臺灣高等法院民事判決

108年度勞上易字第132號

上　訴　人　翟毅龍

訴訟代理人　林慈政律師（法扶律師）

上　訴　人　飛翔五金有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　陳明雄

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　林柏裕律師

複代理人　　張智尊律師

上列當事人間請求給付資遣費等事件，兩造對於中華民國108年10月4日臺灣士林地方法院108年度勞訴字第30號第一審判決各自提起上訴，本院於109年7月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

兩造上訴均駁回。

第二審訴訟費用由兩造各自負擔。

事實及理由

一、上訴人即被上訴人戊○○（下稱戊○○）主張：伊自民國（下同）105年9月1日起至上訴人即被上訴人飛翔五金有限公司（下稱飛翔公司）任職，擔任技術員，月薪為新臺幣（下同）3萬元至8萬元不等，工作地點位在新北市○○區○○路000號之工廠，平日上班並以騎乘機車為交通工具。嗣伊於107年6月29日，為因應當日上午6時之上班時間，於同日上午4時50分許，騎乘機車上班途中，行經新北市○○區○○○路2K＋600公尺處發生車禍，受有多處骨折等嚴重傷害，經送醫治療後，依醫囑休養2個月，於107年9月初恢復上班。惟伊於休養期間申請勞保傷病給付時，始知飛翔公司違法未按其實際薪資投保勞工保險（下稱勞保），僅以2萬餘元投保，爰依勞動基準法（下稱勞基法）第59條第2款規定，請

求飛翔公司給付職災補償4,439元；另飛翔公司自105年9月起至107年9月止，未依其實際薪資提繳勞工退休金，致伊受有損害，且將其中屬於雇主應提繳之半數即3%，自伊薪資剋扣，爰依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第31條規定，請求飛翔公司提繳勞工退休金52,132元至伊之勞工退休金個人專戶，及依勞動契約，請求飛翔公司給付違法剋扣之工資13,966元。嗣伊康復返回職場後，遭飛翔公司刁難，拒絕伊補足勞保傷病給付差額之請求，且擅自變更伊工作內容，改從事清潔工作，伊於107年10月4日進行勞資爭議調解時，依勞基法第14條第1項第6款規定，通知飛翔公司終止兩造間勞動契約，並依勞退條例第12條第1項、第2項、類推適用勞基法第16條第1項第2款規定，請求飛翔公司按終止勞動契約前6個月之平均薪資48,983元計算，給付資遣費51,296元、預告工資23,000元，及依就業保險法第11條、勞基法第19條規定，請求飛翔公司開立非自願離職證明書。另飛翔公司將伊投保薪資以多報少，致伊所得領取之就業給付短少，爰依就業保險法第38條規定，請求飛翔公司賠償失業給付差額79,800元。又飛翔公司違反勞動契約或勞工法令之行為乃繼續且反覆發生，且飛翔公司於107年10月4日勞資爭議調解當日表示解雇伊，違反勞基法第12條規定而無效，斯時伊始知悉飛翔公司違反勞基法第12條情形，遂於同日依法終止兩造間勞動契約，自無逾除斥期間等語。並聲明：㈠飛翔公司應給付戊○○4,439元，及自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；㈡飛翔公司應給付戊○○79,800元，及自108年5月30日民事擴張訴之聲明狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈢飛翔公司應提繳52,132元，及自起訴狀繕本送達翌日起至提繳日止，按週年利率5%計算之利息，至戊○○之勞工保險局（下稱勞保局）勞工退休金個人專戶；㈣飛翔公司應給付戊○○13,966元，及自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；㈤飛翔公司應給付戊○○51,296元，及自1

07年11月4日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈥飛翔公司應開立非自願離職證明書予戊○○；㈦飛翔公司應給付戊○○23,000元，及自民事追加訴之聲明暨補充理由三狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

二、飛翔公司則以：戊○○發生本件交通事故時，伊公司上班時間僅有上午3時或7時，並無上午6時上班之情形；且戊○○發生交通事故之時間距上班時間逾2小時，發生地點亦偏離從日常居住所往返就業場所之應經途中，非屬職業災害，自不得請求職業災害補償。又戊○○並未證明已依勞退條例請求退休金，則戊○○就勞工個人退休金專戶內之款項，原不得有任何主張，故損害尚未發生，請求退休金提撥差額之損害，即屬無據。另戊○○106年9月間有多數遲到情形，影響伊排班調度，並造成公司損失，情節重大；且戊○○車禍受傷後之病假期滿時，經伊通知返回公司上班，惟戊○○並未提供診斷證明以為後續請假之依據，顯未依勞工請假規則第10條規定辦理請假手續，縱認戊○○確有請假之正當理由，亦應認戊○○於107年10月1日後未出勤，至同年月3日無正當理由連續曠職，伊乃於同年月4日依勞基法第12條第1項第4款規定，合法終止勞動契約，則戊○○嗣後再終止勞動契約，應屬無效，自無從請求資遣費、預告工資。又戊○○係因曠職而遭伊終止勞動契約，不符合非自願離職之要件，故不得請求失業給付差額，及開立非自願離職證明書。另獎勵津貼屬獎勵、恩惠性質，不應計入平均工資。再者，戊○○於每年報稅時，即可知悉伊申報之薪資與實際受領支薪資是否相符，及有無按實際工資投保之事實，然戊○○均未異議，除已逾勞基法第14條第2項之除斥期間外，亦有權利濫用之情事等語，資為抗辯。

