

# 習法心得暨勞動法專題研究

張凱欽<sup>1\*\*</sup>

報告題目：勞動事件法第49條之定性和實務發展

——兼論二次解僱相關問題探討

壹、	習法心得	3
貳、	研究動機	4
參、	研究方法	4
肆、	勞動事件法第49條之性質	5
一、	定性-獨立新權利或是民事訴訟法之特別規定	5
二、	實務對勞工釋明門檻之調整	6
伍、	就勞請求權	8
一、	源起和學說爭議	8
二、	勞動事件法第49條是否為就勞請求權之明文？	9
陸、	二次解僱之概述	10
一、	二次解僱之概念和類型	10
二、	假處分中二次解僱之適用和範圍	11
三、	假處分下二次解僱之定性	12
（一）	附條件解僱說	13
（二）	定攻防方法次序說	13
（三）	本文見解	13
四、	勞動事件法第49條和二次解僱之關係	14
柒、	日本法之參考	14
捌、	代結論	16
玖、	參考文獻	17

<sup>\*\*</sup> 國立政治大學法律學系，勞工法和社會法組碩士班二年級，學號:110651030

## 2、研究動機

我國於2018年11月9日通過「勞動事件法」，其法律本身係為了減少勞工的訴訟障礙，明確建立一套有別於其他民事案件的勞動事件調解制度，也因此同法第46-50條皆為保全程序相關規定，希冀藉此能夠強化勞工之權益。而其中同法第49條所謂為繼續僱用及給付工資之定暫時狀態處分，目的在於考量勞工在訴訟過程之生計維持，避免勞工因欠缺經濟收入而放棄訴訟。而此制度既為2020年1月才施行，國內討論之文獻仍很有限，但此制度卻對於勞工而言影響甚鉅，究竟本法與我國民事訴訟法第538條以下之假處分程序要件上有何差異？本法係民事訴訟法之特別規定抑或是獨立於民事訴訟法之新保全程序？其與日本法所謂「就勞請求權」概念是否相近？可否認為本條是就勞請求權之明文化呢？甚至在本法所做之定暫時狀態處分中，雇主可否行二次解僱？皆有諸多疑問，故有研究之動機。

本文將分成幾個部分，首先先整理國內文獻對於本條之定性，再透過整理近年來的實務判決，討論本條是否真能降低勞工釋明之門檻；接著討論「就勞請求權」之源起和學說實務爭議，並比較和本條所謂「繼續僱用請求權」概念上是否同一？若否，我國實務是否有混用可能？；之後往下討論二次解僱之概念和判斷是否會因為本條施行後有所改變，以及可否類化我國實務針對二次解僱的分類；最後是討論日本法是如何處理就勞請求權或是勞動假處分的部分，我國有否借鑒之空間。

## 3、研究方法

### 1、文獻分析法

本研究將整理近年來包含專書著作、期刊、學位論文……等相關文獻，藉此了解目前學界關於解僱制度之性質以及金錢補償之討論與爭議，並將其作出分類以方便理解金錢補償制之利弊及引進與否之可能性。

### 2、比較法研究

本研究將介紹各國對於解僱及金錢補償之概況，先對各國體制有一概略了解後，再交互比較各國制度、運行之狀況及各國制度之利弊，並將之分類整理，再試圖區分出我國與英國體制上有何同異之處，並嘗試就其不同之處的脈絡審慎檢視我國有否適用之可能，以便做為我國未來參考之借鏡。

## 4、勞動事件法第49條之性質

## 1、定性-獨立新權利或是民事訴訟法之特別規定

國內對於勞動事件法第49條之討論多從以下幾個方向去討論，下分別討論之

### 1. 本條之性質係獨立之權利亦或是特別規定

本條雖依立法理由可之係民事訴訟法第538條第1項之要件之具體化，然對於其性質仍有諸多討論<sup>2</sup>，舉例而言，有學者主張本條因要件與民事訴訟法不同，且係源自於德國之一般繼續僱用請求權，故係不同之保全手段<sup>3</sup>；另有學者認為勞動事件法與民事訴訟法在此制度上並無不同，而本條僅是民事訴訟法第538條適用之具體化<sup>4</sup>；而實務則是認為本條是特別規定，故相較於民事訴訟法之規定應優先適用本條。

### 2. 何人可以主張本條之適用、本條之適用範圍

雖有學者認為本條僅限於起訴後且由勞工提起之訴訟方有適用<sup>5</sup>，然按勞動事件法審理細則第80條應可確認不僅限於勞工而雇主亦有適用之，再者目前學界皆認為本條依文義限於起訴後，因此對於進入訴訟前勞工或雇主若欲聲請定暫時狀態，此部分應回到民事訴訟法第538條之規定，另外需注意的是，有學者主張勞動事件法並未對於罷工之定暫時狀態處分有特別規定，故罷工之定暫時狀態處分仍應回歸民事訴訟法第538條之相關規範為依據<sup>6</sup>

