

第二章、我國勞基法上定期契約的定義

第一節、我國勞基法第九條的立法目的

第一項、民法僱傭契約的規定

民法第四百八十二條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」可知僱傭以受僱人之服勞務是否有一定期限為標準，可分為定期與不定期兩種型態。申言之，即有一定期限者為定期僱傭；無一定期限者為不定期僱傭。而此種分類的方式，更確切的來說，是基於市場需求的必要所使然，當事人對於勞務需求或勞務供給有明確可預見的期間時，則會締結定期契約，以供特定期間之需求及給付，當特定需求的期間已過時，契約也隨之消滅；反之，則締結不定期契約。故民法第四百八十八條第一項規定：「僱傭定有期限者，其僱傭關係於期限屆滿時消滅。」第二項曰：「僱傭未定期限，亦不能依勞務之性質或目的定其期限者，各當事人得隨時終止契約。但有利於受僱人之習慣者，從其習慣。」亦即若訂有期限者，在所約定期限屆滿時，僱傭關係即行消滅；若僱傭未定期限，亦不能依勞務之性質或目的定其期限者，原則上各當事人得隨時終止契約，但是若有利於受僱人之習慣者，則依其習慣。僱傭是否必須定有或不定期限，民法本著契約自由的原則，並不加以干涉，亦即僱傭人與受僱人之間，當事人合意即可；若未定期限者，除有利於當事人之習慣之外，則得隨時終止契約，完全不受拘束，民法的規定並未考慮到處於弱勢的勞工對勞動關係、對因勞務之提供所能獲得之工資之生存依賴性。

這種不定期契約可以隨時任意終止契約的規定乃是由契約自由所導出來的當然結果，契約因當事人互相表示意思一致而成立，一方當事人自己

受其拘束，並同時因此而拘束他方當事人。此種互受拘束乃建立在契約自由原則之上，即當事人得依其自主決定，經由意思合致而規律彼此的法律關係。契約自由是私法自治最重要的內容，為私法的基本原則。契約自由，包括五種自由 1. 締約自由，即得決定是否與他人締結契約。2. 相對人自由，即得自由決定究竟與何人締結契約。3. 內容自由，即雙方當事人得自由決定契約的內容。4. 變更或廢棄之自由，即當事人得於締約後變更契約的內容，甚至以後契約廢棄前契約。5. 方式自由，即契約的訂立不以踐行一定方式為必要。此種廣泛的契約自由，自十九世紀以來，隨著個人主義及市場經濟的興起，成為私法的理念，使個人從身份的束縛獲得解放，得發揮其聰明才智，從事各種經濟活動，對於社會進步，具有重大的貢獻。依傳統之理論，個人是自己利益最佳的維護者，契約既然係因當事人自由意思之合致而訂立，其內容的妥當性亦可因此獲得保障。而問題在於「自由」事實上是否存在，當事人是否確能立於「平等」地位從事締約行為。契約之概念只有在自由及平等兩個基礎上方能建立起來。如果一方當事人不能不屈服於他人意思之下，則雖有自由之名，但實為強者逞其所欲，所以契約自由應受限制，為當然之法理，無限制的自由，乃契約制度之自我揚棄⁷。

契約自由的目的乃是為達成私法自治以及公平正義，但要落實的前提必須是雙方當事人地位平等，對話的力量平等，但勞資關係雙方當事人卻是屬於事實上極端的不平等，在這樣的情況下，要達到上述的目的，確有困難。而再從實體法的角度來觀察，我國民法僱傭一節對於受僱人、勞工工作權之保障，與租賃契約當事人相較，相差甚遠。舉例而言，例如在民法第四百五十條第二項雖如同民法第四百八十八條第二項之規定肯定終止自由，但民法第四百五十條第三項卻有進一步關於預告期間與終止期日之規定，此等預告期間與契約期日的規定，均屬終止保護的樣態。而此等基本的終止保護制度，卻只於租賃契約中有所規定，但在社會保護需求更為強烈的僱傭契約中，卻未被提及，反而賦予雇主有完全的自由，相形之下，

⁷ 王澤鑑，基本理論債之發生，民法債篇總論(一)，民國八十三年十月，69、70頁。

對人的保護竟不若對物的保護，輕重失衡由此可見。而近年來政府關於民法債篇規定之修正草案的所有討論，亦未曾有關於這方面的修正主張，令人遺憾⁸。

第二項、勞動契約的特性

勞動關係是一種勞務與工資的交換關係，即：一種雙務的、債法上的交換關係，為繼續性債之關係，在這種基礎上，勞動關係原則上有民法債篇總則關於意思表示規定的適用，但須考慮到，勞動法的產生本係為了「社會化」做為市民法之民法⁹。更進一步的來說，勞動契約屬於一種繼續性的債之關係，繼續性的關係意味著雙方當事人間權利義務關係是不斷持續形成的，但是以民法典來說，基本上是以買賣如此一時性的法律關係作為典型的規範對象，對於繼續性的法律關係較未考慮其特性而作完善的規範。其次，勞動契約通常構成勞工之經濟上的生存基礎，也就是勞動者的生存基礎乃完全取決於受領勞務之他方所支付的對價，民法並無法解決此一勞動者生存需求，因民法之財產法所欲規範者係純有產者相互間之財產流通、交換過程，僅僅抽象地著眼於權利主體的法律行為，由契約等法律行為內容導出各自之請求權。至於法律行為當事人在社會生活上的生存基礎，則在民法上則全然未加規範，因此對勞動者而言，民法並無法保障其生存基礎。而最重要的一點，在勞動關係中，勞工通常對於另一方當事人（資方）具有從屬性、依賴性，且隨著雙方契約期間越長，這樣的特性也越明顯；這樣的特點，是其他契約關係所沒有的，即使是同屬繼續性債之關係的租賃契約。因之，在傳統的民法典中並未慮及勞動關係的特殊性，故勞動法即應超越民法而斟酌勞動者生存基礎之依賴性及基礎。¹⁰

換言之，若考量到勞資實質的不對等關係，民法的僱傭規定可以說是

⁸ 黃程貫，勞動法，國立空中大學，民國九十年六月修訂再版，479、480 頁。

⁹ 呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，蔚理出版，民國九十一年二月，129 頁。

¹⁰ 黃程貫，前揭註 8 書，24 頁；黃程貫，民法解除、撤銷與無效規定在勞動契約上之適用可能性，戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集，元照出版，民國九十三年一月，410、411 頁。

只慮及到資方的利益，不需預告期間、不需任何正當事由、不用付出任何代價即可終止契約，可以說是對勞工的生存依賴沒有任何的保障，而對弱勢、沒有選擇餘地的勞工而言，定期契約至少還有期限利益，所以乍看民法的僱傭此章規定，身為弱勢的勞工，選擇定期契約，似乎是比較有保障的，因其至少有時間上的保障，在契約所約定的期限內，勞動契約是存續的；而若是不定期契約，原則上當事人得任意終止，也代表著受僱人（勞工）的地位處於不穩定的狀態，因為隨時很可能因為僱傭人欲終止契約而行使終止權，這僱傭關係也隨之解消，不需要任何的理由，也不需要提前通知受僱人，只因僱傭人任意的、片面的的考量，受僱人即會喪失僱傭契約的對待給付，即所賴以維生的所得來源，也就是因為民法對於不定期僱傭契約並無特別的保護，使得弱勢的勞工赤裸裸的暴露於隨時可能被解雇的危險之中，對於生計來源的收入處於高度的不確定狀態，相對之下，定期契約尚有期限利益的保障，雖然僱傭契約無法希冀能夠持續不斷的存續，但至少在所約定之期間內，只要付出勞務即可確定具有工資收入，生存具有保障，對於期間屆滿時亦具有預見可能性，而可以提早作因應的準備，或是提前尋找另外一份工作以為接續因應，所以單從民法僱傭的規定言之，才會令人有定期僱傭契約未必不利於不定期僱傭契約的感覺。

而勞動法的目的是在於調和資本主義所帶來的弊端，對民法以當事人平等出發所為之規範的修正。在資本主義下，資方憑藉著資金不斷的膨脹，成為強勢之一方，而勞方幾乎沒有實質的力量來與資方相對話，締結以平等出發的勞動契約；而勞動法的出現就是要讓有保護必要、有規範需求的勞動者，使其有平等或趨於平等的力量與機會與資方相抗衡¹¹。換句話說，勞動法即是在規律資本與勞力這兩種本質相衝突的力量及利益。具體而言，一方是個別企業公司及工、商業公會團體，其力量在於資本及企業組織，其所追求的是利潤；而他方是眾多以勞力謀生之勞工及工會，其所求的是安全的工作環境、合理的工資及社會財富的公平分配。資本與勞力是兩個不同的力量，代表不同的利益。然而，勞資雙方在其利益衝突中，卻

¹¹ 黃程貫，前揭註 8 書，23 頁。

有一項共同利益，即應有合理之規律及程序，來調和衝突之利益。我們不能期待法律根本消除利益衝突，但勞工法確能提供一些基本必要之規則及程序，調整資本與勞力兩種利益，協助建立良好的勞資關係。此即為勞動法基本精神之所在¹²。

第三項、勞基法的規定

民國七十三年勞基法公佈施行後，將當事人人格從屬性較強的「勞動契約」概念明文化，僱傭關係的內涵遂產生變動，其中適用勞基法者，當事人欲終止僱傭契約時，將受到「事由」及「程序」的限制（參閱勞基法第十一條以下），而不適用勞基法者，原則上僅受到民法第七十一條、民法第七十二條及民法第一百四十八條不得違反強行規定、公序良俗及權利濫用之禁止等概括條款的規範¹³。勞基法乃為保障勞工之目的而設，為此，勞基法特別將勞動契約分為定期契約與不定期契約，對於定期契約成立之要件設有嚴格性之限制。如果從民法的角度而言，依「契約自由」契約當事人間可自由地約定訂該勞動契約係為定期契約或不定期契約，然勞動基準法基於「保護勞工」的立法意旨而有不同於民法的設計。蓋因勞動基準法中之勞動契約，基本上應以不定期勞動契約為原則，此乃因勞動基準法整體權利義務的設計大部分乃是針對不定期契約，且不定期契約對於勞工而言大致上具有長期保障的效果。又一般而言，不定期勞動契約的勞動條件，通常優於勞動定期契約，例如定期契約因期限屆滿而終止時，雇主無須給付資遣費或退休金，亦不需限於一定之事由或程序，而且如將繼續性工作以定期契約雇用，因為短期性及臨時性工作依施行細則第六條第二項之規定須在六個月以下、季節性工作須在九個月以下之期間內雇用，不符合勞基法第三十八條工作滿一年以上才有特別休假的規定，故因年資之切

