

德國揭弊勞工保護法制之初探

世新大學法律學系助理教授 洪瑩容



壹、前言

近年來，國內幾樁企業內不當行為之揭發，皆由內部吹哨者之資訊而來，有關勞工揭弊之問題，其往往使企業與勞工之間存在緊張關係，企業除了擔心其弊端被公開後可能會被追究責任外，其亦有營業祕密遭受外洩之疑慮。在勞動關係存續中，勞工有維護雇主利益之附隨義務，當勞工以不實之資訊告發雇主，則可能構成附隨義務之違反，而成為雇主終止勞工之理由。然而，許多企業的弊端往往須透過勞工勇於出面揭發始能為公眾所周知，揭弊之勞工卻須

負擔可能被解僱的風險，故在立法政策上應考量到吹哨者之利益，並給予其一定之保護，避免其使用不同管道揭弊時而違反法律，且保護其不因揭弊而遭受到雇主報復。關於吹哨者相關保護措施之法制化近年來雖受到相當關注，然在立法進度並未如預期。德國政府於近日提出揭弊者保護法(Hinweisgeberschutzgesetz)草案¹，本文擬介紹德國目前法制現狀以及草案之相關重要內容。

貳、德國法制之現狀

在德國現行法律中，並未對於「吹哨」(Whistleblowing)一詞有法律上明確之定義，在勞動法之領域中，對於「吹哨」之理解係指，勞工在廠場或企業中注意到某些弊端，當其繞過企業內原本之規範組織結構，轉向告知更高層級之主管或是員工代表會，此為「內部舉報」(internes Whistleblowing)。若勞工將弊端內容告知外部單位，例如透過專線，或訴諸公眾，此為「外部舉報」(externes Whistleblowing)。一般而言，透過內部管道揭弊較無問題，其可能因不同之企業文化而有不同之告發與反應之途徑，其可依據企業習慣(betriebliche Übung)或是企業內之規範，例如廠場協議(Betriebsvereinbarung)。若勞工將弊端內容告知外部單位，例如透過專線，或訴諸公眾，此為外部揭弊，此在過去可能會被視為契約義務之違反，吹哨勞工可能會遭受到雇主懲罰，甚至是被終止勞動關係等不利益待遇之威脅³。

針對吹哨勞工之保護，目前在德國法制下僅有若干規範散見於各法律中，例如勞動保護法(ArbSchG)第17條，勞工就工作中的健康與安全之問題，有權向雇主提出建議，而依照同條第2項規定，若在勞工基於具體之事實而認為雇主所採取的措施不足以確保勞工於工作時之安全與健康，而對於勞工之投訴，雇主卻未為補救之措施時，勞工可向主管機關申訴，雇主不得因為勞工申訴而使之遭受到任何不利益。此外，一般平等待遇

法(AGG)第13條、第27條尚規範勞工遭受歧視時之申訴機制；企業組織法(BetrVG)第84條亦設有勞工申訴權之相關規範。

另一個與吹哨者有關之規範為營業秘密法(GeschGehG)第5條第2項，該法第4條為營業秘密取得、使用揭露之禁止規範，但若營業秘密之取得、使用與揭露是基於言論自由之行使、或是為了維護公共利益而揭發違法行為或職業上之不當行為，或是揭發係由勞工向其勞工代表機構所為之者，而揭發對於勞工機構履行其職務為必要時，依照本法第5條第2項之規定，其不受本法第4條規範之限制，此時吹哨者不會被視為營業秘密法之違法者(Verletzer)，從而排除吹哨者之民事責任與刑事責任⁴。

整體而言，德國現行法制並未針對吹哨者之保護建構一套完整之體系，然而，在2019年10月歐盟通過吹哨者保護指令(RL(EU)2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden)後，德國立法者即面臨到在期限在將指令轉化為內國法之壓力，對此，德國政府於日前提出了揭弊者保護法草案，本文以下將簡述歐盟吹哨者保護指令與德國揭弊者保護法之草案規定。

