

# 實習生勞工法律問題之研究

楊通軒<sup>\*</sup>

目 次	
壹、前言	二、身份
貳、職業訓練的基本思想與指導原則	三、訓練津貼及費用負擔與返還
一、基本思想：社會國或福利國的責任	四、留用條款之效力
二、指導原則	五、訓練契約之終止
參、實習生的勞工法律問題	肆、結論與建議
一、一般	一、結論
	二、建議

中文關鍵詞：契約自由原則、企業自行負擔原則、實習生、建教生、競業禁止條款、留用條款

Key Words: the principle of freedom of contract, the principle of corporate self-pay, student trainee, educational trainee, articles for restraint on competitive practice, clause of stay

## 中文摘要

促進各種職業的教育訓練，係我國福利國家責任的表現。國家應在公平對待原則、契約自由原則、以及企業自行負擔原則的

<sup>\*</sup> 國立中正大學勞工關係學系教授。

投稿日期：101年3月3日；審查通過日期：101年6月18日。

前提下，推動職業訓練的進行，讓每一個人都有接受職業訓練的機會、當事人雙方在自由意願下訂立職業訓練契約、以及原則上由進行職業訓練的事業單位負擔訓練費用（所謂「職業訓練免費原則」）。實習生，是指短暫地在廠場中工作，以學得準備一個工作（含學術工作）所須要的知識與經驗之人。實習生契約關係的種類不一，一般而言，其與技術生訓練關係或養成訓練關係並不完全相同。在實習生關係中並不進行一個有體系的職業訓練。在面對教育法規與勞工法規競合時，應將實習工作區分為是否為學習課程的一部分，而認定其有無職業訓練法的適用。為避免雇主濫收建教生之流弊，除了建教生訓練契約有最低限度的約定外，並應限制建教生在廠場中所占的最高人數。在實習生的法律地位上，原則上，各種形式的實習生均非勞工的身份，蓋此種實習關係，有者具有教養義務的本質、有者並不具有教養義務，但無論如何，訓練的目的及學習的目的都高過於經濟利益的目的。例外地，在“假象的實習”或不真正的實習關係時，實習生始為勞工。訓練津貼的法律性質並非工資。原則上，事業單位不得與實習生約定返還費用條款及受訓後禁止競業條款（但補習機構之實習可以約定禁止競業條款）。事業單位對於實習生，有一定期限的留用權限，實習生並無自動留用之權，但也無永久留用義務。事業單位必須概要式地確定以何種具體的工作條件繼續留用勞工。實習生訓練契約當事人得自由約定契約的終止原因，惟其應受到私法中-尤其是民法中的-強制禁止規定的檢驗。最後，有關（適用於勞動關係的）無薪假之規定，並不適用於實習生。

## Abstract

In Taiwan, the government should promote vocational education and training under the welfare state responsibility theory. As the administration try to promote occupational training, it should obey

the principle of fair treatment, the principle of freedom of contract, and the principle of corporate self-pay, so that everyone has the chance to obtain occupational training, the parties can conclude a contract under their own decision, and the vocational establishments should assume principally all training costs (so-called “ principle of free charge by vocational training ” ). Student trainee is a person who stay and work only short time in the factory so that he/she can learn the practical knowledge and experience which are required for the next job (including academic job). There are several different kinds of student trainee contractual relations, in general, there are some difference between student trainee and apprentice and developing trainee. A systematic vocational training will not be carried out under student trainee relations. When a person obtains vocational training, he/she might be protected under educational laws or labor laws, in this situation only when vocational training is not a part of educational curriculum, then the Vocational Training Law is applicable. When we try to ban the disorderly employ educational trainee from the site of employer, we should demand that contractual parties harmonize a minimum content in the vocational contract of educational trainee, besides, the establishment can only employ a certain number of educational trainee which is regulated by law. In the legal localization of status of student trainee, in principle, all forms of student trainee is not laborer, whether the student trainee inhere the nature of an educational contract or not, the educational goal and learning goal are more important than the commercial purpose. But, in case of “fictitious student trainee relationship” or false student trainee relationship, the student trainee must be deemed as laborer exceptionally. The living allowance (remuneration)

cannot deem as wage. In principle, establishments may not negotiate and make agreements with student trainee over repayment of the training costs or articles for restraint on competitive practice after training (but the private practical tutorial institutions may agree with student trainee over a non-competition agreement). Establishments have a certain competence to ask student trainee to stay (clause of stay) after training, student trainee has not a automatically right of stay in establishment, she/he but not an obligation to stay in establishment permanently. In case that student trainee decides to stay in establishment, establishment must specify approximately the work conditions. The parties of vocational training of student trainee may come to an agreement of contractual termination causes under their own mind, but naturally they should be subject to the prohibition of mandatory regulations in private law - in particular, civil law -. Finally, the statues of short-work which are applied for normal labor relations, does not apply to student trainee.

## 壹、前言

就我國現行的勞工法令或教育法令觀之，固無對於實習生加以定義者<sup>1</sup>。惟顧名思義，實習生，應係指將學科理論運用於實務操作，以印證並熟練所學知識與技巧之人。實習生的種類 / 形式

---

<sup>1</sup> 即使勞基法第 64 條第 3 項有「見習生」準用技術生之規定，但也未對見習生加以定義。況且，理論上見習生與實習生即使性質相近，但仍然各有固有的內容與對象，似不宜混為一談。在法律處理上，見習生只能準用實習生的法律規定及原理原則而已。惟本文為了行文方便，文中有不少地方同時兼論實習生及見習生。

繁多，有基於技職院校或一般院校的術科要求而進行者（例如建教合作生、產學專班學生、或者大學要求學生在寒暑假期間進行短暫的實習者）、有公立職業訓練機構所開辦者（例如雙軌訓練旗艦計畫中的訓練生）<sup>2</sup>、有於離開學校後，基於促進就業的思想而由政府推動者（例如青年職場體驗計畫中的見習生及大專畢業生企業職場實習方案中的實習生）、甚至也有補習班提供專業技能教學而附帶實習者（例如繪畫、刺繡、刺青穿孔技術）。其中，尤以自 2003 年底起，經建會、勞委會及青輔會三個單位所共同提出的「青年職場體驗計畫」及 2009 年中教育部提出的「大專畢業生企業職場實習方案」<sup>3</sup>受到各界極大的矚目，爭議也最大<sup>4</sup>。

上述實習生的訓練，有基於社會國或福利國的責任思想而來者，也有單純出於賺取利潤的考量者，其背後的出發點並不一致。至於實習關係進行中，有可能只是兩造當事人（施訓者及受訓者），但也有可能牽涉到三方當事人（企業、學生、學校單位 / 主管機關）。如果是後者，那麼，其間的法律關係又可以區分為公法關係及私法契約關係兩部分。兩者間互相獨立、但又環環相扣。惟無論是雙方關係或三方關係（其間有三個法律關係：一

<sup>2</sup> 雙軌訓練旗艦計畫的前身是「台德菁英計畫」，由行政院勞工委員會於 2003 年所開辦，由合作的事業單位進行每週 3 至 4 天的工作崗位訓練，其餘時間則在職業訓練中心（泰山職業訓練中心）進行理論教學。

<sup>3</sup> 教育部在大專畢業生企業職場實習方案於 2010 年 5 月陸續到期後，接續推動「就業實習補助方案」，由教育部補助提供實習位置的事業單位每月一萬元，最長補助六個月。

<sup>4</sup> 對於正（支持者）反（反對者）兩方的評語，最具代表性的，參中國時報，禁玩開心農場 22K 實習生開除老板，2010 年 4 月 17 日，A3 版；中國時報，22K 畢業後 真正考驗才開始，2010 年 4 月 18 日，A13 版；中國時報，三振 22K 次該退場了 別再加 10K，2010 年 5 月 6 日，A13 版。另外，中國時報，政府埋單 大畢生實習月領 2 萬 2，2009 年 1 月 25 日，C4 版；台大國家發展研究所副教授辛炳隆直言：【一定會發生排擠效應】，政策名為實習，卻不要求企業提出實習計畫，也不要求留用，【本身就很奇怪】，【企業幾乎沒有成本】。

個存在於學生與企業間，一個存在於學生與學校間，另一個存在於學校與企業間），均涉及到實習生的身份、生活津貼（訓練津貼）的法律性質、契約上的權益（尤其是契約中 / 終止、無薪假）、留用權利<sup>5</sup>等法律問題，均有待於釐清。

此種釐清實習生勞工法律問題的必要性與急迫性，可以從近兩年來的實習訓練環境的急遽變惡，得到立論的依據。亦即，台灣在 2008~2009 年金融海嘯期間，為數不少的建教生、產學職專班學生的實習機會驟然失去。或者苦等不到實習廠商的通知、或者被突然通知中 / 終止實習、或者學校與廠商皆去留不得，只好淪落到各處打零工賺取微薄工資。在這樣渾沌的環境下，實習生究竟何去何從？企業有沒有繼續訓練的義務？還是職業學校有義務接回學生<sup>6</sup>？另一個問題是：雖然說，為數眾多的實習生經由職場的實務操作，為其本身創造就業的價值，其顯例為參與青年職場體驗計畫者，有高達 87-88% 被留用<sup>7</sup>。但是，另一方面，由教育部主政的大專畢業生企業職場實習方案的留用率，卻只有五成多一點。兩者皆是以全民的稅金支撐、但效果卻是相去甚遠。此其中除了應加以檢討及評估 22K 的缺失外<sup>8</sup>，還是會牽涉到實習生法律地位的保障不足及其具體的權利義務究竟為何等根本

<sup>5</sup> 與留用問題直接相關的是，實習期間是否計入工作年資？這會牽動到解僱預告期間及特別休假日數等的計算問題。

<sup>6</sup> 聯合報，就學安全網 教部給補助，2009 年 2 月 27 日，A13 版。其中記載：針對弱勢家庭建教生的困境，教育部啟動「就學安全網」，提供無法正常進場實習學生全額學費補助，讓他們回到校園。對此，本文認為根本的問題是，事業單位與建教生的實習契約的效力如何處理？永久終止？暫時中止？損害賠償？或者補償？

<sup>7</sup> 這裡引發的問題是，如果留用率這麼高，是否代表事業單位只在希望取得政府補助、降低人事成本？那麼，是否應該實質審查其是否為僱傭關係？

<sup>8</sup> 中國時報，三振 22K 次該退場了 別再加 10K，2010 年 5 月 6 日，A13 版：國家預算總額大略是固定的，22K 的大專生實習預算究竟有沒有作用、該不該支出，卻該好好評估，切忌先決定要做，再四處找錢，最後又不明不白地砍掉一筆重要計畫做祭旗。

問題<sup>9</sup>。

如上所述，實習生訓練關係的種類繁多，其間的勞工法律問題固有許多共通者，但也有只發生在特定的實習生身上的問題者。與技術生相較，實務上較常見的勞工法律問題，反而較集中在建教生、實習生及產學職專班的學生身上。這種法律問題源源不絕的現象，卻與其法律規範的空洞成為強烈的對比。試想，勞動基準法（以下簡稱勞基法）第 64 條以下及職業訓練法（以下簡稱職訓法）第 11 條以下均有技術生之相關規定，雖仍有其立法不足或須要學者進一步加以探討之處，但已較勞工法令中未明確規範實習生之狀況，完備許多。現行有關實習生之規定，主要見之於教育部所主管的「高級職業學校建教合作實施辦法」及正在立法當中的「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」，惟其主要是針對建教生及其衍生所由的技術生而規定。理論上，其能否適用於其他種類的實習生身上，並非無疑。惟本文有鑒於實習生中多有進入學校進行理論課程，且其所引發的爭議每為社會大眾關注的所在，因此，以下將以建教生及其他有進行理論學習的實習生作為探討中心。至於企業界直接以實習生名義進用及以教導實務操作為主、且理論課程並未進入學校學習者（例如刺青穿孔補習班或個人工作室），牽涉到雙方身份地位的界定，亦有必要一併加以說明。

實者，我國對於實習生訓練的施行，係植基於社會國或福利國的責任思想而來<sup>10</sup>。而於職業訓練的進行，則應遵守以下幾個

<sup>9</sup> 例如，以教育部「大專畢業生企業職場實習方案」為例，如果參與者都已經畢業了，其實習的法律性質是甚麼？與在校中的實習有無不同？是否為試用期間的性質？

<sup>10</sup> 亦即任何人，於其未擁有合格的養成訓練或技術生訓練之前，不應該開始其職業生涯，國家有義務提供或促成職業訓練的機會。至於其他非實習生者（即已在職場的人或失業者），基於終身學習或繼續訓練的觀念，國家亦應提供訓練的機會或給予經費的補助。有關社會國、福利國的論述，參陳新民，國

指導原則：公平對待原則、契約自由原則、以及企業自行負擔原則<sup>11</sup>等。在這樣的國家政策及法令規範下，而後始會及於實習生身份的定位及其他各種勞工法律問題，這一切均將於文中加以敘述。本文行文中，有鑒於我國的勞工法制及職業訓練法制的基本思想與指導原則多有受到德國法制的影響，因此將一併引用德國的理論與法院判決，作為參考之用。

## 貳、職業訓練的基本思想與指導原則

### 一、基本思想：社會國或福利國的責任

隨著工業化時代轉輪的不斷前進，我國也已步入知識經濟的時代<sup>12</sup>。配合著各種科技的發展日新月異，工業變遷的程序及生產體系的轉變也不斷加速，因此，職場上所須要的專業技能也不斷地更新。在此種環境下，我國各級機關對於人民的教育與訓練

---

家的法治主義-英國的法治 (The rule of law) 與德國的法治國家 (Der Rechtsstaat) 之概念，台大法學論叢第 28 卷第 1 期，1998 年 10 月，頁 111；洪淳琦，我國文化藝術補助機制之相關法律問題研究-以「財團法人國家文化藝術基金會」為中心-，台灣本土法學第 63 期，2004 年 10 月，頁 19 以下。Neumann, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBl. 1997, 92 ff.

<sup>11</sup> 稍微有這樣的觀念者，聯合晚報，郭董：學生應早入職場，2009 年 3 月 29 日，A1 版；他說，除了政府補貼大學畢業生到企業，企業亦應負起培訓責任；所以鴻海還將增加培訓三年，希望其他企業也能跟進。郭台銘也呼籲企業界要多負起培訓人才責任，因為人才培訓不能單靠政府來做。另外，工商時報，郭台銘：經濟完全復甦 起碼須 3 年，2009 年 3 月 30 日，A2 版。

<sup>12</sup> 即使德國在知識經濟時代，勞動契約法草案中已經明定繼續訓練 (Weiterbildung) 及世代實習 (Generation Praktikum) 的概念與權義。經由繼續訓練之融入日常的勞動生活中，以解決低技術的工作位置日益減少的情勢變更。Sittard/Lampe, Der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes und die Lösung sog. Zukunftsfragen, RdA 2008, 249 ff.



的責任乃日益加重<sup>13</sup>。蓋從前一個沒有技術能力的粗工（ungelernter Arbeiter）仍然不難找到工作的情形，將會隨著大環境的改變而逐漸消逝。取而代之的，是新興產業及知識經濟產業的人才。而這尤其是新一代的青少年的逐夢所在，也是我國職業教育訓練的重心所在。

再一言者，一個國家的職業教育訓練及其整體的人力資源政策，係根基於國家的目標而來。而這往往又與產業政策的發展息息相關。亦即配合著現在國家經濟的發展及未來產業的重心，國家機關有必要事先擬定人才培育計畫或方案、透過就業政策與法規、優先培育自己的人民，以承擔未來國家發展的重任。但是，另一方面，即使是在傳統的產業領域，我國仍然有不少的弱勢失業族群，其亟待於國家就業政策及各種措施的幫忙<sup>14</sup>，以進入或重新回到職場。

上述以積極的促進就業政策或措施，以輔助弱勢就業族群的要求，其實早就見之於國際勞工組織（ILO）的各號公約與建議書中<sup>15</sup>。其中，第 142 號「人力資源發展公約」第 1 條規定，各

<sup>13</sup> 類似的責任，也見之於歐盟機關。參歐盟條約第 150 條職業的教育與訓練：經由職業的訓練與轉業訓練，以協助勞工適應工業變遷的程序。

<sup>14</sup> 有關我國就業政策的詳細論述，參林炫秋，就業政策與社會安全-由國際公約到憲法保障，勞動基本權學術研討會論文集，行政院勞工委員會，2004 年 10 月，頁 556 以下。

<sup>15</sup> 國際勞工組織有關職業輔導與訓練的公約或建議書，依序有 1955 年的第 99 「身心障礙者職業重建建議書」、1975 年第 142 號「人力資源發展公約」及第 150 號「人力資源發展建議書」、1983 年第 159 號「有關職業重建與身心障礙者就業公約」1984 年第 169 號「就業政策補充條款建議書」以及 1988 年第 168 號「促進就業與失業保護公約」。參國際勞工公約，行政院勞工委員會編印，2010 年 6 月，頁 547 以下、619 以下；國際勞工建議書，行政院勞工委員會編印，2010 年 6 月，頁 149 以下、345 以下、457 以下。另外，在歐洲聯盟部分，有歐盟條約第 150 條（職業的教育與訓練）、第 146 條（歐洲社會基金的目的）、歐體勞工基本社會權憲章（*Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer*）第 15 條（接觸使用職業訓練之權）。在歐洲參議會（*Europarat*）部分，有歐洲社會憲章第 10 條（職業訓練

會員國應採納及發展與就業有密切關係之職業指導與職業訓練  
有良好協調之綜合性政策與計畫。第 2 條規定，各會員國應建立  
職業教育與職業訓練之公開，有彈性與輔助系統<sup>16</sup>。另外，依據  
1988 年第 168 號「促進就業與失業保護公約」第 7 條規定，會員  
國應將促進完全的、有生產力的與自由選擇的就業，作為國家政  
策的優先目標，並應採取適當的方法，包括社會安全、就業服務、  
職業訓練與職業輔導。第 8 條規定，會員國對於在勞動市場上因  
不容易找到持續性的工作而特別不利的族群，例如婦女、青年勞  
工、身心障礙者、老年勞工、長期失業者、合法居留的移民勞工  
及受就業結構影響的勞工，應依法建立計畫促進額外的工作機會  
與就業扶助，並且鼓勵提供自由選擇的、有生產力的就業機會給  
這一群人<sup>17</sup>。

上述國際勞工組織第 142 號「人力資源發展公約」及第 168  
號「促進就業與失業保護公約」的諸種原則，均已散見於我國的  
職業訓練、就業服務及就業保險的法規中。亦即觀察我國的職業  
教育或訓練，其係屬於整體就業政策的一環，與就業服務及就業  
保險形成一積極的促進就業體系。其在憲法上的根基，分別在於  
憲法第 15 條規定，「人民之工作權，應予保障。」、憲法第 152  
條規定，「人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會。」、  
以及中華民國憲法增修條文第 10 條第 8 項規定，「國家應重視國  
民就業等社會福利工作，對於國民就業等救濟性支出應優先編

---

的權利)。

<sup>16</sup> 台灣並未批准第 142 號人力資源發展公約，德國則是在 1981 年 12 月 29 日將國勞組織 1975 年 6 月 23 日之第 142 號人力資源發展公約，轉換為內國法施行。BGBl. II 168.

<sup>17</sup> 依據 1984 年第 169 號「就業政策補充條款建議書」所建立的就業政策一般原則包括：確保所有勞工在接近就業、就業條件、工資與所得、職業輔導與訓練以及生涯發展等方面，都享有公平機會與對待。參國際勞工建議書，同前註 15，頁 457 以下。

列。」除了憲法第 152 條已將第 15 條之工作權內涵，藉由就業政策予以具體明文規定外，其在法律層次上的實踐，則是主要見之於職業訓練法、就業服務法及就業保險法。

進一步言之，憲法第 15 條規定之工作權保障，並非僅指工作自由與擇業自由而已，也包括各種的受訓者或實 / 見習生可以自由選擇進行訓練的場所（Ausbildungsstätte）<sup>18</sup>，其並不會被強制接受訓練或被強制到特定的廠場或場所訓練<sup>19</sup>。此尤其會與青少年的職業教育訓練的權益密切相關。經由此種實習過程，乃能熟練化其技術能力。有利於其藉由所習得的資格能力，取得一個參與職涯生活的機會，而且他的訓練也形塑了往後社會的及物質的地位。也就是說，一個沒有完成學業或職業教育訓練之青少年，其在職場的命運是多舛的、其社會地位也幾乎註定是低下的。

也就是如此，面對著技術的與經濟的條件高度合理化的經濟世界，一部可以提供完善訓練制度與規範的職業訓練法、以及一部可以給予基於學術規章訓練的建教生、技職院校學生或產學職專班學生的實習生訓練法<sup>20</sup>，乃可以為學習中的學生、訓練中的實習生、甚至工作中的勞工開啟一職業的及社會的地位。

<sup>18</sup> 參法治斌、董保城，中華民國憲法，空中大學，1997年8月，頁185。又，德國基本法第12條規定，所有德國人皆有自由選擇訓練場所（Ausbildungsstätte）的權利。德國聯邦憲法法院在一連串的判決中，均認為有關執行職業行為的法律規範，也包括作為一個與整體的生命過程（Lebensvorgang）不可分割的構成部分的職業養成訓練的前階段（Vorstufe）。聯邦憲法法院因此要求所有的法規，其要求為執行一定職業的前階段訓練（Vorstufebildung）與養成訓練、以及必須通過考試以證明其已擁有一定的能力者，均必須受到基本法第12條的約束。因此，能力證明（Befähigungsnachweis）遂具有合理性（gerechtfertigt）。MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 60 ff., Rn. 70.

<sup>19</sup> MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 60 ff., Rn. 68.相對地，訓練位置的提供也是由企業主自由決定。

<sup>20</sup> 例如教育部在民國99年8月提出「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」。

須注意的是，由憲法第 15 條工作權保障演繹而來之自由選擇訓練處所的基本權保障，並未賦予受訓者有一請求僱用或訓練的請求權。自由選擇訓練處所，仍然只是表示人民有一對抗國家干預的防禦權（Abwehr）而已。由憲法第 15 條及第 152 條規定而來之就業政策，固然包括創造就業機會，提供職業輔導、職業訓練及就業服務給未就業或已就業者，使有工作能力而且願意工作的人，能在自由選擇或接受職業的前提下，進入勞動市場從事工作。但是，有關的就業服務、推介服務、參加職業訓練等，並未賦予人民請求權<sup>21</sup>。

承上，如就職業訓練來說，既然表示受訓者或各種實 / 見習生並無一請求權，就表示企業主並無提供訓練位置的義務。此不獨在台灣是如此，即使在德國也是如此。雖然德國聯邦憲法法院在 1980 年 12 月 10 日的判決中曾經指出：「企業界對於廠場的養成訓練負有責任」，「雇主集團」具有一個提供充分數目的養成訓練位置的「集體責任（Gruppenverantwortung）」<sup>22</sup>。德國工會界因而得出雇主負有職業的養成訓練的法律義務，必須提供足以滿足須要的養成訓練位置及充分的職業選擇機會。然而，德國學者認為從判決的上下文來看，此一責任的賦予，首先只是表示賦予一執行任務的權限（Aufgabenerfüllungskompetenz）而已。聯邦憲法法院並未語及執行義務，而只是言及國家對於雇主的「期望（Erwartung）」。因此，一個憲法賦予雇主提供養成訓練位置的義務，並不存在。聯邦憲法法院所認為之雇主提供充分養成訓練位置的義務，是從雇主事實上的控制能力（tatsächliche

<sup>21</sup> 參林炫秋，同前註 14，頁 556 以下。與此不同者，如果是勞工保險或就業保險，基於社會法治國家的要求，人民已有一給付請求權。參施文森，論社會保險權益之性質，軍法專刊第 45 卷第 10 期，1999 年 10 月，頁 12。

<sup>22</sup> BVerfG AP Nr. 11 zu Art. 105 ff. GG. Ossenbühl, Zur verfassungsrechtlichen Pflicht der Arbeitgeber, betriebliche Ausbildungsplätze bereitzustellen, 1985.

