

SOOCHOW LAW REVIEW

2006年秋季卷 总第13卷

東吳法學

◆主编/周永坤 ◆副主编/张成敏

倪徵暎題



东吴前沿——两岸劳动基准法系列研究/黄程贯等

宪政视野中村民委员会诉讼法律地位问题探讨——村民自治权司法保障的宪法视角/张景峰

普通法形成时期的司法管辖权之争及其法律意义/陈敬刚

论财产权平等保护原则的诉讼实现/张海燕 吴春岐

日本土地法的历史与现状/沈军



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

SOOCHOW LAW REVIEW

2006年秋季卷 总第13卷

東吳法學

倪徵暎題



图书在版编目(CIP)数据

东吴法学. 总第13卷/周永坤主编. —北京:法律出版社, 2007. 7

ISBN 978-7-5036-6873-9

I. 东... II. 周... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 086768 号

© 法律出版社·中国

东吴法学 2006 年秋季卷(总第 13 卷)

周永坤 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

开本 787×1092 毫米 1/16

版本 2007 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 18.25 字数 410 千

印次 2007 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6873-9

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

东吴法学
Soochow Law Review
2006 年秋季卷
总第 13 卷



主编 周永坤
副主编 张成敏
学科编辑
法理学:庞凌
法律史学:方潇
宪法学:上官丕亮
行政法学:章志远
民法学:方新军
刑法学:李立众
诉讼法学:胡亚球
经济法学:朱谦
国际法学:董炳和
编务及英文编辑:
孙国平

编辑部地址
邮编:215006
苏州市十梓街 1 号
苏州大学王健法学院
《东吴法学》编辑部
联系电话
0512-65227483
编辑部电子信箱
dwfx1922@163.net

苏州大学王健法学院主办
Charles B. Wang
Foundation 资助

东吴前沿——两岸劳动基准法研究

- 劳动基准法之公法性质与私法转化 黄程贯(1)
- 无预警裁员与台湾地区“劳基法”的解雇保护制度
..... 黄瑞明(16)
- 台湾地区积欠工资垫偿制度的分析 刘士豪(44)
- 内地与台湾地区劳动基准法制比较研究
..... 李炳安 江 琼(81)
- 我国劳动基准实施面临的困境及对策探析
..... 沈同仙(96)

人权与宪政

- 宪政视野中村民委员会诉讼法律地位问题探讨
——村民自治权司法保障的宪法视角 张景峰(106)
- 中国宪法文本中的“共和” 杨福忠(123)
- 紧急权的宪政期待
——紧急情势下美国规范动用武装力量问题源流论
..... 李卫海(133)
- 自由之藩
——解读《财产与自由》 吴 珏(162)
- 解读霍菲尔德权利分析理论 窦海阳(172)

司法制度研究

- 普通法形成时期的司法管辖权之争及其法律意义
..... 陈敬刚(181)
- “起诉书一本主义”之省思 刘 磊(192)
- 诱惑侦查在当前中国的不法性及其合理规制
..... 时 闽(208)

物权平等保护之争

- 论财产权平等保护原则的诉讼实现
..... 张海燕 吴春岐(220)
- 论实质意义上物权法的合宪性
——与巩献田先生等商榷 王 竹 潘佳奇(228)
- 物权法平等保护原则之辩 马 特(241)
- 公司人格否认制度的破产法解读 张 辉(250)

境外法介

日本土地法的历史与现状 沈 军(259)

争 鸣

为生殖性克隆人的正当性辩护 魏 宏(267)

会议综述

追求法治与社会公平

——中国法学会法理学研究会 2006 年年会暨“法治

与社会公平”学术研讨会综述 高 军(277)

东吴名家

孙晓楼(1902 - 1958) (封 2)

简讯·稿约 (封 3、封底)

SOOCHOW LAW REVIEW

Volume 13

Autumn 2006

No. 2

CONTENTS

Public Law Nature and Private Law Change of Basic Labor Law in Taiwan	Huang Chengguan (1)
Dismissal Without Warning and Dismissal Protection System in Taiwan's Basic Labor Law	Huang Ruiming (16)
Analysis of the System of Wage Arrears Repayment in Taiwan	Liu Shihao (44)
A Comparative Study on Labor Standard Act in Mainland and Taiwan	Li Bing an Jiang Qiong (81)
The Predicament of China's Implementation of Labor Standard and Its Solutions	Shen Tongxian (96)
On the Legal Status of Villagers' Committee in Litigation ——A Constitutional Perspective on Judicial Security for Rights of Villagers Self – Governance	Zhang Jingfeng (106)
“Republic” in Chinese Constitution Text	Yang Fuzhong (123)
Constitutional Expectation of Emergent Power ——The Origin and Development of the Proper Exercise of Armed Forces in the U. S. A. Under the State of Emergency	Li Weihai (133)
Guarantor of Liberty ——Explicating “Property as a Guarantor of Liberty”	Wu Jue (162)
Explicating Hohfeld's Theory of Rights Analysis	Dou Haiyang (172)
The Conflict Over Jurisdiction and its Legal Significance in the Development Period of Common Law	Chen Jinggang (181)
Reflections on the Doctrine of Mere – Indictment – Information	Liu Lei (192)
Illegality of Entrapment in Current China and its Proper Control	Shi Min (208)
Implementation of the Principle of Equal Protection of Property in Litigation	Zhang Haiyan Wu Chunqi (220)
On Substantial Constitutionality of Real Right Law ——Discussion With Prof. Gong Xiantian	Wang Zhu Pan Jiaqi (228)
The Argument Over the Principle of Equal Protection of Property in Real Right Law	Ma Te (241)
A Bankruptcy Law Perspective on Disregarding Corporate Limited Liability	Zhang Hui (250)

