

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

勞動契約締結預備階段之法律問題探討

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC93-2414-H-034-003-

執行期間：93年08月01日至94年07月31日

執行單位：中國文化大學法律學系暨研究所

計畫主持人：邱駿彥

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 10 月 26 日

勞動契約締結預備階段之法律問題探討

一、前言

現代勞資關係中，主要是透過團體協約、勞動契約、工作規則或勞動基準法等途徑來規範勞動條件，我國由於解嚴後邁入民主化過程之工會發展歷史尚淺，勞資雙方尚未普遍訂定團體協約¹，因此勞動關係實務中，真正憑藉規範勞資雙方勞動條件者，可以說是以勞動契約之約定最為重要。勞動契約是私人與私人間勞務給付關係之依據，在傳統契約自由原則下，勞資雙方就契約內容合意後所訂定之勞動契約，原本即應給予相當之尊重與效力。問題是在自由民主的資本主義社會中，勞資雙方由於經濟力懸殊、生產工具有無等因素下，個別勞工與雇主訂定勞動契約時，是否能真正基於自由意志與雇主就契約內容達成合意，抑或勞工為了謀得工作獲取工資賴以生存，只好忍氣吞聲接受雇主單方所定之勞動條件，甚至工作權等工作機會之有無，也操在雇主一念之間者所在多有。因此如何藉著法規範扭轉此種不平衡之契約關係，就成為當今任何一個國家中勞資關係之重要課題。

勞動基準法中針對勞動契約部分固置有若干規定，卻尚不足以涵蓋與解決所有勞資關係中因勞動契約引發之種種糾紛。勞資雙方自勞動契約之展開，乃至勞動契約之終了，所可能面臨的糾紛實非靜態之法律條文寥寥所能全盤掌握。例如採用內定、試用期間、調職爭議、契約終了等問題，在現行法規範中幾乎未見提供有全套完整之解決依據。如何以有限之規範適用日漸活潑化之勞動關係現場，則有賴於學界與司法實務界聯手補足。以下，本文將從勞動契約之定義談起，針對勞動契約訂定階段所可能引發之爭議問題，嘗試提供一個思考的方向。

二、勞動契約之意義與期間

1. 勞動基準法中之勞動契約概念

(1) 勞動契約之概念

¹ 依據行政院勞工委員會統計，1999年3月止全台灣地區工會總數共有3750，其中訂有團體協約者僅有295家。

勞動基準法第二條用辭定義之規範中，在第六款雖然規定有勞動契約為「約定勞雇關係之契約」，但一般多數論者謂此種定義內容並無法真實說明何謂勞動契約，多數論者認為無法釐清何謂「勞雇關係」之前，此定義規範無法提供解決契約紛爭時認定是否勞動契約之判斷基準²。現行勞動相關法律中比較詳細之勞動契約定義，可見於勞動契約法(民國 25 年 12 月 25 日公布，尚未施行)第一條，規定「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約」。換言之，稱勞動契約者必須符合「基於從屬關係」、「提供職業上之勞務」、「給付報酬」等三要件。亦即，勞工必須基於從屬關係下，也就是在雇主指揮監督下，提供其職業上之勞動力，同時也必須從雇主處獲有從事上述勞動對價之工資者，才符合勞動契約當事人之資格。因此若勞工非在雇主指揮監督下服勞務之契約關係，即非屬勞動契約；同時勞工所提供之勞務若非職業上之勞動力，該契約關係亦非屬勞動契約。不過所謂職業上之勞動力，並不一定專指服勞務者平日賴以維生之技能為限，只要是當事人有以提供勞務換取工資之主觀意識，且該勞務性質依社會一般通念可評價為得換取工資程度者為已足。從而，如果類似醫院之義工，雖有在醫院指揮監督下提供勞務，但提供人既無換取工資之主觀意識，即不可謂係提供職業上之勞動力，自然醫院義工與醫院之間即無勞動契約關係存在。又在路上看見拋錨車而趨前幫忙推車，此亦非屬提供職業上之勞務。

至於另一要件為必須獲有工資者為限，且該工資必須屬於所提供勞務之對價。因此若有在他人指揮監督下提供職業上勞務，但所獲得者並非勞務之對價，而係感恩之報酬性質等時，亦不得謂係勞動契約關係。又例如非法外籍勞工從事勞動被查獲時，抗辯謂純屬義務幫忙未收取分文時，依民法第四八三條第一項規定「如依情形，非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬」之趣旨，只要確認其是否有受雇主之指揮監督提供職業上之勞務，客觀上應足以認定該非法外勞是處於勞動契約關係下之行爲。

另一點必須加以說明者，究竟勞動基準法上之勞動契約與民法上之僱傭契約有何不同？有學者主張應從勞動契約之本質著眼，認為勞工與雇主間具有經濟從屬性與組織從屬性之關係，此種勞工依附其雇主而具有「勞動從屬

² 筆者對此有不同看法，詳細請看後述。

性」之特徵，乃為勞動契約與僱傭契約間之最大差異。對此看法，筆者認為傳統典型勞務給付契約類型之一的僱傭，未必即不具有勞動從屬性（此點可從醫院義工侵害他人權益時，醫院本身有無民法第一八八條之適用來思考）。蓋僱傭契約是以給付勞務本身為其目的，此點可謂與勞務給付之結果為目的之承攬有所不同；又僱傭契約有在僱用人指揮監督下給付勞務之點，與完全由受任人自行裁量給付勞務之委任，及承攬人自主性的給付勞務也有所不同。我國民法第四八二條規定「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約」，雖然定義中未明文顯現出雙方當事人之間必須有指揮監督之從屬關係，但絕不能因此認為民法僱傭契約沒有從屬關係之概念。現行民法規定之文義表現，充其量只能說重點在於顯示資本主義社會下勞動關係買賣的一種法的表現。因此筆者認為勞動契約與僱傭契約應同歸納屬於同一契約類型方為正解。

然則僱傭契約與勞動契約之差異何在，可以如下理解。民法僱傭契約之規定，可以說完全未內包勞工生活保障之理念，也從未含攝有勞動關係可能透過團結權保障之作用，而受到團體協商與團體協約之規範等概念。於此意義下，隱含上述民法僱傭契約所無之理念在內的現代勞工與雇主間之契約關係，稱之為「勞動契約」，應有其適切性。特別在考慮到當前必須判斷是否為勞動基準法適用對象之契約糾紛日趨增多，且實務上不乏有僱傭、承攬、委任之混合契約型態，或複數契約型態並存之勞務供給關係狀況下，再去論爭勞動契約與僱傭契約之差異，或追究勞動契約究竟屬於僱傭、承攬、委任當中的哪一個契約類型已無太大意義。於此意義下，當吾人面臨勞資雙方爭議是否有勞動基準法適用之問題時，以勞資雙方之契約是否為勞動契約之判斷已無多大作用，反而應就當事人予以判斷是否符合勞動基準法之勞工與雇主之定義為已足。如當事人雙方皆可認定屬於勞動基準法之適用對象時，其雙方間之契約即可謂係勞動契約，此觀念實正符合勞動基準法第二條定義勞動契約為「約定勞雇關係之契約」之真意。總而言之，筆者認為在勞動法領域上，雇主與勞工雙方當事人之間所發生之契約關係，全部稱之為勞動契約關係亦不為過。

