臺灣高等法院臺南分院民事判決

104年度勞上易字第12號

上　訴　人 薛進興
訴訟代理人 王進輝　律師
上　訴　人 蔡炳榮
　　戴和平
　　劉　順
　　楊明樹
　　賴春喜
上五人共同
訴訟代理人 郭家祺　律師
被上 訴 人 興南汽車客運股份有限公司

法定代理人 辛忠道
訴訟代理人 戴勝利　律師
　　林仲豪　律師
　　吳佳龍　律師

上列當事人間請求給付資遣費等事件，上訴人等對於中華民國104年2月16日臺灣臺南地方法院第一審判決（102年度勞訴字第64號），提起上訴，本院於105年2月16日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於駁回上訴人等後開第二項之訴部分，及除確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應再給付上訴人等如本判決附表二所示之金額及利息。

上訴人等其餘上訴均駁回。

第一審（除確定部分外）、第二審訴訟費用，關於上訴人薛進興、蔡炳榮、劉順、楊明樹、賴春喜部分，由被上訴人負擔五分之四，其餘由上訴人薛進興、蔡炳榮、劉順、楊明樹、賴春喜等各自負擔；關於上訴人戴和平部分，由被上訴人負擔十分之三，其餘由上訴人戴和平負擔。

事實及理由

一、上訴人等起訴主張：

㈠上訴人薛進興、蔡炳榮、戴和平、劉順、楊明樹、賴春喜等人分別依序自民國（下同）90年8月28日、94年3月21日、92年9月1日、92年9月1日、95年10月12日、97年9月1日起受雇於被上訴人公司從事駕駛業務，被上訴人雖要求上訴人等簽訂定期契約，卻一直持續雇用上訴人等迄102年並未間斷，依法應視為不定期契約。詎被上訴人竟分別於102年8月9日、102年8月16日、102年8月9日、102年6月11日、102年8月16日、102年8月9日對上訴人等表示日後不再派車，亦未再給付工資給上訴人等，且將上訴人等勞保及健保予以退保，形同違法解僱上訴人等而未支付資遣費。

㈡兩造於102年9月25日、26日在臺南市政府勞工局調解，上訴人等請求被上訴人給付自受雇日起至遭解僱日止之資遣費，惟遭被上訴人拒絕而調解不成立。上訴人等於上揭勞資爭議調解會議時已依法主張被上訴人未再派工等違法事項因而請求給付資遣費，故上訴人等已依勞動基準法（下稱勞基法）第14條第1項第5、6款規定終止勞動契約，依勞基法第14條第4項準用第17條規定自得請求被上訴人給付資遣費。爰請求被上訴人給付資遣費如下：

1.上訴人薛進興請求之資遣費新台幣（下同）188,702元：上訴人薛進興工作期間係自90年8月28日起至102年8月9日止，而於94年7月1日起勞工退休金條例施行，被上訴人即自98年9月4日起開始提繳新制勞工退休金，因此視為上訴人薛進興於98年9月4日起選擇適用勞工退休金條例之退休金新制，故資遣費之計算應就適用勞工退休金條例前保留之工作年資（下稱舊制工作年資）與適用勞工退休金條例後之工作年資（下稱新制工作年資）分別計算。上訴人薛進興舊制工作年資，自90年8月28日起至98年9月3日止，共8年7天，以8年計應得8個月平均工資之資遣費。另上訴人薛進興新制工作年資，自98年9月4日起至102年8月9日止，共3年11月6天，應

得1.96月平均工資之資遣費，故新舊制合計應得9.96個月平均工資之資遣費。且上訴人薛進興之月平均工資，依被上訴人公司計薪方式，上訴人薛進興薪資多寡會與當月上訴人駕駛的車次多寡相關聯，而寒假期間（2月份）、暑假期間（7、8月份）因學校放假，若有寒暑假課輔才配合出車，所以寒、暑假期間，上訴人等（含其他駕駛學生專車的司機）之工資通常只有幾千元，如將寒暑假期間計入平均工資的計算範圍內的話，對勞方顯失公平；因此計算平均工資理應將每年的2、7、8月份之寒暑假期間排除，以維公平。且實務意旨亦認為勞基法第2條第4款前段計算平均工資之期間，係指常態之工作情況而言。因此，上訴人薛進興的平均工資以101年12月份、102年1、3至6月份合計6個月之工資為計算，平均工資即為18,946元。上訴人薛進興應得新、舊制工作年資合計9.96月平均工資的資遣費，故被上訴人應給付上訴人薛進興資遣費188,702元。

2.上訴人蔡炳榮請求之資遣費76,364元部分：上訴人蔡炳榮工作期間自94年3月21日起至102年8月16日止，舊制工作年資從94年3月21日起至94年8月31日止，以5個月計，應得0.416個月平均工資之資遣費。另新制工作年資從94年9月1日起至102年8月16日止，共7年11月16日天，應得資遣費3.973月平均工資。故新舊制合計應得資遣費4.389個月平均工資。上訴人蔡炳榮之月平均工資：以101年12月份、102年1、3至6月份合計6個月的平均工資為計算，即為17,399元；則上訴人蔡炳榮新、舊制工作年資合計4.389個月平均工資的資遣費，即76,364元。

