

前言。

我國並無關於勞動訴訟¹審判程序之專門法律規定，勞動訴訟仍須依一般民事訴訟程序處理。惟本於勞動訴訟之某些特殊性質，實務上曾發生若干爭議案例尚未有一致之見解。筆者不敏爰將資料收集所見若干爭議類型，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，希冀能透過與會先進的討論而獲致較妥適之結論。

一、訴訟或仲裁程序之選定。

法律問題：

某一法律事務所與其所僱用勞工（非律師）間之勞動契約（名為協議書）第六條載明：「如雙方發生爭議，雙方應盡力妥協。如不能和解，雙方之爭執應由甲方（即雇主）選擇由座落於台北市或台灣省之仲裁機構、律師公會法庭，和／或法院處理。雙方均應具狀極力向該仲裁機構、律師公會法庭及法院申請將案件所有審理、調查，言詞辯論及其他書面和非書面之程序、陳述、證據、判決及裁定對外保密。」嗣勞工主張雇主積欠薪資乃向法院提起給付薪資訴訟，雇主則具狀向法院為妨訴抗辯，認為上揭協議書規定即屬仲裁法所稱之仲裁協議，勞工應將其爭議提付仲裁而不得提起民事訴訟，因此聲請受訴法院依仲裁法第四條規定裁定停止訴訟程序，並命原告（勞方）於一定期間內提付仲裁。此時法院應如何處理，有下列三說。

討論意見：

（一）、甲說：仲裁協議不成立說。

此說認為勞資雙方締約地位顯然不平等，上揭所謂仲裁協議的條款乃是雇主基於資方強勢地位，以定型化契約條款強行拘束，勞方根本未有選擇權利，僅能被迫接受。且協議書第六條之約定內容籠統抽象，仲裁機構不明確。事實上雇主應無以仲裁解決紛爭之真意²，其條款之設計純僅是用來阻卻勞方行使任何形式的救濟手段罷了。此由條款中規定受理救濟之機構包括位於台北市或台灣省之

¹ 本文所稱「勞動訴訟」均指依民事訴訟程序向普通法院所提起之訴訟而言。至若涉及勞動法令之刑事訴訟案件（例如違反勞動基準法、勞工安全衛生法之刑事不法案件）及行政訴訟事件（例如行政不法或行政許可、核備事件），並不在本文討論範圍之列，合先敘明。

² 謹按仲裁法八十七年六月二十四日修訂公布將爭議標的範圍擴及於一切得和解之爭議後，勞資爭議當然亦可循仲裁程序處理。行政院勞工委員會為鼓勵勞資雙方循仲裁程序解決紛爭，庶收儘速解決爭議之效，乃於九十年八月十日捐助設立「中華民國勞資爭議仲裁協會」專責處理勞資爭議仲裁事件。惟仲裁程序「儘速解決爭議」之功能剛好與資方意願相違，以故資方鮮有同意將爭議提付仲裁者。設立迄今六年多以來，中華民國勞資爭議仲裁協會實際僅處理過三件勞資爭議仲裁事件，其中兩件為勞資爭議發生後筆者協調勞資雙方合意簽訂仲裁協議始付諸仲裁程序解決爭端者。至若以受理工程、商業糾紛為主之中華民國仲裁協會，雖亦有受理勞資爭議仲裁事件之權限，但據查其受理之勞資爭議仲裁案件數量亦屬甚微，以筆者承辦經驗言，似僅於少數科技公司之雇主與勞工在競業禁止條款發現有仲裁協議之約定，附此敘明。

「律師公會法庭」，但查我國境內十六個地方律師公會及一個全國律師公會聯合會，均無所謂「律師公會法庭」之設置，本件條款制訂者之雇主為專業律師，對此一事實應知之甚詳，卻故意利用其專業上之優勢，欺瞞資訊弱勢之勞方，簽署指定一根本不存在之組織作為爭議處理機構，亦徵兩造間未有透過仲裁定紛止爭之合意，不生仲裁協議之效力。

(二)、乙說：仲裁協議有效說。

此說認為仲裁制度乃當事人基於私權自治及處分自由之原則，本於程序選擇權以解決私權紛爭之重要機制；仲裁之本質係依當事人之合意，就爭議事項放棄受法院裁判之權利，而服從仲裁人之判斷，以資解決，故應以當事人間確有仲裁之合意為仲裁之前提要件。經查，兩造於協議書第六條中載明：「如雙方發生爭議，雙方應盡力妥協。如不能和解，雙方之爭執應由甲方（即相對人）選擇由座落於台北市或台灣省之仲裁機構、律師公會法庭，和／或法院處理。雙方均應具狀極力向該仲裁機構、律師公會法庭及法院申請將案件所有審理、調查，言詞辯論及其他書面和非書面之程序、陳述、證據、判決及裁定對外保密。」觀諸上述協議書所用文字內容，兩造對於確切之仲裁機構雖未予指明，但關於是否成立仲裁協議乙節，已有最低限度之表現跡象，而在第六條中表明得以仲裁方式解決兩造間因協議書所生爭議事項，符合仲裁協議合意之最低限度條件要求（Minimum requirement），堪認兩造間已有仲裁協議之合意，就協議書所生爭議解決之方式約定以仲裁為之，而既有仲裁之約定，當然排除法院之管轄權³。

(三)、丙說：仲裁協議有效但無妨訴抗辯效力說。

此說認為本件系爭協議書第六條約定仍屬有效之仲裁協議條款，惟依其約定內容觀之，並未明定以提付仲裁為優先處理爭議或糾紛之程序，當事人之一方仍得依法向法院提起訴訟，他方不得依仲裁法第四條規定提出妨訴抗辯，自無勞方所指救濟無門之問題⁴、⁵。

³ 針對類似之案例臺灣台北地方法院曾採此說。臺灣臺北地方法院臺北簡易庭於九十四年三月十一日以九十四年度北勞簡字第一號裁定停止訴訟程序，並命勞工需將爭議提付仲裁。勞方不服提起抗告，臺灣臺北地方法院嗣於九十四年五月十七日以九十四年度勞簡抗字第二號裁定抗告駁回，理由類如本文上引乙說所述。

⁴ 上引案例之勞方於臺灣臺北地方法院以九十四年度勞簡抗字第二號裁定將其抗告駁回後，又未遵期將爭議提付仲裁，因此臺灣臺北地方法院臺北簡易庭即於九十四年六月二十三日再以九十四年度北勞簡字第一號裁定將勞方請求給付工資之訴駁回。勞方只好回頭企圖利用仲裁機制來索討薪資，乃向中華民國勞資爭議仲裁協會提出仲裁聲請。惟中華民國勞資爭議仲裁協會受理後發現勞資雙方間之仲裁協議規定仲裁機構需由「雇主」選定，乃發文要求勞方必須補具雇主選定中華民國勞資爭議仲裁協會為仲裁機構之選定書。勞方發文催告雇主限期選定仲裁機構，但雇主對於勞方之催告函拒絕收受送達，亦未選定或指定仲裁機構，勞方乃又向臺灣台北地方法院聲請指定仲裁機構。臺灣台北地方法院於九十四年九月二十八日以九十四年度仲聲字第十五號裁定將勞方之聲請駁回，勞方提起抗告略稱法院如不代為指定仲裁機構其將救濟無門，臺灣台北地方法院於九十四年十一月三十日以九十四年度抗字第一一二號裁定將勞方抗告駁回，但稱勞方應可直接起訴不受妨訴抗辯之拘束，故不會有救濟無門之問題，其見解顯與同院九十四年度勞簡抗字第二號裁定不同。

