

第六章、結論：回顧、反省與展望

第一節、本文主要重點之回顧

定期勞動契約的規範，我國法以勞動基準法第九條為中心，輔以勞動基準法施行細則第六條建構起一個限制的容許範圍。這其中的主軸為對勞基法第九條「有繼續性工作應為不定期契約」之「繼續性」的解釋。檢討定期契約的定義，其實益乃在於締結定期契約的勞動契約它的權利義務與一般的勞動契約有何不同，在促進經濟發展與勞工權益保障之間應如何平衡，這些是本文所關切的主題。

本文於第二章首先論述關於勞基法第九條「工作是否具有繼續性」的判斷標準，因法文並未見進一步的解釋，本文乃分別對勞委會的行政解釋令函及學者見解做一個整理，勞委會主要是由客觀層面加以考量，從雇主持續維持之經濟上活動所衍生的職務工作來評斷，其中最具代表性的是八十九年台勞資二字第零零一一三六二號。本文認為勞委會的行政解釋令函所提出的判斷標準應為重要的參考依據而非要件，以求各令函間之一貫，同時行政解釋令函在法位階上宜注意到法治國原則。在學者見解方面，有認為繼續性工作乃是指勞工所擔任的工作，就該事業單位之業務性質與經營運作而言，係具有持續性之需要者，並非只有臨時性、短期性、季節性之一時性需要或基於特定目的始有需要者；這樣的解釋亦應符合目的解釋，而從結果上來說對勞工亦較為有利。亦有不同見解提出應關注於雇主任用該勞工之契約目的，至於該勞工所從事之工作是否為雇主有意繼續維持之經濟活動，並非所問。這是一個不同於勞委會立場的見解，參酌其所提出之實例，亦相當具有價值。本文則是認為上述見解皆有其優擅之處，若在主觀面與客觀面能綜合予以考量，似亦為一可行之道。

定期勞動契約的類型依勞基法第九條有臨時性、短期性、季節性及特

定性工作，施行細則第六條亦給予立法定義，本文在第二章對於這四種類型，實務上常見的案例及認定標準皆有詳盡的介紹與整理，諸如特定性工作與雇主單方面的分派間的差異辨別、工程實務常見的問題等。定期勞動契約除這些類型外，特別法上的定期勞動契約及其他類型，亦不可忽略；在本文第三章第三節，對於外籍勞工、國防科技役、公營移轉民營條例之定期勞動契約人員、國民大會代表助理、試用勞工等，本文亦綜合學者見解、實務見解翔實地加以析述。

就業服務法第四十六條，本文認為從解釋論上而言，主管機關給予雇主聘僱外國人之許可期間一次不得逾三年之限制，其所規範者，乃主管機關與雇主間之行政監督關係，其並未處理到雇主員工間私法契約應為定期或不定期的問題，兩者的性質並不相同。就業服務法第四十六條第三款的規定，第八款至第十款的外籍勞工應為定期契約，餘者其並未說明，而依「明示其一，排除其他」之法理，應解釋為八至十款以外之勞工，不必然為定期契約。

而國防役男關於「服務四年」之規範究屬最低服務年限或立法者之意亦在於如同就業服務法將之強制為定期契約之意？從利益衡量的角度來看，應該是定期契約為妥，也就是這「服務四年」應當作一個具有公法性質的定期契約。

在公營事業移轉民營條例施行細則中的「定期勞動契約人員」(第十二條規定)，這主要涉及判斷是否為「從業人員」，因公營事業移轉民營條例只對從業人員有所保障及補償。本文認為似乎不必要將公營事業移轉民營條例施行細則所稱之定期勞動契約人員以勞基法第九條的角度來解釋，因為兩法立法目的並不相同，就勞基法而言，此等臨時人員應可歸納為臨時性或短期性的定期契約中，並無再另行規定的必要，故兩規定間的解釋不必然須相同。

「試用期」為實務上常見的勞動契約類型之一，而本文認為其非定期契約亦非不定期契約，因試用契約與定期契約之目的與標準並不相同。試用期者為雇主為評價試用勞工之職務適格性及能力，作為考量締結正式勞

