

# 移工勞動契約終止法規適用 與爭議之研究<sup>\*</sup>

周兆昱<sup>\*\*</sup>

## 摘 要

移工在臺灣已是不可或缺之重要勞動力，我國開放合法僱用外籍移工迄今亦已滿 30 年。但是，因為法院或行政機關對於就業服務法第 42 條，外國人來臺工作不得影響本國人就業權利之規定，即所謂移工係補充性勞動之「本國人優先原則」做出錯誤解釋，以致移工與雇主發生勞動契約終止爭議時常受到不公平之待遇。本文以為，在不修法之前提下，吾人應確認「本國人優先原則」只是行政機關擬定移工具體規定時之指導原則，不應用於個案處理之解釋。就業服務法等行政法令之規定不能影響移工與雇主間私法契約之效力，移工之契約終止爭議應適用與本國人勞工相同法令作為紛爭解決之依據，唯有依照此一原則始能公平合理的解決移工勞動契約終止時之爭議。

關鍵詞：移工、就業服務法、勞動契約終止、勞動基準法、本國人優先原則

---

<sup>\*</sup> 本文初稿曾發表於 2019 年國立交通大學科技法律研究所等單位共同主辦「法律與社會之對話——移工勞權保障與政策研討會」，筆者感謝當天與會者及匿名審稿者提供之寶貴意見，並已參考審查意見大幅修正內容，惟任何文責當然由筆者自負。

<sup>\*\*</sup> 國立中正大學法律學系教授；日本大阪大學法學博士。

投稿日：2020 年 2 月 4 日；採用日：2020 年 8 月 13 日。

Cite as: Special Issue, NCTU L. REV., December 2020, at 51

## **A Study on the Application and Disputes of the Termination Regulations of Migrant Labor Contracts**

Chao-Yu Chou<sup>\*</sup>

### Abstract

Migrant workers have become an indispensable and important labor force in Taiwan. It has also been 30 years since Taiwan opened up legal employment of foreign workers. However, because Article 42 of the Employment Service Law is used by courts or administrative agencies, migrant workers in Taiwan must not affect the employment rights of their own nationals, that is, the so-called “priority principle of nationals” of the so-called migrant workers must be supplementary labor, which led to the wrong interpretation. Migrant workers often receive unfair treatment when disputes over termination of labor contracts occur. This article believes that before mentioning the amendment, I should confirm that the “principle of nationals” is only a guiding principle for administrative agencies when drafting regulations on the transfer of tools, and should not be used for interpretation of individual cases. The provisions of the Employment Service Law and other administrative decrees cannot affect the effectiveness of the private law

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, Department of Law, National Chung Cheng University; Doctor of Laws, Osaka University.

contract between migrant workers and employers. Disputes over termination of migrant workers should apply the same legal principles as domestic workers. Only in accordance with this principle can the fair and reasonable settlement of migrant workers be resolved.

**Keywords:** Migrant Workers, Employment Service Law, Termination of a Labor Contract, Labor Standard Law, Priority Principle of Nationals

## 1. 前言

我國自 1980 年代後期開始面臨營造業日益嚴重缺工之困境，為了解決此一問題，政府乃於 1989 年 10 月正式開放合法引進藍領移工<sup>1</sup>，從此之後，移工相關政策、法令及行政管理措施即成為我國勞動行政主管機關乃至社會整體之重要課題。當時行政院勞工委員會（已改制為勞動部，以下簡稱「前勞委會」）為配合政府推動六年國建，因而同意以「專案」（「十四項重要工程人力需求因應措施方案」）核准方式，引進移工從事重大公共工程建設，第一批實際入境者為次年由中華工程股份有限公司僱用之營造業移工<sup>2</sup>。其後為回應營建業以外行業雇主之人力需求，前勞委會再於 1991 年 10 月以頒布「因應當前人力短缺暫行措施」之方式，開放六行業十五職業可專案申請僱用移工<sup>3</sup>。惟 1990 年代初期我國產業缺工問題嚴重，企業運用移工之需求有增無減，工商團體持續要求政府擴大開放僱用移工之行業。故而，政府乃著手研擬制定規範外國人在臺工作之正式法律，並於 1992 年完成《就業服務法》（以下簡稱「就服法」）之立法。就服法第五章為規範外國人聘僱管理專章，我國自此正式進入依法律規定開放雇主僱用外國人來臺工作之階段。

由上述開放藍領移工政策法令之演變即可知悉，我國對於外國人在臺就業係採取逐步擴大開放範圍之謹慎態度，並堅守外籍移工只是「補充」國內勞動力不足的「暫時性」人力之政策，不能因為引進移工而產生永久替代本國人就業之負面影響。因此之故，我國自就服法制定當時，即對於藍領移工之工作期限訂定嚴格之規定<sup>4</sup>，避免使其因長期繼續在臺工作而產生替代本國

<sup>1</sup> 白領移工則早於 1961 年即已透過制定行政命令位階的「公民營事業申請聘僱外籍或僑居國外人員辦法」之方式，允許公民營事業僱用專業技術人員。

<sup>2</sup> 移工在台灣大事紀（2005/5/1 止），2007 年 11 月 24 日，苦勞網網站：<https://www.coolloud.org.tw/node/11979>（最後點閱時間：2020 年 4 月 29 日）。

<sup>3</sup> 單驥，台灣外籍勞工政策之檢討，國科會專題研究報告，頁 3（1998）。

<sup>4</sup> 依據 1992 年就服法第 49 條之規定，藍領外勞之工作期限為「1+1」，即許可之工

勞工之效果。其後，雖然在企業界之壓力及家庭看護工利用者之呼籲下，政府多次修法延長移工在臺工作期限，惟最長仍以 14 年（家庭看護工）及 12 年（一般產業移工）為限，藉以防止其取得勞工保險老年年金給付請求權，形成法律上對於移工之差別待遇。此外，就服法明定藍領移工只能簽訂定期勞動契約<sup>5</sup>且不得自由轉換雇主等等，都是由國家直接以法律對於移工就業權利加諸有別於本國人勞工或白領移工之限制。惟本文主題係移工契約終止之法律爭議，故而，移工應有之社會保障權利或自由轉換雇主等議題均不在本文探討對象，合先敘明。

此外，本文為求行文上之便利，會以「藍領移工」來稱呼從事體力性低技術工作之外國人勞工，以代替「就業服務法第 46 條第 1 項第 8 到 10 款所定外國人工作者」之正式法定用語；以「白領移工」來稱呼專門性較高、在臺工作期間可不受限制反覆延長之外國人勞工，以代替「就業服務法第 46 條第 1 項第 1 到 7 款及第 11 款所定外國人工作者」之正式法定用語，併此說明。若僅使用「移工」時，係兼指藍領及白領移工，此時所探為不分職業類別，藍領、白領移工皆會適用之共同規範。又本文係移工勞動契約終止相關爭議作為主題，並以法院判決之分析為重點，且因經由司法院網站所能蒐集之判決件數較少，因此雖然白領移工所受到工作權限制較少，但本文仍會就白領移工之判決進行探討。

## 2. 移工勞動契約終止法令規範分析

相較於解僱自由國家對於雇主終止勞動契約多未有一般性法律規範<sup>6</sup>，我

---

作期間最長為 1 年，雇主申請展延以 1 次為限，其展延期間不得超過 1 年，合計最長亦不得超過 2 年。

<sup>5</sup> 勞基法第 9 條明文規定，有繼續性工作應為不定期契約，就服法第 46 條第三項卻限制藍領移工只能簽訂定期勞動契約，明顯違反勞基法之基本原則。

<sup>6</sup> 此類國家可以美國為代表，因普通法對於僱傭契約之基本原則係「employment at will」，故而雇主可於不違反就業平等保護原則下，自由終止與勞工之勞動契約。

國《勞動基準法》（以下簡稱「勞基法」）對於雇主終止勞動契約之事係採取頗為嚴格之規範模式，除了必須符合該法所定法定終止契約事由（第 11 條經濟性解僱、第 12 條懲戒解僱及第 20 條改組轉讓時之資遣）之基本規定外，尚不得違反該法其他勞動法律之明文限制<sup>7</sup>。易言之，雇主終止勞動契約空間於我國受到法律之嚴格限制，勞工則受到不被雇主任意終止契約之保護。此外，我國法院亦透過判決之累積，確立了解僱最後手段性原則法理於解僱爭議中之適用<sup>8</sup>，更加強化了對於勞工工作權之保障。然而，因定期勞動契約期間屆滿後不待當事人意思表示即當然消滅，可免除上述法律規範及判決法理之限制，勞基法第 9 條乃限制只有臨時性、短期性、季節性及特定性工作始得簽訂定期勞動契約，同條第二項更有定期勞動契約法定更新之規定。勞基法對於簽訂定期勞動契約採取嚴格規範，可防止雇主將有繼續性、應簽訂不定期勞動契約之工作分割為數個定期契約，藉此來規避上述有關終止勞動契約之限制。

