

# 醫師適用勞動基準法的爭議—— 以會計師、律師經驗為鏡

張濱璿<sup>1,2</sup> 張耀懋<sup>3,4,\*</sup>

醫師工作過勞已是社會議題，醫師勞動權益的保障，已不能忽視。「勞動基準法」所定的規範，是勞動權益的最低標準，受僱醫師希望能獲得渴望已久的保障。其他行業適用勞基法過程上也面臨類似問題。但從社會公義角度，醫師納入勞基法究竟是對民眾醫療權益的保障或是減損？當其他排班的醫療人員均納入勞基法保障，以及當類似具有長時間工作性質的會計師、律師陸續納入勞基法保障後，醫師尚未納入的正當性為何？到底醫師適用勞基法可能遇到的問題以及解決的方法是什麼？本文將從勞動基準法上規範的勞動權益保障分析出發，並藉由會計師、律師適用的進程，觀察此二自由職業的適用經驗，進一步提出醫師適用勞基法可能的方式以及需要的配套措施，以提供未來政策規劃之參考。(台灣衛誌 2016；35(5)：459-476)

關鍵詞：勞基法、醫師工時、醫師勞動權益、醫師過勞

## 前言

新政府上任，新任衛生福利部長林奏延即提出「4年內，住院醫師納勞基法」的政策宣示，不過，也引起另一波爭議[1]。

勞動基準法(下稱勞基法)於民國(下同)73年7月19日通過，並於同年月30日經總統公告後施行。惟於87年12月31日，勞動部(即原行政院勞工委員會，於103年2月17日升格為勞動部)除曾函釋公告勞基法擴大適用外，並依(87)台勞動一字第059605號函、059606號函綜合意旨，公告包含「醫療保健服務業之醫師、法律及會計服務業之律師及

會計師」在內之自由職業團體工作者，不適用勞動基準法。但經過社會的變遷，為保障受僱工作者之勞動權益，適用勞基法之工作種類越來越多，最後勞動部於民國98年5月13日公告自由職業團體自98年7月1日起適用勞基法，原87年之函釋不再適用，並陸續公告可適用之職業別以及適用方式。

隨著會計師已於98年11月1日納入勞基法，受僱律師亦在103年4月1日納入勞基法的適用，唯獨受僱醫師遲遲未能適用勞基法。醫師相較於一般工作雖有較高報酬，卻也承受著比一般工作更大突發事故的風險：過勞、因針扎引發包括猛爆性肝炎、愛滋等在內的感染疾病對健康造成危害、遭受病人或家屬包括言語、肢體攻擊威脅等等工作負擔過重以及職業傷害的風險，可能需要更多的勞動條件保障。

受僱醫師希望勞動條件能獲得更進一步的保障；但醫院經營者也需要考量經營成本、獲利率及其他使醫院永續經營發展等競爭力因素。其他行業適用勞基法的過程上也遇到同樣的問題，但醫師納入勞基法似乎遭遇更大的阻力。除了醫院經營者之成本考量外，醫界先進前輩對於年輕醫師學習方式、

<sup>1</sup> 寰瀛法律事務所

<sup>2</sup> 馬偕兒童醫院小兒腎臟科

<sup>3</sup> 台北醫學大學衛生政策暨健康照護研究中心

<sup>4</sup> 台北醫學大學醫務管理學系暨研究所

\* 通訊作者：張耀懋

地址：台北市信義區吳興街250號

E-mail: cjym@tmu.edu.tw

投稿日期：2016年6月17日

接受日期：2016年9月30日

DOI:10.6288/TJPH201635105055



以及學習是否足夠有所質疑；民眾對於醫療可近性遭受影響而亦有反彈；勞動主管機關對於醫師工作型態以及未來執行勞動檢查之高困難度，造成對於醫師是否納入勞基法持保留態度；衛生主管機關更須在醫師資方與勞方、醫師與病患、以及勞動與衛生主管機關間取得衡平，都帶來各種政策考量上的困難。

但從社會公義角度，醫師是否不值得納入勞基法？納入勞基法究竟是對民眾醫療權益的保障或是減損？當其他排班的醫療人員均納入勞基法保障，當類似工作性質的會計師、律師陸續納入勞基法保障後，醫師仍有爭議？到底醫師適用勞基法可能遇到的問題是什麼？可有解決的方法？

本文藉由會計師、律師適用的進程，觀察此二自由職業的適用經驗，希望能为醫師適用勞基法的未來提供借鏡。

### 勞動基準法之保障

勞基法開宗明義第1條就已規定：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，…本法未規定者，適用其他法律之規定。雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」，並於第2條第6款規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」因此，勞基法所規定者，是勞動僱傭契約中勞動條件之最低標準，並非唯一標準，且依據司法院大法官釋字第726號解釋之闡述，其立法目的仍以保護勞工之權益為主要重點。基於契約自由原則，勞雇雙方實可自行訂定較勞基法所規定更優的勞動條件，但不得低於勞基法之標準。

惟勞基法於第3條第3項規定：「本法適用於一切勞雇關係。但因經營型態、管理制度及工作特性等因素適用本法確有窒礙難行者，並經中央主管機關指定公告之行業或工作者，不適用之」。我國勞基法制定於民國73年，當時立法內容主要規範對象，係傳統勞力密集產業的勞動型態。因此，法律亦授權主管機關得就特殊的工作性質，排除較為窒礙難行特殊行業。

由於醫師、律師、會計師過去一向屬於社會較高平均薪資之行業，因此基本工資的保障對於醫師適用勞基法與否影響較小。但

是適用勞基法，尚有其他包括工時限制、退休金制度、職業災害補償以及解僱條件限制等等可能發生較為重大之影響之保障項目，因而本文先就此整理，再進一步依據行業別加以探討。

### 一、工時、休假及延長工時工資

勞基法及該法施行細則有關工作時間之規定，主要為勞基法第30條至第34條、同法第79條第1項第1款、勞基法施行細則第17條至第22條等規定。

勞基法第30條之法定工時上限規定，於104年6月3日修正後：「勞工正常工作時間，每日不得超過八小時，每週不得超過四十小時。」，其工時均為不含加班之正常工作時間。但為因應行業工作性質之特殊性，於經中央主管機關指定之行業，經勞資雙方不論工會或是勞資會議之同意，得將二週內(80小時)、四週內(160小時)或八週內(320小時)之工時另行依規定方式分配，且每週工作總時數不得超過四十八小時，此即勞動基準法第30條規定的二週、四週或八週之變形工時制度。惟即使有變形工時之特殊規定，勞基法第30條、第30條之1的彈性工時制，基本前提還是在勞基法的框架中為之，所延長之工作時間與假日工作之加班，仍受勞動基準法第30條之1、第32條，每日正常工時加計延長工時不得超過12小時、2週內至少有2日休息作為例假、每月延長工時上限為46小時等嚴格限制。而且依內政部74年3月13日(74)台內勞字第285665號函，延長之工作時間，雇主應於事後補給勞工適當之休息，該適當之休息，係指「該等勞工其自工作終止後至再工作前至少應有十二小時之休息時間而言」。

另外勞基法亦規定勞工之休息及休假方式。休息方面，勞工繼續工作4小時，至少應有30分鐘休息；但若為實施輪班制或其工作有連續性或緊急性者，雇主得在工作時間內，另行調配其休息時間(勞基法第35條)；勞工每7日中至少應有1日休息，作為例假(勞基法第36條)；如雇主依勞基法第30條之1規定，經由工會或勞資會議同意變更勞工工作時間者，得不受每7日中應有1日例假規定；但每2週內至少應有2日之休息為例假(勞基法第30條之1第1項第3款)。另外晝夜輪班制勞工，除有勞工同意外，應每週更換一次工作

班次(勞基法第34條)。於輪值晝夜班間，亦應給予勞工必要適當之休息，此處所稱「適當之休息」，依當時的勞委會(現勞動部)76年10月08日(76)台勞動字第4270號函之解釋係指「可使勞工獲得足以恢復原有體力所需之時間而言」，其時間之長短，應視實際情形由勞資雙方自行協商約定。至於在休假部分，除國定假日外，亦依年資規定最低之特別休假(勞基法第38條)。且特別休假因年度終結或終止契約而未休者，其應休未休之日數，雇主依法應發給工資(勞基法施行細則第24條第3款)。

另外勞基法第24條對於超時工作，包括延長工作時間以及勞基法第39條規定休假日工作均應依規定增加發給工資(即加班費)。實務上勞動檢查常見勞檢員質疑一般公司門禁管制的刷卡紀錄記載之下班時間超過勞工正常下班時間，使公司遭認定雇主違反勞動基準法第24條未給付加班費而對雇主進行裁罰[2]。但近期行政法院之見解似認為，勞工雖有在正常工作時間之後始離開辦公場所之事實，但若其未依公司工作規則所定，於事前徵得部門主管同意而提出加班申請或事後補辦申請，雇主就此尚無依勞動基準法第條規定給付延長工作時間工資義務[3]。

