臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度重勞上字第1號

上　訴　人　韋文強
訴訟代理人　魏其村律師（法扶律師）
被上訴人　　三商美邦人壽保險股份有限公司
法定代理人　陳翔玠
訴訟代理人　陳文靜律師

上列當事人間請求給付資遣費等事件，上訴人對於中華民國106年12月7日臺灣臺中地方法院105年度重勞訴字第9號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於108年4月17日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及追加之訴暨追加之訴關於假執行之聲請均駁回。

第二審訴訟費用（含追加之訴部分）由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

壹、按原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意，民事訴訟法第463條準用第262條定有明文。查本件上訴人原起訴主張依勞動基準法（下稱勞基法）第16條第1項第3款、第3項規定，請求被上訴人給付預告工資新臺幣（下同）46,896元，經原審判決上訴人此部分之請求敗訴後，上訴人提起上訴，並於本院撤回前開預告工資之起訴，被上訴人亦同意撤回（見本院卷第70頁背面），與首開規定相合，應予准許。

貳、按第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但請求之基礎事實同一者，及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446條第1項但書、第255條第1項第2款、第3款有明定。查：

一、上訴人起訴主張被上訴人終止勞動契約不合法，兩造勞動契約仍存在，惟被上訴人拒絕受領上訴人勞務給付，且未依勞動契約給付報酬，故上訴人依勞動基準法第14條第1項第5款規定終止兩造勞動契約，並依同法第17條、勞工退休金條

例第12條第1項、債務不履行（民法第263條、第260條）及侵權行為（民法第184條第2項）規定，分別請求被上訴人給付資遣費及損害賠償，嗣於本院中追加主張被上訴人雖非法解僱，但上訴人已於107年5月3日合法終止兩造勞動契約，故依勞基法第22條規定，請求被上訴人給付自民國104年1月30日非法解僱之日起至107年1月19日止之上訴人薪資合計167萬8868元（見本院卷第58、196-197頁，第58頁書狀（三）誤載為167萬6868元），被上訴人雖不同意，但查，上訴人所提上開追加之訴，亦係本於其主張被上訴人有非法解僱之情事，與原訴之基礎事實同一，與前開規定相合，應予准許。

二、上訴人原起訴係依民法第28條規定，請求損害賠償（起訴狀原另依民法第487條之1請求，嗣於原審已撤回該部分請求權，見原審卷二第9頁）。而後於本院中又將此項損害賠償之請求權基礎變更為債務不履行（民法第263條、第260條）及第184條第2項之侵權行為（見本院卷第91-92頁、第94頁背面、第95頁背面），惟所主張之損害賠償事實均係指被上訴人違法解僱，應認前後訴之基礎原因事實同一，依前開規定，應予准許。

三、上訴人原起訴請求被上訴人給付資遣費584,324元、損害賠償567萬9240元，嗣於本院中，將資遣費擴張為588,592元，另將損害賠償減縮為404萬9000元，分別核屬擴張、減縮應受判決事項之聲明，依上開規定，應予准許。

參、再按不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第463條準用第256條定有明文。查：

一、上訴人原起訴請求被上訴人給付損害賠償之內容為①每月獎金津貼、②每月被上訴人勞保負擔額、③每月被上訴人健保負擔額、④每月被上訴人提撥退休金6%、⑤交通費，嗣於本院時更正為被上訴人非法解僱致上訴人所受薪資損失（見本院卷第198頁），核屬更正事實上之陳述，非為訴之變更或

追加，依上開規定，應予准許。

二、上訴人關於資遣費之請求，原審時係主張其依勞基法第14條第1項第6款規定，向被上訴人為終止勞動契約之意思表示，嗣於本院中更正為依同法條第1項第5款規定，為終止契約之意思表示（見本院卷第71頁及背面），核亦屬不變更訴訟標的，而更正事實及法律上之陳述，合於上開規定，亦應准許。

