

裁判字號：臺灣高等法院 94 年重勞上字第 8 號民事判決

裁判日期：民國 95 年 03 月 21 日

裁判案由：確認僱傭關係存在等

臺灣高等法院民事判決

94年度重勞上字第8號

上訴人 甲○○

訴訟代理人 邱昱宇 律師

被上訴人 新店客運股份有限公司

法定代理人 乙○○

訴訟代理人 齊彥良 律師

上列當事人間確認僱傭關係存在等事件，上訴人對於中華民國94年2月4日台灣台北地方法院93年度勞訴字第88號第一審判決提起上訴，本院於95年3月7日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

- (一)、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但有第255條第1項第3款：擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限；又不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款、第256條分別定有明文。
- (二)、本件上訴人於本院原聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)確認兩造間僱傭關係存在。(三)被上訴人應自93年3月25日起，按月給付上訴人新台幣（下同）53,606元，至兩造間僱傭關係終止之日止，及自起訴狀繕本送達翌日起至各該期獲清償之日止，按年息百分之5計算之利息（本院卷第11頁）。後聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)確認兩造間僱傭關係存在。(三)被上訴人應再給付上訴人9,310元；及自93年3月25日起，按月給付上訴人51,733元，至兩造僱傭關係終止之日止，及自起訴狀繕本送達翌日起至各該期獲清償之日止，按年息百分之5計算之利息（本院卷第25頁）。嗣聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)確認兩造自92年12月15日起僱傭關係存在。(三)被上訴人應再給付上訴人952,572元，及自本訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之5計算之利息。(四)另被上訴人應自94年10月1日起至復職日止，按月於次月5日給付上訴人51,733元（本院卷第92頁）。復聲明：(一)原判決除醫療費用41,115元外，不利於上訴人之部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人21,378元（書狀誤繕為21,318元，本院卷第126頁），及

自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之 5 計算之利息。(三)被上訴人應自93年4月1日起，至上訴人復職日止，按月於次月 5日給付上訴人51,733元，及自每月發薪之日起至清償之日止，按年息百分之5計算之利息（本院卷第126頁），核屬擴張或減縮應受判決事項之聲明，依上開規定，自應准許。又上訴人雖主張依民法第 487條規定向被上訴人請求至復職之日止之薪資，然其未變更訴訟標的，而僅係補充法律上之陳述，依上開說明，非為訴之變更或追加；又上訴人已獲訴訟救助，暫免繳納裁判費，合先敘明。

乙、實體部分：

- 一、上訴人起訴主張：(一)伊自民國（下同）92年12月15日起受僱於被上訴人擔任客運駕駛職務，負責駕駛車號00-000號巴士，工作期間一向認真負責，兩造間成立不定期僱傭契約，而有勞動基準法之適用。伊於93年2月18日上午8時27分開車返回新店客運錦繡站，將車輛停妥於該站停車場 3號位置後即進入休息室休息，嗣於同日上午 8時53分依派車單出車前，伊依規定檢查車輛，發現左後車輪似有打滑異狀而欲連絡維修廠詢問時，突遭由訴外人陳福順所駕駛之FK-743號巴士快速倒車撞擊，因停車場旁之坡坎未設任何防護措施，致伊跌落坡坎後方之溪流中，受有頭部外傷併右側額骨開放性骨折、左股骨骨折、左橈骨骨折等傷害，當日即進行開顱手術，雖經急救挽回生命，惟迄今仍須持續住院接受治療，無法自由行動，該事故實為職業災害，詎被上訴人竟僅准以病假方式處理，拒絕以職業災害補償，更於93年 3月26日台北縣政府勞工局調解期間，以伊尚在試用期間並不適任為由將伊解僱，被上訴人所為終止契約之意思表示因違反勞動基準法第13條、民法第71條規定而不生效力，兩造間僱傭契約關係仍繼續存在。(二)伊遭受職業災害後，被上訴人並未依約給付薪資，而伊於職業災害事故前每月工資為53,606元，則自93年 2月19日起算至93年12月18日止10個月期間，被上訴人應依勞動基準法第59條第2款規定給付原領工資補償共536,060元，另應依同款規定自93年12月19日起至兩造間僱傭關係終止之日止按月給付伊53,606元。(三)又伊發生職業災害後，被上訴人僅依一般傷病為伊申請勞工保險醫療給付，就伊負擔自費部分之醫療費用，在扣除全民健保負擔部分後，被上訴人尚應依同條第1款規定補償必要醫療費用41,115 元。前述醫療費用及原領工資補償共計為577,175元。為此本於僱傭契約之法律關係及依民法第 482條、勞動基準法第13條、第59條第1款及第2款規定，確認兩造間僱傭關係存在，且請求被上訴人給付醫療費用、原領工資補償及法定遲延利息。爰聲明：(一)確認兩造間僱傭關係存在。(二)被上訴人應給付上訴人577,175元及自93年10月15日起至清償日止按年息百分之5計算之利息。(三)被上訴人自93年12月19日起至兩造間僱傭關係終止日止，按月給付上訴人53,606元。

