

臺灣高等法院民事判決

110年度勞上字第127號

上訴人 京元國際建設股份有限公司

法定代理人 黃榮文

被上訴人 林芄箴

訴訟代理人 陳昌義律師(法扶律師)

上列當事人間請求確認僱傭關係等事件，上訴人對於中華民國110年5月27日臺灣臺北地方法院109年度勞訴字第464號第一審判決提起上訴，本院於110年11月2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。

原判決主文第三項應更正為：上訴人應自民國一百零九年十二月一日起至被上訴人復職前一日止，按月於次月五日給付被上訴人新臺幣參萬元，及自各次月六日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

事實及理由

壹、程序方面：

按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，此觀民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第3款即明。查被上訴人於原審請求上訴人應自民國109年12月1日起至被上訴人復職日止，按月於次月5日給付被上訴人新臺幣（下同）3萬元，及自次月6日起至清償日止，按年息5%計算之利息（見原審卷第9頁）。嗣於本院審理時，就請求薪資給付之終日減縮為至被上訴人復職前一日止（見本院卷第104頁），核屬減縮應受判決事項之聲明，應予准許。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：伊前於108年6月間受僱於上訴人，於同年9月間因故離職，復於109年7月6日應上訴人法定代理人甲○○之邀，再次受僱於上訴人擔任業務代表，約定每月薪資為

01 新臺幣（下同）3萬元，按月於次月5日給付。伊所任職務負
02 責土地開發事項，包含都市更新、土地合建及危老建築重建
03 事宜，平日晚間、假日時間需與地主聯繫開會，按上訴人員
04 工規範規定，於假日加班時數可用於平日抵假，伊在職期間
05 均按規定事先提出請假單且經上訴人同意准假，無不能勝任
06 工作情事，亦無違反勞動契約或工作規則事實，縱認伊有前
07 開情形，然上訴人非不能先以警告、懲處等方式命伊改善，
08 上訴人逕於109年9月24日以伊經常請假、工作能力不佳為由
09 片面終止兩造間勞動契約，違反解雇最後手段性原則，上訴
10 人終止勞動契約不合法，兩造間之勞動契約應繼續存在。上
11 訴人已預示拒絕受領伊提供勞務，伊已無補服勞務之義務，
12 而得請求上訴人繼續給付勞務報酬。爰起訴請求確認兩造間
13 僱傭關係存在，並依兩造間僱傭契約法律關係，請求上訴人
14 應給付伊109年9月24日至同年11月30日期間薪資6萬7,000元
15 本息，及自109年12月1日起至伊復職前一日止，按月於次月
16 5日給付伊薪資3萬元本息等語。

17 二、上訴人則以：兩造約明被上訴人自109年7月6日回任，試用
18 期3個月，試用期滿前非正式員工，伊有權終止勞動契約。
19 且被上訴人試用期間經常無故遲到早退、臨時告知當日請
20 假、平均每週只出勤3日，嚴重影響伊業務交辦及公司其他
21 同仁工作心情，且被上訴人冒用伊名義進行非其職務範圍之
22 「雙北透天厝及老舊住宅改建」業務，更有無故騷擾地主，
23 以其私人電腦竊取地主交付資料情事，又被上訴人於試用期
24 間未簽回任何合建契約，實有不能勝任工作及違反工作規則
25 情節重大之情形，伊乃於109年9月24日依勞動基準法（下稱
26 勞基法）第11條第5款、第12條第1項第4款規定終止兩造間
27 勞動契約自屬適法，被上訴人主張僱傭關係仍存在及請求伊
28 按月給付勞務報酬等均屬無據云云，資為抗辯。

29 三、被上訴人於原審起訴聲明：(一)確認兩造間僱傭關係存在。(二)
30 上訴人應給付被上訴人6萬7,000元，及自起訴狀繕本送達翌
31 日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(三)上訴人應自109