### 3. 本文見解

本文以為，勞動事件法第49條和民事訴訟法第538條不論在要件上、目的上均有所不同，尤其是前者在目的上並無保全將來內容得以實現之功能，故應認為兩者在制度面上承擔的功能並不相同，應係獨立於民事訴訟程序外的新保護手段。最後，透過整理了學者間的論文，應可認本條可主張之人同時包含勞工或雇主，二者皆可主張；而其適用範圍限於起訴後，起訴前則應回歸民事訴訟法之相關規定。

## 2、實務對勞工釋明門檻之調整

本文以「勞動事件法第49條」為關鍵字，在司法院法學資料檢索系統中，搜尋至110年7月3日，共找到49則裁定。因此，再整理了自本

<sup>2</sup> 陳業鑫，勞動事件法綜覽與評析，萬國法律第228期，頁12，2019年12月。

<sup>3</sup> 林佳和，勞動事件法保全程序—繼續僱用請求權，月旦法學雜誌，頁149，2019年10月。

<sup>4</sup> 沈冠伶，勞動事件之民事保全程序制度，台灣法學雜誌，頁146，2020年8月。

<sup>5</sup> 黃朝琮，解僱訴訟之若干問題探討 - 兼論勞動事件法之相關規定，中律會訊第22卷2期，頁13，2019年10月。

<sup>6</sup> 邱羽凡，論罷工事件之定暫時狀態處分，中研院法學期刊第26期，頁175，2020年3月。

條施行以來，由高院以上所作之43則裁定，從中找到幾則較具代表性之裁定，希冀藉此能找出目前我國實務上可供參考之依循，分析如下。

#### 1. 臺灣高等法院 109 年抗更一字第 4 號民事裁定

本裁定重點有二，其一認為勞動事件法係民事訴訟法之特別規定而有優先適用；且既為特別規定，則無須以民事訴訟法中之定暫時狀態處分的要件判斷之<sup>7</sup>，其二本裁定用了利益衡量原則來判斷所謂「非顯有重大困難」此要件<sup>8</sup>。附值一提者係，絕大多數之裁定皆認為本條係特別規定，而無民事訴訟法定暫時狀態處分要件適用之餘地<sup>9</sup>。

#### 2. 臺灣高等法院 109 年勞聲字第 10 號民事裁定

此號裁定亦同前述裁定一樣，皆使用利益衡量原則來認定所謂繼續僱用非顯有重大困難<sup>10</sup>，並對於其反面之「繼續僱用顯有重大困難」一詞做出定義，認為：「係指繼續僱用勞工可能造成不可期待雇主接受之經濟上負擔、企業存續之危害或其他相類之情形」，後以相對人有繼續僱用新進人員且有高額的業務推展計畫而認為雇主僱用非顯有重大困難<sup>11</sup>。

可以發現除了少數實務裁定外(如：臺灣高等法院 109 年勞聲字第 1 號民事裁定)，絕大多數之實務對於相對人主張申請人無保全必要性、無急迫危險等抗辯，皆以勞動事件法係民事訴訟法之特別規定而不予採納；至於所謂「勞工有相當程度之勝訴可能性」此要件，多數

<sup>7</sup> 臺灣高等法院 109 年抗更一字第 4 號民事裁定：「...堪認勞動事件法第 49 條為民事訴訟法定暫時狀態之處分相關規範之特別規定，勞工提起確認僱傭關係存在之訴，並聲請繼續僱用及給付工資之定暫時狀態處分時，即應優先適用勞動事件法第 49 條規定。」

<sup>8</sup> 臺灣高等法院 109 年抗更一字第 4 號民事裁定：「反之，學校因定暫時狀態之處分，雖有暫時給付薪資損害及調整課表之不便，然顯較教師所欲避免之損害為小，是應認抗告人就繼續僱用相對人乙事並無重大困難。」

<sup>9</sup> 臺灣高等法院臺中分院 109 年聲字第 35 號民事裁定、最高法院 109 年台抗字第 494 號民事裁定、最高法院 109 年台抗字第 648 號民事裁定、最高法院 109 年台抗字第 649 號民事裁定、臺灣新竹地方法院 109 年竹勞全字第 1 號民事裁定可資參照。

<sup>10</sup> 臺灣高等法院 109 年勞聲字第 10 號民事裁定：「而勞動事件之勞工，通常有持續工作以維持生計之強烈需求，基於此項特性，於確認僱傭關係存在之訴訟進行中，如法院認勞工有相當程度之勝訴可能性（例如：雇主之終止合法性有疑義等），且雇主繼續僱用非顯有重大困難時，勞工因許可定暫時狀態處分所能獲得之利益為生存權及工作權之確保，因不許可是項處分可能受有生計無以維持之損害，而雇主因該處分可能蒙受之不利益即繼續僱用及給付工資之損害，雇主因是項處分可能蒙受之損害顯遠低於勞工，自宜依保全程序為暫時權利保護。」

<sup>11</sup> 臺灣高等法院 109 年勞聲字第 10 號民事裁定：「相對人解僱聲請人，隨即新聘勞工，復有數千萬元育幼院或安養院業務推展計畫，其繼續聘用聲請人自不可能造成不可期待其接受之經濟上負擔，亦不至造成其經營存續之危害或其他相類情形，堪認聲請人已釋明命相對人於本案訴訟終結確定前繼續僱用伊，非顯有重大困難。」

