臺灣高等法院花蓮分院民事判決

107年度勞上字第3號

上　訴　人　花蓮區漁會
法定代理人　簡光臺
訴訟代理人　邱一偉律師
被上訴人　　李凱明
訴訟代理人　魏辰州律師

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106年6月29日第一審判決提起上訴，本院於民國108年4月26日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：

（一）被上訴人李凱明（下稱被上訴人）自民國83年8月起受僱於上訴人花蓮區漁會（下稱上訴人），迄106年7月間止，每月薪資新臺幣（下同）48,576元。被上訴人自106年4月間起即屢遭上訴人以各種違法理由「調職」及「解職」，上訴人再於106年6月間將被上訴人調職至新城順安辦事處，為此上訴人再向花蓮縣政府申請勞資爭議調解，雙方約定待新任總幹事上任後，再擇期調解，詎上訴人先於106年8月3日以被上訴人不遵守調職命令為由，寄發離職通知書，再於同年月16日發函通知被上訴人於同年月21日辦理復職，並載明復職後調動至向日廣場廣播室任職。被上訴人其後因健康狀況突然惡化、身體不適而分別於106年8月21日、106年9月22日、106年8月29日前往嘉恩診所及花蓮慈濟醫院回診，醫囑建議在家休養一個月，並非「無故」曠職，且被上訴人俟身體健康狀況穩定後已於106年9月8日前往花蓮區漁會打卡上班並依規定補辦病假請假手續，從而上訴人於106年9月14日寄發存證信函，以被上訴人連

續曠職14日為由，終止兩造間之勞動契約之意思表示自屬違法而無效，因而請求確認兩造間僱傭關係存在。

（二）又上訴人有為預示拒絕受領被上訴人提供勞務之意思表示，而被上訴人在上訴人違法解僱前，並無任意去職之意，上訴人既已受領勞務遲延，仍應給付薪資與被上訴人。從而上訴人應給付自106年9月14日起至106年10月底止之薪資76,102元，及自106年11月1日起至被上訴人復職日止，按月於每月5日給付48,576元，及自各應給付之翌日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。另被上訴人受僱上訴人期間，上訴人每月按提繳工資45,800元之12%之比率提繳退休準備金至被上訴人勞工退休準備金專戶，然被上訴人遭上訴人違法終止勞動契約後上訴人即未再按月依法提繳，併請求上訴人自106年9月14日起至被上訴人復職前1日止，按月提繳5,496元至勞保局之被上訴人退休金個人帳戶內。

（三）並答辯聲明：

1、上訴駁回。

2、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

二、上訴人則以：

（一）上訴人雖曾因被上訴人不接受職務調動，而於106年8月3日通知終止與被上訴人間之勞動契約，惟已於106年8月16日撤銷該決定，並請被上訴人於同年8月21日回到漁會上班，仍保有原職等職稱，且係調動至向日廣場廣播室協助管理該場館，向日廣場即在漁會大樓旁，上訴人已尊重被上訴人「希望留在原職、原單位服務，或就近單位上班」之主張，並無職務調動距離較遠的問題。被上訴人本應於106年8月21日回復上班，惟被上訴人僅在該日上午約9時由其配偶陪同到漁會大樓與上訴人代理總幹事對談，但未提及要請假之事，約於同日9時30分許即行離去，並未上班工作，直到106年9月7日，均未曾工作上班，亦未曾請假。被上訴人自106年8月21日至106年9月7日，無正當理

由連續曠職14日，符合勞動基準法第12條第1項第3款之規定，上訴人依法不經預告終止與被上訴人間之勞動契約係屬合法有據。被上訴人主張其因重病無法工作，且因此無須請假云云，均不可採。至於被上訴人辯稱上訴人調動被上訴人至向日廣場廣播室任職之決定，違反勞動基準法第10條之1規定，應屬無效之人事調動云云，並無理由。

（二）並聲明：

1、原判決廢棄。

2、前開廢棄部分被上訴人在第一審之訴駁回。

3、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

三、本件經原審為被上訴人勝訴之判決，即（一）確認被上訴人與上訴人間之僱傭關係存在。（二）上訴人應給付被上訴人76,102元，及自107年1月12日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，暨自106年11月1日起至被上訴人復職前一日止，按月於隔月5日給付新臺幣48,576元，及自各應給付之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。（三）上訴人應自106年9月14日起至被上訴人復職前一日止向被上訴人之勞動部勞工保險局退休金專戶按月提撥5,496元。（四）訴訟費用由上訴人負擔。

四、兩造不爭執事項：（經本院於108年4月9日與兩造整理協商確認，見本院卷第124頁，並依判決格式修正或增刪文句）：

（一）被上訴人主張其自83年8月起受僱於上訴人，擔任秘書，每月薪資48,576元，且上訴人於隔月5日前匯入被上訴人之帳戶，並按月提撥5,496元至被上訴人退休金專戶。

