

勞工法系列

個別勞工法

理論與實務 [2011
最新版]

楊通軒 著

勞工法系列

個別勞工法

[理論與實務]

楊通軒 著

二版序

我的老師，台灣勞工法學界的一代長者陳繼盛教授在 2010 年 8 月中出版了「勞動法導讀」一書，緊接著又在 2011 年 4 月底出版了「勞動思想史要義」一書，兩書均為春苗乍醒的台灣勞工法學界帶來永恆之雨。余資質甚駑，早年跟隨陳繼盛老師學習勞工法，兼學為人處事之道，每有所獲，輒欣然不已。常自謂今生恐永不能及者。今陳老師年已過七十五，老態略現，惟其氣勢仍如二十幾年前，呼余談話，雙目輒炯炯有神，如能洞穿余之心者，使余藏拙無處。今余《個別勞工法一理論與實務》一書即將付梓再版，余記起古人有「師古」、「明道」之語，其所謂師古者，莫非謂陳老師之道德文章歟？至於明道，莫非期待吾輩同道能互引互進、互相提舉也？此余之所得也。余於陳老師所著二書，其意境哲理之高，非吾人所能評者自勉。

楊通軒

台北市

行政院勞工委員會

勞工保險監理委員會辦公室

2011 年 6 月 8 日

序

台灣的勞工法令一直在變動當中，勞工政策不斷地推陳出新，而行政機關也針對個案不斷地創造出行政解釋，在這樣的環境下，是否有必要寫作一本個別勞工法的教科書？一本還沒出版就已經（有一些部分）過時的書籍？如果我們再思考法院判決也不斷精緻化及法理化勞工法上的（尤其是勞動契約的）各種議題後，恐怕會更有所遲疑。

不過，考量勞工法教科書的必要性，恐怕不只是侷限在台灣視野而已，而是要納入國際勞工法規（尤其是國際勞工公約、歐洲聯盟的勞工法規）的變化及區域性勞工法規（尤其是中國及東南亞國家的勞工法規）的演進，這是因為台灣的產業經濟環境也不過是世界經濟或區域經濟的一環，台灣的財經法規及勞工法規也無法自外於國際法規及區域法規之外，想要孤芳自賞或自力生存都是不切實際的，在這種廠商及人員的流動日益自由的環境下，實在需要互相援引或綜合考量各國的經濟環境及法令規範所反映的價值觀與世界觀。

從時代的轉輪來看，勞工的歷史是整部人類歷史的核心。而勞工法的歷史也佔有整部法制史中不可捨棄的地位。台灣的勞工歷史為時已久，但是，台灣的勞工法歷史卻仍屬短暫。它對於近代不同的統治時期（戒嚴、解嚴）作了具體反應，它本身含有濃厚的政治任務。在這裡，我們要關心的是：台灣勞工的生活現況為何？台灣勞工法的規範缺失如何？以及台灣勞工法與國際勞工法規、區域勞工法規的接軌又如何？本人最近看了繆天綬選註、台灣商務印書館印行的「宋元學案」（1982年8月），僅在序言部分的幾句話，就讓我感動不已。它說：「論學如大禹導水，脈絡分

明」「浙東之學，言性命者，必究於史，此其所以卓也。」「蓋以歷史的眼光治學術，必能實事求是，不騰空言，不爭門戶，故其價值亦高」。此即為「歷史哲學」的風氣。希望這一本書籍，能夠稍微達到古之聖賢及今之達人的要求。