⁵ 上引案例後續結果如下：臺灣台北地方法院九十四年度抗字第一一二號裁定將勞方有關聲請代為指定仲裁機構之聲請駁回確定後，中華民國勞資爭議仲裁協會因久等不到勞方補正資方指定仲裁機構之指定書，乃於九十四年十二月二十五日通知不受理勞方之仲裁聲請。勞方旋於九十五年

管見：

筆者淺見則以為上揭三說雖各有見地，但假如勞工根本無參與決定協議內容之機會，且雇主是否真的有以仲裁機制解決紛爭之真意，亦頗堪質疑，故宜直接認定仲裁協議不成立。司法實務上就類似之案件臺灣台北地方法院最後是採第三說，一方面讓勞工仍得依法提起訴訟救濟，二方面則又不否認仲裁協議之有效性，雖不失為一解決實際問題之方式，但假如雇主更精細的制訂仲裁協議條款，進一步將提起訴訟救濟的可能性也堵死，勞方所稱「救濟無門」的情形未必就不會發生。

二、各類型勞資訴訟之特別審判籍。

法律問題：

民事訴訟法第一條第一項第一句規定：「訴訟，由被告住所地之法院管轄。」此稱為普通審判籍。在勞動訴訟中，假如勞工方面對雇主提起訴訟，一般而言必須向雇主所在地的法院起訴，管轄權始無錯誤。惟當勞工工作地與雇主所在地不同時，強要勞工必須遠到雇主所在地起訴，亦屬不便。此時大部分勞工即援用民事訴訟法第十二條之特別審判籍規定：「因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄。」主張工作地即是勞動契約約定之「債務履行地」，當然也有管轄權⁶。

就筆者檢索資料所得，給付資遣費⁷、給付工資⁸、給付加班費⁹、給付預告工資¹⁰、給付特別休假工資¹¹、勞保損賠¹²等訴訟，法院都承認工作地之法院即為契約約定之債務履行地，對上揭訴訟有管轄權，從而否駁雇主請求將訴訟移轉管轄至雇主所在地法院審理之聲請¹³。

惟下述類型之訴訟，工作地法院是否有管轄權，則仍有爭議。

一月六日第二次提起給付工資訴訟，臺灣臺北地方法院臺北簡易庭及民事合議庭分別以九十五年北勞簡字第二十一號判決及九十五年度勞簡上字第七十一號判決為一、二審實體判決。

⁶ 少部分個案雇主對勞工提起損害賠償或違約金訴訟，而被告勞工非居住於雇主所在地轄區者，雇主亦會「主動」主張工作地法院對此勞動訴訟之管轄權。

⁷ 臺灣板橋地方法院九十一年度勞訴字第四二號判決。

⁸ 臺灣板橋地方法院九十二年度勞簡抗字第一號裁定。

⁹ 臺灣臺中地方法院九十二年度勞訴字第九九號判決。

¹⁰ 臺灣桃園地方法院九十二年度勞訴更字第一號判決。

¹¹ 同上判決。

¹² 臺灣桃園地方法院九十二年度勞訴字第四六號判決。

¹³ 學者有謂在勞工以原告地位所提勞動訴訟中宜盡量從寬認定工作地法院之管轄權，以保護弱勢勞工權益。且雇主（被告）依民事訴訟法第 28 條第 1 項規定本無移轉管轄之聲請權，雇主如提出移轉管轄之請求至多只能認係「促請」法院依職權移送之意思而已，法院如准其請求而裁定移轉管轄，原告（勞工）得提起抗告救濟（最高法院 85 年度台抗字第 261 號裁定參照）；法院如不准雇主（被告）聲請移轉管轄之請求，則更無需以裁定駁回，將來於本案判決中敘明無庸移轉管轄之理由即可。至如原告之勞工自己聲請移轉管轄而被駁回者，依民事訴訟法第 28 條第 3 項規定本不得聲明不服，再依同法第 452 條第 1 項前段規定，第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決，從而第一審法院如從寬認定工作地法院之管轄權，即使認定有誤亦不虞遭廢棄發回。

討論意見：

(一)、退休金給付訴訟。

1、肯定說。

臺灣桃園地方法院九十二年度勞訴字第四六號判決判稱：「按因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄，民事訴訟法第十二條定有明文，而此乃係民事訴訟法關於因契約涉訟特別審判籍之規定，是項規定僅須當事人間有約定債務履行地之意思即有該條之適用，其並不以書面或明示為必要，即言詞或默示為之，亦非法所不許。本件被告（按即雇主）之主營業所雖設於台北市，惟原告（按即勞工）主張其工作地點均在桃園縣，被告亦自承原告在被告處任職期間均在桃園縣工作，且被告每月均自台北的總公司將原告之薪資匯到桃園縣龜山鄉原告的帳戶等語，足見兩造就原告勞動條件之任職及薪資給付地點應有默示於桃園縣之意思表示合致，應有以桃園縣為兩造間之勞動契約債務履行地之合意，且由債務履行地之本院管轄亦無違反不便利法庭之原則，則原告以特別審判籍之本院為管轄法院而提起本件訴訟，核與前開法條規定相符，被告僅以其公司登記之營業所設於台北市迪化街為由，忽視兩造間有債務履行地之默示合意，而請求將本件訴訟移轉至台灣台北地方法院，自有未洽，不應准許。」

2、否定說。

臺灣高等法院九十一年度勞抗字第一四號裁定判稱：「按對於私法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄；又因契約涉訟者，如經常事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄，民事訴訟法第二條第二項、第十二條分別定有明文。查本件相對人（按即雇主）之主事務所係設於台北市大安區，有公司登記事項卡可稽。雖抗告人（按即勞工）工作地點在桃園縣蘆竹鄉中興路000號，惟此為抗告人履行兩造間僱傭契約之履行地。而本件抗告人係請求相對人給付退休金，抗告人並未舉證證明兩造約定相對人應於桃園縣給付其退休金，則本件自應由相對人主事務所所在地法院管轄。原法院因而依職權將本件移送台灣台北地方法院，並無違誤。」

(二)、職業災害補償訴訟。

1、肯定說。

臺灣桃園地方法院九十年度勞訴字第三二號判決：「本件被告公司之主事務所所在地固非在本院管轄區域內（設於台北市林森北路），惟本件係屬因勞動契約涉訟（原告主張伊於八十五年六月十二日受雇於被告公司，因從事之工作需經常以人力彎腰搬運重物，致伊受有腰椎間盤突出及右大腿萎縮該傷害，依勞動基準法第五十九條第二款前段之規定，被告公司自應給付工資補償。），且本院復為本勞動契約之債務履行地法院，故本院就本件訴訟應有管轄權。」另臺灣高等法院八十九年度勞抗字第二號裁定更明確指出：「本件抗告人（按即勞工）主張其於上下班途中發生事故而受傷害，依勞動基準法規定請求補償，並主張其係受僱於被告五股廠工作，雙方僱傭契約之成立，所有工作之履行、權利之行使和薪資領取均於設於台北縣五股鄉五權五路之被告五股廠等語。如抗告人主張屬實，則

