

第五章、德國立法例演進及學說見解

第一節、概說

勞動契約並非立於當事人平等的契約，勞資雙方並未完全立於完全對等的地位，因為勞動者保護乃源於勞動者累積之勞動成果和與之俱增之保護需求，特別是長時間受僱於同一雇主之勞工，往往因為年紀或其他因素，無法於短期間內尋獲適當的工作，斷然地允許隨時任意終止契約，無疑地將導致抹煞勞工「工作權」之結果。因此，德國立法者匯集了歷年之判例與學說，於一九六九年制訂了終止保護法(Das Kündigungsschutzgesetz, KSchG), 並配合民法及職員終止契約預告期間法(Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten) 之規定，擬定終止契約的形式及實質要件，使得終止契約之程序有一明確之規範⁹⁸。故德國勞動契約之終止，乃以民法為主幹，配以終止保護法、以及場廠組織法，而架構成一個勞動契約終止之制度⁹⁹。

而這樣的終止保護，其出發點乃是基於勞動者對於繼續性的勞動關係，隨著雇用期間的遞增，其保護需求的強度也越強而來的。而勞動契約依有無約定存續期間，可分為定期勞動契約與不定期勞動契約；如果該勞動契約定有期限，則於一般的情況之下，期限屆滿勞動關係即自然失其效力。相對地，不定期契約訂立時，是以長久存在為目的，勞資雙方之期待可能性亦相對地提高；然而其間或由當事人之事由、企業之事由，往往導

⁹⁸ 郭玲惠，終止勞動契約-兼論德國之制度，中興法學，三十七期，民國八十七年六月，42頁。

⁹⁹ 陳彥良，論勞動契約終止之限制及保護-以德國為例，勞工論壇，五〇四期，民國八十一年十二月，21頁。

致勞資關係無法繼續，而有終止契約之必要。

而定期契約在締約時，對於職務需求的短期配合的考量甚於勞動者保護，定期勞動契約之定期合意或因期滿而結束，原則上不適用終止之規定，故終止契約的保護需求在定期契約與不定期契約是有所差別的。德國對勞動契約之終止主要是就通常、非常終止分別規定於民法僱傭一節中。通常終止乃基於當事人有結束、確定繼續性質之關係的範圍而設，故原則上只適用於不定期勞動契約，且不必有終止事由(Kündigungsgund)；且又為使當事人對此有調適之機會，原則上應附以預告期間；且當事人既有非常終止制度足以保障其自由，故對通常終止權得予限制。非常終止以對終止人有不可期待其繼續勞動關係之重大事由為前提，既然有此等不可期待之情事亦以不附預告期間為常。為保障當事人之自由，非常終止對不定期、定期勞動契約皆有適用，且不得合意限制之。基於契約自由的原則，當事人可自由約定定期勞動契約。但基於社會國(Sozialstaat)原則，終止規定既較能妥當地保護處於社會地位弱勢之勞動者，不定期契約應被視為常態

¹⁰⁰。

由於定期勞動契約不受終止保護相關規定之約束¹⁰¹，雇主為了迴避終止保護的規定，在過去即有許多雇主用定期契約的方式，尤其是接續的為數個定期契約，變相地架空了終止保護法的立法意旨，使得勞動者陷入相當不利的困境。為解決這樣的問題，學說與實務也提出一些作法與見解，立法例相對應地也有所更替，在這樣的背景之下，德國立法例對於定期勞動契約的立法限制，迄今有三階段的演變，第一個階段為一九八五年之前，此時期對定期契約的限制的成文法源為民法；第二個階段為一九八五迄二〇〇〇年十二月的雇用促進法 (Beschäftigungsforderungsgesetz , BeschFG)，其對定期勞動契約的限制作了進一步的放寬，但鑑於經濟因素

¹⁰⁰林更盛，德國勞動契約終止制度之研究，臺灣大學法律研究所碩士論文，民國七十八年五月，9、36頁；郭玲惠，前揭註98文，42、44頁。

¹⁰¹在終止保護的法律中，最重要且適用最廣者為終止保護法，其規範機制主要乃是對通常終止來作規範；非常終止原則上不適用終止保護法，但非常終止亦有可能轉換為通常終止的情況，在關於終止保護訴訟提起之規定，對特別終止亦有適用。

的作用，於二〇〇〇年十二月又制訂了部分工時及定期法（Teilzeit-und Befristungsgesetz ,TzBfG），此為現時德國對定期勞動契約規範的法源，其相關內容將在以下作一介紹。

第二節、一九八五年之前 -- 德國民法六百二十條

第一項、德國民法之規定

在一九八五年雇用促進法立法之前，德國規範定期勞動契約的成文立法例為德國民法（Bürgerliches Gesetzbuch，BGB），其中第六百二十條規定：「僱傭契約訂有期限者，於期限屆滿時終止契約。僱傭契約未定有期限，且不能依其勞務之性質及目的定其期限者，各當事人得依本法第六百二十一條、六百二十二條之規定終止契約。」而從此條文本身觀之，其將僱傭契約分類為定期契約與不定期契約，其對定期勞動契約的締結，並無作額外的限制，當事人原則上得行使契約自由而締結定期勞動契約，定期勞動契約在其所定期限屆滿時，即行消滅，基本上，除基於重大事由之特別終止外並無終止問題，但如當事人間有在其所定期限屆滿前，當事人得終止之特約，則當事人自得終止之。又，若團體協約中有對關於個別勞動契約之定期的約定，亦應屬合法有效¹⁰²。但為了不讓終止保護的規定成為虛設，在德國實務及學說均認為應對定期契約的約定為某程度的限制¹⁰³。