楊通軒

台北市

行政院勞工委員會

勞工保險監理委員會辦公室

2010年2月4日

目次

❁ 二版序.....	i
------------	---

❁ 序.....	iii
----------	-----

PART

基礎理論

❁ 第一章 勞工法之意義、體系及規範任務.....	3
---------------------------	---

第一節 意義、目的及法源.....	5
-------------------	---

第二節 體系.....	18
-------------	----

第三節 勞工法的規範任務及規範體系.....	19
------------------------	----

❁ 第二章 勞工法之形成.....	29
-------------------	----

第一節 起源.....	29
-------------	----

第二節 勞動契約法之產生.....	35
-------------------	----

第三節 目前的趨勢.....	50
----------------	----

第四節 資訊社會下勞工法的新課題.....	64
-----------------------	----

❁ 第三章 勞工法與經濟制度.....	75
---------------------	----

第一節 經濟制度的組成要素.....	75
--------------------	----

第二節 經濟制度對勞工法之影響.....	79
----------------------	----

第三節 勞工法與僱用政策.....	85
-------------------	----

第四節 中小企業的勞資關係：中小企業之解僱保護問題.....	87
--------------------------------	----

❁ 第四章 勞工法與社會保險法.....	91
第一節 社會國或福利國原則的產生.....	92
第二節 勞工法與社會學、社會政策、社會法之區別.....	95
第三節 勞工法與社會保險法的互動.....	97
第四節 公法救助關係之成立	104
❁ 第五章 勞工法的基本概念	115
第一節 勞工.....	115
第二節 雇主.....	142
第三節 廠場及事業（單位）	159

PART 2

勞動契約與勞動關係

❁ 第六章 勞動條件的法律基礎.....	169
第一節 概說.....	169
第二節 國際勞工法	171
第三節 勞工法與憲法	186
第四節 團體協約	197
第五節 勞資會議之決議.....	200
第六節 勞動契約與一般的勞動條款.....	202

PART 3

勞動契約法

❁ 第七章 勞動契約法	255
第一節 成立與性質.....	256
第二節 勞工之權利與義務	263
第三節 雇主之權利與義務	288

PART 4 勞工保護法及勞動市場法

⚙ 第八章 工作時間.....	303
第一節 概說.....	304
第二節 工作時間法制之必要性及其作法.....	305
第三節 工作時間彈性化之必要性及其作法.....	306
第四節 台灣現行工作時間之評析.....	308
第五節 工作時間問題之例示.....	310
第六節 小結.....	313
⚙ 第九章 勞動契約之終止.....	315
第一節 概說.....	315
第二節 解僱保護法制之基本問題.....	316
第三節 大量解僱之法律問題.....	332
⚙ 第十章 資遣與退休.....	359
第一節 概說.....	359
第二節 資遣.....	361
第三節 退休.....	366
⚙ 第十一章 非典型的僱用型態.....	419
第一節 非典型僱用之興起.....	419
第二節 非典型僱用型態與脫法行為之界限.....	419
第三節 政府機關對於非典型僱用之態度——以德國為例.....	421
第四節 部分時間工作.....	423
第五節 家內勞動.....	432
第六節 電傳勞動.....	441

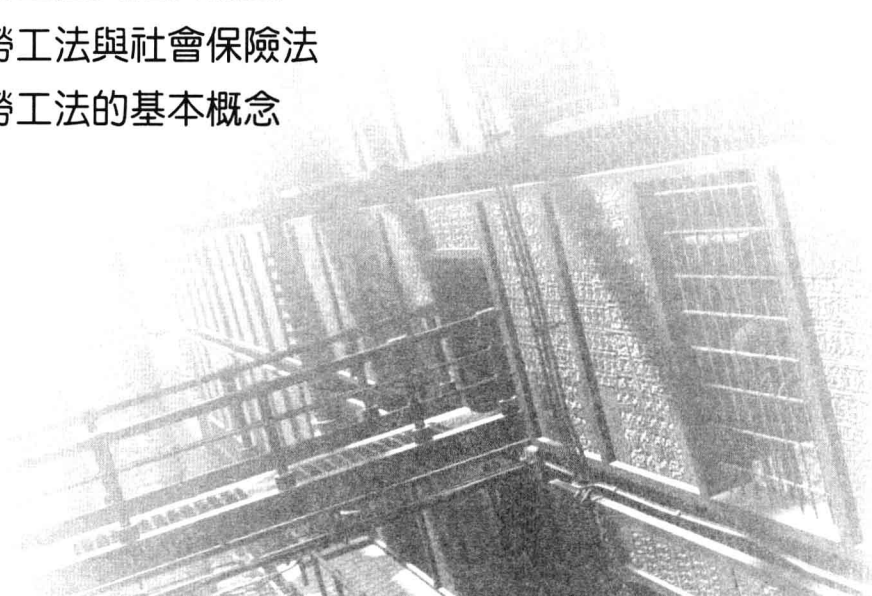
❁ 第十二章	外籍勞工之法律問題	455
第一節	概說	456
第二節	外籍勞工之法律規範	457
第三節	外籍勞工之招募契約與勞動契約	457
第四節	個別問題	462
❁ 事項索引		471



