

淺論僱用部分工時勞工應注意之問題

李衣婷*

壹、部分工時勞工與全時勞工之區別

一、部分時間工作勞工(簡稱部分工時)與全時勞工為相對照之法律概念。其本身之內涵須從全時勞工之概念併同檢視始能知其梗概。部分工時源自於非典型勞動契約之一個社會現象,雇主為有效節省成本,或為因應業務需求,而有僱用正常約定工時(通常指每日八小時工時)以外之勞工;對勞工而言,可能因自身因素考量,例如在學學生、家庭主婦但為貼補家用等,無法從事全時工作,但願從事部分時間工作。現今社會,勞動契約之實質面貌已與往昔不同,產生與以往傳統產業不同質量之改變,不論是工時之計算方式,或是工資之計算基準,有些時候,確實會產生法律契約類型定性上之困難。本文僅就非典型勞動契約中之「部分工時勞工」為說明、介紹,合先敘明。

二、在法令上,勞動基準法其實未就「部分時間工作(部分工時)」為明確規範。是以,在民國(下同)91年1月1日前,對於部分工時勞工較有具體規範者,為改制前行政院勞工委員會(簡稱勞委會)81年6月29日公布之《僱用部分時間工作勞工實施要點》。管見以為,《僱用部分時間工作勞工實施要點》並無法律授權,其法位階亦非法規命令,亦非行政規則,類似行政指導,故對雇主實無強制之拘束力。按照行政程序法第174條之1第1項規定:「行政機關所發布之法規命令,須以法律規定或以法律明列其授權依據,若未以法律規定或未以法律明列其授權依據後修正或訂定者,於行政程序法施行二年後,該法規命令失其效力。」基於行政程序法係自90年1月1日起施行,故《僱用部

分時間工作勞工實施要點》如欲繼續有效,勢必須以法律規定或以法律明列其授權依據,但遲至92年1月1日以前,改制前勞委會均未增列相關法律或其法律授權之依據,故上開《僱用部分時間工作勞工實施要點》即屬無效。為亡羊補牢,嗣勞委會為使勞僱雙方於訂定部分工作時間之勞動契約時有所遵循,本於主管機關之地位,於92年3月4日再以勞動一字第0920011034號函,訂定《僱用部分時間工作勞工權益手冊》,嗣又訂定《僱用部分時間工作勞工參考手冊》以取代上開權益手冊,然就法位階而言,兩者均有欠缺法律位階或法律授權依據之法位階問題。

三、目前所適用之《僱用部分時間工作勞工應行注意事項》,係勞委會於103年1月27日勞動2字第1030130119號函所訂定。根據上開應行注意事項第參點對於部分工時勞工之定義:「部分工時勞工:謂其所定工作時間,較該事業單位內之全部時間工作勞工(下稱『全時勞工』)工作時間(通常為法定工作時間或事業單位所定之工作時間),有相當程度縮短之勞工,其縮短之時數,由勞雇雙方協商議定之。」,該注意事項第肆點則係對於常見之部分工作時間工作型態明示如下類型:

(一) 在正常的工作時間內,每日工作有固定的開始及終止之時間,但其每日工作時數較全時勞工為少;或企業為因應全時勞工正常工作時間外之營運需求,所安排之班別;或企業為因應營運尖峰需求所安排之班別,在1日或1週之工作量尖峰時段中,工作某一固定時間。

* 本文作者係睿益法律事務所所長。

(二) 結合部分時間工作與彈性工作時間制度，亦即約定每週(每月、或特定期間內)總工作時數，但每週(每月、或特定期間)內每日工作時段及時數不固定者。

(三) 分攤工作的安排，如兩人一職制。

四、附帶一提，部分工時之勞工與臨時工之差別在於前者是全月到職，只是工作時間較全時勞工為少；後者指，未全月在職，不定時到工者(例如臨時工短暫受僱幾天)而言。根據第肆點對部分工時之型態描述，可理解例如公司在全時勞工以外，另外僱用每日工時較全時勞工為短之部分工時勞動者。又例如，未約定每日正常工時之起訖期間，但事先約定每週、每月或特定期間(至少逾一個月)之總工時，如「召喚工作」¹，公司遇有人手不足、訂單較多之時刻，臨時召喚部分工時人員每週或每月支援一定時數(但不得逾法定正常工時)，均屬之。部分工時之勞工可採按時、按月、按件或按日計酬，不限於按時計酬不可。

貳、部分工時勞工之認定(案例分析)

一、甲在某企業社擔任貨物司機，有在其他公司兼職。其工作時間為每週上工前，企業社負責人乙會告知甲下週要送貨之趟數、地點，約定採按時計薪，時薪未低於每小時最低基本工資。若甲臨時無法上工，須事先向乙請假，由乙另尋覓他人運送貨物。甲於某日因身體不適死於家中，甲之母丙始知悉乙未替甲投保勞保，請求依勞工保險條例第 72 條第 1 項規定請求乙依勞保條例給付標準賠償丙所受之損害(如喪葬津貼或遺屬年金、津貼等)，乙則抗辯甲為臨時工，

甲工作無固定性及規律性，甲死亡當日未上班，故乙當日無未甲投保之義務，請問孰主張有理？(參考自臺灣高等法院臺中分院 108 年度勞上易字第 62 號民事判決案例事實，部分事實簡化)

