

法律扶助與社會

第八期 March 2022

Legal Aid and Society Review

研究論文

- 雇主違法解僱時勞工之給付不能與工資危險負擔
——評最高法院107年度台上字第412號民事判決 李有容
- 勞基法第12條雇主契約終止權除斥期間之起算與展延
——評最高法院99年度台上字第2054號判決 吳昱農
- 工會會員資格與工會法上之勞工
——以日本法借鏡 吳哲毅
- 個人資料保護的刑法問題
——以數位足跡為例 劉邦揚
- 再犯認定、處遇等同性與機關分工
——從大法庭裁定觀察毒品施用者處遇的
法理發展與運作情形 林俊儒

法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW

第八期 | 2022 年 3 月

財團法人法律扶助基金會

LEGAL AID FOUNDATION

主 編／李茂生（臺灣大學法律學院教授）

編 輯 委 員／（依姓氏筆劃排序）

李茂生（臺灣大學法律學院教授）

吳宗昇（輔仁大學社會學系副教授）

官曉薇（臺北大學法律學系副教授）

周憐嫻（臺北大學犯罪學研究所教授）

周漢威（財團法人法律扶助基金會執行長）

高烱輝（民揚法律事務所律師）

許恒達（臺灣大學法律學院教授）

出 版 者／財團法人法律扶助基金會

地址：臺北市10644大安區金山南路二段189號5樓

網址：<http://www.laf.org.tw>

E-mail：journal@laf.org.tw

電話：02-2322-5255

傳真：02-2322-4088

編 印 單 位／元照出版有限公司

網址：www.angle.com.tw

電話：02-2375-6688

傳真：02-2331-8496

定 價／每冊新臺幣280元

捐款贈書專案／凡於法律扶助基金會官網捐款，單筆捐款達新台幣500元以上即贈送紙本期刊1冊。

線上捐款



期刊電子書



主編的話

翹首期盼的第八期終於出刊了。本期刊登五篇論文，其中關於勞基法的議題有三篇，五篇論文針對現今法制現狀的討論各有見地，值得讀者們一讀。

首先是第一篇。李有容律師在這篇文章中討論了最高法院107年度台上字第412號民事判決，牽涉到的議題是雇主違法解僱時勞工的給付不能與工資危險負擔。以往實務都是以民法第487條來解決這個問題，但作者認為除民法第487條以外，仍有探討依據民法債總有關危險負擔的規定予以處理的餘地。文中建議如果能夠充分意識到危險負擔的規範，則更能妥適地解決違法解僱期間的工資危險負擔問題。本文擲地有聲，非常值得實務參考。

第二篇也是關於勞基法的論文，透過最高法院99年度台上字第2054號判決的解析，探討雇主在知悉勞工違法而不經預告終止契約時的除斥期間計算問題。雖然條文規定應自知悉其情形後起算，但實務上仍有許多爭議。本文詳細探討此一問題，且明確指出當雇主知悉勞工有客觀違法事實時，即應開始計算除斥期間。文中同時也論及除斥期間與勞資爭議處理法第8條禁止解僱期間的關係，並贊同本案的法院見解。本文深入探討除斥期間制度的法理，並著重規範的發展趨勢，頗有見地。

第三篇透過日本法的規定探討我國有關工會會員資格的問題。關於這個議題我國相關討論的質與量均遜於日本，而作者正在日本東京大學留學中，其透過日本在相關議題上論述的耙梳，對我國相關法治提出針砭。文中綿密的比較法研究，頗值得參考。

第四篇討論了最近惹起爭議的數位足跡問題。使用者在網路上留下的數位足跡，對商家而言是個重要的參考資料，商家都競相蒐集網路使用者的數位足跡，而法規的管制上通常是適用個人資料保護法第41條規定。傳統上，本條的適用限於違法商業行為，而且所謂的同意也是非常曖昧不清。所以，作者認為應該擴張個資法第41條的適用範圍，且要求商家為詳實的告知，並得到使用者正面積極同意。本文這種的立法修正建議，貌似嚴苛，然而若不如此，則可能無法在如今的網路世界中保障使用者的隱私。

最後一篇討論最高法院最近的三則大法庭裁定。作者針對2020年7月上路的新毒品危害防制條例，透過政治性的觀察角度，解析這三則大法庭裁定，並從刑事政策的觀點，詳論成癮醫學與刑事司法舉措的結合模式的侷限，進而提出制度的反思與建議。本文超越了傳統的法解釋學，嘗試透過政治解析與刑事政策的反思，提出將來走向的建議，非常難能可貴。

以上為本期五篇學術論文的簡介，五篇都對法制的現狀提出針砭，希望對我國將來的發展有所貢獻。

主 編

李茂生

法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW

第八期 | March 2022

目 錄

主編的話

李茂生

研究論文

雇主違法解僱時勞工之給付不能與工資危險負擔

——評最高法院107年度台上字第412號民事判決 李有容 1

Employee's Impossibility of Performance and

Risk of Loss on Wages in the Event of Wrongful

Dismissal: Review of the Supreme Court 2018

Tai-Shang-Zi No. 412 Civil Judgement..... *Yu-Jung Lee*

勞基法第12條雇主契約終止權除斥期間之起算與展延

——評最高法院99年度台上字第2054號判決 吳昱農 51

The Commencement and Extension of the Exclusion

Period of the Employer's Right to Terminate a

Contract According to Article 12 of Labor Standards Act:

Comment on Supreme Court Civil Judgment

99 Tai-Shang-Tzu 2054..... *Yu-Nong Wu*

工會會員資格與工會法上之勞工

——以日本法借鏡 吳哲毅 93

The Research on the Labor Union Membership and

the Labor of the Labor Union Act: From the

Comparative Perspective of Japan..... *Che-Yi Wu*

個人資料保護的刑法問題	
——以數位足跡為例.....	劉邦揚 157
Personal Data Protection and Criminal Liability: A Discussion of Digital Footprint	<i>Pang-Yang Liu</i>
再犯認定、處遇等同性與機關分工	
——從大法庭裁定觀察毒品施用者處遇的 法理發展與運作情形	林俊儒 197
Relapse, Treatment and Assignment: A Study on Addiction Treatment from Great Panel Adjudication	<i>Jun-Ru Lin</i>

【研究論文】

雇主違法解僱時勞工之給付 不能與工資危險負擔 ——評最高法院107年度台上字 第412號民事判決

李有容*

要 目

- | | |
|--------------|----------------------------------|
| 壹、前 言 | 二、違法解僱與給付不能 |
| 貳、本件判決 | 三、向來實務僅側重以民法
第487條規定處理之問題 |
| 一、事實概要 | 四、民法第487條及第266條、
第267條規定之適用交錯 |
| 二、判決要旨 | |
| 參、判決評釋 | |
| 一、本件判決的特徵與意義 | 肆、結 語 |

DOI: 10.7003/LASR.202203_(8).0001

* 國立政治大學法律學系民法組博士生、有澤法律事務所律師。

摘 要

我國實務上主要係以民法第487條本文規定，作為違法解僱期間勞工雖未服勞務卻仍得向雇主請求工資之依據。然而，於民法第487條規定外，違法解僱期間的工資危險問題是否亦能、甚而是否有必要依據民法債總危險負擔之規定處理？實有探究空間。

本文希望藉由最高法院107年度台上字第412號民事判決，一面說明依債總危險負擔規定處理之可能性，一面檢討實務長期以來僅側重於適用民法第487條規定所發生之問題。若實務能夠充分意識並妥為運用債總危險負擔之規範，即能在符合既有民法規範暨理論之前提下，公平妥適地解決違法解僱期間之工資危險問題。

關鍵詞： 給付不能、工資危險負擔、勞務受領遲延、違法解僱

壹、前 言

若雇主¹未符合勞動法令或最後手段性原則之要求而單方終止僱傭關係，即為違法解僱，我國學理及實務見解認為，此時雇主單方終止僱傭關係之行為不生效力，僱傭關係仍繼續存在²。勞工對於違法解僱之雇主提起訴訟時，除請求法院確認僱傭關係繼續存在外，通常亦會一併請求雇主給付違法解僱期間的工資³。惟，工資係雇主因勞工服勞務而給予之報酬，與勞工之勞務具有對價關係，勞工若未服勞務原則上即無報酬，此即所謂「no work no pay原則」⁴；而在雇主違法解僱後至勞工復職前，勞工並未實際提供勞務，是否仍得請求該段期間之工資，其法律上依據為何，即成問題。

我國實務上主要係以民法第487條本文：「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。」之規定（本條一般被認為係「雇主受領遲延責任」之規定），作為違法解僱期間勞工雖未服勞務卻仍得向雇主請求工資之依據。然而，於民法第487條規定外，違法解僱期間的工資危險問題是否亦能甚而是否有必要依據債總危險負擔之規定處理，實有探究空間。本件最高法院107年度台上字第412號民事判決是少數在理由構成上依債總危險負擔規定而肯認勞工請求違法解僱期間工資者，本文爰藉由對本件判決之評釋，一面說明依債總危險負擔規定處理之可能性，一面檢討實務長期以來僅側重於適用民法第487條規定所發生之問題。

¹ 嚴格而言，民法上所稱「僱用人」、「受僱人」，與勞動法令上所稱「雇主」、「勞工」並非完全相同之概念，二者在範圍上可能有差異；惟本文為行文方便，均將僱用人稱為雇主、將受僱人稱為勞工。

² 參侯岳宏，日本非法解僱期間工資與中間收入扣除之發展與啟示，政大法學評論，128期，2012年8月，頁373。

³ 參劉志鵬，勞動法解讀，2002年，頁175。

⁴ 參土田道夫，勞動契約法，2018年2版，頁243-244；徐婉寧，論違法解僱下僱用人之受領遲延責任與危險負擔法理之交錯——以解析我國實務見解及與日本法之比較為中心，臺大法學論叢，46卷1期，2017年3月，頁89。

貳、本件判決

一、事實概要

本件原告X主張：X原為訴外人Z醫院之腎臟科醫師，嗣Z醫院與被告Y公司簽立合作契約，將Z醫院的透析中心（即洗腎室）外包予Y公司經營，Y公司旋與X簽訂醫師委任契約書（下稱：系爭契約），期間為民國95年4月1日至105年3月31日止。詎料Y公司於99年12月3日以X不適任為由，依民法第549條第1項規定終止契約。然兩造間為僱傭關係，Y公司已構成違法解僱，系爭契約已因可歸責於Y公司之事由而給付不能，X除免為補服勞務外，仍得請求薪資給付或請求損害賠償。X爰依系爭契約、民法第225條、第226條、第267條、第487條、第487條之1規定⁵，請求法院擇一命Y公司給付其薪資損害。

被告Y公司則抗辯：系爭契約屬委任契約，得隨時終止；縱認系爭契約為僱傭契約，Y公司亦已因原告未親自看診及記載病歷等資料，其情節重大，而依民法第489條第1項規定終止之，故原告X不得請求給付薪資損害。

一審⁶法院認為系爭契約為委任契約，Y公司已合法終止委任關係，從而駁回X之訴；二審⁷法院認定X、Y為系爭契約之當事人，惟

⁵ 原告起訴時係主張民法第226條規定，案經最高法院發回高等法院時，原告乃追加主張民法第225條第1項、第267條、第487條、第487條之1。其中，更審之臺灣高等法院臺中分院105年度重勞上更(一)字第1號民事判決認為民法第225條第1項、第267條規定並非訴之追加：「經查：上訴人於原審起訴，主張兩造間定有僱傭契約，然被上訴人非法將其解僱，而依民法第226條第1項債務不履行之法律關係及系爭契約，請求被上訴人賠償薪資差額損害及給付懲罰性違約金；迨於發回後本院，上訴人主張『追加』依民法第225條第1項、第267條規定為請求（參見……），然核此部分仍為上訴人原起訴所主張民法第226條第1項債務不履行之法律關係之延伸，當屬補充或更正法律上之陳述，依上開規定，實非為訴之追加，自無庸被上訴人之同意。」

⁶ 臺灣臺中地方法院100年度重訴字第277號民事判決。

⁷ 臺灣高等法院臺中分院102年度重勞上字第3號民事判決。

系爭契約依其契約內容及性質應為僱傭契約，非委任契約，而Y公司終止系爭契約，不符合民法第489條第1項重大事由之要件。二審法院進而指出：「按被上訴人（按：即Y公司）既已片面解聘上訴人（按：即X），即有拒絕上訴人再繼續提供勞務之意，上訴人依民法第487條之規定，當無再補服勞之義務。」關於X之薪資損害，則認為：「……，可見上訴人業因可歸責於被上訴人事由致契約無法履行，並受有債務不履行之損害，上訴人因此請求被上訴人賠償其所受薪資差額損失，即……，自屬有據，應予准許。」而肯認X依民法第226條第1項規定請求薪資損失之賠償。

案經上訴三審⁸，最高法院除指摘關於Y公司得否依民法第489條第1項終止系爭契約，非無研求餘地，以及原審法院僅依基本薪資計算損害，遺漏績效獎金部分之不當外，關於原審肯認X依民法第226條第1項規定請求薪資損害，則指出：「次按『因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害』，民法第二百二十六條第一項固有明文。所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，其僅於特定之債始能發生。金錢債務按諸社會觀念，不生給付不能問題。查系爭契約係屬僱傭契約，上訴人（按：即Y公司）每月應給付被上訴人（按：即X）基本薪資四十五萬元，為原審確定之事實。果爾，上訴人對被上訴人所負者為金錢債務，應不生給付不能之問題。又原審認上訴人違約終止契約，另僱他人替代被上訴人，拒絕被上訴人之給付，倘屬實在，似屬上訴人受領遲延問題。且被上訴人如因而無法提供勞務，亦屬是否不可歸責其之事由致給付不能，有無民法第二百五條第一項規定適用之範疇。原審就此未詳加研求，竟以被上訴人因可歸責於上訴人之事由致無法履約，即謂其得依民法第二百二十六條第一項規定，請求上訴人賠償薪資損害五百四十萬元，尚有違誤。」從而將該部分之原審判決廢棄發回高等法院。

⁸ 最高法院104年度台上字第2398號民事判決。

就最高法院廢棄發回部分，更審法院⁹先指出：「按僱傭契約，為雙務契約，如因可歸責於僱用人之事由，致受僱人給付不能者，依民法第225條第1項及第267條之規定，債務人（即受僱人）免給付義務，惟仍得請求債權人（即僱用人）為對待給付，但其因免給付所得之利益，或應得之利益，均應由其所得之對待給付中扣除之。又債務人之給付兼須債權人之行為（例如，債權人應提供其服勞務之工作場所由受僱人服勞務者）而不行為即可謂為可歸責於債權人之事由，蓋此債務人履行之障礙，於晚近勞工法學之發展，世界先進國家（例如德國）皆認應屬可歸責於為僱方之債權人之事由（民法第267條、第487條規定意旨及前大法官○○○教授著民法債編總論89年11月修訂版下冊第823頁正反面、第826頁反面、第827頁正面關於民法第267條規定適用之論釋參照）。」並認為兩造間為僱傭關係，且本件並不具有重大事由，Y公司依民法第489條第1項終止僱傭關係並不合法，是以「被上訴人（按：即Y公司）以上開方式命上訴人（按：即X）離職，致上訴人無從為其服勞務，自屬可歸責於被上訴人之事由，致上訴人給付（勞務）不能，依首揭法律規定，上訴人免於再為給付，但仍得請求被上訴人給付報酬，惟應扣除其轉向他方任職所得之利益。」而肯認X關於薪資之請求。Y公司不服前揭更審判決，再度上訴至最高法院，最高法院乃作成本件判決。

二、判決要旨

最高法院本件判決肯認更審法院見解：「原審本於認事、採證、解釋契約之職權行使及綜合相關事證，認定被上訴人係在上訴人指揮監督下提供勞務，取得對價，兩造成立僱傭關係，上訴人（按：即Y公司）未具重大事由而命被上訴人（按：即X）離職，致被上訴人無從為其服勞務，自屬可歸責於上訴人之事由，致被上訴人給付（勞務）不能，被上訴人仍得請求上訴人給付薪資，

⁹ 臺灣高等法院臺中分院105年度重勞上更(一)字第1號民事判決。

並說明上訴人聲明調查之證據，無再為調查之必要，而以上揭理由為上訴人敗訴之判決，經核於法並無違誤。」從而駁回Y公司之上訴。

參、判決評釋

一、本件判決的特徵與意義

相較於其他多數的違法解僱訴訟案件，本件判決的特徵有二：(一)由於當時醫療保健服務業之醫師經主管機關排除適用勞動基準法¹⁰，而本案中Y公司係以系爭契約聘請原告X擔任提供醫療服務之專業醫師，是本件並無勞動基準法之適用，然因系爭契約定有期限，故兩造對於解僱是否合法之爭執點，乃在於是否具有民法第489條第1項之重大事由；(二)關於X請求違法解僱期間工資乙節，本件判決正面肯認Y公司未具重大事由而命X離職，致X無從為其服勞務，自屬可歸責於Y公司之事由，致X給付勞務不能，依據民法第267條規定，X仍得請求Y公司給付薪資之原審見解。亦即，本件判決對於違法解僱期間之工資危險問題，係以債總關於危險負擔之規定為依據，此點有別於多數實務係以民法第487條之規定作為依據，而為其重要特徵。

關於上述特徵(二)，過去臺灣高等法院花蓮分院104年度勞上字第4號民事判決曾援引日本法上依照危險負擔法理及規定處理違法解僱期間工資問題之見解，認為：「按僱用人解僱無效時，應肯認原僱傭契約關係仍繼續存續，而於受僱人復職前，因是可歸責於僱傭人之事由，致受僱人陷於勞務給付不能，基於危險負擔法理及參照日本民法第536條第2項前段規定（因可歸責於債權人之事由，致給付不能時，債務人不因此喪失受領反對給付之權利），受僱人應得請

¹⁰ 參行政院勞工委員會(87)台勞動一字第059605號公告。但醫療保健服務業僱用之住院醫師，依勞動部108年3月12日勞動條1字第1080130207號公告，自2019年9月1日起已適用勞動基準法。

求勞動報酬（大內伸哉，〈解雇權の濫用—高知放送事件〉，第169頁；大內伸哉，〈解雇はどこまで制限されているかの？—高知放送事件〉，法學教室332號，2008年5月，第105頁）。……查本件二造原僱傭契約關係仍繼續存續，已如前述，從而，上訴人請求被上訴人農會給付如主文欄三、四所示之金額，應亦難認為無理由。」惟該判決因有重要之攻防方法未予研求以及有判決不備理由之違法，而遭最高法院¹¹廢棄，更審法院¹²則認為兩造間僱傭關係已合法終止，故無違法解僱期間工資請求之問題。另一方面，於最高法院95年度台上字第390號民事判決，最高法院雖認為該案當事人間為委任關係，但仍以「按因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。又當事人之一方因可歸責於他方之事由，致不能給付者，得請求對待給付，但其因免給付義務所得之利益或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除。民法第二百五條第一項、第二百六十七條分別定有明文。而勞務給付之特性為第一日不為勞動，第二日自無為雙倍給付之義務，以故，勞務給付之相對人受領勞務遲延時，勞務給付之債務人並無補服勞務之義務，但仍有報酬請求權。」之論理，肯認該案原告薪資報酬之請求，其後下級審法院則有於違法解僱案件中援引最高法院95年度台上字第390號民事判決論旨，作為肯認受僱人在違法解僱期間未服勞務卻仍得請求報酬之理由者¹³。

相較於上述判決，本件係最高法院於僱傭關係違法解僱之案件中，正面肯認得以債總危險負擔規定作為勞工遭違法解僱期間未服勞務但仍得請求報酬的依據之判決，從而具有重要意義。

¹¹ 最高法院105年度台上字第1839號民事判決。

¹² 臺灣高等法院花蓮分院105年度勞上更(一)字第2號民事判決。

¹³ 例如：臺灣基隆地方法院100年度基勞小字第12號民事判決、臺灣高雄地方法院107年度雄勞小字第24號民事判決、臺灣臺中地方法院106年度勞訴字第61號民事判決等。

二、違法解僱與給付不能

在雇主為違法解僱之情形，是否會發生給付不能之問題，以下謹分析說明之：

(一) 勞工的勞務給付不能

在雇主違法解僱而拒絕接受勞工提供勞務之情形，勞工之勞務給付義務將會隨時間經過而陷於給付不能，從而得有危險負擔規範之適用。對此，日本法並未有相當於我國民法第487條之規定，其通說與實務對於違法解僱期間勞工得否向雇主請求工資爭議，向來即是作為勞務給付不能、工資危險負擔之問題，而依照危險負擔之規範處理；另一方面，我國雖有民法第487條規定，但學說與實務應亦未排除構成給付不能而適用危險負擔規定之可能性。以下謹先介紹日本法的運作狀況，復就我國學說與實務之議論狀況為說明：

1. 日本法的狀況

(1) 勞工未服勞務時之工資歸趨係危險負擔之問題

日本並未有相當於我國民法第487條之規定，其對於勞工未實際服勞務是否仍得請求雇主給付工資問題，實務與通說向來即係作為危險負擔的問題，而依危險負擔之規定處理¹⁴；關於對待給付危險，日本修正前民法第536條規定：「（第1項）除前二條所定情形外，因不可歸責當事人雙方之事由致不能履行債務時，債務人沒有接受對待給付之權利。（第2項）因可歸責債權人之事由致不能履行債務時，債務人不喪失接受對待給付之權利。於此情形，因免除自己之債務而獲得利益時，應將該利益償還給債權人。」¹⁵而日本實務

¹⁴ 參徐婉寧，同註4，頁123。

¹⁵ 於2017年債權法改正，關於危險負擔的部分，立法者除將第534條、第535條規定刪除外，伴隨著契約解除要件的修正，立法者亦將民法第536條規定之效果，由「對待給付債務之消滅」修正為「對待給付的拒絕履行權」，參日本法務省民事局，民法（債權關係）の改正に関する説明資料—主な改正事項，<http://www.moj.go.jp/content/001259612.pdf>，頁55（最後瀏覽日期：2021年4月30日）。具體言之，本次債權法改正是將原第536條第1、2項條文「債務人沒有接受對待給付之權利（債務者は、反対給付を受ける権利を有しな

即是以民法第536條規定作為基本規範，於個案中處理勞工未服勞務時能否請求工資之問題¹⁶；對此，在學說上雖有不同的議論¹⁷，但通說見解仍係將其作為危險負擔之問題，而依民法第536條規定作處理¹⁸。亦即，若勞工未服勞務，該勞務在法律上即被評價為給付不能¹⁹，此時依照民法第536條規定，若是因可歸責於雇主（即債權人）之事由所致的勞務給付不能，依同條第2項規定，勞工（即債務人）仍得請求工資（即對待給付），反之，若是因不可歸責於勞雇雙方之事由所致的勞務給付不能，依同條第1項規定，勞工無法請求工資。

(2) 未服勞務被評價為勞務給付不能之理由

關於勞工未服勞務得評價為勞務給付不能而適用危險負擔規定之理由，首先，學說指出，所謂給付不能，並不限於如工廠燒毀這樣的物理上的不能，尚包括社會通念上的不能，是以，在雇主解僱

い）」、「債務人不喪失接受對待給付之權利（債務者は、反対給付を受ける権利を失わない）」之用語，修正為「債權人得拒絕對待給付之履行（債權者は、反対給付の履行を拒むことができる）」、「債權人不得拒絕對待給付之履行（債權者は、反対給付の履行を拒むことができない）」，修正後的民法第536條規定於2020年4月1日開始施行，但對於「勞工未服勞務時能否請求工資」問題之論理與結論，應不生影響。

¹⁶ 參村中孝史、坂井岳夫，民法536條2項，收錄於：土田道夫編，債權法改正と労働法，2012年，頁148。

¹⁷ 例如，有採取「勞動力說」，認為勞工縱未實際提供勞務，但若勞工已將其勞動力置於雇主指揮命令下，即可評價為已履行勞動義務；另一方面，有主張「領域說」者，認為勞工未提供勞務之原因，若屬於勞工的支配領域時，應評價為給付不能，若原因屬於雇主的支配領域，則為受領不能或受領遲延。關於學說對於實務以民法第536條規定作處理之批判，以及對於應如何評價勞工未服勞務乙事之議論狀況，可參見村中孝史、坂井岳夫，同前註，頁148-149、153-155。中文文獻可參見徐婉寧，同註4，頁114-119。

¹⁸ 例如：菅野和夫，労働法，2019年12版，頁424-425、803；荒木尚志，労働法，2020年4版，頁137、341；土田道夫，同註4，頁246-250；水町勇一郎，詳解労働法，2019年，頁588-589、954-955；山本陽大，解雇の救済方法，收錄於：土田道夫、山川隆一編，労働法の争点，2014年，頁82；山川隆一，労働紛争処理法，2012年，頁228；山川隆一，雇用関係法，2008年4版，頁121-122。

¹⁹ 參村中孝史、坂井岳夫，同註16，頁156；土田道夫，同註4，頁246；荒木尚志，同前註，頁137、341。

的情形、命令停止出勤的情形等，雇主明確地拒絕受領勞務而勞工服勞務被認為係社會通念上不能之情形，亦得評價為給付不能²⁰。再者，未服勞務之所以被評價為給付不能而非給付遲延，係因為勞動義務係一種定期債務²¹，沒有辦法在嗣後補履行，若未履行而過了所定工作時間，即會變成不能²²；從另一方面言，即便給付本身並未發生障礙，但若勞務並未被現實地受領，仍會發生給付不能之結果²³。

(3) 可歸責雇主事由之判斷

日本民法第536條規定係分別依給付不能係可歸責於債權人之事由或不可歸責於雙方之事由所致而異其工資危險之處理²⁴。關於可歸責於雇主之事由之範圍，學說上則有分歧。按日本危險負擔法理所稱的債權人歸責事由，和債務不履行一樣，是指債權人的故意、過失或在誠信原則上應與故意過失同視的事由，而於僱傭契約之情形，①有認為雇主之歸責事由，應與一般的危險負擔法理一樣，即以過失責任主義下的歸責事由為標準者；②亦有認為應將雇主之歸責事由擴大，包含非不可抗力所致的經營障礙者；③以及肯認「只要勞工有服勞務之準備（意思和能力），而雇主因拒絕受領或不能受領致勞務給付不能時，無論雇主拒絕受領或不能受領的理由為何，均負有支付工資義務」這樣的法律原則，而主張應擴大解釋雇

²⁰ 參荒木尚志，同註18，頁137。

²¹ 參村中孝史、坂井岳夫，同註16，頁149。「定期行為」或「定期債務」之用語，通常是從債權人的立場，亦即期間對於債權人而言具有意義時所使用，但此處所稱之「定期行為」或「定期債務」，則係自行為給付之債務人立場而言，亦即期間對於債務人而言具有意義，參小野秀誠，危險負擔の研究，1995年，頁155。

²² 參坂本宏志，賃金請求權の發生要件，收錄於：土田道夫、山川隆一編，労働法の争点，2014年，頁84；山川隆一，労働紛争処理法，同註18，頁229；小野秀誠，危險負擔の判例総合研究，2005年，頁173。

²³ 參小野秀誠，同註21，頁154。

²⁴ 若係可歸責於勞工（債務人）之事由導致的勞務給付不能，則非第536條危險負擔的問題，而係勞工債務不履行的問題，此時勞工原則上不得請求作為對待給付的工資，參土田道夫，同註4，頁246。

主歸責事由者²⁵。惟實務見解對於民法第536條第2項所定「可歸責債權人之事由」，仍是將其解為過失責任主義下的歸責事由，而未包含不可抗力所致雇主方面的經營、管理上障礙等²⁶。

又，學說有指出，關於勞務給付不能雇主歸責性之有無，應綜合探討導致給付不能的理由、經緯、雙方當事人的態樣以及當時的狀況等而為判斷²⁷；而在違法解僱的案件，若雇主之解僱被認為權利濫用而無效²⁸，違法解僱期間勞工未服勞務之勞務給付不能，一般認為係可歸責於違法解僱而拒絕勞工服勞務的雇主的事由所致，故勞工得依民法第536條第2項規定請求違法解僱期間之工資²⁹，此點亦是實務上所確立的判例法理³⁰。不過，學說亦有指出，若勞工確實有違反工作規則中懲戒解僱事由之行為，該懲戒解僱雖然被法院認為稍

²⁵ 關於學說上之議論，參村中孝史、坂井岳夫，同註16，頁158。

²⁶ 參村中孝史、坂井岳夫，同註16，頁160。得併予說明者，日本勞基法第26條規定，因可歸責於雇主之事由而休業者，於休業期間中雇主必須支付該勞工其平均工資60%以上的休業津貼，而日本通說與判決認為，本條所謂「可歸責於雇主之事由」，較民法上危險負擔規範對於雇主可歸責事由之範圍更廣，例如具備「外部起因性」與「防止不可能性」之經營上障礙，民法上不認為是可歸責事由，但仍可能被認為該當於勞基法第26條之可歸責事由，參菅野和夫，同註18，頁457；關於日本勞基法第26條規定之說明以及與民法第536條第2項規定之關係，中文文獻可參照：徐婉寧，同註4，頁121-122。

²⁷ 參水町勇一郎，同註18，頁588；東京大学労働法研究会編，注釈労働基準法上卷，2003年，頁376（水町勇一郎執筆部分）。

²⁸ 關於僱傭關係之終止，依日本民法第627條第1項規定，若僱傭契約未定期間，雇主原則上有終止的自由。日本勞動基準法中雖有關於特定期間、特定事由的解僱禁止規定，但並未如我國勞動基準法明文列舉雇主得為解僱的事由。日本實務上則係藉由「解僱權濫用法理」，亦即「雇主解僱權的行使，若客觀上欠缺合理的理由，在社會通念上不能認為相當，則屬權利的濫用而無效」這樣的判例法理來規制雇主的任意解僱。解僱權濫用法理於2003年勞動基準法修法時，明文增定於勞動基準法第18條之2，其後隨著勞動契約法的制定，則刪除勞動基準法第18條之2的規定，並將該條規定移列至勞動契約法第16條，參菅野和夫，同註18，頁776；荒木尚志，同註18，頁316-317。

²⁹ 參水町勇一郎，同註18，頁954；土田道夫，同註4，頁685；荒木尚志，同註18，頁341；山川隆一，労働紛争処理法，同註18，頁229；山川隆一，雇用關係法，同註18，頁122。

³⁰ 參土田道夫，同註4，頁685。

微不相當，但雇主判斷其懲戒解僱相當也不無道理，或是雇主基於 union shop 協定³¹的解僱，其後因工會的除名處分無效致解僱無效，而雇主在解僱時很難知悉除名處分無效，於此等情形，應例外地否定係可歸責於雇主之事由致勞務給付不能³²，而於實務上，在雇主有相當理由而相信懲戒解僱有效之情形，即有判決否定雇主有可歸責之事由³³。

此外，學說上有認為，雇主拒絕受領勞務時，可能發生危險負擔移轉之效果；亦即，在雇主該當於日本民法第413條受領遲延之情形，嗣後的勞務給付不能原則上應解為雇主具有可歸責事由³⁴。

(4) 因果關係之要件

此外，若要適用民法第536條第2項，除須符合勞務給付不能、可歸責於雇主之要件外，尚需要雇主歸責事由與勞務給付不能間有因果關係³⁵，而勞工對於此因果關係須負舉證責任³⁶。

對此，部分下級審法院則係將勞工具有給付的意思與能力作為民法第536條第2項規定的要件事實，而要求原告負舉證責任³⁷，惟學說指出，確實在勞工喪失勞務給付的意思或能力時，雇主歸責事由

³¹ 指雇主於勞動協約中，對於自己所僱用的勞工，負有解僱未加入系爭工會者及失去系爭工會會員身分者的義務之制度，參菅野和夫，同註18，頁848。

³² 參菅野和夫，同註18，頁803；同旨：土田道夫，同註4，頁685。

³³ 例如：東亞紡織事件・大阪地判昭和33年4月10日判時149号23頁，參村中孝史、坂井岳夫，同註16，頁163。

³⁴ 參山川隆一，勞働紛争処理法，同註18，頁229。

³⁵ 參村中孝史、坂井岳夫，同註16，頁167；山川隆一，勞働紛争処理法，同註18，頁229-230；山川隆一，雇用關係法，同註18，頁122；坂井岳夫，私傷病と勞務受領拒否，收錄於：村中孝史、荒木尚志編，勞働判例百選，2016年9版，頁52。

³⁶ 參荒木尚志，同註18，頁138。另，山川隆一，勞働紛争処理法，同註18，頁230指出，於舉證證明勞務給付不能及可歸責雇主事由後，通常即能推認其間之因果關係。

³⁷ 例如：ペンション経営研究所事件・東京地判平成9年8月26日勞判734号75頁、オスロ一商会ほか事件・東京地判平成9年8月26日勞判725号48頁、ユニ・フレックス事件・東京地判平成10年6月5日勞判748号117頁、本山製作所事件・仙台地判平成15年3月31日勞判849号42頁。

與給付不能間的因果關係可能被切斷（例如雇主拒絕受領勞務期間，所屬工會發動罷工而該勞工也沒有服勞務的意思的情形，或是勞工因私傷病而喪失工作能力的情形），但勞工欠缺服勞務的意思或能力，亦有可能係因為可歸責於雇主的事由所引起³⁸，是以，在雇主可歸責事由與勞務給付不能之因果關係的舉證外，另行將勞工具具有勞務給付的意思與能力作為原告主張民法第536條第2項時應舉證的要件事實，並不適切³⁹，應認為因果關係本身才是民法第536條第2項規定的要件事實⁴⁰，勞工有服勞務的意思與能力僅為成立因果關係的基礎事實之一⁴¹。

2. 我國法的狀況

我國在探討勞工未服勞務時之工資問題時，主要係以民法第487條為依據；然而，於民法第487條規定之外，是否亦有債總危險負擔相關規範之適用可能，以下謹分就學說及實務議論狀況，分別說明之。

(1) 學說議論

我國學說上亦指出，勞務債務係絕對定期行為債務，與時間緊密結合，並無法事後補行給付，是以債務人一旦陷於遲延，即無補正可能性，因而構成給付不能⁴²。

³⁸ 於下級審，若是因可歸責於雇主的事由導致勞工不能形成提供勞務的意思，或是因可歸責於雇主的事由而剝奪勞工提供勞務的能力，有判決認為仍有民法第536條第2項之適用餘地，例如東芝（うつ病・解雇）事件・東京高判平成23年2月23日勞判1022号5頁，參村中孝史、坂井岳夫，同註16，頁168。

³⁹ 參荒木尚志，同註18，頁138-139。

⁴⁰ 參土田道夫，同註4，頁249。

⁴¹ 參村中孝史、坂井岳夫，同註16，頁168；山川隆一，使用者による勞務の受領拒絕と賃金債権の發生要件，ジュリスト，1138号，1998年7月，頁132-133。

⁴² 參王千維，繼續性債之關係之基本理論，2020年，頁33-35。另參見：劉士豪，勞動關係中雇主受領勞務遲延之研究，臺北大學法學論叢，57期，2005年12月，頁126；徐婉寧，同註4，頁89。

又，雖然勞動實務上工作日與假日得互為調移（勞動部104年12月11日勞動條3字第1040132623號函）、勞工遲到之時段，得與雇主協商以調整當日上、下

然而，由於我國民法在債編各論僱傭契約乙節定有第487條僱用人受領遲延之規定，則民法第487條與債總危險負擔規定間之適用關係為何？即生探究的空間。對此，學說上即有認為，民法第487條規定並未排除適用債總危險負擔規定之可能性，例如：劉志鵬律師在論及違法解僱期間工資問題時，指出勞工請求雇主支付工資之法律根據通常有二，其一係勞工根據民法第487條規定主張雇主受領遲延，其一則為根據民法第267條規定主張因可歸責於雇主之事由（即不法解僱）致不能給付勞務，據而請求雇主支付工資⁴³；徐婉寧教授則更明確地指出，關於提供勞務之義務，究其定期行為之特質，於雇主受領遲延後，實際上該義務即為給付不能，則於我國亦有依危險負擔之規定來決定雇主是否應為對待給付之可能，況民法第487條僅就受領遲延於僱傭契約中為特別之規定，然其並未排除危險負擔規定之適用，而於僱用人拒絕受領勞務，實則令受僱人陷於給付不能之情形，適用民法第487條命僱用人支付報酬固無不可，依同法第267條亦為可行⁴⁴。

又，民法第267條係以「因可歸責於他方之事由致給付不能」為適用要件，所謂「他方」是指債權人，而所謂「因可歸責於債權人之事由」，學說上有認為係指「若無債權人之行為，債務人當可履行其債務，茲因債權人為此行為，致債務人限於給付不能；依通常情形（即非因不可抗力、正當防衛或緊急避難）債權人得避免為此行為而不避免，其不避免又屬違反誠實信用原則之情形而言」⁴⁵；而對於雇主是否具有民法第267條「可歸責事由」之判斷，徐婉寧教授認為，我國可以參考日本法上的相關討論，然因我國並未如日本

班時間之方式辦理（勞動部104年11月17日勞動條3字第1040132417號書函），然此實係經由勞雇雙方「合意」而調整債務內容（依當事人之意思，性質上可能為債之變更或新債清償），與勞務債務是絕對定期行為債務之命題，應無扞格。

43 參劉志鵬，同註3，頁175-176。

44 參徐婉寧，同註4，頁125-126。

45 參孫森焱，民法債編總論下冊，2007年修訂版，頁839。

勞基法第26條設有休業津貼賦予勞工所得保障，故可進一步探討是否應採取較為寬鬆的認定⁴⁶。

(2) 實務見解

在實務上，於違法解僱之案件，雖然絕大多數的判決，對於違法解僱期間勞工之工資問題，係依民法第487條規定作處理，但實務並未特別說明民法第487條與債總危險負擔規範間之適用關係為何。而如前所述，仍有少數的判決係以給付不能之規定作為依據。早於最高法院95年度台上字第390號民事判決，最高法院便已揭櫫勞務債務的特性及勞務給付經拒絕受領時，債務人依民法第225條及第267條規定，免補服勞務但仍得向債權人請求對待給付之意旨。該最高法院判決見解雖係針對「委任契約關係中之勞務給付」所為，但因僱傭契約之勞務債務亦有相同的性質，故該最高法院判決意旨其後反而經下級審法院在僱傭契約關係之事案中援引，作為勞工免補服違法解僱期間之勞務但仍得向雇主請求工資之論理依據⁴⁷。更甚者，於部分訴訟中，即便原告係以民法第487條規定為依據而主張雇主應給付工資，仍有法院雖判准其請求，但在理由構成上卻非以民法第487條規定、而係援引最高法院95年度台上字第390號民事判決之論理，而以民法第225條第1項、第267條規定作為依據⁴⁸。另外，臺灣

⁴⁶ 參徐婉寧，同註4，頁128。

⁴⁷ 相關裁判，請參見註13。此外，部分判決在論理上係併列民法第487條及最高法院95年度台上字第390號民事判決關於「而勞務給付之特性為第1日不為勞動，第1日自無為雙倍給付之義務，以故，勞務給付之相對人受領勞務遲延時，勞務給付之債務人並無補服勞務之義務，但仍有報酬請求權」之意旨，例如：臺灣高雄地方法院100年度勞訴字第90號民事判決、臺灣高雄地方法院100年度勞訴字第57號民事判決等。

⁴⁸ 例如：臺灣臺中地方法院106年度勞訴字第61號民事判決、臺灣基隆地方法院100年度基勞小字第12號民事判決。然若原告係主張民法第487條，而法院卻係依民法第225條、第267條為裁判，係否有訴外裁判之違法？對此，本文認為，縱依舊訴訟標的理論，勞工請求違法解僱期間之工資，其請求權基礎即訴訟標的實為「僱傭契約」，而民法第487條或第267條規定，僅係作為勞工未服勞務仍得請求對待給付之理由。是以，法院縱非依原告所主張的民法第487條、而係依民法第267條肯認原告工資之請求，應尚無訴外裁判之問題。關於勞工請求違法解僱期間工資之請求權基礎，最高法院89年度台上字第

高等法院花蓮分院104年度勞上字第4號民事判決則係逕以日本法的危險負擔法理及規定為依據，肯認勞工得向雇主請求違法解僱期間之工資。

又，在本件訴訟，於第一次上訴至最高法院時，最高法院104年度台上字第2398號民事判決：「又原審認上訴人違約終止契約，另僱他人替代被上訴人，拒絕被上訴人之給付，倘屬實在，似屬上訴人受領遲延問題。且被上訴人如因而無法提供勞務，亦屬是否不可歸責其之事由致給付不能，有無民法第二百五條第一項規定適用之範疇。」便已提示若因雇主違約終止契約、拒絕勞務給付，勞工因而無法提供勞務，即有民法第225條規定適用之可能。至更審之臺灣高等法院臺中分院105年度重勞上更(一)字第1號民事判決，以及本件最高法院107年度台上字第412號民事判決，則是正面肯認了民法第225條、第267條規定之適用。

另一方面，實務判決亦有認為一旦雇主陷於受領遲延，同一時間內並不發生給付不能的問題，例如臺灣高等法院93年度勞上字第31號民事判決：「因此，乙○○等三人縱另謀他就，以暫尋生活之資，……亦無損及兩造間之契約給付義務之實行。蓋安泰銀行已陷於受領遲延，乙○○等三人無補服勞務之義務，同一時間內，亦不發生給付不能之問題。」⁴⁹惟此見解似有探究餘地。蓋民法第487條雖規定「受僱人無補服勞務之義務」，然其意旨係在於，勞工因雇

1405號民事判決：「雇主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務之受領勞務遲延。勞工無補上開期間服勞務之義務，並得依原定勞動契約請求該期間之報酬。」見解亦可供參照，另外，學說上亦指出，雇主受領遲延時，勞工仍有報酬請求權，該請求權並非由法律另定的請求權，而是本於原勞動契約所得的請求權，參劉士豪，同註42，頁151。

惟，本件訴訟更一審時，原告X另主張「追加」民法第225條第1項、第267條及第487條等規定，臺灣高等法院臺中分院105年度重勞上更(一)字第1號民事判決一面認為第225條第1項及267條係原告X「原起訴所主張民法第226條第1項債務不履行之法律關係之延伸，當屬補充或更正法律上之陳述」，一面則認為第487條屬於訴之追加而允許其追加，由此而觀，該判決係認為第487條屬於獨立的訴訟標的。

⁴⁹ 相同見解：臺灣新北地方法院100年度重勞訴字第2號民事判決。

主受領遲延而未服的勞務，已因時間經過而陷於不能，從而民法第487條明文免除勞工該已無法再為給付的勞務義務，其規範意旨與民法第225條第1項規定於債務人陷於給付不能時免除其原始給付義務⁵⁰相同，係債務人陷於給付不能時當然的效果，殊無從據此反認勞工既無債務（免除原始給付義務）則無給付不能可言。再者，在解僱無效僱傭關係繼續存在之情形，勞工亦仍繼續負有服勞務的義務，民法第487條規定所免除者，僅係勞工隨時間經過、已無法補服而陷於不能的勞務義務，至於僱傭契約所定期間尚未屆至的勞務，並不因雇主陷於受領遲延而依民法第487條規定當然地亦免除，此點由該條用語為「無補服勞務之義務」而非「無服勞務之義務」即可見得。換言之，即便雇主陷於勞務受領遲延的狀態，亦非完全免除勞工一切的勞務義務，僅是在雇主持續地受領遲延下，勞工每日應服的勞務會隨時間經過而漸次地變為給付不能，該等已給付不能的勞務則依民法第487條規定（或第225條第1項規定）被免除。是以，前揭實務見解認為，雇主陷於受領遲延後，勞工「無補服勞務之義務，同一時間內，亦不發生給付不能之問題」，應非的論；毋寧，雇主陷於受領遲延後，勞工的勞務給付義務會隨著時間經過而不斷地發生給付不能的問題。

此外，值得說明者係，關於可歸責雇主事由之範圍，本件訴訟更審法院即臺灣高等法院臺中分院105年度重勞上更(一)第1號民事判決：「又債務人之給付兼須債權人之行為（例如，債權人應提供其服勞務之工作場所由受僱人服勞務者）而不行為即可謂為可歸責於債權人之事由，蓋此債務人履行之障礙，於晚近勞工法學之發展，世界先進國家（例如德國）皆認應屬可歸責於為僱方之債權人之事由」可謂係採取極其寬鬆的認定，只要雇主未為必要的協力，即認

⁵⁰ 學說上認為，民法第225條第1項規定之適用，並不受限於不可歸責於債務人之情形，凡發生嗣後不能之情事者，皆依據民法第225條第1項規定免除債務人原始給付之義務，參王千維，種類之債與給付不能，2016年，頁34-35。

為係可歸責於雇主之事由。由於勞工給付勞務通常均需要雇主協力始得完成⁵¹，故若採取前述見解，幾乎等同係無論緣由為何均一律肯認可歸責於雇主，對於雇主而言甚為嚴苛⁵²。然而，作為其上訴審的本件判決，在判旨中並未明白表示肯認該段見解，則後續實務上對於可歸責雇主事由之判斷，是否亦會採取如同前揭高等法院判決般極為寬鬆之認定標準，尚有待觀察。

(二)雇主的給付不能？

於實務上，尚有部分勞工對於違法解僱期間之工資，係以民法第226條第1項規定作為請求權基礎⁵³，而法院亦有因此判准者，例如本件訴訟原告起訴時即係主張依民法第226條第1項而向被告請求違法解僱期間的「薪資損害」，而原二審的臺灣高等法院臺中分院102年度重勞上字第3號民事判決亦認為：「……，可見上訴人（按：即原告勞工）業因可歸責於被上訴人（按：即被告雇主）事由致契約無法履行，並受有債務不履行之損害，上訴人因此請求被上訴人賠償其所受薪資差額損失，即……，自屬有據，應予准許。」而肯認原告勞工依民法第226條第1項規定請求薪資損失之賠償。

對此，應說明者係，民法第226條第1項係關於「因可歸責於債務人之事由，致給付不能」、「債權人得請求賠償損害」之規定，故若肯認勞工得依民法第226條第1項規定向雇主請求違法解僱期間之薪資損害，即表示此時雇主（債務人）有可歸責於己之事由致給付不能的情事，是以勞工（債權人）得向雇主（債務人）請求損害

⁵¹ 參劉士豪，同註42，頁136-137。

⁵² 臺灣高等法院臺中分院105年度重勞上更(一)字第1號民事判決於該段判旨後乃援引孫森焱教授債編總論教科書；然實際上，孫森焱教授債編總論教科書上之見解係認為，債務人之給付兼需債權人之行為而不行為「顯係違反誠信原則者」，始謂為可歸責於債權人之事由，參孫森焱，同註45，頁838。

⁵³ 例如：臺灣新北地方法院104年度勞訴字第133號民事判決、臺灣新北地方法院104年度勞簡上字第11號民事判決、臺灣士林地方法院101年度勞簡上字第5號民事判決、臺灣士林地方法院101年度勞簡上字第2號民事判決、臺北地方法院99年度北勞簡更(一)字第1號民事判決。

賠償。然而，首先，此處所指之雇主陷於給付不能的義務為何，實有疑問。按，依民法第482條規定，雇主於僱傭契約下所負之主給付義務為給付報酬，然而一般認為金錢債務並不發生給付不能的問題，是以，正如同本件訴訟第一次上訴至三審時最高法院104年度台上字第2398號民事判決所指摘者：「所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，其僅於特定之債始能發生。金錢債務按諸社會觀念，不生給付不能問題。查系爭契約係屬僱傭契約，上訴人（按：即被告雇主）每月應給付被上訴人（按：即原告勞工）基本薪資四十五萬元，為原審確定之事實。果爾，上訴人對被上訴人所負者為金錢債務，應不生給付不能之問題。……原審就此未詳加研求，竟以被上訴人因可歸責於上訴人之事由致無法履約，即謂其得依民法第二百二十六條第一項規定，請求上訴人賠償薪資損害五百四十萬元，尚有違誤。」⁵⁴

誠然，雇主的給付報酬義務並不會因為違法解僱而陷於給付不能，此際勞工所要主張構成給付不能之雇主義務，似應係雇主受領勞務給付之義務。蓋若肯認雇主有受領勞務給付之給付義務⁵⁵，雇主受領勞務給付之義務即可能發生給付不能的問題。申言之，勞工的勞務既與時間因素密不可分，則相對地，雇主受領勞工勞務的義務，也將與時間因素密不可分；亦即，勞工服勞務之可能性既會隨時間經過而消失、勞工無法補服勞務，則雇主自然亦無「補受領勞

⁵⁴ 相較於最高法院104年度台上字第2398號民事判決，臺北地方法院99年度北勞簡更(一)字第1號民事判決：「又本件客觀上原告既並未對被告通知準備九十六年七月至十二月為勞務給付之事情存在，原告亦自九十六年七月至十二月並無對被告有任何勞務給付，被告未給付原告薪資，則根本不構成債務不履行給付不能事由。」結論雖相同，但其理由構成上似有再為商榷的餘地。至於其他原告主張依民法第226條第1項請求違法解僱期間工資之訴訟，則多因法院最終認為兩造僱傭關係已合法終止，故後續並無債務不履行等問題可言，從而未再進一步對原告民法第226條第1項主張之可否表示實質意見。

⁵⁵ 例如臺灣高雄地方法院86年度勞訴字第17號民事判決認為：「按勞動契約為有償契約，依照民法第三百四十七條準用民法第三百六十七條之結果，勞動契約之雇主對於勞工，即有支付工資及受領勞務給付之義務，……。」

務」之可能性，是以雇主一旦未在僱傭契約所定時間受領勞工提出之勞務，則雇主的受領義務即會隨時間經過而變成給付不能。在此觀點下，於違法解僱的情形，確實有肯認因可歸責雇主之事由致其受領義務陷於給付不能的餘地。惟，雇主是否有受領勞務給付之給付義務，即勞動法學理上所討論之勞工有無「就勞請求權」的問題，對此學說與實務中雖有不同見解⁵⁶，但最高法院係採取否定見解⁵⁷。

再者，即便肯認雇主有受領勞務之義務，且該義務因可歸責於雇主的事由陷於給付不能，惟民法第226條第1項規定之適用要件尚包括勞工須受有損害，而此際無論係依民法第487條或第267條規定，勞工均仍得請求工資，則勞工是否受有「薪資損害」，甚有疑問；勞工恐僅在請求某項薪津給付，而該項薪津給付不被認為是民法第487條之「報酬」（或是該案中並無第487條規定之適用）或第267條之「對待給付」，始有依民法第226條第1項規定向雇主請求「所失利益損害」之餘地⁵⁸。

(三)小 結

在雇主違法解僱之情形，僱傭關係仍然繼續存在，勞工有服勞

⁵⁶ 關於勞工是否有就勞請求權，我國學說與實務大致上可區分為否定說、肯定說及限制肯定說，相關見解的整理，可參劉志鵬，*勞動法理論與判決研究*，2002年，頁91-97。

⁵⁷ 最高法院89年度台上字第2267號民事判決參照。

⁵⁸ 具體而言，於僱傭關係之情形，民法第267條所稱之「對待給付」，應係指勞務之對價即工資（報酬）而言，故若性質上被認為是雇主基於恩惠、獎勵等目的所給予之獎金，恐即不屬之；至於民法第487條所稱之「報酬」範圍或額度為何，則有不同見解，相關的討論可參見劉士豪，同註42，頁151-154。設以「發放日須實際在職的中秋獎金」為例，倘認為該中秋獎金不屬於民法第267條之「對待給付」或第487條之「報酬」（或是該案中並無第487條規定之適用），但因雇主若能按僱傭契約之約定受領勞務，勞工即能符合「發放日實際在職」之要件而可合理預期獲得該中秋獎金，故勞工得主張該中秋獎金是民法第216條所稱之所失利益，而將其作為依民法第226條第1項請求雇主賠償之損害。此際，勞工以民法第226條第1項規定作為請求依據，即有其實益及成立可能性。

務的義務，雇主亦有給付工資的義務。又，基於勞務債務與時間緊密結合之特性，一旦勞務未在僱傭契約所定時間被受領，即隨時間經過而喪失給付可能性。是以，若雇主在表示解僱後，拒絕勞工繼續提供勞務，或是勞工因雇主解僱之意思表示，致未再向雇主提出勞務，勞工服勞務之義務即會隨時間經過而變成給付不能。此際，關於雇主是否仍應給付違法解僱期間工資之問題，應有適用民法關於危險負擔規定之可能。

於日本法，日本民法並未有如我國民法第487條規定，其通說及實務均將勞工未提供勞務時之工資歸趨問題作為危險負擔的問題，依民法第536條關於對待給付危險之規定而處理，足為參照。我國民法雖設有第487條雇主受領遲延之規定，該條規定固得作為勞工未提供勞務但仍得向雇主請求給付工資之法律上依據，然而，學說仍認為，民法第487條規定並未排除危險負擔規定之適用，勞工要主張民法第487條雇主受領遲延之規定或第267條危險負擔之規定，均無不可。在我國實務上，雖然多數判決係以民法第487條規定處理違法解僱期間之工資問題，但仍有少數判決係以民法第225條第1項及民法第267條規定，作為勞工無補服勞務義務但仍得請求違法解僱期間工資之依據者，而本件判決對此論據亦予以正面肯認。另一方面，在肯認危險負擔規範適用可能性之前提下，相關規定的要件及認定標準為何，尤其是關於雇主可歸責事由之判斷，是否會鑑於僱傭關係的特質或保護勞工的理念而採取與一般雙務契約關係不同的標準，則有賴學說作進一步的探討，實務的發展亦值繼續觀察。

此外，在違法解僱之訴訟，尚有勞工主張民法第226條第1項規定而向雇主請求薪資損害賠償。然而，雖如同本件訴訟過程中，最高法院104年度台上字第2398號民事判決所指摘者，雇主給付工資之義務並不會有給付不能之問題，惟於違法解僱之情形，勞工並非全然沒有主張雇主構成給付不能而依民法第226條第1項規定請求薪資損害賠償之可能，但其前提必須要肯認雇主負有受領勞務給付之給付義務，且勞工所請求賠償之薪資項目，必須不屬於民法第267條所

定之「對待給付」或第487條所定之「報酬」（或是該案中並無第487條規定之適用），否則難認勞工受有該薪資項目之「損害」。

三、向來實務僅側重以民法第487條規定處理之問題

如前所述，我國實務主要係以民法第487條規定作為勞工請求違法解僱期間工資之法律上依據。倘若民法第487條規定已足資解決相關工資爭議，則探討在民法第487條規定外是否仍有適用危險負擔規範之可能性，恐不具有實益。然而，問題即在於民法第487條規定有其適用要件，並非在所有違法解僱事案均能符合第487條之要件，在實務僅側重第487條規定而忽略危險負擔規範之狀況下，最後即可能發生裁判結果或論理上的問題。以下僅先說明第487條之適用要件——尤其是「勞工已提出勞務給付」，復再說明實務在違法解僱訴訟中僅側重於民法第487條規定之適用時產生的問題。

(一)民法第487條應以「勞工已提出勞務給付」為要件

民法第487條僅規定「僱用人受領遲延者，……」，並未規定雇主受領遲延之要件，故如何判斷雇主是否陷於受領遲延、雇主何時陷於受領遲延，甚而受領遲延之狀態何時終止，並非無疑⁵⁹；對此，我國學說一般認為民法第487條雇主之受領遲延，與其他債之關係中受領遲延之要件並無不同⁶⁰，亦即此時應適用民法第234條以下債權人受領遲延之各條規定⁶¹；參酌民法第234條：「債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。」之規定，關於一般受領遲延之要件，通說認為應具備：1. 須有需要債權人受領之債務存在、2. 債務人已合法提出給付，及3. 債權人拒絕受領或不能受領⁶²；從而，民法第487條雇主受領勞務遲延之構成要

⁵⁹ 參徐婉寧，民法第四八七條受領遲延之要件——以雇主違法解僱為中心，兼評最高法院一〇三年度台上字第一一六號民事判決，月旦法學雜誌，236期，2015年1月，頁226。

⁶⁰ 關於我國學說之說明，參徐婉寧，同註4，頁91。

⁶¹ 參劉士豪，同註42，頁133。

⁶² 關於通說之說明，係參見徐婉寧，同註59，頁226-227；徐婉寧，同註4，頁

件應為：1. 有需要雇主受領之債務存在、2. 勞工已合法提出勞務給付，及3. 雇主拒絕受領或不能受領提出的勞務給付⁶³。另外，黃程貫教授參酌德國學說見解，認為雇主之受領遲延應具備下列三構成要件：1. 勞工必須有勞務給付之提出、2. 勞工必須具備勞務給付能力與給付意願（此二者合稱為給付準備），及3. 雇主有未受領勞務給付之單純事實⁶⁴，而與通說略有不同。

依據民法第234條規定以及上開學說見解，雇主陷於受領遲延者，係以勞工已合法提出勞務給付為前提。至於勞工提出勞務給付之方式，則得分為現實提出與言詞提出，前者係指民法第235條本文：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。」即勞工依債務本旨實行提出給付，後者則係指民法第235條但書：「但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。」即勞工以準備給付之事情通知雇主，以代替勞務之現實提出⁶⁵。

（二）於違法解僱之情形是否仍以「勞工已提出勞務給付」為要件？

1. 實務見解

於雇主違法解僱之情形，是否仍應以勞工現實或言詞提出勞務給付作為適用民法第487條規定之要件，實務上有不同之見解：

（1）勞工仍應現實或言詞提出勞務給付之見解

部分法院判決認為，依民法第234條之規定，勞工應先依債之本旨提出給付後，雇主始負受領遲延責任，即便雇主之違法解僱得認作係預示拒絕受領勞務，依民法第235條規定，勞工仍應以言詞方式