整體而言，我國勞動法令乃至判決法理對於勞工工作權係採取高度保障之規範方式。亦且，除了家庭幫傭及家庭監護工外，其餘多數移工不分藍領或白領均可適用勞基法之規範，原則上與我國籍勞工同樣受到有關工作權之法律保障。然而，此等有關勞工工作權之保護規範是否能夠不分國籍一體落實適用於外籍移工<sup>9</sup>，則有待透過對於法院判決之分析進一步探討。

如本文前言所述，就服法明定藍領移工只能與雇主簽訂定期勞動契約<sup>10</sup>，即便其所從事之工作具有繼續性，亦不得簽訂不定期勞動契約。而所

<sup>7</sup> 例如，勞基法第 13 條有關女性勞工產假及所有勞工職災醫療期間不得終止契約之規定；工會法第 35 條第一項第一、三、四款，禁止雇主因勞工參與工會活動、爭議行為或團體協商而解僱勞工。

<sup>8</sup> 黃程貫、張義德主編，新學林分科六法——勞動法，頁 A-185-86（2019）。代表性判決參見最高法院 95 年度台上字第 1692 號判決、同院 99 年度台上字第 1088 號判決。

<sup>9</sup> 藍領移工中之家庭幫傭及監護工在職業分類上屬於家事服務業，惟家事服務業目前仍未納入勞基法之適用對象，因此無法適用該法有關限制雇主解僱權之各條規定。

<sup>10</sup> 雖然就服法只明定藍領移工應簽訂定期勞動契約，惟有法院判決認為：「雇主基於

謂定期勞動契約者，意味著原則上雇主不得於期限屆滿前解僱勞工，反之勞工亦不得離職，此為定期勞動契約本質所當然導引出之結果<sup>11</sup>，本國人與外國人均應一體適用。但是，因勞基法並未排除定期勞動契約適用同法第 11、12、14 條有關契約終止之規定，雇主仍有可能於定期契約屆滿前即可終止雙方之勞動契約。亦即，即便是定期契約屆滿前藍領移工仍舊處於可能失業之風險；待契約屆滿時若雙方未再次締約，藍領移工與雇主間之勞動契約自然消滅，移工立即面臨失業之威脅。易言之，藍領移工在發生契約終止事由前即已被迫處於較本國勞工為不利之狀態。

如前言所述，我國對於移工來臺工作基本上係採取補充性原則，故而，就服法對於在臺工作外國人（不論白領或藍領），係採取有別於本國人之特別規範模式。其中藍領移工所受之法律管制又遠高於白領工作者，包括限於補充性人力、只能簽訂定期勞動契約、基本上無法自由轉換雇主（工作證只能由雇主代為申請）、實質上必須透過仲介始能來臺工作等等。惟此些法律限制中，未見有關移工勞動契約終止之規範，故而有進一步詳細討論之必要。法理上，在就服法未就移工之勞動契約終止定有特別規範之前提下，其勞動契約之終止亦應適用勞基法相關規定。惟在就服法明確宣示外國人來臺工作不得影響本國人就業機會之情況下，是否會影響到法院有關移工勞動契約終止爭議之判斷，仍有待進一步研究。以下就現行法中與外籍移工契約終

---

該法對於外國人聘僱與管理之相關規定，而與外國人訂立定期契約者，自非法所不許；縱其工作具有繼續性，亦不當然適用勞基法第 9 條第一項規定，成為不定期契約」（最高法院 99 年度台上字第 109 號民事判決）。故而雇主亦得與白領外國人工作者就繼續性工作（本案為航空公司機師）簽訂定期勞動契約。

11 依據我國民法第 489 條第一項規定「當事人之一方，遇有重大事由，其僱傭契約，縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之」之反面解釋，定期僱傭（勞動）契約原則上不得提前終止。日本除了民法第 628 條有與我國民法第 489 條第一項相類似規定之外，其勞動契約法第 17 條第一項亦明定「雇主於定期勞動契約期間無不得已之事由者，不得於契約屆滿前解僱勞工」再次強調此原則。菅野和夫，勞働法，頁 342-343（2019）。

止有關規定分別進行檢討。

## 2.1 勞基法解僱相關規定

由於不論藍領於白領移工，只要其與雇主間係屬於勞動契約關係且受僱於適用勞基法之行業，即有該法之適用。我國勞基法對於雇主終止勞動契約係採取嚴格限制之規範體例，只有完全符合法律所定要件者始得依同法第 11 條規定經預告，或同法第 12 條不經預告終止與勞工之勞動契約。雇主僅限該當前揭二個條文共 11 款勞動契約終止事由時，始能單方終止勞工之勞動契約，不能自行增加法律所無之解僱事由。相較於日本勞動契約法第 16 條僅有抽象之解僱事由<sup>12</sup>，我國勞基法對於解僱事由採取限定列舉且無概括條款之立法體例，對於勞工工作權給予高強度之法律保護<sup>13</sup>。亦且，除了勞基法對於解僱事由採取限定列舉之規範體例外，我國法院更經由承認解僱最後手段性原則之法理，進一步限制雇主之解僱權。易言之，我國透過立法規範及司法實務見解給予勞工工作權二層保障，以免其因突然失業而陷入生活困境。

所謂解僱最後手段性原則，根據學者援引德國法之論述，係因為解僱將使勞工失去原有工作，而勞工之工作安全係工作權保障之核心範圍。因而，在可期待雇主之範圍內，雇主應先採取對勞工權益影響較少之手段，例如調職、記過等措施來調整彼此之僱用關係，非到不得已、無法避免之程度時，不應輕言解僱勞工<sup>14</sup>。解僱最後手段性原則首先由黃程貫教授於其所著，空

<sup>12</sup> 日本勞動契約法第 16 條：「解僱，欠缺客觀而合理之理由，無法承認具有社會相當性者為權利之濫用而無效。」本條係日本有關解僱權濫用判決法理之明文化，而解僱權濫用法理由日本最高法院以日本食塩事件判決（最二小判昭和 50 年 4 月 25 日，民集 29 卷 4 號，456 頁）確立後，已支配日本實務超過 40 年。

<sup>13</sup> 惟日本雖然長久以來只有解僱權濫用法理之抽象規範，但是在實務上仍舊能夠發揮相當程度保護勞工工作權之效果。例如，雇主解僱在短時間內連續 2 次因睡過頭而未能擔任早班播音工作，以致節目開天窗之電臺播音員，都被法院認為不符合相當性原則而無效。高知放送事件，最二小判昭和 52 年 1 月 31 日，勞判 268 號，17 頁。

<sup>14</sup> 黃程貫、張義德主編，前揭註 8，頁 A-185-186。



中大學勞動法教科書中提出<sup>15</sup>，其後並獲得從地方法院到最高法院及下級審判決之援用<sup>16</sup>，已可確定成為我國實務上有關解僱之重要法理及實務意見。本文認為，解僱最後手段性原則與勞基法明文規定均係為保障勞工工作權所創設之法規範，故而於移工之解僱爭議案件中，法院應無不予援用作為解僱正當與否判斷基準之理。

## 2.2 就服法第 42 條本國人優先原則

如前言所述，我國長久以來係採取移工只能作為本國人力不足時之補充性勞動力的政策，就服法第 42 條（同法第五章「外國人之聘僱管理」的第一個條文）即明確宣示，以「為保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定」作為該法規範外國人來臺工作之最基本原則。故而，在法律明文規範外國人來臺工作不得妨礙本國就業機會之情況下，一旦發生可能會妨礙我國人民就業機會之情事，雇主若優先解僱移工以爭取保障本國人之工作機會，似可解釋為符合前揭就服法之規定。為達成此一立法目的，就使得雇主在面臨有減少勞工需求時，必須優先挑選外籍移工作為解僱對象，始可謂符合法律規範意旨。在此規範之下，雇主在面臨需要減少勞工之情況時若優先終止與移工之勞動契約可謂係符合立法意旨之行為，尚非無正當性之差別待遇。然則，我國勞基法中雖

<sup>15</sup> 黃程貫，勞動法，頁 486（1996）。

<sup>16</sup> 最高法院於 95 年度台上字第 391 號判決指出：「勞動基準法第 11 條第 5 款所謂『確不能勝任工作』，係指勞工之學識、品行、能力、身心狀況等客觀上不能完成工作、或主觀上怠忽所擔任之工作，致不能完成。第按雇主必於其使用勞動基準法所賦予保護雇主之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，此乃解僱最後手段性原則」，可謂係該院最早完整使用解僱最後手段性原則乙詞。其後最高法院再次於 95 年度台上字第 1088 號判決中強調雇主欲依勞基法第 11 條第五款終止勞動契約時，「須雇主於其使用勞基法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，以符『解僱最後手段性原則』」。其後此見解已廣泛為訴訟當事人及最高法院所援用，僅該院即有 70 件有關解僱之判決中曾出現解僱最後手段性原則。

