

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—工資工時子計畫

計畫類別： 個別型計畫  整合型計畫

計畫編號：NSC 96-2414-H-034-002-MY3

執行期間：96年8月1日至99年7月31日

計畫主持人：林佳和助理教授

共同主持人：陳彥良副教授

計畫參與人員：

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)： 精簡報告  完整報告

執行單位：國立政治大學

中 華 民 國 100 年 4 月 22 日

## 中文摘要

在勞動基準法註釋之整合型計畫下，本子計畫之研究範圍與重點主要是有關工資與工作時間，共分三年逐步進行下列事項之研究：工資基礎理論、基本工資之保障、工資給付方式、延長工作時間之給付標準、工資保護原則、特殊工資、工作時間基礎理論、正常工作時間、變形工作時間、彈性工作時間、休息時間、例假與休假、特別休假、請假、特殊工作時間。

## 英文摘要

Under the integral research project “Commentary on Labor Standards Act(LSA)”, this subproject set its research point on the wages and working hours. Within three years this project will step by step make its research focus on the following issues: basic theory of wages, method for payment of wages, criteria for payment against overtime, principles of wages protection and security of wages, particular forms of wages, basic theory of working hours, averaging working hours, variable working hours, flexible working hours, rest periods, weekly rest and holidays, vocations, particular forms of working hours.

## 關鍵詞

勞動基準法、工資、工時

## Keywords :

labor standard act, wage, working hours

第一章 勞動基準法工資工時概論 - 勞動契約暨勞動保護法體系中的工資工時
第二章 工資理論體系
第一節 工資保障（一） - 最低工資之實的基本工資制度
第二節 工資保障（二） - 工資內容合理性控制
第三節 同工同值同酬原則
第四節 工資風險原則
第三章 工時理論體系
第一節 彈性工時制度
第二節 部分工時制度
第三節 請假制度
第四節 特殊問題：勞動基準法第 84 條之一的責任制工時
第四章 實務問題解析：行政機關解釋函令與學說爭議整理

## 第一章 勞動基準法工資工時概論 - 勞動契約暨勞動保護法體系中的工資工時

### 一、勞動契約的成立

#### 〈一〉主契約義務的合意

勞雇雙方的勞動關係，始於勞動契約的成立，而所謂的勞動契約，乃是約定勞工為雇主從事工作、獲致工資的契約。依照一般的民事法理，只要當事人間就契約的主要權利義務事項，一般認為，只要就「為雇主服勞務」及「獲取工資」這兩點形成合意〈學說上稱之為主契約義務〉，便認為勞動契約關係成立。這兩項勞動契約的主要內容與特徵，也正是勞動契約與其他契約區別之處，例如

- 提供勞務，但不是為雇主，則可能是委託、承攬等的法律關係，
- 不是獲取工資，而是工資以外的報酬，則可能是委託、承攬、甚至買賣的契約關係。

在判斷所處理的問題上，當事人所涉及的是否是勞動契約的法律關係，當事人是否是勞工或雇主時，這兩項契約特徵的判斷十分重要，例如常見的工程下包、家庭代工、論件論工論日的計酬，經常發生究竟是否是勞動契約的爭執，而困惑於能否適用勞動相關法令。通常而言，提供勞務的一方，談到權益的保障〈例如發生職業災害時〉，總希望自己具有勞工的身分，而雇主當然強調兩者間非屬勞動關係，反之，談到被他人的指揮監督，提供勞務者就不願意自己是一般勞工了。總而言之，貫穿這兩項勞動契約特徵的主軸，學說上稱之為「從屬性」，包括

- 人格上的從屬性：提供勞務，在人格上必須受對方的指揮監督與支配管理。
  - 經濟上的從屬性：提供勞務者仰賴工資為經濟上的主要收入來源。
- 必須謹慎的根據這些原則作判斷，才能正確的理解勞動契約與關係。

此外，有關勞動法律關係的事項相當廣泛而龐雜，事實上亦不只提供一定的勞務及約定工資兩者，而在勞動基準法施行細則第7條中，就洋洋灑灑的規定道：

「勞動契約應依本法有關規定約定左列事項：

- 一、工作場所及應從事之工作有關事項。
- 二、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。
- 三、工資之議定、調整、計算、結算及給付之日期與方法有關事項。
- 四、有關勞動契約之訂定、終止及退休有關事項。
- 五、資遣費、退休金及其他津貼、獎金有關事項。
- 六、勞工應負擔之膳宿費、工作用具費有關事項。
- 七、安全衛生有關事項。
- 八、勞工教育、訓練有關事項。
- 九、福利有關事項。
- 一〇、災害補償及一般傷病補助有關事項。
- 一一、應遵守之紀律有關事項。
- 一二、獎懲有關事項。
- 一三、其他勞資權利義務有關事項」

換言之，本條詳細的列舉所有有關勞動生活及關係中涉及的事項，明白列示可以作為勞動契約的規範內容，足供參考，當事人亦可根據需要，作法律以外的不同約定，但基本上這並不是成立勞動契約的必要要式，當事人間沒有就一些事項作約定，也不會影響作為勞動契約的法律效力，應加注意。

## 〈二〉定期與不定期契約

一般僱傭契約與勞動契約的特點，就是當事人約定一方不定期的提供勞務，這也就是學說上將之稱為「繼續性的法律關係」的原因，換言之，在勞動契約的本質上，它與銀貨兩訖的買賣契約之一時性不同，強調的是繼續性、持續性，這正是勞動契約以不定時、不定期契約為原則之故。相對的，在理論及法律政策的思維上，「定期契約」都是相對性的例外，法律的基本決定，通常不是去限制定期契約的必要締結原因，就是去規定它的最長期限，換言之，必須嚴加規範，防止當事人〈特別是雇主〉為了避免法定的一些義務，例如解僱時的資遣費，卻將本來是不定期勞動契約改為連鎖的定期契約，不斷的加以更新、連續下去，規避法定的義務。勞動基準法第9條規定：

「勞動契約，分為定期契約及不定期契約。臨時性、短期性、季節性及特定性工作得為定期契約；有繼續性工作應為不定期契約。定期契約屆滿後，有左列情形之一者，視為不定期契約：

- 一、勞工繼續工作而雇主不即表示反對意思者。

二、雖經另訂新約，惟其前後勞動契約之工作期間超過九十日，前後契約間斷期間未超過三十日者。

前項規定於特定性或季節性之定期工作不適用之。」

在判斷雇主要求締結定期契約的合法性上，必須審查是否符合本條所稱之臨時性、短期性、季節性及特定性的特徵，這是法律要求以保護勞工、維持勞工生計安定的考慮，當然，所締結的定期契約不符合此目的要件者，契約並不當然無效，而是視為以不定期限成立勞動契約，應加注意。在法律政策上，由於一般勞工的權利及社會保障，大都是根據其不定期契約之特性作為基礎與出發點，使得雇主經常希望以定期契約的方式來規避某些義務，當然，也方便勞動力的更換，例如無須受解雇的限制、無須負擔資遣費，而能立即排除某些不適的勞動力。在解決失業問題的呼聲中，許多人要求擴大定期契約的類型，甚至全面開放定期契約的合法性，任諸當事人的約定與選擇，是一值得研究的課題。

## 二、工資的權利與義務

當事人締結勞動契約的主要目的，當然就是由勞工獲取工資，以滿足自己及家人的經濟需求，用學術上的術語來說，所謂供勞工個人及其家人之再生產所需。台灣國內現有約 2300 萬人口，仰賴工資或類似從屬性關係下之經濟收入維生者約有 900 萬，其他則多為不具謀生能力之未成年人或老人，可見工資在整個國計民生上的核心地位及重要性，也因此對勞工工資請求權的保障，變得十分的重要。勞動基準法第三章，特地對工資作有詳盡的規定，必須清楚地加以理解：〈以下之法條內容非完整，並作相關之說明〉

第 21 條 基本工資的保障〈所有勞動契約的工資均不得低於基本工資〉

「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。」

第 22 條 工資給付之主要方式

「工資之給付，應以法定通用貨幣為之。但基於習慣或業務性質，得於勞動契約內訂明一部以實物給付之。工資之一部以實物給付時，其實物之作價應公平合理，並適合勞工及其家屬之需要。

工資應全額直接給付勞工。但法令另有規定或勞雇雙方另有約定者，不在此限」

第 23 條 按月給付工資之原則

「工資之給付，除當事人有特別約定或按月預付者外，每月至少定期發給二次；按件計酬者亦同」

第 24 條 延長工作〈即俗稱之加班〉加發工資之原則

「雇主延長勞工工作時間者，其延長工作時間之工資依左列標準加給之：  
一、延長工作時間在二小時以內者，按平日每小時工資額加給三分之一以上。  
二、再延長工作時間在二小時以內者，按平日每小時工資額加給三分之二以上。  
三、依第三十二條第三項規定，延長工作時間者，按平日每小時工資額加倍發給之」

#### 第 25 條 同工同酬原則

「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資」

#### 第 26 條 工資不得預扣原則

「雇主不得預扣勞工工資作為違約金或賠償費用」

#### 第 27 條 主管機關命限期給付積欠工資權限

「雇主不按期給付工資者，主管機關得限期令其給付」

#### 第 28 條 工資之優先清償權

「雇主因歇業、清算或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分，有最優先受清償之權」

實務上關於勞動基準法工資一章的適用中，有幾項比較重要的地方，應該加以注意：

##### 〈一〉基本工資的保障

所有勞動契約，其所約定之工資絕對不得低於基本工資，低於其金額之約定無效，仍以基本工資為工資內容。實務上比較重要的，一方面是外籍勞工亦適用此基本工資的保障，再者，許多以業績作為工資計算標準的行業，常有所謂低於基本工資之底薪的設計〈如底薪 10000 元，其餘靠業績〉，必須加以注意。

##### 〈二〉加班工資的加給原則

第 24 條清楚的列舉平日及假日加班時，應加發工資的計算方法，非常清楚，但實務上經常出現雇主不遵守規定的情形，不是主張加班係勞工自願，無須多發工資，就是加班工資的計算完全與一般工資相同，遂產生相當多的爭議。

##### 〈三〉工資不得預扣原則

實務上仍然可以看到雇主將每月工資的一部份剋扣下來，作為許多名目之用，不論是預為違約賠償金、稅金、離職賠償等作準備，特別是出現在僱用外籍勞工的勞動契約上，基本而言，這些做法都是違反法律規定的。

#### 〈四〉命令限期給付原則

勞動基準法第 27 條規定，雇主只要不依期給付工資，主管機關便得介入，限期命令其給付，這幾乎是所有勞工法的規範中，唯一由勞工行政主管機關可以行駛的強制權，直接介入私法關係的權限，實務上，各勞工行政機關對於本條的運用亦相當活躍，姑不論其是否符合現代法治國的基本原則〈行政不得介入干預人民的私法關係〉，它至少相當程度的發揮了保護勞工工資請求權的功能，當然，時代越進步，效果便越不彰。

關於工資的計算，有一項相當重要的間接問題，就是所謂平均工資的計算。當勞工離職或退休，可以請領資遣費或退休金，或是受到職業災害而應由雇主支付補償時，都是以平均工資來作為計算基礎。簡單的說，平均工資就是平均每日或每月的工資總額，實務上最常發生爭執的，就是像加班費、交通費津貼、獎金等，是否能夠計算在內的問題。勞動基準法施行細則第 10 條，詳列了某些事項的給付不應列入所謂經常性給與之工資範圍，例如

「一、紅利。二、獎金：指年終獎金、競賽獎金、研究發明獎金、特殊功績獎金、久任獎金、節約燃料物料獎金及其他非經常性獎金。三、春節、端午節、中秋節給與之節金。四、醫療補助費、勞工及其子女教育補助費。五、勞工直接受自顧客之服務費。六、婚喪喜慶由雇主致送之賀禮、慰問金或奠儀等。七、職業災害補償費。八、勞工保險及雇主以勞工為被保險人加入商業保險支付之保險費。九、差旅費、差旅津貼及交際費。一〇、工作服、作業用品及其代金。」

這樣不區別不同行業的特殊情況〈例如業務為外出蒐集檢體者，差旅費是否應依併扣除〉，只依名目就拿來做為是否列入的標準，其實甚有不妥。日本國內採取「實際給付原則」，就是只要是計算期間內之所有給付，通通可以列入，因為平均工資的重要精神是要保障勞工之後的經濟安定，足供參考。

### 三、工時、休假、健康之勞動保護

基於勞動保護的目的，直接列入勞動契約主義務範圍中的契約事項，主要有工時、休假及健康保護的部分，這也是除了提供勞務與獲取工資之外，一般勞動契約關係中最重要問題，特別是所謂工時，從減少對勞動力的剝削、維護勞工的健康、促進勞工對家庭及社會生活的投入，到今天所謂促進勞工自決的目的，「雖縮短工時」一直是各國勞工運動最重要的行動目標，頗值注意。

#### 〈一〉工時

同樣的，勞動基準法中也有相當詳盡的對於工時的規定，必須加以清楚的理解：

#### 第 30 條 每週與每日法定工時

「勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每二週工作總時數不得超過八十

四小時。

前項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將其二週內二日之正常工作時數，分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時。但每週工作總時數不得超過四十八小時。

第一項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將八週內之正常工作時數加以分配。但每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時。

第二項及第三項僅適用於經中央主管機關指定之行業。」

### 第 30-1 條 變形工時

「中央主管機關指定之行業，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，其工作時間得依下列原則變更：

- 一、四週內正常工作時數分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時，不受前條第二項至第四項規定之限制。
- 二、當日正常工時達十小時者，其延長之工作時間不得超過二小時。
- 三、二週內至少有二日之休息，作為例假，不受第三十六條之限制。
- 四、女性勞工，除妊娠或哺乳期間者外，於夜間工作，不受第四十九條第一項之限制。但雇主應提供必要之安全衛生設施。」

### 第 32 條

「雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將工作時間延長之。

前項雇主延長勞工之工作時間連同正常工作時間，一日不得超過十二小時。延長之工作時間，一個月不得超過四十六小時。

因天災、事變或突發事件，雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，得將工作時間延長之。但應於延長開始後二十四小時內通知工會；無工會組織者，應報當地主管機關備查。延長之工作時間，雇主應於事後補給勞工以適當之休息。

在坑內工作之勞工，其工作時間不得延長。但以監視為主之工作，或有前項所定之情形者，不在此限。」

從這些詳盡的規定，我們可以看到現行法律對於每日最高工時、每週最高工時（當然，基於特殊的理由，我們是以兩週來計算），以及法律所容許在一定期間（目前是四週）以及一定理由（特殊行業、特殊性質工作）內的變形及彈性工時，也就是突破前面所說的每日及每週最高工時，雖然超出所規定的工時，但於一定的期間內透過休假等均衡回來，使得平均起來，仍然符合法定的最高工時限制。一般在國內的分類上，經常喜歡區分彈性工時與變形工時，基本上在國外則

只有所謂的彈性工時，姑不論名詞的差異及指涉為何，它指的都是將工時規定作彈性的處理，在產業非常強調彈性化生產方式的今天，最重要的「工作時間的彈性化」也變得極為受人注目，勞工運動對其之態度，也從二十世紀八十年代的抗拒排斥，到今天的希望主動形成，能在勞工能夠接受、符合勞工需求〈如家庭需求、社會生活需求〉的前提下，共同來建立工時彈性化的結構與制度，這樣的角  
度思維，其實很值得國內的參考。

## 〈二〉 休假

勞動基準法有關休假的規定如下：

### 第 36 條

「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假」

### 第 37 條

「紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假」

### 第 38 條

「勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作满一定期間者，每年應依左列規定給予特別休假：

- 一、一年以上三年未滿者七日。
- 二、三年以上五年未滿者十日。
- 三、五年以上十年未滿者十四日。
- 四、十年以上者，每一年加給一日，加至三十日為止」

### 第 39 條

「第三十六條所定之例假、第三十七條所定之休假及第三十八條所定之特別休假，工資應由雇主照給。雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給。因季節性關係有趕工必要，經勞工或工會同意照常工作者，亦同」

民國 91 年 1 月公佈施行的性別工作平等法中，對於特別攸關婦女生育假、育嬰假等，作了詳細的規定：

### 第 14 條

「女性受僱者因生理日致工作有困難者，每月得請生理假一日，其請假日數併入病假計算。

生理假薪資之計算，依各該病假規定辦理」

### 第 15 條

「雇主於女性受僱者分娩前後，應使其停止工作，給予產假八星期；妊娠三個月以上流產者，應使其停止工作，給予產假四星期；妊娠二個月以上未滿三個月流產者，應使其停止工作，給予產假一星期；妊娠未滿二個月流產者，應使其停止工作，給予產假五日。

產假期間薪資之計算，依相關法令之規定。

受僱者於其配偶分娩時，雇主應給予陪產假二日。

陪產假期間工資照給」

#### 第 16 條

「受僱於僱用三十人以上雇主之受僱者，任職滿一年後，於每一子女滿三歲前，得申請育嬰留職停薪，期間至該子女滿三歲止，但不得逾二年。同時撫育子女二人以上者，其育嬰留職停薪期間應合併計算，最長以最幼子女受撫育二年為限。」

勞工的休假權〈Recht auf Urlaub〉是勞工運動所爭取出之相當重要的歷史成果，我國選擇以法律強行規定的方式，而非先進國家常見的，由勞資雙方各依其產業特殊型態及勞工力量的強弱與否來作不同的區分，其實在我國的法律文化下，不失為一具有效能的決定方式。

#### 〈三〉健康保護

關於勞工健康及安全的保障，除散見於勞工安全衛生法、勞工健康保護規則等相關法規外，在勞動基準法中，主要係針對童工及女工的特殊保障：

#### 第 44 條

「十五歲以上未滿十六歲之受僱從事工作者，為童工。

童工不得從事繁重及危險性之工作」

#### 第 45 條

「雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。但國民中學畢業或經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康者，不在此限」

#### 第 47 條

「童工每日之工作時間不得超過八小時，例假日不得工作」

#### 第 48 條

「童工不得於午後八時至翌晨六時之時間內工作」

#### 第 49 條

「女工不得於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但經取得工會或勞工同意，並實施晝夜三班制，安全衛生設施完善及備有女工宿舍，或有交通工具接送，且有左列情形之一，經主管機關核准者，不在此限」

這些都是比較傳統的，所謂 19 世紀古典勞工法的最重要內容，特別是有關童工的部分，在現今時空下的台灣，多半已失其保障意義，但切莫忘記它在許多第三世界國家中，仍然相當重要。我們可以說，關於童工及女工的特殊保障，是我們關心國際勞動人權一項依然重要的切入點。關於女性勞工的保障，除前述產假等問題之外，比較受人注目的是所謂女性「夜間工作權」的問題。隨著社會型態的改變、男女平權的思想、女性生理條件的進步，再以保護女性為由，限制女性不得於夜間工作，已遭到許多人的批評，同時也不符合台灣產業的現況〈真的沒有女性在夜間工作嗎〉。當然，或許從另一角度思考這個問題：是否應重新思考夜間工作對男女性勞工的影響，重新建立一套保障的機制，或許是更適當而符合時宜的做法。有關女性勞工的保障，很多規定在兩性工作平等法中，我們再未來將進一步敘述。

#### 四、雇主的主要契約義務

雇主基於勞動契約的主要契約義務，除了受領勞務、支付工資，同時符合安全衛生之標準的勞動環境及條件外，另一項相當重要的義務，是提供勞工一個符合其人格權發展的工作場域，或至少，一個不侵害勞工人格權發展的環境。從勞動契約的本質上來看，勞工基於人格上及經濟上的從屬性，身處一個由他人決定〈fremd bestimmt〉的世界中，透過勞務提供所受的指揮監督，勞工不僅在勞務方面必須受到拘束，在心理層面也同樣受到影響，而人類文明的最大進步，就是承認個人擁有其自決權、人格發展權、普遍的行動自由，而非像奴隸一般受到他人不當或損害其尊嚴的宰制。基於勞動契約關係，勞工固然應受雇主的指揮監督，在遵守一定之工作秩序及行為限制的前提下，提供一定的勞務，但勞動世界並非法外的、甚至是基本權外的〈grundrechtsfrei〉的雇主天堂，讓雇主或其代理人可以為所欲為，任意憑自己的意志行事。舉例來說，雇主可以干預勞工的私生活嗎〈不准有婚外情、不准有辦公室戀情〉？雇主可以任意要求勞工必須要有或不能有一定的服飾、裝扮、刺青等行為嗎？這些都是典型的雇主干預勞工人格權發展的情形，在勉強與工作有所牽連之時，或許還有合理化的可能，但一般與工作無涉而任意侵害人格權的情事，依然所在多有，特別在我國，還有那種「民主只存在於企業以外的世界」之陳腐思想。至少就法律上的權利義務而言，「不侵害勞工人格權」，應視為一種雇主、甚至是勞工相互間的主要契約義務之一。

以下我們便區分幾種情況，來說明某些比較重要的範例：

- 勞工尊嚴的維護：在此範圍內，雇主任何輕視、侮辱或詆毀勞工的行為，都

應視為是違反契約義務，甚至涉及對勞工人格權侵害的侵權行為〈民法第 184 條〉。

- 雇主對勞工之工作監督與其他職場內行為的監督：任何形式的監督機制，大致上在不同的行業及廠場隨處可見，理論也並非都屬對勞工人格權之侵害，而必須分別情況，視之是否與必要的工作生產需求有關，例如為安全問題監督某些生產環節的疏失與否，或是基本的門禁管制，但假如是為了所謂的效率，或甚至是防止勞工的偷懶或頻繁的如廁〈如卓別林摩登時代電影中的老闆〉，應認已侵害勞工的人格權，為監督權的濫用。最近比較常見的是所謂監督上網的問題，這很難一概而論，首先必須視上網行為與營業性質的關係〈是否雇主之營業行為主要靠網路的傳遞〉，其次還有彼此間利益衡量的問題，不論如何，雇主對勞工上網的監督，並不當然符合其勞動契約所賦予之權利本質。
- 雇主之詢問權：這一問題特別發生於雇主招募新的員工時，是否能任意詢問勞工個人的隱私事項，甚至進一步作為雇主僱用、解雇、歧視的依據。例如在德國，法院判例認為對於信仰的宗教、以往的收入、婚外情、犯罪前科、與工作無關的懷孕及殘障，勞工都無回答的義務，既使做不實的回答，也無須為其負責。我國關於雇主的詢問權幾無限制，即便有不滿的呼聲，在法律上也無對其法律效果的明確看法，德國的處理方式，其實足資參考。
- 勞工的服裝：一個相當簡單清晰的原則，以勞工的服裝與其工作性質或工作職場的特殊性要求〈如安全性〉有相當關聯為限，雇主方得干預或指示勞工的特定服裝及儀容，而非得任意的干預。實務上曾出現稅捐稽徵處的主管，認為女性員工的穿著過於「辣妹」，而禁止其從大門出入的案例，顯然，逾越了雇主應有的指揮監督權限。
- 勞工工作時間外的行為：最典型的例子，勞工婚外情，雇主得否以道德理由或危害公司形象為由，將之解雇？台北地方法院曾有一極好的判決，認為「須證明原告之不檢行為與被告之事業活動有直接關連，有損被告之社會評價，且為維持被告之事業秩序必須將原告解雇，方屬合法，否則即屬不當干涉勞工之私生活」。換言之，對於勞工在工作時間以外的行為，除非與生產活動及提供勞務本身有相當的關連性，否則不得肯定雇主的契約懲戒權限，不論是減薪、調職，或甚至最嚴重的解除契約。
- 勞工自由的保護：此問題涉及雇主任意干預勞工自由權的行使，不論是婚姻自由〈過去常見的所謂禁婚條款、禁孕條款〉、政治自由、意見表達自由，例如雇主解雇政治意見與自己不合、且又熱衷於政治活動的員工。在一般承認

「言論自由」作為民主社會基礎的共識下，應該給予這樣的基本權利較高的價值評價，因此不應任意由雇主依勞動契約所有之權限，加以侵害。

## 五、勞工的主要契約義務

勞工基於勞動契約關係，所須負擔的最主要履行義務，自然是提供契約所約定的勞務。自然，勞工所提供之勞務是否符合契約所約定，是否能達成契約所欲達成之目的，攸關勞動契約的締結是否有意義，現實上亦常有相當多的爭議，特別是有關勞動基準法第 11 條第 5 款所稱之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」的適用與解釋，能否作為雇主解僱勞工之正當事由，有許多的問題，我們在後面談到勞動契約關係的消滅時，會再作說明。

關於這裡的所謂勞工主契約義務，除了「正確而適當的勞務提供」外，實務上及理論上一項相當重要的問題，是有關勞工必須遵守生產組織一定規則的義務，換句話說，勞工處於雇主所提供的生產組織及環境中，除了提供必要的勞務外，勞工仍須遵守一定的秩序要求，不得干擾整個生產秩序的順暢運行，否則雖然已依契約約定提供必要的勞務，仍然因為對於雇主造成不利益，而可以作為解僱的事由，這也就是某些歐洲國家的立法例中所稱之所謂「基於勞工行為的解僱」，換句話說，是因為著眼於勞工個人的行為，而並非他的勞務提供本身有問題，以區別於所謂「基於勞工個人的解僱」或「居於企業需求的解僱」。實務上，牽涉最重要的問題，是所謂的工作規則，有許多的解僱案例，都是雇主以勞工違反工作規則、而不是以其不具工作能力為由，而要求解僱，例如新竹科學園區的績優工程師，因情緒不穩、在辦公室割腕自殺，或是某石化業大公司之工會幹部在工廠內，被資方所嗾使之人挑釁而打架鬥毆，結果都被以違反工作規則為由解僱，不是你的工作能力有問題，而是行為及態度出了差錯。我國勞動基準法中，亦對工作規則作了一些規定：

### 第 70 條

「雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應依其事業性質，就左列事項訂立工作規則，報請主管機關核備後並公開揭示之：

- 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。

一〇、勞雇雙方應遵守勞工安全衛生規定。

一一、其他」

從以上的規定可看出，工作規則除了具體化勞資雙方一般的契約權利義務之外，也就是由雇主以單方的行為，直接形成勞動契約的內容，變成勞雇雙方當事人的合意（當然，這種假設有它的問題）以外，相當程度的也規定所謂雇主生產秩序要求下，勞工應遵守的行為義務（所謂「應遵守之紀律」），依照一般契約條款約定的拘束力之法理，勞工應該遵守，若違反亦可能招致解僱的法律效果。但有問題的是，工作規則均由資方單方訂定，送交主管機關的核備也多聊備一格，結果攸關勞工權益重大的工作規則，反而沒有良好的控制機制，是個別勞工法上的一大缺憾。在許多先進國家，工作規則不是由勞資雙方詳商訂定，就是必須經由勞工或勞工代表組織的同意，否則不具法律效力，頗值參酌與學習。

六、勞動關係的消滅

勞雇雙方當事人，在契約的目的不能達成時，例如公司已準備關閉、或是勞工就原工作內容再無意願等，自得合意解除勞動契約，此契約後的法律關係及問題，蓋以一般的契約法理來處理，問題不大。實務上問題比較多的，法律及理論上也多著墨的，是所謂雇主單方終止勞動契約，也就是解僱的問題。首先讓我們來看看勞動基準法的相關規定：

第 11 條

「非有左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：

- 一、歇業或轉讓時。
- 二、虧損或業務緊縮時。
- 三、不可抗力暫停工作在一個月以上時。
- 四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。
- 五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」

第 12 條

「勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：

- 一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。
- 二、對於雇主、雇主家屬、雇主代理人或其他共同工作之勞工，實施暴行或有重大侮辱之行為者。
- 三、受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者。
- 四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。

五、故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有物品，或故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者。

六、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者。

雇主依前項第一款、第二款及第四款至第六款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，三十日內為之」

#### 第 13 條

「勞工在第五十條規定之停止工作期間或第五十九條規定之醫療期間，雇主不得終止契約。但雇主因天災、事變或其他不可抗力致事業不能繼續，經報主管機關核定者，不在此限」

#### 第 14 條

「有左列情形之一者，勞工得不經預告終止契約：

- 一、雇主於訂立勞動契約時為虛偽之意思表示，使勞工誤信而有受損害之虞者。
- 二、雇主、雇主家屬、雇主代理人對於勞工，實施暴行或有重大侮辱之行為者。
- 三、契約所訂之工作，對於勞工健康有危害之虞，經通知雇主改善而無效果者。
- 四、雇主、雇主代理人或其他勞工患有惡性傳染病，有傳染之虞者。
- 五、雇主不依勞動契約給付工作報酬，或對於按件計酬之勞工不供給充分之工作者。
- 六、雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者。

勞工依前項第一款、第六款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，三十日內為之。

有第一項第二款或第四款情形，雇主已將該代理人解僱或已將患有惡性傳染病者送醫或解僱，勞工不得終止契約。

第十七規定於本條終止契約準用之」

#### 第 16 條

「雇主依第十一條或第十三條但書規定終止勞動契約者，其預告期間依左列各款之規定：

- 一、繼續工作三個月以上一年未滿者，於十日前預告之。
- 二、繼續工作一年以上三年未滿者，於二十日前預告之。
- 三、繼續工作三年以上者，於三十日前預告之。

勞工於接到前項預告後，為另謀工作得於工作時間請假外出。其請假時數，每星期不得超過二日之工作時間，請假期間之工資照給。

雇主未依第一項規定期間預告而終止契約者，應給付預告期間之工資」

#### 第 17 條

「雇主依前條終止勞動契約者，應依左列規定發給勞工資遣費：

一、在同一雇主之事業單位繼續工作，每滿一年發給相當於一個月平均工資之資遣費。

二、依前款計算之剩餘月數，或工作未滿一年者，以比例計給之。未滿一個月者以一個月計」

#### 第 18 條

「有左列情形之一者，勞工不得向雇主請求加發預告期間工資及資遣費：

一、依第十二條或第十五條規定終止勞動契約者。

二、定期勞動契約期滿離職者」

#### 第 20 條

「事業單位改組或轉讓時，除新舊雇主商定留用之勞工外，其餘勞工應依第十六條規定期間預告終止契約，並應依第十七條規定發給勞工資遣費。其留用勞工之工作年資，應由新雇主繼續予以承認」

在此可以進一步整理有關雇主解僱權的幾項基本原則：

##### 〈一〉解僱的預告制度

原則上，只要是勞工不能勝任工作，或是勞動基準法第 11 條所規定的本於雇主義營業之一些特殊事由〈如歇業、轉讓、虧損、業務緊縮、不可抗力的停業、業務性質變更必須裁員等〉，換言之，只要是因為「勞工個人」或是「企業需求」為理由的解僱，雇主都必須依照第 16 條之期間〈10、20、30 天〉事先預告，同時依第 17 條之規定給與資遣費。預告制度的用意，是希望提供被解僱之勞工一個緩衝期間，讓他能有機會及時間另謀新職，是一項相當重要的保障勞工制度，應加注意。但是若是基於「勞工個人行為」的解僱，例如他有第 12 條所指之行為〈如詐欺、暴行、重大侮辱、受有期徒刑的宣告、違反工作規則而情節重大、洩漏營業機密、曠職等〉時，雇主就可以立即解僱，不需要遵守預告期間，遭解僱之勞工亦不能享有資遣費的請求權。

##### 〈二〉資遣費制度

我國勞動基準法另設有所謂的資遣費制度，就是指基於企業經營之需求或非勞工個人行為之解僱，雇主必須為本質上無過失之受解僱勞工，給付一定之資遣費，作為經濟上之補償。勞動基準法制定時的選擇是由雇主來負擔給付資遣費之義務，而非許多國家所採取的由社會保險的方式來支撐，饒富趣味。在實務上，雇主解僱勞工後拒付資遣費，或是就資遣費計算基礎之平均工資有所爭議，極為常見，大概可說是最重要的勞資爭議類型之一。

##### 〈三〉解僱的實質審查原則

勞動基準法第 11 條明文列舉了特別是基於企業需求的解僱事由，如歇業、轉讓、

虧損、業務緊縮、不可抗力的停業、業務性質變更必須裁員等，但是這裡產生了幾個問題：首先，這些不確定的法律概念如何加以定義？例如，何謂虧損？資產負債表上的負債才叫虧損嗎？關閉僅稍有盈餘的部門，意圖販賣所在之土地以賺取厚利，能否叫做虧損呢？法條的設計上，看起來很像對於解僱的實質審查原則，也就是法院可以實質的審查是否真正具備這些事由，只要不具備，解僱便是無效，但是在實務的運用上，經常發生極大的困難，亦常招致侵害雇主義業自由及職業自由的違憲批評。這不僅在我國如此，在解僱保護的立法上極為類似的許多歐美先進國家，亦常有相同的困擾：法律上看起來明明是實質審查，實務上卻根本作不到，很多人常譏諷道：「解僱保護的訴訟，到最後都只能變成要資遣費的訴訟，因為不可能根本的挑戰解僱的決定本身」。許多學者主張，關於雇主義業權的行使，只要是基於經濟、經營的理由，只要做「權利濫用」的審查即可，而無須去考量或質疑非濫用的經濟決定本身，頗值參考。

當然，我國勞動基準法的解僱保護制度依然相當的不完備，例如形式與實質審查的定性，以及規定內涵的侷限性，特別是經解僱後果的處理，僅看到「解僱合法、不合法」、「資遣費、無資遣費」的二一選項，沒有顧慮到還有其他有利於勞工的選擇，例如變更勞動條件的終止、可以他調適當的職位以規避解僱、基於社會標準（如年齡、扶養義務、年資等）以選擇應當解僱的勞工人選等，是立法上的一大缺憾，許多先進國家的立法例或經驗都相當值得借鏡。

在失業率持續高漲的今天，「解僱保護」〈Kündigungsschutz〉的制度越形重要，但是，假如企業要求經營上要越來越有彈性，在人力的運用上尤其如此（最好是美國企管專家的理想：Hire and Fire in one second），什麼樣的解僱保護制度才是現實上可行的，頗值玩味。立法院目前正在審議中的大量解僱保護法，特別針對企業大量解僱設計所謂的通報制度及協商義務，意圖儘量壓低對被裁員勞工的傷害，是一項相當值得注意的發展。解僱權的限制、至少不影響企業經營的限制，以及對於被解僱勞工的保護，不論是雇主的經濟性給付義務、或是社會保險性質的搭配，都堪稱是現代勞工法最重要、最具挑戰性的課題。

## 第二章 工資理論體系

### 第一節 工資保障（一）－最低工資之實的基本工資制度

看不見的手，會重建社會不同對立力量的自然調和狀態，只要人們不要企圖多管閒事...自由經濟學所夢想中的這般經濟與社會秩序，使得經濟學變成跟神學一般，吾人姑且稱之為經濟神學，而它的教義，就叫做市場...

Alexander Rüstow (1885-1963)

德國經濟學者暨社會學者，新自由主義概念之首創者

談到我國勞動基準法第 21 條第 1 項但書的基本工資保障，一般比較耳熟能詳的論述取向，無非兩類：其一是從規範面出發，認本於勞動人權保障、社會正義實踐之觀點，對於勞工符合人性尊嚴之生存、乃至於分享社會之經濟發展成果，均應保障勞工最低之工資數額，最明顯者當如國際勞工組織諸多公約中的闡釋，是應有法定強行性質之最低工資制度建立，此當屬國家勞動暨社會保障的核心任務之一<sup>1</sup>。另一種常見的角度，則來自於多半出於明顯敵意的經濟學界，例如一個顯然不是例外的講法：「不但基本工資，甚至連勞基法和外籍勞工等不利於勞動需求的政策變數，都會對多數男女年齡組的失業率造成顯著的正向影響，使其失業率隨之同向提升」、「提高基本工資，一方面會縮減廠商對基層勞力實施在職人力資本投資的動機，造成初級勞力的人力資本與技術永遠無法跟上勞動市場的需求，而徒增其就業的不穩定性，另一方面也會變相鼓勵基層勞力提前進入勞動市場工作，而減少其在校人力資本投資或接受職業訓練的意願」<sup>2</sup>，換言之，提高基本工資，不但會對不分年齡的多數人造成失業率顯著提升的結果，也會使學生不好好在校讀書，不願繼續累積自己的「人力資本」，而選擇提早踏入就業市場，提示之警語，實在令人不尤膽顫心驚。

身為法律、特別是勞動法學者，令個人特別感到興趣的，其實不是第一種規範性的闡釋角度，因為它極容易理解與論述，更無庸說感情上之支持；作者深深迷惑的，其實是第二種講法：如果說，支持實施最低工資制度、乃至於主張應一段期間即應檢討思考提高最低工資的政策，最後的結果，卻只是讓更多人失業，讓更多人連基本工資都將高攀不上，讓更多年輕人選擇不再念書，而是及早跳入勞動市場而使自己的「人力資本水準永難提升」 - 雖然作者實在不敢確定台灣是否存在過如此吸引人的基本工資過 - ，那麼，或許任何人都該捫心自問，我們真的還要最低工資制度嗎？我們還應該繼續支持「愛之適足以害之」、只是創造更多失業的基本/最低工資政策嗎？

在此，個人以為，或許應該直接面對經濟學的許多質疑與挑戰，認真思考其中的許多主張與論述，否則，一個站在前述規範性角度的論述，將永遠難脫癡人說夢、忽略現實的毛病。跨越學門，一向是主張「純正」、「正統」、「專業」之台

<sup>1</sup> 例如陳正良，基本工資問題的勞動觀點，台灣勞工雙月刊，第 8 期，頁 83 以下。

<sup>2</sup> 此說法見諸國內以研究勞動經濟學知名之中央研究院經濟研究所江豐富研究員：2007 年基本工資調整對經濟影響之初探，台灣勞工雙月刊，第 8 期，頁 74 以下。

灣學術界，所非常難以容忍與接受的事情，不論如何，作者不敢、也不至於要挑戰所謂經濟學的正統，僅以共同思索的角度出發，企圖從政治經濟學的面向觀察基本工資之問題，作為工資體系理論的第一步工作。

### 一、新古典經濟理論的標準說法

說穿了，以上所謂「提高工資/基本工資將造成失業率上揚」的主張，無疑是新古典經濟理論的標準說法。基本上，相較於其他社會經濟領域中的管制，德國經濟學界對於勞動市場的管制形式，經常傾向一比較嚴厲的態度，例如質疑勞動法本身的正當性，視之為違反秩序認知的限制契約自由，而且是假借保護契約自由之名，行社會分配之實，因此相當反對其作為特別私法、修正私法的呈現<sup>3</sup>，或至少認為勞動市場上的管制根本不是基於一般管制的共通基礎：「市場失靈或競爭失效」，因為勞動市場上之市場機制並未失其效用，而僅是本於經濟效率上完全經不起考驗的「政治思維」，其中最低工資正好是其適例<sup>4</sup>。由此出發，吾人可看到德國主流經濟學論述中的整體走向，主要是本於下列的論點：極端的個體經濟、個別企業導向，強調個人作為市場主體的思考方式，完全以「價格」（工資）作為勞動市場的觀察核心（相對於其他如商品、資本或貨幣市場上仍會考慮其他的影響變數），僅考量工資的「市場淨空效果」，完全避而不談工資所可能產生之其他如資訊、控制、激勵、保障等功能，將勞動市場視為一「獨立封閉的市場」加以孤立觀察，忽略勞動市場管制可能產生的經濟上正面效果（例如降低交易成本）等<sup>5</sup>。這是一個學理上所謂典型的新古典經濟理論（Neoklassische Wirtschaftstheorie）的進路。

一套比較嚴謹的勞動市場經濟理論，我們可以在此列舉德國重量級勞動經濟學者 Winfried Vogt 的理論。Vogt 從七十年代末期西方國家開始惡化的失業問題為分析對象，認為失業的最主要原因在於：當前的真實工資，已經超過充分就業狀態時所應存在的均衡工資（Gleichgewichtslohn）<sup>6</sup>，勞動市場上的供給與需求無法合致－工資價格過高，勞動力的需求者不願接受，勞動市場上的均衡狀態無法達成－，失業便形成。或換另一種說法：只要透過市場的運作，工資等於勞動力的邊際價值，則形成充分就業，如果生產力的成長超過工資數額的增加，則將促使企業主為額外的僱用行為，但如工資率超過勞動的邊際產品價值

<sup>3</sup> 典型的例子，請參 Kronke, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt*, S. 438。

<sup>4</sup> etwa Soltwedel, *Dynamik der Märkte*, S. 9; dersl., *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt*, S. 159ff., 178ff.; Donges/Schatz, *Staatliche Interventionen*, S. 8ff.

<sup>5</sup> Keller/Seifert, *WSI-Mitteilungen* 1997, 525; Giersch in:dersl.(Hrsg.), *Deregierungspotentiale in der Bundesrepublik*, S. 1f.

<sup>6</sup> 所謂的均衡工資，是指勞動市場上的供給與需求彼此合致、達成均衡的工資數額，在此數額下，需求與供給一致，便是充分就業的理想狀態； dazu siehe Möschel, *WuW* 1995, 705。

(Wertgrenzprodukt) - J. B. Clark 的「邊際生產力理論」(Grenzproduktivitätstheorie)<sup>7</sup> - , 企業主失去僱用勞動力的誘因, 自然產生失業問題; 由另一角度來說: 只要工資率符合所謂的邊際痛苦、勞動痛苦 (Grenz- oder Arbeitsleid) - 所得與休閒間相互替代之邊際率, 勞動者就會提出希望供給勞動力的需求, 是以只要讓工資率比該邊際率低, 勞動者不會提出供給的要約, 亦同樣不會有失業的產生<sup>8</sup>。這在當代勞動者擁有相當的貨幣與實物資產, 而且國家對於失業者之替代給付已遠超過生存最低值的條件下, 勞動者將更依循此勞動市場上的供需規律去調整自己的市場行為<sup>9</sup>。在以 Vogt 為代表的德國新古典經濟學派的理解中<sup>10</sup>, 勞動市場雖然與許多其他市場或領域息息相關, 例如科技發展、經濟成長、人口發展、勞動者個人工作意願與職業道德、商品市場狀況、國家資源分配與運用, 但原則上 - 這一點相當重要 -, 勞動市場的均衡與該等領域無關, 換言之, 其他的領域雖然必定產生某種程度對勞動市場的影響, 但憑藉著勞動市場的「均衡工資機制」, 這些外來變數總能被「截堵」(abgefangen), 也就是說, 透過該機制的運作, 充分就業在理論上還是能夠實現<sup>11</sup>。Vogt 進一步以經濟均衡的理論, 來說明充分競爭 (vollkommene Konkurrenz) 在勞動市場上的運用: 透過充分競爭, 昔日對於勞動者的剝削及壓制將不復存在, 因為企業本身將只是貫徹個人權利及利益的中立場所, 只要存在著充分的競爭狀態, 每個人總是能在市場上得到貫徹自我利益的機會, 到頭來, 社會中只會存有不同的財產或收入族群的差別, 而不會有經濟上的「階級」之出現<sup>12</sup>。

為何勞動市場均衡工資機制、所謂的充分競爭, 無法在具體生活中實現呢? Vogt 認為, 關鍵在於, 原本透過經濟利益主張與貫徹所能達到的均衡條件, 也就是原本能夠自行因應環境變動而調整的工資結構 (Lohnstruktur)<sup>13</sup>, 遭「某些對立的政治利益所干擾」, 例如要求要實施最低工資; 是以要排除對於均衡機制

<sup>7</sup> Priewe, Zur Kritik neoklassischer Arbeitsmarkttheorien, S. 18ff.

<sup>8</sup> 這一套理論的基本假設是: 只要去從事工作 (額外的工作時數), 所能獲得之消費財, 要比避免勞動帶來之痛苦來得有利, 亦即「所得與休閒相互替代」所計算出來的邊際率, 只要工資率較高, 勞動者從事工作所獲之消費財較大, 就會提出勞動力的供給, 反之亦然。Dorndorf 認為此為新古典經濟學派之勞動市場理論的核心; dersl., KritV 1992, 416f.。

<sup>9</sup> etwa Dichmann, Der Arbeitgeber 1989, 800f.

<sup>10</sup> Vogt 本人便在一篇論戰性質的論文中, 清楚表明自己作為新古典經濟學派捍衛者的角色; dersl., Die Angst der kritischen Ökonomen vor der Neoklassik, S. 103ff.。

<sup>11</sup> Vogt, Warum gibt es Massenarbeitslosigkeit? S. 15f.

<sup>12</sup> Vogt, Warum gibt es Massenarbeitslosigkeit? S. 23f.; dersl., Die Angst der kritischen Ökonomen vor der Neoklassik, S. 104; Priewe, Zur Kritik neoklassischer Arbeitsmarkttheorien, S. 12ff.

<sup>13</sup> Knappe 亦同樣以此「工資結構受外來影響而流於僵硬無彈性」的觀點, 闡述德國之所以產生失業問題的原因, 詳見 dersl., Arbeitsmarkttheoretische Aspekte von Deregulierungsmaßnahmen, S. 220, 223f.。

的干擾，某個程度而言，必須透過新的經濟危機，以重新拉回經濟均衡。就如此之脈絡來看，Vogt 認為，失業顯然不見得是「危機」，反而是促進經濟失衡重新回到均衡的助力，因為它將發揮修正「政治行為」的作用，透過純粹的「經濟方式」 - 亦即工資價格經供給需求的調整 - 加以施壓，重新建立經濟均衡，例如政府不再擴張預算赤字<sup>14</sup>。值得注意的是，Vogt 提出所謂的「低度就業均衡」(Unterbeschäftigungsgleichgewicht) 的概念：國家努力推行充分就業政策，只會引發通貨膨脹，造成所謂通貨膨脹失衡效果，使得景氣衰退，失業問題浮現，因此，只要不推行充分就業政策，維持一所謂的「自然失業率」(natürliche Arbeitslosenrate)，同時繼續保持經濟上的充分競爭，便能創造低度就業均衡，使經濟均衡維持，嚴格意義的「失業問題」也將不致誕生<sup>15</sup>。

## 二、勞動市場均衡理論的問題點

從主流經濟學的討論可以看出，堅持所謂的「一般的均衡理論」(Allgemeine Gleichgewichtstheorie, AGT)，是其勞動市場理論的核心基礎：勞動市場上由價格(工資)決定的供給與需求，只要價格透過市場決定的機制失靈 - 例如工會經由團體協約政策所製造之卡特爾效果 - ，則工資數額超過勞動力的邊際價值，勞動市場的均衡便無法達成，勞動力的供給者找不到需求者，失業問題自然誕生。這個所謂「市場是完美的挑選機制」的典型說法<sup>16</sup>，許多經濟學家卻同時指出，基本上無法用來詮釋勞動市場的真實運行。Jan Prieue、Elmar Altvater 等學者均強調，觀察不同市場間的相互制約與影響之層級結構，勞動市場相當程度的仰賴其他市場 - 特別是商品市場及金融市場 - ，而無法靠自己內部的市場機制來運作，是極為清楚的：商品與金融市場的任何波動，勞動市場均立即展現牽連的效果 - 不論失業裁員或創造就業 - ，反之，獨立於商品或金融市場的運行以外，單憑勞動市場中的工資率機制來作「健全」的調整，無異天方夜譚<sup>17</sup>。從另一角度來看，將個別勞動者的透過市場機制之個別議價行為，便等同於或必然連接至整體的充分就業，亦即相當引起批評的「以個體經濟的建構市場均衡、直接導至總體經濟的充分就業」之論證方式，放諸實證的檢驗，事實上是不存在的：為何個體經濟的層次上，即便個人的行為與決定是「理性的」，就必然會導致總體經

<sup>14</sup> Vogt, Warum gibt es Massenarbeitslosigkeit? S. 24f., 28f., dersl., Die Angst der kritischen Ökonomen vor der Neoklassik, S. 111.

<sup>15</sup> Vogt, Warum gibt es Massenarbeitslosigkeit? S. 29.

<sup>16</sup> Siehe Altvater, Vergebliche Befreiungsversuche aus den Fallstricken der neoklassischen Theorie, S. 37.

<sup>17</sup> Altvater, Vergebliche Befreiungsversuche aus den Fallstricken der neoklassischen Theorie, S. 32f.; Prieue, Zur Kritik neoklassischer Arbeitsmarkttheorien, S. 27; ebenfalls siehe auch Hickel, Lassen sich Verursachung und Überwindung der Massenarbeitslosigkeit innerhalb der Neoklassik mit Vogt-Ausstattung erklären? S. 52f.

濟層次上，所有社會資源 — 包括勞動與生產工具資料 — 的相同均勢，主流經濟學的討論始終流於假設，停留在單純的理論建構<sup>18</sup>。相對的，由於主流的新古典經濟學者亦知如此理論之基本缺陷，換言之，某個程度必須承認反對者「體系的不穩定，個體經濟與總體經濟理性的衝突，壟斷與失業，毋寧都是資本主義體制的必然現象」說法，其實可能是正確的，是以甚至有「某個程度的失業是必然，而且健康的」（Winfried Vogt）的自認<sup>19</sup>。

新古典經濟學派的勞動市場理論，一個相當明顯的特徵是：它相當程度的偏離社會現實，過於抽象而化約，將勞動市場上的一切變動與行動者之決定行為，一律理解為工資率的操作結果，進而忽略許多公認存在的影響變數，例如勞動品質與工作位置品質的差異，勞動契約的不充分性（Unvollkommenheit des Arbeitsvertrags），雇主的單方決定給付內容之權利，勞動者的編入企業生產組織之中（所謂勞工人格之從屬性）等等因素，因為這些變數本身便可能使得市場機制在此領域中失去其作用。更嚴重的是，它立基於一套 Eberhard Dorndorf 所批評之所謂「壓迫性的思考方式」：勞動者為了工資率低於勞動痛苦與休閒之替代率的邊際價值之故，可能會決定不提供勞動力，換言之：自願失業；社會現實顯然並非如此<sup>20</sup>。真實的狀態毋寧是：為了維持自己及家庭成員的生計，乃至於個人尊嚴、認同、社會與文化生活 — 套用社會學的術語：維持本人與家人的社會再生產 —，勞動者必須在勞動市場上找尋其勞動力的需求者，而不會計算其工資率的交互關係，進而決定是否提出供給要約。換言之，如果沒有相當的國家或社會管制形式的存在，十九世紀的飢餓工資依然可能透過純粹市場機制的運作而重現，如果完全依照新古典經濟學派理想的話。

從技術發展與資本密集的角度，亦可看出新古典經濟理論的缺陷：許多經濟學上的研究已清楚顯示，基於技術進步為基礎之產業資本密集的發展，所謂不同生產要素間的相互關係，原則上是處於一相對穩固或僵化的程度，也就是說，迫於市場競爭壓力而必須採取之「技術發展與資本密集」的選擇，事實上為一脫離

---

<sup>18</sup> Altwater, Vergebliche Befreiungsversuche aus den Fallstricken der neoklassischen Theorie, S. 32f.; Priewe, Zur Kritik neoklassischer Arbeitsmarkttheorien, S. 27.

<sup>19</sup> Kritik siehe Altwater, Vergebliche Befreiungsversuche aus den Fallstricken der neoklassischen Theorie, S. 36f.; Hickel, Lassen sich Verursachung und Überwindung der Massenarbeitslosigkeit innerhalb der Neoklassik mit Vogt-Ausstattung erklären? S. 52f.; 在這兩篇論文中，作者均清楚的指出德國勞動經濟學者 Vogt 理論的矛盾，所謂的「Vogt 之新古典僵硬主義」（neoklassischer Rigorismus）：一方面堅持自己的解釋模型，另一方面又自限於資本主義的發展現實，彼此在論證上互相分析貫穿，看不出有比較嚴謹的「理論-實踐」的分析對照關係。關於「失業之必要性」在新自由主義及新保守主義主張之批評，亦見 Saage, Arbeiterbewegung, Faschismus und Neokonservatismus, S. 244ff.。

<sup>20</sup> Dorndorf, KritV 1992, 417ff, 420f.

工資率的獨立過程，只要工資成本佔整體生產要素成本的比例越低－顯然，在資本密集的現階段產業型態中正是如此－，勞動與資本財的相互替代性越低，市場上的產品需求越趨相對穩定，則產業部門對於勞動力之需求亦將同樣僵化而無彈性，並不會產生如新古典學派所期待的那般「市場作為均衡機制的彈性調整功能」<sup>21</sup>。

### 三、嘗試回答：失業的形成原因

相較於新古典學派的使用普遍均衡理論來詮釋失業的成因，既然有違現實，那麼真正的失業緣由應為何呢？一個反對新古典經濟理論的德國經濟學家團體－另類經濟政策研究社（Arbeitsgruppe Alternative Wirtschaftspolitik），提出了一些解釋。依其說法，失業的主要原因，應包括下列幾項<sup>22</sup>：

- （1）平均的經濟及生產力之成長，超越社會生產（Sozialprodukt）的成長，造成勞動市場上所需求的勞動量減少。亦有經濟學者將之稱為所謂「分配所導致的勞動力需求問題」，亦即需求的減弱；生產潛能的提升，無法帶來與勞動力需求的均衡，因此對於商品、服務與勞動力的需求同時減少<sup>23</sup>；
- （2）社會人口成長，婦女的勞動參與率提高，亦造成勞動力供給者的增加；
- （3）短期的經濟景氣因素（所謂的經濟停滯過程 wirtschaftliche Stagnationsprozesse<sup>24</sup>）或長期的結構變遷；
- （4）合理化及自動化的發展，使企業原有僱用的勞動力需求減少，而針對此科技發展的變遷，所應進行之緩和及其社會影響的政策，並未由政府部門順利的推行，所謂的「原地踏步政策」（Weiter-So-Politik）<sup>25</sup>；
- （5）錯誤的供給導向之經濟政策<sup>26</sup>，國際競爭的激化，引起相當程度之政治、社會及生態的損害，亦使失業問題因國際資本分工體制的變遷－所謂世界市場競爭關係的激化<sup>27</sup>－而更形惡化。

事實上，既使毋庸跳至另類經濟學的分析角度，在一般勞動經濟學的論述中，亦從未如此化約而片面的理解失業形成之原因<sup>28</sup>。依德國勞動經濟學的普遍

<sup>21</sup> Priewe, Zur Kritik neoklassischer Arbeitsmarkttheorien, S. 27.

<sup>22</sup> Arbeitsgruppe Alternative Wirtschaftspolitik, Memorandum 1997, S. 76f.

<sup>23</sup> 此即為所謂的資本過度積累；相同見解請見 Bischoff, Restauration oder Modernisierung? S. 44; Zinn, Jenseits der Markt-Mythen, S. 18, 66ff., 72.

<sup>24</sup> Zinn 亦特別提及此亦為失業的重要原因；dersl., Jenseits der Markt-Mythen, S. 18f.。

<sup>25</sup> Arbeitsgruppe Alternative Wirtschaftspolitik, Memorandum 1997, S. 14

<sup>26</sup> dazu auch Bischoff, Restauration oder Modernisierung? S. 57ff.

<sup>27</sup> Paqué in: Klodt u.a., Standort Deutschland, S. 204f.

<sup>28</sup> Floren 就簡略而清楚的指出：基於失業的多面向與複雜的成因，任何所謂「正確」的就業政策，都必須從「肯定不同的失業原因」出發，承認事實上沒有一簡單的全盤解決方法；dersl.,

說法，失業的可能形成原因，必須區分數項不同的問題脈絡去探尋，例如：(1) 經濟景氣引發之需求減弱的失業，不論是消費財、投資、國家或外國市場需求的減弱；(2) 因所謂供給條件不佳所引發之經濟負成長性質的失業，資本支出、能源支出、匯率波動、國家不當干預或工資過高所導致之成本要素；(3) 所謂結構性的失業，例如勞動力供給或勞動參與率因人口成長而生之變動，科技及生產組織的升級與變革，各不同就業部門（如服務業、資訊溝通科技業）的結構性變動，地域因素引發之失業，以及經濟全球化產生之結構性失業等<sup>29</sup>。如果相應於這些不同的失業樣態與形成原因，則不論在學理的探討或實際就業政策的研擬上，亦必須相對的區分不同之脈絡與領域，思索如何解決失業之問題，例如常見的國家預算與貨幣政策之改變，減少勞動力之供給（提前退休、職業訓練之銜接、教育政策之改變），改善勞動力品質，工作時間政策之調整（縮短工時、彈性工時），國家開創第二就業市場之措施，其他特別針對不同產業部門與地區之就業政策，或亦包括主流經濟學所強調的：減少工資成本等<sup>30</sup>。不論如何，失業或解決失業，既從未屬於單一面向或因果關聯之問題，則單純試圖透過勞動市場解除管制措施，例如廢除最低工資制度，以減輕企業之勞動成本負擔為單一而核心之手段，不但理論上顯有錯誤，亦難符合實踐行動上之面貌。

進一步來看，其他多數失業形成之原因，事實上多屬於內國生產秩序中的問題態樣，當然，這些問題伴隨著「經濟全球化」的作為整體框架條件，而變得更複雜與關係緊密。不論如何，失業問題顯然不是新古典學派所說的「勞動市場之工資決定機制失衡」的結果，應得加以確定<sup>31</sup>。經濟學家 Jens Oliver Lorz 亦提到，外國資本在決定是否投資德國時，所評估之所謂生產據點之品質中（Standortqualität），工資從來就不是主要的變數，而毋寧是勞動的品質，不論是勞動者的教育程度、工作時間、勞動紀律、勞動滿足、生產過程的管制方式等<sup>32</sup>。更不用說，在以工會為主角的德國工資決定機制中，亦有學者認為，事實上為德國國際競爭優勢的一部分，因為工會本身帶有保障其會員工作權的責任，針對整

---

Wirtschaftspolitik, S. 280。類似的看法亦可見 Keller/Seifert, WSI 1997, 528f.; Buttler, Regulierung und Deregulierung der Arbeitsbeziehungen, S. 37。既使連強烈主張勞動市場應解除管制的知名經濟學者 Soltwedel，事實上亦承認失業原因的多樣性，特別是服務業社會的結構變遷，以及企業內部生產組織的變革；siehe Soltwedel, Dynamik der Märkte, S. 21f.。

<sup>29</sup> statt vieler siehe Friedrich/Wiedemeyer, Arbeitslosigkeit, S. 79ff.; Franz, Der Arbeitsmarkt, S. 104ff.

<sup>30</sup> Friedrich/Wiedemeyer, Arbeitslosigkeit, S. 179ff.

<sup>31</sup> Keller/Seifert 便以德國二次大戰後的工資發展與失業問題之關聯為研究對象，認為一方面，德國的工資結構並未如新古典經濟學派所指控的「過度僵硬」，另一方面，以勞動市場之管制措施作為失業之原因，亦顯然不符實情，過度跨大勞動法制在企業僱用行為上的影響力；diesl., WSI 1997, 526。而公法學者 Ekkehart Stein，甚至認為企業合理化與生產自動化，方是造成失業的主要原因，亦見此問題理解之分歧；dersl., FS Helmut Ridder, S. 169。

<sup>32</sup> Lorz in: Klodt u.a., Standort Deutschland, S. 7f.

體經濟的不利狀況，其實會以工資克制（Lohnzurückhaltung）作為回應，而整套所謂工會卡特爾的體制，無疑的亦帶來社會緊張關係的降低、企業與產業部門移動障礙的消除等之正面效果<sup>33</sup>。總而言之，以工會的工資政策作為失業主要原因的說法，事實上是沒有根據的。

某些學者亦從供給導向之經濟政策的實踐結果，反過來推論其理論假設之錯誤。Heiner Ganßmann 便指出，以德國為例，1982 年政府推行新古典學派的經濟政策以來，重視供給面，相當的改善供給條件，結果便沒有讓提高之獲利收益轉變為創造勞動力需求的投資<sup>34</sup>。即便比較「個體經濟」的來看，許多實踐所出現之工資的分裂化/分隔區別、去中心化發展，或甚至透過個別契約約定而低於團體協約工資的實現，如 Helmut Neumann 所言，都沒有帶來創造就業的效果<sup>35</sup>。吾人所面對，即是 Friedrich/Wiedemeyer 所稱的所謂「無就業的成長」（jobless growth）：經濟學上所假設之「創造就業門檻」（Beschäftigungsschwelle），只要內國國民生產毛額的成長率超過一定的指數，就會產生創造額外就業之效果，從八十年代中期以來，證明是沒有實際說服力的，隨著經濟全球化的影響，科技與勞動生產組織的變革與進步，吾人所實際面對的情況是：學理上假設的「創造就業門檻」必須越來越高，因為經濟雖然成長，卻不會帶來就業勞動一併成長的效果，反而是失業率隨之水漲船高<sup>36</sup>。

#### 四、失業作為意識形態施壓手段

許多觀察均同樣的顯示，既使供給導向的經濟政策，以及以其為基礎的勞動市場解除管制措施，並未帶來積極的創造就業效果，但「失業」顯然對該政策思維在政治實踐的過程中，扮演了相當的催促作用。正如德國另類經濟研究社所說的，「失業問題」基本上已成為政府、企業及雇主團體所運用的意識形態工具，以壓制一般的受薪者對於物質安全、乾淨的環境、社會正義，乃至於最低工資保障等之訴求。即便利用標準的「失業論證法」：工資成本過高，企業的稅負過高，社會保護過多，國家干預過多，進而採取壓抑工資成長、減少企業稅負、將勞動法之社會保護規範去除、降低社會安全體系支出、減少國家官僚體系的介入等之措施，既使理論上的說理及論證不足，而實踐所產生之創造就業效果又極不顯著，只是製造更多的社會不平等，此「失業論證法」依據樂此不疲，繼續發揮其左右政治走向的功能<sup>37</sup>。

<sup>33</sup> Bosch, Beschäftigungspolitische Ansätze in der BRD und ihre kritische Würdigung, S. 295f.

<sup>34</sup> Ganßmann, Soziale Sicherheit als Standortproblem, S. 22ff.

<sup>35</sup> Neumann, Wirtschaftsdienst 1991, 249.

<sup>36</sup> Friedrich/Wiedemeyer, Arbeitslosigkeit, S. 221f.

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

Karl Georg Zinn 及 Claus Koch 均認為，供給導向的經濟及就業政策，亦即解除管制為核心的政策路線，無疑是一「霸權的計畫」(Hegemonialprojekt)，為了在政治上貫徹其主張，刻意將當代政治經濟問題的原因及效果彼此混淆，成為意識形態上的操作「失業、解除管制以解決失業」之錯誤邏輯<sup>38</sup>。政治經濟學者 Wolf-Dieter Narr/Alexander Schubert 亦同樣指出，當代經濟學已陷入其所謂複雜模型的泥淖之中，不斷的否認「解除管制與民營化並未改變結構性問題，只是創造更多的社會負面效果」之現實，淪為一種所謂的「實用的抽象」(angewandte Abstraktion)，僅在意自己科學式的抽象模型，而不考慮現實狀況、社會前提要件及人道方面的負面影響<sup>39</sup>。「一種意識形態的作用」、「否認其理論付諸實現的錯誤」、「粗暴的排除其他經濟政策的思維」、「重點不在於現實發展的檢驗、而在於作為政策主張的理論基礎堅持」、「類似宗教式的擁護市場定律」、「堅持經濟學作為唯一符合真理的社會科學」，遂成為許多學者眼中的當代經濟學面貌，特別是有關供給政策與解除管制的議題之上<sup>40</sup>。

新古典經濟學家 Winfried Vogt 所說的，資本主義體制及供給導向的經濟政策中，一定範圍的失業反而是健康而正面的，漸漸成為勞動經濟學的一種基本出發點；由此角度出發，Heiner Ganßmann 認為，政府及企業界找到了最好的意識工具，一方面壓制所謂將導致通貨膨脹的提高工資要求，另一方面主張社會福利國體制是主要的肇因，因此必須改造社會國，減少政府的社會性支出，換言之，亦同樣減少企業分擔的社會性支出<sup>41</sup>。這整套事實上是一完整的理論工具，既使其中存有相當的矛盾 – Ganßmann 特別指出，甚至許多主流的經濟學家都不認為其具有說服力<sup>42</sup> –，仍繼續在公眾意見市場中發酵，成為人人琅琅上口的「通俗

---

lierung und Deregulierung in der Beschäftigungskrise, S. 82; Buschmann/Ulber, Flexibilisierung, S. 34; Hickel, Blätter für deutsche und internationale Politik 1991, 712f., 716。

<sup>38</sup> Zinn, Jenseits der Markt-Mythen, S. 53, 61; Koch, Merkur 1993, 932。類似的見解亦參 Oppolzer/Wegener/Zachert, Flexibilisierung und Beschäftigungsförderungsgesetz, S. 8f。

<sup>39</sup> Narr/Schubert, Weltökonomie, S. 161, 266。

<sup>40</sup> Misik, Mythos Weltmarkt, S. 87ff.; Narr/Schubert, Weltökonomie, S. 161; Feyer, JZ 1986, 820; dersl., JZ 1988, 223f.; Krätke, Antonio Gramsci Beiträge zu einer kritischen Ökonomie, S. 91ff.; Hickel, GMH 1989, 89f.；特別在勞動市場解除管制的效用方面，學者亦提出主流經濟學所扮演的意識形態捍衛者角色；statt vieler nur Hickel, Standort –Wahn und Euro-Angst, S. 123f.; Saul, Der Markt frißt seine Kinder, S. 9f., 168; Zinn, Ideologie als materielle Macht, S. 38f。

<sup>41</sup> Ganßmann, Soziale Sicherheit als Standortproblem, S. 26ff。

<sup>42</sup> 例如以新古典、新自由主義經濟學派著稱的德國經濟研究所 (DIW)，亦曾表明「德國龐大的社會支出並非企業競爭力的不利因素」之少有看法；siehe DIW, Hat Westdeutschland ein Standortproblem? DIW-Wochendienst 1995/38。社會學者 Ulrich Menzel 在討論經濟全球化與社會福利國之相互關係時，亦認西方國家的社會福利體制，反而是全球化的發展基礎，而非全球化發展的障礙，

理論」。企業界將解除管制作為戰略而加以運用，在許多的勞動議題上均顯而易見<sup>43</sup>，如果不能在整個基礎理論上挑戰其說理論證，則極容易在個別的勞動議題上失去方向，無法進行應有的辨正，這正是「失業-解除管制」作為意識形態工具的一項明證與警訊。

## 五、個別勞動保護解除管制效果

或許應該將問題的焦點視野擺回起點：請回憶一下中央研究院江豐富研究員的說法：「不但基本工資，甚至連勞基法和外籍勞工等不利於勞動需求的政策變數，都會對多數男女年齡組的失業率造成顯著的正向影響，使其失業率隨之同向提升」，或許我們可以嘗試反面的解讀這一段文字：所以說，如果廢除此「不利於勞動需求的勞動法（勞基法），失業率應該不會提升」？如此講法直指一重大問題：勞動法規範是否確有創造或破壞就業之效果？

德國經濟學者 Günther Schmid 發現，勞動法既無創造、但其實也沒有製造失業的效果<sup>44</sup>；勞動經濟學家 Wolfgang Franz 認為，勞動法學者 Bernd Rütters 所警示之「製造不符合市場彈性需求狀態之勞動法，是當代勞動市場上不幸發展（失業）的原因之一」，甚至將勞動法歸類為「使德國經濟疲軟不振的元兇之一」，在科學上其實找不到因果相當的證據，至少就「去除或改變勞動法的規範水準，便得以刺激雇主僱用新勞動力的市場行為」這一點來說，現實上完全沒有依據，所有實證研究都無法證明這一點<sup>45</sup>。Franz 研究勞動市場上之「結構性障礙」後發現，無論是法律或法院判決所形成之勞動法規範，的確有可能造成對雇主心理層次上的牽動，而影響其僱用行為的積極或消極，但基本上來看，其影響是極其微薄的，因為事實上有其他更顯著的變數在左右雇主之行為，再者，許多經濟學者所批評之如「解僱保護影響企業員工間的和平」、「解僱保護有礙生產力」、「團體協約的卡特爾效果會使工資不斷上揚」、「勞動法有害於企業的彈性化因應市場變化」、「最低工資將造成邊緣勞動者失業」等，基本上都未符合現實的發展狀況，以解僱保護為例，它不但與生產力無違，甚至有許多得以提升生產力的研究調查出現，同時，面對企業的市場情勢變化時，德國的勞動法與勞方陣營都表現相當程度的彈性，並未有經濟理論上所假設的一般<sup>46</sup>，是總體上來看，解僱保護僅發揮「防止雇主恣意之解僱行為」的效力，並未產生僵硬雇主勞動力運用的不良效

---

新自由主義者的說法顯然與事實不符；vgl. dersl., Globalisierung versus Fragmentierung, passim。

<sup>43</sup> 例如應開放派遣勞動，以刺激產業發展，創造就業；關於其相同的批評請見 Voswinkel/Bade, ZRSoz 1993, 313f.

<sup>44</sup> Schmid, Flexibilisierung des Arbeitsmarktes durch Recht? S. 147ff.; ebenfalls auch Roy, Sozialstaat und Strukturwandel der Arbeitsgesellschaft, S. 213f.。

<sup>45</sup> Franz, ZfA 1994, 440.

<sup>46</sup> Franz, ZfA 1994, 443ff.

果，就解除管制措施而言，至少可以確定的是：解僱保護制度並非結構性失業的原因之一，鬆動解僱保護、乃至於一般勞動保護規範的解除管制，並未創造任何有意義的就業效果<sup>47</sup>。

其次，就個別議題的討論上來看，一般經濟學界對於勞動關係解除管制的主要討論對象，無疑便是解僱保護的問題。主流經濟學界的主張是：基於整體經濟效率與社會政策目標的彼此對立，是以必須建立一套以效率為導向的勞動關係存續保障制度，最理想之狀態便是學習美國的僱用自由原則（Hire & Fire），使雇主得以輕易的僱用所需之勞動力，且能在沒有或極少成本的條件下解僱不再需要的勞動力。這一種本於「解僱保護制度帶來不必要的管制，僵化企業勞動力的彈性運用，惡化失業問題」的標準談法，經濟學者 Helmut Neumann、Christian Büchtemann、Ulrich Walwei 等人便認為，解僱保護有其優點，因為它適當的緩衝減低了企業將新的勞動力，也同樣包括遭解僱之勞動者重新就新工作的編入整合之成本（Wiedereingliederungskosten），而且在人力資源的運用上，將勞動者繼續長期的僱用，將創造該企業生產所特有的人力資本，同時，德國解僱保護制度亦未完全禁止雇主勞動力的調整（例如企業經營事由的解僱手段），是以長期看來，解僱保護機制無疑是有效率的，它發揮了限制勞動力波動調整所生的可能損害與成本<sup>48</sup>。

Ulrich Walwei 便進一步指出，既使從經濟學的分析角度來看，解僱保護制度都是有效率的，因為它會產生工作位置支配可能性的重分配，使勞動市場上原本機會較差的勞動力亦得享有較佳的分配機會，再者，解僱保護制度亦會促進勞動契約當事人間的合作，同時，不容否認的是，雇主對於長期穩定的僱傭關係而言，亦有其利益存在，至對於總體經濟的發展來說，阻止僱用狀態任意波動，穩定相當程度的就業水準，顯然都是符合總體利益的。相對的，如將解僱保護進一步的去除其管制形式，將會使平均的勞動力及失業者，均同樣的處於不變，不致產生解除管制理論所企圖的活潑勞動力及創造新的就業之效果<sup>49</sup>。其他類似的研究，Emmerich/Walwei/Zika 針對病假繼續支付工資、解僱保護之鬆動、提高建築業僱

---

<sup>47</sup> Franz, ZfA 1994, 449ff., 458f.。然而，相較於一般的解僱保護，對於特別的問題族群勞工之解僱保護，Franz 則同意主流經濟學者的看法（例如 Wolfgang Stützel 的名言：好的社會保護意圖、糟糕的社會災難後果），認為對其特殊的解僱保護，已相當程度的嚇阻雇主僱用該等勞動者，對其就業利益產生相當不利的影響；dazu siehe ebenda, S. 453f.。

<sup>48</sup> Neumann, WSI-Mitteilungen 1990, 401ff.; Büchtemann, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 3/1990; Walwei, WSI-Mitteilungen 1990, 397f.; dersl., Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 2/1996; Buttler, Regulierung und Deregulierung der Arbeitsbeziehungen, S. 41, 44; dersl., Regulierung und Deregulierung in der Beschäftigungskrise, S. 78; Matzner, Beschäftigung und Ordnungspolitik, S. 121.

<sup>49</sup> Walwei, WSI-Mitteilungen 1990, 397f.

用勞動力之企業營業稅扣減額等解除管制措施，所作出之結論顯示：這些解除管制僅帶來企業成本的降低，並無產生其所宣傳的創造額外就業之效果<sup>50</sup>。

另一常見的經濟學對於勞動市場解除管制的研究，則是有關定期契約限制的鬆動；這一點在我國相關問題的討論脈絡中很重要，因為國內幾乎所有對於勞動法的批評，都不會遺忘定期契約限制過嚴之問題。本於勞動力的彈性運用需求，德國企業主及經濟學家，長久以來即不斷呼籲應放寬對於定期契約的限制。在如此解除管制的脈絡下，Harald Bielski 的研究顯示，政府立法放寬對於締結定期契約的管制，意圖使雇主更輕易的僱用新的勞動力，同時使特別是問題族群的勞工，能有更佳的勞動市場機會（在德國討論中還須加上降低入門工資、也就是極類似我國基本/最低工資之主張），因為雇主將因定期契約的放寬而提出更多的勞動力需求，經過實證調查證明，這兩項勞動市場的目標均無法達成，雖然許多人所擔憂的「原本不定期契約關係，將因定期契約的鬆動而變形為定期契約」，亦同樣未發生<sup>51</sup>。同樣是針對定期契約解除管制的研究，Buttler/Walwei 的研究就相對的認為，雖然放寬定期契約，的確沒有產生額外僱用失業者的效果，但不定期契約勞工因而變為定期，同時期限屆滿便不再更新契約的失業風險，不但升高，而且事實上是存在的<sup>52</sup>，而另一份由 Büchtemann/Höland 所得出之結論，亦極為相近<sup>53</sup>。

截至目前為止對於定期契約放寬最完整的研究，其研究者 Linne/Voswinkel 亦認為，原本定期契約的法律管制去除後，不但沒有創造原先期待的就業效果，而且使僱用體系相對的不穩定，預測中之「符合企業短期人才需求」的優點亦未出現，即便少數的情況可資肯定，但所直接間接對於勞動者所生之不利影響，例如就業生涯的波動與中斷、面對企業彈性化措施的負面成本，卻是極其明顯的，許多受訪企業亦表示，運用定期契約機制的結果，中長期而言對企業經營不見得有益，因為員工的企業與社會行為大幅改變。在本文的脈絡中尤其重要的是，Linne/Voswinkel 發現，企業中產生一種所謂的「勞動內部的解除管制效果」（Deregulierungswirkung innerhalb der Arbeit）：規範勞動關係的法律規範，如果現實上不被遵守之情形嚴重，例如定期契約或最低工資，則漸漸將被視為喪失其拘束效力，以致遭認定為「既將成為下一波解除管制的對象」，而使法規之適用效力越形困難，進而傾向個別勞動者與企業主進行個別的約定與形成，以取代

<sup>50</sup> Emmerich/ Walwei/Zika, WSI-Mitteilungen 1997, 568.

<sup>51</sup> Bielski, WSI-Mitteilungen 1997, 534ff., 537。Oppolzer/Wegener/Zachert, Flexibilisierung und Beschäftigungsförderungsgesetz, S. 11; Roy, Sozialstaat und Strukturwandel der Arbeitsgesellschaft, S. 216.

<sup>52</sup> Buttler/Walwei, Lösung der Strukturprobleme des Arbeitsmarktes durch Deregulierung des Arbeitsrechts? S. 243ff.

<sup>53</sup> Büchtemann/Höland, Befristete Arbeitsverträge nach dem BeSchFG 1985, S. 316ff.

現有形式或非形式之勞動法規範<sup>54</sup>。在德國之討論中，類似我國基本工資之所謂入門工資（Einstiegtarif），亦有同樣之激辯與發展，許多經濟學家不斷的主張應該要降低長期失業者或青年就業者之入門工資，以便他們能解決困難的就業問題，在實務上，許多企業規避團體協約最低工資之做法，就是產生此一訴求的重要原因之一，當然，德國之後不斷的調整與降低之措施，也沒有帶來改善該等勞工失業問題之效果。

由此可見，單以解僱保護及定期契約為例，解除管制之主張，在理論的假設及推衍上不但值得存疑，其實際所產生之勞動市場上的積極效果，在科學上亦是得不到證明的，反而因原有基於憲法社會國原則所建立之社會保護制度，被解除管制的行動所相當程度之刪減，而產生額外的社會保障退卻問題，例如勞動關係的變質為不穩定，進而產生學理上的所謂「秩序政策成本」（ordnungspolitische Kosten）的問題：企業生產力停滯，勞動力激勵與忠誠的減弱等<sup>55</sup>。在此就業效果的面向外，許多研究勞動關係解除管制的學者亦發現，解除管制所產生之「非社會」的後果，恐怕亦不容忽視。例如勞動社會學者 Wolfgang Lecher 便指出，勞動法上的解除管制發展，基本上帶來了以下四項影響：（1）企業內勞動條件的區隔化；（2）相當規模之僱用關係彈性的低度就業，使得該等勞動者的勞動條件與僱用穩定遭受極大的衝擊與威脅；（3）勞動者越來越遭「個人化」，難以完整規劃自我的就業生涯；（4）相對的，企業在世界市場上的競爭力，並未因此而提升，反而受困於許多不可測之因素及所謂經營戰略上的無能<sup>56</sup>。

研究企業內勞資關係變動的 Christian Hagemeyer 亦同時指出，從德國勞動關係解除管制的經驗來看，企業雖然表面上歡迎此「降低成本的優點」，但相當時期後均發現解除管制對於企業內勞資關係的不利影響，特別是透過諸如定期契約、派遣勞動、工時彈性化、召喚工作（KAPOVAZ & Arbeit nach Abruf）等措施，產生了結構上不容忽視的「邊緣勞工」，他們對企業理念及文化、乃至於員工間的團結均無認同，中長期來看，對於企業中的勞資和諧有著相當負面的影響，勞資爭議增多，是以有許多德國企業均表示不願採取解除管制所帶來的某些勞動關係形式，因為這才是「人事政策上的理性決定」<sup>57</sup>。值得注意的是，許多學者均點出此「典型勞動關係腐蝕」的嚴重現象，非典型勞動關係的急速增加，核心與邊緣勞動者的分裂與去整合，新的社會不平等與社會衝突，這些均是勞動

<sup>54</sup> Linne/Voswinkel, Vielleicht ist ja noch alles offen, S. 311ff.

<sup>55</sup> Buttler 即特別強調此點；dersl., Regulierung und Deregulierung der Arbeitsbeziehungen, S. 30f.。

<sup>56</sup> Lecher, Soziale Welt 38(1987), 165; ähnlich auch Schudlich, Die Abkehr vom Normalarbeitstag, S. 90f.

<sup>57</sup> Hagemeyer, Betriebliche Bedürfnisse zur Anpassung, S. 163ff.; dazu auch Oppolzer/ Wegener/ Zachert, Flexibilisierung und Beschäftigungsförderungsgesetz, S. 13; Roy, Sozialstaat und Strukturwandel der Arbeitsgesellschaft, S. 213ff.

關係解除管制所帶來之嚴重後果<sup>58</sup>。

以勞動關係的存續保障或協約自治為例，它等事實上扮演一定程度的社會整合功能，催生社會共識與穩固的繼續發展基礎，即便單純從經濟效率的角度來看，昔日經濟學所稱之「降低交易成本」、「降低骯髒競爭之發生」、「有助於勞動激勵與產業升級」、「整體而言有利於經濟的國際競爭力」的管制正當性，其實亦繼續存在著<sup>59</sup>。Egon Matzner 亦指出，主張勞動關係解除管制者，過於強調管制形式之「限制個人行為」的面向，而忽略管制亦可能「支撐個人行為與自由」的功能，例如經濟學上的所謂「比較的制度利益」(komparative institutionelle Vorteile)：專門技術勞動者的職業訓練便是絕佳的例子，如果單純以「價格」(工資額的高低)衡量勞動力的供給條件，則顯然不能達到提高生產力之目的，對企業經營及競爭力是未必有利的<sup>60</sup>。另一明顯的例子是勞工的共同決定：即使是新自由主義的法律經濟分析理論或德國的企業陣營，亦均認勞工共同決定－顯然，這是勞動關係管制的一種形式－可能無害於企業的競爭力。以法律經濟分析的財產權理論來說，其基本觀點認為：財產權與控制權是不相同的，是可以、而且應該區分的，在此基礎上，共同決定應是理論上可以接受的經濟事實。然而，透過法律所建立的強制共同決定，比較可能無法帶來所謂的「柏雷托最適境界」(Pareto-Optimalität)：社會經濟與福利的極大化，理由在於，所有參與者既有各不相同的目的功能，則單單擴大其中一股力量的參與或介入程度(例如勞工的共同決定)，則理論上無法帶來效率的提升。但假使是自願實施共同決定－此即為社會管制的一種形式－，則組織效率可能出現<sup>61</sup>。Wolfgang Streeck 亦從所謂「高品質產品」的特性以論證共同決定之必要性的嘗試。Streeck 認為，如一產業型態是以高品質的產品(品質競爭)，而非單純價格競爭的標準產品為主，則特定人力資本的投資便相對重要，無法透過市場的一般保護機制來維護之，在此，勞工對於其特定人力資本的影響權利，便極為重要，而共同決定無異其重要的實踐

---

<sup>58</sup> Roy, Sozialstaat und Strukturwandel der Arbeitsgesellschaft, S. 51ff., 77ff.

<sup>59</sup> Roy, Sozialstaat und Strukturwandel der Arbeitsgesellschaft, S. 213ff.; Müller/Seifert, WSI-Mitteilungen 1991, 491f.; Hickel, GMH 1989, 87, 94f.; dersl., GMH 1996, 713f.; Farthmann, ZRP 1987, 226 f.; Fischer, BB 1994, 278。Matzner 特別以解僱保護為例，認為主流經濟學事實上誤解了 Coase 定理，因為依 Coase 的說法，提高交易成本、但同時減少交易的管制形式－例如解僱保護，不但是可能的，甚至經濟上亦得認係有效率，股票市場及國際金融市場就是最好的例子，相對的，壓低交易成本亦非必須然導向個人與整體社會的富裕，因此 Matzner 認為，既使依照 coase 定理之理論學說，仍須具體分析管制之效果，而非從理論層次上作片面的推行； dazu siehe Matzner, Beschäftigung und Ordnungspolitik, S. 121ff.。

<sup>60</sup> Matzner, Beschäftigung und Ordnungspolitik, S. 124f.

<sup>61</sup> Junkes/Sadowski in: Frick/Kluge/Streeck(Hrsg.), Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung, S. 56ff.

方式<sup>62</sup>。Alfred Oppolzer 亦指出，德國企業界經常表示「共同決定有助於德國經濟發展與國際競爭力」，可見單純從理論層次欲印證共同決定制度係有害經濟效率之管制形式，在實踐經驗中恐怕亦說不通<sup>63</sup>。

就「社會和諧與整合功能」的角度來看，學者經常強調，在沒有任何經得起考驗的實證經驗證明之情況下，率爾持續的解除管制，例如廢除解僱保護、定期契約完全放寬、廢除共同決定制度，或是在本文脈絡下尤其重要之檢討入門工資等，只是單獨偏向企業之利益，而將政治一律擺在經濟彈性化的需求之後，最終對於社會和平恐怕有極其不利的影響<sup>64</sup>。假使說，解除管制與彈性化並非一必然或甚至普遍的走向與趨勢，實證經驗上復得不到創造就業或符合勞動者個人需求之效果，而僅是一種追求企業更大獲益的策略運用，淪為純粹意識形態之作用<sup>65</sup>，則吾人應更精確的掌握解除管制之理論脈絡，試圖尋找出其規範性上的本質缺陷。

## 六、國家最低工資的保障：法律上的強制訂定

在最低工資=基本工資制度下，國內勞動基準法一直存在一項重大爭議，那便是訂定此最低工資的行政程序究竟應如何構成。在整體體系的建構上，以下僅分析有關德國相關制度的內涵，以供此方面顯然欠缺得多的我國法參酌。

<sup>62</sup> Streeck in: Frick/Kluge/Streeck(Hrsg.), Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung, S. 63.

