

105 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題

類別：律師（選試勞動社會法）

科目：勞動社會法

一、邇來派遣勞動法律關係之糾紛層出不窮，請回答下列二小題：

(一)請說明勞動派遣之三方法律關係。(10分)

(二)請從指揮監督關係之觀點說明勞動派遣與承攬關係之間的區別。(10分)

【擬答】：

(一)勞動派遣為派遣單位、要派單位及派遣勞工三方所組成之法律關係，勞動派遣之意義系派遣單位將其所僱用之勞工派遣至要派單位，由要派單位實際取得對該派遣勞工之指揮監督權限，派遣勞工對要派單位提供勞務，由派遣單位支付工資之勞動型態：

1. 要派單位：基於其與派遣公司所簽訂之要派契約，而對派遣公司所派遣至要派單位之派遣勞工為指揮監督並取得勞務指揮受領權之單位或公司。
2. 派遣單位：由派遣單位以雇主地位與勞工簽訂勞動契約，並依該派遣契約有權將所僱用之勞工派遣至要派公司提供勞務，同時使要派單位取得對該派遣勞工之勞務指揮監督權及請求給付勞務之權。
3. 派遣勞工：派遣勞工系依據其與派遣單位所簽訂之勞動契約，成為派遣單位之僱用勞工，而經由雇主之指示，赴要派單位提供勞務，並同受要派單位對於所需進行之工作所為指揮監督之勞工。

上述三者之基本法律關係：

1. 要派契約：由要派單位與派遣公司簽訂要派契約，契約之要點為由派遣公司將其所僱用之勞工派遣至要派單位提供勞務，此一勞務之內容、要求及指揮監督權限由要派單位行使。
2. 派遣勞動契約：由派遣單位與派遣勞工簽訂派遣勞動契約，派遣單位為派遣勞工之雇主，負給付工資之義務，派遣單位如將派遣勞工派出至要派公司服務時，要派公司對派遣勞工有要求派遣勞工遵照要派公司相關勞動規範及對於勞務之提供有指揮監督權限之契約。
3. 要派公司對派遣勞工之指揮監督關係：要派公司與派遣勞工間並無雙方合意之勞動契約關係，然派遣勞工基於其與派遣公司所簽訂之派遣勞動契約，於派遣至要派公司時對於其雇主派遣公司負有聽從要派公司對勞工之指揮監督權利行使之義務，因此派遣勞工與要派公司間為實際勞動指揮監督關係。

(二)勞動派遣與承攬關係之區別：

勞動派遣重在派遣勞工之工作給付，承攬關係重在承攬人所承攬工作之完成：

勞動派遣由要派公司與派遣公司成立要派契約，由派遣公司依據要派公司之需求派遣適當之勞工赴要派公司服勞務。就要派公司而言，要派契約除派遣人員外，契約重點在於派遣公司必須將對旗下員工之勞務指揮監督權讓由要派公司取得行使，至於派遣勞工如何達成要派公司所交付之工作，並非要派契約所重之契約必要之點。承攬契約係由定作人與承攬人約定，由承攬人完成約定一定工作，由定作人給付報酬之契約。故承攬契約承攬人必須完成工作，此為承攬之要務。承攬人可自行決定使用何人藉此完成工作，無論承攬人使用何人，其並不移轉對於所僱用者之勞務指揮監督權予定作人，定作人系要求承攬人完成工作，而非承攬人所僱用之人。

公職王歷屆試題 (105 律師二試)

派遣勞動契約之雇主為派遣公司，勞工為派遣勞工，雙方所訂立者為勞動契約；承攬契約之承攬人與其所使用完成工作之人，可能為勞動契約關係，但亦有可能屬於民法上之僱傭或委任也有可能為承攬，視承攬人為完成定作人之工作而以何種勞務契約與第三人訂約。

二、勞工甲在 A 貨運公司擔任貨車司機，某日受公司指示運送貨物至竹科園區，甲在高速公路上，一邊開車一邊傳簡訊，撞上前方車輛，身體多處骨折，甲因此住院 2 個月，出院後仍無法工作，在家繼續療養。甲在住院 1 個月後，向 A 公司要求給付其因受傷不能工作期間之工資，A 公司以甲在執行職務時有重大過失為由拒絕給付，並以甲違反工作規則情節重大予以解僱。請問 A 公司之主張是否有理？(20 分)