Sachherrschaft) 及歷史上所逐漸形成的權限 (geschichtliche gewachsene Kompetenz) 的角度觀之。可以說, 其所涉及者並非法律義務 (Rechtspflicht), 而是一個社會-道德的義務 (sozial-ethische Pflicht), 並無法訴請履行、也無法予以法律制裁<sup>23</sup>。

如上所言, 企業界並無義務提供足夠的養成訓練位置, 因此有為數不少的青少年苦等訓練位置。為了改善此一現象, 聯邦德國曾有數次課予雇主特別捐 (Sonderabgabe) 義務的立法嘗試, 這主要係希望在職業訓練法中設立一個財政(務)支援的法律基礎, 不過均未能通過立法<sup>24</sup>。後來, 由於企業界在「2004年養成訓練方案(Ausbildungspakt)」<sup>25</sup>中自行承諾願意提供訓練位置, 所以聯邦政府也就未再將法律草案送到聯邦眾議院討論<sup>26</sup>。除了特

<sup>23</sup> MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 60 ff., Rn. 69.對於此種社會義務 (Sozialpflicht) 的批評, Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 32. Aufl., 2007, 367 f.

<sup>24</sup> 一直到 2006 年的(戰後第二次的)大聯合政府時代, 德國工會聯盟 (Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB) 仍然不放棄要求將強制性的職業的養成訓練明定於職業訓練法中, 以迫使企業界提供充分的養成訓練位置。但該要求一直為大聯合政府的基督教民主黨 (CDU) 的黨魁 Angela Merkel (她目前也是聯邦總理) 所拒絕。雙方最近一次的對話是在 2007 年 6 月, 同樣是各說各話、毫無交集。

<sup>25</sup> 該方案的全名是「全國養成訓練及培養專業人才方案 (National Pakt für Ausbildung und Fachkräftennachwuchs in Deutschland)」, 是在 2004 年 6 月 16 日在前聯邦總理施若德的見證下, 由聯邦政府與德國經濟界的高層組織 (Spitzenverbände) 共同決議通過。藉由此一訓練方案, 簽署的夥伴負有義務與各邦密切合作, 提供給每一個有意願及有能力進行養成訓練的年輕人養成訓練的機會。

<sup>26</sup> 拜整體勞動市場繁榮之賜, 德國這幾年來的養成訓練市場 (Ausbildungsmarkt) 則是呈現高度發展的現象。依據德國聯邦教育與研究部 (Bundesministerium für Bildung und Forschung, BMBF) 2008 年的職業訓練報告 (統計至 2007 年 9 月 30 日止) (Berufsbildungsbericht 2008), 2007 年是自 2001 年以來, 養成訓練契約的數目首次超過 60 萬件者, 其總數為 625,900 件。而且是德國統一以來, 歷年所訂定的養成訓練契約數字中, 居於次高者。亦即只低於 1999 年之 631,015 件。至於 2008 年的養成訓練契約

別捐之外，德國學者間也有認為憲法加以企業為青少年提供質量均佳的養成訓練位置的義務，以確保養成訓練的機會，不會因為地區、部門、性別及出身而做不公平的分配。立法者可以加以企業提供一定具有特定資格特徵的養成訓練位置、或者實施一定的配額，例如以與勞工的人數成一定的比率<sup>27</sup>、性別而定的配額、以及對於發生問題的部門或地區的特殊規定等<sup>28</sup>。

整體來講，促進各種職業的教育訓練，係我國福利國家責任的表現。也是我國社會政策最重要的事項之一。任何人，於其未擁有合格的教育訓練證明之前，不應該開始其職業生涯。而國家即應為之備具各種規範條件及資源，就中，尤其應將屬於就業政策具體化之職業訓練法、就業服務法及就業保險法予以現代化，使得企業界及尋求訓練的人樂於引用及接受規範<sup>29</sup>。另外，如以技術生訓練為例，國家亦有必要適時地修正 / 更新技術生訓練職類，納入創新產業，例如光學科技、生物科技、奈米技術、環境保護技術等，以符合現代產業發展的需求。國家的責任，不應該只是不分青紅皂白地訓練出一批不符合時代需求或對於未來不抱有任何展望（*Perspektiv*）的工作者<sup>30</sup>。最後，我國政府機關在

---

的數目（依據 2009 年的職業訓練報告，統計至 2008 年 9 月 30 日止），則已回落至 616,300 件，已較前一年減少 9,600 件。但仍然是一個令人讚賞的數目。

<sup>27</sup> 此有如台灣勞基法第 68 條規定，技術生人數，不得超過勞工人數 1/4。類似規定，民國 99 年 8 月由教育部所提出的「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 7 條規定。

<sup>28</sup> Mückenberger, *Die Ausbildungspflicht der Unternehmen nach dem GG*, 1986.

<sup>29</sup> 德國 1969 年的職業訓練法，除將傳統師傅訓練模式的精神及作法融入外，並將工商業、自由業、農業、公共服務業等行業的職業訓練正式納入其適用範圍內，從而建立了全國統一的職業訓練體系及現代化的職業訓練制度。

Knopp/Kraegeloh, *Berufsbildungsgesetz*, 5. Aufl., 2005, S. 1, Einleitung.

<sup>30</sup> 至於面對我國目前職業訓練分散在各部會，以至於可能發生多頭馬車、力多分散、事倍功半、或協調不易的情況，是否可以基於福利國責任中導出應（大幅度）修法，將事權主要地歸由單一部會以單一的職業訓練體系處理？本文

落實福利國責任的最好表現，是應該為有意尋求職業教育訓練的人，找到足夠的訓練位置。為此，不管是中央勞工主管機關（勞委會）或教育主管機關（教育部）均應該尋求與全國工業總會或全國商業總會訂定一個協議，由工總及商總提供一定數目的訓練位置給技術生、建教生、技職院校學生、產學職專班學生、及其他實習生與見習生<sup>31</sup>，幫忙他們跨入職場的第一個門檻。

## 二、指導原則

### (一)公平對待原則

職業訓練首先應遵守公平對待原則。即從實質平等的角度，讓每一個人有接受職業訓練的機會。此在聯合國 1966 年經濟、社會暨文化公約（第 13 條）及國勞組織（ILO）第 142 號公約中，均有如此之規定。尤其是依據 1975 年 6 月 23 日通過之 1975 年人力資源發展建議書（第 150 號建議書）之第 5 (一) 1. 各會員國尤應力求保證所有人都能公平接受職業指導與訓練；第 45 (一) 會員國應採取合適措施，為特殊人口團體提供有效職業指導與訓練，使其能享受工作平等及改進其與社會和經濟之整合。(二) 應特別注意此類團體中之：1. 從未入過學或早已離校者（作者按：這是指中輟生）；2. 老年勞工；3. 語言團體（指「非使用本國語言的團體」）或其他少數團體之成員；4. 殘障者。第 54、55 及 56 則是針對促進男女勞工訓練與就業機會平等之規定<sup>32</sup>。

原則上亦採取肯定的態度。

<sup>31</sup> 類似的法政策亦見之於德國，參 Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 13. Aufl., 2005, Rn. 579.

<sup>32</sup> 其實，國際勞工組織 1984 年第 169 號「就業政策補充條款建議書」，即是在追求公平對待原則的實現。依之，就業政策一般原則包括：確保所有勞工在接近就業、就業條件、工資與所得、職業輔導與訓練以及生涯發展等方面，

上述國勞組織第 142 號公約的規定，除了要求所有的人可以接觸使用教育訓練管道外，還特別強調弱勢族群公平的就業與教育訓練機會。這些弱勢就業族群，包括中輟生、老年勞工、語言團體或其他少數團體之成員、以及身心障礙者 / 失能者等。然而，國勞組織 1988 年第 168 號「促進就業與失業保護公約」第 8 條規定，所指之在勞動市場上不容易找到持續性的工作而特別不利的族群，則包括婦女、青年勞工、身心障礙者<sup>33</sup>、老年勞工、長期失業者、合法居留的移民勞工（新移民）及受就業結構影響的勞工等。其對象顯然更廣<sup>34</sup>。

整體而言，每一個人均應有一平等接觸使用職業訓練管道的機會。國家應使職業教育與其他教育的領域具有同等的地位。一般學校的教育也應與職業的訓練加強聯結。在具體的作法上，包括透過在職訓練、進修訓練、繼續訓練、失業者訓練、以及終身學習等途徑。尤其是針對發展最令人滿意的職業訓練的教學及學習方法，例如遠距課程（Fernunterricht）或遠距教學（Fernlehre）<sup>35</sup>、數位化教學、在工作位置的視聽教學的學習方法

（audiodidaktische Lernmethoden）、以及其他依賴媒體的學習方法等，更應加強運用，以促成公平對待原則的落實。這一些現代化的教學工具、媒體及新的資訊科技的運用，通常也牽涉到為改善低度發展區域的職業訓練機會。

至於在個別族群的對待上，以女性工作者而言，傳統上，女性（尤其是青少女）的職業訓練仍然受到歧視。其所接受的養成訓練仍然集中於所謂的婦女的職業（Frauenberufe），特徵是所得

---

都享有公平機會與對待。

<sup>33</sup> 聯合國在 2008 年 5 月 3 日施行之身心障礙者權利公約第 27 條第 1 項第 1 款至第 5 款規定，即是與身心障礙者的職業訓練有關者。

<sup>34</sup> 在台灣，其實還可以加入原住民族及更生人。

<sup>35</sup> 歐盟條約第 149 條第 2 項規定。



較低、較少升遷的機會、以及較大失業的風險<sup>36</sup>。此種現象實應加以扭轉。國家應該在考慮男女平等的思維下，設定職業訓練的措施、以及鼓勵男女接受所供給的、打破向來職場上傳統的行為模式（die herkömmlichen Verhaltensmuster）的職業訓練種類。國家應該提供給所有的年輕男女接觸被承認的職業訓練的機會。而在從職業訓練過渡到工作時，男女均應擁有相同的機會。之後，應該促成婦女接觸使用職業訓練的管道及實際參與相關的活動，以幫助其開啟新的職業視野（Berufsfelder）以及在職業中斷後，重新回到職場工作<sup>37</sup>。

再就身心障礙者的訓練而言，目前我國是在身心障礙者權益保障法第 33 條以下加以規定<sup>38</sup>，目的是在訓練身障者獲得就業所須之工作技能與知識。此種訓練，固應思考給予特別的職業訓練，以助成其能就業或再就業，並融入社會與參與社區的生活。惟最重要的，是如何強化雇主提供身障者接受訓練的意願、以及提供雇主改善就業障礙及就業安全之相關資訊與建議<sup>39</sup>，畢竟，雇主提供身障者訓練，其負有較一般勞工為重之特殊照扶之義務。為此，身心障礙者職業訓練契約的簽訂，不宜設定太多行政管制或關卡，而是應令其較易簽訂<sup>40</sup>。如為確保身心障礙者訓練

<sup>36</sup> Kittner, a.a.O., (Fn.23), 368.

<sup>37</sup> 參歐盟理事會 1993 年有關進入職業繼續訓練管道的建議（93/404/EWG）、1976 年 2 月 9 日之男女平等待遇指令（Gleichbehandlungsrichtlinie）。另外，依據我國性別工作平等法第 8 條規定，雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，不得因性別或性傾向而有差別待遇。

<sup>38</sup> 2011 年 11 月 9 日修正前之職業訓練法第 21 條至第 23 條原亦有身心障礙者職業訓練之相關規定，惟立法者認為相關事項於身心障礙者權益保障法業加以規範，乃刪除職訓法前述規定。另配合上開修正，行政院勞工委員會亦於 2012 年 5 月 30 日刪除職業訓練法施行細則第 8 條及第 9 條規定。

<sup>39</sup> 德國聯邦勞工與社會部公布之「身心障礙者訓練及僱用促進法（Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen v. 23.4.2004. BGBl. 606）」，就特別強調這一點。

<sup>40</sup> MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 20, 26 ff.; § 178 Rn. 426.

任務的完成或者避免其受到傷害（2011年11月9日刪除前台灣職訓法第23條規定，殘障者職業訓練設施，應符合殘障者之體能及安全需要。），則或許可以參考德國職訓法第95條之「為解決身心障礙者問題之委員會」設計<sup>41</sup>。至於職業訓練的進行，可以由各級勞工主管機關自行或結合民間資源為之<sup>42</sup>。在訓練地點方面，可以在事業單位內進行，也可以在重建中心或專為身障者設立的廠場中（Werkstätte）進行之<sup>43</sup>。

最後，失業者接觸使用職業繼續訓練的管道及其參與繼續訓練，應該予以促成。尤其應注意的是，應致力於幫助未具有充分的或適當的資格能力的長期失業者（Langzeitarbeitlose），以促成其職業上的融入（Eingliederung）或再度融入。就法制的設計上，如能考慮由廠場對於失業者施以職業的繼續訓練，（針對其已在職場上，）尤其會適合助成其再度納入勞動市場<sup>44</sup>。

## （二）契約自由原則之運用

就我國目前的職業訓練法制來看，主要的法律為職業訓練

<sup>41</sup> 依據德國職訓法第95條規定，聯邦職業訓練署為完成身心障礙者職業訓練的任務，應在主管委員會下設立一永久性的下級委員會（Unterausschuss），以作為諮商之用。此下級委員會尤應著重於促成身心障礙者在職業訓練中的特殊利益受到考量、以及身心障礙者的職業訓練與其剩餘參與勞動生活的能力互相配合。聯邦職業訓練署（Bundesinstitut für Berufsbildung）在特別考量下級委員會的建議下，作成與執行身心障礙者有關的職業訓練的研究計畫之決定。（第1項）下級委員會由17位委員組成，經主席任命，任期最長4年。委員得連選連任。下級委員會委員的任命，應經過主管身心障礙者參與事務的諮詢委員會（Beirat）的建議（社會法典第九部第64條規定）第2項）……」，

<sup>42</sup> 依據行政院勞工委員會職業訓練局組織條例第2條第1項第10款規定，該局掌理關於身心障礙者之職業訓練。

<sup>43</sup> 依據2011年11月9日刪除前台灣職訓法第22條規定，殘障者職業訓練，由職業訓練機構、社會福利機構或醫療機構辦理。

<sup>44</sup> 目前，我國廠場內的各種訓練並未納入失業者，2008~2009年之充電加值計畫只是為避免失業之僱用安定措施而已。

法，另外，還有其他的相關規定，包括勞基法、身心障礙者權益保障法、原住民族工作權保障法、就業保險法及性別工作平等法等法令。整體而言，我國的職業訓練法制採取割裂主義的立法方式。

然而，上述的法令規定，性質上殆皆屬於勞工保護的公法的職業訓練法規定，希望提供給各種受訓者及實習者（技術生、養成工、見習生、建教生及其他性質相類之人）最低限度的保障。其並未全面性地規定各種受訓者及實習者與事業單位的契約上的權利義務關係。亦即針對職業訓練「契約法」部分，立法者仍然保留給當事人相當大的自由協商空間，其可以自主地決定是否訂定訓練契約、並且原則上也可以自由地決定契約的內容。如上所述，憲法所保障的工作權也包括選擇訓練場所（訓練單位）之自由，任何人不得被強迫接受特定職業的養成訓練或技術生等性質相類的訓練。相對地，在現行的職業訓練法及其他相關職業訓練的法令中，也並未規定事業單位必須提供訓練位置或進行各種職業訓練的義務<sup>45</sup>。亦即其並未賦予想要接受訓練者，有一向廠商或施訓者請求訂定養成訓練 / 技術生訓練契約的權利<sup>46</sup>。

所以，受訓者與施訓者間必須先自由地訂立一個訓練契約，以作為雙方權利義務的基礎。在此，可以技術生訓練為例，勞基法第 65 條即將一些重要內容（訓練期限、膳宿負擔、生活津貼、勞工保險等），留待當事人雙方在技術生訓練契約中自由約定，尤其是「契約生效與解除之條件及其他有關雙方權利、義務事項」。此處，即係與內容形成的自由有關。以生活津貼而言，勞

<sup>45</sup> 如上所述，德國職訓法亦無職業訓練捐的強制規定。

<sup>46</sup> Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl., 2007, § 174 Rn. 6. Vgl. LAG Bad.-Württemberg v. 24.6.1993, NZA 1994, 416. 依據國勞組織 1988 年第 168 號「促進就業與失業保護公約」第 7 條規定，「會員國應將促進完全的、有生產力的與自由選擇的就業，作為國家政策的優先目標。」可知其亦係採取自由選擇職業及訓練場所的立場。

基法第 65 條之生活津貼，固係一強制性的保護規定，當事人雙方在訂約之時並不得約定技術生無償工作<sup>47</sup>、或者在事後拋棄生活津貼請求權。所以，似乎也無法完全否定其具有一定程度勞務對價的本質<sup>48</sup>。但是，另一方面，基於契約自由原則，當事人倒是可以自由約定生活津貼的「額度」<sup>49</sup>。並不受到基本工資的限制。

承上，依據勞基法第 65 條規定，技術生訓練契約中應約定生效與解除之條件。根據此一規定，是否賦予當事人一個一般解除 / 終止的理由或期限？對此，綜觀勞基法第 69 條，並無準用勞基法第 11 條以下之規定。因此，應該依據第 65 條規定「技術生訓練契約生效與解除之條件」處理。亦即當事人雙方應該可以自由約定訓練契約一般的解除條件，包括理由及預告期間在內。即當事人得合意終止契約及其他契約終止之原因<sup>50</sup>。整體而言，

<sup>47</sup> 在此，可類推適用民法第 483 條第 1 項規定，「如依情形，非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬。」所謂「有償契約」處理。

為了確保訓練津貼的取得，德國職訓法第 19 條第 1 項第 2 款甚至規定，受訓者基於疾病或不可歸責之職務妨害而無法履行義務時，仍有 6 個星期薪資繼續給付請求權。在台灣，勞基法第 69 條第 1 項規定，「休假」之規定，於技術生準用之。此一「休假」似不應侷限於勞基法第 37 條（休假）及第 38 條（特別休假）規定，而應及於勞基法第 43 條之請假規定。惟依據勞工請假規則第 4 條之規定，普通傷病假的期間也只有 30 日，且工資只給付半數。所以，技術生也只能在 30 日內，請求給付半數的生活津貼。

<sup>48</sup> BAG v. 15.12.2005, AP Nr. 15 zu § 10 BBiG., NZA 2008, 828.

<sup>49</sup> 在這裡，難免會牽涉到另一個問題，亦即訓練津貼可否以實物

（Sachleistungen）方式給付？對此，我國勞基法第 69 條固無準用工資之規定（尤其是勞基法第 22 條第 1 項實物給付只能「一部」的限制），但是，第 65 條卻有技術生契約訂明「膳宿負擔」之規定。而「膳宿負擔」實際上即為實物。所以，結論上應可採肯定的見解。有問題的是，實物給付可以佔訓練津貼的最高比例為何？即能否完全以實物給付之？從比較法上看來，德國職訓法第 17 條第 2 項規定，實物給付不得超過未稅津貼總額 75% 以上。其目的是希望技術生及其家庭保留一定成數的現金使用，以購置所須要的物質。此一立法，應可供台灣參考。

<sup>50</sup> 就勞基法第 69 條而言，其係一準用工作時間及職業災害補償等事項的強制

雖然勞基法第 65 條規定，給予當事人相當大的契約形成空間，但是，勞基法第 66 條至第 69 條規定，也給予一定程度的限縮。因此，例如訓練費用、返還費用條款、競業禁止條款及違約金條款等特定的約款，由於會限制技術生的職業發展自由，因此在法律上原則上均無效。而此一處理方式，原則上亦適用於與技術生相類似的受訓者或實 / 見習生身上<sup>51</sup>。

再回到技術生訓練契約的訂立。事業單位固然不會被強迫訂立技術生訓練契約（締約強制），但是，一旦其想簽訂，則其使用技術生（人數）之自由也不是漫無限制。依據勞基法第 68 條規定，「技術生人數，不得超過勞工人數四分之一。勞工人數不滿四人者，以四人計。」其立法說明謂：「參照工廠法第 63 條、第 64 條之規定，並將原訂三分之一比例酌予降低，以免濫收學徒之流弊。」又依據行政院勞工委員會 83 年 9 月 29 日台（83）勞動三字第 81636 號函：查勞動基準法第 68 條所稱「勞工人數」，係指招收技術生之雇主所僱用之勞工人數而言。這表示並不包含技術生在內。

至於在契約形式自由方面，基於明確化的要求，事業單位也受到些微的限制。按照職業訓練法第 12 條規定，「事業機構辦理技術生訓練，應先擬訂訓練計畫，並依有關法令規定，與技術生簽訂書面契約。」再依勞基法第 65 條第 1 項規定，「雇主招收技術生時，須與技術生簽訂書面訓練契約一式三份，……，由當事人分執，並送主管機關備案。」這表示技術生訓練契約的生效，並不須要獲得主管機關特別的承認或許可。事業單位違反第 65 條第 1 項規定時，依第 79 條第 1 項第 1 款規定處以二萬到三十

---

性規定，惟第 69 條規定之立法說明，卻認為「一般勞工之勞動條件，對於技術生自應適用」。本文以為此一見解似有待商榷，蓋應該是由當事人雙方自由約定才對。

<sup>51</sup> Hanau/Adomeit, a.a.O., (Fn.31), Rn. 569; MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 133.

萬的罰鍰。因此，由條文規定得知，技術生書面契約之訂定，只是在滿足法律明確性之要求，違反者，並不會影響其法律效力。亦即口頭契約也屬有效（先口頭的約定，而後不將之記載於書面亦同），只是會受到行政罰鍰的制裁而已<sup>52</sup>。

最後一言者，係為了呼應瞬息萬變的職場環境、並且扶持職業訓練產業的健全發展，我國長久以來以職業訓練法、勞基法等公法的保護規定作為職業訓練支柱的現象，似有重新思考或改弦更張的必要。此尤其應思考加重及細部化工商團體以章程法作為職業訓練的法源<sup>53</sup>。例如在中華民國工業總會章程第7條第10款及商業團體法第5條第5款中均有舉辦同業員工職業訓練的規定。希望工業總會及商業總會能以法人的身份，扮演促進及實施職業訓練的職責<sup>54</sup>。此種賦予工商業總會介入職業訓練權限的理由<sup>55</sup>，是因為職訓法的立法者並無法鉅細靡遺地規範養成訓練及

<sup>52</sup> 同樣地，按照德國職訓法第11條之規定，養成訓練契約並不要求以書面的形式為限。只要在真正開始施訓之前，將重要的內容記載於書面即可。再依據第102條第1項第1款規定，違反第11條第1項第1句規定時，應處以秩序法(Ordnungswidrigkeit)。另參 BAG v. 22.2.1972, DB 1972, 1731 = AP Nr. 1 zu § 15 BBiG 1969; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, 2. Aufl., 2008, § 10 Rn. 18.