乙、實體方面：

壹、上訴人主張（以在二審更正後之主張為準）：

一、上訴人自86年10月21日起任職於被上訴人，99年11月26日起歸屬被上訴人臺中市豐原通訊處（下稱豐原通訊處），擔任業務主管區經理一職。兩造雖分別簽立業務專員聘任書及業務主管聘僱契約書（下稱系爭聘僱契約），但僅構成單一之勞動關係，上訴人提供勞務之實質內容，並不僅在每週一至週五上午出席早會50分鐘，尚包括承攬保險業務及轄下組織之發展、督促、考核等相關管理事宜，且需配合被上訴人業務會議及相關業務檢查，上訴人之薪資更非以「50分鐘部分工時」計算。故系爭聘僱契約第3條第1項第1款、第6條第1項第6款關於上訴人每日僅提供50分鐘勞務之約定，與上訴人實際提供勞務內容不符，且係定型化契約約定，上訴人於簽約時無調整增刪之餘地，亦不明白「部分工時」之真意，應不生效力。又豐原通訊處於104年1月21日更換門鎖，並未通知上訴人，致上訴人於翌日即22日上午7時30分，無法進入該處進行讀書會，顯不可歸責於上訴人；且上訴人於同年月21日至23日雖未參加早會，其餘時間仍有從事勞務；再者，上訴人於104年1月份之簽到出席紀錄，已達業務主管考核辦法之出勤標準並可維持A考核，被上訴人向來都是強調業績，並未強調出勤。詎被上訴人竟於104年1月30日，以上訴人於同年月21日至23日未參加早會連續曠職3日為由，終止兩造間之勞動契約，除將上訴人之勞務限縮在早會，不符合勞基法第12條第1項第6款「非正當理由」曠職

3日之要件外，上訴人未參加早會，縱有疏誤，但未造成被上訴人具體損害，上訴人之年資又以17年以上，被上訴人應先予告誡、調查緣由究責或減薪、記過等處罰，被上訴人卻斷然終止聘僱契約，即無正當理由，更與解僱最後手段原則相違。上訴人嗣後雖申請復職，但為被上訴人所拒絕，應認已拒絕上訴人提供勞務，上訴人無補服勞務之義務而仍得請求報酬。因被上訴人迄未給付不法解僱後之工資，上訴人爰依勞基法第14條第1項第5款規定，以107年1月18日上訴理由狀繕本之送達，向被上訴人為終止勞動契約之意思表示，並請求如下（計算式詳見本院卷第197-198頁）：

（一）依勞基法第22條規定，請求被上訴人給付上訴人自104年1月30日被上訴人非法解僱日起至107年1月19日止之薪資167萬8868元。

（二）依勞基法第14條第1項第5款、第4項、第17條、勞工退休金條例第12條第1項規定，請求被上訴人給付資遣費588,592元。

（三）被上訴人非法解僱，造成上訴人原得繼續工作至法定退休時止之薪資損失，已成立民法債務不履行及違反保護他人法律（勞基法第22條）之侵權行為，爰依民法第263條、第260條、第226條第2項，及第184條第2項規定，擇一請求損害賠償4,049,000元。

二、並聲明：

（一）被上訴人應給付上訴人631萬6460元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。

（二）願供擔保請准宣告假執行。

貳、被上訴人則以：

一、依系爭聘僱契約第3條第1項第1款約定，上訴人之正常工作時間為週一至週五、每天應出勤50分鐘參加早會及相關業務活動，並約定屬部分工時制，上訴人並未舉證證明有何違反強制或禁止規定，自應遵守約定。故上訴人未於104年1月21日至23日出勤早會簽到，即為連續曠職3日，被上訴人

依系爭聘僱契約第6條第1項第6款、經主管機關核備之工作規則第9條、勞基法第12條第1項第6款規定，於104年1月30日通知上訴人終止系爭聘僱契約，自屬合法，亦無違解僱最後手段性原則。又兩造間先後簽立內容不同之系爭聘僱契約及承攬契約2個契約，被上訴人主張兩造間僅有1個勞動契約，與事證不符。