（二）上訴人於106年4月間將被上訴人調任至石梯辦事處，被上訴人不服經向花蓮縣政府申請勞資爭議調解，花蓮縣政府認上訴人調任被上訴人之行為牴觸勞動基準法第10條之1規定，應屬無效之人事調動，嗣上訴人於106年6月間將被上訴人調職至新城順安辦事處，被上訴人再向花蓮縣政府申請勞資爭議調解，然上訴人於106年8月3日將被上訴人

解職，後於106年8月16日發函通知被上訴人於同年月21日辦理復職手續，並將被上訴人調動至向日廣場廣播室任職，其後上訴人以存證信函表示自106年9月14日起終止兩造間之勞動契約。

（三）如兩造間僱傭關係存在，被上訴人所得請求金額如原判決主文第二、三項所示。

五、本件爭執事項：（經本院於108年4月9日與兩造整理協商確認，見本院卷第124頁，並依判決格式修正或增刪文句）：

（一）上訴人以存證信函表示自106年9月14日起終止兩造間的勞動契約是否合法。

（二）兩造間僱傭關係是否存在。

（三）上訴人請求之薪資及退休準備金是否有理由。

六、得心證之理由：

（一）本件並無勞資爭議處理法第8條資方不得終止勞動契約之適用：

1、勞資爭議處理法第8條法律見解分析：

(1)法律規定：

①98年7月1日前勞資爭議處理法第7條規定：「勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為。」；同法第8條規定：「勞資爭議在調解或仲裁期間，勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為。」

②98年7月1日由原條文第7條及第8條合併修正。配合本法增列裁決制度，酌修原條文第7條，列為前段。又勞工或工會行使影響工作秩序之行為，應屬修正條文第5條第4款之「爭議行為」定義範圍內（如罷工或怠工、糾察線或杯葛等其他阻礙事業正常運作行為），爰酌修原條文第8條，列為後段（98年7月1日修法理由參照）。修正為「勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為

；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工或為其他爭議行為。」勞資爭議處理法第8條定有明文。則就勞資爭議在調解期間，資方不得因該勞資爭議事件而終止勞動契約部分，規定與修正前並無不同。

(2)立法目的：

按權利事項之勞資爭議，依本法所定之調解程序處理之；勞資爭議在調解或仲裁期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為；勞方不得因該勞資爭議事件而罷工、怠工或為其他影響工作秩序之行為。（修正前）勞資爭議處理法第5條第1項、第7條、第8條分別定有明文規定。上開立法目的旨在保障合法之爭議權，並使勞資爭議在此期間內得以暫為冷卻，避免爭議事件擴大（最高法院97年度台上字第1459號、98年度台上字第600號判決意旨參照）。

(3)何謂調解期間：

①係指依勞資爭議處理法所定調解程序之期間而言：

「所謂調解期間係指依勞資爭議處理法所定調解程序之期間而言，至勞資雙方依其他法令規定所行調解程序，應無上開（修正前）勞資爭議處理法第七條、第八條規定之適用，原審謂在法院處理勞資爭議期間，勞資雙方亦應受勞資爭議處理法第七條之拘束，所執法律見解非無違誤。」（最高法院97年度台上字第1459號、98年度台上字第600號、98年度台再字第47號判決意旨參照）。

②調解期間之起迄：

又「（修正前）勞資爭議處理法第七條、第八條所謂『調解期間』，係指自勞資爭議當事人向直轄市或縣（市）主管機關提出依同法第十條規定記載之調解書之時或主管機關依職權交付調解並通知勞資爭議當事人之時（見同法第九條）起，其因勞資爭議調解委員會無法作成調解方案而視為調解不成立者（同法第十九條），至直轄市、縣（市）主管機關將調解紀錄送達勞資雙方當事人之時止（同法

第二十條）；其經勞資爭議調解委員會作成調解方案者，至爭議當事人雙方同意並在調解紀錄簽名而調解成立之時（同法第十七條），或爭議當事人任一方對調解方案不同意時（同法第十八條）止。」（最高法院97年度台上字第1459號判決意旨參照）。「上訴人於一〇一年一月六日向高雄市政府勞工局申請勞資爭議調解，經該局受理後而進入勞資爭議調解，至同年月十六日勞資爭議調解不成立時止，係屬勞資爭議處理法所規定之勞資爭議調解期間。」（最高法院104年度台上字第836號判決意旨參照）。

③何謂調解不成立：

A、「勞資爭議當事人對調解委員會之調解方案不同意者，為調解不成立。」勞資爭議處理法第20條定有明文。

B、「有下列情形之一者，視為調解不成立：一、經調解委員會主席召集會議，連續二次調解委員出席人數未過半數。二、未能作成調解方案。」勞資爭議處理法第21條定有明文。

④調解不成立，就同一爭議，再度申請調解，亦無適用：

勞資爭議經調解不成立，當事人就同一爭議再度申請調解者，（修正前）勞資爭議處理法法第7條、第8條規定無適用之餘地，否則，將使他方無從依其他方法行使其權利，以解決雙方之爭議（最高法院98年度台再字第47號判決意旨參照）。詳言之，權利事項勞資爭議經調解不成立者，已難期待爭議當事人冷卻其爭議，縱使爭議當事人之一方再度申請調解，他方當事人仍應得行使其合法爭議手段，不受勞資爭議法第七條、第八條規定之限制，否則，任何一方在即將採取爭議手段之際，他方得隨時申請調解，使對方之爭議行為陷於不可能，自非（修正前）勞資爭議處理法第七條、第八條規定冷卻期間之目的（最高法院97年度台上字第1459號判決意旨參照）。

