



林佳和副教授講評與問答 (第二場)

■國立政治大學 林佳和副教授

蔡碧玉院長：

這一場的主題是討論有關外送平台這個新的問題。我想大概每一個同學都使用過外送平台，你現在是使用者，但是將來你是執法者，所以面臨外送平台發生的種種問題，尤其是勞動契約的問題，就是在這一兩年受到非常大的關注。很高興今天昭如來幫我們做這個專題報告，也邀請到政大法律系的林佳和林教授來擔任我們今天的評論人。現在就開始這一場次的報告，謝謝。

第二場 國立政治大學林佳和副教授講評

林佳和副教授：

蔡院長，在座各位先進，各位女士，各位先生，各位年輕的司法菁英，大家好。非常榮幸來與談。龔昭如學習司法官的這一篇，很精彩的報告。我對

於她剛剛的報告，基本上內容個人都同意。這篇論文的質跟量都很可觀，做了很多觀察，也不只是只有勞工定義的觀察，也包括這樣的平台工作者應該如何保障？我想報告裡面也延伸了很多他的個人意見，我都覺得蠻同意的。我接下來不敢說評論，應該說與談，我比較想聚焦在勞工定義的這個問題上，再回到這個最古典的問題，這個古典的問題喔，在隨著時代的進展，從來沒有消失過。很多人問我說，當代勞動法最重要的趨勢是什麼？最重要的趨勢是越來越多人退出勞動法，不再進入，這個大概是我們可以看到世界各國一個明顯的趨勢。所以今天很多人努力，包括今天報告人的報告試圖呈現的，試圖拉回勞動法。但在歐洲很多人認為，拉回勞動法如果已經是不可能實現的願望，不如不再做無謂的嘗試，勞動法該怎麼辦？這是一個出發點，這個出發點沒有對錯，這個出發點只有悲觀主義者跟樂觀主



義者的差別。某個程度，中國有一個術語，叫做覆蓋率，他們在 2008 年訂定勞動合同法的時候，當時中國最重要的顧問，是我在德國的指導教授。那我德國的指導教授被德國勞動法學界，戲稱為 2008 年德國最糟糕出口商品。他把德國人認為不應該訂下去的，全部叫中國人訂下去了。中國勞動合同法的一個非常明顯的特徵，就是它制定之前上海派跟北京派爭執不休，很多人以為，北京派脫離現實，認為勞動保障水準應該拉高，勞工應該在定性上沒有那麼大的困難，大家都是勞工。上海派務實，上海派認為現實不是你北京國務院、早期的外國顧問想的那樣。所以上海派認為應該要保障低、覆蓋率高。那北京認為覆蓋率不是重點，一定要保障高。勞動合同法到今天超過十年了，在中國被認為是一個爭論很大、很多人甚至認為是個失敗的法律。

所以我們今天面對是個兩難，就是說談勞動市場要談理想，沒有問題；要談現實，往往是另外的考量。勞工的定義，其實沒有辦法逃避這個角度，如果用這個面向來跟各位分享。剛剛報告人其實報告很精彩，我覺得現在的年輕朋友 PowerPoint 做的很棒，我都不太好意思 show 出個人做的 PowerPoint，實在是又單調又俗氣，請各位見諒。我想剛剛報告的有幾個簡單的結論，我想

大家都聽得很清楚，我再幫大家複誦一下，這個複誦或許是先鋪一個梗，我待會兒會回來，最後會希望來回顧這個結論。第一個各位可以想像，其實報告裡面有非常多美國法的看法，例如他用所謂的 Secondary Borello Factors，羅列了十三項這個測試的因素，大概可以跟我國去年勞動部 108 年 11 月列了二十五項。有趣的是，很抱歉我忘了把我的整理列上來，國內也很多人做過，把過去法院對於勞工的判準列出來，大概也就那麼二、三十項。值得注意的是，裡面很多的指標，是法院後來揚棄的，短暫出現過，後來不再那麼重要。或是從屬性有無，人格從屬性有無，無法確認，於是抓一下補充標準，例如有沒有投保勞工保險？某個程度投保勞工保險不是重點，就是說如果你否認人格從屬性，不再管有沒有勞工保險，只有在難以認定，請注意，難以認定而不是否認，難以認定是否具有人格從屬性，不妨看看他有沒有投保勞工保險？所以這個標準，你如果把它列為一個獨立指標，將嚴重誤會法院的意思。也就是說，那二十五個指標在我看來，至少有一半以上，法院認為一點都不重要。所以把它全部列出來，然後大家來勾勾看，那有趣的是，很多人就問勞動部，那請問勾幾項算勞工？勾幾項不算？勞動部說請大家自己判斷。那有人就說，



那如果勾十幾二十項呢？勞動部說不一定是勞工。那如果只勾兩項呢？勞動部說也有可能是勞工。等於沒有講一樣。

這個爭議事實上不只始自平台工作者，如果要論台灣爭執最久的，應該是保險業務員。保險業務員在 2000 年前後，當時的保險業者跟這個保險業務員的工會，乃至於之前的財政部，跟之後的金管會，一起拜託當時的勞委會，一定要提出一個檢核表。勞動部滿滿的承諾，最後仍然很難做出來，因為學者告訴他，不能這樣做，這樣做會產生例如像去年，那二十五個指標，例如像 Secondary Borello Factors 那個十三項指標的問題。請各位別誤會，這些指標很值得參考，但不是一個單純、如大家想像那麼容易的 checklist，我勾幾項就是，事實上並非如此。這一個測試標準，有一個我覺得蠻有意思的，就是舉證責任的倒置。這個舉證責任的倒置並不是新創的，因為幾乎世界各國的舉證責任都會擺在雇主身上，請雇主舉證對方不是勞工。所以這個舉證責任在美國法的發展，在我看來並非特別新穎或首創，因為向來我們就是如此。

那第二個談到所謂的 Secondary Borello Factors，我剛剛列的就是這個十三個指標，我想剛剛報告人報告的很精彩，我就不重複了。一個有趣的是所謂的 AB5，AB5 的這個法案，所謂的

ABC Test。剛剛其實報告人也談的蠻多的。那報告者在報告中有提到說，很多美國州也想學習，有趣的是最早做的加州，最早做的幾個州，都是由少數的州議會的議員，那幾個少數的議員，通常都有社運團體的背景，他在不顧大家反對之下，用某一種技巧通過，於是很多州都引起法案的覆議，要把它推翻。那有趣的是，其實報告者也提到，很多勞工自己反對，我在去年發生這麼多事情之後，參加過幾場會議，那幾場會議都有平台工作者，就是外送服務員的代表參加。那據我之後的瞭解，他們是真正的外送服務員，不是這個所謂的平台業者，那個硬暗中埋伏進來的。我去年參加幾場，很少有朋友告訴我，他想成為勞工。個人反而經常聽到，朋友們想自由，他確實想要保障沒有錯，但未必一定要推向從屬性勞工。這個是我們得到很多與美國相同的證據。所以別誤會，AB5 並不壞，事實上 AB5 一點都不新穎，因為向來我們對勞工的判斷，就跟 AB5 沒有太大差別。那為什麼會產生這樣？也是有它的一些背景。