- 二、被上訴人則以：(一)兩造於勞動契約第7條約定試用期間為3個月，則契約性質係屬於定有期限之僱傭契約，試用契約並無勞動基準法之適用；上訴人對於工作四周環境欠缺敏銳觀察力及反應力，難堪執行駕駛工作，且因上開事故所受傷害已有不能勝任客運駕駛職務情形，其駕駛執照有遭依道路安全規則第76條第1項第5款規定繳回情事，而與兩造勞動契約第3條約定須身體健康足堪勝任受僱工作約定有違，故自92年12月15日起至93年3月15日止因試用期滿當然終止，縱令伊於93年3月24日曾以上訴人未符勞務需求為終止之通知，亦僅係試用期滿後為重複通知，無礙於兩造間勞動契約已因試用期滿而終止之效力；且93年3月15日已在上訴人為勞資爭議申訴期日之後，故無勞資爭議處理法第7條規定之適用，兩造間僱傭契約關係已然消滅。(二)又伊公司在停車場中自洗車台至油槽處均設有安全鋼架設施，停車處所則有水泥護墩，安全無慮，上訴人係擔任駕駛工作，所為勞務工作除駕駛巴士外，另負責大客車內外車體維護，此方為其勞務場所，上訴人在93年2月18日上午8時43分許係在休息時間，係站立在停車場安全設施水泥護墩外，使用個人行動電話與非勞務相關之第3人通話時不慎跌落坡坎溪谷中，非但與其職務無關更非由於執行職務所生傷害，非屬於職業災害。(三)另上訴人在受伊僱用期間所領薪資中敬業獎金、行車安全獎金及節油等獎金，必須符合一定要件始可領取，非經常性給與，不得列入工資計算，因此上訴人平均每月工資為26,206元。再者，上訴人所提出之醫療費用單據中，應扣除申請證明書費用、其他自費費用各計為460元、620元，因此等支出與傷害醫療無關；況上訴人已向勞工保險局依普通傷害領取醫療給付40,456元部分，伊得予以抵充等語，資為抗辯。
- 三、原審判命被上訴人應給付上訴人51,030元，及自93年12月15日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，而駁回上訴人其餘之訴（被上訴人就其敗訴部分，並未聲明不服，此部分已告確定）。上訴人就其敗訴部分不服，提起上訴，並於本院補充法律上之陳述，依民法第487條規定，向被上訴人請求給付至上訴人復職之日止之薪資，並聲明：(一)原判決除醫療費用41,115元外，不利於上訴人之部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人21,378元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。(三)被上訴人應自93年4月1日起，至上訴人復職日止，按月於次月5日給付上訴人51,733元，及自每月發薪之日起至清償之日止，按年息百分之5計算之利息。被上訴人則聲明：上訴駁回。
- 四、兩造不爭執之事項：(一)上訴人自92年12月15日起受僱於被上訴人公司，擔任客運駕駛職務，負責駕駛車號00-000號巴士，約定試用期3個月。(二)上訴人於93年2月18日上午在被上訴人所設新店客運錦繡站停車場，因跌落坡坎後方之溪流中，

受有頭部外傷併右側額骨開放性骨折、左股骨骨折、左橈骨骨折等傷害。(三)上訴人於93年 1月份應得之薪資為53,333元。(四)上訴人所領薪資項目中，其中本薪、逾時津貼、里程獎金、載客獎金、假日未休津貼，應計入工資之範圍。

