臺灣臺北地方法院民事判決

109年度勞簡上字第5號

上　訴　人　李念七

訴訟代理人　法扶律師曾彥傑

被　上訴人　好景事業有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　陳木樞

上列當事人間請求給付工資等事件，上訴人對於中華民國108年11月14日本院臺北簡易庭107年度北勞簡字第230號第一審民事判決提起上訴，本院於民國109年6月22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、程序方面

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限。又於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255條第1項第2款至第6款情形，不在此限。上開規定，於簡易事件之第二審訴訟程序準用之，民事訴訟法第255條第1項第3款、第446條第1項、第436條之1第3項分別定有明文。上訴人原審聲明:被上訴人應給付上訴人新臺幣（下同）324,686元，及其中114,461元自起訴狀繕本送達翌日（即民國107年12月25日）起、其中210,225元自108年1月23日起，均至清償日止，按年息百分之5計算之利息（原審卷第381頁、第423頁），經原審為上訴人一部敗訴之判決，上訴人不服原審判決提起上訴，並聲明：㈠原判決不利上訴人部分廢棄。㈡就上開廢棄範圍，被上訴人應給付上訴人321,066元，及其中110,841元自起訴狀繕本送達翌日起、其中210,225元自108年1月23日

起，均至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息（本院卷第41頁）。嗣就上開廢棄範圍即上訴聲明第2項部分於109年3月26日具狀變更為：被上訴人應給付上訴人321,066元，及自108年1月23日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息（本院卷第149頁、第229頁），核屬減縮應受判決事項之聲明，揆諸首揭規定，應予准許。

貳、實體方面

一、上訴人起訴及上訴意旨:

㈠上訴人於101年11月1日受僱於派遣公司即訴外人德嘉醫療器材科技股份有限公司（下稱德嘉公司），負責臺北榮民總醫院一般病房清潔維護。而被上訴人係勞務派遣公司，於105年12月1日間取得臺北榮民總醫院對外發包之勞務清潔標案，自106年1月1日起接替德嘉公司負責臺北榮民總醫院院內之清潔工作，上訴人則轉由被上訴人聘僱，受被上訴人指派繼續在臺北榮民總醫院負責一般病房或公共區域清潔維護，月薪為28,000元。

㈡上訴人因被上訴人違法剝削派遣勞工權益，於106年8月9日與議員王威中召開記者會，揭發被上訴人及德嘉公司超時工作、積欠加班費、未落實休假制度、謊報勞健保等違法事證，被上訴人為掩飾自身缺失逕於106年8月30日無預警解僱上訴人，經上訴人向勞動部申請不當勞動行為裁決，並於106年10月2日在臺北市政府勞動局進行調解，被上訴人應允復職外，另補發半個月薪水，上訴人因而撤回不當勞動行為裁決之申請。

㈢詎被上訴人於上訴人復職後仍未改善派遣勞工之權益，上訴人遂持續向主管機關檢舉，被上訴人竟於107年6月19日上午以上訴人於107年6月間持續多日未參與點名，屬任意離開工作區域，視同缺工多日，給予多次大過處分，並主張上訴人確已不能勝任工作，依勞動基準法(下稱勞基法)第11條第5款、第12條第1項第6款等規定將上訴人解僱。臺北榮民總醫院清潔維護及勤務支援工作規範（下稱考勤管理規範）第6

條第4項固約明：上班時間不得任意離開工作區域，工作人員擅離院區視同缺工一日，然上訴人於任職期間從未聽聞考勤管理規範，被上訴人亦未公告並印發予上訴人，難認符合公開揭示之要求，自無拘束上訴人之效力。又上訴人雖未參與點名，惟仍打卡上班，於所負責區域進行清潔工作，尚難遽認已離開工作區域或擅離院區，自難認有違考勤管理規範，遑論考勤管理規範違背勞基法第12條第1項第6款之強制規定而屬無效。