所以各位可以發現這三個要素，是報告人剛剛特別借美國經驗，希望能夠給我們一些啟發，我覺得是啟發，但它一點都不新，因為向來我們講了幾十年，都是如此。但講了幾十年，一樣解決不了問題喔。第一個當然是，是否由



他方指揮監督所謂的指示權？是否為他方主要的業務？這一點很有趣。如果平台的主要業務就是外送，那我只要做外送業務，就應該要一定是他的勞工。如果是這樣，無疑代表產業的型態必須決定法律關係。而這一點從我們一般的契約法角度是不存在的，請各位要瞭解我這句話，我沒有反對報告的結論，我只是告訴你契約法認為，任何的勞務提供型態，當事人都有法律關係的選擇自由。那麼我在報告保險業務員的時候，我提了非常多目前國內的主流，叫做混合契約。某個程度擺脫了僱傭，甚至大部分擺脫僱傭。國內法院曾經在判決上，有一句令人匪夷所思的話，說如果法律關係中有百分之一的僱傭契約成分，就要適用勞動法。這句話我覺得法院下的很勇敢，那最高法院在這麼多年來，已經普遍的承認有混合契約的存在。所以第一個，如果我們用勞務的類型反過去推，所以你契約只能是僱傭，很抱歉，契約法沒有這個講法。所以這一個線索在具體個案判斷上，會有參考意義，但是抽象的說，如此說法無疑是很令人冒冷汗的。那勞方是否獨立面對市場？是一個我們向來區別僱傭跟承攬最重要的幾項。所以 AB5 什麼新的東西也沒講，他就完全在講舊的東西。那為什麼美國會有這樣的發展？有他非常獨特的背景。那麼簡單來講好了，今天

我們叫數位平台經濟時代，也就是所謂的勞動 4.0，這個而來的新興發展，不只是我們今天所碰到的這一個外送平台的問題。

那剛剛報告人一開始就提到了定性問題，一般我們提到數位經濟平台，大概有個四種類型，從各位所熟悉的單純溝通平台，例如 Facebook，一直到今天在世界各國成為主流的，叫眾包，crowd working。那麼我們今天所談的外送是第三種，一般叫居間，居間平台，他主要是從 Uber 開始的，然後延伸到其他的外送，因為運送的是人，就像如果外送是食物，就叫做 Uber Eats。那這四個平台在今天都處於不斷的變遷中。所以有時候我們會說，前面兩個大致上不會有僱傭關係的探討餘地。第三個通常不會，第四個才是大哉問。我剛剛的這個想法，是兩年前的想法，兩年後我們已經不再那樣講了。今天幾乎四個平台，都有可能產生某一種僱傭的外觀，進而引發到底要不要認定是勞工的爭議。所以就像今天報告人所提到的，居間平台傳統上，這個在不論契約的內容的擬定，乃至於政府機關的態度，向來都不認為有僱傭關係，今天已經不是如此了。那麼有趣的是，不同國家為什麼會不一樣？我們通常談這個問題，會從所謂不同國家模式的理解開始。英美法我們叫做自由主義



式的國家，德國、法國叫做保守古典的，今天幾乎找不到，我不敢說完全沒有，幾乎少有平台業者，眾包平台工作者在德國、法國被認定是勞工，幾乎沒有。剛剛報告人提到法國是極少見的，德國的教授前年來分享，也提到德國沒有。那社會民主式的是北歐，為什麼要從這邊開始談？是因為各位可以發現，在自由主義的英美法國家，他的勞動市場極度彈性，英美法基本上沒有太多的解僱保護，只要講一句 You are fired 就可以了，所謂僱用自由意志原則，Employment at Will。

美國人只禁止三種，一種是這個勞工行使公民權的解僱，一種是違反誠實信用，例如挖角、跳槽、保證僱用年限；一種是涉及到憲法保障的特殊權利，例如歧視。美國禁止這三種解僱，其他美國人解僱幾不存在任何的保護。You are fired，我不喜歡你，你也給我走人。所以在美國勞動市場的彈性之下，美國的勞工，如果你是勞工的話，獲得享有的社會保障是較低的。那相對的，德國、法國式的保守，古典的，包括南歐幾個國家，他的社會保障是照顧式的，維繫地位式的。所謂的這個歐陸法，熟悉的保護照顧義務，但是英美法幾乎沒有這個概念。那麼勞動市場是極度僵硬的，僵硬就是解僱困難。歐洲有一句俗話叫做，解僱比離婚還要困難，

某個程度是對的。那麼在德國一個很有名的案例，有一個男性員工，那麼做了幾十年，工作表現極差，態度極惡劣，雇主最後忍不住把他解僱，那他，很抱歉容許我這樣講，因為是個案確實是如此。那位男勞工長得又醜，又討人厭，那平常就是很沒有教養這樣子喔，結果法院最後判決不能解僱，法院說因為這樣的人很難再找到新的工作，你應該要把他留下來。法院的意思，我們開點玩笑地說：你如果要解僱呢，應該解僱年輕貌美，工作能力強，人緣佳，大家都愛的人，因為他隔天就找到工作，這樣對他的勞動市場的這個命運影響最小。各位，德國人是這樣看的，德國這種被很多人列為是天下奇談的案子太多了。有一位女性勞工懷孕，他穿著大衣，雇主僱用的時候沒有看到，隔一個禮拜，那個工作是要會講法文的，結果這位勞工一句法文都不會講，矇騙老闆，早安、午安、晚安講完，老闆就說不用講了，應該是沒問題，就僱用了。僱用了一個禮拜，這位員工就把大衣打開，老闆其實我懷孕三個月了。那當然跟老闆沒有關係，他只是說我懷孕這樣子喔。那老闆問他，你怎麼不會講法文？為什麼法國人來你就溜了？他才承認我不會講法文，不過提醒老闆我懷孕了。德國有一個法律規定，懷孕女性員工不能解僱。於是這個案子，老闆一氣之下當然

把他解僱了，最後那個三審法院最後判決雇主敗訴，那德國聯邦勞動法院說，在本案上，德意志民族下一代的利益，遠高於企業經營的利益。各位，德國是這樣形成它勞動市場的，所以對於勞工的判斷，德國人顯得謹慎，顯得猶豫，顯得某個程度你可以說僵硬，但某個程度顯得嚴謹。

而我必須說，台灣整個法律制度是歐陸式的，我們很難用英美法那種極度彈性，因為英美法，至少在勞動關係的存續保障上，幾乎沒有什麼太多著墨。沒有解僱保護，保障極度貧乏，雖然不是完全沒有，這個我同意，就是說不同法律體制的出發點，對於我們今天談的勞動市場問題，看法是不一樣的，甚至是不相同，這個是我覺得一個，可能要讓各位如何理解的一個背景。必須說，台灣在勞動法上，很多比較類似德國法制。所以就容許我在接下來，聚焦在德國經驗跟各位、跟報告人也跟各位這個先進做一點對話。各位要瞭解，德國傳統上沒有勞工定義，一直到2017年才有勞工的定義。而2017年也是我國大法官做出釋字740號，幾乎同時做出勞工的定義，大法官做出的統一解釋。當然這一個611a，就611之一，定義的勞工，主要為了解決勞動派遣。雇主明明自己要僱傭，卻找一個派遣公司，這個僱用人再派進來，國內

