

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

勞動基準法上特別休假制度之再檢討

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC94-2414-H-034-003-

執行期間：94年08月01日至95年07月31日

執行單位：中國文化大學法律學系暨研究所

計畫主持人：邱駿彥

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 95 年 10 月 24 日

特別休假法制度之探討---以台灣制度為例

一、前言

現代工商業制度下，隨著產業技術革新與勞務管理精緻化，工作內容亦趨向複雜與高度化。勞動者雖未必全然從事體力勞動，但工作後所產生之疲勞，其質與量均非往昔可比。對勞動者而言，除固定之星期例假休息外，再賦予一定長期間之特別休假，非但有助於恢復身心疲勞，亦可維護積聚勞動力，更可使勞動者得利用此一長期休假營精神文化之生活，由此可見特別休假有其客觀之必要性，從而吾人謂特別休假為現代勞資關係中不可或缺之重要勞動條件之一，亦不為過。此由世界各國之勞動者經由法律規定或經由團體協商，大體上均擁有一定日數特別休假之現象可見一般。

特別休假如上所述對勞動者勞動生命之延續有其重要性，因此如何確保勞動者之特別休假權，應為吾人首必予以重視之問題。不過權利重在行使，如何使勞動者在其工作之餘感到疲勞時，能適時地取得特別休假，當為特別休假法制度中不可忽略之課題。

二、特別休假權之成立要件

台灣之勞動基準法第38條規定：勞動者在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應依左列規定給予特別休假：

- 一、 一年以上三年未滿者七日
- 二、 三年以上五年未滿者十日
- 三、 五年以上十年未滿者十四日
- 四、 十年以上者，每一年加給一日，加至三十日為止

由以上規定可知，受雇勞動者只要滿足「繼續工作滿一定期間」及「在同一雇主或事業單位」兩要件，即取得享受特別休假之權利。以下，針對此兩要件進行檢討。

1. 繼續工作滿「一定期間」

所謂繼續工作滿「一定期間」，往昔曾有學者仿照日本立法

例，認為所謂一定期間乃指勞動者在年度內必須滿八成以上之出勤率，始稱之為滿一定期間。但一來台灣勞基法條文中並未規定勞動者取得特別休假權必須有出勤率之限制，因此自不宜擅自擴張解釋認為滿一定期間乃是出勤率限制之意思。二來，從條文前後文觀察，所未滿一定期間，應解釋為勞動者在同一雇主或事業單位內，繼續工作滿一年以上者，自次年度起即擁有特別休假權之意思。

其次，繼續工作滿一定期間之起算點，一般認為係指勞動者之受雇日，亦即以勞動契約之成立日為基準¹。如果勞動契約未明確定有效力發生日之始期時，則應以契約締結之翌日起算。然而對此見解，亦有學者提出不同看法，認為應以就勞開始日為繼續工作一年之起算日²。一般而言，勞動契約成立日與就勞開始日大抵上同時者居多，此時不論是採取何種見解，繼續工作一年之起算日應不會有所差異。但實際上如勞資雙方因特約，導致勞動契約成立日與現實的就勞開始日有相當時日之差距時，例如勞動者因搬家之故延後一個星期報到上班，則繼續工作一年之起算點究竟應以勞動契約成立日、或現實上之就勞開始日為基準，就容易有所爭議。通說認為，如果勞動契約訂定時附有效力發生始期者，一年之起算日則應以該約定之始期為準。若無約定效力發生始期，則雖因搬家導致延後一週始報到上班，仍應以勞動契約成立日為一年之起算點，換言之，此時因搬家而未上班之一週仍應算在繼續工作一年之期間內³。

不過，勞資雙方如果有經過採用內定之過程時，雖然一般通說認為採用內定合意後勞動契約視為成立，但考慮到採用內定之特殊勞動關係，如仍以勞動契約成立日為繼續工作一年之起算點，可能有所失當⁴。此時，該起算點應以勞動者正式進入企業之

¹ 山口浩一郎「年次有給休暇をめぐる法律問題」（上智法學 25 卷 2・3 號）第 33 頁、下井隆史『勞動基準法』（有斐閣法學叢書，1991 年初版）第 199 頁、東京大學勞動法研究會『註釋勞動時間法』（有斐閣，1990）第 609 頁參照。另外，日本行政解釋亦同旨，認為持續工作一年之起算基準日為該勞動者之採用日，參見昭和 23.3.31 基發第 513 號。

² 例如松岡三郎『條解勞動基準法（新版上冊）』（弘文堂，1958）第 499 頁、名古屋功「年次有給休暇」（片岡昇・萬井龍令編『勞動時間法論』所收，法律文化社，1990 年）第 309 頁。

³ 有泉亨『勞動基準法』（有斐閣法律學全集，1984）第 347 頁。

⁴ 針對採用內定之法性質而言，究竟應以何時點為勞動契約成立日，日本學說間曾有種種不同見解。但自從日本最高法院在「大日本印刷事件」（最二小判昭和 54.7.20 民集 33 卷 5 號第 582

日，即實際就勞開始日為宜⁵。另外，如果實際雇用日已無法確定時，雇主應採取求證於勞動者本人及其他同僚等方式加以確認⁶。

所謂繼續工作滿一年，原則上應如前述以個別勞動者雇用日開始起算。但在大型企業中往往勞動者人數眾多，如一一要以個別勞動者之雇用日起算，難免增加許多繁雜之事務負擔。此時，在雇主事務管理效率化之考量上，是否能特定一年中之某一日為事業場所全體勞動者之特別休假起算日？針對此點，一般認為如果雇主有特別考量到該特定日前繼續工作未滿一年勞動者之利益時，制度運用上並不違法。換言之，若雇主對於特定起算日前繼續工作未滿一年之勞動者，在計算其出勤率時，該未滿一年之期間視為既已出勤之前提下，始得將全體勞動者之特別休假起算日採取同一特定日之措施⁷。雖然此種措施將會導致年資一年以內勞動者間之不甚公平現象，例如特定起算日之前幾日受雇之勞動者，與該特定起算日前十一個月已受雇之勞動者，特別休假日數同樣都是七日；或者特定起算日前一日受雇之勞動者有七日之特別休假，但特定起算日當日或翌日受雇之勞動者在該年度即無特別休假。這種無法兼顧到工作期間長短不同之現象，在雇主有必要統一特定起算日之措施上，應為難以避免之結果⁸。