依首揭法條規定，原法院（按指台灣板橋地方法院）即有管轄權，不得遽予將本案移送台灣高雄地方法院，抗告意旨指摘原裁定不當，聲明廢棄，非無理由。」

2、否定說。

臺灣高等法院九十二年度勞抗字第六號裁定：「按對於私法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄；又因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄，民事訴訟法第二條第二項、第十二條分別定有明文。所謂因契約涉訟，是指本於契約關係提起之民事訴訟而言，例如因勞動契約請求給付工資、退休金等是，若非本於契約關係之訴訟，則無依第十二條以債務履行地定管轄法院。本件抗告人（按即勞工）既主張於工作時發生事故而受傷害，依勞動基準法規定請求職業災害補償等情，則顯然本件並非本於契約關係提起之訴訟，即無民事訴訟法第十二條所謂『因契約涉訟』之情形，從而並無依該條以債務履行地定管轄法院之可言，因此雖抗告人係受僱於相對人（按指雇主）位於桃園縣蘆竹鄉中興路之電力三隊，薪資之領取亦位於桃園縣桃園市之茄苳郵局，亦無民事訴訟法關於因契約涉訟特別審判籍規定之適用，另外抗告人並無提出兩造約定職業災害補償之管轄法院為臺灣桃園地方法院，則依民事訴訟法第二條第二項之規定，仍應以相對人之主營業所所在地為管轄法院，原法院以相對人之主營業所所在地在台北市大安區，因而移送於該管之管轄法院臺灣臺北地方法院，於法並無不合，抗告意旨以職業災害補償之請求屬契約涉訟，主張由臺灣桃園地方法院管轄，並不足採，抗告無理由，應予駁回。」

（三）、確認僱傭關係存在訴訟。

1、肯定說。

臺灣高等法院高雄分院八十九年度勞抗字第一號裁定：「相對人即原審被告（按指雇主）雖設址於台北市，惟抗告人即原審原告（按指勞工）主張請求確認與相對人間僱傭關係存在，兩造約定債務履行地即抗告人之工作地點在台電核三廠（位於屏東縣恆春鎮）及附屬單位之事實，有抗告人之起訴狀及其提出之勞動契約一紙附卷可稽，則依抗告人主張之法律關係為僱傭契約，其以契約涉訟而向契約履行地台灣屏東地方法院起訴，依前開法條之規定，原法院即非無管轄權。原法院不察，將本件裁移台灣台北地方法院管轄，自有未洽」。

2、否定說。

臺灣高等法院臺中分院八十八年度勞抗字第一號裁定就有關興農職業棒球事業股份有限公司與球員張天麟間確認僱傭關係存在訴訟管轄權爭議判稱：「按民事訴訟法第十二條規定：『因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該債務履行地之法院管轄。』其立法意旨，乃係當事人以契約特別定有履行地者，履行地對於當事人而言具有特別利害關係。因此，在履行地發生契約債務之糾紛，由履行地法院審判，符合雙方當事人之利益，且法院對於調查證據亦較就近方便。惟須注意者，所謂履行地必須係當事人於契約中特別明定者為限。至於，民法第三一四條所規定之法定債務履行地，則非此處之履行地。惟查抗告人與相

對人所簽訂職業棒球選手契約中，並無明文定其履行地，自與前開法條意旨不符。」需特別敘明的是本案乃係由雇主之興農職業棒球事業股份有限公司，對職棒球員張天麟在興農球團所在地之台灣台中地方法院提出確認僱傭關係存在訴訟，被告球員張天麟抗辯應將訴訟移轉至其居住之台灣板橋地方法院管轄，台灣台中地方法院及台灣高等法院台中分院均支持被告球員之主張。

管見：

依筆者淺見，上開給付退休金、請求職業災害補償以及確認僱傭關係等訴訟，皆屬於因勞動契約關係所衍生之訟爭，無論係考量法院調查或勞工提起訴訟之便利性，勞工皆應有在工作地法院對雇主起訴之權利。否則類如跨國企業之勞工均需遠至企業本部母國所在地之法院起訴，對於海外員工言誠屬不可想像！前身為一九六八年布魯塞爾條約現併入歐盟管轄權規章中關於勞動訴訟部分之規定，即明確的賦予勞工在工作地起訴之權利，可供我國法院處理此類爭議之參考。茲特別摘錄如下：

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters Official Journal L 012 , 16/01/2001 P.

Section 5

Jurisdiction over individual contracts of employment

Article 19

An employer domiciled in a Member State may be sued:

1. in the courts of the Member State where he is domiciled; or
2. in another Member State:

(a) in the courts for the place where the employee habitually carries out his work or in the courts for the last place where he did so, or (以下略)

鄰近之日本於二〇〇四年五月十二日公布，二〇〇六年四月一日起施行之「勞動審判法」第二條亦已明定勞工就業所在地法院為勞動審判管轄法院¹⁴，均可資參照。

三、簡易或通常訴訟程序。

法律問題：

退休金訴訟其訴訟標的金額逾新台幣五十萬元者究應依民事訴訟法第四百二十七條第二項第八款規定適用簡易訴訟程序，抑或應依通常訴訟程序審理，有不同見解。

討論意見：

(一)、應適用通常訴訟程序。

發文字號：臺灣高等法院暨所屬法院八十五年法律座談會民事類提案第三十七號
座談機關：臺灣士林地方法院

¹⁴ 請參鄧學良先生著「勞動事務訴訟法制研究」第十一頁，行政院勞委會九十五年委託研究報告。應特別澄清者，日本勞動審判法所稱之勞動「審判」並非我國法律意義下之勞動「訴訟」，反而比較接近、類似法院處理勞資爭議調解程序。

法律問題：

勞工依勞動基準法規定請求雇主給付四十五個基數之退休金，其金額超過新台幣三十萬元（按現已調高為五十萬元），此種給付退休金之訴訟，應依簡易訴訟程序審理或依通常訴訟程序審理？

討論意見：

甲說：依簡易訴訟程序審理。

按因退職金給付涉訟者，不問其標的金額或價額，一律適用簡易訴訟程序，民事訴訟法第四百二十七條第二項第八款定有明文，給付退休金訴訟即係因退職金涉訟，依上開規定自應適用簡易訴訟程序。

乙說：依通常訴訟程序審理。

按因利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他定期給付涉訟者，不問其標的金額或價額一律適用簡易訴訟程序，民事訴訟法第四百二十七條第二項第八款固定有明文，惟依該條立法意旨，應係指因定期給付所生之訴訟應依簡易訴訟程序審理，條文中所指之利息、紅利、租金、贍養費、退職金僅係列示規定，必以訴訟性質為定期給付始有該條款之適用，勞工依勞動基準法規定請求一次給付四十五個基數之退休金，性質上並非因定期給付涉訟，且本件訴訟標的金額已超過新台幣三十萬元，自應適用通常訴訟程序審理¹⁵。

初步研討結果：採乙說。

審查意見：採乙說。

研討結果：照審查意見通過。

（二）、應適用簡易訴訟程序。

吳明軒先生在「關於修正民事簡易訴訟程序規定之適用」¹⁶一文主張：「（民事訴訟法第四二七條第二項第八款）所謂退職金，係指當事人之一方長期為他方服勞務於退職時所得請求之報酬而言。至該他方究為個人、合夥或法人，在所不問。如勞工依勞動基準法請領之退休金及其他當事人間約定之退休金等是。」故依此解釋，勞工向雇主提起退休金給付訴訟，無論金額多少，一律適用簡易訴訟程序¹⁷。

