

前言。

勞動契約是勞動法之核心，而勞動契約之終止又是勞動契約問題類型中爭議最多最大的一環。筆者不敏，爰將收集所得我國司法實務上處理勞動契約終止問題比較常見的爭議類型，以類似法律問題座談會討論意見甲說、乙說之形式呈現不同面向的觀察，並附上筆者個人淺見，希冀能獲得專家先進的指正。

壹、終止原因之轉換。

一、被迫辭職與命令退休之轉換。

法律問題：

勞工尚未達勞基法第五十三條之自請退休要件，但已符合第五十四條之命令退休要件（通常是指年滿六十歲但工作年資尚未滿十五年者），如有勞基法第十四條之被迫辭職¹情事例如被雇主暴行侮辱時，可否請求退休金，有兩種不同見解。

討論意見：

（一）、肯定說。

此時應將勞基法第十四條之被迫辭職轉換為勞基法第五十四條之命令退休。理由有二：

1、依最高法院向來之見解，勞工如已經符合命令退休之資格而為雇主依勞基法第十一條規定資遣時，雇主需改以命令退休方式終止契約²。則舉輕以明重，勞基法第十四條情形下之勞工顯然比十一條情形之勞工更值得保護（前者可歸責於雇主，後者不可歸責於雇主）如反而得不到命令退休之利益，殊非事理之平。採否定說見解之判決似未能橫向顧及資遣之對象如為符合命令退休之勞工時需改以退休處理之最高法院看法，自非可採。

* 本文原係九十四十二月十二日在台北市公教人力中心由行政院勞委會所舉辦九十四年度勞工法規論壇發表之書面引言報告，經在場前輩先進指教後，略作改寫而成，謹此註明。其後並發表於「全國律師」月刊九十五年三月號第四十三頁至第五十六頁（中華民國律師公會全國聯合會發行）。

¹ 勞基法第十四條之終止，學者通稱為：「被迫辭職」，請參黃越欽先生著「勞動法新論」（八十九年七月初版）第二一九、二二一頁。

² 在勞基法實施前，最高法院早就以七十二年度台上字第一四九〇號判決認：「按工人年滿六十歲者，應命令退休，臺灣省工廠工人退休規則第六條第一項第一款定有明文。被上訴人既已合於該規則所定命令退休之情形，上訴人不命令其退休，而予以資遣解職，要無解於應付退休金之責任。」勞基法施行後，最高法院秉其一貫立場於八十六年度台上字第一五二八號判決中重申：「按同時符合勞動基準法第十一條雇主得預告勞工終止勞動契約及第五十四條雇主得強制勞工退休之規定者，因後一規定，對勞工較為有利，基於勞動基準法保護勞工之意旨，應認雇主僅得依後一規定，強制勞工退休，不得依前一規定，預告勞工終止勞動契約。」可供參照。

2、再者，否定說會造成雇主規避退休金之漏洞，亦即雇主可透過違反勞動契約或工作規則手段而壓低勞動條件，或對勞工為重大侮辱等，致使勞工無法負荷、忍受而主動求去，依否定說之見，顯然為雇主開了規避退休金之大門。

行政院勞工委員會八十三年三月二日（八十三）台勞動三字第一九八五二號函認為：「雇主代理人對於勞工實施暴行，勞工依勞動基準法第十四條第一項第二款終止勞動契約，雇主應依同法第十七條規定發給勞工資遣費。但勞工如已年滿六十歲，因遭雇主代理人實施暴行而終止契約，應認已符合同法第五十四條強制退休之條件，雇主應依同法第五十五條規定發給退休金。」即採肯定說見解，足資參照。

（二）、否定說。

按勞動基準法所規定之退休，有自願退休與強制退休二制，前者係勞工於一定條件成就時，得片面請求退休，後者乃雇主於一定條件成就時得片面請求勞工退休。強制退休，其強制發動權在於雇主而非勞工。勞工有勞動基準法第五十四條第一項各款之情形者，雇主得強制其退休，亦得不強制其退休，勞工不得片面為退休之意思表示而請求給付退休金。另按勞動基準法第十四條第一項第六款固規定雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者，勞工得不經預告終止契約，依同條第四項規定準用同法第十七條規定，由雇主發給資遣費；惟勞動基準法並未規定（甚或準用）雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者，勞工得不經預告終止契約，如勞工已滿六十歲，勞工得請求依勞基法第五十四條之規定強制退休。是勞工依勞基法第十四條規定被迫辭職，不能將其轉換為雇主命令退休，勞工仍只能請求資遣費。

司法實務上臺灣台南地方法院八十五年度勞簡上字第第二號判決採此一此見解。

管見：

筆者淺見以為應採肯定說為是。蓋於此應不拘泥於強制退休之發動權屬於何人，而應考量的是勞工退休金債權應受到保障，始符合勞基法保障勞工之立法意旨，否則如採否定說見解，則雇主故意對已符合強制退休員工以違反勞動契約等手段逼退，勞工如負荷不了主動求去，卻反而幫不法的雇主省了退休金，恐非立法本意。

二、被迫辭職與自請辭職之轉換。

法律問題：

勞基法第十四條第一項六款終止事由中之第一、六款，依同條第二項規定，有三十日除斥期間之限制。設如勞工行使被迫辭職權逾除斥期間，除資遣費請求遭否准外，勞工原欲終止之勞動契約關係，是否仍然有效存在，有兩種不同見解³。