The History and Current Situation of Japan's Land Law	Shen Jun (259)
In Defense of the Justice of Reproductive Human Cloning	Wei Hong (267)
Pursuing Rule of Law and Social Justice	
——Summarization of 2006 Annual Meeting of Jurisprudence Research	
Institute of China Law Society and of Symposium on “Rule of Law	
and Social Justice”	Gao Jun (277)

劳动基准法之公法性质与私法转化

黄程贯*

内容提要:本文以我国台湾地区“法域”为背景,并结合外国之相关理论和实践,对我国台湾地区“劳动基准法”的若干重要问题进行了论述。作者认为,劳动法在学理上虽分为个别劳动法和集体劳动法,但由于目的一致,两者又相辅相成而密不可分;作为劳动契约关系最低基准的规范,劳动基准法应主要是个别劳动法中的社会性劳动保护法,从其规范内容和手段看,虽有部分属于私法性质,但在主体上则体现为公法性质;公法性质的劳动基准法就其作用来说,不仅对劳动契约具有反射效力,而且更具有在一定条件下的直接私法转化的效力;当然,劳动基准法的这种特点也同样适用于所有公法性质的劳动保护法。

关键词:台湾地区“劳动基准法” 劳动保护法 公法性质 反射效力 私法转化

一、问题之提出

曾大力参与我国台湾地区“劳动基准法”制定之台湾地区劳动法学界权威教授陈继盛先生针对劳动基准法之法的定性问题,曾提出其见解认为:劳动基准法在法的规定形态上,并非直接规定雇主与劳动者之权利义务关系,而系规定国家与雇主间之权利义务关系。因此,劳动基准法规定雇主应履行之义务,乃是以国家为权利人,而劳动者仅因其为雇主义务履行之对象而受益[按:亦即劳工只是国家公法规定之反射效力(Reflexwirkung)的受益人而已]。因此,雇主如不依劳动基准法之规定履行其义务时,其请求权利人是国家,而非劳动者;而国家为达成其强制的目的,则必定有罚则之规定。此乃因劳动基准法系国家与雇主间的权利义务关系之规范所使然。^{〔1〕} 此一看法影响台湾地区甚巨,且亦为不少学者所赞同,如黄越钦^{〔2〕}、林振贤^{〔3〕}等,俨然成为台湾地区之通说。惟依拙见,此等看法一来并未深究或清楚说明,到底所谓劳动基准法对个别劳工

* 黄程贯,德国哥廷根大学博士,政治大学法学院教授,院长。

〔1〕 陈继盛:“对劳动基准法应有的基本认识”,载《中央月刊》第13卷第7期。

〔2〕 黄越钦:《劳动法新论》,翰芦出版社2002年第2版,第268页。

〔3〕 林振贤:《劳动基准法释论》,三民出版社1995年版,第41页。

所产生之“反射效力”的内容为何?个别劳工在法律上根据劳动基准法之反射利益究竟能提出什么样的法律主张?此等问题在学理上一直未见有深入的探讨。二来是劳动法学在台湾地区并非显学,理论的探讨与累积十分欠缺,故许多在国外早已成为共识通说之理论,在台湾地区常常根本未见有提出讨论者。例如关于劳动基准法此类公法性质之劳动保护法规的直接私法转化,不再只是反射效力问题的讨论,在德国即已有将近 80 年的论述历程,^[4]在今日德国早已无人采取所谓反射效力说,而是认为公法性质之劳动保护法规,直接就可转化成为私法劳动契约的内容。虽然台湾地区学术界与“法院”实务今日的做法也是如此,但一直未见有在基础理论上建构其学理根据者,成为一种“只做不说”的现象,或说只是凭直觉认为劳动基准法本来就应该是直接成为个别劳动契约之内容,但在面对现代法治国之传统上公私法分野时,却又拿不出一套理论来自圆其说。本文作者即希望针对此种对劳动基准法基础理论贫乏的现象,提出一些学理上的说明,以期填补理论上的缺漏,盼能引出更多更深的研究。

本文以下仅先就劳动法之理论体系分类,指出劳动基准法应属个别劳动法之范畴,再将之定性为主要是公法性质之劳动保护法规,接着论述公法性质劳动保护法规对劳动契约关系之反射效力,澄清其实际权利内容,然后再叙述公法性质劳动保护法之直接私法转化为劳动契约内容,以及其实质之法律效力的内容。

