

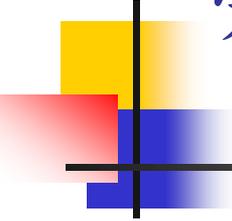
貿易自由化下勞動契約重要權利義務 注意事項

明理法律事務所

李瑞敏律師

勞動契約的意義

- 勞動契約→勞基法第二條第六款「謂約定勞雇關係之契約」
- 勞動契約意義→勞動契約為具有身分性質之契約，其勞務給付之義務，原則上係專屬於受僱勞工之義務，但經雇主同意，或習慣上允許他人代為勞動，或依勞動契約之性質，由他人代為勞動並無差異者，受僱勞工得使第三人代服勞務。(89台上1301)



勞動契約的性質

- 勞動契約是私法上之契約
- 勞動契約是有償契約
- 勞動契約是雙務契約
- 勞動契約是諾成契約
- 勞動契約為不要式契約
- 勞動契約為繼續性契約

勞動契約特性

- 勞動契約特性→勞工謂受雇主雇用從事工作獲致報酬者，勞工應具有人格從屬性、經濟從屬性與組織上從屬
- 亦即勞工受指揮監督、為他人提供勞務而或工資，具體判斷點：是否受懲戒、工作規則拘束、上下班打卡等
- 另外輔助判斷：勞健保、勞工退休金之提繳等

勞動契約之判決見解

- 最高法院81台上374判決：「一般學理上亦認勞動契約當事人之勞工，具有下列特徵：(一)人格從屬性，即受僱人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。(二)親自履行，不得使用代理人。(三)經濟上從屬性，即受僱人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動。(四)納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態。勞動契約之特徵，即在此從屬性。」

勞動契約與承攬契約(一)

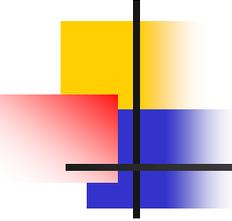
- 81台上2668：「按承攬與僱傭同屬於供給勞務之契約，惟前者仍以發生結果(工作之完成)為目的之契約，供給勞務不過為其手段而已；後者則以供給勞務本身為目的之契約，亦即除供給勞務外，並無其他目的。此為二者區別之所在。」
- 保險業務員→司法實務見解不一，北院有認為混合契約者(96勞訴173)

勞動契約與承攬契約(二)

- ◆ 南山人壽案(無底薪業務員)，北院多認不能因保險公司依據保險業務員管理規則訂定業務人員管理規定，即認具有指揮監督從屬關係，且被告並未要求原告上下班須打卡，又無固定之工作時間、地點，被告對原告之出勤並不予以考核，亦未限制原告執行招攬保險業務之方式及內容，原告可在保險法、保險業務員管理規則及被告制定之業務人員管理規定之規範下，自行裁量決定招攬保險之時間、地點及方式，原告非如機械般單純提供勞務，是兩造間之使用從屬及指揮監督關係甚薄，原告並非受僱被告依被告指示提供勞務(北院99勞訴26、52號判決等)。

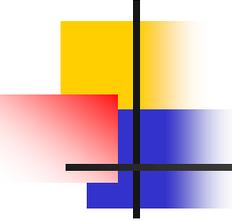
勞動契約與承攬契約(三)

- 上揭保險業務員法律關係，行政機關能否為不同認定(如勞退、勞保等)? 行政機關自有權限認定，請參最高行政法院89年度判字第1084號判決卻似乎採取了不同的見解，認為：「再勞僱雙方之僱傭關係固屬私法上之法律關係，惟本案原告所認僱傭關係之不存，係因其主張依勞動基準法第十二條終止契約行使合法之解僱權，則其究否係依該條規定合法行使，勞工行政主管機關本於法令賦予之權責，自應且本有權就構成要件事實是否該當予以認定並進而為用法之涵攝。」
- 最高行政法院對於無底薪業務員與保險公司間之契約屬性，其認定具有從屬性，而屬勞動契約關係。此請參最高行政法院100年度判字第2117號、2226號判決。



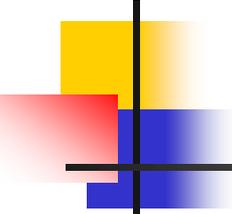
僱傭與承攬？

- 南山人壽例外地自居訴訟原告之身分，向無底薪業務員提出確認僱傭關係不存在訴訟，臺北地方法院100年度重勞訴字第17號判決以：「原告並未要求被告上下班須打卡，未就被告之出缺勤予以考核，被告得自行決定招攬對象、時間、地點及方式（招攬保險業務），並可依客戶之需求，於不固定之時間、場所與保戶洽談保險事宜等情，為被告所未爭執，此由系爭業務代表承攬合約第1條僅規定被告提供保險招攬服務項目，而未另就其等招攬保險之時間、地點、方式等項有所約定或限制亦明。堪認被告非機械化單純提供勞務，是兩造間之使用從屬及指揮監督關係甚薄，且由原告未對被告進行人事或行政上之管考（僅就被告招攬保險之業績為審核，以為調整報酬或傭金比例之依據），亦無懲戒處分權以觀，兩造間顯然欠缺人格上之從屬性。」等理由，判決主文「確認原告與被告間僱傭關係不存在。訴訟費用由被告負擔。」
- 其餘最近之業務員對雇主提告，例如臺北地院100勞訴字第152號（請求給付退休金）以及同院100勞簡上64號判決（請求未辦理勞保之損賠），均認非勞工身份而駁回原告之訴。100勞訴74為台灣人壽與業務員，亦認為承攬關係。



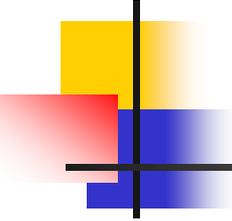
不能以論件計酬即謂承攬

- 臺北地院100勞訴84號判決：「承攬者，就兼職亦多無限制，再者，承攬者多自備工作所需工具；受僱者亦有自行配備工具者，是當事人間所存在之法律關係究係僱傭或承攬，不能以其外貌定之，須探究其契約之真正目的。」、「承攬之承攬人則需完成約定之工作，始得向定作人請求報酬，其工作能否完成，成本是否不超支等營業風險，由承攬人自行承擔，係基於為自己之計算而從事工作。易言之，就承攬與僱傭之區別，宜以經濟上之計算究係為何人從事、營業風險之負擔為何、及成本支出、盈利收入之歸屬等各方面綜合判斷之，如工作者係為己利益者，則為承攬契約，如係為他利益者，則為僱傭契約」、「…可知按件計酬與否固為僱傭關係抑或承攬關係之重要判斷標準，然絕非可以為雙方既然約定按件計酬則必屬承攬關係之認定，尚須觀察其勞務給付是屬於從屬性勞動抑或獨立勞動、是否屬一定期間之存續抑或僅為一次給付、是否須親自履行不得使用代理人等標準綜合判斷之。故被告徒以雙方係以論件計酬之方式計算酬勞應屬承攬關係云云置辯，自屬速斷，本院仍有針對兩造間權利義務關係詳加探究之必要」