(2)勞動契約法制之整備

我國勞動基準法中有關勞動契約之規定置於第二章，從第九條至第二十条雖然共有十二個條文，絕大部分都是針對勞動契約之終了加以規範，其他例如採用內定、試用期間、調職、業務命令、懲戒處分等有關勞動契約所可能引起之紛爭，自民國七十三年開始實施勞動基準法迄今，幾乎都要仰賴司法實務判決與行政解釋所構成之法理來解決。中央主管機關確實曾有考慮重新整備民國二十五年頒佈之勞動契約法，予以更符合現代勞資關係之周詳規範，嘗試藉以處理有關勞動契約之各種爭議。不過筆者認為目前也許尚非勞動契約法頒佈施行之時機，蓋勞動契約法在勞動基準法立法趣旨目的之外獨立專法，其立法精神比較傾向處理對等勞資關係間之爭議，然我國勞動基準法施行迄今二十年之歷史尚淺，在集體勞動關係互動尚未達到平衡點之前，勞動基準法保障勞工權益之立法精神與目的，在處理當前勞資糾紛問題上，仍有其不可或缺之地位。因此有關勞動契約之相關不足規範，在短時期內或許仍必須在勞動基準法內予以加強比較妥當。

勞動基準法中有關勞動契約規範之當前修正要務，筆者認為必須優先考慮定期勞動契約中，如何使中高齡勞工乃至退休後勞工得以有機會再從事較長時間之短期性或臨時性工作，使符合勞資關係實務之需要，同時期能減少失業率高騰狀況下之就業障礙，應是國家勞動政策立法論上亟待思考之課題。

2. 勞動契約訂定時之法規範

有關雇主於僱用勞工之際，換言之在訂定勞動契約時，勞動基準法除了第九條針對勞動契約種類、第十條針對年資合併計算以外，並未置有足夠之規範。不過，就業服務法第五條、男女工作平等法第二章（第七條至第十一條）等倒是明確規範雇主於僱用勞工時不得有差別待遇。

事實上，勞資雙方針對勞動契約比較容易發生爭執者，許多案件都是起因於契約訂定時勞動條件未明確。民法第一百五十三條明文規定，契約雙方當事人針對必要之點必須互相表示意思一致，問題是勞動契約之必要之點，絕不僅是工資而已，舉凡工作場所、業務內容、契約期間、工作時間、甚至離退職、升遷等事項，對勞工之勞動生涯或雇主之業務命令，都可謂是繼續性契約之重要要素。勞動基準法施行細則第七條中，雖規定有勞動契約應約定上述相關事項，但終究是施行細則之規定本不具強制力，因此我國勞資雙

方落實以書面約定契約重要事項者，恐寥寥有數。筆者認為如果在勞動基準法中明文置有對於上述重要之契約內涵必須以書面明示之規範時，不只判斷勞動條件是否符合法定最低標準將更容易，也許亦能因此減少許多勞資間無謂之糾紛。日本勞動基準法中，過去也只要求雇主針對工資事項必須以書面明示勞工，但 1998 年勞動基準法修正後，要求雇主對於正式員工或部分工時工等，於僱用時都必須以書面交付勞動省所命令有關勞動契約之重要內容（日勞基法第十五條修正規定），其目的在於協助釐清日後勞資雙方對於契約內容主張不一致時之紛爭。

勞動條件之明示，對於雇主僱用勞工之際，的確有其必要。如果勞動基準法中置有雇主必須明示重要勞動條件之規範時，雇主所明示之勞動條件若與日後實際給予勞工之勞動條件相違背，則除了公法上較易認定違反勞動條件明示原則予以處罰外，在私法效力上，勞工亦可以雇主契約不履行而擁有終止契約與損害賠償請求權。

實務上，勞工於受僱之際雇主所明示之工資額與日後實際受領之工資有所差距時，勞工是否對雇主有工資差額請求權，應該視雇主於明示該工資額勞動條件時，是否已達可確定為勞動契約內容之程度為定。

3. 勞動契約之種類與期間

(1) 定期契約與不定期契約

勞動基準法第九條規定，勞動契約分為定期契約與不定期契約兩種。勞資雙方得訂定定期契約者，僅以四種情形為限，即臨時性、短期性、季節性與特定性之工作。至於認定得簽訂定期契約之工作種類，其基準依據勞動基準法施行細則第六條規定如下：

第一、臨時性工作：必須是無法預期之非繼續性工作，且工作期間在六個月以內者。

第二、短期性工作：必須是可預期於六個月以內完成之非繼續性工作。

第三、季節性工作：必須是受季節性原料、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。

第四、特定性工作：必須是可在特定期間內完成之非繼續性工作，若該工作

期間超過一年者，應報請主管機關核備。

由以上規定可知，凡屬臨時性、短期性與季節性工作之定期契約，其工作性質必須合乎法定要件，若勞資雙方雖訂定名為臨時性、短期性或季節性之定期契約，實則工作內容不該當法定工作性質者，基於本條保障勞工得有持續工作權益之趣旨考量，該定期契約應視為不定期契約³，殆無疑義。此外，由於定期契約非有重大事由，否則雙方當事人不得隨意終止契約（民法第四百八十九條規定），因此定期契約期限過長，往往會造成勞工身份上與從屬性上之不當拘束，剝奪勞工轉業自由，故施行細則第六條中復針對臨時性、短期性與季節性工作之定期契約，斟酌其工作性質而明定有六個月或九個月之契約期限上限者，筆者以為其目的除在明確定期契約類型之內涵外，其趣旨當也有確保勞工免於受雇主長期不當拘束之意義⁴。

問題是何者為繼續性工作何者為非繼續性工作，在實務上有可能因企業內勞務管理之不同或習慣上之差異，而有不同之認知。例如台灣北部第二高速公路隧道工程之需要，負責施工之榮工處與原告訂定自民國 80 年 10 月 1 日起至「工程結束日」止之勞動契約，嗣後雙方就該契約究竟屬於定期契約或不定期契約起爭執⁵。台北地院判決認為：「勞動基準法第九條明訂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，仍不失為特定性工作定期契約之一種」。至於原告認為終止契約時，工作實際上仍在繼續進行之主張，法院認為：「所謂『工程結束』者，應依工程之性質及需要、勞工所擔任之職務等因素為整體之考量，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，非為需俟工程全部結束，始得終止已無適任工作之人員。此方為兩造契約所謂『契約期限至工程結束為止』之真意」。

雇主與勞工所訂定名曰臨時性、短期性或季節性定期契約若超過法定期限時（例如十個月），其效力應為如何。對此問題筆者認為，基於法定期限

³ 黃程貫『勞動法』初版（空中大學，1996.8）第 381 頁同旨。

⁴ 林振賢『勞動基準法釋論』（捷太出版社，2000 年修正版）第 128 頁同旨。有關本課題，請參考拙著「約定服務年限與違約金之法律問題探討」，發表於輔仁法學第二十期，2001 年 12 月。

⁵ 見行政院退輔會榮工處事件（台北地院 86 年度勞訴字第 26 號判決 86 年 6 月 25 日）。榮工處於 85 年 2 月 10 日以工程逐漸結束且無適當工作可供調派為由，通知原告即將終止該定期契約；原告則以該契約為不定期契約，故勞動契約關係仍應存在，雇主之終止契約通知為不合法解雇抗辯。

之規定有保障勞工免於受雇主不當拘束之意義，因此臨時性、短期性或季節性定期契約於屆滿六個月或九個月之法定上限後，得解為勞工有隨時終止契約之自由。然而，由於第九條相關規定僅是課雇主責任之設計，再加上勞資雙方所約定之期限，對勞工而言也應該有信賴保護原則之適用，因此該定期契約之期限效力應仍對勞工有效存在。換言之，勞工仍得繼續工作至所約定之期限屆滿。他方面，雇主僅於發生有重大事由時，始可主張終止該定期契約。否則必須待所約定之期限屆滿後，對雇主而言雇用關係始告結束。

至於臨時性、短期性或季節性定期契約期限超過法定上限後，是否應認其有自動轉化為不定期契約之效果，司法實務上曾見有肯定見解之判決⁶。不過筆者對此種解釋有不同看法。畢竟一來勞動基準法並未就此效果置有如第九條第二項「視為」之明文規定，二來勞資雙方於訂定契約當初之真意上，彼此也並未含有不定期效果之認知，因此若強要賦予該類定期契約之不定期效果，恐有害契約自由原則之義，也有過渡擴張解釋之嫌。惟仍應注意者，此種約定超出法定期限之定期契約，若其工作性質原本即不該當法定要件而具有繼續性工作之性質者，該定期契約仍應視為不定期契約。