參、歐盟吹哨者保護指令

於歐盟頒布機密的專門技術(Know-How)與營業資訊之保護指令(RL2016/943)後，為了將歐盟指令轉化為內國法，德國立法

者遂制定營業秘密保護法，於 2019 年 4 月 26 日生效，該法第 5 條第 2 款之規定與吹哨者之保護相關，為德國第一次對揭弊者保護法制之立法嘗試⁵。而歐盟議會和理事會於 2019 年 10 月 23 日通過吹哨者保護指令 (Richtlinie (EU) 2019/1937)⁶，吹哨者保護指令之主要目的有二⁷：一方面是透過規範給予吹哨者揭弊之機會，其可以依據企業內部管道，亦可藉由法律所規範之方式向外部管道舉報揭弊；另一方面則是應避免吹哨者因揭弊而遭受報復，在立法政策上應給予其保護，讓其不因揭弊而遭受到不利益待遇。吹哨者保護指令公布後，各會員國應於兩年內將指令之規定轉化為內國法律⁸。茲就其重要規定分述如下：



一、適用領域

指令在很多方面僅設有框架規範，而給予會員國相當程度之立法空間，對於吹哨者之保護列出多項適用領域，包含了金融服務、金融商品、金融市場、公共採購、洗錢防治、交通安全、環境保護、輻射防護和核安全、食品安全、公共健康、消費者保護等領域⁹。而指令之第 2 條第 2 項亦允許會員國擴大適用之範圍。另外，若涉及到國家安全之事務，則非本指令所規範之範圍。

二、人的適用範圍

從吹哨者保護指令第 4 條之規定可知其所涵蓋的範圍很廣泛，幾乎所有在企業內與工作有關之人都被納入指令所適用之對象內，其不限於現職或是離職之勞工，亦包含非典型勞動關係之工作者，例如派遣勞工。甚至連自營業者、股東、董事會成員、志工、實習生皆為指令所保護之對象。此外，與吹哨者有接觸且可能因揭弊而被報復之第三人，例如當吹哨者之配偶與吹哨者受僱於同一雇主而從事相關職務時，當其被解僱或是遭受到其他不利益待遇時，其亦有本指令之適用。

三、設置內部舉報管道之義務

依據吹哨者保護指令第 8 條之規定，會員國立法者於轉化指令規定至內國法時，針對僱用超過 50 人以上之企業，原則上應使其負有建立舉報系統之義務。企業所建制之內部舉報管道應能保護吹哨者與第三人之身分，避免未經授權者取得吹哨者之相關資

訊。此外，吹哨者保護指令第 9 條第 1 項規定，企業應於 7 天內向吹哨者確認收取報告，並在 3 個月內告知吹哨者目前處理之進度，企業並不須在 3 個月內完成調查，尤其是針對較為複雜之案件，要求企業於 3 個月內完成調查可能過於倉促¹⁰。

四、設置外部舉報管道之義務

依據吹哨者保護指令第 11 條之規定，會員國應建立權責單位，其負責接收舉報資訊、回覆吹哨者以及就舉報採取適當措施。此外，會員國應給予前開單位配置相當資源。至於何為相當資源，指令中並未予以規範或為進一步闡述。依此規定，會員國於設置舉報管道以及程序時應符合指令之要求，該權責單位應能獨立執行職務，並確保吹哨者所舉報之資訊之完整性以及資料處理之機密性，並能持續性地儲存相關資訊以便於後續調查（指令第 12 條第 1 項規定參照）。

五、外部舉報與內部舉報

若依原本草案之規劃，吹哨者原則上應遵守三階段之揭弊程序，亦即應先透過企業內部管道舉報、其後才得向外部權責單位報告、最後才能向公眾揭示。然而，現行通過之指令版本即不再堅持吹哨者須先透過內部管道舉報，依據吹哨者指令第 10 條之規定，吹哨者亦可直接向外部權責單位通報，而無須先行透過企業內部揭弊。換言之，吹哨者應可選擇其欲透過內部或外部管道揭弊，惟此與德國歷來對於吹哨者揭弊須先經由內部舉報管道揭弊無效後，始能尋求外部揭弊管