參考法條：

職業災害勞工保護法

第 23 條

非有下列情形之一者，雇主不得預告終止與職業災害勞工之勞動契約：

- 一、歇業或重大虧損，報經主管機關核定者。
- 二、職業災害勞工經醫療終止後，經公立醫療機構認定心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。
- 三、因天災、事變或其他不可抗力因素，致事業不能繼續經營，報經主管機關核定者。

【擬答】：

(一) A 公司拒絕給付工資部分：

1. 甲之車禍屬於職業災害：

按勞工因遭遇職業災害而致死亡、殘廢、傷害或疾病時，雇主應依左列規定予以補償。... (二) 勞工在醫療中不能工作時，雇主應按其原領工資數額予以補償。... 勞動基準法第 59 條第 2 款定有明文。本件勞工甲於 A 公司擔任送貨司機，受公司指派運送貨物至竹科園區，於途中發生車禍，勞工甲之送貨行為具備業務執行性。且本件職業災害為車輛運行途中之車禍，不論車禍發生原因及可能責任歸屬，運送車輛發生車禍屬運送過程中之通常伴隨潛在危險，故具有業務起因性。綜上，本件車禍符合職業災害判斷標準之業務執行性及業務起因性，屬於勞動基準法上之職業災害。

2. 甲就職業災害發生與有過失時，雇主 A 公司不得主張過失相抵：

按勞基法第五十九條之補償規定，係為保障勞工，加強勞、雇關係、促進社會經濟發展之特別規定，性質上非屬損害賠償。且按職業災害補償乃對受到「與工作有關傷害」之受僱人，提供及時有效之薪資利益、醫療照顧及勞動力重建措施之制度，使受僱人及受其扶養之家屬不致陷入貧困之境，造成社會問題，其宗旨非在對違反義務、具有故意過失之雇主加以制裁或課以責任，而係維護勞動者及其家屬之生存權，並保存或重建個人及社會之勞動力，是以職業災害補償制度之特質係採無過失責任主義，凡雇主對於業務上災害之發生，不問其主觀上有無故意過失，皆應負補償之責任，受僱人縱使與有過失，亦不減損其應有之權利。最高法院 95 年台上字第 2542 號民事判決。

A 公司於甲之職業災害發生後，向公司請求給付職業災害醫療期間之原領工資，依前述勞動基準法第 59 條第 2 款之規定，A 公司應為給付。然有疑義者為，本件甲之所以發生車禍導致職業災害，系因甲本身違反道路交通安全行車之相關規定所導致。既有可歸責於勞工之事由，則 A 公司得否主張勞工有過失而拒絕或減少職業災害之原領工資補償責任？最高法院早期採肯定見解，87 年台上字第 233 號判決認為職業災害補償既為損害賠償之一種，自有民法第 217 條之適用，以促勞工於執行職務時對自己生命、身體之安全盡應盡之注意義務...。然自 89 年台上字第 1783 號民事判決以後，最高法院均採職業災

公職王歷屆試題 (105 律師二試)

害於勞工與有過失時雇主應無民法第 217 條過失相抵適用之見解。故本件 A 公司不得已甲與有過失為由拒絕給付勞動基準法上之工資補償。

3. 甲依勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則可能不視為勞工保險條例所規範之職業災害，但不影響勞動基準法上職業災害之認定：

按被保險人於第四條、第九條、第十條、第十六條及第十七條之規定而有下列情事之一者，不得視為職業傷害：八、駕駛車輛不按遵行之方向行駛或在道路上競駛、競技、蛇行或以其他危險方式駕駛車輛。勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第 18 條第 8 款定有明文。本件題示情形為勞工於工作時間中受雇主指派駕駛貨車，但因個人於開車過程中打簡訊導致車禍受傷，似屬上述不視為職業災害之範疇。然勞工保險條例為國家與勞工間社會保險之給付規範，與勞動基準法上之無過失職業災害制度有所區別，雇主不得以勞工甲對車禍有可歸責之原因而解免勞動基準法上之職業災害補償義務。

