臺灣士林地方法院民事判決

111年度勞訴字第61號

原　　告　黃志濱
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　陳建維律師
被　　告　強固保全股份有限公司
000000000000000000
000000000000000000
法定代理人　湯永郎
000000000000000000
訴訟代理人　林明富

上列當事人間請求給付資遣費等事件，本院於民國112年9月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、被告應給付原告新臺幣（下同）1,035,611元，及自111年4月26日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

二、被告應提繳97,099元至勞動部勞工保險局設立之原告勞工退休金個人專戶。

三、被告應開立非自願離職證明書予原告。

四、本判決第一項得假執行。但被告如以1,035,611元為原告預供擔保後，得免為假執行。

五、本判決第二項得假執行。但被告如以97,099元為原告預供擔保後，得免為假執行。

六、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、原告主張：

㈠原告自92年10月1日起受僱於被告，擔任保全人員，原月薪為30,000元，自102年起調整月薪為31,000元，每月薪資於次月10日左右發放。被告為使公司保全人力年輕化，於110年11月29日將原告調職至其他單位，原告無法接受此調職理

由，故於同年12月15日寄發存證信函，以被告未依勞動契約給付積欠原告加班費、國定假日工資、未休特休工資等工作報酬，且被告令原告超過正常工時加班、未予原告特別休假或告知原告排定特別休假等違反勞工法令情事，依勞動基準法（下稱勞基法）第14條第1項第5、6款向被告為終止勞動契約之表示，兩造間勞動契約於同年12月16日合法終止。原告核屬非自願離職，被告應依勞基法第19條、就業保險法第11條第3項、第25條第3項前段規定開立非自願離職證明書予原告，及依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第12條第1項規定給付原告資遣費227,802元。

㈡原告在職期間，為勞基法第84條之1按月計酬工作者，依核定之兩造間約定書（下稱系爭約定書），每日正常工時不得超過10小時，連同延長工時，1日不得超過12小時。原告每日工時自晚上7時至隔日上午7時，共12小時，中間無休息時間，被告給付原告工資，並未加計2小時延長工時工資。又原告一開始受僱於被告僅月休4日，直至105年起，始改以月休6日。爰依勞基法第24條請求被告給付106至110年短少之加班費共計293,685元。

㈢若將上述短少給付之加班費考量在內，原告於勞動契約終止前之6個月平均薪資至少為37,967元，惟被告僅以投保薪資31,800元為原告申報投保勞工保險及就業保險，以多報少，不僅致原告受有退休金短少提繳之97,009元差額，亦致原告受有失業給付短少之差額損害40,320元，爰依勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項請求被告提繳97,099元至原告勞工退休金個人專戶，並依就業保險法第16條第1項、第19條之1第1項、第38條第3項請求被告賠償失業給付差額40,320元。

㈣另勞基法第84條之1第1項並未排除同法第39條、第38條之適用，原告共有28日國定假日工作，被告未給付原告於國定假日工作之加倍工資36,648元，且被告其餘32日國定假日休假，係原告原本排定之休假，被告並未予原告補休，故被告

應依勞基法第39條規定給付國定假日工作之加倍工資36,648元，及依勞基法第39條、勞基法施行細則第23條之1第1項給付原告國定假日未補休之工資33,067元，共計69,715元。又原告自105年10月1日至110年10月1日之任職期間，未休之特別休假共有129日，依勞基法第38條第1、4項規定，被告應給付133,302元。

㈤再者，原告自94年7月起選擇適用勞退條例之退休金制度，被告依法有為原告提繳退休金之義務，惟自94年7月至103年12月止，原告退休金均由原告薪資扣除，故依民法179條規定，被告應返還新制退休金118,919元。又原告00年00月00日生，已年滿55歲且工作超過15年，符合自請退休之要件，自得請求被告給付舊制退休金。而原告年資自92年10月1日至94年6月30日，共1年9個月，依勞基法第55條第1項及勞退條例第11條第1、2項規定，原告得請求4個基數之退休金，以終止勞動契約之前6個月之平均工資至少37,967元計算，則舊制退休金應為151,868元。

㈥綜上，爰提起本訴等語。並聲明：

1.被告應給付原告1,035,611元，及自民事起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

2.被告應提繳97,099元至勞動部勞工保險局設立之原告勞工退休金個人專戶。

3.被告應開立非自願離職證明書予原告。

4.願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告抗辯：

㈠原告前自92年10月6日至93年12月31日止受僱於強固公寓大廈管理維護股份有限公司（下稱強固管理公司），94年1月1日起始受僱於被告，擔任管理員，約定月薪為基本工資15,840元，嗣104年4月16日起轉任保全，勞資雙方約定依排班班表出勤，每日出勤時間扣除自行調配之休息時間2小時，實際工作時間為每日10小時，並約定月薪31,000元，原告每月均有事先取得班表，於隔月取得應領薪資。惟原告於110年1

2月1日未到班，僅口頭請喪假1日，自同年月2日至4日止連續曠職3日，被告遂於同年月5日依勞基法第12條第1項第6款終止勞動契約，於同年月6日允諾原告若其能於同年月7日於指定地點報到上班，則撤回前開終止契約之意思表示，然被告仍未報到，出於無奈，被告因而仍援前揭110年12月5日之意思表示終止與原告之勞動契約。縱原告於110年12月15日向臺北市政府勞動局提起勞資爭議調解，亦已曠職逾10數日，依勞資爭議處理法第8條規定，原告行為已屬因此勞資爭議事件而罷工，原告無由請求被告給付資遣費及開立非自願離職證明書及失業給付差額。

