

我國資遣費給付制度之檢討
—以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織
法」之規定為參照

吳姿慧*

目次

- 壹、前言
- 貳、我國資遣費給付制度之相關規定
 - 一、現行勞基法終止保護制度以存續保障為宗旨
 - 二、資遣費之給付
 - 三、資遣費之性質
- 參、德國資遣補償制度之相關規定
 - 一、個別法之規定 - 終止保護法基於平衡損失之補償
 - 二、集體法之規定—企業組織法具有支持性與懲罰性質之補償
- 肆、我國資遣費給付制度之檢討以及建議
 - 一、我國資遣費給付制度之檢討
 - 二、建議方向
- 伍、結論

關鍵字：勞動契約終止、大量解雇、資遣費、不利益補償、社會計畫

投稿日期：九十四年十二月五日；接受刊登日期：九十四年十二月二十一日

* 德國圖賓根大學法學博士，中原大學財經法律學系專任助理教授。本文感謝兩位匿名審查委員的寶貴意見，而文責仍由本人自負。

壹、前言

德國「勞動契約終止保護法」(Kündigungsschutzgesetz, 底下簡稱「終止保護法」)一向被視為勞動契約之「中樞神經系統」,¹ 在個別勞動法重要性可見一斑, 該法規定雇主之解雇若不具正當性, 為違法解雇, 勞工起訴確認解雇無效, 以回復原職為原則, 若回復原職對勞雇雙方顯難期待, 經由聲請可由法院解消勞動關係, 雇主並須為一定之補償 (Abfindung)。終止保護法於二〇〇四年修正, 增加第 1a 條規定, 將傳統上雇主違法解雇應回復原職才是保護勞工生存之主要信念, 增加在一定要件下, 推定勞雇間已達「放棄訴訟、給錢走人」之約定, 以回應現實中勞雇遇解雇問題, 提出訴訟並由法院判決解決爭議比例不高之事實, 同時也在繁複之訴訟外, 增加勞雇迅速解決爭議之選擇,² 而其最終目的在減少訟爭, 並使企業容易規劃雇傭政策。除了個別法之保護性規定, 基於企業組織法 (Betriebsverfassungsgesetz) 共同參與及共同決定之原則, 勞工在企業改變時 (Betriebsänderung) 有一定協商權限, 若經過協商仍無法說服雇主採行其他經營策略, 導致勞工解雇或遭受其他經濟之不利益, 雇主對於該些不利益或解雇造成之損失, 應與勞工協商補償方式, 此即「社會計畫 (Sozialplan)」, 對於拒絕協商或無法做成社會計畫之情形, 則有強制補償之相關規定。

相對於德國, 「資遣費」之給付在我國是一個特別的制度。勞動基準法 (以下簡稱「勞基法」) 除勞工未經預告終止外, 雇主依第十六條預告終止勞動契約、第二十條事業單位改組或轉讓, 以及企業併購法第十七條公司進行併購而終止勞動契約, 均應給付資遣費, 給付額度

¹ Vgl. MünchKomm/Schwerdtner § 622 Anh. Rn. 1.

² Vgl. Begr. G-Entwurf BT-Drucks. 15/1204.

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照則依第十七條法定額度計算之。依此制度即使雇主遵守預告期間且出於法定事由，合法終止勞動契約，仍有給付資遣費之義務，此一規定之形成背景、在現今時空下是否合理、體系上之規劃是否一致，乃是本文首要探討之重點。此外，民國九十二年公佈實施之大量解雇勞工保護法（以下簡稱「大量解雇法」）賦予勞工於雇主大量解雇時有協商之權，其中對於解雇理由、解雇部門、解雇日期、解雇人數、解雇對象之選定標準，以及資遣費計算方式及輔導轉業方案等均可協商，協商不成，主管機關可以組成協商委員會，就解雇計畫書內容進行協商，並適時提出替代方案，此等規定是否能發揮該法第一條「保障勞工工作權及調和雇主經營權，避免因事業單位大量解雇勞工，致勞工權益受損害或有受損害之虞，並維護社會安定」之目的、本法課與雇主通報等許多公法上之義務，與個別勞動契約終止行為之效力間有何關連性，影響所及，在遏止雇主惡性倒閉之懲罰規定外，對於企業因經營所需而大量解雇所為之合理性決策（Rationalisierungsmaßnahmen），乃欠缺明確定位，致使勞工雖可參與資遣費及相關事項之「協商」，卻出現若干程度之矛盾。對前述問題本文擬以德國終止保護法對於勞動契約之終止以及大量解雇相關規定為基，並參酌企業組織法勞工之協商制度等，比較分析我國現行關於資遣給付制度，並提出若干建議。

貳、我國資遣費給付制度之相關規定

一、現行勞基法終止保護制度以存續保障為宗旨

我國資遣費之給付是以勞動契約之終止為前提，而現行法對於勞動契約之終止，如同德國亦採「終止保護制度」，亦即雇主若欲解雇除

需遵守預告期間外，必須具備勞基法第十一條所列舉之法定事由，³ 若欠缺法定事由為違法解雇，雇主所為終止之意思表示，因違反強制規定而無效，勞工得提起確認雇主終止無效，勞動關係繼續存在之訴，若判決確定雇主解雇無效，勞工應回復其原來職位，換言之，面對雇主不法解雇之訴訟結果，我國基本上採取「回復原職」作為主要也是唯一之保護手段，⁴ 使勞工維繫經濟生活最重要之基礎得以獲得保

³ 勞基法第十一條之解雇事由稱為「法定事由」，無論是實務或學說均無爭議，學說參見林更盛，以勞務給付專屬性之違反作為解雇事由，收錄於「勞動法案例研究（一）」，頁 250-251，翰蘆（2002）；實務可參見最高法院八十一年台上字第一二七號判決。

⁴ 不過亦有論者指出，若雇主不法解雇，實務上多涉及雇主違反勞動契約，故亦構成勞基法第十四條第一項第六款「雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者」，勞工除得提起給付之訴，主張雇主違法解雇，應給付遲延受領之工資外，同時亦得依前揭條文不經預告終止契約，並依同條第四項參照第十七條之規定，請求支付資遣費，因此對於我國終止保護制度採取「存續保障」之說，另有保留（上述為綜合本文之匿名審稿意見）。論者之意見，確為的論，不過本文擬從另一個角度思考本條款之意涵，以補充主張我國終止保護制度以存續保障為主之理由。

依勞基法第十四條第一項第六款之規定，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，並依同條第三項請求支付資遣費。參酌論者之意見，本文對於本條款之規定，擬以兩種狀況，分別敘述：第一，因雇主「不法解雇」，違反勞動契約，勞工不經預告終止契約以及第二，因雇主「其他行為」違反勞動契約，勞工不經預告終止契約。在第一種情形，雇主終止在先，但勞工以其解雇不法，違反勞動契約或勞工法令，隨即「不經預告終止契約」，並請求支付資遣費，可知勞工主張本條款時，必須以雇主「不法解雇」為前提（才會構成違反勞動契約或勞工法令），但此時勞工不經預告終止之對象，卻是一個因雇主行使終止權，已經消滅不

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照障，並藉繼續雇用發展自我，這種以勞動契約繼續存在為司法救濟之終極目的，一般稱為「存續保障（Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses）」原則。⁵ 除回復原職外，我國現行法對於雇主不

存在之勞動關係（終止權之形成效力），若勞工提起訴訟，則訴之利益何在，似值商榷；換言之，若勞工認為雇主之解雇不法而提起訴訟，訴訟標的應是主張解雇違法，契約繼續有效，故雇主應支付遲延受領之工資及利息，而非主張解雇違法，故自己以此為由，再一次終止勞動契約，並依第十四條第四項之規定請求資遣費。故，面對雇主之不法解雇，勞工提起確認解雇無效之訴，若心中打算勝訴之後，繼續留任原職，依我國現制，確能符合其期待；但若心中已無戀棧之意，依我國現制並無聲請解消勞動契約之制，且依本文論述，亦不可再依勞基法第十四條之規定，不經預告終止契約，因為雇主之解雇雖然「不法」，契約已因終止之形成權效力，往後消滅，而雇主之解雇究竟「違法」與否，乃法院審查的權限，也正是勞工提起民事訴訟（不論是確認勞動契約存在之訴，或一併提起請求支付遲延工資之給付之訴），訴之利益之所在。故勞基法第十四條第一項第六款之規定，似不應視為勞工對雇主「不法解雇行為」而無意再回復原職時，提起消滅勞動關係請求資遣費之依據，也因此本文以為依現行之終止保護制度，應只有回復原職之方式以為救濟結果，是以符合德國學說所稱之「存續保障原則」。

故勞基法第十四條第一項第六款之規定，其「實用」目的毋寧應在，雇主「不法解雇以外」之其他行為，更精確而言，雇主因第十四條第一項第一至第五款以外違反勞動契約或勞工法令之行為，勞工得不經預告終止契約，例如，強迫加班超過勞基法工時制度之規定，雇主之行為一方面違反勞工法令，另一方面若契約有約定加班時數，也可能違反勞動契約，勞工權益若因此受有損害之虞，可依本款不經預告終止契約，並請求資遣費；或是未經勞工同意任意調職亦構成本款，參見內政部七十四年七月二十五日台內勞三三二二四二號函。

⁵ v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, Einl. 4.

法解雇提起確認勞動關係存在之訴，並無如德國終止保護法第九條與第十條之規定，若回復勞動關係對雙方顯難期待，可聲請法院解消勞動關係，並命雇主支付一定之資遣補償以代回復原職。

二、資遣費之給付

(一) 勞基法資遣費之法定給付義務

現行法關於雇主支付資遣費之規定，計有勞基法第十六條雇主預告終止勞動契約、第十四條第三項勞工未經預告終止、第二十條事業單位改組或轉讓，以及企業併購法第十七條公司進行併購，凡有以上情形而終止勞動契約，雇主均應給付資遣費，給付額度則依第十七條法定額度計算之。

依勞基法第十七條之規定「雇主依前條終止勞動契約者，應依左列規定發給勞工資遣費」，既言「應發給勞工資遣費」，雇主在依勞基法第十六條或前揭其他條文終止勞動契約時，依法有給付資遣費之義務，此即雇主資遣費之「法定給付義務」，換言之，雇主終止勞動契約時，基於終止權之形成效力，除產生「勞動關係於預告期間屆滿後消滅」之法律效果，同時亦是資遣費法定給付義務之發生時點，⁶

⁶ 是以資遣費之給付應是終止勞動契約之法律效果，而非形式要件（採資遣費為終止勞動契約之形式要件，例如郭玲惠，終止勞動契約—兼論德國之制度，中興法學，第三十七期，頁 3-4（1994）；郭玲惠，解雇合法性及其關係企業之態樣，收錄於「勞動法裁判選輯（一）」，頁 70，元照（1999），蓋若採資遣費之給付為終止勞動契約之「形式要件」，則雇主基於法定事由終止勞動契約，必須同時給付資遣費，符合解雇之形式要件，才為「合法有效」之終止，如未給付資遣費，則是「違法無效」之終止，如此一來對於雇主欠缺法定事由之解雇，勞工固然須提「確認僱傭關係存在」之訴確認解雇無效；

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照受解雇之勞工縱未與雇主約定應支付資遣費，或未約定資遣費之給付額度，只要雇主依前揭法律規定終止勞動契約，即應依勞基法第十七條發給勞工每滿一年相當於一個月平均工資之資遣費，若雇主不發放資遣費，勞工可依本條向雇主請求發放，而發放時間依勞基法施行細則第八條以及實務之見解，⁷ 應於終止勞動契約三十日內發給，不過雇主若與勞工另行約定發放時間，應無違反勞基法第十七條之規定可言。⁸

從勞基法第一條立法意旨來看，勞基法係「為規定勞動條件最低標準」特別制定之法律，而勞雇自行訂定之勞動條件，依同條第二項之規定，不得低於勞基法所定之最低標準。故凡與勞動契約之發生、履行以及消滅等有關契約之內容，勞雇均得自行約定，但其約定不得低於勞基法所定之最低標準，因此勞雇間若另行約定較勞基法第十七條法定額度較高之給付額度，無論是個別約定或團體協約訂定，均應為有效之約定。若雇主終止勞動契約已同時依勞基法第十七條之規定給付資遣費，然勞工對於解雇之合法於否有爭議，提起訴訟，如判決

反之，雇主遵守預告期間並具備法定事由，但未給付資遣費，若採「形式要件說」則該解雇仍因欠缺形式要件而無效，若勞工只打算請求給付資遣費，卻因解雇無效，仍須提起確認雇傭關係存在之訴，將會產生矛盾，蓋雇傭關係確實存在的話，表示無資遣情事，何能請求資遣費？故資遣費之請求似宜解為終止勞動契約之法律效果，相同見解參見黃越欽，勞動法新論，頁 224-225，翰蘆，初版（2000）。

⁷ 關於發放資遣費之時間，參見最高法院九十三年台上字第三三一號判決。

⁸ 參見黃程貫，勞動法，頁 489，空大，修訂再版二刷（2002）；邱駿彥，資遣費與退休法制之檢討—以日本制度為例，輔仁法學，第十七期，頁 224（1998），中對於勞委會七十七年十一月二十五日台（77）勞動三字第二七一八八號函之評論。

確定雇主之解雇違法無效，勞動關係應繼續存續，勞動關係既未終止，勞工應回復原職，並無「資遣」問題，故判決確定後勞工應返還資遣費。至於定期契約，勞動關係原即於契約期限屆滿之際自動消滅，並無另行支付資遣費之必要，勞基法第十八條第二款對於定期契約亦有「不得向雇主請求資遣費」之明文規定。

（二）約定給付資遣費

勞動關係為民事上之契約，除了因雇主或勞工一方終止勞動契約，亦可基於雙方同意而消滅，若雙方同時約定給付資遣費，則約定消滅勞動關係與資遣費，兩者之關係以及效力應當如何，可從約定之時點分別討論。

第一，勞雇在一開始締約之際即已約定，雇主將來得隨時終止契約，但必須支付資遣費，或屆時再以「清算契約(Abwicklungsvertrag)」另行約定其他解消契約之方式。這種雇主以支付資遣費作為將來可隨時終止勞動契約之約定，無異要求勞工同意，拋棄勞基法第十一條以下關於終止保護之規定，以資遣費或其他雇主所承諾之補償，作為消滅勞動關係之對價，由於勞基法關於終止保護之相關規定乃強行規定，⁹ 勞雇此種約定無異於雇主規避社會保護性規定，約定應為無效。

⁹ 由於勞基法中許多編章均有對於違反規定之雇主科處罰責之規定，故亦具有公法性質。雇主違反勞基法第十六條與第十七條分別處「二千元以上二萬元以下罰鍰」及「三萬元以下罰金」(參照同法第七十八條與第七十九條)，而其違反第十六條預告期間及第十七條應發放資遣費之規定，在民事上是否同時構成違反強制與禁止規定，依民法第七十一條之規定，雇主終止之法律行為無效？從行政法規增加，對於民法關係分別依違反強制規定與禁止規定，後者再區分「效力規定」與「取締規定」而有不同影響來看，勞基法關

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照

第二種情形，勞雇在締結契約後勞動關係存續中以「廢止契約（Aufhebungsvertrag，我國通說又稱「合意解除」）¹⁰」或「取消契約（Auflösungsvertrag）¹¹」消滅勞動關係，同時約定支付資遣費。基於契約自由原則，契約當事人是否締約、相對人之選擇以及締約內容，均由當事人自行決定，故以合意解除消滅契約關係並同時約定支付資遣費，只要無違反強行或公序良俗之規定，並無不可。¹²

與上述第一種情形不同在於，前者勞雇尚未締約，勞工能否獲得工作仍是未知數，礙於現實之需，勞工若想獲得工作，勢必同時接受「將來雇主只要支付資遣費即可隨時終止契約」之條件，這項條件背

於終止保護法之規定應為「效力規定」，違反無效，蓋藉由第十一條以下之規定強化勞基法禁止勞工在無預警下遭到雇主恣意解雇，致其欠缺過渡時期之經濟支持之目的，以達勞基法第一條「保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展」之立法政策及其合理性，故終止保護法之規定應非僅單純以為警告與取締雇主之用，是以實務上雇主若違反第十一條以下之規定時，勞工可因雇主違法而「無效」之終止行為，提起「確認雇傭契約存在」之訴，參見最高法院九十二年台上字第二二三號判決；關於強行規定以及「效力規定」與「取締規定」之概念參見蘇永欽，契約違反禁止規定，收錄於民法總則實例問題分析，頁143以下，五南（2000）；郭玲惠，終止雇傭契約之限制 - 以產假期間預告終止雇傭契約為例，收錄於勞動法裁判選輯（三），頁118以下，元照（2000），有詳細說明。

