



勞動法 案例研究^二

林更盛 著

五南圖書出版公司 印行



序——一個導讀

本書集結了作者2002年之後關於勞動法實務問題的幾篇論文。本書第一篇、第五篇關於「事實上契約關係」以及法學理論的篩選、第十三篇針對因果關係理論的部分，看似大費周章地探討純粹理論的問題，這無非是為了在較廣泛的基礎上，對於相關議題提供一個適當的解答。又為了能夠反映出相關議題的進展與全貌，作者對於一部分的論文——尤其是針對近來最高法院的判決——作了修正以及增補。特別是第一篇論文對於法律續造、第四篇就工作規則對雇主之自我拘束的效力、第五篇就引用孔恩（Thomas Samuel Kuhn）的想法到法學理論的篩選的問題、第十三篇增加了對通勤災害是否屬於勞基法上的職業災害、第十四篇增加了有關解僱最後手段性、雇主有無義務優先解僱外勞的討論、以及最高法院有關解僱事由認定的判決。至於第三篇則是作者原先所著『「控制性持股」關係對雇主概念及其責任的可能影響』、「雇主的概念及其權益的區分」所合組，並加入了派遣相關問題的討論。

關於勞動法的題材，或許基於不同的研究興趣，有不同的編排。

——作者的想法是首先應當探討幾個基礎的問題。與德國勞動法

相類似地，法官造法在我國勞動法的發展上也扮演著舉足輕重的地位。在此，方法論的訓練甚為重要；蓋唯有藉此，吾人方能適當地篩選出較為妥當的論證、從而獲致較為妥當的結論。是以本書第一篇論文「法學方法在勞動法上的可能運用」即以此為題，希望透過方法論上的說明，及其運用在勞動法案例的可能情形與檢討，提出一些基本的思考方向。

—緊接著作者將討論勞動法的界限，而這又以勞動關係—勞工以及雇主之間的法律關係—作為對象；作者先前關於勞動者的概念（林更盛，勞動法案例研究（一），翰蘆，2002—以下簡稱案例研究一—，第1頁以下），以及本書的第二篇論文「論保險業務員的從屬性」、第三篇論文「雇主概念與義務的擴張」即以此為研究對象。而本書第三篇論文特別是討論了近年來頗為重要、企業將員工調派到海外所可能衍生的雇主認定的問題。

—對於勞動法上的紛爭解決的依據，則涉及法源的問題；作者在本書第四篇論文「對工作規則法律性質的幾點初步想法」，即針對實務上常見的工作規則的相關問題加以討論。

—至於勞動契約是一繼續性債之關係，性質上為雙務、有償契約，基本上並無疑義；惟是否為「屬人共同體關係」亦或是「對立衝突關係」？容有爭論；對此，作者已於先前『工資的迷思：「恩惠性給與」』一文（案例研究一，第53頁以下，第59頁以下）中加以評述，敬請參酌。

—又勞動契約的締結，因為種種瑕疵而影響其效力時，究竟應如何處理？本書第五篇論文「從『事實上勞動關係』到『有瑕疵的勞動關係』」嘗試從基礎理論上探討此一問題。

—至於勞動約生效後，雙方所涉及的主給付義務各為：雇主之工資給付義務以及勞工之勞務提供義務。而工資如何加以的界定，又常常影響資遣費、退休金的計算，影響甚鉅，作者先前於「勞基法對工資之定義」一文中（案例研究一，第33頁以下）對此作了基本的說明，而部分司法實務近來的趨勢及民國94年6月14日將勞基法施行細則第10條第9款中的「夜點費」部分加以刪除，也和作者原先的見解相符（案例研究一，第49頁，以及本書第六篇「評最高法院近年來關於勞基法上工資的認定」）。至於所謂的「恩惠性給與」，一方面在現行法上缺乏任何依據，另一方面也非妥當的法的續造，應予放棄（案例研究一，第53頁以下）。而近來最高法院連續在關於士林紙業公司的幾個判決中，認為在不牴觸基本工資的前提下，工作規則的「約定」特定的給付不屬於工資；該見解不僅對實務影響甚鉅，另外在法學理論上也有諸多值得商榷之處，本書第七篇論文「勞基法施行細則、工作規則與工資的界定」有詳細的檢討。

