臺灣高等法院民事判決

111年度勞上易字第45號

上　訴　人　陳禾發

被 上訴 人　良福保全股份有限公司

法定代理人　郭永宗

訴訟代理人　李亞文

上列當事人間請求給付工資等事件，上訴人對於中華民國111年1月7日臺灣臺北地方法院110年度勞訴字第90號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於112年6月6日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及訴訟費用之裁判均廢棄。

二、被上訴人應給付上訴人新臺幣參萬參仟零陸拾玖元。

三、其餘上訴駁回。

四、第一、二審（含追加之訴）訴訟費用，由被上訴人負擔十分之三，餘由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第2款分別定有明文。本件上訴人起訴主張其受僱於被上訴人，遭被上訴人違法終止兩造間勞僱關係，上訴人得依勞動基準法（下稱勞基法）第14條第1項第6款、第4項、第17條等規定請求被上訴人給付新臺幣（下同）11萬7,000元。嗣於本院審理中主張前揭違法解雇造成其沒有工作，追加依侵權行為損害賠償請求權請求被上訴人給付3個月薪資等語（見本院卷第276、301頁），其所為乃本於被上訴人解僱上訴人之同一基礎事實而為訴之追加，核與前揭規定相符，應予准許。

貳、實體方面

一、上訴人主張：上訴人自民國107年11月2日起受僱被上訴人，擔任駐區日班保全人員，月薪為每月3萬7,000元，最後工作日為109年8月31日。惟被上訴人未經上訴人同意，於109年9月5日通知將上訴人調派為機動保全人員，執勤案場為○○○○社區、○○○○社區、○○○○社區，與上訴人應徵之工作即社區保全人員不符，自無須接受。又109年6月至8月間上訴人均在○○○○社區執勤，109年8月31日下班前取得之○○○○109年9月份現場人員預排班表（下稱○○○○9月份班表），並無上訴人名字，經詢問訴外人即幹部督導畢宇翔，其僅回覆等通知。然至109年9月5日始傳送「良福保全陳禾發109年9月份現場人員預排表」（下稱系爭9月份預排表）。惟109年9月1日至5日，上訴人已返回雲林老家，當日不可能執勤，109年9月6日、7日、8日系爭9月預排表則每天預排兩個案場，上訴人顯無法連續執勤，可見系爭9月預排表將使上訴人無法完成工作，被上訴人以曠職為由終止兩造間勞動契約，自屬故意剝奪上訴人工作權利，應認上訴人在109年9月並無排班，無須上班。故被上訴人於109年9月8日以上訴人無故連續曠職3日以上，依勞基法第12條第1項第6款規定，寄送台北長春郵局第001092號存證信函（下稱系爭長春郵局存證信函）終止兩造間勞動契約顯不合法，上訴人得依勞基法第14條第1項第6款終止契約後，依同條第4項及同法第17條規定請求被上訴人給付資遣費11萬1,000元，及依同法第38條規定，請求被上訴人給付未休特休假5日工資6,000元，共計11萬7,000元等語。爰依勞基法第17條、第38條規定，求為命被上訴人給付上訴人11萬7,000元之判決，願供擔保請准宣告假執行。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服原判決，提起上訴後，追加依侵權行為損害賠償請求權請求被上訴人賠償3個月薪資即11萬1000元（計算式：3萬7,000×3＝11萬1,000）等語，並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人11萬7,000元。

