臺灣高等法院民事判決

107年度勞上字第130號

上　　訴　　人　陳獻平
被　上訴　人　虹勝工程有限公司
兼法定代理人　王鵬棟
共　　同
訴　訟代理　人　林紹源律師

上列當事人間請求恢復僱傭關係等事件，上訴人對於中華民國107年9月4日臺灣新北地方法院107年度勞訴字第40號第一審判決提起一部上訴，並為訴之追加，本院於108年7月30日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及追加之訴均駁回。

第二審及追加之訴訴訟費用均由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之基礎事實同一、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、第255條第1項第2款、第3款分別定有明文。次按當事人對於第一審判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明，依民事訴訟法第441條第1項第3款，雖應表明於上訴狀。然其聲明之範圍，至第二審言詞辯論終結時為止，得擴張或變更之，此不特為理論所當然，即就同法於第二審程序未設與第473條第1項同樣之規定，亦可推知。故當事人在上訴期間內提出之上訴狀，僅載明對於第一審判決一部不服，而在言詞辯論終結前，復對其他部分一併聲明不服者，應認其上訴聲明之範圍為已擴張，不得謂其他部分之上訴業已逾期，予以駁回（最高法院30年抗字第66號判例意旨參照）。本件上訴人在原審原請求確認兩造間僱傭關係存在，及請求自民國106年5月1日至復職日止之薪資、勞工退休金、勞健保費、獎金、特休未休工資等。於上訴時僅對被上訴人虹勝工程有限公司提起上訴，聲明為「恢

復僱傭關係」，並表明「其他薪資、獎金、勞退金、勞健保費均不予上訴」，嗣則擴張上訴聲明請求薪資、獎金、勞退金、勞健保費，並追加請求資遣費；另追加王鵬棟為被告，核屬擴張或減縮應受判決事項之聲明，及請求之基礎事實同一，與上開規定相符，應予准許。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：其於民國104年10月1日起受僱於被上訴人，擔任被上訴人公司位於臺北市南山廣場工地之安全衛生管理員，面試時每月薪資新臺幣（下同）4萬6000元，半年後調整為每月4萬9000元。嗣被上訴人以上訴人不能勝任工作為由，而於106年5月10日以勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款之規定資遣上訴人，惟被上訴人之解雇行為實非適法，兩造間之僱傭關係仍存在，被上訴人王鵬棟為獨資經營被上訴人公司，並故意捲款倒閉，自應負連帶給付之責等情，求為命：㈠確認兩造間106年5月1日至107年7月1日僱傭關係存在。㈡被上訴人應給付上開期間計14個月薪資68萬6000元，按月於每月5日給付4萬9000元，並自每月6日起至清償日止，按年息百分之5計付利息。㈢被上訴人應於上開期間按月提撥3036元至上訴人之勞工退休金專戶。㈣被上訴人應於上開期間按月為上訴人繳納勞保費3367元、健保費2184元。㈤被上訴人應給付年終績效獎金、三節獎金、員工紅利及其他獎金每年共計12萬2000元，及各項獎金發放之翌日起至清償日止，按年息百分之5計付利息。㈥被上訴人應給付特休未休工資2萬7,766元。㈦被上訴人應給付資遣費8萬5,750元（上訴人逾上開範圍之請求，經受敗訴判決後，未據其聲明不服）。

二、被上訴人則以：上訴人因未能履行被上訴人交付之職務，且又遭被上訴人公司上包商即互助營造股份有限公司（下稱互助營造公司）發函撤換安全衛生人員，顯有不能勝任工作之情事，被上訴人於106年4月20日以勞基法第11條第5款事由通知上訴人於106年5月10日終止勞動契約，於法有據，並將

薪資、資遣費、預告工資、特休未休工資，於106年5月10日轉帳由上訴人受領，且上訴人亦曾於106年6月間請求被上訴人開立非自願離職證明書及純離職證明書，足見上訴人已同意被上訴人依據上開規定終止契約，而上訴人自此之後，並未進入被上訴人公司，亦無提供勞務之意願等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起一部上訴。並上訴及追加聲明：㈠確認兩造間106年5月1日至107年7月1日僱傭關係存在。㈡被上訴人應給付上開期間計14個月薪資68萬6000元，按月於每月5日給付4萬9000元，並自每月6日起至清償日止，按年息百分之5計付利息。㈢被上訴人應於上開期間按月提撥3036元至上訴人之勞工退休金專戶。㈣被上訴人應於上開期間按月為上訴人繳納勞保費3367元、健保費2184元。㈤被上訴人應給付年終績效獎金、三節獎金、員工紅利及其他獎金每年共計12萬2000元，及各項獎金發放之翌日起至清償日止，按年息百分之5計付利息。㈥被上訴人應給付年特休日未休給付2萬7,766元。㈦被上訴人應給付資遣費8萬5,750元。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項（見原審卷第174頁）：

