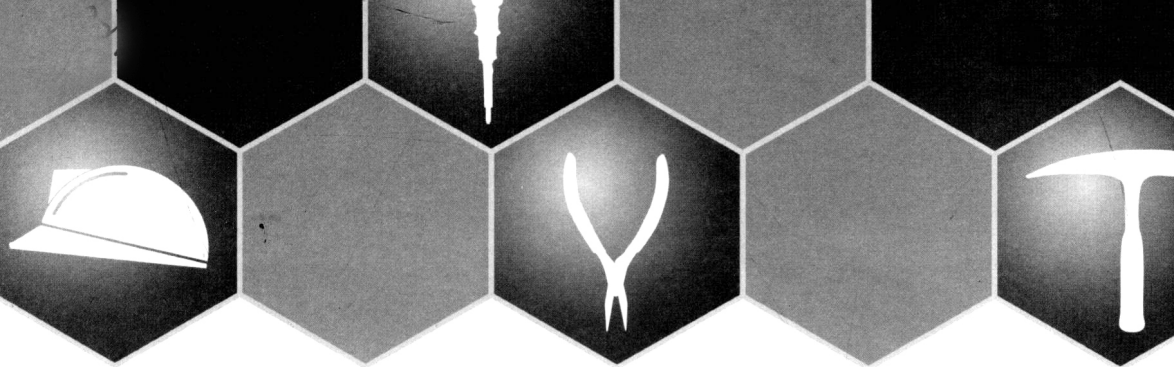




就業安全法 理論與實務



楊通軒 著



就業安全法 理論與實務



國家圖書館出版品預行編目資料

就業安全法理論與實務／楊通軒著。

--初版.--臺北市：五南，2012.01

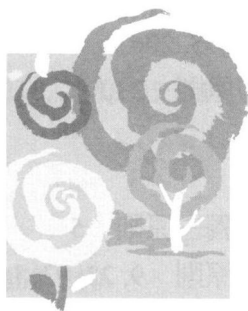
面；公分

ISBN 978-957-11-6502-8（平裝）

1. 勞動法規 2. 勞工就業 3. 論述分析

556.84

100024859



1R89

就業安全法理論與實務

作 者 — 楊通軒(315.7)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 王翠華

主 編 — 劉靜芬 林振煌

責任編輯 — 李奇葵 宋美侖

封面設計 — 斐類設計工作室

出版者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室/台中市區中山路6號

電 話：(04)2223-0891 傳 真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室/高雄市新興區中山一路290號