三、原審為戊○○一部勝訴、一部敗訴之判決，即判命：㈠飛翔公司應給付戊○○149,501元（含職業災害補償4,439元、溢扣勞退金13,966元、資遣費51,296元、失業給付差額79,800

元），及其中18,405元自108年1月15日起、79,800元自108年6月20日起、51,296元自107年11月4日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈡飛翔公司應提繳52,132元至戊○○之勞工退休金個人專戶；㈢飛翔公司應開立載明戊○○姓名、身分證字號、出生年月日及離職原因為非自願離職之服務證明書予戊○○；另駁回戊○○其餘之訴。戊○○就其請求預告工資23,000元本息敗訴部分聲明不服，提起上訴（戊○○其餘敗訴部分未據聲明不服，已告確定），其上訴聲明：㈠原判決關於駁回戊○○下列第二項之訴部分廢棄。㈡上開廢棄部分，飛翔公司應再給付戊○○23,000元，及自108年9月4日民事追加訴之聲明暨補充理由㈢狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。飛翔公司之答辯聲明：戊○○之上訴駁回。另飛翔公司就其前開敗訴部分，亦提起上訴，其上訴聲明：㈠原判決不利於飛翔公司部分廢棄。㈡上開廢棄部分，戊○○在第一審之訴駁回。戊○○之答辯聲明：飛翔公司之上訴駁回。

四、本件戊○○主張伊於107年6月29日上班途中，於上午4時50分許，騎乘機車行經新北市○○區○○○路2K＋600公尺處發生本件交通事故，並受有多處骨折等傷害，經送醫治療及休養2個月後，於107年9月初恢復上班。伊於休養期間申請勞保傷病給付時，始知飛翔公司未按其實際薪資投保勞保、就業保險，及提繳勞工退休金，並違法剋扣其工資作為雇主應提繳之半數即3%之勞工退休金，且於伊復工後，擅自變更伊工作內容，要求伊改從事清潔工作，伊遂於107年10月4日勞資爭議調解時，依勞基法第14條第1項第6款規定，終止兩造間勞動契約，並依勞動契約、勞基法第59條第2款、第19條，勞退條例第12條第1項、第2項、類推適用勞基法第16條第1項第2款規定，勞退條例第31條，就業保險法第11條，就業服務法第38條等規定，請求飛翔公司給付職災補償4,439元、違法剋扣之工資13,966元、資遣費51,296元、預告工資23,000元、失業給付差額79,800元，並提繳勞工退休金52

,132元至伊之勞工退休金個人專戶，及開立非自願離職證明書等語；飛翔公司則以前開各詞置辯。是本件應審究者厥為：㈠戊○○主張伊於上班途中受傷，請求飛翔公司給付職業災害薪資補償4,439元，有無理由？㈡戊○○請求飛翔公司給付違法剋扣之工資13,966元，及提繳勞工退休金52,132元至其勞工退休金個人專戶，有無理由？㈢戊○○主張於107年10月4日，依勞基法第14條第1項第6款規定，終止兩造間勞動契約，是否合法？若合法，則其請求飛翔公司給付資遣費51,296元、預告工資23,000元，及開立非自願離職證明書，有無理由？㈣戊○○請求飛翔公司給付失業給付差額79,800元，有無理由？

