臺灣高等法院民事判決

108年度勞上易字第112號

上訴人即附帶被上訴人　吳文華

000000000000000000

訴訟代理人　吳國寧

　　陳鄭權律師

　　楊安騏律師

被上訴人即附帶上訴人　台灣世曦工程顧問股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　施義芳

訴訟代理人　陳金泉律師

　　葛百鈴律師

　　黃胤欣律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國108年8月12日臺灣士林地方法院107年度勞訴字第124號第一審判決提起上訴，被上訴人並為附帶上訴，本院於109年4月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及附帶上訴均駁回。

第二審訴訟費用關於上訴部分，由上訴人負擔；關於附帶上訴部分，由被上訴人負擔。

事實及理由

一、本件被上訴人即附帶上訴人台灣世曦工程顧問股份有限公司（下稱世曦公司）之法定代理人於民國109年4月20日由周禮良變更為施義芳（見本院卷第385頁公司登記證明書），並據施義芳具狀聲明承受訴訟（見本院卷第381頁），核無不符，應予准許。合先敘明。

二、上訴人即附帶被上訴人吳文華（下稱吳文華）主張：伊於68年7月2日起受僱於世曦公司，於106年1月28日因滿65歲而強

制退休，退休前係擔任該公司正工程師職位，工資每月新臺幣（下同）9萬8400元。惟世曦公司為履行與交通部臺灣區國道高速公路局（下稱高公局）所訂立之「國道高速公路後續路段橋梁耐震補強工程（區段1-2)規劃設計及後續擴充(監造）」技術服務契約（下稱系爭計畫），必須派駐專業技師駐點於高公局，故於106年1月28日與伊簽訂委任契約(下稱系爭委任契約），約定伊於退休後續以顧問方式協助該公司至系爭計畫結束。詎世曦公司未於106年1月27日為伊辦理勞保退保並改投保職業災害保險，使伊無法申請勞保老年給付，而有故意違反勞工保險條例（下稱勞保條例）第58條第1項規定，不法侵害伊權利，且構成債務不履行，致伊受有不能領取106年老年年金30萬8136元之損害。又世曦公司未依105年11月22日簽辦單（下稱系爭簽辦單）之約定給付伊105年度計27日未休特別休假之工資8萬8560元，亦違反勞基法第38條第4項規定。爰依民法第184條第1項前段、第184條第2項、第487條之1第1項、第227條第1項、第231條第1項規定、系爭簽辦單，擇一求為判命世曦公司如數給付上開金額及均自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率百分之5計算之利息（原審判決世曦公司應給付吳文華未休之特別休假工資8萬8560元本息，駁回吳文華其餘之請求，吳文華就其敗訴部分提起上訴；世曦公司亦就其敗訴部分，提起附帶上訴）。並上訴聲明：㈠原判決關於駁回吳文華後開第2項之訴部分廢棄。㈡世曦公司應給付吳文華30萬8136元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。就世曦公司附帶上訴部分則答辯聲明：附帶上訴駁回。

三、世曦公司則以：吳文華於退休後與伊另訂定系爭委任契約，故不符合勞保條例第11條、勞保條例施行細則第22條第1項所規定之離職要件，而勞動部前身行政院勞工委員會84年8月14日（84)台勞保三字第127868號函亦釋示雇主不得於員工在職期間申報退保。又伊係為符合高公局系爭計畫之要求

而於系爭委任契約存續期間為其繼續投保勞保，此亦符合勞動部103年4月3日勞動保2字第1030140112號函所揭委任關係得比照勞保條例第8條規定投保勞保之意旨，故伊並未違反保護他人之法律規定，亦無不法侵害吳文華權益之行為。況於106年1月28日至106年12月30日伊為吳文華繼續投保期間，吳文華之勞保年資及最高60個月平均投保薪資均增加，加計伊依系爭委任契約每月給付吳文華委任報酬6萬8400元至7萬7000元後，約有79萬9400元，另提繳6%勞工退休金合計5萬5743元至其勞工退休金個人專戶，可見其並未受有損害。縱認伊有不法侵害吳文華之權益，惟吳文華本得隨時終止系爭委任契約，然其並未終止，則其就勞保損害之擴大亦與有過失。此外，吳文華並未舉證證明其特別休假未休乃可歸責於伊，且勞基法第38條第4項規定係於106年1月1日施行，勞基法施行細則第24條之1第2項係於勞基法第38條修正生效後於106年6月中旬始制定，故上訴人請求105年度未休之特別休假工資，並無上開勞基法第38第4項、第24條之1第2項規定之適用等語，資為抗辯。並為附帶上訴聲明：㈠原判決不利於世曦公司部分廢棄；㈡上開廢棄部分，吳文華於第一審之訴駁回。另就吳文華上訴部分答辯聲明：上訴駁回。

