臺北高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5LO;@108年度訴字第

108年10月23日辯論終結

原　　告　長榮航空股份有限公司
代　表　人　林寶水（董事長）
訴訟代理人　陳佩慶　律師
　　吳泓毅　律師
　　沈以軒　律師
複代理人　　陳建同　律師
被　　告　桃園市政府
代　表　人　鄭文燦（市長）住同上
訴訟代理人　林三加　律師

上列當事人間勞動基準法事件，原告不服勞動部中華民國107年12月18日勞動法訴字第1070013426號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：原告從事航空運輸業，為適用勞動基準法之行業。經被告勞動檢查處於民國107年1月31日及3月14日實施勞動檢查，發現原告所僱勞工甲○○於107年1月26日以電子郵件申請107年2月15日（除夕）及107年2月17日（初二）休特別休假，原告主管於107年1月30日以電子郵件回覆，過年因人力需求無法核給特別休假，其中107年2月15日主管以通訊軟體直接拒絕；勞工乙○○因家中有事，於107年3月5日當天以電子郵件申請臨時休特別休假，原告當日即以申請時間

超過凌晨零時為由，未批准特別休假，違反勞動基準法第38條第2項規定。案經被告審查屬實，乃依同法第79條第1項第1款及第80條之1第1項規定，以107年4月18日府勞檢字第1070079960號裁處書（下稱原處分），處原告罰鍰新臺幣（下同）2萬元整，並公布原告名稱及負責人姓名。原告不服，提起訴願，經勞動部107年12月18日勞動法訴字第1070013426號訴願決定駁回，原告仍不服，循序提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張略以：

（一）依臺北市政府勞工局107年6月27日臺北市政府單一陳情系統回覆函、新北市政府勞工局107年5月28日新北勞檢字第1073566450號函文意旨，特別休假事先申請制度於法並無不可，具有拘束勞雇雙方之效力。經查，原告空服員之班表以日曆月為單位，於每月20日公布次月份之班表。在為確保班表的穩定性暨空服員排定特休期日之原則下，原告於全體空服員任職時均已明確約定特別休假申請程序，應於休假前2個月之月底前提出，此觀工作契約書第5條約定即明，此約定自有拘束勞資雙方之效力。又「休假前2個月之月底前提出」之特休請假程序之約定內容具有合理性，係因原告唯有如此約定，方得在排定次月班表前，確認全體空服員排定特別休假之狀況，若僅約定「休假前1個月之月底前提出」特別休假之申請，則有不及於排定班表前確查得調度人力的情形。縱使空服員未及於休假前2個月之月底前提出特休申請，考量空服員突發狀況有休假需求，原告除鼓勵渠等可自由行使其他法定假別外，在當日實際營運人力尚有餘裕之前提下，原告亦有例外開放「臨時性特別休假」申請機會，惟空服員至遲須於「預定休假日期前1日」提出，益證原告與空服員特別休假事前申請

約定具有彈性調整空間，又組員保有極大取消特休申請之權利，只須在預定休假日期前1日提出取消特休申請即可，足見原告就組員是否及如何行使特別休假排定權，原告尊重組員之意願。且原告出於尊重空服員個人排班規劃，採取客製化方式排定空服員班表，以致排班作業流程冗長、繁瑣，需時甚久，足以佐證原告將公司營運需求優先級劣後於組員個人規劃，且為因應特別休假修法後，原告將特別休假期日排定列入排班程序第一順位，在組員提出特別休假申請前，其餘排班作業程序皆無法進行，原告並增設特別休假協商機制，即基於企業經營上之急迫需求無法立即核放特別休假時，原告會藉由不斷提供其他替代方案或選項，與組員協商變更原排定期日之溝通過程，此外原告亦取消每日可得申請之特別休假名額上限，甚至同一期日申請人數過多，以致無法以協商機制應對之極度例外情形，原告亦設有抽籤機制以因應，足證原告相當尊重組員之特別休假排定權，並盡可能核放特別休假為原則。故原告基於經營管理、人力調度運用之必要性及迫切性，並兼顧勞工仍有特別休假期日選擇權利之前提下，與勞工約定特別休假事先申請之請假程序，具有合理性、必要性及彈性調整空間，並未牴觸勞動基準法第38條第2項前段規定。

（二）次查原告與全體空服員均於任職時工作契約書約定特別休假申請應於休假前2個月之月底前提出。另於當月班表發佈後，若該日人力充足，原告例外釋放限定員額供空服員申請臨時性特休，但最遲須於休假前1日提出。詎料，本件勞工甲○○申請「107年2月15日及2月17日」特別休假，未依約定於前2個月之月底前提出，遲至107年1月26日

方始為之，已明顯違反雙方約定之請假程序。至於勞工乙○○申請「107年3月5日」臨時性特別休假，竟拖延至當日凌晨零時12分辦理（距離原定勤務僅不滿5個小時），更與臨時性特休請假規範相悖。故勞工縱有特別休假排定權，仍須依照約定提出特別休假之申請，惟本件勞工甲○○與乙○○均未依公司行之有年之明確書面約定辦理請假手續，始終未完成特休請假程序之義務，原告因此未逕行核准渠等特休申請，於法並無違背。再按，勞工行使特別休假排定權利，仍應遵守誠實及信用方法，不得濫用，勞資雙方為因應各行業特性，本得約定權利之合理行使方式，乃屬當然，然本件甲○○與乙○○對於特別休假申請程序知悉甚明，任職期間長期遵守從未異議，卻無故違背請假手續，難謂對於原告營運管理不會產生影響，渠等特別休假排定權之行使實屬違反誠實及信用方法，而有權利濫用之虞。

