

臺灣高等法院民事判決

108年度勞上易字第20號

上訴人 蘇志修

被上訴人 新北市立鶯歌國民中學

法定代理人 張俊峰

訴訟代理人 廖大鵬律師

上列當事人間確認僱傭關係存在等事件，上訴人對於中華民國108年1月15日臺灣新北地方法院107年度勞訴字第14號第一審判決提起上訴，本院於108年5月14日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、按當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法，但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第3款定有明文。經查，上訴人於本院主張，被上訴人之民國(下同)105年12月27日新北鶯中總字第0000000000號之終止函(下稱系爭終止函)，從105年12月27日至終止日106年1月16日止，只有15日，扣除伊另謀工作而請假時間、國定例假日及特別休假7日未休部分後，並不足法定預告期間，程序尚未走完，兩造間僱傭關係依然存在等語。乃係對上訴人原審已提出被上訴人違法終止兩造間僱傭關係之攻擊方法，為法律上之補充，並非新攻擊方法，揆諸上開說明，應准許之。被上訴人執此為新攻擊或防禦方法云云，即非可採。

二、又被上訴人抗辯：上訴人於上訴後始主張系爭終止函沒有告知上訴人不能勝任工作的理由，被上訴人106年2月8日新北鶯中總字第1067250723號函，清楚列入六項不能勝任工作之事由，其他事由、事項，是被上訴人答辯狀才將之列為上訴人不能勝任工作之事由，係被上訴人臨訟杜撰編派，應不屬於這次訴訟範圍云云，為新攻擊方法等語。然查上訴人於原

審即主張被上訴人於105年12月27日未附據事由，逕以系爭終止函通知伊，依勞動基準法(下稱勞基法)第11條第5款規定，於106年1月16日終止兩造間勞動契約，並提出系爭終止函，及被上訴人106年2月8日新北鶯中總字第1067250723號函(下稱106年2月8日函)等件為證[見原審106年度板司勞調字第29號卷(下稱板司勞調字卷)第26頁]，則上訴人於本院上述主張並非新攻擊方法之提出，無民事訴訟法第447條所定情形。被上訴人抗辯尚不足取，亦予敘明。

貳、實體部分：

一、上訴人起訴主張：伊自104年3月12日起受僱於被上訴人，擔任學校警衛一職，負責門禁安全管理等事宜，每月薪資新臺幣(下同)1萬9,273元，嗣於105年1月間與被上訴人簽訂執勤人員勞動契約(下稱系爭勞動契約)，調整工資為2萬0,008元，再於106年1月調整為2萬1,009元。詎被上訴人於105年12月27日未附據事由，逕以系爭終止函通知伊依勞基法第11條第5款「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」之規定，於106年1月16日終止兩造間勞動契約，惟伊並無不能勝任工作之情況，被上訴人之終止非適法。伊於106年2月6日已以存證信函向被上訴人請求恢復僱傭關係繼續提供勞務，竟為被上訴人拒絕，並自106年1月16日起未給付伊薪資，爰依兩造間僱傭關係，提起本件訴訟，聲明：(一)確認兩造間之僱傭關係存在。(二)被上訴人應給付伊1萬0,504元，及自106年2月6日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(三)被上訴人應自106年2月起至伊復職之日止，按月於次月5日給付伊2萬1,009元，及自各期應給付日之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

二、被上訴人則以：上訴人於104年3月12日起任職伊學校擔任警衛，104年底綜合考評及具體建議事項記載上訴人值勤態度技巧須稍加調整、有打瞌睡狀況須改善。然105年間上訴人值勤態度依然不佳，打瞌睡情形仍持續發生，且有夜間提早關門、關燈等行為危及師生安全，故伊於105年年底辦理服

01 務評量，認上訴人屢屢違反系爭勞動契約及工作規則，確實
02 不能勝任警衛工作，而依勞基法第11條第5款規定終止勞動
03 契約。兩造間之僱傭關係業經伊合法終止等語，資為抗辯。

