臺灣高等法院臺中分院民事判決

110年度重勞上更一字第2號

上　訴　人　嘉里大榮物流股份有限公司
法定代理人　沈宗桂
訴訟代理人　徐盛國律師
被 上訴 人　陳彥汝
訴訟代理人　黃建雄律師
複 代理 人　黃進祥律師

上列當事人間請求確認僱傭關係存在等事件，上訴人對於中華民國106年11月29日臺灣彰化地方法院105年度勞訴字第43號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院於111年3月2日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回（原審判決主文第二項應更正為：上訴人應給付被上訴人自民國105年6月9日起至被上訴人復職之日止，如附表編號一、二所示之金額）。

第一審（除減縮部分外）、第二審及發回前第三審訴訟費用，均由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第3款定有明文。又在第二審訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255條第1項第2款至第6款情形，不在此限，亦為同法第446條第1項所明定。次按不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加。民事訴訟法第256條亦有明定。查，被上訴人於原審起訴聲明：㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡上訴人應給付被上訴人自民國105年6月1日起至兩造僱傭關係終止時，每月新臺幣(下同)26,400元之薪資（見原審卷一第2頁）。嗣於本院審理中，就上開第㈡項聲明請求給付薪資部分，減

縮為自105年6月9日起算，並更正為計算至被上訴人復職之日止（見本院前審卷二第64頁、本院卷一第263頁、卷二第47頁、第55頁）；被上訴人前開減縮部分，核屬減縮應受判決事項之聲明，依上開說明，應予准許；另更正部分，核係不變更訴訟標的，所為聲明之更正，尚無涉訴之變更問題，合先敘明。

二、按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言。查本件被上訴人主張兩造間僱傭關係仍存在，為嘉里大榮物流股份有限公司（下稱上訴人或嘉里大榮公司）所否認，則兩造間僱傭關係之存否即屬不明確，被上訴人主觀上認其在私法上之地位有受侵害之危險，而該不安之狀態，得以本判決除去之，按諸上開說明，被上訴人應有受確認判決之法律上利益，自得提起本件確認之訴。

三、按主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力，民事訴訟法第400條第2項定有明文。次按訴訟上之抵銷抗辯，為訴訟上防禦方法之一種，並無不許當事人撤回該防禦方法之規定，而本諸民事訴訟採處分權主義之原則，及基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權（司法院大法官會議釋字第591號解釋意旨參照），是關於是否為抵銷抗辯，及關於各種抗辯（防禦方法）之審理順序，應尊重當事人之決定。本件上訴人雖於110年12月24日具狀，及於本院111年1月24日準備程序當庭陳述：上訴人就已於105年6月16日所給付被上訴人預告工資、資遣費、特休未休工資共計67,445元；及被上訴人不應領取而領取之營業開發獎金23,800元之債權為抵銷抗辯（見本院卷二第47至49頁、第66頁），然上訴人嗣於111年2

月15日具狀撤回上開抵銷抗辯（見本院卷二第84-1頁），揆諸前揭說明，本院自毋庸再行審酌上訴人此部分所為抵銷之抗辯。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：伊自102年7月22日起受僱於嘉里大榮公司彰化○○所擔任辦事員，上訴人為伊投保薪資為26,400元，詎上訴人於105年5月27日以勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定「勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」為由，無預警通知終止兩造間之勞動契約（下稱系爭勞動契約），強迫伊當日即行離職，並於105年6月7日向勞工保險局終止伊之投保。另於105年6月14日寄發非自願離職證明書予伊。期間伊曾數度回彰化○○所提供勞務，均遭拒絕，迫於無奈，遂於105年6月3日向彰化縣政府勞工處申請勞資調解，因伊不同意上訴人所提出之資遣事由（即勞基法第11條第5款事由），雙方調解不成立。上訴人嗣後於105年6月14日才以伊經常性越級申訴報告、屢經糾正與勸說仍不遵守；因私人問題與客戶有所糾紛，導致客戶流失與公司遭受損失；未經許可擅帶外人進入工作場所參觀；擅離職守、未依規定請假，上班期間處理私人事務；上下班找人代打卡等莫須有事實，羅織伊懲處事由，然此均非事實，伊均否認之。然縱上訴人所辯為真實，上訴人亦應針對伊上述之情況，先提供具體、有效之改善措施，或對伊施以輔導、調職等方式，而非逕行將伊解僱，事後才羅列並告知伊有何違規及不妥之行為，是本件難認符合「解僱最後手段性」之要求，應認上訴人之解僱手段為不合法。又伊被解僱前，每月薪資為26,400元，上訴人自105年5月27日起即拒絕受領伊提供勞務，亦未給付伊薪資，伊仍得依法請求上訴人按月給付薪資等情，爰依系爭勞動契約之法律關係、民法第487條前段規定，聲明求為：1.確認兩造間之僱傭關係存在。2.上訴人應給付被上訴人自105年6月9日起至被上訴人復職之日止，每月26,400元之薪資（原審判決確認兩造間僱傭關係存在，並命上訴人