四、本院之判斷：

㈠吳文華主張其於68年7月2日起任職於世曦公司，約定每月工資為9萬8400元，嗣於106年1月28日年滿65歲強制退休，最後受僱工作日為106年1月27日。世曦公司於108年1月28日委任其為顧問並派駐於高公局，委任期間為106年1月28日至107年1月27日等情，為世曦公司所不爭執（見本院卷第92頁），並有世曦公司退休通知書函、員工服務證明書、系爭簽辦單及系爭委任契約在卷可憑（見原審湖勞簡字卷第24至34頁），自堪信為真實。

㈡吳文華主張世曦公司於106年1月27日未為其辦理勞保退保，故意違反勞保條例第58條第1項規定，不法侵害其權益，並

構成債務不履行，致其受有少領取老年年金30萬8136元之損害，依民法第184條第1項前段、第2項規定；或第487條之1第1項規定；或第227條第1項、第231條第1項規定，擇一請求世曦公司給付30萬8136元之損害賠償，則為世曦公司否認，並以前詞置辯。經查：

1.吳文華主張其於訂定系爭契約時，並未同意續保勞保，系爭委任契約亦無關於續保勞保之記載云云，固據其提出世曦公司105年8月1日書函、106年6月5日電子郵件、106年6月13日電子郵件、Z000000000號簽辦單（下稱4018簽辦單）、系爭委任契約為據（見原審湖勞簡字卷第24、37至44、第51頁）。惟查，105年8月1日書函乃關於吳文華將於106年1月28日強制退休事宜之通知，彼時兩造尚未商議訂定系爭委任契約，至系爭委任契約則係於106年1月28日訂定，其內並無任何文字足以認定雙方有不續保勞保之合意，而上開電子郵件及簽辦單，均係106年6月以後之文件，充其量僅能證明吳文華於訂定委任契約後，就續保勞保後能否領取老年給付事項向世曦公司詢問，以及表示因無法領取老年給付而擬終止委任契約等事實，故均不能據以證明於訂定系爭委任契約時，世曦公司未告知須為其續保勞保以及其有表示不同意之事實。次查證人即系爭簽辦單經辦人蔣啓恆在本院證述：世曦公司於106年1月28日續以技術顧問聘任吳文華為該公司派駐南公局人員之前，確有告知吳文華，世曦公司為符合高公局服務契約之需求，將繼續為吳文華投保勞保。我因為知道吳文華要退休，於他退休前，我帶世曦公司計畫經理陳炳宏一起去找吳文華，告知我們準備把他呈報給世曦公司繼續擔任系爭計畫之顧問，吳文華當時很高興，我與吳文華也有點私交，因於退休後，在世曦公司是不容易再擔任顧問乙職，且於退休後擔任顧問之薪水約為原來退休前工程師薪資7成或8成，所以我有特別詢問吳文華，問他說如果退休後沒有其他打算，繼續擔任顧問，就可以持續保勞、健保，與沒有投保勞、健保差距很大，一般大概2、3萬跟7、8萬元的差

距，吳文華乃欣然同意繼續擔任顧問，續保勞保，我回公司後就立刻辦理簽呈事宜，且系爭簽辦單就是我上簽的，此簽辦單是我剛才提到吳文華願意擔任顧問後，我回到公司後要想辦法讓公司能接受吳文華繼續擔任顧問，因此顧問的條件只要3年的排水經驗，吳文華應有超過30年以上之排水經驗，而世曦公司向來基於成本考量或培養年經人的想法，我印象中退休人員不太容易被同意續任顧問，所以我簽辦第4點特別強調因為有工作銜接性，希望能夠讓世曦公司高層有同意之依據，且我係於取得吳文華同意後，才會於上開簽辦單記載續保勞保；至於簽辦單第4點未記載與吳文華討論等字樣，係因為我認為於簽辦過程中，我要表示我已經向吳文華詢問且獲得同意，至於要不要每個文字均表示已經吳文華同意，一般來說簽辦單是不會每一項都為上開敘述，且該簽辦單最大的用意是希望透過工作銜接性之需求，以取得世曦公司長官同意人選等語（見本院卷第223至228頁），核與系爭簽辦單說明欄載有「二、查吳文華正工程師將於106年1月28日屆齡退休，考量吳員已獲業主信任、本計畫後區段業務機會及水環部現階段人力等因素，經初步與吳員討論，吳員表達願意於退休後，以顧問方式協助公司履約至計畫結束…四、考量派駐工作銜接性，擬於吳文華正工程師屆齡退休後，依公司顧問設置辦法，由本計畫續以技術顧問聘任為派駐人員至設計工作結束止，…並依業主之服務契約續保勞保/健保…」等內容相符（見原審湖勞簡字卷31頁），堪認吳文華於訂定系爭委任契約前，確已知悉締約之目的係為世曦公司履行與高公局之系爭計畫，且高公局之系爭計畫要求駐點工程師必須投保勞、健保等情，並同意而訂定系爭委任契約。再參諸行政院勞工委員會91年1月17日台（90)勞保3字第0063947號函明示：「已領取老年給付係指於原投保單位退職並申領老年給付」，勞動部103年11月19日勞動保3字第1030140437號令亦釋示，已領取勞工保險老年給付者再從事工作者，投保單位得為其辦理僅參加職業災害保險。據