04 三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人補陳：系爭終止函從105
05 年12月27日至106年1月16日，只有15日，扣除伊另謀工作而
06 請假時間、國定例假日及特別休假7日未休部分後，並不足
07 法定預告期間，程序尚未走完，兩造間僱傭關係依然存在。
08 系爭106年2月8日函列伊不能勝任工作之事由，被上訴人答
09 辯狀所列上訴人不能勝任工作事由係被上訴人臨訟杜撰編派
10 ，應不屬於這次訴訟範圍。且證人黃健忠為被上訴人之總務
11 主任，復在新北市政府調解兩造勞資爭議時，擔任被上訴人
12 之代理人，顯與本件訴訟利害相關，故其證詞偏頗，不足採
13 信等語，並於本院上訴聲明：(一)原判決廢棄。(二)確認兩造間
14 之僱傭契約關係存在。(三)被上訴人應給付上訴人1萬0,504元
15 ，及自106年2月6日起至清償日止，按年息5%計算之利息。
16 (四)被上訴人應自106年2月起至上訴人復職之日止，按月於次
17 月5日給付上訴人2萬1,009元，及自各期應給付之翌日起至
18 清償日止，按年息5%計算之利息。

19 被上訴人補陳：自106年12月27日上訴人收受系爭終止函起
20 至106年1月16日，期間已有20日，符合勞基法規定之預告期
21 間。上訴人並未提出其於何時為另謀工作而請假，其主張預
22 告期間應扣除另謀工作而請假時間、國定例假日、特別休假
23 7日未休部分，均無依據，不足採信。伊係因上訴人未遵守
24 勞動契約及工作規則，於105年年底辦理服務評量，認上訴
25 人不能勝任警衛工作而終止契約，符合勞基法第11條第5款
26 之規定，且未違反最後手段性原則等語，並答辯聲明：(一)上
27 訴駁回。(二)若受不利益之判決，願供擔保請准免為假執行。

28 四、不爭執事實：

29 (一)上訴人自104年3月12日起受僱於被上訴人，擔任學校警衛一
30 職，兩造於105年1月1日簽立系爭勞動契約，調整工資為2萬
31 0,008元(見板司勞調字卷第12至14頁、第21至24頁)。

01 (二)系爭勞動契約第8條約定，關於終止契約之事項，應依勞動
02 基準法、工作規則或勞工退休金條例有關規定辦理；於第13
03 條約定上訴人應遵守工作規則、接受被上訴人各級主管之指
04 揮監督；復於第13條約定本契約未規定事項，依工作規則、
05 人事規章或政府有關法令規定辦理。被上訴人為明確規定臨
06 時人員與學校間之權利義務，定有警衛臨時人員工作規則（
07 見原審卷一第85至99頁），且經新北市政府於105年2月22日
08 以新北府勞調字第1050192542號函同意核備在案（見原審卷
09 二第73頁）。

10 (三)被上訴人於105年12月27日以新北鶯中總字第1057248751號
11 函向上訴人表示，依勞基法第11條第5款「勞工對於所擔任
12 之工作確不能勝任時」規定，自106年1月16日起終止系爭勞
13 動契約，上訴人於105年12月27日已收受系爭終止函（見板
14 司勞調字卷第10頁、本院卷第46至47頁）。

15 五、上訴人主張伊自104年3月12日起受僱於被上訴人，擔任學校
16 警衛一職。詎被上訴人於105年12月27日未附據事由，逕以
17 系爭終止函，通知伊依勞基法第11條第5款規定，於106年1
18 月16日終止兩造間之勞動契約，惟伊並無不能勝任工作情況
19 ，且被上訴人預告終止契約預告期間不足勞基法之規定，兩
20 造間勞動契約並未生終止之效力，伊於106年2月6日已以存
21 證信函向被上訴人請求恢復僱傭關係繼續提供勞務，竟為被
22 上訴人拒絕，兩造間僱傭關係仍繼續存在等語，然為被上訴
23 人所否認，並以前詞置辯。則本件主要爭點在於：(一)被上訴
24 人依勞基法第11條第5款規定，以上訴人不能勝任所擔任警
25 衛工作為由，終止系爭勞動契約是否有據？(二)被上訴人終止
26 勞動契約有無違反最後手段原則？(三)被上訴人預告終止系爭
27 勞動契約之預告期間是否不足勞基法規定？(四)上訴人訴請確
28 認兩造間僱傭契約關係存在，及請求被上訴人給付106年1月
29 16日以後之薪資及遲延利息，有無理由？茲分述之。

