臺灣高等法院民事判決

109年度勞上字第109號

上　訴　人
即附帶被上
訴人　　李文達
被上訴人即
附帶上訴人　指南汽車客運股份有限公司
000000000000000000
000000000000000000
法定代理人　呂奇峯
訴訟代理人　李永裕律師
複代理人　　彭祐宸律師
　　江俊傑律師

上列當事人間請求給付職業災害補償等事件，上訴人對於中華民國109年4月29日臺灣臺北地方法院107年度勞訴字第234號第一審判決提起上訴並為訴之追加，被上訴人提起附帶上訴，本院於109年12月8日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於判令被上訴人即附帶上訴人給付超逾新台幣伍拾伍萬玖仟伍佰捌拾肆元，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

廢棄部分，上訴人即附帶被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴人即附帶被上訴人之上訴、追加之訴，及被上訴人即附帶上訴人其餘附帶上訴均駁回。

第一、二審（含追加之訴）訴訟費用，由被上訴人即附帶上訴人負擔百分之十，餘由上訴人即附帶被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

一、按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之基礎事實同一、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在

此限；民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款、第3款分別定有明文。所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，即屬之。查，上訴人即附帶被上訴人(下稱上訴人)於原審聲明請求被上訴人即附帶上訴人(下稱被上訴人)給付新臺幣（下同）5,122,235元，其請求之各項目包括：(1)職傷之40個月平均工資補償2,931,600元、(2)職傷之原領工資補償885,607元、(3)互助金13,800元、(4)職傷之醫療費用補償9,160元、(5)勞健保費用17,344元、(6)民國(下同)101年9月至105年7月例假日工資1,061,160元及105年至106年特休假工資198,174元、(7)勞退以多報少81,705元（見原審卷二第117頁）。上訴人上訴本院後請求被上訴人應應再給付423萬1,031元，另給付32萬3,345元，其中違法解雇之資遣費用，係主張上訴人仍在職業傷害期間，被上訴人不只短付應給付之職災補償，且違法解雇，應給付資遣費等語，與原起訴請求被上訴人應負違法短付之職災補償責任，兩者基礎事實同一；至其餘部分，係屬擴張或減縮應受判決事項之聲明，核與民事訴訟法第446條第1項但書及第255條第1項第2款、第3款規定相符，應予准許。

二、次按民事訴訟法第460條規定被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。但經第三審法院發回或發交後，不得為之。附帶上訴，雖在被上訴人之上訴期間已滿，或曾捨棄上訴權或撤回上訴後，亦得為之。第261條之規定，於附帶上訴準用之。則本件被上訴人雖在上訴期間已滿之後再提起附帶上訴，並不違法，上訴人抗辯稱被上訴人逾期上訴云云(見本院卷第265頁)尚有誤解，併此敘明。

貳、實體事項：

一、上訴人主張：伊自101年9月21日時起受雇於被上訴人，擔任客運駕駛，因長期駕駛大客車導致右手臂肱骨外上臂髁炎之職業傷害，於105年7月14日至106年12月23日之期間，因接受職傷療程而無法出勤，已經勞動部職業傷害報告、臺北榮民總醫院醫療診斷書認定，衛生福利部勞保局亦給付職傷給付。伊有申請被上訴人准予職傷病假，期間因被上訴人催逼前來上班，試開5日後因再度疼痛無法執行業務，報告站長後續假療養。未料被上訴人以伊於106年12月6日起無故曠職3日未出勤為由，違法解雇伊，其違法解雇行為，違反勞動契約或勞工相關法令，爰依勞動基準法(下稱勞基法)第13條、第59條等規定請求被上訴人再給付423萬1,031元，另給付32萬3,345元，給付項目包括：㈠違法解雇之40個月資遣費用293萬1,600元；㈡返還遭強扣之互助金費用1萬3,800元；㈢返還職務存續中之醫療期間免繳納之勞健保費9,390元；㈣應給付國定例假日加班費530,580元；㈤特休假未休之補償122,246元；㈥勞保費用低報之損失870,960元；㈦勞退提撥短少之損失75,800元。又司機發車要接受站務員管理，非可自行決定，伊每天工作15至16小時，職傷醫療專業已經判定，8月7日是因為被上訴人一直催促，伊因怕被解雇，只是回去試跑，右手尚未恢復需要左手輔助，上訴人還需負責車內清潔工作，故職傷並未復原。有關特休部分，由於每月只有4天休假，連病假都被扣錢，從沒有休過特休，因為沒時間休假。被上訴人長久以來對司機員薪資以多報少，造成勞工退休後生活收入損失，勞保月退以多報少部分在第一審就有請求，非第二審才追加。被上訴人於106年12月13日在上訴人職災期間違法解雇，自應給付資遣費。