已經有很多很有名的案例，例如這個台中興達火力發電廠案，我們的台中地院跟台灣高等法院台中分院，做了完全相反的判決，當事人完全無法理解，地院高院為什麼完全相反？對勞工的判決完全相反。這個就是涉及到這個問題，另一則有名的案子，就比較沒有太大懸念的，國立體育大學清潔工案。談到勞動派遣，雇主自己用，卻叫派遣公司轉介一個第三人，而這個第三人連派遣公司，他們雙方甚至可以從來都沒見過，到底是不是勞工？德國人當時是為了解決這個問題。那德國人611之一用了這四個概念，那有些概念是剛剛已經提過的，我就不多重複。比較有趣的是三跟四，三：人格上從屬性之程度，應依各該活動性質而定。四：關於是否成立勞動關係，應對所有狀況為綜合考量，沒有錯，這些剛剛報告的時候都有提到。對我而言，最重要的是三，最重要的是三。德國立法者經過非常久的考慮，決定了三。

暫時容我中斷一下，我請教各位三個國內向來有名的爭議，各位經常在路邊看到，有辛苦的這個先生、太太們路邊舉牌請大家看豪宅，認為是勞工的同仁舉手，好，認為不是的舉手。好，那個傳播公司接受電視台的委託，拍攝偶像劇，找臨時演員，有空就來，沒空就不用來，有來就有錢，沒來當然不會



有錢，也不用請假，沒有什麼懲戒，沒有，都沒有。認為臨時演員是勞工的舉手，好，認為不是的舉手。好，中華職棒很多熱場的 show girl，他們有時候會到這個世貿，這個世貿展，去當推銷、行銷等等，各式各樣，我們一般叫做這個賣場，就是 show girl，由這個演藝經紀公司，他們都簽演藝經紀契約，幫他們在外面接單。認為是勞工的舉手，好，認為不是的舉手。好，在座因為我們第一排的長官沒有轉頭看後面，除了第二個問題以外，另外兩個問題，其實不同意見的人差不多，沒有差很多，只有第二個意見，大家相差比較幅度大一點。我剛剛說的這三個，國內的法院判決經常各半，勞工局的態度通通傾向你是勞工，因為，因為勞工局接受勞工的陳述，不管怎麼樣他們都說是勞工。法院並不這樣看。也就是說什麼叫做從屬性？不能一概而論，必須從各自的活動性質而定。那就像一個高階的人力，跟一個說低階有一點冒昧，說到路邊舉牌請大家看豪宅的，不能一概而論。

就是 611 之一帶給我們的第一個，我覺得非常重要的一個啟發。但 611a 的嘗試，引起德國學界激烈的批評，例如這個東海大學法律系林更盛教授的德國指導老師說，611a 羅列了今天數位勞動時代中，根本可能不再重

要的指標，這句話很重要，這一句話跟我們今天的主題，有密切的關聯。611a 我們台灣人應該不會覺得太奇怪，因為跟我們所熟悉的那一些勞工的定義，沒有太大的差別。在今天勞動、數位勞動時代中，這一些要件可能根本不再重要。人格從屬性的特徵跟要素，是個令人尷尬的處方，因為沒有可知操作的內容，卻帶有意識形態的成分。那麼另外一個，科隆大學的 Martin Henssler 教授，Henssler 說立法者硬把扮演不同功能的要件湊在一起，那麼把可能包括勞務本身，與勞務成果面向的不同指示放進去，而對於勞務成果的不同指示，對於判斷勞工是不重要的。因為時間關係，我沒有辦法一一比對，剛剛報告人提到的很多指標，很多在我看來，我們在教學上會說，對於判斷是否勞工一點都不重要，而我們把他放進來了，也就是說勞務面向。比方說我剛剛說過，你如果今天沒時間來，你就不用來，我過兩天我可能先不找你，請問這是懲戒嗎？請問非勞動契約，非僱傭契約的一般契約，不能有契約罰、或本於動機而下次不再締約嗎？不能有嗎？契約法外觀看起來，不帶有同樣的懲戒效果嗎？所以很多的這個指標，至少在我看來，已經失去了重要意義。

如果跟 740 號解釋對比，我國的 740 更糟糕。大法官在 2017 年的時

候，做了釋字 740 號的解釋定義勞工與否。大法官這個做了兩個最重要的解讀，一個就是人格從屬性，當然我們在憲法訴訟法上，一個非常重要的爭論，這個爭論在我國採取解釋，而不採取判決，其實是會更嚴重。就是可以既判力的範圍，實質確定力範圍的何在。大法官在解釋理由書中有使用括號，包括裡面提到的舉例，請問究竟有沒有效力？大法官說勞工的第一個內涵是，要具有人格從屬性，結果括號，括號說例如時間、地點不能決定。另外一個判讀是，有沒有承擔市場風險？又來一個括號，括號說例如報酬計算的方式。從憲法訴訟法的角度，第一個說其實這兩個括號有沒有實質確定力？因為是統一解釋，而要命的是，大法官用「例如」，用例如這兩個的字眼，而有趣的是，大法官這兩個要件都弄錯了。因為我們今天在勞動法上，時間與地點，勞工可能，勞工也可以自由決定，報酬計算的方式，與勞工創造的業績為導向，這兩個跟他是不是勞工，一點關係都沒有。大法官把我們很早就揚棄的，世界各國都揚棄的，我國法律實務也不再採取的，硬放入 740。那所以 740 這個災難，只有不理會他，才有辦法回應。據我瞭解，這幾年來，我所認識的一些勞動法庭的法官告訴我，他們都不太理會 740，這是個正確的反應。大概只有

雇主的律師會主張 740，沒有勞方的律師。所以這個，我要說的是一個相容的問題，740 跟德國 611a，其實問題很類似。也就是說我國 740 將產生一個比 611a，更令人畏懼的改變。如果把 740 甚至自我設限，選擇性的把某些勞工的內涵，做不當的限縮。所以我要講的是，剛剛報告人所提到的那一些，基本上跟 740 是不相容的，而報告人這個報告處理方式是正確的，740 已經完全不需要理會。可是問題其實一樣存在，我接下來就分享我的答案，到底該怎麼看這個勞工的定義？

基本上我認為必須考量組織與各該活動的特性。所以我贊同其實報告人剛剛對於我國，以及他對於平台工作者的一些，是否涵攝入勞工定義的操作，基本上我是贊同的。那麼德國近期的司法實務，著眼於複雜的勞工，跟自營作業者的區別很困難，改用是否，是否就改用履行企業主的機會與風險來做為判準？不要再用人格從屬性。這是一個我在這幾年，也在很多場合都傳達的，不要再用人格從屬性來操作，因為人格從屬性即便在一個，先不說國內經常把勞動指示權跟專業指示權混淆了，連某位大法官在他的這個 740 協同意見書都寫錯。這位大法官說，專業上如果為自主，即不受雇主指示權監督，所以不會是勞工。然後他又有一個括號，括號是