由上可知，工時、休假、休息的規定，在勞基法中規定詳細，目的在於給予勞工充足的休息。許多醫師被認為因過勞致死案件、或醫院被認為血汗醫院[4]，往往可歸咎於工時過長、休息不足、工作負荷過重等等。合理的工時規定，始能避免雇主給予勞工過度的工作量，保障勞工工作權益。以受雇醫師的工作型態而言，在私立醫療機構服務之醫師，除每週六上午多須正常上班以外，住院醫師或部分醫院主治醫師往往因值班而造成連續上班長達超過13天以上，工時保障更顯重要。另外關於醫師值班時間與一般勞工延長工作時間之認定與加班費之認定方式，以及醫師常有於上班、值班以外，利用個人時間至醫院研讀病歷、撰寫論文等情形，是否屬延長工時以及如何認定加班，亦為會受探討之課題。

## 二、退休金

按勞工退休金條例(下稱勞退條例)第3條：「本條例所稱勞工、雇主、事業單位、

勞動契約、工資及平均工資之定義，依勞動基準法第二條規定。」及第7條第1項前段：

「本條例之適用對象為適用勞動基準法之下列人員，…」之規定可知，原則上可適用勞基法之勞工，均有適用勞工退休金條例之資格。且勞基法第56條第1項規定：「雇主應依勞工每月薪資總額百分之二至百分之十五範圍內，按月提撥勞工退休準備金，專戶存儲，並不得作為讓與、扣押、抵銷或擔保之標的…」，因此適用勞基法之勞工，其雇主依法需每月提撥勞工退休準備金，作為未來勞工退休後領取退休金之基金。

雖然勞退條例於第7條第2項第4款：「本國籍人員、前項第二款及第三款規定之人員具下列身分之一，得自願依本條例規定提繳及請領退休金：…四、不適用勞動基準法之勞工。」；勞動部亦曾函釋：「醫師、律師、會計師等執行業務者，如有受僱而獲領工資，或未受僱但得依所得稅法相關規定列報『薪資』之情形，得依其每月工資或薪資申報提繳勞工退休金。」(勞委會94年08月18日勞動4字第0940046156號函)。故醫師、律師、會計師等原非適用勞基法之行業，亦可依自願提繳勞工退休金。惟本條規定係為受僱勞工得自願提繳退休金之規定，對於雇主並無強制提繳的效力。若勞工納入勞基法之規範後，個別雇主即應於勞工受僱期間為其提繳退休金，這在屬自由職業、可能不會永遠固定在同一單位工作、也可能因此無法領取退休金的醫師、律師、會計師而言，納入勞基法適用將可因此而獲得多一層之保障。

另外在計算勞工退休金時，需使用到「平均工資」之概念。按勞基法第2條第3款所指「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。」勞基法施行細則第10條亦規定：「本法第二條第三款所稱之其他任何名義之經常性給與係指左列各款以外之給與。」，故包括紅利、特別獎金、三節禮金、教育補助費、差旅費等等，均不計入工資。在司法實務上判斷工資，參照最高法院96年台上字2741號判決：「是認定何項給付內容屬於工資，係以是否具有『勞務對價』及『經常性



給與』之性質而定。於判斷給付是否為『勞務對價』及『經常性給與』，應依一般交易觀念決之，至其給付名稱如何，則非所問。其次，工資須為經常性給與，始足當之。」故基此原則，包括加班津貼[5]、每月績效獎金及加班費[6]以及夜點費[7]等等，在實務上均有被列為工資的實例。因此，例如醫師的薪資，在各大醫院可能為稅制、管理或財務考量，每月薪資常區分為底薪與每月之績效PPF(proportional physician fee)，則在勞基法之概念下，縱仍須個案認定，若屬僱傭關係下之醫師收入，均有可能將被列入工資之考量，連帶亦使以工資作為計算基礎之退休金，亦即對醫師權益而言，併入PPF計算的工資，得以有較高之計算依據；同理，若以此計算基礎，對於醫院經營者而言，因需提繳退休金，亦將增加醫院財務負擔，是否需有針對醫師特殊獎酬制度的不同認定，亦須探討。借鏡會計師及律師納入勞基法規範經驗，實務上領有浮動薪資者，多以「合夥律師」、「合夥會計師」為之，非屬僱傭契約；因此，領有PPF薪資的醫師，是否會因而影響其退休金計算基礎，還得回溯該醫師與醫院間的合約關係認定，若屬合夥關係，則不在勞基法規範內，但若屬僱傭關係，就有可能得因而計算相關所得而提繳一定比率的退休金準備。

### 三、解僱

按勞基法第11條：「非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：一、歇業或轉讓時。二、虧損或業務緊縮時。三、不可抗力暫停工作在一個月以上時。四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。」、第12條：「勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。二、對於雇主、雇主家屬、雇主代理人或其他共同工作之勞工，實施暴行或有重大侮辱之行為者。三、受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者。四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。五、故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有物品，或故意洩漏雇主技術上、營

業上之秘密，致雇主受有損害者。六、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者。雇主依前項第一款、第二款及第四款至第六款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，三十日內為之。」，及第13條：「勞工在第五十條規定(按：即女性產假期間)之停止工作期間或第五十九條規定(按：即遇職業災害)之醫療期間，雇主不得終止契約。」等規定，可知為保障勞工之工作權益，我國勞基法就雇主「資遣」或「解僱」勞工之事由乃設有嚴格之限制；易言之，關於不定期勞動契約之終止，雇主須有前開勞基法第11條或第12條所定之法定終止事由時，始得「資遣」(即，依第11條、第16條、及第17條等規定終止勞動契約，且須於一定期間以前預告勞工、並計發資遣費)或「解僱」勞工(即，依第12條之規定終止勞動契約，且無須預告、亦不須計發資遣費)。

其中，最大爭議之重點在於，何謂前開第11條第5款所定之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」？是否可能構成雇主恣意資遣勞工之理由？在司法實務上有主、客觀判斷之分別：

1. 主觀說：最高法院99年台上字第1309號判決：「按勞基法第十一條第五款所謂『不能勝任工作』，不僅指勞工在客觀上之學識品行、工作能力、身心狀況，不能勝任工作者而言，即勞工主觀上『能為而不為』、『可以做而無意願做』之消極不作為情形，亦屬之。雇主得否以勞工對於所擔任之工作確不能勝任為由，依勞基法第十一條第五款規定，預告終止與勞工間之僱傭契約，應綜合上開二者為考量，始符勞基法『保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展』之立法本旨。」最高法院92年台上字第353號判決亦同此旨[8]
2. 客觀說：台灣台北地方法院94年勞訴字第81號：「從上開規範體系，及法律分別雇主本身之事由，或可歸責於勞工之事由，對雇主行使終止權加以除斥期間之限制或不為限制，及對遭解僱之勞工予以預告工資及資遣費之保護，或認為無庸給予保護觀之。應解為第十一條第五款所定勞工對

於所擔任之工作確不能勝任時之解僱事由，係指不可歸責於勞工之情形者。亦即指勞工於勞動契約存續期間，因不可歸責於其之事由，其學識、能力、技術等在客觀上已無法勝任其工作之情形而言。至勞工違反應忠誠履行勞務給付之義務，既為可歸責於勞工之事由，應不屬勞基法第十一條第五款雇主可隨時資遣之事由，而應視勞工行為，認定是否該當同法第十二條第一項所列舉雇主得單方終止勞動契約之事由，及雇主之行使終止權是否罹於除斥期間，以決定雇主之終止契約是否合法。準此，被告抗辯勞動基準法第十一條第五款規定所謂『勞工對於所擔任之工作確不能勝任』，應兼指勞工主觀上能力不能勝任工作等語，即屬無據。」

由上可知，實務上不論就客觀上之學識、能力不能勝任工作之判斷，或主觀上能為而不為，實務上均有採為認定要件之見解。是以，適用勞基法之行業，除非勞工有發生第12條規定可歸責於勞工事由「懲戒解僱」之事由外，雇主實不得恣意資遣員工，必須就主觀及客觀要件綜合考量判斷，始得資遣，並需發給資遣費，保障勞工之生存。

對於醫院管理而言，醫療機構主要任務是為照顧民眾健康福祉，倘受僱醫師因為專業能力、住院醫師的學習或工作態度不佳，致不能履行醫院所指示之勞務，在無勞基法之保障下，醫院似握有隨時解僱醫師之權利；但受僱醫師如有勞基法保護，其勞動契約之規範下，如無被資遣或被解僱之具體事證，尤其對於「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」無法舉證時，醫院不得恣意為之，對受僱醫師至關重要。

#### 四、職業災害補償

職業災害補償亦為勞基法之重要保障制度。按勞基法第59條：「勞工因遭遇職業災害而致死亡、殘廢、傷害或疾病時，雇主應依左列規定予以補償。但如同一事故，依勞工保險條例或其他法令規定，已由雇主支付費用補償者，雇主得予以抵充之：…」由本條規定可知，勞基法所規定之職業災害補