<sup>63</sup> Oppolzer, AuR 1998, 46; Engelen-Kefer, AuR 1996, 329f.; dersl., Weiterentwicklung und Reform, 119f.。以德國企業共同決定（Unternehmensmitbestimmung）制度為例，監事會共同決定所產生的經濟上影響，長久以來，至少在經濟學或企業管理學的討論中，一直難以蓋棺論定。1998年，由大力支持經濟與企業管理研究著稱的 Bertelsmann 基金會與 Hans-Böckler 基金會，共同邀集德國勞資及勞動經濟研究領域著名的學者專家三方，共同組成一所謂的「共同決定委員會」(Kommission Mitbestimmung)，進行長為期的對於「德國共同決定制度的未來」議題的討論。在其所提出的報告中認為，實施共同決定制度的德國企業之競爭力，只能在與其他相關之制度及傳統的整體關聯考察下，才能窺其一二，無法單以共同決定為單一要素來評斷。既使如此，許多批判共同決定的學者專家及企業主也都承認，雖然很難準確的以數據證明，然而共同決定制度能夠促成企業內勞資雙方建設性的和平、合作，有利於彼此共識的形成，卻是無庸置疑的；dazu Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung, Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen, S. 80ff.。委員會成員之一的 Werner Abelshäuser 教授，針對德國共同決定制度發展史的研究鑑定報告，亦證明勞工共同決定制度，同時兼具穩定及彈性調整的特性與能力，而廣為企業界所肯定；dazu vgl. dersl., Vom wirtschaftlichen Wert der Mitbestimmung, passim。

<sup>64</sup> Roy, Sozialstaat und Strukturwandel der Arbeitsgesellschaft, S. 217; Küchle, WSI-Mitteilungen 1990, 5; Oppolzer, AuR 1998, 46.; Markmann, Deregulierung schafft keine Arbeitsplätze, S. 153。Markmann 稱之為「解除管制與轉變管制所帶來之心理、社會與政治之損害」。

<sup>65</sup> 特別以此觀點觀察彈性化者，例如 Pollert, Anna: Flexibilität – eine fixe Idee? S. 16ff.。

## （一）最低勞動條件規制法

德國 1952 年 1 月 11 日頒布施行的《最低勞動條件規制法》（Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, MindArbBG），其中第 1 條第二項明文規定，原則上，關於工資及勞動條件的事項，應由團體協約當事人以團體協約之法律形式自由約定之，只有在某一產業部門或某一僱傭工作型態（Beschäftigungsart）有下列兩種情形之一時，方由法律授權予勞動部長，由其與依法組成之《最低勞動條件委員會》（Hauptausschuß für Mindestarbeitsbedingungen），一同決定最低工資之數額：

- （1）無工會或雇主團體，或
- （2）雖有工會或雇主團體，但僅涵括少數之勞工者。

此外，亦有特別法規定某些特殊的勞工族群，亦有本條的適用，如《身心障礙保護法》（Schwerbehindertengesetz）中身心障礙者的勞動廠所，亦均得適用本條，由勞動部長與《最低勞動條件委員會》一同為訂定最低工資的處分。

自 1952 年該法制定至今，這樣「以行政手段強制訂定工資」的情形從未出現，因為實際上並無規定法定最低工資的必要：絕大部分的德國勞工之工資，均依團體協約之規定內容訂之，不論係經由直接適用亦或一般效力化的宣告而適用，而其他團體協約所不能及的勞動關係，雖然必須仰賴當事人間的契約自由加以合意訂定，但事實上又存在其他法律上的控制機制：換言之，在有關最低工資的問題上，比較重要的反而是其他法律規定對於契約自由約定工資的限制，亦即一般學理上所稱之「法院最低工資」（richterlicher Mindestlohn）的問題，也就是如何透過法院對於「工資合理性控制」的實務操作，在「判斷僱傭契約之工資作為勞務給付之對待給付，是否構成顯失公平」上，去形成實質上的最低工資保障。亦即，德國並非如我國一般，由政府透過一定的機制，訂定全國勞動關係一體適用的最低基本工資，而是對於不適用團體協約工資規定的勞動關係，雖然任由當事人自由約定，但卻經法院的個案裁判，形成一定規範密度的法律原則與解釋，對於當事人的工資約定作「合理性的控制」（Billigkeitskontrolle），進而發生「勞工之最低工資保障」的實際效果。不論如何，以下還是分別討論《最低勞動條件規制法》中訂定最低工資的相關問題。

### 1. 法定要件

依據本法第 1 條第二項的規定，只有在某一產業部門或某一僱傭工作型態中，無工會或雇主團體，或雖有工會或雇主團體，但僅涵括少數之勞工者，因有制定最低工資，以滿足勞工之必要的社會及經濟需求的必要，而又無團體協約一般化效力宣告之適用情形，即得依本法之規定，成立最低勞動條件委員會來訂定

最低工資。以下茲分別討論三項要件。

### (1) 無工會或雇主團體，或其僅涵括少數之勞工

依本法第 1 條第二項之規定，必須某一產業部門或某一僱傭工作型態中，無工會或雇主團體，或雖有工會或雇主團體，但僅涵括少數之勞工者，方有本條之適用。就前者之無工會或雇主團體，事實上極易認定，因此問題大都出現在後者，亦即何謂「工會或雇主團體僅涵括少數之勞工」。法條上並未對這裡的「少數」(Minderheit) 作有明確的數學式定義文字，從另一個現實的角度上來說，在「勞動條件原則上應由團體協約當事人自為約定」的前提下，觀察一德國普遍的現實：某一工會或雇主團體，雖然只涵括不及二分之一的勞工或雇主，但其固定而持續協商並簽訂的團體協約，卻係其相關之產業部門或僱傭型態的指標性內容，則論理上就無法逕下結論：此團體協約之實質影響「僅涵括少數之勞工」。就本法之規範目的及意旨來看，兩個核心的內涵應是：

- 國家介入的補充性原則，
- 團體協約規範力量的優先性原則，

換言之，本條的規範主要是針對無法以自主之力量，規範工資及勞動條件而言，例如極少數而無力量的勞工，假如此少數之勞工已能比照指標性之團體協約的內容，實質上同樣適用，國家便無必要透過本法而強加制定最低勞動條件，因為此時已無「補充性」的必要，亦非「無應優先之團體協約規範」的存在。

比較有問題的，可能是另外一種情況：雇主團體僅涵括少數的雇主，而工會已包含多數勞工之情形，此時是否應認仍有由國家制定最低勞動條件的必要，頗值懷疑。因為雇主亦得與工會簽訂企業團體協約，並沒有必須透過雇主團體以締結團體協約的強烈誘因，而且相對的，勞工亦沒有必須適用本條項的強烈社會保護需求，因其擁有貫徹自己權利的力量，而且亦有罷工等最後手段的壓力武器，此時應堅持團體協約自治的優先原則。而另外一種情形，工會雖然存在，但僅有少數的勞工加入，則此時因為工會通常缺乏必要的貫徹及對抗力量，理論上比較能逕認存在適用本條項的需求，因此在《最低勞動條件規制法》第 1 條第二項的解釋上，應該只限於「無工會」或是「工會只涵括少數勞工」之情形，而不包括「僅無雇主團體」或「僅雇主團體涵括少數雇主」的類型，因為此時，工會與雇主仍有簽訂團體協約的可能，一個合理化國家強制介入的正當性、對勞工的社會保護需求均不存在。

### (2) 滿足必要的社會與經濟需求

《最低勞動條件規制法》第 1 條第二項的另一要件，是必須存在「滿足勞工之必要的社會及經濟需求之必要性」時，才有發動適用本條項的可能。解釋上比較困難的問題，是究竟何謂勞工必要的社會及經濟需求。一般認為，德國民事訴訟法第 850 條以下的所謂「禁止扣押的工資比例」(Lohnpfändungsfreigrenzen)，並

非就必然是這裡所稱之勞工的必要社會及經濟需求，因為禁止扣押一定數額之工資的立法意旨，是為了保障作為債務人之勞工的生活所需之最低值，而本法的最低勞動條件之規制，其目的並不相同，它主要是探求在一產業部門或僱傭型態之中的某一「過渡階段的勞動條件」，以銜接到勞工的同盟能夠自主形成、自行協商勞動條件的情形。另外在學說上經常討論的，是能否援引《聯邦社會救助法》（BSHG）之規定（特別是有關數額及比例的訂定），以得出與本法目的相符之最低工資。依該法第 1 條第二項的規定，社會救助的目的，在於使需要救助之人得以維持符合其人性尊嚴的生活，因此，透過社會救助的給付，必須要使受領人能夠滿足本人必要的社會與經濟需求（《聯邦社會救助法》第 12 條第一項）。然而，基於某些理由，意圖透過社會救助制度的適用與操作，以得出本法之最低工資與勞動條件的數額，是有其困難的。

首先，《聯邦社會救助法》中所區分的幾種態樣，如維持生活的救助（第 11 條以下），特別生活情狀的救助（第 27 條以下），以及分別現實、得、應之不同救助方式，難以適用至《最低勞動條件規制法》所稱之最低勞動條件。因為依據本法所規制出之最低勞動條件，依同法第 8 條第一項的規定，視為團體協約，換句話說，在解釋上，這裡的最低勞動條件，原本即須區別不同的產業別及僱傭態樣，作不同的內容制定，此因它的類比「團體協約」之本質使然。而如此的區別，在社會救助的體系中是不存在的，因為許多的社會給付，特別是非金錢的實物給付，業已透過詳細的數額及比例規定而標準化。此外，啟動社會救助給付有一基本前提，就是受領人必須先以自己的收入及財產，或是請求對其有扶養義務之人的扶養費用來支付生活支出之後，才有請領社會給付之資格，除非本人之財產狀況極為有限。而社會救助之此類「輔助性」的本質，是與《最低勞動條件規制法》之最低勞動條件的保障截然不同，因為後者並無輔助、附帶、第二階段等的含義。當然，兩者還有一重大的差異，就是兩者所要滿足的必要需求 - 所謂勞工的必要需求與社會救助受領人的必要需求 -，基本上可能就指涉不同。

雖然存在理論及適用實務上的這些問題，在實際的運用上，以社會救助給付的水準來認定最低工資的數額，仍然有其意義。但是，無法忽視的是，假如制定的最低工資數額僅約略等於社會救助給付，那麼就很難企求勞工放棄社會救助的請求，而選擇以提供他人勞務的方式來維持自己的生活，換句話說，勞工將可能選擇放棄僱傭關係的繼續，逕向國家請求社會給付，而無須付出任何的勞務對待給付。為了避免如此之不合理狀況發生，似乎在理論上就必須堅持一項前提：只要進入僱傭關係為勞工而提供勞務者，就必須獲取高於社會救助給付的工資數額，因此，對於最低工資的訂定，社會救助體系的數額及比例規定就有其重要的指標性意義，亦即扮演「最低界限」的門檻功能。當然，必須一再強調的是，根據《最低勞動條件規制法》第 4 條第五項的規定，委員會所制定的標的必須為工資與其他勞動條件的「最低界限」（unterste Grenze），它的目的不在於完全的取代

團體協約，不在於提供一與團體協約之規定等價的替代給付，這便會進一步的限制該委員會的訂定權限，就如同德國著名的勞動法學者 Herschel，在 1952 年針對剛出爐的《最低勞動條件規制法》所說的：「吾人需要相當的社會責任意識與經濟理解，方能訂定正確的數額」<sup>66</sup>。

### (3) 無團體協約之一般化效力宣告

依同法第二條第二項的規定，責成委員會逕為訂定最低勞動條件，必須無經一般化效力宣告之團體協約而有直接適用之工資或其他勞動條件的約定者，方足適之，此應為事理之明，亦為德國學界的通說。因為，既然已有為一般化效力宣告的團體協約，勞動條件已有適用之依據，不論是否為「最終的」(erschöpfend)約定，事實上便無再經委員會訂定的必要，換言之，不得容許以最低勞動條件的規制，來試圖補充團體協約的規定內容，因為這顯然違背法律的本旨。不過亦有保留之見解出現，認為在團體協約已為廣泛而終局的規定之時，的確，再企圖透過國家之最低勞動條件來加以補充，顯然是不合理、不合法的，例如，某些團體協約的內容，對勞工而言較為不利，而其他內容可能又反而對之較為有利，此時便不應容許勞工試圖透過國家法定之最低勞動條件機制的介入，而扭正對己較為不利的條款部分，否則將導致一種結果：勞工將一部適用對自己有利的團體協約條款，而他部適用對自己有利的國家最低勞動條件，如此一來，無異透過國家的手段，直接摧毀了協約自治的制度。但是，論理上仍然存在一種可能性，例如，團體協約雖經一般化的效力宣告，但其條款並未包括某些勞動條件的部分，也就是非故意的規範漏洞。此時，只要其他由國家直接規制最低勞動條件的要件具備，便應容許透過此方式，來進一步補充團體協約的內容，因為它本質上並未侵害當事人的協約自治權限，也不至於影響已成立之團體協約的效力。反過來說，倘若不允許這樣的補充規範，使得勞工之某些勞動條件無任何有效的約定存在，亦難符保障勞工權益之本意。

## 2. 內容與適用

《最低勞動條件規制法》第 4 條第四項規定，委員會所訂定之最低勞動條件，係指某一產業部門或僱傭型態中，工資及其他勞動條件之最低界限，它並非要作為團體協約相當的替代給付，亦即並不是要取代團體協約的功能，而只是在防止勞工貧困化的目的下，賦予未受團體協約保障之勞工，一個至少起碼的工資收入以及符合人性尊嚴的勞動條件，換言之，本法的意旨在於針對必須處理的社會急迫狀態，創設一保護勞工的最低界限，因此所制定者，並非相當或適當之工資或其他勞動條件，而僅是「必要」者。在這樣的目的下，解釋上，委員會所訂定之最低工資，應是針對某一產業部門或僱傭工作型態的「單一數額工資」，而非諸如根據不同的勞工類型，所設計之不同薪級的工資表列，例如依勞工的年齡或年

<sup>66</sup> Herschel, BarbBl 1952, S, 36f.

資，相對的，根據勞工所提供之勞務種類不同而作區別，則屬正當，例如製奶酪工人、領班、助手等，除此之外的進一步區分工資等級，應認抵觸本法的意旨，因為它已超越最低工資界限的意涵。從保障集體勞動法的體系之角度來說，亦只能在有限的範圍內，方容許透過國家強制訂定最低勞動條件，因為任何的國家介入，某種程度都同時意味著對勞僱雙方同盟組織的弱化，因為它無疑干預了雙方的協約自治。因此，為了防止造成組織同盟或簽訂團體協約意願的低落，即便國家必須介入，也必須絕對限於最低界限，最低工資或最低的其他勞動條件，而且其作用必須在激發勞僱雙方透過協約自治為進一步的規範，所以只能扮演暫時性、過渡階段的功能。

依《最低勞動條件規制法》第 8 條第一項的規定，所訂定的最低勞動條件，視為團體協約，亦即對於當事人具有直接與強制的效力。然依同條第二項的規定，團體協約的規範優先於最低勞動條件，由於此係清楚的強行規定，因此即便團體協約的相關內容對於所涉勞工較為不利，而國家訂定的最低勞動條件較為有利，亦僅能適用團體協約，排除最低勞動條件的規範。當然，如前所述，此原則僅應適用於團體協約已為廣泛且終局之規範時，方足適之，如其沒有針對某些特定的勞動條件作規範，則不應認為團體協約的存在，就不容由國家制定最低的勞動條件。

### 3. 程序

與德國《團體協約法》第 5 條以下、《家內勞動法》第 19 條以下的類似程序不同的是，《最低勞動條件規制法》所規定的制定程序，基本上分為四個階段：參與制定程序的有聯邦勞動部或一邦之最高勞動主管機關，由聯邦勞動部長組成之《最低勞動條件委員會》（同法第 2 條第一項），以及所涉及之產業或僱傭型態之《專責委員會》（*Fachausschüsse*）（同法第 3 條第一項）。

#### （1）最低勞動條件委員會（同法第 2、第 3 條）

由勞資雙方各五名代表，加上聯邦勞動部長或由其指派之人，共同組成最低勞動條件委員會，決定相關產業部門或僱傭工作型態，只是有由國家制定最低勞動條件的必要，換句話說，該委員會必須審查是否存在應由國家訂定最低勞動條件的要件，特別是在不影響集體勞動法的協約自治的前提下。最後，委員會以簡單的多數決，決定「應訂定最低勞動條件」或「不應訂定最低勞動條件」。

#### （2）聯邦勞動部長

值得注意的是，本法並非規定「由委員會作成決定」，而是「經委員會的同意，由聯邦勞動部長作成決定」，解釋上，部長只是受該委員會單一方向投票的拘束：如委員會不同意，則部長不得決定應制定最低勞動條件命令，但如該委員

會表示同意，則部長無須受其拘束，仍得逕依自己合義務之裁量作成之。這是一個相對於《團體協約法》第 5 條第一項第二款的當然文義解釋，因為《團體協約法》的條文規定「如制定為必要者」，而這裡的文字是「如認必要者」，換言之，在團體協約是否為一般化效力宣告的場合，只要客觀上有必要，聯邦勞動部長就有發布的義務，但在《最低勞動條件規制法》，顯然勞動部長仍有相當的裁量空間，並非一具客觀要件，便有作成應制定最低勞動條件決定之義務。

### (3) 專責委員會（同法第 4 至第 6 條）

聯邦勞動部長經最低勞動條件委員會之同意，作成「應制定」之決定者，應進一步組織專責委員會，以決定最低勞動條件命令的實質內容。此專責委員會應由勞動部長指派一人為主席，加入涉及之產業或僱傭型態之勞資雙方各三至五名的相同人數代表組成。值得一提的是，此專責委員會的任務在於「準備最低勞動條件的內容」，而非作終局的決定。原則上，該委員會以簡單多數決的方式來議決，只有在正反意見人數相同而僵持時，主席方得參與表決，形成多數，這應是原則上須維持勞資自治的精神之故（本法第 4 條第二項、第 6 條第二項）。在專責委員會提出最低勞動條件的建議內容前，應經所涉及之邦政府的最高勞動主管機關、所涉及之雇主及勞工、所涉及之雇主團體及工會等組織的書面意見諮詢，並舉辦公開的口頭協商。

### (4) 聯邦勞動部長的同意（同法第 4 條第三項）

必須注意的是，專責委員會所提出的最低勞動條件規制內容，僅是呈遞給勞動部長的建議，尚須經其同意，才有作成最後命令的可能（本法第 4 條第三項第一款）。依規定，聯邦勞動部長得拒絕同意，並且在附理由說明之下發回專責委員會，請其重新討論提出建議。如勞動部長表示同意，就由其直接發布該當最低勞動條件內容之法規命令（本法第 4 條第三項第二款）。此時，一經同意，聯邦勞動部長就必須發布與專責委員會所建議之完全相同的最低勞動條件內容，不得進一步增刪，必須加以注意，也就是儘可能的減少國家之實質干預空間，盡量讓中立的委員會去作出實體內容的決定。

## 4. 思考：最低勞動條件規制法是否為訂定最低勞動條件的適當手段？

首先，如前所述，《最低勞動條件規制法》公佈施行至今，從未適用過，因此無法從法律社會學的觀點去剖析其適用上的影響，然而相對的，就因為本法的未經援引，反而有許多學者引為本法業已發揮作用的證明：因為，即其顯然的，在符合本法的規範意旨下，絕大多數勞工的工資及勞動條件，均以透過集體法上的自由約定而制定。著名的勞動法學者 Fitting，早在本法制定的一開始，就有極為正面的評價：「單單這個法的存在，就是一個對勞資雙方的重要誘因：寧願以負

責任的心態，自己來作出規範，而不要在國家的公權力規制之下」<sup>67</sup>。道理很簡單：由國家來制定最低工資，本身就隱藏著風險，因為假如國家的最低工資要與團體協約的勞動條件來互為競爭，那麼協約當事人自為訂定的動力必然減弱許多，甚至影響勞工組織或加入工會的意願，從這個角度上來說，「最低勞動條件規制法」的確與基本法所保障的協約自治，存在著顯著的緊張關係。此外，這類由國家制定最低勞動條件的制度，亦會對其他非為命令所涵括之產業部門，產生一定的影響。因為在其他部門的工資約定，不論其數額高於或低於國家訂定的最低工資，都會被協約當事人認定「不適當」，因此發生「趨近於最低工資數額」的效果，因而導致經濟學上所謂工資-物價的連鎖通貨膨脹。就是因為這一些先天存在的問題，依據本法的目的，就必須儘可能的避免減少當事人協約自治的誘因，為達成這樣的意旨，本法特地有兩項相當重要的基本原則決定：

- 本法適用之輔助性（本法第 1 條第一項、第 8 條第二項），以及
- 最低勞動條件之規範範圍的限定（亦即僅限於最低界限的工資數額，本法第 4 條第四項）。

透過這兩項基本原則的操作，「最低勞動條件規制法」只是邊緣性的碰觸到勞僱同盟的協約自治，而且雖然不免對之有所影響，但業盡最大的努力來加以減少或避免。依德國工會的一般看法，依據「最低勞動條件規制法」所制定之最低勞動條件，其內容並未影響到團體協約規定的拘束力，亦即沒有形成與團體協約的競爭關係，而與「團體協約法」第 5 條之一般化效力宣告，以及「家內勞動法」第 19 條以下的類似制度不同，後兩者顯然已有侵害協約自治之嫌。重點在於，本法所制定出來的，只是「最低界限」的，並非「相當」的工資或勞動條件，非如團體協約一般化效力宣告及家內勞動的工資訂定，係屬一「相當」的本質。

從這一點特質便可得知，「最低勞動條件規制法」的適用，功能在於防止顯不相當的勞動條件，並不適合用來截堵「不合理」的勞動條件，這是對於本法的當然解釋，因為「最低界限」之工資及勞動條件，原本就僅能針對顯不相當的情形，而非單純之不合理。從另一個角度上來說，本法也遭致一些批評，例如，依照本法第 1 條第二項的規定，只要在團體協約非為一般化效力宣告時，方得由聯邦勞動部長頒布制定最低勞動條件，換句話說，本條並非使政府審酌是否應逕為一般化效力宣告，亦即一併考量「為團體協約之一般化效力宣告」或「規制最低勞動條件」，而是要要件上，只有在無團體協約之一般化效力宣告存在者，方有適用本法訂定最低勞動條件的可能。換言之，本法的文義上來看，顯然是希望避免產生與團體協約互為競爭的情況發生，因此務必堅持「團體協約優先」的原則，但是如此的規範方式，並未能相當的突顯「規制最低勞動條件的作為最後手段」的本質（ultima-ratio-Charakter），因為法條上並沒有選擇「應先考量為團體協約之一般化效力宣告」為要件之規範方式，而只單純的以「無團體協約之一般化效力宣告存在」為前提，因此無法達成如此之效果。

<sup>67</sup> Dersl., Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, RdA 1952, 5, 9

另一廣為學者所批評的問題，便是區分最低勞動條件委員會與專責委員會的必要性。因為就專責委員會而言，其成員係來自所涉及之產業部門或僱傭工作型態，理論上較能作出符合實際需要的最低勞動條件內容，大致上是沒有問題的，但是本法將制定的程序劃分為兩個委員會的階段，而與性質類似的團體協約一般化效力宣告程序（《團體協約法》第 5 條）及家內勞動頒布勞動條件命令之程序（《家內勞動法》第 19 條以下）大相逕庭，因為這兩者都沒有再將委員會的管轄事項劃分開來。這樣的結果其實有其政治理由，因為在立法當時，社會民主黨認為國家不應介入最低勞動條件委員會的階段，而聯邦參議會（Bundesrat）的委員會在進行審查時，卻顯然是希望將這裡的委員會完全等同於《家內勞動法》的組成方式，結果最後所達成的政治妥協，就是兩者都保存了下來。不論在最低勞動條件委員會或專責委員會，其中都有勞資雙方的代表，這一點非常明顯，因為立法者希望倚重勞資雙方貼近現實的專業，而且也賦予制定程序一個特殊的意涵，就是雖然是國家的制定頒布程序，但過程中卻與團體協約之勞資協商本質極為接近，換句話說，能夠最貼近自由之集體勞動法的體系（System des freien kollektiven Arbeitsrechts）。然而，由於本法採取的是所謂「單向拘束」方式，也就是說，如委員會認不具制定最低勞動條件的必要性，聯邦勞動部長就必須受拘束，但如認具有必要性，則部長可以依自己之合義務裁量，來決定是否頒布制定，就此而言，不確定之變數極大，同時也難謂與自由之集體勞動法的本質相符。

依《最低勞動條件規制法》第 11 條的規定，雇主有將所適用之最低勞動條件公告於工作廠所的義務，以使勞動關係適用之勞工得以知悉。這裡所謂雇主的公告義務，內容上等同於團體協約法第 8 條，亦即雇主將團體協約條款公示的義務。雖然在團體協約的情況極為普遍，但是將「最低勞動條件」於工作職場公示，對德國勞動法而言卻是頭一遭，其目的顯然在於將最低勞動條件的內容公示於眾，提高所涉及之當事勞工對其的認識程度，而非僅滿足於單純的行政公告，因此在一般的評價中，本法第 11 條的規定，應係意圖防止及排除不相當之勞動條件的適當手段。此外，依同法第 13 條的規定，對於不遵守最低勞動條件的雇主，邦的最高勞動主管機關得要求，應於一定的期間內滿足勞工的最低勞動條件請求權。第 14 條繼續規定，國家得以自己名義，訴請雇主履行應賦予勞工之最低勞動條件義務，在解釋上，此一特殊規定自是針對最低工資的有效貫徹工具，當然，事實上亦能擴及其他的勞動條件，只不過在原先的立法想像上，特別考量此針對最低工資保障的有效性。《最低勞動條件規制法》創設此種由國家來代為訴請的權利模式，無疑的，是著眼於勞工事實上貫徹法律權利的困難，不論是因為畏懼招致職業上的不利益，或是有被雇主解僱的風險，致無法主張或貫徹最低勞動條件的權利。學說上一般均認為，本條之規定係立法者相當獨特而有效的創新手段。

整體看來，《最低勞動條件規制法》是一針對勞工最低工資與勞動條件之保障

上，相當周延的一套法律，它也是德國社會政策史上一個嶄新的實驗。在二次世界大戰結束後沒有幾年的立法當時，一般咸認，必須創設一勞動法上的可能性，讓國家主動的介入，以使勞工能享有符合一般生活水準的生存保障，進一步維繫社會的和平與繁榮。《最低勞動條件規制法》也是對於勞資雙方社會夥伴的一個呼籲，督促他們必須要認真的投入，建立一套沒有遺漏的團體協約規範網絡，否則國家就要以公權力的手段來介入，從某個角度上來說，或許《最低勞動條件規制法》的至今未曾適用，正是勞資雙方真切體認本身使命的最佳結果。

## 第二節 工資保障（二） - 工資內容合理性控制

在工資保障體系的第二項內涵，主要即針對所謂的工資內容控制問題（Inhaltskontrolle der Vergütung），問題意識是：究竟何為合理合宜之工資數額？我國實務上雖少有如此案例，但確屬工資理論體系上之重要問題，以下茲以德國法之討論為核心，逐步加以鋪陳與分析。

### 一、民法第 138 條的工資控制

德國民法第 138 條規定：「法律行為違反善良風俗者，無效（第一項）。法律行為係乘他人之急迫、輕率，或無經驗，利用給付，使其對自己或第三人為財產上利益之約定或給與者，若其財產上之利益，超過給付之價值甚鉅，依當時情形，顯失公平者，其法律行為無效（第二項）」，前項係違反善良風俗之法律行為的無效，後者則是針對如我國民法第 74 條的暴利法律行為的無效，如前所述，在對於如最低工資或其他最低勞動條件的控制上，本條扮演相當重要的角色。以下分別討論有關本條的構成要件問題。

#### 1. 第 138 條第一項的善良風俗

##### （1）學說上對於具體化概念的努力

何謂善良風俗，使違背之法律行為淪為無效，首先便是一個難題。學說上雖有許多的努力，不論是援引「傳統風俗性」、「社會道德」、「一般公共秩序」（ordre public）、「特定制度的保護目的」、「社會正義」等，雖在其不同脈絡下各有其特殊意涵，但總難完整的涵括本條項所指稱之「善良風俗」的法律概念，而且不可諱言的，對於善良風俗的理解，亦有相當高程度的「在地及時間限制性」，亦即因時因地而制宜，例如在美國極為普遍的「律師勝訴酬金」（Erfolgshonorare），在德國卻認律師與當事人間之此等約定為無效，因為違反善良風俗。

## (2) 所謂能合理而公平為思考之人的正當感情

姑且不論相關理論學說的爭執，一般的德國通說及實務見解，大致認為，所謂的善良風俗，應依一「能合理而公平為思考之人，其法感與正當的感情」(Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)而判斷之，當然，這樣的「客觀依詢主觀」的探索過程，如前所述，必然是動態的，隨著社會的發展程度而有所不同，就如聯邦憲法法院所說的：要探索不同個案中的善良風俗，「首先必須從整體的價值觀出發，而這個價值觀是來自在某一特定的時點上，人民所達到的精神與文化的發展程度，而且透過憲法而加以確認的」<sup>68</sup>。

不過，相對來說，如著名的民法學者 Karl Larenz 所言，原則上，在交易道德的領域中，一般而言比較容易存在一定的共識，也就是不難篩檢出一共同接受之最低價值，假如再扣合前述聯邦憲法法院的說法，吾人可以說，善良風俗的內涵與功能，應是指將憲法中所明定肯認的道德價值，透過善良風俗的不確定法律概念，正確的填補進私法的規範領域內，換言之，憲法中的基本權及其他憲法秩序中的決定，便是善良風俗的具體概念內容，在私法交易秩序中尤然。引申到民法第 138 條第一項的討論，我們可以說，在這樣的認識基礎下，一個所謂違反善良風俗的法律行為，可能有下列幾種情形：

- 法律行為之內容違反善良風俗；
- 法律行為對於第三人所生之效果違反善良風俗；
- 法律行為之內容係基於一雙方當事人所合意的違反善良風俗之目的；
- 法律行為之一方當事人，以違反善良風俗之方式對待他方。

依帝國法院的看法，法律行為是否違反善良風俗，應就其內容、目的及行為態樣，綜合來加以觀察。目前德國學界的通說認為，應以「一般普遍的穩重之人」的觀點，來加以衡量，而非特別取決於某種高道德的標準，換句話說，通說以為，所謂一違反善良風俗的法律行為，必須客觀上違反善良風俗，而行為人主觀上認識，或因重大過失而未能認識此造成違反善良風俗的情狀，但此並非指須以行為人主觀上有造成此情狀之故意為要件。違反善良風俗，只要一方當事針對他方之行為即為已足，亦即一般所稱的「單方的違反善良風俗」。

## (3) 給付與對待給付的顯失公平

構成違反善良風俗的法律行為，尚必須其「給付與對待給付顯失公平」，在所謂類似暴利行為的態樣上，這一點尤其重要，因為符合第 138 條第二項暴利行為要件之「給付與對待給付的顯失公平」，只要得利人對於此顯失公平是顯然的視而不見，仍有可能構成同條第一項的違反善良風俗。在學說及實務上，對於何種工資的約定應屬違反善良風俗的「顯失公平」，多半以足資比較的團體協約工

<sup>68</sup> BverfGE 7, 198, 206

資為標準，例如，「遠較可比擬之工作的團體協約工資為低」，便應符合此要件<sup>69</sup>，但是，曾經有不同的判決認為，較團體協約工資少 20%、26% 或 33%，都尚不足以認定為違反善良風俗，即便少了一半，亦非必然適格之，相對的，亦有減少 40%，即被認定為違反善良風俗的見解。亦有某些實務看法認為，不須必然與該產業之團體協約的工資來作比較，亦可與發生地所在之邦的平均工資為標準，例如 1973 年的一則判決便認為，假使勞工必須自己負擔運輸的成本，則運送麵包的時薪為 1.04 馬克的約定應屬無效。但在 1986 年，另一則判決則認為，針對到府服務的電話維修工作，雖然包括待命時間在內的總時間，只有 25% 被認定為是勞動契約的履行時間，但是雙方所約定之 1.55 馬克的時薪，亦非違反善良風俗。依實務的見解，低於社會救助的給付金額，並不必然就適格為違反善良風俗的工資，總而言之，學說上依據許多的實務看法，並且參酌有關「信用暴利」（Kreditwucher）以「超過市場一般利率兩倍的約定即構成暴利」的標準，認為只要低於市場一般工資的一半，就應認係違反善良風俗。

從這些實務及學說上的努力，吾人可以發現，雖然想要試圖找尋一普遍適用的標準，但事實上要判斷工資約定是否違反善良風俗，仍然必須依照個案的特殊情形來加以衡量，很難得出一放諸四海皆準的答案。在這裡所要判斷的重點，所謂是否「約定的工資與勞務之給付顯失公平」，在個案上，必須審酌相關之勞務本身，給付期間長短，勞務的困難程度，勞工所須承擔之生理及心理上的負荷等情形，加以綜合判斷。然而，必須加以注意的是，並非一不相當的工資約定，就必定會構成違反善良風俗，因為從理論上來說，即使是對勞工不利的約定，原則上亦可能在其作為契約當事人的形成權限之內，換言之，仍為「契約自由」的呈現，因此真正的困難可能在於：如何正確的區分「單純不相當的工資約定」與「違反善良風俗的工資約定」。如前所述，團體協約的工資與一般工資的數額，均得作為審酌參考的標準，而低於市場平均工資的一半，原則上亦得逕認係違反善良風俗，但是這兩者都仍無法作為放諸四海皆準的區別依據。

從另一角度來看，或許應該從《最低勞動條件規制法》第 1 條第二項第二段、第 4 條第四項，以及《商法》（HGB）第 92 條之一第一項第一款的規定意旨，去作進一步的探求。依前者的規定，必須在滿足勞工必要之經濟與社會需求的要求下，應為最低勞動條件之規制時，方得為之，根據後者的明文，經濟上的從屬地位等同於勞工的單一企業營業代理人，亦得由聯邦司法部長經聯邦勞動部長與聯邦經濟部長同意後，發佈規制最低工資與契約條件的法規命令，而其要件，亦是「必須在滿足營業代理人必要之經濟與社會需求的要求下，應為最低勞動條件之規制時」，此處之「經濟與社會的需求」，亦即勞工維持生活所必需的工資，只要無法滿足之，便應認「違反合理而公平為思考之人的正當感情」。由於這兩個法律條文的意旨，都在針對最低生活的保障問題，皆於避免當事人處於不能忍受的

<sup>69</sup> BAG AP Nr. 30 zu § 138 BGB

社會急難狀態，因此，單純的給付與對待給付的不相當，便不能直接認係違反善良風俗，只要它沒有碰觸到「最低界限之保障」的臨界點。從這一點來看，對於工資約定是否違反善良風俗的判定，應以「勞工必要之社會與經濟需求」的最低程度範圍為準：只要勞工的最低需求無法獲得滿足，便得得出該工資約定違反善良風俗的結論<sup>70</sup>。

在另一種比較特殊的情況，只要勞工因勞動契約的成立，而承擔與工資數額不相當的營業或經濟風險，亦可能構成違反善良風俗的顯失公平。因為透過相當風險的承擔，不但間接的減少實際工資，甚至可能使勞工遭致高於工資的損害，換句話說，只要勞工於結算風險後所實際獲得的對待給付，已經低於前述的最低生活需求，就可能構成民法第 138 條的違反善良風俗。常見的諸如此類之風險，例如：

- 不完全的、尚待填補的約定（Mankoabreden），
- 客戶無支付能力時之代為清償責任（Delkrederhaftung），
- 雇主虧損時的勞工分擔比例，
- 工作或成品不佳的工資扣減，
- 約定某些企業經營行為下，不利於勞工的勞工責任約定，
- 顯不合理的契約罰，
- 約定由勞工負擔可歸責於他之意外的所有損害賠償責任等，

只要在這些情形，勞工所能獲得之雇主的對待給付，已顯然不能維持自己的最低生活，便構成違反善良風俗。

## 2. 第 138 條第二項的暴利

對於德國民法第 138 條第一項的違反善良風俗的法律行為，立法者特別篩檢出一重要的特別態樣，亦即同條第二項的暴利行為，亦即，乘他人之急迫、輕率，或無經驗，利用給付，使其對自己或第三人為財產上利益之約定或給與者，而其財產上之利益，超過給付之價值甚鉅，依當時情形，顯失公平者，即可能構成暴利行為而無效。

### （1）客觀要件

暴利行為的成立，必須符合「給付與對待給付顯失公平、顯不相當」的要件，當然，如前所述，這很難有一一體適用的基準存在。學說上一般認為，這裡的重點，可能是必須先探求雙方給付各自的客觀上價值為何，並且加以比對，然後再依個案情事的不同，作綜合的判斷，例如進一步審酌有關風險分配、法律行為的

---

<sup>70</sup> 當然，此客觀要件仍必須搭配主觀要件的問題，亦即行為人必須明知或因重大過失而不知此「違反善良風俗的狀態」，不過德國一貫的實務見解均認為，只要客觀上存在民法第 138 條第一項之顯失公平，原則上便可得出其主觀之可責性

投機性質、市場的一般慣例及情形等因素。

## (2) 主觀要件

主觀上，必須符合「乘他人之急迫、輕率，或無經驗」，事理至明，學說就其內涵亦較無爭議。首先，乘他人之急迫，係指明確的利用法律行為相對人的狀況，一般而言是不利的狀況，進而意圖獲取行為人本身的不相當利益。通常而言，並無所謂過失的暴利行為，因為只要存在對於該當情狀的「不確定故意」(Eventualvorsatz) - 亦即明知相對人之不利情狀，雖非故意，但所造成之剝削並無違反行為人之本意 -，便足構成之。實務上雖曾出現不同的見解，認為只要其他的要件，特別是「顯失公平」的要件已達相當重大的程度者，則此主觀要件或屬多餘，甚而毋須具備<sup>71</sup>。不過如此的看法似乎有違法律的文義，因為第 138 條第二項一開始便強調主觀要件，同時，就法律行為的違法而言，亦不必強求適用第二項，因為只要符合「給付與對待給付顯失公平」，顯不相當的要件，即可能構成同條第一項的違反善良風俗而無效。所謂的急迫，通常是指因顯然的困窘狀態(一般是經濟上的困窘)，當事人有尋求實物或金錢上給付的急切需求而言，無經驗則是缺乏該當之生活或交易經驗，相對的，輕率則是指對於一定的交易行為，因本人無法具備理性的動機事由，或無法判斷雙方當事人行為之經濟上後果，至缺乏相當之能力者，而重大的意志缺陷，則是指不具有相當之反對能力而言。

## (3) 勞動法上之典型類型

有關構成第 138 條第二項暴利行為之工資約定，在實務的發展上，亦有一定的常見類型出現。首先是所謂的「工資暴利」(Lohnwucher)，一般認為，只要勞工提供勞務的對價是一顯不相當的工資，或是雖然約定一般的平均工資，但卻同時承擔不當或過多的附隨義務時，即可能構成工資暴利。從一效果面來說，只要勞工雖提供相當的勞務給付，所得之工資的對待給付卻不能維持本人及家屬之生活必需者，即得認其工資之約定符合暴利行為的定義。前述 1. (3) 有關「給付與對待給付顯失公平」的許多實務及學說之見解，由於問題及案例均極類似，因此亦得一併參酌之。與第 138 條第一項類似的是，要區分「單純不相當的」或是「構成暴利的」工資約定，並非易事，團體協約的工資或是一般市場工資的數額，均得作為審酌的標準，同時，如前述，「最低勞動條件規制法」第 1 條第二項第二段、第 4 條第四項，以及「商法」(HGB) 第 92 條之一的規定，也就是強調「勞工必要之社會與經濟最低需求」的衡量，在此亦為判斷工資暴利行為的內涵所在。

就主觀要件來說，所謂的「乘他人急迫、輕率或無經驗」等，原則上與第 138 條第一項的判斷問題類似，比較值得一提的，是在勞動法領域中所出現的一些問題。例如，所謂的急迫，係指勞工因經濟上的困窘或其他的相當情事，存在

<sup>71</sup> OLG Stuttgart NJW 1979, 2409, 2412

必須提供勞務獲取工資、或賺取金錢收入的急迫需求而言，換句話說，單純的經濟景氣不佳，或是面臨可能失業的威脅，都不能構成這裡的急迫，因為國家尚有失業給付或失業救助的社會法手段因應，換言之，第 138 條第二項的急迫，必須限於絕對的個人財務困難，方足適之。而就「無經驗」來說，特別可能出現於剛步入就業市場的就職青年，而隨著契約內容的複雜、無法掌握的程度越高，形成被剝削的無經驗可能性也將隨之提升，不論如何，這些問題都必須依據個案而作詳細的認定與判斷。

同樣的，只要勞工因勞動契約的成立，而承擔與工資數額不相當的營業或經濟風險，亦可能構成第 138 條第二項的工資暴利，因為透過相當風險的承擔，勞務的給付與對待給付已然顯失公平，不但間接的減少實際工資，甚至可能使勞工遭致高於工資的損害。關於這種類型的案例，以及判斷的依據及問題，大致與第 138 條第一項的違反善良風俗之工資約定相同，請一併參酌前述 1.(3) 的討論。

### 3. 法律效果

違反第 138 條規定的法律行為，原則上無效。依第 139 條的規定：「法律行為之一部無效者，全部皆為無效。但除去無效之部分，法律行為仍可作成者，不在此限」，換句話說，除非除去該違反善良風俗之無效部分，該法律行為仍可作成者，原則上該法律行為應為全部無效，因為根據第 138 條的立法意旨，應非容許違反善良風俗之行為人，尚得享有將法律效果壓縮至某種程度範圍內為有效的利益，此無疑間接鼓勵行為人之違反善良風俗的行為。但是從勞動法的本質來看，如此的解釋恐怕不甚妥當，因為對作為「暴利行為」之被害人的勞工而言，將勞動契約關係逕認定為無效，恐怕比暴利行為本身還要不利，因為，無疑的，勞工將因而喪失對雇主的契約權利，包括最為重要的工資請求權。換言之，在勞動契約的場合，原則上，勞動契約的一部違反善良風俗，只會導致該一部的無效，例如在工資約定違反善良風俗或為「工資暴利」的場合，應認該工資之約定部分無效，其他的勞動契約權利義務則繼續有效。此時，勞動契約既然構成「雙方當事人就工資數額未為有效約定之情事」，自然就適用民法第 612 條的規定。德國民法第 612 條第二項明文：「未定報酬額者，有價目表時，價目表所定之報酬，視同約定之報酬，無價目表時，習慣之報酬，視同約定之報酬」，易言之，如工資約定為無效，便擬制習慣之工資為當事人間之工資，至於何謂民法第 612 條第二項所稱之「習慣之報酬」，也就是習慣工資（übliche Vergütung），請參酌後述有關之討論。

### 4. 思考：民法第 138 條是否為訂定最低勞動條件的適當手段？

從德國民法第 138 條的立法意旨及目的來看，重點不在於積極的實現某一道

德或善良風俗的價值，而只是從消極面出發，對於違反當前法秩序及道德風俗秩序之「基本原則」(Grundprinzipien)的一定法律行為，賦予其無效的法律效果而已。換言之，既然搭配如此的法律效果規定，原則上就必須理解一個基本前提：並非任何違反善良風俗的法律行為，法律上就必須賦予無效的法律評價，而只限於某些社會行為秩序上明顯的違犯行為，才是本條所企圖規範與涵蓋的對象。「基本原則」，在此扮演相當關鍵的角色，它代表著價值程度的不同，只有限縮在某些違反善良風俗秩序的基本原則，方有適用第 138 條的可能及必要，例如單純不相當、不合理的法律行為，便可能未逾越違反善良風俗或暴利的界線，而未違反第 138 條。從此一角度來看，不合理的勞動條件，一般說來，並無本條的適用，換句話說，法秩序若要防止與對抗單純不合理的勞動條件之約定，民法第 138 條便非理想的工具。相對的，不相當的勞動條件 (unzumutbare Arbeitsbedingungen)，便與單純不合理的情況不同，而可能構成違反善良風俗，對此而言，第 138 條就可能發揮截堵的效用。

當然，要正確的區分不合理、不適當的勞動條件，以及違反善良風俗、構成暴利的勞動條件，既使在具體的個案中，亦經常造成判斷上的困難，結果也會使得雙方當事人難以為事前的預測與評估。第 138 條的不確定法律概念，必須仰賴法院的個案審酌，因此必然要賦予法院相當的裁量空間，雖然這實在不免影響法律適用的安定性，使得法律的適用者難以掌握，更難對繫屬法院的結果有比較穩定的評量。我們幾乎可以這麼說：從德國民法施行以來，至少在勞動法的領域中，第 138 條已逐漸失去其規範意義。在早期，該條幾乎是賦予勞工必要保障的唯一依據，因此在論理解釋上，便不斷的擴大這裡所謂違反善良風俗的可能性，但隨著勞動保護特別法的制定與施行，許多具體而重要的類型逐漸被明確的特別法規範所涵括，慢慢的，第 138 條只淪為有限的、對於勞動條件為內容控制的概括基礎。對某些勞動條件的領域而言，如休假或工時，在法律上意圖禁止違反善良風俗的休假或工時的約定，則恐怕只能訴諸《工時法》(ArbZG)或《聯邦休假法》(BUrlG)的相關規定，而與民法第 138 條無涉，因為該等法規清楚的規定最低休假日數的請求權及最高工時，進而構成民法第 134 條的禁止規定<sup>72</sup>，倘若勞雇雙方為不利於勞工的約定，則其約定自屬無效，而毋庸考慮是否適用第 138 條的問題。總而言之，在德國民法第 138 條的規範作用上，於勞動法的領域中，大致僅剩對於最低工資的數額問題，尚存其影響力。

當勞動契約雙方當事人所為之工資約定，經法院認係違反民法第 138 條而無效者，法院便應宣告一對當事人有拘束力之工資數額，在理論上，此種情事下之對於契約自由與私法自治的干預，一般認為是正當的，因為在此情形，私法自治

---

<sup>72</sup> 德國民法第 134 條規定：「法律行為違反法律禁止之規定者，無效，但基於法律而發生其他效果者，不在此限」，我國民法之類似規定為第 71 條：「法律行為，違反強行或禁止之規定者，無效，但其規定並不以之為無效者，不在此限」

的秩序功能已無法達成，為了改正此「違反善良風俗的契約地位不對等」，法律的干預應是符合法秩序所要求的目的。依民法第 612 條第二項的規定，法院此時應定習慣的工資為當事人之工資數額，因為，習慣的工資，普遍上便等同於一相當的工資。當然，如此的處理方式，的確有可能造成某種不公平或不合理的現象，例如：A 勞工與雇主所約定之工資，雖不合理，但因尚未構成違反善良風俗，沒有牴觸民法第 138 條的規定，所以仍屬有效，而 B 勞工的工資約定，因為顯然低於善良風俗之門檻或《商法》(HGB) 第 92 條之一所保護之「勞工最低的社會與經濟需求」，亦即應認構成第 138 條之違反善良風俗或暴利行為而無效，結果經由法院的判決，強制訂定習慣的工資為其約定工資，結果，A 勞工繼續適用不合理的工資約定，而原本被違反善良風俗的工資所限的 B 勞工，反而因第 138 條加第 612 條第二項的保障，得以享有較 A 勞工為高的習慣工資，換言之，認定上係屬「合理」的工資數額。不過，學說上普遍認為，這樣的情況是法律上所決定應容忍的，否則為了達到兩者的某種「衡平」，令違反善良風俗的雇主繼續支付原先約定的工資，顯然無法達成懲罰雇主該等行為的效果。對於僅約定不合理、但未違反善良風俗之工資的勞工來說，由於單純的不合理，並不當然構成第 138 條的違反善良風俗而無效，因此在法律的評價上，必須認為此屬契約自由、私法自治、自我負責的範疇之內，而不能容許當事人先行締結對自己不利的契約條款，再企圖尋求法院的事後修正與賦予利益。換句話說，對於契約自由的限制與控制，只應限於某些違反善良風俗的極端情況，因為對於市場經濟的體制而言，國家放棄主動制定所謂公平合理的勞動契約條件之內容，而相當程度上仰賴市場上的供需法則來決定，其實便隱含此種價值內涵。民法第 138 條所規範的，必須只是限於違反善良風俗的勞動條件，只有針對此類的情事，才賦予無效的法律效果評價，這便是法律上所定不能逾越的「最低勞動條件界限」。

## 二、民法第 612 條第二項的工資控制

德國民法第 612 條第二項規定：「未定報酬額者，有價目表時，價目表所定之報酬，視同約定之報酬，無價目表時，習慣之報酬，視同約定之報酬」，易言之，如僱傭契約對於報酬（工資）未為約定（或包括前述之違反善良風俗而無效的約定），便擬制習慣之工資為當事人間之工資，本條所稱之「習慣之報酬」，也就是所謂之「習慣工資」(übliche Vergütung)。換言之，對於某些不合理或不相當之勞動條件（特別是工資）的約定，本條項可能扮演一定的防止或截堵的功能，尤其是針對所謂保障最低工資的工資控制問題。以下進一步分析本條項的構成要件。

### 1. 未定工資數額者

依第 612 條第二項的明文，只有在僱傭契約的報酬額（亦即工資數額）未為

約定時，才擬制習慣工資之作為雙方當事人約定的工資，這特別是指就勞動契約當事人之間，既無集體契約上的規定適用，亦無個別法上的工資約定之情事，不論明示或可得推知，或是現有之工資約定已屬無效（例如違反民法第 138 條）。在法律適用上，民法第 612 條第二項之規定，應屬針對契約約定或法律、集體契約規範之補充性條文。根據法律的明文，必須未定價目表時，才得以習慣上之報酬工資，視同約定之工資，而所謂的價目表（Taxe），係指由聯邦政府或邦政府所訂定之報酬或收費給付標準（Vergütungsordnungen），例如所謂的 BRAGO，及聯邦政府所定之有關醫師、牙醫師、會計師的收費規則，而必須加以特別注意的是，關於勞動法的領域，並未存在任何官方制定的價目表，因此在第 612 條第二項的適用上，可以直接探究有關習慣工資的數額，而可完全忽視有關價目表的先決適用問題。

## 2. 習慣工資

僱傭/勞動契約如無對於工資的有效約定，則僱用人/雇主應支付受僱人/勞工所謂習慣工資。第 612 條第二項，並未進一步對習慣工資作定義，但是在解釋上，此工資的項目，應包括所有習慣定義下的工資，以及其他的特別給與（例如佣金、分紅、年終獎金等）。然而，在個案的判斷及認定上，何種給與應屬「習慣工資」的範圍之內，學說及實務上之見解迭見分歧。通說認為，所謂的習慣工資，是指在涉及之地點，對於相同或類似的營業或職業上之相當的勞務，習慣上所給付之工資數額。此外，亦有許多見解認為，應一併考量勞工的個人特殊情狀，例如年齡、年資、家庭狀況、子女數目等，以酌定合理的工資。比較有爭議的，是現有團體協約的工資數額，是否對於習慣工資的決定具有某種程度之影響的問題；有許多學者<sup>73</sup>及法院見解均認為，團體協約所規定的工資，就是、或至少原則上是所謂的習慣工資，但也有許多保留的批評，認為只有在該欲判定的個案上，

- 一般而言應有團體協約之適用時，或
- 有特殊之理由，足認該團體協約之工資有其「一般性」時；或
- 只能完全依照該團體協約來決定工資時，

該團體協約所定之工資方得逕認為習慣工資，換言之，只要涉及之個別勞動關係，依其產業或職業或地區別，一般而言並無團體協約之適用，或團體協約之規範非具一般性，或者亦得依照團體協約以外的其他事項來參酌訂定時，則無直接援引團體協約工資為其習慣上工資之理。亦有看法從另一角度出發，認為假如不到一半的勞工有團體協約之適用，那麼該團體協約之工資便不得視為具有習慣性。

普遍來說，習慣工資只有藉著與其它事實上給付之工資的對比，方能為正確的探索，因此綜合學說上的說法，原則上，在涉及之地點，對於相同或類似的營

<sup>73</sup> 例如 Lieb, Nikisch, Hanau, Schaub

業或職業上之相當的勞務，在考量勞工個人情狀下所習慣給付的工資數額，就足認係經由正確比對所得出之習慣工資。首先，就地域的比較來說，其次序應為企業、地區、鄉鎮市、縣/邦、乃至全國的領域，因為如此方符合民法第 612 條第二項的補充規定性質。在比對上，必須注意其作為比較標準的適當性與否，易言之，如供比對之企業或地區，具備某種不尋常之特殊性時，不論是非屬一般或習慣性質的過高或過低，均不應作為比對的標準。雖然在許多的個案中，經過比較，團體協約所規定之工資，均確為習慣工資，但普遍上仍不宜逕將兩者劃為等號。在非工會會員數目越高的情形，也就是說，工資普遍低於團體協約所定工資之勞工數目越龐大的情形，雖然非會員的勞工在為工資之約定時，極可能企圖援引團體協約的規定，但並非所有的勞動契約當事人，都能得致相同的結果；再從另一方面來看，在經濟景氣繁榮的階段，或是勞動力缺乏的產業部門中，團體協約的工資便又經常低於習慣所通常支付的工資數額，因為在這樣的場合，團體協約之工資規定正好扮演其最低工資的角色及功能。這兩者的例子都說明，將團體協約工資逕認為習慣工資的說法，其實是不甚妥當的，換句話說，團體協約之工資的確可當作參酌之標準之一，但卻不應是全部；在大多數勞工現實上是依據團體協約之內容而受領工資的情形，不論它是基於團體協約的拘束，或是個別契約約定的援引，團體協約的工資數額，都會對於習慣工資的認定發揮極大的影響力，甚至直接就等於第 612 條第二項所稱之習慣工資，例如在絕大多數勞工均適用團體協約的公部門勞工。不過此既然非屬常態，自然在習慣工資的探求上，必須倚靠相當的比對。

從另一角度來說，主張只要不到二分之一的勞工有團體協約之適用，那麼該團體協約之工資便不得認定具有習慣性的說法，其實亦非恰當，因為一個在德國極為明顯的現實是：原則上，受團體協約拘束的雇主，對於其非屬工會會員的勞工，亦均比照各該團體協約之工資規定來定其數額，換句話說，此時團體協約之效力，事實上已超越其法定之協約拘束力之外，涵括相當多數的勞工，而顯然足以認係第 612 條第二項的習慣工資，不論其直接而強制拘束之勞工數目是否法律上少於半數。

如無法經由比較，定出民法第 612 條第二項之習慣工資，則應依第 316 條的規定（「對給付所約定之對待給付，未經指定其範圍者，有疑義時，其指定權屬於得請求對待給付之當事人」），由勞工之一方決定工資之數額，當然，依同法第 315 條的規定<sup>74</sup>，勞工必須為公平而合理的裁量，而後雇主方有依其指定之數額而給付工資之義務。

---

<sup>74</sup> 德國民法第 315 條規定：「給付應由契約當事人之一方指定者，有疑義時，其指定應依公平衡量之方法為之（第一項）。前項指定，應向他方當事人表示之（第二項）。應依公平衡量而為指定者，必其指定合於公平之原則，使對他方當事人有其拘束力。指定不合於公平之原則者，應以判決定之；怠於指定時，亦同」

### 3. 思考：民法第 612 條第二項是否為訂定最低勞動條件的適當手段？

通常情形，所謂得出之習慣工資，基本上亦為相當的、適當的工資，特別是當它與團體協約所定之工資數額相符時。在此，透過民法第 612 條第二項的操作，事實上僱用人便間接的負有以相當之工資給付予受僱人的義務，換句話說，也間接的防止了不相當、不合理的工資條件。但是，不容諱言的，本條項之規定畢竟為補充、附帶的性質，其適用必須以「無有效之工資約定存在」為前提要件，與前述民法第 138 條相類似的是，單純不適當或不合理之勞動條件，由於契約約定條款的效力仍然存在，因此適用上便與第 612 條第二項無關，易言之，勞工因契約的約定而受有單純不合理之工資時，仍不得從第 612 條第二項的規定導出一「相當工資請求權」，既使所欲請求的相當工資事實上等同於習慣工資，因為本條項並非用來針對不合理但有效的契約約定之情事，自然無法發揮阻止不合理之工資條件的功能。這樣的問題，也會發生在所探尋之習慣工資，本身即是不合理或不適當之數額的情形，因為第 612 條第二項雖然賦予勞工習慣工資的請求權，但重點既是在於「習慣上」(üblich)，便不論其是否適當或合理，就此而言，本條項也無法發揮阻止不合理之工資條件的功能。

再拉到團體協約所定工資的情況來說，恐怕問題依然存在，因為即便認定團體協約的工資就是習慣的工資，也無從保證，以團體協約的工資為據，便是對勞工之勞務提供的「合理而公平」的對待給付，因為，顯然的，團體協約的工資數額，必須放在團體協約的整體規範內容下來作綜合的考察，例如，一個相當高的團體協約工資數額，可能就是交換其他相對上對勞工較為嚴苛之勞動條件的代價，或是，比較低的工資數額，其實是因為所適用之勞工在其他的勞動條件方面，比方特別休假或工時，享有比較大的權利或利益所致，例如較長的特別休假日數，或是較短的工時約定。在諸如此類的特殊情況下，團體協約所定工資雖可能認定為習慣工資，但顯然只具表像上的意義，因為只要團體協約中的工資，與其它的勞動條件之約定彼此緊密結合，想要探索一所謂協約當事人所達成之公平合理工資的數額，就必然無法逃避與其他協約條款的一併考量觀察。而麻煩正出在於，民法第 612 條第二項的規定，只能適用於工資/習慣工資的問題，而不能涵括其他的勞動條件<sup>75</sup>，因此在解釋與適用上，吾人便應特別注意一點：如果一定的工資數額之特別高或特別低，係因同時的交換其他勞動條件之對勞工「特別不利」或「特別有利」，則亦有逕認為係習慣工資的可能及空間，不應一概而論，或直接認定非屬習慣工資。不論如何，由於第 612 條第二項的明文，既然僅限於工資的問題，本條項便不能以之為規制其他勞動條件的工具或依據。

---

<sup>75</sup> 此為德國的通說，參照 Hanau in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2 Aufl., München 2000, Rdnr. 12 zu § 61

在德國來說，民法第 612 條第二項亦會帶來一項附帶的問題，就是它的適用是否會造成對於勞資雙方同盟之協約自治（Tarifautonomie）的危害，因為假如依本條項所定之習慣工資，數額上等同於團體協約之工資，那無異賦予非屬同盟會員之勞工特殊的法定利益及權利，使之能例外地享有同盟會員方得享有的工資保障，而且無須付出任何的「對待給付」，例如加入工會的會費，間接的影響勞工加入工會的意願及必要性。再進一步言，在此習慣工資等同於團體協約工資的情形，法院的適用及宣告，無異發生團體協約一般化效力宣告（Allgemeinverbindlicherklärung）的效力，換句話說，不論這種是基於《團體協約法》（TVG）第 5 條的一般化效力宣告程序，或是間接的基於民法第 612 條第二項的定團體協約工資為習慣工資，它都直接的擴大了原本團體協約工資規定的適用範圍，涵括原本所無法適用與掌握的勞動關係，如此的結果，相當程度上就違反了《團體協約法》第 5 條的立法意旨及內容，因為根據該條的規定，只有在下列兩種情形之一者，方得為團體協約一般化效力之宣告：

- 受團體協約所拘束之雇主，已雇用受團體協約所拘束之勞工人數的二分之一以上，或
- 存在一社會的急迫需求時；

而顯然的，民法第 612 條第二項並不符合任一要件，某個程度來說，第 612 條第二項的規定，將可能發生在個案上規避《團體協約法》第 5 條的效果。不過還諸民法第 612 條第二項的立法意旨，解釋上或許應認：不論是不加入工會而得請求團體協約所定工資之適用，或是個案上可能出現的規避《團體協約法》第 5 條之情事，都不足以構成對協約自治或一般化效力宣告制度的重大危害。因為對於非屬工會會員的勞工而言，團體協約的工資規定並非必然適用，反而是因為「偶然的援引」，而獲取與受團體協約拘束之勞工相同的工資數額，換句話說，只要勞雇雙方事後為進一步的工資約定，便得排除透過民法第 612 條第二項所得之作為習慣工資數額的團體協約工資，或是，團體協約當事人事後為新的工資規定者，亦會使個案中勞工的「援引團體協約工資為第 612 條第二項的習慣工資」，失去附麗，使習慣工資正式與團體協約工資脫鉤。

不論如何，德國民法第 612 條第二項的規定，立法目的上便不是要建立一「法定的最低工資制度」，並非要透過本條項的操作，實質上訂定出一體適用的法定最低工資數額，而僅係在個案上，扮演填補勞動契約漏洞的功能。從此角度而言，本條項對於制定最低工資的目的來說，也只能發揮相當有限的部分功能及作用。

### 第三節 同工同值同酬原則

法律之前人人平等。但國籍、政黨、性別、年齡、職位另有規定者不在此限

Gerd Wollschon

#### 一、前言：問題意識與研究範圍設定

我國勞動基準法第 25 條規定：「雇主對勞工不得因性別而有差別之待遇。工作相同、效率相同者，給付同等之工資」，此即學理上所稱之同工同酬、同值同酬原則，不論就其問題源始、發展過程與規範目的，都必須擺在「性別平等」之脈絡下來加以理解，雖然它的確可能在「勞動法領域一般平等原則之貫穿與建制」之中 – 例如之後所要談到的德國之例，有著截然不同的擴散結果<sup>76</sup>。

當然，這個問題在我國勞動法領域雖然重要，但理論性的研究卻不多見，以下將僅設定相關之具體研究範圍：

- 不包括台灣本國相關規定 – 不論法規範或實踐結果 – 之分析；
- 不包括美國與加拿大等北美國家相關問題之探討<sup>77</sup>；
- 首先針對歐洲層次為論述，亦即歐洲法（Europarecht）本身、包括其第一級法與第二級法的相關規範<sup>78</sup>；
- 最後聚焦於德國法，特別就法規範之發展演進，乃至於同工同值原則法釋義學上之操作，進行分析與介紹。

#### 二、歐洲法層次之同值同酬原則

自二次大戰後、1950 年代正式開啟的「歐洲統一」推動進程中，有關社會統合（soziale Integration）之面向上，平等始終是核心議題，無疑的，兩性、乃

---

<sup>76</sup> 這是一個有趣的問題：如果拋開性別平等的領域，例如在男性勞工之間，則究竟有無同工同酬之適用，或甚至問題的存在？學者吳惠林「現實的勞動市場根本沒有同工同酬，所以沒有歧視的問題」，某個程度便傾向於否定的看法；相關討論請見嚴祥鸞，她們的真正平等工作權-同工同酬到同值同酬的意義，第二屆全國婦女國是會議論文，1997 年 3 月，頁 2。

<sup>77</sup> 相關討論請見焦興鎧，同工同酬與同值同酬—美國之經驗，政大勞動學報第 9 期，2000 年 1 月；焦興鎧，美國實施同工同酬經驗之探討，全國律師第 4 卷第 2 期，2000 年 2 月，頁 62-77；焦興鎧，同值同酬概念在美國所引起之爭議，經社法制論叢第 26 期，2000 年 7 月；嚴祥鸞，前揭文。

<sup>78</sup> 本文必須割捨歐洲各國相關之規定，因為從作者所蒐集到的資料出發，只有極少數國家 – 例如丹麥、英國、義大利、挪威、波蘭等有特別針對性別間同工同值同酬作有特殊明文，而且均同受歐洲法之影響與拘束，基本上均不脫歐洲法之範疇，因此加以省略；關於歐洲該等國家之說明，請參見 Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, Köln 2003，特別是頁 1289 所列舉之相關國家索引。

至於後來發展演變之「性別間」(Geschlechter)，均屬其中之關鍵指涉。談到在歐洲法層次上兩性同值同酬原則之發展，必須放在整體歐洲社會權保障之演進脈絡中，加以觀察，方能窺其全貌，而不能自限於法規範本身的描述與認識。

## 1. 歐洲社會政策發展下的兩性工資平等

從一般學理上的敘述，我們可以看到歐洲整合過程中有關社會政策領域之發展演進<sup>79</sup>。歐盟層次的社會政策，最早要溯自 1957 年的成立歐洲經濟共同體條約 (Gründungsvertrag der EWG)，在簽署條約前之協商過程中，各國代表即熱烈的討論，在逐步建立一開放的共同市場之後，是否應該在社會政策中同樣努力，不論是將各會員國之社會政策內容採取趨近 (Konvergenz) 或完全一致 (Vereinheitlichung) 之決定。在協商中，法國政府基於其本國社會福利體系之健全，畏懼反將危及法國工業的競爭力，因此力主各國之社會政策應一併走向趨近或甚至一致，相對的，德國政府力阻之，認各國如統一社會政策與社會保障，反將危害德國經濟奇蹟。眾所周知的，最後在該歐洲經濟共同體條約中，最核心的決定莫過於透過四個基本自由 (商品、資本、服務與勞動者的遷徙自由) 的保障，以逐步建立歐洲經濟共同體；至於在傳統之社會政策領域，僅較為輕描淡寫的決議所謂「勞動世界中兩性之平等對待」。

當然，在歐洲經濟共同體條約之前，在整個歐洲統合之過程中，並非沒有較為具體之社會政策之思辯與進展，例如 1951 年的歐洲煤鋼鐵共同體條約 (Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl)，其中便包含積極勞動市場政策，以及應整合勞動與資本之社會合夥人於政治決定結構中的明文<sup>80</sup>，1957 年歐洲原子能共同體條約 (Vertrag zur Gründung der Europäische Atomgemeinschaft)，亦有勞工安全衛生健康保護事項，應有獨立委員會加以明文規定之條文等，如此之發展也帶給 1957 年歐洲共同體條約之一定程度的影響，然而，在前述政治因素的影響下，條約最後還是僅僅納入了 11 條所謂的「社會規定」(Sozialvorschriften)，其中三條規範歐洲社會基金，兩條規範職業教育，而在條約的第 117 條明定「改善生活與勞動條件作為條約之目標」，第 119 條則規定同工同酬原則 (現行歐體條約已改列為第 141 條) - 這在本文的脈絡中特別重要，足見條約對於社會政策領域之「克制」。當然，1961 年歐洲經濟共同體理事會於義大利杜林所通過之歐洲社會憲章 (Europäische Sozialcharta, ESC)，是歐洲整合過程初期最重要的社會政策文件，其中包含 19 項所謂的社會權，例如

<sup>79</sup> 以下之敘述，參閱自 Benz in: Drechsler/Hilligen/Neumann, Gesellschaft und Staat, 10 Aufl., München 2003, S. 314ff.; Kowalsky, Europäische Sozialpolitik, Opladen 1999。

<sup>80</sup> 例如該條約第五編之第 18、56、68 條，即有相關大量裁員繼續僱用措施、資遣費、員工代表會、嚴禁扭曲競爭之片面降低工資等設計；詳見 Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden 1997, S. 52f。

主張工作、適當工資、社會安全、自由結社、集體協商之權利，以及其他針對青少年、母親與家庭之特殊保障，而其中 7 項權利更經該公約列為「有拘束力之社會權」(bindende Sozialrechte)，包括工作權、同盟自由與結社權、集體協商權、社會安全權、社會照護權、關於家庭之法律經濟與社會上特殊保護權、移民勞工保護權等<sup>81</sup>。其中第 4 條《要求合理工資的權利》即規定：「為保障要求合理工資之權利的有效行使，簽署國有如下之義務...3. 承認男性及女性勞工有要求同工同酬的權利」。歐洲社會憲章可說是歐洲整合過程中，第一階段有關社會政策的最重要成就，它歸納了歐洲整合第一個十年中的社會政策主張，在進展迅速的歐洲共同市場建立之餘，歐洲社會憲章尤其彌足珍貴，但其形成之背景與內容之規範方式與實質，更是為之後的歐洲社會政策領域的發展，設下了相當程度之典範與侷限；顯然，歐洲社會憲章承繼了歐體條約第 141 條之規定，一開始即清楚的標示「兩性同工同酬原則」之作為重要權利內容。

隨著之後歐洲經濟共同體或歐洲共同體 (EG) 的形成，在歐洲層次上，主要出現的社會政策實踐，多為勞工工作職場上之健康與安全衛生之保護，兩性工作平等，以及保障勞工遷徙自由之社會法上權益等<sup>82</sup>，這也就是學理上所稱之 1972 年開啟之「社會行動與調和的黃金年代」(Soziale Aktion und Goldenes Zeitalter der Harmonisierung)：基於歐洲經濟的不斷成長，勞工要求更大程度的參與經濟成果，就如當時歐洲經濟共同體社會部長 Michael Shanks 所說的：「共同體不應該繼續給人一種印象，說它只是容許資本案剝削共同市場之場域，否則我們將無從說服共同體的人民繼續接受市場的紀律」<sup>83</sup>；是以，隨著各國紛紛上台的左派社會民主政權，所帶來之內國勞動與社會保障領域法制的進步，在歐洲的層次上，也漸漸看到重視的跡象。1971 年，歐洲共同體執委會研擬所謂的「社會政策行動綱領準則」(Leitlinien des sozialpolitischen Aktionsprogramms)，並於 1974 年正式通過<sup>84</sup>。在其間的 1972 年，各國領袖之巴黎高峰會，更進一步通過社會政策宣言，明白表示：「社會政策領域的積極投入，其意義不亞於經濟與貨幣聯盟之實現」。當然，基於當時歐洲社會勞動參與及勞動保護之聲浪高漲，使此階段歐洲層次的社會政策，多集中於勞動者企業內工作職場上的保護，不論係何一面向<sup>85</sup>，至於較偏向社會保障、社會法之有關社會保險、社會救助、社會照

<sup>81</sup> Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2 Aufl., Köln 1994, S. 50ff.。

<sup>82</sup> 有關歐盟層次社會政策之具體實踐，特別是在勞動法的領域，請參見 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002; Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 2 Aufl., München 2001.。

<sup>83</sup> Shanks, CMLR 1977, 373(377); zitiert nach Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, S. 54.

<sup>84</sup> 全文詳見 ABl. Nr. C 13 v. 12.2.1974, S. 1.。

<sup>85</sup> 例如 1975 年的工資平等指令 (RL 75/117/EWG)、大量解僱指令 (RL 75/219/EWG)、兩性職業教育與勞動條件工作平等指令 (RL 76/207/EWG)、營業移轉指令 (RL 77/187/EWG)、雇主破產之勞工保護指令 (RL 80/987/EWG) 等。

養服務等體系，包括其給付主體、財務、給付方式與範圍等，基本上均繼續保留予各會員國於其內國形成與適用，在歐洲層次上並未觸及，除了極少數之例外<sup>86</sup>。在此年代，透過歐體條約第 94 條與第 308 條之授權，「指令」(Richtlinien, RL) 變成進一步形成勞動領域中兩性平等的重要手段，即以此第二級法 (sekundärrechtliches Recht) 之形式，充實歐洲第一級法 (primärrechtliches Recht) - 在此即歐體條約第 141 條 - 之規範，攸關本文最重要者，即為 1975 年的所謂工資平等指令 (RL 75/117/EWG)<sup>87</sup>。

當然，歐洲經濟市場的統一與開放，雖不必然帶來社會保障上的趨近與一致，但卻會產生相關的衝擊與反作用力，反而催生歐盟某種行動之必要性。也就是說，在 1992 年共同內國市場協定、1997 年預算政策穩定與成長公約、1999 年歐盟經濟與貨幣聯盟等之逐步實踐之後，由於歐盟層次之於社會政策領域之極少作為，使得各會員國程度不一之社會保障，反淪為全球化時代下「影響企業競爭力」之眾矢之的，在「社會傾銷之危害」的沉痛呼籲下，1980 年代中期以來即再度出現的「歐盟應有獨立之社會政策權限、應努力趨近或一致或將各國社會保障收歸為歐盟權限」等辯論，逐漸得到各界的重視，雖然在歐盟政治的場域中，其實受到相當的阻撓，特別是在 Jacques Delors 領導下的歐盟執委會時代 (1985-1995)，繼續堅持自由經濟的路線，強調所謂歐洲社會國之差異性 (Heterogenität europäischer Sozialstaatlichkeit)，各會員國包括地區、區域與國家之政治層次的希望繼續擁有社會政策形成權限，以及歐盟層次仍然缺乏民主正當性等理由，以排拒外界認為歐盟應在社會政策上有所作為之呼聲。即便如此，雖然 1985 年執委會所提出之「1992 內陸市場白皮書」(Weißbuch zum Binnenmarkt 1992) 中，並未隻字片語提及社會政策，然而，1986 年在盧森堡所簽署的「單一歐洲文件」(Einheitliche Europäische Akte, EEA) 中，仍在其第 21 條以下，包含補充歐洲經濟共同體條約之社會政策相關條文，只不過其內容依然侷限於勞工健康與安全環境，以及勞資雙方之歐洲層級的對話，實質上之進展並未看到。1989 年，所謂「勞工社會基本權共同體憲章」(Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, GCSGA) 施行，基本上內容沿襲 1961 年的歐洲社會憲章，是以亦同樣包含有兩性工資平等之相關明文，只不過加上特定族群勞工之保障規定，包括中高齡與身心障礙勞工等，是以其規範方式與實質內涵，基本上未超脫原有之模式。

---

<sup>86</sup> 一個比較明顯的例外，是所謂「移民遷徙勞工之社會保險請求權」，亦即針對特殊之跨國移民勞工，在不同會員國之社會保險體系之中，得請求做一定方式的交互結算，以保障其權益。

<sup>87</sup> 該指令的全稱是：1975 年第 117 號均衡會員國關於適用兩性工資平等指令 (Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen)，一般討論上均簡稱為所謂「工資平等指令」(Entgeltgleichheitsrichtlinie)。

當然，歐盟本身的決定機制也要負上些責任：在援引所謂補充性、輔助性原則（Subsidiaritätsprinzip）之下（歐盟條約第 2 條第 2 項、歐洲共同體條約第 5 條），有關社會政策之規範形成，必須先由各會員國以內國法秩序為之，而不能由歐盟取而待之，而關於社會政策核心領域之決定，歐盟理事會復採取須全數通過之規定，使得既使有絕大多數之會員國的共識，只要有一國反對（通常是大不列顛聯合王國），則將全盤盡墨，最著名的例子莫過於 1992 年建立歐盟之馬斯垂克條約（即歐盟條約 Vertrag über die Europäische Union），在其協商過程中「社會政策共同體化」（Vergemeinschaftung der Sozialpolitik）的闖關失敗。雖說如此，由於 1980 年代中期以來的情勢變化，各國並非沒有努力於歐盟層次建立社會政策之思考與行動，1992 年的馬斯垂克條約中雖然未竟全功，但「歐體應在社會政策領域有所作為」之呼籲，卻依然歷歷在目，例如荷蘭籍理事會主席 Majone 所說的：「創造一共同的市場不是目標，它不足以使歐洲人民對此超國家組織產生忠誠與熱情；為此，我們實在需要一社會面向」<sup>88</sup>；因此，雖然在歐盟條約中未有突破性的進展，但既使是激烈反對的英國，也同其他各國一起接受所謂的「馬斯垂克社會政策紀錄文件」（Maastrichter Protokoll über die Sozialpolitik），作為條約正本附錄的一部分，而該文件中載有前經協商擬訂之社會政策公約草案，容許所謂的「部分之特殊共同體法」（partikuläres Sondergemeinschaftsrecht），也就是說，只要不利用各會員國相互間非正式，或更精準一點的說：只要不是利用「非屬歐洲共同體條約所定之方式」，而仍然選擇運用既存之歐盟理事會、歐盟執委會、歐洲議會與歐洲法院之實踐形式，例如在兩性平等中最常見之指令或歐洲法院判決<sup>89</sup>，則僅適用於特定會員國之某些領域的共同體法，基本上是被容許的<sup>90</sup>；在具體的實踐上，此類型之「部分之特殊共同體法」，以社會政策之範疇來說，多見於勞動領域之最低勞動條件的規範<sup>91</sup>，值得注意的是：本文所處理之兩性工作與工資平等之問題，幾毫無異議的見諸每一形式的歐洲法中，並無例外。

這樣的進展在 1997 年的各國政府阿姆斯特丹回合談判，乃至最後所簽署之修正原歐盟條約之阿姆斯特丹條約（Vertrag von Amsterdam）中，有了更進一步的面貌。在阿姆斯特丹回合開始前的兩個重大事件，巧妙的扮演某種催生作用：1996 年，法國國營之公共交通事業，針對薪資水準不斷下降所進行之大罷工，以及 1997 年，德國煤礦業反對國家減少補貼之抗爭行動，而這兩項德法政府之

<sup>88</sup> Zitiert nach Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Europäische Integration, Opladen 1996, S. 225.

<sup>89</sup> 例如歐洲法院知名的所謂三則 Defrenne 判決，以及因該等判決所引起之相關指令的制定，即為適例；dazu siehe Odendahl in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, München 2006, § 44 Rn. 3。

<sup>90</sup> 相關討論請見 Herdegen, Europarecht. 9 Aufl., München 2007, § 4 Rn. 16。

<sup>91</sup> 有關此歐盟層次最低勞動條件的共同體法化，詳見 Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht; Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, passim, insb. S. 337ff. 其中所列舉之諸多不同歐盟法形式的實踐。

決策，原則上都來自於歐盟要求各國應降低預算赤字，以符合未來貨幣聯盟之最低門檻基準。此等事件在歐洲引起了廣泛的注意，歐洲政治領域瀰漫著一種氣氛：如果僅是為了符合將來歐洲貨幣聯盟所定之國家赤字與負債比上限，各國不得不選擇使國民生活水準下降的政策，則如此之經濟與貨幣聯盟，真是不要也罷，反則，歐盟就必須擁有一套完整的歐洲社會政策，如此之建立經濟與貨幣聯盟方屬可行<sup>92</sup>。是以，在 1997 年的阿姆斯特丹條約中，也因為法國與英國之大選當時均由左派政黨獲勝，最後決定以 1994 年歐盟執委會所提出之社會政策白皮書（Weißbuch über die Sozialpolitik von 1994）為藍本<sup>93</sup>，將其中所言之「經濟與社會政策的整合」、「協調會員國之就業政策」、「歐盟應編列預算推行就業政策」等部分，納入阿姆斯特丹條約中，正式成為歐盟社會政策綱領。細數阿姆斯特丹條約所包含之社會政策領域，除前述主要之就業政策外，所提到之議題亦包括貧窮、社會排除，國民醫療健康政策，教育，移民，老年安全與照養等，比較特殊的是，阿姆斯特丹條約對於推行歐盟社會政策採取「方式上的開放」（所謂協調整合的開放方法 Offene Methode der Koordination），更進一步的觀察，基本上在此社會政策領域採取所謂的「軟調控」（weiche Steuerung）<sup>94</sup>：尋求各會員國中的最適方案，研擬共同之短中期目標與指引，透過各國與共同體之共同報告義務以進行實施與效益之評估控制等；也就是說，相較於經濟領域的多屬有清晰法律上拘束力之硬調控（harte Steuerung）- 最顯著的即是「作為優先於各會員國內國法之超國家法」之所謂「積極整合」（Positiv-Integration）<sup>95</sup>，歐盟在社會政策領域上顯然有較大之彈性，一方面避免了前述「部分之特殊共同體法」所可能引發之違反歐體法爭議，適當的反映歐洲社會之疑慮與呼籲，在另一方面，卻也同時慮及社會政策之特殊性，採取法律上無或顯然較弱之拘束力之規範與形成方式。阿姆斯特丹條約在本文的脈絡中尤其重要：該條約順帶修正了歐體條約第 141 條之規定，在「工資平等」（Entgeltgleichheit）的標題下，採納 1975 年工資平等指令（RL 75/117/EWG）中的特殊明文，將其他歐洲第一級與第二級法相關規定原先僅限之「相同工作（同工）」（gleiche Arbeit）的要件，再加上一所謂「同值工作（同值）」（gleichwertige Arbeit）之類型<sup>96</sup>。

2000 年 12 月，於義大利尼斯召開之歐洲理事會各國政府領袖高峰會，通過所謂之「歐盟基本權憲章」（Charta der Grundrechte der Europäischen Union）<sup>97</sup>，其中亦包含所謂的社會權。當然，眾所周知的，此一原本被期待為未來歐盟憲法

<sup>92</sup> Vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, S. 61.

<sup>93</sup> 關於此白本書之內容，請見歐盟官方文件：KOM(94) 333 endg. V. 27.7.1994。

<sup>94</sup> Benz in: Drechsler/Hilligen/Neumann, Gesellschaft und Staat, S. 315.

<sup>95</sup> 這方面的討論請參閱 Scharf in Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Europäische Integratio, S. 109; dazu auch Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, S. 63。

<sup>96</sup> Odendahl in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 44 Rn. 6.

<sup>97</sup> ABl. 2000 C 364/1.

之核心內容，最後僅係所謂「歡欣鼓舞的宣言」(feierliche Erklärung)，就法律拘束力上的意涵而言，至多只作為歐洲法院司法裁判上的參考依據，並未有賦予歐盟公民主觀公權利之明文，是以當時不禁令人期待，預定於 2004 年進行之歐盟條約的修正，是否能有更進一步的社會權規範之設計。在此歐盟基本權憲章的第 23 條「兩性平等」(Gleichheit von Männern und Frauen)，明定「應保障兩性在包括僱用、勞動與工資在內之所有領域中的平等」- 2004 年 12 月 16 日訂定而納入歐盟憲法條約第二章之「聯盟基本權憲章」(Die Charta der Grundrechte der Union)<sup>98</sup>，其中第 2 條之 83 亦完全同其文字，解釋上便當然包括之前所有形式歐洲法所提及之兩性同工同酬原則，相當清楚。

不論如何，在 2000 年歐盟基本權憲章中，確實業有看似主觀面向之社會政策領域的思考，也就是所謂的社會權，但是其權利之性質及強度，則仍不免偏向基本權利之客觀面，進而只是強調其促進或形成委託等功能<sup>99</sup>。以深受嚴重失業問題所困擾之歐洲社會所關心之國民工作權為例，基本權憲章第 35 條僅是規定「有工作的權利」(Recht, zu arbeiten)，但其實質內涵卻非指作為主觀公權利之狹義工作權，亦非請求歐盟應給予失業給付或救助之權利，就如同歐盟官方文件所記載的：「歐盟體認並注意到，歐盟公民應有依共同體法暨各國內國法規定與慣例，請求社會扶助與住宅補貼之權利，以對抗貧窮與社會排除」，然而，在普遍的理解中，它指的仍然不是請求給予住宅或社會救助之權利<sup>100</sup>。至 2004 年 8 月所制定之歐盟憲法條約 (Vertrag über eine Verfassung für Europa)<sup>101</sup>，其基本權章之規範方式與性質，基本上亦不超脫 2000 年歐盟基本權憲章之範疇，可見，在歐盟社會政策領域之最新發展上，憑藉著「社會權」之規範模式，其形式與實質基本上仍不會有太大的改變。然而，在此明確的歐盟社會權之發展中，如本文所欲處理之兩性工資平等，卻是其中少有的例外：簡言之，依歐洲法院的一貫見解，從歐體條約第 141 條所規範之工資平等，本身即屬直接適用之第一級法 (unmittelbar geltendes Primärrecht)，也就是說，它無疑的得以作為勞工主觀公權利之基礎，不論對雇主、團體協約雙方當事人或各所屬國家，勞工均得援引該條而享有「工資平等請求權」(Entgeltgleichheitsanspruch)，此認知當然同樣影響對於諸如歐盟基本權憲章第 23 條與聯盟基本權憲章第 2 條之 83 的定性，當無疑問。

## 2. 作為歐洲第二級法之指令的兩性工資平等

從前述有關歐洲社會權發展之分析可發現，不論不同時期與階段中之面貌為

<sup>98</sup> ABl. 2004 C 310/1.

<sup>99</sup> 相關討論請見 Szczekalla in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 5 Rn. 27ff., 35ff.。

<sup>100</sup> Benz in: Drechsler/Hilligen/Neumann, Gesellschaft und Staat, S. 316.

<sup>101</sup> 歐盟官方文件請見 CIG 87/04；相關中文討論則請參閱洪德欽主編，歐盟憲法，台北市：中央研究院歐美研究所 2007。

何，兩性平等都是極受關注的焦點，如同學者 Kerstin Odendahl 所言：不論在歐洲第一級法或第二級法，吾人都很難尋獲有關一般平等原則之描述與規範，卻到處都找得到強而有力的、得以直接作為主觀公權利基礎的兩性平等明文<sup>102</sup>。而不論從一開始之歐體條約第 141 條（＝制定伊始之第 119 條），或到後來之其他第一級法或作為第二級法重要形式之任一指令，規範範圍均常包括「兩性同工同值同酬」－雖然「同值同酬」的部分第一級法要到 1997 年的阿姆斯特丹條約、第二級法要到 1975 年的工資平等指令－，均相當清楚。

這裡再進一步聚焦於歐洲第二級法的相關規定，亦即對於兩性/性別平等多所著墨的指令（Richtlinien, RL）；如以歐洲經濟共同體成立以降為觀察範圍，其中關於兩性平等之重要指令，大致上下表所列數項<sup>103</sup>：

表 1：歐體相關兩性平等之指令

指令	與兩性同工同酬相關之規定
1975 年第 117 號均衡會員國關於適用兩性工資平等指令（Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen）	第 1 條：應排除基於性別而對同工同值採取所有工資部分與工資條件之歧視，特別是職業晉升相關工資之認定上，須採取兩性相同之標準以排除歧視 第 2 條：會員國制定相關法律救濟途徑保障之義務 第 3 條：會員國廢除牴觸指令之法律與行政規則的義務 第 4 條：會員國採取使抵觸指令之所有私法約定（團體協約、工資表、勞動契約）無效之必要措施的義務 第 5 條：會員國採取保護勞工不因主張雇主牴觸指令而遭解僱之必要措施的義務 第 6 條：會員國依其內國關係與法律體系採取適用指令所需之必要措施的義務 第 7 條：會員國公告勞工知悉所有依

<sup>102</sup> Odendahl in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 44 Rn. 1.

<sup>103</sup> 以下所列指令之內容均參自歐盟法律資料網站 <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>（點閱日期：2009 年 10 月 24 日），相關討論暨內容介紹亦可見 Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, S. 541ff.; Schiek/Schiek, München 2007, AGG, S. 95ff.; Däubler-Däubler/Bertzbach, AGG, Baden-Baden 2007, S. 689ff.。中文文獻亦請參見焦興鎧，歐洲聯盟兩性工作平等法制之研究，收錄於氏著，國際勞動基準之建構，台北：新學林出版股份有限公司，2006 年 10 月，頁 331 以下。

	<p>指令而頒布或符合指令之現行法律的義務</p> <p>第 8 條：會員國一年內制定施行指令之法律與行政規則暨報告歐洲理事會的義務</p>
<p>1976 年第 207 號實現兩性關於就業、職業教育、職業晉升與勞動條件平等對待原則指令（Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen）</p>	<p>第 3 條：會員國廢除牴觸兩性平等對待之法律與行政規則的義務；會員國採取使抵觸指令之所有私法約定（團體協約、工資表、勞動契約）無效之必要措施的義務</p> <p>第 5 條：關於勞動條件與解僱條件，會員國廢除牴觸之法律與行政規則的義務；會員國採取使抵觸之所有私法約定（團體協約、工資表、勞動契約）無效之必要措施的義務</p> <p>第 7 條：會員國採取保護勞工不因主張雇主牴觸指令而遭解僱之必要措施的義務</p>
<p>1986 年第 378 號實現兩性於企業社會安全體系平等對待原則指令（Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit</p>	<p>立法理由：兩性工資平等原則應適用於同值工作。工資範圍應包括一般基本或最低工資以外之其他雇主基於僱傭關係直接間接給予勞工之金錢與實物給付，例如社會安全相關給付</p>
<p>1986 年第 613 號實現兩性關於包括農業在內之自營作業暨母性保護平等對待原則指令（Richtlinie 86/613/EWG des Rates vom 11. Dezember 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit - auch in der Landwirtschaft - ausüben, sowie über den Mutterschutz）</p>	<p>第 3 條：禁止自營作業之所有基於性別、特別是婚姻與家庭狀況之直接或間接歧視</p> <p>第 6 條：禁止女性自營業者有關 1986 年第 378 號指令社會安全保障之差別待遇</p>
<p>1992 年第 85 號實施改善妊娠與產後女性勞工安全與健康保護指令（Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz）</p>	<p>第 11 條第 1 項：保障妊娠與產後女性勞工工資繼續給付與適當社會給付之請求權</p>
<p>1996 年第 34 號育嬰假框架協定指令（Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3.</p>	<p>無</p>

Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub)	
1997 年第 80 號性別歧視舉證責任指令 ( Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ) <sup>104</sup>	第 3 條：本指令適用於 75/117/EWG 之兩性工資平等指令 第 4 條：會員國採取於主張歧視案件中應由被告舉證其未違反平等對待原則之必要措施的義務
1997 年第 81 號部分工時框架協定指令 ( Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit )	無
2000 年第 43 號不分種族與族群出身適用平等對待原則指令 ( Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft )	第 3 條第 4 項：所有僱用條件、勞動條件、解僱條件與工資之平等對待
2000 年第 78 號確立實現就業與職業平等對待一般框架指令 ( Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf )	第 3 條第 1 款 c：所有僱用條件、勞動條件、解僱條件與工資之平等對待
2002 年第 73 號變更 1976 年第 207 號實現兩性關於就業、職業教育、職業晉升與勞動條件平等對待原則指令 ( Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen )	第 2 條：補充直接歧視、間接歧視等之定義 第 3 條：補充僱用條件、勞動條件、解僱條件與工資，均應符合 75/117 之指令規定
2004 年第 113 號實現兩性使用與享有商品與服務平等對待原則指令	無

<sup>104</sup> ABl. EG Nr. L 14, S. 6. ; 值得注意的是，這個有關性別歧視舉證責任分配之指令，並不適用於英國與北愛爾蘭，隨後歐體理事會方於 1998 年 7 月 3 日另以一指令 ( 98/52/EG ) 擴大適用至該兩國。

<p>( Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen )</p>	
<p>2006 年第 54 號實現兩性勞動與僱用問題機會平等與平等對待原則指令 ( Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen )</p>	<p>立法理由：本指令之目的在於進一步落實歐體條約第 141 條有關同工同值同酬之原則 第 1 條 b:適用於包括工資在內之勞動條件的兩性機會平等與平等對待特別規定 第 1 章《同酬》 第 4 條：應排除基於性別而對同工同值採取所有工資部分與工資條件之間接或直接歧視。職業晉升相關工資之認定上，須採取兩性相同之標準以排除歧視。 第 3 章《就業、職業教育、晉升與勞動條件之平等對待》 第 14 條第 1 項 c：僱用條件、勞動條件、解僱條件與工資，應依歐體條約第 141 條規定，於公私部門中排除基於性別所為之間接與直接歧視。 第 19 條第 1 項：會員國採取於主張歧視案件中應由被告舉證其未違反平等對待原則之必要措施的義務 第 2 章《對平等對待之促進-對話》 第 21 條「社會對話」第 4 項：雇主應定期提供勞工與/或勞工代表有關兩性於工資、工資差距及與勞工代表共同為改善所採取措施之資訊</p>

由以上列表可清楚看到，1975 年第 117 號之《均衡會員國關於適用兩性工資平等指令》（第 1 條），以及 2006 年第 54 號的《實現兩性勞動與僱用問題機會平等與平等對待原則指令》（第 1 條 b、第 4 條、第 14 條第 1 項 c），均直接針對兩性同工同酬與同值同酬原則，作有清楚的明文，特別是前者，乃歐洲法第一次將「同值工作」（gleichwertige Arbeit）納入法規範中。在其他的指令中，雖未直接明文該等原則，但站在維護兩性平等與禁止歧視之立場，於相關規定之解釋上亦當然包括同工同值之工資平等意涵的，例如得以涵蓋入「勞動條件」概念者，亦有 1976 年第 207 號《實現兩性關於就業、職業教育、職業晉升與勞動條件平等對待原則指令》（第 5 條）、1986 年第 378 號《實現兩性於企業社會安全體系平等對

待原則指令》(立法理由)、2000 年第 78 號《確立實現就業與職業平等對待一般框架指令》(第 3 條第 1 款 c)、2002 年第 73 號《變更 1976 年第 207 號實現兩性關於就業、職業教育、職業晉升與勞動條件平等對待原則指令》(第 3 條)等，足見歐體/歐盟關於性別平等之實踐上，勞動生活中之包括工資在內的勞動條件平等對待，不論是否明文彰顯同工同值同酬原則，均屬其核心內涵，當無疑問。

### 三、聚焦：德國同值同酬原則之理論與實踐 — 從德國民法到一般平等對待法

#### 1. 一般平等對待原則與德國民法僱傭契約章 1980 年的修正

歐洲法層次的規範固然明確，然而畢竟停留於抽象描述之文字與概念，充斥著原則性的內容設計，欲進一步理解其規範作用，可能必須進行適用上的觀察，例如歐洲法院的裁判實務。另一種可能的理解路徑，應是將視野移轉至內國法層次，端看其法律規範、學說闡釋，乃至於法院之實務發展；以下僅以德國法秩序為例，觀察相關之問題。

勞動生活中的平等原則，一向是勞動法學極為棘手之問題，既使在德國法學界中亦然，在一般的評價中，德國勞動法的平等對待與禁止歧視之保護，基本上長期處於無涉法律 (außergesetzlich) 的狀態，而大部分依靠司法裁判的累積，甚至在德國私法學界，尚有「從契約法導不出平等原則」之說法，可見問題之艱難<sup>105</sup>。當然，由於勞動關係中存在著一類國家權力擁有者之雇主，因此在勞動法學中想要導出平等原則之適用，基本上問題較小，至多僅有其規範基礎找尋之討論，誠如 Reinhard Richardi 所舉出的，德國勞動法學向有三種解釋模式之爭，以試圖導出勞動法領域中的平等對待原則之適用：Eduard Bötticher 主張關鍵在於雇主自訂規範的本質，Götz Hueck 認為勞工因隸屬於同一廠場，致與雇主間形成所謂的共同體關係 (Gemeinschaftsverhältnis)，Alfred Söllner 則以為基於雇主相對於勞工之權力地位與優勢，本於德國民法第 315 條第 1 項之規定，雇主決定其單方給付內容時應依合理之裁量為之，而顯然這裡的「合理裁量」便應該包括平等對待，或是 Richardi 自己繼續補充的所謂勞動契約之「群體關聯」(Gemeinschaftsbezug)，亦即著眼於雇主之面對多數勞工，因此「應有」對於雇主決定權之分配正義上的拘束等<sup>106</sup>；而在德國司法實務的方面，帝國勞動法院早期認為，平等對待之要求來自於「廠場的具體秩序」(betriebliche konkrete Ordnung)，晚期則傾向於導自勞方之忠誠與雇主之照顧義務，到了聯邦勞動法院的時代，法院在個案中或會對不同之學說表示看法，但基本上亦不明確表明自己

<sup>105</sup> Vgl. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000, S. 5.

<sup>106</sup> Richardi-MünArbR, München 2000, Rn. 6ff. zu § 14.

之服膺何一主張<sup>107</sup>。不論各自學說之指涉與內涵為何，雖然同樣沿襲自私法學之傳統，至少德國勞動法學上均認，在雇主所定規範之執行、而非制定上，的確存在一所謂平等對待原則（*Gleichbehandlungsgrundsatz*）之限制，它係屬私法領域中之憲法平等原則的具體化，主要內涵在於不得以「人」作為差別待遇之依據，禁止對於勞工為不具實質理由而與其他類似與可資比較者較差之對待，也就是不得為「較差之無實質理由的恣意對待」，但原則上不禁禁止對個別勞工為較佳之對待<sup>108</sup>。

當然，由於憲法基本權第三人效力說之影響，勞工亦得援引德國基本法第3條所規範之一般平等原則（第1項）、平等對待原則（第2項）與歧視禁止（第3項）等，以主張雇主無實質理由之差別待遇違法（所謂恣意的禁止 *Willkürverbot*），不論是本於血統、種族、語言、出身、祖國、信仰、宗教或政治觀<sup>109</sup>。然而，在制定法的層次上，德國始終較為保守，比較明確的例外無非是企業組織法（*BetrVG*）第75條第1項，在有關勞工共同參與及共同決定章之總則上，該條項明文規定：「雇主與員工代表會應督促使所有於廠場工作之人，均依法律與公平原則對待之，特別是不依種族、族群背景、血統、其他出身、國籍、宗教或世界觀、身心障礙、年齡、政治或工會活動或理念、性別、性傾向而為歧視」；易言之，相較於德國基本法第3條之平等原則，針對攸關廠場秩序與勞工共同決定事項之領域，企業組織法第75條第1項事實上更往前進了一步，不但加入了憲法所沒有之政治或工會之活動或理念（相較於基本法中之政治觀），同時併入年齡、國籍，乃至性傾向之平等指標，使得一旦涉及廠場勞工利益代表組織與共同決定範圍之事項，勞工已無須援引基本法之規定，而可直接以企業組織法為依據<sup>110</sup>。在其中，「性別」自然是相當重要的焦點之一，而「工資平等」亦屬解釋上當然涵括的禁止歧視範疇，亦無疑問。

當然，除企業組織法上的明文以外，德國制定法層次上尚有少許關於平等原則之規範，雖然其形式與實質均難與企業組織法相比<sup>111</sup>；如果聚焦於兩性平等、

<sup>107</sup> Vgl. RAG 19.1.1938 ARS 33, 172(177); 35, 114; 36, 12; 37, 273. BAG 13.9.1956, 25.4.1959, 9.11.1972, 13.12.1972 AP 15, 36, 37 AP 3 zu § 242 BGB Gleichbehandlung;

<sup>108</sup> Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, 11 Aufl., München 2005, Rn. 5.