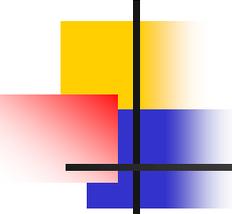
(承上頁)

- 前揭案例事實略為：原告XXX、XXX自94年3月起，斷斷續續在被告公司林口倉庫從事維修棧板之工作，論件計酬，至99年10月19日被告通知渠等無庸繼續維修棧板為止，原告乃要求被告給付 資遣費、預告工資、未投保勞健保及無法請領失業給付之損失等
- 法院理由：「何況，設若兩造為勞動契約關係，被告卻片面違背兩造約定，從未依法為渠等申報薪資所得、投保勞保及健保、提繳退休金等保障措施，原告豈可能隱忍長達 5 年餘而從不另覓他職？殊與常情有悖，適足推認原告至少已默示同意兩造依承攬關係互負權利義務。」、「是原告從事維修棧板之工作，須經被告現場主管驗收合格後，始按片數、種類核算薪酬，若仍有瑕疵而驗 收不合格，則原告須修復至完成為止，始能領取薪酬，故維 修工作能否完成、因此支出成本等風險，均由原告自行承擔」、「綜上可知，兩造之契約目的重在維修棧板工作之完成，被告對於原告之上、下班時間及勤缺毫無管考機制，兩造間不具人格從屬性之特徵」、「原告為被告維修棧板之工作既無證據證明需以『親自履行』為限，核與前揭最高法院所揭勞動契約之標準不合」



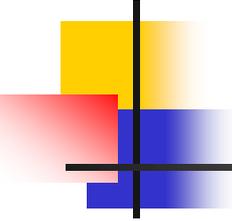
改任兼職故為承攬(一)？

- 台北地院101勞簡上字第4號判決案例，勞工係擔任廣告業務的工作，自87年11月起受僱，自94年7月1日起開始適用勞退新制；自96年3月1日起，改任兼職（雇主認為此時就變更為承攬法律關係），並由雇主辦理勞工保險及全民健康保險轉出申請。
- 法院判決認定雇主所核發的離職證明，記載被上訴人（按即勞工）於87年11月5日起至99年8月31日間，受僱於上訴人公司，並未以96年3月1日區分兩造間有僱傭關係與承攬關係，顯見上訴人辯解96年3月1日以後為承攬關係云云，尚與其所開立之在職證明書不符。



(續)

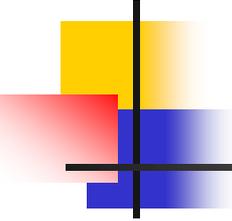
- 另外法院再認定前述96年3月1日以後的兼任期間，被上訴人(勞工)向客戶招攬廣告刊登時，關於客戶委託攝影之對象、費用支付之方式，須遵守上訴人之規定，超過一定之金額時，更須向上訴人公司總經理報備，是被上訴人於向客戶招攬廣告時顯然須服從上訴人之指揮、監督，兩者之間應有人格從屬性。且另外，觀諸上訴人標題為『Re：T0：正宗-有關HOFEX 訂櫃子的事宜-淑婷』之電子信件『淑婷：附件有個圖，是廠商自己畫的，要請你幫忙訂……』之記載，益徵被上訴人與同僚間有分工合作狀態，而被納入上訴人之組織體系等情，足認兩造間具有經濟上及組織上之從屬性，顯見被上訴人主張兩造間為僱傭關係，且僱傭期間為87年11月5日至99年8月31日止，自屬有據。
- 最後之打卡部分，法院認為：至上訴人另抗辯被上訴人無須打卡、無須請假，上訴人對其無指揮監督權云云。然查，雇主是否規範員工上下班時須打卡、須否每日到辦公室上班，及如何請假，均僅為各公司內部管考之方式，各公司自可採行其認為妥當之方式管理其員工；又同一公司之員工間亦無必一體適用同一制度之情況，是尚無法以是否打卡等情認定被上訴人與上訴人間是否有僱傭關係存在。



雖名為承攬，實則為僱傭

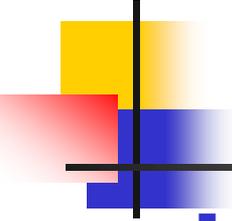
- 台北地院99勞簡上93號判決：「至判斷之依據應以義務實際給付情形著眼，而非以其契約名稱，復因判斷是否為勞動契約應斟酌前開各因素，若各該勞動契約之因素不能兼而有之，應以義務提供之整體為判斷，縱部分因素有微不足道之偏離，仍不影響其為勞動契約之認定。又以勞務提供為給付內容之契約，若具備前開從屬性之要件，即屬勞基法第2條第6款規定之勞動契約，無論該契約性質係符合民法之委任、僱傭或承攬契約。」

」



(續)

- 具體判斷，法院認為：「查兩造雖於95年5月5日係簽立名為承攬之系爭合約…。惟依系爭合約第4條、第5條、第6條分別約定：「乙方（即勞工）每日至少應接受指派10小時以上。」、「（一）依公司規定休、例假。…（四）乙方因婚喪疾病或其他正當事由請假，應於事前提附有關證明文件，親自以書面敘明請假理由及日數；但遇有疾病或緊急事故，得委託他人代辦請假手續。此外，請假須先請示負責單位並覓妥業務代理人。…」、「..（二）乙方的業務承攬配合事項：1. 遵守公司各項管理規章與作業守則。2. 出勤應不遲到、早退或無故缺席。..（三）甲方（即公司）可依乙方之業務狀況並視其能力及需求，指派或輪調出勤時間。」。又被告所公告之『推拿師承攬注意事項』明確規定，推拿師之每日工作時數10小時，星期六、日為12小時、依各會館班別規定時間內上班、應忠勤職守、遵奉本公司一切規章，服從各級主管人員之合理指揮，不得敷衍塞責、且就推拿師之班別規劃、營業項目、任用資格、可享有之請假、休假日數及相關注意事項、留職停薪、排班、跳班、離職交接手續及懲處、考核等均有規範；