五、得心證之理由：

㈠戊○○主張伊於上班途中受傷，請求飛翔公司給付職業災害薪資補償4,439元，有無理由？

1.按勞基法第59條規定所稱之職業災害，不以勞工於執行業務時所生災害為限，亦應包括勞工準備提出勞務之際所受災害。是上班途中遭遇車禍而傷亡，應可視為職業災害。行政院勞工委員會依勞工保險條例第34條第2項規定訂定之勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第4條即明定：「被保險人上下班，於適當時間，以適當交通方法，從日常居、住處所往返就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，視為職業傷害。」（最高法院81年度台上字第2985號民事判決意旨同此見解）。本件戊○○主張伊於107年6月29日之到班時間為上午6時，於上午4時50分許，上班途中行經新北市○○區○○○路2K＋600公尺處發生本件交通事故，受有多處骨折等傷害，屬職業災害等情，已據其提出Google街景圖、新北市政府警察局蘆洲分局道路交通事故當事人登記聯單、新北市立聯合醫院乙種診斷書、亞東紀念醫院診斷證明書、勞工保險傷病給付申請書及給付收據、勞工保險被保險人上下班途中發生事故而致傷害證明書、自戊○○住處前往飛翔公司之Google導航路徑圖等為證〔見原審卷㈠第45頁、第51

頁至第52頁、第87頁、第175頁至第177頁〕；惟為飛翔公司所否認，並辯稱：伊公司當天是上午7時上班，戊○○發生本件交通事故時間為上午4時50分許，預計到達公司時間為上午5時30分，應非上班之適當時間，故戊○○出發在途之目的並非到伊公司上班，或為從事其他私人目的等行為，非屬職業災害云云。經查，依兩造各自提出戊○○107年5月及6月考勤表所示〔見原審卷㈡第26頁、第66頁至第67頁〕，戊○○有多日上班之上班打卡時間為上午3時或前後，甚至107年6月29日前3日即同年月26日至28日之上班打卡時間依序為上午3時13分、上午3時05分、上午3時04分。復參以新北市政府勞動檢查處於107年5月3日前往飛翔公司位於新北市○○區○○路000號實施勞動檢查時，該公司法定代理人稱勞工早班之上班時間，如加班，為上午3時至下午3時等語，此有新北市政府勞動檢查處勞動檢查紀錄附卷可稽〔見原審卷㈡第113頁〕；及兩造於原審均自承107年6月是上午3時上班，算是加班等語〔見原審卷㈢第89頁至第90頁〕；暨戊○○於本院自承伊於事故發生當時，是因堤防邊道路路面有小碎石及積水，故於轉彎時機車滑倒自撞圍籬等語（見本院卷第104頁至第105頁）。顯見戊○○於107年6月29日之上班時間為上午3時，因遲誤上班時間，騎乘機車行經本件事故發生地點時，見路面小碎石及積水，避煞不及，而自行滑倒，並撞及路邊圍籬。是戊○○主張伊當天是上午6時上班云云，飛翔公司辯稱伊公司當天是上午7時上班云云，及證人即飛翔公司會計甲○○、早班廠長丁○○於本院證稱：加班之上班時間是上午4時云云（見本院卷第168頁、第224頁、第226頁），與本院前揭認定戊○○107年6月29日之上班時間為上午3時之事實不合，均不足採信。次查，戊○○發生本件交通事故之地點為新北市○○區○○○路2K＋200公尺處，參照戊○○提出自其住所前往飛翔公司八里工廠之Google街景圖及導航路徑圖〔見原審卷㈠第45頁、第176頁至第177頁〕，本件交通事故發生地點位於戊○○前往飛翔公司上

班之交通路線路途中，且依戊○○提出飛翔公司不爭執之勞工保險被保險人上下班途中發生事故而致傷害證明書所載〔見原審卷㈠第175頁〕，其上關於「是否日常上、下班或公出時間應經途中發生事故」欄位，勾選「是日常上下班（公出）時間應經途中發生事故」、「有無因處理私事而中斷或脫離應經之途徑」欄位，則勾選「無處理私事而中斷或脫離應經之途徑」，飛翔公司並於上開證明書之投保單位印章處蓋用該公司及法定代理人之印章。顯見戊○○確係於前往飛翔公司上班途中發生本件交通事故。綜上，戊○○既係於107年6月29日前往飛翔公司上班途中，於上午4時50分許，行經新北市○○區○○○路2K＋600公尺處發生本件交通事故，並受有多處骨折等傷害，戊○○當時雖已遲誤上班時間，惟揆諸前揭說明，仍屬職業災害。是戊○○主張伊當日是前往飛翔公司上班途中受傷，屬職業災害等語，尚非無稽，堪以採信；飛翔公司辯稱：戊○○發生本件交通事之時間為上午4時50分許，預計到達公司時間為上午5時30分，應非上班之適當時間，故戊○○出發在途之目的並非到伊公司上班，或為從事其他私人目的等行為，非屬職業災害云云，並無可採。