³ 至若雇主行使勞基法第十二條之懲戒解雇權而逾同條第二項之除斥期間者，實務上均認為「解雇無效」勞雇關係繼續存在，並無異說。可參最高法院八十六年台上字第二七二一號判決、台灣

討論意見：

(一)、自請辭職轉換說。

勞工行使被迫辭職權逾除斥期間者，其終止固不發生得向雇主請求資遣費之法律效果，但勞資間之僱傭契約如未定期限，依民法第四八八條第二項規定，仍生終止兩造間僱傭關係之法律效果。換言之，勞工行使被迫辭職權雖已逾除斥期間，但勞工終止契約之意思表示仍生「終止」勞動關係之效果，解釋上應將被迫辭職轉換為「自請辭職」（台灣高等法院八十五年勞上字第第六號判決意旨參照）。

(二)、勞動契約繼續存在說。

按形成權之行使法律附加除斥期間限制者，於其行使逾除斥期間之情形下，形成權之行使不生效力，當然不能發生法律關係變動或消滅之效果。以故，勞工行使被迫辭職權而逾除斥期間規定時，其終止權之行使無效，除資遣費請求遭否准外，其原行使終止勞動契約之意思表示無效，勞動契約關係當然繼續繼續存在，解釋上並無將之轉換為自請辭職之餘地（台灣士林地方法院九十一年勞訴字第一一號判決⁴、台灣臺北地方法院九十年度勞訴字第一三四號判決等參照）。

管見：

就法理言，形成權之行使既已逾除斥期間，應不生法律關係變動或消滅之效果，故自以第（二）說「勞動契約繼續存在說」較為妥適。但就實務面觀察，勞工行使被迫辭職權，主觀上已有求去之決心，客觀上更已離開職場，事隔經年確定其終止權之行使逾除斥期間後，如認勞雇關係仍繼續存在，是否符合當事人之利益及意願，非無疑義。且在勞工另已在他處就任新職之場合，如強令勞工必須追復原職將更複雜化勞工與新舊雇主間之法律關係。第（二）說「勞動契約繼續存在說」在實際問題之解決上，或有未足。

三、懲戒解雇與經濟解雇之轉換。

法律問題：

雇主依其工作規則中原所規定勞工業績未達一定標準者即屬「違反工作規則情節重大」之條款，將業績達成率不足之勞工依勞基法第十二條第一項第四款規定逕予懲戒解雇。勞工不服認解雇無效，提起確認僱傭關係繼續存在訴訟。法院審理後認為業績達成率不足，僅屬勞基法第十一條第五款勞工對所擔任之工作不能勝任之情形，雇主將之視為有違反勞基法第十二條第一項第四款之工作規則情節重大，不經預告予以解雇，於法不合。惟此時究應如何處理，有下列二說。

討論意見：

(一)、解雇無效說。

1、按現行勞基法關於勞動契約之終止係採法定事由制，勞工非有勞基法第十一

高等法院八十八年勞上字第第八號判決等。

⁴ 本則判決其後為台灣高等法院九十二年勞上易字第二十九號判決維持而告確定。

條所定之事由，雇主不得預告終止勞動契約；勞工非有同法第十二條第一項所定之事由，雇主不得未經預告終止勞動契約。依第十一條規定終止勞動契約者，雇主應依第十七條規定發給勞工資遣費，惟依第十二條第一項規定終止勞動契約者則無。此攸關勞工權益甚鉅，不容雇主將第十一條所定之事由，列為第十二條第一項第四款勞動契約或工作規則情節重大之事由，而以勞工違反該款之規定，終止勞動契約，以規避勞工資遣費之發給（最高法院九十一年台上字第二二〇三號判決參照）。查勞工業績達成率不足者，僅屬勞基法第十一條第五款所定之情形，雇主將之視為有違反勞基法第十二條第一項第四款之工作規則情節重大，不經預告予以解僱，於法不合，其終止勞動契約之意思表示無效。

2、況且，終止權之性質，本是法律或契約賦予一方當事人得依其單方之意思表示，使法律關係之效力向後發生消滅之形成權，則當事人是否依何項事由行使終止權，應全賴終止權人之選擇，亦即終止權人行使其終止權時，須視其當時意思表示內容方能判斷所依據之事由，並非指行使某一終止權，即包括行使其他終止之權利。以故，此時法院雖認勞工確已符合勞基法第十一條第五款不能勝任工作之要件，但雇主既然是以「懲戒解雇」之原因終止契約，應認解雇無效勞雇關係繼續存在。

（二）、經濟解雇轉換說。

1、按我國勞基法並未規定終止契約時必須表明具體事由，且雇主未必均熟諳法律，強要雇主於終止契約時表明究為勞基法第十二條之懲戒解雇抑或同法第十一條之經濟解雇，顯屬過苛而無從期待，故雇主只要有終止契約之意思表示即可，訟爭時「全部」之終止事由均得主張併受裁判。

2、最高法院九十二年台上字第一七七九號判決稱：「勞工終止勞動契約時，並無須將其據以終止之具體事由（如雇主有何違反勞動契約之情節、並如何有損害勞工權益之虞）告知雇主，且亦不以書面為之為必要，勞工如認為雇主違反勞動契約或勞工法令而有損害勞工權益之虞時，自得僅以言詞表明終止契約之意，縱其未於終止契約時表明其具體理由，亦非謂此等理由不能作為審究勞工終止契約是否合法之依據。」台灣台北地方法院九十一年勞訴字第一五三號判決指出：「我國勞動基準法第十四條第一項並未規定勞工終止勞動契約時，應明確說明其終止勞動契約之法律上依據，亦未要求勞工必須說明其事實上之依據，僅需雇主具備勞動基準法第十四條第一項各款事由之一，勞工即可以之為由終止勞動契約，即勞工可主張終止勞動契約之事由，並不以勞工於終止契約時所述之法律及事實理由為限，僅需在勞工終止勞動契約當時已經發生者即可。」⁵，雖係針對勞工行使終止權之情形而發，但法理相通，於雇主行使終止權時自亦有其適用。