二、劳动法之体系分类

劳动法依其规范之内容,体系上应如何加以分类的问题,向有不同的看法,依据不同之标准,即会有不同之结论。若以实务操作之方便性来分类,一般将劳动法令依其所指涉之主要内容,约略可分为五大部分:一为关于劳工与雇主间之法律关系的规范,亦即劳动契约与劳动关系法规;二为国家基于公共利益为保护劳工所制定之法律规范,亦即所谓劳动保护法规,或称劳工保护法规;三为劳资团体相互间,以及关于该等团体之规范制定权限的法律规范,此一部分之法规主要即是工会法、团体协约法、劳资争议法规等;四为企业组织法;五为劳动诉讼法规。^[5]

就劳动法学理上言之,学术界一般均采所谓二分法,即将劳动法分为个别劳动法(Individualarbeitsrecht)和集体劳动法(das kollektive Arbeitsrecht)二者。另亦有少数学者采三分法者,即认为应另外将劳动保护法(Arbeitsschutzrecht,亦有论者称之为劳工保护法,Arbeitnehmerschutzrecht)^[6]与上述个别劳动法、集体劳动法二者并列为三。^[7]采

[4] 最早之重要文献系 Nipperdey, *Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts*, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts 1929, Bd. IV, S. 203 ff.; 更早之文献可参考 Otto von Gierke, *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, in: FS für H. Brunner, 1914, S. 37 ff., 63; Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2. Aufl., 1927, 162.

[5] Vgl. nur Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, § 5, Rn. 1-5 mwN.

[6] Vgl. nur Wlotzke in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* (zit als Münch ArbR/Wlotzke, § 206, Rn. 1; Schaub, aaO., § 152, Rn. 1 ff.

[7] Vgl. nur Söllner, *Arbeitsrecht*, § 5 II; Münch ArbR/Wlotzke, § 206, Rn. 3 und 57 ff.

二分法之学者则是将前述之劳动保护法归类为个别劳动法之一部分,不再将之视为独立之分类。^[8]

至于所谓个别劳动法(狭义)乃是指规范个别劳工与雇主间法律关系之劳动法部分,尤其是指关于劳动关系之缔结、内容、债务不履行、移转、消灭等劳动契约上问题之法律,^[9]例如劳动契约法、劳动基准法中关于劳动契约部分之规定等。而劳动保护法则是指基于保护劳工不受劳动生活、工作环境危险之危害的目的而订定之制定法规范,例如工作场所之安全卫生与防护措施、设备的配置、工作时间之限制等劳动基准保护,以及童工、女工及残障劳工之特别保护等均属之,此等法规多系强行法。因其亦同时构成劳动契约中雇主照顾保护义务之内容,故论者多将之归为个别劳动法之领域。所谓集体劳动法则系指规范劳工团体与雇主或雇主团体相互间,以及此等团体与其所属成员相互间法律关系之劳动法部分,包括同盟自由基本权(即台湾地区俗称之团结权、集体协商权、集体行动权或劳资争议权劳动三权)、工会法、团体协约法、劳资争议法及其他有关劳工代表机关(如职工福利金委员会等)之法令。^[10]

区分个别劳动法与集体劳动法二者之基本理念,主要乃是因为二者所规范之主体不同,且二者之法律形成方式亦不同:1. 就所规范主体之不同而言,个别劳动法乃是以个别之劳工与雇主为主要规范之重心,而集体劳动法则是以劳工之集体(das Kollektiv)与雇主及雇主之集体作为规范之重心;2. 就法律形成方式之不同而言,劳动法中之劳动关系内容的形成,基本上有两种主要方式,一为个别形成,亦即透过个别劳动契约,由个别劳工与雇主以契约合意之方式而形成具体劳动关系之内容,此系个别劳动法之范围;另一种形成方式则为集体形成,此系基于第一种传统上个别形成方式并无法保障其所形成之劳动关系内容的公平正义,故而产生;劳动关系之集体形成系透过劳工团体与雇主协商及争议而形成其内容,此系集体劳动法之领域。前者之劳动关系内容形成权限属于个人,而后者则属于集体。

传统上规范个别劳工与雇主间之法律关系者,主要系民法,尤其是契约法。民法契约基本观念系以“个别契约”为其规范基本模式,依民法之基本假设,社会生活中之每个个人均系平等、均拥有对等力量,以与相对人订定契约,追求本身之经济目的、最大利益。但事实上此一假设只系一种乌托邦,因为在劳资关系中,资方拥有资本及生产资料,较之仅拥有劳动力且迫于生存不得不出卖其劳动力的劳工,资方永远处于一种近乎“独裁”的强势地位,在缔结劳动契约的过程中,契约内容的工资及其他劳动条件必然为具有强势地位之资方所得片面指导形成,劳工迫于生存必然只有接受资方所决定之条件。在此种事实前提下所订定之劳动契约固然形式上完全合于民法之规范,但其内容则系片面有利于资方,不具有民法所追求的衡平正义内容。

[8] 在德国劳动法界中大部分论者均是采二分法,仅参见 Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 6 III; Döbler, Arbeitsrecht 1, S. 63; Münch ArbR/Richardi, § 7, Rn. 15.

