

實例研析系列

# 社會法案例評析 (一)



Essays on Judicial Decisions of the Social Law I

台灣社會法與社會政策學會◎主編  
林炫秋、李玉君、孫迺翊、張桐銳  
蔡維音、吳明孝、鍾秉正、陳竹上◎著

 元照

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/11842>

# 社會法案例評析(一)

---

台灣社會法與社會政策學會 主編

林炫秋、李玉君、孫迺翊、張桐銳  
蔡維音、吳明孝、鍾秉正、陳竹上  
合 著

(依文章發表順序排列)

 元照出版公司  
元照出版 搶先試閱版

# 序

台灣社會法與社會政策學會自2014年3月29日成立以來，積極致力於我國社會法與社會政策的研究及教育推廣，因體認到社會法學理與實務搭接及對話的重要性，並為使中、南部學校學生及本會實務界會員以及其他實務工作者對社會法之實務與法理有更多接觸與瞭解的機會，在第一屆理事長孫迺翊教授推動下，邀集任教於北中南部之本會理監事以「○○年度社會法案例論壇○○場」為名，規劃舉辦社會法判決評析相關之系列研討會，並列為學會年度例行之學術性活動。

在此一背景下，2015年11月12日自104年度社會法案例論壇成大場先發後，陸續有105年度中正場、中興場、北醫場、政大場，106年度成大場，107年度高雄場、中央場、暨大場，以及108年度海大場等多場研討活動之舉辦，獲得多方的迴響。另為累積研究成果，擴大實務界與學界對社會法的認識，孫理事長於2016年3月卸任前即開始與國內法學出版社洽談開闢系列專欄刊載判決評析事宜，後由第二屆理事長張桐銳教授接棒，與元照出版公司簽訂合作契約，每年將社會法案例論壇3~4篇的研究成果以專題講座形式刊登於月旦法學雜誌，迄至第三屆理監事任期屆止前，碩果豐成足能集結成冊。本人承擔理事長之任，責無旁貸著手辦理本書之出版事宜，以作為本會社會法案例論壇階段性學術成果呈現之標幟。

本書彙集之論文共計10篇，除陳竹上副教授原著因已收錄於其他專書，故以同領域之他文取代外，其餘9篇均為刊載於月旦法學雜誌「社會法專題研究系列」之學術研究成果。在編排順序上乃按本會所出版的「社會法」教科書第二篇各論之體例編排，內容依序包括了對勞工保險、就業保險、全民健保、社會補償、老人保護與社會救助等社會法重要領域的法院判決或司法院解釋之評析與探討。

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/11842>

自2014年創會以來，本會繼兩本社會法教科書之推出，至第一本社會法案例評析叢書的出版，已歷時六年有餘。這六年以來本會教師成員走南闖北不辭辛勞為推廣社會福利國家與社會安全制度的理念而努力，無不奠基於長年對社會法領域問題的關懷與耕耘。由此始知，本會出版之第一本社會法案例評析叢書，不僅是社會法社群成員對此領域長年耕耘之心血結晶，本書更可視為本會社會法案例評析系列叢書之開篇序章。一個社會的發展進程映射著一個時代的滾盪前行，然而伴隨著社會發展的脚步，應運而生的社會問題始終相伴在側。社會法相關系列叢書將永續對社會正義的追索，陪同台灣社會變遷的步伐相輔而行，不至終局之至，便無告尾之時。

社團法人台灣社會法與社會政策學會  
第三屆理事長

李玉君 謹誌

2020年6月



元照出版

搶先試閱版

# 目 錄

|   |         |
|---|---------|
| 序   | 李玉君     |
| ◆勞工保險因雇主違法解僱而退保後之效力<br>——評臺中高等行政法院104年度簡上字第66號判決 .....                        | 林炫秋 1   |
| ◆試算勞保老年年金給付：人民的權利？政府的恩惠？<br>——評析臺南地方法院102年度簡字第40號簡易判決 .....                   | 李玉君 29  |
| ◆傳達錯誤的勞保老年給付申請<br>——評析最高行政法院106年度判字第360、518、648號判決 .....                      | 李玉君 47  |
| ◆社會給付之競合<br>——以臺北高等行政法院100年度簡字第672號判決<br>關於就業保險法與就業服務法之職業訓練<br>生活津貼競合為例 ..... | 孫迺翊 65  |
| ◆全民健保法律關係之再檢討<br>——評臺北高等行政法院98年度簡字第826號判決 .....                               | 張桐銳 91  |
| ◆全民健保醫療審查之法源檢驗與舉證程度<br>的實務觀察 .....  | 蔡維音 107 |
| ◆再探特約醫事服務機構管理制度與司法審查<br>——簡評釋字第753號解釋 .....                                   | 吳明孝 125 |