2.次按勞工因遭遇職業災害而致死亡、失能、傷害或疾病時，勞工在醫療中不能工作時，雇主應按其原領工資數額予以補償；但如同一事故，依勞工保險條例或其他法令規定，已由雇主支付費用補償者，雇主得予以抵充之。勞基法第59條第2款本文定有明文。查，戊○○於107年6月29日，係因前往飛翔公司上班途中受有本件職業災害乙節，已如前述，則飛翔公司依上開規定，自應對戊○○在醫療中不能工作之薪資予以補償。又飛翔公司對戊○○因本件職業災害，尚有4,439元之薪資未予補償之情，並不爭執〔見原審卷㈡第10頁〕。是戊○○請求飛翔公司給付職業災害補償4,439元，洵屬有據。

㈡戊○○請求飛翔公司給付違法剋扣之工資13,966元，及提繳

勞工退休金52,132元至其勞工退休金個人專戶，有無理由？

1.戊○○主張飛翔公司於其任職期間，飛翔公司依雇主負擔所應提繳之勞工退休金6%，實際所提繳之金額中，有3%之金額，係自其每月薪資中扣除而未給付予伊，飛翔公司合計違法剋扣13,966元等情，為飛翔公司所不爭執，並同意給付〔見原審卷㈢第90頁〕。是戊○○依勞動契約關係，請求飛翔公司給付違法剋扣之工資13,966元，亦屬有據。

2.戊○○另主張飛翔公司未依勞退條例規定，以伊每月實領薪資，足額提繳退休金至其退休金帳戶，尚不足52,132元等語；飛翔公司則辯稱：伊給付之薪資單區分為正工、伙食津貼、生產獎金（加班），全勤獎金、獎勵津貼等，而獎勵津貼非屬工資，自不得作為計算提繳退休金之基準云云。經查：

⑴按所謂工資，即勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之；勞基法第2條第3款定有明文。次按前述所稱之其他任何名義之經常性給與，係指勞基法施行細則第10條所列各款以外之給與，其中第2款規定獎金部分，係指年終獎金、競賽獎金、研究發明獎金、特殊功績獎金、久任獎金、節約燃料物料獎金及其他非經常性獎金以外之給與。又所謂「因工作而獲得之報酬」者，是指符合「勞務對價性」而言，所謂「經常性之給與」者，是指在一般情形下經常可以領得之給付。判斷某項給付是否具「勞務對價性」及「給與經常性」，應依一般社會之通常觀念為之，其給付名稱為何？尚非所問。

⑵查，依戊○○提出飛翔公司不爭執為真正之105年10月至106年2月薪資單所載〔見原審卷㈠第183頁、卷㈡第10頁〕，戊○○之薪資項目分別為正工、加班、伙食、加班津貼、全勤；而依飛翔公司提出戊○○105年9月至107年9月之薪資單所示〔見原審卷㈠第46頁至第49頁〕，戊○○之薪資項目分別為正工、生產獎金、伙食、獎勵津貼、全勤

，飛翔公司雖將原薪資單上之加班變更為生產獎金，加班津貼變更為獎勵津貼，107年6月之後，更刪除生產獎金、獎勵津貼之項目，然仍無法改變生產獎金係加班、獎勵津貼為加班津貼之原意。又依前開薪資單所載，自105年5月起至107年5月止，不論科目為加班或生產獎金，加班津貼或獎勵津貼，飛翔公司每月均發放予戊○○；另參以證人即飛翔公司之經理丙○○於本院證稱：獎金、津貼的發放是看員工的工作表現跟公司當月訂單的數量等語（見本院卷第158頁），證人甲○○於本院證稱：獎勵津貼大部分是有加班才有可能給等語（見本院卷第168頁），證人丁○○於本院證稱：1,000元津貼是老闆體恤員工太過辛苦，要很早到公司上班，犧牲睡眠時間，幫公司趕工，所以，有加班就有1,000元津貼，沒有加班就沒有津貼等語（見本院卷第234頁），可知加班津貼或獎勵津貼，係飛翔公司因員工配合其趕工，提早上班即加班而發給，應屬勞工為飛翔公司提供勞務之對價，且該給與具經常性，自為工資之一部分。雖證人丙○○於本院證稱：獎金及津貼是看老闆與伊討論要發給多少錢後才發給員工，以獎勵員工之辛勞等語，證人甲○○於本院證稱：津貼的發放要看公司的營運，老闆有時候覺得員工很辛苦就會給，但有時候也不會給，不是每個人都有，後來到107年6、7、8月因為老闆覺得公司賠錢，就全部沒有發放等語，證人丁○○於本院證稱：1,000元津貼後來因公司週轉不靈就取消等語（見本院卷第158頁、第167頁至第169頁、第234頁），然加班津貼或獎勵津貼既屬戊○○每月薪資之一部分，尚難因飛翔公司於107年6月後取消發給，而得認係屬恩惠性或獎勵性之給與。從而，戊○○主張獎勵津貼是薪資之一部分，堪予採信；飛翔公司辯稱獎勵津貼係獎勵性質，不應計入薪資計算云云，尚無可採。