應給付被上訴人自105年6月9日起至被上訴人復職之日止，每月26,400元之薪資【被上訴人之起訴聲明已於本院為減縮及更正，詳見上述】，上訴人聲明不服，提起上訴）。並答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：被上訴人確有不聽勸誡，屢次越級申訴；多次未依規定完成請假手續，即擅離工作崗位；多次委託他人代為打卡之事實；不服從各級主管之指揮、多次與主管口角爭執；因私事容讓閒雜人士進入工作場所；及與同仁相處不睦，缺乏團隊精神等情事，分別違反嘉里大榮公司工作規則（下稱工作規則）第二章服務守則及行為規範第3、4、5、10條之規定，足見被上訴人個人行事風格確與嘉里大榮公司對員工之基本服務要求，有所扞格。被上訴人不僅多次越級報告，屢勸不聽，更任意使用公司設備及通訊錄，對公司人員散發電子郵件攻訐主管，甚有多次擅離工作崗位，未經報備與請假、不服勞務，讓外人擅自進入站所月台上閒逛與外人閒聊喝飲料，請同事代為打卡及上、下班不準時等情事，主觀上顯有故意違反勞工忠誠履行勞務給付義務之情形，且與他人溝通協調之能力及技巧上，容有欠缺不足之處，並多次故意違反嘉里大榮公司工作規則，經申誡處分及勸誡後仍然再犯，顯欠缺改善之意願，應可認就嘉里大榮公司所交付之工作確有不能勝任之情，且已達無法期待嘉里大榮公司與被上訴人繼續維持僱傭關係之程度，則嘉里大榮公司依勞基法第11條第5款規定，終止兩造間之系爭勞動契約，並未違反解僱最後手段性原則，應屬合法。又被上訴人遭解職，而向彰化縣政府勞工處申請調解前，已知悉其可選擇請求回復僱傭關係，然仍僅於申請書上勾選請求嘉里大榮公司給付預告工資、資遣費，並以手寫要求非自願離職證明，而未勾選恢復僱傭關係，顯然被上訴人申請調解時即有終止系爭勞動契約之意；彰化縣政府勞工處受理被上訴人之申請後，隨即轉由勞資關係協進會檢附被上訴人之調解申請書，於105年6月6日發文予嘉里大榮公司，嘉里大榮公司於105年6月7日收

受上開函文。是縱認嘉里大榮公司以前開事由終止系爭勞動契約不合法，然因被上訴人已以嘉里大榮公司無故終止系爭勞動契約申請調解，請求給付預告工資、資遣費與非自願離職證明，探求其真意應係認為嘉里大榮公司片面終止系爭勞動契約違反勞動法令，被上訴人乃據而主張終止系爭勞動契約，此終止權之行使無須經嘉里大榮公司同意，被上訴人意思表示一經於105年6月7日送達嘉里大榮公司，即生終止兩造間系爭勞動契約之效力；退步言之，亦應認被上訴人有於105年6月3日向嘉里大榮公司要約以資遣方式合意終止系爭勞動契約之意思，而嘉里大榮公司於105年6月7日收受勞資關係協進會檢附被上訴人調解申請書之函文後，隨即於105年6月14日將非自願離職證明以掛號信寄予被上訴人，並已於105年6月16日將預告工資、資遣費匯入被上訴人帳戶，堪認嘉里大榮公司已就被上訴人所為以資遣方式終止系爭勞動契約之要約為承諾，兩造顯已有終止系爭勞動契約之意思合致。被上訴人嗣復提起本件訴訟，請求確認兩造間之僱傭關係存在，自屬無據。另依民法第487條但書規定，嘉里大榮公司得請求自被上訴人薪資中扣除被上訴人轉向他處服務所取得之利益云云，資為抗辯。並上訴聲明：1.原判決廢棄。2.上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

三、兩造不爭執之事項（見本院卷二第47頁、第55頁、第64頁）：

㈠被上訴人自102年7月22日起任職於嘉里大榮公司彰化○○所，擔任辦事員乙職。

㈡上訴人為被上訴人投保勞工保險之薪資為26,400元，並於105年6月7日向勞工保險局終止被上訴人之投保。

㈢上訴人於105年5月27日以勞基法第11條第5款規定「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」為由，終止兩造間之系爭勞動契約。

㈣上訴人已於105年6月16日給付預告工資、資遣費、特休未休工資共計67,445元及105年6月1日至6月7日之薪資6,184元予

被上訴人，被上訴人並已於105年6月16日收受上訴人所開立之非自願離職證明。

㈤被上訴人於105年6月3日申請勞資爭議調解，調解會議於105年6月17日召開。

㈥被上訴人自105年6月9日起至110年9月30日止，共計63個月又22日，短領嘉里大榮公司之薪資為1,682,560元（計算式：【26,400×22/30】＋26,400×63＝1,682,560），扣除上開期間被上訴人自億成精密工業股份有限公司（下稱億成公司）所領薪資22,000元、葳盛企業社所領薪資22,000元及大盛紡織有限公司（下稱大盛公司）所領薪資526,371元後，如被上訴人之請求有理由，則上訴人尚應給付被上訴人上開期間之薪資為1,112,189元（計算式：1,682,560－22,000－22,000－526,371＝1,112,189，見本院卷二第47頁、第55頁）。

四、兩造爭執之事項（見本院卷二第64至65頁）：

㈠上訴人終止與被上訴人間系爭勞動契約是否符合解雇最後手段性原則？

㈡系爭勞動契約是否已因被上訴人行使終止權而終止？

㈢系爭勞動契約是否已因兩造合意終止而終止？

五、本院得心證之理由：

(一)被上訴人主張其自102年7月22日起任職嘉里大榮公司彰化○○所，擔任辦事員乙職，上訴人為伊投保勞工保險之薪資為26,400元。上訴人於105年5月27日以勞基法第11條第5款規定「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」為由，終止兩造間之系爭勞動契約，並於105年6月7日向勞工保險局終止伊之投保。且上訴人已於105年6月16日給付預告工資、資遣費、特休未休工資共計67,445元及105年6月1日至6月7日之薪資6,184元予伊，伊並已於105年6月16日收受上訴人所開立之非自願離職證明。然因伊否認上訴人所提出之終止系爭勞動契約之事由，上訴人所為終止系爭勞動契約之理由，難認符合「解僱最後手段性」之原則，上訴人之解僱手段為不合法

