

勞動事件法中勞動訴訟 之重要議題研析

郭玲惠*

壹、緒言

勞動事件法於民國109年1月1日開始施行，我國勞動訴訟制度進入了新里程碑。該法乃參考日本及德國之立法例，針對勞動關係之特殊性，於民事訴訟外另擬定之特別訴訟程序與調解制度，於勞動事件法未規定時，始回歸民事訴訟法之適用。

本法共有五章，主要內容為總則、勞動調解程序、訴訟程序、保全程序及附則，其核心議題有八大項：專業的審理、擴大勞動事件的範圍、勞動調解委員會之組成及特殊調解程序、減少勞工的訴訟障礙、迅速的程序、強化紛爭統一解決的功能及即時有效的權利保全。不可否認地，該法除新增勞動調解制度，引起社會大眾之高度重視外，其於訴訟程序中將舉證責任明確規範，並減輕了勞方舉證之責任，特別針對於工資與工作時間之認定，雖非實體法上之改變，但該法施行後，對於實務上與學理上之發展，其影響已隱然若現。本文嘗試針對新制度中幾個重大改變，研析實務上可能之影響，並援引德國立法例，給予未來實務上可應用與學理發展可能之方向。

貳、迅速有效處理訴訟程序

一、迅速處理

現行勞動訴訟，雖有調解等制度，然未有特殊規定，與一般民事爭議相同，往往相當冗長，數年甚至十餘年多所存在，不僅使勞動關係處於不確定性，縱使勞工獲得勝訴，亦無法再回復原職，對於雇主人力資源之發展，亦受到限制。因此勞動事件法第8條特別揭櫫此原則：法院處理勞動事件，應迅速進行。並依事件性質，擬定調解或審理計畫，並於適當時期行調解或言詞辯論。因此事件法中不僅規範處理之時程，更加入勞動調解之前置程序，對於專業委員會之尊重，有效釐清爭議事實，並於舉證責任部分，給予明確之分配，縮減舉證責任分配，產生之疑慮。

二、專業委員會之尊重

勞動事件法雖然強化審理法官之專業性，然基於前文所提及勞動事件處理之迅速解決紛爭原則以及勞動事件之樣態多元，專業委員會之尊重機制，就益形重要。且不可諱言，於進行勞動訴訟之前，該勞資爭議，多已經主管機關或專家委員會處理或審理，例如其於

* 本文作者係台北大學法律系教授

立法說明中例示之委員會：性別工作平等法第5條之性別工作平等會；就業服務法第6條第4項、就業服務法施行細則第2條之就業歧視評議委員會；勞資爭議處理法第11條之調解人及勞資爭議調解委員會；同法第43條之不當勞動行為裁決委員會等。

然此類委員會之決議或調查報告，其效力如何，實務上一直有爭議。不可否認地，本於權力分立之原則¹，行政機關所為之處分，於法無明文下，普通法院當不受其拘束²，法院亦應自行審理。然隨著行政事務之日趨複雜及行政法領域之專業化，如其處分之作成乃經由律師、學者與專業人員等共同組成委員會，經由嚴謹之程序完成之決定，其效力及強度應與一般由公務員一人所作成之處分不相同，如能尊重行政機關處分之效力，將有助於訴訟之進行。

因此勞動事件法第34條規定，法院審理勞動事件時，得審酌就處理同一事件而由主管機關指派調解人、組成委員會或法院勞動調解委員會所調查之事實、證據資料、處分或解決事件之適當方案。值得討論者，法院就應如何審酌，換言之，法院之審查密度，該如何拿捏³。於此學理及實務見解上發展出所謂判斷餘地理論（Beurteilungsspielraum）⁴，特別是經由獨立委員會之決定，司法審查之範圍，確有討論之必要。⁵

綜合言之，法院對於專家委員會之決定，原則上固應尊重，但並非不予審查。蓋不確定法律概念，法院雖以審查為原則⁶，但對於具有高度屬人性之評定、高度科技性之判斷、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則近年司法實務上與學理⁷，逐漸承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘

註1：郭玲惠，《男女工作平等——法理與判決之研究》，2000年1月初版，頁188。

註2：行政法院針對勞動爭議，早年多主張法院應進行實質及程序審查，參閱臺北高等行政法院86年判字第3285號判決；臺中高等法院98年簡字第146號判決；臺北高等行政法院99年簡字第724號判決。

註3：劉志鵬，〈兩性工作平等法之申訴及救濟體系〉，《律師雜誌》，第271期，2002年4月，頁65；焦興鎧，〈我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析〉，《臺大法學論叢》，第31卷第2期，2002年3月，頁53。