㈡兩造約定每日出勤時間，扣除自行調配用包括但不限於外出購餐、用餐、如廁、划手機等休息時間，每日工時為10小時，合於規定，並無延長原告之工時。且原告10數年間未曾提出工資不足之意思表示，顯見原告默認每日工時為10小時。而被告所給付之工資，已優於法定部分共98,088元，原告無由請求加班費。

㈢原告計算加班費時，已將國定假日未休、特別休假未休而出勤之工時均計入240小時內，惟其中174小時之工時屬月薪30日之基本工資，其中另66小時則是國定假日、特別休假出勤產生之加倍給付工資，被告本就將國定假日未休、特別休假未休給付予原告，故原告所指國定假日、特別休假工資均重複計算，為無理由。又原告請求國定假日未補假之工資33,067元，因勞基法第84條之1已排除同法第36、37條之規定，原告不適用遇勞基法第36條所訂例假及休息日應補假之規定，亦無補休折現之請求依據，故原告請求國定假日休假未補休之工資，亦無理由。

㈣兩造約定月薪為31,000元，自104年2月1日起調整投保薪資為31,800元，與勞工保險條例第14條相符，故原告無從請求失業給付差額。又被告每月均提供原告薪資明細，於薪資明細內提示依法應提繳之退休金金額，惟原告對於每月薪資明細內容未曾有過意見，應屬默認明細之正確性。而且，被告

並未自原告薪資中扣除退休提繳金。

㈤又原告係於94年1月1日任職於被告，舊制退休金年資自94年1月1日至同年7月1日止共計半年，依勞基法第55條僅1個基數，可得之舊制退休金金額僅31,000元。又原告之資遣費以離職前6個月平均工資為限，故以正常工時10小時之月薪31,000為據，不應加計加班費，其得請求資遣費之數額僅182,000元（計算式：31,000×6＝182,000）。又兩造勞動契約僅有1個，無法終止2次，原告不能併請求舊制退休金與資遣費等語。

㈥並聲明：

1.原告之訴駁回。

2.如受不利判決，願供擔保，請准免為假執行。

三、本院為行集中審理協同兩造整理並協議簡化爭點如下：

㈠兩造不爭執事項

1.原告於92年10月6 日之勞保投保單位為強固管理公司（法定代理人：甲○○），於93年12月31日退保，勞保投保金額為30,300元。原告於94年1 月1 日起之勞保投保單位為被告（法定代理人：甲○○），於94年1 月1 日最初之勞保投保金額為15,840元。被告自104 年2 月起至110年12月17日止為原告投保勞保之月投保薪資為31,800元，被告於110 年12月17日將原告之勞工保險退保。

2.原告之97年員工薪資明細上之公司記載為強固管理公司，到職日期為92年10月1 日。原告之被告人事資料卡其上之姓名、出生日期、性別、籍貫、地址、婚姻狀況、教育程度、重要經歷欄資料，為原告所書寫。

3.被告於111 年1 月13日之勞資爭議調解時主張原告係於92年10月6 日起受僱於被告。

4.原告自102 年起至110 年擔任被告之保全員期間，約定月薪31,000元，工作時間僅原告1 人擔任保全員工作，每日到班時間為晚上7 時，翌日上午7 時下班。原告之實際最後工作日為110 年11月30日。

5.原告適用勞基法第84條之1 規定，其與被告之系爭約定書經臺北市政府104 年4 月16日核備。約定內容為原告每日正常工作時間不得超過10小時，連同延長工作時間，每日不得超過12小時，4 週正常工時連同延長工時不得超過288 小時。

6.原告於110 年12月15日以如原證3 存證信函依勞基法第14條第1 項第6 款對被告終止勞動契約，被告於翌（16）日收受該存證信函。

7.原告於106 年至110 年之國定假日，共有28天未休。

8.原告自105 年10月1 日至110 年10月1 日，歷年之特別休假日數為19、20、21、22、23、24日，原告未曾休過特別休假。

9.勞工保險局以原告離職退保前6 個月平均月投保薪資31,800 元之百分之七十按月發給22,260元，原告已請領9 個月失業給付共200,340元。

10.如以原告每日工作12小時計算，兩造對下列算式不爭執：

⑴依原告年資計算之資遣費227,802 元。

⑵以原告每日工作12小時計算，106 年至110 年11月短少之加班費共293,685元。

⑶原告00年00月00日生，截至110 年12月16日止，已年滿55歲且工作超過15年，舊制退休金若以92年10月1日起算為151,868 元。

㈡兩造爭執事項

1.原告於被告任職之工作年資應自92年10月1 日還是94年1月1 日起算？

2.原告自106 年起迄110 年11月30日止，是否每日工作12小時？原告請求被告給付短少之加班費293,685 元，有無理由？

3.原告為勞基法第84條之1 情形，是否得請求國定假日、特別休假未休工資？原告請求國定假日工資69,715元、特休未休工資133,302 元，有無理由？原告請求105 年1

0月1 日至106 年9 月30日期間之特休未休工資，是否罹於時效？被告是否已支付原告國定假日未休工資34,614元、特別休假未休工資95,065 元？

4.原告是否於110 年12月2 日至4 日、12月7 日至10 日無正當理由繼續曠工3 日？被告有無於110 年12月4 日（口頭）、12月8 日（口頭）、12月17日（存證信函即被證12）對原告終止勞動契約？若有，被告依勞基法第12條第1 項第6 款對原告終止勞動契約，有無理由？有無違反解僱最後手段性原則？