道之見解不同¹¹。

若吹哨者欲透過媒體、出版等形式直接對於公眾揭弊，依據指令之意旨，此等直接公開資訊之方式應為最後手段。依據指令第 13 條及第 15 條之規定，吹哨者原則上應先透過內部及外部舉報方式揭弊，若企業或外部權責單位在指令所規範之期間未為適當之措施，吹哨者將資訊公諸於眾之行為始能受到指令之保護。除非吹哨者有足夠的理由認為，企業的違法行為會對公共利益構成直接且明顯之威脅，例如在緊急情況或是為了避免不可逆的損害，始允許其以直接對公眾揭弊；又若吹哨者採取外部舉報之方式仍有遭受到報復之疑慮，或是基於案件之特殊情況針對違法行為幾乎不可能採取有效措施，例如該權責單位本身有參與此一違法行為或是證據可能被銷毀的情況下，依指令第 15 條第 2 項之規定，則其直接公開資訊應屬合法，吹哨者亦受有指令之保護。

六、對於吹哨者之保護

首先，依據吹哨者保護指令第 19 條規定，會員國應採取必要之措施，禁止吹哨者因揭弊而遭受到任何形式之報復，雇主不得因勞工揭弊而對之給予其如降級、解僱、拒絕升遷等不利益待遇。

此外，吹哨者保護指令第 21 條第 5 項設有舉證責任減輕之規定，若在程序中吹哨者主張其受到不利益待遇，吹哨者不須證明該不利益待遇與其揭弊之行為有關，反



而是受到揭弊之企業應證明其所為之措施並係基於其他正當理由，而無違反指令第 19 條之規範。

再者，對於（試圖）阻礙吹哨者、對揭弊者施加報復措施、蓄意對吹哨者提起訴訟或是違反保密要求之自然人或法人，指令第 23 條要求會員國應制定相應、合理、有效之措施，其所訂民法、刑法或者行政法上之制裁應能提供吹哨者有效之保護¹²。第 20 條亦規定，會員國應制定對於吹哨者之支助措施（Unterstützungsmaßnahme），例如法律上、金錢上以及心理上之協助；會員國依第 21 條之規定，須保護吹哨者不受到報復。

肆、德國揭弊者保護法草案之簡介

歐盟吹哨者保護指令之目的除了保護揭弊者外，其亦在制度上提供了揭弊制度之框架，以促使會員國為相關法制之建立與改善。指令第 26 條規定了會員國將指令轉化為內國法之期限，其應於 2021 年 12 月 17 日前完成內國法規之制定，而針對僱用超過 50 人之法人，會員國應於 2023 年 12 月 17 日前制定關於企業內部有效揭弊管道之法令。

德國政府計畫在近期將歐盟吹哨者保護指令之規範轉化為內國法，而德國聯邦司法與消費者保護部（Bundesministerium der

Justiz und für Verbraucherschutz) 於 2020 年 12 月起草揭弊者保護法草案，此為德國立法者第一次全面對於揭弊體系立法明文化之嘗試¹³，以下將介紹草案之重要內容：

一、適用對象

觀察本次草案對於適用對象之規定，其並未如歐盟指令般具體規定適用本法之群體。依據揭弊者保護草案第 1 條之規定，本法所要保護之對象，除了揭弊者本人外，尚包含被舉報或是被揭露的對象以及其他與揭弊有關之人。本條所規定之揭弊者係指因執行職務而知悉違法情事並依據法律規定舉報或公開之人。至於由私人領域得知重大違法情事之揭弊者，並未被納入成為草案之保護對象，論者有持不應將此類吹哨者排除於本法適用範圍之外之見解，從而認為草案內容尚有檢討之空間¹⁴。

二、適用範圍

草案第 2 條規範了揭弊之範圍，關於本法之適用領域涵蓋了指令所規範之領域，例如公共採購、環境保護、食品安全、消費者保護等。若參酌草案第 3 條第 3 項之規定，吹哨者所揭弊之資訊除了已經發生的違法情事外，尚包含可能發生之違法情事、試圖掩飾以及權利濫用之行為。