註4：有關於勞動爭議之適用，國內論述較少，德國相關發展，進一步參考林佳和，〈論勞動法領域中的委員會決定與判斷餘地〉，收錄於林佳和，《勞動與法論文集II》，頁176以下，德國Rainer Schroeder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tuebingen, 2007, S. 67 ff.; Tiedemann Kramer, IT-Arbeitsrecht, 2. Auflage 2019, Rn. 299-304。

註5：有關於專業委員會作成之決定，司法審查之判斷餘地，進一步請參閱翁岳生，〈不確定法律概念，判斷餘地與獨占事業之認定〉，收錄於林佳和，《法治國家之行政法與司法》，頁102；陳清秀，收錄於翁岳生主編，《行政法（上）》，頁200以下；李建良，〈行政裁量與判斷餘地〉，《月旦法學教室》，第98期，2003年7月，頁47。

註6：李惠宗，《行政法要義》，2007年第3版1刷，頁152；陳清秀，收錄於翁岳生主編，《行政法（上）》，頁195以下

註7：陳清秀，收錄於翁岳生主編，《行政法（上）》，頁203以下；黃錦堂，〈高度科技專業性行政決定之司法控制密度——兼評台北高等行政法院96年度訴字第1117號判決〉，《東吳法律學報》，第21卷第1期，頁106以下；最高行政法院104年判字第589號判決。

地，依釋字第553號解釋，法院對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更。

法院對於專家委員會之決定，裁量權之範圍，該如何認定，於勞動領域較少談及，近年之發展甚至有直接反對前開論述者，例如最高行政法院105年⁸明白指出，行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據。

反之，亦有贊成之見解⁹：「…此裁決委員會裁決決定具備不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，應認其裁決決定有判斷餘地，行政法院對此裁定應採取較低密度之審查，除其判斷係出於錯誤之事實認定、不完全之資訊、與事物無關之考量、法律概念涉及事實關係之涵攝有明顯錯誤、對法律概念之解釋明顯違背解釋法則或牴觸上位規範、違反一般公認價值判斷標準、法定正當程序或其他違法情事外，自應予以尊重。……」

為能避免前開專業委員會功能之爭議，勞動事件法於第34條給予法官審酌之依據，值得肯定且將審酌範圍擴大，包含調查之事實、證據資料、處分或解決事件之適當方案。較可惜者，對於法院之拘束力，不同於性別工作平等法第35條，法院應審酌性別工作平等會所為之調查報告、評議或處分之規定，採取較薄弱的「得審酌」¹⁰，未來該如何運用，仍有待發展。建議可參考德國有關

於功能最適性（Funktionsoptimalität），以及事務之實質特殊性（sachliche Besonderheit）衡量¹¹：1.委員會不受行政指示之拘束。2.具有特殊之專業或民主正當性。3.依循特殊之行政程序。4.有多元且具專業性之代表。5.目的在於立場與觀點均衡。6.有加入實質之特殊性考量。

三、有效執行

為避免勞工縱使獲得勝訴，雇主不履行其義務時或於部分情形其履行具有一定之困難，例如命雇主回復勞工原職務，該職務已因業務裁併而不存在或由他人取代等，或雇主如逾一定時期始為履行，對勞工即無實益，使勞工權益無法及時獲得保障，因此逾期立法說明中特別指出，判決所命給付內容或於客觀上已難以強制執行法所定直接、間接強制執行之方法予以實現，或其遲延履行即難以達成實體規範之目的，為強化勞資紛爭解決之實效性，宜得依勞工之意願，以其他補償方式代替原權利之滿足。因此勞動事件法首先於第39條規定，法院就勞工請求之勞動事件，判命雇主為一定行為或不行為者，得依勞工之請求，同時命雇主如在判決確定後一定期限內未履行時，給付法院所酌定之補償金。此點類似於德國勞工法院組織法第62條第1項第1款（§ 62 I 1 ArbGG）¹²，

註8：最高行政法院105年判字第40號判決。

註9：最高行政法院104年判字第512號判決；臺灣高等法院102年度重勞上更（一）字第3號民事判決。

註10：參閱林佳和，〈勞動事件法概觀（下）〉，《月旦會計實務研究》，第12期，頁88。

註11：主要參考林佳和，同註4，頁197，進一步請參考德國Jestaedt in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin-NY, 2010, § 11 V 1 Rn. 49.; Rennert in: Eyermann/Froehler, Verwaltungsgerechtsordnung, 11. Aufl., München, 2000, § 114, Rn. 73;

註12：Koch, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17, Aufl., 2017, § 62 ArbGG, Rn. 2ff.