2、本件上訴人終止勞動契約，並非在調解期間，並無勞資爭議處理法第8條之適用：

(1)上訴人曾以「為發展石梯漁港社區培育及漁村活化」為由，自106年4月19日起將被上訴人調至石梯辦事處（見原審卷第21頁），被上訴人於同年5月10日申請勞資爭議調解，經花蓮縣政府受理後，調解委員會作成調解方案「李員（指被上訴人）之調動顯已牴觸勞基法第10-1條之調動五原則，應屬無效之人事調動，建請漁會另為適當之處分。」並於同年月31日召開調解會議，調解結果為「調解不成立」，原因為「勞資雙方無法達成共識」（見原審卷第22頁）。則該次調解期間即已結束。

(2)嗣上訴人再於106年6月6日以人事命令將被上訴人調動至順安駐點，並應於106年6月9日赴任，經被上訴人於同年月30日申請勞資爭議調解，復於同年7月14日以人事命令請被上訴人遲於106年7月20日至新城順安辦事處任職，如仍不前往赴職，上訴人將依漁會人事管理辦法及勞動契約書做相關處置（見原審卷第23、24頁）。被上訴人申請勞資調解，經花蓮縣政府受理後，調解委員會於106年8月1日召開調解會議建議調解方案「1.待花蓮區漁會新上任總幹事上任後，再擇期調解。2.依勞資爭議處理法第8條之規定，勞資爭議在調解期間，資方不得因勞資爭議事件為其他不利於勞工之行為。」，然兩造並未同意前開調解方案，調解結果為「調解不成立」，原因為「資方代理人未得授權決定」（見原審卷第25頁）。花蓮縣政府遂於106年8月3日以府社勞字第1060145871號函依勞資爭議處理法第22條檢送前開勞資爭議調解紀錄予兩造，上訴人於同年月4日收受（見本院卷第64頁）。

(3)上訴人即於106年8月3日以會字第106147號花蓮區漁會員工離職通知書解除被上訴人職務，離職生效日為106年8月3日（見原審卷第26、27頁）。然旋於同年月16日以花漁會第106157號函撤銷前開離職通知書，並請被上訴人於106年8月21日至上訴人漁會辦理復職相關手續，被上訴人復職後仍保有原職等職稱，經理事會全數通過及理事長指示

，被上訴人復職後調動至向日廣場廣播室，協助上訴人管理該場館（見原審卷第28頁）。

(4)上訴人復於106年9月14日以下美崙郵局存證號碼00121號存證信函，通知被上訴人「台端（指被上訴人）自民國106年8月21日至106年9月7日間連續曠職14日，台端之行為已符合勞動基準法第12條第1項第3款『無正當理由繼續礦工三日』得不經預告終止契約之要件。」、「經本會人事評議小組106年9月13日第四次會議通過，台端自即日起終止勞動契約，請於106年9月20日前辦妥移交及相關手續。」（見原審卷第31頁）。

(5)被上訴人雖主張上訴人終止勞動契約時，尚在調解期間，上訴人終止勞動契約，違反勞資爭議處理法第8條之規定而無效。原判決雖亦認前開（指調動至新城順安辦事處）調解雖因上訴人之代理人表示上訴人僅願將被上訴人調職至新城順安辦事處，故調解不成立，然兩造決定待上訴人新上任總幹事任職後再擇期調解，且花蓮縣政府特別告知上訴人有關勞資爭議處理法第8條之規定等情（見原判決第15頁）。然前開花蓮縣政府爭議調解紀錄，乃是資方（上訴人）主張「代理人僅『授權』勞方調至順安服務，其餘事項『並未授權』」，而「待花蓮區漁會新上任總幹事上任後，再擇期調解。」乃是「調解方案」，並非「兩造決定」，而調解不成立乃是因「資方代理人未得授權決定」，亦非因「上訴人僅願將被上訴人調職至新城順安辦事處，故調解不成立」，對此被上訴人亦表示從文義看來是如此（見本院卷第52頁背面），從而原判決對於調解紀錄內容顯有誤解。則上訴人代理人既因未獲授權無法同意勞資爭議調解委員會之調解方案，依勞資爭議處理法第18條調解即不成立，花蓮縣政府復依勞資爭議處理法，將勞資爭議調解紀錄送達予兩造，揆諸前開說明，調解期間即已結束。

(6)參以兩造均不爭執106年8月1日調解事由是調到新城順安

辦事處的原因事實，而就本院107年11月9日準備程序問以：若要再就調動到新城順安辦事處的調動繼續調解，是否應另外再為申請之問題，上訴人表示應要另外申請，因106年8月1日這次調解已經終結，被上訴人亦表示，在行政程序上，應該是要另外提出申請沒有錯等語（見本院卷第58頁），益證上開調解程序已經結束，上訴人終止勞動契約時，並非在前揭調解程序中。況上開調解不成立後，上訴人於先將被上訴人解職後，又撤銷解職命令，復職後再將被上訴人調派至向日廣場，客觀上被上訴人亦不可能針對調動至新城順安辦事處之勞資爭議申請調解。