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/11842>

- ◆從社會補償法理看藥害救濟  
——兼評臺北高等行政法院104年度訴更二字  
第30號判決 ..... 鍾秉正 147
- ◆我國老人保護安置費用追償之實務課題及  
政策因應 ..... 陳竹上 167
- ◆低收入戶審查之家庭人口認定的實務觀察  
與修法建議 ..... 蔡維音 197



元照出版

搶先試閱版

# 勞工保險因雇主違法解僱 而退保後之效力\*

——評臺中高等行政法院104年度簡上字第66號判決

林炫秋\*\*

## 摘 要

依勞保條例第11條的規定，勞工受僱為勞工保險效力的構成要件事實。僱用關係以勞動關係為基礎，雇主因違法解僱而受領遲延，仍有給付工資的義務。經法院判決確認勞動關係繼續存在，僱用關係仍然繼續存在，勞工保險關係也應繼續存在。勞保局應該撤銷違法的退保行政處分，回復被保險人的法律地位。被保險人提起行政救濟，訴願機關與行政法院應撤銷勞保局退保的行政處分。

關鍵詞：勞工保險關係、違法解僱、雇主受領遲延、僱用關係、註銷退保紀錄

\* 原文發表於：月旦法學雜誌，302期，235-257頁，2020年7月。

\*\* 國立中興大學法律學系副教授。



## 2 社會法案例評析(一)

### 壹、前言

工業社會的勞工在面對生、老、病、死、失能、失業與職業災害等社會風險時，透過社會保險的法律制度，採取事先預護與事後彌補所得損失的方式予以解決。我國自1950年代建立勞工保險制度以來，承擔勞工的普通事故風險與職業災害風險。勞工保險條例（下稱「勞保條例」）第1條前段開宗明義揭示勞工保險是以保障勞工生活，促進社會安全為立法目的。依據勞保條例第6條與第8條的規定，勞工保險法律關係的成立可分為強制納保與自願納保。就強制納保而言，又可分為受僱、加入社團（職業工會或漁會）或接受職業訓練等三種情形。就自願納保而言，則是以未強制納保的受僱勞工為主。可以說，勞工保險是以受僱勞工為保障的核心範圍。

又依據勞保條例第11條的規定，勞工保險的效力，原則上自勞工到職當日開始，至勞工離職當日停止，不問勞工到職或離職，投保單位皆應列表通知勞工保險局（下稱「勞保局」）。只有在保險效力開始後停止前，被保險人發生保險事故者，被保險人或其受益人方得依勞保條例的規定，請領保險給付（參閱勞保條例第19條）。

一旦僱主或勞工終止勞動契約，勞工不再受僱，勞工保險將被退保，保險效力將隨之停止。僱主合法終止勞動契約，勞工保險退保固無問題。如果僱主終止勞動契約不合法，卻通知勞保局退保，那麼原本存續的勞工保險效力是否因而停止？如果僱主的違法解僱，嗣後經過民事法院判決確定，確認僱傭關係繼續存在，勞工有無可能恢復勞工保險被保險人的地位？目前實務上勞保局如何處理？這個問題勞工提起行政救濟之後，訴願機關又如何處置？最後勞工提起行政訴訟時，行政法院又如何進行司法審查？

勞工保險退保的問題牽涉到勞工保險法律關係的諸多根本問題，目前國內文獻的討論並不多見。本文評釋臺中高等行政法院104年度簡上字第66號判決的終局確定判決，限於篇幅，本文討論的內容，僅限於強制納保的受僱勞工，因僱主非法解僱，經法院判決確定後，勞工保險關係是否繼續存在的問題。

首先，簡介本案事實摘要、法律爭點與法院判決理由；接著就僱主違法退保得否據以註銷退保紀錄之問題，檢視行政機關之解釋與其他行

政法院的見解；隨之，檢討勞保條例第11條如何發展出「申報主義」的規定，為何產生此立法政策？其是否符合社會法的法理？再以實施130年以上的德國社會保險法律制度為比較對象，介紹德國學說與判決對於本案類似問題的解決方式；最後從法釋義學的觀點對本案進行評析。

