臺灣高等法院民事判決

107年度勞上字第145號

上　訴　人　范光明
訴訟代理人　柯劭臻律師
被上 訴 人　桃園汽車客運股份有限公司
法定代理人　黃伯弘
訴訟代理人　宋嬅玲律師
複代 理 人　魏意庭律師

上列當事人間請求確認僱傭關係不存在等事件，上訴人對於中華民國107年8月21日臺灣桃園地方法院107年度勞訴字第8號第一審判決提起上訴，本院於108年6月19日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決除減縮部分外廢棄。

上廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

第一、二審訴訟費用（除減縮部分外）均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

查被上訴人於原審起訴聲明為：確認兩造間僱傭關係不存在，經原審判決後，兩造於民國107年12月21日一部和解，被上訴人同意上訴人自108年1月1日起再至被上訴人公司任職，因而於本院變更聲明為：確認兩造間自105年12月13日起至107年12月31日止之僱傭關係不存在。核被上訴人所為，並未變更訴訟標的，僅係減縮應受判決事項之聲明，依民事訴訟法第255條第1項第3款規定，應予准許。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：上訴人自88年8月1日起受僱於伊，擔任中壢公車站之駕駛員，上訴人於105年10月20日、21日、29日、30日及同年11月3日、6日未經站上管理人員同意，私自調換班次，違反工作規則第69條第10款規定且情節重大，伊以每代班1日記過2次論，共記上訴人4大過；復於105年12月12日依工作規則第67條第14款規定，年度內功過相抵仍積滿3大過，通知上訴人自105年12月13日起終止兩造間之勞動契約

，符合勞動基準法（下稱勞基法）第12條第1項第4款要件，且伊係於調查程序完成，客觀上獲得確信時始對上訴人為懲處並終止勞動契約，並未逾勞基法第12條第2項之除斥期間。又伊係依上開規定終止勞動契約，而非因兩造斯時之勞資爭議事件而為終止，亦未違勞資爭議處理法第8條規定。縱認伊解僱為不合法，上訴人於105年12月2日向桃園市政府申請勞資爭議調解時請求伊給付資遣費及加班費，並於同年月14日調解時表示伊不當連續記過懲戒，解僱無效，依勞基法第14條第1項第6款規定，請求伊給付資遣費及非自願離職證明書，又於同年月28日調解為相同之主張，可見上訴人係依法向伊為終止勞動契約之意思表示，該意思表示為權利之行使，非於調解程序中調解委員所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，是兩造間之僱傭關係亦已因上訴人為終止之意思表示而不存在等情，爰求為確認兩造間自105年12月13日起至107年12月31日止之僱傭關係不存在。原審就此部分為上訴人敗訴之判決，上訴人提起上訴，被上訴人於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：伊於105年12月2日向桃園市政府申請勞資爭議調解，被上訴人竟於同年月12日勞資爭議調解期間終止兩造間之勞動契約，所為之終止有違勞資爭議處理法第8條規定。且伊於105年10月20日至11月6日6次找人代班均已事先向被上訴人調度人員報備，並非私自調換班次，被上訴人遲至105年12月2日始依勞基法第12條第1項第4款規定終止勞動契約，已逾同條第2項之除斥期間，應屬無效。縱認伊有違反工作規則，然被上訴人於105年10月30日已知悉伊找人代班6次，衡情應同時1次處罰，而不容拆成2次處罰。況伊年資長達18年，18年來從未發生有駕駛員因找人代班而遭被上訴人解僱之前例，且伊母親於105年間因生活無法自理入住安養中心，伊為獨子需就近照護，被上訴人每月又僅允許休假4日，工作日超時加班，伊只能自掏腰包央請同事代班，是該6次代班並未造成被上訴人任何損失，難謂屬勞基法第12條