¹² 王澤鑑，勞工法之社會功能及勞工法學之基本任務，民法學說與判例研究第二冊，民國九十三年十月，359頁。

¹³ 郭玲惠，終止僱傭契約之限制—以產假期間預告終止僱傭契約為例，勞動法裁判選輯（三），元照出版，民國八十九年一月，112頁。

斷，雇主也可以減輕特別休假等之給付。所以常見雇主以連續定期契約的方式長期雇用，而減損勞工相當大之權益，故各國對於訂立定期契約的條件，多以法律加以規範¹⁴。

為防止雇主任意訂定定期契約，避免勞基法保障勞工的規定落空，故勞基法特別對於定期契約的成立予以限制。在勞動基準法第九條第一項規定「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。」此條係針對定期契約的成立設立四種要件予以限制，即工作必需具備四種性格之一，才得訂立定期勞動契約。另外，對於繼續性工作則規定應為不定期契約，即工作只要具有「繼續性」，就算當事人之合意為定期契約，法律亦強制將之擬制為不定期契約，若當事人仍將之約定為定期，則其定期的約定部分，應屬無效；其他部分則仍有效。換言之，此時應將之認定為具有相同契約內容之不定期契約。目的在於避免定期契約一旦到期，契約即將消滅，而不定期契約有終止保護、退休金、資遣費之規定，希冀給於勞工保護。由上可知，工作性質為臨時性、短期性、季節性或特定性等四者，係定期契約之法定正當事由，欠缺之，則應為不定期。而「繼續性」工作之所謂繼續性，並非指不定期勞動契約之為「繼續性」債之關係，因為只要是勞動契約本即是繼續性債之關係，故定期勞動契約亦屬之¹⁵。

而勞基法第九條第一項之規定，有「繼續性工作」應為不定期契約；同時，在勞動基準法施行細則第六條中亦規定，「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」，「短期性工作：係指可預期於六個月內完成之『非繼續性工作』」，「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」，「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」，由此可知，是否屬於繼續性工

¹⁴ 林振賢，勞基法的理論與實務，捷太出版，民國九十年九月，155頁；呂榮海，勞基法實用1，蔚理出版，民國七十九年一月，58頁；黃劍青，勞動基準法疑難問題詳論，民國七十五年七月，42頁。

¹⁵ 黃程貫，前揭註8書，381頁。

作，為認定定期契約的關鍵，而對「繼續性工作」應該要如何判斷呢，以下將介紹行政主管機關解釋函令的立場以及學說見解。

第二節、勞基法第九條「繼續性」之分析

第一項、勞委會行政解釋函令的觀察與分析

第一目、勞委會解釋函令

雖然主管機關針對相關勞動法規所做行政解釋，其法源性備受爭議¹⁶，然這些解釋具有強大的事實上影響力，甚至形成牢不可破的「規範網」，卻是眾所皆知之事實。之所以會出現這種現象，主要與勞資關係之複雜性格有關。勞資關係向來即具有隨社會經濟實情、勞動者生活變化等因素而變化的性質，在立法者根本無法於事前即以法律精細處理勞資事務之情況下，為滿足各方的期待，運用各種行政解釋來處理勞動基準法相關事務的應變方式就很自然地因應而生。加上視訴訟為畏途的反訴訟傳統、權力分立體制觀念尚未深植人心等因素的影響，造成人民對行政機關處理勞資事務的機能產生過大的期待，行政解釋因而能在勞動法令的實際運作大行其道。在「非司法權限卻又不得不適度關心」、「要干涉卻又怕捲入糾紛」的兩難困境下，為了不逾越司法權限並避免不當介入私人糾紛而招來困擾，

¹⁶ 國內學者對行政解釋法源有持肯定態度者，亦有持否定立場者。完全肯定者，如：陳繼盛，勞資關係，正中書局，民國六十八年初台版，10頁；黃越欽，勞動法論，政大勞工研究所，民國八十二年十月修訂版，26頁；劉明鏡，勞工法之法源問題，刊載於司法院研究年報選輯（一）第十級，司法週刊雜誌印行，民國七十九年六月，117頁。而質疑行政解釋之法源性者，如：黃程貫，勞資爭議法律體系中之罷工的概念、功能及基本法律結構，政大法學評論三十九期，176頁，該文之註一；呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，台灣大學法研所博士論文，民國八十年，115頁。張清滄編著，勞動基準法實用，復文書局，民國八十三年七月，修訂六版自序。以上轉引自陳建文，勞動基準法上工資定義規定之探討，政治大學碩士論文，民國八十五年，187頁。

解釋令難以如判決般明確，或者以建議雙方協商、依循法院途徑或法律規定等方式來解決問題。換言之，解釋令在補充、創造或解釋法令上雖具有一定之作用，但行政機關終究並非司法機關，其對相關法律問題之意見常具有試圖從個案爭執脫身的思考傾向，加上其未將相關個案事實公開，因而無從審查其是否符合法學方法的需求。基於以上的認知，吾人對於解釋令所表示的見解，自應持較謹慎的態度¹⁷。以下乃依解釋令公布的日期，自早期迄今作為排列的依據，將其內容臚列如下：¹⁸

1. 發文單位及字號：內政部七十四台內勞字第二九九四六八號（民國七十四年三月二十二日）

內容：查勞動基準法施行細則第六條第四款規定特定性工作係指可在特定期間完成之非繼續性工作，又如其期間超過一年者，應報請主管機關核備。本案核三施工處僱用工程特約人員，每半年至一年簽訂契約一次，連續簽約僱用期間長達一、二十年，其工作應認為有繼續性，與前述特定性工作之定義，不合該勞動契約，依本法第九條第一項後段規定應為不定期契約。

2. 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十七台勞資二字第零零四六一五號（民國八十七年二月二日）

內容：查勞動基準法第九條規定：「勞動契約，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。」本案省營事業單位中需具任用資格之職位因未能覓得符合資格者補實，而欲僱用職務代理人，應僅為事業內部人力之調整與需求無

¹⁷ 陳建文，前揭註 16 論文，189 頁。

¹⁸ 以下所列解釋函除第五、六、九則外，乃由行政院勞工委員會官方網站 <http://www.cla.gov.tw/> 及法源法律網 <http://www.lawbank.com.tw/index.php> 搜尋而得，本文最後搜尋的日期為民國九十二年十二月二十四日。第五、六、九則所列函釋內容，前述網站已不見蹤影，似已遭勞委會刪除，本文乃是參考劉志鵬律師於民國九十年十二月二十日於勞動法讀書會發表之文章「論定期勞動契約—台灣高等法院八十六年度勞上字第四十號判決評釋」文中所列勞委會解釋令例。

法配合問題，與本會八十年三月十二日台八十勞資二字第 三八一四號函所釋因員工兵入伍，為保障勞工工作權及雇主之經營權，同意雇主得另行僱用定期契約工暫代職務有別，尚不得援引前揭條文訂定定期契約。另該職務之補實未能確定乙節，亦不合同法施行細則第六條定期勞動契約期限為可預期於一定期間完成之規定。

3. 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十七台勞資二字第零一三四九五號（民國八十七年四月十三日）

內容：查勞動基準法施行細則第六條規定：「二、短期性工作：係指可預期於短期間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」。查蕃茄之生產有其季節性，如貴公司確於每年之十二月至三月間收購蕃茄並需立即加工處理。該等因應此類工作所僱用之勞工得依上揭規定，簽訂季節性定期契約。另因應市場需要，從事調理食品及其他果汁之生產而召募之勞工，按果汁尚非屬不得儲存之產品，雇主得視淡旺季情形調配適當人力，且調理與生產亦為事業單位內經常性工作，尚不得依前揭條文規定，簽訂定期契約。

4. 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十七台勞資二字第零三一八二九號（民國八十七年八月三日）

內容：（一）查依勞動基準法第九條規定，有繼續性工作應為不定期契約；貴轄國中、小學所僱廚工所從事之工作如屬各該學校經常運作之所必需，於渠等適用該法後，尚不得逕以定期契約進用之。（二）另依同法第二十一條暨其施行細則第七條規定，工資應由勞資雙方議定之，其調整、計算、結算及給付等有關事項，應於勞動契約中約定。本案該等人員於週六及寒、暑假（扣除法定假日）等未提供勞務期間，雇主應否給付工資一節，應視渠等勞動契約之內容而定。

5. 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十七勞資二字第零五一四七二號（民國八十七年十一月二十日）

內容：查有繼續性工作應為不定期契約，勞動基準法定有明文。貴公司所營事業項目之一為人力派遣，人力派遣即為該公司經常性業務，故尚不得為配合客戶之需求，而與勞工簽訂定期契約。

6. 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十八勞資二字第零零二八零七零號（民國八十八年七月七日）

內容：...又「各級學校學生學年學期假期辦法」第五條規定：『各級學校暑假、年假、寒假、春假日數及起迄日期依左列規定...』同辦法第九條：『各級學校對第五條所列各種假期起迄日期不得任意變更...』是以，公立學校如欲與該校僱用廚工於學期間簽訂定期契約，尚無不可...但寒暑假期間仍有勞務提供與受領之必要者，另依個案事實處理。

7. 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十八台勞資二字第零零二九八零號（民國八十八年一月二十五日）

內容：（一）勞動基準法所稱定期契約者，除應符合勞動基準法第九條及施行細則第六條，有關期間之要件外，尚須依事實認定契約所約定之工作，是否為該事業單位非繼續性之工作，與工程預算無關。（二）貴局函稱為服務商旅及維護行車安全，路線設施需加改善修護，狀似日常設備之維護工作，可否以定期契約聘僱員工，應依事實認定，而非僅以契約間之時間隔作為判定標準。

8. 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十九台勞資二字第零零一一三六

二號（民國八十九年三月十一日）

內容：（一）所詢「有繼續性工作」如何認定疑義，按現行勞動基準法之規範及勞動市場之僱傭型態以繼續性工作為一般常態，非繼續性工作為例外，又勞動基準法中針對從事繼續性工作之勞工與非繼續性工作之勞工之保護有所差別，是以，行政機關歷來對於從事非繼續性工作之定期契約工採取嚴格性之解釋，以避免雇主對受僱人力之濫用。而該法中所稱「非繼續性工作」係指雇主非有意持續維持之經濟活動，而欲達成此經濟活動所衍生之相關職務工作而言。至於實務上認定工作職務是否為非繼續性當視該事業單位之職務（工作）說明書等相關文件載明之職務或企業內就同一工作是否有不定期契約工及定期契約工同時從事該相同工作，如有之，應視為有繼續性工作之認定參據。

9. 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十九勞資二字第零零二九五零四號（民國八十九年七月二十六日）