01 年12月1日起至被上訴人復職日止，按月於次月5日給付被上
02 訴人3萬元，及自各期應給付日翌日起至清償日止，按年息
03 5%計算之利息。原審判決被上訴人全部勝訴，並就金錢給付
04 部分依職權宣告假執行。上訴人不服，提起上訴，上訴聲
05 明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人在第一審之訴及假執行之聲
06 請均駁回。被上訴人於本院答辯聲明：上訴駁回。(被上訴
07 人減縮起訴聲明部分【即被上訴人復職日當日之薪資請求部
08 分】非本院審理範圍，茲不贅述)。

09 四、兩造不爭執事項：(見本院卷第56、57頁)

10 (一)被上訴人曾於108年6月間受僱於上訴人，於同年9月間因故
11 離職，嗣於109年7月6日再次受僱於上訴人，擔任業務代
12 表，每月薪資3萬元，按月於次月5日給付(見原審卷第15、
13 16頁)。

14 (二)上訴人法定代理人甲○○於109年9月24日以通訊軟體Line向
15 被上訴人為終止勞動契約意思表示，被上訴人最後工作日為
16 109年9月23日。(見原審卷第15、16、21頁)

17 (三)兩造不爭執原審卷第17頁之員工規範及原審卷第63至96頁之
18 員工請假卡、請假單、加班單之形式真正。

19 五、被上訴人主張其在職期間並無違反工作規則或不能勝任工作
20 之情，上訴人於109年9月24日依勞基法第11條第5款、第12
21 條第1項第4款規定終止勞動契約不合法，兩造間僱傭契約仍
22 存在，爰請求確認兩造間僱傭關係存在，並依兩造間僱傭契
23 約請求上訴人給付109年9月24日至同年11月30日之薪資6萬
24 7,000元本息，及自109年12月1日起至被上訴人復職前一日
25 止，按月於次月5日給付薪資3萬元本息等情，為上訴人所否
26 認，並以前詞置辯，本件爭點應為：(一)上訴人於109年9月24
27 日依勞基法第11條第5款、第12條第1項第4款規定終止兩造
28 間之勞動契約是否合法？(二)被上訴人依兩造間僱傭契約法律
29 關係，請求上訴人給付109年9月24日至同年11月30日之薪資
30 6萬7,000元本息，及自109年12月1日起至被上訴人復職前一
31 日止，按月於次月5日給付薪資3萬元本息，有無理由？

01 (一)上訴人於109年9月24日依勞基法第11條第5款、第12條第1項
02 第4款規定終止兩造間之勞動契約是否合法？

03 (1)按勞基法第11條第5款規定，勞工對於所擔任之工作確不能
04 勝任時，雇主得預告勞工終止勞動契約，揆其立法意旨，重
05 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
06 客觀合理之經濟目的，雇主始得解僱勞工，其造成此項合理
07 經濟目的不能達成之原因，應兼括勞工客觀行為及主觀意
08 志，是該條款所稱之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」
09 者，舉凡勞工客觀上之能力、學識、品行及主觀上違反忠誠
10 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
11 準法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終
12 止勞動契約，以符「解僱最後手段性原則」（最高法院96年
13 度台上字第2630號判決意旨參照）。又按勞基法第12條第1
14 項第4款規定，勞工有違反勞動契約或工作規則，情節重大
15 者，雇主得不經預告終止契約。所謂「情節重大」，屬不確
16 定之法律概念，不得僅就雇主所訂工作規則之名目條列是否
17 列為重大事項作為決定之標準，須勞工違反工作規則之具體
18 事項，客觀上已難期待雇主採用解僱以外之懲處手段而繼續
19 其僱傭關係，且雇主所為之解僱與勞工之違規行為在程度上
20 須屬相當，方屬上開勞動基準法規定之「情節重大」，舉凡
21 勞工違規行為之態樣、初次或累次、故意或過失、對雇主及
22 所營事業所生之危險或損失、勞雇間關係之緊密程度、勞工
23 到職時間之久暫等，均為判斷勞工之行為是否達到應予解僱
24 之程度之衡量標準（最高法院97年度台上字第2624號裁定意
25 旨參照）。另按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有
26 舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。