實務皆係以本條2項<sup>12</sup>為認定而認符合此要件。值得一提的是，據本文目前所查，僅有二筆實務裁定在「繼續僱用非顯有重大困難」之認定上否定的申請人之申請，分別為台南高分院110年勞抗第1字號裁定<sup>13</sup>、高雄高分院 109 年勞抗更一字第 2 號民事裁44定<sup>14</sup>，但皆係基於申請人較為特殊的身分而有不同差異。其餘則大多依個案為單獨之判斷，通常也使申請人取得定暫時狀態處分；而判斷之方式多以相對人於解僱申請人時，嗣後有無再招聘員工<sup>15</sup>或是公司有盈餘<sup>16</sup>、業務推展計畫<sup>17</sup>等為認定公司繼續僱用非顯有重大困難。

綜上所述，可以發現實務立場上遵循立法理由而認為本條係民事訴訟法之特別規定，排除了民事訴訟法之適用；在要件上，透過「勞工有相當程度之勝訴可能性」、「繼續僱用非顯有重大困難」確實也降低了勞工的釋明門檻，避免了過去勞工難以透過定暫時狀態處分來保護自己的困境。

## 5、就勞請求權

### 1、源起和學說爭議

過往我國對於勞工是否可以請求雇主接受其勞務之給付多有討論，而對於此請求權之討論係源自於日本，又稱為就勞請求權，其目的在於要求雇主受領其勞務。按我國民法第487條規定，按僱用人受領勞

<sup>12</sup> 勞動事件法第49條二項：「第一審法院就前項訴訟判決僱傭關係存在者，第二審法院應依勞工之聲請為前項之處分。」

<sup>13</sup> 臺灣高等法院台南高分院110年勞抗字第1號民事裁定：「抗告人任經理人期間，享有考核相對人員工之權限，亦有相對人公司績效考核紀錄在卷可參；足認抗告人前在相對人公司具有極大管理及決定權限，且掌握客戶資訊、合約及客戶收支狀況，與一般單純以付出勞力獲取薪資之勞工不可同視，堪以認定。從而，倘相對人繼續僱用抗告人，恐將造成相對人業務難以順利依計畫推展，甚至危害公司之存續。再依抗告人自行提出之相對人109年損益計算表，相對人109年1月至9月，有4個月虧損，1個月損益相抵後為0元，且營運狀況盈虧互現並非穩定，客觀上實難以期待其繼續僱用抗告人將受有利益；且繼續僱用抗告人復可能造成相對人不可承受之經濟上負擔，對於相對人之存續實有危害。」

<sup>14</sup> 臺灣高等法院高雄分院 109 年勞抗更一字第 2 號民事裁定：「抗告人身為軍艦維修人員，對於電纜為有相當價值之軍用品，及軍方對餘料、廢料均有明確管制等節，均無不知之理，竟率爾拿取，難認情節輕微，且其已觸犯刑法，該行為確足以影響軍紀，嚴重破壞軍隊間之信賴關係，並動搖人民對國軍所認知之清廉形象，若要求相對人再繼續僱用抗告人，對日後軍紀之維持及軍隊管理均將滋生重大干擾；再軍艦維修人員之職缺於軍隊中係屬不可或缺，是相對人所辯其已補足適當人員接替抗告人工作，現無職缺可供安置抗告人等語，亦與常情相符，均堪認本件相對人再僱用抗告人，確有重大困難，抗告人僅以相對人為政府單位，組織龐大為由即謂相對人繼續僱用抗告人並非難事云云，難認已盡釋明之責。」

<sup>15</sup> 最高法院 109 年台抗字第 854、855 號民事裁定。

<sup>16</sup> 臺灣高等法院 109 年勞聲字第 1 號民事裁定。

<sup>17</sup> 臺灣高等法院 109 年勞聲字第 10 號民事裁定。

務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。民法第487條雖明文否認了前述權利，但學說實務對於雇主究竟是否有受領勞工給付勞務之義務，討論上頗有所爭，主要有以下三說，分別討論之：

1. 否定說<sup>18</sup>：此說從民法債編之一般原理為出發，為實務多數看法。認：債權人雖有受領給付之權利，除法律有如民法第367條、第522條第2項等特別規定，契約有特別訂定外，不負受領給付之義務。故債權人對於已提出之給付拒絕受領者，通常祇負遲延責任<sup>19</sup>，故認為僱傭契約中雇主僅有給付報酬之義務，而無受領勞工勞務之義務。
2. 限制(部分)肯定說：部分學者及部分實務採之。此說認為勞工之工作權與雇主之財產權，同為憲法上所保障之基本權利，故如不就勞將致勞工職業技術水準無法維持時，始可承認勞工之就勞請求權存在<sup>20</sup>；而學者則從不同角度出發，認為勞動關係中勞工人格權益受到雇主廣泛的影響，故對於人格權之保護應該與其他法益衡量後始能定之，更遑論現行不斷有新的勞動型態，唯有採取部分肯定說方符社會通念，亦能與民法上人格權理論相呼應<sup>21</sup>。
3. 全面肯定說：亦為部分學者及部分實務採之<sup>22</sup>。此說認為否定說之判例係從民法以個人思想為背景之法律結構所導致之結論，尚難引為勞動契約之解釋。故應容許勞工進入工作場所以提供勞務，使工作權得以實現，此說係從工作權之角度切入而肯認就勞請求權之存在。