繼續僱用之判決，得為強制執行之標的，如雇主不履行，亦必須支付補償金及相關之賠償與利息等。

又為謀求勞資訴訟上地位之實質平等，並使勞動事件迅速終結，儘速實現權利人之權利，勞動事件法第44條規定，法院就勞工請求給付事件判決雇主敗訴時，應依職權宣告假執行，以發揮假執行制度及勞動訴訟程序制度之功能。此外為衡量訴訟中雙方之權益，勞工於判決確定前，如有提出假執行宣告之聲請時，聲請法院對雇主實施強制執行者，如經雇主上訴，且將來勞工受敗訴判決確定，雇主可能遭受不當執行之損害。為避免此種情形之發生，法院為假執行之宣告時，應同時宣告雇主得供擔保或將請求標的物提存而免為假執行。

參、舉證責任之變革

一、舉證責任分配原則

勞動事件法之最核心問題，甚至會影響未來勞動實務上相關之工資與工作時間制度，為第35條到第39條有關舉證責任與文書提供義務之規定。

二、文書提供義務

依勞動法令雇主本有備置工作時間與工資相關文書之義務，例如勞動基準法第30條第4

項規定，雇主應置備勞工出勤紀錄，並保存五年；第23條第2項，雇主應置備勞工工資清冊，將發放工資、工資各項目計算方式明細、工資總額等事項記入。工資清冊應保存五年。然不可否認地，雇主雖有備置義務，且依同法第30條第5項規定，出勤紀錄，應逐日記載勞工出勤情形至分鐘為止。勞工向雇主申請其出勤紀錄副本或影本時，雇主不得拒絕。然而雇主並無主動給予勞工相關資料之義務，勞工在職往往難以獲得相關之資料。因此勞動事件法第35條明文規定，勞工請求之事件，雇主就其依法令應備置之文書，有提出之義務。且其立法理由說明，依相關法令為雇主所應備置者，應屬民事訴訟法第344條第1項第5款之文書，就與本件訴訟有關之事項所作者。

有關於舉證責任之分配，依民事訴訟法第277條規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。早年之判例，對於舉證責任之分配原則，即有明確之說明¹³：請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應先由原告就其主張此項事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，被告於其抗辯事實，始應負證明之責任。前開條文但書雖有依其情形顯失公平，不在此限之規定，但勞工如無法取得相關文件或資料，亦無法得知其於訴訟上有何權利可以主張¹⁴，勞工不知雇主是否違法，基於訴訟之基準原則，法院無法越俎代庖，

註13：最高法院43年台上字第377號判例。

註14：參閱黃程貫，〈我國勞動訴訟之現況與困境〉，收錄於：政治大學勞動法與社會法中心，《勞動、社會語法》，台北：元照，2011年5月，頁48；鄭傑夫，《勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望》，2版，2009年9月，頁609以下。

勞工於訴訟上不知如何攻防，往往處於不利之地位¹⁵。因此實務上¹⁶第277條但書之適用亦往往有不同之見解，考量因素眾多，採否認見解者，則主張雇主雖有義務備置出勤卡等勞工出勤資料，然該資料為雇主所持有，勞工仍有取得之途徑，勞工非不得依民訴法第342條之規定聲請法院命雇主提出該文書，亦得以他方法舉證，並得另以其他方式舉證證明其有延長工時之情事，故不生由勞工就延長工時工作之有利事實負舉證責任，將產生不公平的結果¹⁷。而採肯定見解¹⁸者亦提出諸多考量因素，例如對於對造當事人不可期待斟酌當事人間能力、財力之不平等、證據偏在一方、蒐證之困難、因果關係證明之困難及法律本身之不備等等因素，依具體個案，綜合判斷，定其舉證責任或是否減輕其證明度。對於勞工而言，例如同樣是工資之爭議，確產生不同結果。

例如以工資清冊為例，雇主之保存義務時效，本與勞工之工資請求權無涉，然法院卻於判斷上有不同之結果，保存義務時效已逾者，例如106年高等法院之判決¹⁹即指出，被上訴人辯稱因營業處所搬遷，故就無保存必要文件業已銷毀而無法提出上訴人出缺勤資料一節，堪可採信。惟對於保存義務時效內之個案，則多將舉證責任加諸於雇主，有關於101年高等法院淹水案，縱使發生淹水等天災事