—另外值得討論的是：在前述給付工資義務之外，雇主是否更進一步地有義務使勞工實際上有提供勞務的可能，國內文獻多稱此為「就勞請求權」，這涉及到如何調和：現行法的價

值判斷以及吾人對於提供勞務的觀念的可能改變，對此，請參照作者於「就勞請求權」一文（案例研究 一，第67頁以下）。

—關於勞動關係的重要內容，於欠缺明文約定時，依據誠信原則，視勞動關係的具體進行情況，勞資雙方尚負有諸多的從給付義務以及附隨義務。至於勞動法上平等待遇原則及其可能的適用情形，作者於「勞動法上的一般平等待遇原則」、「性別歧視與母性歧視之禁止」二篇文章分別討論之，並兼及於該原則與性騷擾的差別（案例研究 一，第89頁以下；第117頁以下，第130頁以下）。於有勞資雙方明文約定時，基本上固應尊重其約定，惟若貫徹契約自由原則，又恐造成過度不利於勞方的結果。對此，作者以離職後競業禁止約款為對象，分別透過「離職後競業禁止約款」（案例研究 一，第135頁以下）、「離職後競業禁止約款的審查：雇方值得保護的正當利益」（本書第八篇論文）、「離職後競業禁止約款的審查：民法第247條之1」（本書第九篇論文）、「定型化離職後競業禁止約款的審查」（本書第十篇論文）、「離職後競業禁止約款的審查：三步驟」（本書第十一篇論文），討論契約控制的正當性，以及在離職後競業禁止約款的審查時、所應採取的具體標準與步驟。至於勞動契約的定期約定，隨著非典型勞動契約的普遍而更形重要。本書第十二篇論文「定期勞動契約實務問題研究」即以此為探討之對象。

—於勞工於執行職務時發生意外事故，雇主於何種前提下應負勞基法第59條以下補償之責，作者先前於「勞基法上職業災害的概念及其補償」一文（案例研究一，第177頁以下）已加以論及；就其中涉及因果關係的問題，本書第十三篇論文「勞基法上職業災害因果關係的判斷」從理論的層面詳加探討，並以數則案例作為佐證。至於雇主補償責任之具體內容，作者先前於「職業災害中的雇主責任」一文中加以討論（案例研究一，第155頁以下），而「承攬關係中職災補償責任」一文（案例研究一，第195頁以下）則是特別以涉及轉包工程時的問題為對象。

—就解僱的問題，作者曾提出「解僱之最後手段性」作為雇主解僱權限的內在限制（案例研究一，第259頁以下），並以『作為解僱事由之「勞工確不能勝任工作」』、「以勞務給付專屬性之違反作為解僱事由」分別探討勞基法第11條第5款、第12條第1項第4款和民法第484條作為解僱事由的相關問題（案例研究一，第217頁以下；第243頁以下）。「應預告而未預告之解僱的效力」一文（案例研究一，第281頁以下）則是探討勞基法第16條的問題。至於實務最近的發展及其檢討，參見本書第十四篇論文「論解僱的一般問題以及勞基法第11條之事由」