㈠上訴人自104年10月1日起受僱於被上訴人，擔任勞工安全衛生管理員，薪資4萬9000元。

㈡被上訴人於106年4月20日依據勞基法第11條第5款之規定，以上訴人不能勝任工作為由，於106年5月10日終止本件勞動契約，並給付薪資至106年5月10日；另給付資遣費4萬0833元、預告工資1萬6333元、特休未休工資1萬1433元，共6萬8599元，有被上訴人提出之計算表可按（見原審卷第119頁）。

㈢上訴人自106年9月4日起受僱於協進營造股份有限公司（下稱協進營造公司），並由協進營造公司為上訴人按月提撥勞工退休金，有勞動部勞工保險局107年4月9日保費資字第10760081170號函所附之勞工保險被保險人投保資料表、已繳納

勞工個人專戶明細表可按（見原審卷第75-88頁）。

㈣上訴人另案起訴請求信源企業股份有限公司（下稱信源公司）請求確認僱傭關係存在之訴，已由法院為上訴人勝訴之判決，有臺灣士林地方法院104年度勞訴字第62號、本院105年度勞上字第126號判決可按（見原審卷第133頁以下）。

五、上訴人主張被上訴人依勞基法第11條第5款規定終止本件勞動契約，並非適法，爰請求如上訴及追加之聲明，被上訴人則以前詞置辯，因此，本件爭點：㈠被上訴人依據勞基法第11條第5款之規定，以上訴人不能勝任工作為由，終止本件勞動契約，是否有理由？㈡如被上訴人終止契約不合法，上訴人請求確認兩造間106年5月1日至107年7月1日僱傭關係存在，是否有理由？㈢上訴人依據僱傭關係，請求被上訴人給付上開期間薪資、提撥勞工退休金、繳納勞保費、年終績效獎金、三節獎金、員工紅利及其他獎金、特休未休工資、資遣費，是否有理由？茲分述如下：

㈠被上訴人依據勞基法第11條第5款之規定，以上訴人不能勝任工作為由終止本件勞動契約，是否有理由？

1.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號判決參照）。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。此由勞

動基準法之立法本旨在於「保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展」觀之，為當然之解釋（最高法院86年度台上字第82號判決意旨參照）。勞動基準法第11條第5款規定，勞工對於所擔任工作之「勝任」與否，應將積極與消極兩方面加以釋論，勞工之工作能力、身心狀況、學識品行等固為積極客觀方面應予考量之因素，但勞工主觀上「能為而不為」，「可以做而無意願」之消極不作為情形，亦係勝任與否不容忽視之一環，此由勞動基準法制定之立法本旨在於「保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展」觀之，為當然之解釋（最高法院80年度台聲字第27號判決意旨參照）。對於不能勝任工作，在學說上及理論上，向有主觀說及客觀說之分，主觀說即認除勞工之學識、品行、能力、身心狀況等客觀上不能完成工作者外，亦包括主觀上怠忽所擔任之工作、致不能完成，或違反忠誠履行勞務給付義務，客觀說本於體系解釋觀點出發，必須限於不可歸責於勞工之事由，排除勞工主觀上怠忽職守之情況，亦即勞工如怠忽職守，雇主可斟酌其程度或因果關係之差異，選擇性採取資遣解雇或懲戒解雇之方式，揆之前開判決意旨及學說，應指勞工於主觀上有怠忽職守，能為而不為之情形，客觀上依據勞工之學識、經驗、品行、能力狀況，亦無法完成工作之情形。

2.被上訴人抗辯因上訴人擔任安全衛生主管期間，於104年10月1日派駐南山工地期間，遭上包商互助營造公司認定上訴人有未達到管理安全要求，無法達到人員管制需求，工地進場人員辦理卡片無法配合管理，人員管理無法提供人員名單，工具箱會議無法確實宣導致再承攬商，不符安衛組管理等事由，要求撤換安全衛生主管等情，然為上訴人所否認，並以其並非安全衛生主管，互助營造公司之函文（即被證3）所述之事實並非真實，上訴人曾因表現良好獲獎等語置辯，經查：

