

中華民國勞動法學會編

勞動法裁判選輯(三)

裁判評釋系列 8

作者群：李洙德・林更盛
郭玲惠・黃程貫
黃馨慧・焦興鎧
彭雪玉・楊通軒
劉志鵬・鄭津津
衛 民

(依姓氏筆劃)



元照出版

D912.504-53/1

:3

2000

勞動法裁判選輯 (三)

中華民國勞動法學會 編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

勞動法裁判選輯 / 中華民國勞動法學會編. --
初版. -- 臺北市：元照，1999[民 88]
冊： 公分. -- (月旦裁判評釋系列)

ISBN 957-0332-04-2 (第一冊：平裝). --

ISBN 957-0332-10-7 (第二冊：平裝). --

ISBN 957-0332-18-2 (第三冊：平裝)

1. 勞工 - 法令, 規則等 - 裁判

556.84

88014781

勞動法裁判選輯(三)

裁判評釋系列 1G10PA

2000 年 1 月 初版第 1 刷

編 者 中華民國勞動法學會

出 版 者 元照出版公司

台北市 100 館前路 18 號 5 樓

定 價 新臺幣 360 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號 ISBN 957-0332-18-2

ISBN: 9789570332186

人民幣價：225

作者群簡介 (依姓氏筆畫排列)

李洙德

輔仁大學法學士

文化大學勞工法學碩士

文化大學法學博士候選人

中央大學人力資源管理研究所聘用

立法院立法諮詢中心委託專案研究員

中央大學人力資源管理研究所聘用
國科會研究員

現任：文化大學中山學術研究所博士班研究生

林更盛

台灣大學法律學系學士

台灣大學法律學系碩士

德國雷根斯堡法學博士

現任：中原大學財經法律系副教授

郭玲惠

中興大學法律學系學士

德國哥廷根大學碩士、博士

德國哥廷根勞工法院研究

現任：中興大學法律學系副教授

黃程貫

政治大學法律學系學士

政治大學法律學系碩士

德國哥廷根大學博士

政治大學法律系副教授

現任：政治大學法律學系教授

黃馨慧

國立台灣大學法學士

日本國立東京大學法學碩士

現任：寰瀛法律事務所律師

焦興鎧

美國史丹福大學法律科學博士候選人

美國哈佛大學法學碩士

英國牛津大學及德國海德堡大學深造

國立台灣大學法學碩士及法學士

現任：中央研究院歐美研究所副研究員

彭雪玉

文化大學勞工關係系學士

文化大學勞工研究所碩士

現任：東吳大學社會系兼任講師

楊通軒

德國邁茲大學法學博士

八十四年國家建設委員會勞動問題研究分組

現任：文化大學勞研所副教授

劉志鵬

台灣大學法律研究所碩士
日本國立東京大學法學政治學研究
碩士
行政院勞工委員法規委員
輔仁大學法律學系勞工法講師
現任：寰瀛法律事務所律師

鄭津津

輔仁大學法律學系學士
美國喬治亞大學法學碩士
美國辛辛那提大學法學博士
美國俄亥俄州律師考試及格
中國文化大學勞工關係學系專任副
教授
東吳大學法律系兼任副教授
台灣科技大學兼任副教授
現任：國立中正大學法律系專任副
教授

衛民

輔仁大學學士
台灣大學碩士
政治大學博士
美國紐約市立大學博士後研究
中華民國勞資關係協進會副秘書長
台灣省勞資關係協會理事長
中正大學勞工研究所所長
現任：中正大學勞工關係學系暨勞
工研究所副教授

序

「勞動法裁判選輯」第一冊及第二冊發行後，受到讀者們的熱烈迴響，秉承著對學術研究之熱忱，勞動法學會仍於每個月持續聚會，並累積了相當之成果，於是擬將一九九八年至一九九九年的研討整理付梓，以廣播勞動法研究之種子。

「中華民國勞動法學會」係成立於一九九八年十二月間，由多位關心台灣勞動法發展的法律人所共同創立，歷經草創時期之青澀，學會之步伐已漸穩定，本冊「勞動法裁判選輯」除延續第一冊及第二冊之風格外，並融合學者、法官及律師等各界成員之力量，使本冊兼具學術性、實論性與時代性，旁徵博引，內容精闢，相信必能為今後勞動法學理與判決實務上之發展，開創另一里程碑。學會成員以喜悅、謹慎的心情，發表研究成果，期待各界前輩惠予鞭策指導。