(2)特定性定期契約之期間

與前述臨時性、短期性或特定性工作之定期契約截然不同，勞動基準法唯獨對特定性工作之定期契約未設有期限之上限，僅在施行細則第六條中規定契約期間超過一年者，應報請主管機關核備。針對特定性定期契約，法之所以未定期限上限，乃因不同特定性工作必有其不同之特定期間，如重大工程建設之完成往往需時數年，因此事理上容有無法妥當規範特定性工作期限上限之困難，可以理解。問題是勞資雙方約定之契約期限若超過一年者，應報請主管機關核備之規定，其法效果應如何視之，值得探討。

此核備義務若解為特定性定期契約有效成立之必要條件時，則凡未經主

⁶ 某汽車客運公司與隨車服務員楊女簽有勞動契約，每年換約一次。於楊女服務七年後，公司以業務減縮為由將其資遣，不料雇主竟以所訂為定期契約，因契約期限屆滿不予續約而未發給資遣費引起糾紛。台灣高等法院台南分院於判決中認為：「告訴人與被告客運公司所簽訂之勞動契約其工作雖係臨時性，然均超過六個月，按諸勞動基準法施行細則第六條第二項所定之臨時性工作，其期間不得超過六個月而論，即被告客運公司與告訴人楊女所簽勞動契約仍屬勞動基準法第九條所定之非定期契約，亦可認定」。參見台灣高等法院台南分院 80 年度上易字第 541 號刑事判決（80.06.12）。

管機關核備者，該定期契約不生定期之效果，而應視為不定期契約，法院實務判決中亦可見有採此見解者⁷。不過筆者並不贊同此見解。一來法並非以絕對禁止條款之形式明文規定「未報經主管機關核備者，不得訂定一年以上之特定性工作定期契約」⁸，二來勞動契約本質上乃是私人間之契約關係，仍屬私法自治之範圍，只要契約內容未違背公序良俗或法所明文禁止者，契約自由原則之精神亦有值得給予尊重之餘地。因此特定性定期契約若超過一年者，雖未報請主管機關核備，充其量僅是雇主應受公法上處罰之問題而已，並不當然影響該契約之私法上效力⁹。真正能左右該契約究竟屬於定期契約或不定期契約之法性格者，乃在於該契約內容之工作性質是否為特定性工作之實質判斷。因此勞資雙方若約定有服務年限，且訂定名為特定性定期契約者，不論有無報主管機關核備，若事後經查認定為不該當特定性工作時，該定期契約始應解為實質上係不定期契約。

一般而言，在契約內容中有關期限之約定，必須客觀且能確定，但由於特定性工作之性質特殊（行政院之勞動基準法修正草案擬改為「特殊性工作」），對於某些例如與土木工程相關之特定性工作，往往受限於天候因素而無法事先精確預定完工日期，因此契約期間若約定為「工程結束日止」，則該特定性定期契約是否為法所准許，實務上曾見有爭訟。筆者認為，類似此種在客觀事實上有難以確定完工日期之契約，若於某種程度上仍可推測並確定其必有完工日之到來者，仍應可視為具有特定期間，不妨肯定其有特定

⁷ 在某一土木包工業事件中，雇主雇用勞工從事一年以上之特定性工作，於期限屆滿後未發給勞工工資遣費，引起雙方之糾紛。由於係爭契約超過一年，雇主也未依規定向主管機關核備，因此高院刑事庭認為「由雙方沒有訂契約只是用口頭，也沒有向勞工局報備等情，可知上該工人等持續為不同之工作，且有勞工期長達一年以上者，被告未向主管機關報備，自難認其屬特定性之工作得依法為定期契約」云云，故認定該契約應屬繼續性工作之不定期契約。參見台灣高等法院 85 年度上易字第 3599 號判決（85.08.27）。惟筆者認為此案件乃屬刑事案件，承審法院刑事庭未必十分嫻熟勞動基準法相關規定之法理與解釋運用，故本案判決之相關內容見解僅供參考為已足。

⁸ 我國勞動基準法中，規定雇主需向主管機關為公法上之作為義務者，主要用語有核定、核准與核備等三種。除第十三條禁止解雇期間之例外情形須經主管機關「核定」，第四十九條女工夜間勞動禁止之例外情形須經主管機關「核准」外，諸如第三十二條之加班、第四十條之天災、事變或突發事件停止假期、第七十條之工作規則、第八十四條之一之工作時間相關規定除外適用等，皆是規定必須向主管機關報「核備」。就規定核備義務之各條性質而言，其屬性可謂都是規範勞資雙方之契約內容事項。有關契約內容之私法上效力，除有違反強制禁止、公序良俗者外，尚難解為不經核備即不生效力。而且從各條文之文義上觀察，也無絕對禁止條款之含意。

⁹ 針對此看法，司法實務上亦見有同旨者。例如在退輔會榮工處事件中，台灣高等法院判決亦認為「勞基法施行細則第六條雖規定特定性工作，其工作期間超過一年者，應報請主管機關核備，惟未經主管機關核備，與契約之效力無涉；……」，見台灣高等法院八十六年度勞上字第 40 號判決（86.09.17）。

性定期契約之效力¹⁰。不過，若該完工期日之到來得認為已超過社會一般通念所可忍受之長度，且有不當拘束勞工之嫌疑者，自不得肯定該特定性定期契約之效力。

4. 定期契約轉換為不定期契約

定期契約之結束為期限屆滿，雇主因契約期限屆滿後不與勞工續約時，雇主不須負擔資遣費等任何勞動基準法上之責任，此種結果與不定期契約終止時，雇主須有法定合理事由及資遣費負擔之責任大有差別。因此為了避免雇主濫用定期契約反覆更新之方式，以逃避勞動基準法上終止契約之責任，勞動基準法第九條第二項特別規定，當臨時性和短期性工作之定期契約屆滿後¹¹，如果

1. 勞工繼續工作而雇主不即表示反對意思者，或
2. 雖經另定新約，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，該定期契約即應視為不定期契約。

因此如果某勞工與雇主訂定二個月為期之定期契約，期滿後勞工繼續工作而雇主不表反對，或期滿後雇主另與該勞工再續約時，則該定期契約即變成不定期契約，雇主於第二個契約屆滿時即不得主張結束契約，否則該當解雇處理。

例如某勞工自 78 年 3 月 28 日起至 80 年 5 月 30 日止，以承攬契約方式受雇擔任警衛，期滿後繼續自 80 年 6 月 1 日起至 80 年 8 月 12 日止以定期契約方式續任同職，期滿後雇主不予續約。但該勞工主張警衛工作有繼續性，應為不定期契約，援提起確認僱傭關係存在之訴¹²。台灣桃園地院第二審判決

¹⁰ 台灣高等法院之實務見解亦同旨。退輔會榮工處承包北二高木柵隧道工程時，與勞工訂定「工程結束日止」為期間之定期契約，嗣後勞工針對該定期契約是否應為不定期契約有所爭執。台灣高等法院判決認為：「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」。判決復認為：「所定契約期限「至工程結束日止」，其完工之時期雖不確定，但北二高隧道工程完工則屬可確定之事實.....」，故認可該定期契約之法效力。參見台灣高等法院榮工處事件同前揭註之判決。

¹¹ 需注意此種定期契約之不定期契約化之規定，僅在臨時性及短期性工作有其適用，季節性與特定性工作之定期契約，並無反覆更新而有不定期契約化之法效果，勞動基準法第九條第三項著有明文。

