

臺灣高等法院高雄分院民事判決

112年度勞上字第3號

上訴人 艾爾特運動有限公司

法定代理人 張家龍

訴訟代理人 郭泓志律師

陳婉瑜律師

被上訴人 巫家宏

巫帛宏

共 同

訴訟代理人 吳晉賢律師

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111年12月13日臺灣橋頭地方法院111年度勞訴字第164號第一審判決提起上訴，本院於113年11月19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

一、被上訴人主張：被上訴人巫家宏自民國109年8月1日起受僱於上訴人擔任店員，負責銷售自行車車衣、車褲等；另被上訴人巫帛宏則自同年月26日起受僱於上訴人，為上訴人在臺灣各地推廣業務，被上訴人月薪各均為新臺幣(下同)2萬5000元。上訴人於111年3月22日臨時通知巫家宏及原審共同原告陳文雅配合會計師進行盤點，盤點後要求交出店門鑰匙，嗣於111年4月1日以巫家宏及陳文雅有私自進貨販賣、帳務短少23萬6459元，及巫帛宏未提供勞務等為由，依勞動基準法(下稱勞基法)第12條第1項第4、5款規定，發函告知被上訴人已於111年3月31日終止兩造間之勞動契約。然被上訴人並無上訴人所指情事，上訴人終止勞動契約不符解僱最後手段原則，兩造間僱傭關係應繼續存在，被上訴人請求復職，

01 仍遭上訴人拒絕。被上訴人任職年資均滿1年6月，各有10日
02 特別休假，惟被上訴人除春節外，未曾於國定假日休假，得
03 請求上訴人給付特別休假未休工資及國定假日出勤工資。爰
04 依勞動契約、民法第487條、勞基法第39條規定起訴。聲明
05 求為判決：(一)確認兩造間僱傭關係存在。(二)上訴人應自111
06 年4月1日起至巫家宏、巫帛宏復職前一日止，按月於次月2
07 日給付巫家宏、巫帛宏各2萬5000元，並均自各期應給付日
08 之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(三)上訴人
09 應給付巫家宏、巫帛宏各3萬6652元，及均自起訴狀繕本送
10 達上訴人翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(四)
11 願供擔保，請准宣告假執行。

12 二、上訴人則以：上訴人法定代理人張家龍因熱愛騎自行車，因
13 此在台成立公司，又完全信任被上訴人，對被上訴人工作內
14 容未多干涉，嗣經會計師提醒常有事後作帳情形，上訴人乃
15 於111年3月22日委請會計師進行盤點，發現短少139件商
16 品，巫家宏表示其中107件在其他經銷商處寄賣，另32件無
17 法交代，上訴人乃取回店面搖控器，請巫家宏暫時休假；嗣
18 發現巫家宏竟自行販售私貨、未經上訴人同意接受其他廠商
19 寄賣，其中竟有巫家宏所創立艾爾特企業社，嚴重損害上訴
20 人對巫家宏信任，情節自屬重大；另巫帛宏未在店內工作，
21 亦未回報何日何處以何方式推廣業務，顯未提供勞務。上訴
22 人備有打卡單並要求被上訴人詳實記載出勤時間，被上訴人
23 刻意不使用打卡單記載出勤時間，上訴人從未要求被上訴人
24 於國定假日加班等語，資為抗辯。

25 三、原審審理後判決確認兩造間僱傭關係存在；另命上訴人應給
26 付巫家宏8333元，及自111年5月24日起至清償日止，按週年
27 利率5%計算之利息；暨自111年4月1日起至巫家宏、巫帛宏
28 復職之前一日止，按月於次月2日各給付巫家宏、巫帛宏2萬
29 5000元，並自各月應給薪日之翌日起至清償日止，按週年利
30 率5%計算之利息；復就金錢給付部分依職權宣告假執行及依
31 聲請為附條件免為假執行之宣告。上訴人就其敗訴部分不