五、本件上訴人主張：伊係自92年12月15日起受僱於被上訴人，擔任客運駕駛職務，於93年2月18日上午8時27分開車返回新店客運錦繡站，將車輛停妥於該站停車場 3號位置後即進入休息室休息，嗣於同日上午 8時53分依派車單出車前，伊依規定檢查車輛，發現左後車輪似有打滑異狀而欲連絡維修廠詢問時，突遭由訴外人陳福順駕駛之FK-743號巴士快速倒車撞擊，因停車場旁之坡坎未設任何防護措施，致伊跌落坡坎後方之溪流中，而受有頭部外傷併右側額骨開放性骨折、左股骨骨折、左橈骨骨折等傷害，該事故實為職業災害，詎被上訴人竟僅准以病假方式處理，拒絕以職業災害補償，更於93年 3月26日台北縣政府勞工局調解期間，以伊尚在試用期間並不適任為由將伊非法解僱，兩造間僱傭契約關係仍繼續存在。又伊所領取之敬業獎金、行車安全獎金、節油獎金均屬工資性質，故伊之在遭職業災害前 1月正常時間所得工資51,733元，1日所得工資為1,724元，故自93年 2月19日起至93年3月24日止，所得請求之金額為60,340元（ $1,724 \times 35 = 60,340$ ）。原審僅判命被上訴人給付51,030元，尚短少9,310元，加計93年3月25日至93年 3月31日止之數額為12,068元（ $1,724 \times 7 = 12,068$ ），合計為21,378元（ $9,310 + 12,068 = 21,378$ ）。爰依勞動契約及民法第 487條等規定，請求被上訴人應再給付上訴人21,378元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之 5計算之利息；被上訴人應自93年4月1日起至上訴人復職日止，按月於次月 5日給付上訴人51,733元，及自每月發薪之日起至清償之日止，按年息百分之 5計算之利息；然此為被上訴人所否認，並以上開情詞置辯。是本件應審酌厥為：(一)兩造間契約性質為何？有無勞動基準法之適用？(二)上訴人在新店客運錦繡站停車場跌落溪谷，所生之事故是否為勞動基準法第59條所謂之職業災害？(三)上訴人主張兩造間僱傭契約關係仍繼續存在，有無理由？(四)上訴人依據勞動基準法第59條第 2款規定請求被上訴人給付原領工資補償，是否有據？如屬有據，敬業獎金、行車安全獎金、節油獎金是否屬經常性給付而屬工資之一部份？茲分述如下：

- (一)、兩造間契約性質為何？有無勞動基準法之適用？
- (1)、查，被上訴人公司係客運業者，經營公路、市區汽車客運事業，有公司基本資料查詢足稽（原審卷第 172頁），屬於勞動基準法第3條第1項第 6款之運輸業，並經被上訴人陳述在卷（原審卷第63頁），其為適用勞動基準法之事業單位，，應無疑義，合先敘明。
- (2)、我國勞動基準法中並未對試用期間或試用契約設有規範，然

而因事業單位僱用新進員工，僅對該員工之學經歷為形式上審查，並未能真正瞭解該名員工是否適合僱傭，因此，事業單位有必要與新進員工約定試用期間，以保障企業之利益。是以，約定有試用期間之勞動契約，乃謂雇主藉由評價試用勞工之職務適格性及能力，作為考量締結正式勞動契約與否之約定。