未有明文規定，但是外國法或法院判決均對於雇主於經濟性解僱勞工時之人選決定基準均有所要求，例如德國終止保護法有所謂社會性觀點<sup>17</sup>，日本法亦將「人選決定之妥當性」列為整理解僱正當性審查之四要件（要素）之一<sup>18</sup>，可見其重要性。惟在我國就服法第 42 條將本國人優先原則列為明文規定之下，似乎要求雇主於決定選僱人選時，亦應將勞工國籍作為決定解僱人選標準之一，形成不利於移工之結果。

事實上，在已於 2015 年被廢止，但確實曾經存在之「事業單位大量解僱勞工保護措施」中，前勞委會更將「優先解僱外籍勞工、審核或凍結外籍勞工引進」，明定為中央及地方主管機關應負責的處理機制之一，得不受到定期勞動契約不應於期限屆滿前終止之限制<sup>19</sup>。藉由此行政指導原則亦可證明，雇主應優先解僱移工並非毫無根據之想法，至少過去勞工行政主管機關曾經一度採取此一觀點。

上揭雇主應優先解僱外籍勞工之行政指導本身雖然已被廢止，但勞動部仍持續以發布函令之方式，強調外國人工作不得妨礙我國人民就業之基本原則。例如，勞動部 2015 年勞動發管字第 10318098421 號令即再次確認，「雇主資遣本國勞工或因故致使派遣事業單位資遣本國籍派遣勞工時，依本法第四十七條所定之合理勞動條件及徵詢工作意願調查表（如附件）徵詢被資遣本國勞工或本國籍派遣勞工有無意願從事外國人工作，經徵詢後，拒絕僱用有意願從事外國人工作之本國勞工或本國籍派遣勞工」，以及「雇主資遣本國勞工或因故致使派遣事業單位資遣本國籍派遣勞工時，未徵詢被資遣本國勞工或本國籍派遣勞工有無意願從事外國人工作，經本部限期通知辦理，屆期未辦理；或經徵詢後，拒絕僱用有意願從事外國人工作之本國勞工或本國

<sup>17</sup> 林更盛，「第一款 資遣解僱」，臺灣勞動法學會編，*勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望*，頁 290（2009）。

<sup>18</sup> 菅野和夫，前揭註 11，頁 795。

<sup>19</sup> 本措施之制定依據係行政院第 2617 次會議決議通過之「強化經濟體質方案」，故而性質上應屬於主管機關即前勞委會發布之行政指導原則，並非有拘束力之法規命令。

籍派遣勞工」等係妨礙本國人就業機會之行為。因此，吾人應可將此一函釋理解為，雇主如需要解僱本國人勞工時應先踐行徵詢其有無從事移工工作意願之程序，若有意願即不得終止與本國人之勞動契約<sup>20</sup>。在此函令解釋之下，只要本國人有意願從事與移工相同之工作，雇主即必須繼續僱用之，使得雇主難以有基於合理基準決定解僱人選之機會。從結果而言，自是對於移工不利。

除了上述法令及行政函令之外，在部分判決中亦出現法院支持雇主應優先解僱移工之見解（判決之詳細評析待後文）。因之，由就服法第 42 條本國人優先原則所派生，雇主優先解僱移工之作法或可謂係得到我國立法<sup>21</sup>、行政、司法機關共同支持之實務運作模式。

### 2.3 外國人終止聘僱驗證程序

如上所述，我國對於移工係採取嚴格規範之政策與法令，故而移工自入境前起即受到各種有別於本國人之法令限制，入境後仍舊繼續受到不能自由轉換雇主（工作許可亦只能由雇主申請）、只能從事許可事項與地點之工作（一旦兼職打工將面臨立即被遣返之命運）、不適應工作環境亦只有忍耐（辭職除了失業亦會立即被遣返）等等之限制。亦且，就服法第 42 條尚有本國人優先原則之規範，亦對於移工有所不利。

但是，在就服法第 42 條明定本國人優先原則之同時，雇主聘僱外國人

<sup>20</sup> 然而，前勞委會亦曾經於 2004 年 11 月 11 日勞職業字第 093020704733 號函中表示：「依法取得許可在我國境內工作之外國人」亦屬於就服法第 5 條第一項禁止雇主予以就業歧視之對象，與我國人及依法取得工作許可之大陸地區人民、依法取得工作許可之香港、澳門地區人民一樣受到該法禁止就業歧視之保護。易言之，勞工行政主管機關本身即有相互矛盾之行政解釋。

<sup>21</sup> 除了就服法第 42 條之外，《大量解僱勞工保護法》（以下簡稱「大解法」）中亦有將移工排除於計算該法所定解僱勞工人數之規定（同法第 2 條第二項）。大解法之規定雖未直接明言雇主可優先解僱移工，但其將移工排除於該法規範之適用，同樣寓有雇主可優先解僱移工之意旨（因為，如此一來將可免去大解法所定解僱程序，更有利於雇主裁減人力）。

許可及管理辦法第 45 條第二項卻又要求，「雇主對聘僱之第二類外國人，於聘僱許可有效期間因聘僱關係終止出國，應於該外國人出國前通知當地主管機關，由當地主管機關探求外國人之真意，並驗證之。」（雇主辦理與所聘僱第二類外國人終止聘僱關係之驗證程序，以下簡稱「終止聘僱驗證程序」）依照終止聘僱驗證程序之規定，除了移工係於聘期屆滿前 14 日內出境、罹患中央衛生主管機關指定之傳染病或健康檢查不合格、違反相關規定被廢止聘僱許可或不予核發聘僱許可並限令出國、經各主管機關依相關法令限期出國等情況外，雇主均應履行終止聘僱驗證程序。故而，雖然終止聘僱驗證程序未就終止勞動契約事由直接規範，但是藉由增加雇主解僱本國人所無之法定行政程序，間接地達到使終止移工勞動契約法律規範較本國人為嚴格之效果。至少，行政機關會針對形式上合意終止契約之個案，在雇主或仲介公司人員皆不在場之情況下，再次確認該名移工是否確有自行終止勞動契約之意思，避免其係受到雇主威脅下才同意以合意方式終止契約。

在就服法第 42 條明定本國人優先原則之同時，該法所授權訂定之雇主聘僱外國人許可及管理辦法中要求雇主終止與移工之聘僱契約時，應經由主管機關進行移工本人意願之確認，以避免移工在不合理且違法本人意願之情況下被雇主與仲介聯手強迫離境，似乎有平衡移工工作權益之目的，值得肯定。

## 2.4 國際公約等其他規範

相較於上述規定在與本國人勞工作比較之下，分別是不利或有利於移工，第三種規範方式是雇主終止移工勞動契約時應與本國人作相同之考量。事實上，國際勞工組織（International Labor Organization, ILO）即曾經多次決議與移工相關之公約或建議書，要求締約國應基於平等原則給予移工就業、社會保障等各方面之保護<sup>22</sup>。其中 1975 年之第 151 號移工建議書特別強調，

<sup>22</sup> 張巧欣，外籍勞工解僱之探討——以南部科學工業園區四家廠商為例，國立中正大學勞工關係學系碩士論文，頁 11-15（2017）。

移工應享有與本國人平等之機會與待遇<sup>23</sup>，本建議書第 32 條即為與移工契約終止之重要規範，包括移工被終止契約時，應有充分之時間進行救濟程序、移工被不法終止其契約時，應可得到與本國人相同之復職機會及不法解僱之賠償、若其無法復職時應有充分時間可尋找新工作機會等。雖然我國就服法第 5 條第一項並未如同日本勞基法第 3 條<sup>24</sup>，將「國籍」列為禁止雇主給予勞工差別待遇之事項。但是，就服法第 5 條第一項明定，禁止雇主因為求職人或所僱用員工之「出生地」而予以歧視。按除了臺灣人移民至移工來源國並歸化取得該國國籍之特殊情況外，移工之出生地通常都不在臺灣，因此，雇主若因為移工之身分而給予差別待遇，解釋上是有可能該當就服法第 5 條第一項所禁止之出生地歧視。亦有學者基於前勞委會勞職業字第 093020704733 號函釋，認為優先解僱移工原則是錯誤見解，移工一旦依法在臺灣工作，其工資、升遷、解僱等均應平等對待<sup>25</sup>。