91-92。

⁶³ 參見劉士豪，同註42，頁133。

⁶⁴ 參黃程貫，解僱無效時之雇主受領遲延問題，政大法學評論，49期，1993年12月，頁185。

⁶⁵ 參劉士豪，同註42，頁134-135；孫森焱，同註45，頁557-558；林誠二，民法債編總論（下），2001年，頁156-157。

代替勞務之現實給付⁶⁶。

又，我國實務一般認為，雇主表示解僱勞工，即是「預示拒絕受領勞務之意思」，故此際勞工得依民法第235條但書規定，以言詞方式提出勞務給付⁶⁷；其中，有認為勞工提起確認僱傭關係存在之訴訟，即得認為係以言詞方式提出勞務給付⁶⁸，但亦有部分判決認為，勞工縱提起訴訟確認僱傭關係存在之訴訟，亦難逕認是「以給付之準備通知雇主」而發生言詞提出之效力⁶⁹。

(2) 雇主違法解僱，即構成受領遲延之見解

多數判決則認為，雇主違法解僱勞工，即構成勞務受領遲延，應自違法解僱時起負民法第487條之責任，惟其在理由構成上略有不同。

其中，部分判決認為，雇主違法解僱勞工，應認為係拒絕勞工提供勞務，故雇主負受領遲延責任；例如：

▶ 最高法院89年度台上字第1405號民事判決：「原審審理結果，以：……按雇主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務之受領勞務遲延。查品聚公司終止其與乙○○等三人之勞動契約，既經法院判決係屬非法終止，依上說明，該公司自其非法終止勞動契約時起即受領勞務遲延，……，經核於法並無違誤。」

▶ 最高法院91年度台上字第1625號民事判決：「原審依審理之結果，以：……本件上訴人違法解僱被上訴人，迄今仍拒不依原僱傭契約回復被上訴人之職務，堪認上訴人拒絕被上訴人依系爭僱傭契約給付勞務。被上訴人無從履行受僱人之勞務給付義務，顯可歸責於上訴人，被上訴人自得請求上訴人給付薪資。……，經核於法

⁶⁶ 例如：最高法院86年度台上字第1159號民事判決。

⁶⁷ 另外，劉士豪，同註42，頁135註40指出，德國聯邦勞動法院一貫的判決認為在雇主解僱無效之情形，雇主的解僱意思表示等同於拒絕工的勞務給付。

⁶⁸ 例如：最高法院85年度台上字第359號民事判決、最高法院91年度台上字第2376號民事判決。

⁶⁹ 例如：最高法院102年度台上字第1732號民事判決、最高法院103年度台上字第549號民事判決。

並無違背。」

►最高法院105年度台上字第675號民事裁定：「又雇主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務，負受領勞務遲延責任。……。原審謂上訴人非法解僱被上訴人業務經理職務，足認上訴人拒絕受領被上訴人之勞務給付，應負受領遲延責任，……。」

有判決認為，雇主違法解僱勞工，係預示拒絕受領勞務，故勞工縱未實際提供勞務而為雇主拒絕受領，雇主仍負受領遲延責任；例如：

►最高法院85年度台上字第3084號民事判決：「原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：……次按雇主不法解僱勞工，應認雇主已預示拒絕受領勞工提供之勞務，故勞工縱未實際提供勞務而為雇主拒絕受領，仍應認雇主受領勞務遲延。……本件上訴人既不法解僱被上訴人，被上訴人起訴請求上訴人給付報酬，於法即屬有據。……，經核於法委無違誤。」

至最高法院92年度台上字第1979號民事裁定：「未查原審謂被上訴人係遭上訴人非法解僱始離職。上訴人自解僱當日即要求被上訴人清理現務並辦理移交，拒絕被上訴人服勞務，可見被上訴人在上訴人違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務，則於上訴人拒絕受領後，應負受領遲延之責。被上訴人無須催告上訴人受領勞務，……。」則係認為勞工在雇主「違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」，故雇主違法解僱即拒絕受領勞務後，即應負受領遲延責任。併予說明者係，其後許多下級審判決均援引本號裁定，或係採取與本號裁定相同之立場⁷⁰，故本號裁定可謂在相當程度上影響了往後的實務見解。

又，另有部分下級審判決，先指出若勞工願為勞務給付之意思已明顯可見、為雇主所知，則不需另有其他言詞方式之勞務給付提出，復援引前開最高法院92年度台上字第1979號民事裁定；例如：

⁷⁰ 參徐婉寧，同註4，頁98。

►臺灣高等法院臺中分院104年度勞上易字第25號民事判決：「僱用人受領勞務遲延，指在僱用人以不適法方式終止勞動契約之情形，應認為僱用人於為不適法終止勞動契約之意思表示時，即已預示拒絕受領之意思，依民法第235條但書之規定，受僱人得以準備給付之事情通知僱主，以代勞務給付之提出，此一準備給付之通知，旨在使僱主明瞭其之後仍得受領受僱人準備提出之勞務，如受僱人願為勞務給付之意思，已明顯可見，為僱主所知，則立法意旨所規範之目的，既已達成，自不需另有其他準備勞務給付通知之形式。……（最高法院92年度台上字第1979號裁判意旨參照）。」⁷¹

上開判決之意旨，似是認為若勞工在雇主違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務，則勞工願為勞務給付之意思既已明顯可見、為雇主所知，於雇主違法解僱後，勞工便不需再以言詞方式提出勞務給付，雇主應即負受領遲延責任⁷²。

2. 學說議論

對於雇主民法第487條之勞務受領遲延責任，我國通說認為須具備「勞工已提出勞務給付」之要件，已如前述；然而，於雇主違法解僱之情形，勞工是否仍應現實提出或言詞提出勞務給付，學說則有如下討論：

(1) 黃程貫教授見解

黃程貫教授指出，德國聯邦勞工法院在1984年以前所為之相關判決均認為，若雇主違法解僱，因雇主終止的意思表示同時即構成預示拒絕受領勞工勞務給付之意思，故勞工無須事實上提出其勞務給付，而得以言詞提出勞務給付方式令雇主陷於受領遲延，而勞工若曾針對故主之終止做出任何言詞上之抗議或勞工已針對雇主之終

⁷¹ 持相同見解者，另如：臺灣高等法院臺中分院100年度勞上易字第40號民事判決。

⁷² 徐婉寧，同註4，頁98-99即指出，似可認為該等判決係以「違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」為僱用人是否明知受僱人願為勞務給付之判斷依據。

止提起確認終止無效或勞動關係存在之訴訟，則均已構成所謂勞務給付之言詞提出。然而，在雇主表示解僱當下，若勞工未立即向雇主提出抗議或起訴，則自違法解僱至雇主陷於受領遲延，將有時間上之落差。此種時間上落差將造成勞工無法請求此一落差期間之工資，甚不公平，蓋雇主之終止既然本屬違法無效，則勞工實不應因之而承擔任何不利益，始為正確且公平合理之結論，為要補救此一不公平合理之結果，遂有德國論者認為，在雇主所為之終止違法無效之情形，應無須再要求被解僱勞工應為任何言詞提出，蓋此時若再要求勞工應再為言詞提出以使雇主陷於受領遲延，則根本只是一種空洞的形式而已，純粹是概念法學的作法，全未顧及現實狀況，且欠缺期待可能性，一勞工若已被雇主解僱而遭逐出企業，此時如何能再期待該被解僱之勞工仍然厚顏地向雇主表示還是願意提供勞務⁷³？

承前，黃程貫教授復指出，德國聯邦勞工法院嗣於1984年、1985年之判決中，基於前述考量而放棄過去見解，改採當時學術界中尚屬少數說之見解，亦即認為在雇主所為之終止係違法無效之情形，應依德國民法第296條⁷⁴之規定，認為被解僱勞工此時並無須為任何給付之提出，自亦無須為言詞提出。按依德國民法第296條規定，若給付兼需債權人之行為，而債權人應為之此等行為如係曆定之定期行為者，此時唯有債權人及時為該行為，債務人始須為給付之提出，若債權人根本未及時為應為之定期行為，則債務人根本無須為任何給付之提出，自亦無須為任何言詞提出。因為雇主在解僱勞工後勢必不會再為給付所兼需之定期行為，故勞工縱使無任何給付之提出，雇主亦陷於受領遲延。德國聯邦勞工法院在其後之諸判決中，均將所謂「雇主應為之定期行為」定義為：雇主應提供勞工以一實際工作位置，且分派具體工作予勞工。本於此一前提定義，

⁷³ 參黃程貫，同註64，頁186-187。

⁷⁴ 德國民法第296條第1項規定：「債權人應為之行為有一定期限者，應於債權人按期為其行為時，債務人始須提出給付。」參劉士豪，同註42，頁140。

在雇主之終止為違法無效時，依德國民法第296條之規定，被解僱勞工即因而無須為任何勞務給付之提出⁷⁵。

對此，黃程貫教授認為，我國民法雖無相當於德國民法第296條之規定，但依絕大多數民法學者之見解，給付所兼需之債權人行為，若係一種定期行為，則本於期限代人催告、通知之基本原則，解釋上應認為此時債務人無須為任何提出，故在結論上應同於德國，毋庸置疑⁷⁶。

不過，關於上述依德國民法第296條規定認為勞工無須再提出勞務給付，雇主即陷於受領遲延之見解，在德國學說及實務上並非無相反意見：持反對見解之學者認為，德國聯邦勞工法院之見解剛好是顛倒勞動生活現實中之「原則例外」關係，蓋在勞動生活現實中，應是勞工必須先到工作場所、出現在工作崗位上準備提供勞務，此時雇主始會有依具體情況為指示之必要與可能。若勞工根本未出現在工作崗位上，則此時縱然肯定雇主有事先為指示之行為義務，亦屬毫無意義，且有悖現實。因此，雇主在具體情況下所必須為之的勞務給付指示，根本非所謂「給付所兼需之債權人行為」⁷⁷。依該反對學者之見解，德國民法第295條（即相當於我國民法第235條但書規定）之目的，係在於規範下述情況，即債權人與債務人對雙方間之債之關係的有效與否有所爭執，而債權人認為無效，故自己根本無須受領債務人之給付，此時民法即要求債務人應做出自己仍遵守有效之契約且繼續履行給付義務之表示，蓋此時債務人之此等表示確實事屬必要⁷⁸；另一方面，對於德國聯邦勞工法院之見解，德國實務上亦非沒有分歧，德國最高法院1988年之判決即明白表示德國聯邦勞工法院基於從屬性勞動者之保護而創設之特殊法律原則，與民法之明文規定根本不相符合，故對僱傭契約應無適用餘地，從

⁷⁵ 參黃程貫，同註64，頁187-188。

⁷⁶ 參黃程貫，同註64，頁188。

⁷⁷ 參黃程貫，同註64，頁188-189。

⁷⁸ 參黃程貫，同註64，頁190。

而發生勞動契約及僱傭契約在法律上處理方式分歧之現象⁷⁹。

至於黃程貫教授之見解則係認為，對於勞動法上之問題，民法中之規定常無法提供公平妥當的解決模式，雇主之受領遲延即是典型例子；是以，應直接肯定被違法解僱勞工之工資請求權，若須遷就民法規定，則應逕自認定勞工被違法解僱時，雇主自解僱日起當然即陷於受領遲延，根本不待勞工之任何事實提出或言詞提出，如此始合乎事理之平⁸⁰。

(2) 劉士豪教授見解

劉士豪教授認為，勞務債務是有確定期限之債務，且兼需雇主之行為，而雇主於期限屆滿時仍不為其行為時，依德國民法第296條第1項規定，債務人無須為言詞提出，債權人即當然陷於受領遲延，我國民法雖無此規定，惟所謂確定期限係債務履行之期限，茲債務人自期限屆滿時起，因兼需債權人之行為而致未為給付，應認為自期限屆滿，即生債權人受領遲延之效果，債務人當毋庸依我國民法第235條但書規定為言詞之提出；對此，劉士豪教授並援引最高法院92年台上字第1792號裁定為參照⁸¹，復於結論上認為，雇主既然非法解僱當然不會履行勞務給付之協助行為，是以只要原來勞務給付時間一過，雇主當然就受領遲延，勞工也不需另為催告受領或將給付準備之情事通知雇主⁸²。

另外，劉士豪教授亦指出，我國大部分的法院見解認為雇主非法解僱後經勞工提出異議（無論為何種形式：申請調解、仲裁或直接提起訴訟），該異議即視為言詞給付，雇主如繼續認為解僱合法，即為拒絕受領勞務，此一見解已相當進步，但仍會發生對非法解僱勞工不利之影響。蓋，在非法解僱的時點，到勞工提出異議，而該異議為雇主明瞭或到達雇主處，其間有時間的落差，在這段時

79 參黃程貫，同註64，頁190。

80 參黃程貫，同註64，頁204。

81 參劉士豪，同註42，頁140。

82 參劉士豪，同註42，頁143。

間若不能算作受領遲延，對一被非法解僱勞工相當不利。由於雇主非法解僱，已不可能再接受被解僱勞工的勞務給付，除非雇主自認解僱違法，故在解僱之後，勞工通知雇主已有給付準備之情事，根本多此一舉⁸³。

(3) 徐婉寧教授見解

關於實務上認為雇主自解僱日起即陷入受領遲延之判決，徐婉寧教授認為其與學說立場一致，對於遭非法解僱之勞工的保護較為周全，值得贊同⁸⁴。

另，關於最高法院92年度台上字第1979號民事裁定等裁判所論及之「主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」乙節，按，民法第235條但書規定「……債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出」，所謂「準備給付之事情」，學說認為係指勞工必須有給付能力和給付意願⁸⁵，倘若勞工無法履行所約定之勞務給付時，則雇主將不陷於受領遲延⁸⁶；鑑此，徐婉寧教授認為，最高法院92年度台上字第1979號民事裁定等裁判所論及之「主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」，實可理解為「主觀上有給付意願，客觀上亦具備給付能力」之認定，故而，最高法院此舉可謂等同於判斷勞工是否具備「準備給付之情事」⁸⁷。

徐婉寧教授指出，依最高法院92年度台上字第1979號民事裁定之一審法院判決認定之事實可知，法院並不以勞工言詞提出之時點為雇主陷入受領遲延之時點，而是從非法解僱日即認為雇主受領遲延，由此應可推論出其認為雇主拒絕受領時，勞工即無須提出其給付；最高法院92年度台上字第1979號民事裁定雖未明言其係以「勞工具有勞務給付之能力與意願」，作為勞工無須言詞提出給付之前

83 參劉士豪，同註42，頁142-143。

84 參徐婉寧，同註59，頁228-229。

85 參黃程貫，同註64，頁191；劉士豪，同註42，頁138。

86 參黃程貫，同註64，頁191。

87 參徐婉寧，同註4，頁96。

提，但從論述的脈絡，可知其認為若勞工未遭違法解僱，將如常地提供勞務給付，因此於確認勞工具具有勞務給付之能力與意願，亦即具備「準備給付之情事」時，勞工即無須現實或言詞提出其給付。因此，本號裁定之意義即在於，當勞工具具有勞務給付之能力與意願時，則無需判斷勞工是否曾現實提出或言詞提出給付⁸⁸。惟另一方面，徐婉寧教授亦認為，因該號裁定內容之用語僅止於「上訴人拒絕受領後，應負受領遲延之責。被上訴人無須催告上訴人受領勞務」，而未言明勞工無須言詞提出給付，且其亦未闡述其論及勞工於遭「違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」之意義，因此是否可將「主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」解釋為認定勞工有無勞務給付之意願與能力，而據此形成「當勞工有勞務給付之意願與能力者，即無須另行言詞提出勞務給付」之判決法理，即難謂全無疑義，實殊為可惜⁸⁹。

徐婉寧教授並認為，若能確立上述判決法理，則於違法解僱時，若勞工有給付之意願與能力，亦即遭解僱時「主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」，即無須言詞提出給付，而得依民法第487條之規定，請求雇主給付自違法解僱時起之報酬。若勞工無給付之意願與能力者，則應視其是否曾提出給付，藉以判斷雇主陷於受領遲延之時點；若其未曾提出給付，則應屬給付不能，而應依民法第266條、第267條之規定，決定勞工是否有報酬請求權⁹⁰。

3. 分析與檢討

本文認為，民法第487條之雇主受領遲延責任，須以勞工已提出勞務給付為要件，即便在雇主違法解僱之情形，勞工仍至少應以言詞方式提出勞務給付，否則雇主並不當然於表示解僱時即陷入受領遲延狀態，理由如下：

88 參徐婉寧，同註4，頁96-97。

89 參徐婉寧，同註4，頁112。

90 參徐婉寧，同註4，頁112-113。

(1) 民法明文要求「債務人已提出給付」之要件

按，民法第487條既然為關於雇主受領遲延責任之規定，且該條並無特別規定雇主受領遲延之要件，則理論上即應回歸適用債總受領遲延之規定，亦即民法第234條以下規定，判斷雇主是否陷於受領遲延。而依民法第234條規定，須雇主拒絕受領或不能受領勞工已提出之給付，雇主始負受領遲延責任，換言之，勞工必須先提出給付。於違法解僱之情形，雇主向勞工表示解僱之意思，固得認為是預示拒絕受領勞工將來提供之勞務給付，此際，依民法第235條但書規定，勞工固得以「以準備給付之事情，通知」雇主之言詞方式提出勞務給付，但非謂勞工得完全不為任何提出雇主即當然陷於受領遲延。倘若逸脫民法第234條之規定，認為雇主違法解僱勞工時，不以勞工現實或言詞提出給付為前提，雇主當然陷於受領遲延狀態，便與現行法律明文規範不符。

雖然學說上有認為，勞工之勞務給付兼需雇主之定期行為，雇主既然非法解僱當然不會履行勞務給付之協助行為，參酌德國民法第296條規定，只要原來勞務給付時間一過，雇主即陷於受領遲延，並不需勞工提出給付；惟，我國民法並未有相當於德國民法第296條之規定，能否作同一解釋，已有疑義，我國民法學者間亦有採反對見解者⁹¹。再者，即便認為我國法解釋適用上亦應作與德國民法第296條相同之解釋，然如前述說明，德國學說甚而實務上，對於雇主違法解僱之情形，是否有德國民法第296條規定之適用，而得推導出不待勞工提出勞務給付、雇主即陷於受領遲延之結論，並非全然沒有分歧。

再者，學說上雖有認為，在雇主違法解僱之情形，若仍要求勞工應再以言詞提出勞務，僅是一種空洞的形式、純粹是概念法學，全未顧及現實狀況，且欠缺期待可能性，蓋無法期待被解僱之勞工

⁹¹ 例如：史尚寬教授、洪文瀾教授，參黃程貫，同註64，頁188；另外，林誠二教授亦採反對見解，參林誠二，同註65，頁158。

仍向雇主表示願意提供勞務；惟，對於此疑慮，似僅須放寬言詞提出給付之認定即可，尚無須在根本上否定「債務人已提出給付」之要件。亦即，於雇主違法解僱之情形，若能將勞工向雇主表達對於解僱之異議，解釋為是向雇主言詞提出勞務給付⁹²，即能同時兼顧民法第234條規定之要件以及現實狀況，蓋要求勞工對於雇主之違法解僱行為表示異議，殊無任何「欠缺期待可能性」之問題。

此外，對於雇主受領勞務遲延，民法第487條之效果係讓勞工免補服勞務、仍得請求報酬，此屬於勞務與報酬互為對價原則（No work no pay原則）之例外⁹³，且可認為是對待給付危險負擔法理之例外⁹⁴。民法第487條既係一種例外規定，基於「例外從嚴」之法理，該條規定在適用上即應從嚴解釋，不應在要件上完全排除勞工應提出勞務給付之要求。

(2)縱為勞動關係仍無調整「債務人已提出給付」要件之必要

前揭學者見解有指出，對於勞動法上之問題，民法中之規定常無法提供公平妥當的解決模式，雇主之受領遲延即是典型例子。誠然，相較於一般民事契約關係，勞動關係具有特殊性，與民法所預設、想像之規範對象有異，民法規範若未經修正即適用在勞動關係中，恐發生不公平之結果，故學者一般均認為民法規範適用於勞動關係時，應充分考量勞動關係之特性作適度修正，倘無修正可能，縱民法有明文規定亦應排除適用⁹⁵。倘由此觀點出發，於雇主違法解僱之情形，考量到勞動關係之特性，從而去調整或排除民法第234條受領遲延之要件，即有所據。

⁹² 實際上，此本即為我國多數法院之見解，參劉士豪，同註42，頁142；徐婉寧，同註4，頁124。

⁹³ 參徐婉寧，同註4，頁89。

⁹⁴ 亦即，無論債權人是否可歸責，均令債權人（雇主）承擔對待給付（工資）危險，此有別於民法第266條、第267條規定所揭示之對待給付危險負擔理念。

⁹⁵ 關於我國學者對於民法規範適用於勞動關係時應作修正之見解整理，可參李有容，論過失相抵於職業災害損害賠償之限制，政治大學法律學系碩士班碩士論文，2017年，頁48-49。

然而，此處是否存有勞動關係與一般民事關係之性質上差異，且此差異係立法者在訂定民法第234條受領遲延之要件時所未慮及，以致民法第234條未作調整、直接適用在以勞動關係為基礎之雇主非法解僱之情形時將有失公平，非無疑義。細究學說之所以認為於違法解僱之情形，倘仍要求民法第234條所定「債務人已提出給付」之要件，將無法提供公平、妥當解決模式，其理由似是著眼於雇主表示解僱當下至勞工向雇主表達異議（言詞提出給付）之時間上落差，而認為該段期間報酬給付之不利益，不應由勞工承擔，而應由違法解僱之雇主承擔，始為公平⁹⁶。若然如此，則此處真正涉及者，僅是單純的利益衡量問題而已，尚非直接因為勞動關係有從屬性、繼續性或勞雇雙方地位不平等性等與一般民事關係不同之特性，致民法第234條在適用於勞動關係時應作修正。申言之，於雇主違法解僱之情形，是否要求「債務人已提出給付」之要件，此一爭議應與勞動關係之特殊性無關；至於在利益衡量上，要求「債務人已提出給付」之要件與否，孰為公平、合理，則如後述。

(3) 貫徹「債務人已提出給付」要件毋寧才符合公平

如前所述，學說認為違法解僱之情形，雇主在解僱時即陷於受領遲延，並不須要勞工再另行現實提出或言詞提出勞務給付，主要之目的即是要讓雇主而非勞工去承擔違法解僱之不利益，並認為如此才能符合公平之要求。

然而，首先，民法第234條、第235條但書規定要求債務人在債權人預示拒絕受領給付後，仍須提出給付而遭債權人拒絕受領時，債權人始陷於受領遲延狀態，實含有下列規範目的：在債權人與債務人對雙方間之債之關係的有效與否有所爭執，而債權人認為無

⁹⁶ 黃程貫教授另亦提及，德國學者有認為，表示關於雇主受領遲延問題，德國聯邦勞工法院與勞動法學界之討論全部集中在德國民法第293條（相當於我國民法第234條）以下的解釋及適用，惟所有的討論本質上根本是一種「虛幻的爭論」而已，實際上問題真正的核心是：雇主之終止係非法無效，因此，雇主自不得因自己之非法無效行為而更獲有利益或減少損失，故勞工之權利地位應回復到如同未曾有解僱之原狀，參黃程貫，同註64，頁204。

效，故自己根本無須受領債務人之給付時，要求債務人應做出自己仍遵守有效之契約且繼續履行給付義務之表示⁹⁷，藉以讓債權人知悉其仍有受領給付之可能以及義務⁹⁸。否則，在對於債之關係生效、存續與否，債務人完全未予爭執，債權人亦因此信賴其無受領義務而未再請求給付或表示願為受領之情形，卻要求債權人負擔受領遲延之不利益，並不公允。

尤其，於違法解僱之情形，如雇主陷於受領遲延狀態，勞工得依民法第487條規定獲得免補服勞務、仍得請求報酬之利益；勞工既能受有此等利益，則要求勞工先至少以言詞方式提出勞務給付，以作為受有前揭利益之前提，應非苛求勞工之舉；相反地，若勞工完全無須再以任何方式提出勞務給付，連對於解僱合法性表示異議（言詞提出）均不要求，而認為雇主在表示解僱時即當然陷於受領遲延狀態，如此解釋固然充分地保護勞工，但卻對雇主造成不公平之結果。

具體舉例而言：假設雇主經合法性評估後，決定解僱某勞工，在雇主表示解僱勞工時，勞工完全未表示任何異議，旋即依照雇主之指示辦理離職⁹⁹，嗣因該勞工一直未能找到新工作，故於遭解僱3個月後向法院提起確認僱傭關係存在訴訟，而法院最後則認為雇主違反解僱最後手段性之要求，認定解僱違法無效。於此情形，認為雇主自違法解僱時起即當然陷於受領遲延狀態，依民法第487條規定應自違法解僱時起續付工資，是否公平？

申言之，並非於所有違法解僱，均是雇主惡意為之，且依照目

⁹⁷ 參黃程貫，同註64，頁190。

⁹⁸ 臺灣高等法院臺中分院104年度勞上易字第25號民事判決：「……此一準備給付之通知，旨在使僱主明瞭其之後仍得受領受僱人準備提出之勞務，……。」見解可供參照。

⁹⁹ 於此情形，可能尚會發生勞雇雙方是否已為合意終止之爭議。惟依筆者之觀察，我國實務在認定遭違法解僱之勞工是否亦有與雇主終止勞動契約之意思時，仍較為保守，除勞工簽署同意終止之書面，或有其他積極行為得認為是同意終止之默示意思外，勞工單純配合指示辦理離職，通常難被認為是同意終止勞動關係之意思表示。

前法規範暨實務運作，解僱是否合法有效，誠難由雇主在事前做出準確判斷。若勞工在雇主表示解僱後，無須再為任何勞務給付之提出，連對於解僱合法性表示異議（言詞提出）均不要求，此無非是完全剝奪雇主猶豫、再行評估解僱合法性之機會（雇主既已決定解僱，若勞工未表示異議，雇主自當不會再主動請求提供或表示受領勞務），即讓雇主承擔續付工資之不利益。

且應強調者是，要求「債務人已提出給付」之受領遲延要件，絕非意味在勞工未曾以現實或言詞方式提出勞務給付致雇主不負民法第487條受領遲延責任之情形或期間，勞工即無從請求違法解僱期間之工資。實則，如前所述，關於工資報酬之請求權，本即有依照危險負擔規範處理之可能性，我國民法雖然有第487條雇主受領遲延之特別規定，但並未排除債總危險負擔規定之適用，因此，於勞工未曾以現實或言詞方式提出勞務給付致雇主未陷於受領遲延狀態之情形或期間，此時勞工能否請求工資，仍得回歸適用民法第266條或第267條之規定，視給付不能之緣由是否可歸責於雇主，而決定工資危險由誰負擔¹⁰⁰。是以，並非勞工未以現實或言詞方式提出勞務給付，即意味工資危險當然須由勞工自行負擔，此時只不過是回歸適用債總危險分配的規定，而非依民法第487條規定、無論可否歸責於雇主，均由雇主承擔工資危險而已。

綜上說明，本文認為，考量到雇主不易準確評估解僱之合法性，民法第487條規定又不問雇主可否歸責均令其負擔工資危險，則認為勞工至少提出言詞給付，亦即至少對於解僱之合法性表示異議，而給予雇主猶豫、再行評估解僱合法性之機會，以此作為讓雇主在無可歸責事由之情形下仍承擔違法解僱期間續付工資不利益之前提，否則即回歸債總危險負擔規定，依可歸責性決定工資危險由誰負擔，毋寧是更加公平之處理方式。

¹⁰⁰ 詳細說明，參見本文後述參、四。

(4) 實務判決提出之論理均未能滿足或取代「勞工已提出勞務給付」之判斷

採取「雇主違法解僱，即構成受領遲延」見解之判決所採取的論理，均無法滿足或取代「勞工已提出勞務給付」要件之判斷：

① 解僱並非拒絕受領勞工現實提出之勞務給付

部分判決論及「雇主以勞工已遭解僱為由拒絕勞工之勞務給付，……自屬雇主受領勞務遲延」、「雇主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務之受領勞務遲延」、「雇主違法解僱勞工，……，堪認雇主拒絕勞工依僱傭契約給付勞務」、「雇主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務，負受領勞務遲延責任」¹⁰¹等語，認為雇主對勞工為解僱之意思表示，即是拒絕勞工之勞務給付，故雇主應負受領遲延責任¹⁰²，核其意旨，其依據似為民法第234條「債權人對於已提出之給付，拒絕受領……者，自提出時起，負遲延責任。」

然而，所謂解僱，在概念上係雇主終止權之行使，而所謂終止，係使繼續的契約關係向將來消滅之意思表示¹⁰³。鑑此，當雇主表示解僱勞工時，即便勞工當下處於提供勞務之狀態中，但雇主解僱之意思既係向將來、嗣後地消滅契約關係，則應解釋雇主係「拒絕勞工將來之勞務給付」，亦即民法第235條所稱之「預示拒絕受領」，而不應解為係「拒絕勞工當下現實提出之勞務」而逕依民法第234條規定認為雇主陷於受領遲延狀態。

② 雇主預示拒絕受領後勞工仍至少應以言詞提出給付

最高法院85年度台上字第3084號民事判決肯認原審「雇主不法解僱勞工，應認雇主已預示拒絕受領勞工提供之勞務，故勞工縱未

¹⁰¹ 請參見本文前舉之最高法院81年度台上字第682號、89年度台上字第1405號、91年度台上字第1625號民事判決，以及最高法院105年度台上字第675號民事裁定。

¹⁰² 另參侯岳宏，同註2，頁375。

¹⁰³ 參見王澤鑑，民法概要，2010年，頁282。

實際提供勞務而為雇主拒絕受領，仍應認雇主受領勞務遲延。」之見解；然而，依民法第234條、第235條但書規定，於雇主預示拒絕受領勞工提供之勞務後，勞工固得以言詞方式提出勞務給付，以替代現實提出勞務給付，但並非雇主預示拒絕受領勞務後，即當然陷於受領遲延狀態。

本號判決認為「雇主不法解雇勞工，應認雇主已預示拒絕受領勞工提供之勞務」，固為正確見解，惟其認為「勞工縱未實際提供勞務而為雇主拒絕受領，仍應認雇主受領勞務遲延」，則有論理上之跳躍。蓋在「未實際提供勞務而為雇主拒絕受領」之情形，依民法第234條、第235條但書規定，勞工仍應「以準備給付之事情通知雇主而為雇主拒絕受領」，始得認為雇主受領勞務遲延。

③「主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」之公式仍未能取代「勞工已提出勞務給付」之判斷

最高法院92年度台上字第1979號民事裁定提出「違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」之判斷公式，認為勞工在雇主「違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」，則雇主違法解僱即拒絕受領勞務後，即應負受領遲延責任；然而，縱使勞工符合「違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」之要件，卻仍未能說明何以於此情形，勞工於雇主表示解僱後，無須再以任何方式提出勞務給付，雇主即應負受領遲延責任。

倘若所謂「勞工在雇主違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務，則於雇主拒絕受領後，應負受領遲延之責」，意指「雇主在違法解僱時係拒絕受領當下勞工現實提出之勞務給付，故應負受領遲延之責」，則如前述說明，因雇主解僱之意思係向將來、嗣後地消滅契約關係，故不應將解僱解為係「拒絕勞工當下現實提出之勞務」而逕依民法第234條規定認為雇主陷於受領遲延狀態。

倘依學者見解，將上述裁定提出之公式理解為勞工「準備給付

之情事」之認定，亦即該公式是關於勞工「主觀上有給付意願，客觀上亦具備給付能力」之認定；惟按民法第235條但書規定，在雇主表示解僱即預示拒絕受領之意思時，勞工仍應將準備給付之情事「通知」雇主，則即便依照該公式認定勞工具具有「準備給付之情事」，勞工仍應「通知」雇主，始能認為勞工已言詞提出勞務給付，雇主始有受領遲延責任可言。

倘是參照臺灣高等法院臺中分院104年度勞上易字第25號民事判決意旨，認為若勞工在雇主「違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」，則勞工願為勞務給付之意思已明顯可見、為雇主所知，於雇主違法解僱後，勞工不需再以言詞方式提出勞務給付，雇主即應負受領遲延責任；惟，由於該公式明確是用「違法解僱前」之用語，則勞工縱使在雇主違法解僱「前」有「主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」之情形，但並不當然表示勞工在違法解僱時（後），仍有願為勞務給付之意思或能力，故實無從根據該判斷公式即推認在違法解僱時（後），勞工願為勞務給付之意思已明顯可見、為雇主所知，因此勞工不需再以言詞方式提出勞務給付，雇主即應負受領遲延責任。相反地，即便勞工在雇主「違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務」，但在雇主表示解僱時（後），勞工均未表示任何異議或再任何方式提出給付，此時雇主依照一般經驗法則，毋寧是會信賴勞工已無勞務給付之意思。且如前所述，以勞工先提出勞務給付作為雇主受領遲延的要件，實含有在雇主表示解僱意思「後」，透過要求勞工做出自己仍遵守有效之契約且繼續履行給付義務之表示，藉以讓雇主知悉其仍有受領給付之可能以及義務之目的，但若採取臺灣高等法院臺中分院104年度勞上易字第25號民事判決之見解，即完全無助於上述目的之實現。

因此，本文認為，對於遭違法解僱之勞工是否仍應提出給付之問題，此公式應無任何特別的實益，其並無法取代「勞工已提出勞務給付」之要件；勞工仍應以現實或言詞方式提出勞務給付，始能

讓雇主負受領遲延責任。

(三)實務僅側重民法第487條規定之適用所造成的問題

關於勞工請求違法解僱期間工資，在實務僅側重適用民法第487條規定，而忽略債總危險負擔規範之適用下，無論實務判決係立於「勞工仍應現實或言詞提出勞務給付」或是「雇主違法解僱，即構成受領遲延」之立場，均將產生問題，以下謹分別說明之。

1. 裁判結果的問題

倘若實務判決採取民法第487條雇主受領遲延責任規定仍須以勞工已提出勞務給付作為前提之見解，卻又忽略債總危險負擔規範之適用時，即可能在認定勞工並未提出勞務給付後，逕行得出勞工不得請求違法解僱期間工資，或是遭違法解僱後、再向雇主提出勞務給付前之期間工資之結論¹⁰⁴。

然而，勞工通常為未諳法律之人，且勞工在遭違法解僱時，囿於當下的氛圍，縱然心中不服但仍沒有作任何異議之表示，亦非難以想像。若僅因勞工遭違法解僱後並未再向雇主以提出勞務給付，或是至少對違法解僱表示異議而得認為是以言詞方式提出勞務給付，即在結論上認為遭違法解僱之勞工須自行承擔違法解僱所造成之不利益，對於勞工而言未免過苛，如此的裁判結果恐難謂符合公平正義之理念。

2. 論理上的問題

或許實務上考量到雇主違法解僱所造成之不利益不應由勞工承擔，從而多許判決採取了「雇主違法解僱，即構成受領遲延」之見解，使遭違法解僱之勞工無論是否曾現實或以言詞方式提出勞務給付，均得適用民法第487條規定而向雇主請求違法解僱期間之工資。

然而，相關判決對於民法第487條規定之適用，一方面並未直接

¹⁰⁴ 例如：臺灣高等法院97年度勞上易字第56號民事判決、臺灣臺北地方法院89年度重勞訴字第14號民事判決、臺灣臺北地方法院93年度勞訴字第7號民事判決。

否認「勞工已提出勞務給付」此一要件要求，可於另一方面，許多判決卻又完全未在個案中就「勞工已提出勞務給付」之要件事實作具體判斷，而僅以前揭抽象且曖昧的論理，率爾得出「雇主違法解僱，即構成受領遲延」故該當民法第487條規定之結論，惟如前述所檢討者，該等論理實均無法滿足或取代「勞工已提出勞務給付」要件之判斷。採取「雇主違法解僱，即構成受領遲延」立場的實務判決，由裁判結論而觀，固然可能符合公平正義，不過其於論理過程上卻存有疑義，終不免讓人有法院為了得到特定結論而強行適用民法第487條規定之感。

四、民法第487條及第266條、第267條規定之適用交錯

前揭實務所發生之裁判結果或論理問題，究其原因，實均係對於違法解僱期間之工資問題，僅側重適用民法第487條規定，忽略了債總危險負擔規範的適用可能性與必要性¹⁰⁵。

勞工可否請求違法解僱期間之工資問題，性質上本即屬於勞務給付不能時之對待給付危險負擔問題，即便我國特別設有民法第487條規定，在雇主受領勞務遲延而該當民法第487條之情形，解釋上固不允許雇主再去主張自己不可歸責而依民法第266條規定免除給付工資（對待給付）義務，但在雇主不該當民法第487條之情形，並無理由認為須排除民法第266條或第267條危險負擔規範之適用，甚者，此際實有必要適用民法第266條或第267條規定來決定違法解僱期間之工資危險負擔。

此外，於民法學理上本即有認為，在債權人受領遲延時，危險應即移轉於債權人，亦即在債權人受領遲延後，縱因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，此時評價上仍應認為係「可歸責於債

¹⁰⁵ 徐婉寧教授亦指出，我國學說及實務長期忽略雇主受領遲延與危險負擔法理之交錯，於違法解僱事件中，實務一旦認定雇主違法解僱、僱傭關係繼續存在，常直接適用民法第487條規定，認定雇主陷於受領遲延而命其支付報酬，對於雇主是否該當受領遲延之要件以及雇主陷於受領遲延之時點，均有未詳加認定之情形，參徐婉寧，同註4，頁127-128。

權人之事由」¹⁰⁶。倘若採取這樣的見解，則民法第487條其實便可直接理解為本質上係「價金危險負擔」之規定¹⁰⁷，亦即其僅是民法第267條於債各僱傭章節中之具體化規定，旨在重申僱用人（債權人）受領勞務遲延後，受僱人（債務人）因時間經過致勞務債務變成給付不能之事，係屬於「可歸責於僱用人」。在這樣的觀點下，民法第487條只不過是民法第267條其中一種具體類型，自當不因有第487條規定存在，即排除民法第266條或第267條之適用。

本文認為，在法律適用上，民法第487條規定之效果，係無論雇主對於勞工勞務給付不能之事實實際上是否可以歸責，雇主均應承擔工資危險，但相對地，其要件係雇主受領遲延，而雇主要陷於受領遲延，則以勞工以現實或言詞方式提出勞務給付為必要；至於民法第266條、第267條規定，在違法解僱的情形，則係在勞工未提出勞務給付或是已提出然而雇主未受領致勞務變為給付不能時，按雇主是否可歸責而決定其工資危險分配之規範。在雇主陷於受領遲延之情形，此時有民法第487條之適用，且鑑於民法第487條之立法意旨，解釋上雖應排除民法第266條規定之適用，但未排除民法第267條之適用可能；在雇主未陷於受領遲延之情形，則無民法第487條之適用，此時須要適用民法第266條或第267條規定來決定違法解僱期間之工資危險負擔。

從而，對於勞工而言，在向雇主請求違法解僱期間之工資時，勞工得視個案要件事實以及舉證的難易度，而決定以民法第487條或（及）第267條規定為依據；對於法院而言，即便個案勞工未提出勞務給付而不符合民法第487條之要件，但此際要非直接得出勞工不得請求雇主給付違法解僱期間工資之結論，而係應回到危險負擔規範，視勞工未提出勞務給付從而變成勞務給付不能之事，是否係因有可歸責於雇主的事由所致，而分別適用民法第266條或第267條規

¹⁰⁶ 參孫森焱，同註45，頁837-838；山川隆一，勞働紛争処理法，同註18，頁229。

¹⁰⁷ 王千維，同註42，頁33，即表示民法第487條為價金危險負擔之規定。

定決定工資危險負擔；即便勞工本身並未主張民法第267條規定，但由於勞工之請求權基礎均係僱傭契約，法院依據民法第487條或第267條為裁判僅屬判決理由之問題，訴訟標的仍為相同，故應無訴外裁判之違法。

至於雇主可歸責事由之判斷，除了參酌民法第487條規定，可認為雇主一旦陷於受領遲延，勞工因時間經過致勞務給付不能乙事應屬「可歸責於雇主」外，或可參酌日本法的見解，亦即原則上得認為違法解僱的雇主具有可歸責事由，但於雇主有正當合理之事由以致誤認解僱合法性之情形，則得例外地認為不可歸責於雇主。

倘若實務在違法解僱期間工資問題上，於民法第487條規定外，能意識到、並妥為運用債總價金危險負擔之規定，則實務判決即不需要為了能得出「勞工請求違法解僱期間工資為有理由」之結果而強行適用民法第487條規定，致與既有民法規範或學說理論對於受領遲延責任之要件要求發生齟齬。換言之，縱然系爭個案不符合「勞工已提出勞務給付」之雇主受領遲延要件，無法以民法第487條規定作為勞工得請求違法解僱期間工資之依據，但在認為可歸責於雇主時，仍得依民法第267條規定得出相同結論；至於在不該當民法第487條規定且被認為係不可歸責於雇主的情形，勞工既然未對解僱表示異議（言詞提出勞務給付），且雇主具有正當合理之事由以致誤判解僱合法性而拒絕受領勞務，則在價值判斷上，此際依民法第266條而要求勞工承擔工資危險，似難謂係不公平之事。

肆、結 語

對於勞工請求違法解僱期間之工資，我國多數實務僅意識到民法第487條規定，忽略了其本質上屬於危險負擔問題而有債總危險負擔規範之適用。然而，在勞工於遭違法解僱後並未提出勞務給付之情形，若法院只依據民法第487條規定來處理違法解僱期間之工資爭議，恐會發生不公平的裁判結果，即便法院刻意避免不公平的裁判

結果亦可能違背民法第487條之要件要求。本文認為，若實務能夠充分意識並妥為運用債總價金危險負擔之規範，即能在符合既有民法規範暨理論之前提下，公平妥適地解決違法解僱期間工資危險問題。

本件判決係最高法院對於勞工請求違法解僱期間工資之可否問題，正面肯認依債總危險負擔規範之方式作處理者，其判旨甚值肯定，對於後續實務將造成如何之影響，殊值關注。惟，如同過去採取相同判旨的下級審法院，本件判決在適用民法第267條規定時，未再進一步說明民法第267條規定與第487條規定間之適用關係為何，係較為可惜之處，期待將來能有判決予以補充。

參考文獻

一、中文部分

- 王千維，種類之債與給付不能，2016年，臺北：新學林。
- 王千維，繼續性債之關係之基本理論，2020年，臺北：新學林。
- 王澤鑑，民法概要，2010年，臺北：自版。
- 李有容，論過失相抵於職業災害損害賠償之限制，2017年，政治大學法律學系碩士班碩士論文。
- 林誠二，民法債編總論（下），2001年，臺北：瑞興。
- 侯岳宏，日本非法解僱期間工資與中間收入扣除之發展與啟示，政大法學評論，128期，頁351-399，2012年。
- 孫森焱，民法債編總論下冊，2007年修訂版，臺北：自版。
- 徐婉寧，民法第四八七條受領遲延之要件——以雇主違法解僱為中心，兼評最高法院一〇三年度台上字第一一一六號民事判決，月旦法學雜誌，236期，頁221-229，2015年1月。
- 徐婉寧，論違法解僱下僱用人之受領遲延責任與危險負擔法理之交錯——以解析我國實務見解及與日本法之比較為中心，臺大法學論叢，46卷1期，頁87-133，2017年3月。
- 黃程貫，解僱無效時之雇主受領遲延問題，政大法學評論，49期，頁183-204，1993年12月。
- 劉士豪，勞動關係中雇主受領勞務遲延之研究，臺北大學法學論叢，57期，頁121-167，2005年12月。
- 劉志鵬，勞動法解讀，2002年，臺北：三民。
- 劉志鵬，勞動法理論與判決研究，2002年，臺北：元照。

二、外文部分

- 土田道夫，労働契約法，2018年2版，東京：有斐閣。
- 小野秀誠，危険負担の研究，1995年，東京：日本評論社。
- 小野秀誠，危険負担の判例総合研究，2005年，東京：信山社。
- 山川隆一，使用者による労務の受領拒絶と賃金債権の発生要件，ジュリスト，1138号，頁131-133，1998年7月。

- 山川隆一，雇用關係法，2008年4版，東京：新世社。
- 山川隆一，労働紛争処理法，2012年，東京：弘文堂。
- 山本陽大，解雇の救済方法，収録於：土田道夫、山川隆一編，労働法の争点，2014年，頁82-83，東京：有斐閣。
- 水町勇一郎，詳解労働法，2019年，東京：東京大学出版会。
- 坂井岳夫，私傷病と労務受領拒否，収録於：村中孝史、荒木尚志編，労働判例百選，2016年9版，頁52-53，東京：有斐閣。
- 坂本宏志，賃金請求権の発生要件，収録於：土田道夫、山川隆一編，労働法の争点，2014年，頁84-85，東京：有斐閣。
- 村中孝史、坂井岳夫，民法536条2項，収録於：土田道夫編，債権法改正と労働法，2012年，頁148-173，東京：商事法務。
- 東京大学労働法研究会編，注釈労働基準法上巻，2003年，東京：有斐閣。
- 荒木尚志，労働法，2020年4版，東京：有斐閣。
- 菅野和夫，労働法，2019年12版，東京：弘文堂。

Employee's Impossibility of Performance and Risk of Loss on Wages in the Event of Wrongful Dismissal: Review of the Supreme Court 2018 Tai-Shang-Zi No. 412 Civil Judgement

Yu-Jung Lee*

Abstract

Practically speaking, Article 487 of the Civil Code serves as the primary legal basis in Taiwan that an employee may demand for his remuneration without being bound to perform the service during a period of wrongful dismissal. However, outside of the stipulations of Article 487 of the Civil Code, there is also a question of whether the issue of wage risk during the period of wrongful dismissal could be, and must be, handled based on the risk of loss rule under the regulations related to general obligations in the Civil Code? There remains some room for discussion on this argument.

This paper will, based on Supreme Court 2018 Tai-Shang-Zi No. 412 Civil Judgement, explain the possibility of solutions pursuant to the risk of loss rule under the general obligations of the Civil Code, and

* Ph.D. Program of Civil Law, College of Law, National Chengchi University; Associate Attorney of Stellex Law Firm.

evaluate the problems that result from long-term overemphasis on the application of Article 487 of the Civil Code in judicial decisions. In practical settings, if full awareness and proper implementation of the risk of loss rules under the general obligations of the Civil Code can be ensured, then the issue of wage risk during the period of wrongful dismissal may be equitably solved while remaining in compliance with the existing statutory requirements and theories of the Civil Code.

Keywords : impossibility of performance, risk of loss on wages, delay to accept the services, wrongful dismissal

【研究論文】

勞基法第12條雇主契約終止權 除斥期間之起算與展延 ——評最高法院99年度台上字第 2054號判決

吳昱農*

要 目

- | | |
|---------------------------|-------------------------|
| 壹、緒 言 | 二、本文見解 |
| 貳、最高法院99年度台上字第
2054號判決 | 肆、勞資爭議調解期間不計入除
斥期間 |
| 一、案例事實 | 一、勞資爭議調解期間雇主不得
行使終止權 |
| 二、本案爭點與歷審法院見解 | 二、學說實務之解決方向 |
| 三、問題意識 | 三、本文見解 |
| 參、勞基法第12條第2項除斥期間
之起算時點 | 伍、結 論 |
| 一、「知悉其情形」之解釋 | |

DOI: 10.7003/LASR.202203_(8).0002

* 國立臺灣大學法律學系碩士生。

摘 要

本文以最高法院99年度台上字第2054號判決的案例事實為出發點，針對勞基法第12條第1項雇主不經預告契約終止權的除斥期間相關爭議進行討論。雖然勞基法第12條第2項已明文規範第1項終止權除斥期間自「知悉其情形」起算，然而實務對於起算點之認定，仍是莫衷一是。本文基於對除斥期間制度目的之理解，並輔以期間起算制度規範模式的發展趨勢為觀察點，認為在雇主知悉勞工有客觀違犯事實時，即應起算除斥期間。本文另外處理了本條終止權除斥期間與勞資爭議處理法第8條禁止解僱期間的關係。本文結論上贊同本案最高法院提出的合併計算說，理由構成上認為合併計算說之法理依據應援引時效障礙事由中的時效停止事由。

關鍵詞： 除斥期間、期間起算、知悉、時效停止

壹、緒 言

勞動契約乃勞動關係之核心，一切勞動關係均建立於勞動契約之上，並由此展開¹。我國雖有勞動契約法，然迄今仍未施行，勞動基準法遂成為規範勞資關係之最重要法源之一。勞資關係間，雇主與勞工雖互為勞務契約之當事人，然其地位並不對等。正如學者所指出的，勞動基準法具有強烈公法性質²，其內容很大一部分包括拘束、課與、限制雇主之權利義務，以達保護勞工之目的。勞基法第12條規定雇主不經預告終止勞動契約，論者有謂此為勞基法第11條經預告終止契約之例外³。雇主之所以得終止契約，蓋勞基法第12條各款之事由係可歸責於勞工而導致勞雇關係無法持續。是以雇主依勞基法第12條終止權之行使，論者皆將之歸類為雇主懲戒權之一環，謂之懲戒解僱⁴。然而該解僱權之行使並非毫無限制，勞基法第12條第2項設有30日之除斥期間，起算點為雇主知悉其情形時。然而，一來此除斥期間係30日期間極短，二來知悉其情形之起算點規定文義不夠明確，三來該除斥期間之計算與懲戒解僱禁止期間之關係，法無明文。該除斥期間規範遂成為實務上勞資爭議事件的重要且常見之爭議。本文係意識到上開問題，便以最高法院99年度台上字第2054號判決為出發點，嘗試探討、分析雇主懲戒解僱之除斥期間相關爭議。本案判決除了涵蓋勞基法第12條第2項除斥期間起算點以及除斥期間與懲戒解僱禁止期間之關係兩個爭議外，對於後一爭

¹ 黃越欽，勞動法新論，2015年5版，頁135。

² 同前註，頁135。

³ 蔡瑞麟，公法性質之勞動基準法如何「私法轉化」？——三論大法官釋字第726號解釋，收錄於：民法研究基金會編，民事法理論與實務之新開展：陳志雄律師八秩華誕祝壽論文集，2020年，頁390。

⁴ 李麗珍，論雇主懲戒權行使之界線——以我國法院判決之分析為中心，臺灣大學法律學系碩士論文，2008年，頁48。亦有學者將懲戒解僱稱之為最嚴厲的懲戒態樣。參照周兆昱，論雇主停職懲戒——以職棒球員涉賭案為例，月旦法學雜誌，56期，1999年12月，頁109。

議更是提出有別於以往學說對於除斥期間理解之見解，值得討論。

貳、最高法院99年度台上字第2054號判決

一、案例事實

本案之上訴人等主張，其等為受僱於被上訴人臺北市停車管理工程處之受僱人，並為臺北市停車管理處產業工會（下稱停管工會）之常務理事，其等於2005年11月22日起與被上訴人達成協議，以「共同」駐會之方式辦理會務。不料被上訴人竟於2007年12月15日以上訴人等於96年10月間連續曠職3日或一個月內曠職達6日之情形為由，依勞動基準法第12條第1項第6款終止兩造間之僱傭契約。該終止契約為不合法，且縱認符合終止權之要件，依勞基法第12條第2項，其至遲亦應於2007年11月30日前行使之。被上訴人遲至同年12月15日始行使其終止權，已逾30日之除斥期間。故訴請法院確認兩造僱傭契約關係存在。

本案之被上訴人則主張，依工會法施行細則第18條前段⁵，上訴人等僅能以「輪流」駐會之方式辦公，其從未同意以共同駐會之方式辦理工會會務。於2007年10月間，上訴人等以共同駐會之原因請公假，為其所不准。然上訴人等未經其核准以完成請假手續卻不到職，應屬曠職無誤。而且其係於2007年11月6日始確定知悉上訴人同年10月間之曠職日數⁶已符合勞基法第12條第1項第6款之要件。又，上訴人曾於同年10月23日向臺北市政府勞工局申請勞資爭議調解，於同年12月12日勞資爭議調解不成立。其於12月15日終止兩造之僱傭契約，應未違反勞基法第12條第2項之30日除斥期間。

⁵ 此處係指2001年10月3日版之舊工會法施行細則第18條：「工會不設理事長者，由常務理事輪流駐會辦公，處理一般日常事務，重要事務仍應由常務理事會處理，對外行文，須由常務理事共同簽署。」

⁶ 詳細曠職日期為2007年10月4至5日、9日、11日至12日、17至19日、23至24日、26日以及31日。

二、本案爭點與歷審法院見解

本案之歷審法院均認為，上訴人等不得以共同駐會為理由提請公假，蓋雙方自始未達成同意上訴人等共同駐會之協議⁷。是以上訴人等無法主張其係合法請假而非曠職，被上訴人得依勞基法第12條第1項第6款不經預告終止契約。應進一步探討者為，若認構成勞基法第12條第1項第6款之終止權，則應自何時起算30日除斥期間？

(一)除斥期間應自2007年11月6日起算

縱認符合勞基法第12條第1項第6款之構成要件，亦應於同條第2項規定之30日除斥期間內行使終止權。該除斥期間之起算，法條明文以「知悉其情形時」為起算點。上訴人等認為所謂知悉其情形應係指知悉客觀曠職事實之時起，是以應於其等最後曠職日即10月31日起算30日期間。被上訴人則認為該知悉其情形應係指經調查程序後確信構成勞基法第12條第1項第6款之要件，始得謂知悉其情形。本案之一審、二審與最高法院見解一致，均認為應如被上訴人所稱採確信說，亦即於被上訴人於11月6日召開之第十九次考績委員會後，始得認被上訴人知悉其終止權存在並起算30日之除斥期間⁸。

⁷ 第一審臺灣臺北地方法院97年度重勞訴字第13號民事判決、第二審臺灣高等法院98年度重勞上字第13號民事判決與第三審最高法院99年度台上字第2054號民事判決於此部分認定大致相同。

⁸ 以下僅摘錄最高法院99年度台上字第2054號民事判決以供參照：「然勞基法第十二條第二項所謂知悉其情形，應指雇主已明確知悉勞工確定有無正當理由連續曠職三日，或一個月曠工達六日之情事。……查上訴人於九十六年十月間所請上開公假未經被上訴人核准，亦未提供勞務，然渠等是否確為無正當理由曠工，仍需再進行調查。被上訴人為查明是否有該無正當理由曠工之事實，遂先後於同年十月十八日、二十三日通知停管工會補正輪流駐會、具體處理會務之證明文件，並於同年十月三十日通知甲○○等三人於同年十一月二日下午五時前提出申請會務公假具體可信之證明文件等情，有被上訴人同年十月十八日、二十三日、三十日函文可稽；另被上訴人於九十六年十月二十五日召開第十六次考績委員會、同年十月三十日召開第十八次考績委員會，仍請甲○○等三人補提出申請會務假之證明文件，然渠等並未補正，被上訴人遂於同年十一月六日召開第十九次考績委員會，並為上開曠職終止與上訴人僱傭契約之決議，有該次考績委員會會議紀錄為證。被上訴人辯稱其於九十六年十一月六日始知悉上訴人確於同年十月間有無正當理由連續曠工

(二)勞資爭議調解期間不應計入除斥期間計算

然而，被上訴人畢竟遲於12月15日始行使其終止權，離11月6日已超過30日。然而，一審法院於此提出一個有趣的見解，並為二審法院與最高法院所肯認。其認為於10月23日，上訴人等就上開會務請假爭議向勞工局申請調解，並於12月12日始確定調解不成立。而勞資爭議處理法第7條規定，勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工或為其他爭議行為⁹。換言之於勞資爭議調解期間，雇主不得終止契約。因此本案之法院認為，既然調解期間雇主不得行使勞基法第12條第1項之終止權，若認於調解期間得繼續計算勞基法第12條第2項之除斥期間，無異使雇主傾向在勞工申請調解之前即先為終止契約之表示，避免30日期間於調解期間經過而不得終止契約。如此有促使雇主未調查完全即先為終止契約之情形，對勞工更形不利，故認為調解期間不應計入除斥期間。須待調解結束後，始就已經過之除斥期間於得行使時起之期間合併計算。本案中，雖被上訴人11月6日已知悉其情事，然因此時尚在調解期間，故該時間不計入除斥期間。須待12月12日調解不成立後，始續算30日除斥期間。是以被上訴人12月15日才行使終止權，未逾除斥期間¹⁰。

三日且一個月內曠工六日之情事，應可採信。」

⁹ 該條文現移至同法第8條，條文實質內容未變動。

¹⁰ 以下一樣摘錄最高法院99年度台上字第2054號民事判決以供參照：「又勞資爭議處理法第七條規定旨在保障勞工合法之爭議權，並使勞資爭議暫時冷卻，使勞資雙方等待勞資爭議調解委員會或仲裁委員會之調解或仲裁結果，避免爭議事件擴大，故雇主關於勞資雙方在爭議調解期間內所涉爭議事件之終止權，在該段期間內被限制暫時不得行使，此時若繼續計算勞基法第十二條第二項之三十日除斥期間，無異使雇主須在勞工申請調解之前即先為終止契約之表示，以避免該三十日不能行使終止權之不利益，恐使雇主為爭取時間而在未充分瞭解事實等相關問題之情況下即先為終止，如此對勞工應更為不利。應認雇主在上開調解期間內既不能行使終止權，則該調解期間不應計入上開三十日除斥期間，待調解結束後，雇主解僱權可行使之情況，再將之前所經過之時間合併計算。……又查上訴人既於九十六年十月二十三日針對

三、問題意識

勞基法第12條第2項：「雇主依前項第一款、第二款及第四款至第六款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，三十日內為之。」就終止權除斥期間之起算係採純主觀起算標準。然而對於所謂「知悉」之程度與內容，實務學說間容有爭議。本案一審到最高法院均採以雇主確信說為準，雖符合實務主流見解，然而確信說本身仍有模糊空間，何時才能認為雇主達到確信程度，實務間仍未臻一致。其問題點可能在於勞基法第12條第1項各款之規定上，如實務上爭議不斷之第4款「違反勞動契約或工作規則，情節重大者」，情節重大是一個不確定法律概念，其知悉或確信之認定甚為困難。而本案所涉及的第6款：「無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者」，此款涉及兩個要件，無正當理由與曠工日數均須具備始符合本條終止權之要件¹¹。然而所謂正當理由，又涉及雇主之個案調查判斷，若採實務主流之確信說，則除斥期間起算與否將完全取決於雇主調查程序之快慢，是否妥適？此即本文有意檢討之問題。