二、被上訴人則以：依兩造間勞動契約書（下稱系爭勞動契約）第2條第2項及第3條第3項約定，上訴人已同意被上訴人有調

動之權利，且應配合調動。被上訴人於109年9月將上訴人派勤於○○○○社區、○○○○社區及○○○○社區，並通知工作性質同為保全員。依被上訴人109年9月2日派令，將上訴人原派駐地點「○○○○」異動為「天母區機動」，係因被上訴人天母地區之其他案場缺員，因業務需要而機動調整調派上訴人至其他天母案場。而依上訴人與畢宇翔間LINE對話記錄，上訴人早已知曉將派至其他案場。且上訴人住所距離所派上開案場分別為2.4、8.5、3.4公里，均位於士林區，並無不當。兩造間勞動契約並未約定上訴人係派至特定案場，被上訴人皆安排上訴人為日班保全，雖109年9月初將上訴人排班至不同案場，亦係一次將整月份班表排出，並無臨時或突發性將上訴人派駐不同案場，且皆安排上訴人住所附近之案場，均擔任日間保全，工作性質及薪資完全一樣。又上訴人未曾至○○○○社區、○○○○社區執勤，系爭9月預排表上○○○○社區執勤第1天即109年9月7日、○○○○社區執勤第1天即109年9月8日，均以「見習」二字註記，因系爭9月預排表之欄位寬度因素，分別橫向跨占該月6、7、8日空格欄位及7、8、9日空格欄位，並非於同日要求上訴人至兩個案場執勤。再上訴人依勞基法第84條之1簽訂約定書，經臺北市政府勞動局核備在案，而上訴人收受之系爭9月預排表，排勤計20天，符合約定及法令規範。至上訴人是否應於9月1日即收到系爭9月預排表，實無必要。上訴人自陳已於109年9月5日收到系爭9月預排表，惟其不願意接受調動，一直認為被上訴人之調動未經其同意而為違法，不願意執勤，並自109年9月5、6、7、8日已連續曠職超過3日，違反勞基法第12條第1項第6款規定，被上訴人以系爭長春郵局存證信函終止兩造間勞動契約，自屬合法，上訴人請求資遣費，為無理由。另上訴人任職尚未滿2年，其滿1年之特別休假7日，其中2天特別休假，上訴人已休畢，並發放1,983元特休獎金，剩餘5天特別休假，亦於109年3月發放5天薪資4,959元等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴及追加之訴駁回。

三、兩造不爭執事項（見111年4月15日準備程序筆錄、本院卷第73至74頁）

㈠上訴人自107年11月2日受僱於被上訴人，擔任保全人員，依兩造所訂系爭勞動契約第2條及第3條約定，被上訴人因營運或業務需要而須變動上訴人工作項目或調動工作地點時，上訴人應予配合，有系爭勞動契約為證（見原審卷第87頁）。

㈡上訴人工作地點原在○○○○社區，109年9月5日起經被上訴人調動為○○○○社區、○○○○社區及○○○○社區後，未再出勤，被上訴人以上訴人有「無正當理由繼續曠工3日」情形為由，於同年9月8日寄發系爭長春郵局存證信函向上訴人表示終止僱傭契約。

㈢被上訴人於109年9月8日以系爭長春郵局存證信函終止兩造間勞動契約，上訴人於109年9月9日收受。

四、本院得心證之理由：

㈠關於被上訴人依勞基法第12條第1項第6款規定，以系爭長春郵局存證信函終止兩造間勞動契約，是否合法有效部分：

1.按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12條第1項第6款定有明文。雇主得不經預告終止勞動契約者，必以勞工無正當理由曠工及繼續曠工3日為其法定要件，倘祇具其一，即不構成雇主得不經預告終止勞動契約之事由。是勞工之曠工非屬無正當理由者，雇主自不得據以終止勞動契約（最高法院85年度台上字第271號判決要旨參照）。

2.被上訴人主張：因被上訴人天母地區之其他案場缺員，遂將上訴人原派駐地點○○○○社區異動為「天母區機動」，上訴人已於109年9月5日收到系爭9月預排表，惟其不願意接受調動，不願意執勤，於109年9月5日起已連續曠職超過3日，被上訴人於同年月8日依勞基法第12條第1項第6款規定，終止兩造間之勞動契約，自屬合法等語，則為上訴人所否認，辯稱：上訴人受僱被上訴人擔任駐區日班保全人員，被上訴人未經上訴人同意，於109年9月5日通知將上訴人調派為機動保全人員，與上訴人應徵之工作即社區保全人員不符，自

