臺灣高等法院民事判決

108年度勞上字第112號

上　訴　人　張育菶

000000000000000000

訴訟代理人　陳文祥律師

被　上訴人　千通遊覽有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　張素芬

送達處所：新北市○○區○○○路000號0樓

訴訟代理人　林義雄

林文生

上列當事人間請求給付工資等事件，上訴人對於中華民國108年7月10日臺灣臺北地方法院107 年度勞訴字第286 號第一審判決提起上訴，本院於中華民國108 年12月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人下列第二、三項之訴，及除確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應再給付上訴人新臺幣肆萬陸仟貳佰貳拾玖元，及自民國一〇七年十月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

被上訴人應再提繳新臺幣貳仟柒佰貳拾肆元存入上訴人於勞動部勞工保險局設立之勞工退休金個人專戶。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用除確定部分外，由被上訴人負擔百分之四，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊自民國（下同）106 年7 月26日起受僱於被上訴人，擔任遊覽車駕駛，約定每月薪資為新臺幣（下同）

2 萬5,000 元。詎被上訴人未依法為伊投保勞健保及提撥勞工退休金，且未依約給付薪資，累積自106 年7 月26日起至107 年9 月底止，未給付14個月又6 日薪資共35萬5,000元，依勞動基準法（下稱勞基法）第14條第1 項第5 款、第6 款規定，以起訴狀繕本送達為終止兩造勞動契約之意思表示，得請求被上訴人給付欠薪35萬5,000元、資遣費1萬4,757元、提撥勞工退休金，及開立非自願離職證明書，求為命㈠應開立非自願離職證明書予伊。㈡被上訴人應給付伊36萬9,757 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢被上訴人應提撥2 萬1,168 元至伊於勞動部勞工保險局（下稱勞保局）設立之勞工退休金專戶。㈣並願供擔保准為假執行之宣告。

二、被上訴人則以：上訴人為臨時工性質，約定每日駕駛交通車報酬1,000 元，且上訴人實際工作天數僅106 年8 月13日至同年月17日、同年9 月5 日至同年月8 日、同年9 月11日至14日、同年9 月18日至22日，伊僅欠18天工資1 萬8,000元。同年月23日日薪1,000 元已付。同年月25日，上訴人即已拒絕再為伊工作，並於同年月27日、同年10月14日、15日為上訴人私下承接工作，伊並無給付報酬之義務。上訴人自106 年12月8 日起至107 年8 月止，已向訴外人興達交通事業股份有限公司（下稱興達公司）領取薪資，亦不得重覆向伊請求。退步言之，若兩造間為僱傭關係，上訴人自106 年7 月26日到職，於同年8 月18日起連續曠職達3 日以上，依勞基法第12條第1 項第6 款規定，兩造勞動契約已於106 年8 月21日終止。再退步言，上訴人於106 年9 月24日晚間向伊表示翌日無法執行新北市立淡水高級商工職業學校（下稱淡水商工）學生專車派遣任務，致伊因此無法派出學校專車，遭淡水商工要求伊依約負擔學生到校計程車費，伊得於應給付上訴人之報酬中扣除，又上訴人於任職期間向伊法定代理人借支2 萬元，亦得主張抵銷等語置辯，聲明駁回上訴人之訴，暨如受不利益之判決，願供擔保免為假執行之宣

告。

三、原判決判准被上訴人應給付上訴人1 萬3,875 元之本息（薪資按日薪計算，給付20日，准被上訴人扣罰6,125 元），及應提繳1,310 元至上訴人勞保局設立之勞工退休金個人專戶，並為准免假執行之宣告，駁回上訴人其餘請求。上訴人就敗訴部分不服，提起上訴，於本院上訴聲明：㈠原判決關於駁回下列第㈡㈢㈣項之訴及假執行之聲請廢棄。㈡被上訴人應開立非自願離職證明書予上訴人。㈢被上訴人應再給付上訴人35萬5,882元，及其中35萬882元，自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止；其餘5,000元，自108年10月17日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈣被上訴人應再提繳1 萬9,858 元至上訴人於勞保局設立之勞工退休金專戶。被上訴人於本院答辯聲明：上訴駁回（上訴人減縮利息部分，及被上訴人就敗訴部分，未據上訴，均非本院審理範圍，於茲不贅）。