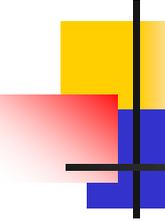


(承上頁)

- 再被告所公告之『技術人員服務作業規章』亦明確規定，推拿師提供消費者服務之服務禮節、服務作業、腳底按摩及經脈與油推拿服務應注意事項、服務流程、服務規範、環境維護、生活規範、休息室規範，此外，上訴人自承被上訴人須遵守上開各管理規章，如有違反，則予以扣薪，且每日上班須打卡，任職期間不可在外兼差，足見被上訴人須接受上訴人指派之工作，並依上訴人指定之工作時間、地點提供勞務及接受上訴人之指揮監督甚為明確。上訴人既可透過與被上訴人間之系爭合約關係，決定被上訴人勞務義務之給付地點、時間及給付量、勞動過程等，被上訴人如有違反，上訴人復有權加以懲戒；而被上訴人復須依上訴人安排之班別上班，不得自行調整，及須依上訴人所授權之營業項目提供勞務，不得執行未經授權之服務項目，顯對於自己之作息時間不能自行支配及決定勞務給付之具體詳細內容，自具備前開勞動契約之人格從屬性」
- 又被上訴人之工資計付方式，雖以其營業收入抽成而定。然此僅是上訴人計付被上訴人工資之方式，上訴人在被上訴人提供勞務之過程中既擁有廣泛具體指示權，自不能僅以工資計付方式即認定契約關係係重在工作完成，而非勞務提供之過程。

勞動契約與委任契約(一)

- 勞動契約與委任契約之區分，最高法院實務見解以是否具備公司法委任經理人要件作為區別標準。
- 例83台上72號判決：「按經理人與公司間為委任關係，此觀公司法第二十九條第二項『經理人之委任』之規定即明。而勞動基準法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，與委任契約之受僱人，以處理一定目的之事務，具有獨立裁量性有別。」



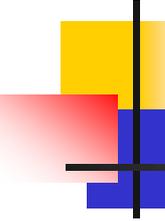
勞動契約與委任契約(二)

- 高院88勞上8判決：「是否為勞基法上之勞工，並非以職稱為依據，而是以公司負責人對經理，就事務之處理，是否具有使用從屬與指揮命令之性質，以及經理是否實際參與生產業務、負責事業之經營為論斷。」
- 委任之目的，在一定事務之處理，受任人有自由裁量權，決定處理一定事情之方法。

勞動契約與委任契約(三)

- 勞工高升為委任經理人，幸或不幸？

板院92勞訴5：「關於勞工因升任其職務，例如經理乙職，其與雇主間之契約屬委任關係時，原勞動契約之效力如何？勞工被雇主任命不具使用上從屬關係而具有委任關係之職務時，當事人間已默示訂定一委任契約，而原勞動契約因終止而終局消滅，當事人間只存在一不可割裂且亦未被割裂之統一的、一體的委任契約關係。當事人如欲令其勞動契約例外地繼續存在(以暫時中止之狀態)，則應有特別之合意，始得承認之，蓋此時勞工乃是被升職，且進入資方之領導階層，享有廣泛的決定權限。原勞動關係之消滅通常亦不至於造成勞工之經濟上不利益，因為報酬通常會作有利於受僱人之變動，甚至大幅提升。」



勞動契約與委任契約(四)

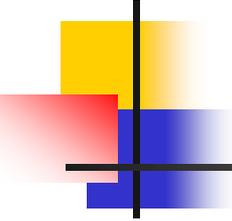
- 不同見解→高雄地院(95勞訴68)：「若其係由一般勞工而升任至該地位，則其原有之僱傭契約於存續期間即因發生契約內容之更改，此時應非得逕認其間之關係即已因此之變更而立為終止，其勞動關係於此時究竟係終局消滅抑或為繼續存在而僅係暫時中止，應對當事人之真意進行合理且合於勞工長期利益保護之解釋以為確定，否則雇主如欲規避終止保護法規之限制……。」

勞動契約與委任契約(五)

- ◆ 若勞工同時具有董事身份？例如勞工董事，能否為上揭退休金給付？再或成立財團法人之福委會擁有公司股票，例如大同公司職福會，此時若勞工同時受福委會指派擔任法人代表之董事，則勞工能否退休？**雙重法律關係存在？！**
- ◆ 發文單位：行政院勞工委員會
- ◆ 發文字號：(83)台勞動一字第34178號
- ◆ 發文日期：民國 83 年 5 月 9 日
- ◆ 要 旨：董事之退休金不得自勞工退休準備金中發給
- ◆ 全文內容：查依公司法第一九二條規定，公司與董事之間為委任關係，此與勞動基準所稱受雇主僱用之勞工不同，而該法退休金給付之對象為勞工，故董事之退休金應依渠與公司約定辦理，不得自依該法所提撥之勞工退休準備金中發給。

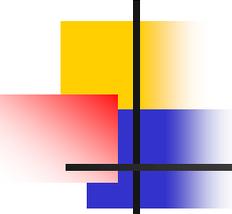
勞動契約與委任契約(六)

- 勞僱或委任關係應以契約之實質關係為斷。最高法院100年台上字第1295號判決要旨明確指出：「又兩造間契約究屬僱傭契約或委任契約，應以契約之實質關係為斷。被上訴人於終止契約後，雖曾發給上訴人資遣費及預告工資，並向主管機關新竹縣政府通報資遣上訴人及參與上訴人向新竹縣政府申請之勞資爭議協調，且以存證信函向上訴人表示係依勞基法規定資遣，然此均不影響兩造間係屬委任契約之性質。上訴人以被上訴人參與勞資調解及寄發予上訴人之存證信函均表示被上訴人係資遣上訴人並曾以發函向新竹縣政府核備已資遣上訴人等情，主張兩造間之契約為僱傭關係，顯屬誤解，而不可採。兩造間之委任契約既已終止，上訴人請求被上訴人給付終止後之薪資四十八萬元本息，並自九十七年四月一日起按月給付上訴人十二萬元，即屬無據，不應准許。綜上所述，上訴人主張兩造間之契約屬僱傭契約，被上訴人違反勞基法之規定予以資遣，為不可採」



