

臺灣高等法院民事判決

111年度勞上字第59號

上訴人 和緣餐飲股份有限公司

法定代理人 黃瓊瑩

訴訟代理人 曾信嘉律師

被上訴人 余政翰

訴訟代理人 蔡家瑋律師（法扶律師）

上列當事人間請求給付資遣費等事件，上訴人對於中華民國111年3月1日臺灣臺北地方法院109年度勞訴字第428號第一審判決提起上訴，本院於112年7月18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

一、被上訴人主張：伊自民國99年3月9日起受雇於上訴人擔任外場服務人員，為配合顧客用餐時間，上訴人規定伊每日工作時間為早上9點半到下午2點半，下午5點半到晚上9點半，嗣於108年8月起將伊調任至安和店擔任店長。詎上訴人於109年3月間以受疫情影響營運狀況不佳為由，片面減薪10%，復自109年4月至7月以營收未達一定額度扣薪，伊得依勞動基準法（下稱勞基法）第22條第2項或民法第179條規定，請求其返還不當扣薪共計新臺幣（下同）22,507元。又伊於109年7月25日因恪遵上訴人安和店用餐時間1.5小時之規定，善意提醒顧客用餐時限，雖遭上網客訴用餐有壓力，惟無違反勞動契約或工作規則情節重大。上訴人於109年7月30日以伊遭客訴為由，依勞基法第12條第4款規定解雇伊顯不合法，且其以高薪低報及未提撥足額勞工退休金（下稱勞退金），伊於109年8月4日依勞基法第14條第1項第6款規定終止兩造勞動契約，自得依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第12條第1項規定，以伊離職前6個月之月薪44,000元計算，請求上

01 訴人給付資遣費228,871元，並依勞基法第19條、就業保險
02 法第25條第3項規定，請求其開立非自願離職證明；且伊投
03 保薪資應為45,800元，上訴人於109年2月至4月、5月至7月
04 僅分別為伊投保43,900元、36,300元，致伊受有失業給付損
05 失20,520元，應依就業保險法第38條規定如數給付；另上訴
06 人於伊任職期間未足額提撥勞退金，依勞退條例第31條規
07 定，應補提差額43,318元至伊勞退金專戶。再伊每日工時至
08 少9小時，自得依勞基法第24條規定請求104年11月至109年7
09 月之加班費373,913元（詳如原判決附表二所示），扣除伊
10 已領取5,452元，上訴人應給付368,461元。爰依上開規定，
11 請求上訴人給付上開金額共計640,359元，及其中271,898元
12 自109年11月19日起、其餘368,461元自110年3月13日起算之
13 遲延利息，並補提繳43,318元至被上訴人勞退金專戶，暨開
14 立非自願離職證明（原審駁回被上訴人逾上開範圍之請求，
15 未據聲明不服，非本院審理範圍，不予贅述）。

16 二、上訴人則以：伊因疫情而營運困難，於109年3月20日與被上
17 訴人協商，經其同意簽署「勞雇雙方協商減少工時協議書」
18 （下稱系爭協議書），約定109年3月減薪10%，並自同年4月
19 至9月暫時減少工時及工資，至福利津貼係以當月營收是否
20 達標作為發放與否之標準，非被上訴人之固定收入或常態性
21 給與，是伊於疫情期間實施扣薪或未給付福利津貼，係出於
22 兩造協議及營收不佳所致，並無不當。又被上訴人為追求業
23 績擅自限制用餐時間引發顧客不滿，其後又處理失當導致客
24 訴，且遭公開發表負面評論於社群網站，損及伊商譽甚鉅，
25 伊依員工規章予以免職處分，並依勞基法第12條第1項第4款
26 規定終止勞動契約，於法有據，被上訴人請求資遣費、失業
27 給付損失及開立非自願離職證明，均無理由。另勞動部勞工
28 保險局（下稱勞保局）僅認定伊於106年5月至109年7月間有
29 未足額提繳情事，伊已於110年1月8日補繳完畢，且被上訴
30 人請求提繳起訴前5年之退休金，已罹於時效。再餐飲業工
31 作因體力耗費較多，每段班之休息時間僅足供用餐，兩段班

01 間之「空班」，始為員工主要休息時間，且因空班期間人員
02 進出控管不易，伊乃以加班事前申請制補強出勤管理，被上
03 訴人既係有權提出加班申請之部門主管並於106年至109年間
04 曾提出申請，其未依規定申請加班，自無從於事後空言追
05 認，況其未舉證有業務需要並經伊同意加班，其請求加班費
06 亦無理由。縱被上訴人得為請求，其離職前6個月平均工資
07 應為39,971元；另其加班時數應扣除空班及休息時間，並以
08 表定及打卡最晚下班時間計算，再扣除其經電腦系統及書面
09 申請之加班費5,452元及59,518元，伊僅需給付加班費6,561
10 元等語置辯。

