臺灣高等法院民事判決

110年度勞上字第168號

上訴人即附
帶被上訴人　東西全球文創產業股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　李冠廷
訴訟代理人　徐鈴茱律師
　　紀孟芸律師
被上訴人即
附帶上訴人　王詩婷
000000000000000000

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110年10月13日臺灣臺北地方法院110年度勞訴字第100號第一審判決提起上訴，被上訴人為一部附帶上訴，並為訴之減縮，本院於111年10月4日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴人之上訴駁回。

原判決（除確定及減縮部分外）關於駁回被上訴人後開第三項之訴部分，及該部分訴訟費用之裁判均廢棄。

上訴人應再給付被上訴人新臺幣壹萬零伍佰零參元，及自民國一百一十年四月一日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。

第一審（除確定及減縮部分外）、第二審（含附帶上訴部分）訴訟費用，由上訴人負擔。

本判決第三項所命給付部分得假執行，但上訴人如以新臺幣壹萬零伍佰零參元預供擔保，得免為假執行。

原判決主文第一項應減縮為：確認兩造間僱傭關係自民國一百零九年十一月七日起迄今仍存在。

原判決主文第三項應減縮為：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，按月給付被上訴人新臺幣伍萬

元，及自次月六日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。

原判決主文第四項應減縮為：上訴人應提繳新臺幣壹仟貳佰壹拾肆元至被上訴人於勞動部勞工保險局設立之勞工退休金個人專戶，及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，按月提繳新臺幣參仟零參拾陸元至被上訴人上開專戶。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按第二審訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但擴張或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、第255條第1項第3款規定自明。查被上訴人即附帶上訴人王詩婷（下稱被上訴人）於原審聲明原為：㈠確認兩造間僱傭關係存在。㈡上訴人即附帶被上訴人東西全球文創產業股份有限公司（下稱上訴人）應給付被上訴人新臺幣(下同)3萬0,021元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈢上訴人應自民國109年12月1日起至被上訴人復職日止，按月給付被上訴人5萬元，及自次月6日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈣上訴人應提繳1,214元至勞動部勞工保險局設立之被上訴人勞工退休金個人專戶（下稱系爭勞退專戶），及自109年12月1日起至被上訴人復職日止，按月提繳3,036元至系爭勞退專戶（見原審卷第401、402頁）。嗣於本院審理時，減縮起訴聲明為：㈠確認兩造間僱傭關係自109年11月7日起至今仍存在。㈡上訴人應給付被上訴人3萬0,021元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈢上訴人應自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月給付被上訴人5萬元，及自次月6日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈣上訴人應提繳1,214元至系爭勞退專戶，及自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月提繳3,036元至系爭勞退專戶（見本院卷二第216頁），依上開規定，應予准許（上訴人前揭減縮聲明部分，非本院審理範圍，下不贅

述）。

二、次按當事人對於第一審判決不服之程度，至第二審言詞辯論終結時為止，得擴張或變更之。被上訴人原附帶上訴聲明主張：㈠原判決關於駁回被上訴人後開第2項之訴部分廢棄。㈡上訴人應給付被上訴人2萬8,301元，及自110年4月1日起至清償日止按週年利率5%計算之利息（見本院卷一第386頁）。嗣於本院審理中，變更附帶上訴聲明為：㈠原判決關於駁回被上訴人後開第2項之訴部分廢棄。㈡上開廢棄部分，上訴人應給付被上訴人1萬0,503元，及自110年4月1日起至清償日止按週年利率5%計算之利息（見本院卷二第216頁），核屬減縮附帶上訴聲明，依前說明，應予准許【被上訴人起訴聲明第2項請求3萬0,021元本息，經原審判決1萬7,798元，被上訴人就其敗訴部分僅提起一部附帶上訴，其餘被駁回部分（3萬0,021元－1萬7,798元－1萬0,503元＝1,720元），未據提起附帶上訴，業已確定，非本院審理範圍，下不贅述】。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：伊自109年5月12日起受僱於上訴人擔任副總編輯，約定每月工資5萬元，於次月5日發放。詎上訴人社長李冠廷無預警於同年10月27日口頭告知要資遣伊，要求伊立刻交接工作，卻未告知伊解僱之法律依據及具體事由。翌日因伊追問資遣理由，便解除伊在上訴人之電子信箱及指紋門禁，拒絕伊進入上訴人公司提供勞務。伊多次要求上訴人說明資遣之法律依據及事由，均未獲回應，乃於同年11月10日向臺北市政府勞動局（下稱勞動局）申請勞資爭議調解，並於同年11月13日寄發存證信函予上訴人主張兩造間僱傭關係仍存在。兩造於勞動局勞資爭議調解時，上訴人仍否認兩造僱傭關係存在拒不讓伊復職，迄同年12月7日勞資爭議調解時，上訴人始告知伊係以勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定終止兩造間勞動契約（下稱系爭勞動契約），惟未說明具體事由。上訴人向伊為解僱之意思表示時未敘明具