本文認為應採限制肯定說較為合理，係因勞務契約雖係雙務契約，然勞務之提供不能與一般之金錢等給付等同視之，勞務提供係涉及勞工本身之個人人格發展，且又處在雇主之指揮監督下，相較於其他雙務契約，勞務契約更受有人格權保護之必要，也因此，若雇主無其他更值得保護之利益下，應適當肯認就勞請求權存在。

## 2、勞動事件法第49條是否為就勞請求權之明文？

<sup>18</sup> 最高法院89年台上字2276號：「在僱用人一方，亦僅約定對於受僱人一定勞務之供給而予以報酬，縱使受僱人供給之勞務不生預期之結果，仍應負給與報酬之義務；同法第四百八十七條亦規定，僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，[~57]仍得請求報酬；是僱用人僅負給付報酬之義務，並無受領勞務給付之義務。」

<sup>19</sup> 最高法院29年渝上字965號，要旨謂：「故債權人對於已提出之給付拒絕受領者，通常祇負遲延責任，債務人不得強制其受領給付。」

<sup>20</sup> 台北地方法院79年勞訴字第25號：「勞工之工作權與雇主之財產權，同為憲法所保障之基本權利，如何調適工作權與財產權，本是勞動法學上之重要課題，.....本於法之安定性，本院認為就勞請求權之存否，不宜無限制的承認（即完全肯定說），而宜採限制的肯定說，即如不就勞，致勞工之職業技術水準無法維持時，.....始承認勞工就勞請求權之存在」。

<sup>21</sup> 林更盛，就勞請求權——最高法院八十九年度台上字第二二六七號判決評釋，台灣本土法學雜誌第27期，頁65，2001年10月。

<sup>22</sup> 台北地方法院79年勞訴字第26號，高等法院87年勞上字第34號可資參照。

所謂繼續僱用請求權，學理上又分為法律上繼續僱用請求和事實上僱用請求權，前者是在法律上雇主和勞工間僱傭關係仍存在，多存在於確認訴訟中；後者則是勞工可向雇主請求回去上班、服勞務等情況，多見於給付訴訟中。因此，我國所討論的就勞請求權，其性質既為使請求雇主接受其勞務之給付，應可認係事實上繼續僱用請求權，也唯有事實上僱用請求權方能落實就勞請求權之核心價值，保障勞工的人格法益。

至於勞動事件法第49條究竟為法律上繼續僱用請求權抑或是事實上繼續僱用請求權，涉及到其原本性質之定性而可能有所差異，國內文獻亦非十分豐富。若按照實務和立法理由推敲，似乎是認為本條是民事訴訟法的特別規定，概念上會屬於定暫時狀態處分，而為法律上繼續僱用請求權，惟參酌本條係源自德國法官法所發展的一般繼續僱用請求權，便有學者指出定暫時狀態和本條的繼續僱用請求權，雖然都在暫時權利保護體系，但訴訟標的仍不相同，本條是作為實體法上的權利<sup>23</sup>。學者更進一步指出從德國見解有幾個核心原則可供參考<sup>24</sup>，包括原則上肯認勞工均享有事實上僱用請求權、某些情形下雇主有不繼續僱用勞工之重大利益<sup>25</sup>或勞工有主張受繼續僱用之重大利益。

本文以為，不論是就勞請求權抑或是勞動事件法第49條，性質上皆做為實體法上的繼續僱用請求權，而在操作上我國就勞請求權的限制肯定說也和德國見解十分相近，甚至在前述實務對於本條判斷適用上，也符合德國大審判庭裁定的基本原則，似可認本條也可以說是我國就勞請求權之明文化。

## 6、二次解僱之概述

### 1、二次解僱之概念和類型

所謂二次解僱，係指解僱訴訟繫屬中，雇主得否在通知復職或是受假處分命回復僱傭關係時，對該回復原職的勞工為第二次解僱。又二次解僱的法律行為定性、既判力遮斷效效力為何，國內討論十分稀少，又在勞動事件法施行後，有無可能會改變過去實務對於二次解僱的判斷？固有研究之動機。

又學理上台灣對於解僱之分類體系多有討論，其中便有以解僱事由為分類基準，其將解僱事由分為經濟性解僱和懲戒解僱兩大類<sup>26</sup>。經

<sup>23</sup> 林佳和，同前註2，頁150。

<sup>24</sup> 林佳和，同前註2，頁153。

<sup>25</sup> 例如：雙方共同信任、契約基礎已消滅、營業上缺少訂單等等。

<sup>26</sup> 黃越欽，勞動法論，頁212-232，政大書城出版，2015年8月。

濟性解僱規定在勞動基準法第11條<sup>27</sup>。懲戒解僱則是規定於現行勞動基準法第12條第一項各款<sup>28</sup>。也因此，在二次解僱的類型上，又可分為四種類型，分別是(一)經濟性+經濟性解僱、(二)經濟性+懲戒性解僱、(三)懲戒性+經濟性解僱、(四)懲戒性+懲戒性解僱，本文將試著類型化過去實務對於二次解僱的判決並觀察在勞動事件法第49條施行後，是否會影響實務之判斷。