(二) A 公司終止勞動契約部分：

1. A 公司主張甲有違反工作規則情節重大予以懲戒解雇，應分別情形判斷是否成立：

(1) 違反工作規則主張解雇，應以勞工之違規行為態樣、初次或累次、故意或過失違規、對僱主及所營事業所生之危險或損失、勞雇間關係之緊密程度、勞工到職時間之久暫等，均為是否達到懲戒性解雇之衡量因素。情節重大之意義：係指該事由於客觀上已難期待僱主採用解雇以外之懲處手段而繼續其僱傭關係之情形。最高法院 99 年台上字第 8 號、103 年台上字第 1816 號判決可供參考。本件勞工甲於送貨駕駛車輛行進中使用手機，對於其所執行之駕駛運送職務而言屬於危險駕駛行為，且該危險駕駛可能構成他人之生命危險，僱主 A 公司如衡量已經無法繼續與無視他人及自身生命財產安全之勞工繼續勞動契約關係，依上開最高法院所揭示之衡量重點似無不可。

(2) 然就解雇之最後手段性原則觀察，如甲為初次違規，是否先以企業懲戒之方式為懲處，並維持勞動契約關係，而非直接以終極、不得已、無法避免之解雇為之，亦值得推敲。本件假如為初犯，則僱主宜以懲戒處分先行處罰，不宜直接以違反工作規則為由解雇。如甲為屢犯，則 A 公司主張懲戒解雇終止勞動契約符合違反工作規則情節重大亦不為被解雇之最後手段性原則。

2. A 公司主張無須預告之懲戒解雇須自知悉之日起三十日內為之：

本件 A 公司主張懲戒解雇終止勞動契約，因無需預告勞工，故依勞動基準法第 12 條第 2 項規定，以違反勞動契約或工作規則情節重大之理由終止勞動契約，應自知悉其情形之日起三十日內為之。本件甲車禍住院一個月後，A 公司方主張以上開理由終止勞動契約，如甲公司於車禍當時即已經知悉甲有開車使用手機導致車禍，則已經逾 30 日之除斥期間，不得再主張終止勞動契約。

三、A 工會是由客運業 B 公司之員工所組織之企業工會。A 工會為了爭取加薪，想要罷工。試問：

(一) 為了合法罷工，A 工會請教律師如何處理。請回答 A 工會如何合法進行爭議行為。(10 分)

(二) A 工會經過律師之建議，完成所有注意事項，宣告罷工。所有工會會員均加入罷工行動，但是未加入 A 工會的駕駛員仍然繼續發車載客。A 工會眼見罷工無法達成預定之效果，A 工會希望能夠阻止發車，又請律師提供意見。請給予 A 工會建議，並加上說明。(10 分)

【擬答】：

(一) 合法進行罷工爭議行為：

1. 須為調整事項之勞資爭議：勞資爭議分為權利事項及調整事項二大類，權利事項屬一法律

或契約規定之權利義務爭議，種類型之爭議因雙方已經有法律及契約可資依循，故無需以罷工方式進行爭議。而調整事項之勞資爭議屬於勞動條件之維持或變更，此種爭議過往並無法律或契約可資依循，且事涉勞資雙方對於所要求勞動條件之內容與承受能力，有賴雙方協商進行合意，故調整事項之勞資爭議方能進行罷工。A 工會所爭取者為加薪，此屬勞動條件變更之調整事項，符合勞資爭議處理法第 5 條及第 53 條所規定之要件。

2. 進行調解且調解不成立：調整事項依勞資爭議處理法第 7 條規定，以調解、仲裁程序處理，依本題情況，由 A 工會就其主張向勞務提供地之主管機關提出調解申請書，再由主管機關選任調解人或組成調解委員會後進行調解，由調解委員過半數出席及出席者之過半數同意做成調解方案，如勞資雙方同意方案則爭議結束，視為團體協約；不同意則調解不成立。調解不成立後如雙方未申請仲裁，則工會可以進行罷工之準備。
3. 工會召開會員大會進行罷工投票：本件 A 工會於調解不成立後，如雙方均未申請交付仲裁，則由 A 工會召開工會之會員大會，由工會會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意後，宣告罷工及設置糾察線。