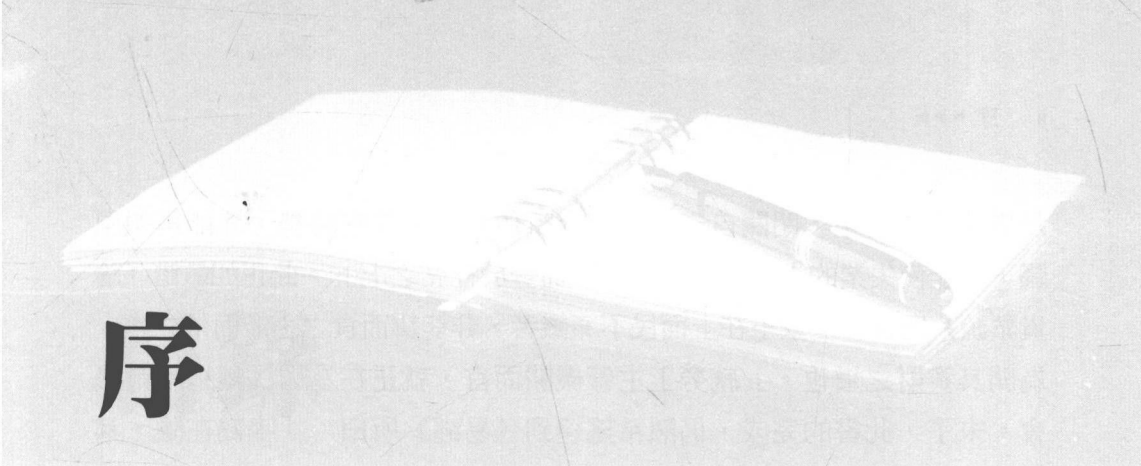
電 話：(07)2358-702 傳 真：(07)2350-236

法律顧問 元貞聯合法律事務所 張澤平律師

出版日期 2012年1月初版一刷

2012年8月初版二刷

定 價 新臺幣500元



序

隨著僱用結構的改變，傳統的正常僱傭關係已然起了變化，所謂的全時的、長期的僱用，多有轉為部分時間、定期的或臨時的工作者。再加上彈性化的運用，假象的自營作業者興起，侵蝕或掉出僱傭關係的結果，早年工作即生活的觀念，逐漸地被現實所動搖。有工作者，常迴瀾夢醒於工作貧窮（**working poor**）中。沒有工作的人，則是苦於不斷拉長的待業期間。青少年失業率的高漲、中高齡勞工的被解僱惡夢、長期失業者的居高不下，使得失業率的問題一直都是個燙手山芋，也是個頭號的政治問題。

現代國家講求積極的促進就業政策，鼓勵並要求失業者或求職者要積極主動地找尋工作，而不只是消極地領取失業給付或失業保險金。從失業給付、就業服務到職業訓練，一個整合性的就業政策於焉到來。此其中，必須要有理論建構、一個現代化的就業服務及職業訓練體系、企業內訓的責任思想，以及擁有工作意願的失業者或求職者。因此，我們要問：現行就業安全法制的理論依據為何？就業保險與社會救助有無整合的必要或空間？公立就業服務及職業訓練機構是否符合現代化結構的要求？對於非典型工作高度發展的現象（尤其是派遣勞動），中央主管機關有何對策與良方？

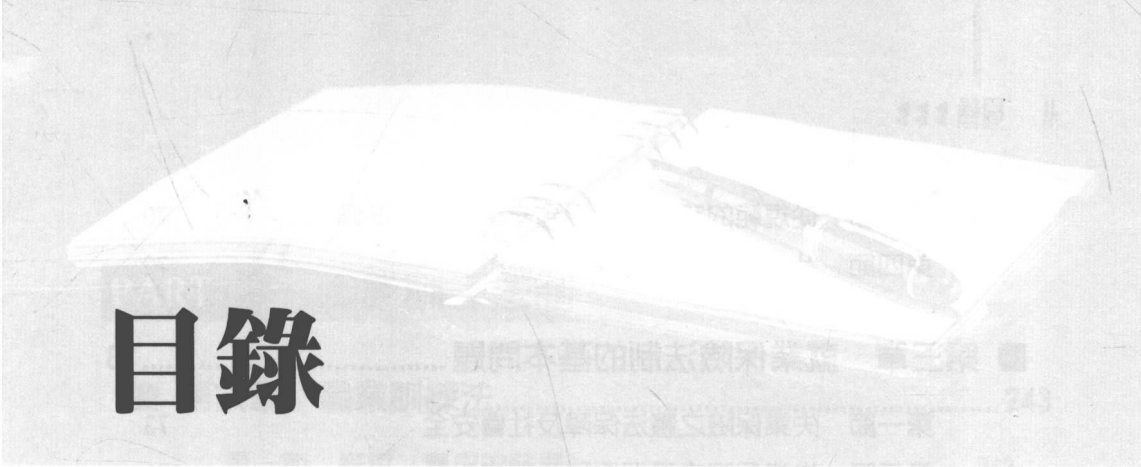
我們知道，國際社會人才爭奪戰日益激烈，既要好好培養自己國人成為領導階層，避免被他國挖角。另一方面，也要挖空心思巧取豪奪他國的人才。所以，對內要勵行終身學習、繼續訓練，對外要吸引他國年輕學子

及專業人才前來，閉關自守已不符合時代，能夠順應時勢，才能再領風騷，才能使失業的人民「拔諸水火，而登於衽席之上」。此正如鼂錯〈論貴粟疏〉所言：「聖王在上而民不凍饑者，非能耕而食之，織而依之也，為開其資財之道也。」就勞工主管機關而言，就正在為人民創造就業機會。末了，此書的完成，仍然希望達到《易經》所曰：「鳴鶴在陰，其子和之。」；《詩經》所云：「鶴鳴於九皋，聲聞于天」的迴響。果能如此，清遠閑放如野鶴，應該是不在遠了。