## 2.5 小結

綜上所述，本文以為我國現行勞動法令對於藍領移工勞動契約之終止乙事，採取了頗為特別之規範體例。雖然並未排除移工適用勞基法解僱規範，但是就服法卻同時存在不利藍領移工，包括本國人優先原則及限定只能簽訂定期勞動契約等規定，以及有利移工之規定，即藍領移工必須由主管機關執行終止聘僱驗證程序，以確保其非被迫離境，呈現出非常獨特之情況。就此，本文以為須要進一步檢視此等規範，尤其是就服法第 42 條本國人優先原則對於移工，特別是藍領移工終止契約爭議之實際影響。以下即針對法院有關移工之判決，特別是就服法第 42 條相關判決進行評析，藉以瞭解該條規定

<sup>23</sup> 鄭津津，「從國際勞工組織相關公約與建議書看我國外籍勞工人權保障問題」，台灣國際法季刊，第 5 卷第 3 期，頁 135（2008）。

<sup>24</sup> 日本勞基法第 3 條規定如下：「雇主不得以勞工之國籍、政治信念及社會身分為理由，對於勞工在工資、工作時間及其他勞動條件給予差別待遇。」由此可知，國籍並非當然可以作為僱用管理上給予受僱者差別待遇之事由。

<sup>25</sup> 楊通軒，就業安全法理論與實務，頁 230（2012）。

是否確實對於移工勞動契約終止爭議產生不利之影響。

### 3. 判決評析

依照地方主管機關有關移工勞資爭議案件統計結果，移工與雇主間勞資爭議類型以積欠工資爭議為最大宗，管理方式爭議居次，第三即為轉換雇主終止契約所引發之爭議<sup>26</sup>，顯示移工因終止勞動契約所生爭議尚非少有。惟吾人如經由司法院網站進行搜尋，只能尋找到非常少數有關移工終止契約爭議之判決。本文以為，此種現象可能與移工財力有限、語言亦受一定程度限制且不耐長期訴訟有關。因此，移工在發生終止契約爭議且經地方主管機關行政調解無效之後，多數只會放棄繼續訴訟，故而法院有關移工因契約終止爭議起訴之判決非常有限<sup>27</sup>。另一方面，雖然訴訟之勞方當事人是本國人，卻因勞工主張雇主未解僱移工前不得終止與本國人之契約而產生之判決卻時有所聞。因此之故，以下將分別針對移工為訴訟當事人，以及移工非訴訟當事人但涉及就服法第 42 條之判決進行探討。

#### 3.1 移工為訴訟當事人

如上所述，移工為訴訟當事人判決非常有限，以下分別以本文所能蒐集之白領移工及藍領移工相關判決為對象，就法院判決理由是否允當進行分析。

<sup>26</sup> 施琬琰，107 年移工申訴逾 3000 件 薪資爭議仍為大宗，2019 年 1 月 31 日，新北勞動雲網站：<https://ilabor.ntpc.gov.tw/news/release/content/535064849>（最後點閱時間：2019 年 10 月 25 日）。

<sup>27</sup> 本文分別以「最高法院 94 年度台上字第 2339 號判決」、「就業服務法第 42 條」及「最高法院 95 年度台上字第 1692 號民事判決」、「就業服務法」、「勞基法第 11 條+外國人」為關鍵字，透過司法院網站搜尋自 2011 年至 2020 年 5 月底之民事判決，經剔除當事人為本國人勞工後，僅有如本文所列出六則係外籍移工為當事人之終止契約爭議所生之判決。

### 3.1.1 白領移工

#### 3.1.1.1 最高法院 106 年度台上字第 68 號民事判決

本案係美國籍英文教師與其雇主間就契約終止暨工資、退休金給付等爭議所生之訴訟。雖然本件判決主要法律爭議係白領移工能否簽訂不定期勞動契約，惟因係極少數當事人為外籍移工之判決，故而仍列為本文討論之範圍。

本判決之上訴人（原告、二審上訴人、勞工）主張其所從事之工作為繼續性工作，雖受被上訴人（被告、二審被上訴人、雇主）之誤導，與之簽署為期 1 年之定期契約書（自 2011 年 6 月 1 日起至 2012 年 5 月 31 日止），惟依勞基法第 9 條第二項規定，雙方仍屬不定期僱傭關係。復因被上訴人未依約給付其工資且非法終止與上訴人之勞動契約，故而上訴人乃起訴請求確認僱傭關係存在，同時請求被上訴人給付未付工資（含將來可工作期間之工資）及依勞工退休金條例（以下簡稱「勞退條例」）規定之退休金。

針對上訴人之主張，最高法院認為：「就服法就雇主依同法第四十六條第一項第一款至第七款及第十一款規定聘僱外國人，雖未限制應訂立定期契約，但雇主基於該法對於外國人聘僱與管理之相關規定，與外國人訂立定期契約者，雖非法所不許，惟縱其工作具繼續性，不當然適用勞基法第九條第一項規定，成為不定期契約。準此，有關本國人與外國人之僱傭關係，就服法上開關於外國人之規定為特別規定，應優先於勞基法之適用<sup>28</sup>，該勞動契約應以定期為限。」此外，法院亦認定上訴人係自請離職，上訴人請求給付未付及將來可工作期間工資為無理由。再者，因勞退條例明文規定，外國人除符合該條第 7 條第一項第二、三款所定資格者之外，原則上不適用該條例之規定，故而上訴人請求依該條例規定給付退休金亦為無理由。

本文以為，最高法院之見解顯然前後矛盾。上述判決中先承認就服法並未限制白領移工「應簽訂定期契約」，卻又認為外國人之勞動契約「應以定

<sup>28</sup> 判決文中之底線為作者自行標記，以下各判決亦同。

期為限」，因為就服法有關外國人工作之規定為特別規定應優先於勞基法之適用。惟所謂就服法是特別法勞基法是普通法之法律解釋原則，應限於就服法有明文規定者為限，例如藍領移工應簽訂定期契約之規定，法院不可擅自擴張解釋其範圍。從而，既然就服法並未限制白領移工必須簽訂定期契約，則其自應回歸適用勞基法有關定期勞動契約之規範，即有繼續性工作者應為不定期契約，法院不能任意限制其權利。本案例中白領移工雖然在簽訂勞動契約時被雇主誘導簽訂定期勞動契約，惟其事後既已基於其所從事者為有繼續性工作，依照勞基法雙方應簽訂不定期勞動契約，因此主張契約中有關期限之規定為無效，法院即不應再以契約期間屆滿為理由認定契約當然終止。要言之，雇主及勞工能否合法終止雙方之勞動契約，仍應回歸勞基法有關終止契約之規定始謂合乎法理。

相較之下，同院之 99 年度台上字第 109 號判決基於外國人工作需要取得主管機關之許可，且許可必然附有期限作為理由，故而作成「就業服務法就雇主依同法第四十六條第一項第一款至第七款及第十一款規定聘僱外國人，雖未限制應訂立定期契約，但雇主基於該法對於外國人聘僱與管理之相關規定，而與外國人訂立定期契約者，自非法所不許；縱其工作具有繼續性，亦不當然適用勞基法第九條第一項規定，而成為不定期契約」之判決在論理上較為充分。

### 3.1.1.2 臺北地方法院 105 年度重勞訴字第 7 號民事判決

本案原告係受僱於被告之白領移工職稱為資深經理，原告主要負責美國市場之業務，因此出差前往美國參與商展為其主要工作之一。被告因原告於工作上屢次發生重大疏失，例如未實際前往商展現場以致發生攤位無人看顧之情事，甚至於謊報出差行程以便詐領差旅費等，故而主張依勞基法第 12 條終止雙方勞動契約。原告則主張雙方已反覆簽訂數次定期勞動契約，故而依勞基法第 9 條之規定，雙方之契約應該解釋為已轉變為不定期勞動契約。原告復以被告無故終止勞動契約，已經違反勞動契約並損害其權益，因此原告乃依勞基法第 14 條之規定不經預告終止勞動契約，並請被告給付其資遣費。茲摘要法院就本案二項主要法律爭點，即雙方契約究為定期勞動契約或不定



期勞動契約與契約終止效力之意見如下。

首先，「其他外國人於我國境內從事第四十六條第一項各款之工作，無論其工作是否具有繼續性，均以經許可為限，其許可並均定有期限，與勞基法第九條第一項規定繼續性之工作應成立不定期契約，旨在保障勞動契約之存續，以維護勞工工作權之立法考量顯有不同。是就業服務法就雇主依同法第四十六條第一項第一款至第七款及第十一款規定聘僱外國人，雖未限制應訂立定期契約，但雇主基於該法對於外國人聘僱與管理之相關規定，而與外國人訂立定期契約者，自非法所不許」。易言之，法院雖未如上揭最高法院 106 年度台上字第 68 號民事判決採取白領移只能訂定定期勞動契約之見解，惟亦同意白領移工之雇主得與其簽訂定期勞動契約，並明示勞基法第 9 條有關勞動契約應以不定期為原則之規定於移工並不無適用。

