

國立政治大學法學叢書 68

勞動、社會與法

Labor, Society and Law

政治大學法學院
勞動法與社會法中心 編

國立政治大學法學院



在臺五十週年院慶



國立政治大學法學叢書 68

勞動、社會與法



政治大學法學院
勞動法與社會法中心 編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

勞動、社會與法／黃程貫等作；國立政治大學法學院
勞動法與社會法中心編輯.-- 初版.-- 臺北市：元照，
2011.05

面：公分.--（國立政治大學法學叢書；68）

部分內容為日、德文

ISBN 978-986-255-116-5（平裝）

1.勞動法規 2.社會福利法規 3.論述分析 4.文集

556.8407

100006834

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

國立政治大學法學叢書 68

勞動、社會與法

1D188PA

2011 年 5 月 初版第 1 刷

- 編者 國立政治大學法學院勞動法與社會法中心
- 作者 黃程貫、林佳和、劉士豪、董保華、村中孝史
Rüdiger Krause、Ji-Soon Park、郭明政、林永裕
林宏陽、邵惠玲、張桐銳、孫迺翊、張 巍
- 出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
- 網址 www.angle.com.tw
- 定價 新臺幣 450 元
- 專線 (02)2375-6688
- 傳真 (02)2331-8496
- 郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-116-5

院慶叢書 總序

政治大學法學院走過了半個世紀的歲月，在時代更迭之際即將度過五十歲生日。本叢書之出版，即係為祝賀政大法學院五十週年院慶。專書的出版恰可見證過去本院老師對社會議題的關切與努力。

質言之，法律本身是一門強調應用的學科，法律存在的意義就是為了解決社會發生的問題。然而要能妥適處理現實世界各種錯綜複雜的難題，勢必須有深入的分析研究，作為政策選擇背後的堅實依據。

本著這樣的初衷，政大法學院七大研究中心邀集76位教授，提筆撰寫103篇學術論文，將超過163萬字的研究成果集結成七冊專書，希望以專業所學回饋社會，共同實現法學院對國家的使命與承諾。

這套叢書從七個不同的法領域出發，切合社會時事並針對當代重要的新興議題，開展法學研究新頁。書中觀點勇於挑戰傳統概念，突破現行制度盲點與思想窠臼，彌平法律規範與社會生活事實間的落差，以符應快速變動中的社會需求，深刻關懷社會轉型期的弱勢保障。

此外，我們也期待藉由本叢書之出版，將我國之法學研究由傳統的單純比較法學，昇華至對全球化與本土化議題之高度關懷，展現作為法制繼受國家深刻的反思與自省，為未來社會之發展以及華人文化法系的創設，建構適切之法規秩序。

當然，法學院能有今日這般豐碩甜美的研究成果，必須感謝教育部頂尖大學計畫，讓我們能無後顧之憂追求知識份子治學淑世的理想，有計畫有系統的完成影響深遠的研究，為政治大學厚植學術能量真正邁向頂尖大學，更為國家奠基人文社會科學的軟實力。

政治大學法學院 院長

方嘉麟

2011年4月

序 文

今年是政治大學法學院五十週年院慶，勞動法暨社會法中心作為法學院下設之七大研究中心之一，此次特別蒐集整理本中心近年來之研究論文與學術研討會成果論文共十數篇，集結成冊出版作為院慶之獻禮。勞動法暨社會法中心之成立係法學院基於鼓勵並提升作為新生法域之勞動法與社會法的研究教學，同時也再度強調大學中的法學教育之不應純然為國家考試而服務，因而特別成立當時全國各大學中唯一的勞動法與社會法中心。在中心同仁持續不斷的努力下，本中心已成長為有四位專任教師的研究團隊（包括郭明政、孫迺翊、林佳和與黃程貫），每年除培養優秀同學畢業後進入司法界、企業界、行政機關中從事與勞動法、社會法相關之服務外，中心四位同仁亦不斷創作研究論文，並舉辦國際性與國內性學術研討活動，進而促進且增強本中心在國際上與國內之知名度及影響力。此次適逢法學院五十週年院慶，勞動法暨社會法中心獻上本書作為衷心誠意之賀禮，一方面見證本中心同仁們的努力辛勞，另一方面也期許大家繼續為法學院之成長與茁壯做出更大的貢獻！