㈣另上訴人每日上下班均須打卡，是否有再於下午3時進行點名之必要，已非無疑，況其自91年12月28日因腦中風於敏盛綜合醫院就診，於106年8月13日再次因暫時性腦缺血發作於臺北榮總醫院治療，其後出院經醫生建議不宜遠行，而所負責清潔區域之一係位於臺北榮民總醫院停車場，距點名之地來回需花費約20分鐘，對上訴人而言甚為吃力，且前往點名時須途經密閉之電梯空間，將使打掃所產生之身體異味影響病人或其探病親友，已數次反映點名制度存續之必要未果，迫於無奈自107年6月8日起未再參與點名，並於工作地點自拍以證明未缺勤，足見上訴人係礙於身體因素方不參與點名，非屬無正當理由，且未影響工作進度，自難認主觀上有怠忽職守。且被上訴人始終無法證明上訴人未參與點名，與是否具備擔任清潔人員之本職學能有關，亦或因而耽誤清潔工作，自無從率斷上訴人工作態度消極、怠惰敷衍致客觀上無法勝任其工作。再者，被上訴人不但從未告知點名未到將遭記大過處分，且於107年6月19日當日一併提出全部懲處公告與繳款入帳單，即逕為解僱處分，顯未賦予上訴人改善之機會，自難認符合最後手段性原則，則被上訴人解僱不合法，不生終止契約之效力。

㈤被上訴人於107年6月19日對上訴人所為解僱既不合法，又上訴人於108年1月19日以訴之變更聲請狀送達被上訴人，以被上訴人積欠工資等理由，依勞基法第14條第1項第5款規定，終止兩造間之勞動契約，是上訴人得請求之項目及金額如

下：

1.薪資及勞保費用計210,819元:

兩造約定每月薪資28,000元，月投保薪資為28,800元，被上訴人應負擔每月勞保費用2,117元，故上訴人得請求被上訴人給付自107年6月20日起至108年1月19日止之薪資及勞保費用計210,819元【計算式：（28,000×7)＋（2,117×7）】。

2.資遣費86,800元：

上訴人依勞基法第14條第1項第5款、第6款規定終止兩造間勞動契約，自得依勞退條例第12條第1項規定，請求被上訴人給付資遣費。而上訴人固於106年1月1日始受僱於被上訴人公司，然依被上訴人及臺北榮民總醫院簽立之採購合約書第14條第14項第4款規定，既可合併計算派遣勞工於前後派遣公司任職期間之特休年資，基於保護勞工之意旨，資遣年資亦應合併計算，是上訴人於101年11月1日起受僱於德嘉公司，德嘉公司為上訴人加保勞保係於101年11月1日起至103年12月1日止，嗣遭違法解僱，其後和解並於104年5月1日回工作崗位，復於106年1月1日起轉任職被上訴人公司，再於同年8月30日遭違法解僱，另於106年10月1日復職，因期間未滿3個月，縱上訴人係重新受僱，前開工作年資仍應合併計算，則上訴人月薪28,000元，資遣年資自101年11月1日起至108年1月19日止為6年2月19日，依勞退新制資遣基數為3.1【計算式：〔6年＋(2＋19/30)÷12〕÷2，小數點後一位以下四捨五入】，上訴人得請求被上訴人給付資遣費86,800元（計算式：28,000×3.1）。

3.特別休假未休工資23,447元：

上訴人服務年資自101年11月1日起至106年1月1日止滿4年2月，應於106年1月1日起給予特別休假14日，並於107年1月1日起滿5年2月，應給予特別休假15日。是上訴人終止兩造間勞動契約前未能請特別休假，自得請求被上訴人給付特別休假未休工資27,067元【計算式：28,000元÷30 ×（14＋15），元以下四捨五入】，扣除業經原審判決勝訴確定3,620