另外，雇主在計算特別休假日數時，若有必要變更既已特定之起算基準日時，必須要注意到應採取對勞動者不會產生不利益之措施。

2. 「繼續工作」滿一年

(1)繼續工作之意義

所謂繼續工作係指勞動契約有繼續存在的狀態，亦即意味著勞動者持續在籍、或勞動關係存續的狀態。因此勞動者在籍期間中，即使長期處於缺勤狀態導致實際出勤日數極少，在與特別休假相

頁)中，採取內定通知為勞動契約成立之見解後，迄今可謂已達共識。準此，則企業之內定通知日即應為勞動契約成立日，而特別休假權取得要件之一的繼續工作滿一年，也應以採用內定通知日為其起算日，在考慮採用內定之特殊性後，難免有不合理之情況產生。

⁵ 山口浩一郎「年次有給休暇をめぐる法律問題」(上智法學 25 卷 2・3 號第 35 頁)。

⁶ 昭和 23.10.14 基發第 1509 號。

⁷ 昭和 23.3.31 基發第 513 號、昭和 63.3.14 基發第 150 號。

⁸ 勞動省勞動基準局編著『全訂版勞動基準法コンメンタール』(勞務行政研究所，1990)第 505 頁。

關事項上，並不影響勞動者有繼續工作事實之認定。另外，大型工會如有專職理事之設置、或勞動者因長期療養導致休業，畢竟都還屬於在籍狀態，因此不論其休業原因為何，該休業期間仍必須視為繼續工作之期間來處理⁹。

有關特別休假在計算繼續工作之年資時，依台灣勞基法第 38 條規定，在同一雇主或同一事業單位內之工作年資都要合併計算。在同一雇主下繼續工作之年資必須合併計算，固無疑問。但在同一事業單位內，只要勞動契約關係繼續存在，即使在不同雇主指揮監督下之年資是否也必須合算之問題，亦值得探討。蓋吾人不能否認因企業轉讓、組織變更、或出向（企業外調職）等情事，有導致勞動者在不同雇主間服勞務之現實，此時在計算特別休假年資時可能合併計算比較合理¹⁰。

有關此問題，如果吾人考慮到 ILO 第 52 號條約所言「為確保勞動者有休息、娛樂與能力之發展機會」之特別休假目的，與貫徹特別休假制度之趣旨時，則勞動者在不同雇主下之工作年資予以合併計算或許會比較理想。更何況考量台灣中小企業平均存活率不到 13 年左右之現實下，勞動者因雇主破產倒閉不得已離職，另尋他雇主受僱之現象在所難免，因此勞動者在不同雇主下之工作年資是否合算之問題，即有重新檢討之必要。再者，於高齡化現況下，退休後再就業之銀髮族勞動者亦有增加之現象，為使這些勞動者得以一方面貢獻其寶貴之經驗與知識，一方面尚能享有較悠閒的生活，則對應其勞動一生之工作年資給予適當之特別休假日數，應為重要之考量¹¹。從而，在綜合考量雇主給予勞動者特別休假之目的，在有助於勞動者更有效消除疲勞及維持培養勞動

⁹ 昭和 63.3.14 基發第 150 號、勞動省勞動基準局編著『全訂勞動基準法コンメンタール』（勞務行政研究所，1990 年）第 506 頁參照。但在這裡要特別注意到，在休業中之勞動者，因原本即無勞動義務，故無特別休假請求權（參見昭和 31.1.13 基發第 489 號）。然而儘管如此，計算休業中勞動者有關特別休假之工作年資時，仍必須將休業期間一併記入。

¹⁰ 松岡三郎『條解勞動基準法（新版）上』（弘文堂，1958）第 500 頁，另外，有關雇主變動時繼續工作年資之合算問題，參照本論文稍後之探討。

¹¹ 日本勞動省為促進企業主積極整備雇用高齡勞動者之環境，於 1991 年起已採取許多有助於 60 歲退休後勞動者得以繼續工作至 65 歲之措施。其中有關特別休假之政策上，對於繼續雇用屆齡退休勞動者之雇主，若於屆齡退休年度之前後各一年間，給予勞動者一個月以上特別休假者，政府補助雇主該一個月期間之獎勵金六萬日圓。而且就算只繼續雇用為部分工時勞動者，若有依上述方式給予特別休假者，政府亦補助雇主獎勵金之半額三萬日圓。筆者認為此獎勵措施僅限於繼續雇用同一雇主之勞動者，於創造高齡者再就業環境之政策目的上似有不足，若補助獎勵金之措施能擴及雇用其他企業退休後勞動者之雇主，或許能更完美。

力、重視離職勞動者再就業時弱勢立場之實態、並考慮屆齡退休勞動者再就業時對於特別休假之必要性等因素，則有關特別休假之工作年資合算等問題，採取法律明文規定予以保障之必要性有其意義。

有關工作年資之合算，曾有學者提出「可攜式特別休假年資制」之立法論建議，但在大多數企業還是有採取年功序列工資體制之勞動關係特質下，多數學者對此立法論提議採取較消極之立場¹²。不過，隨著新一代勞動者工作意識上的變化，離職率有逐漸升高之趨勢，連帶企業內年功序列工資體制也漸有緩和之徵兆等種種考量下，在不同雇主間之特別休假工作年資合算問題，應可預期為未來可見之重要課題，同時法制化之抵抗也應會隨著時代的進展而減弱才對。