二、解析：

(一) 部分工時勞動契約之成立：

依照《僱用部分時間工作勞工應行注意事項》第肆點，若勞工出勤時數較法定之工作時間(每日不得超過 8 小時)或事業單位約定之正常工時為少者，則可謂部分工時之勞工。例如事業單位約定每日正常工作時間為 8 小時，部分員工每日工時為 6 小時，則該部分員工即屬部分工時勞工。

依甲出勤紀錄表所示，除 107 年 2 月出勤日較少外，107 年 1 月、3 月各出勤約 10 日，工作時間為晚間 6 時許開始之小夜班或約晨 0 時許開始之大夜班，各月出勤總時數約 80 至 90 小時，顯較全時勞工工作時數有相當程度縮短。揆諸首開說明，應認甲屬部分工時之勞工。

甲之工作內容雖無固定性和規律性，縱有在其他公司兼職，但對乙而言，甲每周均會聽從乙之指示運送貨物至乙指定處所，若無法上工，則仍須向乙請假，故甲所事之工作內容具有繼續性，且全月到職，故甲乙間具有勞動契約之從屬性，不因甲之工作時間具有較大程度之自主性或是否兼職而受影響。

(二) 部分工時勞工之平等待遇原則：

因甲為部分工時之勞工，參酌《僱用部分時間工作勞工應行注意事項》第捌點：「

1. 所謂召喚工作，係指因業務量臨時增加而調整。依據德國部分工時及定期契約法第十二條第二項(§ 12Abs. 2 TzBfG)規定，雇主必須在四天以前通知(Mitteilung)勞工，此項通知之法律性質為準法律行為，得類推適用有關意思表示之規定。此項通知並不拘泥於任何形式，只要該通知能達到勞工即可，又此項通知之內容必須包括勞工必須在哪一天或哪幾天工作、工作時間從幾點開始、工作多久等資訊，始受召喚工作之勞工能事先知悉俾準備勞務提供之給付。若勞雇雙方於召喚工作契約中

約定，雇主之通知時間少於四日者，依據德國民法第一三四條之規定，法律行為違背法律禁止規定者無效，因此該項通知時間少於四日之約定應屬無效。雇主若未遵守四日之通知期間者，勞工則不負有勞務給付義務，但是勞工也可以事後放棄此項要求雇主遵守期間的權利，而遵循雇主指示為勞務之給付。關於德國部分工時制度之說明可參魏俊明，台灣與德國工作時間制度之比較—以工時彈性化為中心—，中原大學碩士論文，92 年 6 月，頁 108、115。

- 一、年滿 15 歲以上，65 歲以下，受僱於僱用勞工 5 人以上工廠、公司及行號等之部分工時勞工，應依勞工保險條例第 6 條規定由雇主辦理加保。至於僱用勞工未滿 5 人及第 6 條第 1 項各款規定各業以外事業單位之部分工時勞工，依勞工保險條例第 8 條規定，得自願加保。惟雇主如已為所屬勞工申報加保者，其僱用之部分工時勞工，亦應辦理加保。
- 二、年滿 15 歲以上，65 歲以下受僱之部分工時勞工，具中華民國國籍者，或與在中華民國境內設有戶籍之國民結婚，且獲准居留依法在臺灣地區工作之外國人、大陸地區人民、香港居民或澳門居民，應依就業保險法第 5 條規定，由雇主辦理加保，無僱用人數規模之限制。
- 三、部分工時勞工之勞工保險、就業保險月投保薪資，依勞工保險條例第 14 條及就業保險法第 40 條規定應由雇主依其月薪資總額，依投保薪資分級表規定覈實申報。」

簡言之，甲為部分工時人員，乙仍應為甲按月投保勞保及就業保險，並註明「部分工時人員」²。所謂部分工時勞工之平等待遇原則，係指原則上，勞動法上之一般規定應適用到部分工時之勞工，除非有實質上之理由³，始可以有差別待遇之對待。亦即相較於全時勞工，部分工時之勞工關於勞動條件基準仍應比照全時勞工受「相當程度」(但並非相同)之保障，僅係保障之密度視事件之性質不同而有所調整⁴。例如：若部分工時之勞工提供勞務之時數超過約定之正常工時但未逾法定正常工時，則超時之部分並非直接適用勞動基準法第 24 條關於延時工資之規定，而是由勞資雙方「議定」之。惟倘提供勞務之時數逾法定正常工時或使其於休息日出勤者，

則超出之加班費計算標準仍應依第 24 條規計算之。又例如，倘勞動契約約定部分工時之勞工上班時間為上午 9 時至 11 時，故無午餐津貼。此際，雇主即存有對全時勞工、部分工時勞工二者勞動條件為差別待遇之正當性基礎。

- (三) 甲之家屬丙受有喪葬津貼及遺屬津貼之損害，乙應依勞工保險條例第 72 條第 1 項規定賠償：

勞工保險條例第 63 條第 1 項規定：「被保險人在保險有效期間死亡時，除由支出殯葬費之人請領喪葬津貼外，遺有配偶、子女、父母、祖父母、受其扶養之孫子女或受其扶養之兄弟、姊妹者，得請領遺屬年金給付。」、第 2 項第 3 款規定：「前項遺屬請領遺屬年金給付之條件如下：三、父母、祖父母年滿五十五歲，且每月工作收入未超過投保薪資分級表第一級者。」；同條例第 63 條之 2 第 1 項第 1 款及第 3 款第 3 目分別規定：「前二條所定喪葬津貼、遺屬年金及遺屬津貼給付標準如下：一、喪葬津貼：按被保險人平均月投保薪資一次發給五個月。但其遺屬不符合請領遺屬年金給付或遺屬津貼條件，或無遺屬者，按其平均月投保薪資一次發給十個月。」、「三、遺屬津貼：(三) 參加保險年資合計已滿二年者，按被保險人平均月投保薪資發給三十個月。」

