

第三章、定期勞動契約的權利義務

在民法僱傭一節中將僱傭契約區分為定期與不定期契約，而其差異性在於契約消滅的方式不同，定期契約於期限屆滿時消滅；不定期契約當事人原則上得隨時終止契約，除此之外，定期僱傭契約與不定期僱傭契約在權利義務上並無任何的不同。而在勞基法第九條亦將勞動契約區分為定期契約與不定期契約，原則上此二者的權利義務是相同的，除了法律有明文規定者外，例如：特定性定期契約之期前終止權（第十五條第一項）、不定期契約之終止前預告期間（第十五條第二項）、定期契約之勞工期滿離職，不得請求加發預告期間工資及資遣費（第十八條）等差異；除此之外，並不影響勞工依勞基法可享的其他權益，例如：職業災害補償、工會會員權益等，因其同屬依雇主指示支配而服勞務之勞工。而勞基法為了保護勞工，防止雇主藉由連續定期的方式來迴避不定期契約雇主應負之義務，諸如資遣費、退休金等，亦有規定在特別的情況，將定期契約視為不定期契約來處理，以及規範年資計算的方式，以維護勞工之權益，而以下僅就定期勞動契約特殊的部分論述。

第一節、定期契約屆滿視為不定期契約

勞基法第九條第二項規定：「定期契約屆滿後，有左列情形之一者，視為不定期契約：一 勞工繼續工作而雇主不即表示反對意思者。二 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。」同條第三項規定：「前項規定於特定性或季節性之定期工作不適用之。」原則上定期契約期間屆滿，契約消滅，雙方當事人亦無互為給付之義務，但在某些特別的狀況下，定期契約雖屆滿，但符合規範欲保護的前提下，會視為不定期契約。

第一項、法定更新（勞工繼續工作而僱主不即表示反對意思者）

定期契約之期限屆滿之後，若當事人一方仍繼續給付，而他方亦無反對之表示，原本已屆期之定期契約是否即因而轉變為一不定期契約，即生疑義。此涉及的為法定更新的問題。法定更新在民法租賃一節中有所規定：「租賃期限屆滿後，承租人仍為租賃物之收益，而出租人不即反對之意思者，視為以不定期期限繼續契約。」（民法第四百五十一條）；但在民法之僱傭契約一節中並無明文規定，遂引發僱傭契約究竟有無法定更新的爭論。有認為立法者在租賃契約中有所規定，但在僱傭契約中卻無規定，立法者並非無意的缺漏，而係「明示其一，排除其他」，也就是說，僱傭契約無法定更新之可能。而亦有論者認為，應從契約的本質來探討有無法定更新之可能。而法定更新乃是由繼續性債之關係的本質所導出之結果，乃當然之法理，無待法條之規定；而租賃契約與僱傭契約均同為繼續性債之關係，故均應有法定更新問題，僱傭契約應得類推民法第四百五十一條租賃契約法定更新之規定。故定期僱傭契約雖已屆期，但若受僱人仍繼續為勞務之給付，而僱傭人並未立即有任何反對的意思表示，此時應視為當事人間以不定期繼續期僱傭契約⁶⁹。亦有學者贊同上述後說之結論，且其認為：就民法之基礎立論而言，確實唯有繼續性債之關係始有法定更新問題之可能，惟法定更新並非繼續性債之關係的本質問題，因法定更新的意旨乃是在於破除「期限代人催告」之基本原則，且將所定期限屆至之注意責任片面移轉予出租人、僱用人。此一注意責任之課與，乃是基於承租人、受僱人之社會保護需求而來，並非由繼續性債之關係而來⁷⁰。

此一法定更新契約再勞動基準法第九條第二項第一款中則有明文規定：「定期契約屆滿後，勞工繼續工作而僱主不即表示反對意思者，視為不

⁶⁹ 史尚寬，債法各論，著者自刊，民國五十六年，292、293 頁。

⁷⁰ 黃程貫，勞動法，國立空中大學，民國九十年六月修訂再版，384 頁。

定期契約。」惟該條第三項則又予以限制，只有臨時性與短期性之定期勞動契約，始有法定更新問題。至於季節性與特定性之定期勞動契約，則仍無法定更新之適用。雖不適用勞動基準法之規定，是否仍得回歸民法，而依上所述，認定為僱傭契約而類推民法第四百五十一條？解釋上應不得如此。因為勞動基準法已有法定更新之明文規定，而季節性與特定性之勞動契約二者又遭勞動基準法之立法者明文排除在法定更新以外，故立法者之意思已甚為明確，因此應復不得又回歸民法類推民法第四百五十一條，而使得勞動基準法立法者之原意落空⁷¹。此見解實質贊同，若允許其得再類推民法第四百五十一條，勞動基準法第九條第三項將形同無物。

而當雙方發生爭執時，依照民事訴訟法舉證責任分配的原則，勞工對於其契約期滿後繼續工作之事實，負舉證責任；如其不能舉證以證明確有於契約期滿後繼續工作之事實，應視為繼續工作；雇主對於其契約期滿後，勞工繼續工作時，確曾即時表示反對之意思，應負舉證責任。至於雇主未曾即時為反對之表示，勞工則不必負舉證責任⁷²。