中華民國勞動法學會

理事長 黃 程 貫

一九九九年十一月十八日於

國立政治大學法律研究所研究室

勞動法裁判選輯(三)

目次

序		黃程貫
德國法上近來對勞工概念之討論與立法		1／林更盛
論工作時間等規制之除外適用		
——臺北地方法院七十九年度勞訴字第○一六號判決評釋		21／劉志鵬
職棒球員契約之定期問題		
——臺北地方法院八十六年度勞訴字第二七號及三八號判決評釋		61／黃程貫
工作規則法律性質之探討		
——最高法院八十一年度臺上字第二四九二號及八十四年度臺上字第一一四三號民事判決評釋		77／楊通軒
日本調職法理的形成與發展		103／黃馨慧
終止僱傭契約之限制		
——以產假期間預告終止僱傭契約為例		111／郭玲惠
我國法院兩則有關工作場所性騷擾判決之解析		

——兼論美國制度所能提供之啓示		155	焦興鎧
論性別歧視			
——臺北地方法院七十七年勞訴字第四十一號評釋		235	鄭津津
勞基法第五十九條釋疑			
——高等法院八十六年度勞上字第三十六號判決評釋		255	李洙德
航空業勞動三權研究			
——以我國復興與航空與美國西北航空爭議案為例		281	衛民
臺灣勞動者爭議行為正當性的反思			
——評聯福勞工臥軌事件		313	彭雪玉

德國法上近來對勞工概念之討論與立法

林更盛
(中原大學財經法律學系副教授)

壹、德國法上勞工概念的形成
貳、現今通說——以從屬性作為區分之標準
參、其他見解

一、保護必要性之標準

二、基本法第九條第三項／社會學上的標準

三、自願承擔營業風險之標準

四、關於新型態——虛假的獨立性 (Neu- oder Scheinselbständigkeit) 的討論
肆、社會保險法上的修正

一、受僱關係 (Beschäftigung) 之重新定義

二、類似勞工者之保險義務之免除

伍、對我國法的啓示

一、「從屬性」觀念之檢討

二、以民法契約類型之歸類方法作為輔助界定勞工之方法

壹、德國法上勞工概念的形成

對於德國法上勞工概念的形成（註一），先前的帝國社會保險部（Reichsversicherungsamt）扮演著重要的角色；蓋先前的三部重要的社會保險法制：疾病保險法（Krankenversicherungsgesetz, 1883）、意外保險法（Unfallversicherungsgesetz, 1884）殘障與退休保險法（Invaliditäts- und Rentenversicherungsgesetz, 1889）皆以受雇人爲其對象。對此問題，兼具司法裁判功能的帝國社會保險部都將此所稱之受雇人理解爲勞工；而以僱傭契約爲其上位概念。至於僱傭和承攬契約之區別，當初帝國社會保險部以採取和現今通說相同的見解。至於勞動契約和其他類型的僱傭契約之區別，則一直到本世紀的二十年代才形成。受到立法者以經濟上從屬性作爲準勞工／類似勞工（arbeitsähnliche Person）之特徵，因此德國法上對於勞工之特徵，僅以人格從屬性、不以經濟上從屬性作爲區分之標準。

貳、現今通說——以從屬性作爲區分之標準

承續上述發展，現今德國法上通說（註二）認爲：勞動契約乃爲僱傭契約之下位類型之契約，惟以從屬性爲其核心的特徵，而有別於其他類型的僱傭契約。至於僱傭契約與委任契約之區分，德國法上通說（註三）以前者係有償、後者係無償爲基準。對於勞動契約與承攬契約之區別，在德國法上，認爲其區別標準原則上在於：勞動契約以勞務之提供，承攬契約則以工作之完成爲其內容（而這也同時反映於工資／對價危險負擔之不同）（註四）。但若對承攬契約所定工作之完成，加