11 三、原審判決：(一)上訴人應給付被上訴人640,359元，及其中27
12 1,898元自109年11月19日起、其餘368,461元自110年3月13
13 日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(二)上訴人
14 應補提繳43,318元至被上訴人勞退金專戶內。(三)上訴人應開
15 立非自願離職證明書予被上訴人。並駁回被上訴人其餘之
16 訴，及依職權宣告假執行、准供擔保免為假執行。

17 上訴人就其敗訴部分提起上訴，上訴聲明：(一)原判決不利於
18 上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴
19 駁回。

20 被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

21 四、兩造不爭執事項（見本院卷二第20-21頁，並依判決文字調
22 整）：

23 (一)被上訴人自99年3月9日起受雇於上訴人公司，於108年8月間
24 擔任安和店店長工作，於109年3月至7月受領工資如原審卷
25 第23至31頁之薪資單所示。

26 (二)上訴人於109年3月20日要求被上訴人簽署系爭協議書，約定
27 被上訴人自同年4月1日至9月30日止配合上訴人變更工時，
28 並同意109年3月薪資減少10%（見原審卷第121-123頁）。

29 (三)被上訴人每日上下班須打卡分四次紀錄出勤時間，分別為1.
30 早班上班、2.早班下班、3.晚班上班、4.晚班下班，其中
31 2、3間之空檔係被上訴人可自由支配，不受上訴人指揮監

督之時間（俗稱空班），出勤紀錄如原審卷第145至197頁所示。被上訴人最後工作日為109年7月30日。

(四)上訴人係以「顧客潘小姐於109年7月25日在網路上公開給予被上訴人負面評論，認屬重大客訴事件」，經上訴人於同月26日以「突發狀況表」說明後，認被上訴人「逃避錯誤不知悔改」，於109年7月30日依員工規章第12章第2條第7項第5點、第26點、第28點規定，對被上訴人為免職處分，自109年7月30日生效。上訴人係依勞基法第12條第1項第4款及上開員工規章為據，解雇被上訴人（見原審卷第33-35、55-56頁）。

(五)被上訴人於109年8月3日寄發存證信函，以上訴人有勞基法第14條第1項第6款事由，向上訴人為終止勞動契約之意思表示，上訴人於109年8月4日收受存證信函（見原審卷第49-53頁）。

(六)被上訴人106年5月份至109年7月份工資變動，惟上訴人未覈實申報調整月提繳工資，並提繳足額新制退休金，而遭主管機關裁罰（見原審卷第125-127、301頁）。

五、被上訴人主張其已依勞基法第14條第1項第6款規定終止兩造勞動契約，上訴人應給付不當扣薪、資遣費、加班費、失業給付損失，並開立非自願離職證明書，及提繳不足之勞退金等語，均為上訴人否認，並以前詞抗辯。兩造爭點為：

(一)被上訴人主張遭上訴人不當扣薪及福利津貼，請求上訴人返還22,507元，有無理由？

(二)被上訴人主張遭上訴人違法解雇有無理由？

(三)如認有理由，則被上訴人請求上訴人給付資遣費228,871元、加班費368,461元、失業給付損失20,520元，及請求上訴人開立非自願離職證明書，有無理由？

(四)被上訴人主張上訴人未足額提繳勞退金，請求上訴人提繳勞退金差額43,318元，有無理由？

六、本院之判斷：

(一)被上訴人主張遭上訴人不當扣薪，請求上訴人返還22,507

元，為有理由：

1. 按工資為勞工因工作而獲得之報酬；工資由勞雇雙方議定之；工資應全額直接給付勞工，為勞基法第2條、第21條第1項本文、第22條第2項分別定有明文。工資為勞工提供勞務之對價，為勞工及其家屬賴以維生的重要收入，故依法雇主應依勞動契約給付工作報酬，且工資應按月全額直接給付勞工。雇主如欲採取減薪措施，自應徵得勞工之同意，方屬適法。勞資間之經濟地位並非平等，勞工對勞動契約內容未必有商議之可能性，勞工往往為了生計考量，保有工作機會，對於僱主片面違法減薪行為，不敢明確表示反對之意思，僅得委屈受領，並不得因此即謂已得其同意減薪，否則適足以助長僱主繼續片面變更薪資條件之行為，是勞工雖於其後繼續服勞務並領取僱主片面減薪後之薪資，不得以此即認為已得勞工同意變更薪資條件。

2. 上訴人與被上訴人間為僱傭關係，上訴人本應按月給付被上訴人全額工資。而被上訴人主張上訴人於109年3月減薪4,200元，並以營收不如預期於109年4月、6月、7月分別扣除福利津貼2,000元、營收分擔6,370元；福利津貼2000元、營收分擔5,045元；福利津貼2,000元、營收分擔892元等情，有被上訴人提出之月薪清單在卷可稽（見原審卷第23、25、29、31頁），自堪信為真實。而上訴人抗辯其係得到被上訴人同意減薪，並無不當扣薪云云，然此為被上訴人所否認，自應由上訴人負舉證之責。經查：