(7)綜上，上開調解期間既已結束，本件並無勞資爭議處理法第8條資方不得終止勞動契約之適用。

（二）上訴人以存證信函通知被上訴人自106年9月14日起終止兩造間的勞動契約應屬合法：

1、勞動基準法第12條第1項第6款法律見解分析：

(1)法律規定：

按「勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：... 六、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者。」勞動基準法第12條第1項第6款定有明文。

(2)勞動基準法第12條第1項第6款之要件：

①何謂「繼續曠工」：

勞動基準法第12條第1項第6款所謂「繼續曠工」，係指勞工實際應為工作之日無故繼續不到工者而言，其受核准請假之日，不得併予計入繼續曠工之範圍，亦不因其中間隔有該請假日而阻卻其繼續性（最高法院81年台上第127號判例意旨參照）。

②何謂「一個月內曠工達六日」：

A、行政院勞工委員會（88）台勞資二字第0048187號函，就勞動基準法規定，所稱「一個月內曠工達六日」可否跨月疑義，認「查勞動基準法第十二條第項第六款規定，勞工無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六

日者，雇主得不經預告終止勞動契約。按勞務提供係勞動者之主要義務，且勞務提供具有繼續性，而依民法第一百二十三條規定：『稱月或年者，依曆計算。』是以，本案所稱『一個月』應以首次曠工事實發生之日起依曆計算一個月。至『一個月』期間之終止應依民法第一百二十一條規定辦理。」

B、「勞動基準法第12條第1項第6款規定，勞工無正當理由1個月內曠工達6日者，雇主得不經預告終止契約。又民法第121條第2項前段規定，期間不以星期、月或年之始日起算者，以最後之星期、月或年，與起算日相當日之前一日，為期間之末日。第123條第1項規定，稱月或年者，依曆計算。勞務提供係勞動者之主要義務，具有繼續性，自應依上開規定計算所稱之『1個月』。被上訴人於100年12月5、21、26、28、30日，及101年1月4日共曠工6日，為原審認定之事實。自被上訴人曠工始日100 年12月5日起算1個月，其末日為101年1月4日。果爾，被上訴人1個月內既曠工6日，倘無正當理由，能否謂上訴人不得據之終止兩造間之勞動契約，即滋疑問。」（最高法院106年度台上字第2649號判決意旨參照）。

③「無正當理由」要件：

「按無正當理由繼續曠工三日者，雇主得不經預告終止契約，勞基法第十二條第一項第六款固有明文規定。惟雇主得不經預告終止契約，必須具勞工無正當理由曠工，且繼續曠工達三日以上之法定要件，若僅符合其中之一者，尚不構成終止契約之事由。」（最高法院99年度台上字第1825號、85年度台上字第271號判決意旨參照）。「從而，勞工雖繼續曠工三日，但其曠工非屬無正當理由者，雇主即不得據以終止契約。」（最高法院84年度台上第1275號判決意旨參照）。「本件上訴人於收受被上訴人復職通知後，已表示願意簽署新勞動契約，自無曠工之意，而原審

既認兩造自九十六年六月十二日起至九十八年三月五日之僱傭契約仍然存在，且被上訴人負有給付該期間之薪資予上訴人之義務，該應給付薪資已屆期，被上訴人即應為給付，上訴人於被上訴人未為給付前拒絕復職上班，尚難謂其係無正當理由。原審見未及此，徒以前揭情詞，認上訴人係無正當理由曠工，被上訴人得據以終止契約，自有未洽。次查工資乃勞工因工作而獲得之報酬，為其勞動對價而給付之經常性給與。所謂經常性給與，與固定性給與不同，僅須在一般情況下經常可領取者，即屬經常性給與。假日加班費是否屬於經常性給與，應從制度面上雇主之需求營運、作業及規範等予以考量，而非以勞工個人有無於假日加班及支領假日加班費為準。假日加班倘係頻仍，而非偶爾為之，即具經常性，每一雇主之情形，未必盡同。原審就此未予推闡調查明晰，僅憑前揭情詞，遽認被上訴人給與上訴人之假日加班費，不屬經常性給與，應從平均工資予以扣除，亦有可議。上訴論旨，執以指摘原判決關於其敗訴部分為不當，求予廢棄，非無理由。」（最高法院99年度台上字第1825號判決意旨參照）。