例如醫院受僱醫師，他的意思是說，醫院受僱醫師自己診治病人，不受指示，所以他不會是勞工。我們的大法官連專業指示跟勞動指示都分不清楚，誤把專業指示與否，理解為勞動指示，所以基本上是錯的。所以我個人的建議，或許不要再用人格從屬性來操作。那我看到底是不是自願的承接企業主的風險，如果這位勞動者沒有自我的企業組織，沒有自行參與市場，沒有適當的分配機會與風險，他就是勞工。萬一出現模糊的地帶，比方說可以找到當事人，自己選擇這個獨立自營的法律關係，那就另當別論。某個程度跟剛剛那個，報告人提到的美國法部分，是有異曲同工之妙的。如果再用 Reinhard Richardi 教授的話來講，這個用目的論，是否存在該當然的構成要件，足以連到勞動法的法律效果？我個人就是用這一句話來回答，在路邊舉牌的人是勞工。你用人格從屬性，你得不出他是勞工，你會得不出來。如果改用這裡說的觀點，他是勞工，我們一般有一個很新的概念叫做，社會需求跟社會保護必要性，來補充勞工的定義。那麼就是說，這個勞工非獨立性，例如具有從屬性，並不是前提，而是法律行為給付承諾的結果。好，如果事先確定是特定單一的特定給付為標的，而不是處於他當時是向未來個別不特定給付，就不是勞動關係。這兩個非

常關鍵，這兩個幾乎拿來操作國內的艱難案例，都可以得到清楚的答案。所以我的建議是不要再操作人格從屬性，用我剛剛講的這幾個，就可以很清楚的知道，到底是不是勞動者？而平台工作者很多時候是的。

當然在歐陸法跟所謂保守主義型的這種勞動市場，跟勞動法體制下，到底該如何回應剛剛報告人提到的，由德國工會聯盟邀請，不是工會聯盟提的，是德國工會聯盟組成的一個學者專家，包括我的德國指導教授在內，一個叫做「勞動的未來」為題之研究報告，最後結案報告裡面提到，他並不是說以後就用類似勞工來看平台工作者，他的意思是說先擴大勞工概念，把我們剛剛講的操作標準放進來，如果求之仍不得，再來擴大類似勞工的使用。所以是這個意思。德國人並不是說，至少這個報告不是說，要以類似勞工來處理平台工作者，不是，千萬別誤會。所以德國人的建議，並不是說用類似勞工來處理，不是，而是先擴大勞工的概念。最重要的，至少我個人的看法，不要再用人格從屬性來操作，而倒過來，用非獨立性來操作，內涵截然不同。再來，如果求之而不得，真的沒有辦法肯定他有人格從屬性，而沒有辦法涵蓋入勞工，再來用類似勞工，在美國法所謂的 dependent contractor。contractor 本



質應該是 independent，我們把這兩個對立矛盾的概念放在一起。要不德國跟法國努力再用我們所謂的肇因者原則，而建立起的個人勞務帳戶，在許多的勞動保障，特別是北歐的 Flexicurity，彈性安全制度的所謂職業訓練，轉銜期間的社會保障連結，再連結例如職業災害保險等等，建立個人勞務帳戶，讓他某些保障不要因為受僱關係而中斷。那最後就是建立社會的私法跟經濟法，包括契約控制，這個在我們談的平台不是那麼重要，比較重要的是眾包，crowd working。今天的報告人因為她比較聚焦在這個外送平台，所以比較沒有提到眾包，眾包比外送更嚴重。外送平台我們今天幾乎大部分都認定他是勞工，問題反而不大，眾包問題才大。國內有一個，就有一個眾包網，他叫做「幾爸摳」，他的平台就叫做一百塊，他用台語發音，你可以叫幾爸摳，所以單位都是一百塊。例如我們司法官學院明天要辦一個研討會，一個禮拜前有誰願意提供海報文案設計？有人就提十單位，就是一千塊，一單位叫一百塊，就一千塊。我們假設，結果有一千個人來提案，其中有八百個人是來自世界各國，結果司法官學院最後說，你們一千個人我都不滿意，一千個人等於白做，這就是眾包形式的一種類型。眾包他的形式是今天世界各國最在意的，不是平台，

例如外送，平台外送相對簡單，那眾包恐怕要用第四個管道，我們叫做契約控制，或所謂的集體訴訟，class action，或是這個公眾訴訟，或智慧財產權。今天很多的眾包，一大半跟資訊科技有關。所以要從智慧財產權的角度這個著手，當然這是另外一個問題，不是我們今天報告的重點。

如果我們用霍布斯在利維坦裡面的著名提問，叫 Quis iudicavit？ Quis interpretabitur？誰來決定？誰來解釋？那麼我們經常，我經常用這句話來勉勵，不要說勉勵，說勉勵還沒資格，我在政大勉勵我的學生還可以，來這邊完全沒有資格這樣講。我都會告訴我的學生說，一句哈伯馬斯的名言，哈伯馬斯說，從馬克思到盧曼，人們學習到的是，不要再用法律看社會，而是用社會看法律。不要用我們法律的制式框架，去套外面的人應該怎麼樣？而應該倒過來，以社會來理解我們的法律的內涵應該如何操作。我們今天在做的判決，不是所謂的 ex nihilo decision，不是一個無中生有的決定，它必須來自於社會，那麼來自於勞動生活，我們要兼顧保護，但也別忘了自由。我們必須讓當事人有一定的選擇法律關係的自由，但那個自由不是來自於一方的壓迫，而是來自於，例如勞動者真心的選擇。所以我一開始才會跟大家分享說，我碰到的



一些外送勞動者告訴我，他不要是勞工，他想要自由，勞工就會帶來很多的束縛，很多的這種各式各樣的要求等等，他不要。那多少從屬性是必要的？多少獨立性是容許的？我們要用這樣來操作勞工，還是倒過來？多少獨立性是必要的？多少從屬性是容許的？回到平台工作者，乃至於我剛剛說到的，數位平台經濟模式的三跟四，所謂的居間跟眾包，到底什麼樣的社會形貌，讓我們法律包括立法者，也包括我們勞動法有一句話，叫做法官法是勞動法的命運。世界各國的勞動法都有規範密度不高的問題，因為很難定，非常難定，必須大量仰賴法官的形成。所以到底如何的社會形貌，讓我們選擇如何的法律適用？什麼是最好的適用？要能夠兼及效率、效能。效能指的就是，比方我們剛剛說的中國勞動合同的所謂覆蓋率，法律要有用。英國首相 Tony Blair 說，奏效的東西才有用。法律訂的再好，對現實生活沒有任何影響，那恐怕法律也沒有用。當然，勞動法的命運還是勞動保護，那這個勞動保護，某個程度未必一定要靠勞動法，某個程度也許社會保障，社會法，甚至所謂的這個社會的經濟法，某個程度也許是更好的選擇，至少是可以考慮的選擇。好，我就講到這邊，謝謝大家。