3.上訴人戴和平請求之資遣費165,282元：上訴人戴和平工作期間係從92年9月1日起至102年8月9日止，舊制工作年資從92年9月1日起至100年4月30日止，共7年8個月，應得7.666個月平均工資資遣費，另新制工作年資自100年5月1日起至102年8月9日止，共2年3月9天，應得資遣費1.135月平均工資。故新舊制合計應得資遣費8.801個月平均工資。上訴人戴和

平平均工資之計算，除每年的2、7、8月份寒暑假期間排除外，另102年3月份因開刀住院請假多日，只領4,363元之工資，自應排除以維公平。因此，上訴人戴和平平均工資以101年11、12月份、102年1月份、102年4至6月份合計6個月的平均工資為計算，惟因上訴人所保留的薪資條缺101年12月、102年4、6月，缺月太多不能計算，即以101年8月至000年0月間健保投保金額18,780元為計算基準，故上訴人戴和平月平均工資推定為18,780元。上訴人戴和平應得新、舊制工作年資合計8.801月平均工資資遣費165,282元。

4.上訴人劉順請求之資遣費91,076元：

上訴人劉順工作期間係從92年9月1日起至102年6月11日（實際工作最後1天），舊制工作年資從92年9月1日起至94年8月31日止共2年，應得資遣費2個月平均工資。另新制工作年資從94年9月1日起至102年6月11日止，共7年9月11日天，應得3.885個月平均工資，故新舊制合計應得5.885個月平均工資之資遣費。上訴人劉順月平均工資：上訴人劉順之平均工資以101年11、12月份、102年1、3至5月份合計6個月之工資計算，應為15,476元。上訴人應得新、舊制工作年資合計5.885個月平均工資資遣費，即91,076元。

5.上訴人楊明樹請求之資遣費70,615元：

上訴人楊明樹工作期間係從95年10月12日起至102年8月16日（實際工作最後1天），資遣費依勞工退休金條例之規定計算，全部為新制工作年資，自95年10月12日起至102年8月16日止，共6年10月5天，應得資遣費3.4178月平均工資。上訴人楊明樹平均工資，以101年12月份、102年1、3至6月份合計6個月之工資為計算，即為20,661元；即應得全部新制工作年資合計3.4178月平均工資的資遣費即70,615元。

6.上訴人賴春喜請求之資遣費57,206元：

上訴人賴春喜工作期間係從97年9月1日起至102年8月9日（實際工作最後1天），資遣費依勞工退休金條例之規定計算，全部為新制工作年資。從97年9月1日起至102年8月9日

止，共4年11月9天，應得2.464月平均工資。上訴人賴春喜之平均工資以101年12月份、102年1、3至6月份合計6個月之工資為計算23,217元。應得新制工作年資合計2.464月平均工資資遣費，故被上訴人應給付上訴人資遣費57,206元。

㈢依上，爰聲明求為判決：被上訴人應給付上訴人等如附表一所示之金額，及均自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息（原審駁回上訴人等資遣費之請求，上訴人等不服，提起本件上訴，均上訴聲明：原判決不利部分【即資遣費】廢棄，其餘聲明如上訴人等於原審時請求資遣費部分如附表一所示；至上訴人劉順就其有關勞工退休金專戶提撥差額敗訴部分，並未上訴；被上訴人就其餘有關勞工退休金專戶提撥差額、溢扣勞健保費，及未依法投保勞健保費、全民健保、勞工保險等敗訴部分皆未提起上訴）。

二、被上訴人則抗辯以：

㈠依上訴人等所提出之勞動契約可知，上訴人等原本擔任學生專車之駕駛，其工作係每學期開學日起至學期結束期間，每週一至每週五，學生上、下學時間各開1班車次載送學生上、下學，每1班車，工作時間約2小時左右，星期六、日及寒、暑假，若無其他輔導課，則均不開車，如係載畢業班學生，畢業生課程提前結束後，亦無車可開，不開車時間即非上訴人之上班時間，亦無薪資（學生專車駕駛員薪資係按開車車次計薪）。而學生專車係每年開學時由各學校招標，學校若未招標，或被上訴人未能得標，亦無法提供駕駛員工作。故依上訴人等上述工作內容觀之，不僅係屬部分工時之工作，亦應屬有季節性或特定性之定期性工作，兩造間應為每學期簽1次之定期契約。是以兩造間之勞動契約既為定期契約，上訴人等自無勞基法第14條第1項第6款規定之適用，更無依同法第17條及勞工退休金條例第12條規定請求資遣費之理。縱認為兩造歷年所簽訂之定期勞動契約屬於繼續性勞動契約，然兩造間之契約條款均有明確約定期間，依照兩造