(2) 勞動者在契約上地位之變更

定期契約勞動者，反覆不斷更新契約而繼續受雇時，雖然台灣勞基法第 9 條第 2 項規定「視為不定期契約」，但前後契約如中斷超過 30 日以上，或季節性工作與特定性工作之更新，仍無法有定期契約之不定期化之適用。因此有關特別休假之年資計算上，一般通說認為，更新契約之所有期間應視為繼續工作而合併計算¹³。但定期契約更新時，若未立即更新而前後契約間置有間隔者，繼續工作之事實是否中斷，即必須就其具體關係為事實上之判斷。其中重要之判斷要素，例如前後契約間斷期間之長短、工作場所是否變動、與不定期契約工平均工作日數之比較，最重要者，雇主如有藉契約更新之間斷期間以達免除特別休假給付義務之脫法意圖時，則必須視為勞動契約關係有事實上之繼續存在¹⁴。

按日計酬之受雇勞動者，基本上其勞動契約是每日中斷，而且休假日以外也未必每日皆有工作，因此外觀上似乎難以認為係繼續工作。但假如按日計酬之勞動者有反覆不斷更新契約，且有一

¹² 所謂可攜式特別休假年資制，係指勞動者得將特別休假年資之既得地位，帶至新勞動契約關係，而前雇主亦需有若干負擔之制度。參見有泉亨前揭書『勞動基準法』第 352 頁。

¹³ 昭和 63.3.14 基發第 150 號，東京大學勞動法研究會前揭書『註釋勞動時間法』第 611 頁。

¹⁴ 參照日本勞動省勞動基準局編著『全訂解釋通覽勞動基準法』（綜合勞動研究所，1988）第 208 頁。另外，行政解釋上亦認為，受雇公共事業團體之兼任職員於會計年度終了時離職，間隔十天後，次年度以特別職再雇用者，其雇用關係應認為實質上繼續存在（昭和 36.11.27 基收第 5115 號）。

年以上持續受雇之事實時，謂其契約之更新只是形式上之措施，實質上勞資雙方存有未定期限之勞動契約關係亦不為過¹⁵。因此專受同一雇主雇用之按日計酬勞動者，應解為其工作之繼續性未中斷。

另外，針對受雇於不同雇主之按日計酬勞動者，是否應認為其有繼續工作之事實，亦值得吾人寄予關心。

計算特別休假年資時，台灣勞基法第 38 條規定繼續工作之事實，原則上必須以受雇於同一雇主或事業單位為限。惟依此規定適用於按日計酬之勞動者時，在不同雇主間受雇工作之按日計酬工，其繼續工作之年資即無法合併計算。但此規定與適用究竟是否合理，非無檢討之餘地。蓋按日計酬勞動者僅能靠每日工作所得充當生活資金，因此在不可歸責於勞動者事由之情況下無法受雇於同一雇主時，只好無可選擇地轉而受雇於其他雇主賺取工資。從而針對按日計酬勞動者，如非關勞動者本人自由意願導致無法為同一雇主提供勞務之日，受其他雇主雇用時，在有關特別休假繼續工作年資之計算問題上，若直接認定中斷工作年資之繼續性，不只是忽略掉考慮按日計酬勞動者之特性，對該等勞動者之保護難謂沒有缺陷。另外，即使在此種狀況下採取合併計算不同雇主間之特別休假年資，也會發生按日計酬勞動者所取得之特別休假日數究竟應向何雇主請求之疑問。針對此疑問，或許前述可攜式特別休假制，有助於本問題之解決也說不定。總之，可以採取對應不同雇主間之工作日數，依比例之取得向各該雇主來請求。

晚近企業界嘗見為確保優秀人才與活用有經驗之資深員工，對於正式員工退休後再以囑託身份雇用者亦不在少數。於此狀況下，退休前之勞動契約與退休後再雇用之囑託契約，外觀形式上看似兩個不同的契約，實質上卻只是企業內之身分變更，勞資雙方之關係仍然繼續維持，因此退休前後工作年資應予合併計算。然而屆齡退休後，如間隔一段期間再予雇用時，也未必適合立即斷定其前後之工作有繼續性。此時判斷其工作有無繼續性，必須

¹⁵ 見豐橋市失對勞動者事件（名古屋地判昭和 46.5.24）勞民集 22 卷 3 號第 519 頁，另外，勞働省勞働基準局前掲書『全訂勞働基準法コンメンタール』第 506 頁、東京大學勞働法研究会前掲書『註釋勞働時間法』第 612 頁亦同旨。

考量該間隔一段期間是否有脫法意圖、所間隔之期間是否為「相當期間」等因素決之¹⁶。

最後，如勞動者非因自願性離職而一時中斷雇用關係，嗣後再獲同一雇主雇用者，是否仍須視其工作有繼續性，亦有爭議。特別是在經濟不景氣、企業營運有困難，雇主不得不採取人員調整性資遣時，勞動者在雇主與工會之協議下暫時終止勞動關係，等到景氣好轉雇主重新營運時再予雇用之“lay off”，或與“lay off”制度類似之「暫時休業」時，勞資雙方針對該勞動關係空窗期間是否併入特別休假之工作年資計算，常見有糾紛。蓋因為退休或解雇導致勞動契約關係終了者，基本上可認為工作已失其繼續性當無異論；但吾人如有注意到特別休假之趣旨與上述狀況下勞動者不得已離職之立場，則特別考慮該勞動關係空窗期長短之前提下，再加以判斷前後之工作是否具有繼續性，應屬比較妥當之措施¹⁷。