無須接受等語。經查：

⑴按「雇主調動勞工工作，不得違反勞動契約之約定，並應符合下列原則：一、基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但法律另有規定者，從其規定。二、對勞工之工資及其他勞動條件，未作不利之變更。三、調動後工作為勞工體能及技術可勝任。四、調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。五、考量勞工及其家庭之生活利益。」，勞基法第10條之1定有明文。按勞動契約係繼續性契約，雇主基於企業經營之需，調整勞工之職務，在所難免，如要求雇主行使調職命令權，均必須得到每個勞工之同意，將妨礙企業之存續發展、雇主之人力運用，進而影響全體勞工之職業利益，是雇主基於企業經營上之需要調動勞工，如新工作為勞工技術體能所能勝任，其工資及其他勞動條件又未作不利之變更，自應認並未違反勞動契約之本旨。故為維護事業單位營運及管理，並本勞資合作之精神，應認雇主原則上具有行使勞工調職命令之權限。然不得違反勞動契約之約定，且應受權利濫用禁止原則之規範，故明訂雇主調動勞工職務不得違反之五原則。

⑵查兩造於107年10月26日簽訂系爭勞動契約及約定書（下稱系爭約定書），約定上訴人受僱於被上訴人擔任保全人員，上開系爭約定書經被上訴人向臺北市政府勞動局提出申請核備，經該局以107年11月6日北市勞職字第1076089970號函同意核備在案，有上開系爭勞動契約、系爭約定書及核備函文等在卷可參（見原審卷第87至93頁、83至85頁、本院卷第119至123頁）。又系爭勞動契約第2條第2款、第3條約定被上訴人因營運或業務需要而須變動上訴人工作項目或調動工作地點時，上訴人應予配合等語，有系爭勞動契約在卷可證（見原審卷第87頁），且為兩造所不爭執（見不爭執事項㈠）。可知系爭約定書約定上訴人之職稱為保全人員，工作性質為駐衛保全或系統保全，並未約定其工作內容僅為「固定或特定」案場之日間保全，且被上訴人得因業務需求調動上訴人之工作項目及地點，因此，被上訴人依系爭勞動契約

及系爭約定書之約定，即得調動上訴人之職務，已難認其調動有違系爭勞動契約之約定。又被上訴人辯稱基於業務需要而進行調整，雖調派上訴人為「天母區機動」。然上訴人仍為日班保全，縱系爭9月預排表將上訴人排班至不同案場，然仍係一次將整月份班表排出，並無臨時或突發性將上訴人派駐不同案場，且皆安排上訴人住所附近之案場，工作性質及薪資完全一樣等情，業據被上訴人提出Goole地圖可參（見本院卷第177頁），並有派令可參（見本院卷第113頁），且上訴人調動後仍擔任日間保全，差別僅係並非固定在同一個社區，機動保全是在三、四個社區，補現場的休假等語，亦經證人畢宇翔到院證述在卷（見本院卷第223頁），堪認上訴人調職後之工作性質及薪資並無不同，對上訴人之薪資或其他勞動條件，並未作不利之變更。且調動後之薪資並未改變，且工作性質同為社區日間保全，難認調動後之工作勞動強度及危險較原職務高，且調動後之工作顯為上訴人體能及技術可勝任，依上開說明，被上訴人調動上訴人之工作應合於勞基法第10條之1之規定。從而，上訴人主張被上訴人將其調為機動保全，屬違法調動，為無可採。

3.又查，被上訴人所為上開調動雖屬合法，然觀諸上訴人與被上訴人前副主任即督導幹部畢宇翔間如附表一所示對話可知，畢宇翔直至109年9月5日前均未告知上訴人109年9月4日、5日有排上訴人的班，亦未提供班表等情，此亦經證人畢宇翔到院證述明確（見本院卷第229頁），從而證人畢宇翔係至109年9月5日上午7時28分始傳送系爭9月預排表給上訴人，堪認上訴人主張其於109年9月5日該日人在南部，該日上午7時28分始收到系爭9月預排表乙情，堪以認定。據此，上訴人既於109年9月5日當天經證人畢宇翔傳送系爭9月預排表始知9月份班表及當日應到班之地點，則上訴人於109年9月5日未及到班，自不能認為無正當理由，而逕認上訴人該日為曠工。