5.原告是否在110 年12月8 日、11日向被告自請離職？

6.原告依勞基法第14條第1 項第5 款、第6 款對被告終止勞動契約，有無理由？原告依勞基法第19條、就業保險法第11條第3 項、第25條第3 項前段請求被告開立非自願離職書，有無理由？

7.原告依勞退條例第12條第1 項請求被告給付6 個月之資遣費227,802 元，有無理由？

8.原告依就業保險法第16條第1 項、第19條之1 第1 項、第38條第3 項請求被告賠償短少之失業給付40,320元，有無理由？

9.原告依勞退條例第6 條第1 項、第14條第1 項、第31條第1 項請求被告提繳97,099元至原告勞退個人專戶，有無理由？

10.被告自94年7 月起至103 年12月止，所提繳之原告退休金，是否係自原告之薪資中扣除？原告依民法第179 條請求被告返還該扣除金額118,919 元，有無理由？

11.原告依勞退條例第11條第1 項、第2 項、勞基法第55條請求被告給付舊制退休金151,868 元，有無理由？原告上述資遣費227,802 元之請求，與上述舊制退休金151,868 元，可否併為請求？

四、本院之判斷

㈠原告於被告任職之工作年資應自92年10月1日起算：

1.按為保障勞工之基本勞動權，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，防止雇主以法人之法律上型態規避法規範，遂行其不法之目的，於計算勞工退休年資時，非不得將其受僱於「現雇主」法人之期間，及其受僱於與「現雇主」法人有「實體同一性」之「原雇主」法人之期間合併計算，庶符誠實及信用原則（最高法院100年度台上字第1016號判決意旨參照）。另按事業單位改組或轉讓時，除新舊雇主商定留用之勞工外，其餘勞工應依第16條規定期間預告終止契約，並應依第17條規定發給勞工資遣費。其留用勞工之工作年資，應由新雇主繼續予以承認。勞基法第20條定有明文。

2.經查，原告於92年10月6日之勞保投保單位為強固管理公司（法定代理人：甲○○），於93年12月31日1年多即退保。原告接續於94年1月1日起之勞保投保單位更改為被告（法定代理人：甲○○），持續至110年12月17日退保。原告雖然於92年10月6日一開始之投保單位為強固管理公司，惟強固管理公司與被告公司均為同一法定代理人，而且證人即被告副理丁○○明確證稱：強固管理公司與被告公司均為甲○○的，因法律規定從事保全人員要在保全公司任職，故將原告轉到被告公司投保，原告於強固管理公司之勞保投保時期，係擔任保全工作，前後2間公司時期所從事之工作內容相同等語（見本院卷二第49-50頁），可知原告轉換公司前後，實質上均從事同一之保全工作內容，前後任職之2公司只是形式上因應保全業規定登記為不同公司名稱。復參酌原告改至被告投保勞保之期間，其94年員工薪資明細單上之公司名稱仍記載「強固管理公司」，到職日記載為92年10月1日（見本院卷一第64-68頁）；暨被告於110年12月15日勞資爭議調解時，亦主張原告自92年10月起受僱於被告擔任保全人員、接受勞動檢查會談時，亦坦承原告自92年10月1日至被告公司任職等情，有臺北市政府勞動局勞資爭議調解筆錄（見本院卷一

第114-116頁）、勞動檢查會談紀錄（見本院卷二第130頁）在卷可查，堪認被告亦承認原告於強固管理公司之年資。則認定原告之工作年資，基於同一法理，應類推適用勞基法第20條規定，將與被告具有實體同一性之原強固管理公司之受僱保全工作年資合併計算，故原告之工作年資應自92年10月1日起算。

㈡原告自106 年起迄110 年11月30日止，每日工作12小時；原告請求被告給付短少之加班費293,685 元，為有理由：

1.按勞基法為勞動條件最低標準之規定，於勞工平日延長工時者，雇主應依勞基法第24條規定標準發給延長工時之工資，乃屬強制規定，除非有法律明文規定，如勞基法第84條之1規定之情形，並經中央主管機關核定公告之勞工外，勞雇雙方均應遵守。原告屬保全業之保全人員，為勞基法第84條之1第1項之工作者，可不受勞基法第30條、第32條、第36條、第37條規定之限制，兩造所簽訂之系爭約定書，業經主管機關臺北市政府勞動局核備在案，有臺北市政府勞動局112年3月9日北市勞動字第1120001573號函在卷可查（見本院卷二第19頁）。依系爭約定書第3條第2項約定：「每日正常工作時間連同延長工時不得超過12小時。101年5月1日後，每日正常工作時間不得超過10小時，連同延長工作時間，1日不得超過12小時。」足認原告任職被告擔任保全人員期間，其每日正常工作時間為10小時，若超過10小時，即屬延長工時。

2.經查，證人即業務部副總丁○○證稱：被告僱用派駐在奧地利大樓保全人員共3位，白天2位，晚上1位，原告是晚班，每天上班時間是晚上7時至次日早上7時，依規定原告有2小時的休息時間，原告可以原地休息等語（見本院卷二第40、45頁）；惟進一步追問證人丁○○，其證稱：「（法官問：原告可以如何休息？）可以去上廁所、倒茶水，還是說在四周門禁看得到的地方走動。（法官問：非這二小時休息時間就不能上廁所？）可以上廁所。（法官