30 六、關於上訴人是否不能勝任工作：

31 (一)按非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：

01 五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。勞動基準法第11條
02 第5款定有明文。次按被上訴人為明確規定臨時人員與學校
03 間之權利義務，定有警衛臨時人員工作規則，且經新北市政府
04 於105年2月22日以新北府勞調字第1050192542號函同意核
05 備在案，為兩造所不爭執，自堪信實。警衛臨時人員工作規
06 則第5點服務守則規定：臨時人員遇有來賓接洽詢問，應親
07 切接待，妥為說明，立即通報相關單位，且不得有怠忽職守
08 、打瞌睡、看電視等行為。另新北市市立各級學校門禁執勤
09 人員勤務作業要點第4條，及新北市立鶯歌國民中學警衛勤
10 務作業要點第4條均規定，門禁執勤人員必須態度和善、勤
11 奮機警、服務熱忱，且不得有言行粗暴、怠忽職守等行為（
12 見板司勞調字卷第19頁，原審卷一第103頁）。參以新北市
13 立鶯歌國民中學警衛成績考核（服務評量）表所載「第二項
14 ：（警衛）應注意服裝儀容整潔、配備齊全、精神煥發及良
15 好之態度」、「第三項：執勤應專心服勤，接受相關人員詢
16 問時，態度應和藹、認真、親切，並注意至本校洽公人士之
17 指引及詢問」等語（見原審卷一第107、109頁）。可知，考
18 量學校是學生受教育之重要場合，維護學生安全是學校最重
19 要、最基本之要務，警衛之設置目的與工作性質，在維護學
20 校特別是學生之安全，執勤時態度是否親切和善？精神是否
21 認真專注？確為勞工能否勝任警衛工作之重要標準，此等對
22 於勞工之要求均屬合理，未逾越必要程度。

23 (二)經查：

- 24 1. 依據證人即被上訴人之總務主任黃健忠證述經過（見原審卷
25 二第34至38頁）、事務組長於105年11月30日9時49分拍攝上
26 訴人執勤時打瞌睡情形後交上訴人簽收之照片（見原審卷一
27 第113頁），及上訴人104、105年警衛成績考核（服務評量
28 ）表所載（見原審卷一第107、109頁），上訴人自104年起
29 ，不時有執勤時打瞌睡之情況，經總務主任黃健忠提醒後，
30 仍未見改善，並非以黃健忠證述為唯一依據。
31 2. 又被上訴人亦有接到家長致電反應上訴人態度不佳，被上訴

人於104年考核上訴人服務成績時，就「第二項：注意服裝儀容整潔、配備齊全、精神煥發及良好之態度」、「第三項：執勤應專心服勤，接受相關人員詢問時，態度應和藹、認真、親切，並注意至本校洽公人士之指引及詢問」、「第四項：各樓層教室、辦公室應嚴密監視，嚴防閒雜人士闖入，發現狀況應立即報告；星期例假日執勤時，未設置監視器範圍應不定時巡察，在不危害本身安全下，若發現不當行為，應適時勸離」核予較低之7分（共10項，每項滿分為10分）。一級主管即總務主任更於綜合考評及具體建議事項欄記載「表現尚符合要求，執勤態度技巧需稍加調整，有打瞌睡狀況需改善」，足見黃健忠仍有愛護上訴人希冀渠改善之意，並無對學校偏頗之虞。

3. 嗣上訴人於105年間，猶有打瞌睡情況，而被上訴人修繕工程承包商慶合水電有限公司於105年12月10日前來學校進行施工，需要警衛幫忙開啟教室大門及樓梯鐵捲門，然上訴人卻向廠商稱學校沒有交代，請廠商打電話給主任，請主任來學校開門等語，此有慶合水電有限公司人員反映書（見原審卷一第113之1頁），以及學校人員間LINE對話內容（見原審卷一第115頁）足稽，足見上訴人執勤態度不佳，不自行連絡學校相關人員，竟要求廠商自行打電話，有態度不佳等情況，經勸戒無效，被上訴人因而於105年考核被上訴人服務成績時，就前述第二、三、四項分別核予6分、5分、6分之低分，且二級主管即事務組長於綜合考評及具體建議事項欄記載「經綜合考評，該員已不能勝任警衛工作，擬中（終）止契約」。一級主管即總務主任亦批示「如擬」。堪認被上訴人主張上訴人執勤期間，不時有打瞌睡、態度不佳等情況，且經主管人員督促、提醒後猶未改善，致不能勝任學校警衛工作等節，應信屬實。

4. 上訴人雖辯稱：慶和水電反映書沒有日期，也不知何日，學校沒有交代，所以我們請廠商親自打電話給主任云云。然依慶合水電有限公司之反映書記載：「週六、假日施工有部份