內容：該校與廚工所簽訂之「台北縣新店市安坑國民小學自立午餐工作約僱人員契約書」之契約期間涵蓋寒、暑假期間，是否意味該校除學期上課期間外，仍有接受廚工提供勞務之需求，如是，則該校廚工之工作有繼續性，該等勞動契約應屬不定期契約。

10 發文單位及字號：行政院勞工委員會八十九台勞資二字第零零三三四五一號（民國八十九年八月十八日）

內容：（一）查公務機關技工、工友及駕駛人已於八十七年七月一日起納入勞動基準法之適用範圍，就來函所敘，首長及委員之駕駛與工友，應係貴府日常業務運作及工作推展所需之勞動力，應按同法第九條規定：「有繼續性工作應為不定期契約」與該等勞工訂定不定期勞動契約。（二）勞動基準法係規定勞動條件最低標準之法律，勞雇雙方不得於事前合意拋棄該法對

勞工之保護；故貴府與駕駛及工友約定如首長異動時，即必須離職乙節，顯有牴觸該法對終止契約程序及事由之限制，應屬無效。

11 發文單位及字號：行政院勞工委員會九十勞資二字第零零三四六零七號

內容：「．．．案內所提『空調系統操作維護』業務如係台灣開利股份有限公司經常性之主要經濟活動，則因該主要經濟活動（空調系統操作維護）所生之工作，就該公司而言係屬繼續性之工作，不應因該項業務之來源（承攬或委任）而影響事業單位與勞工所簽訂之勞動契約性質。」

第二目、解釋函令之觀察與分析

第一則解釋令發佈機關為內政部，其對「繼續性」的解釋乃是從客觀的基礎來認定，也就是它並不論雇主抑或是勞工主觀的角度認為其是否具有繼續性，而是由客觀的因素，也就是由時間來作認定，受同一個雇主雇用，連續簽約雇用的時間長達一、二十年，其工作應認為具有繼續性。

在第二則的解釋令中，勞委會認為如果只是事業內部人力的調整與需求而無法配合的情況，而欲雇用職務代理人，這種還是屬於不定期契約，因為這種職務的補實不能確定的情況，並不符合可預期在一定期間完成的特定性工作；但如果是員工因兵役的問題入營服兵役去了，雇主在這種情況下是可以另行雇用定期契約的勞工來暫代職務，觀察其前後文之意，勞委會似認為如果是符合在「特定期間完成」，則承認定期契約的存在，例如服兵役這是有特定可預期的時間存在的；又例如勞工依兩性工作平等法申請育嬰留職停薪，雇主雇用替代人力執行原本的工作，亦得簽訂定期契約

在第三則的解釋令函裡，勞委會的立場又說得更詳細了，每年的十二月到三月是蕃茄的採收季節，全年只有這個時候能夠採收蕃茄，而且採收蕃茄後必須立即加工處理，也就是說除了每年的十二月到三月這個特定的期間外，工廠裡是沒有人在從事採收及採收後必須的加工保存工作的，這個部分是可以簽訂季節性定期契約。但如果是另外一種情況，即在製造調理食品及果汁的情況，這些是可以儲存的食物，雖然販售有淡、旺季，但是這是屬於事業內部人力的調整與需求的問題；而且這邊特別強調：調理與生產是該事業單位內的「經常性工作」，不得簽訂定期契約。這裡勞委會詳加區分蕃茄加工製造與銷售的不同，其用心應該在於欲區別「季節性的銷售」與「季節性的生產」，二者非可一視同仁，季節性的生產是勞委會所認為該當季節性工作而得為定期契約；反之，季節性的銷售則不得作為季節性工作的理由。

類似「經常性工作」的描述，尚有第四則的「經常運作之所必須」，第五則的「經常性業務」，第七則之「日常設備之維護工作」以及第十則的「日常業務運作及工作推展所需之勞動力」或第十一則「經常性主要經濟活動所生之工作」，這種類型的描述一再地出現，勞委會似乎有這種傾向：以「經常」、「日常」這種形容在一定頻率密集出現的形容詞來描繪「繼續性工作」一詞定義的內涵，這樣的傾向使筆者聯想到勞委會對解釋工資所用「經常性」的字眼，也「經常」的出現。不過在這些行政解釋令函之中，最具代表性的是第八則，也就是八十九台勞資二字第零零一一三六二號，其中明白闡釋：「『非繼續性工作』係指雇主非有意持續維持之經濟活動，而欲達成此經濟活動所衍生之相關職務工作而言。至於實務上認定工作職務是否為非繼續性當視該事業單位之職務（工作）說明書等相關文件載明之職務或企業內就同一工作是否有不定期契約工及定期契約工同時從事該相同工作，如有之，應視為有繼續性工作之認定參據。」此一解釋函跳脫個案，試圖以抽象規範的敘述，若雇主有意繼續維持之經濟活動，而欲達

¹⁹ 台北市政府府法三字第零九一零八零一八六00號函（民國九十一年四月二十五日），臺北市政府公報九十一年夏字第二十六期，14頁。

成該經濟活動所衍生之相關職務工作者，為繼續性工作；並列出具體的標準。若企業內同一工作有不定期契約工及定期契約工從事，則視為繼續性工作來說明如何認定繼續性工作。

惟本文認為此種以「企業內就同一工作是否有不定期契約工及定期契約工同時從事該相同工作」作為繼續性工作之判別標準，以勞動檢查而言，固然具有方便性，蓋因「繼續性工作」之判斷實為不易，然若以此判斷標準即當然「視為」繼續性工作，則顯然增加勞動基準法所未規定之限制，理由在於繼續性工作固應為不定期契約，然不定期契約並非當然為繼續性工作，蓋非繼續性工作得為定期契約，亦得為不定期契約，法律並未限制，雇主自得雇用不定期契約工與定期契約工共同從事非繼續性工作；但若依勞委會八十九台勞資二字第零零一一三六二號的解釋，將造成非繼續性工作亦應為不定期契約之後果，逾越勞基法規範之範圍，按勞動基準法第九條只謂「有繼續性工作應為不定期契約」，而繼續性工作之判斷應以「勞工所從事之工作，就事業單位之業務性質與經營運作言，是否屬於雇主有意持續維持」作為本質性的判斷標準，至於「企業內就同一工作是否有不定期契約工及定期契約工同時從事該相同工作」應為輔助性的判斷標準，不能以此凌駕法律之規定。就如同「是否為勞工」之判斷標準在於「是否具勞動從屬性」，「是否有打卡」之標準雖然可以輔助「是否為勞工」之判斷，但並非謂可以以有無打卡來認定是否為勞工。而勞委會所示「企業內就同一工作是否有不定期契約工及定期契約工同時從事該相同工作」之判斷「繼續性工作」標準，若作為初步性原則性輔助性之判斷標準，固然便利，但若以此標準便將「企業內有不定期契約工及定期契約工同時從事相同工作」逕行「視為」「繼續性工作」，則屬僵化的法律操作，此種見解誠有可議之處。

舉例而言，勞委會在同一解釋函後段認為「特定性工作，是謂某工作標的係屬進度中之一部分，當完成後其所需之額外勞工或特殊技能之勞工，因已無工作標的而不再需要者」，此處所謂額外勞工，係相對額內正常勞工而言，其所從事之工作應屬相同，額外勞工只是因特定之額外需要而雇用，然依法必須「特定性之非繼續性工作」始得為定期契約，若依勞委

會「從事相同工作」即為「繼續性工作」之認定，即使具特定性，亦不得為定期契約。勞委會所謂額外勞工，在其自身「繼續性」之判斷標準實難成立。此外，勞委會八十年三月十二日台八十勞資二字第 三八一四號函釋表示因員工當兵入伍，為保障勞工工作權及雇主之經營權，同意雇主得另行僱用定期契約工暫代職務，此項解釋亦與八十九年勞資二字第零零一一三六二號函釋矛盾，蓋雖然因員工當兵入伍，但其所從事之工作原既為不定期契約工作，依勞委會解釋應屬繼續性工作，何能同樣工作再僱用定期契約工？由此顯見，勞委會台八十九年勞資二字第零零一一三六二號函釋之標準有過度僵化之虞，如依此種標準，則絕大多數之情形無從成立定期契約，蓋因該工作若同時有不定期契約工存在，則將被「視為」繼續性工作。以百貨公司週年慶來說，其活動期間通常為兩個星期，為應付川流不息的顧客，而增加銷售人員，待週年慶過後，就不需要那麼多銷售人員，但因為銷售的工作若同時有定期工與不定期工，則會被認定不定期契約，依照這種情況去推論，實難想像有定期契約之存在。

故本文認為為求解釋函令間的不矛盾，八十九年勞資二字第零零一一三六二號函應作文字上之修正，或許將「視為」二字刪去為佳，也就是說以上勞委會所提的各項標準，應該都只是參考的依據之一，並非只依據其任一項描述，即可作為認定的唯一標準，而必須綜合觀察，就如同在認定是否為勞工時，實務常見的標準有：受僱者是否需要打卡、是否需在公司內上班、是否接受公司人事考評、對自己負責之業務執行，是否有高度自主權、是否對公司經營成敗擔負直接責任等，這些是綜合起來作判斷的；而非唯一的標準，只是參考的重要依據；否則若只是把各解釋令函所稱之描述當成唯一的標準的話，各解釋令函即難以前後一貫的情形。

而第十一則解釋函則是從該工作職務是否為公司經常性主要經濟活動之所生，如屬之，則不論該項業務的來源方式為何，均屬繼續性工作。或者勞委會的用心良苦，從企業經營、業務來源的風險不應由勞工承擔的觀點出發，而為如此之解釋，但此項見解遭到司法判決之反對意見，法院判

決²⁰認為：「依勞動基準法施行細則第六條第四款之規定，特定性工作係指可在特定期間完成之非繼續性工作，可知判斷是否為特定性工作，應由勞工所從事之工作內容來認定，而非僱主是否以之為主要經濟活動為據，蓋公司僱用之勞工不論定期與否，必然從事公司之主要經濟活動，因此，若依前揭函文所示，認勞工從事者為公司之主要經濟活動時，即具有繼續性者，將使勞動基準法所稱特定性工作之規定，形同具文」頗值參考。

勞動基準法為規範勞動條件的最低標準，行政院勞工委員會為其主管機關，為了貫徹勞動法令的執行，立法者賦予主管機關監督、檢查、行政罰的權限，而處罰的前提必須有規範構成要件的存在，而在具體個案中，事實是否與規範合致，主管機關必須做出解釋，解釋令函即在此一背景下產生，勞委會為達保護勞工、貫徹法令執行，對於個案均仔細論述，亦有試圖跳脫個案予以抽象規範化者，雖有時未能兼顧各解釋令函間的一致性，但在法律規範密度不高的同時，顧及了勞工權益的保障。