二、被上訴人設置簽到簿並逐日要求業務主管出勤時簽名，係依據勞基法第30條第5、6項規定，違反者，依勞基法第79條第2項尚有罰責，被上訴人自不可能有「業績達A級考核即可6個月免簽到」之規定。況從原審被證三之簽到簿可知，上訴人只要有出勤參加早會就會簽到。

三、豐原通訊處雖於104年1月21日下午換鎖，然於104年1月22日上午8時左右已開門，上訴人自可於上午8時30分出勤及簽到，有無更換門鎖與本件無關聯，況上訴人出勤義務，亦不因門鎖更換而免除。

四、被上訴人對於業務主管之業績考核與出勤考核並不相同，「業務主管考核辦法」係針對業務主管升遷與否之考核相關規定，與勞工出勤應遵守不得連續曠工3日或不得1個月曠工達6日之規定無涉。

五、被上訴人係合法終止系爭聘僱契約，上訴人各項請求均無可採。退步言，若認被上訴人之終止不合法，則就上訴人各項請求，答辯如下：

（一）薪資部分：上訴人於原審起訴時，即逕請求資遣費，並於原審106年4月17日，以民事準備書七狀，援引勞基法第14條第1項第6款規定，向被上訴人為終止勞動契約之意思表示，已明示拒絕給付勞務，被上訴人自未受領遲延，上訴人不得請求工資。若鈞院認被上訴人有給付工資義務，金額應為408,847元。

（二）資遣費部分：上訴人於原審所為終止契約之意思表示，依民法第488條第2項規定，應視為自請離職，自不得於鈞院再為終止之意思表示，故不得請求資遣費。若得請求資

遣費，金額應為137,063 元。

（三）損害賠償部分：上訴人依勞基法第14條第1 項第5 款規定終止勞動契約，已明示拒絕提供勞務，依民法第482 條規定，本即不可能獲致工資，顯不可能發生將來工資之損害，上訴人此部分請求為無理由。

六、並聲明：

（一）上訴人之訴駁回。

（二）如受不利判決，願供擔保請准免為假執行。

參、原審判決上訴人全部敗訴，上訴人部分不服（指資遣費584,324 元及損害賠償404 萬9000元部分），提起上訴，並為訴之追加（指薪資部分）及請求之擴張（指資遣費部分），並聲明：（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。（二）被上訴人應給付上訴人631 萬6460元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息。（三）第二項聲明部分，上訴人願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人則答辯聲明：（一）上訴駁回。（二）如受不利判決，願供擔保，請准免為假執行。又被上訴人原起訴請求損害賠償567 萬9240元，嗣於二審時僅就原審駁回404 萬9000元及遲延利息部分，聲明不服，則原審判決駁回上訴人關於損害賠償逾【404 萬9000元及遲延利息】部分，因上訴人未提起上訴，該部分業已確定，合先敘明，以下不贅述。

肆、本院會同兩造整理並簡化爭點，結果如下：（見本院卷第106 頁及背面，部分文字依本判決用語調整之）

一、兩造不爭執事項：

（一）上訴人自86年8 月25日起任職於被上訴人，99年11月26日起工作處所為被上訴人豐原通訊處。

（二）被上訴人於104 年1 月30日以上訴人無故曠職3 日（即未依契約於104 年1 月21日、22日、23日出勤），出勤未達考核標準為由，自104 年1 月30日起終止業務主管聘僱合約關係（見原審卷一第61頁）（被上訴人稱指原審卷一第134 頁業務主管聘僱契約，即系爭聘僱契約。上訴人主張

係指兩造間單一的勞動契約）。上訴人於104 年2 月2 日收受通知。

（三）被上訴人公司豐原通訊處於104年1月21日下午更換大門鎖，且未通知上訴人。

（四）被上訴人提出之104 年1 月業務主管簽到／簽退簿，形式為真正（見原審卷一第137-139 頁）。

（五）被上訴人提出之被證十「業務主管考核辦法」及被證十一「業務主管出勤管理規定」（見原審卷第193-197 頁），形式為真正。

（六）上訴人以107 年1 月18日民事上訴理由狀繕本之送達，依勞動基準法第14條第5 款規定，向被上訴人為終止勞動契約之意思表示，被上訴人於107年5月3日收受上開通知。