<sup>53</sup> 依據職業訓練法第9條之規定，「除非法令另有規定外，主管單位在本法的範圍內，可以規定執行養成訓練的細部規定」。基此，主管單位(zuständige Stellen)擁有一個為執行職業的養成訓練的規範的權限。

<sup>54</sup> 德國1956年的工商業總會(Industrie- und Handelskammer)條例，即規定了工商業總會有權採取措施以促進及實施商業的及營業的職業養成訓練(Berufsausbildung)。而且，經由2005年修正的職業訓練法(Berufsbildungsgesetz, BBiG)第103條之規定，工商業總會條例的適用範圍，因第1條第2項的如下修正而被擴大：工商業總會在採取措施促進及實施職業養成訓練時，應注意遵守職業訓練法的規定。雖然如此，明白被排除在外的是：工商業總會並無實施社會政策的及勞工法的利益的任務。

<sup>55</sup> 在德國職訓法第71條稱呼各種工商業總會為「主管單位(zuständige Stellen)」，其係按照不同的行業別而有不同的總會，包括手藝業總會、工商業總會(Industrie- und Handelskammer) 農業總會(Landwirtschaftskammer)、律師公會、專利律師公會、公證人公會、以及公證人機構(Notarkassen)、會

技術生訓練等職業訓練，因此，從合乎事理的觀點（Sachnähe）工商業總會遂被賦予規範的權限。從憲法的觀點來看，章程法是由國家所承認的公法人、在法律所授權的自治（Autonomie）的範圍內，所發布的規定<sup>56</sup>。章程法是一個被引伸而出的法源，並且是一個實體的、具有一般的拘束力及效力。制定章程的權限，則是會受到社團的本質及任務的限制。因此，章程法只能在職訓法中的規範法的一部分（ordnungsrechtlich Teil），發生其效力。至於施訓者與受訓者自行形成的私法上的關係，工商業總會則不能加以規定<sup>57</sup>。另外，為使職業訓練順利進行，工商業總會對此也有監督及諮詢的權限<sup>58</sup>。

### （三）企業自行負擔原則

如上所述，在訓練契約的簽訂及內容的形成上，受訓者及實習者與事業單位固然可以自由決定。惟一旦雙方合意簽訂契約進行訓練，即會發生因為訓練所發生的各種費用由誰負擔之問題。此一費用負擔之問題，事實上已在勞基法第 66 條及第 65 條中部

---

計師公會及稅務顧問公會、醫師公會、牙醫師公會、獸醫師公會、以及藥劑師公會等，負責屬於自己業別的職業訓練及技能檢定、職業認證。

<sup>56</sup> 有關公法社團法人之自治權限，參黃錦堂，行政組織法之基本問題，翁岳生編，行政法（上冊），元照，2006年10月，頁272以下、279以下。採取反對將工業總會及商業總會視為公法社團者，吳庚，行政法之理論與實用，作者自版，2010年9月，頁151以下。

德國聯邦憲法法院則早已作出判決，認為應將章程制定者（Satzungsgeber）的自治及規範權限（Ordnungsbefugnis），納入基本法規範的體系之中。自治社團的制定章程的權限，係立基於基本法所承認的民主原則及法治國家原則，BVerfGE 10, 20, 49 f.; 33, 125, 156.另參 MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 131.

<sup>57</sup> BAG v. 12.3.1962, AP Nr. 1 zu § 84 HandWO mit Anm. G. Hueck.

<sup>58</sup> 德國職訓法第 76 條規定，主管單位監督職業養成訓練的準備、職業養成訓練及轉業訓練之進行，並且經由諮詢參與職業訓練的當事人促成其進行。為達此一目的，主管單位得選任顧問（Berater）。（第1項）職業養成訓練準備的施訓者、施以轉業者、以及各種措施的供應人，經要求後，應告知進行監督所必要的訊息、交付文件、以及同意巡視養成訓練場所。（第2項）

分地規定。依據前者，「雇主不得向技術生收取有關訓練費用。」此即技術生訓練免費原則的表現，係立法者參照工廠法第 61 條及其他工業國家有關規定而來<sup>59</sup>。依據後者，雇主應負擔膳宿<sup>60</sup>、生活津貼、以及技術生的社會保險費等費用<sup>61</sup>。至於其他在事業單位內進行訓練所發生的費用，也應該由雇主負擔，包括教材與工作服費用、材料費、硬體設施設置與維護費、職訓師費用、職訓師的社會保險費等費用。所剩下的，只有在學校內（建教生、技職院校學生、技術生）所必須繳交的學雜費等費用，應由學生自己負擔，而非由事業單位支付。

其次，職業訓練費用是否應由國家承擔？對此，固然基於福利國原則，國家應該推動積極性的就業政策，推動職業訓練也是公共的任務。但這並不代表國家應該全額負擔訓練的費用。以 2003 年底起，由經建會、勞委會及青輔會三個單位所共同提出的「青年職場體驗計畫」為例，政府負擔部分的見習訓練津貼。再以 2009 年~2010 年間由教育部所提供的大專畢業青年企業實習方案，更是由政府負擔全部的薪資<sup>62</sup>。但是，這仍然只是基於促進就業的思想，在有效利用公共的財政工具的考量下，所施行的例外措施而已。

<sup>59</sup> 依據德國職訓法第 10 條以下之規定，施訓者必須負擔養成訓練的費用。職訓法第 14 條第 1 項第 3 款規定，施訓者應無償地提供工具給受訓者使用。又，德國聯邦勞工法院長久以來即主張「職業的養成訓練免費原則（das Prinzip der Kostenfreiheit der Berufsausbildung）」。參 MünchArbR/Natzel, §178 Rn. 13.

<sup>60</sup> 此並不包括交通費用。

<sup>61</sup> 與此相抵觸者，職業訓練機構設立及管理辦法第 16 條第 1 項規定，「職業訓練機構辦理職業訓練，除法令另有規定外，得向學員收取必要費用，並應摺給正式收據。」依此規定，事業機構辦理養成訓練或技術生訓練，似乎也可以收取必要費用。

<sup>62</sup> 自由時報，畢業半年了……五萬社會新鮮人找不到正職工作，2009 年 12 月 10 日，A11 版；教育部大學生企業實習方案才 3 萬 3 千個名額，補助月薪 2 萬 2 千元，到企業打工一年。



所以，承上而來的推論，職業訓練的經費主要還是應該由企業界自行負擔，政府機關頂多只扮演部分補助的角色而已<sup>63</sup>。蓋如從企業訓練各種受訓者及實習者具有極大的留用可能性、以及在企業訓練期間所提供的工作也具有一定的經濟價值來看，由企業負擔訓練費用實具有相當程度的正當性與合理性。吾人如觀我國職訓法第 27 條規定，即帶有企業負擔的內涵。依之，「應辦職業訓練之事業機構，其每年實支之職業訓練費用，不得低於當年度營業額之規定比率。其低於規定比率者，應於規定期限內，將差額繳交中央主管機關設置之職業訓練基金，以供統籌辦理職業訓練之用（第 27 條第 1 項）。前項事業機構之業別、規模、職業訓練費用比率、差額繳納期限及職業訓練基金之設置、管理、運用辦法，由行政院定之（第 27 條第 2 項）。<sup>64</sup>」

然而，上述職訓法第 27 條第 2 項之有關職業訓練基金的辦法，行政院至今似乎尚未公布施行。所以，職業訓練為企業主之責任，事業單位應為之支付一定比例訓練費用之規定，目前並未施行。目前實務上所進行的各種訓練費用，除了企業界自行基於人才須要而自行負擔外，有相當多的費用是由行政院勞委會所掌管的就業安定基金<sup>65</sup>及就業保險基金所支出或（全部或部分）補

<sup>63</sup> 聯合晚報，郭董：學生應早入職場，2009 年 3 月 29 日，A1 版：他說，除了政府補貼大學畢業生到企業，企業亦應負起培訓責任；所以鴻海還將增加培訓三年，希望其他企業也能跟進，郭台銘也呼籲企業界要多負起培訓人才責任，因為人才培訓不能單靠政府來做。又，工商時報，郭台銘：經濟完全復甦 起碼須 3 年，2009 年 3 月 30 日，A2 版：教育部全額補貼薪資讓大專生到企業實習 1 年，郭台銘表示，培訓一個人若 1 年就走掉，這是很大的損失，鴻海願意帶頭僱用 3 年，大學畢業生 1 年實習、2 年培訓，下一波經濟起來時就是贏家。

<sup>64</sup> 依據台灣職訓法第 40 條規定，「依第 27 條規定，應繳交職業訓練費用差額而未依規定繳交者，自規定期限屆滿之次日起，至差額繳清日止，每週一日加繳欠繳差額百分之零點二滯納金。但以不超過欠繳差額一倍為限。」

<sup>65</sup> 依據就業安定基金收支保管及運用辦法第 5 條第 1 項規定，就業安定基金之用途包括辦理加強實施職業訓練及就業資訊等事項。對於此種性質屬於特種

助。其中，組成就業保險基金的就業保險費，就有 70% 保費是由雇主所繳納。因此，也可以說企業界事實上已（迂迴地）部分負擔訓練費用。在我國，由於中小企業林立，故其在訓練經費上本來就有所不足，另一方面，中小型企業所能提供的職業訓練的職類，也可能比較不具有未來性及其訓練的品質可能無法與大型廠場相比<sup>66</sup>，因此，由設立於廠場 / 企業外的聯合訓練中心（例如行政院勞委會職業訓練局所設立的六大職業訓練中心）來進行各種職業訓練，即有其必要性。然而，無論如何，本文以為企業界最清楚自己須要那些人才，故原則上由其自行進行各種訓練，並且負擔因此所產生的費用，如此，也才能避免職訓中心訓用不一及浪費國家資源的現象。

## 參、實習生的勞工法律問題

### 一、一般

首先欲指出者，實習生，是指短暫地在廠場中工作，以學得準備一個工作（含學術工作）所須要的知識與經驗之人<sup>67</sup>。實習課程的設計，是在學業進行中或結束後加入實務的課程<sup>68</sup>，將理

---

基金的就業基金，職業訓練單位卻將基金用途擴充到「一般性」、「常態性」、「例行性」的業務，導致與應以公務預算支應之業務混淆不清的現象，其批評參劉梅君，就業保險法及就業安定基金初探—社會融合之強化？或社會排除的惡化？，就業安全相關議題之探討研討會，中華救助總會主辦，2007年5月24日，頁155以下。

<sup>66</sup> Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 22. Aufl., 1997, 517:在德國，大型廠場養成訓練的機會不斷地消退，反而是小型廠場的訓練機會增長，這代表了養成訓練品質的下降、以及養成訓練的位置是在較不具未來發展性的職業。

<sup>67</sup> BAG v. 5.8.1965, AP Nr. 2 zu § 21 KSchG.

<sup>68</sup> 理論上，實習生先與事業單位成立實習關係，然後再至職業學校進行學科教學，應亦無不可。德國的雙軌課程就是「先實務」後理論，而且，廠場可

論與實務結合，實習生經由職場中實際的工作習得必要的知識與經驗，便於將來職場的發展。經由實習過程，也使得年輕人有機會在實務訓練中或學業中，得以一窺實務的現況，並且藉以確定選擇職業的方向（Berufswahlorientierung）。

雖然實習契約關係（Praktikantenvertrag）的種類／形式不一，但一般而言，其與技術生訓練關係或養成訓練關係並不完全相同。先就其相同者而言，三者的重點都是置於養成訓練／基礎訓練的目的<sup>69</sup>、且均有完成事業單位所交代之任務。至於其不同者，在養成訓練關係或技術生訓練關係中，都是在進行一項有體系的職業訓練。而在實習生關係中卻不進行一個有體系的職業訓練<sup>70</sup>，而是其實際操作的工作，通常只是一個整個技職教育或整體養成訓練（Gesamtausbildung）的一部分而已，例如是學校入學許可或畢業的條件或職業許可的先決條件<sup>71</sup>。惟如果是建教生在事業單位（建教合作機構）內的實習，且其符合技術生訓練職類之一者，則建教生即與技術生合而為一<sup>72</sup>。在此種情況下，當事人雙方之權利義務關係，即可依據技術生的相關規定處理之。較有問題的是，假使事業單位（含建教合作機構）係以實習生的

---

以借貸、獎學金或其他的方式，幫助學生完成學業。參 Natzel, Duale Studiengänge – arbeitsrechtliches Neuland? NZA 2008, 567 ff.

<sup>69</sup> 所以，在三種關係下，工資額度的高低，主要視受訓者費用補償（Aufwandsentschädigung）或生活費用補助的需求而定。

<sup>70</sup> 同理，見習生契約（Volontariatsvertrag）也不是在做一個有系統的職業訓練。BAG v. 18.3.2008, NZA 2008, 1004 ff. 台灣勞基法第 64 條第 3 項只有見習生的規定，而無實習生的規定，兩者並不相同，似有加以區分的必要。德國學者認為針對實習生所演變出來的原理原則，也可準用於見習生，此應可作為我國處理此一問題參考之用。參 Orłowski, Praktikantenverträge – transparente Regelung notwendig! RdA 2009, 39.

<sup>71</sup> BAG AP Nr. 3 zu § 3 BAT.

<sup>72</sup> 如此看來，高級職業學校建教合作實施辦法第 2 條第 2 項規定，「參與建教合作之學生，在建教合作機構稱為技術生。」似乎即有問題，或者至少說不是那麼精確。

名義直接聘僱之，在一定期間內（短暫地）從事實習工作者，則其關係的重點是否尚在養成訓練的目的與學習的目的？如何界定雙方之法律關係？此將於下面加以說明。

其次，有關實習生契約關係的法律規範，如其屬於建教生之本質者，則其除了勞基法第 64 條第 3 項有準用技術生之規定、因此可以準用勞基法第 65 條以下規定外<sup>73</sup>，究竟還有那些法令規定？對此，由於職業訓練法中亦有技術生訓練規定，因此亦可準用於實習生。尤其重要的是，由於必須進行實習訓練者，大都集中在技職院校學生，所以，由教育部主管之職業學校法、高級職業學校建教合作實施辦法<sup>74</sup>、專科學校法等教育法令，自然是適用的主要規範所在。至於在民國 99 年 8 月間為各界所討論之、由教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」，則是企圖將現行針對建教生之勞工法規及建教合作法規加以整合，落實以法律保障建教生權益之目的。其具有法律明確性及法律安定性的目的與功能，自不待言<sup>75</sup>。如其確能通過立法，則將會是一特別法的型式，排除勞基法及職訓法之適用<sup>76</sup>。惟因該草案的立法通過，尚有許多的變數存在，故吾人對於該草案關注的重點，反而應該集中在其與建教生權益有關的實質規定，例如第 12 條的建教生訓練契約、第 13 條之建教生訓練契約

<sup>73</sup> 令人疑惑的是，勞基法第 69 條有技術生準用的規定。如將其與第 64 條第 3 項相對照，即會出現一個所謂「準用的準用」的立法模式。此種立法方式，從立法技巧上看是否可取？是否會增添法律不確定之處？

<sup>74</sup> 一般性的介紹，參黃越欽，勞動法新論，翰蘆，2012 年 9 月，頁 155 以下。

<sup>75</sup> 相關討論，參自由時報，勞團質疑 建教生專法保障不周延，2010 年 8 月 4 日，A8 版；聯合報，比外勞還不如 3.5 萬建教生拒當賤價生，2010 年 8 月 5 日，A8 版。須注意者，顧名思義，此一法律草案並不適用於公私立大專院校或技術學院學生的實習關係。

<sup>76</sup> 此一法律草案將建教生明確定位為非勞工，所以當然排除勞基法之適用。而且，該法中亦無準用勞基法之規定，全文中亦無準用技術生之規定，所以，顯然地，立法者確知建教生的獨特地位，而思在此專法中加以處理。

禁止約定事項等。此亦會在本文中加以探討。

其實，上述教育法規與勞工法規競合之現象，並無法以實習生 / 建教生外表有在為事業單位工作之表徵或者聽從事業單位所有有權責者（*Verantwortlicher*）的指揮命令，即認為勞工法規（尤其是勞基法）有其優先適用的餘地。而是，應將實習工作區分為是否為學習課程的一部分，而認定其有無職訓法的適用<sup>77</sup>。如否，則是適用職訓法規。如是，則在此種情況，由規範學習課程的法規（即教育法規）取代職訓法規<sup>78</sup>（即使實務訓練是大學的、或高等學校的、或專科學校的課程的一部分，亦不存在職訓法中所規定的職業的養成訓練）<sup>79</sup>。教育法規係以事業單位與學校的訓練的合作作為出發點，切割雙方各自負擔的職責範圍。此種實習是被國家所承認的，且透過技職院校與事業單位簽約而完成。此處並不區分公立學校或私立學校，亦即當私校同樣實施國家所定的實習規定、且其職場學分的採認與考試的規定與公立學校的規定相當時，則其所進行的實習課程也適用教育法規、而非職訓法規<sup>80</sup>。

承上，即使在技職院校教育範圍內的實習契約不受勞工法之適用，但是，其契約條款（例如雙方所約定的終止實習契約條款）仍必須受到一般私法中-尤其是民法中的-強制禁止規定的檢驗。

<sup>77</sup> 依據德國職訓法第3條第2項第1款規定，職業的技術學院的學生不受該法的適用。與德國不同的是，台灣職訓法並無如此排除適用的規定。雖然如此，解釋上仍應採不適用說較為妥當。

<sup>78</sup> 德國（2005年3月23日）最新修正的職業訓練法第3條第2項第1款，即是如此規定。聯邦勞工法院在一連串的判決中，認為職業的技術學院的學生並不受到職訓法的適用。BAG v. 27.9.2006, EzB Nr. 7 zu § 5 ArbGG unter II. 1; BAG v. 16.10.2002, AP Nr. 181 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie, unter B. II.

<sup>79</sup> BAG v. 16.10.2002, AP Nr. 181 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie, unter B. II. 3. b) bb).在這種情況，也可以反過來說：學生接受實習期間，並不受到勞工法的保障。尤其是沒有工資請求權及特別休假請求權。

<sup>80</sup> BAG v. 18.11.2008, NZA 2009, 437.

即使是公法的學術規章規定要有一個學年的實習課程，也改變不了事業單位與實習生間的實習契約，必須受到民法檢驗的事實。雖然實習生契約 / 建教生訓練契約不一定限於書面的要式契約始為有效<sup>81</sup>，但是，為了獲得教育主管機關的備查，書面契約應該是最為主要的方式。為此，技職院校的實習可能透過定型化的契約進行，因此自然必須受到定型化契約條款的審查

(AGB-Kontrolle) (台灣民法第 247 條之 1)。又，如果學校不只是協調建教生與建教合作機構簽約，而且也提供契約範本，此一契約仍然須要經過定型化契約條款的審查<sup>82</sup>。

三者，由於在實習訓練關係中，可能存在事業單位（建教合作機構）、學生、學校三方當事人，則其間的法律關係如何定位<sup>83</sup>？先就學生與學校的關係而言，應該係一公法的關係，雙方必須受到教育法規、學術規章、以及校內規定的拘束。在學校與事業單位間，則是成立一私法性質的合作契約（委任契約），事業單位既非受託人（Beliehene）亦非行政助手（Verwaltungshelfer），其並不行使公法上的權利。至於學生與事業單位間的實務訓練，雙方並不是在成立一個公法的僱傭關係（ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis），毋寧係在成立一個私法性質的契約<sup>84</sup>。雙方因訓練契約的內容或執行所發生的爭議，應由民事法院管轄審理<sup>85</sup>。且由於建教生雖非勞工，但其實務訓練（操作）仍然帶有一

<sup>81</sup> 按照勞基法第 64 條以下規定之技術生（養成工、見習生）訓練契約，其書面契約之要求，也不是生效要件。雇主違反時，僅受到行政罰鍰的制裁而已。

<sup>82</sup> Hirdina, Rechtsfragen zur Kündigung eines Praktikumsvertrags, NZA 2008, 917.

<sup>83</sup> 中國時報，大學盼教部訂實習獎勵辦法，2010 年 3 月 21 日，A3 版：大專院校主張，為避免與提供見習職缺企業，衍生權利義務糾紛，教育部應擬定校外實習與獎勵辦法。

<sup>84</sup> Brecht-Heitzmann, Die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien für Studierende der Berufsakademien, RdA 2008, 283 f.

<sup>85</sup> 依據民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 26 條規定，是先由學校協助溝通，如無效，再向建

定勞務的價值，所以準用勞資爭議處理法的規定，應亦具有相當程度的合理性。在本質上，此種學生與事業單位、學校同時存在兩種法律關係，其並無法切割獨立生存，但卻具有自我的意義。某種程度而言，該實習生同時具有學生與受訓者的雙重身份。在這裡，原則上學校與學生間法律關係的產生及繼續存在，是企業與學生間存在有效的法律關係的前提<sup>86</sup>。惟實習生訓練契約的結束，並不表示當然會使得學校與學生間法律關係自動瓦解。此顯示出：有兩個各自獨立的法律關係存在<sup>87</sup>。這意味著：當學生在學期中被開除學籍時，企業雖可終止訓練關係，但是，負責訓練的企業仍然必須做出一個意思表示，雙方的法律關係始會終止<sup>88</sup>。

再者，建教生與建教合作機構之簽訂建教生訓練契約<sup>89</sup>，仍然有契約自由原則的適用。在此，事業單位並不會被強制一定要

---

教合作協調會申請協調。此種規定較為柔性，是否能發揮效果？頗堪憂慮。

<sup>86</sup> Brecht-Heitzmann, a.a.O., (Fn. 84), 284:依據Baden-Württemberg 邦高等學校法第 88 條第 1 項之規定，職業的技術學院給予申請入學許可的前提，是該學生已與一適當的養成訓練場所簽訂一個養成訓練契約。再依據該條第 3 項規定，假設學生的養成訓練關係結束、而在其後八週之內未再簽訂一新的養成訓練契約時，職業的技術學院應撤銷入學許可。這表示企業與受訓者間存在有效的法律關係，係職業的技術學院與學生間法律關係的產生及繼續存在的前提。

<sup>87</sup> Brecht-Heitzmann, a.a.O., (Fn. 84), 284:從另一方面來說，養成訓練契約是屬於按照德國民法第 158 條第 1 項（作者按：相當於台灣民法第 99 條第 1 項）規定之附停止條件（aufschiebende Bedingung）的法律行為。亦即，只有在學生依據邦高等教育法第 88 條之規定取得入學許可的前提下，養成訓練契約始會生效。

<sup>88</sup> 這裡還會發生一個法律疑義，亦即當企業未作終止訓練的意思表示時，則企業與已經喪失學生身份的實習生往後的法律關係，究應如何處理？是否仍為實習生訓練契約？或者已質變為一般的勞動關係（例如變成助手契約或雜工契約）？對此，本文以為宜準用事實上的勞動關係處理，即將喪失學生身份後的工作期間，視同為一般勞動關係處理，但當事人雙方可隨時終止契約關係。

<sup>89</sup> 德國學者 Natzel 稱此為「進行實務訓練契約（Vertrag zur Durchführung eines Studienpraktikums)」。Natzel, a.a.O., (Fn. 68), 569.

接受建教生的到廠實習。事業單位可以拒絕與學校成立一建教合作契約，也可以拒絕與建教生訂立一建教生訓練契約。同樣地，建教生也可以自由選擇想要實習的事業單位，學校並不能代替其決定實習單位<sup>90</sup>。至於事業單位之進用建教生，亦會受到一定人數或比例之限制。亦即依據勞基法第 64 條第 3 項之準用第 68 條規定，建教生亦受有「不得超過勞工人數四分之一」之限制。其目的是在避免雇主濫收建教生之流弊<sup>91</sup>。在契約自由上，為了讓建教生及事業單位均能確定對方是進行實習關係的適當對手，並於其發現對方不能達到實習之目的時可以立即脫身（終止實習契約），建教訓練契約中應可自由約定試訓期間也<sup>92</sup>。

契約自由原則於建教生訓練契約中之運用，最主要是顯現在契約內容的約定上。對此，參考民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 12 條第 1 項規定，總共有九項的事項，分別是 1、訓練項目，2、訓練時間，3、訓練計畫，4、訓練及休息時間，5、建教合作機構給付建教生膳宿及交通津貼之計算基準，6、生活津貼給與方式及計算基準，7、勞工保險及團體保險，8、訓練證明之發給，9、終止契約之事由及程序。對於這些事項，本文以為其僅是「重要

<sup>90</sup> 建教生為未成年人時，建教生訓練契約之簽訂，應得法定代理人之同意。且為了明確雙方之權利義務，除了法定代理人及事業單位各有一份契約範本外，建教生也應該要執有一份。

<sup>91</sup> 其實，此種人數的限制是否有必要，並非無疑。蓋只要資訊公開，學生即可在學校的協調下，自行選擇滿意的事業單位實習。學校如能事後盡到訪視事業單位及輔導學生解決實習所遭遇到的困難，應該可以盡量減低雇主濫用的流弊。如觀現行有效之高級職業學校建教合作實施辦法，亦無建教生人數之限制。因此，民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 7 條第 2 項規定，有針對建教合作機構經營型態、管理制度、工作特性、季節性及地域或行業等因素，放寬建教生最多到勞工總數 1/2 之人數，應屬正確之舉。

<sup>92</sup> 反對說，Hirdina, a.a.O., (Fn. 82), 917.



