臺灣桃園地方法院民事判決

106年度勞訴字第55號

原　　告　劉思嫻
訴訟代理人　陳金泉律師
複代理人　康立賢律師
訴訟代理人　葛百鈴律師
　　李瑞敏律師
被　　告　長榮航空股份有限公司
法定代理人　林寶水
訴訟代理人　梁穗昌律師

上列當事人間請求確認僱傭關係存在等事件，於民國108 年2 月21日 辯論終結，本院判決如下：

主　　文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按關於確認之訴，依民事訴訟法第247 條第1 項規定，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。而所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決予以除去之者而言（最高法院42年度台上字第1031號判例意旨參照）。本件原告主張兩造間僱傭關係存在，為被告所否認，堪認兩造間僱傭關係存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之不安狀態存在，且此不安狀態得以確認判決除去之，故原告起訴請求確認僱傭關係存在，有即受確認判決之法律上利益，先予敘明。

二、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255條第1 項但書第3 款定有明文。查原告起訴時聲明原為：㈠確認原告與被告間僱傭關係存在。㈡被告應自民國105 年12

月26日起至准許原告復職之日止，按月於每月30日給付原告新臺幣（下同）3萬1,500元及自各期應給付日之次日起至清償日止按年息5%計算之利息。㈢被告應自105年12月月26日起至准許原告復職之日止，按月提繳2,634元整至勞工保險局設立之原告勞工退休金個人專戶。㈣第二、三項請求，原告願供擔保，請准宣告假執行；嗣於106年8月11日以民事擴張聲明狀變更聲明為：㈠確認原告與被告間僱傭關係存在。㈡被告應自105年12月26日起至准許原告復職之日止，按月於每月30日給付原告5萬1,705元整及自各期應給付日之次日起至清償日止按年息5%計算之利息。㈢被告應自105年12月26日起至准許原告復職之日止，按月提繳3,180元至勞工保險局設立之原告勞工退休金個人專戶。㈣第二、三項請求，原告願供現金為擔保，請准宣告假執行，有原告所提之民事擴張訴之聲明狀在卷可稽（見本院卷一第277至284頁），核其所為係擴張應受判決事項之聲明，合於前開民事訴訟法第255條第1項第3款之規定，應予准許。

貳、實體方面：

一、原告主張：

㈠ 原告自100年4月2日起受僱於被告，擔任空服員一職，任職期間考績優良。然被告於105年11月20日發布次月之班表後，又於同年12月1日、4日原告先後接獲被告通知班表更動與職務異動為地面勤務，嗣後被告更於同年月5日召開人評會，告知原告將以其105年度差假過多，以不能勝任工作為由，依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定終止與原告間之勞動契約（下稱系爭勞動契約），並於同年月15日寄發資遣通知予原告，表示定於同年月26日終止系爭勞動契約。然原告任職之工作表現皆十分良好，歷年考績及訓練成績均符合被告之規定，且105年度亦無任何懲處紀錄，而考績排序亦曾多次名列同職級員工前百分之二，又原告皆依照被告所定之請假規定及流程辦理請假手續，亦經被告准假。甚且，被告從未曾要求原告改善出勤狀況，反告知原告於

差假程序如病假30日用盡時，得改用當年度應休未休之特別休假辦理請假，或以曠職方式申請抵充病假，應認原告並無不能勝任工作之情事，故被告依前開規定資遣原告顯不適法。再者被告通知資遣原告之事由前後不同，被告於人評會時先告知原告資遣事由係因原告差假過多，但於資遣通知單上又虛增原告係故意臨時請假，係屬被告之客艙組員管理辦法第6章第5條第2項第1款規定之「推諉或拒絕接受任務派遣」，惟原告並未違反前開規定，顯見被告係惡意非法資遣而一再恣意搪塞並虛增資遣事由。況原告於105年9月26日、27日、28日、29日梅姬颱風期間尚且執勤被告所指勤務繁重之BR722航班，及工作性質類似之BR801航班，原告絕無被告所指推諉逃避勤務繁忙之班次情事。縱使本件原告有被告所稱請假過多之情事，但被告未先考慮被告公司客艙組員管理辦法第6章第5條第2巷第1款規定之效果為「併予減薪、暫停飛行勤務或降低職位改敘論處」，且亦未針對原告請假過多之情形給予口頭或書面之提醒、警告，或要求原告改善，反觀同為空服員之訴外人王聖涵、陳羽湘亦有請假過多之情形，其等均有收受警告信要求其等改善，卻逕以最嚴厲之解僱方式終止勞動契約，而王聖涵及陳羽湘等2人，迄今仍受僱於被告，擔任空服員，顯有違解僱最後手段性及平等原則，被告之資遣應屬無效，兩造間僱傭關係仍有效存在。