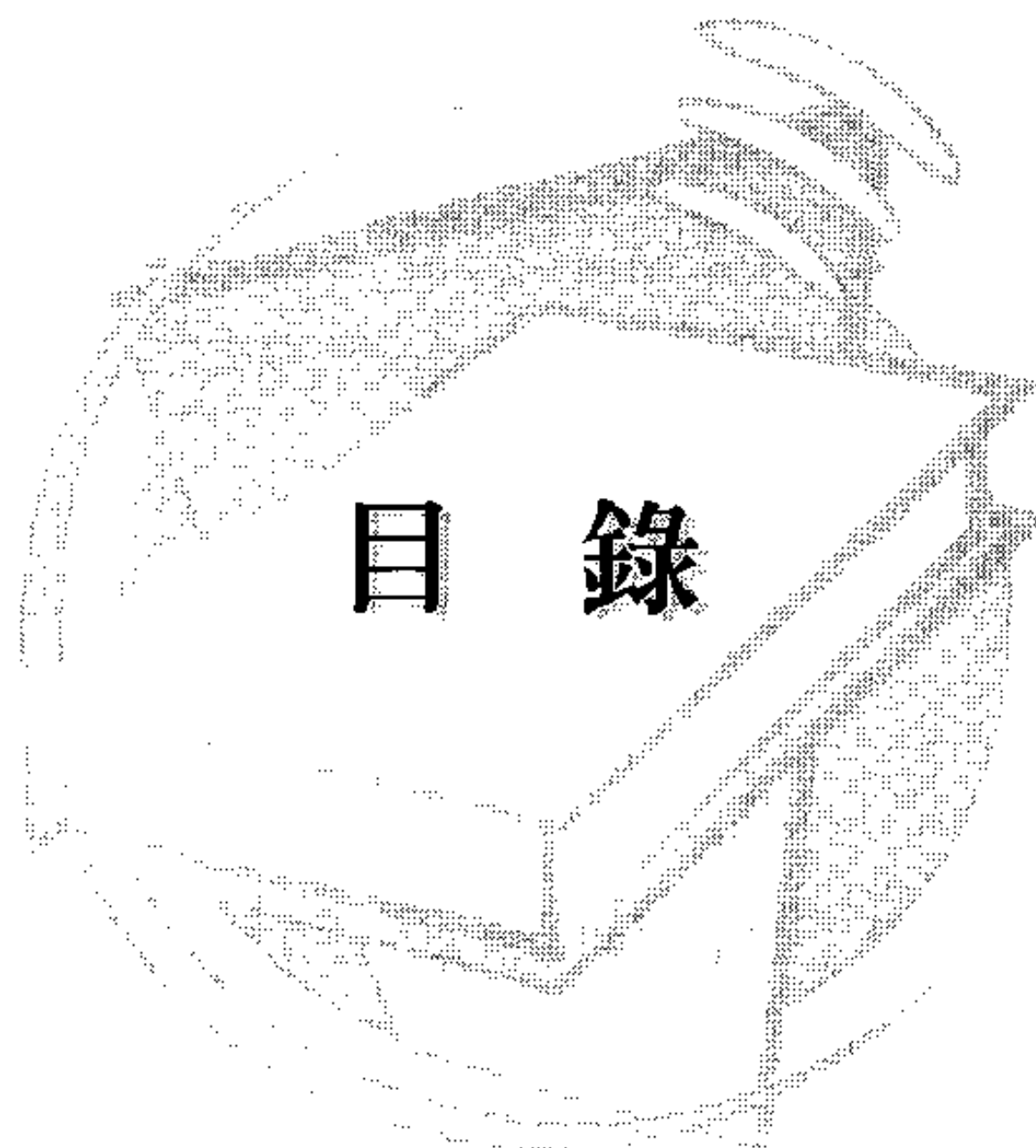
—至於集體勞動法的爭議，相對地較少呈現於司法實務上，就實務上曾經具有相當重要性的問題：集體休假、集體請辭，

作者分別於「作為爭議手段之勞工集體休假」「勞工之集體請辭」二篇論文中（案例研究一，第297頁以下；第313頁以下）加以討論。

本書之所以能夠出版，要感謝內子季芳的支持。作者到了東海大學後，教授法理學、法學方法論以及法律倫理等課程，算是研究生涯的一個轉變；某種意義來說，又算是回到了原點——這包括我以前所讀過的：「敬畏耶和華是智慧的開端」（聖經箴言一7）！

林更盛

2008年9月



第一章 法學方法在勞動法上的可能運用	1
壹、序說：法學方法的功能及其必要性	2
貳、法律適用時參考的觀點——一個概述	3
參、法律適用時參考的觀點——個別論述	8
一、文義	8
二、體系	10
三、立法機關之目的	12
四、客觀的功能	15
五、合憲性解釋（合憲性／憲法取向的考量）	17
六、比較法	19
七、價值判斷的形成、利益衡量、案例比較	22
肆、結 論	27
第二章 論保險業務員的從屬性	29
壹、臺灣高等法院94年勞上易字第35號判決	30
一、案例事實	30
二、判決理由	31
貳、評 釋	32
一、我國法上相關見解	33

II 勞動法案例研究（二）

二、德國法上相關見解	34
三、本文見解	38
四、結論	46

第三章 雇主概念的界定與義務的擴張 49

壹、雇主的界定	50
貳、關係企業中雇主概念的界定	51
一、基本出發點	52
二、借調：既有的勞動關係的維持	54
三、借調：新的勞動契約的簽定	55
參、雇主義務的擴張	60
一、德國法上的見解	60
二、勞動派遣中雇主義務的界定	63

第四章 對工作規則法律性質的幾點初步想法 67

壹、本案例事實及判決內容	68
貳、最高法院採取契約說的源起與演變	69
參、司法院第一廳的相關見解	73
肆、相關學說	74
一、修正法規說	74
二、定型化契約說	75
三、根據二分說	76
四、集體合意說	76
伍、本文見解	76
一、工作規則的可能內容	76
二、對法規說的檢討	78