- (3)、而勞動契約附有試用期間條款者，其當事人間勞動契約之效力自試用期間開始時即已發生，惟雇主另外保留解僱權（契約終止權），一旦於試用期間中發現適用勞工有不適格工作之情形時，即得以之作為理由將試用勞工解僱。蓋試用期間之目的，在於試驗、審查勞工是否具備勝任工作之能力，故在試用期間屆滿後是否受雇主正式僱用，則應視試驗、審查之結果而定，且在試用期間因仍屬於正式勞動契約之前階試驗、審查階段，故雙方當事人原則上均應得隨時終止契約，並無須具備勞動基準法所規定之法定終止事由。即試用期間之約定，主要在於勞雇雙方同意下，使雇主能透過一定期間以觀察新進員工，是否符合應徵時所表明之能力、是否能勝任該職務、是否能敬業樂群等，通過嚴謹考核程序之員工，即能取得正式員工資格。據此，在試用期間內雇主以試用勞工不適格為由行使所保留之解僱權，法律上應容許較大之彈性，不若一般勞動契約基於保護正式任用勞工之地位，應嚴格限制雇主解僱權以防止雇主濫用解僱權（勞動基準法第11條、第12條、第13條規定參照）。
- (4)、經查，兩造於92年12月15日簽訂勞動契約，第 2條明文約定上訴人係受僱擔任駕駛員工作而受被上訴人之管理監督；第 7條則約定：「乙方（即上訴人）於試用三個月期間之表現，經甲方（即被上訴人）考核不能勝任時，則本勞動契約當然終止...」，有勞動契約在卷足憑（原審卷第14頁），再佐以被上訴人於92年12月15日所製作之通告主旨記載（原法院新店簡易庭93年度店補字第49號事件卷第 5頁），上訴人確實係自93年12月15日起受僱於被上訴人擔任駕駛員，且為試用性質，試用期間為3個月，應可認定。
- (5)、雖被上訴人以兩造有試用期間 3個月之約定，而抗辯兩造間契約屬於定有期限之僱傭契約云云。然查，兩造勞動契約第 2 條已然約定：「契約期間：自民國92年12月15日起至離職日止。」，並未定有終期，自屬不定之期限（民法第 482條規定參照）。至於勞動契約第 7條關於試用期間之約定，依前述說明，屬於勞動契約附有試用期間之條款，倘上訴人在試用期間屆滿時受被上訴人續僱用，則兩造間僱傭契約期間仍自92年12月15日起算且無終期；若被上訴人在試用期間屆滿後考核上訴人有不能勝任工作情事，自得依該條約定及試用期間如(3)所述之性質行使終止權，斯時兩造間契約因之消滅，自不待言。
- (6)、惟縱使勞動契約附有試用期間條款，但試用期間之僱用與一

般僱用之不同，僅在於雇主保有較寬之解僱權而已，在試用期間勞工其他勞動條件與一般勞工之間不應有所差別，因此雇主不能恣意地以試用為由，降低試用勞工之勞動條件，須衡平契約自由原則、試用期間之實驗性格、對居於不安地位之試用勞工宜予保護等情狀，衡諸社會通念及勞動基準法之最低限制，認定試用期間中契約當事人之權利義務關係。是以，試用期間勞工仍受勞動基準法關於工作時間、給假日、職業災害補償權等之保障。準此，被上訴人抗辯兩造勞動契約訂有試用期間，故無勞動基準法之適用乙節，關於勞動條件部分，尚屬無據。

(二)、上訴人於93年 2月18日在被上訴人所設新店客運錦繡站停車場跌落溪谷，所生之事故是否為勞動基準法第59條所謂之職業災害？

(1)、按職業災害又稱為勞動災害，屬於意外災害的一種，係指勞工在缺乏安全管理或安全管理不足的作業環境中所發生的意外事故。而此一勞工職業災害補償制度，有社會保險方式與直接補償方式 2種，現今各國職業災害補償制度立法例，以社會保險為主，直接補償只是一種例外。觀諸勞動基準法第59條各款規定，勞工因職業災害而雇主應予補償者，依勞工保險條例或其他法令規定，已由雇主支付費用補償者，雇主得予以抵充之，是我國職業災害補償，係採兩軌制，亦即在勞動基準法定有職業災害補償章、在勞工保險條例定有職業災害保險給付之規定。而勞動基準法第59條職業災害補償之立意，無非係因近代的事業經營，由於機械或動力的使用，或由於化學物品或輻射性物品的使用，或由於工廠設備的不完善，或由於勞工的工作時間過長或一時的疏失，都可能發生職業上的災害，而致使勞工傷病、死亡或殘廢。勞工一旦不幸遭受職業上的災害，往往使勞工及其家屬的生活，陷於貧苦無依的絕境，勞工若因執行業務而發生職業上的災害，當然應由雇主負補償責任。至於雇主對該災害事故的發生是否具有故意或過失，在所不問，為一無過失責任。前述勞動基準法第59條規定勞工遭遇之職業災害，係勞工於執行其業務上之工作時，因工作的意外事故，而致使勞工發生死亡、殘廢、傷害或疾病的災害。惟勞動基準法對「職業災害」未設有定義之規定，但依本法第1條第1項規定，本法未規定者，適用其他法律規定。至於其他法律對職業災害有定義規定者，則為「勞工安全衛生法」，一般均參照該法第2條第4項規定，係謂勞工就業場所之建築物、設備、原料、材料、化學物品、氣體、蒸氣、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之勞工疾病、傷害、殘廢或死亡。準此，勞動基準法第59條所稱因「職業災害」而殘廢之情形，當指上述雇主提供工作場所之安全與衛生設備等職業上原因所致勞工之傷害所致殘廢而言（最高法院78年度台上字第 371號判決意旨參照）。