## 貳、本案事實摘要、法律爭點與法院判決理由

### 一、本案事實摘要

上訴人周甲（即原告）於2012年2月22日起任職於乙公司，乙公司於同日申報周甲加保勞工保險，同年7月12日乙公司依勞動基準法第11條第1項第2款「虧損或業務緊縮」之事由，對周甲通知終止勞動契約，同時通知被上訴人（即被告）勞保局將周甲辦理退保。經周甲訴請民事法院判決，確認其與乙公司間僱傭關係存在。周甲乃於2014年4月23日檢附各審級民事法院裁判書及民事判決確定證明書各一份，向勞保局申請註銷前因乙公司終止勞動契約所為之退保紀錄。案經勞保局審認周甲所請與規定不符，乃發函核定所請不予同意；周甲不服申請審議遭駁回，復提起訴願也遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟，請求判決撤銷原處分及訴願決定書等，均經原審法院臺中地方法院行政訴訟判決104年度簡字第29號判決駁回，仍為不服，乃提起本件上訴。本案經臺中高等行政法院審理後，仍駁回周甲的上訴。本判決因不得上訴而告確定。

### 二、法律爭點

勞工保險被保險人加保後，因雇主違法解僱而退保，經法院判決確定僱傭關係繼續存在後，勞工保險關係是否存續？被保險人是否得請求勞保局註銷退保紀錄？

### 三、原審法院判決理由

原審法院判決認為勞工保險加保、退保係採申報主義，被保險人之加、退保均依投保單位所送之加、退保表憑表作業。本件係因可歸責於乙公司之事由，對周甲片面通知終止勞動契約，並向勞保局申請退保，應認已發生退保之效力，且不因經法院確認周甲與乙公司僱傭關係存在，而使原已發生退保效力之勞工保險，溯及發生投保之效力。而乙公

#### 4 社會法案例評析(一)

司有無應受勞保條例第72條第1項規定之罰鍰處分，則容有疑義；但周甲仍得依該條文第1項後段之規定，行使其對乙公司之損失賠償請求權。再按因勞工保險係屬在職保險，勞工應有實際從事工作之事實，周甲經乙公司資遣解僱後，其已非乙公司實際從事工作之勞工，則周甲向勞保局申請註銷其退保紀錄而被否准，核無違誤。原告周甲之主張不應准許。

### 四、本案法院判決理由

臺中高等行政法院維持原審法院判決，並以下列理由駁回周甲之上訴：

#### (一)僱傭關係與勞工保險關係之發生與消滅未必一致

雇主與勞工間之僱傭關係之發生、消滅，與勞工保險效力之發生、停止時間，不必然一致，此乃因勞工保險係採申報制之結果。若謂勞工保險效力之發生、停止時間應調整為與僱傭關係發生、消滅時間相同，顯與勞保條例第11條、第72條第1項法條規定意旨不合。應認雇主以其與勞工終止僱傭關係，而向勞工保險之保險人通知退保勞工保險，保險效力即行停止，嗣勞工與雇主間之僱傭關係經法院判決認定為繼續存在，亦即勞工與雇主間之僱傭關係並未消滅，就已停止之勞工保險效力，雇主自無須通知勞工保險之保險人註銷前所為退保勞工保險紀錄，以恢復其效力。至於勞工與雇主間之僱傭關係仍存在，而與勞工保險效力業已停止之情形，雖有扞格，惟其解決方式，乃勞工若因此受有損失，應由雇主負賠償之責；而非勞工保險效力不停止，由勞工保險之保險人負註銷退保紀錄之責。

#### (二)勞工於退保期間之投保資格無法恢復

行政院勞工委員會（按：即勞動部的前身，下稱「勞委會」）2011年2月25日勞訴字第0990037935號訴願決定書、2007年6月26日勞訴字第0960006632號訴願決定書、2003年4月8日勞訴字第0920002896號訴願決定書，縱有投保單位於其與勞工之勞動關係仍為存在，其竟通知辦理退保勞工保險，嗣經依法確認投保單位與勞工之勞動契約並未合法終止，應註銷勞工之退保紀錄，恢復勞工於退保期間之投保資格之見解，惟依

前開規定及說明，本案法院認為各該法律見解不足採取，原處分否准上訴人依各該法律見解註銷其退保紀錄之請求，核無不合，亦無違背平等原則之問題。

### (三)勞保條例與勞工退休金條例規範之事項各異

勞保條例與勞工退休金條例雖均有保障勞工權益之立法目的，惟其規範之事項各異，縱有因適用不同法規之結果，產生各該法律關係之發生或消滅時間不同之情形，原非法所不許，尚難以有此差異即謂有違保障勞工權益之立法目的。

## 參、雇主違法退保得否據以註銷退保紀錄之實務見解

### 一、勞工行政主管機關的解釋

因雇主行使勞動契約終止權所解僱退保之勞工，如經法院判決確認僱傭關係存在，得否據以註銷勞工退保紀錄疑義，勞工行政主管機關向來採否定的見解。其函釋<sup>1</sup>認為，勞工保險係在職保險，其加、退保採申報主義，勞工保險效力於雇主退保時即告終止。勞工因為雇主非法解僱所受的損害，僅能依勞保條例第72條及民法相關規定，請求損害賠償。勞保局及其上級機關至今大多採取同樣的見解，少有例外。<sup>2</sup>