此，勞工退休離職並領取勞工保險老年給付後，如再受僱於原單位從事工作，該單位得於勞工再受僱到職當日申報參加職業災害保險，惟如勞工於離職之翌日即回到原單位上班，顯屬未實際離職，依規定不得請領老年給付及參加職業災害保險。勞工若未實際離職，投保單位辦理退保者，違反勞工保險條例及行政院勞工委員會84年8月14日台（84)勞保3字第127868號函示有關「非依規定，不得將在職員工退保」之規定，此亦有勞動部勞工保險局（下稱勞保局）108年6月17日保納新字第10813023400號函可稽（見原審卷第113至114頁）。故衡諸常理，世曦公司斷無違反上開主管機關函釋，與吳文華約定不辦理續保勞保健保等事宜；且於法律上及事實上，世曦公司亦無從於106年1月27日先為吳文華辦理勞保退保，再為其加保職業災害保險。故吳文華主張系爭委任契約未約定續保勞保，其未同意續保勞保云云，難認可取。

2.吳文華雖主張其於退休後擔任世曦公司顧問僅領取車馬費，故依規定不得參加勞保，應即申請退保云云。按依前揭勞動部103年4月3日勞動保2字第1030140112號函所示，委任之經理人，如係實際從事勞動者，為保障其工作及生活之安全，得比照同條例第8條規定，以該公司或單位為投保單位辦理加保，並依同條例第14條規定，申報月投保薪資。是委任契約之受任人，如確實從事勞動者，公司本得為其投保勞保。查依系爭委任契約約定，可知吳文華係領取每小時顧問費450元（每月委任報酬不超過7萬7000元），有系爭委任契約可稽（見原審湖勞簡字卷第51頁），足見吳文華依系爭委任契約所領取顧問報酬，並非僅車馬費而已，而是按時計酬，故其仍得參加勞保，從而其此部分主張亦非可取。吳文華既於訂定系爭委任契約前已經世曦公司告知須續保勞保後同意與世曦公司訂定系爭委任契約，則世曦公司於系爭委任契約有效期間為吳文華投保勞保乃合法，且與系爭委任契約約定相符，難認世曦公司有何違反保護他人之法律、或有何故意、過失之不法行為、或債務不履行而侵害吳文華權益之情形。

且於106年12月30日系爭委任契約終止前（見原審調字卷第45頁），吳文華本可自行終止系爭委任契約，使世曦公司為其辦理退保勞保，然吳文華並未終止，亦難認世曦公司有何不法侵害吳文華權益之行為。況吳文華在勞保存續期間，依勞保條例第2條規定，可享有生育、傷病、失能、老年及死亡五種給付，如在勞保存續期間遭遇普通傷害或普通疾病住院診療，不能工作，得依同條例第33條規定請領普通傷害補助費或普通疾病補助費；倘有需住院診療情形者，亦得依同條例第42條規定申請住院診療；苟有遭遇普通傷害或罹患普通疾病而造成失能情形者，得依同條例第53條規定請領失能給付；另被保險人之父母、配偶或子女死亡時，得依同條第62條規定請領喪葬津貼等各項。故世曦公司為吳文華投保勞保之行為，顯對吳文華增加生活保障，另使其勞保投保年資增加，且最高60個月平均投保年資均增加，此亦為吳文華所不爭執，是難認其受有何損害。