④縱使對於職務變動內容有意見，仍不得以之為拒絕提出勞務給付之正當理由：

「原審依審理結果以：上訴人就復職後之勞動條件雖有不同意見，惟被上訴人給付之薪資與復職之前完全相同，且上訴人於民國九十年五月二十二日報到復職當日已悉知其職務變動內容，縱對被上訴人所提勞動條件有意見，亦應於同年月二十三日參與主管會報，再循行政救濟、司法訴訟或團體協議等方式保障其權益，尚不得以之為其拒絕提出勞務給付之正當事由，上訴人竟未參與主管會報，即屬曠職，嗣被上訴人於同年月二十八日函請其到職執事，上訴人仍未向被上訴人請假或至圓山飯店服務，自屬無正當理由繼續曠工三日以上，則被上訴人依勞動基準法第十二條第一項第六款之規定，於同年月三十一日以通告終止兩

造間之勞動契約，上訴人於同年六月一日收受該通告，兩造間之勞動契約已合法終止，認兩造間僱傭關係即不存在，而為上訴人敗訴之判決，經核並無違背法令，併此敘明。」（最高法院98年度台上字第1093號判決意旨參照）。

⑤勞工繼續曠工3日以上，倘未依法定程序辦理請假手續，是否符合「無正當理由」要件：

A、最高法院之意見：

「勞工因婚、喪、疾病或其他正當事由得請假。勞工無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者，雇主得不經預告終止契約。勞工因有事故，必須親自處理者，得請事假。勞工請假時，應於事前親自以口頭或書面敘明請假事由及日數。但遇有疾病或緊急事故，得委託他人代辦請假手續。勞動基準法第四十三條前段、第十二條第一項第六款，勞工請假規則第七條、第十條分別定有明文。準此，勞工於有事故，必須親自處理之正當理由時，固得請假，然法律既同時課以勞工應依法定程序辦理請假手續之義務。則勞工倘未依該程序辦理請假手續，縱有請假之正當理由，仍應認構成曠職，得由雇主依法終止雙方間之勞動契約，始能兼顧勞、資雙方之權益。」（最高法院97年度台上第13號判決意旨參照）。「本件上訴人對於原判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，所論斷：上訴人申請自民國一〇二年五月三十日起至一〇三年五月三十日止，留職停薪（一年），不符規定，未獲被上訴人核准。乃上訴人於一〇二年五月十四日至同年六月十三日期間，未到職，除五月十五日下午、二十九日請事假，另五月十六日、十七日、二十日至二十四日、二十七日、二十八日請特別休假外，連續無故曠職達十日，復無法證明有正當理由不能提供勞務，且已依規定程序辦理請假手續，則被上訴人縱未依工作規則第三十二條（獎懲章節

）規定，先予書面警告，即逕依勞動基準法第十二條第一項第六款規定，終止兩造間之勞動契約，於法仍無不合。兩造間勞動契約既經被上訴人合法終止，上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，及判命被上訴人給付薪資，暨按月提撥勞工退休金，均不能准許等情，指摘其為不當。並就原審已論斷者，泛言未論斷或論斷違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。（最高法院104年台上字第1871號判決意旨參照）。

B、法律座談會之意見：

就「勞工因病無法工作繼續達3日，但未通知雇主請假。雇主得否逕依勞動基準法第12條第1項第6款規定不經預告終止勞動契約？」之法律問題，107年11月21日臺灣高等法院暨所屬法院107年法律座談會民事類提案第8號討論意見：

甲說：肯定說。

勞工因婚、喪、疾病或其他正當事由得請假。勞工無正當理由繼續曠工3日，或1個月內曠工達6日者，雇主得不經預告終止契約。勞工因有事故，必須親自處理者，得請事假。勞工請假時，應於事前親自以口頭或書面敘明請假事由及日數。但遇有疾病或緊急事故，得委託他人代辦請假手續。勞動基準法第43條前段、第12條第1項第6款，勞工請假規則第7條、第10條分別定有明文。準此，勞工於有事故，必須親自處理之正當理由時，固得請假，然法律既同時課以勞工應依法定程序辦理請假手續之義務。則勞工倘未依該程序辦理請假手續，縱有請假之正當理由，仍應認構成曠職，得由雇主依法終止雙方間之勞動契約，

始能兼顧勞、資雙方之權益（最高法院97年度台上字第13號判決意旨參照）。

乙說：否定說。

勞工無正當理由繼續曠工3日者，雇主得不經預告終止契約，勞動基準法第12條第1項第6款定有明文。從法律規定觀之，該款既以無正當理由為其構成要件要素，則「未工作=曠工」之單一要素，即難認為滿足該款所定懲戒解僱要件。因此，將「未依雇主規定請假」等同於「無正當理由」，似有違法解釋之疑慮。況且，不論勞動基準法本文，亦或經授權訂定之勞工請假規則，均無有關雇主所定請假程式與規定之任何效力明文，則逕賦予如此強大之拘束力，非但不符勞動基準法做為保障勞工最低基準之意旨，亦有違反法治國原則之問題。當然，勞工未依雇主所定請假程式而請假，對於生產秩序亦可能有一定程度之影響，非絕無施以一定程度懲戒之可能，但應將焦點集中於「未請假得否連接至不經預告終止權」之問題上，與雇主之其他處理權限有所不同。勞工因病無法工作雖有向雇主報告之義務，但勞工除明確的重複違反雇主之警告，亦或其義務之違反明顯影響企業之生產過程，甚至造成一定的損害外，勞工違報告義務，並不當然構成雇主合法終止勞動契約之事由（林佳和教授，最高法院97年度台上字第13號民事判決司法智識庫參照）。