4.上訴人另主張：收到系爭9月預排表時，其有跟督導畢宇翔說臨時通知，且其不是機動卻排成機動，且表上109年9月6

至8日均預排兩個案場，這樣根本沒辦法上班，且連續超時值勤亦不合法，督導說不去的話，要記曠職等語（見本院卷第72至73頁）。觀諸證人畢宇翔傳送給上訴人之系爭9月預排表（見本院卷第111頁），該表上109年9月5日、6日在○○○○社區欄位記載「日」，另○○○○社區手寫「見習」兩字橫跨9月6、7、8日三日，○○○○社區手寫「見習」兩字則橫跨9月7、8、9日三日。如以系爭9月預排表上開所載，109年9月6日該日係在○○○○社區及○○○○社區值勤，109年9月7日、8日則在○○○○社區及在○○○○社區值勤，然上訴人客觀上顯無法同時、連續數日至兩個社區提供勞務，故上訴人主張其無從依系爭9月預排表到班值勤，尚非無據。從而，上訴人未於109年9月6日到班值勤，尚不能認無正當理由，而逕認該日為曠工。

5.雖被上訴人辯稱系爭9月預排表手寫「見習」兩字橫跨三日，係因「見習」兩字寫不下所致，實際上是109年9月6、7、8日分別至○○○○社區、○○○○社區、○○○○社區值勤之意，並非重複安排；依第一次至○○○○社區值勤之余建昌，從○○○○9月份班表上「見習」兩字亦橫跨109年9月2、3、4日，然僅於109年9月3日值勤，可見前揭班表之記載，係因表格欄位寬度所致，非重複、連續排班等語（見本院卷第41頁），並提出○○○○9月份班表及余建昌出勤紀錄表為參（見原審卷第45頁、本院卷第87頁）。然此經證人畢宇翔到院證述：系爭9月預排表上記載「日」就是日班、「見習」見習就是現場實習，之所以9月6日同時記載○○○○「日」及○○○○「見習」、9月7日同時記載○○○○及○○○○之「見習」，是因為「見習」兩個字放不下。依我的意思是9月6日在○○○○社區上班，9月7日到○○○○。9月8日是到○○○○案場。至於○○○○9月份班表上余建昌「見習」兩個字這樣放，余建昌見習時間就是109年9月2、3、4日三天，至於余建昌出勤紀錄表上雖只有在109年9月3日簽名，是因為余建昌會簽在另外一張機動人員簽的表。余建昌這三天都在○○○○社區見習，見習有時候不用

簽名，簽到只是佐證他有去，但我們知道余建昌有去上班，薪水有算，所以○○○○9月份班表余建昌的「見習」兩個字並非班表欄位不夠才橫跨9月2、3、4日等語（見本院第223至230頁）。是依證人畢宇翔上開證述可知，其所編排之班表上「見習」二字所橫跨之日數，亦有可能表示該等日期均須到班值勤，然依附表一所示對話紀錄，證人畢宇翔於傳送系爭9月預排表給上訴人時並未告知上情，且此為上訴人遭調職後甫收受之班表，難認此情為上訴人所得知悉。是上訴人以其於109年9月5日收受系爭9月預排表始知遭調職，且其就系爭9月預排表文字之記載，上訴人認被上訴人要求其於9月6日應提供勞務地點為○○○○及○○○○社區，其客觀上無法同時在兩個案場或連續超時提供勞務等語，尚非無據。

6.從而，上訴人既於109年9月5日當天上午7時28分許經畢宇翔傳送系爭9月預排表始知9月份班表及當日應到班之地點而未及到班，且系爭9月預排表就109年9月6日該日記載上訴人值勤地點為兩個社區，客觀上難認上訴人得依系爭9月預排表提供勞務，則上訴人於該兩日未到班，均不能認為無正當理由而逕認其係曠工。是以，被上訴人於109年9月8日依勞基法第12條第1項第6款寄發系爭長春郵局存證信函終止勞動契約，於法尚有未合。

㈡兩造間勞動契約係於109年9月28日經上訴人依勞基法第14條第1項第6款對被上訴人為終止之意思表示而終止：

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，勞基法第14條第1項第6款定有明文。如前所陳，被上訴人依勞基法第12條第1項第6款規定，不經預告於109年9月8日終止兩造間之勞動契約為不合法，屬違反勞動契約及勞工法令，致有損害上訴人權益之虞。且上訴人於收受系爭長春郵局存證信函後，已以存證信函及於申請勞資爭議調解時，均爭執被上訴人依勞基法第12條規定解雇之合法性，並請求被上訴人給付資遣費，有109年9月11日台北大同郵局第449號存證信函及109年9月11日臺