¹⁰²黃程貫，勞動契約之終止與終止保護，行政院國科會科委託研究計畫（NSC83-0301-H004-036），民國八十四年，92頁。

¹⁰³德國實務對於定期契約曾採取的見解有下列各說：1. 主觀脫法理論，認雇主有脫法意圖時，依德國民法一三四條，該定期約定無效，視為不定期勞動契約。2. 第二次世界大戰後，聯邦勞動法院有採客觀脫法理論者，認為定期之約定欠缺社會、經濟上正當事由時，可認客觀上規避終止保護規定。3. 聯邦勞動法院亦曾以社會國原則，導出終止保護的要求不應因勞動契約之偶然有無定期而受影響之理由，認為在定期約定與終止保護法所表現之保護原則不符時，依德國民法一三四條應為無效，該勞動契約視為不定期。4. 一九六〇年聯邦法院採取客觀脫法理論，認為在無客觀事由 ---- 以該事由將使明智、

第二項、聯邦勞動法院之見解

德國聯邦勞動法院自一九六〇年十月十二日大審判庭之基礎判決以來，均一再本於所謂的脫法行為（Umgehungstheorie）理論強調：基於定期勞動契約之必然會規避終止保護法律的規定，故原則上當事人應不得締結勞動契約，除非勞動契約之定期事實賞確有合理正當之理由存在，或者勞動契約之定期確實係出於勞工之主動、自由之要求（非被迫而「主動」

考慮到勞動者利益之雇主為勞動契約定期之約定為準(而非以有無通常終止之社會相當性為準)時，認為定期合意客觀上牴觸強行終止保護法規之目的，是權利濫用，雖無脫法意圖，亦構成脫法行為，該勞動契約視為不定期；而在學說方面亦有下列各說 1. 採照顧義務違反說，認為雇主於雇用勞動者時即有保護及照顧義務，雇主若非基於當事人經濟、社會關係而排除勞動者於終止保護之外，乃違反其照顧義務。若有可歸責事由，應依德國民法二四九條回復未為該行為之狀態；若無可歸責事由，仍應以不定期勞動契約雇用該勞動者。2. 有認應類推適用德國民法三一五第一項規定：給付應由當事人一方指定者，有疑義時，其指定應依公正衡平之方法為之。使勞動契約由定期轉變為不定期，乃是法律形成之活動，而本規定則提供法官為形成判決之依據。至於何種情形才適用上述規定，其標準有如客觀脫法說之見解。3. 有以契約存續保護之不可放棄為由；基於終止保護法之目的與意義，在法律認為契約存續保護優於契約自由之情形，定期之合意於約定時並無客觀事由，雖無脫法意圖，亦欠缺正當性。惟其結果並非視之為不定期勞動契約，乃就其期滿不再雇用之行為評價為終止，類推適用終止保護法之規定。或是逕以期滿不再雇用之行為和雇主終止行為類似，同有濫用之可能，同需受審查，而採取類推適用相關終止保護規定之見解。4. 有以契約自由原則，認為在現行法下，除在勞動契約期間已多次延長且可再預期將繼續延長而得視其至少有該約定期間以上之不定期期間之極端情形外，並無法對勞動者提供廣泛之保護。5. 認為基於勞動法上保護原則之要求，對德國民法六二〇條為限縮解釋即可。6. 有認為對定期勞動契約之控制，乃是以勞動者為經濟、社會上弱者，交涉時欠缺實際上的決定自由為前提，故該定期之合意亦應受法官對契約內容控制之審查。至於此種審查究以德國民法二四二條或三一五條或欠缺決定之自由為要件，並非重要。重點乃在何種前提下干擾了當事人對等狀態，欠缺此種決定自由而需受法官對契約內容控制。當定期合意係出於勞動者之自由意願時，該約定即為有效。故於法官衡量時，對終止保護規定之逃避雖亦列入考慮，卻可不必如脫法理論之受至上述規定之拘束。7. 有採綜合說者，認為上述不同意見可互相補充。首先可藉由德國民法三一五條之衡平控制對德國民法六二〇條為限縮解釋；而為衡平控制與勞動者保護之前提，可由聯邦勞動法院已提出之原則予以具體化：當某定期約定因欠缺客觀事由，客觀上規避終止規定而違反保護勞動者之原則時，對之即以內容控制而視為不定期之勞動契約。以上轉引自林更盛，德國勞動契約終止制度之研究，臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國七十八年五月，10-12 頁。

要求)，有此等情況，則例外地應容許當事人得締結定期勞動契約。連續性或連鎖性勞動契約，因係定期契約之連鎖，故亦應合乎前述關於定期勞動契約之嚴格要求。又，若當事人並非針對整個勞動契約之存續期間，而是針對個別特定的勞動條件約定其有效期間，則亦應具備合理正當事由，而因為個別勞動條件之有效與否以及整個勞動契約的存續與否兩者相較之下，在前者之情形，勞工的社會保護需求原則上應較低，故在前者之情形，應只需有限地適用關於定期勞動契約應具備之嚴格要件，判斷標準可較為寬鬆¹⁰⁴。而德國聯邦勞動法院的立場雖值肯定，但其論證並非無可議之處，例如德國聯邦勞動法院歷來判決一再指出勞動契約的定期約定，因必然會造成規避強制性終止保護規定的結果，只有在例外狀況始得容許之。