第二項、學者見解

對於勞基法第九條之「有繼續性工作應為不定期契約」的繼續性的相關問題，國內論者敘述並不多；有學者認為認為：「繼續性」工作之繼續性，並非指不定期勞動契約之為「繼續性」債之關係，因為只要是勞動契約本即是繼續性債之關係，故定期勞動契約亦屬之。此處之所謂繼續性工作乃是指勞工所擔任之工作，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²¹。

而亦有從僱傭契約目的為觀察者，認為工作是否具有繼續性，亦應關注僱主僱用該勞工之契約目的，如僱主僱用之目的並無繼續性，則似應認定為非繼續性工作；至於該勞工所從事之工作是否為僱主客觀上有意持續維持之經濟活動，並非所問。例如：（一）製造蕃茄汁之工廠，僱主為配合

²⁰高雄高等行政法院判決九十一年度訴字第六一六號。

²¹ 黃程貫，前揭註 8 書，381 頁。

每年十二月至三月間收購蕃茄並立即加工處理之需要，固得雇用季節工；但若蕃茄汁之銷售亦有淡旺季之區分時，雇主仍得於「銷售旺季」雇用定期契約工從事調理與生產工作，以調配適當之人力，而不宜以調理與生產係雇主有意持續維持的活動，且於淡季時亦僱有不定期契約工，而認為雇主不得於銷售旺季雇用定期契約工。(二)冰品製造工廠，雇主得於夏季雇用定期契約工，以配合產品銷售旺季。因勞資雙方既然就「夏季製造冰品」之契約目的達成合意，該項契約目的本身限於夏季的特定期間，解釋上即不具繼續性，則宜允許雇主雇用定期契約工以支援夏天旺季之需求，不宜以製造冰品乃雇主有意繼續維持之經濟活動為理由，而要求雇主必須與該等勞工簽訂不定期契約。(三)百貨公司逢週年慶，為支援週年慶促銷期間遽增之人力需求，於理允許雇主雇用定期契約工，因週年慶之促銷期間乃特定期間，且通常以一個月為限，勞動契約之目的既然僅限於特定期間之促銷工作，解釋上似可認定定期契約。(四)營造公司承攬特定工程，平日已雇用若干不定期契約工，嗣後為配合雇主趕工之指示，乃增加雇用勞工若干名，與不定期契約工共同工作，此時，雖都從事相同之工作，但因「趕工期間」乃特定期間契約目的在於加速工進，趕工期間屆滿，趕工目的即告達成，故宜允許其簽訂定期契約²²。

第三項、小結

由上可知，所謂「繼續性」的判斷標準，依照勞委會的解釋，乃是指雇主持續維持之經濟活動所衍生的職務工作，此項見解乃是從客觀層面予以考量，亦即從勞工從事之「業務性質」的「持續與否」作判斷標準；勞委會的見解與學者黃程貫相近。而另一學說見解則是從主觀層面出發，亦即從當事人雙方訂定勞動契約的主觀目的為考量，而非從客觀的「業務性質」予以判斷。

²² 劉志鵬，論定期勞動契約 台灣高等法院八十六年度勞上字第四十號判決評釋，7 頁，發表於民國九十年十二月二十日之勞動法讀書會。

若採客觀層面考量的見解，依業務的持續性作判斷，則對於雇主而言，若有短期或臨時的大量勞力需求，而此一需求，又係其所持續從事之業務，且事業單位亦有從事此業務之不定期契約勞工，則雇主的此項需求，依客觀說之見解可能無法滿足，因雇主此時只能訂定不定期契約。如此，則造成雇主經濟活動勞力需求上的阻礙，亦可能使得其產業競爭力無法提昇。同時對於有意從事此種工作的勞工(特別是失業勞工)，也是阻擋了其短期就業。然而，若從當事人主觀層面考量，則顯得對於勞工的保障太過不足，因為雇主便會藉此大量的訂定短期定期契約，以規避不定期契約，則勞基法對勞工的保障則將大幅削弱。本文以為可從主觀面與客觀面予以綜合考量，以客觀層面的「業務性質持續性」為主要判斷依據，以主觀層面的「當事人訂約目的」作為輔助標準。換言之，亦即先以業務的持續性作判斷，若有，則再參以「當事人訂約目的」以為判斷，在判斷當事人主觀目的時，應視該事業單位的實際需要，僱用的期間、僱用人數的比例予以綜合考量，以求勞工與雇主利益上的平衡。此外，若工作性質符合客觀說的標準，則原則上應為「繼續性」的認定，若雇主因特殊的需求，則須事先送勞委會予以審查，以判斷其主觀目的；若雇主未事先送審，若其工作性質符合客觀說的繼續性標準，則仍應視為不定期契約。

第三節、定期契約的類型

第一項、臨時性、短期性、季節性、特定性

依勞動基準法第九條規定，只有具備「臨時性、短期性、季節性及特定性工作」之「非繼續性工作」方有可能為定期契約，也就是說在「非繼續性工作」的前提之下，如果具備臨時性或短期性或季節性或特定性工作則得為定期契約。而勞動基準法施行細則第六條第一項對臨時性、短期性、季節性及特定性的定義有所規範，以下將針對臨時性、短期性、季節性及

特定性四種性質討論之。

(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。」(勞動基準法施行細則第六條第一項第一款)，也就是指工作項目的出現是臨時發生的，完成後不可預期它會再度出現。因此一個工作是否為臨時性，應以「非經常性」以及「完成後不可預期它會再度出現」來判斷²³。亦即非經常性的，做完就不一定再出現的工作，如遇天災事變僱人清理環境，工作完成後就不再繼續雇用，就屬臨時性工作，而其期間最長六個月²⁴。實務上常見的例子，例如因為公司特定員工請產假或病假，而有臨時之替代人力需求，約定於該員工復職後就不需要再用該替代者，即屬臨時性工作。

(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。」(勞動基準法施行細則第六條第一項第二款)，也就是說工作標的可於預見期間完成，完成後別無同樣工作標的者²⁵。例如公司每年於一定期間僱傭勞工整修廠房一個月，工作完畢即不再雇用，而工作時間不超過六個月²⁶。臨時性工作與短期性工作要件相似，而其最大之差異點在於臨時性工作無預期性，是臨時產生的人力需求；而短期性工作乃具有可預期性。

(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，工作期間在九個月以內者。」(勞動基準法施行細則第六條第一項第三款)，例如菸葉廠於每年三月至七月間收購並立即複燻菸葉，具有季節性。又如榨糖公司於甘蔗收成期，僱人收割甘蔗，完成後就不再雇用，屬季節性工作。但施行細則第六條第二項所提條件尚包括「市場銷售影響」，因為許多商品都有銷售淡季旺季之分，例如麻辣鍋、製冰、冷氣機等，是否也可直接認定季節性工作，而為定期工，則有討論之餘地。有論者認為需要區分「季節性的銷售」與「季節性的工作」，勞基法所允許訂立

²³呂榮海，勞基法實用 1，蔚理出版，民國七十九年一月，60 頁。

²⁴林振賢，勞基法的理論與實務，捷太出版，民國九十年九月，156 頁。

²⁵行政院勞工委員會八十九台勞資二字第零零一一三六二號函釋。

²⁶林振賢，前揭註 24 書，157 頁。

定期勞動契約，應該是季節性的銷售，而不是季節性的工作，只要商品可以儲存，雇主也可以令勞工在銷售淡季中工作，儲存商品，而在銷售旺季中銷售。當然，生產後儲存過淡季，到了旺季再銷售，涉及資產、利息及風險等諸多問題，但是這是企業營運本來就會面臨的問題，不應將這些風險轉嫁到勞工身上²⁷。勞委會曾有一函釋²⁸認為蕃茄的生產具有季節性，如於每年十二月至次年三月間收購蕃茄並需立即加工處理，則得簽訂季節性定期契約；但如果是因應市場需求，從事調理食品及其他果汁生產而招募者，因認「果汁非屬不得儲存之產品」，僱主得視淡旺季情形調配適當人力，且調理與生產亦為事業單位內經常性工作應為不定期契約，此見解可說頗為嚴格，縱使受市場銷售影響，但因對「繼續性」之認定範圍頗廣：其屬事業單位內經常性工作，僱主得視淡旺季情形調配人力，即被判定為不定期工。除此之外，過去實務上認為是季節性工作的有下列各種：(1) 菸葉廠於每年三月至七月間收購並需立即複燻菸葉，具有季節性。(2) 啤酒廠於夏季增產期間，及其他產製高度酒精之酒場於冬季為適應市場需要而增產期間，具有季節性²⁹。(3) 榨糖、炸油、曬鹽等農林產品已屆收穫時期或氣候關係，必須延長工作時間加緊工作的，具有季節性的關係³⁰。(4) 毛紡織業工廠，因本省地處亞熱帶服用毛織品時間甚短，而原料又純靠進口，因外匯致無法大量積存，只能在旺季時加工生產，其他時日多改織人造棉織品以資維持，則該業在生產毛織品期間具有季節性³¹。(5) 每年四月至六月魚類盛產期加工製造，淡季停工，則係屬季節性工作³²。

²⁷ 呂榮海，前揭註 23 書，67 頁。

²⁸ 行政院勞工委員會八十七年台勞資二字第零一三四九五號函釋。

²⁹ 內政部五十八年八月二十三日台內勞字第三三二六二五號代電台灣省社會處，內政部勞工法彙編，750 頁。

³⁰ 內政部四十三年四月二十二日台內勞字第四五三三號代電台灣省工礦檢查委員會，載同上彙編，749 頁。

³¹ 內政部四十六年三月二日台內勞字第一 0 七六八二號代電台灣省社會處，載同上彙編，749-750 頁。

³² 內政部七十二三年三月二日台內勞字第一三五四 0 二號。轉引自林振賢，前揭註 24 書，168 頁。

(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。」（勞動基準法施行細則第六條第一項第四款），亦即非經常性之某項特定生產達成後即行終止僱傭關係之工作³³。進一步的說明就是謂某工作標的係屬於進度中之一部份，當完成後其所需之額外勞工或特殊技能之勞工，因已無工作標的而不需要者³⁴。從上述可明顯看出只有特定性工作並未有期間長短之限制，條文只規定「工作期間超過一年者，應報請主管機關核備」，然核備並非生效要件，故從文義解釋上只要符合「可在特定期間完成之非繼續性工作」，而不問工作期間，都會被認定為特定性工作而為定期勞動契約，且從勞動基準法施行細則第六條之規範方式，此應屬制定機關即勞委會有意之安排，實務上常見的例子，例如水壩、電廠、捷運、公路、鐵路等建設工程，某企業得標後，需雇用大批勞工從事工作，一旦工程完成後，其所雇的勞工，因為已經沒有工作標的，就不需要工作，屬特定性工作。此類工程通常都需要較長的時間，甚至數年才能完成，因此沒有期間的限制，但如期間過長，恐有損勞工權益，故超過一年者應報請主管機關核備。但因「核備」並非生效要件，所以特定性工作若未核備，並不當然使該定期契約變為不定期契約³⁵。