件，仍認為提出文書之責任在於雇主：…再審原告確有提出打卡紀錄之義務；且本件訴訟有關員工之打卡紀錄，依勞動基準法第三十條規定應由再審原告製作，並由再審原告保管，且打卡紀錄乃是為再審被告等之利益而製作，並作為計算員工薪資之用。…由上開水災淹水照片，可看公司廠房及辦公室雖遭水侵入，但水淹的不高，浸泡時間不長，由屋內之物品尚完整留在原地並未被沖走，考勤卡亦不可能遭沖走而滅失，且其為出勤領薪的重要資料，衡諸情理，不可能被當作廢棄物丟棄。由前開肯否見解得知，如於雇主之法定義務期限內，勞動事件法第35條及第36條所規定，勞工請求之事件，雇主就其依法令應備置之文書，有提出之義務；且如文書、勘驗物或鑑定所需資料之持有人，無正當理由不從法院之命提出者，法院得裁罰，並得命為強制處分，並無重大改變。然如雇主並無義務或已逾法定義務範圍者，則有重大意義。

特別是勞動事件法第36條第4項規定，法院為判斷該文書、勘驗物或鑑定所需資料之持有人有無不提出之正當理由，於必要時仍得命其提出，並以不公開方行之。如雇主仍不提出，第5項規定，當事人無正當理由不從第1項之命者，法院得認依該證物應證之事實為真實。因此雇主必須提出逾保存年限外，仍須具體說明無法提出之正當理由，法院得斟

註15：參閱黃程貫，同註14，頁48；鄭傑夫，同註14，頁609以下。

註16：最高法院107年度台上字第267號判決。

註17：臺灣高等法院102年度勞上字第3號民事判決。

註18：最高法院107年度台上字第267號判決；最高法院101年度台上字第1602號民事判決；最高法院101年度台簡上字第1號民事判決。

註19：臺灣高等法院106年度勞上易字第15號民事判決。

酌個案後，直接認定該證物應證之事實為真實，相對於民事訴訟法第345條²⁰實務上之見解，勞工無須再舉證。

三、工資之認定與加班費請求之舉證責任分配

勞基法第21條第1項規定，工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。一般實務上勞資間多未能詳細有工資內涵之約定，而是以總工資約定。最高法院早期之判決即指出²¹：勞工如已同意例休假日及平時之工作時間逾8小時，所約定之工資又未低於基本工資加計延時工資、假日工資之總額時，並不違反勞動基準法之規定，勞雇雙方自應受其拘束；勞方事後即不得任意翻異，更行請求例休日及逾時之加班工資。因此勞工如未能掌握工資清冊、計算方式與工資項目等等計算工資之基礎，擬主張雇主未依約定給付工資或工資數額，其舉證相當困難，必須面對二大難題，其一是否有約定及約定之內涵，其二工資，特別是對價性或經常性給予之認定。相對於此雇主只要舉證其工資已給付，債務已消滅，訴訟上之結果往往對於勞工不利²²。不可否認地，勞資間除多未能詳細約

定工資之內涵外，對於加班及加班費之內涵，亦常產生爭議。勞工並未有出勤紀錄，當不知雇主如何認定是否有加班及其加班費數額，特別是雇主依勞動契約雖有提供適當工作之義務，雇主雖可請求勞工加班，勞工當可拒絕，但勞工卻無請求加班之權利。因此勞工除必須舉證其有約定加班費工資及其數額外，另必須舉證其有加班工作與加班時間，而雇主同樣只需舉證，其已清償所約定之工資，包含加班費已足，舉證責任分配上，同樣對於勞工不利²³。

(一) 工資之認定

為能彌補勞工訴訟上之不利益處境，勞動事件法第37條規定，勞工與雇主間關於工資之爭執，經證明勞工本於勞動關係自雇主所受領之給付，推定為勞工因工作而獲得之報酬。該規定無疑是舉證責任之重大轉變，換言之，依此規定，勞工舉證責任之內涵僅達到「本於勞動關係以及自雇主所受領之給付」，已足。雖然本於勞動關係之舉證，對於勞工不一定有利，甚至晚近判決受到大法官釋字第740號解釋之影響，有諸多不利於勞工之判決²⁴，然對於工資內涵之舉證責任，則減輕許多，勞工只要證明該項給付來自雇

註20：臺灣高等法院102年度勞上易字第128號判決，法院主張上訴人對其所稱實際假日加班日數高達360日未休乙節，均未能提出具體事證以實其說，自難為有利於上訴人之認定；相反地亦有擬定為真實者，參閱台北地方法院104年度北勞簡字第138號民事判決；進一步請參閱民事訴訟法第345條之立法理由，法院得依自由心證認證人關於該文書之性質、內容及文書成立真正之主張為真實，或認舉證人依該文書應證之事實為真實。