¹² 日祥機械公司事件（桃園地院 82 年度勞簡上字第 2 號，82 年 9 月 2 日）。

認為：「縱令被上訴人所辯解兩造間所訂立為定期契約為真正，上訴人於 80 年 5 月 31 日定期契約屆滿後，自 80 年 6 月 1 日起至 80 年 8 月 12 日止繼續擔任警衛工作，而被上訴人公司並未表示反對意思，按勞動基準法第九條第二項第一款之規定『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』，是上訴人於 80 年 8 月 12 日離職日與被上訴人間有不定期之勞動契約，應可確認無訛」。

不過勞動基準法第九條第二項之規定，是否有考慮到雙方當事人訂約時之真意，是否合乎勞資雙方之公平正義，倒是值得思考。事實上當然會有雇主藉著定期契約反覆不斷更新之方式，以逃避勞動基準法解雇之責任。但如果雙方當事人卻僅有續約定期契約一次之合意時，依勞動基準法規定亦得成為不定期契約之結果，實在不甚合理。因此如果當事人得舉證確定雙方訂立契約時，無反覆不斷續約之意圖，或訂立定期契約之工作內容的確為非繼續性之工作，則只要該定期契約無反覆不斷多次續約之情形，未必需一律視為轉換成不定期契約始合理。

必須特別注意者，第九條第二項第二款中所謂「前後」勞動契約，不應限於緊鄰前後之兩契約，若前後反覆更新多次契約，而未置有明顯之間斷期，則該前後反覆更新之契約應合計計其工作期間之總數。否則雇主與勞工每次訂定為期一個月之定期契約，前後合計工作期間不過 60 日，而竟無法適用第二項之規範，豈不變成法律之漏洞？

三、 勞動契約之訂定與年資之合算

勞動契約亦屬於私人間契約之一種，因此原則上只要在不違反法令規定之條件下，雙方得自由訂定。不過為了明確勞資雙方間之權益關係，勞動基準法施行細則第七條規定，勞動契約應約定有下列事項：

1. 工作場所及工作內容（應從事工作之有關事項）。
2. 工作起迄時間、休息、休假、例假、請假及輪班換班等相關事項。
3. 工資之議定、調整、計算、結算及給付日期與方法等。
4. 勞動契約之訂定、終止及退休等。
5. 資遣費、退休金及其他津貼、獎金等事項。

6. 勞工應負擔之膳宿費、工作用具費等有關事項。
7. 安全衛生事項。
8. 勞工教育、訓練等有關事項。
9. 福利有關事項。
10. 災害補償及一般傷病補助等有關事項。
11. 應遵守之紀律等有關事項。
12. 獎懲等有關事項。
13. 其他勞資權利義務有關事項。

雖然施行細則中規定勞動契約必須約定有上述各項，但一般實務上我國企業於雇用勞工時，甚少訂立書面勞動契約，更遑論約定如此詳細之事項。至於工資、工作內容、工作地點等勞動契約之重要要素，大抵上皆以口頭契約達成合意，充其量勞工於進入企業工作後，必須簽署遵守公司人事規章之保證書一紙，因此在我國企業一般習慣，都在工作規則內規定勞資雙方契約內容事項，此種方式必然產生若干勞資雙方不同認知之法律爭議，相關問題待工作規則部分一併討論。

勞工在同一雇主或同一工作場所繼續工作，期間中因某種原因暫時離開工作崗位，回廠續行工作時，前後工作年資是否合併計算，影響勞工權益至劇。例如我國男子負有服兵役之義務，兵役前如已於某企業任職數年，役畢後又回原工作單位任職，則該勞工前後工作年資是否得合併計算，對於勞工退休年資等計算影響很大。

又定期契約屆滿後，與雇主另訂新約，但前後兩契約間斷期已超出第九條第二項所規定之三十日期限時，即使勞資雙方皆有僱與被僱之合意，礙於第九條規定亦無法視為不定期契約。雖然因此勞工在工作權上無法受到保障，但至少工作年資計算上，由於有前後契約勞動之事實存在，也應予以妥當之考量。我國現行勞動基準法為解決此問題，特在第十條規定「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」。從而若勞工係因服兵役之故而停止履行契約，俟役畢回原工作單位繼續履行原約，則依本條規定當然前後工作年資必須合併計算應無疑義。另外，勞工或許因在軍中習得其他技能而擔任與原工作性質不同之工作，此時因工作內容不同，解釋上似乎應認其非履

行原約，不過考量役男服兵役乃係盡國民義務，役畢後又回原企業任職，不應因此而使勞工年資權益受到嚴重不利益，因此中央主管機關曾發佈解釋令認為勞工服兵役前後在同一事業單位之工作年資應予併計¹³。由此可知，勞工服兵役前後只要在同一事業單位服務，不論其工作內容抑或契約內容是否有所變更，原則上其工作年資應合併計算。

一般而言，定期契約屆滿後，未滿三個月訂定新約時，其前後工作年資應合併計算，為本條文規定之內容，毫無疑問。又不定期契約因故停止履行，俟後繼續履行原約時，前後工作年資應合併計算，亦為本條規定之基本內容，毫無疑問。問題是勞工於不定期契約因故停止履行後，若與雇主再訂定新約時，一為不定期契約一為定期契約之場合，其前後工作年資是否仍應合併計算，實務上有爭議。針對啓盟公司事件¹⁴，高院與最高法院有不同見解。

上訴人自 64 年 9 月 28 日起受雇於被上訴人公司擔任作業員，至 74 年底被上訴人公司以營運不佳為由，將伊資遣，給付資遣費八萬元。惟隨即與伊約定，以臨時工方式按日計酬繼續雇用伊工作，至 80 年 4 月 1 日退休為止。上訴人主張伊在被上訴人公司服務年資前後合計共十五年又三個月，共應領取退休金 62 萬元，扣除前已領取之資遣費 8 萬元，被上訴人公司尚應給付 54 萬元。被上訴人公司則主張，上訴人於 74 年底接受資遣，終止勞雇關係，嗣後雖又以臨時工方式續予雇用，惟係另一僱傭關係，年資應另行起算。上訴人於 80.4.1 自動離職，因未達法定退休年資，自不得請求退休金以為抗辯。

高等法院認為，上訴人既於 74 年 12 月底，接受被上訴人公司之資遣，且已領取八萬元之資遣費，兩造間之僱傭關係業經終止，日後雙方再成立之臨時工方式之僱傭契約，屬另一關係，自不得認為係繼續原來之僱傭關係。勞動基準法第十條固有「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」之規定，惟在不定期契約，係指因故停止履行後，未滿三個月又繼續履行原約而言，與本件兩造原來之不定期契約，因資遣關係而終止，嗣再另立與原約不同工作方式之契約之情形，顯有不同，自無適用上開規定之可言。

¹³ 內政部 75 年 8 月 8 日(75)台內勞字第 408297 號函參照。

¹⁴ 啓盟公司事件（最高法院 82 年度台上字第 598 號，82 年 3 月 19 日）。

最高法院則認為，惟按勞動基準法第十條規定，不定期契約因故停止履行未滿三個月而訂定新約或繼續履行原約時，年資應合併計算。其立法本旨在於保護勞工權益，避免雇主利用換約等方法，中斷年資之計算，損及勞工權益。本法條之因故停止履行，並無明文例示，為保護勞工權益，應採擴張解釋。除退休外，縱因資遣或其他離職事由，於未滿三個月內復職，而定立新約或繼續履行原約時，勞工前後工作年資應合併計算。但已領資遣費，應於日後退休金中扣減，以資兼顧。

由最高法院判決內容可知，第十條條文中所謂不定期契約因故停止履行，不限於繼續履行原約時，前後契約之工作年資始得合併計算；即使因故停止履行，三個月內再另訂新約的狀況下，前後契約工作年資亦應合併計算。考量本條文立法保障勞工權益之趣旨，避免雇主利用換約等方式損及勞工年資權益，則最高法院之見解應屬妥當。至於因故停止，法文中並未做限制其事由，故採擴張解釋亦為正解。