另外，通說既然認為勞基法第12條第2項之30日期間係除斥期間¹²，則依照我國向來通說理解，除斥期間係一不變期間，不生以中斷事由重新起算或以不完成事由延長期間之問題¹³。本案法院雖未提

上開會務假請假之勞資爭議向勞工局申請調解迄同年十二月十二日調解不成立。被上訴人於同年十一月六日始知悉上訴人確有無正當理由連續曠工三日及一個月曠工六日之情事，俟同年十二月十二日調解期間結束，於同年月十五日終止其與上訴人之僱傭關係，即未逾勞基法第十二條第二項規定之三十日除斥期間。再查被上訴人係以甲○○等三人九十六年十月間之公假申請未經其核准為由，而認定其等於九十六年十月間有連續曠工三日或一個月曠工六日之情事，則甲○○等三人未於九十六年十月間上開公假期日提供勞務有無正當理由，即涉及被上訴人對於其等會務公假必要性之認定，被上訴人自不得於該調解期間內終止系爭僱傭契約。甲○○等三人主張其等申請調解之內容與被上訴人終止權之行使無涉，上開調解期間不應予以扣除，亦無可取。」

¹¹ 焦興鎧等著，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，2005年，頁269。

¹² 同前註，頁270。

¹³ 尹章華，論消滅時效與除斥期間，軍法專刊，37卷12期，1991年12月，頁

及除斥期間之中斷或不完成，然而卻實質延長了不變期間之計算。所謂勞資爭議調解期間不計入除斥期間，須待調解結束後始與前經過之期間合併計算之論述，似與不變期間之觀念不符。事實上此段論述，本文認為更近似於時效停止之法律效果。此亦屬本文有意詳加探討之問題。

參、勞基法第12條第2項除斥期間之起算時點

一、「知悉其情形」之解釋

如前所述，勞基法第12條第2項之除斥期間起算係採純粹主觀說，以雇主主觀知悉與否為斷。然而該項所謂「知悉其情形」，早有論者指出其文義過於模糊¹⁴，實務對此之解釋不一。初步區分，可大別為須雇主確切知悉構成勞基法第12條第1項各款情事始得起算之確信說，與雇主僅需知悉客觀違犯事實時即可起算之知悉說¹⁵。而實務對於何時屬於雇主確信，又依個案發展出不同案型。以下先整理實務學說針對「知悉其情形」之解釋，再於本文見解分析之。

(一)確信說

本說的基本主張是認為，參酌立法者設置此一除斥期間之原意，應係若雇主知悉該情形起已過30日而未解僱勞工，應認為其已具備寬恕該勞工之意思，為使勞工繼續安心工作，特設本條規定，在時間上限制雇主解僱權之行使¹⁶。若欲推認雇主有原諒勞工之意，自應以雇主確信勞工有符合第12條第1項各款構成要件存在為前提。亦有論者從保護勞工之立場，認為貿然起算除斥期間反而會導致雇主僅於有懷疑時就急於行使終止權，如此對勞工更形不利。故應從

24。

¹⁴ 巫月櫻，雇主因勞工違反勞動契約或工作規則終止契約其知悉三十天之除斥期間應自何時算起，萬國法律，62期，1992年4月，頁44。

¹⁵ 陳建文，懲戒解僱除斥期間起算時點之認定——高等九七勞上一，台灣法學雜誌，130期，2009年6月，頁262。李麗珍，同註4，頁87。

¹⁶ 焦興鎧等著，同註11，頁270。

嚴解釋知悉之要件，以雇主確切知悉時為限¹⁷。至於雇主何時確信，與其內部調查程序的效率有關。採確信說之學者亦指出，為避免雇主刻意遲滯程序以阻止除斥期間起算，其內部正當調查程序應依個案考量雇主之組織營運狀況、稽查制度、慣例作法等¹⁸。確信說應為實務多數說¹⁹，然而就個案判斷上，實務見解則可以再細分為下列類型：

1. 內部調查完成說

實務上主流的見解為內部調查完成時說，係以雇主內部調查程序完結時，認為雇主此時已確信是否構成勞基法第12條第1項各款事由，並起算除斥期間。除了本案最高法院99年度台上字第2054號判決可為代表外，最高法院100年度台上字第1393號民事判決、最高法院109年度台上字第1619號民事判決亦係採內部調查完成說，並為實務判決大量引用²⁰。

針對內部調查程序，實務見解似乎如前開學者所說，鑑於各企業內部稽查程序均不一致，需就個案判斷其程序之完成與否，非僅

¹⁷ 巫月櫻，同註14，頁44。

¹⁸ 陳建文，同註15，頁263。

¹⁹ 郭玲惠，計畫名稱「時效於我國勞動法制之研究」，行政院國家科學委員會專題研究計畫期末報告，政府研究資訊系統，2015年，頁37，載於：<https://www.grb.gov.tw/search/planDetail?id=3119189>（最後瀏覽日期：2021年5月11日）。其認為實務上對於知悉係採從嚴解釋。實務判決以最高法院100年度台上字第1393號民事判決為代表：「其所謂之『知悉其情形』，依同條第一項第四款之情形，自應指對勞工違反勞動契約或工作規則，情節重大有所確信者而言。如未經查證，是否真實或屬虛偽，既不可得而知，自無所謂『知悉』可言，否則，如僅憑報案人單方指訴，不調查審酌被訴者之辯解，或未謹慎查證，則於事實真相無清楚知悉之情形下，貿然予以解僱（終止勞動契約），殊非保障勞工之道及勞資關係和諧之法。」

²⁰ 採內部調查完成說者，如最高法院110年度台上字第1246號民事判決、臺灣高等法院109年度重勞上更一字第5號民事判決、臺灣高等法院109年度勞上字第76號民事判決、臺灣高等法院107年度勞上字第136號民事判決、臺灣高等法院108年度重勞上字第68號民事判決、臺灣高等法院105年度勞上易字第48號民事判決、臺灣高等法院臺南分院102年勞上字第15號民事判決、臺灣高等法院94年度重勞上字第23號判決、臺灣臺北地方法院94年度勞訴字第218號民事判決等等。

以雇主一方之主張為斷。在臺灣高等法院107年度重勞上字第25號民事判決中，雇主方主張該勞工於其受僱期間多次有重大違紀行為（授意或容任經辦之櫃檯人員將禁止背書轉讓支票存入非抬頭人帳戶並核章准許），並經其內部調查程序完結後，於2016年7月1日調查程序始完備，並於該日第二次人評會做出依勞基法第12條第1項終止契約決議。惟本案法院就個案事實判斷，雇主早於2016年3月28日、29日召開第一次人評會時即認定勞工違反工作規則且情節重大，而第一次人評會與第二次人評會間相關資料均未更新，並無新事證存在，堪認雇主早於3月29日第一次人評會時即可確信構成勞基法第12條第1項之終止權事由而起算30日期間，非如雇主張第二次人評會時始完備調查程序而起算除斥期間。

2. 個案上涉及刑事案件之修正

勞基法第12條第1項第3款：「受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者」，依第2項雖無除斥期間適用，但第12條第1項之其餘各款事由亦可能與勞工是否受刑事處罰相關。舉例來說，勞工如因侵占業務上經手之款項，並經法院判決侵占罪確定者，雇主亦得依勞基法第12條第1項第4款違反勞動契約或工作規則情節重大而解僱之。然此時應自何時認定確信時點？

臺灣高等法院79年度勞上字第19號民事判決²¹認為，需自勞工放棄上訴，亦即判處有期徒刑確定後始認為雇主確信該勞工具勞基法第12條第1項第4款之情事，故應於判決確定後才起算除斥期間。不同見解者為最高法院84年度台上字第1143號民事判決，其係以雇主接獲第一審刑事法院判決書之日起算。甚至有實務見解認為，無需等待法院判決，應以雇主收受檢察官起訴書時為確信時點。臺灣高等法院臺南分院95年度勞上更(一)字第2號判決即係採取此一見解。雇主（虎尾分行）雖早於1999年4月26日發現某勞工有非法舞弊行為，

²¹ 本判決並未收錄於司法院法學資料檢索系統，係引自巫月櫻，同註14，頁43。

然法院卻認定於1999年7月21日檢察官偵查終結並將起訴書送達於虎尾分行時，始得認虎尾分行已確信其事。最高法院109年度台上字第859號民事判決同樣認為，就算雇主已舉行內部獎懲會議調查該勞工有無竊盜行為而應予解僱，然而在檢察官作成起訴書並送達雇主前，尚無從形成確信²²。

(二)知悉客觀事實說

然而，以雇主確信與否決定除斥期間之起算，對勞工之保護可謂相當不利²³。正如學者所指出的，除斥期間的設計寓有促使具程序發動主導地位的雇主盡快實行周詳之正當調查程序之意涵²⁴，而所謂「事緩則圓」，認為給予雇主更充分的調查時間可以於個案達成更妥適的結果恐怕只是學者的理想，將除斥期間起算與否繫諸雇主，且容許個別企業間內部調查程序差異而欠缺明確標準，恐怕加劇對勞工之傷害與法律狀態之不安定。立法者特設除斥期間之立法精神，恐難以落實。

是以實務上曾有出現不以雇主確信為準，僅需雇主對於客觀違犯事實有所知悉即應起算除斥期間之見解。臺灣高等法院90年度重勞上字第12號民事判決認為，本件雇主至遲於2001年1月20日即已知悉勞工將過期未兌現票款轉入手續費收入科目之事實，故雇主於2001年2月27日始依勞基法第12條第1項第4款之規定終止與上訴人之勞動契約，已逾第2項30日之除斥期間。而雇主內部報告何時提出，不得據為除斥期間之起算日，與除斥期間起算無涉。而臺灣臺北地方法院95年度勞訴字第82號民事判決就知悉行為說提出之詳細理由根據：「至於被告企業內部各部門，未即時通報此等異常情形，應

²² 應予注意，實務上其實有明確表示反對此見解者。參照臺灣高等法院臺南分院93年度勞上字第3號民事判決：「惟兩造已非委任關係，且被上訴人知悉上訴人應負監督不周之責任非自臺灣雲林地方法院檢察署檢察官偵查起訴後始為知之，自不得以起訴之日為勞動基準法第十二條第二項三十日除斥期間之起算基準，是則被上訴人上開抗辯並不足採。」

²³ 焦興鎧等著，同註11，頁270。

²⁴ 陳建文，同註15，頁263。

屬被告企業內部管理未臻完善之結果，仍無礙於被告業已知悉原告違反系爭工程施作應遵循相關規範之情。被告此項內部企業管理不力之不利益風險當由其自行承擔，否則，如謂雇主終止權行使除斥期間，應俟其調查瞭解方得起算，則將因雇主拖延調查、或藉調查未臻完足等理由，延滯除斥期間之起算，而致勞動關係存否陷於不確定之渾沌狀態，有違勞動基準法第十二條第二項設置30日除斥期間規定之目的。是被告上開所辯，委無足採。」論者有謂知悉行為說在數量上並非實務主流見解²⁵，雖曾有最高法院採之，如最高法院93年度台上字第581號民事判決似是採知悉客觀行為說，然而如前所述，最高法院應是以確信說為較多數見解。

二、本文見解

上述實務見解的分歧，本文認為其關鍵爭議在於立法目的之理解。首先必須指出，勞基法第1條即揭示了本法之立法目的：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法」。是以確信說與知悉說不約而同皆以保護勞工之角度論述：確信說相信事緩則圓，給予雇主充分調查時間形成確信再決定勞雇關係之終止與否對勞工更有保障；知悉說則認為讓除斥期間起算與否繫諸雇主之調查決定對勞工保護相當不利。兩說都從勞工保護的角度出發，卻導向相反的結論。本文認為，從立法目的出發係正確之解釋方向，然不只應探求勞基法之立法目的，尋求符合除斥期間之立法目的之解釋，亦屬重要。本文認為基於除斥期間之立法目的在於早日確定法律關係以維持社會秩序²⁶，應採知悉客觀行為說為宜。蓋本條就除斥期間之設計，係採純粹主觀說，其本質上就具備起算與否不確定、可能發生除斥期間長久不起算而

²⁵ 李麗珍，同註4，頁90。

²⁶ 阮富枝，民法第二二七條之二增減給付或變更原有效果請求權之除斥期間及消滅時效問題——探討最高法院九十七年度台上字第三六〇號、九十七年度台上字第一五四七號及九十九年度台上字第八四三號民事判決，裁判時報，21期，2013年6月，頁69。

導致除斥期間立法目的落空之弊，若再將起算與否繫諸雇主之內部調查程序，又因各企業間內部調查程序不一，欠缺明確標準，除斥期間起算與否更形模糊，顯然使除斥期間之立法目的更難達成。採知悉客觀行為說不僅較諸確信說在起算點上更易於認定，亦可將30日除斥期間視為立法者給予雇主的調查時限²⁷，以解決雇主拖延查程序之弊。本文有意借用消滅時效制度上主觀起算標準發展之背景與其與消滅時效維護法安定性的制度目的間之衝突與調和作為比較，以之凸顯本條所採之純粹主觀起算判準有何不當，以及解釋論上應如何調整。

(一)消滅時效與除斥期間之法理基礎共通

本文既有意以消滅時效之相關理論探討除斥期間之爭議，首要處理之問題是，消滅時效與除斥期間之法理是否共通？時效係法律對於時間之經過賦予其一定法律效果²⁸，除斥期間亦然，兩者指涉的都是法律與時間之關係，或可謂法律對於時間經過所為之特定評價。然而不乏論者指出消滅時效與除斥期間仍有不同。除斥期間係為維護繼續存在之原秩序，消滅時效係為維護反於原有秩序之新秩序，應係最常見之論述²⁹。亦有論者謂消滅時效係在懲罰權利怠惰者，而除斥期間僅為社會公益而設，並引消滅時效具時效障礙事由而除斥期間不具障礙事由為證³⁰。亦有論者直接以制度目的不同而否定用消滅時效法對知悉之理解來解釋勞基法第12條第2項之知悉³¹。

然而本文認為，消滅時效與除斥期間之間，本質上具高度相似性，其法理有互相援用可能。首先學說所謂維持原秩序與新秩序之

²⁷ 同見解者，李麗珍，同註4，頁92；游千賢，我國勞動基準法第十二條第一項第四款之研究，臺灣大學法律學系碩士論文，2007年，頁96。

²⁸ 李建良，行政法上消滅時效之基礎理論初探——概念、客體、法效，東吳公法論叢，2期，2008年11月，頁406。

²⁹ 阮富枝，同註26，頁69。蘇惠卿，侵權行為損害賠償請求權之消滅時效，月旦民商法雜誌，18期，2007年12月，頁56。

³⁰ 尹章華，同註13，頁24。

³¹ 巫月櫻，同註14，頁44。

別，僅是文字描述的差異。事實上消滅時效與除斥期間所欲維持的都是「某一權利存在其權利人卻不行使」之法秩序狀態。請求權人或形成權人，其具程序發動之主動地位，立法者因此將特定時間經過所生之不利益歸諸其承擔，將利益歸諸處於被動地位的相對人。至於怠於行使權利者不值得保護固屬常見之時效制度目的論述，然而本文認為，其並非正面支持時效制度存續之理由³²。時效制度之本質亦係為維護既存法秩序，亦即係為公益存在，權利人怠於行使權利僅係為支撐權利人私益為公益犧牲之正當化事由而已³³。依此，消滅時效與除斥期間皆係為公益考量，其不具本質上的差別³⁴。本文認為真正在解釋上會有差異者，僅係因除斥期間規範標的為形成權，形成權並非必須經由訴訟程序實現，可能僅以意思表示即改變現存法秩序，對法安定性的影響更大。故於解釋適用或設計除斥期間制度時，法安定性之目的要求在程度上會高於消滅時效而已，但此不影響消滅時效與除斥期間本質上相似而法理有援用可能。

退步言之，縱認為除斥期間與消滅時效制度目的有異，就期間起算點的設計考量仍無不同。期間之設在於法律就時間經過為特定評價，該法律評價將不利益歸諸具程序發動權者負擔。期間經過是為了法安定性犧牲程序發動者的權利，期間起算點即係為平衡或正當化權利人對法安定性之犧牲。此從除斥期間與消滅時效的起算規

³² 類似見解者，溫俊富，消滅時效制度存在理由試論，收錄於：消滅時效與誠信原則，2018年，頁18-24。

³³ 當然消滅時效還有一項制度目的在於保護債務人免於遠年訴訟之舉證困難，此一制度目的之正當化事由則為前述的權利人居於程序發起之主動地位，應承受時間經過之不利益。

³⁴ 否定見解者，如姚志明，一般情事變更權利行使之期間——評最高法院一〇二年度台再字第一八號民事判決，裁判時報，33期，2015年3月，頁21-22。其認為消滅時效與除斥期間差異甚大，無類推適用可能。然觀其論點，無論是法律效果之不同（權利消滅主義與抗辯權發生主義）、利益得否拋棄、有無中斷事由等，僅是制度設計上的選擇不同而已，並未改變此二者均係法律對時間經過所為之評價。至於會有如此制度設計差異應係來自形成權與請求權對法安定性影響程度不同而已。

範模式種類大致相仿可知³⁵。

(二)主觀起算標準之發展

勞基法第12條第2項就除斥期間之起算以雇主知悉其情形時起算30日期間，無論採知悉行為說或確信說，此種規範模式均為純粹主觀說。消滅時效法制之發展情形亦傾向納入權利人主觀認知作為時效起算點，然而消滅時效發展之結果卻是以雙軌制時效起算點為國際趨勢³⁶，而非純粹主觀說。以下先介紹雙軌制時效起算之發展脈絡，再以之為基礎檢討勞基法第12條第2項的妥當性。

1. 發展背景：權利人保護思想

消滅時效之立法目的在法安定性維持與債務人保護已如上述，然而為達上開目的，顯然權利人之利益需做出某程度之犧牲。時效制度本身即蘊含如何平衡相衝突之利益保障的問題³⁷。在何種程度上，為保障已清償或根本不負債務之被請求人，而犧牲真正有債權之權利人之受清償利益？將權利人主觀認知納入時效起算點之發展應運而生。僅有在權利人具備權利行使可能性時，而其坐待時效經

³⁵ 設計上，除斥期間與消滅時效都出現主觀說、客觀說與雙軌說。至於原則性的規範，消滅時效起算點依民法第128條在通說見解下是客觀說。除斥期間雖無原則性規範，然而在法無明文規範除斥期間的情事變更請求（民§227之2），實務與學說從除斥期間之本質認為應該是自權利成立時起算，此與消滅時效之客觀說相似。同樣認為消滅時效起算相關討論可以用於除斥期間者，可參考郭玲惠，計畫名稱「勞工遭遇不利益對待之終止契約之理論與實務研究」，行政院國家科學委員會專題研究計畫期末報告，政府研究資訊系統，2013年，頁8-12，載於：<https://www.grb.gov.tw/search/planDetail?id=2589492>（最後瀏覽日期：2021年5月11日）。

³⁶ 陳自強，契約違反與履行請求，2015年，頁302-303。陳聰富，論時效起算時點與時效障礙事由，月旦法學雜誌，285期，2019年1月，頁7。舉例來說，如舊德國民法第852條、新德國民法第199條，法國民法第2224條、第2226條第1項，以及日本民法第724條針對侵權責任的時效規定。相關法條的翻譯與介紹，參照吳振吉，醫療事故損害賠償請求權之消滅時效：從兩件以消滅時效為核心爭點的實務案例談起，臺大法學論叢，47卷1期，2018年3月，頁357-368。

³⁷ See REINHARD ZIMMERMANN, COMPARATIVE FOUNDATIONS OF A EUROPEAN LAW OF SET-OFF AND PRESCRIPTION 77 (2002).

過導致權利受損時，才能正當化為何權利人要為債務人與公益犧牲³⁸。

肯認權利人主觀認知應納入時效起算點後，需進一步討論的問題是，制度設計上如何調節主觀判準與法安定性考量？針對知悉之程度，國際傾向是訴諸發現原則（discoverability criterion）³⁹，而非實際知悉（actual knowledge）。其背後考量係，採取主觀起算標準將產生時效起算與否不確定之情事，此不確定狀態與時效設置目的，即法安定性之維持，顯然有違。故其在知悉程度上做調整，不要求最嚴格之實際知悉，只要知悉程度已具備權利行使可能性，即符合權利人保障之平衡⁴⁰。此係從知悉之程度調整。另外，就知悉之內容來看，觀察各國立法例，如德國舊民法第852條第1項是知悉損害和賠償義務人、德國新民法（下稱德國民法）第199條第1項第2款是知悉或因重大過失而不知請求權成立之情況以及債務人、我國民法第197條第1項前段是請求權人知有損害及賠償義務人、歐洲契約法原則（下稱PECL）第14：301條是知悉或可得而知債務人之身分與請求權發生之原因事實⁴¹。簡言之，針對知悉之內容，並不要求對權利內容所有構成要件之知悉。立法者傾向僅要求對事實之知悉（die Tatsachenkenntnis），而非對請求權存在之知悉（die Kenntnis des Anspruches）。論者有謂此係將對特定事實得出法律上正確評價

³⁸ 催生權利人主觀認知進入時效制度考量的另一個重要原因是國際間對時效期間縮短、統一化之趨勢。此趨勢顯然是對債務人更有利，故需在時效起算上納入權利人主觀認知，作為平衡。See OLE LANDO & HUGH BEALE, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PART III 175 (2003); ZIMMERMANN, 同前註，頁92。

³⁹ 也有學者稱之為「可發現標準說」，此係指以債權人知悉或可得知悉債務人之身分以及請求權發生之事實為標準。陳聰富，同註36，頁7。

⁴⁰ ZIMMERMANN, 同註37，頁92。

⁴¹ 不同的是，PECL的規範模式其實是將權利人主觀認識放在時效障礙事由（時效停止）來考量，而非時效起算點，故其時效起算仍是純粹客觀說而非雙軌制。然在實際案例上的適用結果，與雙軌制相去不遠，故本文仍放在一起討論。至於權利人主觀認識應置於時效起算還是時效障礙之規範模式選擇爭議，參考LANDO & BEALE, 同註38，頁177-178。

之風險歸由權利人負擔⁴²。

2. 時效制度目的與權利人保障之平衡：雙軌制時效起算制度形成

主觀起算點本質上與立法者特設時效制度之目的是相衝突的，立法者希望特定事件在一定期間經過後被視為終結，主觀起算點卻會使時效延遲不起算，導致事件無法終結⁴³。此衝突無法僅由寬鬆解釋知悉的內涵或縮短時效期間而化解。是以主觀起算點應搭配客觀最長時效，作為必要的平衡。此種設計客觀最長時效的規範模式在國際間已逐漸獲得共識⁴⁴。簡言之，客觀最長時效不以權利人主觀認知為必要，甚至也未必以權利成立與否為必要，其起算點係採客觀說，於客觀最長時效完成後，不論權利人主觀認知為何，時效已完成。如德國舊民法第852條係自不法行為時起算、德國民法第199條第2、3項，自從事行為、違反義務或其他引起損害之情事時起算、第199條第4項自請求權成立時起算。我國民法第197條第1項後段亦係以侵權行為時起算客觀最長時效。就算是PECL以權利人主觀認識為時效停止事由，其亦於第14：307條設有時效障礙期間之上限，效果與客觀最長時效相同。雙軌制時效起算，可謂兼顧權利人保護與時效制度目的之規範模式。

3. 小 結

由此可知，第一，主觀起算點的出現是為了保護權利人權利行使可能性，以正當化法律將時間經過的不利益歸諸權利人承擔。第二，主觀起算點本質上與設置時效的立法目的相牴觸。保護權利人固然重要，然而因此導致時效制度目的不達卻非適宜，制度設計上需求取折衷之道。因此，一方面就知悉內容採事實知悉而不採權利知悉，另一方面就時效起算不採純粹主觀說而採雙軌制，以客觀最

⁴² Hahne/Goldmann, Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 199 I, JA 2015, S. 410-411.

⁴³ ZIMMERMANN, 同註37, 頁99。

⁴⁴ ZIMMERMANN, 同註37, 頁100。

長時效矯正主觀起算點之弊。

(三)勞基法第12條第2項之評析

1. 本條採取主觀起算基準卻欠缺相應制度設計

在我國民事法領域，除斥期間並未如消滅時效設有一般時效起算點。是以我國除斥期間起算規範相當多元化，有純粹客觀起算者，如民法第90條、第74條，亦有純粹主觀起算者，如民法第416條、第417條但書，亦有雙軌制起算者，如民法第245條、第93條。若係未明文規定除斥期間起算點者，實務與學說見解似傾向以權利成立時為除斥期間起算點⁴⁵。是以勞基法第12條第2項就雇主終止權之除斥期間規定為純粹主觀起算點，在制度設計上並非特立獨行。事實上，同法第14條第2項⁴⁶，勞工對雇主的終止契約權，亦係設計為主觀起算點，此二規定應係相互對應。比較法上，德國新民法亦有類似於我國的未經預告終止契約的規定，其民法第626條第1項規定，若契約雙方當事人有重大事由認為繼續僱傭契約至預告期間或所約定之僱傭契約期限屆滿係不可能者，得不經預告終止契約。而同條第2項除斥期間係自知悉其情形之日起算兩個星期⁴⁷。就此而言，勞基法第12條第2項採主觀起算基準，似無問題。

然而，如前所述，主觀起算基準與法律特設期間之制度目的，顯然有衝突。其係基於權利人保護而犧牲法安定性追求。於消滅時效領域，各國立法者多已認識到此一衝突問題，而認為權利人保障

⁴⁵ 阮富枝，同註26，頁74。最高法院106年度台上字第4號民事判決：「關於除斥期間之起算，則應以該權利完全成立時為始點。」

⁴⁶ 勞基法第14條第2項：「勞工依前項第一款、第六款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，三十日內為之。但雇主有前項第六款所定情形者，勞工得於知悉損害結果之日起，三十日內為之。」

⁴⁷ 德國民法第626條第1項：「若考量個案情形與契約雙方當事人之利益衡量，繼續該僱傭關係至預告期間或所約定之僱傭契約期限屆滿，係不可期待者，契約雙方當事人基於重大事由可終止契約，而無須遵守預告終止期間。」第2項：「契約終止應於兩周內為之。該期間自終止權人知悉契約終止之關鍵事實時起算。終止契約者，應他方之要求，須立即將終止契約之理由書面通知他方。」

固然重要，仍不應過度犧牲法安定性要求，故設有配套措施以矯正主觀起算點之弊。而在法安定性要求更高的除斥期間，採主觀起算基準卻未以客觀最長期間矯正其弊，是否過於忽視除斥期間維持法安定性之制度目的？

若觀察我國民法除斥期間採純粹主觀說之規定，如民法第416條、第417條但書，均係自贈與人知有撤銷原因時起算。其價值選擇或為贈與關係中受贈人作為獲利之一方，其保護密度降低⁴⁸，優待贈與人撤銷權行使。民法第514條雖係自瑕疵發見後起算1年，然民法亦就瑕疵發見時間設有限制，足為平衡。民法第1063條第3項否認之訴，觀其修法歷程，最早係以知悉子女出生之日時起算，歷經修法才變成知悉該子女非婚生子女，或子女知悉其自己為非婚生子女時起算。修法理由謂「因其期間過短，且常有知悉子女出生但不知非為婚生子女之情形，致實務上迭造成期間已屆滿，不能提起否認之訴，而產生生父無法認領之情形……以期取得血統真實與身分安定間之平衡。」可看出立法者肯認血統真實之需求得犧牲某程度之身分安定性要求。就算是勞基法第14條第2項勞工終止契約權，其亦具備保護弱勢勞工之政策考量⁴⁹。然而雇主作為勞資關係中優勢之一方，相關資料均在其掌握，調查取證亦較勞工容易，則犧牲法安定性而保護雇主終止權行使的需求，似乎沒有上述採純粹主觀起算點的其他規範來的如此迫切。固然，本項除斥期間為30日短期期間，立法者或許是以此平衡法安定性要求。然需指出者，期間再短，仍需自起算後方有意義。縮短期間無助於解決除斥期間長久不起算之

⁴⁸ 此從民法第410條規定：「贈與人僅就其故意或重大過失，對於受贈人負給付不能之責任。」、民法第411條規定：「贈與之物或權利如有瑕疵，贈與人不負擔保責任。但贈與人故意不告知其瑕疵或保證其無瑕疵者，對於受贈人因瑕疵所生之損害，負賠償之義務。」可得印證。

⁴⁹ 甚至勞基法第14條第1項共六款事由，高達四款不適用除斥期間，由此可知立法者有意強化勞工保護的立場。不過此保護勞工理由是否正當，本文仍持保留態度，蓋勞基法第1條除了保護勞工外，尚提及勞雇關係之維持，讓勞工之契約終止權無除斥期間適用而長久存在，似乎難以達到維持勞雇關係穩固之立法目的。

問題。

正如學者指出的，我國勞基法不經預告契約終止權之除斥期間，無論是勞基法第12條第2項或第14條第2項，均應增訂除斥期間客觀起算點規範，以避免勞雇關係因勞雇雙方尚不知悉終止契約之法定事由而處於不安定狀態⁵⁰。觀其意旨，應係指增訂客觀最長期間以矯正純粹主觀說之弊。現行法上，如民法第93條、第245條的規範模式可供參考。立法論上，本文認為本條除斥期間之起算應採應採雙軌制為宜。

2. 確信說更加重純粹主觀起算的問題，解釋上應採知悉說

本文認為純粹主觀說並不適當，應仿效民法第93條、第245條之雙軌制較為合理。然現行勞基法第12條第2項之文字，應係明文採純粹主觀說，若欲從解釋論上導出雙軌制，難度甚高，亦未必為實務所接受。若係如此，就「知悉其情形」之認定，即應尋求在現行文義上較符合法定安定性維持要求之解釋方式，以矯正純粹主觀說之弊。

若採確信說，相較於知悉客觀情形說，無異於將除斥期間起算與否繫諸雇主內部調查程序之快慢。更有甚者，在涉及刑事案件之案例裡，尚須等待法院判決或是檢察官起訴與否，如此將使除斥期間起算更加延後，應非立法者設30日短期期間之本旨。更何況實務對於確信並未發展出明確標準，在未涉及刑事的案件，大多數實務都是採內部調查程序完成說，可是在個別企業內部調查程序有別，欠缺明確標準，只能依賴法院個案認定其程序是否完成。甚至也不乏法院不以雇主宣稱之調查程序完成為基準，而實質認定其調查程序是否足使其形成確信⁵¹。若涉及刑事案件，實務見解更是分歧，究竟應該以檢察官起訴時為知悉或是判決確定時？若欲貫徹確信說的意旨，應以判決確定時為斷。比較法上，若勞工涉及刑事案件，德

⁵⁰ 郭玲惠，同註19，頁51。

⁵¹ 如前揭臺灣高等法院107年度重勞上字第25號民事判決。

國民法第626條第2項之兩周除斥期間，學理上多認為應自刑事判決確定後始起算⁵²。然而法院訴訟曠日費時，如此延後除斥期間起算點似非適宜。

採確信說的基本理由，學者有謂是因為除斥期間法律效果為權利消滅，既然影響重大則應從嚴解釋知悉，以免流於輕率⁵³。然此論點無法解釋除斥期間有採權利成立時起算之客觀說或甚至是雙軌制之情形，在客觀說跟雙軌制下，形成權消滅更是與權利人知悉與否無關，可知立法者並非以保障權利行使可能為除斥期間的首要目標。德國民法第626條第2項也是主觀說，學說認為若法律政策上是促使權利人匆忙行使權利，那這個制度顯然是令人不安的⁵⁴。此與我國確信說之基本思想不謀而合。然而制度設計上固然應避免催促權利人倉促行使權利，也不該讓勞工與勞動契約長久處於是否被終止契約不確定之狀態中，此應係立法者特設除斥期間制度所欲避免之首要目標。更何況確信說保障了雇主權利行使，卻無法確保雇主有足夠時間調查就一定能對勞工做出公正決定，亦無法確保其不濫用、拖延調查程序。若使勞工處於長久不安定狀態，最終雇主仍濫用終止權，則勞工保障顯有不周。

若如學者所言，確信說之內涵係雇主確信勞工符合各該款之構成要件⁵⁵，則此應已接近法律評價知悉的程度，而超出了事實知悉之範疇。此近似於前面所提到的針對事實之法律評價風險應由何人承擔的問題。縱使是在法安定性要求可能沒有除斥期間那麼高的消滅時效，縱使是在有客觀基準以確保法安定性的雙軌制時效起算，國際間似乎仍傾向將法律評價風險歸由權利人承擔⁵⁶，以求法安定

⁵² Henssler, in: MünchKomm BGB, 8. Aufl., 2020, § 626 Rn. 330; Preis, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2019, § 626 Rn. 296; 同樣觀察參見郭玲惠，同註19，頁26。

⁵³ 劉志鵬，勞動法解讀，1999年，頁166-167。

⁵⁴ Henssler, 同註52，段碼313。

⁵⁵ 陳建文，同註15，頁263。

⁵⁶ 除了前面有提到的舊德國民法第852條、新德國民法第199條第1項第2款以及

性⁵⁷。則在以純粹主觀說起算除斥期間的勞基法第12條第2項，顯然更不應採接近法律評價知悉之確信說。觀諸勞基法第12條第1項各款之構成要件，第2款「重大侮辱」、第4款「情節重大」以及本案涉及的第6款「無正當理由」，均涉及雇主對於客觀事實之評價，對該事實於法定期間內即時做出正確評價之風險由雇主承擔並無不妥。採確信說之論者每以採確信說更能保障勞工來正當化其論述，然而對勞工最有利之預設應該是30日期間之經過，則採知悉說提早起算是更符合勞工利益，採確信說顯然不利於此。確信說的本質仍是在保護雇主權利行使可能。

是以，本文認為若從除斥期間的立法目的與勞工保障之觀點，應採知悉客觀行為時起算除斥期間，而非確信說。自知悉客觀情事時起算，則雇主內部調查程序不會影響除斥期間之起算。法安定性應係立法者制定此除斥期間之首要目標，此觀最高法院110年度台上字第551號民事判決論述甚明：「次按不定期勞動契約屬繼續履行之契約關係，首重安定性及明確性。其契約之存否，除涉及工資之給付、勞務之提供外，尚關係勞工工作年資計算、退休金之提撥、企業內部組織人力安排、工作調度等，對勞雇雙方權益影響甚鉅，一旦發生爭議，應有儘速確定之必要。參酌我國就退職（休）金或

歐洲契約法原則第14：301條外，日本民法第724條有關侵權責任之時效也是自「被害人或其法定代理人知有損害及加害人時」起算短期時效，其知悉客體亦非法律評價。共同參考架構草案（DCFR）第7：301條權利人知悉之客體亦為「債務人」以及「權利發生之基礎事實」，同樣非法律評價知悉。另外本條與歐洲契約法原則第14：301條相同，以權利人主觀認識當作時效停止事由，然而其法理、實際運作都與雙軌制類似，故本文仍納入討論，前已述及。日本民法第724條、共同參考架構草案第7：301條之翻譯係引自吳振吉，同註36，頁363-364。

⁵⁷ 不過德國實務有逐漸重視權利人權利行使合理期待可能性的傾向，可參照 *Peters/Jacoby*, in: *Staudinger BGB, Neubearbeitung 2019*, § 199 Rn. 84a. 但也有學者認為權利人權利行使合理期待可能性應作為事實知悉的例外，並受嚴格限制，以防債權人藉由不作為操縱時效起算。參照 *Grothe*, in: *MünchKomm BGB*, 8. Aufl., 2018, § 199 Rn. 29. 同樣觀察到實務有擴大事實知悉的例外情形之趨勢，並對此採取較保留見解者，如 *Hahne/Goldmann*，同註42，頁412。

工資給付請求權、勞動契約之終止權分別設有短期時效或除斥期間之規定（民法第126條、勞基法第12條第2項、第14條第2項、第58條第1項），德國勞動契約終止保護法（Kündigungsschutzgesetz）就勞工對解僱合法性之爭訟亦明定有一定期間之限制，益徵勞雇雙方是否行使權利不宜久懸未定。」立法者特設30日短期期間的目的可以解釋為依社會一般通念，雇主欲調查勞工是否有第12條第1項各款情事，其相關資料均係易於取得，則一個月為立法者認定雇主能完成調查程序期間⁵⁸。如此一來亦可避免雇主拖延調查程序而導致勞雇關係處於不安定情形。雇主與勞工雖為勞動契約之雙方當事人，然而本質上其地位仍非對等。此從勞基法第12條不經預告終止學說多稱之為懲戒解僱而作為雇主懲戒勞工手段之一，且須受最後手段性原則限制可知⁵⁹。雇主既處於優勢地位，無過度犧牲法安定性而以確信說認定除斥期間起算以保障其形成權行使之必要。

採知悉說而將30日視為法律要求之內部調查期限，確實能解決雇主內部調查程序不一、有拖延起算之虞的問題。然而，在涉及刑事案件，其訴訟程序進行中實已脫離雇主掌控，則究竟是否應等待刑事案件有一定結果再起算除斥期間始符合雙方當事人公平？貿然於知悉客觀事實時起算期間是否反而不利於勞雇雙方依訴訟程序釐清真相之意思？論者有謂應區別刑事與民事程序，於刑事程序應待刑事判決確定始起算除斥期間⁶⁰。亦有論者反對上開見解，認為區別民事刑事並無意義，蓋就算是民事案件亦可能繫屬於法院，一概於知悉時起算即可⁶¹。本文認為，第一，原則上不論有無涉及刑事案

⁵⁸ 李麗珍，同註4，頁92。

⁵⁹ 稱懲戒解僱係因勞基法第12條第1項之各款係可歸責於勞工事由，雇主為了維持職場紀律、維護生產秩序，對行為不檢之勞工處以解僱為懲戒手段。參照黃越欽，同註1，頁257。最後手段性原則之內容原則上為憲法廣義比例原則下必要性原則，不論解僱事由為何，僅於沒有其他繼續僱用勞工之可能時（如變更勞動條件），以解僱為懲戒手段方屬正當。焦興鎧等著，同註11，頁242。

⁶⁰ 周滄賢，非法解僱及其救濟，臺北大學法律學系碩士論文，2000年，頁51。

⁶¹ 李麗珍，同註4，頁92。

件，立法者特設除斥期間以求勞雇關係盡速確定之需求仍在。第二，勞基法第12條第1項的各款要件解釋上本就可與刑事判決確定脫鉤觀察。第12條第1項各款最有可能涉及刑事案件的無疑是第2款「暴行」、「重大侮辱」以及第4款違反勞動契約或工作規則情節重大。就暴行與重大侮辱之認定，雖有學者認為應參考刑法上要件認定，不宜輕率以暴行或重大侮辱為由解僱勞工⁶²，然而此非謂必須等待刑事判決確定。蓋重大侮辱若係指刑法第309條以下妨害名譽罪章，則依刑法第314條該章之罪為告訴乃論。若是必須等待刑事判決定讞，則若雇主不提出告訴，刑事程序無從進行，是否即調除斥期間無從起算？至於暴行所指涉的是刑法上何罪，更是不明。至於第4款情節重大，更非必須與刑事判決相關聯，蓋本款之判斷重點應該在勞雇關係的持續與否，與刑事判決結果未必有關。判決有罪者若雇主願意給其自省機會而不解僱者亦可，判決無罪然雇主與勞工因對簿公堂彼此失去信賴基礎而仍執意解僱者，若其仍構成違反勞動契約或工作規則且情節重大，似非法所不許。簡言之，契約雙方信賴基礎應係自雇主知悉勞工違犯客觀事實時即已破壞，而無庸等待刑事判決之確定。另外寬認本款無須刑事判決確定不代表雇主即可任意依本款解僱勞工，蓋學說與實務均承認解僱最後手段性原則之適用，雇主懲戒解僱仍受控制⁶³。簡言之，雇主懲戒解僱之行使，重點應在勞資雙方關係得否繼續，不以刑事判決確定為必要，自無庸於除斥期間起算點區別認定。

最後，參照勞基法第12條之文字，第2項之知悉其「情形」可能是對應第1項之勞工有左列「情形」之一者，雇主得不經預告終止契約。因此似可認為，確信說所主張的對於各款之全部要件知悉，而非僅就客觀事實知悉，會更符合文義解釋。然而文義解釋並非法學解釋方法之唯一出路，若依照確信說之見解，本質上趨近於權利知

⁶² 焦興鎧等著，同註11，頁259-260。

⁶³ 最後手段性原則於第4款之發展，參照焦興鎧等著，同註11，頁264-265。

悉，而鑑於權利知悉對於法安定性的影響，各國立法例上較多數係採事實知悉而非權利知悉，前已論及。基於法律關係應盡速確定，不應懸而不決之除斥期間規範目的，縱認為文義解釋上有可能傾向確信說，本文仍認為應限縮勞基法第12條第2項之文義，知悉其情形所指涉者應係客觀事實，而非對於各款之不確定法律概念一併得出法律上評價才認為構成知悉其情形。

(四) 結論與本案評析

綜上所述，本文基於為防免純粹主觀說導致除斥期間追求法律關係盡速確定之制度目的不達，在「知悉其情形」之解釋上選擇採取知悉客觀行為時說。若回到本案情形，本案最高法院明顯是採確信說，認為是否無正當理由曠職應該等到內部調查程序完成後始確定知悉而起算除斥期間，故認為應自11月6日召開第十九次考績委員會後始起算30日期間。若採本文之知悉客觀情事說，雇主之內部調查程序實不影響除斥期間之起算與否。原告等人自10月4日即以共同駐會為由請假，然其均被退件，未經核准，原告等仍未到職自屬曠職。至10月17日原告等曠職已達6日，臺北市停管處並於10月18日開始內部調查程序要求其補件證明其係出於正當理由未到職，堪認停管處至遲於18日開啟內部調查程序時即已知悉原告等曠職之客觀事實，且原告等自始至終均堅稱其係基於共同駐會之理由請假，別無其他請假事由，既然停管處認為雙方從未有共同駐會協議，則原告等以此為由請假不到職，堪認停管處早已知悉其係無正當理由曠職。停管處應不得以11月6日內部調查程序完成時始謂知悉其情形。事實上，縱使採知悉客觀事實起算說，對於停管處來說亦未過度限制其權利行使可能，其於10月18日開啟內部調查程序，11月6日完成，並未超過30日除斥期間。其於12月15日始行使終止權應係基於雙方在勞資爭議調解期間無法行使終止權，詳見下述分析。

肆、勞資爭議調解期間不計入除斥期間

一、勞資爭議調解期間雇主不得行使終止權

勞資爭議處理法第8條：「勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工或為其他爭議行為。」勞資爭議調解制度之目的在於透過公正第三方介入，針對勞資糾紛提出解決方案，以期迅速和平結束勞資間的衝突⁶⁴。若於調解期間雙方還能為相關爭議行為，則難以展現雙方有意進行協商之最大誠意，遂立法明文禁止雙方於勞資爭議調解期間為上開行為，使勞資爭議於此期間內冷卻，避免爭議擴大。而就本條規定之性質，學說雖有討論此係禁止規定或是取締規定⁶⁵，然觀察我國近期實務趨勢，傾向認為本條為強行規定，違反本條之終止契約為無效⁶⁶。

滋生疑義者，上開終止權禁止期間與除斥期間之關係為何？不只勞資爭議處理法第8條，依勞基法第13條，勞工於同法第50條產假期間、第59條職業災害醫療期間之情形下，終止權亦不得行使。勞基法第12條第2項懲戒解僱之除斥期間僅30日，若於上開30日期間內勞資雙方提出調解聲請而進入勞資爭議調解程序，於上開程序內雇主依勞資爭議處理法第8條不得再行使懲戒解僱權，然而現行調解程序自申請調解後14日內須組成調解委員會召開會議，調解委員會應指派調查員於10日內將調查結果與解決方案提報調解委員會，調解委員會應於收到調查結果與解決方案後15日內開會，並於必要時經雙方當事人同意得再延長7日。勞資爭議處理法第15條、第16條定有

⁶⁴ 鄭津津，我國勞資爭議調解制度之研究，月旦法學雜誌，159期，2008年7月，頁27。

⁶⁵ 郭玲惠，同註19，頁5-6。

⁶⁶ 實務上之代表見解如臺灣高等法院102年度重勞上字第58號民事判決、臺灣高等法院105年度勞上字第16號民事判決。

明文。顯然調解程序有可能超過終止契約之30日除斥期間。事實上於本案即係如此，縱使如最高法院般採確信說而於11月6日起算除斥期間，勞資雙方早於10月23日進入調解程序，直至12月12日始調解結束。則調解期間既不得行使終止權，調解結束後又已超過30日除斥期間。本案最高法院提出之解決方式是，調解期間不計入除斥期間，實質上類似時效停止之法律效果。然而此與通說實務向來理解的，除斥期間係一不變期間，並無時效中斷或未完成之適用之見解⁶⁷，不無牴觸。究竟於勞資爭議調解期間，懲戒解僱之除斥期間應如何處理？以下即先提出學說實務向來見解，再提出本文意見。

二、學說實務之解決方向

(一)文義解釋說

有學者認為，既然現行法未做明文限制，則勞資爭議調解不影響除斥期間計算。甚至認為如此設計雖不完美，然正可使勞工提出調解以阻擋雇主懲戒解僱行使，使勞工相對於雇主之劣勢地位被平反⁶⁸。

(二)合併計算說

時效停止作為消滅時效障礙事由之一種，其係指在時效進行中因發生障礙事由，使權利人無法行使權利，而暫時停止時效之進行。等到障礙事由消除後再與之前經過的時效期間合併計算⁶⁹。本案最高法院99年度台上字第2054號判決雖未提及時效停止事由，然而觀其描述所謂調解期間不計入除斥期間、調解結束後與先前經過之時間合併計算，其指涉的應係類似於時效停止之法律效果。學說上

⁶⁷ 阮富枝，同註26，頁69；姚志明，同註34，頁22。實務判決方面，如最高法院106年度台上字第304號民事判決：「上開撤銷權得行使之期間，係法定除斥期間，其時間經過時權利即告消滅，非如消滅時效得因中斷或未完成之事由而延長。」

⁶⁸ 劉志鵬，同註53，頁148-150。

⁶⁹ 陳聰富，同註36，頁19。

有類似於該見解者，其提議引入德國時效停止制度以保障當事人⁷⁰。此見解亦為不少實務所採，如臺灣高等法院109年度勞上字第62號民事判決、臺灣高等法院108年度勞上字第120號民事判決、臺灣高等法院104年度勞上易字第89號民事判決。

(三)調解不成立才起算除斥期間說

亦有實務見解改以除斥期間起算點之角度詮釋勞資爭議調解之功能，其認為應於調解不成立時始得認定權利人構成確信而起算30日除斥期間。最高法院95年度台上字第143號民事判決：「被上訴人於調解紀錄送達後之八十九年三月三十日以信函向上訴人表示『有關台端與本公司間勞資爭議調解事件，本公司仍依原意，願按勞基法第十七條之規定發給資遣費，至於台端其他要求，歉難同意。』，有該函可稽（附一審北勞調字卷），核係被上訴人以上訴人拒絕調職違反工作規則情節重大為由，再度重申終止兩造勞動契約而仍願發給資遣費之表示。被上訴人於調解記錄送達時始確知上訴人拒絕調職，其所為終止勞動契約意思表示，未逾勞基法第十二條第二項三十日除斥期間之規定，兩造間之僱傭關係於八十九年三月三十日終止。」

(四)回復原狀說

此說主張除斥期間作為不變期間之性質，難以適用或類推適用消滅時效障礙事由規定。然而，基於特殊原因而禁止雇主於一定期間內行使解僱權，一旦禁止期屆滿，解釋上應允許類推適用民事訴訟法第164條第1項：「當事人或代理人，因天災或其他不應歸責於己之事由，遲誤不變期間者，於其原因消滅後十日內，得聲請回復原狀」⁷¹。然而除斥期間與消滅時效固有不同，其作為實體法規定與訴訟法之性質亦不相同。實務見解有直接否定除斥期間得類推民事

⁷⁰ 郭玲惠，同註19，頁53-54。

⁷¹ 陳金泉，勞動契約終止若干爭議問題，全國律師，10卷3期，2006年3月，頁54。

訴訟法第164條者，如臺灣新北地方法院91年度聲字第385號民事裁定：「惟債權人關於提存物之權利，應於提存後十年內行使之，逾期其提存物歸屬國庫，此十年之期間，應屬除斥期間之規定，而民事訴訟法第一百六十四條係訴訟行為不變期間得回復原狀之規定，和民事訴訟法第三百三十條除斥期間之規定，二者性質各異，亦無準用之法律依據，異議人援用民事訴訟法第一百六十四條規定聲請回復原狀及請求變更原處分，顯然於法無據。」

(五)類推時效不完成說

此說基於實體法不宜類推訴訟法規範，故須自實體法尋求解決途徑。正如學者指出的，我國除斥期間雖無障礙事由規定，然運作上卻有類似不完成之無法行使原因，如天災或不可抗力因素之情形⁷²。若係不可歸責於權利人而致其形成權無法行使，其亦應獲得法律之救濟。我國除斥期間之制度設計有缺陷，故此說認為應由類推適用民法第139條時效不完成之規定以填補之⁷³。

(六)預告終止說

此說認為，法律並未禁止於解僱禁止期內雇主先為預告終止，但於禁止解僱期屆滿後始發生解僱效力。是故雇主仍得於30日除斥期間內先行預告終止契約，預告期間與法定禁止解僱期間同，等禁止期屆滿預告期限亦屆至，終止意思表示生效而契約消滅⁷⁴。類似見解如臺灣高等法院臺南分院98年度勞上字第3號民事判決：「被上訴人主張因上訴人是否涉有盜領挪用侵害客戶徐瑞其夫婦存款之真相未經司法程序確定前，被上訴人奉財政部之指示對上訴人為停職處分等情，應屬民法第99條第1項第3項所規定附有停止條件之終止勞動契約之法律行為。亦即，於司法程序確定上訴人違反勞動基準法第12條第1項第4款規定時，該終止勞動契約之停止條件即成就，溯

⁷² 郭玲惠，同註35，頁77。

⁷³ 陳金泉，同註71，頁54。

⁷⁴ 陳金泉，同註71，頁54。

及停止（停職）時發生終止之效力。因此，於本件上訴人確定違反勞動基準法第12條第1項第4款規定前之88年5月7日被上訴人即以南市三信總字第305號令先為附停止條件之終止勞動契約，對上訴人並無不利益，且與勞動基準法第12條第2項規定之適用並無有所扞格，應堪認定。」⁷⁵

三、本文見解

(一)各說見解評析

勞資爭議處理法第8條所導致的懲戒解僱禁止期，規範意旨雖謂冷卻爭議而求勞資衝突妥適解決，然勞基法第12條第2項30日短期除斥期間實在太短，若勞資爭議調解期間不影響30日期間之計算，則勞工即可藉由提起勞資爭議調解而拖延雇主懲戒解僱之行使，對雇主似乎保障不足。誠然除斥期間係為維護法安定性而存在，然而正如上述，為法安定性犧牲的是權利發動者，要正當化該犧牲應於制度設計上適當予以補償。公益與私益間平衡才是期間制度之首要考量。如前所述純粹主觀起算點偏重權利人保護而過度忽略法安定性，固有不妥，設計過短之權利行使期間又未以適當手段維護個案公平，也是過度追求法安定性而忽略權利人為公益犧牲之正當化基礎。懲戒解僱禁止期，使雇主無法行使其權利，此問題正屬消滅時效制度中時效障礙事由所要處理之情況：若權利人存有難以期待其行使權利之障礙，為平衡權利人之利益而設置特殊事由影響期間計算。由此可知文義解釋說不可採。除斥期間雖無明文規範障礙事由，然實際上有此需求，不容忽視。論者多以除斥期間性質上為不變期間，為維護法安定性並無障礙事由之適用，是忽略了權利人為公益犧牲時之公私益衡量過程。

然而既然法無明文規定，解釋上應如何調節懲戒解僱禁止期間與除斥期間之規定？預告終止說等於是就終止權之行使附停止條

⁷⁵ 但本案之最高法院98年度台上字第2381號民事判決不採此見解。

件，於解僱禁止期間經過後條件成就而生終止契約之效力。然而終止權為形成權之一種，通說認為其原則上不得附加條件⁷⁶。最高法院98年度台上字第2381號民事判決指摘原審見解違誤，應屬有理⁷⁷。自調解不成立時始起算除斥期間之見解，亦為本文所不採。若延續本文對知悉說之理解，於雇主知悉勞工客觀違犯事實時即可起算，原則上與調解成立與否可脫鉤觀察。且固然勞資爭議處理法第8條係法律明文禁止終止權行使，性質上與實務之消滅時效「法律上之障礙」類似⁷⁸，而依照最高法院95年度第16次民事庭決議所採之乙說，法律上障礙似乎應置於時效起算點處理。然而在少數實務明文承認係法律上障礙之「農地禁止分割與移轉共有案」之相關案例，臺灣高等法院臺南分院97年度上字第115號民事判決⁷⁹與最高法院93年度台上字第178號民事判決卻都是以類推時效未完成之規定處理⁸⁰，而非時效起算點。原則上本文認為法律上障礙功能本在於修正時效起算點採客觀基準說於個案上過苛的問題⁸¹，在採主觀基準說之勞基法第12條第2項即無此爭議。法律上障礙應置於障礙事由討論，並不影響除斥期間起算點。再來是類推適用民事訴訟法第164條之規定，基

⁷⁶ 陳聰富，民法總則，2014年，頁313。至於通說承認之三種例外情形，即相對人同意附條件、條件成就與否取決於相對人之意思、單純對相對人予以法律上利益者，於雇主終止權之行使，較難有適用空間。

⁷⁷ 最高法院98年度台上字第2381號民事判決：「終止契約之意思表示既係為形成權之行使，無待乎對方之同意即生效力，無從撤回，則該終止之單獨行為，倘附以條件，是否使相對人即上訴人陷於不得任意脫退之不確定狀態，而處於極不利之狀態，原審未遑推闡明晰，逕認附停止條件之終止契約行為對上訴人並無不利益，且與勞動基準法第十二條第二項規定之適用並無有所扞格，兩造之勞動契約溯及於停職時發生終止之效力，進而為上訴人不利之判決，亦不免遽斷。」

⁷⁸ 吳從周，變遷中之消滅時效期間起算點——從最高法院九十一年度台上字第一三一二號等三則判決之啟示談起，東吳法律學報，17卷2期，2005年12月，頁103。

⁷⁹ 並經最高法院98年度台上字第450號民事判決間接肯認。

⁸⁰ 吳從周，「法律上之障礙」作為時效開始進行之障礙或時效停止進行之事由？／最高院九八台上四五〇，台灣法學雜誌，144期，2010年1月，頁187。

⁸¹ 法律上障礙之內容為何，甚為模糊。實務上有擴大其解釋以解決個案不公平者，相關案例參考吳從周，同註78，頁111-119。

於除斥期間本質上仍屬實體法規定，其與程序法間性質差距甚遠，正如實務所說的，欠缺類推適用之基礎。若認為除斥期間下仍有保護權利人權利行使可能之必要，尋求類推適用同為實體法規定之時效障礙事由，應屬更為妥適之方法。

是以本文認為，除斥期間在欠缺障礙事由之明文規定下，應朝向類推適用時效障礙規定之方向解決。採此說會有兩個問題，一個是通說實務均認為除斥期間與消滅時效性質不同，不具備類推障礙事由之基礎。第二個問題是，應採合併計算說，還是類推適用時效未完成？

(二)本文採合併計算說

針對第一個問題，除斥期間與消滅時效制度目的不同，固為多數學說實務所採，上文已一再論及。惟承接上述，本文並不認為消滅時效與除斥期間之間具備本質上的差別。其作為期間制度之目的，犧牲權利發動者之私益以追求法安定性，本質上是相通的。為了公益犧牲權利人之私益，固為法政策所許，然而該犧牲應符合比例原則，利益衡量上不應顯失公平。前於期間起算點已多次論及，期間制度設計上應求取公私益間利益衡量之公平。權利人於特定情形下，要求其行使權利不具期待可能，如仍責令其蒙受期間經過之不利益，顯然過度犧牲權利人私益，故法制度上設計障礙事由以平衡保障權利人。此權利人保障需求於消滅時效存在，於除斥期間亦同。在非形成訴權之形成權下，固然有可能一經權利人意思表示，就發生法律關係之變動，而對法安定性影響大於請求權之行使，然而於權利人不具行使可能之情形下，該區別並無意義。比較法上，亦未如我國通說堅持除斥期間無障礙事由適用可能。德國民法第124條規定，表意人欲撤銷其被詐欺或脅迫所為之意思表示者應於發現詐欺或脅迫終止後1年內為之，並且意思表示作成10年後不得為之。本條係撤銷權之除斥期間，且本條第2項明文規定準用德國民法第206條因不可抗力之因素時效停止以及第210條、第211條時效未完成

之規定。日本民法第724條係其侵權行為損害賠償請求權之權利行使期間，其採雙軌制，前段規定自受害人知有損害及加害人時起算3年，後段規定自侵權行為發生時起算20年。針對20年期間，有消滅時效說與除斥期間說之爭。然而就算是採除斥期間說者，亦容許於個案不公平之情形類推適用時效不完成⁸²。此或可為堅守除斥期間無障礙事由之我國通說參考。

本文既認為除斥期間未排除障礙事由適用之可能，則本案懲戒解僱禁止期間應類推適用時效不完成還是依時效停止法理創設之合併計算說？前已論及，勞資爭議處理法第8條實務認為係強行規定，違反者終止契約不生效力，其性質應為法律上障礙。參諸前述，我國消滅時效就法律上障礙之處理，實務區別為時效起算與時效障礙，而本文原則上採時效障礙說。是以參諸前述提及之我國實務少數明文承認之法律上障礙「農地禁止分割與移轉共有案」，實務上雖有主張應適用時效停止者⁸³，然而最高法院80年台上字第2497號判例明確表示我國民法無時效停止制度存在。為符合該意旨，我國實務轉向類推適用民法第139條：「時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。」然而類推適用係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定加以適用，為基於平等原則及社會通念填補法律漏洞之方法。正如學者所指出的，現行民法未規範時效停止制度究竟係法律漏洞還是立法者有意之沉默，實務多未闡述⁸⁴。縱認有法律漏洞而應類推適用，民法第139條所規範之對象為天災或其他不可避之事變，如地震、海嘯、戰爭等。而「法律上之限制」與「天災等自然事變」，性質上難認相似⁸⁵。且時效停止與時