體之解僱事由；縱已敘明解僱之法律依據及具體事由，亦未給予伊改善之機會，即恣意解僱伊，不符合解僱最後手段性原則。上訴人終止系爭勞動契約並不合法，兩造間僱傭關係仍存在。爰訴請確認兩造間僱傭關係自109年11月7日起至今存在，並依系爭勞動契約、民法第487條前段、勞工退休金條例（下稱勞退條例）第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定請求上訴人給付薪資及提繳勞工退休金（下稱勞退金）至系爭勞退專戶，並聲明：㈠確認兩造間僱傭關係自109年11月7日起至今仍存在。㈡上訴人應給付被上訴人2萬8,301元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈢上訴人應自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月給付被上訴人5萬元，及自次月6日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈣上訴人應提繳1,214元至系爭勞退專戶，及自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月提繳3,036元至系爭勞退專戶。

二、上訴人則以：觀諸109年10月28日被上訴人與伊社長李冠廷之Line通訊軟體對話截圖，被上訴人對伊表示欲終止系爭勞動契約均無異議，欣然同意伊安排之離職後交接事宜，並表示內心對伊存有感謝之情，顯見系爭勞動契約已因兩造合意而終止。縱兩造未合意終止系爭勞動契約，因被上訴人多次未按程序請假、無故缺席、遲到、拖延工作進度，嚴重延誤伊內部作業程序之進行，被上訴人身為高階主管，無法獨立做出正確決策，出錯時拒絕承認錯誤，甚至於活動接待現場因過量飲酒致招待不周使賓客不滿，其散漫、欠缺紀律之工作態度及表現，影響團隊整體工作氛圍，顯已不能勝任工作，經主管、同事再三勸導指正，仍無法改善。無論被上訴人係因自身能力、身心狀況致無法善盡職責，或係主觀上故意不遵守伊規定，其所提供之勞務，顯無法達成伊透過系爭勞動契約所欲達成之客觀合理經濟目的，伊乃於109年10月27日口頭告知被上訴人因其不能勝任工作，依勞基法第11條第5款規定終止系爭勞動契約，符合解僱之最後手段性原

則。倘兩造間僱傭關係仍存在，伊受領勞務遲延，被上訴人得免補服勞務請求報酬，惟被上訴人故意不尋覓新工作致伊無從按民法第487條扣除其因轉向他處服務所取得之利益，雖不具法律上可非難性，惟此等消極心態，顯難謂不存在惡意等語，資為抗辯。

三、除確定及減縮部分外，原審為被上訴人一部勝訴、一部敗訴之判決，即判命：㈠確認兩造間僱傭關係自109年11月7日起至今存在。㈡上訴人應給付被上訴人1萬7,798元，及自110年4月1日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈢上訴人應自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月給付被上訴人5萬元，及自次月6日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈣上訴人應提繳1,214元至系爭勞退專戶，及自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月提繳3,036元至系爭勞退專戶；並諭知得、免假執行，另駁回被上訴人其餘之訴。上訴人就其敗訴部分全部不服，提起上訴，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，被上訴人於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。被上訴人就其請求110年11月薪資差額部分提起一部附帶上訴，附帶上訴聲明：㈠原判決關於駁回被上訴人後開第2項之訴部分廢棄。㈡上開廢棄部分，上訴人應再給付被上訴人1萬0,503元，及自110年4月1日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。上訴人就附帶上訴答辯聲明：附帶上訴駁回。

四、兩造不爭執事項（見本院卷二第217、218頁）：

(一)被上訴人自109年5月12日起受僱於上訴人擔任副總編輯，約定每月工資5萬元，每月工資於次月5日發放。

(二)上訴人於109年10月27日資遣被上訴人，最後任職日為109年11月6日（被上訴人就上訴人之資遣是否合法有爭執）。

(三)上訴人於109年11月5日匯予被上訴人109年10月份薪資4萬8,280元及2萬1,699元（包含資遣費1萬2,223元及109年11月1日至109年11月6日薪資9,476元）。如兩造間僱傭關係仍存

在，被上訴人同意扣抵11月份薪資。

(四)被上訴人於109年11月10日申請勞資爭議調解，於同年12月7日調解不成立。

(五)被上訴人於109年11月13日以內湖金龍郵局第74號存證信函通知上訴人，主張兩造間僱傭關係仍存續，其願意提供勞務等語，上訴人於同年月16日收受。

(六)上訴人於109年11月18日以立法院郵局第56號存證信函通知被上訴人，被上訴人於同年10月27日受通知資遣，兩造間僱傭關係已於同年11月6日終止等語，被上訴人於同年月20日收受。

(七)如兩造間僱傭關係仍存在，上訴人每月應給付被上訴人之工資為5萬元，應按月為被上訴人提繳之勞退金為3,036元。

(八)被上訴人於109年11月18日自上訴人公司退保。

五、被上訴人主張：上訴人於109年10月27日口頭告知要將伊資遣，卻未告知伊解僱之法律依據及具體事由，亦未與伊溝通、予伊改善之機會，即恣意解僱伊，違反解僱最後手段性原則，爰請求確認兩造間自109年11月7日起迄今之僱傭關係存在，並依系爭勞動契約、民法第487條前段、勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定請求上訴人繼續給付薪資及提繳勞退金等語，為上訴人否認，並以前詞置辯。茲查：