二、兩造爭執事項：

（一）被上訴人於104 年1 月30日以上訴人無故曠職3 日（即未依契約於104 年1 月21日、22日、23日出勤），出勤未達考核標準為由，自104 年1 月30日起終止系爭聘僱契約，有無理由？上訴人主張被上訴人前開終止係終止兩造間單一勞動契約，且是非法解僱，有無理由？

（二）上訴人以被上訴人非法解僱，迄未給付不法解僱後之工資，故以107 年1 月18日民事上訴理由狀繕本之送達，依勞動基準法第14條第5 款規定，向被上訴人為終止勞動契約之意思表示，有無理由？

（三）上訴人下列請求，有無理由？

1、依勞基法第14條第1 項第5 款、第4 項、第17條、勞工退休金條例第12條第1 項規定，請求資遣費588,592 元。

2、上訴人依勞基法第22條規定，請求薪資167 萬8868元。

3、上訴人依民法第263 條、第260 條、第226 條第1 項（見本院卷第198 頁，上訴人又列出民法第226 條第1 項，爰依職權增列之）及第184 條第2 項規定，擇一請求損害賠償404萬9000 元。

伍、本院之判斷：

一、系爭聘僱契約第3條第1項第1款、第6條第1項第6款之約定，應屬有效：

（一）上訴人主張系爭聘僱契約第3條第1項第1款、第6條第1項第6款關於上訴人每日僅提供50分鐘勞務之約定，與上訴人實際提供勞務內容不符，且係定型化契約約定，上訴人於簽約時無調整增刪之餘地，亦不明白「部分工時」之真意，應不生效力云云，為被上訴人所否認，並抗辯稱：上開約定並未違反強制或禁止規定，上訴人應遵守約定等語。

（二）經查，系爭聘僱契約第1條「契約類型及性質」第2項約定：「雙方同意因工作特性及需要，本契約為『部分工時制』。」，第3條「出勤及考核」第1項第1款約定：「出勤：見甲方（指被上訴人）制定之『出勤』相關規範。1.以週一至週五，每工作日五十分鐘計。採簽到方式，乙方（指上訴人）應依規定時間準時出席並參加早會及相關之業務活動。」，第6條「契約終止」第1項第6款約定：「無正當理由繼續曠職三日，或一個月內曠工達六日者。因本契約為部分工時制，以每日五十分鐘計一日。」（見原審卷一第134頁），可知上開約款之文義淺白易懂，以上訴人從事保險業務17年以上之資歷，以及擔任被上訴人業務主管多年之智識，應無不能理解之情，上訴人空言陳稱：簽立系爭聘僱契約時，並不明白「部分工時」之真意云云，即不可採。

（三）而按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者，民法第247條之1定有明文。查系爭聘僱契約第3條第1項第1款乃係兩造就「出勤」所達成之約定，每工作日僅約定上訴人出勤50分鐘，顯然較勞基法保障之

工時相關資定為優；第6條第1項第6款前段之約定，則與勞基法第12條第1項第6款之法條文字相同；至於後段約定「因本契約為部分工時制，以每日五十分鐘計一日。」，則係配合系爭聘僱契約第3條第1項第1款關於出勤之約定，而就所謂「曠工一日」協議調整計算之方式，亦有所憑，難認有不公平之情事。上訴人又未具體指出上開約款有何民法第247條之1所定4款事由，且按其情形顯失公平，徒以上開約定係定型化契約，其於簽立時無增刪調整之餘地，即謂該等約款應屬無效云云，於法無據，要無足取。

（四）又按當事人本於自主意思所締結之契約，若其內容不違反法律強制規定或公序良俗，基於私法自治及契約自由原則，即成為當事人間契約相關行為之規範。兩造簽立系爭聘僱契約，既無違反法律強制規定或公序良俗之情形，自均應受契約約款之拘束。準此，系爭聘僱契約第3條第1項第1款、第6條第1項第6款之約定，應屬有效，洵堪認定。