㈡ 又被告終止兩造間僱傭關係而預示拒絕受領原告提供勞務，自應負受領勞務遲延之責任，仍應給付薪資予原告，原告遭被告違法資遣前6個月每月平均工資為5萬1,705元，故被告應自105年12月26日起至同意原告復職之日止，按月於每月30日給付原告薪資5萬1,705元。又被告每月應為原告提繳之勞工退休間為3,180元等語，爰依民法第487條、第234條、235條，勞工退休金條例第6條第1項、第14條第1項、第16條第1項前段提起本件訴訟。

㈢ 並聲明：

1.確認原告與被告間僱傭契約法律關係存在。

2.被告應自105 年12月26日起至同意原告復職之日止，按月於每月30日給付原告5 萬1,705 元及自各期應給付日之次日起至清償日止按年息5%計算之利息。

3.被告應自105 年12月26日起至同意原告復職之日止，按月提繳3,180元至勞工保險局設立之原告勞工退休金專戶。

4.第2 、3 項請求，原告願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：

㈠ 原告擔任空服員，其勞務班表係依每個人前後各班之上班情形協調事先排定班表，而原告自應照表服勤務，惟原告在職期間，於100 年間請假、曠職共30日，於101 年間請假、曠職共50日，102 年間請假、曠職共57日，103 年間請假、曠職共53日，104 年間請假、曠職共65日，105 年間請假、曠職共94日（實際之請假天數如附表二所示），而於105 年間原告竟多次在原排定休假日前後之原定上班日，於上班前空口稱病或曠職而臨時委避，足見原告係用此方式享受連續長假，否則豈有105 年即多達94日連接休假日之上班日即生病或蓄意曠職，完全不符一般生病係不可預期之經驗法則，合理懷疑原告係蓄意杜撰生病，況且原告於105 年整年僅上班154 日（計算式：365 日-117日-94 日=154日），顯見原告之行為並非湊巧，而係涉嫌惡意虛偽稱病以騙取休假，確無心工作。並參原告105 年之信用卡刷卡紀錄可見，原告雖稱病請病假，或託詞需在家照顧父母而請家庭照顧假，然原告多次請假當天皆在外逛百貨公司、看電影、喝咖啡、買化妝品、吃大餐，甚至遠赴台南地區旅行，事實上並無治療、休養或照顧父母之情事，益證原告確實係虛偽稱病請病假。且以原告於105 年間申請差假總計94日，其中請假委避之短班勤務共計69次（占比約74%），足見原告刻意規避勤務繁重航班而稱病請假，而導致原來排休之其他同事需頻遭臨時召回填補原告之勤務。另被告對於原告前開行為已多次警告並規勸原告，而對原告約談前後有16次之多，卻未見改善，甚

且於105 年變本加厲，於105 年5 月16日即已請病假超過30天，嗣後即改以事假或曠職拒不上班，原告甚至配合法規精心計算，曠職每月不超過6 天，每次不超過3 天，於105 年度5 月16日以後每星期平均曠職1 至2 次，共曠職60次左右，每月曠職平均達5 次左右，顯見原告係屬能為而不為，確無依其職務提供適質適量勞務之主觀意思及客觀能力，顯屬不能勝任，故被告依勞動基準法第11條第5 款規定終止與原告間之勞動契約，係屬合法。倘本院認被告以前開事由，依勞基法第11條第5 款規定解僱原告不合法，則被告再依原告違反勞動契約或工作規則情節重大終止兩造間之勞動契約。又原告委稱其所有曠職均經被告准假云云，並非事實，蓋原告不上班即任意曠職，既係曠職又何來被告准假可言？