### 二、其他法院判決的見解

司法實務上行政法院的判決，幾乎都維持勞工行政機關的見解，與本件判決見解相同，一致贊同勞工保險的加、退保採「申報制度」。因此，雇主依勞保條例之相關規定申報加、退保，勞保局只須依雇主所送加、退保申報表就書面審核即可。即使雇主與勞工之僱傭關係業經法院判決確認存在，該民事確定判決並未改變雇主先前解僱被保險人之事

<sup>1</sup> 勞委會(81)年臺勞保2字第45118號函；勞委會(88)年台勞保三字第015440號函；勞委會(00)年勞保2字第1000140340號函。

<sup>2</sup> 除了前述貳、四、(二)本案法院判決理由中所提到的三件不同意見的訴願決定書外；在臺北高等行政法院91年度訴字第1074號行政判決中，勞保局曾經提及一件不同見解的案件。該案件被保險人是在受傷後的數月內就被公司申報退保，後經民事判決確認僱傭關係存在，勞保局以行政處分回復被保險人之資格，恢復其勞工保險效力。

## 6 社會法案例評析(一)

實，勞保局否准註銷退保之核定，並無不當。<sup>3</sup>

其判決理由不同之處，略為：雇主如有以勞工離職為由為勞工退保之情形，不能強制雇主為該勞工繳納保險費並續保，僅由投保單位賠償勞工損失，可避免保險人或主管機關介入認定勞動契約效力之民事糾葛。<sup>4</sup>勞保條例第11條及同條例施行細則第14條規定，均未明定投保單位不實列報退保或契約爭執之退保，即不生退保及停止勞工保險效力。<sup>5</sup>被保險人既經原投保單位解僱，則其已非原投保單位實際從事工作之勞工，原投保單位申請退保，且已發生退保之效力，自不因可歸責於原投保單位之事由，嗣經法院確認僱傭關係存在，而使原已發生退保效力之勞工保險，溯及發生投保之效力。<sup>6</sup>

採取不同見解的判決目前尚未發現。僅發現有判決認為，若雇主終止勞動契約，因未合法通知勞工而不生效力的情形，縱使投保單位申報退保，仍不生退保效力。<sup>7</sup>

我國勞保局、勞工行政主管機關與行政法院的見解，依據勞保條例第11條的規定，以投保單位的通知（申報），作為勞工保險效力開始與停止的依據，即採「申報主義」。受限於篇幅，本文無法詳盡的討論申報主義立法政策的問題。<sup>8</sup>以下僅就與本文有關的部分略加檢討。

## 肆、對我國「申報主義」立法政策之檢討

我國勞工保險法律關係並非一開始就採取「申報主義」，而是歷經一次又一次的法規不當修正所導致的結果。

<sup>3</sup> 參閱臺北高等行政法院91年度訴字第1074號判決；臺南地方法院102年度簡字第67號判決；高雄高等行政法院103年度簡上字第4號判決。

<sup>4</sup> 參閱臺北高等行政法院91年度訴字第1074號判決。

<sup>5</sup> 臺南地方法院102年度簡字第67號判決。

<sup>6</sup> 參閱高雄高等行政法院103年度簡上字第4號判決。

<sup>7</sup> 臺北高等行政法院96年度訴字第3229號判決，以投保單位終止勞動契約之意思表示，既因未到達勞工而未生效力，以網路申報退保日期即非實際離職日期，被保險人之保險效力應於實際離職當日24時停止。

<sup>8</sup> 有關「申報主義」之檢討，請參閱孫迺翹，簡評行政法院有關勞工保險「境外僱用」與「申報主義」之見解，法令月刊，66卷6期，2015年6月，32-39頁；張桐銳，社會保險法律關係核心問題之探討，中原財經法學，34期，2015年6月，247-253頁。

## 一、申報主義的創設

現行勞保條例第11條明文規定：「符合第6條規定之勞工，各投保單位應於其所屬勞工到職……、離職……之當日，列表通知保險人；其保險效力之開始或停止，均自應為通知之當日起算。但投保單位非於勞工到職……之當日列表通知保險人者，除依本條例第72條規定處罰外，其保險效力之開始，均自通知之翌日起算。」