(一)關於兩造間自109年11月7日起迄今之僱傭關係是否存在：

1.上訴人抗辯已於109年10月27日通知被上訴人，依勞基法第11條第5款規定，終止系爭勞動契約，是否合法？有無違反解僱最後手段性原則？

⑴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96年度台上字第2630號、103年度台上字第1921號判決意旨參照）。又勞基法第11、12條分別規定雇主之法定解僱事由，為使勞工適當地知悉其所可能面臨之法律關係的變動，雇主基於誠信原則應有告知勞工其被解僱事由之義務，並基於保護勞工之意旨，雇主不得隨意改列其解僱事由（最高法院101年度台上字第366號、95年度台上字第2720號判決意旨參照）。

⑵上訴人於109年10月27日通知被上訴人將予以資遣，為兩造所不爭執，並有電子郵件可稽（見兩造不爭執事項㈡、原審卷第215頁）。被上訴人主張上訴人資遣伊時，並未告知資遣事由及依據云云，為上訴人所否認。觀諸被上訴人於同年10月28日下午9時2分寄予訴外人即上訴人員工芮瀅茜之電子郵件記載：「...剛剛從您那兒得知資遣理由是以第11條第5款，…」等語，翌日下午5時40分許寄予芮瀅茜之電子郵件：「...承上一封您未做回覆之信件：從您那兒得知資遣理由是以第11條第5款，我必須且有權知道：公司所認定合乎法律的事實要件。如無法提供，也不願意說明，是不符合資遣規定...」等語（見原審卷第217頁），可見上訴人至遲於109年10月28日已通知被上訴人解僱事由為勞基法第11條第5款。是被上訴人前開主張，尚不足採。

⑶又上訴人抗辯被上訴人多次未按程序請假、無故缺席、遲到、缺稿、拖延工作進度，嚴重延誤伊內部作業程序之進行，被上訴人身為高階主管，卻無法獨立做出正確決策，出錯時拒絕承認錯誤，甚至於活動接待現場因過量飲酒而致招待不周使賓客不滿，其散漫、欠缺紀律之工作態度及表現亦使團隊整體工作氛圍深受影響，顯不能勝任工作云云。經查：

①被上訴人雖於109年9月9日下午2時57分於Line通訊軟體「全

媒體發稿群組」稱：「昨天早上發現睡覺時，眼鏡壓爛。現在離開眼鏡行，不好意思。另一副在工作時看不見～～對不起」、「比預計晚到辦公室。sorry」；於同年10月19日上午10時13分稱:「不好意思，因為抗組織胺的藥物，我不小心睡過頭了。趕往中」；同年10月28日：「Sting Wang:今日休假一日，但會進辦公室看一樣」、「LXD:@Sting Wang請問妳有填寫假單跟你主管請假嗎？」、「Sting Wang:已請，下午進辦公室看樣填寫...」、「LXD:請假要填寫假單並由部門主管簽名才算正式請假」（見本院卷一第145、151、155-157頁）。惟觀諸兩造簽訂之聘僱契約並未約定被上訴人上班時間（見原審卷第133至139頁）。訴外人即上訴人員工李軒德於109年9月15日發送群組之LINE訊息：「提醒大家，一天的工作時間需滿8小時（不含午餐時間）」等語（見原審卷第251頁）。又上訴人於109年9月28日下午寄送標題為「出缺勤管理公告」之電子郵件，要求員工自即日起進出門改用指紋（見原審卷第389頁），佐以上訴人提出之編輯部109年9月15日起至10月28日止之門禁出入紀錄，自同年9月28日起被上訴人之指紋開門時間大部分為上午8、9時許，部分為10、11時許，其同部門同事指紋開門時間大部分為上午9時至下午1時間（見原審卷第309至327頁），難認上訴人抗辯被上訴人所隸屬之編輯部上班時間為上午10時至下午7時云云為可採。且媒體編輯應有外出採訪、調查之需求。前開Line通訊軟體內容不能逕定被上訴人確實有遲到之情事。上訴人所提出被上訴人之出勤紀錄（見原審卷第157至163頁）亦不足證明被上訴人有出勤不穩定之情形。又前開Line通訊軟體內容中，被上訴人雖遭質疑有無填寫假單，仍不足逕認被上訴人確實未按程序請假或無故缺席。又前開群組於同年9月21日雖記載：「張亞慈Celine : Sting還是沒有請事假」（見本院卷一第237頁），惟證人即被上訴人任職上訴人編輯部期間之直屬主管即上訴人總編輯、策略長張亞慈於本院證稱：伊記得後來被上訴人請事假，我們要求