[9] Vgl. nur Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, J 13; Zöllner/Loritz, aaO., § 6 III; Schmid, Arbeitsrecht, Einl. II 1.

[10] Vgl. nur Zöllner/Loritz, aaO., § 6 III.

就历史发展言之,劳动保护法是现代劳动法之最早的原始细胞。^[11]劳动法最早首先出现者,即是劳动保护法,再形成个别劳动法,其后因为作为劳动契约基础之民法自由契约制度,在劳资双方经济上强弱势力差距太大的制度现实下,并无法有效保护劳工,为补救此种民法自由契约制度之缺失,唯有加强劳方之缔约时的谈判协商力量。而仅拥有劳动力且不得不将之出卖的劳工,其力量之增强,唯有透过结社方式,组成工会,成为劳动市场上唯一的劳动力供应者,才有可能与资方处于可资抗衡的地位而与资方谈判协商工资及其他劳动条件,以求自保免于剥削。而透过此种团体方式协商缔结的劳动条件,已超乎民法个别契约之基本模式,系民法规范体系预设范围外的一种“集体性契约”(Kollektivverträge,包括团体协约)。此种集体性契约之形成固系有民法之契约,但当事人一方之劳方已非个别劳工而系劳工之结社团体(工会),且协商之成果的劳动条件适用于所有团体成员之个别劳工,其效力有如法律,位阶高于个别契约而低于立法机关之制定法。此即形成集体劳动法中之工会法与团体协约法。

劳资争议因与团体协约制度具有功能上之必然关联性(作为劳方迫使资方进行有诚意之团体谈判协商之武器)且因系劳工透过工会所为之集体性行动,故亦系属于集体劳动法之部分,事属自明,毋庸赘言。

又,基于经济民主理念,即全民民主理念落实于经济领域之基本概念,每一企业之所有员工应有权利共同参与讨论,甚至决定其企业中所有涉及员工本身劳动条件之事项,故应令员工得组成劳资会议、工厂会议,以共同讨论、决议劳动条件,此亦具有集体性,其位阶亦高于个别劳动契约,亦属集体劳动法之内容。

由上所述之历史发展过程观之,集体劳动法的产生后于个别劳动法,且系作为修正、补救个别劳动法之不足而产生,目的仍在保护个别劳工,因此,集体劳动法之本质其实不过是作为提升或确保个别劳动法之保障的一种手段。劳动法不是为了要集体而集体,集体本身不是目的,而是手段,是为了保护个人,故要集体。但因为在今日社会中,集体是作为一种有效保护个别劳工而不可或缺的唯一手段,故集体劳动法与个别劳动法已是密不可分、相辅相成,不可能一刀两段加以切割。所以个别劳动法与集体劳动法之分类与劳动法之历史发展的原因并不符合。再者,此一个别与集体劳动法之分类与劳动生活之现实亦并不符合,盖在劳动法实务中所发生之案件,常常不能归类为单纯个别劳动法问题或单纯集体劳动法问题,而是二者相互交织夹杂,不能切割。^[12]

劳动基准法作为劳工劳动契约关系之最低基准的规范,其内容大多为各种重要劳动条件(如工资、工时等)之基准,而其在劳动法体系中之定性如何,学理上实必要予以厘清,方能澄清劳动基准法对个别劳动契约所产生之效力与作用。

[11] Herschel, RdA 1978, 69.

[12] 依拙见,其实个别劳动法与集体劳动法的分类,并无历史发展上之原因或是分类上之实质必要性,而纯粹只是迁就学理上或教学上之方便而已。

三、劳动基准法之定位为(公法性质)劳动保护法

(一) 个别劳动法之主要内容

如上所述,劳动法可分类为个别劳动法与集体劳动法二者。而个别劳动法所包含之内容,其实主要可分为两大部分,一为劳动契约法(Arbeitsvertragsrecht),一为劳工保护法(Arbeitnehmerschutzrecht):

(1) 劳动契约法:劳动契约法系规范雇主与个别劳工间之私法契约关系。这是私法基础理论的部分。劳动契约法之内容主要尚可再分为劳动关系之缔结与成立、内容(包括劳工之义务与雇主之义务)、中止与消灭、契约后义务(如离职后竞业禁止、企业之老年给付等)等部分。

劳动契约在民法之体系中乃是属于雇佣契约之概念。^[13] 劳工提供符合契约约定之劳务的义务与雇主给付所约定之报酬的义务基于对价关系。劳动契约因此乃是债法通则中之双务契约。劳动关系乃是以劳工与工资之交换给付为目的与内容的债之关系。但因劳动关系有时间因素之特殊性,亦即劳工之劳务给付系在内容上受特定时间决定,故劳务之补服、事后提出并非劳动契约原本之劳务给付;此外,雇主除应负担经营风险外,更应在一定范围内担负起劳工之一般生活风险,此等内容均已突破一般债权契约之原理原则,正显示出劳动关系之特殊性。^[14]