四、本院之判斷：

㈠上訴人主張兩造間自106年7月26日起成立勞動契約，為被上訴人否認，就此爭點說明如下：

1.查兩造於106年7月26日簽立勞動契約（下稱系爭契約書），契約第1條第1、2項分別約明：「本業為汽車運輸業，乙方（即上訴人）須依甲方（即被上訴人）之安排來執行駕駛運送乘客之工作，範圍為台灣省全省各縣市、台北市及高雄市」、「甲方所提供之運輸工具車號000-00，乙方需依汽車保養規範來保管使用…」等語，第2條並約定被上訴人自106年7月26日起雇用上訴人，兩造間之關係均依勞基法及道路交通安全規則之規定辦理，有系爭契約書可按（見原審卷第15頁）。上訴人並於106年7月26日填載駕駛員登記申請表，依勞動契約上所載，由被上訴人提供車號000-00之遊覽車向交通部公路總局臺北市區監理所辦理登記，有運輸業公司業營大客車駕駛人登記資料、臺北市遊覽車駕駛員登記證申請表可按（見原審卷第21、23頁），足見被上訴人確有同意上

訴人對外代表其公司擔任遊覽車駕駛員，其期間亦與系爭契約書所載內容相符，應認系爭勞動契約書應屬真正。

2.再者，上訴人有接受被上訴人以手機通訊軟體之指示派車，從事遊覽運送等情，有車輛調度表、兩造各自提出之Line通訊軟體截圖為憑（見原審卷第77、141、143、145頁、第149至169頁），被上訴人亦不否認上訴人有於106年8月、9月間依指示為出勤之事實，堪認兩造間存有指揮監督之從屬關係至明。尤有甚者，被上訴人提供淡水商工學生專車服務期間，上訴人有經被上訴人指派，而以被上訴人駕駛員身分出席交通安全講習、接受行車車況檢查表，與其他受僱司機無異，而具有經濟上之從屬性，有該校108年1月16日新北淡高學字第1089240187號函附相關資料可按（見原審卷第127至131頁）。上訴人主張自106年7月26日起受僱於被上訴人，擔任遊覽車駕駛等情，即與前開證據相符，堪予認定。

3.被上訴人雖抗辯該系爭契約書為應上訴人要求做為其私自承接交通接駁工作用途云云。惟依其所辯，上訴人對外既以被上訴人受僱人名義承接，更徵其已同意上訴人以其名義對外招攬業務，是其辯稱系爭契約書內容與實際不符，不能作為兩造間契約關係之認定為無可採。被上訴人雖另提出與林義雄締約之契約書表明與系爭契約書有別（見本院卷第113、115頁）云云，惟其上所載「司機顧（僱）用動契約書」，其文義顯然不明，且未載記特定車輛，其粗略情況，顯非屬被上訴人用以與正式司機簽約之文件；且林義雄復為被上訴人法定代理人之子，業據其自陳在卷（見原審卷第65頁），並為本件訴訟代理人，且有以「小老闆」自居而有權代表公司與司機締約及派車之人，有兩造間手機通訊軟體截圖可按（見原審卷第153、155頁），則其所簽契約內容縱與上訴人不同，要難以此反推系爭契約書內容不足以代表僱傭關係存在。至上訴人有無依汽車運輸業管理規則第86條之1規定，同時申請5家遊覽車客運業駕駛人登記證，有無兼職，要不影響其與被上訴人間有無僱傭關係存在之認定。被上訴人以

上訴人申請登記為被上訴人駕駛員期間尚有以其他公司名義申請登記之重疊情形，固有交通部公路總局臺北市區監理所上訴人申請駕駛遊覽車登記經歷清冊為憑（見本院卷第101至105頁），並不足以認定兩造間即無僱傭關係。又校車接送等遊覽業，為繼續性工作，被上訴人抗辯上訴人為派遣工、臨時工云云，亦未能提出要派公司、或有何符合勞基法第9條規定得為臨時性之定期契約，且未能就有此等約定舉證以實其說，自難採信。

㈡關於兩造勞動關係是否已終止，及倘若已終止係何時由何人為終止部分：

1.依兩造手機通訊軟體對話以：「（106年9月24日）（上訴人：）你考慮一下工作的事情。我想不造成你的為難。我選擇在家休息等事情處理完再打算下一步。…明天我不會去跑車了。…就這樣啦！明天的車趟你處理就好…（被上訴人林義雄：）明天你不去淡商（即淡水商工）會沒有人跑會拖班的。明天跑完淡商在（再）說。太晚了臨時調不到車。（通話未接）早上我一樣叫你幫忙跑個1天淡商。（通話未接）…（106年9月25日）連續5通通話未接」、「（106年9月28日）（被上訴人：）北海岸說6125＋罰金5000，當天車資淡商還是會付…（上訴人：）我拿東西，順便鑰匙交給你（被上訴人林義雄：）嗯」等語（見原審卷第157、159頁），上訴人有向被上訴人為終止兩造間勞契約之意思表示，上訴人並自承於106年10月將車鑰匙交回等情（見本院卷第73頁），足見係上訴人主動表示與被上訴人終止勞動契約，被上訴人對於上訴人終止亦無意見（見原審卷第95頁、本院卷第43頁），而已合意終止，並於上訴人於106年10月底交還鑰匙時發生終止勞動契約之效力，應堪認定。