她請假，她就請了等語（見本院卷二第132頁）。亦難以前開Line通訊軟體內容認定被上訴人未按程序請假。

②上訴人抗辯團隊所有人員均須將自己當下之業務狀況及每日工作進度回報予團隊，被上訴人經常性拖延，於無人催促、提醒時即不主動回報，已影響編輯團隊作業之流程，並嚴重造成其他同事之困擾云云。惟證人張亞慈於109年9月7日稱：「@Sting Wang請妳教導艾庭進行9月號報帳。並回報可完成時間。有問題請提前提出。謝謝」，被上訴人已回覆：「帳務通常都是出刊之後報，大約有一週」等語（見本院卷一第65頁）；另109年9月8日：「LXD：Dear All關於今天會議，我沒有針對任何人做指責。我無法接受這樣沒有準備的會議。很沒有效率。會議做好準備是對所有與會同仁一種尊重」、同年9月14日：「楊艾庭：麻煩編輯們今天下班前，務必將11、12月企劃更新完成，隔天早上一律不受理臨時修改哦！否則格式會亂掉」、同年9月15日「LXD：請大家學習管理時間，讓工作更有效率。時間管理是一門很重要的功課」（見本院卷一第67、75、77頁），亦難認定係針對被上訴人，或被上訴人確有拖延、影響編輯團隊作業之具體行為。

③上訴人雖援引證人張亞慈於109年9月9日對被上訴人稱：「你在第一線，要判斷讀者要什麼，你是成熟的媒體人，我們定位高階社群應該沒有那麼難懂」、「可以自己判斷嗎？我們不是室內設計雜誌就是了」，於同年9月8日稱：「我私底下跟她講過，她一開始會配合，過一週又恢復原狀」、「至於檯面上是每次都不配合」、「她像小朋友一樣，要事事盯」、「而且稿子越寫越少，10月號寫20頁。這個發外稿僅需30000萬元以下」、「詩婷的產值一個月至少要30頁，她上個月有達到」、「她做事拖泥帶水」，同年7月9日稱：「派隊頁人名是詩婷寫錯。但她校稿時已經更正，校對時沒拿掉。…軒軒和Dylan都承認錯誤，並願意改進。詩婷比較油條，原本一直沒回應，我一直逼她，她才說說錯了就錯

了，就懲罰她吧！」、「詩婷有滿嚴重的老油條問題，我想20日新人來之後，直接讓詩婷發揮文字採訪功力即可。紀律部分她真的不太在行」；同年7月31日稱：「...詩婷的工作態度老油條，連我的詢問都不怎麼回應，做事情很拖，一件小事情可以囉哩囉唆，來來回回拉累聯絡很久…」，同年8月12日稱：「昨天詩婷擺爛，亂寫一篇文章，我跟她懇談，希望她轉特約，或是能夠一起協助改稿。亂寫是會傳染的...」，同年8月18日稱：「詩婷妳上週五沒有交數位稿也沒有交平面稿，並且未請假不進公司」，同年8月27日稱：「詩婷，妳說妳很忙，所以我們下來補位協助了許多事情。妳剛才在看影片，也不在意我們都還沒忙完，艾庭手忙腳亂。我有留意到妳常常瀏覽網頁不相干的主題，也沒有在忙，也沒在發稿。發稿無限制delay，不知妳何時交稿，也不會主動回報...開會時常常看妳沒有報稿，或是沒有準備，甚至無語呆坐...」；同年10月20日稱：「Sting的作風令人髮指，真是可惡，本期還沒交半篇稿子出來」、「她都壓很後面交稿，而且數位稿發很少」、「只要王詩婷在，公司編輯部就會擺爛」等語（見本院卷一第145、178、179、195、196、198、203、206、217、250、252頁），抗辯被上訴人身為高階主管，就自身承辦之業務，欠缺專業判斷能力，無法獨立做出正確決策，須他人不斷從旁提醒、協助，且出錯時總拒絕承認錯誤，態度欠佳，非但未即時修正、提出改進方式，反以各種理由、藉口回應，雖經主管、同事再三指正，被上訴人對各類怠忽職務之行為，仍無法做出有效改善云云。惟張亞慈於前開群組中稱：被上訴人已認錯，並願意協助改稿等語（見本院卷一第195頁、203頁），可見被上訴人並非如上訴人所稱完全拒絕承認錯誤、態度欠佳，不願改進。張亞慈並已就其109年8月18日所稱上訴人未請假乙事，請小芮扣薪1天（見本院卷一第208頁）。且張亞慈於本院證述：「（上訴人訴訟代理人問：你在群組當中所做的對話，是否就是妳當時的意思及想法？）這些都太片段