元，尚應給付23,447元。

㈥對被上訴人之答辯：

1.被上訴人於106年8月30日所為解僱並不合法，業如前述，兩造對是否合法終止勞動契約產生爭議，於106年10月2日進行勞資爭議調解，同意自106年10月3日起恢復僱傭關係，應認兩造係合意恢復僱傭關係，年資自無中斷之理，縱認兩造於106年8月30日合法終止契約，上訴人前後工作年資仍應合併計算。被上訴人抗辯因故停止履行，指原勞動契約關係繼續存在僅暫時中止，而不包括原勞動契約經合法終止，然此將使雇主以換約方式與勞工終止原勞動契約之情形排除在外，有悖於勞基法第10條之立法目的，自不足採。因此，無論不定期契約停止履行之事由是否可歸責於雇主或勞工，於符合勞基法第10條規定時，即有前後年資併計之適用，縱勞工遭雇主合法解僱後再於3個月內復職亦同，自應適用勞基法第10條規定，合併計算前後工作年資，另上訴人並未放棄德嘉公司之工作年資，然原判決主觀臆測上訴人同意放棄上開工作年資，自有不當。

2.又採購契約、考勤管理規範，係被上訴人與臺北榮民總醫院所簽立，基於債之相對性，效力不及上訴人。又被上訴人所提出經臺北市政府核備之工作規則亦未提及勞工須遵守採購契約、考勤管理規範，自難認有拘束上訴人之效力。被上訴人辯稱上訴人未參與點名，違反考勤管理規範第6條第4項定，應視為曠工一日，係惡意曲解上開規範之文義，致其牴觸勞基法第12條第1項第6款而無效。是以，上訴人縱未參加點名，只能將當日工作時間扣除點名未到時間，不得逕認該日均未出勤。

3.縱上訴人點名未到，違反考勤管理規範，然並無情節重大而有解僱之必要，蓋上訴人曾於106年8月22日、106年8月31日、106年11月15日、106年11月26日、106年12月16日、107年2月15日，因上班遲到或未打卡遭被上訴人罰款，足見被上訴人對勞工罰款，屬兩造勞動關係下可選擇之懲戒方法之

一，而點名未到之本質與遲到相同，均屬勞工工時短少之狀況，則被上訴人理應採取相同之懲戒方法（即罰款），卻係記大過而非申誡，亦未賦予上訴人改善之機會，即率予解僱上訴人，自不符合解僱最後手段性原則。

4.被上訴人再辯稱上訴人於107年6月20日即知悉遭解僱，遲於108年1月19日終止勞動契約，已逾越30日除斥期間云云，惟上訴人係依勞基法第14條第1項第5款規定終止兩造僱傭契約，已如前述，該終止權之行使，不受除斥期間之限制。另上訴人依勞基法第14條第1項第6款規定終止兩造僱傭關係，固有除斥期間之限制，然被上訴人持續拒絕上訴人回工作崗位，且未為上訴人投保勞健保，則上訴人終止勞動契約之權利尚在不斷發生中，是上訴人終止契約時，並未逾越除斥期間。

5.被上訴人確未給予特別休假，應補償29天工資即27,067元，然被上訴人僅於106年8月、107年6月分給付2,800元、2,913元，合計5,713元。另上訴人自106年1月1日起受僱於被上訴人，由其派駐於臺北榮民總醫院負責清潔勞務，約定工作時間為上午7時至下午17時、中午休息2小時，然被上訴人經常要求協助發放病人晚餐而延後下班，造成下班時間多係在17時30分之後，以106年3月為例，共加班1519分鐘，惟當月薪資單並無領取加班費之紀錄，足見被上訴人確有積欠加班費，故上訴人依勞基法第14條第1項第5款終止兩造勞動契約，於法有據。

㈦並聲明：1.原判決不利上訴人部分廢棄。2.就上開廢棄範圍，被上訴人應給付上訴人321,066元，及自108年1月23日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