㈡ 退步言之，即使原告所請之病假確實生病而不能工作，則以原告於105 年1 月請5 次病假、2 月請10次病假、3 月請3次病假、4 月請9 次病假、5 月請5 次病假、3 次事假、7月曠職6 日（自稱5 次生病）、8 月曠職5 日（自稱係生病）、9 月曠職6 日（自稱3 天生病）、10月曠職5 日（自稱4 天生病）、11月曠職6 日（自稱5 天生病），亦即原告每周5 個工作天中即有1.5 天因生病而無法工作，顯示原告確係不能勝任應照排班表提供服勞務義務之空服員工作。然若本院認兩造間之僱傭關係存在，則應扣除原告因不服勞務而減省之費用，轉向他方服勞務所取得之利益及故意怠於取得之利益等語置辯。

㈢ 並聲明：

1.原告之訴及假執行聲請均駁回。

2.如為不利被告之判決，請准供擔保免為假執行。

三、兩造不爭執之事項：

㈠ 原告於100 年4 月2 日起受雇於被告公司擔任空服員。

㈡ 被告於105 年12月5 日召開人評會後告知原告，以勞基法第11條第5 款規定不能勝任為由終止系爭勞動契約，被告並於105 年12月15日函知原告，系爭勞動契約於105 年12月26日

終止。

四、本件兩造之爭點在於：㈠被告依勞基法第11條第5款終止系爭勞動契約是否合法？㈡被告於107年7月5日以書狀，依勞基法第12條第4款違反勞動契約及工作規則情節重大，終止系爭勞動契約，是否合法？㈢承上，倘被告未合法終止系爭勞動契約，被告按月應給付原告之工資金額為何？㈣承上，被告按月應提撥退休金至原告之退休金專戶金額為何？茲分述如下：

㈠ 被告依勞基法第11條第5款終止兩造間之勞動契約是否合法？

1.按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，勞基法第11條第5款定有明文。又按勞基法第11條第5款所謂「不能勝任工作」，不僅指勞工在客觀上之學識、品行、能力、身心狀況，不能勝任工作者而言，即勞工主觀上「能為而不為」，「可以做而無意願做」，違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務者亦屬之（最高法院86年度台上字第82號判決意旨參照）。所謂「確不能勝任工作」，非但指能力上不能完成工作，即怠忽所擔任之工作，致不能完成，或違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務亦屬之（最高法院86年度台上字第688號判決意旨參照）。

2.經查原告在職期間，於100年間（自100年4月2日起）請假、曠職共30日，101年間請假、曠職共50日，102年間請假、曠職共57天，103年間請假、曠職共53天，104年間請假、曠職共65天，105年間（至105年12月5日止）請假、曠職共94天，此有長榮航空空勤組員個人勤惰明細在卷可稽（見本院卷一第322頁至第325頁、第326頁至第327頁、第334頁、第336頁至第337頁、第339頁至第340頁、第342頁、第344頁至第345頁、第347頁），而其歷來因附表一所示出勤異常事由經被告訪談多達15次（詳見附表一所示），此有訪談紀錄表附卷可查（見本院卷一第316頁至第317頁、第319頁至第321頁、第325頁、第328頁至第33

1頁、第333頁、第335頁、第338頁、第341頁、第343頁、第346頁），是被告辯稱原告於任職被告期間，確實屢因請假程序不符規定，或請假天數過多之情形，經被告之主管訪談及懲戒，然原告並未改善，並非無據。又被告於105年12月5日以原告於105年間共有93次臨時請假以遂行連續休假狀態等事由，認原告對其所擔任之工作確不能勝任為由，依勞基法第11條第5款規定資遣原告，並於105年12月15日發函通知原告，此有資遣通知附卷可參（見本院卷一第139頁），堪信屬實。

3.又據附件所示原告於105年之出勤、休假及請假紀錄可知（見本院卷二第260頁至第27頁）：

⑴原告於105年1月15日、16日、17日及20日為排定之休假日，原告即於105年1月18日、19日皆以乾眼症、過敏性結膜炎為由請病假2日，是於105年1月15日至20日共連休5日。