了」等語，並證稱：109年9月8日發話中提到的對象是誰伊不記得，伊於109年7月間向社長反映被上訴人之工作情形，係因社長一直要伊檢討編輯部同仁，因在疫情下，公司需要精簡成本，衝刺數位網站，公司希望把成本用在數位網站之專業人士，才會檢討同事，係針對當時發生很細節之事，並不是全面性的；這些都是片段，伊所謂亂寫，就只是一個過程，後來在雜誌上刊登的文章都不是亂寫；前述對話內容都是表現不好之過程，而不是表現不好之結果；被上訴人任職期間工作表現有好有壞，編輯內容專業上，平面內容品質可優於同業，但她工作態度有自己的堅持與習慣，要公司配合，她的專業主要在平面印刷為主，公司不斷給伊壓力要在網路上做出績效，要求在編輯人事上做出取捨，把資源放在網路上；媒體內容是不斷討論的過程，過程中就算有不符合公司要求，最終一定會修整好達到公司要求，被上訴人並無造成公司損害或影響公司運作之情形等語（見本院卷二第127至129、131、132、143、144頁），可見證人張亞慈雖曾於公司全媒體發稿群組、管理層群組指摘被上訴人要事事盯、稿子越寫越少或亂寫、寫錯指派隊頁人名、工作態度油條、未發稿、未主動回報等情，惟未能陳述具體內容，且證人張亞慈係因配合上訴人精簡成本之需求而檢討編輯部，才會檢討非常細節之事情，並非全面性的陳述，且結果並無不好，可見被上訴人縱有前開行為，亦尚未致上訴人受有損害或影響運作。又被上訴人就上訴人指摘其109年10月應交出11月將出刊之稿件，遲至同年10月20日還未交出，則主張該稿件原已設定好題目，係因受訪者臨時出狀況，其不得已提供符合題目之新人選供張亞慈選核，並提出其於109年10月14日寄送張亞慈、標題為「WE PEOPLE邀訪杜康生先生」、內容係提出過去三期該單元之採訪內容之電子郵件為據（見原審卷第117、231頁），可見被上訴人亦非故意缺稿。自難僅以前開上訴人公司Line通訊軟體中之對話紀錄及證人張亞慈之證詞認定被上訴人確實已無法達成上訴人透過系爭勞動契約

所欲達成之客觀合理之經濟目的之程度。

④上訴人另援引張亞慈於109年10月20日下午10時4分在Line通訊軟體稱:「軒和瑋涵跟我說，今天臺虎帶啤酒來現場，王詩婷喝醉，全身酒氣面對霹靂第五代，完全沒有接待，霹靂公關很生氣，請詩婷去招呼第五代。我到場時發現霹靂公關臉很臭，上前關心她，她說她完全不知道有青年論壇，也不知道今天會借衣服給他們穿，也沒有自備鞋子」等語（見本院卷一第255頁），抗辯被上訴人於活動接待現場因過量飲酒而致招待不週使賓客不滿云云。惟證人張亞慈證稱：伊當時不在現場，係美編軒和外發服裝編輯瑋涵告訴伊；封面故事需要幫受訪者準備拍照採訪用之衣服，提醒霹靂五代自備鞋子，若沒有做好這個部分，不會影響當期封面拍照人物設定形象表現，伊看到霹靂五代沒有不高興，是公關不高興，依照前開字面，我們有準備衣服，但他們不知道，針對衣服只要跟公關講一下就好，喝醉酒可能比較嚴重，但伊沒有看到被上訴人有無喝醉酒，因我們跑酒線，工作場合可以喝酒，在酒線工作現場喝醉是可以的，但不能言行失當，有人喝醉就回家了，要看是甚麼情況，有工作當然就不要喝醉，採訪酒商很難避免不喝醉，伊跟社長反應係因伊跟社長溝通細節等語（見本院卷二第133至135頁），可見證人張亞慈並未親眼見聞被上訴人喝醉酒致未招待霹靂第五代或招待不週之過程，且臺虎（精釀啤酒）屬酒線工作場合亦非不能喝酒。況觀諸被上訴人所提之LINE對話紀錄，其於同年10月12日提醒霹靂布袋戲人員需自己準備服裝，品牌提供大尺碼樣本，於同年10月14日提供腳本分鏡，於同年10月19日提醒需多帶一雙正裝鞋子等語（見原審卷第235至247頁），亦與前開張亞慈於Line通訊軟體稱，霹靂公關不知道當天會借衣服給他們穿，也沒有自備鞋子等內容不符。自難僅以上開Line通訊軟體認定被上訴人確有過量飲酒致接待不周之情事。上訴人復未提出其他證據證明被上訴人有何全身酒氣接待不週之情形。則其是項抗辯，自屬無據。