動契約與否，存續期間較短之試驗性約定。實務上最常見的爭議在於試用期滿後，雇主之終止權行使是否需受勞基法的規範？勞委會見解認為試用期內或屆滿時，雇主欲終止勞動契約，仍應依勞動基準法第十一、十二、十六及十七等相關規定辦理。本文認為若採此解釋，試用期與一般僱傭契約有何相異，試用的目的乃在於給雇主一個時期以觀察勞工是否適任，應給予其較寬之終止考量權，方符合試用期之意旨。

將定期與不定期勞動契約加以區別，其牽涉的不外乎是法律關係的權利義務。定期勞動契約的權利義務，包括法定更新、連續性定期、工作年資的累計、契約的終止與資遣費、退休金、職業災害補償、工會會員資格等等，本文亦兼引相關法規與勞委會的相關行政令函，在第三章一一加以分析。法定更新的背後的本質在於承租人、受僱人等弱勢的相對人其社會保護需求而來，而在勞基法第九條第二項亦有明文規定，但其僅限臨時性、短期性之定期勞動契約始有適用，至於季節性與特定性之勞動契約，本文認為應不得再回歸民法類推四百五十一條，否則勞基法第九條第三項將被架空；而連續性定期契約的立法意旨在於保護勞工，避免雇主假借數個定期契約而行不定期契約之實，但若為了貫徹此項目地，在前後契約期間未超過三十日的這項要件上，能修改為未超過六十日或九十日，或許是可以考慮的。

在工作年資的累計，勞基法第十條規定定期契約屆滿後，未滿三個月而訂定新的勞動契約，或不定期契約因故停止履行，於未滿三個月內又繼續履行原約時，勞工工作年資應合併計算。

在資遣費方面，勞基法第十八條之中規定，定期勞動契約期滿離職者，不得請求資遣費，但若非期滿離職時，應如何處理，本文認為應視情況之不同而予以不同之處理，即先區分行使終止權人為何者，再視其終止事由來看。在終止權人為雇主時，本文認為僱主得依十一條之事由而行使終止權，其乃基於民法四百八十九條第一項規定若有重大事由仍得終止，而勞基法第十一條各款亦可認為屬於民法所稱重大事由的具體化之理由。若勞工符合勞基法第十二條的要件時，雇主亦得不經預告終止勞動契約，勞工

不得請求資遣費，而此屬可歸責於勞工之事由而終止，雇主更可依民法第四百八十九條第二項向勞工請求損賠，此為期限利益之法理所當然。在勞工為終止權人時，除符合勞基法第十五條的狀況外，在雇主有十四條的要件時，勞工得不經預告終止契約，並依十七條，得請求雇主給付資遣費，而其與民法第四百八十九條第二項，在定期僱傭契約因重大事由而行使終止權，該事由如因當事人一方之過失所生者，他方得向其請求損害賠償之損賠請求權，應得同時併為主張。

在職業災害補償與工會會員資格方面，定期勞動契約與不定期勞動契約勞工一般並無二致。惟定期勞動契約的期間通常為一年以內，故在適用勞基法五十九條第二項職災補償之工資補償時，鮮少有機會適用到其但書（勞工醫療期間屆滿兩年仍未痊癒），一次給付四十個月而免除工資繼續補償責任。在工會會員資格上，除有工會法第十三條之情況外，不論定期契約工或定期契約工，皆應有權利加入工會，成為工會會員之資格。

而在司法實務見解方面，本文第四章亦對近年的定期勞動契約做了類型化的整理，並在本文後之附錄有表格化的整理。對於定期契約的認定，大致可分為兩種類型，以是否具有「繼續性工作」來判別，或者是以是否屬臨時性、短期性、季節性及特定性工作去做檢驗，如果不是的話，當然不屬定期契約，而無庸再探討工作是否具有繼續性。以搜尋所得的判決，法院在面臨定期或不定期勞動契約的爭訟時，較多從後者著手（比例約佔百分之六十），畢竟從邏輯上而言，雖較為迂迴，但爭議較少；而迄今並未有判決對「繼續性工作」給予直接的定義，都是由連續工作數年、或從公司所營業務與勞工擔任職務相較，甚或無論述而直接認定等等；但總體而言，法院對繼續性工作的見解亦是由客觀層面去做判定考量。