問：這二小時有無固定時段？）最後一趟巡邏完是晚上11-12點完，所以12點-2點是給原告的休息時間。（法官問：此休息時間是否可以離開位置？可否睡覺？）可以離開位置，但依規定不可睡覺。（原告訴訟代理人問：所謂依規定有二小時休息時間，係指什麼規定？）沒有客觀規定，我們就說巡邏完就是休息時間（原告訴訟代理人問：你剛才有提到可以離開位置，是什麼意思？原告可否離開大樓？）我說的休息時間還是不可以離開大樓，只要有事情還是要處理等語。」（見本院卷二第45、46頁）。而同為保全之證人丙○○亦證稱：受被告僱用而派駐在奧地利大樓的保全人員上班時間為日、夜二班制，每日12小時等語（見本院卷二第54頁），足認原告所值晚班時間為晚上7時至翌日早上7時，共12小時，且原告當班時間，僅其1人執行職務，其無法任意睡覺及離開大樓。

3.按勞動法上之工作時間，係指勞工於雇主指揮命令下，從事業務或提供勞務之時間。如勞工分段提供勞務，就各段提供勞務間之未實際提供勞務時間，是否應計入工作時間給付工資，應視勞工是否處於雇主指揮監督下等待提供勞務，以勞雇之利益衡平為依歸，斟酌各該勞動契約之種類、內容及性質，盱衡經濟社會狀況、時空背景及其他主、客觀等因素而定（最高法院109年度台上字第1398號判決意旨參照）。保全人員之工作項目，包含做到門禁安全的防護，協助配合各大樓或社區之管委會，其工作時間以實際工作時間為準，包含監看出入人員、控管門禁之時間等在雇主指揮監督下從事相關工作之時間，而其得不受僱主之指揮、監督，並得自由利用之時間，則為休息時間。查原告晚班時間為晚上7時至翌日早上7時，共連續12小時，且原告當班時間，僅其1人執行職務，並無輪替職務之對象；而被告所述予原告休息之時段約2小時，除了未有何明文規定，即使為真，原告亦無任意離去社區大樓、睡覺休息之權利，此時段並非原告得以自由利用之時

間，應認此時段仍為工作時間，被告並未提供原告2小時休息時間。

4.綜上，原告自106 年起迄110 年11月30日止，每次工作日以工作12小時計算，其餘正常工時10小時外，另加班2小時，被告並未給付此部分延長工時工資。準此計算之結果，被告短少給付之加班費為293,685元（此數額經被告核算後，未予爭執，見前揭不爭執事項10.(2)）。是原告請求被告給付加班費293,685元，為有理由，應予准許。

㈢原告得請求國定假日工資69,715元、特休未休工資133,302元：

1.按：

⑴105年12月21日修正公布、106年1月1日施行勞基法第38條第1項規定：「勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，應依下列規定給予特別休假：一、6個月以上1年未滿者，3日。二、1年以上2年未滿者，7日。三、2年以上3年未滿者，10日。四、3年以上5年未滿者，每年14日。五、5年以上10年未滿者，每年15日。六、10年以上者，每1年加給1日，加至30日為止。」又特休未休工資之發給，應按勞工未休畢之特別休假日數，乘以其一日工資計發。所謂一日工資，為勞工之特別休假於年度終結或契約終止前一日之正常工作時間所得之工資。其為計月者，為年度終結或契約終止前最近一個月正常工作時間所得之工資除以三十所得之金額。勞基法施行細則第24條之1第2項第1款第2、3目亦有規定。

⑵依勞基法第37條第1 項規定，內政部所定應放假之紀念日、節日、勞動節及其他中央主管機關指定應放假日，均應休假，而依紀念日及節日實施辦法規定，應放假之紀念日為開國紀念、國慶日、和平紀念日，均放假1日，應放假之民俗節日為春節、民族掃墓節、端午節、中秋節、農曆除夕，除春節放假3 日外，均放假1 日，

另兒童節放假1 日，勞動節勞工放假1 日，故勞工每年應放假日為12日。又按勞基法第37條所定之休假及第38條所定之特別休假，工資應由雇主照給。雇主經徵得勞工同意於「休假日」工作者，工資應加倍發給。勞基法第39條定有明文。而勞基法第37條所定休假（即所謂國定休假），為勞基法第39條所定「休假日」，勞基法施行細則第24條之3有所明定。另按本法第37條所定休假遇本法第36條所定例假及休息日者，應予補假。前項補假期日，由勞雇雙方協商排定之。勞基法施行細則第23條之1定有明文。此為保障勞工應放假之紀念日及節日權益，勞動部103年5月21日勞動條三字第1030130894號令及103年10月27日勞動條三字第1030132239號令，自104年1月1日起，除選舉罷免投票日外，勞工休假日適逢例假或因法定正常工作時間縮減所生無須出勤之休息日，應予補休。

⑶本件原告雖為勞基法第84條之1規定之保全人員，惟勞基法第84條之1僅規定：「經中央主管機關核定公告之下列工作者，得由勞雇雙方另行約定，工作時間、例假、休假、女性夜間工作，並報請當地主管機關核備，不受第30條、第32條、第36條、第37條、第49條規定之限制。」並未明文排除勞基法第39條、第38條、勞基法施行細則第23條之1等前揭規定之適用，勞基法第84-1條所稱「不受第37條之限制」並非指責任制勞工全無國定假日，而係可不按勞基法第37條所定之日期實施，但仍須給與責任制勞工應有之國定假日天數（勞動部發之保全業之保全人員工作時審核參考指引第6條亦可參照）。故被告依勞基法第39條規定仍應給付原告休假日工資即國定假日工資，依勞基法第38條規定、勞基法施行細則第24條之1規定給付原告特休未休工資，及依勞基法施行細則第23條之1規定予原告補休。