二、被上訴人則以：按勞動部職業安全及衛生署、臺北市政府勞動局及多家公、私立醫院之有關職業性肌腱炎之衛教資料顯示，職業性肌腱炎未必起因於職業駕駛。況105年7月14日上訴人所稱患病時起，至106年8月7日，經兩造同意復職改駕駛自排車止，期間共往返醫院1年多未出勤，如認該病情並

未於治療期間好轉，則該症狀與職業傷害並無關聯性。另按勞基法第59條第2款之職災補償以「醫療期間屆滿二年仍未能痊癒」、「經指定之醫院診斷，審定為喪失原有工作能力」為要件。上訴人既於106年8月7日至8月20日恢復原先之駕駛工作，改駕駛自排車輛，難認其符合勞基法第59條所規定之喪失工作能力之要件。次按上訴人稱每月薪資遭強扣互助金，然該項互助金已明確記載於每月薪資單，上訴人自101年9月任職起皆未對此部分提出異議，直至本件訴訟提出後始表示不同意，其稱不知情與常理有違。就上訴人請求勞工保險費用返還部分，皆未於訴訟程序間提出證據證明已自行繳納9,390元。另就請求國定假日加班費部分，因兩造勞動契約約定薪資，已明顯高於勞基法規定之基本工資加加班費，故此部分請求仍無理由。特休未休加班費部分，上訴人主張日數與客觀事實不符，無從採信。請求勞保以多報少之損害賠償部分，因106年12月9日兩造僱傭契約已生終止效力，自不得為請求。至請求勞退提撥之部分，被上訴人已按勞保局通知更正，並補繳勞退提撥。上訴人罹患之疾病為右手肱骨外上髁炎(俗稱：網球肘)，病因應為反覆出力造成，與客運駕駛之職業並無關聯性，原審漏未審酌及認定兩者間之因果關係。另上訴人於105年病假期間，尚有經營批發零售商號為獨資經營，是否為經營商號而致罹患職業性肌腱炎尚有疑慮。依據證人李忠偉所述，及上訴人106年8月復職駕駛自排車，應屬復職上班，而非僅為「試跑」，可證106年8月7日已恢復工作能力，與其主張之勞基法第59條第2款規定不符。縱認為確實罹患職業病，應按勞基法施行細則第31條第1項規定計算上訴人每日工資及不能工作期間。

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89萬1,204元，並駁回其餘之訴。上訴人上訴聲明：㈠原判決下列㈡不利於上訴人之部分廢棄；㈡被上訴人應再給付上訴人423萬1,031元；㈢被上訴人應另給付上訴人32萬3,345元。就附帶上訴部分之答辯聲明：附帶上訴

駁回。被上訴人附帶上訴聲明：㈠原判決不利於被上訴人之部分廢棄；㈡廢棄部分上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。就上訴部分之答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

四、兩造不爭執事項：

(一)上訴人自101年9月21日起受僱於被上訴人公司，擔任客運駕駛，其於105年7月14日至同年8月22日間，因右手肱股外上髁炎(網球肘)至臺北榮民總醫院診療，並經勞動部職業安全衛生署北區職業傷病防治中心委託臺北榮民總醫院評估其所罹上開疾病為職業病。

(二)上訴人以其擔任公車司機，長時間重複操作手排檔而罹有右手肘網球肘、肌腱炎之職業傷病，向勞保局申請自105年7月14日起至106年3月15日止之職業病傷病給付。經勞保局以106年6月29日保職簡字第106021060631號函認定，上訴人所患可認定符合職業病，予以給付不能工作之第4日即105年7月17日起，至105年9月14日止共60日，計62,790元之傷病給付，餘所請期間應不予給付。上訴人不服，申請審議，經勞動部以106年9月12日勞動法爭字第1060016999號保險爭議審定書將上訴人之申請審議駁回。上訴人不服，提起訴願，經勞動部以107年1月30日勞動法訴字第1060025973號訴願決定書將其訴願駁回。上訴人遂提起行政訴訟，經原法院107年度簡字第115號行政訴訟判決，命勞動部就上訴人申請105年7月14日至106年3月15日職業病傷病給付事件，應作成再核付190,463元之行政處分。

(三)上訴人於職業傷病前一個月之工資為66,611元，被上訴人於105年7月17日至同年9月14日、106年8月7日至同年8月20日共給付上訴人工資57,683元。

(四)上訴人自105年9月14日起未到職上班，被上訴人於106年7月17日寄發關渡郵局第46號存證信函，通知上訴人於10日內履行駕駛職務或轉任輕便工作。上訴人於106年8月7日至8月20日恢復駕駛工作，並經被上訴人安排改駕駛自排車輛。上訴人自106年8月21日起未到職上班，被上訴人寄發紅樹林郵局

第196號、224號存證信函，通知上訴人到職提供勞務，上訴人仍未到職。被上訴人於106年12月13日發佈人事令，以上訴人自106年12月6日起無故連續曠職3日以上，終止勞動契約，生效日期為106年12月9日。