註21：最高法院85年度台上字第1973號判決。

註22：鄭傑夫，同註14，頁610。

註23：鄭傑夫，同註14，頁612。

註24：最高行政法院106年度判字第233號判決；最高行政法院107年度判字第708號判決；臺灣高等法院臺南分院106年度勞上易字第1號民事判決。

主之支付，無論直接或間接，皆能符合要件，並無其他限制，例如金額或給付方式等等。相對於此，雇主之舉證責任，則由僅須證明已為清償債務，必須證明清償債務之內涵，是否有另行約定。該法之立法理由明白指出，如勞工已證明係本於勞動關係自雇主受領給付之關連性事實時，即推定該給付為勞工因工作而獲得之報酬，依民事訴訟法第281條無庸再舉證，反之雇主必須證明該項給付非勞務之對價（例如：恩給性質之給付）或非經常性之給與而不屬於工資，以合理調整勞工所負舉證責任，謀求勞工與雇主間訴訟上之實質平等。雇主之舉證，則必須回歸勞基法第2條第3款：「謂勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。」規定以及學理上之認定。換言之，雇主必須證明該項給付非因「勞工工作而獲得之報酬」，如無法證明，則必須證明該給付非為「經常性給與」。

工資主要有三層結構，工作對價之核心、工作對價之特別犧牲²⁵與因勞動關係之給予，特別是第三層是否屬勞動事件法第37條之勞工本於勞動關係自雇主受領之給付。實務與學理上對於工資之認定，主要有勞務對

價說、經常性給付說及補出認定說三個重要判斷標準，勞動事件法施行，舉證責任之分配亦會隨著改變。

1. 勞務對價說

由勞基法第2條第3款之條文規定為出發、所謂的工資當以雇主之給付是否構成勞工勞務之對價為核心²⁶，此亦為德國學理上之主要見解²⁷。實務上²⁸常以給付之性質符合對價性為準，認為工資是勞工在雇主指揮命令下從事勞動期間所獲得之給與。至於是否受其名目之影響²⁹，並不以其形式上之名目，實務上³⁰亦有婚喪喜慶補助，仍因符合勞務對價性，而認定為工資。採此見解，則雇主之舉證責任，將面臨挑戰。蓋勞工如舉該給付為本於勞動關係自雇主所獲得之給付，雇主必須說明，為何該項給付，與勞務對價無相當性。如前開實務見解，單純之名目已無法說明其非勞務對價性，必須由勞工提供勞務之內涵、評價、發放之方式、金額與目的等等，詳細說明，始有排除工資認定之可能性。

2. 經常性給付說

不可否認地，勞務對價說對於爭議案件，特別是面對眾多的報酬名目，難以

註25：參閱德國Vogelsang, Schaub Arbeitsrecht Handbuch, 17.Aufl., § 67, Rn. 2-5; Koch, Schaub Arbeitsrecht Handbuch, 17.Aufl., § 82, Rn. 2-6。

註26：黃程貫，《勞動法》，國立空中大學，2001年修訂再版三刷，頁400以下。

註27：參閱德國Vogelsang, Schaub Arbeitsrecht Handbuch, 17.Aufl., § 67, Rn.6; BAG: AP Nr.6 zu § 288 BGB; BAG Urteil vom 29.06.2016-5 AZR 716/15; 6 BAG AP Nr.25 zu § 5 BetrVG 1972。

註28：台灣高等法院106年度勞上易字第107民事判決。

註29：參照最高法院93年度台上字第913號民事判決。

註30：台灣高等法院106年度勞上易字第74民事判決。

有較明確的認定標準。為能有效解決工資認定之紛歧，實務上有依據法條定義，主張限縮解釋，主張所謂工資必須先具備經常性給與之性質³¹，再論其是否有勞務給付之對價性，換言之必須同時具備經常性與對價性³²；105年最高法院指出³³：判斷某項給付是否具勞務對價性及給與經常性，應依一般社會之通常觀念為之，其給付名稱為何，尚非所問。因此縱使有勞動基準法施行細則第10條之各項名目，亦可能因為制度面之給予，而認定為工資³⁴，換言之，當對價性難以認定時，制度上之判斷成為重要認定標準。採此見解，對於勞動事件法雇主之舉證責任相較於勞務對價說，則較減輕；雇主只須舉證，該項給付並非經常給予，即可否認工資之認定。