按勞工保險乃立法機關本於憲法保護勞工、實施社會保險之基本國策所建立之社會福利制度，旨在保障勞工生活安定、促進社會安全，勞工保險制度設置之保險基金，除由被保險人繳納之保險費、雇主分擔額所構成外，另有各級政府按一定比例之補助在內，依勞工保險條例規定，其給付主要係

2. 若未註明部分工時人員，勞保局將以基本工資認定，雇主將額外增加人事成本。若係臨時工，則乙則須自勞工到職日起為其加保，離職日當日申報退保，並以同一工作等級員工之月薪資總額申報勞保投保薪資。

3. 例如工作能力、資格、經驗、工作位置不同而有差別待遇之必要。

4. 有論者認為，勞工保護的部分，部分工時勞工也應獲得相同的對待，但與工資有關的給付，則原則上應按照比例計付。至於福利部分則視情形而定，勞雇雙方也有較大的協商空間。參楊通軒，個別勞工法（理論與實務），五南出版，2015 年 12 月四版一刷，頁 523-524。

基於被保險人本身發生之事由而提供之醫療、傷殘、退休及死亡等之給付（司法院大法官釋字第 560 號解釋參照），勞工保險保護之範圍既及於死亡給付，則勞工死亡時，為勞工支出殯葬費之人、得請領遺屬年金或津貼之遺屬，亦在勞工保險條例保護之範圍內，勞工保險條例第 72 條第 1 項規定之「勞工因此所受損失」，解釋上即應包含為勞工支出殯葬費之人，及得請領遺屬年金或津貼之勞工遺屬所受喪葬津貼及死亡給付之損失。

準此，丙為甲之母親，甲死亡時，丙為 59 歲，從事美容美髮業，收入不固定，投保在某直轄市理燙髮美容業職業工會，投保薪資為 19,200 元，符合勞工保險條例第 63 條第 2 項第 3 款之資格，且為實際支出殯葬費之人，故依法得請領五個月喪葬津貼。

另，設若甲之勞保保險年資已滿 2 年，平均月投保薪資為 11,000 元，則丙可一次請領三十個月遺屬津貼。丙依法可請領之喪葬津貼及遺屬津貼（下合稱死亡給付）合計共為 385,000 元〔計算式：11,000*(5+30)=385,000〕。故乙應賠償丙未能受領死亡給付之損害並加計法定遲延利息。

參、代結論一部分工時勞工之資遣與退休

基於部分工時勞工之平等待遇原則，仍有適用勞動基準法關於勞動契約終止章節之規範。參酌《僱用部分時間工作勞工應行注意事項》第陸點第四項：「

- (一) 資遣預告期間，依勞動基準法第 16 條規定辦理：1、勞工接到資遣預告後，為另謀工作得請假外出（謀職假），請假期間之工資照給。其請假時數，每星期不得超過 2 日之工作時間。2、謀職假之每日時數，得參考

下列方式計給：按勞工平均每週工作時數除以 40 小時乘以應給予請假日數並乘以 8 小時。

- (二) 部分工時勞工如有工作年資未滿 3 個月需自行離職之情形，雇主不得要求其預告期間長於勞動基準法之最低標準。
- (三) 資遣費與退休金，依勞動基準法及勞工退休金條例計給：1、部分工時勞工適用勞動基準法退休制度工作年資之退休金、資遣費計算，依據該法第 2 條、第 17 條、第 55 條及第 84 條之 2 規定計給，其計算方式與全時勞工並無不同。2、部分工時勞工適用勞工退休金條例之工作年資退休金，雇主應依該條例第 6 條及第 14 條規定，按月為勞工提繳退休金。資遣費計算應依該條例第 12 條規定計給。3、部分工時勞工轉換為全時勞工或全時勞工轉換為部分工時勞工，勞動基準法之退休金、資遣費及勞工退休金條例之資遣費計給，應按工作時間比例分別計算。」上開規範內容即部分工時勞工之平等待遇原則之具體展現。換言之，部分工時勞工，不論係適用勞退新制或舊制，其退休金、資遣費計算方式與全時勞工並無不同⁵。是以，對於部分工時之勞工，遇有依勞動基準法第 11 條、第 13 條但書、第 14 條及第 20 條或職業災害勞工保護法第 23 條第 1 款、第 3 款或第 24 條第 2 款至第 4 款規定終止勞動契約之情形，雇主仍須給付資遣費，不能因解雇部分工時勞工（工讀生）而誤認無給付資遣費之義務。對部分工時之勞動條件有興趣之朋友者，若欲更進一步瞭解，可參考勞動部於 105 年間所訂之「部分工作時間勞工勞動契約參考範本」之內容。

5. 數額計算可參考勞動部網路試算表網址：<https://calc.mol.gov.tw/SeverancePay/>，關鍵字輸入「資遣費試算表」。本文以為，不論兼職轉正職，或正職轉兼職，因年資併計，故只要算出平均工資，即可依勞基法第 17 條或勞工退休金條例第 12 條規定計算資遣費。