但同作者九十六年九月二十日出版發行之「民事訴訟法論」中冊第一二一〇頁，對於退職金之定義與前文同，均指係「當事人之一方長期為他方服勞務，於退職時所得請求之報酬而言。」但後文則將前文所舉之事例「如勞工依勞動基準法請領之退休金及其他當事人間約定之退休金等是。」整句刪除。是否表示已修改其原先之見解，不得而知。惟解釋上，勞工依勞基法向雇主所請求退休金之性質，當然仍是「當事人之一方長期為他方服勞務於退職時所得請求之報酬」無疑。

¹⁵ 鄭傑夫，「勞動訴訟」，收錄於「勞動基準法釋義---施行二十年之回顧與展望」，第五三〇頁採同說（九十四年五月）。

¹⁶ 載於「民刑事簡易訴訟程序修正條文及關係文書彙編」，第一九一頁（司法週刊雜誌社八十年三月發行）。

¹⁷ 臺灣板橋地方法院板橋簡易庭八十五年板簡字第一九九號判決曾以簡易程序判准勞工依勞基法請求四百多萬元之退休金。

管見：

就此一問題目前司法實務上以採第一說為主，只要訴訟標的金額超過新台幣五十萬元，均一律適用通常訴訟程序。依筆者淺見，觀諸民事訴訟法第四百二十七條第二項第八款之規定，其乃重在所謂「定期給付」之性質，一次給付之退休金請求，顯與其規範未合。惟類似之爭議情形尚存在於確認僱傭關係存在訴訟，蓋此類訴訟在計算訴訟標的價額時目前實務通說係依民事訴訟法第七十七之十條規定，劃歸為因「定期給付」涉訟類型，以權利存續期間之收入總數為準（詳文後述）。假如貫徹此一見解，則確認僱傭關係存在訴訟既屬「定期給付涉訟」，依民事訴訟法第四二七條第二項第八款最末一句「或其他定期給付涉訟者」之規定，不論標的價額應一律適用簡易程序才對，但此與目前實務作法不相符合。筆者淺見以為根本的解決之道，應在於變更目前確認僱傭關係存在訴訟其訴訟標的價額的計算方法（詳文後述）。

四、訴訟標的價額之計算。

法律問題：

有關勞工主張雇主違法解僱，因此提起確認僱傭關係存在之訴，其訴訟標的價額之計算，自司法院八十四年六月第二十三期司法業務研究會對此一問題作成統一的見解認應以權利存續期間之收入總數為準，期間未確定者應推定其存續期間，推定存續期間時原則上算至勞工滿六十歲時止，如推定之存續期間逾十五年，則類推適用院字第二一八九號解釋以十五年計算¹⁸，最高法院亦贊同此一見解並無異說¹⁹，爾後，此一問題可說已不復存在²⁰。惟設如勞工年滿六十五歲以上，工作年資未滿十年（設例為四年）遭非法解僱，提起確認僱傭關係存在之訴，其訴訟標的價額應如何計算？仍有不同見解。

討論意見：

（一）、甲說：應以目前年資按退休金計算為其訴訟標的價額。

此說理由為勞工年滿六十五歲，雇主即可不附任何理由單以年齡因素依勞基法第五十四條第一項第一款規定強制勞工退休終了勞雇關係。故勞工提起確認僱傭關係存在之訴，推定其存續期間應推定至起訴當時之年資，並以該年資所計算之退休金為訴訟標的價額。本例勞工年資四年，應以八個退休金基數計算其訴訟標的價額。

（二）、乙說：應以算至年資滿十五年為止之薪資總額為其訴訟標的價額。

此說認為應參照目前實務計算通例，以所推定權利存續期間之工資總額為準。而所推定之權利存續期間則應計至勞工年資滿十五年其可依勞基法第五十三

¹⁸ 依九十二年九月一日起施行之修正後民事訴訟法第七十七之十條規定，所推定之權利存續期間超過十年者以十年計算。

¹⁹ 最高法院八十九年台抗字第五三五號裁定參照。

²⁰ 惟勞工如不提起確認僱傭關係存在訴訟，而是提起一確定期限內之給付工資訴訟（例如請求自解僱日起至起訴日或至第一審言詞辯論終結日止之工資），有謂此時勞工主張一定期限內工資之給付仍是以「勞雇關係」存在為前提，故仍應按確認僱傭關係存在訴訟之例計算訴訟標的金（價）額。

條第一款規定自請退休時為止²¹（惟所推定期間超過十年者以十年計）。依此說，本例勞工年資四年計至年資滿十五年尚有十一年，超過十年以十年計，即以十年薪資總額計算其訴訟標的價額。

（三）、丙說：應依民事訴訟法第七十七條之十二以不能核定之規定處理。

此說認為勞工年滿六十五歲年資未滿十五年，雇主雖取得強制退休之權利，但雇主何時行使此一權利並不可知。同理勞工年資滿十五年固亦取得自請退休權，但勞工何時行使亦不確定，前兩說之見解均非妥適。應依民事訴訟法第七十七條之十二以不能核定之規定以不得上訴第三審之最高利益數額加十分之一定之，亦即以一百六十五萬元為其訴訟標的價額²²。

管見：

筆者淺見以為應採第三說為妥適，且於一般未滿六十五歲未達強制退休要件之勞工提起確認僱傭關係存在訴訟時，也應依此計算訴訟標的價額。現行需依民事訴訟法第七十七條之十條規定計算訴訟標的價額之作法，對弱勢又無財力之勞工造成極大財務負擔，甚至因而阻卻其起訴尋求救濟之機會，極為不妥。更且，勞工提起確認僱傭關係存在訴訟，多附加自非法解僱日起至復職日止之工資請求，部分法院於要求勞工以上開推定權利存續期間方式繳交高額裁判費後，卻於第二項工資請求只判准至言詞辯論終止日之工資，顯然不合理，亦足徵目前類此案件訴訟標的價額計算方式的不妥適。

五、辯論主義與闡明權之界限。

法律問題：

雇主以勞基法第十一條第二款「業務緊縮」為由資遣勞工，勞工亦無異議接受辦妥交接手續後離職。嗣後因雇主拒不給付資遣費，勞工乃提起給付資遣費訴訟。法院審理後發現雇主事實上並無「業務緊縮」情形，根本不符合勞基法第十一條資遣解僱要件。在下列兩種情形下法院對資遣費之請求應如何裁判？

（一）、勞雇雙方均不爭執資遣的合法性，只對勞工工作年資及平均工資數額有所爭執。

（二）、雇主於訴訟中自稱確實不符合資遣要件主張解僱無效勞雇關係繼續存在，從而拒絕給付資遣費並要求勞工回來復職，但勞工以已另謀得新職為由拒絕復職。

討論意見：

（一）、勞雇雙方均不爭執資遣合法性之情形。

1、甲說：資遣無效說。

謹按雇主以勞基法第十一條第二款「業務緊縮」為由資遣勞工，乃形成權之

²¹ 按立法院已於九十八年三月三十一日三讀通過勞基法第五十三條修正案，增列勞工年資十年以上、年滿六十歲以上者亦得自請退休。惟迄至本文定稿日（九十八年四月十六日）為止，尚未經總統公佈施行，併此註明。