五、兩造爭執要點:上訴人主張其受僱於被上訴人，因職業傷害遭違法解雇，依勞基法第13條及第59條規定，請求因執行業務導致之職業傷害補償等，及違法解雇應給付伊資遣費等語。被上訴人則以系爭傷害非因執行被上訴人之業務引起，上訴人早於106年8月間就能駕駛自排車而有工作能力，經通知未到曠職達3日，依勞基法第12條第1項第6款為合法終止勞動契約，其各項請求均無理由。縱認法院認上訴人確實罹患職業病，然其主張之日數與薪資，均有違誤等語置辯。是本件應審究者為：㈠上訴人所受傷害是否職業病?若罹職業病，何時恢復工作能力? ㈡上訴人依勞基法第13條、第59條規定請求給付職業災害補償各項給付有無理由？若有理由，金額應為若干?㈢被上訴人依基法第12條第1項第6款為終止勞動契約有無理由?上訴人訴請給付資遣費，有無理由?

六、上訴人所罹患為職業病，已於106年8月恢復工作能力:

(一)上訴人自101年9月21日起受僱於被上訴人公司，擔任客運駕駛，其於105年7月14日至同年8月22日間，因右手肱股外上髁炎(網球肘)至臺北榮民總醫院診療，臺北榮民總醫院診斷證明書記載，上訴人所患病名為「右肘網球肘、肌腱炎」(見原審卷一第39頁)。被上訴人雖辯稱:容易罹患肌腱炎、網球肘之各種潛在性暴露職業（工作種類），不包括「職業駕駛」工作類型云云。然查每人身體體質具特異性，同樣工作有人罹職業病，有人並不罹病，此為一般經驗法則。而上訴人於101年9月21日受雇被上訴人之前並無罹患右肘網球肘、肌腱炎，於105年3月開始偶有不適感，已經開車4年，並無證據證明上訴人有從事任何醫學衛教資料所載(見本院卷第180頁)，於工作上引起「網球肘」之「1.工作需要長時間提重物，前臂持續使力者：例如泥水工及牧場工作人員等。2.工

作需要手腕反覆伸直動作者：例如油漆工及打字員等。3.工作時經常反覆揮動前臂動作者：例如網球選手」之情況。上訴人擔任公車駕駛，其駕駛時以右手操縱換檔，需要不時使力操作換檔桿，而駕駛座位空間不大，需重複性、長時間處在相同之姿勢，無法獲得充分休息。被上訴人雖辯稱:公車路線行駛途中，在停等紅燈的1到2分鐘間隔時間，公車駕駛都會把右手從排檔處放下休息或伸展放鬆，每位公車駕駛的行車排班間距，駕駛可獲得充分休息云云。然查駕駛習慣因人而異，駕駛馬路行駛中有等紅燈，亦可能綠燈直行，執行中可能隨時需要變檔，不是每路口均可休息，且停等未必1到2分鐘，於駕駛過程隨時處於緊繃狀態，右手頻繁操作手排檔，自易使用過度。又以上訴人案發當月（105年7月）之駕車時間查核紀錄表(見本院卷第221至222頁)所示，上訴人每日工作時間若係駕駛5趟車，平均工時為10.5至12小時，若係駕駛4趟車，平均工時則為9至10小時，期間空檔雖然手可離開駕駛桿，但為準備下趟車程，需做車子之適當清理及簡易安全維護，無法充分休息。從而，可合理推斷上訴人罹患「右手肱骨外上髁炎(網球肘)」是因駕駛被上訴人之公車所致。

(二)又查上訴人所患「右肘網球肘、肌腱炎」，業經勞動部職業安全衛生署北區職業傷病防治中心委託臺北榮民總醫院評估其所罹上開疾病，認為上訴人罹患之右手肱骨外上髁炎（即網球肘）為執行職務所致疾病，或與作業有相當因果關係，可以認為個案網球肘為職業病，有職業病評估報告書可稽(見原審卷第11至17頁)。又上訴人以其擔任公車司機，長時間重複操作手排檔而罹有右肘網球肘、肌腱炎之職業傷病，向勞保局申請自105年7月14日起至106年3月15日止之職業病傷病給付，經勞保局以106年6月29日保職簡字第106021060631號函認定上訴人所患可認定符合職業病，同本院相同認定，可認上訴人所罹患為職業病。

(三)再上訴人於105年7月14日當天因右手疼痛加劇而前往就醫，

此後以傷病為由請假，長達1年期間，上訴人未再從事駕駛工作，經過長時間休息，臺北榮民總醫院107年11月5日北總骨字第1071700097號覆函記載：上訴人於門診追蹤治療後，徵狀稍稍緩解，惟因右肘反覆出力使用，致症狀復發，病況反反覆覆，故可從事較輕便，不致使右肘疼痛之工作等語（見原審卷一第259頁）。迄至106年8月7日返回被上訴人公司恢復駕駛工作，被上訴人復按照上訴人意願，調整上訴人之職務為改駕自排車，不需要使用右手操縱排檔桿換檔，上訴人確亦有於106年8月返回被上訴人公司復職擔任駕駛職務，並且開了將近2個禮拜的車，此有證人李忠偉之證詞(見原審卷二第25頁)，以及上訴人之駕車時間查核紀錄表可參(見原審卷二第39頁)，回復上訴人原有之工作能力，更可證上訴人罹患之「網球肘、肌腱炎」，為長期從事駕駛職務所引發之疾病，屬於勞基法第59條所稱之職業病。