政治大學法學院 特聘教授
政治大學法學院勞動法與社會法中心 主任

黃程貫

目 錄

院慶叢書總序

方嘉麟

序 文

黃程貫

勞動法

- 勞動基準法之公法性質與私法轉化…………… 黃程貫… 3
- 我國勞動訴訟之現狀與困境…………… 黃程貫… 31
- 勞動關係的公益與私益衝突？
——從德國勞工忠誠義務的演進軌跡談起…………… 林佳和… 53
- 民法典與部門民法的契合
——以勞動契約（合同）與僱傭契約（合同）
的關連為例…………… 劉士豪… 93
- 關於中國大陸《勞動合同法》定位的思考…………… 董保華… 147
- 労働訴訟と労使代表の関与…………… 村中孝史… 163
- Grundfragen einer Kodifizierung des
Arbeitsvertragsrechts aus deutscher
Perspektive…………… Rüdiger Krause… 181
- Befristungsgesetz und Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
in Korea und deren Reformsdiskussion…………… Ji-Soon Park… 219

社會法

- 重返福利國家——台灣勞保年金
及國民年金之立法與實施…………… 郭明政、林永裕、林宏陽… 245

- 憲法對視障者社會基本權之保障
——論釋字第649號解釋產生之憲法疑義
 與因應途徑 邵惠玲... 263
- 按摩業開放後之管制問題
——從大法官釋字第649號解釋談起 張桐銳... 285
- 我國身心障礙者職業促進措施法制初探
——以視障按摩業為中心 孫迺翊... 331
- 中國大陸盲人醫療按摩制度淺析 張 巍... 381

勞 動 法



- 勞動基準法之公法性質與私法轉化 黃程貫
- 我國勞動訴訟之現狀與困境 黃程貫
- 勞動關係的公益與私益衝突？
——從德國勞工忠誠義務的演進軌跡談起 林佳和
- 民法典與部門民法的契合
——以勞動契約（合同）與僱傭契約（合同）
的關連為例 劉士豪
- 關於中國大陸《勞動合同法》定位的思考 董保華
- 労働訴訟と労使代表の関与 村中孝史
- Grundfragen einer Kodifizierung des
Arbeitsvertragsrechts aus deutscher Perspektive Rüdiger Krause
- Befristungsgesetz und
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in Korea und
deren Reformsdiskussion Ji-Soon Park

勞動基準法之公法性質與私法轉化

黃程貫*

目 次

- | | |
|------------------------|------------------------------|
| 壹、問題之提出 | 一、公法性質勞動保護法對勞動契約關係之反射效力 |
| 貳、勞動法之體系分類 | 二、公法性質勞動保護法對勞動契約關係之直接的私法轉化效力 |
| 參、勞動基準法之定位為（公法性質）勞動保護法 | 伍、結 論 |
| 一、個別勞動法之主要內容 | |
| 二、勞動基準法之定性 | |
| 肆、公法性質勞動保護法與私法勞動契約之關係 | |

* 政治大學法學院教授。

壹、問題之提出

曾大力參與台灣勞動基準法制定之台灣勞動法學界權威教授陳繼盛先生針對勞動基準法之法的定性問題，曾提出其見解認為：勞動基準法在法的規定型態上，並非直接規定雇主與勞動者之權利義務關係，而係規定國家與雇主間之權利義務關係。因此，勞動基準法規定雇主應履行之義務，乃是以國家為權利人，而勞動者僅因其為雇主義務履行之對象而受益（按：亦即勞工只是國家公法規定之反射效力（Reflexwirkung）的受益人而已）。因此，雇主如不依勞動基準法之規定履行其義務時，其請求權利人是國家，而非勞動者；而國家為達成其強制的目的，則必定有罰則之規定。此乃因勞動基準法係國家與雇主間的權利義務關係之規範所使然¹。此一看法影響台灣甚鉅，且亦為不少學者所贊同，如黃越欽²、林振賢³等，儼然成為台灣之通說。惟依拙見，此等看法一來並未深究或清楚說明，到底所謂勞動基準法對個別勞工所產生之「反射效力」的內容為何？個別勞工在法律上根據勞動基準法之反射利益究竟能提出什麼樣的法律主張？此等問題在學理上一直未見有深入的探討；二來是勞動法學在台灣並非顯學，理論的探討與累積十分欠缺，故許多在國外早已成為共識通說之理論，在台灣常常根本未見有提出討論者，例如關於勞動基準法此類公法性質之勞動保護法規的直接私法轉化，而不再只是反射效力問題的討論，在德國即已有將近八十年的論述歷程⁴，