2.經查：

⑴查原告於106 年至110 年之國定假日，共有28天應休國定假日未休，為兩造所不爭執，堪以認定。又其平日之工時向來為12小時，業如前述，則其上述國定假日之工作時數，衡情亦為12小時。復查，原告主張其106年迄110年之月薪為31,000元等情，業據證人丁○○證述於卷（見本院卷二第44頁），且為被告所不爭執，堪以認定，則應依原告主張之日薪1,033元計算（計算式：31,000÷30＝1,033）。另依勞基法第39條後段規定，雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給，故本件國定假日加班費正常工作時數10 小時部分，應按日發給加倍工資1,033元計算（計算式：31,000÷30＝1,033，小數點以下四捨五入），至超過10 小時部分之第11至12小時工資，原告主張應依平日延長工時工資計算，為276元（計算式：時薪103.3×1.3334×2＝275.4，小數點以下無條件進位），亦無不合。依此計算，原告於國定假日加班之每日工資為1,309元（計算式：1,033＋276＝1,309），從而，原告可請求被告給付國定假日28日加班費36,652元（計算式：1,309×28＝36,652），是原告請求36,648元，為有理由。

⑵經查，原告主張其每月均僅休6天乙節，為被告所不爭執（見本院卷二第346頁），堪以認定。準此，於106年至110 年之國定假日，原告有28天之國定假日未休，業如前述，其他國定假日32天之休假（106年至110年分別為6日、6日、5日、7日、8日），即可推認為原告原本排定之休假。依勞基法施行細則第23條之1規定應予補假，補假期日由勞雇雙方協商排定，然未見被告舉證原告有何補假之情形，仍應認原告有於上開共32日原定休假日工作之事實，被告應依勞基法第39條第1項規定加發一日工資，原告之月薪為31,000元，其一日工資為1,033.333元（計算式：31,000÷30＝1,033.333），故應給付原告國定假日未補休之應付工資共33,067元（計

算式：1,033.333×32＝33,067，小數點以下無條件進位），與上述金額合計共69,715元（36,648＋33,067＝69,715）。

⑶復查，原告自105 年10月1 日至110 年10月1 日，歷年之特別休假日數為19、20、21、22、23、24日，原告未曾休過特別休假乙情，為兩造所不爭執，依原告主張之日薪1,033.333元核算上述年度之特休未休工資（計算式如原告起訴狀附表3所示），總額為133,302元。被告雖抗辯：原告請求105年19日特別休假工資，已罹於5年時效等語。惟按利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他1年或不及1年之定期給付債權，其各期給付請求權，因5年間不行使而消滅。消滅時效，自請求權可行使時起算。以不行為為目的之請求權，自為行為時起算。民法第126條、第128條定有明文。復按勞工之特別休假，因年度終結或契約終止而未休之日數，雇主應發給工資。勞基法第38條第4項定有明文。依本法第38條第1項規定給予之特別休假日數，勞工得於勞雇雙方協商之下列期間內，行使特別休假權利：一、以勞工受僱當日起算，每1週年之期間。本法第38條第4項所定年度終結，為前條第2項期間屆滿之日。勞基法施行細則第24條第2項第1款、第24條之1第1項規定亦有明定。故原告於105年10月1日至106年9月30日之特別休假天數19日，原告於當年度終結106年10月1日起即取得上開特別休假未休工資請求權，於111年10月1日時效屆滿。是原告於111年3月28日提起本件訴訟（見本院卷一第10頁民事起訴狀之收狀章戳），並未罹於時效。被告前揭時效抗辯，並不可採。

⑷被告復抗辯：薪資計算包含已經國定假日未休及特別休假未休工資等語。惟被告除給付薪資外，另應依法給付國定假日工作、休假未補休，及特休未休工資，業如前述，被告所辯薪資內含國定假日未休及特休未休，本未

見其舉證以實其說，何況此說法已違反勞基法前述強制規定，不足憑採。又被告翻異抗辯：其已支付原告國定假日未休工資34,614元、特休未休工資95,065元等語，並提出自行製作之被證08中排班欄，載有[特B]或[國B]（見本院卷一第466-495頁）。惟上開金額未與特休、國休工資計算基準或出勤天數勾稽出關連性，應係被告拼湊歷年農曆年後發放之10,000元年終獎金及各月因加班等增減項。而且，同為保全之證人丙○○證稱：年終獎金每年都是1萬，過年時發放，直接匯到我帳戶等語（見本院卷二第55頁）。故被告再翻異否認原告有年終獎金10,000元等語，不足憑採。從而，被告未能舉證其有支付原告任何國定假日、特別休假未休工資，其仍應如數給付原告國定假日工資69,715元、特休未休工資133,302元。

㈣被告依勞基法第12條第1項第6款對原告終止勞動契約，為無理由：

1.按無正當理由繼續曠工3日，或1個月內曠工達6日者，雇主得依勞基法第12條第1項第6款規定，不經預告終止契約。所謂曠工，係指勞工於應工作之日不工作，亦未請假而言。惟雇主如拒絕受領勞工提出之勞務給付，勞工因此未服勞務，可認有正當理由，雇主自不得依前揭規定，不經預告終止契約（最高法院110年度台上字第38號判決意旨參照）。