間締約時之真意，就兩造間之勞動契約法律關係於期限屆至後，失其效力，而非依據勞基法第14條第1項第6款規定而終止，上訴人等自不得主張資遣費。

㈡上訴人等皆為受雇擔任被上訴人公司搭載學校學生專車之駕駛，其等業務內容為平日出車搭載學生上下課，但因102年下半年，被上訴人未能繼續承攬部分學校之學生專車業務，導致該部分業務緊縮，被上訴人調度人員乃分別詢問上訴人等是否願意轉為定期班次之駕駛，上訴人等因考慮定期班次駕駛工作負擔較重，故均予以拒絕，是如認為兩造間之勞動契約為不定期，因被上訴人已經提供工作給上訴人等，且工作內容與原先並無不同，調度亦符合調動5原則之要求，因上訴人等迄今都未前往被上訴人公司上班，顯然已屬曠職，被上訴人自得依據勞基法第12條第1項第6款之規定，終止兩造間之勞動契約。再退步言，如認為上訴人等並非無正當理由曠工逾3日以上，被上訴人確實因為業務緊縮，於102年下半年未能繼續承攬北門高中、大內高中、南大附中、新化高中及新化高工等學校之學生專車業務，故被上訴人仍得依勞基法第11條第2款之規定，終止兩造間之勞動契約。另上訴人劉順曾向證人陳秋涼表示辭職之意思，故上訴人劉順已自願離職，自不得依勞基法請求資遣費。

㈢上訴人等主張其等平均工資之計算，均略過102年2月工資，顯與「計算事由發生之當日前6個月內」規定之條文不符，至於上訴人等雖主張參照最高法院75年度台上字第1822號判決而排除102年2月份工資云云，惟上開判決事實與本件上訴人等病假後仍有正常工作情形並不相同，自無從相提並論。況上訴人等先稱其勞動契約為繼續性工作，故為不定期勞動契約，卻於計算平均工資時，刻意略過102年2月工資部分，前後主張顯有矛盾，因此上訴人之102年2月工資亦應算入平均工資之計算，方符合勞工退休金條例第3條、勞基法第2條第4款之規定。故上訴人等之平均工資應以事由發生之當日前6個月內所得工資總額，即102年1月至同年0月間工資總額

除以該期間之總日數，上訴人等平均工資之計算方式顯然有誤。

㈣又學校在寒暑假期間沒有學生專車需求，被上訴人自無從派車給上訴人等駕駛，此為上訴人等明知，並非被上訴人公司有派遣學生專車之必要而故意不派遣，被上訴人公司非故意不供給充分工作予上訴人等，應無勞基法第14條第1項第5款之適用。又上訴人等主張終止兩造間之勞動契約，無非係以被上訴人分別對上訴人於102年8月9日、102年8月16日、102年8月9日、102年6月11日、102年8月16日、102年8月9日未再派工云云，然上訴人等於102年9月25、26日始對被上訴人為勞基法第14條第1項第6款之主張，顯然已經知悉而逾30日，自不得主張勞基法第14條第1項第6款之事由請求資遣費等語（答辯聲明：上訴均駁回）。

三、兩造不爭執之事實（見本院卷第600至602頁）：

㈠上訴人薛進興、蔡炳榮、戴和平、劉順、楊明樹、賴春喜（下稱上訴人等6人），分別自90年8月28日、94年3月21日、92年9月1日、92年9月1日、95年10月12日、97年9月1日受僱於被上訴人，並均擔任學生專車駕駛一職，及各自與被上訴人簽訂受雇期4至6個月不等之契約。

㈡上訴人等6人於被上訴人工作之最後1日，分別為102年8月9日、102年8月16日、102年8月9日、102年6月11日、102年8月16日、102年8月9日。

㈢上訴人等6人於102年9月12日向財團法人台南勞資事務基金會申請勞資爭議調解，於同年月25日進行調解會議，因雙方意見不一致，該次調解不成立。

㈣兩造主張應計入平均薪資之月費、該月之薪資及基數、平均工資及資遣費其主張各如下表：

薛進興（兩造主張基數均為9.96）								平均工資	資遣費
上訴人主張	月份	101.12	102.1	102.3	102.4	102.5	102.6		
	金額	20,525	19,735	19,457	17,709	18,738	17,541	18,947	188,702
被上訴人主張	月份	102.3	102.4	102.5	102.6	102.7	102.8		
	金額	19,453	17,709	18,738	17,541	9,642	5,472	14,759	147,000

蔡炳榮（兩造主張基數均為4.389）								平均工資	資遣費
上訴人主張	月份	101.12	102.1	102.3	102.4	102.5	102.6		
	金額	18,582	12,952	20,181	19,061	19,981	13,641	17,399	76,364
被上訴人主張	月份	102.3	102.4	102.5	102.6	102.7	102.8		
	金額	20,181	19,061	19,981	13,641	2,009	9,417	14,048	61,657

戴和平（兩造主張基數均為8.801）								平均工資	資遣費
上訴人主張	月份	101.11	101.12	102.1	102.4	102.5	102.6		
	金額	18,780	18,780	18,780	18,780	18,780	18,780	18,780	165,282
被上訴人主張	月份	102.3	102.4	102.5	102.6	102.7	102.8		
	金額	4,363	500	15,352	0	9,556	5,291	5,844	51,433

劉順（兩造主張基數均為5.885）								平均工資	資遣費
上訴人主張	月份	101.12	102.1	102.3	102.4	102.5	102.6		
	金額	15,885	15,405	12,947	15,820	15,660	17,140	15,476	91,076
被上訴人主張	月份	102.3	102.4	102.5	102.6	102.7	102.8		
	金額	12,947	6,368	15,820	15,660	17,140	5,395	12,222	71,926

楊明樹（兩造主張基數均為3.4178）								平均工資	資遣費
上訴人主張	月份	101.12	102.1	102.3	102.4	102.5	102.6		
	金額	17,436	16,035	20,095	24,805	26,615	18,980	20,661	70,615
被上訴人主張	月份	102.3	102.4	102.5	102.6	102.7	102.8		
	金額	20,095	24,805	26,615	18,980	1,953	9,547	16,999	58,099

