

### 爭點5 >> 預告期得否合意變更？

行政實務<sup>25</sup>上認為，無論是勞工離職的預告期規定（第15條第2項）或雇主解僱的預告期（第16條）規定，都是為了保障勞工而設，故若合意變更結果對勞工更有利，則約定有效；反之則無效。具體情形整理如下表：

	勞工離職之預告期	雇主解僱之預告期
約定延長	勞工須更早告知雇主 ⇒對勞工不利，無效	勞工可更早被告知，準備時間較長 ⇒對勞工有利，有效
約定縮短	勞工可更早離職，不必較早通知雇主 ⇒對勞工有利，有效	勞工可能更晚才被告知，準備時間更短 ⇒對勞工不利，無效

### 爭點6 >> 未遵守預告期之契約終止效力為何？

未遵守預告期就終止勞動契約的法律效果，應該依照終止權的行使主體分別討論：

#### (一) 雇主未遵守預告期之終止效力：

1. 無效說（台灣高等法院83年勞上字第26號民事判決、台北地方法院91年勞訴字第82號民事判決、新北地方法院91年勞簡上字第26號民事判決）：

雇主終止之意思表示因違反勞基法第16條第1項之強制規定，故而無效。

2. 相對無效說：

經由預告期間屆滿時，使原有瑕疵之終止意思表示補正而生效力。

25 勞工委員會(88)台勞資二字第6099號函釋。

3. 有效說（司法院第一廳研究意見、多數實務）：

勞基法第16條第3項已經規定未依預告期間終止契約的法律效果，也就是給付工資之義務，自不能謂該終止無效。

4. 勞工選擇權說（台北地方法院91年度勞訴字第153號民事判決、士林地院89年勞訴字第22號民事判決）：

由勞工自行選擇終止是否有效，若選擇主張有效，雇主應給付預告期間工資。

(二) 勞工未遵守預告期之終止效力：

學說認為<sup>26</sup>，為避免對勞工要求過苛，此時契約應於勞工為終止意思表示當下即消滅，若雇主因勞工未遵守預告期而產生損害，則應另行提起民事損害賠償之訴。

而筆者認為，若將終止時點延後到預告期屆至時（和學說上對雇主解僱未遵守預告期之見解一致），其法律效果與上述學說並無太大區別：雖然契約在預告期內仍未終止，但勞工依然可以不去上班，只是構成債務不履行（可歸責於勞工的給付不能）而須負損害賠償之責（民法第226條）罷了。

**NOTE** 資遣費之目的為何？

本主題雖然將資遣費的給付放在終止保護的脈絡下，然而應該注意的是，參考德國法的終止保護體系，可以發現德國並沒有相同的規範，也因此德國實務上過去雖有數據顯示，終止案件中需經預告的「通常終止」事件遠較不需預告的「特別終止」還多，但放在我國實務的分析中就沒有太大的參考價值，因為我國雇主行使終止權時，必然的會考慮到依勞基法第11條所為的通常終止需給付資遣費，而依勞基法第12條所為的特別終止則不必<sup>27</sup>。至於我國勞基法設計資遣費之目的究竟為何，有

<sup>26</sup> 陳金泉，勞動法一百問，三民，頁99-103，2015年7月。

<sup>27</sup> 黃程貫，我國勞動法終止保護制度重新建構之研究，行政院國家科學委員會研究

學者提出下列不同說法，但考試上較不具重要性，筆者建議可以參考即可：

(一) 失業保險退休金之補充替代說：

在立法者當時思考「尚未實施失業保險給付」與「退休金給付之諸多缺失」之背景下，以資遣費權充該等制度功能之設計。

(二) 勞工喪失職位之補償說：

資遣費是勞工未屆退休而須提前離職時之工作年資提前清算，並對勞工失去工作之補助。

(三) 過渡時期補助說：

資遣費一方面作為勞工對雇主長期忠誠之對價，另一方面則為輔助其過渡尋職期間之經濟生活。

(四) 延期工資說：

資遣費與退休金均有延後給付之工資內涵。

(五) 恩惠性給予說：

資遣費乃雇主對於勞工長期辛勞為企業付出之貢獻與評價，所為之恩惠性給予。

(六) 雙重性質說：

資遣費具有雙重性質，不可歸責於勞雇雙方當事人之事由時，資遣費乃是保護照顧義務之衍生，其法律性質為對受資遣勞工之離職津貼，具有勞動契約之倫理功能，而在可歸責於雇主之事由而勞工被迫離職時，其資遣費之性質又有民事違約制裁之意義。

## 試題大挑戰

甲勞工受僱於100名員工之A公司為不定期契約工，甲勞工所從事之工作，非屬於勞動基準法第84條之1所核定之工作。雙方合意自民國108年3月1日開始上班，試用期為3個月，試用期間月薪為正式員工之八成，試用期滿合格後始支全薪新臺幣（下同）24,000元，試用期滿合格後始由A公司為其開始提繳勞工退休金。試用期間無論工時、休假、例假等皆與正式勞工福利同。惟A公司為考核其勤奮態度，雙方合意每月正常工時連同加班需做滿240小時，加班費每月固定給與2,000元，不再另計。甲勞工兢兢業業工作3個月，期間並無任何犯錯情形。不料3個月試用期滿後，A公司未具任何理由通知甲勞工不符合A公司需求不聘任為正式員工。甲勞工無法忍受 A公司對其所作所為，遂向法院提起訴訟。請針對A公司與甲勞工之勞動契約關係，回答以下各題：

(二) 依勞工行政主管機關見解，雇主有無違反勞動基準法終止契約之規定？（10分）

【108年律師第二題(二)】

### 擬答

（472字）

本件依照勞工行政主管機關見解，雇主違反勞基法終止契約之規定。

(一)我國現行勞基法中並未就試用期間有明文規定，是試用期間屆期雇主終止勞動契約是否應具有勞基法第11條、第12條解僱事由法未明文。

惟行政院勞工委員會於(86)台勞資二字第035588號函指出，勞資雙方依照工作特性，在不違背誠信原則之情形下，得約定試用期間，然而於試用期內或屆期時，雇主欲終止勞動契約仍應依勞基法第11條、第12條、第16條及第17條等相關規定辦理。

(二)判決實務上亦多採勞委會函釋之見解，肯定試用期間雇主解僱勞工應

符合勞基法之規定。惟因應試用期間之特性，認定應就勞基法第11條第5款不能勝任工作之解僱事由，採取較為寬鬆之認定標準。除非雇主具有權利濫用之情形，如解僱事由顯與職業適格性並無關聯者，否則應容許雇主於試用期間內享有較大的彈性，即得以勞基法第11條第5款規定終止勞動契約。

(三)依題意，本件A公司於試用期間屆滿後，未具理解僱甲。惟依勞委會(86)台勞資二字第035588號之見解，試用期間之解僱仍應遵守勞基法上有關解僱之事由，是以A公司不得不具理解僱甲，而應以甲具有勞基法第11條或第12條之事由方得解僱甲。

#### 筆者的話

實際上司法實務的見解也是延續勞工行政主觀機關的函釋，並且進一步就如何操作勞基法第11條、解僱最後手段性等等，因此筆者建議除了勞工主管行政機關的見解外，讀者們也要密切注意司法實務的發展喔！