<sup>109</sup> 關於德國基本法第3條平等原則之於私法、特別是勞動法中之意義，可參見 Dürig-MD, GG, München 2003, Rn. 505ff. zu Abs. 1 Art. 3。

<sup>110</sup> Vgl. Däubler, *Arbeitsrecht*, 4 Aufl., Ffm. 2002, Rn. 707f.; Details siehe auch Berg-Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, *BetrVG*, 4 Aufl., Köln 1994, Rn. 1ff. zu § 75.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt/Auffarth, *Betriebsverfassungsgesetz*, 21. Aufl., München 2002, Rn. 1ff. zu § 75.

<sup>111</sup> 例如 1994 年通過之受僱者保護法（*Beschäftigtenschutzgesetz*）中，明文禁止並制裁私經濟部門與公部門中之性騷擾；2000 年 12 月 23 日施行之基本法第 12a 條第 4 項第 2 句修正條文，使女性亦取得從事國防相關工作之權利；2001 年 12 月 5 日施行之聯邦平等地位法

乃至於兩性工資平等之主軸上，則最重要的規範無非民法第 611a 條與第 612 條第 3 項之規定，兩者分別明文如下：

表 2：德國民法僱傭契約章關於兩性平等之規定

第 611a 條	I	雇主就勞動關係之成立、職業晉升、指示或終止契約所為之約定或措施，不得因勞工之性別而為歧視。差別對待之約定或措施係以勞工所提供之勞務為對象，且特定性別為該勞務不可或缺之要件者，為合法。勞工釋明得推定為性別歧視之事實時，就與性別無關、具合法差別對待之實質理由、或性別係所提供勞務之不可或缺要件者，由雇主舉證之
	II	雇主於勞動關係成立時違反第 1 項所定之歧視禁止者，受歧視之求職者得請求適當之金錢補償，但無勞動關係成立請求權
	III	如即使為無歧視之選擇，求職者將同樣不受僱用者，其適當之補償不得逾最高 3 個月工資。月工資之計算，以如求職者與雇主成立勞動關係，每月正常工時下所得請求之金錢與實物給付
	IV	第 2 項與第 3 項之請求，應於拒絕僱用起一定期間內以書面為之。該一定期間，以所欲成立之勞動關係中所定損害賠償請求權之消滅時效而定，但不得少於 2 個月。如所欲成立之勞動關係中無法認定期間者，該期間定為 6 個月
	V	第 2 項至第 4 項之規定適用於職業晉升，但以無晉升請求權為限
第 612 條第 3 項	勞動關係中，工作相同或價值相同者，雇主不得因勞工性別而有較差於其他性別之工資約定。不得以因勞工性別而享有特別保護為由，約定較差之工資。民法第 611a 條第 1 項第 3 句適用之	

在此我們可以清楚的看到德國民法第 611a 條與第 612 條第 3 項的結構：相當程度參酌並引入歐洲法相關指令的，第 611a 條放入勞動領域內兩性平等的基本原則，同時放進有關舉證責任倒置的明文（第 1 項），但有兩項極為重要的設計：

- 明定「基於性別之合法差別待遇」的類型（第 1 項），亦即「性別作為勞務本身不可或缺的要件」，如聯邦勞動法院所說明的「依契約性質與內容，其他性別將無法提供勞務，且該所謂『無法』（Unvermögen）係本於與兩性平等之價值決定不相違背之事由」<sup>112</sup>，例如學說與實務上多肯定之「作為性別相關

（Bundesgleichstellungsgesetz），其中規定某些積極性的促進措施，以防止聯邦行政機關內之性別歧視的發生；2002 年施行之改善性工作者法律與社會處境法（Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten），明文排除性工作者於勞動法領域中之法律上歧視規定；相關討論參見 Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht, Berlin-Heidelberg 2007, § 1 Rn. 4ff. ◦

<sup>112</sup> BAG 12.11.1998 – 8 AZR 365/97 – NZA 1999, 371f.; dazu auch Brors-Däubler/Bertzbach, AGG, §

特徵之身體外觀，係勞務之一部分」、「依交易習慣，勞務係針對同一性別之顧客為之」等情狀，不論是特定之舞蹈工作者、模特兒或美容事業，亦或專門針對女性相對人/顧客之女性社團服務人員、政黨聯絡人員、理財專員、販賣女性內衣用品人員等<sup>113</sup>；

- 明定「勞動關係成立時因性別所致之不僱用的法律效果」(第2至4項)，包括補償請求權與不得要求逕成立勞動關係之形成權。

因歐體 1976 年第 207 號「實現兩性關於就業、職業教育、職業晉升與勞動條件平等對待原則」指令，給予德國政府落實之壓力所致，而於 1980 年 8 月 13 日修法通過、同年 21 日施行之德國民法第 611a 條與第 612 條第 3 項，自此成為勞動法領域一般平等對待原則的成文化典範，雖然僅侷限於兩性平等之中。當然，相關之學說研究與司法判決實務早不勝枚舉，作者必須在此按下不表<sup>114</sup>，因為近年來德國法制又有一極大的轉折。

## 2. 2006 年一般平等對待法的制定

從以上的討論可發現，德國有關平等原則與歧視保護之規定，基本上散見各法，不但枝節、片斷，難以令社會行動者窺其全貌，各法中之規範也多流於簡略與抽象原則，當然，除少數之特例以外。一個更重要的問題可能是：德國在勞動法領域中的禁止歧視，多半集中於性別與身心障礙，至於種族、族群出身、宗教、世界觀或性傾向等，則基本上欠缺制定法上的明文規範。當然，這並不是說，德國勞動法無法處理這一類沒有法律明文之歧視類型，事實上，在實際之操作中，有關歧視保護之案件，司法多委諸於一法理上所導出之內涵 – Günter Schaub 稱之為「一般的法律理念」(allgemeiner Rechtsgedanke)，以充實於法釋義學體系之中，讓法律適用者能夠以此所謂「一般勞動法上之平等對待原則」(allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz)<sup>115</sup>，去面對層出不窮的歧視爭議，

---

8 Rn. 19.

<sup>113</sup> 請參見 Richardi-MünArbR, § 11 Rn. 22。當然，該條中所明定之直接或間接歧視，均得因「特定性別作為不可放棄之前提」(直接歧視)或「企業之真正需求」(間接歧視)，且其目的正當、手段相當而必要，而為合法，不復為不平等對待，是相當程度削弱其效能；相關之核心歐洲法院判決請見 EuGH 13.05.1986 – Rs. C-170/84 – NZA 1986, 599 – Bilka; dazu auch Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 13 Aufl., München 2005, Rn. 85ff.; Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, S. 132ff.。相關之德國國內各級法院裁判，請見 Brors-Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 20。

<sup>114</sup> 有關德國民法僱傭契約章性別歧視禁止之規定，可參見 Staudinger/Richardi, § 611a Rn. 1ff., § 612 Rn. 49ff.。

<sup>115</sup> 幾乎所有的勞動法文獻均為以此概念稱之；statt vieler Dieterich-Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München 2003, Rn. 30 zu Art. 3 GG; Richardi-MünArbR, § 14 Rn. 1ff.; Zwanziger-Kitter/Zwanziger, Arbeitsrecht, Ffm. 2001, § 111 Rn. 6ff.。

則甚為明顯<sup>116</sup>。觀察德國有關歧視保護之規範狀態，至少在 2006 年以前，吾人便可得出下列的一些簡短結論：

- 除德國基本法存在憲法層次上之一般平等原則與歧視禁止之規範外，在私法領域中，未存在一普遍的平等對待原則之制定法明文；
- 散見於諸多法律中，德國立法者確實亦有相關歧視保護之規定出現，包括勞動關係在內（民法僱傭契約章），然一方面留於片斷與枝節，一方面多限於兩性與身心障礙，未能全面觀照到所有的勞動法次領域（例如終止保護）；
- 在德國勞動司法實務上，多本於法釋義學體系中廣為接受之「一般勞動法上之平等對待原則」，去進行操作與裁判。

德國勞動法領域關於平等原則之如此狀態，特別是制定法層次的「貧乏」，在歐洲法的衝擊下，開始有了不同的轉變。由於德國並未依期限轉化 2000 年第 43 號《不分種族與族群出身適用平等對待原則指令》與 2000 年第 78 號《確立實現就業與職業平等對待一般框架指令》，因此迭經歐洲法院判決違反應有義務，雖然並未因之而有立即的制裁措施<sup>117</sup>。在多年的曲折發展與變化後，德國聯邦議會終於在 2006 年 6 月 29 日，通過所謂《轉化歐洲反歧視指令法案》（Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien）之包裹立法，該法案第 1 條，即為一般平等對待法（Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG）的全部條文共 33 條，而第 2 條則是所謂《軍人平等對待法》（Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten），第 3 條則是其他法律，諸如企業組織法或勞動法院法（ArbGG）的部分修正條文，第 4 條則明定生效日期與廢止《受僱者保護法》之繼續適用<sup>118</sup>。在本文脈絡中，此一般平等對待法特別重要，因為該法之施行，順帶的廢止刪除了前德國民法第 611a 條與第 612 條第 3 項的規定，亦即將「僱傭契約之兩性平等」直接放入整體「私法一般平等對待」的體系之中。或許我們有必要先粗略觀察該法之主要解構，包括下列之規定：

表 3：德國一般平等對待法條文結構

第一章	總則	立法目的：防止或排除基於種族、族群出身、性別、宗教、世界觀、身心障礙、年齡或性傾向之歧視（§ 1）
		適用範圍：從事從屬性或非從屬性之職業活動，僱用與勞動條件，職業諮詢、教育與訓練，加入與參與勞雇團體，社會保護，包括房屋在內之供公共使用之商品與服務，社會法所定相關給付（§ 2）
		概念定義：直接歧視、間接歧視、騷擾、性騷擾、歧

<sup>116</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 112 Rn. 10.

<sup>117</sup> 歐洲法院針對德國違反該兩項指令轉化期限義務之判決，請參見 EuGH 28.04.2005 = AuR 2005, 236; EuGH 23.02.2006 = NZA 2006, 553。

<sup>118</sup> Boemke/Danko, AGG im Arbeitsrecht, S. 4.

			視之指示 (§3)		
			多重事由差別待遇合理化之限制 (§4)		
			採取適當積極措施防止或均衡不利益者視為合法差別待遇 (§5)		
第二章	受僱人歧視保障	第一節 歧視禁止	人之適用範圍：勞工、訓練生、類似勞工、雇主、自營工作者與機關成員 (§6)		
			歧視禁止：原則、歧視約定無效、歧視視為債務不履行 (§7)		
			基於職業要求之合法差別待遇 (§8)		
			基於宗教或世界觀之合法差別待遇 (限於與合理職業要求相關者) (§9)		
					基於年齡之合法差別待遇 (限於客觀上適當且正當之目的)、其可能樣態 (進入僱用、最低要求、最低職業經驗與年資、基於職業教育目的之最高年齡限制、企業社會安全體系所需、非因解僱所生之企業退休金年齡約定、企業組織法所稱社會計畫之規定以年齡為資遣費區別標準) (§10)
			第二節 雇主之組織義務	公開招募歧視禁止 (§11)	
				雇主之措施與義務：採取歧視保護之必要措施義務，職業教育與訓練中之曉諭教示義務，對受僱人歧視者採取必要懲戒措施之義務，對第三人歧視者採取適當措施之義務，本法、起訴與申訴管道之公告義務 (§12)	
			第三節 受僱人權利	受歧視受僱人之申訴權 (§13)	
				雇主未採取或未採取有效防制措施時受僱人之義務履行抗辯權 (§14)	
				雇主之損害賠償與補償責任，二個月消滅時效，受歧視者無針對雇主之成立僱傭關係、職業教育關係或職業晉升之請求權 (§15)	
				雇主禁止對申訴者進行懲戒、受歧視受僱人就其視行為之因應作為相關措施考量因素之禁止 (§16)	
			第四節 補充規定	所有勞雇當事人就禁止歧視之社會責任、企業組織法相關機制之啟動 (§17)	
				於勞雇團體之適用 (§18)	
		第三章	私法交易之歧視保障		私法上歧視禁止原則及適用樣態 (§19) <sup>119</sup>
	合法之差別待遇 (§20) <sup>120</sup>				

<sup>119</sup> 主要內容包括：禁止無關個人形象之大量交易、依債之關係性質個人形象將產生不利影響之大量交易與以私法上保險為契約標的之債的關係之成立、履行與消滅之歧視，禁止其他私法上債的關係之成立、履行與消滅之基於種族或族群出身之歧視，出租房屋差別待遇之例外 (創造與維護社會穩定之住民、移民結構或均衡之經濟社會與文化關係)，排除親屬法與繼承法上債的關係之適用，排除以當事人或其成員之親近或信賴基礎而成立之債的關係，僅適用於出租 50 戶以上之出租人。

<sup>120</sup> 主要內容為：有實質理由者得本於宗教、身心障礙、年齡或性傾向而為差別待遇 (例如避免

		請求權 (§ 21) <sup>121</sup>
第四章	權利保護	舉證責任之轉換 (§ 22)
		反歧視團體之扶助 (§ 23)
第五章	公法上勤務關係之特別規定	適用於中央地方公務員、法官與替代役 (§ 24)
第六章	反歧視委員會	聯邦反歧視委員會 (§ 25)
		聯邦反歧視委員會主席之法律地位 (§ 26)
		聯邦反歧視委員會之任務 (§ 27)
		聯邦反歧視委員會之職權 (§ 28)
		聯邦反歧視委員會與非政府組織暨其他團體之合作 (§ 29)
		聯邦反歧視委員會應另行組織諮詢委員會 (§ 30)
第七章	附則	約定排除本法適用之禁止 (§ 31)
		無特別規定時應適用本法之原則 (§ 32)
		過渡條款：民法、僱用人保護法有關歧視與性騷擾之規定於 2006 年 8 月 18 日前應繼續適用之，種族與族群出身之禁止歧視規定不適用於 2006 年 8 月 18 日前成立之債的關係，性別、宗教、身心障礙、年齡或性傾向之禁止歧視規定不適用於 2006 年 12 月 1 日前成立之債的關係（此排除規定不適用於其後變更之繼續性債的關係），以私法上保險為契約標的之債的關係不適用本法第 19 條（此排除規定不適用於其後變更之該等債的關係） (§ 33)

放諸本文的脈絡中，德國一般平等對待法中攸關兩性同工同值同酬之規定，不論直接或間接相關，大致有下列數項：

表 4：德國一般平等對待法中有關兩性同工同值同酬之規定

第 1 條 立法目的	本法之目的為防止或排除基於種族、族群出身、性別、宗教、世界觀、身心障礙、年齡或性傾向等事由之歧視
第 2 條 適用範圍	(1) 依本法規定，下列基於第 1 條所列事由之歧視為違法： 2. 包括工資與解僱要件之僱用與勞動條件，特別於僱用關係之履行與消滅暨職業陞遷上之個別或集體約定與措施
第 3 條 名詞定義	(1) 基於第 1 條所列事由，使一人相較於其他類似情形之人所享有、已享有或將享有為差之待遇者，成立直接歧視。第 2 條第 1 項第 1 至 4 款事項上，因懷孕或母性而對女性之較差待遇者，亦成立本於性別之直接歧視

危害、維護私人領域或安全、特別利益、攸關宗教自由與自決權），保險契約之性別、宗教、年齡或性傾向歧視之例外（依保險大數法則與經驗法則）。

<sup>121</sup> 主要內容為：侵害排除請求權、損害賠償請求權、非財產上損害之財產上損害賠償請求權、不得為排除本法適用之約定、兩個月消滅時效。

	(2) 基於第 1 條所列事由，形式上客觀之規定、標準或程序，使一人相較於其他類似情形之人而受特別之歧視者，成立間接歧視。涉及之規定、標準或程序，如係為達成合法目的之實質上必須，且其手段為達成該目的所適當而必要者，不成立間接歧視
第 7 條 歧視禁止	(1) 受僱人不得因第 1 條所列事由而受歧視；歧視者於為歧視行為時，僅假設有第 1 條所列事由者亦同 (2) 違反第 1 項歧視禁止之約定條款無效 (3) 雇主或受僱人所為第 1 項所稱之歧視，成立債務不履行
第 8 條 基於職業資格之合法差別待遇	(1) 如因所從事之活動或其從事之條件，第 1 條所列事由係屬重要與關鍵之職業資格，且其目的為合法，該資格亦為適當者，基於該事由所為之差別待遇為合法 (2) 基於第 1 條所列事由而就相同或同值之勞動約定較低之工資者，不得因第 1 條所列事由之享有特別保護而為合法
第 11 條 招募	工作職務不得於違反第 7 條第 1 項之情形下而為招募
第 12 條 雇主之措施與義務	(1) 雇主有採取保護受僱人免因第 1 條所列事由而受歧視之必要措施之義務。此所稱之保護包括預防性措施
第 13 條 申訴權	(1) 受僱人因第 1 條所列事由，於僱用關係之範圍內而認受雇主、雇主代理人、其他受僱人或第三人歧視者，有向廠場、企業或機關中專責機構提出申訴之權利。申訴應加以處理，並將處理結果告知申訴人
第 15 條 補償與損害賠償	(1) 違反歧視禁止之雇主應負損害賠償責任。但不可歸責於雇主者，不在此限 (2) 受僱人就非財產上之損害，得請求適當之金錢補償。未受僱用之受僱人，如於未涉歧視之僱用選擇情形時亦將不受僱用者，其補償金額不得逾三個月工資 (4) 第 1 或第 2 項之請求權，須於二個月內以書面為之，但團體協約另有約定者，不在此限。於工作應徵或職業陞遷時，期間自拒絕到達時起算，於其他歧視情形時，期間自受僱人知悉該歧視時起算 (6) 不得因雇主違反第 7 條第 1 項之歧視禁止，主張享有成立僱用關係、職業教育關係或職業陞遷之請求權，但基於其他法律規定而得主張者，不在此限
第 16 條 懲戒禁止	(1) 對依本章規定行使權利或拒絕遵從違反本章規定之指示之受僱人，雇主不得歧視。對協助該受僱人或提供證言之第三人亦同 (2) 受僱人就歧視行為之拒絕或容受，不得作為涉及該受僱人決定之理由。第 1 項第 2 句於此亦適用之

#### 四、勞動法釋義學上同值同酬原則之操作

如果將觀察視野侷限於兩性/性別同工同值同酬原則，不論 2006 年以前的德國民法第 612 條第 3 項，亦或之後的一般平等對待法第 7 條（搭配第 2 條第 1

項第 2 款與第 3 條第 1 項)，在其抽象的法律構成要件描述之後，當然都有許多法釋義學問題值得進一步探索，包括該歧視禁止之內容、歧視禁止之範圍（工資與約定之定義）、成立合法差別待遇的例外、違反之法律效果、舉證責任等<sup>122</sup>；限於篇幅，本文在此無法作完整的討論，僅侷限於核心之「同值同酬之概念」、「基於性別之工資區別」兩個部分，作進一步的分析說明。

## 1. 同值同酬之概念

在法釋義學的操作上，首先碰到的即是同工同值的掌握：德國聯邦勞動法院在判決中清楚的定義，不論勞工於不同或緊密相連之同一技術性工作位置上（technische Arbeitsplätze），提供同一或相同性質之勞務（identische oder gleichartige Tätigkeiten），即成立相同工作，如勞務之個別要素有所不同，則只要「重要核心之勞務部分」（überwiegend ausübende Tätigkeit）彼此相符，則應同認成立相同工作<sup>123</sup>，主要之個別勞動過程如果相同，雖然獨立各自觀之有可能排除與其他勞務之相同評價，但整體而言亦得認為係相同工作<sup>124</sup>，而如兩項工作之過程彼此相符，勞工皆可相互替代無虞者，亦得認成立相同、或至少同值之工作<sup>125</sup>。至於深受歐體 1975 年第 117 號《均衡會員國關於適用兩性工資平等指令》影響而放入之「同值工作」（gleichwertige Arbeit），學說上認為，應考量相互比較之工作相關之勞動過程、勞工教育職業訓練資格、勤勉與辛勞程度、責任範圍與勞動條件等因素，客觀上如無明顯與重要之區別，則成立同值工作<sup>126</sup>；聯邦勞動法院曾在一則判決中，主張「應依團體協約實務暨一般社會交易通念」加以認定<sup>127</sup>，而德國聯邦政府則在立法理由中建議，「應以勞動評量之客觀標準（objektive Maßstäbe der Arbeitsbewertung）來認定是否為同值工作」<sup>128</sup>。當然，聯邦政府的說法不免使人疑惑，因為德國並不存在所謂「勞動評量之客觀標準」，也因此，是否為同值工作，就變成要一定程度取決為所採取之勞動評量方法為何<sup>129</sup>，所以雖然聯邦勞動法院曾強調「應就不同勞務內容之整體做客觀的比較」<sup>130</sup>，然而，還是未能徹底的解決此問題；此外，在具體的案例判斷上，德國團體協約實務所採取之「區分薪級相關之勞務內容描述」（Tätigkeitsumschreibungen für die Eingruppierung），也經常為法院所援引運用，以增加操作上之穩定性與可信度

<sup>122</sup> 相關法釋義學的觀察體系，請見 Staudinger/Richardi, § 611a Rn. 22ff., § 612 Rn. 49ff.。

<sup>123</sup> BAGE 80, 343(351) = AP Nr. 48 zu § 612 BGB.

<sup>124</sup> BAG AP Nr. 48 = NZA 1996, 579.

<sup>125</sup> BAG AP Nr. 48 = NZA 1996, 579.

<sup>126</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöße, 4 Aufl., München 2005, § 612 Rn. 49.

<sup>127</sup> BAGE 80, 343(353) = AP Nr. 48 zu § 612 BGB.

<sup>128</sup> BT-Drucksache 8/3317.

<sup>129</sup> Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 63.

<sup>130</sup> BAG AP Nr. 48 = NZA 1996, 579.

<sup>131</sup>。再者，如經雇主指示，勞工於同一機器上暫時性的履行不同於勞動契約所定之其他勞務內容，則不得逕認兩者係同值工作<sup>132</sup>。此外，如工作是由不同之個別功能部分所組成，則該等個別功能越多而繁複，同值之可比較性就越低，同時，如個別功能之價值越高，則其他不具或具較低之該個別功能之工作，兩者同值之可比較性也就越低，而此經常可由團體協約實務或企業之工資體系中看出，亦應注意<sup>133</sup>。

從理論的角度觀之，必須要提醒的是：「工作是否同值」本身並非一獨立的提問，而是必須緊密綁在「工資歧視」的脈絡下方有其意義，易言之，只有在具體個案上之認定是否成立性別歧視時，探究系爭不同性質之勞務工作是否為相同價值，方為一重要的法律適用動作，切勿本末倒置，在前階段即吹毛求疵、巨細靡遺的從各種科學角度比對不同工作是否同值，而是應在可能涉有性別歧視之嫌的具體類型中，方去在此目的與脈絡下去做比較，方為適論<sup>134</sup>。例如一向盛行於德國勞動生活的所謂「工資扣減條款」(Lohnabschlagsklauseln)，亦即女性勞工之工資僅有男性之一定百分比，在 1955 年經聯邦勞動法院認定違憲，亦即牴觸基本法第 3 條第 3 項之歧視禁止<sup>135</sup>。然而，法院在判決中留了伏筆：法院認為，勞動領域中的兩性平等固然重要，但不能完全犧牲企業與經濟體系的負荷能力，因此，雇主當然可以區分所謂「輕易」(leicht)與「繁重」(schwer)之工作，進而在工資上有所差距；易言之，如以區分輕易或繁重工作為基礎，進而在團體協約實務上形成所謂的「輕易工作工資部門」(Leichtlohngruppen)，而工資顯然較繁重工作者為低，則無違憲違法之問題<sup>136</sup>。聯邦勞動法院的意思是：關鍵不在性別，而是在於工作內容，只要是本於後者，即便該等工作「通常」或「多半」由女性勞工為之，則其較低之工資權利，並不違反同工同值同酬原則，只有在工作內容相同，男性勞工卻顯然被歸入高一級或二級之工資等級表者，方有牴觸違反之問題。歐洲法院對此亦作補充，認為輕易或繁重工作之別，尚須與不同性別之客觀能力相結合，不可脫離而獨立觀之，易言之，某些可能被歸類為繁重的工作，特別是對女性勞工而言，如果事實上對一般男性勞工來說不足當之，則仍不得據此為由而在工資上有所差別待遇，如此之問題經常發生於單以「身體上之體力消耗」(körperlicher Kraftaufwand)作為惟一區分標準的場合，是以，不應單以此

---

<sup>131</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöge, § 612 Rn 49; ErfK/Preis, § 612 BGB Rn. 63..

<sup>132</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöge, § 612 Rn 49.

<sup>133</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöge, § 612 Rn 50.

<sup>134</sup> 參見 Wißmann 的提醒：dazu dersl., Die tarifliche Bewertung unterschiedlicher Tätigkeiten und das gemeinschaftsrechtliche Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, FS Günter Schaub, München 1998, S. 793ff.。

<sup>135</sup> BAGE 1, 258 = AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

<sup>136</sup> Ebenda.

為由，即完全合理性兩性間之工資差距<sup>137</sup>；德國各級勞動法院後來亦秉持相同意旨，強調不得以單純之體力（körperliche Kraft），作為合理化男女差別待遇之事由，例如知名的法院強制執行人員案<sup>138</sup>，或女性不宜從事聯邦國防軍中必須持有武器之工作案等<sup>139</sup>，雖然說，不論德國法院或歐洲法院，都不忘提醒當涉及公共安全需求時，會員國有較大之區別兩性的空間<sup>140</sup>。不論如何，即便有如此之特殊考量，事實上都不會改變法律適用上的一個重點：只要涉及工作相同或同值，就沒有兩性差別待遇的可能性，這是第二階段，而非「特定勞務內容即得合法之排除女性從事」的第一階段問題。

同樣的問題，其實亦可從歐洲法院的形成中看出一些端倪：首先要強調的是，事實上歐洲法院很少在個案中，直接表明兩個具體的工作是否為同值，而是多半先接受各內國法院的事實認定，毋寧將論證重心擺在「如為同值/不同值，則是否構成間接歧視」的問題上。例如在著名的 Rummler 案，針對印刷工業團體協約中之所謂「以肌力作為敘薪標準」（muskuläre Beanspruchung als Entgeltkriterium），亦即對體力消耗者有較佳的工資待遇，結果自然是從事該等工作的男性勞工受益，針對團體協約之看似優惠「男人工作」（Männerarbeit），歐洲法院提醒，不能單以此表象便逕認成立間接歧視，而是應該「站在觀察整個工資體系的角度，審查該體系是否含有成立性別間接歧視之標準」，換言之，「如果在整體工資體系中，在較高之工資等級裡，除了系爭較輕易由男性勞工所從事之工作外，亦有相當之適合女性勞工的勞務內容，則無間接歧視之問題」<sup>141</sup>。

在另外的兩個知名案例 Enderby 與 Royal Copenhagen 中，歐洲法院同樣面對此團體協約可能涉有間接歧視的工資體系問題：Enderby 案牽涉到公部門同一協約當事人所締結之兩份不同的團體協約，針對公立醫院受僱人員之工資，團體協約其一規定藥劑人員-多半為男性，另一則係語言治療師-幾全為女性，而前者之工資較高；在判決中<sup>142</sup>，歐洲法院首先表明接受內國法院認兩者為同值之立場，轉而將重點擺在「團體協約所為之同值但不同酬之規定，是否因其為團體協約而排除間接歧視之成立」，歐洲法院的回答很清楚：兩者無關，不得援引團體協約作為阻卻違法事由，雖然「勞動市場狀況可能足以當之」（“Allerdings kann die Arbeitsmarktlage ein Rechtfertigungsgrund sein“）。在另一則 Royal Copenhagen 案

<sup>137</sup> EuGH AP Nr. 13 zu Art. 119 EWG-Vertrag; dazu auch Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 64.

<sup>138</sup> ArbG Hamm 06.09.1984 – 4 Ca 1076/82 = DB 1984, 2700; dazu auch Brors-Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 21.

<sup>139</sup> EuGH 11.01.2000 - Rs. C-285/98 = NJW 2000, 497.

<sup>140</sup> Vgl. z.B. EuGH 11.01.2000 - Rs. C-285/98 = NJW 2000, 497; 26.10.1999 – C 273/97 = NZA 2000, 25; 15.05.1986 – Rs. C-222-84 – Slg. 1986, 1651.

<sup>141</sup> EuGH 1.7.1986 – Rs.237/85 – AP Nr. 13 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>142</sup> EuGH 27.10.1993 – Rs. C-127/92 – AP Nr. 50 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>143</sup>，針對瓷器製造業的團體協約中，對於轉盤技師、塗裝人員與掛牆瓷盤繪製人員之計件報酬部份，有不同的差別待遇，其中最優與最劣之勞工幾全為女性，而介於其中者則以男性居多；同樣的，歐洲法院接受內國法院認為三者同值之認定，法院還是將重點擺在「團體協約當然可能成立間接歧視」的強調，卻又吊詭的提醒「在客觀上判斷是否得以合法化差別待遇時，應考量其作為團體協約之特性」。如同德國聯邦勞動法院法官 Helmut Wißmann 所說<sup>144</sup>，歐洲法院之判決，是在猶豫之間的微妙觀察「團體協約與工資平等」之複雜關聯，誠然，協約實務可說是一足以參酌之客觀標準，但同樣不能逃避是否屬同值工作、但卻不同酬之合法性檢驗。

## 2. 基於性別之工資區別

成立違法同值同酬原則的第二個核心要件，無非「基於性別所為之工資差別待遇」，而不是本於其他非性別的事由，當然，本於其他事由亦可能構成歧視。值得注意的是，特別是在間接歧視的認定上，雇主約定或措施之「目的」不是重點，而是「事實上的影響」才是必須追究的關鍵，換言之，雇主主觀上涉及性別歧視本身不足當之，必須客觀上該約定或措施確有歧視，方得認係違反工資平等原則<sup>145</sup>。

在德國的司法實務上，早期透過學說發展，區分直接與間接歧視之不同類型來加以掌握，當然這在 2006 年一般平等對待法通過後，即因法律之明文納入而有了不同。在同值同酬原則的發展上，直接與間接歧視之概念，最早是來自於歐洲法院的影響：歐洲法院在一系列的判決中，定義本於性別所為之間接歧視，係指如某一差別待遇明顯對某一性別較為不利，而又無法以其他非關性別之客觀事由合理化者，即成立之<sup>146</sup>。以下可觀察幾個重要的案件類型：

- (1) 清楚的將男性勞工劃入較高之工資等級，給予男性勞工所謂的「配偶津貼」(Ehefrauulage)，或女性勞工得以請求之「家務補貼」(Haushaltszulage) 綁在較嚴格之要件，兩者均成立工資不平等的直接歧視<sup>147</sup>。
- (2) 部分工時勞工：由於部分工時有顯然極高的比例是由女性勞工所從事，是

<sup>143</sup> EuGH 31.5.1995 – Rs. C-400/93 – AP Nr. 68 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>144</sup> Wißmann, FS Günter Schaub, S. 801.

<sup>145</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöße, § 612 Rn 54.

<sup>146</sup> EuGH AP. Nr. 16 [Rinner-Kühn] und Nr. 21 [Kowalska] zu Art. 119 EWG-Vertrag; EuGH AP. Nr. 25 zu § 23a BAT [Nimz]; BAGE 72, 64(72) = AP. Nr. 28 zu § 23a BAT; BAG AP Nr. 3 zu § 612 BGB Diskriminierung.

<sup>147</sup> BAG AP GG Art. 3 Nr. 136 = NZA 1986, 321; BAG AP GG Art. 3 Nr. 111 = NJW 1977, 1742.

以如在某些工資給付事項上（例如企業退休金），直接排除部分工時勞工之請求權，則認抵觸歐體條約第 119 條而成立性別歧視<sup>148</sup>。當然，就此部分，學者亦迭有批評，例如 Richardi 即認為，在論理上，不能單以「某一事項上受較差待遇之勞工，多屬某一性別」為由，即認成立違反同工同值同酬原則之性別歧視，而是應該進一步考量其「性別之數量比例關係」（zahlenmäßiges Verhältnis der Geschlechter），也就是說，相較於部分工時者，如果女性的全時工時者在其中所佔之比例，與其在部分工時內相等，則恐無違反工資平等之問題，因並不存在兩性間的差別待遇<sup>149</sup>；

- (3) 社工與技工：相對的，涉及者如為不同的工作，則只有在明確的證明，其差別待遇係本於與性別有關之標準時，方可能成立違反同工同酬原則之間接歧視；例如德國聯邦勞動法院即認為，針對聯邦雇員團體協約（BAT）所附之工資等級表，不能將社工人員拿來與技工相互比較工資，進而主張成立同值不同酬的性別歧視，蓋兩者無從認定係同值工作<sup>150</sup>；
- (4) 母性保護之工作禁止：針對特定之勞務提供，如因女性勞工不得為之，進而當然無法享有該勞務之對待給付工資者，並不成立工資平等原則之抵觸<sup>151</sup>。例如依據德國母性保護法（Mutterschutzgesetz）第 8 條「工作禁止」（Beschäftigungsverbot）之規定，懷孕女性勞工不得從事夜班工作，則自不能享有夜班工作津貼，亦當無性別歧視之問題；類似的，對於全時勞工，雇主須給付國定假日工資，則該等國定假日即非工作日之部分工時女性勞工，自同樣不能享有國定假日工資給與，而亦無涉工資平等原則之違反<sup>152</sup>。

2006 年以前繼續施行之德國民法第 611a 條第 1 項第 2 句規定：「差別對待之約定或措施係以勞工所提供之勞務為對象，且特定性別為該勞務不可或缺之要件者」，則其差別待遇雖本於性別，但例外的不成立性別歧視。有趣的是，攸關同工同值同酬原則的第 612 條第 3 項，並非類似的明文，依當然聯邦政府的說法，原因是「兩者不相干」（„die Bestimmung hier ist nicht einschlägig”）<sup>153</sup>。對此，學者 Richardi 即提出批評，認為即使在同工同值之情形，仍可能有基於類似第 611a

<sup>148</sup> EuGH AP. Nr. 10 zu Art. 119 EWG-Vertrag; BAGE 53, 161ff. = AP. Nr. 11 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>149</sup> Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 68; 相同見解之實務判決如 BAGE 72, 64(75) = AP Nr. 28 zu § 23a BAT。

<sup>150</sup> BAG AP. Nr. 3 zu § 612 BGB Diskriminierung.

<sup>151</sup> EuGH AP. Nr. 13 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>152</sup> BAG AP Nr. 42 zu Art. 119 EWG-Vertrag; dazu siehe auch Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 69.

<sup>153</sup> BT-Drucksache 8/3317, 10.

條第 1 項第 2 句要件之阻卻違法問題，並非毫無可能，例如職業歌劇團中的男女歌手，想像中即不無本於「特定性別為該勞務不可或缺之要件」之由而作差別待遇，然而基於法律條文之解釋，於類似情形，恐仍不得以第 611a 條第 1 項第 2 句之要件來試圖合理化，而只能回到第 612 條第 3 項之「是否同值」去涵攝<sup>154</sup>。事實上，法院自己的見解也常說不清楚，例如聯邦勞動法院亦曾在判決中表明：「如果工資主要是因為某些特徵要素而做區別，該等特徵要素復顯然極少能由某一性別來滿足，而『此作法又無從以重要之企業或社會政策需求來合理化者』，則成立間接性別歧視」<sup>155</sup>，似乎又有將民法第 611a 條第 2 項放入第 612 條第 3 項脈絡中加以適用的傾向，似與 Richardi 的主張接近，而歐洲法院亦表明，如果只有男性勞工方從事夜班工作，是以夜班津貼便當然只有男性享有，則不構成間接歧視，因為這裡有「重要之企業或社會政策需求」，亦均同此意旨<sup>156</sup>。2006 年通過之一般平等對待法，其中第 8 條「基於職業資格之合法差別待遇」，第 1 項亦明定「如因所從事之活動或其從事之條件，第 1 條所列事由係屬重要與關鍵之職業資格，且其目的為合法，該資格亦為適當者，基於該事由所為之差別待遇為合法」，看似並未有清楚排除同工同值同酬情形之適用，然而，通說卻均認原則上等同於民法第 612 條第 3 項時代的解釋<sup>157</sup>，雖然上述之司法實務見解仍有討論的空間。換言之，似乎可以說：基本上延續 2006 年以前民法的規範狀態，在繼續維持例外之合法差別待遇事由的設計上，排除此例外適用於同工同值同酬之限制，但在個案上並非毫無餘地，應加注意。

## 五、結論

- (1) 從二次大戰後歐洲社會政策與社會權的發展歷程看來，「兩性平等」始終是不曾缺席、爭議性低、且規範強度相當高的一項核心議題；
- (2) 不論是歐洲第一級法或第二級法，前者如歐體條約第 141 條，後者如 1975 年第 117 號「衡會員國關於適用兩性工資平等指令」暨其他相關指令，均直接明定兩性同工同值同酬原則；
- (3) 德國 2006 年之前的民法第 611a 條與第 612 條第 3 項，係勞動關係中兩性平等與歧視禁止的核心規定，後者並直接規範了兩性同工同值同酬原則；
- (4) 德國於 2006 年立法通過一般平等對待法，相當程度繼受歐洲法有關平等對待 – 包括居核心地位之性別平等 – 之各級法精神與內容，並參酌原德國民法相關規定，是自包括兩性同工同值同酬原則（第 7 條）；

<sup>154</sup> Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 70.

<sup>155</sup> BAG AP § 611 Gratifikation Nr. 164 = NZA 1995, 233; BAG AP BetrVF 1972 § 37 Nr. 123 = NZA 1997, 1242; EuGH AP EG-Vertrag Art. 119 Nr. 11 = NZA 1999, 1151.

<sup>156</sup> EuGH AP EWG-Vertrag Art. 119 Rn. 13; dazu auch MünchKommBGB/Müller-Glöge, § 612 Rn 55.

<sup>157</sup> Brors-Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 18ff.

- (5) 不論 2006 年前之德國民法第 612 條第 3 項，或一般平等對待法第 7 條加第 8 條第 1 項之解釋，基於性別之合法差別待遇的特殊事由「性別作為職業不可或缺之要件」(雖然一般平等對待法中有看似不同的修正)，都不適用於兩性同工同值同酬原則，易言之，不得以該事由，使之變為「同工同值而得不同酬」之合法差別待遇，但個案適用上又非毫無空間；
- (6) 同值同酬原則的操作上，「工作是否同值」並非獨立問題，而是必須緊密綁在「工資歧視」之下加以審查，只有在具體個案上之認定是否成立性別歧視時，探究系爭不同性質之勞務工作是否為相同價值，方為一正確的法律適用，而非在前階段巨細靡遺的從各種科學角度比對不同工作是否同值。

#### 第四節 工資風險原則

##### 一、主要處理問題：給付不能下的工資風險

勞動基準法在工資體系上有一比較明顯的缺漏，就是所謂工資風險的問題。當然，依一般民法規定與法理去解決，是一可能的思考，但經常因為不符現代勞動生活之實際面貌與需求，而遭到批評與揚棄。接下來我們將從理論層次來探索何謂工資風險原則，以便處理實務上常常遭逢之問題。基本上，德國法制著眼之重心在於「不可歸責於雙方之給付不能」，易言之，因為顯然不可歸責於雇主或勞工之天然災害，致勞工無法工作、不能提供勞務時，其法律效果究竟為何之問題。當然，「天然災害」是一客觀事實情狀，「勞工無法工作」是結果，而其連結之真正過程與原因，則可能是「天然災害致企業無法進行生產」，亦或「勞工無法抵達工作處所」，不一而足，必須加以區別。

關於勞務給付不能（Unmöglichkeit der Arbeitsleistung）之處理，由於德國並無任何制定法加以明文規範，因此是否應毫無疑問的回歸民法債篇之原則性規定（德國民法第 275 條以下、第 320 條以下），在德國司法實務上向有爭論，不過，今日理論與實務之通說，多本於勞動契約之雙務契約本質，咸認民法之相關規定，原則上亦適用於勞動契約之場合。<sup>158</sup>在體系上，債務人給付不能之類型，可能有自始主觀給付不能、自始客觀給付不能、嗣後主觀給付不能、嗣後客觀給付不能等，究其得否歸責（Verschulden）之不同，復可區別為可歸責於債權人、可歸責於債務人與不可歸責於雙方當事人等，再各自劃分其殊異之法律效果。

當然，由於天然災害顯然係屬不可歸責於雇主與勞工之給付不能事由，因此讓我們接下來聚焦於此類型，暫且拋開其他可歸責一方當事人之情事。德國民法第 275 條規定的很清楚：「因債之關係成立時之不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務（第 1 項）。債務人嗣後給付不能者，視為債之關係成立時之不能」，也就是說，如果勞動契約亦有此債法原則之適用，那麼，因天然災害而致勞工無法工作、無法提供勞務者，勞工即無補服勞務之義務，亦即無須事後再補上班，非常清楚。然而，問題來了，勞工雖無補服勞務之義務，則是否同時喪失請求對待給付、也就是請求給付工資報酬的權利呢？一項足資比對的線索，無非是「可歸責於雇主之無法受領勞工勞務給付之提出」、亦即所謂之雇主受領遲延（Annahmeverzug）；<sup>159</sup>與受領遲延不同的是，勞工這裡的給付不能，係無可歸責於任何一方當事人，那麼，是否依一般給付障礙原則，其法律效果便應與受領遲延有所不同？還是不但同樣不須補服勞務，而勞工卻仍保有對待給

<sup>158</sup> Statt viler siehe MünchKommBGB/Emmerich, Bd. II, München 2007, § 323 Rn. 21f.

<sup>159</sup> 關於雇主受領遲延的情形，勞工非但無須補服勞務，同時仍享有工資之請求權，蓋此時之給付不能，係屬可歸責於雇主之場合（雇主「受領遲延」），德國法之處理原則相當明確；請參見 Staudinger/Richardi, Berlin 1999, § 615 Rn. 199。事實上，我國民法亦完全同此規定：民法第 487 條「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之」。

付（工資報酬）之請求權呢？

吾人可以看到，重點顯然在於「不可歸責於雙方當事人之給付不能時之對待給付風險」，放入勞動契約的領域來看，亦即勞工之工資風險（Entgeltgefahr），到底應不應該維繫於債法基本原則的問題；關鍵即在於德國民法第 323 條第 1 項：「因不可歸責於雙務契約雙方當事人之事由，致債務人給付不能者，債務人不得請求對待給付。一部分給付不能者，對待給付依第 472 條、第 473 條規定縮減之」，易言之，如果同樣作為雙務契約關係的勞動契約，必須一體適用第 323 條第 1 項，那麼答案就很清楚：「勞工因不可歸責於己之事由而無法工作，雖然無須事後補上班，但亦不得請求工資」。當然，德國勞動法之發展軌跡，走出了另一條道路：學者 Wolfgang Blomeyer 說的好，從德國民法第 615 條（受領遲延）、第 616 條（勞工個人事由之暫時性給付障礙）規定出發，勞動法領域顯然發展出自己獨特的、迥異於前述債法原則之危險分配模式，也就是創設了勞動法專屬之「依影響領域」（nach Einflußsphären）而劃分之工資風險分擔，<sup>160</sup>易言之，只有在「給付之不能，係『例外地』不可歸屬至勞工或雇主任一方時」，勞工方須依前開民法第 323 條第 1 項之原則，由本人負擔工資風險，而喪失對雇主之工資對待給付請求權。<sup>161</sup>此即為德國學說與司法實務目前之通說。

我們可以從前段最後之提醒出發，進一步觀察到一項重要線索：

- 只要不可歸責之給付不能，是「可以歸屬至某一方的影響領域」，那麼，就由該方負擔工資風險，例如可歸屬至雇主，則勞工仍得請求工資給付；
- 如果不可歸責之給付不能，係「例外的不可歸屬至任一方的影響領域」，那麼就回歸民法第 323 條第 1 項原則，由勞工負擔工資風險；
- 尚須注意法律的特別規定。

主要由學說與實務共同發展之「不可歸責於雙方當事人之勞工給付不能」，在前述軌跡線索下，透過經驗的累積，已逐步發展出勞動法領域的獨特體系，亦即包括下列三項給付不能之次類型：<sup>162</sup>

- 企業與經濟所致之給付不能(betriebs- und wirtschaftsbedingte Unmöglichkeit)；
- 勞工個人事由所致之給付不能 (personenbedingte Unmöglichkeit)；
- 偶然所致之給付不能 (zufallsbedingte Unmöglichkeit)。

---

<sup>160</sup> 必須提醒的是，這裡的「影響領域」，必須與討論勞資爭議行為時、德國帝國勞動法院與早期聯邦勞動法院所秉持之「領域理論」（Sphärentheorie）相區別，因為今天的德國通說已放棄此領域理論，亦即提出新的勞資爭議危險理論（Arbeitskampfrisikolehre），但這並不表示「影響領域」之失去其重要性；相關討論請參見 Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 11 Aufl., München 2005, § 101 Rn. 5。

<sup>161</sup> MünchArbR/Blomeyer, 2 Aufl., München 2000, § 57 Rn. 6.

<sup>162</sup> 整個體系性的列舉說明，可參見 Blomeyer, ebenda, § 57 Rn. 18ff., 22ff., 28。

以天然災害為例，所涉者無非前述第一與第三之給付不能的次類型，以下將進一步為探討。至德國民法第 616 條所明文規定之「勞工個人事由所致之給付不能」，也就是出自勞工個人、但卻不可歸責於己之事由，例如生病、法院傳喚、家庭重要慶典、宗教儀式等，致於一「非比例上相當之期間」(verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit)，不能或不能期待勞工工作時，立法者特別保障勞工之工資請求權，使其無須適用德國民法第 323 條第 1 項原則。<sup>163</sup>由於此顯然與天然災害之情狀無關，因此無須繼續討論，先予說明。

## 二、給付不能次類型一：企業所致之給付不能

天然災害所可能涉及的第一種給付不能類型，是德國勞動法所稱之「企業與經濟所致之給付不能」，當然，企業因天然災害而致生產雖可能、但經濟上無效率無實益之結果（所謂的經濟所致之給付不能），想像中應屬少見，是以暫且省略此類型。「企業所致之給付不能」的指涉是：雖因不可歸責於雙方當事人而致勞工給付不能，但關鍵原因在於「雇主欲、但卻無法讓勞工提供勞務」。這與雇主受領遲延時之「雇主不欲」截然不同：在此，勞工雖能工作，但雇主卻因出自於己、但卻不可歸責於己之事由，不論是企業內部所生或外來所致，進而無法讓勞工工作；典型之企業內部事由如工廠失火、電力中斷、須停工以修理機器設備等，而外來之事由則如原料供應中斷、政府命令停工，或企業因遭遇天然災害而無法進行生產。<sup>164</sup>針對此顯然可歸屬至雇主「影響領域」的情狀，德國聯邦勞動法院沿襲過去帝國勞動法院之見解，發展出所謂的企業危險理論

(Betriebsrisikolehre)：<sup>165</sup>此時聯繫至一般私法上所謂的「基底風險」

(Substratsgefahr)，既然勞工之提供勞務，必須與雇主之企業生產組織 - 亦即工作所需之「給付基底：企業」(Leistung-Substrat "Betrieb")<sup>166</sup> - 相連結，只要雇主無法正常提供此基底，例如因技術上之原因而無法啟動生產過程，則勞工當然陷入給付不能。此「基底」既然屬於雇主之「影響領域」，雖然不可歸責於己，但此已屬雇主之「領域責任」(Sphären-Verantwortung)，<sup>167</sup>依前述重要線索，工資風險自應由雇方來承擔，勞工並不喪失對待給付的請求權，換言之，排除民法

---

<sup>163</sup> 德國民法第 616 條之內容，請參見 Staudinger/Richardi, Berlin 1999, § 616，或簡略者如 Däubler, Arbeitsrecht, 4 Aufl., Ffm. 2002, Rn. 770ff.。

<sup>164</sup> Blomeyer, a.a.O., § 57 Rn. 19；相關企業危險之重要案例的臚列，亦請參閱 Schaub, a.a.O., § 101 Rn. 9, 10。

<sup>165</sup> 里程碑之判決請見 BAG 22.11.1956, 8.2.1957, 24.1.1958, 30.5.1963, AP Nr. 1, 2, 4, 15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko。

<sup>166</sup> Blomeyer 用語； dazu a.a.O., § 57 Rn. 21。

<sup>167</sup> Ebenda.

第 323 條第 1 項的適用。<sup>168</sup>

這對探索天然災害問題時的回答是：如果因天然災害之故 – 顯然它不可能歸責於勞雇任一方 –，致企業之生產為客觀上、技術上不可能，在德國便當然適用企業危險理論，工資風險當由雇主一方承擔，工資照給，同時適用「應領工資原則」(Lohnausfallprinzip)，發給「如同勞工實際提供勞務所應領之工資數額」，包括可能之加班費、工作獎金等範圍之工資。<sup>169</sup>

### 三、給付不能次類型二：偶然所致之給付不能

不可歸責於勞資雙方之給付不能的另一次類型，即所謂「偶然所致之給付不能」：在理解上，它必須擺在另兩項次類型之後，也就是說，勞工之給付不能，如果是基於客觀上不但不可歸責於契約雙方當事人，復非導自於企業或經濟因素，亦無本於勞工個人之事由所致，方得歸類入這裡的「偶然」，其結果便是前述所提及之「例外的不可歸屬至任一方影響領域」的給付不能類型，法律上處理自然必須回歸德國民法第 323 條第 1 項的原則，勞工雖無補服勞務之義務，然亦同時喪失工資請求權；如學者 Blomeyer 所言，這種偶然所致之客觀給付障礙 (objektive Leistungshindernisse)，便須適用典型之「無工作、無報酬」(kein Lohn ohne Arbeit) 之原則。<sup>170</sup> 此類型之典型障礙案例，諸如因道路封鎖、示威遊行阻礙交通或公共運輸工作停擺，至勞工無法到達企業工作之所謂「交通障礙」(Verkehrsstörungen)，亦或使勞工陷入「在途風險」(Wegerisiko) 之天然災害，例如洪水、積雪或冰封。<sup>171</sup>

同樣的，這對探索天然災害問題時的回答是：如果因天然災害之故，使個別勞工無法到達企業場所提供勞務，換言之，企業之生產為可能，雇主願意且能令勞工工作，但勞工卻偶然的因不可歸責於己之事由而致給付不能，則回到德國民法第 323 條第 1 項的原則，勞工雖無須事後補工作，但亦喪失工資請求權。

### 四、結論

1. 德國並無法律明文，直接處理有關天然災害下之工作與工資風險的問題，而是由學說與實務發展出一定之規則加以適用，核心思維在於「區分具體之企業與勞雇雙方」，而非「特定區域內所有產業之一體適用」。
2. 第一種類型，係「天然災害導致企業生產不可能」之給付不能，亦即天然災

<sup>168</sup> Staudinger/Richardi, § 615 Rn. 203, 205.

<sup>169</sup> Staudinger/Richardi, § 615 Rn. 120.

<sup>170</sup> Blomeyer, a.a.O., § 57 Rn. 28.

<sup>171</sup> BAG 8.9.1982, 8.12.1982 AP. 59, 58 zu § 616 BGB.

害造成企業生產之客觀上障礙，此時適用企業危險理論之「影響領域」觀點，工資風險由雇主承擔，勞工無須補服勞務，但得請求工資給付。

3. 第二種類型，係「天然災害導致勞工偶然無法工作」之給付不能，亦即天然災害並未造成企業生產為不可能，而是對勞工產生一定之在途風險，使個別勞工無法出勤工作，此時回歸德國民法第 323 條第 1 項之處理原則，工資風險由勞工自行承擔，勞工雖無須補服勞務，但不得請求工資之對待給付。
4. 另一特殊情形是所謂的短工制度：天然災害並未造成企業之生產不能，亦即未產生給付不能之情形，但維持原先之勞務提供程度將對雇主形成經濟上之不利益，是勞資雙方縮短工時並減少工資，此時透過短工制度的介入，由社會保險承擔一定程度的工資風險。

在工資體系之後，接下來我們將進行有關工時理論體系的分析與研究，以作為理解與掌握整個勞動基準法工時章之理論基礎。當然，首先要處理的是 2000 年以來勞動基準法工時章所面臨之核心問題與挑戰：彈性工時制度。

## 第一節 彈性工時制度

資本主義生產方式對人類所帶來的最大變革之一，就是個人與社會時間結構的變遷。如果暫且忽略個人整體生涯之縱面向 – 所謂生涯周期循環之問題，而單單觀察橫切面的特定時點下，個別勞動者所處之時間結構體系中，吾人便可發現，此時毋寧是一重組的時代：個人的時間主權（Zeitsouveränität）呈現微妙的變化，工作時間與得以自由支配的休閒時間界限越來越模糊，職業與家庭領域日益交互滲透，自然連帶至各自時間板塊的移動與碰撞，甚至連 – 至少在資本主義發展的一開始 – 原本相對穩固而確定的從屬性就業勞動，時間內容也越來越難以用單一模式來理解，有時不只是開始與結束的時間點，甚而包括工作過程中的時間屬性。吾人可以這樣看：這是一個變動的時代，時間結構也不例外。

在如此之發展階段中，工作時間的彈性化，一直是廣受注意的問題。有趣的是，我們不斷面對看似涇渭分明的對立說法：一方面，工時彈性化被描述為不可逆的必然趨勢，它來自生產面的產業結構與技術變遷因素，但似乎也與社會之個人化發展脫不了關係，勞動者的生命週期不但重組，傳統僵硬而落伍的制式時間結構也將逐漸遭揚棄；但在另一方面，工時彈性化也經常被理解為「新興資本主義剝削手段」的同義詞，它與新自由主義所宣揚的邏輯一致，只是更加負面的拆解勞動者正常而健康的個人與社會時間結構，剝奪其僅剩之時間主權，一切僅為資本積累而服務。正因為觀察角度之如此差異，不論在工時政策的建構，亦或工時勞動法之論述上，企業需求與勞動保護，便經常成為光譜的兩端，呈現不斷的座落左右游移與拉扯，難以消弭。在這一篇簡短的論文中，作者希望先從概念上解構勞動彈性化 – 無疑的，工時彈性化是其次類型之一，特別是從「彈性化等於去除勞動保護（解除管制）！？」之爭點切入，然後直指支撐彈性化之勞動世界變遷，試著理解其所言何事，在中間結論上，提出個人主張之理論觀察向度，企圖在企業需求與勞動保護之間，找到相對適當與穩定之考察方式，作為討論工時彈性化之理論部分。接下來則針對學理所整理之實務上常見彈性工時模式 – 作者選擇了其中八項，作簡單的介紹與分析，以搭配前述理論部分而延續至具象的觀察，最後提出事實上提問多於答案的結論。

### 一、概念前提：勞動彈性化＝解除勞動保護管制？

所有哲學問題，都是定義問題...

Søren Aabye Kierkegaard, 1813-1855

特別是在反對勞動彈性化、乃至於反對工時彈性化者之眼中，彈性化無疑意味著原有勞動保護管制的去除，亦即一般所稱之解除管制（Deregulation, Deregulierung），易言之，彈性化只是純粹對資本有利，對勞工代表保護之降低或甚至剝奪。在經濟學的討論中，少有試圖直接定義解除管制與彈性化者，雖然，以這兩概念為名的論述不知凡幾。少見的例外如德國經濟學者 Herbert Kronke，在其說法中，兩者之區別標準在於「目標的不同」：彈性化的目標是，將企業與作為生產要素之一的勞動相互間之關係，調整至較符合當代企業管理及競爭條件的需求，進而得以節省企業經營之成本，其主要針對四項所謂的勞動法之僵硬領域：(a) 非典型勞動關係的限制，(b) 工時的限制，(c) 解僱保護，(d) 共同決定權，進而主張應使企業能配合市場條件的變動而隨時調整其生產組織。至於解除管制，其目標則為重建契約自由，亦即承認並回復勞資間給付交換關係的透過市場機制運作與形成，換言之，肯定勞動市場的優越性及整體經濟上的優先性，「廢除對勞動市場機制的限制，回復市場」<sup>172</sup>。學者 Keller/Seifert 則以主要的「行動者」來加以區分，只要是企業所發動，以因應經濟框架條件之快速變化者，是為彈性化，反之，由國家所發動，目的在於提供企業之彈性化行動一「秩序政策上的支持」，則為解除管制<sup>173</sup>。假使單以「市場機制」作為觀察的主軸，詳細去區分，確實可如 Kronke 一般的放置不同的重點：廢除對市場的限制，回到市場，是為「解除管制」，原本即是市場，只是讓市場所受的限制更少，更多市場，則應為「彈性化」，同理，如以主要「實施該行動的主體」來區別，解除管制與彈性化之主體意顯然不同。然而，吾人可以觀察到，以 Kronke 的分類為準，這樣的分類法基本上來自於「實踐過程」，亦即看到實際政治上的解除管制措施，由於一開始主要涉及的是工會的工資談判壟斷問題，而且美國與德國所出現的主張，均是要「廢除工會的卡特爾效果」，所以是解除管制，至於其他勞動市場的調整措施，因為實際政策主張上沒有「整體制度廢除消滅」的問題－例如解僱保護－，因此就只可能是鬆動的彈性化<sup>174</sup>。這樣的分類有其優點，因為依循著實務發展的脈絡走，但畢竟不是嚴謹的本質定義方式。而 Keller/Seifert 的主體分類雖然較為明確，但其所突顯之「國家提供彈性化之制度框架條件」的面向，卻無異引人進一步思索：既然解除管制之指涉多在提供接下去的彈性化之基礎，則兩者截然劃分是否有其本質或定義上的問題？

Horst Konzen 與 Wolfgang Zöllner 則是極少數直接面對此問題的勞動法學者；兩者均以為，所謂的解除管制，是指全部或一部的廢除法律上有關勞動市場及勞動契約的限制，而其目標指涉相當明確：為了解決失業問題。至於彈性化，在其理解中，係指為提高企業的競爭力－特別是得以符合市場需求的生產與技

<sup>172</sup> Kronke, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt, S. 22.

<sup>173</sup> Keller/Seifert, WSI 1997, 522f.

<sup>174</sup> Kronke, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt, S. 443, 445.

術發展 -，同時為了解決失業問題，使得勞動條件得以因應而「彈性化調整」，所採取之法律上「鬆動其原有之限制」之謂。在 Konzen 的說法中，法律的彈性化可能有不同的形式，例如包括「解除管制」：廢除法律上的限制及保護勞工的規範，亦可能是「再管制」：在現有的法規範狀態外，特別再創設「去中心化的例外規範」(dezentrale Ausnahmenvorschriften)，例如不更動團體協約的強制效力，但另外設計限制較少的有利條款，以排除其強制效力之適用<sup>175</sup>。在 Konzen 及 Zöllner 的理解中，彈性化係一較廣的範疇，解除管制僅是其中的一種形式，其他可能的方式包括個人化（鼓勵勞工與雇主的個別私法自治），或是一般的法律化（往對勞工保護較少之方向去進行再管制）<sup>176</sup>。另一法學中的獨有論述，亦可見 Bernhard Riester；Riester 與前述經濟學者 Keller/Seifert 之進路類似，以「行動者」之角度區分解除管制與彈性化，而認解除管制之核心在於國家之發動角色，但其所舉例之諸多解除管制措施（例如勞動市場、勞動契約法或集體勞動法），亦同樣在於提供企業進行彈性化之條件，可見從「行動者」的角度或可區別，但如著眼實質面向來觀察，則事實上兩者時有相當程度的混淆與重疊<sup>177</sup>。

從德國經濟學家 Linne/Voswinkel 的論述中，吾人亦可看到學理上基於實務發展而發展概念理解的軌跡：在其定義中，解除管制並非廢除勞動法之管制法規範，而是廢除解除管制的「保護功能」，在此意涵下，勞動法的解除管制應包括三個層次：(1) 變更或廢除具體的法規範，或限制縮減其適用範圍；(2) 弱化勞資間之集體性法規範，或提供不同的法律環境，以事實上弱化勞工代表組織的實力或談判地位；(3) 限縮法律一般化、普遍化、規範化 (Normativierung) 的象徵性作用，相當程度的放寬法律區別化、例外化的可能性。Linne/Voswinkel 特別指出，解除管制的最核心的主軸，就是「有利於企業主的法規範變動」，全然的廢除規範，不僅只是其中的一種形式，甚至可能是最不重要、立法者最不願採取的一種選擇，因此，實務上最常見的解除管制現象，反而是立法者的「再管制化」(Re-Regulierung)<sup>178</sup>。

基於如此之觀察經驗，本文以為，採取一般經濟學界的論述方式（如 Linne/Voswinkel），可能較符合實踐發展過程，也就是將意味著「降低勞動保護程度」的解除管制，視為包含數種不同形式之法規範鬆動，主軸為國家管制角色之退卻化質變，廢除國家管制法律可以是一種形式（所謂狹義的解除管制），然而，單純的鬆動調整、亦甚至採取重新建構管制規範的方式，例如一般經常提及

<sup>175</sup> Konzen, ZfA 1991, 396。

<sup>176</sup> Konzen, ZfA 1991, 385; Zöllner, ZfA 1988, 269.

<sup>177</sup> Riester, *Deregulierung und Flexibilisierung im Kollektiven Arbeitsrecht*, S. 78ff.。最明顯的是論述有關非典型僱用型態的問題，例如部分工時、定期契約、派遣勞動等，Riester 在分析以其為對象之解除管制與彈性化上，論述內容幾乎完全相同；siehe S. 64ff., 80ff.。

<sup>178</sup> Linne/Voswinkel., *Vielleicht ist ja noch alles offen*, S. 29f.

的彈性化，則顯然為另一種可能的選擇<sup>179</sup>。換言之，至少在歷史發展軌跡中，包括工時在內的勞動彈性化，與降低勞動保護、符合企業管理需求、提高企業競爭力，實有相當密切的關聯性，應值肯定。

## 二、勞動彈性化的正當性一？所謂勞動世界的變遷

只要危機看起來璀璨又炫麗，總免不了有一堆勞工要走人...

Gerd Wollschon

當然，在新自由主義供給導向之經濟政策的推動下，以企業利益為最優先考慮的勞動彈性化發展，確實登上舞台，但這並非意謂著，勞動彈性化只有如此的詮釋蹊徑；至少在支持彈性化者的眼中，它無疑有著另一層堅強的正當性基礎：所謂勞動世界的變遷（Wandel der Arbeitswelt）。

將焦點擺在勞動世界之中：伴隨著社會環境中個人化的趨勢，勞動生產組織中技術之發展，某個程度亦加速如此之面貌。Martin Baethge 指出，新興勞動過程的趨勢是所謂之「規範性的主體化」（normative Subjektivierung）：例如企業新的生產方法或合理化策略，精瘦生產（Lean Production）一般之所謂「去泰勒化」（Enttaylorisierung）的小組工作模式<sup>180</sup>，專業勞動者，系統管理者，符號分析者<sup>181</sup>，勞心工作，知識經濟工作，乃至於年輕勞動族群所偏好之工作方式，都使得傳統勞動生產方式發生變化，由僵硬的生產分工，走向個人複雜的整合式工作內容－例如工時與工作貢獻之脫鉤（Entgrenzung）<sup>182</sup>－，是以勞動生活所產生

<sup>179</sup> 在勞動法學的討論上，亦不乏由類似觀點論述解除管制問題者，例如 Rütters, *Arbeitsrecht und Arbeitsmarkt*, S. 769。

<sup>180</sup> 「精瘦生產」在德國稱之為「參與-勞動力集中之管理方式」（partizipativ-arbeitskraftzentrierte Managementkonzept），主要是將生產組織劃分為數個小型的、各自集中式的單位，並將整體的上下層級式結構拉平，以彈性的利用個別勞動力，並提高其生產力，其知名的特徵即在於「勞動者自行參與及決定生產過程，部分的接收某些原為企業主之任務與權限」，其標榜之進步則為「勞動者更多的自我負責、更有趣的工作內容、更多的報酬與競爭力」。相關討論請參見 Lauschke/West, *GMH* 1995, 400f.; Urban, *Deregulierter Standort-Kapitalismus?* S. 11f.。

<sup>181</sup> 符號分析者（Symbol-Analytiker）的勞動者新類型，主要是美國哈佛大學經濟系教授、曾任柯林頓政府勞工部長的 Robert B. Reich 所提出之概念，他主張勞動型態未來將主要區分為三種：例行性的生產工作、顧客導向的服務工作、符號分析的服務工作，第三種類型之符號分析者，主要之工作內容在於「解決問題、找出問題與策略性的居間仲介問題」，例如學術研究者、設計師、軟體或建築工程師、生物科技專業人員、人事經理、投資顧問、律師、作家等。Reich 認為，此類符號分析者將是未來主流的勞動者類型，而顯然，他是一以「個體性」為核心的勞動者面貌；dazu siehe Reich, *Die neue Weltwirtschaft*（英文原書名：The Work of Nations），S. 191ff., 198f.。

<sup>182</sup> 這個脈絡之觀察認為，當代嶄新的勞動型態，例如計畫性工作、結果導向的工作類型、新興

之群體認同將遭鬆動，因為勞動者被相當程度的「個別化」、「主體化」<sup>183</sup>。勞動世界中漸漸出現一種新的勞動者類型：具備相當的資格能力，極度個人主義式的思考模式，有相當程度的社會自主性，樂意自我提升與自我決定，強調參與，自我代表之意願強烈<sup>184</sup>，而就企業主之眼光來看，如此之「勞動者個人的積極、建設性與具有影響力之參與」，如導往正確的方向，則可能帶來工作效率的提升、與企業目標及文化的認同，某種程度便得取代「以監護為傳統思維」的共同決定制度，建立一符合需求的、與工作位置及工作表現相關的，個別勞工積極而有效的參與其勞動任務的實現<sup>185</sup>。顯然，這是與社會個人化發展立於完全相同的脈絡之下，描繪個人化與勞動世界之變遷所帶來相互影響下的正面發展，進而作為主張彈性化與移動性的理論基礎，因為傳統群體勞動者共同典型的、標準化的規範模式－例如團體協約或強制性社會保護之勞動法體系－，均已難符合現代資訊社會的面貌<sup>186</sup>。

另一項息息相關的變化，即是所謂「第三級產業化的過程」(Prozeß der Tertiärisierung)：從工業生產到服務業的社會型態，七十年代以來便極其明顯的存在於歐美先進國家中：工業生產部門的大量裁員，專業工業技術勞動力所受之巨大壓力，傳統上要求相當技術能力的專業勞動者位置越來越少，取而代之的是技術能力要求低的雇員工作型態<sup>187</sup>；不論如何，整個社會分工體系產生極速的變化，由於服務業型態與工業的勞動生產組織，本質上有著極大的差距，在工業領域中，勞動者是放置於「整體生產結構下的一環」，因此難以孤立或脫離其生產組織，但服務業則不然，勞動者比較輕易的能被「個別主體化」，其勞務提供較可能被切割，整體「生產組織」之意涵，許多是停留在企業主經營策略，而非生產技術的層次上，假使再搭配資訊科技的助力－例如典型的電傳勞動(Telearbeit)<sup>188</sup>－，如此之第三級產業部門中，結構上便存在著更容易使之彈

---

承攬契約、個人勞動力企業(Ich- oder Arbeitskraft-Unternehmen)，「工作時間的長短、範圍及方式」，不再是重點，而毋寧是「工作奉獻與成果」，是以傳統勞動法上有關工時確定與界限之「保護特質」，便面臨極大的正當性危機；dazu vgl. Leisewitz/Pickshaus/Reusch, Entgrenzung der Arbeit im flexiblen Kapitalismus, S. 297。

<sup>183</sup> Baethge, Arbeit und Identität, S. 249f.

<sup>184</sup> Noelle-Neumann, Wertewandel in der Arbeitswelt, S. 76.

<sup>185</sup> Etwa Rüthers, RdA 1995, 331.

<sup>186</sup> 例如 Scholz in:dersl.(Hrsg.), Wandel der Arbeitswelt, S. 15ff. 企業管理學者 Oechsler 亦從人事管理之角度，認為「整個資訊社會的結構變遷所帶來之程序導向、去集中化、去管制、個人自由發展、合作性的結構」等，「企業管理、組織理論或人事經濟學等領域，均已迎頭趕上，唯一的例外就是勞動法」；zitiert nach Kittner, AuR 1995, 391f. 相同結論，但以批判性之角度為出發點者，亦見 Bahnmüller/Bispinck, Vom Vorzeige- zum Auslaufmodell? S. 141f.。

<sup>187</sup> Giarini/Liedtke, Wie wir arbeiten werden, S. 179f.

<sup>188</sup> Giarini/Liedtke, Wie wir arbeiten werden, S. 183ff.

性化、扁平化、去集中化，乃至於「個人化」的條件與可能性<sup>189</sup>。在不同的就業部門產生微妙的比例及重要性移轉的時代趨勢下，如此「就業結構之發展更有利於勞動世界中個人化」的現象，恐怕是一值得注意與觀察的問題。

當然，技術發展、特別是生產組織合理化的雙重發展趨勢下，社會經濟生產結構的確產生了質量上的巨大變化，雖然不見得直接導向個人化的方向，但顯然，兩者是有其相當關聯的，至少處於同一環境框架之下。二十世紀七十年代始，基於突飛猛進的機械化、自動化，亦即俗稱之工業生產的合理化（Rationalisierung），先進資本主義國家生產結構均產生相當程度的變化 – Gerhard Brandt 稱之為「新類型的資本主義社會化」<sup>190</sup> –，人類的體力勞工更大幅度的為機器所取代，資本的組織性比例越來越高，換言之，生產型態漸從勞力密集走向資本密集，在整體生產組織的形構中，「機械化與自動化生產過程結構中的人類勞動之整合」，遂成為當代生產組織的主要面貌<sup>191</sup>。所謂「微處理技術」（Mikroprozessortechnik）的進步，一方面減輕勞動力的負荷，釋放多餘之勞動力，但同時也使勞動者脫離其原先固定而作為工作中心的勞動位置，勞動組織與整體生產秩序都面臨改觀，傳統的勞動與生活模式亦將隨之而受波及，如，Horst Ehmman 所言，甚至集體性的勞工團結與爭議手段（如罷工），都可能變得無法成形<sup>192</sup>。

當然，如同 Brandt 所指出的，技術之發展本身並非絕對的「必然」或「無可抵擋」，或說：技術發展本身形成一種「絕對的邏輯」，而毋寧是一種選擇決定的結果，一種企業主依循經濟標準的策略性決定，進而形成勞動關係與企業內部勞動市場結構的控制基礎<sup>193</sup>。技術發展基礎下的新興生產組織型態，在整體經濟環境與條件的變動下（例如：全球化），遂產生一看似矛盾的奇特發展：基於某些理由，曾經被宣告結束的泰勒主義生產方式又重新復甦，以所謂「勞動組織現代式的泰勒化」(modernisierte Taylorisierung)面貌出現，「人人皆可為」(Jedermann - Qualifikation) 的勞動力又成為企業工廠的常態<sup>194</sup>。在經濟全球化的思維下，其實這是可以理解的發展：「生產據點的策略性選擇運用」，是跨國企業主要的經營戰略，它必須在「最小程度的成本、最大程度的獲利」的目標下，去形構勞動與生產組織結構<sup>195</sup>，是以，過多的「個人主體性」顯然不見得符合其需要。從此觀

<sup>189</sup> Simitis, AuR 1996, 441; Windorf, Journal für Sozialforschung 1989, 370f.

<sup>190</sup> Brandt, Arbeit, Technik und gesellschaftliche Entwicklung, S. 234.

<sup>191</sup> Wolter, Zum Umgang mit dem Arbeitsrecht, S. 327.

<sup>192</sup> Ehmman, Legitimitätsverlust des Arbeitskampfes? S. 83ff.

<sup>193</sup> Brandt, Arbeit, Technik und gesellschaftliche Entwicklung, S. 248.

<sup>194</sup> Kern/Schumann, GMH 1996, 715f., 721f.

<sup>195</sup> Kissel 便指出這一項「技術發展與不斷的追求進步」之觀點，對於勞動關係與勞動法所可能產生的影響；Kissel, NZA 1994, 586。

點出發，企業工廠內的勞動者與經營管理者之間的關係，遂產生相當微妙的變化：增多的相互敵視對立與不信任，工作奉獻的保留，內在的消極抗爭與不合作（所謂的內部流亡 *innere Imigration*）等<sup>196</sup>，以比較企業管理的角度來說：較低的職業道德、較低的勞動與企業認同、較低的自由感受、較低的勞動樂趣<sup>197</sup>，若以勞動者的角度來看，則可能的面貌變為：缺乏合作與溝通，難以累積勞動知識、技術與能力<sup>198</sup>。這些都嚴重掏空企業廠場中的共識程度，亦間接影響現有勞動關係中的集體性利益代表機制的運行，如果再搭配社會中的個人化發展傾向，交互作用，便可看到此項生產組織發展的具體影響：個人於企業中的疏離，認同與共識價值的陷入危機。

從以上不同面向的描述，我們可以清楚的看到，討論技術、勞動組織發展與社會個人化相互間之關係，確實遭逢看似矛盾的不同現象：一方面，勞動者之資格能力與決定權限似乎不斷提高，特別是其職業上的自主性，形式層次上看來，似與社會之個人化發展趨勢不謀而合，勞動契約關係所原始假設之「契約上的宰制」(*vertraglich bestimmte Unterordnung*)，好像已經消失，這在技術進步與發展革新的推波助瀾下，復更加提供技術層面上的配合條件。然而，在不同的生產領域之中，吾人卻得以觀察到截然不同的發展：新興的、但本質上沒有差異的泰勒主義生產方式依然存在，甚至有擴大之勢，之後我們將進一步討論的，對於某些勞動者而言，社會的個人化發展只是存續於勞動生活世界之外，在勞動領域之中，從屬與依賴、層級與控制、他主與他律，似乎仍是一貫不變的結構性主軸，或許，正如 Alain Supiot 所觀察的，吾人在當代所面對的，事實上是多元與歧異，妄想用單一的勞動關係模式來描述今日的勞動世界面貌，本質上就是不可能的任務，因為相對應的生產世界存來便不是如此<sup>199</sup>。

### 三、勞動彈性化的正當性二？所謂社會個人化發展

肯定勞動、乃至於工時彈性化的另一常見理由，便是所謂社會的個人化發展 (*Individualisierung*)；這似乎非常容易理解：如果個人不再適應、習於與偏好生涯與勞動領域中的制式時間結構，寧願有更大的自主性與時間主權，那麼，工時的彈性化無非最佳最適的答案。然而，確實如此嗎？例如前述的 Alain Supiot 便以所謂的「馬德里報告」(*Bericht von Madrid*) 為例，說明在工時制度的形成上，針對不同需求與類型的勞動者，便可以想像設計一「共同時間」的制度，一方面保有勞動者之彈性需求與願望，另一方面，集體勞動者共同的工作時間與保護機

<sup>196</sup> Kern/Schumann, *GMH* 1996, 715f., 723.

<sup>197</sup> Noelle-Neumann, *Wertewandel in der Arbeitswelt*, S. 77ff.

<sup>198</sup> Pfarr, *Arbeitsrecht: Neue Formen der Solidarität*, S. 257；Pfarr 在這篇論文中特別以非典型勞動關係、工時彈性化的問題為例，說明個別之勞動者所生之影響。

<sup>199</sup> Supiot, *Wandel der Arbeit und Zukunft des Arbeitsrechts*, S. 294f.

制又能繼續存續，這方是因應不同勞動生活類型的思考方式，而非在「彈性化需求」與「傳統的工時保護制度」的兩端必選其一，這當然是吾人思考工時彈性化的一個可能切入點<sup>200</sup>。自然，我們需要更多的討論。

首先，個人化帶給勞動生活的最大影響，即是 Alfred Oppolzer 所說的「形成新的勞動道德與價值」<sup>201</sup>：相較於傳統的義務、接受與物質主義的價值，當代的勞動世界之主流價值，已經轉變為自我發展、自主與後物質主義的價值，換言之，勞動者所重視的是個人的自決，獨立性，自我實現，自我意識與表達，不願受拘束，強調個體，注重勞動就業所能帶來之樂趣、意義與內涵，享受生活，重視創造性與啟發性，不願過多的責任與心理負荷，嘗試建立職業與私生活的相容性；在個體與群體的關係上，當代的主流價值則是強調從群體中解放，平等地位，平等權利，參與，民主，共同決定，共同目標與理想的實現。Oppolzer 進一步將之區分為勞動者的三大利益：勞動力的利用利益，要求適當的工資報酬及職業晉升機會；勞動力的維繫利益，要求工作能力能夠持續維繫與成長；勞動力的形成利益，要求能夠參與及影響勞動過程，甚至參與本身勞動條件的決定<sup>202</sup>。基於這三種迥異於昔日勞動者的不同利益狀態與需求，舊有的「典型勞動關係作為勞動生活制度形成主軸核心」的情形，自然有著極大的改觀<sup>203</sup>。事實上，如此勞動生活中個人化趨勢的發展，伴隨著個人價值之變遷，亦同樣產生新的問題與矛盾，諸如企業內勞動者的區隔與分裂（核心與邊緣勞工），去團結化傾向，勞動的密集化與風險的移轉等，亦一併衝擊著個人，但此無異相對的刺激一新的企業管理方式之誕生：在個人化趨勢下，昔日威權或層級式的管理方式，已再難符合勞動者之利益與心理狀態，強調「參與及共同決定」，亦即在一「勞動條件與僱用關係個人化與多元化前提下的集體關係模式中」，去形成具體的勞動生活，恐怕方能滿足當代的需求<sup>204</sup>。

就一普遍的層次來說，社會福利國所催生之個人化發展，並未消弭舊有的社會不平等，這顯然是不同的問題脈絡：個人化既使帶來個別社會成員歧異的生存方式、生存處境，使個人成為自我生活決定與計畫的中心，令舊有之社會及文化拘束關係消退，但它並未根本的改變原有之社會不平等，更不會製造社會成員無需僱傭勞動關係的「自由而無拘束之效果」<sup>205</sup>，只是 - 如社會學家 Ulrich Beck 所特別強調的 - ，社會不平等不再是以「階級問題」(Klassenfragen) 的面貌，

<sup>200</sup> Ebenda, S. 298ff.

<sup>201</sup> Oppolzer, Wertewandel der Arbeitsmoral, S. 101；勞動法上的類似觀點，例如 Rùthers, Das Arbeitsrecht im Wandel, S. 21。

<sup>202</sup> Oppolzer, AuR 1998, 53.

<sup>203</sup> 相同的觀察請見 Mückenberger, Normalarbeitsverhältnis, S. 172。

<sup>204</sup> Oppolzer, Wertewandel der Arbeitsmoral, S. 106f.; dersl., AuR 1998, 51ff.

<sup>205</sup> Roy, Sozialstaat und Strukturwandel der Arbeitsgesellschaft, S. 31f., 36f.

而是以個人風險之方式出現<sup>206</sup>。個人化亦將惡化社會的整合問題，不論是價值的認同與整合、物質利益狀態近似所產生之整合，亦或內國國民意識的整合<sup>207</sup>，這些也均會連帶影響到社會意識與行動上的共同基礎，例如具體社會或法律政策的形成，由於存在著相當程度的認知差異，難以整合的社會共識亦將使制度性建制的工作遭逢困難，然而，這畢竟都有「社會安全的需求」是兩個不同脈絡的問題。換言之，大戰後社會福利國保障體系所催生之個人化發展，既使讓「階級問題」產生質變，但卻未徹底消除社會不平等之問題，也就是說，社會福利國的體系不但未失去其作用，反而在個人化的時代中亦見其重要性：社會整合的失序，並不等於社會安全體系的不必要或不合時宜 – 此顯然是新自由主義理論中的「個人自由邏輯」的基本錯誤<sup>208</sup>。

Beck 以為，昔日勞動階級的物質貧困，業因經濟奇蹟時代的發展、社會福利國家的保障、工會集體利益代表機制的制度化、勞動關係的法律保障、教育普及、社會服務部門的擴大、工時之縮短等因素所克服，因此，至少十九世紀所形成之勞動階級問題，當代已不復存在。勞動世界中呈現相當大的變化：企業及就業工作，已漸漸失去其形成社會衝突與認同的中心機能，取而代之的是私人的社會關係、生活方式或有別於傳統的特殊工作形式<sup>209</sup>。在 Beck 如此之理解下，首當其衝的自然是在勞動者之間的團結及認同問題，針對其他學者所批評之「否認社會階級的存在」，Beck 辯護道，他所指的其實是「十九世紀工業革命初期所形成之社會等級式的工人階級」已經不存在，至少再將此工人階級特徵作為描述社會的普遍化要素，恐怕是不合時宜的<sup>210</sup>。不論如何，Beck 認為在勞動領域中的個人化趨勢，配合勞動生產組織的變革，其實是相當清楚的，換言之，Beck 從某種角度肯認了勞動彈性化之正當性。

---

<sup>206</sup> Beck, *Jenseits von Stand und Klasse?* S. 43f., 57f.。此便是 Beck 所主張之著名的「風險社會」理論，亦即一以社會個人化發展為核心的新社會型態；dazu vgl. dersl., *Risikogesellschaft*, passim。當然，雖然許多學者批評 Beck 過分強調個人之「擺脫傳統社會關聯之拘束」，而忽略個人化所帶來之新危機問題，事實上，從 Simmel、Elias 到 Beck 之研究個人化的德國社會學脈絡中，從未忽視個人化所帶來之負面影響問題；相關討論參見 Schroer, *Negative, positive und ambivalente Individualisierung*, S. 26ff.。

<sup>207</sup> Beck/Beck-Gernsheim, *Individualisierung in modernen Gesellschaften*, S. 32ff.

<sup>208</sup> 許多學者均主張如此之重要看法；statt vieler nur Roy, *Sozialstaat und Strukturwandel der Arbeitsgesellschaft*, S. 31f., 36f.; Zapf in: dersl. u.a., *Individualisierung und Sicherheit*, S. 15ff.。

<sup>209</sup> 當然，學術研究上並非沒有不同之意見，例如 Haug 便從社會心理學的角度來看，認為傳統的就業勞動仍然是社會認同的主要媒介，她並以「孤立感覺」來形容失業者失去社會與家庭認同的現象；dazu vgl. Haug, *Was hat materialistische Psychologie mit Arbeit und Arbeitslosigkeit zu tun?* S. 126ff.。

<sup>210</sup> Beck, *Jenseits von Stand und Klasse?* S. 53f.

當然，這樣的說法不是沒有遭到質疑，Martin Kohli 便認為，不但從所謂「總體社會學」的角度來看，或許某些生活領域的確有較為明顯之個人化趨勢（例如家庭），但一般來看，個人化仍非整體社會結構性的主要現象，即便在個別的勞動領域，要談個人化亦言之過早，特別是針對女性勞動者或低/無技術勞動者而言，其生產組織及過程更無個人化程度可言，但其生產活動比較仰賴知識或個人專業技能者，則個人化之發展是可以觀察到的，不過，Kohli 強調，從整體就業勞動生活領域而言，目前仍不能說已跳入「生產模式多元化」的階段<sup>211</sup>。Christian Meier 亦提出類似的看法，他認為勞動領域的確發生了某些變化，不論是生產方式、外觀或勞動分工等，但此並非結構性的轉變整體勞動組織，亦無本質性的翻轉勞動與資本的對立關係，不論如何，從工作職場上的某些變化，吾人並未觀察到一個全新的社會想像（Gesellschaftsentwurf）出現，沒有根本性的質變傳統生產組織<sup>212</sup>。Michael Schumann 及 Martin Baethge 等學者亦觀察到某些相反之發展趨勢；他認為，八十年代初期雖出現有助於個人化的生產方式出現，但近年來卻有截然不同的發展，基於某些理由，過去號稱進步的生產方法遭捨棄，或是僅侷限於極少數的勞動者或相關生產部門活動，原本高度彈性、整合性之自動化生產，被技術上簡易、但節省成本的單一目標生產系統所取代，福特主義生產線的標準化、回溯性工作，又重新受到重視，更重要的是，過去勞動組織學上普遍接受的「勞動者可期待負荷界限」（Zumutbarkeitsgrenzen），例如勞動條件與工作時間的保障與限制，不斷的遭到挑戰與提高，例如更廣更長的待命時間、更繁複的輪班與夜班工作、極度彈性的工作時間、階層管理方式的復甦、減少勞動者資格與能力的要求、減少對人力資源的投資等，這些特別是基於經濟全球化之衝擊所帶來之生產組織的變革，毋寧是一與個人化相反的發展趨勢，實值注意<sup>213</sup>。更毋庸說，事實上仍有極大部分的勞動型態，例如低/無技術工作、嚴格而單一的生產或分配性工作、行政工作，基本上亦難以有個別化的發展傾向。

Ditmar Brock 則從八十年代所謂「均等化過程」（Nivellierungsprozesse）的逐漸消退出發，認為五十年代社會絕大多數成員的「小資產階級化」（Verkleinbürgerlichung）、標準化、均等化的過程，到了八十年代的確受到個人化發展的相當衝擊，在 Brock 的理解中，主要的動力及原因在於新自由主義市場經濟秩序的貫徹：強調個人的貢獻/激勵，國家社會給付減少，經濟國際化程度加深，在強調「個人自由」價值的新自由主義秩序下，作為「整體性概念」的階級描述，已經顯然脫離時代，取而代之的，是一所謂之「物質文化模式」（Modell der materiellen Kultur）：物質、個人經濟效率，成為描述社會族群的分界線，也形成不同的認同基礎，例如掌握物質資源較少者，其認同及偏好經常傾向民族主義、種族中心主義，換言之，過去工業社會時代所建立之「安全、可能性與選擇」，

<sup>211</sup> Kohli, *Institutionalisierung und Individualisierung*, S. 231ff.

<sup>212</sup> Meier, *Merkur* 1998, 209f.

<sup>213</sup> Schumann, *GMH* 1998, 458f.

當今已經不是依照階級的界線來區別分佈，而是依照是否支配物質資源的「個人」界限<sup>214</sup>。既使不完全將焦點關注於物質面向，僅就勞動者個人觀念的差異性、勞動處境的不同、個人移動遷徙之可能空間迥異，依 Baethge 的看法，都將使得勞動階級的回復早期之形式變得極為困難，因為已不存在得以創造認同的共同職業模式<sup>215</sup>。

從這些討論可以清晰的看到，社會個人化發展所帶來之勞動生活的變遷，其實不是線性而單一的：一定程度而言，它確實可能激發出個別勞動者獨特而非制式的勞動需求，如果可容許用「彈性化需求」來形容的話；但在另一方面，個人化卻未結構性的改變勞動世界，不論是針對一定比例的勞動者，亦或全體勞動者之某些面向而言皆然。易言之，即使從社會個人化發展的角度觀之，勞動與工時彈性化，即便有其正當性，但都有太多的「脈絡侷限性」(Kontextabhängigkeit)，我們必須試著用更精準的視界與向度去加以考察。

#### 四、正確的理论觀察向度：不均衡命題與勞動彈性化

激化競爭的現代發展，卻同時使人喪失本能的熱情，變得貧乏，淪為無力

Paul Lafargue, 1842-1911

拉回本文的主要討論脈絡下來看：就勞動生活來看，如果階級認同確實已不存在，而個人化的發展趨勢，復使個別勞動者無論在勞動狀態、觀念、乃至利益思考上，都與其他勞動者有所差異，則是否可以得出結論：基於社會個人化的發展，傳統的組織、保護、團結形式都面臨危機<sup>216</sup>，是以勞動關係應享有更大的彈性化形成空間，以符合個人之不同需求？八十年代流行於歐美社會學界的所謂「工業社會理論」(Theorie der Industriegesellschaft)，強調基於科技與經濟理性之進化發展，社會一致的利益狀態或均衡關係已經消滅，僵硬不變 (Rigidität) 是有害的，「彈性」才是當代的主流需求與價值，是以固定僵硬的僱用與生產體系，當再難符合「市場新的不可預測性」的需要，因為，「市場-勞動-科技」的均勢已經打破，因應生產體系的危機，勞動將別無選擇，只有更進一步的彈性化，就像 OECD 國際組織在 1989 年所宣告的：這是一個各國都存在「需要更多的彈性」之時代<sup>217</sup>。究竟這是否為一無可抵擋的趨勢發展，亦或只是突顯著另外一種思維角度：例如 Karl Otto Hindrich 所試圖表達的，「個人化」毋寧是一新自由主義推動的意識形態，它危及傳統之價值概念，例如正義、團結、認同、肯定，僅

<sup>214</sup> Brock, Rückkehr der Klassengesellschaft? S. 63ff., 66ff.

<sup>215</sup> Baethge, Arbeit und Identität, S. 253.

<sup>216</sup> 這是 Mückenberger/Offe 在「個人化與勞動世界變遷關係」的基本提問：個人化過程確實帶來勞動法規範的正當性挑戰；diesl., GMH 1996, 63。

<sup>217</sup> Pollert, Anna: Flexibilität – eine fixe Idee? S. 13ff.