但所謂強制性終止保護法律規定，不但包括關於通常終止之必須具備正當事由的規定，也包括諸如德國終止保護法及德國企業組織法之相關規定，例如德國終止保護法第四條關於勞工之終止訴訟與起訴期間之規定以及德國企業組織法第一百零二條關於員工代表會之參與介入終止權行使的決定。若當事人關於勞動契約定期之約定，經認定為規避強制性終止保護法律規定，則前述德國終止保護法第四條以及德國企業組織法第一零二條應有所適用。較晚期的德國聯邦勞動法院決則認為：諸如德國終止保護法第四條關於勞工之終止訴訟與起訴期間之規定，應不得適用定期勞動契約。在進行前述關於定期之合理正當事由的審查時，應以被認定為其所規避之終止保護法律規定的規範目的作為判斷標準。而德國聯邦勞動法院在判決實務中，實際上並未如此嚴格地審查當事人之定期的合理正當事由是否與終止之正當事由相一致，並認為客觀事由可不必如通常終止之社會正當性之要求，且不必考慮到終止保護法第四條之三週起訴期間之規定¹⁰⁵。德國聯邦勞動法院向來只是在具備特定事由時，諸如基於試用或臨時需要之目的時，即容許當事人得締結定期勞動契約¹⁰⁶。但這樣的結果，使得判決在基本前提與論證上，前後立場並不一致。

¹⁰⁴ BAG, AP Nr. 16 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁰⁵ 林更盛，前揭註 100 論文，12 頁。

¹⁰⁶ BAG, EzA Nr. 3 zu §620 BGB.

德國聯邦勞動法院之所以要求定期約定必須具備合理正當事由的真正理由應是在於：勞工於其經濟上、社會上與知識上之劣勢，勢必無法在勞動契約之締結、協商過程中，充分主張或維護勞工自己的切身利益，因而即必須對當事人間在此種地位不對等的情況下所締結之契約，進行契約內容之審查，以盡量確保勞工不致於因處於前述劣勢而被雇主以濫用契約自由之方式加以侵害。總之，德國聯邦勞動法院關於定期勞動契約之結論的真正基本論證乃是一種為確保契約內容之公平正義而針對契約內容所為之司法審查¹⁰⁷。

至於法院對契約內容審查權限所本之法律基礎為何？究竟是誠信原則（德國民法第二四二條）？或是德國民法第三百一十五條關於契約內容依公平衡量方法決定規定？亦或是所謂當事人判斷自由之侵害？雖有爭議，但不論採何說，結論均係肯定法院對契約內容的審查權限。較之以脫法行為理論為基本論證，如以契約內容之司法審查為基本論證來說明德國聯邦勞動法院之要求勞動契約的定期應具備合理正當事由，實應反而較符合德國聯邦勞工法院歷來判決之一貫立場與推論¹⁰⁸。

例如定期勞動契約之定期約定係出於勞工之主動自願要求時，則定期約定自應合法有效，而此時有就無庸再為契約內容之司法審查，蓋在此種情況下，勞工顯然有維護自己利益之可能性，而勞工既然自己主動要求約定為定期，則自然已無以勞工需要保護為由而對契約內容進行審查的必要。惟當然在契約締結時，應具備足以認定勞工確實有約定定期之利益之客觀的情況。例如在訴訟中的和解：雇主與員工代表會達成關於契約定期之和解，並且勞工在締結定期勞動契約亦明知有此一和解，並利用此一和解而締約時，則其定期約定亦應屬具備合理正當事由而合法有效¹⁰⁹。或者勞工基於自己的自願，清楚明白地主動要求為定期契約¹¹⁰；當事人在法院訴訟程序中所為之訴訟上和解有定期之合意約定者，應屬合法有效。

¹⁰⁷ BAG, AP Nr. 38 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG, EzA Nr. 18 zu §620 BGB.

¹⁰⁸ 黃程貫，前揭註 102 研究計畫，95-96 頁。

¹⁰⁹ BAG, AP Nr. 1 zu §22 MTV Ausbildung.

¹¹⁰ BAG, EzA Nr. 74 zu §620 BGB.

同樣的，在勞工將起訴企圖告知對方，藉以施加壓力與對方，而達成之訴外和解中，帶有關於勞動契約之定期約定者，亦應屬合法有效¹¹¹。

而若依通說，判斷有無定期之正當事由，係考量當事人之經濟、社會情勢，參照勞動生活之慣行，依明智、負責的當事人所應為之約定，即以當事人在負責地考量廠場與勞動者利益下所應為之決定為準。通常違反該種類之勞動契約在該廠場、部門為不定期約定之慣行時，原則上可認為牴觸平等待遇原則而為脫法行為，應視為不定期契約。但合乎此種慣行本身並不得逕為定期之根據，否則將喪失排除此種錯誤慣行之可能。至於團體協約對勞動契約定期之規定，通常可認為係前述之慣行且推定其為合法之定期事由。在個案所應考量者。首先為當事人雙方之利益狀態。通常應兼顧雇主對定期之利益和勞動者於不定期時可獲得之保障。在勞動者方面，於有決定自由下出於自己意願所為定期之表示，通常即足認為合法之定期事由。其他如主要為獲得無法透過通常職業例如勞動獲取之經驗、知識之職業教育契約¹¹²。

在副業之情形，因非涉及勞動者生計之維持，雇主對之無生存照顧之義務，從而對定期之事由應可從寬認定。在雇主方面，首先可認為雇主身為經營者，不應逕以勞動契約之定期約定做為分散企業危險之手段；只有在導致廠場經濟上、法律上基礎在某期間內完全喪失之廠場緊急情況出現，而以定期方式做為防止手段或歇業之準備時，始可從寬認定有定期事由¹¹³。

而德國聯邦勞動法院在其所為的判決中認為：所謂定期勞動契約應具備合理正當事由云云，不但是指勞動契約需否定期應有合理正當事由，同時所定期限為何如同約定之長短，亦必須具備合理正當事由始可，簡言之，要不要定期以及要定多長之期限二者均必須具備合理正當事由始可。契約

¹¹¹ BAG, EzR Nr. 45 zu §620 BGB. 轉引自：黃程貫，前揭註 102 研究計畫，96 頁。

¹¹² 林更盛，前揭註 100 論文，14 頁。

¹¹³ Vgl. GemeinSchäfts-Kommentar, GK-Hillebrecht, §620 BGB Rz. 160ff u. 165ff. 轉引自：林更盛，前揭註 100 論文，14 頁。