⑴被上訴人公司於104人力銀行應徵「勞安工程師」，上訴人

經由104人力銀行之應徵，前往被上訴人公司工作，係擔任被上訴人公司之勞安工程師，此由被上訴人公司以電子郵件通知上訴人之內容記載「虹勝工程有限公司發給您關於勞安工程師的訊息」「日前與面試的是工務主管，我們是依照工地要求來招聘人員，今日我與確認時有通知你上班日期……」等語，應徵條件為需要具備乙級勞安證照，有上訴人提出電子郵件、應徵文件可按（見原審卷第473-487頁），且由上訴人提出有關系爭工地事務之通訊軟體群組內容（見原審卷第255至258、269至338、343至348頁）顯示，上訴人確實負責系爭工地之各安全相關事務，上游包商即互助營造公司有相關安全事務也多與上訴人直接聯絡，可知上訴人就系爭工地安全事務仍有相當決策權限，足見上訴人具有乙級勞安證照，並依據被上訴人公司工地之要求前往面試而擔任勞安工作等情，應可認定。

⑵上訴人主張被上訴人公司由無勞安執照之同事張家偉取代上訴人，張家偉並無勞安經歷，亦無勞安證照等語（見原審卷第427頁），因此，被上訴人公司派駐工地之勞安工程人員僅為上訴人，且上訴人面試前半年薪資4萬6000元，半年後經主管調整為每月4萬9000元等情，上訴人應為被上訴人派駐南山工地之勞安主管，亦可認定，上訴人主張其並非勞安主管，顯與事實不符。

⑶再者，上訴人於通訊軟體稱：「簡述：點工林漢得，原本是合特公司的點工，後改派給虹勝公司，於106年2月8日上班進場時，因識別證卡片被互助營造勞安組陳慶麟要求換卡（合特換為虹勝），本人於勞安的群組line發出預告換卡時間通知，平行承包商合特的勞安人員對此提出看法，但互助的勞安人員(不知是誰)，將本人與他的對話片段，以斷章取義的方式轉發給了互助機電組的工程師，造成機電組工程師們的情緒不滿，後續便引發一連串的爭議問題，於事後，即民國106年2月10日，互助營造機電處工程師林家正便發函予虹勝工程有限公司，以互助營造勞安組的不實指控，要求虹勝

公司撤換勞安主管，莫名其妙，本人就這樣被虹勝工程有限公司以不能勝任理由非法資遣了」等語，有上訴人提出之電子郵件可按（見原審卷第295頁），據此，上訴人擔任被上訴人公司之勞安主管，卻未嚴格善盡管理工地工人進出之卡片等情，核與被上訴人公司之上游包商互助公司認定「工地進場人員辦理卡片無法配合辦理」等情，互核相符，上訴人未善盡自我檢討之責，經互助公司之勞安人員指摘後，卻與互助營造公司之勞安人員發生爭執，經互助營造公司勞安人員轉貼上訴人與互助營造之勞安人員之對話後，引起被上訴人公司之上游包商互助公司之人員不滿，因此，被上訴人公司之上游包商互助公司已認定上訴人有不能繼續擔任南山工地之勞安主管工作之事由，經被上訴人之上游包商互助公司要求被上訴人公司，依據被上訴人與互助營造公司之合約第3條(b)之規定，更換安衛主管即上訴人等情，有被上訴人提出之互助營造之函文可按（見原審卷第123頁），其內載明：「三、有關貴公司派任之安衛主管因我司安衛組反映該員多次未達管理要求，如下說明：1.依安衛協議門禁管制機制，貴公司只派組工（非安衛人員）管制，無法達到人員管制需求。2.工地進場人員辦理卡片無法配合辦理。3.人員管制無法提供人員名單。4工具箱會議無法確實宣導至再承攬商。5.不服安衛組管理。請貴公司依合約第三條第（b)項規定更換安衛主管。」等語，且經上訴人自認被上訴人公司認為上訴人「不應該得罪業主」「因工程款被苛扣」「不該和小周吵架」等情而遭被上訴人解僱等情，大致相符，被上訴人公司為上游包商互助公司之空調承攬商，被上訴人公司自應配合上游包商即互助公司之相關契約約定之要求，否則被上訴人公司將喪失繼續承攬工程契約之機會，或因此遭受上游包商之扣款或罰款，或被上訴人公司因此遭終止承攬契約，上訴人既擔任被上訴人公司之勞安人員自應注意配合與擔任協調工作，卻與互助公司之工程人員發生爭執，致被上訴人公司遭上游包商扣除工程款，且被上訴人公司之後因財務周

