

2018年1月10日勞基法修訂適用疑義（二）

明理法律事務所陳金泉律師 葛百鈴律師

一、勞基法第32條第2項但書、第3項加班工時彈性之規定。

（一） 新增定勞基法第32條第2項但書、第3項分別規定：「前項雇主延長勞工之工作時間連同正常工作時間，一日不得超過十二小時；延長之工作時間，一個月不得超過四十六小時，但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，延長之工作時間，一個月不得超過五十四小時，每三個月不得超過一百三十八小時。」、「雇主僱用勞工人數在三十人以上，依前項但書規定延長勞工工作時間者，應報當地主管機關備查。」。修正立法理由指出：「鑑於社會經濟變遷，事業單位經營型態多元，各界對於現行延長工作時數一個月不得超過四十六小時之規範，多有應建立允許勞雇協商彈性機制之建議。為衡平勞資雙方權益，經綜整多數意見，增訂第二項但書及第三項規定；於現行每月延長工作時間時數上限四十六小時之總數不變之前提下，第二項但書定明經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，勞資雙方得另約定延長工作時間時數上限在每三個月週期內彈性調整，惟單月得運用之延長工作時間時數上限仍不得超過五十四小時。」。此即為勞動部對外所宣稱加班彈性之修法。

（二） 惟本項規定有疑義者在於，勞基法第32條第2項但書規定所指「一個月不得超過46小時、每三個月不得超過138小時」，1個月及每3個月應如何界定？有地方勞工行政主管機關首長於修法通過後向勞動部提出建議表示，勞動部應清楚界定所謂3個月不得超過138小時，究竟是「每3個月」？或「任3個月」¹？勞動部回應：「每3個月應該是周期的概念，要由業者與受僱者律定，律定後不能隨意變動，如有出現連續4個月每月連續加班超過54小時的極端班表，它仍須受《職業安全衛生法》評估對勞工健康危害，如有危害也無法成為例外」²。

（三） 查所謂3個月不得超過138小時，究竟是每3個月？或任3個月？在適用上確實會產生疑義。舉例言之，如1、2、3月各月延長工時分別為30、54、54小時，4、5、6月各月延長工時分別為54、54、30小時，依據上述勞動部對外回應意見，每3個月是週期概念，由勞雇雙方協商律定，如勞雇雙方協商律定每3個月週期為1至3月、4至6月者，則各該「每3個月」延長工時合計均為

¹ https://udn.com/news/story/11732/2930505?from=udn_ch2cate6638sub11732_pulldownmenu

² <https://tw.appledaily.com/new/realtime/20180116/1279971/>

138 小時，並無違反勞基法第 32 條第 2 項但書之規定。但事實上勞工從 2 到 5 月，已連續 4 個月每月延長工時均達 54 小時，如就「2、3、4」這三個月或「3、4、5」這三個月來檢視，合計三個月的延長工時高達 162 小時，遠遠超過新法所規定 3 個月延長工時的上限 138 小時，容易造成勞工過勞。因此本文認為，勞基法第 32 條第 2 項但書的延長工時「1 個月」至多可至 54 小時，「每 3 個月」不得超過 138 小時，對於「1 個月」或「每 3 個月」，應給以適當的定義，即「1 個月」指連續 30 天，「每 3 個月」則指連續 90 天（或指任三個連續的日曆月）。蓋人體生理並不會因為日曆月變換就自動「重新歸零」(Reset)，一月份累積的疲累不會因為一月結束，二月一日一到來就自動「重新歸零」重新起算；相同的，每 3 個月（一季）結束，下一個「3 個月」（下一季）開始，也不會把前一季累積的疲累一夕之間全部歸於零。所以在採「每 3 個月」指連續 90 天（或指任三個連續的日曆月）的前提下，「1、2、3」月、「2、3、4」月、「3、4、5」月就必須被個別檢視其全部加班時數，方始不會產生連續 4 個月每個月都加班 54 小時的過勞情形。而這在現行的工時管理系統，並不會有任何管理上的困難。此點，本所陳金泉律師於 2017. 11. 23 在立法院一例一休勞基法修法公聽會上早已表達過類似見解³。