以最廣泛地理解；或是勞動契約所定勞務之提供，事實上多經常伴有一定成果，則此標準即欠明確（註五）。因此尚需加入其他標準（例如工資／對價給付之要件、該職業之社會形象、提供勞務者得否自我決定工作之進行、自我負責、獨立性強、具專業知識技能、得轉交第三人代服勞務、並自備勞動、生產工具傳統上對該工作類型的歸類等因素，並考慮歸類之法律效果及其妥當性），就個案整體情況，具體判斷之（註六）。

又德國法上之通說（註七）以勞工於提供勞務時，具有之人格從屬性作為勞動契約和其他契約類型主要的區別標準，至於經濟上從屬性，則非區別的重點。此乃基於德國勞動法上，立法明定對於準勞工／類似勞工（*arbeitnehmerähnliche Person*）者，僅就部分法律關係，準用勞動法上之相關規定；而準勞工／類似勞工的特徵，即在於僅具有經濟上從屬性，因此若以經濟上從屬性作為區別勞工之標準，則立法上將無另行規定準勞工／類似勞工之問題的必要，因此德國法上對於勞工之特徵，僅以人格從屬性、不以經濟上從屬性作為區分之標準。

惟對於人格從屬性的具體標準為何？則甚有爭論。惟德國商法典第八十四條第一項第二句則提供一重要的指標；依該規定，不屬於勞工的商業代理人，其獨立性正是表現在：對於其營業活動及工作時間擁有重大廣泛的決定權限者。就其更具體之標準而言，德國聯邦勞動法院（註八）最主要的是以：納入企業組織、依雇主之指示而服勞務、其工作時、地由雇主決定等因素作為判斷標準，並強調應就個案整體情況判斷其從屬性之程度／多寡，以斷定其是否為勞工之依據。至於學說上之見解，主要的有強調納入企業組織之觀點（註九）；有強調勞工之受雇主有關工作時間、地點以及勞務進行之指示的拘束者（註十）；惟此類觀點並無法對於邊界案例（如外勤人員、受醫院雇用之醫師、受律師事務所雇用之律師、某程度上固定地為同一企業提供勞務之自由業者）提供一明確、可靠的區別標準，因此現今通說上認為（註十一）「勞工」此一觀念，並非是一概念（*Begriff*），而

是類型 (Typus)，其範圍無法一次、抽象地加以界定。前述見解所提諸特徵，固然皆有其參考價值；惟並非每個特徵，皆不可或缺，而欠缺其中一個或數個特徵，仍有可能被認定為勞工；是否為勞工，最終仍應就個案事實、衡量各相關特徵之程度而整體判斷之。在最近數個判決中，針對勞動關係之特徵，聯邦勞動法院強調應以勞動者之人格從屬性的程度 (Grad der persönlichen Abhängigkeit) 為斷；並無一放諸四海皆準的標準；而判斷的對象則應以勞動契約之實際上真正的進行情況為準。

惟近來包括受到主張以企業經營危險作為區分標準之影響，在最近判決中，實務上也加入了該項因素以作為判斷之參考，茲舉數例加以說明：

(一) 輔助執行原東德所屬之邦的財產局之任務的律師，雖就財產局之所交付之任務並無拒絕之權。惟前者對其並無專業上之指示權，關於工作之完成亦無須遵守特定之期限；且其仍另行保有其律師事務所之業務，因此其輔助財產局任務之執行，不過是其律師事務所之營業的一部分；而其身為律師，理應詳知該契約之內容，較不具社會／法律上之保護必要性，故該律師並非財產局所聘之勞工（註十二）。

(二) 自行擁有一輛卡車、並有辦理營業登記之司機，代為運輸公司運送貨物。其所擁有之卡車須漆上後者公司之標誌、顏色，穿著後者公司之制服，後者檢查其車內清潔、裝備等、運送之貨物，並規定其車輛何時應加油、維修等事項。且須依後者所定之時間內裝運及送達貨物；以至於其於早上六點到下午四、五點之間，須處於準備提出勞務的狀態；若扣除休息時間之後，該名司機實際上幾乎不可能再為其他客戶運送貨物；且依當事人間之約定，該名司機亦不得於為運輸公司其載運貨物之同時、私自為其個人之客戶載運貨物。該運輸公司以上所為之限制，既已超出法律或保險法上之要求，嚴重限制到該司機提出勞務時之裁量空間，自應認定該司機為該運輸公司之勞工（註十