勞保條例第11條但書的規定，係1988年1月15日修訂新增的內容，其修正理由為：「依現行規定，保險效力之開始自通知之當日起算，不外為保障勞工到職工作當日發生保險事故者，可請領給付。實施以來，勞工確已獲得實惠，惟部分投保單位仍不依規定時間為勞工辦理加保，規避投保義務，俟發生事故之當日始申報加保，巧取保險給付，爰增訂但書規定，投保單位非於勞工到職當日為之加保者，除依本條例第七十二條規定予以處罰外，不適用當日生效之規定，而應以通知之翌日為生效日期。」自此創設出所謂的「申報主義」。將投保單位的通知義務，提升到勞工保險效力發生的要件。因此，勞工保險效力的開始，繫諸於投保單位的「申報」，而非受僱勞工的「到職」；而勞工保險效力的停止，仍依據勞工「離職」的事實，不受投保單位「申報」的影響。勞工保險效力的開始與停止，有了不同的構成要件事實。

## 二、申報主義進一步的強化

2012年1月30日進一步增定<sup>9</sup>勞保條例施行細則第14條第5項但書的規定：「投保單位於其所屬勞工離職……之當日辦理退保者，其保險效力於投保單位將退保申報表送交保險人或郵寄之當日二十四時停止。投保單位非於勞工離職……之當日辦理退保者，其保險效力於離職……之當日二十四時停止。但勞工未離職……，投保單位辦理退保者，其保險效力於投保單位將退保申報表送交保險人或郵寄之當日二十四時停止。勞工因此所受之損失，依本條例第七十二條規定，應由投保單位負責賠償之。」當時勞委會所提的修正理由為：「查勞工保險採申報主義為原則，本條第二項後段（按：即現行條文第五項前段）規定『投保單位非

<sup>9</sup> 勞委會100年勞保2字第1010140018號令。

## 8 社會法案例評析(一)

於勞工離職之當日辦理退保者，其保險效力於離職之當日二十四時停止』，係指勞工離職後，投保單位未能及時辦理退保之保險效力情形，如勞工仍在職，投保單位逕予退保應回歸申報主義，以投保單位為其辦理退保之當日二十四時停止，惟因該條文語意未盡明確，迭有爭議，爰將兩種情形之保險效力予以明確規範。」<sup>10</sup>但書的規定是將勞委會過去所發布的函釋，轉化為法規命令。而且進一步強化了所謂的「申報主義」，擴大了勞保條例第11條母法所未規定的內容。

### 三、申報主義偏離原本制度的設計

若依照勞保條例第11條最初的規定，保險效力係自「應為通知」當日起算，應為通知當日為「到職日」，並非自通知當日起算。故在解釋上，通知並非勞工保險發生效力的要件，只是投保單位對勞保局應盡的告知義務。到職才是勞工保險發生效力的要件。到職是指僱傭關係發生效力之時。然而，實務上卻不採用這樣的解釋，而以通知勞保局為效力發生之要件。以致其後的法律修正越走越遠，偏離了原本制度的設計，而轉變成以「通知」作為勞工保險發生效力的要件，自此，創設出所謂的「申報主義」。

### 四、解決防弊的問題

從當時的修正理由我們可以很清楚的看出，採取申報主義最主要的目的是為了防弊。防弊的問題是勞工行政主管機關與勞保局念茲在茲的問題。宣稱若不如此防弊，將影響勞工保險的財務。這個問題的解決，在勞保條例第72條，原本就有行政罰的規定。勞保局在稽核到投保單位不依規定於勞工到職時加保，本來就可以對投保單位課處應繳保費倍數的行政罰，現行法已經提高到4倍，以此可迫使投保單位必須履行加保的義務。在制度設計上，只須另外要求投保單位及被保險人必須補繳應繳的保險費，及遲延的滯納金，對勞工保險財務的影響就很有限。特別是在現今數位時代，稽核更加無困難之處，只要勾稽投保單位向稅捐稽徵機關所申報的所得稅扣繳憑單紀錄，就可以輕易地確認被保險人自何時開始受僱。縱使最後到了被保險人請領保險給付時才發現，在法律規

<sup>10</sup> 勞委會000年勞保2字第1000140295號函。

定上同樣可以要求補繳保費與滯納金。如此在法律及行政上就可以解決到職未投保的問題。可能會對勞工保險財務造成重大影響的，是勞保局不做任何稽核的行為，任由強制納保的投保單位選擇何時加保，流失應收的保險費。

## 五、社會法的問題應該用社會法的方式解決

在申報主義下，勞工已經發生保險事故，卻因投保單位未於到職日申報投保，而無法獲得保險的給付。只能對於未依規定投保的投保單位，提起曠日廢時的民事訴訟，尋求救濟。這豈是勞保條例第1條所揭示的：為保障勞工生活，促進社會安全的立法目的。

勞工保險作為一種社會保險，原本就是要透過設立勞保局，解決個別勞工與個別雇主之間，無法或難以承擔的生、老、病、死、失能與失業等工業社會的社會風險問題而創設。勞工一旦受僱，自到職日起就應該納入勞工保險，勞保局必須承擔勞工在職期間所產生的社會風險，而且必須迅速、及時與有效地提供保險給付；而不應該將此社會風險的問題，又回歸民事法律關係去解決，這與勞工保險制度建立的目的背道而馳。