27 (2)上訴人所辯兩造間勞動契約已終止，先係以兩造約定3個月
28 試用期，試用期滿前其有權終止勞動契約云云。查上訴人所
29 辯兩造曾約定試用期之情，已為被上訴人所否認，上訴人雖
30 提出其員工簽署之「新進同仁試用期工作規範確認書」（見
31 本院卷第93至95頁），主張其與新進員工皆約定3個月試用

01 期，然上訴人已自陳被上訴人未簽署「新進同仁試用期工作
02 規範確認書」等語（見本院卷第82頁），上訴人所辯曾與被
03 上訴人約定3個月試用期云云，自未有據。上訴人雖再以其
04 訂有「新進工規範」之工作規則（見本院卷第97頁），該工
05 作規則規定「新進同仁試用三個月」內容，且該工作規則已
06 公告供員工查閱，被上訴人應受該工作規則所拘束云云。然
07 不僅被上訴人否認上開工作規則之真正（見本院卷第104
08 頁），且被上訴人於原審否認上訴人試用期3個月抗辯，原
09 審法官曾於110年3月15日言詞辯論期日詢問上訴人訴訟代理
10 人：「關於試用期3個月的約定，原告（被上訴人）亦否
11 認，此部分有無證據請求調查？是否要請法代自己到庭說
12 明？」，上訴人訴訟代理人僅陳述「兩週內確認」等語（見
13 原審卷第54頁），未曾為已訂立工作規則為試用期間規範之
14 抗辯，且上訴人後於110年3月29日具狀陳述：「公司負責人
15 甲○○今年73歲，患有帕金森氏症，眼睛也不好，常常跑醫
16 院，因此委託代理人代為出庭」等語（見原審卷第99頁），
17 僅陳報上訴人法定代理人未能到庭原因，亦未就上訴人所辯
18 兩造有試用期3個月約定事實為調查證據聲請，嗣於原審110
19 年4月29日最後言詞辯論期日，原審法官再詢問上訴人有關
20 被上訴人所提民事準備(一)狀內容一(二)部分所為兩造無試用期
21 間約定陳述之意見，上訴人訴訟代理人則陳述：「針對原告
22 一(二)，原告是第二次回到公司工作，董事長再給他一次機
23 會，但他惡性不改，再三告誡請他不要常常請假好好做事，
24 同一般員工一樣努力工作，這跟『試用期間』沒有任何關
25 係」等語（見原審卷第124頁），上訴人已陳述上訴人所主
26 張終止勞動契約與試用期間無關，亦未為工作規則已有試用
27 期間規範之抗辯，而上訴人提起本件上訴後，上訴人於本院
28 110年10月7日準備期日更僅提出「新進同仁試用期工作規範
29 確認書」以為兩造有試用期間約定之證明（見本院卷第57
30 頁），就本院詢問上訴人有無書面工作規則，上訴人法定代
31 理人僅陳述再具狀補陳，亦未曾主張訂有本院卷第97頁所示

書面工作規則已就試用期間有所規範，待本件準備程序終結後，始於110年10月22日提出上開書面工作規則據為兩造有試用期間3個月規範，且該書面工作規則之形式僅為1紙文字列印，製作容易且非正式文件型態，上訴人所辯上述書面工作規則存在事實，不僅與其前陳述及舉證不符，被上訴人亦已否認其真正，故本院審酌上訴人所主張書面工作規則存在情節前後不一情狀，該書面工作規則如早已存在，實無迄至本院準備程序終結後始提出之理，據此，顯可認該書面工作規則非真正，無從據為有利於上訴人所辯兩造間有試用期間約定之依據，兩造間應無試用期間約定或規範，否則何以其餘員工有簽署「新進同仁試用期工作規範確認書」，而僅被上訴人未簽署，而此亦與不爭執事項(一)所示被上訴人曾於108年6月間受僱於上訴人，於108年9月間因故離職，嗣於109年7月6日再次受僱於上訴人擔任業務代表，被上訴人主張其已非新進員工，故無簽署「新進同仁試用期工作規範確認書」之情相符。故上訴人以兩造有試用期間約定，其得於試用期間終止兩造間勞動契約云云，自未可採。