(1)109年3月減薪4,200元之部分：上訴人雖抗辯其與被上訴人間已有減薪之協議，並提出系爭協議書為據（見原審卷第121-123頁），然觀之系爭協議書所載，其名為「協商減少工時協議書」，且於第一項第1點約定減少工時實施期間為自109年4月1日起至109年9月30日止，然卻逕於其中第一項第2點記載109年3月薪資減少10%，此部分自非就109年3月減少工時之協議，則上訴人竟依此而對被上訴人將109年3月之薪資減少4,200元，已難認該部分之減薪係得被上訴人之

01 同意而為之，足見被上訴人主張上訴人係無正當理由且未經
02 被上訴人同意扣除109年3月4,200元之薪資一節為可採。

03 (2)109年4月、6月、7月扣薪8,370元、7,045元、2,892元之部
04 分：上訴人雖抗辯109年4月、6月、7月之扣薪，業經被上訴
05 人同意減少工時並減薪，且提出系爭協議書為證，而依上訴
06 人所抗辯系爭協議書之第一項第1點內容，係約定自109年4
07 月1日至109年9月30日每日工作減少為7小時，然依上訴人所
08 提出其主張被上訴人於109年4月、6月、7月之工時，至少均
09 為8小時以上（見本院卷二第154-156頁），顯已與系爭協議
10 書所載減少工時為每日7小時等情不符，故上訴人執此主張
11 被上訴人應依系爭協議書減薪云云，已無所據。

12 (3)再按工資係勞工因工作而獲得之報酬，包括工資、薪金及按
13 計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、
14 津貼及其他任何名義經常性給與均屬之，勞基法第2條第3款
15 、定有明文。所謂工資，應屬「勞務之對價」及「經常性之
16 給與」，至於其給付名稱為何，則非所問（最高法院92年度
17 台上字第2108號判決意旨參照）。又勞工與雇主間關於工資
18 之爭執，經證明勞工本於勞動關係自雇主所受領之給付，推
19 定為勞工因工作而獲得之報酬，勞動事件法第37條定有明文
20 。查被上訴人自104年11月至109年7月任職於上訴人期間，
21 均領有福利津貼（見原審卷第287-288頁），依上開說明，
22 此應推定為被上訴人提供勞務之報酬，且為每月之固定給與
23 ，亦具經常性，上訴人既未提出反證推翻具有勞務對價性，
24 自屬工資之一部分，故上訴人本應全額給付，然上訴人卻於
25 109年4月、6月、7月逕行扣除福利津貼各2千元，自屬無正
26 當理由且未經被上訴人同意之扣薪。再者，上訴人於109年4
27 月、6月、7月各於被上訴人薪資中扣除營收未達標分擔金額
28 6,370元、5,040元、892元，然被上訴人與上訴人間為僱傭
29 關係，被上訴人為單純之勞工，並未參與上訴人公司之經
30 營，自不應負擔公司營運盈虧之責，而上訴人片面以營收未
31 達標為由扣除被上訴人應領得之薪資，無異使被上訴人共同

01 負擔公司虧損，自屬違反勞動契約之本旨，故被上訴人主張
02 上訴人無正當理由且未經被上訴人同意之扣薪，自屬有據。

- 03 3. 據上，上訴人無正當理由對被上訴人扣除109年3月薪資4,20
04 0元、109年4月薪資8,370元、109年6月薪資7,045元、109年
05 7月薪資2,892元，合計22,507元，則被上訴人以上訴人無正
06 當理由未全額給付其工資為由，主張依民法第179條第1項之
07 規定，請求上訴人返還溢扣之薪資22,507元，為有理由。

08 (二)被上訴人主張遭上訴人違法解雇，為有理由：

- 09 1. 按違反勞動契約或工作規則，情節重大者，雇主得不經預告
10 終止契約，勞基法第12條第1項第4款定有明文。而所稱「情
11 節重大」係不確定法律概念，解釋上應以勞工違反勞動契約
12 之具體事項，客觀上已難期待雇主採用解僱以外之懲處手段
13 而繼續其僱傭關係為斷。倘仍有其他懲戒方法可施，尚未至
14 最後、無法迴避、不得已之手段，自不得任由雇主懲戒勞工
15 達解僱之程度。故勞工之違規行為態樣、初次或累次、故意
16 或過失違規、對僱主及所營事業所生之危險或損失、勞雇間
17 關係之緊密程度、勞工到職時間之久暫等，均為是否達到懲
18 戒性解僱之衡量因素(最高法院110年度台上字第2913號判決
19 意旨參照)。

- 20 2. 上訴人抗辯被上訴人因擅自限制顧客用餐時間，導致嚴重客
21 訴，重創上訴人公司形象，有違反員工規章第12章第2條第7
22 項第3點、第26點、第28點之情形，而依勞基法第12條第1項
23 第4款予以解僱，固據其提出臉書頁面及訊息截圖為證（見
24 原審卷第129-131頁）。而依上訴人公司員工規章第2條第7
25 項規定，員工有下列事項者，得予免職：第3點「內場（廚
26 房）與外場人員若遭客訴，且情節嚴重者。」、第26點「處
27 事失當，有損公司聲譽，情節嚴重者。」、第28點「因個人
28 重大過失或不當行為導致公司遭受嚴重損害者。」（見原審
29 卷第135-136頁）。經查：