委任？僱傭？

- 同時身兼公司創立股東之案例(板橋地院100勞訴16號判決、高等法院100勞上86號判決均認定為委任關係)
- 案例事實略為：公司成立於97年5月13日，上訴人(勞工)為創辦人之一，為公司之股東，並於任職1年後即98年6月30日起擔任公司之董事，任職時負責公司擔任機械研發工作，離職前職稱為研發部副理，自97年7、8月間起至97年12月止，每月薪資為42,000元；自98年1月起至98年12月止，每月薪資為5萬元；自99年1月後，每月薪資為52,500元。另上訴人(勞工)有參與被上訴人(公司)向中山科學研究院承攬之系爭專案，被上訴人以上訴人負責之系爭專案進度嚴重落後，無法順利出貨，且致廠商浮報貨款，而於99年7月19日以口頭解雇上訴人，再於99年7月30日、31日分別向公司各部門、相關廠商、單位公告解雇上訴人，並自99年7月31日生效。

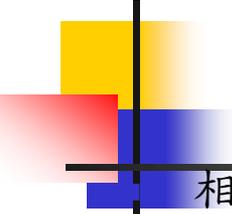


(續)

- 高等法院判決認為：「苟上訴人僅係單純勞工或掛名之董事，則公司盈虧與之無涉，被上訴人之法定代理人謝禎鋒又豈會告知『5年免營所稅之新方案』？上訴人又豈有於被上訴人簽發之票據上覆核蓋章之權限？凡此均與一般單純受僱之勞工或掛名之董事有所不同。是上訴人自97年5月任職被上訴人起，同時兼具股東身分，且與其他公司創始股東參與公司決策、財務控管，其後並擔任公司董事，自非單純掛名董事或勞工。」、「…，是上開證人證詞與被上訴人之公司組織架構、上訴人參與會議決定公司經營、薪資，並於支票蓋章覆核等情相符，足堪採信。是上訴人不僅為被上訴人之股東，參與公司之經營與決策，面試新進人員，其在公司之身分、地位、待遇亦與一般之員工不同，其後復擔任公司之董事，是被上訴人辯稱兩造間為委任關係，並非僱傭關係一節，即信而有徵。」

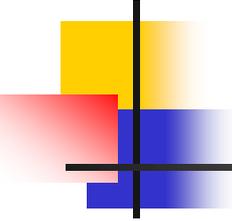
(承上頁)

- 再檢視兩造間之契約性質：(1)人格上從屬性：任用方式：…核與一般員工經由面試程序而錄用者不同。勞務給付內容：…是上訴人得自由決定工作時間、工作進度，就其自行負責之專案，並不受被上訴人負責人謝禎鋒之指揮監督，再依據被上訴人提出之公司組織圖所示，上訴人下轄工程師2名、現場師傅與現場人員各1名，是上訴人負責指揮監督下屬工作，此與單純受僱之勞工有別。請假程序：上訴人如為半天之短期請假，僅需以口頭向經理或其他副理告知，工作時間與其他員工相比較為彈性，與勞工請假一律須填寫假單者亦不同。是否適用工作規則：上訴人雖簽收被上訴人以電子郵件發送之工作規則，但上訴人並不適用被上訴人之工作規則，業經證人洪茂森證述如前是上訴人與其他一般員工須適用工作規則之情形亦不同。(2)經濟上從屬性：上訴人為公司股東之一，…且共享公司之盈虧，已如前述，上訴人係為自己而從事營業勞動，得以就其負責之專案範圍內，具有指揮性、計劃性或創作性方法指揮所屬之現場工程師、現場人員，上訴人非從屬於他人而為勞動。且被上訴人抗辯上訴人之薪資為52,500元，與被上訴人副理級以上之薪資大致



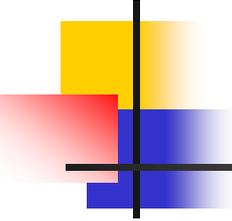
(續)

相同，一般員工薪資僅2至4萬元等情，亦為上訴人所不爭，故上訴人與其他副理同屬被上訴人之領導階級，與一般員工受領薪資之金額相差甚大。又上訴人既負責專案之工作內容，屬於責任制，其薪資已高於其他員工，而經、副理級之人員約定不得請領加班費，業據證人洪茂森證述如前，是上訴人與其他一般員工得請領加班費之情形亦不相同。(3)組織上從屬性：上訴人得以面試、晉用新進人員，並與其他副理之人員共同決定員工之薪資，獨立負責系爭專案之規劃與進行，對於公司之專案，均有決策參與權，屬於責任制人員，亦與單純受僱之工程師、現場師傅、現場人員等有別。(4)小結，依上開兩造間之契約性質觀之，與勞動契約之從屬性勞務關係之特徵未符，是上訴人主張為僱傭關係云云，尚非可採。6. 上訴人再主張其上下班須打卡，與其他員工須打卡情形相同云云，惟被上訴人公司包括法定代理人謝禎鋒在內，均須打卡，且遲到者均須扣款，充作福利金等情，此有被上訴人所提之謝禎鋒薪資表可參，為上訴人所不爭，故尚難以上訴人上下班是否須要打卡，作為兩造屬於僱傭關係之憑據。又委任契約非以書面契約為必要，是兩造間縱使未另行簽署書面之委任契約，並無礙於兩造之契約性質之認定。



承攬、僱傭與委任等爭執實益

- 一、現況法律關係之雇主義務確認，例如南山人壽案確認雇主責任為何，有無提繳勞退義務、發生職災又如何等。
- 二、終止保護問題，一旦認定非屬勞工，即無勞基法之終止保護適用。
- 三、退休金爭議，任職多年，早年開始受僱之年資如何？現任職務是否非勞工身分等。

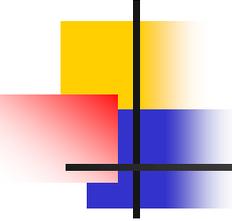


契約成立與生效時點

- 勞工首日上班即發生車禍，雇主是否應負值災責任？
- 勞工保險可追溯投保
- 契約成立與生效時點？

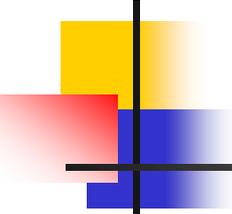
這個問題其實邱駿彥老師以前的文章有詳細討論過。他援引日本學說，認為勞動契約固然在勞工到職前業已為「承諾」的意思表示（簽署各種誓約書、承諾書、同意書等），而告「成立」，但是否同時「生效」則有兩種見解：

- 一、採「就勞始期說」者，認為勞動契約於勞工對雇主之錄用通知為承諾之意思表示成立並同時生效，到職日只是「開始就勞」（開始工作）之始期耳。依此說，勞動契約於「成立」時即同步生效，到職日只是勞工開始上班的「就勞始期」而已。



(承上頁)

