臺灣新北地方法院民事判決

110年度勞訴字第42號

原　　告　江奕騰
訴訟代理人　蔡政憲律師
被　　告　拾伍嚴選有限公司
法定代理人　呂宇晟
訴訟代理人　陳以虹律師
訴訟代理人　曹孟哲律師

上列當事人間請求請求給付資遣費等事件，經本院於民國110年9月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應給付原告新台幣壹拾壹萬柒仟伍佰捌拾肆元及其中新台幣捌萬貳仟肆佰壹拾玖元部分，自民國一百零九年十月三十日起，其餘參萬伍仟壹佰陸拾伍元部分，自一百零九年十二月三日起均至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

被告應開立非自願離職之服務證明書予原告，載明原告姓名、性別、出生年月日、國民身分證字號、職務內容、到職日期及離職日期。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之六十四，餘由原告負擔。

本判決第一項得假執行，但被告以新台幣壹拾壹萬柒仟伍佰捌拾肆元為原告供擔保後免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序上理由

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有請求之基礎事實同一、擴張或減縮應受判決事項之聲明、不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第2款、第3款、第7款定有明文。原告原起訴聲明第一項為被告應給付原告新臺幣（下同）19萬6274元及自民國（下同）109年10月1日起之利息，按年息百分之五計算之法定遲延利息（見本院109年度勞專調字第104號卷第9頁，下

稱調字卷），嗣原告於110年1月27日具狀減縮訴之聲明第一項為被告應給付原告18萬3009元及自109年10月1日之利息，按年息百分之五計算之法定遲延利息（見調字卷第173頁），又於110年4月7日言詞辯論期日追加勞動基準法第14條第1項第6款之規定為終止勞動契約之請求權基礎（見本院卷1第251頁），其請求之基礎事實同一，揆之前開規定，原告基於同一勞動契約所為之減縮之聲明，亦不甚礙被告之防禦及訴訟之終結，合於前開規定，應予准許。

貳、實體上理由

一、原告起訴主張：其自民國（下同）107年7月24日起受雇於被告，擔任健身教練，原告依自行招攬或被告提供之上課會員之人數計算薪資，於109年4月21日簽訂原證1之勞動協議書（下稱系爭契約）。詎料，被告之原負責人乙○○於109 年8月18日稱公司將於9月底結束營業並搬回舊店，會重新擬定新合約等語，亦在LINE對話群組中持續要求原告及其他教練，向健身房會員表示可申請退費等語。原告即通知會員退費，嗣被告於109年10月6日將負責人由乙○○更換為甲○○，仍繼續於原址提供健身教學等服務至今。原告於109年9月24日因自身招攬之健身會員員多數已退費，僅餘8堂課，因被告並未給予充分工作，致原告生計發生困難，況被告之負責人已變更，依據勞基法第20條之規定，被告卻未依法核發非自願離職證明書，自屬違反勞工法令致原告受有損害。原告於109年9月28日依勞動基準法（下稱勞基法）第14條第1項第5款、第6款之規定，終止勞動契約，並請求資遣費及非自願離職證明等，被告應給付原告資遣費8萬2419元，並開立非自願離職證明書予原告。又依勞基法第18條之反面解釋，僅有在依勞基法第12條或15條規定終止勞動契約及定期勞動契約期滿離職者，勞工始不得向雇主請求加發預告期間工資及資遣費，併請求20日預告期間工資5萬396元。另因被告於109年8月14日起，請求原告等員工向會員要求退費，嚴重損害原告薪資，使原告無法獲得有可預期之利益，該短給薪資

造成原告受有5萬284元之損害。爰依據勞基法第14條第1項第5款、第6款、第17條之規定、第18條之反面解釋，民法第487條之1、民法第216條之規定，提起本訴，並聲明：(一)被告應給付原告18萬3009元及自109年10月1日起，按年息百分之五計算之利息。(二)被告應開立非自願離職之服務證明書予原告，載明原告姓名、性別、出生年月日、國民身分證字號、職務內容、到職日期及離職日期。(三)第一項聲明，原告願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：

(一)原告受被告委任為健身教練，從事1對1課程教學，顯見原告之勞務給付可獨立為之，無需與其他教練共同合作，亦未經原告排入任何組織架構中而無組織上從屬性可言。又衡酌原告給付勞務之時點及具體內涵繫乎原告與學生安排之上課時間，原告自行為學生安排運動課表而定，無須受被告之指揮監督，且除上課時間外，被告並未要求原告前往健身房待命，此由兩造簽訂之系爭契約及被證1工作規章中並未規範固定之上班時間即明，足認原告對於作息時間及具體工作內容享有完全之支配權限，是兩造間並未具人格從屬性。此外，兩造間就薪資之計算係採用「論件計酬」之方式而未約定底薪，且被告亦未要求原告按月需達成一定之消課（即教授學生已經購買之課程）量，顯見原告得以全權決定每月之消課狀況而需自行承擔薪資不定之風險，認原告給付勞務係為自己之力亦而非被告之利益，則兩造間亦未具備經濟從屬性。從而，系爭契約欠缺人格從屬性、經濟從屬性、組織從屬性之要件，自屬委任契約，並無勞基法所定資遣費規定之適用。

(二)因兩造為為委任契約，被告依民法第549條之規定隨時終止之，被告於109年12月14日委由訴訟代理人發函通知原告終止。退步言之，縱認系爭勞動協議書有勞基法之適用，惟被告前曾於109年8月因經營權問題曾考慮停止健身房事業，然為避免驟然停業致生諸多變動，亦一面積極尋找有意接受之

企業，嗣被告於109年9月間順利尋得後手，並於109年9月10日經由LINE群組向包含原告在內之健身教練告以上情，同時嚴正澄清無暫停提供服務乙情。惟被告宣布健身房事業將轉手後，包含原告在內與被告合作之健身教練即紛紛表示不願續留，為此，被告遂告知前開人員「不續留的人請在9/20前填寫離職單交給櫃台」，詎原告雖無續留之意並填寫離職單，然始終拒絕於離職單上簽名，且未再進行消課，足認原告自109年9月24日起無故曠職至今，確實該當勞基法第12條第1項第5款之曠職事由，被告自得依法不經預告終止系爭勞動協議書，無需給付資遣費。且觀之被告提出之離職申請書，亦有合意終止勞動契約。又本件勞動契約於109年9月29日終止，依法應以原告於109年3月29日至109年9月28日所得之金額除以6為月平均工資，而原告3月至9月所領取之工資數額依序為7萬5191原、7萬7291元、8萬3700元、6萬2600元、7萬3600元、7萬7200元及2萬5310元，故原告月平均工資應為6萬7548元，而非7萬5994元，則原告僅得請求資遣費7 萬3647元，逾此範圍並無理由。