PART

1

基礎理論

- 第一章 勞工法之意義、體系及規範任務
 - 第二章 勞工法之形成
 - 第三章 勞工法與經濟制度
 - 第四章 勞工法與社會保險法
 - 第五章 勞工法的基本概念
- 

第一章

勞工法之意義、體系及規範任務



案例 1

甲受僱於乙交通公司，擔任司機員工作。於民國 96 年 1 月 15 日清晨 5 時 30 分許，因執行乙所承攬訴外人丙貨運公司之貨運業務，駕駛丙所提供之營業曳引車（後面懸掛一輛槽車），行經雲林縣麥寮鄉○○村○○○○路北上 75.7 公里處時，因突然有犬隻從外側竄出，為閃避該犬隻乃將車輛往內側，致衝過中央分隔島並穿越對向車道，撞毀三戶民宅及路燈等公共設施。營業曳引車及槽車亦嚴重受損。扣除丙貨運公司投保第三責任險獲得理賠 30 萬元，乙尚須負僱用人責任賠償 994,169 元。乙在賠償所有損害後，乃轉而向甲求償。甲抗辯乙所提供的車輛具有「方向盤位置未校正」的缺陷，對於損害之發生與有過失。但此一抗辯不為法院所採。甲又抗辯乙要求其每日開車時間超過 12 小時，導致其疲憊不堪，精神不濟而肇事賈禍，此已違反勞基法之規定，自係違反保護他人之法律而應負其損害賠償責任。此一抗辯為法院所採。因此，法院以乙對於損害之發生與有過失，減輕甲五成之賠償金額（即甲乙各負擔 50% 的賠償金額）。（台灣屏東地方法院 96 年度訴字第 421 號民事判決）

對於上述判決，請附理由及法條回答下列問題：

1. 僱用人損害賠償責任的規定在那裡？請簡單說明該條文內容。
2. 以職業駕駛為例，僱用人如何證明其已盡到法條所規定之「選任與監督」之責任？亦即僱用人先前已對於受僱人施以那些措施？
3. 本案中，乙主張甲到客戶處裝、卸料時，約有兩小時的等候時間可以休息，不應計入工作時間，但不為法官所採。依你見，法官係以何種理由認為該等候時間是工作時間？
4. 針對民法損害賠償責任之與有過失，請簡要說明該條文的內容。

5. 最後，針對本案，請你依德國「具損害性工作理論」，為甲尋找責任優遇（待）的可能性。
-



案例 2

甲工會的會員因為爭取工資的調升，乃對於其雇主乙進行罷工。問：

1. 工會會員在廠場內席地而坐，合法嗎？
 2. 工會會員在廠場外進行糾察，違反集會遊行法？
 3. 工會會員大聲喧嘩，導致居民生活作息受到影響，警察可以採取處分行為？
-



案例 3

甲勞工求職於乙公司，雙方簽訂一定型化的勞動契約，言明甲擔任業務員的工作，月薪新台幣四萬元。二個月後，甲以受到乙公司之經理丙性騷擾為由，向乙公司要求適當處理。乙置之不顧。甲遂向乙要求性騷擾之損害賠償，乙同樣置之不理。甲乃向法院提起給付性騷擾損害賠償之訴。問：

1. 勞資間因性騷擾所生之爭執，是否有調解前置主義之適用？
 2. 甲一旦提起給付性騷擾損害賠償之訴，應由何造負舉證責任（法律規定在那裡）？
 3. 民事訴訟法第 406 條第 1 項第 2 款之「經其他法定機關調解」之「調解」，理論上應該（擴大）包括那些處理程序？
 4. 本案調解期間中，乙認為甲既然已提出訴訟，雙方自然無繼續合作之理，遂將之強行解僱。法院為達到調解之目的，得採取何種定暫時狀態之處分？請一併說出法律規定。
 5. 雖然定型化勞動契約中明定「勞雇間之因僱傭契約所生之爭議，一概由士林地方法院管轄」。但甲仍然決定向乙公司主事務所之地方法院起訴，則受訴法院是否應以其起訴程序不合法而予以駁回？理由為何？
-