初步研討結果：採乙說。

審查意見：

（一）修正乙說：

按勞動基準法第12條第1項第6款所定之勞工無正當理由繼續曠工3日，雇主得不經預告終止勞動契約者，必以勞工無正當理由曠工及繼續曠工3

日為其法定要件，倘祇具其一，即不構成雇主不經預告終止勞動契約之事由。是勞工之曠工非屬無正當理由，雇主自不得據以終止勞動契約（最高法院84年度台上字第1275號、同院85年度台上字第271號判決意旨參照）。是以，本件勞工因病無法工作繼續達3日，即非屬無正當理由曠工，雖未通知雇主請假，雇主不得依勞動基準法第12條第1項第6款規定不經預告終止勞動契約。

（二）增列丙說：

因疾病或緊急事故未辦理請假，是否符合有正當理由而曠工3日之要件，應視有否可以辦理請假而不辦理之情況而定，若可辦理請假而不辦理，即無正當理由，反之，即有正當理由。

（三）多數採丙說（甲說0票，修正乙說12票，丙說13票）。

研討結果：多數採修正乙說（實到74人，採甲說0票，採修正乙說44票，採丙說23票）。

C、綜上，最高法院97年度台上字第13號判決意旨與臺灣高等法院暨所屬法院107年法律座談會民事類提案第8號修正丙說之見解較為接近，亦即縱使勞工有疾病等正當事由，亦應視其有無依法定程序辦理請假手續而不辦理而定。

D、本院之見解：

按「勞工因婚、喪、疾病或其他正當事由得請假；請假應給之假期及事假以外期間內工資給付之最低標準，由中央主管機關定之。」勞動基準法第43條定有明文。則勞工倘有疾病等正當事由，確實可以不到工，然仍應依法定程序請假。又「勞工請假時，應於事前親自以口頭或書面敘明請假理由及日數。但遇有急病或緊急事故，得委託他人代辦請假手續。辦理請假手續時，雇主得要求勞工提出有關證明文件。」勞工請假規則第10條亦明

定請假之法定程序，而前開法定請假程序對於勞工而言，乃是不難達成之義務。從而縱使勞工有疾病等重大事由而得以不到工，倘依客觀情形可以辦理請假之法定程序，而故意不辦理，業已顯示並無到職服勞務的主觀意思，即難認仍有正當理由曠工，否則倘認只要有疾病等正當事由，即可任意曠工，甚至長時間曠工，雇主均無從終止勞動契約，將無法兼顧勞、資雙方之權益，從而解釋上當不能將請假之「正當事由」等同於勞動基準法第12條第1項第6款之「正當理由」，從而本院贊同最高法院97年度台上字第13號判決之見解，認勞工倘未依請假之法定程序辦理請假手續，縱有請假之正當事由，仍應認構成曠職，得由雇主依法終止雙方間之勞動契約。

2、經查：

(1)被上訴人縱使對於調動至向日廣場違反調動原則，仍不得以之作為繼續曠工之正當理由：

被上訴人雖認為調職到向日廣場的復職命令違反調動原則，亦應依勞資爭議程序，申請調解、行政救濟、司法訴訟或團體協議等方式保障其權益。而被上訴人對於調職至向日廣場之勞資爭議，並沒有聲請勞資調解等救濟程序，為被上訴人所自承（見本院卷第113頁），揆諸前開說明，則當不能以其自認違反調動原則之事由，以之為其拒絕提出勞務給付之正當事由，自亦無法作為繼續曠工之正當理由。

(2)兩造對於被上訴人自106年8月21日起至106年9月7日止，並未至上訴人處工作乙節，並無爭執，則縱被上訴人認其有疾病之正當事由，揆諸前開說明，仍應依法定程序辦理請假手續，始符合「正當理由」之要件。

(3)按「乙方（指被上訴人）請假依漁會人事管理辦法、勞動基準法、性別工作平等法、勞工請假規則及甲方（指上訴人）請假程序辦理」，兩造間花蓮區漁會舊制編制員工勞動契約書第7條定有明文（見原審卷第52頁）。而「漁會

員工請假或出差，應事先填具請假單或公差單申請之。但遇有急病或緊急事故，得以口頭申請，並委託他人代辦或補辦請假手續。漁會員工辦理婚假、喪假、三日以上病假、產假、陪產假及安胎假之請假手續時，應提出有關證明文件。」漁會人事管理辦法第43條第1項、第2項定有明文。又「勞工請假時，應於事前親自以口頭或書面敘明請假理由及日數。但遇有急病或緊急事故，得委託他人代辦請假手續。辦理請假手續時，雇主得要求勞工提出有關證明文件。」勞工請假規則第10條亦定有明文。兩造對於被上訴人於106年9月8日始至上訴人處上班，並提出「花蓮區漁會聘僱員工請假單」及「嘉恩診所」106年8月21日診斷證明書，請病假14日之事實（見原審卷第50、51頁），亦不爭執。顯見被上訴人在事前並無親自以口頭或書面敘明請假理由及日數，亦無委託他人代辦請假手續。