¹⁰ 參見王澤鑑，債法原理第一冊，頁217，自版，一版（2003）；「合意解除」之意義與法律效果可參見最高法院六十三年台上字一九八九號判例。

¹¹ 「取消契約」一詞參見黃立，民法債編總論，頁628，元照，二版（1999）。

¹² Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004, § 33 Rn. 40 f.; 我國實務亦採相同見解，參見最高法院五十七年台上字三二一一號判例。

後隱含著雇主屆時可恣意終止勞動契約，無需考慮終止是否是不得以的手段或是否具備正當事由，如果允許勞雇在締約之際即為此種約定，無異架空勞基法對於勞動契約終止保護之現行規定；相反的，後者（第二種情形）乃雙方已締約，在勞動關係進行中雇主有意迅速消滅勞動關係，然而可能欠缺勞基法第十一條所列各款之法定事由，無法單方有效終止契約，因而對勞工提出消滅勞動關係之要約，由勞工自行決定是否承諾，若勞工拒絕合意消滅，雇主逕自終止，勞工可提出訴訟以資救濟；相反的，勞工亦可能擔憂對雇主之違法解雇提出訴訟，隨之而來的是難以負擔之訴訟成本，因此同意以合意之方式消滅勞動契約，無論何種選擇，均出於勞工自由意思所作之決定；此外，廢止勞動契約亦可能由勞工提出，例如勞工基於個人生涯規劃，欲離去現職，然不以勞基法第十五條第二項預告終止勞動關係，而是直接向雇主提出立即廢止勞動契約之要約，只要雇主同意，勞動契約即告消滅。無論是由何方先提出，只要是雙方基於消滅勞動關係意思表示合致之廢止契約，基於契約自由原則，均無不可，若雙方另有約定雇主應支付資遣費作為消滅勞動契約之補償，自亦無不可，不過若雙方同時約定資遣費，是否仍以「資遣費」稱之，似值商榷，蓋此時並非一方「資遣」他方，而是雙方共同合意解除契約效力，故稱之為「補償金」或許更為妥當。

從另一個角度來看，勞基法第十一條、第十七條都允許雇主在具備一定事由時，無待勞工之承諾即可「單獨」使勞動關係消滅（此即終止權之形成效力），只是雇主應給付資遣費，遑論勞動關係由雙方合意消滅，同時約定給付資遣費！事實上此種以合意解除之方式消滅勞動關係，往往也是雇主欲結束勞動關係，然欠缺法定事由所採行之方

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照式。¹³ 因此值得應注意的是，勞工為廢止契約之合意若是在雇主的壓力下，或有被詐欺或脅迫而為意思表示之情事者，當然得撤銷其意思表示。¹⁴ 此外，廢止契約若違反強行規定¹⁵ 或公序良俗，¹⁶ 根據民法第七十一條與七十二條之規定因而無效，亦不待言。

第三種情形，雇主為終止之意思表示，同時承諾給付資遣費以為勞工放棄訴訟之條件，此一給付資遣費之約定是否有效？這種情形與前述第二種廢止契約相似，不同只在於勞動契約非由勞雇雙方合意解除（廢止契約），而是雇主直接行使終止權，並允諾勞工放棄訴訟則支付資遣費，此一約定亦與德國二〇〇四年終止保護法第 1a 條新增條文之意旨相似（參見德國終止保護法之意定資遣費）；不過雇主若是在勞工提出訴訟之後，方為「放棄訴訟則給資遣費」之要約，此項約定應可解為雙方之和解契約。

雖然雇主之終止欠缺法定事由理應無效，然而無論是勞工同意接受資遣費放棄訴訟，或已提起訴訟但未待判決即達成和解，此種資遣

¹³ Vgl. Löwisch, Arbeitsrecht, 2002, § 24 Rn. 1282.

¹⁴ Vgl. BAG vom 9. 3. 1995, BB 1996, S. 434.

¹⁵ 例如，德國民法第 613a 條第 4 項規定「新舊雇主因企業轉讓而終止勞動契約，無效」，故若原雇主於企業移轉之際引誘勞工自行辭職，或以與原雇主締結廢止契約以便順利與新雇主締結新的勞動契約為由，藉此消滅舊有的勞動關係，該廢止契約因規避第 613a 條第 4 項之規定無效，參照 BAG 28. 4. 1987, AP BetrAVG § 1 Betriebsveräußerung Nr. 5.

¹⁶ 例如，廢止契約表面上雖是雙方以合意之方式後來才締結之契約，事實上早在雙方締約之際即已約定「雇主支付資遣費即可終止勞動契約」而依此所進行之約定，原本該約定因違反社會性保護規定而無效，已如前述，然若藉由後來締結廢止契約以「履行」此一約定，則廢止契約恐因違反公序良俗而無效，參照 ErfK/Müller-Glöge, § 620 BGB Rn. 7.

費之約定均應有效，蓋在採「存續保障」之原則下，勞工面對不法解雇，固然可透過訴訟確認解雇無效，訴訟結果乃是回復原職，然而訴訟途徑只是可選擇之方式之一，並非必要的抉擇，勞工面臨雇主不法終止，是否起訴考慮甚多，諸如自己是否足堪勝任複雜而專業之訴訟程序、訴訟必須付出時間與金錢成本、訴訟結果並未確保勝訴、即使獲得勝訴是否能回復原職等等，若經過考慮，勞工選擇放棄訴訟（亦即放棄回復原職）而接受資遣費，對於以存續保障為原則之終止保制度並無傷害，蓋保護制度之目的本即在維護勞工最大利益，契約是否因違法解雇，仍應存在，乃勞資間之私法爭議與公益無涉，只要勞工是在充分自由考慮之後做出之抉擇，應是符合其最大之利益，故此一資遣費之約定效力亦無質疑。

三、資遣費之性質

由於勞基法制訂時之有其特殊背景，關於資遣費之性質，向來在學說上有許多不同見解，基本上有如下幾種看法。

（一）失業保險與退休金之補充與替代

從勞基法之首次付委審查會議中，¹⁷ 對於資遣費之制訂乃為「防範雇主將即將達退休年齡之勞工解雇以代退休金，除了限制資遣之要件外並調高資遣費之計算標準」來看，資遣費自制訂之初即與退休金以及失業保險金有密不可分之關係，然而推究當時之立法背景，失業保險給付遲未實施，而退休金給付亦有許多缺失，故將資遣費權充失

¹⁷ 參見立法院公報，第七十一卷第六十七期，立法院網址 <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw>；林振賢，修正勞動基準法釋論，頁 163-164，捷太，初版（1999），亦有對勞基法草案背景之說明。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照業保險金或補充退休給付，或可理解。不過，在民國八十八年勞工保險開辦失業給付，民國九十二年施行「就業保險法」，以及民國九十四年依勞工退休金條例開始實施勞退新制，資遣費完成階段性功能之後，應釐清其意義並重新定位其功能，而非仍由資遣費肩負屬於建構就業安全體系一環之失業保險給付，或繼續分攤照顧老年之退休給付（詳見本文底下之檢討與建議），尤其是資遣費乃依年資計算，年資超過十年所得之資遣費有近一年之薪資，與一般失業保險金之計算顯有差異，¹⁸ 故若視之為失業保險之替代或補充，體系上亦難以貫徹。

（二）勞工喪失職位之補償

除以代替失業保險與退休金說明資遣費之性質，資遣費乃對於勞工非出於自願提早離開位子之補償，此一說法亦為學說所強調，¹⁹ 依此見解則有認為，不論因勞基法第十一條或第十二條第一項之各款事由而被解雇者，均應有工作年資補償之問題，故主張基於第十二條第一項之各款事由而被解雇，亦應獲得資遣費，否則至少應支付一半之額度，而非一筆勾消之前之年資。²⁰

¹⁸ 此點批判參見郭明政，失業保險實施後勞基法資遣費與退休金制度之再檢討及其修正方向之探討，我國資遣費制度學術研討會會議實錄，行政院勞委會／政大勞工研究所主辦，政大行政大樓七樓第一會議室，頁 77（2000）。

¹⁹ 參見黃程貫，前揭註 8，頁 489；柯木興，現行勞工退休與資遣制度之改進研究，頁 5 以下，行政院勞委會（1989），因資遣費乃補償被資遣勞工之結果，故又將之稱為「離職金」。

²⁰ 參見黃程貫，前揭註 8，頁 489。

對此立論基本上資遣費確實可解釋為，對原本期待僱傭關係繼續存續之勞工，非出於自願失去位子之補償，不過其給付應非只問失去工作之「結果」，而不問失去工作之「原因」，一概給予補助（或如論者所言，至少應支付一半之額度）。換言之，除非我國立法以「終身僱傭」為原則而限制僱主之解僱權限，只要解僱，乃違反繼續僱傭之義務，就得補償，否則僱主基於企業經營之考量認為有解僱之必要，已遵循預告期間並具備法定事由「合法」解僱勞工後，何以仍須對「失去職位造成損失」之勞工，加以補償？既謂合法，解僱之法律行為有效，若仍須補償損失，對於僱主是否意謂乾脆違法解僱，至多也只是解僱無效，僱傭關係繼續存續，回復原來狀態，補足受領遲延之工資，但無須額外付出（資遣費）成本。故若主張對於有效之私法行為（終止之意思表示）也需補償，似應有更強之立論基礎，因此現行法以第十一條做為僱主預告終止支付資遣費之基本模式，似值斟酌。

本文從另一個角度來看，若將「勞工失去位子補助說」修正為「對違法解僱造成失去位子之補償說」，則不論僱主以第十一條或是第十二條第一項之各款事由解僱勞工，只要有違法解僱之事實，造成勞工失去位子，僱主則應有回復原職或至少予以補償之義務，此一看法或可參照德國終止保護法第 13 條之規定，遭即時解僱之勞工應如同預告終止之勞工，依該法第四條起訴期限提出訴訟，若判決確定即時解僱無效，但已無法期待雙方繼續維持勞動關係，經法院解消勞動關係後僱主應支付相當資遣補償。由此可知資遣費之補償，毋寧應與僱主解僱行為合法有效或違法無效，有比較直接之關係。

(三) 過渡時期之補助

對於資遣費之意涵，亦有論者強調資遣費一方面做為勞工對雇主長期忠誠的對價，另一方面作為輔助其度過尋職期間的經濟生活²¹。從勞動關係社會伙伴之集體性質而言，資遣費作為勞工尋覓新職過渡時期之補助，確為的論，蓋解雇對於勞工之生活衝擊甚大，尤其是以工資作為生活之全部基礎之勞工。不過若強調資遣費具有「過渡時期之補助」功能，以現行法來看，會出現兩個問題：第一，現行法規定資遣費之給付以勞基法第十七條參照第十一條、第十六條或其他「得終止勞動契約」之規定為前提，然而遭受勞基法第十二條第一項「即時但合法」解雇之勞工，在失業這段過渡時期亦需補助，故採此說亦無法合理化現行法排除這些勞工之原因；第二，強調「過渡時期補助說」同時亦應釐清與同為對勞工過渡時期之經濟支持之失業保險給付，各具不相同之意涵。蓋失業給付乃源自社會保險所承受之風險給付，屬於整個國家社會保險之規劃，而資遣費作為過渡時期之補助，應基於勞資間對於企業組織共同參與（Mitwirkung）及共同決定（Mitbestimmung）之精神，促進社會伙伴之利益，故企業改變導致解雇時，應協商資遣補償，經由協商若能達成協議，除顯示雇主對勞工過渡期間之支持，並具有勞工對企業承受能力之認知，折衝妥協後之意思合致才具有共同決定之集體性內涵。由是可知，現行法確實未能同時滿足資遣費之此一面向之意涵。

²¹ 參見林更盛，終止契約（資遣解雇部分），收錄於勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，頁 244-245，新學林（2005）。

(四) 延期工資說

除前述之看法外，亦有論者認為資遣費與退休金均有延期工資之內涵。²² 然而雇主何以得遲延給付工資或工資之一部，而且遲延給付之部份必須在一定要件下（即勞基法第十七條參照第十六條與第十一條之規定），才可請求，無論從民事上給付遲延之認定及其法律效果，或勞基法第二二條第二項工資「應全額」直接給付勞工，以及第二十六條雇主「不得預扣」勞工工資作為違約金或賠償費用之規定觀之，似難解釋工資為何可以延期發放。此外，雇主僅在預告終止勞動契約時才需依勞基法第十七條之規定給付資遣費，若將資遣費視為「延期工資」，依勞基法第十二條遭到即時解雇之勞工，將無從請求該筆延期工資，然而「不經預告終止」與「預告終止」兩者之區別關鍵在於，解雇事由本身危害勞動關係，嚴重致雇主根本無法等到預告期間屆滿後才消滅勞動關係，換言之，勞基法第十二條第一項各款事由發生時，與第十一條「預告終止」一樣，均造成勞動關係之無法期待繼續存續，但與「預告終止」不同的是，這些即時解雇事由嚴重破壞勞動關係，已無法期待預告期間屆滿，而必須在終止之意思表示達到時立刻消滅，故具有雙重不可期待性（doppelte Unzumutbarkeit），²³ 因此才有「重大事由」作為篩檢預告期間是否不可期待，無論如何，這種極度嚴重之事由最多只能決定契約消滅之時點，並非成為雇主預先扣留部

²² 參見劉志鵬，論停止工作期間或醫療期間內解雇之禁止，法學叢刊，第一二七期，頁 49，註 16，（1987）；劉宗欣，失業保險資遣費與離職金相關制度之研究，行政院經濟建設委員會經社法規研究小組委託研究報告（編號 4012），頁 88（1992 年 4 月）。

²³ Vgl. BAG 20. 11. 1994, AP BAG § 626 Nr. 2; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1 Rn. 123 ff.

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照
分工資，遲延給付之正當化事由。²⁴

(五) 恩惠性給與說²⁵

或有認為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。²⁶ 依此見解資遣費顯非勞動契約主給付義務(工資)之對價範圍，若解釋為勞動契約履約過程中，雇主對勞工照顧保護之附隨義務，似亦超越依誠信原則所得之解釋，²⁷ 且易忽略勞動關係潛藏之對立或衝突本質，²⁸ 似有過去「家父思想」之遺風，²⁹ 而且既謂「恩給」即不生雇主之給付義務，或勞工之請求權基礎，勞工能

²⁴ 相同見解參見邱駿彥，資遣費與退休制度之檢討，資遣費給付制度研討會會議實錄，行政院勞工委員會與高雄市企業人力資源發展學會合辦（1999年5月）；邱駿彥，前揭註8，頁237。

²⁵ 對於勞工基於勞動關係獲得之給付，實務上偶以「恩惠性給與」稱之，所造成對勞動關係本質之迷思可參見林更盛，工資的迷思：「恩惠性給與」，收錄於勞動法案例研究（一），頁53以下，翰蘆（2002）。

²⁶ 參見邱駿彥，前揭註8，頁239，不過作者特別指出，雇主此種恩惠給予之性質經由法律規定，已成為一種法定義務，故其真正意涵與「工作年資損失補償說」並無差異，參見邱駿彥，前揭註8，頁239，註28之補充解釋。

²⁷ 關於勞動契約之附隨義務法律基礎及其範圍，參見劉士豪，勞動契約雙方當事人之權利義務，收錄於勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，頁94，新學林（2005）；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，頁73以下，元照，一版（2003），對於附隨義務具體類型之說明。

²⁸ 參見黃程貫，勞動法中關於勞動關係之本質的理論，政大法學評論，第五十九期，頁227以下（1998）對於勞動關係本質之詳細論述。

²⁹ 對於勞基法強制資遣費與退休金給付義務，要求雇主負起類似家父之扶養義務之批判，參見郭明政，勞基法資遣費與退休金制度之改革，政大勞動學報，第九期，頁43（2000）。

否獲得資遣費非依法律基礎，而是取決僱主之「誠意」由其任意給予，³⁰僱主彼時之觀念、經濟景氣之狀況，甚至勞工與經營者是否良好互動，均可能影響能否得到恩給，依此論述則資遣費本質上就不適合制度化，與我國現行以明文強制給付之規定，似有杆格。

參、德國資遣補償制度之相關規定

一、個別法之規定—終止保護法基於平衡損失之補償

基本上德國之終止保護法以「存續保障 (Fortbestand des Arbeitsverhältnisses)」為其立法宗旨，³¹亦即透過終止保護法之規定，限制僱主終止勞動契約之際，必須符合該法第一條所規定之社會正當性，同時遵循預告期間而為終止之意思表示，方為合法有效之終止，藉此保護勞工之工作，維持勞動關係之存續，蓋工作所得乃勞工之生存依據，契約繼續存續才能保障勞工基本之經濟與社會所需並發展人格。³²終止保護法之目的既是避免勞工受到不當、恣意之解雇，故一旦僱主違法解雇，勞工起訴若確認解雇無效，乃以回復原職為原則，

³⁰ 一般而言日本企業內之退職金不細分為資遣費或退休金，統稱為退職金，於離職時領取，而法律並無強制僱主必須給予退職金之義務，故學說及實務均認為退職金屬於任意給付（以上引自邱駿彥，前揭註 8，頁 232-234，對於日本退職金制度之介紹），故若我國學說對於資遣費之觀察，認為具有僱主之恩給性質，則解釋上必是任意性給予，從受日本退職金概念之影響，自當可以理解。

³¹ BAG 5. 11. 1964 AP KSchG 1969 § 7 Nr. 20; 7. 5. 1987 AP KSchG 1969 § 9 Nr. 19.; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, Einl. 4.

³² Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum KSchG, RdA 1951, S. 63.

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照而依終止保護法之規定，無論雇主之解雇合法有效或是違法無效，原則上均無支付資遣費之義務，唯有在底下狀況，才有給付相當於我國「資遣費」概念之義務。

(一) 經由法院判決之法定資遣費 (終止保護法第 9 條與第 10 條)

依終止保護法第 9 條規定勞工提起確認勞動契約存在之訴，一旦法院確定雇主之終止無效，審判法院因勞工或雇主在上訴審言詞辯論終結前 (參照終止保護法第 9 條第 1 項第 3 句) 提出之聲請，³³ 衡量契約繼續存在對於勞工顯然無法期待，或勞資間繼續合作亦無法達成企業經營之目的，得以判決解消原本應繼續存續之勞動關係，並命雇主支付一定之資遣費。

從終止保護法第 9 條之規定可知，在「存續保護」原則下，個別勞工面對雇主欠缺社會正當性或基於其他原因導致終止無效，應提起訴訟做為救濟方式 (參照終止保護法第 4 條)，一旦法院確認雇主之終止違反社會正當性，終止無效，勞動關係理應繼續存在；然而在訴訟過程中，勞資雙方為證明各自主張具有理由，必會舉證他方違法之處，雖未必互揭瘡疤，但訴訟進行至後期難免傷害勞資間原本之互信、照顧與忠誠關係，是以勞工提出訴訟，往往在確認解雇無效之餘，背後

³³ 通說認為這種聲請乃一種訴訟行為，性質是在主位聲明 (確認勞動關係存在) 之外，「不真正」之備位聲明 (unechter Eventualantrag)，亦即以主位聲明之勞動關係確實存在而提出之備位聲明，vgl. BAG 29. 5. 1959 AP KSchG § 3 Nr. 19; BAG 5. 11. 1964 AP KSchG § 7 Nr. 20; Stalhacke/Vossen, KSchG, Rn. 1198。

多半隱藏藉由訴訟迫使雇主進行和解，由雇主支付一定賠償金以結束勞動關係之用意，這也是為何實務上發生不法解雇之後，勞資間大多以支付資遣費和解之方式解決，即使提出訴訟，多半也在判決確定之前即以和解收場之原因。³⁴

不過，萬一訴訟過程一方無意和解，或有其他因素未達和解，直至判決確認終止無效，勞動關係應繼續存續，若勞資之信賴與忠誠果然已在訴訟過程破壞殆盡，特別是訴訟若一直進行至判決確立，往往是一方不願和解使然，如果訴訟結果是兩造當事人在判決確定後，無論如何均需回復原來之契約關係，顯然甚為勉強，蓋勞動契約與買賣、互易等以具有財產價值之商品為給付內容之契約不同，其給付內容為與人格不可分離之勞務，給付時間亦非在一個時間點即可完成，而是須持續提供一段期間之繼續性債之關係（Dauerschuldverhältnis），與其判決確立後，勉強勞工繼續提供與其人身不可分離之勞務，雙方縱使尷尬仍須持續見面，不如結束勞動關係顯然更符雙方所需，因此終止保護法雖以存續保護為原則，仍規定第 9 條與第 10 條之例外情形，當事人若已無意繼續原本之勞動關係而提出聲請，法院衡量契約繼續存在對勞工顯然無法期待，或勞資間如果繼續合作，亦已無法達成企業經營之目的時，得以判決解消勞動關係，同時判決雇主支付資遣補償（Abfindung）。

³⁴ 例如根據一九七八年至一九八一年所做之大規模調查顯示，受解雇之勞工僅約 8% 提起訴訟，其中超過五分之四之比例，不待一審判決即以補償金和解方式解除勞動關係，參見 Falke/Höland/Rhode/Zimmermann, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Forschungsbericht Nr. 47 der Reihe “Arbeitsrecht”, hrsg. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung; Zusammenfassung der Ergebnisse in RdA 1981, S. 300 ff.

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照

依第 10 條之規定，資遣補償之額度原則上不超過十二個月之平均工資，但年滿五十歲受雇滿十五年者可獲至十五個月之補償，年滿五十五歲受雇滿二十年則可高達十八個月之補償，法官在前述額度範圍內，斟酌各種狀況決定最適宜（angemessen）的補償金額。故法院依第 10 條斟酌之際，並不受當事人聲請之拘束，³⁵ 斟酌之重點主要是勞工因雇主之不當解雇失去工作所生之損失，此外勞工之年資、年齡、家庭（特別是扶養狀況）健康等各項社會性因素（soziale Faktoren），雇主解雇之違反社會性嚴重程度³⁶ 以及雇主之經濟狀況，均是決定「合宜金額」之判斷因素。³⁷

終止保護法第 9 條與第 10 條之「補償金」係以雇主違反社會性之解雇，造成勞工失去工作之損失為基礎，故其性質依一般學說與實務之見解認為，³⁸ 並非單純對勞工所失工資之賠償，更非契約法或侵權行為法之損害賠償，蓋此時勞工之喪失工資，並非雇主不履行工資給付義務或由於雇主之加害行為造成損害，而是勞工自己已無意願繼續勞動契約所致，故解雇雖無效，本無資遣情事，但勞工終究失去位子，資遣補償之目的即在給與一個「財產法上之等價補償」

³⁵ Vgl. BAG 26. 8. 1976, AP BGB § 626 Nr. 68; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 9 Rn. 9.

³⁶ BAG 15. 2. 1973, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 2; 25. 11. 1982, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 10.

³⁷ Löwisch, KSchG, Rn. 12 ff.

³⁸ Vgl. BAG 16. 5. 1984, SAE 1985, S. 345 mit krit. Anm. v. Maydell = AuR 1985, S. 399 mit Anm. Reinecke; BAG 9. 11. 1988, AP KSchG 1969 § 10 Nr. 6 mit zust. Anm. Brackmann; HK-KSchG/Neef § 10 Rn. 33, Stahlhacke/Vossen/Preis, KSchG, Rn. 1220.

(vermögensrechtliches Äquivalent für den Verlust des Arbeitsplatzes),³⁹ 藉此平衡勞工之損失，故具有補償之性質 (Abgeltungscharakter),⁴⁰ 也因此補償金額非如侵權行為在填補損害時，基本上有「所受損害所失利益」之判斷標準，⁴¹ 而是法院在工資損失之外，凡與「工作位子」有關之各項津貼、獎金亦一併納入考量，⁴² 同時還要斟酌遭解雇勞工之年齡、家庭等具社會性之因素，以及考量雇主之負擔能力，避免危及企業之生存，才能綜合決定出「合宜」之金額，同時藉此遏止雇主未來再度恣意解雇勞工。⁴³

(二) 經由約定之意定資遣費 (終止保護法第 1a 條)

由於德國近年來失業率一直高居不下，從二二年至二三年各黨派即廣泛討論各種變革與振新方案，⁴⁴ 其中關於刺激就業之措施，各方均指向鬆綁雇傭保護法規，以便增加雇用市場之彈性，促進

³⁹ Vgl. BAG 25. 6. 1987, NZA 1988, S. 466.

⁴⁰ v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 9 Rn. 6.

⁴¹ 關於侵權行為填補損害之性質與其損害賠償範圍參見王澤鑑，*侵權行為法*，頁 7 以下，自版，初版 (1998)；黃立，*民法債編總論*，頁 397，元照，二版 (1999) 以下；陳聰富，*侵權歸責原則與損害賠償*，頁 208-210，元照，初版 (2004)。

⁴² Biehl, KSchG-Kommentar § 10 Rn. 16 ff.

⁴³ Vgl. BAG 15. 2. 1973, AP KSchG § 9 Nr. 2; Löwisch, KSchG Rn. 11.

⁴⁴ 2003. 3. 14 由德國執政黨提出「Agenda 2010」改革勞動市場與社會體系方案，以強化經濟動力、創造就業市場並促進社會體系之現代化為目標，參見 Bulletin Nr. 21-1 vom 14. 3. 2003 BK-RegErkl. “Mut zum Frieden und zur Veränderung” vor BT, S. 12。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照雇用人數，具體措施除了提高適用終止保護法小廠的門檻外；⁴⁵ 鑑於解雇保護訴訟當事人經常以補償協議之方式，使訴訟達成和解，遂將補償協議明文化，使雙方不另耗費訴訟資源與成本，雇主更免除一旦敗訴尚須補償訴訟期間遲延給付薪資之風險，達到「法律透明且安定」之狀態，⁴⁶ 基於如此之共識，終止保護法乃於二〇〇四年修正適用範圍，並增定第 1a 條，詳細內容如下：

「雇主根據第 1 條第 2 項第 1 段基於企業急迫之需而終止勞動契約，勞工於第 4 條第 1 句所定之起訴期間內，未提起確認勞動契約不因終止而消滅之訴，起訴期限逾期後，得請求資遣費。前段請求以雇主為終止之意思表示時明確指出，終止係基於企業急迫之需，且勞工靜待訴訟期限逾期後即得請求者為限。

資遣費之額度以每滿一年相當於零點五個月平均工資計算。第 10 條第 3 項之規定準用之。勞動關係超過六個月者以一年計。」

從增修條文之規定來看，第 1a 條具有「非強制給付」以及「最低給付額度」兩項特色。詳言之，雇主違法終止契約，勞工原須於終止之意思表示達到三週內提起訴訟，主張解雇無效，若起訴期限屆期未為起訴，依終止保護法第七條之規定，解雇視為自始有效，雇主亦無給付資遣費之義務。二〇〇四年增加第 1a 條之後，雇主若基於企業急

⁴⁵ 二〇〇四年修法以前，受雇於平均雇用人數五人以上企業之勞工即適用終止保護法，二〇〇四年修法之後，受雇於十人以上企業之勞工才適用本法，對此「妥協性的」修正，學者批評將造成小型企業適用法律狀況不一，例如某工廠平均雇傭人數 6 人，受雇勞工均適用終止保護法，二〇〇四年起若新進員工 2 人，則此新進員工卻不適用終止保護法，參見 Preis, Die “Reform” des Kündigungsschutzrechts, DB 2004, S. 78。

⁴⁶ Vgl. Begr. G-Entwurf BT-Drucks. 15/1204, S. 1.

迫之需而終止勞動契約，可於對勞工為終止之意思表示時，同時為「不起訴即給予資遣補償」之要約，受解雇之勞工只要於訴訟期限內不起訴，即視為接受要約；換言之，若無本條之規定，雇主固然得在終止勞動契約之際，同時為「不起訴即給予資遣補償」之要約，然而此時勞工之不起訴行為，從契約法而言，或許只是一種單純緘默，未必可解釋成具有發生特定私法效果（接受雇主之補償要約）之意思，然而透過本增修條文之規定，將第一項要件下勞工之「不起訴行為」解釋為，勞工願意接受補償而放棄訴訟之承諾，⁴⁷ 如此一來勞資更容易達成補償約定，藉此促進雇主提高雇用之意願，蓋雇主若可預期將來有裁員之需，可容易達成給錢走人之約定，省去訴訟成本，基本上應可提高其雇用新人之意願。⁴⁸

雖然增訂之第 1a 條成為勞工資遣補償之請求基礎，不過這項補償協議仍是建立在當事人之契約基礎上，⁴⁹ 故關於法律行為一般性規

⁴⁷ 此為通說見解，例如 Löwisch, Die kündigungsrechtlichen Vorschläge der "Agenda 2010", NZA 2003, S. 694; Pries, DB 2004, S. 72; Thüsing/Stelljes, Fragen zum Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, BB 2003, S. 1677; Rolfs, Die betriebsbedingte Kündigung mit Abfindungsangebot (§ 1 a KSchG), ZIP 2004, S. 333 ; 不同意見例如 Grobys, Der gesetzliche Abfindungsanspruch in der betrieblichen Praxis, DB 2003, S. 2174 將之解釋為事實行為。

⁴⁸ 對本條文可增加雇主雇用意願之質疑，參見 Buchner, Reform des Arbeitsmarkts – Was brauchen und was können wir? DB 2003, S. 1516; Löwisch, NZA 2003, S. 694。

⁴⁹ 勞工基於本條之主張，性質究竟為法定請求權或基於法律行為而生之請求權，在本法適用之初，確有爭議，參見 Grobys, DB 2003, S. 2174; Willemsen und Annua, Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004, S. 177, 不過迄今「法律行為」較為通說所採，參見 Löwisch, NZA 2003, S. 694。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照定，例如契約之成立、當事人之行為能力或意思表示之瑕疵，均有其適用；此外，若不具備本條之要件，例如雇主非基於企業急迫之需，而係出於勞工個人或其行為而終止契約，勞雇間若為補償協議，或甚至雙方直接約定補償，以合意方式消滅勞動關係，本於一般契約原理，這些協議當然有效，只是不適用本條第二項最低補償額度之規定。⁵⁰

從終止保護法第 1a 條之意定性質可知，雇主是否有意提出補償要約，以及勞工是否願意接受補償而承諾放棄訴訟，基於契約自由，完全由雇主與勞工自由決定，本條第 1 項並非強制規定；不過一旦勞資達成資遣補償之協議，依本條第 2 項之規定應以每滿一年相當於零點五個月平均工資，作為資遣補償之最低金額，是為「法定最低給付額度」，故勞資雙方之補償約定高於此額度，依其約定，未約定或約定低於此一額度則採法定最低額度。故雇主解雇時不願額外支付資遣費，或認為第 2 項規定之補償額度過高，無意為本條之要約，遭解雇之勞工即使已無心繼續其勞動契約，亦僅能提出訴訟，訴訟過程再求和解以消滅勞動關係，由此可知增修條文基本上並未改變終止保護法向來以「存續保護」為核心之本質，並未因此變成「資遣補償法」。⁵¹

二、集體法之規定—企業組織法具有支持性質與懲罰性質之補償

⁵⁰ Vgl. ErfK /Ascheid, KSchG § 1 a Rn. 3.

⁵¹ 終止保護法以「存續保護」為核心乃聯邦勞動法院向來堅持之看法，vgl. BAG v. 5. 11. 1964 AP KSchG 1969 § 7 Nr. 20; 7. 5. 1987 AP KSchG 1969 § 9 Nr. 19.

(一) 企業改變時勞雇雙方應試圖協商「利益協調」方案 (企業組織法第 111 條與第 112 條)

除了個別法可由法院解消契約判定資遣費，以及勞資雙方約定支付資遣費以消滅勞動關係外，在集體法方面，於一定要件下因企業改變 (Betriebsänderung) 受波及之勞工，亦可主張補償遭受不利益之損失；若因而遭解雇，亦可請求資遣補償。

從終止保護法第 1 條解雇事由來看，解雇可能出於勞工個人原因，例如欠缺能力、年紀或身體狀況難以負荷工作所需，或出於勞工個人之行為，例如違反紀律，除此之外亦可能出於企業本身之急迫需求，造成無法繼續雇用而須解雇勞工 (參見終止保護法第 1 條第 2 項第 1 段)，而企業之急迫需求常因企業改變所致並造成大量解雇，由於大量解雇牽涉多數勞工，影響層面較大，除了在終止保護法第 17 條以下規定雇主應通知主管機關等各項義務，預作勞動市場政策防止大量失業外，企業內部對於受解雇之勞工權益受損，亦應補償，不過企業組織法特別為此等程序上之規定，除因解雇事由係基於企業本身改變所致，也因企業改變往往牽涉較多勞工，恐衝擊就業市場，才特別在集體法另訂規範，故企業組織法第 111 條首先即規定，適用對象為雇傭人數二十人以上之企業，非如終止保護法雇傭十人 (二 三年底前五人) 之企業即有其適用。

依企業組織法第 111 條以下之規定，勞工遭到解雇請求資遣補償之前提為「企業改變」。面對景氣變化或經營環境轉變，企業為求生存隨時都有改變經營策略調整組織結構之必要，例如變更業務性質、更新生產設備或引進新的作業方式，合併或分離各廠場部門，甚至遷廠

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照以及調整組織結構，或企業無力繼續經營而需關廠或部分歇業等，⁵² 無論企業預計進行內部或外部之變革，首先即需告知「職工代表會 (Betriebsrat)」⁵³ 相關之改變計畫以及對勞工可能之重大不利影響，並與之進行磋商 (beraten)，決定是否進行企業改變；若企業決定要改變，則如何改變、何時改變、改變內容與幅度為何，均為磋商之重點，人數超過三百人之企業，職工代表會甚至可延攬專家參與磋商提供意見。⁵⁴ 若雇主與職工代表會協商之後，找出一個最適合企業生存而且有利勞工之共識，此即達成「利益協調 (Interessenausgleich)」，應以書面為之(企業組織法第 112 條第 1 項第 1 句)，故舉凡企業改變之方式、引入短期工之可能性與相關辦法、開發新產品或更新作業方式時勞工所須之能力與資格、關廠時間、何時大量解雇、決定解雇或調職名單之標準等，均可能是「利益協調」之協商內容。⁵⁵ 換言之，依企業組織法第 111 條之規定，只要企業進行改變，雇主即需與職工代表會試圖做出利益協調方案，若雙方磋商之後未有結論，任何一方得請求「聯邦職訓局 (Bundesagentur für Arbeit)」⁵⁶ 之代表參與協調，在職訓局

⁵² 參見企業組織法第 111 條第 3 段所列舉之各款事由。

⁵³ 職工代表會係由廠場勞工，就年滿十八歲雇用期間滿六個月以上之勞工，依企業組織法第 9 條所定之比例選出，代表勞工執行企業組織法所賦予之任務。

⁵⁴ 參見企業組織法第 111 條第 2 段之規定。

⁵⁵ Vgl. Däubler, Das Arbeitsrecht Bd. II, 1998, Rn. 14.