三、對根據二分說的檢討	81
四、對定型化契約說的檢討	82
五、本文見解：獨立法源否認說	85
六、本案判決評釋	88
 第五章 從「事實上勞動關係」到「有瑕疵的勞動關係」	 91
壹、案例事實與判決理由	92
貳、評 釋	92
一、「事實上契約關係」理論之源起、演變與沒落	93
二、「有瑕疵的勞動關係」在法律上的處理	102
三、對於「有瑕疵的勞動關係」相關理論的分析與檢討	113
四、本案分析	118
 第六章 評最高法院近年來關於勞基法上工資的認定	 121
壹、序 論	122
貳、學說與早期實務概況	123
參、最高法院近來見解分析	127
一、次數／制度上給付「經常性」的強調	129
二、工作規則對工資界定的影響	136
 第七章 勞基法施行細則、工作規則與工資的界定	 143
壹、案 例	144
一、案例事實	144
二、最高法院判決	144

貳、評 析	145
一、最高法院的三項論點	145
二、本文的基本觀點：工資的界定、恩惠性給與	146
三、施行細則第10條與工資的界定	147
四、工作規則之「約定」與工資的界定	154
五、結論	160
 第八章 離職後競業禁止約款的審查：雇方值得保護 的正當利益	 163
壹、本件案例與判決	164
一、案例	164
二、判決	165
貳、評 釋	167
一、相關實務	167
二、學說	169
三、本文見解	172
四、結論	179
 第九章 離職後競業禁止約款的審查：民法第247條之1	 181
壹、案例事實與判決	182
一、案例事實	182
二、法院判決	184
貳、評 釋	186
一、本案離職後競業禁止約款是定型化約款	186
二、民法第247條之1	187

三、民法第247條之1的適用與向來離職後競業禁止約款的審查標準	190
四、依民法第247條之1對本案的審查	195
五、民法第247條之1與民法第72條的公共秩序	197
六、結論	198
第十章 定型化離職後競業禁止約款的審查	199
壹、事實摘要與原審判決	200
貳、最高法院判決要旨	200
參、簡 評	201
一、見解分析	201
二、契約自由原則及其界限	202
三、離職後競業禁止約款的審查標準	203
肆、結 論	205
第十一章 離職後競業禁止約款的審查：三步驟	207
壹、事實與判決	208
貳、評 釋	212
一、實務概況	212
二、學說概況	214
三、本文見解：三個審查步驟	219
四、結論	233
第十二章 定期勞動契約實務問題研究	235
壹、導 論	236
一、關於定期勞動契約的法律事實	236

二、定期勞動契約在勞動法上的一般問題	237
三、立法政策：以定期勞動契約作為減緩失業的方法？	237
貳、關於勞動契約定期約定的幾個問題	238
一、「定期」的認定	238
二、勞基法第9條關於定期的規定——任意規定？	240
三、合法定期事由的認定——以營業項目為準？	241
四、合法定期事由的認定——勞動主管機關的核備？	245
參、定期勞工的勞動條件	246
一、基本原則：平等待遇	246
二、幾個勞動條件的問題	247
三、定期勞動契約的更新與年資合併計算	248
肆、職業災害補償	250
伍、定期勞動契約與終止	252
一、期滿終結與禁止解雇之規定	252
二、期滿前終止與預告期間	254
三、期滿前終止與資遣費	255
第十三章 勞基法上職業災害因果關係的判斷	259
壹、案 例	260
一、事實	260
二、判決理由	260
貳、可能的相關理論	262
一、民法上的討論	262
二、我國勞動／社會法上的相關討論	268
三、德國法勞動／社會法上的相關討論	273
參、本文見解	282

一、因果關係的判斷：涉及價值判斷以及專業知識的因素	282
二、因果關係的結構	283
三、勞基法上職業災害的認定，究竟應採何說？	285
四、小結	287
五、具體適用之例：檳榔販售小姐癱瘓跛行案	289
六、具體適用之例：對通勤災害屬於勞基法上職業災害的質疑	291
肆、本案分析	292

第十四章 論解僱的一般問題以及勞基法第11條之事由 297

壹、勞動契約終止所涉及的利益狀態	298
貳、解僱的概念及其與相關制度的區別	299
參、解僱法上的一般原則	300
一、廣義比例原則及最後手段性原則	301
二、平等待遇原則	304
肆、勞基法對於解僱時勞工的保障方式	305
伍、解僱事由的分類	306
陸、勞基法第11條解僱事由的認定	308
一、歇業或轉讓（事業單位改組）	309
二、虧損或業務緊縮	311
三、不可抗力暫停工作一個月以上	315
四、業務性質變更	316
五、不能勝任工作	318
柒、被解僱勞工的選定	322
捌、預告期間	324