償制度(按：由雇主給付)，與勞工保險條例所定之職災相關給付(按：由勞工保險局給付)係雙軌並行，兩者間互有抵充關係。其特徵在於，此補償制度為一種無過失責任，不以雇主有故意過失為限。此外，所保護之職業災害，亦包括勞工因事故所遭遇之「職業傷害」或長期執行職務所罹患之「職業病」[9]。

依據職業安全衛生法第2條第5款(即原勞工安全衛生法)之定義，「職業災害」係指「因勞動場所之建築物、機械、設備、原料、材料、化學品、氣體、蒸氣、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之工作者疾病、傷害、失能或死亡」。因此需判斷該職業災害發生之原因是否為勞工於提供勞務時所可能發生與工作有關之危險[10]，以及勞工是否係於依勞動契約在雇主指揮監督下提供勞務之狀態而遭受此危害。亦即在因果關係之判斷上，「勞工之職業傷害與職業病，均應與勞工職務執行有相當之因果關係，始得稱之，尤以職業病之認定，除重在職務與疾病間之關聯性(職務之性質具有引發或使疾病惡化之因子)外，尚須兼顧該二者間是否具有相當之因果關係以為斷。」[9]，換言之，目前實務上關於如何認定「職業上原因引起之勞工傷殘及死亡」因果關係之解釋，係以「相當因果關係說」[11]為主流。在實務認定上經常發生爭議的例子為「通勤災害」，依勞動部公佈之「勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則」，其中第4條規定：「被保險人上、下班，於適當時間，從日常居、住處所往返就業場所，或因從事二份以上工作而往返於就業場所間之應經途中發生事故而致之傷害，視為職業傷害」，且法院判決亦肯認「勞工於上下班必經途中發生交通事故，又無有所規定之情事，且非違反其他法令者，自應認屬職業災害」[12]。因此，除非是類似勞工之於上下班途中因處理個人私事，而不在通勤應經路線所發生之災害外，否則一般多採取較為寬鬆之認定。涉及醫師工作性質之問題將在於，若深夜負責於家中待命之醫師，被呼叫前往醫院處理事務；甚至並未排班之待命，因有急刀或是生產等相類醫療行為，需臨時前往醫院處理之路途發生事故，亦應得認定為職業災害。



又例如常見的「過勞死」爭議，其定義目前並無直接之法律規定可資遵循。但勞動部考量於異常事件與工作過重所引起腦血管及心臟疾病的急性發作者之保障，故於民國80年編訂並於99年12月17日第二次修正「職業促發腦血管及心臟疾病之認定參考指引」，對於若職業是造成腦血管及心臟疾病等明顯惡化的原因時，則可將該腦血管及心臟疾病認定為職業病，並作為職災給付對象。對於腦血管疾病之認定，包括腦出血、腦梗塞、蜘蛛膜下腔出血及高血壓性腦病變；心臟疾病則包括心肌梗塞、急性心臟衰竭、主動脈剝離、狹心症、嚴重心律不整、心臟停止及心因性猝死等等。若符合該指引工作原因過重負荷要件者，包括異常事件、短期或長期工作負荷過重等，原則上均認定為職業疾病。

司法實務上，有高雄地院98年訴字第1825號判決內論及「勞工死亡得否領取津貼，應就勞工之死亡與所任職之工作有無因果關係、是否為職業災害等因素而為判斷。所謂『職業災害』，係指勞工因執行職務遭遇災害，而致死亡、殘廢、傷害或疾病者而言。而所謂職務(業務)應採廣義之解釋，除通常業務外，尚包括業務上附隨的、合理的行為，並佐以『業務執行性』及『業務起因性』之判斷標準。而所謂『業務執行性』指勞工依勞動契約在雇主支配狀態提供勞務，行為須正在執行職務，始有發生職災可言。又所謂『業務起因性』則指職業災害須在勞工所任業務與災害間有密接關係存在，所謂密接關係意指災害必須被認定為業務內在或通常伴隨的潛在危險之現實化。若勞工從事家電運送、安裝工作，經醫院鑑定既無外傷，亦無工作量過重或超時，難認勞工死亡與其工作有關係，自難認屬職業災害。」似亦肯認若勞工死亡係因工作量過重或超時所發生或加重之疾病所致者，亦屬職業災害之一種，會因此導致雇主需對勞工所受死亡、外傷或疾病負擔職業災害補償之責任，不致使勞工因公而受災害後無法工作，家庭及生活頓失所依。因此，在一般討論醫師是否應納入勞基法的議題上，輿論往往鎖定工時之爭議，但醫師面對工作上所遭受職業災害後之補償機制，亦為納入勞基法之重要保障。

## 勞基法於自由職業適用可能遇到的問題

包括醫師、律師、會計師在內之人員，於勞基法施行之初，均被排除於勞基法之適用範圍之外。依據71年5月15日立法院公報之記載，本法適用範圍參考勞工安全衛生法明定為：礦業及土石採取業、製造業、營造業、水電煤氣業、運輸倉儲及通信業等等以製造類型產業而非服務業或有特殊工作型態之勞動類型思維所致。此揭初始規劃未被納入之職業多有其責任制工作性質之特殊性，與一般勞工固定上下班制有所不同，因而於其後在在不被認為勞工而納入適用。由於並非所有醫師、律師、會計師均為自由執業，亦尚有許多受僱於雇主之工作者，若僅以責任制一語涵蓋上開職業所有人員，將可能造成此揭工作者應有的工作權益受損。因此，漸次將會計師、受僱律師、住院醫師甚至有實質受僱性質之主治醫師逐步納入勞基法保障，已成為社會氛圍及政策上之所趨。衛生福利部亦已宣示住院醫師於109年納入勞基法之政策方向[13]，使醫師獲得更進一步勞動條件之保障實為共識，因此醫師納入勞基法後之各項配套，已成為目前最重要之議題。

### 一、自由職業之工作特殊性

按專門職業及技術人員考試法第1條規定：「專門職業及技術人員之執業，依本法以考試定其資格。」、第2條第1項規定：「本法所稱專門職業及技術人員，係指具備經由現代教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，且其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身心健康、財產等權利有密切關係，並依法律應經考試及格領有證書之人員；其考試種類，由考選部報請考試院定之。」而專門職業及技術人員考試法施行細則第2條第1款規定：「本法第二條所定專門職業及技術人員考試種類如下：一、律師、會計師、專利師。…三、醫師、中醫師、牙醫師…。」因此，會計師、律師、醫師均屬需經國家考試及格，並經教育訓練而獲得特殊學識技能之專門職業人員。

次按勞基法施行細則第50條之1第2款規定：「本法第八十四條之一第一項第一款、第二款所稱監督、管理人員、責任制專業人

員、監視性或間歇性工作，依左列規定：…二、責任制專業人員：係指以專門知識或技術完成一定任務並負責其成敗之工作者。」雖然是否能屬於上開規定所稱之責任制專業人員，均需經主管機關公告後始能成為適用之範圍。但由於會計師、律師、醫師均係經由現代教育或訓練培養過程獲得特殊學識或技能，且其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身心健康、財產等權利有密切關係，並具有專門知識及技術以完成一定任務並負責其成敗，實均應符合勞動基準法及勞動基準法施行細則所定義之「責任制專業人員」。會計師、律師亦均已於納入勞基法適用後陸續依勞委會99年2月25日勞動2字第0990130217號函及勞動部103年3月25日勞動條3字第1030130641號函，被主管機關公告為上開規定之「責任制專業人員」，適用勞基法第84條之1之規定。

由於多數會計師、律師、醫師之工作，均屬於直接獨立面對客戶、病患，並對其負責之型態，因而其工作時間常取決於客戶或病患的需求，例如律師夜間陪同偵查、醫師夜間被醫院緊急召回等等，此與一般勞工僅需直接面對雇主的要求不同。但是，受僱之會計師、受僱律師以及住院醫師，其工作之型態均多屬處理上級所交辦之事項，與一般勞工時無太大差異；但有時需24小時值班或待命，此又與一般勞工不同。因而在勞基法的適用上，會產生如何適用以及如何配套之爭議。

## 二、自由職業適用勞基法之衝擊

自由職業例如會計師、律師之事務所以及醫院而言，適用勞基法可能產生之衝擊包括幾個面向：

1. 成本上之衝擊：例如加班費、資遣費、退休金、職業災害補償等。這在律師錄取率升高造成削價競爭、醫院在健保實施及總額給付方式下獲利空間減少後，影響更大。尤其是醫師應以給付加班費方式給予值班費，醫院管理階層(不見得為醫師)將產生不少抗拒。
2. 時間管理上之衝擊：工作時間及加班時間之上限規定等。例如會計師事務所於旺季

時挑燈夜戰、律師遇到夜間陪同當事人接受訊問、或是醫院必須於夜間有醫師值班留守等等，納入勞基法勢必增加人力，以及若已達限制加班之工作時間，尚有急需完成之工作應如何解決之問題。