⁸² 林彥丞，民法消滅時效期間、起算點及障礙事由之研究，臺灣大學法律學系碩士論文，2018年，頁112；蘇惠卿，同註29，頁62-63。

⁸³ 新竹地方法院93年度訴字第561號民事判決。

⁸⁴ 吳從周，同註78，頁127。

⁸⁵ 吳從周，同註78，頁129。

效不完成畢竟是不同制度，最高法院以類推時效不完成補救民法無時效停止之漏洞，不無混淆時效不完成與時效停止之嫌⁸⁶。

本文認為於懲戒解僱禁止期間採合併計算說應優於類推時效不完成。蓋觀諸勞基法第12條第2項雇主終止權除斥期間本來就只有30日，若類推民法第139條，將於勞資爭議調解期間結束後再一個月，除斥期間始完成。此將大幅延長雇主終止權之行使期間，與立法者特設短期期間之立法目的相違。採合併計算說，僅調解期間不計入除斥期間計算，調解開始前之已進行之期間仍會列入計算，則不致於過度延長除斥期間，應更符合短期期間之意旨。惟我國民法尚未明文增訂時效停止，特別法上強制汽車責任保險法第14條第2項雖明文訂有時效停止，然該條規定係以「請求權人已向保險人為保險給付之請求」為時效停止原因，與勞資爭議處理法第8條是施以法律上之限制，性質不同，難以類推適用。現行法下既欠缺可供類推適用之規範，方法論上僅得依法理或制定法外的法之續造解決。正如學者所指出者，縱無制定法之明文規定，司法者仍可考慮透過制定法外法律續造之方式，進行法官造法，而依據民法第1條法理進行法律創造⁸⁷。實務上最高法院101年度台上字第1695號判決對於制定法外法律續造亦採肯定見解。而早在最高法院59年度台上字第1005號民事判決，最高法院便肯定外國立法例得做為法理而適用⁸⁸。本文認為，鑑於勞資爭議處理法第8條對於雇主終止權之法律上限制，已實質上影響其權利行使，雇主因法律上限制而無法行使權利之狀態，與消滅時效制度下權利人應適用障礙事由之法律狀態並無二致。除斥期間制度下形成權利人既然也有保護要求，不容忽視，亦不應以除斥期間欠缺障礙事由之明文而不予以保護。方法論上，現行法既欠

⁸⁶ 黃松茂，民法消滅時效制度之基本理論問題：從若干最高法院判決及決議談起，臺大法學論叢，49卷2期，2020年6月，頁430。

⁸⁷ 吳從周，2019年民事法發展回顧，臺大法學論叢，49卷特刊，2020年11月，頁1585。

⁸⁸ 王澤鑑，法律思維與案例研習，2019年4版，頁214。

缺適用或類推適用以滿足本案中雇主終止權保障之妥適規定，應依照法理參照德國民法第124條，除斥期間下亦有準用時效障礙事由之規範意旨，適用於本案情形。至於德國民法第124條係準用時效不完成與時效停止，基於上述本文之分析，本案中應適用時效停止為宜。然而為求明確，立法者仍應以法律明文規範處理之。

(三) 結論與本案評析

本文結論上認為應採合併計算說，此與本案最高法院99年度台上字第2054號判決之結論相同。惟必須指出者，最高法院採用合併計算說之理由，係認為「在該段期間內被限制暫時不得行使，此時若繼續計算勞基法第十二條第二項之三十日除斥期間，無異使雇主須在勞工申請調解之前即先為終止契約之表示，以避免該三十日不能行使終止權之不利益，恐使雇主為爭取時間而在未充分瞭解事實等相關問題之情況下即先為終止，如此對勞工應更為不利」。該理由雖亦具說服力，然而似乎誤解了合併計算說之功能。合併計算說內涵類似於時效停止，時效停止作為時效障礙事由之一環，其本質上保護的是權利人的權利行使可能，而非相對人。對相對人來說，真正保護其利益之見解應係時效不停止，在本案之情形下應該是勞資爭議調解期間不排除於除斥期間。蓋正如文義解釋說之學者所指出的，勞工應可利用調解來拖過除斥期間，若採合併計算說，勞工反而無從為之。此處再度出現明明都是出於保護勞工之立場卻形成相反見解的情況。基於對於障礙事由係為了保護權利人之理解，本文傾向合併計算說之目的非在於勞工保護，而是保障雇主懲戒權之行使可能性。最高法院肯認合併計算說應值贊同，然其理由構成應以「勞資爭議處理法第8條構成雇主懲戒權之法律上障礙，依照時效停止之法理，勞資調解期間不計入除斥期間，而應採合併計算說」為宜。

伍、結 論

勞基法第12條第2項針對雇主懲戒解僱權設有30日除斥期間，該期間係自知悉同條第1項各款情形時起算。學說實務對於知悉其情形之解釋看法不一，主要可區別為確信說與知悉說。本案最高法院99年度台上字第2054號判決認為應自雇主內部調查程序完成時始確信構成無正當理由曠職，並於此時始起算時效，係採確信說。惟本文基於除斥期間之立法目的，認為確信說加重純粹主觀起算點對法安定性之侵害，解釋上為矯正純粹主觀起算點之弊，應採知悉說以明確除斥期間起算點為宜。

本案最高法院99年度台上字第2054號判決另外認為，基於勞資爭議處理法第8條禁止雇主於勞資爭議調解期間終止契約，則該調解期間不應算入30日除斥期間，以免雇主急於行使解僱權反而有害於勞工。懲戒解僱禁止期與除斥期間之關係應如何處理，學說實務亦有爭執。本文認為勞資爭議處理法第8條規定之本質係就懲戒解僱施加法律上障礙，為保護雇主終止權行使可能性以平衡其為法安定性之犧牲，合併計算說應屬正確。然而理由構成上，最高法院似應辨明合併計算說係出於保護雇主之考量而非勞工。

參考文獻

一、中文部分

- 王澤鑑，法律思維與案例研習，2019年4版，臺北：自版。
- 尹章華，論消滅時效與除斥期間，軍法專刊，37卷12期，頁23-26，1991年12月。
- 巫月櫻，雇主因勞工違反勞動契約或工作規則終止契約其知悉三十天之除斥期間應自何時算起，萬國法律，62期，頁42-44，1992年4月。
- 李建良，行政法上消滅時效之基礎理論初探——概念、客體、法效，東吳公法論叢，2期，頁405-432，2008年11月。
- 李麗珍，論雇主懲戒權行使之界線——以我國法院判決之分析為中心，臺灣大學法律學系碩士論文，2008年。
- 吳從周，變遷中之消滅時效期間起算點——從最高法院九十一年度台上字第一三一二號等三則判決之啟示談起，東吳法律學報，17卷2期，頁93-146，2005年12月。
- 吳從周，「法律上之障礙」作為時效開始進行之障礙或時效停止進行之事由？／最高院九八台上四五〇，台灣法學雜誌，144期，頁185-188，2010年1月。
- 吳從周，2019年民事法發展回顧，臺大法學論叢，49卷特刊，頁1555-1588，2020年11月。
- 吳振吉，醫療事故損害賠償請求權之消滅時效：從兩件以消滅時效為核心爭點的實務案例談起，臺大法學論叢，47卷1期，頁345-401，2018年3月。
- 阮富枝，民法第二二七條之二增減給付或變更原有效果請求權之除斥期間及消滅時效問題——探討最高法院九十七年度台上字第三六〇號、九十七年度台上字第一五四七號及九十九年度台上字第八四三號民事判決，裁判時報，21期，頁68-86，2013年6月。
- 周兆昱，論雇主停職懲戒——以職棒球員涉賭案為例，月旦法學雜誌，56期，頁109-118，1999年12月。
- 周滄賢，非法解僱及其救濟，臺北大學法律學系碩士論文，2000年。
- 林彥丞，民法消滅時效期間、起算點及障礙事由之研究，臺灣大學法律

- 學系碩士論文，2018年。
- 姚志明，一般情事變更權利行使之期間——評最高法院一〇二年度台再字第18號民事判決，裁判時報，33期，頁16-24，2015年3月。
- 陳自強，契約違反與履行請求，2015年，臺北：元照。
- 陳金泉，勞動契約終止若干爭議問題，全國律師，10卷3期，頁43-56，2006年3月。
- 陳建文，懲戒解僱除斥期間起算時點之認定——高等九七勞上一，台灣法學雜誌，130期，頁261-263，2009年6月。
- 陳聰富，民法總則，2014年，臺北：元照。
- 陳聰富，論時效起算時點與時效障礙事由，月旦法學雜誌，285期，頁5-33，2019年1月。
- 黃松茂，民法消滅時效制度之基本理論問題：從若干最高法院判決及決議談起，臺大法學論叢，49卷2期，頁403-476，2020年6月。
- 黃越欽，勞動法新論，2015年5版，臺北：翰蘆。
- 游千賢，我國勞動基準法第十二條第一項第四款之研究，臺灣大學法律學系碩士論文，2007年。
- 焦興鎧等著，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，2005年，臺北：新學林。
- 溫俊富，消滅時效制度存在理由試論，收錄於：消滅時效與誠信原則，頁1-32，2018年，臺北：新學林。
- 劉志鵬，勞動法解讀，1999年，臺北：元照。
- 蔡瑞麟，公法性質之勞動基準法如何「私法轉化」？——三論大法官釋字第726號解釋，收錄於：民法研究基金會編，民事法理論與實務之新開展：陳志雄律師八秩華誕祝壽論文集，頁361-404，2020年，臺北：新學林。
- 鄭津津，我國勞資爭議調解制度之研究，月旦法學雜誌，159期，頁22-38，2008年7月。
- 蘇惠卿，侵權行為損害賠償請求權之消滅時效，月旦民商法雜誌，18期，頁55-74，2007年12月。

二、英文部分

Lando, Ole & Beale, Hugh (2003). PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PART III. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International.

Zimmermann, Reinhard (2002). COMPARATIVE FOUNDATIONS OF A EUROPEAN LAW OF SET-OFF AND PRESCRIPTION. Cambridge, England: Cambridge University Press.

三、德文部分

Hahne, Andreas/Goldmann, Julius, Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 199 I, JA 2015, S. 407 ff.

Henssler, Martin/Krüger, Wolfgang (Hrsg.) (2020), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (8. Aufl., Bd. 5). München C. H. Beck.

Herrler, Sebastian (Hrsg.) (2019), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, (Bd. 1). Berlin: de Gruyter.

Rolfs, Christian (Hrsg.) (2019), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, (Bd. 2). Berlin: de Gruyter.

Schubert, Claudia (Hrsg.) (2018), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (8. Aufl., Bd. 1). München C. H. Beck.

The Commencement and Extension of the Exclusion Period of the Employer's Right to Terminate a Contract According to Article 12 of Labor Standards Act: Comment on Supreme Court Civil Judgment 99 Tai-Shang-Tzu 2054

Yu-Nong Wu*

Abstract

Based on the case facts of Supreme Court Civil Judgment 99 Tai-Shang-Tzu 2054, this article discusses about the disputes related to the period of exclusion of the employer's right to terminate the contract without advance notice in Article 12 of Labor Standards Act. Although the article has clearly regulated that the period should begin from the date the employer becomes aware of the particular situation, there is still inconsistent about the determination of the date in individual cases. Based on the understanding of the purpose of the exclusion period, and supplemented by the development trend of the approach of period commencement system, this article believes when the employer is aware of the fact that the worker has committed an objective violation,

* Graduate Student, College of Law, National Taiwan University.

the exclusion period should commence immediately. As for the relationship between the exclusion period and Article 8 of Act for Settlement of Labor-Management Disputes, this article agrees with the conclusion of Supreme Court in this case, and this article also points out the legal basis should invoke to the suspension of prescription.

Keywords: the exclusion period, commencement of period, knowledge, suspension of prescription

【研究論文】

工會會員資格與工會法上之勞工 ——以日本法借鏡

吳哲毅*

要 目

- 壹、前 言
- 貳、我國與日本勞動基準法上勞工概念之發展
 - 一、我國勞動基準法上勞工概念之發展
 - 二、日本勞動基準法上勞工概念之發展
 - 三、小 結
- 參、日本法上之工會主體與勞動組合法上勞工概念
 - 一、日本勞動組合法上勞工
 - 二、日本勞動組合法上勞工作為工會之主體
- 肆、我國法上之工會會員資格與工會法上勞工
 - 一、集體勞動法規範之視角
 - 二、勞工保險規範之視角
- 伍、我國法與日本法之比較分析
 - 一、具備工會會員資格者即為工會法上之勞工
 - 二、我國工會法上勞工概念所具備機能之初探
- 陸、結 語

DOI: 10.7003/LASR.202203_(8).0003

* 東京大學法學政治學研究科修士課程2年級。

摘 要

勞動法令原則上以勞工為適用、保護之對象，然而，各勞動法令目的不盡相同，相較於以個別勞動契約關係為規範對象之勞動基準法，以保障集體勞動關係中勞工之勞動三權為目的之工會法等集體勞動法，其適用、保護之勞工可能應有所不同。事實上，日本法在實務上已確立前述區分個別勞動法上勞工與集體勞動法上勞工之立場，堪認為具有啟發性之比較法素材。本文在借鑑日本法之同時，亦釐清我國法律發展之脈絡，並彙整我國相關實務見解，指出關於我國勞動基準法上之勞工與工會法上之勞工本存在相異之理解。而日本法對於集體勞動法上勞工所採取之判斷基準具有得以作為參照之處的同時，應留意因法制上之不同，我國工會會員資格與工會法上勞工之相互關係與日本法有所不同，對於工會法中所稱「勞工」之理解亦產生影響。

關鍵詞： 勞工、勞動契約、從屬性、工會法上勞工、工會法第4條、工會法第6條

壹、前言

勞動法令原則上以勞工為適用、保護之對象，若勞務給付者被認定非為勞工，基本上即無勞動法之適用，其與勞務受領者間之法律關係，即因此回歸民法等一般法律之適用。然而，我國勞動法令數量繁多，各法令目的亦不盡相同，具體而言，相較於以勞工與雇主間個別勞動契約關係為主要規範對象，設定最低勞動條件基準之勞動基準法（下稱「勞基法」），工會法、團體協約法、勞資爭議處理法，則是以保障集體勞動關係中勞工之「團結權」、「團體協商權」、「爭議權」此勞動三權為其目的。雖在各勞動法令中，原則上用語均為「勞工」，但若認為各該法令中之「勞工」，應考量該法令之內容與立法目的而為解釋，則各該法令中之「勞工」未必相同。

事實上，前述依循立法目的而為勞工之解釋之思考方式，在我國既存之學說見解中即已存在¹，亦有介紹相關日本法之文獻²。相較於歐美國家，日本與臺灣相同，在個別勞動法令中，勞動基準法均是重要性極高之基本法，在集體勞動法制中，團體協商之進行方式、不當勞動行為裁決制度之存在等，亦彰顯出相當之共通性，其中亦不乏本來即有參照日本法而建構之法律規定與制度。從而，以日本為對象之比較法考察，對我國法之發展應具有相當之意義。然

¹ 如黃程貫，*勞動法*，1997年修訂再版，頁55；陳彥良，*我國教師組織法制之整合與發展*，收錄於：*法學的實踐與創新——陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集*（下冊），2013年，頁540；李玉春，*論工會法中勞工之範疇*，*中正大學法學集刊*，44期，2014年8月，頁240-243；周兆昱，*大學編制外工作人員契約性質之研究——以學生兼任工作人員與兼任教師為中心*，*臺北大學法學論叢*，97期，2016年3月，頁109-110。另外，認為從我國法規現狀觀之，各法令對勞工或工人之定義並不一致，但認為「無論是勞動契約法、工會法、勞資會議實施辦法上之勞工概念，均應採取一致之見解」，楊通軒，*個別勞工法：理論與實務*，2019年6版，頁177-178。

² 李玉春，同前註，頁226-236；周兆昱，同前註，頁107-108；參臺灣勞動法學會（編），*集體勞動法*，2019年，頁113-120〔李玉春執筆部分〕。

而，本文認為既存之研究雖已透過日本法之介紹對於我國工會法上勞工概念之建構提供豐富的素材，但仍有以下之不足。

首先，日本就集體勞動關係中之勞工，發展出與個別勞動關係中之勞工不同之解釋論，是深具啟發性之比較法素材，然而，依日本勞動組合法（相當於我國之工會法，為日本集體勞動法之基本法，下稱「日勞組法」）第2條之規定，勞工只要是工會之「主體」即為已足，工會會員並不以勞工為限。相對而言，我國實務、學說對於工會會員資格與所謂工會法上之勞工，究竟相互關係為何，則未有明確之說明，就此，我國文獻在與日本法之比較研究上，亦未為充分之說明，從而未凸顯出我國法之特徵³。具體而言，即為我國工會法第4條第1項之規定，以及工會法第6條第1項與前述日勞組法第2條之差異，尤其是第6條第1項第3款組成職業工會之「勞工」之範圍，在相關研究中未被凸顯。

其次，在釐清前述我國法之特徵後，再重新檢視包含未被既存研究納入觀察之我國法規制度與實務見解，方能發現、確認我國工會法上勞工概念，所可能具備之機能以及尚未解決之相關法律問題。如本文後續所分析，結論上，與日勞組法第2條之「勞工」不同，我國工會法第4條第1項之「勞工」概念須負擔劃定工會會員資格之機能，此一特徵，使得我國工會法上勞工在解釋論上，與日勞組法上勞工產生部分差異，除前述劃定會員資格之機能有所不同外，其他日勞組法上勞工概念所具備之機能，亦因此未必能直接套用在我國法，是在比較法研究上應謹慎注意之處。因此，我國工會法上勞工概念之機能，須以意識到前揭臺日差異為前提，基於其獨特性而逐一確認。然而，我國工會法上勞工概念應該具備之機能，是貫穿整個集體勞動法制之法律問題，礙於篇幅與筆者能力，相關考察無法於本文全部完成，故本文將以實務上已經面臨且呈現出來

³ 如臺灣勞動法學會（編），同前註，頁100-101〔劉志鵬執筆部分〕雖有相關討論，但均是直接援用日本文獻。

之相關問題為探討對象。

以下，本文將先對於我國與日本勞動基準法上勞工概念之發展進行概覽，接著，對於相較於我國，關於集體勞動關係中之勞工之解釋論，擁有較深入檢討之日本法進行介紹。其後，以前述日本法之檢討為基礎，針對前述之問題意識，對我國法為進一步之分析。

貳、我國與日本勞動基準法上勞工概念之發展

一、我國勞動基準法上勞工概念之發展

在勞動法領域中，「勞工」概念具有畫定適用範圍之重要機能，然而，若僅就法律規定的層面而言，「勞工」的概念可說是相當不明確。以作為我國勞動法制主幹之勞基法為例，其適用對象以具備勞工身分之人為限，於勞基法第2條第1款對將勞工定義為「受僱主僱用從事工作獲致工資者」。然而，學說及判決用以解釋何謂勞工之「從屬性」，則未見於勞工之定義中。從屬性在法規上之根據，須追溯至於未施行的勞動契約法第1條：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」就具有實效性的法律，則是在2019年之勞基法修正中，於定義「勞動契約」時，才將「從屬性」明文化⁴。且無論是勞動契約法或是近來修正之勞基法，均僅止於「從屬關係」或「從屬性」的提出，未進一步具體闡述其內涵。

在1984年勞動基準法制定公布之後，學者黃越欽對於勞務給付者是否為勞工之判斷，提出人格上與經濟上從屬性之判斷基準：「勞動契約當事人的勞工之特徵有以下幾點：一、人格上從屬性，所謂人格上從屬性，指受僱人在僱主企業組織內，服從僱主權威。二、親自履行，不得使用代理人。三、經濟上從屬性。四、納入僱方生產組織體系，並且與同僚之間居於分工合作狀態。」並詳細說

⁴ 2019年5月15日修正公布之勞動基準法第2條第6款之定義將勞動契約修正為：「六、勞動契約：指約定勞雇關係而具有從屬性之契約。」

明其內涵⁵。此從屬性判斷基準，則為最高法院81年度台上字第347號判決所援用，而本件判決在我國司法實務上，被認為係具代表性、首件針對從屬性內涵進行說明的實務見解⁶。

最高法院81年度台上字第347號判決對於從屬性進行說明之判決要旨⁷，自此之後直至司法院釋字第740號解釋出現前，在正面闡述從屬性內涵之最高法院或最高行政法院判決中，見解與最高法院81年度台上字第347號判決幾無不同⁸。而下級審判決則以此為基礎，對於從屬性內涵為進一步之闡釋，並對後述之司法院釋字第740號解釋產生一定之影響⁹。包含前述最高法院81年度台上字第347號判決在內，司法院釋字第740號解釋出現前，對於從屬性內涵有所闡述的最高法院判決，面對的問題皆是，該案中之勞務給付者是否有勞基法之適用，對於從屬性內涵有所闡述的最高行政法院判決¹⁰，面對的

⁵ 黃越欽，勞動契約與承攬契約之區別，政大法學評論，31期，1985年6月，頁26-30。

⁶ 其定位參臺灣勞動法學會（編），勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，2009年2版，頁60〔王松柏執筆部分〕；楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學，6期，2001年7月，頁251；林更盛，論勞動契約之特徵「從屬性」——評最高法院八一年度台上字第三四七號判決，台灣本土法學雜誌，36期，2002年7月，頁76-77；李玉春，保險業務員勞務契約之性質——最高行政法院100年度判字第2117號判決評釋，法令月刊，64卷2期，2013年2月，頁15。

⁷ 最高法院81年度台上字第347號判決維持了下級審臺灣高等法院臺中分院80年度勞上字第1號判決之見解，對於從屬性之說明如下：「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，即受雇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，即受雇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。」

⁸ 同旨之普通法院民事判決如最高法院92年度台上字第2361號、最高法院96年度台上字第2630號；行政法院判決如最高行政法院100年度判字第2226號、最高行政法院101年度判字第368號。

⁹ 我國實務見解之詳細分析，請參閱吳哲毅，勞工概念之從屬性判斷基準——以我國實務見解形成、演變及現狀之考察為中心，中央警察大學法學論集，40期，2021年4月，頁253-326。

¹⁰ 非僅是肯定下級審見解或僅提及「從屬性」，而是在最高行政法院判決自為

問題雖是，該案中之勞務給付者是否為勞工退休金條例中之勞工，但依勞工退休金條例第3條之規定，條例所稱勞工即為勞基法第2條所定義之勞工，故仍是對於勞基法上勞工為判斷。

再者，近來，因保險業務員是否為勞工屢生爭議，且在普通法院與行政法院間似有矛盾見解產生，司法院釋字第740號解釋因此而生。本號解釋於理由書中，認為「應就勞務給付之性質，按個案事實客觀探求各該勞務契約之類型特徵，諸如與人的從屬性（或稱人格從屬性）有關勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係，及是否負擔業務風險，以判斷是否為系爭規定一所稱勞動契約。」而此勞動契約之判斷基準，亦是植基於「保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞動基準法第二條第六款所稱勞動契約？」此一解釋爭點。

2019年，勞動部為確立勞動契約之認定基準，使勞務提供者¹¹及事業單位對雙方之法律關係有明確認知，訂定「勞動契約認定指導原則」¹²。關於勞動契約之認定，認為「個案事實及整體契約內容具有下列要素之全部或一部，經綜合判斷後，足以認定勞務提供者係在相當程度或一定程度之從屬關係下提供勞務者，其與事業單位間之法律關係應屬勞動契約」，接著，區分人格從屬性、經濟從屬性、組織從屬性、其他等四部分，羅列各判斷要素。

司法院釋字第740號解釋與「勞動契約認定指導原則」之判斷對象在用語上雖是「勞動契約」，然而，在實質判斷方式下，勞工與勞動契約之判斷實為一體兩面，因一旦認定契約當事人之勞務給付者為勞工，則該契約同時即可認為係勞動契約，故二者基本上亦是以勞基法上勞工之判斷為其檢討對象。綜上所述，我國實務目前所

之判斷中，援用最高法院81年度台上字第347號判決，對於「從屬性」提出抽象、一般性之判斷基準，如最高行政法院100年度判字第2117號判決、最高行政法院100年度判字第2226號行政判決、最高行政法院101年度判字第368號行政判決。

¹¹ 應與本文前述之勞務給付者同義，然在論及此指導原則時，依其用語。

¹² 勞動部(108)年勞動關2字第1080128698號函。

累積、用以判斷是否為勞工之從屬性基準，基本上是以勞基法為核心所開展。

就學說發展而言，起先，早期學說雖皆肯定以從屬性進行判斷，然而，闡述從屬性內涵者稀少且內容並不一致¹³。接著，學說開始借鑑比較法來充實從屬性的內涵，其後之討論重心則受當時實務發展影響，聚焦於實務上較具爭議的職業種類，起初的討論重心為經理人，後則轉移至保險業務員¹⁴。從而，雖如本文前述，認為應依各該勞動法令目的而為勞工解釋之我國學說見解並非不存在，但我國學說討論之主軸，仍是圍繞著實務上之主要爭議——特定職業類型之勞務給付者是否為勞基法上之勞工而展開，對於勞基法以外之勞動法令之著墨甚少。

二、日本勞動基準法上勞工概念之發展

關於日本法上勞工概念之判斷基準，視判斷者為個別勞動法或集體勞動法上勞工，而有不同之判斷基準。

針對以日本勞動基準法（下稱「日勞基法」）為核心之個別勞動法中，勞工之判斷基準，日本勞動基準法研究會（日本勞動大臣之諮詢機關）於1985年提出「關於勞動基準法之『勞動者』的判斷基準」報告書（下稱「1985年報告書」）¹⁵。報告書一開頭便揭示，勞務給付者是否為勞工，意即是否具有所謂的「勞動者性」，須視是否係在指揮監督下勞動，以及報酬是否具勞務對價性，並將二者總稱為「使用從屬性」。接著，強調不能以形式上的契約外觀判斷勞動者性，對於實質的使用從屬性，應考量勞務提供的形態、報酬

¹³ 參劉志鵬，論勞基法上之「勞工」（以經理人為檢討重點），收錄於：勞動法理論與判決研究，2000年，頁21-25。

¹⁴ 我國學說發展概況，參林更盛，勞動契約，收錄於：臺北大學法律學院勞動法研究中心（編），勞動法文獻研究——理解、分析與重構，2017年，頁1-8；吳哲毅，勞工概念之再構成與展望——台灣與日本之比較法研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2020年，頁24-29。

¹⁵ 勞働基準法研究会，勞働基準法の「労働者」の判断基準について，労働基準法研究会第1部会報告（労働契約関係），1985年。

的勞務對價性及相關的各個要素，進行綜合判斷，對此一「使用從屬性判斷基準」進行了闡釋¹⁶。

其中，就「指揮監督下之勞動」的判斷基準，說明須依(一)對工作之委託、執行業務之指示是否有權拒絕；(二)對於業務之遂行有無接受指揮監督（在業務內容與遂行方法上有無接受雇主之指揮命令等）；(三)拘束性之有無（工作場所及工作時間是否被指定與管理）；(四)代替性之有無（是否得以他人代替本人提供勞務，或本〔人〕是否得依自己判斷使用助理等）等進行判斷。另外，並指出在判斷是否為勞工之邊界案例中，常有前述「使用從屬性」之有無難以判斷的情形，此時，即有考量補強要素作綜合判斷之必要。作為補強之判斷要素，則有(一)事業者性之有無（機械、器具之負擔關係、報酬額、業務遂行所生損害之責任之負擔、使用自己的商號等）；(二)專屬性之程度；(三)其他：除前所述，在判決中，有將採用、委託時的選考過程與一般正式員工幾乎相同、報酬作為薪資所得而成為所得稅扣繳的對象、為勞動保險的適用對象、適用服務規則、適用退職金制度、福利厚生等，此些得用以推認雇主在認知上將該人當作自己勞工之事實，作為肯定勞務給付者為勞工之判斷之補強事由者。

此1985年報告書被定位為，在以日勞基法為首的個別勞動關係法領域中，將過往學說及實務上之勞工判斷基準，整理而集大成者¹⁷，且此報告書所提出之判斷基準，基本上得到當時學說之贊同¹⁸。1985年報告書所提出之判斷基準，並為後述之橫濱南勞基署長（旭紙業）事件之最高法院判決實質援用，而成為日本實務上之穩定見解。

¹⁶ 相關之我國文獻，參邱駿彥，勞動基準法上勞工之定義，收錄於：臺灣勞動法學會編，勞動法裁判選輯(二)，1999年，頁94-100；劉志鵬，同註13，頁6-25、34；吳哲毅，同註14，頁193-198。

¹⁷ 柳屋孝安，現代労働法と労働者概念，2005年，頁294-295。

¹⁸ 判決之定位參東京大学労働法研究会，注釈労働基準法（上卷），2003年，頁148〔橋本陽子執筆部分〕。

橫濱南勞基署長（旭紙業）事件之最高法院判決¹⁹，是日本法上具有代表性的指標判決²⁰，是日本最高法院首次針對屢生爭議之自有車輛的貨運駕駛，判斷其是否屬於日本勞動者災害補償保險法（下稱「日勞災保險法」）上之勞工，具有作為判決先例之意義，無論是在實務界或學術界皆備受矚目²¹。雖日勞災保險法並未明文規定，該法所稱勞工與日勞基法上之勞工相同，然依日本行政主管機關勞動省之解釋，以及日本法院向來之實務見解，均認為日勞災保險法中之勞工應與日勞基法做同一解釋，而本件判決可以說是最高法院首次直接表示見解。其承襲了向來實務見解與學說之立場，並以此為前提展開論述，本件判決之判斷因此成為日勞基法與日勞災保險法上勞工共通判斷基準²²。

雖包含本件判決在內，後續之最高法院並未直接使用「使用從屬性」此一概念，亦未在一般論提出勞工之判斷基準，然本件判決在具體判斷上，被認為採用與1985年報告書所提示相同之判斷架構²³，並確立了綜合考量工作實態中各種情事之判斷方式²⁴。之後的

19 橫濱南勞基署長（旭紙業）事件・最一小判平成8（1992）年11月28日労働判例714号14頁。

20 判決之定位，參水町勇一郎，労働者性——横滨南劳基署長（旭紙業）事件，收錄於：社会保障判例百選，2000年3版，頁94-95；柳屋孝安，個別的労働関係における労働者——横滨南劳基署長（旭紙業）事件，收錄於：労働判例百選，2002年7版，頁4-5；水町勇一郎，労働者性——横滨南劳基署長（旭紙業）事件，收錄於：社会保障判例百選，2008年4版，頁104-105；皆川宏之，個別的労働関係における労働者——横滨南劳基署長（旭紙業）事件，收錄於：労働判例百選，2009年8版，頁4-5；橋本陽子，個別的労働関係における労働者——横滨南劳基署長（旭紙業）事件，收錄於：労働判例百選，2016年9版，頁4-5。

21 水町勇一郎，同註20（2000年），頁94-95；水町勇一郎，同註20（2008年），頁104-105。

22 水町勇一郎，同註20（2000年），頁94-95；柳屋孝安，同註20，頁5；水町勇一郎，同註20（2008年），頁104-105。

23 水町勇一郎，同註20（2000年），頁95；水町勇一郎，同註20（2008年），頁105；皆川宏之，労働法上の労働者，收錄於：日本労働法学会編，講座労働法の再生第1卷：労働法の基礎理論，2017年，頁81-83。

24 柳屋孝安，同註20，頁5。

最高法院判決，無論結論是肯定或否定，直到相對近期之藤沢勞基署長（大工負傷）事件之最高法院判決²⁵，實務在具體判斷上基本仍遵從本件最高法院判決，採用1985年報告書所提示用以認定「使用從屬性」的判斷基準、要素²⁶。

相對於以日勞基法為主之個別勞動法，如後所述，日本法上認為，在規範集體勞動關係之集體勞動法領域中，應有所適用之勞工之範圍，因集體勞動法立法目的有所不同，解釋上亦應與個別勞動法有所不同，且應為更加廣泛之概念，不但有獨自之發展脈絡，實務上亦已確立獨立之判斷基準，於後詳述。

三、小 結

綜上所述，雖我國實務見解上之從屬性判斷基準並非完全一致，但整體而言，日本法上用以判斷勞工之基準與我國具有一定之相似性。日本法上關於是否為指揮監督下之勞動之判斷，與我國實務判斷基準中人格上從屬性之判斷基本相同，均是以指揮監督之有無為斷，而日本法上關於是否為事業者之判斷，亦與我國實務判斷基準中經濟上從屬性，是否係為自己勞動之判斷，出發點相同，且具體判斷上亦有共通之部分。近來勞動部所訂定「勞動契約認定指導原則」，與前述日本1985年報告書同以羅列具體判斷要素的方式呈現，兩相比較下，更顯示出其共通性。

尚且，如後所述，日勞組法上之勞工概念是較日勞基法更為廣泛之概念，從而，若是日勞基法上勞工，幾乎毫無疑問地屬於日勞組法上勞工。對於我國勞基法上勞工與工會法上勞工之相互關係，因我國勞基法上勞工與日勞基法上勞工具有一定之共通性，而使日

²⁵ 藤沢勞基署長（大工負傷）事件・最小判平成19（2007）年6月28日労働判例940号11頁。

²⁶ 土田道夫，労働契約法，頁54，2013年2版；橋本陽子，「労働者」と「準労働者」——労働者の総論として，收錄於：変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題，2015年，頁104-105；川口美貴，労働法，2018年2版，頁65-66。

本法上二者之相互關係更具參考價值。

再者，不僅勞基法上勞工之判斷具有一定之共通性，相對於德國法，日本法與我國相同，均不存在所謂「準勞工」概念²⁷，且在集體勞動關係法制中，存在所謂的不當勞動行為裁決制度²⁸，此些法制特徵在我國工會法上勞工概念之解釋上，均應加以考量，故具有同樣法制特徵之日本法，針對集體勞動關係中勞工概念之檢討、發展，對於我國工會法上勞工概念之建構、釐清，應具有相當之可參考性。

參、日本法上之工會主體與勞動組合法上勞工概念

一、日本勞動組合法上勞工

(一)發展脈絡及其獨立性

現行日勞組法於1949年被訂定，從公布之時起，第3條即規定：「本法所謂勞工，謂不問職業之種類，藉工資、薪金與其他相當於此之收入而生活者。」直至現在。

關於日勞組法上勞工概念之獨立性，首先被指出的是，作為現行日勞組法之前身為1945年12月制定之舊勞動組合法（下稱「舊勞組法」），較1947年之日勞基法更早被制定。雖二者皆是在日本厚生省勞政局所設置之勞務法制審議委員會之審議中所起草，但從立法過程來看，並無跡象顯示二法律對於其適用對象之勞工之定義，

²⁷ 我國文獻提及此概念者，如黃程貫，同註1，頁67。而在德國法上，即使非為勞工，而是所謂「準勞工」之勞務給付者，似仍有適用德國團體協約法之可能，參日本獨立行政法人勞働政策研究・研修機構（JILPT），雇用類似の働き方に関する諸外国の労働政策の動向——独・仏・英・米調査から——（労働政策研究報告書No. 207），2021年2月，頁37-38。對此，前述認為工會法上勞工之解釋不應為不同解釋之楊通軒，同註1，頁151-152，常援用德國文獻作為根據，但並未針對我國與德國法制上之不同而為說明。

²⁸ 我國之不當勞動行為裁決制度乃是參照美國法與日本法（尤其是日本法）所建立之制度，參臺灣勞動法學會（編），同註2，頁275-279〔黃程貫執筆部分〕。

有任何欲將其統一、整合之意圖²⁹。尚且，在修正為現行日勞組法時，並無欲更改舊勞組法上既存勞工概念之意見出現，此亦被作為日勞組法上勞工概念具有其獨立性之論據³⁰。同時，日勞組法第3條之「工資、薪金」亦較日勞基法上之「工資」更早被訂定，且被認為是當時之社會性用語，事實上「工資、薪金」均是指僱傭契約受僱人之報酬³¹。另外，日本學說在戰後受到德國法學的影響，一度試圖將日勞基法與日勞組法上之勞工概念以從屬勞動為主軸，而為統一之整理、掌握，但最後並未成功，而是認為應依據各該法律之立法目的而為勞工概念解釋之思考方式，成為具有支配性的見解³²。

關於日勞組法上勞工概念之相對廣泛，從法制發展脈絡來看，現行日勞組法第3條基本上即是從舊勞組法第3條繼承而來，而在舊勞組法制定過程中，即可見盡量廣泛認定該條文中勞工之立法意旨，且當時認為按成果給付報酬亦不影響其為日勞組法上勞工，同時，認為承攬業者也可能屬於勞工³³。其中，在「工資、薪金」之外，增加「其他相當於此之收入」而為定義之方式，被認為是先以「藉工資、薪金而生活者」將僱傭契約之受僱人納入此勞工之範圍內，並以此為基礎，再加以擴張至「藉其他相當於此之收入而生活者」³⁴，且通說認為不必以該收入為主要收入來源為限³⁵。再者，日勞組法第3條未如日勞基法第9條，將「受僱用」作為要件，亦被作

29 菅野和夫，勞働法，2019年12版，頁830。立法脈絡，詳參東京大学勞働法研究会，注釈勞働組合法（上卷），1980年，頁9-22。

30 荒木尚志，勞働法，2020年4版，頁628。

31 菅野和夫，同註29，頁830。

32 菅野和夫，同註29，頁830；東京大学勞働法研究会，同註29，頁227-228。

33 東京大学勞働法研究会，同註29，頁222-223；日本独立行政法人勞働政策研究・研修機構（JILPT），勞働組合法立法史料研究（解題篇）（勞働關係法令立法史料研究会，座長：渡辺章教授），2014年5月，頁38-41。

34 菅野和夫，同註29，頁829-830。

35 東京大学勞働法研究会，同註29，頁227。打工的主婦、學生等，工資僅占生活之一部者，仍可能為日勞組法上勞工之見解，被定位為通說，參荒木尚志，同註30，頁627。

為日勞組法上勞工概念應相對廣泛之根據³⁶。

整體而言，日本通說認為，日勞組上之勞工，從「為使勞資對等化，應保障何人之團體協商」此一觀點出發，包含勞工定義規定在用語上之不同，並考量前述之日勞組法之立法目的、旨趣、過程、背景，以及學說發展脈絡中顯示出之獨立性，應認為係與日勞基法上勞工不同，而為獨立且更廣泛之法律概念³⁷。

(二)具體之差異及判斷基準

如前所述日勞組法第3條未如日勞基法第9條，將「受僱用」作為要件，在日本，過往，日勞組法上勞工與日勞基法上勞工之具體差異，學說常以失業者雖非日勞基法上勞工，但仍得為日勞組法上勞工為說明，此見解至今仍未改變³⁸。但隨著實務上案例出現，以及判決所實質採用之判斷基準逐漸明瞭，二者之具體差異，除了是否包含失業者之外，也逐漸明確化。

針對日勞組法上勞工為判斷之最高法院判決，過往僅有CBC管弦樂團勞組事件之最高法院判決³⁹，然而，該判決並未提出抽象性、一般性之判斷基準⁴⁰。在這個背景之下，2000年代末期，肯定個案中之勞務給付者為日勞組法上勞工之日本勞動委員會命令，陸續被下級審法院撤銷，以此為契機，學說也展開更深一層的討論。此時出現之見解，可整理、區分為1. 前述推翻日本勞動委員會命令之下級審判決所採，以判斷日勞基法上勞工時所採取之「使用從屬性」判斷基準為斷之見解，被稱之為「法的使用從屬性說」；2. 部分學說

³⁶ 水町勇一郎，詳解勞働法，2019年，頁56；荒木尚志，同註30，頁627。

³⁷ 西谷敏，勞働組合法，2012年3版，頁76-77；菅野和夫，同註29，頁830；水町勇一郎，同前註，頁56；荒木尚志，同註30，頁627。雖非從立法觀點出發，但認為在日勞組法上勞工時，不能過於強調判斷日勞基法上勞工時所要求之「使用從屬性」，參西谷敏，勞働法，2020年3版，頁597-598。

³⁸ 菅野和夫，同註29，頁831；荒木尚志，同註30，頁627。

³⁹ CBC管弦樂團勞組事件・最一小判昭和51（1976）年5月6日民事判例集30卷4号437頁。

⁴⁰ 該判決之詳細介紹，參李玉春，同註1，頁228-233。

所採取，將「使用從屬性」之判斷排除，僅以經濟從屬性為斷之見解，被稱之為「經濟的從屬性說」；3.多數學說以及日本勞動委員會所採，以較寬鬆之使用從屬性為主，並考量經濟從屬性之見解，被稱之為「複合的判斷說」⁴¹。

之後，2011年至2012年所出現之三最高法院判決⁴²，推翻了採取「法的使用從屬性說」之下級審判決，被認為採納了「複合的判斷說」⁴³。於2011年被提出之勞使關係法研究會報告書⁴⁴，將最高法院在判斷日勞組法上勞工時，所採取的判斷要素進行整理，梳理最高法院之判斷基準如下：首先，作為基本性判斷要素者，有(1)被納入事業組織、(2)契約內容是單方性地、定型性地被決定、(3)報酬之勞務對價性；作為補充性判斷要素者，為(4)須接受業務請託之關係、(5)於廣義之指揮監督下提供勞務、受到一定的時間與場所之拘束；作為反面否定要素者為(6)顯著之事業者性⁴⁵。

關於前述判斷基準之評析，學說認為(4)(5)雖然亦是日勞基法上勞工判斷基準之基本要素，但(5)要素所要求的是「廣義之」指揮監督下，以及「一定的」時間與場所之拘束，正是「較寬鬆之使用從屬性」；而相較於顯示日勞組法上勞工概念較日勞基法上勞工概念

⁴¹ 此部分之整理，參荒木尚志，同註30，頁628-629。

⁴² 国・中勞委（新国立劇場運営財団）事件・最三小判平成23（2011）年4月12日労働判例1026号6頁，国・中勞委（INAXメンテナンス）事件・最三小判平成23（2011）年4月12日労働判例1026号27頁，国・中勞委（ビクター）事件・最三小判平成24（2011）年2月21日労働判例1043号5頁。

⁴³ 荒木尚志，同註30，頁629。雖對該立場之命名不同，但亦認為最高法院判決係採取此立場，菅野和夫，同註29，頁833-835。

⁴⁴ 厚生労働省，勞使關係法研究会報告書，2011年7月（座長：荒木尚志教授）。此報告書之分析基礎為前述CBC管弦樂團勞組事件、国・中勞委（新国立劇場運営財団）事件、国・中勞委（INAXメンテナンス）事件之最高法院判決，然而，在荒木尚志，同註30，頁629，係以国・中勞委（新国立劇場運営財団）事件、国・中勞委（INAXメンテナンス）事件、国・中勞委（ビクター）事件之最高法院判決為討論基礎，故應可認為此判斷基準涵蓋前述四個最高法院判決。

⁴⁵ 厚生労働省，勞使關係法研究会報告書（座長：荒木尚志教授），2011年7月，頁10-11；我國文獻，參李玉春，同註1，頁235-236。

更為廣泛之前述(4)(5)要素，在日勞基法上勞工判斷基準中未被考量之(1)(2)新要素，則為劃定日勞組法上勞工範圍之要素⁴⁶。具備要素(1)之情形，顯示勞動力作為業務遂行在質與量上不可欠缺之部分，而被納入組織內確保，此時，該勞動力的利用條件，透過團體協商處理應認為是妥適的；具備(2)要素之情形，即契約內容是單方性地、定型性地被決定時，則有透過團體協商處理之必要性，此二要素可認為與既已存在之前述學說見解，即日勞組上之勞工，應從「為使勞資對等化，應保障何人之團體協商」此一觀點出發加以解釋，此一見解相互呼應⁴⁷。

除前述由報告書所彙整出之，與日勞基法上勞工不同之判斷基準，事實上，在新國立劇場運營財團與其勞務給付者之訟爭中，在前述以日勞組法上勞工之判斷為爭點之國·中勞委（新國立劇場運營財團）事件之最高法院判決出現之前，尚有別件以有無日勞基法之適用為爭點之新國立劇場運營財團事件之東京高等法院判決⁴⁸。該高等法院判決認為，與歌劇劇場簽訂契約成員出演基本契約⁴⁹契約之合唱團員，並非與劇場成立勞動契約關係而無日勞基法之適用，勞務給付者上訴最高法院後，未被實質審理即被駁回。此判斷上之差異，也被認為象徵著實務上亦已具體確認，日勞組法上勞工概念，乃是相對於日勞基法上勞工概念之獨立概念⁵⁰。

二、日本勞動組合法上勞工作為工會之主體

在日本法上，工會是否符合日勞組法第2條本文、第2條但書、

⁴⁶ 荒木尚志，同註30，頁629。

⁴⁷ 荒木尚志，同註30，頁629-630。同旨，菅野和夫，同註29，頁834。

⁴⁸ 新國立劇場運營財團事件·東京高判平成19（2007）年5月16日勞働判例944号52頁。

⁴⁹ 在契約成員出演基本契約，揭示了該年度預定的歌劇公演項目與日程，但在契約成員確定各該個別公演之演出時，為確定公演之業務內容與條件，會再另行簽定個別公演演出契約。是否為勞動契約之認定對象為該契約成員出演基本契約。

⁵⁰ 荒木尚志，同註30，頁630。

第5條第2項，將會影響其法律上地位，決定其受有日本憲法上及日勞組法上多大程度之保護。具體而言，即是否享有日本憲法上所賦予之民刑事免責、不利益待遇之司法救濟，以及日勞組法上所賦予之團體協約規範性效力、不當勞動行為制度之保護、程序上之參加等⁵¹。其中，如後所述，設有勞工須為主體之要件之日勞組法第2條本文，是所有前述日本憲法與日勞組法上賦予保護之共通前提。亦即，是否符合日勞組法第2條但書、第5條第2項之規定，僅僅是影響保護之強度、程度，但若不符合日勞組法第2條本文，則會直接導致工會無從得到前述日本憲法即日勞組法上之保護⁵²。

日勞組法第2條本文規定：「本法所稱之『工會』，為以勞工為主體，以自主地謀求勞動條件之維持、改善及其他經濟性地位之提升為主要目的而組織之團體或其聯合團體。」對於日勞組法上之工會，設定了(一)主體、(二)自主性、(三)目的、(四)團體性等積極要件⁵³，同條但書則規定消極要件⁵⁴。

關於(一)主體之要件，日本通說認為，即是要求該團體之成員大部分為勞工（量的面向上），且勞工居於活動上之主要地位（質的面向上），換言之，只要勞工是主體，部分成員非為勞工亦無不可⁵⁵。具體被指出之非勞工成員，常見者為職業性的工會指導者、學生或一般人民⁵⁶。然而，相對於通說，過往之有力見解認為，前述在質的

51 參水町勇一郎，同註36，頁1007-1008；菅野和夫，同註29，頁828-829；荒木尚志，同註30，頁625-626。

52 參水町勇一郎，同註36，頁1007-1008；菅野和夫，同註29，頁828-829；荒木尚志，同註30，頁625-626。

53 荒木尚志，同註30，頁625-626；同旨，水町勇一郎，同註36，頁1007-1008。

54 學說認為日勞組法第2條但書第1款、第2款是針對自主性要件作出更嚴格之附加限制，第3款、第4款之要求則是從本文中「目的」之要件即可導出，並無獨自之意義，參菅野和夫，同註29，頁827-828；荒木尚志，同註30，頁626。

55 過往學說之彙整，參東京大学労働法研究会，同註29，頁143-144。現行之日本學說，如西谷敏，労働組合法，同註37，頁75-76；水町勇一郎，同註36，頁1009；菅野和夫，同註29，頁837；荒木尚志，同註30，頁626-627。

56 過往學說之彙整，參東京大学労働法研究会，同註29，頁143。現行之日本學說，如西谷敏，労働組合法，同註37，頁75-76；水町勇一郎，同註36，頁

面向上，要求勞工須居於工會活動或營運上主要地位，其內涵與要件(一)自主性之內涵幾乎相同，而認為(一)主體、(二)自主性不應區分而為討論，而應將二者視為一體確認其內涵⁵⁷。

非屬勞工之工會成員，雖能加入工會，但能透過日勞組法獲得之法律上援助，被指出相當有限。首先，在工會為了非勞工成員尋求團體協商時，即使企業拒絕團體協，也未必會被認為是不當勞動行為，其次，非勞工之勞務給付契約，不被認為為工會所簽訂團體協約之規範性效力所及⁵⁸。

肆、我國法上之工會會員資格與工會法上勞工

相對於前述日本法上之討論，如以下所呈現，我國法在本文所設定之問題意識上，雖有部分相關之實務見解，但相關之學說檢討尚不充分。同時，因我國職業工會具有參與勞工保險制度，以及相當數量之會員是自營作業之特徵，本文認為此部分亦應納入檢討之視野，故以下將分別從集體勞動法規範、勞工保險法規範之面向切入，釐清我國實務見解之狀況。

一、集體勞動法規範之視角

(一)工會法相關規定之演變與現狀

我國工會法並未對勞工設有定義。1929年制定、公布之舊工會法，用語基本上是「工人」⁵⁹，直到2010年之全文修正後，工會法之用語則改為「勞工」，然而，亦未對「勞工」為定義，修法說明中似乎亦未有特別說明⁶⁰。

1009；菅野和夫，同註29，頁837；西谷敏，勞働法，同註37，頁595。

⁵⁷ 過往學說之彙整，參東京大学労働法研究会，同註29，頁144。

⁵⁸ 岩永昌晃，集团的劳使關係の当事者，收錄於：日本労働法学会編，講座労働法の再生〈第5卷〉労働關係法の理論課題，2017年，頁26。

⁵⁹ 除當時第15條第5款、第12款出現「勞工」一詞之外，其他部分均為「工人」。

⁶⁰ 參立法院公報98卷37期3723號56-127頁。

1. 1929年舊工會法

關於工會會員身分之相關規定，1929年舊工會法第1條規定：「（第1項）同一產業或同一職業之男女工人，以增進知識技能、發達生產維持改善勞動條件及生活為目的，集合十六歲以上，現在從事業務之產業工人，人數在一百人以上，或職業工人人數在五十人以上時，得適用本法組織工會。（第2項）產業工會職業工會之種類，另以命令定之。」係將工會定位為工人之集合，且是以產業或職業為區分，從而，工會之種類為產業工會⁶¹與職業工會。接著，從同法第2條之規定觀之，對於加入工會之資格，仍是以加入者為「工人」為前提⁶²。

2. 1949年舊工會法

1943年至1949年的期間，工會法迭經3次的全文修正，在1949年舊工會法，對於工會之設立，除年齡及人數之規定外，與前述1929年舊工會法基本相同，工會之種類亦仍維持產業工會與職業工會二類⁶³。在當時之第6條第2項，對於工會性質之說明則為：「凡同一產業內各部份不同職業之工人所組織者為產業工會，聯合同一職業工人所組織者為職業工會。產業工會、職業工會之種類以命令定之。」對於工會之加入與工會會員資格，分別於1949年舊工會法第12條：「凡在工會組織區域內，年滿十六歲之男女工人，均有加入其所從事產業或職業工會為會員之權利與義務。但已加入產業工會者，得不加入職業工會。」、第13條：「同一產業之被僱人員，除

⁶¹ 實際上即為現今之企業工會，又稱廠場工會，參臺灣勞動法學會（編），同註2，頁95〔劉志鵬執筆部分〕。

⁶² 1929年工會法第2條：「工人具有左列資格之一者，雖非屬於同一產業或同一職業，得加入其工會為會員，但雇主或其代理人不在此限。一、曾選任為其工會之職員者。二、曾為同一產業或職業之工人者。」

⁶³ 1949年舊工會法第6條：「（第1項）凡同一區域或同一廠場內年滿二十歲同一產業之工人，人數在五十人以上，或同一區域同一職業之工人，人數在三十人以上時，依法組織產業工會或職業工會。（第2項）凡同一產業內各部份不同職業之工人所組織者為產業工會，聯合同一職業工人所組織者為職業工會。產業工會、職業工會之種類以命令定之。」

代表僱方行使管理權之各級業務行政主管人員外，均有會員資格。」設有規定。

3. 1975年舊工會法

1975年舊工會法第6條關於工會之設立，基本延續1949年舊工會法之規定，只是在法條文字與人數上為些微調整⁶⁴。但在同年原文修正公布之舊工會法施行細則第6條則規定：「本法第六條所稱之產業工人及職業工人，係指同一廠場或同一交通運輸公用事業內，各部分不同職業之工人，在合理工作程序上，共同完成生產品或勞務之集體工作之工人及同一職業同一技術之工人。」

4. 2010年工會法之全文修正

在形成現行工會法前，最後一次之全文修正為2010年之工會法修正，此後雖亦有數次修法，但應可認為2010年全文修正後公布之工會法，構成現行工會法之基本內容，亦常被稱為新工會法。

關於工會之加入、組織以及會員資格，2010年工會法於第4條：「（第1項）勞工均有組織及加入工會之權利。（第2項）現役軍人與國防部所屬及依法監督之軍火工業員工，不得組織工會；軍火工業之範圍，由中央主管機關會同國防部定之。（第3項）教師得依本法組織及加入工會。（第4項）各級政府機關及公立學校公務人員之結社組織，依其他法律之規定。」、同法第14條：「代表雇主行使管理權之主管人員，不得加入該企業之工會。但工會章程另有規定者，不在此限。」設有規定。

就2010年工會法第4條第1項之立法說明為：「一、勞工團結權為勞動三權之首，對於勞動條件之確保及提升至為重要，爰參照『經濟社會文化權利國際公約』、『公民與政治權利國際公約』及

⁶⁴ 1975年舊工會法第6條：「（第1項）同一區域或同一廠場，年滿二十歲之同一產業工人，或同一區域同一職業之工人，人數在三十人以上時，應依法組織產業工會或職業工會。（第2項）同一產業內由各部分不同職業之工人所組織者為產業工會。聯合同一職業工人所組織者為職業工會。產業工會、職業工會之種類，由中央主管機關定之。」

國際勞工組織（ILO）第八十七號公約等精神，增列第一項明定勞工皆有組織及加入工會之團結權。」⁶⁵同法第14條之立法說明則為：「一、條次變更，本條為原條文第十三條移列。二、原條文酌作文字修正。另行使管理權之主管人員仍具勞工身分，爰增列但書，明定工會得於章程中訂定主管人員得加入工會規定。」⁶⁶

對於工會法第4條第3項、第4項之立法說明則為：「三、教師之團結權應與一般勞工同受保障，僅於工會組織型態部分，宜考量其特殊性而於修正條文第六條另予限制，爰為第三項規定。四、至於公務人員之結社自由，亦應給予保障，惟基於司法院歷次解釋，公務人員與國家間為『公法上職務關係』，而勞工與雇主間為『私法上勞雇關係』，兩者顯有不同，各自形成一套完整之人事法制體系；復以公務人員協會法業於九十一年七月十日公布，九十二年一月一日施行，公務人員之組織結社應依該法之規範，爰為第四項規定。」⁶⁷

就工會之種類，則修改成企業工會、產業工會、職業工會等三種類型，並於2010年工會法第6條第1項設有規定：「工會組織類型如下，但教師僅得組織及加入第二款及第三款之工會：一、企業工會：結合同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內之勞工，所組織之工會。二、產業工會：結合相關產業內之勞工，所組織之工會。三、職業工會：結合相關職業技能之勞工，所組織之工會。」並延續至今。

5. 小 結

從法律條文來看，從過往到現在，尤其是現行工會法第6條第1項，條文對於工會之理解均為「工人」或「勞工」所組織而成，且未如日本法規定只要為主體即足。從1949年舊工會法第12條以及現

⁶⁵ 參立法院公報98卷37期3723號57頁。

⁶⁶ 參立法院公報98卷37期3723號78頁。

⁶⁷ 參立法院公報98卷37期3723號57-59頁。

行工會法第4條第1項來看，是肯定工人或勞工具有組織及加入工會之權利，在工會組織成員逐步放寬之脈絡下，應具有宣示無論職業種類、從事業別，原則上均得以組織或加入工會之意義。但若組織或加入工會是為權利，則未透過現行工會法第4條第1項賦予該權利之勞工以外之人，是否具有組織或加入工會之權利，即有疑問。尚且，在2010年工會法第14條之立法說明中，亦是以行使管理權之主管人員仍具勞工身分，使其得透過章程之訂定加入工會規定。總結而言，我國工會法對於工會會員之想像、設定，很可能是以「勞工」為限，事實上，本文後述之實務見解亦採取此立場。

同時，雖與現行法之「勞工」具有多大程度之關聯性並不明朗，但我國工會法之立法，以及早期即使用之「工人」，均早於我國勞基法之立法及其對於「勞工」之定義規定⁶⁸。亦曾於舊工會法施行細則中為定義規定，且較後來出現之勞基法上勞工更為廣泛。

另外，如2010年工會法修正中對於第4條第4項之立法說明，公務人員之結社自由，涉及公務人員與國家間所謂的「公法上職務關係」，被認為與「私法上勞雇關係」有所不同，故直接以立法對其工會之組織進行限制。對於相關限制之討論，重點會是立法之妥當與否，而與本文所欲探討之一般性解釋論有所不同，故原則上不予深入探討，但對於具有同樣特徵，卻由工會法第4條第1項明定得以組織、加入工會的教師，則為本文之檢討對象。