- 二、採「效力始期說」者則認為勞動契約固然於求職者（勞工）對雇主之錄用通知為承諾時即告成立，但因附效力始期故並未同時生效，需於勞工到職開始服勞務「始期」屆至，勞動契約才開始生效（我國民法第一〇二條第一項規定：『附始期之法律行為，於期限屆至時，發生其效力。』可資參照）。
- 以上兩說係根據日本的學說加以改寫。蓋日本通說係採內定通知承諾書，於雇主通知錄用當時，勞動契約即告成立。與我國通說採內定通知要約說，認為雇主之錄用通知僅是「要約」，必也勞工再為「承諾」，勞動契約才告成立。



(續)

- 至於「就勞始期說」與「效力始期說」兩者孰為正確，個人淺見以為應回歸民法總則有關法律行為的成立要件與生效要件來觀察。依通說法律行為的成立要件為：當事人、標的、意思表示（一般成立要件），有這三者，法律行為即告「成立」。
- 一般生效要件則為：1. 當事人需有行為能力。2. 標的需合法、確定、可能。3. 意思表示需健全。以上三者具備，法律行為即告「生效」。
- 至於附期限、附條件則屬法律行為的「特別生效要件」，當事人間之意思表示如附有期限、條件，則待期限屆至（始期）、條件成就才告生效。最典型的事例為「遺囑」，立遺囑後即告「成立」但必代立遺囑人死亡，遺囑始告「生效」。
- 回到本題。應採「就勞始期」說，勞動契約於成立時即同步生效，蓋一般生效要件已同時具備矣。除非當事人有非常明確的約定表示須待勞工實際到職服勞務，勞動契約才告生效，這時因法律行為明確的附有「期限」，則例外採「效力始期」說，待勞工到職，勞動契約才「生效」。

應徵工作中之雇主締約過失(一)

- 勞工應徵工作不獲雇主錄用向雇主索賠判決。
- 評析：這是勞動法上比較少見的案例類型，涉及的是締約過程中的責任問題。國內勞動法文獻討論勞動契約之終止問題者為數不少，但相對於此，對於勞動契約締結階段的問題，則似乎比較欠缺可供參考之文獻。本則判決涉及的則是締約前階段「交涉」過程中的責任問題。希望這些案例的提出能讓我們更有問題意識，從而不要忽略在勞動契約交涉、締結階段所可能產生的權利義務關係或賠償責任問題。

應徵工作中之雇主締約過失(二)

- 高院96年上易字第334號判決要旨：「（一）、按契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有顯然違反誠實及信用方法者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任，民法第245條之1第1項第3款固有明文。惟此係指當事人為訂立契約而進行準備或商議，即已建立特殊信賴關係，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害時，始有此條項規定適用之餘地。」

應徵工作中之雇主締約過失(三)

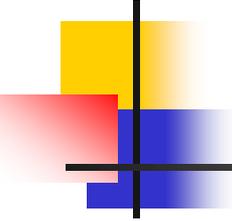
- (二)、查，上訴人（按即勞方）雖通過被上訴人（按即雇主）培訓機師之筆試、英文面試，然因上訴人經航醫中心檢查其為B肝帶原者/肝功能異常，經被上訴人綜合考量後未予錄取其成為培訓機師之資格，足見上訴人尚未通過航醫中心之體檢程序及是否符合被上訴人需求之階段，故此時兩造間顯尚未達到簽訂勞動契約前之「特殊信賴關係」階段甚明。故兩造既尚未進入締約前之準備或磋商階段，則被上訴人參酌上訴人並未通過航醫中心之複檢結果，及綜合考量公司需求等因素後，未予錄取上訴人為培訓機師資格，自無何締約前之過失責任可言。

應徵工作中之雇主締約過失(四)

- (三)、未按「人民之工作權應予保障」，固為憲法第15條所明定，惟雇主之經營自由權亦屬憲法第15條財產權涵蓋範圍內，與工作權同列憲法第15條保障。被上訴人基於機師行業的特殊性、飛航安全，以及對於培訓機師提供無庸對價關係之鉅額投資成本，而對於培訓機師之體檢設定較高標準，並無不當。上訴人主張：被上訴人以綜合考量未達其錄取標準為由，拒絕錄取，違反就業服務法第4條、第5條關於保護他人之法律，致生損害於伊，亦不可採。」

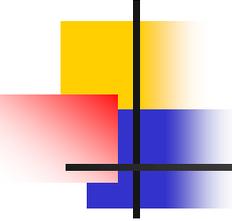
派遣女被炒「無關裙短」 二審 逆轉敗

- 2012-09-08 01:38 中國時報 【王己由／台北報導】
- 趙姓女子前年經「一〇四人力資源顧問公司」派遣到台灣微軟公司服務，去年控訴被以「裙子太短」為由遭提前解雇，她認為解雇違法，狀告人力公司求償薪資，並要求回復工作。北院簡易庭一審判趙女勝訴，案由台北地院勞工法庭審理後，昨日改判趙女敗訴確定。
- 一〇四人力公司昨日表示，因微軟一名資深業務經理患病，才請該公司派遣人力支援，後來這名經理需延長治療，微軟決定招募正式員工，才資遣趙女。本案自始至終都是依勞基法規定處理，和趙女控訴因穿著遭解雇無關，欣慰法官逆轉改判該公司勝訴
- 北院合議庭認為，人力派遣業務和派遣勞工，屬不定期勞動契約，法律並無明文禁止不能提前終止勞動契約，且台灣微軟已事先告知，並給付資遣費和預告工資，雙方的勞動派遣契約，已在達成定期性特定工作目的下終止，改判她敗訴確定。



勞動派遣屬特定性契約？

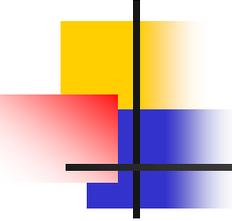
- 臺灣臺北地方法院100年度勞簡上字第69號判決要旨：勞動派遣契約之性質，實乃約定以被上訴人（按指派遣勞工）從事要派企業服務需求之特定性工作為內容之定期契約，亦即以完成特定要派企業之派遣服務需求作為兩造間勞動派遣契約之目的，依勞基法第9條之規定，該特定性工作完成後，兩造間之勞動派遣契約即因經濟目的已達而告終止。