3. 用人彈性上之衝擊：勞基法上關於契約終止之法定限制、以及定期契約締結之限制等勢必影響醫療機構用人的權限。自由職業工作者，雖各自具有獨立之自主性，但也往往需要團隊合作(例如合夥律師與受僱律師、主治醫師與住院醫師間之團隊合作)。另外，與當事人、客戶、病患等工作對象之應對進退、關係維繫以及臨時性任務，亦為重要之工作內容，且對於團隊成員間「人」之互動更顯重要。若成員無法進行團隊合作，可能需有終止合作或解散此一合作團隊之需求，否則對於工作之對象可能造成權益受損。則雇主於可能因適用勞基法後，因法規限制無法就工作型態彈性調整人事甚至解聘，亦無其他職務可供受僱者進行調整，將可能是雇主需要加以面對的變化。

## 三、勞基法第84條之1之排除

為因應具有特別性質工作之需求，勞基法於85年12月27日增訂第84-1條工時基準排除適用之規定：「經中央主管機關核定公告之下列工作者，得由勞雇雙方另行約定，工作時間、例假、休假、女性夜間工作，並報請當地主管機關核備，不受第三十條、第三十二條、第三十六條、第三十七條、第四十九條規定之限制。一、監督、管理人員或責任制專業人員。二、監視性或間歇性之工作。三、其他性質特殊之工作。前項約定應以書面為之，並應參考本法所定之基準且不得損及勞工之健康及福祉。」其立法理由謂：「雇主與勞工或工會簽定合約或協議後，可針對特殊工作調整工作時間。」

由於第84條之1係採勞雇另行約定工作時間(包括延長工時、例假、休假)之制度，並排除部分勞動基準法有關工時基準之最低勞動條件標準規定之適用。於此方式，讓勞雇雙方依契約自由自行訂定，也因為這方式較自由，若經核備後依據勞基法第84條之

1，即可排除勞基法第30條(正常工作時間之限制)、第32條(加班之限制)、第36條(每7日至少應有1日休息)、第37條(國定假日應休假期)、第49條(女性原則上不得夜間工作)之限制；惟勞基法第84條之1並未規定排除第30條之1規定之適用，故倘屬主管機關指定適用第30條之1之行業，則關於工作時間、延長工時、例假、及女性夜間工作等，仍須受該條規定之限制。因此種方式之工時規定受勞基法限制較少，在勞雇雙方契約自由之原則下，亦難以有固定的範本，且此制對勞工較不利，所以要求必須要與勞工個別以契約訂明，經地方主管機關核備，主管機關事前把關之要件便比彈性工時嚴格。例如台北市政府訂定了「台北市政府審查適用勞基法第84條之1工作者工作時間一覽表」，不論何種工作類型，每日之延長工作時數均不得超過12小時。

就適用勞動基準法第84條之1之程序而言，必須符合：1.該工作性質屬於「經中央主管機關核定公告下列工作者」、2.經勞雇雙方以書面約定、3.經當地主管機關核備等要件，適用內容上則由各勞雇雙方依據實際需求及法令限制之精神自行約定之。依勞動基準法施行細則第50條之2規定，其約定內容應包括職稱、工作項目、工作權責或工作性質、工作時間、例假、休假、女性夜間工作等有關事項。又由於第84條之1要件為「勞雇雙方另行約定」(第1項)且應以書面為之(第2項)，故解釋上雙方之約定應為要式行為，亦不包含雇主單方面訂定之工作規則；縱使工作規則依勞基法第70條之規定、以及勞資雙方依勞基法第84條之1之規定均須報請主管機關核備，惟核備雖為強制規定，但核備並非須經主管機關對於工作規則或是勞資約定的實質核准或許可之法律行為[14]。基此，則考量工作規則為資方主導所訂定，對勞方保障可能較低，則由勞資雙方同意之書面合約，可能對勞方的保護較強。

由於會計師、律師目前均已經公告認定為勞基法施行細則第50條之1第2款之責任制專業人員，且經核備後依據勞動基準法第84條之1規定，即不受原勞基法中法定工時與變形工時、延長工作時間之限制及程序、例假、休假、女性深夜工作限制及例外規定之限制。因此包括會計師、受僱律師在過去

適用勞基法的過程中，是否得適用勞基法第84條之1變成為兩職業公會最積極爭取之項目，以使資方之人事運用上有更多之彈性。雖然爭取之過程中，有主張勞基法第84條之1為惡法之聲浪，但在勞動部陸續曾函釋托兒所保育員、醫療保健服務業(含國軍醫院及其民眾診療處)之場所及人員、及一般旅館業鋪床工等類型之勞工不再適用勞基法第84條之1之前例(101年06月28日勞動2字第1010131678號函、101年03月30日勞動2字第1010130829號函、101年06月28日勞動2字第1010131678號函)，為使多數受僱之工作者盡可能先納入勞基法之保障，本條規定仍係適用過程中一能權宜之做法。

### 會計師之適用

勞動部於98年10月13日勞動1字第0980130773號函公告會計服務業僱用之會計師，因經檢討評估後已無不適用之理由，故自民國99年1月1日起適用勞動基準法，也是自由職業中，最早被納入勞基法適用的職業別。

#### 一、會計師適用之特性

會計師的工作特性，在於淡旺季明顯，因而有其勞動工時上的特殊需求，無法全年都以固定的工時作為規範。在會計師納入勞基法之適用後，中華民國會計師公會聯合會便就彈性工時可能適用途徑向會員提出建議，並依主管機關之指定與相關函釋，建議仍以適用勞基法第30條之1彈性工時制(87年4月17日勞動2字第015647號函)，或第84條之1由勞雇雙方另行約定工時為主要基礎，由各事務所依自身需求與勞方約定，並依法向地方縣市政府主管機關提出申請核備[15]。

不過，相較於律師、醫師常有於夜間陪同偵查、醫院輪值班等等必須的夜間工作情形，會計師之工作多半屬於因旺季期間日間累積工作量過多，致使必須於夜間加班始能如期完成工作，至於夜間臨時必須配合客戶而出勤的機會相對少見。因此，會計師基本之工作型態與上下班之一般工作者較為相近，只是所必須延長之上班或加班時數，較一般工作者之需求來得高。是以，納入勞基法第84條之1排除條款，便應為較適當彈性解決會計師工時問題之方式。



## 二、會計師因應作法

勞動部自會計師納入勞基法適用後不久，便核定「會計服務業僱用之會計師」為勞動基準法第84條之1條所稱之工作者，並自民國99年2月25日生效。相較於第30條、第30條之1彈性工時制，可以明顯的看出兩者適用的對象有所不同，第84條之1不僅要件較為嚴格，適用對象亦有限縮。同時依據相關法令，其仍受有每日正常工作時間不得超過10小時，連同延長工作時間，1日最多不得超過12小時，4週正常工作時間連同延長工時則不得超過288小時等等限制。是以，中華民國會計師公會聯合會對於其會員在勞基法工時適用態度上，便較為開放，以勞基法第30條之1彈性工時制或第84條之1另行約定工時雙軌方式，供雇主自行擇一適用。

適用勞基法第84條之1的工作者，又依據工作之特性有不同之工時限制規定。參照「台北市政府審查適用勞基法第84條之1工作者工作時間一覽表」，會計服務業僱用之會計師，屬於其中第三類之工作者。其規定之工時限制為：「每日正常工作時間不得超過10小時，連同延長工作時間，1日不得超過12小時。4週正常工作時間連同延長工時不得超過288小時。」其他被歸類於第三類之同類型工作者，尚包括建築師事務所或室內設計裝修業之個案經理人、法律服務業僱用法務人員、廣告業客務企畫人員、中央部會首長駕駛等等職業。

### 律師之納入適用

就法律服務業之受僱律師，勞動部已於102年10月14日函釋公告自103年4月1日起適用勞基法，且已於103年3月25日經勞動部公告函釋列入勞基法第84條之1之適用範圍。

#### 一、律師適用之問題

按律師倫理規範第4條規定：「律師應重視職務之自由與獨立。」，顯見律師工作具有高度專業性及自主性，與一般傳統勞工不同。以國內律師業執業之生態，以中小型合夥甚至個人執業者居多，而過去於受僱律師未納入勞基法前，事務所與僱用之受僱律師間，是否有簽訂書面契約，及制定工作規則，均堪玩味，也可能因而造成契約上權利

義務不明確之問題。

律師業適用勞基法，固能一定程度彌補此權利義務約定不明之不足；惟律師執行業務且具有高度之自主性，與一般勞雇關係截然不同。例如律師之工作時間依據業務需求，常有突然增加工作時數之情形；又例如處理涉外之國際業務，可能因時差關係常須配合當事人於夜間進行電話會議；或偵查期間至陪同當事人至地檢署、調查局或警察局等司法單位接受訊問，必要時須配合法院或檢調單位的時間徹夜工作或於例假日工作；或是至其他縣市為當事人處理委任事務；或因當事人委託辦理突發事件、緊急事務等，為達成當事人之委任目的、履行律師法之律師法定職責等等，均甚為常見。加上律師為責任制工作，並無固定之上下班時間，工作時間甚難認定。