，兩造間之僱傭關係仍繼續存在，故伊乃於105年6月3日申請勞資爭議調解，調解會議於同年6月17日召開等情，為上訴人所不爭執（參見兩造不爭執事項㈠至㈤），並有被上訴人勞工保險被保險人投保資料表、非自願離職證明書、勞工保險退保申報表、嘉里大榮公司獎勵、懲誡通知單及彰化縣政府105年6月22日府勞資字第1050208700號函所附之勞資爭議調解紀錄等在卷可參（見原審卷一第6至8頁、第31至34頁），被上訴人此部分主張，應堪採信。

(二)上訴人終止與被上訴人間系爭勞動契約關係，是否符合解雇最後手段性原則？

①被上訴人主張上訴人所提出之終止系爭勞動契約之事由，伊不同意，伊否認，上訴人所為終止系爭勞動契約之理由，難認符合「解僱最後手段性」原則之要求，上訴人之解僱手段為不合法，兩造間之僱傭關係仍繼續存在等情，為上訴人所否認，並辯稱：被上訴人經查獲於105年起「故意」違反之嘉里大榮公司工作規則如：⑴經常性越級報告，屢經糾正與勸說仍不遵守。⑵更任意使用公司設備及通訊錄，對全公司之人員散發電子郵件攻訐主管。⑶「多次」擅離工作崗位，不服勞務，未經報備與請假。⑷甚至請同事代為打卡上下班。⑸經常性地與主管、同辦公室或其他辦公室之同事爭吵，屢勸不聽；多次聲稱有在辦公室放置錄音筆監聽其他同事之對話，造成辦公室同事無法安心上班；及有讓外人擅自進入站所月台上閒逛與外人閒聊喝飲料。認為被上訴人主觀上無配合公司管理之意願，有違反勞工忠誠履行勞務義務之情形，認為被上訴人有不能勝任工作之情形（特別是主觀上無配合公司管理之意願），且被上訴人之職位已為最基層之職位，根本無從降調為由，依嘉里大榮公司工作規則第59條及60條之規定，予以資遣云云。

②按勞基法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，就其內涵言，勞工與雇主間之從屬性，通常具有：⑴

人格上從屬性，即受僱人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。⑵親自履行，不得使用代理人。⑶經濟上從屬性，即受僱人並不是為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動。⑷組織上從屬性，即納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態等項特徵，初與委任契約之受委任人，以處理一定目的之事務，具有獨立之裁量權者迥然不同。又勞基法第11條第5款規定，勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主得預告勞工終止勞動契約，揆其立法意旨，重在勞工提供之勞務，如無法達成雇主透過勞動契約所欲達成客觀合理之經濟目的，雇主始得解僱勞工，其造成此項合理經濟目的不能達成之原因，應兼括勞工客觀行為及主觀意志，是該條款所稱之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」者，舉凡勞工客觀上之能力、學識、品行及主觀上違反忠誠履行勞務給付義務均應涵攝在內，且須雇主於其使用勞動基準法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，以符「解僱最後手段性原則」。次按『雇主得否以勞工對於所擔任之工作確不能勝任為由，依勞基法第11條第5款規定，預告終止與勞工間之勞動契約，應就勞工之工作能力、身心狀況、學識品行等積極客觀方面，及其主觀上是否有「能為而不為」，「可以作而無意願」之消極不作為情形，為綜合之考量，方符勞動基準法在於「保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展」之立法本旨。又勞動契約為一繼續性及專屬性契約，勞雇雙方間非僅存有提供勞務與給付報酬之權利義務存在關係，其他如雇主之照顧義務、受雇人之忠誠義務，亦存在於契約間，勞動契約不應祇有契約自由原則之適用，其他之正當信賴原則、誠實信用原則、手段正當性及社會性因素，亦應顧慮之。是以解釋勞基法第11條時，應要求雇主對終止契約之採用是為對勞工之最後手段，處於不得不如此實施之方式，倘尚有其他方式可為，即不應採取終止契約方式為之，亦即須雇主於其使用勞基法所賦予保護

之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，以符「解僱最後手段性原則」。』（最高法院99年度台上字第838號判決意旨參見）。依上揭所示最高法院裁判精神，雇主予以終止雇用關係為手段時，仍應要求雇主對此手段的採用為對勞工之最後手段，處於不得不如此實施之方式，倘尚有其他方式可為，即不應採取終止契約方式為之，亦即須雇主於其使用勞基法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約。故本件爭執重點仍應為上訴人所為終止系爭勞動契約，是否符合解僱最後手段性原則，以下審究之。另按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。

③上訴人主張被上訴人不能勝任工作之事由，是否有理由，說明如下：

⑴陸續用電子郵件、LINE、電話多次越級報告，屢勸不聽。更任意使用公司設備及通訊錄，對全公司之人員散發電子郵件攻訐主管部分：

查，被上訴人確有於2014（即103年）10月27日發出電子郵件與嘉里大榮公司相關部門暨全體人員內容為「冒昧的打擾各所了！我先自我介绍一下我是○○所辦事員乙○○！關於○○所的發送主任的所作所為我已無法法再忍受了！想請教是否每所的主任是否這樣？關於自家主任曾說趕快把工作完成就能趕快下班，可是自家的發送主任在八月份的時候下午四點多讓女朋友載來上班，持續了好多天！一進來絲毫也沒關心自己的人員的工作是否有哪裡不會！一點也不擔心！而且每天比自家的辦事員還至下班！也不會告知就突然不見了！是否嘉里大榮的主任都是這麼好當的？加上有些客戶為約價客戶！有分別於才數的問題！總是讓我每天都有更不完的單子！像○○所有家大客戶○○客戶一直反應！小件為3才！發送主任常做為4才！也不與客戶洽談！工作是這樣的處理態度？還有好市多的問題！根本就沒依照規定的程序再走！當然發送主任是替站所拚業績的重點人物！那如果一個