01 服，提起上訴，上訴聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢
02 棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行聲請
03 均駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回（原審判決駁回被上
04 訴人逾上開金額之請求部分，被上訴人未聲明不服）。

05 四、兩造不爭執之事項：

06 (一)巫家宏於109年8月1日起受僱於上訴人，擔任店員，每月工
07 資2萬5000元。

08 (二)巫帛宏於109年8月26日起受僱於上訴人，負責上訴人在臺灣
09 各地推廣業務等事項，每月工資2萬5000元。

10 (三)上訴人於111年4月1日以存證信函指巫家宏及陳文雅有私自
11 進貨擺放及帳務短少23萬6459元，及巫帛宏未有提供勞務等
12 情，依勞基法第12條第1項第4、5款規定終止兩造間勞動契
13 約。

14 (四)如認兩造勞動契約自111年4月1日仍然繼續存在，上訴人應
15 按月於次月2日各給付巫家宏、巫帛宏薪資2萬5000元，及自
16 各月應給薪日之翌日至清償日止，按週年利率5%計算之利
17 息，暨應給付特別休假未休工資8333元本息予巫家宏。

18 五、被上訴人主張並無違反勞動契約、工作規則或損及上訴人利
19 益情事，上訴人逕行終止兩造間之勞動契約為不合法，兩造
20 間之僱傭關係仍存在，上訴人應按月給付薪資，及給付巫家
21 宏特休假未休加倍工資等語，為上訴人否認，並以前詞置
22 辯。本件之爭點絕為：(一)上訴人依勞基法第12條第1項第4、
23 5款規定，終止兩造勞動契約，是否合法？(二)被上訴人請求
24 確認僱傭關係存在，並請求上訴人給付薪資及巫家宏特休假
25 未休加倍工資8333元，是否有據？茲逐一說明如下：

26 (一)上訴人依勞基法第12條第1項第4、5款規定，終止兩造勞動
27 契約，是否合法？

28 1.按勞基法第12條第1項第4款規定違反勞動契約或工作規則，
29 情節重大者，雇主得不經預告終止契約。縱勞工違反勞動契
30 約，仍須符合情節重大要件，雇主始得終止契約。所稱情節
31 重大係不確定法律概念，解釋上應以勞工違反勞動契約之具

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為斷。倘仍有其他懲戒方法可施，尚未至最後、無法迴避、不得已之手段，自不得任由雇主懲戒勞工達解僱之程度。故勞工之違規行為態樣、初次或累次、故意或過失違規、對僱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，均為是否達到懲戒性解僱之衡量因素（最高法院110年度台上字第2913號判決意旨參照）。又按勞工故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有物品，或故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者，雇主得不經預告終止契約。勞基法第12條第1項第5款亦有明文。勞工故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有物品，或故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者，雇主雖得不經預告終止契約，惟勞工是否確有上述情形，自應由雇主舉證證明之。

2.上訴人於111年4月1日分寄發存證信函予巫家宏、巫帛宏，終止兩造間之勞動契約，依存證信函所載，上訴人以巫家宏、陳文雅有私自進貨擺放及帳務短少23萬6459元，及巫帛宏未依約定協助上訴人推廣業務，並無提供勞務等事由，依勞基法第12條第1項第4款、第5款規定終止，被上訴人否認有前揭事由，揆諸首開說明，應由上訴人就被上訴人有前開所指事由之事實，負舉證之責。經查：

(1)上訴人抗辯巫家宏未經同意私自於店內販售與其所銷售同類產品即被上訴人共同所設立艾爾特車業有限公司（下稱艾特爾公司）及巫家宏所創立艾爾特企業社之「Bike Soul」商品，固舉艾爾特企業社商工登記查詢資料、請款單、統一發票、巫帛宏創辦「Bike Soul」之新聞報導及上訴人銷售「Bike Soul」商品帳務資料為證（原審卷第81至85頁）。然查，上訴人先後於110年12月、111年3月間向艾爾特公司進貨「Bike Soul」商品，並由張家龍親自將貨款匯款予艾爾特公司，有艾爾特公司所開立統一發票及上訴人帳戶存摺明細（原審卷第81頁、第141至143頁），並