蔡碧玉院長：

謝謝林佳和副教授精彩的講評。接下來是我們互動交流的時間，各位同學，這個議題經過林佳和副教授的講評，大家應該會有很多的啟發。我們雖然一開始的時候，把這個議題定性在民事的議題，可是聽起來它不只是限制在民事的領域去理解，有時候可以更擴大大一點，甚至可能是一個社會學的問題。現在我們就開始進行 QA，你們有對報告人的報告有提問的，或者是林副教授剛才講評的內容有請教的，都歡迎提出來。

陳安信學員：

不好意思，我問幾個小小的問題，因為勞動事件法已經通過施行了，今天報告者有提到說外送員跟雇主之間的契約關係，到底是僱傭？或者是其他的法律關係？想必是將來這方面案件很重要的爭點。所以在勞動事件法通過後，當事人到底是不是「勞工」？就會成為勞動訴訟案件一個主要的問題。那第一個小問題就是，因為法院在一開始審理的時候，跟最後判斷的結果可能會有所不同，像是一開始法院認為應該是勞工，而適用勞動事件法的程序，那如果法院事後發現說，當事人其實本質上應該不算勞工的話，這個時候因為涉及事務管轄的問題，內部事務分配上該怎麼處理？或是原法院繼續審理？又

或者說法院間的判別、判斷上有不一樣的話，例如一審認為是勞工，二審反而認為不是勞工的話，那整個程序的適用上，得以程序適用有誤為理由去廢棄原判決嗎？這是第一個小問題。

第二個問題是，剛剛有提到說美國法上的 ABC test，譬如說訴訟中雇主認為，與原告之間是承攬關係的話，雇主要自己主張是承攬關係，由雇主去負舉證責任，證明是承攬關係，那依勞動事件法第三十三條規定，看條文規定的話，法官也應該要依職權，或得依職權去調查相關事證，其實這性質上好像跟 ABC test 也有點不太一樣，因為在這個部分上，法院的職權探知性質應該是多一點，未必是單純要求雇主他一個人要負擔所有的舉證責任，所以在這個部分，亦即 ABC test 在我國法的適用上，是不是還是有一些應該要注意的地方？或者是做怎樣的調整等等的？

那最後因為剛剛報告有提到「類似勞工」的概念，那我個人覺得「類似勞工」的概念，在定義上是更加的模糊，因為勞工的定義本身就已經是容易了，德國法上再去創造所謂「類似勞工」的概念，我想知道說，到底是增加更多的問題呢？或者是說的確可以擴大保護網呢？因為剛剛昭如的報告好像也是提到說，所謂「類似勞工」是指勞動者在沒有他人的協助下，自行從事勞務

契約工作，為他人提供服務，然後一定的收支來自該他人。而所謂「勞務契約的工作」，這部分要怎麼去認定，我覺得這個是可能會滋生一些問題的，所以這幾點小問題，想說可以請教昭如以及林佳和副教授，謝謝。

蔡碧玉院長：

安信提了三個問題，請報告人先回答。

龔昭如學員：

嗯，安信是來找我麻煩的。好，第一個問題，的確，因為現在有勞動事件法，是新法實施，所以畢竟就是要討論說，到底哪些案件需要適用勞動事件法？的確是一個很困難的問題。更何況是現在勞工的爭議又這麼大，要怎麼如何去定義這個到底是不是勞工，也的確是一個爭議。所以我認為說，如果今天勞動事件法如果要實施的話，我們要如何去建立這個前提，的確是一個很大的問題。所以很謝謝安信提出這個問題，就是我們要怎麼進入這個程序，要如何做審查？的確是我們要去注意的問題。那是否可能會因為審級的變化，而造成說可能這個判決需要被廢棄發回的部分，那我也覺得是有可能的，因為如果今天它不是適用勞動事件法，但是整個程序上的規定卻適用勞動事件法的話，



的確有可能在審理上，就是程序上，其實可能有不合規定的部分。所以我覺得如果這一個案件是不能用勞動事件法，而法院用勞動事件法的相關規定跟程序來判斷的話，的確會有一個違法的問題，這是我自己個人認為。

然後第二個是舉證責任的部分。的確勞動事件法第三十三條，它主要就是為了要讓勞工的舉證責任不需要那麼高。因為勞工跟雇主，本身就是一個不平等的一個地位上，所以為了要保障勞工在勞工法上面主張的權利，的確他們在法院上可能要進行一定的闡明業務，甚至在勞動事件法有很多規定，是讓一些勞工減輕他們的責任，然後反而增加雇主的責任。這的確是跟 ABC Test，就是那個 AB5 法案，的確有相類似之處。但是是否就是要採取這麼高的責任？因為這樣 AB5 法案，他是完全由雇主去擔任一個舉證責任的角色，而沒有法院的介入。那如果今天真的把這個法案，或是說這個意見來進入這個法院的話，的確是會有適用上的問題，可能法院你可能必須要適時的介入，因為畢竟我國的勞動事件法，就是希望可以讓法院變成一個調解上的角色，甚至是介入到勞工跟雇主間，為解決紛爭的角色。所以他如果可以那個正確的釋疑，然後甚至分配舉證責任上，如果可以適用像 AB5 法案，可以明確地闡明說這個雇主

必須要比較採取嚴格的責任的話，其實我覺得也不錯。所以這個的確在我國如果要如何適用上，也是一個問題。

然後第三個問題的話，就是類似勞工的概念，的確這個創造這個概念，其實也是一個問題，因為到底我們要不要創造到這麼多的名詞定義？其實是當時有很多國家討論到底要不要創造一個新興的一個名詞來解決問題？因為一個行業，然後我就創造了一個新的，勞工的定義，的確會造成很多人的困擾，因為我定義的越多，反而我要適用哪一個名詞？困擾會更多。所以像剛才安信講的，就是如果我要定義一個已經很複雜，本來勞工都已經那麼難認定了，我還要再創造一個類似勞工這樣這麼難定義，再去定義哪個行業到底是不是符合，的確是有困難的。所以其實這個類似勞工這個概念，其實可能要再請教授來補充一下，就我的認知上，其實他們比我們還常適用到這個規範。反而如剛剛教授提到的，就是我們盡量還是擴大勞工上的概念，如果今天我們真的沒有辦法去保障他的時候，我們才會漸漸地使用到類似勞工這個概念。就是說盡量也沒有一定要去適用到這個定義，因為這個定義其實在適用上，其實有它的困難，如果你要去認定它經驗上從屬性，跟是否要去實施他的勞務這個概念，的確都是抽象的法律概