北市政府勞動局勞資爭議調解申請書在卷可稽（見原審卷第41至43頁、第31至32頁）。然被上訴人稱其查不到何時收受、未收到上開上訴人寄發的大同郵局存證信函等語（見本院卷第300頁），又觀諸上訴人於兩造於109年9月28日調解時，爭執被上訴人依勞基法第12條規定解僱之合法性，並請求被上訴人給付資遣費，被上訴人於調解時已派員到場並就上訴人之請求表示不同意見等情，有臺北市政府勞動局勞資爭議調解紀錄可稽（見原審卷第33至34頁），而勞工請求資遣費係以契約已終止為前提，則堪信上訴人至少在109年9月28日調解時已有行使終止權之意思，且該終止之意思表示已到達被上訴人，是兩造間勞動契約於109年9月28日業經上訴人依勞基法第14條第1項第6款規定合法終止。

㈢上訴人得否請求被上訴人給付資遣費？

1.按雇主依勞基法第16條終止勞動契約者，應依左列規定發給勞工資遣費：1.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。2.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，上開規定於勞工依同法第14條終止契約時準用之，勞基法第14條第4項、第17條定有明文。次按勞工適用勞工退休金條例（下稱勞退條例）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，勞退條例第12條第1項亦規定甚明。

2.兩造間勞動契約係上訴人依勞基法第14條第1項第6款規定終止，已認定於前，是上訴人依據前揭規定，請求被上訴人給付資遣費，自屬有據。雖被上訴人主張：如應給付資遣費，上訴人離職前6個月平均應發工資為3萬1,688元，故資遣費為2萬9,356元等語，並提出薪獎清冊及資遣費試算表為憑（見本院卷第267至269頁）。然查：

⑴保全業之保全人員業經原行政院勞工委員會（現已改制為勞

動部）（87）台勞動二字第032743號公告為勞基法第84條之1之工作者。被上訴人為保全業者，有經濟部商工登記公示資料查詢可參（見原審卷第17頁）。是被上訴人屬中央主管機關核定公告為勞基法第84條之1第1項之行業別一節，應可認定。又勞基法修正後，適用第84條之1按月計酬工作者，其基本工資計算公式自105年1月1日起，修正為在核備之正常工作時間內，每月工資應不得低於每月基本工資額加上以每月基本工資額計算之平日每小時工資額乘以（核備之正常工作時間時數－174 ）小時之總合金額，已據勞動部於104年11月2日以勞動條2字第1040132228號函釋在案。

⑵又兩造於107年10月26日簽訂系爭勞動契約及系爭約定書，約定上訴人受僱於被上訴人擔任保全人員，系爭約定書經被上訴人申請核備，經臺北市政府勞動局同意核備在案，業如前述。又系爭約定書約定：「肆、工作時間：」約定：「一、…乙方（上訴人）每日正常工作時間不得超過10小時（含休息時間1小時），正常工作時間連同延長工作時間1日不得超過12小時」、「每月正常工時上限為240小時，每月延長工時上限為48小時，每月正常工時連同延長工時不得超過288小時（正常工作時間事先以班表排定）」；「伍、例假及休假」約定「乙方同意甲方（被上訴人）將例假日及其他規定應放假之休假日排定於班表中。惟2週仍至少應有例假日2日，非因勞動基準法第40條所列天災、事變或突發事件等法定原因，不得使乙方於例假日出勤」、「乙方為配合甲方公務需要，同意於班表排定之休假日出勤，工資應加倍發給」（見本院卷第119頁）。是依系爭約定書之約定，兩造同意排除勞基法第30條、第32條、第36條、第37條及第49條規定之限制，而另行約定工作時間、例假及休假，並依第捌條約定，系爭約定書自臺北市政府核備日起生效。準此，依前揭說明，系爭約定書於107年11月6日經臺北市政府勞動局核備而生效，倘約定之內容未低於勞基法所定之最低標準，則兩造自107年11月6日起得排除勞基法第30條等規定之限制，而依系爭約定書第肆、伍條另行約定工作時間、例假