3.再按雇主應為適用勞退條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞工保險局設立之勞工退休金個人專戶。雇主每月負擔之

勞工退休金提繳率，不得低於勞工每月工資6%。勞退條例第6條第1項、第14條第1項分別有明文規定。又依同條例第31條第1項規定，雇主未依該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。該專戶內之本金及累積收益屬勞工所有，僅於未符合同條例第24條第1項所定請領退休金規定之前，不得領取。是雇主未依該條例之規定，按月提繳或足額提繳勞工退休金者，將減損勞工退休金專戶之本金及累積收益，勞工之財產受有損害，自得依該條例第31條第1項規定請求損害賠償；於勞工尚不得請領退休金之情形，亦得請求雇主將未提繳或未足額提繳之金額繳納至其退休金專戶，以回復原狀。查，飛翔公司對戊○○就如將前開獎勵津貼計入薪資後，戊○○任職期間，飛翔公司應提繳之金額與實際提繳之金額，尚有合計52,132元差額未提繳乙節，並不爭執〔見原審卷㈡第89頁〕。又戊○○薪資名目之獎勵津貼即加班津貼，應計入薪資乙節，已如前述，則戊○○依前開規定，請求飛翔公司提繳52,132元至其退休金帳戶，即屬有據。

㈢戊○○主張於107年10月4日，依勞基法第14條第1項第6款規定，終止兩造間勞動契約，是否合法？若合法，則其請求飛翔公司給付資遣費51,296元、預告工資23,000元，及開立非自願離職證明書，有無理由？

1.另按勞工保險之保險費，依被保險人當月投保薪資及保險費率計算；前條所稱月投保薪資，係指由投保單位按被保險人之月薪總額，依投保薪資分級表之規定，向保險人申報之薪資。勞工保險條例第13條第1項、第14條第1項分別定有明文。又按本保險之保險費率，由中央主管機關按被保險人當月之月投保薪資1%至2%擬訂，報請行政院核定之；就業保險法第8條著有明文。復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；勞工依前項第1款、第6款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起起，30日內為之，但雇主有前項第6款所定情形者，勞工得

於知悉損害結果之日起，30日內為之；勞基法第14條第1項第6款、第2項分別著有明文。查，戊○○自105年9月至107年6月止，每月薪資為3萬餘元至8萬餘元不等，惟飛翔公司並未依戊○○實際薪資投保勞保、就業保險及提繳勞工退休金，而分別於105年9月2日、106年1月1日、107年1月1日、107年6月10日為戊○○投保勞保之投保薪資依序為20,008元、21,009元、22,000元、24,000元，及105年9月提繳勞工退休金1,160元、105年10月至同年12月各提繳勞工退休金1,200元、106年1月至同年12月各提繳勞工退休金1,261元、107年1月至同年5月各提繳勞工退休金1,320元、107年6月及7月各提繳勞工退休金1,440元，且戊○○於離職後向勞動部勞工保險局（下稱勞保局）申請失業給付時，勞保局按戊○○離職退保當月起前6個月平均投保薪資24,267元之70％發給失業給付等情，有戊○○105年9月至107年6月之薪資單、戊○○之勞工保險被保險人投保資料表、勞工保險投保薪資分級、勞工退休金月提繳工資分級表、已繳納勞工個人專戶明細資料、勞保局107年11月7日保普核字第107071294914號函、107年12月6日保普核字第107071325738號函、108年1月9日保普核字第107071357979號函、108年2月13日保普核字第108071032379號函、108年3月8日保普核字第108071062505號函、108年4月9日保普核字第108071097128號函在卷可稽〔見原審卷㈠第46頁至第48頁、第58頁至第66頁、第104頁至第108頁〕，顯見飛翔公司確有未依戊○○每月實際薪資，為戊○○投保勞保、就業保險，及提繳勞工退休金，而有違反勞工保險條例、就業保險法、勞退條例前開規定之情事。是戊○○依勞基法第14條第6款規定，於107年10月4日勞資爭議調解時，終止兩造間勞動契約，自屬有據。

2.復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1/2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；依前項規定計算之資遣費，應於終止勞動契約後30日內發給；勞退條例第12條第1項、第2項分別定有明文。查，戊○○主張伊於107年10月4日終止勞動契約前6個月之每月平均工資為48,983元，工作年資為2年1月又4日，依此計算，得向飛翔公司請領之資遣費為51,296元之情，為飛翔公司所不爭執〔見原審卷㈠第21頁至第22頁、卷㈡第89頁〕。是戊○○請求飛翔公司給付資遣費51,296元，為有理由。