為上訴人所不爭執(原審卷第170至171頁)。又上訴人所進貨「Bike Soul」商品，均登入上訴人帳務資料，銷售利潤亦歸入上訴人營業利潤，並由陳文雅按月將進銷貨品明細表、銷售統計表、銷售利潤統計表及公司庫存明細表等帳務資料mail張家龍，亦據巫家宏提出為上訴人所不爭執之帳務資料及陳文雅mail報表予張家龍截圖(本院卷第85頁、第137頁、第139頁)；另張家龍與被上訴人相識多年，張家龍為支持巫家宏所自創「Bike Soul」品牌，曾親自穿該品牌車衣拍照並稱「非常好」，且上傳於社群軟體，亦有貼文截圖可憑(原審卷第123頁)；復再參諸上訴人店面照片，店外人行道除豎立有「Bike Soul」廣告旗幟，店內並設有「Bike Soul」品牌招牌及獨立櫃位擺放該商品(原審卷第133至135頁)；又依張家龍持有店面鐵門搖控器，得自由出入店面，並曾攜友至店內拍照(原審卷第145頁)等情以觀，上訴人確實知悉並同意向艾爾特公司、艾爾特企業社進貨「Bike Soul」商品銷售獲取利潤，上訴人辯稱不知巫家宏私自販賣「Bike Soul」商品，因全然信任巫家宏，從未過問財務帳目資料云云，顯悖於常情，難可採信。

(2)上訴人另稱巫家宏向訴外人常樂健康休閒有限公司(下稱常樂公司)買斷「NORTH WAVE」商品，未經上訴人同意於店內陳列販售，雖提出陳文雅所製作之請款單、上訴人員工與常樂公司負責人LINE通訊軟體對話內容、上訴人銀行存摺及陳文雅於111年3月寄送上訴人報表為憑(本院卷第89至94頁、第177至204頁)，巫家宏雖不爭執其與陳文雅向常樂公司買斷「NORTH WAVE」商品，並在上訴人店內陳列販售，然主張此為張家龍所知悉等語。依上訴人所提請款單記載請款日為2022/3/1，轉帳銀行為第一商業銀行007、帳號為000000000000，即陳文雅帳戶，而張家龍早於109年9月29日即親自前往第一商業銀行楠梓分行，辦理前開第一銀行帳戶為陳文雅之薪轉帳戶，有第一商業銀行楠梓

