僱傭契約涉訟，其僱傭期間在一年以下者」，不問其標的金額或價額，一律適用簡易訴訟程序。其區分是否得當，容或有討論空間，且與法律就勞資爭議案件特別設置勞工法庭之原意，或有違背。

(3) 舉證責任問題

依民事訴訟法第二七七條前段之規定，當事人主張有利於己之事實應負舉證責任，但勞工往往不知如何主張對自己有利之事實以及不知如何舉證，因對法律感到陌生，在訴訟上常不能爲自己做最好的攻防¹⁵¹。常見而較有爭議的勞動訴訟類型(如請求給付工資、請求確認僱傭關係等)之舉證責任，常有對勞工不利之情

¹⁴⁹ 劉志鵬，「從日本經驗看台灣現行勞動訴訟之利弊」，載於：行政院勞工委員會主辦，2007 健全勞資爭議訴訟上及訴訟外紛爭處理機制國際學術研討會會議手冊（政大公企中心，2007 年 9 月），151 頁。

¹⁵⁰ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），579 頁（鄭傑夫執筆）。關於各種類型之勞動訴訟是否得適用民事訴訟法第十二條之特別審判籍，詳見：陳金泉，『勞動法一百問（修訂二版）』（三民，2007 年 10 月），307-314 頁

¹⁵¹ 蔡炯燉，「制定勞工訴訟程序法之必要性」，勞資關係月刊 18 卷 6 期（1999 年 10 月），19 頁。

形，應基於勞動關係之特性，而課以資方舉證責任¹⁵²。

(4) 保全程序之問題

在勞動訴訟中，如勞工請求雇主給付積欠工資或退休金等金錢給付，因恐雇主脫產，乃得依民事訴訟法第五二二條之規定，於判決前聲請假扣押，並以假扣押裁定為執行名義聲請查封雇主之財產。又，在解僱之情形，勞工以解僱無效請求確認僱傭關係存在時，因在未取得勝訴判決前不能受領工資致其生活遭遇困難，依民事訴訟法第五三八條之規定，得聲請定暫時狀態之假處分。

依民事訴訟法第五三八條之規定，勞工應釋明請求假扣押之原因，於釋明不足時法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押（依民事訴訟法第五三八條之四之規定，定暫時狀態假處分準用假處分之規定）。但在我國之司法實務上，法官經常在已審理保全權利與保全之必要性後仍命假處分債權人提供擔保金代釋明，此種作法恐影響聲請假處分之勞工之權益¹⁵³。

就此問題，有實務工作者指出法院在一定之情形可為無擔保之定暫時狀態處分，如勞工已釋明其請求之原因及定該暫時狀態處分之必要之情形。但考量到勞工若於本案敗訴時，幾無回復原狀之可能，故法院在決定命給付額之範圍時應為特別之考慮，如命雇主暫時支付得以維持勞工基本生活必要範圍之工資，而非勞資爭議發生前之工資全額，以平衡兩造當事人之權益¹⁵⁴。而在於今（2011）年5月施行的勞資爭議處理法修正草案第五八條則設有限制擔保金額之規定，亦即勞工就工資、職災補償或賠償、退休金或資遣費之給付聲請假扣押或假處分者，法院命其供擔保之金額不得高於請求標的金額或價額的十分之一，而其成效仍待觀察。

(二) 我國勞動訴訟改革之可能方向

由於我國之勞動訴訟制度有上述之問題點存在，改善現行勞動訴訟制度乃為各方所矚目的課題，自1999年的全國司法改革會議即作成應研究設立勞工法院或促使此類法庭法院化之結論後，勞委會先後於2007年舉辦「健全勞資爭議訴訟上及訴訟外處理機制國際學術研討會」，於2008年舉辦「勞動訴訟制度國際學術研討會」後，並組成「勞資爭議處理改革委員會」積極改革現行勞動訴訟制度。綜合與會之專家學者之意見，針對勞動訴訟的改革應似可整理出如下數個可能方向或模式：

¹⁵² 關於各種勞動訴訟類型之舉證責任，詳見：臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），607-610頁（鄭傑夫執筆）。

¹⁵³ 丁嘉惠，「日本勞動假處分－以保全地位假處分・禁止妨害業務假處分為例」，月旦法學131期（2006年4月），75頁。

¹⁵⁴ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），616頁（鄭傑夫執筆）。

- 1、設立獨立之勞動法院、獨立的審判體系，可參考已實施 80 年之德國勞動法院制度。
- 2、制定特別的勞資爭議訴訟程序法。
- 3、針對勞資爭議之特殊性，增修民事訴訟法之規定。
- 4、針對勞資爭議處理法第 5 條第 2 項所規定之勞工法庭，應檢討改進司法院對於勞工法庭內部軟性制度，促使其達到勞工法庭應發揮之專業效果。
- 5、強化目前已有之訴訟前調解制度，並完善必要之配套措施，以期發揮更強之當事人自治解決爭議的功能，並可參考日本近年施行之勞動審判法。
- 6、建立小數額或特定類型之單方申請仲裁制度，疏減訟源

以上各種建議之間並未有互斥關係，有時應可兼採並行之，而究竟以採取何等方向或模式對台灣最為適合，在學界中並未有定論，仍保持各種開放可能性。惟實務界似有較為一致之看法，即認為：姑且不論長程言之，是否可能或需要設立獨立之勞動法院，必要時宜制定特別之勞動訴訟程序法即可。不論如何，在此一勞動法變革過程中，實有待台灣各界更多的事實與理論研究以及實務操作者共同相互爭辯與論證，並謹慎參酌國外相關經驗，始有可能建立新的勞資爭議處理規範模式¹⁵⁵。

二、勞資爭議之行政解決

除了上述的司法訴訟外，我國目前之勞資爭議行政處理機制，約有協調、調解與仲裁三者。而其在實務上處理勞資爭議的成效也可以在前述之勞委會統計資料上見之。八成至九成的爭議係依協調¹⁵⁶解決之，而調解制度約只處理一成左右的爭議¹⁵⁷，至於仲裁¹⁵⁸則十分罕用。面對勞資爭議逐年增加，未來爭議的大幅增加已可預見。強化目前已有的處理機制或新創解決機制的的需求已是迫在眉睫。

在 2009 年 6 月，立法院通過了勞資爭議處理法修正草案，此次修法堪稱該

¹⁵⁵ 拙著，「我國勞動訴訟之現狀與困境」，載於：行政院勞工委員會主辦，2008 勞動訴訟制度國際學術研討會會議手冊（政大公企中心，2008 年 12 月），24-25 頁。

¹⁵⁶ 協調制度雖然實務上扮演重要的角色，但卻沒有實定法上的根據，關於協調制度之概要，可參見：劉士豪，「我國勞資爭議協調與調解程序初探」，台灣勞工 12 期（2008 年 3 月），14-22 頁。而對於協調制度在實際運作上之實證調查與分析，則可參見：黃國昌、林常青、陳恭平，「勞資爭議協調程序之實證研究－以「政府協調」與「民間協調」之比較為中心」，中研院法學 7 期（2010 年 9 月）209-267 頁。

¹⁵⁷ 關於我國現行勞資爭議處理法所定調解制度之介紹與檢討，詳見：拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997 年 5 月），324-327 頁；鄭津津，「我國勞資爭議調解制度之研究」，月旦法學 159 期（2008 年 8 月），22 頁以下。

¹⁵⁸ 至於關於我國現行勞資爭議處理法所定仲裁制度之內容及進行仲裁時所應注意之事項，詳見：劉志鵬，「勞資爭議仲裁程序之研究－以行政解釋為檢討對象」，載於：氏著，勞動法理論與判決研究（元照，2000 年 5 月），459 頁以下。

法施行後八十餘年來最大幅度之修正，經過了多次的提出，終於在數年之驚濤駭浪中塵埃落定了。因勞資爭議處理法所定調解及仲裁程序亦為勞動法的重要研究課題之一，基本上非屬本研究計畫之範圍，故在此僅簡要說明此次修正之重點。

觀察有關調解之修正內容，除一些有關程序上之明確化規定，如管轄機關認定原則（第九條）、調解人與調解委員遴聘相關法規命令之授權（第十一條）、相關開會日期限制（第十二條、第十五條、第十六條）、調解人與調解委員之職權（第十二條、第十七條）外，最重要者乃將「協調」之非正式勞資爭議處理手段法制化，亦即第十二條所稱之「調解人」，其乃獨自進行調解工作之單一人員，無論是行政機關自行指派之公務人員，或連繫至現行民間中介團體接受委託而進行勞資爭議調處之私第三人。而就實踐面之角度來看，我國原有之行政體系處理勞資爭議的機制在基本上並未有太大的變革，相當程度只是「就地合法」而已。

若就仲裁之修正內容而言，主要為：1、修正原條文僅調整事項之勞資爭議¹⁵⁹得為仲裁之規定，改為權利事項之勞資爭議¹⁶⁰亦得仲裁（第六條）；2、對於不得罷工之教師與國防部及其所屬機關、學校之勞工，為解決其調整事項爭議，乃設有一方當事人申請即得交付仲裁之規定（第二五條第二項前段）；3、對於必須事先約定必要服務條款始得宣告罷工之影響大眾生命安全、國家安全及重大公共利益之自來水事業、電力及燃氣供應業、醫院、金融資訊服務業與辦理證券期貨支付系統業務事業，若未能約定必要服務條款，任一方得向中央主管機關申請交付仲裁（第二五條第二項後段）；4、調整事項之勞資爭議經調解不成立者，經主管機關認有影響公眾生活及利益情節重大，或經目的事業主管機關之請求，得依職權交付仲裁（第二五條第四項）；5、仿照調解程序之獨任調解人制度，在仲裁委員會外，亦設有獨任仲裁人（第二六條第一項第一款、第二七條）。

陸、勞動基準法之性質：勞動基準法之兼具私法與公法性質

如前所述，勞動法可分類為個別勞動法與集體勞動法二者，而個別勞動法包含之內容，其實主要可再分為兩大部分，其一係勞動契約法(Arbeitsvertragsrecht)，其二則為勞工保護法(Arbeitnehmerschutzrecht)。

勞動契約法係規範雇主與個別勞工間之私法契約關係，其內容主要尚可再分為勞動關係之締結與成立、內容(包括勞工之義務與雇主之義務)、中止與消滅、契約後義務(如離職後競業禁止、企業之老年給付等)等部分。

¹⁵⁹ 依勞資爭議處理法第五條第三款之定義，調整事項之勞資爭議乃勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。

¹⁶⁰ 依勞資爭議處理法第五條第二款之定義，權利事項之勞資爭議係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。故對於勞動基準法各條所規定之最低勞動條件，即多屬此權利事項。關於權利事項勞資爭議與調整事項勞資爭議之區分，詳見：拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），300-324頁。

至於勞工保護法之目的主要是防止勞工因受僱於雇主，而被納入雇主管領力範圍內提供勞務，所可能致生之健康、人格權與經濟生存基礎之危害¹⁶¹。由保護規範之內容觀之，勞工保護法可另分為二類¹⁶²：

一、所謂技術上與醫療上之勞動保護法規，主要目的係基於履行契約時所可能對勞工引發之工作危險或身體健康上之危害，企圖加以防止，而針對勞工提供勞務之過程、提供勞務之性質、工作場所等方面之事項，課雇主以公法上之作爲或不作為義務，諸如勞工安全衛生法乃其相關法規均屬之。

二、所謂社會性勞動保護法，此等勞動保護法與上述者不同，主要是社會安全性質之保護，可再略分為三類：（一）重大的勞動條件、勞動基準的制定，如工作時間之限制是；（二）特殊群體勞工之保護法規，如婦女、青少年、殘障者、在家工作者等，基於其特殊的社會保護需求，故另外再行制定特別保護法規；（三）勞工之人格權保護規定，此一議題雖非歷來傳統理解上之勞動保護法規，但近年來隨著各種科技、資訊技術之發達與普遍，勞工人格權受到危害的可能性已大幅度提高，故勞工之人格權、個人資訊之保護等遂成重要議題，國家亦多以公法性質之規定進行勞工之保護。

若以法律規範之貫徹、落實手段來區分，則勞動保護法可再區分為公法性質勞動保護法與私法性質之勞動保護法二者。私法性質與公法性質之勞動保護法的目的雖相同，但卻採行不同之保護手段。私法性質之勞動保護法乃是對個別勞動契約之內容形成自由與消滅自由加以限制。同時並賦與勞工針對雇主享有強行性請求權(即不得任由當事人特約排除其適用)。惟此內容基本上並不由國家機關加以監督、處罰，而是完全任由勞工自行決定是否向法院訴請貫徹其權利。至於公法性質之勞動保護法的規定內容多是對雇主之公法上命令與禁止(*öffentlich-rechtliche Gebote und Verbote*)，而對於該等命令與禁止的遵守，國家機關負有義務進行監督，必要時更應予以強制或處罰，甚至刑事訴追。由此可知，私法性質與公法性質勞動保護法之主要差異，正是在於其貫徹、落實手段之差異。

藉由上述個別勞動法之內容分類可知，台灣的勞動基準法在勞動法的體系中之定位已是頗為清晰，其定位主要應是個別勞動法中之勞動保護法內的社會性勞動保護法，包括了重大勞動條件之保護與特殊群體勞工(如女工、童工與技術生等)之保護規範；至於保護規範的落實手段上，主要乃是公法性質之勞動保護法，但亦有部分屬於私法性質之勞動保護法，蓋大部分勞動基準法的保護規定，均有國家行政機關之監督、強制、處罰機制，甚至刑事處罰，故性質應為公法性質之勞動保護法，少部分則未有前述公法上手段，而係有賴於受保護之勞工個人的權利主張(如向法院起訴、行使契約上請求權或抗辯權等等)，故此一部分之規定，在性質上應屬私法性質之勞動保護法。

¹⁶¹ MünchArbR/Wlotzke, § 206, Rn. 3.

¹⁶² Vgl. nur MünchArbR/Wlotzke, § 206, Rn. 3 ff.; MünchKomm/Lorenz, § 618, Rn. 10; Krause, in: Hessler, Arbeitsrecht, BGB § 618, Rn. 5 ff.; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 2, Rn. 5 und § 152, Rn. 1 ff.; MünchArbR/Richardi, § 7, Rn. 17 ff. mwN.

雖然關於勞動保護之法規主要乃是公法性質之規定，但若因此即將(公法性質之)勞工保護法與勞動契約法二者認為是分離而不相統屬，甚至有時是對立的關係，則係錯誤之看法。蓋勞工保護法所產生之作用，不僅僅只是雇主之公法上義務而已，更會對勞動契約之內容產生決定作用。目的在保護勞工之雇主公法上義務，透過民法中之概括條款所導出之雇主照顧保護義務，即構成一對勞動關係內容產生影響之橋樑(die Brücke für eine privatrechtliche Einwirkung auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses)¹⁶³。此等由國家透過勞工保護法之規定而課以雇主以公法上義務，對雇主與勞工間之勞動契約亦有極大之影響，亦即應自然地構成雇主依誠信原則而生之照顧保護義務的當然內容。因此，雇主之公法上勞動保護義務，當然亦同是係勞動契約內容之一部，亦具有私法上之意義。

惟鑒於法治國之公私法分立的傳統，公法性質之法令規定何以成為私法契約內容，實須有一定之理論說明，以建構起公法規定之私法轉化的橋樑。其理論約可大略區分為兩種：其一為反射效力問題，其二則是所謂雙重效力(Doppelwirkung)問題。前者係指公法性質勞動保護法之規定形成勞動契約內容之限制(Inhalts-schranke)，故勞動契約本身或契約內之個別約定若有違反公法性質勞工保護法之情形時，即屬違反強行規定之法律行為而無效；此外，公法性質之勞工保護法亦可能構成民法侵權行為規定中之所謂「保護他人之法律」，故若雇主違反公法性質之勞工保護法時且可歸責時，即需負擔損害賠償責任；而需特別注意者乃於雇主違反公法性質之勞工保護法時，勞工無法直接請求履行，此等直接履行請求權需採下述之雙重效力理論進行私法轉化後始有可能。後者則係指國家基於保護勞工之目的而制定之課雇主一定公法上命令或禁止之勞動保護法，同時也形成雇主之強行法性質之契約義務的內容，亦即：勞工因而取得直接對雇主請求其遵守公法性質勞動保護法內容之契約上請求權；於雇主不遵守時，勞工即得拒絕給付勞務(履行抗辯權)，遇有損害時，亦得請求債務不履行之損害賠償請求權。此一雙重效力理論提出後成為德國之通說，其後並進而影響及於諸多德國立法。

綜上所述，可知勞動基準法在勞動法理論體系中係屬於個別勞動法中之勞動保護法，且主要係屬於公法性質之勞動保護法。惟在學理上，此等公法性質之勞動保護法規，並不僅僅形成雇主之公法上義務，更會形成雇主與勞工間之勞動契約的內容，具有轉化成私法之形成效力。由過去之理論發展歷史觀之，此種公法性質之勞動保護法的私法上形成效力，約可分為反射效力說與直接私法轉化效力說二者。而關於此問題，吾人若不採取上述之直接私法轉化說，則至少亦應採取反射效力說，而不應再去堅持公私法截然分立，二者間互不發生任何影響之過時說法。如此方能令勞工在雇主違反諸如勞動基準法等公法性質勞動保護法規時，亦得作成一定之私法上法律主張，而非僅僅時被動地等待國家對雇主藉由公法上之強制、處罰，來迫使雇主遵守公法性質勞動保護法規。

¹⁶³ Grundlegend Nipperdey, aaO., Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts 1929, Bd. IV, S. 203 ff.; vgl. auch Wlotzke, FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 723 ff.

第一章 總則

第二條第一款（勞工之定義）

勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。

在民法之中以提供勞務為主給付義務之契約，有僱傭、承攬、委任等典型的契約型態。而將之與勞動契約相區別的實益乃在於爲了平衡勞資雙方地位之不平等而制定了勞動基準法、勞工安全衛生法等勞動保護法規以保障處於弱勢地位之勞工。但適用勞動保護法規之前提乃爲當事人間之關係爲勞動契約，進而才有保護之必要性。

勞動基準法第二條第六款將勞動契約定義爲「約定勞雇關係之契約」，而對於勞工則於第二條第一款規定爲「受雇主僱用從事工作獲致工資者」，至於雇主依第二條第二規之規定，乃係「謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人」。雖然勞動基準法對於「勞動契約」、「勞工」與「雇主」均有所定義，但這些定義過於「中立」，以無法明確區分勞動契約與其他勞務給付契約之差別¹⁶⁴。而相對於勞動基準法，於民國 25 年完成立法但卻未施行的勞動契約法第一條對於勞動契約定義爲：「當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」依此定義，「從屬關係」爲勞動契約的重要要素之一，亦爲判斷當事人之一是否爲勞工之重要標準。

一、關於勞工定義之學說見解

對於勞動契約之得與其他契約類型相互區別之重要特性乃「從屬關係」（或謂之「從屬性」）在學說上獲得廣泛地承認，然而對於何謂「從屬性」則眾說紛紜，依一般之論述大致上可區分爲下列三項特徵：

（一）人格上從屬性

所謂的人格上從屬性，係指勞工之提供勞務之義務的履行係受雇主之指示，雇主透過勞動契約將勞工納入其事業組織之中，並決定勞工勞務義務之給付地點、給付時間與給付量等等；又因勞動契約具有繼續性且勞動力與擁有勞動力之勞工個人身體係事實上不可分離，故雇主之將勞工納入其事業組織並指示、決定勞工勞務給付地、給付時、給付量與勞動強度、勞動過程，即等於是將勞工個人置於雇主之控制範圍之內，並得支配勞工之人身、人格，也就是說支配勞動力即等於支配勞工之人身、人格，且在勞工有妨礙企業生產秩序或企業運作之情形時，雇

¹⁶⁴ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），54頁（王松柏執筆）。

主更得予以懲罰，以維護企業之正常生產與運作及資方經營管理之權威。因此，勞工透過勞動契約而導致人格上從屬性應係無可諱言之事實，人格上從屬性應屬勞工之必然存在的特徵¹⁶⁵。

在其他採取從屬性論點以判斷勞工身分的論述中，人格從屬性為學者所共同肯定，然而學者間對於人格從屬性的內涵雖多以「雇主對於勞工的指示監督權」此點作為人格從屬性內涵的核心概念，不過對於其具體內容各家見解乃各有所重。

例如陳繼盛教授認為：「人的從屬性乃指勞動者在繼續的勞務提供中需服從雇主之指揮監督而言，換言之，勞動者之整個勞務之提供係在雇主之從屬關係中進行。從屬性的程度，即在勞務過程中勞動者需聽從雇主之指揮監督程度，在現實的勞動關係而言，亦有相當不同之差異。」強調勞工需受雇主之指揮監督，但在實務的勞動過程中，從屬性的程度乃有相當之差異¹⁶⁶。

黃越欽教授則認為人格上之從屬性係對於勞工自行決定之自由權的一種壓抑，勞務給付之具體詳細內容並非由勞務提供決定，而係由勞務受領者定之。此外，人格上之從屬性除指示服從關係外，尚包括秩序上的懲戒權問題，由於懲戒權之存在，雇主對於勞工之內心活動過程均能達成某程度的干涉與強制，故此為人格上從屬性效果最強之處，亦最根本之所在。人格從屬性並可歸納為以下具體內容：第一、服從營業組織中之工作規則，第二、服從指示，第三、接受檢查與考核義務，第四、接受制裁義務，受僱人應對錯誤行為負責¹⁶⁷。

林更盛教授認為勞動關係之界定基本上乃契約歸類的問題，作為其特徵之「從屬性」之標準即或多或少有不確定之因素，因此從屬性並不是「全有全無」之問題，而是程度高底的問題。從屬性的主要判斷標準乃同時具有：1、指示權；2、懲戒權；3、勞務提供之專屬性時基本上可認定其為勞工，至於勞務之利他性、納入企業生產組織、與同僚基於分工合作之狀態等，則只能作為輔助之參考¹⁶⁸。

而這種認為從屬性是「程度」而非「有無」之見解，亦為楊通軒教授所採。而對於達到何種程度才能說是勞工，楊教授認為必須依具體標準結合個案之情形才能判定。至於判斷的順序依次為下位標準（實質的認定標準，即雇主有無指揮命令權）、上位標準（廣泛的指示權、納入企業生產組織、勞工之利他性、社會保障必要性）、形式的認定標準（輔助性標準，包括企業主是否有為勞工代扣所得稅或社會保險費、報酬之給付方式、報酬額的高低、勞工是否依賴此份報酬為生等）¹⁶⁹。

¹⁶⁵ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），63-64頁。

¹⁶⁶ 陳繼盛，『我國勞動契約法制之研究』（行政院勞工委員會，1989年7月），12-15頁。

¹⁶⁷ 黃越欽，『勞動法新論（修訂三版）』（翰蘆，2006年9月），121-122頁。

¹⁶⁸ 林更盛，「勞動契約之從屬性」，載於：氏著，『勞動法案例研究（一）』（翰蘆，2002年5月），21-25頁；林更盛，「論保險業務員之從屬性」，載於：氏著，『勞動法案例研究（二）』（五南，2009年3月），40-41頁。

¹⁶⁹ 楊通軒，『個別勞工法—理論與實務』（五南，2010年5月），132-137頁。

另，邱駿彥教授則認為人格上的從屬性係指勞工與雇主間有基於指揮命令權與支付工資所生之關係。換言之，是否得為動基準法上之適用對象，即是否具有勞工性之判斷時，一般則以勞務型態是否為『指揮監督下勞動』及所獲致之工資是否具有『勞務對價性』為其要素。而指揮監督下勞動之判斷基準則為：第一、對雇主所為工作指示是否有承諾與否之自由；第二、業務遂行過程中有無雇主之指揮監督；第三、拘束性之有無(工作場所與工作時間是否被指定與管理)；第四、代替性之有無(得否以他人代替本人提供勞務)¹⁷⁰。

然而，對於人格上之從屬性，王松柏教授則指出以之作為判斷勞動契約有無的標準卻有其極限。因勞工遵從雇主指揮、命令之程度往往因工作性質、企業規模或企業文化等因素而有差異。如：對於需要勞工提供專業知識、技能、判斷力的工作，雇主對勞工控制力的強度即會受到限制；又，於大型企業，事業主亦不可能對於個別員工就勞務給付方式詳細予以指示，故勞工在實際勞務過程中，事事聽從指揮監督的情形亦極為有限。因此，從現代社會在經濟生活上講求分工的角度來看，完全以人格上從屬性來判斷勞動契約關係之有無已非得宜。故如能以雇主對特定勞工「保有」之指揮功能作為判斷從屬性有無之標準，繼而決定勞動契約是否存在，將會較強調「實際」指揮監督權的行使，更符合現代職場的現實情況¹⁷¹。

(二) 經濟上從屬性

所謂經濟上之從屬性係指勞工需受僱於人從事工作以謀取生活所需之狀態¹⁷²。然而除了此雇主對於勞工之第一重的控制外，尚包括資方對工資及其他勞動條件等勞動契約內容之決定性控制，此乃本於資方之市場強勢而來的第二重控制，此外，勞工勞動所得之工資乃是勞工投入一般商品市場之消費、購買力，但商品之價格乃是由資方決定、控制，相較於立於單純消費者地位之勞工對於商品價格之幾乎毫無任何影響力，資方對商品基本上擁有諸多影響商品價格之手段，如屯積、炒作等。以上即是資方所有權對勞方之主要的三重控制，亦即是勞工對資方所有權之經濟上從屬性、依存性¹⁷³。

黃越欽教授表示經濟上之從屬性係指受僱人完全被納入雇主經濟組織與生產結構之中，其重點乃在於受僱人並非為自己之營業勞動，而係從屬於他人，為該他人之目的而勞動。換言之，即係經濟上的不獨立性¹⁷⁴。

不過，惟此一經濟上從屬性雖係勞資關係中一重要之特徵，但並非必然。因

¹⁷⁰ 邱駿彥，「勞動基準法上勞工之定義」，載於：臺灣勞動法學會編，『勞動法裁判選輯(二)』(元照，1998年5月)，95-97頁。

¹⁷¹ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義—施行二十年之回顧與展望(二版)』(新學林，2009年9月)，56-57頁(王松柏執筆)。

¹⁷² 陳繼盛，『我國勞動契約法制之研究』(行政院勞工委員會，1989年7月)，12-15頁。

¹⁷³ 拙著，『勞動法(修訂再版)』(國立空中大學，1997年5月)，64頁。

¹⁷⁴ 黃越欽，『勞動法新論(修訂三版)』(翰蘆，2006年9月)，123頁。

雇主在經濟上並不必然處於何等強勢地位，而勞工有時亦非視其工作為唯一生存手段，其擁有之財力有時亦不小，工作所得之工資根本非其生活所依賴之主要的收入來源。因此，勞工在今日並不一定必然處於經濟上、財產關係上弱勢地位。故勞工之經濟上從屬性只得視為一常素，但並非如同人格上從屬性係絕對必備之要素¹⁷⁵。

然而，王松柏教授認為上述之見解乃以相對上的少數例外情形來否認常態，即使受僱勞工不必依靠工資來維持生計，亦未能動搖其對於勞動條件先天上欠缺參與決定之事實，不因其財富之多寡而在勞動條件的決定上取得優勢之地位。此外，經濟上從屬性在勞動契約上另一的面向，在於勞務給付之當事人在經濟上有相當程度的緊密聯絡，但企業經營的風險由雇主負擔，勞工並不負擔任何風險，只要勞工依據勞動契約或雇主之指示確實的服勞務，雇主即有給付報酬的義務¹⁷⁶。

（三）組織上從屬性

除了人格上從屬性與經濟上從屬性之外，尚有部分學者提出組織上的從屬性，其內容為：勞動契約下的勞工經常非僅受制於雇主個人的指揮命令，更屬於雇主底下經營、生產團隊的一員，必須編入其生產組織內遵循一定的生產秩序始能成為有用之勞動力，因此，勞工屬於雇主組織的成員，其勞務給付行為構成雇主事業經營整體的一部分，為事業生產過程中必要的一環，而非只是雇主事業經營的附屬¹⁷⁷。然而，勞工被納入雇主之企業經營、生產組織，並使用資方之技術、知識、機器等生產資料，均係前述勞工人格上與經濟上從屬性（尤其是前者）之當然內容的一部分，並無獨立成為一種從屬性種類之必要性或重要性！若非提出不可，則亦應置於人格上從屬性項目之下，作為人格上從屬性之具體化的一部分，亦即人格上從屬性的一個下位概念，而非獨立出來成為與人格上、經濟上從屬性並列之等價概念¹⁷⁸！

但對於組織上從屬性之必要性，王松柏教授強調此概念特徵正可以彌補人格上從屬性的不足，有助於解釋為何具專業性、自主性的勞工其勞務給付契約仍屬於勞動契約，實與人格上從屬性之內涵相異而無法涵蓋在人格上從屬性內¹⁷⁹。

¹⁷⁵ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），64-65頁。

¹⁷⁶ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），58頁（王松柏執筆）。

¹⁷⁷ 陳繼盛，『我國勞動契約法制之研究』（行政院勞工委員會，1989年7月），12-15頁；臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），59頁（王松柏執筆）。

¹⁷⁸ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），65頁。

¹⁷⁹ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009

二、關於勞工定義之實務判決¹⁸⁰

勞基法上的勞工係受雇主僱用從事工作獲致工資者，然由於此規範概念十分廣泛，因此法院於具體個案中審酌勞工之身分時，多引入「從屬性」作為勞工身分的重要要素之一。以下分析之：

(一) 法院引入「從屬性」以判斷勞工身分之理由

法院於判斷勞工身分之有無之時，雖多直接指出「勞動契約之特徵在於從屬性」，但並未說明何以從屬性為勞工身分的要素，僅少數幾則判決中對於為何引入「從屬性」之判斷標準有所分析。在下級審的判決中¹⁸¹，法院多以尚未施行之勞動契約法第 1 條為據，以補充勞基法或民法僱傭章對勞動關係特性說明之不足。

在最高法院判決中，有數則判決亦表示¹⁸²，勞動基準法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他人給付報酬之契約。判決理由雖未直接引用勞動契約法第 1 條之規定，但其內容實與勞動契約法之規定相符，顯見從屬性作為勞工概念之核心已儼然是目前法院之通說見解，亦可知勞動契約法迄今雖未施行，但對於我國實務之影響實不可小覷。

(二) 我國法院判斷勞工從屬性之具體標準

針對法院判決對於從屬性之具體標準，本文針對所搜尋之判決(按:搜尋範圍為民國八十五年至九十七年六月之最高法院、高等法院及其分院之判決，以司法院法學資料檢索系統為準，搜尋關鍵字：「勞工&從屬性」)，分析判決理由內容，從而整理法院判斷從屬性時所據具體標準。為求行文之一致性，故以下區分人格上從屬性、經濟上從屬性而為論述。至於「組織上從屬性」，雖然最高法院將「納入雇主組織」作為其重要內涵，然在法院的判決上，「組織上從屬性」之

年 9 月)，59 頁（王松柏執筆）。

¹⁸⁰ 關於勞工定義之實務判決的整理、分析，請參見：洪瑩容、邱羽凡，「論勞動基準法上勞工之定義」，載於：國科會勞動基準法註釋計畫研究團隊主辦，勞動基準法註釋計畫研討會會議手冊（國立政治大學綜合院館北棟 13 樓法學院會議室，2008 年 7 月），10-30 頁及 31-54 頁之附表。

¹⁸¹ 例如：台灣高等法院台南分院民事判決 93 年勞再易第 1 號。

¹⁸² 例如：最高法院民事判決 83 年台上字第 72 號、87 年台上字第 1458 號、88 年台上字第 1864 號與 89 年台上字第 1620 號等。

具體內涵並不明確¹⁸³，故本文認為實務見解雖將「組織上從屬性」獨立出，但應屬實務對於從屬性理論之誤認。至於其他未以上述分類區分者，則於其他輔助標準中討論。茲分述如下：

1、人格上從屬性

一般法院見解認為，人格之從屬性係指即受僱人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。具體案例中，就法院判斷有無使用從屬關係之基準，臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 19 號判決中提出下列三點主要的標準，亦即（1）是否在指揮監督下從事勞動，即對於業務之遂行有無接受指揮監督；（2）對於執行業務之指示有無拒絕之權；（3）工作場所與時間有無受到拘束等三點加以判斷，至於勞務提供之代替性之有無，則為補強之要素。

¹⁸³ 可參見臺灣高等法院民事判決 96 年度重勞上字第 22 號：「... 足認上訴人就渠等擔任區主任職務與被上訴人間具有人格及經濟上從屬，且與其所輔導下屬及其業務主管間結合為一有機之生產組織，而具備組織上從屬性...」、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號：「又上訴人擁有攝影棚、電視頻道等一切購物頻道所需之工具，被上訴人必須使用上訴人提供之設備提供勞務，對於設備並無任何支配管理之決定權，而須配合上訴人之組織運作。被上訴人依契約附件第 1 項約定，得享有每月之保障薪資，無需負擔勞務之盈虧及風險，亦見兩造間之具有前開經濟上從屬性及組織上從屬性之特質。」、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 7 號：「再者，上訴人於原審自承其工作內容除與郵局局長有互動外，與郵局其他員工間並無任何業務來往，證人李明月、鄭永盛並證稱，桃園大溪員樹林郵局僅有儲匯及郵務人員之編制，沒有編制打掃人員，而有編制清潔費，上訴人的報酬就是由清潔費來支付等語（見原審卷第 67 頁背面、第 69 頁）。參以上訴人亦自承其與被上訴人間並無休假、請假之約定，被上訴人未曾給付節金或生日禮金，且上訴人未被被上訴人為之投保勞、健保等情（見原審卷 68 頁），顯見上訴人與被上訴人間並不具有組織上之從屬性。」、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上更(一)字第 11 號：「又被上訴人對於上訴人資訊部之設備採購有獨立決行之權限（本院卷(一)第 119-120 頁），對於資訊部人事任免亦有決定權限，有丙○○上開證言「我有在資遣後的一個星期，再去上一個一星期，但乙○○又告訴我不用去了」可證，顯然被上訴人於上訴人資訊部事務不但有決策指揮之權限，且就部門內部之採購、人事等亦有決定權限，顯與一般單純提供機械性勞務而無任何自行裁量決定提供勞務方法，或僅係位處於生產線上之勞工有別，故被上訴人與上訴人間亦無任何組織上從屬性可言。」、臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上字第 11 號：「...且吳永發於 92 年至 93 年間，均於台塑公司麥寮廠從事紡口拆洗工程，此期間除自行僱用工人許木賢外，並無被上訴人所指派之工人與其分工合作等情，業據證人許木賢證述在卷（見原審勞訴字卷第 123 頁背面），足見吳永發係獨立於被上訴人工程行之組織外，獨自完成紡口拆洗工程，與前揭「組織上從屬性」之內涵尚有不合。」臺灣高等法院民事判決 96 年度重勞上字第 22 號：「...且與其所輔導下屬及其業務主管間結合為一有機之生產組織，而具備組織上從屬性...」臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度勞上字第 9 號：「而上訴人亦自承其工作獨立，與其他員工無關，沒有被調動升遷或更換工作性質的情形，是其並未納入被上訴人公司之生產組織體系，未並與其同僚間居於分工合作狀態甚明，是其亦未具備組織上之從屬性。準此，本件兩造間工作關係，係重在上訴人為被上訴人完成一定之工作，而非以勞務為給付目的，故性質上應屬承攬。」

法院並認為邊際案例中若較難判斷使用從屬性時，尚可斟酌雇主性之有無、專屬性之程度與選考之過程等要素¹⁸⁴。

綜觀法院之判決，於判斷勞務給付之特徵是否具有人格上之從屬性時，判決理由多會以「該勞務提供者就業務之執行及內容，是否因受雇主指揮監督致喪失其獨立性」，作為判斷「人格從屬性」之重要標準。在具體內容上，可參考臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上更(一)字第 1 號，對於「人格從屬性」之闡述：「...指勞工提供勞務之義務履行係受僱主之指示，僱主決定勞工勞務義務之給付地點、時間及給付量、勞動過程等，勞工對於自己之作息時間不能自行支配，在支配勞動力之過程即相當程度地支配勞工人身及人格，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決定，且在勞工有礙企業秩序及運作時得施以懲罰，即勞工須服從工作規則，僱主對勞工享有懲戒權，以維護企業之正常生產...」¹⁸⁵，故勞工就其所提供勞務的方式、種類、地點、每日工作時間等事項，若因雇主指示而受有拘束，或者雇主對於勞工具有懲戒之權限時，則可依個案情況綜合衡量，而認定勞工具具有「人格從屬性」。

本文針對所搜尋之判決，試整理出法院在個案中針對「人格從屬性」所判斷之具體指標，並依其在判決中被使用的多寡，詳述如下：

(1) 獨立業務執行權限之賦予

為數眾多之判決在提及「人格從屬性」時，皆會以針對勞務之提供是否受到雇主之指示權作為重要判準¹⁸⁶，亦即若當事人對於事務之處理有獨立自主之處理

¹⁸⁴ 相同見解，可參照臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上字第 55 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上易字第 103 號。

¹⁸⁵ 另可參見臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上字第 11 號：「人格上從屬性：即雇主對勞工享有指示權及懲戒權，此乃勞動者自行決定之自由權的一種壓抑，在相當期間內，對自己之作息時間不能自行支配，雇主具有單方決定權限；而勞務給付內容之詳細情節亦非自始確定，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決定，而係由勞務受領者決定之，勞工並有接受懲戒或制裁之義務。」

¹⁸⁶ 參見最高法院民事判決 89 年度台上字第 1301 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 53 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上更(一)字第 1 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 94 年度勞上易字第 8 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度勞上字第 14 號、最高法院民事判決 92 年度台上字第 2361 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 90 年度勞上字第 9 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度重勞上字第 36 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 67 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上更(一)字第 11 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 23 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 75 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 76 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 7 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 10 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 59 號、臺灣高等法院臺中分院民

權限時，則可能不具備「人格從屬性」。如臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 19 號判決認為：「總經理固須依理事會之指示及決議負責營運，然實際上負責上訴人各項業務之運作、指揮及監督，顯見被上訴人經由該職務之賦予，應為上訴人完成一定之目標，而為達上開目標，就其職掌範圍有決策權限，應認已符合委任契約著重『一定事務完成』之特性。……又自上訴人人事之指揮、監督、管理，皆得由被上訴人先行定奪，毋須其他人員之指示或同意，自行裁量決定相關事務，甚且代表上訴人與員工簽訂契約，被上訴人復可於一定金額以內支用金錢等情以觀，顯見被上訴人之工作範圍甚廣，權責繁重，其在授權範圍內，自行決定勞務供給的各項內容，非由上級主管或雇主就勞動義務內容為最終之決定。」認為當事間之契約為委任契約，而非僱傭契約。

此項標準適用於一般勞工時雖無疑義，然當提供勞務者之職位係屬經理人或高階主管時，其執行業務就事務之處理或許有部分獨立之權限，然其可能在其他部分需受雇主之指揮監督，對此上述判決（臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 19 號判決）亦認為：「現今企業組織中亦已不可能任何經理人享有「絕對」權限，全然不受節制與監督，縱令董事長，亦必須受監察人及全體股東或公司內部規範之監督，此理於頗具經營規模之上訴人亦應有適用，益徵上訴人主張其無獨立裁量權，支票不得獨立簽發，須於上訴人餐飲部門用餐，工作休息時間不得外出，顯見屬兩造係成立僱傭契約云云，殊不足採。」故即使系爭案件之當事人在某些權限上受有限制，法院仍依具體個案認定其不具有從屬性。

（2）雇主有考核及懲戒權

臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 84 號，對於本項標準的論述為：「按人格上從屬性尚擴及秩序上的懲戒權，雇主懲戒權性質及效力雖有爭論，但一般而言，受雇人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務，亦即雇主有懲戒權之存在應堪認定，其得透過此權限之行使，對勞工之意向

事判決 93 年度勞上易字第 36 號、臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上字第 12 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、臺中地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 73 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 18 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 70 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 20 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 24 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 4 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 21 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 45 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上更(一)字第 6 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 11 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 49 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 53 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 96 年度勞上易字第 5 號等。

等內心活動過程達到某種程度之干涉與強制，此乃勞工具有人格上從屬性之具體表徵。」¹⁸⁷。

另，關於雇主之考核權，在臺灣高等法院民事判決 90 年度勞上字第 49 號判決中認為平時就能力績效予以考核亦為人格上從屬性的具體判斷標準之一，但若雇主未行使考核權的情形，是否即可謂之不具有人格上從屬性？臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度勞上字第 14 號亦認為：「至上訴人於工作期間，被上訴人沒有對上訴人考核乙節，按考核目的乃上級在確認所屬下級人員之忠誠與勤惰，足見是否進行對下屬考核乃上級主管之權利，而上級主管即被上訴人不進行對上訴人等受僱司機考核，自不能因此而反推兩造間為非僱傭關係。¹⁸⁸」從上述判決中，可推知法院認為雇主之考核權限僅能作為輔助標準，在綜合其他具體情事之判斷下，即使雇主未行使考核權，仍可認定具有從屬性。

然而，亦有法院判斷不採取上述標準，如於保險業務員之個案中，有法院認為縱使雇主有得對提供勞務所得之結果為考核之權限，惟此僅為上訴人依該聘約負有忠實履行債務之義務，並非上訴人需在被上訴人之指示監督下提出勞務，均難認係被上訴人對上訴人行使指揮監督或懲戒權，上訴人自非從屬於被上訴人公司而提供勞務¹⁸⁹。換言之，不得僅以此認定具有人格上之從屬性¹⁹⁰。又如於旅行

¹⁸⁷ 法院針對以雇主有無懲戒權作為判斷指標者，有最高法院民事判決 96 年度台上字第 2905 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 95 年度勞上易字 6 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上更(一)字第 1 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 93 年度勞上字第 14 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 93 年度勞上易字第 21 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 90 年度勞上易字第 9 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 53 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 70 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 107 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 84 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 26 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度重勞上字第 19 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上易字第 91 號等。

¹⁸⁸ 採類似見解者臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上更(一)字第 6 號：「...被上訴人雖抗辯：上訴人上下班自由，被上訴人未加約束，雖有考核規定，但從未實際給予獎懲，上訴人招攬廣告之方式為何，被上訴人亦未指揮監督，自非僱傭契約云云，惟此係被上訴人本身執法寬嚴之問題，並非其對上訴人無獎懲之權，且觀之卷內上訴人上下班確實有簽到簽退之出勤記錄（見原審勞訴字第 1 卷第 131 至 135 頁），請事假須填寫請假單，經主管核准，有請假單在卷可稽），並須依輪值值班表輪值，有值班表足憑，而上訴人甲○○因工作表現優良，被上訴人尚予以記功、發獎狀，有獎狀、被上訴人核定記功通知可按，上訴人並依被上訴人交辦事項辦理並為各種活動之配合，亦有上訴人撰稿之剪報，上訴人已納入被上訴人生產組織體系，在組織上、人格上從屬於被上訴人，自堪認定。被上訴人抗辯其對上訴人無指揮監督權云云，自難採信。」

¹⁸⁹ 參見臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 45 號、又可參見臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上易字第 82 號：「...準此，被上訴人於系爭管理辦法第 6 條明定保險業務員之獎懲事宜，顯屬依據法令所為之行為，且經參酌系爭管理辦法有關懲處之規定，乃分就「誠實招攬」、「誠實告知」、「誠實轉交保險相關款項」、「誠實填寫保險文件」、「誠信服務」、「誠信、負責的工

社之領隊之個案中，法院認為：「就停團處分乃處罰方式之一種，在委任關係之職務亦有，非僅勞僱關係始有，自不能僅以有受處罰即認有勞僱關係存在。¹⁹¹」而依其他情事認定兩造間屬於委任關係。

(3) 固定工作時間、上下班打卡

臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上易字第 91 號指出：「...從屬性可分為人格上的從屬性與經濟上的從屬性，所謂人格從屬性係指勞工對於自己工作時間不能自行支配，且對於雇主工作上之指揮監督有服從之義務。...雇主對於勞工之上、下班時間及勤缺嚴格管考，足認雇主對勞工確有從屬、指揮監督之僱傭關係。」在具體個案認定的實際操作上，法院亦常以受僱者有無固定之工作時間、上下班是否需打卡或簽到等因素作為雇主有無指揮監督權限之判斷標準，如臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞上易字第 2 號判決指出：「查上訴人並無固定之上、下班時間，無須打卡、無固定之上班地點及專屬辦公室，亦無配置識別證，且不受被上訴人公司考核、獎懲規定拘束，上訴人欠缺從屬性格顯然。」此外，最高法院亦曾指摘下級審法院未對於「上下班打卡」之事實加以調查，因而認為原審判決違法而將之廢棄¹⁹²。綜上所述，工作時間之固定或上下班是否需打卡皆可成為是否服勞務者是否受雇主之指揮監督，而具有從屬性之具體指標之一¹⁹³。

作守則」、「誠信增員」、「維護保險或公司形象」等事項予以明定（見原審卷 64、65 頁），以禁止保險業務員以不當方法招攬保險、對要保人或被保險人為不實之說明，或為其他有違誠信之行爲，經核與保險業務員管理規則第 19 條第 1 項第 1 款至第 18 款所定保險業務員不得作為之規定大致相符（見原審卷 53 頁背面、54 頁），足見系爭管理辦法之上開懲處規定，乃係重申保險業務員管理規則之上開規定，藉以健全保險業務員之管理，兼及保障保戶之權利，自與一般勞動關係中之懲處規定，僅著眼於勞工違反其對雇主所負之勞務給付義務迥異，從而，尚難執系爭管理辦法定有約制保險業務員之懲處規定，即遽認上訴人對被上訴人有人格之從屬性。」

¹⁹⁰ 亦可參見臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 26 號：「上訴人僅是對於被上訴人招攬保險提供勞務所得之結果為考核，並非對被上訴人勞務提供之過程為考核，則雖考核結果將影響被上訴人職級甚至上訴人有權終止契約及撤銷登錄，然充其量僅能認為上開業績考核是兩造關於佣金計算方式及契約終止事由之約定，並非上訴人對被上訴人有指揮監督權限。」

¹⁹¹ 詳參臺灣高等法院高雄分院民事判決 93 年度勞上易字第 21 號

¹⁹² 參見最高法院民事判決 93 年度台上字第 1545 號：「上訴人於事實審主張：伊受被上訴人僱用後，上、下班時均須打卡，有證人高進能、高樹森、高進杰、許天保、呂安邦、張秋龍、劉明琴、梅得謹可證；又被上訴人於八十一年間承攬捷運 C—0 八標工程時，曾印製伊擔任被上訴人公司工務主任及工務經理之名片交付伊使用，榮民工程處關渡施工站有相關資料，足見兩造間確有僱傭關係存在等語（見原審卷一一六頁、一二二頁），攸關兩造間是否訂有勞動契約，係屬重要之攻擊方法。原審對於上訴人上開主張未予調查審認，遽維持第一審所為上訴人敗訴之判決，即有判決不備理由之違法。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

¹⁹³ 針對此項指標，涉及上下班需打卡者：最高法院民事判決 93 年度台上字第 1545 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞上易字第 2 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度

惟就上下班打卡而言，亦有法院認為，縱然勞工上下班無須打卡，但若有其他情事可資證明雇主對於勞工有實質上之指揮監督權，亦可認為具有從屬性¹⁹⁴。再者，縱使勞工不具有固定之工作時間，例如停車場管理員，法院在此類特殊案例中亦認定雇主於其他事項中有指揮監督之權限，且該管理員於執行業務上並無獨立自主權限，縱其間兼有承攬、委任等性質，亦應認屬勞動契約¹⁹⁵。

(4) 工作地點之指定¹⁹⁶

勞上易字第 18 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 84 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 93 年度勞再易字第 1 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度勞上字第 14 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 72 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 30 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度勞上字第 9 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上更(一)字第 1 號。

涉及固定工作時間者為：臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 53 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 94 年度勞上更(一)字第 2 號（簽到）、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 130 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上更(一)字第 16 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號、臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 130 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、最高法院民事判決 89 年度台上字 1301 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 70 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度重勞上字第 2 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上易字第 11 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上易字第 82 號

¹⁹⁴ 參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度勞上字 14 號：「被上訴人係以上訴人公司名義對外承攬工程，工程之議價亦由上訴人公司最後裁決或授權，且須按日填載日報表，向上訴人報告工程進度，上下班縱無須打卡，惟請假前仍須先向上訴人報告，並於無礙工程進行後，始得為之。足認被上訴人係在上訴人企業組織內提供勞務，非為自己之營業勞動，而係從屬於上訴人公司，為上訴人勞動，並需親自履行給付，不得使用代理人，且需服從上訴人之指示、監督，納入上訴人生產組織體系，並與同僚間居於分工合作，並有接受懲戒或處分之義務（上述業績薪資獎懲辦法參照），與上訴人公司間確具有實質上之從屬性。」另於臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 75 號中，「上訴人章程雖有經理職務之設置，惟被上訴人所任業務經理並未依公司法第 29 條第 1 項第 2 款經上訴人全體股東過半數同意，且依被上訴人所述曾被派至上訴人之關係企業廣一公司兼差、跑工地賣房子一節，復為上訴人所不爭執，堪認其與上訴人間具有從屬性之指示關係，至於被上訴人上下班須否打卡，僅屬上訴人要求勞務給付之履行方式，況以被上訴人工作內容重在房屋銷售、工地管理等對外業務，非辦公室內靜態工作性質，自難以須否打卡作為認定兩造間是否僱傭關係之依據，是兩造間應係成立僱傭契約，應適用勞基法規定。」

¹⁹⁵ 臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上易字第 105 號：「雖上訴人代收系爭停車場月租費，其代收地點並非在停車場所設之管理室，而係在其個人所經兼營之大福理髮店內，且被上訴人並未限定上訴人上、下班時間，概依上訴人理髮店之營業時間，上訴人倘臨時有事要休息，均無庸與被上訴人請假，惟其工作內容除代收月租費外，尚需看管、清掃系爭停車場，並隨時處理承租車主偶發狀況，且其收費金額及停車場之各種管理辦法，則均應依被上訴人之指示執行之，上訴人並無任何獨立裁量之權，揆諸首揭說明，兩造間具有從屬及指揮監督之關係甚明，縱其間兼有承攬、委任等性質，亦應認屬勞動契約。」

¹⁹⁶ 判決中亦提及工作地點者：臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 53 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度勞上字

有為數不少之判決認為對於工作地點之指定亦為人格上從屬性之具體判斷標準之一，例如臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號表示：「...惟依上所陳，被上訴人擔任電視購物節目主持人，有關銷售之產品、銷售產品之電視節目企劃等勞務給付內容，以及勞務提供之時間、場所等項，被上訴人無任何決定權，均須受上訴人之指示為之，則參之上開說明，已具有人格上從屬性之重要意涵，縱被上訴人於銷售產品之具體表達上有自我決定空間，亦無法更異前開人格從屬性之特質。」認為勞工對於勞務提供場所沒有決定權乃具有人格上從屬性之重要意涵，承認購物頻道之節目主持人暨演藝經紀契約屬勞動契約。

不過也有判決提及於雇主要求保險業務員出席週會、參與教育訓練之情況時，由於其僅是作為給付該業務員獎金之計算標準，故不得據此認為雇主有指揮監督之權限¹⁹⁷。

(5) 遵守公司之工作規則¹⁹⁸

一般而言，員工是否適用工作規則或服務規範，此可作為其是否受雇主指揮監督而具有從屬性之標準¹⁹⁹，惟此並非一可為獨立之判別標準，臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 20 號判決認為工作規則之遵守並非勞動契約中特殊而獨立之現象，亦得為委任契約之一部，而為雙方所遵守，不因工作規則之拘束，而可認定為勞工²⁰⁰。

第 14 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 92 年度勞上易字第 59 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上更(一)字第 16 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度勞再易字第 3 號、最高法院民事判決 89 年度台上字 1301 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 97 年度勞上易字第 7 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度重勞上字第 2 號。

¹⁹⁷ 參見臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 26 號

¹⁹⁸ 參見臺灣高等法院民事判決 95 年度重勞上字第 36 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 70 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 11 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 21 號

¹⁹⁹ 參見臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 21 號

²⁰⁰ 臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 20 號：「雖上訴人將被上訴人納入系爭工作規則規範之對象，亦屬兩造間之約定事項（詳後 6、述之），非得僅據系爭工作規則第 1 條之規定，而認定上訴人三軍托兒所內之全體員工均屬僱傭契約性質之勞工。惟按系爭工作規則係上訴人片面制定之規則，其將被上訴人納入規範對象，無論被上訴人知之而未為反對之意見或已表示同意，系爭工作規則均因之成為兩造間之約定，而構成兩造間委任契約之一部。蓋系爭工作規則係上訴人為規範托兒所之全體員工，所制定之內部規約，係屬上訴人與三軍托兒所內全體員工（包括僱傭契約之員工與非僱傭契約之員工【含委任契約之員工在內】）間之約定，換言之，在僱傭契約員工方面，系爭工作規則應作為上訴人與該僱傭契約員工間僱傭契約之一部；而在委任契約員工方面，則係上訴人與該委任契約員工間委任契約之一部，二者之雙方均應遵守系爭工作規則之規約，以維托兒所設立之宗旨，俾利托兒所設立目的之達成。系爭工作規則既係兩造間委任契約之一部分，被上訴人自應遵守系爭工作規則之規約，

(6) 人事任免權

對於高階主管之執行職務是否具有獨立性，有法院亦採取「是否有人事任免權」作為判斷之基礎，例如臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 24 號判決提到：「況被上訴人主張其對上訴人公司人員之進用或解職，均無決定之權，亦為上訴人所不爭執，且上訴人提出緊縮人事成本暫緩發放津貼獎金之方案，被上訴人亦與其他一般員工同受拘束，益見被上訴人並非具有裁量權之決策者，其職務確實係具有從屬性而非獨立性²⁰¹。」認為兩造間之契約，係屬僱傭契約，而有勞動基準法之適用。

(7) 勞務拒絕權

如前所述，臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 19 號判決認為「對於執行業務之指示有無拒絕之權」可作為勞工「人格從屬性」之具體判斷標準。而在臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上字第 11 號中表示：「…是吳永發對於被上訴人所指派之工作，既仍存有決定接受與否之自由，益徵系爭承攬契約當事人吳永發所具「人格上從屬性」之程度甚低。」乃具體地適用此「勞務拒絕權」之標準，而認定當事人間之契約為承攬。此外，在臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 70 號中，由於系爭案件中之當事人得任意拒絕被上訴人排定之課程，得隨時請假或離職，其具有拒絕被上訴人指示工作承諾與否之權利，是兩造間關於勞務之給付方面，並無指揮監督之從屬性關係²⁰²。

2、經濟上從屬性

最高法院民事判決 81 年度台上字第 347 號判決見解認為：「經濟上從屬性係受雇人非為自己之營業勞動而是從屬於他人，且是為該他人之目的而勞動。」該「是否為他人營業為勞動」之標準，亦為下級審法院所援用，如臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上易字第 11 號：「另觀諸兩造所提出系爭工作契約之

毋庸贅言，被上訴人前開辯解，無非係在闡述被上訴人與托兒所內其他員通應遵守系爭工作規則之規定，惟此乃被上訴人之依約（包含系爭工作規則在內之委任契約全部）行事，其受任人之身分，並不因此而變更為受僱勞工。故被上訴人此部分辯解，亦無足取。」相似見解臺灣高等法院民事判決 95 年度重勞上字第 19 號：「惟上開規定僅係說明其 13 職等之人員之進用方式，難以上開工作規則、人事規章與公司章程規定，即認丁○○等 48 人非勞動基準法上所稱之勞工。」，另可參見臺灣高等法院民事判決 96 年度重勞上字第 2 號

²⁰¹ 其他有相似見解者為：臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上字第 12 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 10 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 20 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 24 號

²⁰² 參見：臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 70 號：「綜上可知，包括上訴人之被上訴人語言中心兼職教師在排定課表前得以通知被上訴人而不授課，在排定課表後，其亦得隨時請假，上訴人具有拒絕工作之自由，與其被上訴人不具勞動契約之人格從屬性甚明。」

內容，均約定由被上訴人提供場所予上訴人作為經營茗點部使用，茗點部營業收入全部歸上訴人所有，此亦為兩造所不爭，是上訴人係為自己之營業勞動，與被上訴人之間即無經濟上從屬性存在。²⁰³」乃以「是否為他人營業為勞動」為經濟上從屬性之標準。

由上可知，實務對於「經濟上從屬性」概念之認定，著重在「為他人營業而勞動」，對此臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號²⁰⁴有更為詳盡之說明。亦即，在判斷上，關於生產組織體系屬於勞務受領者所有、生產工具或器械屬於勞務受領者所有，原料亦由勞務受領者所供應，責任與危險均由勞務受領者承擔，皆可成為「經濟上從屬性」判斷之具體內涵。不過，亦有法院提出其他判斷經濟上從屬性之指標，分述如下：

(1) 勞工之經濟生活依賴雇主給付之工資

如前述學說對於經濟上從屬性之理解，勞工之經濟生活依賴雇主給付之工資就此經濟上從屬性之重要內涵，此亦為判決所承認。例如臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上字第 12 號判決：「甲○○係每月向楊安公司領取固定薪資六萬元，有甲○○提出之薪資表可證（見原審卷第一四七頁），且為楊安公司所不爭執，故甲○○並非自行對外營業取得報酬，故在經濟上甲○○顯係為楊安公司服勞務而取得報酬，而具從屬性。」認為勞工每月自雇主處領取相當數額之工資乃具有經濟上之從屬性，間接承認「勞工之經濟生活依賴雇主給付之工資」之重要性。

(2) 勞工是否依賴雇主之生產資料而勞動

就經濟上之從屬性，法院有以「勞工是否依賴雇主之生產資料而勞動」作為具體表徵者，如臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號謂：「又上訴人擁有攝影棚、電視頻道等一切購物頻道所需之工具，被上訴人必須使用上訴人提供之設備提供勞務，對於設備並無任何支配管理之決定權，而須配合上訴人之組織運作。亦見兩造間之具有前開經濟上從屬性及組織上從屬性之特質。」惟縱材料、機器由雇主提供，法院亦有因勞務之提供不受雇主之指揮監督而認定當事人非屬勞作者²⁰⁵。

²⁰³ 另可參見臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上字第 11 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度勞上字第 9 號