內容 (wesentlicher Inhalt)」的記載而已，也就是最低限度的保障。當事人雙方當得對於其他的事項加以約定，例如事業單位要求學生提出國中畢業證書。另外，為確定技術生訓練契約與教育法規的連結，理應在第一項即明訂實務訓練的進行應該依據學術規章的規定為之。契約中亦應訂明以傳授實務經驗為標的，至於在訓練期間是否保留給學生一定預習及複習學業的時間，似乎亦值得考慮納入<sup>93</sup>。較有爭議的是，訓練契約中得否約定諸如競業禁止條款、返還訓練費用條款、以及留用條款等有礙於建教生職涯發展的條款？此將於下面加以說明。

上述契約自由原則，對於不在建教生訓練契約或產學職專班或技職院校或專科學校實習契約內之訓練，例如公私立補習機構（專門訓練舞蹈教師的單位）或個人工作室（例如刺青與穿孔工作室），原則上亦有適用餘地。在此，這些單位與受訓者可以準用現行有效的法規（例如勞基法第 64 條以下規定、高級職業學校建教合作實施辦法等），或者參考民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 12 條第 1 項規定<sup>94</sup>，擬定出雙方均可接受的契約條款。

## 二、身份

有關實習生之法律地位，應該區分成建教生 / 技術學院學生、青年職場體驗計畫 / 大專畢業生企業職場實習方案、以及補習機構 / 個人工作室之實習生，而分別加以定位。

<sup>93</sup> 但是，這在台灣做得到嗎？尤其是產學專班學生上班五天、學習一天、休息一天者。惟無庸訂明的是，在學生到校學習時，廠場負有免除其勞務之義務。

<sup>94</sup> MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 141.

(一)基於學術規章要求之實習生：建教生 / 技職院校學生

所謂基於學術規章，係指依據教育法規、以及校內規定等，必須完成實習課程，始會完成學業（畢業）者。實習生關係如係基於建教生或技術學院（大專院校）所要求的義務實習而來，則其身份的界定，必須考量契約的本質而定。對此，德國學者間有認為此種實務訓練，與職訓法中的職業的養成訓練的構成要素相符者，故可以將之納入團體協約人的適用範圍，即其身份為勞工者<sup>95</sup>。也有學者將之歸類為「特殊的勞動關係(besonderes Arbeitsverhältnis)」<sup>96</sup>，蓋與一般的勞動關係相較，此處的訓練關係具有養成訓練的目的，而在權利義務上稍作修正。但是，當事人雙方的主要義務仍然在提供勞務與給付工資。即使技術學院的學生，其身份也是勞工法院法第 5 條第 1 項第 1 句所指之勞工。該學生雖不在職訓法的適用範圍之內，但他在接受廠場的養成訓練之時，也是屬於廠場的養成訓練。其必須在勞務的內容、時間及地點上，接受施訓者（事業單位）的指揮命令<sup>97</sup>。

針對職業的技術學院學生在養成訓練時之工作，是否即將之界定為勞工？德國有關勞工概念的論述，可以追溯至 Hueck 及 Nipperdey 時代<sup>98</sup>。聯邦勞工法院則是以人格從屬性的程度而定，

<sup>95</sup> 參 Brecht-Heitzmann, a.a.O., (Fn. 84), 276 f.

<sup>96</sup> Thüsing, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl., 2007, § 1 Rn. 394. Natzel, a.a.O., (Fn. 68), 568:由於接受實務訓練之學生的法律關係，無法將之歸類為受訓者、或是職訓法第 26 條之其他的契約關係、或是勞工，因此，正確而言，可以將之歸類為具有獨自 / 特性格的契約關係。蓋相較於其他的契約關係，此種契約最大的不同點，是其在學科課程之中加入實務的階段。學生必須在學期之中，將與學科不可分割的實務課程完成。

<sup>97</sup> Brecht-Heitzmann, a.a.O., (Fn. 84), 276 f.惟 Brecht-Heitzmann 主張聯邦勞工法院是認為職業的技術學院的學生，其身份是勞工。本文則認為 Brecht-Heitzmann 的見解錯誤，蓋 BAG 根本未提到勞工的概念問題。BAG v. 22.6.1972, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Ausbildungsverhältnis.

<sup>98</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrb. des Arbeitsrecht, 1. Aufl., 1927, 37.其實對於從屬性之

並且將之具體化到幾個標準。此必須依據個案而定，並且按照個案的整體狀況加以評價。居關鍵地位的，是工作時實際上所受到的指揮命令<sup>99</sup>。惟如由從屬性來看，建教生或實習生受到事業單位的拘束，其強度並不一定較一般勞工為弱<sup>100</sup>。換言之，職業的技術學院學生（建教生或實習生）的實務訓練，慣例是在廠場的不同部門進行，而且通常會在每個部門待上一個月或數個月的時間。當是時，學生固然可以表達想要到那些地方實務訓練的意願，但企業擁有最後的決定權，這常常已在實習訓練契約中訂明。甚至在經濟領域的雙軌課程中，其養成訓練契約規定：只要是達成養成訓練目的所必要時，養成訓練的場所即可將學生派往其他養成訓練場所或地方實習<sup>101</sup>。在將學生安置於養成訓練場所時，事業單位必須按照學習計畫取得職業的技術學院的同意、且訓練場所應及時地通知該學生。這表示受訓者有關勞務提供的地方，受到養成訓練場所指示權的拘束（已納入廠場的組織中）<sup>102</sup>。

---

定義，德國早在 1920 年代即有兩種學說的爭議，一種為 Hueck 所代表之通說，係以工作時受到指揮命令為準；另一種為 Nikisch 所主張，認為應以勞動者是否納入他人的生產組織、雇主的家庭生活或私人生活領域為準。惟今日兩種學說絕大部分已互相重疊，難以區分。另參 Nikisch, *Arbeitsrecht*, 1. Aufl., 1926, 6.

<sup>99</sup> BAG v. 14.3.2007, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit; BAG v. 15.11.2005, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit; BAG v. 25.5.2005, AP Nr. 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit.我國有關勞工概念之論述，參陳繼盛，我國勞動契約法制之研究，行政院勞工委員會委託研究，1989 年 7 月，頁 12 以下、頁 141 以下；黃程貫，勞動法，空中大學，2001 年 6 月，頁 63 以下；劉志鵬，勞動法理論與判決研究，元照，2000 年 5 月，頁 5；邱駿彥，勞動基準法上勞工之定義 - 台灣台中地方法院 75 年度訴字第 5026 號判決評釋，勞動法裁判選輯（二），元照，1999 年 12 月，頁 94 以下。

<sup>100</sup> 基於建教生或實習生訓練關係的特殊性，建教生或實習生所受到拘束的義務範圍，甚至可能要比一般勞工來得廣。

<sup>101</sup> 在台灣，這應該不必受到（適用於勞工的）調動五原則的拘束。

<sup>102</sup> Brecht-Heitzmann, a.a.O., (Fn. 84), 279 f., 282:所謂納入廠場的組織，係指從人事的方面來看，與企業內的其他同事合作，而從物質方面來看，企業提供工具與物質供使用。

如上所述，建教生及實習生在事業單位中，於其接受指揮命令而進行實務操作時，外表上與勞工並無何軒輊。因此，在認定建教生或實習生是否為勞工身份或特殊的勞動者時，實際上還是必須以實習契約的目的為準。即其係以養成訓練目的及學習目的為契約的本質，而非在於以勞務換取工資<sup>103</sup>。至於受訓者 / 技術生 / 建教生之被納入團體協約，係以受訓者 / 技術生 / 建教生的身份加入，與其是否為勞工身份無必然關連<sup>104</sup>。即使某些德國法律規定，本法的受僱人，係指……技術生 / 接受職業訓練的受僱人（zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte）<sup>105</sup>，其也只是基於法律擴充適用的考量而已，目的並不在於將受訓者或技術生界定為勞工。

這些實習生的身份本質上仍為學生，亦即其只具有學生實習員（Schülerpraktikant）的身份，並未被納入進行實習的廠場組織中負責特定業務的執行或完成<sup>106</sup>。在這種情況下，實習工作只是整體學習課程的一部分，其本無職訓法的適用。就建教生訓練契約或實習生契約的主要義務而言，並非在提供勞務以換取工資，而是在努力的學習職業技術及用心教養學生專業能力與人格品

<sup>103</sup> 假設學生係在提供具從屬性的勞務者，例如大學工讀生（Werkstudent），則其即與建教生或技術學院的學生不同。工讀生是在進行學業的同時，去接受一個有酬的工作，故該僱用關係受到一般勞工法令的規範。

相對地，從學習的目的出發，假設有一位博士生為了研究工作的須要而在企業內工作，而企業係以提供資助或生活費的補助，幫助科學新秀或助成其完成科學工作者，則該博士生並非勞工。Natzel, a.a.O., (Fn. 68), 568 f.

<sup>104</sup> 德國學者一般認為團體協約當事人的規範權限，會及於職訓法中的受訓者。Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl., 2004, § 1 Rn. 26.

<sup>105</sup> 例如德國 2006 年 8 月 14 日的一般的平等待遇法（Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG）第 6 條規定、1994 年 6 月 24 日之工作場所騷擾防治法（Beschäftigtenschutzgesetz）第 1 條規定。又，依據歐盟條約第 141 條之規定，男女從事同樣的工作時，應獲得同等的工資。…薪資平等原則也準用於技術生 / 為接受職業訓練的受僱人、類似勞工的法律關係。

<sup>106</sup> BAG v. 18.11.2008, NZA 2009, 437.

德的形成。此種主要義務是教養義務的內涵，在民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 15 條規定中，即已表達相當清楚。該條文中臚列了建教合作機構的義務<sup>107</sup>，包括提供良好之訓練環境，安排建教生到相關部門學習職業技能<sup>108</sup>，並培養優良之工作態度及職業道德（第 1 項）；訓練活動應與建教生所學職業科別之內涵有關，<sup>109</sup>並注意建教生之身心健康（第 2 項）；建教合作機構應依訓練計畫，指派專人負責建教生之技能訓練及生活輔導（第 3 項）<sup>110</sup>；建教合作機構安排訓練時，不得影響建教生到校上課等<sup>111</sup>。

承上，為了維護建教生的身心健康及人格的健全發展，草案第 18 條並且規定了訓練時間及休息時間，包括每日訓練時間不得超過八小時，且不得於午後十時至翌晨六時之時間內受訓（第 1 項）；建教生繼續受訓四小時，至少應有三分鐘之休息（第 2 項）；建教生受訓期間，每七日至少應有一日之休息（第 3 項）。整體來看，此一規定應係參照勞基法第 44 條以下有關童工的規定而制定。本來，依據勞基法第 64 條第 3 項及第 69 條規定，建

<sup>107</sup> 可惜的是，該草案中並未規定建教生的義務。

<sup>108</sup> 所謂「相關部門」，係指與建教生科別有關之幾個部門，假設建教生只待在一部門實習，會比較像是在提供勞務，也較有可能被認定或誤認為勞工。

<sup>109</sup> 何謂「內涵」？外圍會不會太大？此處似可參考勞基法施行細則第 35 條規定之立法精神，對之予以限縮。依之，「雇主不得使技術生從事家事、雜役及其他非學習技能為目的之工作。但從事事業場所內之清潔整頓、器具工具及機械之清理者不在此限。」

<sup>110</sup> 此處的專人，是指「對話夥伴」，不必要一定是職訓法第 24 條規定以下之職業訓練師。但是，與我國不同的是，在德國，為了讓實務部分的養成訓練得以順利進行，特別是在一些大企業中存在著所謂的「職業的技術訓練小組（BA-Team）」。偶而，在這一小組中也有照顧者（Betreuer）的設置，作為受訓者的直接談話對象。

<sup>111</sup> 這表示事業單位負有敦促建教生去職業學校上課、免除勞務及必要時檢視學校報告（Berichtshefte）的義務。解釋上，此一規定與德國職訓法第 14 條第 1 項第 4 款及第 15 條規定相同。

教生即可準用童工之規定<sup>112</sup>。所以，此一立法模式並無足怪者。只不過，須注意者，建教生並不以青少年為限，而是包括成年人在內。如果是成年建教生，則草案第 18 條第 1 項下半段之「且不得於午後十時至翌晨六時之時間內受訓」，是否有其必要性？並非無疑。其次，即使是針對未成年的建教生，其受訓時間不得超過八小時（類似加班），可否以輪班的方式行之？似非無疑<sup>113</sup>。同樣可疑的是，針對未成年的建教生，如果是繼續受訓四小時，至少應有三分鐘之休息（第 2 項）、以及每七日至少應有一日之休息（第 3 項），則其與成年建教生或成年勞工相較，並無何優待之處，此顯然未考量到其身體及心靈發展的須要，並不可取<sup>114</sup>。

綜上說明，建教生及實習生係在事業單位中學習職業技術，不應將之定位為勞工。我國勞工主管機關也從建教生非勞工的角度，認為建教生毋須加入工會<sup>115</sup>、以及事業單位無須為建教生扣提職工福利金<sup>116</sup>。雖然如此，既然是實習，事業單位即必須出具一經過規劃的訓練計畫，否則，假使事業單位並無一個實習計畫或者並未讓實習生到不同部門實際操作，而只是一直的或絕大部分時間待在同一部門工作、尤其是將在學校學得的理論直接運用

<sup>112</sup> 當然，如果建教生已經成年了，即無童工規定之準用。

<sup>113</sup> 反對說，Brecht-Heitzmann, a.a.O., (Fn. 84), 282.

<sup>114</sup> 由此看來，草案第 18 條第 5 項規定「建教生年滿十六歲」者，建教合作機構可以與之另行約定訓練及休息時間，擴大未成年建教生的不利益，更不值採。

<sup>115</sup> 內政部 63 年 9 月 17 日台內勞字第 600064 號函：「建教合作之學生，與季節性工人性質不同，毋需加入工會為會員。」

<sup>116</sup> 行政院勞工委員會 84 年 1 月 12 日(84)台勞福一字第 100157 號：「查職工福利金條例第 2 條第 1 項第 3 款規定，事業單位應於每月每位職員、工人薪津內扣收百分之〇、五為職工福利金。事業單位之建教合作生，如係屬僱用並投保勞工保險及給付薪津者，則應依前述規定扣提職工福利金，加入職工福利委員會。至其福利之享受，可由職工福利委員會訂定公平、合理之辦法辦理之。」

到工作上，為事業單位賺取經濟上利益時，則例外地按照個案認定其為勞工，應該具有相當程度的正當性與合理性<sup>117</sup>。

## (二)非基於學術規章要求之實習生：青年職場體驗計畫 / 大專畢業生企業職場實習方案、補習機構之實習

除了上述建教生及技職院校學生係基於法令規定及學術規章要求，必須完成一定時數或一定學分數的實務訓練始能畢 / 結業外，還有一些實習措施是由政府機關或者廠商所自主發動者。前者，主要係出自於促進就業的想法，想藉由媒介實習生到廠商實習的經過，達到實習生留用之目的，並且達到降低失業率的施政目標；後者，則是廠商以實習生的名義進用已完成學業或已完成訓練的人，只給予少許的工資或者根本未給予工資。經過實習過程後，廠商可以自由（行）決定是否留用（除非契約明定廠商有留用之義務）。此兩種實習訓練，開啟了年輕畢業生（及成年人）進入職場之道。但是，卻也可能造成（廠商以較低的工資及勞動條件）取代長期的、固定的職工（尤其是中高齡勞工）的工作位置，而形成職場上僱用關係不穩定的後果<sup>118</sup>。此處，尤其須釐清的是，這些非基於學術規章要求的實習關係，究竟與基於學術規章要求之實習關係有無不同？在法律地位及工作條件的界定上，是否應該作不同的處理？

首先欲一言者，就我國政府以實習生或見習生（Volontär）的名義，所採行的促進就業措施來看，近幾年所推動的青年職場體驗計畫及大專畢業生到企業職場實習方案可謂代表作。前者，

<sup>117</sup> 聯合報，比外勞還不如 3.5 萬建教生拒當賤價生，2010 年 8 月 5 日，A8 版。  
文中提到建教生與一般基層作業員一樣工作，成為廉價勞工，比外勞還不如。本文以為果然如此，那麼，即應實質地認定其是否為勞工。Maties, Generation Praktikum, RdA 2007, 138 f.; BAG v. 6.5.1998, AP Nr. 95 zu § 611 BGB.

<sup>118</sup> Sittard/Lampe, a.a.O., (Fn. 12), 249 ff.

是自 2003 年底起，由經建會、勞委會及青輔會三個單位共同提出，由政府按月（部分）補貼見習青年見習訓練津貼，並由事業單位提供三個月的見習機會，作為畢業青年從學校到職場的轉銜機制。此計畫有三大功能，分別是可以作為職業探索的過程、當作工作環境或職場環境的調適期、以及業者可以將職場實驗的三個月期間當成試用期，之後，如果其認為見習者合適，便可直接轉為正職員工<sup>119</sup>。後者，是由教育部在 2009 年提出施行，教育部協調企業釋出三萬五千個工作機會<sup>120</sup>，給大學畢業生實習機會，月薪二萬二千元由政府支付。希望企業能在一年後提供正職的工作機會給表現不錯的實習畢業生。政府並且負責支付勞、健保費及年終獎金。上述兩種見習及實習過程，都涉及到身份是否為勞工的問題？也牽連到該段期間是否為試用期？訓練津貼或補助是否為工資？等問題。有待以下加以說明。

對於上述實 / 見習生勞工身份之問題，可否單純以其係在離開學校後，始進行實 / 見習訓練，即遽然採取肯定見解？對此，吾人以為並不宜如此。蓋正如同基於學術規章的實習一樣，實 / 見習訓練本來就可以在學業進行中、學業開始前、甚至學業結束後，到廠場實施。目前，台灣的職業訓練法令或勞工法令或教育法令均無對於實 / 見習（生）加以定義者<sup>121</sup>，更遑論要求實 / 見習訓練必須在學業結束之前實施。所以，基於一定政策的考量，

<sup>119</sup> 參李政青，青年職場體驗計畫成效豐，幫助青年縮短職業生涯探索期，台灣勞工季刊第 18 期，2009 年 6 月，頁 29 以下。事實上，這裡所謂的「直接轉為正職員工」，仍然須要先簽訂一個勞動契約，將法律關係由實 / 見習關係轉為勞動關係。又，由於此一見習計畫甚具代表性，而且我國政府機關似未區分見習與實習的不同，故本文以下並不嚴格區分實習生關係與見習生關係，而是兩者兼論述之。

<sup>120</sup> 依據報載，在 2009 年到 2010 年間，總計有四萬六千多人參與這項計畫。中國時報，22K 畢業後 真正考驗才開始，2010 年 4 月 18 日，A13 版。

<sup>121</sup> 同樣地，德國已制定的勞工法也沒有實習生的概念（der Begriff des Praktikanten）。



尤其是幫助青少年或中高齡等弱勢族群就業，政府本就可以適時地推動實習或見習計畫<sup>122</sup>。上述政府所推動的實 / 見習訓練，實 / 見習生均已自學校畢業。其是與事業單位間簽訂一實 / 見習訓練契約，以便學習或熟練實務的操作技巧。其是藉由實務過程，補充地造就其理論課程所無法提供的能力。理論上其不會再回到學校進行理論課程的學習。而其在職場中並不進行一個具有體系的職業的養成訓練關係。這些都是與基於學術規章所進行的實習相同，因此，認定該實習生並非勞工的身份，並無何不妥。

不可否認地，上述廠商之所以樂用或配合政府使用實 / 見習生，有不少係基於這些（潛在的）職場新鮮人具有諸如以下的共同特徵：年輕、彈性、受過良好的教育訓練、提供高品質的勞務、以及可以到處工作<sup>123</sup>。企業可以將實習作為招募潛在的職場新手的工具。而且，實 / 見習生所提供的勞務具有相當程度的經濟效益。相對地，這些實 / 見習生之所以投入廠商處工作，無非係基於冀望獲得永久僱用的心理。雖然實務的證明，並非所有的實 / 見習生均獲得留用，但仍然具有一定的比例<sup>124</sup>。尤其重要的是，

<sup>122</sup> 當然，這最好有法律依據，以彰顯政府長久推動之意，並且也可祛除界定實 / 見習生關係是否為勞動關係時，所產生的爭議。

<sup>123</sup> Orłowski 稱實習生及見習生關係為「困難的僱用關係（prekäre Beschäftigungsverhältnis）」。Orłowski, a.a.O., (Fn. 70), 38.

<sup>124</sup> 在青年職場體驗計畫實施六年後，平均留用率都維持在 87-88% 左右的水準。至於大專畢業生到企業實習方案約達到五成二的留用率。參李政青，同前註 119，頁 29。中國時報，禁玩開心農場 22K 實習生開除老板，2010 年 4 月 17 日，A3 版。

附帶一言者，在 2008 年，一項由德國聯邦勞動暨社會部與勞動安全暨勞動醫學機構（Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, BAuA）所共同委託的研究「甚麼是好工作？-由年輕世代的眼光看進入職場的要求」，得出介於 18 到 34 歲的人，每 5 個就有 1 個在職業的養成訓練結束後，至少接受過一項實習。如果以有完成學業的來算，則是每 4 個就有 1 個；以有接受實習經驗的人來看，每 2 人就有 1 人陳述他們受僱的時間超過 6 個月。但是，整體來講，每 5 個有接受實習的人中，只有 1 人達到他們所期望的永久僱用（Festanstellung）。更值得注意的是，幾乎半數以上的實習生無薪、且超過

實習過程讓年輕人有機會在養成訓練中或學業中，得以一窺實務的現況，並且藉以確定選擇職業的方向（Berufswahlorientierung）及習得實務的知識。這有利於其與他人競逐一個工作位置。但是，為了給予實 / 見習生再次確認所選擇的實務訓練是否確實符合其興趣及專長、另外也給予廠商再次確定實 / 見習生是否符合其營業的須要，雙方應該可以約定一合理的試訓期間。

如從學術的角度來看，上述政府機關所推動的實習生或見習生計畫，應該將之限於在一個人（青少年、成年人）目的在習得特定的工作與養成訓練所需要的實務的知識與經驗、任意地且短暫地在廠場或企業內從事職業性的實務操作。這種實務訓練的關係，既不是學術規章所要求的訓練關係、也不是職訓法的技術生訓練或養成訓練關係、更不是勞動關係<sup>125</sup>。企業殆皆會擬定一個實習計畫照表操課<sup>126</sup>。從性質上來看，此種已完成學業的實習生或見習生，其所完成的工作，經濟價值要比學術規章下的建教生或實習生所完成者為高，或者說更靠近一般勞工所提供勞務的價值、甚至難以分辨或無所軒輊<sup>127</sup>。其所接受指揮命令的拘束，也不會弱於一般勞工<sup>128</sup>。也就是具有相當近似的從屬性。其與一般

---

3/4 以上的實習生陳述他們在實習期間，至少有 50% 以上的時間被當成一般的勞工從事工作。Institut für empirische Sozialökonomie (inifes), www.inifes.de. “Publikationen“

<sup>125</sup> 在德國，職業訓練法第 26 條規定有「其他的契約關係（andere Vertragsverhältnisse）」。依據通說的見解，由該條構成要件的特徵，可以得出其特別適用於實習生、見習生、以及經過一兩年短期培訓的職工（Anlerlinge）（作者按：此一「經過一兩年短期培訓的職工」在台灣雖未法令上或學術上有所提及，但是，其性質應與實習生或見習生相近始可）。BAG AP Nr. 3 zu § 3 BAT; Hess.LAG v. 25.1.2001 – 3 SA 1818/99 – juris; ErfK/Schlachter, § 26 BBiG Nr.1, 9. Aufl. 2009.

<sup>126</sup> LAG Baden-Württemberg v. 8.2.2008 – 5 Sa 45/07, NZA 2008, 768 ff.

<sup>127</sup> BAG v. 18.3.2008, NZA 2008, 1005: 根據見習生契約，見習生必須提供無自主性的、職業性的工作。被告因此應為原告提供勞務。

<sup>128</sup> 依據德國職業訓練法第 26 條及第 13 條第 2 句第 3 款規定，真正的實習生必須遵從施訓者的指示。Hess.LAG v. 25.1.2001 – 3 SA 1818/99 – juris.