3、本案例情形下，法院既已認定勞工符合「不能勝任工作要件」，而雇主又已有明確終止契約之意思表示，應直接將懲戒解雇之意思表示解釋為係經濟解雇，雇主終止勞動契約有效，判決主文中應諭知勞工確認僱傭關係存在之訴駁回，但於理由欄內則敘明雇主有給付資遣費及預告工資之義務即可。否則如依第（一）

⁵ 本則判決經上訴二審後為台灣高等法院九十二年度勞上字第五號判決所維持。

說見解判決勞工勝訴，將來雇主再以勞基法第十一條第五款事由為據終止契約，勞工如又不服再提出訴訟爭執，實大違訴訟經濟原則。

管見：

筆者淺見以為應採「解雇無效說」為是。懲戒解雇與經濟解雇法律效果大相逕庭，前者之文義射程難認業已包含後者。且如認兩者法律效果得以轉換，則圖僥倖之雇主於應為經濟解雇之情形下仍競相以懲戒解雇原因終止契約，一方面不虞失去經濟解雇被認為有效之利益，另一方面又可一搏法院誤判懲戒解雇有效之機會，勞工情何以堪！或謂此時依民法第一一二條規定，無效法律行為本得轉換為其他有效之法律行為，採第（二）說「經濟解雇轉換說」於法有據云云。然筆者淺見以為於雇主終止勞動契約適用民法第一一二條規定轉換法律行為時，應僅於對勞工有利時始得容許之，否則勞工對於契約終止之原因無從掌握，不僅於勞雇關係存在與否之安定性有違，即其他勞動保護法之適用與否亦不確定⁶，殊非妥適。

貳、終止意思表示之解釋。

四、勞工未表明終止之意思而「直接」請求發給資遣費，是否亦生終止契約之效力？

法律問題：

雇主有勞基法第十四條第一項各款情事，勞工即直接向雇主請求給付資遣費，而未有明確終止勞動契約之意思表示，此時是否應認勞工已有終止勞動契約之意思表示，有不同見解。

討論意見：

（一）、肯定說。

按一般勞工均非法律專業人士，自不能要求其精確的先表示依勞動基準法第十四條第一項第六款終止勞動契約，再依同條第四項準用第十七條規定，請求雇主給付資遣費。故勞工直接向雇主請求給付資遣費，解釋其真意，已屬勞動基準法第十四條第一項第六款終止勞動契約之明確意思表示。（台灣台北地方法院九十一年勞訴字第八十二號判決參照⁷）。

（二）、否定說。

勞工依勞基法第十四條第四項準用第十七條規定，請求雇主給付資遣費，雖以勞動契約終止為前提，然逕請求給付資遣費，則不能類推解釋有終止勞動契約之意思表示（台灣士林地方法院八十九年勞訴字第二十二號判決、最高法院四十九年台上字第三〇七號判例⁸參照）。故勞工於勞基法第十四條第一項各款情事下直

⁶ 舉例而言，經濟解雇之勞工一定要件下得享就業保險給付，並得依勞保條例第九條之一規定於離職後繼續加保勞保等保障規定，於懲戒解雇勞工就不適用。

⁷ 本則判決經上訴二審後為台灣高等法院九十二年度勞上易字第三〇號判決所維持。

⁸ 最高法院四十九年台上字第三〇七號判例意旨：「出租人或承租人之終止租約，依民法第二百六十三條準用第二百五十八條規定，應向他方當事人以意思表示為之，承租人於執行中，就其押

接向雇主請求資遣費，而未先為終止勞動契約之意思表示者，並不生合法終止勞動契約之效力，自亦無由準用同法第十七條規定請求雇主給付資遣費⁹。

管見：

筆者淺見以為應採「肯定說」為是。謹按解釋意思表示應探求當事人之真意，我國司法實務上於解除契約案例中，對於解約當事人未明確為解約之意思表示而僅直接請求他方當事人就解約後之法律效果履行其應有之義務者（例如請求他方回復原狀），判認解除契約之意思表示有效¹⁰，此一原則於終止契約意思表示之解釋亦應有其適用。則勞工雖未明確為終止勞動契約之意思表示，但即已就終止後之法律效果（資遣費或退休金請求權）直接請求主張，應認勞工業已有終止之意思表示。

五、雇主資遣勞工但不符合勞基法第十一條要件，惟勞工仍受領資遣費支票並予以提示兌現，是否另生「合意資遣」之效力？

法律問題：

雇主於有勞基法第十一條各款事由之前提下，始得預告勞工終止契約，並負給付資遣費義務。惟在解雇無效訴訟中，法院如認定雇主資遣勞工並不符合基法第十一條要件，但勞工業已受領資遣費支票並將之提示兌現，是否可解釋為勞雇間已有合意資遣之效果，有不同見解。

討論意見：

（一）、肯定說。

雇主資遣勞工雖不符合勞基法第十一條要件，但交付資遣費支票予勞工，應解為係向勞工為資遣之要約。勞工於收受該資遣費支票後，並未為反對之意思表示，且將資遣費支票提示兌現，實行其因契約所得權利之行爲，可認為勞工之意思實現已有承諾之事實，勞資間之僱傭關係即因合意資遣而終止（最高法院八十八年台上字第一七七三號判決參照）¹¹。