轉困難，已於107年7月1日歇業，並有被上訴人提出之財政部北區國稅局板橋分局107年7月4日北區國稅板橋銷字第1073050621號函、經濟部公司資料查詢表可按（見原審卷第525、529頁）。綜觀上情，上訴人主觀對於自己發生之錯誤，並無意願檢討改進，主觀上已怠忽所擔任之工作、致不能完成，已違反忠誠履行勞務給付義務，客觀上依據上訴人之學識、經驗、品行、能力狀況，上訴人理應虛心認錯，對於被上訴人之上游包商要求改進之事項虛心改進，卻未盡力改進，反而與被上訴人公司之上游包商互助營造公司之勞安人員發生爭執，導致上游包商之工程師不滿，要求撤換安全衛生主管，上訴人顯無法完成被上訴人要求之工作內容，上訴人確有不能勝任工作之事由。上訴人當時應徵係擔任被上訴人公司在南山工地之勞安工作，既經被上訴人公司之上游包商認定上訴人有不適任之事由，即無解僱最後手段之原則之適用，被上訴人依據勞基法第11條第5款之規定，終止本件勞動契約，應屬適法。

3.被上訴人抗辯上訴人已同意被上訴人依據勞基法第11條第5款之規定，終止契約，並受領資遣費等語，經查：

⑴上訴人主張被上訴人公司主管陳柏誠於106年4月14日之後，告知上訴人休息一陣子，毋庸再到南山工地，亦毋庸進被上訴人公司，被上訴人於同月20日告知上訴人，依據勞基法第11條第5款之規定終止契約，並計算薪資至106年5月10日等情（見上訴人起訴狀，原審卷第13頁），卻於106年5月11日勞資爭議調解時，卻改稱被上訴人於106年4月20日要求上訴人委屈調職，並表示安排上訴人至其他工地任職，未料竟資遣上訴人等語，上訴人於106年10月20日勞資爭議調解時，又改稱被上訴人於106年4月20日聽信上游包商互助公司的不實指控，要求上訴人隔日不用再去上班，有上訴人提出之新北市政府勞資爭議調解記錄可按（見原審卷第19、21頁），上訴人就被上訴人是否告知調職另安排工作，或是否立即停止上訴人職務一節，上訴人所為陳述前後矛盾，已難採信。

⑵再者，上訴人於106年4月20日已受領資遣費6萬8599元，有被上訴人提出之資遣費計算表可按（見原審卷第119頁），上訴人又於106年6月8日以電子郵件要求被上訴人提出上訴人之非自願離職證明書及純離職證明書，有被上訴人提出之電子郵件可按（見原審卷第121頁），上訴人要求被上訴人提供非自願離職證明書，應向勞保局申請失業給付之用途，而純離職證明書應係另覓上訴人工作之用，足見，被上訴人依據勞基法第11條第5款之規定終止勞動契約，上訴人既已受領資遣費，並要求被上訴人提供非自願離職證明書申請失業給付，衡之常情，上訴人自已同意被上訴人依據上開規定終止契約，上訴人應無再提供勞務於被上訴人之意思表示，否則，上訴人一方面取得被上訴人公司開立之非自願離職證明書，向勞保局聲請失業給付，一方面又請求被上訴人恢復僱傭關係，按月給付薪資，顯屬雙重得利。

⑶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。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。民法第487條定有明文。考其立法理由為「僱用人怠於領受受僱人所服勞務，與受僱人無故不為服務不同，故無論受僱人已否服畢，應以已為服務論，均應有請求報酬之權。然受僱人因此所得之利益，乃屬不當利益，故對於受僱人因不服勞務所節省之費用，或轉向他處服勞務所取得之利益，及可取而不取之利益，均許僱用人自其報酬額內扣除之，以昭平允。此本條所由設也。」依據上開規定，即在於受僱人因不服勞務而節省之費用或自他處獲取之報酬應於扣除，即在於禁止重複得利，此之法條所由設。然查，上訴人自103年8月25日受僱於訴外人信源公司，經信源公司於104年6月6日依據勞基法第12條第4款之規定，終止勞動契約，經上訴人提起確認僱傭關係存在之訴，上訴人於上開訴訟進行中，已另行於104年10月1日起受僱於被上訴人公司，經法院查明後扣除上訴人自被上訴人公司領取104年10月1日起至106