主任都快把客戶给得罪光了！常常接到客戶不滿的聲音！這樣還有業績嗎？好比說客戶有帳目的問題一定要找發送主任！但是告知主任有何用!不是不想回就是說不要理他這個字眼的出現！這是一個上司教導一個下屬的語氣嗎！然而對自家的司機也是沒大沒小！動不動就說閒人！有些司機聽聽難免會生氣吧！只是不想與他計較！司機如果是閒人的話！那他的業績不就是得於0！就算拉了多少客戶！還是沒用的！關於他數都數不清的誇張行為！像是10/18號週六我在站所內用微波爐煮羊肉爐！因現在天氣漸漸也要變涼了！燉個的羊肉爐給司機大哥們吃應該不為過吧！我承認那天對單的事宜分攤給另一個同事！○○○發送主任說我那天很閒！可以煮羊肉爐!說另一個同事很忙！不能丟工作給他！請問我是用丟的嗎！還有他羊肉是沒吃到嗎？還大聲說只是不想搞得太難看！叫我寫一份檢討報告！請問各位長官；我這份檢討報告要如何寫？每天印托運單！掃單對單！接電話！追貨查貨！其他同仁的工作也沒比我少！那○○○發送主任所謂的另一個同仁工作最多！意思是在說我的工作就不是工作！別的工作就是工作是嗎？我是有做的比較少嗎要我再加上到著的工作我沒話說！但是要用商量的！不是每次用的就是強硬的態度逼我我去接受！加上生病請病假！○○○發送主任說：他都把我的工作拿起來做不敢給其他同仁做！意思是在跟我他很委屈嗎？如果很委屈可以都放著阿！如果當一個主任常常把"是你主任還是我主任"這字眼掛在嘴邊！那意思是說他非常大的意思！職位是给人尊重！而不是濫權！當一個主任都可以做成這樣還絲毫不改進！要我怎麼尊重呢！如果一個主管都可做成那樣那有何理由指著對方的鼻子告知要如何做呢！這樣你會心服口服嗎？在這煩請評評理！」（見原審卷一第27頁）；及於2016年2月4日發出電子郵件予嘉里大榮公司人資處之林典煒處長內容為：「處長好：我是○○所辦事員乙○○，我要申訴年終獎金部分。我今年年終評核為3級，看起來是不錯..但我來到這裡也兩年多。我們

發送一個新人只來將近一年，這次領了4萬..評等2。且他只顧自送，好多東西都還不會…所長做人很有私心，之前我們SR跟我說，我帶的一個新人，所長說等她學會就要把我換掉。這什麼意思？且也說他不希望女孩子能力太強，這對我來說很不公平，這像職場的黑暗面及職場霸凌--，請處長幫我處理」（見原審卷一第113頁）；另有被上訴人與黃○○、阿宏間之手機通訊軟體LINE對話截圖（見原審卷一第129頁）等。但查細觀上開所附之電子郵件內容，應認係以反應業務疑問為要；LINE之截圖內容「而是更大條的事、現在就等我律師幫我處理、反正有錄音檔等語」也無從證明被上訴人確實刻意以電子郵件攻訐上司。再者，上開內容所發時間分別為103年與105年，次數僅為2次，申訴理由亦不相同，再依證人○○○所證（見下述）亦難認被上訴人有與同事間相處不睦之情、依被上訴人所提供之工作規則，復難以認定被上訴人僅經發送主任核准而未經所長核准，就是符合係未經核准與他人會面等情，是上訴人以所陳上情逕認被上訴人因此即有不能勝任情形，尚有可議之處。且依上揭最高法院實務見解，欲以解雇為手段時，仍應符合解雇最後手段性之要求。參酌原審106年4月7日證人○○○到庭證稱：「…（被上訴人訴訟代理人問：請問證人有無獎懲員工的權限嗎？）有。初核，第一關是我。（被上訴人訴訟代理人問：既然被上訴人曾在105年1月及2月間有越級申訴的狀況。為何遲於被上訴人遭解僱後才予記小過的懲戒，為何不是在被上訴人還沒有離職就給予懲戒？）因為在發生這些事情後，我們會先協調，協調沒有用之後才會懲戒，因為這個事情區長有下來協調，經過協調多次無效，所以我們才懲戒處理。（被上訴人訴訟代理人問：被上訴人在二月之後有無再越級申訴？證據為何？）有，應該是4月2日還有再越級申訴，是申訴所長（我）與會計劉主任的案件，這個資料也是區長給我的，應該是被上訴人向區長申訴的。區長是我的上級。（被上訴人訴訟代理人問：為何公司跳過懲戒即直接解

僱被上訴人？）不是沒有懲戒，我們公司都是先協調，可以協調就盡量協調，盡量不要用懲戒的，協調無效才會懲戒，剛好被上訴人有太多違反工作守則的行為同時要處理，才會同時有懲戒、解僱。…」等語，及參酌以嘉里大榮公司工作規則第61條「除年終考核外，本公司對於員工有平時考核，並作為年終考核及給與各項獎金之參考。其獎懲分為下列幾種：一、獎勵：Ⅰ嘉獎Ⅱ記功Ⅲ記大功Ⅳ獎金Ⅴ升級。二、懲罰：Ⅰ警告：警告三次作為申誡一次。Ⅱ申誡：申誡三次作為記過一次。Ⅲ記過：記過三次作為記大過一次。Ⅳ記大過：年度內記大過二次解僱。Ⅴ降調」等內容，足認上訴人就被上訴人如有違反工作規則情事，本應依該獎懲制度就被上訴人所違反之情節，於事發後立即分別為警告、申誡、記過、記大過、降調等之處分，但本件上訴人卻在認為被上訴人有上揭諸種情形，而違背工作守則情形下，棄置於上訴人內部所制訂之獎懲制度而不為，改以協調為名，在協調無法達其滿意結果之後，未經被上訴人表示意見，復未對被上訴人為具體之要求改善下，即遽而為解雇之手段，並遲至於解雇之後方於105年6月14日為懲戒結果之通知（見原審卷一第8頁 ），上開懲處程序不僅無從讓被上訴人事後立刻知悉各該次之懲處事由，上訴人亦未使用任何勞基法所賦予教育及保護被上訴人之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，以符「解僱最後手段性原則」，故被上訴人主張上訴人所為之終止系爭勞動契約，不符合解雇最後手段性原則，為有理由。