(3) 雇主與指揮命令權者之變動

有關取得特別休假要件之一的「繼續工作」，如上所述一般，最理想的狀況是，在不同雇主間之工作年資也能合併計算。但事實上不論學說或實務，依然執著於第 38 條規定，認為只能在同一雇主或事業單位下才能合併計算其工作年資之見解。儘管如此，但不能否認也有外觀上似乎在不同雇主下工作，實質上卻應視為受同一雇主雇用者。換言之，對勞動者而言，即使雇主或指揮命令權者發生變動，未必皆得視為勞動者係在不同雇主下提供勞務。因此有時勞動者於雇主或指揮命令權者發生變動時，其前後之工作年資應合併計算較為合理。

① 企業合併時

在企業合併時，勞動者於合併前後在不同雇主間之工作年資

¹⁶ 昭和 23.5.22 基收第 1100 號解釋令中，有關判斷契約前後之工作是否具有繼續性，提出以下三要點：

1. 有關勞動基準法第 39 條特別休假之繼續工作年資計算上，雇主雖在形式上對勞動者予以解雇，但只要實質上勞動關係仍然存續時，則該工作年資必須合併計算。
2. 但解雇與再雇用之間，置有相當間隔期間者，如可認定其勞動關係確已中斷，則不在此限。
3. 雇主解雇勞動者時，是否有發給退職金，與計算特別休假基礎之工作年資是否繼續，並無直接關係。

¹⁷ 有泉亨・青木宗也・金子征史編『コンメンタール労働基準法（第三版）』（日本評論社，1990）第 221 頁參照。

是否需合併計算，亦常見有爭議。有關企業之合併，最常見有吸收合併與新設合併兩種。吸收合併時除了存續企業以外，其他參與之所有企業必須解散；而新設合併時則所有參與之企業皆必須解散。理論上而言，合併前之舊企業因合併而解散，其與合併後之新企業既然不具有同一性，因此勞動關係之當事人亦隨同變更¹⁸。然而企業於合併時，存續企業或新設企業，必須概括承受解散企業之所有權利義務。而勞動契約關係亦為企業之權利義務關係之一環，因此解為概括承受之範圍當不為過。而台灣勞基法第 38 條有關特別休假規定中，並未明文要求雇主之實質上同一性，因此在勞動契約與勞動關係之承繼問題上，合併企業與勞動者間之勞動契約關係，應當然為合併後之新企業所承受，勞動關係有其繼續性，故特別休假之工作年資應合併計算¹⁹。就此問題上，雖亦有學者提出基於勞動者與雇主間之信賴關係為理由，主張對於中小企業應為例外之否定（即認為中小企業之合併時，上述工作年資應不予合併計算）²⁰，但該見解並未提出為何勞資雙方之信賴關係有影響到工作年資是否合併計算之更具體理由，實不得不認為該見解之根據稍嫌薄弱。

②營業轉讓時

所謂營業轉讓，係指在特定營業目的下，以組織化之有機整體所為之機能性的財產移轉為目的之債權契約²¹。在營業轉讓之場合，受讓人是否需為勞動契約之承繼，換言之，此時勞動者是否有工作上之繼續性問題，亦成為論爭之焦點。

台灣勞基法第 20 條中，固置有事業單位改組或轉讓時，新舊雇主商訂留用之勞動者，其工作年資應合併計算之規定。但實務上也多見有改組或轉讓時，先由舊雇主將所有員工資遣，嗣後再由新雇主擇優者從新聘用。此時外觀上既非屬新舊雇主商訂留用，因此從新受新雇主聘用之勞動者，其工作年資是否合併計算，亦容易滋生疑義。以下針對類似狀況之特別休假相關年資合算部

¹⁸ 勞動省勞動基準局編著前掲書『全訂勞動基準法コンメンタール』第 508 頁。

¹⁹ 昭和 24.1.25 基收第 168 號解釋令、勞動省勞動基準局編著前掲書『全訂勞動基準法コンメンタール』第 508 頁、東京大學勞動法研究會前掲書『註釋勞動時間法』第 613 頁。

²⁰ 林信雄「年次有給休假請求權の法理」（日本法學 37 卷 2 號）第 223 頁。

²¹ 大隅健一郎『商法總則（新版）』（有斐閣法律學全集，1986）第 301 頁。

分，提出探討。

學說中有主張在近代企業之營業轉讓，若勞動者之待遇於營業轉讓前後無變化者，應認為事實上有工作之繼續性²²。另外，亦有學者認為應從營業轉讓後是否有實質上之繼續與同一性之角度來考察，如得肯定其有實質上之繼續營業與營業內容同一性時，則應視為勞動者之工作有繼續性²³。特別是後者之見解，與商法學者一般所主張營業轉讓之性質而言，可謂一致²⁴。然而學界中亦有反對說之見解，認為在營業轉讓時，依據營業轉讓當事人之合意，針對勞動者勞動契約之承受有具體協定，且得到個別勞動者之同意後，才能締結新的個別勞動契約，因此前後勞動契約之工作並無繼續性²⁵。

在判例實務上，有關營業轉讓中勞動契約關係是否當然隨同移轉存續之問題，見解亦有分歧。例如有採取消極立場者，認為在營業轉讓中，雖性質上與企業合併有所不同，而可以用一個債權契約將營業組織體移轉，但構成營業財產之各個債權債務，則必須有個別的權利移轉或債務之承受，因此不能解為每一個勞動者的勞動契約關係就得以例外地當然承繼²⁶。反之，亦有肯定勞動契約有當然承繼之效力者，持此主張之判例認為，營業轉讓時，只要營業之同一性有繼續維持，即使歷經轉讓人先將全體勞動者解雇，再由受讓人重新雇用之過程，那也只是經營主體變更時所伴隨著的一種形式，如無其他特別有力之反證，應推定營業轉讓人與受讓人之間，對於勞動契約關係有概括承繼之默示合意，從而採取勞動契約關係當然繼受之立場，因此勞動者之工作有繼續性²⁷。在此判例所採之立場上，進一步有判例再引伸認為勞動契約

