臺灣高等法院臺南分院民事判決

115年度勞上易字第3號

上　訴　人　楊仲凱即名徠診所

000000000000000000

訴訟代理人　楊鎮謙律師

被　上訴人　郭金雪

訴訟代理人　錢開發

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114年11月28日臺灣臺南地方法院114年度勞訴字第128號第一審判決提起上訴，被上訴人並減縮訴之聲明，本院於115年4月14日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決除減縮部分外廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

廢棄部分第一、二審訴訟費用均由上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人原起訴請求上訴人應自民國114年10月1日起至被上訴人復職日止，按月給付新臺幣（下同）76,000元（見原審勞專調卷第12頁），嗣於本院準備程序時，因原審判決認被上訴人已於114年10月1日當日領取上訴人給付之1,500元部分，故駁回被上訴人於原審此部分之請求，被上訴人遂同意上開起訴範圍減縮為原審准許之74,500元，及自114年11月1日起至同年11月30日止，按月給付之76,000元（本院卷第70頁），核屬減縮應受判決事項之聲明，核與民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款規定相符，應予准許。

二、被上訴人主張：兩造於114年6月27日簽訂藥師契約書（下稱系爭契約），伊自114年8月1日起至115年12月31日止，受僱於上訴人，擔任揚基藥局之藥事服務人員。伊工作節數依上訴人所經營名徠診所之表定時間即每月44節數(每週11節)，節薪以1,500元計算，加上伊執照費10,000元，伊每月薪資為76,000元。另上訴人出資設立揚基藥局，由伊擔任負責人

並負責調劑藥物，揚基藥局僅負責上訴人開立之處方箋，不對外營業，僅有伊一名之藥師，名徠診所與揚基藥局為相同電話與地址。惟上訴人於114年8月刪減伊上班節數至每週8節，伊該月實領薪資已不足76,000元，於9月上訴人仍欲刪減伊節數，伊即表示執業登記只有伊一位藥師，上訴人不能找外人調劑卻蓋伊的印章，不同意刪減節數等語，上訴人便以各種理由要求伊離職或接受資遣，均經伊拒絕。於114年10月1日伊下班時，上訴人無預告即通知伊翌日起不用上班，隨後以勞動基準法（下稱勞基法）第11條第4款資遣伊，並要求伊辦理藥局停業手續。伊於當日即至臺南市政府勞工局申訴上訴人未依法為伊投保勞保，並於10月2日聲請原法院勞動調解，請求確認與上訴人間僱傭關係存在，伊並無同意資遣。上訴人雖辯稱伊工作能力與態度欠佳，純屬子虛烏有，實係上訴人想減少伊工作節數及薪資，遭伊拒絕，上訴人才找理由資遣伊，此從上訴人其後於114年10月2日即上網徵藥師，顯見其資遣事由為不合法，伊雖然領取資遣費，但因上訴人所支付給的錢包含9月份薪資，伊自會領取，且給付資遣費也不代表上訴人資遣合法。爰依兩造間勞動契約之法律關係提起本件訴訟。並請求㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡上訴人應給付74,500元，及自114年11月1日起至同年11月30日止，按月給付76,000元。

二、上訴人則以：伊委任被上訴人於揚基藥局擔任負責人，兩造間並非勞動契約，揚基藥局與名徠診所為不同稅務主體，被上訴人沒有在名徠診所工作。因被上訴人工作能力與態度欠佳，諸如在工作時間聽音樂、戴耳機、不整理藥物，保管揚基藥局大章卻常以其有管理權限而不給，拆藥局信件要經其同意，扣留揚基藥局銀行大小章，也有包錯藥欠缺專業之情形。揚基藥局為伊出資，伊覺得被上訴人不是可以穩定合作的藥劑師，故終止委任本屬適法；兩造因排班問題，被上訴人曾表示「你們可能要找能夠配合的新任負責藥師」、「道不同不相為謀」等離職意思，屢屢表示不做了，嗣兩造於11