（三）再查，縱然甲○○遲至107年1月26日始申請「107年2月15日、2月17日」之特別休假，已違反雙方約定特別休假之申請程序，原告仍未逕以不符請假程序為由駁回其申請，而係告知甲○○，公司為因應年假期間航班異動等突發因素，須保有必要的服勤人力，進而與其協商能否改休他日或與他人調班，蓋屆時正在辦理其他早於甲○○申請該2日特休假空服員的抽籤，暫時無法立即給予肯定之答案。嗣後，原告更於107年2月13日提出「改為待命勤務」（即出勤3小時之待命勤務取代需出勤較長時數之飛行勤務）等協商方案、於107年2月14日提出申請調班等協商方案、於107年2月15日告知107年2月17日尚有名額可核放特休假，惟甲○○對於原告多次協商均拒絕接受。又乙○○在距

離原定勤務僅不滿5個小時情形下，方提出臨時性特別休假申請，此違反雙方約定臨時性特別休假之申請程序，因時間緊迫以致原告無法與之協商，實係迫於無奈之決定。職是，原告雖與全體空服員於勞動契約明定特休假須提前申請，縱勞工未依特別休假事先申請、誠信原則，行使特別休假排定權及辦理請假程序，在時間允許仍有協商可能前提下，原告仍積極提出其他方案與勞工協商，包含改休他日或與他人調班等協商方案，以期兼顧勞工休假需求與大眾春節運能需求，原告絕無拒絕與勞工協商之情。再者，原告確有企業經營上之急迫需求，且在時間允許仍有協商可能前提下，原告已積極嘗試與組員進行協商，不得因組員無正當理由拒絕協商，即謂原告有牴觸勞動基準法第38條第2項之規定。

（四）退步言之，縱本院認為原告仍違反勞動基準法第38條第2項，依前揭臺北市政府勞工局、新北市政府勞工局函文意旨，可知各地主管機關對於「雇主若基於人力調度安排，在勞工仍得選擇特別休假行使期日的前提下，勞工須於事前『一定合理日數』提出申請排定特別休假，是否符合勞動基準法第38條第2項規定」之關鍵爭點，並非僅有單一解釋，且中央主管機關勞動部對此亦無明確釋示。準此，在中央或各地方主管機關未統一法律見解之前，原告依循行之有年之特休事先申請之合理規範，且考量原告已盡配合修法調整公司特休假制度之真摯努力，以及組員依特別休假請假程序排定特休假後，原告仍會落實其特休假等因素，難認原告主觀上有何違反勞動基準法第38條第2項之故意或過失，縱有過失，亦應有期待不可能原則之適用，而得為超法規之阻卻責任事由。故原告應無可非難性及可

歸責性，應依行政罰法第8條後段規定免除原告之處罰，原處分顯有違誤。

（五）綜上，本件原告特別休假事先申請之請假程序未有違反勞動基準法第38條第2項規定之事，爰起訴聲明：1、原處分及訴願決定均撤銷。2、確認原處分關於公布原告名稱及負責人姓名為違法。3、訴訟費用由被告負擔。

三、被告答辯略以：

（一）由勞動基準法第38條之立法經過可知，勞動基準法第38條第2項之立法意旨即在賦予勞工優先指定其排定特別休假之權利，倘資方對勞工排定之特休休假之期日有基於企業經營上之急迫情事者，則應再行與勞工協商。查勞工甲○○於107年1月26日向原告申請107年2月15日（除夕）及2月17日（初二）共計2天特休假，本為勞動基準法賦予勞工排定特休假日之權利，但竟遭原告逕以過年因人力需求，否准甲○○申請排定之特休假期日；另原告亦否准勞工乙○○於107年3日5日因家中有事所申請之臨時特休，且原告均未與前揭勞工協商，顯已違反勞動基準法第38條第2項規定所保障之「特別休假勞工優先指定」之權利。且依原告公布之「2019特休申請」規定，要求於班表發佈前，員工必須於申請特休月份前3個月之月底提出申請，即使提出申請，原告仍有准駁權。是勞工能否行使其特別休假權利，皆需待核放結果決定。故原告制定之「特別休假申請程序」相關規則，使其擁有得預先審核、准駁勞工申請之特別休假之權限，已違反或實質減損勞動基準法第38條新法規定，賦予勞工之特別休假優先指定權，實屬違法。

（二）次查，被告107年1月31日勞動檢查訪談時，原告公司副理

古琦甄明確表示原告公司就否准勞工甲○○申請特休假事宜，未實質與員工協商，此有原告公司主管董慧玲於勞工甲○○107年1月26日電子郵件信函記載：「1月30日以Line回應二月年節人力需求，尚無法核放，建議調班」等語可證；另被告於107年3月14日勞動檢查時，原告公司經理陳妙麗亦表示，就乙○○於107年3月5日因家中有事，當日以電子郵件向原告公司申請臨時特休，但公司未經協商當日即以「申請時間已過00：00」，當日拒絕員工請特別休假，並由該員工當天改申請生理假，則准予請假，益見原告並未與勞工就申請特休假之期日進行協商，而有違反勞動基準法第38條第2項但書就資方欲否決勞工之特別休假期日排定權之例外情形，應符合基於企業經營上之急迫需求，得與他方協商調整之「應進行協商義務」。況查，原告否准勞工甲○○及乙○○申請特休假之排休，並無雇主基於企業經營上之急迫需求，亦不符合勞動基準法第38條第2項但書所定「經營上急迫需求」之必要性要件。