⑵又於105年2月5日以上呼吸道感染請病假1日，2月6日為原排定之休假日，於2月7日又以急性上呼吸道感染，宜休養數日為由，請病假至2月10日（其中2月9日為原排定休假日）而2月11日為休假日，嗣於2月12日另以乾眼症、過敏性結膜炎為由請病假1日，而2月13日亦為休假日，2月14日又以乾眼症、過敏性結膜炎為由請病假1日，於2月15日則以生理痛為由請生理假1日，是於105年2月5日至2月15日共連休11日。

⑶另105年2月24日至25日為原告之休假日，原告則於2月26日以頸部拉傷、腰部拉傷、左大腿挫傷為由請病假至105年2月29日（其中105年2月27日為原告預排之特別休假），而105年3月1日為預排之特別休假、3月2日至4日為休假日，原告於3月5日又以生理痛為由請假1日，3月6日為休假日，3月7日原告再以乾眼症請病假1日，是於105年2月24日至3月7日原告共連休13日。

⑷復於105年3月16日為原告之休假日，原告則於105年3月

17日以父親坐骨神經痛需陪同就醫為由請家庭照顧假1日，又於105年3月18日、19日再以父親坐骨神經痛需陪同就醫及照顧為由再請家庭照顧假1日，而105年3月20日為原告之休假日，於翌日（21日）再次以父親坐骨神經痛需陪同就醫及照顧為由，請家庭照顧假1日，105年3月22日則為休假日，是於105年3月16日至3月22日期間，原告共連休7日。

⑸且於105年3月28日、29日為原告之休假日，原告又於105年3月30日以陪同母親就醫為由請家庭照顧假1日，嗣於105年3月31日則以陪同父親就醫為由請家庭照顧假1日，而於105年4月1日為休假日，並於105年4月2日以生理痛為由請生理假1日，另105年4月3日則為休假日，是於105年3月28日至105年4月3日期間，原告共連休7日。

⑹原告於105年4月20日以右頰蜂窩性組織炎請病假1日，於105年4月21日則以右頰蜂窩性組織炎、右急性外耳炎、右頸急性淋巴節炎、過敏性鼻炎為由請病假1日，而於105年4月22日、23日為原告之休假日，原告另於105年4月24日再以右頰蜂窩性組織炎、右急性外耳炎、右頸急性淋巴節炎、過敏性鼻炎請病假1日，而於105年4月25日則以右頰蜂窩性組織炎、右急性外耳炎、右頸急性淋巴節炎、過敏性鼻炎及右耳咽管功能失調請病假1日，於105年4月26日則係以疑似耳炎請病假1日，是於105年4月20日至4月26日，原告共連休7日。

⑺105年5月7、8日為原告之休假日，原告則於105年5月9日以生理痛為由請生理假1日，於105年5月10日則以右頰蜂窩性組織炎、右急性外耳炎、右頸急性淋巴節炎、過敏性鼻炎及右耳咽管功能失調為由請假至105年5月15日（其中105年5月15日因原告該年度所請之病假已超過30日，故以事假抵充，另105年5月12日、13日則為原定之休假日），105年5月16日、17日則以雙眼乾眼症、過敏性角結膜炎為由請假2日（以事假抵充），而105年5月18日至28日為

原告之休假日或特別休假，然原告又於105年5月29日以母親膝部關節炎及下肢良性腫瘤需陪同照顧為由請假2日（家庭照顧假已用罄，故以事假抵充），接連105年5月31日之休假日，原告於105年5月7日至105年5月31日共放假25日。

⑻再者因105年原告所請之病假已超過30日，且家庭照顧假亦已用罄，原告於105年7月17日以母親膝部骨關節炎需照顧為由曠職1日，105年7月18日至20日為原定之休假日，其後於7月21日又以腰傷為由，曠職1日，是於105年7月17日至21日原告連休5日。

⑼除此之外，原告於105年亦多有於原定之休假日或特別休假日前後請假或曠職之情形。衡諸常情，生病應屬不可預期，然原告因生病而請病假，適逢生理痛而請生理假，或因其父母生病而請假家庭照顧假，卻多恰巧係於其原定之休假日或特別休假日前後，有違常情，此實啟人疑竇。

4.對照如附件所示原告之信用卡刷卡紀錄可知：

⑴原告於105年2月26日至同年月29日以頸部、腰部拉傷，左大腿挫傷為由請病假（其中2月27日為預定特別休假），然卻於105年2月28日前往捷世樂單車休閒店消費。