除此之外，需辨明「雇主單方面的職務分派」與「特定性工作」間的差異，也就是說當事人間對於特定性工作必須有合意，雙方都認知並合意該職務為特定性工作、該系爭之勞動契約為定期契約，而並非只是雇主單

³³ 內政部五十五年十一月二十三日台內勞字第二一九一三三號。轉引自林振賢，前揭註24書，168頁。

³⁴ 行政院勞工委員會八十九台勞資二字第00一一三六二號

³⁵ 最高法院民事判決八十七年台上字第二五七八號：「...查勞動基準法第九條第一項規定，特定性工作得為定期契約，又民國七十四年二月二十四日發布之勞動基準法施行細則第六條第二項僅規定特定性工作之期間超過一年者，應報請主管機關核備，並未規定未報請核備者，即應視為不定期契約。原審以上訴人僱用被上訴人張運林等二十人及徐秀華所從事者，雖係屬特定性之工作，但其期間超過一年，又未報請主管機關核備，即謂應視為不定期契約，進而認上訴人與被上訴人張運林等二十人間之僱傭關係迄今仍繼續存在，及上訴人與徐秀華間之僱傭關係於徐秀華生前亦仍存在，上訴人應給付被上訴人如原判決附表應給付金額欄所示之工資，顯有違誤。」

方面職務上的分配而已³⁶，同時，這樣的合意必須是實質上的合意，並非只是僱傭契約上文字形式上的表示即可替代³⁷。

至於特定性工作應如何約定？有以下兩則勞委會函釋可供參考。依勞委會七十八年八月三日台七十八勞資二字第 一九三六五號函釋：「查勞動基準法施行細則第六條第四款規定特定性工作係指可在特定期間完成之非繼續性工作，又如期間超過一年，應報主管機關核備。本案勞資雙方僅於勞動契約中約定工程「竣工」或「工作不需要」時終止僱傭關係，與可在特定期間完成之條件不合，應請勞資雙方於勞動契約中訂明工程結束日期較妥。」另，八十六年六月四日台八十八勞資二字第 0 二四八四六號函釋：「勞動契約性質究屬不定期或定期的判定，當依工作是否有繼續性為主要標準，而非期間之長短。事業單位報請核備一年以上之特定性定期契約，當舉證說明契約所約定之工作，為該事業單位非繼續性工作，如為定期契約，每項工作應有明確之起迄或不同之起迄時間，含糊以『本公司設立之定期契約為兩年』難以令人信服。」

歸納上述勞委會所持見解，基本上認為特定性工作之起迄期間應明確約定，所採見解相當嚴格，惟觀之工程實務，大型工程因工期較長，所需克服之地形、天候及技術等問題頗為複雜，因之，開工後通常未能按照原先規劃設計而順利施工，被迫延長工期之案例比比皆是，以台北捷運工程為例，若干標段之工程展延之天數高達一千餘日者皆有之，故從工程實務

³⁶台灣板橋地方法院民事判決九十年度勞訴字第一七號：「原告受僱於被告公司所從事之機車排氣定期檢驗稽核暨文書等相關工作，僅屬被告公司業務範圍之一，並非被告公司唯一特殊性之業務，且於兩造聘僱契約期滿後被告仍有提供原告其他工作機會之表示，而原告亦未與被告公司就前開工作內容之特定性達成合意，均已如前所述，足見原告所從事之前開工作僅屬被告公司單方面之職務分派，並非兩造間已達成特定性之合意」

³⁷臺灣高等法院臺中分院民事判決九十年度勞上易字第三號：「被上訴人等係從事噴漆工作，但工作內容並非係針對 I D F 之噴漆，是被上訴人二人之工作應非可在特定期間內完成，屬於非特定性工作，且上訴人並無於兩造訂立之定期約聘人員（特定性）僱用契約載明工作內容係特定性工作，上訴人於簽約時亦未告訴被上訴人等工作之內容係針對 I D F，故無法僅從兩造訂立之「定期約聘人員（特定性）僱用契約」之名稱上有特定性三字，逕認兩造就工作內容為特定性一事已達成合意。」

而論，要求雇主明確約定勞動契約之終止期日，反而與實際現狀格格不入，概括地以「至工程結束日止」做為契約之終止日期，較符合工程實務³⁸。實務亦同此見解，如臺灣高等法院民事判決八十六年度勞上字第四0號：「按勞基法第九條第一項明定特定性之工作得為定期契約，是否為特定性工作之定期契約，並不以有明確之終止日期為必要，如以特定工作完成時為終止之期日，其終止日期亦可得確定，仍不失為定期契約之一種。」惟更進一步來說，重大工程所需人員甚多、職務龐雜、甚至各個階段需要不同的工作處理，「至工程結束日」應如何具體的解釋、是否一體通用，也需要更細緻的處理，其所定的期間範圍，應依其擔任的工作性質為認定，並非單以供地現場施作完工日為單一的標準³⁹，因解釋當事人之契約，應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意，尤須斟酌交易上之習慣及經濟目的，依誠信原則而為之。同樣的道理，並非需俟工程全部結束，始得終止已無適任之工程人員，而應依工程性質及需要、勞工所擔任之工作等因素來綜合考量「工程結束日」⁴⁰，這是解釋特定性工作起迄期間，尤其是應用在工程職務方面所應注意的。

³⁸劉志鵬，前揭註22文，9頁。

³⁹臺灣臺北地方法院民事判決九十一年度勞簡上字第十七號：「工程金額高達三十六億元，所涉工作範圍不僅包括工程地點現場之施作，尚有諸多文書、行政、人事、會計、求償等事項亦屬系爭工程範圍，既有多處工作範圍，自包括施工前之準備，例如籌畫設備、員工、分包與次承攬人等，亦包含施工後各項債權債務之了結等清算事務，所涉事務繁多，係橫跨工程開工前與現場施作完工後之範圍，基此，與上訴人簽訂僱傭契約擔任定期僱傭契約之勞工，所定期間範圍，應依其擔任工作之性質而為認定，不能以單以『工地現場施作完工日』作為認定定期契約屆期之標準。本件兩造所簽訂之『工程結束日止』，依前述解釋意思表示真意之實務見解，不能以被上訴人所稱『工地現場施作完工日』為據，應以被上訴人擔任文書工作之結束時期為斷。」

⁴⁰臺灣高等法院民事判決八十六年度勞上字第四0號：「查系爭契約所謂『工程結束』，應依工程性質及需要，勞工所擔任之工作等因素綜合考量，如各項工作依序逐漸結束，勢必陸續停止雇用已完成工作部分之勞工，非謂需俟工程全部結束，始得終止已無適任工作之人員。」

第二項、有爭論的的定期勞動契約

第一目、外籍勞工

一、法律規定

就業服務法於民國八十一年五月八日施行後，外籍勞工已可堂堂登台工作；但是，由於開放外籍勞工的作業短促，加以就業服務法與既有勞工法令有所交錯，因此，產生了一些問題。就勞基法而言，勞基法第九條規定，臨時性、短期性、季節性及特定性工作，得為定期契約，但有繼續性工作，應為不定期契約。由此可知，凡是繼續性工作，站在保護勞工的立場，一定要締結不定期契約，以防產生規避責任。但問題在於這樣的結論在外籍勞工身上，是否也有適用的可能⁴¹？

關於此點，就業服務法第五十二條規定：「聘僱外國人從事第四十六條第一項第一款至第七款及第十一款規定之工作，許可期間最長為三年，期滿有繼續聘僱之需要者，雇主得申請展延。前項每年得引進總人數，依外籍勞工聘僱警戒指標，由中央主管機關邀集相關機關、勞工、雇主、學者代表協商之。受聘僱之外國人於聘僱許可期間無違反法令規定情事而因聘僱關係終止、聘僱許可期間屆滿出國或因健康檢查不合格經返國治癒再檢查合格者，得再入國工作。但從事第四十六條第一項第八款至第十款規定工作之外國人，應出國一日後始得再入國工作，且其在中華民國境內工作期間，累計不得逾六年。」而從這裡看來，是否可認為就業服務法是勞動基準法的特別規定，外籍勞工的勞動契約為定期契約（兩年或三年），而沒有勞基法第九條之適用？

其實在就業服務法之前，有一個「公民營事業申請聘僱外籍或僑居國外人員辦法」（現已廢止），該規定第十八條第一項：「民營事業聘僱外籍或僑居國外業務人員，期限以二年為限，續聘期限亦同。但華僑及外國人投

⁴¹劉志鵬，勞動法解讀，元照出版，民國八十九年三月，27頁。

資事業，不在此限。」也對聘僱外籍人員期間有所限制，而當時勞委會八十七台勞動一字第零八二五號函釋認為：「凡適用勞動基準法之事業單位所僱用之外籍勞工，不論何時入境，均應有該法之適用，唯外籍勞工與事業單位訂立定期契約者，其勞動基準應依勞動基準法有關定期契約勞工之規定辦理。」不過此函釋並未對外籍人士的勞動契約是否必為定期契約表現出明確的立場。

而就業服務法第四十六條，對外籍人士得在我國境內從事之工作種類作了詳盡的規範，該條第三項更規定：「雇主依第一項第八款至第十款規定聘僱外國人，須訂立書面勞動契約，並以定期契約為限；其未定期者，以聘僱許可之期限為勞動契約之期限。續約時，亦同。」也就是說僱主聘僱外國人在中華民國境內從事海洋漁撈工作、家庭幫傭或為因應國家重要建設工程或經濟社會發展需要而經中央主管機關指定之工作時，縱使該事業單位為勞基法適用對象、縱使其勞動契約具有繼續性，亦被此規定強制的擬制而視為定期契約，而依定期契約之規定處理，且其在中華民國境內工作期間，累計不得逾六年。（就業服務法第五十二條第三項），但是否這三款以外的外籍勞工，（如其事業單位為勞基法之適用對象），即回歸勞基法第九條來判斷勞動契約為定期或不定期？亦或是外籍勞工與我國雇主應皆為定期契約？

二、勞委會見解

行政院勞委會八十七台勞資二字第零四八一五五號函釋認為：「查就業服務法第四十三條（即現行條文第四十六條，以下同）第四項規定，雇主依該條第一項第七款或第八款規定聘僱之外國人，其勞動契約依勞動基準法有關定期契約之規定辦理，至於非依就業服法第四十三條第一項第七款或第八款（現行法第八至十款）規定所聘僱之外國人，其勞動契約究屬定期契約或不定期契約，仍應依該事業單位是否適用勞動基準法及其性質是否有繼續性加以認定，有關資遣費之給付亦應依該法之規定辦理。」此函釋認為若為就業服務法第四十六條第八至十款以外的外籍人士，其勞動契約並不必然為定期契約，勞基法第九條仍有適用之餘地。