本文於第五章中介紹德國立法例，德國關於定期勞動契約的制訂法演變共有三階段，而這其中的關鍵毋寧說是經濟因素的變遷，使得制訂法上因循變異。在現行的新法當中，定期的期間如果是二年以下，則不問是否有正當事由；定期的期間如果為兩年以上，則需有正當事由，該法例示了八款正當事由，例如：基於暫時性的需要、代理另一個勞工、試用期等等，

觀之我國勞基法，與之相對應的為勞基法第九條，其中規定臨時性、定期性、短期性、特定性工作得為定期契約。而相比較之下，雖此二法同為限制定期契約的成立，但其中亦有不同之處；德國的部分工時及定期法乃是採取例示的立法例，而我國勞基法採取的是列舉式的，也就是說德國法雖然列了八款事由，但是實際上可為定期契約的情況比這八款還要更多，那八款只是一個範例，只要具有類似的正當事由皆可為定期契約。而我國勞基法第九條的臨時性、短期性、定期性、特定性工作，乃是列舉式的，一定要符合這四種其中之一，否則是違法的，同時在施行細則第六條亦對何謂臨時性、短期性、定期性、特定性工作規定其認定標準，以立法解釋的方式來定義它們，可說是相當地嚴謹。

其次，在德國縱使有正當事由的限制，但如勞動契約的期間如果為兩年以下，是毫無疑問地可以為定期契約的約定，而該法對定期契約最長的期限並沒有做進一步的規定。而我國勞基法施行細則，臨時性、短期性工作乃是指工作期間六個月以內者，季節性工作必須在九個月以內，特定性工作若超過一年，亦應報請主管機關核備，也就是說我國勞基法立法者認為定期契約的期限原則上不應該超過一年，相較之下，對定期契約的管制是相當嚴格的。德國法所列舉的八款事由，例如根據裁判上和解所為的期間得為定期，在這種狀況當事人地位較平等，對當事人亦無不利的情況，將使定期的約定在公平的前提下可靈活的操作而不失於僵化，是相當多面向的。相對之下，我國法治的規範較嚴謹；但實際是否能收保護勞工之效，雇主有無可能由其他方式遁避，也尚有討論的空間。

第二節、定期勞動契約法制之反省

勞動法反映資本與勞動間的社會關係，其不僅只是單純處理靜態的法律關係，而是從實際社會的關係所反映過來的法律關係呈現，會有隨時變化調整，因時因地而異的制度遞嬗現象。因此，觀察或思考勞動法問題

時，必須擺在整體的社會關連下（Sozialzusammenhaenge）來觀察，才能顯現出應有的意義¹⁶⁰。所謂「法與時轉則治」，法律規範必須配合著社會的變遷而有所調整，任何法律的訂定必定適合當時的社會情境，否則其正當性便會產生質疑。而勞動法的發展與整體經濟、社會基礎變遷趨勢、經營組織型態演進和勞工族群之勞力特質與生活觀念等因素息息相關。勞動問題及其立法需求的體察，自亦不能抽離該等現實脈絡，而只停留於抽象層面的討論¹⁶¹。勞動法令固然有保障勞工之天職與義務，但亦需顧及雇主之負擔能力與社會變動，而對於定期勞動契約的規範，我國法乃以勞動基準法第九條為中心，輔以勞基法施行細則第六條建構起一個限制的容許範圍。而這其中的主軸為對勞基法第九條「有繼續性工作應為不定期契約」之「繼續性」的解釋。而檢討定期契約的定義之外，其實益乃在於締結定期契約的勞動契約它的權利義務與一般的勞動契約有何不同，在這樣的區別意義之下，定期勞動契約的角色，在促進經濟發展與勞工權益保障之間應如何平衡，這些是本文所關切的。