(二) 阻止非工會會員提供勞務：設置罷工糾察線

1. 意義：罷工糾察線，指罷工之勞工組織保持寬度之人牆勸諭阻止想進場工作之勞工放棄念頭。工會幹部、同場勞工及工會會員可參加糾察線。罷工糾察必須遵守合法界線，僅能以勸說方式呼籲團結，影響工作者意願，而不得用身體或精神上之強暴手段，亦不得完全阻絕。因罷工為勞工爭議權及團結權之實現，罷工之行動所參加者為工會會員，未參與工會之勞工並不在罷工範圍之內。未參與工會之勞工仍得依勞動契約給付勞務，但如此則無法迫使僱主提升勞動條件，如罷工之勞工欲影響非工會會員加入罷工之行動，必須以勸說方式進行，勸說方式之一即為設置罷工糾察線，藉由工會會員在不完全阻絕入場提供勞務之自由情形下，影響進場勞工之意願進而提升罷工效果。
2. 遵守原則：罷工不可侵害他人生命、身體及財產法益，不得違反刑事法律。附屬爭議行為不得逾越合理範圍，不得採取不正爭議手段。罷工爭議之原則：
 - (1) 不可侵害身體，不得使用身體暴力。
 - (2) 不可侵害雇主之經營財產。
 - (3) 爭議措施有助於維持或恢復雙方當事人之爭議對等。
3. 故本件 A 工會於正式開始罷工後，得於廠區外設置罷工糾察線，以和平方式在不完全阻絕入場可能性之前提下，勸諭非工會會員參加罷工之爭議行為，藉此提高罷工效果，製造雇主壓力而重新開始提升勞動條件之協商。

四、司法院釋字第 609 號揭示，勞工依法參加勞工保險及因此所生之公法上權利，應受憲法保障。請問下列兩種情形，甲或乙是否有憲法上財產權受到侵害之情形？

- (一) 甲申請勞工保險老年給付，勞工保險局以甲之投保單位曾有逾期未繳保費之情形，勞工保險局依當時法令將甲逕予退保，甲請領老年給付時已無保險關係而拒絕給付。甲提起訴訟救濟，歷經三年終於成功，勞工保險局方依勞工保險條例規定計算其退休給付，但因當時法令未定有遲延利息，故不計算 3 年期間遲延給付之利息。(20 分)
- (二) 甲受領上開遲延 3 年的年金給付，並開始領取勞保老年年金未滿 2 年，旋即因病亡故。甲之繼承人乙請求勞工保險局發還甲 30 年投保年資應領取之一次性給付金額扣除已領年金金額後之餘額，勞工保險局以勞工保險條例無發還之規定，否准其請求。(20 分)

【擬答】：

(一) 年金請求權屬憲法上財產權保障之一環：

我國司法實務就年金財產權之保障，於大法官會議釋字 434 號解釋中，無論就在職人員與離職人員，均有請求給付地位之保障。亦即以國家公法法律關係所形成之社會保險給付，以下述三原則作為判斷年金請求權及期待權是否受憲法財產權保障之判斷標準：

1. 一定之自己給付：經由請領權人過去曾經依法所為保險金給付之提撥，作為社會保險給付之來源，故社會保險之給付與國家單方面所為之救助給付不同，如以自己給付作為獲得將來請求給付之來源，則可以適用公法上保障財產權之相關精神意旨之規範。
2. 私使用性：指具有財產價值之權利地位，年金保險以其保險額度及年資，每次繳交之金額可得有年金請求權。然基於年金保險之制度特性，年金保險必須繳交一定期間後才能請求給付，亦及經過一定之等待期間後，法定年齡屆至後方能請求給付，此時在財產權上之保障亦有程度之差異。
3. 生存保障之作用：生存保障在於年金應能保障請求權人之生存，此一生存保障不只在於保障最低生活水準，而系更高於生存標準之生活水準。