⑤又上訴人抗辯被上訴人於承辦由伊協辦之論壇活動時，錯誤理解上級之指示且未及時將客戶之需求呈報予上級，反擅自拒絕主辦單位人員於出刊前先行過目、確認之請求，致主辦單位對採訪提出質疑，使伊專業度及商譽遭受影響，被上訴人之專業判斷能力顯然欠佳，無法勝任其副總編輯乙職云云。惟被上訴人主張伊係因張亞慈表示：「我們是協辦，蔡玉玲律師是Kevin上海團隊律師顧問。可以請女董事不要干預內容風格，只看對與錯」、「看對與錯可以，不能干預報導風格」等語（見原審卷第233頁），當時係表示須向上呈報，無權力同意，而非不同意（見原審卷第445頁）。可見被上訴人係因張亞慈前開陳述，誤認其無權同意於報導刊出前先讓主辦單位會員過目，至多僅能認定被上訴人解讀錯誤，尚難執以逕認其已達不具專業能力或不能勝任工作之程度。上訴人雖抗辯被上訴人錯誤解讀上級之指示，且未當下立刻向伊負責人或總編輯詢問，使有權者決定並立即回應，遲至當日下午由台灣女董事協會聯繫窗口直接向伊負責人反應，已使伊公司專業度及商譽遭受影響云云。惟觀諸上訴人所提出109年9月4日之通訊軟體對話，主辦單位僅係表示嘗試與被上訴人溝通但似乎無法取得其同意等語，上訴人李軒德並已請總編輯做後續安排（見原審卷第127頁），其後被上訴人並已配合辦理，難逕認上訴人商譽或專業確實因此受到侵害。

⑥據上，尚難認被上訴人從事副總編輯工作已達主觀上或客觀上不能勝任工作之程度。

⑷況上訴人果認被上訴人嚴重拖稿、曠職，出錯時拒絕承認錯誤，工作態度散漫、欠缺紀律，無法達到其期望之工作標準，仍應先對被上訴人施以教育訓練，並以獎懲之方式促其注意改善，始符解僱最後手段性原則。上訴人雖辯稱已透過各主管、同事，再三就被上訴人工作上之問題、瑕疵，提出檢討及提醒，更嘗試與其進行溝通，欲共同商討出對彼此最有利之合作方式，已採取符合最後手段性原則之措施云云，

並援引群組對話紀錄及證人張亞慈證詞為據。惟張亞慈於前開群組中雖曾對被上訴人提出工作應注意之內容等語，惟亦於群組中稱：被上訴人已認錯，並協助改善等語（見本院卷一第203頁），另張亞慈於109年8月27日雖曾對被上訴人表示：「按妳最近的表現，我們應該要用別的方式合作。如果妳不適應體制內，換成特約比較能在正軌，其實也是可以」等語，惟其同時稱：「等截完稿，我們來調整，優化作業模式，發揮更高效率」等語（見本院卷一第217頁），並於同年9月14日稱：「我們可以說明公司要把重心移往數位，請她吃飯亦可，我認為由於她完全不認為自己有問題，所以一一點出她的問題只會造成她持續傷害我和公司，不如說些漂亮話，圓滿結束」等語（見本院卷一第225頁）。上訴人復未舉證證明張亞慈嗣有對被上訴人再提出轉為特約之要求，並經被上訴人同意之證據。可見上訴人其後並未再對被上訴人提出轉為特約之要求。證人張亞慈並證稱：懲處、教育訓練均非伊決定，上訴人公司未曾對被上訴人懲處；每次編輯會議係針對每集編輯內容討論希望修改方向等語（見本院卷二第144頁），自難僅以張亞慈曾於會議中或通訊軟體中所為討論、指摘、勸導，逕認上訴人確已對被上訴人施以教育訓練或懲戒。上訴人亦未提出其他曾限期要求被上訴人改善之證據。則上訴人未就被上訴人施以輔導或在職訓練，或予以考核、懲戒以促被上訴人改善或避免再犯，即逕行終止系爭勞動契約，尚難認符合解僱最後手段性原則。是上訴人抗辯已依勞基法第11條第5款規定終止系爭勞動契約，並不合法。

2. 上訴人抗辯兩造已於109年10月28日合意終止系爭勞動契約，有無理由？

上訴人抗辯：伊公司負責人李冠廷於109年10月28日與被上訴人之LINE對話，被上訴人對伊決定以雙手合十及微笑圖案回應，顯然同意伊資遣決定，嗣亦已領取資遣費，足認兩造已達成終止系爭勞動契約之合意云云。惟查：

⑴上訴人負責人李冠廷於109年10月28日上午10時15分先稱：「因公司座位調整與施工在即，本週五前請帶走與清除私人用品。下週一起公司將給予謀職假至離職日，本週五下班後將進行施工準備並清除座位，若有任何私人物品將移除銷毀」等語，被上訴人則於同日上午10時19分以下陸續回覆：「謝謝社長提醒」、「昨日接到COCO的電話，誠心建議～太小的事情，請同事處理就好」、「我不太說謝謝之類的話，但是我對這次短暫的工作，其實內心很多感謝的」、「等僱傭關係結束之後，以一個讀者或者從業者的身分，如果您願意瞭解，我很願意分享」等語（見原審卷第177頁）。被上訴人前開內容僅能認係針對交接安排為回應，並表達內心想法，尚無從逕認係就上訴人終止系爭勞動契約之意思表示為承諾之意。被上訴人其後並表示：「請理解，我不是個『壞』的」，顯然表達其並非不能勝任工作之意，自難僅以李冠廷回以：「大家好聚好散，先把交接的工作都安排好。謝謝」等語（見原審卷第179頁），被上訴人以雙手合十及微笑圖案回應，推認被上訴人同意終止系爭勞動契約，兩造間已達成終止系爭勞動契約之意思合致。