惟從立法論上而言，立法者獨把特定性與季節性之定期工作排除在法定更新之外，其立法意旨不明。前已述法定更新之意旨是在於繼續性債之關係中，當事人之一方具有保護必要性時，另一方將被片面被課予期限屆至之注意義務，否則將承受契約繼續存在之法律效果。而在僱傭關係上，勞工是屬於較弱勢而有保護必要性之一方，故即使原先是定期契約，亦能透過法定更新而成為不定期契約，而立法者這樣的安排顯然是認為臨時性、短期性之定期工較之特定性、季節性之定期工有社會保護之必要性，也就是說立法者可能考慮到當特定性或季節性定期工一旦待此季節或此特定工程結束後，因已無工作之標的物，若課予雇主繼續僱用之義務，顯然強人所難；但臨時性、短期性的工作不也是如此嗎？臨時性、短期性定期工的出現，多是出於雇主因經營人力運用上有臨時性或短期性之需求彈性所致，其需求的頻率與特定性或季節性工作同屬非繼續性，難以理解立法

⁷¹ 黃程貫，前揭註 70 書，384 頁。

⁷² 黃劍青，勞動基準法疑難問題詳論，民國七十五年七月，147 頁。

者為何作如此不同之處理，因此本文認為在立法論上，臨時性、短期性、特定性、季節性定期工應作相同之處理。又，第九條第二項法律效果乃規定「視為」不定期契約，例如工廠年終出清舉辦大拍賣，雇用短期性的定期契約工協助拍賣，雖然約定的期限已至，但勞工自願多待一、二天處理善後，雇主未表反對意思，若此時直接視為不定期契約，似乎過於僵化，若改為「推定」時，或許較能兼顧當事人當時之主觀真意。

第二項、連續性定期契約

定期勞動契約與不定期勞動契約其最大的相異之處在於契約消滅的方式不同。定期契約於期間屆滿時，勞動契約即行消滅，勞工亦不得向雇主請求加發預告期間工資及資遣費；而不定期契約則有終止保護的規定介入以保護勞工，例如須有法定事由、預告期間及資遣費的設計等。而雇主若為逃避此等義務，即可以連續定期的方式來規避終止保護等相關規定，故勞基法第九條第二項第二款規定：「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三十日者，亦應視為不定期契約。」其立法目的在於防止雇主以連續性定期契約之方式規避強行法規之脫法行為，勞基法於是規定合乎上述二要件之連續性定期契約視為不定期契約⁷³。

例如勞工甲與雇主乙訂立臨時性的勞動契約，契約期間是五十日。契約期滿後，兩人又於二十日內在訂立另一個短期性定期契約，契約期間是四十五日。因為前後兩個定期契約的期間已超過九十日（五十日加四十五日），且前後契約的間斷時間只有二十日，未超過三十日；則依照本條項規定，勞工甲與雇主乙間前後所簽訂的兩個定期契約，應視為一個不定期契

⁷³ 黃程貫，前揭註 70 書，384 頁。

約⁷⁴。

惟此一立意甚佳之規定，尚有以下之處值得檢討：如要貫徹立法目的，本條所規定的二個要件，即前後勞動契約之工作期間超過九十日；且前後契約間斷期間未超過三十日二者。後一要件實在限制過於嚴格，仍在資方人事措施頗能方便操作之範圍之內，故若能再將前後契約間斷期間未超過三十日者，修改為未超過六十日或甚至九十日者，則較能有效保護勞工⁷⁵。

其次，勞基法第九條第三項亦將特定性或季節性之定期契約排除適用，同樣的，再回到勞基法第九條第二項第二款的立法意旨來看，應是避免僱主藉由連續性的定期契約來規避不定期契約之法律規範，而以定期契約之名行不定期契約之實。在以臨時性、短期性定期契約為名時，可能有此弊害，特定性、季節性定期契約實務上雖較少見，但非謂絕不可能，故仍應作相同之處理為佳。

再言此款規定的法律效果為「視為不定期契約」，就此而言，法律若規定為「視為」，則無法舉反證而加以推翻，即其效果為法律所擬制，此項規定在實際情形上，有時會產生問題。例如對於臨時性的工作，在同一事業單位中，為了因應兩次臨時性的需要，僱用同一名勞工，而其兩次工作間隔時間未超過三十日，則法律效果便自動轉為不定期契約，對於僱主和勞工而言，有時顯然無意為不定期契約（例如為因應兩位勞工之產假而僱用之同一臨時工），然而卻因為法律的僵化規定，而產生不合情理的情形。