## 2、假處分中二次解僱之適用和範圍

在討論二次解僱前，需先探討在違法解僱的訴訟繫屬中，雇主通知復職的法律效力為何，再者討論雇主可否為二次解僱，效力又為何？以下本文將順著此脈絡討論之。

在違法解僱訴訟繫屬中雇主通知復職的效力上，有學者整理出三種類型<sup>29</sup>，分別為(一)雇主為避免訴訟風險之通知復職、(二)假處分下之通知復職、(三)遵守裁決命令之通知復職。由於本文想探討的是在勞動事件法第49條下，二次解僱所可能形塑出之樣貌，也因此本文將著重在假處分下的通知復職的效力及雇主得否為二次解僱的討論上，先予敘明之。

在勞動事件法施行前的違法解僱訴訟中，勞工可依民事訴訟法第538條規定向法院聲請定暫時狀態處分，而此暫時狀態處分內容差異極大，其中絕大多數係命雇主應續付工資，少數為准許暫定勞雇關係存在<sup>30</sup>或准許勞工以工會幹部身分進入職場的工會會所執行其會務<sup>31</sup>，亦有結合各類型之假處分，非可一概而論。在暫定勞雇關係假處分下，其勞雇間的權利義務與平常的勞雇關係並無不同，雇主得通知勞工復職，勞工亦有回原職場工作的義務固不待言。然在其他類型上(諸如僅續付工資或是僅准許勞工以工會幹部進入職場公會執行會務)，雇主得

<sup>27</sup> 非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：一、歇業或轉讓時。二、虧損或業務緊縮時。三、不可抗力暫停工作在一個月以上時。四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。

<sup>28</sup> 勞動基準法第12條：勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。二、對於雇主、雇主家屬、雇主代理人或其他共同工作之勞工，實施暴行或有重大侮辱之行為者。三、受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者。四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。五、故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有物品，或故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者。六、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者。雇主依前項第一款、第二款及第四款至第六款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，三十日內為之。

<sup>29</sup> 陳金泉，裁決命復職後二次解僱法律問題初探——臺灣高等法院一〇一年度重勞上字第三十七號判決評釋，頁104，國立中正大學法學集刊，2017年7月28日。

<sup>30</sup> 黃書苑，定勞工地位保全之假處分——評最高法院八十八年度台抗字第九二號裁定及最高法院九十一年度台抗字第二九四號裁定，頁18-27，法令月刊第55卷第11期，2004年11月。

<sup>31</sup> 臺灣新北地方法院95年度全字第9號、臺灣臺南地方法院98年度裁全字第811號等參照。



否通知勞工復職誠有疑義，對此問題行政院勞工委員會在1998年所做出的函釋<sup>32</sup>明確表示假處分的意旨乃「維持僱傭關係存在」，因此本文以為，不論是何種類型的定暫時狀態處分，勞雇雙方皆附有復職的義務。

可以發現在假處分下之通知復職，不管何類型的定暫時狀態處分，其勞雇關係皆係暫時性的回復原有僱傭關係，而非建立新的僱傭關係，故雇主仍可以在假處分復職中行使其原有的考核、懲戒、調職權，在雇主的行為是合法的前提下，勞工仍有接受之義務。前述之函釋<sup>33</sup>亦對此做出說明，認為若勞工於復職期間有勞動基準法第12條之情事(也就是懲戒性解僱事由)，雇主是可以發動第二次解僱。惟應注意的是，實務上並非同函釋般認為所有的定暫時狀態處分皆有二次解僱之適用，而係限縮其範圍，認為在暫定勞雇關係中並不適用二次解僱，理由在於若勞工聲請的是暫定勞雇關係者，由於假處分意旨乃命本案訴訟期間暫定勞雇關係存在，若此期間雇主再為二次解僱顯然違背假處分裁定的意旨，應認為該二次解僱抵觸假處分而無效<sup>34</sup>，雇主必須要先聲請撤銷假處分且成功後，方得為二次解僱<sup>35</sup>。

### 3、假處分下二次解僱之定性

我國學理上對於二次解僱之定性有許多爭論，理由在於若按照雇主張之邏輯，勞雇關係早已因第一個終止權行使而為消滅，似不太可能對於已消滅的契約法律關係為第二次終止，也因此要如何定性地二次解僱之效力，有以下二種不同見解，下討論之：

#### (1) 附條件解僱說

此說基於同一契約不能消滅二次之法理，推敲雇主二次解僱之真義乃是「以法院判決認定雇主第一次解僱不合法作為第二次

<sup>32</sup> 行政院勞工委員會1998年3月17日(八十七)台勞資二字第○○九五五○號函：「依來函所附臺灣新竹地方法院八十六年度裁全字第一三九六號民事裁定中主文所敘，貴公司不得拒絕李○仁先生進入廠區與廠房執行職務及執行工會會務之行為，其旨在維持僱傭關係暫時存在，亦即本於勞動契約之權利義務均繼續履行及取得，不因雇主曾片面終止而消滅。依此，李君除依工會法相關規定得從事會務外，仍需依勞動契約之內容提供勞務。」