另外，當律師適用勞基法後，律師為完成當事人委託之工作，極易違反勞基法有關工時之強制規定，顯然無法契合律師執行業務之需求，亦無法隨時因應、處理當事人之緊急狀況；對於委任律師之當事人而言，是否會因律師之工作時間受到限制，而造成當事人之權益受損(例如：當事人受約談之刑事偵查期間，律師是否因工時限制而無法全程陪訊)？實務運作上是否有可能找到其他律師代理？接手之律師是否可以維持原有委任關係間之信賴？此亦將使我國法制設置律師以保障人權之立法意旨相互違背。律師工作時間無法掌握的另一個原因，在於陪同當事人接受偵訊或是受委任出庭，該工作期間有無休息，或是否超出勞基法所規定之上限，均非律師本身或是雇主所得掌握。

除了工時之外，受僱律師適用勞基法尚有終止勞動契約(即資遣或解僱)之問題。關於終止勞動契約，除了勞基法之外，尚有民法第489條關於僱傭契約之規定：「(第一項)當事人之一方，遇有重大事由，其僱傭契約，縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之。」則如果事務所與受僱律師間之信賴關係喪失，得否適用「重大事由」，或是否符合勞基法第11條之解僱條件判斷，應是問題。此點在律師適用勞基法的討論中，屢被提及，則是否就包括律師、醫師及事業單位高階管理人等獨立性較高之工作者，能另訂適當規範，亦為問題。

## 二、律師因應做法

律師執行職務時，確實有無法適用勞動基準法第30、32、36、37及49條等規定之情事。法律服務業所僱用負責事業經營管理工作以及法務人員，早已經勞動部87年3月4日(87)台勞動二字第008724號函指定為勞基法第84條之1之工作者，分類上與會計師同屬第三類之工作者。律師更屬以專門知識或技術完成一定任務並負責其成敗之「責任制專業人員」，因而更有被核定為勞基法第84條之1工作者之必要，由勞資雙方另行約定，工作時間、例假、休假、女性夜間工作等事宜，以符律師執行業務之實際需求，方能確實發揮在野法曹實現社會正義之職能。

但縱使律師現已經公告得適用勞基法第84條之1，惟我國勞基法第84條之1僅為工作時間限制之部分放寬規定。適用勞基法第84條之1時，勞雇雙方關於工作時間及假日等之約定，必須送請地方主管機關核備，且目前各地方政府之公告亦尚不容許勞雇雙方約定過長之工作時間，每日最長之連續工時不得超過12小時。另外勞基法第84條之1並未排除加班費之規定，目前實務上多認為縱令適用勞基法第84條之1，雇主針對勞工超過法定正常工時部份之工作，仍需依勞基法第24條規定給付加班費。

換言之，縱使勞動部於公告律師適用勞基法時，已一併核定公告律師業適用第84條之1之規定，以受聘律師執行偵查期間之辯護工作為例，陪訊費時達十小時以上者，並非罕見，偵查期間之辯護極易違反勞基法有關工時之強制規範，仍將無法解決律師為保障當事人權益時，需長時間甚至徹夜工作之問題，一方面當事人可能根本無法委任辯護人，其辯護權將受到嚴重妨礙，另一方面亦無法解決律師工作時間及加班時間不易認定之問題。

不過，目前就勞動部及律師公會處理之方式，仍以先將律師納入得屬勞基法第84條之1之行業，爭取較大彈性之調整工時空間，並認為尚不宜因部分勞基法之條文較為僵化，致受僱律師因此被排除適用勞基法。至於臨時性必須陪同偵查之情事，雖或有是否得以勞基法第32條第3項：「因天災、事變或突發事件，雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，得將工作時間

延長之。」中「突發事件」規定之主張，惟本條僅係處理雇主得否單方延長勞工工時之情形，似無法據此排除最長工作12小時之限制，故此問題如何解決，尚無定論。

## 三、解僱條件

律師適用勞基法後，雇主若欲終止聘僱契約，亦必須受到勞基法解僱法定原則之限制，也就是必須符合勞基法第11條(資遣)或第12條(懲戒解僱)之規定。此時最可能發生之爭議，恐即為前揭文所敘及之勞基法第11條第5款「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」之問題。以目前關於「不能勝任」之認定標準，實務上採取主觀或客觀要件進行考量判斷均有，「主觀說」見解，包括工作能力、工作態度均包含在內，只是須輔以客觀不能勝任之要件綜合考量。亦即，若於主觀上勞工能力確實無法適任其所擔任工作，包括工作能力、工作態度能為而不為等不符合工作需求，雇主均能終止契約。亦即只要符合主觀不能或客觀不能即可符合資遣條件。

然而，律師執行業務具有高度之自主性及主觀性，並無絕對正確或錯誤標準，更不能以勝訴作為評判，非訟案件之律師亦無絕對之成效評估指標，則如何建立「不能勝任工作」之標準？另外律師間的合作有賴彼此間的信賴，若僅為相互無法信賴，是否即謂屬「不能勝任工作」顯然仍是爭議。律師應如何適用勞基法解僱之事由，尚須案例之累積。

整體而言，律師適用勞基法面臨之問題雖包括律師執業型態多樣、契約關係不易定性、當事人權益有可能因律師工作受勞基法限制而直接或間接受到影響、競爭日益激烈之事務所可能造成其僱用及管理成本增加，必須以減縮甚至凍結其用人計畫因應，導致新進律師就業之困難或工作報酬之降低等等。惟律師納入勞基法適用範圍已為目前政策確認，故須對律師執業之特性加以考量，配套措施亦需陸續提出。律師工作內容比醫師更具有彈性，如於長時間陪同偵訊後之隔日予以補休，多數並無困難；相較於醫師於前一日熬夜執刀，次日還需面對手術後病患醫療照顧或繼續照顧其他病患等，無法立即補休的情況，律師工作較易在保障執業者與維持專業業務間取得平衡，因此截至目前為



止似尚未發生工時安排有重大難以適用之情形，或有較為重大之勞資爭議發生。

### 醫師納入適用所面臨之問題

醫療保健服務業之各類醫療人員，早已納入勞基法之適用範圍，僅餘醫師遲遲未能納入保障。從87年自由職業人員公告排除勞基法之適用後，雖然受僱會計師、受僱律師均已陸續納入，但受僱的住院醫師之納入卻遲未能看見曙光。醫師的養成過程艱苦、漫長，除了大學相較於一般大學更長之修業年限外，畢業後的一般醫學訓練以及在多數科別至少三至五年的住院醫師訓練階段，始能成為獨立之專科醫師；訓練期間平均每三天一次的值班，會因此而連續在醫院工作超過三十多小時以上，在獨立行醫以後所負擔的更是沒有時限的醫療責任，除手機禁止關機，教學醫院的醫師尚須在夜間持續研究與教學工作。醫師的醫療品質或許確實需透過這些嚴厲的訓練與責任，但也要有合理的保障才能維護醫師的健康、維持對病患的醫療品質。

#### 一、住院醫師訓練

住院醫師的工作性質，實難簡單定義。一方面住院醫師都已自大學醫學系畢業並多半已取得醫師執照，得以合法獨立執行醫療業務，形式上已等同其他行業進入職場開始工作。但是，住院醫師除工作之外，另一方面尚具有接受專科醫師訓練，進行專科學習之性質。必須接受完整的住院醫師訓練後始能參加專科醫師的考試，才成為可以獨立思考的一名成熟醫師。也因此，住院醫師是否納入勞基法，常有觀察角度之不同：醫界前輩們認為，住院醫師是一種學習，學習應該不計勞苦，求知若渴，不能減少工時、減少學習機會；但基層住院醫師則認為，現在醫院規模及工作量均越來越大，工作已難負荷，遑論學習欲望？因而在勞基法適用上，仍在拉鋸之中。但因住院醫師過勞所造成之憾事日漸增多，已如前述，顯見住院醫師勞動條件之保障絕對為刻不容緩之事，因此衛生福利部亦已將此列為既定政策，但立法技術層面以及配套時程、做法，為目前政策研擬最重要的課題。

其實住院醫師值班已實質已經進入醫院運作體系的管理之中，從事依據醫師職級不同而分工的最初階醫療工作，因此確實已屬於從事勞務工作之性質，而只要是勞務工作，都應該納入勞基法的最低標準中加以保障。然而，一旦住院醫師納入勞基法規範，工時勢必減少，過去住院醫師動輒每月達到至少約360小時以上的工時(包含值班)，即便目前依據衛生福利部102年5月16日公告之「住院醫師勞動權益保障參考指引」仍尚以每週88小時作為工時上限，未來仍可能必須降低到符合每月288小時之上限，則當初各專科醫師訓練所設定的訓練內容，是否因此而受到影響？住院醫師是否便因此學習不足？