念，然後如何去執行，都還是有困難的。這是我理解的部分，然後再請副教授來補充，謝謝。

林佳和副教授：

好，那我就依序回答，如果沒有誤會的話。第一個勞動事件法，因為我當時是草擬草案的人之一，所以我就忠實的說當時的想像。當時的想像是這樣的，我們規劃的六個人全部是留德，所以我們參考德國的經驗比較多。各位要瞭解，我們沒有勞動法院，我們只有一般民事法院加上勞動法。所以那個背後的差別，簡單來講，我們希望勞動事件一定進來勞動法庭，但不是說，不是勞動事件絕對不能進來勞動法庭，這兩個是有差別的。所以我們一開始的想法是，如果原告，主張他是勞動契約，就是說法官不要在第一時刻做判斷，我們強烈建議，當時我已經忘記了民事廳在立法院有沒有這樣寫？我不記得了，我們當時一再強調，絕對不要在第一時刻判斷，雖然我接下來要講的，後來有一點被弱化。我們當時想要的是，不管你有沒有在地方勞動主管機關調解過，到法院務必重新調解一次。而各位知道，調解跟審判他的程序拘束密度是截然不同的，所以我們希望讓法院在勞動事件於調解階段，就把這些弄清楚。所以我們在最多三次調解期日之前的第二次調

解期日之前，就要把所有的事實證據都拿出來，而且要法官依職權調查，我們不是讓法官做一個，在上面完全聆聽的人而已。調解就要介入，而且限第二次調解期日之前，我們用了非常巧妙的，也許看起來沒有那麼明顯，是因為民事廳有很多的擔憂。我們用了非常巧妙的，我至少自己的想法，讓第二次調解期日之前的所有事實證據，貫穿到後來所有的審查。我們試圖採取強烈的實質證據法則，因為我們很多德國法的設計，民事廳都認為跟現制不符，不斷的被拿掉。有非常多我覺得很有意義的設計，當然民事廳有他的道理。

所以我的回答是，第一，不必第一時間立刻判斷就進來。透過調解階段，如果法院真的覺得他不是勞動事件，而且自己繼續審理沒有意義，他可以把案件這個移送管轄出去，我覺得沒有問題。但第三，如果你參考德國的案例，德國有非常多屬於勞動的爭議，例如競業禁止經常是由一般的普通法院判決，也有非常多的最低服務年限的終審判決，是聯邦最高法院，不是聯邦勞動法院判的。一個很大的差別在於，德國勞動法院法裡面的實體審判事項，是列舉式的，而且是列舉法律的，例如勞工保險條例第幾條歸勞動法院。而我們當時設計的幾個版本，最後沒有採取的版本。我們當時最後採取了一個



最廣泛的，就是希望讓勞動法庭盡量收，盡量收了以後，自己再從中透過各位法官來發展，去梳理出某一些不成文的標準，例如那些案件我就不收，我們希望用爭議的類型，而不是希望用是否為勞動關係來分。對勞動事件法要求非常多思考的因素，必須這樣承認。至於剛剛提到勞動事件法的舉證責任，我的印象中，並沒有到 AB5，這個舉證應該是沒有，只是其他的舉證責任。那麼就像我說的，例如我對現行法院的理解，法官本來就會如此操作，只要具有表面證據，只要 *prima facie* 看起來，不能直接否定是勞動關係，我就要讓雇主舉證他不是。所以現行法官已經操作的很成熟，所以我們當時不認為法律要特別規定什麼。我們幾年前在勞動部，勞委會時代修勞動基準法，曾經想引渡一個條文，就是有疑義時，就認定是勞動關係，或有疑義時，就必須類似定型化契約般的做有利於勞方的解釋。這兩個後來都沒有成功，世界各國也幾乎沒有人這樣做。我對在這一塊，我對法官法比較有信心，我覺得沒有問題，應該沒有到一定需要一個法律規定的必要。

最後，類似勞工不是今天才有的，類似勞工的法制誕生於 1970 年代，1967 年第一次石油危機，以阿戰爭，歐美國家第一次遭到，戰後第一次經濟起飛的挫敗，第一次開始有失業的

問題，當時就被催生出非典型勞工，包括類似勞工這種型態了。台灣也是民國 60 年就出現了，在座各位那個朋友，太年輕應該沒聽過，我們以前叫做工廠代工，那種就是類似勞工。日本人 1980 年就有將之法制化，韓國人也是很早年就有，台灣過了四十年後還沒有。簡單來講，類似勞工世界各國 1970 年代就誕生了，1980 年代漸次完成立法，1990 年資訊科技時代到來，所謂的 *Teleworker*，電傳工作者，各國都沒有懸念的適用，早就建立了法律，台灣到 2020 年還在問何謂類似勞工。我們勞動市場上一個很大的族群，他不會來法院被認定是不是勞工，他在社會生活的實踐中，就被完全當做不是勞工在對待，我們法制上完全沒有辦法處理。所以我強烈的認為，類似勞工不是新的概念，誕生於 1970 年，各國 1980 年就大致完備法制了。人家都有超過四十年認定的經驗，有質跟量的認定經驗，重點在於他不具有人格上，而是具有經濟上的從屬性。德國法官告訴我，在個案的案件，會被拉到類似勞工的認定，法官一看即知。所以要對法官有信心，這句話應該是你們自己說的，不應該是我說的，要對法官有信心。到我這邊來的個案，我根據法律賦予法官，即便是抽象的標準，我應該在個案中不難判斷出來。某個程度，如果很難

判斷他是類似勞工，你就可以大膽的認為，他連類似勞工都不是。他必須像一般的自營作業者一樣，承擔市場風險。剛剛報告人的報告中，講到美國法，他只用了那個所謂的 control test，那其實報告的人沒有提到三跟四，另外兩個 test，第四個 test 叫做 mutual obligation test，相互承擔義務的檢驗。簡單來講，把當事人叫來，法官一問就知道兩邊有沒有相互承諾了，兩邊有沒有，各自承擔例如雇主對勞工，通常有的照顧義務。勞工有沒有相對的承諾雇主，像一般勞動者常見的忠誠義務。各位，一看就知道，其實沒有那麼困難。所以我對於類似勞工，如果有機會引進，我是比較有信心的。

蔡碧玉院長：

謝謝林教授的回應，請繼續發言。

蔡瑞紅學員：

院長，各位老師，佳和副教授好，我是蔡瑞紅，剛剛聆聽昭如的報告，我們可以看到昭如主要是聚焦在勞動主管機關的行政管理也就是勞動部的見解，還有著重比較法上的分析，也有針對北市外送平台管理的自治條例去做分析，比較沒有看到關於法院判決的見解。誠如剛剛佳和副教授講的，法官對勞動法上影響很大，甚至發揮法官造法

的勞動法作用，所以法院判決見解在勞動法案件具有主導性，且引領勞動法認定標準的趨勢。想請教昭如，在做報告的過程中，有沒有去看一下法院判決見解，其實如果真的要瞭解法院判決對僱傭的定義的話，這個報告範圍會擴的很大。那我想問說，有沒有看到近期已經有針對外送平台相關的判決結果？或者在地院，是不是已經有開始針對這個議題趨勢做一個判斷？那如果沒有的話，想請問昭如在做完這個報告之後，對於這個議題的理解下，剛剛你介紹的外送平台大概有四種嘛，那我們就簡單的去挑 Foodpanda 跟 Uber Eats，如果你是法院的話，你會覺得說，那到底要不要把他拉到僱傭，就是勞動契約裡面去規範？