第二節、工作年資之累計

工作年資之累計與計算，牽涉勞工權益甚廣，包括退休金、資遣費、休假等等，在定期契約中，因為勞動契約的期間較短，工作年資的累計在

⁷⁴ 黃劍青，前揭註 72 書，147 頁。

⁷⁵ 黃程貫，前揭註 70 書，386 頁。

實務上不若不定期勞動契約般重要，原則上年資的計算須以「連續」為計算之基礎；但亦有可能，雇主以連續定期的方式雇用勞工或以數段定期契約接連雇用來規避年資計算，故勞基法第十條規定：「定期契約屆滿後或不定期契約因故停止履行後，未滿三個月而訂定新約或繼續履行原約時，勞工前後工作年資，應合併計算。」本條規定定期契約屆滿後，未滿三個月而訂定新的定期契約，或不定期契約因故停止履行後，於未滿三個月內又繼續履行原約時，勞工前後工作年資應合併計算。又若定期契約屆滿後，未滿三個月，而另訂定不定期契約；或於不定期契約因故停止履行後，於三個月內另訂定期契約時，依照保護勞工權益的立法原義解釋，應認為勞工的前後工作年資應合併計算，以保障勞工之權益。而條文既已明文予以規範，故若勞工於定期契約屆滿後間隔三個月以上才訂定新約，則不視為不定期勞動契約。

實務上關於年資計算的問題不僅是勞基法第十條的情況，亦有另一種是年資溯及既往的問題。也就是說一個繼續性的工作，在勞基法施行前如果是採取連續定期契約（最常見的如一年一聘）的方式雇用勞工，至勞基法施行之後，因為第九條的規定，只要具有繼續性的工作就應為不定期契約；此時勞基法施行後的年資應當累計固無疑問，但是勞基法施行前工作的年資是否一併可以累計？本文與勞委會的見解相同，認為勞基法施行前的年資是可以累計的，原因在於勞基法第八十四條之二的規定，勞工工作年資自受僱之日起算，只是該階段的資遣費與退休金計算基礎並不依現行勞基法。本文認為年資的部分，因為八十四條之二的規定，應溯及既往的從受僱之日起算，但在勞基法施行前那部分的契約性質是否仍為定期契約？有判決⁷⁶認為在勞基法施行前的契約性質及自始變為不定期契約。但本文認為該階段的契約性質仍為定期契約，因為勞基法並無溯及既往的規定，故在無特別的規定之下，依實體從舊的法理，應依民法仍為定期契約。

⁷⁶臺灣臺北地方法院民事判決九十年度勞簡上字第二九號：「是該工作之性質顯亦非屬臨時性、短期性、季節性或特定性者，即不得為定期契約，故兩造間之勞動契約自始即為不定期契約，並非因上訴人自八十七年十二月三十一日起適用勞基法，而始變更為不定期契約。」

不過，這個問題似乎並無區別的實益，因為既然年資可以累計，權益也就得以確保了。以下是勞委會的見解：

(1)發文單位及字號：八十七台勞資二字第零一七七五六號(民國八十七年五月二日)

內容：一 復貴會八十七年四月十六日八七庶 字第八六 一一四號函及依行政院人事行政局八十七年四月二十九日八十七局企字第 八八四五號函所轉同函辦理。 二 查勞動基準法第八十四條之二規定，勞工之工作年資自受僱之日起算，故如勞工受僱於同一事業單位之事實狀態，自適用該法前延續不斷至適用該法後，其於適用該法前項工作年資，應合併計算。至適用勞動基準法前之工作年資，其退休金給付標準，若無法令可資適用，亦無自訂之規定時，則由勞雇雙方協商決定之。 三 另貴會於適用勞動基準法前所僱用之定期契約工，其所從事之工作，如確為「有繼續性之工作」，於適用該法之後，依同法第九條第一項之規定，應為不定期契約；嗣後雇主如欲終止勞動契約，仍應依該法第十一、十二、十六、十七、五十四及五十五條等相關規定辦理。

(2)發文單位及字號：行政院勞工委員會八十七台勞動三字第零二二八四號(民國八十七年六月十八日)

內容：查勞動基準法第八十四條之二規定勞工工作年資自受僱之日起算，所稱勞工，仍適用該法之勞工，包括定期契約及不定期契約之勞工在內；所稱工作年資，係溯及適用該法之前，雇主及勞工若訂有數個勞動契約；其前後契約均未間斷，勞工連續工作，僅契約更換而已，則工作年資自最初受僱之日開始起算；前後契約若有間斷，則工作年資自間斷後所成立之契約開始之日起算。但勞雇雙方若有合併計算之約定者，從其約定。

(3)發文單位及字號：行政院勞工委員會八十八台勞動一字第零一八六三四號（民國八十八年五月二十六日）

內容：一 復貴處八十八年三月二十六日八八勞二字第 六八一二號函。
二 查勞動基準法第八十四條之二及其施行細則第五條規定勞工工作年資自受僱之日起算，適用本法前已在同一事業單位工作之年資應合併計算。所稱勞工，係指適用該法之勞工，包括定期契約工及不定期契約工在內；所稱工作年資合併計算，仍指適用該法前雇主與勞工所訂之勞動契約若均未間斷，則工作年資自最初受僱之日起算；前後契約若有間斷，則工作年資自間斷後新成立之契約開始之日起算。但勞雇雙方若有合併計算之約定者，從其約定。基此，各機關學校工友（含技工）曾於民國六十四年十一月三日以後受僱為同一機關學校按月支薪臨時工友之服務年資，勞動契約如未有中斷之情形，於適用勞動基準法後，應依前開規定，其工作年資或特別休假年資，均自受僱之日起算。