（二）、否定說。

按勞工通常之經濟地位遠遜於雇主，而屬受薪階級，衡諸一般常情，其等家庭日常開銷泰半靠薪水支用。驟逢雇主資遣解職之巨變，依恃頓失。則受領雇主交付（或寄交）之資遣費支票並予以提示兌現，要為解燃眉之急，以濟生活之資而已，故不能謂其已有終止與雇主間勞動契約之意思。要非如此，則雇主可完全不依勞

金債權向執行法院聲明參與分配，在法律上僅能視有請求權消滅時效中斷之效力，而不能類推解為其就租賃契約對出租人亦有終止之意思表示。」

⁹ 相同之情形在勞工符合勞基法第五十三條自請退休要件下，未先向雇主為自請退休意思表示即直接向雇主請求退休金者，法院似均判認不生退休之效力，勞工無權請領退休金。臺灣高等法院八十四年勞上更（二）字第八號、臺灣高等法院台中分院九十二年勞上易字第五十九號判決等可資參照。

¹⁰ 馬維麟先生著「民法債編註釋書（三）」（八十五年九月初版）第三一七頁。

¹¹ 喧騰一時的長榮航空因美國九一一事件裁員解雇案，台灣高等法院最近（九十五年三月二十九日）剛以九十三年勞上字第二十八號及九十三年重勞上字第七號兩則判決判認長榮航空雖不符合勞基法第十一條資遣要件，但因空服員業已受領資遣費，故認兩造已合意終止勞動契約，是採此一見解較新的案例。本案勞方業已提起第三審上訴，將來結果如何尚待進一步觀察。

基法第十一條之規範，不附任何理由，只要提出預告工資、資遣費，勞工或迫於無奈接受，即發生合意或同意終止之效果；勞工不接受，除非有抵禦抗衡之資財，否則將危及生存之憑藉，焉有是理？況如肯定說解釋，亦遠悖於勞基法保護勞工權益之立法目的。故不能因勞工受領資遣費¹²即解為已發生合意或同意終止之效果。（台灣高等法院九十三年勞上字第三十一號判決¹³、九十三年勞上易字第七十六號判決等參照）。

管見：

筆者淺見認應採否定說為是。謹按解雇無效者，終止權行使之意思表示自始、當然、絕對、確定的不生效力，最高法院三十二年上字第六七一號判例明指：「無效之行爲在法律行爲當時即已確定不生效力。」此項確定不生效力之狀態，更不會因事後之情事變更或當事人行爲而回復有效，最高法院四十一年台上字第一〇五〇號判決、七十三年台上字第七一二號判決等可資參照，故不能以勞工事後受領資遣費之行爲即回溯的認雇主資遣有效。至於民法第一一二條所規範無效法律行爲之轉換，前已述及必於對勞工有利時始有適用餘地。且雇主以經濟解雇之意思行使形成權，殊難解為同時已具備合意終止契約「要約」之要件，或雇主已有若經濟解雇無效則即轉換為合意資遣「要約」之意思。最重要者，勞工受領資遣費或迫於無奈或另有其他原因，絕不能一概將之解為即係合意終止契約之「承諾」。持肯定說者實未能洞明勞資關係之本質，無異為雇主有錢即可任意解雇開啓了一扇不設防大門，筆者淺見深以為不妥。

參、預告問題。

六、勞工預告終止契約，雇主則於預告期滿前提前要勞工先行離職，法律效果如何。

法律問題：

某勞工工作年資在三年以上，依勞基法第十五條第二項規定於九十四年十月一日預告雇主三十日後自請辭職。雇主認勞工既已無心留任旋於十月五日通知勞工自次日起即無庸再上班請其提前離職，法律效果如何？有三種不同見解。

討論意見：

（一）、拒絕受領勞務說。

此說認為勞工預告自請辭職，於預告期滿前雖尚不發生終止契約之效力，但雇主通知勞工無庸再上班提前離職，解釋其真意，尚無雇主先發動解雇權之意思。應解釋為雇主僅是單純拒絕受領該預告期間之勞務，仍應照給工資而已，勞動契約

¹² 裁員解雇實務上大部分雇主都是將資遣費及預告工資直接匯入勞工之薪資帳戶內，此時勞工根本並無主動、積極之「受領」行爲，如僅以勞工尚未返還資遣費之事實即認勞工有「受領」資遣費之行爲，似屬牽強。

¹³ 本則判決經上訴第三審後為最高法院以九十四年度台上字第一四四三號裁定維持。

仍於預告期滿時始生終止之效力，雇主亦必須於預告期滿終止生效後始得為離職勞工退保勞健保。

(二)、視同資遣說。

此說認為預告期間內勞雇間之權利義務關係與平常同，雇主既然於預告期滿生效前即通知勞工提前離職，乃係行使解雇權之意思。此時勞工並無可歸責事由，故應解釋為係雇主發動勞基法第十一條之經濟解雇權，不待勞工原先所預告期間屆滿即生終止契約之效力，勞工得請求雇主給付資遣費。又因雇主經濟解雇未遵守預告期間，勞工亦得依勞基法第十六條第三項規定請求發給預告期間工資。