二、被上訴人答辯則以：

㈠上訴人曾因被上訴人以勞基法第12條第1項第2款規定終止（作成日為106年8月30日）兩造間勞動契約，於106年9月1日向臺北市政府申請勞資爭議調解，兩造於106年10月2日成立調解方案。上訴人自106年10月3日回復工作後至107年6月

7日，明知臺北榮民總醫院對清潔人員有點名要求，均有參與點名，且其於上開期間並未告知其因身體疾病或心理因素等原因而無法參加點名，詎自107年6月8日起連續8日即同年6月9日至10日、14日至18日均點名未到，致被上訴人因違反與臺北榮民總醫院間之採購契約而受裁處每日500元之罰金及扣點，且將嚴重影響其後無法與臺北榮民總醫院再續約，蓋上百位員工若都不配合點名，根本無法管理，故被上訴人於上訴人不配合點名之日起，就其點名未到之日，作成一申誡及七大過之懲戒處分。對此，上訴人仍拒絕配合臺北榮民總醫院內部對派遣員工之管理，嚴重影響被上訴人利益及聲譽。另上訴人是否有於上開期間出勤工作，亦不無疑問，又現今社會僱傭模式與日俱增，已非單純過往單一雇主之型態，且打卡並非僅係掌握計算勞工工作時間之方式，另具有雇主指揮監督之重要意義，縱上訴人有出勤工作，亦無從推翻其確實違反106至107年臺北榮民總醫院清潔維護及勤務支援工作勞務委外採購契約第19條規定及考勤管理規範第6條第4項、第10條第2項規定，而構成連續曠職3日，故為維持企業秩序及經營，遂依勞基法第12條第1項第6款及第11條第5款規定終止勞動契約。

㈡上訴人固稱其任職期間不知有考勤管理規範，而認無拘束其之效力云云，實屬誤解。蓋被上訴人隨時於公司內部公告最新經核准之工作規則，此有107年4月24日北市勞資字第10732763400號之工作規則可資佐證。另因被上訴人員工主要係至招標機關之事業場所（如上訴人係至臺北榮民總醫院出勤）提供勞務，故被上訴人亦會將相關招標機關之相關管理規範或契約置於公司內部(如上開採購契約、考勤管理規範)供閱覽，亦會告知所有應聘員工應遵守招標機關相關規定，則上訴人不可能不知情，且其歷來均有遵守相關規定，至今始辯稱不知悉，顯屬不實。參以原證十號所示，可知上訴人於107年6月8日起連續8日點名未到，且其不否認，又其無法證明確於所負責之工作區域內進行清潔工作，則被上訴

人以其曠工8日，終止兩造間勞動契約，自屬適法。縱認本件無勞基法第12條第1項第6款規定之情事，然上訴人經屢勸不聽，其主觀上不願遵從臺北榮民總醫院之管理、客觀上亦無任何無法點名之事由，是被上訴人因其連續8日點名未到，已多次違反與臺北榮民總醫院清潔維護及勤務支援工作勞務委外採購契約，而受有財產上（罰則、影響後續續約之可能）及非財產上（聲譽）之損害，故本件亦應有勞基法第11條第5款規定之適用。

㈢縱被上訴人係違法終止兩造間勞動契約，然上訴人於107年6月20日即已知悉其被解僱，於同年6月16日勞資爭議調解不成立後，更應能確認被上訴人不可能再給付任何薪資等，故上訴人至108年1月19日始依勞基法第14條第1項第6款規定終止勞動契約，已罹於30日之除斥期間。另被上訴人否認上訴人自101年11月1日起於德嘉公司服務，亦不知悉其曾於德嘉公司服務，其從未提出任何在職證明，至今突稱其要合併相關年資，實難令人接受，況且其於德嘉公司之投保年資並未滿5年，顯有蓄意調高服務年資而請領高額資遣費之心態。至於上訴人稱其年資有勞基法第10條之適用云云，亦屬誤解，蓋兩造間乃一不定期契約關係，故上訴人非停止履行契約，而係爭執被上訴人於106年8月30日所為解僱之效力，而被上訴人另於106年10月3日重新聘僱，非上訴人繼續履行原契約。又兩造經合意成立系爭調解方案，其至今爭執被上訴人於106年8月30日所為解僱並非合法，顯無意義，且自系爭調解方案，可知兩造同意排除106年9月1日至10月2日間之年資，其亦不再對此為任何主張，故縱使無適用勞基法第10條規定而受有不利益，亦不得就和解前之法律關係更行主張，豈有於調解後再為無理要求？