- 30 (1)上訴人雖辯以係被上訴人擅自限制顧客用餐時間導致客訴云
31 云。然依證人即上訴人前員工陳佩倫於原審證稱：「（問：

01 是否知悉寬心園安和店有顧客用餐時間1個半小時的限制？）知道。（問：是否在顧客訂位時，就會事先告知顧客
02 有這個一個半小時用餐時間限制？）會。」、「（問：安和
03 店的員工，不管是誰受領訂位，都會告知顧客有1.5小時用
04 餐時間限制的規定？）是。總公司應該會知道，因為照理講
05 我們是分店，分店做這個事，總公司應該會知道。就我待過
06 的分店，板橋跟安和都有。（問：規定要有1.5小時用餐時
07 間限制，目的為何？）翻桌率。」、「我在板橋店的時候，
08 一直都有這個限制。誰講得我已經沒有印象了。」等語（見
09 原審卷第404-405、408-409頁）；核與證人即上訴人前員工
10 陳姿燕於本院證稱：「有在安和店做過，我是以計時人員在
11 安和店打工，時間為109年1月到2月。（問：在安和店時，
12 是否員工在接受顧客訂位時，都會告知顧客有一個半小時用
13 餐時間之限制？）有。主要是翻桌率跟他們現場人力不夠。
14 （提示安和店訂位表七份原審卷第425-431頁）（問：這
15 是否為安和店訂位表？從訂位表中的「特殊需求」欄中，都有
16 記載「1.5H」，是否表示員工會對每個訂位顧客都告知有
17 1.5小時用餐時間限制這一件事？）是安和店的訂位表。
18 是，會有告知用餐時間限制。」、「以外場來講，大概要7
19 至8人，內場部分最少也要有7個。安和店人力非常短缺，外
20 場加我只有3個，內場少至2個，多至3個。」等語相符（見
21 本院卷二第78-79頁），且店內員工於安排訂位時，均已有
22 告知顧客1.5小時時間限制之情形，並有安和店訂位表在卷
23 可參（見原審卷第425-431頁），顯見用餐時間1.5小時之限
24 制，實為板橋店、安和店分店政策之規定，被上訴人僅為受
25 僱之店長，該1.5小時用餐時間之限制規定，實非被上訴人
26 個人所得以置喙，是上訴人抗辯係被上訴人擅自限制顧客用
27 餐時間導致客訴云云，顯無足採。

28
29 (2)上訴人雖辯以因被上訴人之行為導致嚴重客訴，重創上訴人
30 公司形象云云，然依上訴人所提出之臉書及訊息截圖所示，
31 該顧客表示「餐廳雖然規定了用餐時間，但只要無人等候其

實都不會去趕人，不知道寬心園的規定真的這麼硬。」、「希望你們能夠調整一下給客人一個彈性.....套餐券的部分不需要，其實我覺得你們的員工在上菜跟介紹餐點方面都非常專業，但是在公司規定這部分不夠圓融。」等情（見原審卷第129-131頁），僅在表示對於用餐時間規定不夠彈性之意見，亦婉拒上訴人提供套餐券之優惠，並表示員工在上菜及介紹餐點方面都非常專業，顯未因此對上訴人公司有嚴重之詆毀評價，亦未要求賠償進而衍生消費糾紛造成上訴人公司損害，上訴人執此客戶之意見表達，而指因此造成重創上訴人公司形象有重大損害云云，並未舉證以實其說，其所辯自無所據。

(3)再依系爭員工規章第1條規定，懲處分為申誡、小過、大過、免職等4種，衡酌上訴人所指被上訴人限制顧客用餐時間之行為，實乃因分店營業所需為翻桌率而為之決策規定，被上訴人單純遵循分店有關用餐時間之規範，實難認被上訴人有違反員工規章之故意，且縱因限制用餐時間一事導致客訴，亦未造成上訴人公司有何重大損害，縱認被上訴人處理過程有疏失，然被上訴人尚非累犯，上訴人亦非不能給予申誡、小過、大過等其他處分，是仍有其他懲處方法可施，尚未至最後、無法迴避、不得已之手段，然上訴人針對被上訴人前開初犯之行為，逕自做成解僱之決定，並未予以申誡、記過等以促被上訴人改善或避免再犯之情，應認上訴人於109年7月30日依勞基法第12條第1項第4款規定終止兩造間勞動契約，不符合解僱之最後手段性原則，並非合法，不生終止系爭勞動契約之效力。

3. 兩造間系爭勞動契約經被上訴人於109年8月3日寄發存證信函，以上訴人有勞基法第14條第1項第6款事由，向上訴人為終止勞動契約之意思表示，上訴人於109年8月4日收受存證信函而合法終止：

(1)按雇主有不依勞動契約給付工作報酬，或有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

01 契約，勞基法第14條第1項第5、6款分別定有明文。又勞工
02 依勞基法第14條第1項第6款規定終止勞動契約，應自知悉其
03 情形之日起或得於知悉損害結果之日起30日內為之，同條第
04 2項亦有明文。