¹ 陳繼盛，對勞動基準法應有的基本認識，中央月刊，13卷7期。

² 黃越欽，勞動法新論，三版，頁279。

³ 林振賢，勞動基準法釋論，1995年，頁41。

⁴ 最早之重要文獻係 Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des

在今日德國早已無人採取所謂反射效力說，而是認為公法性質之勞動保護法規（如台灣之勞動基準法）直接就轉化成為私法勞動契約的內容。雖然台灣學術界與法院實務今日的做法也是如此，但一直未見有在基礎理論上建構其學理根據者，成為一種「只做不說」的現象，或說只是直覺地認為勞動基準法本來就該是直接成為個別勞動契約之內容，但在面對現代法治國之傳統上公私法分野時，卻又說不出一套理論來自圓其說。本文作者即希望針對此種對勞動基準法基礎理論論述貧乏的現象，提出一些學理上的說明，填補論理上的缺漏，盼能引出更多更為深入之研究。

本文以下僅先就勞動法之理論體系分類，指出勞動基準法應屬個別勞動法之範疇，再將之定性為主要是公法性質之勞動保護法規，接著論述公法性質勞動保護法規對勞動契約關係之反射效力，澄清其實際權利內容，然後再敘述公法性質勞動保護法之直接私法轉化為勞動契約內容，以及其實質之法律效力的內容。

貳、勞動法之體系分類

勞動法依其規範之內容，體系上應如何加以分類的問題，向有不同的看法，依據不同之標準，即會有不同之結論。若實務操作之方便性來分類，一般將勞動法令依其所指涉之主要內容，約大略分為五大部分：一為關於勞工與雇主間之法律關係的規範，亦即勞動契約與勞動關係法規；二為國家基於公共利益為保護勞工所制定之法律規範，亦即所謂勞動保護法規，或稱勞工保護法規；三為勞資團體相互間，以及關於該等團體之規範制定權限的

Reichsgerichts 1929, Bd. IV, S. 203 ff.; 更早之文獻可參考 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.

法律規範，此一部分之法規主要即是工會法、團體協約法、勞資爭議法規等；四為企業組織法；五為勞動訴訟法規⁵。

惟就勞動法學理上言之，學術界一般均係採所謂二分法，即將勞動法分為個別勞動法（Individualarbeitsrecht）、集體勞動法（das kollektive Arbeitsrecht）二者。另亦有少數學者採三分法者，即認為應另外將勞動保護法（Arbeitsschutzrecht，亦有論者稱之為勞工保護法，Arbeitnehmerschutzrecht⁶）與上述個別勞動法、集體勞動法二者並列為三⁷。採二分法之學者則是將前述之勞動保護法歸類為個別勞動法之一部分，不再將之視為獨立之分類⁸。

至於所謂（狹義的）個別勞動法乃是指規範個別勞工與雇主間法律關係之勞動法部分，尤其是指關於勞動關係之締結、內容、債務不履行、移轉、消滅等勞動契約上問題之法律⁹，例如勞動契約法、勞動基準法中關於勞動契約部分之規定等。而勞動保護法則是指基於保護勞工不受勞動生活、工作環境危險之危害的目的而訂定之制定法規範，例如工作場所之安全衛生與防護措施、設備的配置、工作時間之限制等勞動基準保護、童工、女工及殘障勞工之特別保護等均屬之，此等法規多係強行法。因其亦

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

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

⁷ Vgl. nur Söllner, Arbeitsrecht, §5 II; MünchArbR/Wlotzke, §206, Rn. 3 und 57 ff.

⁸ 在德國勞動法界中大部分論者均是採二分法，僅參見 Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, §6 III; Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 63; MünchArbR/Richardi, §7, Rn. 15.

⁹ Vgl. nur Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, J 1 3; Zöllner/Loritz, aaO., §6 III; Schmid, Arbeitsrecht, Einl. II 1.

同時構成勞動契約中雇主照顧保護義務之內容，故論者多將之歸為個別勞動法之領域。所謂集體勞動法則係指規範勞工團體與雇主或雇主團體相互間，以及此等團體與其所屬成員相互間法律關係之勞動法部分，包括同盟自由基本權（即我國俗稱之團結權、集體協商權、集體行動權或勞資爭議權等勞動三權）、工會法、團體協約法、勞資爭議法及其他有關勞工代表機關（如職工福利金委員會等）之法令¹⁰。