當事人間之地位若相對等，則當然雙方當事人均可承擔其自由合意之責任，而在地位與力量不相對等之勞雇雙方當事人間所定之定期約定，只有雇主確實具有合理正當事由，則法院之審查始會承認勞工之利益保護需求較低，並認定定期約定為有效。若一合理正當事由原本存在，但在法院進行內容審查時業已喪失，則雇主即屬欠缺正當利益，故當事人間之定期約定自屬無效。雇主因而不得再主張定期約定的效力，蓋勞動契約已自始成為一不定期契約，此時雇主若消滅勞動契約關係，則為有透過終止手段始有可能¹¹⁴。

第三項、無效定期契約的法律效果

當勞動契約之定期合意因欠缺客觀事由，而被評價為脫法行為時，為貫徹勞動者的保護，只是該定期合意的部分無效，勞動契約關係仍有效存續。民法中關於法律行為一部無效全部無效的規定，在此並不適用，因為此一條文之適用將與保護勞工的目的相違背¹¹⁵。

而當事人之為定期合意，其目的不外乎使勞動契約期滿後即告結束和期滿前不得行使通常終止權，只有前者和強行的終止規定相抵觸；故所謂定期合意無效只針對前者，並無評價該勞動契約為自始不定期之必要；視原定期合意由勞動契約存續之最長期間變為最低期間即可，通常終止權只於原訂期間之後才可行使¹¹⁶。也就是說，在原本所約定的期限內，雇主原則上應不得為通常終止，而今為了保護勞工之故，將定期認定為無效，結果反而使雇主得以行使通常終止手段更加提前消滅契約，則豈非反而對勞工造成不利益，勞工之勞動契約關係的存續保障反而被剝奪¹¹⁷，為了避免

¹¹⁴ 黃程貫，前揭註 102 計畫，100-101 頁。

¹¹⁵ 同前註，101 頁。

¹¹⁶ Vgl. GK-Hillebrecht, §620 BGB Rz. 202ff, 轉引：自林更盛，前揭註 100 論文，15 頁。

¹¹⁷ BAG, EzA Nr. 47 zu §620 BGB.

這樣的情況發生，故應做如上之解釋。

對定期勞動契約是否為脫法行為之爭執在時間上應否限制？勞動者對難以預知的雇主所為之終止，尚須依終止保護法第四條於三週內起訴爭執；在定期勞動契約勞動者已能預見期間之屆至，且勞工在勞動關係所定期限尚未屆滿前、契約關係尚存續其間即主張定期契約無效者，似亦可在一定程度上避免勞動關係中斷的問題；且相對考慮到雇主的利益，在相同情況雇主卻不能確定對該職位是否另雇他人，故應採肯定說¹¹⁸。

勞工對定期約定應屬無效之主張，應以確認之訴為之，關於定期約定是否有效訴訟繫屬當中，勞工對雇主應有繼續受僱請求權¹¹⁹。至於應於何時起訴主張？多數說認為兼顧法律安定性和實質妥當性，應類推適用終止保護法第四條三週起訴期間之規定。蓋在判斷某定期合意是否規避終止保護法時，要求該訴訟亦受同法第四條終止保護訴訟之起訴期間之限制甚為妥當。至於期間之起算時點，有認為對雇主主張勞動契約因期滿而結束或拒絕繼續雇用視為在可允許的最近期間內生效之終止行為；亦有認為不能期待勞動者於期滿前起訴，應視雇主在屆滿時或其後拒絕繼續雇用為終止行為而起算之¹²⁰。而關於連鎖性勞動契約之定期無效的主張，有實務見解認為應依德國終止保護法第五條第三項第二句背後所內含的法律理念，在所定期間屆滿後六個月內為之，亦有認為應在定期約定之期限屆滿後四星期內主張¹²¹。

¹¹⁸ Vgl. GK-Hillebrecht, §620 BGB Rz. 231, 轉引自林更盛, 前揭註 100 論文。

¹¹⁹ Vgl. ArbG Munster, BB 1983, 504. 轉引自黃程貫, 前揭註 102 計畫, 101 頁。

¹²⁰ Vgl. GK-Hillebrecht, §620 BGB Rz. 238ff. 轉引自林更盛, 前揭註 100 論文, 16、17 頁。

¹²¹ Vgl. LAG Frankfurt, DB 1983, 1772; ArbG Ludwigshafen, DB 1987, 1696. 轉引自黃程貫, 前揭註 102 計畫, 102 頁。

第三節、一九八五至二〇〇〇年 -- 雇用促進法 (Beschäftigungsförderungsgesetz)

第一項、雇用促進法之規定

鑑於八零年代以來大量失業與由於終止保護規定之嚴格地介入所導致之雇主寧願採取超時工作而不願新雇用勞動者之現象，一九八五年乃立法暫時對定期勞動契約放寬其限制。雇用促進法 (Beschäftigungsförderungsgesetz, BeschFG) 第一條第一項規定：由一九八五年五月一日至一九九〇年一月一日，當 1. 新雇用勞動者或 2. 因無職位雇用不定期雇用勞動者，而緊接在職業教育後只得暫時繼續雇用時，准就為十八個月以下之一次性的勞動契約為定期契約之合意。在此種情形，同雇主先前之定期或不定期勞動契約有密切關連時，不構成第一句第一款之新雇用。兩勞動契約在時間上相隔四個月以下，尤其可認為有此密切客觀關連。第二項規定：合乎第一項要件之定期勞動契約得約定之期間，於 1. 雇主最長在六個月內採取依申報規定 (Angabenordnung) 第一三八條應通知財政局之營業措施，且 2. 除因職業教育所雇用者外，雇主雇有二十人或以下之勞動者時，延長為兩年。