- (2)、承此，職業災害之認定標準，須具備下列要件：
- ①「職務遂行性」：即災害是在勞工執行職務的過程中所發生的狀態，係基於勞動契約在事業主指揮監督之下之情形。此大約可歸納為下列 3 種情況：在雇主支配管理下從事工作；在雇主支配管理下但未從事工作；雖在雇主支配下，但未在雇主管理（現實監督）下從事工作。
 - ②「職務起因性」，即職務和災害之間有因果關係，此種因果關係可分為責任成立及責任範圍因果關係，均應依相當因果關係認定之。此係指伴隨著勞工提供勞務時所可能發生之危險已經現實化（即已經實現、形成），且該危險之現實化為經驗法則一般通念上可認定者。
- (3)、雇主所負之責任，之所以需如此限制，係因勞工生活上所面臨之危險，包括一般社會生活上之危險及因從事勞務所面臨之危險，原則應僅有後者方應歸屬於雇主負擔，此係因勞工所從事之活動與職務、直接或間接有利於雇主，而雇主亦或多或少對此可加以掌控、防免損害之發生，或藉由保險、產品之賣價適當地予以分散或轉嫁危險。因此，職業災害應與勞工所從事之職務有相當因果關係，方屬允當，若危險發生之原因非雇主可控制之因素所致，則不宜過份擴張職業災害認定之範圍，否則無異加重雇主之責任，而減少企業之競爭力，同時亦有礙社會之經濟發展。
- (4)、上訴人主張其於93年2月18日上午8時27分許駕駛車號00-000號巴士，返回新店客運錦繡站並將車輛停妥於該站停車場三號位置之事實，有行車憑單、行車記錄表在卷足證（原審卷第55頁、56頁），為被上訴人所不爭執，堪信屬實。又上訴人係在同日上午8時55分至上午9時之間跌落被上訴人新店客運錦繡站停車場旁坡坎之事實，業據證人即錦繡站站長林正忠證述屬實（原審卷第97頁），核與被上訴人93年 3月24日新客（93）字第 129號函主旨所載：「先生（即上訴人）試用期間，於93年2月18日上午休息時間（約8時55分許）自行跌倒於錦繡站場地外…」之事故發生時間相符（原法院新店簡易庭93年度店補字第49號卷第13頁），故堪予認定。
- (5)、次查，依被上訴人規定客運駕駛出車中間之時間，應返回客運站休息等待下一班出車，此亦經證人林正忠證述明確（原審卷第98頁）。又上訴人於93年2月18日上午8時55分許當時，係在等待下一班出車前之休息時間，除有前述行車憑單所載內容足據外，另依被上訴人為上訴人申請勞工保險職業災害醫療給付時，於申請書上填載上訴人乃係「於93年 2月18日上午8時55分勤務中在錦繡站掉落溪底 ...」等語，亦可得知。準此，上訴人當日之所以會駕駛巴士返回新店客運錦繡站，確實係為等待下一班出車無誤。
- (6)、又上訴人跌落坡坎之地點為錦繡站停車場，停車場旁為坡坎排水溝，有上訴人提出之位置圖附卷足按（前述原法院新店簡易庭卷第 8頁），另該停車場距離坡坎下方溪底高度約一

層樓高，亦經證人林正忠證述甚詳（原審卷第98頁），此等現場狀況均為被上訴人所不爭執。再者，上訴人主張被上訴人錦繡站停車場安全設施設置未符合勞工安全衛生法規定，未依勞工安全衛生設施規則第224條第1項規定設置防護措施乙節，業經行政院勞工委員會北區勞動檢查所於93年4月6日至錦繡站實施勞動檢查屬實，依該檢查結果所示，錦繡站確有未依勞工安全衛生設施規則第224條第1項、第232條及勞工安全衛生法第5條第1項規定，「對於高度2公尺以上之工作場所邊緣及開口部分，勞工有遭受墜落危險之虞者，應設有適當強度之圍欄、握把、覆蓋等防護措施」、「雇主對於勞工有墜落危險之場所，應設置警告標示，並禁止與工作無關之人員進入」之違反法令事項，已經該所於93年10月27日函覆原審綦詳，附有照片2張可資佐證（原審卷第81頁—第84頁），就此被上訴人亦自陳：勞動檢查所認定沒有圍護欄之處即公車巴士停車場等語無誤（原審卷第95頁）。