其次，針對雙方相互主張終止勞動契約之爭議，法院判示，原告於任職期間先後有謊報教育展日期藉以提前飛至美國、擴張出差期間，安排私人行程；就其非公務行程有浮支差旅費用各約 6,191 元、43,868 元、45,639 元等情事；於教育展展期安排私人行程、未一直留在展場甚明等違反勞動契約行為。原告「屢次違反被告公司工作規則，嚴重影響被告公司內部秩序紀律之維護，足以對被告公司及所營事業造成相當之危險，事後毫無反省，堪認已達違反被告公司工作規則情節重大之情事」，故而，被告依勞基法第 12 條第一項第四款不經預告終止勞動契約為正當，並未違反解僱最後手段性原則。

### 3.1.1.3 小結

上揭二件有關白領移工勞動契約終止爭議之判決，皆涉及白領移工能否簽訂不定期勞動契約之爭議<sup>29</sup>。本文以為，雖然我國勞基法並未如同日本勞

<sup>29</sup> 本文尚搜尋有臺北地方法院 105 年度勞訴字第 15 號民事判決，亦是有關白領移工勞動契約終止爭議之判決。惟本件爭議與移工身分相關者僅有工資差額（雇主給付之工資未達主管機關所定白領移工月薪之下限）。至於契約終止部分，原告（即白領移工）主張，因被告（雇主）任意援引勞基法第 11 條第五款、第 12 條第一項第二款之規定終止雙方的勞動契約，故而其乃依同法第 14 條第一項第六款之規定，不經預告終止勞動契約並請求資遣費。法院認定，被告主張原告所為之「對雇主重大侮

基法第 3 條明文規定，禁止雇主因勞工之國籍而於勞動條件上給予差別待遇，但是，勞基法本身並未排除外國人之適用。於此同時，就服法第 46 條亦僅規定藍領移工應簽訂定期勞動契約。因此之故，上述法院判決認定白領移工不論工作性質是否具有繼續性，均應簽訂或得簽訂定期勞動契約之論述，實有再深入檢討其論理是否正確之必要。就此，將於「3.3」詳述本文見解。

### 3.1.2 藍領移工

#### 3.1.2.1 桃園地方法院 106 年度勞訴字第 51 號民事判決

本案原告係菲律賓籍移工業已來臺工作多年，其後經轉換雇主之程序改至被告公司工作，雙方約定工作期間自 2014 年 9 月 16 日起至 2017 年 9 月 5 日止。被告於 2016 年 5 月 20 日以原告非法從事兼職（為其他菲律賓籍移工代訂便當並賺取每個 10 元之差價）為由提前終止與原告之勞動契約，但為避免原告爾後無法再次來臺工作，被告乃與原告協商後，由原告自行提出離職申請書之形式合意終止勞動契約。惟原告嗣後認為其係受脅迫始簽下該離職申請書，故而起訴主張撤銷該申請書並確認雙方僱傭關係存在。法院就原告主張有如下之判斷。

因為雙方之勞動契約本即約定，原告若「受僱於非甲方之雇主或從事兼業工作者」，被告「得終止其契約並遣送乙方回國」。故而，被告「本得以原告因從事兼業行為而終止勞動契約，然此將致原告日後即不得再來臺工作，是被告就此詢問原告是否自請離職一事，客觀上顯難與『以不法危害之言語或舉動加諸表意人，使其心生恐怖』或『故意示以不實之事，令其因錯誤而為意思表示』之情狀同視。」原告主張其係受脅迫使簽下離職申請書為無理由。此外，針對原告另主張其全然不知系爭申請書內容，所為行為自屬

---

辱行為」，例如批評雇主違反法令欺騙臺灣政府及原告、被告事務所接了一堆專利蟑螂的案子名聲太差等，若非原告情緒之表達，即是在請求被告解釋其行為之合理性，均不該當重大侮辱。故而，被告終止勞動契約為無理由，原告因此以勞基法第 14 條第一項第六款終止勞動契約為有理由，被告應給付原告資遣費。由於本判決主要爭點與移工身分無關，故而不列入本文內容僅以註解補充說明。

無效部分，法院認定，「惟據證人詹○○前揭證述，原告係在已知悉自請離職及遭解雇之情況下，選擇以自請離職方式終止與被告間勞動契約，縱系爭申請書係以中文為記載而非以原告母語為之，原告仍應受其拘束，而不得於事後執此為由否認其效力，是原告此部分主張，亦無足採。」法院綜合前述理由而駁回原告之訴。

本判決乍見之下，雇主係因移工違反雙方勞動契約所定禁止兼職約款而終止契約，似乎並無可議之處。本文亦同意，該約款本身或許尚非不合理。但是，法院於審理時僅機械式的審查勞工行為是否該當契約條款之內容，未就違約行為之可非難程度進行實質判斷，顯然有審理不充分之虞，並不符合我國法院經由判決所建立「解僱最後手段性原則」之法理。亦即，解僱勞工應係雇主終極、無法避免，不得已之最後手段<sup>30</sup>，並非只要勞工形式上符合勞動契約或工作規則所定解僱事由，雇主即當然得以終止雙方之勞動契約。論者或有主張，雇主之行為不過係符合國家法律之要求而已<sup>31</sup>，故而以移工兼職為理由終止雙方勞動契約並無不當。惟就服法所稱之工作究竟為何，其實仍有討論之必要。按外國人來臺工作不得妨礙本國人之就業機會為就服法第 42 條所明示，就此，有法院判決認為，「若外國人非為本國境內任何人提供勞務為目的，而自營從事販售物品之商業行為，因無妨礙本國人之就業機會（job vacancy），與就業服務法第 42 條規範目的即未牴觸，亦無同法第 43 條、第 44 條『工作』要件之該當」<sup>32</sup>。基於就服法第五章「外國人之聘僱與管理」中之「工作」不應有不同定義之法律解釋原則，本判決中，原告亦非為任何雇主提供勞務，即無妨礙本國人工作之虞，應可回歸勞動契約終止之一般法理來判斷雇主解僱是否合法。

實務上，最高法院亦一再判示，勞基法第 12 條第一項第四款所定「違

<sup>30</sup> 黃程貫、張義德主編，前揭註 8，頁 A-186。

<sup>31</sup> 就服法第 73 條第一、二款分別將「為申請許可以外之雇主工作」及「非依雇主指派即自行從事許可以外之工作」列為廢止外國人聘僱許可之法定事由。本條規定亦被桃園地方法院引為判決之理由。

<sup>32</sup> 臺北高等行政法院 109 年度簡上字第 1 號判決。

反勞動契約或工作規則，情節重大者」係指，「勞工違反工作規則之具體事項，客觀上已難期待雇主採用解僱以外之懲處手段而繼續其僱傭關係，且雇主所為之懲戒性解僱與勞工之違規行為在程度上須屬相當」，即必須符合解僱最後手段性原則時始得為之。且初犯或累犯、故意或過失、對雇主所造成之損害等均應列入考量<sup>33</sup>。就本案係爭事實觀之，移工所為代訂便當賺取 10 元差價之行為與國內職場常見同事團購行為並無根本之不同。亦且，一般而言，團購之主購者因為要負責統計人數及連絡店家等事項，因此得以較便宜之價格購買，或取得訂購一定數量後之贈品作為報酬，亦屬常見且並非不合理之事。此種代訂便當賺取手續費之行為縱使不當，亦與真正的兼職行為有所不同，並且無妨礙我國人民就業機會之可能，以此作為終止契約事由實難謂合理。本文以為，若本案原告係我國籍勞工，雇主終止契約行為應該難以通過解僱最後手段性原則之檢驗，法院有極高之可能性認定解僱不合法。然而，只因為本案原告是移工，法院即僅就雇主解僱行為作形式審查輕易地承認其效力，未引用平常會適用於本國人契約終止爭議之解僱最後手段性原則作為判決之依據，實令人感到遺憾。

### 3.1.2.2 橋頭地方法院 107 年度勞訴字第 35 號民事判決

本案原告共有 10 位，皆為來臺從事營造工程之移工（以下簡稱「原告等」），原告等來臺日期雖有若干差異（2015 年 8 月至 9 月），惟彼等與雇主（即被告）所簽訂勞動契約之期限均為 2018 年 6 月 19 日到期，為期將近 3 年之定期勞動契約。但是，因被告所承包之工程即將於 2017 年 11 月完工，故而其於提供提前解約優惠獎勵後，要求原告等於 2017 年 10 月 24 日統一提前離境，然原告等因已支付 3 年份之仲介費用，因而拒絕提前終止契約及離境。原告等與被告雖然於雲林縣政府就終止契約爭議進行勞資爭議調解但並未達成協議，故而除當場表示依勞基法第 14 條終止雙方勞動契約之外，並起訴請求被告依法給付資遣費。又因原告等皆為不適用勞退條例之外籍人