(三)、被迫辭職權取得說。

此說認為預告期間內勞雇間之權利義務關係與平常同，雇主非有法定原因不能終止勞動契約。今雇主於勞工所預告期滿前非有勞基法第十一條、第十二條事由即先行通知勞工離職，乃屬非法解雇，勞工得即時改依勞基法第十四條第一項第六款規定以雇主違反勞工法令為由不經預告終止勞動契約，並依同條第四項準用第十七條規定請求資遣費，但並無權請求發給預告工資。惟勞工如未於三十日除斥期間內行使此一被迫辭職權者，因權利行使與否係由權利人自行決定，勞動契約仍於勞工原先所預告期間屆滿時始因自請辭職之原因而終止，此時勞工即無資遣費請求權。

管見：

雇主拒絕受領勞務並不當然等同雇主即有終止勞動契約之意思，最高法院早著有九十一年度台上字第一七八八號判決可資參照。故第(二)、(三)說均不可採，應以第(一)說「拒絕受領勞務說」為是。

七、勞工過長預告終止契約，但事後於法定預告期滿時就先行離職，

法律效果如何。

法律問題：

某勞工工作年資在三年以上，依勞基法第十五條第二項準用同法第十六條第一項第三款規定，自請辭職應遵守三十日預告期間。惟該勞工先則自願提前四十五日預告雇主自請辭職，但事後卻於法定三十日預告期滿時即「先行」離職他去，此時勞工應否負未依法預告之法律責任？

討論意見：

(一)、肯定說。

按勞工工作年資在三個月以上自請辭職者，應依法事先預告。如勞工未依法預告（含完全未預告及預告期間不足兩種情形）即先行離職，應負債務不履行之損害賠償責任。此項預告期間之遵守涉及他方當事人（雇主）之期待利益，故勞工事前為較法定預告期間長之預告期間，雇主即獲得期待該勞工不會於預告期滿前離職之利益。事後勞工未遵守該預告期間提前離職者，無論實際離職時是否已逾法定預告期限，均應認同屬「勞工未依法預告」之情形，而應對雇主負違反預告義

務之損害賠償責任。否則勞工視預告如兒戲，雇主無從信賴，將對勞雇關係之和諧產生嚴重破壞。

(二)、否定說。

預告期間之利益是為勞工而設，故勞工自請辭職之場合不可約定較勞基法規定為長之預告期間，違者該約定部分無效，逕以勞基法規定取代之，早經行政院勞工委員會八十八年二月十九日台（八十八）勞資二字第0060九九號函釋在案。本例勞工為較法定期間長之預告，雖非出於勞雇雙方之約定而係勞工片面主動自願為之，但查勞雇雙方有所約定亦應本於勞工之自由意願，故兩者情形本質上並無不同。以故，勞工事前自願為較法定期間長之預告，但於法定預告期滿時其法定預告義務即告履行完成，事後縱使提前離職，亦不負任何違反預告義務之損害責任。

管見：

預告期間之利益是為勞工而設，則勞工只要已遵守足法定預告期間，其預告義務即屬已履行完畢，不因其曾為較長之預告期間而有不同。本例應以否定說為當。

八、勞工預告終止契約剛好或指定以星期例假日為期間末日，終止應

於何時生效，該星期例假日應否給薪？

法律問題：

勞工預告自請辭職但剛好或刻意指定以星期例假日為期間末日，例如實施週休二日制之事業單位，勞工預告自請辭職以星期日為期滿日，此時應以最後上班日之星期五為期限末日，抑或應以星期日為期間末日，有不同見解。

討論意見：

(一)、應以最後上班日為期間末日。

查勞工預告自請辭職，其發動權在勞工，其事前經簡單計算很容易算出預告期滿日為何日，從而決定何時開始預告。則為避免勞工濫用此一預告之權利，刻意將預告期滿日選在星期例假日，無庸服勞務而多獲取該例假日工資，本於誠信原則應認此時勞動契約於最後上班日終止，雇主不必給付契約終止後緊隔一或二日星期例假日工資，以杜絕僥倖。

(二)、應以星期例假日為期間末日。

預告之法律性質通說認為係附始期之法律行為，必於期限屆至時始生終止之效力。在預告期滿前勞雇間權利義務關係與平常同，則如預告期間末日為星期例假日者，法律上並未規定此時期限提前於最後上班日即屆至，第（一）說之見解顯無依據。故勞動契約仍是於星期例假日之期間末日始告終止。至於星期例假日工資依勞基法第三十九條規定本應由雇主照給，不能認為勞工有何違反誠信或權利濫用情事，否則預告期間內如歷經數個星期例假日者，豈非勞工均構成不當得利？顯無是理。

管見：

本例極其明顯應採第（二）說見解為當。蓋星期例假日工資應由雇主照給，勞基法定有明文，無所謂第（一）說所稱權利濫用或違反誠信之問題。

肆、企業併購與契約終止。

九、企業併購法第十六條「不留用」是否等同「解雇」？有無解雇禁止規定之適用？

法律問題：

企業併購法第十六條規定企業併購時新舊雇主有商定留用勞工權，則如勞工未獲留用是否等同解雇？新舊雇主對於仍在產假期間之女工、職災醫療期間內之勞工或與之有勞資爭議仍在調解仲裁期間內之勞工，得否不予留用？有下列不同見解。