勞動保護規範與市場經濟興衰之間的消長關係，一直是百年爭辯難以論斷的課題。新自由主義論者企圖擴張資本對勞動的支配權力、統治權力，使各種勞動法規範遭到修正或廢止，盡量使勞動契約關係回復到自由的市場規律運作，回歸到傳統民法的規定或基本原則（個人化），勞動保護法在此派的評價上，被認為是對勞動市場的過渡干涉，是雇主雇用新員工的障礙，因而也就是造成失業問題無法解決且一再惡化的禍首，因此應將勞動保護法規予以去法規化，使得勞動契約將被賦予更多的彈性¹⁶²。

而彈性的勞動市場是否為解決失業的萬靈丹，就能提高就業率，讓更多的勞動者均蒙其利，這些並非毫無爭議的。肯定說者認為市場彈性化是OECD（經濟合作暨發展組織）國家因應數位化科技時代挑戰下的重要對應

¹⁶⁰ 林佳和，勞工案件專家參審之問題試探，律師雜誌，二五三期，民國八十九年十月，64頁。

¹⁶¹ 黃程貫，我國勞動法發展趨勢之觀察與展望，月旦法學雜誌，一〇〇期，民國九十二年九月，92頁。

¹⁶² 黃程貫，勞動法，國立空中大學，民國九十年六月修訂再版，42頁。

措施而數位化科技的主要特徵就是「破壞性」，打破固有的疆界、市場、領域等種種藩籬，使市場更全球化，既有的商業關係受到震撼並隨之鬆動，就勞動場而言，亦無法自外於其衝擊，既有的勞資關係、工作型態、勞動契約也必產生連鎖反應，若無法在勞動市場上配合數位化科技彈性重組、彈性調整、彈性適用的破舊立新，則無法創造附加價值高的好工作。而否定說者認為應先觀察其他國家實施勞動彈性的具體成果，以美國為例，減少勞動法令對市場機制的干預，其結果固然有助於就業機會的增加、失業率的降低；但這些所謂非典型僱傭工作所提供的勞動條件，除了少數例外，根本無法與一般的典型勞動契約相提並論，絕大部分都由婦女或少數族裔充任，其結果更加造成所得分配更不公平，所謂勞動市場彈性化，很可能只是「頭痛醫頭，腳痛醫腳」的權宜措施，就長遠角度來看，在於提昇國際競爭力及個人穩定生活並無助益¹⁶³。

本文的態度較傾向後者。或許現今科技化的數位時代，在企業管理者的眼中，勞動力就是一樣單純的商品，一個人勞動的價值是可以用金錢去衡量的，也可以輕易地去被取代的，也如同其他的成本，如土地、資金等可以量化、觀察、監控，成為一種記錄的數據，如果卸除國家的管制，使其如同其他物品般可以靈活的抽取替換，在經營上則有較多的助力。但對勞動者本身而言，勞動是生活的重心，在工作的過程不僅僅是單純的以勞動換取金錢的報酬，其中亦有金錢不可取代的價值在內，例如工作的成就感、與同事相處的情感形態、生活視野的擴大、對於未來展望的規劃等等，而這些價值必須構築在一個較穩定的基礎上，勞動與生活如果經常處於不穩定的狀態，是很難獲得真正勞動的價值，包括金錢與非金錢方面。而彈性的勞動力市場，亦有治標不治本的疑慮，長期以往，其所帶來的社會外部負面效應，亦尚難評估。所以本文對彈性勞動市場抱持較保留的態度。

而從另一個角度來說，回頭審視我國勞動市場，雖然結構性轉型隨著加入世界貿易組織及開放兩岸三通逐漸加速，但彈性的腳步尚不明顯。尤其我國勞資團體協商制度薄弱，勞資互信不足，時常必須仰賴政府以公

