

臺灣高等法院民事判決

109年度勞上字第36號

上訴人 鄭碩民

訴訟代理人 吳柏興律師(法扶律師)

複代理人 王敘名律師(辯論終結後解除委任)

被上訴人 日長保全股份有限公司

法定代理人 劉家惠

訴訟代理人 楊思亮

曾國龍律師

林君達律師

上列當事人間請求開立非自願離職證明書事件，上訴人對於中華民國108年11月25日臺灣桃園地方法院108年度勞訴字第111號第一審判決提起上訴，本院於109年9月1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

壹、程序事項：

按當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限。為民事訴訟法第447條第1項但書第3款所定。上訴人起訴主張被上訴人違法終止勞動契約，應依勞動基準法（下稱勞基法）第19條規定開立非自願離職證明書；嗣於本院就被上訴人違法終止一事，主張被上訴人所為乃係不依勞動契約給付工作報酬（未給予加班費），或對於按件計酬之勞工不供給充分工作（違法終止未繼續排班），而以民國（下同）109年4月20日民事上訴理由(二)狀，依勞基法第14條第1項第5款規定終止兩造勞動契約，說明此屬就業保險法第11條第3項規定之非自願離

職（見本院卷第91-93、159-163頁），核係就請求非自願離職證明書之依據為攻擊方法之補充，應准提出。

貳、實體事項：

一、上訴人主張：伊於106年11月16日經被上訴人法定代理人面試，受僱從事保全員之工作，而與被上訴人成立不定期勞動契約，每日依值班8或12小時，薪資分別為新臺幣（下同）1,000元、1,500元，值勤期間須著制服、不得遲到或早退、如需調班或代班需報備核定，不得私下安排非公司人員代班，違反將遭扣薪。被上訴人原排定伊與配偶劉懷慈之107年2月勤務輪值時間，惟因不滿劉懷慈提起性別歧視申訴，於107年2月5日取消隔日起班表，違法終止勞動契約，後即未提供伊充分工作，亦有未給付106年12月加班費之情，伊業以109年4月20日民事上訴理由(二)狀，依勞基法第14條第1項第5款終止勞動契約，被上訴人自需開立非自願離職證明書。爰依勞基法第19條規定提起本訴，並聲明：被上訴人應開立非自願離職證明予上訴人。

二、被上訴人則以：伊以保全為業，於正職人員排完次月班表而有缺班時，於保全職缺交流聯盟聊天群組中公告次月缺班之案場地點、時間以徵求臨時人員，上訴人則評估自身情形以決定是否受任，伊並就上訴人受任部分按日給付報酬，縱非委任，兩造間契約關係亦係臨時性，以每月為期之定期勞動契約，於各月班表末日屆期後終止，上訴人無從於109年4月20日再為終止。伊已按約定給付工作報酬，於取消107年2月6日後之當月班表前，亦同意給付取消部分之工作報酬，且上訴人自107年3月後未再請求派任工作，伊無故意不供給工作之情，上訴人不得請求非自願離職證明書等語，資為抗辯。

三、原審駁回上訴人之訴，上訴不服提起上訴，聲明：(一)原判決廢棄；(二)被上訴人應開立非自願離職證明予上訴人。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項（見本院卷第226頁）：

01 (一)上訴人在被上訴人案場從事保全員之工作時，被上訴人按次
02 給薪，值班8、12小時之薪資為1,000元、1,500元。

03 (二)上訴人於106年11月17日至107年1月實際在被上訴人之案場
04 從事保全員工作之日如各月現金薪資領取簽名冊所示（見原
05 審卷第97-109頁）。

06 (三)上訴人及劉懷慈於107年2月在被上訴人案場從事保全員工作
07 之約定日經被上訴人作成107年2月勤務輪值表（見原審卷第
08 11頁）。

09 (四)被上訴人於107年2月6日取消該月班表。

10 五、上訴人主張兩造成立不定期勞動契約，被上訴人未給付106
11 年12月加班費，且於107年2月6日違法終止勞動契約，而未
12 供給充分之工作，其已於109年4月20日以民事上訴理由(二)狀
13 依勞基法第14條第1項第5款規定終止勞動契約，被上訴人應
14 依勞基法第19條規定開立非自願離職證明書，為被上訴人否
15 認，並以前詞置辯。兩造爭點為：(一)兩造間契約關係為委任
16 或勞動契約？(二)如為勞動契約，係定期或不定期勞動契約？
17 (三)如為不定期勞動契約，上訴人依勞基法第14條第1項第5款
18 規定，於109年4月20日以民事上訴理由(二)狀終止勞動契約是
19 否合法？(四)上訴人依勞基法第19條規定請求開立非自願離職
20 證明書，是否有理由？