居家辦公勞資間權利義務分析

蔡尚宏*

受到新冠肺炎的影響，為了避免勞工因工作群聚而增加染疫的風險，事業單位的應對方式多實施居家辦公或分流上班。誠然，疫情影響商務運作模式，可預期的將來，居家辦公或異地辦公將比過去增加。但是居家辦公對於勞資間影響層面極大，雇主多擔心無法即時管控或了解勞工工作情況，勞工則認為居家辦公無法明確區分上下班，勞資間對於居家辦公都有一些期待及疑慮，勞雇雙方權利義務內容及區辨，有探究的必要。

事業單位實施居家辦公，對勞資間的影響，可以下列項目來探討：

一、工作地點

- (一) 依勞基法施行細則第 7 條第 1 款規定¹，勞動契約應約定工作場所及應從事之工作。居家辦公是將工作場域從雇主提供的辦公處所更換到員工家中或其他地方，涉及勞動條件中工作地點的變更，應有勞工的同意。
- (二) 依民法第 153 條第 1 項規定，此之同意應包括明示的同意及默示意思表示的同意。所謂明示同意例如勞資雙方已在契約中載明同意實施居家辦公；默示的意思表示同意例如事業單位實施居家辦公時，勞工雖不置可否，但是配合公司政策變更工作場所為住家或其他地方，依最高法院意見²：「所謂默示之意思表示，係指依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其效

果意思者而言」因此，勞工如以具體行動配合，應認為勞工已有同意變更工作處所。

二、工作時間約定及出勤紀錄的備置

- (一) 工作時間為重要的勞動條件之一，依勞基法施行細則第 7 條第 2 款規定，勞動契約應約定工作開始與終止之時間、休息時間等。居家辦公多半延續在事業單位場所內的工作時間，例如原本是早上 9 點上班、下午 6 點下班，居家辦公多仍沿襲此工作時間。需要處理的是，在工作場域變更為居家環境後，要如何認定勞工的工作時間？
- (二) 依勞基法第 30 條第 5 項規定，雇主應備置勞工出勤紀錄。因此，即使實施居家辦公，雇主仍負有備置出勤紀錄的責任，並非實施居家辦公，雇主即可免去備置出勤紀錄的義務。至於應如何備置或記錄勞工居家辦公的工作時間？參酌勞動部「勞工在事業場所外工作時間指導原則」(106 年 11 月版)，可佐以任何可資紀錄的方式為記載³。另外隨著科技進步，事業單位如設有雲端打卡系統，也可以用雲端打卡系統記載勞工的出勤紀錄。
- (三) 另有問題是，實施居家辦公期間，雇主如何確定勞工有在約定的工作時間內工作呢？如事業單位實施居家辦公，可明確與勞工約定或規定在工作時間內，

* 本文作者係執業律師。

1. 勞動基準法施行細則第 7 條規定：「勞動契約應依本法有關規定約定下列事項：一、工作場所及應從事之工作。二、工作開始與終止之時間、休息時間、休假、例假、休息日、請假及輪班制之換班。三、工資之議定、調整、計算、結算與給付之日期及方法。四、勞動契約之訂定、終止及退休。五、資遣費、退休金、其他津貼及獎金。六、勞工應負擔之膳宿費及工作用具費。七、安全衛生。八、勞工教育及訓練。九、福利。十、災害補償及一般傷病補助。十一、應遵守之紀律。十二、獎懲。十三、其他勞資權利義務有關事項。」。

2. 最高法院 96 年度台上字第 1479 號民事判決、最高法院 86 年台上字第 3609 號民事判決。

3. 勞動部「勞工在事業場所外工作時間指導原則」(106 年 11 月 30 日勞動條三字第一〇六〇一三二二七號函修正)，二、在事業場所外從事工作之勞工，其工作時間認定及出勤紀錄記載應注意下列事項：(六) 在外工作勞工之工作時間紀錄方式，非僅以事業單位之簽到簿或出勤卡為限，可輔以電腦資訊或電子通信設備協助記載，例如：行車紀錄器、GPS 紀錄器、電話、手機打卡、網路回報、客戶簽單、通訊軟體或其他可供稽核出勤紀錄之工具，於接受勞動檢查時，並應提出書面紀錄。

雇主是可以找得到勞工的；事業單位可以在每日或特定期間中，以電話或視訊方式抽查勞方是否確實在居家辦公，如勞工因故未能在抽查時在場或確認，應可允許於一定時間內回覆。

- (四) 此外，實施居家辦公如有延長工時者，應如何辦理？在事業單位場所工作時，業界常見以加班申請制來確認加班是否有其必要，亦即勞工如有加班需求應事先申請（或於事後一定期間內補申請），如未申請則雇主不認列延長工時而拒絕給付加班費。加班申請制於勞動事件法施行後，司法實務仍迭有爭議。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」。依該條之立法理由認為：「雇主如主張該時間內有休息時間或勞工係未經雇主同意而自行於該期間內執行職務等情形，不應列入工作時間計算者，亦得提出勞動契約、工作規則或其他管理資料作為反對之證據，而推翻上述推定，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。」法院就此有認為勞工在其指揮監督下之工作場所延長工作時間提供勞務，卻未制止或為反對之意思而予以受領，均應認勞動契約之雙方當事人就延長工時達成合致之意思表示⁴；亦有肯認加班申請制者，認為勞工雖得依出勤紀錄所載之出勤時間，推定其業經雇主同意於該期間內服勞務，然雇主就員工加班乙事

已預先以工作規則加以規範，若勞工獲推定出勤之時間與工作規則不符時，雇主仍得本此推翻上開推定⁵。事業單位實施居家辦公時，勞動部認為勞工正常工作時間結束後，因工作需要接獲雇主要求延長工作時間時，於完成工作後，應將結束時間回報雇主，雇主應記載交付工作之起迄時間並給付加班費⁶。