(三)被告已於109年9月10日清楚告知原告並無結束健身房事業，詎料原告與其他受被告委任之教練竟私下與學生聯繫，表示健身房將暫停營運，宣稱自己即將離職鼓勵學生停止會籍，導致訴外人詹翠、陳駿彥、黃智傑、丁○○、詹幸蓉及涂惠玲紛紛於109年9月11日後向被告要求退課，截至109年9月底共減少66堂課，為此，被告僅得於109年9月21日發函警告原告及其他受被告委任之教練應即刻停止損害被告利益之行為，顯見原告之未消課程縱有減少，亦係自己所遭致而不可歸責於被告。又截至109年9月24日止，被告除原告自身未消之143堂教練課程外，尚有其他教練離職後所留下高達339堂未消課程可供原告隨時安排上課，顯見被告提供之課堂量至為充足，斷無「不供給充分工作」之情事。再者，自原告109年9月1日起至109年9月24日間即可安排41堂課程而賺取2萬7300元之收入而觀，已高於當時基本工資2萬3800元甚多，

顯見原告之消課狀況截至其無故曠職前均屬正常，亦徵原告倘依此進度繼續進行消課，當可賺取合理報酬，被告給付原告之薪資並非不足以維持原告之生活，故原告自109年9月24日起無故曠職在先，其於109年9月28日依勞基法第14條第1項第5款規定終止勞動契約自於法不符。況衡諸實務最新見解，雇主對於按件計酬之勞工是否供給充分工作，應以雇主分配之工作量是否足使勞工領取基本工資為據，而審酌109年間法定基本工資為每月2萬3800元，原告於109年9月領取之薪資為2萬5310元，顯然高於法定基本工資，則原告在職期間所領取之薪資報酬均高於勞基法所定之基本工資，自未符合勞基法第14條第1項第5款所定「對於按件計酬之勞工不供給充分之工作者」之要件。甚且，原告109年9月份薪資降低乃自身未積極聯絡學員安排課程，並鼓勵學員提早退費所致，非可歸責於被告發布如原證2、原證3訊息之行為。

(四)關於原告請求被告給付預告工資部分，觀之勞基法第14條僅明文規定自請離職之勞工得準用同法第17條之規定請求資遣費，而未將勞基法第16條關於預告期間工資之規定亦明列在準用之列，自屬有意排除，在法源基礎及理論上，自不許原告請求預告工資。

(五)另原告辯稱得依民法第487條之1、民法第216條規定請求被告給付薪資減少損害5萬284元云云。原告之薪資數額全然由原告自行安排課程，被告無權干涉，又原告截至109年9月24日無故曠職前，尚有足夠之未消課程可隨時進行安排，迺原告疏於與學生安排課程方導致109年9月之收入減少，不容原告將之曲解為所失利益，且原告僅上班0.8個月，不得請求1個月之薪資，被告於109年9月10日宣布繼續營運後，原告猶惡意告知學員退費，故被告爰依民法第217條規定，請求鈞院准予減輕或免除損害賠償之數額。

(六)勞基法第20條所稱之事業單位改組或轉讓，係指事業單位依公司法之規定變更期組織型態，其所有權因移轉而消滅其原有之法人人格，被告僅負責人變更，並不符合上開規定，仍

以被告之名義繼續營運，原告據此主張被告違反勞基法第20條之規定，並依據勞基法第14條第1項第6款規定終止勞動契約，並無理由。

(七)聲明：原告之訴駁回，如受不利判決，請准供擔保免為假執行。

三、兩造不爭執之事項（見110年4月7日筆錄，本院卷第249~251頁）：

(一)原告自民國（下同）107年7月24日起，在被告健身中心擔任健身教練，並於109年4月21日簽訂原證1之勞動協議書為證（見調解卷第21頁）。原告最後工作日為109年9月24日。

(二)被告於109年8月14日要求各教練不得再接收新學生，不接受新單，以教練手上課消化完為優先，有原告提出之原證2line貼圖為證（見調字卷第25頁）。

(三)乙○○即被告公司原負責人於109年8月16日要求原告轉知原告的學員，因將於109年9月底結束營業，換地方經營，所以目前合約不適合繼續使用，被告願意讓沒有上完課的學生退費，（大目午安就是原告），有原告提出之原證2line貼圖為證（見調字卷第27頁）。

(四)乙○○即被告公司原負責人於109年8月18日召開會議告知原告及其他教練，因109年9月底將結束營業搬回舊店，不接受這間的學生，會重新擬定新合約，學生合約將重新修正，要求2個月內，教練銷課，如銷不完就退費，合約期間內買課的學生扣除已上課堂數全額退費，有原告提出之原證3會議紀錄可按（見調字卷第29頁）。

(五)被告公司之新負責人甲○○要求總公司行政人員陳政宏於109年9月10日以line群組告知原告及其他教練，沒有換公司，也沒有換約問題，目前亦無暫時提供服務，有被證3之line貼圖可按（見調字卷第145頁）。

(六)被告公司原負責人乙○○於109年9月15日以line群組告知原告及其他教練，不續留的人請在9月20日前填寫離單單交給櫃檯，有被證3之line貼圖可按（見調字卷第147頁）。原告

有填寫如被證4的離職單，離職原因記載為因公司轉售，並於109年9月23日交付被告，預定離職日為109年9月30日（本院卷第149頁）。

(七)原告自109年3月至9月薪資依序為7萬5191元、7萬7291元、8萬3700元、6萬2600元、7萬3600元、7萬7200元、2萬5310元，有原告提出之薪資單可按（見調字卷第33~35頁）。

(八)原告於109年9月28日聲請勞資爭議調解，請求被告給付資遣費7萬3603元及開立非自願離職證明書，經調解不成立，有原告提出之新北市政府勞資爭議調解紀錄可按（見調字卷第41頁）。

(九)原告於109年9月28日以被告未給予充分工作為由，被告於109年9月29日收受，依據勞基法第14條第1項第5款規定終止勞動契約，有原告提出之附件1之存證信函及其送達回執可按（見調字卷第17頁）

(十)被告於109年12月14日以被證2存證信函終止兩造間之委任契約，有被告提出被證2之存證信函可按（見調字卷第41頁）

(十一)原證2line 貼圖為真正（見調字卷第27頁）

四、原告起訴主張因被告公司未給予充分工作，致原告無法獲得原有按件計酬之薪資，被告公司負責人變更，致有勞基法第20條事業單位轉讓之事實，卻未核發非自願離職證明書及給付資遣費，故依勞基法第14條第1項第5款、第6款之規定終止勞動契約，爰依據勞基法第14條第1項第5款、第17條之規定、第18條之反面解釋，民法第487條之1、民法第216條、第20條之規定，請求如訴之聲明，被告則以前詞置辯，因此，本件爭點應為（一）原告主張被告對於按件計酬勞工，不給付充分工作為由，依據勞基法第14條第1項第5款之規定，終止勞動契約，是否有理由？(二)原告於以被告違反勞動基準法第20條之規定，依據勞動基準法第14條第1項第6款之規定終止勞動契約，是否有理由？(三)如原告主張有理由，原告依據勞基法第14條第1項第5、6款、第17條之規定、第18條之反面解釋，民法第487條之1、民法第216條規定，請求

被告給付資遣費8萬2419元、預告工資5萬396元、薪資減少損害5萬284元，開立非自願離職證明書，是否有理由？茲分述如下：

(一)原告主張被告對於按件計酬勞工，不給付充分工作為由，被告公司之負責人已變更，卻未核發非自願離職證明書，依據勞基法第14條第1項第5款、第6款之規定，終止勞動契約，是否有理由？