- (3)上訴人又抗辯被上訴人任職期間多次遲到、隨意請假，其得依勞基法第11條第5款、第12條第1項第4款規定終止勞動契約云云，固提出員工請假卡3張為證（見原審卷第63、75、81頁）為據。然依兩造所不爭執上訴人員工規範第4點規定：「假日會與地主開會（通常在下午、六日擇一），請務必前往，可於平日做抵假（ex. 下（應為「星」之誤）期天下午開會，星期一早上無須進公司）」（見原審卷第17頁），假日出勤可以平日抵假，參酌上訴人所提被上訴人之員工請假卡紀錄、請假單、加班單所示（見原審卷第63至96頁），確實有多筆載有「用加班時數相抵」之情形（如109年7月9日、同年7月13日），並有上訴人逕以被上訴人其他加班時數抵扣遲到或請假時數紀錄，則被上訴人以其假日與地主開會或平日加班時數，可於平日請假相抵，乃其勞動關係休假權利正當行使。況依上訴人所提上開被上訴人之員工請假卡

01 紀錄、請假單、加班單所示，被上訴人任職期間各次請假均
02 提出請假單，且經上訴人法定代理人簽准，而被上訴人遲到
03 部分亦按規定請事假處理，並經上訴人法定代理人同意，實
04 難認被上訴人有何違反工作規則情節重大情事或對於所擔任
05 之工作確不能勝任情事。又按勞工請假規則就勞工請假天
06 數、程序定有明文，被上訴人請假既經上訴人同意而符合勞
07 工請假規則規定，亦無請假過多而有違反工作規則情節重大
08 情事或對於所擔任之工作確不能勝任情事。至於上訴人所辯
09 被上訴人遲到次數太多云云，然不僅上訴人前已同意被上訴
10 人遲到以請事假處理，有上開員工請假卡紀錄、請假單可
11 據，上訴人如不同意被上訴人遲到得以請事假方式處理，考
12 量出勤遲到違反出勤規定之嚴重程度，應得先按內部人事懲
13 戒規定辦理，以維護上訴人人事管理秩序，然上訴人未按上
14 述程序辦理，且已同意被上訴人遲到改請事假方式處理，自
15 不得再以被上訴人有遲到次數太多情事，即片面依勞基法第
16 11條第5款、第12條第1項第4款規定終止兩造間勞動契約。

17 (4)另上訴人抗辯被上訴人任職期間私自廣告、宣傳私人房仲業
18 務，違反兼差禁止、競業禁止等勞工忠誠義務云云，固據其
19 提出雙北透天厝及老舊住宅改建文案為證（見原審卷第97
20 頁）。然不僅上訴人法定代理人於109年9月24日以通訊軟體
21 Line向被上訴人為終止勞動契約意思表示時，其Line對話紀
22 錄未見上述抗辯終止勞動契約事由內容（見原審卷第21
23 頁），且檢視上訴人所提上開文案載有：「我是京元國際建
24 設開發部的Kevin 林，希望未來能成為您可以信賴的夥伴。
25 請多多指教」等內容，上開文案內容不僅載有上訴人名稱，
26 且上訴人已陳述上述文案係就都市更新相關事宜為徵求與宣
27 傳，與上訴人經營之都市更新、土地開發業務完全相符等語
28 （見本院卷第89頁），自可認被上訴人陳稱該文案係因應上
29 訴人推廣業務所需，非私自廣告宣傳個人房仲業務等語，應
30 屬可採。上訴人雖以其交代被上訴人的工作區域僅為臺北市
31 四維路區塊，上開文案散發區域非被上訴人負責範圍云云，