第三節、契約之終止與資遣費

勞基法第十八條規定：「有左列情形之一者，勞工不得向僱主請求加發預告期間工資及資遣費：一 依第十二條或第十五條規定終止勞動契約者。二 定期勞動契約期滿離職者」明文訂定期勞動契約期滿離職者，不得請求資遣費；惟勞基法第十八條第一項第二款為「期滿離職」，這邊出現一個問題，即若非期滿離職，例如約定期間為九十年三月一日至九十年九月一日，卻於九十年六月一日予以終止契約，勞工可否請求資遣費？此時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：

(1)如果行使終止權人為雇主，依勞動基準法僱主終止勞動契約的方式有二種，經預告的終止與不經預告的終止，符合勞基法第十一條各款之任一事由，僱主得預告終止契約。有問題的是，於定期契約中，僱主得否依

十一條之事由而行使終止權，本文認為定期契約雇主亦有終止權行使之可能。首先，相對於勞基法保護勞工，而民法租賃契約偏向保護承租人；而以租賃定期契約而言，民法第四百五十八條第一項第五款規定出租人可終止租賃契約，故定期契約仍有行使終止權之可能。又勞基法並無特別規定排除定期契約雇主依十一條行使之終止權。

再者，民法四百八十九條第一項規定若有重大事由仍得終止。所謂重大事由，乃指在斟酌具體個案的所有事實，並充分衡量勞資雙方的利益狀態後，如可認為有某一情事之存在，因為對雙方當事人之信賴基礎已經構成重大危害，故因而導致雙方當事人間之契約關係的繼續存在或存續至期間屆滿，對於當事人之一方而言，已屬不可期待。因此，若有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；即若有符合勞基法第十一條之要件時，僱主還是得行使終止權，終止該定期勞動契約；而亦有實務採取同樣的看法⁷⁷。

若依此見解，僱主依勞基法第十一條終止勞動契約者，依同法第十七條之規定，僱主只要是依十一條或十三條但書終止勞動契約者，皆負有給付資遣費之義務，這應不限於不定期契約，而實務上鮮見之原因，應只是在於資遣費之金額通常不高，以一個工作五個月的定期契約工而言，若依此請求資遣費所得請求的數額僅為十二分之五的月平均工資，從訴訟的經濟角度而言，的確不怎麼令人鼓舞。此外，勞工恐無法依民法第四百八十九條第二項請求損害賠償，因勞基法第十一條各款嚴格說來並非可歸責於僱主、屬僱主之過失而生之事由。

而勞工若符合勞基法第十二條的要件時，僱主得不經預告終止勞動契約。此勞動契約是否包含定期勞動契約？由民法第四百八十九條之規定，定期僱傭契約或勞動契約只有於重大事由時，使得例外的終止，而勞基法第十二條第一項與第十四條第一項所列舉者即為民法第四百八十九條第一

⁷⁷臺灣桃園地方法院民事判決九十一年度勞訴字第七號：「但查，縱為定期之勞動契約，於有勞動基準法第十一條各款情形者，僱主亦得終止定期勞動契約，此觀諸同條規定甚明。」

項所稱重大事由之具體化⁷⁸，在定期契約中，勞工若有勞基法第十二條之要件時，僱主似仍得終止勞動契約。而依勞基法第十八條第一項之規定，依第十二條規定終止勞動契約者，不得請求資遣費；且依民法第四百八十九條第二項之規定「前項事由，如因當事人一方之過失而生者，他方得向其請求損害賠償」，定期僱傭契約，因勞工符合勞基法第十二條第一項所列可歸責於勞工之事由而終止，僱主依民法第四百八十九條第二項尚得向勞工請求損害賠償，此乃期限利益之法理所該當。

(2) 而勞工為行使終止權人之情形有二，其一為不經預告之終止，勞基法第十四條規定：有左列情形之一者，勞工得不經預告終止契約。此處之契約除指不定期契約，亦應包括定期契約，前已述勞基法第十四條第一項亦屬民法第四百八十九條第一項之重大事由，故符合勞基法第十四條之要件時，得不經預告終止勞動契約。且依該條第四項規定「第十七條規定於本條終止契約準用之」，故勞工以本條行使終止權時，準用第十七條資遣費之規定，即僱主應給付資遣費。

惟依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；此時勞工終止契約之事由若是屬於可歸責於僱主時，例如僱主對勞工有重大侮辱，勞工因而行使終止權，依民法第四百八十九條第二項得請求損害賠償。惟此時依勞基法規定而得請求資遣費之權利與民法第四百八十九條第二項之損害賠償請求權，其關係如何？民法第四百八十九條第二項所得請求損害賠償之範圍應回到民法二百一十三條以下之規定，民法第二百一十六條規定「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人損害及所失利益為限。依通常情形或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」關於此問題應涉及資遣費之性質，若認資遣費之法律性質為損害賠償之性質時，因勞基法為最低限度的保障，若依民法第四百八十九條第二項請求更為有利的話，則得依民法請求。但若認資遣費為工作年資之提前清算或者帶有社會安全意義上的生活