賴春喜（兩造主張基數均為2.464）								平均工資	資遣費
上訴人主張	月份	101.12	102.1	102.3	102.4	102.5	102.6		
	金額	19,688	19,263	26,082	24,904	26,812	22,548	23,216	57,206
被上訴人主張	月份	102.3	102.4	102.5	102.6	102.7	102.8		
	金額	26,082	24,904	26,821	22,548	11,453	5,639	19,575	48,233

四、得心證理由：

㈠按勞動契約，分為定期契約及不定期契約。臨時性、短期性、季節性及特定性工作得為定期契約；有繼續性工作應為

不定期契約；定期契約屆滿後，有下列情形之一者，視為不定期契約：1.勞工繼續工作而雇主不即表示反對意思者。2.雖經另訂新約，惟其前後勞動契約之工作期間超過90日，前後契約間斷期間未超過30日者；前項規定於特定性或季節性之定期工作不適用之，勞基法第9條定有明文。又臨時性工作係指無法預期之非繼續性工作，其工作期間在6個月以內者；短期性工作，係指可預期於6個月內完成之非繼續性工作；季節性工作，係指受季節性原料、材料來源或市場銷售影響之非繼續性工作，其工作期間在9個月以內者；特定性工作，係指可在特定期間完成之非繼續性工作，此觀諸勞動基準法施行細則第6條規定自明。是以，必須為臨時性、短期性、季節性或特定性，且非繼續性之工作，始得認定為定期勞動契約。而所謂「非繼續性工作」，係雇主非有意持續維持之經濟活動，欲達成此經濟活動所衍生之相關職務工作，亦即工作是否具有繼續性，應以訂立契約前後雇主事業單位所從事之業務內容及規模綜合判斷，如勞工所從事之工作與雇主過去持續不間斷進行之業務有關，且此種人力需求非屬突發或暫時者，則該工作應具有繼續性。準此，雇主為處理事業永續經營必然伴隨之事務所訂立之勞動契約，應以不定期契約為原則，至於事業因一時特定工作之需，於工作完成後即無勞力需求者，始可承認雇主亦得訂立定期勞動契約。

㈡上訴人等主張：上訴人等6人分別自90年8月28日、94年3月21日、92年9月1日、92年9月1日、95年10月12日、97年9月1日起受雇於被上訴人公司從事駕駛業務，被上訴人雖要求上訴人等6人簽訂定期契約，卻一直持續雇用上訴人等並未間斷，依法應視為不定期契約。至被上訴人雖抗辯：上訴人等擔任學生專車之駕駛，工作係每學期開學日起至學期結束期間，每週一至每週五，學生上、下學時間各開1車次載送學生上、下學，星期六、日及寒、暑假，若無其他輔導，則均不開車，且學生專車係每年開學時由各學校招標，學校若未

招標或被上訴人未能得標，亦無法提供駕駛工作，故由上述內容觀之，不僅係屬部分工時之工作，亦應屬有季節性或特定性之定期性工作，是兩造間勞動契約係屬定期契約性質云云。惟查：

1.按勞基法乃為保障勞工生存權、工作權等基本權益而訂立，基此目的下即應對於勞動契約內容予以相當程度之管制，避免資方倚仗其經濟優勢地位，訂立對己有利之契約條款並進而剝奪勞工應享之勞動權益保障，故對於勞動契約是否非屬繼續性工作，即應由勞工之工作內容及雇主之業務內容及規模予以實質認定，尚無從僅因資方有節省人力成本之需求，或契約為臨時、定期性之稱謂，據以認定兩造間所訂立契約為定期性質之勞動契約。且勞基法針對雇主因業務緊縮、性質變更有減少勞工之必要等情狀，已設有得依法預告終止勞動契約之規定（參照勞基法第11條規定），對於業務減縮而生之勞工問題得依相關規定予以主張，自不得任意曲解定期契約性質工作之定義。是以，兩造間僱傭契約究係為定期契約或不定期契約，應依契約內容及性質，是否具繼續性為判斷標準，不因契約名稱或職稱即逕予認定。基此，因上訴人等6人之工作內容為學生專車駕駛，並無所謂受限於季節性原料、材料來源或市場銷售影響之情事，自難遽認屬季節性之定期勞動契約。又被上訴人為汽車客運公司，營業內容依公司變更登記表所營事業欄（見原審卷1第125、126頁）所示，包括市區汽車客運、公路汽車客運、遊覽車客運及其他汽車服務等，非僅以承攬校車業務為唯一之營業項目，其員工擔任公車或遊覽車或校車司機一職，乃被上訴人依公司營業所需尋求適合員工分派或調配所致，自不得遽依此分派結果而認定被上訴人之工作性質；況由兩造所簽訂之歷次勞動契約書觀之，契約期間為4至6個月，縱定期訂立新約，其前後契約間斷期間，未超過30日，駕駛業務復未將寒、暑假期間予以除外，如寒、暑假期間被上訴人有接到接送案件、或學校有課輔之情形，仍會派上訴人等出車等情，此與證人即