二、上訴人自104年1月21日至23日無正當理由連續曠工3日：

（一）查上訴人於104年1月21日至23日連續3日均未到場簽到參加早會，為兩造所不爭執，並有業務主管簽到／簽退簿附卷可稽（見原審卷一第138頁背面），堪信實在。依系爭聘僱契約第6條第1項第6款約定，被上訴人稱：上訴人業已符合繼續曠工3日之要件等語，即屬真確，堪予採信。

（二）上訴人雖謂：豐原通訊處於104年1月21日下午更換門鎖，並未告知，致其於翌日22日無法進入等語。然查，豐原通訊處僅係更換門鎖，並非未開門，被上訴人於104年1月21日至23日均有於上午8時30分，如期召開早會等情，為兩造所不爭執，堪信為真。基此，上訴人於104年1月22日上午7時30分許，縱使提早到班，一時未能進入，但於同年月22日、23日早會開始時，豐原通訊處大門既已開

啟，上訴人即無不能按時出席早會之情形。況且，被上訴人通訊處業務協理即證人○○○到庭結證稱：「　問：上訴人連續曠職三日遭被上訴人公司解雇，其中有一天（即104 年1 月21日）因豐原通訊處換鎖產生爭議，你有聽說過嗎？∨事後有聽吳明勳提到。…我的通訊處及吳明勳的通訊處都沒有配置保全管理公司，將鑰匙交給主管級以上的人員，可以自由進出，上訴人是豐原通訊處主管級以上的人員。我的單位到目前為止18年間，一共換了三次鑰匙，是考量離職人員有原本的鑰匙，所以隔一段時間就會換鎖。中區約有100 個通訊處，大部分通訊處的主管沒有發給鑰匙。」、「（問：你的單位要換鎖，事前或事後是否會跟主管人員告知？）事前不會，事後也不會講，是直接補發鑰匙給換鎖當天有來出勤的主管，如果當天主管請假，後來上班日會再補發鑰匙給他。…」等語（見本院卷第135 頁及背面），可知豐原通訊處更換門鎖未事先告知上訴人，與其他營業處更換門鎖亦不會告知主管人員之情形，並無不同，顯然並非針對上訴人個人之特殊對待。據上，上訴人自無法以被上訴人未告知豐原通訊處更換門鎖乙事，作為自己連續3 日不參與早會之正當化理由。

（三）上訴人又稱：其提供勞務之實質內容，並不僅在每週一至週五上午出席早會50分鐘，尚包括承攬保險業務及轄下組織之發展、督促、考核等相關管理事宜，且需配合被上訴人業務會議及相關業務檢查，上訴人之薪資更非以「50分鐘部分工時」計算。又其於104 年1 月21日至23日雖未參與早會，但其餘時間仍有從事勞務等語，並提出自行記載行程之筆記為證（見本院卷第78頁），然為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯（參答辯意旨一）。經查，被上訴人謂：上訴人於86年8 月1 日簽署「業務專員聘任書」之承攬契約，約定自86年8 月25日起為被上訴人招攬人身保險及提供保戶服務，職稱為「外勤兼職人員」（見原審卷一第130 頁）。86年10月間因上訴人改任「業務員」，故