⑵再審諸被上訴人於109年10月28日下午詢問芮瀅茜之電子郵件記載：「...剛剛從您那兒得知資遣理由是以第11條第5款，因此公司需要提供所認定的事實...如無法提供事實要件，是不符合資遣規定」等語，翌日下午5時40分許寄予芮瀅茜之電子郵件：「...承上一封您未做回覆之信件：從您那兒得知資遣理由是以第11條第5款，我必須且有權知道：公司所認定合乎法律的事實要件。如無法提供，也不願意說明，是不符合資遣規定。公司昨天已刪除我的郵箱帳號，同時片面取消我的指紋門禁，等同於取消我進入公司工作的資格。但此舉並不足以構成本人與公司的勞雇關係終止。由於並非本人不願至公司指定地點提供勞務，依法公司仍須支付薪資」等語（見原審卷第217頁）。上訴人員工則於同年10月30日以郵件通知被上訴人：「您的工作日就到109年11月6

日止，所有應給付的資遣費、預告期間工資，會一併在109年11月6日匯至您的薪資帳戶中」等語（見原審卷第219頁）。可見被上訴人一再詢問上訴人資遣事由及事實要件，質疑不提供不符合資遣規定。被上訴人並於同年11月10日申請勞資爭議調解，主張上訴人無正當理由片面資遣被上訴人，於同年11月13日寄予上訴人之存證信函記載：「僱傭關係仍然存在...於民國109年10月27日（二）在無預警的情況下，接獲被資遣通知。雖經多次要求了解資遣理由，均不被理會。當時，本人已明確表示過『不符合勞動部所規定的要件，僱主無權資遣勞工』...公司拒絕本人至指定場所給付勞務，而非本人不願提供勞務。據此，再次聲明：本人認定本人仍為公司員工，勞僱關係依舊存續...」等語（見原審卷第25至27頁），顯然對上訴人終止系爭勞動契約表示異議。且上訴人於勞資爭議調解時亦稱係以勞基法第11條第5款規定終止系爭勞動契約，並未表示兩造乃合意終止系爭勞動契約（見原審卷第23頁）。益徵兩造間確實並未合意終止系爭勞動契約。

⑶又被上訴人經上訴人通知終止系爭勞動契約後，辦理離職程序受領資遣費、請求發給非自願離職證明書等，俾利辦理相關補助，僅係遭單方解僱後，所為後續問題之處理，並非應允上訴人之解僱，自不能認為被上訴人已與上訴人合意終止系爭勞動契約。上訴人並未提出其他證據證明兩造間有達成終止系爭勞動契約之意思合致。則上訴人抗辯兩造間合意終止系爭勞動契約乙節，不足採信。

3.上訴人於109年10月27日依勞基法第11條第5款規定終止系爭勞動契約為不合法，兩造亦未於同年10月28日合意終止系爭勞動契約，既經本院認定於前，兩造間僱傭關係自仍繼續存在。則被上訴人訴請確認兩造間自109年11月7日起迄今之僱傭關係存在，為有理由。至上訴人主張伊已轉型為以數位經營及活動策劃等業務為主要營運模式之公司，故被上訴人原任職於伊公司之紙本雜誌副總編輯職位不復存在，且被上訴

人拒絕伊得提供之現有職缺，欲使兩造間僱傭關係回復並存續，現實上實無執行可能云云。惟系爭勞動契約未經合法終止，兩造間僱傭關係仍繼續存在，已如前述，上訴人主張因已轉型為數位經營及活動策畫等業務為主之公司，被上訴人原任職之紙本雜誌副總編輯職位已不存在等情縱屬真實，上訴人亦應先對被上訴人施以教育訓練或予以合法調動，或與被上訴人協商，尚不得執以作為有利於上訴人之認定。

(二)關於被上訴人依系爭勞動契約請求上訴人給付109年11月工資差額，及自109年12月1日起至伊復職前一日止，按月給付工資5萬元部分：

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。次按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號判決要旨參照）。

2. 查上訴人前揭終止系爭勞動契約並非合法，兩造間自109年11月7日起迄今之僱傭關係既仍存在，已如前述，足徵上訴人有為預示拒絕受領被上訴人提供勞務之意思表示，被上訴人在上訴人違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務。上訴人終止系爭勞動契約後，被上訴人於同年11月10日即申請勞資爭議調解，主張上訴人無正當理由片面資遣，應恢復僱傭關係，並於同年11月13日以存證信函通知上訴人願意前往公司提供勞務等語，上訴人於調解時亦稱已以勞基法第11條第5款規定終止系爭勞動契約，顯然拒絕被上訴人恢復僱傭關係之請求，有調解紀錄、存證信函可稽