- (7)、雖被上訴人抗辯：客運司機活動範圍僅限於公車內外、休息室，不及於停車場，上訴人發生事故地點非其工作地點云云。然如前所述，上訴人發生事故跌落停車場旁溪底時係在執行勤務、等待下一班出車時間中，已經被上訴人在勞工保險職業災害醫療給付申請書上載明綦詳。又上訴人所駕駛之客運路線係從被上訴人錦繡站至新店捷運站之間，從錦繡站出車後會回錦繡站休息，乃其平日執行職務所必須者，等待出車休息時間除非用餐時間否則不得離開錦繡站，被上訴人所謂休息室即在停車場旁，亦經證人林正忠證述屬實（原審卷第98頁）。準此，錦繡站停車場乃被上訴人所僱用之司機回站休息時經常活動範圍，自屬於勞工安全衛生法第2條第4項、第5條所稱勞工就業場所，被上訴人上開抗辯，顯不足採。
- (8)、被上訴人又抗辯上訴人在事發當時係站立在停車場安全設施水泥護墩外，使用個人行動電話與非勞務相關之第3人通話時不慎跌落坡坎溪谷中等語。然查，上訴人在92年2月18日上午最後一通通話時間係自上午8時43分36秒起至8時43分56秒止，有通聯記錄附於原法院93年度聲字第2133號保全證據事件卷宗可稽，此通話時間係在上訴人發生跌落溪底事故之前10分鐘左右。故被上訴人上開抗辯。亦非可採。
- (9)、綜上所述，上訴人係依規定返回錦繡站，在等待出車之休息時間中，跌落停車場旁坡坎溪底，而該停車場距坡坎溪底高度高於2公尺，被上訴人竟未依勞工安全衛生設施規則第224條第1項、第232條及勞工安全衛生法第5條第1項規定設置圍護欄，上訴人因之跌落停車場旁坡坎受有傷害，屬於在就業場所發生傷害情形，該就業場所乃雇主即被上訴人支配管理之範圍而具備職務遂行性，甚者，該就業場所設置有欠缺，與上訴人所生身體傷害之間有因果關係，亦具有職務起因性，為勞動基準法所稱之職業災害，應堪認定；至上訴人係自

行跌落或遭訴外人陳福順駕車所撞及而跌落停車場旁溪底，與本件是否為職業災害之判斷，不生影響。被上訴人抗辯本件非職業災害云云，應非可採。

- (三)、上訴人主張兩造間僱傭契約關係仍繼續存在，有無理由？（上訴人可否請求被上訴人給付自93年3月25日至93年3月31日止之原領工資補償，及自93年4月1日起至上訴人復職日止按月給付之工資？）
- (1)、勞動基準法第13條固規定：「勞工在第50條規定之停止工作期間或第59條規定之醫療期間，雇主不得終止契約。但雇主因天災、事變或其他不可抗力致事業不能繼續，經報主管機關核定者，不在此限。」，但在試用期間內雇主以試用勞工不適格為由行使所保留之解僱權，法律上應容許較大之彈性，無須如一般勞動契約基於保護正式任用勞工之地位而嚴格限制雇主解僱權以防止雇主濫用解僱權（勞動基準法第11條、第12條、第13條規定參照）；僅係雇主在行使解僱權時並非毫無限制，為保護試用勞工，雇主仍應綜合職業能力、業務適格性等基準，具體評價後認為解僱之理由合理時，解僱權之行使方屬合法，否則構成解僱權濫用。準此，試用期間勞工發生職業災害，雇主終止勞動契約尚未構成權利濫用，則應不受該法第13條規定限制。
- (2)、本件上訴人發生職業災害事故後迄今仍在醫療中，其因本件災害受有重傷，已不能從事駕駛員之工作，為兩造所不爭執（原審卷第95頁），而被上訴人係以上訴人因職業災害受有傷害已不能勝任客運駕駛職務情形而不續予僱用乙節，亦為上訴人所不爭執（原審卷第60頁），核與被上訴人在93年3月26日台北縣政府處理勞資爭議協調會議中所陳一致，有該協調會議紀錄在卷可稽（原審卷第46頁）。而鑑於客運駕駛乃為運送大量旅客之工作，亟須有相當之反應能力、敏銳度及觀察力等相關駕駛安全注意力，上訴人現既已不能擔任駕駛員工作，則被上訴人以此為由終止契約，尚無權利濫用情事。
- (3)、再者，試用期間之目的，既係僱用人用以評價受僱人之職務適格性及能力，做為是否於期滿後繼續維持僱傭契約之考量，僱用人於試用期間屆滿後未立即考核，是否不得再為考核及終止契約，應以僱用人行使其考核及終止權之期間是否相當為斷（最高法院93年度台上字第74號判決意旨參照）。雖上訴人試用期間於93年3月15日屆滿，而被上訴人係至同月24日始通知上訴人停止試用終止契約，但考量勞動基準法第12條第2項、第14條第2項在規範勞、雇雙方終止契約除斥期間時，均係以30日為度，本院認被上訴人僅逾9日行使終止權，其期間尚屬相當，故被上訴人終止契約應屬合法，兩造勞動契約已發生終止效力。
- (4)、次按有關「勞資爭議調解會」及「勞資爭議協調會」之性質及法律依據，依勞資爭議處理法第11條規定：「勞資爭議之