(四)上訴人固辯稱其係於106年8月職業傷病期間回被上訴人公司跑車5天，僅係試跑，並非已恢復工作能力，且因為要維持公車清潔，因此才導致其右手肘傷勢復發云云。惟證人李忠偉到庭證稱「當時有討論到除了駕駛工作，公司願意依照原告(即上訴人)之意願，例如站務工，稽查人員、調度人員」「原告說他還是可以做駕駛的工作，所以我當時與公司的簽呈報告有說明為原告的傷勢著想，要給原告自排車輛」「駕駛員都有所屬保管車輛，我們的調度站都有大型洗車機，車內清潔維護的部分，站上有另聘的清潔阿姨做車內清潔維護，駕駛員只要維護駕駛座週遭的清潔維護」等語(見原審卷二第24至26頁)。可知經證人李忠偉與上訴人討論，可安排上訴人改作其他工作，係上訴人自認可以做駕駛員工作，因此被上訴人安排自排車供上訴人使用，並且調整上訴人的趟次及工作時間。而上訴人只要維護駕駛座週遭的清潔，不需要清洗公車或維持公車內部清潔，並無上訴人所稱必須清潔公車而導致傷勢復發。況且，試跑按理被上訴人僅須安排上訴人發車1、2趟即可，不須於106年8月7日開到8月20日。

倘若如上訴人所稱其返回被上訴人公司復職恢復駕駛工作，改駕駛自排車輛後，於106年8月21日因傷勢復發痛到無法上班云云，則上訴人理應立即求醫，始符常理，惟對照卷內台北榮民總醫院檢送上訴人相關病歷紀錄，上訴人係於1個月多後之106年9月25日始至台北榮民總醫院門診(見原審卷一第361頁)，此節亦屬有違常情。則上訴人所稱並未恢復工作能力，並不可採。

七、職傷之40個月平均工資部分：

(一)按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。但醫療期間屆滿2年仍未能痊癒，經指定之醫院診斷，審定為喪失原有工作能力，且不合第3款之失能給付標準者，雇主得一次給付40個月之平均工資後，免除此項工資補償責任。勞動基準法第59條第2款定有明文。是為此項請求者，以「經指定之醫院診斷，審定為喪失原有工作能力」，為前提要件。

(二)經查，上訴人自105年7月14日因右手肱股外上髁炎傷病就診接受治療後，曾於106年8月7日至8月20日恢復駕駛工作，改駕駛自排車輛，此為兩造所不爭執。上訴人並自陳：「雖然改開自排車，但還是要負責洗車及車輛清潔，仍會影響手肘，而駕駛的部分是可以的」等語（見原審卷二第7頁）。可知上訴人於106年8月間已回復其原有工作能力，並無喪失工作能力之情。又如前述臺北榮民總醫院107年11月5日北總骨字第1071700097號覆函記載可從事較輕便，不致使右肘疼痛之工作等語，未表示上訴人已經喪失原有工作能力。此外，上訴人並未提出106年8月間其他關於經醫院診斷仍然喪失原有工作能力之證明資料，則上訴人依勞動基準法第59條第2項但書規定，請求被上訴人給付40個月之平均工資，為無理由。

八、職傷之原領工資補償部分：

(一)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。本法第59條第2款所稱原領工資，係指該勞工遭遇職業災害前一日正常工作時間所得之工資。其為計月者，以遭遇職業災害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，為其一日之工資。罹患職業病者依前項規定計算所得金額低於平均工資者，以平均工資為準，勞動基準法第59條第2款及勞動基準法施行細則第31條第1項分別定有明文。次按工資：指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。所謂「因工作而獲得之報酬」者，係指符合「勞務對價性」而言。所謂「經常性之給與」者，係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，勞動基準法第2條第3款定有明文（最高法院104年度台上字第728號判決意旨採相同見解）。

(二)上訴人主張其遭遇職業災害前一個月之工資為66,611元，日薪應以2,220元計算為據。被上訴人辯稱其中之特殊功績、例假津貼、單延津貼、節油津貼、逾時免、逾時應均非屬工資，應予以扣除等語。經查:

1.特殊功績：參諸被上訴人之駕駛員薪資修正方案，被上訴人發給特殊功績之核算標準為：「1.按全月行駛里程X每公里獎金係數計發。2.全月行駛里程＝班車營運里程＋包車里程＋專車里程＋公務里程。3.全月行駛里程達當月目標者，加發特殊功績100%。4.全月行駛里程達日曆天（-4）者，加發1%營收獎金之特殊功績（如營收績效低於12萬元，則以1200元計）。」等語(見原審卷一第137至139頁)。此部分給付係以里程達到一定目標為條件，而此部分與工作努力及提供勞務品質量之提昇息息相關，且和提供勞務之時間有高度關聯，顯具「勞務對價性」，自可認此特殊功績屬於上訴人提

供勞務之對價。再細繹上訴人所提出之薪資單（見原審卷二第139至201頁），上訴人任職期間，其每月領取之金額雖有些微出入，然大多能領取此部分薪資，屬被上訴人公司於制度上經常性之給與，具有「給付經常性」，並非偶然恩惠性之給付，該獎金自應計入工資。

2.例假津貼：上訴人所發給被上訴人之例假津貼，係以「例假加班日數」乘以「平均日核發值」計算，而「平均日核發值」之計算方式為：（底薪＋專業補貼＋里程＋安全服務）÷當事人當月在職天數，此有駕駛員修正方案在卷可參（見原審卷一第139頁）。可知例假津貼即爲員工於例假加班提供勞務之補償，為加班工資之性質，自應計入工資。

3.單延津貼：依據被上訴人所稱：「單延津貼是獎勵員工願意配合公車離峰及尖峰的載客量落差之排班所發給的津貼。」（見原審卷二第77頁）。再依被上訴人制定之駕駛員薪資修正方案，單延津貼係以駕駛員排班間隔時間是否達2小時為標準區別津貼金額，以鼓勵駕駛員配合被上訴人公司所為之班次調度。從而，上訴人受領自被上訴人之單延津貼，係以排班間隔待勤時間為發放標準，屬對被上訴人所提供之工作質量評價，且與提供勞務之時間有高度關聯，顯具「勞務對價性」。復該項給與，於上訴人任職期間內，被上訴人105年1月至105年6月均按月審核計發，上訴人每月領取之各項金額雖因營收表現、輪班時間而有些微出入，然每月固定領取，屬被上訴人於制度上經常性之給與，亦具有「給付經常性」，尚不因其給付名目為津貼或獎金，而否定其工資本質。

4.節油津貼：依被上訴人所稱，節油津貼為自104年3月起施行之獎金制度，係為鼓勵駕駛員妥善操作車輛達到節能減碳，共同愛護地球之目的，當駕駛員油耗量減少達訂定標準，達低標每月給付1,000元，達高標每月給付2,000元，未達標者則無此項獎金不給付等語（見原審卷一第87頁）。準此，節油津貼係以客運每公升汽油之行駛里程是否達到標準而決定

是否發放及發放金額，以達節省油耗之目的，與上訴人提供勞務之內容有高度關聯，顯具「勞務對價性」。復觀上訴人自104年3月起至105年7月止，除104年7月及105年7月未領得節油津貼外，其餘月份均領有1000元至2000元之節油津貼，有薪資單16張在卷可考（見原審卷二第169至185頁）。在制度上實屬經常，為上訴人因提供勞務可經常性取得之對價，具有「給付經常性」，應計入工資。

5.「逾時免」與「逾時應」：依據被上訴人所稱：「例假津貼6,500元、『逾時免』6,900元及『逾時應』8,100元是因為屬於延長工時的工資，.....『逾時免』就是每個月加班46小時內免稅的加班費，『逾時應』就是每月加班超過46小時應課稅的加班費」等語（見原審卷二第77頁）。則「逾時免」與「逾時應」均爲加班費，二者之區別僅在於該加班費是否免扣繳所得稅，既屬加班工資之性質，自應計入工資。

6.從而，被上訴人為客運經營業者，其之所以設計各種薪資項目結構，用以敦促駕駛員確實遵守公司營運規定，其中特殊功績、例假津貼、單延津貼、節油津貼、逾時免、逾時應，雖其名目均為津貼或獎金之給付，然實為上訴人提供勞務之工作對價，且有制度上經常性，均屬工資，被上訴人抗辯上開6項給付非屬工資，自非可採。是上訴人主張受有職業傷害之前一個月之日薪為2,220元(計算式：66,611元/30日＝2,220元)，堪以認定。

(三)上訴人主張本項請求之醫療期間，為自105年7月15日起至106年12月9日止等語。被上訴人則抗辯依勞保局106年6月29日保職簡字第106021060631號函文所示，上訴人僅得請求60日醫療期間之原領工資補償，至少自106年8月7日起，上訴人已恢復其原有之工作能力，並已有從事工作云云。經查，依據國立臺灣大學醫學院附設醫院受理院外機關鑑定/查詢案件回復意見表（見原審卷二第17頁）記載:網球肘、肌腱炎不能工作之治療期間長短須視病情變化及植療程效而定。李先生自105年7月14日起於門診治療時即須休養，至最後一次