區分個別勞動法與集體勞動法二者之基本理念，主要乃是因為二者所規範之主體不同，且二者之法律形成方式亦不同：一、就所規範主體之不同而言，個別勞動法乃是以個別之勞工與雇主為主要規範重心，而集體勞動法則是以勞工之集體（*das Kollektiv*）與雇主及雇主之集體作為規範之重心。二、就法律形成方式之不同而言，勞動法中之勞動關係內容的形成，基本上有兩種主要方式，一為個別形成，亦即透過個別勞動契約，由個別勞工與雇主以契約合意之方式而形成具體勞動關係之內容，此係個別勞動法之範圍；另一種形成方式則為集體形成，此係基於第一種傳統上個別形成方式並無法保障其所形成之勞動關係內容的公平正義，故而產生；勞動關係之集體形成係透過勞工團體與雇主協商及爭議而形成其內容，此係集體勞動法之領域。前者之勞動關係內容形成權限係屬於個人，而後者，則屬於集體。

傳統上規範個別勞工與雇主間之法律關係者，主要係民法，尤其是契約法。民法契約基本觀念係以「個別契約」為其規範基本模式，依民法之基本假設，社會生活中之每個個人均係平等、均擁有對等力量，以與相對人訂定契約，追求本身之經濟目的、最大利益；但事實上，此一假設只係一種烏托邦，實際上，在勞

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

資關係中，資方擁有資本及生產資料，較之僅擁有勞動力且迫於生存不得不出賣其勞動力的勞工，資方永遠處於一種近乎「獨裁」的強勢地位。亦即，在締結勞動契約的過程中，契約內容的工資及其他勞動條件必然為具有強勢地位之資方所得片面指導形成，勞工迫於生存必然只有接受資方所決定之條件。在此種事實前提下所訂定之勞動契約固然形式上完全合於民法之規範，但其內容則係片面有利於資方，不具有民法所追求的衡平正義內容。

就歷史發展言之，勞動保護法是現代勞動法之最早的原始細胞¹¹。勞動法最早首先出現者，即是勞動保護法，再形成個別勞動法，其後因為作為勞動契約基礎之民法自由契約制度，在勞資雙方經濟上強弱勢力量差距太大的制度現實下，並無法有效保護勞工，為補救此種民法自由契約制度之缺失，唯有加強勞方於締約時的談判協商力量。亦即，僅擁有勞動力且不得不將之出賣的勞工，唯有透過結社方式組成工會並增強其力量，成為勞動市場上唯一的勞動力供應者，如此一來，始有可能與資方處於可資抗衡的地位而與資方談判協商工資及其他勞動條件，以求自保免於剝削。而透過此種團體方式協商締結的勞動條件，已超乎民法個別契約之基本模式，係一民法規範體系預設範圍外的一種「集體性契約」（*Kollektivverträge*，包括團體協約）。此種集體性契約之形成固係有如民法之契約，但當事人一方之勞方已非個別勞工而係勞工之結社團體（工會），且協商之成果的勞動條件適用於所有團體成員之個別勞工，其效力有如法律，位階高於個別契約但低於立法機關之制定法。此即形成集體勞動法中之工會法與團體協約法。

¹¹ Herschel, RdA 1978, 69.

勞資爭議因與團體協約制度具有功能上之必然關連性（作為勞方迫使資方進行有誠意之團體談判協商之武器）且因係勞工透過工會所為之集體性行動，故亦係屬於集體勞動法之一部，事屬自明，無庸贅言。

又，基於經濟民主理念，即全民民主理念落實於經濟領域之基本概念，每一企業場廠之所有員工應有權利共同參與討論，甚至決定其企業中所有涉及員工本身勞動條件之事項，故應令員工得組成勞資會議、工廠會議，以共同討論、決議勞動條件，此亦具有集體性，其位階亦高於個別勞動契約，亦屬集體勞動法之內容。

由上所述之歷史發展過程觀之，集體勞動法的產生是後於個別勞動法，且係作為修正、補救個別勞動法之不足而產生，目的仍在保護個別勞工。因此，集體勞動法之本質其實不過是一種手段，作為提升或確保個別勞動法之保障的一種手段。勞動法不是為了要集體而集體，集體本身不是目的，而是手段，是為了保護個人，故要集體。但因為在今日社會中，集體是作為一種為要有效保護個別勞工所不可或缺的唯一手段，故集體勞動法與個別勞動法已是密不可分、相輔相成，不可能一刀兩斷加以切割。所以個別勞動法與集體勞動法之分類與勞動法之歷史發展的原因並不符合。再者，此一個別與集體勞動法之分類與勞動生活之現實亦並不符合，蓋在勞動法實務中所發生之案件，常常不能歸類為單純個別勞動法問題或單純集體勞動法問題，而是二者相互交織夾雜，不能切割¹²。

¹² 依拙見，其實個別勞動法與集體勞動法的分類，並無歷史發展上之原因或是分類上之實質必要性，而純粹只是遷就學理上或教學上之方便而已。