及休假之規定辦理。

⑶是以，兩造約定經核備之每月正常工時不得超過240小時，於檢視是否符合基本工資規定，應以基本工資加「平日每小時工資」（即基本工資除以30再除以8核計）乘以（240-174）小時之總額為其基準。而109年基本工資為每月2萬3,800元，平日每小時工資額為99.17【計算式：23,800÷30÷8≒99.17，四捨五入至小數點第二位】，依此計算之結果，每月薪資下限如附表二「每月薪資下限」欄所載即3萬0,345元【計算式：23,800＋99.17×（240-174）＝30,345，元以下四捨五入】。

⑷按勞工係受雇主僱用從事工作獲致工資者；而工資謂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與之獎金、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1款、第3款分別定有明文。是工資係勞工勞動之報酬對價且為經常性之給與。所謂經常性之給與，只要在一般情形下經常可以領得之給付即屬之，舉凡某種給與係屬工作上之報酬，在制度上有經常性者，均得列入平均工資以之計算退休金。故勞工因工作所得之報酬，倘符合「勞務對價性」及「給與經常性」二項要件時，依法即應認定為工資。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。是以，雇主依勞動契約、工作規則或團體協約之約定，對勞工提供之勞務反覆應為之給與，乃雇主在訂立勞動契約或制定工作規則或簽立團體協約前已經評量之勞動成本，無論其名義為何，如在制度上通常屬勞工提供勞務，並在時間上可經常性取得之對價（報酬），即具工資之性質而應納入平均工資之計算基礎（最高法院100年度台上字第801號判決意旨參照）。觀諸被上訴人所提出上訴人108年12月至109年8月之薪獎清冊（見本院卷第267頁），每月均發給國定假日津貼及案場獎勵，堪認在制度上已形成經常性，而為經常性之給與，亦具備勞務對價性，是除「加班費」屬於每月服勤一定時數始增給之加班費

外，其餘「工資、約定薪資、國定假日津貼、案場獎勵」則為上訴人每個月固定可取得之給與，為勞工因經常性提供勞務所得之報酬，具有「勞務對價性」及「經常性給與」之性質，而屬兩造約定薪資之範疇，而應列入平均工資之計算，此部分合計即如附表二「依薪獎清冊計算之每月工資總額」欄所載，此為上訴人之月工資總額，倘低於前述「每月薪資下限」數額，即已低於勞基法所定之最低標準，則應以每月薪資下限計算其月工資總額。

⑸被上訴人雖辯稱上訴人109年5月、6月有請事假，故該兩個月薪資較低云云，並提出上訴人與畢宇翔於109年5月8日之LINE對話紀錄及值勤表為憑（見本院卷第305頁、行政訴訟案110年度訴字第503號可供閱覽文書卷證影卷〈下稱系爭文書卷證卷〉第98頁），然為上訴人所否認，辯稱其並無請事假之情形等語。觀諸上開值勤表雖記載109年5月17日至21日5日均記載「事」，然依上訴人與畢宇翔間LINE對話內容（見本院卷第305頁），上訴人係詢問畢宇翔：「長官晚安：我鑄天母案場就上班到5月15日止，然後新案場5月20日正式上班這樣可以嗎？因為我5月18日又要上法院出庭、所以就不用在請假。謝謝長官、可以嗎？」，經畢宇翔回以「好」。是以，依上開對話內容，上訴人因其於109年5月20日始再至新案場上班，則上訴人詢問在109年5月20日前毋庸再為請假，並經主管同意，故被上訴人持上開值勤表辯稱，係因上訴人請事假致該月薪資較低云云，已非可採。此外，被上訴人尚未能舉證證明上訴人於109年5月、6月兩月份確有何等請假不予支薪之情事。是以，109年5月、6月之月薪既低於勞基法所定之最低標準，則該兩月份之薪資應如附表二「上訴人月薪」該欄所載。

⑹從而，上訴人自107年11月2日受僱於被上訴人，為兩造所不爭（見不爭執事項㈠），至系爭勞動契約終止日即109年9月28日止，其年資為1年10月又27日，則上訴人自94年7月1日勞退新制施行日起之資遣年資為1年10月又27天，新制資遣基數為229/240【新制資遣基數計算公式：{1年+(10月+27日