(二)年金給付之利息請求權是否屬於財產權之保障範圍，隨時間發展有不同演進：

1. 早期行政法院見解認為：保險人逾越作業期限規定者，應負如何之責任，其性質屬因保險所生之權利義務關係，並非執行法律之細節性、技術性等次要事項。故在勞工保險條例或依其具體明確授權訂定之命令特別規定，逾越該期限發給現金給付者須加計遲延利息，以及如何加計遲延利息之前，難認被保險人或受益人有主張此一公法上權利之法律依據。勞工保險為強制保險，性質係屬公法關係，勞工分擔之保險費，與保險事故之危險間並非謹守對價原則，而是以量能負擔原則維持社會互助之功能等，此均與商業保險為私法上契約關係有間，司法院釋字第 609 號解釋足資參照。公教人員保險法第 22 條規定：「依本法支付之各項給付，經承保機關核定後，應在 15 日內給付之；如逾期給付歸責於承保機關者，其逾期部分應加給利息。」業已於法律明訂核定保險給付後之給付期限及遲延責任，與勞工保險條例及依該條例第 77 條授權訂定之系爭施行細則並未明定者，顯然有別，均併予指明。最高行政法院 98 年 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議
2. 大法官會議解釋釋字第 683 號解釋，就社會保險給付逾期未加給遲延利息之狀況，解釋文中並未明確指明違憲，僅要求立法者：於被保險勞工或其受益人，因可歸責於保險人之遲延給付而受有損害時，如何獲得救濟，立法者固有自由形成之權限，惟基於上開憲法保護勞工之本旨，立法者自應衡酌社會安全機制之演進，配合其他社會保險制度之發展，並參酌勞工保險條例第十七條已有滯納金及暫行拒絕保險給付之規定，就勞工在保險關係地位之改善，隨時檢討之。本件解釋大法官所提各種理由書之內容紛陳，有直接肯定遲延利息為憲法財產權保障範圍內者(許宗力大法官)，亦有持反對見解認為給付本需要時間及要件之審核，確定權利存在後方能計算利息者(葉百修大法官)。故本件逾期利息是否屬於憲法上財產權保障，由不同角度亦有不同見解。
3. 勞工保險條例於 101 年 12 月 5 日增訂 29 條之 1 條文，就現金核發之保險給付核定後應於 15 日內給付，年金應於次月底給付，如逾期可歸責於保險人者，於逾期部分加給利息。故勞工保險給付之逾期，如可歸責於保險人之事由應依法加給利息，此已為法律明定之公法上給付義務。然於該規定施行之前，因法無明文故無法請求利息，對於已經符合上開自己給付及一定等待期間具有私使用性之被保險人而言，其領取年金給付之期間利益已受影響，反觀其他相同性質之國家公法上年金保險給付之規範，實無排除不予保障之理。故以憲法第 7 條之平等權及平等原則之角度觀察，其憲法上所保障之財產權應有受到影響。

(三)年金給付如低於一次性給付之總額，二者差額被保險人之遺屬對此項差額是否有憲法財產權之保障：

社會法學者有認為勞工保險中老年給付亦屬社會保險制度之一環，老年給付以投保薪資作為計算標準，被保險人以其年資及投保薪資計算可能之財產價值。由上述學者見解為基，勞工保險之給付基於被保險人強制參加社會保險所為之自己給付，並經過等待期間之累積，其所獲得之社會保險給付仍應受到由自己給付所形成財產價值之保障。如國家對於被保險人之年金給付額度或期待權等具有財產價值之主觀公權利減少給付，即可能侵害憲法上之財產權。在勞工退休金條例已有差額返還給付之規範下，本題勞工保險局以法無明文為由拒絕被保險人遺屬申請領取扣除已領之老年年金與一次領取之差額，確有侵害憲法上之財產權之虞。

相對者，行政法學者對於勞工保險給付之性質仍認為屬國家機關之行政處分，此一行政行為仍受依法行政原則之拘束，在法律尚未規範具體之給付或發還規定前，並無得以返還差額之具體依據。

勞工保險條例第 63 條之 1 規定：被保險人退保，於領取失能年金給付或老年年金給付期間死亡者，其符合前條第二項規定之遺屬，得請領遺屬年金給付。

前項被保險人於本條例中華民國九十七年七月十七日修正之條文施行前有保險年資者，其遺屬除得依前項規定請領年金給付外，亦得選擇一次請領失能給付或老年給付，扣除已領年金給付總額之差額，不受前條第二項條件之限制，經保險人核付後，不得變更。

勞工保險條例上開規定，將領取老年年金期間死亡者之剩餘自己給付，由遺屬選擇請領年金給付或一次老年給付之差額作為發還之方式。對於差額財產權之保障已有進步，然請領權人仍受同條例 63 條第 2 項及 54 條之 2 規範之限制，並非不限身分及狀況之遺屬均可請領，就財產權保障主體範圍而言仍有不足。