²⁰⁴ 參見臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號：「勞務提供者完全被納入勞務受領者之經濟組織與生產結構之內，重點在於：勞務提供者非為自己而為營業勞動，而是從屬於他人、為該他人之目的而為營業勞動，勞務提供者非以自己的生產工具為之，亦不能以指揮性、計劃性或創作性之方法對自己所為工作加以影響。析言之，生產組織體系屬於勞務受領者所有，生產工具或器械屬於勞務受領者所有，原料亦由勞務受領者所供應，責任與危險均由勞務受領者承擔。」

²⁰⁵ 參見臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 84 號：「被上訴人僅提供工作場所、材料及捲

(3) 加入勞工保險

另有判決以雇主有無為勞工加入勞工保險作為指標，臺灣高等法院民事判決 92 年度勞上字第 38 號判決指出：「...再被上訴人任職上訴人公司期間，自始由上訴人為被上訴人辦理勞工保險，並負擔雇主應分擔之保險費，亦據前揭證人朱順發證述明確，且為上訴人所不爭執。以上諸情，顯與承攬契約係約定當事人間一方完成一定之工作，他方給付一定之報酬者顯有不同。」²⁰⁶惟多數之判決認為不能以有無為勞工加入勞保作為認定其具有勞動契約關係，如雇主為節省保費之因素而未為勞工投保時，仍應以其他具體情事為斷²⁰⁷。

從法院分歧的見解可得知，此一指標基本上僅能作為肯定勞工具有從屬性之補強論述，無以單獨成為一獨立之標準。

(4) 薪資高低

臺灣高等法院臺中分院民事判決 90 年度勞上易字第 9 號：「上訴人每月所受領之薪資竟高達每月十五萬五千九百五十元，顯較其他一般勞工為高，顯見該薪資並非勞務提供之對價，其勞工性更低」，因此該勞務提供者領取高薪資之事實，而認定其非屬勞工，而勞動基準法之適用²⁰⁸。然有判決否定以「薪資高低」作為判斷標準，如臺灣高等法院高雄分院民事判決 97 年度勞上字第 2 號：「…又勞

製機具，而對上訴人所提供之勞務按照其完成之件數給付報酬，但上訴人對於該日是否上班、上班之時數、完成之數量等均有相當之自主空間，尚難認其有受被上訴人指揮、監督之情事。故上訴人僅以其在被上訴人處所從事捲艾條工作，即謂其在工作時須受被上訴人之監督，不足為採。」

²⁰⁶ 採相同見解可參見者：臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 53 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上更(一)字第 1 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 23 號、臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度勞上易字第 11 號

²⁰⁷ 參見臺灣高等法院民事判決 90 年度勞上易字第 23 號：「上訴人另以被上訴人之勞保、健保均非在上訴人公司投保，據以否認兩造間之僱傭關係。然是否有僱傭關係，應以被上訴人是否受上訴人僱用從事工作，且獲致工資而定，縱上訴人未為被上訴人投保，僅屬上訴人違反行政法令及基於與被上訴人間僱傭關係所生之附隨義務，不得以其未為被上訴人投保而否定兩造間之僱傭關係。是上訴人或因為節省僱主應負擔之保費而未為被上訴人投保，被上訴人因未諳法令而自行向工會投保，多年來未曾異議，亦不足否定兩造間僱傭關係之存在。」另外最高法院民事判決 88 年度台上字第 1864 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 93 年度勞上易字第 21 號、臺灣高等法院民事判決九十年度勞上易字第二三號、臺灣高等法院臺南分院 90 年度勞上字第 9 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 95 年度勞上字第 14 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 19 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上更(一)字第 16 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度上更(一)字第 92 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 30 號等皆不採以加入勞工保險作為認定勞工之指標。

²⁰⁸ 相同見解可參見最高法院民事判決 93 年度台上字第 2098 號判決、臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 19 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度勞上字第 9 號、臺灣高等法院臺中分院民事判決 97 年度勞上更(一)字第 1 號

工之工資報酬，乃勞雇雙方依各人之自由意思所合致者，其金額多少，並無一定之標準，不能以其報酬較多即否認其勞動契約關係。上訴人辯稱其所屬員工之薪資在 22800 元至 30000 元之間，而謝弘一已 62 歲（33 年 8 月 11 日生），其報酬高達 52000 元，上訴人不可能僱用之，其與謝弘一應是次承攬關係云云。查縱令謝弘一之薪資較上訴人之其他員工為高，然因此係雙方所決定，自不能以此推認其等非勞動契約關係。」

事實上，觀察法院之判決理由可發現，縱然法院以「薪資多寡」之事實，作為勞工有「經濟從屬性」之標準，但其多為法院為了加強論證所持之理由，在具體個案上，法院多半先針對「人格從屬性」之表徵詳加判斷，於肯認該勞務提供者具備「人格從屬性」之餘，始在附帶提及其「薪資高低」之事實，而作為補充標準。

3、其他輔助標準

(1) 對於職稱相同者之認定

就對於提供勞務者之職稱，有法院見解認為：「無法以其他員工與上訴人有相同「專員」之職務稱謂，即推論兩造間有勞雇關係存在。²⁰⁹」即使其職稱與其他納入雇主生產體系之員工相同，亦不得為兩造間即有勞動關係存在之認定，仍須依其情事為實質之認定。故此而言，對於職稱相同者之認定，充其量僅能為一輔助性之標準。

(2) 投保資料及扣繳憑單等相關文件之記載

法院見解多認為不能以薪資支給明細表、各項費用匯寄明細表、各類所得扣繳暨免扣繳憑單有「本俸」、「薪資」之記載²¹⁰或者投保資料、扣繳暨免扣繳憑單及意願徵詢表²¹¹，即斷定兩造間有勞動契約存在。即使採取此標準之判決，亦為

²⁰⁹ 參見最高法院民事判決 88 年度台上字第 1864 號：「上訴人僅以每月受四千元之報酬及「專員」之稱呼，主張兩造間有勞雇契約，尚不足採。至於上訴人提出被上訴人七十四年七月二日永人七四字第○五二四號函發布原任高雄站業務員之黃財王，新任職務為「專員代主任」；同年八月十四日永人七四字第○六四一號函發布原任「秘書處高級專員」之張耀華，新任職務為「機務處副廠長」，以彼等「專員」之名銜證明伊亦係被上訴人僱用之員工，然而勞動關係是否存在，應依前開要件而定，自無法以彼等與上訴人有相同「專員」之職務稱謂，即推論兩造間有勞雇關係存在。」

²¹⁰ 參見最高法院民事判決 88 年度台上字第 1864 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 54 號、臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上更(一)字第 16 號

²¹¹ 參見臺灣高等法院臺中分院民事判決 96 年度勞上字第 9 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上易字第 82 號

附帶性之提及，並非為主要標準²¹²。

(3) 選任程序

最高法院 93 年度台上 2098 號判決提及：「上訴人係經不同於一般勞工之條件與程序，由被上訴人選任為協理並為新豐廠之廠長，足見其與被上訴人間不具適用上之從屬關係。」而臺灣高等法院民事判決 95 年度上易字第 199 號亦提出依公司法規定之程序所選任之經理人與一般勞工之任免程序有顯著不同，從而認為兩造間應屬於委任關係²¹³。但亦有判決指出，經理人與公司間之關係，兩造間之實質法律關係，仍應依其契約以為判斷²¹⁴，尚難以章程或法律之規定概認係屬委任關係。

(4) 所得報酬之計算方式

實務見解亦以所得報酬之計算方式作為判斷勞工與否之指標，特別是在保險業務員之個案中，保險業務員所領取之服務津貼視其經手或招攬之保險契約是否成立及要保人是否繳交保險費而定，法院認為係上訴人工作成果之對價，並非其提供勞務之對價，是上訴人招攬保險之工作與其所獲得之報酬，並不具有對價關係，與勞基法所稱工資係勞務之對價報酬，顯不相同。因此保險業務員必須在完成保險之招攬，促成保險契約之締結進而收取保險費後，始有領取報酬之權利，其所受領之報酬並非勞務提供之對價，與僱傭契約有異，兩造間之契約屬承攬契約²¹⁵。因而就所得報酬之計算方式作為契約認定之參考標準²¹⁶。

²¹² 參見臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 54 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 23 號及臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 76 號、臺灣高等法院高雄分院民事判決 97 年度勞上字第 2 號

²¹³ 參見臺灣高等法院民事判決 95 年度上易字第 199 號：「又依該公司 91 年 6 月 26 日修正前、後之公司章程第 27 條之記載：「本公司得設總經理一人，副總經理及經理若干人。其任免由董事會以全體董事會半數之同意為之，但副總經理及經理之任免應由總經理提名之」、「本公司得設置經理人，其委任、解任及報酬依照公司法第 29 條規定辦理及依證交法第 22-1 條、第 25 條規定辦理。經理人之職權，除章程規定外，並得依契約訂定。在公司章程或契約規定授權範圍，有公司管理事務及簽名之權。經理人職稱，由公司定之，以董事會過半數之出席，過半數同意之」等語（原審卷第 51 頁），顯見無論係依修正前、後之立大公司章程，上訴人擔任副總經理職務，須經由董事會決議之程序予以任、免，與一般員工之任用，無須經由董事會決議之程序已然不同。」、臺灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 19 號：「綜上可知，被上訴人之選任乃特地自國外延聘，並經理事會決議，由理事長與之締約，其選考過程已與上述一般員工僅由總經理簽訂等情相異。」

²¹⁴ 參見臺灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 24 號

²¹⁵ 臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 35 號：「又依被上訴人服務津貼核發辦法所訂，招攬保險之服務津貼係按上訴人所招攬且簽訂保險契約並已繳交之保險費計算，而非以招攬保險之勞務次數計算，有該辦法在卷可憑。可知，上訴人對於不特定之人招攬保險時，該不特定人僅有部分會與被上訴人訂立保險契約，上訴人招攬保險之勞務次數顯逾因此所簽訂之保險契約，而被上訴人僅係就最終訂立保險契約之要保人所繳保險費中，按一定之百分比計算

(三) 法院對於勞工從屬性之詮釋與本文分析

我國法院對於勞工定義之探討既繫於「從屬性」此核心概念，從屬性之內涵如何則為最值得探討的問題。對此，最高法院 81 年度台上字第 347 號判決中除了「親自履行」外，同時首度提出「三個從屬性」之論述（人格上從屬性、經濟上從屬性與組織上從屬性），此一論點提出後被高等法院奉為圭臬，最高法院亦多有沿用。

最高法院 81 年度台上字第 347 號判決所提出之「三個從屬性」的內容為：「一般學理上亦認勞動契約當事人之勞工，具有下列特徵：(一)人格從屬性，即受雇人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。(二)親自履行，不得使用代理人。(三)經濟上從屬性，即受雇人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動。(四)納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態。勞動契約之特徵，即在此從屬性。」最高法院於此則判決中將勞工從屬性分為三種，並同列親自履行勞務從屬性之要件，而為我國大多數之判決所沿用，但亦有法院判決將上列四項標準簡化為三種從屬性(人格上從屬性、經濟上從屬性與組織上從屬性)、二種從屬性(人格上從屬性、經濟上從屬性)，或是僅採人格上從屬性之判斷標準等，以下逐一分析之：

1、人格上從屬性

最高法院 81 年度台上字第 347 號判決見解認為，人格上從屬性係受雇人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。高等法院有為數不少之判決²¹⁷於此論點基礎上進一步闡釋人格上從屬性之內涵為：「勞動者自行

服務津貼予上訴人。亦即被上訴人於設計保險商品核定保險費時，已將服務津貼計入考量，上訴人所領取之服務津貼，視其經手或招攬之保險契約是否成立，及要保人是否繳交保險費而定，係上訴人工作成果之對價，並非其提供勞務之對價，是上訴人招攬保險之工作與其所獲得之報酬，並不具有對價關係，與勞基法所稱工資係勞務之對價報酬，顯不相同。」

²¹⁶ 參見臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上更(一)字第 16 號：「是甲○○之薪資及考核，既係依照其提供勞務所達成之結果而定，而報酬之核發，則係依展業措施之約定計算得知，其縱已為勞務之提出，例如已進行招攬客戶所必要之作為，但如客戶未因此決定訂立保險契約，甲○○即未能取得報酬，此核與勞基法第 2 條第 3 款規定之工資係基於勞工勞務提出之本身所為之對價給付之性質不符，益見兩造所成立之系爭委任契約之性質，顯異於勞務之供給與工作成果常具一定比例之按件計酬勞僱關係，亦與一般勞務報酬係相應於工作時間之長短而給付之情形相異，益徵兩造間係成立委任關係。」

²¹⁷ 例如：台灣高等法院民事判決 91 年勞上易字第 62 號、台灣高等法院民事判決 93 年勞上易字第 70 號、台灣高等法院民事判決 95 年勞上字第 67 號、台灣高等法院民事判決 93 年勞上更

決定之自由權的一種壓抑，在相當期間內，對自己之作息時間不能自行支配，而勞務給付內容之詳細情節亦非自始確定，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決定，而係由勞務受領者決定之，其重要特徵在於指示命令權，如勞動者須服從工作規則，而僱主享有懲戒權等。」

依此，可知法院認為人格上從屬性的重要特徵為「雇主的指示命令（監督）權」與「雇主的懲戒權」二者，至於雇主指示命令權的意義，最高法院 81 年台上字第 2686 號判決主張為「雇主對勞務之實施方式、時間及地點加以指示或安排之一般的監督」，高等法院判決²¹⁸亦採相近見解，但另著重於勞工有無拒絕雇主指示監督之權。以下就人格上從屬性此兩大特徵為進一步之探討：

（1）雇主的指示命令(監督)權

雇主對勞工給付勞務之指示命令程度應達如何之程度，勞工始具備人格上從屬性，法院對此之見解不一，最嚴格之標準為：「受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地²¹⁹。」亦即勞工宛如機器上的一個零件，僅得按照機器的運轉方式來給付勞務。然此論點實與勞動現實悖離，因衡諸現今公司組織基於分層負責之理念，縱為一般受僱勞工，於其權限範圍內仍擁有「部分決定權」²²⁰。因此，在審酌雇主對勞工有無指示命令權時，此並非全有或全無之問題，勞工之人格上從屬性乃相對性之概念，例如：臺灣高等法院民事判決 94 年重勞上第 17 號表示：「兩造間契約，關於上訴人對於事務之處理有高度之決定自由，不受被上訴人指揮監督，被上訴人對於上訴人勞務給付方法，其規制程度尚非高度嚴謹，總體觀察，雇主即被上訴人一般指揮監督權尚屬輕微，使用從屬關係相對而言亦屬弱化，人格上從屬性極低。人格上從屬性乃『從屬性』觀念之核心範圍，既然兩造間契約人格上從屬性極低，即非屬勞動基準法上所規定之勞動契約，並無該法之適用。」換言之，雇主是否具備指示命令權，應視雇主對勞務給付方法之規制程度，雇主有無一般指揮監督權等為中心²²¹。

（2）雇主之懲戒權與勞工對雇主指示命令權之拒絕

（一）字第 11 號、台灣高等法院民事判決 94 年勞上易字第 35 號、台灣高等法院民事判決 94 年勞上易字第 84 號、台灣高等法院民事判決 95 年勞上易字第 50 號、台灣高等法院民事判決 96 年重勞上字第 22 號、台灣高等法院民事判決 96 年勞上字第 6 號等。

²¹⁸ 例如：台灣高等法院民事判決 92 年勞上字第 55 號表示：「是否在指揮監督下從事勞動，即可由對於業務之遂行有無接受指揮監督；對於執行業務之指示有無拒絕之權；工作場所與時間有無受到拘束等三點加以判斷。」

²¹⁹ 例如：臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上易字第 49 號。

²²⁰ 參照臺灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 107 號、臺灣高等法院民事判決 92 年勞上易字第 13 號。

²²¹ 參照臺灣高等法院民事判決 95 年勞上第 67 號。

一般而言，法院論及人格上從屬性時多擴及秩序上的懲戒權，雇主懲戒權性質及效力雖有爭論，但一般而言，受雇人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務，亦即雇主有懲戒權之存在應堪認定，其得透過此權限之行使，對勞工之意向等內心活動過程達到某種程度之干涉與強制，此乃勞工具有人格上從屬性之具體表徵²²²，惟此究僅屬於勞工身分的表徵之一，非必要條件。

其次，就雇主之指示命令權，勞工具具有服從之義務，其違反的法律效果之一即為雇主之懲戒，例如臺灣高等法院 92 年勞上易字第 13 號判決指出：「是被上訴人得指定管理上訴人之工作場所、時間，評斷其工作績效，且上訴人須服從被上訴人之制度及工作規則，無拒絕被上訴人對其工作指示之自由，被上訴人對上訴人違反制度、工作規則之行爲，更得運用懲戒權。」易言之，雇主懲戒權為強制勞工接受雇主指示命令的手段，讓雇主指示命令權不致於僅供勞工參考之用²²³，因此若勞工於其職務範圍內得任意拒絕雇主之指示且雇主無制衡權限，則人格上從屬性則相對減弱，甚且可能逕遭法院否定具有勞工之身分²²⁴。

（3）勞工親自履行勞務

最高法院 81 年度台上字第 347 號判決將「勞工應親自履自勞務」作為勞工從屬性的一項獨立判斷標準，但在多則沿用最高法院 81 年度台上字第 347 號見解的法院判決中，多有將「勞工應親自履自勞務」納為人格上從屬性的判斷標準之一，亦即僅採三種從屬性論點—人格上從屬性、經濟上從屬性與組織上從屬性，甚至有法院判決²²⁵將勞工應是否親自履行勞務列為勞工從屬性的「補強要素」，非為必要之條件。

然而，依民法第 484 條第 1 項之規定，受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。因此，勞工係基於勞動契約而將自身置於雇主控制範圍內，導致勞工需受雇主之指示命令以提供勞務，故應認為「親自履行勞務」僅為人格上從屬性的表徵之一，毋需獨立為一種從屬性判斷標準。

2、經濟上從屬性

最高法院 81 年度台上字第 347 號判決見解認為，經濟上從屬性係受雇人非為自己之營業勞動，而是從屬於他人且為該他人之目的而勞動。高等法院有為數

²²² 臺灣高等法院 94 年勞上易字第 84 號民事判決參照。

²²³ 在委任關係中固然亦有指示情形，但其指示只有參考性意義，原則上受任人應獨立為委任人之利益為「思考性服從」，請參臺灣高等法院 94 年重勞上字第 16 號民事判決參照。

²²⁴ 參照臺灣高等法院民事判決 94 年勞上字第 4 號。

²²⁵ 參照臺灣高等法院民事判決 92 年勞上字第 55 號。

不少之判決於此論點基礎上進一步闡釋經濟上從屬性之內涵，例如台灣高等法院 94 年勞上易字第 35 號判決認為²²⁶：「受僱人完全被納入僱主經濟組織與生產結構之內，即受僱人並非為自己之營業勞動，而係從屬於他人，為該他人之目的而勞動，故受僱人不能用指揮性、計畫性或創作性方法對於自己所從事工作加以影響。」依此，可知法院認為經濟上從屬性的重要特徵為「為僱主之目的而勞動」，此外尚有判決提出「經營風險承擔」之論點，以下茲就此二者為進一步之探討。

(1) 為僱主之目的而勞動

勞工非為自己之營業勞動，而是從屬於僱主，為僱主之目的而勞動，並以此謀取生活，此為勞動力之利他性，我國實務幾乎一面倒地將此點列為經濟上從屬性的最重要特徵。但採此論點之見解進一步認為勞工為僱主而勞動所帶來的影響為「故受僱人不能用指揮性、計畫性或創作性方法對於自己所從事工作加以影響」²²⁷，亦即勞工無法支配自身之勞動力，悉依僱主之指示命令以提供勞務，由此觀之，勞動力利他性與上述人格上從屬性之核心概念(受僱主指示命令)相互符合。再者，依本文上述之從屬性理論，可知所謂經濟上從屬性應以「勞工之經濟生活依賴僱主給付之工資，與勞工依賴僱主之生產資料而勞動」為核心，與勞動力之利他性並無關連，法院判決之見解應對從屬性理論有誤解。

至於經濟上從屬性之下位概念，例如勞工之經濟生活依賴僱主給付之工資、勞工是否依賴僱主之生產資料而勞動等，在我國實務上反而僅屬於經濟上從屬性之輔助概念。

(2) 經營風險承擔

經營風險承擔理論原係補充勞工從屬性理論之不足而提出，以建構勞工的概念，不過經營風險理論在我國實務上則被歸納至經濟上從屬性的內涵中，例如台灣高等法院 95 年勞上易第 26 號判決認為：「勞工之勞動力需依賴僱主之生產資料始能進行勞動，對僱主有經濟上之依賴性，但勞工不需負擔企業經營之風險，故僱主是依勞工提出勞務之本身給付報酬。」又例如臺灣高等法院 96 年度勞上字第 6 號判決認為：「又上訴人擁有攝影棚、電視頻道等一切購物頻道所需之工具，被上訴人必須使用上訴人提供之設備提供勞務，對於設備並無任何支配管理之決定權，而須配合上訴人之組織運作。被上訴人依契約附件第 1 項約定，得享有每月之保障薪資，無需負擔勞務之盈虧及風險，亦見兩造間之具有前開經

²²⁶ 再請參附表二高等法院對於勞工從屬性之見解。

²²⁷ 例如臺灣高等法院民事判決 91 年勞上易字第 62 號、臺灣高等法院民事判決 94 年勞上更(一)字第 1 號、臺灣高等法院民事判決 96 年重勞上字第 22 號等。

濟上從屬性及組織上從屬性之特質。」²²⁸

惟法院於引用經營風險承擔理論時，多將其與「勞工之勞動力需依賴雇主之生產資料始能進行勞動」、「而須配合上訴人之組織運作」等其他經濟上、組織上從屬性特徵互相結合，未將其作為獨立判斷勞工從屬性之標準，故目前經營風險承擔理論在我國實務上僅具有補充判斷之功能。

3、組織上從屬性

最高法院 81 年度台上字第 347 號判決見解認為，組織上從屬性係納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態(以下簡稱「納入雇主組織」)。高等法院有為數不少之判決於此論點基礎上進一步闡釋經濟上從屬性之內涵，例如台灣高等法院 93 年勞上易第 70 號判決認為：「在現代企業組織型態之下，勞動者與僱主訂立勞動契約時，其勞務之提供大多非獨自提供即能達成勞動契約之目的，僱主要求之勞動力，必須編入其生產組織內遵循一定生產秩序始能成為有用之勞動力，因此擁有勞動力之勞動者，也將依據企業組織編制，安排其職務成為企業從業人員之一，同時與其他同為從業人員之勞動者，共同成為有機的組織，此即為組織上從屬性。」

然而，最高法院雖將「納入雇主組織」視為組織上從屬性之核心內涵，但法院見解亦有將之列為人格上從屬性內涵者，例如最高法院 90 台上 1260 號以「上訴人既非被上訴人公司編制內之記者(即未納入雇主組織)」為由，從而認為上訴人不具有人格上從屬性。

此外，亦有法院將納入雇主組織此項標準列為經濟上從屬性內涵的情形，可能之情形約有二種：其一係直接將納入雇主組織視為經濟上從屬性之內涵者，例如臺灣高等法院高雄分院民事判決 94 年度勞上易字第 12 號判決：「上訴人工作內容係供應被上訴人所屬分行行員之用餐，其服勞務之對象並非被上訴人，且被上訴人未將上訴人納入其生產組織體系，亦未使上訴人與其他同僚間居於分工合作之狀態，而與被上訴人本身之業務及營業無涉，故不具勞動契約『經濟上從屬性』之特性。」其二則係將納入雇主組織與勞動利他性兩者結合以說明經濟上從屬性之內涵，例如台灣高等法院 94 年勞上易字第 35 號判決：「受僱人完全被納入僱主經濟組織與生產結構之內，即受僱人並非為自己之營業勞動，而係從屬於他人，為該他人之目的而勞動。」依此可知，以納入雇主組織為核心的從屬性概念在我國實務上並不明確，有獨立為組織上從屬性者、有結合其他特徵作為經

²²⁸ 另可再參臺灣高等法院民事判決 94 年勞上字第 4 號、臺灣高等法院民事判決 96 年度勞上字第 6 號、臺灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 45 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度勞上字第 26 號。

濟上從屬性者、亦有作為人格上從屬性表徵之一者。

實則，勞工受雇主之指示以給付勞務雖不以納入雇主組織為必要，但是納入雇主組織而遵循一定生產秩序確顯示出雇主對勞工之指示命令權，顯見納入雇主組織應屬人格上從屬性的內涵之一，我國實務將其獨立為一種從屬性(組織上從屬性)亦應是對從屬性理論有所誤解。

(四) 小結²²⁹

綜觀法院實務見解可知，法院對於從屬性之判斷，係多著墨於「人格上從屬性」，即使論及「經濟上從屬性」或「組織上從屬性」，從判決理由之字裡行間中可得知「人格上從屬性」仍為最終影響法官心證之標準，其餘兩者多屬附帶論及。

另就具體指標而言，對於「人格上從屬性」深具影響性者為「獨立執行職務權限之有無」。亦即在具體個案中，若該勞務提供受到雇主之指示監督者，幾乎可認定其具有「人格上從屬性」，但法院仍會在個案就勞工受指示拘束之強度為判斷。而就「雇主考核懲戒權之有無」，於多數案型中亦具有相當之重要性，惟仍有法院因個案之特殊性而未為採取。至於「工作地點」、「時間」，亦多為法院判斷上之重要標準，惟因勞務型態之多樣化，工作地點、時間之標準相較於前兩者有較高之不確定性。總體而言，此四標準皆屬勞工「人格上從屬性」之主要具體標準，惟可能因特殊職業之具體執行業務的多樣性，而有不同之認定。

至於親自履行、遵守工作規則、具有人事任命權及勞務拒絕權等具體標準，無論在判決之數量或者法院理由之論述上，皆屬較為次要之標準。

就「經濟上之從屬性」，法院於理由欄中所用之文字論述甚少，就各項標準而言，於判定勞工身分時，顯然不足以作為強而有力之表徵。以「加入勞工保險」之表徵為例，不採此標準之判決較採用的判決多；又以薪資高低而言，多半侷限在法院認定經理人及高階主管之案型中始為出現，且多屬附帶標準。故可見我國法院所建構的「經濟上從屬性」對於從屬性之認定並不具有高度重要性。

最後，針對其他輔助標準之判斷，通常無法作為判斷勞工身份之主要獨立標準，只有於無法以其他主要參考標準而為判斷時，始得引之作為輔助性之參考。

²²⁹ 洪瑩容、邱羽凡，「論勞動基準法上勞工之定義」，載於：國科會勞動基準法註釋計畫研究團隊主辦，勞動基準法註釋計畫研討會會議手冊（國立政治大學綜合院館北棟 13 樓法學院會議室，2008 年 7 月），10-30 頁

三、外國法對於勞工定義之討論

以從屬性來判斷當事人之勞務提供契約是否為勞動契約並非我國所獨創之判斷方法，在德國法上以從屬性作為判斷標準而形成勞工之概念已有近看百年之發展歷史而得作為在我國判斷從屬性之借鏡，故以下乃先介紹德國法上對於勞工從屬性要件之認定基準乃其歷史發展。又，在作為日本勞動大臣諮詢機關的勞動基準法研究會於 1985 年提出了「關於勞動基準法之『勞工』的判斷基準」（「労働基準法の『労働者』の判断基準について」）報告書，該報告書所提出之判斷基準受到廣泛地承認，因此本文亦對之及學說上的檢討作簡要介紹。

（一）德國法²³⁰

目前德國勞動法界之通說（尤以德國聯邦勞工法院之判決為代表，學界中多數之見解亦與德國聯邦勞工法院之判決相同）認為勞工係指基於私法上勞動契約而負有為他人提供從屬性勞務之人。至於所謂從屬性勞務之從屬性所指為何，德國聯邦勞工法院認為應係指人格上從屬性，而非經濟上從屬性。此一看法基本上係沿續戰前帝國勞動法院之見解。

在 1930 年之前，帝國勞動法院之判決均係以經濟上從屬性作為勞工從屬性之判斷標準。但自 1930 年 2 月 15 日之判決時起²³¹，即改採人格上從屬性為認定標準。該判決認為：人格上從屬性與經濟上從屬性有其關連性，有人格上從屬性者多亦有經濟上從屬性，因為人格上從屬性通常亦會表現為經濟上從屬性，反之亦然。惟勞工必定有人格上從屬性，蓋當時之勞工均係大量地被集中納入雇主所設之固定的勞動場所與組織，且全部均受制於一個統一的、一體的雇主權力之支配，但就個別勞工觀之，則並不一定會有經濟上從屬性，蓋勞工之工資有時並不一定為該勞工之主要收入來源，故對雇主並不一定具有經濟上之從屬性、依存性；再者，經濟上從屬性亦非勞工始專有之特徵，社會上其他人士的契約關係亦多常有之，例如在貸款企業與金融機構間之關係中，貸款企業即常具有經濟上從屬性，且其經營亦多會受到借款金融機構之介入、干涉；又例如在下游企業對上游企業的依賴、依存關係上，下游企業亦具有極高度的經濟上從屬性。由經濟上從屬性固然可導出社會保護需求，但因經濟上從屬性與由之而產生的社會保護需求並非只有勞工始專有，因此，經濟上從屬性不得作為有效界定勞工定義之要件。

此一判決固有其說理，惟帝國勞動法院之所以改變見解亦應是同時受到下列因素之影響：當時德國勞動法院法正在進行修正，且將勞動法院之審判權限擴張

²³⁰ 關於介紹德國法上從屬性概念之中文文獻，有參見：拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997 年 5 月），66-71 頁；林更盛，「勞動契約之從屬性」，載於：氏著，『勞動法案例研究（一）』（翰蘆，2002 年 5 月），12-15 頁；楊通軒，『個別勞工法—理論與實務』（五南，2010 年 5 月），132 頁以下。

²³¹ RAG, ARS 8, 451, 452.

及於所謂具有經濟上從屬性之「準勞工」(類似勞工)。原本多以承攬之方式進行勞務提供，故身分乃屬承攬人之自營作業者，現因其社會經濟地位與處於勞動關係下之勞工相類似，故在特定問題上應視同勞工一併予以相同之保護，且在勞動法院法中亦擴張審判權及於此等人士，以求在訴訟上亦充分保護之。而正因為在勞動法院法中提及「具有經濟上從屬性之準勞工」(類似勞工) 云云，而準勞工、類似勞工又非真正之勞工，故顯然立法者並非以經濟上從屬性作為勞工之必備要件、要素，受此立法者立法之影響，帝國勞動法院即亦隨之變更其過去所持之見解²³²。

在二次大戰後，德國聯邦勞工法院於 1962 年首次表示見解時，即沿續戰前帝國勞動法院之此一看法，並認為所謂人格上從屬性有無的認定應取決於各該當工作之特性，其實並無一體適用於各個案例、適用於所有勞工之抽象標準²³³。在大多數的相關判決中，德國聯邦勞工法院將人格上從屬性主要是解為「受雇主指示權之拘束」(Weisungsgebundenheit) 之謂，但在某些案例中，則又認為有時此一「受雇主指示權之拘束」要件並非絕對必要。綜言之，德國聯邦勞工法院為勞工人格上從屬性之認定問題提出一連串之主要的與輔助的參考表徵 (Indizien)。在德國聯邦勞工法院所提出之諸種表徵中，主要之參考表徵有如下三者：

- 1、受雇主指示權之拘束：所謂受雇主指示權之拘束乃是指勞工提供勞務之方式、種類、地點、每日工作時間以及契約存續期間等均係由雇主片面以指示權決定之，勞工基本上對之並無自由決定之權利。在個案的判斷中，此種受拘束的程度強弱亦均有所不同，程度強者，當然也就多是勞工，但程度弱者，也並非即非屬勞工，是否為勞工，一切仍應取決於個案事實與特性²³⁴，換言之，一勞務提供者若在勞務之專業上、技術上亦受雇主指示權之拘束 (fachliche Weisungsgebundenheit)，亦即須依從雇主之口頭與書面的指示、指揮者，則亦屬勞工具具有人格上從屬性之表徵，但缺少此一表徵者，亦不表示即非屬勞工，蓋在今日社會中，有許多勞務係完全委由勞工之創造力、創意及專業獨立性等，始能完成者，尤其是技能愈高之勞務常更係如此²³⁵。
- 2、納入他人 (即雇主) 之生產領域或勞動組織之內：此點亦係人格上從屬性之重要表徵之一。通常在雇主所指定之時間與場所提供勞務者，即得認定為被納入雇主之勞動組織，但若所提供之勞務甚為特殊，例如芭蕾舞教師、舞台表演藝術者等，雖亦在一定時間、一定場所提供勞務，但此等人並不一定為勞

²³² 僅參見 Rancke, Die freien Berufe zwischen Arbeits und Wirtschaftsrecht, 1978, S.33 f.; Wank, aaO., S.12 f.; jeweils m.w.N.

²³³ 參見 BAG NZA 1992, 36, 37; 407, 408f.; 899, 900; AP Nr.24, 26 zu §611 BGB Abhängigkeit; MK-Sölner, § 611 BGB Rn.130; Zölner/Lowitz, Arbeitsrecht, 1992, §4 III 5; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, §8 II 3 a-f; Berger-Delhey/Alfmeier, NZA 1991, 257 ff.; Wank, DB 1992,90 ff.; Kunz/Kunz, DB 1993, 326, 327.

²³⁴ BAG, NZA 1992, 407, 408; MK-Arbeitsrecht/Richardi, aaO., §23 Rn.19 ff. m.w.N.

²³⁵ BAG, NZA 1992, 407, 410; AP Nr.21, 34, 42 zu §611 BGB Abhängigkeit; LAG Berlin, AP Nr.50 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

工，仍應斟酌個案中之所有事實，始能決定之²³⁶。

- 3、勞務提供者如其全部之勞動力均供利他之目的，受他人使用（指供雇主支配使用），以致於勞務提供者本身無法再支配自己之勞動力，且再無以企業活動參與市場運作之可能性者（即勞動力之純粹利他性），即應具備人格上從屬性，故應屬勞工²³⁷。惟若勞務提供者所擔任之工作係工作時間甚短之兼差工作，亦不得認為應不具人格上從屬性，而非屬勞工，仍應斟酌個案所有事實後，始能決定之²³⁸。

以上三者乃是判斷勞工之人格上從屬性時，最為重要、最具決定性的三個參考表徵。惟此等表徵之重要性程度如何，仍應依個案事實及特殊性定之。具備此等表徵者雖並不一定即當然具備人格上從屬性而必為勞工，但通常應即是勞工，而欠缺此等表徵者亦並非一定當然不具備人格上從屬性而必非屬勞工²³⁹。

若依前述三個重要表徵仍無法在斟酌個案事實後，清楚判斷提供勞務者是否具備人格上從屬性，則德國聯邦勞工法院認為亦得再參酌下列諸輔助性參考表徵：

- 1、提供類似或相同勞務者之認定結果為何？是否為勞工？若是，則亦可能得將當事人認定為勞工。惟此一表徵並不能作為絕對標準²⁴⁰。
- 2、契約當事人對提供勞務之一方的稱謂是否為勞工？惟此一表徵的參考價值較低，蓋是否具備人格上從屬性，應依個案客觀事實認定之，始為正確²⁴¹；亦即應對勞工所擔任之工作採實質認定方式，而非純依其工作之職稱即驟然下斷語，例如某些特殊行業之從業員工都泛稱為經理、副總等等，此時不應僅依其職稱即認定為係主管人員或是公司法上之經理人，乃屬委任關係，而應採實質認定，探究其實際所擔任之工作性質為何，始能判斷之。
- 3、所得報酬之計算方式為何？係固定薪資，或是變動薪資，抑或是計件工資，或根本不稱之為工資、薪資？又，在我國則尚可觀察所發給之所得稅扣繳憑單中所表明之所得項目究竟是薪資或是鐘點費、稿費等其他項目，若是當事人所得之報酬並非稱之為工資或薪資，而扣繳憑單上所載項目亦非薪資，則當事人即可能較偏向非勞工。惟此點亦應不得作為認定是否具備人格上從屬性之絕對標準²⁴²。

²³⁶ BAG, NZA 1992, 407, 409 f.; Berger-Delhey/Alfmeier, aaO., 258; Kunz/Kunz, aaO., 327; jeweils m.w.N.

²³⁷ BAG, AP Nr.20, 28 zu §611 BGB Abhängigkeit; NZA 1993, 174, 175; 1992, 36, 37; 894, 895; Schaub, aaO., §8 II 3 d; Berger-Delfey/Alfmeier, aaO., 258 f.; Kunz/Kunz, aaO.; Lieb, Arbeitsrecht, S.5 ff.; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S.12 ff.; Heuberger, aaO., S.78 ff.m.w.N.

²³⁸ BAG, NZA 1992, 407, 409; Berger-Delhey/Alfmeier, NZA 1991, 537, 538 f. m.w.N.

²³⁹ BAG, NZA 1992, 407, 408.

²⁴⁰ BAG, AP Nr.53 zu §611 BGB Abhängigkeit.

²⁴¹ BAG, NZA 1993, 174, 175; 1992, 407, 408; 899, 900; Berger-Delhey/Alfmeier, aaO., 260.

²⁴² BAG, NZA 1992, 407, 409.

- 4、是否代為扣繳薪資所得稅及社會保險費用？若是，則可能較偏向勞工，惟此點雖可供參考，但亦不得作為認定是否具備人格上從屬性之標準，蓋當事人亦有處理錯誤或作假之可能²⁴³。
- 5、勞務提供者在疾病及休假期間中，契約相對人是否仍然繼續支付工資²⁴⁴？若是，則較偏向勞工。
- 6、是否有開具工作證明，或如勞工保險資料、勞工名冊、工資清冊之證明等，若有，則較偏向勞工。
- 7、是否承擔企業經營風險²⁴⁵或工作危險？若是，則較偏向非勞工。

總之，以上參考表徵均非具有決定性之獨立判斷表徵，只有於無法依前述三個主要的參考表徵判斷時，始得引之作為輔助性參考而已（同時具備表徵愈多，則愈傾向勞工）。但此等輔助性表徵之不存在亦不表示並不具備人格上從屬性而非屬勞工²⁴⁶。

若是所涉及者乃是極難清楚判定之灰色案例，亦即關於具備與不具備人格上從屬性之諸表徵的數量與諸表徵重要性之累積二者均不相上下而無法認定時，則依德國聯邦勞工法院之見，此時應基於契約自治原則（Vertragsautonomie）取決於當事人之意思表示（Parteiwille）定之²⁴⁷，也就是說在此種情形發生時，前述輔助性表徵之 2、4、6 所表現出來之契約當事人之意思即具有決定性之意義！

德國勞動法界對德國聯邦勞工法院前述見解批評漸多，蓋實在太過於模糊，欠缺法律明確性，且欠缺法律安定性，常常完全取決於法院之主觀恣意認定！但究竟應如何改進？究竟應探討一個一體定義，以之適用於所有法域、所有勞工？或是定出一法域範圍定義，例如勞動法有勞工之定義，憲法亦有勞工定義，社會法亦有勞工定義²⁴⁸，各法域自行定出本身之定義，與其他法域無關？或者是採具體問題取向，即使同一法域中的每一個別單行法亦均得有自己之勞工定義，蓋每一單行法均有不同之規範目的，故亦得有不同之勞工定義，例如勞基法之勞工定義與工會法之勞工定義、勞工保險條例之勞工定義等等，並不一定必須相同？或者根本就不就勞工概念作定義，而只予以類型化，如此則較具開放性，不會如定義多是一種封閉式的事實描述，因而可包容各種型態之勞務給付的變化、演進？究竟應如何處理較為妥當，爭論頗多，眾說紛紜，尚無定論。

²⁴³ BAG, AP Nr.16 zu §611 BGB Abhängigkeit; AP Nr.43 zu §611 BGB Lehrer, Dozenten.

²⁴⁴ BAG, NZA 1992, 407, 409.

²⁴⁵ BSG, DB 1992, 1835; NZA 1991, 907, 908; Wank, DB 1992, 90, 92; ders., Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S.122 ff. und 261 ff.; Berger-Delhey/Alfmeier, NZA 1991, 257, 259.

²⁴⁶ Berger-Delhey/Alfmeier, aaO., 259 f.; Kunz/Kunz, aaO.

²⁴⁷ BAG, AP Nr.6, 7, 12, 53 und BSG, Nr.29 zu §611 BGB Abhängigkeit; Germelmann/Matthes/Prütting, § 5 ArbGG, Rn.5; Berger-Delhey/Alfmeier, aaO., 260; Kunz/Kunz, aaO. m.w.N.

²⁴⁸ 德國之聯邦社會法院即擴大「勞工」之定義而將家庭婦女（即職業為「家管」）亦視為社會保險上之僱傭關係的受僱人、勞工，同受社會法之保障。

(二) 日本法

依日本勞動基準法第九條之規定，該法所謂的勞工係指「不問職業種類，受前條之事業或事務所僱用而被給付工資者」，故日本之勞動基準法判斷勞工之標準係在雇主指揮監督下勞動，並接受勞動對價之工資，亦即所謂「使用從屬性」。而在具體個案中究竟應如何判斷，日本的勞動基準法研究會於 1985 年曾整理判例而提出「關於勞動基準法之『勞工』的判斷基準」報告書，可作為我國之參考²⁴⁹。

1、關於勞動基準法之「勞工」的判斷基準報告書之內容與特徵

首先，在判斷時不應拘泥於形式究係採用僱傭契約或承攬契約，而應由勞務提供之形態、報酬之勞務對價性以及相關因素觀察之，以進行綜合判斷。在此前提下，勞動基準法研究會建議判斷「使用從屬性」之基準，包括「指揮監督下之勞動」的判斷標準與「報酬之勞務對價性」的判斷標準，詳述如下：

(1)「指揮監督下之勞動」的判斷標準，包括：

- A、對於工作之委託、執行業務之指示是否有拒絕權：如果對於工作之委託或執行業務之指示，有加以拒絕之自由時，即難謂係從屬他人提供勞務；反之，若無拒絕之自由，則可推定具有指揮監督關係。
- B、對業務之執行、完成過程中有無受指揮監督：關於業務之內容及執行之方法，如須接受具體的指揮命令，則應係判斷指揮監督關係存在與否之基本且重要的因素。又，如接受命令或指示時，即有從事通常已約定之業務以外的其他業務之情形，則此亦可作為認定受指揮監督之補強標準。
- C、拘束性之有無：若工作場所與地點受到指定與管理時，一般而言，應屬受到指揮監督。
- D、代替性之有無：若本身之勞務得委由他人代為提供時，應構成否定指揮監督關係之因素。

(2)「報酬之勞務對價性」的判斷標準：雇主對勞工所支付的報酬，只要是勞動的對價，不問其名稱為工資、津貼、獎金等，皆屬「工資」。報酬如係相應於工作時間之長短而給付，例如遲到、曠職時扣薪、加班時另發給加班費，此亦是判斷「使用從屬性」之輔助標準。

若依上述二判斷標準仍無法明確判斷勞工之使用從屬性，則該報告書復又建議下述之補強判斷「勞工性」的標準，包括：

(1) 雇主性之有無：勞工原則上並無機械、器具、原料等生產資料，但在特別

²⁴⁹ 勞働省労働基準局編，『労働基準法の問題点と対策の方向—労働基準法研究会報告書』（日本労働協会，1985年12月），53頁以下。關於此報告書之中文介紹文獻，可參照：劉志鵬，「論勞動基準法上之「勞工」」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000年5月），15-17頁。

情形，勞工若自己擁有高價之器具而為他人服勞務，則並不宜以上述兩個判斷標準來定是否為勞工，而應將該勞務提供者是否具備「雇主性」一點一併判斷。包含：

A、機械、器具之負擔關係 - 勞動者本人所有之機械、器具若價值不高，則固不成問題，但若為高價之物，且係為自己之計算及危險負擔而經營事業者，則應具有高度的「雇主性」，「勞工性」自然減低。

B、報酬額之關係 - 所取得之報酬額與同一企業內從事同種工作之其他正式員工相較時，顯然明顯偏高，則該報酬即顯然並非單純之勞動的對價而已，而是基於為自己計算及危險負擔而經營事業的所得，此時其「雇主性」增強。

C、其他：勞動者若自行負擔其在執行業務過程中所造成之損害，則其雇主性較強。

(2) 專屬性之程度：若勞動者受到限制而不得為其他雇主服勞務，或因無足夠之餘暇等原因而事實上無法為其他雇主服勞務，則此時該人之「勞工性」強。

(3) 其他：

A、採用之選考過程與一般勞工大致上相同；

B、所領之報酬被雇主預扣所得稅；

C、屬勞工保險之適用對象；

D、有工作規則等服務規則之適用；

E、有員工退職金及其他福利制度之適用。

在本報告書中，舉出了「雇主性」作為補充的判斷標準，然後此要素比起對於雇主指揮命令之拘束，毋寧是屬於對於雇主的經濟從屬性。換言之，該報告書除了重要人格上從屬性之要素外，同時兼採經濟上從屬性之要素。相對於嚴格區分人格上從屬性與經濟上從屬性而僅以人格上從屬性為勞工概念之判斷標準，本報告的特徵乃為二者混用，不過雇主性之有無僅是補充性的要素²⁵⁰。

2、學說上之檢討

對於上述的報告書，有學說認為有下列問題。首先，以極多樣要素之綜合評價判斷勞動者性之方法，乃有欠缺客觀性與預測可能性之問題。又，在上述的判斷基準中，工作規則之適用、勞動或社會保險之適用、所領之報酬被雇主預扣所得稅等雇主可以自由操作之要素占了重要之地位，而有允許脫法的「非勞工化」

²⁵⁰ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003年3月），147頁（橋本陽子執筆）。

問題²⁵¹。再者，將勞工性的判斷重點置於指揮命令關係（人格上從屬性）之存否的方法是否適切乃有再檢討的必要。因為如此的判斷基準會造成儘管是在經濟上和勞工有同樣之保護必要者，但因指揮命令關係的薄弱而將之不列為勞工之結果。此外，雖然通說對於勞基法等採取了統一判斷是否為勞工之立場，但此種方法是否可以對應勞基法等規定內容的多樣化？而將非勞工者從保護的範圍中全面排除是否妥當亦有所問題²⁵²。

而對於灰色案例的處理方式，雖有學說認為在有客觀合理之理由而得承認當事人有迴避勞動法適用之意思等一定的客觀要件時，是否適用勞動法令可以委由當事人之意思而決之²⁵³。然而多數學說對於如此的見解持保留的態度，認為即使勞工之同意為其真意，但以同意而排除適用乃有違勞基法等強行法規定性質²⁵⁴；或是認為將勞基法適用之有無委由實力關係有所差距的當事人決定乃有所不當²⁵⁵。

另，對於是否應該繼續維持「統一的勞工概念」，在學說上亦有所爭議。有認為是否適用勞動保護法令或判例所設定之法理等，僅以使用從屬關係為指標在不同的狀況下可能會欠缺合理性，因此提出了「相對的勞工」概念，認為需按所適用之制度或規則之目的而定²⁵⁶。然而批評者認為按勞基法之各個規定而設想勞工之概念在解釋論上及現實的判斷上均是有所困難，特別是對於以刑事罰確保實效性的勞動基準法，按規定而異其適用範圍更是有所不妥²⁵⁷。

相對於上述的「相對的勞工」概念，另有學說認為勞基法的勞工是統一的概念，其判斷的基準較以往將重心更置於經濟上與組織上的從屬性²⁵⁸。對於即使不能說是勞工，但和勞工有同等保護必要者，應承認有解僱權濫用法理等一般條項規定的類推適用²⁵⁹。此外，亦有學說以此為基礎，提出了「契約勞工」之概念，提倡對於如同德國法上之「準勞工」者應以立法明確保護²⁶⁰。

²⁵¹ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003年3月），146頁（橋本陽子執筆）。

²⁵² 西谷敏，『労働法』（日本評論社，2008年12月），56-57頁。

²⁵³ 柳屋孝安，『現代労働法と労働者概念』（信山社，2005年10月），347頁以下。

²⁵⁴ 西谷敏，『労働法』（日本評論社，2008年12月），58頁。

²⁵⁵ 荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），54頁。

²⁵⁶ 下井隆史，『労働契約法の理論』（有斐閣，1985年12月），47頁以下；下井隆史，『労働基準法（四版）』（有斐閣，2007年11月），30-31頁。

²⁵⁷ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003年3月），149頁（橋本陽子執筆）。

²⁵⁸ 西谷敏，『労働法』（日本評論社，2008年12月），57頁。

²⁵⁹ 島田陽一，「雇用類似の労務供給契約と労働法の適用に関する覚書」，載於：西村健一郎等編，『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古稀記念』（有斐閣，2003年4月），60頁；土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008年8月），51頁；西谷敏，『労働法』（日本評論社，2008年12月），57頁。

²⁶⁰ 鎌田耕一，『契約労働の研究—アウトソーシングの労働問題』（多賀出版，2001年2月），125頁以下；鎌田耕一，「契約労働者の概念と法的課題」，労働法学会誌112号（2003年11月），128頁以下。

四、對於具體案例之認定

關於判斷是否屬勞動契約之具體案例中，特別容易產生問題者就屬經理人與保險業務員。因前者和「委任契約」有若干之重疊性，後者則與「承攬契約」間有模糊地帶，致使在實務的判斷上迭生爭議，特別是在判斷相對人若欲與之終止勞務給付契約時，是否需有勞動基準法第十一條與第十二條所列各款之終止事由，以及是否需對之給付資遣費或退休金等。以下乃分別對之加以探究。

(一) 經理人

依民法第五二八條之規定，所謂之委任乃係指委任人委託受任人處理事務，此「處理事務」與民法第四八二條僱傭契約所謂的「服勞務」有何差別？雖最高法院民事判決 80 年度台上字第 230 號謂：「查所謂委任，係指委任人委託受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理。故受任人給付勞務，僅為其處理事務之手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。至僱傭，則指受僱人為僱用人服勞務之契約而言。僱傭之目的，即在受僱人單純提供勞務，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地²⁶¹。」然而，經理人契約究屬處理事務或服勞務？在我國實務上目前關於經理人契約之法律性質主要有下列諸說²⁶²：

1、形式認定說

採取此說之見解認為依公司法第二九條第一項與第一九二條第四項制定法已規定具備經理人身份或職稱者，其與勞務受領者之法律關係應屬委任關係；又因委任關係與勞動關係無法併存，因此，應認為該具有經理人身份者無勞動基準法之適用。觀察採此種說法之見解，其多半迴避學者於討論勞動契約性質時所採之「從屬性」認定，而係逕自強調具有經理人之身分或職稱時，其與勞務受領者間之法律關係即屬委任關係，委任契約之受任人於處理一定目的之事務時具有獨立之裁量權，與勞動基準法所稱受僱主指揮監督之勞工身分有所不同²⁶³。

舉例而言，台灣台北地方法院民事判決95年度勞訴字第21號謂：「按『公司

²⁶¹ 其他持相同見解之判決，例如：最高法院 85 年度台上字第 2727 號民事判決、最高法院 83 年度台上字第 1018 號民事判決、最高法院 84 年度台上字第 2702 號民事判決。

²⁶² 關於我國實務上目前關於經理人契約法律性質相關判決之整理，請詳參：張詠善，「勞動契約與其他勞務契約之區辨－以經理人契約為中心－」，全國律師 14 卷 4 號（2010 年 4 月），61-71 頁；張詠善、羅硯文，「勞動契約與其他勞務契約之區辨－以經理人契約與保險業務員契約為中心－」，載於：國科會勞動基準法註釋計畫研究團隊主辦，勞動基準法註釋計畫研討會會議手冊（國立政治大學綜合院館北棟 13 樓法學院會議室，2008 年 7 月），62-68 頁及 85-99 頁之附表。

²⁶³ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），62 頁（王松柏執筆）。

得依章程規定置經理人，經理人有二人以上時，應以一人為總經理，一人或數人為經理；經理人之委任、解任及報酬，在股份有限公司須有董事過半數同意；置有總經理之公司，其他經理之委任、解任，由總經理提請後，依前項規定辦理；經理人須在國內有住所或居所。」，又公司之經理人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。修正前公司法第二十九條、第八條分別定有明文。足見經理人（包括總經理）在執行職務範圍內，為公司之負責人，而其委任及解任均須依法定程序為之。依前述程序而設置之經理人，公司法顯已明文規定屬於「委任關係」。法院認為因經理人之委任與解任程序均需依公司法之規定，而公司法並將之定位為委任關係²⁶⁴。

惟，台灣高等法院民事判決90年度勞上字第13號謂：「按經理人與公司間固屬『委任』關係，非勞動基準法所稱的勞工，而無勞動基準法之適用，惟必以經『依公司法』之程序委任之經理或總經理等為限，此細繹公司法第二十九條之規定、最高法院八十三年度台上字第72號判決及同院八十三年度台上第一〇一八號判決意旨，及行政院勞工委員會八十年五月卅日台勞動一字第12352號函釋自明。」因此，上開見解之前提必須該勞務給付者為經「依公司法」之程序委任之經理或總經理，否則仍非屬委任關係。

然而，即使依此說認定經理人契約之法律性質為委任契約，亦得就退休金或其他勞動條件與勞務受領者約定，至於其所得約定之內容，法無限制，縱係比照勞動基準法之某項規定或某種計算標準，亦無不可²⁶⁵。

2、實質認定說

採取此說之見解認為公司員工與公司間究屬僱傭關係或委任關係，應依契約之實質為斷，而非以員工之職稱定之。若經理人就勞務之給付具有公司法上之實際職權，則應就此實質認定該經理人與勞務受領者間之法律關係為委任契約，不拘泥於其間之契約稱謂或該經理人之職稱而為解釋。至於公司法第二九條僅為經理人任免之規定，非謂擔任經理人之職務者與公司絕無僱傭關係可言，否則公司如有意使員工不適用勞動基準法，竟可藉該規定擢升其為經理人，自非合理²⁶⁶。

舉例而言，台灣高等法院台南分院民事判決90年度勞上字第9號謂：「於判斷

²⁶⁴ 其他採形式認定說之判決有：最高行政法院 86 年度判字第 2568 號、最高行政法院 87 年度判字第 909 號、最高行政法院 92 年度判字第 1539 號、台灣高等法院民事判決 87 年度勞上字第 17 號、台灣高等法院民事判決 89 年度勞上字第 20 號、台灣高等法院民事判決 90 年度勞上字第 72 號、台南地方法院民事判決 88 年度勞訴字第 2 號、台北地方法院民事判決 89 年度勞訴字第 2 號、台北地方法院民事判決 95 年度勞訴字第 21 號等。此外，亦有勞委會之解釋令採取此形式認定說，如：(83) 台勞動一字第 34692 號函。

²⁶⁵ 如台灣台中地方法院民事判決 86 年度勞訴字第 6 號。

²⁶⁶ 參照台灣台中地方法院民事判決 87 年度勞訴字第 41 號。

公司與經理人間究屬委任關係抑或勞動契約關係時，究應端視公司與經理人間之實質關係為何，不宜就職位而為形式上之觀察；易言之，若公司負責人對經理人，就事務之處理，具有使用、從屬與指揮命令之性質，且經理實際參與生產業務，並無委任關係中之裁量權及自主權者應認屬勞動契約之範疇，即有勞動基準法之適用；反之，則否。申言之，本院認為公司經理與公司間究屬委任契約關係抑或勞動契約關係，當以經理與公司間之實質權利、義務關係如何資為判斷之準據，而非一律均認經理、甚或副總經理與公司間即屬委任關係，自不待言。」亦即持此見解者認為經理人之職稱並不具任何重要性，關於其契約之定性仍需以其是否對公司有從屬性為斷。而此實質認定說為司法院第一廳²⁶⁷與多數之法院之判決所採²⁶⁸。

3、折衷說之一：兼採形式認定說及實質認定說

採此說之見解認為於認定經理人契約之法律性質時，應兼採上開之形式及實質認定二說。申言之，該經理人必須依公司法之程序委任，並且實質上認定其勞務給付具有高度裁量權或自主權者，方得將其與勞務受領者之法律關係定性為委任契約，否則均屬勞動契約。換言之，若採本說見解將使經理人契約之法律性質被認定為勞動契約之可能性擴大，而使經理人納入勞動基準法之保障範圍亦較前二說為廣。

例如台中地方法院民事判決 87 年度勞訴字第 16 號謂：「當事人具備公司法上經理人形式要件：A、為經理人之委任、解任，被告均依該公司章程第二十條及公司法第二十九條規定，由董事過半數同意，B、並依公司法第四百零二條規定，對原告為經理人之委任、解任及持有公司股份數等等，均於到職、離職後十五日內向主管機關申請登記。…原告任經理、協理及總經理計約二十五年，理應有相當之獨立裁量決定處理公司事務之權限，核係對營業之經營有影響力或決定權之高級職員。雖其在事務之處理上，或有接受被告公司董事會指示之情事，惟乃屬為公司之利益為思考地服從，其仍可運用指揮性、計劃性或創作性，對自己

²⁶⁷ 司法院民事廳（83）台廳民一字第 11005 號。

²⁶⁸ 其他採此說之判決者，例如有：最高法院民事判決 88 年度台上字第 1364 號、最高法院民事判決 90 年度台上字第 1361 號、最高法院民事判決 88 年度台上字第 1795 號、最高法院民事判決 91 年度台上字第 2405 號、最高法院民事判決 93 年度台上字第 185 號、最高法院民事判決 93 年度台上字第 2305 號、最高法院民事判決 95 年度台上字第 1163 號、最高法院民事判決 95 年度台上字第 1175 號、最高法院民事判決 95 年度台上字第 1492 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 60 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 160 號、台灣高等法院民事判決 85 年度勞上字第 47 號、台灣高等法院民事判決 93 年度勞上更（一）字第 16 號、台灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 18 號、台灣高等法院民事判決 93 年度重勞上字第 19 號、台灣高等法院台南分院民事判決 93 年度勞上字第 3 號、高雄高等行政法院 93 年度簡字第 54 號、台中地方法院民事判決 87 年度勞訴字第 41 號、台南地方法院民事判決 92 年度勞訴字第 24 號等。

所處理之事務加以影響，與勞動契約之受僱人，在人格上及經濟上完全從屬於雇主，對雇主之指示具有規範性質之服從，並不相同。是原告之工作，既有自行裁量決定處理一定事務方法之權限，並非單純以給付勞務為目的，其與被告間應屬委任關係，並非勞動基準法所稱之勞工。」法院於此判決中兼採形式及實質之認定標準，認為當事人間之契約關係為委任，而非屬勞動契約²⁶⁹。