二、 勞基法第 34 條第 2、3 項輪班休息時間之規定。

(一) 2016 年 12 月 6 日修正前勞基法第 34 條規定：「勞工工作採晝夜輪班者，其工作班次每週更換一次。但經勞工同意者不在此限。依前項更換班次，應給予適當之休息時間。」。惟當時勞基法並未明定應給予適當之休息時間之時數為多少小時？2016 年 12 月 6 日修正勞基法第 34 條規定：「勞工工作採輪班制者，其工作班次，每週更換一次。但經勞工同意者不在此限。依前項更換班次時，至少應有連續十一小時之休息時間。」當時修正立法理由指出：「為使各種型態之輪班勞工均能受到本條規定之保障，將原條文第一項『晝夜』二字刪除。原條文第二項規定『適當』之休息時間，屬不確定之法律概念。為明確相關規定使勞資雙方可資遵循，修正為『至少應有連續十一小時』之休息時間。」同時為避免修正後對於實施輪班制之行業於排班上產生衝擊，因此在勞基法第 34 條第 3 項規定：「中華民國一百零五年十二月六日修正之前項規定，其施行日期由行政院定之。」然行政院一直未訂定施行日期。

(二) 直至 2018 年 1 月 10 日勞基法第 34 條第 2 項規定再次修正為：「依前項更換班次時，至少應有連續十一小時之休息時間。但因工作特性或特殊原因，經中央目的事業主管機關商請中央主管機關公告者，得變

³ http://明理.com/news_page.php?no=73

更休息時間不少於連續八小時。」，並同時增定第 3 項規定：「雇主依前項但書規定變更休息時間者，應經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，始得為之。雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應報當地主管機關備查。」。本次修正立法理由指出：「現行公布之第二項有關輪班制勞工更換班次時至少應有連續十一小時休息時間之規定，對於勞工身心健康當有助益，惟如一體施行，恐無法因應特殊情況。經考量實務運作情形並兼顧勞工健康，爰修訂第二項及第三項規定，亦即仍以連續十一小時之休息時間為原則，惟於第二項以但書規定，經中央目的事業主管機關評估確因工作特性或特殊原因，有調整班次更換時最低休息時間之必要者，商請中央主管機關公告後，事業單位復經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得另約定給予適當之休息時間，惟不得少於連續八小時。」。

- (三) 惟上述關於例外得僅休息 8 小時之規定，引發諸如護理人員、保全人員抗議，將造成更加過勞之現象。依據目前勞動部及行政院對外說明，新修正之勞基法第 34 條第 2 項規定，僅限輪班制勞工，而且限於工作班次更換時，班次之銜接點（例如上一班次為早班，下一班次更換為中班⁴）。惟本文認為，例外得僅休息 8 小時，休息時間上確實過短，蓋如將勞工下班後之通勤、用餐、盥洗等時間算入，事實上勞工真正休息時間將不足 8 小時，容易造成疲累下的職災，對勞雇雙方都是傷害。因此未來勞動部應該與各行業中央目的事業主管機關嚴格把關再予公告得適用本條規定之行業。
- (四) 此外，本文認為雖非輪班制勞工，但二個工作日間之休息時間亦應至少間隔 11 小時。例如勞工於週一班表為上午八時至下午五時，則至少要再間隔 11 小時後，始得再排定下一次勞工出勤上班。

三、勞基法第 36 條第 4、5 項例假調整規定。

- (一) 本次增定勞基法第 36 條第 4、5 項規定分別為：「經中央目的事業主管機關同意，且經中央主管機關指定之行業，雇主得將第一項、第二項第一款及第二款所定之例假，於每七日之週期內調整之。」、「前項所定例假之調整，應經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，始得為之。雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應報當地主管機關備查。」。修法理由指出：「週休二日新制實施後，每七日中有二日之休息。勞雇雙方均有放寬前開令釋限制，給予例假安排彈性空間之建議」。
- (二) 就本條修正而言，立法上是否有放寬例假七休一原則之絕對必要？值得再斟酌。本所認為本條第四項後段所稱「於每七日之週期內調整之」，其原始立法用意應該是要來放寬七休一之原則，但因立法技術粗糙，所謂的「於每七日之週期內調整之」之規定，造成雖然沒有連