第1項第4款情節重大之情形，倘因違反此工作規則，致伊喪失以18年基數計算之資遣費，被上訴人所為之懲戒性解僱與伊之違規行為顯不相當，被上訴人終止勞動契約亦違反比例原則，不符最後手段性。本件被上訴人係因伊參加工會活動，始對伊為不當懲處、非法解僱，業經勞動部判定構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為，被上訴人不服勞動部之不當勞動行為裁決而提起行政訴訟，業經臺北高等行政法院以106年度訴字第1240號判決駁回被上訴人之訴確定在案，是兩造間之僱傭關係仍屬存在。本件伊自始均主張被上訴人終止勞動契約不合法，伊於申請調解時，被上訴人尚未公告解僱伊，伊因未委請律師或其他專業人士，僅聽從勞工局服務台志工及調解委員之勸導，將「請求資遣費」列為備位請求，以防無法回復工作時得以請求資遣費以作為生活貼補，非謂已為終止兩造勞動契約之意思表示。依民事訴訟法第422條規定本不得以伊於調解時之所為之陳述或讓步，採為本件訴訟裁判之基礎，而指伊業於調解時為終止勞動契約之意思表示等語，資為抗辯，於本院上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡上廢棄部分，被上訴人於原審之訴駁回。

三、查上訴人自88年8月1日起受僱於被上訴人，擔任中壢公車站之駕駛員。上訴人於105年10月20日、21日、29日、30日及同年11月3日、6日共6次曾請同事代班，被上訴人以上訴人上揭各次代班均係私自調換班次，依工作規則第69條第10款規定，先於105年12月1日就上揭105年10月20日、21日、29日、30日4次調換班次，處分上訴人大過2次、記過2次，上訴人因而於105年12月2日向桃園市政府申請勞資爭議調解，被上訴人再於105年12月12日就上揭105年11月3日、6日2次調換班次，處分大過1次、記過1次，並於同日即105年12月12日以上訴人違反工作規則第67條第14款規定，積滿三大過為由，自105年12月13日起終止兩造間勞動契約之事實，有105年11月30日駕駛員（即上訴人）談話紀錄表（見原審卷一第9-14頁）、被上訴人105年11月份員工獎懲會名單及105

年12月份員工獎臨時獎懲會名單（見外放勞動部106年勞裁字第7號不當勞動行為爭議事件影本卷〈下稱勞動部第7號影本卷〉第13-14頁）、桃園市政府勞資爭議調解申請書、被上訴人工作規則、解職通知（以上見原審卷一第15-16頁，第19-22頁，第64頁）可憑。上訴人主張被上訴人上揭大過及記過處分及105年12月12日解僱行為，係構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為，依同法第35條第2項規定應屬無效，乃依同法第39條、第51條規定向勞動部申請裁決。經勞動部106年6月23日以106年勞裁字第7號裁決決定書，確認被上訴人上揭105年12月1日及105年12月12日對上訴人大過及記過之處分行為及105年12月12日終止與上訴人間勞動契約行為，均構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為，被上訴人並應將上揭處分撤銷；另依工會法第35條第2項規定裁決被上訴人105年12月12日終止與上訴人間勞動契約之行為無效（見外放勞動部第7號影本卷第400-420頁）。被上訴人對上揭確認不當勞動行為及撤銷大過及記過處分之裁決部分，依勞資爭議處理法第51條第2項規定提起行政訴訟，請求撤銷勞動部該部分之裁決，經臺北高等行政法院107年5月3日以106年度訴字第1240號判決駁回被上訴人之訴（見原審卷一第260-266頁），復經最高行政法院107年10月4日以107年度裁字第1583號裁定駁回被上訴人之上訴（見本院卷第31-35頁），而確定在案。被上訴人乃另就勞動部依工會法第35條第2項裁決被上訴人105年12月12日終止與上訴人間勞動契約之行為無效部分，依勞資爭議處理法第48條第1項規定，於裁決決定書正本106年7月12日送達（送達證書見外放勞動部第7號影本卷末頁）之30日內即106年8月10日，以上訴人為被告提起本件民事訴訟，訴請確認兩造自105年12月13日起至107年12月31日止之僱傭關係不存在。茲就兩造爭點一一論述如下：