<sup>33</sup> 最高法院 95 年度台上字第 2465 號、96 年度台上字第 631 號、97 年度台上字第 2624 號判決參照。

士，因此彼等之資遣費仍應依勞基法第 17 條所定標準計算。

針對上述雙方終止勞動契約之爭議，法院判決要旨如下：

首先，雙方勞動契約之期間是否必須以僱主之聘僱許可期限為準？法院認為，「兩造間勞動契約關係為私法契約關係，若未違反我國強制規定，即屬有效，兩造均應受其拘束。而勞動部就特定工程許可被告聘僱外籍勞工施作之期限，僅為兼顧保護本國勞工權益之公法上管制措施，並未強制規定被告聘僱外籍勞工之期限。被告上開抗辯，於法無據。」易言之，移工聘僱許可係行政管制措施屬於國家對僱主之行政作為，屬於公法關係；移工與僱主間之勞動契約則為私法關係，二者係獨立的法律關係，不能以聘僱許可（公法關係）作為終止勞動契約（私法關係）之事由。

其次，被告提前終止與原告等之勞動契約是否有理由？法院表示，「被告於 106 年 8 月間片面向原告公告表明提前終止兩造間勞動契約之意思，顯已違反兩造間定期勞動契約關於契約期限之約定，損及原告工作之權益，原告自得依上開勞基法第 14 條第 1 項第 6 款規定終止兩造間勞動契約關係。」按本案原告等與被告係簽訂定期勞動契約，若無民法第 489 條第一項所定重大事由，雙方均不應於期限屆滿前終止。被告未取得原告等之同意即單方終止定期勞動契約自不具正當性，係違反勞動契約且有損害勞工權利之虞，法院判決認定原告依勞基法第 14 條第一項終止契約為有理由乃正確之判斷。

### 3.1.2.3 新竹地方法院 107 年度勞訴字第 22 號民事判決

本判決與上揭桃園地方法院 106 年度勞訴字第 51 號民事判決相同，皆為僱主因藍領移工從事兼職行為故而終止雙方勞動契約所引發之爭議，惟本判決中法院就移工「兼職行為」部分之認事用法均無違誤<sup>34</sup>，並未做出與解僱最後手段性原則相牴觸之判決。茲簡述判決重點如下：

本案中原告（即依就服法規定不得兼職之藍領移工）涉嫌於假日違法兼

<sup>34</sup> 但本判決有關契約合意終止部分之見解被上訴審之臺灣高等法院 107 年度勞上字第 139 號民事判決所廢棄，改為認定勞雇雙方合意終止勞動契約已經確定生效，故而雇主自無從再行解僱原告等四人，原告等亦無法請求資遣費。

職，並被雇主派出人員於其他公司工地現場拍照作為證據。雖然原告主張彼等係前往該處訪友而打工作為抗辯，但雇主即被告不予採信，惟其基於不使移工留下違法紀錄而勸說原告等合意終止契約自行離境。原告等四人雖一度簽署合意終止契約之協議，惟事後立即反悔，並以雇主未依法給付工資為由，依勞基法第 14 條第一項第五款終止勞動契約，並請求雇主應給付資遣費。被告亦於原告等反悔後主張彼等違反就服法不得兼職之規定，故而單方終止雙方之勞動契約，形成雙方均於協議後即悔約之情事。

就上述爭議法院於判決中指出，依據雇主提供之蒐證照片，原告「4 人連同廂型車駕駛座探頭該人一共 5 人，均面向前方，無交集對談，彼等確實表現出集合等候出發之姿態，而非在漫無目的單純地在空地上聊天，聯絡情誼」；亦且，照片中原告「阮○○站在廂型車前方，頭戴工農常用之斗笠，斗笠上還蓋有花布巾，頸後花布巾垂放以便遮陽，此非通常人外出訪友之正常裝扮，對照被證 6 其他人多身著夏季衣料單薄之服飾，依常理判斷，原告阮○○此舉顯係因上工需求，為遮陽避暑熱」。管見以為，法院判決於事實確認上堪稱詳盡且合乎社會一般常理，故可予以肯定。

### 3.1.3 小結

上揭五則判決中，第一則最高法院有關白領移工判決之論理本身即出現前後矛盾之情事，並針對所謂就服法係勞基法特別法之法律適用做出之錯誤解釋，令人難以接受此判決結果。按就服法固然係勞基法之特別法，故而於涉及移送之爭議案件中應優先適用，惟既然就服法中僅就藍領移工規定應簽約定期勞動契約，白領移工並未作相同之規範，自應回歸適用勞基法中有關定期勞動契約之規定始為正確。

桃園地方法院有關藍領移工之判決雖然其論理過程未出現明顯錯誤，但是過於形式審查，未能將早已確立之解僱最後手段性原則公平地適用於移工終止契約爭議中，更未能深入探究就服法所稱工作之正確解釋，實令人遺憾。按前勞委會早於（81）台勞職業字第 19785 號函中指出「外籍人士擺設地攤，販賣手工藝品、圖刊，並無受僱於雇主是否違反就業服務法第 42 條

（現行就服法第 43 條）之疑義」，行政法院更有否認移工自營商業之行為不該當就服法上所稱工作之判決。故而，法院應就代購便當行為是否該當就服法第五章之「工作」再予判斷，始可謂已善盡詳細審理之責。

所幸橋頭地方法院之藍領移工判決中，法官能夠正確認知，就服法有關工作期限規定之主要規範目的係給予國家監督僱用移工雇主之法律依據，應與雇主及移工間之私法契約關係無涉，終止契約之有效與否應與工作期限分別判斷，值得肯定。又新竹地方法院判決雖然於契約合意終止部分之判決有誤，惟對於移工非法兼職之事實認定則合於社會一般通念，並無不當。

綜合上述五件判決，本文以為少數法院判決對於涉及移工終止勞動契約之爭議（不問藍領或白領）會有錯誤認知，認為依據就服法規定即可判斷涉及移工終止契約之爭議，亦或對於所謂就服法係勞基法之特別規範有錯誤解讀。故而，未給予等同本國人解僱爭議案件之公平審查機會，亦未回歸適用勞基法終止契約相關規定及解僱最後手段性原則（此等規範均未排除移工之適用），實有待改善。

### 3.2 移工非訴訟當事人

或有論者質疑，本文主題為移工勞動契約終止所生法律爭議之探討，為何要研究移工非訴訟當事人（被解僱勞工是本國人）之判決？如上所述，因就服法第 42 條明定外國人來臺工作不得妨礙本國人之就業權利，即所謂本國人優先原則。故而，有部分本國勞工被依勞基法第 11 條第二款（虧損或業務緊縮）終止勞動契約時會主張，雇主應先行解僱移工否則即為違法。因此，若本國人優先原則為多數法院判決時所援用，勢將成為雇主爾後終止勞工勞動契約時考量的要素之一，亦會間接對移工之勞動契約造成影響。從而，吾人於研究移工勞動契約終止法律爭議時，亦有必要就本國勞工解僱爭議案件中涉及就服法第 42 條者一併進行探討。惟因相關判決尚非少數，故而本文主要以最高法院判決及較新之下級審判決作為搜尋對象，合先敘明。

### 3.2.1 最高法院 94 年度台上字第 2339 號民事判決

最高法院有關本國人優先原則之判決首見於 94 年度台上字第 2339 號民事判決<sup>35</sup>，本案中雇主以勞基法第 11 條第二款為理由資遣多名本國人勞工，被資遣勞工不服，故提起確認僱傭關係之訴，並上訴至最高法院。針對雇主應否先行終止與移工之勞動契約乙節，最高法院於判決表示，就服法規定「應優先於勞基法之適用，蓋聘僱外國人工作，乃為補足我國人力之不足，而非取代我國之人力，故雇主同時僱有我國人及外國人為其工作時，雇主有勞基法第十一條第二款得預告勞工終止勞動契約之情事時，倘外國勞工所從事之工作，本國勞工亦可以從事而且願意從事時，為貫徹保障國民工作權之精神，雇主即不得終止其與本國勞工間之勞動契約而繼續聘僱外國勞工，俾免妨礙本國人之就業機會，有礙國民經濟發展及社會安定」。原判決未就本國勞工有無意願從事移工工作進行調查，故而被最高法院廢棄並發回原審法院續行審理。