3.另按勞動契約終止時，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。又按第1項離職證明文件，指由投保單位或直轄市、縣（市）主管機關發給之證明。本法所稱非自願離職，指被保險人因投保單位關廠、遷廠、休業、解散、破產宣告離職；或因勞動基準法第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25條第3項、第11條第3項分別有明文規定。查，兩造間勞動契約業經戊○○依勞基法第14條第1項第6款規定終止，即屬就業保險法第11條第3項規定所稱之非自願離職，自得依同法第11條第3項規定，請求飛翔公司發給非自願離職證明書。是戊○○請求飛翔公司發給記載離職原因為非自願離職之服務證明書，即屬有據。

4.第按雇主依勞基法第11條或第13條但書規定終止勞動契約者，對於繼續工作3個月以上1年未滿之勞工，於10日前預告之，而雇主未依前揭規定期間預告而終止契約者，應給付預告期間之工資；勞基法第16條第1項第1款、第3項分別有明定。故須雇主依同法第11條、第13條但書所規定之事由終止勞動契約，且未依同法第16條第1項各款所定期間預告終止者，勞工始得向雇主請求發給預告期間工資。又若勞工主動對雇主表示終止契約者，則其如何另謀他職及其另謀他職所需之時日，應早有預估，法律既無亦應給予預告期間之規定，自無許其比照第16條第3項規定主張權利之餘地（司法院第14期司法業務研究會期研究意見同此見解）。另按未經法律

規範之事項，得否類推適用某項法律規定，應先探求某項法律規定之規範目的即立法理由，其次再判斷得否基於「同一法律理由」，依平等原則將該法律規定類推及於該未經法律規範之事項。又與法律漏洞有別者，乃立法政策上之考量，縱因立法政策錯誤而未為規範係屬不當，亦屬立法論上之問題，並無類推適用之餘地（最高法院101年度台上字第923號民事判決意旨同此見解）。是以，勞基法第16條第1項、第3項既僅規定雇主依第11條或第13條但書規定終止勞動契約時，應給予勞工預告期間，雇主如未依第1項規定期間預告而終止契約時，應給付勞工預告期間之工資，卻未將勞工依勞基法第14條第1項所列各款規定終止勞動契約時，為相同之規定，應係立法政策上之決定，非屬立法之疏漏或法律漏洞。準此，勞工依勞基法第14條第1項所列各款規定終止勞動契約者，自難類推適用勞基法第16條規定，向雇主請求給付預告期間工資。查，戊○○既係以飛翔公司違反勞動契約及勞工法令而依勞基法第14條第1項第6款規定終止勞動契約，揆諸上開說明，即不得請求預告工資。是戊○○主張類推適用勞基法第16條第1項、第3項規定，請求飛翔公司給付預告工資23,000元，洵屬無據。

5.飛翔公司雖辯稱：伊已於107年10月4日兩造進行勞資爭議調解時，以戊○○自同年月1日至3日曠職，復於同年9月工作期間經常遲到為由，依勞基法第12條第1項第4款、第6款規定，終止兩造間勞動契約，戊○○自無從於同日再終止勞動契約云云。查：

⑴按為使勞工適當地知悉其可能面臨法律關係之變動，雇主本諸誠信原則應有告知勞工其被解僱事由之義務，基於保護勞工之意旨，雇主不得隨意改列其解僱事由，同理，雇主亦不得就原先所列解僱通知書上之事由，於訴訟上為變更再加主張（最高法院96年度台上字第1921號、101年度台上字第366號民事判決意旨同此見解）。查，觀諸107年10月4日勞資爭議調解紀錄記載：「二對造人（按即飛翔

公司）主張：……3.公司對於勞方（按即戊○○）有遲到、對主管言語及暴行行為及上班時間無實際工作事實，且情節重大，故公司主張即日起依勞基法第12條第1項第2款及第4款與勞方終止勞動契約。」等語，並經飛翔公司出席該次勞資爭議調解之代理人林柏裕確認無誤後，在該紀錄上簽名等情，有新北市政府勞資爭議調解紀錄附卷可參〔見原審卷㈠第43頁〕，並未見飛翔公司於前開勞資爭議調解有主張戊○○自107年10月1日至同年月3日曠職，而依勞基法第12條第1項第6款終止勞動契約之情事。是飛翔公司於原審及本院再為主張戊○○自107年10月1日至同年月3日曠職，伊已於107年10月3日勞資爭議調解時，依勞基法第12條第1項第6款終止勞動契約云云〔見原審卷㈠第141頁至第142頁，本院卷第105頁〕，自不應准許。上訴人於本院稱伊於勞資爭議調解時主張戊○○上班時間無實際工作就是指無故曠工云云，尚無可採。