第二項、學說見解

上述的規定充分表現出勞動法和經濟事實的密切關連。而對此，有認為其排除某種類的勞動者於普通、特別終止保護和員工代表會共同決定權保護之外；鑑於實務上所採取之以德國民法六百二十條對定期勞動契約之內在控制的見解，由基本法第二十條社會國原則、契約存續之保護及普通和特別的終止保護規定之不可放棄性而為對勞動契約定期之限制來看，這樣的合憲性甚有疑問。而就勞動者間作如此區別，亦與平等原則不符。而

且並無充分可信之事實，足以認定現行終止保護制度與對定期勞動契約之限制，乃是勞動市場雇用狀況未能改善之原因，其立法動機與目的並不妥當¹²²。依據就業促進法第一條的規定，使得原本關於定期性勞動契約之限制極為嚴格均予以放寬了，如此即等於是容許雇主有任意以定期契約來消滅勞動關係而賦予雇主迴避終止保護規定之恣意自由。為避免此等憲法上疑義，就業促進法第一條應做如下之解釋始能合乎憲法，即：雇主雖得訂立定期勞動契約，但於契約屆滿後除非有正當的實質理由，否則即應繼續雇用該名定期性勞工，不得毫無理由且恣意地拒絕繼續雇用該勞工¹²³。

第四節、現行法的規定--部分工時及定期法(Teilzeit- und Befristungsgesetz)

第一項、部分工時及定期法之規定

現行定期勞動契約的制定法法源乃是部分工時及定期法，在西元二零零一年一月一日時，部分工時及定期法(Teilzeit- und Befristungsgesetz, TzBfG)生效了，它取代了雇用促進法的第一條到第四條，也替代了民法第六百二十條第一項第二項與六百二十三條至六百二十五條。它將歐盟1999/70 法令對定期契約的觀點移至到德國的成文法中。這部法典是總則性質的立法例，也就是說若有其他特別規定者，則仍依其他既有的特別規定¹²⁴。也就是說，他法有規定的就依他法，本法並未觸及他法已做處理的部分¹²⁵。

¹²² Vgl. Peisler, NZA 1985, S.241ff. 轉引自林更盛，前揭註 100 論文，18 頁。

¹²³ 黃程貫，前揭註 102 計畫，102 頁。

¹²⁴ Vgl. Hromadka, BB 2001, 621ff. ; Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2002, S. 186.

¹²⁵ Vgl. Brox / Ruthers, Arbeitsrecht, 15. Aufl., 2002, S.175.

在過去，德國民法（BGB）對於對於定期契約是沒有限制地去允許（德國民法第六百二十條），這存在一個危險，就是終止保護的規定將會被迴避掉，因為考慮到上述這個危險，所以德國聯邦勞動法院的判決認為定期勞動契約必須要有正當事由。但在對一個最高期限為兩年或兩年以下的定期勞動契約，部分工時及定期法（TzBfG，以下簡稱定期法）作了不同於上述實務見解的決定，也就是兩年以內的定期勞動契約，正當事由並不是必須具備的；換句話說，定期勞動契約原則上需要正當事由才能合法的成立，但兩年以內的定期契約，是個例外（定期法第十四條第二項），縱使沒有正當事由也是可以訂立的，至於整個契約的總期間可以有三次的延長，這個是合法¹²⁶。

除了兩年期限以內之定期契約不需要具備正當事由外，對於年老勞工的定期雇用也是做例外的處理。而這個法的適用範圍遍及所有的定期勞動關係，雖然晚近的判決認為對於定期契約的保護是源自於避免雇主迴避終止保護法的適用而對勞工造成侵害，但是本法的適用範圍並不取決於終止保護法的適用範圍的影響，諸如是小企業或者是前六個月的雇用，這些還是要受到本法的規範。¹²⁷有認為如此的規範設計是為了使小企業（不多於五人）定期勞動契約的締結更加容易，而不只是單單為了終止保護被迴避的可能性¹²⁸，但是這樣的觀點並不清楚，因為這既非法條的文義解釋得來也非立法程序中正確的解釋，何況本法並未真正排除通常終止的可能，（定期法第十五條第三項規定在個別契約或可得適用的團體協約中有約定者，還是適用通常終止），這個問題毋寧說是因為實務的發展限制而來的¹²⁹。

定期法並無定義什麼是正當事由，立法者毋寧是透過八個例子使不確定法律概念來具體化，在這八個例子都有正當事由的存在，而當然不僅止於這些，而這八個例子是透過重要的判例彙整所獲致的原則¹³⁰。如果兩年

¹²⁶ Vgl. Hromadka, BB 2001, S. 621ff.

¹²⁷ Vgl. Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2002, S. 187.

¹²⁸ Vgl. BT-Drucks. 14/4374, S. 18.

¹²⁹ Vgl. Hromadka, BB 2001, S. 621 u. 622.

¹³⁰ Vgl. Annu / Thusing, Teilzeit- und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S. 359 ;

內超過三次的延長，那麼第四次的延長是無效的定期，在這裡我們稱它為不合法的連鎖勞動契約。它完全架空制定法上的終止保護，超過兩年的定期契約必須有一個正當事由，有一些的例子什麼叫做正當事由，在本法的第十四條第一項第一款到第八款有列舉出來，合理的契約當事人在具體的狀況下，可以視為契約締結的正當化事由，透過這種方式，是要避免終止保護的脫法行為，在這裡我們並不取決於雇主主觀的脫法意圖¹³¹。此外要注意的是，藉著時間的增長，對定期契約而言，它的正當化事由亦要提升，也就是說期間越長，正當事由強度要越強¹³²。一個比較長的定期，勞工的從屬性也越強，對勞工而言，他也比較難找到一個新的價值相同的工作。