（三）再查，原告對於勞工甲○○及乙○○申請特休假均為明知，業經原告於勞檢時受訪表示之內容可證，足見原告對於明知前揭勞工排定之特休假期日均為明知，但原告以申請時程不符規定等由否准，足見原告對於否決前揭勞工之「勞工特別休假期日排定權」之行為，顯有故意，縱無故意，亦有過失。故被告審酌相關事證，就原告違反勞動基準法第38條第2項規定，審酌原告之資本額、員工人數、違法情節及應受責難程度、所生影響及其資力，且原告5年內第1次違反同一規定等因素，依勞動基準法第79條第1項第1款規定，裁處最低罰鍰2萬元，並作成原處分，洵屬適法。

（四）綜上，原處分應屬適法，爰答辯聲明：1、原告之訴駁回。2、訴訟費用由原告負擔。

四、兩造聲明陳述如上，即勞工甲○○（於107年1月26日以電子郵件）「申請」107年2月15日（除夕）及107年2月17日（初二）休特別休假，勞工乙○○於107年3月5日當天以電子郵件申請休（臨時）特別休假，經被告分別以人力需求或申請時間超過凌晨零時等為由而未予同意等事實，為兩造所不爭執，而勞動基準法第38條第2項前段又規定特別休假勞工有「排定權」復為兩造所是認，因此，本件首要爭點應為：被告未同意上揭勞工特別休假是否符合勞動基準法第38條第2項但書規定（雇主基於企業經營上之急迫需求《或勞工因個人因素》，得與他方協商調整）？

（一）本件應適用之法律及本院見解：

1、行為時勞動基準法第1條規定：「（第1項）為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。（第2項）雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」第38條規定：「（第1項）勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，應依下列規定給予特別休假：……。（第2項）前項之特別休假期日，由勞工排定之。但雇主基於企業經營上之急迫需求或勞工因個人因素，得與他方協商調整。（第3項）……。」第79條第1項第1款規定：「有下列各款規定行為之一者，處新臺幣2萬元以上100萬元以下罰鍰：一、違反……第34條至第41條、……規定。」第80條之1第1項規定：「違反本法經主管機關處以罰鍰者，主管機關應公布其事業單位或事業主之名稱、負責人姓名，並限期令其改善；屆期

未改善者，應按次處罰。」

2、上開勞動基準法第38條105年12月21日修正時理由略以：「㈠特別休假制度有助於勞工恢復工作後所產生的疲勞，亦可維護勞動力，以落實勞工休息權。㈡依據國際勞工組織（International Labour Organization）第132號有薪休假公約（Holidays with Pay Convention）明定有薪休假之最低服務年限資格不得超過6個月。況且，參考亞洲鄰近國家日本，雖未簽署該公約但其勞動基準法仍賦予勞工工作滿6個月即享有有薪休假制度設計。相形之下，我國勞工特別休假門檻過高，爰予以修正。」

⑴勞動部106年3月3日勞動條3字第1060047055號函：「……二、依勞動基準法第38條規定，特別休假期日由勞工依其意願決定之。雇主可提醒或促請勞工排定休假，但不得限制勞工僅得一次預為排定或於排定於特定期日。至因年度終結或契約終止而未休之特別休假日數，不論未休原因為何，雇主均應發給工資。」106年3月10日勞動條3字第1060049806號函：「……四、另依本次勞動基準法第38條新增第2項及第4項規定，特別休假之期日應由勞工依照自己意願決定，雇主可提醒或促請勞工排定休假，但年度終結或契約終止時，勞工特別休假未休完之日數，不論原因為何，雇主均應發給工資。其立法旨意即為確保勞工特別休假權益不因年度終結成契約終止而喪失。至勞動基準法所規範者係勞動條件之最低標準，事業單位如有優於法令之給假日數，就優於法令規定之給假日數，倘屆請休期限，其未休之日數是否發給工資，仍得依勞資雙方協議辦理。……。」上揭勞動部函釋重申勞動基準法第38條特別休假之勞工指定「權」，並未逾越前揭法律規定意旨，本院自

予尊重。

⑵因上開立法理由未明示對勞動基準法第38條第2項之勞工特別休假排定權之立法理由，本院乃列舉與本件訴訟爭議相關問題函詢中央主管機關，經勞動部以108年9月3日勞動條3字第1080130943號函覆略以：

①105年12月21日修法前之特別休假制度，說明如下：

A、我國特別休假制度於73年勞動基準法（以下簡稱勞基法）施行前，工廠法已有相關規範，勞基法立法後迄至105年12月21日之修正前，有關特別休假之規定未曾修正。依是時勞基法第38條之規定，勞工繼續工作滿一定期間者，雇主應依法給予勞工一定日數之特別休假；至特別休假日期之排定，依當時同法施行細則第24條第2款規定，應由勞雇雙方協商排定，實務運作上，勞資雙方如無法協商合致，可由勞資各就一半之日數排定。