⁴ <https://www.ettoday.net/news/20171221/1076937.htm>

續工作七日以上的情形，如照新法條文也必須適用第四、五項的規定要件及程序，實質上把原來的些許彈性都完全抹煞掉。舉例言之，勞雇雙方原約定星期六為休息日、星期天為例假日，假設事業單位適有星期日辦活動需勞工加班之需求，依目前規定只需勞雇雙方合意協商調整將星期日調整為休息日、星期六調整為例假日即可，但如依目前的新法條文，此一調整也屬「於每七日之週期內調整」之情形，必須適用新法第四、五項規定要件及程序，完全抹煞了些許必須的彈性。本文期期以為不可。

四、勞基法第 38 條第 4 項但書特休假遞延。

- (一) 本次新增定勞基法第 38 條第 4 項但書規定：「但年度終結未休之日數，經勞雇雙方協商遞延至次一年度實施者，於次一年度終結或契約終止未休之日數，雇主應發給工資」。此次修法依勞動部對外說明，目的在給予勞資雙方就特別休假排定上之彈性，允許在勞資協商達成合意下，可將當年度勞工未休完之特別休假日數遞延至次一年度實施。
- (二) 惟本文認為，應休未休特別休假日數於年度終結後應發給工資，是去年修正勞基法第 38 條第 4 項所明定，此一金錢債權得透過勞雇雙方的「代物清償」契約，而轉為「補休債權」，事實上達到遞延、勞工積假的目的。至於遞延後未休畢者，依民法第 319 條代物清償規定：「債權人受領他種給付以代原定之給付者，其債之關係消滅。」，此為「要物契約」，亦即勞工未實際獲得補休前，原來的特休工資債權並不會消滅，似乎並不必動用到修法。然新修正勞基法第 38 條第 4 項但書規定既已增定，則上述勞基法第 38 條第 4 項但書規定應如何適用？及於實務適用上是否會產生若干疑義？茲謹分析如下。
- (三) 首先，特別休假遞延之前提必也是「勞雇雙方達成協商」，因此任一方均無片面指定遞延之權利，任一方也均有拒絕遞延之權利。
- (四) 其次，勞雇雙方至遲應於何時達成特休未休完日數遞延休假之協商？是在當年度終結前？亦或當年度終結後幾日內？從法條文義上而言，要確定勞工於當年度究竟有多少天未休完之特別休假日數，勢必俟該年度終結後始能正確計算，但勞基法第 38 條第 4 項本文規定：「勞工之特別休假，因年度終結或契約終止而未休之日數，雇主應發給工資」，而依據勞基法施行細則第 24 條之 1 第 2 項第 2 款第 1 目規定，雇主至遲應於年度終結後 30 日內發給應休未休之特別休假工資。故解釋上，勞雇雙方至遲應於年度終結後 30 日內達成遞延特別休假之合意，倘勞雇雙方於年度終結後 30 日內未能達成遞延特別休假之合意者，雇主即應依勞基法第 38 條第 4 項本文及勞基法施行細則第 24 條之 1 第 2 項第 2 款第 1 目規定，給付勞工應休未休之特別休假工資。
- (五) 又勞雇雙方得否僅協商遞延部分應休未休之特別休假日數？舉例言之，如勞工當年度有 8 日應休未休特別休假日數，勞雇雙方得否協商僅其中 5

日應休未休特別休假日數遞延至次一年度實施休假，其他3日應休未休特別休假日數由雇主於當年度終結結算給付工資？從勞基法第38條第4項但書規定立法理由指出：「現行勞工之特別休假因年度終結而未休畢之日數，不論原因為何，雇主應一律發給工資，使得希望累積假期之勞工，反而無法與雇主協商遞延休假，失去特別休假以休息為目的之立法美意為使希望累積假期之勞工，得依其意願安排較長之連續假期，以調劑身心，恢復工作效率，爰於第四項增訂但書，定明年度終結之未休日數，得經勞資雙方協商遞延至次一年度實施。」，亦即目的上再給予勞工彈性，給予其累積較長假期之便利，因此年度終結應休未休特別休假日數是否必須一次包裹性地全部遞延或全部不遞延？解釋上應無此限制，端視勞雇雙方如何協商以及達成之協商內容而定。