重新簽署「招攬行銷契約書」之承攬契約（見原審卷一第131頁）。嗣因上訴人表現不錯，被上訴人乃詢問上訴人有無意願在承攬工作之外，另外受僱於被上訴人，為被上訴人招募保險業務人員並訓練及輔導之，經上訴人首肯後，兩造乃在原有之承攬契約以外，另於87年5月29日簽訂一份業務主任聘僱契約書。嗣後，承攬契約若有契約條款變更，即會以新的契約版本重新簽訂承攬契約。而聘僱契約部分，亦會因契約條款修訂、或是上訴人職務變更（例如從業務主任升為業務襄理、再升為業務經理），而重新簽訂聘僱契約（見原審卷一第132、133頁）。又被上訴人原名「三商人壽股份有限公司」，100年間因與美商百年金融集團MassMutual策略結盟，更名為「三商美邦人壽股份有限公司」，為此，被上訴人就相關承攬契約及聘僱契約均重新調整其內容，並於100年1月1日請上訴人分別重新簽署系爭聘僱契約及「承攬契約書」（見原審卷一第134、135頁）以取代原有之二份舊約等情，業據被上訴人提出與所述相符之業務員基本資料維護、業務專員聘任書及相關契約書為證（見原審卷一第129-135頁），復經證人○○○結證稱：「（請提示原審卷一第134頁業務主管聘僱契約書，及第135頁承攬契約書，你剛才提到通訊處的業務經理，主要的工作是承攬、招攬契約，也可另發展組織即增員，你的承攬招攬契約是依第135頁的承攬契約書，增員是依第134頁業務主管聘僱契約書嗎？）是」、「（提示原審卷一第134、135頁契約書，如果只有業務員身分，沒有主管職務，是要簽立何契約？）承攬契約。」、「（問：如果有主管職務要簽立何契約？）要簽立第134頁業務主管聘僱契約。在擔任主管前一定是業務員，會先簽立第135頁承攬契約，之後晉升主管再簽立第134頁業務主管聘僱契約，不見得是同時簽立。」、「（問：如果同時具備業務員及主管職務，是如何計算薪資、獎金等工作對價？）依照第134頁、135頁兩個契約分別

約定之報酬內容，分別計算再加總。」、「（從被上訴人發給你們的薪資明細，可否看出依第134 頁、第135 頁契約分別計算之金額各為何？）看得出來。」、「承攬報酬：是第135 頁承攬契約的報酬。服務獎金：是續繳津貼。是業務員招攬客戶後第二期續繳的津貼。僱傭薪資：是第134 頁業務主管聘僱契約書計算的報酬。」等語（見本院卷第136-137 頁）明確，堪認被上訴人所辯兩造間係簽立承攬契約及系爭聘僱契約2 個不同契約等語，確屬有據，堪予採信。上訴人主張兩造僅成立1 個勞動契約云云，與事證不合，要無可採。基此，兩造間既分別簽立如原審卷一第134 頁之系爭聘僱契約及如第135 頁之承攬契約，則就各該契約之約定，即應依各該契約約款認定。而系爭聘僱契約第3 條第1 項第1 款既已明白約定「以週一至週五，每工作日五十分鐘計。採簽到方式，乙方（指上訴人）應依規定時間準時出席並參加早會及相關之業務活動」，作為出勤之依據，上訴人若未依約履行，即無從認定「已出勤」。至於上訴人是否另為系爭聘僱契約第2 條所定之勞務內容，或於上班日上午7 時30分持續進行讀書會，甚至是履行原審卷一第135 頁之承攬契約事務，顯然均與系爭聘僱契約第3 條第1 項第1 款所約定之「出勤」認定無涉，上訴人上開主張縱認符實，仍無從資為有利於上訴人之認定。

（四）上訴人又主張其業績達到A 級考核，依據內規可以在6 個月內免簽到出勤等語，並以證人○○○、○○○於原審之證詞為證，但為被上訴人所否認，並以前詞置辯（參答辯意旨二、四）。經查，證人○○○即被上訴人前崇德營業處區經理固於原審證稱：「三商是美式作風，我一年簽到30日就算很多了，公司比較在乎結果，不要違反保險法相關規範，希望業績作出成果來，所以打卡簽到沒有這麼要求，印象中黃文忠執行副總曾在公開場合或上課時講過類似的話，只要業績達到A 考就免簽到出勤」等語（見原審