第二個問題是想請教佳和老師，就是因為佳和老師一直以來，都在勞動的立法面有一個主導的地位，常常會參與一些修法的過程，請教老師所知針對這樣的外送平台，現階段勞動部或者說立法動向，有沒有要將這個議題納入立法，或者是討論的階段？就我所知，在非典型勞動各種議題中，要納入立法階段，還有很多待排隊的議題，包括派遣為多年討論的立法議題，想請教老師有沒有就是接觸到目前在立法趨勢上面，有沒有想把這個議題納入？第二個問題是，就像佳和老師剛剛講的，有關



法官在勞動法的見解具有領導勞動法趨勢的重要性，在座同學也即將邁入有機會引領勞動法見解趨勢的位置，那老師對於說如果我們之後在下判決，遇到就是限於今天外送平台這個議題的話，如同老師方才提出的建議，我覺得大受啟發，可是如果要將老師的建議納入判決的話，其實還是要有堅實的立論基礎，才可以在法院判決中建立嶄新的見解。那老師覺得說，在目前正反見解並列的狀況下，老師對於我們在法院在建立判決見解的立論基礎時，有沒有什麼樣的建議？也就是說立基於現在法院判決已經有的見解裡面，我們可以怎麼樣的立論，可以去套用在老師提供的見解上？以及怎麼樣再去開創嶄新的見解，謝謝老師。

蔡碧玉院長：

三個問題，報告人先回答嗎？

龔昭如學員：

好，謝謝瑞紅的問題。因為這個瑞紅講的，其實真的很重要，就是因為我在研究的時候，的確我在查法院判決的時候，是沒有的。然後當時可能有很多這種，就是相關的新聞出現，然後那時候因為也是在第二階段學習，那時候在民庭學習，那時候有新北地院的法官分別為徐玉玲、劉以全法官，他們在

我們實習的時候，有跟我，柏璋、還有長志一起討論這個議題。然後那時候就覺得，欸，其實蠻有趣的。因為這的確是我們勞動法上面是，應該要討論他們的定位是什麼？因為新聞都已經出來了，但是就是我們還是面對，包含有外送平台，還有勞工問題的意見，然後甚至勞動部的意見，然後法院目前都還沒有一個一個案件進來，所以一直都是我們想，這是一個很新興的議題。所以那時候其實法官他們想要說，司法官學院要投入這個議題，他們也覺得很有趣。他說如果有機會，也希望可以多交流。那的確是我跟他們討論的結果是，法官也是，他們比較是傾向是僱傭的問題，就像如果以 Foodpanda 跟 Uber Eats 而言的話，像 Foodpanda 你要進去的時候，你必須要填寫資料，你填寫完資料之後，你要受訓。那受訓的話，他會告訴你說，你這個外送平台，這個外送員你要做什麼？然後聽完他的培訓課程以後你要考試，如果你考試通過，你才可以加入這個外送員的行業。所以其實外送平台沒有想像中的就是那麼簡單，就是我直接把東西給你，然後你就自己去嘗試自己去做。其實它有一系列的教育跟培訓課程，而且它會時時地監督跟瞭解，你到底有沒有送餐、取餐，然後有沒有依照指定的時間，或者是路線。所以其實如果依照司法官學院也有討論



相關的外送平台的議題，那目前我聽到的就是實務跟學者，就現況 Foodpanda 跟 Uber Eats 的狀況下，他們還是認為說，這個外送平台其實對於外送員，還是有一定的指揮程度。所以如果我收到案件的話，以我自己的認定的話，我還是比較偏向僱傭關係的。那其他的問題，就請佳和老師來為大家解答。

蔡碧玉院長：

我們的同學剛剛好像也比較介意說，即使他們要這樣認定，基於擴大解釋，或保護必要的理由，但是他們可能比較欠缺立論基礎，他們希望能強調這個部分。

林佳和副教授：

首先我必須說喔，此外送平台非彼外送平台，我國的外送平台，就是平台業者幾乎把風險都轉嫁，而且存在清晰的控制模式，所以他幾乎毫無困難的可以涵攝為勞工。這個跟很多國家的背景是不一樣的，你說會不會出現，平台業者會不會出現轉向？轉向為我們認為幾乎難以被認定是僱傭關係的型態？我的看法是會。所以我覺得第一個，要先聚焦我們談的是什麼平台業者？他不是國內的，我完全同意報告人說的，其實沒有錯。但我們要為 hard case，我們要為艱難情況做準備。好，因為很多的

平台，譬如我剛剛一再的提到的眾包，雖然眾包 crowd working 不是今天的重點。但我們現在好像都認為，眾包才是挑戰，外送幾乎不是挑戰，因為他要達到他那麼多不同環節的控制，他幾乎要用勞動形式，不用從屬性勞動將難以達成。所以外送平台類似美食，幾乎不是各國討論的焦點，因為就像我剛剛說的，他要達到那個目標，選擇完全的承攬，幾乎難以控制，一定會每天出事，好，所以我覺得國內的問題，不是出現在例如勞工定義的真正差別，一般我們談勞工的，勞工定義的真正艱難，我們會利用保險業務員。所以，抱歉，740 號解釋為什麼那麼尷尬，也跟這個類型有關。所以我想剛剛那個報告人已經回答的很好，我就不再說了。不過，因為你剛剛報告一開始，我有兩個印象很深刻，報告最後結論，我一定要說一下。今年是國際勞工組織的一百年，並不是兩百年，因為 1919 年第一次世界大戰結束，巴黎和會一群人開到一半，拉到美國華盛頓成立國際勞工組織，所以剛好是一百年。因為我今年本來要辦一個國勞一百年的研討會，後來因為疫情的關係取消了，很可惜。所以第二個，你談到勞動事件法的問題，當時司法院民事廳確實有一個擔憂，如果勞動事件法的法官，不管調解後再審判，都拉進來，會不會我做了某一種類似預



審，說他就是勞動契約，之後法官會不會不太敢做如此之預斷，有一點像我們常舉的刑事訴訟的例子，好，法官都裁定羈押了，那之後判無罪有一點不好意思，那就判有罪好了。這個我是開玩笑的，就是說會不會我先收了，我第一時刻沒有判定，於是我之後說，好，抱歉，他是承攬的，等於自打嘴巴，當時很多人擔憂這一點。其實剛剛報告人應該也有，最後的結論有提到這一些，那我就臨時想到。接下來那個瑞紅學習司法官的問題，我認為勞動部在準備，但沒有方向。最近還會再參加第二次因應會議，我的感覺是沒有方向。為什麼現在的勞動部有點沒有方向，因為本來有方向。強化勞工概念嗎？不必你強化，我們法官操作的很好，只要法官記得忘記 740 號解釋，你就操作的很好。本來不同的個案，就會不一樣，對不對？就像兩個都是臨時演員，就一定一樣嗎？法律上的判定當非如此。所以法官現在是操作的蠻好的，就我而言，就算是保險業務員，我也不認為法官的操作方法錯誤。我要說的是，最近這幾年，最高法院不斷肯定的混合契約，大部分是僱傭混合承攬，很多保險業務員一個月的薪水，所謂的僱傭契約的報酬，只有一千五百塊，法官都認為毫無問題，因為僱傭或承攬。我認為法官的態度是對的，某個程度雖然很多勞方很難接受