法學方法在勞動法上的 可能運用

——一個初步的反思——

壹、序說：法學方法的功能及其必要性

貳、法律適用時參考的觀點——一個概述

參、法律適用時參考的觀點——個別論述

肆、結 論

壹、序說：法學方法的功能及其必要性¹

法學方法與法學的關係，猶如邏輯對於論證。邏輯有助於檢驗推論是否有效；類似地，法學方法也有助於檢驗法律適用是否妥當，而這最終又涉及到整個法律觀以及憲法上的要求。從法哲學的觀點而言，法律的最終目的若是在追求公平正義，則根本不追求公平正義的法律不再是法律，根本不追求公平正義的實現的判決也不再是合法的判決。從憲法上的觀點言，憲法上的平等原則、法治國原則，要求法官應依法審判（憲法第80條），同時也要求法律（及其適用應具備）安定性、明確性。在制定法的層面，這也可能涉及到是否適用法規顯有誤、甚至判決理由與主文顯有矛盾（民事訴訟法第496條、行政訴訟法第237條）。妥當地運用法學方法，將有助於吾人有意識地檢驗所採取之觀點，有助於釐清上述制定法上判斷，促使吾人實現上述憲法上的基本價值，並至少間接地有助於公平正義的實現。

雖然對於向來所發展出來的法學方法、究竟對於勞動法規的適用（意即解釋*Auslegung*與續造*Rechtsfortbildung*），有何助益？不乏有持懷疑態度者²；蓋向來的法學方法主要是以有可適用的法條規定為探討的重點，然而由於在勞動法領域上，吾人所經常面對的是欠缺法律明文的狀態，而有待司法者另闢蹊徑、另行造法，因此向來的法學方法就未必能提供足夠的支持或反駁的觀點。對此，本文認為：上述懷疑的觀點或有所據，惟向來法學方法所發展出來的一些觀點，在許多情形仍然足以提供一合理的解答（或至少是解答的方向）；此外，在無法僅依向來法學方法獲得足夠明確的答案時，吾人所需者乃是另

¹ 對此扼要的說明，Raisch, *Juristische Methoden*, 1995, S. 147 ff; Rüthers, *Rechtstheorie*, 1999, S 369 ff; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 1985, S 44 ff.

² 相關討論，參閱Reuter, *Gibt es eine arbeitsrechtliche Methode? Ein Plädoyer für die Einheit der Rechtsprechung*, in F.S. für Hilger/Stumpf, 1983, S. 573 ff.

外尋找可靠的標準，以補充其不足之處。惟方法論的範圍甚廣，僅透過一篇論文並無法作全面性的引介。本文以下將從實用的觀點，以法律適用時應參考的觀點為主軸，評介德國法上普遍被接受的方法上的論述，並以我國勞動法上實例，說明其對勞動法上問題解決的可能貢獻（本文參一一六），之後並以對勞動法適用甚具實用價值的利益衡量、案例比較、價值判斷的形成等方法作為補充（本文參七）。

貳、法律適用時參考的觀點——一個概述

一般德文文獻提到現代法學方法的開端，多以Savigny為代表³。Savigny在1802/1803年開了法學方法論⁴的課程，之後歸納了下列四個法律適用上應參考的觀點：文法（grammatisch，與現今一般所稱文義的觀點相當）、歷史（historisch，探討立法當時立法者所企圖規範之對象的狀態及其企圖介入的方式）、邏輯（logisch，與現今一般所稱體系觀點下的上下文脈絡相當）、體系（systematisch，探討特定法律制度與其他法律制度共同構成整體法秩序的內在關聯，與現今所稱的內在體系相類似）。而現今論述法學方法的德文著作中的經典之作：Larenz的法學方法論⁵上，則是在此基礎之上，提出了以下五個觀點：文義（Der Wortsinn）、體系（包含所謂的外在與內在體系，Der Bedeutungszusammenhang）、立法機關之目的（立法者的意圖、目的與想像，Regelungsabsicht, Zwecke und

³ 例如Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 11 ff 即以此為該書第一部分：歷史—批判的論述的開始。

⁴ Mazzacane (Hg), Freidrich Carl von Savigny : Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842, 2004, S. 93 ff.

⁵ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 320 ff.