4年10月1日合意終止系爭契約，錄音對話中被上訴人稱「那我OK，我們就終止合約，那什麼時候開始可以不用來」即可證明，被上訴人表示要拿離職證明書而同意以勞基法第11條第4款作為資遣事由，也自己蓋印揚基藥局離職證明書，並領走資遣費；退步言，伊要找別的藥劑師配合，所以請被上訴人將藥局辦理歇業，被上訴人已辦理歇業登記並註銷藥局執照，若任令僱傭關係存在，豈非強命伊出資設立藥局。況被上訴人並非護理師，藥局已不存在而無回復工作之可能，不可能讓被上訴人於名徠診所內工作(伊甘願不再經營藥局)，故兩造若為勞僱關係，亦符合勞基法第11條第1款「歇業」、第4款「業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置」、第5款「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」之資遣要件，且被上訴人工作未滿3個月，依同法第16條第1項無需預告；依系爭契約第5條第4項，被上訴人有重大損害伊權益之行為，伊亦得依上開約定終止兩造契約，且於114年10月1日已當面告知被上訴人；系爭契約是論件計酬，沒有保證被上訴人上班44節，且本件原審判決後，伊也於114年11月29日和被上訴人達成和解，兩造已另外合意終止系爭契約，伊亦已給付完畢全部和解金額等語，資為抗辯。並上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、兩造不爭執事項為：

㈠兩造於114年6月27日簽訂系爭契約，被上訴人擔任藥局之藥事服務人員，依上訴人規定之上班時間執行職務，契約期限自114年8月1日至115年12月31日止。

㈡上訴人獨資設立揚基藥局，並由被上訴人擔任負責人；揚基藥局現已辦理歇業登記。

㈢被上訴人於114年8月，實領6萬2145元（內容包含薪資5萬4000元、執照費1萬元，扣健保費710元、勞保費1145元）。

㈣被上訴人與上訴人配偶，於114年8月28日在Line對話中，就114年9月排班有所討論。

㈤兩造於114年10月1日，有如被證4譯文之對話內容。

㈥上訴人於114年10月1日給付被上訴人8萬6966元，立有兩造簽名之單據，內容記載略為：9月薪水7萬0500元、牌照費1萬元、資遣費6821元、10月薪水1500元、勞健保-1855。

㈦上訴人曾於114年10月2日，在網路上徵求藥師、工作內容為調劑醫師處方。

㈧兩造確實於114年11月29日有簽立上訴人所提上證一之和解書，被上訴人已收到24萬1400元。

㈨兩造已經另外在114年11月30日合意終止契約關係。

四、兩造之爭執事項：

㈠兩造簽訂之系爭契約，究係成立勞動契約？抑或是委任契約？系爭契約之定性為何？

㈡兩造有無合意資遣？

㈢上訴人主張被上訴人有勞基法第11條之法定資遣事由存在，有無理由？

㈣上訴人依系爭契約第5條第4項，主張單方終止契約，有無理由？

㈤被上訴人主張兩造之僱傭關係存在，請求給付7萬4500元，及自114年11月1日起至114年11月30日止，給付該月之薪資7萬6000元，有無理由？

五、本院之判斷：

㈠就爭點㈠部分，系爭契約應定性為勞動契約，非委任契約：

1.按勞動契約，指約定勞雇關係而具有從屬性之契約。勞基法第2條第6款定有明文。而勞動契約當事人之勞工，通常具有下列特徵：(一)人格從屬性，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。(二)親自履行，不得使用代理人。(三)經濟上從屬性，即受僱人非為自己之營業勞動，而係從屬於他人，為該他人勞動。(四)納入雇方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態。又基於保護勞工之立場，一般就勞動契約關係之成立，均從寬認定，只要有部分從屬性，即足成立（最高法院92年度台上字

第2361號判決意旨參照）。至委任契約，係指委任人委託受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理。故受任人給付勞務，僅為手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。參照大法官釋字第740號解釋意旨，當事人間基於私法自治原則，有契約形式及內容之選擇自由，其類型可能為僱傭、委任、承攬或居間，其選擇之契約類型是否為勞動契約，仍應就個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之。

2.查系爭契約第1、2、3條之約定內容，被上訴人受僱於上訴人，擔任揚基藥局藥事服務人員，於揚基藥局從事健保特約藥局之調劑業務，並依上訴人規定之上班時間執行職務，接受上訴人之管理監督，如上訴人業務需要，得指派被上訴人至其他工作地點。需遵守上訴人工作之規定，提供親切、專業的藥事服務品質，耐心執行專業調劑用藥解釋之職責。其他如藥品的清點，上架，補充及庫存盤點亦屬被上訴人工作範圍。又被上訴人之工作節數，依上訴人表定之時間，被上訴人於上訴人藥局藥事服務節數為每月44節，星期一09：00－12：00，15：00－21：00，星期二15：00－21：00，星期三09：00－12：00，星期五09：00－12：00，15：00－21：00，星期六09：00－12：00，星期日09：00－12：00，每月保障薪水為論件論酬制加執照費1萬元，節薪1,500元，另每年有端午獎金3,000元、中秋節獎金3,000元、年終獎金76,000元。加班費為超過上班時間20分鐘，給予500元。又請假、休假等相關規定依勞基法第43條規定執行。準此，被上訴人工作時間、給付勞務之方法，均受上訴人之指揮及管制約束，給付勞務之地點亦限於名徠診所、揚基藥局及上訴人指派之地點。被上訴人不得拒絕上訴人指派之調劑業務、藥品清點、上架、補充及庫存盤點。且被上訴人須親自提供勞務，揚基藥局僅被上訴人一位藥師，顯不得使用代理人，兩