三、學者見解

而學者認為：必須澄清就業服務法第五章「外國人之聘僱與管理」的立法用意，應是在於落實國家對外籍勞工的管理，希望透過申請許可、審核等程序來管理外籍勞工，使得外籍勞工的開放，不至於妨礙本國人的就業機會安定。而就業服務法第五十二條規定聘僱外籍勞工，應向主管機關申請工作許可，此項工作許可是給勞工在台工作獲得許可，以達管制在台外籍勞工名額，及防止其落地生根的目的。至於勞工與僱主間的勞動契約，究竟應為定期或不定期，就業服務法並未加以規範。且依據就業服務法第四十六條第三項之反面解釋，如非僱用該法第四十六條八至十款之勞工，仍可約定不定期契約。因而僱主可與外籍勞工訂立不定期契約，而且，若是約定的工作有繼續性，不問勞僱雙方的主觀意思如何，依勞基法第九條規定，一律須為不定期契約⁴²。

四、實務見解

對於上述意見，有實務判決持反對見解認為⁴³：首先，就業服務法第一條規定「為促進國民就業，以增進社會及經濟發展，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。」者，其所謂之「國民」係指我國人民而言，不包括外國人，即外國人僅於受僱主申請許可予以聘僱在我國境內從事勞務後，其有關工作之薪資、工時、休假等權利，始與本國勞工同受勞動基準法有關規定之保護，至就業服務法第四十三條第四項雖規定：「僱主依第一項第七款至第八款規定聘僱之外國人（按係指家庭幫傭及因應國家重要工程或經濟社會發展需要，經中央主管機關指定之工作），其勞動契約依勞動基準法有關定期契約辦理。該項規定係就該二款僱之外國人強制規定必須以定期契約辦理，但並非謂除該二款規定以外聘僱之外國人，不得以定期契約辦理之，因定期契約可促使僱主定期檢討是否仍有僱用該

⁴² 劉志鵬，前揭註 41 書，28 頁。

⁴³ 臺灣臺北地方法院民事判決九十一年度勞訴字第一五號。

外國人之必要，是否已有本國人或其他具備相同條件之外國人可資聘用，故不必以不定期契約之精神視之。其二，若謂可因聘僱期間屆滿，而雇主繼續僱用，即使外國人之聘僱契約成為不定期契約，亦不無以此脫法行為而規避我國前開相關法律就聘僱外國人之限制規定，並非就業服務法之法之本意。

五、小結

本文認為如從解釋論上而言，就業服務法第五十二條所規定「聘僱許可期間」，乃雇主為聘僱外國人向主管機關申請聘僱許可，而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。且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，故本文認為八至十款以外之勞工所締結之勞動契約性質，便回歸至勞基法第九條的標準去作判斷。但就立法論上而言，此涉及外國人在我國勞動權的保障，在衡量本國雇主、勞工與外國勞工的利益以及現實大環境之下，外國人在我國勞動權的保障密度，似乎沒有必要如此綿密。

第二目、研究所畢業役男服務國防工業訓儲為預備軍(士)官

國防科技役的產生主要是配合著七零年代我國行政部門的科技發展政策。當時為了避免理工科系研究所畢業之役男，因服兵役致中斷其研究，並造成國家人力資員的浪費，因此決定例外地將這些科技人才，排除在一般常備兵役制度之外，依其意願分發至與國防工業相關的單位，繼續從事研究，並進而提昇我國的國防備戰⁴⁴。

⁴⁴ 楊是緘，國防科技役與替代役可並行，中國時報第四版，民國八十八年三月二十八日。

現行國防科技役的實施辦法法源為「研究所畢業役男服務國防工業訓儲為預備軍(士)官實施規定」(以下簡稱「國防役實施規定」),該「實施規定」係以兵役法第九條、第十條以及路海空軍軍事官服役條例第十九條為依據而制訂的。以下就該實施規定內容為本,就國防役的相關規定作一簡單說明⁴⁵。

一、甄選的條件

甄選的條件為各大學院校與國防工業有關之研究所獲得碩士以上學位之役男,並且志願在國防工業單位服務四年者(參照「國防役實施規定」第二項第一款)。而上述所謂「國防工業」範圍,除了國防部所屬的各國防科技研究發展及軍需生產單位外,還包括與國防有關之科技發展、研究計畫或軍需生產計畫之大學院校、研究單位及公民營機構在內(參照「國防役實施規定」第三條)。

二、甄選及分配的程序

各用人單位依規定提出所需員額的申請之後,由國防部邀請各相關部會(即用人單位之主管機關)及必要之用人單位,召開員額審查會,以彙整核定各單位所需之員額,確定後,交由教育部(軍訓處)分送各大學院校研究所公告之。合於甄選條件之役男,得於用人單位前往各校宣導時,當面接洽報名,並填具自願。用人單位於審核後,將甄選合格者名冊送主管單位初審,最後再交由國防部作最後的核定與分配,並得視情況以優先分配到國軍單位為原則(參照「國防役實施規定」第四條、第五條、第六條之說明)。

三、服役與服務

經核定錄用之役男,若先前已錄取為預備軍官資格者,儲備為預備軍

轉引自：黃仁志，我國替代役制度法制化之研究—以德國社會役制度為比較對象，中正大學法律研究所碩士論文，民國八十九年七月，128頁。

⁴⁵黃仁志，前揭註44論文，129-131頁。

官；若未錄取為預備軍官者，則儲備為預備士官，兩者並應於當年入營接受三個月之預備軍（士）官教育，在此期間其具備現役軍人之身分，役滿，由國防部發給退伍證書，並至服務單位服務四年，服務期間不論是在國軍、研究單位、大學院校、或公民營機構者，均無現役軍人身份（參照「國防役實施規定」第二條、第七條、第八條及第九條之說明）。

四、權利與義務

在服役期間，因具備現役軍人之身分，故其權利義務應與一般服兵役者同。至於退伍後，至服務單位服務，其服務期間其人事管理與待遇，則皆依用人單位之有關規定辦理之。然需注意的是，在四年服務期間，如用人單位原先的計畫需變更時，並依規定調整期工作內容後，若因個人因素未能履行規定，致提前脫離職務或績效低劣經免職或解聘者，扣除先前大專集訓及預備軍（士）官教育時間外，仍應接受臨時召集，以補足其應服之義務期間（參照「國防役實施規定」第十二條、第十三條說明）。

惟在此規定下，當某甲於乙公司擔任有繼續性之工作，而四年屆滿時，得否主張其與乙公司為不定期勞動契約，而要求雙方繼續履行此契約？或者甲於國防役四年期滿後，又繼續任職於該公司，此時年資的計算是否應該將服國防役之四年並與計入？這應檢討的是涉及甲乙間的關係究竟屬於何種性質。

該規定第九條：「服務時間及身分：依本規定錄用人員，於預備軍（士）官教育期間，為現役軍人身份，到服務單位任職日起服務四年，期間無論在國軍、研究單位、大學校院、公、民營機構服務，均無現役軍人身份。」在甲任職於乙公司的這段期間，甲已經不具有軍人身份，但甲乙之間的關係，與一般之僱傭契約並無二致，甲向乙服勞務，乙給付甲薪資，其它的權利義務也概與其他員工相同。雖名為「國防役」，但除非如因未按專長任職、職務變動後不符合個人志趣或個人因素者，這樣的前提下，國防部得予以介入並核定改分配的機關（參照「國防役實施規定」第十條說明）的情形以外，乙幾乎享有一般雇主的權能。

而因此這裡的「服務四年」之意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，因為從國防部的角度而言，它是為了充實國防戰力，避免研究所畢業人才資源浪費而有這樣的設計，他並無意造成民間用人單位的負擔，也就是說如將這四年不解釋為定期契約時，役期屆滿時，如甲所擔任為繼續性工作時，將得要求以繼續履行契約，本文認為國防部並無意如此。而對甲而言，他並沒有額外的損失，雖然他四年的役期比一般兵來得長，但在這段期間他仍得繼續從事所學專長，薪資不僅比一般兵來得優渥，亦與一般上班族差不多；而且在科技領域方面，因培養人才不易，資方需才孔急，公司多半會以不錯的條件要求甲繼續留任，例如服役四年的年資併計，故將之解釋為定期契約，應比較符合立法者之真意，役男的權益也不致受到損害，綜上所述，本文傾向認為國防役男之規定服務四年，其性質為公法上之定期契約（而雇主因「國防役實施規定」第十二條而享有管理指揮之權利與薪資給付之義務），與勞基法第九條之定期契約無涉。

第三目、公營事業移轉民營條例施行規則之定期勞動人員

我國公營事業第一次民營化是在民國四零年代，當初是為了土地改革政策，政府在缺乏資金與通貨膨脹因素的雙重考量下，以台泥、臺紙、農林、工礦四大國營事業的股票，代替現金分與地主，並頒佈「公營事業移轉民營條例」予以配合，第二次民營化始於民國七十八年行政院成立「公營事業民營化推動小組」，這一波的民營化主要是受到全球民營化風潮影響，及我國公營事業普遍經營績效不彰所致。而公營事業移轉民營條例於民國八十九年於十一月二十九日修法時，已於第一條明示移轉民營化的目的為「發揮市場機能、提升事業經營效率」。政府大力推行民營化政策，

但這其中最難解決的問題還是人的部分，特別是員工的問題，因移轉民營化所生之勞資爭議、訴訟等，不在少數⁴⁶。

一、法律規定

而我國公營事業移轉民營條例中對於員工保障及補償的範圍只限於公營事業之「從業人員」，故是否為從業人員，對於員工而言，關係其權益至大，而從業人員之認定，即成為公營事業民營化首要面對之課題。公營事業移轉民營條例並未就從業人員一詞加以定義，而是在施行規則第十二條規定：「本條例第八條第一項至第三項、第十條第一項、第十一條第一項、第二項及第十二條所稱從業人員，指依法得適用退休、資遣規定之人員。但不包括下列人員：一 依聘用人員聘用條例聘用之人員。二 依行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法僱用之人員。三 定期勞動契約人員。四 借調或兼職人員。五 其他臨時人員。」而在此第三項之「定期勞動契約人員」應作何認定？勞基法第九條固有對定期契約的認定標準，但在這裡是否也作同一之解釋？又或如因勞基法第九條連續定期契約而視為不定期契約者，在這裡是否仍排除在從業人員之列？