21 (一)兩造間契約關係為委任或勞動契約？

22 1.按契約類型是否為勞基法第2條第6款所稱勞動契約，應就個
23 案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債
24 務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之，即應視勞
25 務債務人得否自由決定勞務給付之方式，並自行負擔業務風
26 險以為斷（大法官釋字第740號解釋參照）。次按，勞基法
27 所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關
28 係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，就
29 其內涵言，勞工與雇主間之從屬性，通常具有：(1)人格上從
30 屬性，即受僱人在雇主企業組織內，服從雇主權威，並有接
31 受懲戒或制裁之義務。(2)親自履行，不得使用代理人。(3)經

01 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
02 他人，為該他人之目的而勞動。(4)組織上從屬性，即納入雇
03 方生產組織體系，並與同僚間居於分工合作狀態等項特徵，
04 初與委任契約之受委任人，以處理一定目的之事務，具有獨
05 立之裁量權者迥然不同（最高法院96年度台上字第2630號判
06 決參照）。

07 2.經查，上訴人之107年2月勤務輪值表記載下列注意事項：

08 「(1)值勤時間內需整束服裝儀容，穿著制服、領帶、配警
09 棍、S腰帶、哨子、識別證等配件。(2)值勤時絕對禁止睡
10 覺，喝酒、亦不可閱讀報章雜誌、看電視，並應依照委員會
11 規定按時全樓巡視，關好安全門。(3)上班時間不得遲到早
12 退，接班人員未到，交班人員不得先行離去，交接時對金
13 錢、裝備、物品應辦事項必須交代清楚。(4)如需調班或代班
14 者，按規定向督導報備，請督導核定。嚴禁私下安排非本工
15 斯人員代班，違者扣當日薪資。…」（見原審卷第11頁），
16 被上訴人亦自承：我有提供制服給上訴人等語（見原審卷第
17 63頁）。堪認上訴人提供勞務時，應遵守被上訴人關於服裝
18 儀容之規定，且應依被上訴人指示之方式為之，接班人員未
19 到時，不得先行離去，調班或代班須經被上訴人核定，兩造
20 就上訴人提供勞務一事，需服從被上訴人之指揮監督管理，
21 並已納入被上訴人之體系內且居於分工合作之狀態，應有人
22 格、組織從屬性，此與委任人就委任事務具有獨立之裁量權
23 尚有不同；被上訴人逕指服儀、值勤規定僅為公司形象而
24 設，忽略其為此形象而指揮上訴人之情，而抗辯兩造間契約
25 關係不具前述從屬性云云，委無可取。又上訴人確有親自履
26 行，乃兩造不爭，至前述勤務輪值表上的班，雖亦可由上訴
27 人或劉懷慈擔服，但僅係表彰上訴人、劉懷慈共用班表之
28 意，尚未能證明上訴人無庸親自履行。再者，上訴人在被上
29 訴人案場從事保全員之工作時，被上訴人按次給薪，值班
30 8、12小時之薪資為1,000元、1,500元乙節，為兩造不爭，
31 可見上訴人係為被上訴人之營業而勞動，而具有經濟上從屬

01 性。從而，上訴人主張兩造間契約為勞動契約等語，信屬有
02 據，被上訴人抗辯為委任契約云云，不足為取。

03 (二)如為勞動契約，係定期或不定期勞動契約？

04 1.按勞基法第9條第1項規定：「勞動契約，分為定期契約及不
05 定期契約。臨時性、短期性、季節性及特定性工作得為定期
06 契約；有繼續性工作應為不定期契約。派遣事業單位與派遣
07 勞工訂定之勞動契約，應為不定期契約」，勞基法施行細則
08 第6條第1款則規定：本法第9條第1項所稱臨時性係指無法預
09 期之非繼續性工作，其工作期間在六個月以內者。又不定期
10 勞動契約所需具備之「繼續性工作」，係指勞工所擔任之工
11 作，就該事業單位之業務性質與營運而言，具有持續性之需
12 要者，並非只有臨時性、短期性、季節性之一時性需要或基
13 於特定目的始有需要而言。換言之，工作是否具有繼續性，
14 應以勞工實際從事工作之內容及性質，對於雇主事業單位是
15 否具有持續性之需要而定，亦即與雇主過去持續不間斷進行
16 之業務有關，且此種人力需求非屬突發或暫時者，該工作即
17 具有繼續性（最高法院109年度台上字第1156號判決參
18 照）。