4、折衷說之二：先以形式認定說為主，再輔以實質認定說

採此說之見解認為：須先就該經理人是否係依公司法所規定之程序所委任，若是，其必屬委任契約中之受任人；若否，再經由實質認定其勞務之提供是否具有高度裁量權或自主權，若有，亦可認定為委任契約中之受任人。亦即雖兼採形式與實質認定二說，惟與前說不同之處在於本說兼採形式與實質二說係但為層次且前後適用之認定。此外，採取本說結果將有擴大了委任契約範圍之可能性，而適用之結果乃與前說前說限縮委任契約之範圍有所不同。

在學說中有採取本說者認為我國公司法第二九條既已界定依公司法所選任之經理人與勞務受領者間之法律關係為委任關係，而解釋上並非勞動基準法之適用對象，此為我國法制之特徵，應宜予重視並尊重。至於非依公司法委任之經理人，則不應受其職稱或頭銜所限，而宜以勞動基準法第二條第一款之勞工定義與勞動契約法第一條所定之從屬性，為個案且具體之認定，方屬正途²⁷⁰。

採本說之實務見解如臺北地方法院民事判決 94 年度重勞訴字第 7 號明揭：

「按勞務給付之一方具有經理、總經理的身分地位，由於公司法第 29 條第 1 項已規定具備該身分、職稱者，其與公司的關係屬於委任，而委任關係與勞動契約關係不可併存，致無勞基法之適用，非屬勞基法上之勞工。此乃依據公司法委任之經理、總經理因受任經營事業，有較大自主權，自不屬於勞法所之勞工；至非依公司法委任，且僅是單純受僱用從事工作獲致工資，則其身分應依事實認定，若非屬委任關係者其勞動條件自應依勞基法辦理。」即採取此種二階式的認定方式。

此外，此說主要為勞委會之解釋令所採，如（81）台勞動一字第 07341 號函表示：「依公司法所委任之總經理、經理等不屬勞動基準法所稱之勞工，前經本會 80.03.12 台八十勞動一字第○六四六四號函釋在案；具有總經理、經理職稱等人員如僅係受僱用從事工作獲致工資者，有關其勞動條件，依內政部主管勞工

²⁶⁹ 其他採此說之判決者，例如有：最高法院民事判決 93 年度台上字第 2253 號、台灣高等法院台南分院民事判決 90 年度勞上字第 9 號、台灣高等法院民事判決 90 年度勞上字第 13 號、台灣高等法院民事判決 90 年度勞上字第 21 號、台灣高等法院民事判決 92 年度勞上字第 55 號、台中地方法院民事判決 87 年度重勞訴字第 16 號、台北地方法院民事判決 87 年度勞訴字第 85 號、台北地方法院民事判決 92 年度勞訴字第 33 號等。

²⁷⁰ 劉志鵬，「論勞動基準法上之「勞工」（以經理人為檢討重點）」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000 年 5 月），34 頁。

事務時 74.07.01 (74) 台內勞字第三二九一三〇號函釋，自應依勞動基準法辦理。」此函釋認為對於依公司法所委任之經理人爲委任關係，至於非依公司法所委任者，則再依其實際上有無從屬性而認定是否屬勞工²⁷¹。

至於 (83) 台勞動一字第 45638 號謂：「查勞工謂受雇主僱用從事工作獲致工資者，雇主謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人，勞動基準法第二條第一款及第二款定有明文，事業之經理人乃事業經營之負責人，符合勞動基準法上之雇主定義，應屬雇主，迨無疑義，惟有無兼具勞工之身分，應視其與事業單位之關係而定，蓋以目前事業單位爲便利起見，常將僱用之職員賦予不同之經理名銜，實則與一般員工並無太大差異，若僅以其具有經理職稱即認係雇主而非勞工，致無法受勞動基準法之保障，似非適當。惟事業之經理人亦有依公司法所委任者，人數不多，但確爲事業之經營負責人，其與事業單位之間爲委任關係，雙方建立於互信基礎上，其受任負責經營事業，擁有較大自主權，實與一般僱用勞工係在從屬關係上從事工作獲致工資之情形不同，應不能謂該等依公司法所委任負責經營事業之經理人，既屬勞動基準法上之雇主又屬勞工。…本案本會認爲勞動基準法上所稱受僱用之勞工，應不包括依公司法所委任負責事業經營之經理人，至於不具委任關係而僅係受僱用之經理，則符合勞工定義。」勞委會在此函釋中雖亦採取二階段之認定標準，但對於非依公司法所委任者，則依其與事業單位之關係而有「兼具」勞工身分之餘地²⁷²。

(二) 保險業務員

行政院勞工委員會於 1997 年 10 月 30 日公告金融保險業於 1998 年 4 月 1 日起適用勞動基準法²⁷³，自此之後，保險業務員的勞務給付契約定性即成爲實務上之爭議問題。主要的原因在於，保險業務員工作有其特殊性，此於適用勞動基準法後有其困難之處，影響較大者有工資、退休金、資遣費、職業災害補償等部分。然而，問題的根源乃在於保險業務員之勞務給付契約究竟是否爲勞動契約，進而使其有適用勞動基準法各項保護規定之餘地。

行政院勞工委員會(90)台勞資二第 0009867 號函謂：「有關保險從業人員之勞務給付型態(究爲僱傭、承攬、委任、居間或兼具僱傭與承攬之混合契約)，…，獲致六點共識如說明，節錄如下：「保險業經本會八十七年四月一日公告爲適用勞動基準法之行業，惟以『保險』業務之特殊，保險從業人員與保險公司間之勞務給付型態將涉及有無勞動基準法之適用，影響勞雇雙方權益甚鉅，爲避免因此衍生無謂爭議，本會特邀集保險業勞、資雙方代表及專家學者進行研商，獲致共

²⁷¹ 其他採此見解之函釋有：(81) 台勞動一字第 31990 號函、(82) 台勞動一字第 52173 號函。

²⁷² 其他採此說之判決者，例如有：台北地方法院民事判決 94 年度重勞訴字第 7 號、板橋地方法院民事判決 92 年度勞訴字第 5 號等。

²⁷³ 參見行政院勞工委員會(86)台勞動一字第 47494 號函。

識如下：1、基於契約自由原則，保險業事業單位與從業人員之勞務給付型態，以雙方自由訂定為原則。2、公告適用勞動基準法之行業，其從業人員並非當然有該法之適用，仍應就實務上認定其勞務給付型態是否為僱傭關係而定。3、財政部依保險法所訂定之『保險業務員管理規則』在實務上所形成勞務給付型態傾向僱傭契約現象及課稅（薪資所得或執行業務所得）問題，本會將函請財政部參考。4、為使勞、健保爭議處理及事業單位與該從業人員間之關係可更清楚界定，本會將與相關學者專家擬訂相關表列及運用加權比重方式，使勞務給付之判定更簡便、標準化。5、如經認定其關係非原有僱傭關係，並不影響契約當事人既存社會保險權益。6、希望各保險事業單位能就本身人員勞務管理工作重新審視，確立用人型態，以避免爭議及營運成本上不可預期的支出。（以下略）」

由此函釋可以得知，勞委會的立場基本上尊重保險業者與業務員之間的契約自由意定原則，但於爭議出現時乃以實際上的勞務給付型態來檢視是否為僱傭關係。此外，另從其主旨可看出，一般保險業務員的勞動給付契約可能有僱傭、承攬、委任、居間或兼具僱傭與承攬之混合契約等五種型態，本文整理司法實務上之相關判決如下²⁷⁴。

1、僱傭或勞動契約

採此見解之法院多係以從屬性之觀點切入，以保險業務員須遵守公司之規範、受公司之指揮監督、對於公司之政策及指派等工作均需服從主管、受公司之考核、納入公司之組織體系、非係完成一定工作方得請求報酬、無權決定工作內容等考量因素，判定其契約關係屬勞動契約。

例如，台北地方法院民事判決 92 年度勞訴字第 89 號謂：「依該承攬合約書第一條約定：『原告同意為被告招攬保險契約及提供客戶服務等相關工作，原告得為被告招攬之保險契約種類及業務區域應由被告指定之』等語，所稱『招攬保險契約及提供客戶服務』，核其內容，原告係按公司規定之保險種類及內容而招攬客戶，並無獨立裁量問題。再依業務主管合約書中第三條關於職責之部分，約定：『業務主管應確實依照財政部所訂之『保險業務員管理規則』及本公司所訂之『工作規則』及相關法令規定執行職務，並接受主管之監督、指示與考核。』，第五條則約定其他勞資權利義務相關事項悉依本公司之工作規則及業務員管理辦法所訂相關內容辦理；且於第九條第十三款規定：『業務主管未能達到本公司所訂之考核標準時，本公司得依『考核辦法』之規定予以終止本合約或改聘之。』，

²⁷⁴ 關於我國實務上目前關於經理人契約法律性質相關判決之整理，請詳參：張詠善、羅硯文，「勞動契約與其他勞務契約之區辨－以經理人契約與保險業務員契約為中心－」，載於：國科會勞動基準法註釋計畫研究團隊主辦，勞動基準法註釋計畫研討會會議手冊（國立政治大學綜合院館北棟 13 樓法學院會議室，2008 年 7 月），76-80 頁及 101-110 頁之附表。

足見被告有權決定原告之工作內容，並對原告之工作成果有考核之權利，原告亦須服從被告考核之結果。雖原告亦有指導、管理下級業務員之權責，惟該權責係被告公司所賦予，且原告權責之行使亦受被告之調度、指導，原告無拒絕被告所為對工作內容、行使方法之指示之自由，足證被告對原告工作之內容、行使之方法有指揮監督關係，故兩造間有關業務主管合約書之法律關係，顯與委任契約之本質不符，應認為僱傭關係。」法院乃從公司對業務員之工作內容、行使之方法有指揮監督關係而認定兩造間之契約關係屬僱傭契約²⁷⁵。

2、承攬契約

採本見解之法院除從屬性之觀點出發，以保險業務員如毋須按時上下班、佣金收入端視有無工作成果、不受公司指揮監督等考量因素為判斷，如認無從屬性，即認應屬承攬契約外，在許多案例中亦重視酬勞之給付方式等經濟上從屬性之觀點，判斷當事人間之契約為承攬契約。例如，台灣台北地方法院民事判決 92 年度勞簡上字第 68 號謂：「上訴人必須在完成保險之招攬，促成保險契約之締結進而收取保險費後，始有領受報酬之權利，而其所受領之報酬並非勞務提供之對價，且縱使上訴人已提供勞務而招攬保險，倘未促成保險契約之締結，仍無法領取報酬，與僱傭契約有異，核其契約性質應屬承攬契約。又兩造間契約既屬承攬契約，且上訴人關於勞務之提供具有相當裁量權，喬治亞人壽保險公司之指揮監督程度極低，顯然欠缺人格上從屬性，非勞動基準法所稱勞動契約。則縱被上訴人係保險業，為適用勞動基準法之事業，兩造間勞務契約仍無該法之適用，上訴人徒以被上訴人屬勞動基準法規範之事業，而認兩造間契約為該法所稱勞動契約，顯有誤會。」在此判決中，法院除以酬勞之給付方式為判斷基準外，亦重視勞方裁量權及雇方之指揮監督程度。

又如台灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 45 號謂：「足徵被上訴人係依上訴人提出之勞務之『結果』給付報酬，並非就上訴人提出勞務之本身為給付，縱令上訴人已依上開聘約書或被上訴人之指示提供招攬保險之勞務，倘未收取保費或保單中斷或停效者，仍無權享有前揭津貼等，已領取者，應退還被上訴人。上訴人並自承業務津貼係源自其招攬保險後，按每個保件之種類及金額，依比例計算領取者，其須向保戶提供服務，保戶繳納保費，被上訴人按保費比例計算給

²⁷⁵ 此見解為多數法院所採，除上述之台北地方法院民事判決 92 年度勞訴字第 89 號外，尚有：台灣高等法院民事判決 90 年度勞上字第 24 號、台灣高等法院民事判決 90 年度勞上易字第 40 號、台灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 35 號、台灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 66 號、台灣高等法院民事判決 95 年度勞上易字第 5 號、台北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 126 號、台北地方法院民事判決 90 年度重勞訴字第 7 號、台北地方法院民事判決 91 年度勞訴字第 172 號、台北地方法院民事判決 92 年度重勞訴字第 6 號、台北高等行政法院判決 92 年度訴更一字第 00139 號等。

付其津貼等語，顯見上訴人須負擔企業經營之風險，其對被上訴人無經濟上之依賴、從屬性，前揭津貼等與勞務對價之工資尙屬有間，且上開勞務之提供，重在工作之完成，而非勞務本身，即具有承攬契約之特質。」本判決以業務員以招攬保險獲致報酬，認為係自承企業經營風險，而無經濟上從屬性，認係屬承攬契約，打破兼論人格從屬性的思考模式，但如此之判斷方式是否將使保險業者調整薪資給予方式以作為規避勞動基準法適用之道的可能性，頗值玩味²⁷⁶。

3、委任契約

採此見解之法院多以保險業務員對於工作時間、地點、業務進行等方式有其自主決定的權利而公司無指揮監督權，以及報酬之給付方式，而認定係屬委任契約。例如，最高法院民事判決95年度台上字第1175號謂：「按所謂委任係指委任受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理，故受任人給付勞務，僅為手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。而所謂僱傭則係受僱人為僱用人服勞務之契約而言。僱傭之目的，僅在受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地。兩者之內容及當事人間之權利義務均不相同。…有相當高的權限決定其所處理事務之方法，而非基於被上訴人之指示機械式的提供勞務，是此契約之內容，顯有委任契約之要件與特徵，而非屬僱傭契約。…其縱已為勞務之提出，例如已進行招攬客戶所必要之作為，但如客戶未因此決定訂立保險契約，上訴人即未能取得報酬，此核與勞基法第二條第三款規定之工資係基於勞工勞務提出之本身所為之對價給付之性質不符，亦顯異於勞務之供給與工作成果常具一定比例之按件計酬勞僱關係，復與一般勞務報酬係相應於工作時間之長短而給付之情形相異，益徵兩造間係成立委任關係。」法院於闡述委任與僱傭目的之不同後，以當事人有高度之權限及報酬之給付方式認為兩造間之契約關係為委任契約²⁷⁷。

4、居間契約

我國民法第五六五條規定居間為「當事人約定，一方為他方報告訂約之機會，或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」有學說認為，保險從業人員招攬保險，其勞務契約似應歸類為居間契約，亦即由保險從業人員向保險公司為訂約之媒介，保險公司於保險契約締結成立後給付報酬。惟依其提供勞務之具體情形，若其有

²⁷⁶ 除上述二判決外，其他採承攬契約說之判決有：台灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 88 號、台灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 9 號、台北地方法院民事判決 92 年度勞訴字第 189 號等。

²⁷⁷ 採委任契約說者除本件外，尚有：台灣高等法院民事判決 90 年度勞上字第 43 號、台灣高等法院民事判決 93 年度勞上更（一）字第 16 號、台灣高等法院民事判決 94 年度重勞上字第 17 號、台北地方法院民事判決 90 年度勞訴字第 5 號等。

從屬性時，仍可能認定為勞動契約，特別是在保險公司對於保險業務員有根據工作規則行使指揮監督與懲戒權限之時。換言之，本說承認有成立混合契約之可能性，亦即保險業務員是否同時為勞工而受勞基法之保障，仍需依從屬性之判斷標準以決之，不得以其法律關係為居間而一概否認有成立僱傭契約之可能性²⁷⁸。

而在實務上亦有判決採居間契約說，如台灣高等法院民事判決 94 年度上字第 791 號謂：「按保險法所稱保險經紀人，指基於被保險人之利益，代向保險人洽訂保險契約，而向承保之保險業收取佣金之人，保險法第 9 條定有明文。又依系爭契約第 2 條約定：『甲方（即被上訴人）委任乙方（即上訴人）從事下列業務：1.招攬甲方人身保險業務。2.委託乙方代收前項業務之第一期保險費。3.乙方代收要保人、被保險人或受益人之要保、契約變更、保險給付申請表暨有關之文件，並應於收到後立即轉送甲方核辦。4.甲方得視業務發展狀況以書面表意委託乙方代辦其他業務』（見原審卷第 12 頁之契約）。足見兩造間之法律關係，於招攬保險時為居間性質，於其他事項如收取第一期保費、文件之交付則屬代理人之性質。」法院乃自其契約書之內容認定當事人之法律關係於招攬保險時為居間契約，判斷保險業務員違反了民法第五六七條所規定之對於當事人據實報告及妥為媒介之契約義務，依一般社會通念可認為屬於「不誠實或不道德」之行爲，故保險公司自得終止契約。

5、兼具僱傭與承攬之混合契約

由於每一家保險公司之業務制度與獎勵辦法不盡相同，所以很難用一種有名之勞動契約關係為之說明，所以得以僱傭契約與承攬契約的混合契約關係來解釋當事間之契約關係²⁷⁹。

例如，台灣高等法院民事判決 93 年度上易字第 88 號謂：「兩造簽訂之系爭合約，明定為「高級財務管理師僱傭暨承攬合約書」，內容並分成兩個部分，其中將上訴人與被上訴人之工作合約區分為，一屬僱傭工作成立之法律關係，一為招攬保險工作成立之承攬法律關係。僱傭工作內容計有：依規定出勤並接受主管訓練課程、行政庶務之管理、提出工作計劃及工作檢討報告、協助公司推展銷售整合型金融服務、其他依公司業務上之需求指派之勞務，上訴人每月可獲得固定薪資及伙食津貼共二萬二千元之給付，即係上訴人從事勞務所獲得之經常性給與之對價，具有勞基法所定勞工之屬性。其法律關係應適用勞動基準法，為被上訴人所不爭執，被上訴人業已依法給付資遣費及預告期間工資，亦為兩造所不爭執。

²⁷⁸ 林更盛，「論保險業務員的從屬性-評臺灣高等法院 94 年勞上易字第 35 號判決」，載於：氏著，『勞動法案例研究（二）』（五南，2009 年 3 月），29-48 頁。

²⁷⁹ 張世勳，『論勞務供給契約—以我國保險業務員為例』（中國文化大學勞動學研究所碩士論文，2003 年 7 月），37 頁。

惟查上訴人另從事招攬保險之工作，被上訴人係依其所招攬之客戶而與被上訴人訂立保險契約並交付保險費，始予計算佣金給付上訴人，被上訴人未予指揮監督…系爭服務津貼係上訴人依招攬保險之承攬契約所得，自非屬勞基法所稱之工資。」²⁸⁰採此見解法院多係遵循當事人所簽署之契約外觀為形式審查，經審查後如認當事人確實分成僱傭契約與承攬契約兩部分為履行時，就加以承認。此見解將保險業務員所領取之報酬分成勞動基準法之工資（本案中為「固定薪資」及「伙食津貼」）及承攬之報酬（本文中為「服務津貼」）二部分，就承攬報酬部份則認無須計入平均工資。

第二條第二款（雇主之定義）

雇主：謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。

在勞動基準法中有許多規定乃以「雇主（不得）…」之形式加以規範，對於該規定之違反，則於第十一章（罰則）中以之為處罰客體，故有必要對於「雇主」加以定義。然而，「雇主」具有雙重的意義，除了為勞動基準法上的責任主體外，在勞動契約的面向上，雇主乃勞工請求確認勞動契約上受僱地位之相對人及負有支付工資等勞動契約義務者之意義，故須將二者分開討論之。

一、勞動基準法上之雇主

依勞動基準法第二條第二款之規定，「雇主」之範圍包含三者，亦即：僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。

所謂之「事業主」乃指事業之經營主體，在個人企業乃企業主或經營者個人，在股份有限公司或其他法人團體，則該公司或法人本身即為雇主²⁸¹。而就法人的情形言之，法人乃依法律規定得為享受權利負擔義務之主體，故不論社團法人或財團法人，均得為事業主並負雇主責任，惟與自然人不同者乃法人所負之刑事責任僅止於罰金，不及於其他自由刑²⁸²。

「事業經營之負責人」則係指法人之代表人、股份有限公司之董事等對企業

²⁸⁰ 其他採此僱傭與承攬之混合契約說之判決，例如有：台灣高等法院民事判決 92 年度勞上字第 22 號、台灣高等法院民事判決 93 年度勞上字第 25 號、台灣高等法院民事判決 93 年度勞上易字第 88 號、台灣高等法院民事判決 94 年度勞上字第 35 號、台灣高等法院高雄分院民事判決 93 年度上易字第 22 號等。

²⁸¹ 林振賢，『勞基法的理論與實務』（捷太，2001 年 9 月），107 頁；臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），28 頁（劉志鵬執筆）；林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010 年 5 月），42 頁。

²⁸² 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010 年 5 月），42 頁。

經營有一般性、整體性之權限與責任者²⁸³。換言之，事業經營負責人不以經理人為限，凡獨立經營事業體，經授權行使經營權，且由其一己之意志能行使權利及義務均屬之²⁸⁴。

至於「代表事業主處理有關勞工事務之人」之「勞工事務」則泛指有關人事、薪資、勞務管理、福利厚生、安全衛生等業務，故凡受雇主授權而對之有處理權限者，均可能該當本款所指之雇主²⁸⁵。亦即與勞動事務有關之人事、給與、勞務管理之人員，不論職位高低、有無隸屬關係，依據事業營運之具體事實加以認定²⁸⁶。

而有學說認為勞動基準法上之雇主定義並非純粹以契約當事人或權利義務人來認定之，而係依執行雇主功能與職權之自然人來認定何謂雇主，故勞動基準法之雇主定義並非一種形式上之契約當事人、權利義務主體的認定，而是一種「功能性的雇主概念」²⁸⁷。採取此種功能性雇主概念之理由為勞動基準法中有許多對於違反行為的處罰規定，而此種違法行為之行為者必定是行為人而非法人，故採取此種功能性定義，規定行使雇主權能之人均屬「雇主」之定義範圍，而非侷限於勞動契約相對人之定義方式²⁸⁸。然而，對於此種功能性雇主概念另有學說認為因其可能被當作分割雇主責任之藉口而有害法律之安定性，故所謂的雇主必須是事業最高指示命令權之人²⁸⁹。

因勞動基準法第二條第二款所規定之雇主係為落實勞動基準監督之目的所為之定義，故於解釋本法各條雇主之範圍時，宜斟酌各該法條之立法目的作適當調整。如本法第五七條所定之雇主應僅限於事業主，而不包括事業經營負責人與代表雇主處理有關勞工事務之人²⁹⁰。

從比較法來加以觀察，日本勞動基準法也從確保對於勞動條件之法定義務履行的觀點將身為義務履行者之「雇主」切合各種管理權限或責任之所在，故於第十條規定：「本法所謂之雇主乃指事業主或事業經營擔當者及其他就勞動者相關事項為雇主進行行為者。」

其所謂的「事業主」亦係指該事業之經營主體，在個人事業為事業主個人，在公司或其他法人則為該法人。而「事業之經營擔當者」則係指關於經營有權限並負責者，具體來說，公司的董事等法人的代表或支配人乃該當之。至於「關於

²⁸³ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），28頁（劉志鵬執筆）。

²⁸⁴ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），43頁。

²⁸⁵ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），28頁（劉志鵬執筆）。

²⁸⁶ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），45頁。

²⁸⁷ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），77頁。

²⁸⁸ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），77頁。

²⁸⁹ 黃越欽，『勞動法新論（修訂三版）』（翰蘆，2006年9月），127頁。

²⁹⁰ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），29頁（劉志鵬執筆）。

勞動者之事項」則係指進行人事、給與、厚生等勞動條件之決定或勞務管理，或發出業務命令、進行具體的指揮監督等均包含在其中²⁹¹。若依行政解釋，所謂的雇主則係指勞基法各條之義務的履行責任者，其認定並非採取以部長、課長等形式，而係以在各事業中對於勞基法各條之義務是否有一定之權限加以認定²⁹²。故從在企業內地位較高的董事、廠長、部長、課長等到作業現場監督者、現場負責人等地位較低者，按其權限與責任均可能該當本條之「雇主」²⁹³。從而，即使該當日本勞動基準法第九條之「勞工」者，若就某些事項有權限與責任，則就該事項也負有勞基法第十條之「雇主」的責任，亦即勞基法上的「雇主」也包含勞基法上之「勞工」，勞基法上「雇主」概念的特徵為作為具制定法上的概念而具有相對性²⁹⁴。

二、勞動契約上之雇主

然而，就勞動契約上的權利義務而言，應認為雇主乃與勞工訂立勞動契約之相對人，因勞動契約上之權利與義務一概歸由與勞工締結勞動契約之相對享有或承擔，方符合勞動契約所產生之債權債務關係及債之關係相對性特徵²⁹⁵。

而就外國立法例而言，日本於 2008 年 1 日開始施行的勞動契約法中，於第二條第二項定義該法中所謂的「雇主」為：「對於其所僱用之勞工支付工資者」，若合併觀察勞動契約法第六條有關勞動契約之成立的規定，在勞動契約法中所指的雇主應為在勞動契約中接受勞務供給之當事人。而和日本勞動基準法第十條所不同者，乃勞動契約法所稱為「雇主」僅限於勞動基準法中所定義的「事業主」而已，因相對於勞動基準法係以實際上行使雇主任限者為為規制對象或責任主體，勞動契約法則因係規範勞動契約權利義務之法律，故僅以作為權利義務主體之契約當事人的「事業主」為雇主。雖然企業經營擔當者或行使雇主任限之管職理勞工不該當勞動契約法上之雇主，但若其代表勞動契約上之雇主或作為履行輔助人而行使雇主之權限負有按雇主所負契約上義務之宗旨行使其權限之侵權行為法人的注意義務，於違反該義務時，除了可能使「雇主」產生契約責任外，也可能產生其本身的侵權行為責任及雇主的侵權行為責任²⁹⁶。

然而，因經營組織之變遷與僱用型態之多元化，勞動契約相對人之雇主概念並不足以應付多變的勞資關係實態，故勞動契約上之雇主概念出現二種現象：(一) 雇主概念之擴張；(二) 雇主概念之分離。

²⁹¹ 厚生労働省労働基準局編，「労働基準法上（増補版）」（労務行政，2003 年 3 月），150 頁。

²⁹² 昭 22.9.13 発基 17 号。

²⁹³ 厚生労働省労働基準局編，「労働基準法上（増補版）」（労務行政，2003 年 3 月），151 頁。

²⁹⁴ 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006 年 5 月），37 頁（唐津博執筆）。

²⁹⁵ 林更盛，「雇主任限の界定與義務の擴張」，載於：氏著，『労働法案例研究（二）』（五南，2009 年 3 月），50 頁。

²⁹⁶ 荒木尚志、菅野和夫、山川隆一，『詳説労働契約法』（弘文堂，2008 年 12 月），71 頁。

(一) 雇主概念之擴張

1、母子公司

在關係企業間若彼此非平行而具上下從屬關係時，子公司的經營管理權限會受到母公司之影響，若母公司透過子公司而進行影響子公司勞工權益之行爲時，若將雇主限縮在締結勞動契約之相對人（子公司）時，對於該勞工之保障乃有所疑義。

在德國法上通說認爲原則上仍應以和勞工締結契約之相對人爲雇主，因單純的經濟上、企業經營上的控制權限並不足以影響子公司在法律上所擁有的獨立法人格，子公司之員工份以與之締約的子公司爲其雇主，經濟上或企業經營上的控制權並不足以使母公司轉變爲子公司員工之雇主²⁹⁷。

相對地，對於這種情形，在日本實務上則發展出了所謂的「法人格否認法理」來加以處理。亦即，母公司以股份所有、幹部派遣、事業設施的所有、專屬的交易關係等而將子公司作爲自己事業的部門之一並對其支配運作，針對子公司的工資、其他勞動條件或人事決定也有具體支配力的情形，子公司的員工得對母公司追究勞動契約上的責任²⁹⁸。典型的情形乃子公司員工對於母公司爲尙未被支付之工資、退職金的支付請求，或在子公司解散時由子公司員工進行和母公司的勞動契約關係確認請求。作爲賦予如此請求根據的法律構成，乃子公司的人格被形式化或認爲被濫用而否定其法人格的法理（山世志商会事件—最一小判昭 44.2.27 民集 23 卷 2 号 511 頁）。

而考量到「法人格否認法理」乃否定法人格制度必然效果（企業危險的分散＝責任的限制）之個別例外的救濟，在子公司解散時對於母公司請求未被支付的工資、退職金等一時性請求乃易於利用此法理（承認此法理的事例有川岸工業事件—仙台地判昭 45.3.26 勞民集 21 卷 2 号 330 頁、黑川建設事件—東京地判平 13.7.25 勞判 813 号 15 頁）。相對於此，子公司員工對於母公司主張有繼續性、概括性的勞動契約關係，只有在子公司的法人格被完全地形式化且以破壞工會爲目的而解散之承認法人格明確濫用性的案例中才可能適用（承認此法理的裁判例有中本商事事件—神戶地判昭 54.9.21 勞判 328 号 47 頁。不承認的裁判例有長尾商事事件—大阪高判昭 59.3.30 勞判 438 号 53 頁）。

而該法理亦爲我國實務所援用，例如最高法院於九八年台上字第六五二號判決中表示：『防止雇主以法人之法律上型態，規避不當解僱行爲之法規範，杜絕雇主解僱權濫用之流弊，自可將與「原雇主」法人有「實體同一性」之他法人，

²⁹⁷ 林更盛，「雇主概念的界定與義務的擴張」，載於：氏著，『勞動法案例研究（二）』（五南，2009 年 3 月），52 頁。

²⁹⁸ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（2003 年 3 月），188-189 頁（和田肇執筆）；菅野和夫，『労働法（九版）』（弘文堂，2010 年 4 月），103 頁。

亦無適當工作可供安置之情形併予考慮在內，即「原雇主」法人與另成立之他法人，縱在法律上之型態，名義上之主體形式未盡相同，但該他法人之財務管理、資金運用、營運方針、人事管理暨薪資給付等項，如為「原雇主」法人所操控，該他法人之人格已「形骸化」而無自主權，並有適當工作可供安置勞工，二法人間之構成關係顯具有「實體同一性」者，均應包括在內，始不失該條款規範之真諦，庶幾與誠信原則無悖。」雖然其用語為「實質同一性」與日本法上之「法人格否認」有所不同，但二者皆為跨越法人格之藩籬，而使母公司負雇主責任。

子公司員工主張和母公司間之勞動契約的法律構成，除了上述的法人格否認法理外，也可能成立默示的勞動契約。例如，承認在作為子公司的企業其實體完全不存在的情形，子公司的員工對於母公司提供勞務且母公司對於子公司的員工支付工資的話，在母公司與子公司員工間就成立默示的勞動契約關係²⁹⁹。

2、關係企業與企業集團僱用

因近年來經濟之發展，大型企業之經營型態乃有呈現集團化、多元化之傾向，而在如此的集團中，為了統籌其中的人力、物力資源，乃設有總管理處或控股公司統一指揮，而勞工在關係企業中的職務異動也更加地頻繁，此時是否應擴張雇主的概念至該總管理處或關係企業？

就關係企業而言之，在我國實務基本上乃採取嚴格的見解，例如：最高法院八一年台上字第六八二號判決表示：「被上訴人雖係長發公司之關係企業，惟按關係企業並非如總機構與分機構之關係，各企業間仍係獨立之法人組織，上訴人既係受僱於被上訴人，則由非僱用人之長發公司予以解僱，自不生解僱之效力，兩造間自仍有僱傭關係存在。」不將關係企業亦作為雇主而否定了其所為之解僱意思表示對於勞工之效力。

而對於諸如設立總管理處之企業集團僱用之法院見解則尚未一致化，最高法院八六度台上字第三六三八號判決表示：「按在法人組織法上，代表係不可欠缺之制度，例如董事為公司之代表是。代表為法人之機關，與法人為一個權利主體間之關係，代表人所為之行為即係法人之行為。查總管理處乃台塑關係企業在組織上所設立之專業幕僚單位，做為整體關係企業之幕僚及服務部門，位在董事長、總經理之下，而與台塑公司等並列，此為原審所認定之事實，則總管理處是否為被上訴人公司之機關，即是否與被上訴人公司為一個權利主體間之關係，非無疑義。揆諸首開說明，能否謂總管理處為被上訴人公司之代表人，有權代表被上訴人公司調動、資遣上訴人，即有推求之餘地。」否認了總管理處有得獨立行使勞動契約上屬於雇主之調職權限。

相對於此，最高法院另於九十年台上字第三〇八號判決中表示：「總管理處乃台塑關係企業在組織上所設立之專業幕僚單位，做為整個關係企業之幕僚及服務部門，位在董事長、總經理之下，而與各關係公司並列，以處理各關係公司之

²⁹⁹ 菅野和夫，『勞働法（九版）』（弘文堂，2010年4月），104頁。

事宜，則以『總管理處董事長王永慶』名義所發布之人事命令效力，自應依其內容而及於各相關公司。...而所謂雇主，係僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人，勞動基準法第二條第二款規定甚明，總管理處既係由董事長王永慶代表台塑關係企業所屬之公司處理有關勞工事務，而王永慶為台塑各關係企業之董事長，亦即為被上訴人之法定代理人，故以台塑關係企業總管理處董事長之名義，係被上訴人公司之工作規則第八條之規定，所為之調動自屬有效。」認為得以「總管理處董事長王永慶」之名義進行調職命令。

3、多數雇主

因為我國之企業多屬中小企業，故常有同一勞工同時為多數企業服務的情形，此時應該何者為雇主則有二種思考方式。

其一為係從指揮命令及支付報酬之實態選定特定雇主，例如台灣高等法院八九年勞上易字第三六號判決表示：「上訴人受僱於何人，應以上訴人是由何人選任監督，上訴人為何人服勞務、何人給付上訴人報酬而定。本件上訴人已自認其有受僱於杰興公司負責招攬廣告業務，如前所述，且上訴人受僱杰興公司後，即以杰興公司為投保單位代為辦理勞工保險，上訴人起訴前所發板橋郵局一六六一號存證信函，及自向台北縣勞工局聲請調處之函文等，均係以杰興公司為相對人，...足徵上訴人顯係受僱杰興公司負責招攬廣告業務為是。上訴人雖主張其併受僱於王培倫、王培康，其所憑之證據，係其所招攬之廣告，均係刊載於王培倫、王培康經營之國際廣告社、亞太雜誌社等，其請款單亦係以亞太雜誌社等出具。...上訴人既未能證明杰興公司已將其對上訴人之勞務請求權讓與王培倫、王培康，縱如上訴人向杰興公司請領之佣金比例約定，與亞太雜誌社等規章同，但杰興公司之法定代理人為王培倫，其與王培康為兄弟關係，因此其等經營事業之模式均具家族企業之同一性，而杰興公司成立在前，亞太雜誌社等成立在後，亞太雜誌社比照依循杰興公司給付員工招攬廣告佣金比例，在所難免，斷難徒憑亞太雜誌社規章與上訴人請領杰興公司佣金比例相同，遽謂上訴人亦受僱於王培倫、王培康。」認為在此種家族企業型的多數企業中以勞工給付勞務之相對人與支付報酬者及選任監督者為雇主。此種單一雇主之見解於處理勞動契約關係時雖較單純，但在實際上進行指揮命令者常與支付報酬者分離，且勞工同時受僱於多數雇主之情形亦有可能，故此種見解並不符合僱用實態，對勞工之保護亦有所不足³⁰⁰。

相對於上述的單一雇主，另有認為所有牽涉之企業均為勞工之雇主，採取了多數雇主之概念，如：台北地方法院於九四年勞訴字第八一號判決表示：「在雇主概念擴張部分，其中一概念即為多數雇主，蓋在我國事業主將所僱用勞工之薪資發放、勞保健保分由所轄不同關係企業辦理，另在中小企業中同一勞工為多數關係企業同時服務之情形，均屬常見，此舉常導致雇主認定混淆，連帶地使得勞工工資金額確認不易、年資中斷，進而影響退休金等權益。是以，多數雇主概念

³⁰⁰ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），34頁（劉志鵬執筆）。

之採認即有其必要性，藉此保護勞工，防免藉此脫離勞動基準法所定雇主責任；然而，多數雇主若未明示對勞工各負全部法律責任時，本諸民法第二百七十一條規定，在多數雇主間上難認為屬於連帶債務人。再者，判斷勞動契約當事人之標準，本於勞動契約亦屬於債權債務契約，而債之關係為特定人間之權利義務關係，故在判斷債權債務之主體時，應以締結契約之當事人為準，並綜合契約履行過程中，給付報酬義務人、受領勞務對象、對勞工實施指揮命令之人等相關情狀加以認斷。」認此案例中雖然台北地方法院承認了多數雇主之概念，但因依民法第二七二條之規定，連帶債務成立之原因係以當事人明示或法律規定者為限，故否認了該多數雇主間為連帶債務人。

（二）雇主概念之分離

通常在勞動契約中，僱用勞動者與行使勞務指揮權而實際使用勞動者之人乃為一致，但在今日的僱用實態中，經常有原先與勞工締結勞動契約之相對人與有勞務指揮監督權限者分離的現象，此時雇主之權利乃被分割而形成三者間的勞務供給關係，而有以下之類型。

1、借調

近年來因企業組織型態的多樣化而以勞工在不同之企業間頻繁移動之現象，亦即企業外調職之盛行。企業外之調職可區分為二：其一乃勞工先終止與舊雇主間之勞動契約後再與新雇主締結勞動契約，此種企業外調職在日本法上稱為「轉籍」。其二則為暫時中止與舊雇主間之勞動契約的同時，也在新雇主處從事勞務並接受新雇主的指揮命令，此種型態的企業外調職在日本法上稱為「出向」，而在我國則稱為「借調」。

關於「借調」之法律關係，在學說上有二種見解，其一為「二重契約說」，其認為勞工在新舊雇主間成立雙重的勞動契約，亦即先由新舊雇主間就借調達成合意，之後再由勞工與舊雇主合意變更勞動契約之內容，免除勞工為舊雇主服勞工之義務，但同時勞工也與新雇主成立新的勞動契約而對之負擔給付勞務之義務。其二為「單一契約說」，其將舊雇主之借調命令解釋為變更勞動契約之要約，於勞工同意後，舊雇主乃將原本屬於其之勞務指揮權移轉予新雇主，唯勞動契約關係仍存在於舊雇主與勞工之間³⁰¹。但二說間之差異並不大，因即使採取二重契約說，但因通常新雇主對於勞工並沒有解僱或懲戒的權限且勞工對於新雇主亦無法確認勞動契約上之地位，故在勞工與新雇主間的契約並非完全的勞動契約。而若

³⁰¹ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），38頁（劉志鵬執筆）。就上述的二說，日本學界的通說乃採取了「二重契約說」，例如：下井隆史，『勞働基準法（四版）』（有斐閣，2007年11月）132頁；土田道夫，『勞働契約法』（有斐閣，2008年8月），394頁；荒木尚志、菅野和夫、山川隆一，『詳說勞働契約法』（弘文堂，2008年12月），139頁；菅野和夫，『勞働法（九版）』（弘文堂，2010年4月），451-452頁。

採取單一契約說，則除了僱傭契約上之地位外，新雇主負有原來勞動契約之雇主義務及勞動基準法上的雇主責任³⁰²。

然而，我國實務上對於借調之法律關係亦呈現分歧的情況，台北地方法院於八二年勞訴字第七〇號判決中表示：「我國企業組織絕大多數為中小企業，所謂大型企業之關係企業化現象，尚不足以涵蓋我國整體之勞工雇用現象，且我國尚未採行所謂法人格否定說之理論，本於法安定性之要求，建構在日本關係企業底下之企業外人事異動之理論，即所謂『出向理論』，對法人格之區別採取較寬鬆之看法，尚不宜全盤移植於我國，勞工與異動前後之企業間之法律關係，基本上仍宜遵循我國實務上一貫嚴格區別法人格之立場，認為勞工分別與異動前後之企業成立僱傭契約，始能符合民法第四百八十四條所定『雇用人非經受僱人同意，不得將其勞務指揮權讓與第三人……』之規定，亦即雇主經得勞工同意後，將勞工調往雇主以外之其他企業，其前後雇主得分別於其雇用期間，依各自勞動契約對勞工行使勞務指揮權。」雖其明示不宜採取日本之出向理論，但似乎仍採取了單一契約說之說理方式。

但台北地院於九十年勞訴字第八五號判決判中則表示：「借調期間兩造之僱傭契約既未終止，而係因欠缺對勞工之勞務指揮權而處於中止之狀態，則當原告與借調公司之契約終止，借調公司不再享有對員工之勞務指揮權，則其勞務指揮權自當回歸於原雇主之被告，原告與被告間之僱傭契約亦即因此而回復，若謂勞工與借調公司之契約終止後，勞工與原雇主之契約並不當然回復，而仍處於中止之狀態，則將使勞雇雙方之關係處於不確定不穩定之狀態，有礙勞雇雙方關於權利義務之行使，及勞工工作與求職。」則係採取了二重契約說之立場，並認為於勞工於新雇主之勞動契約關係終止後，其與舊雇主之契約關係亦因此而回復。此外，最高法院於九七年台上字第一三號判決中對於借調雖明示承認其成立「雙重之勞動契約關係」，唯並未為詳盡之說理。

唯不論採取單一契約說或二重契約說，在借調期間中，勞工與舊雇主間之勞動契約關係依舊存在，但卻改向新雇主提供勞務並受其指揮監督，此時勞工與新舊雇主間之權利義務關係為何？因我國並無相關之法律規範，故有關借調之法律關係宜尊重新舊雇主與勞工之三方當事人間之約定。而因勞工與舊雇主間仍有勞動契約關係，故舊雇主之工作規則除了以提供勞務為前提之規定外，原則上對於借調之勞工仍有所適用；而因勞工在新雇主處提供勞務並受其指揮命令，故亦應服從新雇主之勤務管理及服務規律³⁰³。

2、勞動派遣

勞動派遣係指派遣人與派遣勞工訂定勞動契約，於得到派遣勞工之同意後，使其在要派人指揮監督之下提供勞務，但在要派人與派遣勞工之間並沒有勞動契

³⁰² 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（2003年3月），191-192頁（和田肇執筆）。

³⁰³ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），38頁（劉志鵬執筆）。

約關係之存在³⁰⁴。亦即，勞動派遣的最大的特色乃「僱用」與「使用」之分離。從而，在勞動派遣的情形中，雇主的責任與義務應如何分配為重要的問題。我國目前並未訂定勞動派遣法，故有關勞動派遣之法律關係，主要係依要派公司與派遣公司間之契約內容定之，處於弱勢的派遣勞工缺乏參與議定派遣勞動條件之空間³⁰⁵。

若從比較法的角度來觀察日本之立法例，雖然派遣勞工在要派人之事業場中受其指揮命令而從事要派人之業務，但只要勞動派遣係按勞動者派遣法所規定的架構而行之，則在要派人與派遣勞工間並不生勞動契約關係。要派人按勞動者派遣法之規定只有採取以適當地派遣就業為目的之一定措置及負有勞動保護法規上的一定責任(適用罰則而生刑事責任)。參考日本勞動派遣法第四四條之規定，其原則上有關勞動基準法上所規範之事項乃由與派遣勞工有契約關係之派遣人負責，僅針對某些在派遣的實態上不適合由派遣人負責之事項與從保護派遣勞動者之觀點認為適合由要派人負責之事項使要派人負擔雇主責任(諸如公民權行使之保障、工作時間、休假、休息等)，而使勞動基準法上之雇主責任分配於派遣人與要派人之間。

至於前述「默示的勞動契約關係」是否可適用於勞動派遣？日本實務³⁰⁶認為即使派遣勞工在要派人的事業場中受到該企業作業上的指揮命令而從事勞務(即使此意味著有使用從屬關係)，但並不因此就成立默示的勞動契約關係。因為勞動契約乃以雇主對勞工支付工資而勞工對雇主提供勞務為基本的要素，只有從實質上來看並不是由派遣人而是由要派人對派遣勞工支付工資且派遣勞工提供勞務的相對人不是派遣人而是要派人時，在派遣勞工與要派人間始具勞動契約關係之基本要素。

而為了可以該當如此的情形，首先必須派遣勞工的工資實際上由要派人所決定而由其本身透過派遣人進行支付。又，除了此工資的決定、支付外，必須承認要派人對於派遣勞工有勞務給付請求權。因此，雖然要派人必須對於派遣勞工進行作業上的指揮命令或出退勤的管理，但僅以此仍不夠充分。因為即使派遣人將這些權限委託給要派人，但仍明確地保有對於派遣勞工配置、懲戒、解僱等權限時，一般認為基本的勞務給付請求權仍由派遣人擁有。但在另一方面，例如派遣勞工的錄用或配置實際上乃由要派人決定之事實，或派遣勞工的工資乃被要派人所決定，並與要派人的勞工進行相同的作業而渾然成為一體之情形，則勞務提供的相對人乃朝要派人的方向移動。除非是該當上述的情形，否則派遣勞工始終只和派遣人有勞動契約關係，而和要派人並不具有勞動契約關係³⁰⁷。

³⁰⁴ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），179頁（邱駿彥執筆）。

³⁰⁵ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），38頁（劉志鵬執筆）。

³⁰⁶ サガテレビ事件—福岡高判昭58.6.7判時1084号126頁。

³⁰⁷ 菅野和夫，『労働法（九版）』（弘文堂，2010年4月），104-105頁。

第三條（適用行業之範圍）

本法於左列各業適用之：

- 一、農、林、漁、牧業。
- 二、礦業及土石採取業。
- 三、製造業。
- 四、營造業。
- 五、水電、煤氣業。
- 六、運輸、倉儲及通信業。
- 七、大眾傳播業。
- 八、其他經中央主管機關指定之事業。

依前項第八款指定時，得就事業之部分工作場所或工作者指定適用。

本法適用於一切勞雇關係。但因經營型態、管理制度及工作特性等因素適用本法確有空礙難行者，並經中央主管機關指定公告之行業或工作者，不適用之。

前項因空礙難行而不適用本法者，不得逾第一項第一款至第七款以外勞工總數五分之一。

一、勞動基準法適用範圍規定問題概介

勞動基準法（以下簡稱勞基法）係依據我國憲法第一百五十三條「國家為改良勞工…之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策」及「婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護」的規定，以「規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展。」（勞基法第一條）為宗旨，所制定的勞動保護立法。

從勞基法第一條「規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展。」的規定文字，可以清楚看出，勞基法立法者在制定該法時即認知到勞動基準立法本質上所存有的衝突對立結構關係。首先，從勞動關係個別當事人層次來看，勞資雙方在生產成果的分配上存有競爭關係，保障勞工權益立即明顯的效應之一即是雇主勞動成本的提高，原本企業在面臨經濟衝擊時，可藉由解雇或增聘員工，或以調整員工之工作時數來因應。而勞基法的實施，使得企業調整雇用人數及工時的邊際成本皆因而增加³⁰⁸，在這種勞資雙方利害對立相左的關係結構下，勞動基準的設定事實上本來就甚難找到雙方均可接受的共識基

³⁰⁸ 相關研究可參見：張文檀，『勞動基準法對就業量及工時調整之影響』（中國文化大學經濟學研究所碩士論文，1998年）。

礎。其次，從國家發展的總體角度來看，社會保護（合理分配生產成果）與經濟發展（增加生產成果）也著一定的緊張關係，需要與時俱進的衡酌情勢進行調節。

由於勞動基準的合理設定，牽涉到動態的經濟社會環境變化因素，如何衡酌拿捏並非易事，國家不見得有能作合理決定，再者因其事涉勞資雙方當事人的利益分配問題，與其由國家代為決定，倒不如由勞資當事人自行協商決定來得合情理，所以工運力量比較強大的國家如德國，傾向於盡量不制定勞動基準立法，而是宣示國家在有關勞動條件決定的勞資利益爭戰中保持中立的態度（國家中立原則），退讓出勞資進行社會自治的活動空間，並藉由憲法保障勞動基本權，賦予工會組織、協商、爭議權利，使勞資兩造的社會當事人可以在勢均力敵、武器對等的態勢下，進行社會自治，締結團體協約來形成勞動基準。

相對於，這種透過健全集體勞動法，引導勞資利害衝突力量進行「協商-爭議-協約」的社會自治，來形成勞動基準，甚至是帶動整體勞動法進步動力的法制設計模式。工運活動不甚活躍的國家，由於欠缺勞資社會實力相當的基本前提，在交由勞資雙方進行團體協商、締結團體協約形成勞動基準的功能，無法期待的情況下，於是發展出由國家介入制定勞動基準立法，為勞資雙方在勞動條件的利害衝突尋找基本的平衡點，來避免資方力量強大不斷壓低勞動條件的不當情形。

團體協約與勞動基準法兩者的規範功能事實上存有相互搭配及彼此消長的關係，蓋就勞動法制的理念而言，勞動關係的思考，不但應該強調當事人間的合意之「主觀公平性」，更應重視勞動關係內容「客觀上的妥適性」。世界各國用以維護勞動契約內容妥當性之規範機制，主要即為透過團體協商締結團體協約與勞動條件基準法定³⁰⁹。一個國家的勞動法是強調團體協約或是強調勞動基準立法，通常反映著該國勞資關係是處於「雙方對等」或是「單邊傾斜」的狀態³¹⁰。

大抵而言，以團體協約為中心的國家，勞動條件主要係由勞資雙方當事人共同合意形成，故國家只需也只能在最低限度內介入勞動條件基準的形成事宜，故其即使制定勞動基準立法亦多僅係備而不用³¹¹。反之，偏重以勞動基準立法為主

³⁰⁹ 黃越欽，『勞動法新論（修訂三版）』（翰蘆，2006年9月），274頁。

³¹⁰ 學者黃瑞明曾參考國際政治互動情勢的用語，以「雙邊主義」（bilateralism）、「單邊主義」（unilateralism）的對照概念組，來觀察比較台灣與西方國家勞資關係基本模式的不同。在西方國家其勞動關係的運作往往取決於勞資雙方的協商即所謂的「雙邊主義」而來，但台灣的勞資關係模式獨樹一格，台灣的勞動法規範體系中雖然也有考量勞工與雇主的經濟地位不平等，為避免身處弱勢的勞工受到雇主剝削，允許勞工組織規會、經由集體談判來與雇主簽定團體協約，在雇主不願讓步時甚至可以訴諸罷工等集體行動施壓的集體勞動法，但台灣所盛行的則是不經集體協商已形成勞動條件的「單邊主義」，亦即除極少數情況之外，勞動關係都是由資方以單獨決定的方式所形成的，勞動契約的內容不論是在簽訂、變更或是終止，基本上都只是反映出雇主的意志而已。此等情形其實已完全背離了私法契約應由雙方當事人參與決定及形成內容的自治理想，亟待設法導正。因此，在討論或思考我國勞動問題時，應該掌握並重視此等「單邊主義」、一方獨大的特徵，設法透過「國家權力」（立法途徑、行政途徑、司法途徑）審查、監督、抑制雇主的「社會權力」。參閱：黃瑞明，「集體勞動法：台灣法學的虛擬實境」，載於：行政院勞工委員會勞資關係處編印，『勞動基本權學術研討會論文集』（行政院勞工委員會勞資關係處，2005年12月），483頁以下。

³¹¹ 以德國為例，其於一九五二年一月十一日公布實施勞動基準立法（Das Gesetz über

要規範手段的國家（如我國），靠行政權管制勞動關係的勞動基準法常被當成勞動法的「基本大法」，團體協約反成爲備而不用或無實際功能的規範途徑。

此外，值得注意的是，勞資在勞動條件決定上的衝突張力，可能展現在團體協商領域也可能展現在勞動基準立法領域來尋求紓解，如採取勞動基準立法的規範模式，勞資在勞動條件決定上的衝突張力，自然也就會轉移到勞動基準立法的制定、修正與解釋適用³¹²等層面，有待妥適的衡酌處理。

我國勞基法在立法當時即預想到這種衝突張力，試圖以該法第三條適用範圍規定，爲因爲勞方跟資方利害對立、社會保護跟經濟發展相權衡所產生的衝突壓力，構築出緩和、調節的疏洪道，希望能夠以漸進擴大適用的方式，將各種錯綜複雜的衝突壓力，調和成加強勞雇關係、促進社會與經濟發展的推力。

不過，這刻意被築起的疏洪道，也使得勞基法的適用出現矛盾弔詭的景象：

首先，勞基法宣稱是所有勞動契約內容之最低基準，但其實並非所有之勞動契約皆得適用該法規定內容，除當事人須係該法所稱勞工與雇主外，其實尚有適用範圍之限制³¹³。換言之，我國數百萬勞工因適用範圍規定而被切割區分爲「受勞基法保障之一等勞工」以及「完全不適用勞基法之次等勞工」，後者之勞動契約問題只得回頭適用民法規定³¹⁴，或繼續適用業已不合時宜之工廠法規定³¹⁵。

其次，勞基法第三條適用範圍規定的存在，像是從勞動法脫離民法發展成爲獨立法律領域的前進演化歷程意外竄出來的一股逆流，順勢築起一道阻隔在「適用勞基法」與「不適用勞基法」的勞工族群間的法律長城，同時讓要求納入（或擴大）適用與希望暫緩（或排除）適用的勞資雙方人馬，聚集部署在長城外，

Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen von 11.1.1952)，但迄今仍未適用過。根據該法只有在以下條件具備時，始得由聯邦勞動部公布勞動條件基準：（1）勞動者確有訂定勞動條件基準之經濟社會需求，但因該當行業或產業無工會或雇主組織存在，或雖有工會或雇主組織存在，惟因人數過少無法實質影響勞動條件之形成，成立團體協約。（2）相關之勞動條件尚未因其他團體協約受一般化宣告而受拘束。相關說明及德國法之介紹，參見：黃越欽，『勞動法新論（修訂三版）』（翰蘆，2006年9月），277頁。

³¹² 司法判決對於勞資在勞動條件決定上的衝突張力，應如何拿捏問題的判斷意見，例如，台灣台北地方法院 96 年北勞簡字民事判決第 82 號認爲：「按雇主雇用勞工，雙方所締結之勞動契約，性質爲私法契約，仍有契約自由原則之適用，雖因雇主常爲經濟上之強者，而勞工常爲經濟上之弱者，爲避免因經濟地位強弱懸殊，致勞動契約約定之條件明顯不利於勞工，使勞工受到不當剝削，乃有勞動基準法之設，惟勞動基準法第 1 條規定：『爲規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。』，是勞動契約之約定是否有效，應衡平考量雇主與勞工雙方權益之保障，如未違反勞動基準法之強制規定，雇主與勞工基於契約自由原則約定之勞動契約應認爲有效。」

³¹³ 內政部民國 75 年 11 月 19 日(75)台內勞字第 455127 號函釋對於部分時間工作者是否是適用勞基法問題，特別強調：「部分時間工作者，如其服務單位屬於勞動基準法適用之行業，則係該法第二條第一款所稱之勞工，應有享受該法退休有關規定之權利。」之見解，似仍有待斟酌。

³¹⁴ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997 年 5 月），371-372 頁。

³¹⁵ 參見內政部民國 75 年 08 月 28 日(75)台內勞字第 436528 號：「原適用工廠法但依勞動基準法第三條及其施行細則第三條規定尚未納入勞動基準法適用範圍之廠（場），在本部依法指定適用勞動基準法前，仍暫繼續適用工廠法。」

不斷地爲何時可以進城，反覆動員、征戰攻防。

勞基法自民國七十四年施行迄今，已逾二十多年，該法的適用範圍規定歷經修正已不同於制定當時，而適用範圍規定的實際實踐情形，實務上亦累積相當的討論經驗。因此本文擬分就勞基法適用範圍規定的歷史演進與實踐情形進行觀察及探討，最後就該等規定的未來進行展望。

二、勞基法及其適用範圍規定的歷史演進

（一）勞基法的演進簡史

我國勞基法之制定倡議最早始於民國四〇年代。經多年研議因種種緣故始終一波三折未能拍板定案。嗣至民國七〇年代，時因我國對美國貿易出超日趨龐大，遭該國指責以低廉勞動力行不公平競爭，等外交、內政諸多因素交互影響下，勞動基準立法始出現曙光。

最後，政府部門在爲避免美國動用貿易制裁措施的壓力下，研議出以工廠法、廠礦工人受僱解雇辦法等當時之相關勞動法規爲本，參考日本勞基法，加上自創的確定給付制之雇主責任退休制度的勞基法草案，並於民國七十三年八月一日，完成立法程序，爲我國勞動保護法之立法開闢了新頁。

勞基法宣示合理保障勞工權益的正當性及必要性，蘊含重大社會政策意義，其不僅轉變了勞資關係的觀念認知，催化勞工權利意識的抬頭，也爲因長期戒嚴等政經情勢處於休眠狀態的勞動法制，帶來甦醒、發展的刺激誘因。時至今日，不論是從實際上所發揮之規範機能及受重視的程度來看，勞基法無疑是我國勞動法規中最爲人所矚目的法律，其不僅吸引了我國勞動法研究者大部分的關愛眼神，也成爲勞工爭取權利進行立法鬥爭的社會對話平台，儼然就是牽引我國勞工運動與勞動法研究向前行進的「火車頭」。

不過，仔細分析該法相關規範內容的構想構成來源，其除大致延續整理簡化我國先前以工廠法爲主的勞動法規之外，另參考援用以日本勞基法爲主的其他國家立法，看似繼往開來，兼顧傳承創新，其實「包藏禍心」。

因爲整個勞基法的規範設計，表面上係在設定勞動條件最低基準來保障勞工權益，看似可以對個別勞工發揮保障的功能，但深入觀察即可發現，該法實質上將勞動問題的根本癥結-勞資在實質權力上不對等的從屬性問題，並未積極謀求改善，反而技巧性地加以隱藏起來，甚至刻意將工作規則改造成爲雇主可以隨意支配的主要規範工具³¹⁶，把勞資會議擺在附則，將其定位爲協調勞資關係、促進

³¹⁶ 工作規則屬由企業單方訂定的企業內規範，其本質上不能與「法律規範」相提並論，然工作規則在實務上卻常常扮演著形成勞動條件之重要機能，迫使立法者不得不承認工作規則在一定條件下可以具有法源性質，以將工作規則擺進法源體系，使其受到適當的監督控制。爲避免與勞動關係之契約合意原則及法律之民主基礎要求有所抵觸，理論上必須特別設計了一套監督、轉化程序，使工作規則之訂定及規定內容受到審查控制，作爲賦予其類似法律規範之

勞資合作、提高工作效率的邊緣性制度³¹⁷，可謂係採取「一手給勞方『權利』、一手給資方『權力』」的兩手策略，來鞏固強化原已單方傾斜的勞資關係，讓勞動關係的成立及運作仍然籠罩在從屬不對等狀態中³¹⁸。

由於勞基法的相關規範特別是工作時間規範，主要係以工廠製造業之勞動型態為設計參考對象，無法完全吻合服務業等新興勞動型態之工時規範需求；該法獨創之退休金制度又未充分考量我國企業壽命、勞工流動力及雇主財務負擔等現實因素，以致於勞基法從制定之初，外界即不斷有該法相關規定悖離我國勞動市場現實或是窒礙難行之批評。