三、內部舉報與外部舉報的選擇

草案第 7 條第 1 項規定規範了吹哨者對於舉報管道之選擇權，依據此一規定，吹哨者可選擇透過內部舉報或是外部舉報之方式揭

弊。當內部舉報無法糾正弊端時，吹哨者得「接續」轉向以外部揭弊方式為之。前開規定之前段文字符合歐盟指示第 10 條之意旨，然而，後段之文字卻可能引起疑義，似有要求吹哨者須先透過內部管道揭弊之意，惟此將不符合歐盟指令之規範，該在指令中明確表示吹哨者可自行選擇以內部管道或外部舉報揭弊，故有論者認為草案第 7 條之文字內容尚有斟酌之空間¹⁵，將來或可將草案第 7 條第 1 項後段文字刪除，以落實歐盟指令保護吹哨者之意旨¹⁶。

(一) 內部舉報

僱用超過 50 人以上之雇主與企業，原則上須設置內部舉報單位（揭弊者保護法草案第 12 條參照），企業內部所設置之權責單位與吹哨者通報後 7 日內應向其確認收受其通報、與吹哨者保持聯絡、審查通報內容是否可靠、必要的時候可向吹哨者詢問進一步之資訊以及採取後續處理措施，此為草案第 17 條第 1 項所明定。關於內部舉報之後續處理措施，依據草案第 18 條規定，內部權責單位可進行調查或是指示其前往其他主管機關。在欠缺證據的情況下，內部權責單位可結束程序；亦可為了進一步調查將案件轉由其他權責單位處理。企業內部處理舉報之權責單位原則上應在確認收受舉報後之 3 個月內回覆吹哨者處理進度，其包含告知吹哨者目前已進行以及計畫將進行之措施，以及採取前開措施之理由（草案第 17 條第 2 項規定參照）。

(二) 外部舉報

為了轉化歐盟指令之規範，草案於第 19 條至第 30 條設有設置外部舉報單位之規範，相較於內部舉報，草案於第 23 條則明文規定外部舉報權責單位對於潛在之吹哨者負有提供資訊與建議之義務，並依據草案第 26、27、28 條之規定接受舉報並進行後續處理。

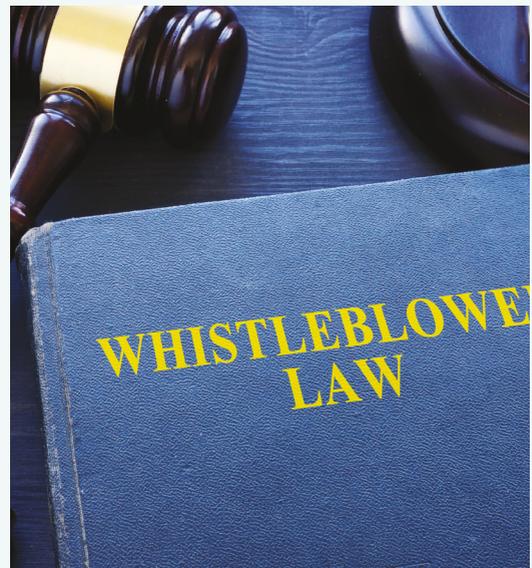
四、吹哨者之保護

關於揭弊法制之立法核心內容在於如何提供吹哨者有效的保護，使其不因揭弊而遭受到雇主之報復，草案第 32 條至第 38 條即設有相關規範，此為德國立法者首次超越各個法領域而針對吹哨者保護機制之統一立法。草案第 35 條第 1 項明文禁止對於吹哨者為報復措施 (Repressalien)，相較於歐盟吹哨者保護指令第 19 條詳盡列出各種報復措施，德國此次提出草案僅將「報復」定義為：「與職務有關之作為或不作為，其為吹哨者舉報或公開後之反應，且此對於吹哨勞工造產生不合理之損害¹⁷。」草案並不採取將可能具體之報復措施明列於條文之立法方式，此種作法引發了可能不利於法安定性之批評¹⁸。

草案亦設有舉證責任減輕之規範，當揭弊勞工於舉報或公開雇主違法情事後遭受到與其職務有關之不利益待遇，依據草案第 35 條第 2 項規定，對此不利益待遇被推定為因揭弊所生之報復措施，此時受到揭弊之雇主或企業應證明其所為之措施係基於其他正當理由，或是並非基於勞工揭弊而生。此一規定在訴訟實務上有其重要性，若無此規定，