依現行勞保條例第72條第1項的規定，對於投保單位未依規定為其所屬勞工投保者，課處其應納保險費4倍的罰鍰，勞保局卻不需要提供其原本應負責的保險給付，留給勞工自行用民事損害賠償的訴訟方式去解決。只顧課處與收取罰鍰，不顧承擔社會保險給付的責任，也有失衡平。

社會法與民事法各自有不同的制度目的與功能。社會法的問題應該用社會法的方式解決，而不是用民事法的方式解決。這正是勞保條例第11條最初設計，以到職日為保險效力開始日的本意。

為了防弊採取所謂的申報主義，讓強制納保的勞工，因未申報而無法享有勞工保險的保障。到了勞保條例施行細則第14條第5項但書的修正，使被違法解僱，實際上並未離職，勞動關係仍然存在的勞工，因為投保單位違法的退保後無法註銷而無法繼續維持勞工保險法律關係。進一步，將這個責任轉移給被保險的勞工自行承擔，同樣又是用民事訴訟的途徑，去解決社會法的問題。

如此，可以清楚地看出我國現行法採所謂的「申報主義」的發展結果，任由投保單位通知加保與退保，而決定勞工保險效力之開始與停

## 10 社會法案例評析(一)

止，勞保局未採取積極的行政作為，核實勞工到職或離職，確認保險效力，卻推由勞工自行尋求民事損害賠償之救濟，棄勞工保險承擔社會風險的責任於不顧。已經完全偏離了勞工保險的立法目的，也偏離了社會法的法理。這恐怕已經不是因地制宜，採取不同立法政策的問題，而是偏離勞保條例立法目的與社會保險原本制度功能的問題。

勞保條例第11條最初的規定原本可以解釋為以勞工到職日為勞保效力開始之日，卻因為法律不當的解釋與修正而走向申報主義；又因申報主義進一步的強化致使勞工未離職，只要被投保單位申報退保，在法規形式上，就無恢復勞保效力的可能。產生類似本件判決的難解問題。

最直接有效的解決，是認真面對申報主義所產生的問題，修改勞保條例第11條及相關施行細則的規定，恢復到最初的制度設計，以勞工到職作為保險效力開始的要件，以勞工離職作為保險效力停止的要件。

本文以下的評釋仍然是以現行勞保條例第11條的規定為前提，如何透過法律解釋，解決雇主違法解僱勞工，而勞工保險效力如何繼續存在的問題。

## 伍、比較德國法的觀點

關於本案所涉及的雇主違法終止勞動契約，勞工保險關係是否消滅的問題，在我國學說上尚乏討論，故以下先從法律比較的觀點，以社會保險法律制度實施130年以上的德國法為比較對象，引介德國學說與實務如何解決類似的問題。

### 一、德國學說

在德國不論是學說上，或者是實務上的見解，都認為對於有投保義務的勞工而言，依勞工法律的規定納入法定的年金保險或職災保險，只要法定的構成要件事實發生，就由法律創設強制納保的法律效果。對受僱勞工而言，「僱用（Beschäftigung）」，就是法定的構成要件事實，只要「僱用關係（Beschäftigungsverhältnis）」成立，就發生社會保險關係；僱用關係消滅，則社會保險關係隨之消滅。<sup>11</sup>德國社會法典第4篇第

---

<sup>11</sup> Bley/Kreikbohm/Marshner, Sozialrecht, 9. Aufl., 2007, S. 112; Eichenhofer, Sozialrecht,

7條第1項特別對「僱用」加以定義，依該項所規定的僱用是指：「非自主性的勞動，特別是在勞動關係（Arbeitsverhältnis）中。僱用是以依照指示而活動，而且納入指示者的勞動組織內為根據。」<sup>12</sup>僱用關係原則上以勞動關係為基礎，但兩者的範圍並不完全相同。<sup>13</sup>

對「僱用」的解釋，德國學說依循德國聯邦社會法院（Bundessozialgericht, BSG）持續判決的見解，認為凡是由第三人，通常是指雇主，給予工作，而使用在人格上具有從屬性（Abhängigkeit）的工作者，就是「僱用」。在這裡所謂的人格上的從屬性，是指納入他人的營業組織體系中，受他人對於工作時間、期間、地點與內容的指示，服從他人，也就是服從雇主的指示權而提供勞務。人格上的從屬性通常也會產生經濟上的從屬性。<sup>14</sup>而且只要僱用關係繼續存在，社會保險關係就繼續存在。至於勞動契約是否有效則非所問。<sup>15</sup>勞動法中的勞動關係是社會法中僱用關係的典型類型，但僱用關係並不以此為限，兩者的意義也非完全相同。<sup>16</sup>即便並未締結勞動契約，或是勞動契約因欠缺法定代理人的同意，或是因為嗣後的撤銷而無效的時候，雖無勞動關係，僱用關係依然存在。<sup>17</sup>即使雇主受領遲延，已經發生的社會保險關係仍然繼續存在。<sup>18</sup>