第一節 意義、目的及法源

第一項 意義

勞工法為對於具有從屬性、聽從他人指示、為他人利益工作之人（勞工）之特別法；或謂：勞工法為對於勞工及雇主之特別法（例如醫生、律師原則上非其當事人的勞工）。此處之特別法，尤其是指其與民法之規定（僱傭契約章）之關係而言¹。

勞工法內含：

第一款 個別勞工法（勞動契約法）

所謂個別勞工法，係指以規範個別勞工與雇主間權利義務關係的相關法規。在勞工法正初期發展的時候，個別勞工法兼指勞動契約法及勞工保護法，因其均以勞工與雇主間的權義為規範對象。但是，之後則漸漸地有所區隔，而將個別勞工法侷限於私法的法規部分，而且以勞動契約法為最主要的法規範。另外，勞工保險條例是屬於社會法的範疇，係以勞工先繳交保險費，而於一定給付事故發生後，可以向國家請領保險給付，其既非單純的勞工福利措施，也不屬於「個別勞動關係」的範疇。

不過，我國固然在國府時代，於 1936 年 12 月 25 日制定了一部勞動契約法，但因行政院始終未以命令公布施行日期（第 43 條）。因此，其並未具有法律的效力。學者間認其頂多具有法理效力而已（民法第 1 條）。目前，有關勞工與雇主間私法上權利義務關係之解決，殆皆回到民法僱傭契約章的規定，也就是說，原則上民法僱傭契約章的規定，都可以適用於勞動契約。而且，民法總則及債編總論的

¹ 在一件針對隨車售票員長期找人代班、連班的案件中，最高法院認為：「勞基法第 1 條固揭明該法係明定勞動條件之最低標準，然所謂勞動條件在不同法律層次中均有其存在，在民法債編僱傭乙節之意義，乃指僱傭契約當事人對勞務給付與報酬之約定。勞基法施行後，該法未規定者，仍適用其他法律之規定。準此，有關勞基法未規定者，仍應適用民法債編之規定。民法第 484 條第 1 項後段規定受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務，是謂勞務供給之專屬性。蓋勞務之供給因人而異，若使第三人代服勞務，則往往難達契約之目的……又勞基法並未就勞工違反勞務給付專屬性之事由加以規定……，仍應適用民法第 484 條第 1 項、第 2 項規定，雇主無需預告，得隨時終止僱傭契約。」最高法院 86 年度台上字第 3333 號民事判決參照。

規定及原理，原則上均適用於勞動契約。² 除此之外，勞動基準法（以下簡稱勞基法）中勞動契約章之規定（第 9 條到第 20 條），當然亦有其適用，只不過其規範的重點是在定期勞動契約及契約終止之相關規定而已。

雖然民法僱傭契約章的規定原則上可以適用於勞動契約，但是，民法畢竟是個人主義、自由主義下的產物，其假設契約當事人有同等議約的地位，顯然並不符合勞動契約當事人的實況。也因此，無論是民法總則、債編總則或債編各論中僱傭契約章之規定，有一些或者不能適用、或者應該予以修正。另外，有不少勞動契約的原理原則或應該有的規定，並未見之於僱傭契約章，而亟待於實務界及學術界加以研究釐清、並進一步予以落實於勞動實務。

例如針對企業或廠場轉讓所涉及的勞工勞動關係存廢及勞動條件變更之問題，台灣民法僱傭契約章並無如德國民法第 613a 條企業轉讓之「當然承受」的規定。³ 而企業轉讓與債之移轉（台灣民法第 294 條以下）並不相同。想要將台灣民法第 305 條適用於企業轉讓後的新、舊雇主與勞工間的權義關係，並非沒有疑義。蓋如有特別法（公司法、企業併購法等）者，應該優先適用之也。⁴ 對此，德國是以參考「買賣不破租賃」的法理，處理新雇主與勞工間的勞動契約與勞動條件。而台灣學者間也有主張「買賣不破僱傭／勞動契約」之原則者，否定法人將其所有權（所有資產、設備）移轉時雇主可以行使解僱權。其所謂的「買賣不破僱傭／勞動契約」即是當然承受說。⁵ 不過，吾人如觀台灣勞基法第 20 條及企業併購法第 15 條以下之規定，即可知其並非採取當然承受說，而是採取「原則終止、例外存續」的作法，而且勞動條件也可以改變。留用的勞工必須承受勞動條件變更的不利益。⁶