2.上訴人雖主張係因連續工作而請病假遭拒，始為上開陳述，並無終止之意思云云，惟由其所提出之手機通訊內容及上下文語意，均未有表示因連續工作不滿、身體不適、或要求請假等文句，上訴人以其並非出於己意為契約之終止云云，並

未舉證以實其說，尚無可採。再者，上訴人於僱傭關係存續期間均接受林義雄為派車之指示，有兩人間之手機通訊對話截圖可稽，並稱呼林義雄為小老闆，顯然林義雄有權代表被上訴人與上訴人履行僱傭契約相關之權利義務，並為上訴人所知，且由上開對話內容上訴人並無另行表示要林義雄代為轉知被上訴人，或要另向被上訴人為終止之意思，是上訴人主張向林義雄為終止之意思表示不生效力云云，亦無可採。

3.被上訴人雖另稱其已於106年8月21日以勞基法第12條第1項第6款規定，終止與上訴人間之僱傭關係云云，惟對上訴人有繼續曠工3日、或1個月內曠工達6日，及有為終止之通知等節，均未能舉證以實其說，且仍於同年9月間持續對上訴人為派車指示，並經上訴人出勤，業如前述，被上訴人抗辯於106年8月21日即與上訴人終止勞動契約，亦無可採。

4.兩造已於106年9月24日合意終止僱傭關係，並於同年10月底生終止之效力。被上訴人雖亦坦認106 年8 月、9月間有應付上訴人薪資未付清等語（見本院卷第45頁），惟上訴人於契約終止後，已無從再為終止，是其主張兩造僱傭關係為上訴人依勞基法第14條第1項第5款、第6款之規定，以107年9月26日起訴狀繕本送達為終止契約之意思表示而終止，即無可採。

㈢上訴人得否請求被上訴人給付差欠薪資、金額若干及提撥勞工退休金部分：

1.依系爭契約書第3條約定：「甲乙雙方在訂立本契約時，基本工資不得低於勞動基準法之基本工資，工資給付方式依甲方公司內部作業規定辦理」，上訴人主張兩造間係約定按月給付薪資，應屬可採。至上訴人主張兩造約定之薪資為每月2萬5,000元，惟為被上訴人所否認，上訴人就有此金額之約定並未能提出任何證據以實其說，而難採憑。查自106年1月1日起實施之每月基本工資為2萬1,009元，則依系爭契約書約定不低於勞動法基本工資而言，應認上訴人薪資應以每月2萬1,009元計算。是兩造僱傭關係自106 年7 月26日起至10

6年10月底止，上訴人得請求被上訴人給付3個月又6日之薪資共6萬7,229元【計算式：21,009×（3＋6/30）＝67,229，小數點以下四捨五入，下同】。

2.另上訴人係於106年11月2日、同年12月8日依序以安富交通企業股份有限公司、興達公司辦理汽車運輸業駕駛人登記，有上開查詢紀錄可按（見本院卷第103頁），均係在與被上訴人終止僱傭關係之後，與上訴人前開請求期間並無重疊，被上訴人抗辯上訴人不得重覆領取薪資云云，即無可採。

3.被上訴人雖抗辯兩造之約定為每日薪資1,000元，且有派車始有薪資云云，惟倘依被上訴人主張之實際派車日期，於106 年8 月間僅5日、同年9月僅13日，其薪資給付與否全權取決於被上訴人是否派車，而無固定日數，則上訴人之基本薪資顯然低於勞基法最低保障之強制規定，難認適法，被上訴人執此為辯，尚無足採。又被上訴人於106年9月23日給付上訴人1,000元，上訴人對此亦不否認，此既屬薪資之給付，應自本件上訴人得請求被上訴人給付之欠薪中扣除，始符公允。至被上訴人抗辯上訴人於106年9月27日、同年10月14、15日私接工作，其並無給付報酬義務等情，惟被上訴人既同意上訴人私接工作，上訴人有無私接、報酬多少，被上訴人復未舉證，縱認兩造對有無將所收費用繳交被上訴人等有所爭執，亦無從再由上訴人請求106年9月、10月份之薪資中予以扣除。

4.按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限，民法第334條第1項定有明文。查⑴上訴人於106 年9 月24日晚間向被上訴人表示翌日無法執行淡水商工學生專車派遣任務，致遭淡水商工要求被上訴人依約負擔學生到校計程車費6,125元等情，除有前述兩造手機通訊軟體對話截圖外，亦有淡水商工108年2月27日新北淡高學字第1089241334號函可按（見原審卷第233至236頁）。而上訴人於派車前1日晚間11時許，