卷二第40頁背面、第41頁）。證人○○○即被上訴人崇德營業處前區經理於原審亦證稱：「針對考核，我們管得不嚴，若業績有達到公司要求，尤其是達到A考，就不會出勤考核，若不是A考，就要看跟公司的配合度，如果B考，出勤率又不高，就看主管願不願意保留，就是維持原職務，如果不保留，就降為業務員，上開方式，是主管宣達的，公司沒有明文規範，算是不成文規定，印象中黃文忠有在公開場合或授課中說到只要業績達到A考，就免簽到出勤等類似的話」等語（見原審卷二第42頁背面至第43頁）。但證人○○○即豐原通訊處業務協理則證稱：「出勤管理沒有區分，不會因考績不同而有不同對待。業務主任的出勤考核，只要每月出勤70% 以上就可以了，但也不能無故3 日連續曠職，這都是依據勞基法的規定來管理，公司內部沒有制定相關管理辦法。而所謂的70 %是因我們採用部分工時制。公司出勤考核每個單位主管有裁量，每個獨立單位叫做通訊處經理，在中區就有90幾個單位，均各自管理，大原則是依據勞基法，個別的管理辦法我就不清楚。」（見原審卷二第127 頁背面、本院卷第135 頁）、「考核分A考及B考。公司是採用部分工時，不是全天上班8 小時，所以每個月上班天數如果出勤有超過百分之70，就符合規定了，但另外還必須要符合勞基法的規定，所以也不可以連續三天曠職，或一個月有超過六天曠職。」、「（請提示原審卷二第128 頁，你證稱：『我這邊是平均70%以下，就會依勞基法或管理辦法處理』，這是不是所謂的出勤率低於70%，才會依勞基法來處理？）我剛才有講但書，70%是公司的出勤要求，我的單位通訊處，與上訴人單位不同，每個單位有自己的出勤考核辦法，這段證詞是在講我自己通訊處單位的情形，我不知道上訴人單位的情行為何。」等語（見本院卷第135 頁）。再參以證人○○○、○○○原本均在崇德營業處所任職，並非上訴人任職之豐原通訊處，其中○○○於94、95年間離職，證

人○○○於99年間離職（見原審卷二第40頁背面、第42頁背面），可知證人○○○、○○○雖均表示被上訴人對於出勤考核會因業績績效等級之不同而有寬鬆不一的處理方式，但核其情節，僅得認為係豐德營業處主管之處理裁量情形。又崇德營業處所於104 年之出勤考核方式，與證人○○○、○○○任職期間是否仍屬相同？又與豐原通訊處是否一致？均非明確。再者，證人○○○及○○○雖均稱被上訴人之執行副總黃文忠曾有達到業績可免簽到出勤之類似談話等語，但所謂「類似」，語意模糊，參酌證人○○○證稱：「就我所知，上訴人不會跟黃文忠開會。因黃文忠是中區最高主管，涵蓋嘉義以北到新竹以南，沒有時間跟區經理以下開會，除非有辦理講座授課，才會跟區經理以下主管見到面，但這是集體的活動，我們中區區經理主管就有800 位。（問：他是否曾在他課程上說過，只要業績達A 考，就不用管出勤嗎？）我們不可能允許業務員只注重業績，其他公司的制度、管理、出勤都不在乎。這關乎公司的信譽，我們將近有2 萬的同仁，也必須維護客戶的權益，所以也會專注在教育訓練，不可能只注重業績，他對道德的要求很高，他沒有講過類似的話，他也不是一個輕佻的人。」等語（見原審卷二第128 頁背面），乃明確表示並無此事。本院審酌黃文忠身為被上訴人公司中區最高主管，於大型活動授課講演時，如就含括員工教育訓練及紀律管理之公司治理層面，講述業績至上，出勤可免考核等類似言語，與其高階主管地位恐屬格格不入，且證人○○○、○○○此部分之證述又語意不明，應認證人○○○之證述較為可採。據上，依證人○○○、○○○之上開證述，尚不能認定上訴人違背系爭聘僱契約第3 條第1 項第1 款之約定，連續3 日未簽到出勤早會，有何正當理由。

（五）據上所述，上訴人自104 年1 月21日至23日連續3 日均未簽到參加早會，曠工3 日，且無正當理由，洵堪認定。

三、被上訴人於104年1月30日，依系爭聘僱契約第6條第1項第6款約定，終止系爭聘僱契約，為有理由：

（一）查上訴人既自104年1月21日至23日無正當理由連續曠工3日，則被上訴人於104年1月30日，以上訴人無故曠職3日，出勤未達考核標準為由，自104年1月30日起終止系爭聘僱契約（見兩造不爭執事項（二）），洵屬有據。