⁵⁶ 「聯邦職訓局」地位屬公法人，具自治行政之職權，受聯邦經濟與勞工部 (Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit) 之法律監督，專責就業諮詢、就業促進以及職業訓練，以上說明參見網頁 http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesagentur_für_Arbeit。

代表之協調下仍未能達成共識，甚至得請求「企業仲裁（Einigungsstelle）」⁵⁷ 參與協調，不過協調之後若仍未能達成共識，並無法強制雇主接受一定之改變方案，換言之，對於企業最終應如何改變，雇主有其決策自由。

（二）因企業改變造成之「不利益補償」與「社會計畫」之資遣補償（企業組織法第 112 與第 113 條）

如前所述，依企業組織法第 111 條之規定，只要企業進行改變，雇主即需與職工代表會試圖做出「利益協調」方案，雇主若無正當理由拒絕與職工代表磋商，逕行改變企業；或雖與職工代表進行磋商並做出利益協調方案，但無故不遵守，勞工因此遭到解雇，依企業組織法第 113 條之規定，受解雇之勞工可向雇主請求因解雇受到之「不利益補償（Nachteilsausgleich）」，故「利益協調」並無如「企業協定（Bstriebsvereinbarung）」⁵⁸ 對於個別勞工具有直接之拘束力，其法律性質僅是一種特殊之集體協議（kollektive Vereinbarung besonderer

⁵⁷ 「企業仲裁」乃依企業組織法第 76 條設立，由雇主與勞工各自選任名額相當之代表（通常均選自企業外部之專業人士，例如公會代表或律師），以及一名公正人士擔任主席共同組成，於勞雇雙方對於企業組織法所規定之共同參與事項意見不合時，進行協調與仲裁，故既非司法機關亦非行政機關，性質上應屬於私法上之組織，用以確保企業內部運作過程，勞工確實可以參與形成意見，vgl. Richardi, Kommentar-BetrVG, 2004, § 76 Rn. 7。

⁵⁸ 「企業協定」乃指雇主與職工代表會之間所締結之契約，不僅拘束指雇主與職工代表會締約當事人，同時並如法律或團體協約，具有拘束個別勞工之法規範拘束效力，參見企業組織法第 77 條，第 1 項、第 2 項以及第 4 項之規定。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照 Art),⁵⁹ 而且依企業組織法第 113 條之規定可知, 雇主即使不遵守「利益協調」改採其他改變措施, 並非無效, 職工代表會無法訴請雇主履行利益協調之內容, 個別勞工只能依企業組織法第 113 條之規定, 請求因雇主不履行利益協調方案, 造成勞工遭到解雇或其他經濟上之不利利益, 由於有第 113 條之請求權基礎做後盾, 第 111 條及第 112 條乃使雇主打算改變企業時, 若無具體理由不可拒絕與職工代表協商, 或恣意改變協商結果, 實踐了企業組織法「共同參與、共同決定」之集體法上的宗旨與目的。⁶⁰

勞工依企業組織法第 113 條之規定向法院提起給付不利益補償, 其範圍基本上係依終止保護法第 10 條之規定 (參見企業組織法第 113 條第 1 項後段), 不過與終止保護法第 9 條基於雇主無效解雇, 法院解消勞動關係命雇主支付資遣補償不同的是, 勞工依企業組織法提起給付不利益補償, 必須因企業改變造成之解雇是合法有效, 但因雇主違反了企業組織法共同決定之立法意旨, 所以雇主仍須補償, 否則若雇主改變企業所造成之解雇無效, 勞工應依終止保護法之規定提起確認之訴以為保護, 而非主張第 113 條。⁶¹ 同樣的, 法院決定雇主應支付不利益補償之額度, 除參酌勞工失去工作之損失, 年資、年齡、家庭等社會性因素外, 甚至會考量雇主違反企業組織法上述義務之程度,⁶² 以決定最適宜額度, 故一般認為第 113 條之不利益補償, 具有「懲罰」

⁵⁹ Vgl. Meyer, Bindungswirkung eines Interessenausgleichs, BB 2001, S. 882.

⁶⁰ Vgl. ErfK/Kania, BetrVG § 111 Rn. 24.

⁶¹ Vgl. BAG 31. 10. 1995, AP ArbGG § 72 Nr. 29; Fitting, Kommentar-BetrVG, § 113 Rn. 30.

⁶² Vgl. BAG 29. 2. 1972, AP BetrVG 1952 § 72 Nr. 9.

雇主不遵守企業組織法規範之意義，⁶³ 因不利益補償並不以雇主之故意過失為要件，故為無過失責任之補償制度。

其次，若雇主並未拒絕與職工代表會進行磋商，然磋商之後雙方意見不同，無法做出協調雙方利益之方案，基於尊重企業經營自由，企業組織法對此並無強制規定，但雇主協商不成之後仍改變企業並對員工帶來不利益，則有補償或減低因企業改變對員工帶來的不利益，例如，企業合併部門或改變生產方式，必須調職勞工，造成勞工減少收入或因調職支出額外之通勤費或搬遷費，或者因組織改變而調降薪資，影響勞工預期之退休金等，最嚴重者因裁撤某些部門因而遭解僱，無論是額外支出通勤費、薪資減少或最嚴重的遭到解僱，通稱為「經濟上之不利益 (wirtschaftliche Nachteile)」，雇主需與職工代表會對前述經濟上之不利益進行協商，協商之後訂出之補償計畫即稱為「社會計畫 (Sozialplan)」，故協商補償內容可為提供調職勞工交通車或搬遷費、設立托兒中心，或者因應新的生產方式或組織改變，提供勞工專長訓練課程，不論協商內容是提供設施或直接之金錢補償，只要可以減少勞工之不利益，均得為社會計畫之內容。

從上述可知，「社會計畫」係企業已經決定改變，因為改變帶給勞工各種不利益 (包括解僱)，勞雇雙方進行協商，做出補償計畫；而「利益協調」卻是在企業改變之前，勞雇雙方極盡可能尋求一個既可以滿足企業變革所需，又可以避免或減少帶給勞工不利益之方案，正因要同時滿足雙方之利益，未必容易尋獲共識，如果無法做出利益協調，雇主仍可自由決定如何改變，只是對於造成勞工之損失要負補償之責，故一般均認為雇主僅有義務「試圖 (Versuch)」與勞工做出利益

⁶³ Vgl. BAG 28. 8. 1991, AP ArbGG 1979 § 85 Nr. 2.

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照協調方案，決定企業走向，換言之，雇主僅有參與協調之責，但無法強制雇主與勞方對於企業應如何改變達成一致的意見（ein obligatorisches Verfahren ohne erzwingbare Einigung）。⁶⁴ 蓋行政機關無法強制雇主應與勞工做出改變組織之最適方式，或決定如何經營對於企業生存「確實」會最有利，然而對企業改變後勞工因此受到經濟上不利益這樣的「結果」，雇主必須負其責任，負責的方式，依企業組織法之宗旨，原則上仍先放給集體機制，亦即由職工代表會與雇主協商，協議無具體共識，國家機關（例如各地方勞工行政機關）再介入協商，若協商仍無成果，依企業組織法第 112 條第 4 項之規定，才由雇主與勞工選任之企業仲裁機關⁶⁵ 強力介入，由其通盤考慮企業之承受能力，作出社會計畫，補償勞工所受之不利益。

對於「社會計畫」之法律性質，聯邦勞動法院先後有不同之見解。過去聯邦勞動法院認為，⁶⁶ 無論社會計畫之內容為補貼因企業改變勞工額外支出之通勤費、搬遷費、調職調降之薪資等，或是針對失去工作位子之給付，除具有補償（Ausgleich）之性質外，尚有對於勞工找到新職或得以申請退休給付之前，予以過渡時期之資助與扶持（Überbrückungshilfe）；不過現在法院傾向認為，⁶⁷ 企業改變引起解雇所為之社會計畫給付，乃是過渡時期預防性之功能（Überleitungs- und Vorsorgefunktion），故對於因企業改變遭到解雇之勞工，若年資已屆請

⁶⁴ Vgl. ErfK/Kania, BetrVG § 112 Rn. 6.

⁶⁵ 其概念參見，郭明政，前揭註 29。

⁶⁶ Vgl. BAG GS 13. 12. 1978, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 6.

⁶⁷ Vgl. BAG 11. 8. 1993, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 71; BAG 9. 11. 1994, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 85; BAG 31. 7. 1996, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 103.

求退休給付之齡，社會計畫可約定給予較低之給付；⁶⁸ 而對於遭解雇旋即找到新職之勞工，甚至可排除社會計畫之給付，⁶⁹ 蓋社會計畫並非補償勞工喪失職位，而是支持其尋覓新職過渡期間之功能，對於將獲得退休給付或已有新職之勞工，實已無經濟困窘之過渡期間，無須再為此種支持性之給付。

肆、我國資遣費給付制度之檢討以及建議

一、我國資遣費給付制度之檢討

（一）我國資遣費之給付未充分反映「解雇」之多重涵意

我國現行法體系下，勞工因個人能力或年齡無法負擔工作所須遭預告終止，或因企業歇業關廠、虧損業務緊縮等，有減少勞工之必要遭到預告終止，甚至若因此構成大量解雇，雖大量解雇勞工保護法第四條第四項第六款賦予勞工對雇主解雇計畫書關於資遣費之「計算方式」有協商權，不過勞工遭解雇究竟是否合法有效，以及是否得請求資遣費，基本上仍以勞動基準法之規定做為請求權基礎，然而不管因個人因素、行為或企業因素之解雇，或其解雇同時構成大量解雇，解雇之意涵並不相同，勞工卻均依勞基法第十七條主張資遣費，這使得解雇與資遣費之關係，連帶資遣費之性質及其定位始終模糊不清。

1. 解雇之第一層涵意：雇主以終止之意思表示消滅個別勞動契約

解雇乃終止僱傭或勞動契約之意思表示，與一般契約之終止無

⁶⁸ Vgl. BAG 26. 7. 1988, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 45.

⁶⁹ Vgl. BAG 30. 11. 1994, AP BGB § 611 Ausbildungshilfe Nr. 20.

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照異，同為有相對人之單獨行為，契約因終止而往後消滅。基於契約自由，當事人除可自由決定締約與否，並自由選擇締約相對人，亦可自由約定契約內容，並自由隨時消滅契約關係，但基於契約一方因經濟薄弱，欠缺在私法自治原則下，實現其自由發生或自由結束私法關係之實力，並且因契約之消滅直接影響一方當事人之生存，故須透過法律規範限制契約自由予與保護，以勞動契約為例，最重要者即是對契約之終止有一定之限制，例如德國終止保護法第 1 條以下以之規範，或我國勞動基準法第二章之規定。

個別勞動契約之保護首重存續保障，蓋其係建立勞動關係之基礎，因而前揭終止保護規範均以遵守預告期間，以及解雇應具正當事由為主要之規範內容。故「解雇」之第一層意義即是以終止意思表示消滅私人之間之法律關係，解雇保護即在防止雇主恣意消滅契約關係，使勞工保有工作位子，不在未預期狀況下失去生計所依。故一方當事人之終止行為有違法無效之虞，應如一般私法爭議循民事救濟途徑解求，⁷⁰ 解決之重點在於確認解雇是否違反前述之保護性規定，如有違反，解雇無效，勞動關係自始並未消滅，勞工除得請求訴訟期間之工資，更應回復原職，若雇主拒絕受領勞務，自構成受領遲延，⁷¹ 是以對違法解雇之雇主其代價是，須使勞工回復原職，實現解雇保護法規維護「禁止不當解雇」之宗旨；反之，雇主若已遵守保護性法規所揭示之禁止內容（勞基法第十一條「非有...，雇主不得...」），合法解雇，基本上就私法關係而言，因契約已消滅雇主並無回復原職之責，

⁷⁰ 我國未如德國另設勞工法院，而是向一般民事法院提起訴訟。

⁷¹ 參見黃程貫，解雇無效時雇主受領遲延問題—台北地方法院七十九年勞訴第二十五號，收錄於勞動法裁判選輯（二），頁 127，元照（1999），以下有詳細說明。

自亦無賠償之義務，勞基法第十一條之強制給付資遣費矛盾之處，亦於此點。

2. 解雇之第二層涵意：「大量解雇」已非消滅個別私法關係而是影響勞動市場之事實

事業單位若在短暫期間內解雇企業中一定比例之勞工，此時之「解雇」除了消滅個別勞動關係，更是將一定數量之勞工剔除廠場（Ausscheiden aus dem Betrieb），使勞工一方面與雇主消滅契約關係，同時並與「廠場」脫離關係，對於勞動市場造成一定之衝擊，此即解雇之第二層意涵。⁷² 故大量解雇本質上雖包含消滅個別勞動契約，然在短期之間大量勞工失去工作位子造成失業，更涉及公共利益之問題，故其立法重點已不在探究個人之契約關係是否受到不當解雇而無效（此由勞基法與民法判斷即足），而在將受解雇之勞工群體視為一體，給予行政機關足夠時間預作防範以避免出現失業潮，並降低失業對於企業勞工甚至整個就業市場之重大衝擊，應屬於規範勞動市場政策之立法，⁷³ 因此德國終止保護法第 17 條以下規定，大量解雇時雇主應有通知義務（Anzeigepflicht），此外雇主並有告知職工代表並與之協商之義務，更規定通知後一個月之內，非有主管機關之許可不得解雇等（參見終止保護法第 17 條與第 18 條之規定），否則即構成「無效之解雇（Unwirksamkeit der Entlassungen）」，不過此之「無效解雇」，與違法終止契約直接導致解雇無效，並不相同，⁷⁴ 無論如何這些規定均

⁷² Vgl. GK-KSchG/Moll, § 17 Rn. 26.