1.兩造為委任契約或雇傭契約？

(1)按「所謂委任，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；而所謂僱傭，則指受僱人為僱用人服勞務之契約而言。僱傭之目的，僅在受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地，兩者之內容及當事人間之權利義務均不相同」、「公司之員工與公司間究屬僱傭或委任關係？仍應依契約之實質關係以為斷，初不得以公司員工職務之名稱逕予推認。且勞動基準法所定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，與委任契約之受任人，以處理一定目的之事務，具有獨立之裁量權或決策權者有別」最高法院83年度台上字第1018號、97年度台上字第1510號判決意旨可資參照。是僱傭契約與委任契約，雖均具勞務供給之性質，然在僱傭契約係以給付勞務之自體，為契約之目的；委任則以處理事務為契約之目的，其給付勞務僅為一種手段。受任人之處理委任事務，雖亦須依委任人之指示，但有時亦有獨立裁量之權，此觀民法第535條、第536條規定即明，因此，委任與僱傭之區別，應在於有無獲得授權而具備一定之自行裁量權。是以當事人間所訂立契約類型究為何者，應自當事人間約定之契約目的、主要給付義務、是否有裁量權限等觀之，非單純以契約名稱論斷。

(2)次按勞動契約之勞工與雇主間必具有使用從屬及指揮監督之關係，且此從屬性乃勞動契約之特色。而所謂從屬性具有下列三個內涵：1.人格從屬性：即受僱人在雇主企業組織內，對自己作息時間不能自由支配，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決定，而是由勞務受領者決定，受僱人需服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。2.經濟上從屬性：即受僱人並非為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動，受僱人不能用指揮性、計劃性或創作性方法對自己所從事工作加以影響。3.組織上從屬性：受僱人完全被納入雇主之生產組織與經濟結構體系內，並與同僚間居於分工合作狀態（最高法院81年台上字第347號、88年台上1864號判決意旨參照）。又公司之員工與公司間係屬僱傭關係或委任關係，應以契約之實質關係為判斷（最高法院90年度台上字第1795號判決要旨參照）。換言之，是否屬於勞動契約，應以渠等間勞務供給契約於提供勞務時有無時間、場所之拘束性，及對勞務給付方法之規制程度，雇主有無一般指揮監督權等因素，作一綜合判斷。

(3)原告與被告之原負責人乙○○於本院審理時分別陳述及證述如下：（以下見本院卷1第253~264頁、110年4月7日筆錄）

1.(法官問:原告如何至被告公司任職?)

證人乙○○證述:「透過當時店長介紹到健身房任職」等語，為原告所不爭。

2.(法官問:「原告如何約定薪資?是否有固定薪資?或底薪?如果都沒有客人?原告是否仍有薪資?」)

證人乙○○證述:「1.論件計酬，保障底薪為勞基法最低工資。2.沒客人就是勞基法最低工資」等語，為原告所不爭。

3.(法官問:「原告上下班是否需打卡?是否自行決定離開公司?得否自行決定休息時間?」)

證人乙○○證述「1.不用。2.可以。3.可以。」

原告陳述「1.如原證1。沒有達到原證1上面銷售金額，還是要出勤每週打40小時，沒有達成40小時就沒有保障底薪。

在勞動契約第一條第二項的第二款的第二小點的B 點。2.前一個月有達成公司銷售金額跟上課堂數基準才可以不用打卡。如原證1 契約的第一條第二項第二款第二小點的B 點。3.有達成基準就可以自行決定休息時間及離開公司。」

4.(法官問:「請假是否需填寫請假單向被告公司請假?請假是否需經主管之准許?如遲到，是否會遭扣薪?」)

證人乙○○證述:「1.不用。2.不用。3.不會。」

原告陳述:「1.不用。2.沒有達成上開基準請假要經過主管許可。3.沒有工作規章規定遲到會扣薪。」

5.(法官問:「原告如何與學員約練習時間?是否需向被告報告?)

證人乙○○證述:「1.自己約。2.不用。」。「針對原告第二點所述公司沒有這樣規定。」

原告陳述:「1.同證人所述。2.需要跟公司報告跟學生練習的時間，如被證13。」

6.(法官問:「原告是否對自己決定具體工作之方式及方法?工作時間？)

證人乙○○證述:「1.都是教練自行決定。2.可以自己決定工作時間。」等語，為原告所不爭。

7.(法官問:原告得否拒絕被告公司指派之工作?是否受到被告公司之考核?是否有考績獎金?)

證人乙○○證述:「1.可以。2.沒有考核。3.無。」

原告陳述「1.可以。2.勞動協議書上有記載，但實際上沒有遇到要考核的情形，所以是否要考核我不知道。3.同證人所述。」（法官問:原告所稱考核內容規定在哪？）原告陳述:「勞動契約書講的銷售金額跟上班時數的考核。」

8.(法官問:被告公司是否與原告有簽訂勞動契約?被告公司是否有訂立工作規則?)

證人乙○○證述:「1.是，就是原證1勞動契約。2.所有工作規則應該都在勞動契約，沒簽勞動契約之前就是用口頭告知，有黃店長可證明，包括不可與學員有任何肢體接觸或情感問題，銷售獎金也算，但從沒有執行過，我們沒有所謂上班

時數。勞動契約是因為過去都是口頭告知並論件計酬，遇到教練不來上課，也不出現就是要領最低基本工資，所以後來才有勞動契約書。」

原告陳述:「1.是，有。2.有工作規章如被證1。」

9.(法官問:被告在原告簽立勞動契約書前口頭約定的工作規則是否跟原證1相同？)

證人乙○○證述:「是，我們就是論件計酬，一方面保障員工，另一方面也是保障公司。」等語，為原告所不爭。

10.(法官問:原告如果請假，原告之事務，是否得由他人代替？原告是否得自行委託他人代替原告之工作?被告公司得否拒絕他人代替原告提供勞務?)

證人乙○○證述:「1.不用找人代理，學生就是教練的，何時上課都由教練自己決定，沒有代理問題。2.可以，但要告知被告公司。3.找本公司其他教練代替原告上課可以，但原告找本公司以外教練不行。」等語，為原告所不爭。

11.(法官問:原告係以自己之名義執行?或以被告公司之名義執行工作?得否以自己之名義執行工作?)

證人乙○○證述:「1.不行，2.必須用拾伍嚴選有限公司名義招攬學生。3.不行。」等語，為原告所不爭。

12.(法官問:被告公司是依據原告之工作內容計算報酬?由原告固定領取薪資?)

證人乙○○證述:「1.論件計酬。2.沒有達標準有最低工資。」等語，為原告所不爭。

13.(法官問:原告上班是否需以他人共同排班或輪班或值班？原告完成工作是否須與其他員工一起完成?)