㈣上訴人復辯稱其無曠職或違反勞動契約及工作規則而有情節重大云云，然被上訴人認其有曠職或情節重大等情，係因其不遵從所知悉且已實行多年之點名制度，且未告知係因身體因素而無法點名，屢經勸告且受多次懲戒仍不改善，又其讓

被上訴人公司受招標機關裁罰，甚或無法續約，確實嚴重影響公司利益及聲譽等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人一部勝訴、一部敗訴之判決，即判命被上訴人應給付上訴人3,620元，及自107年12月25日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，駁回上訴人其餘之訴，並依職權宣告假執行及供擔保免為假執行。上訴人就原判決對其不利部分提起上訴，並聲明如前。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。（被上訴人敗訴部分，未據其上訴，不在本院審理範圍）

四、兩造間不爭執事項（本院卷第133頁）：

㈠上訴人自106年10月3日起復職後仍然受僱於被上訴人，受被上訴人指派續於臺北榮民總醫院負責一般病房或公共區域清潔維護。

㈡上訴人至107年6月7日之受僱期間內均有參與點名，惟自107年6月8日至10日、14日至18日點名未到，被上訴人於107年6月19日上午將原證8懲處公告與原證9之8張繳款入帳通知單交予上訴人，並以上訴人多次未參與點名，屬任意離開工作區域，視同缺工為由，主張不能勝任工作，且無故曠職，依勞基法第11條第5 款與同法第12條第1項第6 款之規定將上訴人解僱。

㈢上訴人於108年1月19日以訴之變更聲請狀送達被上訴人，以被上訴人積欠工資等理由終止兩造間之勞動契約。

五、得心證之理由：

㈠被上訴人已合法終止兩造間僱傭關係：

1.按勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主得預告終止勞動契約；勞工無正當理由繼續曠工3日，或1個月內曠工達6日者，雇主得不經預告終止契約，勞基法第11條第5款、第12條第1項第6款定有明文。又勞基法第11條第5款所稱勞工對於所擔任之工作確不能勝任者，舉凡勞工客觀上之能力、學識、品行及主觀上違反忠誠履行勞務給付義務（包括勞工主觀上能為而不為、可以做而無意願做，亦屬之）均應涵攝

在內。

2. 被上訴人公司訂定工作規則下列條文業經台北市政府於107年4月24日勞資字第10732763400號函核備，有工作規則全文及主管機關核備函文在卷（本院卷第157至183頁、原審卷第321至344頁），其中第11條第1項第5款、第41條第4款分別規定：「員工有下列情形之一者，本公司得不經預告終止勞動契約：五、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日。」、「員工應準時上下班，並依規定按時打卡（簽到）。有關遲到、早退、曠工（職）規定如下：...四、在工作時間內未經准許或辦理請假手續，無故擅離工作場所或外出者，該缺勤期間以曠工（職）論。」與上開勞基法之規定無違，而勞工於工作時間內應依債之本旨服勤乃係勞動契約忠實義務基本要求，上訴人亦依規定於上班日固定配合打卡出勤，有考勤表在卷可認（原審卷第177至187頁），堪認上開工作規則有拘束兩造之效力。