在定期法第十四條例示了八款正當事由，分別是：

第一款：廠場或企業暫時性的勞務的需求

這裡的需求指的是一個附加的需求，這個需求如同取決於企業的終止，是基於企業內部或外部的原因，例如：訂單或是自動化的因素，重要的是：這個需求僅是短暫有限度的。但有一種狀況是不被容許的，也就是雇主將經營的風險轉嫁至勞工身上，例如締結一個定期契約，而契約的期間限定為有訂單才持續的情況¹³³。

第二款：在勞工的職業訓練或學業結束後，先以定期契約的方式雇用勞工，以促使勞工隨後取得繼續雇用

這一款的規定的目的，並非從以往實務見解所歸納而定的，毋寧說是基於事實上的考量，尤其是在勞工在學徒期之後，為了使雇主更有意願再繼續雇用他們，而形成第二次的定期契約¹³⁴。而這款的立法例將使得定

Hromadka, BB 2001, S. 621ff.

¹³¹ BAG 10, 65; 36, 235.

¹³² BAG NZA 1992, 883.

¹³³ Vgl. Hromadka, BB 2001, S. 621ff

¹³⁴ Vgl. Annu / Thusing, Teilzeit- und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S. 369.

期契約更容易地成立，它的目的僅僅是為了促進就業，勞工獲得的有時候並不是相關的工作經驗或者是進一步的深造，而純粹就是一份維持生活必要的工作¹³⁵。

第三款：代理另一個受僱勞工

基於代理另一個受僱勞工，例如被代理的勞工生產、療養，等等，雇主得與勞工訂立定期勞動契約，這已被無數的判例所承認¹³⁶。而這個代理的情形雖然可以重複的發生，但是聯邦勞動法院認為必須提高它的正當性審查，以及諸如代理定期的頻繁性、過去的總期間等等¹³⁷。

第四款：勞務給付的特殊性使然

如果勞務給付具有特殊性，這樣的定期即具有正當事由，這也是晚近的判決所承認的，它溯源自於基本法所保障的廣播自由（Rundfunkfreiheit，Art.5 Abs.1 GG）；慮及藝文節目安排或調整及藝術自由，這是具有特殊性的，有時為合乎主管機關的要求或市場或不同季節、區域，更要考慮到節目邀約的多樣性及公眾輪替的選擇、節目安排者亦要慮及政治經濟藝術上的觀點以及表演者的藝術才能之多樣性等等，因此廣播藝文節目的共同工作者之雇傭契約必須考慮到這些特別的事實上的因素來締結定期契約，與此相類似情況還有劇院、電視的共同工作者¹³⁸。晚近的判決認為國會助理也屬於此類勞務給付具有特殊性因他取決於從屬議員的當選與否，為具有定期契約的正當事由¹³⁹。

¹³⁵ Vgl. Hromadka, BB 2001, S. 623.

¹³⁶ BAG vom 12.6.1987, 20.2.1991, 22.11.1995; AP Nr. 113, 137, 138 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹³⁷ Vgl. Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit-und Befristungsgesetz, 2002, S.199.

¹³⁸ Vgl. Annu / Thusing, Teilzeit-und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S. 378ff.

¹³⁹ BAG vom 26.8.1998, AP Nr. 27 zu §611 BGB Bühnengagementsvertrag.

第五款：基於試用之目的

試用期的意義在於提供一段期間試驗該勞工是否勝任，而且必須僱主有未來將雇用該勞工的打算，這樣的試用定期才是合乎法理的¹⁴⁰。而如果該勞工先前以受雇於該僱主，因僱主已有足夠的時間來認定判斷其能力，這樣的試用定期即不能被接受¹⁴¹。在試用定期的時間方面，試用期的期間因為終止保護法（KSchG）第一條的緣故，一般來說不超過六個月，但主要是以僱主有足夠的時間可以判斷勞工是否適任、個人特質是否適合共同工作來考量；而如果在特殊的個案，例如考量到工作地方的需要或者是勞工個人的安排仔細評估等因素，超過六個月也是被允許的¹⁴²。

第六款：基於勞工個人的因素

除了考慮企業的需求之外，勞工個人的因素在個案中也應列入考慮而使定期正當化，例如勞工已確定另一個工作的始期，在這段空餘的期間他再為利用或者是目的在於學習某種技能去當學徒等等，這些都得為定期的正當事由¹⁴³。

第七款：勞工之工資係來自政府的預算，而該預算僅止於定期勞動契約的期限

這涉及私法型態的補助行為，行政機關為推行行政事務需要物資或勞務之支援，而雇用臨時性的工作人員，典型的例子例如研究計劃；基於具體的事實，為了公共的行政或計畫的個案，而暫時地需要人力之給付而締

¹⁴⁰ BAG vom 12. 9.1996, NZA 1997, 841, 842

¹⁴¹ BAG vom 12. 2.1981, AP Nr. 1 zu § BAT m. w. N.

¹⁴² Vgl. Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit-und Befristungsgesetz, 2002, S.204.

¹⁴³ Vgl. Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit-und Befristungsgesetz, 2002, S.206.