(4)被上訴人並無不能依法定程序請假之正當理由：

①被上訴人於106年9月8日上午至上訴人處請假時，所提出之證明文件僅有嘉恩診所106年8月21日診斷證明書，為兩造所不爭執（見本院卷第112頁背面），依前開診斷證明書，「病名」部分載明「末期腎病、糖尿病、冠狀動脈心臟術後」；「醫師囑言」部分記載「患者每週洗腎三次，時有胸痛及下肢疼痛等症狀，宜休養壹個月。」等情（見原審卷第30頁）。則依其病情，乃是長期慢性疾病，而至嘉恩診所洗腎，縱使106年8月21日就診時，主訴仍時有心絞痛（angina）及下肢疼痛（疑週邊動脈阻塞）等症狀，加上患者有貧血，血壓及血糖控制不良，合併當時工作情緒壓力，增加心臟病發的機率（見原審卷第71頁），病情較先前嚴重，然既能到嘉恩診所洗腎，並「主訴」其症狀，難認不能或難以撥打電話「口頭」或「委託他人」代為請假，亦當無不能或難以於106年8月21日隔日以口頭或書面請假之情形。

②被上訴人復於106年8月22日至佛教慈濟醫療財團法人花蓮

慈濟醫院（下稱慈濟醫院）心臟內科門診，然依慈濟醫院門診病歷單，該次門診乃是106年8月20日18時22分掛號，106年8月22日8時35分看診，從而被上訴人乃是在復職日即106年8月21日前即已知並排定要至慈濟醫院門診，當無不能或難以撥打電話「口頭」或「委託他人」代為請假，或以書面請假之情形。

③慈濟醫院107年3月15日慈醫文字第1070000639號函及所附之107年3月12日病情說明書雖記載：「主訴：該病患為慢性腎衰竭接受固定血液透析治療（洗腎）、慢性心臟衰竭（LVEF：42%，105年6月16日超音波）。診斷：慢性缺血性心臟病接受冠狀動脈繞道手術（105年6月23日）。治療經過：糖尿病、高血壓（藥物困難控制）、胃潰瘍等慢性病，長期在本院心臟內科門診追蹤治療。已按時服用5種高血壓用藥（Nifedipine 30mg BID、Doxaben 1# HS、hydralazine 2# BID、Carvedilol 25mg BID、Telmisartan 1# BID），但是在10608至10609期間血壓控制困難，收縮壓為000-000mmHg，舒張壓為80-110mmHg（請詳見門診病歷紀錄）。因為血壓持續偏高，即使增加藥物仍困難控制，導致身體嚴重不適，且會增加洗腎時的風險，因而曾經建議病人住院控制血壓，並且建議在家休養一段時間。」（見原審卷第76、77頁）。惟依前開慈濟醫院門診病歷單，在主訴/現病史/過敏史欄，106年5月17日雖記載「**High BP was noted add Nifedipine 30mg」，然106年8月22日記載「Now improved BP was noted」，客觀欄記載「BP:155/95 mmHg」，106年9月29日則記載「Recently high BP was noted」，客觀欄記載「BP:180/100mmHg」（見本院卷第132頁背面、第133頁背面），而BP即為blood pressure血壓，從而被上訴人於106年5月17日門診時，血壓乃是偏高，然於106年8月22日門診時血壓已經改善，低於前開函文所示收縮壓000-000mmHg，舒張壓80-110mmHg之情形，直至106年9月29日門診前血壓才又增加至收縮

壓180mmHg，舒張壓100mmHg，從而被上訴人於106年8月22日門診時，並無慈濟醫院107年3月15日慈醫文字第10700006 39號函及所附之107年3月12日病情說明書所載血壓持續偏高之情形，前開函文當指106年9月29日被上訴人就診時之情形，從而宜在家休養一段時間，乃是以106 年9月29日狀況為觀察，而非106年8月22日，則更無不能或難以在106年8月21日或同年月22日撥打電話「口頭」或「委託他人」代為請假，或以書面請假之情形。

③又被上訴人於106年8月23日寄發富國路郵局存證信函予上訴人，內容為「有關貴會於民國106年8月18日來函通知本人於106年8月21日辦理復職乙案，本人於106年8月21日即前往貴會向洪銘芳代理總幹事說明：一、本人並未辦理離職，何來辦理復職。二、經本人向勞工保險局花蓮辦事處查詢，本人已於106年8月4日遭貴會辦理退保，對本人之勞健保投保年資之延續及本人權益造成中斷影響甚鉅，敬請貴會向勞工保險局花蓮辦事處查詢辦理接續。三、本人與貴會於106年5月31日及106年8月1日於花蓮縣政府社會處辦理勞資爭議調解，決議中提及貴會牴觸勞基法第10條之1之規定及勞資爭議處理法第8條之規定違法調動，而本人不服調動，此言論已嚴重影響本人名譽，請貴會澄清以還本人名譽。」（見原審卷第47、48頁）。則被上訴人既於106年8月23日能至花蓮縣○○市○○路○○號富國路郵局寄發存證信函予上訴人，復難認不能或難以至上訴人處以口頭或書面請假之情形。況被上訴人若有意請假，亦可在前開存證信函內容中載明請假事由，甚至提出診斷證明書，然前開存證信函並無任何被上訴人病情嚴重必須請假之記載。