「經常性給與說」學理上時間上經常性與制度上經常性二學說。前者，認為理論上在一相當時間內，於一般情況，所可得到之給與，即所謂經常性給與³⁵，依文義理解，經常性的概念雖含有次數、時間上的因素，但不僅限

於此。後者強調雇主有無支付義務的觀點，認為經常性未必與時間上之經常性有關，而是指制度上之經常性而言³⁶，因此雇主只要舉證其於勞動契約、工作規則、團體協約或企業內習慣等等，為有約定給予之義務，或明白約定給與之方法及性質，例如基於身分上或恩惠性之給予，縱使時間上經常發生，亦得排除其為工資，而為一種鼓勵性、恩惠性或福利性給予。值得注意者，如事業單位有前開規定或約定時，雇主必須進一步於該等約定或規定，詳細規範其給付之目的、方式與時間等等，區隔工資與非工資。

如採時間上之經常性給予，並非意味著雇主只要能證明該給付偶一為之或次數頻繁，舉證責任已足，另應輔以所謂的「信賴上之經常性」。換言之，依一般交易觀念，勞工對該給付之獲得，是否有正當信賴，雖然次數不頻繁，但如有信賴例如年終獎金，則該給付仍具有經常性³⁷。

3.補充認定說

勞動基準法第23條規定，工資之給

註31：黃劍青，勞動基準法疑難問題詳解，頁102以下，1986年7月；黃程貫，同註26，頁400。

註32：王惠玲，〈工資涵義之探討〉，《月旦法學雜誌》，第13期，1996年5月，頁24以下。

註33：最高法院105年度台上字第220號民事判決；最高法院104年度台上字第613號民事判決。

註34：最高法院106年度台上字第1824號民事判決。

註35：鄭津津，〈工資的認定〉，《月旦法學教室》，第96期，2010年10月，頁29；另有關於年度不休假加班費或政府機關技工工友之加班費，皆因非固定給予而認為非資工，參見台灣高等法院106年度勞上易字第14號民事判決。

註36：劉志鵬，〈論勞工退休金債權（五）〉，《律師通訊》，第83期，1986年，頁6。

註37：林更盛，〈勞基法對工資之定義〉，收錄於《勞動法案例研究（一）》，中原財經法學叢書（9），2002年5月，頁49以下。

付，除當事人有特別約定或按月預付者外，每月至少定期發給二次，並應提供工資各項目計算方式明細；按件計酬者亦同。換言之，工資以定期給付為原則，然亦得由當事人另行約定。因此不應以是否為經常性給付，作為工資認定之主要標準，經常性給與僅為工資認定的補充要素，勞基法第2條第3款規定「包括……」僅具有例示規定的性質。

爰此工資應以該給付是否構成勞務之對價決定之，僅當該給付之對價性不明時，方以其是否具有經常性作為判斷依據³⁸。採此見解，雇主之舉證責任，將類似於經常性給予說，回歸制度面之規範，為避免未來產生爭議，勞資間宜盡早於勞動契約或工作規則³⁹中，有較詳細之約定或規定，例如於工作規則中載明海外差旅津貼等之性質與發放標準，且非屬經常性給與，不計入平均工資，報請主管機關同意核備或經勞工簽署同意，成為兩造勞動契約之內容。

（二）延長工作時間工資之認定

有關於延長工作時間工資之定義，於勞動事件法施行後，是雙重舉證責任之改變，特別是實務上勞資間往往僅約定總工資，只要雇主支付不低於勞基法基準工資與延長工時

工資之金額，實務上則難以認定雇主有違法之情事。最高法院105年之判決⁴⁰即指出：法院於具體個案中，就工作時間等事項另行約定而未核備者，應本於落實保護勞工權益之立法目的，依勞動基準法第30條等規定予以調整，並依同法第24條、第39條規定，命雇主計付工資。特別是如該勞工並非適用法定工作時間制度，而是適用勞基法第84條之一約定工時，雖該條文並未排除勞基法第24條，但不僅難以認定有加班之情形，多已將法定工作時間以外之工作時間納入約定工作時間，更難以給予約定工時以外之工資⁴¹。