勞工在組織上具有一定程度的連結，其並負有最低限度完成廠場目的之義務（*Ein Mindestmaß an Pflichtenbindung am Betriebszweck mitwirkt*）<sup>129</sup>。而之所以承認此種實習關係或見習關係的存在，毋寧係國家教育政策及勞動政策的選擇，有意在一般勞動關係之前，再刻意創造或承認一個實習關係或見習關係的存在<sup>130</sup>。

無論如何，不問實習生或見習生外表上如何近似勞工，既然在法制上仍然要界定其為「實務訓練關係」，而非勞動關係，則自然不應將勞動關係的權利義務原封不動地適用到實習生或見習生身上。畢竟，此處的實習關係或見習關係，其主要仍在養成訓練目的及學習目的<sup>131</sup>。即養成訓練目的及學習目的高過於經濟利益的目的。在實習關係或見習關係中，事業單位也可能要求實習生還要參加一定的課程及考試。因此，要在立法上作一些限縮或修正<sup>132</sup>，或者，行政機關及司法機關在處理個案的權利義

<sup>129</sup> BAG v. 17.7.2007, NZA 2008, 417.

<sup>130</sup> 為此，教育主管機關及勞工主管機關必須有一共同的政治意志：亦即強化實習、防堵濫用、以及為實習生及企業界創造出一個適當的利益平衡。

<sup>131</sup> *Leinemann/Taubert, a.a.O., (Fn. 52), § 26 Rn. 2.*這裡要附帶一言之的是，教育部在2009~2010年所推動的22K大專畢業生赴企業實習方案，係採取全額定薪補助，隱含著強烈的政府政策及其貫徹的動機，可謂不計代價的納入勞動市場政策。相對地，緊接著22K大專畢業生赴企業實習方案所推動的就業實習補助方案，則是採取部分補助（1萬元），形式上較靠近勞工主管機關所推動的僱用獎（補）助（就業保險促進就業實施辦法第18條以下），理論上，後者更接近於真正的勞動關係。相關的一般評論，參中國時報，三振22K該退場了 別再加10K，2010年5月6日，A23版。

<sup>132</sup> 德國聯邦眾議院在2008年3月協商了「實習生保護法」草案，但是沒有結果。各界的評擊紛至沓來，諸如「聯合政府讓實習生在雨中淋雨」、「對於年輕的進入職場者的安慰，其日子永遠不會到來（auf den St. Nimmerleinstag vertröstet）」有人說，這是因為前聯邦勞動暨社會部長 Scholz 與聯邦教育部長 Schavan 未能取得共同的想法使然。Schavan 及德國工業與貿易總會共同認為：立法規範實習生的問題，將會導致企業界每年至少提供 10 萬個實習生位置。從台灣的角度來看，有關實習生及見習生的立法保護，也涉及到教育部與勞委會的共同協商取得一致的看法。Orlowski, a.a.O., (Fn. 70), 38.

務時，將學術規章下實習關係的特殊規定，予以適用或類推適用，例如訓練時間的限制、訓練津貼及書面實務訓練證明的給予等。此有賴於行政機關及司法機關逐項地具體化。

假設實習關係或見習關係的主要目的，不在於養成訓練或學習的目的。雇主是以提供勞務或賺取經濟利益的目的使用之。則即使雙方簽訂實習生契約，其亦僅是一“假象的實習

（Scheinpraktikum）”或不真正的實習關係（unechtes Praktikantenverhältnis）而已：此處主要是在接受雇主的指揮命令提供有酬的勞務、且其滿足勞工概念之要件者。雙方的法律關係可能是長期的、但也可能是短暫的。果如此，針對學術規章下實習關係的特殊規定，即無適用或準用的餘地。而是以其勞工的身份適用一般的勞工法令，包括勞基法、勞工安全衛生法及勞工保險條例等規定<sup>133</sup>。

因此，如何區分真正的及不真正的實習生關係？實際上才是真正問題的所在。蓋在定義上固然可以養成訓練目的及學習目的與提供勞務目的（經濟上的利益），作為兩者的區分。即雇主如果是要藉由實習生的工作達到最大的企業經營利益（提升廠場的生產率），那麼將會造成永久取代一個正職工作的後果。在這裡，雇主相當程度地考量藉由實習生的生產利益，以達到節省成本的目的。此種經濟上利益考量的利用工作的成果，與一般實習生之“學習目的及養成訓練目的”之交付工作，並不一樣。後者雖然與廠場的工作密切相關，對於雇主也是一個可以利用的（brauchbares）成果。但是，只要“學習目的及養成訓練目的”居於中心位置、且雇主並未持續地及有系統地獲得工作的果實

<sup>133</sup> Orłowski, a.a.O., (Fn. 70), 39.不可諱言地，在台灣，企業界的某些部門存在著不少以實習生工作隱藏勞力濫用的情形，而且，不真正的實習生常常不清楚自己的權利、或者不敢主張自己的權利或者遭遇舉證上的困難。這顯示出有必要加強此一法律的灰色地帶的保護。

者，那麼工作成果只是養成訓練的「反射（Reflex）」或附帶效應而已。相反地，相較於實習生的養成訓練利益及學習利益，雇主利用工作成果的利益居於中心位置時，即是一個真正的工作。可以說，這裡存在一個為滿足他人須要的工作。這也表示，在將「養成訓練目的」與「為企業提供勞務與創造產值」條列對照時，學習實務的知識與經驗，必須具有明顯超越的地位<sup>134</sup>。

但是，雇主的意圖通常都是隱晦不明的，想要以養成訓練目的及學習目的與經濟上的利益作為界定的標準，毋寧在廠場實務運作上是相當困難的。況且，兩者也有一些特徵是重疊的，例如可能都只是短暫的「實習關係」、所提供的勞務也都具有經濟價值，這代表其間存在著不少的灰色地帶。如從我國法律上尚乏此類規定，而學術文章及法院判決亦屬闕如，可以說，我國相當程度地欠缺可用的界定標準。雖然理論上實習生如能具體陳述及證明過去的實習生關係，實際上為勞動關係者，其即可獲得法院的救濟。但是，這並不容易。

雖然如此，從實務的操作上來看，應該可以由契約文件所得出的標準、再加上其他的輔助標準後整體評價而定。所謂由契約文件所得出的狀況，是指直接由文件得知雙方係在簽訂一真正的實習關係或不真正的實習關係。惟此可能會面臨並不存在一個書面的契約文件或者其與實際發生過的契約關係不一致的情況，此時，即無可能依據契約文件來認定其法律關係。一般認為契約文件所選取的名稱與實際的進行狀況不一致時，應以實際的狀況為準來認定其法律關係<sup>135</sup>。因此，即使當事人所取的契約名稱並非勞動契約，亦不影響勞動契約之認定<sup>136</sup>。

<sup>134</sup> LAG Baden-Württemberg v. 8.2.2008 – 5 Sa 45/07, NZA 2008, 768 ff.

<sup>135</sup> BAG AP Nr. 21 zu § 5 ArbGG; BAG AP Nr. 122 zu § 611 BGB.

<sup>136</sup> 德國聯邦勞工法院至今有關於本問題的唯一判決，係涉及一個被以管絃樂團實習生僱用的大提琴手（Kontrabassistin）的法律地位。聯邦勞工法院援引其

至於其他的輔助標準，可以包括勞動義務的存在及其範圍（尤其是工作期限的長短及工作時間的長度）、訓練津貼額度的高低、以及其他典型的勞動契約的規定（例如兼職應獲得同意）。如果實習生長期間在一個固定職位工作<sup>137</sup>、或者其也有正常的工作時間、且也必須配合加班或輪班，則顯示出為一勞動關係。在訓練津貼額度的高低方面，如其約定與一般勞工無何差異或者頗高，則理論上亦可將之評價為雙方存在一勞動關係<sup>138</sup>。只是，相反的，當事人約定的工資不高，並不能當然即認定其性格為費用補償、且雙方存在一真正的實習生關係。上述幾個特徵並不必要全部存在，而是在綜合幾個特徵的連結、強度及出現的頻率後，如能得出實習生的工作通常是由一個可供比較的、正常的勞工所完成及具有可替代性（Austauschbarkeit）時，則可以得知雙方意在於成立一勞動關係，而非實習生關係<sup>139</sup>。

一貫的見解，認為契約是否被界定為勞動契約，並不以當事人所取的契約名稱為準。因此，當事人即使將名稱取為管絃樂團實習生，也不影響其實際上契約為何的界定。BAG v. 13.3.2003, 6 AZR 564/01, juris.

<sup>137</sup> 誠然，在進行實習時，實習生通常被放置在企業中的某一部門，而沒有機會到每一個部門學習。但是，理論上，如果一個人須要跨部門實習、有上司或同事作為對話夥伴、且廠商提出一個（至少是粗糙的）實習計畫者，則大體上可以認定其為實習生關係。如此一來，跨越的部門越多，所須的實習及見習時間越長。所以，假設廠商只要實習生或見習生待在一兩個部門，則期間會相對地縮短。超出合理長度外，即有可能被認定為勞工。

<sup>138</sup> BAG v. 13.3.2003, 6 AZR 564/01, juris: 工資額度的高低，主要視受訓者費用補償（Aufwandsentschädigung）或生活費用補助的需求而定。本案中，工資的額度可以作為勞動關係的證據評價。具有決定性的，是被告給付給原告的工資數額，遠遠地超過費用補償或生活費用補助的所須。因此雙方工資的約定，反而較像勞務的對價，而不像為達成養成訓練目的而給。至於將原告稱呼為“管絃樂團實習生”，在認定雙方屬於何種契約關係時，並不具有決定性。即在法律上評價一個契約是否為勞動契約時，並不庸在意當事人對該契約的稱謂。另參 BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter.

<sup>139</sup> Orłowski, a.a.O., (Fn. 70), 42. 為了解決雇主混淆使用實習生契約以達到勞動契約目的之不法現象，Orłowski 在文章中也提出一個客觀地以外表圖像為準的量定標準。包括：1) 工作的期間與種類 / 形式；2) 為工作結果負責；3) 進

倒是，在契約典型特徵方面，所謂勞工的概念：「勞工，是依據私法契約為他人提供勞務之人。」以及從屬性的有無，並無法完全適用於此。這是因為真正的實習生也必須遵從廠商的指示工作。真正的實習生也有義務遵照廠場所定的時間到廠以及納入他人廠場組織之內<sup>140</sup>。所謂「實習生只是單純地看，跟著跑，有時候自己試一下而已」的情況，實際上很少存在。因此，一個指示權並無法單純作為區分真正的及不真正的實習生的適當證據<sup>141</sup>。至於雇主與勞工所約定的試用期，與不真正的實習關係也不能等同運用。亦即雇主不得以畢業生或初入職場者欠缺必要的實務經驗，須要再學習或者必須先“被認識”，而合理化不真正的實習關係<sup>142</sup>。況且，德國勞工法學者 Richardi 也曾說過：勞工的進入職場，目的是在使其養成訓練完成 / 美（vervollkommen）<sup>143</sup>。

綜合上面的契約文件及其他的輔助標準後，如果得出雙方關係為勞動關係後，即必須回歸到勞動關係處理其權利義務，尤其是將前幾個月的實習期間直接認定為試用勞動關係（Probearbeitsverhältnis）。又，例如訓練津貼過低時，即應以其

---

行加班；4)代理工作；5)對於其他實習生下達指揮命令；6)延長實習生契約；7)永久地作為實習生位置。

<sup>140</sup> 不同意見說，BAG v. 13.3.2003, 6 AZR 564/01, juris.

<sup>141</sup> Hess.LAG v. 25.1.2001 – 3 SA 1818/99 – juris; BAG v. 18.12.1986 – 2 AZR 717/85 – juris; BAG v. 5.12.2002 – 6 AZR 216/01 – juris; Leinemann/Taubert, a.a.O., (Fn. 52), § 26 Rn. 3; Maties, a.a.O., (Fn. 117), 135, 139.

<sup>142</sup> ArbG Berlin v. 8.1.2003 – 36 Ca 19390/02, AuR 2004, 74; LAG Württemberg v. 8.2.2008 – 5 Sa 45/07, NZA 2008, 768; Maties, a.a.O., (Fn. 117), 135, 140; Orlowski, a.a.O., (Fn. 70), 41.

理論上，一個大專院校的畢業生或完成職業的養成訓練的人，殆皆接受過好幾年的訓練，在期間內習得特定職業的廣泛的理論及方法上的知識，有者尚且通過國家的考試。在這樣的基礎上，他可以很快地學得實務上所必要的知識與經驗。當他在熟悉工作的階段，同時會學得工作的過程及組織的過程（Arbeits- und Organisationsprozesse），這是一個自然而然的事，也與勞動關係的存在不相衝突。

<sup>143</sup> Staudinger-Richardi, BGB 2005, Vorbem. Zu §§ 611 ff. Rn. 322.

違反善良風俗而認定無效。至於過低的訓練津貼 / 工資部分則應以民法第 483 條第 2 項規定的按價目表或按習慣的標準取代之<sup>144</sup>。更重要的是，雇主如欲否定之，即應舉證實習生關係之作業時間及整個實習過程，實際上重心是放在養成訓練目的及學習目的上。

由上面敘述觀之，實習生關係之運用，固然給予實習生熟練職業技術的機會，但似乎也帶著很高的風險性，對於不真正的實習生造成權益的不保。為此，不僅是司法機關應由個案認定的方式，逐案地確定假像實習生及見習生的權益。此外，立法者也有必要從法律安定性及明確性的角度，進一步明確化及細部化法令的規定，諸如將實習生及見習生關係限於書面的要式契約始為有效<sup>145</sup>、明定實習生及見習生的定義、明定實習關係及見習關係的最長期限（例如以六個月為限）<sup>146</sup>、甚至明定最低的訓練津貼或

<sup>144</sup> 在德國，實習生契約所約定的訓練津貼 / 工資過低時，已經符合德國民法第 138 條第 2 項薪資重利 (Lohnwucher) 的構成要件，因此為無效。該薪資重利會導致整個契約嗣後失效，至於過低的訓練津貼 / 工資則應以德國民法第 612 條第 2 項的一般的工資 (übliche Vergütung) 取代之。LAG Baden-Württemberg v. 8.2.2008 – 5 Sa 45/07, NZA 2008, 768 ff.

<sup>145</sup> 書面契約的要求，也有利於實習生在訴訟程序上權利的主張。

<sup>146</sup> Orłowski, a.a.O., (Fn. 70), 43 f. 除此之外，為了改善實習生無法舉證或難以舉證的現象，Orłowski 也主張以分級的釋明與舉證責任 (Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast) 加以處理，她並不贊成以法律的推定或舉證責任倒置的訴訟法上的設計，解決此一問題。同樣地，本文也認為台灣的性別工作平等法規定之舉證責任倒置，也是一個特例，無法全面適用於所有勞動關係所發生的爭議。台灣民事訴訟的舉證責任分配，係採取法律要件分類說之特別要件說。至於分級的釋明與舉證責任，台灣民事訴訟法似無類似之規定，雖然如此，應可依據第 277 條但書規定「但法律另有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」處理之。學者間的論著與分級的釋明與舉證責任較近者，有黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第 22 期，2005 年 6 月，頁 217 以下、頁 268 以下。另參沈冠伶，論民事訴訟法修正條文中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務，萬國法律第 111 期，2000 年 6 月，頁 40 以下；鄭傑夫，勞動訴訟，勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望，



生活津貼<sup>147</sup>。

最後猶欲一言者，係越來越多的人短期地在補習機構 / 補習班或個人工作室中接受一定技術的傳授（例如在舞蹈學校接受舞蹈的訓練、在補習班中接受繪畫、刺繡或者刺青穿孔技術訓練）<sup>148</sup>、並且伴隨著理論教學，其身份究應如何界定？首先，對於此種補習期間所做的實習訓練，其雖未在技術生訓練職類範圍內，但基於營業自由或契約自由原則，雙方應可自由合意此種實務訓練。如約定部分地或全部地適用 / 準用職訓法或勞基法技術生的規定，應亦為法所允許<sup>149</sup>。其次，此種補習期間所做的實習訓練，係由受訓者繳交一定的費用，學習理論課程、實務操作、甚至購買（紋身穿孔）機器等<sup>150</sup>。補習機構或個人工作室主要目的係在賺取一定的利潤，而非在僱用並教導受訓者知識、技能與經驗。雙方也不存在（如建教生訓練契約般的）教養關係

（*Erziehungsverhältnis*）。至於受訓者在補習機構中，倒是有可能與其他受訓者居於類似提供勞務之地位，而受到雇主指揮命令權的拘束（例如擔任紋身工作助手 *Aushilfe* 的工作），因此，其有可能獲得一定數額的訓練津貼。只不過，其與上述政府機關基於促進就業的政策，所推動的實習或見習訓練關係，畢竟有所不同。其法律性質較像一個混合契約，結合了教導服務、使用借貸

---

新學林出版，2009年9月，頁607以下；姜世明，新民事證據法論，新學林出版，2009年11月，181頁以下、199頁以下。另參BAG v. 25.4.2001 – 5 AZR 360/99, NZA 2002, 87.

<sup>147</sup> 反對說，Orlowski, a.a.O., (Fn. 70), 42:撇開一個國家所定的最低工資會引發極大的疑慮不問，也不須要訂定一個特殊的實習生最低工資（*ein spezieller Praktikantenmindestlohn*）。

<sup>148</sup> 有關刺青的報導，可參中國時報，蝴蝶紋乳烙情傷 鯨魚刺胸擁新歡，2009年12月20日，A12版。

<sup>149</sup> MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 141.

<sup>150</sup> BAG v. 17.7.2007, NZA 2008, 417 ff. 雙方也可以約定在訓練結束後，受訓者應該接受測驗，成績合格者始會由施訓者取得一證書（*Zertifikat*）。

及買賣契約等內容。

承上，即使契約中明確地使用養成訓練關係、實習生或見習生關係、或者勞動關係一詞，惟仍應從內涵上其並未負有最低限度完成廠場目的之義務（亦即會共同完成廠場的勞動技術的目的）、以及契約中並未規定工作義務及特定的工作範圍，而推論出當事人雙方並非意在成立訓練契約或實習契約或勞動契約。在此種實習關係中，受訓者擁有的自由度（或者謂人格獨立性）顯然要比訓練契約或實習生契約或勞動契約中受訓者或勞工的範圍來得大。受訓者須要受到職訓法或勞基法或教育法規中相關職業訓練規定（技術生、建教生、實習生、見習生）的保護必要性，原則上也已經喪失。對於受訓者的保護，應該回歸到民法或 / 及消費者保護法等規定。就算契約中規定競業禁止條款，而這也是典型的勞動契約特徵之一，但在此種實習關係中，當事人為了避免受訓者結訓後從事競爭業務之行為，而與之訂定競業禁止條款，原則上應屬有效<sup>151</sup>。即其與勞動契約無必然的關連。在法律處理上，其應與技術生、職業的養成訓練受訓者不得約定競爭禁止條款者，採取不同的對待。在混合契約的前提下，針對補習機構所賣出機器設備（例如刺青穿孔機器）的缺陷，受訓者應該尋求瑕疵擔保請求權（Gewährleistungsanspruch），解決其間之爭議

<sup>151</sup> 競業禁止條款運用於商場的實例是：在企業轉讓之情形，出賣人負有不得隨後、在原企業的附近，再開設一家新行號以與買受人競爭之義務，不僅應將個別的實物、更應將企業的接觸廠商及機會轉讓與買受人。亦即其負有讓買受人接收現有客戶的義務。請參台灣高等法院 99 年度勞訴字第 4 號判決（鴻海精密工業股份有限公司案）；林更盛，離職後競業禁止約款的審查：雇方值得保護的正當利益；離職後競業禁止約款的審查：民法第 247 條之 1；定型化離職後競業禁止約款的審查，勞動法案例研究（二），五南，2009 年 3 月，頁 163 以下；楊通軒，個別勞工法-理論與實務，五南，2011 年 8 月，頁 188 以下。Buchner, Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 1995, Rn. A 7, 16.

### 三、訓練津貼及費用負擔與返還

從我國實務運作的現況觀之，建教生在工廠實習期間，往往會由廠商獲得一定的津貼<sup>153</sup>。至於在青年職場體驗計畫中，政府亦按月補貼見習青年見習訓練津貼。而在大專畢業生企業職場實習方案中，政府也補助薪水、勞健保費、以及年終獎金等。似乎，給付訓練津貼係一必要之舉。惟，豈其然乎？亦即在各種不同的實習生訓練關係中，針對實習生在過程中的生活費用及其實際工作所產生的經濟價值，事業單位應否給予生活津貼 / 訓練津貼（對價）？該津貼的法律性質為何？與此相關的是，廠商可否以貸款的方式提供實習生學費等費用，而要求學生在未能與之成立勞動契約、並且為之至少工作一段期間者，即應返還各種費用（含訓練津貼）？

#### （一）訓練津貼之給予及其性質

對此，首欲說明者，針對學術規章所要求之實務訓練，亦即建教生及技職院校學生的實習，其身份本質上仍為學生而非勞工，其所進行的實習工作只是整體學習課程的一部分，並無職訓法的適用。只是在建教生的部分，其得以建教生的身份，準用技術生的規定（勞基法第 64 條第 3 項規定），而這也包括生活津貼的約定<sup>154</sup>。在此，勞基法第 65 條之生活津貼，應係一強制性的

<sup>152</sup> BAG v. 17.7.2007, NZA 2008, 419.

<sup>153</sup> 參聯合報，高苑工商 800 學生未註冊 裁員減薪滾雪球 建教合作拉警報 逾半廠商延後進廠實習，2009 年 2 月 17 日，A4 版：不少工廠裁員減薪、放無薪假，連帶減少建教合作的機會，也讓不少建教生繳不出學費。建教生到工廠實習，每月約有一萬八千元薪水，對清寒家庭子弟是一筆重要收入。

<sup>154</sup> 在高級職業學校建教合作實施辦法中，雖然有技術生訓練契約的規定（第 4

保護規定，當事人雙方於訂約之時並不得約定技術生無償工作<sup>155</sup>、或者在事後拋棄生活津貼請求權。所以，似乎無法完全否定其具有一定程度勞務對價的本質<sup>156</sup>。但是，另一方面，基於契約自由原則，當事人倒是可以自由約定生活津貼的「額度」<sup>157</sup>。此種建教生的生活津貼，亦已在民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 16 條、第 17 條中有所規定，由其用語「建教合作機構應依建教合作訓練契約，給付建教生生活津貼」觀之，應係承繼勞基法第 65 條強制規定之性質，至於其最低額度為何，則是法無規定，顯示出當事人雙方仍得自由約定的本質<sup>158</sup>。

其次，針對技職院校（職業學校、大專院校）學生的實習，

---

條第 3 款及第 5 條），但卻未規定訓練津貼。

<sup>155</sup> 在此，可類推適用民法第 483 條第 1 項規定，「如依情形，非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬。」所謂「有償契約」處理。

為了確保訓練津貼的取得，德國職訓法第 19 條第 1 項第 2 款甚至規定，受訓者基於疾病或不可歸責之職務妨害而無法履行義務時，仍有 6 個星期薪資繼續給付請求權。在台灣，勞基法第 69 條第 1 項規定，「休假」之規定，於技術生準用之。此一「休假」似不應侷限於勞基法第 37 條（休假）及第 38 條（特別休假）規定，而應及於勞基法第 43 條之請假規定。惟依據勞工請假規則第 4 條之規定，普通傷病假的期間也只有 30 日，且工資只給付半數。所以，技術生也只能在 30 日內，請求給付半數的生活津貼。

<sup>156</sup> BAG v. 15.12.2005, AP Nr. 15 zu § 10 BBiG., NZA 2008, 828.