B、特別休假因年度終結或終止契約而未休者，依是時同法施行細則第24條第3款規定，其應休未休之日數，雇主應發給工資。至所稱「應休未休之日數」，應進一步釐清勞工未休畢之原因：如係可歸責於雇主之原因所致（如因雇主營運需要未同意勞工排定特別休假），雇主應發給未休完特別休假日數之工資；惟如特別休假屬勞工自行擇休方式，而勞工亦未於年度終結或終止勞動契約前提出休假之請求，則未休畢之原因難謂「可歸責於雇主」，雇主可不發給未休畢日數之工資。

C、有鑑於當時之法令規定對於勞工特別休假之期日，係由勞雇雙方協商排定，且其未休畢特別休假僅於可歸責雇主原因時，雇主始應發給未休工資，實務執行時多有勞工稱特別休假之請休為雇主所掌控，權利難以受到保護，事

實上「看得到、吃不到」之爭議。

D、105年12月21日是次修正，立法委員盧秀燕、蔣萬安、陳瑩、林淑芬、林靜儀及民進黨黨團、親民黨黨團、時代力量黨團、中國國民黨黨團等，紛就特別休假之規定，改採「應由勞工排定」為原則提案修正，經立法院委員會審查、黨團協商等立法程序，完成三讀後，由立法院咨請總統公布施行。

②105年12月21日修訂之特別休假制度，說明如下：

A、105年12月21日修正後之勞基法第38條，除參採國際勞工組織（ILO）第132號有薪休假公約（Holidays with Pay Convention)，修正勞工繼續工作滿6個月即有特別休假權利外，同條第2項增加「特別休假期日，由勞工排定」之原則性規定，明確賦予勞工特別休假期日之排定權，惟併有「但雇主基於企業經營上之急迫需求或勞工因個人因素，得與他方協商調整」之例外規定。

B、依105年12月21日修正之特別休假規範，勞工於符合勞基法第38條第1項所定特別休假要件時，雇主即應依法給予勞工特別休假。後依同條第2項規定，勞工得於法定特別休假日數範圍，於年度間依其意願排定行使特別休假之期日，免除出勤義務，雇主無得否准。雇主若「基於企業經營上之急迫需求」，經與勞工協商合致，可調整之；業經勞工提出並排定特別休假期日者，勞工因個人因素欲調整特別休假期日者，亦應經與雇主協商合致，始得調整變更。

③有關雇主得否以工作規則、勞動契約等方式，要求勞工應於事先（排定特別休假前一定日數）提出申請等情，說明如下：.

A、有關工作開始及終止之時間、休息時間、休假等事項，應於勞動契約中約定，勞動基準法施行細則第7條定有明文。勞資雙方如協商約定於一定合理範圍期限前，排定特別休假期日，雖無不可，惟勞工如未依約於一定期限前排定特別休假，雇主亦僅限於有勞基法第38條第2項但書所定事項得與勞工協商調整外，餘仍應依法給予勞工特別休假。

B、輪班制或排班制之勞工，其排定特別休假期日之規範與其他勞工並無二致，勞資雙方仍應依上開說明辦理；至輪班生產之事業單位因勞工臨時之請假，致有人力調派之需求，於必要之限度內，得依勞基法第32條第4項或第40條規定辦理。

④末按，勞基法係經立法院依立法程序完成三讀並經總統公布施行之法律，凡適用勞基法之行業，其事業單位僱用之適用勞基法勞工之勞動條件當依勞基法相關規定辦理。又依現行勞基法第38條第2項本文既已明定特別休假期日，由勞工排定之，雇主提醒或促請勞工排定休假，尚無不可，惟仍不得限制勞工僅得一次預為排定或非於特定期日前排定者不得為之。勞工於排定特別休假後，雇主如有同條項但書所列基於企業經營上急迫需求之情事者，得與勞工協商合致調整之。

⑤另檢送日本、德國有關勞工休期日之排定規定參酌。

3、綜上，勞動基準法第38條第2條乃賦予勞工特別休假之指定權，且該指定權法律上性質為形成權，一經指定即發生勞工特別休假日期（經勞工指定後）之確定。雇主只有在符合同條項但書規定，即①但雇主基於企業經營上之急迫需求（或勞工因個人因素）且須②勞工完成協商後，始能

例外調整勞工「申請」（即排定）之特別休假日，而上開中央主管機關勞動部108年9月3日勞動條3字第1080130943號函有關勞動基準法第38條第2條本文及但書規定所見解，詳實反應修法動機、立法委員代表民意立法之一致性，核與法律規定明文相符，本院自予尊重。

（二）兩造間對事實概要欄記載及下列事實均不爭執，並有兩造提出之下列證據附本院卷及原處分卷（或訴願卷）可查，自足認為真實：

1、107年1月26日，勞工甲○○以電子郵件申請107年2月15日及2月17日之特別休假（本院卷第204頁）。

⑴107年1月30日，原告主管董慧玲經理以line回覆，過年因人力需求，除夕至初二無法核放特別休假（詳107年1月31日被告勞動檢查處訪談紀錄，本院卷第84頁）。

⑵107年1月31日，被告派員至原告公司實施勞動檢查（詳被告勞動檢查處勞動條件檢查紀錄表，本院卷第82至83頁）。

⑶107年2月2日至2月6日，原告辦理春節期間特休預排組員之第一波抽籤作業；同年2月11日至2月12日，原告續辦理春節期間特休預排組員之第二波抽籤作業（本院卷第42頁）。

⑷107年2月6日，被告以府勞檢字第1070027091號函請原告針對疑涉違反勞動基準法第38條第2項規定一案，以書面陳述意見（本院卷第89至90頁）。

⑸原告於107年2月13日，以電子郵件函覆勞工甲○○略以，接獲其2018年春假特休「無抽籤意願」之回覆，並提出二方案即方案一：原特休申請日協商變更為雙方可接受之公司命勤務。方案二：調移特休申請日期。如經過上開協商