²² 鄭傑夫前引註 15，第五一六頁之論述參照。

行使，必以行使當時業已具備該「形成權」行使之要件，始生法律關係變動或消滅之效果。如要件未具備則形成權行使之意思表示無效，無效乃自始、絕對、當然、確定的不生效力，亦不因當事人事後的不爭執即回溯的認為形成權之行使有效。最高法院三十二年上字第六七一號判例明指：「無效之行為在法律行為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為而回復有效，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亦均可資參照。則本例法院既已認定雇主並無勞基法第十一條第二款資遣事由，應認雇主資遣的意思表示無效，勞工自亦不能本於無效的資遣意思表示而向雇主請求給付資遣費。惟此時法院應行使闡明權²³，令原告勞工改依民法第一一三條後段請求損害賠償²⁴，此時如原告勞工已變更訴訟標的者，則法院得以原資遣費金額計為損害賠償額；原告勞工不願變更訴訟標的者，法院只能判決駁回其訴。

2、乙說：資遣有效說。

謹按民事訴訟採不干涉主義，凡當事人所未聲明之利益，不得歸之於當事人，所未提出之事實及證據，亦不得斟酌之，此觀民事訴訟法第三百八十八條之規定自明。本例勞雇雙方對於資遣有效性均不爭執，法院不得越俎代庖逕就當事人未主張、未舉證、未爭執之資遣有效性判認為無效。仍應依據當事人聲明範圍僅就資遣費之計算而為適法之裁判。

3、丙說：合意資遣說。

雇主違法資遣固不生以資遣為由終止勞動契約之效力，但勞工對此不爭執亦不願再繼續維持勞雇關係，應解為勞雇關係以合意資遣之方式終止勞動契約。亦即解釋上應依民法第一一二條規定把雇主無效之資遣意思表示轉換為「資遣之要約」²⁵，勞工同意從而接受，即屬成立合意資遣²⁶。此時法院應依合意資遣之法律關係就資遣費數額予以判決。

(二)、雇主自認資遣無效要求勞工復職之情形。

1、甲說：資遣無效說。

理由同上(一)、1所述。

2、乙說：資遣有效說。

謹按雇主以勞基法第十一條資遣事由通知資遣勞工，則其自身對事業單位究竟有無資遣事由存在應最為知悉，不得諉為不知。則其在明知並無資遣事由存在

²³ 最高法院判決向來認此亦係審判長之義務。

²⁴ 民法第一一三條規定：「無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。」

²⁵ 民法第一一二條規定：「無效之法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲為他法律行為者，其他法律行為，仍為有效。」

²⁶ 汪康定，「違法解僱期間應付勞工報酬之問題－民法第四八七條但書於實務適用之疑義」(東吳大學法研所九十年年度碩士論文，指導教授：孫森焱先生)，第二十二頁稱：「雇主違法解僱勞工，並未發生契約終止之效果，原勞動契約未終止，惟勞工如選擇只向雇主請求積欠之工資，未對違法解僱之事由有爭議，則應認勞工亦不願繼續維持僱傭關係，原勞動契約因勞工之同意終止。」可資參照。

之前提下，仍對勞工為資遣之通知，事後臨訟面臨資遣費請求乃又自稱資遣無效收回成命要勞工再復職云云，核其行為應屬依民法第八十八條第一項撤銷錯誤意思表示之意²⁷（即撤銷錯誤的資遣意思表示）。惟依民法第八十八條第一項後段規定，表意人需以其錯誤或不知事情非由表意人自己之過失者為限，始享有撤銷權。本案例情形下，雇主明知並無資遣事由存在卻仍然對勞工為資遣之通知，不能認為雇主無過失，故其並無本於錯誤意思表示之撤銷權，無從將已為之資遣意思表示予以撤銷，資遣仍有效成立²⁸。

3、丙說：合意資遣說。

理由與上（一）、3 略同。另再強調雇主違法資遣之意思表示乃自始無效，無所謂本於「錯誤」之原因撤銷的問題，故不採第二說。而因勞工對於該無效意思表示轉換為資遣之「要約」已經表示同意、接受即承諾之意思，雇主無從於給付資遣費訴訟中再撤回該資遣之要約，故雙方仍受合意資遣法律關係之拘束。

管見：

就第一項問題言，筆者淺見認應採乙說即資遣有效說較為妥適，法院應僅就勞工之年資、平均工資數額據實認定後對勞工之資遣費請求予以實體裁判，不應對雙方均不爭執之資遣有效性越俎代庖逕作資遣無效之認定²⁹。至於第二項問題，從保護勞工立場出發，應採第三說合意資遣說為是。但採此合意資遣說之情形，必須與勞工雖受領資遣費但否認資遣有效進而提起解僱無效訴訟之情形分別以觀，亦即在勞工主張資遣無效之情形中，不能因勞工曾受領資遣費，即認定成立合意資遣，蓋此因後者主張資遣無效之情形，勞工根本無承諾之本意，不能成立合意資遣也。

六、民法第四八七條但書「扣除」之本質。

法律問題：

雇主違法解僱勞工，勞工不服認解僱無效乃提起確認僱傭關係繼續存在及工

²⁷ 有關民法總則意思表示撤銷規定於勞動契約適用問題的深入討論請見黃程貫，「民法解除、撤銷與無效規定在勞動契約上之適用可能性」，收錄於「戰鬥的法律人---林山田教授退休祝賀論文集」，第四〇九頁以下（九十三年一月）。

²⁸ 實務上曾有一類似案例。國營事業唐榮鐵工廠股份有限公司為因應民營化，先則依公營事業移轉民營條例規定資遣勞工，並依該條例規定給予勞工離職金（相當於勞基法之退休金標準）。嗣後因標售失敗未能完成民營，乃主張應改依勞基法第十一條第二款後段「業務緊縮」為由資遣勞工，只需給付資遣費即可，因此向已離職勞工請求返還溢領之離職金（即退休金與資遣費之差額）。臺灣高等法院九十五年勞上易字第四十六號判決即以唐榮鐵工廠事後更正改依勞基法資遣勞工，即是依民法第八十八條撤銷前所為依公營事業移轉民營條例規定資遣勞工意思表示之意，而因唐榮鐵工廠行使撤銷權時已逾民法第九十條規定之一除斥期間，撤銷不發生效力，勞工仍可依公營事業移轉民營條例之規定領取離職金，故改判勞方勝訴確定。

²⁹ 惟勞工如在訴訟上曾一度表示「不爭執」雇主資遣之合法性僅願請求資遣費差額，嗣於辯論終結前變更主張表示雇主資遣無效、僱傭關係繼續存在請求雇主繼續給付工資，法院調查結果雖亦認同勞工之主張確認雇主確無合法之資遣事由存在，但因勞工前所為之「不爭執」已生訴訟法上「自認」之效力，故事後不得再爭執資遣之合法性矣，請參臺灣桃園地方法院九十一年度重勞訴字第一號判決。

資給付訴訟（下稱前案訴訟），法院最後判決勞方勝訴確定。因雇主拒不履行已確定之給付工資義務，勞工乃持憑勝訴確定判決為執行名義聲請強制執行。於執行程序中雇主以勞工在前案訴訟審理中曾轉向他處服勞務取得報酬，前案訴訟判決漏未依民法第四八七條但書規定予以扣除，爰依強制執行法第十四條規定提起債務人異議之訴，主張前案確定判決判令給付之工資金額應依民法第四八七條但書規定再予扣除³⁰。此項債務人異議之訴有無理由？