（分）有需警衛幫忙配合開起（啟）教室大門及樓梯鐵捲門鑰匙，（警衛）說，學校沒有交代請我們廠商親自打電話給主任請主任來學校開門。」等語，及總務處人員郭建志LINE對話內容，其上顯示：「2016/12/10」之日期及星期六。又LINE對話內容：「郭建志：警衛不肯給工人開總務處施工」內容，可知上訴人確實不肯給工人開啟總務處門鎖進行施工。而郭建志為總務處人員，依據LINE對話內容，張俊峰校長對郭建志稱：謝謝建志假日還到學校值班等語，則郭建志當日有在學校值班，爰為此與上訴人溝通協調，上訴人向郭建志稱：自己開的自己負責等語，郭建志遂向上訴人拿鑰匙開啟總務處門鎖，俾利廠商人員進入總務處辦公室內進行施工，故上訴人稱學校沒有交代云云，與事實不符。

5. 綜上，上訴人於執勤期間，不時有打瞌睡、態度不佳等情況，上訴人行為有違系爭勞動契約第8條、第13條約定，及警衛臨時人員工作規則第5點規定，遇有來賓接洽詢問，應親切接待，妥為說明，並即通報相關單位，不得有怠忽職守、打瞌睡、看電視等。且經主管人員督促、提醒後猶未改善，致不能勝任學校警衛工作，被上訴人為此終止系爭勞動契約，自屬有據。

（二）再上訴人抗辯：系爭終止函沒有告知上訴人不能勝任工作的理由，被上訴人106年2月8日新北鶯中總字第1067250723號函，列入六項不能勝任工作之事由，是被上訴人答辯狀才列上訴人不能勝任工作之事由，係被上訴人臨訟杜撰編派云云。然查系爭被上訴人105年12月27日新北鶯中總字第1057248751號函，已經向上訴人表示，依據105年度對上訴人之考核表（依據雙方契約書第23條規定辦理），及覆上訴人105年12月19日鶯歌永昌郵局字第000156號存證信函辦理，依據勞基法第11條第5款「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」規定，自106年1月16日起終止系爭勞動契約關係，有終止函可考（見板司勞調字卷第10頁）。已經表明係因考核上訴人服務成績，上訴人不能勝任工作，被上訴人係以勞基法第11條

01 第5款「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」為依據而終止
02 系爭勞動契約關係。上訴人主張應適用勞基法第12條第2項
03 規定，即同條第1項第1款、第2款及第4款至第6款規定終止
04 契約者，應自知悉其情形之日起，30日內為之，顯有誤會。

05 七、關於最後手段原則：

06 (一)查被上訴人係公立學校，所有職缺均有其進用資格限制，並
07 受公務預算控管，不如私人公司行號般具有彈性，且警衛工
08 作性質上亦難與校內其他職缺相通而為調動，警衛不能勝任
09 工作時，無從調整其職務內容去從事其他職務之工作，故不
10 應課以被上訴人遇有警衛不能勝任工作時，需先調整其職務
11 仍不能勝任，始能終止契約之義務。況依上述上訴人之工作
12 態度，亦顯非調整至學校其他職務而能勝任。

13 (二)本件被上訴人發現上訴人自104年起，即有執勤時打瞌睡及
14 態度不佳而屢遭投訴情形，被上訴人非僅予以口頭警告，更
15 於年度考核上訴人服務成績時以文字紀錄具體要求上訴人改
16 善，惟上訴人於105年間執勤狀況依舊，被上訴人始於年度
17 考核上訴人服務成績時給予不及格之分數，並發函終止系爭
18 勞動契約。可見被上訴人確有先實施相關督導、考核手段，
19 未立即終止系爭勞動契約，上訴人顯有充足之時間與機會得
20 自我改善。嗣被上訴人辦理105年度考核時，經綜合考評，
21 確認上訴人已不能勝任警衛工作，始決定終止系爭勞動契約
22 ，已合於解僱最後手段性原則之要求。是上訴人主張被上訴
23 人終止系爭勞動契約不合法云云，難認有據。

24 八、被上訴人預告終止系爭勞動契約之預告期間合乎勞基法規定
25 ：

26 (一)按雇主依第11條或第13條但書規定終止勞動契約者，其預告
27 期間依左列各款之規定：二、繼續工作1年以上3年未滿者，於
28 20日前預告之。勞動基準法第16條第1項第2款定有明文。