將焦點擺在「個人利益的計算」，事實上它也催生著完全相反對立的發展趨勢：新的集體化 (Kollektivisierung)：勞動者畏懼不再有團結意識、無安全感、只有勞動者間赤裸的利益競爭、不存在任何的認同或拘束，因此努力追求新的集體化形式，因此不應任意容許勞動者以個人需求為名，恣意彈性化所有集體形式的規範，例如集體勞動關係中的國家或社會管制形式<sup>218</sup>？

這的確是一不易回答的問題：主張風險社會理論的 Ulrich Beck，在他所謂「個人化的勞動者社會」中，為克服經濟危機與嚴重的失業問題，應充分利用社會及科學技術所帶來的新機會，「開啟個人化新的發展面向」，例如勞動市場關係的彈性化，新的、彈性的工作時間模式，新的工作與職場關係模式（例如電傳勞動）<sup>219</sup>。Jürgen Feldhoff 的觀點亦極為類似：基於經濟全球化所帶來的市場變化，他認為勞動者的集體利益代表機制 – 不論是工會或員工代表會 – ，都無法再發展一普遍的利益策略，是以不如利用勞動者個人化的傾向，在工作時間、資格能力、典型勞動契約關係，甚至勞動者集體組織本身，都朝向更彈性的方向修正；重點不在於如 Beck 所主張的解決失業或因應經濟危機，而是將集體關係做符合時代需求的調整<sup>220</sup>。Ulrich Mückenberger、Johann Welsch、Gerd Nies 等學者，在同一本論文中，則持較為相反的看法：一方面他們肯定個人化的確在勞動世界中造成一定程度的影響，產生許多結構性的變化（例如去標準化、去廠場化、新的自營工作、外包），亦使勞動者集體利益機制難以發揮作用，但解答恐怕不應是以「個別勞動者」為核心的彈性化，而是應試圖建立一種新的管制形式，改革勞動關係與勞動法體系，例如重新定義勞工與廠場 (Betrieb)，雖然准許因個人不同需求而採取彈性化形式，但必須在保有基本之法律管制及勞動者利益代表機制的前提下為之<sup>221</sup>。Helga Grebing 更延續同樣以個人化理論著名的 Helmut Dubiel 的看法，認為應重視個人化所帶來之風險，因此應建立「參與式的民主」機制，亦即所謂「小型的社會運動」(kleine soziale Bewegungen)，讓參與之個人集中心力於小型的個別議題，以符合其個人之生活狀況及個人化之需求結構，在

---

<sup>218</sup> Hondrich, GMH 1997, 16f., 23f.; auch Markmann, Deregulierung schafft keine Arbeitsplätze, S. 144。Markmann 認為「勞工個人的選擇自由，必須以穩定的法律依據為基礎」，其實亦本於相同的思考。

<sup>219</sup> Beck, Jenseits von Stand und Klasse? S. 57ff.; dazu auch Beck/Beck-Gernsheim, Individualisierung in modernen Gesellschaften, S. 14ff.

<sup>220</sup> Feldhoff, Struktur und Wandel, S. 124ff.。Feldhoff 特別提到企業員工代表會所面臨的雙重衝擊：一方面它無法介入企業之技術與生產組織上的發展過程，只得將力量集中在傳統的工資、勞動保護與補償政策的問題上，另一方面，作為員工代表會主體的核心勞動者 (Stamm- oder Kernbelegschaft) 又為企業的合理化措施所首當其衝，是以前途堪慮。Feldhoff 很特殊的舉出日本的集體勞動關係，認為日本的勞動者組織重視企業的獲利與競爭力，並以之作為工會主張的基礎，足堪德國學習。

<sup>221</sup> Diesl. in: van Haaren/Hensche(Hrsg.), Arbeit im Multimedia-Zeitalter, S. 121f., 129f., 141f.

「勞動」仍是當代社會最重要認同中介的前提下，Grebing 主張應結合個人化與勞動者集體組織，找尋出一可以的平衡點<sup>222</sup>。

從學說上的討論可以看出，為何要強調「個人化與彈性化需求」之前提下，仍須試圖找尋出集體保障形式的原因：因為衡諸現實的發展，勞動關係本於個人化發展下的彈性化，已帶來一定的危機。Martin Smentek 與 Edwin Schudlich 等，均以「社會的時間結構」為出發點而指出，由於昔日集體化的工時模式漸漸消退，勞動生活中的共同體驗及社會整合的作用，亦將隨之形成真空，進而對於個人之社會認同模式（Identifikationsmuster）產生極為不利的衝擊<sup>223</sup>。這些負面影響，吾人可歸納入所謂典型勞動關係的腐蝕與危機來觀察：僅以這裡的工時為例，典型勞動關係事實上促成一「社會平均與典型時間結構」的出現，它連接至學理上所稱之「貨幣上的等價」（monetäres Äquivalent）- 亦即社會所形成之穩固的、以勞務時間作為基本單位之工資結構 - ，讓勞動者得以穩定的從事社會再生產與滿足文化發展的需求，是以，只要此「完全、正常」工時結構遭到彈性化的破壞，則不僅是勞動者個人的生活層次，即便整體社會的時間結構，都會蒙受不利的影響<sup>224</sup>。

無疑的，在此問題關聯上，吾人碰到一個難題：個人化的趨勢假使是明顯的，勞動者及社會的時間結構的確遭到破壞，則實踐上的選擇應為何呢？Matthies/Mückenberger/Offe/Peter/Raasch 等的研究告訴我們，工會完全主張回復昔日典型勞動關係的訴求，顯然不可取，因為社會個人化的發展，確實帶來使勞動者脫離過去性別關係宰制與社會強制之可能性，勞動者獲取自我決定就業生涯的絕佳機會，主張「典型勞動關係之腐蝕」者，或許只看到如此標準模式的利益，而未顧及它的意識形態意涵及一去不返的現實，是以繼續堅持「典型性、一致性、集體性」的勞動關係法制，將只是利用法律的規範性工具，故意排拒個人化與經濟生產體系變遷所帶來的革新機會<sup>225</sup>。Matthies/Mückenberger/Offe/Peter/Raasch 等進一步提出所謂「受僱者之市民地位」（Bürgerstatus Beschäftigter）的概念<sup>226</sup>，強調結合個人化、自決、經濟效率，認為必須改革現行之勞動關係法制，重點不在於依循新自由主義的去管制邏輯，僅重視企業的獲利與競爭力，而是建立一容許勞動者追求自我利益、同時符合企業效率需求的管制模式，亦即兼顧「保護與效率」<sup>227</sup>。在此我們可以看到，Matthies/Mückenberger/Offe/Peter/Raasch 主張的是

<sup>222</sup> Grebing, GMH 1996, 764f.

<sup>223</sup> Smentek, Arbeitszeit-Flexibilisierung, S. 18f.; Schudlich, Die Abkehr vom Normalarbeitstag, S. 93f.

<sup>224</sup> Smentek, Arbeitszeit-Flexibilisierung, S. 26f.

<sup>225</sup> Matthies/Mückenberger/Offe/ Peter/Raasch, Arbeit 2000, S. 23ff.

<sup>226</sup> 類似主張亦見 Mückenberger, Arbeitnehmer: Bürger im Betrieb, S. 196f.。

<sup>227</sup> Matthies/Mückenberger/Offe/ Peter/Raasch, Arbeit 2000, S. 35f.

一種個人與集體關係的重組：在個人化的發展趨勢下，集體性的利益代表與保障機制卻仍是必須的，集體的目的無疑的應在於「使個人權利得以真正的行使」，這類所謂「新的集體性」(neue Kollektivität)<sup>228</sup>，在新興勞動型態之「透過勞動者個人自主的控制」模式下－學理上稱之為「彈性的泰勒主義」(flexibler Taylorismus)<sup>229</sup>－，如何正視與面對，如果選擇不再是以集體凌駕個人，貶低個人的價值意涵，而是以集體去促進個人的發展，這應是呼應個人化發展下的一個嶄新之思考方向：既承認現實，又嚴肅的面對其所隨之產生之挑戰，頗值參考。

究竟在個人化的發展趨勢下－不論完全肯定或部分懷疑，某些現實發展是極為清楚的－，勞動關係的某些管制形式是否應隨之鬆動、彈性化或去管制，一般看來，極少有完全反對彈性化之主張，因為這顯然將違背勞動者之個人需求與意願，就一保障自由權之觀點看來，不易完全否定之。是以，重點自然在於「灰色地帶與界限」：如同 Ulrich Mückenberger、Johann Welsch、Gerd Nies 等人所主張的，究竟要在如何形式及內容之「法律管制」(rechtliche Regulierung)的前提下<sup>230</sup>，才應容許勞動者彈性化，或如 Wolfgang Däubler 所說的：讓勞動者去形成一對自己有利的彈性化策略<sup>231</sup>？這牽涉兩個層次的問題：首先，在如何之具體情狀下對個別勞動者有利？這顯然需要個案處理，以及進行個案類型化的工作；其次，可能涉及的是一更根本的問題：為何需要這種「法律管制」作為彈性化之基礎？學理上所爭論的，是所謂「不均衡命題」(Ungleichgewichtstheorie)的是否存在：勞動者是否已取得跟雇主平等協商的均衡條件，特別是因為社會個人化的發展結果，進而能使市場機制重新運作，套用自由主義的勞動市場理論所說的：只要工資律大於或等於「勞動痛苦的邊際價值」、「休閒替代收入的邊際工資率」，勞動力的所有者就會提出供給要約呢<sup>232</sup>？

也許我們重溫一下經濟學的標準論述：基於工資的不斷上揚，勞動法上的社會保護規範，加上許多企業內的參與機制，勞動者已無疑的取得與雇主相同之協商均勢，而得以成為獨立行使契約自由的行為主體，勞工已無從屬性可言，勞動法之保護機能，特別是由司法裁判所發展出之擴張的保護，已無甚必要<sup>233</sup>，許多政治學方面的觀察，亦提出類似的結論，甚至認為當代已形成「新的不均衡關係」：企業主顯然處於較弱的結構性地位<sup>234</sup>。從經濟學上的許多相反的討論其實可以發現，不但所謂勞動者已取得與雇主之相同「均衡」，只因為本身「實物與

<sup>228</sup> Matthies/Mückenberger/Offe/ Peter/Raasch, Arbeit 2000, S. 420f.

<sup>229</sup> Leisewitz/Pickshaus/Reusch, Entgrenzung der Arbeit im flexiblen Kapitalismus, S. 298f.

<sup>230</sup> van Haaren/Hensche(Hrsg.), Arbeit im Multimedia-Zeitalter, S. 125, 133.

<sup>231</sup> Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rdnr. 265ff.

<sup>232</sup> Dorndorf, KritV 1992, 416f.

<sup>233</sup> Beuthien, Das Arbeitsverhältnis im Wandel, S. 28.

<sup>234</sup> Z.B. Schneider, Die Rolle der Sozialpartner, S. 39.

貨幣收入的增加」，經常為學者研究所否認，而認為勞動者從屬於企業之基本情勢未變，同時，彈性化之結果亦僅在於貫徹企業單方的需求，重建新的企業內宰制關係，並未真正改善勞動者的選擇可能性與能力<sup>235</sup>。政治社會學者 Reinhard Kreckel 便指出，當代社會中，企業主仍具有相當優勢的組織力量，較佳的資源運用能量，較為一致的利益狀態，較高的彈性與移動能力，乃至較強的衝突對抗基礎，因此應認居有明顯的戰略優勢，是以與勞動者相較仍處於明確的不均衡關係，應可確定<sup>236</sup>，換言之，傳統勞動經濟學上所稱勞動市場管制之正當性，至少就其形成基礎之與理由而言－所謂「勞動市場的失靈」－，當代的發展並未有結構性的轉變，勞動者的從屬性依然存在<sup>237</sup>。

簡單的說，個人化雖然使個人擺脫傳統的社會關聯，但也帶來新的強制、義務與依賴<sup>238</sup>，換言之，並非如同新自由主義理論所強調的一般，個人已得享有完全之市場自由，或至少應利用市場競爭秩序以獲取本人之自由。此或許得作為討論不均衡命題的開始：Georg Vobruba 指出，勞動力本質上相對於資本的劣勢，例如時間空間上必須依賴與資本的合作、勞動力難以為其他任意之用途而轉變（資格能力）等，雖因社會福利國之保障而略為減輕，但由於社會國必須以資本主義市場經濟、效率思維為前提，因此整個基礎的環境與條件下來看，「勞動與資本的處於不均衡狀態」，仍是一結構性的現象，因此如因社會個人化的發展結果，任意允許個別勞動者作彈性的約定－Vobruba 特別以工作時間的彈性化為例－，則無異將勞動契約中的「不明確漏洞」，交由雇主去貫徹自己單方面的利益，是以除非具備某些特殊的要件，他並不認為以個人化之發展去作為勞動關係當事人業已均衡之理由，具有說服力<sup>239</sup>。在對於無/低技術或勞力勞動者的觀察上，Martin Baethge 除認為他們將難以形成認同外，也提出警告：由於這些勞動過程「主體化」的邊緣勞動者，雖然亦受個人化趨勢之影響，但顯然沒有任何所謂與資本「均衡」的可能，因此保護之必要反而更強<sup>240</sup>。

Joachim Hirsch、Bernd Röttger 等學者則認為，個人化必須與經濟全球化放在同一脈絡下來加以觀察：事實上，在經濟結構變遷所造成之社會分裂與枝節化的過程中，「個人化」是一種亦因亦果、相互交錯影響的要素，勞動者之生活方

<sup>235</sup> Statt vieler etwa Oppolzer, AuR 1998, 48f.; Oppolzer/Wegener/Zachert, Flexibilisierung und Beschäftigungsförderungsgesetz, S. 8f.

<sup>236</sup> Kreckel, Politische Soziologie der sozialen Ungleichheit, S. 173.

<sup>237</sup> Etwa Dorndorf, FS Albert Gnade, S. 39f., 51.

<sup>238</sup> Schroer, Negative, positive und ambivalente Individualisierung, S. 27.

<sup>239</sup> Vobruba, Entrechtlichungstendenzen im Wohlfahrtsstaat, S. 96ff.; dersl., Wege aus der Flexibilisierungsfalle, S. 246ff. ; Vobruba 認為勞動者得以個別作彈性化約定的三個前提要件是：縮短工時（縮小工時的過度供給）、作為勞動者的請求權、基本收入的保障。

<sup>240</sup> Baethge, Arbeit und Identität, S. 251f.

式與生涯，開始以「個人」的角度去描述，傳統的社會結構背景消失，僅形成一所謂的「勞動者之大量消費社會」：唯一的認同只有「大量消費之需求」<sup>241</sup>。既然此個人化、主體化係不可獨立於經濟全球化之外的現象，則個人更將直接暴露於資本之社會力量控制下，自無有所謂均衡之關係可言，基本上來看，便難以肯定個別勞動者確有為自己利益進行個別協商議價的可能；這可能主要是結構性的面向，並非個人行為面的層次<sup>242</sup>。Ulrich Beck 所論述的「風險社會」某個程度是正確的：集體性意識與認同的消退，的確使得個人化的發展結果變為個人之承擔風險，然而，批評者認為，這是否反而應意謂著「個人需要集體、或另一種新形式之集體的保障」，而非如 Beck 的答案一般，應該放諸個人去彈性化形成自己的勞動生活<sup>243</sup>？從個人化的許多討論中，我們雖然看到許多不同的分析結果，但似乎可略為肯定的是：個人化之發展是明確的軌跡，而個人化並不當然帶來個人的完全自主與沒有宰制的社會或勞動生活，換言之，至少在某個程度上，勞動世界中的個人之社會保護需求，恐怕還是無疑存在的。

當代的主流思維一直告訴著我們：由於社會與專屬勞動領域中之個人化發展趨勢，已經相當程度的鬆動原有勞動保護之必要性，因為舊有之「勞動關係不均衡命題」，已屬昨日黃花，今日所呈現的，反而變為勞動者彈性化之正當需求。從以上的討論，吾人應可觀察到：不論社會普遍層次的個人化發展，亦或勞動世界變遷所催生之個人化傾向，應是確實發生、但也非屬全貌的社會現象，套用一句政治經濟學經常運用的術語：它呈現著非線性、充斥著矛盾結構之發展軌跡。幾乎可以肯定的是：不同的學術進路與派別，都一致的指向「勞動者或社會成員仍存在特定之社會保護需求」的結論，雖然它不見得確實存在所有當事人，反面來說：也同時無法否認普遍勞動者的保護必要性。面對此可能存在的「保護需求」與「彈性利益」的雙重衝擊，單向的選擇光譜的兩端，都將經不起理論與現實的檢驗。也因此，觀察包括工時在內的勞動彈性化發展，也必須更精準的放置在此結構內：在企業提升競爭力的催促中，揭櫫彈性化的大旗下，個別勞動者容有特殊的彈性需求，但整體之社會保護需求並未決然消失，只是，越來越多的證據顯示，傳統制式而單一的工作時間結構果真難以重返，那麼，站在勞動不均衡命題繼續有效的前提下，顯然，吾人需要更大的智慧，找出「有利於勞動者與企業」、「符合社會保護需求與企業市場競爭強度」之彈性工時模式，別無其他。

## 五、彈性工時實踐：8種常見模式的陳列與分析

在進行比較理論層次的探討勞動彈性化之基礎後，接下來，本文將整理實務

---

<sup>241</sup> Röttger, Neoliberale Globalisierung und eurokapitalistische Regulation, S. 51.; Hirsch, Der nationale Wettbewerbsstaat, S. 130ff.

<sup>242</sup> Hondrich, GMH 1997, S. 23f.

<sup>243</sup> 從這個角度批評 Beck 的極多，例如 Grebing, GMH 1996, 764f.。

上較為常見的 8 種彈性工時模式，作較為嚴謹之介紹與說明，特別是希望連結上面之理論部分，企圖同時關照「單純企業需求/生產結構變遷/符合勞工利益」之批判性觀察視野，至少嘗試對其為一定程度的定性，乃至於可能涉及之勞動法問題的探索，雖然限於作為研討會論文之規模，不可能有比較完整而具深度的呈現。當然，國內並非沒有實務上彈性工時制度的相關研究<sup>244</sup>，但從一稍具體系性角度之整理，則實不多見；是以下本文將主要以德國文獻為主，希望能提供國內一參考與對照的基礎。

### (一) 召喚工作

首先是所謂的召喚工作 (Arbeit auf Abruf, Working on Call)，在德國的發展脈絡中，特別是在 1980 年代，亦經常名之為所謂的「依工作需求而彈性調整之工作時間」(Kapazitätsorientierte Variable Arbeitszeit, KAPOVAZ)，其定義為：勞動關係之主要內容，係勞工依工作需要之發生 (Arbeitsanfall)，方須履行其勞務<sup>245</sup>。簡單的說，此召喚工作有以下特徵：

- 工時之長短依然為一確定之總量，易言之：仍有其最高上限；
- 但工作之狀態卻取決於雇主個別之具體化指示，也就是由雇主決定勞動需求之時點，而通常此種需求無法從客觀面加以嗣後審查；
- 此具體化指示之方式為「召喚」。

在德國一般的實踐中，此召喚工作大致上有下列數種形式<sup>246</sup>：

召喚工作模式	內容
基本模式	<p>勞動契約約定一確定的工時總量，但同時包括一事先訂定之基準期間，在期間內，工時之狀態得彈性變動</p> <hr/> <p>實例：勞動契約約定每日工時為 3 小時，但其分配則由雇主依召喚定之；或每日之工時亦得彈性調整，但勞動契約約定在一基準期間內，仍不得超過平均每日 3 小時之工時總量</p>

<sup>244</sup> 相關討論的中文文獻例如林子斌，工時問題之新趨勢－彈性工作時間制之研究，中國文化大學勞工研究所碩士論文，1997 年；魏俊明，台灣與德國工作時間制度之比較-以工時彈性化為中心，中原大學財經法律研究所碩士論文，2002 年。

<sup>245</sup> Necati-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 133f.

<sup>246</sup> Ebenda, S. 135f.

混合模式	勞動契約約定一固定與可彈性調整之混合工時模式，亦即只有部分為召喚工作性質，他部分仍為工時之長短與狀態均屬固定之標準模式
	實例：勞動契約約定，周一至周三為固定上下班時間（9-16時），周四及周五則依實際工作需求而召喚之
定期模式	勞動契約約定一以期間來區分之固定與可彈性調整之模式，亦即一定期間內實施召喚工作，其他期間則仍為工時之長短與狀態均屬固定之標準模式
	實例：勞動契約約定，一月至六月與九月至十二月為固定之每週35小時、每日7小時的標準工時模式，六月至八月則為召喚工作，由雇主依工作實際需求而分配之，以符合季節性特殊需要

吾人可以清楚的看到，召喚工作是一項有利於雇主靈活運用勞動力的彈性工時模式，因為它直接綁在「當工作需求實際發生時」之要件，是以一般法律規範之著墨，無疑均針對保護勞工之問題，否則此種彈性工時模式將嚴重影響勞工社會/勞動時間結構之合理配置。在德國勞動法制上，召喚工作首見於1985年的就業促進法第4條<sup>247</sup>，後並納入2001年1月1日起施行之《部分工時勞動與定期勞動契約法》（Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, TzBfG）的第12條，同時將保障之內容擴大；依該條規定，勞動契約如約定此召喚工作型態，必須明確訂定每週與每日之工時長短，如無約定，則法律上擬制為當事人約定每週工時為10小時，每日工時為繼續而不中斷的3小時（第1項第2-4句），再者，雇主必須至少4日前通知勞工，勞工方有履行勞務之義務（第2項），而團體協約對之都有另行規定－包括對勞工更不利－的保留權限（第3項）。從中我們可以看到，如果沒有在法律上制定如此之擬制約定工時長短，任由雇主指定，不但違法（雇主不得以指示權指定工時長短之勞動契約必要內容），而且形同無界限之勞動力使用支配，對勞工之傷害極大，因此必須有其上限，雖然不是法定的強制性最高工時形式，而毋寧是補充性的擬制，易言之，勞雇雙方當得為更長工時之約定，但法律上再透過「預先通知期限」之設計，進一步保障勞工，這一點

<sup>247</sup> 立法形式上作為包裹立法、施行期限僅有五年的德國就業促進法（但同法在1990年延長適用至1995年），該法之立法目的清楚的說明，必須排除某些企業運用整體僱用關係的「法律上障礙」，以促使進一步的企業僱用體系與工時結構的彈性化。其主要的內容包括：定期契約之放寬、派遣勞動關係之延長、鼓勵採取部分工時勞動型態、企業組織法社會計畫義務特定情形下的免除等；相關討論請見 Löwisch, BB 1985, 1200f.。

相當重要。

彈性工時模式實務上經常出現的，係召喚工作與其他類型之混淆；以下讓我們以一簡表簡略提出其相互之區別<sup>248</sup>：

	其他彈性工時	相似之處	不同之處
召喚工作與	移動工時與責任工時	工時狀態不確定、每週/每日工時常有變動	移動工時之目的在於提高勞工之工時主權，使其在一定界限內得自由決定工時，與召喚工作之「雇主指定工時」截然不同
	其他召喚工作	同有「雇主召喚工作」之情形	此種其他類型之召喚工作〈Rufbereitschaft〉，勞工雖得自由決定其所處之地點處所，但須應雇主隨時之召喚而提供勞務，然其工時長短與狀態是確定的，同時視為獨立之勞務履行而給付報酬，與一般召喚工作結構上包括「勞工無工資給與之休閒時間」不同
	待命工作	同有「雇主召喚工作」之情形	此種待命工作類型〈Bereitschaftsdienst〉，勞工必須處於一雇主所指定之企業內/外處所待命，以隨時應雇主召喚而履行勞務，與一般召喚工作之「勞工得自由決定其所位處所」不同，同時此待命工作之工時長短與狀態是確定的，亦與召喚工作之工時狀態不確定不同
	延長工作	工時有延長之外觀	特別在部分工時之延長工作加班時容易引起混淆：例如經由雇主之指示，部分工時勞工暫時且不規律的參與全時工作者之延長工作，主要之區別：如勞雇雙方約定，當有企業急迫需求時，應與全時勞工一同延長工作時間，且此性質上為暫時且不規律之發生，則為部分工時之延長工作，但如雙方約定偏向例行

<sup>248</sup> Necati-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 141ff.

			性的工時變動，無須於企業急迫需求時方為之，且雇主頻繁之運用者，則應為召喚工作
--	--	--	--

## (二) 工時帳戶

所謂的工時帳戶 (Arbeitszeitkonto) 制度，是德國團體協約與個別勞動契約經常可見的變形工時約定方式：針對特別是工時不固定的勞工 (例如輪班)，每個人都有一工時帳戶，只要有工作超出原先所約定之工時額度 (例如一天 8 小時，結果今天工作了 9 小時)，則計入「1 小時存款」- 所謂的工時帳戶存款 (Arbeitszeitguthaben) 於該工時帳戶中，如少於 - 不論是基於勞工個人需求或企業於特定事由下的指示 - ，則計入「1 小時負債」，或是可選擇直接去結算/兌現 (Auflösung) 之前已有之工時存款，直接加以扣除之。通常團體協約或個別契約會約定一「結清時間」，例如半年或一年，換言之，到了此時，工時帳戶之收支狀態必須歸零<sup>249</sup>。

工時帳戶制度是德國人事管理實務上，為符合企業與勞工之工作時間變動需求，而與工會共同發展出之彈性工時模式；特別在 1970 年代，縮短工時已有相當之進展，同時基於產業結構與生產技術之變遷，「工作時間與生產時間之脫鉤」〈Entkoppelung der Arbeitszeit von der Betriebsarbeitszeit〉儼然成形之下，勞雇雙方遂產生「不規律的工時分配」與「兼顧企業需求下之降低勞動成本」雙重問題，一方面為了符合企業生產實際需要，特別是因應市場不同時期之變動狀態，彈性而靈活的調整工時，二方面也希望節省原本所要付出的延長工作加給工資，德國勞資雙方遂逐漸發展出此工時帳戶模式，企圖達成雙贏。吾人可從以下的一些調查研究中發現，工時帳戶制度已廣為普遍運用，同時被視為一符合勞工利益之彈性工時手段<sup>250</sup>：

- 依德國工商業公會 2000 年左右之統計，有 65% 的德國企業時施工時帳戶制度；
- 隸屬德國工會聯盟所成立之 Hans Böckler 基金會的經濟學與社會學研究所〈WSI〉，約莫於同時期之調查研究發現，德國私部門有 78%、公部門則有 72% 的事業單位，全德國約已有 68% 的勞工，已實施工時帳戶制度；
- 根據德國金屬工會〈IGMetall〉對於會員的調查，大多數的勞工對於企業所實施之工時帳戶制度有正面的評價。

<sup>249</sup> Necati, Arbeitszeitkonten bei flexibler Arbeitszeit, Diss. Köln 2004, Hamburg 2005.

<sup>250</sup> Vgl. Hamm, Arbeitszeitkonten, S. 13f.

一工時帳戶，基本上包括以下八項要素<sup>251</sup>：

工時帳戶	1	存款收支明細	登載正常工時以外之額外工時暨其扣除之支出，亦得包括工時存款赤字
	2	存款邊際價值〈最高限額〉	包括三個部分：工時狀態、最低要求、最高工時。工時狀態顯示每日/週/月之工時範圍，以利於勞工或小組相關之引導調配，最低要求則為要求勞工必須出勤之時間時段，類似核心工作時間之概念，最高工時限額顯示最高之工時存款或赤字，以利於之後的結算〈經驗顯示：過高之工時存款或赤字將難以結算〉
	3	結算時間	可能為法定結算時間〈依工時法規定為六個月〉或團體協約所定之例外結算時間〈例如常見之十二個月〉
	4	收支項目	明定何等項目得列入為工時存款收支登載，例如工作需求發生為不規則之正常工時，或有加班費給付義務之延長工作，甚至可能包括其他有津貼給與，例如夜班津貼、特別津貼等
	5	工時單位/金額登載	所登載之工時存款或赤字，一般均提供得列入工時或金額單位之選擇，以提供勞工決定係請求免除工作之補休或津貼之給與
	6	登載者	可能為雇主〈作為其代理人之主管〉、工作小組主管或勞工本人
	7	時間登載系統	通常為電子數位登載系統或其他裝置
	8	引導與調整	在整體執行過程中，常見基於不同理由或考量之調整策略與作法，是以應容許勞工或員工代表會一定的參與引導與調整，例如德國實務上常見之由雇主與員工代表會共同組成之小組

就其類型而言，工時帳戶亦有下述幾種實務上常見之方式<sup>252</sup>：

基本工時帳戶模式	如前述之標準內容，通常以法定之六個月為結算時間，同時提供勞工以津貼給與或補休予以結算之選擇
----------	---

<sup>251</sup> Hamm, ebenda, S. 28ff.; Necati/Suhre-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 164.

<sup>252</sup> Necati/Suhre-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 163ff.

長期與短期工時帳戶模式	短期帳戶之目的在於避免因為企業/季節/市場變動，而可能產生之勞動力需求波動，遂訂定一例如十二個月之期間，讓勞工能隨企業之實際需求而變動工時，但整體而言並無延長勞動契約所定工時之情形。長期帳戶之目的，則在於滿足勞工個人一定期間免除工作的需求，是以得容認勞工累積多達數千小時之工時存款，例如亦得以特別休假折抵，以符合勞工個人特殊的彈性工時利益，其期間經常長達二三十年
燈號工時帳戶模式	常見包括綠燈與紅燈在內的「二階模式」〈又稱行人穿越道燈號模式 Fußgängerampel〉，以及綠黃紅燈之「三階模式」，其中以後者較為普遍。綠燈範圍為較少偏離正常工時額度之情形，由勞工自行自由決定；黃燈範圍內則顯示，勞工已累積相當數量之工時存款或赤字，基本上已有儘快加以結算歸零之必要，此時更多的存款或赤字，原則上必須取得主管之同意，方得為之。如進入紅燈區域，顯示已累積之工時存款或赤字，基本上已無法在結算期間內順利結算歸零，此時必須採取必要措施，例如命令休假，強制結算延長工作津貼，或甚至直接刪除之
進修工時帳戶模式	加入勞工得選擇一定期間進修之選項，或甚至明定一定額度之工時存款自動轉為進修工時之模式，均屬之

### (三) 移動工時

移動工時是一相當早出現的彈性工時模式，內涵在於「依需求而彈性調整工時」，一般被視為勞工獲取其時間主權、以勞工之個別時間利益為首要考量之彈性類型，其主要特徵為

- 每日工作時間開始與結束之移動，或者/以及
- 工時長短之不同調整，但在一較長之期間內符合平均工時額度。

當然，在實踐過程中，移動工時模式無疑的也對雇主產生一定之利益，例如勞工以往用來購物或看病之「私人用途時間」，將大為減少，因得期待勞工運用移動工時而以本人之自由時間處理之。移動工時的一項重要特徵是：勞工得以獨立決定工時狀態，易言之，如果在工作性質上，勞工之勞務一定程度必須取決於與其他勞工之共同合作，則恐將對移動工時之實施不利，這也就是為何移動工時

之彈性模式較常見於公行政機關構或民營企業之管理部分之故，較少見諸於生產部門，除非是小組工作模式，時至今日，服務業也常可看到移動工時之蹤跡<sup>253</sup>。

一般而言，移動工時約有下列幾種模式<sup>254</sup>：

標準模式	又稱為「包括固定核心工時之移動工時」：工作開始與結束之時間雖由勞工自行決定，但有固定之核心工作時間不能彈性調整，整體而言明日之總工時為固定
進階模式	又稱為「無固定核心工時之移動工時」：工作開始與結束之時間由勞工自行決定，但原則上僅有非常短暫、或甚至全無核心工時，勞動契約僅明定每週或每月，甚至每年之平均工時量，其餘均由勞工自行決定每日之工時長短與狀態，是可能某些工作日並不提供勞務
混合模式	前述之標準或進階模式，再加上工時帳戶模式，而成為所謂的「移動工時帳戶」(Gleitzeitkonten)

#### (四) 延長工作

所謂的延長工作，亦即國內一般所稱之加班，概念上似可區分為兩種指涉，一是「超過法律所定最高工時」(Mehrarbeit)，另一則是「超過勞動契約意定最高工時」(Überstunden)，不過觀察德國司法暨團體協約實務，並未清楚的區別兩者，也就是說，不論是超過法定或意定之工時，均屬所謂的延長工作(時間)<sup>255</sup>。延長工時無疑是最古老的彈性工時模式，企業廣泛用之以因應波動之市場訂單與營運需求，而以給付勞工延長工作工資(加班費)或提供補休以交換之。是以，「以金錢補償/兌換」與「以休假補償/兌換」遂成為延長工作的兩種主要模式。

我國勞動基準法第 24 條，定有延長工作時間之工資加給標準，如由此延長工作之實踐角度出發，似應解為係當事人得自行約定的選項之一，易言之，如選擇以金錢補償/兌換之方式，則第 24 條作為法定最低標準，雇主不得給付較低之加班費，並非當然禁止勞工選擇以補休之方式兌換之；國內行政實務上，自行政院勞工委員會 79 勞動二字第 22155 號函明白表示「為法所不禁」以來，均認得以此方式為之，司法機關亦無不同之看法，可說上述兩種模式之延長工作時間補償模式，在我國均屬適法，並無疑問。當然，如團體協約明白規定亦得以免除工作(補休)之方式補償之，則勞工即得自由選擇任一，固無問題<sup>256</sup>，然在我國現

<sup>253</sup> Schaub-Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 160 Rn. 2.

<sup>254</sup> Necati-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 199ff.

<sup>255</sup> Necati-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 225f.

<sup>256</sup> 例如中國鋼鐵股份有限公司與工會於 95 年 1 月 24 日簽訂之團體協約第 38 條即規定：「本協

有勞動基準法第 24 條之情形下，得否容許團體協約明定「僅得以補休為之」，則不無適法性之爭議。

#### (五) 長期休假

在德國彈性工時實務上，有一稱之為所謂 Sabbatical 的模式，概念上接近「長期休假」(Langzeiturlaub)，意指容許勞工一段相對較長期間之休假、整個退出工作職場的工時彈性化之謂。Sabbatical 來自聖經舊約全書中的 Schabbat，指的是耕地每七年應休耕一次，該年即稱之為休耕年(Sabbatjahr)；引申至勞動關係中，此種模式是指：勞工長時期的延長工作時間，但並不同時領取延長工作津貼，而是注入一所謂的長期帳戶 (Langzeitkonten)，使之累積至一定額度時，令勞工享有一段長時期之有薪休假，例如德國實務上常見之三個月至一年不等<sup>257</sup>。在德國的實踐中，長期休假模式一般被認為對勞資雙方均有利：勞工得以運用一較長之休假期間，做諸如遠程旅行、進修課程或其他個人安排，而在雇主方面，亦常見配合勞工之使用而因應市場訂單狀況之波動，一定期間之刪減生產量，同時，實證研究證明，一段相對長時期退出工作職場的勞工，返回之後的「充電、積極、進取」之效果十分顯著，是亦對雇主有相當之誘因；由於有如此之優點，德國實務上亦常見勞工以特別休假津貼，或甚至一部分之工資，以折算注入長期帳戶的作法，然而，畢竟雇主對之必須花費相當之組織成本，是以相較於其它的彈性工時模式，長期休假顯然較不受青睞，實證研究顯示，大概只有約 3% 左右的德國企業，實施此彈性模式，而且多見於公行政部門<sup>258</sup>。

在實踐上，長期休假大致有五種常見的模式<sup>259</sup>：

減少工時模式	利用工時帳戶之累積，勞工將全時勞動關係，逐漸往未來之部分工時勞動關係而調整，雖然其工資仍等同於全時
放棄工資模式	以放棄部分工資而注入工時帳戶存款（例如知名之 BMW 模式）
暫停/彈性休假模式	例如出現於西門子集團之「暫停模式」(Time-Out) 或 Accenture 公司之「彈性休假模式」(Flex-Leave)，主要均為因應企業之危機，勞工離開工作職場一段相當期

約第二十三條延長工作時間或第二十四條於休息日必須出勤工作者，其超時工作部份，甲方應依照有關法令規定發給超時工作津貼，不得強制要求抵休，但自願選擇抵休者不在此限」，即清楚彰顯此項原則。

<sup>257</sup> Necati-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 257f.

<sup>258</sup> Ebenda, S. 258f.

<sup>259</sup> Ebenda, S. 260ff.

	間，雇主只相應刪減一定比例之工資，例如 20-50%，以共渡難關
提前退休模式	將此長期帳戶累積兌現之長期休假，聯繫至退休，因而形成所謂「移動之過渡至退休」的彈性工時模式
時間有價證券模式	長期帳戶加上所謂基金儲蓄模式 (Fondsparmodell)，稱之為時間有價證券：勞工將延長工作或其它注入工時帳戶存款，由雇主投資於一特別的投資基金，並有其獲利，屆時即以此結果結算長期休假，亦常見作為連結提前退休之用

#### (六) 部分工時

關於部分工時，原則上可區分為「固定式」(festgelegt, starr) 與「彈性式」(flexibel) 兩種類型，前者是指勞工工作時間長短及方式均為固定，例如在一週內之某一日或某幾日或一月內之某些日為完全工時，而其他日則為較短時間之工作，或固定每日提供顯然較短時間之數小時的勞務（通常為早上）；在一般勞動法學之討論中，此「固定式」之部分工時顯然較無問題，處理上亦較無爭議<sup>260</sup>。

較有問題的顯然是「彈性式」的部分工時：在此，依勞動契約之約定，雇主可自由指定勞工工作時間之長短及方式，或在工作時間確定固定之前提下，僅實際提供勞務之時間方式由雇主再行指定。在德國，學說暨實務普遍認為前者是違法的，因其顯然有規避終止保護強行法之嫌，是以不論依勞動契約或團體協約約定之，均屬無效，不過如係所謂之「特定範圍約定」(Bandbreitenregelungen)，亦即在一定之期間內，容許雇主去改變工作時間的長短(例如「每週應工作 10-15 小時」)，依聯邦勞動法院的見解，勞動契約為此約定仍屬無效，但如由團體協約規定之則可合法<sup>261</sup>。而在後者之情形，亦即「工作時間長短固定、但實際提供方式由雇主指定」者，則學說暨實務上普遍認為合法，這在《部分工時勞動與定期勞動契約法》的第 12 條，已有清楚的規定，以防止因工作時間長短與方式之不明確而影響勞工。在歐洲之發展實務上，此種「工作時間長短固定、但實際提供方式由雇主指定」之勞務提供方式，早已存在於工作職場之中，不論是前述的召喚工作，僅約定年度總工作時數之「年度工作時間契約」(Jahresarbeitszeitvertrag)，亦或「工作分享」(Arbeitsplatzteilung, Job-Sharing)，這些類型無異均屬之<sup>262</sup>。

<sup>260</sup> Meng-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 285; Mayer-Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Rn. 7 zu § 140.

<sup>261</sup> BAG 12.12.1984 AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969; BAG 12.3.1992 AP Nr. 1 zu § 4 BeSchFG 1985; BAG 12.12.1990 AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit; BAG 17.3.1988 AP Nr. 11 zu § 15 BAT.

<sup>262</sup> 對此之討論亦可見 Preis, Der Arbeitsvertrag, II T 20 Rn. 5ff.。

總的來說，從學理對於實務發展之分析上觀之，一個著重在「工作時間彈性化」角度，也就是偏向「內部彈性」而非「外部彈性」之面向上，部分工時之可能形態及其相對之優點 – 至少從人力資源管理之立場觀之<sup>263</sup>，約有下列數種<sup>264</sup>：

部分工時模式	內容	優點
傳統模式	縮短每日之工作時數	行政管理負荷較低，獲取較高之效率
		協調職業與家庭之需求
變化模式	每週僅數日實際提供勞務	行政管理負荷較低，獲取較高之效率
		不穩定勞務提供下，有較佳之工作強度配置
		協調職業與家庭之需求
旺季模式	旺季時完全工時工作，淡季時休息	防止無謂之淡季勞動力空轉
		無招募或訓練新進員工之多餘負擔
		勞工獲取全年度同樣之平均月薪資
		勞工享有全年度同樣之社會安全保障
長期休假模式	先完全工時工作，但僅支付部分工時工資，登記入「長時工資帳戶」，再賦予勞工數月休假、年度休假或提前退休權利	薪資繼續支付情形下，勞工有較長之休閒安排
		勞工享有租稅上之優惠
		員工有較佳之職業訓練/再進修之機會與時間
		避免過低之勞動力運用
		在較少所得損失前提下提前退休
召喚模式	勞工依雇主實際工作需求量而應傳喚工作	避免過高之勞動力運用
		不穩定勞務提供下，有較佳之工作強度配置
		高度彈性之勞工工作時間的分配
電傳/家內模式	勞工在自家從事電傳工作	節省交通在途時間與成本
		節省企業經營成本
		協調職業與家庭之需求
分享模式	數名勞工共同分享一工作位置 <sup>265</sup>	較佳品質之客戶服務
		責任負擔依然清晰
		彈性之工作時間分配

<sup>263</sup> 從勞動經濟學暨人力資源管理觀點討論工時彈性化之類似論述，亦可見 Sadowski, Personal-ökonomie und Arbeitspolitik, S. 18。

<sup>264</sup> eingehend siehe Meng-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 286ff.

<sup>265</sup> 必須注意的是，德國法基本上區分此「數名勞工同時分享一工作之分享模式」，以及「每一工作由數名勞工輪調式交替之所謂輪調模式 (Turnus-Modell)」，有所不同，雖然德國部分工時勞動與定期契約勞動契約法第 13 條第 3 項有準用之規定；dazu siehe Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 99f. zu § 44。

團體模式	雇主僅規定一定期間內應有多少名勞工提供勞務	較佳品質之客戶服務
		理想之工作強度的配置
		短期彈性之可計畫性
		極彈性之工作時間分配

吾人可以看到，在彈性工時模式的光譜中，部分工時形式經常是許多類型的最大公約數，特別是作為不同彈性化之後端的呈現，而非絕然屬於前端諸如「非全時之工時長短」的問題，而是「較短之工時」再加上「彈性之工作狀態」，這是必須加以注意的一點。

### (七) 中高齡部分工時

另一值得探討之問題，是所謂高齡勞工部分工時；雖然行政院勞工委員會之《93 年部分工時勞工綜合實況調查》中，並未特別顯現台灣勞動世界中高齡勞工部分工時之統計上顯著性，然而，誠如學者成之約依據行政院主計處 93 年人力運用報告資料所說明的：「中高齡勞工和青少年從事部分時間工作的比率較高」<sup>266</sup>，易言之，在台灣部分工時勞動生態中，中高齡部分工時勞工恐怕仍是一不可忽略之問題。

在概念上必須加以區別的，是所謂單純之中高齡部分工時勞動，也就是非經勞雇雙方為特定之有利於勞工的目的而訂定，以及特殊之中高齡部分工時勞動，因為此種形式係本於一特殊目的：「使失業之中高齡勞工進入一銜接至退休之過渡時期的部分工時勞動」，換言之，一方面創造原本失業之中高齡勞工的部分工時工作機會，另一方面也提供因企業經營或勞工個人事由而願意提早退休者（Frühverrentung），一項更符合勞工利益之替代選擇<sup>267</sup>。依德國 1996 年 7 月 23 日起施行之《高齡部分工時法》（Altersteilzeitgesetz）的規定，年滿 55 歲之勞工，得與雇主訂定至符合退休年齡門檻日止之「原先完全工時一半」之部分工時勞動契約，雇主給付與部分工時相符並再加 20% 之工資，且勞工退休金保險之薪資等級不得低於原先正常工時同一等級之 80%，更重要的關鍵是：進入高齡部分工時勞動關係應為勞工、而非雇主之權利<sup>268</sup>。

當然，德國有關中高齡勞工行使該項權利而進入部分工時勞動關係，法律上有著相當繁複的勞雇雙方權利義務之規定，不但主要僅容許透過集體形成之方式

<sup>266</sup> 成之約，部分時間工作發展及其影響之探討，頁 7。

<sup>267</sup> 關於這部分的思維，可見 Schabelstiel/Tenbrock-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 90; Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, S. 75; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 1292。

<sup>268</sup> Vgl. Schaub-Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 44 Rn. 124f.

為之（團體協約、廠場協定等），而實務上也逐步發展出不同之變化模式<sup>269</sup>，其首要目的，都是本於一勞動市場上的考量，以協助接近退休年齡之中高齡勞工，一方面穩定其勞動關係，另一方面兼顧企業與勞工個人之需求而作相應之適當調整。此一制度帶有特定之勞動市場與價值目的，並非所有中高齡勞工所成立之部分工時勞動關係均屬之，此可從其形成之形式、請求權主體、程序、權利義務內容等各方面看出，換句話說，如果是中高齡勞工從事一般的部分工時勞動，則其相關契約內容與保護，當然必須本於一般的部分工時勞動者，當無疑問，否則即可能有違法之嫌。

#### （八）責任工時

最後一種常見的彈性工時模式，係所謂的責任工時、或稱信賴工時或信賴移動工時模式（Vertrauensarbeitszeit oder Vertrauensgleitzeit）；此模式的重大特徵在於：勞工並無一固定之工作時間，不論工時長短、分配或狀態，概由勞工自行決定，而即便勞雇雙方於勞動契約中明定工時長短－此種仍定有所謂「時間走廊」（Zeitkorridore）之情形為主流－，然而雇主仍放棄有關該工時遵守與否之一切控制行為，完全由勞工自己負責。此種模式經常運用於「提供勞務之時間」不重要，「勞動成果與勞工達成託付任務」顯然較為關鍵之工作型態<sup>270</sup>。德國最知名者乃屬 1993 年之西門子，在其研究發展部門即採取責任工時模式，在勞動契約統一「每日 6-20 時」的時間範圍規定中，其學術與創意次部門，所屬勞工完全不受出勤與工作時間之記錄與考核，至於德國工時法所規定之「每日工時超過 8 小時之登載義務」（第 16 條第 2 項參照），則委由勞工自行決定是否為之，而其他部門的勞工，雖然出勤與工作時間有電子記錄，但僅作為背景資料參考之用，完全不作任何控制意圖之運用<sup>271</sup>。

在強調所謂全球化競爭時代的今天，完全放棄工時控制、強調勞工自我負責之此種彈性工時模式，在歐美各國都有逐漸普遍的趨勢，表面上看來，著重成果之企業固無疑慮，則勞工亦得更加自主的調配工作與休閒時間，亦當得符合其利益；誠然，此模式並非毫無缺點：勞工過勞與再無休閒時間之風險，或是雇主經常指控之「勞工濫用信賴、不盡責任」的情形，均為其適例。

#### 六、結語：兼顧企業需求與勞動保護之彈性工時模式是否可能？

<sup>269</sup> 例如所謂的「封鎖模式」（Blockmodell）：亦即工作時間的縮短分為兩個階段，一仍是完全工時，另一則是完全免除工作，實務上又分為三年期之「小封鎖模式」與六年期之「大封鎖模式」，不論係何種模式，原則上全部期間均依部分工時勞動之工資給付方式為之；詳見 Schabelstiel/Tenbrock-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 92f.。

<sup>270</sup> Necati-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 333f.

<sup>271</sup> Ebenda, S. 340.

依據德國企業組織法第 87 條第 1 項第 2 款、第 3 款之規定，關於每日工作時間之開始與結束，一週工時之分配，乃至於企業一般工作時間之縮短或延長，員工代表會均有共同決定權，是以，前述的幾種彈性工時模式，至少在德國的實踐中，均透過員工代表會的參與共同形成，得到其實踐。也就是說，讓理論上可能對勞工亦屬有利、而對企業競爭力亦有其正面意義的彈性工時模式，例如前述的七種樣態，都可以朝向真正落實勞動保護與勞工時間主權之方向發展。

作者的意思是：得以兼顧企業需求與勞動保護之彈性工時模式，理論與實踐上，均屬可能；我們從「勞動彈性=解除勞動保護管制？」之提問出發，思索了勞動世界變遷與個人化發展的不同走向，提出在不均衡命題繼續有效的前提下，吾人卻不得不承認與關照一些勞工個人彈性利益之問題。走到這裡，思辨似乎撞擊到了盲點：面對明明是新自由主義策略推動下的勞動彈性化，我們應該選擇一味反對，不細微思索某些現實，然而容忍對於實際狀態毫無改變之餘地與無力，還是可以有不同的想法，在兼顧某些現實條件的情況下，努力追求有利於勞工之實踐形式的可能性？

作為一觀察者，應該說：一個要命的樂觀主義之觀察者，服膺「想法激進、作法務實」的本人，我始終認為，要兼顧企業需求與勞動保護之彈性工時模式，不但可能，甚至該去積極努力的建構。當然，作者不會天真的以為，如此之實踐將「如閃電之於雷雨前際般出現」的理所當然（德國詩人海涅語），它當然需要一些條件的配合：富有社會責任的企業，強而有力之勞工利益代表組織，堅定而又務實、不務虛之法律政策，乃至於其他正確認識問題、有著策略觀之社會行動者等等。或許令人遺憾的是，在台灣，這些條件似乎都不具備，至少尚未足夠而有意義的具備。工時政策，乃至於彈性工時政策，究該何去何從？在現實環境與條件尚未令人滿意之前，或許，一個正確而可以深刻的意識工作，梳理出何謂兼顧企業需求與勞動保護之彈性工時模式，是第一個可以投入的事情。

## 第二節 部分工時制度

時間不是依其長短，而是依其深度來測量...

*Isolde Kurz*（德國作家 1853-1944）

### 一、主要提問：部分工時規範體系與思維的找尋？

所謂部分工時勞動 (part-time work, Teilzeitarbeit)，顯然在台灣極為常見，雖然從法律的角度觀之，法律至少沒有真正的為部分工時勞動作出過清楚的定義，也沒有從「區別完全與部分工時勞動」之法政策觀點出發，作出過任何兩者所應適用法律規範或法律效果應不同的決定，當然，prima facie 的看，這樣的現況不見得是錯誤的。在台灣已相當普遍的部分工時，勞動基準法或其他相關勞動法令，基本上卻無任何的規範，因此亦形成工時規範體系上一明顯的闕漏，是以亦有必要做基礎性的探討與分析。

研究者極感興趣的一點是：如果在法律適用者的眼中，從基本的法律對待與處遇觀之，完全工時與部分工時勞動真的沒有什麼不同，無有差別待遇之必要，至少一定有「比例上的公平正義」可言，那麼，為何有諸多的社會行動者 (social actors)，反而經常提出部分工時勞動者之不公平對待或恣意剝削的指控呢？這僅僅只是執行上的問題嗎？還是整個規範體系其實有再加思索之必要呢？從勞動法釋義學與法政策的角度來看，如此之現象可能可以有三種解讀：

- 法律「比例上公平正義」的出發點是正確的，但因為部分工時勞動之規範體系始終晦暗不明，因此在法律權利的貫徹與維護上，出了一些問題；
- 或者是說，法律「比例上公平正義」的出發點是有問題的，至少從法政策的觀點望之，法律似乎必須提出一有別於完全工時勞動的不同規範體系，讓法律權利的貫徹與維護走到它應走去之方向；
- 概念上或有第三種可能性：兼顧保護勞動者之意旨，以及 – 特別是台灣 – 社會看待與從事部分工時勞動之特殊情狀與需求，吾人可以想像一種綜合前述二者思維的第三條路：原則上必須維持法律「比例上公平正義」的出發點，但同時在法政策領域中，針對某些特殊問題，作與完全工時不同之規範決定，以同時兼顧兩者。

有趣的是，就現行法 (de lege lata) 而言，應是以上所述之何一思維呢？如果著眼於未來法 (de lege ferenda)，何種思維又比較能符合社會公平正義與台灣社會需求嗎？這是貫穿本文的核心提問與主軸，希望透過簡單的學理討論，能夠得出一較明確的線索與軌跡。當然，本論文的題目是《部分工時勞動契約法律問題初探 – 一個觀察體系的嘗試》，基於參與繼續累積部分工時法釋義學的目的，作者亦將投入一些解釋學上的工作，不過個人所關心的，仍然是前述三項基本思維之擇一問題，也希望本文的討論有助於最後的回答。

## 二、部分工時作為勞動生活的新興現象 – 台灣的現實發展

要從事對部分工時之勞動法問題的論述，個人以為，不應與現實之發展脫

節，為了討論的聚焦，就讓本文先從法事實（Rechtstatsachen）<sup>272</sup>的角度出發：以行政院勞工委員會 2004 年所公佈之「93 年部分工時勞工綜合實況調查」<sup>273</sup>為例，分別針對部分工時勞工之身分、教育程度、工作內容、選擇原因、主要目的、滿意程度、勞動條件與福利措施、薪資工時等，提出調查結果。以下讓我們簡單的介紹相關之數據：

- (1) 勞工身分：部分工時勞工，以在學或準備升學者居多，約佔 45.1%，其次為家庭主婦兼職者 23.8%，退休後再工作者 3%，準備服役者 2.7%。在男女性的不同分布上，男性部分工時勞工仍以在學或準備升學者為最高（54.3%），但在女性則僅為 39.7%，而家庭主婦兼職者卻高達 37.8%，各佔約四成。
- (2) 勞工教育程度：以大專及以上程度者將近一半（49.4%），高中職則有 33.4%，國中及以下為 17.2%；這些數字顯然與勞工身分有連動關係：因為較 90 年的調查，在學或準備升學者上升近 12%，是以其教育程度便隨之提高，應加注意。
- (3) 勞工工作內容：以從事體力工、作業員為主，約佔 35.2%，事務處理者則有 17.2%，其次是銷售業的 13.4%、專門技術 9.3%、清潔 5.1%、服務人員 4.6%、照顧工作 1.7% 等。在男女的差距上，雖同樣以從事體力工、作業員為最高，但男性顯然較多（44.1%），而女性僅有 30%，女性顯然有較高的比例從事事務處理（22.4%），而男性從事相同工作者卻不到 10%（8.5%），而以銷售業之 12.1 居次，可見男女性從事部分工時內容之不同。
- (4) 勞工選擇原因：在為何會選擇從事部分工時勞動的原因上，以「能選擇工作時段」為最高，超過一半（54.8%），其次是「工作時間及天數短」（26.5%），而因為對於工作內容感到興趣者，則有 20.7%，薪資及待遇佳者有 17.2%，而找不到全時工作者亦有 15.4%；值得注意的是，因公司業務緊縮而被迫縮短工時者，只有極低的 1.8%（男女性相當），而因

---

<sup>272</sup> 假如拋開最早從事法事實研究的犯罪學不論，可參閱法社會學者 Klaus F. Röhl 的經典作 *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, Tübingen, 1974。關於法學與社會學不可分割的緊密關係，特別是有關法學上對於社會事實之認識、描述或評價定性問題，早已是法律社會學討論的出發點，關於此問題的一般性討論，請參閱 Opp, *Soziologie im Recht*, Reinbek bei Hamburg 1973, S. 16ff.。如何將法事實融入法釋義學體系中的問題，亦屬於法學方法論方面的標準討論範圍之一；dazu siehe nur Bydliniski, FS Hans Floretta, Wien 1983, S. 3ff.; Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Ffm. 1983, S. 285ff.。

<sup>273</sup> 統計結果請見行政院勞工委員會網站（<http://statdb.cla.gov.tw/html/svy93/9303menu.htm>，點閱日期：2007 年 10 月 26 日）。

家庭及育兒等因素者，女性有 10.2%、男性則為 2.4%。

- (5) 勞工主要目的：以賺取生活費的比例最高，有 39.1%，其次是賺取零用錢的 22.0%，補貼家用者有 17.3%，有效運用空餘時間者則為 10.2%。比較特殊的是，男性目的在於賺取零用錢者（26.9%），顯較女性為高（19.1%），而女性則在貼補家用方面（19.9%）有較男性為多（12.9%）的比例。
- (6) 勞工滿意程度：有近七成的部分工時勞工（69.6%），對工作感到滿意，但亦有三成（30.4%）持相反意見。在不滿意的部分，以薪資低為最高（18.6%），其次是福利不佳（11.6%）、聘僱狀況不穩定（8.5%）、無法轉為全時勞工（8.2%）、升遷機會少（7.1%）、工作壓力大（4.7%）、難以請休假（4.2%）、工作時間不理想（4.1%）、無法展現個人能力（3.1%）等。值得注意的是，女性勞工一般之不滿意程度，均較男性為高，不論在薪資低、福利不佳、聘僱狀況不穩定、無法轉為全時勞工或升遷機會少等各方面。
- (7) 勞工勞動條件：有加入勞工保險者 81.1%，享有例假日者 60.6%，有訂定工作契約者 47.8%，有職業災害補償措施者 46.3%，國定假日有放假者 41.3%，資遣有預告者 33.7%，有特別休假者 18.8%，有產假者 18.1%，有退休制度者 16.2%，有育嬰假及家庭照顧假者平均 3.3%（女性均稍高，前者 4.6%、後者 3.1%）。
- (8) 勞工薪資與工時：每週平均工時，工作時間固定者，男性為 31.7 小時，女性為 30.6 小時，工作時間不固定者，男性則為 32.3 小時，女性為 29.2 小時，至月平均薪資部分，男性為 15137 元，女性為 15059 元。
- (9) 勞工福利措施：部分工時勞工所享有之福利措施，以享有工作與年終獎金者最高（58.1%），三節獎金者次之（52.5%），再來是團體保險（49.6%）、進修訓練（43.1%）、休閒活動與旅遊（42.7%）、婚喪生育補助（42.1%）、勞工福利金（41.3%）、獎學金（30.8%）、交通津貼（27.1%）。

如果先不挑戰這一項「93 年部分工時勞工綜合實況調查」之解釋能力<sup>274</sup>，單就其至少相當程度突顯台灣部分工時勞工所面臨之問題之角度出發，看到前述之

---

<sup>274</sup> 該項調查事實上僅進行兩個月，在所發放之 5000 份調查中，回收亦僅有 2026 份有效樣本數，而有趣的是，其中便有 1900 份是來自於 15-24 歲的年輕受訪者；當然，由於其抽樣之方法等均符合統計上之要求，倒不見得會因為樣本數之不夠多而失去其效度，然而，想像中「年輕受訪者較願意受訪」之傾向，是否相當程度影響最後之結果，亦值得觀察。

數據，吾人至少可以得出以下的一些具體觀察：

- (1) 台灣部分工時勞工，主要是兩大族群：「學生」與「家庭主婦」，前者約一半比例強，後者特別在女性部分尤其明顯，將近四成；部分工時勞工之學歷則相當程度反映其族群屬性：學生與教育程度在大專以上者顯然相當，是以幾近可以斷言，家庭主婦之部分工時勞工基本上均屬高中職以下之學歷。
- (2) 部分工時勞工所從事之工作內容，集中在「體力工及作業員」與「事務處理暨銷售」兩大類，各佔 30% 強，易言之，部分工時勞動多見於「製造業」與「行政服務」，應可肯定。值得注意的是，專門技術、電腦工作與研究設計，比例均僅有 9.3%、2.9% 與 0.3%，證明至少在想像中「專門職業技能之部分工時意願與時間主權」之類型，在台灣並不顯著。
- (3) 其次就選擇工作時間之原因來觀察，勞動者本身之「自由支配工作時間」之需求，顯然是選擇部分工時最重要的理由，有超過一半的受訪者均認同之，結構上而言，這顯然與學生（包括準備升學者）之做為部份工時勞工最大族群有相當之關聯性。值得注意的是，仍有 15% 左右之勞工表示是因為「找不到全時工作」使然，比例上雖然不算高，但從勞動市場的角度觀之，就與其他有著部份工時勞動需求與意願之勞工，有著結構性的差異。另外，因「公司業務緊縮而被迫縮短工時」者，比例均未達 2%，是否可以解讀為：國內企業面臨業務緊縮或其他重大之經營困難時，寧可解僱員工，而少慮及以縮短工時之方式繼續維持勞動關係的存在，或是乾脆不解僱員工，而誠願維持原先之完全工時的勞動關係形式，因此在數字的呈現上均有此傾向。想像中，第一種解讀方式顯然較為可信，這不但與歐洲國家所熟悉之以「內部彈性」(interne Flexibilität) 因應企業經營與勞動關係危機之方式不同<sup>275</sup>，顯然亦具有相當之勞動市場政策上的意涵，應特別加以留意。
- (4) 就從事部分工時勞動之主要目的而言，「賺取生活費」的比例近 40%，相對於其他國家而言，所謂「部分工時勞動作為唯一或主要之經濟收入來源」的面向上，台灣顯然比例上較低<sup>276</sup>。至於「賺取零用錢」與「貼

---

<sup>275</sup> 關於這部分的討論，請見以下四、(一) 所謂之「非典型勞動的理論脈絡」。必須說明的是，這是一種透過諸如縮短工時或其他之產業內部升級的方式，一方面避免裁員解僱，另一方面亦同時提供企業生產力的新思維，試圖打破昔日「企業面臨危機便無可避免的必須裁員以提供生產力」之觀念，頗值注意；dazu siehe z.B. Brandl/Disselkamp/Wedde, Beschäftigungssicherung durch Innovation, Ffm. 2005, insb. S. 34ff.。

<sup>276</sup> 以德國為例，根據德國聯邦統計局的數據，以 2003 年 5 月時為準，全德國 790 萬部分工時勞工中，有 66% 的勞工正是以部分工時勞動為其最主要的收入來源，而有 23% 是以家屬為主要的

補家用」兩者合計，則將近 42%，而顯然在問題的設計上與受訪者之意識上，這兩者應同樣指涉於「非以部分工時勞動為主要生計基礎」之提問，是以吾人可略為肯定的說：台灣部分工時勞工中有一半以上的比例，並非以該勞動所得作為主要的經濟收入來源，應屬可信。

- (5) 比較令人訝異的是，在對部分工時勞動之滿意度上，有將近七成比例的受訪者表示滿意，而只有三成左右者回答不滿意，這是否與相當比例的部分工時勞工為學生，或只是貼補家用的家庭主婦，因為主要經濟收入來源是其他家屬，因此推論上應較不計較相關勞動條件，頗值再進一步的探索<sup>277</sup>。至於表達不滿意者，基本上可統整為「勞動條件」之薪資與福利，共計約 30% 左右，是最主要不滿意之原因，如果再以全體比例視之，則應有十分之一的受訪者表示勞動條件不佳，應可確定。比較值得注意的是「無法轉為全時勞工」的部分，僅佔不滿意中的 8.2%，由此更可進一步的確定，「找不到全時工作」、「以部分工時工作作為過渡階段」、「部分工時工作者意圖轉往全時工作」等，搭配前述 (3) 之分析，結構上均非台灣現有部分工時勞工之重要類型，應足資確定。尚有一點要注意的是，女性勞工感到不滿意之比例，要較男性稍高，而且不論本於薪資、福利、聘僱狀況、升遷等因素，其比例都要比男性勞工來得顯著，表示女性部分工時勞工之處境較差，應該是極為明顯的。
- (6) 接下來觀察薪資與勞動條件之部分：不論勞工之工作時間是否固定，吾人皆可看出，其每週平均工時均在 31 小時上下，雖然男性稍長，而女性稍短，但其每月平均薪資則僅有 15137 元。以部分工時勞工最常從事之製造業與行政服務業為例，同樣以該調查年度之 2004 年為例，前者之平均月薪約 46182 元，後者（暫以統計中較高之服務業為例）則為 49655 元，如果將部分工時勞工之每週平均工時，除以勞動基準法所定之法定工時，則製造業之部分工時勞工平均月薪似應有 34087 元 ( $46182 \times [31 \div 42]$ )，而服務業之部分工時勞工則有 36650 元 ( $49655 \times [31 \div 42]$ )，這兩項數字都與實際上部分工時勞工 15137 之月平均薪資有很大的差距<sup>278</sup>，易言之——至少從表面數字的比較看來——部分工時勞工顯然被「低

---

經濟支柱，與台灣顯然有結構上的重大差異；相關資料請見德國聯邦統計局 2004 年 10 月 14 日 2004 年第 436 號新聞稿 ([http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2004/10/PD04\\_436\\_132.psml](http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2004/10/PD04_436_132.psml)，點閱日期 2007 年 10 月 27 日)。

<sup>277</sup> 由於在行政院勞工委員會所公布之統計結果中，並未有不同身分別對於工作滿意情形之回答的數據，因此難以看出不同身分別之部分工時勞工，是否有統計上顯著之不同回答傾向的情形。

<sup>278</sup> 相關資料請見：行政院主計處，2004 年員工進退、勞動報酬統計

(<http://www.dgbas.gov.tw/lp.asp?ctNode=3321&CtUnit=951&BaseDSD=7>，點閱日期 2007 年 10 月 27 日)。當然，「全時勞工」之每月實際工時，確有可能超過法定工時，而使這樣的薪資數字比

薪資化」了，她們並不是所謂「依一般全時勞工之薪資而按實際工時比例給與之」，而毋寧應該說：台灣勞動世界中，對於部分工時勞工顯然有另外一套對待方式與計算標準。薪資方面的差別待遇，在其他勞動條件之對待上，有著更加明顯的連結：以理論上「加入者為常態」的勞工保險為例，比例上亦僅有八成弱，表示有相當的勞動者仍未受此最重要社會保障形式所涵蓋，而四成部分工時勞工無例假日之享有，超過一半未訂定工作契約<sup>279</sup>，同樣超過一半者未享有國定假日，只有不到 20% 的勞工曾有特別休假，亦僅有不到 20% 的女性勞工有產假，更毋庸提及育嬰假或家庭照顧假，可見，不論相對之全時勞工於此類勞動條件上是否有顯著的差距與對比，吾人至少可以肯定：台灣部分工時勞工之法律對待，現實上極不理想，從所謂「勞動基準法一體適用於部分工時勞工」之標準說法出發，規範與現實之落差甚鉅。

從以上之觀察，吾人是否可再進一步整理出台灣勞動世界中部分工時勞動之面貌呢？請容許作者在此暫為中間結論，以便於接下去之法釋義學體系上的嘗試：台灣的部分工時勞動，應係「主要為學生打工族群、其次是家庭主婦之兼職，賺取之報酬非屬其主要或惟一之經濟收入來源，從事以製造業暨行政服務業居多，較不屬專門技術，因找不到全時工作而必須被迫暫就部分工時者雖有，但結構上不特別顯著，台灣亦無如歐洲國家一般以部分工時作為避免解僱之手段運用，部分工時勞工有顯著之遭低薪化的現象，其薪資與勞動條件均無法與全時勞工之核算比例相比，有明確遭剝削之結構性特徵」。

### 三、部分工時勞動之法釋義學框架 – 台灣現有的嘗試

從如此之法事實上的觀察出發，吾人便可進行接下來之法釋義學體系上的嘗試。重點在於，台灣的專業言談中，是否確實存在已經相當程度觀照部分工時勞動現實之釋義學體系與操作模式的建立，如果沒有或是尚未週全，我們又應如何去進行相關之工作，可能的話，乃至於法政策面向上的思維與決定。

國內研究部分工時勞動法問題最為詳盡的，首推學者邱駿彥。以氏於勞動法學會所編之勞動基準法釋義一書為例，將論述部分工時之焦點擺在三大部分：「部分工時勞工之定義」、「部分工時勞工工作權之保障」，以及「部分工時勞工之工資保障」，當然，在前面復加入有關部分工時勞工適用勞動基準法之基本問題。

---

較失準，然而，依行政院勞工委員會的統計，單以製造業為例，2004 年之月平均工時為 171.1 小時，換句話說，亦與法定之 168 小時相去不遠，足見如此之數字比較仍有相當之解釋作用。

<sup>279</sup> 當然，勞動契約並不以訂定書面為要件，未訂有所謂的工作契約，並不影響勞動契約關係之成立與生效，然而，為何仍有超過一半的受訪者表示「未訂工作契約」？從勞工之角度觀之，其毋寧意味著「沒有講明勞工權利與義務、容讓雇主單方任意決定」之印象，可見問題之嚴重。

以邱教授為例，吾人可看出以下的論述結構<sup>280</sup>：

適用勞動基準法原則	工作權益保障與身心健康保護規定（強制勞動禁止、抽取不法利益禁止、工資、例假、休假、請假、產假、資遣、退休、職災、工作規則），應等同全時正職勞工
	非關勞工身心健康保障之事項（特別休假日數與退休金），可有比例原則之適用
部分工時勞工之定義	「相當程度縮短工作時間」有定義上的問題，例如範圍、期間、對比勞工之對象範圍
	宜參考日本「短時間勞動者僱用管理改善法」規定：以同一事業場所中擔任同種類工作中工作時間最長者為比較基準，較其為短即為部分工時勞工
部分工時勞工之工作權保障	適用定期契約之限制
	適用不定期契約終止保護之規定（終止事由、預告、資遣費）
部分工時勞工之工資保障	勞動基準法第 21-29 條之雙方議定、基本工資保障、法定通用貨幣給付、全額直接給付、定期給付、加班費、同工同酬、不得預扣、優先清償權、年終獎金紅利等，均依並適用
	特殊之加班費計算問題：法定工時內加班，宜由雙方議定，法定工時外加班，則適用勞基法第 24 條

吾人可看到，邱教授在雖然篇幅不大的論述中，確已有著清晰的部分工時法釋義學體系之初步建構，這在氏於行政院勞工委員會所委託之研究報告中，再一次清楚的印證<sup>281</sup>：在報告中，邱教授提出八項攸關部分工時勞動問題之分析提綱，包括「是否制定專法」、「避免產生阻礙部分工時勞動就業機會之立法臨界點」、「部分工時勞工定義」、「均等待遇原則之內涵」、「僱用與解僱」、「勞動契約與工作規則」、「優先僱用權利」、「教育訓練」等，基本上未超脫前述之結構，雖然特別觀照了部分工時勞動立法所可能產生之問題。比較值得注意的是，在邱教授之論述結構與內容中，如果試圖聯結至本文前述的法事實觀察，便可發現，在下列的相關問題上顯然較少著墨：

- 勞工直接間接被迫訂定或任意訂定部分工時勞動契約問題<sup>282</sup>；

<sup>280</sup> 邱駿彥-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，新學林出版股份有限公司，台北市：2005年5月，頁300以下。

<sup>281</sup> 行政院勞工委員會委託，邱駿彥主持，部分工時勞動法制化之研究，2002年12月27日。另一份更早由同一機關委託之研究報告，亦屬重要，惟因文獻蒐集不足，本文未加處理；請參見行政院勞工委員會委託，陳正良主持，部分時間工作勞工勞動條件基準立法之研究，1997年3月。

<sup>282</sup> 在如前註之研究報告中，確有針對全時勞工轉換為部分工時、以及部分工時轉換為全時勞工

- 學生身分之特殊部分工時勞動問題<sup>283</sup>；
- 勞動市場政策或內部彈性角度下之部分工時勞動；
- 部分工時勞動之可能不同樣態等。

另一同樣著眼於部分工時勞動之整體法律觀察的，是學者楊通軒。氏從研究德國部分時間勞動法制出發，針對吾國之部分工時勞動現況，提出如下表之結構性論述<sup>284</sup>：

適用勞動基準法 原則	平等對待原則
	例外：如具備工作能力、資格、工作經驗、社會狀況或工作位置不同要求之實質上理由，可作不同對待
勞動條件之保障	勞動報酬：得依同樣或同質之全時勞動者之時間或工作結果比例計之
	加班費限於已超過法定或企業所定工時，方有請求權
	假日工作亦有假日加班津貼
	與全時勞動者同享相同週數之有給特別休假
	同享退休金
	其他社會性給與，除非顯與工作時間有關（例如午餐津貼），否則均應等同全時勞動者，
同全時勞動者之終止保護（要件、預告、資遣費）	

由此可看出，在楊教授之論述結構中，參之前述之法事實的觀察，以及學者邱駿彥之釋義學體系，在勞動條件保障暨平等對待原則之問題點上，均有整體之關注，然而－如同前述，同樣較少注意到諸如勞工直接間接被迫訂定或任意訂定部分工時勞動契約，學生身分之特殊部分工時勞動，勞動市場政策或內部彈性角度下之部分工時勞動，部分工時勞動之可能不同樣態等問題與面向。

再從另外之勞工行政主管機關之角度，亦可看出法律適用者如何看待部分工

---

之討論（頁 64、65），不過並非直接針對前述法事實觀察中之「無法找到全職工作」的部分工時勞工，以及實務上經常發生之任意訂定部分工時勞動契約的問題，兩者指涉仍有落差。

<sup>283</sup> 在同一研究報告中，亦有針對學生身分者之探討，不過似僅集中於「打工非必然是部分工時」之提醒。這一項提醒毋寧是正確的，但亦顯示並未直接針對「學生身分之部分工時勞工」而提出相關討論；參見研究報告，頁 58。

<sup>284</sup> 詳見楊通軒，德國部分時間勞動法制之探討-兼論台灣部分工時之法制化，國立政治大學勞工研究所主辦「部分時間工作法制與實務學術研討會」論文，台灣師範大學綜合大樓國際會議廳，2005 年 12 月 1 日，頁 76 以下。類似之論述亦可見王惠玲，我國部分時間工作相關法規之修正與立法，行政院勞工委員會主辦「部分時間工作相關法規修正立法研討會」，1996 年 12 月 13 日。

時勞動之問題。行政院勞工委員會曾於 1992 年 6 月 29 日發布所謂之「僱用部分時間工作勞工實施要點」，其中第 5 條特別針對有關勞動條件之保障，作有詳盡之規定，包括：

- 工資、例假、休假、請假、產假、資遣、退休、職業災害補償、工作規則等事項應依勞動基準法規定辦理；
- 工資（含假日工資）由勞雇雙方議定之，但不得低於按工作時間比例計算之基本工資。勞工每日工作時間超過約定之工時而未達八小時部分之工資，由勞雇雙方議定之；超過八小時部分之工資，依勞動基準法第二十四條規定辦理；
- 勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假。紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假。但得由勞雇雙方協商調整休假期。特別休假依勞動基準法第三十八條規定辦理。婚、喪、事、病假，依勞工請假規則辦理。產假依勞動基準法第五十條規定辦理；
- 資遣費與退休金，依勞動基準法之給付標準計給。解僱預告期間，依勞動基準法第十六條規定辦理；
- 部分時間工作勞工因職業災害而致死亡、殘廢、傷害或疾病時，依勞動基準法第五十九條規定予以補償；
- 凡僱用勞工人數在三十人以上並經常僱用部分時間工作勞工之事業單位，於訂立工作規則時，應依相關法令訂定適用於部分時間工作勞工之條款；
- 部分時間工作勞工之福利，除依規定於個人薪津內有扣繳職工福利金之義務外，並享有與全時員工同等福利待遇之權利。

比較值得注意的是，尤其是在休假與請假每日時數的部分，該要點特別規定應由勞雇雙方議定之以外，其他基本上均完全而不打折扣的適用勞動基準法之規定，易言之，同樣享有全時勞工一般之保障；惟一的例外應是最低工資的部分：該要點第 5 條第 1 項第 1 款後段規定：「工資不得低於按工作時間比例計算之基本工資」，想像中應極為合理，既然工作時間僅有「部分」，則意同最低工資保障之基本工資的計算，自然應依比例計之，然而，由於台灣非常奇特的同時規定有時、日與月基本工資，使得看似簡單的數學計算問題變成極其複雜與「存在濫用空間」之爭執所在<sup>285</sup>。核該要點之性質，基本上應屬「解釋法律適用」之職權

---

<sup>285</sup> 有關基本工資之問題，請詳後述。在此僅簡單舉一例說明：以 2007 年修正前之月基本工資 15840 元及時基本工資 66 元為例：如依 2004 年之實況調查，部分工時勞工之週平均工時為 31 小時為計算基礎，其佔法定工時之比例，應為 74% 左右（ $[(31 \times 2) \div 84]$ ），換句話說，如依「僱用部分時間工作勞工實施要點」第 5 條第 1 項第 1 款後段之規定，部分工時勞工每月應不得低於 11722 元（ $15840 \times 74\%$ ），然而，如果以時基本工資之 66 元計算，則部分工時勞工每月僅不得低於 8184 元即可（ $66 \times 31 \times 4$ ），兩者顯然差距甚大，足見不但容讓社會行動者有相當之操作或濫用空間，甚至使該要點之規定流於具文。當然，行政機關的一項解釋是：全時勞工有「有薪例假」的問題，而部分工時可能沒有，方會造成計算上的誤差，然而莫忘該要點之直接明文，結構上就

命令<sup>286</sup>，依司法院大法官會議之見解，只要不涉及人民之權利義務，例如僅係規範程序或細節事項，基本上「不一定」需要適用行政程序法第 174 條之一第 1 項之須加授權明文之規定，不論如何，該要點業經行政院勞工委員會於 2002 年 3 月 4 日廢止，該會乃再頒行所謂之《僱用部分時間工作勞工權益手冊》，以及再取代之《僱用部分時間工作勞工參考手冊》，惟兩者之內容均與該要點幾近完全相同，至少在攸關部分工時勞工權益的部分，是不再加贅述。觀察行政院勞工委員會以中央主管機關之姿，所試圖進行之有權機關的法律適用解釋，可見下列幾項內容：其一，完全的平等對待原則，也就是等同於全時勞工辦理，其二，惟一的例外是基本工資之「得按比例核算最低工資數額」，其三，特別休假與請假之時數則由勞雇雙方議定之。由此觀之，官方對於部分工時勞動之理解，也同樣呈現出些許特徵：

- 未及觀照不同之部分工時類型與「學生之作為大宗族群」，同樣沒有勞動市場角度之貫穿入法釋義學體系內之思維；
- 基本上不區分全時與部分工時勞工之應有保障；
- 僅在最醒目、目標最大之最低工資之實的基本工資保障上，放寬「比例計算」；
- 突兀的放入邏輯上甚為怪異的所謂「特別休假與請假時數議定原則」，特別是後者，恐有違反法律上保障勞工請假權利之意旨<sup>287</sup>。

#### 四、部分工時勞動之法釋義學框架 – 作者的嘗試

本文的一個企圖是：如果國內現有之觀察與處理部份工時勞動的法釋義學體系，在本於前述之法事實的現實理解下，可能都出現某些尚未完整關注問題全貌的欠缺，那麼，為了不讓既存之問題處理方式與現實 – 不論是社會行動者之意識認知或實踐結果 – 產生巨大的落差，或許吾人便應思索再進一步細緻化整個對於部分工時勞動的論述結構，當然，並在其中插入重要之「規範性」內涵，因為顯然，某些部分工時勞動之形式，可能是社會所不樂見的。

作者的意思，並不是說一概的平等對待原則是錯誤的，實則不然，在部分工時勞工之處遇上，「平等對待原則」始終是最核心的精髓，前述法事實觀察之與法律適用者的認識，有著如此遙遠的距離，或許答案只是「執行不佳」的問題而已。然而，「執行不佳」不是作者所認為的唯一、或甚至最重要的答案；本文的

---

無疑留下此一落差與問題。

<sup>286</sup> 不同意見請參閱楊通軒，德國部分時間勞動法制之探討，頁 77，氏認該要點「內容大體上並無強制性，只有工資（按比例不得低於基本工資）及特別休假（依勞基法第 38 條規定）始具有強制性」，惟該要點性質上似屬部分工時如何適用勞基法之「有權機關的解釋」，而非創設人民之公法上義務，因此基本上無涉有無強制性的問題，應足資確定。

<sup>287</sup> 相同之批評可見邱駿彥，部分工時勞動法制化之研究，頁 60 以下

意圖，無非是希望指出一個更核心的關鍵點：我們是否應思考建構一「更符合社會現實的」、「更有勞動市場政策思維的」、「更符合社會公平正義的」、但也「更易於引起社會共鳴與達到執行成效的」部分工時勞動釋義學體系，希望學界前人的努力與成果之基礎上，對於問題之理解與分析，能夠做出一些貢獻。

以此目標出發，作者在此希望提出兩項個人看法：其一，部分工時勞動在理論層次上的定位定性；其二，部分工時勞動在法律對待上的釋義學體系。

#### (一) 放置於非典型勞動理論觀察脈絡中

本文的主張是：部分工時勞動在勞動法學的觀察視野上，必須放在非典型勞動之理論脈絡中去理解。早在 1980 年代中期，工業國家勞動世界之相關行動者便已意識到，傳統僱傭勞動的基本形式，無疑的在改變中。許多有別於標準僱用類型的、亦即不同於被稱為「典型勞動關係」之其他形式的僱用，逐漸的出現在現實勞動世界中，某種程度的牽動企業主與勞動者雙方的相互關係。一個德國工業社會學界的普遍說法是：非典型的僱用形式，越來越重要，而典型勞動關係，逐漸失去其重要性，如此之發展與整體就業容量的增減並無絕對關聯，換言之，並非失業問題帶來非典型勞動的激增，而是不論就業勞動的量之增多或減少，一個「非典型取代典型」之質之面向的轉換 (Umschichtung)，都是清楚可見的<sup>288</sup>。

簡單的說，在學理之討論中，非典型勞動型態多偏向於所謂「外部的彈性」(externe Flexibilität)，以相對於所謂的「內部的彈性」(interne Flexibilität)。易言之，當企業碰到所謂生產之波動週期，例如訂單的減少或增加，或是更重大的經濟景氣影響時，企業對於勞動力的需求產生短中期的變化，此時採取之因應手段，一種可能是訴諸於內部的彈性，亦即在不影響勞動關係形式的前提下，採行諸如延長工時、休假安排、彈性工時模式、臨時性工作等，但也可能採取外部彈性的類型，亦即僱用非典型勞動者，以非典型之形式來因應對勞動力的不同需求。也因此，特別在討論經濟全球化對於個別企業運行之「個體經濟」(mikroökonomisch) 面向上的影響時，非典型勞動在此找到其實質的催生基礎<sup>289</sup>。當然，在概念的選取及理解上，必須先從一相對的概念組：典型勞動關係與

<sup>288</sup> Keller/Seifert, Atypische Beschäftigungsverhältnisse: Flexibilität, soziale Sicherheit und Prekarität, WSI-Mitteilungen 5/2006, 235.

<sup>289</sup> 典型的德國勞動經濟學討論，如 Kronke，在其說法中，彈性化的目標是將企業與作為生產要素之一的勞動相互間之關係，調整至較符合當代企業管理及競爭條件的需求，進而得以節省企業經營之成本，其主要針對四項所謂的勞動法之僵硬領域：(a) 非典型勞動關係的限制，(b) 工時的限制，(c) 解僱保護，(d) 共同決定權，進而主張應使企業能配合市場條件的變動而隨時調整其生產組織，而這四者並得歸類至所謂內部與外部的彈性問題；請參見 Kronke, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt. Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich, 1 Aufl., Baden-Baden

非典型勞動關係談起：所謂的「典型勞動關係」(Normalarbeitsverhältnisse)，描述的是二次世界大戰以降，特別是西歐國家歷經 50、60 年代經濟起飛之建立所謂「福特主義」(Fordismus) 的資本主義生產方式體系中，一個普遍存在於勞動生活中的勞動者標準類型。當然，何謂如此之標準類型，學理上的歸類暨分析容有不同，但基本的概念要素卻是極為相近的。讓吾人以勞動法學中的討論為例，來觀察有關非典型勞動概念的重要內容。

勞動法學者 Däubler 認為，典型勞動關係大致有七項特徵及內涵：(1) 全時的專職勞動關係：社會上普遍存在一基本的工時規模類型（每週 37-40 小時），勞動者以此全時勞動關係作為其個人與家庭再生產的基礎；(2) 正常工作日的特定規模：每日約工作 8 小時，大致是始自 6 至 8 時 30 分，於 14 至 17 時前後下班，每週工作 5 日，工作與休閒之時間區域分野清晰；(3) 報酬薪資多每月給付一次；(4) 在一定規模人數（至少為 4 至 5 人）以上的企業或工廠職場中工作，有其他勞動者之形成「同僚關係」，而有特定勞動保護法之適用（例如解僱保護法或企業組織法）；(5) 勞動關係存在著一定程度的存續保障，例如解僱預告期間、資遣費、解僱實質要件的限制等，換言之：以不定期為其常態；(6) 雇主工資以外之其他給付，特別是企業內福利性質的給付，取決於勞動者個人之資格條件與年資；(7) 勞動者之工資與勞動條件，係透過集體性的利益代表機制的方式而為集體之形成，換言之，勞動者以加入該組織、受該組織之一定程度的保障為典型之狀態<sup>290</sup>。

另一專注於典型勞動關係論述之法學者 Ulrich Mückenberger，認為勞動法之所有管制，不論是實體的管制或程序的管制，前者如工時的限制，後者如參與契約協商與雇主指示權之行使，都是針對雇主就勞動力運用之彈性，包括勞動者關係本身、即勞動者地位的彈性，以及人力使用上的彈性，設下一基本的界限，在此界限範圍內的勞動關係，就能夠享有現行勞動與社會憲法所賦予之最佳保障，該勞動關係即為「保障機制視野所及的標準勞動類型」，即係典型勞動關係<sup>291</sup>。Mückenberger 指出，所謂的「典型」，並不代表此類之勞動類型是為勞動生活中所存續的、經驗研究所得以證實的「普遍勞動者之面貌」，也就是說：典型之意不在於指稱「量化上的意涵」，從統計數字上去印證有多大比例之勞動者得以歸類，而排除比例上必然極少數之其他勞動者<sup>292</sup>，換言之，典型勞動關係之意義，

---

1990, S. 22。

<sup>290</sup> Däubler, Deregulierung und Flexibilisierung im Arbeitsrecht, WSI-Mitteilungen 1988, 450.

<sup>291</sup> Mückenberger, Normalarbeitsverhältnis: Lohnarbeit als normativer Horizont sozialer Sicherheit? In: Sachße/Engelhardt(Hrsg.), Sicherheit und Freiheit. Ffm. 1990, S. 171

<sup>292</sup> 例如 Rosenbaum 便認為，典型勞動關係根本從未成為一個社會勞動中的「典型」，從歷史觀察的角度來看，它既非現實，亦非一個普遍的發展趨勢，或許僅係反對去管制者所運用之最佳藉口； dazu vgl. Rosenbaum, Krise des Normalarbeitsverhältnisses? Trends und Perspektiven normaler

其實應在於它之作為「引導勞動法領域發展之基本假設」，以及所因之具有的三項功能：保護、推動與選擇功能<sup>293</sup>。這是非常重要的觀察方式，由「規範與現實」的辯證角度來看，Mückenberger 的提醒相當具有啟發。至於典型勞動關係的內涵，則 Mückenberger 所主張者與 Däubler 相去不遠，包括：(1) 企業年資；(2) 整體從事就業勞動的年資；(3) 勞動者於就業生涯中所到達之年齡；(4) 全時的專職勞動；(5) 在一明確的企業或社會關聯的框架中從事勞動；(6) 企業或工廠在一定的規模之上；(7) 勞動者具有一定的技術或資格能力水準。整理起來，Mückenberger 理解中的典型勞動關係，可以將之描述為「繼續性的、存續一段相當時間的、在一相對大企業的場域關聯中、具有特定資格能力的、從事全時工作的勞動關係」<sup>294</sup>。

值得注意的是，德國所有典型勞動關係的觀察與討論，基本上都與它所面臨之危機，亦即非典型勞動的出現，有著相當密切的關聯，例如 Mückenberger 以典型勞動關係為主軸來觀察解除勞動法之管制、間接催生非典型勞動滋長的發展。氏認為，80 年代基民黨右派執政聯盟所推定之勞動關係去管制政策，一方面限縮典型勞動關係的適用範圍，分裂勞動市場上的不同類型勞工，改變社會國原則下的和諧關係，而在另一方面，特別是在社會法的領域中，解除管制卻強化了典型勞動關係市場形式的保障類型(排除一定程度非典型勞動關係之適用社會法)，也就是說，勞動法解除制所帶來的雙重效果是：一方面將勞動保護的水準降低，但同時亦藉由「分裂勞動市場後典型勞動關係規模縮小的現實發展」，將社會法上的保護與，更緊密的連接至此典型勞動關係之上，造成「社會法領域更嚴格的以勞動法領域中之典型存在，為其適用之前提要件」<sup>295</sup>。然而，與其他批判解除管制者截然不同的，Mückenberger 並不認為「典型勞動關係的腐蝕或衰退，非典型勞動關係的擴大，原因在於解除管制的政策推動」，而是基於社會個人化發展趨勢的影響，典型勞動關係的腐蝕本身就是無法抵擋的，觀之勞動生活

---

und unnormaler Arbeitsverhältnisse, ZRSoz 1991, 4。

<sup>293</sup> Mückenberger, Normalarbeitsverhältnis, S. 161。他所謂的推動功能，是指以建立於典型勞動關係的勞動法制，「推動僱傭勞動優先於其他的社會活動」，而選擇功能，則是意謂「區別就業勞動與非就業勞動」，進而影響社會認同的形成。

<sup>294</sup> Mückenberger, Normalarbeitsverhältnis, S. 182。當然，「相對大企業的場域規模」是一極有趣的指標，因為顯然，不論在德國或甚至台灣，都有相當比例的勞動者並非受僱於大企業，因此對於 Mückenberger 典型勞動關係的正確理解，不是誤會其眼中無中小企業，而是傳統勞動法規範上確實以大企業為基本的指涉與想像基礎，因為如觀察勞動法制的規範內容，便可理解到，法律所想像之企業廠場的基本理型，原則上都是大企業，例如德國雇主大量裁員之社會計畫或利益補償義務，台灣勞動基準法之雇主退休金給付義務(所謂企業強制年金的法定一次給付)，都是其顯例，是以 Ramm 很早便呼籲應特別針對中小型企業，思索建立不同的一套「中小企業勞動法」； dazu siehe Ramm, Arbeitsrecht und Kleinunternehmen, AuR 1991, 257ff.。

<sup>295</sup> Mückenberger, ebenda.

的現實，早有許多無法歸類為典型之勞動關係形式出現，而且沒有昔日那般顯然較為負面的意涵<sup>296</sup>。

「將勞動法與社會法某種程度的脫鉤」，這一項典型與非典型勞動關係發展脈絡中相當重要的一項特徵，必須再進一步說明<sup>297</sup>。換言之，一些雖然非得完全歸類入典型勞動關係，但基本上並未動搖勞動者所受之社會安全保障的就業形式，諸如彈性工時模式（德國所稱之工時帳戶 Arbeitszeitkonten）、電傳勞動、承攬契約，在德國法的討論中，均被剔除在非典型勞動關係之外。在德國工業社會學、勞動經濟學的專業言說領域中，則將部分工時勞動、微薄工作（geringfügige Beschäftigung）<sup>298</sup>、派遣勞動，定期契約勞動，或是存在著特殊依賴關係之自營工作者（Selbstständigkeit），均稱之為標準的非典型勞動類型，因為它們都至少未具備典型勞動關係的構成要件要素之一或更多，而且更重要的是：這些新興的勞動形式，在原先所應歸屬於典型勞動者所享有的社會安全體系之保障方面，都某種程度的出現了問題。當然，從分析與歸類的精確度來看，有些「歸入與排除」的確難以為毫無瑕疵的說明，這也就是為何在德國的討論中，一般均將非典型勞動稱之為「非規範性的、而係分析性的」（nicht normativ, sondern analytisch）之問題<sup>299</sup>，可見在基本的定義與歸類上，確實難以篩檢出某一具體而普遍接受的判斷標準，去歸納與區隔何謂典型與非典型勞動關係。

如上之理論論述，依作者個人之見，對於一個部分工時勞動法釋義學體系之建構，具有重要之理論上意涵：

- 部分工時勞動 – 如同其他的非典型勞動一般，必須放在勞動法解除管制、典型勞動關係腐蝕之脈絡中加以觀察；
- 部分工時勞動，係處於企業靈活運用「外部彈性」與「內部彈性」之中間形式：一方面，勞動者仍屬企業正職員工，雙方間存在勞動契約關係，然另一方面，其處境與對待卻極類似外部之非員工勞動者；
- 部分工時勞動之工資、勞動條件與社會法權利等各方面，均係在一「脫離典型勞動關係保障」之方向上去發展，因此，對之「一律平等對待」與「按

---

<sup>296</sup> Mückenberger, Am Leitbild der Normalität oder am sozial Wünschenswerten orientieren? Die Entwicklungsperspektive des Normalarbeitsverhältnisses - zum Stand der gewerkschafts- und rechtspolitischen Diskussion, Die Mitbestimmung, 1989, 517

<sup>297</sup> 相關討論可參見 Matthies/Mückenberger/Offe/Peter/Raasch, Arbeit 2000 – Anforderungen an eine Neugestaltung der Arbeitswelt, Reinbek bei Hamburg, 1994, passim。

<sup>298</sup> 微薄工作主要是指月收入在一定金額以下，使其雇主免除為勞工投保社會保險、繳納保險費義務之勞動形式，之所以稱之為「微薄」（geringfügig），主要是因為「收入低、未享有社會安全保障」 - 當然，重點是在於雇主無繳付保險費之義務，德國政府向來以之為減輕企業負擔、鼓勵雇主增加新僱用的手段。

<sup>299</sup> Keller/Seifert, WSI-Mitteilungen 5/2006, 235.