05 (2)經查，上訴人無正當理由對被上訴人扣除109年3月薪資4,20
06 0元、109年4月薪資8,370元、109年6月薪資7,045元、109年
07 7月薪資2,892元，合計22,507元，則上訴人有無正當理由扣
08 薪，自有未依兩造間勞動契約全額給付被上訴人工作報酬之
09 情形。再者，上訴人於109年7月30日依勞基法第12條第1項
10 第4款規定終止兩造間勞動契約，不符合解僱之最後手段性
11 原則，並非合法，均如前述，且上訴人未依規定調整月提繳
12 工資，遭勞動部勞工保險局逕予調整等情，有勞動部勞工保
13 險局109年10月26日保退二字第10960250700號函及所附月提
14 繳工資明細表在卷可稽（見原審卷第125-127頁）。故被上
15 訴人主張上訴人不依系爭勞動契約給付工作報酬及違反勞動
16 契約、勞工法令等語，即為有理。從而，被上訴人依勞基法
17 第14條第1項第6款規定，於109年8月3日寄發存證信函，向
18 上訴人為終止系爭勞動契約之意思表示，核屬有據，又兩造
19 不爭執上訴人於109年8月4日收受存證信函（見不爭執事項
20 (五)），是系爭勞動契約於該日發生終止之效力。

21 (三)被上訴人請求上訴人給付加班費368,461元、資遣費228,871
22 元、失業給付損失20,520元，及請求上訴人開立非自願離職
23 證明書，有無理由？

24 1. 加班費部分：

25 (1)按雇主延長勞工工作時間者，其延長工作時間在2小時以內
26 者，按平日每小時工資額加給3分之1以上，加給延長工作時
27 間之工資；再延長工作時間在2小時以內者，按平日每小時
28 工資額加給3分之2以上，勞基法第24條第1項第1款、第2款
29 定有明文。次按雇主應置備勞工工資清冊，將發放工資、工
30 資各項目計算方式明細、工資總額等事項記入。工資清冊應
31 保存5年；雇主應置備勞工出勤紀錄，並保存5年；前項出勤

01 紀錄，應逐日記載勞工出勤情形至分鐘為止。勞工向雇主申
02 請其出勤紀錄副本或影本時，雇主不得拒絕；雇主應將勞工
03 每年特別休假之期日及未休之日數所發給之工資數額，記載
04 於第23條所定之勞工工資清冊，並每年定期將其內容以書面
05 通知勞工；勞工依本條主張權利時，雇主如認為其權利不存
06 在，應負舉證責任，勞基法第23條第2項、第30條第5、6
07 項、第38條第5、6項亦分別定有明文。再按出勤紀錄內記載
08 之勞工出勤時間，推定勞工於該時間內經雇主同意而執行職
09 務，勞動事件法第38條亦著有規定。則勞工在正常工作時間
10 外，延長工作時間，無論是基於雇主明示的意思而為雇主提
11 供勞務，或雇主明知或可得而知勞工在其指揮監督下的工作
12 場所延長工作時間提供勞務，卻未制止或為反對的意思而予
13 以受領，則應認勞動契約雙方當事人已就延長工時達成合致
14 的意思表示，該等提供勞務時間即屬延長工作時間，雇主負
15 有本於勞動契約及勞基法規定給付延長工作時間工資的義
16 務，此不因雇主採取加班申請制而有不同（最高行政法院10
17 8年度判字第437號判決意旨參照）。

18 (2)經查，兩造約定被上訴人每日上下班須打卡分四次紀錄出勤
19 時間，分別為早班上班、早班下班、晚班上班、晚班下班，
20 其中早班下班與晚班上班間之空檔係被上訴人可自由支配之
21 空班時間，則依上訴人所提出之被上訴人出勤明細表(見原
22 審卷第145-197頁)，被上訴人之出勤時間即如原判決附表二
23 「原告主張工作時間」欄所載之時數。而被上訴人雖主張該
24 時數均未有休息用餐之時間云云，然依證人即上訴人員工郭
25 嘉真證稱：「A班11點半到5點半，6點半到9點半；B班10點
26 到2點半，5點半到9點半。打卡方式分四段打卡。我們有半
27 小時的用餐時間，分店的員工通常都會輪流休息用餐。」等
28 語(見原審卷第411頁)，故依證人郭嘉真之證述，可知員工
29 於出勤時均會有半小時之用餐休息時間，而以A班、B班之出
30 勤時間，均有橫跨午餐及晚餐之用餐時間，故被上訴人之出
31 勤時間，即應均以打卡時間扣除1小時之用餐休息時間為其