- (五) 事業單位實施居家辦公要再注意者是休息時間的排定，依勞基法第 35 條本文規定：勞工繼續工作四小時，至少應有三十分鐘之休息。依此，事業單位如實施居家辦公，仍應注意給予勞工必要的休息時間。

三、工資的約定或變更

- (一) 依勞基法第 2 條第 3 款規定，工資指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。勞動部認為工資定義重點應在該款前段所敘「勞工因工作而獲得之報酬⁷」；法院則認為因勞基法上開條文已明定經常性給付之要件，因此在認定是否為工資也會參酌經常性給付之要件，至於經常性給付的判斷標準除了時間要素外，也包括制度上⁸。但無論如何，凡涉及工資給付金額多寡的變更，都是勞動條件的重大變更，應有勞雇雙方同意。
- (二) 如雇主給予勞工的薪資項目中包括交

4. 臺灣高等法院 108 年度勞上易字第 118 號民事判決。

5. 臺灣高等法院 108 年勞上易 92 號民事判決。

6. 勞動部網頁資料：<https://www.mol.gov.tw/topic/44761/45003/45004/45152/45158/>。最後瀏覽日期：110 年 11 月 9 日。

7. 勞委會 85.2.10 (85) 台勞動二字第 103252 號函：查勞動基準法第二條第三款規定「工資：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」，基於，工資定義重點應在該款前段所敘「勞工因工作而獲得之報酬」，至於該款後段「包括」以下文字係例舉屬於工資之各項給與，規定包括「工資、薪金」、「按計時……獎

金、津貼」或「其他任何名義之經常性給與」均屬之，但非謂「工資、薪金」、「按計時……獎金、津貼」必須符合「經常性給與」要件始屬工資，而應視其是否為勞工因工作而獲得之報酬而定。又，該款末句「其他任何名義之經常性給與」一詞，法令雖無明文解釋，但應指非臨時起意且非與工作無關之給與而言，立法原旨在於防止雇主對勞工因工作而獲得之報酬不以工資之名而改用其他名義，故特於該法明定應屬工資，以資保護。

8. 最高法院 100 年度台上字第 766 號民事判決：未按勞基法第二條第三款所稱之工資，係指勞工因工作所獲得之對價，且為經常性之給與；所謂經常性之給與，祇要在一般情形下經常可以領得之給付即屬之，未必與時間之經常性有關，而是指制度上之經常性而言。

通津貼，則實施居家辦公後，勞工未通勤，雇主可否片面停發交通津貼？首應界定交通津貼的性質。依主管機關見解，認為交通津貼如與工作有關則應為工資⁹，如非工作報酬非工資¹⁰。依此，若事業單位對勞工的交通津貼支付方式，為每月固定且經常性的給予，並非以距離有關，或是並非憑相關交通支出單據為申請而支付，則交通津貼可能被認定是工資。為了避免爭議，勞資雙方宜在契約中約定，或是在工作規則中規定，交通津貼是否以實際上有支出交通費用為前提，如未支出交通費用則免予發給。

(三) 又倘若雇主給付薪資總額剛好為基本工資的金額，雇主係以種種薪資項目堆疊而達到基本工資的最低標準，例如月薪總額 2 萬 4 千元，包括：底薪 2 萬元、全勤獎金 2 千元、交通津貼 2 千元，則實施居家辦公而勞工並無曠工或請假等依法可扣薪情況，雇主仍應給付工資全額 2 萬 4 千元¹¹，不可以勞工未通勤支出而短少給付交通津貼。

四、工作考核

(一) 考核攸關事業單位對於勞工提供勞務成果或品質的要求，對勞工而言，也可能涉及與考核有關的獎金的發放¹²，對勞資間均屬重要。過往的考核多為主管依勞工工作表現為核定，不過實施居家辦公後，事業單位對於員工居

家工作情況，無法即時了解，因此對於考核的落實，其核定方式可能與過去不同。

(二) 依勞基法施行細則第 7 條規定，紀律、獎懲及勞資權利義務有關事項，為勞動契約約定事項。如事業單位為 30 人以上者，依勞基法第 70 條規定，應就工時、紀律、獎懲等事項為制定工作規則¹³，報請主管機關核備後並公開揭示之。考核亦屬上開勞動契約或工作規則得約定或規定之事項。只不過居家辦公期間，雇主或主管無法直接在工作現場觀察評核勞工工作表現，多只能以產出的結果來進行考核。因此，在實施居家辦公期間，對於考核可以透過工作日誌或是成果驗收方式來進行。再者，居家辦公因工作地點不在事業單位內，考核宜以工作成果為導向，避免要求全面掌握勞工動向或是監視掌握一舉一動。

五、職業災害

(一) 職業災害應為實施居家辦公最難處理的問題，在討論居家辦公職業災(傷)害前，首應釐清二個問題層次，第一是雇主是否對勞工居家辦公的工作環境負有預防災害發生的責任？第二是如勞工居家辦公時發生傷害，是否為職災？如何認定？