¹⁶³ 李誠主編，彈性勞動市場真能創造好的就業機會嗎，遠見雜誌，第一八四期，民國九十年十月一日，212-215 頁。

權力直接介入勞資關係，雖然德國法制的靈活變化有其可取之處，但本文認為我國若要如德國法制般採取明確二元化勞動市場、開放彈性勞力的這樣一個制定法方式，似宜三思而行。

但縱使對開放彈力勞動市場抱持著保留的態度，本文仍認為我國定期勞動契約目前所採取的嚴格管制是否最為妥適，亦尚有討論之空間，因為施行的結果應有適度的空間容許定期勞動契約的存在。這樣的想法不是因為民法將契約分為定期與不定期兩種類型，其理由乃是在於需求必要性；固然雇主有其彈性化的需求，對於勞工在某種程度也是如此。現有的實證研究結果顯示，高度就業保障的立法對穩定成年男性的就業有正面的效果，對婦女與青少年的就業機會有負面的效果；而對某些婦女、青少年或高齡工作人口，他們需要此類工作以便在家庭、學校、退休與市場工作之間求得平衡，法律應該給予一定程度之保障；例如日本對於定期勞動契約的期間上限原本規定為一年，西元二〇〇三年修正時放寬至三年，對於一些特例，例如六十歲以上之勞工，則放寬為五年，以促進中老年二次就業。如果法律所架構起的制度，使得雇主難以合法的僱用定期契約工，對於特定族群而言，反而是未蒙其利，反受其害了。

當然在採取這樣的一個基本態度後，再回到我國勞基法第九條對於定期勞動契約的規範，本文認為在衡量現實環境下，我國與德國在勞資團體協商能力的差異性，若要採取德國般對定期勞動契約採取如此開放的態度，需相當審慎；但另一方面也認為審視我國實務操作的結果，定期勞動契約的管制似乎過於嚴格了。由定期勞動契約涉訟的判決結果來看，鮮少被法院判定為定期契約者。當然裡面有許多情況需要考量，除了不少案件是明顯的不合理之外，例如一年一聘長達十六年等這種情況之外，亦有一些個案，就雇主的經營風險負擔而言，有負擔過大的疑慮，例如郵局正在逐步實施機器郵件分揀，但初期仍採雙軌制，這時僱用一名勞工來作分信的工作，但若機器分檢全區順利運行的話（這需要幾個月），就不再需要那麼多的勞工；這是在勞資雙方締結勞動契約時都有預見的事實，但法院以這屬於繼續性工作，而認為這是不定期勞動契約。以類似的情況來說，百貨公司週年慶為應付眾多湧入的人潮，往往會招募臨時的工讀生來幫忙，

以法院的角度而言，也極有可能被判定為不定期勞動契約，但這是否合理，恐有不同意見。

對於資方而言，雇主有這種臨時的人力需求，卻礙於法令的規定無法合法的聘僱定期契約工，這時候他很有可能選擇非法聘僱或是從人力派遣去遁出，派遣勞動亦屬於非典型的勞動契約，而目前國內並無特別的法制來規範，而派遣勞動所衍生出相當多的問題也絕非單單只依賴民法所能充分解決，而對勞工權益而言，定期勞動契約至少還有勞動基準法的部分保障，例如：職業災害、休假、工時等等，毋寧說是較派遣勞動來的有利、有保障。

而再回到勞基法第九條的規定，其中區分定期與不定期勞動契約的主軸為「繼續性工作應為不定期契約」，勞委會針對繼續性這個概念所發出的解釋函多達十餘封，其為貫徹勞基法保護勞工，對於個案的解釋都相當的仔細，但從另一方面來說，似乎未能兼顧各解釋令間完整的一體性以及法治國原則，增加了法律所無之限制。而在司法判決中，法院並無正面地針對「繼續性工作」這一概念來下定義，再從涉訟的案件中來看，很大的比例是雇主以一年一聘的方式連續雇用勞工長達數年甚或十餘年，而最後為了資遣費或退休金而涉訟，但其實這部分透過勞基法第九條第二項第二款連續性定期契約視為不定期契約亦可解決。由此來看，「繼續性工作」這一概念在司法實務上似乎並不扮演最重要的關鍵角色，但對於這一概念的解釋卻有非常大的歧見與爭論。