3. 再者，雇主指派自己僱用之勞工，為他人提供勞務，而接受他人指揮監督管理，即勞動派遣關係，為近年勞動實務常見之勞動型態，符合企業人力與勞工謀職需求，且108年5月15日修正公布勞基法第2條第7至10款亦就勞動派遣關係增訂派遣事業單位、要派單位、派遣勞工、要派契約之定義，自屬有效。而勞動派遣關係中，派遣事業單位係以雇主身分與勞工訂立勞動契約，經勞工同意，在維持原有勞動契約關係前提下，使勞工在要派單位指揮監督下提供勞務給付，要派單位對勞工提供勞務之行為有指揮命令權限，能決定工作之進行、工作時間及地點，屬間接僱傭之一種，要派單位於勞務給付範圍內享指揮監督之權。是以，被上訴人以雇主身分指派上訴人至臺北榮民總醫院提供勞務，上訴人有受要派單位之指揮監督義務，而依考勤管理規範第6條第4項、第5項、第10條、第11條規定：「（考勤管理）...上班時間不得任意離開工作區域，工作人員擅離院區視同缺工一日」、「（考勤管理）...每日須清查各站工作人員上班情形，如

經機關察覺缺工，依相關罰則辦理。」、「（督導作業）...機關管理單位每日、每月進行定期及不定期檢查廠商之所有作業，遇有異常現象，機關應口頭告知廠商現場主管，若未遵守改善，機關得進行罰款；另就督導檢查情形，每日邀集廠商幹部召開檢討改善會議。」、「（罰則）...廠商派駐工作人員或其代理人員應於指定服務時間內到勤，如有遲到、早退情形，30分鐘（含）內每人每次扣罰500元...。廠商派駐工作人員每月遲到、早退、代打卡及缺勤次數合計超過2次（含）以上者，機關得要求廠商更換派駐工作人員。」（原審卷第233至279頁），另清潔維護及勤務支援工作缺點處罰標準亦規定：廠商工作人員未依規定派遣、缺工或上班時間未向機關請假且經核准，逕行離開工作崗位者，每人次/日罰款500元至8,000元，第二次應立即更換（原審卷第247頁），上訴人自需服從榮民總醫院考勤及督導管理措施，而點名制度自屬上揭考勤管理手段之一種，然上訴人自107年6月8日至10日、14日至18日期間，計有8日點名未到等情形，既為兩造所不爭執，縱使上訴人於上開工作日之上班、下班時段仍正常打卡，並稱其有在工作地點自拍存證（補字卷第54至57頁照片參照），並無擅離院區云云，然上訴人於點名時段未現身於應報到處所，亦未事先辦妥請假手續，主管於實施點名考勤管理時即無法覈實清查未到之工作人員是否仍在院區服勤，是被上訴人認定上訴人任意不在工作區域，容已擅離院區，並依上開規定，視同缺工一日，而認符合勞基法第12條第1項第6款所定「無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日」之事由，應有理由。況且，上訴人自承於107年6月7日以前在受僱期間內均有參與點名，應知悉該點名制度是榮民總醫院要求清潔人員工作內容之考勤作為，上訴人並無諉稱不知此項人事工作規則之理，又其未經事先請假或經被上訴人、要派單位核准，即自行決定自107年6月8日起不再參與點名，所為持續至離職日止，甚且在兩造未另有約定考勤代替方案下，即恣意創

設以在其他地點自拍存證方式欲替代點名效力（補字卷第54至57頁照片參照），而刻意規避點名制度，形同不服雇主人事指揮監督權限，亦有違反忠實履行勞務給付義務之情狀，而有不能勝任工作的事由。