(二) 就第一個問題，依勞動部職安署意見，雇主應在合理可行範圍內，採取必要之預防設備或措施，使勞工免於發生

9. 勞委會 78.2.16 勞動二字第 03702 號函：臺達化學工業公司免費提供交通車供勞工上、下班搭乘，對未搭乘交通車之勞工酌予補助交通津貼(新臺幣參佰元)，依勞動基準法第二條第三款及施行細則第十條之規定應屬工資。勞委會 80.11.2 (80) 台勞動二字第 28790 號函：事業單位依勞工居住地距上班地點遠近支給之交通補助費，如非勞工因工作而獲得之報酬並經與勞工協商同意，則非屬勞動基準法第二條第三款所稱之工資，於計算延長工時工資時毋庸計入。

10. 勞委會 79.11.27 勞動二字第 28489 號函：勞動基準法第二條第三款之工資定義：謂勞工因工作而獲得之報酬，故事業單位按勞工上、下班實際支付之交通費用而發給交通津貼，如非因工作而獲得之報酬，非屬工資。

11. 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。」。

12. 勞基法第 29 條規定：「事業單位於營業年度終了結算，如有盈餘，除繳納稅捐、彌補虧損及提列股息、公積金外，對於全年工作並無過失之勞工，應給與獎金或分配紅利。」。

13. 勞動基準法第 70 條規定：「雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應依其事業性質，就左列事項訂立工作規則，報請主管機關核備後並公開揭示之：一、工作時間、休息、休假、國定紀念日、特別休假及繼續性工作之輪班方法。二、工資之標準、計算方法及發放日期。三、延長工作時間。四、津貼及獎金。五、應遵守之紀律。六、考勤、請假、獎懲及升遷。七、受僱、解僱、資遣、離職及退休。八、災害傷病補償及撫卹。九、福利措施。十、勞雇雙方應遵守勞工安全衛生規定。十一、勞雇雙方溝通意見加強合作之方法。十二、其他。」。

職業災害。實務上，雇主可參考現行安全衛生相關法令、指引、實務規範或一般社會通念，就勞工在家所從事之工作，評估可能導致其生命、身體及健康遭受危害之各種情形，採取必要之安全衛生設備或措施¹⁴。職安署110年6月23日發布「居家工作職業安全衛生參考指引」，例如評估勞工居家辦公環境通風、採光如何？工作場所是否平整？是否有電線雜亂而致容易絆倒等情況？不過居家辦公畢竟是在私領域，雇主究能介入或要求多深？頗有疑義。雖職安署稱雇主應在「合理可行」範圍內採取措施，惟此不確定法律概念，尚待個案具體認定。

(三) 第二個問題是，居家辦公時勞工發生傷害，是否為職災？如何認定？所謂職災應以該災害係勞工本於勞動契約，在雇主支配下之就勞動過程中發生（即具有業務遂行性），且該災害與勞工所擔任之業務間存在相當因果關係（即具有業務起因性），亦即勞工因就業場所或作業活動及職業上原因所造成之傷害，以雇主可得控制之危害始有適用¹⁵。職安署舉事例：「居家工作發生如跌倒、燙傷等意外事故，是否屬職業安全衛生法之職業災害？是否需8小時內通報勞檢機構？」，其認為：「勞工受雇主指派於居家工作，因提供勞務而導致發生跌倒或燙傷等災害，其罹災原因與其從事工作間具相當因果關係者，為該法所定之勞動場所職業災害，如勞工因此需住院治療，雇主應於明知或可得而知已發生職業災害之事實起8小時內通報當地勞動檢

查機構¹⁶。」

(四) 依上面的說明，居家辦公發生傷害，仍需與工作間具有業務遂行性及業務起因性，始得認定為職災。例如在居家辦公期間，幫小孩或家人煮午餐致手被切到受傷，應非職災；但如果是居家辦公處理文書作業被美工刀切到，則可能被認定是職災。類此情況為勞工在外地出差發生傷害，是否為職災？此與居家辦公職災判斷的相同點都是發生傷害並非在雇主提供的工作場域中，如參酌勞工出差發生災害是否為職災的判斷，法院認為出差於飯店內活動如非屬於執行職務行為，則飯店不具工作場所性質，發生事故非職災。只不過，如何認定執行職務與否，舉證恐為最困難的問題。

六、 結語

對勞工而言，實施居家辦公後，工作與家庭生活是否更難切割？會不會淪為上下班都是處在工作中？頗值進一步探討與研究。但是居家辦公在國外已行之有年，隨著疫情的影響，我國才廣泛的發展起來。危機也是轉機，在疫情期間實施居家辦公，勞資間也可以藉此機會思考，有些工作並不是必然要在雇主提供的場域內實施，以此機會進行數位轉型。然而居家辦公對於勞資間影響頗大，勞動條件或多或少均有些變更及調整，有若干法律問題待處理，事先約定或制定好居家辦公的相關規約，才能在後疫情時期，妥為因應。

14. 職安署網頁資料：<https://www.osha.gov.tw/1106/1196/10101/10174/34174/>。最後瀏覽日期：110年11月9日。
15. 最高法院100年台上字第1191號民事判決維持臺灣高等法院96年勞上更(一)字第15號民事判決部分。
16. 職安署網頁資料：<https://www.osha.gov.tw/1106/1196/10101/10174/34176/>。最後瀏覽日期：110年11月9日。

17. 最高行政法院90年判字第432號行政判決：原告於飯店內會商、電洽公務，屬執行職務行為，固可視飯店為執行職務之工作場所，惟逾此範圍，原告於飯店內如係從事個人休息起居活動，因非執行職務行為，則此時飯店即不具工作場所性質，其於斯時促發之疾病，已非工作當場所促發，自不得視為職業傷害。