證人乙○○證述:「1.不用。2.不用。可單獨作業。」等語。為原告所不爭。

14.(法官問:原告得否自行與客戶接洽，毋庸經過被告公司同意？

證人乙○○證述:「可以。」

原告陳述:「我可以自己找學員，也有學員自行到公司就由公司分配學生給教練。」

茲依據上開證人乙○○及原告經具結之陳述及系爭契約、被證1之工作規章分述如下：

㈠本件就人格上從屬性而言：

①就任用方式而言：原告係透過店長之介紹到健身房任職，並有口頭約定或簽約如系爭契約，約定自簽約日起有60日之試用期間，試用合格者依規定正式雇用之，試用期間，雙方均得於一星期前通知他方終止本協議書，惟若原告考核不合格及違反公司規定者，被告得立即終止本協議書，並依相關規定辦理，薪資發放至聘用終止之日止，試用期間之權利義務，均依系爭契約及被告之工作規章及相關法令之規定，有系爭契約第1條第第2項第1款第1目至第3目可按（見調字卷第21頁），由此可知，原告經由店長之介紹，並約定試用期間，如試用不合格，被告得終止契約，顯為一般員工之面試任用程序而錄用，自為勞工之性質。

②就勞務給付內容而言：原告雖得依據其專業教授健身訓練，但必須遵守被告之工作規章如被證1所示，教練必須保持制服清潔整齊，不得與學員有非必要之肢體接觸，不得與學員有感情或越軌行為、教學及接待客人口中不得有食物或異味，待客人溫文有禮，面帶笑容、始用服務語言，盡量滿足學員需求，應愛護健身房設施以保持健身房清潔的環境，與同事相處必須有禮互助，需掌握教學內容、工作程序、確實做好開收店流程、每周會議及每月清潔日應準時到場，應於上課前後關心學員身體狀況，非必要應避免在櫃台逗留，教學過程中非必要切勿使用手機、上班時間應做好時間管理，切勿浪費時間影響他人、應以身作則確實落實自主訓練、每一年應參加一場健身或健體比賽、教練消客單需親簽，不可有代簽之情況、與學員約定好上課時間教練不可任意更改時間，造成學員困擾、教練試用期間出勤卡不可由他人代打卡、需配合公司擬定之各項規定及政策（見調字卷第139頁），原告係需配合公司政策，不得以自由決定工作時間，並遵守被告之各項規定，需受被告公司之指揮監督，具有勞工之人格上

之從屬性。

③就請假程序而言：原告與公司學員約定上課者，如遇疾病或臨時重大事故，應遵循勞動協議書之約定，於當日委託同事與家屬、親友或以電話、LINE、簡訊通知雇主或店長、並取得聯繫，以利請假流程手續完成。原告除前開情形外，因故必須請假者，應事先填寫請假單或口頭敘明理由經核定後方可離開工作崗位或不出勤，如遇疾病或臨時重大事故，得於三日前委託同事、家屬、親友、或以電話、傳真、E-mail，限時函件報告單位主管、代辦請假手續、如需補述理由或提供證明，當事人應於五日內提送，其工作單位按權責核定之，原告之請假程序需填寫請假單，並經單位主管核可，有系爭契約第2條、被證1工作規章可按（見調字卷第21、139頁）工作時間需受被告之嚴格考核，無法自由支配作息時間，顯具有人格之從屬性。

④就是否適用工作規則而言；被告以被證1之工作規章嚴格考核原告之工作態度、工作狀況、工作時間如前所述，且依據系爭契約第1條第2項第3款規定「關於上班時間、工作要求、休假制度、加班及補貼、請假、年度考核等一切事項，原告同意依據被告訂立之工作規章或規則辦理，被告並得視情況修改，若未於10日以書面提出反對意見，視為同意」（見調字卷第21頁），從而，原告之工作狀況，需嚴格遵守工作規則，被告尚得視情況而修改，被告如未異議，則視為同意，原告與其他一般員工須遵守工作規則之情形相符。

⑤就終止勞動契約之事由而言:依據原證1之契約第3條有關離職交接之規定，原告於試用期滿後，若欲終止勞動契約，須依勞基法之規定提前預告，或原告對被告復有債務，則被告得就應給付原告之薪資，獎金、補助等款項行使抵銷權等語，具有勞工之人格從屬性。況被告於原證1之契約約定亦認定兩造適用勞動基準法，卻於本訴抗辯兩造為委任契約云云，自不足採。

㈡就經濟上從屬性而言：原告之薪資於每月10日發放上個月薪

資及各項獎金、如薪資發放日為利假日或休假，則順延至下一個工作日發放，薪資計算方法，除新進人員在試用期間內保障底薪外，每月課程論件計酬，每月銷售業績未達10萬元，被告配給之銷售課程每件以600元計算，原告自行銷售課程，每件以700元計算，每月銷售額達10萬以上，被告配給之銷售課程每件以700元計算，原告自行銷售課程，每件以800元計算，新進人員於試用期間內按前開計算方式，每月薪資未達2萬5000元，每月以保障底薪2萬5000元計算（原告需自行負擔勞健保自負額），試用期間過後，則無保障底薪，每月每周工時需為40小時，如無正當理由，未達40小時，不核發保障底薪，仍以論件計酬計算工資，出勤工時除經被告同意，每周不得超過40小時，被告公司舉辦優惠活動時，消費者以優惠價購買課程之銷售皆算被告之配給銷售課程不列入原告之自行銷售課程，當月獎金計算方式，則另行公告，不適用系爭契約，又其業績獎金發放辦法原告當月銷售額達30萬元且次月起連2個月合計達180件時，被告於下月薪資發放時日發放業績業績獎金（業績獎金數額為銷售額1%），另原告以公司名義出賽得獎之獎勵金，第一名為1萬元、第2名為8000元、第3名為5000元，獎勵金分6次平均於得獎後6個月與薪資一同發放，如原告於獎勵金未領取完即離職視同放棄，被告有權停止發放，原告之薪資及獎金計算方式，需依據被告公司之規定，且從屬於被告公司，與一般員工受領薪資之金額之性質相符。

㈣就組織上從屬性而言：被告得配給銷售課程，並與其他教練共同受被告之指揮監督授課，且依據被證1之工作規章顯示，如原告或其他員工請假，尚需與其他教練代理上課等情，足見，原告在被告公司之組織體系內，隸屬於被告之工作組織內，與其他一般員工須與其他員工分工合作之情形。

(4)被告抗辯原告上下班無須打卡，得自行安排給付勞務之時點及具體內容，並無固定上下班時間，不受被告之指揮監督，原告從事一對一之課程教學，無需與其他教練共同合作，亦

未排入被告之任何組織架構中，原告薪資採論件計酬，被告並未要求原告應達成一定之消課課程，原告之薪資得自行承擔薪資不確定之風險，原告係為自己之利益從事勞務，不具有人格從屬性、經濟上從屬性、組織上從屬性云云。然查，原告之上班時間及請假程序、工作態度、工作狀況均需受被告之嚴格管制，薪資均依據系爭契約計算，並以達成一定銷售金額作為計算薪資之標準，如未能達成一定之銷售業績，尚須受到上班時間之考核，如其他教練請假，原告亦需前往代理等情，顯與被告抗辯之事實不符，從而，被告前開抗辯，自無足取。