楊通軒

台北市、北投

2011年8月30日



目錄

■ 序.....	1
----------	---

PART 1

基礎理論 / 基本問題

■ 第一章 就業安全法之內容、機關設計及與勞動市場安全之關係	3
第一節 就業安全法之內容與連結	3
第二節 積極的促進就業措施	18
第三節 就業安全機關之設計與改造	30
第四節 社會安全與勞動市場安全	42

PART 2

就業保險法制

■ 第二章 就業保險法的歷史發展.....	67
第一節 從勞工保險失業給付實施辦法到就業保險法—— 一個意識型態的轉變	67
第二節 從消極的失業給付到積極的就業促進措施（調整 僱用的結構）	69

第三節	從規範的缺失 / 不足到未來修法的準備	70
第四節	社會安全 / 保險的未來挑戰	72

■ 第三章 就業保險法制的的基本問題 73

第一節	失業保險之憲法保障及社會安全	73
第二節	失業保險之原理原則及架構設計	79
第三節	與就業促進津貼之關係	101
第四節	與社會救助（失業救助）措施之銜接問題	111
第五節	與產業創新條例之關係	116

■ 第四章 就業保險法之重要內容（個別問題） 119

第一節	一般	119
第二節	失業的意義及其成就要件	139
第三節	工資（所得）替代（補償）措施	156

PART 3 就業服務法制

■ 第五章 就業服務法 191

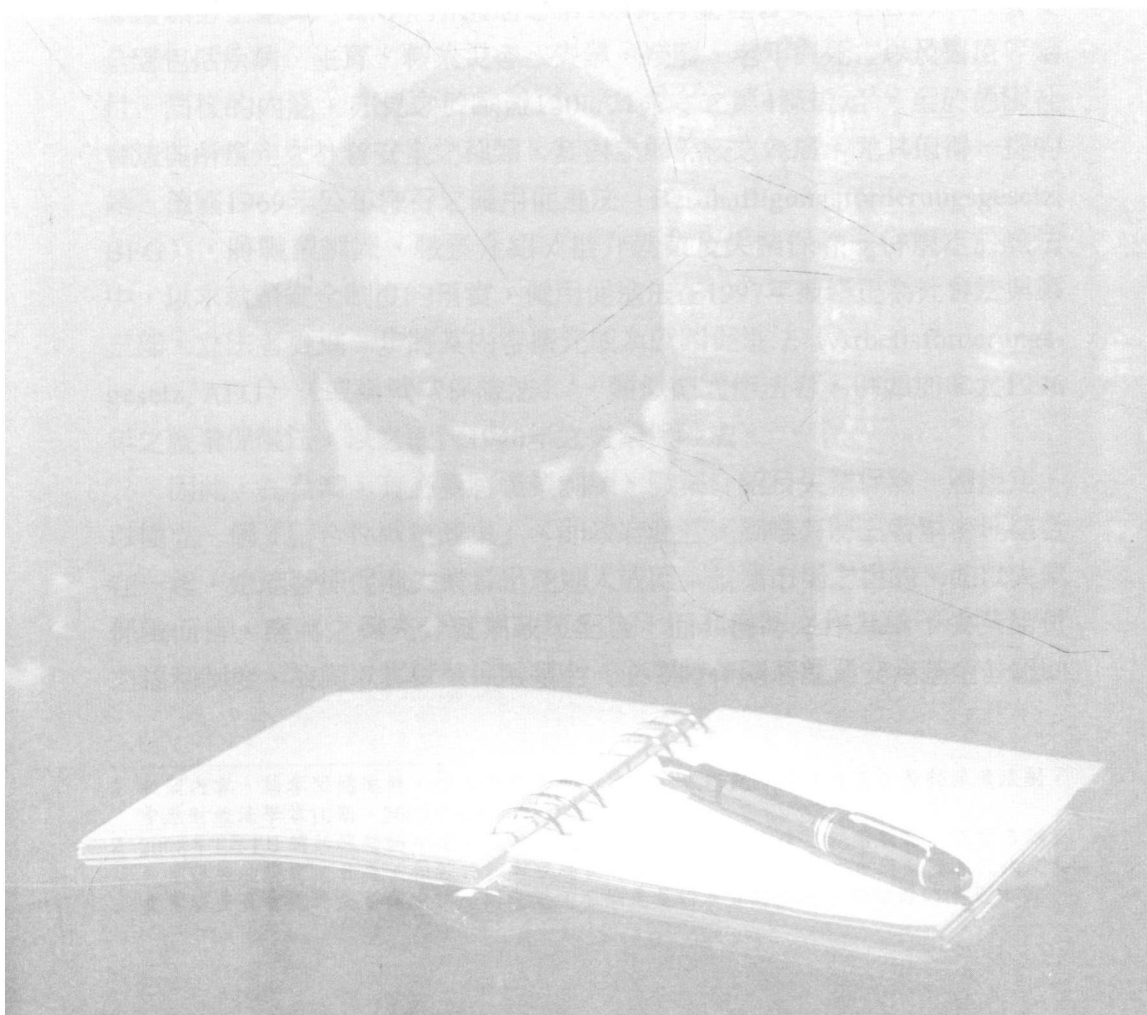
第一節	勞動市場所面臨之根本性問題	191
第二節	禁止歧視原則的內容與族群	193
第三節	就業服務機構的結構與改造	214
第四節	勞動市場政策工具之運用	223
第五節	就業服務法規條文釋示	229