三)。

(三)反之，若實際上僅為一家運輸公司代為運送貨物之司機，但其每日工作時間之長短、何時開始工作，得自行決定，且其也有實際上之可能，為自己的客戶運送貨物，則該司機並非該運輸公司之勞工，至於其實際上有無為自己的客戶運送貨物，則非重點（註十四）。

對此，聯邦最高法院也採取相同的判斷標準。

(四)為運輸公司代為運送貨物之司機，其本身另行擁有一運輸行；除該卡車之外，尚擁有一輛卡車和一輛運輸車輛的卡車；並另行僱用一名司機駕駛車輛運輸卡車。雖為該運輸公司運送之卡車須漆上後者公司之標誌、顏色，後者並抽查車況，惟其指示亦僅限於量與司機而已。該自行擁有運輸行之司機只需於八天前事先報備，即可以該車另行為自己的客戶運送貨物，且該司機於為運輸公司代為運送貨物之前，即擁有一運輸行，因此其並非只是在理論上擁有經營裁量之空間而已；並非運輸公司之勞工（註十五）。

(五)對於向冷凍食品公司租車、並為其販賣冷凍食品者，若就其販賣行為須依冷凍食品公司所制定之手冊為之，該販賣者若要從事其他營業活動，須得後者之同意；亦並就契約條件整體觀察，該販賣者事實上並幾乎不可能於從事其他營業活動；並且該販賣者僅僱用其妻子，於自家內輔助辦公。由於該販賣者事實上並無其他收入來源，因此至少可認為其與勞具有相同的保護之必要，可認定為準勞工（註十六）。

參、其他見解

對以上通說所持見解，除有從方法論的角度批評類型的思考模式外（註十七）；另外則有嘗識

提出其他替代或更具體的觀點（註十八）。其中最重要的共同出發點無疑是：放棄先前對於從屬性之以本質論的角度加以掌握的思考方向，改由目的論的觀點；（或多或少地）強調：勞工範圍的界定，不應脫離（各別）勞動法規制定之（基本）目的。其中尤以下列學說，值得重視：

一、保護必要性之標準

有認為勞動法規制定之基本目的在於對具有所謂的社會保障必要性（*soziale Schutzbedürftigkeit*）者，提供一合理的保障。而社會保障之必要性，又應以該勞務之提供者已將對其勞務之處分可能性、委由雇主為之、因而欠缺對其勞動力自行經營、處分之可能；於此情形，勞務之提供者即因而無法適當地因應其生活上的風險，從而有保護之必要性，屬於勞工；反之，則否。因此勞工之界定，亦應以此為標準（註十九）。惟社會保障必要性的觀點是否能掌握所有勞動法規制定之目的？又在欠缺法律明文之前提下，如何對於社會保障必要性具體地作一適當的界定，則受到疑問（註二十）。

二、基本法第九條第三項／社會學上的標準

有極少數的學說（註二十一）認為應以基本法第九條第三項所保障的同盟自由背後所蘊含的思想為出發點，認為此規定正是反映出在勞務市場上，立憲者不採取放任市場機制運作（*fehlende Marktorientierung*）的勞動法特性；此亦由團體協約、勞資爭議法制上。準此，吾人應由導致立法者作此決定的社會／經濟因素作為界定勞工之依據；並應以當事人對其自身之評價作為輔助之標準。對此，批評者（註二十二）則認為：此係以契約關係外的情事作界定之標準，並不足以保障其概念在規範上的一致性。

三、自願承擔營業風險之標準

近來另有（註二十三）以雙重模式的勞務市場（提出從屬性勞務之勞工以及與之相對立的獨立營業人）為出發點；主要以當事人是否自願地承擔獨立營業人所具有之風險（freiwilliger Übernahme des Unternehmensrisikos）作為最主要的區分標準；勞務之提供者若自願地承擔獨立營業人所具有經營風險，則非勞工；反之，則為勞工。類似地，亦有（註二十四）強調：勞動法規之制定，並無單一的目的；因此「勞工」並非是一個統一的觀念，而是應從工廠工人這種典型的勞工觀念出發，就個別法律之目的，具體地確定其所適用之勞工的範圍；而勞工最基本的特徵乃是：勞工依契約約定所提出之勞務，其範圍乃隨時間之經過而增加，並非自始確定。