造間具人格從屬性；又被上訴人向上訴人依工作節數領取報酬，而非依勞務成果計酬，無需自行負擔業務風險，亦非為自己之營業目的而提供勞務，兩造間具經濟從屬性；另雖因醫藥分業之制度，藉由專業分工由醫師專注於診斷疾病並開立處方，藥師負責處方審核、藥品調配及提供正確用藥觀念。惟上訴人或因不願失去客戶、或為免看病民眾拿處方箋到他處拿藥之困擾，而出資設立揚基藥局，並僱用被上訴人擔任藥師，顯然係欲將被上訴人納入其診所體系，透過醫、藥分工來協助民眾就診，亦具組織從屬性。況系爭契約亦約定為被上訴人加入勞工保險，及請假、休假均依勞基法規定，及工作滿一年給予特別休假。經以從屬性判斷，堪認系爭契約確為勞動契約無疑。至上訴人雖出資設立揚基藥局，並由被上訴人擔任藥局負責人，此係因藥事法第19條規定藥局應由藥師或藥劑生親自主持之規定。申言之，此乃醫藥分業之必然，藥局負責人必須是藥師或藥劑生，故被上訴人成為揚基藥局之形式負責人，但此不妨礙兩造間已有勞動契約關係，因為上訴人並非單純借牌，亦僱用被上訴人調劑藥物，自不能倒果為因以被上訴人為揚基藥局負責人，即謂系爭契約為委任契約，充其量僅可表示兩造間不僅存有勞動契約，另有委託被上訴人擔任藥局負責人之約定。承上所述，系爭契約為勞動契約，故上訴人以委任契約得任意終止為由，主張已終止系爭契約，自不可採。

㈡就爭點㈡部分，兩造於114年11月30日前並未合意終止勞動契約：

當事人互相意思表示一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立，此由民法第153條明文可知，再參諸契約自由之原則，契約固可因雙方互相表示意思一致而終止，然一方當事人主張契約已經終止，如為他方所否認，則主張終止之一方自應就契約已經合意終止，負舉證責任。上訴人辯稱兩造已合意終止系爭契約，係以被上訴人與上訴人配偶Line對話、兩造對話譯文、被上訴人簽領資遣費之單據為據。惟查，由

上訴人配偶與被上訴人於114年8月28日在Line對話觀之(見原審勞訴卷第23頁)，起因於114年9月班表，上訴人配偶所排班表為被上訴人不能接受，上訴人配偶稱「妳想上全部的班嗎？」，實則，依系爭契約第1條第1款名徠診所之表定時間，被上訴人本來就應該上全部的班(一週11節數)，由被上訴人所領114年8月薪資以觀（見原審勞專調卷第89頁），被上訴人於8月未上滿全部節數的班表，始告知「你們可能要找能夠配合的新任負責藥師、經營事業本就不輕鬆……只能說道不同不相為謀」，應指其既是唯一藥師，卻要砍其節數，而找其他藥師或非藥師之人調劑藥物，致被上訴人無法接受，但尚難認被上訴人有主動去職之意。況正因被上訴人反應節數與系爭契約約定內容不同，致使114年9月被上訴人上班節數回歸正常；又於114年10月1日兩造對話時被上訴人固言及「那就是…OK，那就是要終止合約，那我OK，我那我們就終止合約，那什麼時候開始可以不用來」（見原審勞訴卷第26頁），惟依兩造對話脈絡，被上訴人於之前亦表示「我有說我不會終止合約」（見原審勞訴卷第25頁），故尚難擷取被上訴人隻字片語逕可認定其已同意終止勞動契約。再者，現行勞基法規定雇主如欲單方終止勞動契約（即解僱），須具備勞基法第11、12條之法定事由，始得終止契約。雇主徵求員工之同意而合意終止，只是更進一步將離職原因約定為「資遣」，代表雙方經過一番協議、妥協，此部分可能係因勞雇雙方不希望按勞基法單方終止破壞勞資和諧或造成勞方後續謀職困難，或資方考量單方終止之法定事由過於薄弱或仍有爭議（還要調查法定事由是否具備），所以透過溝通協調來談資遣條件，同時迴避雇主原應具備之「解僱最後手段性原則」要件。惟從兩造對話脈絡，未有任何協議或妥協。況依系爭契約第6條約定，若因上訴人單方因素結束營業(指名徠診所結束營業)，尚需賠償被上訴人損失，則在名徠診所未結束營業的情況下，衡情被上訴人應無可能在未受領任何賠償後，即接受合意資遣之情形；至被上訴人