⑵多次擅離工作崗位，不服勞務部分：

㈠上訴人另抗辯被上訴人於105年4月2日，未經請假即擅離職守，當日只工作4個多小時、105年4月4日再次擅離職守並託人代打卡，並有監視器影片翻拍照片及打卡紀錄為證（見原審卷一第29至30頁、第119至126頁），參諸（105/04/02到所1404、離所未打卡；105/04/04到所13：12、離所：20：03），是上訴人比對嘉里大榮公司錄影監視畫面及被上訴人

打卡資料，發現被上訴人於105年4月2日登載之上班打卡時間為下午2時4分許，然該時段被上訴人並未在辦公室內，且於同日晚間7時48分許即離開辦公室；又被上訴人105年4月4日登載之上班打卡時間為下午1時12分許，然該時段被上訴人並未在辦公室內，嗣於同日下午1時29分許始進入辦公室，又於同日晚間7時4分許即離開辦公室，然登載之下班時間為晚間8時3分許。而被上訴人於原審先具狀陳稱：「105年4月2日為清明連續假期，適逢被上訴人及主管○○○值班，當日被上訴人家中臨時需人手幫忙，經主管○○○允許後，方於當日早退，另105年4月4日被上訴人並無擅離職守之情事」 等語（見原審卷一第97頁反面至第98頁），再改稱：「公司從來沒有規定下班時間，是責任制，工作做完就可以下班，但要打卡，……（我於）105年4月4日當天有上班，下班時（間）我已經忘記了，但離開時應該還沒有到十點半，有沒有打卡我不確定，（我）離開時有禮貌性的告知發送主任○○○說我工作已經作完了」等語（見原審卷一第182頁反面），復改稱：「主任代為打卡之情況，均係被上訴人實際上下班之時間所為」等語 （見原審卷一第204頁反面），另於本院前審改稱：「我是當天（即105年4月4日）晚間8點3分才下班，因為我那天身體不舒服，要請司機○○○載我回去，所以我才於晚間7點4分背著我的背包，拿去外面○○○的車上放著，然後再回公司月台的輸送區拿垃圾去倒，然後再與司機們聊天，因為那時我的工作已經作完了」等語（見本院前審卷一第113頁反面）。衡諸情理，倘若被上訴人於105年4月4日晚間7點4分僅係要到月台的輸送區倒垃圾，自無逕背背包離開辦公室之必要。足見被上訴人於105年4月2日確有提早下班之情形，另於105年4月4日晚間7點4分即背背包離開辦公室之情。況證人○○○亦證稱：伊對於被上訴人於105年清明連續假期之出勤狀況，已經沒有印象等語（見本院前審卷一第115頁），即無法證明被上訴人於105年4月2日、4日有告知證人○○○其要提早下班之情。又

依105年5月27日約談錄音譯文及系爭懲誡通知，可知嘉里大榮公司人員於105年5月27日與被上訴人約談時，亦有論及被上訴人未經報備與請假，即與上訴人客戶○○○外出擅離職守，並以此懲誡被上訴人。就此，被上訴人自陳伊因與客戶○○○有私人糾紛，○○○於105年1月15日到○○所找伊和解，伊並未請假，僅向○○○主任報備即離開工作崗位，與○○○前往○○所附近之○○修車廠談話約半小時之久，便返回辦公室等語（見本院前審卷二第93頁反面至第94頁）。㈡再查，依上訴人自行提出之工作規則第41條規定：「員工因故必須請假者，應事先填寫請假單，……，經核定後方可離開工作崗位，……」。工作規則第57條並規定：「本公司員工應準時上下班，並依規定按時簽到或打（刷）卡。……□……下班時間前15分鐘以前離開工作場所視為早退，--以實際缺勤時數為曠工（職）論。……□在工作時間內未經准許及辦理請假手續，擅離工作場所或外出者以曠工（職）論。□託人或替人登錄勤怠或打（刷）卡或簽到者，經查屬實，委託者以曠工（職）一日論，雙方並處以行政處分」、第66條規定：「工有下列情事之一經查屬實者，得予申誡：一、工作怠惰或擅離工作崗位屢經糾正仍不改正者。」第67條規定：員工有下列情事之一經查證屬實者，得以記過：「四、經常怠忽職責或擅離職守，嚴重影響工作氣氛和同仁工作士氣者。十三、每月無故非連續曠工（職）累計達三日或全年累積滿十日以上者。」；第68條員工有下列情事之一經查屬實者，得予記大過或降調（見原審卷一第241至245頁），可見因擅離職守者須使上訴人蒙受重大損害或每月無故非連續曠工（職）累計達三日或全年累積滿十日以上者，始符該工作規則記過之情形。參酌前開工作規則之規定，可知須達嚴重影響工作氣氛和同仁工作士氣者，或無故非連續曠工（職）累計達3日之程度始符合態樣。則上訴人以105年4月2、4日，未經請假即擅離職守，當日只工作4個多小時、105年4月4日再次擅離職守或未請假外出（曠職2日），尚難