⁷³ 參見楊通軒，大量解雇勞工保護法相關法律問題之研究，律師雜誌，第二八二期，頁 37-38（2003）。

⁷⁴ 雇主違反通知義務或通報期間禁止解雇之規定，除違反行政法上之義務

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照，有以時間換取空間策略上之意義，試圖在緩衝期間內，盡量找出避免解雇之替代方案；實在無法避免，則及早為即將遭解雇之勞工，尋找新的出路或安排職業訓練等；同樣的我國「大量解雇勞工保護法」亦

外，此一違反行政法義務與終止契約私法上之間關係如何，首先必須檢視大量解雇之性質。蓋「契約之終止」乃意思表示，性質是法律行為，然而正如同締結勞動契約，締約後必須將勞工進一步納入職場之範圍，使之接受雇主之指揮監督，勞動關係才能真正開始，同理雇主為終止之意思表示後，必須將勞工排除職場之外，才能使契約關係真正的結束，故大量解雇所彰顯的只是此一執行之過程（ein bloßer tatsächlicher Vorgang），亦即將一定數量之勞工剔除廠場之外之事實行為（Realakt），既然是事實行為，理論上不應有所謂「無效之大量解雇（unwirksame Entlassung）」，德國終止保護法第 18 條第 1 項條文仍以“wirksam”稱之，學說認為頗有商榷餘地，例如 v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 18 Rn. 27 認為應以“Rechtmäßigkeit”稱之，更為妥當。而勞工面對雇主違反前揭行政法上之義務時，可有兩種選擇，第一接受解雇，至於雇主違反義務應是主管機關與雇主之間之處罰關係；第二，勞工可以主張雇主與其之間之解雇雖符合終止保護法第 1 條以及其他規定（例如遵守預告期間、履行企業組織法第 102 條聽證義務）而有效（zunächst rechtmäßig），但此一解雇若同時構成大量解雇，此時終止保護法第 17 條以下雇主應踐行各種程序之規定，乃為終止行為之解除條件（auflösende Bedingung），一旦雇主未通報或違反其他義務，視為條件成就，個別之終止勞動契約因此確定無效（unwirksam），故所謂「無效的大量解雇」必待個別勞工主張，才會對於個別勞動契約之私法關係產生影響，否則只是主管機關與違反公法義務之雇主間的行政責任問題。此為德國學說與實務共同所採之見解，蓋方能區別終止保護法第一條以下乃判斷解雇之私法行為有效與否，而第 17 條以下大量解雇法規則是作為行政機關調整、控制勞動市場之方針，參見 BAG 6. 12. 1973, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 1 mit Anm. G. Hueck; BAG 10. 3. 1982, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 2 mit Anm. Meisel; BAG 19. 6. 1991, AP KSchG 1969, § 1 Nr. 53; BAG 4. 3. 1993, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 60。

有雇主通知主管機關之義務以及告知勞工代表並與之磋商之規定，不過，效力與德國之規定仍有不同。⁷⁵

如同德國我國大量解雇所著重雇主之通知義務，應為公法上之義務，⁷⁶ 使主管機關預作防範並調節勞動市場之措施，故非侵權法上所稱之「保護他人之法律」，⁷⁷ 雇主未適時通報，違反公法上之義務，依

⁷⁵ 例如，依大量解雇勞工保護法第十條規定「未經協商之前，雇主不得在預告期間將員工任意調職或解雇」，此之「預告期間」應非指勞基法中之預告期間，而應指雇主之通知主管機關期間（參見楊通軒，論大量解雇勞工保護法之實施檢討與重設計，大量解雇勞工保護法制學術研討會第一場次，行政院勞委會與中華民國勞動關係協進會主辦，台灣師範大學綜合大樓 509 國際會議廳，頁 1-3-15（2005）之修正意見），蓋解雇有無效力應由民法與勞基法判斷，最基本的要件即是有無遵守預告期間與法定事由，至於雇主未遵守大量保護法之「預告期間」通知主管機關，應是公法上義務違反之效果；故從本法為達成一定勞動市場政策而課予雇主各種通知或通報義務，違反則處以罰鍰之取締效果來看，雇主即使違反本條之規定「未經協商」而在「預告期間」解雇勞工，解雇是否即為無效，似有疑問，參見郭玲惠，「大量解雇勞工保護法制之實施檢討與展望」專題評析，大量解雇勞工保護法制學術研討會第一場次，行政院勞委會與中華民國勞動關係協進會主辦，台灣師範大學綜合大樓 509 國際會議廳，頁 1-4-6（2005）；採違反則依民法第七十一條無效說，參見陳彥良，解雇保護法制與我國大量解雇勞工保護法之關連 - 解雇保護法制度體系之初探，大量解雇勞工保護法制學術研討會第一場次，行政院勞委會與中華民國勞動關係協進會主辦，台灣師範大學綜合大樓 509 國際會議廳，頁 2-3-27（2005）。

⁷⁶ 在德國之性質參見 KR-KSchG/Weigand, § 17 Rn. 13；我國參見楊通軒，前揭註 75，頁 1-3-13 以下。

⁷⁷ Vgl. ErfK/Ascheid, KSchG § 17 Rn. 2; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 17 Rn. 67; KR-KSchG/Weigand, § 17 Rn. 12.

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照我國之大量解雇勞工保護法第十七條之規定，應處罰緩，但非得逕以認定個別勞動契約之終止因此無效，換言之，雇主終止勞動契約之解雇是否有效，與雇主是否違反大量解雇之規定，應分別判斷，各依相關之規定處理，⁷⁸ 也因此雇主若有通報義務而未通報，雖違反大量解雇之規定，受解雇之勞工仍不能因其違反通報行為即主張解雇違反法定事由而無效；相對的，即使雇主已盡通報義務也未必使其解雇即具法定事由而有效，「雇主違反大量解雇公法上之義務」與「雇主違法終止契約之法律行為無效」兩者要經一定之連結，才會產生影響。⁷⁹

3. 解雇之第三層涵意：基於企業改變而生之解雇勞工應有協商權限

企業為求生存無可避免需要改變組織，然一旦改變，往往又會影響勞工權益，輕如減少各項福利等利益，重則失去工作，此時因企業改變造成之解雇一方面是「基於企業急迫所需」之終止行為，用以消滅私法關係；另一方面若改變幅度過大則會構成大量解雇，行政機關必須預作防範，減少對就業市場之衝擊，此時無論是少數解雇或大量解雇均非勞工個人或其行為引起，而是企業改變所致，此亦為勞工參與企業決策之因。

基於憲法上對於職業自由、財產權之保障以及人格自由發展之維護，雇主對於企業經營方式與各種策略，固然有其決策之形成自由（*unternehmerische Entscheidungsfreiheit*），⁸⁰ 然而當企業基於經營策略

⁷⁸ 此為德國通說所強調，參見 GK-KSchG/Moll, vor § 17 Rn. 17; ErfK/Ascheid, KSchG § 17 Rn. 35；我國學者亦採之，參見楊通軒，前揭註 75，頁 1-3-3 以下。

⁷⁹ 參見註 74。

⁸⁰ 關於德國雇主之企業決策形成自由憲法上之推導過程，參見 GK-KSchG/Etzel, § 1 Rn. 542。

而必須改變組織，無論是改變生產方式或需結束生產部門，負責作業之勞工必然受到影響，如果受雇者依私法契約，在雇主指揮監督下僅有提供勞務之義務，對於經營決策毫無置喙餘地，卻需首當其衝面對企業改變帶來之不利影響，甚至因此失去藉以為生之工作，對其經濟生活、人格發展甚至人性尊嚴，均是重大傷害。為了調整這種社會性結構之不均衡，特別是對於工作條件與工作位子之維持，實有賦予勞工某程度參與企業決策之必要，例如德國建立企業「共同決定」機制（Mitbestimmung），使勞工參與形成企業決策實現自我決定、尊重人性尊嚴並降低雇主單方即決定共同生活之程度，特別是當企業打算改變，要求勞資應先試圖尋求可以同時滿足雙方利益之方案，降低對勞工衝擊，而對於因此遭到解雇之勞工再透過協商，約定補償之範圍與金額，此即「利益協調」與「社會計畫」，已如前述。我國除勞基法第八三條規定應舉辦勞資會議以協調勞動關係促進勞資合作外，大量解雇勞工保護法藉由勞工資訊權的取得（第四條通知工會等相關人員）、建立勞雇雙方協商機制（第五條以下之協商義務）以及預警通報制度（第四條、第十一條通知主管機關），也若干程度反映勞工參與企業決定之立法方向。

（二）未區分解雇之各種涵意均以勞基法第十七條給付資遣費所造成之問題

1. 強制給付資遣費使雇主為合法與非法解雇於「解雇時點」形成不同誘因現行勞基法第十七條強制給付資遣費之規定，使雇主合法或非法解雇付出之代價並無太大差別。例如，企業因業務緊縮合併某些部門而須解雇勞工，若雇主具勞基法第十一條第四款法定事由並遵循第十

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照六條預告期間而合法解雇，依第十七條之規定雇主必需支付資遣費，即使該解雇確為合法有效之終止行為；反之，若雇主不想支付資遣費，在前述狀況下即使其他部門有適當工作可供安置，仍舊解雇勞工，該解雇因違反第十一條第四款必須「又無適當工作可供安置」而無效，勞工提起訴訟確認解雇無效雇傭關係繼續存在，雇主至多只是再繼續雇傭該解雇之勞工。

詳言之，基於終止權之形成效力，雇主終止勞動契約除產生「勞資關於預告期間屆滿後消滅」之法律效果，同時亦產生「給付資遣費」之法律效果，故雇主若合法解雇，立即應依勞基法第十七條之規定給付資遣費，若雇主拒絕發放資遣費，勞工除得起訴請求外，依勞基法第七十八條之規定，對於違反第十七條規定之雇主得處三萬元以下之罰金；⁸¹ 而違法解雇之雇主在為終止意思表示之際，並無立即需付出何項成本，僅於勞工起訴獲得勝訴判決之後，必須繼續雇用並因此付出可能為數不少之遲延工資及其利息，這項成本或許龐大，但仍須等待判決確立之後（勞工是否起訴、起訴後雇主是否一定敗訴，均未確定），才有其壓迫性，對於雇主一開始即有解雇念頭之時，究竟要否認真考慮解雇為最後手段，例如企業有虧損、業務緊縮或業務性質變更而須解雇勞工，應思考有無其他安置勞工工作之可能性，因「立即」要付出資遣費，拒絕給付還可能遭到刑事處罰（參照第七十八條之規定），故容易誘使雇主以「下賭注」之心態隨意解雇，雖可能違法而無效，但受解雇勞工未必提出訴訟，若提起訴訟，訴訟期間費時耗錢、失去收入、技能無法繼續維持以及判決結果不確定等不利成本，均由

⁸¹ 不過，對於雇主不履行合法終止契約之法律效果，此為典型「欠錢不還」的民事爭議，是否有必要另科處刑事責任，實有商榷餘地。

勞工承受，雇主既不用支付資遣費（且因無給付義務免受刑事處罰之虞），且在一段不算短的時間內整暇以待，判決結果若確認為不法解雇，亦於此時才須付出不法解雇之代價，讓勞工重回原職或安排至其他位子，並支付或許已累積至龐大金額之遲延工資及利息，然當勞工具備勞務給付能力又表達給付意願，已處於給付準備，雇主若置判決於不顧，不願協力，構成受領遲延，勞工只能再重提給付工資之訴，⁸² 合法解雇對雇主之誘因實在不大。

此外，現行法將解雇事由區別為第十一條與第十二條，前者基於企業原因與勞工本身能力或年齡等不可歸責的因素而解雇，後者則為可歸責於勞工之行為而為之解雇，⁸³ 雇主若依第十一條解雇需給付資遣費，依第十二條則無給付義務。此項分類因連結不同資遣費給付義務，亦可能使雇主為規避給付資遣費，以勞基法第十二條第一項第四款「勞工違反勞動契約或工作規則」，這項內容與範圍均較籠統之規定即時解雇勞工，⁸⁴ 即使情節不重大，未符合該款之構成要件而為非法

⁸² 參見黃程貴，前揭註 71，頁 130 以下。

⁸³ 勞基法第十一條與第十二條亦視為不可歸責與可歸責之解雇事由，後者又稱為「懲戒解雇」，姑且不論此一分類與稱謂是否有斟酌餘地（例如林更盛，作為解雇事由之「勞工確不能勝任工作」，收錄於勞動法案例研究（一），頁 231、233 之討論，翰蘆（2002）），此已為我國向來多數學說之分類方法，參見黃劍青，勞動基準法詳解，頁 154 以下，三民，1997 增定版；楊通軒，論勞工確不能勝任工作，收錄於勞動關係論文集，頁 255 以下，中華民國勞工教育推廣協會（1999）；黃越欽，前揭註 6，頁 222 以下；黃程貴，前揭註 8，頁 484；林更盛，前揭註 21，頁 245 以下。

⁸⁴ 例如最高法院九十一年台上字第一六號判決駁回上訴法院之理由指出「原審徒以上訴人行為符合工作規則及人事作業手冊關於記滿兩大過得予解雇之規定為由，即漫謂其違反工作規則情節重大，尚有可議」，此外最高法院

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照解雇，勞工再提訴訟確認僱傭關係存在，對訴訟過程及結果同樣需承受較多之負擔。以上各種情況無異誘使雇主不仔細思考是否真有解雇之必要、企業有多餘勞工時是否尚有其他可供安置之位子、解雇之真正原因是勞工本身還是其行為，總之對於解雇究竟合法或非法，無須審慎以對，反正合法解雇一定要「立刻」付出成本（資遣費），非法解雇需付出成本是未來的事，資遣費能否達到當初預想「避免雇主任意解雇」之目的，⁸⁵ 無論從理論或現實結果，⁸⁶ 均令人質疑。

九十一年台上字第二二三號判決亦指出「..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。..本件上訴人業績達成率未符業績辦法第九條標準，屬勞基法第十一條第五款是否對所擔任之工作不能勝任之情形，被上訴人將其考績評為丁等，而依工作規則第十二條第六款之十、十一之規定，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，揆諸上開說明，於法不合。」，由是可知，有無違反第十二條第一項第四款而情節重大除需個案審查，亦往往成為雇主即時解雇最便捷之依據。

⁸⁵ 此為行政院勞委會對於資遣費之性質與目的之意見，參見洪瑞清（時任勞委會勞動條件處處長），從勞工退休制度改制談資遣費制度，我國資遣費制度學術研討會會議實錄，行政院勞委會／政大勞工研究所主辦，政大行政大樓七樓第一會議室，頁 29 以下（2000）。

⁸⁶ 以民國九十三年地方法院勞資爭議案件而言，在 1,808 件爭議事件中，高達三分之一（623 件）涉及退休金給付或資遣費之爭議，參見勞委會民國九十四年勞動統計年報。該統計數字雖未區分是退休金還是資遣費之爭議，但此兩者在我國實務上本即經常混為一談，故將之視為「與資遣費有關」之爭議，並非失之無據。

2. 未區別個別解雇與大量解雇使資遣費之性質混淆不清

依現行勞基法之規定，雇主具第十一條法定事由並依第十六條預告終止勞動契約，依第十七條之規定需給付資遣費，其額度並依該條定之，但若符合大量解雇，依大量解雇勞工保護法第四條第四項第六款之規定，勞工可與雇主就「資遣費計算方式」進行協商，故無論是個別終止或符合大量解雇，均以勞基法第十七條為給付資遣費之依據。

依前述解雇之多重意涵來看，在大量解雇當中遭解雇之個別勞工若欲主張解雇無效，仍應回歸勞基法檢視雇主有無違反預告期間以及法定事由之規定，違反則為違法無效之解雇，不因雇主確實遵守通報主管機關等公法上義務而成為有效，既然個別的勞動契約無效，雇主應使勞工回復原職，故不生「資遣」情事，當無給付資遣費餘地。反之，若個別契約之終止行為有效，基於勞動契約社會性之特別保護，已對雇主之解雇權限制訂勞基法加以限制，當雇主具備解雇事由、遵循預告期間「合法」解雇，實無再要求支付資遣費以為「補償」之立論基礎，蓋所謂合法解雇，即指未違反現行各種保護法規所要求之規定，否則何以使該解雇因合法「有效」，契約得以發生往後消滅之效力。故個別契約若合法有效不應再生給付資遣費之「補償」義務，勞基法第十七條強制合法解雇應為給付之規定，甚有斟酌餘地。

其次，一旦解雇人數眾多而且其原因又通常是企業改變所致，雇主除了應通報以及踐行一定程序，給予主管機關減低對就業市場衝擊的預備期間，對於企業為因應市場競爭而無可避免改變組織造成大量解雇，「追究」雇主對於這樣的後果該負何種責任，著重的已非解雇之合法於否，因為遭解雇之每個勞工，本即可依照民事訴訟程序主張其勞動契約究竟是否仍然存在，集體法應思考的毋寧是如何事先預防，

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照

避免企業做出影響勞工權益之決策，導致勞工失去位子，故規範之重點應在於建立勞工參與決策之機制，使「預防解雇」成為協商之要項，至於協商之後仍無法避免解雇，再由雇主某程度負起過渡時期補償之義務，蓋將大量解雇之勞工視為一體，與企業經濟勢力之不均衡更加明顯，而經濟勢力已失衡之一方卻首當其衝承受企業改變之不利益，既然勞工協商之後仍無力扭轉企業之決策，雇主應對自己的行為（企業改變）導致勞工之不利益，提供一定之補償以協助其度過失業期間。

然依大量解雇勞工保護法第二條對「大量解雇」之定義可知，勞雇間必須進行協商之原因不限於企業改變引發之解雇，尚包括因勞工自身造成之解雇（雖然同一事業單位非因企業改變，而因勞工本身或其行為造成六十日內解雇逾十人，發生機率不高較難想像）。從集體法角度來看，基於此種原因之協商，實無法突顯勞工「參與企業」之本質與資遣費為協商之結果，蓋勞工參與協商尋求合乎雙方利益以避免解雇，乃源自企業有改變之意圖，因其改變恐有造成解雇之虞，故事先進行協商；而且依大量解雇法之規定，勞雇乃對資遣費之「計算方式」參與協商，換言之，資遣費之給付基礎仍在勞基法第十七條之強制給付義務，第十七條因此同時為合法終止個別契約與大量解雇之資遣費給付基礎，實難釐清資遣費究竟是「失去位子之補償」還是作為「協商之最低額度」，若是前者，補償之立論基礎為何，亦有待說明。

（三）大量解雇勞工保護法對資遣費以外事項強制協商之迷思

1. 行政機關對解雇私法上之效力不應有審查權限

雖依照德國通說均認為，終止保護法第 17 條以下大量解雇法規之主要目的在於勞動市場政策，勞工因該法課與雇主一定公法上之義務

從中得到反射利益 (Reflexwirkung),⁸⁷ 藉以獲得保護, 然而從我國大量解僱勞工保護法主管機關得介入之程度來看, 我國大量解僱法之重點似非侷限在控制或調節勞動市場, 許多規定已直接使行政機關負起審查勞動契約存在之責, 例如依本法第十三條第二項之規定, 主管機關發現事業單位違反第一項規定 (事業單位大量解僱勞工不得以種族、語言..為由解僱勞工) 時, 應即限期令事業單位回復被解僱勞工之職務, 如雇主逾期仍不回復者「主管機關應協助被解僱勞工進行訴訟」, 由此可知本條並未忽視雇主解僱是否違法無效, 基本上應由司法機關審查, 勞工對解僱提出訴訟時, 主管機關應予協助, 但本條第三項卻也規定「主管機關發現事業單位違反第一項規定時, 應即限期令事業單位回復被解僱勞工之職務..」, 估且不論行政機關要如何認定本應由司法機關審查之私法行為之效力,⁸⁸ 以及地方勞工行政機關是否有足夠能力進行審查,⁸⁹ 單看本項條文, 主管機關對於依其認定違反第一項之解僱, 可限期令事業單位回復被解僱勞工之職務, 然雇主不理會主管機關之「令」, 法律效果如何? 從第三項「逾期仍不回復者, 主管機關應協助被解僱勞工進行訴訟」之規定來看, 主管機關可以「令」雇主「限期」回復被解僱勞工之職務, 但卻不生如同文字表面看來屬於行政處分之實質效力, 雇主還是可以完全不理會主管機

⁸⁷ MünchArbR/Berkowsky § 156 Rn. 2; v. Hoyningen-Huene/Linck, Vorb. zu §§ 17 ff. Rn. 10; Schaub/Schindele, Kurzarbeit-Massenentlassung-Sozialplan, 2004, S. 73.