惟高等法院及最高法院似乎皆認為，不定期契約因故停止履行後，不管另訂新約或繼續履行原約，皆必須受三個月內之限制，前後契約始能合併計算工作年資。對此，本文認為另訂新約故應受三個月內之限制，此從文意看來當無異論，但繼續履行原約之部分，觀其文意未必一定有受限三個月內之明確字眼，且既然是繼續履行「原約」，在雇主願意讓勞工履行原約之合意下，法律有何必要一定非得限制三個月內始能合併計算年資？如前後契約期間間隔已久，雇主另訂新約即可解決年資不予合算之問題，而雇主既不為此，法律解釋上實無必要越俎代庖做不利勞工之解釋。

四、 勞動契約之展開

1. 採用內定

(1)採用內定之意義

採用內定制度是現時代的產物。隨著低生育率、少子化，企業需求人才

甚殷。特別是在理工科系，企業爲了確保優秀人才，往往在學校尚未畢業典禮前，即走入校園徵才，事先予以內定採用。但所謂內定採用制度對即將進入就業市場的社會新鮮人有無法律上之保障，是值得吾人予以關心之課題。例如社會新鮮人畢業後依約前往報到時，萬一雇主告之已取消內定，則該社會新鮮人得有何種權利主張？反之，一般社會新鮮人求職時採取騎著馬找馬心態，向多數企業遞出求職函者所在多有，於獲得企業採用之內定通知後，卻於畢業後未依約前往報到，在未告知予以採用內定之雇主之狀況下，擅自選擇其他企業就職，此時被放鴿子之資方可以有何種權利向爽約之勞工請求賠償？凡此皆係在採用內定階段所可能發生之主要法律問題。

(2)採用內定之法律問題

在採用內定所可能引起之勞資爭議問題上，其實不限於學校畢業之社會新鮮人。我國企業間勞工跳槽之風氣，比起終身雇用制習慣之日本企業員工而言自屬頻繁有加¹⁵，特別是勞工領完農曆年之年終獎金後，可以說是企業界人事大搬風之重要時機。因此採用內定所引起之法律糾紛，在一般有工作經驗之勞工亦可能發生。採用內定問題在勞資雙方間所可能引起之糾紛不在少數，例如雇主於採用內定後之取消、勞工於採用內定後之不就職、採用內定之生效時期、採用內定之法性質、採用內定時所告知勞動條件與正式任職後有所差異等。而爲解決上述問題，首先必須釐清採用內定之法性質，確定採用內定之程序在契約成立與生效階段所產生之法效果。如果採用內定得視爲勞動契約成立時，則雇主單方所爲採用內定之取消即可視爲終止契約處理，反之則否。以下。本文探討採用內定之各種法律問題，首先嘗試論據採用內定之法性質。

(3)採用內定之法性質

¹⁵ 許多論者嘗謂日本企業內終身雇用制已經瓦解云云。惟筆者研究日本勞資關係所觀察瞭解，日本勞動政策上爲提高就業機會之可能性考量，加上企業界近年來爲擴大大力資源運用之流動化，固然中途採用（亦即一般所謂挖角或雇用曾在其他企業任職過之員工）有增加之趨勢，但終身雇用制之精神（亦即保障員工工作機會不輕言解僱），卻仍可謂根深蒂固在日本企業內，此乃目前爲止可確認之狀態。

a. 勞動契約締結過程說

本說是採用內定法性質論中最早被提出之見解。主張本說者認為採用內定只是勞動契約訂定階段之其中一個過程而已，與勞動契約成立與否不相干¹⁶。本說主張之法效果在於，勞動契約訂定過程中，企業若有正當事由不得不中止採用內定時，法律上無法強制雇主必須與勞工訂定勞動契約。但為了保障內定者不至於遭受不利益，內定者可舉證依其所受損害程度向企業請求與損害相當之賠償。

本說之缺點在於，若只是將採用內定視為係勞動契約之訂定過程，則自選考、身體健康檢查、面試乃至採用內定、正式就職等步驟下，一連串相當長時間之訂定過程，將使勞工處於不安定地位¹⁷。

b. 預約說

本說針對前述勞動契約締結過程說之缺點，提出見解認為採用內定之通知，僅是內定者畢業後再訂立正式勞動契約的一種預約意思表示¹⁸。本說之法效果在於，若企業對內定者取消其內定時未具合理理由者，取消內定之責任與解除婚約之效力相同，企業只需負擔損害賠償或若干精神上之慰撫。

本說之缺點在於，採用內定若只是雇主片面契約之意思表示，雇主認為某求職者合於所求需要時，即可發內定通知，因此其採用內定權只存在於企業一方。從而雇主如有合理理由，即可單方面取消內定，而不用負法律上任何責任，此種結果不甚合理。再者，本說與前述之契約締結過程說，皆係以雇主有絕對雇入與否的自主權為其論述之法理依據，但事實上就現代企業型態與企業社會性之意義而言，企業不應只被認為係單純私人性質的產物，企業實具有廣泛之公共性。因此採用內定之取消係基於不公正理由時，應不許資方有任意取消內定的自由。蓋採用內定後之勞工，通常即對將來賦予從業

¹⁶ 有泉亨『勞動基準法』（有斐閣，1963）第94頁以下參照。

¹⁷ 見後藤清「採用內定者之法地位」（季刊勞動法 53 號，1964）第 138 頁。

¹⁸ 後藤清前揭文「採用內定者之法地位」第 140 頁。

員地位有利益期待性，若雇主違法的取消內定，僅須負擔賠償金或慰撫金程度者，顯有失公平。

c. 勞動契約成立說（通說）

所謂勞動契約成立說，乃是指雇主對勞工發出採用內定通知之階段，應視為勞動契約已經成立。本見解在日本經過最高法院確認後，目前已經是採用內定法性質之通說¹⁹。日本最高法院判決首先指出，採用內定之態樣形形色色各企業不一而足，因此法院判斷採用內定之法性質時，有必要就各企業之勞資糾紛事實關係加以判斷。針對大日本印刷公司事件中之事實關係衡量後，最高法院認為該採用內定通知實際上等同於附就勞始期之勞動契約成立。而所成立之契約因企業於制式誓約書中記載有解約權之事由，因此可謂係一份保留解約權之勞動契約成立。其次，最高法院繼續闡述認為，內定者之地位與試用期間中之勞工基本上沒有差異，因此雇主如要行使所保留之解約權時，必須具有社會一般通念認為相當之事由始得被允許。從而採用內定之取消，必須限於內定當時無法得知、或無期待可能得知之事實發生時，針對該事實與契約內保留解約權之趣旨及目的對照衡量後，尚得認為客觀且合理者始足當之²⁰。

目前日本大多數學說上也支持採用內定得視為勞動契約成立之見解，其理由可歸納如下²¹。從應募到採用內定期間，必須經歷各種選考試驗、健康檢查、身家調查、面試等各種程序後才能決定其結果，在這諸多過程中資方人事部門主管也已進行嚴格的審查考核，其後即大抵不會再有任何試驗。而且一般習慣上求職者接獲內定通知後，幾乎都會依企業要求提出誓約書、保證書，此時應可肯定內定者與企業之間，已有成立「雇與被雇」之合意，因此

¹⁹ 大日本印刷事件（最二小判 1979.7.20）民集 33 卷 5 號第 582 頁。本事件是一位大學畢業社會新鮮人於畢業前七個月接獲企業採用內定通知書，在依企業要求提出誓約書與保證書後，卻遭企業取消採用內定之糾紛。該社會新鮮人遂向法院起訴請求確認僱傭關係存在，而得到勝訴判決之例。