- 比例保障」，規範性上正確，實踐上卻是「脫脈絡的」(außerkontextuell)；
- 隨著社會之個人化發展，勞動者之個人「時間主權」(Zeitsouveränität) 雖然亦趨重要，然而，部分工時勞動形式之出現並不當然與之緊密扣合，毋寧只是小部分的重疊<sup>300</sup>。

在作者之理解中，台灣之部分工時勞動的發展，亦須放置於此非典型勞動之脈絡下一併考察，至少在本於企業「外部彈性」與「內部彈性」之策略運用上，不論是工資、勞動條件或社會法等之保障，前述台灣法事實所呈現出來的許多軌跡，事實上都清楚的屬於該脈絡，這是從部分工時勞動的「需求面」來看。當然，從部分工時勞動的「供給面」觀之，台灣確實有相較於其他工業國家的特殊性，例如台灣是以「學生」為最大部分工時勞工族群，而以部分工時勞動為主要經濟收入來源者，其比例上也顯然低於先進國家，這是我們在試圖建構部分工時勞動法釋義學體系時，所不得不注意到的地方。簡言之，作者的看法是：

- (1) 要理解部分工時勞動「需求面」上的許多問題，例如工資與勞動條件之「顯然不合比例的差別待遇」，部分工時勞工之處於「外部與內部彈性」之尷尬地帶等，必須放置於如先進國家之「非典型勞動關係」脈絡中加以觀察；
- (2) 要理解部分工時勞動「供給面」上的許多問題，例如學生或家庭主婦族群之相當比例，勞動市場政策上未能觀照之「部分工時-完全工時」的微妙關係等，必須放置於台灣特有的時空脈絡中加以觀察。

## (二) 本於台灣特有問題關聯之初步建構

本於前段的兩項基礎認識，本文提出如下之部分工時勞動法釋義學體系的建構嘗試；僅以下表說明之：

部分工時勞動 觀察基礎	非典型勞動關係之發展軌跡與脈絡
	考量台灣之特殊運用與生態
部分工時勞動 態樣與形式	不同模式之整體觀察與介紹
	中高齡勞工部分工時
	職業教育學習與勞動關係
	在校學生工讀或打工勞動關係
部分工時勞動成 立之實質控制	脫法行為之禁止
	普遍實質理由之要件

<sup>300</sup> 關於此時間主權與部分工時、乃至定期契約等之關聯性，請參見 Vobruba, Wege aus der Flexibilisierungsfalle – politische Voraussetzungen individueller Zeitsouveränität, in: Büchtemann/Neumann(Hrsg.), Mehr Arbeit durch weniger Recht? Berlin 1990, S. 245ff.

部分工時勞動 勞動條件保障	原則：勞動法令之適用與平等對待原則
	雇主指示權
	工資保障
	勞務給付障礙
	休例假日工作工資
	特別休假
	雇主自願性福利給付
	終止保護

從以上之法釋義學體系的初步建構可發現，在討論台灣之部分工時問題時，不得不同時觀照到兩個發展上的主要脈絡：「非典型勞動」與「學生或家庭主婦族群」，兩者的指涉可能同一或重疊，但至少兩者存在著重要差異：一個是從勞動力需求面，另一則是由勞動力供給面出發；想像中，在緊接下來處理細部之勞動法問題時，或應考量兩者之差距，針對不同的指涉，去設計不同的法釋義學論理。其次，有關部分工時之定義，傳統上僅侷限於「工作時間少於其他可資比較之完全工時勞工或低於一定時數」之「量」上的描述，當然，這對於法律之穩定適用與清楚分隔不同的規範適用體系，顯然是有所助益的；然而，本文以為，也同樣基於前述之兩套主要觀察基礎，部分工時勞動或可同樣從「質」的角度加以理解，亦即剖析學理與實踐上所看到之「彈性工時模式與部分工時重疊」、「部分工時勞工主要形式與法律關係」等類型，以求更完整的處理法釋義學上可能出現的問題，換言之，在不同之部分工時形式或法律關係的情形下，解釋上或可能有不同之結果或重點。緊接著，由於部分工時必須放置於「典型與非典型勞動辯證發展」之脈絡下加以考察，因此為了避免企業恣意而無正當理由的追求外部與內部彈性之運用，一個對於部分工時勞動之「實質控制可能性」，或許亦是值得思考的問題，當然，它不僅具有法釋義學上的意義，也當然指出法政策角度上的必要性。最後，再針對國內一般勞動法學較重視之勞動條件保障的部分，進行逐步的討論；限於篇幅，本文的重點在於一個適用部分工時勞動之法釋義學體系的建構工作，而非鉅細靡遺的舉出所有部分工時勞動法律問題的解答或討論，因此這部分或許流於簡略，留待以後繼續努力。

## 五、部分工時勞動關係之形式與樣態

接下來就開始進行部分工時勞動相關之法釋義學工作；首先是部分工時勞動形態的問題。在實務上，既使是在一「比正常工時為短」之部分工時勞動的概念之下，同樣存在著數種不同的形式，不論在工作時間的長短或方式上。

### (一) 不同模式之整體觀察與介紹

關於部分工時，原則上可區分為「固定式」(festgelegt, starr)與「彈性式」(flexibel)兩種類型，前者是指勞工工作時間長短及方式均為固定，例如在一週內之某一日或某幾日或一月內之某些日為完全工時，而其他日則為較短時間之工作，或固定每日提供顯然較短時間之數小時的勞務（通常為早上）；在一般勞動法學之討論中，此「固定式」之部分工時顯然較無問題，處理上亦較無爭議<sup>301</sup>。

較有問題的顯然是「彈性式」的部分工時：在此，依勞動契約之約定，雇主可自由指定勞工工作時間之長短及方式，或在工作時間確定固定之前提下，僅實際提供勞務之時間方式由雇主再行指定。在德國，學說暨實務普遍認為前者是違法的，因其顯然有規避終止保護強行法之嫌，是以不論依勞動契約或團體協約約定之，均屬無效，不過如係所謂之「特定範圍約定」(Bandbreitenregelungen)，亦即在一定之期間內，容許雇主去改變工作時間的長短(例如「每週應工作 10-15 小時」)，依聯邦勞動法院的見解，勞動契約為此約定仍屬無效，但如由團體協約規定之則可合法<sup>302</sup>。而在後者之情形，亦即「工作時間長短固定、但實際提供方式由雇主指定」者，則學說暨實務上普遍認為合法，這在 2000 年 12 月 21 日施行之德國《部分工時勞動與定期勞動契約法》(Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, TzBfG) 的第 12 條，已有清楚的規定，以防止因工作時間長短與方式之不明確而影響勞工。在歐洲之發展實務上，此種「工作時間長短固定、但實際提供方式由雇主指定」之勞務提供方式，早已存在於工作職場之中，不論是所謂的「傳喚工作」(Arbeit auf Abruf) - 也就是早期學理上所稱之「依工作需求量而彈性調整之工作時間」(Kapazitätsorientierte Variable Arbeitszeit, KAPOVAZ)，僅約定年度總工作時數之「年度工作時間契約」(Jahresarbeitszeitvertrag)，亦或「工作分享」(Arbeitsplatzteilung, Job-Sharing)，這些類型無異均屬之<sup>303</sup>。

總的來說，從學理對於實務發展之分析上觀之，一個著重在「工作時間彈性化」角度，也就是偏向「內部彈性」而非「外部彈性」之面向上，部分工時之可能形態及其相對之優點 - 至少從人力資源管理之立場觀之<sup>304</sup>，約有下列數種<sup>305</sup>：

---

<sup>301</sup> Meng-Preis, Innovative Arbeitsformen. Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, Köln 2005, S. 285; Mayer-Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Rn. 7 zu § 140.

<sup>302</sup> BAG 12.12.1984 AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969; BAG 12.3.1992 AP Nr. 1 zu § 4 BeSchFG 1985; BAG 12.12.1990 AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit; BAG 17.3.1988 AP Nr. 11 zu § 15 BAT.

<sup>303</sup> 對此之討論亦可見 Preis, Der Arbeitsvertrag, 2 Aufl., Köln 2005, II T 20 Rn. 5ff.。

<sup>304</sup> 從勞動經濟學暨人力資源管理觀點討論工時彈性化之類似論述，亦可見 Sadowski, Personalökonomie und Arbeitspolitik, Stuttgart 2002, S. 18。

<sup>305</sup> eingehend siehe Meng-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 286ff.

部分工時模式	內容	優點
傳統模式	縮短每日之工作時數	行政管理負荷較低，獲取較高之效率
		協調職業與家庭之需求
變化模式	每週僅數日實際提供勞務	行政管理負荷較低，獲取較高之效率
		不穩定勞務提供下，有較佳之工作強度配置
		協調職業與家庭之需求
旺季模式	旺季時完全工時工作，淡季時休息	防止無謂之淡季勞動力空轉
		無招募或訓練新進員工之多餘負擔
		勞工獲取全年度同樣之平均月薪資
		勞工享有全年度同樣之社會安全保障
長期休假模式	先完全工時工作，但僅支付部分工時工資，登記入「長時工資帳戶」，再賦予勞工數月休假、年度休假或提前退休權利	薪資繼續支付情形下，勞工有較長之休閒安排
		勞工享有租稅上之優惠
		員工有較佳之職業訓練/再進修之機會與時間
		避免過低之勞動力運用
		在較少所得損失前提下提前退休
傳喚模式	勞工依雇主實際工作需求量而應傳喚工作	避免過高之勞動力運用
		不穩定勞務提供下，有較佳之工作強度配置
		高度彈性之勞工工作時間的分配
電傳/家內模式	勞工在自家從事電傳工作	節省交通在途時間與成本
		節省企業經營成本
		協調職業與家庭之需求
分享模式	數名勞工共同分享一工作位置 <sup>306</sup>	較佳品質之客戶服務
		責任負擔依然清晰
		彈性之工作時間分配
團體模式	雇主僅規定一定期間內應有多少名勞工提供勞務	較佳品質之客戶服務
		理想之工作強度的配置
		短期彈性之可計畫性
		極彈性之工作時間分配

由這些模式之列舉可看出，部分工時勞動包含著數種許多不同模式之發展可能性，有些單純從企業勞動力運用之「需求面」出發，追求最大效率之「內部彈性」，然而，在同時考量「全球化時代之現代產業發展型態」、「個人化社會發展

<sup>306</sup> 必須注意的是，德國法基本上區分此「數名勞工同時分享一工作之分享模式」，以及「每一工作由數名勞工輪調式交替之所謂輪調模式 (Turnus-Modell)」，有所不同，雖然德國部分工時勞動與定期契約勞動契約法第 13 條第 3 項有準用之規定；dazu siehe Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 99f. zu § 44。

趨勢」等因素下，不同的部分工時模式，事實上亦可能帶來有利於勞動者個人之形成，同時相當程度減緩對於勞工工資與勞動條件、乃至於勞動關係存續保障（Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses）的可能衝擊，頗值吾人深思；這也就是德國勞動法學者 Däubler 所說的，告別 80 年代之反彈性化，如果勞動世界之彈性化是勢不可免的，那麼，如何追求有利於勞動者的彈性化，應該是當前相當重要的工作<sup>307</sup>。

當然，這裡必須要作一些相當的提醒，特別是針對「發展部分工時勞動之多重形式將對勞工有害或將對勞工有利」之擔憂，吾人仍有一些必須深思的問題。究竟在個人化的發展趨勢下 – 不論完全肯定或部分懷疑，某些現實發展是極為清楚的 – ，勞動關係的某些工作時間之管制形式，是否應隨之鬆動、彈性化或廢除之，一般看來，已經極少有完全反對彈性化之主張，因為這顯然將違背勞動者之個人需求與意願，就一保障自由權之觀點看來，不易完全否定之。是以，重點自然在於「灰色地帶與界限」：如同 Mückenberger、Johann Welsch、Gerd Nies 等人所主張的，究竟要在如何形式及內容之「法律管制」(rechtliche Regulierung) 的前提下<sup>308</sup>，才應容許勞動者彈性化，或如 Däubler 前面所說的：重點應該在於讓勞動者去形成一對自己有利的彈性化策略？這牽涉兩個層次的問題：首先，在如何之具體情狀下對個別勞動者有利？這顯然需要個案處理，以及進行個案類型化的工作；其次，可能涉及的是一更根本的問題：為何需要這種「法律管制」作為彈性化之基礎？學理上所爭論的，是所謂「不均衡命題」(Ungleichgewichtsthese) 的是否存在：勞動者是否已取得跟雇主平等協商的均衡條件，特別是因為社會個人化的發展結果，進而能使市場機制重新運作，套用自由主義的勞動市場理論所說的：只要工資律大於或等於「勞動痛苦的邊際價值」、「休閒替代收入的邊際工資率」，勞動力的所有者就會提出供給之要約<sup>309</sup>。從不同形式部分工時勞動的出現，便可看出這一項問題的困局：隨著企業對於勞動力彈性化運用的需求 – 假如先限於「內部彈性」之範疇來觀察的話，如果某個程度亦符合勞動者個人之意願，那麼法秩序應該提供其如何之規範平台，讓勞雇雙方之利益均得到滿足？而如果，勞資雙方「不均衡命題」繼續存在，勞工之接受不同形式之部分工時勞動，僅係企業主單方彈性化需求利益的貫徹而已，對於勞動者反生較完全工時勞動更為不利之影響，那麼，同樣的，法秩序應該如何對此加以規範與限制？

作者的看法是：針對不同部分工時勞動形式，以及背後所隱含之不同程度與面向的利益衝突與影響，一個能完整處理部分工時勞動之法釋義學體系，必須要

<sup>307</sup> Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 11 Aufl., Reinbek bei Hamburg 1998, Rn. 265ff.

<sup>308</sup> van Haaren/Hensche(Hrsg.), Arbeit im Multimedia-Zeitalter. Die Trends der Informationsgesellschaft, Hamburg 1997, S. 125, 133.

<sup>309</sup> Dorndorf, Ökonomische Analyse des Rechts und Betriebsverfassungsrecht, KritV 1992, 416f.

盡可能兼顧到全貌；易言之，既然有著不同的部分工時勞動形式，如果忽視而僅以單一模式加以理解，例如前述所謂「縮減每日工作時間之傳統部份工時模式」，並以之為整體的釋義學基礎，甚至是法政策上的出發點，那麼對於某些問題關聯的處理與因應，就必然面臨到許多無從克服的問題，這也便是本文為何強調應先從法事實角度開始，在整體法釋義學體系的建構上，必須先有不同部分工時勞動形式視野的原因。

吾人可以舉一顯著的例子加以說明：前述所謂的「依工作需求量而彈性調整之工作時間」(Kapazitätsorientierte Variable Arbeitszeit, KAPOVAZ)，也就是學理上所稱之「按工作需要之勞動」(Arbeit nach Arbeitsanfall)；這在百貨零售或賣場中特別常見，例如百貨公司結帳員之勞動契約約定每週 15 小時工時，但卻明定得於一週之營業時間內(週一至週六 8 點至 18 點)隨時傳喚提供勞務，或是雖約定傳統模式之部分工時工作，亦即勞動契約中明定固定之工作時間，但卻保留予雇主「於工作必要時命令加班之權利」<sup>310</sup>。如此之部分工時形式，對於勞工之影響甚大，由於雇主得任意指定實際提供勞務之時間點，無疑將使勞工自由支配時間嚴重受限，同時亦難以去尋求第二個部分工時勞動的機會，再者，某些特殊的勞動保護規定，例如勞工之病假請求權與病假繼續支付工資，都可能相當程度遭到規避，只要避免於勞工生病期間指定其提供勞務即可，這無異使該等勞動保護形同具文，再多之強調「與全時勞工一般平等對待與適用法律」，均是無關痛癢的。以德國發展為例，從聯邦勞動法院 1985 年之判決以降，學說及實務均開始認為必須對此種形式之部分工時勞動，施以相當之限制，例如應明確約定工作時間之長短，如無約定，是否法律應設計一擬制約定工時之條文，以及針對應避免雇主規避病假繼續支付工資之保護規定等問題，是否應於雇主之傳喚勞工作一定之要件或期間之限制等<sup>311</sup>。透過實務與學說之呼籲，德國立法者首先在 1985 年的《就業促進法》(BeschFG) 加以因應，也就是直至今日之德國部分工時勞動與定期契約勞動契約法第 12 條之規定：「雇主與勞工得約定，勞工應依實際工作需求而提供勞務(傳喚工作)。該約定須規範每週及每天確定的工作時間長短。無確定每週之工作時間長短者，視為約定每週工時為 10 小時。無確定每日工作時間長短者，雇主對勞工勞務提供之請求應每次至少連續三小時(第一項)。雇主對工作時間之配置，如至少於 4 日前通知者，勞工方有提供勞務給付之義務(第二項)」<sup>312</sup>。

由此可以看出，面對不同形式之部分工時勞動，在立法因應尚未有突破性之

<sup>310</sup> Vgl. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 1959, 1961.

<sup>311</sup> 聯邦勞動法院之判決請見 BAG NZA 1984, 321 = SAE 1985, 357。

<sup>312</sup> 此為作者自譯，關於德國該法之中文譯本，亦可見行政院勞工委員會印行之「德國部分時間及定期勞動契約法」，2004 年 4 月。有關此傳喚工作之討論，進一步請見 Annuß/Thüsing, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Heidelberg 2002, S. 296ff.。

進展前，一個完整的法釋義學體系便不應忽略之，因為如果本於前述台灣慣常之論述觀察體系，則以「休例假之保障等同完全工時者或至少比例式保障」之標準談法，便無法適當觀照此傳喚工作（Arbeit auf Abruf）之特殊性，則法釋義學上之努力就將無法發揮其實際之作用，對於勞工之保護便將無疑的落空。

## （二）中高齡勞工部分工時

另一值得探討之問題，是所謂高齡勞工部分工時；雖然行政院勞工委員會之《93 年部分工時勞工綜合實況調查》中，並未特別顯現台灣勞動世界中高齡勞工部分工時之統計上顯著性，然而，誠如學者成之約依據行政院主計處 93 年人力運用報告資料所說明的：「中高齡勞工和青少年從事部分時間工作的比率較高」<sup>313</sup>，易言之，在台灣部分工時勞動生態中，中高齡部分工時勞工恐怕仍是一不可忽略之問題。

在概念上必須加以區別的，是所謂單純之中高齡部分工時勞動，也就是非經勞雇雙方為特定之有利於勞工的目的而訂定，以及特殊之中高齡部分工時勞動，因為此種形式係本於一特殊目的：「使失業之中高齡勞工進入一銜接至退休之過渡時期的部分工時勞動」，換言之，一方面創造原本失業之中高齡勞工的部分工時工作機會，另一方面也提供因企業經營或勞工個人事由而原本只有提早退休者（Frühverrentung），一項更符合勞工利益之替代選擇<sup>314</sup>。依德國 1996 年 7 月 23 日起施行之《高齡部分工時法》（Altersteilzeitgesetz）的規定，年滿 55 歲之勞工，得與雇主訂定至符合退休年齡門檻日止之「原先完全工時一半」之部分工時勞動契約，雇主給付與部分工時相符並再加 20% 之工資，且勞工退休金保險之薪資等級不得低於原先正常工時同一等級之 80%，更重要的關鍵是：進入高齡部分工時勞動關係應為勞工、而非雇主之權利<sup>315</sup>。

當然，德國有關中高齡勞工行使該項權利而進入部分工時勞動關係，法律上有著相當繁複的勞雇雙方權利義務之規定，不但主要僅容許透過集體形成之方式為之（團體協約、廠場協定等），而實務上也逐步發展出不同之變化模式<sup>316</sup>，其

<sup>313</sup> 成之約，部分時間工作發展及其影響之探討，國立政治大學勞工研究所主辦「部分時間工作法制與實務學術研討會」論文，台灣師範大學綜合大樓國際會議廳，2005 年 12 月 1 日，頁 7。

<sup>314</sup> 關於這部分的思維，可見 Schabelstiel/Tenbrock-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 90; Kittner, Arbeitsß und Soyialordnung, 32 Aufl., Ffm. 2007, S. 75; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 1292。

<sup>315</sup> Vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 124f. zu § 44.

<sup>316</sup> 例如所謂的「封鎖模式」（Blockmodell）：亦即工作時間的縮短分為兩個階段，一仍是完全工時，另一則是完全免除工作，實務上又分為三年期之「小封鎖模式」與六年期之「大封鎖模式」，不論係何種模式，原則上全部期間均依部分工時勞動之工資給付方式為之；詳見 Schabelstiel/Tenbrock-Preis, Innovative Arbeitsformen, S. 92f.。

首要目的，都是本於一勞動市場上的考量，以協助接近退休年齡之中高齡勞工，一方面穩定其勞動關係，另一方面兼顧企業與勞工個人之需求而作相應之適當調整。請注意，此一制度帶有特定之勞動市場與價值目的，並非所有中高齡勞工所成立之部分工時勞動關係均屬之，此可從其形成之形式、請求權主體、程序、權利義務內容等各方面看出，換句話說，如果是中高齡勞工從事一般的部分工時勞動，則其相關契約內容與保護，當然必須本於一般的部分工時勞動者，當無疑問，否則即可能有違法之嫌。雖然吾國法制上仍未出現此特定形式之中高齡部分工時勞動，然而，如果實踐上出現類似之形式，則如何在法釋義學體系或法政策角度上，加以適當之內涵，亦值得相當之思索。

### (三) 職業教育學習與勞動關係

另一種部分工時亦可能出現之形式，即所謂職業教育學習關係 (Berufsausbildungsverhältnis)。亦即一訓練為某一特定之職業類別為目的，所進行之雙軌體系 (Dualsystem)：在一定之教育期間內 (例如德國與我國高級職業學校之三年)，一部分之學習繼續在學校內，另一部分之學習、訓練或實習則在實際之企業工作職場上<sup>317</sup>。我國勞動基準法第 64 條第 1 項所稱「依中央主管機關規定之技術生訓練職類中以學習技能為目的，依本章之規定而接受雇主訓練之人」之技術生，即是我國法制中有關職業教育學習關係之勞動法規定，當然，台灣現實上最重要者，無非高等職業教育體系中之所謂輪調式建教合作，而依勞動基準法第 64 條第 2 項的明文，既已準用技術生之規定，而同法第 69 條又提及「本法第四章工作時間、休息、休假，第五章童工、女工，第七章災害補償及其他勞工保險等有關規定，於技術生準用之」，可見在我國勞動法制上，職業教育學習關係下之學生，於從事其相關工作之面向上 - 即使本於學習與訓練目的，亦享有勞動法之保障，應無疑問；再銜接至「部分工時勞工原則上等同完全工時勞工保障」之我國法釋義學基本理解，亦應得出相同之結論。

當然，著眼於台灣實際之職業學校建教合作之過程，問題並非截然單純，吾人經常難以避免的必須釐清一個基本問題：究竟學生所處的，是學生學習關係或勞動關係 (Schülerverhältnis oder Arbeitsverhältnis)？一般在學理上，只要是涉及純粹的校內學習關係，如學分的認定、實習廠商的調配、上課的時間安排等，就被認為應屬一般的學生關係，而受學校法或教育法的規範；但假如涉及的是在企業廠場內的學習關係，也就是我們一般通稱的校外實習或建教合作，則本質上應質變為勞動關係，不過顯然是一種經教育學習目的所修正過的勞動關係 (durch den Ausbildungszweck modifiziertes Arbeitsverhältnis)<sup>318</sup>，而與一般的勞動關係有

<sup>317</sup> 相關討論請見 Greinert, Das duale System der Berufsausbildung der Bundesrepublik Deutschland, 3 Aufl., Karlsruhe 1997, passim。

<sup>318</sup> Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 2061ff.

所不同，它最主要的特徵在於：只有在不違反建教學習契約之目的情況下，一般適用於勞動契約的法律規定與法律原則，才有亦適用於建教合作契約的餘地<sup>319</sup>。更進一步觀察台灣的實務現況：依教育部所頒訂之「高級中等學校輪調式建教合作教育訓練實施要點」的規定，學校必須向教育部申請「辦理輪調式建教合作計畫」，然後由學校與廠商簽訂「建教合作合約書」，最後學生再據以與廠商簽署「輪調式建教合作技術生訓練契約」。

這個結構所顯現出來的最大問題是：學校與廠商間的合作契約，與廠商與學生間的技術生訓練契約，看似兩份不同的契約，成為彼此獨立的法律關係，但其本質上卻有緊密關聯、甚至前後契約的關係（如技術生訓練契約必須建教合作合約中的約定來辦理）；假如這樣的理解是正確的話，那麼吾人從法律上就必須得出相應的理解：學校基本上與學生/廠商間的技術生訓練契約無關，在學生與廠商的法律關係中，學生的家長才是學生的法定代理人，才有代理未成年學生為意思表示的權利；校方縱使有某種程度的介入學生與廠商間的訓練學習及勞動關係，本質上也不是基於學生代理人（不論是意定或法定）的身份，學校的代表與廠商所做的任何約定，原則上不拘束學生，只不過在學校與廠商作有利益於學生的利益第三人契約時，有些特別處理而已。當然，現實上之情況並非如此，實務上所有學生學習建教關係的當事人（學生、學校、廠商，乃至於學生家長），並非確實基於這樣的認知及權利義務關係去為相應之行為。

讓我們從學理上的通說出發：職業教育學習關係，在企業工作職場的這一面向上，亦即我國實務上所謂之「技術生訓練契約」，其性質亦當然為勞動契約關係，當無疑問<sup>320</sup>；易言之，如果該勞動契約所定工時為非屬完全工時之部分工時，則邏輯上當然納入部分工時勞動之法釋義學體系中來加以處理，事屬當然。是以，在建構相關部分工時勞動之觀察工具與模式的同時，亦應一併觀照到台灣實務上之輪調式建教合作生，同時注意其涉及「勞動目的與教育目的重疊、分離或抵觸」之情形，所可能造成之是否應適用勞動保護法令之誤解與疑惑，方為適論。

#### （四）台灣特有：在職學生工讀或打工勞動關係

接下來是一台灣社會特有之部分工時形態：在職學生之工讀或打工的部分工時勞動關係。誠如前述法事實觀察部分所指出的，在台灣，學生身分始終是極其重要的部分工時勞工族群，而本於其學生（包括準備升學之在學年齡者）之學習時間的限制，這一類型之勞動者本質上亦多就較能自由支配時間之部分工時勞動，至為明顯。誠然，如同學者邱駿彥所說的，並非具有學生身分者，其從事之工作即必然為部分工時勞動關係，例如夜校生白天之工作類型，性質上即多為完

<sup>319</sup> 此亦為德國職業學校法（BBiG）法第3條第2項之明文。

<sup>320</sup> 特別強調這一點的：Richardi/MünchArbR, Bd. 1, München 2000, Rn. 24 zu § 28。

全工時之一般勞動關係，而與此處所指涉者顯然有別，必須加以清楚的區分<sup>321</sup>。再者，學生打工亦須與前述之職業教育學習關係有所區隔，一方面它在形式上與後者無甚關聯，因為後者存在著制式之形成要件，另一方面，學生打工或工讀基本上亦與學習目的沒有直接之聯繫，因此在解釋上應該嚴加區分，防止兩者之混淆。

這一類型之部分工時勞工，在法律保障之適用上並無問題，但卻是現實權利貫徹落差最嚴重的一群，不論是前述法事實部分的觀察，特別是「低薪化」的現象，或是相關社會行動者的清楚指控<sup>322</sup>，在在都指出一個不得不應該加以重視的問題：對於尤其弱勢之在學青少年族群，現行勞動保護法令無疑存在著一個「制度性結構性的落差」：明知其具體保障最有疑問，卻經常顯得束手無策，是以，本文以為，在相關部分工時勞動法釋義學體系之建構上，必須針對台灣社會所謂的「學生打工族」，特別有所注意與著墨，尤其是在權利保障與貫徹的面向上，例如學生工作時間與學校上課時間之安排分配、學校如考試之特殊情狀的免除工作義務、例假休假病假等權益，不論採取之方式是強行法之規範或限制，亦或勞工行政主管機關之介入與干預，都是可以努力的方向。

## 六、部分工時勞動成立之實質控制

在進行部分工時勞動之可能形式與樣態的討論後，接下來將著眼於一學理上經常忽略的問題面向：就部分工時勞動關係之成立，法秩序基本上是否應容許其自由形成，亦或應加諸一定之要件限制，如同定期契約一般（勞動基準法第 9 條）？配合前述我國可能出現之部分工時形式，尤其是中高齡勞工與在校學生打工工讀，更可能在這個面向上出現問題，值得進一步的論述。

### （一）脫法行為之禁止

首先，一個值得關注的現象是：特別是在社會行動者的意識中，部分工時勞動，是否存在著特定的「規範保護密度缺失」、「制度性之保護落差」、「勞動者原本即較能忍受較差之勞動條件與對待」、「勞動者權利貫徹能力較差」等之印象，而刻意採取所謂部分工時勞動關係？這一點，如果比對前述特別是行政院勞工委員會所頒行之《僱用部分時間工作勞工參考手冊》所顯現之解釋適用傾向，更可清楚的看到它的嚴重矛盾：政府機關認為毫無問題的部分工時勞動權益保障，在社會行動者的眼中完全不是這麼一回事，看看前述法事實敘述部分的薪資與勞動條件之顯著差別待遇，便可清楚的看出。當然，從邏輯上看來，既然所有從事部分工時勞動之人，都同樣具備「工作時間較可資比較之相同或類似工作者為短」之

<sup>321</sup> 邱駿彥，部分工時勞動法制化之研究，頁 58。

<sup>322</sup> 請參照青年勞動九五聯盟之許多資料與證據（<http://blog.roodo.com/youthlabor95>）。

特徵，則前述部分工時勞動保障欠佳的問題，應是此一問題關聯上的特有問題，而非本節標題所載之「脫法行為」問題；顯然，這裡需要更進一步的說明。

作者的意思是：就勞雇雙方當事人而言，原本性質上即應為完全工時勞動關係者，卻可能因為一方之某種程度的誤解或權利濫用，使得選擇之結果變為部分工時勞動關係，例如：

- 學生工讀打工族群，誤以為學生身分者即「僅能成立部分工時勞動關係」，即使其實際之工作時數等同或甚至超過完全工時者，不論雇主是否採取加班之作法，亦均以為自身繼續處於部分工時勞動關係中；
- 在雇主方面，對於部分工時、特別是最大宗之學生與家庭主婦之族群的部分工時勞動，出於誤解或剝削意圖，誤認或刻意主張部分工時勞動不適用特定之勞動保障，例如終止保護、例假休假特別休假、請假（特別是病假繼續支付工資）、無提供勞務之工資請求權等事項，進而主張僅能或僅得成立部分工時勞動關係。

依作者之見，這些均屬顯然之脫法行為，我國民法第 112 條「無效之法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲為他法律行為者，其他法律行為，仍為有效」或可為法律效果之依據，亦即直接認定該部分工時勞動關係應為完全工時勞動關係，然而，更有效的一種作法，或許是在法律的制定或解釋上，明白而清楚的禁止此脫法行為，同時檢討原本是否可能造成此「脫法誘因」之規定，例如區分時、日與月基本工資之作法，或如不斷將加班費之給與集中於其計算基礎所可能產生之間接鼓勵，同時針對學生打工族群有所特殊之法制上或行政上因應，如此或能根本解決此脫法行為之問題。

## （二）普遍實質理由之要件

前段是針對「應為完全工時、卻成立部分工時勞動關係之脫法行為」而言，然而，另一有趣的問題或許是：如果是實實在在的部分工時勞動，是否亦應具備特定之實質理由，以作為其法定或解釋上之生效要件呢？一個足資參考的例子，無非來自於定期契約之締結：不論在我國法（勞動基準法第 9 條），或是在德國法制與學說實務，定期契約之簽訂總是必須受一定之要件限制，不論採取的作法是「勞務提供性質」亦或「定期目的」之何一面向<sup>323</sup>。

<sup>323</sup> 關於我國勞動基準法第 9 條之討論，請參見王松柏-台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望，頁 76 以下。至於德國之實務發展，請見 BAG, Beschluß v. 12.10.1960 = NJW 1961, 799。關於這一則聯邦勞動法院大審判庭的裁定對於之後實務的影響，可參閱 Wolf, Inhalts- kontrolle von Arbeitsverträgen, RdA 1988, 270ff。當然，必須強調的是，德國勞動法院認為定期契約必須具備實質理由的見解，已因 2001 年 1 月 1 日所施行之「部分工時勞動與定期勞動契約法」（TzBfG）而失其拘束力，雖然該法已針對目的定期而有特別之明文規定； dazu siehe

德國勞動法學者 Däubler 便認為，基於部分工時勞動本質上所產生對勞工的不利影響，例如難以整合入職場與同僚關係、工作單位密度顯然增加、職業與家庭之雙重負荷、工作時間之侵入其他自由支配時間等，因此是否應該思索，僅容許在一定之實質理由要件下 – Däubler 及諸多學者在此明確的援引德國有關定期契約之法釋義學成果<sup>324</sup> –，雇主方得以部分工時勞動取代完全工時勞動而從事一項特定工作內容。這項主張的看法，主要著眼於避免雇主任意規避勞動保護法令之拘束，因為顯然，部分工時勞動之權益保障，一般而言要比完全工時者來得弱，至少是比例性的弱；再者，如果勞工對該等工作原本亦有從事完全工時之意願，而雇主卻僅願意提供部分工時之要約，則解釋上是否可能因「損及勞工從事特定工作而保有其生存基礎之權利」，進而成立勞工職業自由基本權之侵害，亦不無疑問<sup>325</sup>。雖然學說上迭有此呼聲，但德國聯邦勞動法院始終堅持反對的態度<sup>326</sup>，因此吾人可以說，至少在德國的通說中，仍未真正出現「成立部分工時勞動亦應具備實質理由」之共識。

然而，雖然在論理上仍然難以突破，但這項實質理由限制之思考，在台灣勞動世界中卻別具意義：簡言之，台灣現實所存在之「以完全工時之實而就部分工時之形式」者，顯然所在多有，例如一再被提及之連鎖超商問題。由於我國法制中存在著所謂的時基本工資，是以社會實踐中不斷出現「成立部分工時勞動關係-工資依時基本工資乘以實際工作時數計算-實際工作時數超過法定工時-總工資所得卻低於月基本工資-部分工時勞工未享有完全工時者之應有勞動條件保障」的不幸結果，這無疑是社會行動者權利濫用，以及法制上存在著結構性缺漏與陷阱之故。是以，除可能以「部分工時之最高時數門檻限制」的方式來解決問題外，另一種可以思索的管道，便是前段所指之實質理由限制：是否在法釋義學、乃至法政策的解釋建構工作上，規定以「雇主提出之該項工作內容要約、本質上須為部分工時勞動之需求者」為要件，方得成立部分工時勞動契約關係，除非「具備特定身分或家庭、學習等其他相當事由之勞工自願成立」，亦即兩階段式的審查：

- (1) 雇主提供之工作內容要約，性質上為部分工時人力需求（實質理由），則可成立部分工時勞動契約關係；
- (2) 雇主提供之工作內容要約，性質上為完全工時人力需求（無實質理由），則原則上不得成立部分工時勞動契約關係，但勞工基於特定身分或事由

---

Stahlhacke/ Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8 Aufl., München 2002, Rn. 60。

<sup>324</sup> 例如學者 Föhr、Degen、Walz，乃至於 Offenbach 地方勞動法院之判決，均以定期契約為例，認部分工時勞動之成立亦應類同而有實質理由之限制；dazu Überblick siehe Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 1918。

<sup>325</sup> Däubler, ebenda.

<sup>326</sup> 例如 BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis; BAG AP Nr. 2 zu § 1 AZO。

者，即不在此限。

當然，相對於定期契約實質理由體系之成熟，部分工時勞動領域顯然尚有很大的努力空間，然而，為了避免雇主之濫用權利或勞動者遭受顯然違背本身意志之不當影響，嘗試建立一個得以穩定適用的「實質理由限制體系」，或許值得進一步的思考。

## 七、部分工時勞動勞動條件保障

### （一）原則：勞動法令之適用與平等對待原則

在部分工時勞動之法釋義學體系中，最重要者，顯然是有關勞動條件之保障問題，觀察前述國內學者暨行政機關之論述，便可清楚看到；而衡諸學理上有關部分工時勞動權益之討論，其核心焦點無非是相對於完全工時勞工，部分工時勞工所應本之所謂平等對待原則（Gleichbehandlungsgrundsatz）。

讓我們從一理論的角度出發：勞動生活中的平等原則，一向是勞動法學極為棘手之問題，既使在德國法學界中亦然，在一般的評價中，德國勞動法的平等對待與禁止歧視之保護，基本上長期處於無涉法律（außergesetzlich）的狀態，而大部分依靠司法裁判的累積，甚至在德國私法學界，尚有「從契約法導不出平等原則」之說法，可見問題之艱難<sup>327</sup>。當然，由於勞動關係中存在著一類似國家權力擁有者之雇主，因此在勞動法學中想要導出平等原則之適用，基本上問題較小，至多僅有其規範基礎找尋之討論，誠如 Reinhard Richardi 所舉出的，德國勞動法學向有三種解釋模式之爭，以試圖導出勞動法領域中的平等對待原則之適用：Eduard Bötticher 主張關鍵在於雇主自訂規範的本質，Götz Hueck 認為勞工因隸屬於同一廠場，致與雇主間形成所謂的共同體關係（Gemeinschaftsverhältnis），Alfred Söllner 則以為基於雇主相對於勞工之權力地位與優勢，本於德國民法第 315 條第 1 項之規定，雇主決定其單方給付內容時應依合理之裁量為之，而顯然這裡的「合理裁量」便應該包括平等對待，或是 Richardi 自己繼續補充的所謂勞動契約之「群體關聯」（Gemeinschaftsbezug），亦即著眼於雇主之面對多數勞工，因此「應有」對於雇主決定權之分配正義上的拘束等<sup>328</sup>；在德國司法實務的方面，帝國勞動法院早期認為，平等對待之要求來自於「廠場的具體秩序」，晚期則傾向於導自勞方之忠誠與雇主之照顧義務，到了聯邦勞動法院的時代，法院在個案中或會對不同之學說表示看法，但基本上亦不明確表明自己

<sup>327</sup> Vgl. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 2000, S. 5.

<sup>328</sup> Richardi-MünArbR, München 2000, Rn. 6ff. zu § 14.

之服膺何一主張<sup>329</sup>。不論各自學說之指涉與內涵為何，雖然同樣沿襲自私法學之傳統，至少德國勞動法學上均認，在雇主所定規範之執行、而非制定上，的確存在一所謂平等對待原則之限制，它係屬私法領域中之憲法平等原則的具體化<sup>330</sup>，主要內涵在於不得以「人」作為差別待遇之依據，禁止對於勞工為不具實質理由而與其他類似與可資比較者較差之對待，也就是不得為「較差之無實質理由的恣意對待」，但原則上不禁止對個別勞工為較佳之對待<sup>331</sup>。

不論如何，幾乎所有的德國勞動法學論述均公認，對於部分工時勞工之對待，相對於完全工時勞工，當然須受此平等對待原則之拘束，當無疑問<sup>332</sup>；事實上，在 2001 年《部分工時勞動與定期勞動契約法》施行後，由於該法第 4 條第 1 項將之直接明文化，是以存在著更直接之制定法基礎，更無問題<sup>333</sup>。然而，原則容易，例外困難，重點顯然不是為何或如何平等對待，而是何時可以「具備實質理由的差別對待」。如果整理德國實務上之見解，吾人約可提出下列幾項具備與不具備實質理由之例<sup>334</sup>：

不具備實質理由之差別對待	聯繫至工作時間長短之因素而差別待遇（例如工資與福利）
	工作時間低於一最低門檻時數而排除之（例如工資與福利）
	企業老年勞工照養之排除（特別涉及性別歧視）
	享有公營事業所謂過渡期間加給（Übergangsgeld）權利之排除
	要求部分工時勞工須服務較完全工時勞工為長之相當期間，以作為升遷之依據
	享有年終獎金權利之排除
	較完全工時者之標準為低之給付加班費
	排除特定之微薄工作部分工時勞工之病假工資繼續給付請求權

<sup>329</sup> Vgl. RAG 19.1.1938 ARS 33, 172(177); 35, 114; 36, 12; 37, 273. BAG 13.9.1956, 25.4.1959, 9.11.1972, 13.12.1972 AP 15, 36, 37 AP 3 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

<sup>330</sup> Vgl. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 543.

<sup>331</sup> Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 5 zu § 112.

<sup>332</sup> Statt vieler nur Richardi-MünArbR, Rn. 33 zu § 14; Hanau-MünArbR, Rn. 87 zu § 62.

<sup>333</sup> 該條項規定為：「部分工時勞工不得因其部分工時勞動，而受較可供比較之完全工時勞工較差之對待，但有合理化該不同對待之實質理由者，不在此限。部分工時勞工所應享有之工資或其他得分割之財產價值之給付，得按部分工時勞工工作時數所佔可供比較之完全工時勞工工作時數之比例計算之」；此為作者自譯，關於德國該法之中文譯本，亦可見行政院勞工委員會印行之「德國部分時間及定期勞動契約法」。關於該條文之解釋，請見 Annuß/Thüsing, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Rn. 30 zu § 4。

<sup>334</sup> 以下之例整理自學者之論述，詳見 Mayer-Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Rn. 30ff. zu § 140; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 38ff. zu § 44。

	排除特定之微薄工作部分工時勞工之年終獎金、節慶獎金之請求權
	以相對於完全工時勞工之不同僱用期間長短，區別是否免除稅務顧問之簽證義務
	相對於完全工時者，作為員工代表會或人事代表會成員之部分工時勞工的教育訓練與免除工作義務之時數，須依其實際工作時數而作比例縮減
	禁止部分工時勞工向企業申貸家庭支出貸款
	排除部分工時勞工適用「滿 15 年年資者不得為一般終止契約」之保障明文
具備實質理由之差別對待	規定當部分工時勞工之加班時數已超過完全工時者時，方得享有加班費請求權之團體協約 <sup>335</sup>
	終止保護法中計算適用人數之針對部分工時勞工的特殊算法
	終止保護法第 1 條第 3 項之社會選擇之對部分工時勞工為不同考量 <sup>336</sup>
	以勞務給付、職業經驗、能力差異或年資作為區別標準
	基於社會政策與勞動市場政策之考量，免除特定之微薄工作部分工時勞工之社會保險義務

在「同樣適用勞動法令」與「雇主應受平等對待原則」之拘束下，吾人可以看到部分工時勞工之權利保障的基本精神，當然，畢竟部分工時與完全工時勞動有著本質上的些許差異，是以在學理分析上，一般均指出「依比例原則」(Pro-rata-Prinzip) 以及「排除依比例原則」(Ausschluß des Pro-rata-Prinzips) 之別，也就是說，只要是特定的給付係以勞工工作時數為基礎，則依前者原則，亦即按部分工時勞工工作時數之佔完全工時的比例核算之，相對的，如果特定之給付並非以工資或工作時數為考量計算基礎，而毋寧是以該項給付之意義與目的為準，則基本上不應適用按比例原則，否則將可能構成不具實質理由之不平等對待<sup>337</sup>。除此平等對待之基本原則，以下亦將簡單列舉某些勞動條件保障上的特殊問題，以提供進一步的參考。

## (二) 雇主指示權

<sup>335</sup> 此一問題尚得到歐洲法院之認同； dazu siehe EuGH 15.12.1994(Helmig) AP BGB § 611 Teilzeit Nr. 7。易言之，部分工時與完全工時之各自原先約定的工作時間，並非作為用來比較之標準，而是以後者為比較之基礎。

<sup>336</sup> Vgl. BAG 3.12.1998 AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 89.

<sup>337</sup> Vgl. Mayer-Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Rn. 58ff. zu § 140.

在雇主指示權之行使部分，相對於完全工時勞工，雇主對部分工時勞工亦須受勞動法上禁止歧視原則的限制，當無疑問。實務上最重要的問題，無非是雇主得否命部分工時勞工加班：如部分工時勞動契約中已明定雇主之此項指示權，自無問題，惟如未有明文約定之情形，德國勞動法學之通說認為，由於「部分工時」本質上便顯明「勞工僅願於所承諾之時間內提供勞務」特性，是以應解為勞工應未有為加班之準備，更何況部分工時勞工可能有其他之部分工時勞動契約存在，使此情形更為複雜。此外，依通說之見解，只有在部分工時勞工之加班時數，事實上已超過法定或企業工作時間者，而非僅以超出本身約定之部分工作時數，方有請求加班費之權利，除非與雇主另有不同之約定<sup>338</sup>。

### （三）工資

在部分工時勞工之工資給付部分，學說及實務均有共識，亦即前述之所謂「按比例原則」，也就是德國《部分工時勞動與定期勞動契約法》第4條第1項後段的文字「部分工時勞工所應享有之工資或其他得分割之財產價值之給付，得按部分工時勞工工作時數所佔可供比較之完全工時勞工工作時數之比例計算之」。在許多附隨問題的解釋適用上，德國司法實務均有闡明其意見，或可供吾國法律適用者之參考，包括<sup>339</sup>：

- 如完全工時勞工依團體協約而縮短工時，但卻因未減少工資而形同增加工資，則部分工時勞工亦得請求相對提高；
- 如雇主之目的在於鼓勵員工從事完全、而非部分工時工作，則給予前者相對於後者之較佳待遇，歐洲法院雖有判決認應屬合法，但依德國現行法之解釋，仍應認違法；
- 未通過特定之職業教育結業資格考試之部分工時勞工，對其較低之工資給與為合法，因具備實質理由；
- 以部分工時勞工事實上從事其他部分工時勞動為由，給與較低之工資，係屬違法；
- 只要有部分工時勞動有關之津貼，部分工時勞工便應享有與完全工時者相同之權利，例如輪班津貼、小夜班津貼、大夜班津貼；
- 與部分工時勞動本身無關之其他津貼，例如考量家庭因素及負擔之所謂社會津貼（Sozialzulage），是否同樣賦予部分工時勞工保障，應依該社會津貼規定之文字、性質與目的定之。

<sup>338</sup> 這是德國司法實務的一貫見解；statt vieler BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Techniker-Krankenkasse; AP Nr. 48 zu § 37 BetrVG 1972 = NZA 85, 600； dazu Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 45f. zu § 44。

<sup>339</sup> 以下整理自學者關於德國司法實務之論述；Mayer-Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Rn. 58ff. zu § 140; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 47ff. zu § 44。

由此吾人可整理出一些基本原則：只要是與部分工時勞動本身有關，則工資以外之其他財產性給與，均應至少依比例計算之，不得任意剝奪部分工時勞動者的權利，至於相關社會性質的給付，則仍然必須考量週邊之許多因素而加以綜合判斷，難以一概而論。

#### （四）勞務給付障礙

其次是所謂的勞務給付障礙（Arbeitsverhinderung），特別是勞工請病假而未能提供勞務之問題：依德國民法第 616 條之規定，受僱人雖有給付障礙，惟其工作報酬請求權並不受影響，因此為工資風險分擔之問題<sup>340</sup>；我國勞動基準法第 43 條連接勞工請假規則第 4 條第 2 項之規定，則勞工在一年 30 日內的傷病假期間，僅享有一半數額之工資請求權，超過 30 日者則無。不論如何，至少在某個程度之內，特別是因勞工生病所產生之勞務給付障礙之問題，勞工之工資請求權在一定程度範圍內，均應繼續存在，當無疑問。

就部分工時勞工而言，此問題並無疑複雜的多：就一學理上所見，由於部分工時勞工通常得以自由支配的時間較多，因此原則上應先要求勞工「於可期待之範圍內自行承擔勞務給付障礙的風險」，易言之，基本上不應由雇主承擔，例如勞工應利用自由時間前往看病，而非請病假為之<sup>341</sup>。當然，這裡的重點在於「於可期待之範圍內」，如依勞工生病之狀況，顯然不可期待勞工應利用自己之休息或其他自由支配時間，而無可避免的必須利用部分工時勞動時間去看病治療者，則應認定勞工之給付障礙風險，繼續由雇主承擔，方屬適論；至得請求之工資數額，即適用一般之所謂「工資擬制給與原則」（Lohnausfallprinzip），亦即視同勞工實際提供勞務所原本應得之工資而給與，如果部分工時勞工同時存在數個部分工時勞動關係，則勞工針對每一雇主均有同樣之工資給付請求權<sup>342</sup>。我國勞工請假規則雖有雇主工資風險之縮減規定，然解釋上亦可循此方向建構，相當值得參考。

#### （五）休例假日工作工資

在休例假日工作工資之情形，首先必須確認的是，該休例假日是否原本坐落於部分工時勞工之工作日上：如果是，特別是休假日，則勞工自得依前述之「工資擬制給與原則」，請求與原實際提供勞務所應得之相當工資給付，而如果該休假日原本即非勞工之工作日，則勞工亦無工資之請求權。比較特殊的情形是，如果休假日坐落於部分工時勞工之工作日，而勞工依契約規定，並無須於該休假日

<sup>340</sup> 這部分的學理討論請見 Staudinger/Oetker(2002) § 616 Rn. 45ff.。

<sup>341</sup> Vgl. BAG AP Nr. 23 zu § 616 BGB = NJW 60, 1686.

<sup>342</sup> BAG AP Nr. 13 zu § 1 ArbKrankhG = BB 60, 326, 710.

之前一日或後一日工作者，對其工資請求權並無生影響，然而，如果勞工依約應於休假日之前一日或後一日工作，但卻因可歸責於己之事由而未提供勞務，依聯邦勞動法院之見，則勞工不能享有該休假日之工資請求權，蓋保障勞工休假日之意義已不復存在<sup>343</sup>。值得注意的是，基於休假日之「保障勞工健康」與「維繫勞工社會生活與社會保障」之意旨<sup>344</sup>，雇主不得以不讓部分工時勞工享有為目的，進而指示將勞工之工作日移往他日，或甚至主動在休假日停業停工，以告知勞工該日無法續為工作日<sup>345</sup>。當然，如果依法或依約仍於該休例假日工作，則應同樣享有休例假日工資津貼－例如我國勞動基準法第39條之明文，當無疑問。

#### （六）特別休假

一項廣受注意的問題，是究竟應如何給與部分工時勞工特別休假：如同前述國內學者與行政主管機關所解釋的一般，原則上，與完全工時勞工相同的，部分工時勞工亦享有特別休假的權利，理論上毋庸置疑，然而，實際上究竟應如何計算應有之特別休假日數，自屬法釋義學上一項必須處理的問題；讓我們先觀察德國學說及實務界在此問題的看法。

依德國之普遍見解，如果是傳統的部分工時模式，亦即勞工於某一正常工作日均提供較短時數之工作，則其所得享有之特別休假日與完全工時者完全相同，而如果是於一週內某些工作日提供完全或部分時數之工作，則同樣適用此完全保障原則，並無例外。而如果部分工時勞動之工作日數是不規則的，亦即無法以一週之範圍與頻率來加以觀察，則適用「按比例原則」計算之，換句話說，必須以「部分工時勞工約定工作日數，除以可供比較之完全工時勞工約定工作日數」，將所得之商數再乘以完全工時勞工之特別休假日數，即可得出<sup>346</sup>。至於計算特別休假工資之問題，德國相關法律亦有明文規定，惟於台灣，仍應適用勞動基準法所定之相關標準，自無疑問。

#### （七）雇主自願性福利給付

關於工資或其他直接與勞務提供本身有關之給付之外，雇主尚可能有所謂之自願性福利給付（*zusätzliche soziale Leistungen*），在此，理論上應一概適用勞動法上之禁止歧視與平等對待原則，基本上沒有問題。不過仍有下列幾點應加注意

<sup>343</sup> BAG AP Nr. 5, 20 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG.

<sup>344</sup> 有關例假日與休假日之社會國原則意涵，請見 Benda, Probleme der industriellen Sonntagsarbeit, Baden-Baden 1990 之細緻討論，特別是頁 55 以下。

<sup>345</sup> BAG AP Nr. 47 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG = NZA 86, 397.

<sup>346</sup> Vgl. Mayer-Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Rn. 105ff. zu § 140; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 56ff. zu § 44; Annuß/Thüsing, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Rn. 36 zu § 4.

- 首先，該等自願性福利給付，對部分工時勞工而言，是否應按其實際工作時數比例計算之，應視「該福利給付本質本旨」、以及「勞動契約或團體協約」而定，並非一概均應按比例計之；
- 其次，如果該項福利性質之特別給與，與勞工之工作時間有著緊密之關聯，則不給予部分工時勞工（例如下午才上班者不給午餐津貼）或按時間比例縮減，均得視為具實質理由之差別待遇。

比較特殊的是德國法所謂的企業老年勞工照養（betriebliche Altersversorgung）之問題，例如企業自願性退休年金；依德國聯邦勞動法院早期的看法，在一則完全工時勞工因轉為部分工時，進而喪失企業內退休年金期待權之問題，法院表示並不違反平等對待原則，而如果團體協約或廠場協定作類似之規定，當然亦屬合法<sup>348</sup>，似指排除部分工時勞動者之企業內老年照養的保障，應認具備實質理由。惟後來之聯邦勞動法院與歐洲法院，均以「部分工時勞工大多為女性」為由，認如此之見解將無異成立性別歧視，遂紛紛提出不同之見解，而認不應排除部分工時勞工之相應請求權<sup>349</sup>。當然，解釋上部分工時勞工亦僅能按比例享有之，應無疑問，而既使勞工同時存在第二個勞動契約關係，基本上亦不生影響；由於德國《部分工時勞動與定期勞動契約法》第4條，業已明文禁止作不同於完全工時勞工的差別待遇，因此學理上俱認此項問題應再無爭議，而有一明確之解釋方向。

#### （八）終止保護

在終止保護之場合，特別是基於如我國勞動基準法第11條之企業經營事由之解僱，原則上關於終止權之行使、預告期間之遵守等，均與完全工時勞工相同，並無按比例縮減預告期間之問題，亦無雇主對部分工時勞工應有「較輕易」之終止權行使之事由拘束程度的可能<sup>350</sup>，相對的，如以部分工時勞動為由而解僱勞工，無疑便成立就業歧視，自不待言；在德國法制上，由於終止保護法之社會選擇（soziale Auswahl），已經明文限於年資、年齡與扶養義務，因此如以部分工時勞動作為選擇解僱對象時之依據，則應為法所不許，自屬明確<sup>351</sup>。而在勞動基準

<sup>347</sup> Vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, Rn. 61 zu § 44.

<sup>348</sup> BAG DB 79, 1403.

<sup>349</sup> Siehe EuGH 13.5.1986 AP 10 zu Art. 119 EWG-Vertrag = NJW 86, 3020; BAG 20.11.1990 AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung = NJW 91, 2927.

<sup>350</sup> 然而，在德國終止保護法第1條第2項之「急迫之企業需求」（dringende betriebliche Erfordernisse）的理解中，部分工時勞動顯然有較高之機會，被認定為帶來較高之企業經營成本與負荷，進而合理化此企業主決定，則或與我國法之解釋稍有不同。

<sup>351</sup> Vgl. Mayer-Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Rn. 108f. zu § 140; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch,

法第 12 條之懲戒解僱之情形，基本上亦與完全工時勞工無分軒輊，德國法基本上亦為相同之解釋，例如雇主不得以勞工因與第三人間之主勞動關係業受終止保護為由，對之終止契約<sup>352</sup>。一個附隨問題：本於終止保護制度之所謂最後手段原則（ultima-ratio-Prinzip），雇主為了避免解僱完全工時勞工，是否有必須提供勞工部分工時勞動要約之義務，不論其是否採取變更終止（Änderungskündigung）的手段？依德國實務見解，雇主並無該等義務<sup>353</sup>，惟於法政策上是否絕無此空間與正當性，恐怕仍值討論。

## 八、部分工時勞動之法政策思維

部分工時勞動的問題，事實上處於兩難：一方面，它必須放在非典型勞動發展脈絡下來理解，它是一企業追求內部與外部彈性之中間型手段，呈現的是勞動力需求面的操作與運用意圖。然而，在另一方面，部分工時勞動之蓬勃，又與國家勞動市場政策之思維，乃至個人化社會之發展趨勢息息相關，個人時間主權與生涯規劃之重構，無疑亦帶來部分工時勞動之成長，那麼，一個符合時宜又穩固的部分工時勞動法釋義學體系，應該要如何賦予其應有之內涵呢？

本文以為，因社會個人化發展之故，勞動生活及勞動法秩序應適當的反映勞動者個人之特殊需求，例如彈性化，但須與單純之資本利用利益而生之彈性化嚴格區別；這正是吾人在觀察部分工時勞動時，所應特別注意的一項根本問題。這項主軸放諸於部分工時勞動，作者認為可得出以下的「三軌策略」結論：

- (1) 第一軌策略：防止非典型勞動脈絡下，企業對部分工時勞動之任意運用與剝削，因此應思索成立部分工時勞動之實質控制可能性，同時防堵不同部分工時形式所可能帶來之嚴重問題與權利濫用。
- (2) 第二軌策略：在「當然適用勞動法令」與「平等對待原則」的前提下，努力建構不同問題關聯下，一個穩定的權利義務關係之法釋義學體系，一方面落實部分工時勞動的保障，另一方面貼近實務，減少規範與現實的嚴重落差。
- (3) 第三軌策略：從勞動市場政策的角度出發，針對「問題族群勞工」、「作為避免解僱之最後手段運用」等面向，思索如何在法政策上設計合理而適當之銜接機制，以創造勞動市場上弱勢者之就業機會。

---

Rn. 76 zu § 44

<sup>352</sup> BAG AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 87, 629.

<sup>353</sup> BAG AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 85, 1797.

### 第三節 請假制度

另一我國勞動基準法工時章的重大結構性問題，係「雖有請假制度」（同法第 43 條參照），但卻無請假之法釋義學體系，使得在實務的法律適用上非常混亂；是以研究者亦選擇就此為理論上之探討與分析。

## 一、問題的提出

勞工非因執行職務所致之身心傷害，雖與工作無直接間接關聯，惟基於憲法社會國原則之保障意旨，勞工應得享有一定之免除工作義務的權利，不但不容許雇主強制勞動，不得以此為由進行懲戒，甚至在立法上明文一定之工資給付標準，使其不受「無工作、無報酬」(kein Lohn ohne Arbeit) 原則之限制，同時排除任意以之為由之解僱行為。所謂勞工因疾病而請病假，即為此所稱。

如前所述，我國勞動基準法第 43 條前段規定：「勞工因婚、喪、疾病或其他正當事由得請假」，後段進一步授權中央主管機關訂定相關之假期與工資給付之最低標準，內政部遂於 74 年 3 月 26 日發布所謂「勞工請假規則」，依母法意旨而制定相關規範。就勞工請病假而言，核心之規範無非勞工請假規則第 4 條與第 5 條：「勞工因普通傷害、疾病或生理原因必須治療或休養者，得在左列規定範圍內請普通傷病假。一、未住院者，一年內合計不得超過三十日。二、住院者，二年內合計不得超過一年。三、未住院傷病假與住院傷病假二年內合計不得超過一年。普通傷病假一年內未超過三十日部分，工資折半發給，其領有勞工保險普通傷病給付未達工資半數者，由雇主補足之」(第 4 條)、「勞工普通傷病假超過前條第一項規定之期限，經以事假或特別休假抵充後仍未痊癒者，得予留職停薪。但留職停薪期間以一年為限」(第 5 條)。

病假看似清晰的明文規定，卻仍不免留下許多的謎團；也就是說，在勞動基準法第 43 條明確之「最低標準」的授權目的與範圍下，勞工請假規則第 4 條、第 5 條的文字選擇，兩相比對，便可能產生以下的疑惑：

- 病假一年是否即不得逾 30 日？若逾 30 日，勞工是否即無請假之權利
- 病假如確須逾 30 日，是否即不得請病假，而只能請事假或特別休假？抵充之法律意義為何？
- 如以事假或特別休假抵充後仍無法痊癒，所謂「得」留職停薪，究係勞工或雇主之權利或義務？雇主得否拒絕？
- 如果勞工不申請或雇主不准留職停薪，則雇主是否得逕予終止勞動契約？

問題的提出，事實上立基於勞工請假規則看似清楚、實則曖昧不明之條文：在作為母法之勞動基準法第 43 條的「最低標準」之下，授權訂定之法規命令卻明目張膽的使用「不得超過 30 日」之字眼，進而帶出後續前遮後掩的諸多規定；究竟應如何正確的理解我國法律規範下的病假？勞動法釋義學體系上應該怎樣對之定位？讓我們以一法律案件的一二審判決談起：台北地方法院 95 年度勞訴字第 193 號判決，台灣高等法院 96 年度勞上易字第 37 號判決。

## 二、案件事實

勞工 A 於 95 年 3 月間因背部、腰部劇疼而至醫院就診，經檢查發現因長期工作壓力導致肌疼、肌炎、腰部椎間盤疾，需長期治療，雖經請滿病假、事假、特休假治療，然仍無法痊癒，A 遂向雇主甲公司申請自 95 年 5 月 16 日起至同年 6 月 15 日止留職停薪，期滿後因病情仍無進展，並預定於同月 20 日住院開刀治療。A 於留職停薪期滿翌日委託同事，即另一部門經理 B 以簽呈方式申請復職及再請病假三個月，並提出 A 入院證明與入院許可證，惟公司行政部門以未經 A 所屬部門主管簽名為由，不肯簽收，該同事 B 遂轉交 A 之部門主管 C 協理收下前揭文件，惟甲公司仍以「A 所提請假文件非公司規定之申請書且不符公司規定之請假程序」為由，未准 A 之申請。

甲公司制定之考勤管理辦法第 2 條規定：「除因公出差並辦妥手續者外，凡不能出勤之同仁均應規定請假。請假應先填妥“請假單”，述明事由並檢附第十條所述證明文件...」、第 3 條「因病或突發事故不及事先請假時，應於一日內委託同事、家屬或親友代辦請假手續...」。由於 A 未於 95 年 6 月 16 日銷假上班，甲公司遂以「A 未提出所規定之申請書以請假，並未說明住院、請假、病情，公司亦未接獲依考勤管理辦法所定親自或委託代辦之延長留職停薪之申請，至不准許 A 所請，請 A 另提正式表格，並由 C 轉告 B，再經由 B 轉知 A，然 A 既未獲准假仍逕自連續曠職」為由，於 95 年 7 月 3 日寄發存證信函，通知 A「公司得依勞基法第 12 條第 1 項第 6 款之規定不經預告終止兩造間勞動契約」。A 則於 95 年 7 月 31 日寄發存證信函予甲公司，謂「A 辦理留職停薪，期間並未逾公司所定 1 年給假標準，且公司明知 A 因病無法工作，並非無故曠職，是公司所為之解僱並不合法」，是主張甲公司違反勞工法令致損害權益，乃依勞動基準法第 14 條第 1 項第 2 款、第 6 款之規定，通知甲公司終止勞動契約，同時請求給付資遣費。

觀察本案件，訴訟當事人對事實部份大體並無爭執，然雙方之法律見解顯然有別。A 勞工認為，甲公司明知其因病須住院長期治療而無法工作，非無正當理由曠職，竟故意不核准病假之申請，亦未將不准假情事通知本人或 B，藉詞其無正當理由曠職以便依勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款不經預告終止契約，已違反勞工法令致損害其權益，自有同法第 14 條第 1 項第 2、6 款之事由。相對的，甲公司以為，勞工因病須復健，因治療合計請病假 30 日，已達勞工請假規則規定之上限，A 前以簽呈申請留職停薪，未依公司規定填載申請書，雖與公司規定請假程序不合，經轉知 A 補呈公司規定之請假文件後仍予准許（此部分有不明之處），然 A 未於留職停薪期滿翌日銷假上班，亦未按公司規定之請假程序辦理請假並獲准許，逕自連續曠職，自構成得不經預告逕予解僱之事由。

### 三、第一審與第二審法院判決理由

就前述之事件，台北地方法院與台灣高等法院作有一二審之判決。第一審判決（台北地方法院 95 年度勞訴字第 193 號）之理由謂：「...姑不論 A 請假之假單是否符合甲公司規定之格式、或被告是否予以准假，至少可證 A 確係因病有住院開刀之必要（且甲公司確已知悉），故必須向甲公司申請病假」，「...A 之前請假時亦未使用公司規定之請假單，是 A 無從預見以同樣簽呈方式請假，竟會遭公司事後以請假程式不合規定而予否決，A 無勞基法第 12 條第 1 項第 6 款所定之情事，甲公司之終止不生合法效力，A 得依同法第 14 條第 6 款終止契約」，是判決勞工勝訴。

第二審法院判決（台灣高等法院 96 年度勞上易字第 37 號）則顯然不同；法院認為：「...依甲公司考勤管理辦法第四條規定，凡未依規定請假或請假未經核准而缺勤者，一律以曠職論。準此，A 委請 B 代辦請病假手續，仍應依上開規定，填妥請假單，述明事由及檢附診斷證明書，向職務代理人交待代理事項，並經權責主管核准後，始生合法請假之效力」，「...A 有腰部椎間盤疾等病痛在身，然該病症是否達到使 A 無法到甲公司處理其直銷業務助理部經理職務工作之程度，A 未舉證以實其說，則 A 主張其自九十五年六月十六日起至同年月二十日曠工工具正當理由，已難信實」，是以「...A 於留職停薪期滿雖申請復職，惟未依甲公司規定之請假程序辦理請假並獲准許，且未證明其所患疾病不能處理其職務，逕自連續曠工，業已符合無正當理由繼續曠工三日之事由，甲公司依勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款規定，通知 A 終止兩造間之勞動契約，自屬合法」，結果逆轉，由雇主取得勝訴判決。

觀察本案之一二審判決，吾人可以發現，雖然主要爭點在於請假程式，也就是「未依雇主所定程式請假是否即無生請假效力」，然尤屬關鍵之法律規範適用，仍係前述提及之核心問題：「已逾 30 日，即不得再請病假？」；只要此一法律解釋沒有獲得澄清，相關病假規範即無正確適用、以達成原始規範目的之可能。道理很簡單：啟發爭議之「再請留職停薪假的合法性」，前提自然是「有請留職停薪假之必要」，衡諸勞方當事人 A 所主張、公司甲亦未真正爭執之「有再休養並開刀治療之需求」，而使雙方爭執焦點集中於請假程式之遵循與否，時序上都來自於一更前階段的情狀：「勞工病假、事假暨特別休假均已請滿」，是方有之後再依勞工請假規則第 5 條請求留職停薪的發生。換句話說，假使依勞動基準法第 43 條所稱之「最低標準」之規範意旨，即便業逾 30 日，勞工法律上亦有繼續請病假之權利，則勞工即無請留職停薪假之必要，是之後的法律關係將完全不同之面貌，將不會僅僅侷限於請假程式遵守與否之爭執。

#### 四、案件所涉病假問題 4 項爭點

在了解案件事實與法院理由之後，我們可以整理出本案所彰顯與引申之有關病假的四項主要爭點：

(1) 如何解釋勞工請假規則之「(普通傷病假)一年內合計不得超過30日」？

「30日內之請病假」與「超過三十日後之請病假」應如何清晰而不含糊的解釋與適用？病假一年是否即不得逾30日？若逾30日，勞工是否即無請假之權利？雇主是否即有拒絕之權利、即使勞工確為生病？

(2) 如何解釋勞工請假規則之「經以事假或特別休假抵充後仍未痊癒者，得予留職停薪」？前半段與後半段究為勞工或雇主之權利或義務？抑或僅係任意規定？易言之，病假如確須逾30日，是否即不得請病假，而只能請事假或特別休假？抵充之法律意義為何？明明法律清楚區分「因病」、「因事」、「因年資累積之給薪休息」之假別，為何行政機關之法規命令規定可以抵充？抵充是何方當事人的權利或義務？反面解釋，抵充是否即屬「病假不准逾30日之同義詞」？

(3) 勞工請假規則之相關規定，如何與學理上所稱之「因勞工生病之不可歸責於個人事由的雇主終止勞動契約」(可能制定法依據：勞基法第11條第5款之「勞工不能勝任工作」) 分隔與連結？具體而言，如果勞工不申請或雇主不准留職停薪，則雇主是否得逕予終止勞動契約？再拉回前階段：如果勞工病假已逾30日，但不願請事假或以特別休假抵充，亦不欲或未經獲准留職停薪，雇主得否逕予解僱？如可，所本之事由與依據為何？

(4) 「勞工請假未符雇主所定必要程式」，有無仍生合法請假之效力？再者，如勞工未請假或未獲雇主准假，但確有因病致無法工作之事實者，如何處理「勞工得否請領工資(一半)」、「是否構成無正當理由而曠職」，乃至「因曠職所生之懲戒/解僱(可能依據：勞基法第12條第1項第6款)合法性」之問題？

## 五、行政機關與法院關於病假之闡釋

在前述的理解下，先讓我們觀察歷來對於相關問題之法院見解與中央勞工主管機關之看法。

首先，引人注目之最高法院97年台上字第13號判決說：「...然法律既同時課以勞工應依法定程序辦理請假手續之義務。則勞工倘未依該程序辦理請假手續，縱有請假之正當理由，仍應認構成曠職，得由雇主依法終止雙方間之勞動契約，始能兼顧勞、資雙方之權益」，該判決清楚的表明「勞工未依雇主所定請假程式之效力」立場，縱使勞工有請假之正當理由，例如本案勞工確須住院開刀之情狀，只要未依雇主之規定請假，仍構成曠職而有成立勞動基準法第12條第1項第6

款之可能。當然，最高法院之此理解，是否已逾越勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款「無正當理由繼續曠工」之構成要件要素，而將「確實生病但未請假」直接質變為「無正當理由」，或有值得商榷之處；例如最高法院 85 年台上字第 1888 號判決即認為：「...故勞工如無因病致無法親自或委託第三人請假之情事，而未經請假不到班者即為曠工」，反面推之，如勞工因病而無法請假，則應非為曠工，顯然與前述判決有別。<sup>354</sup>

再者，台灣高等法院 92 年勞上字第 64 號判決表示：「...勞工因生病而無法工作時，雇主本應給予請假，且依勞基法第三十八條規定，勞工享有特別休假為法定之權益，則勞工因病不能工作，並非勞工不願繼續工作，故特別休假既為勞工應享有之權益，不應因其請病假而喪失其特別休假之權利，是雇主自不得未經勞工之同意，即逕行將病假折抵特別休假日數」；高院的此一態度相當明確：如果請病假已逾勞工請假規則所定之 30 日，則是否以特別休假「抵充」，係勞工、而非雇主之權利，特別值得注意的是「則勞工因病不能工作，並非勞工不願繼續工作」之文字，法院是否暗示「勞工之不可歸責」之意，或可猜想，然而，法院縱有此意，其程度似乎仍不足以回答「則雇主不得以勞工請假已逾 30 日為由而加解僱、如果勞工不願以特別休假折抵」之疑慮，反面推之，應至少可以印證：法院也同樣沒有表明「勞工逾 30 日後得繼續請病假、勞工應有此權利」之立場。

另一相關之判決係彰化地方法院 93 年度勞訴字第 9 號；法院認為：「...檢具醫院診斷證明書，續向被告請普通傷病假，並未逾前揭勞工請假規則第四條第一款所規定普通傷病假一年內合計不得超過三十日之期限，被告無正當理由，自應予照准，不得無故不准，縱其誤認為原告所請假期已逾三十日，亦應以事假或特別休假抵充之，不得逕行為原告辦理留職停薪」。從中可看到兩項值得觀察的軌跡：第一，如果勞工確有生病事實，雇主是否即無實質審查權限，所謂「不得無故不准」？當然，此一傾向亦未正面回答「如勞工確實生病，但未依雇主所定請假程式請病假，則是否得以成立病假而不構成曠職」之疑問。其次，法院所稱之「縱其誤認為原告所請假期已逾三十日，亦應以事假或特別休假抵充之」，似乎認為「病假即不得逾 30 日」，同時，法院所謂「應以事假或特別休假抵充」，又隱然表明此係雇主、而非勞工之權利，否則不會接續使用「不得逕行為原告辦理留職停薪」之文字，如此之見解，已與前述台灣高等法院 92 年勞上字第 64 號判決有所不同，因該判決清楚表示「抵充須經勞工同意」之看法。

中央勞工主管機關又如何看待與解釋自己所訂之勞工請假規則呢？首先，內政部（74）台內勞 337966 號函說道：「...依勞工請假規則第五條規定...上開留職停

<sup>354</sup> 有關勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款的曠工問題，亦請參見林更盛，以勞務給付專屬性之違反作為解僱事由-評最高法院 86 年台上字第 3333 號判決，勞動法案例研究（一），台北：2002 年 5 月，頁 243 以下。

薪期限屆滿仍未痊癒者，雇主可依勞動基準法第十一條第五款規定預告勞工終止勞動契約」，針對類似問題回答之行政院勞工委員會（76）台勞動字 2762 號函亦言：「勞工因普通傷病假逾限，經留職停薪屆滿一年，仍未痊癒者，雇主可終止其勞動契約...如雇主未主動予以終止勞動契約，而勞工確因體能關係請求資遣費離職時，雇主宜本善意對待勞工之原則予以同意，並發給資遣費」。由此可清楚的看到，行政機關顯然有「病假 30 日⇨事假或/及特別休假抵充⇨留職停薪⇨解僱」之邏輯順序的思考，或說：政策主張，這應是行政機關所理解之「勞工因病不能工作之法律處理方式」，在這個順序中，「病假屆滿 30 日」與「留職停薪」，顯然佔有關鍵地位：如果病假屆滿 30 日，則必須啟動接下來之「其他假別抵充」，不論該假別叫做事假、特別休假或留職停薪假，而理論上，如果雇主「配合」的話，也就是說，如果雇主誠願依照勞工請假規則所定之程序來處理的話，那麼會發生雇主行使終止權之時點，便必然要等到勞工留職停薪假屆滿後，當然，前提自然是勞工仍未能痊癒而無法工作。

如前所暗示：當然，如果雇主「配合」的話；讓我們觀察另兩則中央主管機關之函釋：行政院勞工委員會（76）台勞動字 9409 號函：「...勞工依勞工請假規則第五條規定申請留職停薪，雇主得否拒絕，可由事業單位於工作規則訂定，或由勞資雙方於勞動契約、團體協約中預先訂定；若對該項未明文規定者，則於勞工提出申請時，由勞資雙方自行協商」，同年的（76）台勞動字 0177 號函亦言及：「...特別休假依勞動基準法施行細則第二十四條第二款規定應由勞雇雙方協商排定之；惟勞工因普通傷病，擬請特別休假時，雇主宜視實際情形同意之」。這兩則函釋清楚告訴勞動生活的當事人，「雇主並無必須同意勞工所請留職停薪之義務」，所以不但可於相關勞動條件形成形式（勞動契約、工作規則、團體協約）中明定，同時，當然可以拒絕，例如於勞動契約、工作規則、團體協約中規定「拒絕勞工依勞工請假規則第 5 條留職停薪之申請」，這是唯一合邏輯的解釋；換句話說，如果雇主不得拒絕，或不得於該等不同形式中明定拒絕，該函釋斷不能如此行筆。如此說來，後一則函釋應屬同一邏輯下的當然解釋：適用勞工請假規則第 5 條之場合，依其文義，在行政機關的理解下，如果雇主可拒絕勞工留職停薪之申請，則邏輯上亦應得以拒絕勞工之以事假或特別休假「抵充」之，否則無由解釋為何「雇主宜視實際情形同意之」。以此觀之，行政機關所理解之勞工請假規則第 5 條，似乎只是純然的私當事人法律適用上的指導，對勞資雙方並無拘束力；既然無拘束力，則勞工因病之申請免除工作義務（「請假」），一旦逾越法定天數（30 日），就必然要回到雇主單方決定權之行使，雇主自有同意與拒絕之權利，應屬當然。

仔細觀察法院與行政機關對於病假之相關見解，吾人可以發現，兩者基本上均同樣依循如下的理解主軸：

- 勞工並無請已逾 30 日之病假的權利；

- 勞工如必須已請逾 30 日之病假，則雖得以事假、特別休假或留職停薪假代之，然此勞工請假規則第 5 條之規定，性質上應屬行政機關對當事人適用法律上的指導；
- 既屬無拘束力之建議性質的指導，則非勞工之權利，雇主亦無同意之義務；
- 雇主既無同意改以其他假別代之的義務，換言之，只要勞工欲請已逾 30 日之病假，則（似）有直接逕予解僱之權利；
- 勞工必須依雇主所定之請假程式請假，否則縱有正當理由，亦將構成曠職。<sup>355</sup>

#### 中間結論：個人關於爭點的初步評價

所謂的病假，無疑就是「因原則上不可歸責於勞工之傷病事由，致必須請求雇主免除其工作義務，而不成立債務不履行之違反契約效果」，如前所言，國家基於社會國原則之憲法誠命，經常選擇以立法方式明定「雇主特定日數內之免除勞工因病之工作義務的強行義務」，甚至該等日數內之工資效果，<sup>356</sup>以此而言，我國勞動基準法第 43 條，以及依其授權所制定之勞工請假規則相關條文，均係此規範目的下之強行法。然而，勞工請假規則第 4 條第 2 項之「工資折半發給」，性質上固無問題，然同條第 1 項之「一年內合計不得超過 30 日」，搭配第 5 條之規定，進一步在前開法院暨行政機關之推演中，已儼然質變為「病假」之最高標準，而非母法第 43 條所謂之「最低標準」，其差距已顯然不可以道里計。

作者以為，勞工請假規則第 5 條之規定內容，顯然出了嚴重的差錯；理由很簡單：勞動基準法第 43 條所明示之「最低標準」，斷不得演變為「最高標準」，無論基於何一角度，都無法偏離勞動基準法之基本精神與規範目的，妄作如此離譜的法規形成。從勞工請假規則第 5 條的文義，其實吾人可清楚嗅出行政機關之尷尬與猶豫：明明知道在勞工必須請業逾 30 日之病假時，實不應讓雇主得逕予解僱——請注意：係以「再請病假」作為終止事由——，因此只好躡手躡腳、右盼又左顧的作了複雜的法律適用指導，所謂「事假與特別休假的抵充」與「留職停薪之申請」，卻又在必須回答該等規定之法律性質與效力時，不斷的被打回原形，尷尬而復膽怯的輕輕暗示「雇主不需要一定同意」、「但拜託盡量考慮」、「勞工可以試看看」等等云云，而始終不願承認或不明白，其實行政機關的態度已經很清

<sup>355</sup> 當然，如前所述，最高法院 85 年台上字第 1888 號判決似乎有著不同的暗示，然而較新之 97 年台上字第 13 號判決卻明顯的拋棄此傾向，非常強調「須依雇主所定程式請假」之法律效力，或可見最高法院態度之轉變。

<sup>356</sup> 最明顯如德國繼續支付工資法（Entgeltfortzahlungsgesetz）第 4 條第 1 項之「給付勞工主要正常工時之工資」（das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt），即為其適例。

楚的說：「勞工超過 30 日尚欲再請病假，雇主法律上已得行使終止權」，一個當然的連結應是勞動基準法第 11 條第 1 項第 5 款之不能勝任工作；<sup>357</sup>就此，法院進一步的判決闡釋，其實均同行政機關所豎立之軌跡與路徑，因為，法院精準的同時掌握了勞工請假規則留下的應有紋路。

作者以為，在勞動基準法就相關問題無明文規定暨明白授權目的與範圍之情形下，留諸行政機關以法規命令形式定之，不但可能有違形式與實質法治國原則之虞，含糊且理論上有重大疑慮之規定（例如最明顯的勞工請假規則第 5 條），帶來具體權利義務與法律適用之單向指導的相互混淆、適用上之困難與錯置，其結果便是現實勞動生活的畸形發展。也許應該進一步提問：為何勞工請假規則會有如此突兀而違反母法授權目的與範圍之呈現，而行政機關與法院卻又幾無質疑與猶豫的全盤繼受呢？作者的回答是：因為透過勞動基準法之規範內容，包括理論與實務之直接間接形成，我國並未存在一「無勞務提供之工資給付」(Entgelt ohne Arbeitsleistung) 之完整法釋義學體系，包括其中之次類型：「勞工因病所致無法工作之勞務給付障礙」，以及顯然與之有相當關聯之延伸至「勞工個人事由解僱」，致留下了許多灰暗地帶與模糊空間，不但使得行政機關制定命令時，嚴重錯失方向而不自知，也連帶讓法院同樣漫無頭緒的成為共犯結構，令社會國原則下的社會保護，在此形成重大的缺口。

六、德國法考察：「無勞務提供之工資給付」及「不可歸責雙方之給付不能次類型-勞工個人事由」

當前要務，台灣的勞動生活與法制，均需要一完整而正確的「無勞務提供之工資給付」規範體系的認識；究此，德國法制有一定的參考價值。

以德國勞動法釋義學的角度觀之，所謂「無勞務提供之工資給付」體系，得以下表理解之：

「無勞務提供之工資給付」體系<sup>358</sup>

類型	因不可歸責於勞工之個人事由所致之暫時性的勞務給付障礙
	勞工履行公法上義務
	雇主受領遲延
	可歸責於雇主之勞工給付不能

<sup>357</sup> 以勞工生病為由之成立不能勝任工作的解僱事由，實務見解如台北地方法院 91 年勞訴字第 105 號判決；相關學理討論亦參見林更盛，作為解僱事由之「勞工確不能勝任工作」，勞動法案例研究（一），頁 217 以下；劉志鵬，論「勞工不能勝任工作」-最高法院 84 年度台上字第 673 號判決評釋，勞動法理論與判決研究，台北：2002 年 8 月，頁 133 以下。

<sup>358</sup> 此體系主要參考 Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 11 Aufl., München 2005。

國定假日(休假)
因病與因照護、復健
特別休假
教育訓練假
妊娠分娩期間
員工利益代表組織之職務行使
企業危險與勞資爭議危險

如以科隆大學 Martin Henssler/Ulrich Preis 教授 2007 年研究草擬之「勞動契約法草案」為例，<sup>359</sup>其根據現行德國司法實務所形成之體系，將之歸納整理為如下之結構：

Henssler/Preis 版勞動契約法草案之「無勞務提供之工資給付」體系<sup>360</sup>

第 3 節 無勞務給付之繼續給付工資	第 1 目 特別休假與國定假日之無勞務給付	第 41 條	國定假日之工資繼續給付
		第 42 條	特別休假請求權
		第 43 條	身心障礙者特別休假請求權
		第 44 條	特別休假請求權之部分形成與縮減
		第 45 條	喪失勞動能力
		第 46 條	時間狀態
		第 47 條	特別休假之改期
		第 48 條	特別休假期間之勞務給付
		第 49 條	特別休假清償；特別休假工資之返還
	第 50 條	另有約定；其他規定之特別休假	
	第 2 目 病假與醫療或復健期間之無勞務給付	第 51 條	喪失勞動能力之工資繼續給付
		第 52 條	通知與證明義務
		第 53 條	第三人責任時請求權之移轉
		第 54 條	雇主給付拒絕權
第 55 條		醫療或復健之措施	
第 56 條		(略)	

<sup>359</sup> 德國知名之 Bertelsmann 基金會，遂委託兩位在德國勞動法學界有相當學術地位的科隆大學教授，Martin Henssler 與 Ulrich Preis，經過一段時間的研究與草擬，正式於 2006 年 8 月提出「勞動契約法討論草案」，對外發表，引起德國勞動法學界的廣泛討論，同時，大體而言，受到學界普遍正面的評價。在參考同屬科隆大學之 Peter Haunau 教授、Passau 大學 Wolfgang Hromadka 教授及其他多位勞動法學者之具體修正建議，以及特別邀請之哥廷根大學 Rüdiger Krause 教授、漢諾威大學 Roland Schwarze 參與研修小組之討論後，Henssler/Preis 教授再於 2007 年 10 月提出修正過之討論草案第 2 版；相關條文請參見 Henssler/Preis, Diskussionsentwurf, NZA Beilage 1/2007。

<sup>360</sup> Henssler/Preis, ebenda.

第 3 目 其他無勞務 給付情形	第 57 條	受領遲延；企業危險
	第 58 條	個人事由之暫時性勞務給付障礙
	第 59 條	子女與近親照養
	第 60 條	母性保護法之僱用禁止、哺乳與產檢之免除勞務給付義務
	第 61 條	兵役期間之免除勞務給付義務
	第 62 條	其他免除勞務給付之工資繼續給付
	第 63 條	特約排除

從以上兩表所示之「無勞務提供之工資給付」體系，吾人皆可清楚的看到：「不可歸責於勞工之個人事由之暫時性勞務給付障礙」- 明顯的，勞工生病即屬其最重要之類型 -，有其清晰之定位。從理論角度觀之，基於雇主之照顧義務（Fürsorgepflicht），亦即本於「社會保護」之思維，就「不可歸責、但卻來自於勞工（債務人）個人」之不能工作所生給付障礙，即所謂勞務給付之部分不能，應偏離德國民法第 326 條第 1 項之原則，將「對待給付風險」

（Gegenleistungsgefahr）交由雇主承擔。當然，關於勞務給付不能（Unmöglichkeit der Arbeitsleistung）之處理，由於德國並無任何制定法加以明文規範，因此是否應毫無疑問的回歸民法債篇之原則性規定（德國民法第 275 條以下、第 320 條以下），在德國司法實務上向有爭論，不過，今日理論與實務之通說，多本於勞動契約之雙務契約本質，咸認民法之相關規定，原則上亦適用於勞動契約之場合。<sup>361</sup>在體系上，債務人給付不能之類型，可能有自始主觀給付不能、自始客觀給付不能、嗣後主觀給付不能、嗣後客觀給付不能等，究其得否歸責（Verschulden）之不同，復可區別為可歸責於債權人、可歸責於債務人與不可歸責於雙方當事人等，再各自劃分其殊異之法律效果。

2002 年債法修正前的德國民法第 275 條規定的很清楚：「因債之關係成立時之不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務（第 1 項）。債務人嗣後給付不能者，視為債之關係成立時之不能」，<sup>362</sup>也就是說，如果勞動契約亦有此債法原則之適用，那麼，勞工因病而無法工作、無法提供勞務者，勞工

<sup>361</sup> Statt viler siehe MünchKommBGB/Emmerich, Bd. II, München 2007, § 323 Rn. 21f.

<sup>362</sup> 2002 年德國債法現代法施行後，民法第 275 條內容即有相當之修正，其內容為：「給付對債務人或任何人均為不能者，不成立給付請求權（第 1 項）。給付於斟酌債之關係的內容與誠實信用之要求下，將致債務人與債權人給付利益顯不相當之支出者，債務人得拒絕給付。確定債務人之負擔時，得斟酌給付障礙是否可歸責於債務人（第 2 項）。債務人必須親為給付，且斟酌對其給付之障礙與債權人之給付利益，不可期待為給付者，債務人得拒絕給付（第 3 項）。債權人之權利依第 280 條、第 283 條至第 285 條、第 311a 條與第 326 條規定」；相關討論請見黃立，德國新債法之研究，台北：元照出版公司，2009 年 9 月，頁 124 以下。

雖無補服勞務之義務，則是否同時喪失請求對待給付、也就是請求給付工資報酬的權利呢？一項足資比對的線索，無非是「可歸責於雇主之無法受領勞工勞務給付之提出」、亦即所謂之雇主受領遲延（Annahmeverzug）；<sup>363</sup>與受領遲延不同的是，勞工這裡的給付不能，係無可歸責於任一方當事人，那麼，是否依一般給付障礙原則，其法律效果便應與受領遲延有所不同？還是不但同樣不須補服勞務，而勞工卻仍保有對待給付（工資報酬）之請求權呢？

吾人可以看到，重點顯然在於「不可歸責於雙方當事人之給付不能時之對待給付風險」，放入勞動契約的領域來看，亦即勞工之工資風險（Entgeltgefahr），到底應不應該維繫於債法基本原則的問題；關鍵在於德國民法第 323 條第 1 項：「因不可歸責於雙務契約雙方當事人之事由，致債務人給付不能者，債務人不得請求對待給付。一部分給付不能者，對待給付依第 472 條、第 473 條規定縮減之」，易言之，如果同樣作為雙務契約關係的勞動契約，必須一體適用第 323 條第 1 項，那麼答案就很清楚：「勞工因不可歸責於己之事由而無法工作，雖然無須事後補服勞務，但亦不得請求工資」。當然，德國勞動法之發展軌跡，走出了另一條道路：學者 Wolfgang Blomeyer 說的好，從德國民法第 615 條（受領遲延）、第 616 條（勞工個人事由之暫時性給付障礙）規定出發，勞動法領域顯然發展出自己獨特的、迥異於前述債法原則之危險分配模式，也就是創設了勞動法專屬之「依影響領域」（nach Einflusssphären）而劃分之工資風險分擔，<sup>364</sup>易言之，只有在「給付之不能，係『例外地』不可歸屬至勞工或雇主任一方時」，勞工方須依前開民法第 323 條第 1 項之原則，由本人負擔工資風險，而喪失對雇主之工資對待給付請求權。<sup>365</sup>此即為德國學說與司法實務目前之通說。

我們可以從前段最後之提醒出發，進一步觀察到一項重要線索：

- 只要不可歸責之給付不能，是「可以歸屬至某一方的影響領域」，那麼，就由該方負擔工資風險，例如可歸屬至雇主，則勞工仍得請求工資給付；
- 如果不可歸責之給付不能，係「例外的不可歸屬至任一方的影響領域」，

<sup>363</sup> 關於雇主受領遲延的情形，勞工非但無須補服勞務，同時仍享有工資之請求權，蓋此時之給付不能，係屬可歸責於雇主之場合（雇主「受領遲延」），德國法之處理原則相當明確；請參見 Staudinger/Richardi, Berlin 1999, § 615 Rn. 199。事實上，我國民法亦完全同此規定：民法第 487 條「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之」。

<sup>364</sup> 必須提醒的是，這裡的「影響領域」，必須與討論勞資爭議行為時、德國帝國勞動法院與早期聯邦勞動院所秉持之「領域理論」（Sphärentheorie）相區別，因為今天的德國通說已放棄此領域理論，亦即提出新的勞資爭議危險理論（Arbeitskampfrisikolehre），但這並不表示「影響領域」之失去其重要性；相關討論請參見 Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 11 Aufl., München 2005, § 101 Rn. 5。

<sup>365</sup> MünchArbR/Blomeyer, 2 Aufl., München 2000, § 57 Rn. 6。

那麼就回歸民法第 323 條第 1 項原則，由勞工負擔工資風險；

- 尚須注意法律的特別規定。

主要由學說與實務共同發展之「不可歸責於雙方當事人之勞工給付不能」，在前述軌跡線索下，透過實務經驗的累積，已逐步發展出勞動法領域的獨特體系，亦即包括下列三項給付不能之次類型：<sup>366</sup>

- 企業與經濟所致之給付不能（betriebs- und wirtschaftsbedingte Unmöglichkeit）；
- 勞工個人事由所致之給付不能（personenbedingte Unmöglichkeit）；
- 偶然所致之給付不能（zufallsbedingte Unmöglichkeit）。

在德國法制中，勞工病假之問題，即屬前述「勞工因個人事由所致之給付不能」的主要類型；值得注意的是，德國民法亦將之納入為第 616 條前段之明文：「受僱人因不可歸責之自己之事由，於非相當期間內無法服勞務者，不喪失工資請求權」<sup>367</sup>。當然，如何理解德國民法第 616 條之規範目的，從早期之來自社會保護之觀點、強調雇主照顧義務的看法，<sup>368</sup>到今日漸成主流之來自民法基本原則「不重要之給付瑕疵不影響對待給付」（minima non curat praetor）的看法，<sup>369</sup>學說上之發展迭有演變，然而，本於諸如勞工生病之不可歸責事由，當不影響勞工之對待給付請求權的基本意旨，則可確定。誠然，為相對減輕雇主之工資負擔，德國立法者再制定所謂繼續支付工資法（Entgeltfortzahlungsgesetz）而加以明定，然而，規範目的同樣未變，非常明確。

本文並非詳細分析德國民法第 616 條內容的適當之處，僅以下表陳列該條之重要構成要件要素：

德國民法第 616 條「本於勞工個人事由之給付障礙」構成要件體系<sup>370</sup>

個人事由與勞務給付障礙之因果關係	所謂「唯一原因」（Alleinige Ursache）學說
個人給付障礙事由	非客觀性或普遍性障礙
	該事由使勞工「不能」或「無法期待」其提供勞務
	該障礙係無法避免

<sup>366</sup> 整個體系性的列舉說明，可參見 Blomeyer, ebenda, § 57 Rn. 18ff., 22ff., 28。

<sup>367</sup> 德國民法第 616 條之內容，請參見 Staudinger/Richardi, § 616，或簡略者如 Däubler, Arbeitsrecht, 4 Aufl., Ffm. 2002, Rn. 770ff.。

<sup>368</sup> BAG GS AP Nr. 22 zu § 616 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 616 BGB.