01 不僅為被上訴人所否認，上訴人又未舉證上開文案所載非被
02 上訴人負責業務範圍。是上訴人以上開文案資料，抗辯被上
03 訴人在職期間私自廣告、宣傳私人房仲業務，有違反兼差禁
04 止、競業禁止等勞工忠誠義務情事，其得依勞基法第11條第
05 5款、第12條第1項第4款規定終止兩造間勞動契約云云，亦
06 未可採。

07 (5)上訴人另抗辯被上訴人無故騷擾地主，以其私人電腦竊取地
08 主交付資料，及於3個月期間未簽回任何合建契約，有不能
09 勝任工作及違反工作規則情節重大之情形云云。然不僅上開
10 抗辯終止勞動契約事由，亦未見上訴人法定代理人於109年9
11 月24日以通訊軟體Line向被上訴人為終止勞動契約意思表示
12 時之Line對話紀錄內容（見原審卷第21頁），上訴人就其抗
13 辯被上訴人無故騷擾地主，以其私人電腦竊取地主交付資料
14 之情，並未舉證以實其說，亦未可採。至於被上訴人任職3
15 個月期間未簽回任何合建契約，固為被上訴人所不否認，然
16 不僅上訴人上開防禦方法，未曾於原審提出，且被上訴人已
17 主張上訴人公司業務為危險老舊建築物之推動改建，建物更
18 新改建非容易談成事務，上訴人以3個月期間未完成任何改
19 建契約作為評價被上訴人不能勝任工作不合理等語，已非無
20 據，衡諸上訴人未就3個月內未完成合建契約簽訂如何符合
21 績效不佳之判斷基礎為說明，縱令被上訴人真有績效不佳情
22 事，亦未先給與被上訴人改善績效機會，或就被上訴人未能
23 完成合建契約之不適任情況先以警告等方式處理，其逕依勞
24 基法第11條第5款規定終止勞動契約，自不合法。

25 (6)據上，上訴人以其於被上訴人試用期間得終止勞動契約，且
26 被上訴人經常無故遲到、請假，私自廣告宣傳私人房仲業
27 務，更無故騷擾地主，以私人電腦竊取地主交付資料，試用
28 期間未簽回任何合建契約，有不能勝任工作及違反工作規則
29 情節重大等情事，依勞基法第11條第5款、第12條第1項第4
30 款規定終止兩造間勞動契約，均不合法，不生勞動契約終止
31 之效力，兩造間僱傭契約關係自109年9月24日以後仍存續。

01 (二)被上訴人依兩造間僱傭契約法律關係，請求上訴人給付109
02 年9月24日至同年11月30日之薪資6萬7,000元本息，及自109
03 年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月於次月5日給付
04 薪資3萬元本息，有無理由？

05 (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
06 請求報酬。民法第487條前段定有明文。又債權人對於已提
07 出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責
08 任。民法第234條亦有規定。是雇主如已為預示拒絕受領勞
09 務之意思表示，即應負受領遲延之責，勞工無須補服勞務，
10 但仍有報酬請求權。查上訴人終止勞動契約不合法，業經審
11 認如前，兩造間僱傭關係仍存在之情，自可認定。又上訴人
12 前揭終止行為雖不生終止契約之效力，然已足徵上訴人有為
13 預示拒絕受領被上訴人提供勞務之意思表示，而被上訴人在
14 上訴人違法終止勞動契約前，主觀上並無任意去職之意，且
15 於上訴人違法終止勞動契約後，曾於109年10月20日向臺北
16 市政府勞動局申請勞資爭議調解，以上訴人終止勞動契約不
17 合法為由，請求上訴人恢復僱傭契約關係，為上訴人所拒絕
18 而調解不成立，有臺北市政府勞動局勞資爭議調解紀錄可據
19 （見原審卷第15、16頁），足見上訴人向被上訴人為終止勞
20 動契約之意思表示，顯為預示拒絕受領勞務之意思表示，被
21 上訴人則已將準備給付勞務事宜通知上訴人，上訴人仍拒絕
22 受領，上訴人應負受領遲延之責，則自109年9月24日起至復
23 職前一日止，被上訴人已無須補服勞務，仍得請求上訴人給
24 付報酬，可資確認。