擔任被上訴人公司調度股股長陳秋涼於原審到庭具結證述寒暑假輔導期間，專車也是會跑等語（見原審卷2第47頁反面）尚無不符，亦為被上訴人所不爭，由此可見縱於寒、暑假期間，被上訴人仍須因應學校學生輔導之需求，安排學生專車之班次、路線而要求上訴人等出車，並不囿於寒、暑假而中斷。是被上訴人抗辯：若遇寒暑假等假日，上訴人等之工作即中斷，故屬特定性工作云云，尚無可採。

2.是以兩造間訂立之勞動契約並不具季節性、特定性之工作性質，依上揭說明，縱以定期契約形式訂立，亦應認屬不定期性勞動契約；且兩造之勞動契約自上訴人等6人任職時起，至終止勞動契約前，不間斷地換約，在此任職期間內兩造之勞動契約雖有因寒、暑假期間出車次數減少之情形，惟勞動契約客觀上仍持續、不斷換約在性質上而具有繼續性。足認被上訴人主觀上有與上訴人等簽訂不定期之繼續性契約之意，兩造間之勞動契約係屬繼續性勞動契約甚明。是被上訴人辯稱：與上訴人等訂立之勞動契約，依被上訴人工作內容觀之，應屬定期性工作云云，亦屬無據。

㈢本件上訴人等6人主張：渠等依序自90年8月28日、94年3月21日、92年9月1日、92年9月1日、95年10月12日、97年9月1日起，受僱於被上訴人，並均擔任學生專車駕駛一職，而被上訴人分別於102年8月9日、102年8月16日、102年8月9日、102年6月11日、102年8月16日、102年8月9日後不再派車，亦未再給付工資等情，有上訴人等提出與被上訴人簽訂之臨時僱傭契約書、勞工保險被保險人投保資料表，及被上訴人提出與上訴人簽訂之駕駛員勞動契約（見原審卷1第159至208、327至329、53至55、61至62、72至73、80至81、93、100至101、106至107頁）在卷可稽，亦為兩造所不爭，是上訴人與被上訴人簽訂勞動契約，均擔任學生專車駕駛，應屬有據，均堪認定。

㈣按「勞基法第14條第2項固規定：『勞工依前項第1款、第6款（即雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之

虞）規定終止勞動契約者，應自知悉其情形之日起，30日內為之』。以維持民事法律關係之安定性。然此一終止契約之形成權，並非一時性之權利，而係具有繼續性之權利，換言之，此一權利雖應於知悉雇主有違反勞動契約或勞工法令情形之日起，30日內行使，逾期行使即不生終止之效力，然若雇主繼續有違反勞工法令或勞動契約、致有損害勞工權益之虞時，勞工上揭終止契約權仍繼續發生，於雇主停止其違反勞工法令或勞動契約之行為前，勞工均有依法終止契約之形成權。…查本件參諸勞基法第74條對於勞工發現雇主有違反勞基法及其他勞工法令規定時，另設有申訴及保障之規則，則同法第14條第2項所規定30日之除斥期間，應自被上訴人向高雄縣政府申請調解，而於87年6月25日接獲高雄縣政府函復上訴人未依限改善，提撥職工福利金及退休準備金，明確知悉上訴人違反勞工法令，致其權益有受損害之虞，其得不經預告終止勞動契約時起算，至其於87年6月27日、28日、29日通知上訴人終止勞動契約，並未逾30日除斥期間之規定」（最高法院92年度台上字第1779號參照）。上訴人等6人主張：被上訴人分別依序於102年8月9日、8月16日、8月9日、6月11日、8月16日、8月9日向上訴人表示不再派車，已違反勞動契約，而上訴人等依據勞基法第14條第1項第6款規定於102年9月25日、26日在臺南市政府勞工局調解時，向被上訴人表示終止契約，被上訴人自應依據勞基法第14條第4項、第17條之規定給付資遣費等語。為被上訴人以前詞抗辯，經查：

1.按「非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：一、歇業或轉讓時。二、虧損或業務緊縮時。…」、「雇主依前條終止勞動契約者，應依左列規定發給勞工資遣費：一、在同一雇主之事業單位繼續工作，每滿1年發給相當於1個月平均工資之資遣費。二、依前款計算之剩餘月數，或工作未滿1年者，以比例計給之。未滿1個月者以1個月計。」勞基法第11條、第17條分別定有明文。本件被上訴

人於103年4月18日之書狀第3頁表示：「被告（按即被上訴人，下同）並非無故請原告（即上訴人，下同）等無須上班，而係業務緊縮而擬請原告等轉為定期班次駕駛，遭原告等拒絕後原告等即自行不再上班，已屬無故曠職3日，退步言之，被告將原告等開除也係因為業務緊縮所為者」（見原審卷1第211頁）。惟被上訴人就上訴人等6人均接獲被上訴人請求「轉為定期班次駕駛」繼續上班，而上訴人等皆拒絕定期班次駕駛乙情，迄未據被上訴人舉證以實其說，已非可採；且被上訴人就其對上訴人等表示不再派車（或無須上班）即終止兩造間勞動契約之意思表示，亦未提出何書面證明，仍非無疑。

