

勞工加班之認定（參考德國實務見解）¹

林佳和副教授之意見

1. 必須雇主明確或至少意思合致的命令指示或同意，以防止雇主在對於勞工究否提供勞務毫無所悉之情況下，經請求給付加班費。雇主或主管「無異議的」接收勞工提出之工時記錄表，不得逕認為嗣後同意，但相對的，如雇主或主管自行記錄工作時數，當無問題而成立同意延長工作²。
2. 雇主對於勞工加班「單純的容忍」，只有在加班事實上存在，依足以確認之事實判斷為真正之勞務提供，雇主對於其給付知悉且不表示反對—所謂「未採取使其無法再延長工作的措施、不為介入、反而進一步受領」，方得成立之，相對的，雇主單純的嗣後知悉無足當之³。
3. 最後，如存在經證明之「為完成所負工作之客觀上必要性」，則延長工作之勞工亦得請求加班費⁴，例如，雇主命勞工應完成之工作範圍，客觀上應認「窮盡勞工個人給付能力下，非延長工時即不可能達成」者，則視同成立雇主「意思合致」之指示勞工加班，如客觀上認有一定程度的急迫性，處理方式亦同。對此，應由勞工負舉證責任，單純的「在不論是企業或企業外之工作位置上」，無從產生推定效果⁵。

對於延長工作之事實與實際時數，勞工有釋明之義務，依前述不同之方式與狀態，應認有不同程度之證明與釋明義務⁶。一般而言，如勞工主張係依雇主指示而延長工作，則只要舉出「何一時間與地點下之逗留雇主處所」，以遵循雇主之指示，即為已足，相對的，雇主則可對之為實體的反對表示，包括其指示之內容與是否勞工確實依其指示而提供勞務，如雇主未為任何釋明，或實體上未為具說服力之反駁，

¹ 以下主要整理自兩本文獻：MüArbR/Reichold § 36 Rn. 69. (3 Aufl., München 2009); Schaub/Linck ArbR-HdB § 69 Rn. 16-18. (16 Aufl., München 2015)。

² BAG 3.11.2004 AP Nr. 49 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung.

³ LAG SH 14.11.2007 – 6 Sa 492/06 (juris); LAG BW 20.1.1993 E BGB § 611 Mehrarbeit Nr. 2.

⁴ BAG 17.4.2002 AB BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 40 = NZA 2002, 1340; LAG K 30.7.2003 PflR 2004, 366; BAG 16.5.2012 AP Nr. 53 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA 2012, 939.

⁵ BAG 10.4.2013 AP Nr. 54 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA 2013, 1100.

⁶ BAG 25.5.2005 AP TVG § 1 Tarifverträge: Gebäudereinigung Nr. 17 = NZA 2005, 1432.

則應逕認勞工之陳述為真實⁷。通常於訴訟上，經常請勞工釋明，包括例如：何時做了什麼？雇主因何等方式而知悉？從而勞工得以進一步繼續工作？這部份如已確認，則再請雇主舉證，其究竟採取何等措施阻止所不欲見之勞工延長工作⁸？勞工單純說明「延長工時都是在提供勞務」，至少在德國司法實務上，無足當之⁹。

⁷ BAG 16.5.2012 AP Nr. 53 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA 2012, 939; 3.11.2004 AP Nr. 49 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung.

⁸ BAG 10.4.2013 AP Nr. 54 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung = NZA 2013, 1100.

⁹ LAG SH 14.11.2007 – 6 Sa 492/06 (juris).