²² 勞動省勞動基準局編著前掲書『全訂勞動基準法コンメンタール』第 509 頁。

²³ 有泉亨前掲書『勞動基準法』第 347 頁。另外，秋田成就『休憩・休日・休暇』（勞動法實務大系 12，1972）第 128 頁亦同旨。

²⁴ 客觀意義上之營業，係指在特定營業活動目的下，組織化的機能性財產活動，因此在營業活動中，若人與物之設施、整備與組織性愈強化，則營業自體之客觀性必然趨高，此時營業主之人的要素之意義就逐漸式微，呈現出營業的非人格化與物化之傾向。結果，即使營業主有所變更，營業本身之同一性亦不會有所影響。因此在既存之營業未解體前提下，保持其組織之一體性而移轉者，乃為營業轉讓制度之意義。參見大隅健一郎前掲書『商法總則（新版）』第 299 頁。

²⁵ 石井照久『商法における基本問題』（勁草書房，1960）第 159-174 頁。

²⁶ 兩備バス事件（岡山地判昭和 30.1.29）勞民集 6 卷 1 號第 41 頁。

²⁷ 松山市民病院不當解雇事件（松山地判昭和 40.5.26 判例時報 422 號第 56 頁）、同事件（高

承繼時，勞動契約之效力並無須以勞動者之同意為必要，惟若勞動者有異議時得對受讓人產生即時解約之效果²⁸。

如上所述一般，營業轉讓時有關勞動契約之承繼問題上，即使判例實務與學說上之意見仍見分歧。但至少在特別休假相關之有無繼續工作之認定上，如同多數說所主張一般，在考量營業轉讓前後之業務有無實質繼續、勞動契約關係有無實質繼續、待遇有無異常變化等問題後，也有應解為勞動者之工作有繼續性之餘地²⁹。

③ 出向（企業外調職）、派遣時

台灣勞基法條文中雖未見有「出向」之名詞，一般而言出向係指勞動者之企業外人事異動。現今企業界實施之企業外人事異動型態形形色色，有維持著員工身分而相當長一段期間受派至他企業提供勞務者，也有為了在他企業提供勞務而移轉其原來員工身分至他企業者，不一而足。前者一般稱之為「在籍出向」，或單稱之為出向；後者則一般通稱之為「移籍出向」，或單稱之為轉籍³⁰。

與特別休假有關之出向問題，依然在於出向前與出向後之工作是否應視為繼續之點。為釐清此問題，首先應該究明出向勞動者、出向地之企業、與原所屬企業三者間之勞動關係之有無。針對此問題，雖也見有：在籍出向中，出向勞動者僅與原所屬企業間有勞動契約關係，與出向地企業間不存在勞動契約關係之見解；但日本通說上一般認為出向勞動者與出向地企業及原所屬企業間皆同時發生有勞動契約關係³¹。而此勞動契約關係之本質，係將一個勞動契約關係在內容上分割為二，各自分配於出向地企業與勞動者之原所屬企業而存在³²。因此在籍出向之場合，出向勞動

松高判昭和 42.9.6 勞民集 18 卷 5 號第 890 頁）。

²⁸ 日伸運輸事件（大阪高判昭和 40.2.12 判例時報 404 號第 53 頁）。

²⁹ 東京大學勞動法研究會前掲書『註釋勞動時間法』第 614 頁、勞動省勞動基準局編著前掲書『全訂勞動基準法コンメンタール』第 509 頁。

³⁰ 下井隆史前掲書『勞動基準法』第 73 頁、菅野和夫『勞動法』（弘文堂，1988 年第 2 版）第 239 頁。

³¹ 勞動省勞動基準局編著前掲書『全訂勞動基準法コンメンタール』第 509 頁、下井隆史前掲書『勞動基準法』第 77 頁、菅野和夫『勞動法』第 336 頁等參照。

³² 參見秋田成就「企業間人事異動に伴う法的問題」日本勞動法學會誌 63 號（1984）第 22 頁、下井隆史前掲書『勞動基準法』第 77 頁同旨。另外採取與學界相同見解之實務判例有，例如新

者與原所屬企業及出向地企業間，視為一個勞動契約關係存在，故有關出向勞動者之特別休假資格上，即應解為其在原所屬企業時之工作年資亦應予合併計算來給予相對應之特別休假日數³³。另外，當所定之出向期間屆滿，勞動者歸建至原所屬企業時亦然，其在出向地之工作年資亦應合併計算在內。

另外，出向或歸建時不一定正好在年度更替之始末期，例如在年度途中發生者，出向地企業或歸建後之原所屬企業是否只要給予當年度剩餘日數分相對應之特別休假即已足，往往亦成為爭議點。雖然學者間有認為在歸建當年度，不論勞動者在出向地企業之特別休假使用狀況如何，出向勞動者於歸建回到原所屬企業後，即應享受該年度之所有法定休假日數³⁴；但通說仍認為不論在出向時之出向地企業、或歸建後之原所屬企業，只要各給予該年度剩餘日數分之特別休假即已足夠。

其次，在移籍出向（即轉籍）之場合，由於勞動者與原所屬企業之勞動契約關係已終止，而與出向地企業間成立新的勞動契約關係，且出向地企業與原所屬企業間並未具有一體性，因此有關特別休假資格要件之繼續性工作亦不得不採取否定之立場³⁵。

再者，有關派遣勞動者之特別休假是否也要合併計算其工作期間之問題，鑑於派遣勞動有漸成氣候之趨勢，在此亦必須一提。由於派遣勞動者係與其所屬之派遣企業主締結勞動契約，在此勞動契約關係維持下，受派至要派企業中接受要派企業雇主之指揮監督提供勞務³⁶。因此派遣勞動者與要派企業雇主間並無勞動契約