- (六) 遞延後之特別休假，勞工是否仍享有排定權？勞基法第38條第2項本文規定，前項之特別休假期日，由勞工排定之。似乎存有當年度特別休假，勞工始享有排定權，遞延後之特別休假，勞工不享有排定權之解釋空間疑義。然事實上參照勞基法第38條第4項但書規定立法理由指出：「至於遞延至次一年度實施之特別休假，其休假日期依第二項規定辦理，原則由勞工排定。」因此，遞延後之特別休假，排定權仍屬勞工。
- (七) 遞延後特別休假仍未休完，應以何時之工資標準進行結算？依據勞基法第38條第4項但書後段規定：「於次一年度終結或契約終止仍未休之日數，雇主應發給工資」。另依勞基法施行細則第24條之1第2項第1款第2目規定：「前項所定一日工資，為勞工之特別休假於年度終結或契約終止前一日之正常工作時間所得之工資。其計月者，為年度終結或契約終止前最近一個月正常工作時間所得之工資除以三十所得之金額。」，由上述勞基法施行細則第24條之1第2項第1款第2目規定可知，勞工未休完之特別休假日數是以年度終結前一日之正常工作時間所得之工資作為結算基準，亦即勞基法第38條第4項為法定的債之轉換，即透過立法明定將未休畢的特休假轉為金錢債權。則遞延後之特別休假，依據勞基法第38條第4項但書規定，勞雇雙方既已協商遞延至「次一年度」實施，則勞基法施行細則第24條之1第2項第1款第2目規定之「年度終結」，自應指「次一年度之年度終結」，因此如遞延後之特別休假仍有未休完之日數，雇主應以「次一年度終結」前一日之正常工作時間所得之工資作為結算基準。其計月者，應為次一年度終結前最近一個月正常工作時間所得之工資除以三十所得之金額作為結算工資之基準。
- (八) 雇主結算給付之應休未休特別休假工資（包括遞延後未休完之應休未休特別休假），性質上是否為勞基法第2條第3款規定之工資？應否計入平均工資計算？如屬工資，則加班費計算基礎、新制勞退月提繳工資與勞保投保薪資等，均需隨之調整。勞動部就前述議題認為是工資之性質，但是否計入平均工資一節（攸關職災、資遣費與退休金給付），則認為如係契約終

止「後」之所得則不計入，但若是因年度終結而未休之特休工資，勞動部則認為應視該未休特休日是否落在勞動契約終止前六個月內而異其效果，落在勞動契約終止前六個月內者應計入平均工資，反之則否，如無法認定則由勞資雙方協商議定。惟本文淺見認為，勞基法第 38 條第 4 項規定之結清給付，應非屬工資性質。按在修法以前即有不少法院判決認定此一「應休未休特別休假工資」非工作對價，修法後解釋上應該相同（純只是把舊勞基法施行細則第 24 條第 3 款規定提升到母法層次）。台灣高等法院 103 年度勞上更(一)字第 13 號判決意旨指出：「另上訴人主張之未休假補償金，既係被上訴人依勞動基準法施行細則第 24 條第 3 款規定，於員工之特別休假因年度終結或終止契約而未休者，就其應休未休之日數，所發給之工資。而雇主有無要勞工犧牲特別休假為其工作，非必逐年相同；勞工於每一年度終結，是否均有未休畢之特別休假而得支領代償金，亦非固定；可見勞工因年度終結未休畢特別休假而受領給付，並不具備經常性。且勞工於年度內既未排定特別休假，其繼續工作僅能認係在正常工時內提供勞務，不能指為在特別休假日工作，據此，雇主因年度終結勞工未休畢特別休假，所給與勞工之金錢，僅能認係補償勞工未能享受特別休假所給與之代償金，當非勞工於年度內繼續工作之對價，亦不能認係勞基法第 2 條第 3 款所稱之工資。上訴人主張未休假補償金應計入核算系爭優退方案之平均工資內云云，亦不足採。」（類此見解之判決尚有：最高法院 103 台上字第 1659 號判決維持臺灣高等法院 99 重勞上字第 19 號判決、最高法院 104 台上字第 2364 判決維持臺灣高等法院 102 勞上 108 號判決等）。換言之，勞基法第 38 條第 4 項規定之結清給付（包括當年度以及遞延後未休完之應休未休特別休假日數）仍然應認定為係補償勞工未能享受特別休假所給與之代償金，並非勞工工作之對價，自非工資性質，亦無需計入平均工資計算。縱使依據勞動部之見解認應列入平均工資計算者，解釋上因特別休假未休完之日數是在年度終結後始進行結算，亦即結算日始為應休未休特別休假工資債權發生日，應以此時間點判斷是否落在契約終止生效日前六個月內所得之工資總額，而決定是否應計入平均工資。