PART 4 職業訓練法制

■ 第六章 職業訓練法.....	243
第一節 概說（歷史的發展）.....	243
第二節 職業訓練的基本思想與指導原則.....	244
第三節 職業訓練法未來修法的方向.....	259
第四節 職業訓練的種類.....	269
第五節 職業訓練的勞工法律問題.....	281
■ 索引.....	369

PART 1

基礎理論 / 基本問題



第一章 就業安全法之內容、機關設計及與勞動市場安全之關係

第一節 就業安全法之內容與連結



第一項 概說

如以整體的社會安全法觀之，就業安全法規僅係其中一環而已。依據國際勞工組織（ILO）所通過之第102號有關社會安全之公約，社會安全應包括疾病、生育、職業災害、失業、殘廢、老年與死亡以及醫療等給付。同樣的內涵，亦見之於歐盟1408/71命令之第4條規定¹。至於德國社會法典所規定之社會安全之種類，其對象顯然較之為廣。尤其值得一提的是，德國1969年公布施行之僱用促進法（Beschäftigungsförderungsgesetz, BFG），將職業訓練、職業介紹／推介就業及失業保險一併規定於該法中，以求就業安全制度的落實，僱用促進法在1997年被修正為社會法典第三部，立法者更進一步將其內容擴充成為就業促進法（Arbeitsförderungsgesetz, AFG）（或稱就業保險法）²。類似德國作法者，例如加拿大1996年之就業保險法，以之取代1940年之失業保險法。

因此，在台灣，有必要將職業訓練、職業介紹及失業保險一體規定，以樹立一個「整合性就業政策」，即政府應體認到唯有將三者緊密地結合在一起，始能發揮促進失業者迅速進入或回到就業市場之目的。如以失業保險而言，應將之與充分就業政策配合，而非僅將之作為給予失業給付之福利制度，故應以其就業保險基金（必要時伴隨著就業安定基金）協助

1 相關內容，請參閱楊通軒，歐洲聯盟勞動派遣法制之研究—兼論德國之勞動派遣法制，中原財經法學第10期，2003年6月，頁9以下。

2 2008年1月1日開始施行的中華人民共和國就業促進法，亦內含了就業服務、職業培訓及失業保險的規定，只是，相較於就業服務及職業培訓，在該法中，中國全國人民代表大會常務委員會對於失業保險制度的規定，不論是量的或質的規定，都相對的不足。

（包括以各種計畫或方式呈現之）就業服務、職業訓練，以收預防及抑止失業之效。如以職業訓練而言，則應課（尤其是公立）訓練機構負起職業介紹之責任，以免受訓者仍然徘徊於失業之林。總的來說，我國就業安全法規已涵蓋職業訓練法、就業服務法及就業保險法，以求完全發揮促進就業之目的。近年來，因應著2008年下半年世界金融風暴，我國不僅加強各種與職業訓練有關方案或計畫的推動，更是增訂了就業保險法的相關子法，企圖將三者更加緊密連結，以求發揮實效。

第二項 就業保險

環顧世界各國失業保險的政策及法令發展，會發現普遍有一越來越強的預防失業思想，即其認為失業保險的最重要預防措施是職業介紹與諮詢。例如德國社會法典第三部的就業保險法，即採取「促進及要求原則」（fordern und fordern）的作法，勞工被要求要用盡各種方法，以結束失業的狀況、以及要配合職業介紹所轉介工作的各種措施。而且，勞工在結束工作前（接獲預告解僱時），即應將之通知職業介紹所，以便職業介紹所能立即採取因應措施³。