<sup>369</sup> 詳細分析請見 Staudinger/Richardi, § 616 Rn. 9ff., 15ff.。

<sup>370</sup> Vgl. Schaub, a.a.O., § 97 Rn. 4ff.

	常見爭議：家庭、宗教事由
不可歸責之給付障礙	非因勞工故意或重大過失所致
給付障礙之期間	「比例上非相當期間」(verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit)
	學說爭論：「事件」或「雇主負擔」導向的「比例上不相當」
通知與證明義務	學說爭論：雇主得否規定一定之通知與證明程序或程式

當然，德國民法第 616 條有關勞工病假之適用上，仍有許多釋義學上的問題，諸如：

- 因果順序審查：傷病⇒不能工作⇒提供勞務障礙，三者缺一不可且須前後具有因果關係；
- 有關傷病之定義，傷病原因之原則上不具重要性（重要爭議：自殺未亡或從事危險運動），狹義與廣義之不能工作（門診與住院治療之區別），所謂「量與質之部分不能工作」的差異等；
- 得否歸責於勞工之重要爭議類型：例如 AIDS、毒癮/藥癮/酒癮、醫療診治方式選擇、自殺、職業災害、從事副業或兼職所致意外、通勤意外、體育活動意外等，

均有其相當之討論價值，惟限於篇幅，也基於與本文作為判決評釋之差距，僅此省略。<sup>371</sup>惟就本文所探討之判決而言，德國法制仍有兩點應進一步探索之處。

首先是勞工請病假之報告義務（Krankmeldung, Meldepflicht）問題：不論是否本於德國繼續支付工資法第 5 條之「勞工有立即向雇主報告因病而無工作能力之義務」，依履行契約之誠信原則，亦應認勞工有此報告義務，同時提出必要之證明文件。<sup>372</sup>然而，依德國通說與司法實務見解，單純的違反此報告義務，並不能作為一般或特別終止之事由，而是必須明確的重複違反雇主之警告，亦或其義務之違反明顯影響企業之生產過程，甚至造成一定的損害，方有成立合法終止事由之空間。<sup>373</sup>此點對本案有其重要性：德國法制理解下之勞工病假，重點在於「勞工須證明其一定期間內喪失工作能力並立即報告雇主」，而非「請病假並須獲准」；再者，即便違反雇主所定之請假程式，亦非當然構成終止事由，同樣的，重點仍不在於違反相關程式規定，而是在於「其義務之怠惰造成企業生產過程之不當影響」，易言之，關鍵在於「違反程式所產生之實質不利益」，而非「違反程

<sup>371</sup> 相關討論請見 Schaub, a.a.O., § 97 Rn. 5ff.; Staudinger/Richardi, § 616 Rn. 182ff.。

<sup>372</sup> Hummel, Krankheit und Kündigung, 2 Aufl., Ffm. 2004, S. 88ff.

<sup>373</sup> Vgl. BAG vom 16.8.1991 – 2 AZR 604/90 = NZA 1992, 130; Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchG, 6 Aufl., Ffm. 2004, § 1 KSchG Rn. 216.

式」本身。<sup>374</sup>

其次，眼觀我國實務界「超過 30 日之病假即得加以解僱」之解釋傾向，德國法制顯然有截然不同的脈絡發展。德國聯邦勞動法院對此推行出所謂的「三階段理論」(3-Stufen-Theorie)：得否因勞工之傷病而終止勞動契約，須有三個階段之判斷，包括第一階段「對傷病未來發展之預測」，第二階段「審查是否存在『因勞工未來傷病狀況所可能造成企業利益明顯之危害』」，以及第三階段「利益衡量」，必須考量傷病情狀、勞工個人處境、企業結構與經濟負擔、基於最後手段原則所生雇主處理措施之成本等，作是否予以解僱或為其他較輕手段選擇之決定。<sup>375</sup>同樣的，斷不可能單以「請病假已逾特定日數(30日)」，作為解僱之理由。

#### 七、比較法之借鏡-回答病假問題 4 項爭點

從前述德國之法制經驗，應可得到下列之重要啟發：

- 法制上，至少理論上應嘗試建構清晰之「無工作但有報酬」、「不可歸責於勞工之個人事由致不能工作所生勞務給付障礙」的處理體系；
- 「因病所致勞工個人事由之解僱」，與前述之體系，法制與理論上都應有清楚的分隔與聯繫，不能粗糙而模糊；
- 法制上或可盡可能細緻化「無工作但有報酬」體系內之「繼續支付工資/對待給付請求權之行使」的構成要件要素(例如我國勞工請假規則第 4 條第 2 項)；
- 所謂「最高得請病假日數」之規範方式，顯然有其問題，特別是勞動法令作為單向強行禁止，也就是作為勞動條件最低標準之性質下，恐無法以此內涵建構之；
- 法制上或至少理論上，應清楚界定勞雇雙方應有之權利與義務，例如通知與證明義務、雇主無正當理由不得拒絕請假等事項。

在作者前述之理解下，僅以此試圖回答前所列舉之病假相關問題 4 項爭點：

(1) 如何解釋勞工請假規則之「(普通傷病假)一年內合計不得超過 30 日」？  
回答：30 日應與勞工請假規則第 4 條第 2 項之「工資折半發給」一併考察，作為法定「病假繼續支付工資額度」之最低基準。不應將 30 日解為「勞基法所容許之病假最上限」，並連結至一定的法律效果(例如：雇主取得勞動契約終止權)。如立法上確有前意，非但規範內容應相對清晰，同時以無明確授權目的與範圍之法規命令(現行勞工請假規則)形式定之，應認有違法治國原則。超過 30 日之

<sup>374</sup> Siehe BAG 15.1.1986 EzA § 626 BGB n.F. Nr. 100 = AP § 626 BGB Nr. 93.

<sup>375</sup> 相關討論請見 Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., München 2002, Rn. 1214ff.。

上限後，有因病不能工作且造成給付障礙之事實，勞工仍得請病假。

(2) 如何解釋勞工請假規則之「經以事假或特別休假抵充後仍未痊癒者，得予留職停薪」？回答：理論上，特別休假與此「不可歸責勞工個人事由之給付障礙（如病假）」，性質雖相近，但功能與目的均不同，應解為任意規定，不得定性為「雇主之權利」、「勞工病假超過 30 日後之半強迫義務」。所謂留職停薪，性質上應屬勞動契約關係之中止、特別是雙方主給付義務，與「因病不能工作」原則上無涉，此應由勞雇雙方合意，不應解為「雇主單方准駁權利」，行政機關之解釋傾向原則上雖正確，但勞工請假規則之此明文，恐有紊亂「因病不能工作致勞務給付障礙」之釋義學體系之虞，提供錯誤之法律適用見解與建議。行政機關是否有意藉由勞工請假規則第 5 條明文，使其作為「解僱最後手段原則」之例示？又能否達成其目的與功能？有無違反法治國原則之疑慮？均有待澄清；惟一足資肯定的是，以現行勞工請假規則之內容，無法達成目的。

(3) 勞工請假規則之相關規定，如何與學理上所稱之「因勞工生病之不可歸責於個人事由之雇主終止勞動契約」（可能制定法依據：勞基法第 11 條第 5 款之「勞工不能勝任工作」）分隔與連結？回答：必須依循前述兩項爭點之脈絡，相當程度將勞工請假規則與勞基法之「不可歸責之勞工個人事由終止」相互區隔。可能的做法，係參照德國聯邦勞動法院所發展之三階段理論，「過去之病假狀況」僅是判斷第一階段「對傷病未來發展之預測」之相關參考指標而已，且非最重要與核心之參考指標（「未來」而非「過去」），不應產生滿足或推定構成要件之涵攝結果。

(4) 「勞工請假未符雇主所定必要程序與程式」，有無仍生合法請假之效力？回答：參酌德國通說，法律上既未規定，亦未賦予雇主制定「具有拘束力之特定請假程序與程式」以及「違反該程序與程式之法律效果」的權限，則即便勞工請假未符雇主所定程序與程式（例如請假單、特約醫師診斷證明），並不影響「不可歸責之勞工個人事由所致給付障礙之工資請求權」的成立。特別在勞基法第 12 條第 6 款「無正當理由（繼續）曠職」要件之涵攝上，不應受「雇主所定請假程序與程式」之影響；就此而言，本案件第一審判決之見解可資贊同，最高法院 97 年台上字第 13 號判決難以贊同。

當然，本案可能尚有其他值得討論的事項，例如探討勞工「歸責」（Verschulden）與「證明義務與舉證責任」（Beweislast）之問題；也就是說，是否參照德國法理，勞工應提出相關傷病證明，如認（a）該傷病可歸責於勞工，或（b）該傷病未達使勞工不能工作之結果，或（c）勞工不能工作並未導致勞務給付障礙，方應由雇主負舉證責任，亦值思考。<sup>376</sup> 以此而言，本案 A 勞工客觀

<sup>376</sup> Vgl. Staudinger/Richardi, § 616 Rn. 474ff.; Hummel, a.a.O., 94ff., 100ff.

上明確之醫療事實，縱未完全依雇主所定之請假程式請假，然亦應認有正當理由，非但雇主無實質意義之准駁請病假之權限，同時在有疑義時，亦應參酌德國法理，由雇主來負相反事實之舉證責任，事理至明。

## 八、結論

勞動基準法第 43 條授權中央主管機關所制定之勞工請假規則，其第 4 條、第 5 條有關病假之明文，非但有違母法授權目的與範圍，同時牴觸憲法社會國原則保障之意旨，應予修訂。

我國法制與理論上，均須思考建立一完整而清晰之「無勞務提供之工資給付」體系，有關「不可歸責於勞工之個人事由所生給付障礙」 - 病假顯然是其中核心之例，即應在其中妥適尋覓其定位。法制上縱使可定其最低標準與工資給付標準，但仍應明確化其法釋義學上的性質與內涵。雇主因勞工生病而行使終止權，制定法基礎為勞動基準法第 11 條第 1 項第 5 款，與前述勞工請假規則無關；勞工請病假之狀況，參酌德國法理，至多僅能作為判斷得否解僱之第一階段的考量依據，不但非屬關鍵地位，尤不能在法律上將之解為解僱之法定事由。

## 第四節 特殊問題：勞動基準法第 84 條之一的責任制工時

亞洲人用不正當手段霸佔世界市場 - 他們居然在工作時間內工作...

Ephraim Kishon，以色列作家，1924-2005

勞動基準法工時一個相當重要的問題，弔詭的是，它卻非座落於工時章中的規定，即是所謂責任制工時制度，這在目前台灣的實際勞動生活中非常的重要，以下僅對之為理論性之探討，特別是將焦點放在「勞雇約定以脫免工時章一般規定適用」之範圍上。

一、問題意識：勞基法第 84 條之 1「勞雇約定」，是否包括團體協約？

勞基法第 84 條之 1 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」，此即一般學理所稱之責任制工時<sup>377</sup>。

蓋於特殊之產業或工作類型中，如強令雇主與勞工仍須遵守勞基法第 30 條以下之工時限制，不論是一般工時、延長工作、休例假或女性夜間工作，將顯然有礙於該產業部門或特定工作之合法正當目的達成，進而形成學理上所說「可能對企業之人力管理造成窒礙難行」<sup>378</sup>，實務上最典型者即如條文中所列舉之監督人員、管理人員或監視性、間歇性之工作等。然而，法律上縱使容許得脫免一般工時限制之適用，但並非表示勞工即完全無須保障，是以立法者參酌日韓等國之立法例<sup>379</sup>，明定適用責任制工時之三項基本要件，包括：「經中央主管機關核定公告之工作者」、「勞雇雙方須另行以書面約定工時、休例假、女性夜間工作」、「報請主管機關核備」，易言之，必須存在一經行政權所核可之「勞雇雙方替代性工時約定」，方得容許勞資雙方適用此責任制工時，這是理解上非常關鍵的一點。

好了，問題看來似乎簡單：只要經中央主管機關核定公告之工作者，基本上法律就容許一定程度抵觸作為強行公法性質之勞基法工時規定 – 包括工時、休例假與女性夜間工作限制，只要「勞雇雙方另以書面約定」，而且經主管機關核備。在此，「書面」要式不難，「核備」要件也明確，只是「勞雇雙方」所為何指呢？語意上觀之，它可能有個別法與集體法上的不同意涵與指涉，諸如：

	個別勞工	勞工代表	勞資會議	工會
個別雇主	I	II	-	III

<sup>377</sup> 相關討論請見劉志鵬，論工作時間等規制之除外適用——台北地院七十九年度勞訴字第○一六號判決評釋，勞動法裁判選輯，頁 21 以下。

<sup>378</sup> 邱駿彥於台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望，第 2 版，2009 年 9 月，頁 388。

<sup>379</sup> 台北地院 79 勞訴 16 判決特別提到這點。

勞資會議	-	-	IV	-
雇主團體	-	-	-	V

任何熟悉勞動法之人，都完全清楚前表中的羅馬數字所指為何：如果暫時拋開法律性質上可能混淆不清之 II - 勞工選出代表與個別雇主協商，單就我國現行法制所承認之勞資約定制度來看，便可能有下列四種形式：

- I：勞動契約，
- IV：勞資會議決議，
- III、V：團體協約。

## 二、個案引子：最高行政法院 98 年度裁字第 400 號裁定

究竟在上表的 III 與 V 兩個象限中，勞基法第 84 條之 1 的所謂「勞雇雙方另行約定」，是當然包括、抑或當然排除？前者固無問題，因為它似乎可從語意暨文義解釋上得到支撐，則後者的選擇無疑就饒富趣味了：如果說工會與雇主/雇主團體不會是、不能是本條的勞雇雙方，而該條所稱約定，也就合乎邏輯的不可以是團體協約，那麼，就必須要有其他堅強的理由加以論證與合理化，並且直接了當的說：不是雇主，而是工會 - 顯然這是最關鍵之差異點 - ，不可以介入責任制工時的形成。我們手頭上，正好有一終審法院的案例來印證：最高行政法院 98 年度裁字第 400 號裁定。

案件事實摘要是這樣的：X 航空公司僱用之勞工即飛機駕駛 Y，有每日連續飛行時數超過 12 小時之情事，X 又未依勞動基準法第 84 條之 1 的規定，就工作時間一事與員工另為書面約定（約定僱用之勞工每日工作時數可超過 12 小時），經台北市政府勞工局認定違反勞動基準法第 32 條第 2 項之規定，是依同法第 79 條第 1 項第 1 款加以裁罰。X 略以：Y 之實際工作時數並未逾 12 小時，行政機關在計算時並未扣除等待及飛航中之休息時間，已有錯誤，而交通部制定之飛航管理規則，皆允許調整飛航機師之執勤時間，再者，即使本案有勞動基準法第 84 條之 1 規定之適用，勞雇雙方須另行約定工作時間等內容，並報請主管機關核備，則 X 與工會 Z 所簽立經行政院勞工委員會認可之團體協約，其中第 29 條既針對工作時間有所明定，則行政法規應報請地方主管機關核備之事項，若因其他法令規定而已報請更高一級之中央主管機關進行實質審核後予以認可，應認該認可程序得以取代地方主管機關認可之程序等為由，以台北市政府為被告，向台北高等行政法院提起撤銷原處分之訴，經該院於 96 年 5 月 31 日以 96 年度簡字第 49 號判決駁回原告之訴，X 遂再以相同理由提起上訴，經最高行政法院以 98 年度裁字第 400 號裁定，認上訴意旨所指摘者並無涉及法律見解有原則性之情事，未符行政訴訟法第 235 條所定，對於適用簡易程序之裁判提起上訴或抗告，須經最高行政法院許可，且該許可以訴訟事件所涉及之法律見解具有原則性

者為限之明文，駁回其上訴。

如前所述，最高行政法院最後雖以「無涉法律見解有原則性情事」為由，程序上即駁回上訴，然而，就許多實體法上—不論係行政法或勞動法—的重要爭點，法院其實均有相對具體而清楚的回答，整理起來包括下列數點：

- A. 監視性、間歇性或其他性質特殊工作，雇主延長每日工作時間超過 12 小時，依勞動基準法第 84 條之 1 規定，須在「勞雇雙方另行約定」並「報請當地主管機關核備」二項要件具備下，始不受同法第 30 條以下有關工作時間規定之限制，此為貫徹法律保護勞工權益意旨之強制規定，「自不得以本條未規定之『工會同意』，如：雇主與工會簽訂團體協約，取代上開要件」。
- B. 團體協約之約款事項不包括勞動基準法第 84 條之 1 之特別約定事項，此工時事項必須勞雇雙方另為特別協議且踐行獨立之核備程序，此乃基於法律體系上之當然解釋。故上訴意旨以上述勞動基準法第 84 條之 1 規定「核備」之意義及效力，及經中央主管機關備查之團體協約，其效力高於報請地方主管機關核備之事項，而可取代須經地方主管機關許可之程序...自無所涉及之法律問題意義重大，有由本院加以闡釋必要之涉及法律見解原則性情事。
- C. 依民用航空法授權訂定之飛航管理規則，與勞動基準法之立法目的及規範對象不同，不具有特別法與普通法之關係，況飛航管理規則亦無明定每位駕駛員每日工作時間得超過 12 小時。
- D. 上訴人前與空勤組員之間簽訂之「聘僱契約」及「空服員派遣原則」，均未經當地主管機關核備，上訴人關於正常工作時間、延長工作時間，仍應依勞基法第 30 條、第 32 條之規定辦理。
- E. 上訴人與工會簽訂之送行政院勞工委員會核備之 X 航空股份有限公司團體協約第 29 條，僅約定飛機駕駛空勤作業之每月計畫總飛行時數為 70 小時，另約定有關工作時間之分配悉依勞動基準法規定辦理，亦即仍應受勞動基準法第 32 條規定之限制。

### 三、問題爭點：何謂正確的體系理解與體系解釋？

當然，這個問題引子涉及其他與前述核心爭議無關的一些工時問題，例如民用航空局依授權訂定之飛航管理規則，是否確實容許飛航機師無須遵守勞基法工時規定（答案是沒有），又勞雇雙方之勞動契約，有無內含勞基法第 84 條之 1 所稱之特別約定（顯然也沒有），以及雇主與工會所締結之團體協約條款，是否確有針對勞基法第 84 條之 1 的要件，亦即因排除同法第 30 條之下之工時限制規定，而必須、且事實上已為特別約定之內容（很清楚的，完全沒有）。換言之，即使法院對於他所稱之「有原則性之法律見解」，有著不一樣的相反看法，但就上訴人撤銷訴訟之結果應該完全相同，無分軒輊：道理很簡單，即便法院認為團

體協約可以視為勞基法第 84 條之 1 的「勞雇雙方另行約定」，也會因為團體協約事實上沒有對此有所約定（內容僅為「每月計畫總飛行時數為 70 小時」），而民航局所訂定之飛航管理規則，不但同樣沒有對此事項確有明定，更絕非勞雇約定可言，是以，作為上訴人之受裁罰的航空公司，必然要同受敗訴裁判的一樣結果。

另一雖非法院裁定重點，但在勞動法學上卻別具意義的問題是：待命時間，或就本案而更聚焦的說：於飛機上的待命/休息時間，究否列入工作時間計算範圍，而可能受有法律限制之問題？這個脈絡的形成很簡單：雖然基於飛航工作之特性，得以納入勞基法第 84 條之 1 的所謂責任制工時適用之列，然單純之業經中央主管機關核定公告，並不即得排除諸如同法第 30 條、第 32 條之工時限制，而是仍須符合「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」的要件。承上，不論依循飛航管理規則、勞動契約與團體協約之軌跡，既然都無法認係已另有約定，邏輯上復當無報請主管機關核備之可能，則雇主要不受因違反第 30 條以下之行政罰，將僅剩唯一的可能：實際飛航時數並未逾法律所限，不論是第 30 條的 8 小時或第 32 條的 12 小時。此一問題在本事件中其實相當重要，因確有飛航人員以此為據，主張雇主違反勞動法令，而依勞基法第 14 條第 1 項第 6 款之「雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者」，終止勞動契約並請求資遣費之給付；依一般經驗法則暨台灣勞動生活之現實來看，作者推斷，或有可能因勞工準備自行終止契約，遂以此為由請求主管機關勞動檢查，致後來遭認定違反規定而裁罰，方有目前看到之行政訴訟的過程。關於本事件緊密關聯之民事訴訟，作者針對其第三審判決（97 台上 2591）著有簡評<sup>380</sup>，亦請參酌，從比較法角度觀察，無論是德國法上有關 *Bereitschaftsdienst*，或是日本法上類似問題之「指揮權說」與「說」的討論，亦均有相當的參考價值<sup>381</sup>。最高法院所謂「尤其現代長途飛行實際工作與其輪休之場所無從為嚴格之區分，自不能單從計算酬金之時間，反推其即係工作時間」之傾向，而認該段休息/待命期間不得列入工作時間計算，事實上對行政爭訟的部分亦有其重大意義，雖然說，行政法院並未真正的碰觸此爭點。

囉嗦了一堆，也該走到爭議問題的核心：就作者之觀點，本案最重要的爭點，其實是一嚴肅的法律適用問題：「雇主與工會所締結之團體協約，是否該當勞基法第 84 條之一之『勞雇雙方另行約定』的要件」，簡言之，「團體協約到底是不是勞雇約定？」，方是本案最值得探索之處，雖然，此爭點事實上於本案之結果並無決定性之影響，蓋即便答案肯定，亦會因所涉團體協約並未就該等事項另有約定，而致雇主得到相同之敗訴結果。就此問題而言，顯然，法院的看法是否定

<sup>380</sup> 林佳和，待命時間應否為工作時間之認定 - 97 台上 2591，台灣法學雜誌第 122 期，2009 年 2 月 15 日，頁 175-176。

<sup>381</sup> 德國法部分請參見 BAG 18.2.2003 E 105, 32 = NZA 2003, 742; 10.1.1991 AP MTB II Nr. 4 = NZA 1991, 516; ErfK/Wank § 2 ArbZG Rn. 28。日本部分請參閱

的，理由很簡單：

- 如果團體協約可以是，則法律應該明文列出；可對比者如勞基法第 30 條第 2 項、第 30 條之 1 第 1 項、第 32 條第 1 項、第 33 條之文字，該等條文皆清楚列明「經工會同意」、「會商工會」等文字，是以同法第 84 條之 1 既明定「勞雇」，未有「工會」或「以團體協約」之文字，則依「體系解釋」的結果，此處之「勞雇」當指個別雇主與勞工。

行政法院的這項見解，依作者之見，無疑值得商榷。首先，即便運用法院所特別提及之體系解釋，未必能得到如此的結論。由於勞基法第 84 條之 1 的主要規範效果，係排除同法工時章包括工作時間、例假、休假、女性夜間工作等之限制，是法院認理所當然的，必須將第 84 條之 1 的責任制工時規定與工時章之條文作一體性的解釋，而相關條文（第 30 條第 2 項、第 30 條之 1 第 1 項、第 32 條第 1 項、第 33 條），既均明確使用「工會」之文字，則第 84 條之 1 的「勞雇」，自不包括工會在內，則「勞雇雙方另行約定」便當然的不能涵及以工會為當事人所締結之團體協約。法院之說法看似有理，合乎邏輯，但卻忽視了一項更關鍵的核心問題：如果兩者的指涉原本不一，可能不一，又何來一體性的所謂體系考察呢？面對這樣的問題，我們必須直指真正重要的體系，一個正確的工時規範體系。

#### 四、工時規範體系的觀察：我國勞基法第 84 條之 1 應有座落

或許更重要的基本功是：究竟吾人理解中的工時規範體系為何？而我國勞基法第 84 條之 1 責任制工作，又該有如何之座落？

作為勞動契約必要約定內容（*essentialia negotii*）之工時，結構上包括兩大部分，所謂工時之長短（*Dauer*），以及工時之狀態、或說配置（*Lage*）；前者基本上屬於勞動契約必要約定事項，雇主不得以指示權之方式逕行指定之，但後者則顯然不同，原則上雇主有一定程度之單方指定權（*einseitiges Bestimmungsrecht*）當然，基於保障勞工身心健康與踐行社會文化家庭生活等之故，國家之強行法通常會設下界限，以避免雇主之指定侵害勞工權益。從工時之長短與狀態/配置出發，搭配我國勞基法現有之規範條文，我們可以看到如下表所述之工時規範結構<sup>382</sup>：

結構	內容	類型	勞基法規範
----	----	----	-------

<sup>382</sup> 此處結構是作者參考以下之著作自行整理而來：Däubler, *Tarifvertragsrecht*, 3 Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 681ff.; MüArbR/Reichhold, 3 Aufl., München 2009, § 36 Rn. 59ff.; Kelm, *Arbeitszeit- und Dienstplangestaltung in der Pflege*, 2 Aufl., Stuttgart 2003, S. 67ff.; Neumann/Biebl, *Arbeitszeitgesetz*, 13 Aufl., München 2001。

工時長短	工時基本類型	完全工時	第 30 條以下	
		部分工時	無 + 透過解釋	
	一般工時		第 30 條、第 84 條之 1	
	延長工作	一般	第 32 條	
		特殊原因	第 33 條、第 40 條、第 41 條	
	區別工時組		-	
	短工（無薪假）		-(就業保險法第 12 條僱用安定措施)	
彈性工時模式	工時帳戶	-		
	長期休假	-		
工時狀態	休息	一般	第 35 條	
		例假	第 36 條	第 84 條之 1
		休假	第 37 條	
		特別休假	第 38 條	
	較低勞動強度工作	待命工作一	-	
		待命工作二	-	
	輪班工作		第 34 條	
	夜間工作		第 49 條、第 84 條之 1	
	周末工作		-	
	特殊原因工作		-	
	彈性工時模式	移動工時	-	
		召喚工作	-	
變形工時		第 30 條、第 30 條之 1		
工時帳戶		-		
長期休假		-		
責任工作		-		

從上表的結構中，其實吾人可找出勞基法第 84 條之 1 的應有座落：道理很簡單，該條所明白列舉之「工作時間、例假、休假、女性夜間工作」，所謂「不受勞基法相關規定之限制」，如比對上表，便可發現，這四項可能分別落入「工時長短」與「工時狀態」中，簡單的說，它直接帶來兩層效果：

- (1) 勞動契約之工時長短可另為約定，無須受勞基法定最高工時之限制，雖然 – 不論基於何種理由與考量 – 似不可能得出「則毫無限制」的解釋結果；這個疑慮顯然可藉由主管機關之核備手段加以控制。
- (2) 其次，關於工時狀態的其他三項，雇主之單方指定權將更為自由，因為已擺脫勞基法之直接限制，雖然 – 本於同樣的道理 –，解釋上不能說是「則毫無限制」。

當然，在上面工時規範結構表之觀察中，第 84 條之 1 還是有可能涉及其他之問題，例如亦當有彈性工時模式實施的餘地與空間；這些是題外話，不是本文所要處理之爭議的核心關鍵。企圖回答「究竟第 84 條之 1 的勞雇約定，可否為團體協約？」之提問，這樣的體系座落很重要，因為我們當繼續延伸下去：如果責任制工時鬆動了工時長短與狀態的規制強度，重新回到「約定」(Vereinbarung)與「指定」(Bestimmung)的層次，那麼，團體協約是否絕無容身之地？

#### 五、責任制工時的真正實踐：以德國團體協約為例

其實應該是勞動法的 ABC 吧！？這樣的提問，基本上就是荒誕不經的，因為，無論工時長短或工時狀態，團體協約當然都可以著力，甚至是最能夠發揮保護勞工之形成手段，而顯然，勞基法第 84 條之 1 的情形，正是勞工之時間主權深受不當影響、而法律保護管制卻又必須退卻的場合。

更重要的一點是：勞基法第 84 條之 1 的「勞雇約定」，至少在工時長短的問題上，既然指涉者係勞動契約內容的形成，則論理上如何能避免重要、甚至規範性上多所期待之團體協約形成手段呢？這毋寧應是團體協約的勺勺吧：雇主或雇主團體與工會締結之團體協約，得包括所謂的法規範效力部分與債法效力部分條款，共同構成團體協約的兩大內容。法規範效力條款，主要是制定有關勞動條件的內容，可能涉及的範圍有勞動關係的三類條款：第一類是勞動關係內容條款，例如工資、工時、津貼、休假；第二類是勞動關係訂定條款，內容包括僱用或不僱用特定勞工的約定，例如要式規定、禁止僱用、僱用要求等；第三類是勞動關係的終止條款，內容可能涉及解僱預告期間、解僱要件、資遣費、退職金等。法規範效力部分亦可能涵括非直接屬於勞動關係的事項，例如工作規則、企業職場的其他集體性規範等。該等條款之所以稱之為「法規範效力」，主要是團體協約之當事人團體，制定了直接拘束其個別成員（工會會員或個別雇主）、也就是「第三人」之權利義務事項，對該等成員而言，團體協約之此類條款，效力形同法律規範，因此學理上概稱為法規範效力部分/條款，以資區別僅拘束締結團體協約之當事人團體的債法效力條款<sup>383</sup>。我國團體協約法第 19 條前段規定，團體協約所定勞動條件，當然為該團體協約所屬僱主及勞工間勞動契約之內容，亦即法規範效力條款的明文。好了，吾人可以清晰的看到：「作為勞動關係內容之工時」，當然可以是團體協約的內容，而且是對協約關係人效力形同法律之直接作為勞動契約的內容，別無其他。

也許我們可再從兩方面來看看德國的協約實務：德國團體協約如何著墨於工

---

<sup>383</sup> 簡要說明請見 Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6 Aufl., München 2008, S. 365ff.。中文文獻請見劉士豪，團體協約法修正後的分析，法學新論第 9 期，2009 年 4 月，頁 1 以下。

時？以及，如何致力於諸如我國勞基法第 84 條之 1 的特殊情形。首先，Hermann Reichold 在「工時範圍之約定」的論述上，將團體協約列為重要形式，並且指出，包括每週正常工時（例如目前落實於公部門的 38.5 小時），每日每月或甚至每年工時，輪班制，延長工作，移動工時或工時帳戶制，待命工作，召喚工作等工時模式，以及相關之給薪或補休等，都是團體協約主要之內容，並且以德國聯邦憲法法院之話說：規範「每一工時單位給付之工資」（Arbeitsleistung pro Zeiteinheit gegen Arbeitsentgelt）之核心勞動條件，是基本法第 9 條第 3 項之同盟本身的責任<sup>384</sup>，而德國的勞資雙方也確實利用協約機制，實現了這一項任務<sup>385</sup>。Detlef Hensche 甚至直言，協約實務上最激烈的，以爭議行為爭奪最令人印象的，正是有關工時之縮短與分配的問題<sup>386</sup>；Wolfgang Däubler 亦分析道：面對企業所極力推動的工時彈性化，團體協約亦當不能置身事外，例如最高與最低工時界限，以及一定期間內之工時結算歸零（廣義的變形工時），或甚至直接針對限制延長工作、延長特別休假、限制周末與夜間工作上，亦從未停止努力過，處處可見工會藉由團體協約機制之規範痕跡<sup>387</sup>。我們幾乎可以這麼說：前述所列之工時規範體系表，所有看到的工時模式，不論是工時長短或狀態，至少在德國的實踐經驗中，都是團體協約的具體成果，法律的規範則經常是嗣後制定或明確訂定框架基礎之用，而非倒過來。

從另一角度來看，諸如我國勞基法第 84 條之 1 的特殊工時，德國協約實務上亦當不乏其例。就以我國常見之護理人員是否應適用責任制工時為例說明吧 - 眾所周知，目前中央主管機關針對特殊工作者已作有公告納入<sup>388</sup>。從德國經驗來看，在工時法（AZG）有關之規定下，醫療院所護理人員之工時問題，主要還是藉由團體協約來加以形成，這一點特別重要，因為德國工時法本身就含有許多護理人員可以例外排除適用之規定<sup>389</sup>；如以 2006 適用之公部門勞工團體協約-醫院（TvöD-K）為例<sup>390</sup>，針對護理人員便有如下之規定<sup>391</sup>：

<sup>384</sup> BVerfGG 24.4.1996 E 94, 268(283) = NJW 1997, 513; MüArbR/Reichhold, § 36 Rn. 83.

<sup>385</sup> Schoof-Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Ffm. 2001, § 35 Rn. 24f.

<sup>386</sup> Hensche-Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2 Aufl., Baden-Baden 2006, § 1 Rn. 477.

<sup>387</sup> Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 679f.

<sup>388</sup> 例如 87 年 9 月 15 日勞動二字第 040777 號函公告之醫療保健服務業部分場所及人員。

<sup>389</sup> 例如德國工時法第 5 條第 2 項與第 3 項、第 7 條第 2 項第 3 款、第 10 條第 1 項第 3 款、第 14 條第 2 項第 2 款等。

<sup>390</sup> 在性質上，此協約是屬於所謂的邦公部門勞工團體協約。2003 年 1 月，德國公部門勞資雙方之許多代表團體，共同研議而達成共識，簽署所謂的「波茲坦程序協定」（Potsdamer Prozessvereinbarung），雙方合意共同推動公部門協約體系的改革，自此組成一協商委員會，四個工作分組（基本、工資、工時、歸屬分類），五個特殊部門小組（公行政、醫院、儲蓄銀行、機場、垃圾清運），展開長達 25 個月的協商，最後終於在 2005 年 2 月 9 日，簽署所謂的「公部門勞工團體協約」（TVöD），惟簽署之資方，僅限於聯邦雇主團體（BMI）與鄉鎮自治團體雇主團體

- 每週工時，在德西地區為 38.5、德東地區則為 40 小時，每週工作日 5 日，但基於特定之醫院或職務上事由，經安排為輪班者得為 6 日，整體實施彈性工時 – 特別在醫院常見之待命與召喚工作之情形下 – 均衡歸零期間為一年（協約第 6 條），除此之外，每日平均工時為 8 小時；
- 工作負荷特別重之特殊護理人員，例如持續性之輪班或夜班者、精神醫學或重度身障者部門之工作者等，再規定更有利之工時範圍（第 6 條第 1 項）；
- 針對醫療院所最特殊之待命工作，本協約分為所謂的三階段模式（dreistufiges Modell）（第 7 條以下），分別為：

基本模式	每日工時，C 與 D 類待命可到 13 小時，A 與 B 類則可至 16 小時，在工時均衡歸零期間內，每週最高仍不得超過 48 小時，每日超過 8 小時之部分絕對必須為待命工作，不得為一般工作工時，法定之休息時間仍須遵守
開放模式	在員工代表會/人事代表會與雇主簽署之協定基礎上，可約定最長為 24 小時之待命工作，在工時均衡歸零期間內，每週最高仍不得超過 48 小時，但該工作負荷與勞工個人情狀，必須事先經過必要之健康檢查與負荷能力分析
選擇模式	在員工代表會/人事代表會與雇主簽署之協定基礎上，可約定每週平均最長至 54 或 58 小時工時的待命工作，除須依團體協約之規定締結開放模式條款外，尚須取得個別勞工之書面同意

- 前述之 A、B、C、D 類待命狀態，依下表歸類之：

類別	待命階段內之工作程度	視為工時之比例
A	0-10%	15%
B	超過 10-25%	25%

（Vka），而勞方亦僅有服務業聯合工會、警察工會、教育與學術工會與德國公務員與協約聯盟，不包括邦層級之勞雇雙方。邦層級之所謂「德國各邦協約聯盟」（TdL），由於在工時間題上意見不一，因此一直未能達成全面接受「公部門勞工團體協約」的共識。因此總的來說，自 2005 年 10 月 1 日開始生效的「公部門勞工團體協約」，直接規範聯邦與鄉鎮地方自治團體之勞工，因此取代了前述之聯邦雇員團體協約（BAT），與聯邦工人基本團體協約（BMT-G），至於邦層級之勞資雙方，亦在 2006 年 5 月 19 日達成共識，簽署所謂的「邦公部門勞工團體協約」（TV-L）；易言之，規範現今德國公部門勞工之勞動關係的法源基礎，只剩下此兩套協約：「公部門勞工團體協約」與「邦公部門勞工團體協約」，而以下將舉之工時規定，即出自適用於邦所屬公立醫院之協約。相關討論請見 Hamer, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst, 2 Aufl., Ffm. 2006, S. 5f.。

<sup>391</sup> Reichold-Weth/Thomae/Reichold, Arbeitsrecht im Krankenhaus, Köln 2007, S. 597f.

C	超過 25-40%	40%
D	超過 40-49%	55%

- 約定實施工時帳戶制(第 6 條、第 10 條), 協約所定框架為每週至 45 小時、每日可至 12 小時, 均衡歸零期間可再選擇為 3 個月至 1 年。

由此我們可以清楚的看到, 事實上已不僅工時之長短範圍, 當然也包括工時之狀態, 以及特別在責任制工時脈絡上尤其重要之彈性工時模式, 團體協約都應、且已當仁不讓, 扮演一保障勞工權益、但又不失兼顧產業特殊生態與正當需求之共同形成。或許前一點特別重要: 請再回憶一下前述最高行政法院之見解: 「勞基法第 84 條之 1 的勞雇約定只能是個別勞動契約約定, 不可以是團體協約」, 換言之 - 或許法院令人不可思議的真正沒有意會到 - , 理論與實踐上, 為均衡個別勞資雙方顯然不對等之協商議價力量, 勞工運動史上所發展出、之後亦為各國法制所全面納入之集體形成形式 - 團體協約, 竟在本案之最高行政法院的眼中, 不是勞雇約定! 如果是誤用前述的所謂體系解釋, 或許事小, 然如僅因第 84 條之 1 的「勞雇雙方另行約定」之文義, 便直言「勞不包括工會」、「約定不可能為團體協約」, 則不但以詞害意, 甚至有不識勞動法基本常識之虞, 茲事就不免體大了。更不說從法政策的角度的觀之, 適用第 84 條之 1 的責任制工時, 勞工不再受勞基法工時章相關規定之保護, 必須自行形成替代之約定, 一種雖合乎工作特性與事業單位特殊需求, 但又能所謂「不損及勞工之健康及福祉」(同條第 2 項) 的工時內容, 如此更需要保障勞工權益之場合, 在法院的眼中, 竟然只能是「個別勞工與雇主之個別勞動契約約定」, 不能為集體性之形成, 不可以是法律上效力更強、保障程度更高的團體協約, 真不知真正的背後思維為何, 著實令人慨歎再三。

## 六、張冠不能李戴：共同決定與協約自治的涇渭分明

從另一觀點與角度, 或許可以看到法院「獨尊個別、貶抑集體」的奇怪看法, 也就是前述所謂體系解釋的問題; 理由很簡單: 為什麼勞基法工時章第 30 條以下的設計, 要與第 84 條之 1 有著截然不同的文字選擇, 如果不是無意的話?

事實上, 勞基法第 30 條第 2 項、第 30 條之 1 第 1 項、第 32 條第 1 項、第 33 條之所以明定「工會」, 目的在於處理「同意權之行使主體」問題, 一併觀察「無工會者, 經勞資會議同意」之文字, 尤可見其立法原意。這樣的政策思維更可從比較法的觀察中得到印證: 勞基法工時章相關條文, 主要是涉及「變形工時或彈性工時之共同決定」問題, 由於兩者對於勞工之時間主權 (Zeitsouveränität) 有著相當不利的影響<sup>392</sup>, 是以如德國立法例上, 便將此列為廠場共同決定

<sup>392</sup> 關於這部分的討論, 請參見 Smentek, Arbeitszeit – Flexibilisierung. Zwischen kapitalistischer

(Betriebsmitbestimmung)的一環(企業組織法第87條第1項第3款),易言之,雇主要實施變形或彈性工時,原則上必須得到作為企業內員工利益代表機構之員工代表會(Betriebsrat)的共同決定;再搭配前述團體協約之框架與基礎形成,吾人便可得到一更清晰的圖像:

- 工時的形成、特別是一般法定工時難以確實掌握與規範的工時情狀,德國是先由團體協約來形成框架秩序與基礎,先決定工時範圍,再列舉一定之工時狀態的選項、開放要件與均衡設計,然後讓個別企業廠場之員工代表會/人事代表會,依個別之情形與需求,在協約之框架基礎上,再為進一步之具體形成<sup>393</sup>。

當然,在共同決定思維與制度下的員工代表會,性質上是企業內員工利益代表機構,與立基於對抗思考之勞工同盟(Koalition)截然不同<sup>394</sup>,但是在我國的實踐中,卻必須加入「企業工會」、「廠場工會」之特殊考量;易言之,由於我國工會法上本於政治目的之工會控制,將工會類型僅侷限於實質上之企業或廠場工會<sup>395</sup>-暫且忽略因勞工保險需求而產生之奇特職業工會-,是作為歐洲各國主要集體勞動關係之「本於對抗思維之工會係跨企業組成,本於合作思維之員工代表會僅限於企業/廠場」雙軌模式,到了台灣,「橘越淮而為枳」,由於台灣工會組織只存在於企業/廠場之空間場域,是對抗與合作遂僅能重疊於同一領域,造成獨特的台灣集體勞動關係模式<sup>396</sup>。換言之,理論上屬於共同決定制度之範疇、主體上應由員工利益代表機制擔任(如歐洲之員工代表會)的共同決定權,例如我國勞基法第30條第2項、第30條之1第1項、第32條第1項、第33條之情狀,著眼於具體的實踐形式,遂只能聯繫至工會與勞資會議之上;這不是理論上的應然,卻是台灣勞動生活上的必然。如果這樣的觀察正確,為什麼勞基法第84條之1的「勞雇另有約定」,會與同法第30條第2項、第30條之1第1項、

---

Zeitökonomie und sozialer Zeitstruktur, Hamburg 1991; Matthies/Mückenberger/Offe/Peter/Raasch, Sibylle: Arbeit 2000 – Anforderungen an eine Neugestaltung der Arbeitswelt, Reinbek bei Hamburg 1994。

<sup>393</sup> 這種雙軌集體關係的共同形成,在工時規範的脈絡下特別明顯,也就是一般所謂之「貼近企業的協約政策」(betriebsnahe Tarifpolitik); dazu siehe Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 605ff.

<sup>18</sup> 共同決定與勞工同盟之涇渭分明,理論上之提醒請參見林佳和,德國公部門勞動關係,收錄於:焦興鎧/王松柏/王能君/成之約/林佳和/陳淳文/潘世偉/謝棋楠合著,公部門勞動關係,台北縣:國立空中大學,2008年12月,頁207以下。

<sup>395</sup> 從我國工會發展史與理論角度之批判,請參林佳和,我國工會制度之謎:為何產業工會變成廠場工會?-兼論工會法改革中的產業工會與強制入會問題,台灣勞動法學會年度研討會「我國工會法回顧與前瞻」,台北東吳大學城區部,2006年11月25日。

<sup>396</sup> 最典型者如勞基法第83條之勞資會議,其基本思維與邏輯明明是共同決定下的廠場共同決定,結果勞資會議實施辦法第5條、第6條、第9條等,卻必須清楚規範「工會強度介入勞資會議勞方代表」之政策立場,即其適例。

第 32 條第 1 項、第 33 條等之共同決定制度下的同意權，本質上會截然不同，應屬昭然若揭：第 84 條之 1 的「勞雇約定」，性質上係針對勞動契約中有關工時之勞動條件客體，著眼的是「勞動契約內容」，根本與第 30 條第 2 項等之「廠場共同決定下就變形/彈性工時之同意權」，風馬牛不相及，根本非屬同一體系，則行政院所本「既談勞雇，不言工會，顯然為有意區別，是依體系解釋，第 84 條之 1 的『勞』，當然不包括工會，其『勞雇約定』，當然不能指團體協約」之理由構成，顯然就站不住腳，顧左右而實言他了。

如果再深入一點問，也許可以質疑到：如果可將我國勞基法第 84 條之 1 的勞雇約定，解為團體協約亦包括在內，那麼，也可以有「勞資會議亦得同意或形成」之想像空間嗎？該條一定要留給團體協約或與勞動契約，不可能給勞資會議餘地嗎？當然，我國勞資會議絕無法與歐洲廠場共同決定制度下的員工代表會相比，但是在意識上，並非完全沒有問題的討論價值。讓我們再濃縮一下問題：第 84 條之 1 的責任制工時，除協約形成之外，不能有共同決定的空間嗎？

作者本於對德國法制經驗的理解，恐怕要說：當然有，雖然無法否認的，比對勞基法第 30 條以下與第 84 條之 1，至少從文義角度出發，確實很難再將後者解為包括勞資會議同意之態樣。或許我們可以在此選擇一更廣的理論視野出發，直接面對一重要提問：責任制工時的相關形成，是否只能留給團體協約、不可以有共同決定？不可諱言的，從員工代表會制度之發展甫始至今，「避免藉由員工代表會而掏空或腐蝕工會之功能」始終是重要思惟與工作；德國企業組織法第 77 條第 3 項之規定尤其明顯：「團體協約已規定或通常規定之工資與其他勞動條件，不得為廠場協定之標的。但團體協約明文准許以廠場協定補充者，不在此限」。傳統上，「團體協約的工資保障」扮演社會上僱傭勞動的工資保護角色，進而發揮如我國基本工資一般的作用，換言之，社會上幾近全部的勞動者，都享有團體協約所賦予之最低工資的保障，19 世紀飢餓工資的時代已不會再度出現。從法釋義學的角度來看，既享有團體協約工資條款之強制效力的保障，該工資約定具有法規範之效力，則自不得以「較下位階的廠場協定或個別勞動契約」，為較團體協約所定為低的不同工資約定，其理自明，是以企業組織法第 77 條第 3 項根本便明文禁止在通常為團體協約所規範之事項上（所謂的 Tarifüblichkeit），以廠場協定的取代團體協約，即使廠場協定之內容較勞工比團體協約更為有利，以此鞏固所謂的「協約優位」（Tarifvorrang）、協約保留（Tarifvorbehalt）原則，發揮阻斷的效力（Sperrwirkung）<sup>397</sup>。在德國勞動法傳統的釋義學體系中，至少在「工資」事項上，此一理解方式是毫無疑問的清晰。然而，至少在實務的一般印象上，經由廠場共同決定而影響、甚至掏空協約實踐，進而對工會運動產生不利影響之例，在德國仍所在多有<sup>398</sup>，是以，工會陣營便經常呼籲應注意國際勞工

<sup>397</sup> Vgl. Berg in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 11 Aufl., Köln 2008, § 77 Rn. 63.

<sup>398</sup> 勞動法學上，此為 90 年代最熱門之集體勞動法問題之一，討論文獻早如過江之鯽；statt vieler

組織第 135 號公約第 5 條之規定：「廠場中同時有工會代表及勞工選出之代表者，必要時應採取適當措施，以防止利用勞工代表以不當影響工會暨其代表之地位，並應支持勞工代表與工會暨其代表間之合作」<sup>399</sup>。

當然，企業組織法第 77 條第 3 項所規定之協約優位，適用上產生相當多的爭議，成為企業組織法上最重要的法律難題之一。德國學界之多數說，亦採所謂之「雙界限理論」(Zwei-Schranken-Theorie)：企業組織法第 87 條所定之員工代表會的共同決定權，包括已締結廠場協定加以行使之情形，只要系爭事項是第 77 條第 3 項所稱之勞動條件，特別是第 87 條第 1 項第 3 款、第 10 款、第 11 款之工時與工資，且通常係以團體協約加以規範者，則共同決定權之行使及廠場協定均屬違法<sup>400</sup>。相對的，實務界則多採所謂之「優先理論」(Vorrangstheorie)：如員工代表會欲對企業組織法第 87 條第 1 項行使共同決定權，如該等事項「業經團體協約規定」，則依同法第 77 條第 3 項，共同決定權將遭排除之<sup>401</sup>。兩相比較，實務多數說似乎一併考量了共同決定權仍受保障而繼續存在之意義，學說上亦不乏支持之聲<sup>402</sup>，亦足參酌。

當然，在協約優位與協約保留之原則下，團體協約仍可決定賦予下位階之廠場協定為不同規定之空間與餘地，這特別在德國自 1980 年代以來之所謂「貼近企業之協約政策」脈絡下尤其重要：產業層級之團體協約，亦應一定程度的兼顧個別企業之特殊情況，容許個別企業/廠場勞資雙方當事人，得以視特殊情形而另為不同於協約之約定，此即所謂之團體協約開放條款 (Öffnungsklauseln im Tarifvertrag)：所謂團體協約開放條款，是存在於多數雇主所組成之雇主團體、以及特殊之雙軌制集體勞動關係下，例如德國，所有之特別問題。簡言之，團體協約當事人，關於協約所定之特殊事項，得於協約中明文保留「開放予協約當事人層級以下的其他集體性勞資雙方」，再行合意而為對勞工較優或較劣之不同約

---

siehe etwa Zachert, Die Wirkung des Tarifvertrags in der Krise, Baden-Baden 1991。Hanau 以為，如果容許團體協約強制效力之鬆動、甚至廢除，至少在此「入門工資」的問題上，則不但使經營上較為健全之企業因工資負擔而蒙受「不公平競爭」之害，而且是否確實有利於所宣稱之某些「營運困難中之企業」，從德國有關破產與重整中之企業的經驗實證研究看來，事實上是得不到證明的，最重要的是：如此之舉措將使得憲法所保障之同盟自由及協約自治，整個被掏空，喪失其應有之結合「社會保護與契約自由」的勞動法核心規範功能；Hanau, Handlungsbedarf im Arbeitsrecht aus rechtlicher Sicht, RdA 1988, 3; Zur Deregulierung des Arbeitsrechts, FS Bodo Börner, Köln-Berlin-Bonn-München 1992, S. 738。

<sup>399</sup> Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 32 Aufl., Ffm. 2007, S.443.

<sup>400</sup> 轉引自 MünchArbR/Matthes, § 238 Rn. 66.

<sup>401</sup> Statt vieler siehe nur BAG 24.2.1987 AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21 = NZA 1987, 639; BAG 20.8.1991 AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 2 = NZA 1982, 317.

<sup>402</sup> Etwa MünchArbR/Matthes, § 238 Rn. 67.

定，最明顯者即為廠場共同決定脈絡下之廠場協定。此處之其他勞資雙方當事人，僅限於集體性，而不包括個別勞工與雇主，因為這原本即有團體協約有利原則之適用。是以如雇主團體與工會締結團體協約後，個別雇主與工會，亦或在諸如歐陸國家之集體勞資關係雙軌制，個別企業欲與所屬之員工代表會，就協約已經明定之事項欲再為不同約定時，則對專屬協約內容的特定事項，必須存在協約當事人已明定之「開放條款」之授權，方得為進一步之約定<sup>403</sup>。

為什麼要囉囉嗦嗦的多談這一些呢？理由很簡單，因為此貼近企業的協約政策，實踐上最多也最重要的，就是工時模式：在此，吾人看到一相對理想之分工：團體協約設定框架與基礎，特別是工時長短範圍之事項，同時包括許多雇主指定工時狀態之限制與開放模式，然後搭配各企業員工代表會之考量個別情況而分別共同決定，達成想像上一兼顧企業需求與勞工權益之工時模式。作者的意思是：第84條之1的勞雇約定，不但有團體協約的空間，甚至可以有共同決定脈絡下——在我國就必須連到勞資會議——的出現餘地，至少理論上此然。

---

<sup>403</sup> 我國團體協約法第6條第1項規定，資方之團體協約當事人為多數時，如無特別之規定，其各當事人不得單獨與一般工人團體為異於團體協約之特別規定；此處之「特別之規定」，即屬團體協約之開放條款。

#### 第四章 逐條實務問題解析：行政機關解釋函令與學說爭議整理

##### 勞動基準法 第 21 條

條文：

工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。

前項基本工資，由中央主管機關設基本工資審議委員會擬訂後，報請行政院核定之。

前項基本工資審議委員會之組織及其審議程序等事項，由中央主管機關另以辦法定之。

##### 學說分析整理

##### 勞基法第二條第三款「工資」認定

工資的判斷標準是否應具備「經常性給與」之性質？或僅是「勞工因工作而獲得之報酬」而具「對價性」即可？在目前學說上可大致分為兩種意見：

1. 勞工因工作而獲得報酬乃是判斷的最主要標準，而法條該斷定義規定之末的經常性給付一點，則僅是一種補充說明。此見解的立論在於勞動契約的本質、勞動基準法第 2 條第 1 款「從事工作獲致工資」、民法 482 條關於僱傭契約「為他方服務，他方給付報酬」<sup>404</sup>、勞動基準法第 2 條第 3 款本身文義無法因工資「包括」經常性給與而反推出工資須具有經常性的特徵<sup>405</sup>、及立法者於立法過程中均試圖擴張工資保障範圍<sup>406</sup>。勞委會近 20 年來立場均同此見解<sup>407</sup>。

而何謂「對價性」？則有認應已給付的性質作為出發點，即除雇主的恩惠性給與和實報實銷的費用償還外，原則上本薪外其他獎金與津貼亦屬於工資<sup>408</sup>。

2. 另有相反論者認「經常性」亦是認定工資的主要標準<sup>409</sup>，甚有論者主張<sup>410</sup>。論者表示對照日本勞基法僅規定「凡是雇主給付勞工而為其勞動對價者均屬工資」，可發現我國定義與日本不同而應僅限於「經常性給與」<sup>411</sup>。近來法院均同此見解而認經常性為判斷工資的主要標準<sup>412</sup>。

<sup>404</sup> 黃程貫，勞動法(修訂再版)，頁 400，1997 年。

<sup>405</sup> 鄭津津，職場與法律(二版)，頁 102，2007 年。

<sup>406</sup> 林更盛，勞基法對工資的定義-最高法院七十八年度台上字第六八二號判決，勞動法裁判選輯(一)，頁 9，1999 年。

<sup>407</sup> 如：台(80)勞動二字第 01747 號函、台(82)勞動二字第 24899 號函等。

<sup>408</sup> 王惠玲，工資，勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望，頁 285 以下。

<sup>409</sup> 林振賢，勞動基準法釋論，頁 76，1994 年。

<sup>410</sup> 黃劍青，勞動基準法疑難問題詳解(增訂四版)，頁 71，1995 年。

<sup>411</sup> 劉志鵬，談勞基法上的「經常性給與」，月旦法學雜誌第 8 期，頁 79。

<sup>412</sup> 如：最高法院七十六年度台上字第二七九七號判決、七十九年度台上字二四二號判決。

而何謂「經常性」？則有強調「在一相當時間內，於一般情況所可得到的給與」<sup>413</sup>，亦有強調「判斷經常性宜從制度上是否已規定雇主有給與義務」而嘗試將經常性一詞各種可能面向一網打盡<sup>414</sup>。

然此等工資認定爭議，其實常是伴隨「平均工資計算」而來。即有學者指出「工資定義問題」與「平均工資計算問題」是有關連但須區分的議題，「經常性」的概念亦須在勞基法整體體系下觀察定位<sup>415</sup>，並提出區別「真實工資」及「擬制工資」規定的概念，根據其所欲規範群，將「經常性給與」作為擬制工資的特別要件，而非作為勞基法所有工資的認定要件<sup>416</sup>，始能正確發揮勞基法對勞工工資作為勞動對價與生活資金的保護。但亦有學者認為原則上平均工資之計算與工資定義應取得一致性基礎，因此凡計算期間內具對價性的工資均應計入，而不應避免平均工資增加而扭曲工資意涵<sup>417</sup>。

#### 勞基法第二條第四款 平均工資計算

(74) 台內勞字第 371678 號

(83) 台勞動二字第 25564 號

平均工資之規定在勞基法的主要功能在於計算資遣費與退休金，因為資遣費與退休金之計算均是以「月平均工資」為基數。惟勞基法第 2 條第 4 款所定義者乃是「日平均工資」，內政部曾於七十四年函釋：月平均工資乃是日平均工資得出後，以之乘以 30；但該函執行以來，迭有反映有欠合理，因計算事由發生之當日前六個月之總日數由於大月小月而不同，故勞委會於八十三年函釋已發生是由前六個月工資總額直接除以六，較為簡易、準確及合理。惟純就法律文義言之，此等作法與勞動基準法之明文規定似乎不十分符合<sup>418</sup>。

#### 工資五原則(勞基法第 21-23 條)

##### 第 21 條

工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。

前項基本工資，由中央主管機關設基本工資審議委員會擬訂後，報請行政院核定之。

前項基本工資審議委員會之組織及其審議程序等事項，由中央主管機關另以辦法定之。

##### 第 22 條

<sup>413</sup> 吳啟賓，勞動基準法有關工資問題之研究，民事法律專題研究(六)，頁 43，1989 年

<sup>414</sup> 同注 8，頁 79。

<sup>415</sup> 陳建文，勞動基準法工資定義爭議問題的再思考，臺北大學法學論叢第 70 期，頁 264。

<sup>416</sup> 同前注，頁 281 以下。

<sup>417</sup> 同注 5，頁 294。

<sup>418</sup> 黃程貫，勞動法(修訂再版)，頁 408，1997 年。

工資之給付，應以法定通用貨幣為之。但基於習慣或業務性質，得於勞動契約內訂明一部以實物給付之。工資之一部以實物給付時，其實物之作價應公平合理，並適合勞工及其家屬之需要。

工資應全額直接給付勞工。但法令另有規定或勞雇雙方另有約定者，不在此限。

#### 第 23 條

工資之給付，除當事人有特別約定或按月預付者外，每月至少定期發給二次；按件計酬者亦同。

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。

### 1. 勞資雙方議定原則

#### ※有關無薪休假之爭議

A. 勞基法第 21 條第 1 項規定工資由勞雇雙方議定之，依此企業於實施無薪休假時尚未與勞工約定改變工資之前，工資應依勞雇雙方原先亦定之內給付，一旦訂單減少而欲減工減產，應與勞工協議減少工時，雇主如片面減少工時並擅自減少工資，除違反勞動契約外，應構成勞基法第 27 條「雇主不按期給付工資者，主管機關得限期令其給付。」〔吳姿慧，無薪休假與勞東基準法之規範，發表於 98 年度勞動基準法實務爭議學術研討會，頁 116〕

### 2. 法定通用貨幣原則

A. 此一原則在實務上亦非無疑義。隨台灣企業的國際化，至外國、外地投資設廠者甚多；因此，有部分員工亦是由台灣招募前去；此時其工資之支付，即應容許當事人自由約定，無須嚴守此一法定通用貨幣原則。（黃程貫，勞動法，空大出版，1996 年 8 月初版，頁 402）

### 3. 全額給付原則

### 4. 直接給付原則

### 5. 定期發給原則

#### 無薪假(勞基法第 21 條)(工資議定)

吳姿慧：實施無薪休假比例減薪仍需維持基本工資之困境：

1. 與契約原理之扞格：「... 辜不論以函釋改變勞基法施行細則第 11 條對於基本工資之定義，法律位階可能引發之爭議，恐已忽視勞工面對無薪休理性計算之可能，因其評估與其企業無法承受續付工資因而歇業喪失工作，不如減少薪資，兩權相害取其輕，其背後禍因自我評估這種過渡階段，不會持續太久，或是考慮個人家計尚可支撐...『工資風險分配理論』定出雇主受領遲延具有續付工資之亦務，同時形成法規範〔例如我國民法第 487 條〕，但當事人以合意之方式，縮減工時減少工資，以前述無薪假之法理，此種約定可以發生效力，但如果減薪約定透過行政解釋必須卡在 17280 元，不得再往下減，以後來知法令或函釋，變更當

事人締約時點已存在之法律環境，從契約合意之原理，實難理解工時減至一定程度之後『可以繼續約定減少工時，但不得減少工資』之結論」。

2.與勞基法規範體系及目的之扞格：「...立法規範勞動契約『工資/基本工資』與『工時/最高工時』兩項給付與對待給付，存在一個雙方應遵循、不可降低之基本對價關係，壓縮雙方可自由約定之空間，不過雙方可以約定優於此一對價模式...然而因實施無薪休假，對於締約時約定『正常工資 vs 約定工資』知當事人而言，每日少於八小時非正常工作時間之狀態，已無支撐當初約定工資應有的工作量，縱使對待給付〔工時〕還持續下降，往下減薪幅度達到 17280 必須嘎然而止，不得再減，勞基法做為基本規範，固然隱含干預當事人決定對價關係之目的，但是否可以嗣後之函釋造成此種不相當之對價結果，從法規範之目的觀察，甚值三思。」

3.衝擊公平性之隱憂：「第一、...休無薪假之勞工所獲之報酬與其提供之工時，計算下來之單位報酬，可能高於過去這些勞工權時工作狀態所得〔薪資總額減少但勞動力之但未報酬卻提高〕，在與未休假之勞工相比，後者並無提高。第二、...同一部門從事相同工作之部分工時勞工，獲得的報酬卻是依據實際工作時間換算，兩者相較，亦顯不公。第三、誘發雇主直接解雇。...因有最低基本工資關卡之保障，可能早成勞工之單位工資成本高於未休假部門支全時勞工或部分工時者...」

4.中小企業承受能力之現實問題：「...以台灣 97% 屬於中小企業之產業結構而言，生產規模不夠龐大，即使只是短期之收支失衡，應付之經濟彈性恐亦不高。...單純已經營風險理論解釋，要求雇主停工期間完全自行吸收工資成本，以我國之產業結構現況而言，期待似乎過高。」

〔吳姿慧，無薪休假與勞東基準法之規範，發表於 98 年度勞動基準法實務爭議學術研討會，頁 120~124〕

分析：

第一種類型的「以雇主指示權行使、暫時性拒絕受領勞務或繼續性變更僱用形式」，方是真正的職場實況，才是絕大部分當前無心休假的真正面貌，那麼，忽視勞動契約之工資經濟風險問題，輕忽雇主指示權所本應受界限範圍，在尚未搞清楚所採取之法律形成方式到底有無違法前，便斷然指出勞工同意即可獲甚至得擺脫強行法基本工資之保障，就顯然風馬牛不相及，務馮京為馬涼，以其他不相干法律形式，亂套社會現實，完全混亂了不同模式間的差異與效果。...

〔林佳和，無薪休假：社會現實與法律迷障，台灣法學雜誌第 119 期，頁 3〕

行政函釋共 17 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 285667 號

發文日期：民國 74 年 01 月 24 日

資料來源：民事法律專題研究(三)(75年4月版)第 622-623 頁

相關法條：勞動基準法 第 27 條 (73.07.30 版)

要旨：雇主如因不可抗力導致全事業工作量不足，須使勞工間歇工作時，其日給工資應依基本工資規定辦理

全文內容：雇主應有依據勞動契約充分供給勞工工作量並給予報酬之義務，如因不可抗力導致其全事業工作量不足，須使勞工間歇工作時，其工作時間、原訂全勤工作勞務請求權、工資給與等如需變動，仍應由雙方協議為之，惟日給工資應依基本工資規定辦理。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 313275 號

發文日期：民國 74 年 05 月 17 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 147 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 182 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 197 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 197 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 201 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 223 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 205 頁

相關法條：勞動基準法 第 21、70 條 (73.07.30 版)

要旨：曠工應以扣發當日工資為限

全文內容：勞工曠工當日工資得不發給，惟應以扣發當日工資為限。有關規定並應明定於工作規則，報准主管機關後公開揭示。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(77)台勞動二字第 14423 號

發文日期：民國 77 年 07 月 26 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 162 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 202 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 213 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 213 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 217 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第239頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第208頁

相關法條：勞動基準法 第 21 條 (73.07.30 版)

要旨：勞工請假被扣全勤獎金，致當月所得低於基本工資疑義

全文內容：依勞動基準法第二十一條規定勞工工資不得低基本工資，故勞工每月於正常工作時間內所得之工資，不得低於每月基本工資扣除因請假而未發之每日基本工資後之餘額。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(80)台勞動二 字第 15716 號

發文日期：民國 80 年 06 月 27 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第165頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第209頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第217頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第217頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第220頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第242頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第209頁

相關法條：勞動基準法 第 11、21 條 (73.07.30 版)

要旨：事業單位因停電致雇主宣布停工休息，工資如何發給疑義

全文內容：勞工赴事業單位工作，因台○公司停電致雇主宣布停工休息，該日停工因不可歸責於勞資雙方，故工資如何發給，可由勞資雙方協商。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(80)台勞動二 字第 17564 號

發文日期：民國 80 年 07 月 12 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第177頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第232-237頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4  
月版)第246-251頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87  
年5月版)第248-253頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編  
(89年1月版)第254-259頁 勞動基準法暨附屬法規解釋  
令彙編(90年6月版)第279-284頁 勞動基準法規彙編(96  
年7月版)第289頁

相關法條：勞動基準法 第 21、37、69 條 (73.07.30 版)

要旨：天然災害發生時(後)勞工之出勤管理之工資給付處理原則  
(原內政部 75.06.26 (75) 台內勞字第 404281 號函不予  
適用)(原內政部 76.01.20 (76) 台內勞字第 473639 號  
函不予適用)

全文內容：事業單位勞工於天然災害發生時(後)之出勤管理及工資給付  
事宜，依左列原則處理：

一 天然災害發生時(後)，事業單位之勞工在何種狀況下得停止工作，  
宜由勞雇雙方事先訂於勞動契約、團體協約或工作規劃之中，以求明確；  
訂定時可參照行政院頒「天然災害發生時停止辦公及上課作業要點」之  
規定。如事前並無約定，可參照前開要點及企業慣例，由勞雇雙方協商  
辦理。

二 天然災害發生時(後)，勞工如確因災害而未出勤，雇主不得視為曠  
工，或強迫以事假處理，惟亦可不發工資；勞工如到工時，是否加給工  
資，可由雇主斟酌情形辦理。

三 內政部 75.06.26 (75) 台內勞字第四〇四二八一號函及內政部  
76.01.20 (76) 台內勞字第四七三九三六號函不再適用。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(80)台勞動二字第 21241 號

發文日期：民國 80 年 08 月 16 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第165頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第216頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第218頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)

第217-218頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1  
月版)第221頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年  
6月版)第243頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第209頁

相關法條：勞動基準法 第 11、21、28 條 (73.07.30 版)

要旨：事業單位被主管機關勒令停工或依法處分停工，停工期間之  
工資發給疑義

全文內容：事業單位因環保問題被主管機關勒令停工或依法處分停工，  
勞工於停工期間之工資應依主管機關據以處分之法令規定辦理；如該法  
令未規定時，可依團體協約、工作規則或勞動契約之約定或依民法相關  
規定請求契約不履行之損害賠償。至於資遣費與退休金之請求，應依勞  
動基準法規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(80)台勞動二 字第 24021 號

發文日期：民國 80 年 09 月 18 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第166頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第217頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第218頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第218頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第222頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第244頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第209-210頁

相關法條：勞動基準法 第 2、21 條 (73.07.30 版)

要旨：普通傷病假，折半發給之工資是否包括按工作噸量發給之獎金

全文內容：勞動基準法第二條第三款工資定義係指勞工因工作而獲得之報酬，又同法第二十一條第一項規定「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。」本案依勞工裝卸之工作噸量發給之獎金，應屬上開定義所稱之工資；至於如何發給自依該法第二十一條規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二 字第 29918 號

發文日期：民國 82 年 06 月 08 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第214-215頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第223-224頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第224頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第227頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第249頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第211-212頁

相關法條：勞動基準法 第 1、21 條 (73.07.30 版)

要旨：無另訂外籍勞工基本工資之規定

全文內容：查外籍勞工來華工作，應遵守我國法令，亦受我國法令保障。勞動基準法對於外籍勞工並無另訂基本工資之規定，凡受僱於適用勞動基準法事業單位之勞工，不論本國勞工或外籍勞工，其工資均不得低於基本工資。關於建議對外籍勞工參酌該國當地工資與生活指數另行訂定最低工資乙節，其他國家無類似作法，故未便同意。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二 字第 62018 號

發文日期：民國 82 年 11 月 16 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第202頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)  
第225-226頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第226頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第229-230頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第251-252頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第212頁

相關法條：勞動基準法 第 2、21、22 條 (73.07.30 版)

要旨：關於員工全月出勤惟因作業疏忽被扣生產獎金以致工資低於基本工資，是否違法疑義

全文內容：一 依勞動基準法第二十一條第一項規定，工資由勞雇雙方議定之，故事業單位發給勞工之各項獎金如屬該法第二條第三款所稱之工資，其發放要件、發放標準及數額自可由勞雇雙方協議定之，惟勞工於正常工作時間內所得之工資總額仍不得低於基本工資。

二 另查勞動基準法第二十二條第二項規定「工資應全額直接給付勞工」，如勞工因違約或侵權行為造成雇主損害，在責任歸屬、金額多寡等未確定前，其賠償非雇主單方面所能認定而有爭議時，得請求當地主管機關協調處理或循司法途徑解決，但不得逕自扣發工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(83)台勞資一 字第 30379 號

發文日期：民國 83 年 05 月 03 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：工會法 第 26 條 (64.05.21 版) 勞動基準法 第 21 條 (73.07.30 版)

要旨：有關工會法第廿六條第三項所稱「標準工資」疑義

全文內容：有關工會法第廿六條第三項所稱「標準工資」疑義乙案，勞動基準法第二十一條規定「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。前項基本工資，由中央主管機關擬定後，報請行政院核定之」。現行工會法第廿六條第三項雖有「工會不得要求超過標準工資之加薪而宣告罷工」之規定，惟標準工資之數額迄未訂定。本會鑑於該項款定已不合時宜，於研擬工會法草案中，擬將該項規定，予以刪除。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞保 2 字第 0950029414 號

發文日期：民國 95 年 06 月 12 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 2、21 條 (91.12.25 版)

要旨：有關地域津貼應依其發給之性質、目的、方式及事實情形，判斷是否屬於工資範圍，計入薪資總額申報勞保投保薪資

全文內容：依行政院勞工委員會 94 年 9 月 12 日勞動 2 字第 0940051013 號書函：「查勞動基準法第 2 條規定，工資：謂勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。依該條款就工資之定義觀之，於認定何項給付內容屬於工資，係以是否具有『勞務之對價』及『經常性之給與』之性質而定，同法第 21 條規定略以，工資由勞雇雙方議定之，倘雇主為其單方之目的，給付具有勉勵、恩惠性質之給與，即非為勞工之工作給付之對價，與勞動契約上之經常性給與有別，得不列入工資範圍之內。所詢地域津貼是否屬工資應依其發給之性質、目的、方式，依個案事實認定。」

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0970130987 號

發文日期：民國 97 年 12 月 22 日

資料來源：行政院公報 第 14 卷 247 期 36083 頁

相關法條：勞動基準法 第 9、21 條 (97.05.14 版)

要旨：雇主若受景氣因素影響致停工或減產經勞資雙方協議，可暫時縮減工作時間及減少工資，但每月給付工資不得低於基本工資

(原行政院勞工委員會 90.07.16 台九十勞動二字第 0029826 號函自即日不予適用)

(原行政院勞工委員會 96.07.24 勞動二字第 0960071719 號函自即日不予適用)

全文內容：核釋勞動基準法第二十一條第一項規定：「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。」，指雇主給付勞工之工資，應依勞動契約之約定發給，並不得低於基本工資。雇主若受景氣因素影響致停工或減產，經勞雇雙方協商同意，固可暫時縮減工作時間及依比例減少工資，惟為保障勞工基本生活，原約定按月計酬之全時勞工，每月給付之工資

仍不得低於基本工資（數額新臺幣一萬七千二百八十元）。

本會中華民國九十年七月十六日台九十勞動二字第○○二九八二六號函及九十六年七月二十四日勞動二字第○九六○○七一七一九號函，自即日停止適用。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0980130085 號

發文日期：民國 98 年 02 月 13 日

資料來源：行政院勞工委員會中區勞動檢查所

相關法條：勞動基準法施行細則 第 7 條（98.02.27）

要 旨：雇主未經勞工同意逕自排定「無薪休假」，屬無效之變更，勞工縱未於「無薪休假」當日出勤，勞工無補服勞務之義務，雇主應依原約定給付報酬

主 旨：所詢事業單位因業務緊縮安排勞工排休相關疑義乙案，復請查照。

說 明：一、復貴處 97 年 12 月 18 日經加四勞字第 09701044680 號函。

二、依勞動基準法施行細則第 7 條規定，勞工工作開始及終止之時間、休息時間及輪班制之換班等有關事項應於勞動契約中約定，雇主如認有變更之必要，應重新協商合致，不得逕自變更。雇主未經勞工同意，逕自排定所謂「無薪休假」，自屬無效之變更，勞工縱未於所謂「無薪休假」當日出勤，因係雇主逕白免除勞工出勤義務，勞工無補服勞務之義務，雇主仍應依原約定給付報酬。所生未全額給付勞工工資情事，主管機關可限期雇主給付工資，並依相關規定裁罰。

三、另查所謂「無薪休假」，事涉個別勞工勞動條件之變更，故除勞工委託工會代為協商並決定者外，尚不得以產業工會理事、監事會議已同意，即謂業經勞資雙方之合意。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0980130120 號

發文日期：民國 98 年 03 月 05 日

資料來源：行政院勞工委員會中區勞動檢查所

相關法條：勞動基準法施行細則 第 7 條（98.02.27）

勞動基準法 第 9、21 條（97.05.14 版）

要 旨：事業單位實施縮減工時（無薪休假）屬變更勞動契約之約定事項，應經雙方協商同意或訂定協議，如雇主逕自變更致

生爭議，仍應依原約定給付報酬

主旨：所詢事業單位實施縮減工時(無薪休假)疑義乙素，復請查照。  
說明：一、復貴局 98 年 2 月 2 日南環字第 0980003241 號函。

二、查本會 97 年 12 月 22 日勞動 2 字第 0970130987 號令自發布日起生效；該令釋內容略以：「...原約定按月計酬之全時勞工，『每月』給付之工資仍不得低於基本工資」，爰勞工當期(當月)工資即不得低於基本工資(數額新臺幣 17,280 元)。

三、復查勞動基準法施行細則第 7 條規定，勞工工作開始及終止之時間、休息時間及輪班制之換班等有關事項應於勞動契約中約定，雇主如認有變更之必要，應重新協商合致，不得逕自變更。前開協商變更勞動條件雖非以書面為要件，惟勞工保持沉默未即表示異議，亦難逕認默示同意；如生爭議，雇主應負舉證責任，雇主如無法提供相關證明，仍難認其排定之「無薪休假」業經勞工同意，雇主仍應依原約定給付報酬。所生未全額給付勞工工資情事，主管機關可限期雇主給付工資，並依相關規定裁罰。

四、另查勞資雙方針對縮減工時如已協商同意及訂定協議，除協議之內容有違反法令強制或禁止之規定者外，允屬有效，惟勞工如對原協議書之內容有疑義或認有調整之必要，仍應由勞雇雙方重新協商合致。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0980130137 號

發文日期：民國 98 年 03 月 23 日

資料來源：行政院勞工委員會中區勞動檢查所

相關法條：勞動基準法 第 21、27 條 (97.05.14 版)

要旨：函釋事業單位因業務緊縮而實施「無薪休假」致給付工資低於基本工資之情事，於 97.12.22 勞動 2 字第 0970130987 號令釋示生效前已給付當期工資或前開令釋生效後始給付工資之處罰疑義

主旨：所詢事業單位因業務緊縮而安排勞工「無薪休假」工資給付及處罰疑義一案，復請查照。

說明：一、復貴處 98 年 2 月 2 日經加四勞字第 09801003370 號函。

二、查本會 97 年 12 月 22 日勞動 2 字第 0970130987 號令釋示：「...雇主若受景氣因素影響致停工或減產，經勞雇雙方協商同意，故可暫時縮減工作時間及依比例減少工資，惟為保障勞工基本生活，原約定按月計酬之全時勞工，每月給付之工資仍不得低於基本工資(數額新臺

幣一萬七千二百八十元)。」另，本會 90 年 7 月 16 日台 90 勞動 2 字第 0029826 號及 96 年 7 月 24 日勞動 2 字第 0960071719 號二釋函同時停止適用。

三、前開釋令自發布日(97 年 12 月 22 日)起即生效力，雇主給付勞工之當期(97 年 12 月)工資即不得低於基本工資(數額新台幣 17,280 元)。勞雇雙方因景氣因素議定減少工作時間及依比例減少工資，致有低於基本工資數額情事，其當期工資於前開釋令發布前已給付者，得依勞動基準法第 27 條規定限期補足，未依限期給付之命令給付者，依違反同法第 21 條及第 27 條規定論處；至當期工資發放日於前開釋令生效日之後者，應以違反勞動基準法第 21 條規定處罰，其不足之數額，並應依同法第 27 條規定，限期雇主給付，屆期未給付者，另依違反第 27 條規定論處。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0980070071 號

發文日期：民國 98 年 04 月 24 日

資料來源：行政院勞工委員會中區勞動檢查所

相關法條：勞動基準法 第 21、27 條 (98.04.22)

勞動基準法施行細則 第 7 條 (98.02.27)

要 旨：勞雇雙方可透過勞資會議就應否採行所謂「無薪休假」進行討論，惟此協議，因涉個別勞工勞動條件之變更，仍應徵得勞工個人之同意，以求勞資關係和諧，保障勞工權益

主 旨：所詢「無薪休假」之實施應否經由勞資會議同意疑義一案，復請查照。

說 明：一、復貴府 98 年 4 月 14 日府勞資字第 0980115202 號函。

二、查「無薪休假」(或行政假)並非法律名詞，更非雇主得以恣為之權利。因景氣因素所造成之停工，屬可歸責於雇主之事由，工資本應依約照付。雇主如片面減少工資，即屬違法，可依法裁罰。事業單位如受景氣影響必須減產或停工，為避免大量解僱勞工，可與勞工協商並經同意後，暫時縮減工作時間及依比例減少工資，以共度難關，惟對支領月薪資者，仍不得低於基本工資，以及逕自排定所謂「無薪休假」。為求勞資關係和諧，勞雇雙方可透過勞資會議，就應否採行所謂「無薪休假」進行討論，惟前開協議，因涉個別勞工勞動條件之變更，仍應徵得勞工個人之同意。

三、查事業單位如欲實施彈性工時、延長工時及女性夜間工作，其無工會者，非經其勞資會議之同意，均不得為之。本案請併就事業單位

是否確符前開規定查明，有違法者，併請依法裁罰。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0980013030 號

發文日期：民國 98 年 05 月 26 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 21、30、32、36、37、49、84-1 條 (98.04.22)

要 旨：勞動基準法第 84 條之 1 之工作者其基本工資係以法定正常工時每 2 週工作總時數 84 小時之上限為計算基礎，如約定工作時數超過此法定正常工作時數時，工作者之基本工資應按時數增給

主 旨：關於勞動基準法第 84 條之 1 之工作者其正常工時超過每 2 週 84 小時時，其工資如何計算疑義，復請查照。

說 明：一、復貴府 98 年 5 月 4 日府勞資字第 0980067832 號函。

二、查勞動基準法第 84 條之 1 規定，經中央主管機關核定公告之工作者，雇主在參考勞動基準法所定之基準且不損及勞工之健康及福祉下，得與該核定公告之工作者另行以書面約定工作時間、例假、休假、及女性夜間工作，並報請當地主管機關核備後，可不受第 30 條、第 32 條、第 36 條、第 37 條、第 49 條規定之限制。

三、另查勞動基準法第 21 條規定：「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。」現行基本工資為每月新臺幣（以下同）17,280 元，每小時 95 元，故凡適用勞動基準法之事業單位，勞雇雙方協定之工資，不得低於上開規定。上開月基本工資係以法定正常工時每 2 週工作總時數 84 小時之上限為計算基礎，雇主與前開工作者如約定之正常工作時間超出前開法定正常工時之時數，該等工作者之基本工資應按時數增給，並非仍以每月 17,280 元為限。

**勞動基準法 第 22 條**

條文：

工資之給付，應以法定通用貨幣為之。但基於習慣或業務性質，得於勞動契約內訂明一部以實物給付之。工資之一部以實物給付時，其實物之作價應公平合理，並適合勞工及其家屬之需要。

工資應全額直接給付勞工。但法令另有規定或勞雇雙方另有約定者，不在此限。

函釋共 6 筆：

發文單位：內政部

發文字號：臺內勞 字第 487138 號

發文日期：民國 76 年 03 月 20 日

資料來源：內政部

相關法條：勞動基準法 第 22、37、70 條 (73.07.30 版) 勞動基準法施行細則 第 7 條 (74.02.27 版)

要旨：因天然災害，經政府宣布停止工作，其停止工作期間之勞工工資之發給事宜，應由勞雇雙方協商或規定於工作規則

全文內容：關於天然災害發生，經政府有關機關宣布停止工作期間，勞工工資應否由雇主照給，宜由勞雇雙方協商決定或於工作規則中明定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(77)台勞動二 字第 29617 號

發文日期：民國 77 年 12 月 28 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 162 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 203 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 214 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 214 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 217-218 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 239-240 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 225-226 頁

相關法條：勞動基準法 第 2、22 條 (73.07.30)

要旨：勞工搭乘交通車未支領該項津貼於退休時該項津貼不併入平均工資計算

全文內容：依勞動基準法第二條第三款工資定義略以「.....按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼.....」及同法第

二十二條第一項規定略以「……工資之一部以實物給付時，其實物之作價應公平合理，並適合勞工及其家屬之需要」，故事業單位提供接送之交通車，非屬上開規定之實物給付，未支領該項津貼之勞工，於退休時該項津貼無併入平均工資計算之規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二字第 62018 號

發文日期：民國 82 年 11 月 16 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 202 暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 225-226 頁勞動基  
規解釋令彙編(87年5月版)第 226 頁勞動基準法暨附屬法  
(89年1月版)第 229-230 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令  
月版)第 251-252 頁勞動基準法規彙編(96年7月版)第

相關法條：勞動基準法 第 2、21、22 條 (73.07.30)

要旨：關於員工全月出勤惟因作業疏忽被扣生產獎金以致工資低於基本工資，是否違法疑義

全文內容：一 依勞動基準法第二十一條第一項規定，工資由勞雇雙方議定之，故事業單位發給勞工之各項獎金如屬該法第二條第三款所稱之工資，其發放要件、發放標準及數額自可由勞雇雙方協議定之，惟勞工於正常工作時間內所得之工資總額仍不得低於基本工資。

二 另查勞動基準法第二十二條第二項規定「工資應全額直接給付勞工」，如勞工因違約或侵權行為造成雇主損害，在責任歸屬、金額多寡等未確定前，其賠償非雇主單方面所能認定而有爭議時，得請求當地主管機關協調處理或循司法途徑解決，但不得逕自扣發工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(86)台勞動二字第 000089 號

發文日期：01 月 27 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 237-238 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第  
259-260 頁勞動基準法規彙編(96年7月版)第 244 頁

相關法條：勞動基準法 第 22 條 (85.12.27)

要旨：奉派至國外或大陸之子公司工作，發生資方積欠勞工工資情事，國內之行政機關管轄權疑義

全文內容：查勞動契約為諾成契約，勞資雙方意思表示一致契約即成立，其契約內容(薪資給付方式、工作地點、勞務提供對象等)可由雙方約

定之。另母公司與子公司為個別權利義務主體，若該勞工係基於借調關係，由母公司調往子公司工作，勞雇關係仍存在於母公司。若非基於借調關係，而係與母公司合意終止原約，再與子公司成立新的契約，則屬另一勞動契約之履行。準此，勞工奉派至國外或大陸子公司工作，若係基於借調關係，而資方有積欠工資情事，主管機關自可依法處理；若母公司僅代為招募，其勞雇關係存在於子公司時，其在國外或大陸服務期間發生未獲工資爭議，因涉及涉外民事法律適用法、台灣地區與大陸地區人民關係條例或國內法域所不及之事實，而非主管機關行政權所能及。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 4 字第 0940034012 號

發文日期：民國 94 年 06 月 23 日

資料來源：行政院勞工委員會 高雄市政府公報 94 年秋字第 8 期 9-2

相關法條：勞工退休金條例 第 14、36 條勞動基準法 第 14、22、79 條

要旨：勞退新制雇主應負擔之退休金，不得於工資中內含，違反者，將有勞基法罰則之適用

全文內容：一、查勞工退休金條例第 14 條第 1 項及 36 條第 1 項規定，雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得低於勞工每月工資百分之六。此一規定係要求雇主須於勞雇雙方原議定發給之工資以外，另行為勞工提繳不低於每月工資百分之六的個人專戶退休金或年金保險費，而非將前述提繳之數額「內含於勞雇雙方原本已議定之工資」，造成工資不完全給付勞工之情事。

二、雇主如將提繳之退休金內含於原議定之工資中，已屬違反勞動基準法第 22 條第 2 項「工資應全額直接給付給勞工」之規定，得依該法第 79 條，處 2 千元以上 2 萬元以下（折合新臺幣 6 千元以上 6 萬元以下）罰鍰。另，勞工得以雇主違反勞動基準法第 14 條第 1 項第 5 款前段「雇主不依勞動契約給付工作報酬」為由，終止勞動契約；並依該法同條第 3 項之規定，向雇主要求發給資遣費。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0980130255 號

發文日期：民國 98 年 04 月 08 日

資料來源：行政院勞工委員會中區勞動檢查所

相關法條：勞動基準法 第 22、24 條（97.05.14 版）

要旨：勞雇雙方協商同意實施無薪休假期間，雇主如有使勞工於原

約定已排定免出勤之日出勤，仍應徵得勞工同意，並依法給付當日工資，且不得僅給予所謂「補休」，而未給付工資

主旨：勞雇雙方協商同意暫時縮減工作時間及依比例減少工資期間，雇主如有使勞工於已排定免出勤之日出勤，仍應徵得勞工同意並依法給付工資，請查照轉知。

說明：一、按勞動基準法第 22 條規定，工資應全額直接給付勞工。勞工如有提供勞務之事實，雇主自應依法給付工資。

二、事業單位如受景氣影響必須減產或停工，為避免大量解僱勞工，可與勞工協商並經同意後，暫時縮減工作時間及依比例減少工資，惟仍不得低於基本工資。至雇主如有使勞工於原約定已排定免出勤之日出勤，仍應徵得勞工同意，並應依法給付當日正常工作時間之工資；當日若有延長勞工工作時間者，其延長工作時間之工資，應依勞動基準法第 24 條規定辦理。

三、除前開延時工資得依本會 79 年 9 月 21 日台勞動二字第 22155 號函，應勞工事後拋棄請求並協議補休外（按權利不得於事前拋棄），當日正常工作時間之工資仍應依法給付，無得拋棄工資請求而選擇補休。

四、邇來，迭有民眾申訴，部分雇主恣意變動原協商排定免出勤之期日，甚有對無法配合出勤之勞工以「曠職處分」、「列入考核」及「優先裁員」等手段相脅；勞工同意或勉為出勤時，雇主亦有僅給予所謂「補休」，未給付工資之情事者，諸此之類均與前開規定有間，亦與法理不合。為免影響勞工權益，請轉知貴轄實施所謂「無薪休假」之事業單位，確依相關規定辦理，如有違法情事者，請依法裁罰。

**勞動基準法 第 24 條**

條文：

雇主延長勞工工作時間者，其延長工作時間之工資依左列標準加給之：

- 一、延長工作時間在二小時以內者，按平日每小時工資額加給三分之一以上。
- 二、再延長工作時間在二小時以內者，按平日每小時工資額加給三分之二以上。
- 三、依第三十二條第三項規定，延長工作時間者，按平日每小時工資額加倍發給之。

函釋共 21 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 434652 號

發文日期：民國 75 年 09 月 16 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第151  
法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第188頁 勞動  
法規解釋令彙編(86年4月版)第201頁 勞動基準法暨附  
彙編(87年5月版)第201頁 勞動基準法暨附屬法規解釋  
1月版)第205頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90  
第227頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第232頁

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32、39、40 條 (73.07.30 版) 勞  
動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要旨：假日工作之工資計算

全文內容：一 雇主依勞動基準法第三十九條規定，經徵得勞工同意於  
休假日工作者，工作時間應依同法第三十條、第三十二條規定辦理，工  
資應依本部 73.10.18 台內勞字第二五六四五三號函釋辦理。即除當日工  
資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作  
時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。