，無法達成特休安排之共識，請勞工甲○○依表定勤務出勤，原告會對其之後特休申請給予最大協助。同日勞工甲○○以電子郵件函覆略以：堅持指定特休日，不同意挪移或改其他待分，因與勞工特日之指定並無意義（本院卷第207頁）。

⑹ 107年2月14日，原告以電子郵件函覆勞工甲○○略以，其特休申請經審視人力運用狀況，暫無法立即核放，為確保航班運作順暢同時兼顧您（按指甲○○）需求，建議您可調整特休日期或申請調班。同日勞工甲○○以電子郵件函覆略以：上開函覆等同拒絕其特休申請，無所謂協商或配套措施，且仍強調需求上開指定日期特休假（本院卷第206頁）。

⑺ 107年2月15日，原告以電子郵件函覆勞工甲○○略以，審視目前人力運用，2月17日有特休名額，請回覆休假意願。107年2月16日，勞工甲○○以電子郵件函覆略以：2月15日、2月17日特休需一同核可，可以連續休假。因2月15日遭拒絕（違反勞基法），已不需2月17日之特休。且原告上開訊息通知對其言時間緊湊，難安排原定計畫，亦不符合特休勞工指定權法定意義，請原告勿違反勞動基準法，所謂協商還請具備誠意等語（本院卷第205頁）。

⑻ 107年2月22日，原告以長航服管字第20180002號函就疑涉違反勞動基準法第38條第2項規定陳述意見（本院卷第91至94頁）。

2、107年3月5日，勞工乙○○申請當日特別休假，其主管回覆無法核給（申請時間已過00:00即原則上當天員工不能請當天之特別休假），嗣後同意其改請生理假，未經任何協商（詳107年3月14日被告勞動檢查處訪談紀錄，本院卷

第99頁）。

⑴107年3月14日，被告派員至原告公司實施勞動檢查（詳被告勞動檢查處勞動條件檢查紀錄表，本院卷第95至96頁）。

⑵107年3月16日，被告以府勞檢字第1070043748號函請原告針對疑涉違反勞動基準法第38條第2項規定一案，以書面陳述意見（本院卷第101至102頁）。

⑶107年3月31日，原告以長航服管字第20180004號函就疑涉違反勞動基準法第38條第2項規定陳述意見（本院卷第103至106頁）。

3、107年4月18日，被告以府勞檢字第1070079960號裁處書（即原處分）就有關原告公司違反勞動基準法第38條第2項規定，依同法第79條第1項第1款及第80條之1第1項規定裁處罰鍰2萬元，並公布原告名稱及負責人姓名（本院卷第48至49頁）。原告不服，於107年5月21日（被告收文日期）提起訴願（訴願卷第134至138頁），經勞動部107年12月18日勞動法訴字第1070013426號訴願決定駁回（本院卷第22至27頁），原告仍不服，循序提起本件行政訴訟。

（三）經查，本件勞工甲○○以電子郵件申請107年2月15日及2月17日之特別休假經過事實詳如上述，即勞工甲○○早於107年1月26日行使法律賦予之特別休假排定之形成權，參照上開本院法律意見，原告除能證明有勞動基準法第38條第2項但書基於企業經營上之急迫需求及與勞工甲○○完成協商後，始能例外調整其特別休假日期。然查，本件原告處理甲○○上開特別休假之指定權，既未與甲○○實質協商，亦不同意其特別休假，且不同意之理由又提不出經營上之急迫需求，因此原處分認定原告違法，核無不合。

１、原告並未與甲○○實質協商變更特別休假日期：

⑴勞工甲○○107年1月26日提出申請後，其主管於107年1月30日回覆因人力需求（除夕至初二無法核放特別休假），不准其排定之特別休假，因此被告認定原告未依勞動基準法第38條第2項規定協商本屬有據。

⑵參照前揭本院認定事實，本件原告（於107年2月2日至2月6日、同年2月11日至2月12日）辦理春節期間特休預排組員之二次抽籤作業後，始提出二方案供甲○○選擇，上開方案實質上均非協商，而是在其他組員「辦理春節期間特休預排組員之二次抽籤作業」定案後，就空餘之時段所提出方案，實難認係針對勞工甲○○本件特別休假排定日期之實質「協商」。同理，原告所屬副理古琦甄於被告訪談時亦明確證稱「但未實質與員工協商」（詳本院卷第84至85頁訪談記錄之第85頁），因此本件原告並未與勞工甲○○為協商，應已證明。

⑶又既曰「協商」，自需有相互交換意見，進而兩造（本件原告與甲○○間）磋商後互相讓步，就勞工甲○○排定之日期調整達成共識，方足當之。然查參照上開事實，本件勞工甲○○從未與原告達成任何協商共識，況查其到庭亦證稱並未與其協商調整其排定之特別休假日等語明確。

２、原告雖主張原證4為原告與甲○○間協商其排定特別休假之證據云云，然上開原證四附本院卷第204頁至207頁電子信函，而各該信函內容詳如上述本院認定事實【理由（二）１、⑴⑸⑹⑺】所示，而上開事實實難認有實質協商亦詳如上述，因此原告主張已與甲○○間就其排定特別休假權行使，已達成協商調整云云，核無足採。