而在台灣，依據行政院勞工委員會2011年2月15日訂定之「就業保險失業認定作業原則」，失業給付申請人每月進行失業再認定時，將依就業保險法第27條強制推介就業，申請人須依規定繳回推介就業回覆卡，否則將不予認定。這是基於就業保險係以積極促進就業為立法目的而來。至於就保法第30條規定之2次求職記錄，並不可作為推介就業回覆卡之用。亦即兩者皆屬失業給付之申請人辦理失業再認定之必要程序，適用法條不同，尚難併同論之⁴。

另外，基於就業保險之積極促進就業功能，就服機構應透過嚴謹之就

3 這與台灣就業服務法第33條第1項規定，「雇主資遣員工時，應於員工離職之10日前，通報當地主管機關及公立就業服務機構」，尚有不同。

4 行政院勞工委員會100年7月7日勞保1字第1000140244號函。論者有謂此一作業原則有無逾越母法或違反法律保留原則者，姑且不論此一法律見解，吾人如從積極的促進就業措施思想出之，強制推介失業勞工就業，應係一正確之舉。

業諮詢，推介適性工作及安排職業訓練，並應確實按照就保法第13條至第15條規定辦理，對於無工作能力或無就業意願者，應拒絕發給失業給付或職訓生活津貼⁵。

第三項 就業服務

第一款 以就業服務法的規定為準

第一目 就業服務免費原則（就業服務法第13條）

這是指公立就業服務機構針對求職人或受僱員工而言⁶。從職業介紹國家獨占原則（Alleinvertretungsrecht）、到自由推介就業的時代。依據私立就業服務機構許可及管理辦法第4條第1～4項規定之語意，私立就業服務機構的收費對象為雇主⁷。這是因為私立仲介機構有如事業單位的外部人事單位，在企業聘用人員時提供專業的諮詢，有助於聘人的時程縮短、提高決策的品質、降低用人錯誤的風險，以及具體簽訂僱用契約時提供輔助。

惟如依據2010年3月2日修正施行之私立就業服務機構收費項目及金額標準第4條規定，營利就業服務機構接受本國求職人委任辦理就業服務機構，得向本國人收取登記費及介紹費、就業諮詢費、職業心理測驗

⁵ 行政院勞工委員會96年7月3日台勞保1字第0960140216號函。

⁶ Bruns, Arbeitsförderungsrecht in Großbritannien im Vergleich zum deutschen Recht, 1996, 107.但是，就業服務法第13條的本文只是規定，「公立就業服務機構辦理就業服務，以免費為原則。」既是原則，那麼何時可以例外收費呢？

又，相對於台灣，2008年1月1日開始施行的中華人民共和國就業促進法第35條規定，同樣採取免費原則，此從其用語「縣級以上人民政府建立健全公共就業服務體系，設立公共就業服務機構，為勞動者免費提供下列服務」，可以得知。值得注意的、而且與免費原則有一定關連的，是第37條第1款規定，「地方各級人民政府和有關部門不得舉辦或者與他人聯合舉辦經營性的職業仲介機構。」違反者，依同法第63條規定，由上級主管機關責令限期改正，將違法收取的費用退還勞動者，並對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予處分。

⁷ 至於私立就業服務機構許可及管理辦法第4條第4項規定，聘僱契約生效後40日內，因可歸責於雇主之事由，致聘僱契約終止者，求職人得請求私立就業服務機構免費重行推介一次，「或退還50%之介紹費」。解釋上，此處「退還50%之介紹費」，應係指退還給勞工而言，以作為彌補勞工喪失工作的損失。

費等費用。如依據該條第1款規定，登記費及介紹費合計不得超過求職人第一個月薪資百分之五。由此可知，相應於國際勞工組織（ILO）1949年第96號「收費就業服務機構（修正）公約」（Convention concerning fee-charging employment agencies (revised), No. 96）的要求，台灣私立就業服務機構為求職人從事推介就業等業務，可以收取一定數額的費用。