這一點。所以我覺得，如果是要強化勞工的定義，不必立法，看看德國民法 611a，看看我國大法官 740 號解釋，都是失敗的。所以不需要這樣訂。中國勞動合同法也曾經試過，大家都知道，中國的地下經濟部門很恐怖。中國的地下經濟部門被認為跟 Uber 有關的，超過幾千萬人，他們認為地下經濟部門至少有兩億以上的規模，所以他們很想要定義勞工，因為很想把這些人拉上來，從那個 *under table* 拉到陽光下，那後來困難重重，單單勞動派遣就處理不來了，還處理這麼多新興的型態。所以我的看法是，如果你這個要法制處理，其他國家四十年來的勞動法的經驗，就是類似勞工，是你唯一的選擇，你沒有別的選擇了。我沒有說這個一定要，我只說，如果你要立法，你沒有第二條選擇，你只有這個，國內因為對之欠缺瞭解，也就是像剛剛很多，很多人提出來的疑問，怎麼操作呢？怎麼認定他的收入來源呢？會不會大家暗砍自己的收入來源，不敢報。這個都會發生沒錯。就收入的這個稽核，再來報稅的查緝等等，這個營業行政，營業登記，會不會都稽查不到？我們其實不斷的提到這麼多疑問。個人以為，看看人家四十年的經驗，的確會可能發生漏失掉，永遠不可能避免的。但何不換一個方面想，有些人會被我們認定是類似勞工，而

他本來是不會有保障，我是用這個角度在看待的。剛剛瑞紅學習司法官有提到說如何操作？我認為用現在國內的法律實務，所發展出來的勞工定義，就可以操作你認為的社會保護的必要性。我剛剛說的，路邊舉牌看豪宅，就是新北勞檢處給我的案例，他說內部同仁爭執不休，有的說是勞工，有的說不是，我建議用社會保護的必要性，我也教他們如何寫。基本上用現行的，簡單來說啦，用人格從屬性，模糊的時候，加上經濟從屬性，再模糊的時候，加上組織從屬性，保證認定的出來。那如何認定具有人格從屬性？不妨用，因為他不具獨立性去操作，他沒有獨自面對市場，沒有獨立的個人與社會資本，去面對市場，難以想像他必須承擔市場風險。就這樣去操作，就可以反證人格從屬性具備，或至少沒有被否認，再加經濟，再加組織，我的看法一定夠，而我這樣說，也不是我首創的，我國法院經常這樣操作，所以對這個來講，我相對是有信心的。

蔡碧玉院長：

好，謝謝林副教授的回應，還有一個問題。

林欣儀學員：

好，想問一下副教授您剛剛有提

到說，很多外送業者，他其實是不希望他進去成為他的勞工。那我在想可能是因為一旦納入勞工，就會適用勞基法。那這樣的話，其實勞基法上有非常多的你可以說是保障，也可以說是限制。那就是我有一個問題就是說，我們面對這麼多新興勞動的類型，是不是要一概的擴大勞工的概念，然後進而去一律適用勞基法，這樣子是一個普世的做法，還是說我們該確定另外一個可以，就算有保護必要性，那我們不要去操作這麼多限制，那可能會比較能夠因應現在這些新興勞動類型這樣子。

林佳和副教授：

首先談到保護，必須區分三種保護。第一個叫社會保護，就是勞工保險等等。第二個呢我們叫做勞動關係的存續保障，就是解僱保護，解僱保護。第三個勞動保護，我們叫做勞動履行過程的保護，例如工作時間。很多人經常問說，你如果不把他納入勞基法，他是一個完全的自營作業者，所以他一天可以外送二十小時嗎？各位，衛生福利部改制前的衛生署，衛生署副署長，大家知道衛生署一定有一位副署長是醫師出身的，他在立法院回答立委質詢的時候，他說目前一個受僱醫師，一個禮拜做一百六十八個小時都沒有違法，各位一個禮拜只有一百六十八小時，沒有任何時



間休息，他也認為沒有違法問題。所以我的意思是說，我們要從其他目的法規下手。在蝶戀花遊覽車事故的時候，交通部長，加上當時的勞動部部長，都在立法院被砲轟的很慘。什麼手放方向盤才算工時等等，事實上他弄錯這個觀念，手放方向盤才算交通法規下的駕駛時間，這個是對的，好，各位知道這個意思嗎？這兩個是不一樣的，也就是說以遊覽車為例，歐盟，歐美各國對於遊覽車，因為遊覽車涉及到公眾的生命，乘客的生命，就算你不是勞工，也有嚴格的駕駛時間的規範。所以很多的勞務履行過程保護，不必交由勞動法獨攬，你可以交由交通法規來管制，很多國家都是這樣做的。也就是說我不必把你一定推往勞工，適用勞基法，你才可以擁有譬如不必勞累、不會過勞的保護，我們在不同的型態，你必須要做不同的處理。以北歐，荷蘭、丹麥為主的 Flexicurity，彈性安全模式，就是試圖鬆動勞動關係的存續保障，再強化社會保障，然後用來處理新興的勞動市場變化。我也覺得是一個可以參考的方向。不過回到你最後的問題，所以我們要用擴大勞工的概念來處理嗎？我認為還是必要，因為台灣社會的特殊性。台灣社會會有那種明顯的破窗跟決堤效果。很多國家，企業界都會非常認真的挑戰勞

動法令，把他當做國家大事，把他當做報紙頭條，是因為他們都很誠實地遵守勞動法令，因而認為無法負擔就要大動作抗議。以我在國內的觀察經驗，國內的企業界並不真的在意勞動保護，因為他們實際上是不做的。他們最在意的是勞動檢查，其他幾乎完全不在意。所以我會認為，至少短期目標，我還是會認為擴大勞工的概念，例如剛剛瑞紅學習司法官提到的社會保護必要性拉進來，把艱難案件，例如說其他的標準線納入勞動保護，等到時機、條件成熟，類似歐美在 1990 年代的那個條件，我們再來談要不要鬆動管制，強化社會保障，用社會法來解決勞動法做不到的問題。

蔡碧玉院長：

我們今天的時間差不多了。非常謝謝這一場次報告人跟林教授的講評，今天林教授跟大家有這麼多的對話，我想對大家都是一個很有深度的啟發。尤其是林教授再三講，他對各位將來擔任司法裁判工作，是期待甚深的，即使不修法、不立法，都沒有關係，但是各位掌握了這一個見解的發展，是非常重要的。我想這也是對各位很重要的期許，各位將來任重道遠。我們今天的研討會就到這邊結束，謝謝大家的參與。