⑵於105年3月17日至19日、105年3月21日原告以其父親坐骨神經痛，故需要陪同就醫及照顧為由，請家庭照顧假3日、1日（105年3月20日為原定之休假日），原告卻於105年3月19日前往HOLA三重重新店消費，並於105年3月21日前往太平洋崇光百貨消費。

⑶於105年4月2日以生理痛為由請生理假1日，卻前往新光三越購買男性商品。

⑷於105年5月9日以生理痛為由請生理假1日，然原告卻於該日前往鄧老師寶格麗池足體養生會館、頂好超市民權店、屈臣氏康寧分公司、山崎內湖成功店消費。

⑸105年5月10日、11日、14日、15日以右頰蜂窩性組織炎、右急性外耳炎、右頸急性淋巴結炎、過敏性鼻炎、右耳咽管功能失調請病假4日（其中105年5月12日、13日為排定之

休假日）其中105年5月10日、11日、14日、15日均曾前往美麗華百樂園、太平洋崇光百貨、莎莎化妝品－忠孝店、屈臣氏－康寧店消費。

⑹於105年6月10日至12日間以頸部拉傷、腰部扭傷為由請病假（因病假已超過30日，故以特別休假日抵充），然原告卻於105年6月11日前往美麗華百樂園消費。

⑺於105年6月16日亦以腰痛為由請假1日（因病假用罄，故以休假日抵充），然原告卻於該日前往美麗華百樂園消費；

⑻於105年6月19日亦以腰痛為由請假1日（以休假日抵充），亦前往美麗華百樂園及JASONS超市消費。

⑼於105年7月17日以母親膝傷需在家照顧為由曠職1日（因家庭照顧假已用罄），惟原告卻前往莎莎化妝品－忠孝店、信義區之新光三越消費。

⑽原告於105年7月24日以母親膝部骨關節炎，下肢長骨良性腫瘤需照顧為由而曠職1日，然原告卻前往台南倍適電器旗艦店購買電器花費1,988元等節。

觀諸原告於105年間之信用卡消費紀錄可知，原告於請假或曠職之94日中有70多日有在百貨公司等處消費之情形，衡情倘僅係一般感冒或肌肉拉傷，一般人多半不會因此請病假；而倘非父母生病已無法自行就醫或生活，一般人亦多半不會因此請家庭照顧假，是原告以其肌肉拉傷或挫傷，右頰蜂窩性組織炎、右急性外耳炎、右頸急性淋巴節炎、右耳咽管功能失調、過敏性鼻炎等病症請病假，可見其所患之病症應屬嚴重，而有在家休養之必要，自無出外逛街、購物之心思及體力。又原告以其父親坐骨神經痛，母親膝部關節炎及下肢良性腫瘤需陪同就醫或照顧，而請家庭照顧假，可知原告父母應當非常需要原告照料，原告既請假陪同父親就醫或照顧，則應隨侍在側。然原告因其自身生病、生理痛而不能工作需在家休養；或因其父母生病需陪同就醫或在家照顧，而連請數日病假、家庭照顧假之時，卻又於請假當日即在外逛百貨公司購物，甚且出現在多處之百貨公司，又原告所前往消

費之新光三越百貨、崇光百貨、美麗華百樂園等處，均非位於原告位在臺北市內湖區之住處附近，顯見原告主張其因病或照顧父母之需而無法工作，難認可採。況原告多次之請假情形並未附相關之證明為佐；並參原告於105 年間接連於連續休假日之上班日即請病假或曠職之情，已說明如前，足見原告就其請假或曠職原因並未確實對被告據實以告，且多有不實，另佐以原告於105 年12月5 日前之請假、曠職天數已高達94日，益徵原告確已違反忠誠履行勞務給付義務，並經被告多次訪談、提醒而仍無法改善，揆諸前揭說明，被告確實有勞基法第11條第5 款規定對於所擔任工作確不能勝任之情形。