第二目 縮減工作時間工作（無薪假）之選擇（就業服務法第23條）

此一條文之目的，應係在避免大量解僱勞工的出現。此條文之中央主管機關，依據就服法第6條第1項規定，係指行政院勞工委員會。但實際上應係由職訓局負責執行⁸。相對於此，大量解僱勞工保護法第4條第1項規定之（被通知解僱計畫書之）主管機關，按照同法第3條第1項規定，中央主管機關亦係指行政院勞工委員會，而非職業訓練局。惟兩個條文實應密切配合使用。本書以為主管無薪假／強制休假及大量解僱的主管機關，都應該是職訓局，而非勞動條件處。如此，始能使積極促進就業措施發揮更大的效果⁹。

第三目 資遣之通知（就業服務法第33條，第68條第1項規定）

在雇主具有法定事由而資遣勞工時，除應依勞動基準法第11條以下之規定，以法定標準給付資遣費外，並應遵照預告期間為契約終止之意思表示。雖然依照本書作者的見解¹⁰，資遣費的規定實應移至就業保險法規範，惟按照2005年7月1日開始施行的勞工退休金條例第12條之規定，資遣費受到最高6個月的上限限制，顯見資遣費的思想並未被立法者完全揚棄。

除了勞基法及勞工退休金條例的相關規定外，基於促進就業的思想，就業服務法第33條並且有通報資遣員工的規定。雇主應在員工離職之日前，包括擔任工作、資遣事由及需否就業輔導等事項，列冊通報當地主管

8 依據2010年4月27日修正發布施行之就業促進津貼實施辦法第4條第2項規定，前項津貼發放業務，得委任、委託公立就業服務機構或職業訓練單位辦理。

9 參照MünchArbR/Richardi, 2. Aufl., 2000, § 15 Rn. 22.

10 楊通軒，個別勞工法—理論與實務，二版一刷，2011年8月，頁53。

機關及公立就業服務機構。公立就業服務機構於接獲通報資料後，應依被資遣人員之志願、工作能力，協助其再就業。在這裡，雇主如未通報資遣，雖不至於使得解僱無效，但會受到新台幣3萬元以上15萬元以下罰鍰之制裁。倒是，此處的「列冊通報」，可否視同就業保險法第11條第1項第1款規定之求職登記？本書以為從提早發動積極促進就業措施角度觀之，固然不無討論之餘地，但是，此處「列冊通報」的義務人是雇主，而就保法第11條第1項第1款求職登記之義務人是被保險人，兩者的主體不同，因此尚難等同處理。

第四目 民間仲介機構可以推介就業（就業服務法第35條）

自從國際勞工組織（ILO）1949年第96號「收費就業服務機構（修正）公約」以來，私立就業服務機構即已可從事職業介紹及就業安置業務¹¹。此一思想並且為我國1992年5月8日的就業服務法第35條所承受，依之，私立就業服務機構得從事職業介紹或人力仲介業務等就業服務業務。為推動就業服務業務，私立就業服務機構並應僱用一定數額及資格之就業服務專業人員（就業服務法第36條）。

只不過，無論是理論上或實際上，民間仲介機構通常只會對容易找到工作者推介就業（例如視覺功能障礙者不在其內），而且只會推介具吸引力的工作位置（所謂只挑葡萄乾吃者Rosinenpicken）¹²。或者，會配合雇主推介就業（例如外籍勞工、派遣勞工）。又，對於雇主違法的招工行為或工作條件或環境（例如涉及歧視），民間仲介機構往往也不會加以指正。這理由無他，雇主是支付費用的人。相對於此，公立就業服務機構所

11 至於國勞組織1997年的第181號「私立就業機構公約」（Convention concerning private employment agencies, No. 181）及第188號「私立就業機構建議書」（Recommendation private employment agencies, No. 188），則更將私立就業機構的業務放寬至從事營利性的派遣勞動，另外，並強調非典型工作及勞動市場彈性化的必要性與重要性。

12 為了避免歧視行為的出現及落實公平就業，2008年1月1日開始施行的中華人民共和國就業促進法第26條規定，職業仲介機構從事職業仲介活動，應當向勞動者提供平等的就業機會和公平的就業條件，不得實施就業歧視。違反此一規定者，依據同法第62條規定，勞動者可以向人民法院提起訴訟。再依據同法第68條規定，違反本法規定，侵害勞動者合法權益，造成財產損失或者其他損害者，依法承擔民事責任；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