⑵飛翔公司稱戊○○於107年9月間經常性遲到，伊員工操作機台，必須準時進行，戊○○怠慢程度，已構成情節重大之情形云云。然此為戊○○所否認，並稱：伊於9月間，飛翔公司均不讓伊操作機台，而要伊處理掃地、掃廁所等雜事等語，核與證人丁○○於本院證稱：戊○○107年9月復工後，飛翔公司有叫伊安排戊○○做一些比較沒有危險性，不用操作機台的工作，包括掃廁所、水溝、清地板等雜務的工作，可能是考慮戊○○受傷回復的情形及工作意願等語（見本院卷第228頁至第229頁、第232頁）相符。另觀戊○○107年9月考勤表之打卡時間分別為7：05（9/3）、7：03（9/4）、7：09（9/5）、6：59（9/6）、7：17（9/7）、7：12（9/10）、7：04（9/12）、7：10（9/13）、7：11（9/14）、7：04（9/21）等〔見原審卷㈡第68頁至第69頁〕可知，戊○○於107年9月份之上班時間應為上午7時。雖戊○○於107年9月之上班時間有遲到之事實，惟飛翔公司自承該公司之工作規則並未規定遲到之處

罰，惟只要有遲到，就扣全勤獎金等語〔見原審卷㈢第88頁〕，亦與戊○○107年9月考勤表上記載「遲到扣全勤」相符〔見原審卷㈡第69頁〕。則戊○○107年9月上班時間遲到既經飛翔公司扣除戊○○當月全勤獎金而為懲戒，且戊○○已經飛翔公司調整其工作為掃地、掃廁所等雜務性工作，不再擔任原負責之操作CNC車床工作，縱戊○○於107年9月有遲到上班之事實，亦不致影響飛翔公司主要業務之運作，尚難謂已達情節重大之程度。是飛翔公司以戊○○於107年9月間經常性遲到，伊員工操作機台，必須準時進行，戊○○怠慢程度，已構成情節重大之情形，而於107年10月4日勞資爭議調解時，依勞基法第12條第1項第4款規定，終止勞動契約，於法不合，不生終止之效力。

6.飛翔公司另辯稱：戊○○已於107年9月至同年10月1日間，多次因無法學習新東西而向伊自請離職，故戊○○於107年10月4日調解時再為終止勞動契約，並不生效力云云〔見原審卷㈠第128頁，本院卷第105頁〕；惟此為戊○○所否認。且依證人丙○○於本院證稱：戊○○於107年10月間有向公司負責人表示，希望公司讓其離職，並將錢算一算，負責人說如果戊○○要拿錢，就不讓戊○○離職，後來公司就沒有讓戊○○離職，戊○○有繼續上班，當時雙方並沒有要終止僱傭關係的意思等語（見本院卷第162頁至第163頁），證人丁○○於本院證稱：戊○○於107年9月復工後有跟公司說要離職，但伊不清楚離職原因等語（見本院卷第228頁），及戊○○107年9月份最後上班打卡時間為9月28日〔原審卷㈡第69頁〕可知，縱戊○○於107年9月至10月1日間有向飛翔公司負責人表示希望離職之意，惟飛翔公司並未讓其離職，仍讓戊○○繼續上班，戊○○亦因飛翔公司未與伊結算而繼續上班，顯見戊○○向飛翔公司負責人表示希望離職時，並無立即終止勞動契約之意。是飛翔公司前開所辯，亦無可採。

7.飛翔公司復辯稱：伊於投保勞保時，將戊○○之薪資以較低

金額投保乙事，戊○○早已知悉，戊○○以此終止勞動契約，已逾30日除斥期間；且戊○○自任職時起，均未為反應，迄於107年10月4日方以此為由終止勞動契約，有權利濫用之情事云云。然飛翔公司迄至107年9月止，仍有未依戊○○每月實際薪資為渠投保勞保、就業保險及提繳退休金等違反勞工法規之情形，縱戊○○知悉107年8月前，飛翔公司有未依法為其足額投保及提繳退休金等情事，而未主張終止勞動契約；惟戊○○就飛翔公司於107年9月仍未依法按其每月實際薪資為其投保及提繳退休金之新發生事實，仍得依法主張終止勞動契約。是戊○○於107年10月4日終止勞動契約，並未逾勞基法第14條第2項規定之30日除斥期間。再者，戊○○受僱於飛翔公司，受飛翔公司之監督指揮，處於經濟上之弱勢地位，為求勞資關係之和協，確保工作之繼續並獲取薪資，實難期待戊○○於任職期間得不顧無法預期之結果，而向飛翔公司反應，並要求應按其實際薪資投保勞保、失業保險及提繳退休金，故難認戊○○依法終止勞動契約，有何權利濫用之情事；飛翔公司所辯，尚難憑採。