拘束勞工效力的前提要件。完整的監督、轉化程序，應分從當事人參與監督、行政監督及司法監督等三個層面，設計相關機制相互搭配。惟我國在模仿日本立法例時，故意略去工作規則訂立變更應聽取勞工過半數代表意見之機制，勞工力量不強又難透過團體協約等集體機制監督或參與工作規則的形成，「當事人參與監督」層面的把關機制幾乎是門戶洞開。行政監督機制實際上也搖搖欲墜。行政機關在勞動基準法施行初期，曾力圖振作，以函釋規定勞動基準法第 70 條報請主管機關核備為工作規則生效要件，未報請主管機關核備之工作規則自不發生該法所定工作規則之效力（參見，內政部 75 年 6 月 25 日台內勞字第 415571 號函、行政院勞工委員會民國 86 年 8 月 2 日(86)台勞動一字第 031794 號、行政院勞工委員會民國 85 年 4 月 13 日(85)台勞動三字第 108464 號等函釋），並就工作規則規定內容之妥適性進行實質審查糾正。然而，司法機關多數見解並不認同將報請主管機關核備為當成工作規則生效要件之見解，勞工行政主管機關嗣於 91 年時見解變更為：「事業單位工作規則應公開揭示，其內容違反法令之強制或禁止規定或其他有關該事業適用之團體協約規定者，無效。原內政部 75 年 6 月 25 日台內勞字第 415571 號函停止適用。」（行政院勞工委員會民國 91 年 11 月 28 日勞動一字第 0910062243 號）。綜上，我國現行的工作規則法制對於工作規則的監督機制，在先天上本即存有設計不良的問題，未從當事人參與監督、行政監督及司法監督等三個層面，以三足鼎立的態勢站穩腳步，後天又因司法機關未充分意識到嚴格審查工作規則法源適格問題的重要性，不認同將報請主管機關核備為當成工作規則生效要件之見解，致使主管機關在工作規則審查作業上的地位整個弱化、瓦解，難以積極介入監督審查，衍生出勞工行政主管機關不知如何在工作規則審核作業中定位自身角色以及秉持何等原則進行工作規則審核作業等實務困擾。影響所及，勞動爭訟案件中勞工權益蒙受工作規則不合理拘束的情形，頗為常見，工作規則幾成雇主控制宰勞動關係主導權的重要武器。

³¹⁷ 勞基法第 83 條雖然授權訂定「勞資會議實施辦法」，其對勞資會議所為之規定內容不可不謂詳細，然而（1）從勞基法立法體例觀之，該法第 83 條屬於第 12 章附則，甚至排在第 11 章罰則之後，這種立法設計已然說明勞資會議的召開與否，並無實際效果可言。（2）勞資會議實施辦法雖規定事業單位應依本辦法規定舉辦勞資會議（同辦法第 2 條第 1 項），就未依法規定舉辦勞資會議者，並無處罰規定；勞資會議議事範圍，包括「報告事項」（關於上次會議決議事項辦理情形、勞工動態、關於生產計畫及業務概況等事項屬之。）、討論事項（關於協調勞資關係、促進勞資合作、籌劃勞工福利事項、提高工作效率及勞動條件等事項屬之。）及「建議事項」三類（同辦法第 13 條），但由同辦法第 22 條規定觀之，勞資會議之決議，應由事業單位分送工會及有關部門辦理。如不能實施時，僅得提交下次會議覆議，可謂毫無拘束力可言。綜上，不論在理論上或是在實務上，勞資會議並未能真正發揮作用，其在勞資合作及勞工參與方面的理論上機能及實際作用，甚至比依職工福利金條例由勞工自行選出代表參與營運的職工福利金制度還來的低。參閱：黃越欽，前揭書，頁 349。有關職工福利金制度在勞資合作及勞工參與方面的機能作用分析，可參見：陳建文，「職工福利金條例的過去、現在與未來-職工福利金條例的興革方向探討」，發表於：行政院勞工委員會主辦，政府勞工福利政策的內涵、衝擊與前景學術研討會（政治大學綜合院館三樓國際會議廳，2005 年 10 月 7 日）。

³¹⁸ 對於實施勞基法可為個別勞工能帶來保障的一般認知提出批判與質疑之文獻，可參閱：黃志隆，『勞動基準法的再思考—一個批判法學研究的觀點』（國立中山大學政治學研究所碩士論文，1999 年）。

不過，勞基法相關規定的修正牽涉到勞雇雙方當事人利益的重分配，要在各方達成共識之情況下完成修法，實在不是一件容易的事，所以該法施行二十多年來，僅有過幾次小幅度的修正，大幅度的修法始終不易推動³¹⁹。

(二) 勞基法適用範圍規定的修正演變及衍生的討論

1、三個演變轉折點

檢視勞基法制定及修正過程，勞基法適用範圍規定從該法施行迄今總計作過六次修正，各次修正所涉條文及原因背景，整理如下表：

修正次數	總統公布修正時間	修正條文	修正原因背景
1	中華民國八十五年十二月二十七日總統(八五)華總(一)義字第八五〇〇二九八三七〇號令修正公布	修正：第三條條文。 增訂：第三十條之一、第八十一、八十四、八十五條之二等條文。	限期強制將各行各業盡可能地納入勞基法適用範圍，並設工時規定除外適用機制，解決擴大適用至服務業等行業之窒礙難行問題。
2.	中華民國八十七年五月十三日總統(八七)華總(一)義字第八七〇〇〇九八〇〇〇號令修正公布	修正：第三十條之一	
3	中華民國八十九年六月二十八日總統(八九)華總一義字第八九〇〇一五八七六〇號令修正公布	修正：第三十條	
4	中華民國八十九年七月十九日總統(八九)華總一義字第八九〇〇一七七六三〇號令修正公布	修正：第四條、第七十二條	
5	中華民國九十一年六月十二日總統華總一義字第〇九一〇〇一二〇六二〇號令修正公布	修正：第三條、第二十一條、第三十條之一、第五十	配合行政程序法施行，進行法制檢討。

³¹⁹ 勞工行政主管機關最近一次檢討幅度較大的修法行動，係行政院勞工委員會（以下簡稱勞委會）於民國九十六年初依「服務業發展綱領及行動方案」及「臺灣經濟永續發展會議產業組」之「檢討修正勞基法勞動契約相關規定」列管事項決議，提出勞基法勞動契約章修正草案，試圖啟動勞動契約法制改革行動。不過，經行政院審議認為勞基法勞動契約章的修正問題牽涉整體勞動契約法制發展方向，尚有諸如：民國二十五年制定之勞動契約法如何看待處理？勞動派遣、部分工時等非典型勞動型態保護問題應持何等政策立場？等政策面的重要問題亟待釐清，而退回勞委會重行研議。

		六條	
6	中華民國九十一年十二月二十五日總統華總一義字第〇九一〇〇二四八七七〇號令修正公布	修正：第三十條、第三十條之一、第三十二條、第四十九條、第七十七條、第七十九條、第八十六條	落實經發會討論共識

由上表可以知道勞基法適用範圍規定曾有過兩次修正，因此我們可以分從勞基法制定討論過程以及同法施行後兩次修正等三個時點，來觀察勞基法適用範圍規定的制定、修正演變及衍生的討論。

2、第一個觀察點：勞基法制定過程中的討論

按內政部民國六十九年十二月編印「制定勞動基準法背景及有關資料」之記載，內政部在研擬勞基法草案時，即意識到當時之主要勞動保護法律「工廠法」與「礦場法」等雖屬勞動基準立法，但僅適用於工廠、礦場，其他各業勞工無法受到各該立法的保護，適用範圍過小，且前述勞動立法均制定於大陸時期，內容陳舊，難以因應經社發展需求的問題³²⁰，並考量「…。各工業先進國家勞工立法均廣庇各業勞工、且無人數之限制，即開發中之國家如韓國等亦廣為適用。近年來我國經濟急速發展，本法適用範圍自應配合世界潮流之趨勢予以擴大。惟顧及部分行業立即適用實施之困難，宜有緩衝時間以資調整適應，…。」³²¹，故在政策上決定採取適用範圍規定及指定適用機制，以漸進方式擴增勞基法適用範圍。

在行政院相關部會協調時，相關部會對於勞基法適用範圍的設定認知出現歧異，內政部因而列有甲乙兩案。比較兩案差異主要有二：一在於應否將商業及農林漁牧業列為適用行業；二為，指定適用事業之權責究應歸中央主管機關或行政院為妥³²²，不過各部會對於漸進擴增勞基法適用範圍的政策基調則未見有不同意見。

最後，行政院提送立法院審議的勞基法草案第三條規定：「本法於左列各業適用之：一、礦業及土石採取業。二、製造業。三、營造業。四、水電、煤氣業。六、其他經中央主管機關指定之事業。」，依內政部當時的部長林洋港在立法院的說明「勞動基準立法，關係勞工各種權益，原則上應適用需要保護之各業受雇

³²⁰ 內政部編印，『制定勞動基準法背景及有關資料』（內政部，1987年12月），7頁。

³²¹ 參見：內政部編印，『制定勞動基準法背景及有關資料』（內政部，1987年12月），52-53頁之「十四、草案逐條條文內容及有關資料」第3條規定之說明欄。

³²² 勞基法草案第3條甲乙兩案及所持理由，詳見：內政部編印，『制定勞動基準法背景及有關資料』（內政部，1987年12月），17-18頁之「十二、本法草案未能協調條文暨甲乙兩案所持理由對照表」。

人員，為舉世各國之通例。本法適用範圍明定為：…，其分類標準係依照行政院行業分類標準，適用範圍係參照勞工安全衛生法。本法草案原定適用範圍未立即廣『告』（應係『及』字之誤繕）各業勞工之原因，乃由於依照行業分類標準，部分極小規模之事業可能一時難於適應，如以其他經中央主管機關指定之事業加以概括，得以逐步分期擴充，當較易推行。…」³²³

可見，當時的主管機關內政部其實清楚知道，勞動基準法適用範圍的劃定，應該以勞工族群有無存在著相同的保護需求來考量，其之所以，捨此正確的衡量標準，改採具體明列適用行業別附加指定適用的規定體例，其實是怕一下子把適用範圍擴大，恐影響經濟發展，增加推行勞基法阻力，所以採取折衷作法，向經濟現實妥協，來讓勞基法可以比較順利的通過立法審議。

或許是我國勞動基準法立法過程醞釀多時、一波三折、推動不易，為該法草案在立法院營造出「千呼萬喚始出來」的審查氛圍，內政部想讓該法「猶抱琵琶半遮面」地暫時先僅適用在部分行業的主張，立法委員們大部分並未提出根本的質疑與挑戰。

歸納草案審查過程中立法委員們的提問焦點，主要集中在適用行業不夠周全、完整³²⁴，未能符合社會發展趨勢；建議對於分年逐漸擴大適用的作法，是否應明文規定哪個行業何時實施，定個確定時日，才能使勞工有信心³²⁵；以及大量授權行政機關的規定，有行政權侵犯立法權，違反法律保留原則精神之虞等等。

只有少數委員如陳錫淇指陳，勞動基準法與勞工安全衛生法的立法基礎不同，且勞工安全衛生法自民國六十四年實施迄當時，其適用範圍已感不足，勞基法草案中之適用範圍規定卻仍以勞工安全衛生法為參考對象，實係嚴重錯誤，其主張應擴大將所有勞動者都納入³²⁶。

最後，民國七十三年七月三十日制定公布的勞基法第三條規定：「本法於左列各業適用之：一、農、林、漁、牧業。二、礦業及土石採取業。三、製造業。四、營造業。五、水電、煤氣業。六、運輸、倉儲及通信業。七、大眾傳播業。八、其他經中央主管機關指定之事業。」，只比行政院送請審議版本多出農、林、漁、牧業及大眾傳播業。

³²³ 相關說明發言，參見：立法院秘書處，『法律案專輯第 73 輯內政（29）－勞動基準法法案（上）』（立法院秘書處，1985 年 5 月），66 頁。

³²⁴ 經翻閱立法院秘書處編印，『法律案專輯第 73 輯內政（29）－勞動基準法法案（上）』（立法院秘書處，1985 年 5 月）後，發現不少委員曾分別發言詢問特定行業為何未納入或主張應特定應納入，如：謝深山（紡織業應納入，74 頁）、李友吉（服務業（百貨公司勞工）、金融業、農牧業，83-84 頁）、楊登洲（服務業、表演業、旅遊業、餐飲業、商業、文化事業，90 頁）、溫錦蘭（商業、服務業，93 頁）等。

³²⁵ 出面質疑的謝深山委員指出，關於勞基法，很多報章雜誌認為是「千呼萬喚始出來」，他卻以為是「猶抱琵琶半遮面」，還有很多地方，仍無法窺其全貌。分年逐漸擴大適用的作法讓人沒有信心，似有必要明文規定哪個行業何時實施，規定確定的納入適用時間，才能使勞工有信心。

³²⁶ 相關說明，參見：立法院秘書處，『法律案專輯第 73 輯內政（29）－勞動基準法法案（上）』（立法院秘書處，1985 年 5 月），101 頁。

3、第二個觀察點：民國八十五年十二月二十七日修正過程的討論

勞基法在七十三年八月一日開始生效後，除了該法第三條適用行業，以及由勞工行政主管機關陸續指定之少數行業（如七十七年四月五日指定驗船師事務所、海事檢定服務業；八十一年七月二十一日指定電影片製作業等）之外，其他行業均被排除在勞基法適用範圍之外，兩者的規範處境明顯形成對比，社會上要求擴大勞基法適用範圍的動能，遂逐漸醞釀、蓄積，促成了民國八十五年勞基法施行後的第一次修正。

此次修正的主要議題雖係擴大勞基法適用範圍問題，然而此一議題卻連帶牽動各界疑慮：該法以製造業為設計參考的相關勞動條件（特別是工時）規範，如何妥適兼容眾多異質產業的特殊需求，以及工時情況明顯迥異於製造業的行業（特別是服務業等）納入勞基法適用後，將發生工時規範窒礙難行等問題。因而，同時引發勞基法擴大適用範圍後，規範行業趨於多樣化，如何進行工時彈性化改革的討論。

最後，在急於將勞基法適用範圍作全面擴大，又不願正本清源對不周延、不合時宜的條文進行全盤檢討的情況下，修正了勞基法第三條，另增訂第三十條之一引進四週變形工時制度，八十四條之一工作時間基準除外適用規定，以作為因應新適用勞基法業者提出工時窒礙問題時之解套工具，以及增訂第八十四條之二退休金不溯及既往規定，減緩擴大適用所帶來的衝擊³²⁷。

依該次修正草案條文對照表說明，本次修正第三條規定主要係考量「勞基法係根據憲法第十五條及第一百五十三條所制定，是實現國家保障勞工工作權，並規範最低勞動條件的根本。故本法應適用至一切勞雇關係，使全國勞動條件維持一定水準。」，故於同條增列第二項至第四項等三項規定為：「本法於左列各業適用之：一、農、林、漁、牧業。二、礦業及土石採取業。三、製造業。四、營造業。五、水電、煤氣業。六、運輸、倉儲及通信業。七、大眾傳播業。八、其他經中央主管機關指定之事業。」（第一項）「依前項第八款指定時，得就事業之部分工作場所或工作者指定適用。」（第二項）「本法至遲於民國八十七年底以前，適用於一切勞雇關係。但其適用確有窒礙難行者，不在此限。」（第三項）「前項因窒礙難行而不適用本法者，不得逾第一項第一款至第七款以外勞工總數五分之一。」（第四項）

針對立法者「本法至遲於民國八十七年底以前，適用於一切勞雇關係。」的時限性要求，勞委會民國 86 年 06 月 12 日修正勞基法施行細則增訂第四條之一規定「本法第三條第一項以外尚未適用本法之事業，依其經營型態、管理制度、

³²⁷ 參閱：陳正良，「勞基法第八十四條之一之探討」，發表於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法擴大適用對工時制度衝擊及其因應之道研討會（師範大學綜合大樓 509 會議廳，1998 年 12 月 23 日），1 頁。李玉春，『我國工時法制之問題點與未來展望之研究』（文化大學勞工研究所碩士論文，2000 年），56 頁。

工作特性等有適用本法窒礙難行之情形，應將事實及理由向中央主管機關陳報。」
「中央主管機關經檢討，若適用本法並無窒礙難行之事業，應即指定適用之。若確有窒礙難行不適用本法者，由中央主管機關於民國八十七年底以前公告之。」。

該會嗣按三階段的期程規劃，於八十六年九月一日宣布各行各業納入勞基法適用範圍的時間表：（1）金融及其輔助業等十個行業，自八十七年三月一日起適用；（2）保險業等十個行業及法律、會計服務業自八十七年四月一日起適用。（3）社會福利服務業及醫療保健服務業等自八十七年七月一日起適用。全部的勞雇關係除非另有規定外，自八十八年一月一日起均一律適用勞基法³²⁸。

此次修法結果雖然使得勞基法適用範圍大為擴大，理論上除適用該法確有窒礙難行者外，均應適用勞基法，且以適用窒礙為由而不適用勞基法的勞工人數不得逾本法第三條第一項第一款至第七款以外勞工總數五分之一。然而，值得注意的是，其同時增訂第三十條之一工時彈性化、第八十四條之一工時基準排除適用規定，來疏通全面擴大勞基法適用將致之反彈。

如援用本文前言將勞基法第三條適用範圍規定，比喻為緩和調節各種施行勞基法衝突壓力的「疏洪道」的說法，第三十條之一工時彈性化、第八十四條之一工時基準排除適用規定，等於是又額外架設的「分洪道」。這些規定固然有助於吸納、消除來自於雇主的質疑壓力，然而如此一來，勞基法的納入適用/（特定規定）排除適用權限，等於全掌控在勞工行政主管機關手裏，納入勞基法適用的勞工並不必然可以適用到勞基法的所有保護規定，其有可能因特定排除規定的存在，不適用勞基法相關規範，改由勞資雙方自行約定基準代之。

在此等規範結構之下，「納入勞基法適用」明顯不等同於「勞動條件獲得實質保障」，因為即便適用勞基法，透過該法各種除外適用規定特別是第八十四條之一，還是可以光明正大的讓適用範圍內的勞工其特定部分的勞動條件基準，不適用勞基法相關規範，改回歸勞資雙方自行約定基準。因此，站在勞動基準保障觀點，除了關心納入勞基法適用與否的問題外，還需要特別留意納入適用者的勞動基準，在實質規範內涵上是否會因第八十四條之一規定而遭「掏空」，產生規範流失、保障縮水或不全的問題。

4、第三個觀察點：民國九十一年六月十二日修正時

九十一年六月十二日總統修正公布勞基法第三條、第二十一條、第三十條之一、第五十六條等條文，勞基法第三條進行了第三次修正，其理由說明略以「因窒礙難行而不適用本法之行業及工作者，為便於行政院勞工委員會繼續評估尚未適用之工作者及行業適用本法之可行性，並明確規定其應考量之因素，爰參酌勞

³²⁸ 參閱：陳金泉，『勞動法一百問（修訂二版）』（三民，2007年10月），4頁。

動基準法施行細則第四條之一第一項規定³²⁹，酌修第三項規定，第一項規定並酌作文字修正。

經查本次修法的背景主要係因為民國八十八年二月三日總統公布行政程序法；並自九十年一月一日施行。行政院各部會配合行政程序法施行，於九十一年間統一進行全面性的法制檢討工作，將各法施行細則中之重要事項移列母法規範或增訂法規命令之法律授權，以符合行政程序法所強調之法律保留、授權明確原則等要求。勞基法第三條形式上雖然再度進行了修正，不過所謂修正其實只是將施行細則的補充性規定移列併入酌作文字修正，並未實質變更規範內容。

不過，「為便於行政院勞工委員會繼續評估尚未適用之工作者及行業適用本法之可行性，並明確規定其應考量之因素」的修正理由，其實充分說明，中央勞工行政主管機關勞委會在擴大適用規定運作上應該扮演積極的角色，應該主動研究了解應將哪些行業或工作者指定適用勞基法，並將相關資訊公開，來落實勞基法的保障意旨。

5、小結：總體觀察後的印象

回頭檢視勞基法第三條的演進過程可以發現，勞基法的制定主要係起於因應外來國際貿易競爭壓力，並非純粹以保障勞工權益為考量，從一開始就出現「經濟發展邏輯」與「社會保護邏輯」的角力，因而在同法第一條留下「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法..」之立法目的宣示文字，勞基法復於第三條參考行業分類標準表設計適用行業限制規定，充分說明該法主要是以行業調適難易的經濟發展邏輯，來思考問題擴大適用問題，而非社會保護需求的有無及未適用工作者之工作性質與適用工作者是否相類。此等由經濟發展思維出發的作法，可謂完全偏離勞動法學對於勞基法的規範想像—為無法透過團體協約妥善建立勞動條件基準之產業，提供法定基準，維護勞動契約內容的客觀妥適。

誠如，論者林宜甲所言，基於一體適用之原則，勞基法其時應適用於一切勞雇關係。但依據同法第三條第三項但書之規定，因經營型態、管理制度及工作特性等因素適用該法有窒礙難行之行業或工作者，得經勞工委員會指定公告排除適用。適用範圍之規定直接影響勞工是否得以受到最低勞動條件的保障，涉及勞工基本權益，實為整部勞基法的核心所在，對於勞基法適用範圍規定所產生的相關問題，至少應該從「勞基法適用範圍規定之合憲性」（例如是否違反平等原則及基本國策章所宣示之勞工保護原則？）、「勞委會排除適用之行政決定合法性」

³²⁹ 民國 86 年 06 月 12 日修正之勞基法施行細則第 4 條之 1 規定「本法第三條第一項以外尚未適用本法之事業，依其經營型態、管理制度、工作特性等有適用本法窒礙難行之情形，應將事實及理由向中央主管機關陳報。」中央主管機關經檢討，若適用本法並無窒礙難行之事業，應即指定適用之。若確有窒礙難行不適用本法者，由中央主管機關於民國八十七年底以前公告之。」

（是否符合正當行政程序要求）、「排除勞基法適用公告之實質合法性」（附實質理由且不違平等原則及勞工保護原則）等方面來檢視³³⁰。

三、勞基法適用範圍規定的實踐情形

（一）觀察實踐情形的可能途徑

筆者認為勞基法適用範圍規定的實踐情形，可以分從幾個層面來交互觀察：一是，國家體制內部的行政系統及司法系統，在立法所給定的規定基礎上，如何依法行政、依法審判，其中又透露出何等值得留意的訊息。其次，在國家體制外勞資係如何圍繞著勞基法適用範圍規定在互動，在這個大脈絡下，又可區分特定行業或工作族群如何爭取納入適用的事例經驗以及個別勞契約當事人間的互動角力這兩個途徑來觀察。

（二）勞工行政主管機關的實踐作為

1、概況

如前所述，自民國八十七年修正後，勞基法之適用範圍以改成原則上全面適用，只有在經營型態、管理制度以及工作特性等因素而窒礙難行時，方由中央勞工行政主管機關指定公告例外排除適用，不過由於勞基法適用行業參考依附中華民國行業標準分類，加上勞基法第三條修法更迭，判斷各該行業或工作者是否適用勞基法，應該區分其究竟是八十七年修正施行後始全面納入，或者是立法同日或逐次經指定公告，而分別加以認定。為方便對照查詢歷年來指定適用或排除適用的資訊，行政院勞工委員會民國九十年五月十八日(九〇)台勞動一字第〇〇二二四五一號，公告有勞動基準法適用及不適用行業變更類別情形可供參考（詳參附件資料）。

2、勞基法適用之例外

若干勞工或因身分特性或是工作環境特殊，構成適用勞基法之例外，此類情形主要有三（1）勞基法第八十四條所定公務員兼具勞工身分者；（2）勞基法第八十四條之一；（3）海員。前述人員雖係勞基法上勞工，可是卻因種種因素，形成完全或部分不適用勞基法規定之例外情形。

首先，勞基法第八十四條規定：「公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定。但其他所定勞動條件優於本法規定者，從其規定。」，所謂公務員兼具勞工

³³⁰ 相關方面之論述請詳參：林宜甲，『勞動基準法適用範圍之研究』（暨南國際大學公共行政與政策學系碩士論文，2007年）。

身分者，依勞基法施行細則第五十條規定：「本法第八十四條所稱公務員兼具勞工身分者，係指依各項公務員人事法令任用、派用、聘用、遴用而於本法第三條所定各業從事工作獲致薪資之人員。所稱其他所定勞動條件，係指工作時間、休息、休假、安全衛生、福利、加班費等而言。」，至於任用、派用、聘用、遴用究應如何認定，則須參考公部門人事主管機關針對各項公務員人事法令所為之函釋³³¹。

前述規定主要係因公部門人事主管機關人事行政局向來主張維持公部門人事管理體制的一致性與完整性，特別是公務員不應適用勞動法規，故在勞基法制定時特別就公部門中兼具勞工及公務人員身分者的工作權益規範主導權限，與勞委會預作規劃協議，最後形成的折衷作法。

其次，勞基法第八十四條之一規定：「經中央主管機關核定公告下列工作者，得由勞雇雙方另行約定，工作時間、例假、休假、女性夜間工作，並報請當地主管機關核備，不受第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條、第四十九條規定之限制。一、監督、管理人員或責任制專業人員。二、監視性或間歇性之工作。三、其他性質特殊之工作。」「前項約定應以書面為之，並應參考本法所定之基準且不得損及勞工之健康及福祉。」。

本條之增訂背景已如前述，論者指出本規定問題甚多，有破壞工時規定甚至對整體勞基法的規範體系造成負面衝擊之可能，例如同條第 1 項第 3 款「其他性質特殊之工作」之工時基準排除適用事由，過於抽象寬鬆，並無具體標準，容易造成濫用。另工時基準排除適用規定須經「核定（中央主管機關）-約定（勞雇雙方）-核備（當地主管機關）」三道程序為之，看似嚴謹，然實際執行上卻存有核定原則未公開、約定不合理、核備標準不明確等問題有待改善。其次，主管機關對於除外適用工時基準規定的勞工並無任何統計列管，亦未積極掌握了解、追蹤檢討這些除外適用工時基準工作族群的勞動條件狀態³³²。

海員之僱傭，原本海商法第四章設有規定，其究應如何適用勞基法，實務上曾發生過爭議。行政院民國 75 年 4 月 19 日(75)台內字第 7899 號函釋就此等問題曾認為：「關於陽明海運股份有限公司及招商局輪船股份有限公司之船員，究應適用海商法或勞動基準法一節：按海員係依海商法僱用，服務於船舶上所有人員，依海商法第五條規定：「海商事件本法無規定者，適用民法及其他有關法律之規定。」海員應先適用海商法之規定，於海商法無規定者，始適用民法及其他法律之規定。勞動基準法之規定，僅能視為海商法第五條所稱「其他有關法律之規定」。衡諸勞動基準法原係依據陸上勞工之條件為基礎，其適用於海員，需在海商法無

³³¹ 參閱：臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009 年 9 月），44 頁（劉志鵬執筆）。

³³² 陳正良，「勞基法第八十四條之一之探討」，發表於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法擴大適用對工時制度衝擊及其因應之道研討會（師範大學綜合大樓 509 會議廳，1998 年 12 月 23 日），1 頁；劉夢蕾，『工作時間基準除外之適用－論我國勞動基準法第 84 條之 1』（政治大學勞工研究所碩士論文，2006 年），98-100 頁、114 頁。

規定之情形下，並應以勞動基準法關於與海員之性質能相容之部分為準。」。

嗣後海商法於民國八十八年修法時，刪除同法中有關船員勞動條件的相關規定，民國九十一年船員法修正時又特別於該法第三章及第四章分別規範船員僱用、勞動條件與福利等事宜，故現行船員之勞動條件應優先適用船員法，而非依行政院民國 75 年 4 月 19 日(75)台內字第 7899 號函釋原則辦理³³³。惟值得特別說明的是，前開行政院民國 75 年函釋在思考海員是否適用勞基法問題時，其實跳開的行業分類的思維，完全以事物本質來思考，亦即以勞基法所設保護規範是否與海上勞工工作狀況及條件相容為判斷標準，可謂甚為正確可取。

3、勞工行政主管機關實踐作為有待改善之處

綜觀勞工行政主管機關自勞基法施行以來有關適用範圍的相關實踐作為，有以下幾項值得進一步討論、改善之處：

- (1) 在實際操作層面，主管機關依法指定排除適用時，宜說明理由，俾便提供反省討論空間：

陳逢源律師指出，勞委會歷來依據勞基法第三條第三項但書指定不適用勞基法之工作者，遍及公立醫療院所、公立社會福利機構、依立法院通過之組織條例所設立基金會、公立各級學校及幼稚園等公機構，卻未曾說明各該工作者為何適用勞基法會窒礙難行之具體理由，難免啓人是否獨厚公設機構，而戕害該等機構工作者權益，致生牴觸平等原則之疑義³³⁴。

其次，有關醫師、律師、會計師排除適用勞基法之原因，勞委會曾在勞資當事人去函詢問的情形下，被動答覆略以：「…案內所詢醫師（從事專門性醫療工作，自主性、專業性高，有其特殊性）、律師及會計師（因其自主性高，採行責任制，工作時間不明確），經檢討評估其排除適用之理由，符合適用本法確屬窒礙難行之情形，因而排除適用勞動基準法。…」（參見勞委會民國九十四年二月四日勞動一字第○九四○○○六○四五號書函說明三）。

該會函覆後，當事人再度去函詢問醫師工作究有何特殊性及排除適用勞基法擴大適用原因疑義，該會將醫師不適用勞基法之理由歸納說明為：「（一）醫師執行業務具有高度專業責任，勞務替代性低，工作性質確有其特殊性。（二）醫師之工作時間與病患之權益及醫療品質息息相關，如以目前勞動基準法第三十條、第三十條之一、第三十二條規定規範醫師之工作時間，恐執行上有困難。（三）

³³³ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），45頁（劉志鵬執筆）。有關船員勞動基準問題之討論，可參閱：潘畊宇，『我國船員法中勞動條件與福利制度之研究』（國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2004年）；彭亮萬，『我國船員法與勞動基準法中商船船員退休制度之研究』（國立臺灣海洋大學商船學系碩士論文，2006年）。

³³⁴ 參閱：陳逢源律師，「勞基法之適用範圍與受私立學校僱用之「非勞務性工作者」」，3-4頁，刊載於六合法律事務所網站：<http://www.elawfirm.com.tw/main1.htm>。

當初未指定適用各業工作者原因之一，係醫師之勞動條件相對一般勞工為優，故暫予排除適用。(四)醫師應否適用勞動基準法，本會將持續檢討其適用該法可行性並審慎徵詢各方意見。」(參見勞委會民國九十四年四月四日勞動一字第○九四○○一六五八七號書函說明三)。

類此因受當事人詢問而被動答覆之作法，不見得能完整呈現指定排除適用時的政策考量，指定排除適用攸關勞工可否適用勞基法獲得相關保障，主管機關依法指定排除適用時，自宜完整說明理由，供各界反省討論其必要性及妥適性，以增加政策決定的正當性。

(2) 未能徹底擺脫經濟思維，回歸勞動保護本位來思考納入或排除適用問題：

隨著勞基法第三條適用範圍規定的修正，行政院勞工委員會民國 87 年 9 月 2 日(87)台勞動一字第 036475 號函釋：「勞動基準法第三條第三項規定，本法至遲於民國八十七年底適用於一切勞雇關係。但其適用確有窒礙難行者，不在此限。所稱「窒礙難行」係指同法施行細則第四條之一所定其經營型態、管理制度、工作特性等有適用該法窒礙難行之情形。惟不包括適用該法致使成本增加之情形。」，看似已脫離經濟發展優先思維，調整適用範圍問題的詮釋基調。

然而，必須留意的是，勞委會對於事業單位應否適用勞基法問題所採之認定標準，卻始終未擺脫經濟思維、回歸勞動保護本位來思考。此可從以下幾則相關函釋看出：

例如，行政院勞工委員會民國 80 年 02 月 02 日(80)台勞動一字第 02431 號，就業單位應否適用勞動基準法之認定標準問題，釋示：「一、查事業單位應否適用勞動基準法，依該法第三條及其施行細則第三條規定其事業之認定，依中華民國行業標準分類規定之場所單位之主要經濟活動為其分類基礎，前經內政部 75.11.22 台內勞字第四五〇六九三號函釋在案。本會 78.08.26 台七十八勞動一字第 14686 號函亦規定事業單位適用勞動基準法之認定，應以其所從事之主要經濟活動是否為該法第三條所列之行業為準。即事業單位從事多種性質不同之經濟活動時，按其產值(或營業額)最多者認定其行業，若產值(或營業額)相同者，按其員工人數或資產設備較多者認定之。二、事業單位適用勞動基準法如有疑義，應由當地主管機關查明該事業單位之前述各種資料後，逕行認定之。」

另內政部民國 75 年 11 月 22 日(75)台內勞字第 450693 號：「一、勞動基準法(以下簡稱本法)第三條及本法施行細則第三條規定之事業，其認定依中華民國行業標準分類規定之場所單位之主要經濟活動為其分類基礎，凡經濟活動之性質相同或相似者，均應歸於同一類目。二、場所單位係指經濟活動之構成主體，(如一家工廠、一個農場、一家事務所等)，以備有獨自之經營簿冊或可單獨辦理事業登記者，以為判斷。三、事業係屬一個場所單位者，如其經濟活動中有本法第三條所列各業者，應適用本法。四、事業具有二個以上場所單位者，應

依左列原則認定之：(一) 各場所單位從事相同之經濟活動者，如其經濟活動所屬行業為本法適用範圍者，應適用本法。(二) 各場所單位，從事之經濟活動不相同者，應分別依第三項原則認定惟為便於事業之管理，凡其數個場所單位中有部分應適用本法者，其他場所單位，得適用本法。(三) 事業之總管理或分支管理部門，如自成個別場所單位者，依第三項原則認定之；若非屬個別場所單位者，其所屬場所單位之經濟活動分類，應依其所轄場所單位中，有本法適用範圍者，該等部門即應適用本法。」

從前述函釋可以看出幾個見解上的重點：一是，勞基法第三條所定事業，其認定依中華民國行業標準分類規定之場所單位之主要經濟活動為其分類基礎；經濟活動之性質相同或相似者，均應歸於同一類目，所以勞工能不能得到勞基法的保護，要回過來看該當場所單位之主要經濟活動，是否屬於以納入勞基法適用之行業類目。二是，遇到場所單位從事多種性質不同經濟活動之情形，則依序以主要經濟活動、產值（營業額）為評估衡量準據，產值(或營業額) 相同者，按其員工人數或資產設備較多者認定。

此外，「場所單位係指經濟活動之構成主體，(如一家工廠、一個農場、一家事務所等)，以備有獨自之經營簿冊或可單獨辦理事業登記者，以為判斷。」，「…所稱『備有獨立之經營簿冊』係指備有經稅捐機關驗印之會計簿冊而言。至所稱『可單獨辦理事業登記』係涵蓋所有可單獨辦理之各種事業登記，且不問其實際已否辦理登記事業單位如未備有上開簿冊事業登記，則另依事實認定之。」(參見內政部民國 76 年 02 月 07 日 (76) 台內勞 字第 470454 號函)。

看得出來這一整套由勞基法施行時起所發展出來的實務操作模式，所著重的其實是經濟統計及稅捐會計管制，主要目的在於方便勞動基準檢查監督之進行，根本就不是從就業勞工保護需求的角度進行設想。在勞基法原則上應適用於所有行業之今日，前述的操作方式及其思維模式，實應適度調整，回歸勞動保護本位來思考納入或排除適用問題。

(3) 實務對於指定行業與指定工作者兩種方式擴大適用情形，在判斷勞工應否適用勞基法的問題上的處理原則不盡相同：

依現行勞基法第三條第一項中央主管機關得以事業之方式來擴大勞基法適用，同條第二項並規定指定適用時，得就事業之部分工作場所或工作者為之，指定適用。觀察這兩種指定適用方式的實踐情形，可以發現勞工行政實務對於指定行業與指定工作者兩種擴大適用情形，就如何判斷勞工應否適用勞基法的問題，發展出完全不同的處理方式。

簡言之，指定適用行業納入適用範圍者，其所僱用勞工是否須適用勞基法，應悉以該勞工就業場所主要經濟活動之行業歸屬來決定，亦即一切以行業分類標

準為斷³³⁵。至於以指定工作者納入適用範圍者，在判斷特定勞工是否適用勞基法時，卻一反前述原則，不以該勞工就業場所主要經濟活動之行業歸屬來決定，而以系爭勞工之工作性質是否與指定適用工作者相同為決定標準。

典型的實例，如行政院勞工委員會民國 87 年 01 月 05 日(86)台勞動一字第 56414 號：「查本會已於去年九月一日公告指定公務機構技工、駕駛人、工友及清潔隊員自八十七年七月一日起適用勞動基準法。故凡於公務機構擔任技工、駕駛人、工友及清潔隊員，均應依該法規定辦理。至於按日計酬臨時僱用人員，如其所從事之工作與上開人員工作相同，即屬上開該等人員之範圍，應適用勞動基準法。」，最高法院新進的相關判決基本上亦接受此等見解³³⁶。

此等差別處理的根源雖然是勞基法第三條第二項之條文規定結構使然，惟觀諸勞工行政實務，不乏將行業及工作者並列指定適用之情形，其同時為同一函釋指定適用³³⁷，然卻因係以行業指定適用或工作指定適用，而在實際判斷可否適用

³³⁵ 相關函釋如：行政院勞工委員會民國 87 年 7 月 30 日(87)台勞動一字第 032588 號：「凡由適用勞動基準法事業單位所僱用之勞工，應有該法之適用，與僱用該勞工之經費來源無關。貴會補助或委辦之各執行機關其所僱人員是否適用勞動基準法，應視該機關是否適用該法而定。至於各執行機關之行業歸屬請依其主要經濟活動認定或檢送相關資料，由當地縣市政府查明認定。」行政院勞工委員會民國 87 年 6 月 22 日(87)台勞動一字第 024310 號：「事業單位職工福利委員會依中華民國行業標準分類，係屬社會福利服務業，本會已於去(八十六)年九月一日公告指定該業自本(八十七)年七月一日起適用勞動基準法。」內政部民國 75 年 8 月 19 日臺內勞字第 434284 號：「建築投資業係從事不動產之開發，依中華民國行職業標準分類規定，屬不動產經紀業，目前尚未列入適用勞工安全衛生法及勞動基準法。但該事業單位如具營造行為者則屬同分類標準所稱之營造業。」

³³⁶ 最高法院 96 年民事判決勞上易 第 42 號：「按中央主管機關指定適用勞動基準法之事業，得就事業之部分工作場所或工作者指定適用；又因經營型態、管理制度及工作特性等因素適用本法確有窒礙難行者，並經中央主管機關指定公告之行業或工作者，不適用勞動基準法，此觀勞動基準法第 3 條第 1 項第 8 款及第 2、3 項規定甚明。次按，行政院勞工委員會業於 86 年 9 月 1 日公告指定公務機構技工、工友、駕駛人及清潔員自 87 年 7 月 1 日起適用勞動基準法，並於 87 年 12 月 31 日以(87)台勞動一字第 059605 號函釋公告公務機構(技工、工友、駕駛人、清潔隊員及國會助理除外)之工作者不適用勞動基準法在案，有行政院勞工委員會 96 年 1 月 4 日勞動 1 字第 00000000 號函可稽。依此，倘若在公務機構從事之工作內容與前揭技工、工友、駕駛人及清潔員有別，則無該法之適用。…上訴人受僱期間所任職務之具體內容，分別為 83 年 10 月 1 日至 85 年 7 月 31 日係在收發室從事稿件校對工作，85 年 8 月 1 日至 93 年 12 月 31 日則在主計室從事會計核算程序、統計調查(人力資源、家庭收支、攤子收入等)，95 年 1 月 1 日至 95 年 2 月 28 日則從事清潔隊守衛工作等情，此據上訴人於原審陳述綦詳，並為被上訴人所不爭執者…。上訴人於本院雖改口稱其工作與正式清潔隊員完全相同云云，惟經本院質以其工作內容時，其答稱係幫忙正式隊員整理健保文件、排班登記、教導課員搬運重物等…。是其工作主要內容仍係協助正式編制職員處理文書事務，核與技工係有特殊專業從事特定事務、駕駛以駕駛公務車為業務、工友從事機關雜務、清潔隊員從事機關轄區內清潔業務迥然有別。依前開函釋、公告，應無勞動基準法之適用。」

³³⁷ 實例如：行政院勞工委員會民國 86 年 11 月 3 日(86)台勞動一字第 047495 號：「主旨：指定保險業等十行業及法律及會計服務業(律師、會計師除外)之工作者、國防事業非軍職人員等工作人員適用勞動基準法。請查照。說明：一、依據勞動基準法第三條辦理。二、指定左列各業及工作者自中華民國八十七年四月一日起適用勞動基準者。(一) 保險業。(二) 不動產業。(三) 廣告業。(四) 設計業。(五) 商品經紀業。(六) 顧問服務業。(七) 租賃業。(八) 其他工商服務業。(九) 個人服務業。(一〇) 電影片映演業。(一一) 法律及會計服務業(律師、會計師除外)之工作者。三、指定國防事業非軍職人員之工作者自中華民國八十七年七月一日起適用勞動基準法。」行政院勞工委員會民國 86 年 9 月 1 日(86)台勞動一字第 037287 號：「主

勞基法的問題處理上，卻分別適用不同判斷規則，實很難不令人感覺到突兀。根本解決之道，還是要徹底擺脫經濟思維，回歸勞動保護本位，以事物本質來思考納入或排除適用問題，建立一套共同的判斷原則。

本文認為，參照行政院民國 75 年 4 月 19 日(75) 台內字第 7899 號函釋海員是否適用勞基法問題的作法，跳開行業分類的思維，回歸系爭勞工工作狀況及條件之保護需求是否勞基法所設保護規範相容為判斷標準，或許不失為可行的作法。

(三) 司法實踐情形的觀察

1、司法實務見解概況

勞基法係國家基於社會正義考量，為導正經濟活動副作用或外部性等目的，而以各種保護性管制規定介入私法自治領域「社會管制（或稱規制）立法」，在適用上有其規範對象之範圍限制存在。故特定的勞務提供者是否為勞工？其相對人是否為雇主？兩者間所簽定之契約是否為勞動契約？特定當事人間有無勞動契約關係存在？其勞動關係是否屬勞基法適用範圍？均屬討論當事人權益爭議時之前提問題，須先予釐清。

部分法院判決對於上述前提問題審查，已形成有典型的論述方式，例如臺灣臺北地方法院民事判決九十二年度勞訴字第四七號：「查被告係經營雜誌及書籍出版業，業據原告陳述在卷…被告係屬依勞基法第三條第一項第八款規定及行政院勞工委員會八十年十月七日台（八〇）勞動一字第 26387 號函示，應自八十年十月七日起適用勞基法之行業..告既受僱被告公司從事向客戶推銷平面媒體廣告等業務，即係在被告指揮監督下提供勞務，故兩造間系爭僱傭契約自屬勞基法第二條第六款規定之勞動契約而有勞基法之適用（最高法院八十九年度台上字第一三〇一號判決要旨參照）。合先敘明。」；臺灣臺北地方法院民事判決九十一年度勞訴字第二二一號：「經查被告公司之主要業務為各種金屬非金屬之防鏽美化表面處理業務即電鍍加工業..，故被告公司之主要業務係屬製造業，為勞動基準法第三條第一項第三款規定之行業，而被告復不爭執原告係其所僱用之勞工，則本件..，均應依勞動基準法之規定為斷。」，可供參考。

其次，對於被勞委會明文指定排除勞基法適用之各業工作者，可否參照勞基法有關規定加以適用問題，臺灣高等法院花蓮分院民事判決 95 年度上易字第 37

旨：指定金融及其輔助業等行業及醫療保健服務業（醫師除外）之工作者、國會助理、公務機構技工、駕駛人、工友與公務機構清潔隊員等工作者適用勞動基準法。依據：勞動基準法第三條。公告事項：一、指定左列各業及工作者自中華民國八十七年三月一日起適用勞動基準法：(一) 金融及其輔助業。(二) 資訊服務業。(三) 觀光旅館業。(四) 信用合作社業。(五) 證券業及期貨業。(六) 國際貿易業。(七) 汽車零售業。(八) 綜合商品零售業。(九) 建築及工程技術服務業。(一〇) 國會助理。二、指定左列各業及工作者自中華民國八十七年七月一日起適用勞動基準法：(一) 社會福利服務業。(二) 醫療保健服務業（醫師除外）之工作者。(三) 公務機構技工、駕駛人、工友。(四) 公務機構清潔隊員。」

號認為：「經查：(一)行政院勞工委員會於 90 年 5 月 18 日依勞動基準法第 3 條第 3 項規定，以臺 90 勞動 1 字第 0022451 號函公告不適用勞動基準法之各業工作者，並指定「私立教育服務職業訓練機構之教師、職員」不適用勞動基準法。依勞委會上開公告及該會以勞動 1 字第 0950027935 號函復原審法院所示…，上訴人擔任被上訴人焊接副訓練師一職，並不適用勞基法。兩造間之僱傭關係，既經勞委會明令排除勞基法之適用，即非屬「法律漏洞」，自無類推適用勞基法之相關規定，而應適用民法僱傭契約及被上訴人工作規則之相關規定。上訴人主張僱傭雙方對於勞動契約內容有爭議時，應參照勞基法有關勞動契約規定加以適用，不足採取。」

臺灣台北地方法院民事判決九十一年勞簡上字第四七號亦認為：「…按類推適用乃法律規範對於應規定事項根本未設規定，致乏裁判依據時，所使用之法律補充方法，而所謂法律未規定，必須由於立法者之疏忽、未預見，或情況變更而產生者為限，立法者有意不規定或有意不適用於類似情況者，則非欠缺，而不得類推適用。經查勞動基準法係政府為保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，而特為制定，且為免流於浮濫，乃以列舉方式限定其適用對象之勞工所屬事業範圍，並授權中央主管機關依當時之經濟、社會、勞動環境，逐步擴大指定應適用勞動基準法之事業（勞動基準法第三條參照）乃係以立法明示排除非屬勞動基準法第一項第一款至第七款所列各業以外，且未經中央主管機關依同條項第八款指定之事業，關於勞動基準法之適用。故凡未經上開勞動基準法或經主管機關指定之事業，除勞雇雙方有準用之約定外，依上開說明，自無得直接類推適用勞動基準法於其勞雇契約之餘地。…」

2、特殊見解的判決

對於勞基法適用問題提出特殊見解的判決，值得注意者，有以下數則：

(1) 臺灣基隆地方法院民事判決九十一年度勞訴字第四號

本判決認為非勞基法適用範圍行業的受雇勞工，在工作職務性質類似的情況下亦得「類推適用」勞基法規定，其指出：「本件原告原係於農會信用部擔任辦事員，且投保之種類係勞工保險，為兩造所不爭，其從事職務之性質顯與金融機構職員相同，金融機構職員既有勞動基準法之適用，則基於保護勞工之相同法理，在農會人事管理辦法未規定情形下，自應類推適用勞動基準法之相關規定。…」。

本判決見解最明顯的特徵是，以基於保護勞工之相同法理，作為立論基礎，認為勞工從事職務性質與勞基法適用行業勞工相同者，基於平等原則，其自應亦有勞基法之適用。

(2) 臺灣士林地方法院民事判決 94 年度勞訴字第 44 號

本判決指出：「查本件原告為被告提供勞務已達 6 年 6 月，其工作內容均為警衛，期間亦未曾間斷，…。被告雖抗辯原告為私立學校職員，依行政院勞工

委員會 87 年 12 月 31 日 (87) 台勞動一字第 059605 號函函示，並無勞動基準法之適用云云，惟查行政院勞工委員會固有私立學校教師職員不適用勞動基準法之函示，惟原告雖受僱於被告，然並非其編制內之專任職員，而係約僱人員等情，有被告自 88 年起至 94 年止之職員工一覽表在卷可稽，且依原告之俸給通知單，並無被告代扣退撫基金或保費之記載，且被告（即雇主）亦未提出原告可得適用該校依私立學校法第 58 條規定，所訂有關教職員工之退休、撫恤、資遣等福利規定之證明，足見原告雖任職被告學校，仍非屬該校編制內之專任職員，而無得享有私立學校法所定之退休、撫卹、資遣規定，然原告既受僱於被告從事工作而獲致工資，兩造之僱傭契約仍不失為勞動契約之性質，應有勞動基準法之適用……。」

按私立各級學校之教師、職員，雖已由勞委會指定為不適用勞基法之工作者，但「職員」的指涉範圍不明，勞委會另以台（89）勞動一字第〇〇五六八一八號函補充說明：「…所謂職員，係指授學校僱用之非勞務工作者。」，但何謂「非勞務工作者」，該函釋並未提出說明，不但無助於了闡明「職員」指涉的人員範圍，反引發「勞務性工作者」、「非勞務性工作者」應如何認定區分的新爭議，無法定紛止爭地讓勞資當事人知道是否應適用勞基法。

陳逢源律師正確地指出，排除勞基法適用問題，其實必須站在整體法制來觀察思考，不能只停留在概念闡釋層面。依據私立學校法以及教育部頒發之「私立高級中學組織規程準則」等法令，私立學校有其固定編制，其編制內之有給專任教職員，係公教人員保險法第 2 條及第 6 條之強制投保對象。另私立學校法第 58 條更進一不責由「董事會訂定專則，籌措經費辦理有關教職員之退休、撫卹、資遣等福利事項」，使編制內人員授有保障。由是觀之，私立各級學校之教師、職員被除除勞基法適用的實質理由，主要係因私立學校法等相關法令以為該等人員工作待遇，建立自成一格的等保障機制，故不適用勞基法，以免疊床架屋、法制紊亂³³⁸。

本件判決在判斷上認為，雇主未能證明原告勞工可得適用該校依私立學校法第 58 條規定所訂有關教職員工之退休、撫恤、資遣等福利規定，足認原告勞工雖任職被告學校，但其非屬該校編制內專任職員，無從享有私立學校法所定之退休、撫卹、資遣規定，然原告既受僱於被告從事工作而獲致工資，兩造之僱傭契約仍不失為勞動契約之性質，應有勞基法之適用。

本件判決的啟發意義在於，站在勞動保護政策的角度來看，每位工作者均應有一套工作待遇的保障機制，在勞基法的一般性保障機制之外，可基於歷史背景、工作環境差異等政策考量另立保障機制，並使其不與勞基法疊床架屋、重複保障，但不該出現有工作者完全沒有保障機制可資適用之情形，如此方符合憲法保障工作權、保護勞工的意旨。

³³⁸ 參閱：陳逢源律師，「勞基法之適用範圍與受私立學校僱用之「非勞務性工作者」」，5-6 頁，刊載於六合法律事務所網站：<http://www.elawfirm.com.tw/main1.htm>。

3、農會信用部員工有無勞基法適用之爭議

到底適不適用勞基法有時不易判斷，臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會，即曾就農會信用部員工有無勞基法適用爭議提出三案意見進行研討³³⁹，茲將其討論情形介紹如下：

法律問題：農會信用部員工有無勞動基準法之適用？

討論意見：

甲說：(肯定說) 有勞動基準法之適用。

按勞動基準法第 3 條規定：本法於下列各業適用之：一、農、林、漁、牧業。二、礦業及土石採取業。三、製造業。四、營造業。五、水電、煤氣業。六、運輸、倉儲及通信業。七、大眾傳播業。八、其他經中央主管機關指定之事業。而行政院勞工委員會已於 86 年 9 月 1 日(86)台勞動一字第 037287 號函釋示，金融及其輔助業自 87 年 3 月 1 日起適用勞動基準法。又所謂農會信用部，依農會法第 5 條第 2 項之規定，主要為辦理會員金融事業，符合上開函釋意旨，應有勞動基準法之適用。

乙說：(否定說) 無勞動基準法之適用。

應依據行政院勞工委員會於 87 年 12 月 31 日以台 87 勞動一字第 059605 號函公告指定人民團體(含人民團體項下農民團體，如農會)不適用勞動基準法。既以明列排除適用，農會員工不論其擔任任何部門、從事何工作，均無勞動基準法之適用，且農會信用部員工亦常兼任農會其他部門之工作，如認信用部員工可適用勞動基準法，其他部門員工則不適用，恐造成認定之困難，且亦有失公平。

丙說：(折衷說)應視該員工是否為信用部員工，及該信用部是否屬獨立於農會外之場所單位而定。

依據行政院勞工委員會 93 年 9 月 20 日勞動一字第 0930045978 號函釋：「查農會信用部若係獨立於農會外之場所單位，則依中華民國行業標準分類(85 年 12 月第 6 次修訂版)規定，屬金融及其輔助業，依本會 86 年 9 月 1 日 86 台勞動一字第 037287 號公告，自 87 年 3 月 1 日起適用勞動基準法。惟農會信用部若非獨立於農會外之場所單位，則歸屬農會；本會已於 87 年 12 月 31 日以台(87)勞動一字第 059605 號公告指定人民團體(含人民團體項下農民團體，如農會)不適用勞動基準法，有關其資遣費等勞動條件應由勞資雙方協商議定」等語；而所稱

³³⁹ 參見：臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會民事類提案第 20 號(提案機關：臺灣苗栗地方法院)。

「場所單位」，係指經濟活動之構成主體，以備有獨立之經營簿冊或可單獨辦理事業登記者，以為判斷，亦有行政院勞工委員會 (90) 台勞動一字第 0027505 號函釋可稽。是以農會員工有無勞動基準法之適用，應視其是否為信用部員工？若為信用部員工，應再視該信用部是否係獨立於農會外之場所單位而為判斷，不可一概而論。

初步研討結果：採乙說。

審查意見：依農業金融法第 7 條及農會、漁會信用部業務管理辦法第 3 條、第 6 條規定，農會信用部係屬金融業，故其員工有勞動基準法之適用。

研討結果：照審查意見通過。

對此問題，行政院勞工委員會民國 94 年 6 月 2 日勞動 1 字第 0940028896 號函釋認為：「礙於各縣市轄屬農會之組織型態及發展各有不同，渠等有關勞動基準法適用與否仍應依個案事實認定。依中華民國行業標準分類規定農漁會係屬人民團體，目前不適用勞動基準法。故農會所屬部門（包括會務部、推廣部、會計部、稽核部、信用部）如未具獨立法人地位，無法單獨對外運作者，尚不適用該法。反之，其所屬部門若已單獨辦理事業登記，符合獨立「場所單位」，應以其實際從事之主要經濟活動為其分類基礎。至於農會附設飼料廠、碾米廠、超市、生鮮處理中心等，如符合獨立「場所單位」，其行業認定應以其實際從事之主要經濟活動為其分類基礎。另，事業單位若從事多種不同經濟活動時，其行業歸屬依本會 80 年 2 月 2 日台 80 勞動 1 字第 02431 號函釋，由事業單位所在地勞工行政主管機關依個案事實據以認定之。…勞動基準法第 3 條所列適用該法之各業，依同法施行細則第 3 條、第 4 條規定，係適用中華民國行業標準分類之規定，其認定則以「場所單位」之主要經濟活動為其分類基礎。上開「場所單位」係指經濟活動之構成主體（如一家工廠、一個農場、一家商店或一個事務所等），以備有獨自之經營簿冊或可單獨辦理事業登記者，以為判斷，前經內政部 75 年 11 月 22 日 75 台內勞字第 450693 號函釋在案供參。」

4、小結：判決趨勢所呈顯的意義

行政法學者葉俊榮曾指出，法院在既有法律制度下，固然必須就法論法，作合乎當前法律秩序的判決。但法院已是法律事件發展流程的最後一關，法院在認事用法之際，往往最能體會究竟是那些制度問題，造成本案處理上的困難，因此，在不逾越「依法審判」職權的前提下，法院仍有可能在判決中點出其所發現之制度問題，促使研究者與立法者重視。如能妥為利用此種「釋放訊息的功能」，將有助於提醒研究者也強化案例的動態面與功能面分析，對判決中之爭點進行功能性的詮釋，將法院於判決中所點出之制度問題，粹取昇華為制度面的應興革意見，

並謀求解決之道³⁴⁰。

前述判決其實釋放了相當重要的訊息，值得我們省思。這些判決其實隱約察覺到勞基法適用範圍規定已經發生規範典範轉移，而提出不同於主流判決的看法，企圖妥善處理個案。這些在判決中意會卻未能充分言明的想法，或許可以整理如下：

首先，現行勞基法適用範圍規定已由現制適用全面逆轉為擴大適用，在此種法制背景下，似乎應該揚棄過去以行業區分判斷認定是否適用勞基法的作法，改基於平等原則，由勞工從事職務性質、保護需求與勞基法適用行業勞工是否相同，來判斷勞基法適用問題。

其次，站在勞動保護政策的角度來看，每位工作者均應有一套工作待遇的保障機制，在勞基法的一般性保障機制之外，可基於歷史背景、工作環境差異等政策考量另立保障機制，並使其不與勞基法疊床架屋、重複保障，但不該出現有工作者完全沒有保障機制可資適用之情形，如此方符合憲法保障工作權、保護勞工的意旨。

（四）爭取納入適用的實例及經驗啓示

1、銀行員工會爭取納入勞基法適用

銀行員工會曾成功爭取銀行業納入勞基法適用。依學者許繼峰的研究分析，銀行業原不適用勞基法，由於公營銀行行員擔心在民營化後工作受到威脅，一九九八年時服務於台北市銀行的黃玉炎等人開始呼籲發動各地銀行員工組織工會，爭取納入勞基法，並向公營銀行主管機關財政部要求修正不合理的管理制度³⁴¹。

想要納入勞基法適用行業有兩條途徑可循：一條立法途徑，即修改勞基法第三條；另一為行政途徑，即要求勞委會指定。銀行員工會起初著力於立法途徑，後來發現立法途徑困難重重，遂調整策略，採取「修法」與「指定」雙管齊下的策略。在修法途徑的努力方面，工會發現納入勞基法的行業越多，在爭取過程所需面對的雇主反對越烈，前景也就越不樂觀，因而自一九九二年起開始轉向對勞委會縮小訴求，將目標從「金融業納入勞基法」調整為「銀行業納入勞基法」，排除信用合作社及農漁會信用部，但仍是一波三折³⁴²。

一九九六年一月，勞委會、財政部與銀行員工會全國聯合會協商未達成共識，於是工會聲稱在三月總統大選時對國民黨候選人展開「反輔選」。當時的勞委會主委--工會領袖出身的謝深山身負為李登輝、連戰動員勞工選票之重任，不願見