３、原告雖提出原證2「協商排定特休假公告之節錄本」（本

院卷第39頁以下，下簡稱節錄本），主張是因應勞動基準法第38條第2項但書規定所設立之協商機制；又上開節錄本已記載：「援例進行2018年度特休預排作業，旺日區間仍採抽籤方式，中籤組員將優先核放，其他申請者於特休月份二個月前視力狀況進行核放。」「旺日期間FRB/18-20」、「『臨時性特休』是指班表發佈後,組員可根據班表結構，向空服報到課提出紙本申請單或Email到skj@evaair.com，最遲須於特休日期前一日提出；將依該日人力狀況審核，並以班表變更單的方式通知。」等語；然查

⑴原告並未提出上開規定之協商機制之實質內容，亦未提出原告歷年來有關勞工特別休假制度、臨時休假制度之版本，更未提出上開節錄本全文及歷年版本供參酌。

⑵節錄本雖載明「協商」，但內文有關旺日特休申請，顯為原告（雇主）「預先」擬定旺日期間得行使特休假人數供勞工抽簽籤（不論勞工有無排定特別休假）選擇；顯與勞動基準法第38條第2項規定，勞工先排定特別休假期日「後」，雇主若對勞工排定之特別休假日有經營上之急迫需求時，再與勞方「協商」調整，當然不同。

⑶又節錄本載明旺日期間為2月18日至2月20日，而本件行使特別休假排定之形成權指定特別休假日期107年2月15日及2月17日，非在上開旺日區間。因此原告援用上開節錄本主張有協商云云，更難認有理由。

⑷末查，節錄本上載明「協商排定」但本件原告僱用之勞工甲○○、乙○○二人到庭具結作證，均一致證稱本件特別休假排定後，原告並未與之協商，即駁回或不同意證人本件特別休假之申請，且原告從未說明上開節錄本之「協商排定」究係何人？於何時？何地達成協商決議，因此原告

持上開節錄本主張有依勞動基準法第38條第2項但書規定設立之協商機制，本件依據節錄本規定，對勞工甲○○特休假排定，係經由合法協商，並未違法云云，自無足採。

⑸末查，勞工特別休假權及排定權為法律強行規定，前揭節錄本創設「臨時性特休」，並限制勞工應在排定特別休假前一日前提出。然查原告並未證明節錄本上特別休假應於一定期限內提出，係經由原告與其勞工即證人甲○○、蔣欣穎等勞工間合法協商（即勞資雙方合法協商），且縱有合法協商，但勞工未依協商於期限前提出，雇主即原告仍僅能依據勞動基準基法第38條第2項但書所定事項續與勞工協商調整，換言之，雇主仍應踐行協商程序，詳如前述本院本件法律依據及本院見解，亦應先敘明。同理上開節錄本限制旺日期間特別休假應於2個月前提出，亦難認與勞動基法法第38條第2項本文強制規定相符。

⑹承上說明，原告主張依據兩造之簽署之工作契約約定，勞工甲○○本件特別休假申請，應於休假前2個月內之月底提出云云，自顯與前開修法後之規定及本院之律見解不同，顯無足採。

4、原告不同意甲○○排定特別休假日期之理由，核與原告經營上之急迫需求無涉。

⑴勞工甲○○為原告僱用之空服員，依原告公司內規定是排班制，分正班及備勤待命班。證人甲○○到庭具結作證略以：於107年1月20日原告公布107年2月之值勤班表，故知道107年2月15日及17日為備勤待命班，始於107年1月26日提出（排定上開2月15日及17日）特別休假（申請），因特別休假日屬備勤待命班，是公司沒有這麼急迫需求等語明確，因此被告認本件原告於上開期間並無營業上急迫需

求等語，本非無據。

⑵再查，參照本院認定前揭事實，原告第一時間（107年1月30日）回覆甲○○特別休假排定權行使，係以「過年因人力需求，除夕至初二無法核放特別休假」為由，而原告為國內二家最大航空公司，僱用數千名空服員，因此過年空服員人力需求，核自屬原告於每年過年期間必須面對之人力調度之問題，核自非條文規定「營業上『急迫』需求」。

⑶又本件原告處理勞工甲○○之特別休假排定權之行使過程，參照上開說明，而原告制定之班表乃考量春節期間空服員人力需求後，訂出（春節假期間）含本件二位勞工在內之全體空服員可供申請特別休假之日期，並開放全體空服員經由二波抽籤後確定各空服員之於春節假期間特別休假日期。先不論此種春假期間作法寓有由雇主指定勞工特別休假日之影子（核與本次勞動基準法第38條第2項規定由勞工排定特別休假權不符），參照上開本院認定之事實，前揭原告主張「人力需求」等原因，因屬更動空服員班表即可以解決之問題，更難認屬營業上「急迫」需求，況查本件甲○○指定上開特別休假期日於班表上又屬「備勤待命班」，更難認原告上開主張（有營業上急迫需求）有理由。同理，原告所屬陳妙麗經理，於被告檢查訪談時亦陳稱：「甲○○2/15待命、2/17待命。」「2/15特休遭主管拒絕，當天尚有2位待命人力，2/17也未准特休，當天尚有6位待命人員。」（詳本院卷第97頁至98頁）等語，因此本件甲○○排定上開特別休假期間，既然為「備勤待命班」，分別又有2位、6位待命人員，因此原告主張之「人力需求」不核定甲○○之特別休假亦無理由，故本件原告