4. 上訴人固主張其因身體因素不堪負荷前往報到地參與點名，另上訴人前於91年12月18日至同月25日因腦中風住院，於106年8月13日至同月18日間再因短暫性腦缺血發作(TIA）住院，嗣於107年1月20日因陳舊性腦中風疾病在臺北榮民總醫院神經內科門診就診等節，固提出診斷證明書為佐（本院卷第61至69頁），惟其當時平日尚能正常提供勞務工作，亦長期定時參與點名作業，並無所述因舊疾影響行動能力不堪負荷前往點名的情事，又其於107年1月20日就診後醫囑僅記載「病人因病不宜遠行」，並未診斷上訴人短距離行動能力受限，另其於原審中所提出診斷證明書（原審卷第189頁），係嗣後於108年4月24日罹患缺血性腦中風住院，住院時間在兩造勞動契約終止後，均無以認上訴人主張於107年6月間確因身體狀況無法配合點名乙節為真實。至上訴人另主張前往點名途經電梯等密閉空間將影響其他行人云云，惟其他散布院區各處前的清潔人員往點名亦會面臨相同情境，並無人以此為由拒絕配合前往點名，此自非上訴人得資以拒絕點名之正當事由，故上訴人所執事由均不足阻卻其有違反忠實履行勞務給付義務情事。

5. 再按雇主於其使用勞基法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，以符合解僱最後手段性原則，為懲戒性解僱時應遵循原則。查上訴人於107年6月8日至同月18日間之工作日，計連續有8日點名未到，被上訴人因違反採購契約約款遭業主臺北榮民總醫院計罰8次，總計遭罰款4千元，被上訴人即依考勤管理規範第6條、第10條規定，就上訴人上開行為於107年6月8日、10日、14日、16日各核定記上訴人大過乙次，並依勞基法第11條第5款與同法第12條第1項第6款之規定，自107年6月20日起終止兩造勞動

契約等節，有臺北榮民總醫院繳款通知單、被上訴人公告在卷足稽（補字卷第47至52頁），是上訴人拒絕參與點名作業的行為已造成被上訴人實際損害，並影響日後被上訴人與臺北榮民總醫院清潔外包工作契約之續約，被上訴人依上開工作規則第50條第3款規定，認致使公司蒙受大損失，而對上訴人予以處分，尚非無據。又上訴人違反點名規定並非偶一為之，其供稱事前先是向主管質疑點名制度必要性，於未獲回應後即拒絕到場參與點名，實屬刻意迴避此考勤作為，而有違忠實履行勞務義務，復經被上訴人公告懲處處分後，依舊持續未再參與點名，該違反義務狀態迄至離職前仍在繼續中，難期被上訴人再以勸告、申誡方式促請上訴人改善作為，被上訴人逕予記大過處分，進而終止雙方勞動契約，自屬有據，故上訴人主張雇主依工作規則尚得選擇以申誡、扣薪、記過等其他方式促請上訴人改善，無足採認。是以，上訴人主觀上對於忠誠履行勞務給付義務「能為而不為」、「可以做而無意願做」，客觀上之勞務給付義務又屢屢違反雇主及要派單位所為指揮監督，並造成被上訴人受有營業上損失，顯然違反忠誠履行勞務給付之義務，並欠缺改善意願，而有不能勝任工作之情形，無以期待雇主採取其他懲戒措施，與之繼續維持僱傭關係，雇主自得解僱勞工，本件並無違背解僱最後手段性原則之情形。

6.從而，被上訴人於107年6月19日依勞基法第12條第6款、第11條第5款規定，終止兩造間勞動契約，並自107年6月20日生效，核屬有據，且未違反解僱最後手段性原則，應屬合法，故兩造間勞動契約自107年6月20日即因被上訴人依法終止而消滅。

㈡上訴人請求給付積欠薪資、勞保費用、資遣費等為無理由：

兩造勞動契約既經被上訴人合法終止，並自107年6月20日生效，上訴人嗣後不得再終止契約，故上訴人於108年1月19日原審審理中另以訴之變更狀送達通知被上訴人，依勞基法第14條第1項第6款規定，終止兩造勞動契約，即無所憑。是