(5)綜上，原告受雇於被告擔任健身教練，自其勞務之給付，薪資之計算，與其他教練之合作關係，其與被告間具有經濟上及人格上之從屬性，且其與員工間也具有組織上從屬性，核與勞動基準法關於勞工之定義，堪認兩造間之實質契約關係，屬僱傭契約，而非委任契約無疑。

2.原告依據勞基法第14條第1項第5款、第6款之規定終止勞動契約，是否有理由？

原告主張其為論件計酬之勞工，被告未提供充分工作，依據勞基法第14條第1項第5款之規定終止勞動契約等語，被告則以原告以提出自請離職而終止勞動契約，則被告有提供未消課程可供原告消課，原告為主動向被告要求消課，難認被告有何不提供充分工作之事由云云。經查：

(1)原告於109年9月僅上41小時之課程，領取薪資2萬5310元，而原告於109年8月共上課100小時，共領取薪資7萬5210元，有被告提出被證7之原告109年9月上課時數表及薪資計算表、及原告提出109年8月薪資計算表可按（見調字卷第35、165頁），且為原告所不爭，堪信為真實，亦即原告自109年8月至9月薪資差距為4萬9900元。

(2)被告之前負責人乙○○於109年8月14日以line通知原告及其他全體教練「各位教練即日起不再接收新的學生，不接受新單，以各位手上的課消化完為優先，周二週會告知原因」「

8/16、17~19、26已排分發給教練的客人，會由我通知取消諮詢與體驗」等語（見調字卷第25頁），又於109年8月16日再以line通知原告及其他教練「就目前健身房狀況，只需要告訴學生，因為這間店9月底要結束營業，換地方經營，所以目前合約不適合繼續使用，所以公司願意讓沒有上完課的學生退費」等語（見調字卷第27頁），再於109年8月18日會議通知原告及其他全體教練「9月底結束營業並搬回舊店，不銜接這間的學生，會重新擬定新合約，2個月內教練盡量消課，若消不完就退費，合約期間內買課的學生，扣除已上堂數全數退費，舊店預計10月完成，可能會有1個月空窗期」等語（見調字卷第29頁），被告於109年8月20日於網路出售被告所屬之健身房及商標，有原告提出原證13之頂讓廣告可按（見本院卷第121頁），教練於109年9月1日要求被告給付資遣費及非自願離職證明書，被告雖同意，卻於109年9月3日要求原告及其他教練簽署如原證13之自願離職申請書（見本院卷第126頁），其中並未記載勞基法之各款事由，卻填寫均為員工個人事由之離職原因，造成原告無法申請失業給付，經原告異議後，被告於109年9月7日稱開離職單對內部使用，被告會另外開立非自願離職書，有原告提出之原證13之line可按（見本院卷第127頁），以上有原告提出原證2之line貼圖、原證3之會議紀錄、原證14之line貼圖可按，然被告更換負責人後，於109年9月10日以line群組卻通知原告及其他教練稱「今天會上有說明，沒有換公司只是換經營團隊，沒咬換公司就沒有換約問題，目前也無暫停提供服務，相關優惠我們正在擬訂等語，被告於109年9月15日也通知原告及其他教練「不續留的人請在9/20前填寫離職單交給櫃檯」等語，有被告提出被證3之line貼圖可按（見調字卷第145~147頁），以上過程，並經證人乙○○於本院審理時證述「當時還在思考公司未來方向，...這是在109年9月10日的時候，教練就知道公司會繼續營運」「109年8月14日開會討論公司未來方向、109年9月1日開會是傾向要結束營業、109年9月10日找到新投資

者說要繼續營業」等語（見本院卷第262~263頁、110年4月7日筆錄），互核相符，據此以觀，被告於109年8月14日通知原告不得在接收新會員，同年8月16日、8月18日要求原告通知舊學員未消課程可退費，於109年8月20日登網出售頂讓健身房，109年9月7日尚承諾同意開立非自願離職證明書，卻突然於109年9月10日於更換負責人將繼續在原址繼續營運，然原告在此期間不再招攬新學員，亦通知舊學員未消課可退費等情，原告所屬之學員則陸續申請退費如下所述。

(3)原告所屬學員於109年8月14日起之後，經證人乙○○稱要結束營業後，經原告通知學員後而退費者如下：

①林宏信於109年9月1日聲請退費，有被告提出被證12之退款同意書可按（見本院卷第173頁）。

②詹幸容、蕭睦穎於109年9月3日聲請退費，有被告提出被證12之退款同意書可按（見本院卷第175頁）。

③詹翠、陳駿彥於109年8月30日已向原告表示要退費，有原告提出之line貼圖可按（見調字卷第181頁），並於109年9月3日向被告聲請退費，有被告提出被證12之退款同意書可按（見本院卷第177頁）。

④涂惠玲於109年9月2日經原告通知而退費，並於同年月8日向被告聲請退費，有原告提出之原證12line貼圖及被告提出被證12之退款同意書可按（見調字卷第185頁、本院卷第179頁）

⑤黃智傑於109年9月2日經原告通知而欲退費，109年9月9日聲請退費，有原告提出原證12原證12line貼圖及被告提出被證12之退款同意書可按（見調字卷第185頁、本院卷第181頁）

⑥丁○○於109年9月7日已刷卡退費，有原告提出之line貼圖可按（見調字卷第183頁），並於109年9月21日向被告聲請退費，有被告提出被證12之退款同意書可按（見本院卷第183頁），並經證人丁○○於本院審理時證述：「(法官問:於109年8月或9月間，有無何人(原告或被告公司其他員工)向證人，表示公司要欲歇業或轉讓之消息，而會員可以選擇退費等，內容

為何？證人如何因應，是否選退費還是上完課程？考量原因為何？）1.一開始是我朋友先問我該健身房是否要頂讓，我再第一時間問教練即原告，但原告說他不清楚，後來我在FB看到有頂讓資訊，我就跟原告說我有看到這個資訊，並在上課時秀給原告看，原告跟我說他會再瞭解看看。我是先知道有頂讓訊息再問教練，教練說他再瞭解看看，以我的立場，我認為如果健身房要頂讓，我會選擇退費。2.我先跟原告說我知道健身房要頂讓的事，但原告有跟我說我可以繼續把課程上完，但要退費也沒有不行，因為簽約的課程協議有提到不論公司是否頂讓我都可以申請退費。」「（法官問:你剩餘3堂課退費是因為擔心被告要轉讓無法繼續上課而申請退費？）因為9月是我工作的大月，我很忙而無法上課，而被告公司要轉讓如果無法退費，會影響我的權，所以我先申請退費。」「（被告訴訟代理人問:是否知道被告公司於109年10月之後還有繼續營運？何時知道？）我是公司地點在那附近，我知道有轉成其他健身品牌，但我9月申請退費之前，我不會知道之後是否有人會接手。9月申請退費之前，我不會知道之後是否有人會接手。」等語（見本院卷2第66~67頁、110年9月28日筆錄）。因此，證人即會員丁○○因考量被告即將轉讓經營，考量自身之權益而申請退費，顯與原告無關。