年5月10日之薪資，而為上訴人部分勝訴之判決，有本院105年度勞上字第126號判決可按（見原審卷第149-165頁），上訴人復於106年9月4日起受僱於協進營造公司，並按月領取薪資，卻於105年度勞上字第126號之訴訟中隱匿上訴人早已於106年9月4日另行於協進營造公司任職領薪之事實，致法院未依據民法第487條之規定，扣除上訴人於106年9月4日起自協進營造公司受領之薪資，信源公司亦不知上情，依據法院僅扣除上訴人自被上訴人公司領取自104年10月1日起至106年5月10日之薪資後，已給付上訴人自104年6月9日起至107年1月22日之薪資，有信源公司107年6月26日函文可按（見原審卷第391頁），上訴人顯有重複得利之情事，準此，上訴人自106年9月4日起至107年1月22日止，並無提供勞務於信源公司或被上訴人公司，卻同時受領信源公司及協進營造公司二家之薪資，並同時請求確認兩造間106年5月1日至107年7月1日僱傭關係存在，及被上訴人應給付上開期間計14個月薪資，上訴人於本院105年度勞上字第126號事件於106年12月19日宣判時，即已知悉上訴人與信源公司之訴訟，已為上訴人部分勝訴之判決，亦即判決確認上訴人與信源公司之僱傭關係存在，信源公司應給付薪資予上訴人至上訴人復職日止，上訴人卻於106年12月26日提起本訴，復請求兩造間上開期間之僱傭關係存在，綜上各情，上訴人不可能同時提供勞務予三家公司，應認上訴人早已無提供勞務予被上訴人之意願，上訴人應已同意被上訴人依據勞基法第11條第5款之規定，終止勞動契約，上訴人卻於訴訟中隱匿部分事實，並無提供勞務之意願，亦無提供勞務之事實，卻獲取重複之薪資，自已違反誠信原則，亦違反上開規定之立法意旨。

⑷又經調閱上訴人之勞工保險投保資料及提撥勞工退休金之資料，始知悉上訴人已於106年9月4日另行於協進營造公司任職等情，上訴人卻具狀請求不得將其另行投保於協進營造公司之勞工保險資料由被上訴人閱卷取得等情，有上訴人之陳報狀可按（見原審卷第99頁），足見，上訴人有隱匿事實之

故意，亦違反訴訟之誠信原則。

㈡如被上訴人終止契約不合法，上訴人請求確認兩造間106年5月1日至107年7月1日僱傭關係存在，是否有理由？上訴人依據僱傭關係，請求被上訴人給付上開期間薪資、提撥勞工退休金、繳納勞保費、年終績效獎金、三節獎金、員工紅利及其他獎金、特休未休工資、資遣費，是否有理由？

被上訴人公司於106年4月20日依據勞基法第11條第5款之規定，以上訴人不能勝任工作為由，於106年5月10日終止本件勞動契約，既屬適法，而被上訴人公司並給付上訴人薪資至106年5月10日（見原審卷第108、109、111頁），上訴人並未爭執，則上訴人依據僱傭契約之法律關係，請求確認兩造間上開期間僱傭關係存在，被上訴人應給付上開期間薪資、提撥勞工退休金、繳納勞保費、年終績效獎金、三節獎金、員工紅利及其他獎金、特休未休工資、資遣費，均無理由，不應准許。

㈢上訴人請求被上訴人王鵬棟部分：

上訴人主張被上訴人王鵬棟為獨資經營被上訴人公司，應負連帶責任云云。經查，上訴人受僱於被上訴人公司，並非被上訴人王鵬棟，從而，上訴人請求確認上訴人與被上訴人王鵬棟間僱傭關係存在，並請求被上訴人王鵬棟給付上開薪資、提撥勞工退休金、繳納勞保費、年終績效獎金、三節獎金、員工紅利及其他獎金、特休未休工資、資遣費，亦屬無據，不應准許。

六、綜上所述，上訴人依兩造僱傭關係，請求如前開上訴之聲明，均無理由，不應准許。原審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。又上訴人追加請求被上訴人給付特休未休工資2萬7,766元、資遣費8萬5,750元，依前說明，亦無理由，應予駁回。

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。上訴人聲請通知證人王鵬棟、王淑慧、陳柏誠、陳國樑、曹華明、虹勝公司下包商，函查被上訴人公司提供南山工地之所有請款資料、估驗計價被退件的資料及該工程匯款帳號存摺、王鵬棟之全國財產總歸戶財產查詢清單及105、106年度綜合所得稅所得資料清單，106、107年公司所有銀行帳戶現金流向，證明被上訴人公司負責人王鵬棟惡意歇業、兩造間有三節獎金之約定，並要求證人王淑慧解釋被上訴人公司之資產負債表、現金流量表、損益表、股東權益變動表、應收帳款、應付款項等事實，然查，被上訴人公司既已合法終止本件勞動契約，上訴人亦無提供勞務之意願及事實，已如前述，則被上訴人公司是否有惡意歇業等事實，顯與本件爭點無涉，並無調查之必要，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴及追加之訴均無理由，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　　8　　月　　20　　日

勞工法庭

審判長法　官　林陳松

法　官　鄭威莉

法　官　曾錦昌

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　21　　日

書記官　高婕馨