討論意見：

（一）、甲說：有理由。

謹按強制執行法第十四條債務人異議之訴，雖以消滅或妨礙債權人請求之事由發生在執行名義成立後為其要件（如以裁判為執行名義者，異議原因事實發生在前訴訟言詞辯論終結後者，亦得主張之。）但依最高法院二十九年上字第一一二三號判例意旨：「抵銷固使雙方債務溯及最初得為抵銷時消滅，惟雙方互負得為抵銷之債務，並非當然發生抵銷之效力，必一方對於他方為抵銷之意思表示而後雙方之債務乃歸消滅，此觀民法第三百三十五條第一項規定自明。故給付之訴之被告對於原告有得為抵銷之債權，而在言詞辯論終結前未主張抵銷，迨其敗訴判決確定後表示抵銷之意思者，其消滅債權人請求之事由，不得謂非發生在該訴訟言詞辯論終結之後，依強制執行法第十四條之規定，自得提起執行異議之訴。」³¹，本例情形下，前案訴訟程序中雇主疏未依民法第四八七條但書提出扣除、抵銷之主張，判決確定後仍得再主張抵銷並據以提起債務人異議之訴。

且民法第四八七條但書之扣除，立法理由稱：「受僱人因此（轉向他處服勞務）所取得之利益，乃屬『不當利益』。」即是「不當利益」³²，雇主對勞工當然即有不當得利返還請求權，以此一不當得利返還債權與勞工之工資債權兩相抵消，據以提起債務人異議之訴，正符前引最高法院二十九年上字第一一二三號判例意旨，故雇主所提起債務人異議之訴為有理由。

（二）、乙說：無理由。

1、謹按民法第四八七條但書之扣除，立法體例與民法第二六七條規定同³³，均屬損益相抵規定之具體化也³⁴。學者孫森焱先生明文指出此項扣除之本質純僅是

³⁰ 黃程貫，「解僱無效時雇主受領問題」，收錄於「勞動法裁判選輯」（二），第一五三頁（八十八年十二月）認為民法第四八七條但書之扣除規定在雇主違法解僱場合應無適用餘地。

³¹ 學說上對此一判例意旨持反對見解者有，陳榮宗，「強制執行法」，第一七二頁（八十八年十一月），轉引自楊與齡，「強制執行法論」，第二一八頁（九十四年九月）。另陳世榮，「強制執行法詮解」，第一三〇頁（六十九年四月）則認為異議事由存在於前訴訟程序能行使而不行使，則在既判力標準時後，關於因既判力而已確定之法律關係，應解為不得再主張行使之效果為妥。似亦對此一判例見解持保留態度。

³² 學說上認為勞工轉向他處服勞務所取得之利益為不當利益者，請參黃越欽，「勞動法新論」，第一二〇頁（九十五年九月修訂三版）。鄭玉波，「民法債編各論」上冊，第三四一頁（六十六年十月五版）。對不當利益說之批判，請參汪康定前引註 25，第九十八頁以下。

³³ 民法第二六七條規定：「當事人之一方因可歸責於他方之事由，致不能給付者，得請求對待給付。但其因免給付義務所得之利益或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。」

³⁴ 學說上主張民法第四八七條但書之扣除為損益相抵具體化規定者有，林誠二，「民法債編各論」中冊第二十七頁（九十一年三月初版）。黃茂榮，「債法各論」第一冊第二六八頁（九十五年九月再版）。對損益相抵說之批判，請參汪康定前引註 25，第一〇八頁。

「對待給付請求權之緊縮」，根本不發生抵銷問題³⁵，與日本民法第五三六條第二項規定不同³⁶。

2、學者史尚寬先生則認為此一扣除之主張，性質上應為「異議」，乃係請求權之減縮³⁷，而非民法第三三四條之抵銷，蓋債權人對於債務人因免給付所取得或應取得之利益並未取得獨立之請求權，只有就該部分之拒絕給付權爾³⁸。

3、換言之，勞工轉向他處服勞務所取得之利益，即是本於另一勞動契約所獲得之利益，並非不當得利，雇主只能主張於對待給付中「扣除」，而非得獨立對勞工有請求返還或給付之權利。

4、至若從法條用語予以觀察，民法第四八七條但書之扣除法條明文使用「扣除」之用語而非「抵銷」，更足見立法者認為「扣除」絕非「抵銷」。

5、司法實務上處理民法第四八七條但書之「扣除」亦非按「抵銷」之例。按工資為勞工維持其一家生活之基本憑藉，工資債權在三分之二額度內³⁹，依其性質通說均認屬於強制執行法第一二二條規定「債務人對於第三人之債權，係為維持債務人及其共同生活之親屬所必須者，不得為強制執行。」之所謂「禁止扣押之債」。而禁止扣押之債，依民法第三三八條規定亦禁止抵銷，則解釋上如認民法第四八七條但書之「扣除」等同「抵銷」，則前者「扣除」之額度當以每月工資三分之一為限，始符合法律規定。惟事實上，司法實務運用民法第四八七條但書「扣除」，完全不考慮強制執行法第一二二條及民法第三三八條規定額度問題，可謂「有多少就扣多少」。則以此理推知，顯見司法實務工作者，亦從不認民法第四八七條但書之「扣除」為「抵銷」。

6、是則，雇主如欲援引民法第四八七條但書規定主張「扣除」，應於勞工請求給付工資之前案訴訟程序中提出。如漏未主張者，於前案判決確定後，自無再主張行使之餘地矣。故勞工對雇主並不負償還或給付轉向他處服勞務所取得利益之債務，雇主本於抵銷之主張提起債務人異議之訴，即無理由⁴⁰。

³⁵ 孫森焱，「民法債編總論」下冊，第八四一、八四二頁（八十九年八月）。

³⁶ 日本民法第五三六條第二項規定：「因可歸責債權人之事由致履行不能者，債務人不喪失受領對待給付之權利；但因免自己之債務而取得利益者，應償還於債權人。」（中譯條文引自鄭玉波，民法債編總論第三八六頁）。解釋上依本條但書規定債權人對債務人即有「利益償還請求權」，與對待給付請求權間即發生抵銷或同時履行抗辯問題。並請參孫森焱前註。

³⁷ 最高法院九十七年台上字第二五四四號判決認為扣除僅是薪資債權之障礙事由，並非薪資債權發生之一般要件，用語雖有不同，但事實上結論並無不同。

³⁸ 史尚寬，「債法總論」，第五七八頁（六十七年九月）。

³⁹ 最高法院五十二年台上字第一六八三號判例參照。

⁴⁰ 實務上勞工遭違法解僱雖提起確認僱傭關係存在及給付工資訴訟，但因沒把握官司之勝敗，為了將來勞保老年給付領取權益，往往有到親友公司掛名投保之情事者。雖無實際轉向他處服勞務獲取工資之事實，但因有投保勞保之情事，只要雇主抗辯民法第四八七條之扣除，法院通常即以投保薪資數額認定為是轉向他處服勞務獲得之利益逕予扣除，勞工迭有怨言。又在雇主抗辯勞工有在他處服勞務獲取利益之場合，舉證上除調閱勞工之勞健保投保、勞退提繳資料外，也常有法官利用電子稅務閘門系統，線上調閱勞工所得稅申報資料之案例，此時與訴訟「扣除」無關之勞工其他種類所得（例如投資營利所得、利息所得、租賃權利金所得等）同時曝光，對勞工隱私權也構成一定程度的傷害。又某些案情情況下法院也會發函向勞工之新雇主查詢勞工之工資數額以便作為將來判決扣除依據，勞工則通常會懼怕法院向新雇主查詢，蓋法院一查詢新雇主即會得知原來該勞工正與舊雇主爭訟中，常會因此對勞工「另眼相看」。新雇主常會這樣認為：該勞工