㈠被上訴人於105年12月1日及105年12月12日對上訴人大過及記過之處分行為及105年12月12日終止與上訴人間勞動契約

行為，是否均構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為？被上訴人105年12月12日終止與上訴人間勞動契約之行為是否無效？

1.查上訴人88年8月1日任職被上訴人中壢公車站擔任公車駕駛員，自99年起迄105年12月12日遭解職止，均擔任企業工會理事等情，為兩造所不爭。上訴人於受上揭大過及記過處分前，曾於105年10月20日向桃園市政府勞動局檢舉被上訴人有剋扣延長工時工資，違反勞動基準法之情形，經桃園市政府派員對被上訴人實施勞動檢查，查得被上訴人確有違反勞動基準法，短少給付延長工時工資，並經裁處罰鍰在案，有桃園市政府函覆上訴人檢舉情形之105年11月2日府勞檢字第10502606771號函、105年11月24日府勞檢字第10502824281號函（見外放勞動部第7號影本卷第10至11頁）及桃園市政府裁處被上訴人之105年11月24日府勞檢字第1050282428號裁處書（見外放臺北高等行政法院106年度訴字第1240號影本卷〈下稱北高行第1240號影本卷〉第249-251頁）可憑。而上訴人所以向桃園市政府勞動局檢舉，乃係因被上訴人之駕駛員就逾時工作及逾時工資之計算，始終有所質疑，經直接向被上訴人反應，再向企業工會或工會其他理事反應，均未獲置理，僅有身為工會理事之上訴人於聽取駕駛員反應意見後有所作為，上訴人先直接向被上訴人反應卻始終無結果，始在105年10月20日向桃園市政府勞動局提出檢舉之事實，已據證人即被上訴人之駕駛員李彥興、陳順圓、陳韋辰、徐永發於勞動部第7號裁決調查會議中結證在案，互核相符（見外放勞動部第7號影本卷第88至91頁、第144頁、第147至149頁、第150至153頁）。按工會法第5條第2款、第3款及第11款規定「工會之任務如下：二、勞資爭議之處理。三、勞動條件、勞工安全衛生及會員福利事項之促進。」，就該被上訴人短付工會會員之駕駛員延長工時工資情形，乃屬影響工會會員勞動條件權益之重大事項，經會員向工會反應後竟未獲處理，乃工會怠於行使促進勞工團結及提升勞工地位

之立法目的職守（參照工會法第1條規定之立法目的意旨），上訴人身為工會理事，先向被上訴人反應，亦未獲結果，始不得不向主管機關檢舉。雖上訴人形式上係以個人名義為檢舉，但係因工會怠於職守，功能不彰情形下，上訴人秉於受選任工會理事之會員付託，始出而為工會會員爭取權益，提出檢舉，以處理解決此項勞資爭議。為避免工會遭不當控制、影響而喪失自主性，並維護勞工團結權及團體協商權益，就上開行為實質內涵及因果關連性審查結果，自應認上訴人前揭檢舉行為，性質上乃屬工會活動之參與。被上訴人謂上訴人上開所為，係個人行為，非屬工會法第35條第1項第1款規定之參加工會活動云云，自不足採。