⁷⁸ 黃程貫，前揭註 70 書，483 頁。

補助性質時，則此二者乃為不同目的之給付，民法第四百八十九條第二項給付目的在於損害賠償，勞基法資遣費目的內容在於工作年資之提前清算或者帶有社會安全意義上的生活補助性質；因其為兩種不同的給付為內容的請求權，為請求權之聚合，得同時併為主張⁷⁹。

(3) 勞基法第十五條第一項規定「特定性定期契約期限逾三年者，於屆滿三年後，勞工得終止契約。但應於三十日前預告僱主。」其立法目的乃在於避免定期契約過長，而定期契約之保護又不若於不定期契約，為保護勞工，縱使已為定期之約定，仍得逕以此終止契約，但此項規定並非謂除此之外即無其他終止事由，例如僱主若有勞基法第十四條之事由，定期契約之勞工仍得終止契約。又此項規定有其特別之立法意旨，故應排除民法第四百八十九條第二項適用之可能。

(4) 勞基法終止保護的規範，其規範目的乃在於限制僱主終止權以保障勞工權益，亦即須有法定之正當事由，才得解僱勞工，並配合解僱事由之不同而有預告期間、資遣費之設計。但以定期契約勞工適用這些法條時，會發生有趣的現象，例如一個無法擔任工作之定期契約工，僱主依勞基法十一條第五項解僱後，須發給資遣費；但若一個表現良好的勞工，因所定期間期滿而契約消滅，僱主並無發給資遣費的義務；又特定性定期契約工作期限逾三年後，勞工依勞基法第十五條終止契約，僱主依勞基法第十八條第一項亦無發給資遣費之義務。由以上敘述得出一個結論，表現良好的定期勞動契約工（或工作越久的特定性定期契約工），於契約終止時，僱主無庸付出任何代價；而無法勝任工作之勞工，反而可以獲取資遣費，法理上似有輕重失衡。因此本文建議，關於定期勞動契約之終止保護可以不適用勞基法中資遣費之規範，而回歸民法第四百八十九條第二項期限利益損失補償之法理，或許可以解決這個不公平的現象。

⁷⁹ 王澤鑑，法律思維與民法實例，民國八十九年十月，199 頁。

第四節、退休金

勞基法第五十三條規定只要勞工符合下列兩種情形之一，就有權利向僱主請求退休：工作十五年以上年滿五十五歲者或工作二十五年以上；而勞基法施行細則第六條對於臨時性工作、短期性工作、以及季節性工作都有期限之限制；臨時性工作之工作期間為六個月以內者，短期性工作亦須在六個月內完成之工作，季節性工作乃為工作期間需在九個月以內者；也就是說上述的臨時性、短期性、季節性工作之年資不可能有退休的問題，因工作年資不可能有勞基法五十三條規定的情形，需注意的是原本是定期契約而因勞基法第九條第二項而被視為不定期契約者，與此情況不同，因其已被視為「不定期契約」，故有退休之適用。但是勞基法施行細則第六條惟獨對特定性工作並未有時間的限制，這裡便產生一個問題，特定性工作的定期契約有無勞基法五十三條退休及五十四條退休金適用之可能？本文認為是有可能適用的，首先特定性工作之期間超過十五年，並非是不可能的，例如北宜高速公路雪山隧道導孔工程西段迄今工程時間已達十三年（自民國 80 年迄今），而因地形土質天災等因素，該工程之完工一般認為尚在遙遙之際⁸⁰，故該特定工作之期間超過十五年並非不可想像之事⁸¹。

⁸⁰ 聯合報，可以快點嗎，聯合筆記，民國九十年九月十日。惟於筆者寫作論文至此段之際，雪山隧道恰於民國九十二年六月一日貫通了，中國時報民國九十二年六月一日頭版及 A6 版有詳細報導，行政院表示預定於民國九十四年底全線通車。

⁸¹當然舉這樣的例子並不是沒有問題的，也就是說在這種狀況下，這還屬於特定性工作嗎？實務上工程之僱傭契約所訂契約期限通常為「至工程結束日止」，實務見解（台灣高等法院八十六年度勞上字第四十號判決）認為這樣的約定究屬於條件或屬期限，從僱主為特定性工程僱用受僱人，其工作性質應屬可在特定其間完成之非繼續性工作，而所訂契約期限「致工程結束日止」，其完工之時期雖不確定，但工程完工則屬可確定之事實，其記載顯非條件（此判決乃是將工程完工認為是可確定之事實，故有可得確定之日期，從而推論其為特定工作，然本文認為「工作完成」亦有可能客觀上不確定，蓋任何工程並非一定可完工，營造業者倒閉之情形在社會上多所常見）。若持實務見解，上述北宜高速公路則仍屬特定性工作。但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認應在勞動契約中明訂工程結束日期為妥。