調解，直轄市或縣（市）主管機關，應於接到當事人申請調解或依職權交付調解之日起 7日內，組成勞資爭議調解委員會處理之」。是以「勞資爭議調解委員會」係依勞資爭議處理法規定所組成，其調解成立者，視為爭議當事人間之契約，當事人之一方不履行其義務時，他方當事人得向該管法院聲請裁定強制執行並免繳裁判費；而「勞資爭議協調會」係主管機關為迅速解決勞資爭議所採行之處理方式，非為法定之處理程序。同法第 7條規定：「勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議而歇業、停工、終止勞動契約或為其不利於勞工之行為。」。該規定係保障勞工於調解或仲裁期間，免於遭受雇主不利之行為，並未包括「協調期間」，因此，在勞資爭議協調期間，雇主終止契約並不受該法第 7條規定之限制。經查，上訴人係在93年3月18日向台北縣政府勞工局為協調申請，該局於同年 3月26日進行協調會，兩造在台北縣政府勞工局進行者係屬前開勞資爭議案件之協調程序，而非勞資爭議處理法之調解或仲裁，有勞資爭議協調申請書、台北縣政府處理勞資爭議協調會議記錄可證（原審卷第41頁、第46頁）。因此，被上訴人於93年 3月24日終止兩造間契約時，兩造雖仍在進行勞資爭議協調程序，但並無勞資爭議處理法第 7條之適用，被上訴人終止契約之意思表示仍生效力，兩造間僱傭契約關係因此消滅。從而，上訴人請求被上訴人給付自93年3月25日至93年3月31日止之原領工資，及自93年4月1日起至上訴人復職日止按月給付工資，即屬無據，應予駁回。

- (四)、上訴人依據勞動基準法第59條第 2款規定請求被上訴人給付原領工資補償，是否有據？如屬有據，敬業獎金、行車安全獎金、節油獎金是否屬經常性給付而屬工資之一部份？（上訴人可否請求被上訴人應再給付9,310元？）
- (1)、按勞動基準法第59條第 2款前段規定：「勞工在醫療中不能工作時，雇主應按其原領工資數額予以補償。」，此所稱原領工資，應係指勞工遭遇職業災害在醫療中不能工作，而無工資可得之前 1日正常工作時間所得之工資而言；其工資為計月發給者，則以之前最近1月工資除以30所得之金額為其1日之工資（勞動基準法施行細則第31條第1項規定參照）。另同法第2條第3款規定：「工資：謂勞工因工作而獲得之報酬，包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義經常性給與均屬之。」，因之，本法所謂之工資，應包括下列條件：(1)由雇主給付勞工，(2)勞工因工作所獲得之對價，(3)須為經常性之給與。所謂經常性之給付，祇要在一般情形下經常可以領得之給付即屬之。舉凡某種給與係屬工作上之報酬，在制度上有經常性者，均得列入平均工資以之計算退休金。倘雇主為改善勞工生活而給付非經常性給與；或為其單方之目的，給付具有勉勵、恩惠性質之給與，即非為勞工之工作給付之