並無勞動基法第38條第2項但書規定「營業上急迫需求」益足證明。

5、原告雖提出「待命安全值規劃」主張待命人力低於待命安全值，即非常可能因缺員影響航班正常起降，而本件滾動式調查確認2月17日待命人員達8位時，即通知勞工甲○○准核放該日特別休假，並確認勞工是否仍有休假意願云云，故不准勞工甲○○本件特別休假核屬基於「營業上急迫需求」云云。然查詳如上開理由四，本件勞工甲○○行使特別休假排定權（即甲○○及告主張之「申請」）後，迄其指定特別休假日期其間，約計有20日充裕時間供原告（在甲○○指定之特別休假期日發生人力缺乏時）調派人力，然原告於第一時間即不准勞工甲○○之特別休假排定權行使，嗣後再以抽籤等結束後告知2月17日可以准其特別休假，另再以「待命安全值規劃」等主張不准特別休假屬「營業上急迫需求」云云，理由互相矛盾，自無理由。況參照上開節錄本記載，甲○○行使特別休假排定權指定之特別休假日期，並非「旺日期間」，參照上開說明，更足證原告此部分主張無理由。

（四）勞工乙○○於107年3月5日零時許向原告申請當日特別休假，經原告以申請時間已過00:00，即勞工不能請當日之特別休假為由，函覆無法核給；因勞工乙○○依勞動基準法第38條第2項本文規定，行使特休假排定之形成權後，原告非以經營上之急迫需求且經與勞工乙○○協商後允其調整為由，而不核給乙○○特別休假，參照前揭本院法律見解，原處分認定原告違法，亦無不合。

1、經查，本件勞工乙○○行使特休假排定之形成權後，被告並未與之協商即予表明無法核給等事實，為原告所不爭執

，且原告公司經理陳妙麗，於107年3月14日被告勞動檢查訪談記錄時，經詢問原告公司未與員工協商，拒絕勞工蔣欣穎所請之特別休假時，答稱「建議組員請特別休假以調班or調整特休日期由空服調派部以mail方式告知組員，蔣欣穎改請生理假處理」。另答稱乙○○當日（3月5日）請特休，後遭公司拒絕改請生理假，該員雖當日值勤人員，但待命人員尚有3人等語（詳本院卷第99頁至100頁）。核與乙○○到庭具結證稱原告從未與其協商本件特別休假排定日期；當日遭原告拒絕特休假申請後，改請生理假，但請生理假後會導致無法全勤，亦喪失一定福利等語相符。因此本件勞工乙○○行使特別休假排定權後，原告並未依據勞動基準法第38條第2項規定與勞工乙○○協商，應足證明。

2、承上述，本件原告拒絕乙○○特別休假申請後，乙○○無奈只好改請生理假等事實，且請假當日（3月5日）備勤待命班尚有其他組員3人事實亦詳如上述；因此本件原告拒絕乙○○特別休假之「申請」，不符合原告「經營上之急迫需求」要件，因此參照本院前揭法律見解，原處分認定原告此部分行為違法，於法自屬有據。末查原告聲請員工蒲性昌到庭具結亦證稱：「乙○○的生理假不是我核准的。我補充說明，公司對於組員申請生理假、病假是透過網路申請，我們不會因為人力不足就否准請生理假或病假。」似亦足推論「人力不足」核非屬原告「經營上之急迫需求」事由。

3、原告雖援用上開節錄本主張勞工申請「臨時性特休」應在特休前1日方能合法申請，本件乙○○未於前一日申請，原告不核定，並未違法云云，然查參照上開說明即理由（

三）3所示，即本件原告未證明節錄本業經與乙○○協商，更未說明係與何人或何工會為合法協商；且縱認曾與工會協商後訂立上開節錄本上之工作（請假）規則，然勞工依據勞動基準法第38條第2項本文行使特別休假排定權後，原告即雇主仍應踐行同條項但書規定之協商，方能調整勞工指定之特別休假日，因此原告此部分主張並無理由。同理，援用前開理由（三）4（原告不同意甲○○排定特別休假日期之理由，核與原告經營上之急迫需求無涉）說明，原告主張此部分有經營上之急迫需求亦屬無據。

（五）至於原告提出學者見解，指出雇主提出其他日期而變更勞工排定休假日期，即是與勞工協商特別休假，然查，本件勞工甲○○、乙○○具體行使勞工特別休假排定權之具體個案與學者假設情況並不相同，同時參照前揭本院法律見解，尚難認原告前揭主張為有理由。又本件節錄本有關勞工特別休假排定權規定，並不符合本件事證，且亦不符合勞動基準法第38條第2項規定，即原告未與勞工協商即擁有事先排定權、審酌權，勞工行使特別休假排定權後，原告告仍擁有准駁特別休假權等均與勞工排定特別休假權前揭本院法律見解不符，因此原告主張依據上開節錄本，及其制訂之相關休假、調班規則，主張本件不同勞工甲○○、乙○○之特別休假符合法律規定云云，參照前揭法律見解，自容有誤會。

（六）再查，本件勞動基準法第38條第2項在105年12月21日修法前之勞工享有特別休假期日，因採用勞雇雙方協商排定立法制度，實務執行時造成許多勞工特別休假之請休為雇主所掌控，權利難以受到保護，發生事實上「看得到、吃不到」問題，因此經立法院所有黨團提案改採特別休假由「