01 實際之出勤時間，即如原判決附表二「判決認定工作時間」
02 欄所示。

03 (3)上訴人雖抗辯其係採加班申請制，被上訴人未經申請加班，
04 即不應事後追認其加班云云。然依證人陳佩倫證稱：「我們
05 都是工讀生加班比較多，我們會問工讀生有無申請加班，因
06 為他們是算時薪。我們會登記工讀生加班時數，店長會代為
07 登錄人事系統申請工讀生加班的時數。正職員工沒有人在申
08 請。我沒有申請。被上訴人我印象中是沒有，我們是一起上
09 班的。」等語(見原審卷第408頁)；及證人陳姿燕證稱：
10 「沒有報過加班費，我也不知道可以報加班費。我連可以申
11 請加班費這件事都不知道」、「(問：公司有跟你們說正職
12 人員是責任制這件事嗎？)在我面試時，面試官有說。
13 (問：如果正職人員工作時間超過法定工時8小時，超過的
14 這些時間，公司有另外給補休嗎？)沒有。」、「1、2月是
15 年節期間，是所有正職人員都可以申請加班費，只有除夕、
16 初一、初二可以申請。5月份應該是母親節的檔期，但我沒
17 有印象公司有說可以申請加班費」等語(見本院卷二第77-82
18 頁)，故依證人陳佩倫、陳姿燕之證述，可知正職人員僅有
19 除夕、初一、初二之年節期間可申請加班費，其餘時間並未
20 有加班申請制之適用，故上訴人抗辯被上訴人係採加班申請
21 制未經申請不得請領云云，自無可採。

22 (4)上訴人雖抗辯A班、B班均有空班時間，不應依打卡紀錄計入
23 工作時間云云，然依被上訴人之打卡紀錄，其於空班時間確
24 仍有在工作之情形，且經證人陳姿燕證述：「(問：在空班
25 時間，店長再做什麼事情？)店長除了自己行政作業要處
26 理，也會去現場支援，有時候因為要支援現場，所以必須要
27 利用空班時間來做自己的行政業務。」、「(問：在妳任職
28 期間，安和店真實的人力情況為何？)非常短缺，外場加我
29 只有3個，內場少至2個，多至3個。(問：余政翰仍在職的
30 時候，安和店是否常常人力不足？)對。(問：當人力不足
31 時，是否要由擔任主管之余政翰犧牲自己的休息時間即空班

01 時間下來填補人力缺口？）需要。（問：是否知道余政翰在
02 安和店擔任店長時，平常的工作內容有哪些？）行政作業，
03 包含排班，排班還有分月班表、週班表、日班表，週誌、叫
04 貨，包含包材叫貨、水果叫貨。這些都是店長職務，崗位人
05 力不足的情況下，店長會下去各崗位支援。（問：余政翰是
06 否要協助餐期前準備？）要。（問：在當日的餐期內，余政
07 翰是否也需要跟一般人員一樣，在外場服務來店顧客？是否
08 也要協助內場？）外場是一定要服務的，內場要看內場的人
09 力夠不夠。」、「沒有辦法準時在晚上9時30分結束，等到
10 所有客人走之後，整理環境後才有辦法打卡下班。通常可以
11 打卡下班的時間會超過10至15分鐘。（問：余政翰是否還要
12 從事諸如物料盤點、員工工作時數確認、顧客資料建檔等等的
13 行政工作？）需要。（問：余政翰在餐期必須服務顧客、
14 協助內場，那麼上述行政工作要利用什麼時間做？）自己的
15 私人時間，即空班時間。」等語明確（見本院卷二第77頁、
16 第79-80頁），故可知被上訴人因擔任店長之工作，仍需利
17 用空班時間為排班、叫貨、支援各崗位之工作、物料盤點等
18 各項行政工作，被上訴人於空班時間仍有工作之情形，故上
19 訴人主張應扣除空班時間云云，即無所據。

20 (5)被上訴人主張其於104年11月、12月之月薪為45,000元、105
21 年1至12月之月薪為48,000元、106年1月至108年12月之月薪
22 為45,000元、109年1月至7月之月薪為44,000元（見原審卷
23 第265頁），核與上訴人提出之被上訴人薪資明細表（見原
24 審卷第287-288頁）、存摺存款歷史明細查詢表（見限閱卷
25 一第76-104頁）相符，自堪認屬實。而上訴人雖主張薪資中
26 之「其他加項」之給與為交通補助，非屬勞務之對價，不應
27 列入工資計算云云。然依勞動事件法第37條規定，被上訴人
28 任職期間自上訴人受領之給付，即推定為勞工因工作而獲得
29 之報酬，且觀之被上訴人除底薪外，於104年11月至106年2
30 月、108年8月至109年7月均領有福利津貼及其他加項，106
31 年3至108年7月則領有福利津貼，福利津貼及其他加項之給

與之金額大致固定，於福利津貼領得2千元時，則另領取其他加項之給與，於福利津貼領得5千元時，則不另領取其他加項之給與，顯見上訴人給與薪資雖分別以「福利津貼」、「其他加項」之名稱為之，然係由上訴人調整給付項目之名稱，實無礙於其為屬被上訴人提供勞務之對價，且具經常性，自屬工資之一部分，自應列入平日每小時工資額計算。