<sup>33</sup> 行政院勞工委員會1998年3月17日(八十七)台勞資二字第○○九五五○號函：「……依此，李君……，仍需依勞動契約之內容提供勞務，雇主亦得依契約規定為合理之指揮監督。勞工於此期間如有勞動基準法第十二條之情事，雇主仍得依同條規定辦理。」

<sup>34</sup> 臺灣高等法院九十三年度上字第三七四號：「一般假處分之執行，如係禁止債務人將特定有體物交付他人，固可準用前述關於假扣押之規定，經債權人同意而使有效。但定暫時狀態假處分係藉由定暫時狀態假處分裁定之效力，將有爭執之法律關係定暫時狀態，直至本案訴訟判決確定為止，以拘束債權人、債務人及第三人，任何人均得據該定暫時狀態假處分之內容而作主張，該處分具有絕對效力，與假扣押係保全強制執行之方法不同，並無強制執行法第五十一條第二項查封效力相對性之適用。」

<sup>35</sup> 陳金泉，同前註28，頁118

解僱生效之停止條件。」因若第一次解僱已為合法終止勞雇關係，第二次解僱即無行使之必要，故雇主若主張第一、二次解僱皆有效，顯係以第一次解僱被法院認定為無效的停止條件。

## (2) 定攻防方法次序說

此說認為二次解僱僅是訴訟上定攻擊防禦方法之次序，為目前的實務通說，在臺灣高等法院 97 年度重勞上字第 16 號民事判決便提到：「上訴人於96年11月14日具狀表示縱認上開資遣不合法，仍因其業務性質變更而有減少勞工之必要，再依勞基法第11條第4款規定，資遣被上訴人等語，乃增加訴訟上之攻擊防禦方法，而因有資遣時間先後之別，自須先行認定上開無法勝任工作之資遣事由不成立，始再論究有無該當勞基法第11條第4款規定之事由，被上訴人主張後者係以法院認定上訴人於96年3月23日之解僱不合法為停止條件，應屬無效，尚有誤會，合先敘明。」實務在此明確反對附條件解僱的說法，而採定攻防方法次序說。

## (3) 本文見解

本文贊同目前實務所採之定攻防方法次序說，理由在於若採附條件解僱說，則在二次解僱的第二次解僱乃係基於經濟性事由時(諸如：企業併購、歇業等情事)，將產生因勞工訴訟繫屬在先就要雇主放棄第一次或第二次的解僱權利，會對雇主有不公平之現象。更遑論若第二次解僱乃係基於懲戒性事由時(諸如：勞工復職後違法行為、曠職等)，若雇主要合法對其施行二次解僱前提是先放棄訴訟中第一次解僱之效力，將意味勞工可能有恃無恐，對雇主職場秩序及整體勞資關係產生極大衝擊，故應肯認前述的附條件解僱說不可採，實務所採之定攻防方法次序說較有見地。

最後，在行使二次解僱時應注意的是，二次解僱的事由若發生在基準時點以前(即言詞辯論終結前)，雇主若未提出主張，判決確定後將受前訴之既判力所遮斷，也因此雇主若以之來提起後訴，法院應依民事訴訟法第249條1項7款裁定駁回之。

## 4、勞動事件法第49條和二次解僱之關係

勞動事件法第49條源自於德國之一般繼續僱用請求權，乃係不同於我國民事訴訟法假處分規定的新保全手段，性質上亦為事實上繼續僱用請求權，其與現行民事訴訟法的定暫時狀態處分差異極大，故在勞動事件法第49條之繼續僱用請求權下，雇主所為之二次解僱，其效力為何？又該如何定性？

本文以為，勞動事件法第49條不同於定暫時狀態假處分，目的也在原有的勞資關係下讓勞工得回去職場工作，滿足其職業發展或人格

所必須，並未創設新的勞資關係，故雇主仍得行使原有的考核、懲戒、調職權，在雇主的行為是合法的前提下，勞工有接受之義務。況也因其不同於定暫時狀態假處分，沒有前述實務所認為假處分的絕對效適用，雇主若有經濟性或懲戒性事由，仍可以在期間內合法的為二次解僱，而二次解僱的定性上亦同實務過往見解，皆屬於定攻防方法之次序。

## 7、日本法之參考

我國本身身為繼受國，繼受許多日本對於勞動法的討論及見解，舉例而言，本次勞動事件法即有參考日本的勞動審判法之部分，又日本對於就勞請求權及勞動假處分，不論在日本實務抑或是學說皆多有討論，文獻可謂十分豐富，在此情形下，本研究以為將日本為我國參考之借鑒，對於我國之就勞請求權、勞動假處分之發展具有重大意義，故以下將討論日本關於就勞請求權及勞動假處分之研究，希冀能夠藉此為我國之就勞請求權及假處分有參考之依循。