²⁰ 與前揭大日本印刷公司事件採取同一見解之最高法院判決，比較著名者尚有例如電電公社近畿電通局事件（最二小判 1980.5.30）民集 34 卷 3 號第 464 頁。在該案件中，最高法院亦認為採用內定之通知應解為係勞動契約成立，只不過該案件中之採用內定取消，係有合於社會一般通念可認為相當之事由存在，因此勞方敗訴。

²¹ 下井隆史『勞動基準法』第三版（有斐閣，2001）第 88 頁以下參照。

採用內定於此時應得視為勞動契約已成立。如果雇主未具有合理理由，其所為之採用內定取消，應視為違法解僱。

(4)採用內定之生效時期

雖然依據前述採用內定之法性質探討，一般通說皆肯定雇主之採用內定可視為勞動契約成立，但在採用內定階段中究竟何時點方可視為勞動契約成立，則與勞工權益或雇主得否行使取消權之要件至有關係。蓋若雇主所為採用內定之取消，是在採用內定尚未得視為勞動契約有效成立前之階段所為者，則該取消雖未具備合理理由之程度，是否仍能視為解雇權濫用不無疑問。故何時點始能視為採用內定之生效時期，有加以釐清之必要。

學說見解中有「內定通知要約說」與「內定通知承諾說」兩種看法。前者主張內定通知要約說者認為，採用內定之通知為雇主之要約行為，內定者依要約內容提出保證等手續時，係屬承諾之意思表示，完成此階段之採用內定始得視為契約有效成立。反之，後者主張內定通知承諾說者認為，企業之招募廣告等行為係要約引誘，求職者之應募行為或接受選考等係提出要約，而雇主所發採用內定通知則是承諾，因此求職者接到採用內定通知之時點，即是採用內定行為有效成立，勞動契約同時成立。

通說上大抵已傾向採用後者之見解，日本法院一般在實務上也確立同樣看法²²。不過日本學界中，筆者之指導教授下井隆史則持不同看法²³。其認為在尊重勞工選擇之自由前提下（即使勞工接獲採用內定通知，亦應讓勞工有選擇接受與不接受之自由），加上現實上仍有許多重複內定之實態下（一般勞工求職時都會向許多企業重複遞出求職信函，如採用內定通知時點即認為係勞動契約之承諾，很可能造成重複內定之混亂），內定通知要約說之看法應該比較妥當。基本上，考慮台灣實務上現狀，筆者也贊同恩師之見解。

(5)採用內定時期勞動契約之法性質

²² 大日本印刷事件（最二小判 1979.7.20）民集 33 卷 5 號 582 頁，及電電公社近畿電通局事件（最二小判 1980.5.30 判例時報 968 號 114 頁或民集 34 卷 3 號第 464 頁參照）。

²³ 下井隆史前揭書『勞動基準法』第三版第 89 頁參照。

有關採用內定之法性質，一般通說認為有效之採用內定合意，得視為勞動契約成立既如前述。問題是勞動契約主要內容之勞務給付與工資給付等權利義務，於勞工正式進入企業開始提供勞務前不可能發生，故此時之勞動契約本質即與正式提供勞務勞工之勞動契約有所不同。

那麼採用內定時期勞動契約之法性質為何，學說上有如下多種見解：

1. 以畢業為停止條件之勞動契約
2. 以不能如期畢業為解除條件之勞動契約
3. 保留不能畢業時之解約權
4. 附解約權及就勞始期之勞動契約成立
5. 附解約權及效力始期之勞動契約成立

比較多的學者採取第 4 種及第 5 種之見解。此兩者之差異在於，採用內定若係解為附解約權及就勞始期之勞動契約成立，則內定者可能有適用工作規則等企業內規範之餘地，此外內定者也有保守企業內秘密之義務，甚至進而有遵守雇主所提出學校生活報告等業務命令之可能。

但如果認為採用內定僅是附解約權及效力始期之勞動契約成立，則前述義務在內定者不可能發生，因為勞動契約之效力必須在效力始期到達後始發生。因此如果考量內定者尚在就學，或內定者尚未享工資等權利前即須負擔一大堆義務之狀況，則本文以為採用內定應解為附解約權及效力始期之勞動契約成立，較為妥當。

(6) 雇主取消採用內定之限制

採用內定之法性質如果視為勞動契約成立，則此時勞動契約法性質依通說應為「附解約權及效力始期之勞動契約成立」既如前述。而法理上既然勞動契約成立，則我國雇主行使解約權自亦受勞動基準法第十一條及第十二條規定之限制。然而由於內定期間，尚未發生現實上之勞動關係，故勞務給付義務不履行或違反服務規律等事項，不可能成為解約之理由。故除了雇主經營不善等因素外，一般而言雇主得有合理解約事由者，必須以可歸責於勞工之事由，例如發現內定者有欠缺勞動能力之虞，或有欠缺從業員適格性之重大事實已明確存在者為限，且所謂「發現」，必須是採用內定選考時期「無

從得知」者為限。

實務上日本最高法院在電電公社近畿電通局事件中認為，內定者於內定後，不顧公司再三叮嚀，仍執意參加街頭政治抗爭活動而遭逮捕，致受到取消內定之處分，考量電電公社之企業性質，則該雇主以內定者不具從業員適格性為理由之取消內定，應屬適法之行爲。

(7)採用內定時所提示之勞動條件與正式就職後有所差異

實務上不乏面談或採用內定通知時，雇主所提示之薪資等勞動條件，與正式就職後實質所得有差異之現象。造成此種情形者，可歸納下列幾種原因：

第一， 雇主有明顯欺騙意圖。

第二， 內定時期通常早於正式就職若干時間，企業內有可能發生情事變更等期後事項。

第三， 受到世界經濟情事變動之影響所致。

勞工就職後發現勞動條件迥異於採用內定時雇主之承諾者，若係因前述第一種狀況雇主有明顯欺騙意圖時，勞工得以勞動基準法第十四條第一項第一款為理由，向雇主主張終止勞動契約並請求資遣費及損害賠償之權利，應無疑問。問題是若係其他兩種原因時，勞工有無請求差額工資之權利呢？

勞工有無請求差額工資之權利，首先必須看雇主有無違反勞動基準法施行細則第七條第三款之規定。蓋採用內定既屬勞動契約成立，則依同條款規定，勞資雙方應在勞動契約中約定工資之議定、調整、計算、結算、給付日期與方法有關事項。據此規定則雇主應與內定者勞工就工資額度等商議訂定並達成合意。不過問題在於，施行細則中所規定之「議定」，究竟屬預計之程度即可，或是必須至最終確定之程度呢？

日本東京高等法院就此疑問曾在「八州事件」²⁴中，認為「所謂採用內定視為勞動契約成立，主要係為保護內定者免於遭受雇主取消內定之不利利益，所為之法解釋，因此並無內定時工資等勞動條件即已需做最後確定之必然性」。

²⁴ 八州事件（東京高判 1983.12.19）勞民集 34 卷 5、6 號第 924 頁參照。

東京高院所為前述見解，於法理上亦有其合理性。若準此以解，則內定時雖勞資雙方未明確議定最終確定之工資額度，尚不得因此謂雇主有違施行細則規定，而主張勞動契約無效，所以雇主於採用內定時所提示之工資數額，充其量僅係一種「預計」之額度，勞工自然沒有具體差額請求權。

但本文認為，吾人若肯定工資係勞工生活憑藉之重要來源，在考慮保障勞工生活之立場下，若雇主於採用內定時所提示之「預計」數額，與後來實際給付工資總額之差距，已達可評價為違反誠信原則之程度時，勞工是否有差額請求權固仍有爭議，但筆者認為至少應准許勞工可請求與該差額相當之損害賠償。因內定者通常一定對未必大幅度降低已預計之工資等勞動條件有期待性，若勞工事先能知道該期待性落空之概然性大時，即有選擇其他企業就職之可能與機會。從而，此期待可能性與選擇職業利益兩者，應都可值得為法保護之對象。