遽認係擅離職守，嚴重影響工作氣氛和同仁工作士氣或無故非連續曠工（職）累計達3日。

⑶請同事代為打卡部分：

上訴人主張被上訴人請同事代為打卡云云，並提出錄音光碟暨譯文影本乙份（見原審卷一第115至118頁），為被上訴人所否認，惟查：依105年5月27日上訴人派員向被上訴人佈達解雇事由時之錄音內容：「許耀仁處長：妳只會忘記打卡，所以從來沒有人幫妳打過卡對不對。也就是說我們從錄影監視器….乙○○：等一下哦。我先跟你講，我先跟你講，那個主任有幫我打卡，我就老實講。許耀仁處長：主任為什麼幫妳打卡？乙○○：我也不知道。…乙○○：他也幫我們其他辦事員打卡....像是…其他司機互相打卡的啊…甲○○高專：妳覺得可以互相打卡嗎？妳先不用管其他的人。妳的認知裡面妳覺得誰可以幫妳打卡。乙○○：都不可以阿，自己打自己的。…乙○○：沒有，其實你可以看外面的監視器，我們都是人到了主任才打的，既然你要講實話我就跟你講啊....」，足認被上訴人確實有請人幫其代為打卡，且依被上訴人自行提出之工作規則第67條規定員工有下列情事之一經查證屬實者，得以記過：「十一、託人或替人代打考勤卡或簽到者。」，是上訴人亦對被上訴人記小過乙次，惟上訴人並未舉證證明蒙受何重大損害，嚴重影響生產作業，自難據此逕認被上訴人客觀上能力、學識、品行及主觀上忠實履行勞務給付義務之意願，已達不能勝任工作而得終止系爭勞動契約之程度。

⑷經常性地與主管、同辦公室或其他辦公室之同事爭吵，屢勸不聽；多次聲稱有在辦公室放置錄音筆監聽其他同事之對話，造成辦公室同事無法安心上班；及有讓外人擅自進入站所月台上閒逛與外人閒聊喝飲料部分：

上訴人抗辯之上開情節，與被上訴人之工作能力無關，且依原審106年4月7日證人○○○證稱「（被上訴人平時工作表現如何？與同仁的互動狀況如何？）在工作上可以與別的班

別的互動比較沒有那麼好，比較會有工作上的摩擦，但跟同班的同仁互動比較好。」等語，益徵，工作上之表現以及與同仁間之相處能力並無明顯之不足。且上訴人復未證明於發現被上訴人有於讓外人擅自進入站所月台上閒逛及與外人閒聊喝飲料時，上訴人有立即為必要之處置，並請被上訴人說明當時之情況，以查核實情，並擬具改善措施，是上訴人亦不能執此主張上訴人不能勝任工作。

⑸綜上，上訴人以被上訴人多次越級報告，屢勸不聽，更任意使用公司設備及通訊錄，對全公司之人員散發電子郵件攻訐主管，及有多次擅離工作崗位，不服勞務，未經報備與請假。甚至請同事代為打卡，經常性地與主管、同辦公室或其他辦公室之同事爭吵，屢勸不聽；多次聲稱有在辦公室放置錄音筆監聽其他同事之對話，造成辦公室同事無法安心上班及有讓外人擅自進入站所月台上閒逛及與外人閒聊喝飲料等節，而認被上訴人有勞基法第11條第5款規定不能勝任工作之事由，於105年5月27日不經預告終止兩造間勞動契約，復於105年6月14日發佈對被上訴人之如下5項懲誡通知：⑴「獎懲文號：人字00000000-0號事由：辦事員乙○○於105年間，經常性越級申訴報告，屢經糾正與勸說，陳員仍不遵守又是累犯，已違反公司申訴條例與工作守則，于於記小過乙支」、⑵「獎懲文號：人字第10500367-2號事由：辦事員乙○○因私人問題與客戶有所糾紛，客戶於105/1月起至今都無交易，導致客戶流失與公司遭受損失，已違反工作規則第67條第3項，于於記小過乙支」、⑶「獎懲文號：人字第10500368-3號事由：辦事員乙○○於105/3/20值日當天，讓外人擅自進入站所月台上閒逛，未加以制止還與外人閒聊喝飲料，在此項又是累犯，已違反工作規則第67條第5項，于於記小過乙支」、⑷「獎懲文號：人字第10500359-1號事由：辦事員乙○○於 105/1/15私自帶外人進站所處理私人問題，後又未經報備與請假，與外人外出擅離職守，以上兩項違反工作規則第67條第4、5項，于於記兩小過乙次」、⑸

「獎懲文號：人字第10500360-2號事由：辦事員乙○○於105年4月份多日上下班找人代打卡，已違反工作規則第67條第11項，于於記小過乙次」等情，業據被上訴人提出獎勵、懲誡通知單影本在卷足憑（見原審卷一第8頁）。被上訴人主張上訴人若認其不適任，應先調整其職務或調任他職，且如有違反工作規則等情事，本應依該工作規則就情節分別為警告、申誡、記過、記大過、降調亦應採漸進式之懲戒制度，於被上訴人仍拒絕改善情形，故意怠忽工作，或故意違背忠誠履行勞務給付時，始得終止勞動契約，以維被上訴人之工作權，兼以維護上訴人之經營秩序。且上訴人並未舉證證明蒙受何重大損害，嚴重影響生產作業。再者，上訴人係於終止契約後始予其記小過6支，並予以免職，依上述顯有違解僱最後手段性。則上訴人遽依勞基法第11條第5款規定，片面終止兩造間系爭勞動契約，與所謂「勞工不能勝任工作」及「解僱最後手段性原則」均不符合，上訴人所為終止系爭勞動契約自不合法。