二、學說見解

有論者認為：公營事業移轉民營條例施行細則第十一條係超越母法所無之違法限制。連續約聘僱之人員，乃應受勞基法眷顧之長期忠誠勞動者，不應排除於公營事業移轉民營事業之從業人員之外⁴⁷。亦有論者認為，勞動基準法第九條第一項將勞動契約分為定期與不定期，第二項規定定期視為不定期之情形，亦適用勞基法退休資遣規定，硬將之排除在外，難具說服力⁴⁸。

⁴⁶ 楊櫻花，我國公營事業民營化勞資爭議問題之研究，東海大學法律研究所碩士論文，民國九十年六月，2頁。

⁴⁷ 鄧學良，論公營事業約聘僱人員之勞動權益，勞資關係月刊，十六卷一期，民國八十六年五月，25、33頁。

⁴⁸ 林倩如，公營事業移轉民營條例員工權益補償之探討，經社法制論叢，二十一期，民國八十七年一月，177頁。

三、實務見解

實務見解方面，判決認為⁴⁹，由人員權益的保障分析出發，公營事業移轉民營條例第八條規定應可得下列結論：倘為本條例所稱之從業人員，並為勞動基準法適用之勞工者，其可依本條例第八條規定，享有優於勞動基準法資遣、退休之離職金給與標準；若為從業人員但不適用勞動基準法者，仍得比照勞動基準法適用（見該條例第八條第二項後段）。至於非公營事業從業人員，即無本條例之適用；但若有勞動基準法之適用者，仍得依勞動基準法規定領得資遣費或退休金。準此，對於適用公營事業移轉民營條例「從業人員」之身分解釋，自不必與勞動基準法對於勞動契約、勞工身分等，為相同之認定。更甚者，縱使有勞動基準法之適用，其有無公營事業移轉民營條例之適用，仍應依該條例關於從業人員之規定認定，二者就適用對象部分，並非須為同一之解釋。

四、小結

本文認為似不必須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，因為首先此兩法立法目的並不相同，公營事業移轉民營條例第一條所規定的立法目的：為達「為促進公營事業移轉民營，以發揮市場機能，提升事業經營效率，特制定本條例。」，而該條例則分別就公營事業之定義，移轉民營之方法，補辦預算手續，從業人員之隨同移轉、離職、留用或資遣等，從業人員股權優先承購權，公股轉讓，移轉民營所得資金之繳庫及補償經費編列等。從該條例全部的規定來看，公營事業移轉民營條例並非僅就公營事業所屬勞工或員工等之權利義務為規範，它還有就整個公營事業移轉民營之依據、流程、預算編列等為統籌規定，而關於公營事業從業人員，則因涉及該等人員工作權之保障，方於條例第八條、第九條賦予其等優惠之移轉、離職、留用、資遣條件及股權優先承購權。而與勞動基準法是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，方制定該法之立法目

⁴⁹ 臺灣臺北地方法院民事判決九十年度勞訴字第三五號。

的（參見勞動基準法第一條），兩者的立法目的顯不相同。其次，從立法學的角度觀之，若其認為就適用對象部分，公營事業移轉民營條例與勞基法應作同一之解釋，那麼公營事業移轉民營條例第十二條第五款的「其他臨時人員」並無庸規定，因為若就勞基法而言，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須相同。再回歸至公營事業移轉民營條例施行細則第十二條之規定，該條文乃是在於解決何謂屬公營事業移轉民營條例所要保障補償之從業人員以及何種人員不在法規所要保障補償的範圍，而如上所言，本文認為其中之定期勞動人員不必與勞基法第九條之解釋相同，故本文傾向回歸至此等人員與機關所締結之人事任用契約去判斷其契約性質。

第四目、國會助理

一、國大助理

國會助理可分為國民大會代表助理（以下簡稱國大助理）與立法委員助理，而實務上最先引發問題的是國大助理，也就是國大助理與國民大會代表（以下簡稱國大代表）之間是否為定期勞動契約？這個問題的背景是在民國八十九年第六次修憲時，將國民大會的常設地位除去，使得修憲後的國民大會代表僅成為一個臨時性的任務組織。但這之前的第三屆國民大會代表尚屬常設地位、而且有任期之保障，而每名國大代表可以擁有兩位公費給薪之助理⁵⁰。而在第三屆國大代表即將卸任之際，有國大助理離職要求發放資遣費，因而引起爭議。如認為應發給資遣費，因國大助理人數眾多，國庫尚無編列此筆經費，牽涉者眾，故這個問題曾引起廣泛的注意，而在當年度，勞委會也做出了相關的解釋，勞委會九十年四月二日台九十勞資二字第零零一四二五零號函釋認為：「第三屆國民大會任期屆滿卸任。依國民大會代表報酬及費用支給條例規定聘用之國會助理，係協助國大代

⁵⁰國民大會代表報酬及費用支給條例第四條：「國民大會代表聘用助理人員二人，協助代表研究憲政及服務選民等有關事宜。」此條例現已遭廢止。

表研究憲政服務選民等事務，因國民大會代表有法定任期，於任期解滿時，其依上開條例聘用之國會助理所依附於國民大會代表而生之國會助理職務身分，隨之消滅，依上開條例聘用至國民大會任期屆滿為止，其期間之勞動契約關係惟定期勞動契約，契約期限屆滿，勞僱關係消滅，依勞動基準法第十八條第二款之規定，並無發放資遣費之問題。」

該解釋令認為國大助理乃依附國大代表本身，而國大代表依憲法乃有法定之任期，故在這樣的前提下，國大助理應屬定期契約。解釋令雖言之有理，惟當時政府決策已定，即國家並無公帑編列此一助理資遣經費，此因素恐亦不可忽略；且該解釋令函的結論並非一體適用，恐需依具體狀況而定，而尚有討論之空間。

例如有的國大助理是國大代表在未就任時，即一直予以僱用的隨身秘書或助理，而就任之後，即以公費之名義給薪，若在前階段該僱傭契約為一不定期契約，迨國大代表就任後，依上述勞委會解釋，後階段契約的性質又變為一定期契約。但實際上該助理的職務性質未曾改變、亦皆由該雇主（國大代表）安排、派給任務，只因給薪之名義不同，契約的性質就會產生變化嗎？又若國大代表競選連任失利，而助理繼續予以留任僱用，這樣依勞委會解釋令的反面解釋，又變成一不定期契約；而這些都是實務上常見的狀況，如概依勞委會上述解釋令來理解，恐有疑義，故上述解釋令似乎亦不能一概予以適用。

而以上的討論是在舊法時代的國大代表才會產生的問題，在第六次修憲後所產生之國大代表及國大助理，因國大代表已屬非常設性，成為任務性的組織，尤其在國民大會組織法中，亦無助理的編制以及公家給薪的規定，故助理與聘僱助理的雇主，其契約屬性，就回歸至勞動基準法來判斷了。

二、立委助理

而同為國會助理的立法委員公費助理，是否也有類似的問題呢？立法

委員公費助理其設置的法源在於立法院組織法第三十二條：「立法委員每人得置公費助理六人至十人，由委員任免；立法院應每年編列每一立法委員一定數額之助理費及其辦公事務預算。公費助理均採聘用制，與委員同進退；其依勞動基準法所規定之相關費用，均由立法院編列預算支應之。」由此看來，因立法院組織法與勞動基準法同屬法律之位階，就「公費助理」言，立法院組織法已經作了特別的規定，也就是公費助理為定期勞動契約之意。惟本文認為縱使法律作了這樣的特別規定，但是仍會遭遇如上述第三屆國民大會代表助理同樣的難題，也就是立法委員就任前即已聘僱之助理，就任後以公費給薪，或者立法委員落選後，仍聘僱以前公費給薪的助理，此時的契約關係是否適宜來作切割認定的處理，似仍有討論之空間。

第五目、試用人員

一、試用期的意義

試用期間之設定，在一般社會通識或雇用習慣上，已被認為是正常現象。所謂試用是指在正式採用前，規定一個試驗的期間，觀察被雇勞工的工作態度、人格、技術、能力等特性，藉以決定是否正式雇用⁵¹。也就是說，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；換言之，採用試用期之前提是雇主有意與勞動者締結一繼續性勞動契約，先行之實驗性勞動關係⁵²。

而我國勞基法並未明文規範試用期，同法施行細則第六條第三項原規定；「勞工之試用期間，不得超過四十日」，但至民國八十六年六月十二日修正時，復予刪除，主因在於勞基法母法並未規定試用期間，卻又自行規定其期間限制，故此規定已被廢除⁵³，而試用期的時間應以多長為限，

⁵¹林振賢，前揭註 24 書，158 頁。

⁵²臺灣桃園地方法院民事判決八十九年度勞訴字第二六號。

⁵³而勞工若於施行細則修正通過前(八十六年六月十二日前)受僱，有關試用期間之約定仍

現並無法律規定。但須考量到適用制度在台灣企業間十分普遍，基於契約自由原則，及尊重此項既成的僱傭習慣，理當承認設定試用期間之合理性，而不必斤斤於勞動基準法未設有試用之規定，遽然論斷勞僱雙方不可約定試用期間，否則，勢必擾亂現存企業用人秩序，招致無謂之困擾⁵⁴。惟在立法論上，是否各種職業之勞工皆得允許約定試用期間？首先須了解試用制度的本義在於：雇主以評價適用勞工之職務適性格及能力，作為考量締結正式勞動契約與否，且存續期間較為短暫，具有實驗性的過度期間⁵⁵。且通常而言，僱傭勞工之技術層次或熟練度須較高者，從企業經營的角度，越需要試用期來評斷是否僱傭；如果只是單純作業勞工，因為彼等所從事職務之技術層次較低，甚或不需要技術或熟練度等，其試用制度的需求以及正當性就不存在了。

二 試用期的期間

「試用」畢竟與臨時性、短期性、或季節性等，具有勞力「補充」作用的「一時」雇用不同，而是以將來的正式雇用為前提，也就是雇主有意與勞動者締結一繼續性勞動契約，先行之實驗性勞動關係，這樣所設定嘗試雇用的期間而已。且試用期間之設應限於有繼續性之不定期勞動契約，至於臨時性、短期性、季節性及特定性工作則不許約定試用。因為若以實務常見的一至三各月試用期來看，在上述這些工作中，勞工幾乎有一半的時間都在試用，反而架空了試用的真意；一方面上述這些工作的出現多是為了彈性人力的需求，似乎並無試驗的價值⁵⁶。又試用期間，勞工是處於就業不確定的情形下，期間過長，不但不合保護勞工工作權的理念，而且雇主如惡意利用試用期間的解僱權，將試用勞工當作臨時工使用，則期間