⁸⁸ 對此學者提出「如主管機關之認定與將來法院之認定有差異時, 究該依何者之認定」之質疑, 參見郭玲惠, 大量解僱保護法制之初探 - 兼簡介德國之大量解僱保護, 律師雜誌, 第二八二期, 頁 25 (2003)。

⁸⁹ 對於此點之批判, 參見張烽益, 「大量解僱勞工保護法的實務與挑戰: 中央 VS 地方」, 二〇〇五年十一月七日發表於台灣勞工陣線大量解僱保護法研討會議, <http://tlsa.ngo.org.tw> (造訪日期: 2005.11.15)。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照

關所「令」之事，仍無法達到避免勞工面對冗長訴訟之目的，⁹⁰ 則本段規定之實益似僅在強調主管機關協助訴訟之功能，果真如此，本條賦予行政機關審查解雇有無違法及認定私法上效力之規定，似為冗文，畢竟大量解雇法之立法用意「係在於透過其所設定之要件及程序，以限制雇主之大量解雇，而非賦予主管機關對於個別勞工被解雇之有效性，加以審查」。⁹¹

2. 強制協商「解雇時間、部門、人數」等資遣費以外事項可能造成之爭議

依大量解雇法第四條與第五條第一項之規定，雇主大量解雇勞工，應提出計畫書，勞雇應本於勞資自治精神進行協商。本項雖未說明勞雇應協商之內容為何，不過參照第二項規定「勞雇雙方拒絕協商或無法達成協議時，主管機關應於十日內召集勞雇雙方組成協商委員會就解雇計畫書內容進行協商，並適時提出替代方案」，可知勞雇協商內容為雇主依第四條提出之解雇計畫書，協商不成，則由主管機關介入組成協商委員會並「適時提出替代方案」，學說上稱第一項為「任意

⁹⁰ 參見郭玲惠對於本條立法目的之說明，前揭註 88，頁 19。

⁹¹ 原句引自楊通軒，前揭註 73，頁 38；此外氏亦特別強調「雇主是否有權終止與個別勞工間之契約，係屬於勞基法或民法之範圍，兩者不可混淆」，參見楊通軒，前揭註 75，頁 1-3-3。此一見解與德國終止保護法第 17 條以下規定負通知義務之解雇之立法意旨一致，已為德國實務與學說上之通說，參見 BAG 27. 2. 1958, AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 1; BAG 6. 11. 1958, AP KSchG § 15 Nr. 1; BAG 6. 12. 1973, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 1; ErfK/Ascheid, § 17 Nr. 3; v. Hoyningen-Huene/Linck, Vorb. zu §§ 17 ff. Rn. 10; KR/Weigand, § 17 Rn. 10。

協商」，第二項則為「強制協商」，⁹² 不過在我國比較特殊的是，協商是在「已確定會解雇勞工」之前提下再來進行，因為依第四條第四項之規定，雇主提出作為協商基礎之計畫書，其記載事項為解雇理由、解雇部門、解雇日期、解雇人數、解雇對象之選定標準，以及資遣費計算方式及輔導轉業方案，均以「解雇」為前提，勞工可否藉由協商解雇計畫書來「翻盤」避開解雇，令人懷疑。蓋雇主打算改變企業之際，即使尚有其他可行策略，但已決定解雇勞工，才會提出所謂「解雇」計畫書，而非「企業改變」計畫書，大量解雇法第四條第一項亦僅規定雇主提出「解雇」計畫書，故解雇已非依本法進行協商可扭轉的事實，勞工充其量在解雇哪些部門、何時實施、人數以及資遣費計算上，爭取發言，然而同法第五條卻規定主管機關必要時「可提出替代方案」，主管機關在此之強制協商權限，可否及於解雇計畫書所列第一條至第五款資遣費計算方式以外之事項，頗值深究。

企業為因應市場變化（例如訂單減少）決定裁撤部門改變組織時，究竟應解雇哪一個部門、解雇多少人數才符合經營成本保有競爭力，涉及經營專業性，同時也是企業經營自由之範疇，從大量解雇勞工保護法第一條「為保障勞工工作權及調和雇主經營權，...，特制定本法」之立法意旨亦知，本法在保障勞工權益、維護社會安定同時亦要調和雇主經營權，故即使賦予勞工協商權或主管機關必要時涉入談判，應不能干涉企業之經營自由，強力要求其採取「替代方案」，畢竟主管機關不能、也無法替任何企業決定，該關掉哪些部門或解雇多少員工才能達成最大經營績效，因為這背後牽涉到替企業預設其近期或遠程的目標，萬一企業採取主管機關之「替代方案」，改變原本打算解雇

⁹² 參見郭玲惠，前揭註 88，頁 18；劉士豪，大量解雇勞工保護法中「解雇計畫書通知與協商」制度之初探，律師雜誌，第二八二期，頁 63 以下（2003）；陳彥良，前揭註 75，頁 2-3-25 以下。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照

的部門，事後卻造成大量虧損，主管機關寧負其責？此即為何德國企業組織法第 111 條規定，企業若思改變，勞工甚至主管機關確實均有參與協商權限，但協商目的在於試圖找出可以滿足企業改變之需，又可以避開解雇以降低對勞工最嚴重之損害，然而德國企業組織法同時也規定，對於企業究竟「應」如何改變，無論是勞工或主管機關，最後均無法強制，立法者在此至多只能規定，一旦雇主拒絕協商或協商未果而採取企業自己之決策或措施後，導致勞工之勞動條件或工作位子受到影響，應當如何補償資遣費，也唯有針對這項為金錢或非金錢之補償，方有強制性規定（參見前述德國之「社會計畫」），無論如何，協商內容若涉及企業經營權之範疇，只能訴諸雇主之誠意與理念，⁹³ 非強力可行。

（四）未通盤考量企業規模與給付能力之法定給付額度

從德國法來看，雇主給付資遣費之義務，若非基於個別法即係出自集體法之規定。個別法支付資遣費之基礎在於，解雇無效所以個別契約應繼續存續，但基於現實考量已無法期待雙方繼續合作，故法院解消契約關係，雇主則支付資遣補償，支付額度則由法院斟酌所有社會性因素，蓋其性質並非侵權法之損害賠償，而是對於勞工失去生存所繫之補償。

若基於集體法之支付資遣費，乃著眼於企業組織法要求實現共同決定之理念，特別是涉及勞工權益重大之企業改變措施，更應讓勞工及其代表有充分參與之權限，如果違反這項理念，企業片面依其想法，

⁹³ 故 Kania 稱此企業內部之協商過程為“to bargain in good faith”，vgl. ErfK/Kania, BetrVG §§ 112, 112 a Rn. 8。

採行某些措施造成勞工失業，企業應予賠償，賠償之方式，如果雇主願意協商，則依其協商，做出社會計畫；如果拒絕協商，則訴請法院裁判（詳見前述），但是即使由法院裁判，亦應審酌各項與勞工有關之社會性因素，並再通盤考量企業之承受能力，蓋要求雇主提出補償作為不遵守企業組織法立法目的之處罰之際，仍須考慮企業後續之生存能力，以免殃及繼續留任企業之其他勞工。

我國對於資遣費之額度，一概依勞基法第十七條之規定依年資計算，若同時構成大量解雇，勞雇可再對於資遣費之計算方式進行協商，雖有學說對於勞基法明訂之額度是否有協商空間表示質疑，⁹⁴ 不過，勞基法既為規範最低勞動條件之基準，契約當事人無論對於工資、獎金或資遣費等，可針對最低基準再行約定，只要不低於規定，應無不允之理。除了大量解雇可協商資遣費額度，事實上對於終止契約之補償，亦不應如勞基法第十七條強制規定額度，蓋個案所需之補償狀況並不一，另一方面企業之負擔能力亦不相同，明訂一個既定金額，雖較明確，但卻可能使廠場中其他受雇勞工受到波及。

此外勞雇就解雇計畫書協商時，是否對「補償範圍」亦可協商。依現制勞雇係在解雇既定之事實下進行協商，對於資遣費僅能針對例如支付額度，或為一次或分期給付等支付方式，進行協商，既然現行法已無協商「解雇以外」措施之空間，故理論上亦無再協商「如果採取非解雇之措施，如何補償對勞工帶來之不利益」之餘地。然而現行法第七條第五項規定「經法院核定之協議書，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其協議書得為執行名義」，由此規定似乎承認協商委員會達成之協議，可以金錢以外之「其他代替物」

⁹⁴ 參見楊通軒，前揭註 73，頁 36。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照為標的，有其他非金錢之補償方式，不過此之「其他代替物」是代替資遣費之等值物品，還是意謂強制協商可強制做出非解雇以外之替代方案，繼而對受到不利益之勞工所為之補償，例如直接發放車票給調職而需通勤之勞工，體系上亦未得到明確答案。

(五)現行制度未必對主張解雇無效而獲勝訴判決之勞工有最佳利益

按照現制勞工對於違法解雇可提出確認終止行為無效，勞動契約仍然存在，若獲勝訴判決，應回復原職。然而現實中姑且不論訴訟制度況日費時，所耗不貲，勞工未必有時間與本錢跟雇主「耗上」，即在獲得勝訴之後，勞工如何依照勝訴判決回復原職，均成問題。

蓋勞動關係具有人格上之從屬性，契約履行過程中並具多種強調信賴保護之附隨義務，一旦勞資雙方歷經訴訟之攻訐答辯，原本之信賴關係遭受破壞。勞工縱獲勝訴判決，雇主之反應可能有二，其一使勞工回復原職，但令其枯坐冷板凳；或者第二種情形乾脆拒絕勞工回復原職，對於雇主上述態度，勞工是否因此進一步可有「就勞請求權 (Beschäftigungsanspruch)」，無論是從法理或是實際如何操作，仍有疑義。對於勞工而言，在克服訴訟可能勞財傷神，甚至阻礙尋覓新職等諸多不力因素提出訴訟之後，尚得面對即使勝訴亦可能難以回原職之窘境，恐難免對訴訟之價值感到疑惑，甚至打消面對非法解雇應據理力爭之意願，如此一來「解雇」原本應是勞動關係之最後手段，但雇主卻可以毫無忌憚非法終止契約，不但節省資遣費，即便敗訴，對企業財力也未必造成龐大負擔。

事實上勞工對雇主不法解雇提出訴訟，或許希望藉由訴訟再度回歸原職，但不可排除的是，歷經訴訟破壞原有信賴，契約繼續存續已無可

期待，對勞工甚至契約雙方，毋寧應給予回復原職以外另一種選擇，蓋此時「回復原狀」已有不能！故此一問題非僅限於資遣費給付於否，更涉及現行回復原職作為唯一之救濟途徑並未符合雙方最大利益，似應在回復原職之外，例如聲請法院解消勞動關係，並要求雇主給付資遣費以為其不法行為使勞工失去位子之補償，而此之資遣補償則是違法無效解雇之重要法律結果。

二、建議方向

（一）取消勞基法第十七條強制、定額給付資遣費之規定

1. 資遣費之給付應與失業保險或退休金給付脫勾處理

基本上屬於雇主經營範疇所帶來之風險（Betriebsrisiko），例如企業原料短缺、能源不足或機器故障等，均應由雇主承受此等風險，⁹⁵ 此外雇主應承受之經營成本尚應包括避免勞工生命、身體或健康受到危害或受有危害之虞，而提供安全之工作環境與設施，故無論職場之安全衛生，或是最高工時與最低工資等勞動條件等均須受到保障，由雇主維持、保護並承受此等之經營成本，⁹⁶ 國家則立於保護監督地位以確保勞工之生命、身體及健康不因過低勞動條件與危險工作環境遭受損害。然而與勞工生命、身體、健康或人格基本維護並無直接、立即有關之事項，例如失業之風險或老年生活之照養，非一概延伸為企業

⁹⁵ Vgl. Zöllner, Arbeitsrecht, S. 214 ff.

⁹⁶ 釋字五七八號廖義男大法官協同意見書亦指出：「雇主為確保勞工能適時提供良好之勞務，對勞工身體之健康及安全，即有照顧之義務。雇主對勞工之照顧義務，包括工作場所須設置安全衛生設備，防止對勞工身體健康之危害、以及勞工傷病、殘廢及老年之照顧。」

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照照顧責任而由雇主一力承擔，否則萬一企業在市場競爭失利，勞工之老年生活頓失依護，故應由保險分擔甚至社會安全制度予以規劃。

勞動契約是繼續性之債之關係，勞工有期待契約持續進行，故對於雇主終止契約以預告期間與法定事由限制之，如果契約「意外」中斷，自應先檢視雇主之終止是否合法，若合法則產生終止之法律效力，也就是契約往後消滅，雇主並無對合法行為再行負責之必要；但從國家之勞動政策而言，勞動契約終止意味勞工因此失業，對就業市場而言是一種損失，若是家庭經濟主要供應者失業，對社會也是一種負擔，故為降低失業對於勞動市場之衝擊以及減少閒置人力之損失，應建立失業保險或社會保險制度，使失業者有支持過渡時期的經濟來源，同時並建立職業訓練制度，使失業者經由進修訓練培養或強化職場技能，準備重返職場之際，並應有管道充分獲得就業市場之資訊。在勞工就業至老年階段，體力與技能已無法繼續勝任工作所需，則應有退休制度安排退休生活，獲得至少可以維持人性尊嚴生活之所得替代，此即退休制度之功能。是以雇主、勞工與國家因「勞動契約」而牽連，分別建構私法上雇傭關係、國家對勞工就業輔導與規劃勞動市場之責任，以及安排老年退場機制之義務，將三者混為資遣費承受之責，對「資遣費」太過沈重，無論是調整、安置國家人力資源或照顧老年退休生活，雇主均不應是承受社會安全體系之主角。⁹⁷ 誠如學說所指「退休制度不是解決勞工最低生活，如要解決勞工最低生活應在勞工保險制度中解決」，⁹⁸ 故若以論者所言，雖實施失業保險與退休給付制度之

⁹⁷ 相同意見參見邱駿彥，前揭註 8，頁 239。

⁹⁸ 參見陳繼盛於民國七十一年七月九日於勞工退休金制度研究小組會議中之發言，立法院公報，第七十三卷第四十九期，頁 119，邱駿彥，前揭註 8，頁 239，註 27 引此見解，以為論述基礎。

後，可以重新檢視資遣費之意義，但因失業與退休制度未臻完善，故一時之間不宜廢除，⁹⁹ 然而過去時空不得不然之制度，若於今日已有失業與退休各自歸屬之制度，雖制訂不完善，亦應檢討或改進該些制度，繼續羈絆一個與其本質並不一致之制度，以為代替或補強，除混淆資遣費之意義，也降低檢討失業給付或退休給付之急迫性。