2.經查，證人即業務部副總丁○○證稱：我於111年11月29日以電話通知原告自12月1日起至遠雄新建案工地上班，我於同年11月30日晚上9、10點間，來奧地利大樓，看新人邱子豪見習，並要新人邱子豪於110年12月1日接替原告的位置，調整原告之工作至遠雄A01工地，並提醒原告準時上班；然同年12月1日晚上7時，我們請乙○○到現場與原告會合，但原告未出席，3天之後原告都沒到，我們就發原證12之存證信函開除原告，後來與原告聯絡上，再給

原告一次機會，12月7日請原告到場，原告說他會去，但原告還是沒出席等語（見本院卷二第36-39頁）。證人即業務部副理乙○○證稱：我於111年12月1日早上於辦公室接獲丁○○當面通知，原告於早上至遠雄A01工地上面，我只通知丁○○原告未上班，我並未通知原告到班；丁○○第2次於同年12月7日通知我，原告要到現場報到，原告未報到，我通知丁○○原告未報到等語（見本院卷二第33、34頁）。

3.惟查，被告所提於110年12月8日寄出之存證信函內容為：「台端任職於本公司內湖區奧地利科技中心，因工作需要現依法將台端調任至北投區福美路與承平路（遠雄A01）案場任職，此調動自000年00月00日生效，台端應於當日7點向乙○○副理報到，此次提出申訴，若未依規定提出申訴即未到案點報到，將以曠職開除辦理。」原告係於同年月14日收受存證信函（見本院卷一第232頁），此存證信函只表示調動生效日為12月11日，應予報到，尚未為終止契約之表示。又被告於110年12月17日寄出之存證信函內容為：「台端未於110年12月11日上午7時至北投區福美路與承平路（遠雄A01）報到，也未經請假手續曠職迄今，依勞基法第12條之規定，連續曠職3天予以解職.....」（見本院卷二第254頁）。

4.綜上，被告前後2次存證信函所載之調動生效日、報到日均為110年12月11日，與前揭證人所言調動日為12月1日、二度報到日12月7日不同，也未如證人丁○○所述12月8日原證12之存證信函有開除之表示，故前揭證人丁○○稱口頭請原告於12月1日晚間改至遠雄工地報到及於12月7日二度報到，以及終止時間，均核與存證信函所載內容不符。證人所證要求原告報到時點及對原告先行終止租約是否屬實，已非無疑。且其為被告之業務副總、副理，亦有偏袒被告而為虛偽陳述之可能性，自無法徒憑上開證人之證述，遽認原告於110 年12月2 日至4 日、12月7 日至10

日曠工，及被告於110 年12月4 日、8日對原告終止勞動契約。

5.按雇主調動勞工工作，不得違反勞動契約之約定，並應符合下列原則：一、基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但法律另有規定者，從其規定。二、對勞工之工資及其他勞動條件，未作不利之變更。三、調動後工作為勞工體能及技術可勝任。四、調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。五、考量勞工及其家庭之生活利益。勞基法第10條之1定有明文。何況，依被告所述將調職遠雄工地，改由年輕新人邱子豪接替原告於奧地利大樓之工作，亦有年齡歧視之不動當機，有勞基法第10條之調職合法疑慮，原告若因此調職爭議而未及時至遠雄工地報告，亦尚難逕認其未服勞務而無正當理由。故被告依勞基法第12條第1項第6款對原告終止勞動契約，為無理由。

6.末查，原告於110 年12月15日以如原證3 存證信函依勞基法第14條第1 項第6 款對被告終止勞動契約，被告於翌（16）日收受該存證信函，原告終止勞動契約，合於規定（詳見後述㈤3.），兩造之勞動契約於110年12月16日終止。故被告110年12月17日再寄發存證信函依勞基法第12條終止勞動契約，是否適法，即無庸審究，併此敘明。

㈤原告未於110 年12月8 日、11日向被告自請離職；原告依勞基法第14條第1項第6款對被告終止勞動契約，及依勞基法第19條、就業保險法第11條第3項請求被告開立非自願離職書，及依勞退條例第12條第1項請求被告給付資遣費227,802元，為有理由：

1.按解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之，民法第258條第1項定有明文。前開規定，於當事人依法律之規定終止契約者準用之，民法第263條亦有明定。被告抗辯原告於110 年12月8 日、11日向被告自請離職等語，自應由其舉證證明原告有離職之意思表示。惟依前揭㈣2.證人之證述內容，充其量僅能證明原告未到班或未報到，尚未

證明原告有自請離職之意思表示，此外，被告未再舉證以實其說。故被告抗辯：原告於110 年12月8 日、11日向被告自請離職等語，並不可採。

2.按雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者，勞工得不經預告終止契約。勞基法第14條第1項第6款定有明文。又按勞動契約終止時，勞工如請求發給服務證明書，雇主或其代理人不得拒絕。勞基法第19條定有明文。又按就業保險法所稱非自願離職，係指被保險人因投保單位關廠、遷廠、休業、解散、破產宣告離職，或因勞基法第11條、第13條但書、第14條及第20條規定各款情事之一離職。就業保險法第11條第3 項亦有明定。再按勞工適用本條例之退休金制度者，適用本條例後之工作年資，於勞動契約依勞基法第14條規定終止時，其資遣費由雇主按其工作年資，每滿1年發給二分之一個月之平均工資，未滿1年者，以比例計給；最高以發給6個月平均工資為限，不適用勞基法第17條之規定。勞退條例第12條第1項規定。

