

2018年1月10日勞基法修訂適用疑義（一）

明理法律事務陳金泉律師、李瑞敏律師

2018年1月10日立法院三讀通過修訂勞基法，即將於2018年3月1日施行，政府部門對外強調此次修法並無緩衝期間。惟此次修法條文並未經事先充分討論，以致發生若干適用上之疑義。本所爰先就修訂後引發最大爭議之勞基法第32-1條加班換補休規定，就其適用上可能產生之疑義作以下分析。其餘加班工時彈性、例假調整、輪班間隔休息時間及特休遞延等新修訂條文部分，則另文探討之。

新增訂勞基法第32-1條規定（以下簡稱：新法規定）全文為：「

I. 雇主依第三十二條第一項及第二項規定使勞工延長工作時間，或使勞工於第三十六條所定休息日工作後，依勞工意願選擇補休並經雇主同意者，應依勞工工作之時數計算補休時數。

II. 前項之補休，其補休期限由勞雇雙方協商；補休期限屆期或契約終止未補休之時數，應依延長工作時間或休息日工作當日之工資計算標準發給工資；未發給工資者，依違反第二十四條規定論處。」

一、加班換補休實務上已行之有年。

依新法規定，平常日加班與休息日加班均得由勞雇雙方協商以補休方式取代加班費，惟此關於休息日加班得以補休方式取代加班費，廣受批評，有論者認為休息日加班費倍率提升的立法良意，將遭新法規範完全架空。然依據行政院勞委會79.2.21.（79）台勞動2字第22155號函釋：「雇主依勞基法第32條第1項規定延長勞工工作時間，應發給延時工資，同法第24條第1、2款已有明訂；至於勞工於延長工作時間後，如同意選擇補休而放棄領取延長工資，固為法所不禁，惟有關補休標準等事宜亦當由勞雇雙方自行協商決定。」以及勞動部106年5月3日勞動條2字第1060130937號函：「雇主經徵得勞工同意於休息日出勤工作後，如欲選擇補休，尚為法所不禁，惟勞雇雙方應妥為約定，雇主如片面規定勞工於休息日出勤工作後僅能選擇補休，即不符勞動基準法規定，至勞雇雙方如就休息日出勤工資之請求權有所爭議，應由雇主負舉證責任。」，即便無本次新法規範，在勞動實務運作上，雇主於勞工加班後經徵得勞工同意而協商改以補休取代加班費之事例，早已存在多時。

二、適用範圍。

（一）、第32條第2項適用疑義。

本條規定之適用範圍為「雇主依第三十二條第一項及第二項規定使勞工延

長工作時間，或使勞工於第三十六條所定休息日工作」；其中勞基法第 32 條第 1 項規定，雇主使勞工在正常工作時間以外工作，為延長工時之最基本態樣並無疑義。然本條卻又同時規定依「勞基法第三十二條第二項」規定使勞工延長工作時間，勞雇雙方亦得協商換補休，惟令人費解的是無論現行法或 2018 年 1 月 10 日新修訂的勞基法 32 條第 2 項規定，均僅係規範每月延長工時時數之上限，而非規定延長工時之態樣。就此，本條規定中所規範之「勞基法第三十二條第二項規定」其真義為何？實教人不解。反而現行勞基法第 32 條第 3 項（新法調整為第 32 條第 4 項）關於因天災、事變或突發事件所產生之延長工時，勞工是否得與雇主協商換取補休？卻漏未規範，適用上即產生疑義。

（二）、因天災、事變或突發事件所生之延長工時工資無新法換補休規定之適用。

承前，因天災、事變或突發事件而需延長工時或需使勞工於假日出勤者，給付加班費標準則分別依據勞基法第 24 條第 1 項第 3 款以及第 40 條規定。前述因天災、事變或突發事件而延長工時或停止勞工休假者，依據修正後勞基法第 32 條第 4 項及現行第 40 條規定，除工資給付外，雇主另尚需事後給予勞工適當之休息或補假休息。此類延長工時態樣，因事出突然，依據行政院勞工委員會勞動二字第 0910010425 號解釋意旨，因天災、事變或突發事件於例假出勤在 8 小時範圍內，不計入每月延長工時上限；據此，在條文解釋上，亦不在新法第 32-1 條適用範圍內。至於能否類推適用新法第 32-1 條規定或本於民法第 319 條代物清償規定由勞雇雙方另行協商議定補休，則勞動部並未正式表達其見解。