01 分行第00134號函暨申請(變更)書供佐【臺灣高等檢察署
02 高雄分署（下稱高雄高分檢）112年度上聲議字第1325號
03 偵查卷第68頁】；參以陳文雅所寄送上訴人前該報表，均
04 有明載「NORTH WAVE」商品（本院卷第179頁、第192至19
05 3頁、第198頁、第201至203頁）。又觀諸張家龍與巫家宏
06 間就議及上訴人公司名稱命名過程，及後續張家龍欲邀同
07 巫家宏合作網購之LINE對話內容：「（張家龍）：家宏
08 哥，如果開公司，公司名稱叫ABC公司，會不會不好聽？
09 （巫家宏）：哈哈～龍哥還要成立公司行號可以嗎？（張
10 家龍）：是的！（張家龍）：你幫我改一個公司名稱好
11 嗎？你之前的叫什麼？（巫家宏）：要有什麼營業項目
12 呢？（張家龍：都是單車運動服…你幫我改一個公司名稱
13 好嗎？你之前的叫什麼？（巫家宏）：我們有一個叫”艾
14 爾特車業”的公司行號，沒什麼在用。（張家龍）：好！
15 艾爾特是英文名嗎？（巫家宏）：我們用中文而已。（張
16 家龍）：好！！我想公司名稱不能重複，你覺得用艾爾
17 特運動公司，好嗎？或是用艾爾特什麼---公司？（巫家
18 宏）：艾爾特運動公司聽起來不錯哦！（張家龍）：好！
19 一言為定！希望台灣公司註冊可以登記成功，我回覆方先
20 生，謝謝家宏哥！（巫家宏）：祝龍哥一切順利」、
21 「（張家龍）：…我想請問你，對我向你建議合作做的網
22 購生意仍有興趣嗎？頭一年你不用出資也不用出名頭，只
23 是背後幫助但可分利潤，到第二年，你可以自由再考慮繼
24 續合作，如果繼續可以考慮入股，多少無問題，如果沒有
25 興趣繼續，我也可能結束生意，我想請你說說你的想法，
26 你可以下午才告訴我，謝謝你家宏哥！！」（巫家宏）：
27 龍哥～真的很謝謝您，我對於網購生意也相當感興趣，我
28 與我弟弟帛宏手邊也有相當多資源，希望也有機會透過您
29 的協助，可以整合在一起銷售，我相信我們的合作一定可
30 以做的很好，我相當期待。（張家龍）：我很開心知道家
31 宏哥你的意願，謝謝你！我們下午再談，感謝！！」【臺

灣橋頭地方檢察署（下稱橋頭地檢）他字卷一第109頁、第159頁】，其情顯示張家龍在台申請成立上訴人前，曾詢問巫家宏意見，並接受巫家宏提議將其與巫帛宏共同創設「艾爾特車業」名稱，提供張家龍命名使用，且張家龍於成立公司前，即主動向巫家宏談及以共同合作方式經營公司，巫家宏亦同意張家龍提議，並將自行車商品銷售之相關資源與上訴人共享及整合銷售，與張家龍共同合作經營。是巫家宏主張因張家龍嗣無意出資，其與陳文雅於徵得張家龍同意後，集資買斷「NORTH WAVE」品牌商品於上訴人門市寄賣，以增加商品多樣性，藉此提高上訴人營業額，創造更多分紅利潤乙節，核屬可採。巫家宏並無上訴人所指私自進貨於店內販售，違反勞動契約可言。

(3)上訴人另執巫家宏所簽立協議書，辯稱上訴人經委請會計師盤點，發現短少139件商品，巫家宏表示其中107件在其他經銷商處寄賣，另32件無法交代，並同意負擔盤損，有故意損耗雇主所有商品致雇主受有損害及違反勞動契約或工作規則情節重大情事等語。但查，上訴人對於陳文雅所寄送張家龍前開帳務資料，包含經銷商之銷售資料，並未爭執，復未能舉證證明上訴人曾反對或禁止巫家宏將商品交予經銷商寄賣，難僅以巫家宏於協議書同意應雇主要求向經銷商取回商品，即認巫家宏、陳文雅有未經上訴人同意將商品寄賣經銷商處之行為，況寄賣經銷商處，就已售出者，上訴人已獲得銷售利潤，未售出者，上訴人亦可取回，難認有何故意損耗上訴人商品致上訴人受損情形。至於依協議書所載，有盤點商品短少無法交代部分，巫家宏、陳文雅負責店面管理，應負有相當責任，惟上訴人店面商品採用開架陳設，未設置監視系統，尚難排除恐有消費者或他人竊取商品等情。上訴人並無建立定期盤點制度，過去未曾進行盤點，於多年後方進行第一次盤點，進而發現商品短少，未違常情，情節亦非屬重大。況且，上訴人亦不爭執張家龍亦持有店面遙控器，得隨時自由出入