2. 試用期間之契約關係

(1) 試用期間之問題點

我國企業一般採用新人時，即使未經過採用內定之程序，於雇用後往往也都設有若干期間為「試用期」，用以考察新進員工之適格性。此種制度不僅廣泛存在於私人企業，公務員制度中亦設有「實習期間」，即便司法官體系中也設有「實習法官」、「候補法官」等類似之制度。

試用期間對新進員工而言，不只在工資等待遇上可能與正式員工有所差別，試用期滿是否能成為正式員工之壓力，往往帶給試用期間勞工不少的困擾，因此試用期間長短影響勞工權益頗劇。我國勞動基準法施行細則在 1997 年 6 月 12 日修正前，第六條第三項中曾規定，試用期間不得超過四十日，但修正後已取消試用期間之限制，試用期間長短由勞資雙方協商決定。

有關試用期間之勞資糾紛，通常發生在試用期間中解雇，或試用期滿後雇主拒絕正式雇用之問題。一般而言，絕大部分勞資雙方都認為試用期間，存有試試看勞工是否有適格性之觀念，因此試用期間通常也被認為與正式雇

用有所不同，所以好像試用期間中雇主有較大之解約權存在。雇主是否果真在試用期間中有較大之解約權呢，要釐清這個問題，首先必須探討試用期間中勞動契約之法性質。另外，其他問題尚有試用期間中之勞動條件與正式受雇者之間，是否可以有差別待遇；還有試用期間中之工作年資是否必須與正式雇用後合併計算等等。

(2)試用期間之勞動契約關係

a.試用期間勞動契約關係之日本判例理論

試用期間屆滿後，雇主拒絕正式雇用之問題，可以說是試用制度中最常見之糾紛。究竟雇主於何種理由下，始能合法拒絕正式雇用勞工，首先必須探討試用期間中試用契約之法性質。

日本下級審判例自昭和 30 年代（1955）試用糾紛多起後，大都認為試用期間中勞動關係之法律性質，必須就各個企業實際狀況審慎加以判斷，此為當時一般通論之看法。同時在實務上大體肯定，試用期間開始前至正式雇用後之一段期間內，勞動契約應已成立，但此期間內之勞動契約，雇主仍得保留有在試用期間得以勞工不具從業員適格性為理由之解約權存在。

著名之三菱樹脂事件中²⁵，是以政治理念不同為理由，拒絕於試用期滿後予以正式雇用所引起之糾紛。同事件最高法院大法庭之判決，亦大致因循前述各下級審所建立之共識，認為試用期間勞動契約之法性質如何，不能一概而論，必須就各該企業之工作規則規定，或當事人所受不利益待遇之實態，及事實上之企業習慣等為綜合判斷。判決文中謂「於該事件中，當事人之一的企業，過去從未曾有對試用期滿者不予雇用之前例，且雇用勞工開始進行試用時，亦未曾與勞工做成任何有關試用之書面契約，試用期滿正式雇用後依慣例亦只交付一紙人事令通知書給勞工，故從以上各種實態看來，本件中未予正式雇用該勞工，應視為係雇主行使所保留之解約權，應相當於解雇」。

至於法院為何容許雇主於試用契約中得保留有解約權之勞動契約成立，乃係考量雇主於決定是否採用該勞工時，可能就有無適格性之調查，或

²⁵ 三菱樹脂事件（最大判 1973.12.12）民集 27 卷 11 號第 1536 頁。

足供判斷資料之收集等有不實實現之虞，必須留待試用期間持續觀察或調查，始能做正式雇用與否最終決定之故。因此若基於此種保留之解約權所為之解雇，固然事理上得比一般通常之解雇有較寬鬆之空間，但容許雇主行使解約權者，仍必須斟酌上述保留解約權之趣旨與目的，限於客觀上合乎社會一般通念，且具有合理理由存在時始得為之。具體言之，必須是「依據雇主觀察試用期間中之勤務狀態及所調查之結果，需確為當初所無法預期，或確有當初無法期待知曉之新事實發生者，而判斷繼續雇用該勞工明顯不適當，且充分考量保留解約權之目的後，仍得肯定在客觀上相當者」²⁶為限。

至於雇主若以欠缺從業員適格性為理由之拒絕正式採用（相當於解雇），其適格性之有無固然屬於雇主主觀上之裁量權，但基於雇主主觀判斷下所為之拒絕正式採用結果，仍必須能肯定在社會通念下具有相當性始足，若係雇主所為不合理之適格性判斷，仍有可能被評價為裁量權之濫用。

b. 試用期間勞動契約關係之法性質論

自試用制度之合理意義而言，其主要趣旨乃在使勞資雙方於成立確定之勞動關係前，試驗性質地使勞工實際從事勞務，藉以實質判斷從業員適格性之有無。既然為試驗性質，則其本質與嗣後確定之正式勞動關係似乎有所不同。因此有學者認為，試用契約應該是有別於勞動契約之一種別個契約，法國學界通說也認為試用契約是勞動契約之預備契約²⁷。

然而在實務上，雇主打算雇用某勞工使其提供勞務，即使剛開始只是試用階段，試用前雇主也勢必會就該勞工之人品、能力、適格性、身家等為審慎之判斷或考察（試），因此該勞工於實際服勞務後，法律上如果還使該勞工僅處於預備契約之地位，是否會導致勞工陷於長期不安定狀態；且容許雇主得有諾大之預備契約解約權，是否合乎保障勞工工作權本旨，都值得考慮。再者，一般勞動實務上，試用期間所負擔之工作與正式雇用後之勞動種類與態樣大抵相同，試用終了後也甚少再對勞工進行個別考試或評價，反而交付一紙通知書後該勞工即自動成為正式員工。因此與其說企業設置試用期間之主要目的係為判斷適格性之性質，不如說是在使勞工有見習適應或受教育訓

²⁶ 三菱樹脂事件中最高法院判決文參照，日本民集 27 卷 11 號第 1536 頁。

²⁷ 有關試用期間勞動契約性質之學說理論，詳細可參閱山口浩一郎「試用期間與採用內定」（『文獻研究勞動法學』收錄，1986）第 2 頁以下。

練之機會來得貼切²⁸。

針對試用期間勞動契約之法性質論，我國學者劉志鵬援引日本學說判例見解，也提出試用期間應屬保留契約終止權之勞動契約成立之看法²⁹。而我國司法實務界，從最近判決看來³⁰，似乎也有認為試用期間之契約是一種保留終止權之勞動契約成立之趨勢³¹。另外，也有判決比較尖銳地認為試用期間之契約應無勞動基準法之適用³²。判決內容謂：「有關試用期間之勞動契約，是使雇主保留終止契約與否權利之特約，勞資雙方於試用期間之關係，在是否終止勞動契約上，應無勞動基準法之適用。惟因雇主地位較勞工優越，為避免雇主以優勢地位，不斷以訂定試用期間之勞動契約，藉以規避勞動基準法之適用，使勞工無從獲得勞動基準法之保障，並違反勞工於試用期間屆滿得以獲得正式任用之期待，因而放棄其他受僱用之機會，解釋上雇主藉訂定試用期間之勞動契約所取得終止勞動契約之特權，並非得任意行使，仍應受相當之限制，亦即雇主於試用期間屆滿，並不當然得任意以勞工不適用為理由，終止與勞工間之勞動契約，雇主欲行使上開終止契約權，仍應參酌勞動契約之內容，考量雇主拒絕正式任用之事由，與一般社會通念是否認為相當」為斷。

台灣高等法院高雄分院 90 年判決³³，雖謂明言試用期間之勞動契約性質為何，但肯定試用期間期滿不予正式雇用或於試用期間中終止契約時，必須要有合於試用契約目的之理由及給付資遣費，判決內容謂：「按我國現行勞動基準法固無勞工試用期間之規定，然基於契約自由原則，雇主及勞工均有選擇是否締結勞動契約之自由，資方即雇主又特別享有「採用之自由」。即雇主對於企業所需僱用之勞工人數、招募方法、錄用標準、錄取對象等，原則上皆可由單方決定，故