四、關於新型態——虛假的獨立性（Neu- oder Scheinselbständigkeit）的論議

由於新型態生產、管理、營運組織之採用、企業轉型、市場競爭壓力、勞動法鬆綁的要求等因素；若是吾人仍以傳統上針對對於工廠內之藍領工人所發展出的「從屬性」之概念，作為區分勞工之標準；對於和傳統的勞工具有相同社會／經濟上保護之需，卻不具人格從屬性者，在法律上即不能提供適當的保護。對此，有延續前項三之見解，主張（註二十五）應對於「勞工」、「從屬性」重新加以定義。其認為（註二十六）：原則上：1.長期僱用，2.只為一位相對人提供勞務，3.親自提供勞務、無其他輔助人，4.並未投入重要的資本，5.並未擁有重要的生產組織；則該勞務提供者即為勞工。反之，若1.自願承擔企業經營風險，2.參與市場競爭，3.企業經營之利益與風險間有一合理的比例，即為獨立營業者。此見解並獲得部分下級審法院的贊同。

對此，批評者（註二十七）則以為：1.應區分法律政策上與現行法內的討論。對於「勞工」、

「從屬性」之重新加以定義；涉及立法政策的問題，不宜僅透過概念的恣意操縱達成之。2. 現行法上對於勞務供給法律關係的立法模式乃是採取三分法；即：勞工／類似勞工者／企業經營者；而非如新見解之二分法（勞工／企業經營者）。3. 現行法——尤其是德國商法典第八四條第一項第二句——已對勞工的界定，提供一具有一般性的標準；而此標準正與現行通說所主張者相符。何況，4. 新見解所採之例如「自願」承擔「企業經營風險」之標準；顯然不夠明確。5. 而且現行法上對於僅具有經濟上從屬性者，已有相關規定可加以保護。但並未將之完全視為勞工。例如對於類似勞工者，法律上以準用部分勞動法規加以保護；如勞動法院之管轄（§ 5 ArbGG）、團體協約法（§ 12a TVG）、基本休假法（§ 2 BuHG）、家內勞動者之規定（HAG）等之準用。而對於其可能遭受營業上不當的限制，經濟法上也有相關規定（§ § 15、18、22、26 II GWB）。

肆、社會保險法上的修正

與前述對新型態——虛假的獨立性的討論相呼應的是：德國於一九九一年一月一日生效之社會保險法修正暨勞工權利保障條例（Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte）（註二十八）。

一、受僱關係（Beschäftigung）之重新定義

社會保險法第四篇第七條第四項對於其所稱受僱關係（Beschäftigung）之定義修正為：（第一句）從事職業，且1. 就其職業，除其家屬外，並未僱用其他有投保社會保險義務者；2. 通常且主要僅為一相對人工作，3. 其提勞務之情形、與典型的勞工的情形相符；特別是服從相對人之指示以及

被納入後者之生產組織之內，或者是4.未基於企業經營之活動而參與市場競爭；若具有以上所稱二者以上特徵時，推定該勞務提供者之人為受領工資而受僱用者。以上規定對於商業代理人（即對其勞務活動及工作時間擁有主要的決定權限者）不適用之。又其第一款所稱家屬為1.配偶，2.二親等之親屬，3.第一篇第五六條第二項第二款所稱之寄養子女（Pflegekinder）。以上所稱之相對人視為雇主。

二、類似勞工者之保險義務之免除

社會保險法第六篇第二三一條第五項第二款規定，類似勞工者若於一九九八年十二月三十一日時並無投保社會保險之義務，而自一九九九年一月一日起有投保之義務者，於符合下列規定時，得申請免除其投保義務；1.於一九九九年二月一日前出生；或是2.於一九九八年十二月十日前已投保，私人或公營之死亡或退休之保險，其至少於一九九九年六月三十日之前，含有下列條款者；3.於殘障、於六十歲或以上之年齡、或於死亡時對於其家屬，給付保險金者；而且4.其繳交之保費不少於社會保險法上之退休保險者。以上之申請應於一九九九年六月三十日之前為之。其申請由社會保險人決定，並溯及至一九九九年一月一日起生效

伍、對我國法的啟示

德國法上關於勞工從屬性之內涵的討論，目前尚無最終之定論。惟綜合以上論述本文認為有下列幾個觀點，值得重視：