³⁴⁰ 葉俊榮，『行政法案例分析與研究方法』（三民，1999年3月），33-34頁。

³⁴¹ 許繼峰，「我國工會組織參與政治過程之探討—以銀行員工會參與勞動基準法擴大適用為例」，人文及社會科學集刊11卷3期（1999年9月），405頁。

³⁴² 許繼峰，「我國工會組織參與政治過程之探討—以銀行員工會參與勞動基準法擴大適用為例」，人文及社會科學集刊11卷3期（1999年9月），409頁。

到勞工選票流失，因此在二月二十八日公開宣稱：「七月一日不實施，只有去職，沒有他途。」，以個人政治生涯為銀行業七月一日納入勞基法作保證³⁴³。不過，總統大選結束之後，政策方向依舊不明朗，銀行員工會眼見「指定適用」無望，遂轉而加強修法訴求。最後，民進黨和新黨立委趁著國民黨二十多位立委出國，聯手通過劉進興與簡錫堦所提之「所有勞雇關係一體適用」的勞基法第三條和「彈性運用工時與女工夜間工作」的第三十三條修正草案，列入議程逕付二讀，最後在政黨協商的情形下完成修法。

許繼峰歸納銀行員工會爭取納入勞基法適用的成功因素，認為銀行員工會善於掌握遊說的時機，並有效運用許多「壓迫式」或「威脅式」的說服手法，走到第一線去參與勞工政策制定過程³⁴⁴。

2、公務機關臨時人員納入勞基法

民國 97 年 3 月 7 日中國時報時論廣場一篇署名陳嘉雯／嘉義水上(研究生)的讀者投書「校園工讀生 誰來保障？」，寫到：

「三名花蓮教育大學鄉土文化學系教授和研究生，因受委託進行文化普查研究，一名研究生不小心摔進四公尺深的碉堡內身亡。這個事件也摔出近來受到各界爭論研究機構、大專院校『專案研究助理』以及校內工讀生是否應納入勞基法保障的問題。

原本自今年一月一日起，勞委會正式公告公務機關臨時僱員將納入『勞動基準法』適用範圍，享有資本工資、法定工時、勞健保、勞退休金等法定保障，然因各校認為適用勞基法後會加重財政負擔而向行政院施壓，行政院已於二月十五日跨部會會議中指示勞委會排除公立大專院校校內工讀生與專案研究助理適用『勞基法』。

這麼一來，校園內這群「學術勞動者」又再度陷入因在法律上定位不明，造成勞動權益長期未受保障，甚至最基本擁有被投保勞健保的權利都被剝奪。結果，若因『學術勞動』而發生如上述案例的職業災害時，卻無法透過社會保險獲得保障，工作上的風險只能由自己承擔。

筆者以為政府於高教預算的減少與大專院校數目毫無控管所造成財務吃緊之因，實不該由數萬校內工讀生與研究助理承擔國家錯誤政策的惡果。期待政府能提供一個安全、保障的學術工作環境，而非淪為剝削校園工讀生與研究助理的幫凶。」

³⁴³ 許繼峰，「我國工會組織參與政治過程之探討—以銀行員工會參與勞動基準法擴大適用為例」，人文及社會科學集刊 11 卷 3 期（1999 年 9 月），410 頁。

³⁴⁴ 許繼峰，「我國工會組織參與政治過程之探討—以銀行員工會參與勞動基準法擴大適用為例」，人文及社會科學集刊 11 卷 3 期（1999 年 9 月），425-428 頁。

按有關公部門勞工適用勞基法問題，事涉行政院勞工委員會（以下簡稱勞委會）及行政院人事行政局（以下簡稱人事局）、考試院銓敘部（以下簡稱銓敘部）等機關權責，公部門勞工適用勞基法狀態的推移變化趨勢，其實是前述相關機關彼此角力結果。銓敘部及人事行政局向以公務人員係考試任用，其待遇福利異於一般勞工自成一格，基於公務人員人事體制之整體衡平考量，主張不宜將公務人員納入本法適用範圍，在公部門勞工適用勞基法問題上，亦多持反對意見或消極態度，與勞委會意見相左。

政府機關臨時人員因係各機關非依公務人員法令，自行以契約進用之臨時短期支援性質人員，具高度機動性，進用員額及資格悉由機關自行決定，理論上這類人員應該專約專用，俟僱用從事特定業務之需求消失，於契約訂定之工作期限結束後，應即離職。惟各機關實際上往往多年續僱，甚至常態性以臨時人員為一般業務支援人力，至各機關多年續僱臨時人員日益增多。人事行政局向來認為臨時人員非編制人員，理論上不應存在，而未積極正視渠等人員應享有何等勞動權益問題。

隨著勞基法施行、適用範圍擴大，以及近年來相關勞動法律的制定、完備，適用勞基法與未適用勞基法之勞工族群間的勞動權益保障程度差距不斷拉大，逐漸形成內外交逼的壓力氛圍，勞工團體一再陳情或透過立法院等民意機關，要求落實勞基法適用於一切勞雇關係，人事行政部門於是被動或主動地不得不考量，應如何處理政府機關臨時人員僱用控管及其勞動權益合理保障問題。

為改革勞基法確定給付制退休金制度，93年6月30日總統公布「勞工退休金條例」，依該條末條（第58條）規定自公布後一年施行，在適用勞基法勞工退休權益獲得更加保障的對照下，未適用勞基法之勞工族群的退休權益保障問題，成為討論勞基法應否擴大適用範圍的引線，政府機關臨時人員透過遊說陳情增取勞動權益合理保障，再度逼迫行政部門思考應否將其納入勞基法適用問題，但仍因人事行政局銓敘部持保留意見，暫不納入該法適用，惟有關公務部門非依公務人員法制進用之臨時人員，由政府參照勞工退休金條例規定為其提撥退休準備金，以保障其退休生活。最後，相關部會協調磋商，向外公布政策決定政府機關臨時人員自97年1月1日起納入勞基法。

渠料，勞委會公告各公立大專院校校內工讀生、專案研究助理將於今（97）年1月1日起納入「勞基法」適用範圍後，媒體披露，諸多公立大專院校聯合以財政不堪負荷為由施壓，行政院於2月15日跨部會會議指示勞委會排除公立大專院校校內工讀與專案研究助理適用「勞基法」，引來外界質疑討伐，目前勞委會對於校內工讀生、專案研究助理是否排除勞基法適用的政策方向不甚明朗。

值得注意的是，為了不讓校內工讀生與研究助理淪為權益孤兒，青年勞動九五聯盟已針對一事，表達強烈抗議，並於2月26日陪同各校校內工讀生及研究助理前往行政院陳情，並決定同步透過網路問卷調查方式，收集了解校內工讀生、

專案研究助理勞動條件狀況，再召開記者會，向社會公告這些勞工族群的弱勢勞動處境，要求教育部及各校校方負起保障學生勞動權益。

四、附件：勞動基準法適用及不適用行業變更類別情形之行政函釋資料

行政院勞工委員會民國 90 年 5 月 18 日(90)台勞動一字第 0022451 號，公告勞動基準法適用及不適用行業變更類別情形

主旨：公告勞動基準法適用及不適用行業因中華民國行業標準分類第七次修訂而變更類別情形。

依據：勞動基準法第三條暨其施行細則第三條、第四條及第七次修訂之中華民國行業標準分類。

- 公告事項：
- 一 適用勞動基準法之行業變更情形如附表一。
 - 二 不適用勞動基準法之行業變更情形如附表二。
 - 三 不適用勞動基準法工作者歸屬之行業變更情形如附表三。
 - 四 因本次行業分類大幅度修訂，且勞動基準法已擴大適用，故影響甚鉅，為維持法律安定性，並維護資雙方權益，本公告係就行業歸屬變更或更名，特予製表對照，以釐清各業適用日期及各業排除適用之情形。至於行業歸屬未變更，或第七次行業修訂予以刪除，改依經濟活動性質歸類，其各業適用日期，仍應以本會歷次公告時應適用中華民國行業分類規定修訂版作為判斷之依據。

附表 一：適用勞動基準法行業變更情形

修訂後之行業分類	原行業分類	適用勞動基準法日期	說 明
獸醫服務業(細類：七七〇四)	獸醫業(細類：〇一二五)	八十年十月七日	一、行業名稱變更。 二、因中華民國行業標準分類第五次修訂，將該業歸屬於農、林、漁、牧業，本會乃於八十年十月七日公告該業適用勞動基準法。
陸上運輸輔助業(小類：五七五)中之汽車拖吊	個人服務業(中類：八九)中之其他汽車服務業	八十七年四月一日	行業歸屬變更
其他保險業(小類：六四九)中之存款保險	未分類其他金融及輔助業(細類：六五九九)	八十七年三月一日	行業歸屬變更
租賃業(中類：六七)中之出租電影製作設備之「電影製片廠」、「卡通影片製作場」及「從事電影製作場地及設備出租行業」	電影工業(細類：八四四〇)	八十一年七月二十一日	一、行業歸屬變更 二、電影工業因廠礦工人受僱解僱辦法廢止後於八十一年七月二十一日公告適用。
建築及工程技術服務業(中類：七〇)中之景觀設計	設計業(中類：七七)	八十七年四月一日	行業歸屬變更
專門設計服務業(中類：七一)	設計業(中類：七七)	八十七年四月一日	行業名稱變更。
電腦系統設計服務業(中類：七二)資料處理及資訊供應服務業(中類：七三)(新聞供應業除外)	資訊服務業(中類：七五)	八十七年三月一日	資料處理及資訊供應服務業項下之新聞供應業(細類：七三二二)原屬七十二年版之大眾傳播業，應於七十

			三年八月一日起適用勞動基準法。
其他專業、科學及技術服務業(中類：七七)(獸醫服務業、環境檢測服務業及文學譯作除外)	其他工商服務業(中類：七九)顧問服務業(中類：七四)個人服務業(中類：八九)	八十七年四月一日	一、行業名稱變更。 二、其中獸醫服務業於八十年十月七日起適用勞動基準法。 三、其中環境檢測服務業(七七〇五)原屬環境衛生及污染防治服務業，應於八十六年五月一日起適用勞動基準法。 四、文學譯作原屬藝文業，不適用勞動基準法。
	社會福利服務業(小類：八二四)中之基金會	八十七年七月一日	修訂後之中華民國行業標準分類已刪除此一細類，為維持該業勞工之原有勞動權益，屬於該標準分類第六次修訂版之「基金會」仍應於八十七年七月一日起適用勞動基準法。
環境檢測服務業(細類：七七〇五)	環境衛生及污染防治服務業(中類：八一)	八十六年五月一日	行業歸屬變更。
其他教育服務業(小類：七九九)之飛行訓練	運輸、倉儲及通信業之普通航空業(細類：六一三二)	七十三年八月一日	行業歸屬變更。
學前教育事業(小類：七九一)中之托兒所	社會福利服務業(小類：八二四)中之托兒所	八十七年七月一日	行業歸屬變更。
兒童及少年服務業(細類：八二〇一)中之兒童(嬰兒)托育機構	未分類其他個人服務業(細類：八九九九)之托嬰中心、托兒中心	八十七年四月一日	行業歸屬變更。
電影輔助業(小類：八五四)	電影工業(細類：八四四〇)	八十一年七月二十一日	電影輔助業原歸屬電影工業，於中華民國行業標準分類第五次修訂前係屬電影片製作業，該業因廠礦工人受僱解僱辦法廢止後於八十一年七月二十一日公告適用。
藝人及模特兒等經紀業(小類：八七五)中之模特兒之經紀服務	人力供應業(細類：七九〇一)	八十七年四月一日	一、行業歸屬變更。 二、原屬於其他工商服務業之人力供應業，該業於八十七年四月一日適用勞動基準法。
其他休閒服務業(細類：九〇〇九)中之寵物及動物訓練服務	農、林、漁、牧業中其他水產養殖業(細類：〇三二九)及家畜家禽服務業(細類：〇一二三)	七十三年八月一日	行業歸屬變更。
支援服務業(中類：九二)(徵信服務業中之	原歸屬之行業函蓋其他工商服務業(中類：	八十七年四月一日	行業歸屬變更。

信用評等服務、建築物清潔服務業及病媒防治業除外)	七九)及顧問服務業(中類：七四)		
支援服務業(中類：九二)徵信服務業(細類：九二〇三)中之信用評等服務	金融及其輔助業(中類：六五)中之未分類其他金融及輔助業(細類：六五九九)	八十七年三月一日	行業歸屬變更。
支援服務業(中類：九二)建築物清潔服務業(細類：九二〇四)病媒防治業(細類：九二〇五)	環境衛生及污染防治服務業(中類：八一)	八十六年五月一日	行業歸屬變更。
未分類其他組織(細類：九四九九)之國際交流基金會及教育文化基金會	社會福利服務業(小類：八二四)中之基金會(細類：八二四一)	八十七年七月一日	行業歸屬變更。
汽車維修業(細類：九五一一)中之汽車維修	汽車修理保養業(細類：八九一二)	八十一年七月二十一日	一、行業歸屬變更。 二、汽車維修業因廠礦工人受僱解僱辦法廢止後於八十一年七月二十一日公告適用。
汽車維修業(細類：九五一一)中之汽車保養	個人服務業(中類：八九)中之其他汽車服務業(細類：八九一九)	八十七年四月一日	行業歸屬變更。
汽車維修業(細類：九五一一)中之汽車檢驗	運輸、倉儲及通信業(G大類)中之其他運輸服務業(細類：六一六九)	七十三年八月一日	行業歸屬變更。
汽車美容業(細類：九五一二)	個人服務業(中類：八九)	八十七年四月一日	行業歸屬變更。
電器及電子產品修理業(細類：九五九一)中之電器修理	電器修理業(細類：八九二二)	八十一年七月二十一日	一、行業歸屬變更。 二、電器修理業因廠礦工人受僱解僱辦法廢止後於八十一年七月二十一日公告適用。
電器及電子產品修理業(細類：九五九一)中之電子產品修理	個人服務業(中類：八九)中之其他器物修理業(細類：八九二九)	八十七年四月一日	行業歸屬變更。
機車修理業(細類：九五九二)及未分類其他器物修理業(細類：九五九九)中之自行車修理	機踏車及自行車修理業(細類：八九二三)	八十一年七月二十一日	一、行業名稱及歸屬變更。 二、機踏車及自行車修理業因廠礦工人受僱解僱辦法廢止後於八十一年七月二十一日公告適用。
未分類其他器物修理業(自行車修理除外)(細類：九五九九)	個人服務業(中類：八九)	八十七年四月一日	行業歸屬變更。
未分類其他服務業(停車場業除外)(中類：九六)	個人服務業(中類：八九)	八十七年四月一日	一、行業名稱變更。 二、停車場業已於七十三年八月一日起適用勞動基準法。
洗衣業(小類：九六一)	洗染業(小類：八九三)	八十一年七月二十一日	行業歸屬變更。

停車場業(小類：九六四)中之機車看管及自行車看管	個人服務業(中類：八九)中之未分類其他個人服務業(細類：八九九九)	八十七年四月一日	行業歸屬變更。
技藝表演業、文學及藝術業、藝文服務業(細類：八七一〇、八七二〇、八七三〇)及藝人及模特兒等經紀業(小類：八七五)(模特兒之經紀服務除外)之公立單位技工、工友、駕駛	藝文業(中類：八六)	八十九年一月七日	該工作者本會於八十九年一月七日以台八十九勞動一字第三七七號公告適用勞動基準法

註：

- 1 括號內為各業行業標準分類編號。
- 2 原國際貿易業已自第七次修訂之中華民國行業標準分類刪除，該業本會已公告應自八十七年三月一日起適用勞動基準法。

附件 二：不適用勞動基準法行業變更情形

修訂後之行業分類	原行業分類	排除適用勞動基準法日期	說 明
修訂後之行業分類技藝表演業、文學及藝術業、藝文服務業令(公立單位之技工、工友、駕駛除外)、藝人及模特兒等經紀業(與藝文活動有關者)、翻譯服務業之文學譯作(細類：八七一〇、八七二〇、八七三〇、八七五〇、七七〇三)	藝文業(中類：八六)	本會於八十七年十二月卅一日公告該業不適用勞動基準法。	原藝文業歸入技藝表演業、文學及藝術業、藝文服務業，藝人及模特兒等經紀業(不含模特兒之經紀服務)、翻譯服務業。
宗教、職業及類似組織(未分類其他組織中之國際交流基金會、教育文化基金會除外)、其他運動服務業中之體育團體(中類：九四、細類八七四九)	其他社會服務業(小類：八二九)、人民團體(小類：八二五)	本會於八十七年十二月卅一日公告該業不適用勞動基準法。	一、行業名稱變更或行業定義變更。 二、原歸屬於人民團體之慈善團體，修正後依服務對象分別歸類之慈善團體，仍不適用。 三、原歸屬於人民團體從事推廣並籌辦運動活動之體育團體，修正後歸入其他運動服務業中之體育團體，仍不適用。 四、原歸屬人民團體中之農民團體(類：八二五四)由於行業定義變更，改依經濟活動性質歸類，仍不適用。
國際組織及外國機構(小類：九九〇)	國際機構及外國駐在機構(小類：九二〇)	本會於八十七年十二月卅一日公告該業不適用勞動基準法。	行業名稱變更。

附件 三：不適用勞動基準法工作者歸屬之行業變更情形

修訂後之行業分類	原行業分類	排除適用勞動基準法	說 明
----------	-------	-----------	-----

		日期	
未分類其他服務業中家事服務業之工作者(小類：九六五)	個人服務業中家事服務業之工作者(小類：八九四)	本會於八十七年十二月卅一日公告該工作者自八十八年一月一日排除適用勞動基準法。	行業名稱變更。
公立各級學校及幼稚園、特殊教育事業、圖書館及檔案保存業、博物館、歷史遺址及類似機構、其他教育服務業之職業訓練機構等(技工、工友、駕駛人除外)之工作者；私立之各級學校、特殊教育事業、圖書館及檔案保存業、博物館、歷史遺址類似機構、其他教育服務業之職業訓練機構、已完成財團法人登記之私立幼稚園等之教師、職員。(小類：七九一)(細類：八八〇〇)(細類：八九〇〇)(小類：七九九)	公立各級學校及幼稚園、特殊教育事業、社會教育事業、職業訓練事業等(技工、工友、駕駛人除外)之工作者；私立之各級學校、特殊教育事業、社會教育事業、職業訓練事業、已完成財團法人登記之私立幼稚園等之教師、職員。(細類：八二一五)(細類：八二一七)(細類：八二一八)	本會於八十七年十二月卅一日公告該工作者自八十八年一月一日排除適用勞動基準法。	原幼稚園歸入學前教育事業；原社會教育事業歸入於圖書館及檔案保存業、博物館、歷史遺址及類似機構。原職業訓練事業歸入其他教育服務業之職業訓練機構。
公立研究發展服務業(技工、工友、駕駛人除外)之工作者；私立研究發展服務業之研究人員。(中類：七五)	公立學術研究及服務業(技工、工友、駕駛人除外)之工作者；私立學術研究及服務業之研究人員。(小類：八二二)	本會於八十七年十二月卅一日公告該工作者自八十八年一月一日排除適用勞動基準法。	原學術研究及服務業歸入於研究發展服務業。
職業運動業之教練、球員、裁判人員(細類：八七四一)	娛樂業中職業運動業之教練、球員、裁判人員(細類：八七〇五)	本會於八十七年十二月卅一日公告該工作者自八十八年一月一日排除適用勞動基準法。	行業歸屬及名稱變更。

第四條（主管機關）

本法所稱主管機關：在中央為行政院勞工委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。

在我國中央政府組織中，關於勞工行政事務原係由內政部勞工司辦理，在地方則又區分為省（市）政府與縣（市）政府二級。但為配合勞動基準法之公布施行，乃於 1987 年將內政部勞工司升格並獨立為行政院勞工委員會。而在 2000 年修正勞動基準法時乃明定本法主管機關在中央為行政院勞工委員會，並配合精簡省級機關，乃廢止省政府主管勞工業務並將之移撥，使原來之三級制（中央、省（市）、縣（市））變更為中央與地方二級制。關於中央主管機關與地方主管機關之功能與角色，大致上制度、政策、法規之制定或較重要勞動條件之決策歸中央處理，而事務性、即時性之事項，乃由地方主管機關負責³⁴⁵。

就中央主管機關－行政院勞工委員會之組織以言之，其直接與勞資關係或勞工權利之保障的局處主要有：勞資關係處、勞動條件處、勞工福利處、勞工保險處、勞工安全衛生處、勞工檢查處、綜合規劃處、職業訓練局、勞工保險局等，其中與勞動基準法最有關係者係勞動條件處，其主要的業務內容為：1、關於勞動條件標準之擬訂、修正事項；2、於基本工資調整之研議事項；3、關於基本工資及積欠工資之保護事項；4、關於推動工作時間、休息、休假基準之指導事項；5、關於童工、女工與技術生之特別保護事項；6、關於推動勞工退休制度之督導事項³⁴⁶。

具體以言之，依照勞動基準法之規定，中央主管機關的主管事項主要為：

- 1、訂定勞動基準法相關附屬法規，如：
 - （1）基本工資審議辦法（第二一條第三項）。
 - （2）積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法（第二八條第五項）。
 - （3）勞工請假規則（第四三條）。
 - （4）勞工退休準備金提撥及管理辦法（第五六條第一項）。
 - （5）勞工退休基金收支保管及運用辦法（第五六條第三項）。
 - （6）事業單位勞工退休準備金監督委員會組織準則（第五六條第四項）。
 - （7）工作規則審核要點（第七十條）。
 - （8）勞工檢查機構組織準則（第七二條第二項）。
- 2、指定適用勞動基準法之行業（第三條第一項第八款）。

³⁴⁵ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），140頁。

³⁴⁶ 參見勞委會網頁：http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/siteMaker/SM_theme?page=4185e7bb。

- 3、規定應放假之日（第三七條）。
- 4、訂定勞動基準法施行細則（第八五條）。

在勞動基準法於 2000 年修正以前，原規定在省（市）之主管機關為省（市）政府，台灣省政府設有勞工處，台北市與高雄市政府則各設有勞工局以處理勞工事務。有關勞動基準法除前述由中央主管機關辦理事項之外，其餘乃由省（市）政府辦理或授權縣（市）政府辦理，唯為配合精省，乃將省政府之業務廢除，但對於直轄市之相關權限乃予以保留。而直轄市之職務內容，主要有³⁴⁷：

- 1、關於勞動條件之輔導與管理事項。
- 2、關於勞工檢查機構之設置事項。
- 3、關於勞動條件檢查之規劃、督導及實施檢查。
- 4、關於勞工行政之監督與輔導。
- 5、訂定主管機關與檢查機構聯繫要點。
- 6、接受勞工對於違反勞動基準法之申訴。
- 7、對違反勞動基準法所定罰鍰之移送處分或執行。

至於縣市政府則為最重要之基層單位，負責實際之執行工作，其主要處理之事務包括：

- 1、核定關於雇主因天災、事變或其他不可抗力致事業不能繼續而欲於勞工產假期間或職災醫療期間終於勞動契約之情形（第十三條）。
- 2、限期命令雇主按期給付工資（第二七條）。
- 3、因公眾生活之便利或特殊原因而調整正常工作時間與延長工作時間（第三三條）。
- 4、停止公用事業勞工之特別休假（第四一條）。
- 5、制定作為解除女工夜間工作限制之必要安全衛生設施的標準（第四九條第二項）。
- 6、退休金分期給付之核定（第五五條第三項）
- 7、協助勞動檢查員實施勞動檢查（第七三條第一項）。
- 8、有關違反勞動基準法所定罰鍰之決定、執行或移送法院強制執行（第八二條）。
- 9、法令報備事項之核備或備查，如：
 - （1）因天災、事變或突發事件，有使勞工於正常工作時間以外工作之必要，其延長工作時間之備查（第三一條第三項）。

³⁴⁷ 參見：林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），56-57頁。

(2) 因天災、事變或突發事件而停止勞工假期之核備（第四十條第二項）。

(3) 招收技術生時，所簽訂之書面訓練契約之備案（第六五條第一項）。

(4) 工作規則之核備（第七十條）。

對於各縣（市）之勞工事務之處理，或設有勞工科（局）以爲之，或由社政、民政部門附設勞工單位或人員辦理，未能一致以致缺乏齊一的組織架構，無從建立「一條鞭」式的有效指揮體系，而影響整體的監督機能³⁴⁸。

而工運團體則認爲現行之勞工行政制度爲「混亂」與「錯置」的體系，一來是因爲許多原應屬於勞委會所執掌的權限被青輔會、退輔會、經建會人力處等瓜分或有所重疊；二來就地方主管機關，除已以精省處理之省級主管機關之問題外，地方縣市政府因薄弱的編制與人力致無法負擔大量的業務，且其人材的專業素質亦有所問題³⁴⁹。

我國中央與地方分權的勞動行政制度，與日本中央集權式的制度迥然不同³⁵⁰。日本中央直轄的一元組織可使全國勞動政策統一步調；相對於此，我國之分權制除全國事權無法統一、各地人力不均外，並易受地方政治、派系的影響。故有學者認爲考量到我國幅員不大，有使勞動條件或水準齊一之必要性與便利性，應採取中央統一的勞動行政制度³⁵¹。

第五條（強制勞動之禁止）

雇主不得以強暴、脅迫、拘禁或其他非法之方法，強制勞工從事勞動。

一、禁止強制勞動的意義

本條規定之意旨在於確立勞工有選擇工作或是不工作自由的基本原則，雇主不得以非法方式強迫勞工從事勞動。蓋勞動是勞動者之人身自由、意志自由的綜合展現，勞動者基於作爲一個人權主體地位，應享有基本自由。

中華民國憲法第 8 條規定：「人民身體之自由應予保障。」另第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」均已明白肯定人身自由的不容侵犯，不允許他人以強暴、脅迫、拘禁等非法手段，強制本人從事違反其意志之行爲。勞基法第 5 條所規定之禁止內涵，基本上可謂係前述憲法保障人身自由權規定在勞動領域之具體體現，故勞基法就違反勞基法

³⁴⁸ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010 年 5 月），57 頁。

³⁴⁹ 臺灣勞工陣線、臺北市上班族協會、臺灣原住民族勞工聯盟，『臺灣勞工的主張：2000 勞動政策白皮書』（勞動者雜誌，1999 年 11 月），3-8 頁。

³⁵⁰ 關於日本之勞工行政制度，請參見本研究計畫之「拾伍、勞動基準法之監督與檢查：勞動檢查與申訴勞工之保護（第七二條至第七四條）」部分，在此不再贅述。

³⁵¹ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003 年 9 月），140 頁。

第 5 條規定之行爲，特於同法第 75 條規定採取刑事處罰手段，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金。

另外，刑法第 296 條規定：「使人爲奴隸或使人居於類似奴隸之不自由地位者，處一年以上七年以下有期徒刑。」「前項之未遂犯罰之。」，亦從保護自由法益之角度，設定使人爲奴隸罪，用以杜絕讓人身爲奴隸，完全喪失個人身體的自由與意志的自由，受到他人支配的情事。分析其成立要件：首先，要有使人爲奴隸之行爲，其認定重點在於被害客體也就是被害人有沒有喪失身體自由；意志自由有沒有被剝奪等客觀情事。至於條文中的「使人」二字，說明了這罪所保護之對象爲「人」。其次，第二個要件是使人居於類似奴隸的不自由地位，亦即行爲人雖不是使人成爲奴隸，卻以不人道方法控制他人，讓其失去普通人所應享有之自由，致居於類似奴隸之不自由狀態。

綜合這些相互關聯的禁止處罰規定，可以發現這些規定均致力於維護一項核心價值即：任何「人」之身體自由、意志自由，均不容他人無合法理由地以任何方式加以剝奪或侵害。如從義務誠命面來說，所有人均應將他人視爲有人性尊嚴的權利主體加以對待，並維護其享有「普通人所應享有之自由」的基本權利。

本於前述說明，勞工作爲一個人權主體，享有最基本的人身自由，不得強迫其從事違反本人意願之勞動。由於勞工可以自由選擇勞動與勞動，其可自由決定是否和雇主簽約；即使在簽訂勞動契約之後，勞工如有正當理由不願或是不能從事勞動，雇主亦不得以非法之方式加以強制，主能依法主張相關契約上或是損害賠償權利。此外，值得注意的是，勞基法第 24 條規定：「勞工因健康或其他正當理由，不能接受正常工作時間以外之工作者，雇主不得強制其工作。」，可謂係強制勞動禁止規定之相關延伸。

二、關於禁止強制勞動之國際公約

在憲法明確保障人身自由的情況下，勞基法第 5 條規定將此當然之理重行宣示，似無新意，惟如鑑諸勞動歷史經驗則可發現，此一規定禁止內容，並非來自抽象的理論推想，而實源於過去勞動者所遭遇之惡劣對待的深刻反省。ILO 的公約中延伸出 7 項「核心公約」之一³⁵²，1930 年強迫勞動公約（NO.29）曾就「強迫或強制勞動」作出意義界定以及規範期待，這也是目前各國禁止強迫或強制勞動之最主要法源。

³⁵² ILO 的公約中延伸出 7 項「核心公約」分別是：1.1948 年結社自由與團結權公約（NO.87） 2.1949 年團結權與集體協商公約（NO.98） 3.1930 年強迫勞動公約（NO.29） 4.1957 年廢除強迫勞動公約（NO.105） 5.1950 年同工同酬公約（NO.100） 6.1958 年（僱用與職業）歧視公約（NO.111） 7.1973 年（允許就業）最低年齡公約（NO.138）。

學者楊通軒曾指出，雖然 1930 年第 29 號強迫勞動公約其年代距今久遠，時空環境恐與今日迥異，但無論從人權的觀點或是勞動契約的角度，作為具有一個人性尊嚴的人，本不得在違背己意的情況下，被強迫或從事一定之勞動，而致淪為他人頤使氣使之工具。這應該是一個恆世不變的價值。因此，政府機關、其他各種形式的公法人或私法人或者是自然人，均不得強制或強迫勞動者提供一定之勞務³⁵³。

依 ILO 第 92 號公約第 2 條，該公約所謂之「強迫或強制勞動」，係指以任何懲罰相威脅，強迫任何人從事的非本人自願的一切勞動或服務。但是，不包括：

- (1) 根據義務兵役制之法令，為純軍事性質工作而要求從事之任何勞動或服務；
- (2) 國家公民履行正常公民義務之勞動或服務；由村鎮成員為該村鎮直接利益從事的村鎮小型公用事業，可視為該村鎮成員應盡之正常公民義務，惟村鎮成員或其直接代表有權要求就有無需要此類公用事業之問題進行協商。」(3) 根據法院判決強制任何人從事之任何勞動或服務，但是這種勞動或服務係置於公共當局的監督和控制之下，且該人不得由私人、公司或社團僱用或安置；(4) 在發生戰爭、災害或災害威脅，如火災、水災、饑荒、地震、惡性流行病或動物流行病、動物、昆蟲或有害植物寄生蟲的侵害等緊急情況下，因可能危及全體或部分居民生存或安寧所為之強制付出勞動或服務之要求。

同公約並規定，凡批准該公約之國際勞工組織會員國承諾在可能的最短期限內禁止使用一切形式的強迫或強制勞動。為達到全面禁止這一目標，在過渡時期，只有為公共用途和作為一種特殊措施，並在符合公約規定之條件和保證情況下，始得使用強迫或強制勞動（參見同公約第 22 條至第 25 條）。可見強制勞動僅在極為例外的情況始被允許，歸納而言這些情況的共通性在於公部門或是公權力，出於公共利益考量，並在符合特定條件要求並遵循相關適當程序的前提下為之。準此，強制勞動禁止的最大要求對象，其實幾乎可以說是針對個別勞動契約層面的私人雇主而為。

另外，公民權利及政治權利國際公約第 8 條規定：「一、任何人不得使為奴隸；一切形式的奴隸制度和奴隸買賣均應予以禁止。二、任何人不應被強迫役使。三、(甲) 任何人不應被要求從事強迫或強制勞動；(乙) 在把苦役監禁作為一種對犯罪的懲罰的國家中，第三款(甲)項的規定不應認為排除按照由合格的法庭關於此項刑罰的判決而執行的苦役；(丙) 為了本款之用，“強迫或強制勞動”一辭不應包括：(1) 通常對一個依照法庭的合法命令而被拘禁的人或在此種拘禁假釋期間的人所要求的任何工作或服務，非屬(乙)項所述者；(2) 任何軍事性質的服務，以及在承認良心拒絕兵役的國家中，良心拒絕兵役者依法被要求的任何國家服務；(3) 在威脅社會生命或幸福的緊急狀態或災難的情況下受強制

³⁵³ 楊通軒，「禁止強迫勞動在台灣實施狀況之評估」，發表於：政治大學勞工研究所、行政院勞工委員會主辦，93 年度勞動人權評估座談會會議資料（國立政治大學，2005 年 4 月 28 日），2 頁。

的任何服務；(4)屬於正常的公民義務的一部分的任何工作或服務。」，基本上亦表彰相同意旨。

三、禁止強制勞動規定之法理內涵思考

(一) 思考禁止強制勞動規定法理內涵之必要

勞基法禁止強制勞動規定因設有刑事處罰，基於罪刑法定原則之要求，實務向來受到「字義侷限」、從嚴解釋，致少有實際案例。相較於，這種將本條視為單純禁止規定看待的態度，有論者指出檢視台灣的勞動實態，常見雇主透過細緻的人事管理作為形成壓迫體制，例如以剝奪勞工可見之利益作為威脅，來遂行強制勞動，故倡議應就「強制勞動」或是「強迫勞動」之概念內涵，深入人格權以及自由權層面重行檢視³⁵⁴。

蓋勞基法之相關規定常兼有刑事處罰、行政處罰以及民事效力等不同性質之法律效果，如何將這些不同法律效果作和諧的統整理解，實為勞基法研究之一大課題。法律學研究目的，主要展現在對法律規定的內容構造如何進行邏輯推理提供說明的規則性原則，其自不能受限於立法者所為的規定編纂，只從個別法條規定切入，對問題進行孤立的、靜態的考察，而應該設法從諸多零碎規定中尋繹關聯性，整理既有法律規定的規範體系架構，為具體規定提供進行推理說明的邏輯場所，促進解釋適用的系統化及精緻化³⁵⁵。

法不僅由複數「法規則」所組成，其同時也由法規則彼此間與潛藏其後之複數的法原則所共同構成。這些由相關法規則相互堆積醞釀、共同集結概括出來的一般法律原則與法律思想，具有法律所未明確觸及之實定法深層結構，有助於瞭解立法者在形成整體規範的基本決定，為個別法規則的解釋適用以及勞基法的整體規範發展確立指導準則與指導思想，來深化細緻法規理解、適用成果³⁵⁶。

意識及此，日本勞動法學界在討論勞基法相關保護規定時，特別是針對該法總則部分的相關條文，不少論者提倡將相關零散的工資保護規定進行理念整合、重作定位，來形成較為妥適的看待與理解的觀點。

例如，日本學者渡邊章認為，該國勞基法上禁止以契約約定契約不履行違約金與損害賠償金額預定（日本勞基法第 16 條）、前借金抵銷禁止（日本勞基法第 17 條）、禁止強制儲蓄（日本勞基法第 18 條）、勞工離職死亡時之工資、財物返還（日本勞基法第 23 條）等系列規定，在理念上屬於確保「自由的勞動」

³⁵⁴ 賴香伶，「台灣現實勞資關係中之強制勞動」，發表於：政治大學勞工研究所、行政院勞工委員會主辦，93 年度勞動人權評估座談會會議資料（國立政治大學，2005 年 4 月 28 日），1 頁。

³⁵⁵ 徐曉峰，請求權概念批判，月旦民商法雜誌 4 期（2004 年 6 月），110 頁。

³⁵⁶ 葛克昌，「一般法律原則與行政法實務」，載於：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，『馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集--法律哲學與制度：公法理論』（元照，2006 年 1 月），495 頁。

的關連規定，而非只是單純的工資保護規定³⁵⁷。

菅野和夫指出這些規定的構想均係出昔日勞動關係惡習經驗的反省，其旨在防止雇主透過控制工資給付與否的事實上的地位，採取各種不合理的約定使勞動關係出現不當的人身拘束情事，同時這些基於過去經驗所定之禁止規定其禁止內涵會對應時代社會環境演變而產生新型態的微妙問題³⁵⁸。所以，有必要以相關規定之負面禁止要求的內涵為基礎，醞釀提昇至勞動者人權保障的正面理念層次，來思考掌握相關規定的解釋適用問題。

荒木尚志指出勞動保護法之規定內容在觀念上可區分為（1）對應日本憲法第 27 條第 2 項勞動條件基準法定義務所制定之「勞動條件規制法」，以及（2）謀求勞工於勞動關係之人格保護的「勞動人權法」。後者乃日本勞基法為了除去戰前封建的勞動慣行，於勞動關係貫徹新憲法尊重基本人權之理念，而於該法第 1 章總則以及第 2 章勞動契約，規定了諸多保障勞動者人權的特別規定，一般習以勞動憲章稱之，以彰顯這些規定所蘊藏的理念價值。

依荒木尚志之分析，日本勞基法就勞動者之人權保障（勞動憲章）規定，主要包括：（1）勞動條件的規制理念與勞動條件的對等決定（日本勞基法第 1 條第 1 項及第 2 條第 1 項）。（2）禁止不當人身拘束之相關規定，計有「禁止強制勞動」（日本勞基法第 5 條）、「賠償預定之禁止」（日本勞基法第 16 條）、「前借金抵銷禁止」（日本勞基法第 17 條）、禁止強制儲蓄（日本勞基法第 18 條）等等。（3）禁止中間榨取（日本勞基法第 6 條）（4）公民權行使的保障（日本勞基法第 7 條）³⁵⁹。

我國勞基法雖與日本勞基法在規定內容上不盡相同，但在工資相關保護之解釋適用上，有必要將工資紛爭對勞動自由的干擾與牽制效應納入考量，並尋求各別規定彼此間的規範理念整合，設法從負面的禁止規定中萃取出正面的指導理念，讓零散的個別規定形成體系關聯，此應係一正確且值得努力的作法。

（二）「強迫勞動」禁止內涵在民事法律效果面的延伸

「強迫勞動」禁止規定，不僅是一種單純的處罰規定，其亦具有深化法理作用。「強迫勞動」禁止內涵寓意延伸至民事法律效果面，提醒我們注意，商品經濟與自由競爭所需要之契約自由價值理念，係建立在維護個人自由意志，讓彼此均能在市場上追求個人利益之最大化的假設上，然而在意思自治與契約自由理論

³⁵⁷ 渡辺章，『労働法講義上總論－雇用關係法 I』（信山社，2009 年 8 月），143-150 頁。

³⁵⁸ 菅野和夫，『労働法（九版）』（弘文堂，2010 年 4 月），152-156 頁。

³⁵⁹ 荒木尚志的相關分析，詳參：荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009 年 7 月），68-76 頁。另奧山明良亦以「勞動者人權保障」的理念來介紹這些相關規定。可參見：奧山明良，『労働法』（新世社，2006 年 7 月），58-59 頁。另土田道夫亦以勞動憲章來涵括介紹相關規定，惟其與荒木尚志的體系歸類不盡一致。參見：土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008 年 8 月），67-83 頁。

下之正常契約模式下，處於生存從屬狀態的勞工往往極易出現喪失意思自治與契約自由，勞動契約出現「病態」的現象。

經過長期倡導，時至今日以強暴、脅迫、拘禁等其他非法方法，拘束甚至是拘禁勞動者，迫其違反自由意願提供勞務的不當行為，固然已屬少見。然而，濫用法律手段以合法形式包裝經濟拘束，「強迫」勞工違反其「自由意志」提供勞動力價值之「經濟脅迫」(economic duress) 行為並未消失。

契約關係之當事人為社會關係中之一份子，當事人之意思表達，並非在真空中傳遞，而係在一紛擾複雜之實際環境中傳達，內心深處與表達於外之過程中，有可能受到各式各樣的因素影響³⁶⁰。契約自由價值理念，希望讓個人能在市場上追求個人利益，然而何為自己利益，屬個人主觀決定。在個人利益形成與展現的過程中，不應受到任何形式的不當干擾或脅迫。由於勞工的經濟從屬性，干擾或脅迫的來源，很大部分來自經濟方面，「經濟脅迫」(economic duress) 有必要重視與正視。

一般而言，造成經濟脅迫之基礎性原因，最主要包括「所有權制度」以及「因壟斷而形成之供需關係」。蓋整個所有權制度係建立在承認所有權人具有獨佔排他壟斷性權力之基礎上，故「所有權制度」以及因之形成的壟斷性供需關係，恰為契約自由提供了得以質變出「經濟脅迫」(economic duress) 的環境條件。勞動關係是建立在雇主經營組織之所有權基礎上的契約關係，雇主因「所有權制度」，而壟斷其所擁有之特定經營組織之工作職位資源而形成之供需關係，故常態上亦「經濟脅迫」問題。

所謂經濟脅迫係指，當事人一方濫用己方之經濟優勢地位以及相對人之急迫需求，以暴力以外之方式，迫使相對人接受契約條件之不當情事。一般而言，經濟脅迫是否成立，必須綜合客觀情事，判斷當事人一方濫用自己之優勢經濟地位，是否達到足以迫使對方當事人發生意志扭曲之程度³⁶¹。由於工商社會之交易主體多為不對等之當事人，在契約法領域基於契約正義而限制強勢方之當事人如企業在契約訂定、履行、變更等階段之立法與司法控制，已成為現代司法的核心課題³⁶²。因勞動關係本質上係一種從屬性的法律關係，故經濟脅迫是常態上極易存在的實然現象，前述私法契約管制脈絡的思維自然亦應延伸落實至勞動法領域。

³⁶⁰ 吳光明，「論經濟能力延伸之病態契約」，發表於：政治大學法學院暨民事法研究中心國科會研究計劃「尋找民法典的新典範」主辦，「新世紀民法典的新元素」兩岸學術研討會（政治大學綜合院館3樓國際會議廳，2010年5月2日-3日），6-7頁。

³⁶¹ 吳光明，「論經濟能力延伸之病態契約」，發表於：政治大學法學院暨民事法研究中心國科會研究計劃「尋找民法典的新典範」主辦，「新世紀民法典的新元素」兩岸學術研討會（政治大學綜合院館3樓國際會議廳，2010年5月2日-3日），3頁。

³⁶² 曾品傑，「從民法上法律主體的變遷論無條件解約權的一般化」，發表於：政治大學法學院暨民事法研究中心國科會研究計劃「尋找民法典的新典範」主辦，「新世紀民法典的新元素」兩岸學術研討會（政治大學綜合院館3樓國際會議廳，2010年5月2日-3日），32-34頁。

大陸法系與英美法系之早期立法與判例均不承認經濟脅迫問題，但因契約自由原則之衰落以及定型化契約之大量出現，經濟脅迫問題逐漸引起人們重視。由其在英美法系國家近期之判例已開始承認經濟脅迫之概念。

理論上，所有契約之締結均係在某種強制狀態下完成，並無完全絕對自願之契約。每個契約均在某種形式之強制下締結；每個契約之要約均在某種形式之恐嚇下發生。此種強制與恐嚇是在整個契約磋商締結過程之人際默示行為，蓋要約人總是要求某物作為其要約之回報，否則要約人不會提供相對人想要之東西³⁶³。在美國，法律對經濟脅迫之確認，係優勢經濟地位之一方使被脅迫者失去「合理選擇餘地」。換言之，如能合理期待被脅迫之一方在市場上得找到其他可資運用之替代選項，則其署有擺脫經濟脅迫壓力情事之「合理選擇餘地」，另一方即不構成經濟脅迫。反之，如一方利用另一方之某種經濟上需求，迫使另一方接受顯失公平之契約條件，而另一方除接受外別無選擇，此時優勢經濟地方之一方即構成經濟脅迫。簡言之，經濟脅迫須具備二個條件：其一是弱勢一方之當事人處於危急中，且依客觀情勢其除接受對方之契約條件之外別無選擇；其二是當事人間之契約條件顯失公平³⁶⁴。

第六條（抽取不法利益之禁止）

任何人不得介入他人之勞動契約，抽取不法利益。

一、立法意旨

依民法第 565 條規定：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」及第 568 條第 1 項規定：「居間人，以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬。」可知居間媒合訂約機會或為雙方當事人彼此訂約，在民法原則上屬於合法的契約行為。雖介入者如係以「物」為客體之租賃契約、買賣契約或承攬契約等固無疑義，但若介入的是以提供勞務為內容之勞動契約，則因涉及人性尊嚴與價值，並有維持公益之考量，故乃以本條立法加以禁止³⁶⁵。

本條之立法說明指出禁止中間剝削為我國重要勞工政策，特於本法中明加規定。詳言之，本條之立法原意在以禁止中間剝削以保障締約勞工之權益，以經由立法途徑之方式，禁止任何人介入他人勞動契約而從中抽取不法利益致損害勞工

³⁶³ 吳光明，「論經濟能力延伸之病態契約」，發表於：政治大學法學院暨民事法研究中心國科會研究計劃「尋找民法典的新典範」主辦，「新世紀民法典的新元素」兩岸學術研討會（政治大學綜合院館 3 樓國際會議廳，2010 年 5 月 2 日-3 日），4 頁。

³⁶⁴ 吳光明，「論經濟能力延伸之病態契約」，發表於：政治大學法學院暨民事法研究中心國科會研究計劃「尋找民法典的新典範」主辦，「新世紀民法典的新元素」兩岸學術研討會（政治大學綜合院館 3 樓國際會議廳，2010 年 5 月 2 日-3 日），3-4 頁。

³⁶⁵ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010 年 5 月），61 頁。

權益，以貫徹勞基法之保護勞工之政策目的³⁶⁶。本條之立法原意在禁止中間剝削的發生以維護訂約勞工應得之勞務報酬利益，故舉凡伴隨經濟發展所衍生出來的層層中介機制，事實上均有可能致生類似弊端，立法政策上自宜以禁止中間剝削的觀點，將彼此關連的個別問題環節整合思考。

二、要件

本條之成立要件歸納而言有三，即：

(一) 介入他人的勞動契約

係指第三人介在雇主與勞工之間，對勞動關係之開始、存續為謀介或斡旋，對於勞動契約之締結有某種因果關係者³⁶⁷。換言之，於勞工與雇主簽訂勞動契約時，或於簽訂勞動契約之前後，對於簽訂行為或其約定事項，以操縱、指使或阻止等不當手段，從中介紹、左右或插手³⁶⁸。

(二) 介入他人勞動契約後，還須有抽取利益之行為

所謂之「利益」，並不限於金錢，也包括其他財物，不問其名目為手續費、酬勞、回扣，亦不問其為有形或無形，而其所抽取之利益亦不問來自於勞工或是雇主³⁶⁹。

(三) 所抽取之利益應屬不法利益

不法利益包括不當利益在內，例如收取法定額度以上之手續費、每期工資抽成、收取顯然比一般水準為高之酬勞等³⁷⁰。但本於法律規定或准許之情況，則非不法而無適用本條之餘地。例如依就業服務法第四章第三十四條以下規定除公立就業服務機構外，經許可之私立就業服務機構亦得辦理就業服務，但設有若干之禁止規定。例如就利益之收受而言，該法第四十條第五款規定不得「要求、期約或收受規定標準以外之費用或其他不正利益」，第六款規定不得「行求、期約或交付不正利益」。

三、外國立法例

³⁶⁶ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），61頁。

³⁶⁷ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），80頁。

³⁶⁸ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），61頁。

³⁶⁹ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），80頁。

³⁷⁰ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），80頁；林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），62頁。

（一）國際勞工組織公約³⁷¹

在第一次世界大戰後的凡爾賽和約中的第十三部分有關「勞工條款」之規定，乃強調「勞務非商品」原則，該原則為嗣後國際勞工組織之公約所承認並對於私立就業服務機構作限制，例如第二號失業公約、第一號失業建議書、第三四號公約、第九六號公約與第一八一號公約等。

以第二次世界大戰後的九六號公約為例，其雖保留第三四號公約之某些基本條款，但同時賦予批准認可會員國較大之空間，使其於漸進式的剷除與進一步管理中加以取捨，而賦予會員國更多的彈性。

而在最近的一八一號公約中則將私立就業機構之活動全面合法化，認為讓公立與私立之兩類就業服務機構併存，同時具有合作與互補之功能，可能是較為務實的做法。又，本公約亦將勞動派遣此種新興勞務提供型態亦納入規範之範圍。而關於收取費用之原則，雖第七條規定私立就業服務機構不得對勞工透過直接或間接之方式，全部或部分收取任何費用，但本條僅具原則性宣示意義，仍允許各會員國之主管機關對某些服務項目及某些類型之勞工採取例外措施而使其享有高度之自主權。

（二）日本勞動基準法第六條

日本勞動基準法第六條規定：「除法律准許之場合外，任何人不得以介入他人之就業獲得利益為業。」此規定乃禁止第三人參與勞動關係之開始或存續而進行中間榨取。

所謂的「為業」係指以營業之目的反覆繼續相同的行為之謂。即使是一次的行為，但若有反覆繼續而取得利益的意思，則仍該當之³⁷²。「介入他人之就業」則係指「第三人介入勞資關係當事人間，對於該勞動關係之開始、存續進行媒介或周旋等就該勞動關係進行有某些因果關係的參與」之謂³⁷³。至於所謂的「利益」乃指「不問手續費、報酬或金錢以外之財物等如何之名稱，或者有形、無形均不問」³⁷⁴。

對於勞動關係開始之參與有職業介紹、勞工募集、勞工供給等三種類的型態。以這些為業而獲得利益是被禁止的，同時也違反了職安法的各規定（同法第三十條第一項－收費職業介紹之禁止、第四十條－從應募者處受領報酬之禁止、第四四條－勞工供給事業之禁止）。違反二法的關係乃被解為觀念上的競合

³⁷¹ 關於國際勞工組織對於介入他人勞動並抽取不法利益之公約的形成、演進及其內容，請參見：臺灣勞動法學會編，『勞動基準法逐條釋義－施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），16頁以下（焦興鎧執筆）。

³⁷² 昭23.3.2基発381号。

³⁷³ 最一小決昭31.3.29刑集10卷3号415頁。

³⁷⁴ 昭22.3.2基発381号

³⁷⁵。又，根據職安法規定（第三二條第一項、第三七條第一項與第二條項、第四五條）得到厚生勞動大臣許可而為的收費職業介紹、委託募集（關於此而受領報酬）及勞工供給事業該當「基於法律而被允許之情形」非為違法的中間榨取。

至於由人材派遣業所為的派遣，不論是以業務處理承攬或勞工派遣之何種型態加以進行，勞動契約關係乃存在於與派遣人之間，既然不存在於與要派人之間，就不能說派遣人作為第三人而介入勞動關係，而不該當被禁止的中間榨取³⁷⁶。

第七條（勞工名卡登記事項）

雇主應置備勞工名卡，登記勞工之姓名、性別、出生年月日、本籍、教育程度、住址、身分證統一號碼、到職年月日、工資、勞工保險投保日期、獎懲、傷病及其他必要事項。

前項勞工名卡，應保管至勞工離職後五年。

本條之立法理由略以，設置勞工名卡一事，本屬事業單位管理上所必須。勞工名卡之人事資料乃企業就勞工就職時期及狀態（到職、停職、留職、離職）、到缺勤狀況、工資、年資、社會保險、獎懲等進行人事管理之基礎。有鑑於，勞工名冊涉及眾多勞工權益問題，係勞工爭訟時主張舉證之重要參考資料，亦係主管機關或檢查機構監督考查或處理勞資爭議時必須參酌探證的重要籍冊，爰規定雇主有設置管理義務，並配合民法第一二六條債權請求權時效規定，勞工名卡之保管年限為勞工離職之日起五年³⁷⁷。

有關本條規範功能學界並無太多討論，實務上則以雇主依法負有保管一定年限義務，在未設置或未提出籍冊資料的情況下，參酌勞基法第七條規定意旨，分配轉換舉證責任，作不利於雇主的事實認定。

司法實務代表性案可舉，最高法院八一年度台上字第一七六五號民事判決指出：「按勞基法第七條第一項規定，雇主應置備勞工名卡，登記勞工之姓名……傷病及其他必要事項。第二項規定，前項勞工名卡應保管至勞工離職後五年。同法第二十三條第二項規定，雇主應置備勞工工資清冊，將發放工資、工資計算項目、工資總額等事項記入。工資清冊應保存五年。上訴人係於七十八年底資遣被

³⁷⁵ 最一小判昭 33.6.19 刑集 12 卷 10 号 2236 頁。

³⁷⁶ 昭 61.6.6 基発 333 号。此見解亦為學說所承認，如：荒木尚志，『労働法』，（有斐閣，2009 年 7 月），75 頁；菅野和夫，『労働法（九版）』（弘文堂，2010 年 4 月），157 頁。

³⁷⁷ 本條立法理由，參見：內政部編印，『制定勞動基準法背景及有關資料』（內政部，1980 年 12 月），64 頁。以及「行政院中華民國 71 年 3 月 6 日臺 71 內字第 3491 號函」送立法院審議之勞動基準法草案第 7 條之說明欄，揭載於：立法院秘書處，『法律案專輯第 73 輯內政(29)勞動基準法案（上冊）』，（立法院秘書處，1985 年 5 月），6 頁。另有關於勞工名卡的參考格式，可參見：許秀光，『勞動基準法解說（三版）』（輔仁人力資源公司，2005 年 9 月），92 頁。

上訴人，迄今未逾五年，仍應保有上開資料，乃竟以出勤卡、薪資紀錄，已逾勞基法第三十條第三項所定一年之保存期限而不存在無法提出。則被上訴人主張，其每人每年工作均達二百十三日以上尚可認為實在。...云云。為其得心證之理由，爰維持第一審所為上訴人敗訴判決，於法核無違誤。查上訴人提出之資遣費計算清冊已將被上訴人每人之工作年資，記載在工作年資欄甚詳，該清冊係為被上訴人同時資遣共三十二人所製作...。原審依據此清冊為上訴人不利論斷，要無不合。縱其就被上訴人每年工作有無達二百十三日之認定，雖有未盡，但與判決之結果，並無影響。上訴論旨，仍執前詞指摘原審取捨證據、認定事實之職權行使，為違背法令，求予廢棄原判決，非有理由。據上論結，本件上訴為無理由。」

晚近，有論者在「企業王國」的譬喻認知下，重行檢視勞基法第七條的規範意義與作用，發現：勞基法第五七條以「雇主/事業單位」的用語區別，指出「事業單位」（經營組織）是企業王國「領土」，並按經營機能需求在其上形成分工合作的「職位（職缺）體系」，產生讓能個別勞工安棲的工作位置。勞基法第七條則在前述事理結構的理解基礎上，進一步指出勞工名卡是「企業王國」的「戶籍制度」，「企業王國」藉由勞工名卡編戶齊民，一一補實職位體系的職缺，進行人事管理，配賦權利義務。

亦即，綜合勞基法第五七條及第七條規定來看，勞動契約關係的具體開展，可以用「職」（職位/底缺）～「籍」（人事管理制度/雇用籍）³⁷⁸～「資」（年資/權益累積紀錄）三個關鍵字來涵括掌握，並以其為基礎觀念，就雇用保障議題（終止保護、調職、停職、留職、調職等）以及年資權益與勞基法上年資規範群，發展更細緻的法理思考。「職」（職位/底缺）指涉的是企業王國的「領土」。至於，勞基法第七條規定的勞工管理名冊，則是企業王國的「戶籍建制」；勞基法年資保護的相關規定所處理者，則屬「企業王國」內的地位資格、權益賦予問題。

³⁷⁸ 日本勞動法研究有將人事管理當成獨立議題探討的趨勢，惟此一議題範疇具體包含哪些問題則論者間的取捨未見一致，相關討論可參見：菅野和夫，『労働法（九版）』（弘文堂，2010年4月），403頁以下（第3編個別的労働関係法，第3章労働関係に関する法規整，第11節人事）；西谷敏，『労働法』（日本評論社，2008年12月），217頁以下（第2部個別労働関係の成立・展開・終了，第4章人事異動）。下井隆史，『労働法（四版）』（有斐閣，2009年4月），61頁以下（第4章人事異動の法的諸問題）；土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008年8月），349頁以下（第6章労働契約の展開—人事）；荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），351頁以下（第2部個別的労働関係法，第2編労働契約法，第14章人事）。野川忍、山川隆一編，『労働契約の理論と実務』（中央経済社，2009年3月），102頁以下（第1部多様化する雇用の理論，第2章労働契約の法規整—採用から雇用までの契約ルール，4労働契約の継続，(1)人事）；石川吉右衛門、荻澤清彦著，『経営法學全集15-人事』（ダイヤモンド社，1966年4月）；井上幸夫，『問題解決労働法4-人事』（旬報社，2009年1月）。藤内和公，「人事制度」，載於：日本労働法學會編，『講座21世紀の労働法第4卷-労働契約』（有斐閣，2000年10月），254頁以下。

第八條（雇主提供工作安全設施之義務）

雇主對於僱用之勞工，應預防職業上災害，建立適當之工作環境及福利措施。其有關安全衛生及福利事項，依有關法律之規定。

本條規定源於我國勞基法係以立法當時既有之勞動法規為基礎，參酌外國立法例作法來形成其規範內容。有鑑於當時勞工安全衛生及福利事項，已分別早有勞工安全衛生法以及職工福利金條例等立法存在，故設本條說明勞基法與其他法律間彼此的規範分工關係，採外接模式來處理勞工安全衛生及福利事項的規範關係。

由此一規定可知，勞基法雖廣泛規定各種勞動條件基準，但仍無法全面涵括所有勞動條件事項。同時，勞基法細部規範的法律內容擴充，除了採取修法的內增模式之外模式，也可以採取諸如勞工安全衛生法以及職工福利金條例般的外接模式來處理。

見諸勞基法制定後的規範發展歷程，外接模式的法律內容擴充伴演重要角色。七十三年八月一日勞基法公布施行，為我國勞動保護法之立法開闢了新頁。該法設定最低勞動條件基準之立法性格，不僅喚醒勞工的權利意識，也提供了勞工爭取權益的基本舞台。勞基法相關規定之適用爭議，促使得行政解釋與法院判決數量快速累積，賦予個別勞動法研究生機，也推波助瀾地營造了集體勞工運動的崛起氣勢，使得工運在七十六年解除戒嚴後一時蜂起而在七十七年、七十八年間達於鼎沸，為國內長期以來所匱乏之集體勞動法帶來豐富的研究素材³⁷⁹。