二 因天災、事變或突發事件，雇主依勞動基準法第四十條  
規定停止勞工例假、休假及特別休假時，停止假期之工作時間，包括延  
時工作工資皆應加倍發給，並於事後補假休息。

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 451501 號

發文日期：民國 75 年 11 月 03 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第153頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第191頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第203頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第203頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第207頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第229頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第224頁

相關法條：勞動基準法 第 24 條 (73.07.30 版)

要旨：勞工出差超過正常工時應發給延時工資

全文內容：勞工奉命出差，其工作時間已超過平時工作時間，並有正當理由證明者，勞工得依勞動基準法第二十四條規定要求雇主給予延長工作時間工資。

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第503125號

發文日期：民國76年05月27日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第250頁暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第330-331頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第340頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第346頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(88年6月版)第379-380頁 勞工退休法規及解釋令彙編(88年6月版)第184-185、185-186頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(96年7月版)第414-415頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第424頁

相關法條：勞動基準法 第 2、24、55、84 條 (73.07.30 版) 勞動基準法施行細則 第 50 條 (74.02.27 版)

要旨：「公務員兼具勞工身分者」退休，其勞工身分年資如何計算平均工資

全文內容：一 公營事業單位勞工改變為公務員兼具勞工身分者，於改變為公務員兼具勞工身分當時前六個月內，如有延長工作時間之事實，其依本部76.04.03台內勞字第四八八二四三號函釋，計算勞工身分年資退休金之平均工資時，應將延長工作時間工資列入平均工資計算退休金。惟上開延長工作時間無記錄資料可查，於計算退休金時，得不列入計算。

二 前述延長工作時間工資之計算，以其改變為公務員兼具勞工身分時之等級，按退休時相同或相當工稱、等級現職人員延長工作時間工資計給標準計算之。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(76)台勞動字第 3928 號

發文日期：民國 76 年 10 月 16 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第160頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第199頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第211頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第211頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)  
第214-215頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第236-237頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)  
第224-225頁

相關法條：勞動基準法 第 24、32 條 (73.07.30 版)

要旨：因天然災害而延長工時，工資應加倍發給並予適當休息

全文內容：天然災害發生時，停止辦公通報及起訖時間，應以事業單位所在地政府首長發布之通報為依據，如經宣佈停止工作或勞工確因居住地發生災害無法到工者，工資應如何發給，可由勞資雙方自行協商。但因天災，必須於正常工作時間以外工作者，依勞動基準法第二十四條及三十二條規定，工資應按平日每小時工資額加倍發給之，並應於事後補給勞工適當之休息。上述有關事項，應列入工作規則中，報請主管機關核備，並公開揭示之。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：臺勞安 字第 6175 號

發文日期：民國 76 年 11 月 02 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24 條 (73.07.30 版) 勞工安全衛生法 第 15、23 條 (63.04.16 版)

要旨：有關事業單位指派勞工於夜間參加丙級鍋爐操作人員訓練是否視同正常工作時間之延長，發給延長時之工時之資，得由勞資雙方自行協商之

全文內容：本案事業單位指派勞工於夜間參加鍋爐操作人員訓練，其結果可提高勞工技能及安全衛生水準，並可確保事業單位財產及人員之安全，勞資雙方均蒙其利。有關夜間上課時間是否視同視間之延長工作時間，發給延長工時之工資乙節，得由勞資雙方自行協商之。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台七十七勞動二 字第 03458 號

發文日期：民國 77 年 03 月 01 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32、39、40 條 (98.04.22) 勞  
動基準法施行細則 第 24 條 (98.02.27)

要旨：行政院勞工委員會核釋「勞工於國定假日適逢例假或翌日補  
假照常工作，未達或超過 8 小時工資如何加給」之疑義

全文內容：關於勞工於國定假日適逢例假或翌日補假日照常工作，未達  
八小時及超過八小時工資如何加給疑義，依內政部 75.09.16 台內勞字第  
434652 號函釋，即除當日工資照給外，於正常工作時間以內工作者再加  
發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦  
理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(79)台勞動二 字第 22155 號

發文日期：民國 79 年 09 月 21 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第245頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第247頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第253頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第278頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第226-227頁

相關法條：勞動基準法 第 24、32 條 (73.07.30 版)

要旨：釋復延長工作時間補休疑義

全文內容：雇主依勞動基準法第三十二條第一項規定延長勞工工作時  
間，應發給延時工資，同法第二十四條第一、二款已有明訂；至於勞工  
於延長工作時間後，如同意選擇補休而放棄領取延長工資，固為法所不  
禁，惟有關補休標準等事宜亦當由勞雇雙方自行協商決定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(80)台勞動二 字第 22393 號

發文日期：民國 80 年 09 月 02 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)  
第221-222頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6  
月版)第243-244頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)

第 227-228 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、32 條 (73.07.30 版)

要旨：延長工作時間之工資加給額可否一律按平日每小時工資額加給二分之一

全文內容：一 依勞動基準法第三十二條第一項及第二項延長工作時間者，如勞資雙方約定所延長工作時間之工資一律按平日每小時工資額加給二分之一時，則其延長三小時以內者平均每小時之所得工資優於該法之規定，延長四小時者平均每小時所得工資與該法規定相等，自屬可行。

二 惟依同法第三十二條第三項規定延長工作時間者，其延長工作時間之工資依同法第二十四條第三款規定應按平日每小時工資額加倍發給之。如僅加給二分之一，則違反上開法令之規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二字第 24058 號

發文日期：民國 82 年 05 月 04 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編 (84 年 10 月版)  
第 213-214 頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編 (86 年 4 月版) 第 222 頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編 (87 年 5 月版) 第 222-223 頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編 (89 年 1 月版) 第 226 頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編 (90 年 6 月版) 第 248 頁 勞動基準法規彙編 (96 年 7 月版) 第 228 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、84 條 (73.07.30 版) 勞動基準法施行細則 第 50 條 (74.02.27 版)

要旨：公務員兼具勞工身分者之延長工時工資可否依勞動基準法第二十四條規定計給

全文內容：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。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台八十三勞動一字第 102498 號

發文日期：民國 83 年 02 月 21 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、32、39、40 條 (98.04.22)

要旨：勞工於假日工作時，除發給當日工資外，應再加發一日工資

全文內容：勞動基準法第三十九條及第四十條規定，勞工於假日工作時，工資應加倍發給。所稱「加倍發給」，係指當日工資照給外，再加發一日工資。此乃因勞工於假日工作，即使未滿八小時，亦已無法充分運用假日之故，與同法第三十二條延長每日工資應依第二十四條按平日每小時工資額加或加倍發給工資之規定不同。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(85)台勞動二字第 129904 號

發文日期：民國 85 年 08 月 20 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 232 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)  
第 232-233 頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 236-237 頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 258-259 頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第 228-229 頁

相關法條：勞動基準法 第 24 條 (73.07.30 版)

要旨：公務員兼具勞工身分者，加班費適用標準

全文內容：查公務員兼具勞工身分者之加班費計算，本會已以 85.05.31 (85)台勞動二字第 117886 號函釋在案，對於加班未滿一小時之部分，仍可換算為小時後，再依勞僱基準法第二十四條規定計發延時工資(例如：加班三十分鐘，換算為〇.五小時計算加班費)；惟如有其他適當方式經勞雇雙方同意者，可從其規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(86)台勞動二字第 014175 號

發文日期：民國 86 年 04 月 17 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 238 頁  
暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 260 頁 勞動基準法  
(96年7月版)第 229 頁

相關法條：勞動基準法 第 24 條 (85.12.27 版)

要旨：事業單位實施五天工作制，勞工於休息日工作，該日工時逾四小時以上部分之工資計給疑義

全文內容：查事業單位實施五天工作制，勞工於勞雇雙方協定之休息日工作，該日工時以延時工作計算，其工資之發給應依勞動基準法第二十四條規定辦理，至於該日工時逾四小時以上部分，因該法未予明定，可由勞資雙方協商。惟不得低於前開規定，前經本會八十年八月十二日台(80)勞動二字第○四四四號函釋在案。所謂「不得低於前開規定」，因勞動基準法第二十四條規定，延長工作時間在二小時以內者按平日每小時工資額加給三分之一以上；再延長工作時間在二小時以內者按平日每小時工資額加給三分之二以上，故延長工時逾四小時以上部分，勞雇雙方之約定應不得低於按平日每小時工資額加給三分之二以上。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(87)台勞動二字第 020940 號

發文日期：民國 87 年 06 月 06 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 242 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 264 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 229-230 頁

相關法條：勞動基準法 第 2、24、84 條 (87.05.13)

要旨：公營事業單位員工之加班費計算

全文內容：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。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(87)台勞動二字第 039675 號

發文日期：民國 87 年 09 月 14 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 244-244 頁  
法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 266-267 頁 勞動  
(96年7月版)第 234-235 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、39 條 (87.05.13 版)

要旨：勞工於休假日工作工資如何計算

全文內容：勞動基準法第三十九條規定勞工於休假日工作，工資應加倍發給。所稱「加倍發給」，係指假日當日工資照給外，再加發一日工資，此乃因勞工於假日工作，即使未滿八小時，亦已無法充分運用假日之故，

與同法第三十二條延長每日工時應依第二十四條按平日每小時工資額加成或加倍發給工資，係於正常工作時間後再繼續工作，其精神、體力之負荷有所不同。至於勞工應否延長工時或於休假日工作及該假日須工作多久，均由雇主決定，應屬於事業單位內部管理事宜，尚難謂有不合理之處。故勞工假日出勤工作於八小時內，應依前開規定辦理；超過八小時部分，應依同法第二十四條規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(90)台勞動二字第0021282號

發文日期：民國90年05月11日

資料來源：行政院勞工委員會公報第1卷3期36頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第254-255頁 高雄市政府公報90年夏字第17期22-23頁「大偉法律叢書系列」—勞工法規(92年10月版)第151頁

相關法條：勞動基準法第24、30條(89.07.19版)

要旨：關於新工時制度實施後所衍生相關問題疑義

全文內容：

主旨：關於新工時制度實施後所衍生相關問題疑義，釋如說明，請查照。

說明：一 勞動基準法第三十條有關法定正常工時修正為兩週八十四小時之規定，已自今(九十)年一月一日起實施。其較修法前每週不得超過四十八小時之規定為少，減少之時間，乃不必工作之「下班時間」。

二 雇主經徵得勞工同意，使勞工於前開縮短之時間內工作，因已逾法定正常工作時間，故應依勞動基準法第二十四條規定發給延長工作時間之工資。

三 勞工以「月薪制」計酬者，由於原勞動契約之工時上限為新法所取代，工資部分並未變動，故雇主仍應依原勞動契約約定之工資數額履行給付義務，尚不得因本次修法縮短法定正常工時而片面減少工資。勞資雙方如認有變更勞動契約內容之必要時，應由勞雇雙方重行協商。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(90)台勞動二字第0019248號

發文日期：民國90年06月07日

資料來源：勞動基準法規彙編(96年7月版)第235-236頁 高雄市政府公報第26期37-38頁

相關法條：勞動基準法第24、30、37、39條(89.07.19版)

要旨：有關勞工「週休二日之星期六」出勤之工資應如何發給釋疑全文內容：

主旨：勞動基準法第三十條修正後，勞工於「週休二日之星期六」出勤之工資應如何發給疑義一案，復請查照。

說明：一 復貴府九十年四月二十三日府勞資字第五一五七二號函。

二 實施「週休二日」制之事業單位，勞工於非例假日之休息日出勤工作，工資應如何發給，應視該休息日之性質而定。該日如係因勞資雙方約定之正常工作時間少於法定正常工時所生者，其未逾勞動基準法第三十條所定之法定正常工作總時數之部分，工資應由勞雇雙方協商定之；逾法定正常工作總時數者，應依該法第二十四條規定辦理。該日如係依同法第三十條第二項將其正常工作時數分配於其他工作日者，因二週內其他工作日分配之正常工時已達法定正常工作總時數，工資應依同法第二十四條規定辦理。至於，該日如係調移該法第三十七條之休假日而來者，其工作時數於調移紀念日時數以內者，雇主應依同法第三十九條之規定加倍發給該時數之工資；逾法定正常工作總時數工作者，則應依同法第二十四條規定辦理。上開逾法定正常工作時間工作四小時以上之部分，工資如何發給，法未明定，可由勞資雙方自行協商，惟不可低於同法第二十四條第一項第二款規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(90)台勞動二字第 0026202 號

發文日期：民國 90 年 06 月 26 日

資料來源：勞動基準法規彙編(91年版)第 272 頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第 230 頁

相關法條：勞動基準法 第 24 條 (89.07.19 版)

要旨：新制工時實施後，「月薪制」勞工計畫延長工時工資疑義全文內容：新制工時實施後，以「月薪制」計酬之勞工延長工作時間時，其延時工資應依勞動基準法第二十四條規定辦理。至所稱「平日每小時工資額」，究應如何計算，應視勞動契約之內容而定。即原月薪給付總額為二四〇小時者，除勞資雙方重行約定者外，仍得視為給付二四〇小時之工資，其「平日每小時工資額」據原公式推算，並無不可；惟勞資雙方已就工資總額及計算內涵重行約定者，應依新約定之內容推算之。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0960130677 號

發文日期：民國 96 年 08 月 07 日

資料來源：行政院勞工委員會臺北市政府公報 96 年秋字第 43 期 40 頁

相關法條：勞動基準法 第 24 條 (91.12.25)

要旨：「平日每小時工資額」不因調整基本工資變動

全文內容：

主旨：重申按月計酬者推計「平日每小時工資額」之算式，不因本次基本工資調整當然變動，請查照。

說明：按月計酬之勞工於逾法定正常工時之時段延長工時，應依勞動基準法第 24 條規定計給延時工資；其據以核計延時工資之「平日每小時工資額」究應如何計算，應視勞動契約之內容而定。原約定月薪給付總額相當於 240 小時者（即「平日每小時工資額」係以月薪總額除以 30 再除以 8 核計者），除勞資雙方重行約定者外，其「平日每小時工資額」仍可依據原公式推算（如月薪為 17280 元者即為 72 元），不因按時發布之基本工資調升至 95 元而當然變動。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0960130600 號

發文日期：民國 96 年 08 月 07 日

資料來源：行政院公報 第 13 卷 149 期 24997 頁臺北縣政府公報  
96 年秋字第 9 期 11 頁臺北市政府公報 96 年秋字第 43 期 39 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、39 條 (91.12.25)

要旨：行政院勞工委員會令釋有關基本工資之規定

全文內容：核釋基本工資自中華民國九十六年七月一日起修正為每月新臺幣（以下同）一萬七千二百八十元，每小時九十五元。按時計酬者，勞資雙方以不低於九十五元約定每小時工資額，除另有約定外，允認已給付勞動基準法第三十九條所定例假日照給之工資，毋須再行加給；其逾法定正常工時延時工作或於休假日出勤工作者，應以前開約定之金額核計同法第二十四條之延時工資及第三十九條休假日（出勤）之工資。

按日計酬者約定之日薪，於法定正常工作時間內，仍不得低於九十五元乘以工作時數之金額。至有關延時工資、休假日出勤加給工資之計算，依前開按時計酬者之核計規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0980011211 號

發文日期：民國 98 年 05 月 01 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24 條 (98.04.22)

要旨：勞雇雙方不得約定於延長工時事實發生前一次向後拋棄其延長時工資請求權；至勞工延長工作時間後，勞工可個別同意選擇補休而放棄領取延長工時工資，且勞雇雙方如就延時工資請求權是否經勞工拋棄有所爭議，應由雇主舉證

全文內容：

主旨：有關○○科技股份有限公司台中分公司查復情形，請查照。  
說明：一、依據貴所 98 年 4 月 16 日勞中檢製字第 0981003890 號函辦理。

二、查雇主延長勞工工作時間者，其延長工作時間工資應依勞動基準法第 24 條所列標準加給之，此項延長工時工資，並應於事由發生最近之工資給付日或當月份發給。上開延長工時工資請求權勞雇雙方不得約定於事前拋棄；故凡雇主要求勞工或縱經勞工同意，於延長工時事實發生前，一次向後拋棄其延長時工資之請求權，均屬無效。至勞工延長工作時間「後」，如同意選擇補休而放棄領取延長工時工資，固為法所不禁，惟上開權利之拋棄，應由個別勞工為之。勞雇雙方如就該等延時工資之請求權是否業經勞工拋棄有所爭議，應由雇主舉證。

三、本案○○科技股份有限公司台中分公司公告：「每月（當月）的加班轉換補休，其申請期間最長延至次月底，未能於次月底完成補休之剩餘加班時數，將核發加班費」核與前開說明未合，仍請依前開說明查察，依法處理。

## 勞基法第二十五條 同工同酬

何謂勞基法第 25 條中「工作相同、效率相同」，有學者參照各國勞動法之同工同酬而認是指「工作價值相同」<sup>419</sup>；亦有論者認為勞基法第 25 條並無法解決因性別職業區隔而產生的薪資給付差別待遇而進一步認為兩性工作平等法第 10 條第 1 項「同值同酬」的概念才能真正落實兩性薪資給付的平等<sup>420</sup>。惟同值同酬的認定在技術上頗為困難，落實並不容易。

在此，吾人實可參酌歐洲法相關之發展，找尋出適合我國法適用的軌跡。如果將觀察視野侷限於兩性/性別同工同值同酬原則，不論 2006 年以前的德國民法第 612 條第 3 項，亦或之後的一般平等對待法第 7 條（搭配第 2 條第 1 項第 2 款與第 3 條第 1 項），在其抽象的法律構成要件描述之後，當然都有許多法釋義學問題值得進一步探索，包括該歧視禁止之內容、歧視禁止之範圍（工資與約定之定義）、成立合法差別待遇的例外、違反之法律效果、舉證責任等<sup>421</sup>；限於篇幅，本文在此無法作完整的討論，僅侷限於核心之「同值同酬之概念」、「基於性別之工資區別」兩個部分，作進一步的分析說明。

### 1. 同值同酬之概念

在法釋義學的操作上，首先碰到的即是同工同值的掌握：德國聯邦勞動法院在判決中清楚的定義，不論勞工於不同或緊密相連之同一技術性工作位置上（technische Arbeitsplätze），提供同一或相同性質之勞務（identische oder gleichartige Tätigkeiten），即成立相同工作，如勞務之個別要素有所不同，則只要「重要核心之勞務部分」（überwiegend ausübende Tätigkeit）彼此相符，則應同認成立相同工作<sup>422</sup>，主要之個別勞動過程如果相同，雖然獨立各自觀之有可能排除與其他勞務之相同評價，但整體而言亦得認為係相同工作<sup>423</sup>，而如兩項工作之過程彼此相符，勞工皆可相互替代無虞者，亦得認成立相同、或至少同值之工作<sup>424</sup>。至於深受歐體 1975 年第 117 號「均衡會員國關於適用兩性工資平等指令」影響而放入之「同值工作」（gleichwertige Arbeit），學說上認為，應考量相互比較之工作相關之勞動過程、勞工教育職業訓練資格、勤勉與辛勞程度、責任範圍與勞動條件等因素，客觀上如無明顯與重要之區別，則成立同值工作<sup>425</sup>；聯邦勞動法院曾在一則判決中，主張「應依團體協約實務暨一般社會交易通念」加以認定

<sup>419</sup> 黃程貫，勞動法(修訂再版)，頁 405，1997 年。

<sup>420</sup> 鄭津津，職場與法律(二版)，頁 324，2007 年。

<sup>421</sup> 相關法釋義學的觀察體系，請見 Staudinger/Richardi, § 611a Rn. 22ff., § 612 Rn. 49ff.。

<sup>422</sup> BAGE 80, 343(351) = AP Nr. 48 zu § 612 BGB.

<sup>423</sup> BAG AP Nr. 48 = NZA 1996, 579.

<sup>424</sup> BAG AP Nr. 48 = NZA 1996, 579.

<sup>425</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöße, 4 Aufl., München 2005, § 612 Rn. 49.

<sup>426</sup>，而德國聯邦政府則在立法理由中建議，「應以勞動評量之客觀標準（objektive Maßstäbe der Arbeitsbewertung）來認定是否為同值工作」<sup>427</sup>。當然，聯邦政府的說法不免使人疑惑，因為德國並不存在所謂「勞動評量之客觀標準」，也因此，是否為同值工作，就變成要一定程度取決為所採取之勞動評量方法為何<sup>428</sup>，所以雖然聯邦勞動法院曾強調「應就不同勞務內容之整體做客觀的比較」<sup>429</sup>，然而，還是未能徹底的解決此問題；此外，在具體的案例判斷上，德國團體協約實務所採取之「區分薪級相關之勞務內容描述」（Tätigkeitsumschreibungen für die Eingruppierung），也經常為法院所援引運用，以增加操作上之穩定性與可信度<sup>430</sup>。再者，如經雇主指示，勞工於同一機器上暫時性的履行不同於勞動契約所定之其他勞務內容，則不得逕認兩者係同值工作<sup>431</sup>。此外，如工作是由不同之個別功能部分所組成，則該等個別功能越多而繁複，同值之可比較性就越低，同時，如個別功能之價值越高，則其他不具或具較低之該個別功能之工作，兩者同值之可比較性也就越低，而此經常可由團體協約實務或企業之工資體系中看出，亦應注意<sup>432</sup>。

從理論的角度觀之，必須要提醒的是：「工作是否同值」本身並非一獨立的提問，而是必須緊密綁在「工資歧視」的脈絡下方有其意義，易言之，只有在具體個案上之認定是否成立性別歧視時，探究系爭不同性質之勞務工作是否為相同價值，方為一重要的法律適用動作，切勿本末倒置，在前階段即吹毛求疵、巨細靡遺的從各種科學角度比對不同工作是否同值，而是應在可能涉有性別歧視之嫌的具體類型中，方去在此目的與脈絡下去做比較，方為適論<sup>433</sup>。例如一向盛行於德國勞動生活的所謂「工資扣減條款」（Lohnabschlagsklauseln），亦即女性勞工之工資僅有男性之一定百分比，在 1955 年經聯邦勞動法院認定違憲，亦即牴觸基本法第 3 條第 3 項之歧視禁止<sup>434</sup>。然而，法院在判決中留了伏筆：法院認為，勞動領域中的兩性平等固然重要，但不能完全犧牲企業與經濟體系的負荷能力，因此，雇主當然可以區分所謂「輕易」（leicht）與「繁重」（schwer）之工作，進而在工資上有所差距；易言之，如以區分輕易或繁重工作為基礎，進而在團體協約實務上形成所謂的「輕易工作工資部門」（Leichtlohngruppen），而工資顯然較繁重工作者為低，則無違憲違法之問題<sup>435</sup>。聯邦勞動法院的意思是：關鍵不在性別，而是在於工作內容，只要是本於後者，即便該等工作「通常」或「多半」由

<sup>426</sup> BAGE 80, 343(353) = AP Nr. 48 zu § 612 BGB.

<sup>427</sup> BT-Drucksache 8/3317.

<sup>428</sup> Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 63.

<sup>429</sup> BAG AP Nr. 48 = NZA 1996, 579.

<sup>430</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöße, § 612 Rn 49; ErfK/Preis, § 612 BGB Rn. 63..

<sup>431</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöße, § 612 Rn 49.

<sup>432</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöße, § 612 Rn 50.

<sup>433</sup> 參見 Wißmann 的提醒：dazu dersl., Die tarifliche Bewertung unterschiedlicher Tätigkeiten und das gemeinschaftsrechtliche Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, FS Günter Schaub, München 1998, S. 793ff.。

<sup>434</sup> BAGE 1, 258 = AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

<sup>435</sup> Ebenda.

女性勞工為之，則其較低之工資權利，並不違反同工同值同酬原則，只有在工作內容相同，男性勞工卻顯然被歸入高一級或二級之工資等級表者，方有抵觸違反之問題。歐洲法院對此亦作補充，認為輕易或繁重工作之別，尚須與不同性別之客觀能力相結合，不可脫離而獨立觀之，易言之，某些可能被歸類為繁重的工作，特別是對女性勞工而言，如果事實上對一般男性勞工來說不足當之，則仍不得據此為由而在工資上有所差別待遇，如此之問題經常發生於單以「身體上之體力消耗」(körperlicher Kraftaufwand)作為惟一區分標準的場合，是以，不應單以此為由，即完全合理性兩性間之工資差距<sup>436</sup>；德國各級勞動法院後來亦秉持相同意旨，強調不得以單純之體力(körperliche Kraft)，作為合理化男女差別待遇之事由，例如知名的法院強制執行人員案<sup>437</sup>，或女性不宜從事聯邦國防軍中必須持有武器之工作案等<sup>438</sup>，雖然說，不論德國法院或歐洲法院，都不忘提醒當涉及公共安全需求時，會員國有較大之區別兩性的空間<sup>439</sup>。不論如何，即便有如此之特殊考量，事實上都不會改變法律適用上的一個重點：只要涉及工作相同或同值，就沒有兩性差別待遇的可能性，這是第二階段，而非「特定勞務內容即得合法之排除女性從事」的第一階段問題。

同樣的問題，其實亦可從歐洲法院的形成中看出一些端倪：首先要強調的是，事實上歐洲法院很少在個案中，直接表明兩個具體的工作是否為同值，而是多半先接受各內國法院的事實認定，毋寧將論證重心擺在「如為同值/不同值，則是否構成間接歧視」的問題上。例如在著名的 Rummler 案，針對印刷工業團體協約中之所謂「以肌力作為敘薪標準」(muskuläre Beanspruchung als Entgeltkriterium)，亦即對體力消耗者有較佳的工資待遇，結果自然是從事該等工作的男性勞工受益，針對團體協約之看似優惠「男人工作」(Männerarbeit)，歐洲法院提醒，不能單以此表象便逕認成立間接歧視，而是應該「站在觀察整個工資體系的角度，審查該體系是否含有成立性別間接歧視之標準」，換言之，「如果在整體工資體系中，在較高之工資等級裡，除了系爭較輕易由男性勞工所從事之工作外，亦有相當之適合女性勞工的勞務內容，則無間接歧視之問題」<sup>440</sup>。

在另外的兩個知名案例 Enderby 與 Royal Copenhagen 中，歐洲法院同樣面對此團體協約可能涉有間接歧視的工資體系問題：Enderby 案牽涉到公部門同一協約當事人所締結之兩份不同的團體協約，針對公立醫院受僱人員之工資，團體協約其一規定藥劑人員-多半為男性，另一則係語言治療師-幾全為女性，而前者之

<sup>436</sup> EuGH AP Nr. 13 zu Art. 119 EWG-Vertrag; dazu auch Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 64.

<sup>437</sup> ArbG Hamm 06.09.1984 – 4 Ca 1076/82 = DB 1984, 2700; dazu auch Brors-Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 21.

<sup>438</sup> EuGH 11.01.2000 - Rs. C-285/98 = NJW 2000, 497.

<sup>439</sup> Vgl. z.B. EuGH 11.01.2000 - Rs. C-285/98 = NJW 2000, 497; 26.10.1999 – C 273/97 = NZA 2000, 25; 15.05.1986 – Rs. C-222-84 – Slg. 1986, 1651.

<sup>440</sup> EuGH 1.7.1986 – Rs.237/85 – AP Nr. 13 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

工資較高；在判決中<sup>441</sup>，歐洲法院首先表明接受內國法院認兩者為同值之立場，轉而將重點擺在「團體協約所為之同值但不同酬之規定，是否因其為團體協約而排除間接歧視之成立」，歐洲法院的回答很清楚：兩者無關，不得援引團體協約作為阻卻違法事由，雖然「勞動市場狀況可能足以當之」（“Allerdings kann die Arbeitsmarktlage ein Rechtfertigungsgrund sein“）。在另一則 Royal Copenhagen 案<sup>442</sup>，針對瓷器製造業的團體協約中，對於轉盤技師、塗裝人員與掛牆瓷盤繪製人員之計件報酬部份，有不同的差別待遇，其中最優與最劣之勞工幾全為女性，而介於其中者則以男性居多；同樣的，歐洲法院接受內國法院認為三者同值之認定，法院還是將重點擺在「團體協約當然可能成立間接歧視」的強調，卻又弔詭的提醒「在客觀上判斷是否得以合法化差別待遇時，應考量其作為團體協約之特性」。如同德國聯邦勞動法院法官 Helmut Wißmann 所說<sup>443</sup>，歐洲法院之判決，是在猶豫之間的微妙觀察「團體協約與工資平等」之複雜關聯，誠然，協約實務可說是一足以參酌之客觀標準，但同樣不能逃避是否屬同值工作、但卻不同酬之合法性檢驗。

## 2. 基於性別之工資區別

成立違法同值同酬原則的第二個核心要件，無非「基於性別所為之工資差別待遇」，而不是本於其他非性別的事由，當然，本於其他事由亦可能構成歧視。值得注意的是，特別是在間接歧視的認定上，雇主約定或措施之「目的」不是重點，而是「事實上的影響」才是必須追究的關鍵，換言之，雇主主觀上涉及性別歧視本身不足當之，必須客觀上該約定或措施確有歧視，方得認係違反工資平等原則<sup>444</sup>。

在德國的司法實務上，早期透過學說發展，區分直接與間接歧視之不同類型來加以掌握，當然這在 2006 年一般平等對待法通過後，即因法律之明文納入而有了不同。在同值同酬原則的發展上，直接與間接歧視之概念，最早是來自於歐洲法院的影響：歐洲法院在一系列的判決中，定義本於性別所為之間接歧視，係指如某一差別待遇明顯對某一性別較為不利，而又無法以其他非關性別之客觀事由合理化者，即成立之<sup>445</sup>。以下可觀察幾個重要的案件類型：

(5) 清楚的將男性勞工劃入較高之工資等級，給予男性勞工所謂的「配偶津貼」

<sup>441</sup> EuGH 27.10.1993 – Rs. C-127/92 – AP Nr. 50 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>442</sup> EuGH 31.5.1995 – Rs. C-400/93 – AP Nr. 68 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>443</sup> Wißmann, FS Günter Schaub, S. 801.

<sup>444</sup> MünchKommBGB/Müller-Glöße, § 612 Rn 54.

<sup>445</sup> EuGH AP. Nr. 16 [Rinner-Kühn] und Nr. 21 [Kowalska] zu Art. 119 EWG-Vertrag; EuGH AP. Nr. 25 zu § 23a BAT [Nimz]; BAGE 72, 64(72) = AP. Nr. 28 zu § 23a BAT; BAG AP Nr. 3 zu § 612 BGB Diskriminierung.

(Ehefrauzulage)，或女性勞工得以請求之「家務補貼」(Haushaltszulage) 綁在較嚴格之要件，兩者均成立工資不平等的直接歧視<sup>446</sup>。

- (6) 部分工時勞工：由於部分工時有顯然極高的比例是由女性勞工所從事，是以如在某些工資給付事項上（例如企業退休金），直接排除部分工時勞工之請求權，則認抵觸歐體條約第 119 條而成立性別歧視<sup>447</sup>。當然，就此部分，學者亦迭有批評，例如 Richardi 即認為，在論理上，不能單以「某一事項上受較差待遇之勞工，多屬某一性別」為由，即認成立違反同工同值同酬原則之性別歧視，而是應該進一步考量其「性別之數量比例關係」(zahlenmäßiges Verhältnis der Geschlechter)，也就是說，相較於部分工時者，如果女性的全時工時者在其中所佔之比例，與其在部分工時內相等，則恐無違反工資平等之問題，因並不存在兩性間的差別待遇<sup>448</sup>；
- (7) 社工與技工：相對的，涉及者如為不同的工作，則只有在明確的證明，其差別待遇係本於與性別有關之標準時，方可能成立違反同工同酬原則之間接歧視；例如德國聯邦勞動法院即認為，針對聯邦雇員團體協約 (BAT) 所附之工資等級表，不能將社工人員拿來與技工相互比較工資，進而主張成立同值不同酬的性別歧視，蓋兩者無從認定係同值工作<sup>449</sup>；
- (8) 母性保護之工作禁止：針對特定之勞務提供，如因女性勞工不得為之，進而當然無法享有該勞務之對待給付工資者，並不成立工資平等原則之牴觸<sup>450</sup>。例如依據德國母性保護法 (Mutterschutzgesetz) 第 8 條「工作禁止」(Beschäftigungsverbot) 之規定，懷孕女性勞工不得從事夜班工作，則自不能享有夜班工作津貼，亦當無性別歧視之問題；類似的，對於全時勞工，雇主須給付國定假日工資，則該等國定假日即非工作日之部分工時女性勞工，自同樣不能享有國定假日工資給與，而亦無涉工資平等原則之違反<sup>451</sup>。

2006 年以前繼續施行之德國民法第 611a 條第 1 項第 2 句規定：「差別對待之約定或措施係以勞工所提供之勞務為對象，且特定性別為該勞務不可或缺之要件者」，則其差別待遇雖本於性別，但例外的不成立性別歧視。有趣的是，攸關同工同值同酬原則的第 612 條第 3 項，並非類似的明文，依當然聯邦政府的說法，

<sup>446</sup> BAG AP GG Art. 3 Nr. 136 = NZA 1986, 321; BAG AP GG Art. 3 Nr. 111 = NJW 1977, 1742.

<sup>447</sup> EuGH AP. Nr. 10 zu Art. 119 EWG-Vertrag; BAGE 53, 161ff. = AP. Nr. 11 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>448</sup> Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 68; 相同見解之實務判決如 BAGE 72, 64(75) = AP Nr. 28 zu § 23a BAT。

<sup>449</sup> BAG AP. Nr. 3 zu § 612 BGB Diskriminierung.

<sup>450</sup> EuGH AP. Nr. 13 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

<sup>451</sup> BAG AP Nr. 42 zu Art. 119 EWG-Vertrag; dazu siehe auch Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 69.

原因是「兩者不相干」(”die Bestimmung hier ist nicht einschlägig”)<sup>452</sup>。對此，學者 Richardi 即提出批評，認為即使在同工同值之情形，仍可能有基於類似第 611a 條第 1 項第 2 句要件之阻卻違法問題，並非毫無可能，例如職業歌劇團中的男女歌手，想像中即不無本於「特定性別為該勞務不可或缺之要件」之由而作差別待遇，然而基於法律條文之解釋，於類似情形，恐仍不得以第 611a 條第 1 項第 2 句之要件來試圖合理化，而只能回到第 612 條第 3 項之「是否同值」去涵攝<sup>453</sup>。事實上，法院自己的見解也常說不清楚，例如聯邦勞動法院亦曾在判決中表明：「如果工資主要是因為某些特徵要素而做區別，該等特徵要素復顯然極少能由某一性別來滿足，而『此作法又無從以重要之企業或社會政策需求來合理化者』，則成立間接性別歧視」<sup>454</sup>，似乎又有將民法第 611a 條第 2 項放入第 612 條第 3 項脈絡中加以適用的傾向，似與 Richardi 的主張接近，而歐洲法院亦表明，如果只有男性勞工方從事夜班工作，是以夜班津貼便當然只有男性享有，則不構成間接歧視，因為這裡有「重要之企業或社會政策需求」，亦均同此意旨<sup>455</sup>。2006 年通過之一般平等對待法，其中第 8 條「基於職業資格之合法差別待遇」，第 1 項亦明定「如因所從事之活動或其從事之條件，第 1 條所列事由係屬重要與關鍵之職業資格，且其目的為合法，該資格亦為適當者，基於該事由所為之差別待遇為合法」，看似並未有清楚排除同工同值同酬情形之適用，然而，通說卻均認原則上等同於民法第 612 條第 3 項時代的解釋<sup>456</sup>，雖然上述之司法實務見解仍有討論的空間。換言之，似乎可以說：基本上延續 2006 年以前民法的規範狀態，在繼續維持例外之合法差別待遇事由的設計上，排除此例外適用於同工同值同酬之限制，但在個案上並非毫無餘地，應加注意。

#### 勞動基準法第 26 條

<sup>452</sup> BT-Drucksache 8/3317, 10.

<sup>453</sup> Staudinger/Richardi, § 612 Rn. 70.

<sup>454</sup> BAG AP § 611 Gratifikation Nr. 164 = NZA 1995, 233; BAG AP BetrVF 1972 § 37 Nr. 123 = NZA 1997, 1242; EuGH AP EG-Vertrag Art. 119 Nr. 11 = NZA 1999, 1151.

<sup>455</sup> EuGH AP EWG-Vertrag Art. 119 Rn. 13; dazu auch MünchKommBGB/Müller-Glöße, § 612 Rn 55.

<sup>456</sup> Brors-Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 18ff.

條文：

雇主不得預扣勞工工資作為違約金或賠償費用。

函釋共 3 筆：

發文單位：行政院勞工委員會  
發文字號：(87)台勞職外字第 041329 號  
發文日期：民國 87 年 09 月 24 日  
資料來源：就業服務法解釋令彙編(89年11月版)第 358 頁  
相關法條：勞動基準法 第 26、78 條 (87.05.13 版)  
外國人聘僱許可及管理辦法 第 30 條 (87.06.30 版)  
要旨：「雇主得與外國人訂立契約，以外國人名義在金融機構開立帳戶，將工資百分之三十以下數額存儲生息，俟其離境時領回」疑義  
全文內容：一 依本會八十七年六月三十日台八十七勞職外字第○九○一一二五號令修正發布之外國人聘僱許可及管理辦法第三十條規定：「雇主得與外國人訂立契約，以外國人名義在金融機構開立帳戶，將工資百分之三十以下數額存儲生息，俟其離境時領回」。查其立法意旨係避免外國人在我國有任何不正當經濟行為及為所聘僱之外國人儲存生息，並非作為預防外勞逃跑之保證金或損害賠償之用。另依勞動基準法第二十六條規定，雇主不得預扣工資作為違約金或賠償費用。  
二 依上述規定，有關 貴事務所當事人預扣外勞薪資作為保證金且暫存入公司帳戶乙節，涉嫌違反勞動基準法第二十六條規定，依同法第七十八條規定應處以三萬元以下罰金，係屬刑事責任，是否違法應由司法機關按具體事實個別認定。

發文單位：行政院勞工委員會  
發文字號：(89)台勞資二字第 0043550 號  
發文日期：民國 89 年 10 月 16 日  
資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 220 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 189-190 頁  
相關法條：民法 第 247 條 (89.04.26 版)  
勞動基準法 第 26 條 (89.07.19 版)  
要旨：雇主與勞工於勞動契約須繳交保證金及制服費用，是否違反勞動基準法第二十六條疑義

全文內容：一 雇主如於勞工到職時，自勞工所得之薪資中直接扣繳約定於勞動契約中之違約保證金，已明顯違反勞動基準法第二十六條之規定，該約定應屬無效。

二 該保證金如非自勞工工資中預扣，而係由勞工另行繳納，尚非勞動基準法第二十六條禁止之行為，惟該項保證勞工服務忠誠或服務年限之做法，對勞工甚為不利，顯有失公平，民法第二百四十七條之一之規定，可資參據，另制服係雇主為事業經營之目的，強制勞工於提供勞務之場所或提供勞務之當時所為必要之行為，其或為工作安全之目的，或為勞動紀律之需要，其費用應為勞務成本或職工福利之一部分，要求勞工負擔或分擔成本，顯不妥當。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(89)台勞動二 字第 0031343 號

發文日期：民國 89 年 07 月 28 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)

第 269-270 頁

資料來源：

勞動基準法規彙編(91年版)第 257-258 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 218 頁

相關法條：勞動基準法 第 22、26 條 (89.07.19 版)

要 旨：勞動基準法第二十六條規定所稱「預扣勞工工資」之疑義

全文內容：依勞動基準法第二十二條規定，工資應全額直接給付勞工。同法第二十六條規定，雇主不得預扣勞工工資作為違約金或賠償費用。所稱「預扣勞工工資」，係指在違約、賠償等事實未發生或其事實已發生，但責任歸屬、範圍大小、金額多寡等未確定前，雇主預先扣發勞工工資作為違約金或賠償費用。

條文：

雇主因歇業、清算或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分，有最優先受清償之權。

雇主應按其當月雇用勞工投保薪資總額及規定之費率，繳納一定數額之積欠工資墊償基金，作為墊償前項積欠工資之用。積欠工資墊償基金，累積至規定金額後，應降低費率或暫停收繳。

前項費率，由中央主管機關於萬分之十範圍內擬訂，報請行政院核定之。

雇主積欠之工資，經勞工請求未獲清償者，由積欠工資墊償基金墊償之；雇主應於規定期限內，將墊款償還積欠工資墊償基金。

積欠工資墊償基金，由中央主管機關設管理委員會管理之。基金之收繳有關業務，得由中央主管機關，委託勞工保險機構辦理之。第二項之規定金額、基金墊償程序、收繳與管理辦法及管理委員會組織規程，由中央主管機關定之。

函釋共 15 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 294903 號

發文日期：民國 74 年 05 月 21 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 147 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 183 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 197 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 197 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 201 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 223 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 236 頁

相關法條：勞動基準法 第 28 條 (73.07.30 版)

要旨：積欠工資受償優先順位疑義

全文內容：勞動基準法第二十八條規定，雇主因歇業、清算或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分，有最優先受清償之權。其優先順位除法律另有規定外，僅次抵押權，優先於其他一切債權受償。

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 430354 號

發文日期：民國 75 年 09 月 22 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 153 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第

190-191 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)  
第 203 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)  
第 203 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)  
第 207 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)  
第 229 頁勞動基準法規彙編(96年7月版)第 238 頁

相關法條：勞動基準法 第 28 條 (73.07.30)積欠工資墊償基金提繳  
及墊償管理辦法 第 4 條 (75.02.21)

要旨：積欠工資墊償基金數額，應併同當月份勞保費一併繳納勞保局

全文內容：積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第四條規定「勞保局每月計算各雇主應提繳本基金之數額繕具提繳單，於次月底前寄送雇主，於繳納同月份勞工保險費時一併繳納。」事業單位本(七十五)年十一月份應繳納積欠工資墊償基金數額，應於本年十二月底前併同當月份勞保費一併繳納勞保局，未能依規定限期繳納者，得寬限三十日，即應於七十六年一月底前繳納。嗣後按月繳納之積欠工資墊償基金，亦應併同當月份勞保費一併繳納。

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第 458364 號

發文日期：民國 76 年 01 月 26 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 154 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第  
192-193 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)  
第 204 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)  
第 204-205 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1  
月版)第 208-209 頁勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90  
年6月版)第 230-231 頁勞動基準法規彙編(96年7月版)  
第 238-239 頁

相關法條：勞動基準法 第 28 條 (73.07.30)

要旨：勞工保險局向雇主或清算人或破產管理人請求償還墊款之  
時效

全文內容：一 勞工保險局墊償勞工工資後，得以自己名義代位行使最  
優先受清償權，依法向雇主或清算人或破產管理人請求於限期內償還墊  
款，該項請求權受民法第一百二十六條時效之限制，勞保局基於事實需  
要，得視個案情形，決定自墊償日起限期一次或分期償還。

二 民法第一百二十六條規定「利息、紅利、租金、贍養費、

退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權因五年間不行使而消滅。」

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第463175號

發文日期：民國76年02月07日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令(81年10月版)第155頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第193-194頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第206頁

相關法條：勞動基準法第28條(73.07.30版)積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第9條(75.02.21版)

要旨：墊償積欠工資係指累積欠發未滿六個月以內之實際工資金額

全文內容：積欠工資墊償基金墊償勞工本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部份，係指累積欠發未滿六個月以內之實際工資金額，又六個月之計算，係自雇主歇業、清算或宣告破產當日起最近之勞動契約有效日向前逆算之。

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第458365號

發文日期：民國76年02月07日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第155頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第193頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第205頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第205-206頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第209頁 勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第231頁 勞動基準法規彙編(96年7月版)第239-240頁

相關法條：勞動基準法第28條(73.07.30)積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第9條(75.02.21)

要旨：勞工無法取得雇主積欠工資之金額證明，亦無法查證時可不予墊償

全文內容：一 事業單位確有積欠工資之事實，惟雇主於歇業後行蹤不明，致勞工無法取得雇主積欠工資之金額證明，查證單位亦無法取得有

關資料以供查證積欠工資之始期、期間及金額時，可不予墊償。

二 嗣後勞工於法定期限內取得雇主積欠工資之金額證明，重行向勞保局申請墊償工資時，該局可依有關勞工法令之規定辦理。

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第 468251 號

發文日期：民國 76 年 02 月 11 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 206 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 206 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 210 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 232 頁

相關法條：勞動基準法 第 28 條 (73.07.30)

要旨：事業單位僱用之勞工，如有依法可免參加勞工保險者，仍可申請積欠工資墊償

全文內容：雇主已依勞動基準法第二十八條規定，按月提繳一定數額之責欠工資墊償基金，發生勞工申請墊償積欠工資之事實時，該事業單位內縱有依法可免參加勞工保險之勞工者，應併同參加勞工保險之勞工享有申請墊償權利。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(78)台勞動 2 字第 00847 號

發文日期：民國 78 年 01 月 21 日

資料來源：行政院勞工委員會勞工保險局

相關法條：勞動基準法 第 28 條 (73.07.30 版)積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法 第 2 條 (75.02.21 版)

要旨：有關因雇主積欠工資，申請積欠工資墊償基金事件，勞工無法提供足以證明積欠工資金額之相關文件時，勞保局得先依其投保薪資或比照其他勞工之投保薪資予以墊償

全文內容：確有積欠工資事實，勞工無法提供相關文件證明積欠工資之金額，應如何墊償。

所提文件無法足資證明積欠工資之金額時，勞保局得先依其投保薪資或比照其他勞工之投保薪資予以墊償。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(78)台勞動 2 字第 21362 號

發文日期：民國 78 年 08 月 04 日

資料來源：行政院勞工委員會勞工保險局

相關法條：民法 第 126 條 (74.06.03 版) 勞動基準法 第 28 條 (73.07.30 版) 積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法 第 12 條 (75.02.21 版)

要旨：有關勞保局核定墊償勞工工資，勞工未能領取，應適用民法第 126 條給付請求權因五年間不行使而消滅之規定

全文內容：勞保局核定墊償勞工工資，如勞工未領取是否有時效限制。勞保局核定墊償勞工工資，勞工未能領取，應適用民法第 126 條 5 年消滅時效之規定。

民法第 126 條規定「利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權因五年間不行使而消滅」。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(81)台勞動二 字第 13773 號

發文日期：民國 81 年 05 月 13 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89 年 1 月版)第 224 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90 年 6 月版)第 246 頁  
勞動基準法規彙編(96 年 7 月版)第 242 頁

相關法條：勞動基準法 第 28 條 (73.07.30 版) 勞動基準法施行細則 第 15 條 (74.02.27 版)

要旨：積欠工資墊償基金墊償範圍

全文內容：查勞動基準法第二十八條所稱之歇業，係指雇主終止營業而言。該法施行細則第十五條規定：「本法第二十八條第一項所定最優先受清償權之工資，以雇主於歇業、清算或宣告破產前六個月內所積欠者為限。」準此，雇主本於勞動契約積欠勞工之工資應以終止營業前六個月內所積欠者，始得申請積欠工資墊償基金予以墊償。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(85)台勞動二 字第 119752 號

發文日期：民國 85 年 06 月 11 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86 年 4 月版)第 231-232 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87 年 5 月版)第 232 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89 年 1 月版)第 236 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90 年 6 月版)第 258 頁

頁勞動基準法規彙編（96年7月版）第243頁

相關法條：勞動基準法第28條（73.07.30）積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第4條（75.02.21）

要旨：欠繳責欠工資墊償基金事業單位，違法事實明確，應依法處罰至改正為止

全文內容：臺閩地區勞工保險局按月函送之欠繳積欠工資墊償基金事業單位名冊，各該事業單位違法事實已甚明確，影響勞工權益甚鉅，且易造成勞資糾紛難以解決，故應即據以依法處罰直至改正為止。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（86）台勞動二字第020951號

發文日期：民國86年05月20日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第239頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第261頁  
勞動基準法規彙編（96年7月版）第244-245頁

相關法條：勞動基準法第28條（85.12.27）積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第8、9、10條（85.06.29）

要旨：與法院確定判決有同一效力之支付命令得作為工資債權證明

全文內容：本會積欠工資墊償基金管理委員會第三十二次會議，獲致決議：「依民事訴訟法合法送達但雇主未於法定期間內表示異議之支付命令，具有與法院確定判決有同一效力時，勞工得以其作為工資債權證明，向勞保局申請積欠工資墊償基金」。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（87）台勞動二字第019433號

發文日期：民國87年05月12日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第242頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第264頁  
勞動基準法規彙編（96年7月版）第245頁臺北市政府公報87年夏字第48期5頁

相關法條：勞動基準法第3、28條（85.12.27）

要旨：新指定適用勞動基準法之事業單位，以指定適用該法之當日為積欠工資墊償基金開始提繳日及得申請墊償之日

全文內容：

主旨：新指定適用勞動基準法之事業單位，以指定適用該法之當為積欠工資墊償基金開始提繳日及得申請墊償之日，復請查照。

說明：依本會積欠工資墊償基金管理委員會第三十五次會議決議辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(89)台勞動二字第 0036018 號

發文日期：民國 89 年 08 月 18 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 270 頁  
勞動基準法規彙編(91年版)第 291 頁 勞動基準法規彙編  
(96年7月版)第 246 頁

相關法條：勞動基準法 第 28 條 (89.07.19 版)

要旨：停工期間之工資是否為積欠工資墊償基金墊償範圍

全文內容：一 事業單位停工之原因如係可歸責於雇主，而非歸責於勞工時，停工期間資應由雇主照給。

二 雇主因歇業、清算或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分，如有可歸責於雇主原因之停工期間工資，經勞工請求未獲清償者，得依法向勞工保險局申請由積欠工資墊償基金墊償之，惟如勞工於停工期間受僱於其他事業單位並領取工資者，其領取之工資應予扣除。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(90)台勞動二字第 0013898 號

發文日期：民國 90 年 03 月 30 日

資料來源：高雄市政府公報 90 年夏字第 7 期 21 頁

相關法條：勞動基準法 第 3、28 條 (89.07.19 版)積欠工資墊償基金  
提繳及墊償管理辦法 第 7 條 (89.02.02 版)勞工保險條例  
第 1 條 (89.07.19 版)

要旨：有關勞工因雇主未為其提繳積欠工資墊償基金，是否享有申請墊償權利

全文內容：

主旨：勞工因雇主未為其提繳積欠工資墊償基金，是否享有申請墊償權利一案，請查照轉知。

說明：

一 依據本會積欠工資墊償基金管理委員會八十九年九月二十六日第四十三次臨時會決議辦理。

二 凡適用勞動基準法之事業單位，雇主皆應依勞動基準法第二十八條規

定提繳積欠工資墊償基金。其勞工若依勞工保險條例規定得免參加勞工保險，雇主仍應依勞動基準法第二十八條規定，按月提繳一定數額之積欠工資墊償基金，發生勞工申請墊償積欠工資之事實時，該事業單位內縱有依法可免參加勞工保險之勞工者，應併同參加勞工保險之勞工享有申請墊償之權利。

三 雇主有依法提繳積欠工資墊償基金之義務，於歇業、破產、清算後，其積欠勞工工資始得予墊償，惟因雇主作業疏失而未繳足者，若已補繳其應繳之基金，仍得予以墊償。但應符合積欠工資墊償基金提繳及墊償管理辦法第七條之規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(91)台勞動二字第 0910000188 號

發文日期：民國 91 年 01 月 18 日

資料來源：行政院勞工委員會勞工保險局

相關法條：勞動基準法 第 28 條 (89.07.19 版)

要旨：事業因停工或暫停營業，非屬歇業、清算或宣告破產等情事，不得就該所積欠之工資申請積欠工資墊償

全文內容：事業單位因停工（或申請暫停營業），本於勞動契約所積欠之工資不得申請積欠工資墊償

勞動基準法第二十八條第一項規定：「雇主因歇業、清算或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分，有最優先受清償之權。」而雇主按其當月雇用勞工投保薪資總額及規定之費率，繳納一定數額之積欠工資墊償基金，係作為墊償前項積欠工資之用，此為該條文第二項所明定。

事業單位之停工，與歇業、清算或宣告破產有別，故仍應符合前開歇業、清算或宣告破產事實時，方得依法申請積欠工資墊償基金墊償。

條文：

事業單位於營業年度終了結算，如有盈餘，除繳納稅捐、彌補虧損及提列股息、公積金外，對於全年工作並無過失之勞工，應給予獎金或分配紅利。

函釋共 1 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第 486744 號

發文日期：民國 76 年 03 月 31 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81 年 10 月版)第 156 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84 年 10 月版)

第 194-195 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86 年 4 月版)第 207 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87 年 5 月版)第 207 頁

資料來源：

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89 年 1 月版)

第 210-211 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90 年 6 月版)

第 232-233 頁

勞動基準法規彙編(96 年 7 月版)第 270-271 頁

相關法條：勞動基準法第 29、38 條(73.07.30 版)

勞動基準法施行細則第 5、24 條(74.02.27 版)

要旨：「營業年度」與「年度終結」之年度起訖時間

全文內容：一 勞動基準法第二十九條規定：「事業單位於營業年度終了結算，如有盈餘，……應給與獎金或分配紅利。」所稱「營業年度」，係指一月一日至十二月三十一日。

二 勞工特別休假年度資之計算，應依勞動基準法施行細則第五條之規定，自受雇當日起算。至於同法施行細則第二十四條第三款規定：「特別休假因年度終結……而未休者，其應休未休之日數，雇主應發給工資。」所稱「年度」以一月一日至十二月三十一日為原則，惟事業單位為配合其會計年度，從其起訖時間，亦屬可行。

勞動基準法第 30 條

條文：

勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每二週工作總時數不得超過八十四小時。

前項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將其二週內二日之正常工作時數，分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時。但每週工作總時數不得超過四十八小時。

第一項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將八週內之正常工作時數加以分配。但每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時。

第二項及第三項僅適用於經中央主管機關指定之行業。

雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡，逐日記載勞工出勤情形。此項簿卡應保存一年。

函釋共 7 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 434652 號

發文日期：民國 75 年 09 月 16 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 151 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 188 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 201 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 201 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 205 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 227 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 232 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32、39、40 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要 旨：假日工作之工資計算

全文內容：一 雇主依勞動基準法第三十九條規定，經徵得勞工同意於休假日工作者，工作時間應依同法第三十條、第三十二條規定辦理，工資應依本部 73.10.18 台內勞字第二五六四五三號函釋辦理。即除當日工資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。

二 因天災、事變或突發事件，雇主依勞動基準法第四十條規定停止勞工例假、休假及特別休假時，停止假期之工作時間，包括延時工作工資皆應加倍發給，並於事後補假休息。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台七十七勞動二 字第 03458 號

發文日期：民國 77 年 03 月 01 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32、39、40 條 (98.04.22)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (98.02.27)

要 旨：行政院勞工委員會核釋「勞工於國定假日適逢例假或翌日補假照常工作，未達或超過 8 小時工資如何加給」之疑義

全文內容：關於勞工於國定假日適逢例假或翌日補假日照常工作，未達八小時及超過八小時工資如何加給疑義，依內政部 75.09.16 台內勞字第 434652 號函釋，即除當日公資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二 字第 34335 號

發文日期：民國 82 年 06 月 30 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84 年 10 月版)第 215 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86 年 4 月版)第 224 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87 年 5 月版)第 224 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89 年 1 月版)第 228 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90 年 6 月版)第 250 頁  
勞動基準法規彙編(96 年 7 月版)第 212 頁

相關法條：勞動基準法 第 30 條 (73.07.30 版)

要 旨：勞工上班遲到時間，一個月內累計逾卅分鐘部分不給工資，是否違法

全文內容：查勞工工資如係依工作時間之長短計給者，則雇主對於勞工上班之遲到時間，一個月內累計逾卅分鐘之部分，因未提供勞務，故不發給工資，而依其實際工作時間發給工資，尚不違反勞動基準法。

發文單位：臺灣省政府勞工處

發文字號：(87)勞二 字第 23131 號

發文日期：民國 87 年 08 月 26 日

資料來源：臺灣省政府公報 87 年秋字第 55 期 7-8 頁

相關法條：勞動基準法 第 30、30-1 條（87.05.13 版）

要 旨：公務機構實施每月二次週休二日，工友於週休二日之星期六出勤工作工資如何計給疑義

主 旨：關於公務機構實施每月二次週休二日，工友於週休二日之星期六出勤工作工資如何計給疑義，經行政院勞工委員會核復如說明二，請查照轉知。

說 明：一 依據行政院勞工委員會八十七年八月十七日台八十七勞動二字第○三二七○一號書函辦理。

二 查公務機構實施每月二次週休二日，調整部分紀念節日於每月第二及第四週週六放假，應係以一日換二個半日之概念而來。是以，勞工如於調整假日之週休二日之星期六上午出勤未達四小時者，應加發半日(四小時)之工資，超過四小時部分，其工資可由勞雇雙方自行約定，惟若係於每日正常工作時間(含依勞基法第三十條第二項及第三十條之一第一項第一款變更後之正常工作時間)外要求勞工工作，則應依勞動基準法第二十四條規定給予延長工時工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(89)台勞動二 字第 0019113 號

發文日期：民國 89 年 05 月 16 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90 年 6 月版)第 269 頁

相關法條：勞動基準法 第 30 條（87.05.13 版）

要 旨：勞工於「優於法定正常工時間」及「事業單位配合公務機構實施週休二日當週週六」出勤之工資疑義

全文內容：一、勞動基準法第三十條規定，勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時，此為法定之正常工時，勞雇雙方約定之正常工時少於法定正常工時者，係優於勞動基準法之規定，雇主使勞工於約定之正常工時與法定正常工時之時間內工作，工資如何發給，應由勞雇雙方協商定之。

二、事業單位配合政府行政機關實施每月週休二日，調移部分紀念節日之半日於每月第二及第四週週六放假，若因業務需要使勞工於該週六出勤工作八小時，其中屬於調移紀念日半日四小時部分，應加發半日工資，其他屬法定每週正常工時四十八小時以內者，工資之發給，依前

項規定辦理，惟事業單位如有優於該法之規定，從其規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(90)台勞動二字第0021282號

發文日期：民國90年05月11日

行政院勞工委員會公報第1卷3期36頁

資料來源：勞動基準法規彙編(96年7月版)第254-255頁

高雄市政府公報90年夏字第17期22-23頁

「大偉法律叢書系列」—勞工法規(92年10月版)第151頁

相關法條：勞動基準法第24、30條(89.07.19版)

要旨：關於新工時制度實施後所衍生相關問題疑義

主旨：關於新工時制度實施後所衍生相關問題疑義，釋如說明，請查照。

說明：一 勞動基準法第三十條有關法定正常工時修正為兩週八十四小時之規定，已自今(九十)年一月一日起實施。其較修法前每週不得超過四十八小時之規定為少，減少之時間，乃不必工作之「下班時間」。

二 雇主經徵得勞工同意，使勞工於前開縮短之時間內工作，因已逾法定正常工作時間，故應依勞動基準法第二十四條規定發給延長工作時間之工資。

三 勞工以「月薪制」計酬者，由於原勞動契約之工時上限為新法所取代，工資部分並未變動，故雇主仍應依原勞動契約約定之工資數額履行給付義務，尚不得因本次修法縮短法定正常工時而片面減少工資。勞資雙方如認有變更勞動契約內容之必要時，應由勞雇雙方重行協商。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(90)台勞動二字第0019248號

發文日期：民國90年06月07日

資料來源：勞動基準法規彙編(96年7月版)第235-236頁

高雄市政府公報90年夏字第26期37-38頁

相關法條：勞動基準法第24、30、37、39條(89.07.19版)

要旨：有關勞工「週休二日之星期六」出勤之工資應如何發給釋疑

主旨：勞動基準法第三十條修正後，勞工於「週休二日之星期六」出勤之工資應如何發給疑義一案，復請查照。

說明：一 復貴府九十年四月二十三日府勞資字第五一五七二號函。

二 實施「週休二日」制之事業單位，勞工於非例假日之休息日出勤工作，工資應如何發給，應視該休息日之性質而定。該日如係因勞資雙方約定之正常工作時間少於法定正常工時所生者，其未逾勞動基準法第三十條所定之法定正常工作總時數之部分，工資應由勞雇雙方協商定之；逾法定正常工作總時數者，應依該法第二十四條規定辦理。該日如係依同法第三十條第二項將其正常工作時數分配於其他工作日者，因二週內其他工作日分配之正常工時已達法定正常工作總時數，工資應依同法第二十四條規定辦理。至於，該日如係調移該法第三十七條之休假日而來者，其工作時數於調移紀念日時數以內者，雇主應依同法第三十九條之規定加倍發給該時數之工資；逾法定正常工作總時數工作者，則應依同法第二十四條規定辦理。上開逾法定正常工作時間工作四小時以上之部分，工資如何發給，法未明定，可由勞資雙方自行協商，惟不可低於同法第二十四條第一項第二款規定。

條文：

雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將工作時間延長之。

前項雇主延長勞工之工作時間連同正常工作時間，一日不得超過十二小時。延長之工作時間，一個月不得超過四十六小時。

因天災、事變或突發事件，雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，得將工作時間延長之。但應於延長開始後二十四小時內通知工會；無工會組織者，應報當地主管機關備查。延長之工作時間，雇主應於事後補給勞工以適當之休息。在坑內工作之勞工，其工作時間不得延長。但以監視為主之工作，或有前項所定之情形者，不在此限。

函釋共 6 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 434652 號

發文日期：民國 75 年 09 月 16 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 151 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 188 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 201 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 201 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 205 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 227 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 232 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32、39、40 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要 旨：假日工作之工資計算

全文內容：一 雇主依勞動基準法第三十九條規定，經徵得勞工同意於休假日工作者，工作時間應依同法第三十條、第三十二條規定辦理，工資應依本部 73.10.18 台內勞字第二五六四五三號函釋辦理。即除當日工資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。

二 因天災、事變或突發事件，雇主依勞動基準法第四十條規定停止勞工例假、休假及特別休假時，停止假期之工作時間，包括延時工作工資皆應加倍發給，並於事後補假休息。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(76)台勞動字第 3928 號

發文日期：民國 76 年 10 月 16 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 160 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 199 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 211 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 211 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)

第 214-215 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)

第 236-237 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 224-225 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、32 條 (73.07.30 版)

要 旨：因天然災害而延長工時，工資應加倍發給並予適當休息

全文內容：天然災害發生時，停止辦公通報及起訖時間，應以事業單位所在地政府首長發布之通報為依據，如經宣佈停止工作或勞工確因居住地發生災害無法到工者，工資應如何發給，可由勞資雙方自行協商。但因天災，必須於正常工作時間以外工作者，依勞動基準法第二十四條及三十二條規定，工資應按平日每小時工資額加倍發給之，並應於事後補給勞工適當之休息。上述有關事項，應列入工作規則中，報請主管機關核備，並公開揭示之。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台七十七勞動二字第 03458 號

發文日期：民國 77 年 03 月 01 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32、39、40 條 (98.04.22)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (98.02.27)

要 旨：行政院勞工委員會核釋「勞工於國定假日適逢例假或翌日補假照常工作，未達或超過 8 小時工資如何加給」之疑義

全文內容：關於勞工於國定假日適逢例假或翌日補假日照常工作，未達八小時及超過八小時工資如何加給疑義，依內政部 75.09.16 台內勞字第 434652 號函釋，即除當日公資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(79)台勞動二字第 22155 號

發文日期：民國 79 年 09 月 21 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 245 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 247 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 253 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 278 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 226-227 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、32 條 (73.07.30 版)

要 旨：釋復延長工作時間補休疑義

全文內容：雇主依勞動基準法第三十二條第一項規定延長勞工工作時間，應發給延時工資，同法第二十四條第一、二款已有明訂；至於勞工於延長工作時間後，如同意選擇補休而放棄領取延長工資，固為法所不禁，惟有關補休標準等事宜亦當由勞雇雙方自行協商決定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(80)台勞動二字第 22393 號

發文日期：民國 80 年 09 月 02 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)

第 221-222 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)

第 243-244 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 227-228 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、32 條 (73.07.30 版)

要 旨：延長工作時間之工資加給額可否一律按平日每小時工資額加給二分之一

全文內容：一 依勞動基準法第三十二條第一項及第二項延長工作時間者，如勞資雙方約定所延長工作時間之工資一律按平日每小時工資額加給二分之一時，則其延長三小時以內者平均每小時之所得工資優於該法之規定，延長四小時者平均每小時所得工資與該法規定相等，自屬可行。

二 惟依同法第三十二條第三項規定延長工作時間者，其延長工作時間之工資依同法第二十四條第三款規定應按平日每小時工資額加倍發給之。如僅加給二分之一，則違反上開法令之規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台八十三勞動一字第 102498 號

發文日期：民國 83 年 02 月 21 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、32、39、40 條 (98.04.22)

要旨：勞工於假日工作時，除發給當日工資外，應再加發一日工資

全文內容：勞動基準法第三十九條及第四十條規定，勞工於假日工作時，工資應加倍發給。所稱「加倍發給」，係指當日工資照給外，再加發一日工資。此乃因勞工於假日工作，即使未滿八小時，亦已無法充分運用假日之故，與同法第三十二條延長每日工資應依第二十四條按平日每小時工資額加或加倍發給工資之規定不同。

#### 一、爭點：

事業單位實施五天工作制疑義？

函釋：

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 405235 號

發文日期：民國 75 年 07 月 10 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 187 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 248-249 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 259 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 263 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 290 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 321 頁

相關法條：勞動基準法 第 32、37、38 條 (73.07.30)

要旨：事業單位實施五天工作制疑義

全文內容：(一) 該項所稱「週內一日之正常工時」(以下簡稱該日)應屬勞雇雙方協定之有給休息日，工資應予照給。

(二) 事業單位如需勞工於該日工作，應徵得工會或勞工同意，並依規定以延時工作計算，發給工資。事業單位之計算標準優於上開規定者，從其規定。又該日之工作時數仍受該法第三十二條每月延長工作總時數之限制。

(三) 該日如適逢同法第三十七、三十八條所稱休假日是否補假，得由勞雇雙

方協商，於團體協約中約定或由雇主於工作規則中明訂處理方式。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二字第 28335 號

發文日期：民國 82 年 06 月 02 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84 年 10 月版)第 239-240 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86 年 4 月版)第 253-254 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87 年 5 月版)第 255-256 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89 年 1 月版)第 261-262 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90 年 6 月版)第 286-287 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32 條 (73.07.30)

要旨：事業單位實施五天工作制，而使勞工於第六天工作時，該日實際工作總時數上限及工資疑義

全文內容：一 雇主依勞動基準法第三十條第二項規定將一週正常工作時數四十八小時分配於五天，嗣因業務需要，並經徵得勞工同意使其於第六天工時，因該週正常工時已達四十八小時，故第六日工作係屬延時工作。該日之工作時數連同其他工作日之延長工時，仍受勞動基準法第三十二條每月延長工作總時數之限制。前經內政部 75 年 07 月 10 日台(75)內勞字第四〇五二三五號函釋在案。

二 另勞動基準法第三十二條第一項、第二項關於一日得延長工時時數之規定係對勞工一日正常工時達八小時後得延長工時數之限制。本案，勞工於第六日工作係屬延時工作，但與一日工作八小時後再延長工作之情形不同，故該日工作時數不受「男工一日不得超過三小時，女工一日不得超過二小時」及「經中央主管機關核定之特殊行業...工作時間每日得延長至四小時」之限制。惟考慮勞工體能負荷，該日實際工作總時數男工不得超過十一小時，女工不得超過十小時；特殊行業之勞工不得超過十二小時。

三 至於該日工資發給疑義，請依本會八十年八月十二日台八十勞動二字第二〇四四四號函釋：「該日工資之發給應依勞動基準法第二十四條規定辦理。至於在該日工時逾四小時以上之部分，工資應如何計給，於該法未予明定，可由勞資雙方自行協商。惟不得低於前開規定。」辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(86)台勞動二字第 014175 號

發文日期：民國 86 年 04 月 17 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89 年 1 月版)第 238 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第260頁  
勞動基準法規彙編（96年7月版）第229頁

相關法條：勞動基準法第24條（85.12.27）

要旨：事業單位實施五天工作制，勞工於休息日工作，該日工時逾四小時以上部分之工資計給疑義

全文內容：查事業單位實施五天工作制，勞工於勞雇雙方協定之休息日工作，該日工時以延時工作計算，其工資之發給應依勞動基準法第二十四條規定辦理，至於該日工時逾四小時以上部分，因該法未予明定，可由勞資雙方協商。惟不得低於前開規定，前經本會八十年八月十二日台（80）勞動二字第二〇四四四號函釋在案。所謂「不得低於前開規定」，因勞動基準法第二十四條規定，延長工作時間在二小時以內者按平日每小時工資額加給三分之一以上；再延長工作時間在二小時以內者按平日每小時工資額加給三分之二以上，故延長工時逾四小時以上部分，勞雇雙方之約定應不得低於按平日每小時工資額加給三分之二以上。

學說不同意見<sup>457</sup>：

1. 對於因為縮短工時或工時彈性化而不需工作的時間，其性質為何，從勞基法第四章工作時間相關規定可知，勞基法僅有例假、休假、特別休假之有給假規定，以及在工作時間中的休息時間，因縮短工時產生的「假期」既非勞基法第36條課與雇主義務的例假，也非第37條之國定假日，因此應與一般正常工作結束後之不工作時間性質相同，為無給薪的下班時間。
2. 雇主若要求於該時間工作，因這部分工時已經逾越了正常工時，似應視為延長工時，除了勞資雙方可依勞基法第21條協商，雇主應至少發給第24條規定延長工時之工資。

二、爭點：

休假日工作與延長工時之關係

函釋：

發文單位：內政部

發文字號：（73）台內勞字第274234號

發文日期：民國73年11月29日

資料來源：勞動基準暨附屬法規解釋令（81年10月版）第168頁

---

<sup>457</sup> 郭玲惠，勞動基準法工時制度之沿革與實務爭議問題之初探，律師雜誌，298期，民93.07，頁15-34

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）第220頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第234頁

相關法條：勞動基準法第32、37、38、39條（73.07.30）

要旨：勞工於休假日工作者，工作時數不包括在每月延長工時總額內

全文內容：關於勞動基準法第三十九條規定「雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給」。所稱「休假日」，僅指該法第三十七條所定之休假及第三十八條所定之特別休假而言。至其休假日工作時數，可不包括在同法第三十二條每月延長工作總時數限額內。

學說不同意見<sup>458</sup>：

現行法第39條規定，雇主若徵得勞工同意，得使勞工在星期例假、國定休假日或特別休假日從事工作，但該日工作之工資應加倍發給。」可知勞基法第39條之「休假日」工作，應包含第36條之例假，而非僅指第37條及第38條

三、爭點：

工作時間之認定

函釋：

發文單位：內政部

發文字號：（74）台內勞字第357972號

發文日期：民國74年12月04日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（81年10月版）第170頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）第223-225頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第236-238頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）第238-240頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第248-250頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第273-275頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第248-249頁

相關法條：勞動基準法第32、34條（73.07.30）

要旨：事業單位實施勞工值日（夜）應行注意事項

全文內容：一 本注意事項所稱值日（夜），依指勞工應事業單位要求，於工作時間以外，從事非勞動契約約定之工作，如收轉急要文件、接聽電話、巡察

<sup>458</sup>邱駿彥，勞基法工時制度修正草案之檢討，月旦法學雜誌，第13期，頁32、35

事業場所及緊急事故之通知、聯繫或處理等工作而言。

二 事業單位為因應其業務需要，經徵求勞工之同意，得要求勞工值日（夜）。

三 前項之要求，得經由團體協約、或勞資會議決定或規定於工作規則。規定於工作規則者，應檢附該事業單位工會或勞工半數以上之同意書。

四 值日（夜）之報酬、補休及週期，依左列規定。但工作日不得同時值日復值夜。

五 值日（夜）津貼應由勞雇雙方議定，並應遵守同工同酬之原則。

六 事業單位對值日（夜）勞工應供應適當之飲食、休憩及睡眠設備。

七 事業單位應充分考慮勞工之年齡、體能及處事能力等安排值（日）夜事宜。

八 事業單位不得使童工從事值日（夜）、女工從事值夜。

附註：

一 事業單位多有實施勞工值日（夜）之情況，特訂定「勞工值日（夜）應行注意事項」，作為處理準則。

二 勞工值日（值夜）工作，本部認定非正常工作之延伸，基此，就法理而言，勞工並無擔任值日（夜）之義務。事業單位如確有必要要求勞工值日（夜），須徵得勞工同意，而基於勞資合作之精神，勞工自應儘量與雇主配合。

（編註：圖表請參閱勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）第224頁）

（編註：圖表請參閱勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第237頁）

學說不同意見<sup>459</sup>：

對於值日夜，原則上似並不認定其為工作時間，然其與備勤之區別為何，在函釋中並無明確解釋。由「事業單位實施勞工值日（夜）應行注意事項」以來，可發現主管機關在多數情況下，僅著眼於工資給付，固然值日夜時勞動者之工作密度在某些案例中相當低，給付與平時相同之工資也不盡然公平，然而如不能否認其為工作時間，勢必遭遇「是否違法延長工時」之問題，而此一問題並不因給付名目而有不同判斷。

學說爭議：

待命時間究否納入工作時間計算？

解析：

一、關於工作時間的一項爭議問題，實乃「待命時間應否計入工作時間」。值得注意的是，早在勞動基準法施行的一開始，當時的主管機關內政部，即以(74)

---

<sup>459</sup>王惠玲，萬國法律，98期，民87.04，頁2-10

台內勞 310835 號函明確表示「工作時間應包含待命時間在內」立場，即使觀察近年來相關判決，如 97 台上 1358、94 台上 320、91 台上 1842、86 台上 1330，基本上亦秉持相同觀點，例如 97 台上 1358 之典型說辭：「於雇主指揮監督下，等待提供勞務之待命時間，亦屬工作時間」。誠然，在勞動生活之現實上，待命時間之勞務準備程度有別，是於某些特殊情況，向有雇主爭執待命時間不應以工作時間視之的說法，屢見不鮮，如作為 94 台上 320 前審判決之高雄高分院 91 重勞上 2，雇主當事人之標準主張：「待命備勤之值夜時間，除有出勤，另可支領超時工作津貼，相當於加班費用外，其餘待命時間，因可從事與工作無關之任何休閒活動，並得睡眠補充體力，其精神、體力之緊張狀態，與正常工作時間相差懸殊，自不得與正常工作時間等同視」。

- 二、這裡單以法院迭有判決出現之飛航工作時間為例：細膩考察所涉待命時間之樣態，基於飛航工作之特性，因空勤組員於飛機飛航期間係處在封閉情況，斷無離開飛機、至地面休息之可能，易言之，「實際工作與其輪休之場所無從為嚴格之區分」，結果在「是否涉及勞基法所稱延長工時而應給付延長工時加給工資」之問題時（勞基法第 24 條），相較於下級審法院之「飛航期間皆屬工作時間」之認定- 本於航空公司自己所頒「飛航管理規則」之「機師在飛航中均處於執勤狀態」的規定，易言之，相較於前審判決之繼續秉持歷來的行政暨司法見解，最高法院卻廢棄原判決而發回，因同樣本於「空勤組員工作特性」，雖然未離開飛機，但仍有實際之輪休期間，自不得以工作時間視之。
- 三、基本上，最高法院之看法，現實上或容有爭議，法律的判斷上則顯有違誤之處：所謂的待命時間（Bereitschaftsdienst），其性質無非「受雇主指揮監督下，處於特定之隨時提供勞務狀態」，重點在於「受雇主指揮監督下的特定狀態」，在此，勞工喪失了本於「工作與非工作之休閒時間（Freizeit）區分」之前提下，所擁有之時間主權（Zeitsouveränität），這方屬將之劃為工作時間範圍之核心理由，而非「勞工在該待命時間內究竟在做什麼（睡覺、看報等）」。從學理觀之，如果說，待命期間所令勞工所處之狀態，相當程度已與或可能與休閒時間無非軒輊，則尚須區別勞工究竟處於雇主指定空間或自主決定空間：如係前者，則當然亦屬工作時間，毫無疑問，本案即為典型，如為後者，實務上最重要者為所謂之「應召喚工作」（On-Call, Arbeit auf Abruf），首先，性質上當然亦為工作時間之一部分，理由亦因勞工時間主權之喪失減損之故，其次，如確認因其畢竟與一般工作時間有別，全然計為工作時間並不盡然妥當，則應藉著集體協商之手段去加以調整（例如德國部分工時與定期契約法 TzBfG 第 12 條第 3 項），而非任由雇主主張不予計入，方為適論。就此而言，本案之判決見解實有誤植。
- 四、比較法的觀察，類似如醫院中醫護人員待命時間之同樣列入工作時間之例，可參見歐洲法院 2000 年以來之判決：EuGH v. 3.10.2000 – Rs. C-303/98 =

NZA 2000, 1227; EuGH v. 9.9.2003 – Rs. C-151/02 = NJW 2003, 2971; EuGH v. 5.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 = NJW 2004, 1145)

四、爭點：

職業訓練或其他集會與工作時間之關係為何？

函釋：

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(80)台勞動二字第 14217 號

發文日期：民國 80 年 06 月 08 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 177 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 218、232 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 245 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 247-248 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 223、254 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 278-279 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 253 頁

相關法條：勞動基準法 第 2、30、32 條 (73.07.30)

要旨：第一則

正常工作時間外之勞工教育訓練如係自願參加者，則該時段不屬工作時間

第二則

雇主選派勞工參加在職訓練疑義

第三則

勞工參加正常工作時間外所辦理之訓練或集會是否屬工作時間疑義

全文內容：事業單位於正常工作時間外辦理訓練或集會，如該訓練係屬勞工教育訓練，或該訓練、集會係屬自願性參加者，則該時段不屬工作時間。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(81)台勞動二字第 04534 號

發文日期：民國 81 年 03 月 03 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 238 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第251-252頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）第254頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第260頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第285頁  
勞動基準法規彙編（96年7月版）第253頁

相關法條：勞動基準法 第30、32條（73.07.30）

要旨：勞工受訓時間應否計入工作時間

全文內容：一 本案臺灣省菸酒公賣局勞工奉派參加訓練，於訓練機構中之住宿時間尚非勞動基準法所稱之工作時間，至於訓練時間以外之活動時間或晚間實施輔導課及晚自習等輔導活動，該時間如無排定訓練課程，則該時間之安排、工資如何發給等相關權利義務事項，由勞雇雙方議定。

二 勞工參加高、普考之基礎訓練，該訓練非由雇主指派而係國家依公務人員考試法令規定人民擔任公務員程序之一，故其訓練時間尚非勞動基準法所稱之工作時間。但公營事業單位所適用之公務法令或民營事業單位有較優規定者，可從其規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（81）台勞動二 字第25381號

發文日期：民國81年08月18日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）第259-260頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第267-268頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）第272頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第299頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第329-330頁  
勞動基準法規彙編（96年7月版）第284-285頁

相關法條：勞動基準法 第30、32、36條（73.07.30）

要旨：第一則

勞工每七日中之休息日較一日為多時之處理

第二則

訓練時間應否計入工作時間之認定原則

全文內容：一 查「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假。」至於勞工每七日之休息日數較一日為多時，其超過一日之部分，是否為例假，應視勞雇雙方之約定而定。

二 事業單位舉辦之各項訓練，如係由勞工自由參加，其不參加雇主亦未予以不利待遇或其訓練內容與勞工工作無直接關連或不參加訓練亦不對勞工工作之遂行產生具體妨礙，則其訓練時間無庸計入工作時間。本案事業單位舉辦之訓練時間是否須計入工作時間，應就個案事實依前開原則認定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(81)台勞動二字第33866號

發文日期：民國81年01月06日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第238頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第251頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第253頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第260頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第284-285頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第228頁

相關法條：勞動基準法第24條(73.07.30)

要旨：雇主強制勞工於下班後參加與業務頗具關連性之教育訓練，勞工可否請領延時工資疑義

全文內容：雇主強制勞工參加與業務頗具關連性之教育訓練，其訓練時間應計入工作時間。惟因訓練時間之勞務給付情況與一般工作時間不同，其給與可由勞雇雙方另予議定。又訓練時間與工作時間合計如逾勞動基準法所訂正常工時，應依同法第二十四條規定計給勞工延長工時工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：臺勞安字第6175號

發文日期：民國76年11月02日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法第24條(73.07.30)

勞工安全衛生法第15、23條(63.04.16)

要旨：有關事業單位指派勞工於夜間參加丙級鍋爐操作人員訓練是否視同正常工作時間之延長，發給延長時之工時之資，得由勞資雙方自行協商之

全文內容：本案事業單位指派勞工於夜間參加鍋爐操作人員訓練，其結果可提高勞工技能及安全衛生水準，並可確保事業單位財產及人員之安全，勞資雙方均蒙其利。有關夜間上課時間是否視同視間之延長工作時間，發給延長工時之

工資乙節，得由勞資雙方自行協商之。

學說不同意見<sup>460</sup>：

教育訓練在解釋上也有相互矛盾之處，所謂具有「業務關連性」之訓練該如何界定？為何政府機關或工會的勞工教育訓練並非工作時間？如（81）台勞動二字第 25381 號認為「訓練內容與勞工工作無直接關連，或不參加訓練亦不對勞工工作之遂行產生具體妨礙，則其訓練時間無庸計入工作時間。」如此認定反而易生爭議，就與本職無關之活動，主要之判斷依據似為雇主之指派或要求，亦即是否具有某種程度之強制性，但若依此標準，勞工任選任參加勞資會議時，是否非屬工作時間則值得考慮。

工作時間與工資公平性問題應分別對待觀之，就工作時間而言縱然勞動密度再低，只要雇主要求勞工應留滯於指定地點，從勞工觀點其時間受到拘束，勞工對時間的自由權喪失，該時間中的一切利益由雇主取得，除雇主得證明勞動者之待命並非其勞務給付義務之一部分，亦即勞動者有拒絕權，且於待命時間中除等候指定事務之處理外，勞動者有完全之自由，原則上屬於工作時間。

#### 勞動基準法第 34 條

---

<sup>460</sup>王惠玲，萬國法律，98 期，民 87.04，頁 2-10

勞工工作採晝夜輪班制者，其工作班次，每週更換一次。但經勞工同意者不在此限。

依前項更換班次時，應給予適當之休息時間。

行政函釋：

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第357972號

發文日期：民國74年12月04日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第170頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第223-225頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第236-238頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第238-240頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第248-250頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第273-275頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第248-249頁

相關法條：勞動基準法第32、34條(73.07.30版)

要旨：事業單位實施勞工值日(夜)應行注意事項

全文內容：

一 本注意事項所稱值日(夜)，依指勞工應事業單位要求，於工作時間以外，從事非勞動契約約定之工作，如收轉急要文件、接聽電話、巡察事業場所及緊急事故之通知、聯繫或處理等工作而言。

二 事業單位為因應其業務需要，經徵求勞工之同意，得要求勞工值日(夜)。

三 前項之要求，得經由團體協約、或勞資會議決定或規定於工作規則。規定於工作規則者，應檢附該事業單位工會或勞工半數以上之同意書。

四 值日(夜)之報酬、補休及週期，依左列規定。但工作日不得同時值日復值夜。

五 值日(夜)津貼應由勞雇雙方議定，並應遵守同工同酬之原則。

六 事業單位對值日(夜)勞工應供應適當之飲食、休憩及睡眠設備。

七 事業單位應充分考慮勞工之年齡、體能及處事能力等安排值(日)

夜事宜。

八 事業單位不得使童工從事值日(夜)、女工從事值夜。附註：

一 事業單位多有實施勞工值日(夜)之情況，特訂定「勞工值日(夜)應行注意事項」，作為處理準則。

二 勞工值日(值夜)工作，本部認定非正常工作之延伸，基此，就法理而言，勞工並無擔任值日(夜)之義務。事業單位如確有必要要求勞工值日(夜)，須徵得勞工同意，而基於勞資合作之精神，勞工自應儘量與雇主配合。

(法源資訊編：圖表請參閱勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第224頁)

(法源資訊編：圖表請參閱勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第237頁)

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(76)台勞動字第4270號

發文日期：民國76年10月08日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第172頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第226頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第239頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第241頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第251頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第276頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第251頁

相關法條：勞動基準法第34條(73.07.30版)

要旨：值日(夜)應給予之適當休息時間疑義

全文內容：內政部74.12.05(74)台內勞字第三五七九七二號函頒「事業單位實施勞工值日(夜)應行注意事項」，規定值日(夜)應給予適當之休息，所稱「適當之休息」係指可使勞工獲得足以恢復原有體力所需之時間而言，其時間之長短，應視實際情形由勞資雙方自行協商約定，如約定為相當於值日(夜)所耗費之時間自無不可。

發文單位：行政院

發文字號：(77)台勞字第15750號

發文日期：民國77年06月14日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）第230頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）第246頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第252-253頁  
勞動基準法規彙編（96年7月版）第252頁

相關法條：勞動基準法第1、34、40條（73.07.30版）

要旨：勞工不按所輪班次上班是否屬突發事件疑義

全文內容：一 關於勞動基準法適用疑義一節：（一）衡酌勞動基準法第一條及第三十四條規定之精神及工作習慣，紀念日、勞動節日及其他中央主管機關規定應放假之日，於輪班制之勞工，當日仍應依序輪班工作。（二）復按公用事業之業務運作，與社會大眾日常生活息息相關，雇主應於紀念日、勞動節日及其他規定之放假日合理安排勞工之輪班休假，俾能保留相當人力，維持其業務之正常運行，倘經合理安排，而應於前述放假日上班之勞工，不按所輪班次上班工作，使雇主因應不及，而致無法維持其業務之正常運作，嚴重影響社會大眾生活秩序與社會安全，應可認為係同法第四十條第一項所稱之「突發事件」，而有該條之適用。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（78）台勞動二字第09229號

發文日期：民國78年04月20日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（81年10月版）第175頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）第229-230頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第243-244頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）第245-246頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第252頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第277-278頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第251-252頁

相關法條：勞動基準法第1、34、36、37、40條（73.07.30版）

要旨：勞工不按所輪班次上班是否屬突發事件疑義

全文內容：查依行政院77.06.14台（77）勞字第一五七五○號函釋：「勞

工不按所輪班次上班工作，使雇主因應不及，而致無法維持其業之正常運作，嚴重影響社會大眾生活秩序與社會安全，應可認為係勞動基準法第四十條第一項所稱之『突發事件』，而有該條之適用」之規定，貴府適用勞動基準法之事業機構如有上述院函所述情形者，依勞動基準法第四十條規定，雇主認有繼續工作之必要時，得停止該法第三十六條至三十七條所定勞工之假期。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（80）臺勞動二 字第 27220 號

發文日期：民國 80 年 10 月 22 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 34、35 條（73.07.30 版）

勞動基準法施行細則 第 7 條（74.02.27 版）

要 旨：定期契約工可否安排其輪班擔任夜班工作及支給夜點費

全文內容：查勞動基準法施行細則第七條訂有勞動契約應約定之事項，臺灣省菸酒公賣局僱用之定期契約工可否安排其輪班擔任夜班工作及支給夜點費，應視其勞動契約約定內容而定，至於該法第三十四條及第三十五條並未排除定期契約工之適用。

勞工繼續工作四小時，至少應有三十分鐘之休息。但實行輪班制或其工作有連續性或緊急性者，雇主得在工作時間內，另行調配其休息時間。

行政函釋：

發文單位：內政部

發文字號：台內勞字第 668674 號

發文日期：民國 65 年 03 月 01 日

資料來源：勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 250-251 頁

相關法條：工廠法 第 8 條（64.12.19）

勞工安全衛生法 第 11 條（63.04.16 版）

要旨：成年工人實際工作時間應不包括中間休息時間，惟對於勞工具有特殊危害之作業之休息時間則應計入實際工作時間內

全文內容：工廠法第八條明定成年工人實際工作時間以八小時為原則，中間休息不包括在內，前經本部三九、十二、二一、台內勞字第五三九一號代電釋示在案；惟依勞工安全衛生法第十一條所訂有關高溫度、異常氣壓作業、高架作業、精密作業、重體力勞動或其他對於勞工具有特殊危害之作業標準中所規定之休息時間則應計入實際工作時間內。

發文單位：內政部

發文字號：臺內勞字第 738664 號

發文日期：民國 66 年 06 月 15 日

資料來源：內政部

相關法條：勞工安全衛生法 第 11 條（63.04.16 版）

要旨：本案煎餅部門經相關測量，應視為高溫作業場所，照每日工作時間六小時實施，其休息時間可採每小時佔 25% 標準

全文內容：所稱臺中加工出口區○○○公司之煎餅部門綜合溫度熱指數達攝氏二九·九度，每小時輕工作四十五分鐘，中度工作十五分鐘，應視為高溫作業場所，照每日工作時間六小時實施，惟其休息時間可採每小時佔百分之二十五標準。

發文單位：台灣省政府

發文字號：府社五字第 49583 號

發文日期：民國 67 年 05 月 24 日

資料來源：勞工保險行政解釋彙編（86 年 4 月版）第 98 頁

相關法條：勞工保險條例 第 13 條 (62.04.25 版)

要 旨：被保險人自工作場所返家用餐，往返必經途中遭受傷害者，  
得以執行職務論

全文內容：被保險人於工作途中之休息間(如中午)，回家用餐往返居住  
處所至工作 場所必經途中發生之事故，可視為上下班途中所發之事故  
以執行職務論。

發文單位：內政部勞工司

發文字號：勞司發 字第 1098 號

發文日期：民國 74 年 07 月 31 日

資料來源：內政部勞工司

相關法條：勞工安全衛生法 第 2 條 (63.04.16 版)

要 旨：勞工於工作日內中午休息時間外出，其返回公司途中發生事  
故，非屬因公受傷

全文內容：勞工如於中午用餐休息時間返家或外出，而於返回公司上班  
途中所發生事故，難謂因公受傷。惟似應酌情予以照顧，以示雇主對於  
勞工之關愛。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞 字第 324550 號

發文日期：民國 74 年 08 月 01 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第170頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第222頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第236頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第236頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第248頁

相關法條：勞動基準法 第 30 條 (73.07.30 版)

要 旨：每週工作總時數低於四十八小時部分視為休息時間

全文內容：為鼓勵事業單位減少工時，提高效率，勞工每周工作總時數  
低於四十八小 時部分，視為事業單位休息時間，有關事宜並應明訂  
於工作規則，報核後 公開揭示。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞 字第 333993 號

發文日期：民國 74 年 08 月 28 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第265頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第354頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第404頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)  
第454-455頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第490頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第440頁

相關法條：勞動基準法 第59條(73.07.30版)

勞工安全衛生法 第2條(63.04.16版)