(二) 不當勞動行為裁決制度之適用

在不當勞動行為裁決決定中，對於後述案例之判斷，有涉及工會法上勞工之部分，以下予以檢討。

1. 判斷教師、教育人員工會是否具有團體協商資格

(1) 「勞動關係」之認定

在100年度勞裁字第29號裁決決定中，關於申請人教師及嘉義市

⁶⁸ 同時也早於1936年公布但未施行之勞動契約法。

教師職業工會，得否以相對人嘉義市立大業國民中學為團體協約之協商對象，不當勞動行為裁決委員會認為：「公立學校教師受聘於學校，雙方間所簽訂之聘任契約，性質上屬行政契約，然從勞動關係來觀察，教師受聘後，接受學校之指揮監督，提供教學等勞務，屬以給付勞務為主要目的之勞務契約，故勞動關係存在於教師與學校間，學校應為教師之雇主，殆無疑義。」雖在該案中，嘉義市教師職業工會並未符合團體協約法第6條第3項規定，而不具團體協約之協商資格，但不當勞動行為裁決委員會肯認嘉義市教師職業工會得採取一般性團體協商方式，請求相對人協商系爭會務假事宜。

其後，嘉義市立大業國民中學針對100年度勞裁字第29號裁決決定提起行政訴訟，而臺北高等行政法院判決101年度訴字第1113號判決，雖撤銷原裁決決定關於命原告核給申請人教師之事假，應改為核給公假之部分，但肯認：「公立學校教師受聘於學校，就教師之薪資、聘用任用、任期等事項，縱如原告所稱學校無決定之權，惟從勞動關係來觀察，教師受聘後，向學校提供教學等勞務，且仍須接受學校之指揮監督，故勞動關係存在於教師與學校間，就此而言，學校應為上開工會法所規定之雇主，而有該法之適用。」

另外，在104年度勞裁字第30號裁決決定中，相對人華夏學校財團法人華夏科技大學主張教師具有專業自主之特性，且工作條件有專法規定，教師並不具人格上、經濟上、組織上從屬性，故教師與大學間之法律關係是聘任關係，非為團體協約法所欲規範之「勞動關係」，是申請人台灣高等教育產業工會所提出，本件團體協約協商要求，於法無據。對此，不當勞動行為裁決委員會並未對從屬性為判斷，而認為：「惟查教師與學校間具有勞動關係，向為本會所肯認，且無論法律關係為何，相對人尚有與申請人誠信協商之法律義務，亦為教育部之既定見解，相對人恣意否定主管機關見解而無視申請人工會，已難謂無不當。」

接著，在後續之宜蘭縣教師職業工會之案件中，宜蘭縣教師職業工會所尋求之團體協商對象則為宜蘭縣政府，104年度勞裁字第59

號裁決決定肯定宜蘭縣政府作為「雇主」，而得為團體協商之主體⁶⁹，然而，臺北高等行政法院105年度訴字第1512號判決⁷⁰及最高行政法院108年度判字第88號判決⁷¹均認為，「勞動關係」係存在於教師與學校間，學校方應為教師之雇主、教師職業工會之團體協商對象。

(2) 「僱用關係」之認定

在104年勞裁字第21號裁決決定中，申請人新北市教育人員產業工會認為，相對人新北市立永平高級中學對於協商要求之對應構成不當勞動行為，雙方並對於申請人是否具有協商資格有所爭執。

104年勞裁字第21號裁決決定認為，「按團體協約法第6條第2項之規定：『勞資之一方於有協商資格之他方提出協商時，有下列情形之一，為無正當理由……』、第3項第2款規定：『依前項所定有協商資格之勞方，指下列工會：……二、會員受僱於協商他方之人數，逾其所僱用勞工人數2分之1之產業工會。』自其文義觀之，上開條款所指所僱用之勞工，不以適用勞動基準法之勞工為限，凡與協商他方具有僱用關係之勞工均屬之。」

在實際認定上，並認為代表校長行使管理權之人、依照教育人員任用法規定上之公務員、依醫事人員條例或學校衛生法配置之公務人員、依工會法第4條第2項被排除於勞工團結權保障範圍之外現役軍人等不應計入所僱用勞工之計算中⁷²。在被納入計算之人員中，

⁶⁹ 104年度勞裁字第59號裁決決定並未如100年度勞裁字第29號裁決決定正面肯定「勞動關係」存在申請人與相對人間，而是透過「雇主」之認定，肯定公立學校之主管機關（於本案為宜蘭縣政府）得為團體協商之主體，其行為並有構成工會法第35條第1項第5款不當勞動行為之可能。

⁷⁰ 臺北高等行政法院105年度訴字第1512號判決：「因此從勞動關係觀察，教師受聘後，接受學校之指揮監督，提供教學等勞務，屬於給付勞務為主要目的之勞務契約，故勞動關係存在於教師與學校間，學校應為教師之雇主。」

⁷¹ 最高行政法院108年度判字第88號判決：「從勞動關係觀察，教師受聘後，接受學校的指揮監督，提供教學等勞務，並由學校給付勞務的對價（薪資），屬於以給付勞務並獲取對價為主要目的的勞務契約，故勞動關係是存在於教師與學校之間。」

⁷² 另外，認為請育嬰假中、留職停薪、被其他單位商借之教師，與代理教師及

其計入理由大致可分為三類，首先是認為該勞務給付者於契約或聘約期間提供勞務，並領有薪資，故應計入相對人受僱人數之內⁷³；其次，是肯認僱傭契約或僱傭關係存在⁷⁴；再者，是肯定所謂僱用關係存在⁷⁵。其中，針對代理教師，裁決決定原則上肯定僱傭契約存在，並認為「縱申請人所主張其中有部分人員未具教師證書而不具代理資格一事屬實，亦與該等人員與相為人間確有僱用關係一事，不生影響。」

2. 判斷解僱行為是否構成不當勞動行為

在106年度勞裁字第69號裁決決定中，申請人勞務給付者與新北市佳福育樂事業股份有限公司企業工會，主張相對人佳福育樂事業股份有限公司之解僱行為，構成工會法第35條第1項第1款及第5款之不當勞動行為且無效。本件裁決決定，則是在認定勞務給付者與相對人具有從屬性⁷⁶而屬於勞動契約關係後，肯定相對人之解僱行為，

兼任教師會有重複計算之問題，而將請育嬰假中或留職停薪之教師排除於計算中，並將代理教師及兼任教師納入計算。

⁷³ 如技工及工友、聘僱公文預算書之校安執勤及組織創新人員、兼任救生員及清潔人員、特殊教育相關專業人員。

⁷⁴ 如代理教師、兼任教練、社團指導教師。

⁷⁵ 如兼課教師。

⁷⁶ 106年度勞裁字第69號裁決決定中所提出之從屬性判斷基準為：「(1)按勞動契約與委任契約均約定以勞動力之提供作為契約當事人給付之標的。惟勞動契約係當事人之一方，對於他方在從屬關係下提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約，與委任契約之受任人處理委任事務時，並非基於從屬關係不同。凡在人格上、經濟上及組織上完全從屬於雇主，對雇主之指示具有規範性質之服從，為勞動契約；反之，如受託處理一定之事務，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的，則屬於委任契約（最高法院98年度台上字第1834號民事判決參照）；大法官釋字第740號解釋理由書亦指出，基於私法自治原則，有契約形式及內容之選擇自由，其類型可能為僱傭、委任、承攬或居間，其選擇之契約類型是否為系爭規定一所稱勞動契約，仍應就個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之。具體判斷上，即受僱人在雇主企業組織內，具有服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務，則可認其具有人格上從屬性（最高法院83年度台上第347號民事判決、96年度台上字第2630號民事判決參照）。」

構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為。對此，相對人佳福育樂事業股份有限公司提起行政訴訟，臺北高等行政法院107年度訴字第839號判決亦在肯認雙方間具有從屬性，為勞動契約關係後，駁回原告即相對人之訴。

3. 判斷得否提起不當勞動行為裁決申請

在107年度勞裁字第28號裁決決定中，申請人中國青年救國團劍潭海外青年活動中心企業工會及多名勞工，主張相對人中國青年救國團之考核及年終獎金核發行為，構成工會法第35條第1項第1款及第5款之不當勞動行為。其中一名胡姓勞工因形式上為派遣勞工，故雙方對於該胡姓勞工得否依勞資爭議處理法第39條第1項，提起不當勞動行為裁決申請，有所爭執。對此，不當勞動行為裁決委員會認為，相對人違反合法勞動派遣制度中，要派單位不得決定派遣勞工之任用，或自行招募人員，而要求派遣單位僱用後再予派遣等基本原則，且相對人實質決定胡姓勞工之報酬，並會與胡姓勞工進行約談與告誡，從而肯認胡姓勞工係基於從屬地位而為相對人提供勞務，並有接受懲戒或制裁之義務，雙方間具有勞動契約關係，而非屬合法之勞動派遣關係。以此為基礎，本號裁決決定肯定相對人應就構成不當勞動行為之胡姓勞工之年終獎金重新核發。

4. 小 結

在前述判斷解僱行為是否構成不當勞動行為、得否提起不當勞動行為裁決申請之不當勞動行為裁決決定中，勞動契約關係之存在皆直接被肯認，相較於勞基法上勞工，並無擴張之情形。在判斷解僱行為是否構成不當勞動行為之案例中，解僱行為必須以勞動契約關係之存在為前提，但在判斷得否提起不當勞動行為裁決申請之案例中，是否須以勞動契約之存在為必要，應有檢討之餘地。然而，若在事實認定上肯定勞動契約關係存在，得以提起不當勞動行為裁決申請應無疑問，而無須別求他途，且該案最終爭執的是年終獎金之核發，肯定之結論可能亦必須以勞動契約關係存在為前提。

另一方面，在判斷教師、教育人員工會是否具有團體協商資格之案例中，無論是不當勞動行為裁決決定或是法院判決，均是以公立學校教師之聘任契約為行政契約為前提，肯定「勞動關係」或「僱用關係」存在。且不當勞動裁決委員會亦明白表示，團體協約法第6條第3項第2款「所僱用之勞工，不以適用勞動基準法之勞工為限，凡與協商他方具有僱用關係之勞工均屬之。」

在我國現行團體協約法第1條、第2條雖亦使用「勞動關係」一詞，但並未有具體說明。在1930年舊團體協約法第1條第2項則規定：「左列各款，亦屬本法所稱勞動關係：一、學徒關係。二、一企業內之勞動組織。三、關於職業介紹機關之利用。四、關於勞資糾紛調解機關或仲裁機關之設立或利用。」相關事項未必以勞動契約關係為基礎，仍可能屬於團體協約得以約定之勞動關係。此規定則於2008年公布之團體協約法之修法中被刪除，而相關之說明為「原條文第二項係將各款規定情形納入勞動關係概念，使其得成為團體協約之內容或對象，爰改列於修正條文第十二條有關團體協約得約定事項規定之。」⁷⁷從而，可以認為團體協約法中所稱「勞動關係」不僅限於勞動契約關係及與其直接相關之事項之立場仍延續至今。

另外，學者黃程貫認為，「勞動關係」在解釋上包括個別與集體勞動關係，「但主要乃是指與勞動契約所有內容有所相關之各種事項」，並包括直接或間接涉及個別勞工與雇主間契約內容之事項⁷⁸。對於所謂的「個別勞工」，則認為包括已離職之勞工、現在職之勞工與將來前來任職之勞工⁷⁹。

(三)企業工會之設立

過往，在工會之設立上較常成為問題者，乃是勞務給付之受領

⁷⁷ 參立法院公報96卷86期院會紀錄234頁。

⁷⁸ 黃程貫，團體協約，收錄於：社團法人台灣法學會編，台灣法學新課題(四)，2006年，頁134。

⁷⁹ 同前註，頁134之註9。

者，得否對於勞務給付者取得之工會登記證書提起訴訟，亦即，工會法上之規定對於勞務受領者而言是否屬保護規範，使其具備利害關係第三人之資格而具有訴訟權能，以及是否屬於工會法中禁止組織工會之軍火工業等是否為受限制行業之認定問題⁸⁰。

1. 國立臺灣大學工會案

在相對近期之臺北高等行政法院102年度訴字第742號判決中，訴外人A等36人於2012年向臺北市政府提出登記申請籌組「國立臺灣大學工會」，經臺北市政府審認訴外人中，僅部分與原告國立臺灣大學間有僱傭關係，發起人人數僅11人，不符工會法第11條應有勞工30人以上連署發起之規定，乃否准其申請。雖該原否准處分經訴願決定撤銷，然臺北市政府仍維持原立場而另為否准處分⁸¹（下稱系爭否准處分）核定設立登記不予同意。惟另有訴外人B等56人另案向臺北市政府勞工局（下稱臺北市勞工局）提出申請辦理國立臺灣大學工會登記，並經核准登記⁸²。訴外人A等20人對系爭否准處分不服，提起訴願，經當時之行政院勞工委員會撤銷系爭否准處分（下稱原處分）⁸³，並命臺北市政府另為適法處分，原告國立臺灣大學遂以利害關係人身分提起本件行政訴訟。

臺北高等行政法院102年度訴字第742號判決，認為「按工會法第1條，明定工會以保障勞工權益，增進勞工知能，發展生產事業，改善勞工生活為宗旨。是工會之組織，係以勞工為要件。而所謂勞工，係指以勞力從事於生產事業之工人而言，本件原處分認定兼任研究助理與研究計畫臨時工部分及教學助理等人與原告屬僱傭關係，具勞工身分，即生應適用工會法相關規定之結果」，並認為若

⁸⁰ 如同一案件之高雄高等行政法院91年度訴字第320號判決、最高行政法院92年度判字第1478號判決、高雄高等行政法院93年度訴更字第1號判決、最高行政法院95年度判字第66號判決。工會法及行政機關對特定行業之限制，因與本文設定之問題意識不同，在此不贅，詳參李玉春，同註1，頁207-213。

⁸¹ 臺北市政府(101)年府勞資字第10102949700號函。

⁸² 臺北市政府(102)年府勞資字第10230331700號函。

⁸³ 102年3月29日勞訴字第1010036365號訴願決定。

臺北市政府同意成立工會之成立，「原告即生依法提撥勞工退休金之公法上義務而為公法上利害關係人」，從而肯認原告國立臺灣大學就本件原處分具法律上利害關係，應准許其對此提起行政訴訟。

對於原告國立臺灣大學於本件訴訟是否具備權利保護必要，本件判決認為，訴訟標的為工會法第6條第1項第1款之「國立臺灣大學工會」設立登記請求權法律關係是否成立。然而，工會既經訴外人B等56人向臺北市勞工局提出申請辦理並經核准登記，從而，縱系爭原處分被撤銷，亦不影響國立臺灣大學工會既已成立之事實，認為原告提起本件撤銷訴訟，欠缺權利保護之要件，其訴為無理由。

對於原告國立臺灣大學在其主張述及，訴外人B等56人申請登記國立臺灣大學工會獲核准之對象，不包含訴外人A等申請時，被認定非為僱傭關係之兼任研究助理、研究計畫臨時工及教學助理。然而，對此主張，判決認為原告如認為訴外人B等人之申請獲准，有損害其權利或法律上利益，應依法對之提起訴願，「所稱兼任研究助理、研究計畫臨時工及教學助理不具有勞工身分等語，核屬原告對系爭3類人員與其是否具私法僱傭關係之爭執，尚非本件訴訟標的，自未能據為本件仍有訴訟實益之依據。」

2. 佳福育樂事業公司企業工會案

在本案中，勞務給付者30人依工會法第11條規定，連署發起籌組參加人新北市佳福育樂事業股份有限公司企業工會，並於2017年向新北市政府申請登記成立，新北市政府嗣審認其符合工會法第6條、第11條及同法施行細則第7條至第9條等規定，以新北市政府(106)年新北府勞組字第1060666358號函（下稱原處分）核定依法籌組完成，發給人民團體立案證書。佳福育樂事業股份有限公司於2018年函請新北市政府確認原處分無效，經新北市政府發函⁸⁴確認原處分合法有效，佳福育樂事業股份有限公司不服，以新北市政府為被告，提起行政訴訟，請求確認原處分無效。

⁸⁴ 新北市政府(107)年新北府勞組字第107004555號函。

臺北高等行政法院107年度訴字第84號判決認為，本案之爭點為「被告以原處分核定佳福企業工會籌組完成，發給登記證書，有無明顯重大瑕疵而構成無效之事由？」在判斷上，先是強調該瑕疵須「在某程度上猶如刻在額頭上般」明顯之瑕疵，否則基於維持法安定性之必要，則不令該處分無效；接著，從人格從屬性、勞務之專屬性、組織上從屬性等三個面向，對於雙方實質法律關係進行審酌，最後認為原告佳福育樂事業股份有限公司與桿弟間「應屬僱傭關係，至少在法律關係光譜上較接近僱傭關係，而非委任契約關係。」駁回原告之訴。原告佳福育樂事業股份有限公司不服，提出上訴。

最高行政法院108年度判字第35號判決同樣強調，該瑕疵須明顯之瑕疵；其次，以工會法第2條、第3條第2項、第4條、第6條、第8條第3項、第9條、第11條為據，指出我國工會法關於工會之籌組，並非採取完全之自由設立主義，勞工籌組工會雖屬憲法所保障人民之結社自由，惟其仍須符合工會法之法定要件，且經向主管機關登記並請領登記證書者，始屬合法設立而得享有工會法所保障之工會相關權益；接著，在肯定原告即上訴人具提起撤銷訴訟之訴訟權能，並無當事人不適格之情形後，對於原告即上訴人之主張⁸⁵，本件判決認為，上訴人於提起確認原處分無效訴訟，實繫於原處分有無重大明顯瑕疵，非以上訴人與桿弟間之民事法律關係是否成立為準據，最後駁回上訴。

3. 小 結

二案之工會設立均是企業工會之設立，在佳福育樂事業公司企業工會案中，臺北高等行政法院判決對於從屬性進行判斷，相對於

⁸⁵ 最高行政法院108年度判字第35號判決：「上訴意旨所指本件爭點為上訴人與桿弟間究屬僱傭關係或委任關係，係屬民事法院之判斷範圍，且葉孟連等人已提起確認僱傭關係存在之民事訴訟，原審未依行政訴訟法第177條第1項規定，於民事法院為終局之判斷審認前裁定停止訴訟程序，有判決不適用法規之違背法令云云。」

此，在國立臺灣大學工會案中之臺北高等行政法院判決，以及佳福育樂事業公司企業工會案中之最高行政法院，則未直接對勞動契約關係之存否或從屬性之有無為判斷。

在國立臺灣大學工會案中之臺北高等行政法院判決中，應注意者為，判決並未對勞動契約關係之存否進行判斷，但在原告與該案原處分是否具法律上利害關係之認定中，認為「工會之組織，係以勞工為要件。而所謂勞工，係指以勞力從事於生產事業之工人而言」，並認為依原行政處分，系爭學校人員若屬僱傭關係，具勞工身分，則有工會法之適用，且國立臺灣大學須依法提撥退休金。雖在判決中並未明言，但依勞工退休金條例第7條第1項規定，適用對象為適用勞基法之勞工，從而，本件判決在認定工會之組織係以勞工為要件後，對於該所謂勞工，並未對於工會法與勞基法上之勞工進行區分。但同時，其對於勞工之定義，非採勞基法第2條對於勞工之定義，而該勞工定義以及工會之組織以勞工為要件之見解，則可見於最高行政法院42年度判字第18號判決。

在最高行政法院42年度判字第18號判決中，原告欲籌組公證業職業工會事件，向基隆市政府提出申請後不被准許，先後向臺灣省政府及內政部提起訴願再訴願，均被駁回，遂提起行政訴訟。最高行政法院42年度判字第18號判決認為：「查工會法第一條明定『工會以保障勞工利益、增進勞工知能、發展生產事業、改善勞工生活為宗旨』等語，是工會之組織必須以勞工為要件，所謂勞工云者，係指以勞力，從事於生產事業之工人而言」，並認為原告「作一證明人，以收取代辦手續費，為營業收入，既非廠場工業，又無增加生產之可言，其為商業性質」，故非當時工會法第6條所稱之職業工人或產業工人，駁回原告之訴。

從而，本件判決所援用之勞工定義及法律見解，乃是出現於工會法之用語仍停留在「工人」，且勞基法尚未訂定之時期。回歸本件判決之實際問題，在國立臺灣大學既已成立之情形下，前述國立臺灣大學所欲否定與其屬於僱傭關係之人員，是否得以加入國立臺

灣大學工會，工會是否得為其與國立臺灣大學進行團體協商，國立臺灣大學是否得以雙方非為僱傭契約關係，而拒絕針對該類人員工作條件之團體協商，即成為後續可能產生之法律問題。

(四)職業工會之會員資格

1. 相關行政機關函釋

在過往，對於公務機關之人員，得否加入職業工會或其他團體，偶有行政機關函釋作出解釋。如以「各機關學校工友兼職規定事項。」為要旨之行政人事行政局(67)年六十七局壹字第20012號函知說明為：「一、團體活動部分：……(二)除工友得依農會法參加農會為贊助會員暨司機得依工會法參加司機工會外，其餘須以兼業身分始得參加之團體活動，如農會、工會、商會、漁會……等之會員、會員代表暨理、監事等，得就兩種職業（工友或所兼之職業）作一選擇，如參加職業團體活動，即自動辭去工友職務；或不參加職業團體活動，仍繼續擔任工友。……」，關於司機得依工會法參加司機工會之立場，為後續行政機關函釋所承襲⁸⁶。

2. 產業工會職業工會分業標準表

1975年舊工會法之修正後，於第6條第2項規定：「同一產業內由各部分不同職業之工人所組織者為產業工會。聯合同一職業工人所組織者為職業工會。產業工會、職業工會之種類，由中央主管機關定之。」依此授權規定，內政部(73)年台內勞字第246098號令頒布施行「產業工會職業工會分業標準表」。前述舊工會法第6條第2項之授權規定，因於2010年之工會法修正中被刪除，故此表亦隨之被廢止⁸⁷。然而，此表對於職業工會之會員著墨甚深，作為我國法制發展之重要部分，以下予以介紹。

⁸⁶ 如行政院人事行政局(69)年六十九局壹字第12609號函、行政院人事行政局(77)年七十七局壹字第11841號函。

⁸⁷ 參立法院第7屆第7會期第14次會議議案關係文書597-599頁、行政院勞工委員會(100)年勞資1字第1000125678號函。

在「產業工會職業工會分業標準表」被廢止前⁸⁸，其對於職業工會會員之相關說明為：「本表補充說明事項……（事項三）除自營買賣為本業兼從事該買賣相關勞動工作者不得加入工會外，凡未僱用有酬受僱人員幫同工作，並以各該技術賺取工資等類似收入維持生活之自營作業，得組織或加入職業工會。（事項四）本表所列各類職業工會，其組織成員之勞工，除前項規定外，係指『受僱從事各該職業為其本業，並以獲取工資、薪津或其他以計件、計時、計程等類似收入維持生活者而言』。（事項五）本表所列各類職業工會，其組織成員之從業資格，依有關法令規定，需領有執業證照等證明文件者，仍應依有關法令規定，取得該證明文件，始可加入職業工會。（事項六）地方主管機關、工會（含籌備會）對職業工會之發起人及會員資格應從實審查。」

除下述二援用產業工會職業工會分業標準表之案例外，如後所述，在透過職業工會投保勞工保險之相關案例中，「產業工會職業工會分業標準表」在被廢止前亦時被援用。

(1) 公營事業機關人員兼任職業工會會員案

前述「產業工會職業工會分業標準表」對於職業工會之組成以業別進行分類，故起初成為法律問題者，如未被明確特定為其中一業別，但欲組成職業工會者，對其分類提出異議⁸⁹，或是認為其他職業工會之成立，與工會本身涵蓋之業別重疊，而申請撤銷其他職業工會⁹⁰。

與職業工會會員資格相關者，如最高行政法院77年度判字第533號判決，對於公營事業機關之人員，得否兼任汽車司機業職業工會會員之法律問題，判決得出否定結論之理由大致有二，即公務員服

⁸⁸ 行政院勞工委員會(99)年勞資1字第0990125014號令修正施行之版本。

⁸⁹ 如原告欲申請籌組「台北市大廈管理員工職業工會」而失敗之最高行政法院75年度判字第2471號判決、最高行政法院76年度判字第631號判決。

⁹⁰ 如基隆市營造業職業工會申請撤銷基隆市泥水業職業工會之最高行政法院76年度判字第1795號判決。

務法之限制，以及該人員本不具備職業工會會員之資格。就職業工會會員資格之部分，判決先是援引「台灣省各業工會會員會籍標準表」：「次查依內政部於六十六年十一月二十二日函准修正頒訂之『台灣省各業工會會員會籍標準表』中職業工會會員資格第五項規定，凡領有汽車駕駛執照並以駕駛汽車為職業換取工資維持生計者，始具有汽車司機業職業工會會員資格。此項規定，對台北市汽車司機業職業公會，亦非不可參考援用。」接著，在認定其工作之實質內容後，認為：「因此依其在該銀行擔任辦事員工作之情形，主要係負責該銀行車輛之管理調度及司機之排班指派，此種工作，對於駕駛司機之調遣、升遷及獎勵等事項，均有權責之關聯，而其駕駛汽車，僅係臨時客串為之，核此情節其與以駕駛汽車為職業換取工資維持生計者之情形，殊有不同，依照上述會籍標準表之規定，即難認其確實具有汽車司機業職業工會會員之資格。」亦即，就其工作內容而言，本即不具有汽車司機業職業工會會員之資格。

(2) 道士職業工會設立申請案

另外，在臺灣高等法院臺南分院102年度上易字第732號刑事判決中，被告以成立嘉義縣道士職業工會為由，向授權被告以渠等名義辦理共同發起成立工會等相關手續事宜之23人，索取相片及國民身分證影本等資料，並擅自將未經道教青年總會考驗、認證之23人姓名等相關資料填入彩色影印之奏職證書，再分別貼上李○昌等人之相片，製作成奏職證書之特種文書共23份後，與工會發起人名冊、職業團體申請書等資料一起提出於嘉義縣政府社會局（下稱「嘉義縣社會局」）行使，申請成立嘉義縣道士職業工會。

除了偽造文書之部分外，公訴意旨另以：被告以上開偽造之23人奏職證書，向嘉義縣社會局申請成立嘉義縣道士職業工會，致使該管承辦職業團體登記之公務員經形式審查後，准予登記成立嘉義縣道士職業工會並核發立案證書，足以生損害於嘉義縣社會局對於職業團體管理之正確性，涉犯刑法第214條使公務員登載不實罪，對被告提出告訴。然而，使公務員登載不實等罪之部分，則被臺灣嘉

義地方法院101年度易字第469號刑事判決認為不成立，而為無罪之諭知。對此，嘉義地方法院檢察署檢察官提出上訴。

無論是結論或是理由，臺灣高等法院臺南分院102年度上易字第732號刑事判決基本上均維持一審判決之見解，先是說明：「又所稱道士，依被告申請成立工會當時有效之產業工會職業工會分業標準表所列，凡從事道教法師、道士（俗稱師公）工作之勞工屬之，對於工會發起人，一般均依上開分業標準表及該工會章程所訂之會員資格審查發起人資格，如是否實際從事道教法師、道士（俗稱師公）之工作，惟工會成立後之會員審查資格，屬工會理事會之權責」，「且依產業工會職業工會分業標準表，成立道士職業工會並不需要檢附道士證書，係嘉義縣社會局額外要求提供，且不會審查證書之真實性等情，有……附卷可憑」，接著，認為「主管機關對於道士、法師之資格並無規定，凡從事道教法師、道士（俗稱師公）工作之勞工均屬之。是否可以成立道士職業工會，係以發起人是否實際從事道士法師之工作為斷，與該從事道士法師工作之勞工是否取得相關證書無關，發起成立道士職業工會」，從而，經判決認定，工會之發起人雖未必有奏職證書，但均係從事道士法師相關工作，且並無其他發起人非從事道士法師相關工作之明確事證，依法得申請成立職業工會。結論上，認為「其所檢附之證書形式上雖屬虛偽，然被告本得與其他從事道士法師相關工作之發起人申請成立職業工會，嘉義縣社會局就發起人之相關資格部分，並未於簿冊或電腦中做登載，實質上並不足以生損害之虞，參酌上開實務先例，自無所謂使公務員登載不實可言。」

3. 小 結

從前揭行政機關函釋中，司機得依工會法參加司機工會之說明，經行政法院判決援用之「產業工會職業工會分業標準表」之說明事項——即各類職業工會，其組織成員之勞工係指「未僱用有酬受僱人員幫同工作，並以各該技術賺取工資等類似收入維持生活之自營作業者」以及「受僱從事各該職業為其本業，並以獲取工資、

薪津或其他以計件、計時、計程等類似收入維持生活者而言」——與前述二案中行政法院⁹¹之判斷來看，對於得以組織、加入職業工會之「勞工」，均要求須從事各該職業工會之本業，非得任意加入之同時，並不要求其為勞基法上之勞工。在未涉及公務機關之道士職業工會申請案中，亦未論及、要求相關勞務給付者須與任一企業簽訂勞動契約。

(五)特殊會員

我國工會實務上，存在所謂的「特別會員」、「贊助會員」或是「榮譽會員」，下面就相關實務見解為整理。

1. 相關行政機關函釋

行政院勞工委員會(85)年台勞資一字第143673號之說明為：「有關職業工章程增訂『贊助會員』，並明定相關權利義務疑義乙案，查職業工會之設立及會員之權利義務，法有明定，『贊助會員』並不具會員資格，自不得享有與會員同樣之權利。至贊助會費乙節，可依工會法第二十二條之規定，以『臨時募集金』方式辦理，惟應經會員大會或代表大會之議決，並報主管機關備查。」

2. 高雄市臺灣銀行企業工會會費代扣案

在工會會費代扣之相關案例中，所謂的「特別會員」亦成為問題⁹²。其中，臺灣銀行股份有限公司發函行文其所屬各單位（除高雄

⁹¹ 另外，在最高行政法院91年度判字第213號判決中，原告主張其在基隆港碼頭工人僱用制度合理化實施基準日，仍為基隆市碼頭裝卸搬運職業工會會務人員，而為適用對象。除了制度合理化實施之基準時點外，判決亦認為原告自1990年前即具公務員身分，其隱瞞公務員身分，申請登記為碼頭工人，且並未實際在基隆港碼頭從事裝卸作業，故認定原告自1990年起即未真正從事基隆港碼頭工人，並據此認為「其能否取得合法之基隆市碼頭工會會員資格，本滋疑問」。

⁹² 例如，在舊工會法禁止設立關係企業工會之時期，實際上設立之關係企業工會之會員，是否在法律上屬該工會之會員，企業須代工會代扣該等勞工之會費，因與本文問題意識無直接關聯，故在此不贅述，參同一案件之101年度勞裁字第52號裁決決定、臺北高等行政法院102年度訴字第343號判決、最高行政法院103年度判字第101號判決、臺北高等行政法院103年度訴更一字第33號

市外），函轉勞動部(103)年勞動關1字第1030004787號函後，其所屬各單位及分行於2014年4月份起停止代扣高雄市臺灣銀行企業工會「特別會員」之會費，高雄市臺灣銀行企業工會主張臺灣銀行股份有限公司意圖妨害其會務發展，且違反雙方曾簽立之內容包含代扣會費協約之和解書，構成工會法第35條第1項第5款之不當勞動行為，遂向勞動部提出不當勞動行為裁決申請。

對於「特別會員」會費之代扣，勞動部(103)年勞動關1字第1030004787號函之說明為：「……三、爰上開法令〔筆者註：工會法第28條第3項〕所稱會員，係以工會依工會相關法令及章程規定招收，並於排除特殊情形（例如停權）之狀況下，得行使工會法及相關法令規定中賦予會員之權益（包括議決權、團體協約適用權、選舉權、被選舉權、罷免權及代扣會費請求權）而謂。雇主代扣會費義務，係源於工會或會員依工會法規定所具有之代扣會費請求權，而該請求權係以會員具有工會法及相關法令所定合法身分為基礎。簡言之，工會應以具工會法所定會員身分者為基礎，要求雇主代扣該等會員之會費，始符工會法第28條第3項所設制度之本旨。如非工會法所定會員身分（如榮譽會員）加入工會，因不具工會法及相關法令所保障之會員權益，自無法行使法定代扣會費之請求權，及無權要求雇主代扣其會費。」並依此見解認為，高雄市臺灣銀行企業工會所招收高雄市各分行以外之勞工，該等勞工加入工會並不符合工會法相關規定，故雇主臺灣銀行股份有限公司對於該等勞工不負工會會費代扣義務。

103年度勞裁字第18號裁決決定，雖認為臺灣銀行股份有限公司拒絕代扣會費之行為，構成工會法第35條第1項第5款之不當勞動行為，但並未反對前述勞動部函釋⁹³。

判決、最高行政法院104年度判字第194號判決。

⁹³ 而是認為雙方對於該等特別會員，長年已存在代扣會費之慣例與合意，且過往之和解內容並非僅侷限於高雄市地區分行之高雄市臺灣銀行企業工會會員。

臺灣銀行股份有限公司提起行政訴訟後，臺北高等行政法院103年度訴字第1344號判決則直接援用前述勞動部函釋，並認為「舊工會法第12條⁹⁴及工會章程所定強制勞工加入工會之義務，自應以該工會組織區域內所屬勞工為限，至於非屬該工會組織區域內之勞工，自得自由選擇是否加入為『榮譽會員』或『贊助會員』（惟非舊工會法上所規定之工會會員）及加入後是否退出該工會之權利，以維護其憲法第14條及兩公約所保障之結社自由。」

最高行政法院104年度判字第423號判決雖將臺北高等行政法院103年度訴字第1344號判決廢棄，但亦認為：「參加人〔筆者註：高雄市臺灣銀行企業工會〕以高雄市行政區域為其組織區域，得以該區域內被上訴人〔筆者註：臺灣銀行股份有限公司〕所屬勞工為其工會法意義上之會員，自不待言；惟區域外被上訴人所屬勞工（即高雄市以外分行勞工），基於憲法所保障之結社自由，非不得以『特別會員』身分入會，分享其理念，贊助其經費，只是並不當然享有工會法上會員之權利義務而已，合先敘明。」

3. 小 結

對於所謂的「贊助會員」或是「特別會員」，前述實務見解認為不具工會會員資格，或工會法所定會員身分，依最高行法院之說法，則為「非為工會法意義上之會員」，縱使以此身分入會，並不當然享有工會法上會員之權利義務。依最高行政法院之見解，「贊助會員」或是「特別會員」之入會被認為為憲法所保障之結社自由範疇，但相對地，若非組織區域內之「勞工」之人，其於工會之加入一事上，所受結社自由保障可能僅止於以「贊助會員」或是「特別會員」之身分入會。

⁹⁴ 判決所指之舊工會法第12條規定為：「凡在工會組織區域內，年滿16歲之男女工人，均有加入其所從事產業或職業工會為會員之權利與義務。但已加入產業工會者，得不加入職業工會。」

二、勞工保險規範之視角

在我國勞工保險規制中，職業工會扮演著勞務給付者加入勞工保險的通道之一，特定類型的勞務給付者，必須透過職業工會方能加入勞工保險，這使得職業工會會員資格之相關討論，相當部分是從勞工保險之角度為切入觀點，故此部分之實務見解應有納入討論之必要。

(一)勞工保險條例中之相關規定

就勞工保險條例（下稱「勞保條例」）之發展而言，1958年之舊勞工保險條例第8條規定：「（第1項）中華民國境內年滿十四歲之左列勞工，應全部加入勞工保險為被保險人：一、被僱於僱用勞工十人以上之公民營工廠、礦場、鹽場、林場、茶場之產業工人。二、交通公用事業工人。三、職業勞工。四、專業漁撈勞動者。（第2項）前項所稱勞工，包括有工會會員資格之職員。」在1968年之修正中，以此為基礎，增加第1項第5款及60歲此一年齡之相關規定⁹⁵。

在1979年之修正後，於當時之舊勞保條例第6條，對於被保險人之範圍加以擴增，並有更詳細之規定，可以認為是現行法之雛形⁹⁶。

⁹⁵ 1968年之舊勞工保險條例第8條：「（第1項）中華民國國民年滿十四歲以上、六十歲以下之左列勞工，應全部加入勞工保險為被保險人：一、被僱於僱用勞工十人以上之公營、民營工廠、礦場、鹽場、農場、牧場、林場、茶場之產業工人及交通、公用事業工人。二、職業工人。三、專業漁撈勞動者。四、政府機關、公立學校之技工、司機、工友。五、受僱於僱用十人以上公司、行號之員工。（第2項）前項所稱勞工，包括有工會會員資格之職員；在職勞工，其年屆六十歲而身體健康並願繼續工作，經雇主留用者，得仍參加勞工保險。」

⁹⁶ 1979年舊勞工保險條例第6條：「（第1項）凡年滿十四歲以上，六十歲以下之左列勞工，應以其雇主或所屬團體為投保單位，全部參加勞工保險為被保險人：一、受僱於僱用勞工五人以上之公、民營工廠、礦場、鹽場、農場、牧場、林場、茶場之產業勞工及交通、公用事業之勞工。二、受僱於僱用五人以上公司、行號之勞工。三、受僱於僱用五人以上之新聞、文化、公益及合作事業之員工。四、政府機關、公、私立學校之技工、司機、工友。五、政府機關、公立學校之約聘、約僱人員。六、政府登記有案之職業訓練機構

現行法第6條之規定，則是在1988年修正後維持至今。在1988年之修正中，將舊勞保條例第6條第1項第8款「無一定雇主而參加職業工會之勞工」予以修正，並移至勞保條例第6條第1項第7款，規定「無一定雇主或自營作業而參加職業工會者」為被保險人，立法說明則為「現行第一項第八款規定無一定雇主而參加職業工會之勞工，始得由所屬工會投保，惟參加職業工會之勞工，尚包括自營作業者，該等勞工因無雇主為其辦理加保，爰增列『或自營作業』等字，以資明確。」⁹⁷

在1979年舊勞保條例第6條第1項第8款，雖亦提及「無一定雇主」，但無論是「無一定雇主」或是「自營作業」，皆是在1988年之修法後，於1989年勞保條例施行細則第14條予以規定⁹⁸，與現行勞保條例施行細則第11條：「（第1項）本條例第六條第一項第七款及第八款所稱無一定雇主之勞工，指經常於三個月內受僱於非屬同條項第一款至第五款規定之二個以上不同之雇主，其工作機會、工作時間、工作量、工作場所、工作報酬不固定者。（第2項）本條例第六條第一項第七款及第八款所稱自營作業者，指獨立從事勞動或技藝工作，獲致報酬，且未僱用有酬人員幫同工作者。」已幾無不同。

（二）相關行政機關函釋

對於透過職業工會之加保，行政院(77)年台77專字第22687號函釋之相關說明為：「靠行之職業汽車駕駛人及其所僱員工與受僱於

受訓技工。七、專業漁撈勞動者。八、無一定雇主而參加職業工會之勞工。（第2項）前項所稱勞工，包括在職外國籍員工。」

⁹⁷ 立法院公報77卷5期2116號43頁。

⁹⁸ 1989年勞工保險條例施行細則第14條：「（第1項）本條例第六條第一項第七款及第八款所稱無一定雇主之勞工，指經常於三個月內受僱於非屬同條項第一款至第五款規定之二個以上不同之雇主，其工作機會、工作時間，工作量、工作場所、工作報酬不固定者而言。（第2項）本條例第六條第一項第七款及第八款所稱自營作業者，指獨立從事勞動或技藝工作，獲致報酬，且未僱用有酬人員幫同工作者而言。」

僱用員工未滿五人公司、行號之職業汽車司機（含有僱傭關係之寄行車司機），如經依法取得職業工會會員資格者，前經行政院六十八年十二月八日台六十八勞字第一二三四號函准以所屬職業工會為投保單位參加勞工保險；惟如該公司、行號願為靠行車主及其所僱員工申報加保時，依勞工保險條例第八條規定，得以自願加保方式辦理加保。」⁹⁹

關於自營作業之認定，已廢止之行政院勞工委員會(81)年台81勞保2字第22695號函之說明為：「另勞工保險條例施行細則第十四條規定『自營作業者』係指獨立從事勞動或技藝工作，獲致報酬且未僱用有關人員幫同工作者而言，至以部分勞動或技藝為手段，終以買賣、銷售為目的賺取差價獲致利潤之事業主，其縱有勞動事實，惟未從物品之製造加工，終以買賣賺取差價為主，純屬商業行為，自不符自營作業之要件；另『從物品製造加工之體力技術勞動並兼銷售獲致報酬者』，乃以體力技術勞動從物品製造加工為主，雖兼銷售，仍屬體力技術勞動，如依法勿需辦理商業登記，自符自營作業之要件」¹⁰⁰。

雖在將其廢止之勞動部(105)年勞動保2字第1050140323號函釋中，並未說明理由，但有指出前揭函釋「所稱『賺取價差，獲致利潤』，其文義並不明確，且將大部分販賣貨品以賺取微薄利差之自營作業勞工併予排除，已不合時宜。勞動部為避免過度限制此等自營作業勞工投保勞保權益，因而適時檢討過去見解，乃於105年6月27日以勞動保2字第1050140323號令將上開函示予以廢止。」¹⁰¹

⁹⁹ 經最高行政法院85年度判字第385號判決援用。

¹⁰⁰ 本號函釋同旨之行政院勞工委員會(82)年台82勞保2字第24213號函、(82)年台82勞保2字第60111號函，亦與本號函釋同依勞動部(105)年勞動保2字第1050140323號函廢止。本號函釋在被廢止前，並曾經臺北高等行政法院91年度訴字第2506號判決援用；行政院勞工委員會(82)年台82勞保2字第60111號函，並曾經臺北高等行政法院95年度訴字第4171號判決援用。

¹⁰¹ 李蕙安，勞動部放寬買賣銷售賺取差價之自營業者應由職業工會參加勞保，台灣勞工季刊，47期，2016年9月，頁40-42。

(三)相關法院判決

在相關判決中常成為爭點者，除了該請領相關勞保給付之人是否為特定企業之受僱人¹⁰²外，乃是該請領相關勞保給付之人是否實際從事該業別之勞動，而具有加保資格之認定。

對於1979年舊勞保條例第6條第1項第8款，最高行政法院77年度判字第876號判決認為，「所謂『無一定雇主而參加職業工會之勞工』係指受雇於非固定雇主並依規定參加職業工會之勞動工作而言，其加保要件為於其加保時必須從事本業工作，並非取得工會會員資格即可加保。」接著認定該案中請領相關勞保給付之人申報加保時，並未從事本業工作，取消其被保險人資格及相關給付請領之行政處分並無違誤。

在1989年修正至現行第6條條文後，行政法院之立場亦未改變。如最高行政法院85年度判字第299號判決，依當時之舊工會法第7條及其施行細則第5條、舊勞保條例第6條第1項第7款規定為據，認為：「按勞工保險係在職資格保險，必須在工會組織區域內實際從事本業工作之無一定雇主勞工，或自營作業者，始得由所屬職業工會申報加保，並非取得工會會員資格即可加保」，並同樣認定該請領人透過職業工會申報加保時並未從事本業工作，其保險資格之取消及相關請領之不給付均屬合法。前述對於加保條件之說明，是為行政法院之共通見解¹⁰³。在勞保相關爭議之案例中，亦會援引前述

¹⁰² 如臺北高等行政法院89年度訴字第1049號判決、臺北高等行政法院90年度訴字第4835號判決。

¹⁰³ 如最高行政法院85年度判字第3232號判決、最高行政法院86年度判字第1048號判決、最高行政法院86年度判字第3030號判決；表明相似判決要旨者，如臺中高等行政法院99年度訴字第405號判決、高雄高等行政法院109年度簡上字第74號判決；雖未直接援用相同判決要旨，但採取相同立場者，如最高行政法院87年度判字第2757號判決、臺北高等行政法院93年度簡字第658號判決、臺北高等行政法院95年度訴字第4171號判決、臺北高等行政法院95年度訴字第4385號判決、臺北高等行政法院98年度訴字第242號判決。因該案之當事人投保時間較早，而援用最高行政法院77年度判字第876號判決之判決要旨者，如最高行政法院89年度判字第1435號判決。

「產業工會職業工會分業標準表」之說明事項三、四作為職業工會成員認定之基準¹⁰⁴。

對於加保資格與會員資格之檢討，案例事實較為不同者為臺中高等行政法院105年度訴字第189號判決，且同時涉及前述「贊助會員」之概念。

在該案例中，原告原係彰化縣鐵工業職業工會（下稱彰化鐵工會）第10屆第1任理事長，被告彰化縣政府認為該工會章程第7條及第7條之1規定牴觸工會法第4條、第6條規定部分，故限期該會修訂，惟仍未予改善，對欲請領勞保老年給付之會員權益產生影響，發函¹⁰⁵依工會法第43條規定，撤免包含原告在內之彰化鐵工會全部理監事。原告提起訴願，遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

臺中高等行政法院105年度訴字第189號判決先是以工會法第3條、第4條第1項、第6條第1項第3款、第43條等規定，並援用勞動部(104)年勞動關1字第1040053377號函：「……查工會法第4條規定：『勞工均有組織及加入工會之權利。』及同法第6條第1項第3款規定：『職業工會：結合相關職業技能之勞工，所組織之工會。』，爰依上開規定，工會會員縱已申請勞工保險老年給付，其如仍繼續從事該業、符合該工會會員資格者，均應享有會員基本權利，自不宜於工會章程中另為限制該等人員之權利。」為其依據。

對於原告所主張，參酌勞保條例第6條強制加保之規定，彰化鐵工會於2012年經會員代表大會修訂章程第7條規定：「會員入會時，須填寫入會申請書，並附實際從事該業之證明，經理事會審查合格、繳納入會費，尚需經勞工保險局通過資格審核後，自核保日起，由本會發給會員證，方為本會會員。」復依勞保條例第58條規定參酌「贊助會員」概念增訂章程第7條之1規定：「會員辦理勞保退休，繼續投保健保並保留會籍之會員，除……且該會員無選舉、

¹⁰⁴ 如臺北高等行政法院89年度訴字第1049號判決、臺北高等行政法院98年度訴字第2005號判決。

¹⁰⁵ 彰化縣政府(104)年府勞資字第1040384071號函。

選舉、創制、複決諸權。」上揭修正章程經送被告備查在案，被告嗣以原處分撤免全體理監事資格，有違比例原則及禁反言原則為主張。

臺中高等行政法院105年度訴字第189號判決先是說明「關於勞工依工會法所組織之職業工會，應優先適用工會法，工會法未規定者，自得適用人民團體法之規定」，並認為「依據工會法第4條第1項規定，勞工均有組織及加入工會之權利，其會員具有表決權、選舉權、被選舉權與罷免權，職業工會不得拒絕具有會員資格者入會。」

接著，對於工會所遭遇之問題，即符合勞保條例第58條規定要件請領老年給付後，不得再行參加勞工保險，但勞保條例第6條第1項第7款則將年滿15歲以上，65歲以下之「無一定雇主或自營作業而參加職業工會者」列為強制納保對象，此時，已依勞保條例第58條規定要件請領老年給付之「無一定雇主或自營作業而參加職業工會者」，若欲加入職業工會，應如何處理，判決認為，「然勞工保險條例及工會法並未規定請領老年給付之勞工，嗣後如仍繼續從事工作，仍不得參加職業工會。換言之，請領老年給付之勞工雖然不得參加勞保，但與其是否得加入職業工會無涉。故彰化鐵工會於章程第7條規定會員入會時，尚需經勞工保險局通過資格審核後，方可為會員，及第7條之1規定會員辦理勞保退休，該會員無選舉、選舉、創制、複決諸權，明顯剝奪、限制業已請領老年給付，但仍繼續從事該業之勞工，享有加入工會之權利，違反上揭法令規定，亦違反法律保留原則。」

另外，對於原告主張章程第7條之1所設之限制，係基於工會自治原則、結社自由基本權利，臺中高等行政法院105年度訴字第189號判決則是援用臺北高等行政法院100年度訴字第174號判決之判決意旨：「按工會乃人民團體，係以保障勞工權益，增進勞工知能，發展生產事業，改善勞工生活為宗旨，凡具有勞工身分資格者，均能隨時加入工會成為會員，並藉由參與工會章程訂定（修改）、工

會理監事選舉（改選）等多數決之民主程序議事，以實現上開保障勞工全體權益之宗旨」，認為彰化鐵工會之章程第7條及第7條之1規定，所為之限制，已違反工會法第4條、第6條及人民團體法第16條、第37條之規定，亦與憲法第14條所保障之結社自由及憲法第23條之規定有違，認為被告彰化縣政府函令彰化鐵工會修訂章程，並無問題。

（四）小 結

勞保條例第6條第1項第7款，規定「無一定雇主或自營作業而參加職業工會者」為被保險人，從此規定來看，即使是獨立作業之自營業者亦可加入職業工會，已無疑問。對於「自營業者」之解釋，過往之行政函釋有進行說明，但被認為有不當限縮之疑慮，而被廢止，故現今之自營業者，即為勞保條例施行細則第11條所定「獨立從事勞動或技藝工作，獲致報酬，且未僱用有酬人員幫同工作者。」

在勞工保險給付之加保與請領之相關判決中，常出現之判決要旨：「按勞工保險係在職資格保險，必須在工會組織區域內實際從事本業工作之無一定雇主勞工，或自營業者，始得由所屬職業工會申報加保，並非取得工會會員資格即可加保」，認為加保資格與工會會員資格有所不同。此處強調的應是，在組織區域內實際從事本業工作之所有「勞工」雖均得加入職業工會，但並非均得透過職業工會加保，而必須是「無一定雇主勞工」或「自營業者」。

在臺中高等行政法院105年度訴字第189號判決中，則是進一步對於「無一定雇主或自營業者」之勞保加保資格與職業工會之入會資格為闡釋，認為即使是此類勞務給付者欲加入工會，並不以具有勞工保險之加保資格為限，只要有繼續從事工作即足。從其判決理由中，亦可看出判決將加入工會之權利與勞工身分進行高度連結。雖說該案中之勞務給付者不具勞保加保資格，乃是因勞保條例第58條之規定，若非如此，「無一定雇主或自營業者」作為強制

納保對象，是否得以僅加入職業工會而不加保勞保，尚有疑問。但在本判決之判斷理由中，確實將職業工會之勞保加保，與職業工會會員資格及其權利做了區分。

伍、我國法與日本法之比較分析

一、具備工會會員資格者即為工會法上之勞工

如前所述，依日勞組法第2條之規定，勞工只要是工會之「主體」即為已足，工會會員並不以勞工為限。相對而言，我國過往工會法條文對於工會之說明為「工人之集合」或是「由工人所組織」，現行工會法第6條第1項對於不同類型之工會之說明均為「結合……之勞工，所組織之工會。」另外，在前述實務見解中，現行工會法第4條第1項所規定「勞工均有組織及加入工會之權利。」被認為係賦予勞工相關權利，則未被同條文或工會法其他條文賦予相關權利之「非勞工之人」，似無組織及加入工會之權利。尚且，2010年工會法第14條之立法說明亦是以行使管理權之主管人員仍具勞工身分，故修法使其仍得加入工會。

另外，在日本上所具體被指出，工會中可能之非勞工成員，為職業性的工會指導者、學生或一般人民，然而，這些人是否得加入工會，在我國實務上似未曾成為法律問題。相對於此，我國實務上則有所謂的「特別會員」、「贊助會員」或是「榮譽會員」，依相關行政函釋及高雄市臺灣銀行企業工會會費代扣案之最高行政法院判決之見解，此類會員並非工會法意義上之工會會員，並不具有與工會會員相同之權利義務（除了團體協約之適用外，選舉權、被選舉權、罷免權等亦被否定）。且如前所述，最高行政法院判決雖認為此類會員之入會，為憲法所保障之結社自由範疇，但相對地，若非組織區域內之「勞工」之人，其於工會之加入一事上，所受結社自由保障可能僅止於以「贊助會員」或是「特別會員」之身分入會。

同時，相較於日本在工會之設立上採取之自由設立主義，對於工會之人數、型態等並未設有限制，在設立階段亦無需特別取得行政機關之許可等¹⁰⁶，我國則須檢具章程、會員名冊等，向所在地之直轄市或縣（市）主管機關或中央主管機關請領登記證書（工會法第11條第2項）。依工會法施行細則第9條之1第5項，主管機關基於調查事實及證據之必要，具有相當之權限為調查，在前揭國立臺灣大學工會案中，亦可看見行政機關實質審查，以部分發起人與大學間非僱傭關係而不准予登記之例。

綜上所述，我國得以組織或加入工會之人，恐僅限於組織區域內之勞工，從而，我國工會會員之範圍與日本法不同，基本上應可認為與工會法上勞工概念一致。具體而言，工會法第4條第1項「勞工均有組織及加入工會之權利。」中之「勞工」，解釋上應與具備工會會員資格之勞務給付者一致，因此，工會法第4條第1項之「勞工」負有劃定工會會員資格之機能，工會法第6條第1項第1款至第3款「勞工」之集合。

二、我國工會法上勞工概念所具備機能之初探

如前所述，在日本法上，是否符合工會之要件，會影響其是否享有日本憲法上所賦予之民刑事免責、不利益待遇之司法救濟，以及日勞組法上所賦予之團體協約規範性效力、不當勞動行為制度之保護、程序上之參加等。而作為合法工會之要件之一，且會直接影響前述日本勞動法上保護有無之要件，即該工會是否以「勞工」為主體。日勞組法上「勞工」之判斷，被認為應從「為使勞資對等化，應保障何人之團體協商」此一觀點出發進行劃定，實務上則認為，作為基本性判斷要素者，有(一)被納入事業組織、(二)契約內容是單方性地、定型性地被決定、(三)報酬之勞務對價性；作為補充性判斷要素者，為(四)須接受業務請託之關係、(五)於廣義之指揮監督下提供勞務、受到一定的時間與場所之拘束；作為反面否定要素者為(六)

¹⁰⁶ 荒木尚志，同註30，頁624。

顯著之事業者性。

然而，承本文前述見解，我國工會會員之範圍與日本法不同，基本上應可認為與我國工會法上勞工概念一致，且實務、學說之累積尚有不足，無法確定我國工會法上勞工概念之機能為何，再加上我國教師工會、職業工會具有獨特性，故以下，本文將依循我國實務上遭遇之問題，以及我國法制特徵，僅就本文前述彙整之實務見解中已呈現出來之法律問題，針對我國工會法上勞工概念所具備之機能為初步之分析。除前述劃定工會會員資格之機能外，最重要者應為，關於團體協約法第6條第3項團體協商資格之有無之確認，同時，若被認為不具協商資格，依不當勞動行為裁決辦法第15條第1項第4款，裁決委員會應作成不受理之決定，在個案中成為爭議之尋求協商行為，將無不當勞動裁決制度之適用。

承前所述，工會法第4條第1項之「勞工」與具備工會會員資格之勞務給付者範圍一致，負有劃定工會會員資格之機能，然而，工會法第6條第1項第1款與第3款中，組成企業工會、職業工會之「勞工」範圍有所不同，團體協約法第6條第3項中對於團體協商資格亦有不同規定。另外，本文前述提及之案例中，有相當數量之案例為教師工會之相關案例，且具有其獨特性，故以下分別就教師工會、企業工會、職業工會為分析。

(一)教師、教育人員工會之會員

關於教師之工會組織，首先，係依工會法第4條第3項明訂其得組織及加入工會，然而，此規定與同條第1項：「勞工均有組織及加入工會之權利。」為並列關係，故教師是否為工會法上「勞工」，留有疑問。因工會法已明文規定得組織及加入工會，此爭論對於教師在工會法上所具有權利之探討並無太大實益，然而，我國既然只有工會法上勞工得以組織及加入工會，則應可將教師理解為基本權受限制之工會法上勞工，因教師雖得組織及加入工會，但依工會法第6條第1項之規定，教師僅得組織及加入產業或職業工會。雖教師

是否為工會法上勞工並不明確，但相關案例對於我國工會法上勞工概念之釐清有一定之意義存在。

首先，雖教師所簽訂之契約在實務上被認為是行政契約，但同時工會法又明定教師得組織及加入工會，故若不使其得以進行團體協商，幾乎失其意義。其次，教師、教育人員工會勢必為產業或職業工會，在協商資格上須進行團體協約法第6條第3項第2款、第3款中「受僱勞工」之判斷。故在肯定其得進行團體協商之判斷中，即明白肯定所謂「受僱勞工」並不以勞動契約之當事人為必要，而是以「勞動關係」之存在與否，判斷該案中協商他方是否具有協商義務。

但在我國實務上，教師是否為受僱勞工，並非相關案例中最重要之爭點。因實務見解均肯定其組織、加入之工會得進行團體協商，只是因工會並非企業工會，且涉及教師勞動條件之決定結構，故教師、教育人員工會在協商對象之確認上常成為問題，如前面提及之實務中，不當勞動行為裁決決定委員會與行政法院有時亦持不同見解。然而，此涉及之問題為工會法上「雇主」，亦即是以相關勞務給付者為工會法上勞工而得進行團體協商為前提，只是在團體協商對象之確認上出現爭議，是為另一法律問題¹⁰⁷。

¹⁰⁷ 關於我國教師工會之適當協商對象，若欲以日本為比較法對象為檢討，本文認為除了日勞組法上勞工概念外，日本法上關於集體勞動法之雇主概念以及公部門勞動者之相關法制均須納入檢討，難以在本文完成，仍有待將來之研究。在此應予以指出的是，在認定教師工會團體協商之「雇主」時，理論上須以承認教師為工會法上勞工為前提，只是在工會法明文規定教師得以組織及加入工會之情形下，結論必須為肯定，當事人幾乎無爭執之實益，但本文認為教師之性質與肯定結論間的理論建構，對於我國工會法之理解有其幫助，故在本文中著重於與此相關之實務見解之論理。在日本法上，論及集體勞動法上雇主概念之大致情形，首先，是除了現在，在過去與不久之將來將有勞動契約關係存在之情形，其次，是勞動契約關係存在，但勞工係為勞動契約當事人以外之企業提供勞務，在勞動契約當事人之企業發生形骸化，或是認為就勞工之特定勞動條件可能較適合以實際受領勞務之企業為團體協商對象之情形，參菅野和夫，同註29，頁1004-1016；荒木尚志，同註30，頁733-739。簡言之，若非勞工，則根本不產生雇主認定之問題，只是，在勞務給付者確實為勞工時，在集體勞動關係中之雇主則可能不以勞動契約關係者