查此類天災事變突發狀況的平日加班或假日出勤，法律效果有二：第一、應分別依據勞基法第 24 條第 1 項第 3 款與第 40 條規定給付工資(加班費)，第二、事後應給予勞工補假或適當休息，後者第二部分為強制補假休息當然無須也不可能再換補休，但前者加班費金錢給付部分，並無任何法律明文禁止勞雇雙方援用民法第 319 條代物清償之規定，合意約定以補休代替金錢債權。故本文認為因天災、事變或突發事件所生之延長工時工資雖無新法第 32-1 條換補休規定之適用，但仍不能排除本於民法第 319 條代物清償之規定，由勞雇雙方於延長工時事實發生後合意約定換補休之可能。

（三）、國定假日或特別休假日出勤之工資，有無本條之適用？

此外另有疑慮者為，本條規定適用範圍為平常日加班與休息日加班得協商換補休，但若是國定假日或特別休假日出勤加班，有無本條規定之適用？分述如后。

1、單從條文文義解釋以觀，條文僅明訂「雇主依第三十二條第一項及第二項規定使勞工延長工作時間，或使勞工於第三十六條所定休息日工作」，並不包含勞基法第 39 條國定假日或特別休假日出勤加班之情形。惟依據行政院勞工委員會（87）台勞動二字第 037426 號函釋：「查勞動基準法第三十九條規定勞工於休

假日工作，工資應加倍發給，至於勞工應否於休假日工作及該假日須工作多久，均由雇主決定，應屬於事業單位內部管理事宜。勞工於休假工作後，勞雇雙方如協商同意擇日補休，為法所不禁。但補休時數如何換算，仍應由勞雇雙方協商決定。」，據此，勞工於休假日（包含國定假日及特別休假日）出勤後，雇主經與勞工協商，亦得以補休方式取代休假日出勤之加倍發給工資。

2、事實上，國定假日或特別休假日出勤在當日 8 小時以內之出勤時數，並非勞基法施行細則第 20 條之 1 規定之延長工時。亦即勞工於國定假日、特別休假日出勤 8 小時以內者，依據勞基法第 39 條中段規定，雇主應加倍發給工資，但此並非所謂的延長工時、加班；惟如勞工於國定假日、特別休假日出勤超過 8 小時部分，依內政部 75 年 9 月 16 日(75)台內勞字第 434652 號函釋：「即除當日工資照給外，於正常工作時間以內工作者再加發一日工資所得，**延長工作時間者，延時工資依同法第二十四條規定辦理。**」，超過 8 小時部分，雇主應依勞基法第 24 條規定給付延長工時工資。據此，如將法條作狹隘的文義解釋，勞工於國定假日、特別休假日出勤在 8 小時以內部分，並非勞基法第 32 條第 1 項所規定之「加班」，應無新法第 32-1 條規定之適用；但國定假日或特別休假日出勤超過 8 小時部分，如前所述則又屬法定意義之「加班」，當然應有前述新法第 32-1 條規定之適用。如此一來國定假日、特別休假日出勤，必須區分 8 小時以內及超過 8 小時以後之工作時數，用以決定有無適用新法第 32-1 規定之可能，將產生前 8 小時內之工作時數不可協商換補休，超過 8 小時後之工作時數才可協商換補休之荒謬結果！故本文認為合理的解釋應係勞工於國定假日或特別休假日出勤，無論時數多寡，均得於出勤後徵得勞工同意，改以補休方式取代加倍發給之工資或加班費。