興工業事件（福島地判昭和 49.3.25 判例時報 744 號第 105 頁）、枋木合同輸送假處分事件（名古屋地判昭和 53.7.7 判例時報 909 號第 102 頁）、枋木合同輸送事件之本訴（名古屋地判昭和 56.12.25 勞民集 32 卷 6 號第 997 頁）等。

³³ 參照昭和 63.3.14 基發第 150 號解釋令。就此見解，雖亦有學者認為，由於現行法中規定特別休假權之取得與行使都必須在同一雇主下為之，因此不贊同勞動者在出向地企業工作時，得合併計其在原所屬企業之工作年資（見山口浩一郎前揭論文「年次有給休暇をめぐる法律問題」第 38 頁。不過山口見解中亦提出，為救濟出向勞動者所損失原所屬企業之特別休假工作年資，因此在一定要件下，出向勞動者之原所屬企業主應支付相對應之特別休假津貼給勞動者。至於出向勞動者歸建原所屬企業後，因為係復歸至原來之雇主處，因此前年度在出向地企業之工作日數，回到原所屬企業後亦應視為已提供勞務而予以合併計算年資。山口教授採取將出向與歸建分別處理之方式，解決工作年資之合算問題。

³⁴ 山口浩一郎前揭論文「年次有給休暇をめぐる法律問題」第 39 頁。

³⁵ 有泉亨・青木宗也・金子征史前揭書『コンメンタール労働基準法（第三版）』第 222 頁、労働省労働基準局編著前揭書『全訂労働基準法コンメンタール』第 509 頁參照。

³⁶ 日本労働派遣法第 2 條定義規定參照、另外下井隆史前揭書『労働基準法』第 85 頁亦有詳細

關係存在，從而與特別休假有關之工作是否有繼續性，在要派企業這裡並不成為問題。對派遣勞動者而言，特別休假之賦予責任者係在所屬之派遣企業雇主。準此見解，則常時雇用型之派遣勞動者，其在要派企業處提供勞務之期間，自然亦應計入所屬派遣企業之工作年資內。至於登錄型派遣勞動者，由於其與所屬派遣企業間之勞動契約關係，具有斷續性展開之特徵，因此在判斷其工作是否具有繼續性時，應該採取個別地、寬鬆之立場比較妥當³⁷。

三、特別休假權之內容

台灣勞基法第 38 條規定，勞動者在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應依下列規定給與特別休假。即工作年資在一年以上三年未滿者給七日，三年以上五年未滿者給十日，五年以上十年未滿者給十四日，十年以上者每增加一年工作年資加計一日，加至三十日為止。換言之，台灣之勞工特別休假日數最高可達三十日。此種水準較之世界其他各國遑不多讓。不過特別休假制度中較重要者在於，勞動者是否可能在其最感需要時取得休假之問題，亦即勞動者是否有指定休假期日之權利。台灣勞基法第三十八條母法規定中並未明訂勞資雙方如何處理休假之安排，僅在施行細則第二十四條第二款中規定，特別休假由勞資雙方協商排定。惟若勞資雙方協商不成時，勞動者是否有權逕行休假，由於法並未明文，因此徒增不少勞資糾紛。

勞動者繼續工作滿一定期間後，依法即有特別休假權利。問題是勞動者所取得之特別休假權，其法性質究竟是請求權或是形成權，攸關勞動者是否能在指定之日期得到休假。不過在特別休假法性質論之前，日本勞基法有關勞動者特別休假請求方式之規定頗值參考。日本勞基法第 39 條第 4 項規定，原則上雇主必須在勞動者所指定之日期給予休假，但如果在勞動者指定之期日給予特別休假將有礙於企業正常營運之虞者，雇主例外地得變更勞動者所指定之日期，因此日本勞基法明定勞動者有特別休假期日指定權，他方面雇主也有特別休假期日變更權，構成互為調配之權利行使模式。此種以法律明文規定勞動者如何取得特別休假，當

描述。

³⁷ 東京大學勞動法研究會前掲書『註釋勞動時間法』第 614 頁參照。

較含糊由勞資雙方協商排定之方式，更能落實特別休假制度之趣旨，值得台灣未來修法時之參考。

特別休假之如何利用，當由勞動者個人自由決定，雇主不得以勞動者使用特別休假之理由，決定是否給予休特別休假。不過據筆者所知，目前台灣勞動者一般尚未能充分瞭解特別休假之用意，導致不少勞動者在遲到早退或有事假之必要時，即以請特別休假之方式抵充掉，絕大多數雇主亦同意此種模式之特別休假使用。甚至不少企業主亦以勞動者終年未休特別休假，而在給予全勤獎或不休假獎金，此種誤用特別休假之作法，顯然違背特別休假法制化之趣旨，誠然可惜。

在台灣整個特別休假法制度中，最令人質疑者，莫過於勞動基準法施行細則第 24 條第 3 款竟置有，特別休假因年度終結或終止契約而未休者，其應休未休之日數，雇主應發給工資之規定，是否有違反 ILO 不得以價金買特別休假之條約，不無疑問。

即便在台灣認為以工資取代特別休假之作法為合理，則也不免發生如下疑義。例如，勞工委員會(82)台勞動二字第 44064 號函釋中曾謂：「勞動契約終止時，勞工尚未休完之特別休假如係勞工應休能休而不休者，則非屬可歸責於雇主之原因，雇主可不發給未休完特別休假日數之工資」。此函釋是否妥當，不無探討之餘地。