要 旨：第一則

勞工下班後未直接返家於宿舍休息一段時間後再返家於途中發生車禍難謂為職業災害

第二則

勞工下班未直接返家，途中發生車禍難謂為職業災害

全文內容：勞工於下班後如未直接返家，而於宿舍休息一段時間後再返家於途中發生車禍，因已非屬「上下班時間」所生之事故，難謂為「職業災害」。但雇主仍宜酌情，予以照顧。

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第416670號

發文日期：民國75年06月25日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第186頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第248頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第238頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)

第240-241頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)

第250-251頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)

第275-276頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第250-251頁

相關法條：勞動基準法 第35條(73.07.30版)

要 旨：休息時間應否計入正常工作時間疑義

全文內容：一、勞動基準法第三十五條規定：勞工繼續工作四小時，至少應有三十分鐘之休息。該項休息時間不包括在正常工作時間內。惟依

勞工安全衛生法第九條所訂有關高溫度、異常氣壓作業、高架作業、精密作業、重體力勞動或其他對於勞工具有特殊危害等作業標準中所規定之休息時間，則應計入實際工作時間內。

二、原適用工廠法而目前尚未適用勞動基準法之事業單位，仍應依本部 65.03.01 台內勞字第六六八六七四號函辦理。

附 件：內政部 函

中華民國 65 年 3 月 1 日

台內勞字第 668674 號

全文內容：工廠法第八條明定成年工人實際工作時間以八小時為原則，中間休息不包括在內，前經本部三九、十二、二一、台內勞字第五三九一號代電釋示在案；唯依勞工安全衛生法第十一條所訂有關高溫度、異常氣壓作業、高架作業、精密作業、重體力勞動或其他對於勞工具有特殊危害之作業標準中所規定之休息時間則應計入實際工作時間內。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(78)臺勞資二 字第 05450 號

發文日期：民國 78 年 03 月 08 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 1 條 (73.07.30 版)

要 旨：無工會組織之事業單位勞資雙方可於不違背勞工法令規定下，自由協商締結有關工資、工時、休息、休假及年終獎金等事宜之協定不再援用；依據行政院勞工委員會 97.01.08 勞資 1 字第 0960126596 號令自即日不再援引適用（行政院公報 第 14 卷 5 期 987-988 頁）

全文內容：

一 為促進勞資合作，發展生產事業，本會亦鼓勵無工會組織之事業單位勞資雙方，本乎情、理、法及誠信原則，在不違背勞工法令有關之規定下，進行自由協商，締結有關工資、工時、休息、休假及年終獎金等事宜之協定。

二 至締約當事人資方代表，可由雇主自行指派之；勞方代表應經全體勞工各個所授與特別書面委任，經指派或委任之雙方代表協商所簽訂之協定，應為雙方共同遵循，無須報請主管機關認可；另協商過程可由勞資雙方自行決定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（79）臺勞安三 字第 12975 號

發文日期：民國 79 年 07 月 13 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞工安全衛生法 第 2 條（63.04.16 版）

要 旨：勞工至郵局提款後，於返家途中發生災害，是否屬職業災害  
全文內容：依據本會七十八年三月二十五日臺七十八勞安三字第○三七四○號函：「勞工之薪資如經勞雇雙方約定存入郵局之勞工帳戶，勞工休息時間至郵局提領薪資，屬私人行為，於往返途中發生事故，應不屬職業災害」。本案臺灣省政府勞工處七十九年六月八日七九勞五字第一三二六八號函陳之檢查報告略稱「所有薪資均事前存入當地郵局個人帳戶內，由勞工自行提領」，此種薪資發放方式視為勞雇雙方之約定，帳戶內存款暨屬勞工之私有財產，勞工自行提領屬私人行為，於提領返家途中發生災害，難謂為職業災害。

發文單位：行政院人事行政局

發文字號：（88）局考 字第 011224 號

發文日期：民國 88 年 05 月 28 日

資料來源：臺北市政府公報 88 年夏字第 54 期 19 頁

相關法條：勞動基準法 第 35、52 條（87.05.13 版）

要 旨：有關建議將哺乳時間延後或提前三十分鐘上、下班之說明

全文內容：

一 貴部民國八十八年五月十日函轉駐紐約辦事處請釋函，建議將哺乳時間延後或提前三十分鐘上、下班一案，敬悉。

二 行政院為期平衡照顧女性公務人員，爰參照「勞動基準法」及「兩性工作平等法」（草案）之規定，以行政院民國八十八年三月二十四日函發各人事主管機關，有關各機關女性公務人員有子女未滿一歲須親自哺乳者，除規定之休息時間外，每日另給哺乳時間二次，每次以三十分鐘為度，哺乳時間，視為工作時間。惟前述規定係指必須親自哺乳者，可利用上班處所及上班時間哺乳，至於是否有需要及何時哺乳，應由各機關視實察狀況依權責核處，尚不宜統一規定於延後上班或提前下班時間哺乳。

三 復請 查照轉知。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（89）台勞資二 字第 0018469 號

發文日期：民國 89 年 05 月 12 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90 年 6 月版）

資料來源：第 216-217 頁

勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 202-203 頁

要 旨：有關公司勞務外包，其承攬公司之勞工權益及義務疑義

全文內容：

一 事業單位如確基於經營型態考量，將其生產或相關業務之部份適當轉包予勞務外包公司承攬，現行勞工法令並無明文禁止；惟事業單位應妥善安置因外包後所剩餘勞工之工作，不得因外包措施而不當損及勞工權益，合先敘明。二 所詢勞務外包公司派至發包公司提供勞務之人員是否可要求發包公司所僱用勞工享有相同待遇或勞動條件乙節，查現行勞工法令並無強制規定，惟事業單位基於事業整體運作管理一致性，就部份勞動條件（如工時、休息與休假等），宜要求外包公司提供相同條件予所屬員工至其他勞動條件部份，發包公司亦應本照顧勞工權益原則，避免於同工作場所中有過大差距而滋生爭議，於承攬時要求承包公司提供適當條件，較為允當。

爭點：

休息時間內發生職災之認定疑義

函釋：

發文單位：內政部勞工司

發文字號：勞司發 字第 1098 號

發文日期：民國 74 年 07 月 31 日

資料來源：內政部勞工司

相關法條：勞工安全衛生法 第 2 條（63.04.16 版）

要 旨：勞工於工作日內中午休息時間外出，其返回公司途中發生事故，非屬因公受傷

全文內容：勞工如於中午用餐休息時間返家或外出，而於返回公司上班途中所發生事故，難謂因公受傷。惟似應酌情予以照顧，以示雇主對於勞工之關愛。

學說不同意見<sup>461</sup>：

---

<sup>461</sup> 楊通軒，職業災害之賠償與補償，勞動基準法釋義－施行 20 年之回顧與展望，2009 年 9 月，修訂二版，頁 569-571

所謂通勤災害(Wegeunfall)，係指發生於住宅與工作場所路途間之突發事故。考量勞工為提供勞務，必須往返奔波於住處與就業場所間，該通勤之行為與提供勞務有密切的關聯性，因此亦必須予以補償。勞工必須係為提供勞務而啟程，始受到保護。又依據「勞工商並審查原則」第四條第一項規定，勞工只要「於適當時間」往返應經途中所發生之事故所致之傷害，即視為職業災害。肯認通勤災害係屬職業災害。

解析：

- 一、 所謂職業災害，依學理上普遍定義，係指勞工因執行職務遭遇災害，而致死亡、殘廢、傷害或疾病者而言。勞動基準法第 59 條並未對職業災害有所定義，相對的，勞工安全衛生法第 2 條第 4 項則有清楚的定義：「本法所稱職業災害，謂勞工就業場所之建築物、設備、原料、材料、化學物品、氣體、蒸氣、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之勞工疾病、傷害、殘廢或死亡」，此外，勞工安全衛生法施行細則第 4 條復規定：「本法第二條第四項所稱職業上原因，係指隨作業活動所衍生，於就業上一切必要行為及其附隨行為而具有相當因果關係者」。此外，勞工保險條例亦未對於職業災害有所定義，然在勞工保險實務上最為重要者，乃係行政院勞工委員會依勞工保險條例第 34 條第 2 項授權所訂定之「勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則」(以下簡稱傷病審查準則)，其中第 3 條明文規定：「被保險人因執行職務而致傷者，為職業傷害(第一項)。被保險人於勞工保險職業病種類表規定適用職業範圍從事工作，而罹患表列疾病者，為職業病(第二項)」，該傷病審查準則第 4 條以下，則列舉各種事故所致之傷害或擬制視為職業傷害(第 4-17 條)，或為或視為職業病(第 19-22 條)，並於第 18 條列舉不得視為職業災害之規定。
- 二、 關於職業災害之定義問題，理論與實務上迭有爭論，包括：勞動基準法第 59 條之職業災害，其定義是否應與勞工安全衛生法第 2 條第 4 項，以及特別是透過傷病審查準則所具體化之勞工保險條例之定義相同？對此，無論是否直接針對勞工保險實務之去做解釋，行政機關向來之立場是三者合一，簡單的說：勞工安全衛生法所認定之職業災害，以及透過傷病審查準則認定為職業災害而核予勞保給付之事故，行政機關一般均認為亦成立勞動基準法第 59 條之職業災害補償責任；例如行政院勞工委員會 78 年 9 月 5 日台(78)勞保二字第 20863 號函，同會同年 12 月 1 日會議結論。至法院實務觀之，大概有以下之區別：
  - (1) 認勞動基準法之職業災害應與勞工安全衛生法第 2 條第 4 項相同者：例如桃園地院 92 勞訴 8、92 勞訴 33。雖未明確表示，但似乎亦有此意者，例如最高法院 92 台上 1960：「按勞動基準法與勞保條例均係為保障勞工而設，勞動基準法對於職業災害所致之傷害，並未加以定義，原審本於勞動

基準法所規範之職業災害，與勞保條例所規範之職業災害，『具有相同之法理及規定之類似性質』，並參酌勞工傷病審查準則第四條之規定，任被上訴人係屬勞動基準法第五十九條之職業災害，於法並無違誤」；

- (2) 認勞動基準法之職業災害應與勞工安全衛生法第2條第4項不完全相同者：例如台灣高等法院 91 勞上 28、87 勞上 5、桃園地院 90 勞訴 32。

### 三、學說上觀之，亦有不同之見解：

- (1) 同義說：例如學者黃程貫，最高法院黃劍青法官，呂榮海律師，均認勞動基準法及勞工保險條例，既未對職業災害有所定義，則一般均應以勞工安全衛生法之規定為準，以作為其定義；主張此說者，並由勞工安全衛生法第2條第4項之內容出發，將職業災害之原因區分為：「勞工就業場所及其內存在之物質所引起者」、「作業活動上原因所引起者」、「其他職業上原因所引起者」三類；
- (2) 不同義說：例如黃虹霞律師，學者王惠玲，認兩者之立法目的不同，同時其適用行業範圍亦有差異，以勞工安全衛生法來說，其著重於安全衛生設施之管理，對於職業災害係採刑事處罰，並以違反該法規定為構成要件，是縱發生職業災害之結果，只要無違反該法之行為，亦不予處罰，顯與勞動基準法之無過失責任截然不同。

### 四、解析撰寫者個人之意見，較偏向不同義說：蓋正如前述所言，勞動基準法與勞工安全衛生法之立法目的與規範內涵顯有不同，難以作完全之類比；簡言之，不論學理或實務上，其實並無甚差異的，均以以下兩者為要件：

- (1) 「業務執行性」：勞工之行為必須是在執行職務方有職業災害成立可言＋包括業務行為與業務上附隨之必要行為。實務見解請參之最高法院 95 台上 1805、台灣高等法院 94 勞上 17、91 勞上 28、桃園地院 90 勞訴 32、台南地院 90 勞訴 15。本案所涉及之「爬上水圳護欄上之石柱，以「頭下腳上」之跳水方式跳入水圳之動作以撿拾榔頭」乙節，終審及原審一致認定其為「作業活動所衍生之業務上必要行為」，即滿足業務執行性之要件；
- (2) 「業務起因性」：勞工所執行之業務必須與災害之間有緊密關係之存在，亦即災害必須被認定為業務內在或通常伴隨之潛在危險的現實化，且該危險之現實化必須為依經驗法則一般通念上可認定者。實務見解請參之最高法院 95 台上 1805、台灣高等法院 87 勞上 5、94 勞上 17；

在這兩項明確之構成要件之外，便必須回到所涉法律，不論本於其規範目的、特別規定或其他，而作一定程度的調整，特別是法律特別要件之嵌入或明文擬制之調整方式。例如勞工安全衛生法，由於其具有行政不法與刑事不法之設計，必須本於歸責要件，因此在前兩項要件外，再必須加上主觀歸責，於此即與勞動基準法不同。次就勞工保險條例而言，其規範目的重在「社會保險制度下風險之承擔」，是當然非不能本於其性質與特殊政

策目的，例如採取擬制之方式而擴大適用範圍，最明顯者即如「視為職業災害」之設計，從另一角度而言，既屬「視為」之擬制，則性質上即非職業災害，而應認係本於勞工保險之社會保險規範目的而調整者，亦當與勞動基準法有所不同。是解析撰寫者個人之見，勞動基準法第 59 條之職業災害補償責任，既無諸如勞工安全衛生法與勞工保險條例之特殊規範目的、擬制與特殊額外要件設計等情，自應回到職業災害之一般要件上認定即可，無須強加與其他兩者法律之定義相同，方屬適論。

- 五、 除前開有關職業災害一般定義之敘述外，本案之關鍵顯然更進一步聚焦於所謂通勤災害的問題。對此，吾人可看到行政暨司法機關之不同發展軌跡：
- (1) 勞工保險行政實務上，多半本於傷病審查準則之明文，直接肯定通勤災害當然是職業災害，雖然少有直接在解釋中即直言「則不但為勞工保險條例職業災害，亦當為勞動基準法第 59 條之職業災害」者，然至少並未有意區別兩者，則可資確定；例如最早之內政部 75 年 6 月 23 日 (75) 台內勞字第 410301 號函。
  - (2) 法院雖有判決不一之情形，但據學者楊通軒之整理，我國法院似以肯定通勤災害為職業災害者為多數說，例如最高法院 92 台上 1960、台灣高等法院 95 勞上易 39。
  - (3) 相對的，台灣高等法院 86 勞上 36 則是知名的明確採否定說之例，法院認「...若危險發生之原因非雇主可控制之因素所致，則不宜過分擴張職業災害認定之範圍，否則無異加重雇主之責任，而減少企業之競爭力，同時亦有礙社會之經濟發展...查本件交通事故，參酌前開勞安法有關職業災害之定義，上訴人所受之傷害，既非因就業場所之設備，或作業活動及職業上原因引起之傷害，而係於業務執行完畢後，在返家途中因交通事故所導致，該交通事故之發生已脫離雇主即被上訴人有關勞務實施之危險控制範圍，自非所謂之職業災害。雖行政院勞工委員會函釋有關勞工於上下班時間，必須途中發生車禍受傷...應屬職業災害等語。然查審查準則戲衣勞工保險條例第三十四條第二項規定訂定之，而勞動基準法第五十九條有關雇主應負之職業災害補償與勞保條例第三十四條第一項之勞工保險局應給付勞工職業災害傷害補償或職業病補償之適用範圍給付義務人、有關職業災害與職業傷害之定義均不相同，勞動基準法及勞安法係在規範資方即雇主之責任，而勞保條例係在規定保險人即勞工保險局對被保險人之勞工有關勞保給付之範圍，兩者之立法目的本不相同，因此在認定是否構成職業災害，應依勞安法之定義為之，法院自不受上開函釋之拘束，可依法律之解釋自行認定。準此，上訴人因本件交通事故所受之傷害既非職業災害，則雇主當無適用職業災害補償規定予以補償之餘地」。其後的類似見解，亦可見台灣高等法院 96 勞上易 32。

六、 解析者個人之見，結論上雖與台灣高等法院 86 勞上 36 相同，但論理上稍有差異：法院謂勞動基準法因責任範圍與規範主體之不同，是並非得與勞工保險條例等同職業災害之定義，這部份誠屬正確，然而，法院卻未同時注意到，勞動基準法同樣的與勞工安全衛生法之責任範圍與規範目的、不法要件等不同，但為何勞動基準法關於職業災害之定義，就必然要與勞工安全衛生法相同？此與前述之論理，恐有一定程度之矛盾。追根究底，理由還是應該回到前述「四」中所言：既然勞動基準法、勞工安全衛生法與勞工保險條例三項均有職業災害規定之法律，其特殊規範目的、擬制與特殊額外要件、不法內涵與性質等設計，均有不同，則有關勞動基準法職業災害之定義，自應先回到職業災害之一般要件(業務遂行性與業務起因性)上為認定，再加上勞動基準法特殊之要件規定去加以額外考量即可，無須強加與其他兩者法律之定義相同。就此，解析撰寫者以為，通勤災害，揆其性質，並無法滿足業務遂行性之要件，雖然業務起因性並非絕然無解釋空間，是似無勞動基準法職業災害成立認定之可能。當然，此見解是否符合台灣一般社會通念與人民法感(「為何勞保說我是職業災害、法院卻說我不是!？」)，當有討論之空間，然而從另一角度來看，實務上亦有極高之比例，通勤災害者僅拿得到勞保職災給付，幾無依勞動基準法相關規定主張雇主無過失責任之餘地，則是否從制度建構之觀點出發，考量完全將此通勤災害「社會法化」- 完整納入社會保險之承擔風險範疇內，或係解決問題之最佳途徑。不論如何，從學理角度出發，個人贊同台灣高等法院 86 勞上 36、96 勞上 32 之見解。

七、 從比較法角度來觀察，以德國法為例，大致上涉及兩項問題：

- (1) 德國民法第 616 條前段規定：「受僱人因不可歸責之自己之事由，於非相當期間內無法服勞務者，不喪失工資請求權」，依學理上之普遍見解，必須本於下表所列之要件，方得認滿足之：

個人事由與勞務給付障礙之因果關係	所謂「唯一原因」(Alleinige Ursache) 學說
個人給付障礙事由	非客觀性或普遍性障礙
	該事由使勞工「不能」或「無法期待」其提供勞務
	該障礙係無法避免
常見爭議：家庭、宗教事由	
不可歸責之給付障礙	非因勞工故意或重大過失所致
給付障礙之期間	「比例上非相當期間」(verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit)
	學說爭論：「事件」或「雇主負擔」導向的「比例上不相當」
通知與證明義務	學說爭論：雇主得否規定一定之通知與證明程序或程式

八、 實務上認得否滿足此等要件之重大爭議之一，即包括通勤災害之問題，也

就是說，只有滿足前表所列每一要件，方有可能適用民法第 616 條，而使受僱人雖無勞務之提出，仍不喪失對待給付（工資）之請求權。然而，此規定畢竟只有處理工資給付之問題，易言之，未涉及補償責任的面向。關於補償責任的問題，則德國完全是將之放置於社會法的脈絡下處理，也就是採取社會保險制度來承接勞工之此類風險。相關討論請參見 Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, 11 Aufl., München 2005, § 109 Rn. 36。

勞動基準法 第 36 條

條文：

勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假。

函釋共 7 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 270508 號

發文日期：民國 74 年 01 月 12 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 146 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第 181-182 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 196 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 196 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 200 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 222 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 219 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38 條 (73.07.30 版)

要 旨：計件勞工之假日工資可依上月工資之平均額計給

全文內容：雇主依勞動基準法第三十六條、三十七條、三十八條規定發給計件勞工當月之假日工資時，可依上一個月工資之平均額計給。惟應注意勞動基準法施行細則關於計算平均工資時，不予列入計算之給與項目及日數規定。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 296654 號

發文日期：民國 74 年 04 月 08 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 117 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 133 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 153 頁  
資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 153 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 149 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 159 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 145 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 6 條 (74.02.27 版)

要 旨：試用期間之勞動條件仍應依法令辦理

全文內容：各事業單位試用期間之勞工，其應給假日及假日工資仍應依勞動基準法第三十六條、第三十七條、第三十九條規定辦理，其他勞動條件亦應依有關勞工法令辦理。

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 409383 號

發文日期：民國 75 年 05 月 15 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 149 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 186 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 199 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 199 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 203 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 225 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 231 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38、40 條 (73.07.30 版)

要 旨：因天災、事變或突發事件停止假期之工資應加倍發給

全文內容：雇主因天災、事變或突發事件依勞動基準法第四十條規定，停止同法第三十六條至三十八條所定勞工之假期時，除停止假期之工資應加倍發給外，事後補假休息期間，工資並應照給。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(76)台勞動字第 1742 號

發文日期：民國 76 年 09 月 25 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 191 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)

第 253-254 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)

資料來源：第 263-264 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)

第 267-268 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)

第 294-295 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）

第 325-326 頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第 283-284 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、40 條（73.07.30 版）

要 旨：勞工已有於例假日出勤之事實，當日工資應加倍發給

全文內容：一 勞動基準法第三十六條規定：「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假」，此項例假依該法規定，事業單位如非因同法第四十條所列天災、事變或突發事件等法定原因，縱使勞工同意，亦不得使勞工在該假日工作。

二 事業單位違反上開法令規定，除應依法處理並督責改進外，如勞工已有於例假日出勤之事實，其當日出勤之工資，仍應加倍發給。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（76）台勞動 字第 6664 號

發文日期：民國 76 年 11 月 19 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（81年10月版）第 161 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）第 201 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）

第 212-213 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）

第 212-213 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第 216 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第 238 頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第 232 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37 條（73.07.30 版）

要 旨：雇主應發給計件勞工假日工資

全文內容：勞動基準法第卅六條規定「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假」。第三十七條規定「紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假」。故凡適用該法之各事業單位受僱勞工，不論是否屬於計件或計日工人，均應享有上開法定權利。又第卅六條所定之例假，第卅七條所定之休假，工資應由雇主照給為該法第卅九條所明定，故事業單位應依法發給其所僱計件工例假日及休假日之工資

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二 字第 19211 號

發文日期：民國 82 年 04 月 19 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)

第 264-265 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 290 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 295 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 324 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 355 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 302 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、39 條 (73.07.30 版)

要 旨：勞工事假期間遇法定放假日工資應如何發給疑義

全文內容：勞工事假期間，如遇例假、紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，應不計入請假期內，前經內政部七十四年四月廿七日 74 台內勞字第三〇二六六五號函釋在案，其不計入請假期內者，工資自應依勞動基準法第三十九條規定，由雇主照給。

至於連續請事假完畢後適逢公司例假日，雇主仍應依勞動基準法第三十六條規定給予例假，當日工資依同法第三十九條規定，由雇主照給。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(85)台勞動二 字第 116602 號

發文日期：民國 85 年 05 月 17 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 231 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 231 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 235 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 257 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 290 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38、40 條 (73.07.30 版)

要 旨：天然災害停止工作日，勞工應雇主要求而到工時，工資如何發給及應否補假疑義

全文內容：勞工於工作日因天然災害停止工作，該日並非勞動基準法第三十六條至第三十八條之假期，故無該法第四十條之適用。該日勞工如應雇主要求而到工時，工資如何發給及應否補假休息，可由勞雇雙方自行協商決定。

勞動基準法第 37 條

條文：

紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假。

函釋共 12 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 270508 號

發文日期：民國 74 年 01 月 12 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 146 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第 181-182 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 196 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 196 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 200 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 222 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 219 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38 條 (73.07.30 版)

要 旨：計件勞工之假日工資可依上月工資之平均額計給

全文內容：雇主依勞動基準法第三十六條、三十七條、三十八條規定發給計件勞工當月之假日工資時，可依上一個月工資之平均額計給。惟應注意勞動基準法施行細則關於計算平均工資時，不予列入計算之給與項目及日數規定。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 296654 號

發文日期：民國 74 年 04 月 08 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 117 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 133 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 153 頁  
資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 153 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 149 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 159 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 145 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 6 條 (74.02.27 版)

要 旨：試用期間之勞動條件仍應依法令辦理

全文內容：各事業單位試用期間之勞工，其應給假日及假日工資仍應依勞動基準法第三十六條、第三十七條、第三十九條規定辦理，其他勞動條件亦應依有關勞工法令辦理

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 357091 號

發文日期：民國 74 年 11 月 08 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 184 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第 243-244 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 257 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 261 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 288 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 319 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 280-281 頁

相關法條：勞動基準法 第 37 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 23 條 (74.02.27 版)

要 旨：公職人員選舉罷免投票日給假原則

全文內容：各類公職人員選舉罷免投票日各公民營事業單位對具有投票權員工依左列原則給假：

一 星期日或原屬休息日舉行投票，不另放假。

二 星期六或工作日舉行投票，按往例放假一日。

三 因行使選舉權、罷免權，放假日工資照給。如放假日仍須其繼續到工者，應依照勞動基準法規定，加給其該工作時間之工資，其投票。

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 409383 號

發文日期：民國 75 年 05 月 15 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 149 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 186 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 199 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第199頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第203頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第225頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第231頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38、40 條 (73.07.30 版)

要 旨：因天災、事變或突發事件停止假期之工資應加倍發給

全文內容：雇主因天災、事變或突發事件依勞動基準法第四十條規定，停止同法第三十六條至三十八條所定勞工之假期時，除停止假期之工資應加倍發給外，事後補假休息期間，工資並應照給。

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第421316號

發文日期：民國75年07月15日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第187頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第249頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第260頁  
資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第264頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第291頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第322頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第281-282頁

相關法條：勞動基準法 第 37 條 (73.07.30 版)

要 旨：選舉罷免投票日所稱放假一日疑義

全文內容：一 本部74.11.08(74)台內勞字第三五七〇九一號函關於各類公職人員選舉罷免投票日逢星期六或工作日舉行投票，均放假一日，所稱一日，係指自午前零時至午後十二時連續二十四小時而言。投票日照常到工者，應加給該工作時間之工資。

二 各類公職人員選舉罷免投票日逢星期六或工作日舉行投票放假一日，前經本部以74.11.08(74)台內勞字第三五七〇九一號函規定在案。

發文單位：內政部

發文字號：臺內勞字第487138號

發文日期：民國76年03月20日

資料來源：內政部

相關法條：勞動基準法 第 22、37、70 條（73.07.30 版）  
勞動基準法施行細則 第 7 條（74.02.27 版）

要 旨：因天然災害，經政府宣布停止工作，其停止工作期間之勞工工資之發給事宜，應由勞雇雙方協商或規定於工作規則

全文內容：關於天然災害發生，經政府有關機關宣布停止工作期間，勞工工資應否由雇主照給，宜由勞雇雙方協商決定或於工作規則中明定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（76）台勞動 字第 6664 號

發文日期：民國 76 年 11 月 19 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第161頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第201頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）  
第212-213頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）  
第212-213頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第216頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第238頁  
勞動基準法規彙編（96年7月版）第232頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37 條（73.07.30 版）

要 旨：雇主應發給計件勞工假日工資

全文內容：勞動基準法第卅六條規定「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假」。第三十七條規定「紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假」。故凡適用該法之各事業單位受僱勞工，不論是否屬於計件或計日工人，均應享有上開法定權利。又第卅六條所定之例假，第卅七條所定之休假，工資應由雇主照給為該法第卅九條所明定，故事業單位應依法發給其所僱計件工例假日及休假日之工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（80）台勞動二 字第 17564 號

發文日期：民國 80 年 07 月 12 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第177頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）

第 232-237 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86 年 4 月版）

第 246-251 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87 年 5 月版）

第 248-253 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89 年 1 月版）

第 254-259 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90 年 6 月版）

第 279-284 頁

勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 289 頁

相關法條：勞動基準法 第 21、37、69 條（73.07.30 版）

要 旨：天然災害發生時（後）勞工之出勤管理之工資給付處理原則  
（原內政部 75.06.26（75）台內勞字第 404281 號函不予  
適用）（原內政部 76.01.20（76）台內勞字第 473639 號  
函不予適用）

全文內容：事業單位勞工於天然災害發生時（後）之出勤管理及工資給付  
事宜，依左列原則處理：

一 天然災害發生時（後），事業單位之勞工在何種狀況下得停止工  
作，宜由勞雇雙方事先訂於勞動契約、團體協約或工作規劃之中，以求  
明確；訂定時可參照行政院頒「天然災害發生時停止辦公及上課作業要  
點」之規定。如事前並無約定，可參照前開要點及企業慣例，由勞雇雙  
方協商辦理。

二 天然災害發生時（後），勞工如確因災害而未出勤，雇主不得視  
為曠工，或強迫以事假處理，惟亦可不發工資；勞工如到工時，是否加  
給工資，可由雇主斟酌情形辦理。

三 內政部 75.06.26（75）台內勞字第四〇四二八一號函及內政部  
76.01.20（76）台內勞字第四七三九三六號函不再適用。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（85）台勞動二 字第 116602 號

發文日期：民國 85 年 05 月 17 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86 年 4 月版）第 231 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87 年 5 月版）第 231 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89 年 1 月版）第 235 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90 年 6 月版）第 257 頁

勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 290 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38、40 條（73.07.30 版）

要 旨：天然災害停止工作日，勞工應雇主要求而到工時，工資如何發給及應否補假疑義

全文內容：勞工於工作日因天然災害停止工作，該日並非勞動基準法第三十六條至第三十八條之假期，故無該法第四十條之適用。該日勞工如應雇主要求而到工時，工資如何發給及應否補假休息，可由勞雇雙方自行協商決定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（87）台勞動二 字第 005056 號

發文日期：民國 87 年 02 月 16 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89 年 1 月版）第 241 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90 年 6 月版）第 263、336-337 頁

勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 234、288 頁

相關法條：勞動基準法 第 37 條（85.12.27 版）

勞動基準法施行細則 第 23 條（86.06.12 版）

要 旨：輪班人員於調移之紀念節日當日工作應否加倍發給工資

全文內容：依勞動基準法第三十七條暨同法施行細則第二十三條所定之應放假之日，雖均應休假，惟該休假日得經勞資雙方協商同意與其他工作日對調。調移後之原休假日（紀念節日之當日）已成為工作日，勞工於該日出勤工作，不生加倍發給工資問題。惟事業單位另有優於法令之規定者，可從其規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（90）台勞動二 字第 0019248 號

發文日期：民國 90 年 06 月 07 日

資料來源：勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 235-236 頁  
高雄市政府公報 90 年夏字第 26 期 37-38 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、30、37、39 條（89.07.19 版）

要 旨：有關勞工「週休二日之星期六」出勤之工資應如何發給釋疑

主 旨：勞動基準法第三十條修正後，勞工於「週休二日之星期六」出

## 勤之工資應

如何發給疑義一案，復請查照。

說明：一 復貴府九十年四月二十三日府勞資字第五一五七二號函。

二 實施「週休二日」制之事業單位，勞工於非例假日之休息日出勤工作，工資應如何發給，應視該休息日之性質而定。該日如係因勞資雙方約定之正常工作時間少於法定正常工時所生者，其未逾勞動基準法第三十條所定之法定正常工作總時數之部分，工資應由勞雇雙方協商定之；逾法定正常工作總時數者，應依該法第二十四條規定辦理。該日如係依同法第三十條第二項將其正常工作時數分配於其他工作日者，因二週內其他工作日分配之正常工時已達法定正常工作總時數，工資應依同法第二十四條規定辦理。至於，該日如係調移該法第三十七條之休假日而來者，其工作時數於調移紀念日時數以內者，雇主應依同法第三十九條之規定加倍發給該時數之工資；逾法定正常工作總時數工作者，則應依同法第二十四條規定辦理。上開逾法定正常工作時間工作四小時以上之部分，工資如何發給，法未明定，可由勞資雙方自行協商，惟不可低於同法第二十四條第一項第二款規定

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(91)台勞動二 字第 0910020730 號

發文日期：民國 91 年 04 月 29 日

資料來源：勞動基準法規彙編(91年版)第279頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第236頁

相關法條：勞動基準法 第 37、39 條 (89.07.19 版)

要 旨：選舉日若為勞資雙方議定之無薪休假日，是否應給薪疑義

全文內容：本會依勞動基準法第三十九條規定，指定「公職人員選舉罷免投票日」具投票權且該日原屬工作日之勞工應休假，係為便於該等勞工行使投票權，且依同法第三十九條規定，該等勞工當日工資應由雇主照給。基上，當日原非屬工作日之勞工或無投票權者，除勞雇雙方另有約定外，尚不得援引上開規定請求給假及照給工資。

## 學說爭議：

### - 颱風假：

勞委會(80)台勞動二 字第 17564 號略謂：『天然災害發生時(後)，事業單位之勞工在何種狀況下得停止工作，宜由勞雇雙方事先訂於勞動契約、團體協約或工作規劃之中，以求明確；訂定時可參照行政院頒「天然災害發生時停止辦公及上課作業要點」之規定。如事前並無約定，可參照前開要點及企業慣例，由

勞雇雙方協商辦理。』該函釋並指出：「天然災害發生時(後)，勞工如確因災害而未出勤，雇主不得視為曠工，或強迫以事假處理，惟亦可不發工資；勞工如到工時，是否加給工資，可由雇主斟酌情形辦理。」

有學者認為(80)台勞動二字第 17564 號，其實有不夠完整或明確之處，這也是颱風假爭議之所以不能止歇的部分原因所在。

首先，所設想的停止上班情況，並不完整。該函釋以「天然災害」為解釋對象，而非針對颱風問題量身訂作。在概念上颱風固為天然災害的一種下位類型，但颱風已有預報，並可因此有防颱準備。大部分的天然災害都只有事中或事後停工或是請(放)假的問題，獨獨颱風會有得否事前請(放)假的爭議。

由於，該函釋以「天然災害」為設想基礎，為慮及其特殊性，只提及天然在害「事中」及「事後」階段的「請假」問題，而未處理「事前」階段的「放假」問題。亦即，只說明了「天然災害發生時(後)，勞工確為因災害而未出勤」或「勞工於天然災害發生時到工」等(個案請假)情形的權利義務處理方式，對於俗稱「颱風假」，也就是在颱風來臨前事先宣布停止出勤(通案放假)的作法，其實並未有所說明。

其次，勞工確因天然災害未能出勤時的權利義務，應係整則函釋中至為關鍵的問題，然而該函釋卻以迂迴排除又隱約透露的論述方式來呈現，讓人一知半解、各自表述，實不無值得檢討之處。

詳言之，整體觀察函釋所稱「不得視為曠工，或強迫以事假處理，惟亦可不發工資」等說明，似認為勞工有「請假(或放假)」的權利，而此等請(放)假不能與「事假」相提併論，但雇主可不發工資。準此，遇到該函釋情況的勞工究係是能請假或應放假？如係得請假，所請之假其屬性種類為何？又有何權利義務關係？均有待釐清。<sup>462</sup>

---

<sup>462</sup>參閱：陳建文，颱風假訴求的政策思考與法理探討－行政機關知識管理與知識生產的看待觀點，發表於行政院勞工委員會主辦，勞動基準法工資與工時實務研討會(2008年12月5日銘傳大學台北校區大會議室)，頁56、57。

**勞基法第 38 條**

條文：

勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應依左列規定給予特別休假：

- 一、一年以上三年未滿者七日。
- 二、三年以上五年未滿者十日。
- 三、五年以上十年未滿者十四日。
- 四、十年以上者，每一年加給一日，加至三十日為止。

函釋共 14 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 270508 號

發文日期：民國 74 年 01 月 12 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 146 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第 181-182 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 196 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 196 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 200 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 222 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 219 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38 條 (73.07.30 版)

要 旨：計件勞工之假日工資可依上月工資之平均額計給

全文內容：雇主依勞動基準法第三十六條、三十七條、三十八條規定發給計件勞工當月之假日工資時，可依上一個月工資之平均額計給。惟應注意勞動基準法施行細則關於計算平均工資時，不予列入計算之給與項目及日數規定。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 323097 號

發文日期：民國 74 年 06 月 14 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 148 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 184 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 198 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 198 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第202頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第224頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第206頁

相關法條：勞動基準法 第 38、39 條 (73.07.30 版)

要 旨：特別休假加給工資應於最近之工資給付日或當月份發給

全文內容：雇主經徵得勞工同意於勞動基準法第三十八條所定之特別休  
假日工作，工資應加倍發給，此項加給工資並應於事由發生最近之工資  
給付日或當月份發給。

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第409383號

發文日期：民國75年05月15日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第149頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第186頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第199頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第199頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第203頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第225頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第231頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38、40 條 (73.07.30 版)

要 旨：因天災、事變或突發事件停止假期之工資應加倍發給

全文內容：雇主因天災、事變或突發事件依勞動基準法第四十條規定，  
停止同法第三十六條至三十八條所定勞工之假期時，除停止假期之工資  
應加倍發給外，事後補假休息期間，工資並應照給。

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第467976號

發文日期：民國76年01月09日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第154頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第191頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第203頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)  
第203-204頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第270頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）  
第207-208頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）  
第229-230頁

相關法條：勞動基準法第38、59條（73.07.30版）

勞動基準法施行細則第24條（74.02.27版）

要旨：勞工全年公傷病假，該年特別休假工資可依原領工資數額發給

全文內容：一 勞工因執行職務遭遇職業災害，在公傷病假期間不能工作，其特別休假不應因而喪失，前經本部75.10.06台內勞字第四三八八九三號函釋在案。

二 本案勞工全年公傷病假，該年特別休假之工資，可依勞動基準法第五十九條第二款所稱原領工資數額發給。

發文單位：內政部

發文字號：（76）台內勞字第486744號

發文日期：民國76年03月31日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（81年10月版）第156頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）

第194-195頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第207頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）第207頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）

第210-211頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）

第232-233頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第270-271頁

相關法條：勞動基準法第29、38條（73.07.30版）

勞動基準法施行細則第5、24條（74.02.27版）

要旨：「營業年度」與「年度終結」之年度起訖時間

全文內容：一 勞動基準法第二十九條規定：「事業單位於營業年度終了結算，如有盈餘，……應給與獎金或分配紅利。」所稱「營業年度」，係指一月一日至十二月三十一日。

二 勞工特別休假年度工資之計算，應依勞動基準法施行細則第五條

之規定，自受雇當日起算。至於同法施行細則第二十四條第三款規定：「特別休假因年度終結.....而未休者，其應休未休之日數，雇主應發給工資。」所稱「年度」以一月一日至十二月三十一日為原則，惟事業單位為配合其會計年度，從其起訖時間，亦屬可行。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(76)臺內勞字第 486544 號

發文日期：民國 76 年 04 月 03 日

資料來源：勞動基準法規解釋令彙編上冊(85年6月版)第 276-277 頁

相關法條：勞動基準法 第 38 條 (98.04.22)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (98.02.27)

要旨：因退休而終止勞動契約之勞工，不影響其當年之特別休假

全文內容：依勞動基準法第三十八條規定，凡勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應給予特別休假。本案勞工於新年度開始即因屆齡退休而終止勞動契約，並不影響該勞工當年度特別休假(之權利)，雇主應依同法施行細則第二十四條第三款之規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(76)台勞動字第 0812 號

發文日期：民國 76 年 09 月 30 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)

第 198-199 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 210 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 210 頁

相關法條：勞動基準法 第 38 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要旨：勞工因退休而終止勞動契約，已毋須出勤自無特別休假工資

全文內容：一、依勞動基準法第三十八條規定，凡勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應給予特別休假。本案勞工於新年度開始即因屆齡退休而終止勞動契約，並不影響該勞工當年度特別休假(之權利)，雇主應依同法施行細則第二十四條第三款之規定辦理。

二、本案內政部業於 76.04.03 臺(76)內勞字第四八六五四四號函解釋在案，該函所稱「並不影響該勞工當年度特別休假之權利.....」係指並不影響該勞工最後在職當年因基於上年服務滿一定期間之特別休

假，雇主應依同法施行細則第二十四條第三款之規定辦理。至勞工於服務滿一定期間之日即因退休而終止勞動契約，因毋須出勤自無特別休假工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(79)台勞動二字第 21827 號

發文日期：民國 79 年 09 月 15 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 163 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)

第 204-205 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 215 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 215 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 219 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)

第 240-241 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 272 頁

相關法條：勞動基準法 第 38、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要 旨：勞工未於年度終結時休完特別休假，應休未休特別休假工資發給疑義

全文內容：本會 79.08.07 勞動二字第一七八七三號書函中之「不可歸責於雇主之原因時」之範圍，係屬事實認定問題。故來函所詢勞工未於年度終結時休完特別休假，如係因事業單位生產之需要，致使勞工無法休完特別休假時，則屬可歸責於雇主之原因，雇主應發給未休日數之工資。至於特別休假未休完之日數，如係勞工個人之原因而自行未休時，則雇主可不發給未休日數之工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(79)台勞動二字第 21776 號

發文日期：民國 79 年 12 月 27 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 164 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 205 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 216 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 215 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 219 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第241頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第272-273頁

相關法條：勞動基準法 第 38、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要 旨：勞工因故離職，應休未休之特別休假工資發給疑義

全文內容：勞工之特別休假應在勞動契約有效期間為之，惟勞動契約之終止，如係可歸責於雇主之原因時，雇主應發給未休完特別休假日數之工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二 字第 44064 號

發文日期：民國 82 年 08 月 27 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第 205-206 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 225 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 225 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)  
第 228-229 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)  
第 250-251、267-268

頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 276-277 頁

相關法條：勞動基準法 第 38、39 條 (73.07.30 版)

要 旨：勞動契約終止時，雇主應否發給勞工未休完特別休假日數工資疑義

全文內容：一 查「勞工之特別休假應在勞動契約有效期間為之，惟勞動契約之終止，如係可歸責於雇主之原因時，雇主應發給未休完特別休假日數之工資。」前經本會 79 年 12 月 27 日台七十九勞動二字第 21776 號函釋在案。故當勞動契約終止時，勞工尚未休完之特別休假如係勞工應休能休而不休者，則非屬可歸責於雇主之原因，雇主可不發給未休完特別休假日數之工資。

二 本會 79 年 12 月 27 日台七十九勞動二字第 21776 號函所稱「可歸責於雇主之原因」尚非僅以勞動基準法所列各條終止勞動契約規定之條次為判斷，仍應就各條款規定之情事依事實個案認定之，如年

度開始雇主即強制勞工退休，致勞工未能有充分時間安排特別休假時，雇主應發給勞工未休完特別休假日數工資。

三 本會 77 年 01 月 07 日台七十七勞動三字第八三二〇號函及內政部 74 年 11 月 21 日七十四台內勞字第三五七二三〇號函應停止援用。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（85）台勞動二 字第 116602 號

發文日期：民國 85 年 05 月 17 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86 年 4 月版）第 231 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87 年 5 月版）第 231 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89 年 1 月版）第 235 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90 年 6 月版）第 257 頁

勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 290 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38、40 條（73.07.30 版）

要 旨：天然災害停止工作日，勞工應雇主要求而到工時，工資如何發給及應否補假疑義

全文內容：勞工於工作日因天然災害停止工作，該日並非勞動基準法第三十六條至第三十八條之假期，故無該法第四十條之適用。該日勞工如應雇主要求而到工時，工資如何發給及應否補假休息，可由勞雇雙方自行協商決定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（89）台勞動二 字第 0028787 號

發文日期：民國 89 年 09 月 14 日

資料來源：勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 279-280 頁

相關法條：勞動基準法 第 38 條（89.07.19 版）

勞動基準法施行細則 第 24 條（86.06.12 版）

要 旨：勞工應休能休而不休之特別休假，應經與雇主協商後，發給未休完特別休假日數之工資

全文內容：查勞動基準法施行細則第二十四條第二款規定「特別休假日期應由勞雇雙方協商排定」，故協商排定後，若經當事人雙方同意，得變更特別休假日期，本會八十二年八月二十七日台勞動二字第四四〇六四號函「勞動契約終止時，勞工尚未休完之特別休假如係勞工應休能休而不休者，則非屬歸責於雇主之原因，雇主可不發給未休完特別休假日數

之工資」，所稱「勞工應休能休而不休者」，係指勞工拋棄特別休假之權利而言，勞工既然拋棄特別休假之權利，則雇主可不發給未休完特別休假日數之工資。勞工與雇主就特別休假期間協商排定，係為行使勞工之特別休假權利，後因勞工自請離職勞動契約終止，勞工欲於契約終止前休完未休之特別休假，應與雇主協商，並告知雇主，並無拋棄權利之意，雇主應以同意為宜；雇主尚不得單方面公告規定「已申請離職之員工，不可將特別休假調整至離職日之前」，若不同意勞工請求休完應休未休之特別休假，則應依勞動基準法第二十四條第三款規定發給未休完特別休假日數之工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞保二字第 0920070929 號

發文日期：民國 93 年 02 月 03 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 38 條 (91.12.25 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (92.07.30 版)

勞工保險條例 第 33 條 (92.01.29 版)

要 旨：勞工保險被保險人於遭遇普通傷病期間，以特別休假取得原有薪資，得否請領勞工保險普通傷病給付疑義

全文內容：查勞工保險條例第三十三條規定，被保險人遭遇普通傷害或普通疾病住院診療，不能工作，以致未能取得原有薪資，正在治療中者，自不能工作之第四日起，發給普通傷害補助費或普通疾病補助費。復查勞動基準法第三十八條及其施行細則第二十四條規定之特別休假，係屬勞工之權利，雇主應發給工資。被保險人於遭遇普通傷病期間，如因請特別休假致未能領取該傷病期間之工資部分，仍屬損失「原有薪資」，為免影響勞工特別休假之權益，被保險人得依上開規定請領普通傷病給付。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞保 2 字第 0960140390 號

發文日期：民國 96 年 10 月 09 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法施行細則 第 24 條 (94.06.14 版)

要 旨：因特別休假應休未休所發給工資及因延長工時工作所獲取之報酬，皆屬工資範圍，應計入當月之勞工保險投保薪資申

全文內容：依勞動基準法施行細則第 24 條規定，特別休假因年度終結而未休者，其應休未休之日數，雇主應發給工資。又加班費係勞工因延長工時工作所獲取之報酬，自應屬工資之範圍。據此，雇主依上開規定發給之加班費、年度不休假加班費，自應計入勞工保險月投保薪資申報。另投保單位於發給加班費、不休假加班費之當月致被保險人之月薪資總額有所變動時，即應計入當月之勞工保險投保薪資申報，次月如已無此薪資項目，則不予計入計算。

## 學說爭議

### 一、特別休假的涵義

#### (一)「滿一定期間」要件爭議

勞委會（76）台內勞字第 486744 號函釋中謂：「勞工特別休假年度資之計算，應依勞動基準法施行細則第五條之規定，自受雇當日起算。」關於滿一年期間的起算日，僅指出為受雇當日，惟何謂「受雇當日」並無進一步說明。

相關學說意見以為<sup>463</sup>：「一般認為所謂受僱之日，應以勞動契約之成立日為基準。如果勞動契約未明確定有效力發生日之始期時，則應以契約締結之翌日起算。然而對此見解，亦有學者提出不同看法，認為應以就勞開始日為繼續工作一年之起算日。...不過勞資雙方如果有經過採用內定之過程時，雖然一般通說認為採用內定合意後勞動契約視為成立，但考慮採用內定之特殊勞動關係，如仍以勞動契約成立日為繼續工作一年之起算點，可能有所失當。」

#### (二)特別休假如何取得之爭議

勞委會（87）台勞動二 字第 041683 號函釋中謂：「查勞動基準法第三十八條特別休假之規定，旨在提供勞工休憩之機會，而非用以換取工資，更非藉此增加平均工資而多領退休金，凡雇主如要求勞工於年度終結或契約終止前應休完特別休假，於法尚無不可。」

惟有學者不同見解以為<sup>464</sup>：「筆者認為勞委會發出前揭解釋函令，似乎抱著特別休假是雇主給予的福利措施觀點，從未正視特別休假實際上應該是法律賦予勞工的權利。如果肯定特別休假是勞工的權利時，雇主是否可以強制要求勞工於年度終結前或契約終止前一定修完特別休假，不可言喻。」

<sup>463</sup> 邱駿彥，工作時間，收錄於勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，2005 年 5 月，一版，頁 313-314。

<sup>464</sup> 參閱邱駿彥，例假特別休假工資，收錄於 2008 年「勞動基準法實務爭議問題學術研討會論文集」，頁 60。

## 二、應休未休的法律效果

### (一) 雇主須具備可歸責事由始負補發工資之義務？

#### 1. 相關行政函釋

勞委會(79)台勞動二字第21827號函釋中謂：「勞工未於年度終結時休完特別休假，如係因事業單位生產之需要，致使勞工無法休完特別休假時，則屬可歸責於雇主之原因，雇主應發給未休日數之工資。至於特別休假未休完之日數，如係勞工個人之原因而自行未休時，則雇主可不發給未休日數之工資。」

勞委會(82)台勞動二字第44064號函釋中謂：「當勞動契約終止時，勞工尚未休完之特別休假如係勞工應休能休而不休者，則非屬可歸責於雇主之原因，雇主可不發給未休完特別休假日數之工資。」，勞委會(79)台勞動二字第21776號函釋亦採同一見解。

#### 2. 學說不同意見

惟學說有不同意見以為<sup>465</sup>：「筆者認為，勞工於滿足第三十八條取得特別休假權之法定要件後，該特別休假之法性質即屬於可向雇主請求休假之債權。...，而我國施行細則第二十四條中竟排除法律所定勞工之時效利益，更甚而有之者，行政解釋更以可歸責不可歸責排除施行細則所定勞工得請求未休完工資之權益，此不僅違背母法之規定，謂一路錯到底藝不為過。」

惟學說有不同意見以為<sup>466</sup>：「依第三十八條勞工請求特別休假僅須具備一定年資，並無其他要件，施行細則第二十四條第三款補充改發工資之規定，論者又加諸可歸責性之限縮解釋，勢必剝奪勞工特別休假之權利，顯與勞基法第三十八條之規定有違。」

## 三、特別休假挪為他用之疑義

勞委會勞動二字第0920024304號函釋中謂：「關於學校因「SARS」疫情防治需要宣布停課，勞工有居家照顧子女之必要時，如勞雇雙方協商依勞動基準法第三十八條及同法施行細則第二十四條規定以排定特別休假方式處理，亦可。」。

惟有不同學說意見以為<sup>467</sup>：「依全國主管勞工行政之勞委會之立場，本應依

<sup>465</sup> 邱駿彥，工作時間，收錄於勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，2005年5月，一版，頁322-323。

<sup>466</sup> 參閱吳姿慧，勞基法關於特別休假規定之檢討，收錄於2007年12月7日勞動基準法實務爭議問題學術研討會論文集，2007年12月7日，頁

<sup>467</sup> 邱駿彥，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望第四章〈工作時間〉，2005年5月，一版，

據法律規定，嚴守特別休假之立法旨趣，輔導全國勞資雙方盡量將特別休假用於消除勞工疲勞、積蓄優質勞動力之目的，啟可明文寓示可將特別休假用於有居家照顧子女之必要。」

**勞動基準法 39 條**

條文：

第三十六條所定之例假、第三十七條所定之休假及第三十八條所定之特別休假，工資應由雇主照給。雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給。因季節性關係有趕工必要，經勞工或工會同意照常工作者，亦同。

函釋共 25 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(73)台內勞字第 256453 號

發文日期：民國 73 年 10 月 18 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 146 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 181 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 196 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 196 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 200 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 222 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 231 頁

相關法條：勞動基準法 第 39、40 條 (73.07.30 版)

要 旨：假日工作工資加倍發給疑義

全文內容：一 關於勞動基準法第三十九條規定「雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給」，所稱加倍發給，係指除依同條規定當日工資照給外，再加發該實際從事工作之休假日內應得工資而言。

二 第四十條第一項所稱「加倍發給」意義亦同。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台內勞字第 29437 號

發文日期：民國 74 年 03 月 22 日

資料來源：八十四年法律座談會彙編 第 36 頁

相關法條：勞動基準法 第 39 條 (73.07.30 版)

要 旨：特別休假工資應列入平均工資一併計算

全文內容：勞動基準法第三十九條規定，特別休假，工資應由雇主照給；又該法施行細則第二條及第十條，關於平均工資之計算及工資中非經常性給與項目中，均未將其排除於工資外，因此於計算平均工資時，自應將特別休假工資列入一併計算

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 296654 號

發文日期：民國 74 年 04 月 08 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 117 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 133 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 153 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 153 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 149 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 159 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 145 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 6 條 (74.02.27 版)

要 旨：試用期間之勞動條件仍應依法令辦理

全文內容：各事業單位試用期間之勞工，其應給假日及假日工資仍應依勞動基準法第三十六條、第三十七條、第三十九條規定辦理，其他勞動條件亦應依有關勞工法令辦理。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 307451 號

發文日期：民國 74 年 04 月 20 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 183 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 242 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 256 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 260 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 287 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 318 頁

相關法條：勞動基準法 第 37、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 23、50 條 (74.02.27 版)

要 旨：公務員兼具勞工身份者勞動節應放假

全文內容：適用勞動基準法之各業勞工及公務員兼具勞工身份者，依法第三十七條，其施行細則第二十三條及第五十條之規定，「五一」勞動節應放假一日，如該日因公務未能放假者，於徵得上述員工同意後可於該日工作，惟工資應依同法第三十九條規定加倍發給。又如該日適逢

例假，翌日應補假一日。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 323096 號

發文日期：民國 74 年 04 月 27 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 183 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 242 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 256 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 260 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 287 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 318 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 231 頁

相關法條：勞動基準法 第 39 條 (73.07.30 版)

要 旨：勞工受雇主指派參加勞動節，當日工資應加倍發給

全文內容：勞工受雇主指派參加五月一日勞動節優秀勞工表揚大會，不需補假，惟當日工資應依勞動基準法第三十九條規定加倍發給。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第 323097 號

發文日期：民國 74 年 06 月 14 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 148 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 184 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 198 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 198 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 202 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 224 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 206 頁

相關法條：勞動基準法 第 38、39 條 (73.07.30 版)

要 旨：特別休假加給工資應於最近之工資給付日或當月份發給

全文內容：雇主經徵得勞工同意於勞動基準法第三十八條所定之特別休假日工作，工資應加倍發給，此項加給工資並應於事由發生最近之工資給付日或當月份發給。

發文單位：內政部

發文字號：(74)台內勞字第359959號

發文日期：民國74年11月04日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第149頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第185-186頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第199頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第199頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第203頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第225頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第206頁

相關法條：民法第126條(74.06.03版)

勞動基準法第39條(73.07.30版)

勞動基準法施行細則第24條(74.02.27版)

要旨：未休特別休假之工資請求權受民法時效之限制

全文內容：一 勞工特別休假因年度終結或終止契約而未休者，雇主如未依規定發給應休未休日數之工資時，其請求權係受民法第一百二十六條時效之限制。

二 民法第一百二十六條規定「利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權因五年間不行使而消滅。」

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第434652號

發文日期：民國75年09月16日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第151頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第188頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第201頁  
資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第201頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第205頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第227頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第232頁

相關法條：勞動基準法第24、30、32、39、40條(73.07.30版)

勞動基準法施行細則第24條(74.02.27版)

要旨：假日工作之工資計算

全文內容：一 雇主依勞動基準法第三十九條規定，經徵得勞工同意於休假日工作者，工作時間應依同法第三十條、第三十二條規定辦理，工資應依本部 73.10.18 台內勞字第二五六四五三號函釋辦理。即除當日工資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。

二 因天災、事變或突發事件，雇主依勞動基準法第四十條規定停止勞工例假、休假及特別休假時，停止假期之工作時間，包括延時工作工資皆應加倍發給，並於事後補假休息。

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第 481694 號

發文日期：民國 76 年 02 月 27 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 190 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 252 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)

第 262-263 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 267 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)

第 293-294 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)

第 324-325 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 283 頁

相關法條：勞動基準法 第 39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 23 條 (74.02.27 版)

要 旨：放假日數較法定假期為多時之工資發給疑義

全文內容：一 依勞動基準法第三十九條，同法施行細則第二十三條及本部 74.12.18 (74) 台內勞字第三六六六七五號函規定，農曆除夕及春節共放假三日，工資照給。

二 事業單位給予勞工之假期，較上開農曆除夕及春節共放假三日之規定為多時，其多出假期工資之發給，以法無明文規定，可由勞資雙方協商決定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台七十七勞動二 字第 03458 號

發文日期：民國 77 年 03 月 01 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32、39、40 條 (98.04.22)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (98.02.27)

要旨：行政院勞工委員會核釋「勞工於國定假日適逢例假或翌日補假照常工作，未達或超過 8 小時工資如何加給」之疑義

全文內容：關於勞工於國定假日適逢例假或翌日補假日照常工作，未達八小時及超過八小時工資如何加給疑義，依內政部 75.09.16 台內勞字第 434652 號函釋，即除當日公資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(79)台勞動二 字第 21827 號

發文日期：民國 79 年 09 月 15 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第163頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第204-205頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第215頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第215頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第219頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)  
第240-241頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第272頁

相關法條：勞動基準法 第 38、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要旨：勞工未於年度終結時休完特別休假，應休未休特別休假工資發給疑義

全文內容：本會 79.08.07 勞動二字第一七八七三號書函中之「不可歸責於雇主之原因時」之範圍，係屬事實認定問題。故來函所詢勞工未於年度終結時休完特別休假，如係因事業單位生產之需要，致使勞工無法休完特別休假時，則屬可歸責於雇主之原因，雇主應發給未休日數之工資。至於特別休假未休完之日數，如係勞工個人之原因而自行未休時，則雇主可不發給未休日數之工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(79)台勞動二字第 21776 號

發文日期：民國 79 年 12 月 27 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 164 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 205 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 216 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 215 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 219 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 241 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 272-273 頁

相關法條：勞動基準法 第 38、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要 旨：勞工因故離職，應休未休之特別休假工資發給疑義

全文內容：勞工之特別休假應在勞動契約有效期間為之，惟勞動契約之終止，如係可歸責於雇主之原因時，雇主應發給未休完特別休假日數之工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(80)台勞動二字第 01747 號

發文日期：民國 80 年 02 月 06 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 164 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 206 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 216 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 216 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)

第 219-220 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)

第 241-242 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 273 頁

相關法條：勞動基準法 第 2、39 條 (73.07.30 版)

勞動基準法施行細則 第 24 條 (74.02.27 版)

要 旨：年度終結之應休未休特別休假工資，併入平均工資計算疑義

全文內容：勞工因工作而獲得之報酬，不論是否屬於經常性，依勞動基

準法第二條第三款之規定，均係工資。雇主依同法第三十九條發給勞工於特別休假日未休而工作之工資，如在計算事由發生之當日前六個月內時，依法自應併入平均工資計算。惟事業單位如採由勞工自行擇日休假之方式，則於年度終結雇主發給之應休未休日數工資，係屬勞工全年度未休假而工作之報酬，故於計算平均工資時，上開工資究有多少屬於平均工資之計算期間內，法無明定，應由勞資雙方自行協商。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二字第 19211 號

發文日期：民國 82 年 04 月 19 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)

第 264-265 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 290 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 295 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 324 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 355 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 302 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、39 條 (73.07.30 版)

要 旨：勞工事假期間遇法定放假日工資應如何發給疑義

全文內容：勞工事假期間，如遇例假、紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，應不計入請假期內，前經內政部七十四年四月廿七日 74 台內勞字第三〇二六六五號函釋在案，其不計入請假期內者，工資自應依勞動基準法第三十九條規定，由雇主照給。

至於連續請事假完畢後適逢公司例假日，雇主仍應依勞動基準法第三十六條規定給予例假，當日工資依同法第三十九條規定，由雇主照給。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(82)台勞動二字第 25828 號

發文日期：民國 82 年 05 月 19 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)

第 206-207 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 223 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 223 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)

第 226-227 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）  
第248-249頁

相關法條：勞動基準法第2、39條（73.07.30版）

要旨：特別休假工資併入平均工資計算疑義

全文內容：一 查勞動基準法第二條第三款明定工資定義乃勞工因工作而獲得之報酬，故凡勞工因工作而獲得之報酬，不論是否屬於經常性，均係工資。同法第三十九條規定勞工於特別休假日工作，工資應加倍發給，自屬工資範圍，如在退休前六個月內時，依法自應併入平均工資計算。至於貴會檢附之臺灣台北地方法院之判決（八十年度勞訴字第四〇號）以勞工於特別休假日所給與之加倍工資，因非經常性給與，不應併入平均工資，本會認為與上開勞動基準法之規定有所出入。

二 關於勞工於特別休假工作所領之工資應否併入平均工資計算退休金，前經本會80年02月06日台八十勞動二字第〇一七四七號函釋在案，請參考。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（82）台勞動二字第44064號

發文日期：民國82年08月27日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）  
第205-206頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第225頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）第225頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）  
第228-229頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）  
第250-251、267-268

頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第276-277頁

相關法條：勞動基準法第38、39條（73.07.30版）

要旨：勞動契約終止時，雇主應否發給勞工未休完特別休假日數工資疑義

全文內容：一 查「勞工之特別休假應在勞動契約有效期間為之，惟勞動契約之終止，如係可歸責於雇主之原因時，雇主應發給未休完特別休假日數之工資。」前經本會79年12月27日台七十九勞動二字第二一七七

六號函釋在案。故當勞動契約終止時，勞工尚未休完之特別休假如係勞工應休能休而不休者，則非屬可歸責於雇主之原因，雇主可不發給未休完特別休假日數之工資。

二 本會 79 年 12 月 27 日台七十九勞動二字第二一七七六號函所稱「可歸責於雇主之原因」尚非僅以勞動基準法所列各條終止勞動契約規定之條次為判斷，仍應就各條款規定之情事依事實個案認定之，如年度開始雇主即強制勞工退休，致勞工未能有充分時間安排特別休假時，雇主應發給勞工未休完特別休假日數工資。

三 本會 77 年 01 月 07 日台七十七勞動三字第八三二〇號函及內政部 74 年 11 月 21 日七十四台內勞字第三五七二三〇號函應停止援用。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台八十三勞動一 字第 102498 號

發文日期：民國 83 年 02 月 21 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、32、39、40 條（98.04.22）

要 旨：勞工於假日工作時，除發給當日工資外，應再加發一日工資

全文內容：勞動基準法第三十九條及第四十條規定，勞工於假日工作時，工資應加倍發給。所稱「加倍發給」，係指當日工資照給外，再加發一日工資。此乃因勞工於假日工作，即使未滿八小時，亦已無法充分運用假日之故，與同法第三十二條延長每日工資應依第二十四條按平日每小時工資額加或加倍發給工資之規定不同。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（85）台勞動二 字第 114672 號

發文日期：民國 85 年 05 月 06 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90 年 6 月版）

第 256-257 頁

資料來源：

勞動基準法規彙編（91 年版）第 318 頁

勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 277-278 頁

相關法條：勞動基準法 第 39 條（73.07.30 版）

要 旨：已排定日期之特別休假工資應否併入平均工資疑義

全文內容：一 雇主經徵得勞工同意於已排定之特別休假日工作，工資應依同法第三十九條加倍發給，此項加給工資並應於事由發生最近之工資

給付日或當月份發給，且如在退休之日前六個月內時，依法應併入平均工資計算。

二 至於已排定日期之特別休假，因勞動契約之終止而無法休完，所發給之應休未休特別休假工資，依本會 77.09.19 台 (77) 勞動二字第二〇六四九號函釋，因屬終止勞動契約後之所得，於計算平均工資時，無庸併入計算。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(87)台勞動二 字第 037426 號

發文日期：民國 87 年 08 月 31 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編 (89 年 1 月版)

第 242-243 頁

資料來源：

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編 (90 年 6 月版)

第 264-265 頁

相關法條：勞動基準法 第 39 條 (87.05.13 版)

要 旨：勞工於休假日工作工資如何發給疑義

全文內容：查勞動基準法第三十九條規定勞工於休假日工作，工資應加倍發給，至於勞工應否於休假日工作及該假日須工作多久，均由雇主決定，應屬於事業單位內部管理事宜。勞工於休假工作後，勞雇雙方如協商同意擇日補休，為法所不禁。但補休時數如何換算，仍應由勞雇雙方協商決定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(87)台勞動二 字第 036364 號

發文日期：民國 87 年 09 月 14 日

資料來源：臺灣省政府公報 87 年冬字第 2 期 3 頁

相關法條：勞動基準法 第 39 條 (87.05.13 版)

要 旨：公務機構工友於值日(夜)之補休日，因公忙不能補休所領之給與應否列入平均工資計算疑義

主 旨：關於公務機構工友於值日(夜)之補休日，因公忙不能補休所領之給與應否列入平均工資計算疑義，復如說明，請查照。

說 明：一 復貴處八十七年八月十三日八七勞二字第二二〇二四號函。

二 查前勞工事務主管機關內政部，基於事業單位屢有實施值日(夜)之情況，曾於七十四年十二月五日(74)台內勞字第三五七九七二

號函訂定「事業單位實施勞工值日(夜)應行注意事項」，該函以勞工值日(夜)工作非正常工作之延伸，故由勞雇雙方議定之值日(夜)津貼，非屬工資，得不列入平均工資計算退休金，亦經該部七十六年四月九日台(76)內勞字第四八八七五三號函釋在案。

三 關於勞工值日(夜)之補休日，因公忙不能補休，雇主應如何發給勞工不能補休之補償？內政部乃以七十六年六月四日(76)台內勞字第五〇六一八一號函釋：由勞雇雙方協商決定。準此，得不列入平均工資計算。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(87)台勞動二字第 039675 號

發文日期：民國 87 年 09 月 14 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)  
第 244-245 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)  
第 266-267 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 234-235 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、39 條 (87.05.13 版)

要 旨：勞工於休假日工作工資如何計算

全文內容：勞動基準法第三十九條規定勞工於休假日工作，工資應加倍發給。所稱「加倍發給」，係指假日當日工資照給外，再加發一日工資，此乃因勞工於假日工作，即使未滿八小時，亦已無法充分運用假日之故，與同法第三十二條延長每日工時應依第二十四條按平日每小時工資額加成或加倍發給工資，係於正常工作時間後再繼續工作，其精神、體力之負荷有所不同。至於勞工應否延長工時或於休假日工作及該假日須工作多久，均由雇主決定，應屬於事業單位內部管理事宜，尚難謂有不合理之處。故勞工假日出勤工作於八小時內，應依前開規定辦理；超過八小時部分，應依同法第二十四條規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(90)台勞動二字第 0019248 號

發文日期：民國 90 年 06 月 07 日

資料來源：勞動基準法規彙編(96年7月版)第 235-236 頁  
高雄市政府公報 90 年夏字第 26 期 37-38 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、30、37、39 條 (89.07.19 版)

要 旨：有關勞工「週休二日之星期六」出勤之工資應如何發給釋疑

主 旨：勞動基準法第三十條修正後，勞工於「週休二日之星期六」出勤之工資應如何發給疑義一案，復請查照。

說 明：一 復貴府九十年四月二十三日府勞資字第五一五七二號函。

二 實施「週休二日」制之事業單位，勞工於非例假日之休息日出勤工作，工資應如何發給，應視該休息日之性質而定。該日如係因勞資雙方約定之正常工作時間少於法定正常工時所生者，其未逾勞動基準法第三十條所定之法定正常工作總時數之部分，工資應由勞雇雙方協商定之；逾法定正常工作總時數者，應依該法第二十四條規定辦理。該日如係依同法第三十條第二項將其正常工作時數分配於其他工作日者，因二週內其他工作日分配之正常工時已達法定正常工作總時數，工資應依同法第二十四條規定辦理。至於，該日如係調移該法第三十七條之休假日而來者，其工作時數於調移紀念日時數以內者，雇主應依同法第三十九條之規定加倍發給該時數之工資；逾法定正常工作總時數工作者，則應依同法第二十四條規定辦理。上開逾法定正常工作時間工作四小時以上之部分，工資如何發給，法未明定，可由勞資雙方自行協商，惟不可低於同法第二十四條第一項第二款規定。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(91)台勞動二字第 0910020730 號

發文日期：民國 91 年 04 月 29 日

資料來源：勞動基準法規彙編(91年版)第 279 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 236 頁

相關法條：勞動基準法 第 37、39 條 (89.07.19 版)

要 旨：選舉日若為勞資雙方議定之無薪休假日，是否應給薪疑義

全文內容：本會依勞動基準法第三十九條規定，指定「公職人員選舉罷免投票日」具投票權且該日原屬工作日之勞工應休假，係為便於該等勞工行使投票權，且依同法第三十九條規定，該等勞工當日工資應由雇主照給。基上，當日原非屬工作日之勞工或無投票權者，除勞雇雙方另有約定外，尚不得援引上開規定請求給假及照給工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0960130600 號

發文日期：民國 96 年 08 月 07 日

行政院公報 第 13 卷 149 期 24997 頁

資料來源：臺北縣政府公報 96 年秋字第 9 期 11 頁

臺北市政府公報 96 年秋字第 43 期 39 頁

相關法條：勞動基準法 第 24、39 條 (91.12.25 版)

要 旨：行政院勞工委員會令釋有關基本工資之規定

全文內容：核釋基本工資自中華民國九十六年七月一日起修正為每月新臺幣（以下同）一萬七千二百八十元，每小時九十五元。按時計酬者，勞資雙方以不低於九十五元約定每小時工資額，除另有約定外，允認已給付勞動基準法第三十九條所定例假日照給之工資，毋須再行加給；其逾法定正常工時延時工作或於休假日出勤工作者，應以前開約定之金額核計同法第二十四條之延時工資及第三十九條休假日（出勤）之工資。按日計酬者約定之日薪，於法定正常工作時間內，仍不得低於九十五元乘以工作時數之金額。至有關延時工資、休假日出勤加給工資之計算，依前開按時計酬者之核計規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動 2 字第 0980088616 號

發文日期：民國 98 年 12 月 08 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 21、32、36、39、40、84-1 條 (98.04.22)

要 旨：事業單位與特殊工作者得另行約定正常工時及延長工時，但實際工作時間不得超過約定之延長工時。又事業單位應依核備之約定給予例假，並不得使勞工在該例假日工作。但經徵得勞工同意且加倍發給工資者，不在此限

主 旨：所詢違反勞動基準法相關規定處罰疑義乙案，復請 查照。

說 明：一、復貴府 98 年 10 月 29 日北府勞安字第 0980918752 號函。

二、查勞動基準法第 84 條之 1 規定，旨在允許事業單位與特殊工作者得就工作時間、例假、休假、女性夜間工作等事項，經核備等法定程序另約定之。其依前開規定就正常工時及延長工時另行約定，並經當地主管機關核備者，實際工作時間若逾所約定之延長工時者，可認違反同法第 32 條之規定。

三、另事業單位應依核備後之約定給予例假，其非因同法第 40 條所列天災、事變或突發事件等法定原因，縱使勞工同意，亦不得使勞工在該例假日工作，違反者可依違反同法第 36 條規定論處。

四、再查勞動基準法第 39 條規定，雇主經徵得勞工同意於休假日工作，工資應加倍發給。爰事業單位如依前開規定使勞工於休假日出勤者，尚非不可。

五、至有關工資疑義一節，請參考本會 98 年 5 月 26 日勞動 2 字第 0980013030 號函（詳附）及前開說明之意旨本權責核處。

勞動基準法第 40 條

條文：

因天災、事變或突發事件，雇主認有繼續工作之必要時，得停止第三十六條至第三十八條所定勞工之假期。但停止假期之工資，應加倍發給，並應於事後補假休息。

前項停止勞工假期，應於事後二十四小時內，詳述理由，報請當地主管機關核備。

函釋共 7 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(73)台內勞字第 256453 號

發文日期：民國 73 年 10 月 18 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 146 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 181 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 196 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 196 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 200 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 222 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 231 頁

相關法條：勞動基準法 第 39、40 條 (73.07.30 版)

要 旨：假日工作工資加倍發給疑義

全文內容：一 關於勞動基準法第三十九條規定「雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給」，所稱加倍發給，係指除依同條規定當日工資照給外，再加發該實際從事工作之休假日內應得工資而言。

二 第四十條第一項所稱「加倍發給」意義亦同。

發文單位：內政部

發文字號：(75)台內勞字第 409383 號

發文日期：民國 75 年 05 月 15 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 149 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)第 186 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 199 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 199 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 203 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 225 頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第231頁

相關法條：勞動基準法第36、37、38、40條（73.07.30版）

要旨：因天災、事變或突發事件停止假期之工資應加倍發給

全文內容：雇主因天災、事變或突發事件依勞動基準法第四十條規定，停止同法第三十六條至三十八條所定勞工之假期時，除停止假期之工資應加倍發給外，事後補假休息期間，工資並應照給。

發文單位：內政部

發文字號：（75）台內勞字第434652號

發文日期：民國75年09月16日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（81年10月版）第151頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）第188頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86年4月版）第201頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87年5月版）第201頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89年1月版）第205頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90年6月版）第227頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第232頁

相關法條：勞動基準法第24、30、32、39、40條（73.07.30版）

勞動基準法施行細則第24條（74.02.27版）

要旨：假日工作之工資計算

全文內容：一 雇主依勞動基準法第三十九條規定，經徵得勞工同意於休假日工作者，工作時間應依同法第三十條、第三十二條規定辦理，工資應依本部73.10.18台內勞字第二五六四三號函釋辦理。即除當日工資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。

二 因天災、事變或突發事件，雇主依勞動基準法第四十條規定停止勞工例假、休假及特別休假時，停止假期之工作時間，包括延時工作工資皆應加倍發給，並於事後補假休息。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：（76）台勞動字第1742號

發文日期：民國76年09月25日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（81年10月版）第191頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（84年10月版）

第 253-254 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（86 年 4 月版）

第 263-264 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（87 年 5 月版）

第 267-268 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（89 年 1 月版）

第 294-295 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編（90 年 6 月版）

第 325-326 頁

勞動基準法規彙編（96 年 7 月版）第 283-284 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、40 條（73.07.30 版）

要 旨：勞工已有於例假日出勤之事實，當日工資應加倍發給

全文內容：一 勞動基準法第三十六條規定：「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假」，此項例假依該法規定，事業單位如非因同法第四十條所列天災、事變或突發事件等法定原因，縱使勞工同意，亦不得使勞工在該假日工作。

二 事業單位違反上開法令規定，除應依法處理並督責改進外，如勞工已有於例假日出勤之事實，其當日出勤之工資，仍應加倍發給。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台七十七勞動二 字第 03458 號

發文日期：民國 77 年 03 月 01 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、30、32、39、40 條（98.04.22）

勞動基準法施行細則 第 24 條（98.02.27）

要 旨：行政院勞工委員會核釋「勞工於國定假日適逢例假或翌日補假照常工作，未達或超過 8 小時工資如何加給」之疑義

全文內容：關於勞工於國定假日適逢例假或翌日補假日照常工作，未達八小時及超過八小時工資如何加給疑義，依內政部 75.09.16 台內勞字第 434652 號函釋，即除當日公資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：台八十三勞動一 字第 102498 號

發文日期：民國 83 年 02 月 21 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 24、32、39、40 條 (98.04.22)

要 旨：勞工於假日工作時，除發給當日工資外，應再加發一日工資

全文內容：勞動基準法第三十九條及第四十條規定，勞工於假日工作時，工資應加倍發給。所稱「加倍發給」，係指當日工資照給外，再加發一日工資。此乃因勞工於假日工作，即使未滿八小時，亦已無法充分運用假日之故，與同法第三十二條延長每日工資應依第二十四條按平日每小時工資額加或加倍發給工資之規定不同。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(85)台勞動二 字第 116602 號

發文日期：民國 85 年 05 月 17 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第231頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第231頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第235頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第257頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第290頁

相關法條：勞動基準法 第 36、37、38、40 條 (73.07.30 版)

要 旨：天然災害停止工作日，勞工應雇主要求而到工時，工資如何發給及應否補假疑義

全文內容：勞工於工作日因天然災害停止工作，該日並非勞動基準法第三十六條至第三十八條之假期，故無該法第四十條之適用。該日勞工如應雇主要求而到工時，工資如何發給及應否補假休息，可由勞雇雙方自行協商決定。

## 勞動基準法第 43 條

條文：

勞工因婚、喪、疾病或其他正當事由得請假；請假應給之假期及事假以外期間內工資給付之最低標準，由中央主管機關定之。

函釋共 1 筆：

發文單位：內政部

發文字號：(76)台內勞字第 491780 號

發文日期：民國 76 年 05 月 02 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(81年10月版)第 289 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(84年10月版)  
第 390-391 頁

資料來源：  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(86年4月版)第 439 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(87年5月版)第 452 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 496 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 532 頁  
勞動基準法規彙編(96年7月版)第 488 頁

相關法條：勞動基準法 第 43、79 條 (73.07.30 版)

勞工請假規則 第 9 條 (74.03.20 版)

要 旨：雇主扣發全勤獎金得處以罰鍰疑義

全文內容：事業單位雇主違反勞工請假規則第九條：「雇主不得因勞工請婚假、喪假、公傷病假及公假扣發全勤獎金。」之規定，因涉及違反勞動基準法第四十三條請假應給之假期期間內工資給付之最低標準規定，得依勞動基準法第七十九條第三款之規定處以罰鍰。

學說爭議：

私傷病假或事假是否得以特別休假抵充？

勞工請假規則第五條：「勞工普通傷病假超過前條第一項規定之期限，經以事假或特別休假抵充後...」。另(74)台內勞字第 315047 號：「至勞工全年請事假日數超過本規則者，其超過部分得以特別休假抵充，...。」

惟有不同學說見解以為<sup>468</sup>：「尤有甚者，勞工請假規則與勞委會之解釋函令亦忽略特別休假法制度趣旨，認為勞工請私傷病假，得以特別休假抵充。因此年

<sup>468</sup> 參閱邱駿彥，例假特別休假工資，收錄於 2008 年「勞動基準法實務爭議問題學術研討會論文集」，2008 年 9 月 26 日，頁 70。

度內未修完之特別休假是否可以遞延，可能也有深入探討之餘地。」

學說爭議：

未依雇主規定之請假程式請假，是否即不生合法請假之效力？

### 解析

- 一、基本上涉及之問題係「勞工請假未符雇主所定必要程式」，有無仍生合法請假之效力？再者，進一步延伸，如勞工未請假或未獲雇主准假，如何處理「是否構成無正當理由而曠職」，乃至「因曠職所生之懲戒/解僱（可能依據：勞基法第 12 條第 1 項第 6 款）合法性」之問題？
- 二、就有關請假程式之問題，最高法院有明顯的見解歧異：在本案的 97 台上 13 中，最高法院表示「...然法律既同時課以勞工應依法定程序辦理請假手續之義務。則勞工倘未依該程序辦理請假手續，縱有請假之正當理由，仍應認構成曠職，得由雇主依法終止雙方間之勞動契約，始能兼顧勞、資雙方之權益」，也就是說，只要未依規定辦理請假，則不論有無正當理由，均認成立第 12 條之懲戒解僱要件。相對的，最高法院在之前的 84 台上 1275 中，卻清楚的認為「縱其請假未獲准許或與被上訴人所訂工作規則之請假手續不符，仍應以曠工論，亦不能謂其係無正當理由之曠工」，易言之，未依雇主所定程式而請假，即便構成曠工，仍非直接滿足勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款之「無正當理由而曠工」，因為仍須審查「有無正當理由」的這一項構成要件。然而，最高法院 85 台上 1888，看似則模擬兩可「勞工如無因病致無法親自或委託第三人請假之情事，而未經請假不到班者即為曠工」，似乎說：只要有無法親自或委託第三人請假之情事，則並非逕認曠工，當然更不會有成立無正當理由曠工之餘地，然而，後述之「未經請假不到班」，卻又暗示著請假程式之重要。
- 三、從法律規定觀之，勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款，既明定有須無正當理由之構成要件要素，則斷以「未工作=曠工」之單一要素，即認滿足該款所定懲戒解僱要件，似有不當超越法律所定範圍之嫌，就此，最高法院在本案之見解，直接將「未依雇主規定請假」等同於「無正當理由」，似有違法解釋之疑慮，況不論勞動基準法本文，亦或經授權訂定之勞工請假規則，均無有關雇主所定請假程式與規定之任何效力明文，則逕賦予如此強大之拘束力，非但不符勞動基準法做為保障勞工最低基準之意旨，亦有違反法治國原則之問題。就此，本案最高法院認為「縱其請假未獲准許或與被上訴人所訂工作規則之請假手續不符，仍應以曠工論，亦不能謂其係無正當理由之曠工」，應屬適論。當然，勞工未依雇主所定請假程式而請假，對於生產秩序亦可能有一定程度之影響，非絕無施以一定程度懲戒之可能（必須接受相當之檢驗至屬當然），如前所述者，只是站在勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款之條文內容出發，亦即將焦點集中於「未請假得

否連接至不經預告終止權」之問題上，與雇主之其他處理權限有所不同。

四、從比較法的角度觀之，德國法將之歸類為所謂勞工請假之報告義務

（Meldepflicht）問題：特別是在病假之情況，不論是否本於德國繼續支付工資法（EntgFZG）第 5 條之「勞工有立即向雇主報告因病而無工作能力之義務」，依履行契約之誠信原則，亦應認勞工有此報告義務，同時提出必要之證明文件（Hummel, Krankheit und Kündigung, 2 Aufl., Ffm. 2004, S. 88ff.），然而，依德國通說與司法實務見解，單純的違反此報告義務，並不能作為一般或特別終止之事由，而是必須明確的重複違反雇主之警告，亦或其義務之違反明顯影響企業之生產過程，甚至造成一定的損害，方有成立合法終止事由之空間（實務見解如聯邦勞動法院 BAG vom 16.8.1991 – 2 AZR 604/90 = NZA 1992, 130; 學說看法如

Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchG, 6 Aufl., Ffm. 2004, § 1 KSchG Rn.

216.）。德國法制理解下之勞工病假，重點在於「勞工須證明其一定期間內喪失工作能力並立即報告雇主」，而非「請病假必須獲准」；再者，即便違反雇主所定之請假程式，亦非當然構成終止事由，同樣的，重點仍不在於違反相關程式規定，而是在於「其義務之怠惰造成企業生產過程之不當影響」，易言之，關鍵在於「違反程式所產生之實質不利益」，而非「違反程式」本身；聯邦勞動法院實務見解如 BAG 15.1.1986 EzA § 626 BGB n.F. Nr. 100 = AP § 626 BGB Nr. 93。解釋上，均值國內理論與實務之參考。

**勞動基準法第 84-1 條**

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。

行政函釋共 6 則：

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(86)台勞動二字第 052295 號

發文日期：民國 86 年 12 月 17 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 306 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 337 頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第 287-288 頁

相關法條：勞動基準法 第 36、84-1 條 (85.12.27 版)

要 旨：勞雇雙方依勞動基準法第八十四條之一規定約定例假日疑義

全文內容：查依勞動基準法第八十四條之一規定，經中央主管機關核定公  
告之工作者，勞雇雙方在參考勞動基準法所定之基準且不損及勞工之健康  
及福祉下，得另行以書面約定例假，並報請當地主管機關核備後，可不受  
同法第三十六條規定之限制。此項規定係指約定之例假得不受每七日中至  
少應有一日休息作為例假之限制，但非謂勞工即無例假，故為不損及勞工  
健康及福祉，仍應約定例假，且應約定雇主若使勞工於約定之例假日出勤  
工作之工資發給標準至少加發一日工資。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(87)台勞動二字第 029942 號

發文日期：民國 87 年 07 月 20 日

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 265 頁

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 290 頁

相關法條：勞動基準法 第 84-1 條 (87.05.13 版)

要 旨：勞動基準法第八十四條之一規定之疑義

全文內容：關於事業單位與經依勞動基準法第八十四條之一核定公告之勞工所定之書面約定報請當地主管機關核備時，當地主管機關應依該條第二項規定審核。若於審核時，對其約定內容有不易認定是否損及勞工健康及福祉者，可檢送相關資料並擬提處理意見，函送本會憑辦。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(87)台勞動二 字第 031976 號

發文日期：民國 87 年 07 月 30 日

臺灣省政府公報 87 年秋字第 37 期 7-8 頁

資料來源：勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(89年1月版)第 327-328 頁  
勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第 358-359 頁

相關法條：勞動基準法 第 84-1 條 (87.05.13 版)

要 旨：關於技工、工友及駕駛適用勞動基準法疑義

主 旨：關於技工、工友及駕駛適用勞動基準法疑義，復請查照。

說 明：一 復貴會八十七年七月二十日八十七文建秘字第○四五八八號函。

二 公務機構之技工、工友及駕駛已自本(八十七)年七月一日起適用勞動基準法，依行政院八十六年十二月十日訂頒之「行政機關工友納入勞動基準法適用範圍後勞動條件適用法規及主管權責劃分表」有關請假及休假事項，應依勞動基準法、勞工請假規則及其相關法規釋例辦理。基於勞動基準法係規定勞動條件最低標準之法律，優於該法標準之勞動條件，自為法所准許，故原適用之事務管理規則有較優之規定者，如擬繼續適用該規定，並無抵觸勞動基準法之處。

三 勞動基準法第八十四條之一規定，經中央主管機關核定公告之工作者，得由勞雇雙方以書面約定其工作時間等事項，並報請當地主管機關核備，該書面約定，若已依該條規定參考該法所定之基準，且無損及勞工健康及福祉者，該當地主管機關應無不同意核備之權。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(87)台勞資二 字第 041370 號

發文日期：民國 87 年 09 月 19 日

資料來源：行政院勞工委員會

相關法條：勞動基準法 第 84-1 條 (87.05.13 版)

勞動基準法施行細則 第 50-2 條 (86.06.12 版)

要 旨：有關事業單位與勞工另行約定書面契約，報當地主管機關核備一案

主 旨：有關事業單位依勞動基準法第八十四條之一規定，與勞工另行約定書面契約，報當地主管機關核備時，可否以未經簽署之標準格式，或須經與勞工分別簽定書面契約後，再報主管機關核備疑義一案，復如說明二，請查照。

說 明：一 復貴處八十七年九月十一日八七勞二字第 0022298 號函。

二 依勞動基準法八十四條之一規定，經中央主管機關核定公告之工作者，得由勞資雙方另行約定工作時間、例假、休假、女性夜間工作，並報當地主管機關核備一節，係指應由勞資雙方協商合意後，所成立之契約報主管機關核備；另該約定之契約內容，亦應俱備勞動基準法施行細則第五十條之二相關規定，始完成法定程序。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：(89)台勞動二字第 0022298 號

發文日期：民國 89 年 06 月 13 日

勞動基準法暨附屬法規解釋令彙編(90年6月版)第316頁

資料來源：勞動基準法規彙編(91年版)第571頁

勞動基準法規彙編(96年7月版)第268、490頁

相關法條：勞動基準法第30、32、36、37、49、84-1條(87.05.13版)

要 旨：有關雇主違反勞動基準法第八十四條之一之處罰疑義

全文內容：查勞動基準法第八十四條之一係分別就同法第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條及第四十九條所為之特別規定。勞工縱屬經中央主管機關核定公告之工作者，雇主如未依該法第八十四條之一規定將其書面約定報請主管機關核備，自不得依該法第八十四條之一規定，排除第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條及第四十九條規定之限制。故雇主違反勞動基準法第八十四條之一規定時，應視雇主所違反之法條(第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條及第四十九條)，依各該法條之罰則予以處罰。

發文單位：行政院勞工委員會

發文字號：勞動二字第 0910020729 號

發文日期：民國 91 年 04 月 26 日

資料來源：行政院勞工委員會公報第2卷6期41頁

勞動基準法規彙編（96年7月版）第255頁

高雄市政府公報91年夏字第16期51頁

相關法條：勞動基準法第84-1條（89.07.19版）

勞動基準法施行細則第6條（91.01.16版）

要旨：核備書面契約、勞動契約之「主管機關」，為事業單業主體所在地之直轄市政府或縣（市）政府

全文內容：勞動基準法第八十四條之一及同法施行細則第六條第四款規定核備書面契約、勞動契約之「主管機關」，為事業單位主體所在地之直轄市政府或縣（市）政府；如當事人一方為分公司、工廠或分支機構者，為分公司、工廠或分支機構所在地之直轄市政府或縣（市）政府。

或許更重要的基本功是：究竟吾人理解中的工時規範體系為何？而我國勞基法第84條之1責任制工作，又該有如何之座落？

作為勞動契約必要約定內容（*essentialia negotii*）之工時，結構上包括兩大部分，所謂工時之長短（*Dauer*），以及工時之狀態、或說配置（*Lage*）；前者基本上屬於勞動契約必要約定事項，雇主不得以指示權之方式逕行指定之，但後者則顯然不同，原則上雇主有一定程度之單方指定權（*einseitiges Bestimmungsrecht*）當然，基於保障勞工身心健康與踐行社會文化家庭生活等之故，國家之強行法通常會設下界限，以避免雇主之指定侵害勞工權益。從工時之長短與狀態/配置出發，搭配我國勞基法現有之規範條文，我們可以看到如下表所述之工時規範結構<sup>469</sup>：

結構	內容	類型	勞基法規範
工時長短	工時基本類型	完全工時	第30條以下
		部分工時	無 + 透過解釋
	一般工時		第30條、 <u>第84條之1</u>
	延長工作	一般	第32條
		特殊原因	第33條、第40條、第41條
區別工時組		-	

<sup>469</sup> 此處結構是作者參考以下之著作自行整理而來：Däubler, *Tarifvertragsrecht*, 3 Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 681ff.; MüArbR/Reichhold, 3 Aufl., München 2009, § 36 Rn. 59ff.; Kelm, *Arbeitszeit- und Dienstplangestaltung in der Pflege*, 2 Aufl., Stuttgart 2003, S. 67ff.; Neumann/Biebl, *Arbeitszeitgesetz*, 13 Aufl., München 2001。

	短工（無薪假）		-（就業保險法第 12 條僱用安定措施）		
	彈性工時模式	工時帳戶	-		
		長期休假	-		
工時狀態	休息	一般	第 35 條		
		例假	第 36 條	第 84 條之 1	
		休假	第 37 條		
		特別休假	第 38 條		
	較低勞動強度工作	待命工作一	-		
		待命工作二	-		
	輪班工作	第 34 條			
	夜間工作	第 49 條、 <u>第 84 條之 1</u>			
	周末工作	-			
	特殊原因工作	-			
	彈性工時模式	移動工時	-		
		召喚工作	-		
		變形工時	第 30 條、第 30 條之 1		
工時帳戶		-			
長期休假		-			
責任工作		-			

從上表的結構中，其實吾人可找出勞基法第 84 條之 1 的應有座落：道理很簡單，該條所明白列舉之「工作時間、例假、休假、女性夜間工作」，所謂「不受勞基法相關規定之限制」，如比對上表，便可發現，這四項可能分別落入「工時長短」與「工時狀態」中，簡單的說，它直接帶來兩層效果：

- (3) 勞動契約之工時長短可另為約定，無須受勞基法法定最高工時之限制，雖然 - 不論基於何種理由與考量 - 似不可能得出「則毫無限制」的解釋結果；這個疑慮顯然可藉由主管機關之核備手段加以控制。
- (4) 其次，關於工時狀態的其他三項，雇主之單方指定權將更為自由，因為已擺脫勞基法之直接限制，雖然 - 本於同樣的道理 -，解釋上不能說是「則毫無限制」。