就上述適用範圍部分之疑義，茲謹以下表彙整結論如后：

出勤或加班態樣	加班費計算與條文依據	得否於出勤或加班後經勞工同意換補休	經同意換補休之依據
平常日出勤超過法定正常工時(超過 8 小時)之時數	勞基法第 24 條第 1 項第 1、2 款	可	直接適用新法第 32-1 條，屬於「雇主依第三十二條第一項使勞工延長工作時間者」
超出每周法定正常工時部分之加班	勞基法第 24 條第 1 項第 1、2 款	可	同上
休息日加班	勞基法第 24 條第 2 項	可	直接適用新法第 32-1 條，屬於「雇主使勞工於第三十六條所定休息日工作」

國定假日或特別 休假日出勤(加 班)	勞基法第 39 條中 段	可	8 小時以內者，依據為 政院勞工委員會(87) 台勞動二字第 037426 號函釋意旨；超過 8 小時部分則直接適用 新法第 32-1 條
天災、事變或突發 事件之假日出勤	勞基法第 40 條	雖無新法第 32-1 條規定之適用，但仍 得援用民法代物清償規定，由勞雇雙方 協商約定換補休。	
天災、事變或突發 事件之平日加班	勞基法第 24 條第 1 項第 3 款	同上	

二、得否經勞工概括同意一律折換補休？

新法修正前，行政院勞委會 79.2.21. (79) 台勞動 2 字第 22155 號函釋已明文規範得以補休方式取代加班費，但必須是在發生勞工延長工時後且係經勞工同意後方得為之，雇主不得片面規定補休，亦不得在勞工未發生延長工時前與勞工協商補休。

倘如雇主向勞工提出爾後只要加班一律同意折換補休的書面文件，縱經勞工同意者，此事先概括同意一律換取補休的約定，違法無效。蓋本條新法規定為延長工時「後」、依勞工意願選擇並經雇主同意始得以補休方式取代加班費，因此不得為事先概括性同意之約定。且本於民法代物清償之規定，勞工加班後始取得對雇主加班費請求之債權(金權債權)，勞工始有可能同意與雇主協商改以補休方式取代加班費給付，故事先同意補休之約定亦抵觸代物清償之法理。

至於雇主能否不同意勞工提出之補休要約？依據本條規定「依勞工意願選擇補休並經雇主同意者」，因此雇主當然可以不同意勞工提出之補休要約。相對地勞工亦有權拒絕雇主提出之補休要約。亦即任何一方均有提出補休要約之權利，但任何一方也都有無須附理由任意拒絕承諾之權利。亦即只要勞雇雙方無法就補休達成協商，雇主依法即必須給付加班費。

三、勞雇雙方協商的補休折換比率與行使期限。

(一)補休折換比率

此次修法迭遭詬病者為折算補休比率與行使期限均委由勞雇雙方協商，而恐有高估勞方協商能力。相較於在野黨提出之草案版本明定即便折換補休，其比例亦應比照法定加班費倍率標準換算補休時數，本次修法確實有其不足之處。可以預見的，未來加班換補休比率恐怕將是常見的 1 比 1，加班 1 小時換取 1 小時補休，無論是休息日加班或是平常日加班均同。易言之，新法第 32-1 條第 1 項後段明訂「應依勞工工作之時數計算補休時數」，單就文義解釋，立法上業已明定原則上 1 比 1 方式折換補休時數(當然這是最低基準，勞雇雙方自得協商更優之

折算補休時數比率），不區分平日或休息日加班，然此一立法確屬倒退立法。

此外，如勞工於國定假日或特休假日出勤不足 8 小時者（例如僅出勤 6 小時），依據行政院勞工委員會（87）台勞動二字第 039675 號函釋意旨，勞工於休假日出勤即便未滿 8 小時但因一日假日完整性已遭破壞而須給付一日（8 小時）工資，但如經勞雇雙方協商同意折換補休，則應折換幾小時補休？能否 1 比 1 而折換 6 小時補休？依據行政院勞工委員會（87）台勞動二字第 037426 號函釋意旨，補休時數由勞雇雙方協商，故縱使協商後僅折換 6 小時補休時數，並無不可，惟勞工如認為吃虧，當然可以選擇不同意折換補休，而回復原來得加領一日（8 小時）工資之原狀。