門診(106年12月19日止)之4週後，即休養至107年1月16日止等語。然查，依據前述，上訴人於106年8月7日至8月20日恢復駕駛工作，改駕駛自排車輛，臺北榮民總醫院107年11月5日北總骨字第1071700097號覆函記載：上訴人於門診追蹤治療後，可從事較輕便，不致使右肘疼痛之工作等語，堪認上訴人自106年8月7日起，已恢復其原有之工作能力，並已有從事工作之客觀事實，均如前述，則於計算本件上訴人在醫療中不能工作之期間，應係從105年7月15日起算至106年8月6日止共計388日。從而，上訴人得請求自105年7月15日起至106年8月6日止之原領工資補償數額為861,360元(計算式：2,220元×388日＝861,360元)，扣除上訴人自勞保局領得之253,253元（見原審卷二第101頁107年度簡字第115號行政訴訟判決事實及理由欄第五段），再扣除被上訴人於105年7月17日至同年9月14日、106年8月7日至同年8月20日共給付上訴人工資57,683元（見不爭執事項），上訴人尚得向被上訴人請求550,424元(計算式：861,360元-253,253元-57,683元＝550,424元)；逾此範圍之請求，即不應准許。

九、返還互助金部分：查依101年9月24日新進駕駛員教育訓練課程表記載：「公司單位簡介，工作規則，勞、健保事項，服務證、互助金申請辦法，離職手續規定、離職扣款規定等事項詳如說明」「新進駕駛員簽名處（並同意互助金由個人薪資轉帳）：李文達」等字（見原審卷一第145頁）。故上訴人已於新進被上訴人公司時，對於互助金由個人薪資轉帳一事簽名以表同意。又依據上訴人在原審提出其任職期間每張薪資單之下方備註欄均有記載：「薪資明細請詳閱，若有疑問，請在領薪後5日內向直屬主管提出反映，當即奉答，逾期恕不受理。」等語(原審卷二第139至201頁)，顯見被上訴人均有於發放予員工之各月薪資單下方加註警語，提醒員工對於薪資明細有疑義時，適時向主管反應。苟若上訴人不同意於其每月薪資中扣除互助金，則至遲上訴人應於各月收受各該薪資單時，即知情其各月薪資均有扣除互助金及其金額

之情。依一般通常情形，應可於知悉薪資有短少之情後，即向被上訴人公司反應要求更正或補發。惟上訴人自101年9月21日受僱以來，對於每月薪資中均有扣除互助金項目，未見上訴人提出異議或反對，卻遲至107年7月間提起訴訟主張不同意扣除互助金，要求被上訴人返還云云，顯於誠信有違，尚非可採。故上訴人主張被上訴人應返還苛扣之互助金13,800元，即非有據，不應准許。

十、職傷之醫療費用補償部分：

(一)按勞工受傷或罹患職業病時，雇主應補償其必需之醫療費用。職業病之種類及其醫療範圍，依勞工保險條例有關之規定，勞動基準法第59條第1款定有明文。

(二)經查，上訴人自105年8月26日起至105年9月9日止至献寶中醫診所進行5次之右手肘傷治療，總計花費250元之醫療費用，有醫療收據6張在卷可考（見原審卷一第177至181頁）。又上訴人於106年10月20日接受右手肘電波震波治療，並自付8,000元，有臺北榮民總醫院門診收費明細表、醫療收費簡易證明單1張在卷可參（見原審卷一第173、303頁）。再臺北榮民總醫院建議上訴人應自105年7月14日起休養至107年1月16日，上訴人為治療右手肘，於105年11月15日至劉志明骨科診所治療支出150元診療費，及同年12月21日、12月28日至中山醫療社團法人中山醫院支出醫療費用760元，有收據憑單（見原審卷一第181至185頁）。上揭費用無論日期在106年8月6日前、後，均為被上訴人所不爭同意給付。從而，上訴人訴請被上訴人補償上訴人9,160元(計算式：250元＋8,000元＋150元＋760元=9,160元)之醫療費用，應予准許。

十一、返還勞健保費部分：

(一)被保險人發生保險事故，於其請領傷病給付或住院醫療給付未能領取薪資或喪失收入期間，得免繳被保險人負擔部分之保險費，勞工保險條例第18條定有明文。

(二)上訴人主張：伊受有職業傷害，依勞工保險條例第18條之規

定得免繳由伊負擔之保險費，故請求被上訴人返還105年7月至106年5月已繳交之勞保、健保費用等語。被上訴人抗辯：上訴人於職業病期間領有薪資，不符合勞工保險條例第18條規定等語。經查，上訴人於105年7至9月份領有薪資（見不爭執事項），則其此部分主張即與勞工保險條例第18條之規定要件不符。至於就105年10月至106年5月部分，因已判定被上訴人應給付上訴人原領薪資補償，自無得免繳被保險人負擔部分之保險費。何況，被上訴人既已基於投保單位之身份，依勞工保險條列第16條規定向保險人即勞保局繳納勞工保險費，而非自己仍保有該勞工保險費，則上訴人依勞工保險條例第18條規定向被上訴人請求，即無理由。此外，上訴人亦無其他主張並舉證得依勞工保險條例之規定，請求返還勞健保費用。是以，上訴人此項請求，於法不合，不應准許。