### (1) 就勞請求權

日本對於就勞請求權之裁判幾乎集中於1948至1955年間，且實務及學說分歧極大，日本實務至1952年以後多採否定說或限制肯定說<sup>36</sup>，否定說主要從一般之雙務契約為判斷，無區分勞務契約與一般契約；限制肯定說原則上否認就勞請求權，僅在勞動者就勞務提供有特別合理利益時例外肯定之，而日本學說則以肯定說為主流<sup>37</sup>，而認勞動契約中具有高度人格性且此係相互依存於雇主及勞工間，因此在法無明文或有特約的情況下，任一方皆有不被強迫接受之權利<sup>38</sup>，且從債務不履行所生之損害賠償責任以觀，很難一般性的肯定雇主有勞動受領義務。

然採肯定之理由各異，如小西國友教授從就勞權對於勞工在生活上具有重大意義，且受領勞務係雇主照顧義務為出發<sup>39</sup>、亦有從勞動行為本身即為目的為就勞請求權之依據的下井隆史教授<sup>40</sup>、又有如水町勇一郎教授進一步對於否定說提出反駁，而認為債務之成立和如何強制執行在理論上屬於不同問題，應從各個個案具

<sup>36</sup> 劉志鵬，勞動法理論與判決研究，元照出版，頁91，2002年8月。

<sup>37</sup> 黃榮坤，勞動者就勞請求權之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，頁44，1994年6月。

<sup>38</sup> 菅野和夫，勞動法，頁155-157(弘文堂第十二版，2019年12月)。

<sup>39</sup> 小西國友，勞動法の基礎，頁64(日本評論社，1993年)。

<sup>40</sup> 下井隆史，労働基準法，頁245以下(有斐閣4版，2007年)。

體判斷是否有就勞請求權存在<sup>41</sup>。進步言之，近代更有學者從職業權觀點<sup>42</sup>及從雇主的誠實信用原則為觀點而採肯定說等等不同理由，雖尚未有一完整體系說明肯認就勞請求權存在之立論，但至少可以確定學者大多數認為應承認就勞請求權以保護勞工，更有學者主張如果要強制雇主有受服勞務的權利，應該如同不當勞動行為裡，勞動委員會對於恢復原職命令一樣，需要有明確的法源依據<sup>43</sup>。

## (2) 勞動假處分

日本假處分制度最早起源於二戰後，由於當時經濟社會情勢急迫、勞工多處於經濟貧困且工會運動急遽發展之狀況，當時勞動假處分多是雇主對於爭議行為之排除此類假處分，至1970年代以後，假處分類型以暫時支付工資假處分、保全地位假處分為主流<sup>44</sup>。一般而言，對於遭不當勞動行為而解僱之勞工主要有二種救濟方法，其一乃向勞動委員會請求救濟，其二乃獨立向法院提起訴訟或提起假處分，合先敘明之。

而所謂保全地位假處分，係指將爭執僱傭契約關係當作被保全權利，暫時形成訴訟上雙方僱傭關係存續之狀態。其中所謂爭執，乃涉及僱傭契約關係的消滅或變動之效力有無，其要件主要規範在民事保全法第23條2項，認為避免受顯著的侵害或有急迫危險必要時，可提此項假處分<sup>45</sup>，也因為其本身並非形成實體法上的法律關係，僅是暫定實現在本案訴訟中應該被確定的法律地位和權利，故又被稱為滿足假處分<sup>46</sup>。然應注意的是，此項假處分無強制執行力而僅能期待雇主履行之<sup>47</sup>；至於所謂暫時支付工資假處分，是日本實務上最常被當作主張解僱無效時之救濟手段假處分，其目的在於避免勞工因雇主無支付工資而致生活窮困危險，且係可以透過強制執行實現其內容的假處分。

而關於保全地位假處分之聲請，因其屬於無法強制執行的滿足性假處分，故在日本實務上多予暫時支付工資假處分合併聲請

<sup>41</sup> 水町勇一郎，詳解労働法，頁249-251(東京大学出版会，2019年)。

<sup>42</sup> 諏訪康雄，キャリア権の構想をめぐる一試論(日本労働研究雑誌468號，1999年)。

<sup>43</sup> 荒木尚志，労働法，頁303-305(有斐閣第4版，2020年)。

<sup>44</sup> 丁嘉惠，勞動假處分之研究，國立台灣大學國家發展研究所博士論文，頁182，2004年。

<sup>45</sup> 第23條2項:仮の地位を定める仮処分命令は、争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするときに発することができる。

<sup>46</sup> 丁嘉惠，日本労働假處分以保全地位假處分・禁止妨害業務假處分為例，月旦法學雜誌，頁58，2006年4月。

<sup>47</sup> 同前註43，頁74

，況且也因為屬於滿足性假處分，在保全必要性的探討上，按東京地方法院在審查的原則上，排除核心的工資請求權外，只要無特別情事，僱傭契約其他權利或利益的保全必要性不高<sup>48</sup>。