醫師確實是一種需靠經驗累積而成就的工作，因而在住院醫師的專科訓練中，各專科醫學會於訓練標準中均把夜間值班當作醫師養成教育的一部份，因為在值班時較缺少上級醫師的後盾，則如何進行獨立思考，便是給住院醫師的考驗。然而當住院醫師長時間工作體力不濟時，豈又有可能期待獲得良好的學習效果？對於病患就醫權益之保障亦受影響。因此，若在各專科醫學會認為必須以時數作為學習的標準時，則應具體訂定合理之學習時數以及依據為何，作為住院醫師工時規範之基準；或是否有可能調整訓練內容指標，將住院醫師訓練之內容更為具體化、精緻化，作為學習目標的認定，而不是一般直覺式地僅以延長訓練年限作為設定合理工時上限之唯一因應方法。況且，以現行的「畢業後一般醫學訓練計畫(PGY)」，相當於已將醫師學習的年限又增加了一年，且多集中於需值班的內、外、婦、兒等為主，已達值班時段之學習效果，因而應該更慎重思考延長訓練年限是否仍有其必要性。

#### 二、工時及值班

醫師值班，一般人常認為值班「不過就是換個地方睡覺嘛！」、「只需要待命即可，應該不會很累吧？」、「晚上會發生什麼事嗎？」等等錯誤認知。豈知，病人並不可能僅在白天發生需處理之病況；在下班後至隔日清晨的時間佔了全日的三分之二，依比率醫療狀況更多。因此日間雖較夜間多了一些例行性的工作：排定檢查、會診其他醫



師、辦理入出院等等，但是屬於與病人相關的病情變化，仍然會在下班後繼續發生，醫師的工作量並未因夜間減輕太多。而住院醫師值班完隔天仍須上班，造成包括不少醫師於住院醫師訓練期間都曾有連續上班超過35小時的經驗。

早期行政機關的函釋，內政部(74)台內勞字第357972號函，認為值日(夜)，「指勞工應事業單位要求，於工作時間外，從事非勞動契約約定之工作，如收轉急要文件、接聽電話、巡察事業場所及緊急事故之通知、聯繫或處理等工作而言。」。該函附註並載明：「勞工值日(值夜)工作，本部認定非正常工作之延伸，基此，就法理而言，勞工並無擔任值日(夜)之義務。事業單位如確有必要要求勞工值日(夜)，須徵得勞工同意，而基於勞資合作之精神，勞工自應盡量與雇主配合。」認定值班與勞工原約定之工作內容不同，並非正常工作之延伸。

但最高法院曾就此函釋附註所言加以闡釋：「本件上訴人要求被上訴人在夜間或例休假日值班，縱被上訴人於值班時受其本身專業能力及上訴人其他人力、設備不及配合之限制，而無法從事較繁複之維修工作，僅係其工作之範圍及難度受限而已，要難以其值班時僅處理緊急事故或聯絡，或未遇可維修之工作而在待命中，遽謂未於正常工作時間外延長被上訴人之工作時間。至內政部所頒系爭值日注意事項「附註」二所載：『勞工值日(值夜)工作，本部認定非正常工作之延伸，基此，就法理而言，勞工並無擔任值日(夜)之義務』，係著重在工作內容之說明，非謂勞工於正常工作時間外，於夜間或例假日輪值加班，非屬正常工作時間之延長，而不得依勞基法第二十四條規定請求給付工資。」[16]是故，若在正常工作時間以外的值班，其性質仍然是屬於工作時間的延長而必須計入連續工時並給付加值班費。惟加班費之給付，尚可依值班工作內容的強度，議定值班費的多寡。

原先醫療保健服務業中之手術室、急診室、加護病房、產房、手術麻醉恢復室、燒傷病房、中重度病房、精神科病房、器官移植小組之醫事及技術人員屬於納入適用勞基法第84條之1的工作者，但已經勞動部(101)勞動2字第1010130829號函公告自103年1月1

日起不再適用，回歸勞基法之一般規範。至於原屬一般病房及門診的護理人員，本即屬於勞基法之適用範圍。顯見增加勞動條件之保障，且回歸勞基法之基本規範，已為大勢所趨，並以勞基法第84條之1作為緩衝。是以，就工時計算上，仍須將值班之工時列入連續工時之計算。

問題是，即便將住院醫師納入勞基法，並透過適用第84條之1的彈性方式來因應，以目前地方勞動主管機關所公告最長工時為12小時之限制，仍難以符合目前值班方式之需求而勢必需有所調整。似乎連目前部分醫療院所已盡量實施值班隔天休假或是隔天下午休假的方式，都無法符合目前依據勞基法第84條之1所公告之規定。因而住院醫師的工作方式仍勢必面臨重大變革，需要醫院、受僱住院醫師與勞動主管機關繼續對話。

參照國外的經驗，美國政府機關並不特別介入醫師工時，其合理勞動標準法(Fair Labor Standards Act)所規定的最低勞動條件，僅適用於一般中產階級(middle class workers)。歐巴馬總統於2014年宣示關於超時工作的最新勞動標準，並擬於2016年12月上路，以使雇主有所緩衝。其原則是，雇主可以在超過標準的工時給予勞動者更高的薪資報酬，否則就要給予他們更多的休息，並將最低薪資標準自每週455美元提高到每週913美元(相當於每年47,476美元)。但此一宣示之新標準中亦特別強調，此標準並不適用於較為高薪之管理職或是專業人士(professionals)；後者係在契約自由之基礎上，由各專業團體自行訂定規範，並透過契約方式約定；否則工作性質須具彈性、且收入相對較高之專業人士，工作將因而僵化[17]。

因此，就住院醫師的工作時間，美國「畢業後醫學教育評鑑委員會」(The Accreditation Council for Graduate Medical Education, ACGME)於西元2011年(即民國100年)另行提出最新之住院醫師訓練計畫，其中關於工時部分之主要規定，包括每週平均工時不得超過80小時；但基於個別完善教育訓練計畫之考量，經委員會許可，工時可增加10%，或最多達88小時。其他尚包括輪值夜班頻率每三天不超過一次、連續工作不超過30小時、連續24小時工作後不接新病患

的照顧、兩班之間至少有10小時的休息等等[18]。歐洲工作時數指南(European Working Time Directive, EWTD)則規定，訓練中之醫師，半年的平均工時，得以漸進式方式，將每週最高工時減至48小時[19]。反觀國內的勞基法第84條之1實未明定連續工時之上限，故依據住院醫師之工作及訓練性質，似應於參考國外醫師工時規定之做法，並進行勞資雙方凝聚共識後，在目前各中央或地方主管機關所公告之標準工作時間上限12小時外，另行尋求解決之道。

醫師若連最基本之工作時數都無法獲得，則長時間的超時工作，均會造成醫師精神不濟而對於病患醫療判斷上之錯誤，除了有違勞動基準法保障勞工權益之立法目的外，更進一步因此損及以病人為中心之保障病患醫療權益終極目的。醫院經營者若未能保障受僱者基本之生命健康權益，或無法獲得與其他相似工作類型之工作者同等之最低工作權益，若因此造成對於病患之傷害，醫院經營者將更進一步解決醫療糾紛之賠償，得不償失，亦無異是對於醫師工作最大的不公。因此，確實有必要就醫師之合理工時深入之檢討。

### 三、解僱

目前國內住院醫師與醫院所簽訂之契約多為一年期之約聘僱契約。在勞基法上的勞動契約，並無就約聘僱契約加以規定，而僅依勞基法第9條「分為定期契約及不定期契約。臨時性、短期性、季節性及特定性工作得為定期契約；有繼續性工作應為不定期契約。」。另外同條第2項第2款規定：「雖經另訂新約，惟其前後勞動契約之工作期間超過九十日，前後契約間斷期間未超過三十日者。」此為定期契約被視為不定期契約之規定，但不影響原本應為定期契約之本質。

住院醫師之約聘契約通常是一年一聘，形式上似乎屬於「定期契約」之性質。而「定期契約」依法必須具有「臨時性、短期性、季節性及特定性之工作」，勞基法施行細則第6條並加以定義：「一、臨時性工作：係指無法預期之非繼續性工作，其工作期間在六個月以內者。二、短期性工作：係指可預期於六個月內完成之非繼續性工作。三、季節性工作：係指受季節性原料、材料

來源或市場銷售影響之非繼續性工作，其工作期間在九個月以內者。四、特定性工作：係指可在特定期間完成之非繼續性工作。其工作期間超過一年者，應報請主管機關核備。」惟以住院醫師之工作內容，雖然有因訓練年數長短區分年別，且每年各專科醫學會依據住院醫師層級所規定之訓練內容並不一樣，住院醫師亦可於每年契約終了時另行選擇更換訓練醫院，似乎可解釋為屬於上開「特定性定期契約」之性質；然而以住院醫師訓練年限至少在三年至五年以上而言，除經主管機關另行核備，似又不符合法律所定義「定期契約」一年工作期間之規定。因此，醫師工作實仍具有「繼續性」，不符定期契約特性，故解釋上仍有空間認為勞基法中之「不定期契約」。則即便形式上為「定期契約」，但若就能就個案證明工作性質具有「繼續性」，則便屬於「不定期之勞動契約」，亦即，該契約之期限約定將對於勞工並不生效力。