⑹再者，雇主依勞基法第12條第1項第4款規定不經預告終止契約，應自知悉其情形之日起，30日內為之，同法條第2項規定甚明。所謂「知悉其情形」，係指對勞工違反勞動契約或工作規則，情節重大，有所確信者而言。為保障勞工及促進勞資關係和諧，該30日除斥期間，應自調查程序完成，客觀上已確定，雇主獲得相當之確信時，即開始起算。而上訴人在105年5月27日首次依前引規定行使終止權時，乃認定被上訴人具上述情事，該當「違反工作規則，情節重大」之要件，而以嘉里大榮公司105年6月14日獎勵、懲誡通知單行使懲戒權。顯見上訴人最遲於105年1月15日（記被上訴人2小過時，見原卷一第8頁反面）即確信被上訴人有違反工作規則，情節重大之狀況，其遲至105年5月27日始行使終止權，自已逾30日除斥期間。

(三)系爭勞動契約是否已因兩造合意終止而終止？

上訴人抗辯被上訴人申請勞資爭議調解係提出終止僱傭關係

之要約，上訴人已承諾，兩造係合意終止雇用關係云云，固為被上訴人所否認，惟查：

⑴按「按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，為民法第98條所規定，而所謂探求當事人之真意，如兩造就其真意有爭執時，應從該意思表示所根基之原因事實、經濟目的、一般社會之理性客觀認知、經驗法則及當事人所欲使該意思表示發生之法律效果而為探求，並將誠信原則涵攝在內，藉以檢視其解釋結果對兩造之權利義務是否符合公平正義（最高法院96年度台上字第286號裁判要旨參照）。

⑵被上訴人係於105年6月3日申請勞資爭議調解、調解會議於105年6月17日開啟，該調解申請書爭議要點略以：「本人於102年7月22日到職擔任辦事員，離職前6個月平均月薪2萬7000元，公司於105年5月27日無故資遣本人，要本人當下離開公司…」、勞資爭議調解紀錄略以：「…三、調解方案根據雙方言詞及資料，勞方所提之資遣費、預告工資，資方已於105年6月16日匯款至勞方個人帳戶，非自願離職證明書已於105年6月14日寄出，勞方所提之訴求已無爭議存在。四、調解結果：不成立，原因：勞方不同意資方資遣之事由，調解不成立。…」、彰化縣政府106年6月29日府勞資字第1060220502號函略以：「說明二、有關105年6月17日調解會議上台端（註：被上訴人）曾口頭提出恢復僱傭關係之訴求，要求調解人向資方說明，該會函復略以…；另調解人向資方代理人，轉述台端臨時提出恢復僱傭關係請求，資方是否有考慮同意恢復僱傭關係…公司未授權無法當場同意…」及彰化縣政府106年7月20日府勞資字第1060242418號函略以：「說明（二）另台端（註：被上訴人）表示，於調解會議場上不能更改勾選恢復僱傭關係之訴求，係因會議中資方代理人不能接受台端主張，故調解人才告知台端已無於申請書更改之必要。」等內容，有彰化縣政府該次調解相關函文在卷可參（參見本院卷一頁31-34頁、第209背面-210頁、第232背

面、第276及背面）。綜上，足認被上訴人勞資爭議調解時並非僅為爭取調解申請書或調解紀錄所載資遣費、預告工資及非自願離職證明等事宜，被上訴人對遭解聘事由及解聘結果均有爭執，此與本院110年12月20日證人丙○○證述：「（徐盛國律師問：當天訴求項目為何？）請求資遣費、非自願離職證明書及特休未休工資，訪談過程中勞方改變主張請求恢復僱傭關係。」「（徐盛國律師問：你講什麼？）原本書面寫的是請求資遣費，臨時變動主張我無法幫忙更改，調解過程如資方同意他的訴求，我可以在會議記錄結論上記載雙方同意恢復僱傭關係。」「（徐盛國律師問：當兩方一起會面時，當時申請人有無再陳述申請事項或是你有再對雙方講出申請調解的事項？）雙方單獨訪談結束後，我沒有讓申請人再次陳述，由我直接向資方說明勞方書面記載請求資遣費，但會議中口頭變更主張請求恢復僱傭關係。」「（徐盛國律師問：資方代表如何說？）我有當場與資方代表表示勞方請求恢復僱傭關係是否有可能，資方代表說勞方在任職期間有與客戶爭執的事情，所以資方給予資遣費及非自願離職證明書，在會議召開前，已經給付該金額，並寄發非自願離職證明書，所以沒有辦法同意勞方所請求的事情。」「（徐盛國律師問：雙方都在場時，一開始就讓資方知道對方要請求恢復僱傭關係或是談了一段時間之後乙○○才提出要恢復僱傭關係？）我與乙○○有單獨二次訪談的時間，這部分我不是記得很清楚，不知道是第一段單獨訪談時提出，還是第二段單獨訪談時提出的。」「（徐盛國律師問：單獨與資方代表訪談過程細節是否記得？）資方代表訪談我是詢問公司為何要與乙○○終止勞動契約，資方代表告訴我勞方任職期間有代打卡及與客戶爭執的情形，所以公司與勞方終止勞動契約。」等語；另證人即參與勞資協調之資方代表甲○○亦到庭證述：「（徐盛國律師問：105年6月17日調解當天，乙○○何時提出要恢復僱傭關係的訴求？）我們調解完之後，他與兩個男生談完之後，回來他才又提出來。一開始