## 8、代結論

### 1、勞動事件法第49條之性質和實務發展

透過整理了國內對於勞動事件法第49條性質之探討後，可以歸納出幾個結論。第一、本條之性質應為獨立於民事訴訟程序之保全手段，二者係承擔不同功能的制度，且為事實上繼續僱用請求權。第二、在透過整理實務裁定後，可以發現實務在論理上依照立法理由而把本條視為特別規定排除了民事訴訟法第538條適用，改以本條要件判斷，結果上也的確降低了勞工的釋明門檻(僅有少數基於勞工特別身分否認之)，推論雖與第一點之推論不同，但在結論上應可資贊同。第三、不論是就勞請求權抑或是勞動事件法第49條，性質上皆做為實體法上的繼續僱用請求權，而在操作上我國就勞請求權的限制肯定說也和德國見解十分相近，甚至在前述實務對於本條判斷適用上，也符合德國大審判庭裁定的基本原則，就本文觀察結果來看，似可認本條是我國學理上就勞請求權之明文化。

### 2、勞動事件法下的二次解僱和日本法借鑒

透過整理了我國國內對於二次解僱的類型、通知效力、解僱定性後，關於假處分下的二次解僱，其目的在於恢復原本的勞雇關係，而非另外成立新的勞雇關係。實務又將之分為以暫定勞雇關係和非暫定勞雇關係兩大類，前者基於假處分的絕對效力，在雇主聲請撤銷假處分前，所為之二次解僱為無效；後者則因為假處分效力不及於勞雇關係，故雇主在合法解僱的前提下，仍可以行二次解僱。

而在二次解僱的定性上，本文以為採取攻防方法次序之定性，此說較為妥適，也避免了附條件解僱情形下對雇主將會過於不利的窘境。在勞動事件法施行後，關於本條與二次解僱的關係，本文以為本條之性質乃事實上繼續僱用請求權，目的在原有的勞資關係下讓勞工得回去職場工作，滿足其職業發展或人格所必須，並未創設新的勞資關係，故雇主仍得行使原有的考核、懲戒、調職權，在雇主的行為是合法的前提下，勞工有接受之義務。且也因其不同於暫定勞雇關係假處分，沒有前述實務所認為假處分的絕對效適用，雇主若有經濟性或懲戒性事由，仍可以在期間內合法的為二次解僱。

最後，在參考了日本法對於就勞請求權和勞動假處分的討論後，可以發現我國和日本法雖在就勞請求權上無太大差異。就前者而言，

<sup>48</sup> 丁嘉惠，同前註45，頁65

學說多數多採限制肯定說，出發角度雖有所不同但在結論上大致相同，皆肯認了雇主有受領勞務的義務。而在勞動假處分此部分仍有所不同，我國不同於日本的保全地位假處分僅僅是滿足性假處分而不可強制執行，此為差異所在。

## 9、參考文獻

### 1、中文參考文獻

- (1) 陳業鑫，勞動事件法綜覽與評析，萬國法律第228期，頁12，2019年12月。
- (2) 林佳和，勞動事件法保全程序—繼續僱用請求權，月旦法學雜誌，頁149，2019年10月。
- (3) 沈冠伶，勞動事件之民事保全程序制度，台灣法學雜誌，頁146，2020年8月。
- (4) 黃朝琮，解僱訴訟之若干問題探討—兼論勞動事件法之相關規定，中律會訊第22卷2期，頁13。2019年10月。
- (5) 邱羽凡，論罷工事件之定暫時狀態處分，中研院法學期刊第26期，頁175，2020年3月。
- (6) 林更盛，就勞請求權——最高法院八十九年度台上字第二二六七號判決評釋，台灣本土法學雜誌第27期，頁65，2001年10月。
- (7) 黃越欽，勞動法論，政大書城出版，頁212-232，2015年8月。
- (8) 陳金泉，裁決命復職後二次解僱法律問題初探——臺灣高等法院一〇一年度重勞上字第三十七號判決評釋，國立中正大學法學集刊，頁104，2017年7月28日。
- (9) 黃書苑，定勞工地位保全之假處分——評最高法院八十八年度台抗字第九二號裁定及最高法院九十一年度台抗字第二九四號裁定，法令月刊第55卷第11期，頁18-27，2004年11月。
- (10) 劉志鵬，勞動法理論與判決研究，元照出版，頁91，2002年8月。
- (11) 黃榮坤，勞動者就勞請求權之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，頁44，1994年6月。
- (12) 丁嘉惠，勞動假處分之研究，國立台灣大學國家發展研究所博士論文，頁182，2004年。
- (13) 丁嘉惠，日本勞動假處分以保全地位假處分·禁止妨害業務假處分為例，月旦法學雜誌，頁58，2006年4月。

## 2、 日文資料

- (1) 菅野和夫，労働法，頁155-157(弘文堂第十二版，2019年12月)。
- (2) 小西國友，労働法の基礎，頁64(日本評論社，1993年)。
- (3) 下井隆史，労働基準法，頁245以下(有斐閣4版，2007年)。
- (4) 水町勇一郎，詳解労働法，頁249-251(東京大学出版会，2019年)。
- (5) 諏訪康雄，キャリア権の構想をめぐる一試論(日本労働研究雑誌468號，1999年)。
- (6) 荒木尚志，労働法，頁303-305(有斐閣第4版，2020年)。
- (7)