應依當時法令之規定，不得超過四十日。參閱勞委會八十六年勞資二字第零三五五八八號。

⁵⁴劉志鵬，論試用期間，勞動法理論與判決研究，元照出版，民國八十九年五月，65頁；呂榮海，前揭註23書，70頁。

⁵⁵劉志鵬，可以延長適用期嗎，戰略力生產雜誌，483期，民國八十五年五月，頁72。

⁵⁶蘇倍瑱，採用內定與試用其間法律問題之研究——以日本法制為例，文化大學勞動研究所碩士論文，民國九十二年十二月，56頁。

越長、勞工越處於不利的狀態，所以必須有適用期間的限制。但試用期間究竟應該多長才算合理？

本法施行細則原規定的四十天已遭刪除，且勞動契約，依工作之性質，養成教育有長有短，一概以四十天為基準，未必允當，應依工作之特性及需要、專業技能及知識之儲備、團隊合作之搭配、環境之熟悉、敬業精神、可塑性之良窳 等不同之需求，由當事人於契約自由原則下，依信理念，兼顧勞資雙方之利益，自行合理約定，亦無不可⁵⁷。也就是說應從試用期的目的出發，即給予雇主一期間，以觀察其工作技術、態度、人格、能力等與工作密切相關之事項決定其是否適任，故應依客觀情形認該工作須花多長時間才能看出其適任性，來決定其期間。

三 試用期的法律關係

(一) 試用期的法律性質

試用期間的勞動關係是否為一獨立的勞動關係？抑或是正式勞動契約的一部份？如果試用期間超過九十天，與勞基法第九條第二項第二款之情況是否相同？依勞基法及該法施行細則之意，試用並非定期勞動契約，亦非不定期勞動契約，而它確實是勞動契約之一部分，故試用期間亦應計入工作年資之中⁵⁸。而試用期既非定期契約亦非不定期契約，原因在於勞基法第九條第一項關於勞動契約的定期事由，只有臨時性、短期性、季節性與特定性四種，且依該施行細則第六條第一項的定義，此四者係以工作性質作為界定之標準，而試用乃是以審查勞工工作能力為目的，以與正式雇用相區別，可知試用契約與定期契約之目的與標準截然不同⁵⁹。分類標準既然不同，表示試用契約與定期契約或不定期契約的分類毫不相干，就像成年工勞動契約與童工勞動契約這一種分類，是以勞工的年紀為分類標準，跟定期或不定期這一分類毫不相干一樣⁶⁰。所以承認試用期間亦不

⁵⁷臺灣桃園地方法院民事判決八十八年度簡上字第一五六號。

⁵⁸黃程貫，前揭註 8 書，389 頁；新竹地院九十一年度勞再易字第一號亦持相同見解。

⁵⁹黃程貫，前揭註 8 書，382 頁。

⁶⁰呂榮海，前揭註 23 書，70 頁。

違反勞基法第九條的規定，試用期間超過九十天者，與勞基法第九條第二項第二款之不定期契約情況，並非相同，實務判決亦認：「試用期間超過九十日並非勞基法第九條第一項第二款之不定期僱傭契約，僅其試用期間仍應受相關法令保障而已。」⁶¹

(二) 試用期之終止

如前所述，雇主與勞工之所以約定試用期的目的，係在於考量試用期間內該勞工之職務適格性及能力，並藉此賦予雇主一個較大的裁量權，雙方是否要繼續締結長久之勞動契約。關於試用勞工之解僱，勞委會有一重要之解釋令：八十六年九月三日台八十六勞資二字第零三五五八八號函「二、至該法施行細則修正後，有關試用其間之規定已刪除，勞資雙方依工作特性，在不違背契約誠信原則下，自由約定合理之試用期，尚非法所不容。惟於該試用期內或屆期時，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。」此見解似認勞動契約唯獨二分法，若非定期契約即屬不定期契約，而認試用期既非定期契約，即應屬不定期契約，故僱主欲終止勞動契約，則必須依勞動基準法第十一、十二、十六及十七等相關規定辦理；亦有實務見解⁶²認為僱主欲於試用期間屆滿前終止勞動契約，基於保障勞工之立場觀之，應保障勞工之期限利益，需依勞動基準法相關規定始得終止勞動契約，而不得提前即以考核不合格為由具而終止勞動契約。但本文認為似有再討論之餘地。

從試用期的目的乃在給僱主一時期以觀察勞工是否適任，若將之與一般不定期契約同等視之，豈不失試用期之意旨；從另一角度而言且若不依此解釋，並非即謂勞工不受任何保護，試用期間僱主之行使終止權即可恣意不受任何拘束，當然還是得遵循誠實信用原則及權力不得濫用之原則。例如僱主須給予勞工學習工作內容之環境與機會，若未提供此學習之環境與機會，再以不適任工作為由予以解僱，則與法不合⁶³。而實務見解八十

⁶¹臺灣桃園地方法院民事判決八十八年度簡上字第一五六號。

⁶²臺灣新竹地方法院民事判決八十九年度重勞訴字第二號。

⁶³臺灣高等法院高雄分院民事判決八十九年度勞上易字第三號；臺灣高等法院九十年

八年勞上易字第十三號亦認為：「試用期間之勞工，僱主僅係得視勞工之工作表現，決定是否終止僱傭契約，尚難謂於試用期間，僱傭契約未成立」。而在試用期間雙方當事人原則上應得隨時終止契約，而無須具備勞動基準法所規定之法定終止事由，因其仍屬試驗階段⁶⁴，須使僱主有時間充分了解其適任否，若是不合企業所須，給予其較寬的終止權，以便選擇更適合可用的人力，亦是企業經營上有其期待性與必要性的，當然亦須遵守權利不得濫用之原則。亦有學者提出雖不需達到勞基法第十一條、十二條規定的情形，但仍必須具備合理的理由，此即解僱事由之證明程度之減輕，例如不必要求確不能勝任，只要僱主能合理證明「大致不能勝任」即可⁶⁵。

(三) 試用延長問題

而試用之後，得否再試用？也就是說當原先約定的試用期期滿後，僱主得否再與勞工約定一試用期？實務上有一案例，勞工在第一次的試用期內因考核成績偏低而未達錄用標準，而經勞工同意後，延長試用，而於試用屆滿前通知不適任而予以解僱。首先一、二審判決雖均認為試用勞動制度有其存在之合理性與必要性，而一審判決⁶⁶中引用日本通說，日本通說認為除非有相當之理由，否則不容許延長試用期間，所謂延長試用期間之相當事由諸如：試用勞工因病住院致無法判斷適格性；或基於試用勞工之利益，且其延長得致試用勞工之同意。但在此個案中再試用並未載明於最初之招募表中，且僱主就其有延長試用期間之正當事由，亦未舉證以實其說；而相較於僱主，勞工為弱勢之一方，係為求有能工作下，繼續任職，並非發於自願同意。被告延長試用期間被告既不行使解僱權而延長試用，

勞上字第十七號、基隆地方法院九十二年度勞訴字第三號、高雄地方法院八十八年度勞訴字第三號亦皆認僱主於試用勞動契約之終止權須遵守權利不得濫用之原則。

⁶⁴ 黃程貫，前揭註 8 書，383 頁。但亦有不同見解認為，仍以具備法定事由為佳（例如：勞基法十一條第五款），因慮及試用勞工之地位或工資多低於同職場正式員工，且勞動契約業已生效，因此僱主若欲解僱試用勞工，依勞基法事前預告及發給資遣費，對於試用勞工而言，可謂契約終止後之平衡保障。參閱：蘇倍瑱，前揭註 56 論文，第 66、76 頁。

⁶⁵ 劉志鵬，前揭註 54 書，70 頁。

⁶⁶ 臺灣臺北地方法院民事判決九十一年度勞訴字第一二號。

使原告之地位，繼續處於不安定、不利之試用狀態，故認延長試用期間不合法。

但二審判決⁶⁷認為第二次試用確實是經被上訴人同意，再者雇主告知延長試用期間之際，業已透過書面明確告知勞工延長試用期間的起訖點又此一試用期間之延長不僅得使被上訴人免除立即失業之困境，且給予伊再一次獲得正式錄用之機會，上訴人之決定延長試用期亦屬正當並無權利濫用之情形，且易有他人通過第二次試用而獲正式錄取，於是認為並不違法。

在此案例涉及的爭點包括除了試用期間的法律性質外，亦有論者⁶⁸提出須注意試用期屆至雇主積極評價的時點，認為雇主終止權之行使期間應類推勞基法第十二條第四款之規定，應以三十日內為當；除此之外，延長試用的重點在於「勞工之同意」，二審判決亦持此見解認為已得勞工明示之同意，且再次延長並無權利濫用之虞，而認在此前提下，試用期間的延長是適法的。惟本文認為此種試用再試用的情況，或雖有正當理由、或當事人明知已同意，仍應有所限制，因倘若形成試用之連鎖，其與定期之連鎖亦有相同之弊害。而這個案件，於筆者完稿前據瞭解正在上訴三審中，其判決結果亦值觀察。

第四節、小結

勞基法第九條將定期契約的類型分為臨時性工作、短期性工作、季節性工作及特定性工作，而其共通之處為「非屬繼續性工作」，因之對於「繼續性工作」，學者與勞委會均提出說明。學者有認從事業單位之業務性質與經營運作之持續性需要來觀察，亦有認應關注雇主僱用該勞工之契約主觀目的。勞委會亦著重於客觀層面的觀察，從勞工從事的「業務性質」與

⁶⁷ 臺灣高等法院民事判決九十二年度勞上字第二 0 號。

⁶⁸ 蘇倍瑱，前揭註 56 論文，83 頁。

「持續與否」切入。若從客觀層面觀察以決定是否具有繼續性，這樣的見解較能保障勞工的權益。而由當事人主觀層面切入來作認定，似乎與民法僱傭一節的規定相近。

臨時性、短期性、季節性及特定性工作為勞基法第九條明文規定得為定期勞動契約的類型，對於這四種類型，實務上常見的案例及認定標準本章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，除此之外，實務上亦有一些特別的定期勞動契約。在外籍勞工方面，本文認為就業服務法第五十二條所規定「三年聘僱許可期間」其所規範者，乃主管機關與雇主間之行政監督關係，未涉及雇主員工間私法契約應為定期或不定期的問題。而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，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。在國防役男的問題上，關於其「服務四年」的規範意義，本文認為由利益衡量的角度而言，應為定期契約較為允當，其乃是一個具有公法性質的定期契約。

此外，在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」，本文認為未必須與勞基法為同一解釋，因兩法立法目的並不相同，且就勞基法而言，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。又國會助理勞動契約的屬性問題，勞委會解釋令認國大助理應屬定期契約，但本文認此結論並非一體適用，尚需依具體狀況而定，而尚有討論之空間，因如概依勞委會解釋令來理解，恐有同一連續契約，卻分割為不同屬性的問題；立法委員助理亦同。最後，關於試用期，本文認為試用期有存在之必要，其勞動契約之一部分，但既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截然不同。