其次從退休金之本質，一般而言有四種見解⁸²：商業權益說，人力折舊說，生活保障說，延期工資說；而一個定期契約工工作十五年與一個不定期契約工工作十五年，本文認為其得據以請領退休金之客觀基礎是一樣的。況從勞基法第十條之規定：「定期契約屆滿後或不定期契約因故停止履行後，未滿三個月而訂定新約或繼續履行原約時，勞工前後工作年資，應合併計算。」此「未滿三個月而訂定新約或繼續履行原約」之要件與勞基法第九條第一項第二款「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三十日者」視為不定期契約並不相同，也就是說從文義上而言，若符合第十條的狀況時，亦有可能已質變為不定期契約的狀況，而既被視為不定期契約，其工作年資合併計算自不待言；故第十條更重要的意義是在於定期契約亦有工作年資計算的重要性，而工作年資的計算自是涉及特休、資遣費、退休金，可見立法者應亦是蘊含此義。故定期契約中之特定性工作之勞工一但滿足勞基法五十三條之要件，應有權利請領退休金。

第五節、職業災害之補償

職業災害補償制度，乃是對於受職業災害之勞工，予以事後之補償；換言之，當勞工因遭遇職業災害而致死亡、殘廢、傷害或疾病時，雇主應依勞動基準法第五十九條予以補償。此種雇主之補償責任之性質，原則上為一種無過失責任，而非侵權行為或積極侵害債權之損害賠償責任，故其發生不以雇主有故意、過失或其他可歸責事由存在為必要。其乃本於「利之所生，損之所歸」的法理，雇主雇用勞工從事勞務以獲取利益，勞工聽任雇主之支配與指示服勞務而受有損害，此危險當由雇主承擔⁸³。

⁸² 柯木興，現行勞工退休與資遣制度之改進研究，勞委會研究計劃，民國七十八年，10頁以下。

⁸³ 黃程貫，前揭註70書，441頁；邱駿彥，我國職業災害補償制度，輔仁法學，十七期，民國八十七年六月，205頁；黃茂榮，職業災害之照顧責任，植根雜誌，十八卷十

前已述職業災害補償之法理乃係因雇主與勞工間有支配服從之關係，而勞工受雇主之指揮監督服勞務，使雇主獲取經營上之利益，故雇主獲取利益之外亦要承擔勞工發生職業災害此一危險；而不論不定勞動契約工或是定期勞動契約工，均為受雇主指示服勞務之勞工，其所不同的僅是有無約定期限。故在相同的基礎下，因服從雇主指示服勞務而受有損害，雇主依勞基法第五十九條皆負有職業災害補償之義務。

我國雖採無過失責任，但亦考慮雇主之負擔能力，在勞基法第五十九條對雇主之補償責任分別情形，而有一定之規範與限制，定期與不定期契約勞工在適用勞基法第五十九條時，並無不同，例如：勞工受傷或罹患職業病時，雇主應補償其所必需之醫療費用；勞工因職災或職業病導致死亡時，雇主必須給予家屬平均五個月平均工資之喪葬費以及四十個月平均工資之死亡補償等；而勞工在醫療中無法工作時，五十九條第二項規定：「勞工在，雇主應按其原領工資數額予以補償⁸⁴。但醫療期間屆滿兩年仍未能痊癒，經指定之醫院診斷，審定為喪失工作能力，且不合第三款之殘廢給付標準者，雇主得一次給付四十個月之平均工資後，免除此項工資補償責任。」而雇主與勞工間之勞動契約，是否將因雇主之一次給付而使得雙方間之契約即告消滅？又定期契約是否有所不同？前者之問題，論者皆認為法律並無此規定以及法律准許雇主一次給付乃係為減輕雇主長期繼續負擔工資之責任，勞動契約仍繼續存續；若雇主欲消滅與勞工間的勞動契約，仍應依勞基法第十一條第五款，遵守預告期間並須給付資遣費以終止契約

⁸⁵。

本文認為論者所言甚是，從立法解釋及目的解釋而言，並非一次給付四十個平均工資，即可作為資遣費之替代而得終止勞動契約；若欲終止勞

期，民國九十一年十月，1 頁。

⁸⁴依據勞基法施行細則第三十一條以及勞委會八十勞動三字第二五零一六號函釋，原領工資乃指該勞工遭受職業災害前一正常工作日所得之工資，若計月者，則以遭受職業災害前最近一個月工資除以三十所得金額為其一日之工資。罹患職業病之勞工，如依前述計算方式所得金額低於平均工資者，則應以平均工資作為原領工資。若非罹患職業病者，依勞委會解釋函意旨，因法無規定所以不得類推職業病勞工以一日之平均工資作為原領工資。

⁸⁵ 黃程貫，前揭註 70 書，442 頁以下；邱駿彥，前揭註 84 文，214 頁以下。

動契約，仍須依勞基法十一條第五款為之。而此結論，在定期契約是否有所不同，綜上所論，五十九條第二項但書之一次給付僅是工資補償責任之替代，其並不涉及契約之消滅，不定期契約如此，定期勞動契約亦若是。換言之，定期契約之消滅，可能係因期限屆至或有一方行使終止權，無論如何，五十九條第二款之一次給付與契約之消滅乃為二事，其法律效果應分開觀察。