（二）補休行使期限

補休行使期限，新法僅以勞雇協商一語帶過，為此有論者指責此舉形同雇主可無限期延長補休行使期限，藉此全然免除給付加班費之義務，並使勞基法相關加班費規範將因此走入歷史云云。新法第 32-1 條第 2 項中段規定：「補休期限屆期或契約終止未補休之時數，應依延長工作時間或休息日工作當日之工資計算標準發給工資」，契約終止固應結算未休畢之補休，但如勞動契約一直持續並未終止，因本條並無明定補休期限，是有可能因協商較長的補休期限以至遙遙無期而無從結算。就此，勞動部亡羊補牢提出將於施行細則中明定補休行使期間為一年，一年未行使完畢即須依法換回加班費等規定；地方主管機關首長亦有建言補休期限與結算宜以半年處理較妥者。惟前述中央行政主管機關擬欲透過施行細則方式規範補休行使期限與結算時點，此固然立意良善，但母法僅明訂補休期限由勞雇雙方協商，施行細則如規定補休期限僅一年或半年，形同限制勞雇雙方僅能協商達成一年（或半年）之補休期限，此恐有逾越母法規定之疑慮。此補休行使期限以及未休畢結算時點，實為立法疏漏，恐難逕以施行細則方式填補此漏洞。因此如雇主無限延長補休行使期間，或許可思考以民法權利濫用、誠信原則方式處理。

四、未休畢之補休雇主如何發給工資？

依據新法第 32-1 條第 2 項中段規定：「補休期限屆期或契約終止未補休之時數，應依延長工作時間或休息日工作當日之工資計算標準發給工資」，故補休如未於補休期限內行使完畢，則應回到法定加班費標準依原加班時段及法定倍率計算加班費。舉例言之，如勞工 2018 年 1 月份加班時數有平日加班 3 小時（同 1 日加班，本依法應給付加班費，前 2 小時一又三分之一，第 3 小時為一又三分二）以及休息日加班 5 小時，則合計共 8 小時的加班，若於加班後，徵得勞工同意，得由雙方協商折換 8 小時補休。而勞雇雙方如協商補休期限為 6 個月，6 個月期限屆至未休畢者，雇主即應依原加班生成時點之工資標準給付加班費。惟此立法相較於現行應休未休特別休假結算工資標準顯然是更倒退立法，蓋年度終結未休畢之應休未休特別休假工資，依據勞基法施行細則第 24-1 條第 2 項第 1 款第 2 目規定，係以勞工之特別休假於年度終結前一日之正常工作時

間所得之工資進行結算，一般而言勞工之薪資通常會隨著工作年資增加而調升，如復歸至原加班生成時點之工資標準給付未補休完畢之加班費，對勞工較為不利。

五、勞工有無補休期日指定權？

此外，勞雇雙方協商折換補休 8 小時，勞工得否指定特定之補休日？又雇主能否要求勞工應優先行使休息日加班所產生之補休時數？就法理解釋，補休之行使並無如同勞基法第 38 條第 2 項規定特別休假為勞工排定權之適用，故在何日得行使補休，應由勞雇雙方協商議定，既屬勞資雙方協商議定，則任一方均無片面的指定權或排定權，必須要勞資雙方共同決定補休日，如因無法達成合意而致勞工無從補休者，則雇主須承擔屆期勞工未能補休完畢必須給付加班費之風險。至於雇主能否片面要求勞工優先行使休息日加班所協商之補休時數？同前所述，此亦應由勞資雙方協商議定，雇主不得片面要求。

六、未休畢補休發給之工資其應否計入平均工資？

依據新法第 32-1 條第 2 項規定：「前項之補休，其補休期限由勞雇雙方協商；補休期限屆期或契約終止未補休之時數，應依延長工作時間或休息日工作當日之工資計算標準發給工資；未發給工資者，依違反第二十四條規定論處。」，因上述立法業已明文規定雇主應給付加班費，因此性質上屬於勞基法第 2 條第 3 款規定之工資。惟是否應計入平均工資，則應視該加班原生成時點是否落在契約終止生效日前六個月內而定，如是，當然須依法計入平均工資，如否則不計入平均工資。