行政機關不同見解

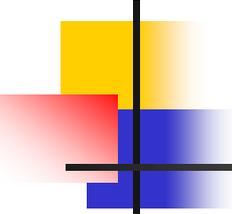
- 勞委會98年4月14日函釋：

「一、有繼續性工作應為不定期契約，勞動基準法第9條第1項定有明文。凡以人力派遣為主要經濟活動者係屬人力供應業，自87年4月1日起適用勞動基準法；人力派遣業者僱用勞工從事經常性工作，不得配合客戶需求，與所僱勞工簽訂定期契約。違反上開規定者，應依第79條第1項第1款規定處罰。二、派遣人力使用單位與人力派遣業者終止服務關係，不影響派遣勞工於人力派遣業工作之受僱者權益；人力派遣業者與派遣勞工終止勞動契約，仍應依勞動基準法相關規定辦理。」



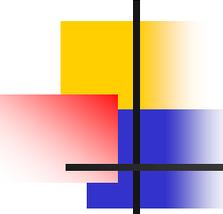
行政法院亦認可不定期

- 最高行政法院101判字203號判決指出：「…而人力派遣業者之主要經濟活動（意即經常性業務或經濟活動）為人力派遣，若其僱用派遣勞工從事經常性工作（意即業務性質有持續性，而非臨時性、短期性、季節性之暫時需要或基於特定目的始有需要之工作）者，既屬上揭規定之有繼續性工作，則應與所僱派遣勞工簽訂不定期契約，倘配合要派客戶需求，與所僱派遣勞工簽訂定期契約而違反規定者，即應依法處罰等意旨，俾人力派遣業者確實遵行上揭規定，以保障所僱派遣勞工權益，自無上訴意旨主張之牴觸勞動基準法、違反法律優位與法律保留原則之情事。」



常見勞資爭議類型

- 一、工資與工時相關
 - (一)短付加班費
 - (二)應休未休特別休假工資
 - (三)非法減薪或扣薪
- 二、終止契約相關類型：非法解僱或資遣
- 三、非法調職
- 四、訴請資遣費(含行使勞基法第十四條)
- 五、職災補償(略)



加班時數之舉證

1、出勤簿卡之保存期限。

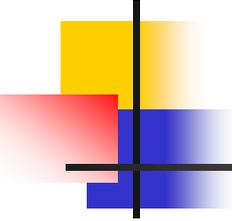
勞基法第三十條第五項規定：「雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡，逐日記載勞工出勤情形。此項簿卡應保存一年。」

2、僱用勞工名冊之保存期限。

勞退條例第二十一條第二項：「雇主應置備僱用勞工名冊，其內容應包括勞工到職、離職、出勤工作紀錄、工資、每月提繳紀錄及相關資料。」勞退條例施行細則第三十條後段規定：「雇主依本條例第二十一條第二項所置備之僱用勞工名冊，由雇主或事業單位保存至勞工離職之日起五年止

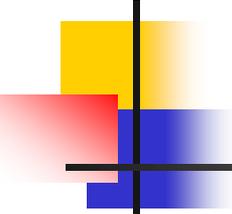
加班費請求權時效為五年

臺灣板橋地方法院民事判決九十二年度勞簡上字第四號判決認為：「本件兩造關於僱傭報酬之給付期限，係約定每月定期給付，有卷附薪資總表可稽，張00對此亦不加以爭執，而張文旺請求之延長工時工資，核其性質仍屬張文旺所應受領之僱傭報酬之一部分，係附隨每月薪資發放，其每月受領薪資時，即可得知其債權是否受到清償，而可早日請求統聯公司履行，故其消滅時效應為五年。」



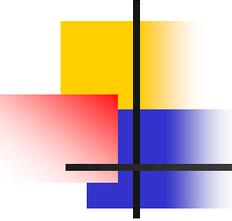
加班費訴訟爭議所在

- 通常爭點所在：
 - 一、工作規則得否明定加班需先經申請獲准或事後以補休代替加班費之發給？
 - 二、何謂工時？待命時間？備勤時間？候傳時間？值班時間？
 - 三、加班時數之舉證(若無設置出勤記錄者)與加班費之計算
 - 四、責任制—勞基法第84-1條三大要件



雇主片面違法減薪

- 勞基法第二十二條前段規定，工資全額給付原則
- 雇主未依勞動契約給付工資，勞工如何救濟？
 - (一) 行政救濟：勞基法第二十七條規定，申請主管機關核發限期給付命令。雇主違反二十七條規定，依勞基法第七十九條第二項規定處二萬以上三十萬以下罰鍰。
 - (二) 司法救濟：
 - 1、提起給付薪資訴訟（勞工將面臨一邊訴訟一邊任職窘境）
 - 2、依勞基法第十四條第一項第五、六款規定，主張終止勞動契約而請求資遣費，惟需注意第六款規定有同條第二項三十日除斥期間規定之適用



應休未休特別休假工資

- 一、終止契約當年度應休未休特別休假工資須否給付予勞工？
- 二、歷年來之應休未休特別休假工資給付(工資有五年時效)？
- 三、特別休假是否應計入平均工資範疇？

颱風(豪雨)假之出勤與工資

鑑於勞雇雙方均有對於天然災害發生時勞工之出勤應作更明確規範之建議，勞委會業於98年6月19日發布「天然災害發生事業單位勞工出勤管理及工資給付要點」，明定包括颱風等天然災害發生時，如工作地、居住地或上班必經途中任一轄區首長已通告各機關停止上班，出勤有安全上的疑慮，勞工可不出勤。但因業務性質需要，需特定勞工照常出勤者，應由勞雇雙方於事前約定；有工會者，應徵得工會同意，無工會者，應經勞資會議同意。

勞工因天災致未出勤，與勞動基準法有關「放假」的目的及概念不同，亦難歸責於雇主，依法並無照給工資之義務。然雇主本應照扶勞工，本要點建議宜不扣發工資。另勞工因天然災害致未出勤，亦非可歸責於勞工，雇主不得視為曠工、遲到或強迫勞工以事假或其他假別處理，且不得強迫勞工補行工作、扣發全勤獎金、解僱或為其他不利之處分。至於當日工資宜不扣發。

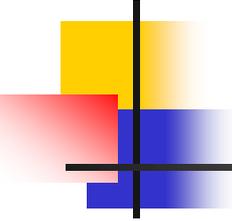
工資與同時履行抗辯(一)