最高法院 94 年度台上字第 2339 號民事判決之更一審，臺灣高等法院 95 年度勞上更（一）字第 3 號民事判決對於就服法所謂本國人優先原則，做出了正確之解釋，法院認為，該原則「僅得在『就業機會』、『勞動條件』、『國民經濟發展』及『社會安定』四項目的作總體性之管制，俾該四項目的取得總體性之平衡，不得作為具體、個別的權利義務關係之規範依據。」判決對於就服法第 42 條有正確之解讀。要言之，就服法第 42 條係該法有關外國人工作規範之第一個條文，若將該法有關移工之規定單獨抽離立法時，即為學術上所謂立法意旨。一般而言，立法意旨多在闡明該法之立法精神或規範目的，主要功能在於個別條文規定內容發生爭議時，得以參考立法意旨作最終之解釋，幾乎未見有直接以立法意旨作為判決依據者。故而，就服法第 42 條不應直接作為解決爭議時之法律依據，臺灣高等法院 95 年度勞上更（一）字第 3 號民事判決在此基礎之上，更詳盡說明該法應有之規範功能僅

<sup>35</sup> 林更盛，前揭註 17，頁 292。



止於對於行政機關於擬定上述四項政策時之指導，高等法院見解實屬正論，值得肯定。

### 3.2.2 最高法院 95 年度台上字第 1692 號民事判決

惟究竟所謂本國人優先原則應作如何解釋，上揭最高法院 94 年度台上字第 2339 號民事判決並未有較詳盡之論述。故而，會產生是否僱主應先解僱全部移工後始得終止與本國人勞動契約之爭議。針對此一爭議，最高法院 95 年度台上字第 1692 號民事判決有明確之說明，其表示就服法第 42 條「所定『優先留用本勞』之原則，係指『同一職務』而言，非指事業單位需將外勞裁至一個不剩時，方可裁減本勞。是於企業裁減本勞時，如尚留有外勞，只要工作職位並非相同，則其裁減本勞，即不得指為違法。」因此吾人於適用此原則時應為必要之限縮解釋，將本國人與移工之比較對象限於同一職務。本判決將本國人優先原則限於「同一職位」，調和了就服法第 42 條規定及僱主決定解僱人選之自由，值得肯定。其後並於最高法院 99 年度台上字第 1658 號民事判決被援用，且尚未見到同院有不同見解之判決，應可認為係最高法院對於僱主解僱本國人之代表性意見<sup>36</sup>。

最高法院最近一件與本國人優先原則相關之判決係該院 100 年度台上字第 1191 號民事判決。就本國人勞工主張僱主應先行解僱移工乙點，最高法院判決表示，被上訴人（即僱主）之「生技課一直以來最多僅配置一名外籍勞工負責與上訴人所從事之模具修理工作性質完全不同之清除積碳工作，從未替代上訴人所負責之職務或工作」，復以上訴人並未表明同意以移工相同薪資轉調工作。因此僱主所為之資遣並未違反就服法第 42 條之規定。若依本判決解釋意旨進行反面解釋，若本國人勞工同意以移工相同工資轉換工作時，則僱主仍不得予以資遣，仍可認為係遵循限縮的本國人優先原則之判決。

<sup>36</sup> 另有學者認為，最高法院 96 年度台上字第 1579 號裁定所揭示見解，即僱主無需待移工裁至全無時始可解僱本國人勞工，較為可採。參見林更盛，前揭註 17，頁 291-292。

### 3.2.3 下級審判決

上揭最高法院 95 年度台上字第 1692 號民事判決意旨，即限縮的本國人優先原則除了被其後之最高法院判決援用外，亦獲得下級審法院判決支持。例如，臺灣高等法院 104 年度重勞上字第 39 號民事判決中法院即表示，「雇主同時僱有我國人及外國人為其工作時，雇主有勞基法第 11 條第 2 款得預告勞工終止勞動契約之情事時，倘外國勞工所從事之工作，本國勞工亦可以從事而且願意從事時，為貫徹保障國民工作權之精神，雇主即不得終止其與本國勞工間之勞動契約而繼續聘僱外國勞工，俾免妨礙本國人之就業機會，有礙國民經濟發展及社會安定」。臺灣高等法院臺南分院 104 年重勞上字第 5 號民事判決中，上訴人（雇主）雖援引最高法院 96 年度台上字第 1579 號判決之意旨，主張就服法第 42 條乃係宣示保障本國勞工工作權之意旨，非謂事業單位於有虧損或業務緊縮之情事時，需將外籍勞工裁至全無時，始可裁減本國勞工作為等作為上訴理由。惟法院判決認為，就服法第 42 條所謂優先留用本國勞工之原則，係指同一職務而言，上訴人在資遣本國勞工時，所留用之外國勞工從事之工作職位有與本國勞工相同者，即難謂其解僱合法。

## 3.3 小結

綜合上述各則有關移工，以及僱用移工企業之本國人勞工終止契約爭議判決內容，本文以為，臺灣高等法院 95 年度勞上更（一）字第 3 號民事判決有關就服法第 42 條之一般性解釋最為正確，可惜其見解未能被最高法院接受。橋頭地方法院 107 年度勞訴字第 35 號民事判決能夠正確區分行政管制與私法契約之不同，亦值得吾人肯定，並期待爾後能有更多法院判決能夠以此原則處理有關移工與雇主終止勞動契約之法律爭議。惟從本文努力蒐集到少數移工解僱爭議判決中，吾人未發現法院直接以就服法第 42 條作為肯定雇主有效終止勞動契約之判決，此部分尚值得加以肯定。

當然，在所有移工不分藍領或白領均需取得工作許可及居留許可才能合法在臺工作之前提下，究竟應如何解決工作許可之行政處分與私法契約間可

能出現之矛盾與爭議。例如，雇主因違法以致被廢止招募許可，造成其所僱用之移工無法繼續合法工作，是個非常棘手的問題。就此，本文以為應依白領移工及藍領移工所適用法令限制之不同，做出不同之解釋，以符合現行法令之要求。

首先，白領移工部分，由於就服法本來即未限制其必須與雇主簽訂定期勞動契約，因此若其係從事有繼續性之工作，雇主即應依照勞基法第 9 條之規定與其簽訂不定期勞動契約，以符合勞基法之規定。惟勞工於締約後的確可能因為無法更新其工作許可或是居留許可，以致難以繼續合法在臺工作。因此之故，本文以為，此種白領移工與雇主簽訂之不定期勞動契約應解釋為「雇主保留終止權」之契約。亦即，若原有工作或居留許可期滿後，雇主無法為勞工取得新的工作許可或勞工本身無法取得居留許可時，雇主即可行使約定保留之終止權。惟，前者係因可歸責雇主事由造成該當移工無法繼續在臺工作，因此雇主除了必須依勞基法標準支付資遣費之外，還應給予勞工 2 個月原領工資之賠償（因為外籍人士於原勞動契約屆滿後得申請 2 個月之求職期間<sup>37</sup>），以利其尋求轉換雇主後繼續在臺工作之機會。至於後者，乃因該移工本身之事由以致勞動契約難以繼續履行，雇主自無須給予勞工賠償。

其次，藍領移工因受到就服法之限制，故而目前仍舊只能與雇主簽訂定期勞動契約，此部分尚無疑義。惟雙方既已簽訂定期勞動契約，復以民法第 489 條第一項明定，須有「重大事由」始得提前終止定期僱傭契約，從而僅有確實存在「重大事由」時，雇主始得提前終止與藍領移工簽訂之定期勞動契約。至於，「重大事由」應如何解釋，最高法院判示，「所謂『重大事由』，係屬不確定之法律概念，應斟酌僱傭契約之性質或內涵審認之。倘其事由已喪失勞務目的之信賴，如使僱傭關係繼續，對當事人之一方，已屬不

<sup>37</sup> 依據外國人受聘僱從事就業服務法第 46 條第一項第八款至第十一款規定工作之轉換雇主或工作程序準則第 11 條第一項但書規定：「外國人有特殊情形經中央主管機關核准者，得延長轉換作業期間六十日，並以一次為限。」故而，筆者管見以為當可歸責雇主以致移工無法繼續於原雇主處工作時，應參考本但書之規定，給予移工兩個月薪資之賠償以利其尋求轉換雇主以續留臺灣工作期之生活費用。

可期待，而有害於當事人之利益，並顯失公平時，始得認為重大<sup>38</sup>。」由此觀之，實務上常見雇主以工作上之細微瑕疵即主張欲終止與移工之契約，並要求仲介公司，「換一個好用一點的來」之作法即非合法。又若移工已獲許可之居留期間尚未到期，但是因為雇主違法以致聘僱許可被撤銷時，雙方尚未屆滿之定期勞動契約應如何處理？考量此時係可歸責雇主之原因造成移工難以繼續工作，故而應適用勞基法第 14 條及第 17 條之規定，由移工主動終止勞動契約並向雇主請求資遣費始為合理、合法。按就服法亦屬於勞工法令，故而若因雇主違反就服法規定以致移工之聘僱許可被撤銷，可認為屬於勞基法第 14 條第一項第六款「雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者」之情況。此時，並應由雇主給付移工勞基法標準之資遣費再加上 2 個月工資之賠償（理由同白領移工故不再贅述）。