(2) 劳工保护法:透过劳工保护法,雇主被课以公法上之义务,才使得目的在于保护劳工的法律规范得以落实。劳动契约法固然亦包含有保护劳工之规定,以保障社会的利益衡平,此等保护劳工之制定法一般多是强行法规,然而其性质仍属私法,盖该强行法之贯彻与落实仍是取决于个别劳工之意思。

此等劳动保护法之目的主要在于防止劳工因受雇于雇主,而被纳入雇主管领力范围内提供劳务,所可能导致的生命之健康、人格权与经济生存基础之危害。^[15] 由保护规范之内容观之,性质上属于此处所称之劳工保护法规者,可分为两类:第一,所谓技术上与医疗上之劳动保护法规(technischer und medizinischer Arbeitsschutz),主要目的系基于履行契约时所可能对劳工引发之工作危险或称身体健康上之危害,企图加以防止,而针对劳工提供劳务之过程、提供劳务之性质、工作场所等方面之事项,课雇主以公法上之作为或不作为义务,诸如劳工安全卫生法乃其相关法规均属之;第二,所谓社会性劳动保护法(sozialer Arbeitsschutz),此等劳动保护法与上述者不同,主要并非针对劳工之生命、身体、健康法益之保护,而是社会安全性质之保护,可再略分为三类:(1)重大的劳动条件、劳动基准的制定,如工作时间之限制。至于工资保障,则有些国家(如德国)将之归为私法性质之劳工保护法规,有些国家则将之归为公法性质,如日、韩等国,我国台

[13] Vgl. nur Münch ArbR/Richardi, § 6, Rn. 2 ff.

[14] Vgl. nur Münch ArbR/Richardi, § 8, Rn. 1 ff. 以及拙著:“劳动法中关于劳动关系之本质的理论”,载《政法法学评论》第59期,1998年版,第227~245页。

[15] Münch ArbR/Wlotzke, § 206, Rn. 3.

湾地区亦是如此,而在劳动基准法中加以规定。(2)特殊群体劳工之保护法规,如妇女、青少年、残障者、在家工作者等,基于该等种类之劳工具有其特殊的社会保护需求,故须在一般劳工的保护之外,另外再行制定特别保护法规。(3)劳工之人格权保护规定,此一议题虽非历来传统理解上之劳动保护法规,但近年来随着各种科技、信息技术之发达与普遍,劳工人格权受到危害的可能性已大幅度提高,故劳工之人格权、个人信息之保护等遂成重要议题,国家亦多以公法性质之规定进行劳工之保护。^[16]

若以法律规范之贯彻、落实手段来区分,则劳动保护法可再区分为公法性质劳动保护法与私法性质劳动保护法二者。^[17]私法性质与公法性质之劳动保护法的目的虽相同,^[18]但却实行不同之保护手段。私法性质之劳动保护法为保护劳工所采取者,乃是对个别劳动契约之内容形成自由与消灭自由加以限制,同时并赋予劳工针对雇主享有强行性请求权(即不得任由当事人特约排除其适用)。惟此等对当事人契约自由之限制,以及赋予劳工之请求权,基本上并不由国家机关加以监督、处罚,而是完全任由劳工自行决定是否向法院诉请贯彻其权利,国家原则上并不介入。至于公法性质之劳动保护法的规定内容多是针对雇主之公法上之命令与禁止(öffentlich-rechtliche Gebote und Verbote),而对于该等命令与禁止的遵守,国家机关负有义务进行监督,必要时更应予以强制或处罚,甚至刑事追诉。^[19]换言之,国家对公法性质劳动保护法之遵守有主动介入之义务,并非只是静待劳工向法院起诉。由上所述可知,私法性质与公法性质劳动保护法之主要差异,正是在于其贯彻、落实手段之差异。

不过,私法性质与公法性质劳动保护法二者之贯彻手段虽有差异,但二者之间仍有极大的相互关联性。私法性质劳动保护法亦得课以作为劳动契约当事人之雇主以强行性之契约义务。公法性质劳动保护法之命令与禁止亦得透过民法之概括条款,转化为雇主之契约义务的内容,且只要该等公法上之命令与禁止规定的内容适于或得为契约约定之内容,则当即转化为雇主之强行性契约义务,而不得任由当事人以特约加以排除或限缩。亦即二者均产生相同的雇主强行法性质的契约义务。

(二) 劳动基准法之定性

承上所述,个别劳动法之内容,主要包括劳动契约法与劳动保护法二者,而劳动保护法,依内容可分为技术上与医疗上之劳动保护法,以及社会性劳动保护法二类。后者可再细分为三:重大的劳动条件等劳动基准的制定、特殊群体劳工之保护法规、劳工之人格权保护规定。如依保护规范之贯彻、落实手段区分,则可分为公法性质与私法性质劳动保护法。因此,对照之下,台湾地区的“劳动基准法”在劳动法的体系中之定位已是

[16] Vgl. nur Münch ArbR/Wlotzke, § 206, Rn. 3 ff.; Münch Komm/Lorenz, § 618, Rn. 10; Krause, in: Hessler, Arbeitsrecht, BGB § 618, Rn. 5 ff.; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 2, Rn. 5 und § 152, Rn. 1 ff.; Münch ArbR/Richardi, § 7, Rn. 17 ff. mwN.