另外，在104年度勞裁字第40號裁決決定中，為處理教師工會若依團體協約法第6條第3項第2款、第3款認定協商資格，常會面臨不具協商資格之困境，建立了更細緻之判斷基準。在裁決決定中，以「協商相對人之屬性」、「協商事項或議題所涵蓋（或適用）之對象」、「資方之協商態度」三個面向說明，在何種情形下，不當勞動行為裁決委員會將基於勞動三權之保障，依團體協約法第6條第3項第5款之授權，審酌個案事實認定以教師為主體之產業工會或職業工會具有團體協商資格。其中，在「協商事項或議題所涵蓋（或適用）之對象」之說明中，在參照團體協約法第6條第3項第2款、第3款的同時，進一步區分對象（如「專任教師」或「專任教師以外之會員」）計算僱用人數之母數，以及工會成員所佔人數是否達二分之一。

本文認為，此判斷基準雖是在是否依團體協約法第6條第3項第5款為授權此一問題下所提出，但此判斷基準之建構，仍有參照團體協約法第6條第3項第2款、第3款，「僱用關係」之肯認仍為其前提。因此，若將此手法被運用於教師工會以外之產業或職業工會之可能性納入考量，則「僱用關係」之存否，亦即特定勞務給付者是否為工會法上勞工，在是否應以團體協約法第6條第3項第5款為授權之案例中，將成為先決法律問題，而具有其重要性。

(二)企業工會之會員、勞工

我國工會法第6條第1項第1款，對於企業工會之說明為：「結合同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內之勞工，所

為限（在我國教師案例中，雖當事人常未特別爭執，但理論上，透過肯定「勞動關係」或「僱用關係」存在，肯認教師為工會法上勞工後，才生雇主是否以「勞動關係」或「僱用關係」之當事人為限之問題，具體而言，若勞動關係不存在，則根本無尋求團體協商之可能，若勞動關係存在，且是存在於教師與學校間，則縣市政府得否成為具有團體協商義務之雇主，是屬雇主概念之問題）。

組織之工會。」事實上，肯定特定關係企業之勞工得組成單一企業工會，已某程度放寬勞工概念。因從屬企業、子公司之員工與控制企業、母公司間並不存在勞動契約關係，但仍得透過企業工會進行團體協商。但應注意的是，雖某程度放寬勞工概念之範圍，但此規定中所稱「勞工」之範圍仍明顯較工會法第4條所稱之「勞工」範圍小，其原因為，工會法第4條所稱之「勞工」是組織、加入企業工會、產業工會、職業工會勞工之集合，而如後所述，自營作業者可組織、加入職業工會，但原則上應不屬於得組織、加入企業工會之勞工。

至於工會法第6條第1項第1款中，得組織企業工會之「勞工」之具體範圍，首先，在前述企業工會之案例中，如判斷解僱行為是否構成不當勞動行為、得否提起不當勞動行為裁決申請之裁決決定中，因涉及解僱行為、獎金核發，裁決決定亦直接為勞動契約關係存否之判斷，從而，在相關裁決中看不出勞基法上勞工與工會法上勞工是否有所不同、是否應有所不同。

其次，在國立臺灣大學工會案中，主管機關以僱傭關係之存否認定發起人人數是否足夠，有鑑於國立臺灣大學工會之申請係以企業工會為申請類型，除去關係企業之情形外，此判斷應屬正常、可預期。另外，如前所述，臺北高等行政法院102年度訴字第742號判決基本上亦未區分勞基法上勞工與工會法上勞工，而其所援用之勞工定義：「係指以勞力從事於生產事業之工人而言」雖看似較為廣泛，但係出現於最高行政法院42年度判字第18號判決之見解，工會法時至今日經歷數次全文修正，該定義應不適合再予以援用。

在工會已成立之情形下，國立臺灣大學工會案中所遺留之課題為，對於國立臺灣大學認為非與其為勞動契約關係者，得否拒絕就其勞動條件為團體協商。與國立臺灣大學不具勞動契約關係者，是否得加入屬於企業工會之國立臺灣大學工會而具有工會會員資格，在我國法下應有疑問。若是國立臺灣大學拒絕對於該類勞務給付者

之勞動條件為團體協商，則可能如高雄市臺灣銀行企業工會會費代扣案，在工會提起不當勞動行為裁決之申請後，該類勞務給付者是否為法律意義上之工會成員，在裁決決定中成為爭點。

本文認為，在企業工會中之工會會員，通常與該企業具有勞動契約關係，對該企業而言是為勞基法上勞工，然而，是否以此為限，觀諸我國工會法、團體協約法上規定，並未為此限制。且在團體協約法第1條、第2條，以及在教師、教育人員工會之相關案例中，被使用之「勞動關係」概念，並未以勞動契約關係為限。又，在1930年舊團體協約法第1條中勞動關係亦相較於勞動契約關係被明確予以放寬，其意旨亦存續於現行團體協約法第12條，對於得約定事項之規範中，得以作為參照。

另外，在團體協約法第6條第3項第1款對於企業工會協商資格之規定中，未如第2款、第3款提及「受僱於協商他方之人數」，其原因應為，組織企業工會之「勞工」均為「受僱於」該企業之人，而無代表性之問題，故無需特別規定。然而，承前所述，不當勞動行為裁決委員會已表明「受僱勞工」並不以勞動契約之當事人為必要，若是如此，工會法第6條第1項第1款中之「勞工」似應為相同之解釋。

從而，本文認為，雖工會法第6條第1項第1款之企業工會之「勞工」相較於工會法第4條第1項之「勞工」以及第6條第1項第3款之職業工會之「勞工」，在範圍上必然狹小許多，但如第6條第1項第1款肯認控制與從屬關係之企業、控股公司與子公司間得成立企業工會，雖從屬公司或子公司之勞工與控制公司、母公司間並不存在直接的勞動契約關係，但或可認為有透過企業工會進行團體協商之必要，故在其他情形下若有類似情形，即使無明確、直接的勞動契約關係存在，仍可參照前述日本法上之判斷要素，確認具有一般性的團體協商必要性，而肯定其得以加入企業工會與該企業進行團體協商。符合日勞組法上勞工之判斷基準者，被認為是相當程度具有團體協商需求性之勞工，若將此類勞工拒於企業工會之外，依我國產

業、職業工會之組織現況，以及團體協約法第6條第3項第2款、第3款對於僱用人數之高門檻要求，則幾乎是否定此類勞務給付者透過工會向企業進行團體協商之可能。

另外，在前揭國立臺灣大學工會案中，訴外人A等申請設立工會時，兼任研究助理、研究計畫臨時工及教學助理被認定與學校間非為僱傭關係，而不具發起人資格，基本上即是否定該等人員為工會法第6條第1項第1款，組織企業工會之「勞工」。姑不論相關人員與學校間之法律關係本極具爭議，存在被認定為勞動契約關係之可能¹⁰⁸，相較於前階段即以行政機關否定相關人員組織、加入企業工會之資格，即使勞動契約之存否未必明朗，在肯認較廣泛的「勞動關係」或「僱用關係」後，將勞動條件之相關爭議留待相關人員組織、加入工會後，透過工會與學校或其他主管機關進行協商、溝通，可能較為妥當¹⁰⁹。至於雇主可能主張，其無從對該類勞務給付者之勞動條件為實質決定，不願簽訂該部分之團體協約，但該主張是否屬實，進而影響不當勞動行為之構成，應在接受申請後於裁決決定之個案中為判斷即足，而無須在前階段否定該類勞務給付者為工會法上之勞工，排除雙方透過團體協商進行溝通之可能。

(三)職業工會之會員、勞工

我國工會法第6條第1項第3款，對於職業工會之說明為：「結合相關職業技能之勞工，所組織之工會。」於勞保條例第6條第1項第7款，則規定「無一定雇主或自營作業而參加職業工會者」為被保險人，從而，在我國，自營作業者亦得加入職業工會應無疑問，屬於工會法第4條第1項、第6條第1項第3款所稱「勞工」¹¹⁰。另外，可能

¹⁰⁸ 有分析學生兼任工作人員（兼任研究助理、教學助理、工讀生）後，肯定在一般情形下有勞動契約關係存在，而有勞基法之適用，參周兆昱，同註1，頁110-121。

¹⁰⁹ 相似之見解，如周兆昱，同註1，頁125-127。

¹¹⁰ 於此，應注意的是，本文認為，勞保條例第6條第1項第7款係在特定勞工保險之被保險人，並非創設自營業者得以加入職業工會之權利，故應理解為自營業者本即為工會法第4條第1項、第6條第1項第3款所稱「勞工」，雖工會

因我國職業工會與勞工保險制度有緊密之連結，而受到勞工保險規範性質上屬於在職保險之影響，即使是在前述未直接涉及勞保給付之公務機關人員兼任職業工會會員案、道士職業工會設立申請案中，對於職業工會會員資格，基本上亦以實際從事該職業工會業別之工作為要件。

然而，雖職業工會之入會在我國與勞保之加保有緊密關係，但職業工會會員資格與勞保之加保資格仍應予以區分。首先，在該職業工會之業別從事工作，但受僱於特定企業之勞務給付者，因非勞保條例第6條第1項第7款規定之「無一定雇主或自營作業」，雖得以加入職業工會，但不能透過職業工會加保。再如臺中高等行政法院105年度訴字第189號判決所呈現，勞保加保資格在部分情形，仍與職業工會會員資格有所不同。在依法已不能加保勞保之情形下，因該案例中之勞務給付者仍為工會法上勞工，經工會法第4條賦予其組織及加入工會之權利，故職業工會對於其入會之限制被認為不合法。

在「產業工會職業工會分業標準表」於2010年被廢止前，對於作為職業工會組織成員之勞工，其說明為「未僱用有酬受僱人員幫同工作，並以各該技術賺取工資等類似收入維持生活之自營作業者」以及「受僱從事各該職業為其本業，並以獲取工資、薪津或其他以計件、計時、計程等類似收入維持生活者而言」。對於收入性質之廣泛認定，以及強調維持生活之部分，與日勞組法第3條之定義實有相似之處。然而，如前所述，我國之自營作業者得以加入職業工會，而依勞保條例施行細則第11條第2項之規定，自營作業者係「指獨立從事勞動或技藝工作，獲致報酬，且未僱用有酬人員幫同工作者。」無須「受僱」而包含「獨立」者，且完全不限制報酬之性質，範圍更為廣泛。

法本身未特別論及「自營作業者」，但得以透過勞保條例第6條第1項第7款之規定間接獲得確認。

就此而言，在日本法上，對於工會會員資格未有限制，自營作業者自亦得加入工會，但「獨立」從事勞動之自營作業者，很可能未能符合日勞組法上勞工之判斷基準，因該判斷基準仍要求廣義之受指揮監督。然而，我國雖對工會會員資格有所限制，但組成職業工會之「勞工」則包含自營作業者，從而，我國工會法上之組成職業工會之勞工，其最外圍之範圍應比日勞組法上勞工更為廣泛，甚至可能包含所有勞務給付者。

此差異造成的影響之一是，日勞組法第7條第2款所規定，雇主對於代表受其僱用勞工之工會所提出之團體協商，負有協商義務，對於「受其僱用勞工」之解釋，基本上就是指對於該雇主而言，該勞務給付者是否為日勞組法上之勞工，並不具特別之意義存在¹¹¹。然而，考量到我國工會法第6條第1項第3款職業工會之「勞工」包含自營作業者，團體協約法第6條第3項第3款之「僱用」則具有其意義。相較於工會法第4條第1項、第6條第1項第3款所稱「勞工」之解釋，「僱用」之解釋才是應參照前揭日勞組法上勞工之判斷基準之對象，具有確認有無團體協商義務之機能。

在我國，自營作業者加入職業工會，成為組成職業工會之勞工，最重要之目的恐在於勞工保險之加保，而非工會活動之參與¹¹²。然而，職業工會在法律上得作為工會向企業雇主要求進行團體協商，亦可能作為勞資爭議之當事人（勞資爭議處理法第7條第2項）而為爭議行為¹¹³等。依團體協約法第6條第3項第3款規定，會員受僱於協商他方之人數，逾其所僱用具同類職業技能勞工人數二分

¹¹¹ 參菅野和夫，同註29，頁892-893。

¹¹² 參臺灣勞動法學會（編），同註2，頁99〔劉志鵬執筆部分〕。自營作業之勞工保險問題，參鍾秉正，自營作業者加入勞工保險所涉及之法律問題——兼評最高行政法院102年度判字第633號判決，東吳公法論叢，9卷，2016年7月，頁37-62；鍾秉正，我國自營作業之職災保險加入制度及其爭議，軍法專刊，66卷5期，2010年10月，頁1-14。

¹¹³ 此點亦因我國職業工會之特性而較具爭議，相關學說討論及分析參黃慧甄，職業工會罷工之爭議問題研究——以2016年桃園市空服員職業工會罷工為中心，政治大學法學院碩士在職專班碩士學位論文，2020年，頁25-48。

之一之職業工會，方具有團體協商之資格。從而，我國職業工會之勞工概念雖然廣泛，但縱其皆為工會法上之職業工會之勞工所組成，與該職業工會是否對於特定企業（雇主）具協商資格，仍屬二事，是否具有協商資格仍須依「受僱人數」為判斷。亦即，在我國法上，作為工會法上得組織及加入職業工會之勞工，雖被保障入會之權利，但不代表存在特定企業雇主即必須與其所屬職業工會進行團體協商。

關於受僱勞工，104年度勞裁字第21號裁決決定雖是對於團體協約法第6條第3項第2款為說明，但其說明：「所指所僱用之勞工，不以適用勞動基準法之勞工為限，凡與協商他方具有僱用關係之勞工均屬之。」於同法第6條第3項第3款亦應有適用。如此，與協商對象間不存在勞動契約者，仍可能屬於此處之受僱勞工。然而，因104年度勞裁字第21號裁決決定在判斷上並未提出具體之判斷要素，亦未說明「勞基法上勞工」與此處之「具有僱用關係之勞工」之具體差異，且該案涉及教育人員，在判斷上欲處理的問題相當程度是，如何使被認為是公法上關係之相關勞務給付者仍得透過工會為團體協商，故在一般私法關係之案例中，所謂「具有僱用關係之勞工」應如何判斷，仍不明確。

因「具有僱用關係之勞工」之判斷，即是為判斷協商資格之有無，故本文認為，日本法上從「為使勞資對等化，應保障何人之團體協商」觀點出發，而加以具體化之各判斷要素，應值得作為我國法在解釋論上之參照。事實上，在國·中勞委（新國立劇場運營財團）事件中，該提出團體協商之工會亦是職業工會，故其判斷基準之建構，本將職業工會提出團體協商之情形納入考量。尚且，此判斷基準之具體化，除了有助於團體協約法第6條第3項第2款至第4款之判斷外，因104年度勞裁字第40號裁決決定中所提出，團體協約法第6條第3項第5款授權之判斷基準，亦有「僱用關係」之認定，故在應否授權之判斷中，亦屬不可或缺。

陸、結 語

首先，與日本法不同，作為我國法之特徵應予以指出者，係我國得以組織及加入工會，具備工會會員資格者，乃是工會法第6條第1項第1款至第3款中所定，組織區域內之「勞工」之集合，即工會法第4條第1項所稱之「勞工」，從而，我國工會法上勞工概念（工會法第4條第1項）基本上與工會會員一致，非如日本法只要為「主體」即足¹¹⁴。再者，因我國職業工會與勞工保險制度具有緊密關係，而自營作業者亦得透過加入職業工會，由所屬職業工會為其加保，故我國工會法上得以組織及加入職業工會之「勞工」，甚至包含獨立從事勞動之自營作業者。然而，也因此，與日本法不同的是，即使屬我國工會法上之勞工，而被賦與組織及加入工會之權利，亦不代表存在特定企業因此與其所屬職業工會具有團體協商義務，如前所述，而須另為判斷。

我國工會法上之勞工概念（包含最初工會法所使用之「工人」在內），與日本法相同之部分為，其出現均早於勞基法上勞工，亦應屬較勞基法上勞工更為廣泛之概念¹¹⁵。然而，並非在所有涉及工會法、團體協約法之案例中，均有特別予以區別之必要。例如，在前述關於判斷解僱行為、獎金之核定是否為不當勞動行為之案例中，若持肯定之結論，則本以勞動契約關係存在為必要。

本文認為，從前述我國實務上來看，有區別必要之情形應是在於工會設立時之審查、團體協商資格之判斷以及不當勞動行為裁判制度之適用，且於此些情形，應做相同之考量。在團體協商資格之判斷上，亦即團體協約法第6條第3項第2款、第3款中「受僱勞工」

¹¹⁴ 對此，基於本文前述之檢討，臺灣勞動法學會（編），同註2，頁100〔劉志鵬執筆部分〕直接以日本法為說明，本文認為似有再討論之空間，該部分之說明應理解為已成為過往見解之日本法，同時不適宜與臺灣法之狀況混淆。

¹¹⁵ 臺灣勞動法學會（編），同註2，頁100-101〔劉志鵬執筆部分〕認為與勞基法上勞工之判斷非常類似，但其引用之日本文獻為較舊之文獻，於該文獻之時間點，奠定現行日本法判斷基準之前述三件最高法院判決尚未出現。

之判斷，如裁決決定亦予以肯認，不應以勞基法上勞工為限，於此，從適用團體協商制度之必要性出發而建立之日勞組法上勞工之判斷基準，在解釋團體協約法第6條第3項第2款、第3款之「僱用」關係時，應可作為參照。再者，因具有團體協商資格者為工會，故在工會設立之審查時，即必須將提出設立申請之勞務給付者是否具有透過工會進行團體協商之必要納入考量，就此，企業工會之發起人是否完全以勞動契約關係之存在為必要，如前所述，應尚有檢討之餘地。另外，在我國會員資格與勞工概念一致之情形下，從團體協商之觀點來看，要求職業工會之勞工實際從事該業別之工作，亦似無問題。同時，因團體協商之進行，有賴不當勞動行為裁決制度之協助，故在團體協商資格之認定上應較勞基法上勞工更為廣泛之前提下，自不應在申請階段即以勞動契約關係之不存在而不受理，自不待言。

在日本法上，相關之檢討尚涉及工會其是否享有憲法上所賦予之民刑事免責、不利益待遇之司法救濟，以及團體協約規範性效力等等，然而，本文認為這些問題點不但應依前述呈現出之我國特徵，且亦須依循本文尚未納入討論之我國憲法、團體協約規制、爭議行為規制，個別進行檢討，是為本文遺留之課題。另外，在教師、教育人員工會之相關爭議中，應如何特定團體協商對象之法律問題，雖亦與本文之檢討相關，但在日本法上被定位為另一獨立法律問題而為探討，亦是本將來應進一步研究之課題。

參考文獻

一、中文部分

- 吳哲毅，勞工概念之再構成與展望——台灣與日本之比較法研究，2020年，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。
- 吳哲毅，勞工概念之從屬性判斷基準——以我國實務見解形成、演變及現狀之考察為中心，中央警察大學法學論集，40期，頁253-326，2021年4月。
- 李玉春，保險業務員勞務契約之性質——最高行政法院100年度判字第2117號判決評釋，法令月刊，64卷2期，頁8-22，2013年2月。
- 李玉春，論工會法中勞工之範疇，中正大學法學集刊，44期，頁203-251，2014年8月。
- 李蕙安，勞動部放寬買賣銷售賺取差價之自營作業者應由職業工會參加勞保，台灣勞工季刊，47期，頁40-42，2016年9月。
- 周兆昱，大學編制外工作人員契約性質之研究——以學生兼任工作人員與兼任教師為中心，臺北大學法學論叢，97期，頁79-132，2016年3月。
- 林更盛，論勞動契約之特徵「從屬性」——評最高法院八一年度台上字第三四七號判決，台灣本土法學雜誌，36期，頁75-90，2002年7月。
- 林更盛，勞動契約，收錄於：臺北大學法律學院勞動法研究中心（編），勞動法文獻研究——理解、分析與重構，頁1-8，2017年，臺北：元照。
- 邱駿彥，勞動基準法上勞工之定義，收錄於：臺灣勞動法學會編，勞動法裁判選輯(二)，頁93-106，1999年，臺北：元照。
- 陳彥良，我國教師組織法制之整合與發展，收錄於：法學的實踐與創新——陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（下冊），頁537-560，2013年，臺北：承法數位文化。
- 黃程貫，勞動法，1997年修訂再版，新北：空中大學。
- 黃程貫，團體協約，收錄於：社團法人台灣法學會編，台灣法學新課題(四)，2006年，頁119-160，臺北：元照。
- 黃越欽，勞動契約與承攬契約之區別，政大法學評論，31期，頁23-

38，1985年6月。

黃慧甄，職業工會罷工之爭議問題研究——以2016年桃園市空服員職業工會罷工為中心，2020年，政治大學法學院碩士在職專班碩士學位論文。

楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學，6期，頁227-305，2001年7月。

楊通軒，個別勞工法：理論與實務，2019年6版，臺北：五南。

臺灣勞動法學會（編），勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，2009年2版，臺北：新學林。

臺灣勞動法學會（編），集體勞動法，2019年，臺北：新學林。

劉志鵬，論勞基法上之「勞工」（以經理人為檢討重點），收錄於：勞動法理論與判決研究，頁3-34，2000年，臺北：元照。

鍾秉正，我國自營作業業者之職災保險加入制度及其爭議，軍法專刊，66卷5期，頁1-14，2010年10月。

鍾秉正，自營作業業者加入勞工保險所涉及之法律問題——兼評最高行政法院102年度判字第633號判決，東吳公法論叢，9卷，頁37-62，2016年7月。

二、外文部分

川口美貴，労働法，2018年2版，東京：信山社。

土田道夫，労働契約法，2013年2版，東京：有斐閣。

日本独立行政法人労働政策研究・研修機構（JILPT），労働組合法立法史料研究（解題篇）（労働関係法令立法史料研究会，座長：渡辺章教授），2014年5月，東京：独立行政法人労働政策研究・研修機構。

日本独立行政法人労働政策研究・研修機構（JILPT），雇用類似の働き方に関する諸外国の労働政策の動向——独・仏・英・米調査から——（労働政策研究報告書No. 207），2021年2月，東京：独立行政法人労働政策研究・研修機構。

水町勇一郎，労働者性——横浜南労基署長（旭紙業）事件，收錄於：社会保障判例百選，頁94-95，2000年3版，東京：有斐閣。

- 水町勇一郎，労働者性——横浜南労基署長（旭紙業）事件，収録於：
社会保障判例百選，頁104-105，2008年4版，東京：有斐閣。
- 水町勇一郎，詳解労働法，2019年，東京：東京大學。
- 西谷敏，労働組合法，2012年3版，東京：有斐閣。
- 西谷敏，労働法，2020年3版，東京：日本評論社。
- 東京大学労働法研究会，注釈労働組合法（上巻），1980年，東京：有斐閣。
- 東京大学労働法研究会，注釈労働基準法（上巻），2003年，東京：有斐閣。
- 岩永昌晃，集团的労使関係の当事者，収録於：日本労働法学会編，講座労働法の再生〈第5巻〉労使関係法の理論課題，頁25-44，2017年，東京：日本評論社。
- 皆川宏之，個別的労働関係における労働者——横浜南労基署長（旭紙業）事件，収録於：労働判例百選，頁4-5，2009年8版，東京：有斐閣。
- 皆川宏之，労働法上の労働者，収録於：日本労働法学会編，講座労働法の再生第1巻：労働法の基礎理論，頁73-93，2017年，東京：日本評論社。
- 柳屋孝安，個別的労働関係における労働者——横浜南労基署長（旭紙業）事件，収録於：労働判例百選，頁4-5，2002年7版，東京：有斐閣。
- 柳屋孝安，現代労働法と労働者概念，2005年，東京：信山社。
- 荒木尚志，労働法，2020年4版，東京：有斐閣。
- 菅野和夫，労働法，2019年12版，東京：弘文堂。
- 橋本陽子，「労働者」と「準労働者」——労働者の総論として，収録於：変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題，頁101-130，2015年，東京：商事法務。
- 橋本陽子，個別的労働関係における労働者——横浜南労基署長（旭紙業）事件，収録於：労働判例百選，頁4-5，2016年9版，東京：有斐閣。

The Research on the Labor Union Membership and the Labor of the Labor Union Act: From the Comparative Perspective of Japan

Che-Yi Wu*

Abstract

In principle, labor laws only protect labors. However, each labor law has its own purpose. Compared with the Labor Standards Law, which mainly regulates individual employment contracts, Labor Union Act aims to protect labors' three basic labor rights in collective labor relations. Therefore, the labor of Labor Union Act may be different with the one of Labor Standards Law. In fact, Japanese law has established the position of distinguishing labor in individual labor law from labor in collective labor law, which can be regarded as a meaningful comparative material. Beside of Japanese law, this paper has also clarified the development of statutory laws and relevant opinions of administrative agency and the court in Taiwan, pointing out that the labor of Labor Standards Law and Labor Union Act are understood differently. While Japanese law can be used as a helpful reference for the judgment standard of the labor of Labor Union Act, it should be noted that due to differences in statutory law, the relationship

* Master Student, the University of Tokyo Graduate Schools of Law and Politics Master.

between trade union membership and the labor of Labor Union Act in Taiwan is different from that in Japanese law. It also affects the understanding of the term “labor” in the Labor Union Act.

Keywords: labor, labor contract, subordination, Labor of Labor Union Act, Labor Union Act Article 4, Labor Union Act Article 6

【研究論文】

個人資料保護的刑法問題 ——以數位足跡為例

劉邦揚*

要 目

- | | |
|------------------------------|---------------------------------------|
| 壹、前 言 | 一、網路瀏覽紀錄作為法益
保護客體之可能性 |
| 貳、概談個資法之遞嬗與其刑罰
規制 | 二、個資法第41條應有的解釋
進路 |
| 一、由「電腦處理個人資料保護
法」到「個資法」 | 三、推定同意的相關爭議 |
| 二、現行個資法 | 四、小 結 |
| 三、小 結 | 伍、本文見解 |
| 參、數位足跡與個資保護下的
刑事不法 | 一、個資法第7條第3項推定同意
應予以刪除或做嚴格的限縮
解釋 |
| 一、淺介數位足跡：以網路
瀏覽紀錄為例 | 二、個資法第41條侵害個資罪
應有之解釋方向 |
| 二、數位足跡的應用：第三方
Cookie與廣告投放 | 三、違法蒐集網路瀏覽紀錄
應有的適用途徑 |
| 三、小 結 | 陸、結論：尚待釐清的個資刑法
保護 |
| 肆、數位足跡於商業應用之
合法性討論 | |

DOI: 10.7003/LASR.202203_(8).0004

* 國立政治大學法律學系博士候選人。本文初稿「網頁瀏覽紀錄與廣告投放——由個資保護與刑法規制的視角出發」，曾於中央研究院法律學研究所於2020年11月18日舉辦之《第八屆「科技發展與法律規範」學術研討會：人工智慧與專業社群》進行發表，感謝與談人古承宗教授與李榮耕教授給予的懇切建議；本文改寫後，亦蒙兩位匿名審查人不棄，提供許多具有高度價值的修正方向，在此謹一併致上謝意。當然，所有文責均由作者自負。

摘 要

隨著數位經濟的興起，使用者在網路上所留下的數位足跡成為各大品牌與廣告商的重要素材，利用網路瀏覽紀錄（Cookie）將可以達到精確投放廣告的目的，進而獲得最大的商業效益。然而個人的網頁瀏覽紀錄應當具有其私密性，瀏覽各式網頁也應屬於個人的隱私活動，而具有合理的隱私期待，故而筆者認為，在刑事實體法的研究層面，網頁瀏覽紀錄除了屬於一種隱私利益外，亦應當透過個人資料保護法保障其隱私法益不受侵害。而2015年修正的個人資料保護法第41條規定，雖有學者探究立法意旨，認為並不是所有營利活動都要納入刑事規制的範圍，故應揚棄舊法使用營利的概念，而另將營利活動區分為合法型態與不法型態，僅有利用個人資料獲取不法利益時方有前條規定的適用，故而可以排除合法商業活動作為本罪的適用客體；惟筆者認為，前述觀點可能忽略了數位足跡的重要性，以及當前商業銷售模式的迅速轉換。一如本文所關切的網路瀏覽紀錄，目前採取第三方Cookie追蹤使用者跨網域活動的各大網站，其實都欠缺明確的說明內容，在此情況下，即便當事人勾選同意，亦難認為有合法的同意存在；此外，我國個人資料保護法第7條第3項推定同意的規定，並不符合當代的隱私保護趨勢，實有修法刪除之必要性，或者是採取嚴格的解釋途徑，賦予資料蒐集者具體、完整且清晰的說明義務，方能有推定同意的適用空間。故整體而言，在我國個人資料保護法的設計下，若網站業者、廣告商使用第三方Cookie技術追蹤使用者瀏覽紀錄時，應有詳實的告知義務，並取得當事人正面積極的同意，否則應已構成個資法第41條損害他人利益之不法要件。

關鍵詞：個人資料保護法、隱私法益、網路瀏覽紀錄、合理隱私期待、推定同意

壹、前言

我國個人資料保護法（下稱個資法）於2015年時進行了一次大幅度的變革，該次修法係個資法自2010年調整名稱並大規模修正內容以來，另一次廣受矚目的修正過程。而在刑事法研究的領域中，罕有論者關注的是：2015年個資法的修正再次加重了刑度，修正後的個資法第41條將自由刑的上限由2年有期徒刑提高至5年有期徒刑，另併科罰金刑的上限則提高到新台幣100萬元。而2010年版的第41條第2項之意圖營利之規範則被刪除，並將第41條之主觀構成要件要素改為「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」。就法條文義而言，修正後的個資法對於利益的解釋似乎不僅限於金錢上的營利，使得個資法中的特別刑法的刑度提高、處罰對象亦並未縮減。由2015年個資法的修正軌跡不難發現，立法者的意欲，便是期待藉由特別刑法的規定，再次加強我國法制對於個資的保護。然而，在前述的立法態勢下，除了個資的蒐集、利用等行為會受到更嚴謹的拘束標準外，我國最新版本的個資法是否足以因應當今的變動極快的資訊社會，毋寧也是一大疑問。

在數位經濟蓬勃發展的今日，每日難以計數的網路活動正在進行，除了社群網路興起，人們大量的在各類社群網路上更新動態、交換意見與抒發心情外，大筆的個人資訊，例如姓名、出生年月日、電話、信用卡號、地址等，在各大電商的伺服器之間流轉，網路使用者在瀏覽過程中每一次的點擊，除了將被自己所使用的網頁瀏覽器留下瀏覽紀錄（Cookies）外，廣告商與瀏覽器經營者（如Google）也紛紛開始競逐網路使用者的瀏覽紀錄，第三方Cookie的技術搭配上大數據的演算，讓網路使用者的活動更無所遁形，使用者將可能在前一分鐘造訪某公司的網站後，下一秒隨即在社群網站上看到該公司的廣告——精準投放廣告的技術，正是探索網頁瀏覽紀錄最重要的商業目的。然而在這樣的演變之下，是否代表著網路

瀏覽活動變得毫無隱私可言？網路瀏覽紀錄是否有其私密特質，從而具有個人隱私的特徵？又或者吾人可以換一個角度確認：網路瀏覽紀錄是否屬於個人資料、從而應受到個資法的保護？前述問題，無疑都是在商業型態轉變、數位行銷興起、大數據分析技術受到重視後所出現的改變。而面對擴張處罰範圍的個資法修正趨勢，與個人資訊快速受到侵蝕的現況，應如何在刑法謙抑性與商業發展之間取得平衡，毋寧成為了個人資料保護的新興刑法問題，實有探求之必要。

在前述條件之下，本文核心的問題意識在於：個人的網路瀏覽資訊是否能夠作為一種個資類型，進而受到個資法的保護？其次，若前述論證結果為肯定，那麼現行個資法第41條之侵害個資罪，又應如何適用，方為妥適？最後，因應當前的數位時代，我國個資法於2015年以後的修正結果，是否足以應對當前以網路活動為主的現代社會？若答案為否定，又應如何調整，方屬正確的法律修正路徑？職是之故，本文設定以下編排：「貳、概談個資法之遞嬗與其刑罰規制」將討論由電腦處理個人資料保護法至當前個人資料保護法的修法歷程，除介紹修法趨勢外，亦將歷次版本中特別刑法之規定列出討論。「參、數位足跡與個資保護下的刑事不法」將討論國內刑事法學界中，少有論者關注的數位足跡問題，除介紹其內涵外，亦將以網路瀏覽紀錄與其延伸性技術第三方Cookie為例，演繹數位足跡與個資刑法之間的保護關係。「肆、數位足跡於商業應用之合法性討論」將論證網路瀏覽紀錄作為法益保護客體之可能性，並討論個資法第41條的適用問題；其後則將討論現行個資法採取推定同意所造成的相關問題。「伍、本文見解」則將總和前述討論，對目前實務就個資法的刑事判決趨勢提出筆者之個人看法，並對於個資法中的推定同意做出修正適用的建議方向，同時提出個資法第41條應有的適用進路，最後以「陸、結論」統合本文對於網路瀏覽紀錄之定性、以及現行個資法中特別刑法的規定內容及適用方向，整合全文之討論內容，作成最後的歸納結果。

貳、概談個資法之遞嬗與其刑罰規制

回顧我國個資法規定之歷程，自1995年訂立本法，稱為電腦處理個人資料保護法，其後在2010年進行大幅度的修正，並將名稱改為目前所見的個人資料保護法。值得關注的是，由電腦處理個人資料保護法開始，便設有刑事不法之規定，而本文所關注商業活動下的個人資料保護，亦從當時便設有規範，以下簡述各時期與特別刑法相關的規定內容以及學說見解。

一、由「電腦處理個人資料保護法」到「個人資料保護法」

依電腦處理個人資料保護法第34條規定：「意圖營利違反第7條、第8條、第18條、第19條第1項、第2項、第23條之規定或依第24條所發布之限制命令，致生損害於他人者，處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣4萬元以下罰金¹。」其中第18條便是規定非公務機關的蒐集與處理行為，依據前述規定，其刑度為2年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣4萬元以下罰金。

直到2010年修正時，出現了幾處重大的改變，除了本法名稱的修訂之外，首先是關於個人資料的定義修正，依據2010年版的個人資料保護法（下稱舊個資法）第2條第1款規定：「個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料²。」由本款後段規定可知，個人資料除了前述正面表列之類型外，尚可區分為「直接識別」與「間接識別」作為個人資料的分類方式。本條規定大幅度地擴張了保護客體，使得個人資料不再需要如同修正前一般，必須以經過電腦處理的個人資料為限。

¹ 參見：立法院公報，84卷46期，院會紀錄，1995年7月19日，頁401。

² 參見：立法院公報，99卷29期，院會紀錄，2010年5月3日，頁159。

此外，關於特別刑法的設計依舊存在，舊個資法第41條第1項規定：「違反第6條第1項、第15條、第16條、第19條、第20條第1項規定，或中央目的事業主管機關依第21條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣20萬元以下罰金³。」其中第19條規定非公務機關對個人資料的蒐集或處理行為、第20條則規定利用行為；其自由刑刑度仍維持在2年以下有期徒刑、拘役，但罰金刑則提高至新臺幣20萬元以下。而較為特別的是，舊個資法第41條第2項尚規定了「意圖營利犯前項之罪者，處5年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金。」亦即是以營利為加重構成要件，其自由刑刑度亦提高至5年以下有期徒刑，且同時得併科新臺幣100萬元以下罰金。

對於舊個資法的修正後將罰金刑額度提高、且將營利行為作為加重構成要件，並大幅度地提高自由刑刑度與法金刑額度的修正方向，學者見解認為第41條第1項規定之足生損害於他人，應屬於一種抽象危險犯的設計，與修正前之致生損害於他人之間存在顯著差異，反而將本條規定由實害犯推向為抽象危險犯，使得刑罰的適用範圍變得前置⁴；而對於舊個資法第41條第2項的加重規定，則將可能對於商業活動形成困擾，學者認為在此種規範之下可能出現三種行為態樣，分別是：以取得個資作為營利手段者，例如販售個資；其次為藉由個資內容獲取利益、或是將個資內容作為商品者；最後則是利用個資誘發商業活動。學者指出，前述三類行為僅有前二類該當舊個資法第41條第2項之營利要件，至於利用個資誘發商業活動，可能作為廣告行銷之用，若對之科以刑罰，則失之過嚴，有違刑法之謙抑性質，但對於其餘的營利行為，則應以刑罰論處⁵。但整體而言，學者批評舊個資法的修正過於嚴苛，除了將刑事處罰的界

³ 參見：立法院公報，99卷29期，院會紀錄，2010年5月3日，頁166。

⁴ 徐育安，個資風險與刑事立法——個資保護新法的疑義及其檢討，全國律師，17卷4期，2013年4月，頁21-22。

⁵ 同前註，頁23-24。

線予以前置之外，同時亦提高了罰金刑，成為一種雙重擴張刑罰的狀態，並非理想的修法方向。

二、現行個資法

現行之個資法修正於2015年12月，此次修正是近期以來個資法更動幅度最大的一次修正，其中較值得注意的是，個資法第19條與第20條均調整了舊個資法中，經當事人「書面」同意的要件，而改採較為寬鬆的標準，以「當事人同意」即可，修法理由認為這是為了配合同法第7條推定同意的修正趨勢⁶。另第41條亦新增了「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」之主觀構成要件要素，前述規定為現行個資法帶來相當程度的變革，但同時在特別刑法的操作結果上也出現了相當程度的變動，故本段以下將簡介現行個資法中所規範的行為種類，其次再討論當事人同意去書面化後可能造成的變動，並兼論個資法第7條推定同意的概念對法益保護所造成的困境。

(一)規範行為

個資法第19條第1項，對於「蒐集」與「處理」行為進行規範：「非公務機關對個人資料之蒐集或處理，除第六條第一項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者：一、法律明文規定。二、與當事人有契約或類似契約之關係，且已採取適當之安全措施。三、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。四、學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。五、經當事人同意。六、為增進公共利益所必要。七、個人資料取自於一般可得之來源。但當事人對該資料之禁止處理或利用，顯有更值得保護之重大利益者，不在此限。八、對當事人權益無侵害。」

⁶ 該次修正對於個資法第7條改為推定同意的修正理由可參見：立法院公報，104卷9期，院會紀錄，2015年1月28日，頁199-201。

而個資法第20條第1項則針對「利用」行為進行規範：「非公務機關對個人資料之利用，除第六條第一項所規定資料外，應於蒐集之特定目的必要範圍內為之。但有下列情形之一者，得為特定目的外之利用：一、法律明文規定。二、為增進公共利益所必要。三、為免除當事人之生命、身體、自由或財產上之危險。四、為防止他人權益之重大危害。五、公務機關或學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。六、經當事人同意。七、有利於當事人權益。」

故由前述規定可知，個資法第19條與第20條的規制對象包括了：蒐集、處理、以及利用行為；此類舉止與對實體的個人所有物進行處分不同，而係在不影響個人資訊物理性的排他作用下，對於個資利用所進行的干擾行為⁷。另外，若違反前述規定時，個資法另外設有刑事不法之規定；依據個資法第41條規定：「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反第6條第1項、第15條、第16條、第19條、第20條第1項規定，或中央目的事業主管機關依第21條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處5年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金。」整體而言，違反個資法且具有刑事不法責任的行為包括下列行為態樣：

1. 不法蒐集、處理、利用他人敏感性個資。
2. 公務機關不法蒐集、處理、利用他人個資，且不具備目的外利用事由。
3. 非公務機關不法蒐集、處理、利用他人個資，且不具備目的外利用事由。
4. 非公務機關於未受中央主管機關核准之前提下，於國際間傳輸個資，且可能：涉及國家重大利益、與國際條約協定有關、接受

⁷ 此種行為特質與刑法第359條破壞電磁紀錄罪中的取得、刪除、變更行為有高度的相似性，均是利用非物理行為所進行的侵害。

國未有完善個資保護、以迂迴方式傳遞資料刻意規避個資法規定等四類行為。

總結個資法對於個人資料的保護要件不難發現，在目的外使用的情況下，「當事人同意」係一項極為重要的要件。整體而言，個資法第19條第1項與第20條第1項對於本文所欲討論的商業行為中，蒐集個人資料之行為雖做出原則性的規定，而不得不提及的是，實務上的個資蒐集最常伴隨出現的便是「當事人同意」，一旦行為人取得當事人同意，除了可以依照第19條進行個人資料的合法蒐集與處理行為外，亦可以依照第20條規定進行目的外使用。

(二) 推定同意的設計

但即便如此，合法使用個資仍有其他的路徑可資選擇，參照個資法第7條第3項之規定：「公務機關或非公務機關明確告知當事人第八條第一項各款應告知事項時，當事人如未表示拒絕，並已提供其個人資料者，推定當事人已依第15條第2款、第19條第1項第5款之規定表示同意。」前述規定透過個資法第8條第1項第4款包括了個資的「利用」行為，並以第19條第1項第5款處理了「蒐集」與「處理」行為，使得本條規定成為現行個資法下，當事人同意的另一條取徑，使得個人資料的蒐集、處理、利用之行為人，毋庸取得正面同意，而可以採取推定同意的標準。

(三) 刑事不法之規範

2015年的個資法第41條也再次進行了修正，除了刪除第2項意圖營利之規定外，並將主觀構成要件要素改為意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而刑度則統一規定為5年以下有期徒刑且得併科新臺幣100萬元以下之罰金，與舊個資法意圖營利行為之刑度完全相同。

筆者認為，2015年修正後的現行個資法其實並沒有比舊個資法清晰，理由在於營利行為與其他侵害個資行為不分輕重的混為一談，使得個資法的刑事處罰脈絡益發模糊，此點也不難從修法理由

中看見，修法理由認為：「無不法意圖而違反本法相關規定，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟為已足。惟若行為人如有意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益而違反本法相關規定，仍有以刑罰處罰之必要⁸。」前述說明也並未定義何謂意圖為自己或第三人不法之利益、以及損害他人利益等構成要件要素之內涵。而如此的修正方式，將有營利意圖者與非營利意圖者混為一談，一概適用個資法第41條之規定，並未區別不法行為之態樣，也可能同時處罰到不法程度極其輕微的案件，例如學者所提到的，利用個資誘發商業活動的行為，諸如餐廳或其他服務業、商品促銷，使用原本客戶訂位或消費時所填寫之個資進行推銷、或告知優惠訊息等，都有可能進入現行個資法第41條的射程範圍內。

對於個資法第41條修正後的適用問題，並不僅止於前段所討論的：難以區分不法程度輕重而已。現行個資法第7條也在該次修法中新增了第3項規定：「公務機關或非公務機關明確告知當事人第8條第1項各款應告知事項時，當事人如未表示拒絕，並已提供其個人資料者，推定當事人已依第15條第2款、第19條第1項第5款之規定表示同意。」換言之，於商業活動的情況下，若業者已完成告知義務，且當事人未明示拒絕，卻也同時提供個資時，應推定已取得當事人同意；這類情況在日常的商業活動中並不少見，例如參觀預售屋、各類商展，如旅遊展、汽車展、書展時被要求填寫聯絡資訊，底下大多會附上密密麻麻的個資使用原則，在實務上也少有消費者會在檢視個資條款後，放棄其原本既定的行程。這種當事人未表示拒絕、並且提供其個人資料的情況，能否視為已進行充分的告知、並取得當事人的真摯同意？毋寧存在相當程度的疑問。

而前述規定，無疑是為個資法第41條可能遭來過苛批評的設計開了一道後門，利用當事人的推定同意，處理絕大多數可能落入個

⁸ 參見：立法院公報，104卷9期，院會紀錄，2015年1月28日，208頁，李貴敏委員等提案意見。

資法第41條的利用困境。在前述情況下，蒐集、處理、利用當事人個資的行為可以適用本條規定，從而並不構成個資法第41條之刑事不法要件，而這個情況也是個資法於2015年修正後，幾無刑事法論述提及的重要問題。整體而言，筆者認為2015年個資法的修正即便讓第41條的適用範圍更大，從而可能輕重不分地讓各式行為均進入刑罰的範疇之中，但該次修法同時也新增了第7條第3項規定，讓推定同意成為一種取得個資的合法權源，進而讓個資法中特別刑法的修正與適用方向更加混亂。

三、小 結

綜觀個資法的刑罰規制內容可發現，在規範對象上區分為公務機關與非公務機關，而本文的問題意識則以商業活動為主，故而將論述重點置於非公務機關在不法蒐集、處理、利用他人個資的相關規定。爬梳個資法的歷來修正路徑不難發現，自立法以來，便未曾排除以刑罰作為一種侵害個資的規制手段，且經過2010年與2015年的2度修正，規制結果更趨嚴格，刑罰的適用範圍也益發擴張，這樣的修正趨勢早在2010年的第1次修正便遭致學者的批評，但2015年的修正版本，將意圖營利的規定取消，反而改以更為空泛的意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益作為主觀構成要件要素，刑度則與2010年舊個資法的意圖營利而侵害個資罪相同，仍保持較嚴格的規制標準。即便由現行個資法第41條觀察，可以得出規制對象不分輕重、行為不法程度一概而論、與嚴罰化路線等觀點；惟本次修法亦同時在第7條第3項新增了推定同意的規定，筆者認為在此種設計之下，商業活動中許多時候個資的取得，並非出自於當事人真摯的同意，此時，能否以當事人同意，作為使用個資的合法權源，則成為修法後的另一項問題。

參、數位足跡與個資保護下的刑事不法

在資訊社會下，數位足跡（Digital footprint）對於個人隱私的影

響，其實少有論述提及，在刑事法研究領域則更是罕見，數位足跡——特別是網路瀏覽紀錄是否具有其秘密性、隱私性，進而可以作為一種個資並且加以保護？毋寧值得探究。原因在於，個資可以是個資法第2條的1款正面表列的類型，亦有可能屬於前述規定後段的間接型、得以辨識個人的相關資訊，此類資訊可能是現實社會中的實體物品，亦可能透過數位資訊被加以記錄的資料。資訊社會的快速興起與電子商務的發達，讓網路使用者可以享受即時的購物與快速的服務，不過在便利生活的背後，是否同時也以犧牲若干輕重不一的隱私資訊作為代價呢？特別在第三方Cookie技術出現後，廣告商與瀏覽器開發商都紛紛投入，早已存在的網路瀏覽紀錄開始被作為大數據的分析對象，藉以作為精準投放廣告的重要指標。瀏覽網路的行為屬於個人隱私嗎？吾人讀了什麼網路新聞、搜尋過什麼商品、點閱過哪些粉絲專頁，這些種種在網路上所留下的數位足跡⁹，是否具有私密性，從而存在保護之必要，並可被歸類為個資的一種，且受到個資法——乃至特別刑法的保護呢？前述問題，都是當前資訊社會時時刻刻發生，但卻少有論者關心的議題。本文以下將先粗淺地介紹數位足跡的概念，並將討論重心置於網路瀏覽紀錄以及第三方Cookie（Third-party cookie）之上，其後討論現況中，大數據運算與廣告投放的商業運作模式，以及其對於個資侵擾所可能帶來的隱憂。

一、淺介數位足跡：以網路瀏覽紀錄為例

數位足跡是指使用者利用網際網路從事瀏覽、購物，乃至曾經發表的言論、對於某一篇文章「按讚」等的網路活動，而數位足跡可以是前述活動紀錄¹⁰，亦可能包括了因為購物而輸入的信用卡號、

⁹ 有學者將之稱為數位足跡，參見：程法彰，數位經濟時代下個人資料保護的衝突與歐盟個資保護規則顯示的意義，月旦法學雜誌，264期，2017年5月，頁231以下。

¹⁰ Robert Sprague & Corey Ciocchetti, *Preserving Identities: Protecting Personal Identifying Information through Enhanced Privacy Policies and Laws*, 19 ALB. L.J.

各大社群網路的帳號與密碼、個人的出生年月日等，其包括的範圍十分廣泛¹¹。然而，為什麼前述資訊會遭到紀錄，乃至於有受到他人蒐集的風險？理由在於各大瀏覽器均有瀏覽紀錄的設計，這樣的設計是為了便利使用者反覆地造訪同一個網頁之用，相關紀錄也僅儲存在使用者個人所使用的瀏覽器當中而已，使得網頁瀏覽的載入速度更快，使用者體驗更佳。但隨著數位商業發達，商業活動逐漸由實體轉為線上，經營者與廣告商需要更多的資訊，藉以判斷消費者的喜好，此時，了解潛在消費者——亦即是網路使用者的瀏覽動向便顯得十分重要。

二、數位足跡的應用：第三方Cookie與廣告投放

時至今日，曾經專屬於個人的網頁瀏覽紀錄，已經可以為第三人所用，並進而追蹤網路使用者在不同網域之間的活動，此種技術被稱作第三方Cookie，此項技術上的突破，替數位商業與行銷活動帶來了全新的一頁，但同時，使用者在網路上的活動也正逐筆的被記錄下來。

(一) 第三方Cookie與大數據分析

由於第三方Cookie可以追蹤跨網域之間的使用者活動，可蒐集到許多非結構化的資料¹²，非結構化的資料可能是一段文字，也可能是一部影片，但也正因為如此，對非結構化資料的分析成為大數據分析的重要特色¹³，也成為大數據分析之所以具有高度參考價值的

SCI. & TECH. 91, 96 (2009).

¹¹ 全民資安素養網，認識數位足跡，https://isafe.moe.edu.tw/article/1958?user_type=4&topic=8（最後瀏覽日期：2020年2月18日）。

¹² Amir Gandomi & Murtaza Haider, *Beyond the Hype: Big Data Concepts, Methods, and Analytics*, 35 J. GLOB. INF. MANAG. 137, 138 (2015).

¹³ John M. Jordan & Dennis K.J. Lin, *Statistics for Big Data: Are Statisticians Ready for Big Data?*, 52 JOURNAL OF THE CHINESE STATISTICAL ASSOCIATION 133, 140-41 (2014).

原因¹⁴。在此種前提下，便可以利用資料探勘（data mining）的技術¹⁵，觀測到許多之前並未發現的資料特徵與關聯性¹⁶，這樣的探勘模式有助於企業找尋潛在客戶的偏好與購買行為，也能夠幫助企業在廣告行銷上調整模式，尋求最有效益的關鍵字詞，藉以調整行銷策略¹⁷；對於非結構化的網站資料探勘，則更能夠分析潛在客戶對於特定字詞的好惡，精準地安排銷售策略¹⁸。

(二)精準投放廣告與其隱憂

而後，消費者的行為模式將會被企業逐一解構後重組，進而歸納出潛在客戶的偏好。透過資料探勘，企業主可以因應消費者的偏好，藉此進行廣告投放，因而有助於獲得更大的利潤，藉著網路使用者（同時是潛在的消費者）的瀏覽紀錄，再透過資料探勘的方式，探知網路使用者的偏好或需求，此時，再投放其可能偏好的商品廣告，便能夠得到最有效益的宣傳效果，這也無疑是數位經濟下最常見的商業模式¹⁹。

不過，大數據的運作搭配廣告投放的技術固然便利，但卻也同時帶來了對於個人隱私的憂慮²⁰，學者對於大數據用於商業活動後，

¹⁴ 陳章榮、陳逸凡、趙衛中、鄒文，大數據時代的統計學，中國統計學報，53卷3期，2015年9月，頁187-188。類似的見解可參見：高翊璋、侯藹玲、葉玲瓏、姜葉飛，醫療大數據概述，數據分析，11卷5期，2016年10月，頁3。

¹⁵ Xindong Wu, Xingquan Zhu, Gong-Qing Wu & Wei Ding, *Data Mining with Big Data*, 26(1) IEEE TRANS. KNOWL. DATA ENG. 97, 99-102 (2014).

¹⁶ Jiun-Yan Shiau, *Big Data Analysis and Data Mining*, <http://www2.nkfust.edu.tw/~sho/bigdata.html>（最後瀏覽日期：2020年1月27日）。

¹⁷ Jeff Chester, *Cookie Wars: How New Data Profiling and Targeting Techniques Threaten Citizens and Consumers in the “Big Data” Era*, in EUROPEAN DATA PROTECTION: IN GOOD HEALTH? 53, 58-60 (Gutwirth S., Leenes R., De Hert P., Pouillet Y. eds., 2012).

¹⁸ 戴允強、廖佩珊，淺談大數據、統計資訊分析與統計學習在臺灣金融服務業的運用，數據分析，11卷1期，2016年2月，頁33-34。

¹⁹ Nick Couldry & Joseph Turow, *Advertising, Big Data and the Clearance of the Public Realm: Marketers’ New Approaches to the Content Subsidy*, 8 INT’L. J. COMM. 1710, 1712-14 (2014).

²⁰ Omer Tene & Jules Polonetsky, *Big Data for All: Privacy and User Control in the*

所帶來的經營效益與個人隱私之間的傾軋多所著墨²¹，並擔憂此種商業模式已經暴露了過多的隱私²²，在此種趨勢之下，該如何適當地在商業活動與保護使用者隱私之間取得平衡，便成為現代社會下重要的一項課題。

三、小 結

若吾人嘗試將視角擺在既已存在，但尚未完全形成法律爭議的個資事件——亦即是前述利用數位足跡達到商業行銷目的之廣告投放行為時，便不難發現，前述活動中，大量地使用了網路使用者的瀏覽資訊，獲得為數可觀的分析資料，進而用於數位行銷活動，藉此精準投放廣告，此類蒐集網路瀏覽資訊的行為是否合法？又是否已經取得當事人同意？這些問題毋寧都是個資法在數位時代下所必然面臨的爭議問題，就此，筆者將於下段「肆、數位足跡於商業應用之合法性討論」進行較為細緻的討論。

肆、數位足跡於商業應用之合法性討論

數位足跡被應用於當今的商業銷售活動，已是既存的事實，然而接踵而來的問題是：應當如何使用數位足跡，才屬於合法的手段？又或者換句話說：數位足跡應當是個資法的保護對象嗎？數位足跡所彰顯的個人隱私，應如何被個資法以及其特別刑法作為保護客體？前述問題，似乎是數位足跡這個概念被提出、且真實地被應用於商業活動之後，無法規避的重要課題，特別是我國個資法尚設有特別刑法之規定，應如何在兼顧刑法謙抑性的前提下，同時令個資獲得最充分的保護，毋寧需要更加完整的論述篇幅。是此，本文以下將由個資作為一種隱私型態開始進行討論，進而討論個資作為

Age of Analytics, 11 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 239, 260 (2013).

²¹ Anita L. Allen, *Protecting One's Own Privacy in a Big Data Economy*, 130 HARV. L. REV. 71, 74 (2016).

²² Omer Tene & Jules Polonetsky, *A Theory of Creepy: Technology, Privacy and Shifting Social Norms*, 16 YALE J.L. & TECH. 59, 92 (2013-2014).