2.又按「勞動基準法第11條第款所謂業務緊縮，係指雇主在相當一段時間營運不佳，生產量及銷售量均明顯減少，其整體業務應予縮小範圍而言，與雇主之財務結構及資產負債情形無必然之關係。」「依勞動基準法第11條第2款規定，雇主得因業務緊縮，預告勞工終止勞動契約者，必以雇主確有業務緊縮之事實，而無從繼續僱用勞工之情形，始足當之，是以雇主倘僅一部歇業，而同性質之他部門，依然正常運作，甚或業務增加，仍需用勞工時，本諸勞動基準法保障勞工權益，加強勞雇關係之立法意旨，尚難認為已有業務緊縮，得預告終止勞動契約之事由」（最高法院100年度台上字第1057號、75年度台上字第2456號、100年度台上字第2024號判決參照）；本件被上訴人直陳其係因「業務緊縮」始將上訴人等開除，自仍應依據勞基法第11條規定，預告而終止勞動契約，並依據同法第17條規定給付資遣費，始符合終止勞動契約之要件，被上訴人未經預告上訴人等終止契約，已有違反上揭規定；而被上訴人就其所謂之「業務緊縮」，實係被上訴人未能繼續承攬台南市大內國中、北門高中、南大附中、新化高工、新化高中等學校專車業務等情（見本院卷第369頁）；被上訴人非僅承攬校車業務為唯一之營業項目，有上開被上訴人公司營業內容之公司變更登記表之所營事業欄，

及公司調度股股長陳秋涼之證詞可按，可見並非被上訴人所從事之相關汽車業務全部緊縮及歇業，同性質之他部門，依然正常運作，則為被上訴人所未爭，依上揭法條及實務見解，自不符合勞基法之業務緊縮規定。

3.再查本件被上訴人另有違反勞工法令之情形，業經原審判決被上訴人應如數給付上訴人等部分，即被上訴人就有關上訴人等並未按月足額提撥勞工退休金專戶、且按月溢扣勞健保費，及未按月依法投保勞健保費、全民健保、勞工保險等每月多負擔部分，被上訴人在停止其違反勞工法令或勞動契約之行為前，上訴人等勞工均有依法終止契約之形成權，則上訴人等之終止權應繼續發生而未消滅。至上訴人劉順縱然口頭有向證人陳秋涼表示將要辭職，是否真意，已非無疑，嗣亦未向被上訴人提出辭呈，而證人陳秋涼於原審亦證述其不曾向其上級報告上訴人劉順要辭職，而尚於同年0月間仍上班等語（見原審卷2第46、47頁），則就上訴人劉順部分，尚難遽認其已離職，而不得依勞基法之規定請求資遣費。

4.復查上訴人等6人固於原審起訴書陳述事實經過稱：「被告公司卻對原告7人（除上訴人等外，尚包含已和解未上訴之顏榮進）分別於102年8月9日、102年8月9日、102年8月16日、102年6月11日、102年8月16日、102年8月9日表示日後不再派車給原告，因此未再給付工資給原告，並且將原告的勞保及健保退保，形同違法解僱原告卻未支付資遣費。」（見原審卷1第6頁背面）；然依上說明，被上訴人停止違法前，上訴人等之終止權應繼續發生而未消滅，已如上述，況被上訴人亦於原審直陳：星期六、日及寒、暑假，若無其他輔導課，則均不開車，如係載畢業班學生，畢業生課程提前結束後，亦無車可開，而學生專車係每年（如9月）開學時始由各學校招標，學校若未招標，或被上訴人未能得標，亦無法提供駕駛員工作（見原審卷1第210頁、本院卷第248頁）。是被上訴人縱分別於上開期日向上訴人等表示不再派車，時值學生暑假期間，本已無車可開，上訴人等豈可能確

知不再派車所指即為被上訴人表示終止兩造間勞動契約？或將改派其他工作？且上訴人賴春喜於本院以證人身分訊問時，仍作證陳稱：「7至9月暑假期間，學校有輔導叫我們去，我們就去，這段期間我們是待機即待命的意思，這段時間我們還是在職的，9月1日沒有派工作給我們，時間應從9月1日開始算，7至9月暑假期間，上班時間我們沒有車次可以跑而已，待機的時候我們並沒有另外去找工作，在等公司通知上班，到9月1日公司沒有通知我們去上班，我們才聲請調解。」「（暑假結束後新的學期開始，如果有校車的話，公司何時會叫你們去簽約？）約8月底，最慢9月初也會叫我們去簽約，並沒有硬性。」「寒暑假期間，學校若沒有輔導，我們就休息，這段時間我們是機動，公司要我們跑哪裡我們就跑哪裡。」「（102年何時才了解公司沒有叫你們去簽約？）暑假8月31日後，到9月1日應該上課了，但是公司都沒有通知，9月1日我們才詢問公司，公司才說沒有這個業務，如果要計算時效要從9月1日開始算，9月12日我們才聲請調解。」「（你在調解記錄稱在102年8月9日就沒有派工作給你，當時有無說契約終止？）沒有。那是暑假期間我們有去上班，8月9月到8月31日我們還是在職的，這期間公司要我們去跑車我們還是要去，7月26日到8月8日是輔導課，輔導課上到8月8日，8月9日輔導完畢，如果公司要我們去我們還是要去，如果我們沒有去表示我們自己離職了，事實是公司沒有派工作給我。」（見本院卷第547至550頁）；證人薛進興亦於本院作證陳稱：「102年（暑假）這段時間沒有另外去找工作。我們都在等被上訴人通知，等到9月1日才去找公司。（以往慣例）大約8月28日左右公司就叫我們去簽約，我們是等到9月1日公司都沒有通知，我們才去詢問」等語在卷（見本院卷第552頁）。則被上訴人抗辯之上述（口頭）終止契約，無法令上訴人等明知其確已與被上訴人終止勞動契約，即有未合；則上訴人等主張：渠等於寒暑假本來工作就少，如果沒有延長課輔的話，本來就沒有工作，按照