不可否認地，實務上針對於延長工時工資之給付標準，是否得由勞資間以不低於基本工資之標準，自行約定，有肯否二說：採否定說者⁴²，認為勞基法第24條為強行規定，必須以平日工資計算其給予基準，且無論其名目與計算方式，例如以記點方式。採肯定者，則主張應尊重私法自治主張⁴³，「延長工時加給」雖與勞基法第24條、第39條計算方式不同，如果仍以「工時」為基礎，並於一定時段如假日深夜，加成計算點數，是類似於勞基法第24條、39條之方式，與延長工時密切相關，為延長工時工資無疑。且就該延長工時加給之計算結果，與其等工資內容計算勞基法第24條之結果比較，該協議內容

註38：參閱林更盛，〈勞基法工資之定義〉，《勞動法裁判百選（一）》，元照出版，1999年，頁10以下；林更盛，同註37，頁41以下；最高法院106年度台上字第2679號民事判決。

註39：最高法院106年度台上字第2679號民事判決。

註40：最高法院105年度台上字第376號民事判決。

註41：臺灣高等法院臺中分院101年度重勞上字第8號民事判決。

註42：臺灣板橋地方法院98年度勞訴字第154號民事判決。

註43：臺灣高等法院102年度勞上更（一）字第7號民事判決；有關於交通運輸業，實務上多以該行業之特殊性而肯定該約定，參見最高法院105年度台上字第220號民事判決。

顯優於勞基法24條之計算方式，並無短付延長工時工資之情事。另最高法院106之判決⁴⁴即明白指出，此種事實上合意，勞資雙方應受其拘束。

勞動事件法施行前實務之見解本有前開爭議，施行後，該爭議將轉為雇主之舉證難點。勞工只要說明，自雇主受領工資，並主張仍未給付延長工作時間之工資，雇主除必須說明，所給付之工資內涵，那些為約定或法定工作時間之工資外，仍必須說明延長工作時間之範圍以及如何計算工資，恐難以維持前開法院以總工資扣除法定或約定工作時間之方式，認定雇主已清償對於勞工之工資債務。

蓋依勞動事件法第38條規定，出勤紀錄內記載之勞工出勤時間，推定勞工於該時間內經雇主同意而執行職務。所謂推定同意而執行職務，當然包含延長工作時間。進一步而言，勞基法第24條雖為強行規定，然延長工時工作勞工並無義務，亦非勞工之權利。因此如雇主設有延長工時申請制度，而勞工未提出申請，而直接延長工時工作，雇主是否應給付加班費，實務上一直存有爭議。採肯定說者認為，無論勞工是否有直接提出延長工時工作之申請，只要勞工於正常工作時間外，延長工作時間，無論是基於雇主明知或

可得推知之意思而未雇主提供勞務，亦不因雇主採加班申請制度而有不同。⁴⁵另縱使雇主未表明同意，但將延長工時登載於勞工出勤紀錄簿者，尚非不得認定雇主同意延長工時，當應依第24條給付延長工時工資。延續此種肯定見解，如出勤紀錄簿已載明勞工有出勤，則雇主將難以舉反證，證明雇主並未同意其延長工作時間，未來對於事業單位工作時間制度面之建立，將是一大挑戰。

反之採否定說者⁴⁶，則認為雇主依勞基法第24條負有支付延長工時工資之義務，乃因雇主主動延長工作時間，如故雇主事後並未追認並受領其勞務，則無此義務。德國實務上⁴⁷採較嚴格之標準，縱使無事前同意，也必須有事後追認或有事實證明雇主確實有容忍之情形。此見解是否能於勞動事件法施行後，繼續維持，本文持較保留見解，雖難此乃延長工作時間制度之本質，為能兼顧勞動事件法減輕勞工舉證責任之立法目的，未來勞資間應建立出勤紀錄之定期確認制度，以勞動契約或工作規則之制度面約定，或可解決此糾紛。

四、工作時間認定與出勤紀錄之舉證責任分配

如前文勞動事件法第38條，以出勤紀錄內

註44：最高法院106年度台上字第1221號民事判決。

註45：最高行政法院107年度盼自第715號判決；最高法院106年度盼自第617號判決；行政院勞工委員會81年4月6日台81勞動2字第09906號函示。

註46：最高行政法院106年度判字第715號行政判決。

註47：德國實務上採較嚴格之標準，縱使無事前同意，也必須有事後追認或有事實證明雇主確實有容忍之情形，參閱Linck, Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 17.Aulf.,S.761, BAG 25.3.2015 AP Nr.55 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung。