2.上訴人105年10月20日向桃園市政府勞動局檢舉被上訴人短付延長工時工資，係屬工會法第35條第1項第1款之參加工會活動，桃園市政府於105年11月24日裁處被上訴人罰鍰，被上訴人隨後即於105年11月30日約談上訴人，製作談話紀錄表，指訴其私自調換班次，復接續於105年12月1日及105年12月12日對上訴人大過及記過之處分及105年12月12日終止與上訴人間勞動契約，已如前述，就其各項事由發生時序，緊隨密接，已難謂被上訴人不無有因上訴人上揭參加工會活動之檢舉，而不當連結，藉資懲戒處分上訴人，進而終止勞動契約，乃有為不當勞動行為之嫌。按勞動基準法第12條第1項第4款所稱「情節重大」，屬不確定之法律概念，不得僅就雇主所訂工作規則之名目條列是否列為重大事項作為決定之標準，須勞工違反工作規則之具體事項，客觀上已難期待雇主採用解僱以外之懲處手段而繼續其僱傭關係，且雇主所為之解僱與勞工之違規行為在程度上須屬相當，方屬上開規定之「情節重大」。舉凡勞工違規行為之態樣、初次或累次、故意或過失、對雇主及所營事業所生之危險或損失、勞雇間關係之緊密程度、勞工到職時間之久暫等，均為判斷勞工之行為是否達到應予解僱之程度之衡量標準（最高法院97年度台上字第2624號判決意旨參照）。被上訴人雖以上訴人有

上揭6次未經站上管理人員同意，私自請同仁代班，依工作規則第69條第10款規定，先於105年12月1日予以大過2次、記過2次處分，再於105年12月12日予以大過1次、記過1次處分，復於同日以功過相抵，積滿3大過為由，自105年12月13日起解職，終止勞動契約，惟上訴人於被上訴人105年11月30日進行約談，製作談話紀錄表時，即已辯稱「我每次都有知會站長、副站長與調度」，卻未見被上訴人有何查處，或向相關調度主管人員查證對質情形，且亦未說明是否造成被上訴人營業上重大危害，非以採用記滿三大過之解僱最後手段相當性原則，即逕於105年12月1日先予以大過2次、記過2次處分，再於105年12月12日予以大過1次、記過1次處分，其處分程序不無有草率速斷之嫌。況被上訴人既於105年11月30日即已查悉上訴人共有6次請同事代班之情事，苟係情節重大，何以105年12月1日僅先就4次代班予以大過2次、記過2次處分，嗣於105年12月2日上訴人乃以「因其在民國105年申請勞檢，遭公司以壓力壓迫，對勞檢之事實不予承認，公司也未付加班費，並且無故以理由記過」為由（見原審卷一第16頁），向桃園市政府申請勞資爭議調解後，再於105年12月12日就其餘2次代班予以大過1次、記過1次處分，其處分程序亦不無有因上訴人上揭參加工會活動之檢舉行為「以觀後效」，而為不當連結再予加重之嫌，自屬對之具有針對性及報復性，乃為不當之懲處及終止勞動契約，已難認適法有據。

3.況證人即被上訴人中壢站副站長鄭全成於另案行政訴訟審理時證稱：「公司駕駛員請同事代班的行為，只要沒有出任何的事情，就算是默許的行為，站上內勤人員也都知道有這種情況，也是原告長久以來算是默許的地下文化，私自調班一直是很普遍的事，大部分情形我們都知道有此情況，我們的認知是說，只要這個班有駕駛員可以跑，不會出問題就好，所以通常站上的排班人員，或是調度、副站長、值班人員都會知道明天的班，原本名義上是排A駕駛，但實際上是B駕駛