## 二、德國法院判決

### （一）德國聯邦社會法院延續帝國保險局的見解

德國早期的帝國保險局大審議會（Großer Senat des Reichsversicherungs-

---

11. Aufl., 2019, S. 151f.; Fuchs/Preis, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., 2009, S. 523, 779; Igl/Welti, Sozialrecht, 8. Aufl., 2007, S. 50.

<sup>12</sup> 德文Beschäftigung是一個多義字，其中有給予工作的意思，中文一般譯為「僱用」，這是從雇主的角度來看。而德國社會法典第4篇第7條第1項的立法定義，似乎是偏向從勞工的角度來看，就中文翻譯而言，也可以譯為「受僱用」或「受僱」。本文暫從一般用法，譯為「僱用」，避免用語歧異。

<sup>13</sup> 參見張桐銳，同註8，235-236頁。

<sup>14</sup> Gitter/Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl., 2001, S. 48.

<sup>15</sup> Gitter/Schmitt, ebenda, S. 200.

<sup>16</sup> Muckel, Sozialrecht, 3. Aufl., 2009, S. 64.

<sup>17</sup> Gitter/Schmitt, a.a.O. (Fn. 14), S. 50.

<sup>18</sup> Bley/Kreikbohm/Marshner, a.a.O. (Fn. 11), S. 141.

## 12 社會法案例評析(一)

amtes)<sup>19</sup>在一件雇主於一個無效的終止之後，不再僱用其勞工的案件中作成決定，認為只要僱用所存在的基礎——僱傭或勞動契約關係（Dienst- oder Arbeitsvertragsverhältnis）存在，而準備提供勞務的勞工，對於依據契約請求工資的權利繼續存在的話，僱用關係在勞工事實上的僱用結束（按：指未再提供勞務）之後，仍然未消滅。<sup>20</sup>德國聯邦社會法院很早就與德國帝國保險局採取了相同的見解，<sup>21</sup>認為在雇主受領勞務遲延期間，從事實上的僱用結束開始，到勞動關係法律上的結束這段期間，僱用關係仍然繼續存在。<sup>22</sup>數十年來，德國聯邦社會法院對於僱用關係結束所支持的見解<sup>23</sup>並未改變。在雇主受領遲延的情形，直到終止保護訴訟程序（Kündigungsschutzprozeß）確認勞動關係結束之前，僱用關係仍繼續存在。<sup>24</sup>

### (二)德國聯邦社會法院1981年9月25日的判決

德國聯邦社會法院在1981年9月25日的判決中指出，僱用關係不會因為事實上不再僱用而當然結束，在勞工提起確認僱傭關係存在的終止保護訴訟程序中，如果勞工已經準備提供勞務的給付，當勞工最終獲得勝訴的判決，雇主終止契約確定無效時，則在這一段訴訟期間，雇主處於受領遲延的狀態，而仍然必須支付勞工報酬。此時僱用關係仍然繼續存在。雇主的受領遲延無法阻止僱用關係的繼續存在，這是來自於社會保險義務的保護功能（Schutzfunktion）。這種保護功能，應該讓勞工盡可能地在他的工作生涯期間內，針對疾病、失業、失能、老年與死亡的

<sup>19</sup> 帝國保險局大審議會的功能是負責主管統一帝國保險局的法律見解，相當於當時帝國民事或刑事法院的聯合審議會（vereinigten Zivil- oder Strafsenaten）。

<sup>20</sup> Grundsätzliche Entscheidung Nr. 3102, Amtliche Nachrichten für Reichsversicherung - AN- 1927 S. 531, zur Versicherungspflicht in der Krankenversicherung；轉引自BSG, Urteil vom 26.11.1985 - 12 RK 51/83.

<sup>21</sup> 參見BSG, Urteil vom 25.09.1981 - 12 RK 58/80 LSG Nordrhein-Westfalen 07.09.1978.判決中，所引用的德國聯邦社會法院判決與帝國保險局的決定：BSGE 36, 161; SozR 2200 § 29 Nr. 9; RVA GrS Entsch. vom 7. Dezember 1926 AN 1927, 581.

<sup>22</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.09.1981 - 12 RK 58/80 LSG Nordrhein-Westfalen 07.09.1978.