3.被告未依法給付加班費、國定假日、特別休假工資，違反勞工法令規定，業如前述㈢之說明，損害原告之勞動權益。是原告於110年12 月15日依勞基法第14條第1 項第6款終止勞動契約，及依勞基法第19條、就業保險法第11條第3項請求被告開立非自願離職證明書，為有理由。原告依勞基法第14條第1項第6款終止勞動契約既有理由，本院自無庸再審究依同條項第5款終止勞動契約，有無理由。而本勞動契約係依勞基法第14條第1項第6款終止，被告依勞退條例第12條第1項規定，自應給付原告資遣費，又資遣費227,802元此數額經被告核算後，為被告所不爭執，見前揭不爭執事項10.(1)。是原告請求被告給付資遣費227,802元，為有理由，應予准許。

㈥原告依就業保險法第16條第1 項、第19條之1 第1 項、第38條第3 項請求被告賠償短少之失業給付40,320元，為有理

由：

1.按失業給付按申請人離職辦理本保險退保之當月起前6個月平均月投保薪資百分之六十按月發給，最長發給6個月。但申請人離職辦理本保險退保時已年滿45歲或領有社政主管機關核發之身心障礙證明者，最長發給9個月；被保險人非自願離職退保後，於請領失業給付或職業訓練生活津貼期間，有受其扶養之眷屬者，每1人按申請人離職辦理本保險退保之當月起前6個月平均月投保薪資百分之十加給給付或津貼；投保單位違反本法規定，將投保薪資金額以多報少或以少報多者，自事實發生之日起，按其短報或多報之保險費金額，處4倍罰鍰，其溢領之給付金額，經保險人通知限期返還，屆期未返還者，依法移送強制執行，並追繳其溢領之給付金額。勞工因此所受損失，應由投保單位賠償之。就業保險法第16條第1項、第19條之1第1項前段、第38條第3項分別定有明文。

2.經查，原告業依勞基法第14條第1項第6款規定合法終止兩造之勞動契約，核屬就業保險法第11條第3項規定之非自願離職。復查，勞工保險局以原告離職退保前6 個月平均月投保薪資31, 800 元之百分之七十按月發給22,260元，原告已請領9 個月失業給付共200,340元等情，為兩造所不爭執。然原告每日工時12小時，其中2小時之加班費，亦屬經常性之給與，以此為前提計算之月平均工資為37,967元，此數額經被告核算後，為被告所不爭執（見本院卷二第346頁），準此參照勞工保險投保薪資分級表（參見本院卷一第148頁），平均月投保薪資應為38,200元，則依此核算原告每月得領取之失業給付應為26,740元（計算式：38,200×70% ＝26,740），原告應得請領9個月之失業給付共240,660元（計算式：26,740×9＝240,660），但因被告以多報少，致原告受有9個月之失業給付差額損害為40,320元（計算式：240,660－200,340＝40,320），從而，原告依據就業保險法第16條第1項、第19條之1第1

項、第38條第3項規定請求被告賠償原告所受失業給付之損害40,320元，為有理由。

㈦原告依勞退條例第6 條第1 項、第14條第1 項、第31條第1項請求被告提繳97,099元至原告勞退個人專戶，有無理由？

1.按雇主應為適用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞工退休金個人專戶。除本條例另有規定者外，雇主不得以其他自訂之勞工退休金辦法，取代前項規定之勞工退休金制度。雇主應為第7條第1項規定之勞工負擔提繳之退休金，不得低於勞工每月工資百分之六。雇主未依本條例之規定按月提繳或足額提繳勞工退休金，致勞工受有損害者，勞工得向雇主請求損害賠償。勞退條例第6條、第14條第1項、第31條第1項定有明文。

2.經查，被告不計原告之2小時延長工時工資，將原告之勞工保險投保金額以多報少（參見本院卷一第118頁之勞工保險投保人投保資料明細表），故被告亦有短少提繳原告退休金（參見本院卷一第120-134頁勞工退休金個人專戶明細）之情事，準此計算被告共短少提繳97,099元，計算明細如附件之附表一所示。從而，原告得依勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項規定請求被告提繳97,099元至勞動部勞工保險局設立之原告勞工退休金個人專戶。被告雖辯稱原告默示承認薪資表之正確性等語，惟不論原告是否同意，被告所為已違反上述關於退休金提繳等之強制規定，其前開所辯，為無理由。

㈧被告自94年7 月起至103 年12月止，所提繳之原告退休金，是否係自原告之薪資中扣除？原告依民法第179 條請求被告返還該扣除金額118,919 元，有無理由？

經查，原告自94年7月起適用勞退條例之退休金制度，被告依法自有為原告提繳退休金之義務。然查，原告之薪資明細上所載之勞退金-雇或退休提撥之項目之金額加計原告應領之薪資後，101年12月以前每月總額為30,000元，102年1月至103年12月每月總額為31,000元等情，有原告之薪資明細