5.至原告雖稱其所請差假均有檢附被告規定之佐證文件，且均經被告核准，且原告確實有至醫療院所就醫之紀錄云云，惟查證人蘇倍儀於本院審理中證稱：請假只要於報到前3 小時，進入公司網頁，點選請假之種類，送出後即可，而請病假只要提出就醫收據即可，且只要於公司網業上提出請假申請，公司都會核准，又如果30天之病假均已請完，上網仍填選病假選項，公司會用家庭照顧假或是事假抵充，如果這些假別都抵充完的話，可以點選曠職選項，再拿就診收據當證明等語（見本院卷三第86頁至第87頁），可見被告辯稱原告請假係先缺勤，嗣後再補送請假之相關證明，並非經被告事先核准等語應屬可採。是於同年度各種假別之法定天數均用罄後，仍有請假之必要時，被告雖允許原告以曠職之方式處理，且被告之請假系統雖會記載「核准」，依前開認定可知，被告亦僅係形式上認定原告有提出請假所需之相關證明，而非事先准許曠職，不因原告之差假紀錄中「曠職」其後有標註「核准」，即認原告之「曠職」係經被告之核准，而屬合法。而原告所請之病假雖多有就醫紀錄，然原告自稱腰痛、肌肉拉傷、頸部拉傷、眼睛痛等節而至醫療院所就醫，痛覺乃主觀之陳述，醫生自不可能認外觀無大礙即予以否認原告主訴之內容，而拒絕原告之就醫，是取得醫療院所之就診紀

錄並非難事，況如證人蘇倍儀請病假僅有提出就醫收據即可，而就醫紀錄究難與診斷證明等同視之，自難僅依原告有就醫紀錄即認其請假之事由均屬實，是原告此部分之主張難認有據。

6.原告又稱被告對於請假較多之空服員一再面談輔導改善，寄發警告信，調整班表：對於走私黃金之空服員僅記一大過，停飛；對於請病假、生理假出國玩樂者，僅記一大過，停止員工優待機票，然對於原告卻逕自解雇，違反最後手段性云云。惟查依原告所提出之王聖涵之約談紀錄表（見本院卷二第237 頁至第241 頁），其請假及曠職情形，並未如原告於105 年12月5 日前即高達94日（出勤天數僅154 日，未達該年度之一半）之情形，且亦無請假事由不實之情形，自不得以王聖涵仍任職於被告，即認有何差別待遇。而對於走私黃金之空服員除係記一大過、停飛處分外，然其走私黃金所涉及不法應由司法處斷，然差假過多將造成被告人員調度之不便，且被告須要求其他空服員緊急出勤以代替原告之勤務，不但影響其他空服員服勤物及休息時間之安排，且亦造成被告成本之增加，兩者所造成之影響不同，難以相提併論，自不得以此即謂被告輕重失衡。又請病假、生理假出國之情形，應非常態，相較於原告之前開行為接續對被告公司所造成之損失，難認較為嚴重。且被告於原告任職期間因原告請假不符被告規定或請假過多為由，已15次約談原告，然卻未見原告有何改善之作為，反於105 年5 月間已將該年度之病假、事假、家庭照顧假等請完後陸續缺勤至105 年12月5 日前該年度之請假、曠職總日數高達94日，顯見被告已對原告進行勸導而仍未收成效。而雇主係為達其特定經濟上之目的，僱用勞工為其服勞務，是勞工之忠誠確實係履行勞務之給付義務，應屬勞工基於勞動契約之核心義務，難期雇主有任何工作職位，無需勞工忠誠履行此義務，本件原告既已違反忠誠履行勞務給付義務，已認定如前，致無法透過勞動契約達成其客觀上合理之經濟目的，是即難期待被告先盡安置義務

（即改其他職務）始得依勞基法第11條第5 款規定資遣原告，是難認被告依勞基法第11條第5 款規定資遣原告有何違反解僱最後手段原則。另被告雖未因原告所請之病假、事假、生理假及家庭照顧假均已超過法定日數，而予以記過處分，然此僅係因被告內部規定並未針對此情形有行政懲處，不得因此即認被告資遣原告前並未對原告為記過等行政懲處即認有違解僱最後手段原則。從而原告主張被告未先行調整其職務，或選擇解僱以外之輕微處分，而逕行終止系爭勞動契約，有違解僱最後手段性原則云云，亦非可採。

7.綜上，原告於105 年間既有前述不能勝任空服員工作之情事，則被告依勞基法第11條第5 款規定，預告終止系爭勞動契約，自屬合法有據，兩造間勞動契約既經被告自105 年12月26日起合法終止，原告主張兩造間之僱傭關係仍繼續存在，洵屬無據。