保護利益、乃至成為隱私法益保護客體之可能性，期盼能夠藉此完善網路瀏覽資訊的法律定位，以及其在特別刑法上應有的保護狀態。

一、網路瀏覽紀錄作為法益保護客體之可能性

身處於資訊社會中，現在的生活模式已無法離開網際網路的世界，舉凡查詢資訊、閱讀新聞、購買商品、甚至從事學術研究，都幾乎仰賴網際網路的運作，但在享受便捷的生活當下，其實我們在網際網路上的一舉一動都早已被記錄下來，甚至成為廣告商、企業主眼中最佳的銷售對象。

以目前市佔率最大的瀏覽器Google Chrome來說，便支援了第三方Cookie的功能，Google也藉此獲得了龐大的廣告商機，成為了網路廣告的巨頭²³，但隨著隱私權意識的抬頭，加上歐盟所頒布被號稱史上最嚴格個資規範的「一般資料保護規範」（General Data Protection Regulation, GDPR）以後，第三方Cookie的使用受到了嚴峻的挑戰，Google也宣稱往後2年將逐漸的放棄第三方Cookie的功能，以符合GDPR對於個資保護的標準²⁴。

但回到刑法視角的思考上，吾人首先應該面對的是：個人的網路瀏覽紀錄是否屬於隱私資訊，並具有隱私利益？接續的問題則是：法規的適用途徑為何？能否作為個人資料保護法中所稱的個人資訊、抑或是具有合理的隱私期待，從而可以作為隱私法益的保護客體？這些問題，無疑都是數位社會中必然存在的隱私風險，只是較少引起法學研究的關注而已。故而本文以下將先釐清網頁瀏覽紀錄是否可以作為一種隱私類型、進而處理網路瀏覽紀錄能否被認定

²³ Google Chrome將實施「隱私沙盒」提案，第三方cookie將遇「減頂之災」？科技新報，2020年1月16日，<https://technews.tw/2020/01/16/google-chrome-privacy-sandbox-coming-soon/>（最後瀏覽日期：2021年5月20日）。

²⁴ 林妍濤，Google Chrome二年內將不再支持第三方cookies，iThome，2020年1月15日，<https://www.ithome.com.tw/news/135364>（最後瀏覽日期：2021年5月20日）。

為是一類個資，其後將處理網頁瀏覽紀錄作為法益保護客體之可能性。

(一) 網頁瀏覽紀錄作為一種隱私

隱私權的概念在美國法體系而言，係透過普通法中的侵權行為法形塑而成，其後再發展為憲法上的基本權利²⁵，對於前述現象，學者也指出美國在發展隱私權初期曾出現「暈影理論」(penumbras)，意指美國憲法人權清單中其實未正面列出隱私權的概念，但卻可以由憲法中各種權利的暈影中，演繹出受到保護的隱私概念²⁶；極為類似的情況也出現在我國，我國憲法中亦沒有明文規定隱私權的內涵，故而僅能透過憲法第22條概括條款的方式，在不妨害社會秩序與公共利的前提之下，作為一種基本權利的型態，進而使隱私權能夠受到憲法層次的基本權保障²⁷。前述僅能透過學理演繹的情況在司法院大法官陸續做出第585號解釋、第603號解釋後，獲得了適度的紓緩。而對於網頁瀏覽紀錄是否可以作為一種隱私，這個問題不妨由前述2號解釋的內容進行觀測。

司法院大法官於釋字第585號之解釋理由書中提及：「……隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」而於釋字第603號解釋理由書中，大法官更進一步地闡述：「……維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或

²⁵ 許育典，當新聞自由遇到隱私權——一個公益與私域的衝突難題，月旦法學雜誌，244期，2015年9月，頁86。

²⁶ 許恒達，隱私法益與新聞自由——簡評最高法院九八年度台上字第五〇五三號判決，台灣法學雜誌，162期，2010年10月，頁206。

²⁷ 許育典，同註25，頁87。

缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照），其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」

由前述二件大法官解釋理由書可知，我國大法官對於隱私權的保護透過憲法第22條概括條款進行解釋後，歸納其內涵應包括：維護人性尊嚴與個人主體性、維護人格發展之完整、保障個人生活私密領域免於他人侵擾、個人資料之自主控制。

由前述大法官解釋意旨回到個案而言，使用瀏覽器、瀏覽網路資訊的行為，確實並非公開行為，資訊的搜尋和取得，僅在使用者與網路伺服器之間交換，對於使用者而言，也並沒有預期這段過程會受到第三人窺視，故參照前述大法官解釋意見書所歸納出的4點內涵，筆者認為個人的網頁瀏覽紀錄至少具備了：「保障個人生活私密領域免於他人侵擾」以及「個人資料之自主控制」的兩類特徵。換言之，個人使用瀏覽器瀏覽網路時，將構成生活的私密領域，使用者搜尋了什麼、造訪了什麼網頁，都是其個人的私密資訊，而應該屬於隱私權的範疇。

其次，因為使用瀏覽器瀏覽網頁，進而產生的「網頁瀏覽紀錄」也應當屬於個人資料的一類，因為這類資料是基於個人私密領域活動而產生的紀錄，自然亦屬於隱私權的保護範圍，故而有個人資料的自主控制權限，不應受到他人的介入及干預。故綜上所述，筆者認為，網頁瀏覽紀錄基於使用者對瀏覽活動的認識，以及其活動屬性，應屬於個人生活的私密領域，使用者對於網頁瀏覽紀錄亦應該擁有資訊自主控制權，故應當可以作為一類隱私。

（二）網頁瀏覽紀錄屬於間接可識別個人之個資

依個資法第2條第1款對於個人資料的認定，包括了：自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指

紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。上述類型中，又以「其他得以直接或間接方式識別該個人之資料」最值得在網路瀏覽紀錄的問題意識下進行討論；質言之，網路瀏覽紀錄能否作為個人資料保護法的客體，取決於網路瀏覽資料是否屬於「其他得以直接或間接方式識別該個人之資料」。對此筆者認為，由於網路瀏覽活動被記錄下來的是某一組裝置在特定瀏覽器的活動，裝置的資訊（例如某部筆記型電腦）並不見得能夠直接識別使用者的真實身分，但即便如此，透過前述資訊仍舊有可能透過網路瀏覽紀錄堆砌出使用者的可能身分，例如：搜尋的偏好、網頁瀏覽的偏好、信用卡卡號、生日、性別、IP位置等，故而應當被認為可以間接識別使用者的身分。整體而言，網路瀏覽紀錄雖然詳實地留下了使用者造訪每一個網頁的足跡，但前述資訊尚且無法達到直接識別的度，較有可能的詮釋途徑應當是依據個資法第2條第1款後段，認為網路瀏覽紀錄屬於可間接辨識該個人之個人資料。

二、個資法第41條應有的解釋進路

現行個資法第41條除了仍維持2010年修正時所採取的抽象危險犯設計，以「足生損害於他人」為構成要件要素外，個資法於2015年12月修正時，另將舊個資法第41條第2項意圖營利之規定全部刪除，另外加上「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」作為現行規定之主觀構成要件要素。此種修法模式在抽象危險犯的設計上，加入了特定的犯罪意圖，藉此限制犯罪的處罰空間，學說見解指出這是一種「適性犯」的立法模式，而透過此種模式，可以將行為時點的法益危險判斷限縮解釋，進而使得本罪的發動門檻提高²⁸。

²⁸ 關於適性犯的解釋可以參見：許恒達，論假訊息的刑法規制，月旦法學雜誌，303期，2020年8月，238頁。王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制

惟就前述修正過程及法條文義，能否就此判斷現行個資法的處罰範圍？質言之，依舊個資法之規定，尚能理解第41條第1項可適用於非營利型的侵害個資行為、同條第2項則處罰營利型的侵害個資行為，且後者之刑度高於前者，可理解立法者認為利用個資營利行為的可非難性較高。至於修正後的個資法是否依舊處罰非營利行為？抑或是僅處罰營利行為？觀察現行第41條的構成要件內容，似難直接得出肯定的答案。

對於前述法律修正後的適用問題，有學者提出進一步的討論²⁹，氏著觀點認為，現行個資法的修正模式可能是仿自德國聯邦資訊保護法修正前之第44條第1項規定，參考其「有償、意圖使自己或他人獲利、或意圖損害他人」之主觀構成要件要素。學者也進一步地提出解釋，認為所謂的有償，係以財產利益作為侵害個資行為之對待給付；獲利意圖則是指以不法獲得財產為目的；損害意圖則指造成物質或非物質之損害為目的³⁰。故而在前述架構下，我國現行個資法第41條前段之「為自己或第三人不法之利益」，應解為：行為人利用不法手段追求財產上利益。至於第41條後段之「損害他人之利益」則是指行為人以侵害個資為手段，侵害他人個資以外之利益。

對於前述個資法第41條的解釋問題，國內罕有學者提出明確的解釋進路，而前述見解所提出的解釋方向，已將個資法第41條修正後混沌不明的適用狀況找出一條可資參考的路徑，惟受限於前述參考文獻的篇幅所限，並未能進一步地指出修正後的個資法第41條與舊個資法的差異為何，舉例而言，現行個資法是否仍舊處罰不具營利意圖的侵害個資行為？由上述見解當中，尚不能夠得到完整的詮釋結果。職是之故，筆者不揣淺陋，利用前段援引德國聯邦資訊保

為中心，臺大法學論叢，47卷4期，2018年12月，頁2374-2377。李聖傑，親愛的小孩，月旦法學教室，131期，2013年9月，頁31-32。

29 薛智仁，GPS跟監、隱私權與刑事法——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，裁判時報，70期，2018年4月，頁53-54。

30 同前註，頁54。

護法的解釋架構，嘗試對我國現行個資法第41條應有之解釋方向進行歸納。

(一)意圖為自己或第三人不法之利益

對於「意圖為自己或第三人不法之利益」的解釋方向，筆者認為仍應先將討論集中於為有償之侵害活動，但必須是藉此侵害個資的行為，進而獲得不法之利益；換言之，合法利益的追求，依照目前學說之見解，即使是有償，亦不該當本罪之構成要件。前述的解釋途徑刻意限縮了對於有償與否的解釋方向，而將有償的情況之下，再細分為是追求不法利益；抑或是合法之利益。

此種將取得利益區分為合法與不法，並且進而達到限縮個資法第41條適用的狀態，國內亦有學者持相同之見解³¹。例如販售個資，或利用個資取得不法利益，均會該當本罪；但另一方面，也有學者指出：利用客戶到店消費時，曾留下的電話進行產品推銷，應屬於誘發商業活動的行為，其目的在促成未來的交易可能性，且商業活動提供服務或商品，應具有合法性³²。筆者對於前述見解在原則上保持贊同之態度，惟對於「合法利用個資」進而取得利益的情況，筆者則有不同見解，原因在於學者在文獻中所舉的例子為：「餐廳利用過去客戶訂位所留下的手機號碼，發送廣告訊息。」（以下簡稱為餐廳推銷案）在前述案例中，吾人可以理解為客戶A至B餐廳消費，而A的手機號碼也僅被B餐廳用來推銷自家餐飲活動，在餐廳推銷案中，B餐廳在A不知情的情況下，發送廣告簡訊給A，雖然可能並不是A當初留下電話的用意，但此種行為的刑罰可非難性較低，且如同學者見解，商業活動尚會提供服務或商品，前述利得具有合法性，不應作為個資法第41條的處罰對象。但若是A的電話在未受告知、不知情的情況下，被B餐廳集團的系列品牌B1與B2作為營運推廣所用，或是流至C餐廳使用時（以上均假設為無償取得），即便這

³¹ 薛智仁，同註29，頁54，註40。

³² 徐育安，同註4，頁24。

些情況都屬於合法商業活動的範疇，但因為與餐廳推銷案之使用目的存在顯著落差，筆者認為便不能以B1、B2與C餐廳均是推銷合法的商業行為，從而認定為是合法利益，在前述情況之下，B餐廳將A手機號碼流出的行為則該當個資法第41條第2項之不法構成要件，屬於侵害他人資訊隱私之行為。換言之，筆者認為前述見解仍有細緻化之必要，亦即是不能以商業行為具有合法性，進而判定只要是因為商業行為而蒐集、處理、利用他人個資的行為均屬於追求合法之利益。

(二)損害他人之利益

學者認為個資法第41條後段規定，係以造成他人物質性的或非物質性的損害為目的，例如侵害他人的財產或名譽；筆者認為前開規定即是舊個資法第41條第1項所規定的非意圖營利而侵害他人個資的行為。換言之，現行個資法第41條之規定，仍舊處罰非意圖營利的行為，且其刑度提升至與意圖營利者相同，顯見立法者依舊在個資保護的領域採取嚴罰化的規制手段。

(三)最高法院刑事大法庭的見解：區分說

不過前述見解在近期遭到實務上引起看法相左的論戰；質言之，個資法第41條中所稱的「利益」是否僅限於財產利益？最高法院存有肯否二說之爭議³³。肯定說見解認為，現行法既已刪除2010年版本個資法第41條第1項之規定，並將前述規定之第2項之意圖營利之要素刪除，則應該將修正後的個資法第41條規定予以目的性限縮解釋，故前述提及的利益，應僅限於財產上利益。但否定說則認為，由立法理由及修訂過程觀察，並無法得出對於非財產上利益侵害行為除罪化的結論，再者，否定說見解也認為個資法中的特別刑法規定，其目的也包括避免人格權受到他人不法之侵害，故個資法第41條所稱之利益，自然應包括人格權，而不僅止於財產上利益。

³³ 可參見：最高法院109年度台上大字第1869號裁定書。

而關於前述爭議，學者在最高法院刑事大法庭109年度台上大字第1869號案件所出具的鑑定意見書中，再次提出了更為具體的解釋³⁴，氏著見解採取區分說，認為：在個資法第41條前段「意圖為自己或第三人不法之利益」的型態中，應僅限於財產法益侵害的討論，而不及於其他非財產法益；至於個資法第41條後段提及的「意圖損害他人之利益」，則包含其他非財產法益的侵害。而前述見解也為大法庭所接納，大法庭參照修法經過認為，個資法第41條前段應是承襲舊個資法中「意圖營利」的概念而來，僅處理財產法益的侵害；而個資法第41條後段，則因其目的即在於造成他人損害，故不應僅侷限於財產上的侵害，故不限於財產上利益。

④統合性的觀察：加入基於合法意圖的討論

綜整相關見解可以發現，由個資法於2010年修訂以來，對於不法行為是否該當個資法第41條的問題，學界曾出現不同的切入視野進行觀察，但整體而言，大多數的見解都企圖透過外國法制及相關學說，釐清我國個資法應有的適用方向，並期盼藉此達到刑法的謙抑性，使個資法第41條的適用範圍不會漫無止境的擴張。另一方面，透過個資法第7條第3項推定同意的設計，在單純採取文義解釋的法條操作時，也可以作為合法意圖的來源之一；質言之，當資料蒐集者（公務機關或非公務機關）依個資法第8條第1項規定，對當事人履行應告知事項，而當事人並未拒絕且提供其個人資料時，應視為其同意該項蒐集活動，此時，蒐集者的行為將被視為具有合法意圖。

綜整前述觀點，對個資法第41條的討論，將由2010年前後所觀察的「是否為基於合法意圖」，進展到2020年最高法院刑事大法庭所提出的「利益是否限於財產上利益」等二個不同層次的論證。

³⁴ 薛智仁，最高法院刑事大法庭109年度台上大字第1869號專家學者鑑定意見書，頁10-14，2020年10月，<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-12363-9d80a233921f49eb8979696b4630e548.html>（最後瀏覽日期：2021年5月20日）。

筆者認為，前述不法要素的討論，或許還需要進行統整性的觀察，故對於前述問題，筆者則嘗試就不法要素中：「是否獲得財產上利益」、「是否基於合法意圖」進行歸納，並得出下表中A、B、C、D、E等五個情境：

		獲得財產上利益	獲得非財產上利益
基於合法意圖		A	B
基於不法意圖	為自己或第三人不法利益	D	C
	意圖損害他人利益	E	

1. 上表中的A情況即是2010年前後相關學說討論的爭點所在，學者舉出了餐廳推銷案作為討論素材，並認為在此種情況之下，當事人取得顧客個資，是基於合法意圖，並獲取合法利益，並不構成個資法第41條的要件。

2. 在B情況中，既未獲得財產上利益，又基於合法意圖，若依個資法第41條之規定，則完全不該當其構成要件。

3. C情況則是最高法院大法庭採取區分說時，遭到排除的情境。若依照上表架構所示，C情況應該是行為人：「基於不法意圖，為自己或第三人不法之利益，侵害他人之個資，並因此獲得非財產上利益」在最高法院大法庭刻意操作限縮解釋的情況下，前述情狀將因為承襲舊法有無「意圖營利」的判斷標準——有無反覆實施、並藉此獲利之可能性，進而導論出不構成個資法第41條之罪的結論。

4. D情況中，依照大法庭採取的區分說見解，當事人基於為自己或第三人不法利益之意圖，且有獲得財產上利益時，即為前述大法庭見解所認為構成刑事不法之行為，舉例而言，販售他人個資進而獲取財產上利益便為此種類型，構成個資法第41條之罪。

5. 在E情況之下，大法庭見解則認為有個資法第41條後段的適用空間，且不論是否為財產上的侵害，均有適用餘地。在此種設定之下，行為人即便沒有因此獲得財產上的利益，但因為是基於損害他人利益之目的，且兼具有獲取不法利益的事實；此種情況在技術內

容上³⁵，則接近於學者於所提到的GPS跟監案³⁶，被告不是為了獲取財產上的利益，而是為了使他人承受不法之刑事訴追的刑罰後果，依照前述見解，依舊構成個資法第41條之罪³⁷。

(五)小 結

本文雖然利用前述段落觀察近期以來，我國實務見解以及重要學說見解，對於個資法第41條的操作基準，並統合了系爭規定在舊法時期的討論概念，歸納為上述的5種情狀，但對於最高法院大法庭採取區分說的論證過程而言，中間裁定書的內容雖然概略地交代了為什麼「意圖為自己或第三人不法之利益」的情況下，僅限於侵害財產上利益，而不及於非財產上利益——相同的觀點，也能夠在鑑定人所提出的鑑定意見書上看到更為細緻的論述，但僅以舊法中的「意圖營利」加上「意圖為自己或第三人不法之利益」此一構成要件要素廣泛地被應用在保護財產法益的相關規定上的觀點，作為支撐前述立場的重大理由，筆者則認為似仍有再加討論的空間，於此，吾人不妨將舊法中意圖營利或是其他相關規制的概念暫且擱置一邊；若以上表C情況進行討論，縱然C情況中的行為人沒有營利的意欲、也可能沒有反覆實施的風險，但終究是基於不法意圖，為自

³⁵ 感謝一位匿名審查人的提醒；利用GPS進行跟監的行為係基於犯罪偵查之目的而為之，而犯罪偵查行為具有高度的公益色彩，故在本質上確實與「基於損害他人利益的不法意圖，獲得財產上或非財產上利益」存在差異，故就此以「在技術內容上存在相似之處」作為補充說明。

³⁶ 薛智仁，同註29，頁54。利用GPS技術追訴犯罪行為與妨害個資罪的相關討論，尚可參見：蔡聖偉，再論私裝GPS跟監與「竊錄非公開活動」——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，裁判時報，76期，2018年10月，頁39-40。蔡聖偉，私裝GPS跟監與刑法第三一五條之一——評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第24〇七號判決，裁判時報，32期，2015年2月，頁36-37。薛智仁，衛星定位追蹤之刑責——評臺灣高等法院100年度上易字第2407號判決，科技法學評論，11卷1期，2014年6月，頁136-146。

³⁷ 不過另一個在刑事訴訟程序上可以想見的問題是：非法跟監所取得之證據即使遭到排除，但其他偵查所得之證據仍可以證明被告有罪，在此情況之下，並不會因為使用GPS跟監而取得的證據遭排除，想當然爾地作成被告無罪的判斷。

己或第三人不法利益，進而侵害他人個資，並且獲得非財產上利益。此種情況如同執掌個人資料的公務員（可能是具備警察³⁸或是司法官等身分者），為了追求心儀的對象或謀取利益，進而利用其公務職掌之系統，獲知被追求者或他人的個資，藉此獲得非財產上之利益³⁹。前述狀況在當前實務上的處理方式不一，實務有認為應該與公務員洩漏國防以外秘密之罪成立想像競合，從重適用個資法第41條的見解出現⁴⁰，也有實務見解認為，這類情況下因為行為人並未因此獲得財產上利益，故將侵害個資法第41條之罪予以不起訴處分，而另行成立刑法公務員洩漏國防以外秘密之罪論處的情況⁴¹，但無論適用途徑為何，前述C情況的可非難性並不低於營利行為，而對於前述案例的處理途徑，則繫於對刑法公務員洩漏國防以外秘密之罪與個資法第41條侵害個資罪保護法益的認識。筆者認為，公務員洩漏國防以外秘密之罪，帶有公務員對其職務的廉潔性誠命、守密義務以及對於國家的忠誠義務，我國學術界均將本罪納入瀆職罪的一環⁴²。但關於個資法第41條的侵害個資罪，則涉及了個資擁有者對於系爭個人資訊的近用權限，以及其人格權的完整性，故整體而言，

38 王俊忠，幫經營賭盤女友找金主、私查債務人個資 男警遭法辦，自由時報，2020年6月23日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3206070>（最後瀏覽日期：2021年5月20日）。

39 吳家翔、丁牧群，喪偶法官追女人 濫窺個資，蘋果日報，2012年3月7日，<https://tw.appledaily.com/headline/20120307/GJKCR3W77HCAJLACTH43F44U/>（最後瀏覽日期：2021年5月20日）。

40 臺灣臺南地方法院109年度訴字第332號刑事判決。

41 曾健祐，刑事局偵查員偷查民眾個資 法院斥知法犯法判3月，聯合新聞網，2021年1月29日，<https://udn.com/news/story/7321/5215770>（最後瀏覽日期：2021年5月20日）。裁判書可參見：臺灣桃園地方法院109年度審簡字第793號判決。關於起訴書則參見：臺灣彰化地方檢察署108年度偵字第5798號、108年度偵字第5799號、108年度偵字第6421號、108年度偵字第6847號、108年度偵字第7103號起訴書。

42 林山田，刑法各罪論，下冊，2006年修訂5版，頁130。柯耀程，洩漏國防以外秘密之洩密罪——兼論台北地方法院九十七年易字第三二九號刑事判決，裁判時報，5期，2010年10月，頁115-116。柯耀程，職務洩密罪之瀆職規範適用辯證，月旦法學教室，125期，2013年3月，頁61。

前述二罪並不屬於同一個保護法益，故在前述案例中，應依刑法第55條成立想像競合關係。

三、推定同意的相關爭議

在釐清當前實務對於個資法第41條的操作態度後，接下來本文則必須處理個資法中另一個相當重要的問題——亦即是推定同意。一如爬梳個資法相關規定後所得到的結論，在現行個資法中，取得當事人同意是相當重要的條件，除了可以合法蒐集與利用當事人個資外，更有機會進行目的外使用，若蒐集個資的行為符合前述規定，則自然便不會進入個資法第41條刑事責任的射程範圍之內。而與當事人自主意識相關的規定內容，除了積極同意外，於現行個資法中，尚有推定同意的設計。

推定同意規定於現行個資法第7條第3項，參考其構成要件內容，若公務機關與非公務機關已明確告知相關之應告知事項時，只要當事人未表示拒絕，同時又提供其個人資料時，便能推定當事人已經構成個資法上的同意。此種立法設計固然可以對商業活動帶來相當程度的便利性，並加速合法活動對於個資的利用，但前述的告知與當事人明確知悉、了解之間，畢竟存有落差。利用推定同意所取得的個資，果真是出於當事人真摯的同意嗎？恐怕仍有疑義，故本文以下將針對前述觀點進行討論。

我國舊個資法施行細則制定於1996年，依該版本第30條第1項規定：「本法第十八條第一款所稱當事人書面同意，指依書面之記載，足認當事人已有同意之表示者。」第2項則規定：「非公務機關基於特定目的，為取得當事人書面同意，於初次洽詢時，檢附為特定目的蒐集、電腦處理或利用之相關資料，連同得於所定相當期間表示反對意思之書面，經本人或其法定代理人收受，而未於所定期間內為反對之意思表示者，推定其已有同意之表示。」

由修法歷程觀察，前述規定自然與1995年制定之電腦處理個人資料保護法存在連動關係；換言之，綜合上述資訊判斷，1995年的

電腦處理個人資料保護法中，對於非公務機關蒐集當事人資料之規定，便已設計了推定同意的方式。直至2010年更名為個人資料保護法後，連帶地2012年施行細則亦隨之修訂，刪除了前述舊個資法施行細則第30條第2款的推定同意規定，此項修正，在當時亦獲得學者正面的肯定⁴³，並認為推定同意類似於歐盟個人資料保護工作小組所稱之「單純的沉默」，並未有積極的表示態度，故而單純沉默與同意之間應不能畫上等號，2012年版的個資法施行細則的修正方向，係值得贊同的方向。

惟時至2015年，個資法再次進行大幅變革時，推定同意的設計卻又捲土重來，在該次修正當中，推定同意已不再委身於施行細則當中，而是直接規定在個資法第7條第3項，依據前述規定：「公務機關或非公務機關明確告知當事人第八條第一項各款應告知事項時，當事人如未表示拒絕，並已提供其個人資料者，推定當事人已依第十五條第二款、第十九條第一項第五款之規定表示同意。」

換言之，推定同意的魅影幾乎與我國個資法形影不離，僅有在2012年舊個資法施行細則修正後，至2015年12月個資法再次翻修前，這段大約將近3年的時間，我國個資法制的運用上，不存在推定同意這類忽視當事人真實意願的設計，其餘時間乃至今日，我國個資法的設計都存在推定同意的規定。而回到刑法的觀察角度將可以發現，若個資法已明文將推定同意作為使用個資的一種合法權源時，那麼前述刑法學者對於個資法可能過度擴張刑法使用範圍、嚴罰化趨勢的見解，則可能是過度憂慮的表現。進一步地說，在理解當前個資法第41條的修正結果後，吾人固然可以認為就該條而言，確實存在刑度加重的嚴罰化趨勢，但若同時將個資法第7條第3項的推定同意合併觀察時便能發現，個資法第7條第3項的推定同意設計，將扮演案件進入個資法第41條特別刑法的控制閥，以整部個資

⁴³ 劉定基，析論個人資料保護法上「當事人同意」的概念，月旦法學雜誌，218期，2013年7月，頁153。

法在特別刑法的部分觀察，即便修正方向可能招致過度依賴刑罰的批評，但在實務運作上而言，卻因為第7條第3項的推定同意，而不致使得大多數的個資爭議都必須仰賴刑法作為處理途徑；若說推定同意的設計架空了特別刑法的規制目的，或許也並不為過。但追根究柢，前述狀況真正的問題不僅是推定同意架空個資法第41條侵害個資罪而已，毋寧是個資法第7條第3項的設計過於寬鬆，致使侵害個資的行為人——特別在本文所欲討論的商業活動的情境下，將可以輕易地援引個資法推定同意的規定，進而阻卻成立侵害個資罪。吾人固然肯認個資法中的特別刑法規定正逐漸地往嚴罰路線前進，但相對地，推定同意的問題在我國學界幾乎從未與侵害個資罪合併進行討論，使得相關見解始終在光譜的兩個極端之間擺盪，難以讓特別刑法的規定覓得妥適的定位，甚至可能在不斷加重刑罰的態勢下，依舊存在法益欠缺保護的問題。

四、小 結

本段為本文核心問題意識的討論，在網路廣告的投放問題與個資的刑事保護的方向上，筆者認為，網路廣告的投放問題，無可避免地會討論到第三方Cookie的應用與大數據分析的技術，其中，又以第三方Cookie的技術所牽涉的法律問題最為關鍵，理由在於第三方Cookie所追蹤的是網路使用者在各網頁之間的瀏覽紀錄，爾後再利用這些觀測紀錄，進行廣告投放，在這個觀察前提之下，本文進行了以下的討論：

(一)首先必須確認的是，前述的網頁瀏覽紀錄是否應作為一種個資類型，並且加以保護？筆者持肯定之見解，理由在於網頁瀏覽紀錄具有合理的隱私期待，應作為一種隱私法益的保護客體，而前述的保護法益，則應透過個資法第2條第1款之間接可識別之個人資訊加以定義。

(二)在確認網路瀏覽紀錄可以作為個資的一類後，接續處理的問題則是個資法第41條的解釋進路，筆者認為，依目前之規定，個資

法第41條前段所處理的行為應屬於意圖營利、且為取得不法之利益而侵害他人個資的行為，同條後段則處理非營利之侵害行為；學者間有主張類似之規定應有限縮解釋之必要，否則將使得刑罰的發動過於前置，取得合法利益者，應不在此限。筆者在原則上亦贊同前開說法，例如前述的餐廳推銷案便是合理的解釋成果。惟若同步考量當前數位活動盛行的社會現況，前述見解便有更細緻化的空間，亦即是對於意圖營利，但係取得合法利益的行為，並非完全可以脫免個資法第41條的刑事不法責任，例如各類網頁中預先勾選「同意 cookie 政策」的設計，便難以認為已經取得當事人真摯的同意。

(三)另一方面，依我國個資法存在第7條第3項之推定同意之設計，將可能讓個資法第41條規定在絕大多數的情況下失去作用。至此，吾人可以發現，國內對於個資刑法的討論雖然為數不多，但學者見解可能將由先前對於個資法修正後，過度擴張刑罰範圍、使得刑罰發動過於前置的傳統批評路線，因為個資法在2015年修正新增第7條第3項後，轉而出現迥然相異的討論方向，亦即是將典型對於刑法過度倚賴的批評，轉而倒向當今個資法乃與其特別刑法，是否遭到架空，從而對於個資幾乎無法發揮法益保護的可能性討論。

伍、本文見解

筆者認為，在現行個資法的規範框架之下，網路瀏覽紀錄欲作為一類個人資料，從而受到個資法保護、並成為特別刑法中隱私法益的客體，以現況而言仍缺乏刑事法學上的討論，而網頁瀏覽紀錄作為隱私法益保護客體的學術見解也尚待開發；另關於個資法第7條第3項的推定同意規定，也將使得後續第20條以及第41條的特別刑法規定難以啟動；而實務上對於個人資料的認定方式也未見一致，但在我國實體法上，網路瀏覽紀錄的隱私保護仍有許多待解的議題，基於前述認識，筆者提出個人見解，望能拋磚引玉，在變動極大的資訊社會下為隱私法益的適用找出些許可能的解釋途徑。

一、個資法第7條第3項推定同意應予以刪除或做嚴格的限縮解釋

我國個資法雖然在近年來屢有提出修正的紀錄，但與2018年開始執行的GDPR相較，對於個人資料的保護仍較為不足。以GDPR中對於個人資料的蒐集必須取得當事人的自願同意，且應有同意聲明書為要件；而我國個資法第7條第3項卻仍舊保留推定同意的設計，兩相對照之下便不難發現對於個人資料保護強度存在極為顯著的落差。我國目前正處於數位行銷手法蓬勃發展的環境之下，但在個人資料保障的法規上卻仍舊適用先前的保護邏輯，就此便不免得新興商業模式的活動可能成為規範的漏洞，進而出現法律規範無法跟上社會發展的狀態，本文所討論的第三方Cookie與大數據的廣告投放技術便是一例。故而筆者認為，在數位行銷已成為當前網路商業主要的銷售活動下，就個資法的規定而言，應將蒐集個人資料的行為由推定同意改為積極正面的明示同意，應當是為最理想的處理途徑。但修法工程浩大，吾人或許難以在短時間內期待看到修法成果的出現，故而退一步言之，筆者認為對於個資法第7條第3項的規定同意要件，亦應該從嚴解釋。質言之，前述規定中仍明確規定：公務或非公務機關應「明確告知當事人第八條第一項各款應告知事項」，此時，明確告知便成為可資解釋的要件。筆者認為，應參酌學者援引告知後同意（informed consent）的討論，在蒐集當事人個資前，必須採取一般人都能理解的文字呈現，且應使相關資訊清晰可辨，並具有可接近性（accessibility）⁴⁴，方才屬於合法的告知舉措；刻意使資訊模糊、隱蔽資訊或是提供虛偽資訊，將使得告知內容的可接近性降低，而導致當事人無法接受到完整的告知資訊時，亦無從成立推定同意⁴⁵。

⁴⁴ 同前註，頁158。

⁴⁵ 對於當事人並沒有給予真摯同意的情況下，學者曾在醫療刑法的案例中對德國法上的假設同意（hypothetische Einwilligung）進行討論，並認為在「醫師不為告知或告知有瑕疵」的前提之下，可以使用假設同意作為一種超法規阻

二、個資法第41條侵害個資罪應有之解釋方向

而關於個資法第41條侵害個資罪的解釋問題，筆者參考國內學者之見解後，搭配2015年的修正結果後認為，目前個資法第41條前段所處理的問題應限縮解釋為：侵害個資且謀取不法利益之行為，其規制對象與舊個資法第41條第2項相近；而個資法第41條後段所處理的問題則是侵害個資但並未有謀取不法利益之行為，規制對象則與舊個資法第41條第1項相近。

故整體而言，2015年修正後的個資法第41條規定仍與舊個資法的規定有高度的相似，舊個資法以營利與否作為兩種行為態樣的區分；現行個資法依照學者之見解，則應該限縮解釋至「謀取不法利益」，而非將所有營利行為均納入處罰對象，換言之，若謀取的是正當利益者，便沒有適用個資法第41條的必要性；惟筆者認為，雖然前述學者的觀點符合刑法的謙抑性質，故而值得在原則上加以肯認，但若按照學者的解釋脈絡，只要是追求合法利益的行為，都不應以個資法第41條論處時，將會讓一般商業模式與目前蓬勃發展的數位行銷模式都將如入無人之境般的使用輾轉流通的個資，進而使得個資的刑法保護設計毫無適用空間。故而筆者認為，前述學者的見解應予適當修正，亦即是：即便有償行為謀取的是合法利益，但只要未能取得當事人正面且積極的同意時，仍該當個資法第41條後段的不法構成要件。

三、違法蒐集網路瀏覽紀錄應有的適用途徑

對於網路瀏覽紀錄的法律定位，筆者認為應屬於隱私法益的保

卻違法事由，可參見：張麗卿，醫事刑法中假設同意的運用，東海大學法學研究，58期，2019年9月，頁95-97。若套用在本文的情境下，亦即是：縱然給予個資所有權人錯誤或隱蔽的資訊，但若能給予正確的說明時，也能想見個資所有權人也會同意給予個資蒐集者使用權限。但筆者見解認為，假設同意的概念並不適合使用在相關情境下，理由在於，假設同意的操作將會使得個人對於資訊自主權的掌握遭到架空，無助於形塑完整的人格權。相關見解可以參見：古承宗，醫療刑法上的假設同意與適用疑慮，月旦醫事法報告，41期，2020年3月，頁45-47。

護客體，並因為可以透過間接識別的方式確定使用者，故該當個資法第2條第1款的個資範圍，而在商業活動中，也應受到個資法第20條與第41條的保障。但關於目前各大網站、廣告商，為了追蹤使用者在各網頁間的瀏覽紀錄，因而衍伸出的第三方Cookie技術而言，各大網站若使用預先勾取同意追蹤的模式，筆者則認為，此種方式均未取得當事人正面、積極的同意，故而不能認為是有效的同意。至於依照我國個資法之規定，能否透過推定同意處理前開情況？筆者則認為，即便是推定同意，亦需要以「明確告知當事人第八條第一項各款應告知事項」為前提要件，但在預先設定勾選的狀況之下，網路使用者可能會因為勾選的狀態而缺乏了解前述應告知事項的動機，從而直接將預設的勾選同意表單送出，在此種情況下，則根本沒有該當前述要件，理由在於當事人對於系爭說明缺乏可接近性，換言之，預設同意的第三方Cookie表單也無法構成推定同意的要件，故筆者認為在前述情況下也不存在推定同意的空間，應該當個資法第41條之不法構成要件。而論者或有謂個資法之立法目的並非對於營利之行為均要一概納入處罰範疇，惟依據現行個資法第41條前段應有之詮釋方向，雖然既有的見解認為，應限縮解釋為以獲得不法利益為主，但合法的商業行為若未經過當事人的同意而利用其個資，亦應該當個資法第41項後段之構成要件，亦即該當損害他人之利益之構成要件。

陸、結論：尚待釐清的個資刑法保護

隨著資訊社會的來臨，個資的保護界線越趨模糊，此點從個資法的修法頻率以及特別刑法的刑度逐次加高便能看出端倪，然而，隨著新型態的數位行銷模式快速發展，以及商業活動的型態逐漸由實體轉向線上化便能看出，法規的修正終究難以面面俱到，而必須仰賴相當程度的法律詮釋，方能調和既有的法律規範以及社會現況。在本文中，筆者所關切的核心議題在於：第三方Cookie的技術

與各大網站、廣告商相互競逐使用者的網頁瀏覽紀錄，究竟有無侵害使用者的個資，從而可能該當個資法第41條的刑事不法責任？這個問題少有刑事法學者觸及，故而吾人則必須由源頭談起，首先觀察個資法歷來的修正趨勢與重點後，再嘗試釐清網頁瀏覽紀錄的法律定位；其後觀測目前實務所認可的個資種類以及區分標準，最後嘗試將網頁瀏覽紀錄作為一類個資後，其應有的法律適用途徑，故而總結上述觀測，筆者嘗試做出以下結論：

一、首先，對於個人的網頁瀏覽紀錄，在合理的隱私期待標準之下，個人的網頁瀏覽紀錄應屬於一種隱私，且能作為隱私法益的保護客體，並能透過個資法對之加以保護。

二、在個資法之下，即便吾人均能肯認第41條的操作應符合刑法謙抑性，而並非一律將所有營利行為均納入處罰範圍，但筆者認為，縱然以獲得合法利益為前提，但只要未能取得當事人的合法同意，亦該當個資法第41條損害他人之利益之構成要件。

三、更進一步地說，筆者認為在前述學者提出的「合法利益說」以外，尚應加上取得當事人合法同意的條件——無論是實體或是線上，方能得出前述學說所認為的：利用個資謀取合法利益不該當刑事不法的推論結果。且前述關於同意之操作，亦不得濫用個資法第7條第3項的推定同意，筆者認為，前述規定除了修法刪除一途之外，亦至少應該採取嚴格解釋之途徑，故而回到第三方Cookie及追蹤使用者瀏覽紀錄的現況時，各大網站常見的預設勾選同意接受追蹤的模式，應不能認為資料蒐集者已善盡告知義務，應屬於無效之同意，在前述情況下所進行的蒐集行為，仍該當不法侵害他人個資的構成要件，從而有特別刑法的適用空間。

參考文獻

一、中文部分

- 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，臺大法學論叢，47卷4期，頁2347-2392，2018年12月。
- 古承宗，醫療刑法上的假設同意與適用疑慮，月旦醫事法報告，41期，頁37-47，2020年3月。
- 李聖傑，親愛的小孩，月旦法學教室，131期，頁30-32，2013年9月。
- 林山田，刑法各罪論，下冊，2006年修訂5版。
- 柯耀程，洩漏國防以外秘密之洩密罪——兼論台北地方法院九十七年易字第三二九號刑事判決，裁判時報，5期，頁111-116，2010年10月。
- 柯耀程，職務洩密罪之瀆職規範適用辯證，月旦法學教室，125期，頁55-63，2013年3月。
- 徐育安，個資風險與刑事立法——個資保護新法的疑義及其檢討，全國律師，17卷4期，頁15-24，2013年4月。
- 高翊璋、侯藹玲、葉玲瓏、姜葉飛，醫療大數據概述，數據分析，11卷5期，頁1-11，2016年10月。
- 張麗卿，醫事刑法中假設同意的運用，東海大學法學研究，58期，頁63-102，2019年9月。
- 許育典，當新聞自由遇到隱私權——一個公益與私域的衝突難題，月旦法學雜誌，244期，頁81-95，2015年9月。
- 許恒達，隱私法益與新聞自由——簡評最高法院九八年度台上字第五〇五三號判決，台灣法學雜誌，162期，頁205-208，2010年10月。
- 許恒達，論假訊息的刑法規制，月旦法學雜誌，303期，226-246頁，2020年8月。
- 陳章榮、陳逸凡、趙衛中、鄒文，大數據時代的統計學，中國統計學報，53卷3期，頁186-202，2015年9月。
- 程法彰，數位經濟時代下個人資料保護的衝突與歐盟個資保護規則顯示的意義，月旦法學雜誌，264期，頁229-244，2017年5月。
- 劉定基，析論個人資料保護法上「當事人同意」的概念，月旦法學雜誌，218期，頁146-167，2013年7月。

- 蔡聖偉，私裝GPS跟監與刑法第三一五條之一——評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號判決，裁判時報，32期，頁31-37，2015年2月。
- 蔡聖偉，再論私裝GPS跟監與「竊錄非公開活動」——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，裁判時報，76期，頁27-40，2018年10月。
- 戴允強、廖佩珊，淺談大數據、統計資訊分析與統計學習在臺灣金融服務業的運用，數據分析，11卷1期，頁27-44，2016年2月。
- 薛智仁，衛星定位追蹤之刑責——評臺灣高等法院100年度上易字第2407號判決，科技法學評論，11卷1期，頁119-154，2014年6月。
- 薛智仁，GPS跟監、隱私權與刑事法——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，裁判時報，70期，頁42-60，2018年4月。

二、外文部分

- Allen, Anita L. (2016). *Protecting One's Own Privacy in a Big Data Economy*, 130 HARV. L. REV. 71-78.
- Chester, Jeff (2012). *Cookie Wars: How New Data Profiling and Targeting Techniques Threaten Citizens and Consumers in the "Big Data" Era*, In: Gutwirth S., Leenes R., De Hert P., Pouillet Y. eds., EUROPEAN DATA PROTECTION: IN GOOD HEALTH?, pp. 53-76. NY: Springer.
- Couldry, Nick & Turow, Joseph (2014). *Advertising, Big Data and the Clearance of the Public Realm: Marketers' New Approaches to the Content Subsidy*, 8 INT'L. J. COMM. 1710-1726.
- Gandomi, Amir & Haider, Murtaza (2015). *Beyond the Hype: Big Data Concepts, Methods, and Analytics*, 35 J. GLOB. INF. MANAG. 137-144.
- Jordan, John M. & Lin, Dennis K.J. (2014). *Statistics for Big Data: Are Statisticians Ready for Big Data?*, 52 JOURNAL OF THE CHINESE STATISTICAL ASSOCIATION 133-149.
- Sprague, Robert & Ciochetti, Corey (2009). *Preserving Identities: Protecting Personal Identifying Information through Enhanced Privacy Policies and Laws*, 19 ALB. L.J. SCI. & TECH. 39-90.

Tene, Omer & Polonetsky, Jules (2013). *Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics*, 11 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 239-274 .

Tene, Omer & Polonetsky, Jules (2013-2014). *A Theory of Creepy: Technology, Privacy and Shifting Social Norms*, 16 YALE J.L. & TECH. 59-100.

Wu, Xindong, Zhu, Xingquan, Wu, Gong-Qing & Ding, Wei (2014). *Data Mining with Big Data*, 26(1) IEEE TRANS. KNOWL. DATA ENG. 97-107.

Personal Data Protection and Criminal Liability: A Discussion of Digital Footprint

Pang-Yang Liu*

Abstract

The emergence of digital economy has made the digital footprints left by users on the Internet essential materials to be collected for brands and advertisers. The use of web browsing history (Cookie) is able to fulfill the needs for advertising to reach precise targets so that these brands and advertisers can gain their best business benefits. However, personal web browsing history involves privacy. Surfing web pages should be considered as a type of private activity. The author asserts that web browsing history characterizes privacy interest. Therefore, the legal interest of privacy in this regard should be protected by Personal Data Protection Act. Scholars have conducted research on the legislative purposes of Article 41 of Personal Data Protection Act recently amended in 2015. They suggested that not all of the profit-making activities should be included in the realm of the criminal system. Thus, the concept of profit-making defined in the previous regulations should be abandoned while it was necessary to break profit-making activities into legal and illegal categories. In this case, legal commercial activities were not regarded as the applicable

* Ph.D. Candidate, College of Law, National Chengchi University.

object of the said crime. Despite of what the scholars have pointed out, the author argues that the aforesaid contention may have neglected the importance of digital footprints and rapid shifts of the business models we have today. One concern about web browsing history raised in this paper is that the third-party Cookie is currently used to track users' footprints from one domain to another, but there is a lack of explicit descriptions in Cookie policies. Under such circumstance, even users' agreement to the use of Cookie may not constitute legal consent. In addition, constructive assent stipulated in Article 7, Item 3 of the Personal Data Protection Act is not in line with the trend of privacy protection in this modern world. This has given rise to the need for an amendment and deletion of the Act, or strict legal requirements for providing clear explanations in Cookie policies so that data collectors are imposed obligations to make concrete, complete and clear descriptions on the use of Cookie. By doing so, the regulations may apply to determine whether there is constructive assent or not. In general, the existing Personal Data Protection Act should be able to impose obligations on web operators and advertisers to clearly inform users of the use of the third-party Cookie which tracks their web browsing history in order to obtain users' positive consent. Otherwise, the use of third-party Cookie by web operators and advertisers will constitute illegal elements that violate the interests of other people specified in Article 41 of Personal Data Protection Act.

Keywords : Personal Data Protection Act, legal interest of privacy, cookies, reasonable expectation for privacy, presumed consent

【研究論文】

再犯認定、處遇等同性與機關分工 ——從大法庭裁定觀察毒品施用者 處遇的法理發展與運作情形

林俊儒*

要 目

- | | |
|----------------------|------------------------|
| 壹、緒論：如何理解大法庭
裁定？ | 參、法理發展：當刑事司法援引
成癮醫學 |
| 一、毒品施用者處遇的爭議 | 一、犯罪認定標準與處遇手段 |
| 二、問題提出：法理與政策 | 二、雙軌制處遇的等同性問題 |
| 三、如何理解：批判結合模式 | 三、機關處遇功能定位與分工 |
| 貳、政策目標導引實務見解的
變動 | 四、源於刑事司法的內部制肘 |
| 一、年限條款修改如何影響再
犯認定 | 肆、運作情形：擴大觀察勒戒的
影響評估 |
| 二、撤銷緩起訴的直接與間接
影響 | 一、辦案流水線上的短期自由刑 |
| 三、政策目標的拮抗關係與妥
協色彩 | 二、藥物交換網與刑罰節制措施 |
| 四、毒品法制運作中的政治
性格 | 三、易刑處分與定執行刑的空間 |
| | 四、觀察處遇法制的角度與立場 |
| | 伍、結語：解釋學出發的政策
觀點 |

DOI: 10.7003/LASR.202203_(8).0005

* 國立政治大學法學院博士生。本文初稿曾發表於2021年4月23日法律扶助基金會台北分會主辦之「大法庭之後：毒品施用者處遇最新發展研討會」，感謝與談人謝煜偉教授、兩位匿名審查委員的寶貴意見，以及宋一心律師、曾彥傑律師、喬政翔律師、楊淑玲律師的鼓勵與協助。惟文責當由作者自負。

摘 要

2020年7月15日毒品危害防制條例新法上路，卻引發司法實務適用爭議，陸續提交最高法院大法庭並作出三則裁定，為臺灣毒品施用者處遇圖像定調。本文將深入裁定文字背後的推理邏輯，在指出毒品法制於司法解釋中的柔軟政治性格之後，分析再犯認定與處遇手段、處遇雙軌制及等同性意義、檢察官與法官機關分工的法理發展，再從刑事政策角度檢討放寬觀察勒戒適用後的運作情形。接著將上述分析置入檢討成癮醫學與刑事司法結合模式的脈絡，指認結合模式的侷限，並從解釋學的角度對於制度提出反思與建議。

關鍵詞： 毒品施用者處遇、大法庭裁定、結合模式、觀察勒戒、緩起訴處分

壹、緒論：如何理解大法庭裁定？

2019年12月17日修正毒品危害防制條例（簡稱：毒品條例），調整毒品施用者處遇的規範適用。就緩起訴附命完成戒癮治療部分（簡稱：戒癮治療），修訂毒品條例24條，針對成癮性、施用動機及生活環境不同，彈性利用刑事訴訟法第253條之2第1項第4款公庫支付、第5款義務勞務、第6款戒癮治療、第8款預防再犯必要命令，有別於以往只能適用戒癮治療，讓檢察官得在徵詢醫療機構或其他相關機構意見後給予適當處分，施行日期為2021年5月1日¹。就觀察、勒戒（簡稱：觀察勒戒）及強制戒治部分，毒品條例第20條放寬觀察勒戒適用時機，將原本五年再犯始認定為初犯的規定改為三年，認為施用毒品者三年後再施用即屬初犯而得再聲請觀察勒戒，這部分則在2020年1月15日新法公布後於同年7月15日施行。然而，在觀察勒戒新法施行之後，卻引發實務一連串的爭議，最高法院遂提案送交刑事大法庭，並陸續作成三則裁定（及二則經徵詢階段統一見解之裁定），影響大量的施用毒品案件，衝擊司法實務的運作。

一、毒品施用者處遇的爭議

第一則爭議是，毒品條例第20條第3項「依前項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，三年後再犯第十條之罪者，適用前二項之規定」所稱「適用前二項之規定」的起算時點，是以「前次觀察、勒戒或強制戒治執行完畢」（簡稱：觀察勒戒時點說）或「最近一次犯施用毒品罪經起訴、判刑或執行」（簡稱：犯罪時點說）起算？還是「只要三年內曾再犯施用毒品罪，不管距離出所時點多久，都無從適用觀察勒戒」（簡稱：再犯剝奪說）？2020年11月18日公布109年度台上大字第3826號裁定一錘定音，採取觀察勒戒

¹ 2021年4月15日行政院院臺法字第1100010649號令發布毒品危害防制條例第18條、第24條定自2021年5月1日施行。

時點說，只要再犯（指再犯施用毒品罪）距離最近一次出所釋放時點已逾三年，不因其間犯施用毒品罪經起訴、判刑或執行而影響觀察勒戒適用。這則裁定主要探討如何認定再犯？甚麼樣的再犯情形不能再適用觀察勒戒？涉及犯罪、再犯與處遇手段之間的關係。

第二則爭議是，被告因施用毒品案件（前案），經檢察官依刑事訴訟法第253條之1第1項、第253條之2第1項第6款及毒品條例第24條第1項為戒癮治療後，因被告未完成戒癮治療之必要命令，經檢察官依職權撤銷戒癮治療確定，並依同條第2項就前案提起公訴。被告於戒癮治療確定後三年內因施用毒品為警查獲（後案），此時是否可以適用修正後毒品條例第20條第1項觀察勒戒？這涉及「曾經給予緩起訴處分遭撤銷」是否等同「已接受觀察勒戒」，在一定年限內不得再聲請觀察勒戒？2020年12月9日公布109年度台上大字第3536號裁定，在當事人撤回上訴之下，經徵詢多數刑事庭後認為被告未曾受觀察勒戒，即適用毒品條例第20條第1項。這則裁定依循109年度台上大字第3826號裁定意旨適用，惟實際上仍是處理戒癮治療與觀察勒戒能否等同視之的問題。對於此一尚未釐清的部分，在109年台上大字第3536號裁定公告後隔年的2021年5月5日及6月23日，大法庭經徵詢階段統一見解，分別在110年度台非徵字第98號、110年度台上徵字第2096號經由徵詢程序達成統一見解，接連揭示「未完成戒癮治療」不等同觀察勒戒，以及「完成戒癮治療」不等同觀察勒戒的意旨，明確表示最高法院的態度。

第三則爭議是，毒品條例第35條之1第2款前段規定，新法施行後法院就審理中案件「依修正後規定處理」，循著前述實務見解的改變，法院對於審理中案件究竟應該逕為觀察勒戒？還是為不受理判決後由檢察官斟酌如何處遇？2021年3月24日公布109年度台抗大字第1771號裁定，認為法院得視個案情形，依職權裁定令被告入勒戒處所觀察勒戒，或依刑事訴訟法第303條第1款規定為不受理之判決，擇一適用。這則裁定不僅涉及立法理由及其解釋的適用問題、程序經濟與個人化處遇精神的權衡關係，機關處遇分工也同樣值得

注意。換言之，究竟檢察官及法官應如何為毒品施用者處遇之適當分工？

二、問題提出：法理與政策

從處遇法理的角度切入，亦即就法律解釋操作如何達成施用毒品處遇目標的推論而言，第一則裁定判斷犯施用毒品罪與處遇手段之間的關係至關重要，什麼情況之下的施用毒品行為（初犯或一定年限內再犯等）可以接受特定處遇手段（戒癮治療、觀察勒戒，乃至於易科罰金、緩刑、徒刑等）？連結背後的邏輯與問題又是甚麼？本文稱之為「再犯認定」問題。第二則裁定探討處遇等同性，究竟要如何看待戒癮治療、觀察勒戒之雙軌制處遇間的適用關係？這不只涉及社區處遇及機構處遇的定位，更與國家戒癮資源投注或賞罰思維有關，涉及成癮者生存權保障及刑事司法作為給付工具的問題，本文稱之為「處遇等同性」問題。第三則裁定透露立法者及司法者如何看待檢察官與法官在毒品施用者處遇的機關分工，本文稱之為「機關分工」問題。本文循序漸進梳理上述三則裁定，從犯罪認定標準與處遇手段關係開始檢討，接著處理處遇手段之中雙軌制的關係，再檢討運用處遇手段的機關分工，將使得臺灣毒品施用者處遇法理更為清晰。

從刑事政策的角度切入，則關注於立法規則及實務見解變動所造成的影響。在這三則裁定擴大觀察勒戒適用之後，必定牽動司法行為，也就影響其他處遇。由於擴大毒品條例第20條第1項適用範圍，連動影響毒品條例第24條的適用，阻斷三年後再犯施用毒品罪者進入法院的管道，增加適用觀察勒戒而獲得不起訴處分的機會，保留讓施用毒品者適用緩刑的可能，但在此同時也就無法讓被告適用易刑處分，或透過合併定執行刑爭取刑罰優待，政策背後的利弊得失為何？另外，擴大觀察勒戒也將衝擊勒戒處所的收容能量，現行觀察勒戒處所長期存在的的機構處遇問題再次浮上檯面，這要如何因應？又會造成什麼樣的影響？

上述裁定與毒品條例新法共同建構毒品施用者處遇的樣貌，其處遇架構的變動並非完全來自於法條文字，其中有不少實務工作者匠心獨運的推論，部分出自於修法意旨對成癮醫學的理解，也就是法官從自身經驗出發或出於對於立法意旨的解釋，認為醫學應該如何對待施用毒品者或施用毒品成癮者；部分則是因應實務需求的妥協，也就是在現有資源及法制限制之下調整法條的適用。為了更清楚地看見立法政策與司法實務的互動關係，本文在此並不採取純粹的裁定評釋，而企圖藉由說明裁定文字背後的推論邏輯，指出毒品法制如何在解釋學上展現權宜性條文解釋的柔軟政治性格，並分別從處遇法理及刑事政策角度探討裁定內涵及其影響。接著將它放進批判成癮醫學與刑事司法結合模式的脈絡之中，從解釋學角度指出結合模式的侷限及其窒礙難行之處，再提出政策上可能的作法，對於毒品施用者處遇在刑事司法基礎上朝向醫療化發展的結合模式提出反省。

三、如何理解：批判結合模式

成癮醫學與刑事司法合作的結合模式，被認為是整合公共衛生與公共安全的處遇策略²，從治療與司法監督達到減少毒品施用的成效，贏得不少支持。考量到各國禁毒體制的政治進程上難以推翻刑事司法，部分政策制定者認為不如務實地運用成癮醫學及其背後的公共衛生思維，提高戒癮成效，甚至認為這種作法能保留禁毒體制減少毒品施用的優點。不過，公共衛生目標在於促進健康利益並採取事先預防的態度，與刑事司法處理違法行為且只能在發生違法行為後作出行動的方法完全不同，迭生爭執³。上述結合模式的路線爭執，極具有運動張力，一方面希望尋求適度醫療改善施用毒品者的健康狀態，另一方面則尋求更激進的根本變革，此間的緊張關係幾

² 楊士隆、李宗憲，毒癮者的處遇模式，收錄於：楊士隆、李思賢主編，藥物濫用、毒品與防治，2020年，頁405。

³ 這也涉及刑事司法與社會福利的關係，在刑事司法不干預與刑事處遇中提供福利服務間擺盪。

乎可以說是晚近毒品政策論辯的核心。

對此，職司法律解釋的司法者究竟要如何面對結合模式的批評呢？這始終是個難題。對於同樣在刑事司法基礎上援引成癮醫學而採取結合模式的臺灣來說，也面臨相同的處境。然而，上開大法庭擴大觀察勒戒適用的具體操作，恰好是極佳的時機及視點，觀察司法者如何因應結合模式？以作為解明結合模式的限制及其變動複雜關係的線索。理解大法庭裁定有不同作法，本文選擇將臺灣本土解釋學討論放進批判結合模式的脈絡，便出於此項提問，以期深入裁定文字背後的立場及價值觀，揭開這些乍看各自獨立議題背後的問題根源，從中探討刑事司法援引成癮醫學的結合模式面臨的問題，相應提出制度反思與建議。

貳、政策目標導引實務見解的變動

前二則裁定看似接續修法而來，但其實這些實務見解變動並非直接來自於修法，而是間接受到修法傳遞的政策目標影響。觀察這次修法如何吹皺一池春水，便能感受到毒品條例的實務運作從來都不是直接來自法理推論，而與政策目標緊密相關。至於政策目標在法律解釋之間具體形塑的關鍵，則在於刑事司法如何於自身限制之下援引成癮醫學概念。不過，政策目標也不盡然跟隨著成癮醫學的腳步，也有其因應政治現實的妥協，第三則裁定便為一例。這樣的情形不只發生在立法活動，也同樣出現在司法解釋，充分展現毒品法制柔軟的政治性格。接下來，本文將從裁定的文字出發，指出其推論過程如何受到政策目標所導引。

一、年限條款修改如何影響再犯認定

毒品條例第20條第3項新法上路，將檢察官得就犯施用毒品罪者聲請觀察勒戒的年限從五年調整為三年，其餘條文內容均未變動。按理，原本長期為實務接受的95年第7次刑庭決議、97年第5次刑庭

決議⁴只要將「五」改為「三」即可，其餘大可聞風不動，亦即：執行觀察勒戒或強制戒治執行結束後三年內再犯並遭依法追訴，縱其第三次（或第三次以上）再施用毒品時間在初犯經觀察勒戒或強制戒治執行結束釋放三年以後，也無法適用毒品條例第20條第1項聲請觀察勒戒（即再犯剝奪說）。不過，實務見解卻不採此途，提出全新作法。

最高法院刑一庭在109年度台上字第3135號判決首先發難⁵，認為修法既然是為了落實寬厚刑事政策變革，那就不應該因其間另犯施用毒品罪而影響觀察勒戒適用（即觀察勒戒時點說），並陸續為最高法院不同庭所採⁶，只有最高法院刑七庭採反對立場，認為所謂的三年再犯是「保持三年不犯施用毒品罪」，如果曾經犯施用毒品罪即中斷年限（即犯罪時點說），但其推論仍然肯定這次修法參酌醫學專業放寬年限的意旨，而捨棄長期為實務所接受的見解（即再犯剝奪說）。最終109年度台上大字第3826號裁定正式採取觀察勒戒時點說。由此可知，這次的規範變動，並不是來自於立法者的明確指示，而是司法實務因應立法變遷的意旨更改其解釋方法而生，乃政策目標引導實務見解所生的結果。

4 95年第7次刑庭決議、97年第5次刑庭決議節錄（段落相同）：「依修正後之規定，僅限於『初犯』及『五年後再犯』二種情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。倘被告於五年內已再犯，經依法追訴處罰，縱其第三次（或第三次以上）再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放五年以後，已不合於『五年後再犯』之規定，且因已於『五年內再犯』，顯見其再犯率甚高，原實施觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，即應依該條例第十條處罰。」

5 109年度台上字第3135號判決：「再犯（含3犯以上）如距最近1次犯該罪經依第20條第1項、第2項規定令觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，已逾3年者，即應再令觀察、勒戒，不因其間是否另犯該罪經起訴、判刑或執行而受影響，俾落實此次寬厚刑事政策之變革。」明確指出實務見解改變是因應刑事政策變革（年限從五年改為三年）所致。

6 舉例而言，包括：第二庭（109年度台上字第3291號）、第三庭（109年度台上字第3751號）、第四庭（109年度台上字第1409號）、第六庭（109年度台上字第3522號）都有類似的看法。

二、撤銷緩起訴的直接與間接影響

109年度台上大字第3536號裁定情況稍有不同，這則實務見解變動還可能受到毒品條例第24條第2項的新法影響，但這也並非邏輯推論的必然，結論上仍然是受政策目標導引所致。在本次裁定提交大法庭之前，依104年第2次刑庭決議⁷，戒癮治療後五年內犯施用毒品罪者（舊法年限為五年），因其事實上等同於接受觀察勒戒，顯見再犯率甚高，原規劃制度功能難以發揮成效，自得依毒品條例第23條第2項或第24條第2項相同法理，逕行起訴（或聲請簡易判決）。這是延續100年第1次刑庭決議⁸的看法，該看法認為毒品條例舊法第24條第2項「追訴」等同「起訴」而撤銷戒癮治療之後即應逕行起訴⁹，將「未完成戒癮治療」而緩起訴遭撤銷與接受觀察勒戒視為等同。從此看來，此二決議對於「未完成戒癮治療」都以等同於「已接受觀察勒戒處遇」的方式理解，思維模式相近。