勞工排定」立法，並經立法院審議通過施行情事詳如上述。因此原告提出修訂前制度（勞雇雙方協商制）下，經被告（89年間）備查之請假程序，與勞工甲○○、乙○○間之聘任契約（載明特別休假應於二個月之月底前提出）等，因核與現行法律規定「勞工排定」立法例不同，因此原告援用上開規定，主張本件不核准特別休假未違法云云，顯無足採。又本件兩造爭執厥為法定之特別休假由勞工排定後，原告所為是否符合勞動基準法第38條第2項但書例外之規定，與原告公司內部之調班、換班等制度無涉，亦應敘明。

五、加拿大法學教授Stephen Waddams：在Introduction to The study of Law.書中：有二段話足資我們深思：「It is a well Known Aphorism that hard cases make bad law---- that is, sympathy for a party in a particular case may lead the court to distort a legal principle in order to secure a successful result for that part.」「There is a perpetual tension in the law between stability, certainty and predictability on one side, and equity, fairness and justice in the individual case on the other side.」原告因為行業特性（航空業屬交通業一部）在年節時期所屬勞工等從業人員較諸平常更顯繁忙，加上本件勞工即空服員服務有排班問題，春節期間請假，及非年節連假期間臨時請假時，人力緊急調度更屬不易；故於勞動基準法第38條第2規定修定後，於具體個案發生爭執，而適用前揭法律，即會發生法律規定及法院如何解釋適用該法律規定於具體個案（會發生不公平時）之恆久之緊張關係；即一方面法院解釋及適用法律（即三段論式之涵攝

過程）時，應考量讓法律穩定性或前後一致性（stability）、確定性（certainty）即除於勞動基準法甚且其他法律解釋本件訟爭第38條第2項但書規定時，亦能為相同明確解釋、及可預測性（predictability）即依據法律明文規定解釋應符合一般人法律感情而可被預測；另一方面在適用具體個案（或審酌）時該個案當事人（以本件言勞資雙方）之衡平（equity）、公平（fairness）及正義（justice）。本件勞動基準法第38條第2項規定修定背景詳如上述，即要改正以往勞工特別休假因以勞資協商原則排定方式，造成勞工「看得到、吃不到」現實問題，而立法改偏向勞工並改採由勞工排定制，且上開勞工特別休假排定權，法律上性質屬形成權性質詳如上述。因此：

（一）本院認為解釋適用勞動基準法第38條第2項規定時，應著重秉持法律之穩定性、確定性及可預測性，以與立法意旨相符，詳如本院前揭法律見解。

（二）承上，本件勞動基準法第38條第2項規定修法背景及立法理由甚為明確詳如上述，將立法天平完全擺向勞工一方，雖或可能造成對特定行業雇主就具體個案適用時產生「失平」或「失衡」現象，或可能因濫用上開排定權造成勞資關係不和諧現象；然凡此為立法時立法機關踐行民意或民主政治以民意為依歸之表徵（即行政機關提案，經立法院民主程序審議通過之立法行為），本院不採司法積極主義，嚴守三權分立（或五權分立）界限即尊重立法權之行使，認本件勞動基準法第38條第2項規定修法時，立法權踐行民主機制由立法委員（行政機關行政院亦無任何異議）作出上開修法決定，自別無侵害原告等企業之財產權、或私法自治權利，因此原告認為上開法律違憲，請求本院聲

請釋憲並停止審判，本院認並無必要，應併敘明。

（三）本件勞工甲○○等人排定（申請）特別休假，原告依法並無不予核定（同意）之權限，更無審核權限詳如上述本院法律見解，乃原告在不符合勞動基準法第38條第2項但書規定之條件下，逕違法不核給勞工特別休假，核其所為自屬故意，且縱因原告本身詮釋或解釋法律規定與本院上開見解不同，至多僅屬對法律認識錯誤（按原告為大企業，各項資源《不論是資訊取得、立法遊說、甚或經濟實力等》較勞工言，均處於優勢，亦不至不知上開法律之文義解釋），不影響本件原告違規行為之責任能力（至多依行政罰法第8條為減輕），且被告對本件原告違規行為，僅依勞動基準法第79條第1項第1款規定裁罰法定最低罰鍰（按公告姓名部分被告無裁量權），似亦某部分兼顧前開勞資雙方之衡平、公平及正義。

（四）承上，本件原告違規行為為故意，且原告對本件勞工特別休假排定權行使指定之休假日，可以簡單之人力調度即可符合法律規定而令勞工能於各該日期特別休假，原告不為此舉，主張本件違規無故意過失、無期待可能性云云，自均不足採。

六、綜上，本件原告之訴並無理由，原處分以原告本件不核給勞工甲○○、乙○○特別休假，違反勞動基準法第38條第2項規定而裁罰，並無違法，訴願決定予以維持，核無不合。原告訴請撤銷及確認違法如其聲明所示，為無理由，應予駁回。又本件如前述為艱難案件（hard case），更足突顯本件勞工甲○○、乙○○特別休假所違反勞動基準法第38條第2項規定為不完善之法律（make bad law），不能完全兼顧類以原告等交通事業，勞工必項排班而年節休假不容易之企業

服務需求，應再予敘明。又本件事證明確，兩造間其餘攻擊防禦方法及提出證據雖經審酌，亦不影響前判決結果，爰不一一敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　13　　日

臺北高等行政法院第四庭

審判長法　官　林惠瑜

法　官　鄭凱文

法　官　洪遠亮

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。

	3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
㈡非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合㈠、㈡之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　13　　日

書記官　陳德銘