母憑子貴？

淺析雇主不得資遣或解僱懷孕婦女的盲區

毛鈺棻*

前言

在實務上公司在員工懷孕時，予以解雇或資遣該名員工，往往都會被扣上性別歧視（懷孕歧視）」這大帽子，甚者遭到員工申訴、主管機關依據就業歧視委員會審議暨評議結果予以裁罰等命運。然員工「懷孕」有時與公司解雇或資遣該員工是「哀傷的巧合」，時機或許敏感，惟倘遇到刻意「擺爛」之員工，公司仍可依法行使其應有之權力，非謂雇主對懷孕員工有解雇或資遣情事時，即違反性平法第 11 條之規定，而得依同法第 38 之 1 條處罰。是以，本文以我國地方法院行政判決、高等行政法院判決為範圍，以檢索字詞「性別工作平等法第 11 條」、「懷孕」及主文「撤銷」等文字搜尋，試圖尋覓我國法院在何種情形下肯認雇主於員工懷孕時，解雇或資遣員工並無違性別工作平等法第 11 條之結論。

性別工作平等法第 11 條並非予懷孕之人怠惰仍受保障之權利

按「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神而制定」、「雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解雇，不得因性別或性傾向而有差別待遇。工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解雇之理由。違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」性別工作平等法第 1 條、第 11 條分別定有明文。次按性平法施行細則第 2 條規定：「本法第 7 條至第 11 條、第 31 條及第 35 條所稱差別待遇，指雇主因性別或

性傾向因素而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待。」考其該規定之立法意旨，係在於禁止雇主因性別或懷孕、分娩等因素而對受僱者在退休、資遣、離職及解雇等之處置上為直接或間接不利之對待，以保障性別工作平等，消除性別歧視，並非予特定性別之人或有懷孕之人，怠惰或雇主有虧損事由時仍受保障之權利（參臺灣臺南地方法院 101 年度簡字第 14 號行政判決）。

舉證責任 - 舉證責任是否須轉換為雇主？

按「受僱者或求職者於釋明差別待遇之事實後，雇主應就差別待遇之非性別、性傾向因素，或該受僱者或求職者所從事工作之特定性別因素，負舉證責任。」性別工作平等法第 31 條定有明文。

主管機關裁罰公司違反性別工作平等法第 11 條時，公司是否須證明自己無違法事實？此部分實務上目前有兩說：

（一）由國家負舉證責任說

性別工作平等法第 31 條之文義上係以「受僱者或求職者於釋明差別待遇之事實後」作為「雇主應就差別待遇之非性別、性傾向因素，或該受僱者或求職者所從事工作之特定性別因素，負舉證責任」之適用前提要件，足見其係規範「受僱者或求職者與雇主間」發生爭訟時之舉證責任分配原則；

性別工作平等法第 31 條之體系位置是在性別工作平等法第五章「救濟及申訴程序」中第 26 條至第 31 條關於受僱人或求職者對雇主性別歧視或違反促進工作平等措施之民事損害賠償相關條文之中；再對照該條文於 91 年 1 月 16 日立法理由為：「礙於受僱者或求職者舉證困難之實務困境，特明定雇主對於差別待遇所應負之舉證責任。」是無論由文義、體系及目的解釋均足見性別工作平

* 本文作者係執業律師。

等法第 31 條關於雇主舉證責任之規定，係基於受僱人或求職者對雇主性別歧視或違反促進工作平等措施訴請民事損害賠償時，相關證據多屬雇主之人事管理資料，受僱者或求職者取得不易，故將此類「民事損害賠償事件」之舉證責任倒置於具有優勢地位且掌握資訊之雇主，以減輕弱勢勞工之舉證責任。

最高法院 100 年度台上字第 1062 號民事判決所闡述：「按性別工作平等法第 26 條雖規定受僱者或求職者因第 7 條之情事，受有損害者，雇主應負賠償責任，而未如民法第 184 條第 2 項但書設有舉證責任轉換之明文，惟該法係為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神而制定（該法第 1 條規定參照），性質上應同屬保護他人之法律，且尋繹性別工作平等法第 26 條規定之立法過程，將原草案「故意或過失」文字予以刪除，及其立法理由提及參考德國民法第 611 條之 1（該條文捨德國一般侵權行為之舉證責任原則，將雇主違反兩性平等原則致勞工受損害者，改採舉證責任轉換為雇主）規定，明定雇主違反第 7 條規定時之賠償責任，並參照性別工作平等法第 31 條規定揭櫫舉證責任轉換為雇主之趣旨，應認雇主如有違反該法第 7 條因性別或性傾向而差別待遇之情事，依同法第 26 條規定負賠償責任時，雇主當受過失責任之推定，亦即舉證責任轉換為雇主，僅於證明其行為為無過失時，始得免其責任。」即係說明性別工作平等法第 31 條規定乃為受僱者或求職者以雇主違反性別工作平等法致其受有損害而訴請民事損害賠償時，將舉證責任轉換為雇主之立法意旨。

103 年 6 月 18 日修正前之性別工作平等法第 38 條之 1 規定主管機關對於違反同法第 7 條至第 10 條、第 11 條第 1 項、第 2 項或第 13 條第 1 項後段、第 2 項規定之雇主處以罰鍰，此屬國家機關對於雇主違章行為裁處行政罰之事件，性質上顯與上開勞工對於雇主訴請民事損害賠償事件有所不同：在勞工對於雇主訴請民事損害賠償事件時，為保障居於弱勢地位之勞工，自應採取舉證