²⁸ 當然不能否認也有些企業置有試用期間之目的，在於試驗勞工之適格性，果如此，則該試用期間內之勞工工作時間與工作內容等，應該與正式雇用之勞工有所差別比較妥當。

²⁹ 劉志鵬『勞動法理論與判決研究』（元照出版社，1999）第 50 頁以下參照。

³⁰ 有關試用期間糾紛之法院判決，可參考蘇倍瑱碩士論文『採用內定與試用期間法律問題之研究』，文化大學勞研所 2003 年 12 月。

³¹ 直接言明試用契約係保留終止權之勞動契約之見解的判決有台北地方法院 90 年度勞簡上字第 10 號，台灣高等法院 90 年度勞上字第 17 號，台北地方法院 91 年勞訴字第 120 號，基隆地方法院 92 年勞訴字第 3 號等。

³² 高雄中小企銀事件，高雄地方法院 88 年度勞訴字第 3 號參照。

³³ 台灣高等法院高雄分院 90 年度勞上字第 9 號參照。

爲了選拔最適格之勞工，勢必賦予雇主「調查之自由」，使雇主得以從諸多應徵勞工中，作適當之選擇。是以勞資雙方依工作特性於不違背契約誠信原則下，自由約定合理之試用期，於法並無不合。又於該試用期內或試用屆期時，雇主欲終止勞動契約，仍應依勞動基準法第 11、12、16 條及第 17 條等相關規定辦理，固有行政院勞工委員會 86 年 9 月 3 日(86)台勞資二字第 035588 號函附卷可查，然本件兩造既有試用期間之約定，其目的無非賦予雇主一段合理期間，得以觀察勞工之勤務態度、人格、技術及能力等情形，以決定是否正式任用，勞工亦可藉此考量是否繼續受僱，則於試用期間，雇主或勞工依勞動基準法終止勞動契約時，就終止事由之解釋，應以達勞資雙方約定試用期間之目的爲之。」

筆者對於我國目前學界與司法實務界，逐漸採取試用期間爲勞動契約既已成立之見解，持正面肯定之態度。但對於試用期間之契約是否爲保留終止權之契約這一點，有不同意見。目前我國學界及司法實務界對於試用期間契約之法性質，會採取保留終止權之勞動契約成立之見解，大體上是受日本學說判例之影響所致，應不過言。不過，日本過去因爲勞動基準法中並未有解僱之明文限制規範³⁴，解僱之糾紛皆仰賴權利濫用禁止理論予以個案認定，因此一般而言在勞資關係上，日本雇主可以說是擁有解僱自由之權限。於此背景下，不只日本企業雇主與勞工約定試用期間時，爲避免解僱權之權利濫用結果，幾乎都會在試用契約中明文有解約（終止契約）之可能。同時，判例上由於也肯定試用契約有試驗勞工適格性之意涵，因此發展出來試用契約爲保留終止權之勞動契約成立之見解。不過日本法院在判斷雇主終止權行使之合理性時，仍會斟酌是否合於試用契約之目的與權利濫用禁止理論。然而，此理論在我國勞動基準法規範下，是否亦可同解呢，值得思考。

我國勞動基準法中第十一條與十二條，明文有雇主終止契約之限制。因此試用期間之勞資雙方，如符合勞動基準法之勞工與雇主定義時，則約定該勞雇關係之契約自屬勞動契約，而開始有勞動基準法之適用，當然也即應該受有解僱限制之規範。除非明文認爲試用期間之契約乃有別於正式勞動契約之一種無名契約存在，否則實無由再成立所謂附保留終止權之勞動契約。如

³⁴ 日本遲至今年（2003）的勞動基準法修正中，始加入第十八條之二，明文將解僱權濫用禁止原則予以法制化，在此之前日本解僱糾紛之司法判決皆以權利濫用禁止理論處理。有關日本解僱權法理，最新著書可參照大內伸哉等合著『解僱法制之思考』（勁草書房，2003）一書。

果所謂附保留終止權之勞動契約可以存在，豈非在勞動基準法適用外再另創一種勞動契約？此見解不僅恐有違勞動基準法規定之虞，也極有可能使法所律定之勞動契約多元化而逐漸逸脫法規範之限制。

基於以上說明，筆者認為勞動基準法之勞動契約只有一種，既然試用期間得視為勞動契約既已成立，則雇主擬於試用期間中或試用期滿後終止契約，皆必須受第十一條與十二條之限制。充其量可以斟酌試用期間之性質，在判斷第十一條第五款「勞工確不能勝任工作」作為解僱事由之點上，得有合於試用契約目的性之考量。

c. 試用期間中之勞動條件與正式受雇後可否差別

雖然試用期間之契約，如前所述應得認為係勞動契約既已成立，此乃基於保障勞工工作權之立場所為之解釋論。但吾人仍不能否認在試用期間與正式雇用兩者，畢竟有不同之意義。即使試用期間之目的在於使勞工適應企業文化或接受在職訓練，只要不違反同工同酬原理，例如試用勞工之工作時間與工作內容少於正式勞工之情形下，試用勞動期間中之勞動條件要非不能與正式勞工有所不同。因此房屋津貼、制服、試用期間中無特別休假權利、甚至工資等等，在試用勞工與正式勞工間之差別待遇，尚非法所不許。不過，仍須注意者，即使有所差別待遇，也必須合乎比例原則或社會一般通念上認為合理之程度始可。

我國勞工行政上，也採取試用期間視為勞動契約成立之見解。內政部 75 年 3 月 10 日台（75）內勞字第 389363 號函釋，謂「勞工試用期間仍在勞動契約存續期間，該期間之計算應自受雇當日起算，包含例假日、休假日在內」。又試用期間中，勞工既已實質地為雇主提供勞務，因此雇主也必須為該勞工投保勞保，自不在話下。

不過就有關勞工試用期滿前雇主予以終止契約時，雇主是否必須發給資遣費之疑義，內政部於 74 年 4 月 20 日（台）內勞字第 308108 號函中，謂「……勞工在試用期間尚未屆滿，雇主予以終止契約，該法並無明文規定須發給資遣費」。此解釋是否適當姑且不論，函釋結果與前述 75 年之函釋內容容有抵觸。蓋試用期間亦視為勞動契約既已成立，則雇主之終止契約行為即屬於

解雇，依勞動基準法第十七條第二款規定，勞工應有資遣費。雖然 74 年當時依勞動基準法施行細則規定試用期間不得超過四十日，準此則勞工被雇主終止契約前之工作期間即使只是個把月，雇主仍應比例計算資遣費發給。更何況修正勞動基準法施行細則後已將試用期限取消，若雇主的試用期間為半年或極端的長達一年，則被雇主終止契約之試用期間勞工，無資遣費請求餘地亦十分不公平。目前行政解釋中，勞委會於民國 86 年 9 月 3 日以台（86）勞資二字第 035588 號函令謂：「……………該法施行細則修正後（86.6.12），有關「試用期間」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、十六及十七條相關規定辦理」。則即使試用期滿不合格之勞工，仍有向雇主請求依年資比例計算之資遣費應無疑義。

五、結 語

本篇論文最主要探討勞動契約成立階段之各種法律問題。有關勞動契約之成立，採用內定，試用期間等之法律關係，國內探討之文獻極為缺乏。上述問題在勞動基準法中皆未置有規定，事實上法院判決亦屬少數。但筆者認為，並非法院實務極為少見，即代表現實上未見紛爭，反而有可能是一般勞工因法所未規定而誤認非屬自己權益可受保障之範圍。因此研究勞動法學者，有必要針對勞動契約成立階段所可能引發之各種問題，提出討論與見解。或許能因此讓一般勞工更知悉自己權益之保障。此意筆者提出本論文之最大目的。