㈡ 被告於107 年7 月5 日以書狀，依勞基法第12條第4 款違反勞動契約及工作規則情節重大，終止系爭勞動契約，是否合法？

被告既已於105 年12月26日依勞基法第11條第5 款規定終止系爭勞動契約，則被告於107 年7 月5 日再以書狀依勞基法第12條第4 款規定終止兩造間之勞動契約即難認有必要。

㈢ 承上，倘被告未合法終止系爭勞動契約，被告按月應給付原告之工資金額為何？

被告既已合法終止系爭勞動契約，被告於105 年12月26日以後即無再給付原告工資之義務，是原告此部分請求即屬無據。

㈣ 承上，被告按月應提撥退休金至原告之退休金專戶金額為何？

被告既已合法終止系爭勞動契約，則被告於105 年12月26日以後即無替原告提撥於該日後之退休金至其退休金專戶之義務，從而原告此部分請求亦無理由。

五、綜上，原告確有不能勝任工作之情形，被告依勞動基準法第

11條第5款之規定終止兩造勞動契約核屬適法，兩造間勞動契約既經被告於105年12月26日起終止，則原告請求確認兩造間僱傭關係存在，及被告給付105年12月26日後薪資並提撥105年12月26日後勞工退休金，均無理由，應予駁回。原告之訴既經駁回，其假執行之聲請即失所附麗，應併駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，爰不另論述，併此敘明。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　12　　日

民事第二庭　　法　官　徐雍甯

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　　108　　年　　4　　月　　15　　日

書記官　李靜雯

附表一：

序號	訪談日期	訪談事由
1	100.5.9	主管對於原告 100 年 4 月 3 日因差假不符規範而列警告，及 5 月 15 日至 16 日申請病假卻未依規定盡速繳交診斷證明一事約談。
2	100.8.18	對於原告 於100年4 月 2 日升任 TA 差假已達 7 天一事約談。
3	100.9.27	對於原告於 100 年 7 月 30 日申請病假一天，未依規定繳交診斷證明一事約談。
4	101.6.29	對於原告於 96 年 4 月至 101 年 3 月期間，屢因未依規定申請差假，懲處紀錄已達記過 1 次處分一事約談。

（續上頁）

5	101.11.6	對於原告於 101 年申請病假逾 30 天，又事假 14 天已抵充完畢一事訪談。
6	102.8.7	對於原告於102年差假天數過高一事訪談。
7	102.10.30	對於原告於102年差假天數過高一事訪談。 又對於原告於 100 年 4 月至 102 年 8 月期間，因未依規定請假等事由，列記行政懲處，且累積達1大過一事訪談。
8	103.1.9	對於原告於 100 年 4 月至 102 年 12 月期間，因未依規定請假等事由，列記行政懲處，且累積達1大過1過一事訪談。
9	103.4.8	原告於 100 年 4 月至 103 年 4 月期間，因未依規定請假等事由，列記行政懲處，且累積達 1 大過 1 過1警告一事訪談。
10	103.5.2	對於原告於 103 年差假天數過高（達 15 日）一事訪談。
11	103.9.3	對於原告於 103 年差假天數過高（達 32 日）一事訪談。
12	103.9.17	對於原告於 103 年差假天數過高（達 37 日）一事訪談。
13	104.3.3	對於原告於 104 年差假天數過高（達 15 日）一事訪談。
14	104.9.24	對於原告於 104 年差假天數過高（病假 30 日、事假5日、曠職待抵充4日）一事訪談。
15	105.3.8	對於原告於 105 年差假天數過高（達 17 日）一

（續上頁）

		事訪談。

附表二：

事假（Ａ）天數	7天
有給生理假（Ｒ）日數	8日
無給生理假（Ｆ）日數	3日
病假（Ｓ）日數	25日
家庭照顧假（Ｗ）日數	7日
曠職（Ｘ）日數	26日
特休抵充（Ｇ）日數	2日（因病衍生）
預排特休（Ｇ）日數	10日
休假日抵充（DO）日數	16日
休假日（DO）日數	117日

附件：被告於105年間之請假、休假、曠職，及信用卡消費紀錄