29 (二)查被上訴人係於105年12月27日以新北鶯中總字第105724875
30 1號函向上訴人表示自106年1月16日終止系爭勞動契約，發
31 文方式係以「紙本遞送」，即由承辦人於當日（即105年12

01 月27日)將該函交給上訴人,此有被上訴人「公文資訊」、
02 「公文資訊」之紙本郵寄對照照片、上訴人打卡紀錄(見本
03 院卷第65至69頁)可證,又上訴人於本件準備程序亦自承於
04 105年12月27日收受上開函文(見本院卷第47頁)。另依「
05 新北市政府勞資爭議調解紀錄」,其上記載上訴人主張:「
06 資方以105年12月27日新北鶯中總字第1057248751號函, ...
07 .預告於106年1月16日(即最後工作日)…」等語(見原審
08 卷一第159頁),足見預告期間係至106年1月16日(含)止
09 。因上訴人任職於被上訴人學校期間為1年以上3年未滿,故
10 被上訴人於105年12月27日以上訴人對於所擔任之工作確不
11 能勝任為由,發函上訴人表示於106年1月16日終止系爭勞動
12 契約,自上訴人105年12月27日收受系爭公文至106年1月16
13 日24時,期間為20日(自105年12月28日至106年1月16日止
14),未有違背勞基法相關規定。

15 (二)上訴人雖主張,從105年12月27日至106年1月16日止,只有
16 15日,扣除伊另謀工作而請假時間、國定例假日及特別休假
17 7日未休部分後,並不足法定預告期間,程序尚未走完,兩
18 造間僱傭關係依然存在云云。

19 1.惟按勞基法第16條第1、2項規定「勞工於接到前項預告後,
20 為另謀工作得於工作時間請假外出。其請假時數,每星期不
21 得超過2日之工作時間,請假期間之工資照給。」、「雇主
22 未依第一項規定期間預告而終止契約者,應給付預告期間之
23 工資。」。是以,縱認被上訴人之終止未符合20日預告期間
24 ,按勞基法第16條第1、2項規定,亦僅係給付預告工資之問
25 題,就終止系爭勞動契約而言,其終止效力不生影響。

26 2.又關於預告離職期間是否包含假日,根據行政院勞工委員會
27 (現改制為勞動部)76年11月9日臺勞資字第6578號函釋:
28 「勞動基準法第15條第2項規定:『不定期契約,勞工終止
29 契約時,應準用第16條第1項規定期間預告雇主。』該預告
30 期間應包括各種假期在內。」,故預告離職期間包含假日、
31 國定假日及過年期間在內。按此,上訴人主張106年元旦3天

連假、106年1月7日、8日及同年月14日、15日（即星期六、日例假）應該扣除云云，與上揭行政院勞工委員會函釋有所不符而不可採。另上訴人主張上開期間內為另謀工作得於工作時間請假外出云云，然上訴人未舉證何時提出請假及請假時間為何，且為被上訴人否認，並非可採。

3.另被上訴人已經於系爭終止函敘明，依據勞基法第38條給予上訴人特別休假7日，未休假部分於終止勞動契約30日內發給不休假費用，符合勞基法第38條第4項本文規定。是以，上訴人主張特別休假7日應扣除預告期間天數云云，尚乏依據。

九、本院既認被上訴人依勞基法第11條第5款規定，以上訴人不能勝任所擔任警衛工作為由終止系爭勞動契約，依法有據，則上訴人訴請確認兩造間之僱傭契約關係存在，及請求被上訴人給付106年1月16日以後之薪資及遲延利息即無理由。

十、綜上所述，被上訴人以上訴人不能勝任學校警衛工作為由，依據勞基法第11條第5款規定終止系爭勞動契約，於法並無不合。兩造間之僱傭關係既經被上訴人依法終止，則上訴人起訴請求確認與被上訴人間僱傭關係存在，並依僱傭契約之法律關係請求被上訴人給付106年1月16日以後之薪資及遲延利息，均無理由，應予駁回。從而原審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。

十一、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。

十二、據上論結，本件上訴為無理由，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 28 日

勞工法庭

審判長法官 黃嘉烈

法官 高明德

01 法官 陳筱蓉

02 正本係照原本作成。

03 不得上訴。

04 中 華 民 國 108 年 5 月 28 日

05 書記官 章大富