員在跑」等語（見原審卷一第169-170頁、第174頁背面），並稱「他（指上訴人）有向站上的內勤人員報備（請同事代班）。」（見原審卷一第168頁背面）。另證人即被上訴人中壢站前會計林立程亦證稱：「（問：在你於中壢站服務期間，中壢站司機有無私下找人代班情形，情形為何？有無報請站長、副站長或調度同意？）都有，在每個月排班之前，駕駛員在排班之前，就會先告知調度哪天有事情，沒有辦法休假，找司機來代理就對了。」等語（見原審卷一第176頁）；另參酌勞動部第7號裁決調查會議中，證人陳順圓證稱：同仁私自調換班次之情形是常見的，拿自己的錢去補貼駕駛員來跑自己的班，一般而言，都是向調度說一聲。原則上不會被拒絕，只要有人來跑這個班就可以了等語（見外放勞動部第7號影本卷第145頁）；證人陳韋辰證稱：伊有請同仁代班過，先找好代班駕駛同仁後，只要跟內勤（副站長或調度其中一個人)反映說有事情，內勤的回答都是車趟有人跑就好，中壢站同仁約有80位駕駛，95年以前請人代班的情形很多，95年以後，請人代班的情形慢慢減少，因為大家不缺錢，代班的人可以領到比較多的現金代班費等語（見同上影本卷第148-149頁）；證人徐永發證稱：伊沒有請其他駕駛同仁代自己的班，但伊有幫其他駕駛同仁代班過，代班方式係在下個月的班表尚未出來之前，就要在下個月的班表上進行登記，例如說下個月要休5天，就在辦公室（通常是指調度）那邊進行登記，辦公室會評估人力告知是否可以休假，如果辦公室評估過後認為不能休假，如果還是有同仁要請假，辦公室就會告知當日有休假同仁之名單，請我們去找有休假之同仁代班。同仁之間的調班都會回報，所以調度都會知道，據伊所知，駕駛同仁不會在未告知調度之前提下而私自調班等語（見同上影本卷第151至153頁），互核一致相符，足證被上訴人長年以來即有默示允許駕駛員自行調班或代班之事實存在，且駕駛員該項調班或代班均會提前通知被上訴人內勤調度人員，亦均無反對表示，並將換班情形登載於班

表上，亦有105年10月29日被上訴人中壢站班表可參（見外放勞動部第7號影本卷第106頁，即電腦打字登記載「羿瑋私光明」，表示係由上訴人私下請彭羿瑋代班，並經副站長鄭全成證稱該班表為真，其電腦登載無訛，見原審卷一第174頁），可見司機自行接洽同仁代班，事實上本即可經被上訴人調度人員或主管報備同意後為之，並由相關調度人員登載於被上訴人電腦系統之班表中，自難謂班表排定後均不得調換，且被上訴人既不否認司機臨時請假時得由內勤人員代為找代班人員代理，何以經由司機自行覓得洽請同仁代班，並向內勤調度人員報備同意後，反而卻構成私自調換班次之違規行為？是被上訴人主張司機自行接洽同仁代班，縱經調度人員同意登記，亦屬私自調換班次云云，自不足採。被上訴人亦不得以其工作規則第69條第10款已規定有不得私自調換班次，每次記大過乙次，即謂上訴人私下請同仁代班即係私自調換班次云云，自不足據。被上訴人雖另主張自105年10月起新任中壢站站長許昆賓到職後，即一再重申不得私自代班云云，惟未據其提出證據證明之，且上訴人亦辯稱新任站長許昆賓到職後係告知不可未經報備即私下換班或代班，伊均有向副站長鄭全成報備等語（見本院卷第115頁），核與證人鄭全成前述證稱上訴人有向站上的內勤人員報備情節相符，是被上訴人此部分主張亦不足採。至被上訴人雖指證人徐永發於另案訴訟中曾證稱司機臨時請假時是由內勤人員找代班人員云云，但證人徐永發亦同時證稱「（司機自行找好代班人員）這他要公司內勤人員同意，不能私底下運作。」（見本院卷第82頁），可見經內勤調度人員報備同意後，非不得由司機自行覓得代班人員。被上訴人亦不得以另一司機證人李彥興於另案證稱司機臨時請假不需要自行找好代理人，沒有聽過司機請假要自行找好代班人員等語（見本院卷第74頁），即據為被上訴人有利之認定，均附此敘明。