<sup>23</sup> BSG, Urteil vom 26.11.1985 - 12 RK 51/83.

<sup>24</sup> BSGE 52, 152 = SozR 2200 § 405 Nr. 10；轉引自BSG, Urteil vom 26.11.1985 - 12 RK 51/83.

風險受到保護。這種需求不能夠因為雇主在存續的勞動關係中，對於勞工所提供的勞動力不予受領而減損。勞工在雇主受領遲延的期間內，仍然可以堅持在勞動關係的基礎上，期待不久之後能夠繼續給付勞務，有時候這甚至是勞工的義務，勞工必須要繼續處於可服勞務的狀態。否則的話，如果雇主可以藉由違反契約的行為，至少單方面的免除他的社會保險繳費義務，而形成勞工在保險法上的損害的話，這種損害在年金保險往往是無法透過損害賠償的請求權獲得彌補的。勞動契約終止是否有效，存在著爭議的同時，勞動關係是否存在，以及其存續期間長短，同時也影響到僱用關係是否存在，以及其存續期間的長短。僱用關係是作為發生社會保險義務的基礎，而涉及到保險義務存在或者是不存在，這個法律狀態最終必須由勞動法院判決加以決定，這不是由勞動契約的當事人所能夠決定的，在雇主受領遲延的時候，並不排除社會保險義務的存在。勞動關係繼續存在的時候，僱用關係繼續存在，社會保險關係也會繼續存在，保險義務也會繼續存在。在終止保護訴訟程序中，確認勞動關係繼續存在，則社會保險法的保險義務也就繼續存在。<sup>25</sup>

### (三)德國聯邦社會法院1985年11月26日及其後的判決

德國聯邦社會法院在1985年11月26日的判決中同樣指出，在勞動關係存續中，勞工可以繼續請求工資；若是僱用關係以及隨其存在的社會保險消滅了，那麼雇主就可以憑藉著單方的行為，終結勞工的社會保險的保護，對於勞工原本可以享有的保險給付，將產生重大不利的結果。勞動關係與僱用關係，以及藉由他們所形成的法律效果，將會不當的被瓦解。社會保險因為被保險人的社會團結而存在，只要被保險人將他的勞動力處在雇主得使用之下，以便獲取工資，只要他能夠享有工資的請求權，那麼他就必須要對於保險共同體保險給付的財務，繳納相當的保險費。<sup>26</sup>嗣後，德國聯邦社會法院持續採取相同見解的判決<sup>27</sup>。

<sup>25</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.09.1981 - 12 RK 58/80LSG Nordrhein-Westfalen 07.09.1978.

<sup>26</sup> BSG, Urteil vom 26.11.1985 - 12 RK 51/83.

<sup>27</sup> Vgl. BSGE 52, 152, 155 f. = SozR 2100 § 25 Nr. 3 = SozR 2200 § 405 Nr. 10; BSGE 59, 183, 185 ff. = SozR 4100 § 168 Nr. 19; BSG SozR 2400 § 2 Nr. 25 S. 42; BSG, Urteil vom 21. 2. 1990 - 12 RK 65/87-, USK 9016; BSG, Urteil vom 3. 6. 2004 - B 11 AL 70/03 R = SozR 4-4300 § 123 Nr. 2 RdNr 16. 轉引自 BSG, Urteil vom 16.02.2005

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID/11842>

國家圖書館出版品預行編目資料

社會法案例評析. 一／林炫秋等合著；台灣  
社會法與社會政策學會主編. -- 初版. --  
臺北市：元照，2020.08  
面；公分  
ISBN 978-957-511-363-6（平裝）

1.社會福利法規 2.論述分析

547.7

109009339

# 社會法案例評析(一)

5P050RA

2020年8月 初版第1刷

主 編 台灣社會法與社會政策學會  
作 者 林炫秋、李玉君、孫迺翊、張桐銳、蔡維音  
吳明孝、鍾秉正、陳竹上（依文章發表順序排列）  
出 版 者 元照出版有限公司  
100 臺北市館前路 28 號 7 樓  
網 址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)  
定 價 新臺幣 380 元  
專 線 (02)2375-6688  
傳 真 (02)2331-8496  
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-363-6

Essays on Judicial Decisions of the Social Law I

## 社會法案例評析（一）

社會法議題往往涉及人民貧、病、生、老、死亡、失能、失業時的基礎生活保障，相關的社會立法如何解釋與適用，影響人民權益甚鉅。本書精選十則社會法案例，內容含括了對勞工保險、就業保險、全民健保、社會補償、老人保護與社會救助等領域的法院判決或司法院解釋之檢討與評析，期待本書對社會法學教育與實務運作能有所促進與貢獻。



定價：380 元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：[www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)