記載之勞工出勤時間，推定為勞工之工作時間。且依勞動基準法第30條規定，雇主應置備勞工出勤紀錄，並保存5年；出勤紀錄，應逐日記載勞工出勤情形至分鐘為止。估不論有關於工作時間之定義，勞基法並未明文規定，只能委諸於學理或實務見解，對於工作時間之認定，通說以為除了當事人有約定或工作規則有規定外，所謂「提供勞務」似乎是以勞工是否處於可提供勞務之狀態為基準⁴⁸。然而，「處於可提供勞務之狀態」是否包含準備或待命工作，亦學理與實務上未有一致見解⁴⁹。本文礙於篇幅，將暫不予討論。而勞動事件法之訂定後，雖有強化出勤紀錄與工作時間認定之關聯性，但仍無法全面性解決工作時間之舉證責任分配，如雇主未備有出勤紀錄或出勤紀錄未記載勞工有出勤，仍無法直接採取舉證責任轉換之方式，值得注意者，勞動事件法並未排除勞工有事實上提供勞務，但未有出勤紀錄之情形，該法通過前⁵⁰，對於此類型工作時間之認定，並不因此而受到影響。

蓋依現行實務見解⁵¹，雇主縱有保存出勤紀錄之義務，然並無義務提供給勞工，勞工往往無法得知雇主如何據以計算工資或加班

費，而產生無法舉證雇主有違法之事實。惟如雇主於訴訟上未提出勞工之出勤工作紀錄及薪資清冊資料，法院往往因雇主未舉證而為不利雇主之認定。⁵²最高法院99年即明白指出：不論就被上訴人所提出之薪資條抑或上訴人公司之薪資清冊，均無從得知被上訴人加班及時數資料，上訴人既未依規定保存，自不能將該不利益轉由被上訴人負擔。

不可否認地，出勤紀錄之方式相當多元，勞工是否應協助紀錄⁵³或究應以何種方式記錄，其法律上之爭議，仍未有定論。因此雇主於未來應建立定期確認出勤紀錄之制度，例如定期通知勞工，使其確認，如未能確認則以約定或法定之工作時間為基準，始能因應勞動事件法之變革。

肆、工會之不作為訴訟

勞動事件法有諸多創設之制度，特別是第40條工會得提起之不作為訴訟、第41條共通基礎中間確認訴訟、第42條共同利益併案等等，不僅於第9條使工會無須經由審判長之允許擔任輔佐人，也不侷限於擔任其所屬會員輔佐人以及第45條擴大工會對會員的代表權

註48：參照黃程貫，同註26，頁412；德國Reichold, Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, § 36 Rn. 59ff.

註49：參照黃程貫，同註26，頁412以下；德國BAG BB 2004, Heft 21, S. 1172ff.; BAG BB 2004, Heft 25, S. 1396ff.; BAG BB 2004, Heft 34, S. 1860ff.；最高法院 95年度台上字第1104號民事判決；臺灣高等法院高雄分院107年度勞上易字第78號民事判決；臺灣高等法院107年度勞上字第105號民事判決。

註50：臺灣高等法院103年度勞上易字第72號民事判決。

註51：最高法院106年度台上字第2044號民事判決；最高法院104年度台上字第1039號民事判決；最高法院99年度台上字第1102號民事判決。

註52：最高法院99年度台上字第1102號民事判決。

註53：最高法院104年度台上字第1039號民事判決。

限。此創設之制度，未來如何施行，仍有待觀察，值得一提者，其立法用意乃強化工會之功能，期使勞工權益能透過工會之角色，獲得保障。為能健全工會之組織運作，促使工會能藉由自治，保障會員利益。例如第40條規定，提起不作為訴訟，限定為工會章程所定目的範圍內，且有侵害其多數會員利益時，始得提出。值得一提者，此訴訟中或調解工會並非其會員之代理人，如章程有規範，並無須經由其會員之同意，因此強制規範，必須由律師代理訴訟，但律師之酬金，屬於訴訟費用之一部，司法院將擬定金額限制。

伍、結語

勞動事件法於引領期盼下之施行，不僅減少勞工訴訟上之困難，亦參考外國立法例，引進勞動調解等新制度，同時也使工會之角色，有訴訟上之重大意義，諸多法制上之轉變，仍有待觀察，本文礙於篇幅，僅初步針對勞動訴訟中之部分爭議問題，比較該法施行前後所可能產生之轉變，特別是勞動事件法第37條及第38條之規定，對於勞資之間，將可能有重大之影響，或可供實務上適用該法及釐清疑義時，可參考之方向。

律師通訊處變更通知書

致：全國律師雜誌編輯部

律師姓名：

地址：台北市忠孝西路一段4號7樓C室

電話：

電話：(02) 2388-1707

傳真：

傳真：(02) 2388-1708

更新住址：

(新執業律師亦請填寫)