若定期契約期限屆滿而消滅，雇主是否還有工資補償義務，勞委會亦曾有解釋令表示意見如下：

發文單位及字號：內政部七十五台內勞字第四三八三二四號（民國七十五年十月十八日）

內容：勞工在產假停止工作期間或職業災害之醫療期間，其定期契約因屆滿而終止，雇主可不續給產假及產假工資。（與定期契約無關者）

勞委會此解釋令函前段言「產假或職業災害醫療期間」，後段言「雇主可不續給產假或產假工資」而未提及職業災害之補償工資，但其法理應皆相同，即定期契約屆滿而終止，其因契約存續而附隨之福利或權利，亦隨之消滅。

本文認為，勞基法五十九條第二項乃是對於職災而無法工作的勞工給予「工資補償」，亦即勞工因職災無法工作，在此段期間內，即無服勞務之義務，但法律規定此時雇主仍有工資給付之補償義務。惟工資給付之補償義務仍須以勞動契約存在為前提，而定期勞動契約期限屆滿，契約便消滅，若契約不再存續，雇主亦無工資之補償義務。換言之，若定期勞動契約因期限屆滿而消滅，雇主在契約消滅後即無工資補償之義務，而定期勞動契約期限絕大部分為一年以內（特定性工作之期間才有超過一年之可能），故定期勞動契約鮮少有機會適用到五十九條第二項後段但書（醫療期間屆滿兩年仍未痊癒）；而若特定性工作勞工發生職業災害，在工資補償方面，雇主自得選擇五十九條前段或五十九條後段的方式進行工資補償。

第六節、工會會員資格

在自由市場之經濟體制下，唯一能與雇主強大的經濟力量相抗衡的，即是人數眾多的勞工團結起來，形成一個足以對雇主造成壓力的團體。而藉著此人數眾多的團體，得以與雇主立於一個力量較平等的對話地位，去進行談判、協商較公平的勞動條件；換言之，工會，即為集合勞動者最大力量，基於保障與提升勞動條件、經濟條件所組織而成之團體。關於工會的成員，也就是工會會員的資格，在工會法第十二條規定：「凡在工會組織區域內，年滿十六歲之男女工人，均有加入其所從事產業或職業工會為會員之權利與義務。但已加入產業公會者，得不加入職業工會。」又第十三條規定：「同一產業之被雇人員，除代表雇方行使管理權之各級業務行政主管人員外，均有會員資格。」故除了第十三條的情況外，也就是執行雇主管理權、執行雇主功能之人員，不得加入工會外，其他在工會組織區域內之勞工應皆有權利亦有義務加入工會。

而我國實務上有許多工會將定期契約工、部分工時勞工、外籍勞工等，均排除在工會之外，實已違反工會法第十二條、十三條之規定。但有學者提出：此時，應充分斟酌工會之所以排除此等員工，是否有其重大利益的考量，諸如若有危及工會生存的侵害狀態發生，則應優先保護工會之有效生存及運作。出於此等利益衡量的原因有其事實上之背景因素，因此等定期勞動契約等非典型契約，因其性質特殊，其利益狀態與其他一般勞工並不一致，甚至可能具有相互衝突的利益狀態產生，所以不易進行工會之組織活動，或不願加入工會，或工會因此等人員易受資方支配掌握而排斥他們入會，基於此等因素，為維持工會生存運作之重大利益故，即得容許工會排除定期契約工等特定員工⁸⁶。

勞委會見解則認為定期契約工與不定期契約供均皆有加入工會之權利與義務，換言之，在定期契約工之期限內，與一般勞工相同，自然具有工

⁸⁶ 黃程貫，前揭註 70 書，40、217 頁以下。

會會員資格，不得藉言其為特殊勞工而拒其加工會，其所為的解釋令函如下：

(1) 發文單位及字號：內政部臺內勞字第七六六零九號(民國五十一年一月二十六日)

內容：依照工會法第十二條之規定：「凡在工會組織區域內年滿十六歲之男女工人，均有加入其所從事產業或職業工會為會員之權利與義務，但已加入產業工會者，得不加入職業工會」。定期契約工自具有工會會員資格，在其契約有效期間，依法予以保障，至定期契約工與雇主間之權利義務，本部頒訂之工作契約範本已指示其範圍，工會及本人自可表示意見，訂定契約予以規定。

(2) 發文單位及字號：內政部臺內勞字第一三八二三七號(民國五十三年三月十六日)

內容：查定期契約工人，不論其僱用時間長短，均具有工會會員資格，並得享受職工福利設施；又臨時職員亦享受職工福利設施。附社會處呈內政部原文「查僱用三個月以上之臨時工與一般工人相同，享受福利設施，並具有工會會員資格，前經鈞部(四四)臺內勞字第六五四二五號代電及四二年十一月四日臺內勞字第三八二五五號令分別規定有案，惟依照廠礦工人受僱解僱辦法第二條規定，工人分為定期契約與無定期契約工人兩種，已無臨時工，該定期契約工人，是否不論其僱用時間長短均得享受職工福利設施，並具備工會會員資格，又臨時職員可否享受職工福利設施。