在卷可查（見本院卷一64-82頁），例如其97年1月員工薪資明細單上之勞退金-雇項目之金額為1,037元，加應發薪資28,963元，合計剛好為30,000元（見本院卷一第64頁）；103年4月年工資明細表上之退休提撥項目之金額為1,152元，應領金額分別為22,100元及7,748元，合計剛好為31,000元（如本院卷一第72頁）；復同為保全之證人丙○○證稱：103年以前被告將其應提繳的6%勞退金從員工之薪資中扣除等語（見本院卷二第54頁），證實被告確從員工薪資扣除提繳退休金。堪認原告主張被告自94年7月起至103年12月止，所提繳之原告退休金，均係由原告之薪資中扣除，合於事實。被告空言否認未自原告薪資扣除，並不可採。則原告得依民法第179條規定，請求被告返還自94年7月起至103年12月止自原告之薪資中所扣除應由被告負擔之新制退休金118,919元，計算明細如附件之附表二所示。

㈨原告依勞退條例第11條第1 項、第2 項、勞基法第55條請求被告給付舊制退休金151,868 元，有無理由？原告上述資遣費227,802 元之請求，與上述舊制退休金151,868 元，可否併為請求？

1.按勞工適用本條例之退休金制度者，適用本條例後之工作年資，於勞動契約依勞基法第14條時，其資遣費由雇主按其工作年資，每滿1年發給二分之一個月之平均工資，未滿1年者，以比例計給；最高以發給6個月平均工資為限，不適用勞基法第17條之規定。勞退條例第12條第1項定有明文。次按本條例施行前已適用勞基法之勞工，於本條例施行後，仍服務於同一事業單位而選擇適用本條例之退休金制度者，其適用本條例前之工作年資，應予保留。前項保留之工作年資，於勞動契約依勞基法第14條規定終止時，雇主應依各法規定，以契約終止時之平均工資，計給該保留年資之資遣費或退休金，並於終止勞動契約後30日內發給。勞基法第53條第1款、勞退條例第11條第1項、第2項亦分別定有明文。次按勞工年滿60歲者，雇主得強制

其退休；勞工工作15年以上年滿55歲或工作25年以上者，得自請退休。勞基法第54條、第53條分別定有明文。準此，勞工年滿60歲，工作未滿15年者，雖不得自請退休，但勞工若已符合雇主得強制其退休情形，同時又有勞基法第14條第1項第5、6款所定勞工得不經預告終止勞動契約之事由，倘勞工強制退休之退休金給與規定，優於勞工不經預告終止契約之資遣費給與規定，參酌勞基法在於規定勞動條件最低標準，以保障勞工權益，加強勞雇關係之立法目的，及勞工依上述第14條第1項第5、6款規定之可歸責於雇主事由，而不經預告終止契約及雇主依同法第11條規定預告勞工終止契約之情形，雇主同應給付勞工資遣費之旨，則合於強制退休要件之勞工，依上開第14條規定合法終止與雇主間之勞動契約時，應不得剝奪其本已達於強制退休年齡可獲得之權益，始符法律保障勞工權益之原意（最高法院96年度台上字第1283號判決意旨參照）。

2.查原告係92年10月1日起受僱於被告，詳如前述㈠，且查，原告為00年00月00日生（見本院卷一第118頁之勞工保險被保險人投資資料表），且自92年10月1日受僱於被告時起至110年12月16日終止勞動契約時止，已年滿55歲且工作超過15年，依勞基法第53條第1款規定，原告已符合自請退休之要件。依前揭說明，原告雖依勞基法第14條第1項第6款終止兩造間之勞動契約，仍得請求被告給付舊制退休金。復查，原告之舊制退休金年資為92年10月1日至94年6月30日共1年又9個月，故依勞基法第55條第1項規定，原告得請求4個基數之退休金，再按前述原告終止勞動契約前6個月之月平均工資37,967元計算，舊制退休金為151,868元，此數額經被告核算後，為被告所不爭執，如前述不爭執事項10.⑶。是原告得依勞退條例第11條第1項、第2項、勞基法第55條規定請求被告給付舊制退休金151,868元。

3.被告雖抗辯：原告不能併請求資遣費及舊制退休金等語。

惟原告係依據勞退條例第12條第1項請求被告給付原告適用勞退條例後之年資之資遣費，及另依勞退條例第11條第1項、第2項、勞基法第55條規定及最高法院96年度台上字第1283號判決意旨，請求被告給付舊制保留年資之退休金，二者給付之法律依據及給付目的均不相同，自得併為請求。被告前揭所辯，為無理由。

五、綜上所述，原告依上揭規定請求被告給付共1,035,611元（計算式：加班費293,685＋國定假日工資69,715＋特休未休工資133,302＋資遣費227,802＋失業給付損害40,320＋勞退提繳不當得利118,919＋退休金151,868＝1,035,611），及自民事起訴狀繕本送達翌日（見本院卷一第158頁之送達證書）即111年4月26日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；被告應提繳97,099元至勞動部勞工保險局設立之原告勞工退休金個人專戶；及開立非自願離職證明書予原告，為有理由，應予准許。

六、本件判決主文第一項、第二項係就勞工之給付請求，為雇主敗訴之判決，依勞動事件法第44條第1項規定，應依職權宣告假執行，並依同條第2項規定，職權宣告被告預供擔保後，得免為假執行。又主文第三項命被告開立非自願離職證明書，因非屬財產權之請求，故無假執行宣告之適用。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻防方法及所提證據，經本院斟酌後，核於判決結果不生影響，爰不另逐一論駁，附此敘明。

八、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　23　　日

勞動第一庭　法　官　張新楣

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀（須附繕本）。若委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費，否則本院得不命補正逕行駁回上訴。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　23　　日

書記官　施怡愷