最後，若有如上揭橋頭地方法院判決系爭事實所示情況，即預定工作提前完成時，雇主能否提前終止雙方之定期勞動契約資遣移工？本文認為，雖然定期勞動契約原則上不應提前終止，但是當雇主確實無工作可提供勞工從事，且移工又受到就服法等規定之限制，無法自由變更其工作地點及工作內容，此時或可解釋為該當民法第 489 條第一項所定之「重大事由」。因此，雇主得例外類推適用勞基法第 11 條第四款之規定提前終止定期勞動契約<sup>39</sup>，惟必須同時依據同法第 17 條規定給付移工資遣費（因移工不適用勞工退休金條例，故而必須依勞基法標準給付資遣費），再加上 2 個月轉換雇主期間之工資始謂公允。

<sup>38</sup> 最高法院 108 年度台上字第 74 號民事判決。

<sup>39</sup> 按土木工程業者在標案與標案之間難免有空檔，因此有減少勞工之需求。復以此時業者未必會有勞基法第 11 條第一款至第三款之情事，亦非移工不能勝任工作，故而亦不適用同條第五款之規定。惟業者之業務性質仍舊屬於土木工程，因此難以直接適用第四款，在此情況之下，最合理之解釋為類推適用第 11 條第四款之規定提前終止勞動契約。

## 4. 結論

雖然就服法第 42 條明定，外國人工作不得妨礙本國人就業權利之所謂「本國人優先原則」，但是並非所有利害關係人均同意此一原則。對實際僱用移工從事工作之雇主而言，當公司被迫要進行資遣時，不分本國人或移工一律擇優留用才是最合理之作法，也才不會對於認真工作移工產生不公平之對待<sup>40</sup>。惟本文並無意針對就服法第 42 條提出修法建議，畢竟多數國家對於外國人入境工作都會有若干程度之管制，少有完全開放外國人可以自由就業不加限制者。因之，本文擬在維持現行就服法第 42 條基本原則之前提下，提出幾點有關移工勞動契約終止法規適用之初步意見作為爾後進一步探討之參考。

首先，吾人必須再次理解，就服法第 42 條所定「本國人優先原則」係我國擬定外國人來臺工作政策之基本原則，並非可直接適用之法律規定。故而，就服法第 42 條應該只能對於勞動部等主管機關於做成具體決策時產生影響，不應作為法院於審理個別解僱爭議（不論勞方當事人係本國人抑或移工）時實際適用之法律規範。吾人必須先對「本國人優先原則」之規範目的有正確之認識，才能避免錯誤地適用就服法第 42 條之規定。就此，上揭臺灣高等法院 95 年度勞上更（一）字第 3 號民事判決可謂能夠完全符合立法意旨，對就服法第 42 條做出了正確之解釋，非常值得肯定。按法院如認為就服法第 42 條對於個別雇主有直接拘束力，可能將間接造成雇主選擇優先終止與移工之勞動契約，以免其解僱本國人勞工事後被法院判決無效。從而，法院能夠正確解釋就服法第 42 條有極為重要之意義。

其次，在確認「本國人優先原則」只是政府決策時之指導原則後，法院於審理移工勞動契約終止之具體個案時，若其受僱於適用勞基法行業雇主時，就應該回歸適用勞基法有關終止勞動契約之相關規定。特別是白領勞工，因就服法並未限制其僅能與簽訂定期勞動契約，故而倘若其所從事職務

---

<sup>40</sup> 張巧欣，前揭註 22，頁 105。

係為有繼續性工作，即應與雇主簽訂不定期勞動契約，以保障其合法之權利。當然，法院於審理本國人勞工解僱爭議時亦會依循之法則，例如解僱最後手段性原則或相當性原則等法理，於審理移工終於勞動契約爭議時亦應加以適用。易言之，對於移工勞動契約終止爭議所適用之法規或法理，實質上不應與本國人有所區隔，亦即對於合法入境工作之移工，法院應與本國人同等對待。除此之外，移工與移工之間的平等對待原則亦應被重視，以免形成移工族群內部之差別待遇。

再者，雖然並非屬於適用法規上之爭議，但是，吾人不應忽略一個重要事實，亦即不論白領或藍領移工，除少數特殊案例外，多數移工對於中文之理解能力必然與本國人有所落差。因之，法院於審理移工勞動契約終止爭議案件時，對於由雇主提出之合議書面，均應謹慎認定移工於簽訂時是否確實瞭解該當書面所記載內容之意義。特別是只有中文之協議書更不應輕易認定移工係充分瞭解其文意，因此有法律上之效力。惟有如此，才能避免移工在不清楚自身權利義務乃至協議書內容之情況下，簽署對己不利之書面。

實際上筆者以為，上述三點不過是法院處理移工勞動契約終止爭議時應做到之「最基本」事項，並非做到即為已足，其他應顧慮之點仍多。例如，法院於審理終止契約爭議時是否有足夠且專業外語通譯可以協助當事人？法院乃至行政機關能否及時排除仲介公司人員不當地介入處理程序？前者仍有待司法院或各級法院努力，畢竟專業通譯之培訓絕非一蹴可及，惟持續不斷的努力是必要的；後者在勞動事件法自 2020 年 1 月開始施行後，可望有所改善。勞動事件法第 10 條明定，仲介公司之人員經由法院許可代理移工應訴，但被法院認定有害移工利益時，法院得以裁定撤銷該委任之許可。故而，只要法院於審理過程中略微用心，應可排除仲介公司人員不當介入爭議處理之危險。

最後，筆者必須說明的是，當鄰近國家如日本，除了透過 EPA（Economic Partnership Agreement）協定於 2008 年起開放長照及護理移工赴日工作，或是技能研修生名義引進外國人勞動力之外，更已經於 2019 年開始正式開放雇主可直接僱用藍領移工，可僱用移工之職務種類大幅增加，並且

給予符合法定要件之移工永久居留權之後<sup>41</sup>，優秀移工的國際爭奪戰已是難以避免之事。建構一個對於移工友善且合理之工作環境係能否吸引移工來臺工作的重要因素，也是相關人等之共同責任。法院或行政主管機關就移工勞動契約終止之議題應更有自覺，而非只是繼續維持過往認為移工之工作保護應劣後於本國人之態度，否則不只是對於移工有欠公允，遲早亦會對我國吸引國際人才造成負面影響。

---

<sup>41</sup> 有關日本開放藍領移工之中文文獻，可參閱周兆昱，「新南向政策對我國長照及護理人力政策影響之研究」，江義雄教授七秩晉五華誕祝壽論文集編輯委員會編，民主法治的經驗與見證——江義雄教授七秩晉五華誕祝壽論文集，頁 548-550 (2019)。

## 參考文獻

### 中文書籍

黃程貫，《勞動法》，空中大學出版，臺北（1996）。

黃程貫、張義德主編，《新學林分科六法——勞動法》，6 版，新學林出版，臺北（2019）。

楊通軒，《就業安全法理論與實務》，五南出版，臺北（2012）。

### 中文期刊

鄭津津，〈從國際勞工組織相關公約與建議書看我國外籍勞工人權保障問題〉，《台灣國際法季刊》，第 5 卷第 3 期，頁 131-155，2008 年 9 月。

### 中文學位論文

張巧欣，《外籍勞工解僱之探討——以南部科學工業園區四家廠商為例》，國立中正大學勞工關係學系碩士論文，2017 年 6 月。

### 中文論文集

周兆昱，〈新南向政策對我國長照及護理人力政策影響之研究〉，江義雄教授七秩晉五華誕祝壽論文集編輯委員會編，《民主法治的經驗與見證——江義雄教授七秩晉五華誕祝壽論文集》，頁 535-553，新學林出版，臺北（2019）。

林更盛，〈第一款 資遣解僱〉，臺灣勞動法學會編，《勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望》，頁 268-292，2 版，新學林出版，臺北（2009）。

### 其他中文參考文獻

施琬琰，107 年移工申訴逾 3000 件 薪資爭議仍為大宗，2019 年 1 月 31 日，新北勞動雲網站：<https://ilabor.ntpc.gov.tw/news/release/content/535064849>（最後點閱時間：2019 年 10 月 25 日）。



移工在台灣大事紀（2005/5/1 止），2007 年 11 月 24 日，苦勞網網站：<https://www.cooloud.org.tw/node/11979>（最後點閱時間：2020 年 4 月 29 日）。

單驥，《台灣外籍勞工政策之檢討》，國科會專題研究報告（1998）。

## 日文書籍

菅野和夫，《労働法》，12 版，弘文堂出版，東京（2019）。