以往慣例新學年度是否有工作，要簽新約是在9月1日才正式知道是否有工作，除斥期間如果要算應該是從9月1日開始等語，即非無由。則上訴人等於102年9月25日、26日在臺南市政府勞工局進行勞資爭議調解時，向被上訴人等主張給付資遣費等情，有財團法人臺南勞資事務基金會勞資爭議調解紀錄（見原審卷1第35、36頁）在卷可稽，依上揭法條及實務見解，亦認未逾除斥期間；雖被上訴人表示不再派車嗣亦未再給付工資給上訴人，且將上訴人的勞保及健保予以退保，被上訴人之行為違反勞基法，已如上述。是上訴人自應以前述在102年9月1日起，始確知被上訴人違反勞工法令，致損害上訴人等權益等情，則上訴人等有關勞基法第14條第2項所規定之時效（即勞工得不經預告終止契約之30日除斥期間起算時點），應分別自上開明確知悉之時（即102年9月1日）起算。因而本件上訴人等主張其等於102年9月25日、26日在臺南市政府勞工局進行勞資爭議調解時，併向被上訴人主張給付資遣費，並未逾該除斥期間。且上開除斥期間，並無規定上訴人等須提起訴訟始符行使權利要件，則上訴人等上開勞資爭議調解時，向被上訴人等主張給付資遣費，已於終止契約後，即時行使其等給付資遣費之請求。被上訴人雖抗辯：起訴狀事實經過的第一點很明確表示102年8月9日、8月16日、6月11日被上訴人公司表示不再派車給上訴人等，等於已經終止契約的意思。退步言，就算9月1日才知道，9月25日調解時還是沒有終止契約，等於等到102年12月3日起訴時才有終止契約意思表示，也已經過了30日除斥期間云云，殆有誤解，並非可採。是上訴人等6人主張依勞基法第14條第1項第6款規定合法終止勞動契約，並依同法條第4項準用第17條規定，分別請求被上訴人給付資遣費，均於法有據。

㈤上訴人等請求被上訴人應給付其等資遣費，既屬正當，爰分別審酌上訴人等所得請求之資遣費如下：

1.兩造就如附表一所示包含舊制工作年資、新制工作年資等資

遣費基數、合併基數，均無爭執，亦皆同意以月平均工資數額計算（見本院卷第289頁）。

2.上訴人等主張被上訴人應給付其等資遣費（均詳如兩造不爭執事實第4點上訴人主張欄所示），與被上訴人抗辯如認被上訴人應給付上訴人等之資遣費（均如兩造不爭執事實第4點被上訴人主張欄所示），互有差異。而上訴人等主張：若有寒暑假課輔才配合出車，所以寒、暑假期間，上訴人等司機工資通常只有幾千元，如將寒暑假期間之工資計入平均工資計算範圍內的話，對勞方顯失公平，因此計算平均工資理應將每年2、7、8月份之薪資排除，以維公平；且實務意旨亦認為勞基法第2條第4款前段計算平均工資之期間，係指常態之工作情況而言等語，則為被上訴人以前詞抗辯。查：

⑴按「勞動基準法施行後，被上訴人任職期間計至74年5月5日為9個月，滿半年以1年計，應發給2個基數，其平均工資之計算，依勞動基準法第2條第4款規定，固應指事由發生當日即核准退休當日前6個月所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額，惟此係指常態之工作情況而言。被上訴人於74年2月25日以年滿60歲之限定年齡申請退休，上訴人迄同年5月15日始予核准，其間相隔2個月餘，被上訴人申請退休後即請病假，其6個月平均工資之計算，自應以請病假前6個月之工資總數除以此期間工作總日數所得為準，較為公平合理。」（最高法院75年度台上字第1822號判決參照）。

⑵查除上訴人戴和平主張其於102年3月份因開刀住院請假多日，只領4,363元之工資，自應排除以維公平外，其餘上訴人等並無長期病假情形，上訴人等（包含戴和平於病假後）仍繼續上班；而上訴人等皆為負責學生專車之司機，學校在寒暑假期間沒有學生專車之需求，被上訴人公司自無從派車給上訴人等駕駛，此為上訴人等人所明知，並非被上訴人有派車之必要而故意不派遣，自不得排除計算上開每年2月、7月至8月份寒暑假期間之薪資，始較合理。準此，則除上訴人戴和平主張病假開刀無法工作之該月（即102年3月份）薪