從另一個角度來看，繼續將資遣費作為失業給付或退休金之補充，也會產生底下幾個疑問：第一，資遣費之給付需符合一定要件，例如雇主基於勞基法第十六條之預告終止、第二十條事業單位改組或轉讓，以及企業併購法第十七條公司進行併購，有以上情形雇主才需給付資遣費，若視資遣費為失業保險或退休金之補充，有以上情形之失業者或退休者才可享有資遣費之補充，然而無論基於企業原因、勞工本身或因其行為造成之非自願性失業，失業者均需失業金，退休者則均需退休金，有些人得到，某些人則免除，這種差別待遇，恐無立論基礎。第二，資遣費依年資計算，每滿一年發給相當於一個月平均工資，而失業保險給付則以投保薪資百分之六十最長發給六個月，退休金依新、舊制亦各有其計算方式，換言之，三者之計算基礎完全不同，而且失業保險給付與退休給付兩者性質分明不同，何以同用「資遣費」之名目，分流為各自之補充或代替？以為代替或補充之說，除不公平外實在甚為牽強。最後有論者強調，資遣費乃為「補償勞工年資中斷」之損失，即使實施失業保險給付及修正退休金制度亦不該貿然取消，¹⁰⁰ 對此本文同樣認為有幾點值得思考。第一，累積年資之目

⁹⁹ 參見郭明政，前揭註 29，頁 59。

¹⁰⁰ 例如余合盛於「資遣費、勞工退休金與失業保險制度整合對勞工權益之影響」之與談意見，我國資遣費制度學術研討會會議實錄，行政院勞委會／政大勞工研究所主辦，政大行政大樓七樓第一會議室，頁 113-114（2000）。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照的在避免退休金計算基礎受到損失，若擔心年資中斷，應檢討的是退休金制度，例如過去勞基法之退休制度現修正為可攜式個人帳戶，使年資可以累積，避免勞工轉業即造成中斷年資之問題；第二，若依此說則雇主應有「使年資不中斷」之義務，違反義務乃需補償，然而除非認為我國採取終身雇傭制度，亦即雇主一旦雇用勞工，除非有可歸責勞工之事由或勞工自行辭職，否則雇主不得解雇，若解雇使勞工年資中斷，則需補償。然以現行制度，似難找出我國採終身雇傭制法理上之依據，雇主若合法解雇而「中斷」勞工年資，需負補償之責，除非構成大量解雇而另有其他理論基礎，否則逕要其補償，法理上之基礎究竟為何，恐值三思。

2. 重新定位資遣費之意義與功能

由於資遣費在制訂之初因失業及退休給付制度不完備，故一般以為具有代替或補助失業金及退休金，這使得資遣費在過多期待下也失去其真正之含意，在民國八十八年勞工保險開辦失業給付，民國九十二年施行「就業保險法」，以及民國九十四年依勞工退休金條例開始實施勞退新制，資遣費在完成階段性功能之後，應重新定位資遣費之意義。

依本文前述對資遣費性質之論述，基本上應分為兩種情況：第一，資遣費作為雇主違法解雇使勞工失去位子之補償；第二，基於勞工參與企業共同決定之精神，對於大量解雇之勞工，協商資遣費以為尋覓新職過渡性之經濟支持。換言之，從個別法角度來看，確立勞資間之契約關係是否因解雇消滅，合法無庸補償，非法即需補償，至於合法解雇後，遭解雇之勞工待業期間應由其他機制做為支持與補充，例如社會安全網絡；如欲由企業支持，毋寧應在一開始企業形成決定時勞

工即有參與機會，避免勞工失業，如果無法避免，則由雙方進行協商在企業之負擔能力下，補償勞工受到之經濟不利益。

（二）資遣費作為雇主違法解雇以致勞工喪失工作之補償

1. 資遣費之給付非因勞工之不可歸責性，而因雇主之違法解雇

從我國學說對於資遣費性質之論述，一般均認為資遣費乃雇主對於勞工之「補償」，¹⁰¹ 既為補償則應釐清補償之基礎。

由於我國並非採終身雇用制，基於私法自治原則僱傭或勞動契約當事人應有締約、形成內容與消滅契約之自由，但是基於社會保護性，立法上對於勞動關係除締約自由之外，在勞動條件與契約之消滅上，有許多限制規定以為保護勞工，符合憲法第一五三條之基本國策。其中對於契約之消滅，除要求雇主遵守預告期間，並應具有勞基法第十一條所列之各款法定事由，方得終止，對於雇主終止權限之限制不可謂不大，不過限制雖大，但並非因此排除雇主之終止自由，蓋若排除雇主解雇權限，恐有侵害契約自由之核心本質（Kern der Vertragsfreiheit）之虞，¹⁰² 故雇主仍可依其自由意願在必要時消滅勞動關係，只是必須符合法律要件，無論如何並非成為終身雇用，使雇主一旦僱傭勞工，必須至其自行辭職、退休或死亡，契約關係方才消滅，故依此論述，一旦雇主已合乎現行法之規定，合法解雇勞工，應

¹⁰¹ 除了前述對失去位子損失之補償，尚有將資遣費代替、補充失業給付亦稱之為「失業補償」，或失業期間之「生活補償」，例如郭振昌，勞工失業補償政策類型之比較分析，空大行政學報，第三期，頁 19 以下（2003）。

¹⁰² 對於限制雇主解雇權限，是否侵害到契約自由之本質及雇主財產權之爭論，參見 GK-KSchG/Preis, Grundlage A Rn. 20 ff。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照，依照一般民法上法律行為之原理原則，該終止之法律行為有效，既然有效，勞動契約即歸於消滅，而雇主依法所為之行為若無違反法律之規定，即無須負任何私法上之賠償責任。反之，若雇主所為之終止違反法律規定，依民法第七一條之規定終止無效，勞動關係自始並未消滅，如果消滅而使勞工失去工作位子受到損害，雇主即應有補償其損失之責。

故資遣費之給付義務應從雇主來看，視雇主之解雇有無違法，而非從勞工遭解雇有無可歸責事由來看。例如，基於企業之改變或因勞工之年齡、體力、能力確已無法升任工作，通常這兩者均為不可歸責於勞工之事由，因勞工之行為而解雇則通常具有可歸責性，然而無論上述任何一種類型所為之解雇，雇主均可能構成違法解雇，例如因業務緊縮而裁員，但企業仍有可供安置之位子，雇主卻未予安置；又如勞工未遵守工作規則而於工作場所抽煙，雖具可歸責性，然情節未達重大，只要經警告即可能改善此一疏失，雇主卻未經警告即予解雇，這些解雇違反法律規定無效，如勞工因此失去工作，均應給付資遣費。此外若以「雇主違法解雇」做為勞工請求資遣補償之原則，尚可避免學說所憂，對服務年資已久卻因一次可歸責勞工之事由（勞工有受訾議之行為），依勞基法第十二條即時解雇勞工無法取得資遣費，而一筆勾消過去之貢獻。¹⁰³

2. 建立聲請法院解消勞動契約制度

¹⁰³ 參見前述我國資遣費之性質第（二）點勞工喪失職位之補償說，黃程貫認為不論因勞基法第十一條或第十二條第一項之各款事由而被解雇者，均應有工作年資補償之問題，即使因第十二條第一項之各款事由而被解雇，至少應支付一半之額度，而非一筆勾消之前之年資，否則不公。

一旦僱主之解僱違法，勞動關係自始並未消滅，勞工自得提起確認僱傭或勞動契約存在之訴，如獲得勝訴判決，僱主應使勞工回復原職。但是經過「打」官司後之勞資雙方，彼此之信賴關係蕩然無存，故德國有法院解勞動關係制度（參見前述）。而照顧、保護、保密等信賴關係為勞動契約之重要元素，故依判決結果，雙方若必需回復原來之勞動關係，對於雙方甚為勉強，對於企業之利益意亦未必最佳，此種尷尬狀況無論何國，均有同樣結果。固為符合雙方之最佳利益，並配合「合法終止行為無庸給付資遣費，不法解僱才需給付資遣費」，應建立當事人聲請法院解消勞動關係之制度。一旦法院依當事人之聲請而解消勞動關係，僱主對因此喪失工作之勞工，負有補償損失之責，但僱主補償之責並非契約法或侵權行為法上之損害賠償，因此時勞工之喪失工作與工資，並非僱主不履行工資給付義務（判決確定後僱主願意使勞工回復原職）或由於僱主之加害行為造成損害，而是勞工已無意願繼續原來勞動契約所致，方聲請法院解消契約，無論如何勞工原不應失去工作，但終究失去工作，而其根源係僱主之非法解僱所致，僱主因此應給與一個財產法上之等價補償。

法院解消勞動關係同時命僱主支付一定資遣費以為補償，除以勞工失去工作所造成之損失為基礎外，亦應斟酌僱主違法程度，以收遏止僱主不法解僱之效，此外法官更應考量企業整體之承受能力，蓋資遣費係對於僱主不法行為之懲罰，不應殃及企業其他勞工，否則資遣一些人，倒了一間工廠，受害勞工更多。

3. 使資遣費之給付成為合法解僱之誘因

雖學說已指出資遣費制度之功能，除提供勞工覓職津貼，並藉此

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照預防雇主恣意解雇，¹⁰⁴ 故具有失業者生活保障與以經濟成本預防恣意解雇之功能取向，¹⁰⁵ 不過若從以經濟成本作為預防雇主恣意解雇來看，依我國現行制度合法解雇仍需支付資遣費，對雇主而言顯然無法形成誘因，蓋企業經營過程中因應市場競爭，組織隨時調整乃無可避免之事，解雇則成調整後之決策結果，¹⁰⁶ 既然無法避免企業有解雇勞工之需，終止保護法之核心應在避免雇主恣意解雇，而非防堵雇主解雇，使雇主有解雇之必要時，「願意」依照法律之規定，將解雇視為最後、不得以之手段，為提高其遵守法律之意願，乃以其未審慎考慮造成違法解雇時，需付出一定之成本（資遣費）以為違法行為之代價，依此才能形成以經濟成本控制解雇之誘因。

（三）以協商機制建立覓職期間「支持性」之資遣費

1. 因企業原因導致大量解雇應透過集體機制協商資遣費

（1）確立我國採取共同決定之精神

企業基於經營自由而改變組織，無論因此改變生產方式或生產部門，勞工必然受到影響，如果純從民事上之契約而論權利義務，勞工應於雇主指揮監督下提供勞務，然而對於雇主何以為此指揮監督，甚

¹⁰⁴ 參見郭明政，前揭註 29，頁 51。

¹⁰⁵ 參見陳建文，勞動基準法第二十條之研究，政大法學評論，第七十四期，頁 355（2003）。

¹⁰⁶ 對「企業解雇」此一表面上之結果，詳論其本質其實可分為非經營層面之「惡性倒閉」以及合理化經營之「企業主決定」兩種類型，故應有不同之處理態度，參見林佳和，美大量解雇勞工保護法制之行政權機制，大量解雇勞工保護 法制學術研討會第二場次，行政院勞委會主辦，國立師範大學綜合大樓 509 國際會議廳，頁 3-1-3 以下（2005）。

至其經營決策更上位層次之問題，全無置喙餘地，但相對卻需首當其衝面對企業改變帶來之影響，如果企業決策正確營運順遂則罷；如果企業決策重大瑕疵，或甚至包含其他非經營層面之意圖，而傷及企業營運導致業務緊縮而需裁撤部門解雇勞工，勞工因之失去藉以為生之工作，對其經濟生活之衝擊立即可見，對其人格發展乃甚至人性尊嚴，亦是重大傷害。為了調整這種經濟結構與社會性角色之不均衡，特別是對於工作條件與工作位子之維持，實有賦予勞工某程度參與企業決策之必要，非使雇主單方即決定共同之經濟生活。

國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策，此為我國憲法第一五三條第一項明文所定，亦為大法官會議所強調，¹⁰⁷ 勞基法即係國家為實現此一基本國策所制定之法律，而為「協調勞動關係、促進勞資合作」勞基法第八十三條更規定企業應舉辦勞資會議，此外大量解雇勞工保護法亦賦予勞工對於企業經營資訊之取得權（第四條通知工會等相關人員）、預警通報制度（第四條、第十一條通知主管機關）以及建立勞雇雙方協商機制（第五條以下之協商義務），這些規定反映我國勞工若干程度可參與企業決定之方向。

（2）協商之資遣費非為補償而在支持覓職過渡時期之經濟所需

勞工對於參與企業經營之程度，基於經營之專業性，或許無法參與至做出最終決策，不過參與之內容至少應包括面對市場轉變，為保持企業之競爭力，對於雇主所提之改變企業腹案，可試圖尋求同時滿足雙方利益之方案，此亦即德國企業組織法「利益協調」之概念（參

¹⁰⁷ 參見釋字五七八號。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照見前述)。而雇主基於共同決定之精神賦予勞工表達意見之權限，如堅持採取自己的策略，因之造成勞工經濟上之不利益，因為出於企業原因所致之結果，且使勞工有急迫尋覓新職之窘境，應與支持覓職過渡時期之所需，其意涵固非補償不法行為（解雇仍未違反勞基法相關規定），亦與失業保險社會安全體系所為之支持不同，蓋此一方面尊重企業之經營自由，另一方面因企業改變之自身原因，而又無法達成避免解雇之不利結果，故雇主有對其決策後果在共同決定之原則下為一定協力與支持之意，至於額度則應以協商為之。

(3) 應以「企業改變」造成之解雇為協商基礎

雇主對於勞工失去現職另覓新職期間既基於共同決定之原則，應透過協商提供一定經濟支持之義務，然而此一協商應以「企業改變」造成解雇才需提供過渡時期為基礎，蓋因一方面係基於雇主自身決定與勞工個人或行為無涉，另一方面亦含有經營策略之協商過程中，雇主無論如何應將「勞工失去工作對其帶來影響」與「企業應如何佈局獲得最高利潤」做等價考量與評比，故課與雇主就經營策略與經濟支持額度協商之義務，除「鞭策」雇主應審慎考量才做出最終決策，亦間接達成企業人力既要合乎經濟利益有效配置，也應盡力安置勞工避免形成冗員而解雇。如因勞工個人或行為之解雇，即使出現大量解雇情形，應只是視檢視解雇之合法性以及通報主管機關預作安置就業市場之問題，並非成為勞資協商發軔之因，蓋後二者非雇主之經營策略所致，即使強制規定雇主亦應為協商，「協商」之過程將非如企業改變時，具有許多決策可能而有討論空間，只能討論因勞工本身或其行為即予解雇是否「適合」，其本質豈非就是該解雇「合法」於否之問題？！

正因為基於企業參與之精神，勞工與雇主協商時就最終決策可為

協商，但基於企業經營自由，無強行要求企業採特定之措施，只能繼而協商經濟補償之範圍與金額，協調不成方以仲裁或其他強制力介入，不過強制機關仍應考慮企業整體之條件以免危及企業之繼續經營，一味強制雇主為一定額度之給付，反而危及企業生存，造成其他仍在職之勞工成為下一波企業歇業時解僱之對象，另一方面也才能與協商「量廠定做」之精神呼應。

2. 大量解僱勞工保護法雖建立雛形，但應釐清協商功能與工會角色

如前所述，我國大量解僱勞工保護法透過第四條通知工會等相關人員、第四條與第十一條通知主管機關，以及第五條以下之協商義務使勞工某程度可獲取企業經營資訊並參與協商，故已建立勞雇協商資遣費之一定雛形。不過因為本法更著重預防雇主惡性倒閉，故對於企業「合理經營」而須大量解僱之裁員規範，體系上反而未臻一致，¹⁰⁸ 致有幾點缺失。

第一，協商重點應在預防解僱。企業基於追求利潤之各種經營策略中，有完全不影響勞工利益或影響極微之策略，但亦有因此損及勞工利益甚至造成解僱之方案，究竟採行何者為最終決策，是協商之首要重點；企業基於各種考量仍堅持既定策略造成大量解僱時，資遣補償才是第二個協商之重點。但依照我國大量解僱勞工保護法第四條第四項之規定，協商是在「已確定會解僱勞工」之前提下再來進行（參

¹⁰⁸ 從本法第十二條以下事業單位於大量解僱勞工積欠勞工退休金、資遣費或工資，中央主管機關得函請入出國管理機關禁止其董事長及實際負責人出國之規定，可看出本法預防惡性解僱之用意，參見林佳和，前揭註 106，頁 3-1-10 對此立法模式之批評。

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照見本文前述強制協商資遣費以外事項造成之爭議), 如此一來勞工在已預定遭解雇下參與協商, 已失去參與企業共同決定之首要意義。