契約性質不同之最大特點在於是否得任意將勞工解僱，以及解僱後之權利何在。若為定期契約，則於期滿離職者，勞工不得向雇主請求加發預告期間之工資與資遣費。若為不定期契約，則除非屬勞基法第12條可歸責於勞工之事由雇主不經預告終止勞動契約且得不發資遣費外，原則上均應依法於一定期間以前預告勞工(倘未於一定期間以前預告，則須加發預告期間之工資)及資遣費。且終止契約尚須符合終止勞動契約之終止事由，尤其是第11條第5款「勞工對於所擔任之工作卻不能勝任時」，於住院醫師工作得否類型化、明確化，將難以認定。就現行各大醫院缺少住院醫師人力之情形，雖不會任意將住院醫師解僱，但勞基法仍可增加住院醫師之工作保障。至於若雇主(即醫院)欲主張住院醫師約聘契約為特定性定期契約，並以住院醫師訓練年限作為之期限，因已超過一年以上，依法應經主管機關之核備。但主管機關核備之內容、以及醫院與住院醫師間之勞動契約是否確實屬於特定性定期契約，認定上將可能發生爭議。

### 四、職災補償與退休金

醫師除了工作過量所可能造成的生理傷害(過勞)外，針扎所造成之危險、院內傳染



病之感染、甚至遭受病患暴力攻擊(例如身心科病房與急診)，均是醫師執業所可能遭受常見之高風險傷害。因此，於醫師應否納入勞基法之爭議初始，勞基法上之職災補償規定，應予納入使醫師獲得保障，各界似多未就此成為主要爭議點；亦有於政策研擬之過程中，考慮不納入勞基法但以修訂醫師法之方式給予勞動條件保障時，定入準用勞基法上職災補償規定之規定，惟因政策未能成熟而無疾而終。但醫師工作給予職業災害補償，均有其合理與正當性，且實不能因醫師工時問題處理方式未決，而犧牲醫師受到職業災害時所應有之保障。

至於目前醫師並未有退休金之保障，除了部分醫院對於該院之員工可能有退休金之規定，惟仍限制須均於該醫院服務年資屆滿一定年限始得領取。但醫師之執業型態，除住院醫師訓練期滿後並非均會於原訓練醫院留任擔任主治醫師外，主治醫師亦有可能因多種因素改至其他醫院任職，甚至到大型診所受僱，均屬醫師執業之常態，甚難於同一醫療機構任職至退休，難以領取該醫療機構所提供之退休金。醫師並未納入勞基法，雖有部分醫院對於醫師，仍有依勞退條例於第7條第2項第4款之規定，自願提繳勞工退休金；但由於醫師未受勞基法之保障，並不能強制雇主提繳，因此醫師若納入勞基法適用，將可使醫師因此而獲得多一層之保障。此外，若非強制醫院提繳勞工退休金，其提繳之計算基準可能並非將醫師底薪以及績效PPF全列入計算，標準不一；但適用勞基法後，由於所有屬僱傭關係下經常性給予之醫師收入均將作為退休金提繳之計算基礎，對醫師之退休保障始為完備。

惟此二者可能發生之困難，似將與醫師獲得工時保障之考量相似，亦即醫院、雇主將可能增加財務之支出，是否會造成醫院經營者之反彈，仍須進一步之觀察。蓋醫院於醫療法修法後逐漸朝向法人化後，醫院之永續經營為主要之目標，以提供病患長久之醫療健康支持；但若醫師無勞動條件之法律保障，造成醫師面對職業災害甚至病家暴力以待時無任何保障，病患權益同樣淪為空談。蓋勞基法既為勞動權益之最低標準，則若醫師無其他更優於勞基法保障權益之立法規定以前，獲得勞基法所規定之保障，亦僅為維

護醫師之最基本勞動權益，不應剝奪。

## 五、主管機關態度

相較於律師、會計師的執業型態，醫師的工作型態實際上受到了更多行政機關的管制與介入。一方面醫療業務涉及人民之生命、健康等人格權利，以及涉及公共利益之公共衛生事項，因此不論在醫事人員資格或執業方式，以及醫療機構設立管理上，均受到行政的嚴格規範。另一方面因依據憲法增修條文所開辦之全民健康保險，又從給付端間接限制了醫師的執業自由，醫師執業時必須要兼顧專業判斷以及健保給付。因此，在主管機關的政策調整上，均不若會計師與律師來得具有彈性。

受僱醫師，尤其是住院醫師，爭取納入勞基法已久，並成立重要勞方團體爭取權益，最活躍的即為「台灣醫療勞動正義與病人安全促進聯盟」，簡稱醫勞盟。對於醫師的訴求，時仍為行政院勞委會曾於102年1月17日以勞動1字第1020130084號函回覆多位立法委員，表示擬先以定型化契約方式規範，作為尚未納入勞基法前保障勞動條件之權宜方式。惟此回應並未具體承諾納入勞基法，迄今亦未見定型化契約之方式規範為何。

衛生福利部醫事司除於102年5月16日頒布「住院醫師勞動權益保障參考指引」外，並於102年9月15日曾發佈新聞稿[20]，表示衛福部擬先採取包括：限制住院醫師的照護病床及值班上限標準、頒布「住院醫師勞動權益保障參考指引」、由教學醫院評鑑考核醫院對住院醫師工時保障並且評估衝擊、積極與勞動部密切研議住院醫師適用勞基法及時程等相關配合事宜、保障全民就醫權益與醫療品質等方向辦理。另外並提出配套之措施，包括：替代人力的來源何在、專科訓練時間是否延長、對各專科之影響為何。經衛生福利部、勞動部、醫師公會、醫勞盟等諸多團體多年來協調爭取，105年新政府上任前已宣示，將住院醫師納入適用勞基法為既定政策，目標於109年完成。初步推測，保留適用勞基法第84條之1應為最直接之處理方式。

因醫療行為具有連續性及不可預測性之特質，一方面需要保障民眾就醫的權益，另一方面也要保障醫事人員良好的工作環境，



兩者間應如何取得平衡，確實存有困難。一般輿論或以為縮短醫師工時將造成民眾就醫不便而損及就醫權利，殊不知若醫師勞動條件不改善，將造成醫師過勞情形更加嚴重，對民眾就醫品質全無任何保障。住院醫師的工作特性，與醫院間實較接近於僱傭關係之受僱性質，因此透過工時限制，避免醫師過勞而造成錯誤醫療判斷，仍為必要之措施，不只保障醫師工作條件，更是使民眾避免面對更高醫療風險之就醫權益保障。但醫師納入勞基法所面臨的改變與衝擊較大，因而分階段實施之考量確實有所必要，但不應使各界討論所提出之改變及衝擊，成為主管機關及醫療機構經營者拒絕或遲延住院醫師納入勞基法適用之理由。

### 結論

國內會計師、律師較醫師先行納入勞基法，或因為前二者因應調整之困難度較醫師為低，但不代表醫師就擁有不納入勞基法的正當性，或可以此剝奪醫師勞動權益。不論因為健保造成醫院經營不易、或是因為每人工作時數減少造成主治醫師必須共同值班或是需聘僱更多住院醫師、或因此造成必須延長住院醫師訓練年限，應非拒絕納受僱醫師入勞基法保障的正當理由；因會計師、律師事務所也都會面臨人事成本增加的處境，醫院等醫療機構並非特例。

就目前國內現況而言，住院醫師不論就工作內容、態樣或契約關係，及目前國內對專業自由職業人員納入勞基法適用範圍及解釋，均有必要早日納入，並為妥善之因應。於目前國內政策現況，納不納入，已非法律論述與解釋爭議的問題，而是國內醫師人力如何為妥善運用補充之因應。

而就主治醫師部分，在法律上尚有與醫療機構間究係僱傭關係，抑或合夥關係之論述爭議；此兩種關係，亦牽涉到醫師專業自主與機構化間的扞格；納入後，是否使醫療專業更加走向機構化下的官僚體系人員，專業自主會不會因而淡化？或是另立他法保障其勞動條件，因其勞動條件的保障，也間接保障並提升全民就醫品質，都是可以思考的方向。

勞基法以勞力密集工作作為其思考藍本，也因時代變遷以及逐步修法，漸次成為

所有具僱傭關係本質行業的基本法，其所訂定係為勞工之勞動條件最低標準。因此，若連這最低的標準都無法達到而無限制的工作，顯然違反了基本的人權。在會計師、律師等行業均陸續納入勞基法保障之後，醫師似乎也沒有不朝納入目標邁進的理由。

醫師或有被認為可以自主決定工作內容，難與一般勞工相提並論，或並認為醫師與醫院間並非僱傭關係，而認為醫師應透過團體協商方式，與院方協商工作條件。惟醫師雖是經由現代教育或訓練培養過程獲得特殊學識或技能之自由執業者，其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身心健康、財產等權利均有密切關係，應與一般聘僱契約勞工有所差異，尤其面臨工作對象權益與雇主權益衝突的抉擇過程。但是審酌目前國內實務上，受僱於醫院的醫師仍受制於醫院指揮監督；且不論工作型態、所應參與之工作等，均受醫院介入影響，僱傭關係之特質亦在此彰顯。因此，過去或由於醫師的工作條件不盡符合勞基法的規範內容，致使其有窒礙難行之虞；惟究其邏輯，考量執業風險性，似應以更高規格的勞動保障規定，以維護勞動條件，舉重明輕，斷無以適用有困難，反置其勞動權益保障均未有相關法案保障之理。正本清源，若納入勞基法之爭議仍大，似應根據醫療環境，擬具特殊醫療勞動保障法案，以符合職業特性之要求，提出適合醫師行業特性之標準，始能真正以最少的衝擊，獲得最大的保障。