25 (2)被上訴人自109年7月6日再次受僱於上訴人，擔任業務代
26 表，每月薪資3萬元，按月於次月5日給付之情，已如不爭執
27 事項(一)所示。又被上訴人雖自109年12月24日起至110年3月1
28 日止，有投保單位為祥安不動產開發股份有限公司（下稱
29 祥安公司）之勞工保險紀錄（見本院卷第68、69頁），然被
30 上訴人已陳述其任職祥安公司擔任土地開發，與祥安公司係
31 屬合作關係，須達成業績才有獎金收入，因任職期間未有成

交紀錄，沒有勞務報酬所得等語（見本院卷第105頁），且經本院致電祥安公司負責人陳鴻祥，詢問被上訴人自109年12月24日起至110年3月11日止任職祥安公司是否有受領勞務報酬，陳鴻祥回覆祥安公司員工沒有底薪，有成交才有獎金等語，有本院公務電話紀錄表在卷可據（見本院卷第109頁），核與被上訴人所述相符，兩造復就陳鴻祥上述回覆表示無意見等語（見本院卷第106頁），是被上訴人主張其於上訴人受領勞務遲延期間，並無自他處取得勞務報酬之情，應屬可採，自無民法第487條後段規定應扣除被上訴人轉向他處服勞務所取得報酬必要。是被上訴人依兩造間僱傭契約法律關係，請求上訴人給付109年9月24日至109年11月30日期間薪資6萬7,000元（3萬元×【7/30日+2月】＝6萬7,000元），及自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月於次月5日給付薪資3萬元，自屬依法有據。

(3)又按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%。民法第229條第1項、第233條第1項前段、第203條定有明文。被上訴人就上訴人應給付109年9月24日至109年11月30日期間薪資6萬7,000元，請求自起訴狀繕本送達上訴人之翌日即109年12月16日（見原審卷第31頁）起，就上訴人應給付自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止之每月資薪3萬元，請求各自次月6日起，均至清償日止按週年利率5%計算之法定遲延利息，洵為可採。

六、綜上所述，上訴人終止兩造間勞動契約既未合法，被上訴人請求確認兩造間僱傭關係自109年9月24日起仍存在，並請求上訴人給付6萬7,000元及自109年12月16日起算之法定遲延利息，上訴人並應給付自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止之每月資薪3萬元，並各自次月6日起算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。原審為上訴人敗訴之判決，並依

01 勞動事件法第44條第1項、第2項規定，依職權為假執行及酌
02 定擔保免為假執行之宣告，並無不合，上訴意旨指摘原判決
03 不當，為無理由，其上訴應予駁回。又原判決主文第3項關
04 於命上訴人按月給付薪資部分，業據被上訴人減縮應受判決
05 聲明如上所示，爰於本判決主文更正所命給付範圍如主文第
06 3項所示。

07 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
08 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
09 逐一論列，附此敘明。

10 八、據上論結，上訴人之上訴無理由，依民事訴訟法第449條第1
11 項、第78條，判決如主文。

12 中 華 民 國 110 年 11 月 30 日
13 勞動法庭

14 審判長法 官 陳慧萍

15 法 官 戴嘉慧

16 法 官 陳杰正

17 正本係照原本作成。

18 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
19 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
20 （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
21 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
22 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
23 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者，
24 應一併繳納上訴審裁判費。

25 中 華 民 國 110 年 11 月 30 日
26 書記官 林雅瑩