19 2.經查，上訴人於106年11月17日至21日共5日，106年12月3
20 日、5日、6日、19日至24日、26日至30日共14日，107年1月
21 7日、14日至16日、21日、22日、27日、28日、30日共9日間
22 至被上訴人案場提供勞務，與被上訴人約定之107年2月與劉
23 懷慈一同提供勞務日則為3日至5日、8日、10日、11日、14
24 日、18日至20日、22日、25日、27日計13日，且工作地點有
25 竹城大阪社區、文昌社區、萬能社區、長榮社區、陽光御墅
26 社區、加園社區等，並不固定，上訴人亦係於提供勞務一
27 日、二日或數日即向被上訴人領取一日、二日或數日之薪資
28 等情，有107年2月勤務輪值表、現金薪資領取簽名冊、領據
29 可證（見原審卷第11、97-109頁）。可見上訴人於106年11
30 月至107年1月間提供勞務，與被上訴人約定之107年2月應提
31 供勞務日之日期、日數、地點均不固定，而無規則可言，且

上訴人僅於其提供勞務之日，得請求被上訴人給付薪資。又上訴人就此陳稱：我是正班保全人員請假或休假的替補人員，106年12月15日改到東方瑞士社區上班，當時剛好日班的保全人員生病，所以我就上日班；正班休假時，我去代班；106年12月班表排定前，被上訴人有跟我討論，被上訴人有問我107年1月哪個時間、去哪裡上班，可不可以，107年2月的班表，也是一樣的方式來問，他們沒有問的時間，我可以去做自己想做的事，他們問的時間如果我不行，我可以拒絕等語（見本院卷第81、224、225頁），並以民事綜合辯論意旨狀陳述：保全業為特定值班保全請假或臨時去職等原因，皆將導致某社區特定時段無保全員之開天窗情形，以員工對於「臨時產生空缺的班表」進行執勤等語（見本院卷第285頁），核與被上訴人抗辯其無法預估每月是否均有空班及日期、日數、地點等事，故於106年11月就次月班表之空班詢問上訴人，於106年12月就次月班表之空班詢問上訴人，於107年1月就次月班表之空班詢問上訴人，上訴人可決定是否同意提供勞務及提供勞務之日、地點，亦可拒絕等語相符。參諸被上訴人公司正職員工每月未必請假，缺班之日期、日數不定，此種工作確實甚為臨時，下月是否仍有工作並不確定等情。堪認上訴人之工作對被上訴人之營運而言，非具有持續性之需要，而係突發或暫時性人力需求，於臨時性之空班才有之臨時性需要，被上訴人係以臨時產生之次月空班為要約，詢問上訴人意願，於上訴人承諾時，將合意之日期、地點填載於次月勤務輪值表上，如上訴人拒絕所有被上訴人提出要約之空班日期、時間、地點，兩造即未成立勞動契約。再者，被上訴人既不得以兩造間存有不定期勞動契約為由而行使雇主指示權要求上訴人於其指定之日提供勞務，於上訴人未承諾提供勞務之日，對上訴人亦無指揮監督權，被上訴人抗辯兩造於106年11月至107年2月間係每月做一次合意（其中106年11月合意當月，於下月班表出現空班時合意下月空班），以當月或次月為一期之臨時性定期勞動

契約，應屬可採。足見，兩造應係於106年11月17日至21日共5日，106年12月3日、5日、6日、19日至24日、26日至30日共14日，107年1月7日、14日至16日、21日、22日、27日、28日、30日共9日、107年2月3日至5日、8日、10日、11日、14日、18日至20日、22日、25日、27日計13日間成立臨時性定期勞動契約。