### 參考文獻

1. 鄧桂芬：準衛福部長林奏延：4年內住院醫師納勞基法。<http://health.udn.com/health/story/5999/1671190>。引用2016/06/01。  
Deng GF. Acting Minister of Health and Welfare Lin Tsou-Yen: the plan to include resident physicians under the Labor Standards Law within four years. Available at: <http://health.udn.com/health/story/5999/1671190>. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
2. 余天琦、施穎弘：行政法院近來關於出勤紀錄及加班費之見解。理律法律雜誌雙月刊 2016；(6)：6-7。  
Yu L, Shih E. The explanation of attendance records and overtime pay by the Taipei Higher Administrative

- Court, R.O.C. (Taiwan). LEE & LI Bulletin 2016;(6):6-7. [In Chinese]
3. 台北高等行政法院：104年度簡上字第5號、104年度訴字第1887號行政判決意旨。http://tpb.judicial.gov.tw/。引用2016/09/24。  
Taipei Higher Administrative Court, R.O.C. (Taiwan). 2015 Chien-Shang-Zi No. 5, 2015 Su-Zi No. 1887 Administrative Decision. Available at: http://tpb.judicial.gov.tw/. Accessed September 24, 2016. [In Chinese]
  4. 監察院：新聞稿：監察院對行政院、行政院衛生署、行政院勞工委員會糾正案(中華民國101年4月17日)。http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdURL=../di/Message/message\_1.asp&ctNode=903&mp=1&msg\_id=3895。引用2016/09/24。  
The Control Yuan, R.O.C. (Taiwan). Press release: corrections from The Control Yuan to Executive Yuan, Department of Health, and Council of Labor Affairs (April 17, 2012). Available at: http://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdURL=../di/Message/message\_1.asp&ctNode=903&mp=1&msg\_id=3895. Accessed September 24, 2016. [In Chinese]
  5. 最高法院：85年台上字第246號民事判決。http://tps.judicial.gov.tw/。引用2016/06/01。  
Supreme Court, R.O.C. (Taiwan). 1996 Tai-Shang-Zi No. 246 Civil Judgement. Available at: http://tps.judicial.gov.tw/. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  6. 最高法院：93年台上字第913號民事判決。http://tps.judicial.gov.tw/。引用2016/06/01。  
Supreme Court, R.O.C. (Taiwan). 2004 Tai-Shang-Zi No. 913 Civil Judgement. Available at: http://tps.judicial.gov.tw/. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  7. 最高法院：92年台上字第2108號民事判決。http://tps.judicial.gov.tw/。引用2016/06/01。  
Supreme Court, R.O.C. (Taiwan). 2003 Tai-Shang-Zi No. 2108 Civil Judgement. Available at: http://tps.judicial.gov.tw/. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  8. 最高法院：92年台上字第353號民事判決。http://tps.judicial.gov.tw/。引用2016/06/01。  
Supreme Court, R.O.C. (Taiwan). 2003 Tai-Shang-Zi No. 353 Civil Judgement. Available at: http://tps.judicial.gov.tw/. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  9. 最高法院：100年台上字第1191號民事判決。http://tps.judicial.gov.tw/。引用2016/06/01。  
Supreme Court, R.O.C. (Taiwan). 2011 Tai-Shang-Zi No. 1191 Civil Judgement. Available at: http://tps.judicial.gov.tw/. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  10. 最高法院：100年台上字第1878號民事判決。http://tps.judicial.gov.tw/。引用2016/06/01。  
Supreme Court, R.O.C. (Taiwan). 2011 Tai-Shang-Zi No. 1878 Civil Judgement. Available at: http://tps.judicial.gov.tw/. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  11. 王澤鑑：民法概要。台北：三民書局，2002；212-4。  
Wang TC. Introduction to Civil Law. Taipei: San Min Book, 2002; 212-4. [In Chinese]
  12. 最高法院101年台上字第544號民事判決。http://tps.judicial.gov.tw/。引用2016/06/01。  
Supreme Court, R.O.C. (Taiwan). 2012 Tai-Shang-Zi No. 544 Civil Judgement. Available at: http://tps.judicial.gov.tw/. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  13. 陳偉婷：準衛福部長：住院醫師109年納勞基法。http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201605035013-1.aspx。引用2016/06/01。  
Chen WT. Acting Minister of Health and Welfare: the plan to include resident physicians under the Labor Standards Law by 2020. Available at: http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201605035013-1.aspx. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  14. 蔡瑞麟：勞動基準法第84條之1核備的法律性質－再論釋字第726號解釋。台灣法學雜誌 2015；(279)：170-8。  
Tsai A. The legal nature of approval in Labor Standards Act Article 84-1: further discussion on J.Y. Interpretation No.726. Taiwan Law J 2015;(279):170-8. [In Chinese]
  15. 中華民國會計師公會聯合會：有關勞委會等勞動主管機關就勞基法彈性工時規定及程序於會計業之可能適用途徑。http://www.roc CPA.org.tw/archive/11(33).doc。引用2016/06/01。  
National Federation of Certified Public Accountant Associations of the Republic of China. Concerns about possible pathways to apply the flexible working hour regulations and procedures of the Labor Standards Law to the accounting profession by appropriate authorities including the Council of Labor Affairs. Available at: http://www.roc CPA.org.tw/archive/11(33).doc. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  16. 最高法院：97年度台上字第1358號民事判決。http://tps.judicial.gov.tw/。引用2016/06/01。  
Supreme Court, R.O.C. (Taiwan). 2008 Tai-Shang-Zi No. 1358 Civil Judgement. Available at: http://tps.judicial.gov.tw/. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]
  17. The Accreditation Council for Graduate Medical Education (ACGME). Common program requirements, effective on July 1, 2011. Available at: http://www.acgme.org/What-We-Do/Accreditation/Common-Program-Requirements. Accessed May 16, 2016.
  18. United States Department of Labor. Overtime for white collar workers: overview and summary of final

- rule. Available at <https://www.dol.gov/sites/default/files/overtime-overview.pdf>. Accessed August 19, 2016.
19. Department of Health, U.K. More flexibility for NHS doctors under European Working Time Directive. Available at: <https://www.gov.uk/government/news/more-flexibility-for-nhs-doctors-under-european-working-time-directive>. Accessed June 1, 2016.
  20. 鄧桂芬：衛福部長：受僱醫師納勞基法工時先脫鉤。 <http://a.udn.com/focus/2016/06/07/21953/index.html>。引用2016/06/01。  
Deng GF. Minister of Health and Welfare: working hours not included when employed physicians are included under the Labor Standards Law. Available at: <http://a.udn.com/focus/2016/06/07/21953/index.html>. Accessed June 1, 2016. [In Chinese]



## Dispute about physicians being covered by the Labor Standards Act – the experience of accountants and lawyers

BRIAN PIN-HSUAN CHANG<sup>1,2</sup>, YAO-MAO CHANG<sup>3,4,\*</sup>

Overwork has caused strokes or death for many physicians, and is currently a widespread social controversy. The protection of working rights of physicians is an issue that cannot be neglected. The Labor Standards Act (the Act) was enacted to provide minimum standards for working conditions. Employed physicians hope to get this long-awaited protection. Problems occurred when the Act was applied to other businesses. From the perspective of social justice, however, will having physicians covered by the Act protect public health and prevent impairment? Other medical staff are covered by the the Act, as are accountants and lawyers who have similar long working hours, so should physicians not also be covered by the Act? In the end, what problems and their solutions may we encounter when physicians are included under the Act? This article will analyze the issue in terms of the protection of labor rights by the Act, and from the observation of the application process to accountants and lawyers; finally, we propose a way for physicians to be covered by the Act along with necessary supporting measures. (*Taiwan J Public Health*. 2016;**35**(5):459-476)

**Key Words:** *Labor Standards Act, working hours of physicians, labor rights of physicians, physician overworking*

---

<sup>1</sup> Formosan Brothers, Attorneys-at-Law, Taipei, Taiwan, R.O.C.

<sup>2</sup> Pediatric Nephrology, MacKay Children's Hospital, Taipei, Taiwan, R.O.C.

<sup>3</sup> Health Policy and Care Research Center, Taipei Medical University, Taipei, Taiwan, R.O.C.

<sup>4</sup> School of Health Care Administration, Taipei Medical University, No. 250, Wu-Xing St., Xinyi Dist., Taipei, Taiwan, R.O.C.

\* Correspondence author. E-mail: cjym@tmu.edu.tw

Received: Jun 17, 2016 Accepted: Sep 30, 2016

DOI:10.6288/TJPH201635105055