結的定期契約，被認定為具有正當事由，但是這僅限於公共的行政領域，若是基於私人雇主預算的因素，則無本款之適用¹⁴⁴。

第八款：根據裁判上和解除所為之定期勞動契約

本款也是根據晚近的判決見解來的¹⁴⁵，而立法者之所以限於法庭上之和解，乃是因為若為法庭外之和解而締結的期間，其正當性與公平性不若未為和解時法院所為的判決，故僅限於法庭上之和解¹⁴⁶。而訴訟上和解除訂立定期勞動契約、以結束關於終止或定期效力之爭議，因能保障勞工的保護利益，雙方當事人地位較平等，若在有利雙方當事人之情形，對其定期事由應可從寬認定¹⁴⁷。

而根據定期法第三條第一項，定期雇用之勞動契約有兩類，其一為以勞務給付的種類、目的而定之定期契約，也就是依勞務給付目的而定之定期契約，取決於目的的這種定期可能會有各種不同的理由，比如說房屋的建築，學術上的合作，或是生病勞工的代理。而另一種為依曆而定之定期契約，它是以曆制確定的期間來締結勞動契約的存續期間，例如勞動關係存續至二零零二年十二月三十一日或者是契約存續期間為一年，而這裡的存續期間指的是整個整體的勞動關係。¹⁴⁸而根據德國聯邦勞動法院的看法，某種勞動條件的變更，變成定期，這並不是整個勞動契約變為定期，只有勞動契約的主要給付義務，例如勞務給付的報酬，有所變更，才會受到定期契約的司法審查，因為那存在著一個危險，制定法的終止保護，尤其針對變更終止，會被迴避¹⁴⁹。定期勞動契約必須以書面為之，若以口頭方式締結無效的，不論是而依曆而定或因目的而定的定期契約，書面方式是其生效要件（定期法第十四條第三項第四句）。

¹⁴⁴ Vgl. Annu / Thusing, Teilzeit-und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S. 395

¹⁴⁵ BAG vom 2.12. 1998, NZA 1999, 480.

¹⁴⁶ Vgl. Hromadka, BB 2001, 621, 625; Lakies, DZWIR 2001, 1, 12.

¹⁴⁷ Vgl. BT-Drucks. 14/4374, S. 19.

¹⁴⁸ Vgl. Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit-und Befristungsgesetz, 2002, S.39.

¹⁴⁹ Vgl. Brox / Ruthers, Arbeitsrecht, 15. Aufl., 2002, S.175.

第二項、終止的問題

定期契約於期間屆滿時消滅，這裡並不需要一個終止行為。因為對特定的群體（定期契約勞工）而言，他們不適用終止保護法（KSchG）的一般終止保護，也不適用特別終止保護；同樣地他們不太需要企業組織法（BetrVG）第一百零二條的廠場協商會的聽證程序。而如果在可適用的團體協約中有所約定的話，情況則有所不同¹⁵⁰。而依契約目的而定的定期勞動契約，在約定的契約目的達到時終了。而雇主需以書面方式告知目的已達，勞動契約在書面通知到達後兩個禮拜消滅。而這裡有一個問題，也就是如果這個約定的目的無法到達或者已經消失了，這個契約是不是自動終止呢？例如一個研究計畫不再存續或者一個廣告宣傳活動將取消，或者被代理的員工改變狀況要回來工作了，雇主是在基於短暫性需求時雇用定期勞工，目的已達與目的消失，在暫時性的勞力需求的這點評價上是一樣的，都是不需要的了。但是從在締結定期勞動契約時，目的或任務的約定達成是所否已經明確地被表達出來，以及這樣的風險是否應該由企業來負擔，都是可以再討論的。亦有認為這裡涉及的不是正常利用的附加補充勞力需求，而是常久性的正常利用的勞力需求範圍的問題¹⁵¹。

在目的已達後，定期契約終了，但雇主需以書面告知。勞動契約在書面通知到達後兩個禮拜消滅，這個通知是知的表示而非意思表示，因為它並不直接地去發生一個法律效果，書面告知所發生的是一個事實上的效果，至於勞動契約消滅的法律效果則是因為法律規定所直接賦予的¹⁵²。這樣的設計其立法意旨與終止的預告期間實含有保護勞工相同之寓意。

¹⁵⁰ Vgl. Annu / Thusing, Teilzeit-und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S. 417.

¹⁵¹ Vgl. Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit-und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S. 231ff.

¹⁵² Vgl. Annu / Thusing, Teilzeit-und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S.418; Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit-und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S.234.

而定期契約原則上不適用通常終止，只有在符合德國民法第六百二十六條時，得以特別終止該勞動契約；而定期契約只有在例外的情況才有適用一般終止的可能性，例如雙方談判力量對等或者勞方確切能掌握自己的利益等等。故部分工時與定期法第十五條第三款規定，在個別契約或可得適用之團體協約中有約定者，則可得適用一般終止。而這裡的個別契約必須是在締結時，勞方出於自願清楚明確之表示，若缺乏這樣的要素，則還是排除一般終止之適用¹⁵³。

若是以勞工的生命期間(終身雇用)或超過五年的勞動契約，勞工可以在超過後六個月內終止契約(定期法第十五條第四項)，這樣的規定與德國民法第六百二十四條是出於相同的立法意旨，避免勞工個人的職業自由受到過度的限制¹⁵⁴；相當於我國勞基法第十五條。而如果勞動契約在期間屆滿或目的已達後，在雇主知悉的情況契約繼續持續下去，如此就視為一個不定期契約來繼續。如果雇主無及時反對或異議，或未為告知目的已達，就視為不定期契約。這個規定是仿效德國民法第六百二十五條而來，但其間的差異是本條文是適用在定期或附條件的勞動關係而為約定新的定期事由。而且也僅適用在最初的勞動關係，如果是已默式更新的勞動關係也沒有這個問題了¹⁵⁵。

第三項、無效定期契約的法律效果

定期契約如果欠缺法定要件是無效的。例如形式要件的書面或是實質要件正當理由的欠缺等等，而無效定期契約的法律效果，乃是適用不定期契約(定期法第十六條第一項的規定)。但在原本約定的期間之內，根據定期法第十五條第三項的規定是不適用一般終止的，假若視為不定期契約

¹⁵³ Vgl. Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2002, S. 242.

¹⁵⁴ BAG vom 24. 10. 1996, NZA 1997, 597, 600.

¹⁵⁵ Vgl. Meinel / Heyn / Herms, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2002, S. 245.