當毒品條例新法在第24條第2項將「追訴」修改為「偵查或起訴」，正式宣告即便戒癮治療遭撤銷也不代表非得對之起訴不可，100年第1次刑庭決議的推論基礎已不復在。不過，這不代表104年第

⁷ 104年第2次刑庭決議：「『附命緩起訴』後，5年內再犯施用第一級或第二級毒品者，因其事實上已接受等同『觀察、勒戒』處遇，顯見再犯率甚高，原規劃之制度功能已無法發揮成效，自得依毒品危害防制條例第23條第2項或第24條第2項規定之相同法理，逕行提起公訴，無再依毒品危害防制條例第20條第1項重為聲請觀察、勒戒必要。否則若被告心存僥倖，有意避險，選擇對其較有利之戒癮治療，如有再犯，又可規避直接起訴之規定，自與法律規範目的有悖。」

⁸ 100年第1次刑庭決議：「該第二項既規定，前項（第一項）緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴，即已明示施用毒品案件於撤銷緩起訴處分後之法律效果為『依法追訴』，而非適用刑事訴訟法第二百五十三條之三所定撤銷緩起訴處分後得『繼續偵查或起訴』規定，此乃因檢察官已依毒品危害防制條例第二十四條第一項為附命完成戒癮治療之緩起訴處分，被告事實上已接受等同『觀察、勒戒』之處遇，惟其竟未能履行該條件，自應於撤銷緩起訴處分後依法起訴，而無再次聲請法院裁定觀察、勒戒之必要。」

⁹ 相關檢討：林臻嫻，論毒品條例第24條第2項之「應依法追訴」——評最高法院100年台非字第51號判決暨100年第一次刑事庭會議決議，刑事法雜誌，57卷1期，2013年2月，頁36。

2次刑庭決議也應隨之調整，其大可聞風不動，畢竟「戒癮治療遭撤銷後該次處分應如何處置」（直接影響）與「前次戒癮治療遭撤銷是否影響後次觀察勒戒」（間接影響）二者並不具直接的連動關係。甚至也不用將戒癮治療撤銷後五年再犯施用毒品罪的年限改為三年，因為自始自終都沒有任何針對「戒癮治療處分遭撤銷後應如何適用觀察勒戒」的規定，只不過是實務長期將之比擬為毒品條例第20條第3項的年限條款，因此即便毒品條例第20條第3項修改年限條款，也不必然應予變動。從這個角度看來，這次的變動，也不是來自於立法指示，而是司法實務因應立法意旨更改其解釋方法而生，同樣是政策目標引導實務見解所生的結果。

三、政策目標的拮抗關係與妥協色彩

毒品條例第35條之1第2款前段規定，新法施行後法院就審理中案件「依修正後規定處理」，但甚麼叫做「依修正後規定處理」？莫衷一是。有認為修法意旨放寬觀察勒戒適用並增加緩起訴處分類型，基於機關功能最適理論分配機關任務的考量，法官應為不受理判決而統一交由檢察官依其專業進行處遇裁量之選擇，避免剝奪檢察官裁量權空間並保障被告權益；也有認為該條立法理由已經明示應依職權觀察勒戒¹⁰且「起訴之程序違背法令」應以起訴時為主而不包含法律變更，法院沒有不受理判決的空間，只能依法為觀察勒戒裁定¹¹。最後，109年度台抗大字第1771號裁定採取折衷說，綜合前二說之見解，認為法院得視個案情形，選擇依職權裁定觀察勒戒，

¹⁰ 毒品條例第35條之1修法理由（2019年12月17日）：「若該等案件於修正施行前已繫屬於法院或少年法院（地方法院少年法庭）者，為求程序之經濟，法院或少年法院（地方法院少年法庭）應依修正施行後之規定處理，即應依職權為觀察、勒戒或強制戒治之裁定。依修正施行後之規定，受觀察、勒戒人無繼續施用傾向者或強制戒治期滿後，應為不起訴處分或不付審理之裁定者，法院或少年法院（地方法院少年法庭）應為免刑之判決或不付審理之裁定。」

¹¹ 上述主張整理自109年度台抗大字第1771號裁定提案，以及該案大法庭的言詞辯論錄音資料，<https://www.youtube.com/watch?v=lqIk-vGvWO8>（最後瀏覽日期：2021年7月18日）。

或為不受理判決。

這樣的結論存在二個層次的妥協。第一層妥協是，立法者在朝向放寬觀察勒戒適用及多元處遇的政策目標上，卻以程序經濟原則為名在修法理由放任由法官逕為觀察勒戒，不符合修法所追求的個人化處遇意旨，畢竟法官無從選擇為緩起訴處分而使得被告喪失社區處遇的可能性，整體立法政策目標並不一致，呈現政策目標的拮抗色彩。第二層妥協則在於，司法者面對立法者政策目標的衝突最終無法回歸於多元處遇的精神，同時也不得不考量在大法庭裁定之前已經受觀察勒戒裁定的被告提起非常上訴的情形，折衷開放法官得逕予觀察勒戒，這部分最高法院在言詞辯論時便已清楚表明¹²，可以理解實務運作為何選擇此一妥協之道。

四、毒品法制運作中的政治性格

從以上的描述，即可以理解，無論在立法規則或司法裁判，毒品施用者處遇都有成癮醫學形塑政策目標影響規範適用的軌跡，但這樣的影響始終是政治的，也就因此呈現浮動的、容易妥協的性格。毒品條例新法放寬適用觀察勒戒年限，將五年改為三年，強調這是世界各國醫療經驗及醫學界的共識，認為三年後始再施用毒品者有戒癮可能，宜再採取觀察勒戒以戒除心癮¹³。前二則裁定也在原先適用邏輯不需要改變之下，隨著政策目標導引變動，認為應著重施用毒品者病患特質，並以治療疾病為出發，重新評價三年後再犯

¹² 該案言詞辯論情形，可以參考109年度台抗大字第1771號裁定言詞辯論錄音資料（錄音時間 52:47 - 52:56），<https://www.youtube.com/watch?v=lqIk-vGvWO8>（最後瀏覽日期：2021年7月18日）。

¹³ 毒品條例第20條修法理由（2019年12月17日）：「一、第一項、第二項及第四項未修正。二、本條例認施用毒品者具『病患性犯人』之特質，並參諸世界各國之醫療經驗及醫學界之共識，咸認施用毒品成癮者，其心癮甚難戒除，如觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，三年後始再有施用第一級、第二級毒品之行為者，足見其有戒除毒癮之可能，宜再採以觀察、勒戒方式戒除其身癮及以強制戒治方式戒除其心癮之措施，為能放寬觀察、勒戒或強制戒治制度之適用時機，以協助施用者戒除毒癮，爰修正第三項，並刪除末句中『本條』二字。」

的意義，將實務見解長期所持的再犯剝奪說改為觀察勒戒時點說。同時也了解到，戒癮治療遭撤銷不應該完全等同於接受過觀察勒戒，改變對雙軌制處遇等同性的看法，以增加觀察勒戒適用機會。陸續將成癮醫學帶入刑事司法，成為毒品施用者處遇判準。第三則裁定則揭示毒品條例新法邁向多元處遇上的步調不一致，以及實務解決問題而非法理導向的解釋路徑，充分展現毒品法制運作柔軟而富有彈性的政治性格。

參、法理發展：當刑事司法援引成癮醫學

毒品施用者處遇的規範適用隨著政策目標變動，在刑事司法援引成癮醫學觀念而將施用毒品者想像為病人、擴張觀察勒戒適用的同時，也不能迴避毒品施用者處遇的基底終究在刑事司法，有其不同於成癮醫學的先天體質，二者基礎、功能、目標截然不同。因此，如果要檢討刑事司法援引成癮醫學的結合模式，勢必得先處理刑事司法制度如何想像及應用成癮醫學，才能在比較二者差異的基礎上，觀察二者差異所帶來的意義。如果從這個角度觀察大法庭裁定：無論適用觀察勒戒的年限條款如何縮減或擴張，其根源即在於「再犯分類及其認定標準」；無論撤銷緩起訴後是否得適用觀察勒戒，其根源即在於「雙軌制處遇何種程度上能夠等同視之」；雖然新舊法交接有其他法理討論，「機關處遇功能的分工」仍始終不容忽視，這些都是分析刑事司法與成癮醫學關係的關鍵問題。接下來，本文將以此為例說明刑事司法與成癮醫學的判斷差異，以及該差異所帶來的問題。

一、犯罪認定標準與處遇手段

第一則裁定的適用前提在於「再犯（犯罪）認定標準」，也就是現行法將特定年限內再施用毒品作為基準，形塑初犯及再犯的分類，作為決定適用聲請觀察勒戒、其他轉向措施（如易科罰金）或入監服刑的依據。然而，這裡所指的施用毒品，都是施用毒品罪。

換言之，是遭到刑事司法認定的施用毒品行為，不能與實際施用毒品次數畫上等號。如果將這個看法延伸，即可理解：被告犯施用毒品罪也與其是否成癮並沒有直接關聯。如果再進一步推論，就不經讓人懷疑：這種立基「刑事司法擬制的成癮嚴重程度」而非依靠「成癮醫學判斷成癮情形」的認定標準，對應毒品施用者處遇各種處遇手段（戒癮治療、觀察勒戒，乃至於易科罰金、緩刑、徒刑等），其對應關係是否合適？能否滿足毒品施用者處遇的目標？

就認定標準而言，如果能同意觀察勒戒區分的再犯標準不等同於實際再施用次數，也就能從相同邏輯理解犯施用毒品罪也不等同於具有成癮醫學援引《精神疾病診斷與統計手冊》第五版（DSM-V）定義的物質使用疾患（substance use disorder）。以刑事司法所認定的犯罪行為作為處遇分類基礎，先天就不可能等同於醫師對於成癮的判斷與認定（不論這個醫學判斷是基於何種成癮理論的理解），無法單純為成癮醫學所服務。也正是因為如此，透過這個標準所篩選出的施用毒品者，終究會因為執法行動或其他刑事司法介入因子（例如：警政緝毒績效制度）失真，並不能完全吻合其成癮醫療上的成癮性或彰顯其戒癮需求。

就處遇手段而言，以往檢討多聚焦在戒癮治療作為社區處遇、觀察勒戒與強制戒治作為機構處遇的雙軌制之分工。但其實也應該將戒癮治療、觀察勒戒、強制戒治、有期徒刑、易刑處分的適用關係納入考量，而這因為彼此影響的互動關係，以及司法如何裁量或運用上開處遇選項，顯得極為複雜。在此僅以人身自由拘束程度作為區分光譜作為觀察的基礎，不免會發現：觀察勒戒優先於有期徒刑適用，但是有期徒刑有機會轉變為易科罰金、易服社會勞動或緩刑，人身自由可以不受拘束而更受到被告青睞，本文將之稱為「階次評價序列的斷點」。換言之，被告很可能因為不願意進入觀察勒戒遭到自由拘束，寧願選擇徒刑而轉換為易刑處分，或在緩起訴處分尚未開放戒癮治療以外選項之前不斷強調自己成癮，而換取進入社區處遇的機會。這導致適用上無法根據刑事司法擬制的成癮嚴重

程度評估（即便刑事司法所擬製的成癮嚴重程度是有問題的）。另一方面，易刑處分在法官裁量的司法行為分析上有其行情（即最適區段），將依被告施用毒品次數、是否再犯或涉犯他罪、其他處遇決定因子，決定其是否符合六個月以下宣告刑並通過法官審查而得以適用易刑處分，繫於法官對於施用毒品處遇的理解而不同，呈現浮動狀態，非外界可以預期，也就影響以個人化處遇為核心的處遇規劃。

當認定標準不能完全反應成癮性及其戒癮需求、處遇手段本身的分工又不能彰顯其階次評價序列而在人身自由拘束上產生評價斷點之下，即便成癮醫學在立法理由及實務見解開展，放寬認定標準之中再犯認定的年限與標準，希望能盡量增加觀察勒戒的適用，但在沒有解決前開的結構性問題之前，其所能發揮的效果仍然相當有限，甚至會帶來非預期的結果。其中，處遇手段階序評價尤其受到衝擊，例如：檢察官不願採取或不了解能採取緩起訴處分之下聲請觀察勒戒獲法院裁定准許，使得原本按照舊實務見解符合易刑處分行情的被告須中斷工作入所執行，又或原本能夠合併定執行刑者無從因此取得划算的定執行刑數字。

二、雙軌制處遇的等同性問題

第二則裁定的關鍵在於「處遇等同性」，也就是戒癮治療與觀察勒戒能否等同視之的問題。現行毒品施用者處遇以雙軌制為入口，檢察官可依毒品條例第24條第1項選擇戒癮治療保持被告在社區生活，也可依毒品條例第20條第1項聲請觀察勒使其進入勒戒所。二者處遇性質、適用前提、處遇時間及遵守義務均不相同，但實務見解長期認為「戒癮治療遭撤銷」等同「接受過觀察勒戒」，即便晚近實務見解有變動為「戒癮治療完成」方等同「接受過觀察勒戒」的趨勢，但始終有一個未曾被釐清的前提：完全不同的二種處遇是在甚麼基礎上等同視之？如果從成癮醫學角度觀察，處遇性質的不同是否足以排除其處遇等同性？如果兩者在本質上確有不同，那此

處遇等同性又是基於何種原因所生？這與國家戒癮資源有限性與戒癮責任分配又有什麼樣的關係？還是只是基於素樸的賞罰思維？

「處遇等同性」所指為何？理論上至少可以有三種見解：第一種見解為100年第1次刑庭決議、104年第2次刑庭決議所採，認為「未完成戒癮治療」（即戒癮治療遭撤銷）等同已接受觀察勒戒；第二種見解為109年度台非字第76號、第77號判決等所採¹⁴，認為「完成戒癮治療」等同已接受觀察勒戒；第三種見解認為二者處遇本質不同，無從等同，戒癮治療完成與否與觀察勒戒無關，也與適用觀察勒戒條件無涉。雖然最高法院於109年度台上大字第3536號裁定所採第二種見解，在處理「未完成戒癮治療」的結論上與第三種見解並無二致，但辨識並提出第三種見解不僅對於「完成戒癮治療」等同性的論證有其意義，更具有理論重要性，有必要進一步辨明。這樣的重要性展現在：國家將二處遇等同視之的理論預設，以及此間所呈現的刑事司法與成癮醫學齟齬之處。

首先，從處遇定位觀察，戒癮治療作為社區處遇，旨在避免標籤污名、社會連帶之斷裂，讓施用毒品者繼續在社區生活；觀察勒戒作為機構處遇，透過機構設施戒癮，有著不同的制度分工。其次，從處遇執行觀察，依照觀察勒戒處分執行條例第7條，須在勒戒所進行、經醫生為醫療處置，並依同條例第9條透過戒毒輔導及宗教教誨堅定戒毒決心。如經研判其無繼續施用毒品傾向則在陳報檢察官後，依照同條例第8條予以釋放；有繼續施用毒品傾向者則將予以強制戒治，並依戒治處分條例相關規定辦理，持續拘束人身自由。對照看來，戒癮治療則有所不同，依照毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準第6條及第7條，被告須透過一定時間前往醫療機

¹⁴ 109年度台非字第76號判決：「完成戒癮治療後，因其事實上已接受等同『觀察、勒戒或強制戒治』執行完畢釋放之處遇，『五年』內再犯施用第一級或第二級毒品罪，顯見其再犯率甚高，自應依該條例第23條第2項規定之相同法理，逕行追訴（提起公訴或聲請簡易判決處刑），而無再依該條例第20條第1項重行聲請觀察、勒戒或強制戒治之必要。」109年度台非字第77號判決意旨相同。

構，完成療程後，再依照同辦法第9條第1項進行毒品反應檢測，經檢測呈陰性反應，方能調完成治療。二者處遇執行並不相同，不同之處不僅在於人身自由的拘束，更在於不同的階段執行與處遇成效評估標準。再者，從修法動態觀察，毒品條例第24條第1項不再限於第6款的戒癮治療，開放如支付公庫、義務勞務及其他預防再犯所為之必要命令，實施後緩起訴處分就不再限於戒癮治療，更難認此等不具醫療內涵之緩起訴遭撤銷等同觀察勒戒。從此看來，戒癮治療與觀察勒戒等同性的推論至少在處遇本質上站不住腳。

110年度台非徵字第98號徵詢程序之統一見解進一步解析，就「未完成戒癮治療是否等同曾受觀察勒戒」而言，認為應區分「未完成理由是否屬於戒癮治療實質有關事項」，如果屬於毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準（簡稱：認定標準）第12條第3款對治療機構人員有強暴、脅迫、恐嚇等行為而被撤銷，因尚未檢驗戒癮治療實效，不得逕自起訴或聲請簡易判決。如果屬於認定標準第12條第1款、第2款治療期間無故未依指定時間接受藥物治療逾七日，或於治療期間無故未依指定時間接受心理治療或社會復健逾三次而遭到撤銷，乃是提前中斷，而更應該接受觀察勒戒之必要。值得注意的是，最高法院將「未完成戒癮治療」與起訴、判刑或執行比較，認為後者尚能觀察勒戒，何以前者不行？且認為觀察勒戒既已放寬，何以戒癮治療仍固守窠臼？因而推翻原本的第一種見解。

110年度台上徵字第2096號徵詢程序之統一見解則就「完成戒癮治療期滿未經撤銷是否等同曾受觀察勒戒」提出結論，變更109年度台非字第76號、第77號判決的見解，認為既然毒品條例第24條第1項已開放有別於戒癮治療的處遇選項，且條文也不再規定「依法追訴」而交由檢察官繼續偵查或起訴，處遇等同性基礎已不復存在。又考量盡量放寬觀察勒戒適用之政策目標、被告當初同意戒癮治療並未預期此情而有違反正當程序之虞，且比較「未完成戒癮治療」尚可再觀察勒戒，「完成戒癮治療」只能起訴、判刑有所不公，更直指將「完成戒癮治療」等同觀察勒戒違反不利類推禁止原則。因

而推翻原本的第二種見解。

實務見解的發展陸續填補原本裁定處理「處遇等同性」的未盡之業，作出明確宣示。惟其中有許多推論值得細譯，例如：戒癮治療進展差異的比較（未完成、已完成戒癮治療）以及戒癮治療與觀察勒戒的互動關係（原將戒癮治療類推觀察勒戒年限條款，而後卻認為違反不利類推禁止原則；考量觀察勒戒的政策放寬，而認為戒癮治療不應固守窠臼）。在此，僅沿著原本109年度台上大字第3536號裁定的關懷提出一個素樸的疑問：既然二種處遇本質如此不同，為何會被實務見解長期被等同視之？其中一種出自於理論的可能是：處遇等同性並非來自處遇本質的相同，而是出於國家戒癮資源有限性及戒癮責任分配之故。換言之，如果被告「曾經接受」（第一種見解）或「曾經完成」（第二種見解）戒癮治療即可視為國家已經投注戒癮資源，在考量戒癮責任分配上，個人也必須肩負起一定戒癮責任而國家拒絕再投資戒癮資源，而這項資源投資並不區分為機構或社區處遇。不過，在此也要急忙地澄清，這裡的理論探討並不是指裁定已經明白將國家戒癮資源有限性及戒癮責任納入法理考量，而是本文針對推理預設所延伸的理論解釋途徑¹⁵。

如果從這個脈絡出發，問題將會變得相當複雜。「處遇等同性」背後所彰顯的，並非社區處遇與機構處遇是否相同的問題，而將質問國家與個人要如何分配戒癮責任，而國家責任分配的實質內涵又包含了什麼？如何權衡其中比重？這勢必得回到家長主義介入施用毒品者施用毒品行為決定的正當性進行檢討¹⁶，甚至有必要分析

¹⁵ 誠如匿名審查委員所指出的，實務見解也很可能是基於素樸的賞罰思維，而將毒品條例第20條第1項觀察勒戒理解為一種施恩，認為只要曾經給過被告機會，都不應再予以寬貸。

¹⁶ 在家長主義介入施用毒品行為決定正當性的探討之後，也得處理施用毒品行為犯罪化的問題，這部分的研究可以參照：王皇玉，論施用毒品行為之犯罪化，臺大法學論叢，33卷6期，2004年11月，頁69-70；王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論，84期，2005年4月，頁241。

個人與國家成癮責任的分配¹⁷，及其在什麼樣的理論基礎及什麼樣的程度之上可以將國家資源有限性納入考量？在憲法層次涉及施用毒品者憲法生存權、健康權與成癮之間的關係；在刑事司法層次則與自願接受醫療、成癮與刑事責任，以及刑事司法是否適合作為戒癮服務給付工具有關¹⁸。這些揭開處遇等同性背後的複雜討論，限於篇幅，無法在本文處理，這部分將另外為文探討。

不過這裡想特別指出，大法庭其實已留下耐人尋味的伏筆。109年度台上大字第3826號裁定提及「基於憲法應保障人民之生存權，及根據每個國民生存照顧需要提供基本給付之理念，為協助施用毒品者戒除毒癮復歸社會」，110年度台上徵字第2096號徵詢程序之統一見解也提到相同的概念。明快承認施用毒品者戒除毒癮復歸社會是憲法保障人民生存權之內容，亦同時認為刑事司法可以作為提供此生存照顧基本給付的工具。不過，可惜的是這些文字沒有對於上開問題抽絲剝繭，提出相應立場及其論理依據。總而言之，如果暫時擱置處遇等同性背後戒癮責任的問題，從成癮醫學角度分析裁定文字，至少可以肯定：舊有實務見解長期所持處遇等同性是一個無法被理解的說法。畢竟緩起訴與觀察勒戒雙軌制的處遇目標、內涵及門檻都有所不同，之所以將兩者等同視之，乃是出於刑事司法本身如何看待戒癮治療與觀察勒戒，甚至與背後的戒癮責任分配有

¹⁷ 觀察國家與成癮者（這裡所指的並不是施用毒品者）之間的關係，Richard Bonnie就認為不僅止於因成癮者選擇施用成癮物質而來的國家介入，也有因為成癮者選擇施用成癮物質而來的自己責任。進而將成癮者責任區分為「變成癮的責任」、「對成癮症狀的責任」以及「改善成癮的責任」，檢討成癮之前用藥階段的自願性，質疑人們為何要為其生病負責？接著就成癮者「渴求」（craving）的行為樣態，分析症狀與責任之間的關係。See Richard J. Bonnie, *Responsibility for Addiction*, 30 J. AM. ACAD. PSYCHIATRY L. 405, 405-413 (2002).

¹⁸ 曾有研究針對同樣採取結合模式的毒品法庭，分析刑事司法是否適合作為戒癮服務給付工具，指出其阻礙在於間接強制與自願治療的衝突、再施用毒品被認定為再犯罪、進入取得醫療資源的標準與醫療需求的落差、離開處遇標準如何認定等問題。詳細說明參照：林俊儒，毒品法庭的制度內涵與爭議檢討，犯罪與刑事司法，31期，2019年3月，頁49-54。

關，但與成癮醫學關係甚微。

三、機關處遇功能定位與分工

第三則裁定與法解釋學方法密切相關，涉及修法理由程序經濟原則與多元處遇政策目標的矛盾、檢察官處遇裁量權與起訴程序違背法令的判斷，同樣值得注意的是：哪一個機關才能真正落實個人化處遇的意旨？這個問題不僅發生在這則裁定所面對的新舊法過渡問題，也曾在臺灣是否引進毒品法庭而的爭議出現，與機關處遇功能定位與分工息息相關。

由於毒品施用者處遇涉及人身自由拘束的處分仍然有賴法官介入決定，因此2017年司法改革國是會議便有倡議者認為引進毒品法庭，讓事權統一給法官而使其可以自由為觀察勒戒或戒癮治療為宜。然而，由於各地地檢署與醫療院所在2006年後合作將替代療法與緩起訴處分結合，且分別在2008年及2013年將第一級毒品第二及緩起訴附命戒癮治療明文化，檢察官已然成為毒品施用者處遇的主責者，發展出臺灣特色的社區處遇模式，毒品法庭最終並未飄洋過海到臺灣。在現行法制之下，法官作成緩刑的社區處遇受限於刑法第74條第1項限制，必須為「未曾故意犯受有期徒刑以上罪之宣告」或「前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」，相較於檢察官依照毒品條例第24條及刑事訴訟法第253條之1第1項為緩起訴處分，狹窄許多，且法院也不像地檢署已經建立與醫療院所及戒癮團體合作的基礎，承辦檢察官本身也已經辦理聲請觀察勒戒及戒癮治療多年，相較於法官熟稔毒品案件的處理。從近期修法看來，毒品條例新法第24條增加多元處遇，並明定應徵詢醫療機關，檢察官相較於法官又具有更多元的處遇工具。

大法庭裁定最終採取逕為觀察勒戒與不受理判決擇一適用的折衷作法，將逕為觀察勒戒見解在修法意旨、權益保障的論理缺失通通保留了下來。不僅法理有所疑慮，且依照裁定，倘若法官認為審

理中案件應該為緩起訴處分，送交檢察官裁量，但檢察官斟酌之後可能不買單，又再次向法官聲請送觀察勒戒，多一道程序而與程序經濟原則不符。法官不受理判決不拘束檢察官緩起訴處分決定，與聲請觀察勒戒程序的法院審查及其裁定可為抗告的機制終究有別，無從以不受理判決作為處遇決定的溝通平台，更可見該見解的不當之處。其實，依照當時言詞辯論的討論內容，最高法院大法庭之所以會採取折衷說，是想藉由兼顧二者的方式避免已經受觀察勒戒裁定者非常上訴，與前開法理及處遇機關定位的關係不大。從這樣的論理轉折觀察，除了再次彰顯毒品法制運作的政治性格，也可以從中看見刑事司法援引成癮醫學時難以兩全的困境，而這正是出自於刑事司法之故。換言之，刑事司法有其固有制度及運作方式必須考量（例如：起訴程序違背法令的判斷、擔心受觀察勒戒裁定者非常上訴等），要將放寬觀察勒戒的意旨完全置入毒品施用者處遇之中，必然會遇到不少阻礙。

四、源於刑事司法的內部制肘

觀察這三則裁定的法理發展，可以發現刑事司法本身的先天限制，才是導致立法者及司法者所想像的成癮醫學難以落實於毒品施用者處遇落實的根源。認定標準的浮動與處遇手段關係的斷裂，使得刑事司法難以依照成癮狀況提供處遇服務。在社區處遇與機構處遇之間的關係，刑事司法考慮是否給予特定處遇機會（即觀察勒戒），很可能是以曾否投資處遇資源予當事人為判準，又或單純的賞罰思維，並非將個人化處遇（處遇是否適合當事人）作為標準，使得處遇服務的提供不免難以周全。從法制面看來，上述服務是由檢察官主責，只有在聲請觀察勒戒時有法官介入其裁量決定，這樣的分工模式是否妥適曾受到質疑，也在這次新舊法交接之際浮現，大法庭採取折衷見解，原因在於擔心裁定前逕為觀察勒戒案件可能因此提起非常上訴，這也是出於刑事司法的考量，成癮醫學追求個人化處遇的價值反而次之。從上述議題體現的刑事司法與成癮醫學

差異，以及差異所帶來的問題，便可再次確認刑事司法援引成癮醫學的各種困境源於刑事司法本身。

肆、運作情形：擴大觀察勒戒的影響評估

在指出毒品施用者處遇在司法解釋的政治性格（第貳部分），以及呈現架構在刑事司法之上援引立法者及司法者想像的成癮醫學如何捉襟見肘（第參部分）之後，本文試著將鏡頭從裁定文字中的探討，轉向裁定結論可能造成的實務運作變革，從刑事政策角度深化討論層次（第肆部分），尤其看見政策目標導引司法實務所呈現出的醫療化想像，如何在現實發生。就結論而言，鬆綁毒品條例第20條第3項、毒品條例第23條第2項適用觀察勒戒的限制，只要被告出所三年後再犯即可再次聲請觀察勒戒，且即便被告之前曾受戒癮治療經撤銷或已經完成戒癮治療都不妨礙觀察勒戒之聲請，審判中法官也可以逕行給予觀察勒戒。這樣一連串的實務見解變動，勢必將大幅增加觀察勒戒的適用。

從法律效果看來，增加觀察勒戒適用空間對於毒品施用者來說，想像上具有醫療性色彩的觀察勒戒處分，相較於短期自由刑似乎是比较合理的選擇。不過，觀察勒戒及可能伴隨而來的強制戒治觀察有著更長時間的人身自由拘禁，而強制戒治的適用仍需要通過「繼續施用毒品傾向」評估，讓關係更加微妙。在此同時，觀察勒戒或強制戒治結束之後受處分人將獲得不起訴處分，相較於短期自由刑受有前科，仍然保有受處分人適用如緩刑等刑罰節制措施的機會，就犯罪學的藥物交換網而言，有其重要性。另一方面，從毒品施用者處遇連動關係看來，擴大觀察勒戒將影響其他處遇適用，在新實務見解阻斷初犯或三年後再犯施用毒品罪者進入法院通道之後，將使得被告無從適用易刑處分及合併定執行刑，影響深遠。從這個角度看來，放寬觀察勒戒適用帶來的政策影響，優劣難一蓋而論。接下來，本文便將呈現這個複雜的判斷及其背後的多重考量。

一、辦案流水線上的短期自由刑

以往司法實務受到95年第7次刑庭決議、97年第5次刑庭決議影響，限縮毒品條例第20條第3項適用，讓觀察、勒戒或強制戒治執行結束後三年內曾再犯者，都無法再適用觀察勒戒。又受到100年第1次刑庭決議、104年第2次刑庭決議影響，前案附命緩起訴處分遭撤銷即逕行起訴，且後案亦受到前案緩起訴處分撤銷拘束，在一定期間內再犯即無毒品條例第20條第1項觀察勒戒適用，而予以起訴。倘若檢察官不願意給予戒癮治療，案件便流入法庭，這些人可能無法符合緩刑或易刑處分等刑罰節制措施，或法官認為當事人反覆施用毒品而不願意再給予機會，大多數個案就因此被送進監獄。

觀察2006年至2015年25萬656人施用毒品罪遭裁判確定有罪人數，只有2萬9,322人（11.7%）因易科罰金、易服社會勞動、緩刑等原因未入監。相反地，這十年間共有22萬1,334人（88.3%）入監執行，其中服刑六個月以下的短期自由刑者共8萬4,471人¹⁹，比例不容小覷。在犯罪學及刑事政策的研究上，短期自由刑迭受批評，認為這種刑事制裁方式難以產生教化效果，也容易讓受刑人在監學習惡習，出監後更受犯罪標籤影響難以融入社會，多半認為應盡量減少適用。相較於此，具有醫療性色彩的觀察勒戒措施似乎是較為適合的選擇。這也一直是上述大法庭背後所持的基本想法：「觀察勒戒優於起訴及判刑」。

這樣的考量不無道理，透過短期自由刑制裁施用毒品者尤要注意，雖然觸犯施用毒品罪不當然等同於成癮嚴重程度，但確實有一定比例成癮，被認為是《精神疾病診斷與統計手冊：第五版》物質使用疾患，又或與其他精神疾患具有共病現象（co-occurring）。讓這些人進入監獄服刑，雖然能夠藉由物理隔絕而使其短期內不再施用毒品，但這樣的做法仍然無法解決其施用毒品的根源，甚至在監取得其他購買毒品的管道，監獄的犯罪標籤又讓原先惡劣的處境

¹⁹ 統計資料出自：法務部統計處，毒品情勢分析（下），2016年，頁4。

雪上加霜。此外，受刑人因未受到適當的用藥安全教育，容易在出監後未留意耐受性與控制施用劑量造成過量致死（fatal overdoses）。

從這個觀點切入，盡量擴大其他非短期自由刑的毒品施用者處遇，讓檢察官有機會針對犯施用毒品罪的成癮者給予適當處分（例如：活化檢察官緩起訴處分的運用），似乎較為妥適。畢竟觀察勒戒作為具有醫療性質的司法處遇，在制度定位的分工上，應該被認為優先於短期自由刑。不過，如前所述，如果受處分人在觀察勒戒之後被認定為具有繼續施用毒品傾向²⁰，即會有強制戒治之適用，而依照戒治處分執行條例第11條規定，強制戒治時間以六個月以上、一年以內為限，人身自由拘束時間將會拉長。在觀察勒戒與強制戒治處所與監禁相近²¹且品質不佳的情況下²²，很難樂觀地認為上述毒品法制轉變必定有利於施用毒品者。尤其如前文指出，因為處遇手段呈現階次評價序列的斷點，遭判刑者仍有極大可能換得易刑處分而不用入監，使得上述大法庭所持「觀察勒戒優於起訴及判刑」的想法受到嚴肅挑戰。

二、藥物交換網與刑罰節制措施

施用毒品行為不僅與成癮有關，更鑲嵌於人際網絡。施用毒品者可能為了避免接觸具暴力風險的毒販或被逮捕的風險，也可能因

²⁰ 「有無繼續施用毒品傾向評估標準」長期遭到批評，認為該標準過度依賴犯罪前科（占比過重），未考量成癮與戒癮需求，使得篩選工具難以落實。李宗憲、楊士隆，刑事司法戒治處遇制度之問題與困境研究，犯罪學期刊，13卷1期，2010年6月，頁124。有意思的是，該標準在大法庭裁定陸續作成之後的2021年3月24日修正，將犯罪前科的分數占比大幅調降。

²¹ 實務作法與監禁管理相近而難以提供治療，且有污名化的現象。專職心理師與社工師人力資源不足，沒辦法提供有效的治療服務。楊士隆、蔡德輝、張伯宏、李宗憲、莊淑婷、黃天鈺，戒治機構內成癮性毒品施用者之管理與處遇模式建構，法務部委託研究，2008年，頁49。

²² 依照禁戒處遇成效評估辦法，各階段戒治成效評估是根據生活規律性、各階段課程參與計算，與監獄累進處遇措施相去不遠，使得管理與教化如同監禁，無法反映其改善程度，也造成戒癮需求與成效評估與個案成癮狀況脫鉤。李宗憲、楊士隆，同註20，頁118。

為彼此都有施用習慣，便時常互通有無，同時是施用者，也是提供者²³。這樣的供應行為放在社會脈絡理解，將與成癮及其他需求結合，提供者可能未獲取利益，也可能賺取小額利潤作為跑腿費用²⁴，也存在不同的用藥文化（例如：集資團購安非他命、施用大麻的分享文化），而這些行為都將涉及毒品條例第4條的販賣毒品罪而捲入刑事司法。

在對販賣毒品採取嚴刑重罰之下，即便利潤甚微，也將面臨重刑，以販賣第二級毒品為例，毒品條例新法第4條第2項規定最輕本刑是十年以上有期徒刑（舊法是七年以上有期徒刑），即便被告偵查及歷次審判均自白而適用毒品條例第17條第2項減刑，也適用刑法第59條減刑，要獲得緩刑仍有賴於刑法第62條自首或毒品條例第17條第1項供出毒品來源因而查獲才有機會。這是因為刑法第74條第1項限於「未因故意犯罪受有期徒刑以上之宣告」或「五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」才能適用緩刑之故。如果施用毒品者因犯施用毒品罪遭判刑，意味著此後五年內犯罪都無法適用緩刑，無論是何種犯行也都必須銀鐐入獄，這也包含在藥物交換網之下提供少量毒品的施用毒品者。

依照毒品條例第23條第1項，觀察勒戒或強制戒治結束後即受不起訴處分，並非刑之宣告，如此一來，被告未來如果涉犯其他毒品條例的重罪，就不會直接被刑法第74條第1項的形式要件排除，法官仍有介入空間。從避免排除緩刑之刑罰節制措施角度理解觀察勒戒適用空間的鬆綁，出所後予以不起訴處分，較能避免其涉犯他罪時卻無從適用刑罰節制措施。在此同時，也因沒有留下前科，較有利其復歸社會，有其益處。不過，在此也必須澄清，這種以犯罪學角

²³ 據此反省毒品條例與罪刑相當原則，並指出其運作調節方向：林俊儒，減刑規定與罪刑相當原則：從釋字第790號反思重刑化的毒品政策，月旦醫事法報告，45期，2020年7月，頁26。

²⁴ Ross Coomber & Leah Moyle, *Beyond Drug Dealing: Developing and Extending the Concept of 'Social Supply' of Illicit Drugs to 'Minimally Commercial Supply'*, 21(2) DRUGS: EDUC. PREV. POL. 157, 157-164 (2014).

度出發的解釋固然務實，但這是建立在毒品條例過於嚴苛之下的因應策略，並不具有任何的法理基礎，而且這也對於未有小額販賣行為的施用毒品者來說並不公平。

三、易刑處分與定執行刑的空間

如前所述，在進入法院之後，觸犯施用毒品罪的被告在統計上確實以遭判處短期自由刑為多數，原因不外乎被告反覆施用不符合緩刑及易刑處分的條件，或法官不願意給予易刑處分。不過，刑法第41條、第42條及第42條之1仍然有適用易刑處分的機會，對於符合易刑處分行情被告來說，他們更情願接受易刑處分。此間的衝突，正源自於前文所提及「認定標準」與「處遇手段」的問題。因為犯施用毒品罪的次數與成癮情況並不相符，且處遇手段又在觀察勒戒部分存在著階次評價序列斷點。大法庭裁定擴大觀察勒戒的管道，導致有意進入法院接受易刑處分的被告不得其門而入，同時也讓不具有成癮者不得不走向以治療為名的觀察勒戒或戒癮治療。幸好，毒品條例新法第24條第1項對於施用毒品者的緩起訴附命戒癮治療不再限於第6款的戒癮治療，開放如支付公庫、義務勞務及其他預防再犯所為之必要命令，可以透過檢察官的裁量予以轉向。這部分條文也在2021年5月1日施行，適時補足不具成癮者無從適用易刑處分的情況，緩解這次大法庭裁定可能帶來的衝擊。

另一個值得注意的是合併定執行刑的空間。如果被告反覆施用毒品招致數次短期自由刑判決，看起來讓當事人的情況雪上加霜，但實際上若被告反覆犯施用毒品罪，合併定執行刑從總體看來不見得對於被告不利。依照刑法第51條第1項第5款規定，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，即便不同裁判也能依照刑法第53條繼續合併定執行刑。再參酌刑法第77條以下假釋的相關規定，單純就人身自由拘束時間而言，很可能相較於觀察勒戒來得划算，畢竟觀察勒戒被判定有繼續施用毒品傾向而接受強制戒治的時間並不算短，至少是六個月以上的時間，甚至最久長達一年。

如果暫時不考慮另案在身而可能因此獲得優惠的被告，僅就被告屬於反覆施用毒品者而言，在遭判處短期自由刑後合併定執行刑而減少人身自由拘束的時間，相較起移監至完全陌生的勒戒處所接受觀察勒戒乃至於強制戒治，實在很難說何者較為適當。從這個角度看待觀察勒戒的擴大適用與合併定執行刑的關係，更可以理解毒品一罪一罰與短期自由刑的問題，以及刑事司法難以因應反覆施用毒品入監個案的困境。換言之，施用毒品行為有不同樣態，從初次嘗試到反覆施用，刑事政策的範圍決定仍有其極限。

四、觀察處遇法制的角度與立場

了解上述擴大觀察勒戒適用的各種考量，便可以理解評估毒品施用者處遇法制的複雜性。就處遇機關定位而言，具有醫療色彩的觀察勒戒按理應優於短期自由刑，但卻因為實務上觀察勒戒與強制戒治處所與監禁管理過於相似，且經評估有繼續施用毒品傾向後之強制戒治人身自由拘束時間相當漫長，讓人很難毫無保留地支持觀察勒戒的擴大實施。就犯罪學上的藥物交換網而言，施用毒品與販賣毒品的高親和性，保留適用緩刑之刑罰節制措對於被告利益來說不見得不好，但這終究是虛與委蛇的妥協作法，根本問題還是在於毒品條例的過度嚴苛。另一方面，對於不具相當成癮性而原本可以獲得易刑處分，或較可能具相當成癮性而原本可以獲得合併定執行刑優惠的被告來說，擴大觀察勒戒反而治絲益棼。大法庭直觀認為「觀察勒戒必定優於起訴及判刑」的推論，並不完全符合現實情境。

這樣複雜的影響評估，是出自於施用毒品行為樣態的理解，也是對於毒品法制過苛的因應，同時考量到觀察勒戒處所的設施問題，以及毒品施用者處遇手段的階次評價序列斷點。面對現實處境中毒品施用者處遇的種種問題，擴大觀察勒戒適用並非解決上述複雜問題的良策，過度簡化的醫療化想像並無法解決問題。藉由觀察擴大觀察勒戒適用的過程，也從中了解刑事司法對於施用毒品者獲

得個人化處遇的阻礙。因此，立法者或及司法者均應分別從法理及政策體察刑事司法與成癮醫學結合模式的複雜問題，才能真正釐清特定決策的立場，以及該立場可能牽動的各項影響，也才有機會重新找出「從」刑事司法改革的方法。

伍、結語：解釋學出發的政策觀點

觀察近年臺灣毒品施用處遇變動，有三條支線的互動關係值得注意，其一是2016年醫療前置化的倡議²⁵、其二是2017年毒品法庭的機關爭論²⁶、其三是2018年強化司法強制力的草案²⁷。三條支線發展並非孤立，而是彼此連動，在共享特定價值同時，也在改革態度上選擇不同立場，調整刑事司法在結合模式的位置。上述討論最後在2020年修正的毒品條例展現成果，在放寬觀察勒戒適用年限之外，增加緩起訴的多元處遇空間，提供醫療性處分並分流提供不具成癮者其他處遇選項，捨棄強化刑事司法主導地位的作法，而是在刑事司法基礎趨向「想像中的」成癮醫療，並在陸續出爐的大法庭裁定為臺灣毒品施用者處遇圖像定調。

前文分別針對處遇法理及運作情形提出分析，釐清毒品施用者處遇在刑事司法基礎上朝向「想像中的」醫療化發展產生的各項問

²⁵ 2016年7月，立法委員顧立雄召開「擴大施用毒品罪醫療前置化修法公聽會」，對毒品危害防制條例第20條提出修正草案，規定涉犯施用毒品罪者，應先命戒癮治療，成為觀察勒戒及強制戒治的前置程序，且若未完成治療，檢察官得命再為治療，同時調整五年內再犯為二年。

²⁶ 2017年5月，立法委員蔡易餘、李麗芬以「設立毒品法庭、有效打擊毒品」為題舉辦記者會，並提出修正草案，希望藉由新增毒品危害防制條例第20條之2引進毒品法庭。該提案一路挺進全國司法改革國是會議，引發討論。雖然會議未作成結論，但在8月總統蔡英文表態支持之後，司法院長許宗力表示將再研究，11月行政院研議設立毒品法庭，一時成為焦點。

²⁷ 2018年10月，法務部提出毒品危害防制條例草案，增設毒品防制處遇計畫，對於無正當理由持有或施用第三、四級毒品者，除了維持原本科處罰鍰並命參與毒品危害講習的規定，在草案第11條之1第2項就裁處二次後仍再犯者設置同法條第3項的「毒品防制處遇計畫」，並在第4項規定「違反司法處遇命令罪」，對於無正當理由未完成處遇計畫者處以有期徒刑。

題。刑事司法援引成癮醫學概念的例子不勝枚舉，各有故事與千秋，在此僅以大法庭裁定為例，扼要說明刑事司法在既有限制之下援引成癮醫學概念所可能呈現的衝突之處。從中可以理解立法及司法實務如何苦心造詣，建構刑事司法與成癮醫學的結合模式，但在此同時，也能了解成癮醫學無法畢盡其功的根源就在於刑事司法本身，刑事司法是阻止成癮醫學提供毒品施用者戒癮服務的阻力，甚至可能因為政策制定者未考量刑事司法以及過度簡化的醫療化思維帶給毒品施用者更多的傷害²⁸。本文在此提出一種嘗試，乃是藉由解釋學提問看見毒品施用者處遇背後的推論，揭示結合模式的衝突作為批判基礎，再循著刑事司法造成的傷害，相應提出政策建議。

首先，針對再犯認定部分，由於再犯次數不當然對應成癮狀況，處遇手段也在人身自由拘束程度的階次評價序列呈現斷點，是觀察勒戒難以有效運用的根本原因，是刑事司法傷害發生的機制源頭。這也是為什麼，即便我們不檢討觀察勒戒機制本身的不健全，在擴大觀察勒戒之後，從送往監獄接受短期自由刑轉往觀察勒戒處所，在易刑處分與定執行刑適用上還是會有問題的緣故。再者，針對處遇等同性部分，接受或完成戒癮治療與觀察勒戒長期被劃上等號，其變動也是出於二者關係的論證（例如：考量觀察勒戒的政策放寬，而認為戒癮治療不應固守窠臼的對比），也可能與國家及個人如何分配戒癮責任以及戒癮資源或賞罰思維有關，不過這始終都是刑事司法的命題，與成癮醫學無涉，也是刑事司法傷害的根源。

²⁸ 從國際減害理論（Harm Reduction）的發展看來，除了減少使用物質傷害，也致力於減少刑事司法調查、起訴與懲罰等程序帶來的傷害。舉例而言，加拿大、澳洲及不少歐洲國家（如：荷蘭、瑞士、德國）所採取的安全注射室與監督注射設施提供乾淨針頭及用藥諮詢，以避免用藥者混用藥物及用藥過量風險，便是廣為人知的做法。See Dagmar Hedrich, Thomas Kerr & Françoise Dubois-Arber, *Drug Consumption Facilities in Europe and Beyond* (Chapter 11), in HARM REDUCTION: EVIDENCE, IMPACTS AND CHALLENGES 305, 308 (T. Rhodes & D. Hedrich eds., 2013). 在同樣的脈絡之下，任何對於刑事司法傷害的辨認都有助於發展更為合理的毒品法制，這當然也包括刑事司法解釋學。

最後，針對機關分工部分，檢察官在現行法制上處遇決定選項相較於法官豐富，但卻受限於刑事司法的條文限制以及避免招致大法庭裁定前受觀察勒戒裁定者非常上訴的需求，不得不予以調整。更寬廣地看來，這些機關選擇先天就以刑事司法作為前提而被壟斷，也是刑事司法產生傷害的源頭。藉由上述裁定背後問題的嚴肅質問，即可窺見結合模式的根本弊病：由於刑事司法居於結合模式主導地位的緣故，成癮醫學無法有效地對於施用毒品者提供協助。

接續上述分析，從這些刑事司法所造成的傷害出發，相應提出制度反思：

其一，再犯認定與成癮嚴重情形不當然吻合，需要有另外的輔助評估標準，讓檢察官能夠妥適進行處遇分流，毒品條例第24條第3項多元處遇規定施以緩起訴處分附命戒癮治療應該徵詢醫療機構，必要時得徵詢其他機構。此一規定將是重要的工具，以調和刑事司法與成癮醫學認定的落差，是未來毒品施用者處遇發展的關鍵。

其二，就處遇手段階次評價序列的評價斷裂而言，在毒品條例第24條第1項開放多元處遇之後，如果妥適運用及活化，將能夠適時處理舊實務見解之下符合易刑處分行情被告，以避免其人身自由遭到拘束；對於反覆進出刑事司法而獲得合併定執行刑優惠者，司法處遇固然有其處遇安排，不過並不當然遷就於此，在將機構處遇的制度分工明確化之後，透過檢察官對此聲請觀察勒戒，並交由法官審查，也能透過聽審權的落實及其審查機制使得處遇決定更為合理。

其三，處遇等同性問題在大法庭徵詢階段統一見解後，以處遇關係的比較與推論填補了原裁定的未盡之業，但其如何運用觀察勒戒及戒癮治療始終是一個尚未嚴肅釐清的難題。換言之，問題焦點已從雙軌制處遇能否等同，而轉移至如何落實個人化處遇。

其四，針對解開處遇等同性之後的處遇互動關係，應該謹慎小心地看待大法庭裁定揭示「交錯」運用機構內外處遇及刑事制裁的立場，質問如此作法在成癮醫學上有何意義，以及機構性處遇及刑

事制裁可能帶來的傷害，「交錯」至多是個人化處遇的一種方式，但並非處遇制度目的本身。

其五，在檢察官發動多元處遇的基礎上，可以參考日本藥事檢察官規定增設專門處理施用毒品者處遇的檢察官，在原有資源分股別辦理，並在與戒癮團體合作的基礎上，深化知能訓練及體制建置，以緩解刑事司法與成癮醫學的磨合而促進個人化處遇之落實。

其六，不應該扁平地將觀察勒戒視為成癮醫療的展現，也必須要注意觀察勒戒在整體毒品施用者處遇的位置，才能適當地判斷作為機構性處遇的觀察勒戒的意義。同時也必須關注鬆綁觀察勒戒之後對於實務的衝擊²⁹，以避免刑事司法援引想像中的醫療之後便自我消融，而非修正進步。

本文以大法庭裁定為例，指出毒品施用者處遇的政治性格，不只展現在立法活動，也存在於司法解釋，並說明臺灣採用結合模式的侷限，且從再犯認定、處遇等同性及機關分工，提醒上述侷限是根植於刑事司法本身，接著再將上述討論放進批判結合模式的脈絡予以檢討。限於篇幅，本文僅以解釋學檢討結合模式窒礙難行之處，揭開結合模式朝向醫療化想像背後的問題，並嘗試從解釋學出發提出政策觀點以為制度反思，朝著毒品施用者處遇的改革理想匍匐前進。至於對於結合模式更深刻的理論探討，則將留待另文處理。

²⁹ 109年度台上大字第3826號裁定公布後，法務部110年3月26日法矯字第11006001760號函旋即修正有無繼續施用毒品傾向評估標準評分說明手冊及有無繼續施用毒品傾向評估標準紀錄表，將「前科紀錄與行為表現」第1題「毒品犯罪相關司法紀錄」及第3題「其他犯罪相關紀錄」配分修改為「上限10分」而非如舊法「不設上限」，自2021年3月26日實施。此修正固然是對於「繼續施用毒品傾向評估」過度仰賴犯罪前科批評的回應，但也不經讓人聯想，是不是因應觀察勒戒的大幅開放，導致觀察勒戒人數暴增，不得不藉由緊縮評估表的方式，降低通過評估的強制戒治人數，避免戒治所無法因應湧入的人潮？這樣的變動也同時引發原本因前科分數過高受強制戒治處分者依照保安處分執行法第28條第1項聲請法院裁定免予繼續執行強制處分，一時湧入大量案件，法院對此也有不同見解，並有實務工作者稱之為「勒戒之亂」。

參考文獻

一、中文部分

- 王皇玉，論施用毒品行為之犯罪化，臺大法學論叢，33卷6期，頁39-76，2004年11月。
- 王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論，84期，頁225-275，2005年4月。
- 李宗憲、楊士隆，刑事司法戒治處遇制度之問題與困境研究，犯罪學期刊，13卷1期，頁107-141，2010年6月。
- 林俊儒，毒品法庭的制度內涵與爭議檢討，犯罪與刑事司法，31期，頁35-70，2019年3月。
- 林俊儒，減刑規定與罪刑相當原則：從釋字第790號反思重刑化的毒品政策，月旦醫事法報告，45期，頁17-28，2020年7月。
- 林臻嫻，論毒品條例第24條第2項之「應依法追訴」——評最高法院100年台非字第51號判決暨100年第一次刑事庭會議決議，刑事法雜誌，57卷1期，頁27-49，2013年2月。
- 法務部統計處，毒品情勢分析（下），2016年，臺北：法務部（線上出版）。
- 楊士隆、李宗憲，毒癮者的處遇模式，收錄於：楊士隆、李思賢主編，藥物濫用、毒品與防治，頁387-415，2020年，臺北：五南。
- 楊士隆、蔡德輝、張伯宏、李宗憲、莊淑婷、黃天鈺，戒治機構內成癮性毒品施用者之管理與處遇模式建構，法務部委託研究，2008年，嘉義：國立中正大學犯罪研究中心（線上出版）。

二、外文部分

- Bonnie, Richard J. (2002). *Responsibility for Addiction*, 30 J. AM. ACAD. PSYCHIATRY L. 405-413.
- Coomber, Ross & Moyle, Leah (2014). *Beyond Drug Dealing: Developing and Extending the Concept of 'Social Supply' of Illicit Drugs to 'Minimally Commercial Supply'*, 21(2) DRUGS: EDUC. PREV. POL. 157-164.
- Hedrich, Dagmar, Kerr, Thomas & Dubois-Arber, Françoise (2013). *Drug*

Consumption Facilities in Europe and Beyond (Chapter 11). In: T. Rhodes & D. Hedrich eds., HARM REDUCTION: EVIDENCE, IMPACTS AND CHALLENGES pp. 305-331, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Relapse, Treatment and Assignment: A Study on Addiction Treatment from Great Panel Adjudication

Jun-Ru Lin*

Abstract

July 15, 2020 saw the implementation of the new Statute for Narcotics Hazard Control Law, which caused controversy in the application of judicial practice, and submitted to the Great Panel for three adjudications decided the contemporary picture of addiction treatment in Taiwan. This paper will analyze the reasoning logic behind the ruling text and point out the political character of the narcotics legal system in judicial interpretation, especially on criteria of relapse and treatment method, dual track in treatment and assignment responsibility between judges and prosecutors. From the perspective of criminal policy, this article reviews the application of Observation and Rehabilitation after the Great Panel adjudications. Then put the above analysis into the context of the review of the combined model of addiction medicine and criminal justice, identify the limitations of the combined model and taking the critical review above into hermeneutics for the institutional reflection and suggestion.

* Ph.D. Student, College of Law, National Chengchi University.

Keywords: addiction treatment, great panel adjudication,
combined model, observation and rehabilitation,
deferred prosecution

《法律扶助與社會》徵稿啟事

- 一、本刊為財團法人法律扶助基金會所發行之學術期刊，每年刊行二期（三月、九月）。
- 二、本刊歡迎與法律扶助及弱勢權益相關領域之法學、社會學、犯罪學、人類學、經濟學、心理學、公衛學等相關學門論著投稿，稿件性質包括研究論文及文獻評論，來稿字數（含本文、附錄、註腳、參考文獻），上限為三萬五千字，酌予稿費。稿酬優於中央政府各機關學校稿費支給基準，字數至多以二萬字計算（含本文、附錄、註腳、參考文獻），免付審稿費。
 - (一)研究論文：具有原創性或發展性之理論與實證研究之學術性論文。
 - (二)文獻評論：對於國內外文獻之評論。
- 三、本刊恕不接受一稿多投，亦不接受已刊登於其他出版品之論文。投稿後，來稿或其部分內容被其他出版品接受刊登者，作者應即告知本刊。來稿部分內容已刊登於其他出版品者，投稿時請說明來稿與已出版者之實質差異。
- 四、除特約邀稿外，本刊僅接受中文原著之來稿。
- 五、稿件撰寫格式，請參照本刊之：
 - 法律類研究論文凡例
 - 非法律類研究論文凡例（APA）
- 六、來稿應依序包含下列各項：
 - (一)論文中文標題、中文摘要（以三百字為度）、中文關鍵字（至多十則）。
 - (二)論文英文標題、英文摘要（以三百字為度）、英文關鍵字（至多十則）。
 - (三)詳細目錄。

(四)正文（含頁碼）。

(五)參考文獻（列出正文引用過之學術文獻）。

- 七、本刊採用線上投稿系統，請先至《法律扶助與社會》期刊線上投稿系統，（<http://jrs.edubook.com.tw/LASR>）進行投稿。首次使用須先行註冊，於帳號啟用、登入後始得進行投稿。為利審查流程，請另寄「著作財產權非專屬授權同意書」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011423284211.docx>及「投稿作者資料表」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011408311538.doc>、「聯名投稿同意書」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011408426029.docx>（單一作者免填）」以「附加檔」方式寄至journal@laf.org.tw信箱。
- 八、本刊採雙向匿名審查制度，審查結果將適時通知作者。
- 九、本刊對於接受刊登稿件之屬性類別有最終決定權。經本刊決定採用之稿件，基於編輯需求，本刊得對文字及格式為必要之修正。
- 十、稿件經採用者，文責自負，將贈送作者當期本刊五冊及稿件PDF檔。

◆ 弱勢的權益 需要您的支持 ◆

企盼您熱心捐款，幫助更多需要法律扶助的朋友

❖ 線上信用卡捐款

<http://www.laf.org.tw/details/index.php>



❖ 郵政劃撥

帳號：19858275

戶名：財團法人法律扶助基金會

❖ 現金袋或支票捐款

支票抬頭請開立「財團法人法律扶助基金會」加劃雙橫線並註明「禁止背書轉讓」字樣，掛號寄送「106台北市大安區金山南路二段189號5樓 財團法人法律扶助基金會」。

❖ 電子發票愛心碼

結帳時向店員口述，愛心條碼代號「8282」

勸募字號：衛部救字第1091362892號

勸募期間：民國109年9月1日起至110年8月31日



財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

Legal Aid and Society Review

法律扶助與社會

No.8 March 2022

Articles

Employee's Impossibility of Performance and Risk of Loss on Wages in the Event of Wrongful Dismissal: Review of the Supreme Court 2018 Tai-Shang-Zi No. 412 Civil Judgement

Yu-Jung Lee

The Commencement and Extension of the Exclusion Period of the Employer's Right to Terminate a Contract According to Article 12 of Labor Standards Act: Comment on Supreme Court Civil Judgment 99 Tai-Shang-Tzu 2054

Yu-Nong Wu

The Research on the Labor Union Membership and the Labor of the Labor Union Act: From the Comparative Perspective of Japan

Che-Yi Wu

Personal Data Protection and Criminal Liability:
A Discussion of Digital Footprint

Pang-Yang Liu

Relapse, Treatment and Assignment:
A Study on Addiction Treatment from Great Panel Adjudication

Jun-Ru Lin