調解委員有針對乙○○的訴求調解，後來才又分開之後，回過頭來再要求恢復僱傭關係。」「（徐盛國律師問：上述證人甲○○證述部分請求詢問丙○○，就此部分有何意見？）我沒有意見，因我案子很多，按照證人所講的流程應該是合理的。」等詞（見本院卷二第13至22頁）。綜上可知，被上訴人主張其並非法律專業人員，其因不諳法律而於勞資爭議調解申請時要求給付預告期間工資、資遣費及開立非自願離職證明書等，與常情無違，難據此推論被上訴人有片面終止系爭勞動契約之意思，或者向上訴人提出合意終止系爭勞動契約之要約；況依勞資爭議調解申請書以及嗣後會議紀錄之記載，被上訴人除向上訴人公司請求上述金額外，亦有提及：「公司於105年5月27日無故資遣本人」、「公司於105年5月27日告之終止勞動契約並要求本人立即離開，本人於105年5月30日、6月3日回公司提供勞務遭拒」等語，當日亦有向上訴人之代表提出恢復僱傭關係之請求，此有彰化縣政府府勞資字第1060220502號函：「105年6月17日調解會議上台端曾口頭提出恢復僱傭關係之訴求」、「調解人向資方代理人轉述台端臨時提出恢復僱傭關係請求」等語（見原審卷一第209頁背面）足資證明。

⑶再者，本件被上訴人係於105年6月3日向彰化縣政府申請勞資爭議調解，故該日填寫之申請書係交予彰化縣政府，顯非向上訴人為片面終止勞動契約之意思表示通知，更非向上訴人提出合意終止契約要約之意思表示通知，則上訴人即無對被上訴人之要約意思表示而為承諾之可能。是以，綜觀上述事實經過，應認被上訴人於申請勞資爭議調解時，係因無法接受上訴人公司違法之解僱行為後，而請求給付資遣費，其意乃認上訴人公司有違法片面解僱之情形，實尚無從認定被上訴人有上訴人所稱之片面終止勞動契約之意思表示，或有向上訴人提出合意終止契約要約之意思表示。末查，依勞基法之規定，僅於雇主依同法第11條、第13條但書之規定終止勞動契約，或勞工依同法第14條規定終止勞動契約時，勞工

始得對雇主請求給付資遣費及預告期間工資，於勞雇雙方合意終止勞動契約之情形，勞工並無資遣費及預告期間工資之請求權；且於勞僱關係中，勞方係屬經濟上較弱勢者，對資方之資遣行為，無論是否於法有據，勞工為謀生活負擔之減輕及經濟上壓力，多數係被動地接受資方資遣，則此時勞工據以請求雇主給付資遣費，既係出於雇主之資遣行為而來，自不得以之強曲解為勞工表示同意終止勞動契約，而兩造有合意終止勞動契約之合致。

(四)綜上，上訴人前揭終止系爭勞動契約之行使均不合法，兩造亦均未合意終止勞動契約，已經認定如前，則被上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，即屬有理。

(五)被上訴人另依系爭勞動契約，請求上訴人應給付被上訴人自105年6月9日起至復職之日止，每月26,400元之薪資，亦為上訴人所否認。經查：

⑴僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之；債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力，但債權人預示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人以代提出；債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任，民法第487條、第235條、第234條分別定有明文。又債權人於受領遲延後，需再表示受領之意，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，其受領遲延之狀態始得認為終了，在此之前，債務人無須補服勞務之義務，仍得請求報酬（最高法院92年度台上字第1979號判決意旨參照）。再按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任，民法第229條第1項定有明文。

⑵上訴人於105年5月27日通知被上訴人自105年6月9日起終止系爭勞動契約關係，已明示拒絕受領被上訴人提供勞務，堪認上訴人自105年6月9日起受領勞務遲延，且被上訴人並無

補服勞務之義務，而得請求報酬，被上訴人自得基於系爭勞動契約，請求上訴人自105年6月9日起至被上訴人復職之日止，按月於發薪日（即次月5日，見工作規則第四十六條，原審卷一第242頁）前，給付薪資26,400元。

⑶另上訴人於本院抗辯：被上訴人於107年6月25日至同年7月12日在億成公司之薪資所得額22,000元；被上訴人於107年7月14日至同年8月1日在葳盛企業社之薪資所得額22,000元；被上訴人於108年11月18日起迄110年9月止，在大盛公司之薪資所得額526,371元。若以被上訴人遭解雇時之月薪26,400元，自105年6月9日算至110年9月共計63個月又22日計算，則被上訴人短領之薪資為1,682,560元（計算式：（26,400×22/30）+26,400×63 = 0000000），再扣除上述自其他公司受領之所得額後，為1,112,189元。被上訴人於本院亦表示同意上訴人此部分之抗辯（見上述不爭執事項㈥）。故被上訴人請求自105年6月9日起至110年9月30日止，上訴人應給付被上訴人1,112,189元；及自110年10月1日起至被上訴人復職之日止，上訴人應按月給付被上訴人26,400元，均為有理由，應予准許。

六、綜上所述，被上訴人起訴主張上訴人片面終止系爭勞動契約，所引之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」之諸事由，均非事實，且上訴人所為不符「解僱最後手段性原則」，因而請求確認兩造間僱傭關係存在，並請求上訴人應給付被上訴人如附表編號一、二所示之金額，均為有理由，應予准許。從而原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

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　　111　　年　　3　　月　　23　　日

勞動法庭　審判長法　官　黃玉清

法　官　葛永輝

法　官　許旭聖

正本係照原本作成。

上訴人得上訴，被上訴人不得上訴。

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）。因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

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1第1項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。

如委任律師提起上訴，發回更審後為訴之變更(追加、擴張)部分應一併繳納上訴裁判費。

書記官　陳麗玉

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　23　　日

附　表：（新臺幣）

編號	一	二
	上訴人自105年6月9日起至110年9月30日止，應給付被上訴人之金額（計算依據見兩造不爭執事項㈥）。	上訴人自110年10月1日起至被上訴人復職之日止，每月應給付被上訴人之金額。
	1,112,189元	26,400元