4.綜上所述，被上訴人長年以來即默示允許駕駛員自行調班或代班事實存在，實際上經向被上訴人調度人員或主管報備同

意後即可為之，調度人員並會將代班或換班情形，登載於電腦系統之班表上，被上訴人自難諉為不知。事實上上訴人亦已經調度人員報備同意後由同仁代班，被上訴人竟不經查證，徒因上訴人身為工會理事，為維護工會會員權益，參加工會活動向桃園市政府勞動局檢舉被上訴人有短付延長工時工資，致被上訴人遭主管機關裁罰，乃任意羅織上訴人有違反工作規則第69條第10款不得私自調換班次規定之情事，不當為上揭大過及記過處分，進而於105年12月12日以積滿3大過為由解僱而終止勞動契約，自屬違反工會法第35條第1項第1款之雇主不得對於勞工因參加工會活動，而為解僱之不利待遇之規定，依同法第35條第2項「雇主或代表雇主行使管理權之人，為前項規定所為之解僱、降調或減薪者，無效。」之規定，被上訴人於105年12月12日解僱而終止勞動契約之行為，自屬無效。兩造間僱傭關係，自不因被上訴人105年12月12日違法無效之終止契約行為而受影響，自仍屬繼續存在。

㈡上訴人是否於105年12月14日、同年月28日在桃園市政府勞資爭議調解時有向被上訴人為終止兩造間勞動契約之意思表示？

1.按調解委員在調解程序中所為之勸導，旨在促使調解易於成立，當事人於調解時所為之讓步，僅在提出調解之條件，或則拋棄自己之權利，或則委曲求全，均以他造接受其要求之條件始願讓步，一旦調解不成立，當事人所為陳述或讓步均不受其拘束，易言之，即不認其有證據力。是以民事訴訟法第422條規定「調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎。」，而勞資爭議處理法所規定之調解，對此雖無明文，基於同一法理，亦應類推適用之。

2.查上訴人因被上訴人於105年12月1日不當為大過及記過處分，於105年12月2日向桃園市政府申請勞資爭議調解時，在申請書上固記載請求資遣（見原審卷一第16頁），但前文已載

明被上訴人「未付加班費，並且無故以理由記過，違反勞基法在先」等語，桃園市政府指派之調解人在105年12月14日勞資爭議調解紀錄之調查事實結果欄亦記載「勞方稱因申請勞檢遭公司以私自請同仁代班為由連續記過懲戒，且於105年12月12日在勞資爭議調解期間遭公司解僱，該解僱係屬無效，故要求以勞動基準法第14條第1項第6款，要求資方應給付資遣費及非自願離職證明」，另同年105年12月28日勞資爭議調解紀錄亦為相同記載（見原審卷一第15-18頁），被上訴人因而指上訴人有於105年12月2日、105年12月14日及105年12月28日向伊為終止勞動契約之意思表示或默示意思表示云云，惟此已為上訴人所否認，而本件調解人即證人王耀梓已證稱「（問：被告的勞資爭議調解申請書並沒有記載終止勞動契約的法律依據，在105年12月14日勞資爭議調解紀錄中，調查事實結果則有記載依照勞基法第14條第1項第6款的法律依據，此部分是被告自己主張，還是調解委員也就是證人你建議的？）我不太記得，假如勞動契約要終止，一個是資方跟你終止，依照勞基法第11條、第12條，如果是勞方自己要終止，就是依照勞基法第14條，或許是我跟被告說，建議終止勞動契約法律上只有這兩方式，很多勞工不懂法律，但是我不太有印象了。」、「（問：本件是否有印象被告是否理解終止法律上勞動契約的法律意義？）我不確定被告本身懂不懂，但我作為調解委員會把法律解釋清楚，假如資方是用第12條把你解僱，你就依第14條終止契約請求資遣費，我都會向勞方說明，因為違法解僱的話，是構成第14條第1項第6款的違反法令，如果勞工認為雇主是違法解僱，就可以依照此規定終止契約。」、「我印象中，因為被告一開始申請就是要資遣費，但是在第一次調解時，資遣費、加班費部分談不攏，資方說把資遣費、加班費的方案帶回去公司討論，後來第二次調解時，因為資方只願意給加班費，不願意給資遣費，兩造談不攏，所以我印象中，被告說他要改為確認僱傭關係存在，但是因為資方也不同意，所以調解不成