⑦吳品萱於109年9月7日已向原告確認要退費，有原告提出之原證12之line貼圖可按（見調字卷第181頁）。並於109年9月25日向被告提出聲請退費，有被告提出被證12之退款同意書可按（見本院卷第185頁）

⑧謝政憲109年9月23日向原告表示要退費，並於109年9月28日向被告聲請退費，有原證12之line貼圖可按（見調字卷第187頁）及被告提出被證12之退款同意書可按（見本院卷第187頁）。

⑨原告於109年9月2日通知學員陳楷文辦理退費，陳楷文亦通知原告要辦理退費，有原告提出之原證12、17之line貼圖可按（見調字卷第183頁、本院卷第137頁）。

⑩綜上所述，原告經被告通知欲辦理結束營業後，已通知舊學員退費，上開舊學員於被告109年9月10日宣布繼續營運當時，仍然希望退費，舊學員申請退費時間雖在109年9月10日之後，仍不能證明係由原告鼓勵而退費。況觀之被告之前法定代理人乙○○與被告簽署之被證10合約書、被證14之未消課程與退費課程表（見本院卷第163、359頁），被告因學員退費課程高達120堂及團體退費課程1萬3439元，退費金額合計48萬5939元，從而，被告通知原告不再營運後而導致原告之學員退費之事實，應可認定。被告抗辯原告於被告於109年9月10日通知宣布繼續營運後，仍通知學員會員退費，具有惡意等情，顯與事實不符。

(4)原告主張經被告宣布不再營運後，僅餘8堂課，已無法維持生計等語，然被告卻抗辯原告未消課程高達157堂云云，並提出被證11-1 11-2、11-3之表格為證，經查：

1.被告於109年12月23日答辯狀先稱原告計算至109年9月28日止，尚有自有未消課程77堂，加計原告及其他教練鼓勵學員退費課程143堂云云（見調字卷第85頁），然被告於110年1月27日答辯(二）狀卻改稱計算至109年9月24日止，原告自有未消課程143堂，尚有其他教練未消課程339堂（見調字卷第189頁），據此計算，二者合計應為482堂，然被告之前負責人乙○○與被告簽定之被證10之讓渡合約書及被證14未消課程表，卻僅有344堂未消課程（見本院卷第359頁），均不相符，顯有不實。被告又於110年3月31日以答辯三狀又改稱原告於109年9月10日尚有未消課程91堂如被證11、12（見本院卷第153頁），然另被告提出計算至109年9月24日為止，原告(即Ray)僅有未消課程36堂，有被告提出被證8之統計表可按（見調字卷第195頁），卻先主張原告尚有未消課程77堂、143堂91堂，之後尚改稱原告至109年9月10日尚有有未消課程157堂（見本院卷第165頁），被告多次陳述，均前後矛盾，顯與證據資料不符，且為原告否認其真正，難以作為本件判斷之依據。

2.被告所提出被證11-1、11-2、11-3之表格，被告卻將前開所述已聲請退費，原告之舊學員黃智傑、丁○○、詹幸蓉、林宏信、詹翠、陳駿彥、林宏信、吳品萱、謝政憲、涂惠玲、陳楷文等人計入原告未消之課程，則顯難作為本院判斷原告未消課程之依據。被告抗辯尚有未消課程157堂云云，顯屬不實，難以採信。

3.被告提出之證據資料，既有前開前後矛盾之處，且被告從未於原告離職前，交付被證11-1、11-2、11-3之表格供原告核對，原告否認被告提出被證11-1 11-2、11-3之表格之真正，另4經證人丙○○於本院審理時證述:「我離職時，公司也沒有給我一份全公司之未消課程，含其他教練自堂數與公司的公堂述，其他教練也沒有拿到未消課程表，公司只有叫我們去櫃檯確認有哪些學員課程沒有處理，當場也沒有跟我們統計教練未消課程總數目」等語（見本院卷2第19頁、110年7月21日筆錄），核與證人乙○○證述:「（法官問:為何原告不主動與學員聯繫練習時間?)都是教練跟學員連絡練習時間。9月初公司有討論到是否要繼續經營，但因為經營上已經出現困難，所以才告知教練不接受新學員跟課程，且當時現有未消化的課程還有5百多萬元，我們有通知所有教練含原告要消化還沒有消化的課程，這是在109年8月16日會議上告知的。」「（法官問:（提示原證2並告以要旨）是否這份會議記錄？）是。」「(法官問:原告於提出離職時，各尚有未消課程為多少?)不清楚」、（見本院卷1第260~261頁、110年4月7日筆錄）。準此，證人乙○○於109年8月14日通知原告不再接受新生，於同月18日會議中通知所有教練應消化學員之課程，未消化課程部分則允許學員退費，有原證2之line、原證3之會議記錄可按（見調字卷第25、27、29頁），原告於109年9月24日最後一日上班時，證人乙○○卻不清楚原告尚有多少未消課程等情，足見，被告於原告於109年8月14日通知結束營業時，直至109年9月10日新任負責人接手前，均未告知原告尚有多少未消課程等事實，應可認定。

4.原告提出被告於109年9月25日所交付之原證15之未消課程，原告所屬之學員有36人，大部分已上完課程，或已退費，僅餘詹介文、吳建良、彭駿杰、張靖宜待處理，其中待處理之原因不明，原告與被告具有指揮監督之雇傭關係，已如前述，原告尚有多少未消課程，被告知之甚稔，原告於109年8月14日經被告通知不再招收新學員，又於109年8月16日告知原告，由原告轉通知舊學員未上完的課程可退費，原告既無法招收新學員，原告又經被告通知舊學員，未上完的課程可退費，此對於原告按件計酬之工作薪資，具有重大影響，被告於於109年9月10日宣布繼續營運後，於原告109年9月23日提出離職單之前，自有告知原告可供消課之堂數，並要求原告與學員聯絡消課，卻未積極為之，準此，被告既未舉證已積極提供或告知原告可供消課之堂數，原告無從知悉被告尚有其他未消之課程，致原告於109年9月23日提出離職時，僅有8堂課可供消課，若以未達10萬之銷售業績計算，以每堂700元計算，合計剩餘課程之薪資僅餘5600元，致未達基本工資，自有被告未提供充分工作之事實。

5.況證人丙○○於本院審理時證述:「我們也有通知公堂數學生可以辦理退費，因此公堂數學生數量也變少。公司沒有主動問我學生變少是否要協助安排公堂數，不過我有向我的店長反應我的堂數變少，不過店長也無法協助我增加公堂數學員。」等語（見本院卷2第18頁、110年7月21日），另依據原證1之契約第1條第2項第2款第2項除新進人員有保證底薪外，每月依課程計件制等情（見調字卷第21頁），足見，被告有保障原告之底薪之義務，揆之前開說明，原告剩餘之堂數並未達於基本工資，被告自有告知未消課程之必要，以利原告繼續上課，保障最低基本工資，被告明知因其於同年8月14日宣布即將停止營業後，並於109年8月20日臉書公開被告將轉讓他人經營等事實後，學員考量自身利益，將陸續聲請退費，教練之課程大量減少，經證人丙○○反應課程減少後，被告並未積極協助增加課程，自有未充分供給工作之事實，被告