雖領取上訴人給付之資遣費，惟資遣合法性之判斷與是否領取資遣費無關，況上訴人給付之款項包含114年9月薪資，被上訴人考量後認為先收下金額再據以主張違法資遣，亦合常情。且被上訴人於當日即至臺南市政府勞工局申訴上訴人未依法投保勞保，復於翌日即至原法院聲請勞動調解，請求確認僱傭關係存在等情，更足以佐證被上訴人未同意以領取資遣費之方式離職甚明，故上訴人辯稱兩造已於114年11月30日前（該日之後兩造已合意終止，如不爭執事項）以資遣之方式合意終止僱傭契約，自不可採。

㈢就爭點㈢、㈣部分，上訴人辯稱之法定資遣事由及約定資遣事由，均無理由：

1.按非有勞基法第11條、第12條第1項所定各款事由，雇主不得任意終止勞動契約，而勞基法第11條、第12條雖分別規定雇主之法定解僱事由，然勞工屬於僱傭關係中經濟及地位弱勢之一方，為保障勞工之工作權，避免雇主恣意解僱勞工，雇主在通知解僱勞工時，有明確告知解僱勞工事由之義務，使勞工適當地知悉其面臨遭解僱之事由及相關法律關係之變動。況且，基於誠信原則暨防止雇主恣意解僱勞工，雇主更不得事後隨意改列或增列其解僱事由，同理，雇主亦不得於原先列於解僱通知上之事由，於訴訟上再加以變更或增列主張，或將解僱後所發生之事由於訴訟中併為主張（最高法院101年度台上字第366號判決、95年度台上字第2720號判決意旨）。是雇主於解僱勞工時，基於勞動契約之誠信原則，應告知勞工被解僱之具體事由，且不得隨便改列其解僱事由，以供法院審查雇主之解僱行為是否合法有據。再者，勞基法為強制性法規，雇主雖可在契約或工作規則中訂定管理規範，但若涉及解僱，仍須回歸勞基法第11條、第12條之條文審查其合法性，不得以契約自行創設資遣事由以迴避勞基法之強制規定。

2.依上訴人所辯，離職證明書是被上訴人因同意資遣而索取，並由被上訴人自行蓋印揚基藥局印章，堪認上訴人係以兩造

合意資遣為由，主張與被上訴人達成協議，約定讓被上訴人領取資遣費而離職，始與上訴人主張前後一貫。準此，上訴人於訴訟中始辯稱就算未達成合意資遣，本件可依法定資遣方式為之，自難採信。況本件於離職證明書資遣事由欄，係勾選勞基法第11條第4款「業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時」作為資遣事由。依上述實務見解，上訴人不得增列勞基法第11條第1款、第5款作為解僱事由。本件若審查勞基法第11條第4款解僱合法性，因僱用人為被上訴人，而非揚基藥局。所以是否有業務性質變更而需要減少勞工要觀察的是上訴人，而非揚基藥局。而上訴人於114年10月2日即在網上徵求藥師（見原審勞專調卷第91頁），為兩造所不爭執，堪認上訴人確有藥師需求而無減少勞工之必要，是縱以上開規定解僱被上訴人，亦不合法。另雇主即名徠診所並未歇業，勞基法第11條第1款亦難作為解僱合法事由，併此敘明。至勞基法第11條第5款部分，除有上述「增列事由」已不合法外，上訴人復未舉證以實其說（如不整理藥物、包錯藥欠缺專業之證據），自難採信。