立。」（見原審卷一第206-207頁），可見上訴人於申請調解時，雖有記載請求資遣費等語，但依上揭證人證述，並不能證明上訴人有何向被上訴人為終止勞動契約之表示，反而證人王耀梓有向上訴人勸諭說明，因為資方違法解僱，即構成勞基法第14條第1項第6款的違反法令，如果勞工認為雇主是違法解僱，就可以依照此規定終止契約等情，而證人即陪同上訴人參加105年12月28日調解之桃園市議員助理吳栩臺亦結稱上訴人當時並未表示終止勞動契約等語，且供稱「我有稍微看一下（按指原證2之105年12月2日勞資爭議調解申請書），有不當勞務解雇、非自願離職的主張，這二個應該是衝突的，我問范光明，這應該是勞動局櫃台志工勾選的，范光明說對，是櫃台志工要他這樣申請的。我跟范光明說可以做第一順位、第二順位的請求，當初不知道解雇的理由，只能站在勞工的立場做這樣請求。」（見本院卷第176-177頁），再參酌上訴人於記載請求資遣費及非自願離職證明之前文，均有表明被上訴人係無理由記過及因申請勞檢遭被上訴人以私自請同仁代班為由連續記過懲戒而遭解僱，該解僱係屬無效等語，上訴人既明言被上訴人違法解僱係屬無效，乃表明兩造僱傭關係仍應屬存在，其真意不過係因調解人等人之勸諭，預慮其先位解僱無效主張不成立，乃以雇主違反勞動契約為由終止契約而備位主張依勞基法第14條第4項、第17條規定請求資遣費，乃為求被上訴人接受其要求條件之備位讓步調解方案，揆諸前開說明，於調解不成立後之本案訴訟，法院自不得採為裁判之基礎。被上訴人徒以此指上訴人有於105年12月2日、105年12月14日及105年12月28日調解時向伊為終止勞動契約之意思表示或有默示之終止意思表示終止勞動契約，兩造之勞動契約已因上訴人為終止表示而不存在云云，自不足採。

四、綜上所述，被上訴人於105年12月1日及105年12月12日對上訴人大過及記過之處分行為及105年12月12日終止與上訴人間勞動契約行為，均構成工會法第35條第1項第1款之不當勞

動行為，依同法第35條第2項規定，被上訴人105年12月12日終止與上訴人間勞動契約之行為係屬無效，兩造間之僱傭關係仍屬繼續存在。而上訴人亦未於105年12月2日、105年12月14日及105年12月28日勞資爭議調解時向被上訴人為終止勞動契約之意思表示或默示終止之意思表示，上訴人因調解人勸諭所為備位讓步請求資遣費之調解方案，依法於調解不成立後之本案訴訟，法院尚不得採為裁判之基礎。從而被上訴人訴請確認兩造間自105年12月13日起至107年12月31日止之僱傭關係不存在，尚屬無據，不應准許。原審就此部分判命確認兩造間僱傭關係不存在，自有未洽。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由。自應由本院廢棄改判如主文第二項所示。

五、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。又本件被上訴人減縮後聲明係請求確認兩造自105年12月13日起至107年12月31日止之僱傭關係不存在，其期間計為2年又19日，而兩造在勞資爭議調解時所不爭之上訴人受僱每月薪資為4萬6千元（見原審卷一第17頁），依民事訴訟法第77條之10規定，計算本件上訴訴訟標的價額為113萬3,133元（〈46,000×12×2〉＋〈46,000÷30×19〉＝1,133,133，元以下四捨五入），未逾150萬元，依法不得上訴第三審，併予敘明。

六、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　7　月　3　日

勞工法庭

審判長法　官　魏麗娟

法　官　陳慧萍

法　官　朱耀平

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　3　　日

書記官　顧哲瑜