對價，與勞動契約上之經常性給與有別，應不得列入工資範圍之內。

- ①上訴人在93年 1月實際領得薪資數額為52,487元，係扣除勞健保費用273元、573元後之餘額，有被上訴人提出之薪資表（原審卷第72頁）可證，此與上訴人當月份存摺所載實領數額相符（見上開新店簡易庭卷第 7頁），據此，上訴人於93年1 月份應得薪資數額應為53,333元，堪可認定。
- ②次依前開薪資表記載，上訴人93年 1月份薪資項目計有本俸12,500元、逾時津貼8,000元、里程獎金8,930元、載客獎金5,903元、敬業獎金2,000元、行車安全獎金4,000元、節油獎金2,000元、假日未休津貼8,400元及除夕春節慰勉金共1,600元（100元及1,500元）。
- ③上開領薪資項目中，除夕春節慰勉金依勞動基準法施行細則第10條第 1款規定，不得列入工資計算；另本薪、逾時津貼、里程獎金、載客獎金、假日未休津貼，則應列入工資計算，均無疑義，且為兩造所不爭執。至上訴人所領取之敬業獎金、行車安全獎金、節油獎金等項目，依被上訴人公司所制定之駕駛員（月）薪資核算辦法規定，敬業獎金之領取條件為：1.上班日需達25日。2.勤務中未受小過之懲處。行車安全獎金之領取條件為：1.上班日需達25日。2.行車肇事或班車拋錨，須無責任。3.營業里程達4,000公里以上。節油獎金則須：1.上班日需達25日。2.月行車里程需達4,000公里方可領取，此有該薪資核算辦法附卷可稽（本院卷第58頁），上訴人對此亦不爭執，堪認為真實，據此，上述 3項獎金均非勞務之對價；參以上訴人在92年12月、93年 2月並未有領取此等獎金（原審卷第72頁、第73頁所附之薪資表），足徵該等獎金之領取並非常態性制度，即非經常性給與，故不得列入工資計算，應無疑義。
- ⑤綜上所述，上訴人任職被上訴人公司期間，僅93年 1月份全月均有提供勞務，因其工作時間正常，自得據以為認定其每月正常工作時間所得工資之基準。故上訴人在遭遇職業災害前之1月正常工作時間所得工資應為43,733元（ $53,333 - 2,000 - 4,000 - 2,000 - 1,600 = 43,733$ ），其1日之工資為1,458元（ $43,733 \div 30 = 1,458$ ，元以下四捨五入），上訴人認應將上開敬業獎金、行車安全獎金、節油獎金列入工資計算，而主張其1日之工資為1,724元，即屬無據。
- ⑥上訴人因職業災害而在醫療中不能工作期間為 6個月，有耕莘醫院診斷書所載治療時間可參，但因兩造間僱傭契約已於93年 3月24日經被上訴人合法終止，故該日即為被上訴人所負補償責任之終日，依勞動基準法第59條第 2款規定，自93年2月19日起至93年3月24日止有35日均屬醫療中不能工作之日數，此期間上訴人可得請求之原領工資補償即為51,030元（ $1,458 \times 35 = 51,030$ ）。上訴人以其 1日之工資為1,724元，主張其可請求之金額為60,340元，故其請求被上訴人應再

給付9,310元，顯屬無據，應予駁回。

六、從而，上訴人本於勞動基準法第59條第2款規定，請求被上訴人給付原領工資補償51,030元及自93年12月13日民事準備(三)狀送達翌日即93年12月15日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，為有理由，應予准許，至其逾此部分之請求，即屬無據，應予駁回。原審就上開應准許部分，判命被上訴人如數給付本息，並依職權宣告假執行，就上開不應准許部分，為上訴人敗訴之判決，經核於法均無不合。上訴意旨就上開不應准許部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

七、本件為判決之基礎已臻明確，兩造其餘之陳述及所提其他證據，經本院斟酌後，認為均於判決之結果無影響，亦與本案之爭點無涉，自無庸逐一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 95 年 3 月 21 日
勞工法庭審判長法官 黃騰耀
法官 許文章
法官 黃國永

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之一第一項但書或第二項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中 華 民 國 95 年 3 月 23 日
書記官 葉國乾

附註：

民事訴訟法第四百六十六條之一（第一項、第二項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：司法院法學資料檢索系統