資，應予排除，洵屬有據外；其餘上訴人等主張排除計算寒暑假期間之薪資即非有據。

3.核被上訴人公司計算上訴人等（除戴和平外）之平均工資，係自該公司契約工員工薪資條，按離職前6個月所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額（元以下4捨5入），有上訴人等逐月之契約工員工薪資條等附卷可稽（見原審卷1第233至326頁），經核並無不合，則上訴人薛進興、蔡炳榮、劉順、楊明樹、賴春喜等之平均工資，應依法計算自102年3起至同年8月份止合計6個月之工資總額再除以該期間之總日數，即如被上訴人之計算，方為正確；詳如上開兩造不爭執事項之第4項之被上訴人主張欄內上訴人薛進興、蔡炳榮、劉順、楊明樹、賴春喜等平均工資所示（見本院卷第281頁），則上訴人等主張有關薛進興、蔡炳榮、劉順、楊明樹、賴春喜等平均工資計算方法，逾此部分，即非有據。從而，上訴人薛進興、蔡炳榮、劉順、楊明樹、賴春喜等計算之資遣費，即應按上訴人等上開平均工資，與兩造不爭執如附表1之年資合併基數（含新、舊制工作年資資遣費計算而獲得之基數）相乘，即上訴人等之各應獲得之資遣費如附表二所示（例如：上訴人薛進興之資遣費計算14,759×9.96＝147,000，元以下4捨5入，見本院卷第283頁，其餘上訴人比照此方法計算）。至渠等逾此部分之請求，即非有理由。

4.另上訴人戴和平之平均工資，除該開刀病假之3月份薪資4,363元應予排除不予列入外，應按102年2月份及同年4月份起至同年8月份止，按此6個月所得工資總額，除以該期間之總日數所得之金額，再按如附表一之合併基數（含新、舊制工作年資資遣費計算而獲得之基數），計算其資遣費，即得6,231元【（6,685＋500＋15,352＋0＋9,556＋5,291）÷180×30＝6,231元（元以下4捨5入）】。再按兩造不爭執附表1之上訴人戴和平之年資合併基數（含新、舊制工作年資資遣費計算而獲得之基數）8.801予以相乘，即得上訴人戴和平應得之資遣費54,839元（6,231元×8.801＝54,839元），

故被上訴人應給付上訴人戴和平之資遣費為54,839元，至逾此範圍之請求，則屬無據。

㈤按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任；給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，與催告有同一之效力；再遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之5，民法第229條、第233條第1項前段、第203條亦有明定。本件上訴人等請求被上訴人給付之上開資遣費金額，並無確定之給付期限，惟被上訴人迄未給付，依上規定，上訴人等請求被上訴人應加付自起訴狀繕本送達翌日即102年12月11日（有原審法院送達證書可據，見原審卷1第118頁）起至清償日止，按年息百分之5計算之遲延利息，核在上開規定範圍內，亦屬有據。

五、綜上所述，兩造訂立不定期勞動契約，上訴人等依勞基法第14條第1項第6款規定，主張終止勞動契約，即無不合，從而，上訴人等分別依同法第14條第4項準用第17條規定之法律關係，請求被上訴人給付上訴人等如附表二所示資遣費及法定遲延利息，為有理由，應予准許；逾上開範圍部分，即非有據，應予駁回。原審就上開應予准許部分，為上訴人等敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨據此部分求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第二項所示（上訴人等上訴利益未逾150萬元，宣判後即得執行，且上訴人等上訴亦未為假執行之聲請；至原判決駁回此部分假執行之聲請，理由雖有未合，惟結論並無二致，自不生廢棄之問題）；至上訴人等請求不應准許部分，原判決就此部分為上訴人等敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核於法並無不合，上訴意旨就此部分求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘主張攻擊、防禦方法及舉證，

均不影響本件判決結果，毋庸一一論述，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　105　　年　　3　　月　　8　　日

勞工法庭　　審判長法　官　張世展

法　官　夏金郎

法　官　莊俊華

上為正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　105　　年　　3　　月　　9　　日

書記官　歐貞妙

附表一：上訴人等之主張

姓名	舊制工作年資資遣費基數	新制工作年資資遣費基數	合併基數	平均工資新台幣（每月）	上訴人等請求資遣費新台幣
薛進興	自90年8月28日起至98年9月3日止	自98年9月4日起至102年8月9日止	9.96月	18,946（本院審定 14,759）	188,702
蔡炳榮	94年3月21日-94年8月31日0.416月	94年9月1日-102年8月16日3.973	4.389月	17,399（本院審定 14,048）	76,364
戴和平	92年9月1日-100年4月30日7.666月	100年5月1日-102年8月9日1.135月	8.801月	11,843（本院審6,231）	165,282
乙　○	92年9月1日-94年8月31日2	94年9月1日-102年6月11日	5.885月	15,746（本院審	91,076

	月	3.885月		定 12,222）	
楊明樹	無	95 年 10 月 12 日-102年8月16日3.4178月	3.4178月	20,661（本院審定 16,999）	70,615
賴春喜	無	97年9月1日-102年8月9日2.464月	2.464月	23,217（本院審定 19,575）	57,206

附表二：

上訴人	本院判決認定被上訴人應給付之金額（新台幣）	利息計算起迄日	利率
薛進興	147,000元	自102年12月11日起至清償日止	年息5%
蔡炳榮	61,657元	自102年12月11日起至清償日止	年息5%
戴和平	54,839元	自102年12月11日起至清償日止	年息5%
劉順	71,926元	自102年12月11日起至清償日止	年息5%
楊明樹	58,099元	自102年12月11日起至清償日止	年息5%
賴春喜	48,233元	自102年12月11日起至清償日止	年息5%