÷30)÷12}÷2】。又上訴人於109年9月28日依勞基法第14條第1項第6款終止兩造間僱傭契約，依附表二終止前6個月工資總額為20萬4,919元，平均工資應為3萬4,153元，經核算後，其所得請求之資遣費為3萬2,588元【計算式：34,153元×資遣費基數229/240，元以下四捨五入】，逾此範圍之請求，即無理由。

㈣上訴人主張依勞基法第38條規定，請求給付未休特休工資部分：

1.按105年12月21日修正公布、106年1月1日施行勞基法第38條第1項規定：「勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，應依下列規定給予特別休假：一、6個月以上1年未滿者，3日。二、1年以上2年未滿者，7日。三、2年以上3年未滿者，10日。四、3年以上5年未滿者，每年14日。五、5年以上10年未滿者，每年15日。六、10年以上者，每1年加給1日，加至30日為止。」。又特休未休工資之發給，應按勞工未休畢之特別休假日數，乘以其一日工資計發。所謂一日工資，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三十所得之金額，勞基法施行細則第24條之1第2項第1款第2、3目著有規定。

2.經查，上訴人於107年11月2日到職，自108年11月2日起，因到職滿1年，依規定享有7日特別休假，又上訴人於109年2月26日、2月27日各請特別休假1日，共計2日，被上訴人並於109年3月提前發上訴人特別休假未休5日工資4,959元等情，有請假單、被上訴人109年11月6日函給臺北市政府勞動局、臺北市政府勞動局勞動條件檢查會談紀錄、出勤紀錄、值勤表、請休假明細表、薪獎清冊、到職離職資料、系爭勞動契約、約定書暨核備函、轉帳明細表附卷足憑（見系爭文書卷證卷第74、76、82至87、91至92、98至108、116頁），應可認定。而觀諸該請假單上單位主管欄記載「員工要求先行結算5日特休假代金」字樣而給付等語，核與上訴人於行政法

院審理時到庭證稱：我有拿5天特別休假這筆錢，請假單可能是督導畢宇翔幫我填的，我有跟他說，我請2天特休假，還有5天特休假公司要給我，所以公司才匯給我4千多元，因我認為這是107年至108年的特休假，我是基於這樣的認知才行使換錢，所以公司就給我了等語相符（見臺北高等行政法院110年度訴字第503號影卷第96至99頁），是以，上訴人於到職滿1年後，已按勞基法第38條第2項本文規定，行使其同條第1項7天之特別休假權利，其中2天係排定特別休假2日，並已休畢，另5天亦經於年度終結或契約終止前發給未休之5日工資。

3.又被上訴人辯稱：上訴人滿1年特別休假7日，其申請2天特別休假，已發放1,983元特休獎金，剩餘5天特別休假，亦於109年3月發放5天薪資4,959元，此係以兩造約定月薪即當年度基本工資計算每日特休未休工資計算所得【計算式：23,800÷30÷8×10×5=4,959】等語。惟特休未休工資之發給，應以未休畢之特別休假日數乘以一日工資計發，而一日工資為契約終止前一個月即109年8月「正常工作時間所得」之工資除以30所得之金額；又上訴人108年8月之工資總額為3萬6,000元，有薪獎清冊可參（見本院卷第267頁），惟前開薪資單所載給付內容尚有包含加班費3,349元，是應扣除此部分數額，俾計算出正常工時工資，以之作為計算一日工資之依據，據此計算一日工資為1,088元【計算式：36,000-3,349＝32,651；32,651÷30＝1,088元，元以下四捨五入】，5日特休未休工資應為5,440元【計算式：1,088×5=5,440】，則尚積欠481元之差額【計算式：5,440-4,959＝481】。則上訴人請求被上訴人給付481元特休未休工資，自屬有據。逾此範圍之請求，則無所據。

㈤上訴人追加依侵權行為請求被上訴人給付3個月薪資部分：

1.按勞工無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者，雇主得不經預告終止勞動契約，勞基法第12條第1項第6款定有明文，依上開規定反面解釋，雇主於勞工不具上述事由情況下，仍終止勞動契約時，勞動契約並不因此而消滅。

是無論雇主終止勞動契約之事由，是否合於勞基法規定，要均屬雇主終止權利之行使，所不同者，乃違法之終止，既不生終止勞動契約之效力，則於勞動契約繼續存在期間，勞工除因雇主拒絕受領勞務給付，並拒絕給付薪資報酬，得依債務不履行相關規定，向雇主主張權利外，自不得以雇主行使終止權不合法，要求雇主負侵權行為損害賠償責任（最高法院95年度台上字第2710號判決意旨參照）。