² 但是，值得注意的是，一般契約法中的撤銷及無效規定，其在勞動契約中之適用，顯然放寬了許多：例如針對錯誤，直接以解僱取代撤銷。只不過，面對雇主的詢問，求職者之隱藏實情，其受到雇主的解僱，應該僅限於其具有惡意（arglistig）時。

³ Adomeit, Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht, NJW 1996, 1713: 依據許多學者的見解，按照歐盟法的標準而增定的德國民法第 613a 條規定，在立法技術上是錯誤的，其在社會政策上的影響力也是令人質疑的。尤其是基於（計畫）清算的目的而接收企業，但其卻被禁止解僱，更是會引發特殊的難題。

⁴ 詳細的論述，請參閱呂孟晉，勞動法上因企業併購基於勞動契約所涉問題研究—歐盟與英國法上比較，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，2007 年 5 月，頁 14 以下。

⁵ 其實，在德國中世法時代，買賣的效力顯然大於租賃，當時的法諺是「買賣破租賃」（Kauf bricht Miete）。這與中國固有法的法理相同，亦即中國法諺有「租當不了典，典當不了賣」，意思是說：租賃抗不了典，典抗不了賣。請參閱戴炎輝，中國法制史，初版十二刷，1990 年 10 月，頁 335。

⁶ 在 2010 年 1 月初，行政院勞工委員會擬議修正勞基法，將金融業併購時勞工權益之保護，改採當然承受說的作法。此議一出，即引來各方的討論與撻伐。相關報導，請參閱工商時報，2010 年 1 月 12 日，A4 版：「勞基法提修正 金融業併購 不得裁員」、「合併不能裁員 愛之適足以害之」（作者黃達業、陳勝源）；工商時報，2010 年 1 月 13 日，A2 版（社論）：「政出多門法律

如以集體勞動關係為例，台灣民法第 269 條之利益第三人契約，原則上亦適用於工會會員依據團體協約的約定，向雇主張權利。不過，如依民法第 269 條的規定，工會會員是可以拋棄權利的。但依據團體協約法第 22 條第 1 項之規定，工會會員卻被禁止拋棄其權利。亦即民法的規定受到團體協約法的修正或限制。

除此之外，民法第 188 條之僱用人責任，⁷ 亦未考慮某些工作具有相當程度風險，不宜將所有責任歸給受僱人負擔的問題（所謂「具有損害性工作理論」schadensgeneigte Arbeit）。⁸ 而民法第 225 條及第 266 條之不可歸責雙方當事人（勞工、雇主）之事由，雙方互相免除對待給付責任，也並未考量勞動關係中的各種風險（企業風險、經濟風險、爭議風險），一律適用「未工作、無工資」（ohne Arbeit, kein Lohn）的理論解決，並不妥當。

第二款 勞工保護法

勞工保護法，係指立法者制定法令，將勞動關係中特定責任，強制由雇主來負擔。其本質為單方強制雇主的法律。這些責任原本是私法上的關係而可予以更易，但經由立法者有意地昇華為強制法後，已不得再由雇主與勞工任意約定變更或廢棄。原本，勞工法的起源即是為保護勞工，有一段期間勞工法也就是勞工保護法的化身或代名詞。但是，今日勞工法已呈現多樣化及細緻化。固然廣義上來講勞動契約法與集體勞工法也是勞工保護法，但終究與勞工安全衛生法、勞基法之嚴格意義下的勞工保護法有所不同。而且，整體上來講，勞工法也只是一個在一定限度內（in Grenzen）有利於勞工的保護工具而已。這裡所謂的一定限度，是指雇主也受

務虛其亂無己」；工商時報，2010 年 1 月 12 日，A16 版：「以企業併購時員工移轉新規定為核心」；中國時報，2010 年 1 月 14 日，A19 版（短評）：「奇特的修法」。