勞委會於前述解釋令中，指出「勞動契約終止時，勞工尚未休完之特別休假如係勞工應休能休而不休者，則非屬可歸責於雇主之原因，雇主可不發給未休完特別休假日數之工資」。此解釋令似乎認為勞工之特別休假權屬於一種選擇之債，亦即勞工於取得特別休假權之翌年度裡，於所有勞務給付義務日數中，每一日皆為勞工可特定特別休假日之數宗給付。然此數宗給付中若有不能之情事者，只要係不可歸責於無選擇權人（雇主）而致者，勞工特別休假權之債，即存在於餘存之給付（年度中餘存之日數）。如餘存之可能給付僅剩一宗時，則該選擇之債（即特別休假日之特定）即因之而特定。若年度終了而勞工無從再選擇，亦即數宗給付均告不能時，其效果則依台灣民法第 225 條「因不可歸責於

債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務」之規定³⁸，雇主即無須發給未休完特別休假日數之工資。

問題是把勞工之特別休假權視為選擇之債之法理，是否與勞基法賦予勞工特別休假之制度趣旨合致，值得吾人予以深思探討。

勞基法中有關勞工假期之規定，除了在第36條置有每週至少一日之星期例假、第37條國定假日以外，為何尚有必要規範勞工於同一雇主或事業單位繼續工作滿一定期間者，雇主每年必須給予法定日數之帶薪特別休假呢？最主要原因在於勞工整年辛勤工作中所累積之生理疲憊或心理疲倦，除固定之星期例假休息外，再賦予一段較長期間之特別休假，非但有助於消除身心疲勞，亦可維護蓄積勞動力³⁹，更可使勞工得利用此一長期休假營精神文化之生活。此賦予勞工特別休假之客觀上必要性，乃特別休假制度之立法趣旨所在。特別休假之給予，不只對勞工本人有利，而且也是雇主維持、培養勞動力之有效方法。因此雇主給予勞工特別休假，其實對雇主也有利益面存在，這也就是勞工在特別休假日中雖然未提供勞務，雇主仍須給予工資之法制度設計緣由。

特別休假既然應該是在勞工感到身心疲勞時賦予，而勞工何時會感到身心疲勞亦因人而異，因此施行細則第24條第2款所謂「特別休假日期應由勞雇雙方協商排定」之規定，絕非勞雇雙方事先在年度開始前即預先排定好休假日期之趣旨，蓋事先排定特別休假日期可能導致勞工在身心狀況最佳時，因碰到特休日而不得不中止其充分為雇主提供優質勞務之動力，反之亦有可能導致勞工最感需要休息時，卻因特別休假日期皆已事先排定而無法休到特別休假。因此所謂特別休假日期應由勞雇雙方協商排定之真意，當在於勞工有感到必須休特別休假之必要時，得向雇主提出

³⁸ 參見邱聰智『新訂民法債編通則（上）』（輔大法學叢書，2003新訂第一版）第336頁以下。

³⁹ 特別休假制度之趣旨，學說見解有多種看法。例如有主張「勞動力維持培養說」者，認為特別休假制度不僅在使勞工恢復身心疲倦，亦有勞動力維持培養之作用，因此特別休假是有利於勞資雙方之制度（吾妻光俊、柳川真佐夫、日本勞動省見解）。也有主張「休息權說」者，認為特別休假是落實憲法中保障勞工權益、增進勞工福祉之具體化，為使勞工得藉特別休假來滿足其現實生活之勞動基準法保障之權利（松岡三郎、沼田稻次郎、水野勝、東京大學勞動法研究會等主張）。筆者對於特別休假制度趣旨之認知，較傾向勞動力維持培養說。

日期，雇主若無正當理由，就應本著勞動契約附隨義務之債務本旨，依誠信原則賦予勞工特休，此乃依循特休制度之趣旨而符合所謂「協商排定」之規範意義。

支持此種解釋之法理依據，在於特別休假是勞工因符合法定要件而自然取得之特別休假權。勞工即使在一整年中未向雇主具體表明休假意思，有關特別休假之權利義務，亦在勞工持續工作符合法定期間後自動發生，其法性質應為形成權之一種。此見解當與勞基法第38條所定勞工符合法定要件後，「雇主每年應依左列規定給予特別休假」之規定，比較吻合。至於勞工雖在符合法定資格要件後，依法隨即獲得特別休假權，但於此階段時，特別休假日或期間尚未特定，必須俟勞工於感到需要時向雇主提出日期，而雇主在無特別情事下，必須本著誠信原則給予勞工該特定日期之特別休假（此乃協商之意⁴⁰）。此時勞工始在所指定之特別休假日免除勞動義務，而雇主仍有給付工資之義務。

由以上說明，勞工既然因符合法定資格要件取得特別休假權後，擬於何時指定日期取得特別休假，則依特別休假制度趣旨應端賴勞工何時最感需要而定。除非法律條文中明文限制，否則雇主應無權利指定，亦無法律上之義務要負「主動」與勞工協商排定之責任。至於特別休假權為勞基法賦予勞工之權利，即使勞工不知該權利之存在，或雇主即使未主動告知勞工有該權利，皆不必然雇主因此而負擔違反契約上附隨義務須給予特別休假之責任。另外，勞工為雇主提供勞務，亦應本著誠信原則積極努力為雇主提供最優質之勞動力。假設勞工因上半年度休掉一半之特休日後，下半年度精神抖擻積極努力為雇主提供勞務，以致未向雇主指定日期休完所剩半數之特別休假，此種所謂應休能休而未休之特別休假日數應如何處理，除非法律有明訂勞工因此而喪失特別休假權利，否則行政解釋實不宜超越法律，直接規定此種狀況

⁴⁰ 換言之，雇主如覺得在勞工所提出之日期給予特別休假，可能有妨礙企業正常經營之虞時，得與勞工協商變更特別休假日期。但如無此特別情事時，雇主仍須本著誠信原則履行給予勞工特別休假之債務。至於雇主是否得向勞工主張變更日期，則以雇主是否有特別情事為斷，法律上得依一般誠信原則之判斷基準認定之。另黃程貫教授主張，「除非雇主有急迫、重大之經營上需要，不應變更勞工之選擇」，參見黃程貫『勞動法』（空大出版，1996年）第422頁。