蓋揭弊勞工在訴訟上往往難以證明雇主具有主觀之報復意圖¹⁹。

雇主若違反草案第 35 條報復措施禁止之規定，依據草案第 36 條第 1 項之規定，其對於揭弊勞工應負損害賠償責任。但揭弊勞工依據草案第 36 條第 2 項並無請求雇主與之建立勞動關係或是要求升職之權利。



伍、結語

對於吹哨者之保護，一直是備受關注之議題，2019 年歐盟吹哨者保護指令之頒布除了給會員國帶來在期限內轉化成內國法的壓力外，歐盟立法者亦透過指令設定對於吹哨者保護體系之框架，例如歐盟指令賦予吹哨者可自行選擇透過企業內部所設之管道揭弊，或是略過內部管道直接向外部權責單位揭弊，此與過去德國歷來通說認為吹哨勞工應先採取企業內部管道進行揭弊，且其不得

專以損害雇主作為動機而揭弊有所不同。而此次德國揭弊者保護法草案雖於第 7 條將內部舉報與外部舉報管道併列，惟該條文之前後文之文字使用似又存在吹哨勞工應先循內部舉報管道揭弊之意，此一模糊空間不利於法安定性而受到文獻質疑。

此外，在歐盟指令中相當強調對於吹哨者保護機制之建構，應避免吹哨勞工因揭弊而

遭受到雇主報復，故在立法政策上應有有效保護措施之制定。對於此次德國揭弊者保護法草案之另外一項批評在於，立法者未能充分考量到吹哨勞工之保護需求，例如草案中並未規定吹哨勞工得向雇主請求慰撫金，對於吹哨勞工在訴訟中並未設有暫時權利保護之機制等²⁰，可以預見的將來，草案的內容將會引發持續的討論，後續的立法動態應值得吾人關注。

注釋

1. 本法之德文全稱為 Gesetz zum Schutz hinweisgebender Personen，簡稱為 Hinweisgeberschutzgesetz，德文之「Hinweisgeber」直譯為中文應為揭弊者、舉報者，故本文將其翻譯為揭弊者保護法。
 2. Vgl. MAH ArbR/Denforter-Ditages § 35 Rn. 128; Bauschke, Geschäftsgeheimnisse und Bezug zum Whistleblowing – Gesetzliche Neuregelung, öAT 2019, 133, 134.
 3. Bauschke, Geschäftsgeheimnisse und Bezug zum Whistleblowing – Gesetzliche Neuregelung, öAT 2019, 133, 134.
 4. 參見德國營業秘密法第 11 條與第 23 條之規定。
 5. Vgl. Bauschke, Aktuelles zum Whistleblowing – Erläuterung der neuen EU-Richtlinie, öAT 2019, 133 ff.
 6. 指令之全名為：Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden.
 7. Dzida/Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, NZA 2020, 1201.
 8. Vgl. Art. 26 der Richtlinie (EU) 2019/1937.
 9. Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/1937.
 10. Dzida/Granetzny, Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, NZA 2020, 1201, 1202 f.
 11. Vgl. BAG, Urteil vom 3. 7. 2003 - 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.
 12. Vgl. Erwägungsgrund 102 der EU-Whistleblowing-Richtlinie.
 13. Gerdemann, Referentenentwurf für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz, ZRP 2021, 37.
 14. Dilling, Der Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz – Steine statt Brot für Whistleblower und betroffene Personen, CCZ 2021, 60, 61.
 15. Vgl. Dilling, Der Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz – Steine statt Brot für Whistleblower und betroffene Personen, CCZ 2021, 60, 62.
 16. Gerdemann, Referentenentwurf für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz, ZRP 2021, 37, 38.
 17. 參見德國揭弊者保護法草案第 3 條第 6 項之規定。
 18. Gerdemann, Referentenentwurf für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz, ZRP 2021, 37, 38.
 19. Gerdemann, Referentenentwurf für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz, ZRP 2021, 37, 39.
 20. Vgl. Dilling, Der Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz – Steine statt Brot für Whistleblower und betroffene Personen, CCZ 2021, 60, 65.
-