2.上訴人主張：伊不同意被上訴人終止僱傭契約，伊遭被上訴人剝奪工作權，害伊沒有工作，要求賠償3個月的薪資損失等語。然本件被上訴人違反勞基法第12條第1項第6款規定終止勞動契約不合法，上訴人已依勞基法及兩造間勞動契約向被上訴人主張權利，業如前述，揆諸前揭說明，自難認被上訴人應另對上訴人負侵權行為損害賠償責任，是以，上訴人另以被上訴人行使終止權不合法，要求其負侵權行為損害賠償責任，自非可採。此外，上訴人未能舉證證明被上訴人有何故意或過失不法侵權行為侵害其權利之情事，或被上訴人對於上訴人有何侵權行為致其受有前開損害乙情，未再舉證證明，其追加依侵權行為之法律關係請求被上訴人賠償3個月薪資之損害，自屬無據，不應准許。

五、綜上所述，上訴人依勞基法第14條第4項、第17條、勞退條例第12條第1項、勞基法第38條等規定，請求被上訴人給付資遣費3萬2,588元、特休未休工資481元，合計3萬3,069元之範圍內，為有理由，應予准許。逾此部分則無理由，應予駁回。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。又本件准許部分未逾150萬元，不得上訴第三審，本院為此部分判決即告確定，原審駁回假執行之聲請，結論尚無不符，應予維持。另上訴人於本院追加依侵權行為損害賠償之法律關係請求給付部分，並無理由，惟因此部分追加之訴

訟標的與原起訴請求之訴訟標的屬單一聲明之複數請求，無庸另為駁回之諭知。

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，本件上訴為一部有理由、一部無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　27　　日

勞動法庭

審判長法　官　黃雯惠

法　官　華奕超

法　官　林佑珊

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　27　　日

書記官　陳柏惟

附表一：上訴人與畢宇翔間LINE對話及簡訊內容之時序表

時間		內容
109年8月31日（週一）	上午10時13分	上訴人傳「請問長官我9月份沒有排在○○、請問那我排在那裡、請給我知道一下」。
	上午10時33分	證人畢宇翔傳「等通知」。
109年9月5日（週六）	上午6時55分	證人畢宇翔傳「請問今日為何沒到○○」、「○○班表已在四天前送過去，請與現場確認」。
	上午7時05分	上訴人傳「我看到的班表是沒有排我的，我聽總幹事說我是要機動的、我為什麼是要做機動的」。
	上午7點05分	上訴人傳送班表即原審卷45頁「○○○○109年9月份現場人員預排班表」即○○○○9月份班表。

	上午7時27分	證人畢宇翔傳送109年9月2日生效之「良福保全（股）公司派令」（見本院卷第113頁）。
	上午7時28分	證人畢宇翔傳送「良福保全陳禾發109年度9月份現場人員預排表」即系爭9月預排表

附表二：（單位：新臺幣/元）

編號		時數	工資(A)	約定薪資(B)	加班費(C)	國定假日津貼(D)	案場獎勵(E)	依薪獎清冊計算之每月工資總額(A+B+D+E)	每月薪資下限（F）	薪獎清冊記載之薪資(A+B+C+D+E)	上訴人月薪109年5、月6月以（F+C）為計算
一	109年3月	253	23,800	5,553	3,111	992	544	30,889	30,345	34,000	34,000
二	109年4月	253	23,800	5,553	3,111	992	544	30,889	30,345	34,000	34,000
三	109年5月	165	20,517	0	2,051	992	812	22,321	30,345	24,372	32,396(30,345+2,051)
四	109年6月	176	21,885	0	2,178	992	701	23,578	30,345	25,756	32,523(30,345+2,178)
五	109年7月	264	23,800	6,545	3,349	992	1,314	32,651	30,345	36,000	36,000
六	109年8月	264	23,800	6,545	3,349	992	1,314	32,651	30,345	36,000	36,000
一至六合計										190,128	204,919
一至六合計後除以6（元以下四捨五入）										31,688	34,153