責任轉換規定；然在國家機關對於雇主裁處行政罰事件時，國家機關握有行政調查權，揆諸首揭最高法院所闡述：行政機關本應依職權調查證據以證明違法事實之存在，始能據以對人民裁處行政罰，亦即行政機關對於人民違法事實之存在負有舉證責任，人民本無須證明自己無違法事實之意旨。主管機關自不能援引性別工作平等法第 31 條關於民事損害賠償上舉證責任轉換之規定而解免其對於人民違章行為裁處行政罰時之客觀舉證責任，始符行政罰領域就舉證責任所應適用之無責任推定原則，從而原處分機關倘不能證明雇主解僱員工或為其他不利對待係出於性別因素所為之差別待遇，自仍不得依同法第 38 之 1 條處罰。（參臺灣嘉義地方法院 104 年度簡字第 9 號判決）。

（二）由雇主負舉證責任說

有認為依性別工作平等法第 31 條之規定，雇主對受僱者之差別待遇，是否係基於性別因素，往往牽涉雇主之主觀動機與意圖，受僱者在舉證上多有困難；且有關差別待遇之證據，多屬雇主之人事管理資料，受僱者取得不易，故課予具有優勢地位且掌握資訊之雇主較重之舉證責任。亦即，受僱者僅須提出可供即時調查之證據，使處分機關或調查委員就其曾因性別因素致遭受雇主為不利對待一事，得大致之心證，雇主即應就該項差別待遇並非出於性別因素，負舉證責任，否則即應受不利之認定（參高雄高等行政法院 102 年度簡上字第 34 號行政判決、臺北高等行政法院 99 年簡字第 110 號行政判決參照）。

本文認為「由國家負舉證責任」或許較符合行政罰上舉證責任分配之原則，然此類案件，機關縱使有調查權，然「證據偏在」之狀況與「受僱者或求職者與雇主間」並無不同，故本文認為應課予雇主較重之舉證責任，此係因相較於原處分機關，雇主仍屬掌握多數資訊之人，況此類案件若須傳喚證人亦多為該公司之現職員工，雇主實有其優勢地位。

雇主應提出何種證據始得免罰？

雇主可針對員工表現不佳或違反工作規則之狀況予以蒐證，包括與客戶間之電郵，有答非所問之情形；提供予客戶之產品規格有予客戶所詢產品不符；有未符合主管指示之情事；上班時間外出違反公司規定之情形；

原任職工作需考取專業證照，該員工未考取或不願考取（不具專業能力）；另有數案件，雇主係提出過往其所屬女性員工，懷孕產假期間及其職務、薪資或申請育嬰留職停薪等資料，以證明自己並未因女性員工懷孕而給予不利之處分或有資遣或解僱之情，茲整理如下表：

案號	雇主提出之證據
臺灣嘉義地方法院104年度簡字第9號行政判決	同一年度員工申請產假或育嬰留職停薪之資料 【註：此案雇主張員工違反工作管理規則並記大過處分，然因時日久遠，相關書面資料業已佚失未能提出證據】
臺灣臺南地方法院101年度簡字第14號行政判決、高雄高等行政法院102年度簡上字第34號行政判決	1. 員工與客戶來往間之電郵 2. 員工當時應徵該份工作之資料與事後實際任職差異甚鉅 3. 打卡紀錄(出勤狀況異常)
臺灣臺中地方法院107年度簡字第55號行政判決	1. 同事之證述(無法勝任工作) 2. 員工與往來廠商之電子郵件內容 3. 所屬二十多位女性員工，懷孕產假期間及其職務、薪資之一覽表
臺灣桃園地方法院107年度簡字第8號行政判決	1. 提出其他員工於懷孕後請產假、育嬰假之資料 2. 未考領保母證照，卻拒絕調任其他行政工作
臺灣桃園地方法院102年度簡字第93號行政判決	1. 組織精簡、調整業務及部門之管理計畫 2. 同事證述(無法勝任工作)
臺灣桃園地方法院102年度簡字第58號行政判決	1. 合意終止勞動契約之證明 2. 同事證述(勞雇關係係合意終止) 3. 所僱員工自89年起迄102年10月31日止，曾請領生育給付共58人之紀錄
臺灣桃園地方法院102年度簡字第111號行政判決	1. 同事證述(無法勝任工作) 2. 核准男性員工育嬰留職停薪申請及考量殘疾女性員工懷孕而提供「安胎假」
臺灣桃園地方法院102年度簡字第61號行政判決	體罰學生之紀錄
臺灣新北地方法院102年度簡字第82號行政判決	曠職達6日之紀錄

勞資雙方本即互有所需、各有立場，惟亦非處於完全對立之狀態，是以雙方必須透過充分、坦承的溝通與協調，才能化解雙方的認知歧異，以期達到雙贏的結果。而友善之職場環境需仰賴每一個人共同努力，女性懷孕員工固然在職場上比一般人更為辛苦，雇主應多為體諒並給予適當之協助及職務上之調整，雇主固然有照顧勞工之義務，惟受僱人亦有忠誠履行勞務之義務，換言之，並非只要員工一旦懷孕，就得取得「免死金

牌」，消極不做事甚至「加害給付」，此一情形實難要求雇主「忍氣吞聲」。建議雇主平時多累積「友善職場」之實績，例如給予員工生育給付、產假、育嬰假或留職停薪之紀錄，以證明自己先前並無因員工懷孕而予以資遣、解僱或有不配合公司政策之員工，於事發當時即作處理並做書面記錄，如此才能在事後面對主管機關之裁處獲得免罰。