自認並將未消課程之堂數告知原告，已如前述，自屬可歸責於被告之事由，致原告之上課堂數不足，應可認定。因此，被告抗辯109年9月10日已開會繼續營運，原告並未反應課程變少，故未告知原告未消課程，原告薪資變少，自屬可歸責於原告之事由云云，自不足取。

6.另證人乙○○將被告轉讓於甲○○經營時，於109年10月28日簽署被證10之合約書，詳細計算未消課程金額334堂，價額為57萬4178元，計算頂讓金額為110萬元，乙○○需於109年11月18日匯入63萬619元（含未消課程金額57萬4178元），被告則須將稅捐等費用40萬2174元匯入乙○○帳戶，乙○○與甲○○計算未消課程為344堂如被證14之計算表，以上有被證10之合約書、被證14可按（見本院卷1第163、359頁），足見，乙○○計算被告頂讓金額，顯然將未消課程列為計算頂讓金額之重要基礎，果未消課程過少，將影響受讓人之意願，因此，被告自無可能於109年10月28日簽署被證10之合約書前，將未消課程數減少，當亦無可能於109年9月10日宣布繼續經營後之後，告知原告未消課程，希望原告消課之可能?則被告未告知原告未消課程導致原告薪資減少，自屬可歸責於被告之事由，甚為明確。

7.再者，觀之原告於109年5月、6、7、8之公堂數，即被告排給原告之銷售課程依序為27堂、22堂、32堂、33堂，自堂數依序為81堂、59堂、64堂、67堂，合計堂數依序為99堂、81堂、96堂、100堂，薪資依序為8萬1710元、6萬610元、7萬1610元、7萬7200元，有原告提出之薪資明細表可按（見調字卷第33~35頁），然原告於109年9月僅有公堂數14堂、自堂數27堂，合計薪資僅2萬5310元，有被告提出之被證7薪資明細表可按（見調字卷第165頁），果被告有留任原告之意思，原告因舊學員退費致上課堂數大量減少，被告自應補足其上課時間之堂數，且被告提供之公堂數，與之前各月比較，亦大量減少，觀之原告於109年9月1日上課時數，已降為41小時，於109年9月7日、9月8日、9月12日、9月14日、9月23日每日各

僅上課1小時，果如被告抗辯於由證人乙○○轉讓予甲○○時，仍由既有高達344堂之未消課程如被證14之書面紀錄所示（見本院卷1第359頁），自有告知原告消課，讓原告賺取相當於基本工資之義務，卻未為之，導致原告之課程過少，自有未提供充分工作之情事，原告於109年9月28日以附件1存證信函，依據勞基法第14條第1項第5款之規定終止勞動契約，被告於翌日收受，自有理由。原告於109年9月28日終止勞動契約，既有理由，則兩造勞動契約已於109年9月29日終止，被告再於109年12月24日終止委任契約，自屬無據。被告又於109年12月23日以答辯狀以原告無故曠職三日以上終止勞動契約，早已逾30日除斥期間，亦無理由。

(二)如原告主張有理由，原告依據勞基法第14條第1項第5款、第17條之規定、第18條之反面解釋，民法第487條之1、民法第216條規定，請求被告給付資遣費8萬2419 元、預告工資5萬396元、薪資減少損害5萬284元，是否有理由？

1.資遣費部分：

(1)勞工依勞基法第14條第1項之規定，終止勞動契約者，應依左列規定發給勞工資遣費：一、在同一雇主之事業單位繼續工作，每滿一年發給相當於一個月平均工資之資遣費。二、依前款計算之剩餘月數，或工作未滿一年者，以比例計給之。未滿一個月者以一個月計，為勞基法第11條、第17條所明定。又勞工適用本條例之退休金制度者，適用本條例後之工作年資，於勞動契約依勞基法第11條、第13條但書、第14條及第20條或職業災害勞工保護法第23條、第24條規定終止時，其資遣費由雇主按其工作年資，每滿一年發給二分之一個月之平均工資，未滿一年者，以比例計給；最高以發給六個月平均工資為限，不適用勞動基準法第17條之規定，勞工退休金條例第12條第1項亦有明定。

(2)平均工資係指計算事由發生之當日前六個月內所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額。工作未滿六個月者，謂工作期間所得工資總額除以工作期間之總日數所得之金額。工

資按工作日數、時數或論件計算者，其依上述方式計算之平均工資，如少於該期內工資總額除以實際工作日數所得金額百分之六十者，以百分之六十計，勞基法第2條第4款載有明文。又由於勞基法暨施行細則對於「一個月平均工資」並無定義，該法第二條第四款雖有「平均工資」定義，惟係屬「日平均工資」之意，該法施行之初，前主管機關內政部曾於七十四年函釋：「一個月平均工資，係指日平均工資乘以三十所得之數額」。二惟該函執行以來，迭有反映有欠合理，因計算事由發生之當日前六個月之總日數，由於大月小月不同，分別為一八一天至一八四天，而非一八〇天，平均每月之日數應為三〇．一七天至三〇．六七天而非三〇天，故一律以三〇天計算，將使勞工應得之資遣費、退休金、職業災害補償費減少，故改以「日平均工資」乘以計算期間每月之平均日數為計算標準，等於以勞工退休前六個月工資總額直接除以六，較為簡易、準確及合理。三新修正之一個月平均工資計算標準自八十三年四月十一日起適用，原內政部七十四年十二月二十一日(74)台內勞字第三七一六七八號釋示，同時停止援用。凡八十三年四月十一日以後退休或資遣者，雇主應以新規定之月平均工資計算勞工之退休金或資遣費，惟在八十三年四月十日以前退休或資遣者，仍依內政部七十四年十二月二十一日台內勞字第三七一六七八號之函規定辦理（行政院勞工委員會83年4月9日（83）台勞動二字第25564號函釋）。依照勞基法第二條第四款規定計算平均工資時，如因普通傷病假或留職停薪致工資折半發給或不發給期間，應不列入計算平均工資，前經內政部74.11.21(74)台內勞字第三五七二二四號函釋在案；計算平均工資時，應將上開期間扣除，往前推計（行政院勞工委員會76年9月17日發文字號：（76）台勞動字第2255號函釋）。原告於109年8月14日、同月16日宣布不再繼續經營將停止營業時，被告不再招收新學員，並告知舊學員退費時，薪資以大量減少，參考前開行政函釋，原告於109年9月薪資僅2萬5310元，自不應列入平均

工資計算。原告自109年3月至109年8月，依序薪資7萬7181元（75191元加計勞健保自付額1990元）、7萬9281元（77291元加計勞健保自付額1990元）、8萬3700元、6萬2600元、7萬3600元、7萬7200元，有原告提出薪資單可按（見調字卷第33~35頁），合計45萬3562元，平均工資為7萬5594元（000000/6=75594）。被告抗辯應將109年9月份薪資2萬5310元列入計算基礎，自有誤會。

(3)原告自107年7月24日起至109年9月28日終止勞動契約日止，平均工資為7萬5594元，原告自得請求資遣費8萬2419元，有勞動部資遣費試算表可按（見調字卷第177頁），原告請求8萬2419元，應屬有據。