[17] Vgl. nur Münch ArbR/Wlotzke, § 206, Rn. 3 ff.; ErfK/Wank, BGB § 618, Rn. 3 f. mwN.

[18] Staudinger/Richardi, Vorb. zu §§ 611 ff. Rn. 768; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 29 I; Münch ArbR/Wlotzke, § 206, Rn. 3.

[19] Münch ArbR/Wlotzke, § 208, Rn. 47.

颇为清晰,该法之定位主要应是个别劳动法中之劳动保护法内的社会性劳动保护法,包括重大劳动条件之保护与特殊群体劳工(如女工、童工与技术生等)之保护规范;至于保护规范的落实手段上,主要乃是公法性质之劳动保护法,但亦有部分属于私法性质之劳动保护法。盖台湾地区大部分劳动基准法的保护规定,均有“行政机关”之监督、强制、处罚机制,甚至刑事处罚,以作为法律落实之确保之手段,故性质应为公法性质之劳动保护法,少部分则未有前述公法上手段,该等保护规范之落实,有赖于受保护之劳工个人的权利主张(如向法院起诉、行使契约上请求权或抗辩权等),故此一部分之规定,在性质上应属私法性质之劳动保护法。

在明确地将劳动基准法依其规范内容与规范贯彻手段,定性为主要是属于公法性质之劳动保护法后,本文接下来即拟讨论劳动基准法的规定对劳动契约所形成之效力为何,此点即涉及公法性质劳动保护法对私法劳动契约之法律作用与效力的问题。惟应注意者是,当然以下所讨论之问题并非仅限于劳动基准法,而是所有公法性质劳动保护法均同样适用之论述。

四、公法性质劳动保护法与私法劳动契约之关系

关于劳动保护之法规主要乃是公法性质之规定,例如工作场所之安全卫生等劳动保护法规,此等法规系国家借由课雇主以一定之作为义务(例如特定防护措施之实行或特定防护安全设备之配置等),并透过国家之监督、强制、处罚、刑罚等方式来确保雇主之必定履行此等作为义务,以达到保护劳工生命、身体、健康之目的。此种劳动保护法规亦多属强行法之性质,其适用并不因劳工个人之意思而受限制或排除。而正因为此等保护法规之功能运作的方式,故一般均将之归属于公法范畴。然而若因此即将(公法性质之)劳工保护法与劳动契约法二者认为是分离而不相统属,甚至有时是对立的关系,则系错误之看法。盖劳工保护法所产生之作用,依今日劳动法学界一般看法,其实并不仅仅只是雇主之公法上义务而已,更会对劳动契约之内容产生决定作用。其目的在于保护劳工之雇主公法上义务,透过民法中之概括条款所导出之雇主照顾保护义务,即构成一对劳动关系内容产生影响之桥梁(die Brücke für eine privatrechtliche Einwirkung auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses)。^[20]

此等国家透过劳动保护法之规定,课雇主以公法上义务,对雇主与劳工间之劳动契约亦有极大之影响,亦即应自然地构成雇主依诚信原则而生之照顾保护义务的当然内容,^[21]换言之,雇主实际上应提供劳工一适当、安全、无害之工作场所与环境,以保护劳工之生命、身体、健康等重大利益免受危害之义务,此一雇主之行为义务可解为系我国

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

[21] 此一照顾保护义务虽非劳动契约所独有,其他契约形态亦有此一义务类型,但此一义务在其他契约形态中均非主要给付义务而是附随义务,惟此一照顾保护义务在劳动契约中,则基于保护劳工之原则应将之例外地提升为主要给付义务,此亦是德国劳动法界之一致的看法。

台湾地区“民法”第 235 条“但书”之所谓债务人（在此是指负有提供劳务之义务的劳工）给付所兼需之“债权人之行为”。雇主若不履行，则劳工即可以言词提出劳务，不用现实提出，而陷雇主于受领迟延，并可依“民法”第 487 条请求雇主给付工资；如雇主一再要求劳工提供劳务，则劳工可依“民法”第 264 条同时履行抗辩权而拒绝提供劳务。盖提供一合乎法令要求之安全且无害的工作场所与环境乃是雇主应先为之给付义务。因此，雇主之公法上劳动保护义务，当然亦同是劳动契约内容之一部，亦具有私法上之意义。