01 店面，曾自行協同友人至店面，為前所論，顯然巫家宏、
02 陳文雅並非獨自全面掌控管理商品，多年未行盤點等行
03 為，上訴人管理上有缺失，其商品短少之責任，難以全部
04 歸咎於巫家宏、陳文雅。巫家宏就商品短少部分，雖應負
05 擔部分疏失責任，並於協議書同意賠償損失，仍無從逕此
06 認定巫家宏係故意損耗上訴人商品致上訴人受有損害及違
07 反勞動契約或工作規則且情節重大，上訴人此部分抗辯，
08 並無足採。

09 (4)再上訴人就上開終止兩造勞動契約之同一事實（即被上訴
10 人及陳文雅意圖損害其利益，於擔任員工期間，於上訴人
11 店內販售「Bike Soul」商品；另未經同意，以陳文雅名
12 義向常樂公司買入「NORTH WAVE」商品，再轉賣與上訴
13 人，賺取利潤，損及上訴人利益）以被上訴人、陳文雅涉
14 犯背信等罪嫌提起刑事告訴，經橋頭地檢檢察官偵查後，
15 依前開所論證據（張家龍於偵查中陳述、艾爾特企業社請
16 款單、統一發票、上訴人店面及店內擺設照片、兩造所提
17 供帳務資料、陳文雅mail張家龍報表截圖等），認張家龍
18 應係同意被上訴人於店內販售「Bike Soul」商品，難謂
19 有上訴人所指訴背信犯行之情，以112年度偵字第2182號
20 處分書為不起訴處分；嗣上訴人聲請再議，亦經高雄高分
21 檢檢察官查證後，依第一商業銀行楠梓分行函附申請(變
22 更)書，上訴人所提供請款單所記載轉帳銀行帳戶為陳文
23 雅帳戶，張家龍於109年9月29日親自辦理該帳戶為陳文雅
24 之薪轉帳戶，張家龍應知情巫家宏、陳文雅向常樂公司買
25 斷「NORTH WAVE」，及在上訴人店面陳列販售等情，而以
26 112年度上聲議字第1325號處分書駁回再議等情，有上開
27 不起訴處分書及處分書可參（本院卷第95至107頁、第219
28 至227頁）；上訴人復向法院聲請准許提起自訴，亦經
29 原法院112年度聲自字第9號刑事裁定駁回（本院卷第325
30 至340頁），並經本院調取上開刑事偵查案卷及原法院刑
31 事案卷核閱無訛，益見被上訴人並無上訴人所指稱前開行

為情事，上訴人以此事由終止勞動契約，自無所據。

(5)再上訴人以未曾在店內見到巫帛宏，巫帛宏亦未回報以何種方式推廣業務，據以主張巫帛宏未依勞動契約提供勞務等語。然上訴人自承就前開主張並無任何舉證提出（本院卷第210頁）。查，巫帛宏任職上訴人期間，負責上訴人在臺灣各地推廣業務等事項，為兩造所不爭執（原審卷第185頁，本院卷第54頁）。又巫帛宏為頗具知名度之自行車選手，前曾為國手，復為上訴人所不爭執（本院卷第140頁），並代表國家參加自由車錦標賽（2006年杜哈亞運領先計分賽第六名、美式接力賽第五名；2007年全國運動會2金3銀；2008年亞洲自由車錦標賽全能賽金牌；2012年環台賽台北市站第二名；2014年仁川亞運個人全能賽第六名、公路個人賽第八名，見維基百科網頁<https://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%B7%AB%E5%B8%9B%E5%AE%8F>），核其業務工作內容，應盡可能利用自身知名度，增加上訴人及商品品牌曝光度，提升上訴人及商品在社會上之能見度，並非以傳統業務員銷售方式即到店上班或至客戶處推廣商品。依巫帛宏所提出臉書刊登照片所示（本院卷第123至132頁），巫帛宏確於其個人臉書大力推銷上訴人公司品牌「艾爾特運動/樂士單車」、「ARTSPORT」或上訴人所代理「GSG」產品，或係以上訴人為贊助企業搭配其他自行車選手、車隊或愛好者一起推廣上訴人公司品牌，藉以提升上訴人公司品牌價值等，均為巫帛宏推廣上訴人業務之方式。況且，上訴人自巫帛宏於109年8月任職迄至111年3月底，均未對其推廣業務方式表示異議，且持續付薪，可見上訴人係認同巫帛宏之業務推廣方式。倘上訴人嗣後對巫帛宏之推廣業務方式，認為應予調整，理應與巫帛宏協商，並督促巫帛宏依協商調整之業務推廣方式提供勞務，否難認巫帛宏有何未依約提供勞務情事，遑論上訴人亦未具體指明有何情節重大情事，上訴人此部分抗辯，亦難採信。