然而，隨著解嚴後政經環境等情勢的轉變，勞工運動逐漸消弱趨緩，相較於，個別勞動法的研究隨著勞基法的施行持續蓬勃，集體勞動法的研究卻日趨黯然失色，集體勞動關係的相關法制—特別是團體協約法，因勞工極少透過罷工等爭議行為就調整事項協商締結團體協約，而淪為聊備一格的裝飾。集體勞動關係領域的受阻、挫敗，讓勞工捍衛自身權益之社會趨力，轉而灌注、溢流到個別勞動關係立法上尋找出口，攀附勞基法針對「權利事項」展開「立法鬥爭」。

早期的代表性事例，如工運團體在八十一年至八十二年間利用行政院提出勞基法修正草案送請立法院審議之機會，進行工人版勞基法之草擬與立法遊說³⁸⁰；

³⁷⁹ 因此，有論者認為勞基法的公布施行與解除戒嚴，堪稱開啓國內勞動法研究熱潮，引領勞動法研究發展的三大里程碑。參見：劉志鵬，「權利事項勞資爭議與法官造法—以最高法院判決為檢討對象」，載於氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000年5月），353-354頁。

³⁸⁰ 國內的法律草案向來大多由行政機關草擬，再由立法院以之為藍本進行立法。但此次修法除了行政院所提之草案外，另有工人立法行動委員會所擬之「工人版勞基法修正案」、臺灣勞工陣線所擬之修正草案、全國總工會所擬之修正草案、全國工業總會所擬之修正草案等修正草案版本。其中，勞工陣線版於81年，經由戴振耀等二十餘位立委提案通過，與行政院修正草案併案審查。而工人版亦於82年9月間，透過李進勇等五十餘位立委提案，獲得通過與相關法案併案審查，形成多版本並陳的局面。可惜，此次立法工作最後因故無疾而終。有關此次修法之各版本的比較、評析，請參考：燕萍，「各版本勞基法修正案評析」，中國勞工927期

晚近則有：肇始於八十六年，由工作傷害受害人協會與工人立法行動委員會等勞工團體共同提出「工人版職業災害勞工保護法」，促成職業災害勞工保護法於九十年通過立法；結合婦運團體與工運團體力量整合各方意見，於九十年十二月二十一日完成立法審議之兩性工作平等法；以及工運團體透過立法委員提案，並在政黨輪替後經濟發展會議之決議背書下，迫使政府提出對案討論完成立法之大量解僱勞工保護法等事例可稽³⁸¹。

立法鬥爭行動的開花結果，並未造成勞基法的解體、分裂，反倒是讓勞基法站穩了勞動保護法領域的核心地位，以外接的方式向外輻射擴充出更豐富、龐大的規範體系³⁸²。觀察勞基法的對象設定時，目光已不能僅侷限於勞基法法典，也必須將散落在勞基法法典外的「實質勞基法」納入視野。其次，勞基法外部成長現象明顯可見，同時也帶來勞基法內部規定與散落在勞基法法典外的「實質勞基法」，彼此間的解釋適用整合問題。

例如，職業災害定義是各種職業災害之權益保護措施之適用前提，站在法制規劃之立場，如分別有多數立法共同規範職業災害問題時，是否統一定義職業災害，或者是按各別立法之政策考量不同，分設範圍不一的差異性操作定義，即有實際上之需要。然而，觀諸我國立法實務，此等問題大多未獲相應重視，致留下解釋適用爭議，需透過學說、實務來尋求解決。勞工安全衛生法就「職業災害」設有定義，勞工保險條例為應職業傷病給付審查實務需求，另授權訂定「勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則」，以特定事理情節的類型整理，來指導勞工保險職業傷病給付審查實務，然而處理職業災害補償權益實體規範的勞力卻對職業災害之定義隻字未提，造成實務對於如何認定職業災害產生歧見。

其次，像通勤災害之類勞工保險明定給付之事故類型，是否可等同視為勞基法上之職業災害，而予以適用同法所定之種種職業災害權益規則，由雇主負擔補償責任，實務上亦一直存有不同見解。

此外，民法上過失相抵原則可否適用到職災補償事例，也同樣產生過勞基法與其他法律之適用關係爭議。過失相抵原則之適用，是由法院依職權為之？或是屬「辯論主義」之範圍？是否非當事人聲明後，法院方得行使酌量權？司法實務過去曾有不同看法。

(1993年12月)，10-14頁。袁克勤，「對修正勞基法的管見」，中國勞工927期(1993年12月)，15-17頁。李來希，「解析工人版勞基法修正案」，勞工行政68期(1993年12月)，38頁以下。李文良主講、朱言貴記錄，「勞基法修正重點的探討」，石油勞工82年11月、12月合併本。李文良，「勞動法律修正簡介-「行政院勞工委員會版與勞工陣線版之比較」」，出處同前。

³⁸¹ 參見：拙著，「我國勞動法發展趨勢之觀察與展望」，月旦法學雜誌第100期(2003年9月)，頁92-95。

³⁸² 當然，這些社會活力凌駕國家施政主導立法工作所產生之勞動立法，在內容上時有直觀希望落實運動訴求之理想色彩，但在法律體系整合方面，則有不夠理想，易造成法律適用爭議之處，有待進一步研究解決之道。參閱：拙著，「我國勞動法發展趨勢之觀察與展望」，月旦法學雜誌第100期(2003年9月)，頁93。

最高法院 54 年台上字第 2433 號判例指出：過失相抵並非只是一種抗辯權，其行使效果可使請求權全部或一部為之消滅，故債務人則對此提為確認之訴之標的。至於減到何種程度或完全免除，法院有裁量自由，非當事人可強求，應由法院調查審認後，將其具體認定之事實載於判決理由中。酌減的因素和範圍之決定標準，依最高法院的通說係以雙方原因力之強弱及過失輕重定之（54 台上字第 2433 號）。故縱被加害人為故意或重大過失，仍有過失相抵原則之適用，而在判定被害人之過失比例後，自應依其所認定之比例而為計算，並應適用於所有的賠償項目，即慰撫金亦應按該比例計算。於被害人主張慰撫金與其他損害賠償之請求而符合過失相抵時，法院應將兩金額合計後，再依過失相抵規定定最後的賠償範圍。

最高法院 88 年度台上字第 2093 號判決認為：「按民法第 217 條第 1 項所謂被害人與有過失，只須其行為與加害人之行為，為損害之共同原因，而其過失並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不論加害人應負故意過失或無過失責任，均有該規定之適用。原判決以第一審共同被告呂○○盜賣被上訴人之股票，係故意之侵權行為，即認依本院 68 年度台上字第 967 號、73 年度台上字第 4045 號判例意旨，縱令被上訴人與有過失，亦無上開規定之適用，核屬誤解上開判例意義，尚有未合。……」。該判決並援用該院 85 年度台上字第 1756 號民事判決³⁸³，認為過失相抵制度之目的，旨在謀求加害人與被害人間之公平，故裁判上法院得依職權減輕或免除損害賠償。此項見解是否意味著「過失相抵」問題不再是屬於「辯論主義」之範圍，值得注意。不過，學者馬維麟認為，我國訴訟上採當事人辯論主義，法院固可主動行使闡明權（民訴 197 條），惟過失相抵之主張仍應由當事人自行提出並舉證為之，法院尚不能逕行為之³⁸⁴。

有關勞基法第 59 條之職業災害補償，於勞工有過失時，雇主可否主張民法第 217 條過失相抵問題，89 年 4 月 25 日最高法院八九年度第四次民事庭會議曾列甲乙兩說做過討論：

甲說（否定說）：勞動基準法第五十九條之規定，係為保障勞工、加強勞、僱關係，促進社會經濟發展之特別規定，非損害賠償。同法第六十一條尚規定該受領補償之權利不得抵銷，應無民法第二百十七條過失相抵之適用。（八十二年度台上字第一四七二號判決參照）

乙說（肯定說）：職業災害補償，基本上亦為損害賠償之一種，勞動基準法第五十九條之規定，對於雇主雖採無過失主義，惟民法第二百一十三條至二百一十八條所定之損害賠償法則，其中第二百十七條規定之過失相抵，旨在促使被害人注意履行其應盡義務，以避免或減少損害之發生或擴大。職業災害補償既為損

³⁸³ 最高法院 85 年度台上字第 1756 號民事判決謂：「損害之發生與擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第 217 條第 1 項定有明文，此項規定之目的，在謀求加害人與被害人間之公平，故在裁判在法院得以職權減輕或免除之。」。

³⁸⁴ 馬維麟，「過失相抵—我國最高法院歷年來判決之檢討與分析」，法學叢刊第 170 期（1998 年 4 月），51 頁以下。

害賠償之一種，自仍有民法第二百一十七條之適用。（八十七年度台上字第二三三號判決參照）

最後決議採甲說，嗣後最高法院八九年度台上字第一七八三號民事判決亦採同一立場，指出：「按勞動基準法第五十九條之規定，係為保障勞工，加強勞僱關係，促進社會經濟發展之特別法，於勞工有過失時，雇主應無民法第二百一十七條主張過失相抵之適用，為本院最近所持之見解，原審以本件被上訴人依勞動基準法第五十九條第二款規定向上訴人請求補償醫療期間不能工作之工資，縱其對本件職業災害之發生與有過失，上訴人亦不得主張過失相抵云云，核無不合。」實務見解分歧情形，可謂得到統一。

第十章 監督與檢查

監督與檢查總論

一、勞動檢查之意義與目的

就勞動基準法的實效性確保措置而言，雖然除依據第十一章罰則之規定間接使雇主遵守勞動基準法所規定的勞動條件最低基準外，勞工尚得向民事法院起訴請求雇主加以履行或請求損害賠償。但就前者而言，即使可以期待有威嚇性的預防效果，但因無法直接回復勞工所被侵害之權利或利益，故始終僅具有間接的效果；而就後者來看，向法院提起訴訟不僅耗時耗力，即使最終結果獲得有利之判決，仍然只是事後的救濟而已。從而，爲了確保勞動基準法所定勞動條件最低基準之實效性，除了事後的制裁或救濟措置外，有必要採取更積極地措置－檢查制度³⁸⁵。

所謂的勞動檢查係指檢查機構依據法律授權並運用公權力之行使，監督輔導事業單位履行勞動基準、提供必要之安全衛生及福利設施，以貫徹勞工政策、維護勞工合法權益、防止職業災害發生，進而促進社會安定與國家經濟繁榮³⁸⁶。而檢查制度之目的除了在事前以專門的行政官進行監督性的取締以防止違法狀態發生的同時，在發生違反狀態時，也可以迅速排除此狀態而確保法定最低基準之實效性。歐美各國草創勞動保護法制時因欠缺監督制度而使得勞動保護法制形同虛設所得到的教訓乃監督制度係確保勞動條件最低基準實效性所不可或缺之手段³⁸⁷。

關於勞動檢查，雖在勞動基準法第十章設有監督與檢查制度，但關於其細部的規定乃另設勞動檢查法予以規定，欲探究監督與檢查制度之整體，必須一併觀察，故以下乃兼而論之。

二、勞動檢查之沿革

(一) 國際趨勢

綜觀外國勞動保護法規之沿革，監督機關之設置大致上晚於法規的制定，最早並沒有設立特別的機關，而委託於自治體的官吏、醫師、宗教家、警察或法官，但這些人對於法律的實施欠缺必要的特別知識，也無法特別考量勞工之利益，而

³⁸⁵ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），489頁。日文文獻可參見：東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1041-1042頁（李鈺執筆）；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），945頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），380-381頁（鈴木隆執筆）。

³⁸⁶ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），289頁。

³⁸⁷ 厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），945頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），381頁（鈴木隆執筆）。

無法達成所期待的效果，從而逐漸發展出任命專門官吏從事此任務的傾向³⁸⁸。

勞動檢查制度乃起源於歐洲，最早創設者乃英國在 1833 年的工廠法中創設了工廠監督官制度，嗣後法國於 1874 年的少年勞動法中導入了勞動監督官制度，德國則在 1878 年的萊茵營業條例的修正中賦予了設置工場監督官之義務而導入了強制監督制度³⁸⁹。然而，此時期歐洲各國的檢查制度均為委由其他機關或人員執行，其結果均無法達成保護勞工之目的，分析其原因主要為：因代行者能力或知識之不足、代行者之權限不大且不具獨立性、執行者乃代行性質而無法專注投入、薪俸太薄而無法招徠有為之士、無中央機關負責監察及統一規畫。針對上述的問題，英國皇家委員會在 1883 年建議英國政府設置專責人員並授與相當之權力，其於同年修正工廠法，正式設置工廠檢查機構，為現代意義之勞動檢查機構的肇始³⁹⁰。

至於在國際上勞動檢查被普遍接受者乃於 1919 年第一次世界大戰後的凡爾賽和約。在該和約第 427 條第 9 原則中揭示了「為了嚴格執行以保護勞工為目的之法律，各國應設置監督制度並使女性參與之」，強調並確認監督制度之必要性。而根據凡爾賽和約所成立的國際勞工組織在 1923 年的第五次大會中通過了第二十號建議書（確保以勞工保護為目的之法令及規則之實施為目的之監督制度組織一般原則建議書），除了再確認監督制度之必要性外，也規定了監督制度之基本原則。而在戰後 1947 年的第三十次大會中，通過了第八一號公約（工業及商業勞動檢查條約）及第八一號建議書（勞動檢查建議書），第八一號公約係將第二十號建議書公約化³⁹¹。我國於 1961 年部分通過該公約（對第二章商業勞動檢查予以保留）。

（二）日本概況

日本第二次世界大戰前的監督制度乃肇始於工場法施行的前一年（1915 年），在農商務省工場課配置了專任工場監督官四名與兼任工場監督官五名。雖然是為了施行工場法，但因該法的監督行政係委由各府縣而非由國家的直轄機關為之，監督的實施乃生地方性的差異，而有受政治勢力或地方權力影響的傾向。又因為監督官欠缺身分保障並由許多的警察擔任補充性的人力，從而監督制度的機能十分有限。而在第二次世界大戰後，以勞動基準的制度為出發點，並考量戰前的經

³⁸⁸ 史尙寬，『勞動法原論（重刊）』（正大印書館，1978 年 6 月），417-418 頁；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労働行政，2005 年 3 月），945 頁。

³⁸⁹ 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006 年 5 月），381 頁（鈴木隆執筆）。中文相關文獻可參見：林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003 年 9 月），489 頁。

³⁹⁰ 成之約、辛炳隆、張玉燕、潘世偉、王方，『勞動政策與勞工行政』（國立空中大學，2003 年 1 月），357-358 頁（張玉燕執筆）。

³⁹¹ 有泉亨、青木宗也、金子征史編，『基本法コンメンタール—労働基準法（三版）』（日本評論社，1990 年 12 月），412 頁（石田真執筆）；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006 年 5 月），381 頁（鈴木隆執筆）。

驗及國際勞工組織第二十號建議書之內容重新架構現行的監督制度。亦即將中央、地方之監督機關作為勞動省的直轄機關，一改地方分權之性質並將之從警察行政中完全脫離，並對監督官之資格、素質及身份保障等予以規範³⁹²。

不過目前日本的監督制度除面臨到人力不足、預算缺乏外，監督行政態度也有所問題，換言之，乃透過行政規則之方式將法律本來的內容及規範目的架空，特別是 1956 年一連串以中小企業為中心規定監督重點事項，而以得業者理解及協力之指導及階段性糾正為基本方針之糾正基準行政規則³⁹³。

(三) 我國發展³⁹⁴

1、國民政府遷台前

國民政府於民國十八年十二月三十日公布工廠法，民國十九年十二月十六日公布工廠法施行條例，兩者同時於民國二十年八月一日施行。民國二十年二月十日公布工廠檢查法，並於同年十月一日施行。當時實業部為了配合上述法律之實施，特設工廠檢查人員養成所，並訂頒檢查員任用及獎懲規程，為我國確立工廠檢查制度之始。民國二十二年八月另設中央工廠檢查處辦理全國工廠檢查業務，負責我國有史以來第一次的工廠檢查工作。嗣後，於民國二十四年十月九日公布工廠安全及衛生檢查細則以作為檢查員檢查工廠安全衛生設施的準繩，但隨即因中日戰爭爆發之故而停止勞動檢查。於民國二十九年成立社會部並恢復工礦檢查機構，但因戰亂而再度被迫中斷。此階段乃我國勞動檢查的萌芽階段，但因有經驗的檢查員人數太少、各地工廠多屬新設而資金不足、上海等租借區因治外法權之存在而拒絕檢查等原因，實施效果並不理想，只限於幾個工業城市而未能全面確實實施，故只能說聊備一格、徒具形式³⁹⁵。

2、國民政府遷台後至施行勞動基準法

在政府遷台前，我國勞動檢查原由中央勞工行政機關掌理，但政府遷台後，於民國三十九年內政部為配合舉辦勞工保險乃授權台灣省政府籌辦工礦檢查業務，但當時省府以事屬初創，為求慎重乃飭由建設廳、衛生處、社會處會同擬具

³⁹² 有泉亨、青木宗也、金子征史編，『基本法コンメンタール—労働基準法（三版）』（日本評論社，1990年12月），413頁（石田真執筆）；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），381頁（鈴木隆執筆）。

³⁹³ 片岡昇等，『新労働基準法論』（法律文化社，1982年3月），551-567頁、（本多淳亮執筆）；有泉亨、青木宗也、金子征史編，『基本法コンメンタール—労働基準法（三版）』（日本評論社，1990年12月），413頁（石田真執筆）；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），381-382頁（鈴木隆執筆）。

³⁹⁴ 以下主要參考林豐賓，『勞工安全衛生法—概論與實務』（三民，1998年9月），303-308頁；林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），295-299頁；行政院勞工委員會勞動檢查處，98年勞動檢查年報總說明，C頁，http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/siteMaker/SM_themePro?page=4c2c2c74&status=audit。

³⁹⁵ 成之約、辛炳隆、張玉燕、潘世偉、王方，『勞動政策與勞工行政』（國立空中大學，2003年1月），373頁（張玉燕執筆）。

工礦檢查委員會組織規程草案，該草案乃於民國四十年一月三十一日公布實施。據此，台灣省工礦檢查委員會於民國四十年二月一日成立，設委員七至十一人，除省府建設廳廳長、社會處處長、衛生處處長為當然委員外，餘聘請專家或其他業務人員擔任，並指定建設廳長為主任委員。委員會內部分三組掌理各項業務，各組檢查員均由建設廳、衛生處、社會處調派兼任，分別擔任工礦安全、衛生、勞動檢查工作。民國四十三年二月在建設廳確立會址，並調用專任業務人員，並於翌年十一月二十四日修訂組織規程，增聘勞資雙方代表為委員。

民國四十五年八月三日，省府再度修訂工礦檢查委員會組織章程，將委員數由十七人增至二十三人，除主任委員仍由建設廳廳長擔任外，並增設副主任委員二人，由社會處處長及衛生處處長擔任。委員會設專任秘書經常駐會辦公，另設四組分掌總務、工廠檢查、礦場檢查、鍋爐及特案檢查等業務，從此將三人會同檢查改變為一人獨自執行檢查。因政府遷台初期，物資缺乏而必須積極恢復生產，致使各項設備因陋就簡，對於廠礦安全衛生難免有所忽略，因此經常有災變事故發生，尤其礦場為多，致使政府急速設置台灣省工礦檢查所後，不時擴編改組以求改進，減少礦工傷亡，但相對地雖然勞動條件也是勞動檢查之項目，也不免排除在檢查的重心之外³⁹⁶。

而因工礦檢查應屬勞工行政之重要一部，故於民國四十三年即決議將之移歸社會處主管，但因牽涉甚多，幾經討論後於民國四十八年始移交社會處接管，改組後分設六組掌理各項業務，此時的檢查重點，仍以最易發生危險的煤礦、鍋爐與高壓容器為主。

工礦檢查委員會原無正式編制，所有人員均由有關機關調用，為建立正常體制、提高工作效率、發揮組織功能，於民國五十二年三月二十七日提經省府同意修改組織規程，將原有調用人員改為專任編制內人員，同時明定社會處處長為主任委員，建設廳廳長及衛生處處長為副主任委員，從此工礦檢查委員會有專任編制與獨立經費，成為正式機構。

嗣後，隨著台灣經濟之蓬勃發展，勞動檢查機構卻未見統一，反而更加地分化。於民國五十九年二月十一日成立台灣省礦務局，而將原屬工礦檢查委員會之礦場安全檢查業務連同檢查員十人及所有礦場檢查用儀器、檔案、經費悉數移交礦務局。至民國六十二年依行政院權責劃分，復將礦場安全檢查業務劃歸經濟部礦業司主管，從此工礦檢查呈現分立。

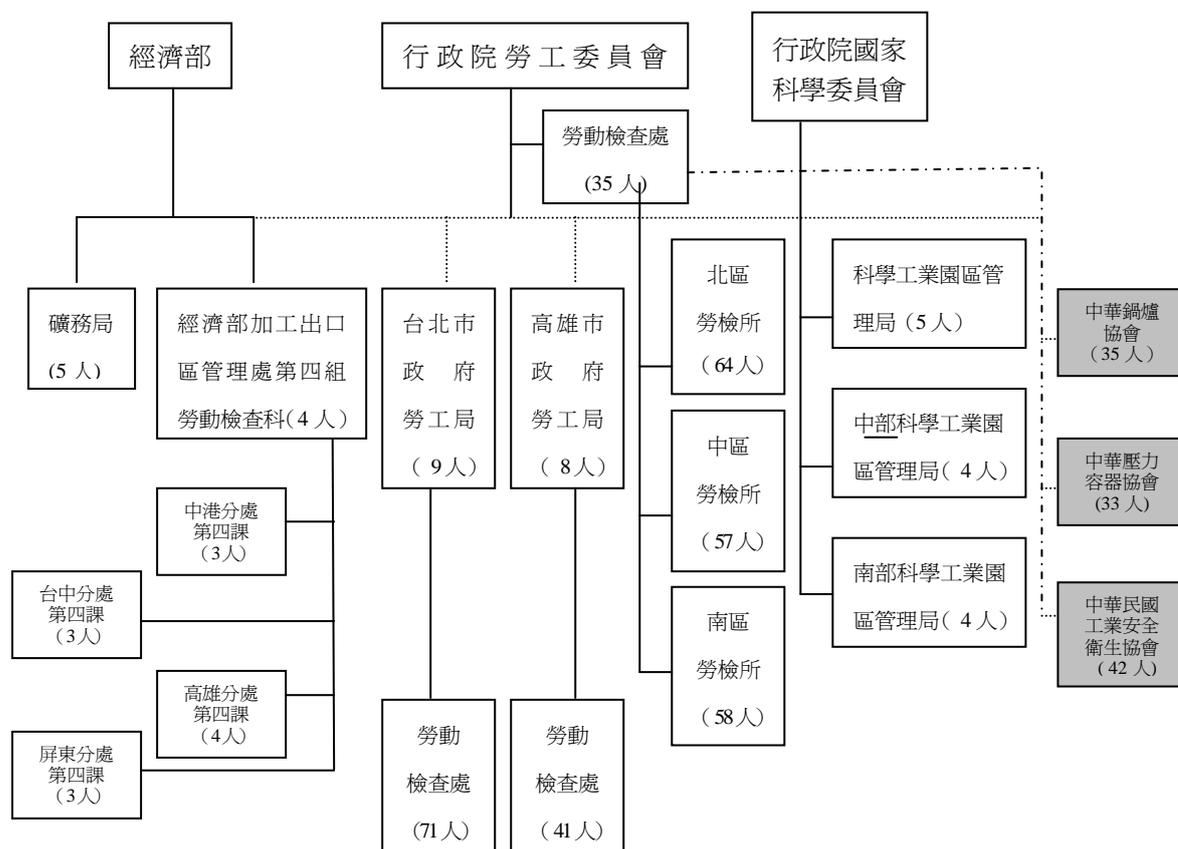
台北市與高雄市各於民國五十六年及六十八年改制為直轄市後，亦比照業務授權方式，除各在其社會局下設置工礦檢查所辦理工礦檢查業務外，其檢查範圍還及於公共營業場所鍋爐、機電設備之安全檢查及高樓大廈之升降機、消防設施等之檢查。另，經濟部所屬加工出口區管理處及行政院國科會所屬科學工業園區管理局，亦均獲得同樣授權，單獨成立檢查單位，實施勞動檢查。而原本的台灣

³⁹⁶ 成之約、辛炳隆、張玉燕、潘世偉、王方，『勞動政策與勞工行政』（國立空中大學，2003年1月），374頁（張玉燕執筆）。

省工礦檢查委員會也適時增加員額、擴大編制、修改組織規程、健全機構，並分區設站，先後成立台北區檢查站、台中區檢查站、高雄區檢查站、新竹區檢查站及嘉義區檢查站。

3、施行勞動基準法後迄今

於民國七十三年公布施行勞動基準法後，依第七十二條之規定，勞動檢查乃屬中央權限，於必要的情況下，方得授權地方政府執行之。所謂的地方政府乃包括直轄市政府與地方政府。而檢查機構之設置，在勞工行政組織調整成立專責機構後，於民國七十六年設立行政院勞工委員會後，於其下設有勞動檢查處，職司勞動檢查之監督、指導及規劃事項。此外，直轄市勞工局亦設有獨立之勞動檢查處，在省轄區域則分區設置北、中、南區勞動檢查所，直屬於行政院勞工委員會，但經濟部加工出口區及行政院科學委員會工業園區則仍分別單獨實施勞動檢查業務。綜上所述，目前勞動檢查機構之組織系統與人力配置，乃如下所示³⁹⁷：



³⁹⁷ 行政院勞工委員會勞動檢查處，98年勞動檢查年報總說明，C頁，http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/siteMaker/SM_themePro?page=4c2c2c74&status=audit。

第七二條（勞動檢查機構之設置及組織）

中央主管機關，為貫徹本法及其他勞工法令之執行，設勞動檢查機構或授權直轄市主管機關專設檢查機構辦理之；直轄市、縣（市）主管機關於必要時，亦得派員實施檢查。

前項勞動檢查機構之組織，由中央主管機關定之。

在勞動基準法公布施行之前，關於勞動檢查的重要立法為「工廠檢查法」，但因其適用範圍僅限於工廠，且檢查機關雖規定為中央勞工行政主管機關或省市主管廳局，但並未有專門檢查機構設置之規定，從而如上所述，我國的勞檢機構呈分立制，因檢查人員有限、經費設備不足，以及各單位不能有效協調，致檢查工作無法順利進行³⁹⁸。

為了解決上述的困境，乃於勞動基準法第七二條第一項及勞動檢查法第五條規定勞動檢查機構之設置，依各該條之規定，勞動檢查機構應以中央設置為主，但實際上多授權地方或有關機構（如加工出口區管理處）設置，對於此種分立式的檢查機構，勞委會於（87）台勞動三字第 015390 號函中表示：「為貫徹勞動基準法之執行，該法第七十二條第一項後段規定：『地方主管機關於必要時，亦得派員實施檢查。』。準此，勞動基準之檢查，勞動基準法既有特別規定，應自依該法辦理，縣市政府應有派員實施檢查之權力與責任。」承認縣市政府之勞動檢查權。

但此種分立式的勞動檢查體系包括了勞動檢查之辦理機構、勞動檢查之監督行政體系、勞動檢查法律依據、勞動檢查項目、勞動檢查基準、勞動檢查結果之判斷與處理方式等各方面的不一致性³⁹⁹。從而，依本條之意旨，應及早建立一個統一並由中央直接負責的一元化勞動檢查體系⁴⁰⁰。

相對於我國，日本的勞動檢查體制乃大異其趣。考量到戰前將勞動檢查權限委由地方進行之弊害，日本勞動基準法第九七條第一項乃明示了監督機關中央一元性之原則，規定除於勞動基準主管局、都道府縣勞動局及勞動基準監督署設勞動基準監督官外，得以厚生勞動省令置必要之職員。此外，並於第九九條規定勞動基準局長、都道府縣勞動局長與勞動基準監督署長之指揮監督關係。換言之，於厚生勞動省設勞動基準法，並於地方按各都道府縣設直屬於中央的都道府縣勞動局，並於各都道府縣勞動局之管轄區域內置勞動基準監督署⁴⁰¹。

³⁹⁸ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），493頁。

³⁹⁹ 林豐賓，『勞工安全衛生法—概論與實務』（三民，1998年9月），309-311頁；林良榮，「勞動基準行政與勞動檢查制度」，載於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法實務爭議學術研討會會議手冊（台灣大學社會科學院暨法律學院國際會議廳，2008年9月），46-47頁。

⁴⁰⁰ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），493頁。

⁴⁰¹ 厚生勞動省勞動基準局編，『勞動基準法下（改訂新版）』（勞務行政，2005年3月），950頁、953頁以下；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評

第七三條（檢查員之職權）

檢查員執行職務，應出示檢查證，各事業單位不得拒絕。事業單位拒絕檢查時，檢查員得會同當地主管機關或警察機關強制檢查之。

檢查員執行職務，得就本法規定事項，要求事業單位提出必要之報告、紀錄、帳冊及有關文件或書面說明。如需抽取物料、樣品或資料時，應事先通知雇主或其代理人並掣給收據。

勞動檢查能否落實主要乃取決於勞動檢查員能否具體發揮勞動之功能，故勞動基準法乃在本條規定勞動檢查員之職權。惟為更清楚掌握勞動檢查制度，以下除檢查員之職權外，尙就檢查員之配置、資格、訓練、義務及檢查結果之處理等加以闡述。

一、檢查員之配置

依前述國際勞工組織第八一號公約之規定，國家應配置足夠之勞動檢查人員以因應檢查業務之執行上必要，最近其亦根據經濟發展程度訂立基準，已開發國家之檢查員與勞工之比例乃一比一萬，開發中國家為一比二萬，未開發國家則為一比四萬⁴⁰²。而我國目前之比例則為一比二萬七千，未達開發中國家之標準，更遑論是已開發國家，尤其是未設勞檢機構之縣市政府情況最為嚴重，僅有的數名職員負責執行勞動檢查業務外，尙須辦理其他勞工行政業務⁴⁰³。

此外，依據上述九八年勞動檢查年報總說明所示：「為貫徹政府建構『安全的工作環境』之施政主軸，落實總統所提職災千人率於4年內（97至100年）降至千分之4以下政見，現有勞動檢查機構人力主要投入減災工作」，目前勞動檢查仍以安全衛生檢查為重心，相對於此，對於勞動條件之檢查則只為作為陪襯性的行政作為⁴⁰⁴。

二、檢查員之資格

關於檢查員之資格，國際勞工組織第八十一號公約第七條第一項規定：「檢查員之任用，除適用一般公務人員任用法規外，應具有執行其職務所必須之資格。」並於第九條加以補充：「各會員國應依最適合其國情之方式延攬醫藥、工程、化

論社，2006年5月），380頁以下（武井寬執筆）。

⁴⁰² A strategic approach to labor inspection, International Labor Review, Vol.147 (2008), No.4.

⁴⁰³ 許莉瑩，「人力不足，勞動檢查苦哈哈」，台灣勞工季刊第19期（2009年9月），34頁。

⁴⁰⁴ 林良榮，「勞動基準行政與勞動檢查制度」，載於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法實務爭議學術研討會會議手冊（台灣大學社會科學院暨法律學院國際會議廳，2008年9月），47頁。

學等方面的專門人員參加檢查工作，以執行關於保護工人工作時之安全與衛生等法令，並調查工作程序、工作方法或原料對於工人健康及安全之影響。」除粗略地規範檢查員所應具有之專業，並規定其執行執務之範圍。

然而，因勞動檢查之內容十分廣泛，包括生產技術、勞資糾紛、工業安全與衛生、福利待遇、童工女工之保護、違法案件之檢舉控訴與糾正等，故除了應具備專門知識之專門技術檢查員外，負責一般勞工條件檢查者，並不須限於工程方面的技術人員⁴⁰⁵。另有學者指出因我國勞動檢查政策長期「重安全衛生，輕勞動條件」，故檢查員多由具理工背景者任之，而輕忽對於勞動條件之檢查所應具備之相關法律專業素養及對於勞資關係、勞工政策等之認識，又由於勞檢人力之不足，有部分機構採行約聘人員執行勞檢工作之方式，或未來交付地方政府執行此工作時，該等人員專業培訓之規劃乃屬迫切之課題⁴⁰⁶。

三、檢查員之訓練

國際勞工組織第八十一號公約第七條第三項規定：「勞動檢查員應受充分之業務訓練。」國勞組織為了貫徹此主張，常以提供受訓人員國外旅費及生活費、安排考察與訓練課程派遣檢查專家分赴會員國主持或協助訓練事宜等方式加以進行⁴⁰⁷。

在我國關於勞動檢查員之訓練，勞委會訂有動檢查員遴用及專業訓練辦法，依該辦法第三條第一項之規定，乃有職前訓練與在職訓練二種方式，並於該辦法第四條規定，職前訓練又再包括學科訓練與術科訓練。然而，欲使訓練落實及發揮效用，檢查機構須寬列訓練經費訂定有系統的長期訓練計畫外，也須鼓勵檢查員進修，並依其參加訓練之層次及研修情形作為升遷之重要考量因素⁴⁰⁸。

四、檢查員之權限

勞基法第七三條規定了勞動檢查員之權限，包括了：臨檢權、查閱與抄錄權、封存及取樣權等，但在勞動檢查法中除將上述的規定予以補充外，另規定了其他的權限，諸如：詢問權、糾正權、停工權等，詳述如下。

（一）入場臨檢權

勞動檢查員自由進行工作場所進行檢查乃為其發揮作用的基本權限，故國際勞工組織第八十一號公約第十二條第一項第一款規定合格任用之勞動檢查員得

⁴⁰⁵ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），300-301頁。

⁴⁰⁶ 林良榮，「勞動基準行政與勞動檢查制度」，載於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法實務爭議學術研討會會議手冊（台灣大學社會科學院暨法律學院國際會議廳，2008年9月），49頁。

⁴⁰⁷ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），301頁。

⁴⁰⁸ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），302頁。

於任何時間不經預告自由進行應受檢查之工作場所。關於此點，我國勞動檢查法第十四條第一項規定：「勞動檢查員為執行檢查職務，得隨時進行事業單位，雇主、雇主代理人、勞工及其他有關人員均不得無故拒絕、規避或妨礙。」為上述公約之具體實現。

因工作場所乃雇主私人所有，除非有一定之公共利益目的之存在，否則國家亦無權進行，關於此勞工之勞動權、生存權與雇主之經營權、所有權衝突之問題。對於此問題，日本最高裁判所在規定稅務官對於納稅義務人詢問、檢查權之舊所得稅法是否違反日本國憲法第三五條（令狀主義搜索）之事件中，表示憲法第三五條之規定本來主要是對於追究刑事責任程序之強制應保障由司法權進行事前的抑制，僅以該程序非以追究刑事責任為目的之理由而判斷在該程序的所有強制當然乃在憲法保障之外係不相當後，乃以制度目的之公益性與強制手段之合理性為基準，肯定前述舊所得稅法之合理性⁴⁰⁹。學說認為以上述的見解來討論日本勞動基準法第一〇一條所規定之勞動基準監督官臨檢權規定之合憲性時，首先應考慮的是監督行政之目的乃克服從屬勞動之勞工生存權的具體保障，亦即從公共福祉的觀點，對於財產權或營業之自由加諸一定之限制而以之欲確保勞工之生存權乃憲法基本秩序之一，從而完成確保勞基法實效性之行政目的之上，雇主在財產上及精神上受到本條程度之不利益乃事屬當然，但在監督官權限之行使侵害了雇主、勞工之住居不受侵犯之自由或私生活之自由時，應解為需有法官的搜索票始為妥當⁴¹⁰。

此外，勞動檢查員進行檢查時，基本上「不得」事先通知事業單位，但依勞動檢查法第十三條之規定，在：1、第二六條所規定之危險性工作場所之審查或檢查；2、危險性機械或設備檢查；3、職業災害檢查；4、其他經勞動檢查機構或主管機關核准者，得事先通知事業單位。

又，勞動基準法第七三條第一項前段規定檢查員執行職務時，應出示檢查證，但檢查證的核發單位為何？對此問題，勞委會於（87）台勞動三字第 020435 號函中表示表示：「凡由縣市政府依前開規定所派實施檢查之員，應屬該法第七十三條所稱檢查員，依該條規定『檢查員執行職務，應出示檢查證』，旨在證明該檢查員確為該主管機關所派，故該檢查證應由該主管機關核發，該法並未規定應由中央主管機關統一核發。至於地方主管機關可否設立檢查機構，該法尚無禁止規定。」但由於格式不一而不利申訴之處理，故嗣後於（90）台勞檢一字第 0046413 號函表示：「依九十年第一次全國勞工行政主管聯繫會報結論，有關勞動權益保障方面，中央將規劃研究核發直轄市及縣(市)政府勞工行政主管機關負責勞動條

⁴⁰⁹ 川崎民商事件・最大判昭 47.11.22 刑集 26 卷 9 号 554 頁。

⁴¹⁰ 片岡昇等，『新労働基準法論』（法律文化社，1982 年 3 月），559 頁（本多淳亮執筆）；有泉亨、青木宗也、金子征史編，『基本法コンメンタール—労働基準法（三版）』（日本評論社，1990 年 12 月），422-423 頁（高木紘一執筆）；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006 年 5 月），387 頁（武井寛執筆）。中文文獻得參照林良榮，「勞動基準行政與勞動檢查制度」，載於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法實務爭議學術研討會會議手冊（台灣大學社會科學院暨法律學院國際會議廳，2008 年 9 月），50 頁。

件檢查業務人員勞動檢查證，以提昇申訴個案之處理效率。」乃由中央統一發給檢查證。

（二）詢問權

依勞動檢查法第十五條第一項第一款之規定，勞動檢查員執行職務時得詢問有關人員，必要時並得製作談話記錄或錄音。依同項之規定，得詢問之對象除事業單位之雇主、有關部門主管人員外，包括了工會代表及其他有關人員。所謂的「其他有關人員」，包括代行檢查人員或安全衛生技術人員在內。

詢問之方式包括了「分別詢問」及「秘密詢問」之態樣，乃隨檢查項目由檢查人員視需要情形而定。對於詢問事項，乃限於勞動檢查員執行檢查業務所必須收集情報資訊之「權責範圍」內，應避免涉及與检查工作無關之業務秘密或屬於雇主、勞工個人隱私之範圍⁴¹¹。

（三）查閱與抄錄權

國際勞工組織第八十一號公約第十二條第一項第二款規定勞動檢查員得令雇主提出依法令規定應予保存之簿冊或文件以查明其是否符合規定，並得抄錄其記載事項。此即所謂的「查閱與抄錄權」，其範圍包括對相關文件之抄錄、影印、拍照、錄影、測量等權限⁴¹²。對此，我國除於勞動基準法第七三條第二項前段規定：「檢查員執行職務，得就本法規定事項，要求事業單位提出必要之報告、紀錄、帳冊及有關文件或書面說明。」並於勞動檢查法第十五條第一項第二款規定：「通知有關人員提出必要報告、紀錄、工資清冊及有關文件或作必要之說明。」第三款則規定：「檢查事業單位依法應備置之文件資料、物品等，必要時並得影印資料、拍攝照片、錄影或測量等。」乃將國勞公約之規定更為細緻化。至於勞動檢查員得查閱與抄錄之範圍則限於與勞動檢查法第四條所定檢查事項有關者為限，故例如股東出資情形即不屬於受檢閱之對象，特別是涉及業務經營之秘密者，如專利或產銷計畫等，雇主更有正當理由拒絕檢閱⁴¹³。

（四）封存及取樣權

為了解事業單位所使用之原物料或器具於生產過程中是否對於勞工衛生安

⁴¹¹ 林良榮，「勞動基準行政與勞動檢查制度」，載於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法實務爭議學術研討會會議手冊（台灣大學社會科學院暨法律學院國際會議廳，2008年9月），50頁。

⁴¹² 林良榮，「勞動基準行政與勞動檢查制度」，載於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法實務爭議學術研討會會議手冊（台灣大學社會科學院暨法律學院國際會議廳，2008年9月），50-51頁。

⁴¹³ 林豐賓，『勞工安全衛生法－概論與實務』（三民，1998年9月），318-319頁；林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），304頁。

全造成危害以及災害發生後責任歸屬之查證，國際勞工組織第八十一號公約第十二條第一項第二款亦規定勞動檢查員得取走工作場所使用或處理之物料樣品以憑化驗，但應事先通知雇主或其代理人。我國勞動基準法第七十三條第二項後段對於封存乃規定：「如需抽取物料、樣品或資料時，應事先通知雇主或其代理人並掣給收據。」勞動檢查法第十五條第一項第四款亦規定：「封存或於掣給收據後抽取物料、樣品、器材、工具，以憑檢驗。」但由於封存或取樣涉及雇主或事業單位對於該物件之財產所有權，勞動檢查法施行細則第十三條第一項乃將封存限於以下四種情形，亦即：1、有違反勞工安全衛生法令所禁止使用者；2、有違反勞動法令者；3、有職業災害原因鑑定所必須者；4、其他經勞動檢查機構核准者。

（五）糾正權

國際勞工組織第八十一號公約第十三條規定勞動檢查員應有權對所發現工場設備、佈置或工作方法上之缺點予以糾正，係以糾正為手段，期盼為於一定期限內依安全與衛生法規作建築或設備上之改善及於工人之健康或安全有緊迫危害時得採取即時之救濟。但此權力並非不受任何限制，乃以有適當理由信其業已構成對工人安全衛生之威脅為要件。所謂的「適當理由」，乃指得具備明顯違反法令規定標準之事由外，並得依據經驗法則由檢查員自行裁量⁴¹⁴。而雇主對於糾正命令如有不服，得依法提起訴願或訴訟。

然而，我國勞動檢查法第二五條第一項則僅規定：「勞動檢查員對於事業單位之檢查結果，應報由所屬勞動檢查機構依法處理。其有違反勞動法令規定事項者，勞動檢查機構並應於十日內以書面通知事業單位立即改正或限期改善，並副知直轄市、縣（市）主管機關督促改善。對公營事業單位檢查之結果，應另副知其目的事業主管機關督促其改善。」並未授與勞動檢查員對於檢查後之行政處理權限，其僅得間接報請勞動檢查機構加以處理。

（六）停工權

我國勞動檢查法第二八條第一項規定：「勞動檢查機構指派勞動檢查員對各事業單位工作場所實施安全衛生檢查時，發現勞工有立即發生危險之虞，得就該場所書面通知事業單位逕予先行停工。」本條項乃規定勞動檢查員之「停工權」，其要件有二：1、限於實施安全衛生檢查，故若實施勞動條件之檢查則不得為之；2、限於有立即發生安全之虞的情形，至於其具體情況所指為何，本條第二項乃授權中央主管機關定之。

⁴¹⁴ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），304-305頁。

（七）控訴權

所謂勞動檢查員之「控訴權」係指勞動檢查員執行職務時，如發現有違反法令之情事時，得依其情節之輕重，移請法院偵查審判或移請主管機關處分罰鍰。而就實際情形而言，不論是移送法院或主管機關，程序上均由勞動檢查員透過檢查機構之名義移辦，勞動檢查員不得逕行處罰或控訴⁴¹⁵。

相對於我國，日本對於勞動基準監督官授予了司法警察之權利，亦即於日本勞動基準法第一〇二條規定勞動基準監督官對違反本法之罪，行使刑事訴訟法所規定之司法警察官之職務。」其立法緣由乃因對於勞基法違反事件，因其內容複雜而在搜查上以專門的知識、經驗為必要，故使監督官行使司法警察職員之職務。所謂的「司法警察官」之職權，乃指日本刑事訴訟法中所規定的司法警察職員職務之中的司法警察員職務。於進行作為司法事件之強制搜索之際，乃以刑事訴訟法所規定之法官所發出的令狀為必要，此時日本勞動基準法第一〇一條所規定之臨檢、詢問權之行使因可能侵害憲法所保障之人權，故不被允許，必須嚴格區別作為行政權限的臨檢、詢問與作為司法權限的搜索⁴¹⁶。

（八）請求協助之權利

因勞動檢查權之行使難免會受到被檢查對象之阻撓或妨礙，為使勞動檢查員得順利行使其職權，勞動基準法第七三條第一項後段乃規定，事業單位拒絕檢查時，檢查員得會同當地主管機關或警察機關強制檢查之。但勞動檢查法第十四條第二項則將勞動檢查員之請求協助的權利限於非警察協助否則不足以排除之情形，即請求協助乃以「必要」為前提，例如：雇主或事業單位無故拒絕檢查員執行職務進廠檢查、無故拒絕檢查員之詢問或檢閱，或執行停工遇有窒礙的情形亦屬之⁴¹⁷。

五、檢查員之義務⁴¹⁸

關於檢查員之義務，可以分為二個面向：消極性之不作為義務與積極性之作為義務。

就前者而言，國際勞工組織第八十一號公約第十五條規定勞動檢查員應：1、絕對避免與其監督下之事業單位發生直接或間接之利害關係；2、無論在職或已

⁴¹⁵ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），305-306頁。

⁴¹⁶ 厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），966-967頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），388頁（武井寬執筆）。

⁴¹⁷ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），306頁。

⁴¹⁸ 關於勞動檢查員之義務，另可參見：張金鏘，「勞動檢查員之權限」，勞工行政第74期（1994年6月），17-18頁；鄭月遂，「從勞動檢查談勞動檢查員的職責」，中國勞工第937期（1994年10月），10-11頁。

去職，均不得洩露於執行職務時所獲悉製造上或商務上之秘密，違者依法論處；3、嚴守密報來源之秘密，根據密報前往檢查時，尤不得使雇主或其代表人知悉。

承襲國勞公約之精神，我國勞動檢查法第十一條第一項規定勞動檢查員不得有下列之行爲，亦即：1、爲變更、隱匿或捏造事實之陳報；2、洩漏檢查事業單位有關生產技術、設置及經營財務等秘密；離職後亦同；3、處理秘密申訴案件，洩漏其申訴來源；4、與受檢查事業單位發生不當財務關係。另依照勞委會所頒佈的勞動檢查員服務要件第三點之規定，勞動檢查員亦不得：1、接受業務上有利害關係者之饋贈或餐宴；2、向業務上有利害關係者請托、關說、推銷商品、推介廠商、親友，干預其業務或人事；3、接受業務上有利害關係者之邀請授課；4、洩漏檢查結果給受檢事業單位以外之人員；5、破壞勞資和諧關係。

因檢查員有前述的入場臨檢權、詢問權、查閱與抄錄權等權限，因而極容易因職務之故知悉企業之經營秘密，倘無故洩漏所知悉之機密，即應依刑法第三一八條之「公務員洩漏工商秘密罪」論處其到刑責⁴¹⁹。

而就積極性之作為義務而言，依勞動檢查法及勞動檢查員服務要點之規定，乃包括：1、報告檢查結果之義務；2、陳述意義之義務；3、提報資料之義務；4、闡釋勞工法令之義務；5 其他積極性作為義務。

六、檢查結果之處理

依勞動檢查法第二五條第一項之規定，勞動檢查員對於事業單位檢查之結果，應報由所屬勞動檢查機構依法處理。而對於有違反勞工法令規定事項之事業單位，勞動檢查機構並應於十日內以書面通知事業單位立即改正或限期改善，並副知直轄市、縣市主管機關督促改善。而除了限期改善外，檢查機構乃依事業單位違反情節之不同，予以全部停工、局部停工、由縣市政府處罰鍰或移送法院處理等方式達到保護勞工之目標。

而就實際上檢查的情況而言，依照勞委會所發佈勞動檢查年報之統計結果⁴²⁰，可以發現我國勞動檢查有以下之特徵，亦即：1、就檢查結果之處理來看，移送主管機關之行政處罰或移送司法機關偵辦處分之比率並不高；2、就勞動檢查之內容來看，偏重勞工安全衛生事項之檢查；3、不同勞動檢查機構之間，由於資源分配之故，易生檢查不均之現象⁴²¹。

⁴¹⁹ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），307頁。

⁴²⁰ 行政院勞工委員會勞動檢查處，98年勞動檢查年報表 2-19（勞動檢查事業單位違反勞動基準法及勞工安全衛生法移送處分情形）http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/siteMaker/SM_themePro?page=4c2c2c74&status=audit。

⁴²¹ 林良榮，「勞動基準行政與勞動檢查制度」，載於：行政院勞工委員會主辦，勞動基準法實務爭議學術研討會會議手冊（台灣大學社會科學院暨法律學院國際會議廳，2008年9月），55頁。

第七四條（勞工之申訴權及保障）

勞工發現事業單位違反本法及其他勞工法令規定時，得向雇主、主管機關或檢查機構申訴。

雇主不得因勞工為前項申訴而予解僱、調職或其他不利之處分。

一、立法意旨

本條規定係參照勞工安全衛生法第三十條而定，其立法意旨在於促使事業單位之勞動條件（不論工時、工資、休息、休假、退休、資遣等）能符合規定最低基準之要求⁴²²。

日本勞動基準法有與本條相仿之規定，其於第一〇四條第一項規定：「在事業場有違反本法或基於本法所發出之命令的事實時，勞工得將該事實向行政主管機關或勞動基準監督官申訴。」第二項則規定：「雇主不得以前項的申訴為由，對勞工加以解僱或為其他不利益待遇。」粗略地比較我國法與日本法，可以發現二者之不同在於我國規定可向雇主申訴，但日本無向雇主申告之規定⁴²³。

在歐洲先進諸國，於 1920 年代以前就承認對於監督機關的申訴乃勞工之權利，受此影響，國際勞工組織第二十號建議書表示：「對於勞工及其代表，應給予向監督官自由通報僱用其之事業場的缺點或違反法令之便利。」承認勞工之申訴權。此外，表示：「對於此種異議，檢查監督官應及時儘可能地進行調查。同時對於異議之處理，應絕對秘密進行。」乃課予了監督官調查之義務。

勞基法之所以賦予勞工申訴權之旨趣，在於開啓勞工參與監督勞工行政的途徑。因雇主是否守法，只依賴監督檢查機構之舉發督導，效果實在有限，如能直接賦予最了解違反事實之勞工申訴權，將能更促進監督機關監督權之行使與發動，進而能更周延地保障勞工⁴²⁴。而所謂「違反本法及其他勞工法令規定」不限於構成犯罪之事實，只要有違反勞基法各條構成要件之事實即可，其範圍在解釋上不限於申訴者本身之權利救濟，可擴及該事業單位全體勞工之事項，甚至與其他企業的勞工有關之事項亦可⁴²⁵。

⁴²² 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），312頁。

⁴²³ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），500頁。

⁴²⁴ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），501頁。日文文獻請參照：厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），969頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），389頁（武井寛執筆）。

⁴²⁵ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），501頁。日文文獻請參照：東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下卷』（有斐閣，2003年9月），1063頁（李鋌執筆）；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），970頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），389頁（武井寛執筆）。

二、申訴之內容及方式

所謂的申訴係指對於行政主管機關通知一定之事實，在本法之情形，係指勞工向監督機關通知雇主違反之事實並促其發動行政上的權限⁴²⁶。勞工發現事業單位違反本法或其他勞工法令而提出申訴，乃為一種權利而非義務，故申訴與否概由勞工自由選擇，而其提出得分別向雇主或主管機關或檢查機構任何一方為之，亦可併同為之⁴²⁷。此外，依施行細則第四六條之規定申訴之方式得以口頭或書面為之。至於勞工申訴後，由檢查員進行勞動檢查的過程中，得否請求工會幹部之陪同？勞委會就此問題於（81）台勞檢一字第 24201 號函中表示：「檢查員實施勞工申訴案之檢查，於製作談話紀錄時，若申訴勞工請非屬其公司之工會代表陪同，檢查員得視該代表之陪同是否妨礙其執行職務，為可否准其參與會談之決定。另檢查員於執行檢查任務中對任何有關檢查之人員皆得要求其出示身分證明。」認為乃由檢查員視情況決定。

三、申訴之法律效果

關於申訴的法律效果為何？行政主管機關是否有法律上的作為義務？

日本勞動基準法並未對之有所規定，但實務上的見解⁴²⁸一般認為：「即使申訴是監督官對於雇主發動監督權的契機之一，但監督官對於申訴並未負有採取調查等措施的職務上作為義務。」從而，剩下的救濟手段為「對於受理申訴之監督官的處置、態度不滿的勞工，僅得向其上級申訴而促使其職權之發動。」但是在權限的不行使係顯著欠缺合理性而逸脫裁量權時，可能產生國家賠償責任⁴²⁹。雖然本條對於如此的申訴並沒有賦予監督機關實施監督或調查之義務，但監督機關受理申訴時，當然應迅速地加以處理。又，雖然本條的申訴並不以如同日本刑事訴訟法第二三〇條的告訴及第二三九條的告發之要求追究該犯罪的意思表示為必要，但勞工若有以追究該犯罪的意思進行申訴，則勞動基準監督官作為司法警察職員，必須以日本刑事訴訟法第二四一條以下之程序加以處理⁴³⁰。

相對於日本法上的上述爭議，我國勞基法施行細則第四七條規定雇主對於勞

⁴²⁶ 厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），970頁。

⁴²⁷ 林豐賓、劉邦棟，『労働基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），312頁。

⁴²⁸ 池袋労基署事件・東京高判昭53.7.18判時900号68頁。此見解亦為最高裁判所（阿倍野労基署事件・最判昭57.12.10判時401号17頁）所採。而學說上亦加以肯定者有：下井隆史，『労働基準法（四版）』（有斐閣，2007年11月），16頁；菅野和夫，『労働法（九版）』（弘文堂，2010年4月），109頁。

⁴²⁹ 山川隆一，『雇用関係法（四版）』（新世社，2008年4月），16頁；菅野和夫，『労働法（九版）』（弘文堂，2010年4月），109-110頁。實務見解有：大東マンガン事件・大阪高判昭60.12.23判時1178号27頁。

⁴³⁰ 有泉亨、青木宗也、金子征史編，『基本法コンメンタール—労働基準法（三版）』（日本評論社，1990年12月），426頁（高木紘一執筆）；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1063頁（李鋌執筆）；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），970頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），390頁（武井寬執筆）。

工之申訴事項應即查明，如有違反法令規定情事，應即改正，並將結果通知申訴人。此外，依施行細則第四七條之規定，主管機關或檢查機構受理申訴時，應自受理之日起七日內，就申訴內容加以調查，如有違反法令規定情事，應於十四日內通知事業單位改正或依法處理，並將辦理情形通知申訴人。

四、對於申訴者之保護

為保障勞工申訴權之有效運用，必須有保護申訴者之機制的規定，本條第二項所謂其他不利之處分，依施行細則第四九條之規定係指損害其依法令、契約或習慣上所應享有之權益。至於違反本條之法律效果乃依勞基法第七九條第一項第一之規定，處二千元以上二萬元以下之罰鍰。

相對於我國法，日本法並未對不利之處分加以規定，但實務及學說一般認為所謂「不利之處分」乃與勞動組合法第七條第一款所規定的不當勞動行為相同，係指解僱、配置轉換、降職、減薪等與其他勞工相比之不利益待遇⁴³¹。詳言之，包括：(一)於勞工地位之喪失相關者(解僱、強迫離職、定期勞動契約之更新拒絕等)；(二)人事上之不利益待遇(配置轉換、降職等)；(三)經濟待遇上的不利益待遇(昇職、減薪或在獎金的考核差別)等⁴³²。

此外，日本勞動基準法第一〇四條第二項所謂之「以申訴為理由」，並不只是雇主表面上的理由，而必須考量為該不利處分之經過、和其他勞工之比較等所有之情事綜合地加以判斷，在雇主作為該不利處分之行為係以勞工之申訴為決定性的動機⁴³³。但有學說認為因在決定性動機中，判斷者主觀的余地過大，考量到本條之宗旨乃以保障勞工之申訴權謀求勞基法的實效性確保，應解為至少進行申訴是不利處理的理由之一即為已足⁴³⁴。

至於違反本項之法律效果，依日本勞動基準法第一一九條第一款之規定，對雇主處六個月以下之有期徒刑或三十萬日圓以下之罰金，而違反本項之解僱在民事上也解為無效⁴³⁵。

⁴³¹ 厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），971頁。

⁴³² 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1064頁（李鋌執筆）。

⁴³³ 厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），971頁。此見解亦為實務（松並工業事件・広島地決昭37.3.28 労民13卷2号252頁）所採。

⁴³⁴ 橋詰洋三，「労基法違反に対する申告制度」，季刊労働法122号（1981年12月），33頁；片岡昇等，『新労働基準法論』（法律文化社，1982年3月），561-562頁（本多淳亮執筆）；安西愈，「労働基準監督行政と申告権」，季刊労働法159号（1991年3月），116頁；有泉亨、青木宗也、金子征史編，『基本法コンメンタール—労働基準法（三版）』（日本評論社，1990年12月），426頁（高木紘一執筆）。

⁴³⁵ 大洋鉄板事件・東京地決昭25.12.28 労民集1卷6号1039頁；松並工業事件・広島地決昭37.3.28 労民13卷2号252頁。

第十一章 罰則

罰則總論

勞動法依其規範之內容，就其分類方式而言，有所謂的二分法（個別勞動法、集體勞動法）與三分法（個別勞動法、集體勞動法、勞動保護法），而二者之區別乃在於所謂的「個別勞動法」是否包含「勞動法保護法」。換言之，若採二分法，則可將所謂的個別勞動法再區分為勞動保護法與狹義地個別勞動法（或可稱為勞動契約法）⁴³⁶。

所謂的勞動保護法係指設定勞動條件之最低基準或設定雇主所應遵守之職場規範的法規範，其係以公法之手段（監督制度與罰則）而使雇主加以遵守，與狹義地個別勞動法之企圖以私法上的強行規定實現一定水準之勞動條件有所不同。此外，雖然勞動保護法之內容即使沒有勞工之參與亦可以監督制度與罰則加以落實，但勞動契約法所定的勞動條件，則必須以勞工本身提起訴訟始能獲得實現⁴³⁷。

至於勞動基準法的定位究竟為何？從上述的勞動條件實現方式來看，勞基法主要是具有公法性質之勞動保護法，但亦有部分屬於私法性質之勞動契約法，蓋大部分勞動基準法的保護規定，均有國家行政機關之監督、強制、處罰機制，甚至刑事處罰，故性質應為公法性質之勞動保護法，少部分則未有前述公法上手段，而係有賴於受保護之勞工個人的權利主張（如向法院起訴、行使契約上請求權或抗辯權等等），故此一部分之規定，在性質上應屬私法性質之勞動契約法⁴³⁸。而由於勞動基準法的上述定位，立法者乃於勞動基準法第十一章的「罰則」中，對於違犯之前各章大部分之規定者加以處罰。