(3) 發文單位及字號：內政部臺內勞字第三四一六二三號(民國五十八年十二月二十三日)

內容：有定期契約工人及無定期契約工人均具有工會會員資格。依照廠礦工人受僱辦法第二條規定：「工人與雇主間，除試用工人及按每種、每件

每日工作完畢即行終止僱傭關係者外，應分為有定期契約及無定期契約兩種；但試用工人之試用期間不得超過四十日」。該項臨時工人名義已不存在，有定期契約工人及無定期契約工人，均具有工會會員資格。

(4)發文單位及字號：行政院勞工委員會八十台勞資一字第二四五六七號（民國八十年九月二十一日）

內容：依工會法第十二條「凡在工會組織區域內年滿十六歲之男女工人，均有加入其所從事產業或職業工會為會員之權利與義務，但已加入產業工會者，得不加入職業工會」之規定，定期契約工在其契約有效期間，自具有工會會員資格，依法可加入工會。

定期勞動契約工加入工會的問題，此涉及勞工同盟自由基本權。同盟自由基本權為勞動基本權之上位概念，勞動基本權，就勞工方面而言，係指勞工在勞動生活中所享有受憲法保障之基本權，而勞工同盟自由基本權在我國憲法上依據的問題，學者間大致有三種不同見解⁸⁷，其依據雖有不同，但均肯定之。原則上一般勞工，當然應享有完整、全部的勞工同盟自由權，但在一些特別的勞工，得否對其完整之勞工同盟自由權加以限制，也就是對於定期契約工，得否剝奪其加入工會之自由？而基本權利非不得限制，但其限制不得侵犯至基本權力之核心內容，亦即不得將基本權利剝奪至零⁸⁸，亦即涉及基本權之核心內容為何，核心內容應是不得剝奪的範圍。

同盟自由基本權所保障之範圍，一般認為可分為個人權與團體權兩部分，前者即包含了加入已成立工會之權利，而工會的存續保障亦在後者的保障範圍內，當此二者產生衝突時，何者應優先保護；在目前工會一元化的限制之下，若將某些人員排除在外，則因為沒有其他工會可供加入，也

⁸⁷ 有以憲法十四條為據，此說以許宗力氏為代表；有以憲法十五條為據，以黃越欽氏為代表；有以憲法二十二條為據，此說以黃程貫氏為代表。參閱：黃程貫，前揭註 70 書，158 頁以下。

⁸⁸ 法治斌、董保城，中華民國憲法，空中大學發行，民國八十八年修訂再版，131 頁。

等於完全剝奪了個人之同盟自由基本權，而非只是限制。又本文認為「交涉」為勞動基本權的保障內容，若將定期契約工排除於工會之外，無異是剝奪了其勞動基本權之核心內容，因此本文肯認勞委會之見解；但若慮及未來修法之方向，亦即取消工會一元化之限制時，或許定期契約勞工對於工會不再是唯一的選擇題，亦有可能聯合其他非典型勞動契約工，組成非典型勞工工會，而其工會是否真能發揮能與資方抗衡之力量，則不在本文討論範圍內。總而言之，定期勞動契約工亦應與一般契約勞工同等之權利與義務加入工會。

第七節 小結

依勞基法第九條第一項之規定，勞動契約分為定期契約及不定期契約。二者除了在期限的不同之外，其它的權利義務除法律有特別規定者外，並無不同。在法律無特別規定的方面，諸如職業災害補償之個體勞動權或參與工會之團體勞動權等，與不定期契約所受法律保護並無二致。

勞基法為了防止雇主藉由連續定期的方式來迴避不定期契約雇主應負之義務，諸如資遣費、退休金等，遂有規定在特別的情況，將定期契約視為不定期契約來處理，以及規範年資計算的方式，以維護勞工之權益。首先，在工作年資的累計，勞基法第十條為勞工工作年資應合併計算的規定，勞工年資計算為特別休假、資遣費與退休費的給予的計算基礎，於勞工權益保障上來說非常重要。而若在勞基法施行前，雇主以連續定期的方式來締結勞動契約，本文認為，由於八十四條之二的規定，應溯及受雇之日起算，勞基法施行之前的契約性質，因無溯及既往的特別規定，依民法仍為定期契約，但年資可以累計。

在定期契約因非期滿離職得否請求資遣費的問題上，本文認為應視情況不同而予不同之處理，先區分行使終止權人為何者，再視其終止事由來判斷。在終止權人為雇主時，關於勞基法第十一條經預告終止之規定，本

文認為勞基法第十五條並非謂定期契約無終止的問題，亦非除十五條之外即無其他終止事由；再者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；即若有符合勞基法第十一條之要件時，僱主還是得行使終止權，終止該定期勞動契約。若依此終止勞動契約後，僱主亦有給付資遣費之義務。當然，若勞工符合勞基法第十二條的要件時，僱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，僱主更可依民法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。

而在勞工為終止權人時，除符合勞基法第十五條的狀況外，在僱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，得請求僱主給付資遣費，而其與民法第四百八十九條二項，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。