01 3.據上，上訴人未能舉證證明巫家宏故意損耗上訴人商品致上
02 訴人受有損害及違反勞動契約或工作規則情節重大，及巫帛
03 宏未依約提供勞務，違反勞動契約之情事，則上訴人援此為
04 由，以被上訴人違反勞基法第12條第1項第4、5款之事由終
05 止勞動契約，即非合法，兩造間僱傭關係，應仍存在。

06 (二)被上訴人請求確認僱傭關係存在，並請求上訴人給付薪資及
07 巫家宏特休假未休加倍工資8333元，是否有據？

08 1.承前所述，上訴人未能舉證證明被上訴人有勞基法第12條第
09 1項第4、5款之解僱事由，則其依勞基法第12條第1項第4、5
10 款規定，終止兩造間之勞動契約，並不合法，被上訴人訴請
11 確認兩造間之僱傭關係存在，為有理由。

12 2.上訴人對於如認兩造勞動契約自111年4月1日仍然繼續存
13 在，上訴人應按月於次月2日各給付巫家宏、巫帛宏薪資2萬
14 5000元，及自各月應給薪日之翌日至清償日止，按週年利率
15 5%計算之利息，暨應給付特別休假未休工資8333元予巫家
16 宏，亦不爭執（兩造不爭執之事項(四)），則被上訴人請求上
17 訴人為前開給付，亦屬有據。

18 六、綜上所述，被上訴人依勞動契約、民法第487條、勞基法第3
19 9條規定，請求確認兩造間僱傭關係存在，另上訴人應給付
20 巫家宏8333元，及自111年5月24日起至清償日止，按週年利
21 率5%計算之利息；暨自111年4月1日起至巫家宏、巫帛宏復
22 職之前一日止，按月於次月2日各給付巫家宏、巫帛宏2萬50
23 00元，並自各月應給薪日之翌日起至清償日止，按週年利率
24 5%計算之利息，應予准許。原審為上訴人敗訴之判決，並就
25 金錢給付部分依職權宣告假執行及依聲請為附條件免為假執
26 行之宣告，即無違誤。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄
27 改判，為無理由，應予駁回。

28 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
29 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無
30 一一詳予論駁之必要。至於上訴人聲請函詢常樂公司提出巫
31 家宏、陳文雅於109至111年間向該公司購買「NORTH WAVE」

01 品牌商品之產品明細、售價、購買單據及經銷契約部分（本
02 院卷第251頁），然因本院卷及原法院112年度聲自字第9號
03 刑事卷，已有前述常樂公司銷售明細表、原始進貨郵件、請
04 款單等證據，經本院審認後，並無上訴人所指賺取價差此一
05 待證事項，業如前論，毋庸為無益調查之必要，併此敘明。
06 八、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

07 中 華 民 國 114 年 1 月 10 日
08 勞動法庭

09 審判長法 官 許明進
10 法 官 蔣志宗
11 法 官 張維君

12 以上正本證明與原本無異。

13 上訴人如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴
14 狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理
15 由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律
16 師或具有律師資格之人之委任狀，並依附註條文規定辦理。如委
17 任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

18 中 華 民 國 114 年 1 月 10 日
19 書記官 黃璽儒

20 附註：

21 民事訴訟法第466條之1：

22 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
23 人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

24 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
25 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
26 院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

27 第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。