一、罰則之意義

依勞動基準法第一條第一項之規定：「為規定勞動條件最低基準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法...」，從上述勞動法之分類的觀點來看，為了使勞動基準法所定的勞動條件最低基準具有一定的實效性，

⁴³⁶ 關於勞動法的分類，各家說法略有不同，中文文獻請參見：陳繼盛，『勞資關係』（正中書局，1979年5月），4-7頁；拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），95-98頁；林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），26-32頁；黃越欽，『勞動法原論（修訂三版）』（翰蘆，2006年9月），23-24頁；拙著，「勞動基準法之公法性質與私法轉換」，東吳法學 13 卷（中國蘇州，2007年7月），2-4頁；楊通軒，『集體勞工法—理論與實務』（五南，2007年11月），4-13頁。日文文獻則可參照：片岡昇著、村中孝史補訂，『労働法（1）（四版）』（有斐閣，2007年6月），8-11頁；菅野和夫，『労働法（八版）』（弘文堂，2008年4月），1頁；土田道夫，『労働法概説』（弘文堂，2008年4月），3-8頁；西谷敏，『労働法』（日本評論社，2008年12月），19頁；荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），3頁。

⁴³⁷ 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），1頁（西谷敏執筆）。

⁴³⁸ 拙著，「勞動基準法之公法性質與私法轉換」，東吳法學 13 卷（中國蘇州，2007年7月），7頁。

勢必以罰則來使之加以落實。

依勞動基準法第七十五條至第八十條之處罰規定之內容，可將之分為二類，亦即第七十五條至第七十八條所定之處罰方式乃有期徒刑、拘役、罰金等「刑事罰」，而第七十九條、第八十條所定之處罰方式—罰鍰，則屬於「行政罰」。相對於勞動基準法前身之工廠法罰則（第六八條到第七四條）所處之處罰以罰金為原則，勞動基準法之處罰強度乃有所增強，除了行政罰之罰鍰外，尚包括了作為刑事罰之徒刑與罰金。

所謂刑事罰係指對於刑事犯之處罰，乃由檢察官依刑事訴訟法之程序起訴，並經法院判決。刑事罰對於勞動基準法的適用可以分為自由刑與財產刑二類，自由刑係指對於違反勞動基準法者限制其身體自由，包括徒刑與拘役；財產刑則乃對於違反勞動基準法者沒入一定金額之錢財，亦即罰金⁴³⁹。此外，刑事罰以有犯罪之故意、過失為必要，而對於過失行為之處罰，乃以有特別規定者為限⁴⁴⁰。

至於行政罰則係指行政機關基於維持行政秩序之目的，對於過去違反行政法上義務者，施以刑罰以外之處罰資為制裁。其特徵有：以維持行政秩序為目的、以違反行政法上義務之一般人民為處罰對象、以刑罰以外之處罰為手段、具制裁性質、屬不利處分、對於過去行為所為之處罰、原則上以行政機關為處罰主體⁴⁴¹。而依行政罰法第七條之規定，對於違反行政法上義務之行為之處罰，亦以行為人有故意或過失為要件。

日本勞動基準法於第十三條第一一七條以下設有罰則而對於違反勞動基準法者加以處罰。不過日本法乃與我國法有所不同，其罰則中所規定之處罰完全沒有「行政罰」的存在，而均為「刑事罰」。亦即，相對於戰前之勞動保護法規的違反乃具有違反警察取締法規之性質，勞動基準法的違反行為乃對於勞工基本人權的「犯罪」行為，有具有自然犯的性質，乃以雇主利用其社會上、經濟上的強勢地位侵害勞工之生命或安全、生活或人權，其本身具有反社會、反道德之行為的認識作為前提⁴⁴²。

然而如此的實效性確保措施在實際的運作上卻產生了不少問題，諸如：在勞動基準法中適用刑罰之規定，因為犯罪構成要件之不明確與不處罰過失犯等，而

⁴³⁹ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），314頁。

⁴⁴⁰ 刑法第十二條第一項：「行為非出於故意或過失者，不罰。」第十二條第二項：「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」

⁴⁴¹ 洪家殷，『行政罰法論（增訂二版）』（五南，2006年11月），6-14頁。

⁴⁴² 有泉亨、青木宗也、金子征史編，『基本法コンメンタール—労働基準法（三版）』（日本評論社，1990年12月），437頁（小川環執筆）；寺本廣作，『労働基準法解説（復刊）』（信山社，1998年1月），388頁；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1097頁（山川隆一執筆）；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労働行政，2005年3月），1021頁。所謂的行政犯乃指違反行政法義務或違反行政秩序之行為，該行為之所以應被處罰，乃因法律之規定，而非行為之本質違反倫理或道德，故亦稱為法定犯；至於自然犯則係指本質上違反道德或倫理之行為，無待法律之規定，即具可非難性。關於「行政犯」與「自然犯」之區別，中文文獻得參見：陳敏，『行政法總論（六版）』（自版，2009年6月），707頁。

對於違反者（雇主）之處罰，未必對於被害者（勞工）之救濟有直接的連結，反而可能妨礙其救濟⁴⁴³。此外，就作為確保勞動基準法運作實效性之機關－勞動基準監督官而言，因其人數之不足、專業能力的培養以及採取消極之態度而使得罰則之確保勞動基準法被確實實施的機能非常的有限⁴⁴⁴。如此的情形，不只削減了罰則規定之存在意義，更使得勞動基準法之以確保最低基準而保護勞工之目的徒具虛文⁴⁴⁵。

二、罰則規定與勞動基準法之解釋

如前所述，勞動基準法之各規定乃有以罰則強制使雇主遵守最低基準之公法的面向與對於契約內容進行強行規範效力之私法的面向。正因為勞動基準法具有如此的雙面性，故對於勞動基準法之解釋的方法產生了困難的問題。亦即，若著眼於對於勞動基準法之違反以罰則繩之的公法性質，則根據刑法上之罪刑法定主義或行政法上處罰法定主義之要求，而必須對之進行嚴格之解釋；相對地若將焦點置於私法的性質，則應以合目的性之觀點進行彈性的解釋。

舉例以明之，例如我國勞動基準法第三八條規定勞工在同一雇主處繼續工作满一定期間者得請求特別休假，對於違反本條規定之雇主乃於第七九條規定了二千元以上二萬元以下之罰鍰。但若勞工依兩性工作平等法第十六條及第十七條之規定申請育嬰留職停薪及嗣後之復職後，得否依勞動基準法第三八條之規定請求特別休假？若雇主不接受該勞工之請求，是否得對之處以罰鍰？因此問題涉及勞動基準法之罰則及其實效性，故有於此加以闡明的必要。

若採取一元化的解釋方式，亦即恪守勞動基準法之公法性質，勢必依處罰法定原則，而對於拒絕該勞工之請求的雇主不得加以處罰。但此種解釋方式乃與勞動基準法第一條所定之「保障勞工權益」的立法目的有所衝突，應如何處理？

在日本有學者對於與此類似之狀況⁴⁴⁶提出了「二元解釋」之方式加以處理。亦即，認為為了消除此窘境，於解釋勞動基準法的各條項時，除了區別其作為刑罰規定的面向與私法上效力的面向外，應別無他法。換言之，在勞動基準法與現實之必要性之間有所時，或有與勞動基準法之基本理念不合致之規定時，有在私法的面向上加以彈性地解釋而對之予以補充、修正的必要性，不可避免地與應受

⁴⁴³ 久保敬治、浜田富士郎，『労働法』（ミネルヴァ書房，1993年5月），279頁（浜田執筆）。

⁴⁴⁴ 有泉亨、青木宗也、金子征史編，『基本法コンメンタール－労働基準法（三版）』（日本評論社，1990年12月），438-439頁（小川環執筆）；片岡昇、萬井隆令、西谷敏編，『労使紛争と法』（有斐閣，1995年3月），212-221頁（佐藤敬二、丹野弘、松林和夫執筆）；西谷敏，『規制が支える自己決定－労働法的システムの再構築』（法律文化社，2004年11月），278頁。

⁴⁴⁵ 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール－労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），404-405頁（奥田香子執筆）。

⁴⁴⁶ 例如對於「女性結婚離職條款」，雖然日本勞動基準法第三條禁止以國籍、信仰、社會身份為理由之勞動條件差別待遇，勞動基準法第四條禁止關於工資的女性差別待遇，但女性結婚離職條款是否符合其所規定之構成要件？而近來關於部分工時勞工與全時勞工間的勞動條件差別待遇，亦會產生此問題。

到規定之文義拘束的公法上的解釋之間有所背離，此種將勞動基準法的私法解釋從公法解釋中加以解放。此外，因從勞動保護的觀點對於所有的法規範以罰則加以確保是有所不能也有所不妥，且對之認為違反勞動基準法而適用罰則的例子亦極為稀少，故對於此問題應在私法的層次上加以處理也符合法政策的要求⁴⁴⁷。不過，對於上述二元化的解釋方式，也有學說認為必須留意在勞動基準法構造上兩者難以分離的情況⁴⁴⁸。

三、對於罰則規定思維的變化

日本近年來在以勞動基準法為中心的勞動保護法中，對於其規制的方法出現了多樣化的變化。例如在最近的勞動保護法立法當中，像是男女雇用機會均等法般不以罰則附帶強制力的規定增加了，或是採取了所謂的努力義務規定。此外，在勞動基準法本身當中，出現了以「勞資協定」作為媒介而緩和最低勞動基準的方式，特別是在工作時間的領域中被廣泛地導入⁴⁴⁹。

所謂的「義務規定」係指對於違反該規定的行為不使之產生違法或無效之法律效果，基本上期待當事人之任意地、自發地履行⁴⁵⁰。換言之，努力義務規定可以被定位為所謂柔性法（soft law）之法規制。在隨著社會價值觀的變化而欲導入新規制時，可能會產生種種的混亂與衝突，故日本的勞動政策採取了不少作為沒有強制力之行政指導的根據，而無法以法院等方式強制履行的「努力義務」⁴⁵¹。

換言之，透過努力義務規定啓蒙當事人，促進其意識的變化，在迴避社會規範意識轉換過程中的混亂而使新價值滲透到社會中，而之後可將努力義務轉換為禁止規定或強行規定等剛性法（hard law）的手法⁴⁵²。換言之，如此的具體努力

⁴⁴⁷ 西谷敏，「労働基準法の二面性と解釈の方法」載於：伊藤博義、保原喜志夫、山口浩一郎編，『労働保護法の研究－外尾健一先生古稀記念』（有斐閣，1994年3月），20-22頁；西谷敏，『規制が支える自己決定－労働法的システムの再構築』（法律文化社，2004年11月）281-289頁。中文文獻可參見：張鑫隆，「勞動基準、勞動保護與勞動契約－法律規範或貫徹效力的難題？」，發表於：行政院勞工委員會、台灣勞動學會主辦，勞動基準法學術研討會《維繫、變動與發展：勞動基準法之觀察》（中國文化大學，2007年8月）。

⁴⁴⁸ 荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），65頁。荒木教授認為即使欲將工作時間概念的民事上效力加以擴張解釋，但勞動基準法乃將民事上的加班費給付義務（第三七條）與對之違反時所課予之罰則（第一一九條第一款）進行整體的規制，欲將民事上與刑事上的解釋完全分離乃有所困難。

⁴⁴⁹ 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール－労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），405頁（奧田香子執筆）。針對我國勞動基準法所規定之得以「勞資會議決議」解除勞動基準法之工時規制的相關說明，請參見本研究計畫之勞動基準第八三條之註釋。

⁴⁵⁰ 關於努力義務規定之類型、法律效果、具體案例、功能等，請參見：荒木尚志，「労働立法における努力義務規定の機能－日本型ソフトロー・アプローチ？－」載於：中嶋士元也先生還曆記念編集刊行委員會編『労働関係法の現代的展開－中嶋士元也先生還曆記念論集』（信山社，2004年11月），19頁以下。

⁴⁵¹ 關於日本法上的努力義務規定，請參照：安枝英紳，「わが国における労働条件と法規制」，載於：日本労働法学会編『講座 21世紀の労働法第3巻－労働条件の決定と変更』（有斐閣，2000年5月），34-36頁。

⁴⁵² 荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），658頁。

義務規定在立法政策的過程中，可以被定位為一種過渡性或規制猶豫性的立法措施⁴⁵³。

此外，由於努力義務規定雖然沒有私法上的效果，但公法上乃為行政指之根據規定，為了確保其實效性，必須設置周全的行政措置，諸如以行政命令等表示努力義務之具體內容，而以建議、指導、勸告等行政指導促使當事人加以履行，對於不按照勸告等履行的情形，得公布企業名稱，此外亦可採取給予補助或獎勵的鼓勵性措施⁴⁵⁴。然而，對於上述的努力義務規定，另有學說認為得雇主之被賦予義務之事項與不被賦予義務之事項二者之間的分界模糊化，且鼓動將本來的法律義務理解為只是努力目標的風潮⁴⁵⁵。

除了上述將勞動保護法中部分規定「努力義務」化之外，另有學說更積極地認為隨著時代的變遷，應將勞動基準法的目的從「最低勞動條件的確保」轉換為「舒適職場的促進形成」，從而應將勞動基準法的公法性質「從刑罰中解放」，將私法上的強行規定「任意規定化」⁴⁵⁶。然而，所謂的「任意規定」乃與「勞動保護」之概念互相矛盾，在今日的情況下，任意規定化乃有使基準空洞化之虞⁴⁵⁷。從而，依勞動基準法各規定之目的、內容再檢討規制的方法是否要有罰則的同時，也有必要檢討罰則規定在必要的領域中不被過小的評價以如何加以強化或有效地運用⁴⁵⁸。此外，亦有學說認為在現行勞動基準法的規定中，被認為有必要脫離強行性規範者應該也不多⁴⁵⁹，從而強行法規的「任意規定化」未必是未來勞動保護法的發展趨勢。以下乃依法條的順序解說本章各條罰則之宗旨、內容，對於其構成要件請參照相關部分之註釋，在此不予贅述。

⁴⁵³ 荒木尚志，「労働立法における努力義務規定の機能－日本型ソフトロー・アプローチ？－」載於：中嶋士元也先生還暦記念編集刊行委員會編，『労働関係法の現代的展開－中嶋士元也先生還暦記念論集』（信山社，2004年11月），42頁。島田陽一，「日本型雇用慣行と法政策－労働基準関係を中心に」，日本労働研究雑誌 423号(1995年6月)，21頁認為此種方法可評價為在使新的規制內容在社會上落實、扎根的階段中，得發揮有效的機能。

⁴⁵⁴ 荒木尚志，「労働立法における努力義務規定の機能－日本型ソフトロー・アプローチ？－」載於：中嶋士元也先生還暦記念編集刊行委員會編，『労働関係法の現代的展開－中嶋士元也先生還暦記念論集』（信山社，2004年11月），42頁。

⁴⁵⁵ 西谷敏『規制が支える自己決定－労働法的システムの再構築』（法律文化社 2004年11月），280頁。

⁴⁵⁶ 小嶋典明，「労働基準法制と規制のあり方」，ジュリスト 1066号(1995年5月)，175-180頁。島田陽一，「日本型雇用慣行と法政策－労働基準関係を中心に」，日本労働研究雑誌 423号(1995年6月)，19頁認為在一週最高工時為48小時的階段，是人類生存條件層次的勞動條件問題，比較可以直接承認國家以罰則強制雇主遵守的妥當性，但在40小時的階段，以罰則強制的規制方法只是所有法政策之中的一個選項，故國工的勞動條件規制於其水準變化的同時，無法說是以最低基準的確保為目的，而僅以最低基準之確保的思維來思考勞動條件規制是落伍的。

⁴⁵⁷ 西谷敏『規制が支える自己決定－労働法的システムの再構築』（法律文化社 2004年11月），279頁、305頁之註50。

⁴⁵⁸ 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール－労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），405頁（奧田香子執筆）。

⁴⁵⁹ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003年3月），29頁（大内伸哉執筆）。

第七五條（罰則（一））

違反第五條規定者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金。

本條係對於違反本法第五條之「禁止強制勞動」者所為之處罰規定，其處罰的強度是勞動基準法中最重的刑罰。本條立法理由除了表示因工廠法的罰則太輕致執行困難外，更強調了「禁止強迫勞動為國際公約及我國政府決定，對於違反者本法處罰特重」。日本勞動基準法中罰則最重者亦是對於違反強制勞動禁止規定（第五條）者所為之處罰（第一一七條：對於違反第五條者，處一年以上十年以下之有期徒刑或科二十萬日圓以上三百萬日圓以下之罰金），其理由乃為了一掃最封建的勞動惡習之所必要⁴⁶⁰。雖本條所定之刑罰非常嚴重，但係立於強制勞動帶有非常高的反道德性、反社會性之認識所加以規定⁴⁶¹。

因為勞動基準法第五條所禁止的行為可能同時構成刑法上的傷害罪（第二七七條）、使人為奴隸罪（第二九六條）、強制罪（第三〇四條）等，此時應如何處理？日本學說認為此時應乃法條競合關係，刑法上所定之罪被勞動基準法第五條所吸收⁴⁶²，而僅成立違反勞動基準法第五條⁴⁶³。

第七六條（罰則（二））

違反第六條規定者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。

本條係對於違反本法第六條之「禁止抽取不法利益」者所為之處罰規定，其處罰的強度僅次於勞動基準法第七五條。本條之立法理由亦與勞動基準法第七五條略同。

在進行數次抽取不法利益的情形中，是應按勞工之人數或日數而成立數罪或應解為成立概括一罪？日本實務⁴⁶⁴認為對於將「以...為業」作為構成要件⁴⁶⁵之業

⁴⁶⁰ 寺本廣作，『労働基準法解説（復刊）』（信山社，1998年1月），390頁；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），1022頁。

⁴⁶¹ 青木宗也、片岡昇編，『労働基準法Ⅱ』（青林書院，1995年1月），434頁（中村和夫執筆）。

⁴⁶² 所謂的法條競合係指外觀上乃一行為觸犯數罪名，但在實質上僅適用其中之一罰則而排除其他罪則之情況。法條競合又包括了特別關係、補充關係與吸收關係三種情形，吸收關係係指數個競合之處罰條文處於全部法排斥部分法之關係，亦即二個以上競合之罰條，於構造要件評價上，處於一方吸收他方之關係。相關之中文文獻，得參照：甘添貴，『罪數理論之研究』（元照，2006年3月），77頁以下；陳子平，『刑法總論（增修版）』（元照，2008年9月），650-652頁。

⁴⁶³ 青木宗也、片岡昇編，『労働基準法Ⅱ』（青林書院，1995年1月），434頁（中村和夫執筆）；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），22頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），406頁（奧田香子執筆）。

⁴⁶⁴ 最三小判昭33.5.6刑集12卷7号1297頁。

⁴⁶⁵ 日本労働基準法第六條規定：「除法律所規定的情形外，任何人不得以介入他人之就業為業而獲得利益。」

態犯因爲在構成要件上就預定了進行複數的行爲，故即使反覆的進行違反行爲，通常也只不過成立一罪（包括一罪⁴⁶⁶）。另，在違反勞動基準法第六條之同時，也可能違反了就業服務法第三十條第二項之未經許可從事就業服務業務⁴⁶⁷，日本實務⁴⁶⁸認爲此時應成立一行爲該當數罪名之觀念競合⁴⁶⁹，而非成立法條競合，因爲二者所保護之法益有所不同。

第七七條（罰則（三））

違反第四十二條、第四十四條第二項、第四十五條、第四十七條、第四十八條、第四十九條第三項或第六十四條第一項規定者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科二萬元以下罰金。

本條主要係對於違反勞動基準法中就童工、女工及技術生之保護規定時所爲之處罰規定，因童工、女工、技術生等相對於一般的勞工，其更有保護的必要，故就相關規定的違反所爲之處罰規定，其強度亦較其他規定爲高。依本條之規定，對於違反第四十二條（不得強制正常班以外工作）、第四十四條第二項（對於童工之保護）、第四十五條（未滿十五歲人之僱用限制與保障）、第四十七條（童工工作時數之限制）、第四十八條（童工夜間工作之限制）、第四十九條第三項（女工夜間工作之限制）或第六十四條第一項（技術生之年齡限制）規定者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科二萬元以下罰金。

第七八條（罰則（四））

違反第十三條、第十七條、第二十六條、第五十條、第五十一條或第五十五條第一項規定者，科三萬元以下罰金。

本條係對於若干較嚴重的勞動條件保護違反行爲所爲之作爲刑罰的罰金刑。依本條之規定，對於違反第十三條（雇主終止勞動契約之禁止及例外）、第十七條（資遣費之計算）、第二十六條（預扣工資之禁止）、第五十條（產假及工資）、第五十一條（妊娠期間得請求改調較輕易工作）或第五十五條（退休金給予標準）者，得科以三萬元以下之罰金。

⁴⁶⁶ 所謂的「包括一罪」，係指實際上雖存有數個單純一罪，卻因具有實質上之一體性，而應僅適用一個罰則加以論處之情形。請參見：陳子平，『刑法總論（增修版）』（元照，2008年9月），654-655頁。

⁴⁶⁷ 違反日本勞動基準法第六條之規定的同時，可能也違反了職業安定法第三十條（收費職業介紹事業之許可）、第三六條（委託招募）、第四四條（勞工供給事業之禁止）、第六三條第二項（對於以不當之目的進行或從事職業介紹、勞工招募或勞工供給者之罰則）及刑法第二五二條（侵占罪）。

⁴⁶⁸ 最三小判昭 33.6.19 刑集 12 卷 10 号 2236 頁。

⁴⁶⁹ 所謂的「觀念競合」，一般亦稱爲「想像競合」，係指一行爲觸犯數罪名，亦即一行爲觸犯數個處罰條文而受數次之構成要件之評價，但在犯罪科刑上，從其一重處斷，請參見：甘添貴，『罪數理論之研究』（元照，2006年3月），187頁；陳子平，『刑法總論（增修版）』（元照，2008年9月），662頁。

第七九條（罰則（五））

有下列行爲之一者，處二千元以上二萬元以下罰鍰：

- 一、違反第七條、第九條第一項、第十六條、第十九條、第二十一條第一項、第二十二條、第二十三條、第二十四條、第二十五條、第二十八條第二項、第三十條、第三十二條、第三十四條、第三十五條、第三十六條、第三十七條、第三十八條、第三十九條、第四十條、第四十一條、第四十六條、第四十九條第一項、第五十六條第一項、第五十九條、第六十五條第一項、第六十六條、第六十七條、第六十八條、第七十條或第七十四條第二項規定者。
- 二、違反主管機關依第二十七條限期給付工資或第三十三條調整工作時間之命令者。
- 三、違反中央主管機關依第四十三條所定假期或事假以外期間內工資給付之最低標準者。

違反第四十九條第五項規定者，處一萬元以上五萬元以下罰鍰；經處罰鍰仍不改善者，得連續處罰。

本條則係對於若干較輕微的勞動基準法違反行爲所規定之處罰，於第一項第一款中規定對於違反第七條（勞工名卡登記事項）、第九條第一項（締結勞動契約種類之限制）、第十六條（雇主終止勞動契約之預告期間）、第十九條（發給服務證明書之義務）、第二十一條第一項（工資不得低於基本工資）、第二二條（工資給付之標的）、第二三條（工資給付期間）、第二四條（加班工資之計算標準）、第二五條（性別歧視之禁止）、第二八條第二項（工資墊償基金之繳納）、第三十條（每日、每週之工作時數）、第三二條（加班時間之限制及程序）、第三四條（晝夜輪班制之更換班次）、第三五條（休息）、第三六條（例假）、第三七條（休假）、第三八條（特別休假）、第三九條（假日工資及加班工資）、第四十條（假期停止之加資及補假）、第四一條（公用事業特別休假之停止）、第四六條（法定代理人同意書及年齡證明文件之備置）、第四九條第一項（女工工作時間之限制）、第五六條第一項（勞工退休準備金之提撥）、第五九條（職業災害之補償方法及受領順位）、第六五條第一項（技術生之書面契約及內容）、第六六條（訓練費用之收取禁止）、第六七條（技術生之留用與期限）、第六八條（技術生之留用與期限）、第七十條（工作規則之內容）或第七四條第二項（勞工申訴權之保障）。

第一項第二款乃規定了對於雇主違反主管機關依第二七條所爲之限期給付工資命令及依第三三條所爲之調整工作時間命令時之處罰。第一項第三款則是對於雇主違反中央主管機關依第四十三條所定假期或事假以外期間內工資給付之最低標準所爲之處罰。依勞動基準法第四三條之規定，勞委會發布了「勞工請假規則」訂定各種假期的期間及該期間之工資給付標準。

第二項係規定對於違反第四九條第五項之妊娠或哺乳期間女工工作時間限制者之處罰，第四九條第五項於民國九一年修正前，係規定於該條第二項，對於違反時之處罰則於第七七條中科以刑罰。然而於九一年的修正中將之改為行政罰，但為防止雇主疏失造成勞工權益受損，乃增列了「連續處罰」之規定。而此種「連續處罰」之規定是否違反「一事不二罰原則」？司法院大法官會議於釋字第604解釋中針對道路交通管理處罰條例中之「連續舉發」規定，認為「立法者對於違規事實一直存在之行為，考量該違規事實之存在對公益或公共秩序確有影響，除使主管機關得以強制執行之方法及時除去該違規事實外，並得藉舉發其違規事實之次數，作為認定其違規行為之次數，從而對此多次違規行為得予以多次處罰，並不生一行為二罰之問題，故與法治國家一行為不二罰之原則，並無牴觸。」不過「立法者固得以法律規定行政機關執法人員得以連續舉發及隨同多次處罰之遏阻作用以達成行政管制之目的，但仍須符合憲法第二十三條之比例原則及法律授權明確性原則。」依大法官於釋字第604解釋對於此種連續處罰之闡釋，勞動基準法第七九條第二項之規定並未違反一事不二罰原則，唯行政機關於裁處之時，仍需受比例原則之限制。

第八十條（罰則（六））

拒絕、規避或阻撓勞工檢查員依法執行職務者，處一萬元以上五萬元以下罰鍰。

為了確保勞動基準法所定之勞動條件之最低基準的實效性，除了事後的民事救濟或刑事制裁外，有必要採取更積極地措施使勞動基準法的運作更有效果，此種措施即為由行政主管機關所為之監督與檢查。其係以於事前以專業的行政官員進行監督性取締而對於勞動基準法的違反防患未然，同時在發現有違反情事時，得以迅速地加以排除以保障最低勞動條件的實效性⁴⁷⁰。對於勞動檢查，我國勞動基準法除於第十章－監督與檢查設有若干條文外，另設有「勞動檢查法」就勞動檢查之機構、勞動檢查員、代行檢查機構與代行檢查員、檢查程序等為詳細之規定。唯對於勞動檢查員行使職權之行為，雇主多採取敵對或不合作之態度，為使勞動檢查員得順利行使職權，乃於本條設有罰則以使雇主從之。

日本勞動基準法第一二〇條第四款也有與本條相仿之規定，但其限制行為之範圍更較我國之規定廣泛，其規定對於由依第一〇一條之規定由勞動基準監督官或女性主管局長或其所指定之所屬官員之臨檢加以拒絕、妨礙、規避，或對其詢問不加以陳述或為虛偽陳述，或不提出帳簿文書或提出為虛偽記載之帳簿文書者，處三十萬日圓以下之罰金。

⁴⁷⁰ 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール－労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），381頁（鈴木隆執筆）。中文文獻得參照：林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），307頁以下。

第八一條（處罰之客體）

法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務違反本法規定，除依本章規定處罰行為人外，對該法人或自然人並應處以各該條所定之罰金或罰鍰。但法人之代表人或自然人對於違反之發生，已盡力為防止行為者，不在此限。

法人之代表人或自然人教唆或縱容為違反之行為者，以行為人論。

前述之勞動基準法罰則條文所處罰的對象（亦即法條中所謂的「違反…者」）係指勞動基準法第二條第三款的「雇主」。然而，因為在實務的操作上，事業主可能藉由法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員而規避勞動基準法之責任，考量到此種可能性，本條乃規定除處罰行為人外，對事業主並應處以相關條文所定之罰金或罰鍰。從而，本條的立法理由謂之：「參照礦場安全法等法例，除處罰負責人外，對該法人亦科以罰金，目的在防止處罰被轉嫁於低級人員，因依本法經營負責人亦為本法負責人，但其違反所獲利益係屬事業主所有，對該法人科以罰金亦即對其違反獲利之事實之制裁。」對於本條，一般學說稱之為「兩罰規定」或「兩罰責任」。此外，為求事理公平，若法人之代表人或自然人對於違反之發生，已盡力為防止行為者，則免予處罰⁴⁷¹。至於第二項所稱之「教唆」乃指對於本無違反意思之人，唆使其為違反之行為；「縱容」則係指明知他人正為某種違反行為，但故意不為阻止或糾正而容許其繼續違反規定；至於「以行為人論」乃係對於教唆或縱容違反行為之法人代表或自然人，處以被教唆者或被縱容者所為違反該項規定之處罰⁴⁷²。

日本勞動基準法中也有與本條相仿之規定，其於第一二一條第一項規定：「在為本法之違反行為者係代事業主處理該事業之勞工事務的代理人、受僱人或其他從業人員時，對於事業主也科以各該條所定之罰金刑。但事業主（在事業主為法人的情形中，以其化表者為事業主，在事業主為對於營業沒有和成年人有同一能力之未成年人或成年被監護人的情形，則以其法定代理人為事業主。次項亦同之）已為防止違反之必要措施時，不在此限。」同條第二項則規定：「在事業主知悉違反之計畫卻不採取必要措施，或知悉違反行為但卻未為糾正的必要措施，或教唆違反之情形，亦將事業主作為行為人加以處罰。」

向來在許多經濟統制法規或行政取締法規中，有許多類似的「兩罰規定」，關於其性質，在學說上有無過失責任說與過失責任說之爭，最高裁判所⁴⁷³對於此問題否定了無過失責任說，認為雇主除非證明盡到了防止違反行為之注意，否則就無法免除責任，從而業務主體的處罰規定是推定業務主體的過失。而學說及行

⁴⁷¹ 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），29頁（劉志鵬執筆）。

⁴⁷² 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），345頁。

⁴⁷³ 國際クラブ事件-最大判昭 32.11.27 刑集 11 卷 12 号 3113 頁。

政機關也認為本條第一項本文及但書明確地表示以雇主的注意義務為前提而追究其過失責任⁴⁷⁴。

而依據本條第一項但書，若雇主採取了防止違反行為發生之必要措施就得以免責，但何謂必要措施？就抽象理論的層面而言，法院認為得認為在客觀上採取防止該違反情事之必要措施的情形，並不以注意到抽象地防止勞動基準法某條之違反為已足⁴⁷⁵，對於成為問題之事項，必須進行具體的指示而致力於防止違反之發生⁴⁷⁶。就具體的情況而言，例如：在認識到有正常工作時間外勞動之事實時，僅在職場的入口貼上內容為不得使之從事正常時間外勞動之注意書，並不被認為是「必要措施」⁴⁷⁷。不過，以在公司內傳閱而為的傳達、指導教育、在宿舍或休息室內揭示勞基法或由人事課長進行說明等而使末端的從業人員徹底了解的情形，則得認為採取了「必要措施」⁴⁷⁸。

此外，因為違反日本勞動基準法行為之責任主體是同法第十條所謂之「雇主」，而於第十條所定義之雇主為「事業之經營擔當者或其他所有代雇主處理該事業之勞工相關事項者」，其與本條第一項之範圍關係為何？日本實務認為因為相對於本條第一項本文僅限於從業人員，第十條並無如此之限制，故第十條之範圍較廣⁴⁷⁹。之所以將兩罰規定之適用對象限於從業人員之行為乃因若對於從業人員以外之人的違反行為也追究雇主的責任而使其負超越其事業責任之責任未免過於苛酷⁴⁸⁰。

至於第一項本文之「事業主」與第一項但書及第二項之「事業主」則有所不同，前者係指利益之歸屬者之觀點出發而應對於從業人員之行為負責之事業主，後者則係指代表其事業主對於違法行為採取防止之必要措施之自然人。從而，在第一項但書的情形中，法定代理人未為必要措施時，作為罰金刑對象之責任主體為未成年人或成年被監護人⁴⁸¹。

⁴⁷⁴ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1107頁（山川隆一執筆）。厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），1027頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），409頁（奥田香子執筆）。

⁴⁷⁵ 奥谷木工所事件-大阪高判昭25.11.25 労基集1集370頁。

⁴⁷⁶ 三和電線工業事件-東京高判26.9.21 高刑集4卷13号1787頁。學說有：東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1109頁（山川隆一執筆）；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），1030頁；土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008年8月），65頁之註118；片岡昇著、村中孝史補訂，『労働法（2）（五版）』（有斐閣，2009年1月），55-56頁。

⁴⁷⁷ 三和電線工業事件-甲府地判26.3.14 労基集1集311頁。

⁴⁷⁸ 鐘紡事件-大阪地判昭24.7.15 労刑資4輯507頁。

⁴⁷⁹ 昭22.9.13 基発17号。

⁴⁸⁰ 寺本廣作，『労働基準法解説（復刊）』（信山社，1998年1月），395頁；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1108頁（山川隆一執筆）。

⁴⁸¹ 厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），1029-1030頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），409頁（奥田香子執筆）。

此外，第一一四條第二項之宗旨則與第一項的兩罰規定有所不同，乃被定位為由事業主對於違反行為之防止、糾正義務而生之責任，從而相對於第一項僅預定了罰金刑，在第二項中也得處以徒刑。本項所稱之「事業主」也是前述之「對於違反行為採取防止之必要措施者」，在這種情形中，除將未採取必要措施者作為行為人而處罰外，同時對於利益歸屬者也根據第一項處以罰金刑，在兩者同一的情形中，則應將第一項的罰金刑與第二項的處罰解為法條競合，而適用第二項⁴⁸²。而本項所稱之「必要措施」亦與前項相同。

至於本項中段所稱之「知悉違反行為，但卻未為糾正的必要措施」乃指行為人已經著手實行違反行為或實行行為已經終了但卻仍未採取糾正必要措施之謂，故即使已經為前項或前段所稱之防止必要措施，仍得獨立成立未為糾正措施所生之責任⁴⁸³。

而本項後段所稱教唆乃與刑法的教唆不同，不以犯罪的實行為要件乃設置本段之意義⁴⁸⁴。

第八二條（罰鍰之強制執行）

本法所定之罰鍰，經主管機關催繳，仍不繳納時，得移送法院強制執行。

本條係規定對於上述各條所列之罰鍰的強制執行，然後因罰鍰屬公法上之金錢債權，依行政執行法第四二條第一項之規定：「法律有公法上金錢給付義務移送法院強制執行之規定者，自本法修正條文施行之日起，不適用之。」故本法所規定之對於罰鍰之行政執行程序應依行政執行法第二章「公法上金錢給付義務之執行」處理。依行政執行法第十一條之規定，進行強制執行的要件有二：1、須為得對其實施行政強制執行之公法金錢給付義務；2、須該公法金錢給付義務已逾清償期而不履行。而關於「公法上金錢給付義務」之執行機關依行政執行法第四條第一項但書之規定，乃由法務部行政執行署所屬行政執行處為之。

附論：日本勞動基準法第一一四條之附加金制度

為了確保勞基法被確實地履行，我國勞動基準法於第十一章罰則之中，針對違反勞基法若干規定之行為規定施以刑罰或行政罰。而與我國勞基法架構相仿之

⁴⁸² 寺本廣作，『労働基準法解説（復刊）』（信山社，1998年1月），396頁；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1110-1111頁（山川隆一執筆）。

⁴⁸³ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1110頁（山川隆一執筆）。

⁴⁸⁴ 寺本廣作，『労働基準法解説（復刊）』（信山社，1998年1月），396頁；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1110頁（山川隆一執筆）；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），1034頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），409頁（奥田香子執筆）；片岡昇著、村中孝史補訂，『労働法（2）（五版）』（有斐閣，2009年1月），57頁。

日本勞動基準法中，除了於第十三章罰則中規定刑罰或行政罰外，針對雇主某些金錢債務之不履行於第十二條雜則之第一一四條規定了「附加金」制度，以期確保金錢給付之履行。雖我國一般勞動法論著對於附加金制度有所著墨者甚少⁴⁸⁵，唯該制度在日本已行之有年，以下乃針對附加金之意義、性質、發生要件、發生時期等若干問題與爭點介紹相關之學說及實務判決。

一、意義與宗旨

依日本勞基法第一一四條之規定，於雇主違反解僱時之預告期間工資（勞基 20 條）、休業津貼（勞基 26 條）或平日工作時間外、假日、深夜勞動的加班費（勞基 37 條）支付義務或不支付在特別休假時之工資（勞基 39 條 4 項）時，法院根據勞工之請求，除了按這些規定之原本雇主所應支付而未支付之金額外，尚得命令支付與這些金額等額之附加金。

本條乃以對於雇主課予支付附加金之經濟不利益而確保勞基法上一定金錢請求權的履行，同時以填補因該金錢給付義務之不履行而對於勞工所生之損害為目的⁴⁸⁶。

雖然此制度乃仿效美國公正勞動基準法第十六條之規定，但在美國的制度之中，給付與未支付之最低工資、加班費及確定的損害賠償額同額的附加金，不只是訴訟內，也是訴訟外的義務。但在日本，僅承認訴訟上的請求，而不得以監督機關之權限命令支付⁴⁸⁷。而之所以不承認訴訟外的附加金請求權乃因若在訴訟外進行該請求，乃有徒增勞資糾紛之虞⁴⁸⁸。

二、性質

如前所述，日本勞基法第一一四條的附加金制度乃仿效美國公正勞動基準法上的附加金制度，相對於美國附加金制度之性質乃為「確定損害賠償額」，日本附加金制度之性質為何，在學說上則眾說紛紜，主要可大致區分為損害賠償之預定說與懲罰說二種立場，唯就其差異可再區分如下：

（一）公法上制裁說

本說為早期的多數說，認為若考量到附加金乃與勞工的申訴權相同，乃為補充防止違反勞基法之監督制度的規定，故並非單純地損害賠償額的性質，而是與罰則一樣具有制裁的情形。亦即，應強調其與罰則或沒收有相同之性質⁴⁸⁹。

⁴⁸⁵ 例如林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），507頁。

⁴⁸⁶ 青木宗也、片岡昇編，『労働基準法Ⅱ』（青林書院，1995年1月），395頁（石橋洋執筆）；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1081頁（藤川久昭執筆）。

⁴⁸⁷ 片岡昇等，『新労働基準法論』（法律文化社，1982年3月），576頁（本多淳亮執筆）。

⁴⁸⁸ 寺本廣作，『労働基準法解説』（時事通信社，1978年7月），385頁；厚生労働省労働基準局編，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），1007頁。

⁴⁸⁹ 松岡三郎，『条解労働基準法（下）』，1182頁；吾妻光俊，『註解労働基準法』，527頁；片岡昇等，『新労働基準法論』（法律文化社，1982年3月），576頁（本多淳亮執筆）；片岡昇著、

（二）民事制裁說

持本說者認為作為一種確保工資及金錢給付之支付的手段，對於勞工來說，乃為以訴訟實行其權利的誘因，對於雇主來說，透過一種民事的制裁而使其義務的不履行產生不利的結果而促使其守法⁴⁹⁰。但近來在學界也出現了採民事制裁說的傾向⁴⁹¹。

（三）損害賠償說

另有學者認為設立附加金制度的宗旨乃為防止雇主勞動契約上義務的遲延，而使勞工易於請求損害賠償，由此而間接地導出法律的遵守及公法義務的確實履行⁴⁹²。

（四）兼有公法上制裁與損害賠償之性質

認為附加金一方面有作為制裁之公法性質，但同時在一方面則填補勞工因履行遲延所受之損害的作用，故兼有公法制裁與損害賠償之性質⁴⁹³。

在實務上雖然立於各種立場的判決，例如認為附加金是民事制裁的判決有翔鸞小学校事件⁴⁹⁴，但大多並未明確地表示特定的立場，而僅就附加金給付義務的發生時期及有無得不命令給付附加金之情事等具體問題加以檢討⁴⁹⁵。

三、要件

依日本勞基法第一一四條之規定，必須滿足以下三要件始發生雇主之附加金給付義務，亦即：雇主進行本條所定之勞基法違反行為、勞工請求、法院為附加金支付命令。

（一）雇主進行本條所定之勞基法違反行為

依日本勞動基準法第一一四條之規定，須雇主未給付解僱預告期間工資、休業津貼、加班費或特別休假期間之工資時，勞工始得請求給付附加金。其中，對

村中孝史補訂，『労働法（2）（五版）』（有斐閣，2009年1月），54頁。

⁴⁹⁰ 有泉亨，『労働基準法』（有斐閣，1963年11月），60頁。

⁴⁹¹ 中窪裕也、野田進、和田肇，『労働法の世界（七版）』（有斐閣，2007年4月），38頁；土田道夫，『労働法概説』（弘文堂，2008年4月），20頁；山川隆一，『雇用関係法（四版）』（新世社，2008年4月），18頁；土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008年8月），66頁；西谷敏，『労働法』（日本評論社，2008年12月），41頁

⁴⁹² 瀨元美知男，「附加金の法的性格について」，政治経済論叢 11 卷 2 号（1961 年 11 月），134 頁。

⁴⁹³ 末弘巖太郎，「労働基準法解説（6）」，法律時報 20 卷 8 号（1948 年 8 月），58 頁；另，下井隆史，『労働基準法（四版）』（有斐閣，2007 年 11 月），15 頁表示「也可以說對於勞工來有填補損害之次要目的」，似亦採本說。

⁴⁹⁴ 京都地判昭 25.11.9 労民集 1 卷 6 号 1043 頁。

⁴⁹⁵ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003 年 9 月），1082 頁（藤川久昭執筆）。

於雇主未依同法第二十條規定給付解僱預告期間工資時之即時解僱的效力，在學說上眾說紛紜，連帶地也影響了勞工是否得請求給付附加金。

對於雇主未給付解僱預告期間工資時之即時解僱的效力，在學說上有絕對無效說、有效說、相對無效說及選擇權說四種說法⁴⁹⁶。

首先，若採取絕對無效說，於雇主未給付解僱預告期間工資時，其解僱的意思表示乃為絕對無效，解僱既然無效，雇主就沒有給付解僱預告期間工資之義務，當然也就不需要給付附加金。亦即，採取絕對無效說的結果，乃與日本勞動基準法第一一四條規定得請求附加金之宗旨互相矛盾⁴⁹⁷。

其次，若採取有效說，則因解僱有效而雇主有給付解僱預告期間工資之義務，對於此義務之不履行課予作為制裁的附加金在論理上是非常清楚的，不過卻無法解釋為何勞基法中的規定只有解僱預告規定不是強行規定⁴⁹⁸。

再者，相對無效說則係指在雇主未支付解僱預告期間工資也未有預告期間之解僱通知，除非雇主堅持即時解僱，否則於通知後經過三十日或支付預告期間工資後始生解僱之效力。本說為行政解釋⁴⁹⁹及最高裁判所判例⁵⁰⁰所採。若採取此說，則與採取解僱絕對無效說之結果相同，因雇主未給付解僱預告期間工資而解僱尚未生效，故不生未給付解僱預告期間工資之問題，因此勞工也無從請求給付附加金⁵⁰¹。

最後則為所謂的選擇權說，此說認為在雇主未定有解僱預告期間也沒有支付解僱預告期間工資而逕行解僱通知的情形中，勞工得選擇主張解僱無效或以解僱有效為前提而請求給付解僱預告期間工資。在勞工選擇選擇解僱無效時，並不發生附加金之問題；相對地，在勞工不爭訟解僱之效力而逕行請求給付解僱預告期間工資的情形，雇主自解僱生效之時點開始，負有給付解僱預告期間工資之義務，從而法院得對於不給付解僱預告期間工資之雇主命令給付附加金⁵⁰²。

⁴⁹⁶ 關於此問題之學說討論，請參見：東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003年3月），360-363頁（森戸英幸執筆）；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），114-115頁（小宮文人執筆）；菅野和夫，『労働法（八版）』（弘文堂，2008年4月），446-448頁；荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），251-253頁。中文文獻則可參見：林更盛，「應預告而未預告之解僱的效力」，載於：氏著，『勞動法案例研究（一）』（翰蘆，2002年5月），281-296頁；鄭津津，『職場與法律（二版）』（新學林，2007年10月），75頁；台灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），325-326頁（林佳和執筆）。

⁴⁹⁷ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003年3月），360頁（森戸英幸執筆）；菅野和夫，『労働法（八版）』（弘文堂，2008年4月），447頁；荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），251頁。

⁴⁹⁸ 菅野和夫，『労働法（八版）』（弘文堂，2008年4月），447頁；荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009年7月），252頁。

⁴⁹⁹ 昭24.5.13基収1483号。

⁵⁰⁰ 細谷服装事件—最二小判昭35.3.11民集14卷3号403頁。

⁵⁰¹ 厚生労働省労働基準局，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），1008頁。

⁵⁰² 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），398頁（野間賢執筆）。

（二）勞工請求

雇主的附加金給付義務並非因其違反勞基法之相關規定就當然發生，乃以勞工在訴訟上請求為必要。勞工得請求之時期可以與請求雇主給付其所未給付之金錢同時為之，或者在訴訟進行中亦可。但須於違反行為後二年內請求，此二年的期間一般乃解為除斥期間⁵⁰³。

（三）法院為附加金支付命令

在雇主有違反勞基法之相關規定而勞工亦向法院請求命雇主給付附加金時，法院是否就一定必須為之？換言之，法院是否有裁量權？對於此問題，學說上認為乃與其性質之問題相關連，若採損害賠償說之立場，法院就必須命令給付附加金；相對地，若採制裁說，法院則有相當之裁量權⁵⁰⁴，然而，對於是否應承認法院有如此廣泛的裁量權，學說則認為有得加以斟酌之餘地⁵⁰⁵。

早期實務認為在有不可抗力⁵⁰⁶或有阻卻違法性、責任⁵⁰⁷等特別事由時，法院得不令雇主給付附加金。在近年來，實務上出現了不少即使雇主違反了勞基法，但也否定了其須支付附加金的案例，其嚆始乃彌榮自動車事件⁵⁰⁸，法院認為就不對於不該當管理監督者之勞工不給付加班費之雇主，不能說是完全沒有支付加班費意圖之惡質行為，而以法院得以裁量減少附加金之數額為前提，大幅地減少附加金至未給付金額的六分之一或八分之一。

嗣後，有判決認為附加金之支付乃以考量雇主違反勞基法之程度或態樣、勞工所受不利益之性質或內容、違反勞基法之經過或其後雇主的對應等各情事為前提的同時，因為是非持續性的勞動或已經支付管理職津貼等，而認為沒有命令支付附加金之必要⁵⁰⁹。

又，有考量到不給付深夜加班費並沒有意圖而是對於勞動法規沒有正確的知識，認為命令給付附加金係不相當之案例⁵¹⁰。

亦在雇主將該契約理解為承攬契約，認為不適用勞基法而不給付加班費及解僱期間預告工資的情形，法院表示命令給付附加金並不相當⁵¹¹。

⁵⁰³ 片岡昇等，『新労働基準法論』（法律文化社，1982年3月），577頁（本多淳亮執筆）；青木宗也、片岡昇編，『労働基準法Ⅱ』（青林書院，1995年1月），400頁（石橋洋執筆）；東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1083頁（藤川久昭執筆）；厚生労働省労働基準局，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005年3月），1011頁；金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），398頁（野間賢執筆）。

⁵⁰⁴ 金子征史、西谷敏編，『基本法コンメンタール—労働基準法（五版）』（日本評論社，2006年5月），398頁（野間賢執筆）。

⁵⁰⁵ 東京大学労働法研究会編，『注釈労働基準法下巻』（有斐閣，2003年9月），1085頁（藤川久昭執筆）。

⁵⁰⁶ 荻野電機商会事件—東京地判昭34.6.20 労民集10卷3号612頁。

⁵⁰⁷ 長崎地判昭40.6.25 労民集16卷3号546頁。

⁵⁰⁸ 京都地判平4.2.4 労判606号24頁。

⁵⁰⁹ 共立メンテナンス事件—大阪地判平8.10.2 労判706号45頁。

⁵¹⁰ 江東運送事件—東京地判平8.10.14 労判706号37頁。

⁵¹¹ タオヒューマンシステムズ事件—東京地判平9.9.26 労経速1658号16頁。

近來，甚至有考量到雇主於勞基署進行調查後，採取改善違反狀態之措施，而認為此時若仍命令雇主支付附加金乃不相當之判決⁵¹²。

四、附加金給付義務之發生時期

此問題涉及勞工提起訴訟後，雇主支付其原本應支付之款項後，法院得否仍命令支付附加金？以及附加金之遲延損害金支付義務的發生時點為何？

（一）雇主有違反義務之行爲時

持本說者乃從附加金之性質乃民事罰的觀點出發，認為附加金乃在雇主有違反行爲之時就發生了，且其金額乃雇主違反相關規定時之數額⁵¹³。至於雇主陷於給付遲延的時點則為勞工為訴訟上請求之時，故附加金的金額乃雇主違反勞基法時之未給付的金額加上自勞工為訴訟上請求之起時的遲延利息⁵¹⁴。

亦即，雖然雇主違反本條所定之勞基法各條為發生附加金給付義務之時期，但附加金支付義務之不履行乃自勞工請求之時起始發生，因附加金並不單純是損害賠償之性質，於有制裁性質的同時，應不得無視勞工請求之意義⁵¹⁵。但另有採此說者考量附加金之制裁意義與法院支付命令之意義，認為其附加金支付之債務不履行乃自法院發出支付命令時始生之⁵¹⁶。

（二）勞工提起訴訟之時

認為勞工於請求給付尚未給付之金錢的同時，向法院請求附加金始成為裁判的對象。故即使雇主遲延給付本條所定之金錢給付，但若於勞工提起訴訟之前就加以償還的話，則不承認只單獨地請求附加金之支付⁵¹⁷。

（三）法院進行支付命令時

因附加金之支付乃被規定為法院的裁量命令，故附加金給付義務乃於有法院之命令（判決）時始生之⁵¹⁸。從而，附加金之金額乃法院為支付命令時雇主所未支付之金額。換言之，附加金除了主要有制裁的性質外，因同時欲以之確保預告期間工資等之支付，故即使違反本條之規定，但如雇主已全額支付完畢而消滅其義務違反之狀態，則勞工不得請求給付附加金，法院也不得命令雇主支付⁵¹⁹。

⁵¹² 松山石油事件—大阪地判平 13.10.19 勞判 820 号 15 頁。

⁵¹³ 松岡三郎，「実効性確保の手段」，季刊労働法別冊第 1 号—労働基準法，27 頁；片岡昇等，『新労働基準法論』（法律文化社，1982 年 3 月），577 頁（本多淳亮執筆）。

⁵¹⁴ 松岡三郎，『条解労働基準法（下）』（弘文堂，1958 年），1186-1187 頁。

⁵¹⁵ 片岡昇著、村中孝史補訂，『労働法（2）（五版）』（有斐閣，2009 年 1 月），54-55 頁。

⁵¹⁶ 片岡昇等，『新労働基準法論』（法律文化社，1982 年 3 月），577 頁（本多淳亮執筆）。

⁵¹⁷ 有泉亨，『労働基準法』（有斐閣，1963 年 11 月），61 頁。

⁵¹⁸ 末弘巖太郎，「労働基準法解説（6）」，法律時報 20 卷 8 号（1948 年 8 月），58 頁；菅野和夫，『労働法（八版）』（弘文堂，2008 年 4 月），96 頁；土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008 年 8 月），66 頁；荒木尚志，『労働法』（有斐閣，2009 年 7 月），66 頁。

⁵¹⁹ 厚生労働省労働基準局，『労働基準法下（改訂新版）』（労務行政，2005 年 3 月），1009 頁。

本說亦為實務所採，例如最高裁判所在細谷服裝事件⁵²⁰中表示：「勞基法第114條的附加金給付義務並非在雇主未支付預告期間工資等之情形就當然發生，須待法院根據勞工之請求命令雇主支付始生之。」而認為即使雇主有違反勞基法之行爲，但在雇主已經支付解僱期間預告工資而消滅義務違反狀態的情形，勞工不得請求附加金。對於上述的見解，有學說從可以鼓勵企業遵守勞基法的觀點而加以支持⁵²¹。

嗣後，又在江東ダイハツ事件⁵²²中認為：「在上述判決確定前，並不存在上述的附加金給付義務，從而對之沒有發生遲延損害金之餘地，但在上述判決確定後，雇主不支付上述附加金時，雇主無法免除履行遲延責任，勞工對雇主得就上述附加金請求民法所定以年利率五分所計算之遲延損害金。」

本說雖為實務及學說通說所採，但另有學說認為若採取此種見解，則會增加勞工訴訟上的不便，而減少了附加金的預防功能⁵²³。

⁵²⁰ 最二小判昭 35.3.11 民集 14 卷 3 号 403 頁。

⁵²¹ 土田道夫，『労働契約法』（有斐閣，2008 年 8 月），66 頁。

⁵²² 最判昭 50.7.17 労判 234 号 17 頁。

⁵²³ 松岡三郎，「実効性確保の手段」，載於：『季刊労働法別冊第 1 号－労働基準法』（総合労働研究所 1977 年 6 月），27 頁。

第十二章 附則

第八三條 （勞資會議之舉辦及其辦法）

為協調勞資關係，促進勞資合作，提高工作效率，事業單位應舉辦勞資會議。其辦法由中央主管機關會同經濟部訂定，並報行政院核定。

依勞基法第八三條之規定，事業單位應舉辦勞資會議。然而，勞資會議之由來為何？依據勞資會議實施辦法之規定，勞資會議之構造為何？至於由勞資會議所作成之決定的法律性質與法律效力為何則是關於勞資會議之重要爭點，以下試逐一分述之。

一、勞資會議之沿革－工廠法之「工廠會議」

對於勞資會議之沿革，一般咸認為其乃由工廠法第四九條至第五五條所規定之「工廠會議」而來⁵²⁴。因此，在對勞資會議分析之前，乃有必要先對工廠會議有所認識。

（一）工廠會議之組織

工廠會議由工廠代表及全部工人選舉之同數代表所組織，而工廠代表乃由雇主選派熟習工廠或勞工情形者任之，工人代表選舉時則應申請主管機關派員監督（工廠法第四九條）。而就工人代表之選舉資格與被選舉資格而言，依工廠法第五二條之規定，工人年滿十六歲者乃有選舉工人代表之權；依該法第五三條之規定，有中華民國國籍之工人，年滿二十歲在廠繼續工作六個月以上者，有被選舉為工人代表之權。

（二）工廠會議之職務

依該法第五十條之規定，工廠會議之職務有：

1、研究工作效率之促進。

⁵²⁴ 周兆昱，「勞資會議決議法律效力之研究」，月旦法學雜誌 36 期（1998 年 5 月），93 頁；劉志鵬，「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000 年 5 月），405 頁。雖拙見以為相對於工廠會議僅具有研究、協調、建議與籌畫等權限，勞資會議有作成決議之權限，故二者之功能似不相同。但其他學者持不同的意見，以下乃從之並對工廠會議作一簡單的介紹。

- 2、改善工廠與工人之關係並調解其糾紛。
- 3、協助團體協約、勞動契約及工廠規則之實行。
- 4、協商延長工作時間之辦法。
- 5、改善廠中安全與衛生設備。
- 6、建議工廠及工場之改良。
- 7、籌劃工人福利事項。

從上述的七項職務可以得出以下二點特徵⁵²⁵：

1、工廠會議之職務與工會職務高度重疊

詳言之，該法第二款所定之「改善工廠與工人之關係並調解其糾紛」乃與工會法第五條第九款之「勞資間糾紛事件之調處」重疊；第五款所定之「改善廠中安全與衛生設備」、第六款所定之「建議工廠及工場之改良」及第七所款所定之「籌劃工人福利事項」乃與工會法第五條第十三款所定之「有關改善勞動條件及會員福利事項之促進」相重疊。

2、不當超越其應有之職務

依工廠法第十條（延長工作時間）、第十三條（女工工作時間之限制）之規定，相關規制之鬆綁因涉及勞動條件，故均委由工會或勞工決定，工廠法第五十條第四款明顯抵觸該法第十條、第十三條之規定，不當地擴大了工廠會議之職權。

（三）工廠會議之運作

依工廠法第五一條之規定，該法第五十條所列各款事項，關於一工場者，先由該工場工人代表與工廠協商處理之；如不能解決或涉及兩工場以上之事項時，由工廠會議決之；工廠會議不能解決時，依勞資爭議處理法辦理。

依該條文之規定，工廠會議之層次乃採二級制—關於一工場之事務者，委由「工場協商」進行，工場協商無法處理之事項或涉及兩工場以上之事項者，乃委由「工廠會議」決定之。在工廠協商之情形，乃由工廠（雇主）直接與工人代表，但在工廠會議之場合，資方卻改由工廠代表出面與工人代表協議。此種「二級制」的立法方式究竟有無必要及實益？因我國企業乃以中小企業占絕大多數，在規模不大之工場或工廠內設置了「工場協商」與「工廠會議」之二階段制度，有流於

⁵²⁵ 劉志鵬，「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000年5月），409、410頁。

繁瑣之嫌⁵²⁶。

而在協商層次較低之「工場協商」階段，由工廠（雇主）直接參與尚無法溝通處理之事項，更難期待於協商層次較高之「工廠會議」階段，改由代表層次較低之工廠代表出面就能獲得解決。從而，本條立法似有協商層次與代表層次錯置之瑕疵⁵²⁷。

此外，在工廠會議階段未獲解決時，得立即跳過團體協商程序，直接依勞資爭議處理法辦理。此種立法方式乃將工廠會議視為團體協商，此種立法方式未深思工廠會議與團體協商本質上之不同而有檢討之餘地，因團體協商之主體為工會與雇主，依團體協約法第一條之規定，團體協商之目的乃在於「規定勞動關係」，而工廠會議之主體為工廠、工廠代表與雇主，且其主要目的亦非規定勞動關係，故在法理上無法將二者同視之⁵²⁸。

然而，雖然工廠法中的工廠會議有上述之問題點，但有學者認為工廠會議乃我國勞工參與之法律上制度，若依勞工參與之分量（事項、程度、人員）予以評價，此制度給予勞工參與之事項範圍雖然極為廣泛，但給予參與之程度尚極為有限，不過仍不失為實施工業民主之起步⁵²⁹。