十二、假日工資部分：

(一)按勞工每7日中至少應有1日之休息，作為例假；紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假；第36條所定之例假、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。105年12月21日修正前之勞動基準法第36條第１項、第37條及第39條前段分別定有明文。次按，勞雇雙方於勞動契約成立之時，係基於平等之地位，勞工得依雇主所提出之勞動條件決定是否成立契約，則為顧及勞雇雙方整體利益及契約自由原則，如勞工自始對於勞動條件表示同意而受僱，勞雇雙方於勞動契約成立時，即約定例假、國定假日及延長工時之工資給付方式，且所約定工資又未低於基本工資加計假日、延長工時工資之總額時，即不應認為違反勞動基準法之規定，勞雇雙方自應受其拘束，勞方事後不得任意翻異，更行請求例、休假日之加班工資。（最高法院85年度台上字1973號、102年度台上字第1660號、108年度台上字第1540號判決意旨同此見解）。再按，車業者僱

用之駕駛員，其薪資結構除底薪為固定數額外，另有里程津貼、載客津貼等變動金額項目，為免計算假日工作及平日延長工作時間加班費之繁雜，倘公車業者與其所屬駕駛員另行議定假日工作及平日延時工資加給之計算方式，而未低於基本工資加計之總額者，即無違法(最高法院100年度台上字第1256號判決意旨採相同見解)。

(二)經查，依據上訴人之薪資單所載(見原審卷二第139至201頁)，被上訴人固定發給各種津貼含例假津貼、逾時免、逾時應，上訴人所發給被上訴人之例假津貼，係以「例假加班日數」乘以「平均日核發值」計算，逾時免就是每個月加班46小時內免稅的加班費，逾時應就是每月加班超過46小時應課稅的加班費，薪資單之下方備註欄均有記載：薪資明細請詳閱，若有疑問，請在領薪後5日內向直屬主管提出反映，當即奉答，均如前述。則上訴人自105年7月14日任職起對此未提起異議，已經同意例假、國定假日及延長工時之工資給付方式，自應受拘束。

(三)次查，以105年1月至6月為例，上訴人所主張其105年前半年應休天數為65日，僅休25.5日，未休39.5日（見原審卷二第123頁）。再以彼時之法定基本工資為20,008元計算，月薪制勞工每日之基本工資為667元(計算式：20,008元÷30日＝666.93元)。依前揭法規之計算方式，105年1月至6月加計未休39.5日之工資後，6個月之工資總數不得低於165,404元（計算式：20,008元x6月+667元x34日x2倍＝165,404元）。復查上訴人於105年1月至6月之實領薪資分別為57,677元、51,475元、52,275元、57,942元、55,435元、53,551元，其中之例假津貼分別為7,913元、8,609元、4,515元、9,044元、6,945元及6,052元（見原審卷二第81至85頁），而105年1月至6月之實領薪資合計328,355元（計算式：57,677元＋51,475元＋52,275元＋57,942元＋55,435元＋53,551元＝328,355元）。顯均未低於依基本工資所計算加計假日延長工資之數額，自未違反勞動基準法規定。是上訴人於領取例

假津貼後，再行請求假日工作工資，為無理由。

十三、特休未休工資部分：

(一)按勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應給予特別休假：又勞工之特別休假因年度終結或終止契約而未休者，其應休未休之日數，雇主應發給工資。勞動基準法第38條第1項、第4項雖定有明文。但根據勞動主管機關函示（改制前行政院勞工委員會台(85）勞動二字第126956號函），於106年1月1日勞動基準法修正施行前，必須「勞工因可歸責於雇主之事由致特別休假權利喪失，而規定雇主應予相當天數之工資補償」，故必須雇主命令勞工於休假日工作或其他可歸責於雇主之情形，雇主始有給付勞工特別休假未休工資之義務（最高法院99年度台上字第1655號、103年度台上字第1425號民事判決意旨採相同見解）。

(二)上訴人固主張其沒有特休假，也沒有時間休假，其連正常假都沒得休，哪來特別休假云云。被上訴人則否認有要求上訴人於特別休假日工作之事。經查，依上訴人任職期間之「特休津貼查核報表」(見原審卷二第105至111頁)，上訴人各年度特別休假未休日數分別為102年度1.4日、103年度7日、104年度7.4日、105年度10日，可知上訴人有請過特別休假，而非未請過特別休假，上訴人之主張與客觀卷證資料尚有未符。至其餘上訴人未休之特別休假，並未舉證上訴人有請特別休假經被上訴人拒絕，自係上訴人個人自身之原因而未休假，非得遽認為被上訴人具有「可歸責事由」。則上訴人未舉證其101年至106年任職期間，有何「可歸責於雇主」以致未休特別休假之情形，自不得請求給付相當天數之工資補償。又關於106年度特別休假未休之工資部分，被上訴人已有折算工資發給上訴人，業據被上訴人提出薪資支出請款單、存款憑條為據(見原審卷二第113頁)，故上訴人再為重複請求，亦屬無據。從而，上訴人請求被上訴人應給付特休未休工資，自屬無據。