管見：

筆者淺見以為應採第二說之見解。民法第四八七條但書之扣除規定純為了避免勞工獲得雙重給付，但並非謂勞工因此即對雇主負有需給付（或需償還）在他處服勞務所獲得報酬之義務。而勞工在他處獲得之報酬即是本於另一個合法有效之勞動契約且服勞務後始獲得者，乃辛勤工作獲得之代價更非不當得利。故雇主對此既無任何請求權存在，即不能在給付工資訴訟判決確定後的執行程序再行主張扣除，司法實務上臺灣臺北地方法院九十五年度訴字第一〇一八三號判決見解亦同。

七、雇主受領遲延狀態之滌除。

法律問題：

雇主解僱勞工，勞工不服認解僱無效乃提起確認僱傭關係繼續存在及工資給付訴訟。雇主擔心一但最後法院判決勞工勝訴確定，將需負擔通知勞工復職前之工資，卻又平白損失未能受領勞務之利益，乃於訴訟繫屬中附條件的通知勞工於訴訟確定前需先暫行復職。此項通知之效力如何？是否影響到繫屬中之訴訟？附條件暫行復職之通知如在事實審繫屬中或第三審繫屬中發出者，效力有無差別？

討論意見：

（一）、甲說：受領遲延狀態終了說。

1、依最高法院八十七年台上字第第二五五九號判決意旨：「債權人遲延後，須再表示受領之意思，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，受領遲延之狀態，始因滌除而告終了。」則本例雇主已通知勞工應先復職即屬表示再受領之意思而催告勞工給付勞務，應認受領遲延之狀態，已因滌除而告終了。而此一通知無論是在事實審繫屬中或第三審繫屬中發出者，效力均無差別，均同生滌除受領遲延狀態之效力。

2、至於雇主發出復職之通知，是否會影響到繫屬中之訴訟。台灣高等法院九十三年度勞上易字第八十號判決認為雇主一方面在訴訟中繼續主張解僱有效勞動契約業已終止，一方面卻又通知勞工復職容或只是為了避免給付薪資而未受領勞工服勞務之不利益，衡情並非不合理。言下之意似乎認為雇主發出復職之通知，應不能影響到繫屬中之訴訟。尤其雇主如是在第三審繫屬中才發出復職通知者，因第三審為法律審，依民事訴訟法第四七六條第一項規定應以原判決確定之事實為判決基礎，不得提出新事實、新證據、新攻擊防禦方法，更無從審酌該復職之通知而影響到繫屬中之訴訟。

（二）、乙說：受領遲延狀態持續說。

1、與受領遲延相關之給付的提出與受領問題，不應該與給付所本之債之關係的有效與否問題相分離。雇主只要並非以履行契約之意思而受領勞務給付則仍陷於受領遲延。因此，雇主必須是以履行原勞動契約之意思而受領被解僱勞工之勞務

既然會對舊雇主興訟，將來是否也會用相同手段對付我？！

給付，受領遲延狀態才會終了。雇主若提出定期之新勞動契約或繼續原約而帶有解除條件之要約，則此時勞工縱使同意，雇主之受領勞工的勞務亦是一種基於新的法律關係之受領，與原勞動契約所生之受領遲延無關。換言之，在此涉及者係一危險分配問題，行使終止權而消滅勞動關係之一方，本即應承擔該終止權行使無效時之危險，應不得藉由任何方式迴避之⁴¹。

2、以故，雇主發出復職之通知，如為暫時性或附條件式受領之意思者，不生滌除受領遲延狀態之效果。而如是以受領原勞動契約勞務給付之意思為復職之通知者，可認為雇主已自認解僱無效⁴²。

管見：

筆者淺見以為此問題應採第（二）說受領遲延狀態持續說為當。否則如採第（一）說見解，雇主違法解僱即完全不必負擔任何風險，亦即勞工如順服解僱離職未提訴訟爭執者雇主等同已先取得解僱成為有效之利益；倘遇有勞工不服提解僱無效訴訟者，雇主即迅速通知勞工復職續服勞務，一方面仍享勞工服勞務之利益，另一方面繼續訴訟又可一博法院誤判解僱有效之機會，違法解僱等同完全沒有成本，不必付出任何代價，其能不鼓勵雇主圖僥倖違法解僱者幾稀！

八、受領遲延與年資併計。

法律問題：

雇主解僱勞工，勞工不服主張解僱無效，並提起確認僱傭關係存在訴訟，嗣獲得勝訴確定判決。但雇主不通知勞工復職、勞工亦不主動復職。事隔數年勞工以年資累計已符合自請退休要件為由向雇主提出退休之通知並訴請雇主給付退休，其訴有無理由？

討論意見：

（一）、甲說：肯定說。

依最高法院九十二年度台上字第一九七九號判決意旨：「則於上訴人（按即雇主）拒絕受領後，應負受領遲延之責。被上訴人（按即勞工）無須催告上訴人受領勞務，且上訴人於受領遲延後，須再表示受領之意，或為受領給付作必要之協力，催告被上訴人給付時，其受領遲延之狀態始得認為終了。在此之前，被上訴人無須補服勞務，自得請求報酬。」，雇主受領遲延狀態中，本案訴訟敗訴確定後，勞工並無義務需主動催告雇主受領勞務，仍須雇主再表示受領之意催告勞工給付勞務時，其受領遲延之狀態始得認為終了。本例，判決確定後勞工固未到職繼續服勞務，但雇主受領遲延之狀態亦未滌除，此時既已確定雇主原先之解僱為無效，勞工之權利地位應回復到如同未曾有解僱之原狀⁴³，年資當然應予併計。勞工退休金之請求為有理由。

⁴¹ 黃程貫前引註 29，第一四九頁以下有精闢之分析足供參考。

⁴² 同上註。但復職之通知如是在第三審繫屬中發出者，仍會發生前述法院無從審酌之問題。

⁴³ 黃程貫前引註 29，第一五四頁。

(二)、乙說：否定說。

所謂工作年資應與勞動契約存續之期間分別觀察。前者指勞工實際於事業單位服勞務之期間總和，勞動契約存續期間內勞工如未實際服勞務者，不得併計年資，此得觀諸留職停薪期間內勞動契約仍然存續但依法雇主得不計工作年資即是顯例⁴⁴。

本例雇主固然違法解僱在先，且本案訴訟敗訴確定後，亦未主動催告勞工復職，而使受領遲延狀態仍繼續存在，惟此純僅是勞動契約繼續存在及雇主應繼續給付工資之問題爾，並不影響勞工實際並未服勞務之事實。以故，此一段期間勞工未實際服勞務不能併計工作年資，自請退休條件尚未成就，不能准許勞工退休金之請求。

管見：

本問題很明顯應採第一說為是。蓋解僱既被判決確定無效，勞雇關係即應回復到勞工未被違法解僱時應有之狀況，年資當然應該併計。

九、解僱無效訴訟之競合。

法律問題：

雇主解僱勞工，勞工不服主張解僱無效，並提起確認僱傭關係存在及給付工資訴訟。於訴訟繫屬中勞工另往他處服勞務就任新職，旋不久又遭新雇主解僱，勞工仍認該新雇主之解僱亦屬無效再提另一確認僱傭關係存在及給付工資訴訟，形成同時繫屬兩件確認僱傭關係存在及給付工資訴訟之狀態，法院應如何處理？新、後訴之間有無相互影響？