3.上訴人雖據保全業法第10條、勞基法第84條之1規定，主張兩造如為定期勞動契約，被上訴人應每月送僱傭名冊並報請主管機關核備其為勞基法第84條之1工作者，被上訴人應提出按月送核備之證據云云，然是否送核備乃被上訴人是否違反規定而應受行政罰之問題，殊與兩造間勞動契約係定期勞動契約或不定期勞動契約無涉。上訴人又主張兩造間為勞動派遣關係，依派遣勞動契約應約定及不得約定事項規定，不得成立定期勞動契約云云。但按勞基法第2條第7款至10款規定：「派遣事業單位：指從事勞動派遣業務之事業單位」、「要派單位：指依據要派契約，實際指揮監督管理派遣勞工從事工作者」、「派遣勞工：指受派遣事業單位僱用，並向要派單位提供勞務者」、「要派契約：指要派單位與派遣事業單位就勞動派遣事項所訂立之契約」。本件被上訴人乃係從事保全業而非以勞動派遣為業，且被上訴人係因與上訴人間勞動契約而指派上訴人在其承攬之案場為其擔任保全員，上訴人提供勞務之對象為被上訴人，並非該案場，兩造間顯非派遣勞動契約，此一主張，要無可採。上訴人另主張其情形與一般排班之勞工無異，如未發生其配偶舉發事件，被上訴人於107年2月後仍有繼續性人力需求，其班表仍會持續，兩造間為不定期勞動契約云云。惟查，上訴人乃以被上訴人每月均有空班，及其於107年3月後將每月提供勞務為前提，而為前開論述，但其自承空班乃係臨時性需求，且被上訴人係以次月空班詢問其是否提供勞務，其有權拒絕，被上訴人未詢問之時間其均無提供勞務之義務等語，前經說明，此核與不定期勞動契約勞工不得拒絕雇主所為排班之情形有異，

01 上訴人既得拒絕，被上訴人又無勞務指示權，即難認兩造於
02 107年3月後仍有成立勞動契約之意，上訴人前開論述自乏所
03 據。末，兩造既成立定期勞動契約，有關「如為不定期勞動
04 契約，上訴人依勞基法第14條第1項第5款規定，於109年4月
05 20日以民事上訴理由(二)狀終止勞動契約是否合法」之爭點，
06 即無審酌之必要。

07 (三)上訴人依勞基法第19條規定請求開立非自願離職證明書，是
08 否有理由？

09 1.按勞動契約終止時，勞工如請求發給服務證明書，雇主或其
10 代理人不得拒絕，勞基法第19條固有明文，惟勞基法就是否
11 應發給記載非自願離職之服務證明書，並未加以規定。而
12 按，就業保險法第11條2項規定：「被保險人因定期契約屆
13 滿離職，逾一個月未能就業，且離職前一年內，契約期間合
14 計滿六個月以上者，視為非自願離職，並準用前項之規
15 定」、第3項規定：「本法所稱非自願離職，指被保險人因
16 投保單位關廠、遷廠、休業、解散、破產宣告離職；或因勞
17 基法第11條、第13條但書、第14條及第20條規定各款情事之
18 一離職」。

19 2.查兩造間契約為定期勞動契約，且107年2月之定期勞動契約
20 屆期日為107年2月27日，前經本院認定；又不論被上訴人取
21 消上訴人於107年2月6日至27日間已排定之班表是否屬單方
22 違法終止勞動契約，兩造間勞動契約至遲已於107年2月27日
23 屆期終止。而本院前詢以本件符合就業保險法第11條第3項
24 規定之何種情形時，上訴人答以：於109年4月20日以民事上
25 訴理由(二)狀依勞基法第14條第1項第5款規定終止（見本院卷
26 第80頁），此既在兩造間107年2月之定期勞動契約期限屆至
27 後，上訴人應無從再就已終止之定期勞動契約依勞基法第14
28 條第1項第5款規定終止，是其以終止符合就業保險法第11條
29 第3項規定為由，主張被上訴人應開立非自願離職證明書云
30 云，應無可採；上訴人應僅得於符合就業保險法第11條第2
31 項之情形時，方可請求被上訴人開立非自願離職證明書，惟

其於107年2月前未與被上訴人成立6個月以上之定期勞動契約，亦無從視為非自願離職，附此敘明。從而，上訴人依勞基法第19條規定，請求被上訴人開立非自願離職證明書云云，為無理由。

六、綜上所述，上訴人依勞基法第19條規定，請求：被上訴人應開立非自願離職證明書予上訴人，非屬正當，不應准許。原審所為上訴人敗訴之判決，所持理由雖與本院不同，惟結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

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2項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 9 月 15 日
勞動法庭

審判長法 官 李慈惠
法 官 謝永昌
法 官 趙雪瑛

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 9 月 15 日
書記官 郭晉良

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

01 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
02 人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。
03 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
04 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
05 院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。