2.減少薪資部分：

(1)原告主張可歸責於被告之事由至其109年9月薪資減少為2萬5310元，依據民法第487條之1、第216條第1項、第2項之規定，請求被告給付所失利益5萬284元，然為被告所否認，並以原告之課程均由原告自行安排，且原告至109年9月24日尚有未消課程可供消課，自屬可歸責於原告之事由，自非可歸責於被告云云，然查，被告自109年8月14日宣告不再繼續營運，導致原告不得再招收新學員、亦使舊學員退費，導致原告之收入大量減少，被告雖於109年9月10日宣布繼續經營，然原告之舊學員已大量流失如前所述，高達自堂數66堂，且被告亦未依據109年3月至8月排給原告之公堂數，自屬可歸責於被告之事由。以被告自109年5月至8月排給原告之公堂數依序為27、22堂、32堂、33堂，平均每月公堂數為28.5堂，原告自有自堂數依序為81堂、59堂、64堂、67堂、平均每月自堂數為67.75堂。以每堂公堂數700元計算，自堂數800 元計算，原告應可得薪資約為7萬4150元（67.75X800+700X28.5=74150），與前開計算之平均工資7萬5594元，僅差距些微，本院以平均工資計算所失利益，較為有利於原告，因原告僅上班24日，如以上班日數比例計算，原告應可得6萬475元（75594x0.8=60475），原告僅領取薪資2萬5310元，所失

利益應為3萬5165元。

(2)按「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」，民法第217條第1項定有明文。惟所謂被害人與有過失，須被害人之過失行為助成損害之發生或擴大，就結果之發生為共同原因之一，行為與結果有相當因果關係，始足當之；倘被害人之行為與結果之發生並無相當因果關係，尚不能僅以其有過失，即認有過失相抵原則之適用（最高法院96年度台上字第2672號判決意旨參照）。被告抗辯原告聯絡學員安排課程之積極度、且因原告於109年9月10日之後仍散布原告即將停業，鼓勵原告退費等行為，請求依據前開規定減輕或免除其數額云云，經查，證人丁○○於本院審理時證述:因考量自身權益請求退費等情，已如前述，被告並未舉證學員退費係因原告知惡意鼓勵之事實，自難為有利於被告之認定。又被告並未告知原告未消課程之確實數額，亦經證人丙○○證述屬實，因此，原告並無法積極聯絡非屬原告自堂數之學員上課，被告抗辯原告未積極聯絡學員云云，顯與證據資料不符，不足採信。被告前開抗辯，自無可採。

3.預告工資部分

:按依勞基法第11至18條之規定，勞動契約合法終止及關於雇主給付預告期間工資、資遣費之情形，可分為：(一)單方片面終止：又可區分為由雇主一方終止契約及由勞工終止契約之情形：(1)由雇主終止契約之情形：①依勞基法第11條之規定須經預告，且依同法第17條規定須發給資遣費；②依同法第12條之規定，不須預告且不須發給資遣費；③依同法第13條但書之規定：依同法第16、17條規定，須經預告且須發給資遣費；(2)由勞工終止契約之情形：①依同法第14條規定，勞工不須經預告，但可請求資遣費；②依同法第15條規定，勞工須經預告，且依同法第18條第1款規定，不得請求資遣費。(二)合意終止：可分為勞工自請辭職經雇主同意，或勞工同意雇主所提出終止勞動契約之要求，而在合意終

止之情形，除雙方協議給付資遣費外，否則勞工並無資遣費之請求權。是勞工依據同法第16、17條規定，請求預告期間之工資及資遣費，係以雇主終止契約為前提，不包括由勞工終止契約或合意終止契約者，換言之，依勞基法第16條之規定，係指雇主欲依同法第11條或第13條但書之規定終止勞動契約，卻未於法定期間內預告時，勞工始得請求預告期間之工資，是依上開說明，本件原告既主張係因被告未給付加班費，原告依勞基法第14條第1項第6款之規定不經預告期間終止兩造之勞動契約，則原告所得向被告請求者係資遣費，原告請求預告期間之工資，於法未合，礙難准許（臺灣高等法院臺南分院96年度勞上字第3號判決亦同此旨）。是原告依據勞基法第14條第1項第5款之規定終止契約，揆之前開說明，原告請求被告給付預告期間工資，為無理由。

(三)原告請求開立非自願離職證明書，是否有理由？

勞基法第19條規定：「勞動契約終止時，勞工如請求發給服務證明書，雇主或其代理人不得拒絕。」；又依就業保險法第11條第3項規定：「本法所稱非自願離職，指被保險人因投保單位關廠、遷廠、休業、解散、破產宣告離職；或因勞動基準法第十一條、第十三條但書、第十四條及第二十條規定各款情事之一離職。」經查，本件原告係以勞基法第14條規定之情事而離職，屬於前揭就業保險法第11條第3項規定之情形之一，而勞工本得於離職時，依前揭勞基法第19條規定，請求雇主發給服務證明書，則原告請求被告應發給非自願離職之服務證明書一節，應堪認為合於法律規定，應予准許。

(四)按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；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，民法第229條第2項、第233條第1項前段分別定有明文。又應付

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%，亦為同法第203條所明定。依據勞工退休金條例計算之資遣費，應於終止勞動契約後30日發給，為勞工退休金條例第12條第3項定有明文。原告於109年9月29日終止勞動契約，被告應於109年10月29日發給資遣費，原告請求資遣費部分，自應於109年10月30日付給付遲延之責。另原告請求所失利益部分，為無確定期限之債務，自應受催告時起負給付遲延之責，被告於109年12月2日收受起訴狀繕本，有卷附之送達證書可按(見調字卷第55頁)，因此，原告請求所失利益工資3萬5165元，原告請求被告應自109年12月3日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，應屬有據。

五、綜上述，原告依據勞基法第14條第1項第5款、第17條之規定民法第487條之1、民法第216條之規定，請求被告給付11萬7584元（資遣費8萬2149元+所失利益工資35165元）及其中8萬2419元自109年10月30日起，其餘3萬5165元部分自起訴狀繕本送達達翌日即109年12月3日起，均至清償日止，按年息百分之五計算之利息，被告應開立如主文所示之非自願離職證明書，為有理由，逾此部分，應予駁回。

六、法院就勞工之給付請求，為雇主敗訴之判決，應依職權宣告假執行，前項請求，法院應同時宣告雇主得供擔保或將請求標的物提存而免假執行，為勞動，事件法第44條第1項、第2項所明定。本件判決為被告即雇主敗訴之判決，依據前開規定，並依職權宣告假執行及免為假執行之宣告。原告其餘之訴既經駁回，其假執行之聲請，亦失所附麗，併予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及其餘爭點，核與判決結果無涉，爰不一一論述。

八、結論：原告之訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第79條、勞動事件法第44條第1項、第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　10　　月　　12　　日

勞動法庭　法　官　徐玉玲

以上正本係照原本作成

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。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　　110　　年　　10　　月　　12　　日

書記官　黃奎彰