後，雇主反而可以為通常終止，這對勞工而言，反而是未蒙其利，先受其害了，所以定期法也規定在原本約定的定期期限內，雇主不得行使通常終止權¹⁵⁶。但是定期契約如果只是因為欠缺形式要件書面而無效，那麼即便在約定的期間前也可有一般終止適用的可能性。

勞工如果要主張定期的約定是無效的，也是類似終止保護法第四條，在所約定的期間屆滿後三個禮拜內提起確認之訴。在依曆而定的定期契約中，根據定期法第十七條第一句，就是由原本約定的終期起算，這點並無疑問；但在依目的而定的定期勞動契約中，應該是由客觀目的已達之時點開始起算抑或是由雇主依第十五條第二項通知勞工時起算，多數說應該是由客觀的目的已達開始起算，十五條第二項雖然規定勞動契約在書面通知到達後兩個禮拜才消滅，但就文義而言，應是指客觀目的已達時即行起算。而在定期的效力的法律爭議期間，如同終止保護程序，有一個繼續雇用的請求權¹⁵⁷。

與定期契約相類似的還有「附有解除條件的勞動契約」，根據德國民法一百五十八條於條件成就時就消滅了，而不需要終止，但這些勞工的保護需求，如同定期契約勞工，這契約的效力，是終止保護的喪失。因此定期法將他們置於類似的要件下，如同適用定期契約。因此定期法第二十一條規定附解除條件的勞動契約必須具備下列要件才合法：一解除條件的約定須書面、二須有正當事由、三須告知解除條件成就、四勞動契約在書面告知到達後兩個禮拜消滅、五一般終止是不合法的，除非契約或團體協約中有特別約定、六所約定的解除條件無效，其效力相當於無效的定期契約。如果違反的話，聯邦勞動法院把它的法律效果認為並不是當然無效，而是把它修正為類似除斥期間的效果¹⁵⁸。

解除條件不能夠為下面的這種目的而存在：片面的把經營風險移轉至勞工身上，經濟上法律上的風險，原則上應由雇主承擔，而從經濟上利益

¹⁵⁶ Vgl. Annu / Thusing, Teilzeit-und Befristungsgesetz Kommentar, 2002, S.434.

¹⁵⁷ Vgl. Brox / Ruthers, Arbeitsrecht, 15. Aufl., 2002, S. 176.

¹⁵⁸ 同註 157。

來說解除條件於定期契約也有一個差異，在定期契約中，勞工一開始就是一個確定的時間，但在附解除條件的勞動契約，其契約持續的不確性更高，故解除條件應該有更高的要件。解除條件性質上與其說是與定期相似，毋寧說是終止事由的性質還更為類似，故應特別嚴格要求，解除條件如果是訂單變差、工作量變差，或證照被拒絕，這是不合法的，因為它完全剝奪勞動契約的存續保護，因為它不用終止事由來終止，契約只要條件成就，契約就消滅了¹⁵⁹。

第五節、小結

從德國立法例的演進，可以清楚地看出其開放的脈絡，在一九八五年之前定期勞動契約的法源為德國民法，其對定期契約並無多加限制，完全依循著契約自由的原則，爾後實務德國聯邦勞動法院提出一些理論基礎，意圖限縮定期契約存在的空間，藉此保護弱勢之勞工，而實際上也達到了這樣的效果。而自一九八五年之後，由於大量失業與嚴格的終止保護規定介入的緣故，導致雇主寧可採取超時工作而不願雇用新的勞動者的現象，雇用促進法遂在此種背景下誕生了，該法對定期契約做了進一步的放寬，對新雇用者以及緊接在職業教育後只得暫時繼續雇用，可以有十八個月以下的一次性定期勞動契約。而雇用促進法乃一限時法，也就是說立法者認為它只是因應一時的時空背景而所立的法，原本應該在一九九零年一月一日失效，但經立法當局的考量，又再度兩次各為五年的延長。直到二零零一年，部分工時及定期法制定生效，對於定期契約又更進一步地放寬。

在定期法當中，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，也就是在不定

¹⁵⁹ 同註 157。

期勞動契約為原則的情況下，制定法揭示了在例外的情況下定期契約合法存在的可能。從另一個角度來觀察，德國部分工時及定期法第十四條，也可說是將定期契約常見的類型，做了一個多面向的描述，其中多數都是歷年聯邦法院判決所承認的類型，而該法將之成文法化、明文化。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，縱使有正當事由的限制，但在德國，如果定期為二年以下的期間，則根本不需要檢討到有無正當事由，因為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。反觀我國勞基法，在我國並沒有這樣的類似規定，甚至臨時性、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。

或許單從單向的規定來看，我國勞基法對定期契約的規範比德國法來得嚴格許多、甚至是非常嚴格，從理當想層面而言，立法者寓意關懷弱勢勞工給予保障的用心相當令人感佩；而德國立法者在勞工權益的保障與經濟現實面的考量之間，或許是再三地讓步，但從若從整體宏觀的角度觀察，則又有一些不同的訊息。舉引德國的立法例，除了瞭解他國的立法政策外，更進一步的作用是在於他山之石，可以攻錯。德國選擇了對定期契約更放寬的管制，這個選擇或許未必是對，但它為何要如此抉擇，亦有其考量，

這些被考量的問題也同樣可能在我國發生，在思考這些問題時，相信外國立法例可以讓我們有更周全的想法。德國法所列舉的八款事由，乃是相當多面向的，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，相對之下，我國法則無法如此彈性；而就實然面而言，良法美意是否能真正落實，也並非沒有疑問，例如資方如要規避勞基法第九條的規範，亦大可從人力派遣去遁出，這並非不常見。而這些問題的激盪，對照中外立法例，可以使我們有不同思維的角度。