㈣戊○○請求飛翔公司給付失業給付差額79,800元，有無理由？

末按「本保險各種保險給付之請領條件如下：一、失業給付：被保險人於非自願離職辦理退保當日前3年內，保險年資合計滿1年以上，具有工作能力及繼續工作意願，向公立就業服務機構辦理求職登記，自求職登記之日起14日內仍無法推介就業或安排職業訓練。」、「本法所稱非自願離職，指被保險人因投保單位關廠、遷廠、休業、解散、破產宣告離職；或因勞動基準法第11條、第13條但書、第14條及第20條規定各款情事之一離職。」、「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。」、「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11條第1項第1款、第3項、第16條第1項前段、第38條第3項分別定有明文。又被保險人非自願離職後再就業，如於再就業工作14日內自行離職者，為利促進就業，強化保障被保險人就業保險給付權益，仍得以原非自願離職事由申請失業給付，此有勞動部105年11月8日勞動保1字第1050140662號函釋意旨可參。查，戊○○雖於離職後之107年11月19日至107年12月31日曾受僱於乙○○裝潢工程行短期打零工，並獲薪資37,500元，惟其實際工作日期共12天半等情，有乙○○裝潢工程行出具之證明書在卷可考（見本院卷第143頁、第145頁），並據證人乙○○到院證述無訛（見本院卷第235頁至第238頁）。則戊○○雖於離職後再就業，惟其於再就業工作未滿14日即自行離職，依勞動部前開函釋意旨，戊○○仍得以飛翔公司前述違反勞動契約及勞工法規而終止勞動契約之事由申請失業給付。次查，飛翔公司於戊○○任職期間，並未依戊○○實際薪資投保勞保及就業保險，並將戊○○之投保薪資金額以多報少，致戊○○於終止勞動契約後，請領失業給付時，受有因短報薪資之差額損害乙節，已如前所述，戊○○自得依就業保險法第38條第3項規定，請求飛翔公司賠償其失業給付差額之損害。又飛翔公司就戊○○主張所受失業給付差額損害計算之金額共計79,800元之情，並不爭執〔見原審卷㈠第113頁至第115頁、卷㈡第88頁〕。從而，戊○○依就業保險法第38條第3 項規定，請求飛翔公司給付失業保險給付差額79,800元，為有理由。

六、綜上所述，戊○○依勞動契約、勞基法第59條第2款、第19條，勞退條例第12條第1項、第2項、第31條，就業保險法第11條，就業服務法第38條等規定，請求飛翔公司給付149,501元〔計算式：4,439元（職災補償）＋13,966元（違法剋扣工資）＋51,296元（資遣費）＋79,800元（失業給付差額）

＝149,501元〕，及其中18,405元自起訴狀繕本送達翌日即108年1月15日〔繕本於108年1月10日寄存送達於新北市政府警察局蘆洲分局延平派出所，經飛翔公司於同年月14日領取，見原審卷㈠第73頁至第74頁之送達證書及受理訴訟文書寄存登記簿）起、其中79,800元自108年5月30日民事擴張訴之聲明狀繕本送達翌日即108年6月20日〔繕本於108年6月19日經飛翔公司之訴訟代理人簽收，見原審卷㈠第139頁之言詞辯論筆錄〕起、其中51,296元自107年11月4日（即兩造間勞動契約於107年10月4日終止後30日之翌日）起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息；暨提繳52,132元至戊○○之勞工退休金個人專戶，並開立記載戊○○姓名、身分證字號、出生年月日及離職原因之非自願離職服務證明書予戊○○部分，為有理由，應予准許，逾此部分之請求，則為無理由，不應准許。從而，原審就上開不應准許中之預告工資23,000元及法定遲延利息部分，駁回戊○○之請求，及就上開應准許部分，為飛翔公司敗訴之判決，並就給付金錢、提繳勞工退休金部分，依職權宣告假執行，及依飛翔公司聲請為供擔保免為假執行之諭知，均核無不合。戊○○、飛翔公司各就其前開敗訴部分分別上訴，均指摘原判決不利己之部分不當，求予廢棄改判，為無理由，兩造之上訴均應駁回。

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。

八、據上論結，本件兩造之上訴，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　　8　　月　　18　　日

勞動法庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　陳筱蓉

法　官　高明德

正本係照原本作成。

飛翔五金有限公司如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　18　　日

書記官　郭彥琪

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

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院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。