討論意見：

（一）、等同解雇說。

1、所謂解雇即雇主終止勞動契約之意思，實務上固有懲戒解雇（fire for cause）與經濟解雇（fire without cause）之分，但勞工失去工作離開職場之結果則無二致。企業併購法第十六條規定：「併購後存續公司、新設公司或受讓公司應於併購基準日三十日前，以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定留用之勞工。該受通知之勞工，應於受通知日起十日內，以書面通知新雇主是否同意留用，屆期末為通知者，視為同意留用。」本條前段規範者即新舊雇主商定留用權¹⁴，後段則為勞工之拒絕留用權。在雇主未予留用之情形下，勞工即失去工作離開職場，與上述解雇之效果完全相同，故解釋上應認為未留用即等同解雇。

2、在實定法上企業併購法第十七條對於未留用或不同意留用之勞工，規定應由併購前之雇主「終止勞動契約」，大量解雇勞工保護法第二條第一項亦將併購解雇列為大量解雇原因之一，更足見立法體例上有意使企併法之不留用等同雇主解雇。

3、從而解雇禁止規定於企業併購時亦有其適用。勞基法第十三條、勞資爭議處理法第七條等禁止解雇之規定於企業併購時亦不能排除，所以對於仍在產假期間之女工、職災醫療期間內之勞工或與之有勞資爭議仍在調解仲裁期間內之勞工，新舊雇主僅能選擇繼續予以留用，無權不予留用。

（二）、意定契約承擔說。

此說認為企業併購法第十六條之新舊雇主商定留用權乃沿襲勞基法第二十條立

¹⁴ 按企併法第十六條規定之商定留用勞工權，有謂係公司法第七十五條、企併法第二十四條「概括承受」原則下之唯一例外。惟同屬「私法契約」性質，為何其他類型契約（如租賃、承攬、委任、買賣等等）之權利義務需概括承受，但同為「私法契約」之勞動契約即可選擇性的片面決定承受與否？顯然有刻意犧牲弱勢勞工權益之嫌，論者因此有認企併法第十六條所賦予雇主商定留用勞工權之規定違反憲法第七條揭示之平等原則而無效者，附此敘明。

法體例，而勞基法第二十條規定之雇主商定留用權解釋上應屬「意定契約承擔」，苟未經三方當事人（新、舊雇主及勞工）同意，無從成立契約承擔¹⁵。亦且，企併法第十七條立法說明稱：「依現行勞動基準法規定公司間進行合併而原公司消滅者，屬勞動基準法第二十條所稱之『轉讓』…但未留用勞工及未經同意留用之勞工與新雇主間並未建立僱傭關係，……」更足為「意定契約承擔」之依據。而法律上並未規定新雇主必須與仍在產假期間之女工、職災醫療期間內之勞工或與舊雇主有勞資爭議仍在調解仲裁期間內之勞工成立契約承擔，解釋上新舊雇主得任意、不附理由的不留用全部勞工，或將勞基法第十三條、勞資爭議處理法第七條等禁止解雇之勞工排除於留用之列。此際，即無解雇禁止規定之適用。

管見：

就保護勞工之立場言應以第（一）說「等同解雇說」為當。但就現行法解釋則似乎第（二）說更於法有據。但其結果等於將勞基法法定原因終止制度的基礎完全破壞，雇主以企業併購的情事即可取得任意的契約終止權（雖然名之曰：不留用），而且毫不受節制，對象甚至可及於職災勞工或產假女工，殊屬非是。筆者淺見以為企併法第十六條規定之新舊雇主商定留用權乃「概括承受」原則之一大破壞，更為先進國家立法例所無¹⁶，亟待刪除。

十、併購前之雇主不依企業併購法第十七條終止勞動契約者，應如何處理？

法律問題：

企業併購法第十七條規定：「公司進行併購，未留用或不同意留用之勞工，應由併購前之雇主終止勞動契約，並依勞動基準法第十六條規定期間預告終止或支付預告期間工資，並依同法規定發給勞工退休金或資遣費。」但如併購前之雇主置之不理不肯為終止勞動契約之意思表示，是否勞動契約仍繼續存續？或業已終止？勞工是否仍須依勞基法第十四條再為一次被迫辭職之意思表示始得請求資遣費？有不同見解¹⁷。

¹⁵ 臺灣高等法院九十年度重勞上字第一三號判決：「查勞動基準法第二十條對於新舊雇主商定留用時是否需經勞工同意，及對不願繼續被留用之員工是否亦得據此請求資遣費雖無明文規定，然查：按法律上契約承擔之型態可區分為法定契約承擔及意定契約承擔，而法定契約承擔應以法律明文為之，故勞動基準法第二十條既僅規定新舊雇主商定留用之勞工之工作年資，應由新雇主繼續予以承認，其所著重者即在於使新雇主承認留用勞工之工作年資而予以繼續併計，在無明文規定勞動契約對於新雇主繼續存在之情形下，尚難將該條解釋為法定勞動契約之承擔。」

¹⁶ 德國民法第六一三條 a 明文規定「買賣不破僱傭」，法國勞工法典第一二二條第十二項第二款、英國習慣法及一九八一年企業轉讓（僱用保護）規則、日本有力說「組織有機體說」、歐盟一九七七年第 77/187 指令等，均採概括承受說。

¹⁷ 又併購前之雇主因解雇勞工而與被解雇勞工發生解雇爭議仍在訴訟中者（通常勞工會主張解雇無效，提起確認僱傭關係繼續存在訴訟或給付工資訴訟），此時如發生企業併購，而前雇主為消滅公司者，併購後存續之公司幾可肯定不會通知留用該訴訟中之勞工，則此項未予留用之行為，會否影響到繫屬中之訴訟，影響程度如何，實亦為值得探討之問題。