④再者，兩造對於被上訴人曾於106年8月25日至田源診所門診，進行血液透析（洗腎）並不爭執（見本院卷第123頁背面），並有衛生福利部中央健康保險署保險對象門診醫令明細清單可稽（見原審卷第98頁背面）。而田源診所乃

是位於高雄市○○區○○路○○○號，則被上訴人既能遠赴高雄市進行血液透析，則難以想像其有何不能或難以撥打電話「口頭」或「委託他人」代為請假，或以書面請假之情形。

⑤被上訴人其餘至醫療院所，則乃是於106年8月23日、28日、30日、同年9月1日、4日、6日至嘉恩診所進行血液透析（洗腎），有嘉恩診所醫院/血液透析紀錄表在卷可稽（見本院卷第135至138頁）。兩造對於106年間除了到高雄田源診所進行血液透析外，該年度被上訴人到嘉恩診所進行血液透析並無請假紀錄乙節，亦不爭執（見本院卷第114頁），則被上訴人縱使至嘉恩診所進行血液透析，仍無不能或難以撥打電話「口頭」或「委託他人」代為請假，或以書面請假之情形。

⑥綜上，被上訴人自106年8月21日至同年9月7日，均難認有不能或難以撥打電話「口頭」或「委託他人」代為請假，或以書面請假之情形，且依其病情，亦難認有何不能工作或難以工作之情形。

(5)被上訴人雖主張依其106年度「花蓮區漁會聘僱員工請假單」，被上訴人於106年度曾3度事後補辦病假申請手續，並均經上訴人承辦人員及代理總幹事洪銘芳審核後准予辦理，足認上訴人員工病假得以事後檢具相關證明方式補行辦理。然前開方式已與兩造間花蓮區漁會舊制編制員工勞動契約書第7條、、漁會人事管理辦法第43條第1項、第2項、勞工請假規則第10條規定相牴觸。且細究被上訴人所謂於106年度曾3度事後補辦病假申請手續，乃指106年6月19日、同年7月17日及同年7月24日之請假單，惟請假日數106年6月16日8時至17時之病假請假單，事由乃是記載「至高雄檢查」，而106年6月16日乃是星期五，被上訴人於下星期一即106年6月19日檢附阮綜合醫療社團法人阮綜合醫院診斷證明書請假，即難認有何不合（見本院卷第87、88頁）。而請假日數106年7月14日15時至17時之病假請

假單，106年7月14日為星期五，被上訴人於下星期一即106年7月17日檢附慈濟醫院診斷證明書，載明於106年7月14日接受雙眼玻璃體內注射Avastin藥物手術（見本院卷第89、90頁），其於週一補具診斷證明書請假，亦難認有何不合。又請假日數106年7月20日15時至7月21日17時之病假請假單，事由乃是記載「至高雄檢查」，而106年7月21日乃是星期五，被上訴人於下星期一即106年7月24日檢附田源醫院診斷證明書請假，復難認有何不合（見本院卷第91、92頁）。從而被上訴人上開106年度3次事後補請假紀錄，均有其時間、地點、事由之特殊性。然被上訴人其餘106年度請假紀錄，則無論請事假、病假、特休假，多能在事先完成請假手續（見本院卷74至93頁）。當不能僅以前開3次事後補請假紀錄，即認上訴人允許員工病假以事後檢具相關證明方式補行辦理或形成慣例。

(6)綜上所述，被上訴人自106年8月21日至同年9月7日，均難認有不能或難以以法定程序進行請假手續之情形，上訴人亦未允許員工病假以事後檢具相關證明方式補行辦理，被上訴人可依法定程序辦理請假手續，卻未依規定辦理，未盡其請假義務，顯係故意不辦理，業已顯示並無到職服勞務的主觀意思，且繼續曠工日數長達14日，揆諸前開說明即難認有正當理由曠工。被上訴人既無正當理由，繼續曠工14日，上訴人依勞動基準法第12條第1項第6款，於106年9月14日不經預告終止系爭勞動契約，即無不合。

七、綜上所述，上訴人既已依法終止與被上訴人間之勞動契約，則被上訴人提起本件訴訟請求確認與上訴人間僱傭關係存在，及請求給付薪資及退休準備金，均無理由。原審為上訴人敗訴判決，自有未洽，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，非無理由，應由本院予以廢棄，改判如主文第2項所示。

八、本件事證已臻明確，至於未論述之爭點、兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以

影響本判決之結果，自無一一詳予論駁之必要，併此敘明。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　31　　日

民事庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　廖曉萍

法　官　張宏節

以上正本係照原本作成。

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（詳附註）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　　108　　年　　5　　月　　31　　日

書記官　蔣若芸

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。