3.基上，吳文華主張世曦公司未於106年1月27日為其辦理退保勞保，仍繼續為其投保勞保，而有不法侵權行為（含違反保護他人之法律）及債務不履行，致其受有少領取106年老年給付30萬8136元之損害云云，難認可採。吳文華依民法第184條第1項前段、第2項、第487條之1第1項、第227條第1項、第231條第1項規定，請求世曦公司賠償30萬8136元，即屬不應准許。

㈢吳文華請求未休之特別休假工資部分：

1.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，105年12月21日公布106年1月1日施行（下稱勞基新法）第38條第4項定有明文。惟勞基法並無關於該規定得溯及既往之規定，則依法律不溯及既往原則，自難認該條規定得當然溯及適用修法前之情形。查修法前之勞基法第38條對於勞工特別休假未休部分並未規定雇主應給付勞工工資，惟勞基法係為規定勞動之最低標準，如當事人間之約定優於勞基法之規定，自應依其約定。

2.查吳文華於105年度尚有特別休假未休日數計27天，其於106年1月27日屆齡退休前欲申請自105年11月19日起休假至退休日，但因其派駐於高公局合署辦公，高公局無法接受長期休假，且水環部亦無法派駐適當人員暫代，經世曦公司第二結構部經理蔣啟恆與其協商後，其表示願意不休假完成世曦公司與高公局間之系爭計畫履約任務，因此未休之特別休假簽請同意由世曦公司管理部結算發給一次性獎勵金，且經第二結構部經理蔣啟恆上簽後，經世曦公司主管經理、總經理層層會簽，而經管理部經理批示：「屆齡退休前特休未休時數改依新修訂勞基法規定折算工資」，再經世曦公司管理部副總經理、行政管理群副總經理、土建事業群副總經理均批示：「擬如擬」，且總經理亦批示：「擬如擬，吳文華工程師退休後續派駐事項擬同意並請依勞基法規定辦理」，並經董事長簽准等情，有系爭簽辦單可稽（見原審湖勞簡字卷第31至34頁）。足認吳文華本有意於其退休前就未休之特別休假提出休假申請，但世曦公司以人力不足為由，經兩造溝通協商後，吳文華同意不申請休特別假，且世曦公司已同意依勞基新法折算工資等情至明。世曦公司雖辯稱：其公司總經理之批示「擬如擬，吳文華工程師退休後續派駐事項擬同意並請依勞基法規定辦理」等語，係指其同意依修正前勞基法第38條規定處理，並非同意給付工資云云，惟衡諸情理，吳文華應世曦公司要求而未休特別休假，而上開簽呈管理部之擬辦意見乃依勞基新法給付吳文華未休之特別休假工資，是世曦公司總經理批示「・・・擬如擬，吳文華工程師退休後續派駐事項擬同意並請依勞基法規定辦理」（見原審湖勞簡字卷第34頁），應是就該簽呈經相關部門擬議事項包括吳文華屆齡退休前未休特別休假時數將改依新修訂勞基法規定折算工資等，為擬如擬之批示，故世曦公司上開抗辯，並不可採。世曦公司既已同意就吳文華退休前其未休之特別休假，依照新修訂之勞基法折算工資，吳文華請求世曦公司給付105年度未休之特別休假折算工資8萬8560元，洵屬有據。

3.承上，吳文華依系爭簽辦單之約定，請求世曦公司給付未休之特別休假日數之工資，既屬有據，則其就同一請求，併依民法第184條第1項前段、第2項、第487條之1第1項、第227條第1項、第226條第1項規定請求擇一命世曦公司給付，即無再予贅述必要。

五、綜上所述，吳文華依系爭簽辦單請求世曦公司給付未休之特別休假工資8萬8560元，及自起訴狀繕本送達翌日即107年6月14日（見原審湖勞簡字卷第60頁）起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，為有理由，應予准許；至其請求世曦公司賠償損害30萬8136元本息，則非有據，不應准許。原審就上開不應准許部分，駁回吳文華之請求，及就上開應准許部分，為世曦公司敗訴之判決，並無不合。吳文華、世曦公司分別就其敗訴部分提起上訴及附帶上訴，指摘原判決不利於己之部分不當，求予廢棄改判，為無理由，兩造之上訴及附帶上訴均應駁回。

六、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。

七、據上論結，本件上訴及附帶上訴，均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　26　　日

勞動法庭

審判長法　官　謝碧莉

法　官　王本源

法　官　陳月雯

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　28　　日

書記官　侯雅文