討論意見：

(一)、勞動契約存續說。

按企併法第十七條規定對於未留用或不同意留用之勞工，應由併購前之雇主終止勞動契約，所稱「終止勞動契約」自必須以意思表示為之，始生法律關係消滅之結果。惟如併購前之雇主置之不理不肯為終止勞動契約之意思表示者，解釋上不能認為勞動契約已經終止消滅，但因新雇主未為留用之意思表示或勞工已拒絕接受留用，不能解為與新雇主成立契約承擔關係，此際，勞動契約關係仍存續於勞工與舊雇主之間。舊雇主法人格嗣後如因企併而消滅者，應回歸企併法第二十四條「概括承受」之基本原則，新雇主必須承受此一勞動契約關係。但承受的原因非企併法第十六條之意定契約承擔，而是第二十四條之「概括承受」。

(二)、被迫辭職權取得說。

此說認為「終止勞動契約」仍必須以意思表示為之，雇主依企併法第十七條規定應終止而未為終止之意思表示者，勞動契約仍非當然終止。但勞工因此取得勞基法第十四條之被迫辭職權，勞工如於除斥期間內行使者，勞動契約因勞工行使被迫辭職權而終止，勞工因此得依勞基法第十四條第四項準用第十七條規定向併購前之雇主請求資遣費或退休金。舊雇主法人格嗣後如因企併而消滅者，資遣費或退休金給付義務依企併法第二十四條「概括承受」之規定，由新雇主承擔之。勞工如不願行使被迫辭職權或已逾除斥期間者，則依第（一）說處理，勞動契約繼續存續。

(三)、勞動契約當然終止說。

此說認為企併法第十七條規定併購前之雇主應終止勞動契約並發給資遣費或退休金，此一規定重在確保勞工之資遣費或退休金請求權，而雇主終止勞動契約只是勞工取得資遣費或退休金請求權之原因而已。故併購前之雇主縱未為終止契約之意思表示，勞動契約仍依該條文規定當然終止，勞工無須另行行使所謂的「被迫辭職權」即依法取得資遣費或退休金請求權。

管見：

採第（二）說「被迫辭職權取得說」對勞工的保護較為周全。亦即此時勞工擁有「選擇權」(option)，勞工選擇求去者，即可行使被迫辭職權而取得資遣費或退休金請求權；勞工如選擇繼續留任者，依本說其工作權亦能獲得確保。筆者亦贊同第（二）說。

伍、解雇除斥期間與起訴期限

十一、解雇除斥期間與解雇禁止期間之競合。

法律問題：

雇主依勞基法第十二條第一項各款規定懲戒解雇勞工者，除第三款情形外，均應依同條第二項規定遵守三十日除斥期間。惟於解雇對象為勞基法第五十條產假期間之女工、同法第五十九條職災醫療期間之勞工，或涉及勞資爭議仍在調解仲裁

期間內之勞工時，懲戒解雇權之發動因職災醫療、產假期間或調解仲裁期間而不能行使時，除斥期間是否停止進行？職災醫療、產假期間或調解仲裁期間結束後是重新起算除斥期間或賡續以往能行使之期間合併計算？法無明文。實務上之處理則有不同見解。

討論意見：

（一）、合併計算說。

此說認為雇主之契約終止權時效暫時停止進行，俟解雇禁制期間屆滿後再將前後所經過的時日合併計算。（黃劍青先生著『勞動基準法詳解』（七十六年五月增訂版）第一六六、一六七頁參照）。

（二）、回復原狀說。

此說認為契約終止權乃形成權，其權利行使期間應為除斥期間而非時效期間，故並無時效停止進行問題，因此不採第一說之見解。而考量除斥期間為不變期間，期間一過權利即行消滅，也無延長、中斷或未完成之問題¹⁸。但勞基法第十三條、勞資爭議處理法第七條本於特殊原因而禁止雇主於一定期間內行使解雇權，一旦該禁制期間屆滿，解釋上應類推適用民事訴訟法第一六四條規定以當事人因不可歸責於己之事由致遲誤不變期間，而得於該原因消滅後十日內回復原狀。亦即無論職災醫療或產假期間或勞資爭議調解仲裁期間開始前除斥期間已經過多少日（當然不能超過三十日），雇主均得於職災醫療或產假或勞資爭議調解仲裁結束後十日內行使懲戒解雇權。

（三）、類推適用時效未完成說。

此說認為實體法上之除斥期間不宜類推適用民事訴訟法之程序法規定處理，因此不贊同上述回復原狀說，認為仍應自實體法體系尋求解決。而實體法上之除斥期間於其行使遭致天災事變等不可避之事由致不能行使之情形，非僅勞基法之契約終止權耳。舉一顯例言，被詐欺脅迫而為意思表示者，表意人得於發現詐欺脅迫終止後一年內撤銷其意思表示，民法第九十三條前段定有明文。設有表意人於一年除斥期間即將屆滿之時因土石流被困山上交通及通訊全斷致未能於除斥期間屆滿前合法行使撤銷權，則此時該未能及時行使撤銷權之情形顯然不可歸責於撤銷權人，其應獲得法律之救濟，也無庸贅言。由此，即可得窺我國除斥期間制度之不完備，因此應類推適用民法第一三九條時效未完成之規定，認為除斥期間內因天災或其他不可避之事變致不能行使形成權者，自其妨礙事由消滅時起一個月內，形成權除斥期間仍未屆滿消滅¹⁹。

（四）、預告終止說。

此說認為勞基法第十三條、勞資爭議處理法第七條所禁止者，乃在該一定期間內雇主終止勞動契約使勞工被迫離開職場。惟法律並不禁止雇主先行預告終止但俟禁止解雇期間屆滿後才發生終止之效力。以故，雇主仍應於三十日除斥期間內先