推介就業的人，常是低技術工人或無技術工人或弱勢族群（就業服務法第24條第1項規定參照），形成民間仲介機構與公立就業服務機構互相補充的現象。

第二款 就業保險法賦予被保險人一主觀的權利？

基於失業保險、就業服務及職業訓練綜合一體的就業促進思想，就業保險法中並且有就業服務的規定，尤其是在第12條、第13條、第14條及第15條規定，其中當屬第12條的規定最為重要。該等規定與就業服務法上的規定密切搭配、形成綿密的保護網。這也是我國採取社會國原則／福利國原則的表現。雖然如此，並不能因此就導出適用就業保險的被保險人已經擁有一請求推介就業的權利，即其並無一要求適當推介就業的請求權¹³。蓋就業保險法除了明定失業給付、提早就業獎助津貼、職業訓練生活津貼及育嬰留職停薪津貼各種保險給付（就業保險法第11條第1項規定）外，其第12條第1項只是規定，公立就業服務機構為促進失業之被保險人再就業，「得提供就業諮詢、推介就業或參加職業訓練」。其顯無賦予一請求權之意。

第四項 職業訓練

第一款 以職業訓練法的規定為準

在失業保險、就業服務及職業訓練三位一體的整合性就業政策下，有關人力資源提升的部分，主要是規範在職業訓練法中¹⁴。該法中的職業訓練方式（職業訓練法第3條、第7條以下規定），包括有養成訓練、技術生訓練¹⁵、進修訓練、轉業訓練及殘障者職業訓練，此等訓練方式與先進

13 反對說，Bruns, a.a.O., 105: 一個主觀的公法的權利（ein subjective-öffentliches Recht）。另請參閱楊通軒，個別勞工法，頁93。

14 勞基法第64條以下，也有技術生權利義務的規定。

15 有關技術生權利義務的詳細論述，請參閱楊通軒，技術生法律地位及其權益保障之研究，東吳法律學報第22卷第4期，2011年4月，頁65以下。

國家的訓練方式相較，仍然具有幾許的相同。只不過，隨著人口老化的來臨，先進國家多有轉而強調終身學習及繼續訓練（continuing vocation）者，以隨時提升受訓者的資格能力。

第二款 就業保險法的特殊規定

第一目 公立就業服務中心的全日制職業訓練

伴隨著失業給付之申請，基於職業訓練先行原則¹⁶，就業保險法及其施行細則乃有職業訓練的規定。此處的職業訓練方式，就業保險法既未指明，則似應回歸到職業訓練法的規定而包括養成訓練、技術生訓練、進修訓練、轉業訓練及身心障礙者職業訓練。又，依據就業保險法第11條第1項第1款規定，失業被保險人必須向公立就業服務機構辦理求職登記，而公立就業服務機構於14日內仍然無法安排職業訓練者，始得請領失業給付。反面言之，如果已經安排職業訓練，被保險人即應接受職業訓練，並且可以請領職業訓練生活津貼（就保法第18條）¹⁷，否則，無正當理由拒絕職業訓練，公立就業服務機構應拒絕受理失業給付之申請（就保法第15條第2款規定）。

雖然依據就業保險法第11條第1項第1款規定，公立就業服務機構為失業被保險人所安排職業訓練，並不限於全日制的職業訓練。被保險人之參加全日制的職業訓練，只是其請領職業訓練生活津貼的條件而已（就保法第11條第1項第3款、第18條、就保法施行細則第16條規定）。惟在解釋上，為達成職業訓練有效提升失業者就業技能，並盡速促成其返回職場之目標，失業者所接受之就保法上之職業訓練，應以全日制的訓練為限（即

16 行政院勞工委員會96年7月3日台勞保1字第0960140216號函：基於就業保險之積極促進就業功能，就服機構應透過嚴謹之就業諮詢，推介適性工作及安排職業訓練，並應確實按照就保法第13條至第15條規定辦理，對無工作能力或就業意願者應拒絕發給失業給付或職訓生活津貼。

17 勞委會認為經公立就服機構安排參加全日制職業訓練，於受訓期間「已安排職業訓練」，已不符合就保法第11條第1項第1款規定之失業給付請領要件，故不得於職業訓練期滿前申請失業給付【作者按：這代表期滿後即可以？】。行政院勞工委員會99年5月7日勞保1字第0990022099號函。