最值得注意的，中國時報，2010 年 1 月 15 日，A19 版（時論廣場）：「拼裝車式經濟政策沒方向也沒前途」，文中提到：「『併購不變僱傭』是德國法律的精神，但德國勞工有綿密的證照保護、有淵源流長的哲學背景；台灣別的不學德國，卻只有勞工制度抄襲人家。這種半調子的制度移植，是否與社會情境格格不入，難免讓外界質疑。…拼裝的好處美其名是能『取各家之長』，但實質上卻極可能是左支右絀，各種移植器官在體內互不相容，最後極可能悲劇收場。」上述論調，姑不論其對『併購不變僱傭』的理解是否正確，其的確值得習慣直接引用、且一味「取法乎上」、忽略勞工政策/法令係財經政策一環的台灣學界反省之用。

⁷ 依據最高法院 94 年度台上字第 2243 號判決：「在客觀上為他人使用，從事一定之事務，而受其監督者，不問有無契約關係或報酬，及名稱為何，均屬民法第 188 條之受僱人。又受僱人侵權行為發生損害之事由，固須與受僱人執行職務有關連性，僱用人始與受僱人負連帶賠償責任，但只須僱用人於客觀上可得預防之範圍內，自足當之。」由於其適用的對象包括「無契約關係」者，因此，自然可以適用於要派機構與派遣勞工之間。亦即當派遣勞工為要派機構執行職務而侵害第三人時，要派機構即應依民法第 188 條規定負連帶賠償責任。

⁸ 請參閱黃程貫，德國勞動法中勞工債務不履行損害賠償責任及限縮，台灣勞工第 6 期，2007 年 3 月，頁 14 以下。

到勞工法的一定保障，例如其應該也有鎖廠權的爭議手段。

勞工保護法及集體勞工法之產生，均與勞工無法經由契約自由原則獲得足夠的保護有關。蓋所謂契約自由（*Vertragsfreiheit*），係法律上對於經濟過程（*Wirtschaftsabläufe*）的市場經濟的組織的實施，此顯然是不夠的。以歐洲19世紀的經驗，在該時勞工為了工資而從屬地提供勞務，外表上是勞工有締結契約之自由，然而實際上卻必須屈服於雇主單方面所決定的勞動條件。以實際的情形來說：勞工向雇主求職，雇主將會告訴他「你可以從我賺取一定數目的工資，如果你不同意，則請你離開，你得不到這個工作」。這即表示：由於其較個別勞工強勢，雇主即可單面強制（*diktieren*）決定勞動契約之內容。因此，這不是真的有訂定契約之自由，而只是執行勞動契約所約定的條件而已。而此種市場運作的後果是：過長時間的工作、不足以餬口的工資（饑餓工資）、女工與童工，以及不健全的意外保險與健康保險。

為了對此種真實情形加以矯正，因此才有整部的勞工法，而團體協約自治（集體勞工法）亦屬其中之一。在真正的契約自由不存在時，為了保護勞工，勞工法是唯一的機制（*Instrument*），可以以其強制的效力，對之加以修正。如以德國為例，設使無團體協約自治及無具強制力的勞工法，那麼，今天在德國經驗上是否會有相似的結果，此間已受到德國的及其他工業國家的經濟學者的懷疑。簡言之，經由勞工保護法及集體勞工法，不僅勞工的生活已達到值得一提的富裕的程度，政治上也獲得高度的穩定性。

第三款 集體勞工法

所謂集體勞工法，係指以規範勞工團結體（*Koalition*）與雇主或雇主團結體間勞動關係的法規。惟亦兼及於勞工團結體與勞工、以及雇主團結體與雇主間之法律關係。一般所稱集體勞工法之範圍，包括勞工與雇主組織團結體、進行協商、進行爭議、以及雙方以勞工參與的方式，合作解決廠場及企業間的相關事項。此一集體勞工法的領域，隱含著相當高的政治性，國家將一些規範勞資關係的權限，委諸於勞工團體及雇主團體自行行使，希望由其尋找一利益的平衡點。但另一方面，集體的勞工與雇主或雇主團體如未能經由協商達成合意，勢必會引起更大的爭議，甚至以集體鬥爭的方式迫使他方屈服，如此，將難免會損及相對人、上下游廠商、不相干的社會大眾、以及整個國家公共安全與秩序的利益。因此，國家乃有必要合理地、適度地制定法律予以規範，而不得抽身由團體協商當事人自行解決。也就是說，國家有必要依據法律保留原則、在尊重團體協約自治的前提下，形塑集體勞工法的法規。