鉴于法治国之公私法分立的传统，公法性质之法令规定之成为私法契约内容，实须有一定之理论说明，以建构起公法规定之私法转化的桥梁。而此等理论说明亦即本文所欲讨论之公法性质劳动保护法对雇主与劳工间之劳动契约关系所产生之效力与作用，约可大略区分为两方面：一是前述所提及之反射效力问题；一是所谓双重效力（Doppelwirkung）问题，此即公法规定直接转化为私法内容之问题。前者系指公法性质劳动保护法之规定形成劳动契约内容之限制（Inhaltsschranke），故劳动契约本身或契约内之个别约定有违反公法性质劳动保护法之情形时，即属反强行规定之法律行为而无效；此外，公法性质之劳动保护法亦可能构成民法侵权行为规定中之所谓“保护他人之法律”，致雇主可归责地违反公法性质劳动保护法时即须负担损害赔偿赔偿责任。凡此均是公法性质劳动保护法对劳动契约之反射效力的问题。后者之所谓双重效力基本原则乃是德国 20 世纪在劳动法界占有极为重要地位之尼普代氏（Nipperdey）于 1929 年所提出之理论，时至今日也早成为德国之通说。依之，国家基于保护劳工之目的而制定之课雇主一定公法上命令或禁止之劳动保护法，同时也形成雇主之强行法性质之契约义务的内容。亦即劳工因而取得直接对雇主请求其遵守公法性质劳动保护法内容之契约上请求权；当雇主不遵守时，劳工即得拒绝给付劳务（履行抗辩权），而当遇有损害时，亦得请求债务不履行之损害赔偿请求权。此即一般所谓公法性质劳动保护法之双重效力。此一理论提出后即为德国劳动法界所接受，其后并进而影响及于诸多德国立法，如德国《民法》第 618 条或德国先前之《青少年劳动保护法》（1960 年 8 月 9 日通过）。该法第 6 条即曾明文规定，“雇主依本劳工保护法及该法所授权之命令所负之公法上义务，于其义务内容得为劳动契约之内容时，同时即构成劳动关系中，雇主对劳工所负之义务”。即是上述公法转化为私法之表现，该法之此一私法转化规定虽在 1976 年修法时废止，但其废止之立法理由却已明白地指出此一规定已是德国普遍的共识，故已无再明文规定之必要，立法者遂予以废止，可知此一公法保护规定之私法直接转化的法理至今并未有任何改变。而德国历年来数次之《劳动契约法》的立法草案中均有此一法理之类似条文，亦是其明证。

以下兹分别就公法性质劳动保护法对劳动契约之反射效力与直接私法转化的双重效力理论，试详论之：

（一）公法性质劳动保护法对劳动契约关系之反射效力

1. 违反劳动保护法规定（强行规定）之约定无效

公法性质劳动保护法之内容多系课雇主之命令或禁止，在性质上应属于民法中之

强制禁止规定,而依台湾地区“民法”第71条之规定,法律行为违反强制禁止规定者,无效。无效之法律效果可区分为一部无效或全部无效,前者系指劳动契约内之特定部分的约定无效,而后者则系指整个劳动契约归于无效之情形。

实务一般通常之情形罕有整个劳动契约全部无效之情形,绝大部分均是一部无效之情形,亦即特定契约部分违反劳动保护法而无效,但劳动契约整体而言仍是有效存在。而无效之特定部分则效力溯及地代之以雇主原应遵守,但却违反的劳动保护法之内容。^[22] 民法中一部无效全部无效之原则在此并不适用,而是应认为契约除去无效部分仍得成立,故其他部分仍属有效。若严格适用一部无效全部无效之原则,使劳动契约全部无效,则将违背原本欲保护劳工之目的,反使劳工陷于更为不利之地位。当然在较为例外之情形亦可能会有全部无效原则之适用,例如劳动契约自始即以令劳工从事违法之工作为契约标的。^[23] 惟应注意者是:劳动契约成立之时完全有效,但事后因法令之变更,致禁止劳工从事特定工作,此种情形原则上绝对不应影响劳动契约之效力,而是应将该劳工改调其他合法且系该劳工能胜任之工作。^[24]

2. 劳工于劳动契约违反公法性质劳动保护法时所得主张之权利

(1) 劳工无提供劳务之义务与雇主之受领迟延

若劳动契约之部分约定因违反公法性质劳动保护法无效,则该无效部分并不会产生劳工须提供劳务的义务。针对此一无效部分或雇主依该无效部分所提出之工作要求,劳工得主张阻却位主权利之抗辩(eine rechtshindernde Einwendung),此一抗辩并非抗辩权(Einrede),二者有所不同。本文后述转化部分之劳工权利介绍将会提及之给付拒绝权(即履行抗辩权)乃是以劳工负有提供劳务之义务为前提,盖惟有劳工负有提供劳务之义务时,始会有抗辩而拒绝提供劳务之可能。^[25]

若劳工向雇主表明契约有违反劳动保护法之规定,而雇主并未改正该违法情形,则劳工亦得停止提供劳务,盖原本即无工作之义务,且此时更会陷雇主于受领迟延状态,劳工在无需补服劳务的情形下仍得请求工资给付。^[26]

(2) 工资请求权

在上述劳动契约部分无效之情形,劳工纵使在违反劳动保护法之情形下,从事劳务提供,仍应保有所约定之工资请求权或加班工资,例如在雇主违反劳工安全卫生法之要求时劳工仍提供劳务,或雇主违反工时规定要求劳工违法加班,劳工均仍享有报酬请求

[22] Vgl. nur Wlotzke, FS Hilger/Stumpf, aaO., 723, 728.