第二, 強制協商不在經營策略, 應在資遣費範圍與額度。無論勞工之協商權或主管機關必要時涉入談判, 均只能接受企業基於經營自由最終決定之措施, 不能強力要求其採取任何「替代方案」(參見本法第五條第二項), 畢竟主管機關不能、也無法替任何企業決定, 該關掉哪些部門或解雇多少員工才能達成最大經營績效, 而且萬一企業採取主管機關之「替代方案」, 改變原本打算解雇的部門, 事後卻造成大量虧損, 主管機關寧負其責?! 故唯有當雇主無視共同決定之規定, 導致勞工失去位子而需另覓他職, 才有義務與勞工協商資遣補償之方式, 而拒絕為此項協商, 行政機關才有強制涉入協商結果之空間。

第三, 工會作為協商主體之妥當性。依大量解雇法第六條之規定勞資協商時, 勞方之協商主體「有工會組織者, 由工會推派; 無工會組織而有勞資會議者, 由勞資會議之勞方代表推選之; 無工會組織且無勞資會議者, 由事業單位通知第四條第二項第三款規定之全體勞工推選之」。雖我國現行採強制入會制, 不過仍無損於工會乃勞工透過團結力量, 以爭議手段為後盾, 達成與雇主協商改善勞動條件制訂團體協約之角色, 換言之, 進行團體協商不成可祭出罷工手段, 故具有抗爭性與對立性, 與大量解雇法基於企業共同參與具有合作之性質, 本質上即有矛盾, 今將兩者角色相提並論並以工會代之執行, 問題甚多, 例如工會與雇主就資遣額度或支付方式簽訂「協議」應如何與團體協約分辨?¹⁰⁹ 此外, 企業解雇協商資遣費, 若協商不成, 應是行政機關

¹⁰⁹ 郭玲惠, 大量解雇勞工保護法制之初探, 台灣勞動法學會學報, 第三期, 頁 4 以下 (2004); 黃馨慧, 企業併購中之個別及集體勞動關係, 收錄於勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望, 頁 203, 新學林 (2005)。

透過強制協商，可強制至何種程度之問題，如果以工會為協商資遣費之主體，顯然亦不可用工會之罷工武器，「協調」出一個雙方均能接受的經營方式及資遣額度，畢竟企業經營有其自由形成之空間與專業，非可由抗爭手段來決定經營方式，而且抗爭得到之資遣補償金額，若超越企業負荷，亦損及原企業勞工。最後，若以工會為本法協商主體，工會究竟應維護「遭解雇即將離開職廠之勞工」，還是更審慎維護「仍留任企業中之勞工」，工會扮演之角色，恐怕為難。

伍、結論

基於對我國資遣費給付現狀之檢討，本文主張將資遣費定位為第一，雇主違法解雇使勞工失去位子之補償。具體作法則是由法院確立勞資間之契約關係因解雇違法，若當事人聲請解消契約，則雇主應支付資遣費以為補償，若是合法解雇則無庸補償，至於遭合法解雇之勞工，待業期間應由失業保險之社會安全網絡作為支持與補充；第二，基於勞工參與企業共同決定之精神，對於大量解雇之勞工應有協商資遣費權限，以為尋覓新職過渡性之經濟支持。具體作法則是一開始企業形成決定時勞工即應有參與機會，避免勞工失業，如果無法避免，則由雙方進行協商在企業之負擔能力下，補償勞工受到之經濟不利益。

依本文之建議對對於合法解雇之勞工而言，除非因企業改變所致之大量解雇，而有協商資遣費作為補充過渡時期之支持，對於非大量解雇或基於勞工個人或其行為而遭解雇者，將僅有失業保險之失業給付，而依現制之給付似乎過於窘迫，故當務之急更應檢討失業給付之狀況，例如保險對象、給付之範圍，甚至更根本之解決之道在於，加強職業訓練與職業介紹，使失業者及時回歸就業市場，此亦為就業安

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照全之環節。無論如何，非再循過去特殊時空下，因失業保險遲未實施，不論資遣費之性質為何，逕以之代替失業保險給付，又因退休金制度有不備之處，亦逕以之補充退休金，時至今日，應以資遣費本身之性質究竟為何做為給付依據，非再考慮其他給付制度有不足之處，即「或多或少」、「加加減減」用資遣費之名義補足之，畢竟決定要雇主補償多少金額不是問題，但是要其「補償」之立論基礎為何，才是重點。

此外，從德國二 四年終止保護法中增加第 1a 條因應現實解雇爭議事件中，多半以和解並支付資遣費之補償方式消滅勞動關係之規定來看，保護勞工之工作權，除了有法定事由等實體法之保護性規範，更應省思程序上之規定是否確實便捷可行，否則面對實體法上構成「違法」之解雇，經歷繁複訴訟，實現的是法律人眼中之正義，但在現實回歸原職當中面對尷尬處境之勞工，未必真正享受其心中真正之正義。是以如同德國建立法院解消勞動契約制度，以及依終止保護法第 1a 之規定，使勞工訴訟前能確信獲有一定資遣補償，乾脆放棄訴訟迅速另覓新職，此種具保障性之意定資遣費未必不符當事人之利益，這也是目前我國資遣費制度在勞基法與大量解雇勞工保護法兩種強制性背景之外，可為的另一種思考模式。

參考文獻

書籍

- 王澤鑑，侵權行為法，自版，初版（1998）。
- 王澤鑑，債法原理第一冊，自版，一版（2003）。
- 中華民國勞動法學會編，勞動法裁判選輯（一），元照（1999）。
- 中華民國勞動法學會編，勞動法裁判選輯（二），元照（1999）。
- 中華民國勞動法學會編，勞動法裁判選輯（三），元照（2000）。
- 台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，新學林（2005）。
- 林更盛，勞動法案例研究（一），翰蘆（2002）。
- 林更盛，終止契約（資遣解雇部分），收錄於勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，新學林（2005）。
- 林振賢，修正勞動基準法釋論，捷太，初版（1999）。
- 柯木原，現行勞工退休與資遣制度之改進研究，行政院勞委會（1989）。
- 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，一版（2003）。
- 陳聰富，侵權歸責原則與損害賠償，元照，初版（2004）。
- 黃立，民法債編總論，元照，二版（1999）。
- 黃越欽，勞動法新論，翰蘆，初版（2000）。
- 黃程貫，勞動法，空大，修訂再版二刷（2002）。
- 黃劍青，勞動基準法詳解，三民，增定版（1997）。
- 黃程貫，解雇無效時雇主受領遲延問題—台北地方法院七十九年勞訴第二十五號，收錄於勞動法裁判選輯（二），元照（1999）。
- 黃馨慧，企業併購中之個別及集體勞動關係，收錄於勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，新學林（2005）。

- 郭玲惠，解僱合法性及其關係企業之態樣，收錄於「勞動法裁判選輯（一）」，元照（1999）。
- 郭玲惠，終止僱傭契約之限制—以產假期間預告終止僱傭契約為例，收錄於「勞動法裁判選輯（三）」，元照（2000）。
- 楊通軒，論勞工確不能勝任工作，收錄於勞動關係論文集，中華民國勞工教育推廣協會（1999）。
- 楊與齡（主編），民法總則實例問題分析，五南（2000）。
- 劉士豪，勞動契約雙方當事人之權利義務，收錄於勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，新學林（2005）。
- 蘇永欽，契約違反禁止規定，收錄於楊與齡主編，「民法總則實例問題分析」，五南（2000）。
- Däubler, Wolfgang, Das Arbeitsrecht Bd. II, 11. Aufl., Berlin 1998 .
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2005.
- Fitting, Karl, (hrsg.) Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 22. Aufl., München 2004.
- Hoyningen-Huene, Gerrick von/Linck, Rüdiger, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl., München 2002.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- Löwisch, Manfred, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 8. Aufl., Heidelberg 2000.
- Löwisch, Arbeitsrecht, 6. Aufl., Düsseldorf 2002.
- Münchener Kommentar zum BGB. 4. Aufl., 1999.
- Richardi, Reinhard, (hrsg.) Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit

Wahlordnung, 9. Aufl., München 2004.

Schaub, Günter/Schindele, Friedrich, Kurzarbeit -Massenentlassung-Sozialplan, 2. Aufl., München 2004.

Stalhacke, Eugen/Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., München 2002.

Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg, Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 1998.

期刊

邱駿彥，資遣費與退休法制之檢討—以日本制度為例，輔仁法學，第十七期，頁 221-245 (1998)。

郭明政，勞基法資遣費與退休金制度之改革，政大勞動學報，第九期，頁 34-64 (2000)。

郭玲惠，終止勞動契約—兼論德國之制度，中興法學，第三十七期，頁 29-65 (1994)。

郭玲惠，大量解雇保護法制之初探 - 兼簡介德國之大量解雇保護，律師雜誌，第二八二期，頁 16-32 (2003)。

郭玲惠，大量解雇勞工保護法制之初探，台灣勞動法學會學報，第三期，頁 1-42 (2004)。

郭振昌，勞工失業補償政策類型之比較分析，空大行政學報，第三期，頁 19-36 (1995)。

陳建文，勞動基準法第二十條之研究，政大法學評論，第七十四期，頁 291-366 (2003)。

黃程貫，勞動法中關於勞動關係之本質的理論，政大法學評論，第五十九期，頁 227-245 (1998)。

楊通軒，大量解雇勞工保護法相關法律問題之研究，律師雜誌，第二八二期，

第十五期 我國資遣費給付制度之檢討— 67
以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照
頁 33-54 (2003)

劉士豪，大量解雇勞工保護法中「解雇計畫書通知與協商」制度之初探，律師雜誌，第二八二期，頁 55-68 (2003)。

劉志鵬，論停止工作期間或醫療期間內解雇之禁止，法學叢刊，第一二七期，頁 44-49 以下 (1987)。

Begründung des Gesetzesentwurfs, in: Drucksache des Deutschen Bundestages 15/1204.

Begründung des Regierungsentwurfs zum KSchG, RdA 1951, 63 ff.

Buchner, Herbert, Reform des Arbeitsmarkts – Was brauchen und was können wir? DB 2003, 1510 ff.

Falke, Josef/Höland, Armin/Rhode, Barbara/Zimmermann, Gabriele, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Forschungsbericht Nr. 47 der Reihe “Arbeitsrecht”, hrsg. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung; Zusammenfassung der Ergebnisse in RdA 1981, 300 ff.

Grobys, Marcel, Der gesetzliche Abfindungsanspruch in der betrieblichen Praxis, DB 2003, 2174 ff.

Löwisch, Manfred, Die kündigungsrechtlichen Vorschläge der “Agenda 2010”, NZA 2003, 689 ff.

Meyer, Cord, Bindungswirkung eines Interessenausgleichs, BB 2001, 882 ff.

Preis, Ulrich, Die “Reform” des Kündigungsschutzrechts, DB 2004, 78ff.

Rolfs, Christian, Die betriebsbedingte Kündigung mit Abfindungsangebot (§ 1 a KSchG) , ZIP 2004, 333 ff.

Thüsing, Gregor/Stelljes, Volker, Fragen zum Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, BB 2003, 1673 ff.

Willemsen, Josef/Annua, Georg, Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004. 177 ff.

其他

余合盛，資遣費、勞工退休金與失業保險制度整合對勞工權益之影響，行政院勞委會／政大勞工研究所主辦，我國資遣費制度學術研討會會議實錄（2000年3月23日）。

林佳和，歐美大量解雇勞工保護法制之行政權機制，行政院勞委會主辦，大量解雇勞工保護法制學術研討會第二場次（2005年7月29日）。

邱駿彥，資遣費與退休制度之檢討，行政院勞工委員會與高雄市企業人力資源發展學會合辦，資遣費給付制度研討會會議實錄（1999年5月）。

郭明政，失業保險實施後勞基法資遣費與退休金制度之再檢討及其修正方向之探討，行政院勞委會／政大勞工研究所主辦，我國資遣費制度學術研討會會議實錄（2000年3月23日）。

郭玲惠，「大量解雇勞工保護法制之實施檢討與展望」專題評析，行政院勞委會與中華民國勞動關係協進會主辦，大量解雇勞工保護法制學術研討會第一場次（2005年7月22日）。

陳彥良，解雇保護法制與我國大量解雇勞工保護法之關連—解雇保護法制度體系之初探，行政院勞委會與中華民國勞動關係協進會主辦，大量解雇勞工保護法制學術研討會第一場次（2005年7月22日）。

楊通軒，論大量解雇勞工保護法之實施檢討與重設計，行政院勞委會與中華民國勞動關係協進會主辦，大量解雇勞工保護法制學術研討會第一場次（2005年7月22日）。

劉宗欣，失業保險資遣費與離職金相關制度之研究，行政院經濟建設委員會經社法規研究小組委託研究報告（編號 4012）（1992）。

摘 要

依現行勞基法之規定，除勞工事先預告而自行辭職外，雇主依勞基法第十六條預告終止勞動契約、第二十條事業單位改組或轉讓，以及依企業併購法第十七條公司進行併購而終止勞動契約，甚至勞工未經預告而終止契約，雇主均應給付資遣費，給付額度則依勞基法第十七條之法定額度計算之。依此制度即使雇主遵守預告期間且出於法定事由，合法終止勞動契約，仍有給付資遣費之義務。從資遣費給付之目的來看，除一方面給予勞工過渡期間獲得經濟支持以安心另覓新職外，同時對於有意解雇之雇主，因解雇必須支付資遣費，促其審慎思考解雇之必要，然而依現制「合法解雇」要支付資遣費，「違法解雇」要回復原職，此種成本差異對於雇主是否真能收促進雇主謹慎思考解雇必要性之效，而具學說強調之警戒作用，令人質疑。

此外，長期以來，資遣費一直與退休金以及失業給付混為一體，在八十八年勞工保險開辦失業給付以及九十四年依勞工退休金條例開始實施勞退新制之後，資遣費與退休金或失業保險之間，是否因資遣費已經完成其階段性功能，應劃清界限回復其原有之功能，學說看法莫衷一是，故資遣費制度之存廢亦為本文探討之重點。最後，九十二年公佈實施之大量解雇勞工保護法賦予勞工於雇主大量解雇時有協商之權，協商不成，主管機關可以組成協商委員會，就解雇計畫書內容進行協商，並適時提出替代方案，此等規定在實施上卻出現若干矛盾之處。對前述問題本文擬以德國終止保護法對於勞動契約之終止以及大量解雇相關規定為基，並參酌企業組織法勞工之協商制度等，比較分析我國現行關於資遣給付制度，並提出若干建議。

A Study on the Fee with Severance Pay by Dismissal under the Current Regulations

Tzu-Hui Wu

Abstract

The regulation of the base law in accordance with working currently, except that the labourer predicts in advance that but resigns by oneself, the 16th advance notice of employer's base law in accordance with working stops working in agreement, the 20th public institution and reorganizes or transfers, and merge the 17th company of France and merge but stop working the agreement in accordance with enterprises, even the labourer is not predicted that stop the agreement, the employer should send the fee for Fu Zi , pay the legal amount of article 17 of the base law in accordance with working of amount and calculate it. Even if the employer , when being in accordance with the advance notice and out of the legal origin of an incident of system according to this, stop the agreement of working legally, give Fu Zi an obligation of sending the fee. From dismiss with severance pay purpose that fee pay is it watch to come , except offer labourer transition to obtain economy support in order to settle down and look for the new duty separately on one hand, at the same time to the employer intending to dismiss, because must pay and dismiss the fee with severance pay to dismiss, urge its discretion to ponder over the necessity that dismisses, but in accordance with making 'dismiss legally' paying and dismissing the fee with severance pay now, ' dismiss illegally', want former

以德國「勞動契約終止保護法」與「企業組織法」之規定為參照

post of replying, the cost variance can is it promote employer to be prudent to is it dismiss result of necessity to think to charge really employer, and have function of warning that theories emphasize , make people query.

In addition, for a long time , dismiss the fee with severance pay to pay and lump with the retired pay and unemployment together all the time, labourer insurance run unemployment pay and is it is it is it retreat after making in accordance with labourer retired gold bar example newly to work to implement to begin 1994 in one year, dismiss it with severance pay among the fee , retired pay or unemployment insurance , dismiss the fee with severance pay and already finish its phased function, should draw a clear line of demarcation and reply its original function , the theory view is unable to decide which is right, so dismiss the depositing and abolishing the focal point that also probes into this text of system of the fee with severance pay. Finally, is it is it dismiss labourer protect law entrust to labourer have right consulted when a large amount of employers are dismissed in a large amount to implement to announce 1992, can not resolve through consultation, the competent authority can make up the consultative committee, the prospectus content is consulted on dismissing, and propose scheme of substituting in good time, these is it appear several place of contradiction on not implementing to stipulate. Is it stop law of protecting for work lapse of agreement and dismiss relevant regulations as the base in a large amount to aforesaid question this text with Germany to plan, considering negotiation system of the labourer of rules of organization of enterprises, etc. in light of actual conditions, our country of comparative analysis is current about dismissing the system of paying with

severance pay, propose several suggestions.

Key words: lapse of the agreement that work, dismiss in a large amount, the fee with severance pay, interestscompensation, social plan

中原財經法學