<sup>157</sup> 在這裡，難免會牽涉到另一個問題，亦即訓練津貼可否以實物

（Sachleistungen）方式給付？對此，我國勞基法第 69 條固無準用工資之規定（尤其是勞基法第 22 條第 1 項實物給付只能「一部」的限制），但是，第 65 條卻有技術生契約訂明「膳宿負擔」之規定。而「膳宿負擔」實際上即為實物。所以，結論上應可採肯定的見解。有問題的是，實物給付可以佔訓練津貼的最高比例為何？即能否完全以實物給付之？從比較法上看，德國職訓法第 17 條第 2 項規定，實物給付不得超過未稅津貼總額 75% 以上。其目的是希望技術生及其家庭保留一定成數的現金使用，以購置所須要的物質。此一立法，應可供台灣參考。

<sup>158</sup> 依據「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 12 條第 1 項第 6 款規定，建教生訓練契約內容應包括生活津貼給予方式及計算基準。

如其非建教生者，則其在教育法規及學術規章要求下<sup>159</sup>，到事業單位實習的期間，是否亦有訓練津貼請求權？對此，是否宜以技職院校學生與建教生同為學生身份，而採取對於訓練津貼同樣的處理方式？為此，似應考量到此類學生的實習方式及期間更為多元，且法令規章更為不明。有長至逾年者，也有短至數個星期者。所謂藉由實習學得職業的技巧與能力，其效果遂顯得參差不齊。因此，在勞工法令及教育法令明文規定之前，從理論上而言，本文以為對於只進行一至三個月的實習課程，由於雙方大體上仍在摸索的階段，且受訓者實務工作的經濟效益尚不高，要求施訓單位負擔受訓者的生活費用，似乎並無必要，故雙方可約定不給訓練津貼。惟如果實習期間已超過三個月，甚至達到一整年，則受訓者因為接受訓練的生活費用將逐步增高，如不給予補貼，恐怕難以吸引青少年參加此種課程，影響我國人力資源品質的提升。況且，受訓者提供勞務的品質及其所帶給廠場的經濟效益，將逐日增加。因此，要求廠商給予此類技職院校學生實習期間的訓練津貼，遂具有相當程度的正當性與合理性。此處訓練津貼的給予，應該比照建教生的處理方式<sup>160</sup>。

再者，針對政府機關基於促進就業所推動的實 / 見習訓練、以及廠商基於網羅職場新鮮人所進行的真正實習訓練關係，該等實習生或見習生已經脫離學生的身份或者已經完成其他有系統的養成訓練，只是基於補足實務的操作經驗或者冀望經過實習後能夠留廠工作，而以實習生或見習生的身份進入廠場。由於該等人員大多已有完整的理論基礎，所以在實務經驗的吸取上，往往較建教生及技職院校的學生來得快。其實務操作的經濟價值已經

<sup>159</sup> 相關的法規有專科學校法、專科學校規程等。

<sup>160</sup> 否定說，MünchArbR/Natzel, §177, Rn. 184:一般而言，專科學生必須在工廠中完成一實習，但因其法律身份仍為學生，所以自然無訓練津貼請求權。同樣採取否定說者，Hirdina, a.a.O.,(Fn. 82), 916 f.

極為靠近一般的勞工，甚至與試用期間勞工不相上下。因此，此類人員理應獲得訓練津貼的給付，且其額度應較建教生及技職院校的學生所獲得者，為高<sup>161</sup>。此處，主要是考量受訓者費用補償（Aufwandsentschädigung）或生活費用補助的需求，要較建教生及技職院校的學生為高所致<sup>162</sup>。

最後，較有問題的是，針對在補習機構或個人工作室接受一定技藝訓練之人，是否亦有訓練津貼請求權？對此，似應視其在補習機構中，有無與其他受訓者居於類似提供勞務之地位，而受到雇主指揮命令權的拘束而定。如其實習訓練只涉及本身技藝的精進、且所完成的作品歸屬自己所有，例如繪畫與刺繡，則因無類似提供勞務的經濟價值，自然無訓練津貼的給付問題。相反地，如果其實習過程涉及到與第三人（顧客）的接觸，他是經由將作品完成於第三人身上而逐漸精進技術者，無論其是獨立完成或擔任補習機構／個人工作室的助手（例如擔任紋身工作助手的工作），則其應可獲得一定數額的訓練津貼。

針對上述各種實習生或見習生所獲得的生活／訓練津貼，其法律性質為何？可否將之視為工資？對此，如係將上述人員的身份定位為勞工者，毋寧會採取肯定的見解。惟本文則是認為：基於上述建教生訓練契約等本非勞動契約之事實，要將生活津貼界定為工資，並且引用工資的法律規定及法理加以處理，並不妥當。事業單位基於技術生訓練契約所為之生活津貼，並不是其主要義務，而是其附隨義務而已<sup>163</sup>。建教生等實習生的主要義務也

<sup>161</sup> 同說，MünchArbR/Natzel, §177, Rn. 184.反對說，Söllner, Grundriß des Arbeitsrechts, 11. Aufl., 1994, 312:（德國）職業訓練法第17條之訓練津貼請求權，並不適用於見習生（Volontär）。

<sup>162</sup> 此處可參考德國聯邦勞工法院在“管絃樂團實習生（Orchesterpraktikant）”案件中的見解，詳參註138。BAG v. 13.3.2003, 6 AZR 564/01, juris.另參BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter.

<sup>163</sup> BAG v. 10.2.1981, DB 1981, 1937; BAG AP Nr. 26 zu §5 BetrVG 1972; BAG

不是提供勞務，而是努力地學習理論課程及實務操作。所以，生活津貼首先只具有鼓勵技術生努力學習的性質。也可以說，生活津貼具有濃厚的獎 / 助學金的性質。惟不可諱言地，生活津貼也具有經濟的意義，藉由給予技術生及其父母生活費用的補助，滿足受訓者的生活所須，連帶地使得訓練能夠順利進行<sup>164</sup>。

## (二) 訓練費用之負擔及其返還

在各種不同的實習訓練關係中，可否約定由實 / 見習生或其父母必須給付一定數額的訓練費用 (Lehrgeld, Entschädigung)<sup>165</sup>？對此，以技術生訓練為例，考量事業單位並非以職業的訓練或技術生訓練作為其營利的手段，而且，技術生在廠場中的實務操作，實際上也會帶給事業單位一定的利潤，因此，似乎不應承認事業單位有要求技術生給付訓練費用的權利。為了呼應於此，勞基法第 66 條乃規定，「雇主不得向技術生收取有關訓練費用。」目的也是在保護技術生免於費用負擔的壓力，以免其減低接受訓練的意願<sup>166</sup>。此處所免除的費用，也包括事業單位應該無償地提

AP Nr. 3 zu § 3 BBiG. Benecke/Hergenröder, BBiG, 2009, §17 Rn. 6 ff.; Leinemann/Taubert, a.a.O., (Fn. 52), §10 Rn. 6; ErfK/Schlachter, §17 BBiG Rn. 1.

<sup>164</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 84 HandWO. Hanau/Adomeit, a.a.O., (Fn. 51), Rn. 577. 反對說, MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 194.

由於生活津貼具有生活費的性格，所以依據台灣強制執行法第 122 條規定，必須酌留生活所必須的額度。至於依據德國民事訴訟法第 850a 條第 6 款及民法第 400 條、第 1274 條第 2 項之規定，訓練津貼不得強制執行、抵押或讓與。Knopp/Kraegeloh, a.a.O., (Fn. 29), § 17 BBiG, Rn. 2; MünchArbR/Natzel, § 178 Rn. 196.

<sup>165</sup> 在這裡，訓練金，形式上也包括作為對價購買物品的費用。

<sup>166</sup> 在德國法上，聯邦勞工法院早已創設一個「職業養成訓練免費原則 (Prinzip der Kostenfreiheit der Berufsausbildung)」。依據職訓法第 10 條以下之規定，施訓者必須負擔養成訓練的費用。Hanau/Adomeit, a.a.O., (Fn. 51), Rn. 569; MünchArbR/Natzel, § 178 Rn. 12.

供工具、材料給受訓者使用、以及人事費用在內<sup>167</sup>。只不過，如果技術生在職業學校中接受學科訓練，則其學習所需要的書籍及其他技術生訓練的物質，事業單位並無提供之義務<sup>168</sup>。

承上，依據勞基法第 64 條第 3 項規定，技術生規定準用於建教合作生、見習生及其他性質相類之人。因此，勞基法第 66 條規定「雇主不得向技術生收取有關訓練費用」，亦準用於建教生，其並不負擔在廠實習的訓練費用。此一免費原則之思想，亦見之於民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 13 條第 1 款之規定，依之，「建教合作機構強制建教生負擔任何訓練費用者，其約定無效。<sup>169</sup>」同理，技職院校的學生、政府機關基於促進就業所推動的實 / 見習訓練以及廠商基於網羅職場新鮮人所進行的真正實習訓練關係，該等實習生應該亦不負擔訓練費用。有問題的是，針對在補習機構或個人工作室接受一定技藝訓練的人，得否要求其負擔實習訓練（及理論課程）的費用？對此，似應持肯定的態度，蓋此種補習機構係以提供實務課程及理論教學的服務，換取受訓者繳交一定的費用，其主要目的是在賺取一定的利潤，而非在僱用並教導受訓者知識、技能與經驗。雙方也不存在（如建教生訓練契約般的）教養關係。與其他實 / 見習訓練關係相較，受訓者在補習機構中，一般也不會有提供具一定經濟價值的工作，這都

<sup>167</sup> 參德國職訓法第 14 條第 1 項第 3 款規定。

<sup>168</sup> 同樣地，工作服及安全的裝置並非技術生訓練的物質。事業單位係基於其他的法律規定，尤其是職業災害防護規定，而負有提供之義務。MünchArbR/Natzel, § 178 Rn. 97. Vgl. auch BAGE 103, 41.

另外，ErfK/Schlachter, § 12 BBiG Rn. 4:如果是針對受訓者參加學校的課程，施訓者提供其借貸，則該借貸契約有效。其並非職訓法第 12 條第 2 項第 1 款所欲禁止的費用。BAG AP Nr. 8 zu § 5 BBiG.

<sup>169</sup> 有問題的是，此一條文係規定「強制」建教生負擔費用無效，但是，如果是雙方合意負擔或分攤費用呢？是否即為有效？對此，本文以為仍以採否定說為妥。



是與其他的實習訓練關係的不同所在。即使其係一綜合教導服務、使用借貸及買賣契約等內容的混合契約，也不會影響其收取訓練費用的權利。

承上而來的問題是，即使廠商不得要求實 / 見習生負擔訓練費用，但是，對於廠商本身為訓練實 / 見習生所負擔的訓練津貼、學雜費、學生宿舍住宿費、電腦及使用電腦的相關費用等費用，可否要求受訓者在一定的條件下（特別是完成訓練後未與之成立勞動契約或在勞動契約下未服務一定的年限），應將費用（逐期 / 次）返還？對此，先以技術生訓練為例。為使技術生在訓練結束後，得以自由地運用其所習得的知識與技能，俾能有益於國家經濟的發展，所有可能限制技術生運用其所習得的技能的約定，均應令其歸於無效<sup>170</sup>。此類約款不當地影響技術生的意思決定自由。一旦簽訂，即會造成間接的壓力、以致於不合比例地限制技術生的職業自由<sup>171</sup>。所以，禁止該類條款之適用，可以避免技術生無法深化或熟練化尚未成熟之職業的基礎知識。因此，原則上，返還訓練費用約款是無效的<sup>172</sup>。

對於建教生及技職院校學生而言，依據勞基法第 64 條第 3 項及第 66 條規定，事業單位似乎亦不得與建教生約定返還訓練費用。然而，建教生與技術生究竟有所不同，建教生所接受的實務訓練必須屬於技術生訓練職類之一，始會等同於技術生。相對地，技術生也不一定會接受（如建教生及技職院校學生般的）有系統的學校的理論課程。而且，如上所述，如果技術生在職業學

<sup>170</sup> BT-Drucks. V/4260, S. 6. BAG NZA 2002, 1396.

<sup>171</sup> BVerfG v. 7.2.1990 EzA HGB § 90a Nr. 1; Knopp/Kraegeloh, a.a.O., (Fn. 29), § 12 BBiG, Rn. 2: 約定受訓者如在養成訓練結束後之特定日期前離開施訓者場所時，即應返還聖誕節獎金者，亦屬無效。

<sup>172</sup> 這個也是勞基法第 66 條的反面解釋，蓋既然不能要求技術生繳交訓練金，當然也不能要求技術生事後返還訓練費用。與此相反者，進修訓練中可以約定返還訓練費用條款。Leinemann/Taubert, a.a.O., (Fn. 52), § 1 Rn. 42.

校中接受學科訓練，則其學習所需要的書籍及其他技術生訓練的物質，事業單位並無提供之義務。因此，針對建教生及技職院校學生的訓練費用，似應區分在學校中所產生者及在廠場中所產生者兩部分。在廠場中所發生的（工具、材料）費用，固應準用或比照技術生的訓練，由廠商負擔之。至於在學校中所發生者（學雜費、學生宿舍住宿費 / 租金補貼、膳宿津貼、獎學金、電腦及使用電腦的相關費用等費用），如係由廠商先為之支付者，則其當有為自己栽培人才的用意（招募政策），希望在該學生達到一定條件的要求下，透過勞動契約要求其一定期限的留用<sup>173</sup>。如果建教生及技職院校學生未能依約留用，廠商應可要求返還費用。這主要是立基於學校中所生的費用眾多，學生經過理論教學可以在勞動市場上獲得相當大的優勢，廠商的要求返還學雜費具有相當程度的正當性與合理性<sup>174</sup>。

進一步言之，廠商對於建教生及技職院校學生所做的訓練，如其已明顯地提高勞工在就業市場上的機會<sup>175</sup>，則雇主以經濟上適當的方式（in wirtschaftlich angemessener Weise）將該費用轉嫁給勞工負擔時，原則上並沒有甚麼疑慮<sup>176</sup>。此處，雇主投入於人力資源的利益保護，應該優先於勞工自由選擇職業的基本權。惟假設雇主先提出的訓練費用，依據事實判斷，其投資係為企業的利益者，亦即是企業人事政策的一環時，則雇主即不能當然要求勞工承擔該費用。在此種情況，雇主所投資的費用，是希望事後

<sup>173</sup> 依據勞基法第 67 條下半句規定，「雇主如於技術生訓練契約內訂明留用期間，應不得超過其訓練期間。」這表示我國係採取「有限度的留用條款」。立法者並非完全禁止留用。

<sup>174</sup> Natzel, a.a.O., (Fn. 68), 567 ff. 另 Hümmerich, Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2007, 634. 依據德國聯邦勞工法院的見解，針對返還訓練費用條款的有效性的疑慮，雇主負有釋明及舉證的責任。BAG EzA Nr. 13 zu Art. 12 GG.

<sup>175</sup> 但是，問題是：這要如何判斷是否明顯呢？

<sup>176</sup> Vgl. BAGE 100, 13; ähnlich BAG AP Nr. 36 zu § 611 BGB Ausbildungsverhältnis.

可以由勞工所習得的知識，在企業經營上獲得好處<sup>177</sup>。亦即假設雇主所投資的費用係為本身的利益，則只有在勞工有一經由廠場忠心 / 誠 (Betriebstreu) 避免返還費用的可能性時，返還費用條款始具有利益正當性 (interessengerecht)<sup>178</sup> 或者說，才是一個經過利益衡量的整體規定 (eine ausgewogene Gesamtregelung)。否則，即是一個違反誠信原則 (die Gebote von Treu und Galuben) 的、對於契約相對人重要權利予以限制的規定。亦即勞工必須有可能經由履行勞動契約而避免被追討訓練費用。否則，即是將雇主為自己利益所做投資的風險，以不適當方式轉嫁給勞工負擔。此種處理方式，係為了避免勞動關係完全來自於雇主的責任領域及風險領域 (Verantwortungs- und Risikobereich) 而終止時，勞工卻須要承擔訓練的費用。因此，在以下的情況，雇主均不得要求勞工返還訓練費用：雇主基於企業經營因素 (類似於我國勞基法第 11 條規定) 而終止契約時<sup>179</sup>；雇主單方終止契約的原因，並非勞工具有行為上的事由時<sup>180</sup>；勞工因雇主具有過錯的行為 (Fehlverhalten) 而終止契約時 (勞基法第 14 條規定)<sup>181</sup>；雇主沒有準備或沒有能力相應於 (entsprechend) 勞工的訓練而加以僱用時<sup>182</sup>。如果勞動關係的未成立，係因為雇主沒有意願時，即不能要求潛在的勞工 (potenzielle-Arbeitnehmer) 返還訓練費用<sup>183</sup>。

<sup>177</sup> Vgl. BAGE 111, 157; BAGE 118, 36; BAG AP Nr. 12 zu § 310 BGB.

<sup>178</sup> BAG v. 18.11.2008, NZA 2009, 438; BAG v. 18.3.2008, NZA 2008, 1004. 這裡，相當程度上已承認學習者在學習時間結束後有一僱用請求權 (Anspruch auf Beschäftigung)。反面言之，事業單位必須在學生完成學業後，予以繼續僱用 / 留用。

<sup>179</sup> BAGE 88, 340.

<sup>180</sup> BAGE 111, 157.

<sup>181</sup> Hümmelich, a.a.O., (Fn. 174), 635. BAGE 118, 36. LAG Bremen v. 25.2.1994, DB 1994, 2630.

<sup>182</sup> BAG AP Nr. 11 zu § 5 BBiG. 例如雇主所願意提供的起薪過低、或者所提供的工作位置與學生所接受的訓練不相符合。

<sup>183</sup> Vgl. BAG AP Nr. 12 zu § 310 BGB. BAG v. 11.4.2006, NZA 2006, 1042. LAG

其次，針對政府機關基於促進就業思想所推動的實 / 見習訓練以及廠商基於網羅職場新鮮人所進行的真正實習訓練關係，廠商是否有可能自己再為實務訓練支出費用？如是，則在一定的條件下，廠商可否要求受訓者返還訓練費用？在此，如是政府機關基於促進就業所推動的實 / 見習訓練，政府機關如係全額補助訓練費用時，理論上廠商即無再為之支出訓練費用的空間與必要。但如果只是部分補助，則廠商即有可能再補貼不足的部分。至於廠商基於網羅職場新鮮人所進行的真正實習訓練關係，亦有可能再為之支出訓練費用。在此種有支出訓練費用的情況，廠商可否要求返還訓練費用，亦應依據上一段所敘述的劃分方式處理之。但針對政府機關全額補助訓練費用之情形，廠商理應不得要求受訓者返還訓練費用。蓋其既無費用的支出，解釋上即無損害可言<sup>184</sup>。

最後，針對在補習機構或個人工作室接受一定技藝訓練之人，可否與之合意在一定條件下請求返還訓練費用？對此，如前所述，參加此種技藝訓練的人，必須繳交一定數額的費用（學費），以換取補習機構的教學服務。在此種訓練機構中，除了由政府機關透過施政計畫或措施給予訓練機構補助外，理論上全部的費用是由參訓者負擔。補習機構或個人工作室也是營利機構，並非無償地培養人才。所以，在此種實習關係中，當事人並不得約定返還訓練費用條款。倒是，補習機構為了避免參訓者結訓後從事競爭業務之行為，可以與之約定競業禁止條款，其中並可附加違約金條款。

---

Bremen v. 25.2.1994, DB 1994, 2630.

<sup>184</sup> 中國時報，22 K 畢業後真正考驗才開始，2010年4月18日，A 13版：企業也要承擔教導實習生的人力時間、接受工作疏失導致損失的風險，主管或同事說不定還會為了白目天兵而血壓飆高，即使不花錢，企業也是有看不見的付出。

在訓練費用負擔與返還的議題上，另一項極具爭議的問題是，廠商可否以貸款（借貸）的方式提供實習生學費等費用，而要求學生在未能與之成立勞動契約、並且為之至少工作一段期間者，即應返還各種費用（含訓練津貼）？對此，首應說明者，雇主借貸（Arbeitgeberdarlehen）係一個普通的消費借貸契約，其有關的權利義務關係應依據民法借貸契約的規定處理之<sup>185</sup>。此種借貸的法律基礎（Rechtsgrund）並不在於勞動關係，因此並不受到勞工法的適用<sup>186</sup>。亦即借貸不能視為來自於勞動關係的給付<sup>187</sup>。勞動關係結束時，借貸契約並不當然隨即到期。在雇主屢次給予勞工小額的款項，但契約中卻未詳載其性質或用意時，並不能斷然界定其性質為借貸，而是依據個案認定之。在此，應優先認定其係薪資的分期付款（Abschlagszahlungen）或預付（Vorschüsse）。前者，係勞工已經提供勞務了，雇主以分期付款的方式給付其工資，後者，則是在勞工尚未提供勞務之前，預先給予工資<sup>188</sup>。假設勞雇雙方原已有勞動契約，之後雙方再附加約定，給予勞工幾個月間一定數目的金錢，而後再於每月薪資中等額地扣除金額

<sup>185</sup> 依據德國民法第 488 條第 2 項規定（台灣民法第 476 條第 1 項規定亦同），除非契約約定貸與人有利息請求權（Zinsanspruch）否則該契約係一無息的借貸契約。而在有利息約定時，雇主所提供給勞工的利息，當然可以比資本市場的利益為優，在此種情況，優待的利息（Zinsvorteile）實際上即為工資的一部分。對於此一優待利息，借貸契約中可以約定，勞工自行預告離職時，優惠利息自勞動關係終止時停止，利息自動回復到資本市場的水準，該約款有效。LAG v. 29.4.1987, NZA 1988, 164; BAG v. 23.2.1999, BB 1999, 1981. Hümmerich, a.a.O., (Fn. 174), 630, 632.

<sup>186</sup> BAG v. 23.9.1992, BB 1993, 1438; LAG Baden-Württemberg AP Nr. 3 zu § 607 BGB.

<sup>187</sup> LAG Hamm v. 28.4.1995, LAGE Nr. 1 zu § 794 ZPO Ausgleichsklausel. 然而，針對團體協約所約定的返還借款的除斥期間，Niedersachsen 邦勞工法院卻是認為：假設借貸契約的基礎（Grundlage）係在於勞動關係時，即應有團體協約所約定的除斥期間之適用。LAG Niedersachsen v. 9.11.1999, NZA-RR 2000, 484.

<sup>188</sup> Hümmerich, a.a.O., (Fn. 174), 629.

時，尚難斷定雙方確係成立一借貸契約<sup>189</sup>。惟如果勞雇間的契約已有典型的借貸契約的約款，例如利息、解約還款等約定，原則上即應該認定雙方有意成立一雇主借貸。在雙方成立一借貸契約時，原則上雙方可以自由約定還款的方式。惟無論如何，契約中必須明載返還借款的期限與額度<sup>190</sup>。

現在的問題是，針對實習生在學校中所發生的費用（例如學費 / 獎學金、學生宿舍住宿費、生活費用補助、電腦及使用電腦的相關費用）及在廠商處實習的訓練津貼，廠商與實習生成立一借貸契約，提供貸款給學生完成其學業。亦即將學習期間所給予的訓練工資及各種津貼（Zuschüsse）、費用等只是作為貸款（Darlehen）提供使用。實習生必須在學業完成後與之成立一勞動契約、並且服務一定的年限，否則即應負（逐期 / 次）返還貸款之義務<sup>191</sup>。則此一「消費借貸契約」的法律效力為何？在此，實應該「消費借貸契約」加以定位。民法所指之消費借貸契約，係指貸與人（Dalehensgeber）應提供一定數目之款項供借用人（Dalehensnehmer）使用，而借用人負有返還之義務者（德國民法第 488 條第 1 項規定，台灣民法第 474 條規定）。至於個案中的約定是否確為借貸契約，必須綜合全部的契約文件及用語觀之。如果得出當事人本來就無意成立一消費借貸契約，而是廠商訂約的目的在於追回之前為實習生所支出的學費及其他各種費用，則當事人以消費借貸契約作為返還費用義務的根據，只是錯

<sup>189</sup> LAG Düsseldorf AP Nr. 1 zu § 614 BGB; LAG Bremen v. 21.12.1960, DB 1961, 243.

<sup>190</sup> 假設性質上係一借貸，雇主僅得在不得扣押的範圍（Pfändungsfreigrenze）外行使抵銷權（Aufrechnung）。同樣地，如係一薪資的預付，雇主也必須保留不得扣押的工資部分給予勞工生活之用。BAG AP Nr. 1 zu § 394 BGB; BAG AP Nr. 11 zu § 850 ZPO.