[23] 亦有部分学者认为民法一部无效即全部无效原则绝对无适用于劳动契约之余地。

[24] Wlotzke, FS Hilger/Stumpf, aaO., 723, 730; Münch ArbR/Wlotzke, § 216, Rn. 41 und 61 ff. mwN.

[25] 此一观点 Herschel, RdA 1964, 45 即已正确指出此点。

[26] 至于是否因为劳工本无劳务给付义务,故劳工并无须向雇主为言词提出之问题, Münch ArbR/Wlotzke, § 209, Rn. 11 mwN. 认为无须为言词提出,其见解与该作者于 FS Hilger/Stumpf aaO., 731 明显不同。此一见解之转折,应与德国联邦劳动法院于1984年之后,连续采取无须言词提出之新见解有关,关于此一见解转折,可参见拙著:“解雇无效时之雇主受领迟延问题”,载《政大法学评论》1993年12月第49期,第183~204页。

权。若不作此解,则劳动保护法反将造成劳工之不利益,殊非立法者之所欲。^[27]

(3) 契约之终止

劳动契约若是部分无效,劳工应得主张雇主违反公法性质劳动保护法之情事为终止重大事由,劳工即得不经预告终止契约,而因为此等终止之重大事由系肇因于雇主之违反劳动保护法规,故雇主对于劳工因契约消灭所产生之损害,亦应负损害赔偿赔偿责任。若劳动契约全部无效,且劳工已实际开始提供劳务,则此时亦不应令劳动契约溯及无效,而应适用事实劳动关系之法理,令时间上已过去之部分视同有一有效劳动契约存在,当事人随时得令契约于将来消灭。^[28]

(4) 劳工无直接履行请求权

公法性质劳动保护法透过民法关于法律行为违反强制禁止规定者无效之规定,对劳动关系所产生之反射效力,限制了劳工所得主张之权利,仅限于前述之工资请求权、停止工作之权利等,但无论如何并无法导出劳工得直接请求雇主采取合于公法性质劳动保护法内容之权利,此等直接履行请求权惟有在下述私法转化后始有可能,详见后述。

(5) 劳动保护法作为民法侵权行为之保护他人之法律

公法性质劳动保护法规,因目的系在于劳工之直接保护,故公法性质之劳动保护法性质应可认定为系民法侵权行为规定中之保护他人之法律。依民法之规定违反保护他人之法律者,推定有过失。故劳工亦可能得主张侵权行为之损害赔偿请求权。此亦是公法性质劳动保护法对民法的反射效力之一。^[29]

(二) 公法性质劳动保护法对劳动契约关系之直接的私法转化效力

1. 劳动保护法之转化为雇主之契约义务

(1) 基本原则

今日德国劳动法界通说均认为公法性质劳动保护法对雇主所课之命令与禁止,会内容一致地形成雇主对劳工之强行法性质的契约义务。^[30]此一直接的契约义务内容形成效果并非由公法性质劳动保护法之规定本身所产生,^[31]亦非借由法律解释所能导出,^[32]而是须有一私法上的转化根据或引入之大门(Einfallstore),而此一根据或大门即是民法中关于雇主对劳工所负之保护义务的概括条款或雇佣契约章节中之相关规定,

[27] 可参考德国联邦劳动法院数则相关判决:BAG, U. v. 15. 3. 1960, AP Nr. 9 zu § 15 AZO; U. v. 3. 10. 1969, AP Nr. 12 zu § 15 AZO; U. v. 4. 10. 1963, AP Nr. 3 zu § 10 JugArbSchG; U. v. 25. 2. 1976, AP Nr. 1 zu § 90 SeemannsG.

[28] 关于民法无效与撤销规定之不得溯及适用问题,可参见拙著:“民法解除、撤销与无效规定在劳动契约上之适用可能性”,载《战斗的法律人》2004年1月版,第409~427页。

[29] 详见 Wlotzke, FS Hilger/Stumpf, aaO., 723, 732 ff.

[30] Vgl. BAG, U. v. 10. 3. 1976, AP Nr. 17 zu § 618 BGB und U. v. 21. 5. 1985, AP Nr. 19 zu § 618 BGB; Münch Komm/Lorenz, § 618, Rn. 6 und 7; Herschel, RdA 1978, 69, 72 ff.; Löwisch, Arbeitsrecht, § 23 III 1; Staudinger/Oetker, BGB Komm., § 618, Rn. 10 ff.; Wlotzke, FS Hilger/Stumpf, 1983, 723, 738 ff.; Münch ArbR/Wlotzke, § 209, Rn. 15 ff.; ErfK/Wank, § 618 BGB, Rn. 4.

[31] 惟 Herschel, RdA 1964, 11 f., 63 f. 却曾如此主张。

[32] Staudinger/Oetker, aaO., Rn. 16 即明白指出此点。