3. 至上訴人辯稱已於114年10月1日兩造對話時，當面告知資遣事由包含系爭契約第5條第4款「其他重大損害甲方(即上訴人)權益之行為」。就此，雇主不得以契約自行創設資遣事由，是此部分上訴人所辯已不足採。況依兩造對話內容，上訴人稱「因為你就沒有辦法配合阿。……存摺阿，你就早上傳給我說你要放在你那一樣」，應是以被上訴人保管揚基藥局金融存摺而不歸還上訴人為由，認為侵害上訴人權益。惟此部分應屬上訴人委請被上訴人擔任揚基藥局負責人之權責劃分問題，亦非依系爭契約，上訴人擔任藥師，對於所擔任之工作不能勝任之問題，是上訴人抗辯依系爭契約內容第5條第4款終止，亦屬無據。

4. 至上訴人辯稱揚基藥局已辦理歇業登記並註銷藥局執照，被上訴人已無回復工作之可能。惟僱用人為上訴人(名徠診所)，診所裡面可以有藥師，只是若沒有藥局執照，不能另

外開設獨立藥局，而只能在診所內依處方箋提供藥品調劑而已，況此與兩造勞動契約是否已單方終止或合意終止無關，併予敘明。

㈣就爭點㈤部分：

1.按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；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條前段、第235條及第234條分別定有明文。僱主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務之受領勞務遲延，勞工無補服勞務之義務，並得依原定勞動契約請求期間之報酬(最高法院101年度台上字第1651號判決意旨)。準此，如債務人之給付兼須債權人之行為而不行為，債權人即負受領遲延之責任。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，始告終了，而勞動契約除受僱人給付勞務外，尚兼須僱用人受領勞務之行為，如僱用人拒絕受僱人給付勞務，應屬受領勞務而遲延之情形，受僱人自無補服勞務之義務而得請求報酬。

2.上訴人於114年10月1日終止兩造間勞動契約，迄今仍抗辯兩造勞動關係已經其終止，足徵已為拒絕受領被上訴人繼續提供勞務之意思表示，且上訴人終止勞動契約並非適法而不生終止效力，兩造間勞動契約仍存在，已如前述，另被上訴人在遭違法解僱前，無證據認定其主觀上有任意離職之意，其尚於上訴人違法終止勞動契約後，旋於114年10月2日向原法院聲請勞資爭議調解，是自應由上訴人負自114年10月1日起，至同意被上訴人回復職務之日止之受領遲延責任，被上訴人無補服勞務之義務，仍得請求上訴人給付此受領遲延期間之報酬。又被上訴人於上訴人處之工作節數依表定時間，每月44節數，節薪1,500元，加計執照費10,000元，按月應

領76,000元，有系爭契約在卷可憑。則被上訴人請求給付114年10月節薪及執照費合計74,500元，及自114年11月1日起至被上訴人復職日止，按月給付76,000元，為有理由。

㈤查原審判決後，兩造已於114年11月29日，簽立和解書，被上訴人已收到241,400元，兩造並已於114年11月30日合意終止契約關係等情，為兩造前揭不爭執事項所不爭執，則兩造既已合意終止系爭契約關係，上訴人並已給付被上訴人完畢，故被上訴人再請求確認兩造間僱傭關係存在，並請求上訴人給付74,500元，及自114年11月1日起至其復職日止，按月給付76,000元部分，自已失去依據而應認為無理由。

六、綜上所述，被上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，及上訴人應給付74,500元，及自114年11月1日起至同年月30日止，按月給付76,000元，雖有理由，惟因其後兩造已達成和解並終止系爭契約，上訴人亦已依約給付完畢，故被上訴人上開請求已無理由。原審以被上訴人請求確認僱傭關係存在，及命上訴人給付部分為有理由，而判決被上訴人勝訴，固非無據，惟未及審酌原審判決後兩造已和解之事實，判決結果，自有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院予以廢棄改判如主文第二項所示。

七、按因下列行為所生之費用，法院得酌量情形，命勝訴之當事人負擔其全部或一部：一、勝訴人之行為，非為伸張或防衛權利所必要者。二、敗訴人之行為，按當時之訴訟程度，為伸張或防衛權利所必要者。民事訴訟法第81條定有明文。本件原審判決已認第一審訴訟費用應由上訴人全部負擔，上訴人提起上訴雖有理由，但因兩造於原審114年11月28日判決後，隔日兩造即達成和解，惟因上訴人堅持原審判決有誤，仍堅持上訴，本院既認原審判決認定事實並無錯誤，認依上開法條規定，應由上訴人負擔除減縮部分外之第一、二審全部訴訟費用，併此敘明。

八、結論：本件上訴為有理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　5　　日

勞動法庭　審判長法　官　黃義成

法　官　余玟慧

法　官　黃建都

上為正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　5　　日

書記官　李鎧安