<sup>191</sup> 相關案例事實，參 BAG v. 18.11.2008, NZA 2009, 435 ff.; BAG v. 18.3.2008, NZA 2008, 1004 ff.

誤的表達而已（*falsa demonstratio*）<sup>192</sup>。仍應以雙方真正成立的契約為準<sup>193</sup>。而一旦確定其並非消費借貸契約，則如前所述，應該回歸到實習生訓練契約的返還費用條款的有效性處理之。換言之，如果所做的訓練，已經明顯地提高勞工在就業市場上的機會，則雇主以經濟上適當的方式將該費用轉嫁給勞工負擔時，原則上並無何疑慮。惟假設雇主所投資的費用係為本身的利益，則只有在勞工有一經由廠場忠心 / 誠避免返還費用的可能性時，返還費用條款始具有利益正當性。亦即勞工可以經由履行勞動契約而避免被追討訓練費用<sup>194</sup>。

#### 四、留用條款之效力

在實習生訓練關係中，另一項極為爭議的問題是：事業單位在訓練關係結束後，有無定期或不定期留用勞工的權利或義務？反過來說，實習生有無留用之義務？或者，實習生有無一向事業單位請求繼續工作（留用）（*Weitararbeitsklausel*）的權利？此一

<sup>192</sup> Vgl. BAG AP Nr. 14 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

<sup>193</sup> 其實，即使雙方係成立一消費借貸契約，有關的訓練津貼也不宜作為貸款看待，蓋其既然是作為彌補實習生生活費用之用，即不宜再讓實習生返還之。

<sup>194</sup> 德國勞雇間所成立的借貸契約，向來即受到定型化契約條款規定之適用。BAG v. 23.9.1992, BB 1993, 1438. 同樣地，在德國聯邦勞工法院 2008 年 11 月 18 日及 2008 年 3 月 18 日的兩個判決中，由於事業單位使用事先印好的定型化契約條款，所以法院乃引用德國民法第 307 條及第 310 條的規定，以其條款（包括契約關係的開始、僱用的種類與範圍、起薪的結構 / 組成 *Gehaltsfindung* 等）用語未達可以理解（*verständlich*）及清楚（*klar*）的地步，而認定其為無效。BAG v. 18.11.2008, NZA 2009, 435 ff.; BAG v. 18.3.2008, NZA 2008, 1004 ff. 另請參 BAG v. 11.4.2006, NZA 2006, 1042; BGH v. 14.7.2004, NJW 2004, 2961. 至於台灣有關定型化契約條款的重要文獻，可參詹森林，定型化契約條款效力之規範，律師雜誌第 293 期，1995 年 4 月，頁 21 以下；詹森林，民法第 247 條之 1 與定型化契約法之發展，法學叢刊第 204 期，2006 年 10 月，頁 195 以下；陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 51 以下。

問題除了與其他限制職涯發展的條款（例如返還費用條款）有一定的關連性外，主要牽涉到實習生訓練結束後之擇業自由與雇主契約自由原則的平衡問題，以下即加以說明之。

### （一）基於建教關係之實習生的留用問題

首先一言者，無論是基於學術規章或非學術規章的實習關係，受訓者無不希望在結訓後能夠結合理論與實務的專長，自由地運用於職場上。當然，此處的職場，包括原來的事業單位及其他的事業單位。因此，為使實習生在訓練結束後，得以自由地運用其所習得的知識與技能，俾能有益於國家經濟的發展，所有可能限制實習生運用其所習得的技能的約定，均應令其歸於無效<sup>195</sup>。此類限制職涯發展條款不當地影響實習生的意思決定自由，過度地干預實習生的職業自由，而且會導致實習生無法深化或熟練化尚未成熟之職業的基礎知識。因此，原則上，返還訓練費用約款是無效的。一個附加違約金條款的實習生訓練契約，其違約金條款亦屬無效<sup>196</sup>。另外，如果當事人雙方約定訓練結束後不得為競業行為，則除了補習機構或個人工作室與實習生所約定者原則上有效外，其他的實習關係原則上會歸於無效。蓋訓練結束後，實習生有可能未受到留用，而至其他事業單位工作。這時，如果實習生不能以所習得的專業技術謀生，那麼，其接受實習生訓練又有何意義？

如上所述，針對禁止事業單位之收取訓練費用，在民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 13 條第 1 款中，已經有所規定。另外，該條第 7 款亦規定，「建教合作機構限制契約終止後建教生之就業

<sup>195</sup> BT-Drucks. V/4260, S. 6. BAG NZA 2002, 1396.

<sup>196</sup> 相反地，如果是針對已經簽訂勞動契約的受訓者、於其不願履約時，應該負擔違約金者，該款約定即為有效。BAG AP Nr. 4 zu § 5 BBiG.



自由者，其約定無效。」基於此一確保工作自由的條款，建教合作機構遂不得與建教生約定結訓後禁止競爭業務之行為。

承上，那麼，社會大眾一再關注的實習生留用問題，無論是一開始事業單位即在實習生訓練關係中約定留用或者訓練結束後始約定留用，是否均會不當地限制實習生之擇業自由？或者說，這反而是在保障實習生的就業權利？對此，擬先就技術生的留用問題加以說明。緣我國勞基法第 67 條有如下之規定：「技術生訓練期滿，雇主得留用之，並應與同等工作之勞工享受同等之待遇。雇主如於技術生訓練契約內訂明留用期間，應不得超過其訓練期間。」從此一條文觀之，由於規定用語是雇主「得留用」為勞工，故技術生並無「自動轉換(Automatik)」為勞工之權<sup>197</sup>。此處的得留用，也是以事業單位在技術生結訓時，存有僱用機會（職缺）為前提。否則，事業單位理論上不會提出繼續工作的要約。至於其上半句似可解釋為：為確保技術生訂定契約之自由，在技術生訓練期間，雇主原來不得與技術生訂立留用之約定。雙方只能在訓練期滿後，合意成立一個勞動契約<sup>198</sup>。違反者，除應依勞基法第 79 條第 1 項規定處以罰鍰外，該事先約定留用之條款亦無效。而自留用時起，該「勞工」始會受到勞動契約各種權

<sup>197</sup> 所以，當事人之任何一方並不得向法院提起確認勞動關係存在之訴。ArbG Offenbach v. 22.2.2006 – 5 Ga 2/06, AiB Newsletter 2006, Nr. 5, 6-7.

<sup>198</sup> 採取此種解釋，也與德國職訓法第 12 條第 1 項下半段規定有異曲同工之妙。依之，「設如受訓者係在養成訓練關係結束前最後 6 個月內，始被要求在養成訓練關係結束後，應與施訓者成立一勞動關係者。該約定並非無效。」這表示受訓者擁有決定是否成立勞動契約的自主權，受訓者應可拒絕施訓者之要求。

在德國實務上，主管機關(zuständige Stellen)所提供的養成訓練契約的範本，也常常有繼續工作條款(Weiterarbeitsklausel)，要求無意成立勞動關係之當事人之任何一方，在養成訓練關係到期前三個月，即應通知他方(此稱為「不承受/留用通知 Nichtübernahmemitteilung」)。否則，即視為已成立一勞動關係。

利義務的適用與拘束，並且與同等工作之勞工獲得同等之待遇<sup>199</sup>。針對年資之免予合併計算，內政部及勞委會均有解釋在案<sup>200</sup>。由於訓練年資的不計入工作年資，當然也會影響解僱預告期間的長短（勞基法第 16 條規定）<sup>201</sup>。

至於勞基法第 67 條下半句規定「雇主如於技術生訓練契約內訂明留用期間，應不得超過其訓練期間」，應可稱為「有限度的留用條款」。這表示立法者並非完全禁止留用的作法<sup>202</sup>，但也不同意超出此一留用期限外的「最低服務年限」的約定。經由下半句之規定，乃修正了上半句原不得有留用條款之立法意旨。目的在兼顧事業單位及技術生的利益。在此種一開始即在技術生訓練契約訂明繼續工作時，雙方所簽訂的勞動契約，理論上一定是

<sup>199</sup> 這並不表示事業單位不可以調整技術生結訓後的工作條件、甚至比調整前更差的工作條件。這裡只是要求獲得留用之原技術生，應該獲得與其他勞工的平等待遇而已。

BAG v. 6.11.1996, AP Nr. 26 zu § 78a BetrVG 1972(auch BAG v. 16.8.1995, AP Nr. 25 zu § 78a BetrVG 1972), NZA 2007, 1381, 1386:假設受訓者至少已經輔助性地 (hilfsweise) 宣稱願意接受修正的契約條件 (作者按: 此處應該是指較差的工作條件) 時, 則雇主即負有一個以與企業組織法第 78a 條第 2 項規定之不同的工作條件, 繼續僱用受訓者之義務。又, 假設雇主已經將其他的受訓者承受為勞動關係, 則為了避免發生對於企業組織法第 78a 條之受訓者執行職務的歧視, 一旦其提出繼續僱用的要求, 雇主即應僱用之。Vgl. auch BAG AP Nr. 26 zu § 78a BetrVG 1972.

<sup>200</sup> 參內政部 75 年 4 月 22 日(75)台內勞字第 392723 號函、行政院勞工委員會 78 年 7 月 7 日台(78)勞動三字第 16413 號函。由該兩號解釋觀之, 在技術生訓練期間, 並不存在勞動關係。

<sup>201</sup> 與我國不同的是, 在德國, 原則上, 養成訓練期間可以計入受訓者在施訓者處工作的年資。如果加總起來已符合 6 個月的期間-即使其主要是在接受養成訓練-, 也有解僱保護法之適用。BAG v. 5.11.1980, DB 1981, 802.

<sup>202</sup> 參勞基法第 67 條規定之立法說明:「工廠法」第 56 條原訂學徒契約中不得限制學徒於學習期滿後之營業自由。惟工廠並非訓練機構, 其招僱技術生加以訓練之目的, 必作訓練期滿後自行留用之打算。為使勞雇雙方權利義務均等, 特規定訓練期滿後得為留用, 但不得超過原訓練期間為限, 並保障其合理待遇。

定期勞動契約<sup>203</sup>，並無可能訂立不定期的勞動契約<sup>204</sup>。一旦簽訂，技術生即有一留用請求權。只不過，由於訓練期間可能長達2~3年（台灣職業訓練法第13條第2項規定，「技術生訓練期間不得少於二年。」至於最長期間則未有限制。此種規定方式不妥，有可能造成雇主長期間地以技術生名義使用受訓人），甚至更長，要求技術生留用，仍然難免有侵害技術生工作權 / 擇業自由之虞，因此該句規定並不妥當，似應修正加入最長年限。又，如違反者（即留用期間超過訓練期間），除應依勞基法第79條第1項規定處以罰鍰外，該有限度留用之條款亦無效。

進一步言之。一旦雙方有最低留用期間的約定，則在最低留用期間屆滿之前，勞雇雙方的任何一方均不得任意終止契約<sup>205</sup>。尤其是，在最低僱用期間內之基於企業經營因素之解僱（勞基法第11條規定），係無效的。蓋此種最低留用期間的約定，也隱含著雙方默示合意排除普通 / 一般終止之適用，係一雙方利益衡量的結果。雖然如此，由於雙方係成立一定期的勞動契約，故在最低留用期間屆滿時，勞動關係即會自動結束<sup>206</sup>。又，如果勞工有勞基法第12條所規定事項之一時，事業單位仍然可以行使立即終止契約之權<sup>207</sup>。

<sup>203</sup> 只是，其是屬於勞基法第9條規定之臨時性、短期性、季節性及特定性工作中之那一種類型？仍有待釐清。

<sup>204</sup> 假設事業單位想要與技術生簽訂不定期勞動契約，則其只能等到技術生訓練契約結束後，在雙方所訂立的勞動契約中加以約定。惟在此一不定期的勞動契約中，如有留用期間之約定，理論上仍應受到「留用期間不得超過訓練期間」的限制。

<sup>205</sup> BAG, NZA 2007, 167.

<sup>206</sup> 反對說，Schulze, *Ü bernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag*, NZA 2007, 1333; 雇主只能在最低留用期間屆滿時、在遵照預告期間的前提下，終止勞動契約。這無形中會延長最低僱用期間的長度。

<sup>207</sup> 依據聯邦勞工法院的見解，不能以普通終止勞動關係，則即使勞工有人身的或行為上的事由時，同樣不能以普通程序終止之。BAG, NZA 2007, 167.

如上所述，留用期間之約定，顯然會牽動到事業單位進行訓練的利益考量及技術生的擇業自由，必須平衡考量雙方的利益。在這裡，也不能忽略確實有一部分人希望在訓練結束後，能夠留在原訓練單位內繼續精進實務的操作能力者<sup>208</sup>。吾人如從比較法來看，德國實務上，團體協約當事人可以規定訓練機構與受訓者間，有成立一勞動關係的義務，其目的也是在確保僱用<sup>209</sup>。也就是說，有不少的團體協約都有規定，雇主對於通過考試的受訓者，原則上應該與之訂立至少為期 12 個月的勞動關係（作者按：此姑且稱之為「至少 / 最低留用期間」）<sup>210</sup>。德國聯邦勞工法院判決認為：在該最低僱用期間，雇主不得進行一般的終止，這是因為團體協約所規定者，係一個解僱排除（Kündigungsausschluss）條款<sup>211</sup>。為了落實職業的養成訓練，在印刷工業裡，團體協約當事人呼籲廠場盡量地設立養成訓練位置。甚至進行超額（über Bedarf）的養成訓練。團體協約當事人一致認為：「養成訓練優於留用（Ausbildung hat Vorrang vor Ü bernahme）」<sup>212</sup>。惟依據德國聯邦勞工法院的見解，無論團體協約中有無規定，一旦受訓者有解僱保護法（KSchG）第 1 條第 2 項規定之人身上事由（例如長期間的生病）或行為上事由時，雇主即得拒絕留用之<sup>213</sup>。

<sup>208</sup> 按照德國學者的見解，德國職訓法第 12 條第 1 項下半段之規定，係從法律安定性的考量，希望盡早確定僱用關係。Knopp/Kraegeloh, a.a.O., (Fn. 29), § 12 BBiG, Rn. 2.

<sup>209</sup> Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Ausbildungsverhältnis = NZA 1987, 818 = DB 1987, 2048; AP Nr. 16 zu § 4 TVG Nachwirkung.

<sup>210</sup> 假設團體協約規定雇主無留用義務，其原因可能來自於受訓者本身，也可能來自於廠場。

<sup>211</sup> BAG, NZA 2007, 167.

<sup>212</sup> Schulze, a.a.O., (Fn. 206), 1329.

<sup>213</sup> BAG v. 14.10.1997, NZA 1998, 775.德國解僱保護法第 1 條第 2 項規定之行為上事由，有如我國勞基法第 12 條第 1 項各款所規定之事由。

依據德國聯邦勞工法院的見解，受訓者在 3 年養成訓練期間，總共遲到廠場 25 次，合計未受訓時間達 38 小時，此應可導出受訓者即使被接收為勞工，

如上所述，有關技術生之留用，我國勞基法第 67 條係採取有限度的留用條款，即兼顧技術生的工作權及雇主的經營利益考量。至於在建教生的留用部分，如依據勞基法第 64 條第 3 項準用第 67 條規定，雙方即可以合意一不超過訓練期間的留用期間。這裡隱含著任何一方都不會被強制與他方締結勞動契約的意義<sup>214</sup>。此種自由合意留用的立法思想，亦見之於民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 23 條規定，「建教生訓練期滿，建教合作機構如續以留用，應與相同工作之勞工享有相同之待遇。」只不過，相較於勞基法第 67 條「不超過訓練期間的留用期間」的有限度留用，草案第 23 條規定則無如此之限制，解釋上雙方合意的留用期間不受到任何限制。至於留用的工作及工作條件為何，草案第 23 條也僅規定不得受到比相同工作的勞工為差的待遇<sup>215</sup>。這顯得有點規範不足。蓋建教生必是先獲有工作，然後才有工作條件可言。假設在建教生訓練契約中未有留用的約定，則在訓練結束、留用與否未定之際，受訓者固然無一僱用請求權、更談不上一個「留任在原來的受訓位置」的請求權，但是，假使事業單位要提供一個留用的要約，其也不能只是漫言“在將來一個不特定的時點”，會“提供某種工作”，而是必須具體提供一個與建教生所接受的訓練相符的職位、以及明訂何時開始工作的勞動契約始可

---

也難以履行其勞動契約之義務。BAG v. 17.6.1998, NZA 1998, 1178.這裡較有問題的是，針對受訓者發生在職業學校（Berufsschule）的事由，是否可以將之歸類為其人身上的及 / 或行為上的事由，德國聯邦勞工法院至今並未有所表示。LAG Köln v. 1.10.2003, beckRS 2004, 40785.

<sup>214</sup> 雖然勞基法第 67 條規定用語是「雇主得留用之」但事實上留用與否仍須經過技術生的同意。一旦留用，建教生訓練契約期間的年資，並不合併到勞動關係計算。

<sup>215</sup> 這裡，判斷是否有差別對待，仍然必須綜合考量年資及工作表現等具體因素。

更有問題的，是在工作條件方面，事業單位必須概要式地（*rahmenmäßig*）確定以何種具體的工作條件繼續使用勞工，包括僱用的種類、時間範圍及工資額度等<sup>217</sup>。理論上而言，配合建教生結訓後係從事一與訓練相符的職位，而且從那時起是以勞工身份受薪，其工資額度及其他工作條件理應較建教生身份時為佳。但是，這並不表示事業單位非得以較高的工資及較好的工作條件（繼續）僱用建教生不可。只要雇主是以「與訓練相符的職位」留用建教生，即代表有可能工作條件較好或較差。也因此，雙方可以合意調整原來的工資及其他工作條件、甚至比調整前更差的工作條件。這裡只是要求：建教生在考慮是否接受留用之前，必須有一大概地了解工資額度及其他工作條件的機會。如果太低或不符合建教生的期望，建教生當然可以拒絕留用，轉往他處工作。

承上，假設建教生訓練契約中一開始即約定留用的工作種類及工作條件，固然亦為勞基法第 64 條第 3 項準用第 67 條規定及「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 23 條規定所允許，但是，其亦必須至少達到概要式地具體確定的程

<sup>216</sup> 有問題的是，事業單位所提供的留用，一定要勞動關係嗎？這在德國聯邦勞工法院 2008 年 3 月 18 日判決中，固然有「只要受訓者並無成立勞動關係或其他僱用關係的請求權，則其自然無經由廠場忠心 / 誠（*Betriebstreu*）逐期返還養成訓練費用的機會。」言下之意，似乎隱含著雙方成立承攬契約或委任契約的可能性。惟本文則是以為受訓者與施訓者成立承攬契約或委任契約，恐非其本意，況且其較為強調勞務的獨立性與自主性，與特別強調從屬性的勞動契約不同，故所謂的留用仍應以勞動契約或僱傭契約為限。參 BAG v. 18.3.2008, NZA 2008, 1007.

<sup>217</sup> BAG v. 18.3.2008, NZA 2008, 1007 f. 在這裡，即使事業單位係在成立訓練契約之際，即以定型化契約條款約定繼續僱用受訓者，其契約條款也必須符合德國民法第 307 條第 1 項第 2 句透明性的要求（*Transparenzgebot*），否則，即是對於受訓者造成不適當的歧視。亦即必須具體地說明：要如何地及在那裡使用勞工。

度始可<sup>218</sup>。

## (二)非基於建教關係之實習生的留用問題

如上所述之建教生自由合意留用之思想及工資與其他工作條件之解決途徑，對於居於技職院校學生之實習生訓練關係，原則上亦有適用之餘地。蓋技職院校學生與技術生、建教生的年齡相仿，所接受的理論及實務訓練，也與技術生、建教生的性質相類，且同具保障的必要性，故對於留用的工作及工作條件，宜採同樣的處理態度與標準。

其次，對於政府機關為促進就業所推動的企業實習方案，例如青年職場體驗計畫及大專畢業生到企業職場實習方案，參加實習訓練者殆皆已完成大專學院的教育，只因其較為欠缺職場的實務經驗，故能藉由此種實習方案補足學校教育所未能提供者。此種實習生近似於試用期間的勞工，實習期間近似於試用期間，其所提供工作的經濟價值也逐漸靠近勞工的勞務，再者，如前所述，從以往經驗中，得知參與青年職場體驗計畫的留用率接近九成，而大專畢業生到企業職場實習方案的留用率也有五成二<sup>219</sup>，表示事業單位與實 / 見習生均希望藉由實習認識對方、進而僱 / 留用對方，其期望也相當的高。事實上政府機關提供補助促進此種實習，雖然未規定強制 / 義務留用（全部或一定比例）<sup>220</sup>，但其盼望雙方成立一真正的勞動關係的政策目標，卻是一不言自明

<sup>218</sup> 雇主為了避免所留非人，當然可以在建教生訓練契約中增加一些條件，包括成績等第及其他的表現。相對地，建教生為了避免所託非人，亦可增加一些條件，尤其是最低工資或其他工作條件的要求。如此，始可避免超出自己意料（期待）之外的情事發生。

<sup>219</sup> 中國時報，禁玩開心農場 22K 實習生開除老板，2010年4月17日，A3版。

<sup>220</sup> 趙志揚，取消 22 K 傷害技職生，中國時報，2010年5月24日，A16版。  
另外，中國時報，補貼 22 K 續辦？經建會：先找財源、拉低行情或促進就業 反應不一，2010年5月4日，A3版。

之事。雖然如此，對於此類實 / 見習生之留用條款，是否即採取與建教生、技職院校學生不同的處理態度與標準？本文以為仍以採否定為宜，蓋既然在國家政策上係將之刻意設計為一實 / 見習關係，實習生主要也是在藉由實 / 見習精進自己的技術能力，其留用與否，仍宜兼顧實 / 見習生的擇業自由與企業的經營利益。所以，應該類推適用勞基法第 67 條之規定，如是在實 / 見習生契約關係中即已約定留用，則應謹守「留用期間不得超過訓練期間」的原則；反之，如是在訓練期間結束後，雙方已合意成立不定期的勞動契約，即表示雙方已默示地不定期留用。此時如有留用期間的約定，理論上仍應遵守「留用期間不得超過訓練期間」的拘束。即此處不宜採取如同最低服務年限約款的作法，審查其必要性與合理性<sup>221</sup>。

最後，就補習機構或個人工作室的實習關係而言，實習生係單純地繳交一定的費用，向補習機構或個人工作室學習一定的理論課程與特定技藝（繪畫、刺繡、刺青穿孔）的實務操作。受訓者在完成技藝後，理論上即會離開補習機構或個人工作室，自行開業或受僱於他人，此時通常較會發生約定競業禁止條款之問題，而沒有留用之問題。惟一旦補習機構或個人工作室將之留用為員工或助手，則其留用條款（含留用期間及工作條件），即應如同上述幾種不同實習生身份者的解決途徑處理之。

## 五、訓練契約之終止

台灣在 2008~2009 年金融海嘯期間，為數不少的建教生<sup>222</sup>、

<sup>221</sup> 有關最低服務年限的合法性問題，參最高法院 96 年度台上字第 1396 號民事判決。學術論文部分，請參黃程貫，最低服務年限約定之問題，勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望，新學林，2009 年 9 月，頁 240 以下。

<sup>222</sup> 在 2008 年底，我國共有 51 所職校辦理建教合作班，共有近 3 萬 6 千名建教



產學職專班學生的實習機會驟然失去。或者苦等不到實習廠商的通知、或者被突然通知中 / 終止實習、或者學校與廠商皆去留不得，只好淪落到各處打零工賺取微薄工資<sup>223</sup>。或者由教育部啟動『就學安全網』，針對弱勢家庭建教生的困境，提供無法正常進場實習學生全額學費補助，讓他們回到校園<sup>224</sup>。這一切，主要都是涉及實習生訓練契約的效力問題，亦即是暫時中止？或者永久終止？甚至還有可能因實習契約無法履行，而引起損害賠償或補償之問題，以下即加以說明之。