十四、勞工退休金以多報少部分：

(一)當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條定有明文。是當事人於其利己事實之主張，除事實於法院已顯著，或為其職權上已認知者外，應負立證之責。準此，上訴人主張被上訴人有勞工退休金以多報少情事，為有利於上訴人之主張，上訴人自應負舉證之責。

(二)經查，上訴人固主張其應領24,606元，然現僅領20,786元，每月短少3,820元等語，並提出勞工保險老年給付金額試算表為據（見原審卷二第137頁）。然該試算表記載：「試算結果僅供參考，實際領取金額仍以申請時本局之核定為準」，是上訴人只以前開資料，推論被上訴人有以多報少之情事以及差額，已非無疑。又被上訴人未如實申報調整上訴人103年11月至105年8月間之提繳工資，業經勞保局逕予更正及調整，且上訴人106年8月所短計之勞工退休金，勞保局亦於107年7月份勞工退休金內補收，有勞動部勞工保險局保退三字第10760160490號函在卷可參（見原審卷一第149頁）。是被上訴人未如實申報上訴人之提繳工資，業經勞保局更正及調整，被上訴人以多報少之行為已經補正。上訴人復未能提出事證以實其說，則前開主張，為無可採。

十五、資遣費部分:

(一)按勞動基準法第16條第1項規定，雇主依第11條或第13條但書規定終止勞動契約者，其預告期間依左列各款之規定。第17條第1項規定，雇主依前條終止勞動契約者，應依下列規定發給勞工資遣費。故必須雇主是依據勞基法第11條或第13條但書規定終止勞動契約者，勞工才可請求雇主給付資遣費。

(二)本件上訴人追加主張被上訴人將其勞工保險費以多報少，經計算其至65歲申請退休，得領取月退額為24,606元，因被上訴人違法解僱致其目前僅領20,786元，等於每月短少3,820元，以228個月計算，19年共計短少87萬960元，被上訴人應給付其資遣費後，始得解除勞動契約云云。查上訴人於106年8月間已回復其原有工作能力，已如前述，而上訴人自106

年8月21日起未到職上班，拒絕提供勞務，被上訴人寄發紅樹林郵局第196號、第224號存證信函通知上訴人到職提供勞務（見原審卷一第129至133頁），上訴人仍未到職。被上訴人於106年12月13日發佈人事令，以上訴人自106年12月6日起無故連續曠職3日以上，終止勞動契約，生效日期為106年12月9日（見原審卷一第119頁），則被上訴人依勞基法第12條第1項第6款終止兩造間之勞動契約為合法，並非依據勞基法第11條或第13條但書規定終止，上訴人之主張與勞基法第16條第1項、第17條第1項所定要件不符。而兩造間勞動契約既已於106年12月9日終止生效，被上訴人即無為上訴人繼續投保勞保之義務，故上訴人請求自106年12月14日繼續投保至65歲退休之勞保年金損失之資遣費，仍屬無據。

十六、綜上所述，上訴人依勞動基準法第59條第2款、第1款及第39條規定，請求被上訴人給付職傷原領薪資補償550,424元、職傷醫療費用補償9,160元，合計559,584元，為有理由，應予准許；逾上開範圍所為之請求，則無理由，應予駁回。從而原審就超過上開應准許部分，判命被上訴人給付，並分別諭知兩造供擔保後，得准、免假執行，尚有不當，被上訴人附帶上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，自應由本院將原判決此部分廢棄改判如主文第二項所示。至上開應准許部分，原判決判令被上訴人給付，並分別諭知兩造供擔保後，得准、免假執行，並無不合，被上訴人附帶上訴請求廢棄改判，並無理由，此部分附帶上訴應予駁回。又上訴人上訴請求被上訴人應再給付423萬1,031元；及追加被上訴人應另給付32萬3,345元部分，經核均無理由，上訴及追加之訴均應予駁回 。

十七、本件事證已臻明確，上訴人聲請函勞工保險局查個人薪資部分，經查勞工保險局已經於107年8月3日函覆(見原審卷一第149至152頁)，無再函查必要，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。

十八、據上論結，本件上訴及追加之訴均為無理由，附帶上訴為一部有理由、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　　109　　年　　12　　月　　29　　日

勞動法庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　邱　琦

法　官　高明德

正本係照原本作成。

指南汽車客運股份有限公司不得上訴。

李文達如不服本判決，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　　12　　月　　29　　日

書記官　章大富

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。