第三節、立法的展望

在立法論上，「法律無法產生或製造需求，單恃嚴刑峻罰亦無法提高雇用¹⁶⁴」，因此本文認為，就定期勞動契約法制的改革而言，應當採取一

¹⁶⁴此句話實值吾人贊同，出於：楊通軒，大量解僱勞工保護法相關法律問題之研究，律

個比現行法制較寬鬆，但又不至於如德國立法例般開放的態度。所謂比現行法寬鬆，如此便可以較符合現行實務的需求，使得雇主得以彈性運用定期契約工，而有短期就業需求的勞工也得以有份工作與收入。所謂不若德國法制般的開放，乃是考慮到由於國內勞資團體對話力量的不均衡，勞動保護立法仍是不可或缺，同時這也是服膺憲法第一百五十三條的要求：「國家為改良勞工及農民之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工及農民之法律，實施保護勞工及農民之政策。」因此對於彈性勞動市場，仍必須以法制來施以一定程度的控管，如此方便勞工可獲基本的保障。

基於上述之原則，本文建議勞動基準法第九條條文應修正如下：

「第一項：臨時性、短期性、季節性及特定性工作得為定期契約。第二項：前項所稱臨時性、短期性、季節性及特定性工作，謂左列意義之工作：一、臨時性工作：係指無法預期之工作，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工作。其工作期間超過一年者，應報請主管機關核准，其核准之標準由主管機關訂之。第三項：未依前項第四款核准之定期契約視為不定期契約。」

此外，應增設勞動基準法第九條之一如下：

「第一項：定期契約屆滿後，勞工繼續工作而雇主不即表示反對意思者，視為不定期契約。第二項：雖經另訂新約，惟其前後勞動契約的工作期間超過九十日，前後契約的間斷期間未超過九十日者，亦應視為不定期契約。」

上述之修正乃是基於以下之理由：

一、「繼續性工作」應予刪除

原第九條第一項後段之「有繼續性工作應為不定期契約」應予刪除，

如此可放寬定期勞動契約的管制，較符合實務需求。依本文前面之論述，關於如何認定「繼續性工作」，不論在實務或學界都難有一定標準，爭議頗多，同時，由於法文明定「繼續性工作應為不定期契約」，使得其法律效果變成是「一翻兩瞪眼」的結果。在法律構成要件上如此不確定之概念，實應予刪除。而實務上大部分的爭議，則多半可利用原第九條第二項第二款來加以解決。同時，刪除了繼續性概念，可用臨時性等四個概念來加以判斷是否可為定期契約，如此使得企業如有臨時性、短期性、季節性及特定性等需求，便可僱用定期契約工，不會再受「繼續性」之限制。而對於勞工而言，對於有短期就業需求的勞工，由於企業僱用定期契約工的機會增加，便使其得以就業，如此可使失業率降低。

二、原施行細則第六條提升至法律層次

為了配合對特定性工作的限制，有必要將原施行細則第六條提升至法律層次，使得對特定性工作之限制得有法律依據，避免違反法律保留原則。而原施行細則中各款之「非繼續性工作」也因配合「繼續性工作」之刪除而刪除。

三、超過一年之特定性工作採取核准制

由於廢除了繼續性工作的概念，如此雖然使得定期契約的成立可能大增，但是如此可能使得雇主藉機為脫法行為，大量僱用定期工，以減少人事成本，如此對於勞工整體而言實屬不利。而特定性工作此項概念，更可能成為脫法行為的目標，且因為其期限有可能超過一年，因此有必要加以限制。本文認為應將超過一年之特定性工作改為核准制，由主管機關來行使控管機制，避免雇主藉機為脫法行為。而核准標準則授權主管機關訂定裁量性標準之法規命令，此亦符合法律保留之原則。違反此項核准的法律效果，則將其視為不定期契約，以保障勞工。

四、法定更新前後間斷期間應延長

原第二項第二段法定更新之前後間斷期間由三十日改為九十日，以防雇主任意操作，較能保護勞工。

五、原第九條第三項刪除

將原第三項規定「前項規定於特定性或季節性之定期工作不適用之。」刪除，因特定性或季節性工作的保護需求與臨時性或短期性工作的保護需求並無二致，不宜將之排除在外。

如此修正之後，應較能符合勞動市場之需求並給予勞工一定之保障。