下雇主可不必發給未休完日數之工資。前述行政解釋內容，幾乎等同於向勞工宣告，努力盡責提供勞務者，將會有不利益之懲處。

1. 應休能休而未休之特別休假日數，應如何處理

有關勞工於年度內未休完所擁有之特別休假日數時應如何處理，勞動基準法中未見規定，因此從來幾乎都依勞基法施行細則第 24 條第 3 款規定：「特別休假因年度終結或終止契約而未休者，其應休未休之日數，雇主應發給工資」為據。未休完之特別休假日數，是否適宜以工資代換作為補償，是否容易產生變相鼓勵勞工出賣特別休假給雇主之弊端⁴¹，此疑問本屬特別休假法制度中值得考慮之課題。

如果從特別休假制度之年度性著眼，依勞動基準法第 38 條規定，雇主每年有義務應給予勞工一定日數之「帶薪」特別休假，則勞工免除特別休假日之服勞務義務，卻可向雇主請求工資給付之權利，應限於有特別休假權之該當年度內行使，始為合理。如果該年度內勞工未向雇主特定特別休假日，而在年度終了已無勞動義務日可特定時，則勞工之特別休假權實質上已呈現無法履行而不得不消滅之結果。不過筆者倒是認為，勞基法第 38 條雖規定雇主有每年給付特別休假給勞工之義務，但不必然此「每年」之文義，也反應在勞工有義務必須於年度中消化完所有之特別休假日數。毋寧說「每年」之文義重點在於，勞工每年有從雇主處得到法定日數之特別休假權利。如此一來，勞工特別休假權之行使，若於年度期限內未向雇主特定時，其權利之行使屬於一年期之定期債權，應依據民法第 126 條規定，有五年消滅時效之適用⁴²。

但因台灣特別休假法制度中，並未如日本在勞基法規定為二年之時效⁴³，因此適用民法規定為五年時效時，如果勞工將五年累積特別休假於最後一年始向雇主要求特定日期，則近四十天之特

⁴¹ 參見劉志鵬『勞動法解讀』（月旦出版社，1996年）第 65 頁。

⁴² 劉志鵬前揭書第 63 頁，同旨。

⁴³ 日本勞基法第 115 條明定，勞基法中請求權之時效如未特別規定者，一律為二年短期時效。因此通說皆認為勞工特別休假之權利行使，適用二年之消滅時效。

別休假一起行使，肯定會給雇主帶來經營上之困擾。因此筆者建議在勞基法修正時，應值得考慮在第 38 條中增加二年短期消滅時效之規定，將更能符合特別休假法制度之趣旨，也能防止勞資糾紛之滋生。

另外，必須特別注意者，如果在時效期限屆滿前勞雇雙方合意終止契約時，由於勞工事實上已無勞動義務日可資特定，且終止契約後勞工既已無特別休假權，則特別休假日之工資請求權自然亦無由發生。再者，於整體特別休假制度中，勞工亦應有依制度趣旨消化特別休假之努力義務，因此於此種狀況下，勞工若有怠於行使特別休假權之情事時，雇主應無給予相對應日數工資之義務。但勞動契約之終止，若屬可歸責於雇主之事由（例如勞基法第 14 條運用）、或不可歸責於勞工之事由所導致者（例如勞基法第 11 條之資遣），勞工並不失其未休特別休假日數之工資請求權，應為合理之處置⁴⁴。

不過或許考量到台灣勞工在物質經濟生活尚未充裕，勞工特別休假使用率偏低，還無法與先進國家並論特別休假之完全利用，因此主管機關考量勞工權益保障，遂有施行細則規定雇主必須給予未休特別休假日數之工資義務。但施行細則第 24 條上開規定，並非法律授權命令，亦非特別休假權行使之程序性規定，在特別休假權之法性質理論下，施行細則直接課予雇主給付未休日數之工資義務，是否違反法律保留原則，不無商榷之餘地。儘管如此，施行細則上開規定自台灣有勞基法以來已施行逾二十年，勞資雙方均嫻熟該規定幾乎已成為固定勞資習慣。因此從穩定勞資關係目的性考量，施行細則所定雇主有給付勞工未休完特休日數之工資義務，在勞基法未修法明訂特別休假權之消滅時效前，亦不失為可行之處理法則。但筆者於此必須提起注意者，前述解釋函令中所謂雇主對於勞工應休能休未休之日數並無給付工資義務之指示，不只違反勞工特別休假權之本旨，亦有超越母法規定

⁴⁴ ILO 國際勞工組織，早在 1936 年 6 月第二十屆大會中，即已通過有關特別休假第 52 號公約，其中第六條即規定可歸責於雇主之事由遭受終止契約之勞工，有獲得未休特別休假日數相對應之工資權利。參見『ILO Report 1952』P1。

之嫌，而且似乎已成為目前勞資雙方有關特別休假爭議發生之淵藪，主管機關應儘速重新考量為適法之解釋。

四、結語

有關特別休假之法律問題，內容包羅萬象。例如特別休假權成立要件之一的「在同一雇主或事業單位繼續工作」之規定中，當勞工有契約上地位之變更或企業合併、轉讓、乃至被雇主派遣、出向（企業外調職）時，如何認定勞工有繼續工作之事實，與勞工特別休假權利之取得息息相關。另外，勞工是否有特別休假之自由利用權利、特別休假是否可使用於爭議行為等，亦與雇主是否可介入勞工使用特別休假之目的相關，屬於集體勞動關係法上有趣之課題。台灣勞工目前對於特別休假之使用現況，與先進國家相比似乎還有一段距離，因此上述糾紛見於司法訴訟中者幾近全無。但隨著經濟發展與新一代勞工對於工作外私有時間之越來越重視，特別休假法律問題預期將會成為下一波勞動法問題之焦點，期待勞動法學界之各方共同探討。