（二）上訴人雖又主張即使其因疏誤連續曠工3日，被上訴人亦應先予告誡、調查緣由究責或減薪、記過等處罰，被上訴人卻逕予終止聘僱契約，違反解僱最後手段性原則云云。然查，勞基法第12條第1項第6款既明定「勞工無正當理由繼續曠工3日，或1個月內曠工達6日者」，雇主即得不經預告終止契約，即未違反解僱最後手段性。而系爭聘僱契約第6條第1項第1款前段約定，既與勞基法第12條第1項第6款之規定相符，則被上訴人於上訴人無正當理由繼續曠工3日時，依約定終止系爭聘僱契約，自亦無違反解僱最後手段性。上訴人此部分所陳，委不可採。

（三）據上，被上訴人於104年1月30日，依系爭聘僱契約第6條第1項第6款約定，終止系爭聘僱契約，即為有理由。又上訴人於104年2月2日收受前開通知（見兩造不爭執事項（二）），則兩造之系爭聘僱契約應認自104年2月2日已行終止，堪可認定。被上訴人主張被上訴人違法解僱云云，要無足取。

四、被上訴人並未積欠上訴人薪資：

查兩造簽立之系爭聘僱契約業於104年2月2日經被上訴人合法終止，被上訴人並已依系爭聘僱契約給付104年1月份之薪資2,500元，有薪資明細在卷可憑（見原審卷二第171頁）。另依系爭聘僱契約第4條約定，上訴人依系爭聘僱契約得請求之報酬並非按日計算，上訴人又未能就系爭聘僱契約存續期間，被上訴人有積欠薪資之事實，舉證以實其說，此部分之主張，即不可採。從而，上訴人以被上訴人非法解僱，依勞基法第22條規定，請求被上訴人給付上訴人自104

年1 月30日被上訴人非法解僱日起至107 年1 月19日止之薪資167 萬8868元，為無理由，應予駁回。

五、上訴人請求資遣費、損害賠償均無理由：

查被上訴人既已於104 年2 月2 日合法終止系爭聘僱契約，上訴人主張依勞基法第14條第1 項第5 款規定，以107 年1 月18日上訴理由狀繕本之送達，向被上訴人為終止勞動契約之意思表示，即無理由。上訴人另主張其因被上訴人違法解僱而受有將來薪資之損害，亦不可採。從而，上訴人另依勞基法第14條第1 項第5 款、第4 項、第17條、勞工退休金條例第12條第1 項規定，請求被上訴人給付資遣費588,592 元，暨依民法第263 條、第260 條、第226 條第2 項，及第184 條第2 項規定，請求損害賠償404 萬9000元，均為無理由，皆無法准許。

六、綜上所述，上訴人㈠依勞基法第14條第1 項第5 款、第4 項、第17條、勞工退休金條例第12條第1 項規定，請求資遣費588,592 元、㈡依勞基法第22條規定，請求薪資167 萬8868元、㈢依民法第263 條、第260 條、第226 條第1 項及第184 條第2 項規定，請求損害賠償404 萬9000元，合計請求被上訴人給付631 萬6460元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，非屬正當，不應准許。從而，原審就上訴人請求資遣費其中之584,324 元、損害賠償404 萬9000元及法定遲延利息部分，所為上訴人敗訴之判決，並無不合。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。另上訴人擴張請求資遣費及追加請求薪資部分部分，亦為無理由，應併予駁回。又上訴人於本院追加之訴既均駁回，其假執行之聲請即失所依附，亦應予駁回。

陸、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。

柒、據上論結，本件上訴及追加之訴均為無理由，依民事訴訟法

第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　15　　日

勞工法庭　審判長法　官　張浴美

法　官　杭起鶴

法　官　莊嘉蕙

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後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日內向本院提出上訴理由書（須按他造人數附具繕本）。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條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。

書記官　高麗玲

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　15　　日