¹⁸ 施啓陽先生著「民法總則」（七十七年四月校訂四版）第三四三頁，王澤鑑先生著「民法總則」（八十九年九月增訂版）第五五五頁。

¹⁹ 此說為黃國昌教授於九十四年十二月十二日研討會時所引介。

行預告終止勞動契約，預告期間則與法定禁止解雇期間同，俟禁止期間屆滿預告期限亦同時屆至，終止之意思表示生效，勞動契約消滅²⁰。如雇主未於除斥期間內先行為預告終止勞動契約之意思表示者，除斥期間一過解雇權即告消滅，不因有禁止解雇期間之介入而受影響。

管見：

以上四說各有見地，均言之成理，但似又以第（二）、（三）說更具說服力。唯此一問題之終局解決，仍亟待立法明訂，否則勞資雙方無所遵循，徒增困擾也。

十二、勞工提起解雇無效訴訟，有無起訴期間之限制？

法律問題：

雇主解雇勞工（無論是經濟解雇或懲戒解雇），勞工不服主張解雇無效因此提起訴訟救濟（無論是確認僱傭關係存在訴訟或給付工資訴訟），有無起訴期間之限制？舉例言，勞工於接獲雇主解雇通知後雖表不服，以存證信函主張解雇無效並通知準備給付勞務之情事，但於未獲雇主置理後即不再後續處理。事隔三、四年（甚或七、八年）後突再提起訴訟主張解雇無效，法院應如何處理？

討論意見：

（一）、無起訴期間之限制。

按解雇無效者，乃自始、絕對、當然、確定的不生效力，亦不因「事後」之情事變更或「當事人之行為」而回復為有效，前已引述最高法院四十一年台上字第一〇五〇號判決、七十三年台上字第七一二號判決、八十五年台上字第二九〇一號判決等可資參照。以故，僱傭關係繼續存在之狀態及事實不受勞工有無起訴而受影響。法律上亦未規定勞工應於多久期間內起訴，則只要仍有確認之必要及利益，無論事隔多久，勞工均得提起確認僱傭關係繼續存在訴訟以尋求救濟。

（二）、應有起訴期間限制之必要。

查勞雇關係首重安定，不能將其效力長久懸而未決，此所以我國勞基法第十二條及第十四條規定三十日短期除斥期間之源由也。且勞工如認為雇主之解雇無效，應即時提出訴訟救濟，否則事隔多時人事全非，突再起訴主張，解雇當時之證據多已滅失不復存在，雇主要舉證證明解雇合法顯有重大困難。且雇主亦不可能任留空缺，長期虛位以待勞工提起訴訟。勞工如未立即起訴者，自易認為勞工無意行使其權利，事後突再起訴顯有違誠信原則。故勞工於事隔多年後再起訴主張解雇無效，應有權利失效原則之適用（臺灣高等法院台中分院八十六年勞上字第二號判決參照）。

至於起訴期間限制之長短，我國法無明文，德國「勞動契約終止保護法」第四條明文規定：「勞工主張終止不具社會正當性或因其他事由而無效者，應於終止書面送達後三週內，向勞動法院起訴確認勞動關係不因終止而消滅。」，同法第五

²⁰ 臺灣臺北地方法九十二年勞訴字第五十二號寶僑公司解雇產假女工案例中，法院判決曾有類似之見解。

條更明文規定，縱勞工有提出訴訟確認之遲誤，最遲亦不得超過六個月²¹，可供參考。

管見：

勞雇關係首重安定，我國勞基法第十二條第二項、第十四條第二項規定之三十日除斥期間，應已是我國法律體制下最短的除斥期間²²，更足見立法者不願見勞雇關係之存否長久懸而未決。以故，筆者淺見認應以第（二）說為是，但假如本於國情認上揭德國終止保護法六個月起訴期限尚嫌過短者，則民事訴訟法第一六四條第三項回復原狀一年期限之規定，不妨參照也。

結語。

勞動契約終止之爭議問題，學界、實務界探討甚多。筆者才疏學淺，固無可能有所謂的創見，本文無非將若干不同實務見解予以整理歸納而已，所謂甲說乙說、第（一）說第（二）說等等，只是為了討論、理解方便所做的歸納型式而已，非學術界所稱之各家學說見解，謹附此敘明。（修訂於 2006/4/12）

²¹ 德國「勞動契約終止保護法」第五條(遲延起訴之允許)條文中譯如下：

「(第一項)勞工於預告終止後，雖盡其依情況所能期待之注意，但仍不能於終止書面送達後三週內提起確認之訴者，得依其聲請准予事後提起訴訟。懷孕婦女基於其無須負責之事由而於第四條第一句之期間屆滿後始知悉者，亦適用之。(第二項)聲請應與訴訟之提出併為之；訴訟已經提出者，應於該聲請中提及。聲請應說明允為事後起訴之事實及釋明之方法。(第三項)該聲請應於障礙除去後兩週內為之。但遲誤期間終了已逾六個月者，不得提出聲請。(第四項)該聲請由法院裁定之，不須經言詞辯論程序。不服該裁定者，得即時抗告。」

²² 王澤鑑先生前引註 18 第五五五頁稱：「除斥期間為不變期間，除法律別有規定外，自權利發生時起算，『短者六個月』，最長者不超過十年」。而勞基法三十日除斥期間較六個月猶短，應已是我國法制中之最短者。