- 雇主積欠工資勞工可否主張同時履行抗辯拒絕給付勞務？
- 肯定說：北院88勞訴103判決：「僱傭契約屬雙務契約，受僱人服勞務之義務，與雇用人給付報酬之義務，屬對待給付關係。又按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，民法第二百六十四條第一項前段定有明文。於繼續性之僱傭契約，雇用人於受領受僱人之勞務給付後，無正當理由而不給付報酬者，受僱人以雇用人已不足信賴，其有不能受對待給付之虞，為維護自身之利益而拒絕履行嗣後之勞務給付義務，衡諸誠實信用原則及類推適用上開同時履行抗辯權之規定，自難謂為不當。
- 否定說(多數實務見解)：高院89勞上22判決：「被上訴人(按指勞工)復主張：上訴人(按指雇主)積欠二月份薪資，渠等未提供勞務，係行使同時履行抗辯權等語。然查上訴人之積欠二月份薪資係屬過去之事實，核與其所應履行之提供勞務係兩事，不得作為同時履行抗辯之理由，被上訴人前開主張，自非可採。(最高法院九十一年度台上字第二五九〇號判決維持)

工資與同時履行抗辯(二)

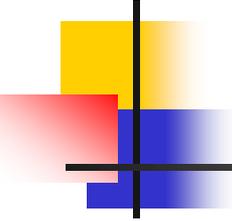
- 勞工離職未辦交接雇主可否行使同時履行抗辯權拒發工資？
- 就此一問題，台灣高等法院八十六年度勞上易字第一號判決認為：「勞工於離職後有無辦理移交或離職手續，尚難認基於勞動契約之權利義務，上訴人公司（按指雇主）以被上訴人（按指勞工）尚未辦理移交或離職手續而行使同時履行抗辯權，拒絕被上訴人請求給付薪資報酬，尚非可採

。 」



受領資遣費等於合意終止？

- 雇主解僱無效但勞工受領資遣費是否構成「合意終止」？
- 最高法院86年度台上字第3300號判決要旨：「契約之合意解除為契約行為；法定解除則為單獨行為，其發生效力與否，端視有無法定解除原因之存在，既無待他方當事人之承諾，更不因他方當事人之同意或不反對而成為合意解除。」



合意終止肯定說

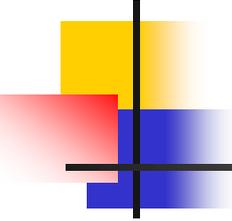
- 雇主資遣勞工雖不符合勞基法第11條要件，但交付資遣費支票予勞工，應解為係向勞工為資遣之要約。勞工於收受該資遣費支票後，並未為反對之意思表示，且將資遣費支票提示兌現，實行其因契約所得權利之行為，可認為勞工之意思實現已有承諾之事實，勞資間之僱傭關係即因合意資遣而終止（最高法院88年台上字第1773號判決參照）。
- 長榮航空資遣案台灣高等法院93年勞上字第28號及93年重勞上字第7號兩則判決判認長榮航空雖不符合勞基法第11條資遣要件，但因空服員業已受領資遣費，故認兩造已合意終止勞動契約。

合意終止否定說（多數說見解）

- 按勞工通常之經濟地位遠遜於雇主，而屬受薪階級，衡諸一般常情，其等家庭日常開銷泰半靠薪水支用。驟逢雇主資遣解職之巨變，依恃頓失。則受領雇主交付（或寄交）之資遣費支票並予以提示兌現，要為解燃眉之急，以濟生活之資而已，故不能謂其已有終止與雇主間勞動契約之意思。要非如此，則雇主可完全不依勞基法第11條之規範，不附任何理由，只要提出預告工資、資遣費，勞工或迫於無奈接受，即發生合意或同意終止之效果；勞工不接受，除非有抵禦抗衡之資財，否則將危及生存之憑藉，焉有不是理？況如肯定說解釋，亦遠悖於勞基法保護勞工權益之立法目的。故不能因勞工受領資遣費即解為已發生合意或同意終止之效果。（台灣高等法院93年勞上字第31號判決、93年勞上易字第76號判決等參照）。
- 長榮航空兩案最高法院均已廢棄二審「合意資遣」見解之判決確定。（最高法院98年台上字第503號裁定、98年台上字第368號判決等參照）

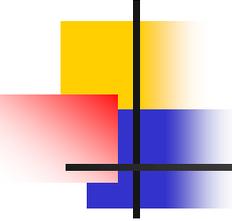
訴訟中有關勞退新制提繳之請求

- 勞工保險條例第72條第1項後段規定：「勞工因此所受之損失，並應由投保單位依本條例規定之給付標準賠償之。」（未辦理投保手續）；另短保部分則為同條第2項後段規定。**適用情形：違法解僱訴訟期間內產生勞保給付事由**（就業保險法38條有類似規定。）
- 勞工退休金條例第31條：「雇主未依本條例之規定按月提繳或足額提繳勞工退休金，致勞工受有損害者，勞工得向雇主請求損害賠償。前項請求權，自勞工離職時起，因五年間不行使而消滅」
- 違法解僱訴訟中，勞工原則上不能直接依上揭規定請求賠償「損害」（除非已符合請領條件）。只能請求雇主訴訟期間亦應按月提繳6%退休金，聲明可參臺灣士林地院98重勞訴12號判決主文「被告應將新臺幣xx元存入原告於勞工保險局設立之勞工退休金專戶。並自民國xx年x月x日起至原告復職之日止，按月提撥退休準備金新臺幣xx元，存入原告於勞工保險局設立之勞工退休金專戶。」（臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會民事第十四號提案問題（二）決議意旨）



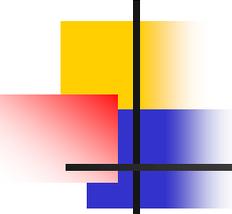
調職的原因

- (一)、經營必須型之調職。
- (二)、迴避資遣型之調職。
- (三)、懲戒型調職。
- (四)、女工妊娠期間之調職。(勞基法第五十一條)
- (五)、因健康檢查結果之調職。(勞工安全衛生法第十三條第二項)
- (六)、職災復原期間之調職。



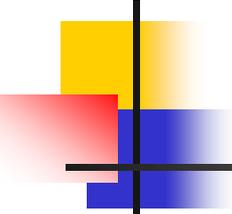
常見調職爭議

- (一)、技術職調業務職。(內勤改調外勤)
- (二)、主管職改調非主管職。(減少主管加給)
- (三)、空勤改調地勤。(減少空勤加給)
- (四)、單身赴任。
- (五)、職務內容嚴重落差之調派。