二、勞資會議實施辦法

依勞基法第八三條之規定，勞資會議之辦法乃由中央主管機關會同經濟部訂之，並報行政院核定。故於民國七十四年由當時的中央主管機關—內政部，會同經濟部共同訂定發布「勞資會議實施辦法」，其後於民國九十年及九六年由勞委會會同經濟部修正過兩次。其要點主要如下：

（一）勞資會議之組織

依勞資會議實施辦法第三條之規定，勞資會議由勞資雙方同數代表組成，其代表人數視事業單位人數多寡各為二人至十五人，但事業單位人數在一百人以上者，各不得少於五人。其中的資方代表乃由雇主或雇主就事業單位熟悉勞工事務、勞工情形者指派（第四條），勞方代表則於事業單位有工會者，由工會會員或會員代表大會選舉之；事業單位無工會者，由全體勞工直接選舉之（第五條）。

⁵²⁶ 劉志鵬，「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000年5月），408頁。

⁵²⁷ 劉志鵬，「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000年5月），408頁。

⁵²⁸ 劉志鵬，「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000年5月），408、409頁。

⁵²⁹ 陳繼盛，『勞資關係』（正中書局，1979年5月），132頁。

依行政院勞委會(83)臺勞資二字第 15247 號函表示事業單位有工會組織者，勞資會議之勞方代表自應以工會會員為限，並受勞資會議實施辦法第八條規定之限制。至於對於不適用勞基法之員工是否有勞資會議勞工代表之選舉權與被選舉權，勞委會在(88)台勞資二字第 0036547 號函中表示：「基於召開勞資會議之目的，係在協調勞資關係、促進勞資合作、提高工作效率，建構事業單位內部勞資溝通協商機制，貴院所僱用之員工，如有符合勞資會議實施辦法第七條及第八條之條件者，雖非勞動基準法之適用對象，尚不宜排除其具有勞資會議勞方代表之選舉權及被選舉權。」對之加以肯定。

此外，行政院勞委會(80)台勞一字第 12316 號函表示：「由於現行工會對於工會代表或理、監事能否擔任勞資會議代表，並無規定；惟依勞資會議實施辦法第四條規定觀之，工會代表或理、監事如被指派擔任勞資會議資方代表，並無不可。且亦不致因而喪失其工會代表或理、監事之資格。又如已擔任勞資會議勞方代表，復經指派為資方代表時，僅得擇一擔任之。」勞委會肯認工會代表或理、監事得擔任勞資會議資方代表，惟不可同時擔任勞方代表。

事業單位工會之理、監事得當選為勞資會議之勞方代表，但不得超過勞方所選出代表總額三分之二(第六條第一項)。有學者認為本條立法係工廠法之工廠會議所無，其立法理由可能在於兼顧工會理、監事之代表及擴大事業單位內勞工之參與管理，以避免工會獨占勞資會議之協商管道⁵³⁰。然而，此種限制工會理、監事等當選勞工代表名額，不無間接鼓勵勞工不加入工會，形成壓制工會組織擴張之不當效果⁵³¹。

(二) 勞資會議之職務

依勞資會議實施辦法第十三條之規定，勞資會議之議事範圍有：

1、報告事項

- (1) 關於上次會議決議事項辦理情形。
- (2) 關於勞工動態。
- (3) 關於生產計畫及業務概況。
- (4) 其他報告事項。

2、討論事項

⁵³⁰ 劉志鵬，「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』(元照，2000年5月)，412頁。

⁵³¹ 劉志鵬，「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』(元照，2000年5月)，414頁。

- (1) 關於協調勞資關係、促進勞資合作事項。
- (2) 關於勞動條件事項。
- (3) 關於勞工福利籌劃事項。
- (4) 關於提高工作效率事項。

3、建議事項

雖內政部(74)台內勞字第347040號函之見解,表示:「協調勞資關係,促進勞資合作,為事業單位舉辦勞資會議之意旨,勞資雙方如對勞動基準法第十一條第五款工作是否能勝任之認定發生爭議時,自得提請勞資會議討論。」但內政部並未在該函釋中表示此種爭議究屬上述的何種事項。

對於討論事項中的關於勞動條件事項,有學說認為有混淆勞資會議與工會職能之瑕,但由於並未賦予勞資會議直接決定勞動條件之職權,雖相較於工廠法第五十條第四款之不當賦予工廠會議「協商延長工作時間之辦法」進步,但仍有瑕疵⁵³²。

此外,由本條內容可知勞資會議之議事範圍不大,其討論與報告事項多僅為「資訊權」之範圍,在勞方欲了解企業經營之狀況時,資方可選擇性地報告,或推託至下次會議覆議而無需負責⁵³³。

(三) 勞資會議之運作

依勞資會議實施辦法第十八條之規定,勞資會議至少每三個月舉辦一次,必要時得召開臨時會議。而勞資會議應有勞資雙方代表各過半數之出席,協商達成共識後應做出決定;無法達成共識者,其決議應有出席代表四分之三以上之同意(第十九條第一項)。勞資會議之決議,應由事業單位分送工會及有關部門辦理,如不能實施時,得提交下次會議覆議(第二二條)。

三、勞資會議決議之法律性質

雖然關於勞資會議決議之法律性質,在學說上並未有充分的討論,雖不可否認的,勞資會議之決議應係一以意思表示為要素之法律行為,然法律行為可分為單獨行為、契約行為與共同行為,因單獨行為乃當事人一方之意思表示即可成立,

⁵³² 劉志鵬,「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」,載於:氏著,『勞動法理論與判決研究』(元照,2000年5月),412頁。

⁵³³ 郭玲惠,「產業民主制度所涉及的法律問題—兼簡介德國之制度」,中興法學43期(1997年12月),26頁。

與勞資會議之決議明顯不同，則勞資會議決議究為相對立之意思表示趨於一致而成立之契約行為或多數相同方向之意思表示趨於一致而成立之共同行為？

（一）契約行為說

持本說者之理由構成首先為由於勞資之間本質上乃利害相對立之兩方，故由勞資各自所推選之代表所為的勞資會議應可視為勞資雙方代表所為之集體談判，而其所達成之決議，可視為雙方所締結之契約⁵³⁴。其次，依民國九十六年修正前之勞資會議實施辦法第十二條之規定，勞資會議代表所為之意思表示，其為資方代表者，應向雇主負責，其由工會選出者應向工會負責，故亦得認為雙方係基於相對立之立場進行協議。唯本條於民國九十六年修正後已刪除相關之責任規定。

（二）共同行為說

持本說者認為勞資會議之目的乃「協調勞資關係、促進勞資合作、提高工作效率」（參見勞基法第八三條），故有雙方共同創造更大利益之意涵，因此乃與共同行為之本質在於利益之共同促進完全相當。此外，就勞資會議實施辦法第十三條所定之議事範圍包括了屬於雇主經營事項之內容，若勞資會議決議屬雙方行為，則僅需將利害衝突處提出討論即可，不需要經營事項亦列入討論之範圍中。再者，依勞資會議實施辦法第二三條所定之勞資會議費用由事業單位負擔之，則若為對立之談判行為，應無法立法要求雇主全額負擔，應由雙方共同分擔為是⁵³⁵。

四、勞資會議決議之法律效力

關於勞資會議決議之法律效力，可以分為：君子協定說、契約性法源說與擬制股東會決議說等三說。君子協定說係認為勞資會議決議係勞資間之君子協定，並無一定的法律效力及拘束力；契約性法源說認為勞資會議決議得為勞動法之契約性法源，雖其與團體協約不同，但仍高於個別勞動契約；至於擬制股東會決議說則以公司法第一九三條之董事對於股東會之責任為據，認為勞資決議之效力得類推適用之。以下乃就三說詳述之。

（一）君子協定說

⁵³⁴ 關於勞動關係之本質，詳見：拙著，「勞動法中關於勞動關係之本質的理論」，政大法學評論 59 期（1998 年 6 月），227-245 頁。

⁵³⁵ 周兆昱，「勞資會議決議法律效力之研究」，月旦法學雜誌 36 期（1998 年 5 月），96 頁。

持此說者認為由於勞資會議之定位乃為勞資合作（參照勞基法第八三條、勞資會議實施辦法第十二條），並由於勞資會議之議事範圍僅限於較低層次之報告事項、討論事項及建議事項，而依勞資會議實施辦法第二二條之規定，縱使會議有所決議而不能實施時，頂多只能提交下次會議覆議，故勞資會議之決議不具法的拘束力，只是視為勞資雙方間之君子協定⁵³⁶，從而，既然沒有強制力，則無論要求雇主施行或循求訴訟途徑，皆無法強制執行⁵³⁷。

（二）契約性法源說

因勞資會議實施辦法第十三條所規定之議事範圍包括關於勞動條件等事項，且有作成決議之權限，且依該辦法第二二條之規定，此等決議事項應由事業單位分送工會及有關部門辦理，故勞資會議一旦針對勞動條件等事項作成決議後，事業單位之有關部門即應履行該決議，若事業單位拒不履行，則勞工自得向法院訴請履行，從而勞資會議之決議應具有勞動法之法源效力⁵³⁸。

由勞資會議實施辦法第五條、第六條有關勞方代表之選出方式及工會理、監事之當選人數限制可知勞資會議乃有別於工會所進行的團體協約之協商的另一管道，蓋協商之主體及其職務均不相同，而因為團體協約在勞動法中一般均認乃是效力僅次於法令且是勞資雙方合意形成之法源中位階層次最高者，故勞資會議作成決議後，當即成為個別勞動契約之內容，得成為個別勞工之權利義務的根據，故其法源位階高於個別勞動契約，但必定較團體協約為低⁵³⁹。

（三）擬制股東會決議說

持本說者乃對於勞資會議決議之法律性質採取了共同行為說後，公司法之規定應較為接近勞資會議之性質，都屬於共同決定雙方共享利益之行為。基於勞資會議之原始性質乃為勞資合作並共同創造彼此之利益，已經與股份有限公司股東會及董事會之間的關係極為接近，而勞資會議之法定議事條件又非常嚴格，不易作成決議，故勞資會議決議之法律效力應可類推適用公司法中有關董事會與股東會決議之法律效果，即與會之任何一方違反勞資會議決議致生損害於他方時，應

⁵³⁶ 劉志鵬，「日本勞資協議制度與我國工廠會議、勞資會議之比較」，載於：氏著，『勞動法理論與判決研究』（元照，2000年5月），412頁；王能君，「工作時間外勞動之合理性規範—日本與台灣之法制與實務」，行政院勞工委員會委辦，96年度「工時與工資之法律爭議問題」學術研討會（文化大學大新館四樓數位演講廳，2007年10月30日），29頁。

⁵³⁷ 郭玲惠，前揭文，152頁；黃越欽，『勞動法論（修訂三版）』（翰蘆，2006年9月）；林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），324頁等旨。

⁵³⁸ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），131頁。

⁵³⁹ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），132頁。

對他方負損害賠償責任⁵⁴⁰。

對於勞資會議決議之法律效力，最高法院表示：「管理要點經依法定程序訂定後，被上訴人即於七十九年四月二十三日公告，送達各相關單位及勞資會議各勞方代表，並刊登於鐵路局公報，上訴人自難諉為不知。嗣被上訴人依行政院勞工委員會八十年二月四日函，將勞工退休要點併入工作規則之修正，提請被上訴人機關第二屆第三、五、八、九次勞資會議討論，於八十一年五月二十二日之第九次勞資會議通過修正條文，有各該會議紀錄在卷可稽。從而該管理要點與勞工退休要點自應視為已徵得勞工同意，難認為無效。上訴人主張上開管理要點未經伊同意，不生效力云云，不足採信。兩造間原有關於退休勞動條件之約定既已合意變更，則嗣後有關勞工退休之申請，自應依修正後之管理要點及勞工退休要點處理。」其雖未明示究採取何說，但從其論理可以推知最高法認為得以勞資會議決議變更勞動條件，並得拘束勞資雙方，故其係應採上述第二說之契約性法源說。

相對於上述法院之見解，勞委會在台 90 勞資二字第 0009391 號函中表示：「勞資會議是為協調勞資關係、促進勞資合作並防患各類勞工問題於未然而制定的一種勞資諮商制度，其基本精神在於鼓勵勞資合間自願性的諮商與合作，藉以增進企業內勞資雙方的溝通減少對立衝突，使雙方凝聚共識，進而匯集眾人之智慧與潛能，共同執行決議而努力。其決議之效力與勞資雙方經由團體協商簽訂之團體協約，及依勞動基準法所定勞動條件最低基準，勞資雙方必須依法遵守之效力有別，合先敘明。」此外，又認為：「如資方確有刻意拒不執行勞資會議決議之情形，已涉有違背勞資自治、誠實信用原則。」在此函釋中，勞委會表示勞資會議與團體協約及勞基法所定之勞動條件最低基準有別，而對於違反之效果僅表示違背勞資自治、誠實信用原則而已，並未表示勞資會議之決議有法之拘束力或違反時有損害賠償責任，故勞委會之見解似採取君子協定說。

五、勞基法修正與勞資會議之同意

依民國九一年修正前之勞基法第三十條第二項及第三十條之一均規定「經工會或勞工半數以上同後」得進行二週變形工時制度或四週變形工時之導入；依修正前之勞基法第三二條規定「雇主經工會或勞工同意」後得延長工作時間；依修正前之勞基法第四九條第一項則規定「經取得工會或勞工同意」得使女性於夜間工作。而於民國九一年的修正中，乃將相關部分改為「雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後…」。換言之，依勞基法於針對工作時間相關條文所為之修正，導入了勞資會議對於工作時間之調整、變更加班之程序及對於解除女工工作時間之限制的同意權。而其立法理由略為：「企業內勞工工時制度

⁵⁴⁰ 周兆昱，「勞資會議決議法律效力之研究」，月旦法學雜誌 36 期（1998 年 5 月），97-99 頁。

形成與變更，攸關企業之競爭力與生產秩序，勞雇雙方宜透過協商方式，協定妥適方案。為使勞工充分參與工時彈性之安排，加強勞資會議功能，乃將原條文第二項雇主經工會或勞工半數以上同意之規定，修正為『雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意』…」。

然而，在此處所謂的工會或勞資會議之「同意」，究具有何種效力？換言之，雇主於取得工會或勞資會議之「同意」後，是否尚需得到個別勞工之同意始得令其加班？對於此問題，主要有二種學說。

其一乃按上述「契約性法源說」之思維，勞資會議之決議具有勞動法之法源效力而得成為個別勞工之權利義務的根據，故若雇主之加班措施合乎上述要件，則應係合法，勞工即應服從之，不過依勞基法第四二條之規定，若勞工具有健康或其他正當理由無能接受加班者，則勞工得拒絕加班⁵⁴¹。換言之，雇主於取得工會或勞資會議之「同意」後，不需再得到個別勞工之同意即得令其加班。雖此乃對於修正前之勞基法第三二條加班規定的闡述，但該思考方式應亦得適用於變形工時制度之適用。

其二乃認為雇主是否取得事前同意，僅為關於實施變形工時制是否合法之「公法上效力」問題。換言之，其僅取得免於受勞基法第七九條處罰之免罰效力而，並不因此而取得對勞工命令接受變形工時制之「私法上效力」。雇主如欲取得使勞工依變形工時制度服勞務上私法上依據，乃仍需取得個別勞工之同意⁵⁴²。

然而，亦有持此說者，採取較為寬鬆之見解，認為此時所謂的「私法（勞動契約）上之依據」一般係指團體協約、勞動契約及工作規則之約定或規定，不一定要取得個別勞工之同意，但其中應以採取工作規則規定之方式較為可行。其理由略為：1、台灣多數工會之實力不足，並不足以與雇主進行團體協商進行締結團體協約。2、若採取雇主與個別勞工一一締結勞動契約之方式，則於雇用多數勞工之事業單位的情形，雇主需一一與個別勞工締結契約，係不切實際的作法。3、依勞基法第七十條第三款、第四款之規定，工作規則之記載事項包括了「工作時間」與「延長工作時間」，雇主在工作規則中記載「延長工作時間」之必要業務、方式、時間數等，對照我國之勞動生活中普遍有加班之事實，而應認為工作規則之規定可能具有合理性，當然成為勞動契約之一部分。但因加班對於勞工而言，具有相當之不利益，故須以「加班之必要性」與「勞工所受之不利益之程度」來衡量雇主是否濫用加班命令權⁵⁴³。

⁵⁴¹ 拙著，『勞動法（修訂再版）』（國立空中大學，1997年5月），131-132頁、418頁。

⁵⁴² 臺灣勞動法學會編，『勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望（二版）』（新學林，2009年9月），372頁（邱駿彥執筆）。

⁵⁴³ 王能君，「工作時間外勞動之合理性規範—日本與台灣之法制與實務」，行政院勞工委員會委辦，96年度「工時與工資之法律爭議問題」學術研討會（文化大學大新館四樓數位演講廳，2007年10月30日），28-30頁。

第八四條（公務員兼具勞工身分時法令之適用方法）

公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定。但其他所定勞動條件優於本法規定者，從其規定。

一、立法宗旨與意義

本條規定係明定公務員兼具勞工身分者適用法令之分際與範圍，乃一方面藉以維繫公務員管理體系之完整性，同時也兼顧勞工法令適用之特殊性之特別規定⁵⁴⁴，此外亦從優保護此類具有雙重身分之勞工⁵⁴⁵。

不過本條文之法條文字在立法技術意義上乃有所瑕疵可議之處，亦即但書之「但其他所定勞動條件」之文字敘述方式，因在但書之使用上，通常應指本文原則規定之例外，則本文有關任（派）免、薪資等勞動條件既應適用公務員法令，何須但書「優於本法者從其規定」？邏輯上應不論是否優於勞基法，均明定其勞動關係之準據法為公務員法令，非勞基法，是解釋上多認該但書指的係「非關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及退休（含職業災害）之其他勞動條件事項」，此雖屬適論，惟難以說明為何使用但書之形式。不過，不可否認地，本條文清楚地臚列有關公務員兼具勞工身分者，其勞動關係之處理方式：

- 1、任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及退休（含職業災害）等勞動條件事項，應適用公務員法令，排除勞基法適用，不論公務員法令就該等勞動條件之規範，是否優於勞基法。
- 2、其他勞動條件事項，則適用勞基法。
- 3、其他勞動條件事項，如公務員法令有優於勞基法者，則適用該公務員法令，不再適用勞基法。

從而，歸納言之，本條文應理解為三項主要的內涵：「公務員兼具勞工身分者，以適用勞基法為原則」、「惟任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及退休（含職業災害）等事項，適用公務員法令」、「其他勞動條件事項，如公務員法令有優於勞基法者，則同樣適用公務員法令」。

二、公務員兼具勞工身分之定義

⁵⁴⁴ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），325頁。

⁵⁴⁵ 劉志鵬，『勞動法解讀』（元照，1999年7月），5頁。

依施行細則第五十條之規定，本條所稱「公務員兼具勞工身分」者，係指依各項公務員人事法令任用、派用、聘用、遴用而於本法第三條所定各業從事工作獲致薪資之人員。至於其具體適用範圍，參照行政院（74）台人政壹字第 36664 號函及內政部（74）台內勞字第 366681 號函，將之分為兩大類，亦即：

（一）依左列各種公務員人事法令進用或管理之人員：

- 1、任用：公務人員任用法、分類職位公務人員任用法、交通事業人員任用條例、警察人員管理條例、技術人員任用條例、主計機構人員設置管理條例、審計人員任用條例、蒙藏邊區人員任用條例、戰地公務人員管理條例、臺灣省公營事業人員任用及待遇辦法。
- 2、派用：派用人員派用條例、經濟部所屬事業機構人事管理準則（派用人員）、經濟部所屬事業機構人事管理準則實施要點（派用人員）、臺灣新生報業股份有限公司人事管理要點。
- 3、聘用：聘用人員聘用條例、經濟部所屬事業機構人事管理準則（約聘人員）、經濟部所屬事業機構人事管理準則實施要點（約聘人員）、經濟部所屬事業機構專技人員約聘要點、交通部所屬事業機構科技人員約聘要點、中央印製廠聘僱辦法（聘用人員）。
- 4、遴用：臺灣地區省（市）營事業機構分類職位人員遴用辦法。

（二）依其他人事法令進用管理相當委任職以上人員，及依雇員管理規則進用之雇員，但不包括其他雇員或約僱人員。

若關於適用公務員法令規定之事項，涉及疑義解釋者，因非屬勞工事務之範疇，應由人事行政主管機關處理⁵⁴⁶。而依上開函釋之內容，所謂公務員兼具勞工身分者之範圍極為廣泛，但具有此種身分者乃以存在於國公營事業中最多，不過近幾年來隨著國公營事業轉民營化之發展，許多員工仍保有公務員之身分，故關於其勞動條件之規範與相關法律之適用乃為爭議之問題。

三、對於勞動條件之具體適用

依本條本文之規定，有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定；而但書所稱「其他所定勞動條件」，依施行細則第五十條之規定，則係指工作時間、休息、休假、安全衛生、福利、加班費等而言。

⁵⁴⁶ 林豐賓、劉邦棟，『勞動基準法論（修訂五版）』（三民，2010年5月），326頁。

（一）加班費之計算

例如就加班費之問題，勞委會先於（82）台勞動二字第 24058 號函中表示：「查勞動基準法第八十四條後段但書規定：『但其他所定勞動條件優於本法規定者，從其規定。』復依同法施行細則第五十條後段規定：『所稱其他所定勞動條件，係指……加班費而言。』故公務員兼具勞工身分者之延長工時工資加給標準，應依勞動基準法第二十四條規定辦理。」認為對於公務員兼具勞工身分者之加班費雖得以勞動基準法第二十四條為標準。但對於作為計算加班費基礎之工資的計算，則又以（87）台勞動二字第 020940 號函表示：「關於適用勞動基準法之公營事業單位，「純勞工」之加班費應以該法第二十四條規定標準發給，計算加班費之工資應依該法第二條第三款工資定義辦理；「公務員兼具勞工身分者」之加班費，依勞動基準法第八十四條後段但書規定，亦應依該法第二十四條規定標準發給。惟計算加班費之工資，應依該法第八十四條前段規定適用公務員法令之薪資定義辦理。」認為適用公務員法令計算之。

（二）特別休假之計算方式

至於對於特別休假之計算方式，勞委會則以（80）台勞動二字第 09963 號函表示：「公務員兼具勞工身分者之產假或特別休假，可於各該假別權利產生時，就公務人員法令與勞動基準法予以比較擇優適用。」認為特別休假屬但書所謂之「其他勞動條件」，而得擇優適用。

（三）資遣

而對於資遣之問題，行政院（76）台人政肆字第 12298 號函表示：「公營事業機構公務員兼具勞工身分人員之資遣事項，應涵蓋於勞動基準法第八十四條所定『任（派）免』事項範圍內，適用公務員法令之規定。」認為資遣屬於本條本文所定之範圍，故依公務員法令處理。在實務上的案例則有台北地院九六勞訴字第二二〇號判決表示：「原告係公務員兼具勞工身分，依勞動基準法第 84 條規定，有關其派免事項，應適用公務員法令之規定。而規範派用人員之『派用人員派用條例』，關於派用人員之資遣，並無明文規範，依同條例第 10 條規定，應準用公務人員有關法律之規定。又銓敘法規中有關公務人員之資遣，係於公務人員任用法規定之。準此，有關派用人員之資遣，即應準用公務人員任用法第 29 條第 1 項規定：『各機關公務人員，具有左列情形之一者，得由機關長官考核，報經上級主管機關核准，予以資遣……』辦理。據此規應，公營事業就其所屬具公務員身分勞工之資遣，即應先報請其主管機關核准後，始得資遣該勞工。本件原告既為被告所屬具公務員身分之勞工，依上開說明，資遣原告，自應先經被告之主管機關即退輔會核准後，始得通知原告予以資遣，並不得由被告逕行發布

資遣原告之人事命令。」台北地院亦肯定對於資遣之事項應適用公務員法令之規定，準用公務人員任用法第 29 條第 1 項規定之結果，因本件尚未經被告之主管機關核准，故其資遣命令乃為無效。對於此判決之見解，有學者肯定之⁵⁴⁷。

（四）勞工轉變為公務員兼具勞工身分者之勞動條件

此外，在早期尚有許多函釋係針對勞工轉變為公務員兼具勞工身分者之勞動條件作出解釋，例如勞委會對於其退休金核算方式以（85）台勞動三字第 109171 號函表示：「修正公務人員退休法第十六條之一第一項規定：「公務人員在本法修正施行前後均有任職年資者，應前後合併計算。但本法修正施行前之任職年資，仍依原法最高採計三十年。本法修正施行後之任職年資，可連同累計，最高採計三十五年。」故勞工改變為公務員兼具勞工身分者，屬於公務員兼具勞工身分之年資，依公務員法令規定辦理，不足公務員退休年資上限者，就其不足部分，再因以其曾任勞工之年資，依勞動基準法及其施行細則規定核給退休金。」亦即將其年資分為二部分，對於屬於公務員兼具勞工身分之年資依公務員法令規定辦理，但不足公務員退休年資上限之部分，得再以其任純勞工之年資依勞動基準法之規定計算之。嗣後又在（85）台勞動三字第 136735 號函中對最高年資之計算方式表示：「係指公務員兼具勞工身分者於公務人員退休法修正施行前之年資併同純勞工年資最高以三十年為限，至於連同修法後之年資最高採計為三十五年。」認為修法前之年資以三十年為限，但連同修法後之年資，最高則可為三十五年。

另關於此種有身分轉換情形之資遣費的計算，在勞委（76）台勞動字第 0965 號函中認為：「若該事業單位適用之資遣辦法，對於『勞工』部分年資與『公務員兼具勞工身分者』之年資，有併計資遣費之規定，則依其規定辦理；若無併計規定者，則於其嗣後資遣時發給資遣費，其標準依不同身分階段分別計算，即屬於『勞工部分』之年資，依勞動基準法規定辦理，屬於『公務員兼具勞工身分』之年資，依公務員法令規定辦理。」認為事業單位若有併計規定時則採之，若無併計之規定則分段計算。

四、對於「從優原則」適用之解釋與修法意見

雖然本條但書規定「但其所他定勞動條件優於本法規定者，從其規定」，而為所謂的「從優原則」，但優與劣應如何認定？以產假為例，依勞動基準法第五十條之規定，產假原則上為八星期，但勞工年資未滿半年者，產期期間之工資減半發給；相對於勞基法，公務員請假規則第三條之規定，予以產前假七日及產後假四十二日，但並未有年資未滿半年者工資減半發給之限制。而在事假之情形，

⁵⁴⁷ 劉士豪，「公務員兼具勞工身分者之資遣方式」，台灣法學雜誌 123 期（2009 年 3 月），183-184 頁。

依勞工請假規則第七條之規定，一年內不得超過十四日，且事假期間不給付工資；公務員請假規則第三條則規定每年准給七日，但對於七日內之事假仍給付工資，換言之，得請超過七日之事假，只不過會按日扣除工資。在此種情形，應如何適用從優原則？雖有下列三種見解⁵⁴⁸，但尚未形成定論。

第一說乃為「整體之比較」，亦即將勞基法（包括勞工請假規則）與公務員請假規則作整體之比較，適用較優之勞基法或公務員請假規則。然就上述的產假與事假作比較，雖勞基法之產假規定優於公務員請假規則，但對於產假之規定則是公務員請假規則勝出，此時應如何作整體之比較？

第二說為「相關事項之比較」，即針對勞基法（包括勞工請假規則）與公務員請假規則中與爭點有客觀關連性之部分作比較，一旦選擇其一，則必須整體適用。如以上述產假之規定為例，對於年資未滿半年者，究竟是依公務員請假規則享六個月之全薪產假較為有利，抑或是依勞基法享八個月之半薪產假較為有利？仍無法順利解決問題。

第三說則為勞工可以同時選擇適用勞基法及公務員請假規則中對自己有利之部分，若亦以產假為例，則允許該公務員兼具勞工身分者得享有八週之全薪產假。雖此說本說最保護勞工，優劣之比較亦極為清楚，但卻將同一勞動條件分別適用不法之法令，而有割裂法源整體性之缺點。

而就立法論而言，從上述的函釋內容可以發現本條之規定除了將公營事業之勞工區分為公務員兼具勞工身分與純勞工兩種，其各種給付乃有所相異，且若其身分發生變動時，關於勞動條件之規範更是成為問題，而易生管理上之紛爭與困擾。此外，為區分其身分而決定勞動條件之歸屬及何種其他勞動條件優於勞動基準法之規定，在實務上會產生困難及增加管理成本。故有論者以為本條之規定是否有其必要性乃值得商榷，因國公營事業多為生產事業，從而其勞工之各種勞動條件乃均以適用勞動基準法之規定為宜⁵⁴⁹。

第八四條之二（工作年資適用法令之標準）

勞工工作年資自受僱之日起算，適用本法前之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依其當時應適用之法令規定計算；當時無法令可資適用者，依各該事業單位自訂之規定或勞雇雙方之協商計算之。適用本法後之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依第十七條及第五十五條規定計算。

⁵⁴⁸ 劉志鵬，『勞動法解讀』（元照，1999年7月），6-7頁。關於「從優原則」之適用及解釋方法，亦得類推適用學說上關於勞動法法源中之「有利原則」的論述，詳請參：拙著，『勞動法（修訂再版）』（空中，1997年5月），106-108頁。

⁵⁴⁹ 林振賢，『新版勞基法的理論與實務』（捷太，2003年9月），514頁。

一、本條文之產生背景

民國七四年二月二七日訂定之勞基法施行細則第二八條規定：「本法施行前在同一事業單位工作之勞工，於本法施行後退休時，其退休金之計算，依左列規定辦理：一、本法施行後之工作年資，其退休金給與標準，依本法第五十五條規定計算。二、本法施行前之工作年資，其退休金給與標準，適用臺灣省工廠工人退休規則或臺灣省礦工退休規則者，依其規定計算；不適用各該規則規定者，依各該事業單位自訂之退休規定計算。但無自訂退休規定或其退休規定低於各該規則規定之計算標準者，應比照臺灣省工礦工人退休規則之規定計算。」「依前項規定計算之退休金，最高總數以四十五個基數為限。但事業單位原訂退休標準優於本法者，從其規定。」本條第一項第項款但書之「比照」規定，等於將工廠法、臺灣省工廠工人退休規則所定退休金給付標準，溯及適用於原本不適用工廠法、臺灣省工廠工人退休規則之事業單位，故施行之初即在實務上引來相當大的爭議。

就此，不少司法判決表明勞基法施行細則第二八條規定逾越母法、違反法律保留原則。民國七七年七月十三日行政院 77 年 7 月份庭長評事聯席會議甚至作出決議指出：「勞動基準法施行細則第二十八條第一項第二款係規定原適用工廠法之事業單位，於勞動基準法施行後，關於該法施行前工人工作年資、工資計算之標準，非謂該法施行前，法律原無規定給付員工退休金之事業單位，依該法施行細則規定，可追溯並創設發給員工退休金。按該施行細則係基於勞動基準法第八十五條委任而訂立，依中央法規標準法第三條規定，性質屬命令。法律規定使原無義務之人溯及的負擔義務，影響權益至鉅，故其規定必須明確。勞動基準法第五十五條既未明確規定，溯及並創設原無法律規定給付員工退休金之事業單位於勞動基準法施行後，對該法施行前之員工工作年資仍應給付退休金，則該施行細則第二十八條第一項第二款但書規定之溯及及創設效力，顯然超越勞動基準法委任範圍，依憲法第一百七十二條規定，應為無效。」

面對這樣的情勢發展，勞工行政主管機關之立場，遂由民國七四年八月十三日（74）台內勞字第 335546 號：「查勞動基準法施行細則係依據勞動基準法第八十五條授權訂定，具有補充法律之效力，該法施行細則第二十八條規定，事業單位有遵從之義務。」的支持捍守，轉而變成行政院勞工委員會民國七八年四月七日（78）台勞動三字第 08408 號：「一、查勞動基準法施行細則係經行政院核定，並經送請立法院備查，凡適用本法之事業單位，均應依該施行細則第廿八條之規定辦理，在該施行細則未修正前，仍應督責事業單位依該規定辦理。二、法院之判決，係法官基於獨立審判原則，個案判決雖其間或有對勞動基準法施行細則第廿八條作不同之判決，惟其判決僅羈束繫屬個案，不宜作為通案處理之依據。」有所保留。

最後，提出修正草案，於勞基法第八四條之二規定：「勞工工作年資自受僱

之日起算，適用本法前之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依其當時應適用之法令規定計算；當時無法令可資適用者，依各該事業單位自訂之規定或勞雇雙方之協商計算之。適用本法後之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依第十七條及第五十五條規定計算。」，來處理於勞基法退休金工作年資分段計算之法令標準適用爭議⁵⁵⁰。

此一新增條文形同完全否定前述勞基法第二八條第一項第二款但書之比照規定，也使得實務就此所生之嚴重爭執暫告一段落。不過，勞基法上的年資概念以及關連的規範群，並未在此波討論中被意識到。

年資被廣泛運用於勞動關係中，影響勞工權益深遠，勞基法並相應設有諸多與年資相關之規定(年資規範群)，然而對於此一牽涉多數條文適用之重要概念，立法者未如同「勞工」、「雇主」、「工資」、「平均工資」、「事業單位」及「勞動契約」等用語般，在該法第2條用辭定義規定中給予總則性的定義詮釋，加上年資規定常常須搭配退休、資遣、特別休假等權利制度運作，始能看出其「討論實益」，論者遂常將其當成判斷權利資格或計算給付基數的技術性問題看待，而未正視其研究價值。

以致於年資問題所衍生的相關爭議不斷發生，這些爭議事例中較具代表性與討論價值者有三：其一，勞基法施行之初即發生，迄今仍懸而未解之兵役年資應否併計勞基法工作年資的爭議問題；其次，是配合民營化政策，公營事業移轉民營條例(以下簡稱民營化條例)第8條第3項，就移轉民營後繼續留用人員採行「結算年資」之特殊措施，因勞資雙方對於「就原有年資辦理結算」之法律意涵認知不一，造成該等人員適用勞基法相關規定--特別是特別休假及自請退休規定時，產生爭議。如何解決此等爭議，各界目前同樣尚無有共識，可是，立法院於本(93)年6月11日審議通過之勞工退休金條例，卻貿然地將「結算年資」措施當成勞工適用該條例前之工作年資權益的處理機制⁵⁵¹，此舉無異是無故吹皺一池春水，未來極有可能再度攪起「年資結清」的爭議風潮，「年資結算」之法律意涵與相關疑義之釐清工作，實事不宜遲；最後，近年來經營組織調整或變動頻繁，致企業外調職與經營組織變動之年資計算問題，常在實務上產生爭議。此等爭議問題之處理，牽涉到勞基法第20條及第57條規範作用與體系關聯，國內迄今仍少有完整討論，處於有待開拓之狀態。

⁵⁵⁰ 相關爭議經過及論點介紹，可參見：陳繼盛，「退休金分段計算問題之研討」，載於：氏著，『勞工法論文集』(陳林法學文教基金會，1994年6月)，263-275頁。

⁵⁵¹ 依該條例第十一條(特別是同條第三項)規定，該條例施行前已適用勞動基準法之勞工，於該條例施行後仍服務於同一事業單位，而選擇適用該條例退休金制度者，其適用該條例前之工作年資，應予保留，惟勞雇雙方得於勞動契約存續期間，約定以不低於勞基法第五十五條及第八十四條之二規定之給與標準予以結清。作此安排之理由略為：「依勞動基準法規定，勞工於退休或遭資遣時，雇主始有給付退休金或資遣費之義務，故不宜規定雇主於勞工選擇本條例之退休金制度時，應結清其年資。但如勞資雙方自行協商約定，勞動契約繼續存續，並先依勞動基準法規定結清保留年資者，不影響勞工之權益，應屬可行，爰為第三項規定。」。

以下僅就與勞基法第 84 條之 2 規定較為相關之兵役年資併計退休金給付年資之爭議，進行介紹與討論。

二、兵役年資併計退休金給付年資之爭議

(一) 兵役年資問題的發生原由

按四十三年八月十六日修正公布之兵役法第四十五條第一款規定，國民為國服兵役，應徵、應召時，職工准保留底缺年資；四十三年十二月四日修正公布之兵役法施行法第七十二條第一款規定，依兵役法第四十五條第一款所定應徵、應召在營服役之職工，其原屬機關或公私事業仍存在者，即依其原有職位、年資復職。因兵役法第四十五條第一款所稱「職工保留底缺年資」，並未明定其計算方法，為使各機關對服役年資之計算有一致標準可循，內政部乃於四十五年四月間邀請有關機關會商研究後決議：「職工在營服役之時間，應視為原機構服務之年資，與其入營前年資銜接合併計算。」，並由內政部以台（45）內役字第九〇六五四號分函各有關機關實施。前開函釋意見立論依據略以，公務人員之服務年資，係逐年累積計算，無論於何時離職，如再任職務時按資核階，有關法律均有規定，無須保留。由此可知，內政部當時對於兵役法第四十五條所定「保留底缺年資」之解讀，應係認為年資係指「勞動契約存續期間」而言，服役期間既依法保留「底缺」而勞動契約關係存續，其亦應視為原機構服務之年資。勞工行政實務遂逐漸確立：勞工服兵役之期間應併計為其事業單位服務年資之見解⁵⁵²。

嗣因勞基法於七十三年七月三十日制定公布，同年八月一日施行後，有關勞工工作年資之計算，該法第十條及其施行細則第五條業定有明文。爰內政部於七十五年間以行政院四十九年一月二十五日台四十九內字第〇四四八號令釋已時隔二十餘年，國內社會、經濟、政治環境均有重大變遷，如續予延用，似有不宣，報請行政院核示，案經該院以七十五年四月二十六日台七十五內字第八五四三號函復內政部，該部前對兵役法所作之解釋如予變更，當可本於職權衡酌勞動基準法有關年資之規定，自行為之。內政部乃以七十五年八月八日（七五）台內勞字第四〇八二九七號函釋「勞動基準法所稱勞工工作年資係指勞工於事業單位從事工作所累計之年資，勞工服兵役前後在同一事業單位之工作年資應予併計，惟勞工在營服役期間未於事業單位從事工作，該期間不得計入工作年資，事業單位如規定可併入計算，從其規定。事業單位於本解釋函發布前或經指定適用勞動基準法前，其僱用之勞工已在役或已役畢者在營服役期間仍視為原機構服務年資，併入工作年資計算。」（以下簡稱七十五年函釋）。

⁵⁵² 有關兵役年資可否併入工作年資之相關函釋整理，可參見：陳旻沂，『勞動基準法（二版）』（書泉，1998年10月，278頁以下；陳金泉，『勞動法一百問』（三民，2003年3月），17頁以下。

內政部七十五年的新函釋等於宣告了不再援用上開該部四十五及四十八年函釋見解。由於年資計算牽動雇主給付退休金等勞基法責任問題，內政部七十五年函釋作成後即不斷受到各界質疑，諸如，兵役年資併計工作年資之見解於法無據；主管機關如擬變更錯誤見解，依司法院釋字第二八七號解釋「行政機關就行政法規所為之釋示，係闡明法規之原意，應自法規生效之日起有其適用。」之見解，亦應以「勞基法公佈施行日」為基準日，其分段點之設定並無合理性；又勞工權益受影響的角度來看，七十五年函釋變更見解，使得勞工兵役年資無法再併計為工作年資所導致相關權利「減損」，有無信賴保護問題？由於各種法制難題相互糾葛而難解，以致於各界雖然不斷反映甚至訴請監察院糾正，爭議仍是未能獲得圓滿解決。

（二）司法實務對於兵役年資問題的見解立場

司法實務對於內政部七十五年函釋見解，有支持者，亦有否定者。

支持行政解釋見解者，如台灣高等法院 89 年勞上更字第 5 號民事判決：「依修正前兵役法第四十五條第一項規定及內政部七十五年八月八日（七五）臺內勞字第四〇八二九七號函並行政院勞工委員會八十一年六月十六日臺八一勞動一字第一七四三〇號、同年七月二十三日臺八一勞動一字第二一五八七號函釋，事業單位於上開內政部函發布前，或經指定適用勞動基準法前，所僱用之勞工已在役或已役畢者，在營服役期間仍視為原機構服務年資，併入服務年資計算。查陳錦堂自五十九年起即任職被上訴人公司，其間除服兵役外，從未間斷，至其八十五年請求退休時止，併計其在營服役期間，已達二十五年以上，顯已達退休年資並符合辦理退休請領老年給付之規定。」。

嗣後近似乎有不認同內政部七十五年函釋見解之趨勢，如最高法院九十一年度台上字第二二六〇號民事判決認為：「勞動基準法所稱勞工工作年資，係指勞工於事業單位從事工作之年資。修正前兵役法第四十五條（即現行法第四十四條）第一款雖規定：在營服役期間，職工保留底缺年資；惟此僅指勞工服役前後在同一事業單位從事工作之年資應予併計而言。勞工在營服役期間，既未於事業單位從事工作，除另有規定或別有約定外，自不能計入其工作年資。」；另台灣高等法院 92 年 4 月 15 日 91 勞上更 11 號民事判決亦持相類見解，可資參照。

（三）年資概念的觀念釐清

兵役年資併計工作年資之爭議事例中，論者們所爭執者乃勞工因服兵役留職停薪（保留底缺年資）期間應否採計為工作年資，而得相應地轉化為相關權利取得要件或給付成數？此涉及年資之認定與採計標準的問題，須在觀念層次上作些

釐清說明：

首先，勞基法第五七條規定：「勞工工作年資以服務同一事業者為限。但受同一雇主調動之工作年資，及依第二十條規定應由新雇主繼續予以承認之年資，應予併計。同法施行細則第五條第一項明白規定：「勞工工作年資以服務同一事業單位為限，並自受僱當日起算。」。所謂「服務同一事業單位」之規定文字，在理解上存有模糊空間，採計年資所須依憑之「服務」事實，究係是指「契約關係存續」(「自受僱當日起算」)抑或是指「實際工作」(「服務同一事業單位為限」)的事實，解讀上易見仁見智。

其次，兵役法時期的解釋態度，基本上認為既稱「保留底缺年資」，只要雇用關係存續就有底缺（對事業單位享有一定之雇用地位），有底缺就有年資，可謂是極端偏向強調社會性保障的立場，有其時代背景。然而，隨著時代變遷，年資權利的對價性要求程度轉變而趨於嚴格，致社會開始出現質疑留職停薪期間計入工作年資享有相關權利之妥適性，蓋以留職停薪期間較長且對事業單位並無勞務貢獻，加上勞基法相關規定明文要求勞工須「(繼續)工作」滿一定期間（參見勞基法第五十三條、第三十八條第一項序文），年資權利之社會保障色彩遂逐漸淡化，社會觀念改接受須有「實際工作」之期間始算入工作年資之見解。

兵役年資併計工作年資之爭議事例，基本上反映了年資權利的對價性要求程度因時代變遷而轉變，致形成於不同時代之價值態度（偏對價性或偏社會性），成為二種相互衝突的見解主張。惟值得注意的是，勞基法相關規定雖然強調年資權利之對價性，但仍未嚴格到按實際工作日核實計算之程度，仍具有一定程度的社會性妥協。為避免年資採計標準未臻明確致生爭議，晚近立法如育嬰留職停薪實施辦法第四條明文規定：「育嬰留職停薪期間，除勞雇雙方另有約定外，不計入工作年資計算。」，然勞基法所謂工作年資究係取決於「勞動契約關係存續」的事實，抑或是指「實際從事工作」的事實，仍是未得到釐清。

而「年資」一詞原係社會生活通俗用語，並非精確的法律用語，為求能明確區分討論議題，避免歧義，應視年資權益的規範需求視年資在各該制度中所扮演的功能作用類型不同，而對「年資」概念作不同規約定義或觀念層次的區分，精確地表達系爭年資爭議問題，才不致於發生誤解。

一般所廣泛使用的「年資」用語，對應年資權益規範需求，可在相關法律制度上區分出「事實年資」、「人事考量權數年資」（簡稱「權數年資」）及「決定給付地位年資」（簡稱「給付年資」）等更精確的指稱方式。茲將三者概念及其間之相互關係介紹如下：

一位勞工的服務資歷有多長？實屬一項事實認定問題，用以指稱勞工工作資歷事實的年資概念，即為「事實年資」。而計算「事實年資」的起訖疆界，有以勞動市場為之者，亦有以企業、部門或雇主為之者。「事實年資」與不同性質的

權利制度相互結合為用，則產生不同性質的年資概念，如「權數年資」及「給付年資」等。亦即，「事實年資」係勞工能相應享有退休金、資遣費權益之「給付年資」的基礎，對於同一段「事實年資」基本上不能重複評價、雙重給付（參見台灣高等法院高雄分院民事判決九十二年度勞再易字第一號）。

其次，「權數年資」的概念係指，企業的人事措施將本質上只是一項客觀存在事實之「工作年資」運用作為人事決定取捨因素。若其權衡結果並非刻意歧視某一類勞工，或使過去的歧視更加根深柢固，法律對於此等事實認定及運用問題，並無特別加以規範之必要。亦即，「權數年資」的運用主要涉及平等待遇問題。

至於，「給付年資」係取得給付權利及決定給付基數的關鍵。當「年資權利」所附生之生活關係「發生斷裂」時，如何處理該等年資權益之問題亦會伴隨發生。民營化試圖以「年資結算」作法切斷原有勞動關係而產生種種問題，即是一例。故「給付年資」其採計方式、計算起訖點、保留承認（年資紀錄所累積的權利應由何人負擔）等年資確認規則，牽動勞資雙方權利義務，須加明確規劃。

「給付年資」概念突顯出，年資的出現與生活關係的「繼續性」特質關係密切，若無「持續進行」的共同生活關係，「年資」概念及無從附麗，而生活關係的「持續存在」提供人們以時間演化因素建構權利制度的可能環境，故在繼續性法律關係之勞動生活中創造出各種以「年資」為基礎的權利制度，靠年資忠實紀錄權利資格的消長程度，權利的取得不再限於全有全無的模式，而是介於全有全無狀態間動態的漸進成長變化過程。換言之，理論建構上有必要考慮年資權利有可能因時空變化而無法繼續累積時該如何處理之問題（學理稱為期待保障問題）。

經由上述年資概念區分可知，年資為勞工與事業單位間存有特定聯繫關係之客觀事實，至於此段年資轉換成具體權利時該享有何等資格，如該否採計為退休金計算年資？該以何等標準換算基數？係屬年資之客觀基礎事實如何轉換成為具體權利資格之問題，不應與年資定義與認定問題相互混淆。

亦即，所謂是否併計年資問題事涉：年資之定義與認定原則為何？以及依法該如何採計退休金等權利之年資？等兩個不同層次之問題，前者屬客觀事實認定問題，並無協商計不計入之問題；後者始有協商如何計入之問題。

此外，公營事業移轉民營條例施行細則第 16 條規定所稱「結清年資，辦理給付」等語，其所欲規範者應係「給付年資」而與「事實年資」的採計問題無涉，蓋「工作資歷」是一項事實只有認定起訖之問題，實無從「結清」。公營事業員工於移轉民營後適用勞基法時，因勞基法對於各種權利之工作年資（事實年資）採計以同一雇主或事業單位為原則，故勞工各項「與年資掛勾的權利」（如特別休假；自請退休）的年資認定問題，應屬事實認定問題，視民營化前後之工作資歷可否認定成為同一事業單位或雇主服務之工作資歷而定。

同理，勞工退休金條例第十一條第三項允許勞資雙方約定以不低於勞基法規定標準結清保留年資，其所結清者應係「給付年資」，而非「事實年資」，故對於以「事實年資」為取得要件或權利資格計算標準之權利，如須「繼續工作」滿一定期間始得取得之特別休假權利，以及自請退休權利之工作年限計算，應不生影響。

三、本條文之實務操作觀察

勞基法第八四條之二規定：「勞工工作年資自受僱之日起算，適用本法前之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依其當時應適用之法令規定計算；當時無法令可資適用者，依各該事業單位自訂之規定或勞雇雙方之協商計算之。適用本法後之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依第十七條及第五十五條規定計算。」，其所規範之問題係作為資遣費、退休金等給付基數計算問題，即「給付年資」採計問題，相對於此，勞基法施行細則第五條係規定勞工全部工作年資之計算準則，為「事實年資」認定問題，二者規範目的有別，不宜未加區分而併同引用。

正確意識及此的判決，臺灣臺北地方法院民事判決八十九年度勞訴字第二九號指出：「按勞基法第八十四條之二規定：勞工工作年資自受僱之日起算，適用本法前之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依其當時應適用之法令規定計算；當時無法令可資適用者，依各該事業單位自訂之規定或勞雇雙方之協商計算之。適用本法後之工作年資，其資遣費與退休金給與標準依第十七條及第五十五條規定計算。是適用勞基法計算資遣費，其用以計算基數之工作年資，以開始適用該法後之年資為限。至勞基法施行細則第五條規定係勞工全部工作年資之計算準則，並非計算法定資遣費之標準。」

另臺灣新竹地方法院民事判決九十一年勞再易字第一號認為：「從上開條文觀之，工作年資係自受僱之日起算，並未如同條後段就資遣費、退休金給與標準，區分適用勞動基準法前後而有不同之計算方式，而一律自受僱之日起算，亦即就工作年資一節，前開條文係採自受僱日起合併計算年資之原則，尙與該條後段就資遣費、退休金給與標準，採用分段適用原則有所不同。此係就工作年資之計算，以法律明定，可溯及於勞動基準法施行前，殆無疑義。本法既就工作年資一律採用自受僱之日起算，基於保障勞工權益，如試用期間屆滿，經雇主予以留用者，其試用期間年資自應併入工作年資計算，即內政部七十四年九月九日（74）台內勞字第三四四二二二號函釋亦同此見解。且勞工於試用期間，已受雇主之指揮監督，聽從雇主之指示而服勞務，其與雇主間實已存有勞動契約之關係，此種特殊的試用期間之勞動關係，除因存有『試用目的』，雇主得隨時解雇勞工，而與一般勞動契約不同外，其他勞動條件應無不同，是以試用期間自屬『受僱之日』，益見試用期間年資併入工作年資計算，尙屬適當。從而，原審基於其確信，認再

審被告於試用期間屆滿，經再審原告予以留用，其試用期間年資自應併入工作年資計算，於法並無違誤。」，可資參照。

四、勞基法年資規範的未來研究課題

除了前述之年資概念觀念性區分探討之外，勞基法年資併計規範之體系關連理解亦是一個重要但長期受忽略的問題。勞基法第十條、第二十條、第五七條、第八四條之二及同法施行細則第五條規定，均涉及年資認定併計問題，構成一年資併計規範體系，可簡要整理如下：

勞基法年資認定問題的相關規定內容整理

勞基法年資認定問題的相關規定及其內容	依據	干擾年資認定的事實因素	併計年資的要件	規定內容
	勞基法§10	※契約形式與簽訂的次數	定期契約屆滿後或 不定期契約因故停止履行後，未滿三個月而訂定新約或繼續履行原約	『定期契約屆滿後或不定期契約因故停止履行後，未滿三個月而訂定新約或繼續履行原約時，勞工前後工作年資，應合併計算。』
	勞基法§20	※事業單位改組或轉讓而雇主變更	事業單位改組或轉讓+留用	『事業單位改組或轉讓時，…其留用勞工之工作年資，應由新雇主繼續予以承認。』
	勞基法§57	※調動 ※事業單位改組或轉讓而雇主變更	受同一雇主調動 事業單位改組或轉讓+留用	『勞工工作年資以服務同一事業者為限。但受同一雇主調動之工作年資，及依第二十條規定應由新雇主繼續予以承認之年資，應予併計。』
	勞基法§84-2；勞基法§細則5	※勞基法適用前後	在同一事業單位工作	『勞工工作年資以服務同一事業單位為限，並自受僱當日起算。適用本法前已在同一事業單位工作之年資合併計算。』

然而，由於實務或學界向以第二十條為討論焦點，且將該條體系理解成同法第十一條經濟性終止事由規定之一環，希望藉以避免第二十條與第十一條第一款均有「轉讓」概念所可能衍生之擴張終止事由疑慮。在此種體系定位與問題定調

的前提下，第二十條規定自始即被認為是有瑕疵、難以合理詮釋之問題規定，繼而後續發展上陷於規範功能不彰、操作適用問題不斷、修法建議不絕的狀況，而少有人反思究竟是第二十條規定本身出了問題，還是我們對該規定的體系定位方式出了問題。晚近，關係企業、控股公司的雇用型態興起以及企業外調動頻繁，勞基法第五七條但書前段「受同一雇主調動之工作年資…應予併計」規定如何操作問題，在實務上受到注意⁵⁵³；又勞基法主管機關勞委會業已政策上決定、推動包含第二十條在內的勞基法勞動契約章修法工作，故實應配合此一動向正視思考勞基法年資併計規範之體系關連問題。

我國勞基法存有諸多民法所無的年資併計規定，重視年資保護可謂係我國勞動法制之一大特色。故學者陳建文認為此條非常具有自己特色的本土規定，提供了一個非常理想的出發點，可以用來發展、建立具有勞動法獨特性之思維方式與推理方法。亦即，年資相關規範彼此間所蘊藏的獨特思維方式與推理方法，提供了讓勞動法走出不同於民法的法理發展可能潛在契機，如能妥加運用將有助於適度地擺脫民法規範思維在勞動關係規範問題上的不當糾纏，讓勞動法相關法理的發展走出「青藍相混而難分」的窘境，而更臻「青出於藍而勝於藍」的境界⁵⁵⁴。

依其構想，勞基法年資併計規範可以「勞動關係認同爭議」的問題統稱，尋求體系關聯理解。蓋年資併計問題的類型事實上並未被勞基法第五七條構成要件所完全涵蓋，除該條但書所示之「受同一雇主調動」及「事業單位改組轉讓被留用」二種類型外，同法第十條另規定定期契約屆滿後或不定期契約因故停止履行後，未滿三個月而訂定新約或繼續履行原約時，勞工前後工作年資應合併計算。又行政函釋尚出現事業單位納入勞基法適用前後年資應否併計問題，亦即同法第八四條之二以及同法施行細則第五條「適用本法前已在同一事業單位工作之年資合併計算」規定之解釋適用問題。

其次，綜合這些年資併計事由類型規定加以觀察，立法者凝結出「同一(性)」這個不確定法律概念，作為處理年資併計問題的規範符號。歸納其規範需求，全係因為時間因素介入，使得勞動關係因經營組織、法律適用狀態或是契約形式上更換，在客觀上出現前後變動現象，進而產生變動前後兩者是否仍為同一的認定需求。

因此，對於「同一雇主調職年資併計問題」、「事業單位改組轉讓年資併計問題」、「勞動契約屆滿或因故停止履行未滿三個月續訂新約年資併計問題」以及「事業單位適用勞基法前後年資併計問題」，這四種問題類型的處理，應該併予觀察，了解其間的共同問題結構，進而統合在一個觀念架構下來思考解決之道。

⁵⁵³ 有關司法實務操作方式及其問題討論，可參見：陳建文，「勞動基準法第 57 條之規範功能與操作原則/台北地院 97 勞訴 77 裁判簡評」，*台灣法學雜誌*第 138 期(2009 年 10)，237 頁以下。

⁵⁵⁴ 參閱：陳建文，「工資除外規定」與「年資併計規範之體系關連理解」/臺灣臺中地方法院民事判決 98 年度勞訴字第 97 號」，*台灣法學* 161 期(2010 年 10 月)，176-177 頁。

有鑑於立法者已透過規定文字提出「同一（性）」概念，標示相關因素變動前後之年資相關權益究竟是斷裂或延續的爭議問題，吾人進行整體觀察思考時，自然得順理成章地以「同一性」為核心觀念，將這些問題合稱為「勞動關係認同爭議」，建立運作上的體系關聯理解（其各類型認同爭議的思考問題表列如下圖），來探討其解決方法。

勞動關係認同爭議的思考問題：在遇有造成認同爭議的變動因素時，勞動關係的「基礎性權利地位」可以保持同一性而延續累計嗎？					
認同爭議的事由類型	1. 受同一雇主調動前後	2. 事業單位改組後留用勞工	3. 事業單位轉讓後留用勞工	4. 勞動契約屆滿或因故停止履行未滿 3 個月續訂新約年資併計問題	5. 事業單位納入勞基法適用前後勞工受雇於同一事業單位
造成認同爭議的變動因素	勞工於經營組織的配置狀態被轉換	資產運用組合變動，造成勞工於經營組織的配置狀態調整	資產運用權限移轉（如所有人變更），造成雇方契約當事人變更	換約的形式變動，造成契約存續期間的出現間隔不連續現象	法律適用狀態變更 另前 4 種認同爭議的變動因素，都有可能與此類認同爭議因素同時存在

認同問題必須透過差異的辨別方能體現其意義，故不宜以定義、解釋或是法人格有無變更等僵固標準，作為處理工具。「認同」(identity) 一詞的最初語意，同時融會包含著 self (本身) 與 same (相同的)。認同來自於社會的經驗和活動過程，每一個個體的認同，乃是個體與過程（作為整體）之關係、以及在這過程中與其他個體的關係。用另一個角度來說，認同問題衍生自個人所參與其中的各類不同生活關係，所以認同的建構是關係取向的 (relational)，必須在複雜牽連之中找尋彼此有何共同之處、有何區別之處，藉由與他者有所差異的相關象徵記號 (symbolic marking) 確認其在時間空間上的存在⁵⁵⁵。

所以，「認同」也常被用來指稱一種有疑問的不確定狀態，其特色在於：在變動不定的、流動的、氣氛中，認同可以為人們提供某種必然性。亦即，「認同」

⁵⁵⁵ 韓建慧，『全球化下的國家認定—台灣大學生西進意願之研究』（東吳大學社會學系碩士在職專班碩士論文，民國 96 年 7 月），9 頁。

提供了一種給事物定位的特定焦點，來彰顯觀察對象本身於特定動作或時點前後彼此狀態的關聯，藉以判斷其是否仍為同一⁵⁵⁶。

總結而言，認同必須透過差異的辨別方能體現其意義，定義、解釋或是法人格有無變更等僵固的標準，都不是處理認同問題的合宜工具。由於現象世界由不斷變化的因和緣聚集而生，現象本質上是以一種相依的模式而存在的，所以認同爭議的解決方法，就是從變動調整時的「因緣際會」，抽絲剝繭、交互比對，判斷是否具有「同一性」。

同一性認定問題的操作方式，必須採取關係取向的思維，在複雜牽連之中，藉由認定事例本身於特定動作或時點前後彼此狀態的關聯，來形成一種給事物定位的特定焦點，藉以判斷其是否仍為同一。

⁵⁵⁶ Kathryn Woodward 等著，林文琪譯，『身體認同一同一與差異』（韋伯文化，2004年9月），1-2頁。