首先，考量訓練契約的終止事由，主要是訓練契約期限屆滿。依據勞基法第 64 條第 3 項規定，技術生的規定準用於建教生、見習生及其他與技術生性質相類之人。以技術生的訓練契約期限而言，依照勞基法第 65 條規定，當事人雙方應約定「訓練期限」，以為遵循、並收訓練之效。按照台灣職訓法第 13 條第 1 項規定，「技術生訓練期間不得少於二年。」至於其最長期限，則並未規定<sup>225</sup>。理論上，為免技術生遭受過長訓練期間的拘束與不利，立法者應該予以明定。惟在法未修正前，當事人雙方應可自由約定訓練的開始、期限與結束。惟其期限的長短，一經約定，當事人雙方即不得隨意延長或縮短<sup>226</sup>，也就是只有靜待「技術生

生。

<sup>223</sup> 相關報導，參聯合報，工廠冷 建教生急凍『那休學吧！』「業者：總不能先裁正職員工，2008 年 12 月 8 日，A3 版；聯合晚報，不景氣 建教生沒頭路-業者：自己都週休三日了 哪還有缺？，2009 年 1 月 3 日，A3 版；聯合報，高苑工商 800 學生未註冊 裁員減薪滾雪球 建教合作拉警報 逾半廠商延後進廠實習，2009 年 2 月 17 日，A4 版；聯合報，建教生去不了工廠 回不了學校，2009 年 2 月 27 日，A13 版；中國時報，無預警幫打包 旺宏裁建教生，2009 年 1 月 25 日，C 4 版；自由時報，產學職訓班 苦等實習機會，2009 年 12 月 6 日，A11 版。

<sup>224</sup> 參聯合報，就學安全網 教部給補助，2009 年 2 月 27 日，A13 版。

<sup>225</sup> 按照德國職訓法第 5 條第 1 項第 2 款規定，養成訓練期限不得長於 3 年、短於 2 年。

<sup>226</sup> 德國職訓法第 8 條也是作如此之規定。

訓練關係屆滿時結束」<sup>227</sup>。但這並不表示雙方係簽訂定期的勞動契約。在約定期限屆至時，技術生訓練契約即為結束，毋需再行通知或為終止之聲明。

上述技術生訓練契約之結束，其實會牽涉到一個更複雜的問題，亦即：依據勞基法第 65 條規定，技術生訓練契約中應約定生效與解除之條件。根據此一規定，是否賦予當事人一個一般解除 / 終止的理由或期限？對此，綜觀勞基法第 69 條，並無準用勞基法第 11 條以下之規定。因此，應該依據第 65 條規定「技術生訓練契約生效與解除之條件」處理。亦即當事人雙方應該可以自由約定訓練契約一般的解除條件，包括理由及預告期間在內。即當事人得合意終止契約及其他契約終止之原因。理論上而言，甚至在廠商面對經營困境時（例如無定單），當事人雙方也可以合意暫時的中止實習。但這對於技術生的訓練，保護並不週到<sup>228</sup>。

承上，有關技術生訓練契約當事人得自由約定契約的生效及解除 / 終止原因，亦準用於建教生及技職院校的學生身上。惟此（同樣地）可能會不利於建教生及技職院校學生實習關係的穩定進行，連帶地，假設實習生未能如期完成實習，也就可能無法在規定的時間內畢業。此問題的源起是，由於實習生契約並非勞動契約，所以實習廠場對於實習生所進行的普通的終止，其有效性並不受到解僱保護法的檢驗（即無準用勞基法第 11 條以下之規定）。雖然如此，究不宜說提供實習訓練的廠場即可不受任何限

<sup>227</sup> 德國學者 Junker 認為：職訓法第 21 條第 1 項規定「職業的養成訓練關係在期限屆滿時結束」，係一以目的為準的定期養成訓練關係（Zweckbefristung）。其為一特殊的法律規定，依據部分時間及定期勞動契約法第 23 條之規定，具有優先適用的效力。Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2008, Rn. 473.

<sup>228</sup> 相反地，德國職訓法第 22 條規定，施訓者並不得以一般的 / 普通的終止來解除養成訓練關係。第 22 條係一強制性的規定。MünchArbR/Natzel, § 178 Rn. 64; ErfK/Schlachter, § 11 BBiG Rn. 4; Söllner, a.a.O., (Fn. 161), 313.

制地、尤其是不須要任何理由的、及可以隨時隨地終止實習契約。而是應該回歸到一般私法中—尤其是民法中的一強制禁止規定的檢驗。此其中，如果學校的實習係依據定型化的契約進行，則其自然應受到定型化契約條款的審查（AGB-Kontrolle）（台灣民法第 247 條之 1）。又，即使實習訓練廠場係使用學校所提供的契約範本，也難免於定型化契約條款的審查。果能如此，始能給予建教生、技職院校學生、以及技術生最低限度的契約終止保障。

再就建教生訓練契約的終止一言者，依據民國 99 年 8 月間教育部所提出之「高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法草案」第 12 條第 1 項第 9 款規定，「建教生訓練契約應包含終止契約之事由及程序。」再依據草案第 14 條規定，「建教生於建教合作機構受訓時，發生可歸責於建教生之終止契約事由者，建教合作機構應自發生之日起二星期內加強對該建教生之輔導，如未獲改善，得於二星期屆滿後終止契約。但建教合作機構知悉終止事由逾二星期未處理者，不得再主張該項事由終止契約。<sup>229</sup>」上述兩個條文，前者應係針對普通終止的情形，即當事人雙方得自由約定終止的事由及終止的程序，故其立法思想與勞基法第 65 條相同，不利於建教生訓練契約的進行<sup>230</sup>。至於後者，則是屬於非常 / 立即終止的情形，立法者從保護建教生的受訓權考量，要求施訓單位必須先進行輔導，未獲改善時，始得於二週內終止契約。此種設計，正有如一般勞動關係中，可以約定一方在他方有

<sup>229</sup> 與勞基法第 12 條第 2 項規定的 30 日除斥期間相較，此一條文的除斥期間只有二星期，顯然對於建教生較為有利。

<sup>230</sup> 雖然說，基於此一合意終止，建教生可以結束 / 斬斷與特定建教合作機構的實習關係、或者藉之再次思考所接受的實務訓練是否確實為其所喜愛，並且決定是否脫離訓練關係。但是，這可能會回溯影響到建教生與學校間的公法法律關係，而終至不利於本身的權益，故並非可取之道。如果建教生擔心特定的建教合作機構無法滿足其實習須要或者將其當作廉價勞工使用，則其應透過試訓期間的約定，好好觀察建教合作機構的所作所為。

(可以立即終止的)重大事由(aus wichtigem Grund)時,必須先進行警告(Abmahnung),待警告無效後始可進行立即終止。此一警告具有警示的及通知的效果。經由警告,一個基於重大事由之終止的基礎,始告確立。這是因為警告後,如果當事人違約的行為繼續,即表示已永久地摧毀雙方當事人的信賴基礎<sup>231</sup>。

再一言者,上述針對基於學術規章實習關係的契約終止,是否亦適用於政府基於促進就業所推動的實/見習關係及在補習機構或個人工作室中所進行的實習關係?對此,本文以為基於促進就業所推動的實/見習關係,其契約的終止仍應採取同樣的處理態度。至於在補習機構或個人工作室中所進行的實習關係,其實務操作可以區分成單純接受指導練習、作/成品歸自己所有,或者經由實務操作為補習機構或個人工作室帶來一定的經濟利潤。如是前者,則雙方是單純以報酬交換技術學習的服務性契約,其契約的終止應尋商業契約終止的模式解決。至於後者,雖然雙方本質上仍為服務性契約,但因為其實務操作具有經濟價值,性質上接近於基於學術規章的實習關係或政府基於促進就業所推動的實/見習關係,故其契約終止應採取同樣的處理方式。如此,較能保障此處實習生的權益。

另外,無論是建教生及技職院校的學生,其均有三方當事人(企業、學生、學校)三個法律關係(企業與學生間的建教生訓練/實習生訓練契約、學生與學校間的公法法律關係、企業與學校間的合作契約),在此,除了企業與學校間的合作契約外,另兩個法律關係各自獨立存在、但又具有一定的連動關係。其中,某一實務訓練契約(基於普通終止或立即終止)的結束,並不會使得學校與學生間法律關係自動瓦解,而是學校可以在一直無法

<sup>231</sup> BGH, NJW 1992, 497.

再尋獲實習單位時，撤銷或終止入學許可<sup>232</sup>。相對地，在試訓期間之後，當學生在學期中被開除學籍時，企業當可以立即終止實習訓練關係。在此時，負責養成訓練的企業必須做出一個意思表示，因為有兩個各自獨立的法律關係存在。

最後，另一個問題是，技術生、建教生及技職院校的學生，其在實習訓練期間，是否會有縮短工時工作 / 無薪假的適用？對此，如上所言，在廠商面對經營困境時（例如無定單），理論上當事人雙方也可以合意暫時的中止實習。雖然如此，本文以為技術生、建教生及技職院校的學生等實習生在事業單位內之工作，雖會為事業單位帶來一定的利潤，但雙方間終究不是勞動關係，而是一個職業教育關係或教養關係。也因此，有關（適用於勞動關係的）縮短工時工作（Kurzarbeit） / 無薪假之規定，並不適用於該等實習生身上。亦即實習生訓練雙方當事人之權利義務，並不會受到廠場接單情形的影響。事業單位的訓練義務係其主要的義務。在定單不足時，事業單位仍然要盡到實習生訓練之義務<sup>233</sup>，不可要求實習生減縮受訓時間或者完全中止訓練。

## 肆、結論與建議

### 一、結論

促進各種職業的教育訓練，係我國福利國家責任的表現。也是我國社會政策最重要的事項之一。為此，國家應為職業訓練備

<sup>232</sup> 參自由時報，產學職訓班 苦等實習機會，2009年12月6日，A11版：延長訓練時間學些與汽車維護無關的課程。

<sup>233</sup> 同說，MünchArbR/Natzel, § 177 Rn. 195.由此看來，同理，台灣在2008年~2009年遭遇金融風暴時，很多廠商終止或中止建教生實習訓練之作法，已經違反建教生合作契約而無效。

具各種規範條件及資源。其次，國家應在公平對待原則、契約自由原則、以及企業自行負擔原則的前提下，推動職業訓練的進行，讓每一個人都有接受職業訓練的機會、當事人雙方在自由意願下訂立職業訓練契約、以及原則上由進行職業訓練的事業單位負擔訓練費用（所謂「職業訓練免費原則」）。在實習生的勞工法律問題上，首先應知實習生，是指短暫地在廠場中工作，以學得準備一個工作（含學術工作）所須要的知識與經驗之人。實習生契約關係的種類不一，有基於學術規章要求所進行者（建教生 / 技職院校學生）、也有非基於學術規章要求所進行者（青年職場體驗計畫 / 大專畢業生企業職場實習方案、補習機構之實習）。一般而言，其與技術生訓練關係或養成訓練關係並不完全相同。在實習生關係中並不進行一個有體系的職業訓練。在面對教育法規與勞工法規競合時，應將實習工作區分為是否為學習課程的一部分，而認定其有無職業訓練法的適用。為避免雇主濫收建教生之流弊，除了建教生訓練契約有最低限度的約定外，並應限制建教生在廠場中所占的最高人數。在實習生的法律地位上，原則上，各種形式的實習生均非勞工的身份，蓋此種實習關係，有者具有教養義務的本質、有者並不具有教養義務，但無論如何，訓練的目的及學習的目的都高過於經濟利益的目的。例外地，在“假象的實習”或不真正的實習關係時，實習生始為勞工。訓練津貼的法律性質並非工資。原則上，事業單位不得與實習生約定返還費用條款及受訓後禁止競業條款（但補習機構之實習可以約定禁止競業條款）。事業單位對於實習生，有一定期限的留用權限，實習生並無自動留用之權，但也無永久留用義務。事業單位必須概要式地確定以何種具體的工作條件繼續留用勞工。實習生訓練契約當事人得自由約定契約的終止原因，惟其應受到私法中-尤其是民法中的-強制禁止規定的檢驗。最後，有關（適用於勞動關係的）無薪假之規定，並不適用於實習生。

## 二、建議

經由以上的討論，本文也謹做如下的建議以供參考：

(一)勞工法令或教育法令中應對於實習生加以定義，以釐清其是否具有勞工的身份。

(二)針對基於學術規章的實習關係（建教生、技職院校學生、產學職專班學生），建議教育主管機關與勞工主管機關共同研究整合現行的法規，提供實習生完整的保障。

(三)立法者應從法律安定性及明確性的角度，明確化及細部化法令的規定，諸如將實習生關係限於書面的要式契約始為有效、明定實習關係的最長期限（例如以六個月為限）、甚至明定最低的訓練津貼或生活津貼。

(四)立法者應考量實習期間及方式的多元性，明訂短期的實習課程（只進行一至三個月），訓練契約當事人可約定免除訓練津貼。只有在實習期間超過三個月者，訓練單位始應給付訓練津貼。

(五)針對各種形式實習生的留用，建議準用勞基法第 67 條之規定「留用期間不得超過訓練期間」的原則處理。

(六)立法者應明定實習生訓練契約中不得有返還訓練費用條款及訓練結束後不競爭業務條款之約定，以免侵害技術生的職業自由及職涯發展。惟例外地，補習機構之實習可以約定禁止競業條款。

## 參考文獻

### 一、中文部分

1. 姜世明, 新民事證據法論, 新學林, 2009年11月。(Shyh-Ming Chiang, *New Civil Evidence Law*, Sharing, Nov. 2009.)
2. 李政青, 青年職場體驗計畫成效豐, 幫助青年縮短職業生涯探索期, 台灣勞工季刊第18期, 2009年6月, 頁28-37。  
(Cheng-Ching Lee, *The successful outcome of the youth workplace experience plan, it help young people to shorten the career exploration period*, *Taiwan Labor Quarterly*, [18], Jun. 2009, pp. 28-37.)
3. 沈冠伶, 論民事訴訟法修正條文中法官之闡明義務與當事人之事實解明義務, 萬國法律第111期, 2000年6月, 頁40-54。  
(Kuan-Ling Shen, *A discussion on the judge's obligation of clarification on the amended provisions in Civil Procedure Law and the obligations of the parties to interpret the cases concerned*, *FT Law Review*, [111], Jun. 2000, pp. 40-54.)
4. 法治斌、董保城, 中華民國憲法, 空中大學, 1997年8月。  
(Zhi-Bin Fa/Bau-Tscheng Dung, *The Constitution of the Republic of China*, National Open University, Aug. 1997.)
5. 林更盛, 勞動法案例研究(二), 五南, 2009年3月。  
(Geng-Schenq Lin, *A research of labor law cases (II)*, Wu-nan, Mar. 2009.)
6. 林炫秋, 就業政策與社會安全-由國際公約到憲法保障, 勞動基本權學術研討會論文集, 行政院勞工委員會, 2004年10月, 頁551-614。(Hsien-Chiu Lin, *The employment policy and*



- social security – from international convention to constitutional guarantee, A symposium of basic labor rights, published by Council of Labor Affairs, Oct. 2004, pp. 551-614.)
7. 吳庚，行政法之理論與實用，自版，2010年9月。(Geng Wu, The administrative law- theory and practice, Geng Wu, Sep. 2010.)
  8. 邱駿彥，勞動基準法上勞工之定義 – 台灣台中地方法院 75 年度訴字第 5026 號判決評釋，勞動法裁判選輯（二），元照，1999年12月，頁93-106。(Chun-Yen Chiu, The definition of labor in Labor Standard Act – Discussion and explanation Fiscal Year 1986 the Taiwan Taichung District Court Verdict 5026, Collection of Verdicts of Labor Law (II) , Angle, Dec. 1999, pp. 93-106.)
  9. 施文森，論社會保險權益之性質，軍法專刊第45卷第10期，1999年10月，頁1-13。(Wen Sen Shi, A discussion on the nature of the social insurance interests, The Military Law Journal, 45[10], Oct. 1999, pp. 1-13.)
  10. 洪淳琦，我國文化藝術補助機制之相關法律問題研究—以「財團法人國家文化藝術基金會」為中心—，台灣本土法學第63期，2004年10月，頁18-38。(Chun-Chi Hong, A study on the legal issues concerning Taiwan's subsidy mechanisms in respect of culture and arts – focus on “National Culture and Arts Foundation” -, Taiwan Law Journal, [63], Oct. 2004, pp. 18-38.)
  11. 黃錦堂，行政組織法之基本問題，翁岳生編，行政法（上冊），元照，2006年10月，頁241-298。(Giin-tarng Huang, The basic problem of the administrative organization law, in: Administrative law, published by Yueh-sheng Weng, Angle, Oct. 2006, pp. 241-298.)

12. 黃越欽，勞動法新論，翰蘆，2012年9月。(Tueh-Chin Huang, New Labor Law, Hanlu, Sep. 2012.)
13. 黃程貫，勞動法，空中大學，2001年6月。(Cheng-Kuan Huang, Labor Law, National Open University, Jun. 2001.)
14. 黃程貫，最低服務年限約定之問題，勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望，新學林，2009年9月，頁240-268。  
(Cheng-Kuan Huang, A study of the legal problem about the agreement of minimum service terms, interpretation of the Labor Standards Act – review of the implementation and prospect after two decades, .Sharing, Sep. 2009, pp. 240-268.)
15. 黃國昌，階段的舉證責任論—統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究第22期，2005年6月，頁217-306。(Kuo-Chang Huang, Differentiating the burdens of proof by phases, Tunghai University Law Review, [22], Jun. 2005, pp. 217-306.)
16. 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁51-62。(Tsung-Fu Chen, A discussion over the control of the freedom of contract and standard contract, The Taiwan Law Review, [91], Dec. 2002, pp. 51-62.)
17. 陳繼盛，我國勞動契約法制之研究，行政院勞工委員會委託研究，1989年7月。(Chi-Sen Chen, A Research of the legal system of Taiwan's Labor Contract, Council of Labor Affairs, Jul. 1989.)
18. 陳新民，國家的法治主義-英國的法治(The rule of law)與德國的法治國家(Der Rechtsstaat)之概念，台大法學論叢第28卷第1期，1998年10月，頁47-122。(Shin-Min Chen, The Rule of Law – A comparative research on the concepts of british – “The rule of laws” and German “Der Rechtsstaat”, National

- University Law Journal, 28[1], Oct. 1998, pp. 47-122.)
19. 詹森林, 定型化契約條款效力之規範, 律師雜誌第 293 期, 1995 年 4 月, 頁 21-40。(Sheng-Lin Jan, A discussion over the problems of effectiveness of the standard contract terms, Taipei Bar Journal, [293], Apr. 1995, pp. 21-40.)
  20. 詹森林, 民法第 247 條之 1 與定型化契約法之發展, 法學叢刊第 204 期, 2006 年 10 月, 頁 195-222。(Sheng-Lin Jan, A Discussion over the development of Article 247a Civil Code of Republic of China and standard contract law, China Law Journal, [204], Oct. 2006, pp. 195-222.)
  21. 楊通軒, 個別勞工法-理論與實務, 五南, 2011 年 8 月。(Tong-Shuan Yang, Individual Labor Law - theory and practice, Wu-nan, Aug. 2011.)
  22. 劉梅君, 就業保險法及就業安定基金初探-社會融合的強化? 或社會排除的惡化?, 就業安全相關議題之探討研討會, 中華救助總會, 2007 年 5 月 24 日, 頁 149-165。(Mei-Chun Liu, An exploration on the Employment Insurance Act and the Employment Security Fund - the strengthening of social integration? Or the deterioration of social exclusion? A symposium over the related issues of employment security, Chinese Association for Relief and Ensuring Services(CARES), May 24, 2007, pp. 149-165.)
  23. 劉志鵬, 勞動法理論與判決研究, 元照, 2000 年 5 月。(Chih-Peng Liu, A research of the labor law's theory and judgment, Angle, May 2000.)
  24. 鄭傑夫, 勞動訴訟, 勞動基準法釋義-施行二十年之回顧與展望, 新學林, 2009 年 9 月, 頁 575-630。(Jie-Fu Cheng, Labor Litigation, interpretation of the Labor Standards Act – review of

the implementation and prospect after two decades, Sharing, Sep. 2009, pp. 575-630.)

25. 國際勞工公約，行政院勞工委員會編印，2010年6月。  
(International Labor Convention, Published by Council of Labor Affairs Executive Yuan, Jun. 2010.)
26. 國際勞工建議書，行政院勞工委員會編印，2010年6月。  
(International Labor Recommendations, Published by Council of Labor Affairs Executive Yuan, Jun. 2010.)

## 二、外文部分

1. Benecke, Martina/Hergenröder, Wolfgang, BBiG, 2009, § 17 Rn. 6 ff.
2. Buchner, Herbert, Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 1995, Rn. A 7, 16.
3. Brecht-Heitzmann, Holger, Die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien für Studierende der Berufsakademien, RdA 2008, 283 f.
4. Hanau, Peter/Adomeit, Klaus, Arbeitsrecht, 13. Aufl., 2005, Rn. 569, 579.
5. Hirdina, Ralph, Rechtsfragen zur Kündigung eines Praktikumsvertrags, NZA 2008, 917.
6. Hueck, Alfred/ Nipperdey, Hans Carl, Lehrb. des Arbeitsrecht, 1. Aufl., 1927, 37.
7. Hümmerich, Klaus, Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2007, 629, 634.
8. Junker, Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 7. Aufl., 2008, Rn. 473.
9. Kittner, Michael, Arbeits- und Sozialordnung, 22. Aufl., 1997, 517
10. Kittner, Michael, Arbeits- und Sozialordnung, 32. Aufl., 2007,

- 367 f.
11. Knopp-Kraegeloh, Wolfgang, Berufsbildungsgesetz, 5. Aufl., 2005, S. 1, Einleitung.
  12. Leinemann, Wolfgang/ Taubert, Thomas, Berufsbildungsgesetz, 2. Aufl., 2008, § 10 Rn. 18.
  13. Löwisch, Manfred/Rieble, Volker, TVG, 2. Aufl., 2004, § 1 Rn. 26.
  14. Maties, Martin, Generation Praktikum, RdA 2007, 138 f.
  15. MünchArbR/Natzel, Ivo(2000), § 177 Rn. 20, 26 ff., 60 ff., 68 ff., 131, 133, 141, 184, 194, 195
  16. MünchArbR/Natzel, Ivo(2000), § 178 Rn. 12, 13, 64, 97, 196, 426.
  17. Mückenberger, Ulrich, Die Ausbildungspflicht der Unternehmen nach dem GG, 1986.
  18. Natzel, Ivo, Duale Studiengänge – arbeitsrechtliches Neuland? NZA 2008, 567 ff.
  19. Neumann, Franz, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBl. 1997, 92-103.
  20. Nikisch, Arthur, Arbeitsrecht, 1. Aufl., 1926, 6.
  21. Orłowski, Karolin, Praktikantenverträge – transparente Regelung notwendig! RdA 2009, 39.
  22. Ossenbühl, Fritz, Zur verfassungsrechtlichen Pflicht der Arbeitgeber, betriebliche Ausbildungsplätze bereitstellen, 1985.
  23. Staudinger-Richardi, Reinhard, BGB 2005, Vorbem. Zu §§ 611 ff. Rn. 322.
  24. Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl., 2007, § 174 Rn. 6.
  25. ErfK/Schlachter, Monika, § 11 BBiG Rn. 4, § 12 BBiG Rn. 4, §

17 BBiG Rn. 1.、 § 26 BBiG Nr.1, 9. Aufl. 2009.

26. Schulze, Marc-Oliver, Ü bernahmeverpflichtung von Auszubildenden nach Tarifvertrag, NZA 2007, 1333.
27. Sittard Ulrich/ Lampe, Julia, Der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes und die Lösung sog. Zukunftsfragen, RdA 2008, 249 ff.
28. Söllner, Alfred, Grundriß des Arbeitsrechts, 11. Aufl., 1994, 312.
29. Thüsing, Gregor, in: Wiedemann, Herbert, TVG, 7. Aufl., 2007, § 1 Rn. 394.