資遣費訴訟

- 請求權時效
- 五年時效說。士林地院內湖簡易庭93年湖勞簡字第6號判決：「資遣費乃係由於特定原因而由雇主或勞工終止契約支給的一切費用；至於退休金，則為勞工服務屆滿一定期間或一定年齡而給予的款項。兩者同為照顧勞工因終止契約而離職後之生活所需，皆由雇主負擔給付之義務具強制性，而且均以勞工工作年資及平均工資為其基數之計算標準及依據，是故在性質上有其相同之處。又按民法第一百二十六條所稱退職金，依其文義解釋乃退出職務之意，退休或資遣均屬之，故資遣費之請求權時效，亦應以五年間不行使而消滅。」
- 十五年時效說：臺灣高等法院97年度勞上字第13號判決：「資遣費請求權既無特別規定其時效期間，且與民法第126條所定之定期給付並不相同，亦不應類推勞基法第58條關於退休金短期時效之規定，則其消滅時效期間自仍應為15年。」



(續)

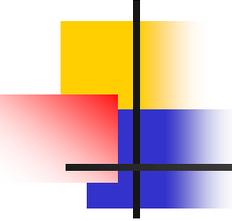
- 非自願性離職證明

1、請求給付非自願性離職證明。

a. 肯定說：台中地院92年度勞訴字第123號判決主文第二項：「被告應交付原告離職原因為非自願性失業之服務證明書。」

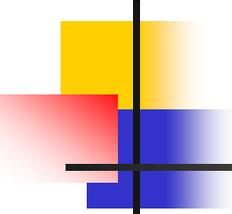
b. 否定說：台北地院99勞訴17判決：「而勞基法第19條僅規定發給服務證明書而並非規定發給『非自願離職』證明書，被告既已提出上開勞基法規定之服務證明，原告不予受領而以本訴請求被告給付（非自願離職證明），顯無權利保護必要。」

2、無故開立非自願性離職有遭訴請給付資遣費風險(台灣高等法院94勞上第9號判決)



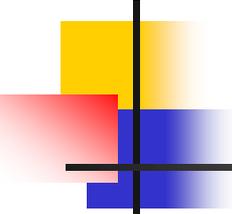
勞動契約終止的若干特殊問題

- 試用期約定的合法性
- 競業禁止條款的違約請求
- 最短服務年限的違約問題



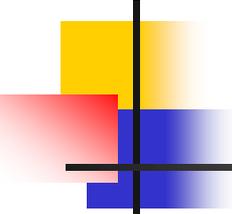
試用期問題之討論

- ◆ 勞工A與甲公司於九十六年三月一日訂立勞動契約，並約明前三個月為試用期。嗣勞工A於九十六年五月間因執行職務受重傷，雖經送醫搶救挽回性命但已成植物人無法擔任任何工作。甲公司旋於九十六年六月十日以勞工A試用不合格為由終止勞動契約，試問甲公司之終止有無理由？
- ◆ 討論事項：
 - ◆ (一)、試用期間之法律性質
 - ◆ (二)、雇主之考核決定期限
 - ◆ (三)、試用期間之展延
 - ◆ (四)、試用期間與最短服務年限條款之競合
 - ◆ (五)、試用期間與不能勝任工作之判定（含預告期間及資遣費給付義務等）
 - ◆ (六)、試用期間與職業災害醫療期間解僱禁止之競合



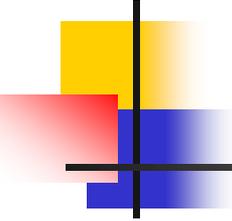
服務證明書

- ◆ 案例研討：
- ◆ 勞工A自甲公司離職後第七年為了新工作之需要，援引勞基法第十九條規定向甲公司要求發給服務證明書。甲公司以勞工A之相關人事資料業已逾勞基法第七條第二項之勞工名卡五年保管期限，已經銷毀為由予以拒絕。勞工A認為其服務證明書之請求權消滅時效期間為十五年，主張甲公司仍有發給義務，並於請領得勞保局發給之勞工保險投保資料卡（此項資料永久保存）後，要求甲公司依該勞保投保卡上之資料記載（加、退保日期、退保時之投保薪資數額）製作並發給離職證明書。此一請求有無理由？
- ◆ 討論事項：
- ◆ 1、服務證明書請求權時效期間
- ◆ 2、開立服務證明書之費用
- ◆ 3、服務證明書之記載事項
- ◆ 4、應勞工要求開立非自願離職證明之效力
- ◆ 5、以勞工取得前雇主發給離職證明書作為報到任職之先決條件
- ◆ 6、機師之飛行時數證明（含機場出入証）
- ◆ 7、其他相關問題（被違法解僱勞工申請離職證明、保險業務員重複登錄禁止）



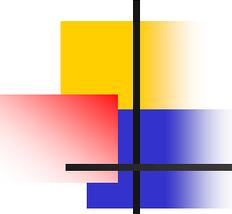
離職後競業禁止(一)

- ◆ 一、以工作規則規定離職後競業禁止義務之效力。
- ◆ 二、離職後競業禁止義務與「離職」原因之關係。
- ◆ 三、前雇主改組、倒閉或轉行時對競業禁止條款效力之影響。
- ◆ 四、新雇主增加營業項目對競業禁止條款效力之影響。
- ◆ 五、違約時之救濟。
- ◆ 六、違約競業行為之效力。
- ◆ 七、過苛條款之規整(鴻海案例，北院99勞訴4判決)。



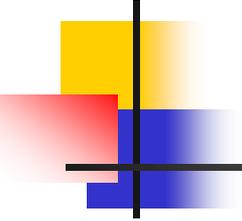
離職後競業禁止(二)

- 勞基法修正草案第十八條之三規定：「未符合下列規定者，不得為勞工離職後競業禁止之約定：一、競業禁止之約定足以保護雇主之正當營業利益。二、勞工在原雇主之職位，足可獲悉雇主之營業秘密。三、競業禁止條款之禁止期間、區域、職業活動之範圍、就業對象，未逾合理範疇。四、競業禁止之約定須對勞工因不從事競業行為所受損害有合理補償。違反前項規定者，其約定無效。離職後競業禁止之期間，最長不得逾二年。逾二年者視為二年。」



服務年限條款

- ◆ 勞基法修正草案第十八條之二規定：「未符合下列規定者，不得為最低服務年限之約定：一、勞工所具備專業技術與知識為雇主完成一定之工作所必要者。二、雇主有為勞工進行專業技術培訓，提供專項培訓費用者。勞工在未屆最短服務年限前，非因可歸責於勞工之事由而提前終止勞動契約者，不負違約金及損害賠償責任。約定勞工未屆最短服務年限前離職應負返還預先領取之補償費用或返還訓練費用責任者，有前項非基於可歸責於勞工之事由而提前終止勞動契約者，不負違約金及損害賠償責任。」

- 
-
- 報告完畢，謝謝大家參與及指教
 - 本課程資料來源出自於明理法律事務所主持律師陳金泉律師之相關著作與協助，特此申謝