（見原審卷第23至27頁）。足認被上訴人已將準備依勞動契約本旨提供勞務之情通知上訴人，惟為上訴人所拒。揆諸前揭規定，上訴人應負受領遲延之責任，被上訴人無補服勞務之義務，仍得請求上訴人給付薪資報酬。又兩造對於被上訴人每月工資為5萬元，發薪日為次月5日；又上訴人於109年11月5日匯予被上訴人同年10月份薪資4萬8,280元及2萬1,699元（包含資遣費1萬2,223元及同年11月1日至同年11月6日薪資9,476元）等情，並無爭執（見兩造不爭執事項㈠、㈢），可見上訴人已給付被上訴人109年11月1至6日之薪資9,476元。從而，被上訴人主張上訴人應給付被上訴人109年11月工資差額4萬0,524元（5萬元－9,476元＝4萬0,524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日給付被上訴人5萬元，應屬有據。

3. 上訴人雖抗辯被上訴人故意不尋覓新工作致伊無從按民法第487條扣除其因轉向他處服務所取得之利益，存在惡意云云。惟系爭勞動契約並無應予終止之原因，被上訴人經上訴人違法終止契約後，仍有繼續提供勞務之意願，惟為上訴人所拒絕，而被上訴人所為勞務給付勢須上訴人配合受領始得完成，惟上訴人迄至本院言詞辯論終結前，猶堅詞抗辯系爭勞動契約業已終止，毫無受領勞務之意或為受領給付必要之協力，揆諸上開說明，上訴人應自負受領遲延之責，被上訴人並無補服勞務之義務，仍得請求上訴人給付報酬。上訴人自行違法終止在前，其後又拒絕受領勞務，自難認被上訴人有何惡意。上訴人前開抗辯，自不足採。

4. 又上訴人終止系爭勞動契約不合法，兩造間僱傭關係繼續存在，已如前述，上訴人自無給付被上訴人資遣費之義務，得請求被上訴人返還，是經扣抵資遣費1萬2,223元後，被上訴人請求上訴人給付2萬8,301元（計算式：4萬0,524元－1萬2,223元＝2萬8,301元），及自起訴狀繕本送達翌日即110年4月1日（見原審卷第59頁）起至清償日止按週年利率5%計算之利息，暨自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按

月給付被上訴人5萬元，及自各次月6日起至清償日止按週年利率5%計算之利息，自屬有據。

(三)關於被上訴人依勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定，請求上訴人提繳109年11月之勞退金差額，及自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月提繳勞退金3,036元至系爭勞退專戶部分：

1.按雇主應為適用勞退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%；雇主未依勞退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，勞工得向僱主請求損害賠償，勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項分別定有明文。

2.查兩造間僱傭關係既未經合法終止而仍繼續存在，上訴人仍應給付被上訴人每月工資5萬元，既如前述，則上訴人即有依上揭規定為被上訴人提撥勞退金之義務。兩造不爭執如兩造間僱傭關係仍存在，上訴人按月應為被上訴人提繳之勞退金為3,036元；被上訴人於109年11月18日自上訴人公司退保（見兩造不爭執事項㈦、㈧），上訴人已提繳之109年11月勞退金數額為1,822元（見原審卷第43頁）。則被上訴人請求上訴人提繳109年11月勞退金差額1,214元（3,036元－1,822元＝1,214元），及自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月提繳金額3,036元至系爭勞退專戶，自屬有據。

六、綜上所述，被上訴人請求確認兩造間自109年11月7日起迄今之僱傭關係存在存在；依系爭勞動契約，請求上訴人給付被上訴人109年11月工資餘額2萬8,301元，及自110年4月1日起至清償日止按週年利率5%計算之利息，暨自109年12月1日起至被上訴人復職前一日止，按月給付被上訴人5萬元，及自各次月6日起至清償日止按週年利率5%計算之利息；另依勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定，請求上訴人提繳1,214元，及自109年12月1日起至被上訴人復職

前一日止按月提繳金額3,036元至系爭勞退專戶，為有理由，應予准許。從而原審就上開應准許部分，判決上訴人敗訴，並為被上訴人得假執行及上訴人供擔保後免假執行之宣告，核無不當，上訴人之上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。另其餘應准許部分（即應准許2萬8,301元－已判准1萬7,798元＝1萬0,503元本息），原審判決被上訴人敗訴，於法不合。被上訴人附帶上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰予以廢棄，並改判如主文第3項所示。又本院前揭判命給付金錢部分，依勞動事件法第44條第1項、第2項規定，依職權宣告被上訴人得假執行，及上訴人預供擔保得免為假執行。另被上訴人就原判決主文第1、3、4項之請求，分別減縮如前所述，則原判決主文第1、3、4項應分別減縮如本判決主文第6、7、8項所示，附此敘明。

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，本件上訴人之上訴為無理由，被上訴人之附帶上訴為有理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　25　　日

勞動法庭

審判長法　官　陳慧萍

法　官　陳杰正

法　官　沈佳宜

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　　111　　年　　10　　月　　25　　日

書記官　何敏華