始表示不跑車，致被上訴人派車不及，且未說明理由，被上訴人亦無從再聯繫上訴人，有前述兩造手機通訊軟體對話截圖可參。是被上訴人因此額外支出6,125元之損害，與上訴人上開債務不履行，自有因果關係，並可歸責於上訴人，被上訴人得請求上訴人為給付。是被上訴人以此僱傭關係所生債權向上訴人請求之薪資債權為抵銷之抗辯，其性質即無不能抵銷之情形，依前揭說明，自屬可採。上訴人主張薪資債權不得抵銷及並未同意扣抵云云，均無可採。⑵被上訴人另以對上訴人有2萬元之借款債權為抵銷之抗辯。惟查，被上訴人所提出有上訴人簽名之現金借支單，其上並未記載日期及貸與人（見原審卷第357頁）；而被上訴人於原審則自承此借款為上訴人向林義雄個人所借等語甚明（見原審卷第374頁），嗣被上訴人於本院改稱向林義雄借款等同向公司所借云云，於上訴人否認有簽名及借款之情形下，被上訴人既未能舉證證明上訴人確有向被上訴人借款，尚難認屬真正，揆諸上開說明，即與上開抵銷要件不符，被上訴人以2萬元借款債權為抵銷之抗辯，自無可採。⑶小結，本件上訴人得請求被上訴人給付之薪資，扣除已付及經抵銷後，應為6萬104元（計算式：67,229－1,000－6,125＝60,104元），逾此範圍之請求，即屬無據。

5.又按雇主應為適用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞工退休金個人專戶；雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得低於勞工每月工資6%；雇主未依本條例之規定按月提繳或足額提繳勞工退休金，致勞工受有損害者，勞工得向雇主請求損害賠償，勞工退休金條例第6 條第1項、第14條第1 項及第31條第1 項分別定有明文。於勞工尚不得請領退休金之情形，亦得請求雇主將未提繳或未足額提繳之金額繳納至其退休金專戶，以回復原狀。查上訴人主張被上訴人未依規定為上訴人提繳僱傭期間之退休金等語，為被上訴人所不否認，則上訴人依上開規定，請求被上訴人提繳退休金至其專戶，即屬有據。又上訴人月薪2萬1,009元，

為勞工退休金月提繳工資分級表第17級，其月提繳工資以2萬1,009元計算，被上訴人應提撥之金額為4,034元【計算式：21,009×6%×（3＋6/30）＝4,034元】，逾此範圍，即無可採。

㈣上訴人得否請求被上訴人給付資遣費及開立非自願離職書部分：

兩造勞動契約既係合意終止，而非上訴人依勞基法第14條之規定為終止，業如前述。則上訴人併依同法第14條第4項準用同法第17條規定，請求被上訴人給付資遣費，及依就業保險法第11條第3項規定，請求被上訴人開立非自願離職證明書，均屬無據。

五、綜上所述，兩造間存有僱傭關係，期間自106年7月26日起算，並經兩造於同年9月24日合意至同年10月31日終止，被上訴人應給付上訴人此期間尚欠薪資，及為上訴人提撥退休金。本件兩造並未約定工資發給日期，惟上訴人於起訴前於107年8月30日聲請調解，請求被上訴人給付積欠之全部薪資，經被上訴人拒絕給付，有調解紀錄可按（見原審卷第17、19頁），已陷於給付遲延。從而，上訴人基於兩造間之僱傭關係，請求被上訴人給付6萬104元，及自起訴狀繕本送達翌日，即107年10月13日（見原審卷第51頁）起至清償日止，按年息5%計算之利息，暨提撥4,034元存入上訴人於勞保局之勞工退休金專戶，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，則為無理由，不應准許。從而，原審就上開應准許之金額，僅判准薪資1萬3,875元本息及存入1,310元至退休金專戶（已確定），就其餘差額部分（即薪資4萬6,229元本息、存入退休金專戶2,724元部分）為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2、3 項所示。至上開不應准許部分（即逾上開薪資本息、存入退休金專戶金額及資遣費、開立非自願離職書部分），原審為上訴人敗訴之判決，並駁回此部分假執行之聲請，即無違誤，上訴意

旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。又本件被上訴人於本院敗訴部分，因未逾民事訴訟法第466 條之1 第1 項規定得上訴至第三審之金額，故經本院判決即為確定，而無宣告供擔保為假執行及免為假執行之必要，亦無廢棄原判決此部分駁回假執行諭知另為駁回之必要，併予說明。

六、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。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450 條、第449 條第1 項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　14　　日

勞動法庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　高明德

法　官　陳筱蓉

正本係照原本作成。

被上訴人不得上訴。

上訴人如不服本判決，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1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　14　　日

書記官　陳珮茹

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2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。