討論意見：

(一)、甲說：不生影響說。

勞工固然事實上無法同時全時間為二以上雇主服勞務，故勞工被違法解僱而另謀他職情形下，或可認定該勞工實際上已無法再回原雇主處工作。但從我國民法第四八七條但書規定意旨以觀，應認勞工轉向他處服勞務只產生雇主得主張扣除勞工所取得利益之權利爾，尚與雇主受領遲延狀態之終了無涉⁴⁵，亦不得據此認為勞工等同承認雇主之解僱有效勞動契約業已終止⁴⁶。而民法第四八七條但書所稱扣除勞工轉向他處服勞務所取得之利益，又需以勞工業已實際取得利益為扣

⁴⁴ 行政院勞工委員會(八十五)台勞動三字第一一六二一七號函：「有關勞工『留職停薪』期間，於計算退休金之工作年資時，應否扣除，查現行法令並無規定，惟基於衡平原則，除勞資雙方另有約定外，似宜扣除。」可資參照。

⁴⁵ 黃程貫前引註 29，第四十七頁。

⁴⁶ 臺灣高等法院八十九年度勞上字第四一號判決稱：「被上訴人係於美商瑞泰公司於同年八月四日非法終止上開契約後，為謀生計始至他公司任職，不僅為人情之常，亦係該公司非法解僱所致，被上訴人遭非法終止勞動契約時起，已無從期待該公司受領其勞務給付，其事由係可歸責於該公司，揆之前揭說明，被上訴人自斯時起，無補服勞務之義務，自難以被上訴人於遭解僱後曾在連興公司任職，即遽認其無法依債之本旨提出給付，上訴人僅得依前開民法第四百八十七條但書規定，主張扣抵被上訴人於連興公司任職期間所獲得之報酬而已，不得謂上開勞動契約終止而拒絕給付報酬。」可資參照。

除前提，本例勞工兩件勞動契約存否之爭議均仍在訴訟中，新舊雇主均未給付工資，故均亦無「扣除」之問題。以故，兩件確認僱傭關係存在訴訟相互間不生任何影響。

(二)、乙說：相互影響說。

依前說所述兩件訴訟間不生任何影響，且亦無扣除另謀他職所取得利益之問題，則設如勞工兩件訴訟均獲勝訴確定判決，豈非勞工不勞而平白獲兩份工資？為求衡平，應認兩訴所個別請求之工資得相互抵扣，於主文中諭知勞工本項判決所命給付金額如已自他案判決獲得給付時應予扣除，以免勞工取得不當利益。

管見：

筆者淺見認為本問題應採第二說較為妥適，一來勞工之權益並無受損之虞，二來亦可避免因兩件訴訟同時進行而獲得兩份工資給付之不合理狀況。

十、調解程序範圍之擴張

法律問題：

民事訴訟法第四二二條規定：「調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎。」⁴⁷此一規定能否擴張及於勞資爭議處理法所進行之「調解」程序？

討論意見：

(一)、甲說：肯定說。

實務上絕大多數勞資爭議事件都曾經地方勞工行政主管機關（勞工局或社會局）調解不成立後方始提起民事訴訟，且如已遂行過此一調解程序者，依民事訴訟法第四〇六條第一項第三款及四〇三條第一項規定，更可發生免除起訴前應先經強制調解之義務⁴⁸，更足認勞資爭議處理法之調解程序應等同民事訴訟法之調解程序來看待。則為利於促成調解，使勞雇雙方在勞資爭議調解程序中無所顧忌暢所欲言，或儘可能提出各種妥協方案而不需瞻前顧後擔心後遺，解釋上應將民事訴訟法第四二二條所稱之調解程序擴張及於勞資爭議調解機關之調解程序。台灣高等法院九十三年度勞上易字第三十三號判決稱：「惟按民事訴訟法第四二二條規定，調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎。上開規定雖係就法院調解程序所為，然勞資爭議調解亦係由第三人介入促成當事人雙方達成合意或讓步，本於相同法理，上開民事訴訟法之規定於勞資爭議調解程序中亦有其適用。兩造勞資爭議調解既不成立，則不論調解委員之建議或當事人所為之陳述、讓步，均不

⁴⁷ 民事訴訟法第四二二條將「當事人之陳述」亦列入適用範圍，學者吳明軒先生頗有疵議，請參氏著「民事訴訟法」中冊，第一一八七頁（九十六年九月）。惟筆者淺見剛好相反，當事人之陳述及讓步在調解不成立後不得採為裁判基礎，才正是本條規範意義之核心，調解委員或法官之勸導於調解不成立以後，事實上已不具有裁判基礎之意義。

⁴⁸ 惟法院分案時偶有未注意及爭議事件曾經勞工局調解不成立之事實（縱使起訴狀業已檢附調解不成立證明並陳明無庸再行強制調解程序，亦同），仍會有先依民事訴訟法第四〇三條第一項第八款規定先送簡易庭調解之情形。

得援引作為本件訴訟之證據資料。」可資參照。

(二)、乙說：否定說。

民事訴訟法所定之調解程序與其他法定調解機關之調解程序，其進程序、調解主體未盡相同，不宜比附援引。且行政主管機關更常遂行便宜之行政協調程序，其程序之嚴謹性遠低於民事訴訟法規範之調解程序。故民事訴訟法第四二二條之規定不能擴張適用於法院以外之調解程序⁴⁹。

管見：

我國司法實務上就此一問題多數採否定說，少數如上述台灣高等法院九十三年勞上易字第三十三號判決採肯定說者實屬鳳毛麟角。但如此一來勞雇雙方於勞資爭議調解程序中投鼠忌器、瞻前又顧後，如何能順利遂行調解？司法院近期以來大力推展調解，正宜正視此一問題之影響⁵⁰。(本文原發表於2007年12月25日在文化大學大新館由行政院勞委會主辦之『九十六年度勞動訴訟之現狀與未來展望』研討會，載於會議手冊第20-42頁。2009/7/21略作文字訂正。)

⁴⁹ 實務上法院審理勞動訴訟事件時，對於勞資爭議調解程序中調解委員的建議或當事人的陳述通常並不考慮民事訴訟法第四二二條的適用問題。例如前台北銀行解僱工會理事黃玉炎一案中，臺灣高等法院九十二年重勞上字第十一號判決，即直接引用台北市政府勞工局勞資爭議調解委員會之調解方案：「雇主解僱不合法應立即回復勞方工作權」，而改判勞方勝訴（最高法院九十四年度台上字第二七九號判決維持）。另臺灣高等法院九十三年勞上易字第一〇六號判決則以勞工在勞資爭議調解程序之發言審酌認定雇主受領遲延狀態有無滌除之問題，均可資參照。

⁵⁰ 事實上類似問題也同時存在於其他法定調解機制之程序，例如鄉鎮市調解委員會之調解、著作權爭議調解（著作權法第八十二條以下）、消費爭議調解（消費者保護法第四十四條以下）等。司法院近期以來大力推展調解機制，如不能正視此一問題之核心意義，無異緣木求魚。至於政府採購之履約爭議調解，因政府採購法第八十五條之一第三項明文規定：「採購申訴審議委員會辦理調解之程序及其效力，除本法有特別規定者外，準用民事訴訟法有關調解之規定。」實務上公共工程會所發調解不成立證明書於最末有如下文字之註記：「本件調解程序有上開法條（按即指民事訴訟法第四二二條）之適用，調解委員、諮詢委員所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，不得作為裁判之基礎。」