以，本件既由被上訴人依勞基法第12條第1項第6款等事由終止契約，依同法第18條規定，上訴人自不得請求給付資遣費86,800元，另其請求終止勞動契約以後即107年6月20日至108年1月19日之薪資196,000元及雇主應負擔勞保費14,819元，亦無理由，均應予駁回。

㈢上訴人請求被上訴人再給付106年及107年特別休假未休假工資23,447元（扣除原審判決3,620元後之金額），為無理由：

1.按勞基法第38條第1項勞工之特別休假，因年度終結或契約終止而未休之日數，僱主應發給工資。勞基法第38條第4 項本文定有明文。另勞基法施行細則第24條之1第2項規定本法第38條第4項所定僱主應發給工資，依下列規定辦理：發給工資之基準：1.按勞工未休畢之特別休假日數，乘以其一日工資計發。2.前目所定一日工資，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30所得之金額。

2.上訴人雖主張被上訴人應承認上訴人於前雇主德嘉公司之工作年資，自101年11月1日起至106年1月1日年資已滿4年2月，至107年1月1日時年資已滿5年2月，故106、107年度應分別有14天、15天特別休假云云。

3.惟按稱和解者，謂當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約；又和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力；勞資爭議經調解成立者，視為爭議當事人間之契約，民法第736條、第737條、勞資爭議處理法第23條前段分別定有明文。查，兩造間前於106年8月即發生勞資解僱爭議，於106年10月2日達成調解，該調解方案第3項、第5項分別為：「關於106年8月30日資方所為解僱處分，雙方達成和解，勞資雙方同意不爭執該契約終止之效力。」、「資方同意自106年10月3日起依原條件重新僱用勞方，自106年1月1日起至106年8月31日止之年

資，資方同意從優予以承認」（原審卷第117、118頁）。是以，兩造前開所生之勞資爭議業經調解成立，雙方就調解成立範圍內明確之勞動關係，即已成立「和解契約」，勞資雙方就當受和解契約內容之拘束，是兩造先前勞動契約因資方於106年8月30日所為解僱處分已告終止，故兩造自106年10月3日另訂新約，惟特別約定被上訴人從優承認併計上訴人106年1月至8月在職期間年資，是上訴人於106年休假年資為106年1月1日至同年8月31日及同年10月3日至12月31日，計10月又29日，是依勞基法第38條第1項第1款規定，上訴人有3天特別休假，特別休假未休工資應為2,800元（計算式：28,000÷30×3），而被上訴人已於106年8月31日給付特別休假工資2,800元與上訴人，有上訴人提出薪資明細在卷可稽（原審卷第213頁），自無積欠上訴人106年之特休未休工資情事；至上訴人於107年6月20日離職時工作年資，為1年以上2年未滿，依勞基法第38條第1項第2款規定，應有7天特別休假，折算特別休假未休之工資應為6,533元（計算式：28,000÷30×7≒ 6,533.33，小數點下四捨五入），又被上訴人於107年6月30日僅結算特別休假工資2,913元予上訴人（原審卷第227頁），原判決因而認被上訴人應再給付107年特休未休工資3,620元（計算式：6,533－2,913），並無違誤，上訴人逾此金額範圍之請求，即無理由。

六、綜上所述，本件上訴人提起上訴，依民法第487條、勞工保險條例第6條第1項第2款、第15條第1款、勞工退休金條例第12條第1項、勞基法第38條第4項等規定，請求被上訴人應再給付上訴人321,066元，及自108年1月23日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，均無理由，應予駁回。原審為上訴人此部分敗訴判決，核無違誤，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提之證據，經審酌後均與判決之結果不生影響，爰不另一一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第436條之1第3項、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　13　　日

勞動法庭　審判長法　官　林春鈴

法　官　林玲玉

法　官　林瑋桓

以上正本係照原本作成 。

本判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　13　　日

書記官　江慧君