(6)從而，依原判決附表二「判決認定工作時間」欄所示之工作時間，以附表二加班費計算表欄所示之月薪計算，上訴人應給付被上訴人之加班費數額合計為373,913元（詳如附表二計算式所示），扣除被上訴人已領取之5,452元後（見原審卷第287-288頁），被上訴人得請求上訴人給付之加班費為368,461元（計算式：373,913－5,452＝368,461）。至上訴人抗辯被上訴人尚有申請加班費59,518元亦應予扣除云云，然此為被上訴人所否認，上訴人就有給付此部分之加班費一節，並未舉證以實其說，自無足採。

2. 資遣費之部分：

(1)按勞工依勞基法第14條終止勞動契約者，雇主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，為勞基法第14條第4項準用同法第17條所明定。勞工退休金條例第12條另規定：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2分之1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。查兩造間之勞動契約由被上訴人依勞基法第14條第1項第6款規定合法終止，已如上述，依前揭規定，被上訴人自得請求上訴人給付資遣費。

(2)按平均工資謂計算事由發生之當日前6個月內所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額，勞基法第2條第4款定有明

01 文。再1個月平均工資，應為事由發生之當日前6個月所得工
02 資總額除以該期間之「總日數」，再按每月以30日計算之金
03 額（最高法院110年度台上字第675號判決意旨參照）。事由
04 發生之當日前6個月內所得工資總額，係指常態之工作情況
05 而言，即應以原告常態受薪之工資總額計算平均工資，方屬
06 合理（最高法院75年度台上字第1822號判決意旨參照）。故
07 平均工資之計算，應僅列入正常工作時間之薪資，而排除非
08 屬常態性期間之薪資，資以保障勞工之權益。另按工資，謂
09 勞工因工作而獲得之報酬，包括工資、薪金及按計時、計
10 日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其
11 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
12 文。所謂「因工作而獲得之報酬」及「經常性之給付」，分
13 別係指符合勞務對價性，及在一般情形下經常可以領得之給
14 付。判斷某項給付是否具「勞務對價性」及「給與經常
15 性」，應依一般社會之通常觀念為之，其給付名稱為何，尚
16 非所問。

17 (3)被上訴人主張其前6個月內之平均工資為44,000元，並提出
18 月薪清單為據（見原審卷第23-31頁）。上訴人則抗辯被上
19 訴人離職前6個月之平均工資為39,971元。而依上訴人前於
20 原審提出被上訴人之薪資明細所示（見原審卷第287-288
21 頁），被上訴人於109年2月、3月、4月、5月、6月、7月均
22 固定領取底薪40,000元、福利津貼2,000元，另領有其他加
23 項各2,000元、2,000元、2,000元、3,498元、2,000元、2,0
24 00元。而以被上訴人自104年11月至109年7月任職於上訴人
25 期間，均固定領有福利津貼及其他加項，上訴人雖主張其他
26 加項為交通費補助，非屬勞務之對價云云，然依薪資表所載
27 （見原審卷第287-288頁），此其他加項之金額每月大致固
28 定，且為固定給與，且依勞動事件法第37條規定，應推定為
29 被上訴人提供勞務之報酬，亦具經常性，應屬工資之一部
30 分，自應列入計算平均工資。至109年7月特休未休假補發獎
31 金17,333元，乃雇主對勞工未休假之補償，與勞務之對價有

間，自不得列入平均工資計算。再者，被上訴人之加班費乃延長工時之工資，為被上訴人勞動之對價，縱在時間上、金額上非固定，但在一般情形下，有加班即可支領，制度上有經常性，堪認係經常性給與，仍屬工資。是被上訴人109年2月之薪資為44,000元、109年3月之薪資為44,000元、109年4月之薪資為44,000元、109年5月之薪資為45,498元、109年6月之薪資為44,000元、108年7月之薪資為44,000元，加計上訴人應補發予被上訴人於109年2月至7月之加班費4,511元（依附表二所示109年2月至7月應加成1又1/3之加班時數合計為18.5小時， $183.33 \text{元} \times 1.33 \times 18.5 = 4,511 \text{元}$ ，元以下4捨5入），是其月平均工資為44,507元（ $44,000 \text{元} + 44,000 \text{元} + 44,000 \text{元} + 45,498 \text{元} + 44,000 \text{元} + 44,000 \text{元} + 4,511 \text{元}$ ） $\div (29 + 31 + 30 + 31 + 30 + 31) \times 30 = 44,507 \text{元}$ ，元以下4捨5入），則被上訴人主張月平均工資以44,000元計算，尚未逾44,507元，自堪採取。而被上訴人自99年3月9日起至109年8月4日止受僱於上訴人公司，共10年4月26日，新制資遣基數為 $5 + 73/360$ （新制資遣基數計算公式： $[\text{年} + (\text{月} + \text{日} \div 30) \div 12] \div 2$ ），被上訴人得請求上訴人公司給付之資遣費為228,922元【計算式： $44,000 \text{元} \times (5 + 73/360) = 228,922 \text{元}$ ，元以下四捨五入】，故被上訴人主張上訴人應給付資遣費228,871元，自屬有據。

3. 失業給付損失部分：

- (1)按年滿15歲以上，65歲以下之具中華民國國籍之受僱勞工，應以其雇主或所屬機構為投保單位，參加就業保險為被保險人；失業給付之請領條件如下：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；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60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5條第1項第1款、第11條第1項第1款、第16條第1項本文、第38條第3項分別定有明文。

(2)經查，被上訴人於109年8月4日因勞基法第14條第1項第6款規定離職，為就業保險法第11條第3項所稱之非自願離職，業如前述，而被上訴人離職前6個月即自109年2月起至同年7月止，被上訴人之薪資為44,000元，已如前述，可知上訴人應以投保級距45,800元（見原審卷第77頁）為被上訴人投保就業保險，然上訴人未依就業保險法規定，以被上訴人實際薪資44,000元之投保級距45,800元為被上訴人投保就業保險，而於109年2月至4月以43,900元、109年5月至7月以36,300元為被上訴人投保（見原審卷第127頁）。準此，被上訴人請求上訴人賠償其因此受有6個月之失業給付差額損失20,520元【計算式：（45,800元－43,900元）×60%×3個月+（45,800－36,300）×60%×3個月＝20,520元】，即屬有據。

4. 被上訴人請求上訴人開立非自願離職證明書，為有理由：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；或因勞基法第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11條第3項著有規定。經查，兩造間系爭勞動契約經被上訴人依勞基法第14條第1項第6款規定合法終止，業如前述，核屬就業保險法第11條第3項所稱之非自願離職，則被上訴人依上開規定請求上訴人開立非自願離職證明書，為有理由，應予准許。

(四)被上訴人主張上訴人未足額提繳勞退金，請求上訴人提繳勞退金差額43,318元，有無理由？

1. 按雇主應為適用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞

01 保局設立之勞工退休金個人專戶。除本條例另有規定者外，
02 雇主不得以其他自訂之勞工退休金辦法，取代前項規定之勞
03 工退休金制度；雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得低
04 於勞工每月工資百分之6；又雇主未依本條例之規定按月提
05 繳或足額提繳勞工退休金，致勞工受有損害者，勞工得向雇
06 主請求損害賠償；前項請求權，自勞工離職時起，因五年間
07 不行使而消滅。勞退條例第6條、第14條第1項、第31條分別
08 定有明文。於勞工尚不得請領退休金之情形，亦得請求雇主
09 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
10 原狀（最高法院101年度台上字第1602號判決意旨參照）。

- 11 2. 被上訴人主張其薪資應如附表一「約定薪資」欄所示，上訴
12 人應依附表一「應投保金額」欄所示之金額為被上訴人投保，
13 並提撥附表一「應提撥」欄所載之金額，此有存摺存款
14 歷史明細查詢單（見限閱卷一第49-104頁）、勞工退休金月
15 提繳工資分級表（見原審卷第57-77頁）在卷可稽，而上訴
16 人為被上訴人所投保之金額如附表一「公司投保金額」欄所
17 示（見原審卷第37頁勞工退休金（勞退新制）提繳異動明細
18 表），而僅實際提撥如附表一「實際提撥」欄所示之金額，
19 自有未足額提撥之情形，是被上訴人依勞退條例前開規定，
20 請求上訴人補提繳如附表一「差額」欄所示金額，合計46,0
21 54元，於扣除上訴人已補提撥之金額2,736元（見原審卷第4
22 47-460頁）後，被上訴人請求上訴人提繳43,318元（計算
23 式：46,054－2,736＝43,318）至被上訴人之勞退專戶，為
24 有理由。至上訴人雖抗辯被上訴人已罹於時效云云，然按勞
25 退條例第31條係規定自離職之日起，因5年間不行使而消
26 滅，而被上訴人於109年8月4日離職，並於109年11月3日起
27 訴請求，尚未罹於時效，故上訴人之抗辯自屬無據。

- 28 七、綜上所述，被上訴人依兩造間勞動契約、民法第179條、勞
29 基法第24條、第19條、就業保險法第25條、第38條、勞退條
30 例第12條、第31條第1項之規定，請求(一)上訴人應給付被上
31 訴人640,359元，及其中271,898元自起訴狀繕本送達翌日即

109年11月19日起（原審卷第95頁）、其餘368,461元自追加
起訴狀繕本送達翌日即110年3月13日起（原審卷第599
頁），均至清償日止按週年利率5%計算之利息。(二)上訴人補
提繳43,318元至被上訴人勞退金專戶內。(三)上訴人應開立非
自願離職證明書予被上訴人，為有理由，應予准許。原審就
該部分為上訴人敗訴之判決，並為准、免假執行之宣告，經
核並無不合，上訴人上訴意旨指摘原判決該部分不當，求予
廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

八、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。

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

中 華 民 國 112 年 8 月 15 日
勞動法庭

審判長法官 李慈惠

法官 吳燁山

法官 鄭貽馨

正本係照原本作成。

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 112 年 8 月 15 日
書記官 郭晉良