臺灣新北地方法院民事判決

107年度勞訴字第176號

原　　告　林金生
　　陳文欽
共　　同
訴訟代理人　林明輝律師
被　　告　松銘營造股份有限公司
法定代理人　林鳳蓮
訴訟代理人　徐維良律師

上列當事人間請求給付加班費等事件，經本院於民國108年3月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、被告應給付原告林金生新臺幣伍萬貳仟柒佰參拾參元，及自民國一百零七年十月十九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

二、被告應給付原告陳文欽新臺幣玖萬參仟壹佰元，及自民國一百零七年十月十九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、被告應依提繳新臺幣捌萬玖仟玖佰陸拾參元至原告陳文欽之勞工退休金個人專戶。

四、原告其餘之訴駁回。

五、訴訟費用由被告負擔十分之一，原告陳文欽負擔十分之五，原告林金生負擔十分之四。

六、本判決第一項得假執行，但被告如以新台幣伍萬貳仟柒佰參拾參元為原告林金生預供擔保，得免為假執行。

七、本判決第二項得假執行，但被告如以新台幣玖萬參仟壹佰元為原告陳文欽預供擔保，得免為假執行。

八、本判決第三項得假執行，但被告如以新台幣捌萬玖仟玖佰陸拾參元為原告陳文欽預供擔保，得免為假執行。

九、原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序方面

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但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255條第1項第3款定有明文。本件原告於起訴後，將聲明第1、2項「被告應給付原告林金生新台幣（下同）689,457元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。」、「被告應給付原告陳文欽1,121,264元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。」，擴張為「被告應給付原告林金生739,852元及其中689,457元自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息；及其餘50,395元自準備狀送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。」、「被告應給付原告陳文欽1,394,505元及其中1,121,264元自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息；其餘273,241元自準備狀送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。」（見本院卷第175頁），合於前述規定，應予准許。

貳、實體方面

一、原告主張：

㈠原告林金生、陳文欽分別自民國(下同)103年1月1日、102年8月13日受僱於被告擔任工地主任，每月薪資分別為56,500元、66,500元，106年3月31日原告林金生自請離職、107年4月12日被告以勞動基準法（下稱勞基法）第11條第4款資遣原告陳文欽。惟被告於原告二人任職期間未為原告陳文欽提繳足額之勞工退休金、也未給予原告二人依勞基法第36條、第37條、第38條之例休假、國定假日及特別休假，亦未給付未休假工資、平日加班之加班費。

㈡原告二人請求項目及金額如下：

1.特別休假部分：依106年1月1日施行前、後之勞基法第38條規定，原告林金生任職期間應有28日特別休假、原告陳文欽任職期間應有42日特別休假。被告既未給予被告二人特別休假，依法自應給付特休假未休的工資，故被告應給

付原告陳文欽93,100元、原告林金生52,733元。

2.平日加班費部分：原告二人自任職起至105年12月22日間，每週工作6日，每日8時至17時30分，中午休1小時；合計每日工作8.5小時，則每週工作51小時，故每週加班11小時(51－40＝11)，於105年12月23日至離職止，每週平日加班2.5小時(即平日5日，每日0.5小時)，原告等自得依工資請求權及依勞基法第24條第1款規定請求加班工資。故被告應給付原告陳文欽延長工時工資759,947元、原告林金生延長工時工資535,024元。

3.例假休息日、國定假日上班部分：⑴原告林金生自105年12月23日起至106年3月31日止，共計14週，原告陳文欽自105年12月23日起至107年4月12日止，共68週，本應每週休二日，然被告僅給予每週1日之休假，原告林金生、陳文欽分別有14日、68日之例假休息日未休。⑵被告僅讓原告二人休春節及清明節，故原告林金生有40日、原告陳文欽有53日國定假日未休；原告等自亦得依勞動契約關係、勞基法第36條、第37條、第39條之規定請求上述例假日應加倍發予工資。故被告應給付原告陳文欽該等未休假工資541,458元、原告林金生為152,095元。

4.提繳勞工退休金部分：

原告陳文欽任職被告公司56個月 (102年8月13日至107年4月12日)，則其應提撥金額為224,448元 (66,800Ｘ6%Ｘ56＝224,448)。然被告僅為原告陳文欽提繳134,485元，故被告應補提繳89,963元。

㈢並聲明：

1.被告應給付原告林金生739,852元，及其中689,457元自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息；及其餘50,395元自準備狀送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

2.被告應給付原告陳文欽1,394,505元，及其中1,121,264元自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五

計算之利息；其餘273,241元自準備狀送達之翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

3.被告應提繳89,963元至原告陳文欽之勞工保險局勞工退休金個人專戶。

4.原告願供擔保請准宣告假執行。

二、被告抗辯：

㈠兩造為委任關係而非雇傭或勞動關係：

原告二人在被告公司擔任工地主任，負責統籌大樓開工興建迄施工完成交屋予購屋買方之各項工程施作及分包商調度、安排、監督、驗收及請款等事宜，該工作係全權管理工地事務，上班無打卡，也無人監督或管理原告，亦即原告二人受被告公司委任處理工地事務，於處理工地事務中享有自行裁量決定處理一定事務之方法，並非對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地，雙方間屬委任關係。故原告林金生等二人依僱傭或勞基法為請求，顯無理由。

㈡縱認兩造間屬僱傭關係，就原告二人各項請求而言：

1.特休假未休工資部分：

原告二人須先舉證被告有何可歸責事由，故意不讓原告二人休特休假情事，否則原告二人應休能休而不休，被告自無須給付。

2.延長工時工資及加班工資部分：

⑴關於原告二人：

工地主任可自行安排上下班時間，原告二人又如何主張延長工時工資及加班費？再者，原告提出之勞基法第30條規定勞工上班時間每周為40小時，是107年11月21日修正之條文，修正前之勞基法第30條規定勞工上班時間每兩週為84小時，原告林金生任職期間為103年1月1日自106年3月31日、原告陳文欽則為102年8月13日至107年4月12日，均無適用107年11月21日新法。

⑵關於原告陳文欽部分：

①原告陳文欽稱其於102年8月13日至105年12月22日每

周加班11小時，則依勞委會核定之基本工資，如以105年之每月基本工資21,009元為基礎，每周加班11小時，一個月總計加班44小時，依每小時加給三分之一計算，每個月之工資為26,145元（計算式21,009+21,009÷30÷8X1又1/3X44），與原告每月實際領取薪資為66,500元相較，超過40,355元，被告實際給付工資遠高於基本工資，顯見無違反勞基法。

②原告陳文欽請求103年8月13日至103年10月4日之加班費部分，被告抗辯屬於民法第126條定期給付之債權，有5年消滅時效之適用。

⑶關於原告林金生部分：

原告林金生稱其於103年1月1日至105年12月22日每周加班11小時，如前所述105年基本工資21,009元為基礎，每周加班11小時，一個月總計加班44小時，依每小時加給三分之一計算，每個月之工資為26,145元，與原告每月實際領取薪資為56,500元相較，超過30,355元，亦無違反勞基法。

⑷原告二人工作性質接近營造業之工地監造人員，原告二人所主張之工時，未逾新北市政府審查適用勞基法第84條之1工作者工作標準。因此，原告二人與被告約定之薪資，均包含其主張之加班及未休假之工時，而無向原告請求之餘地。

3.至於原告陳文欽主張勞工退休金提繳不足額部分，因兩造為委任關係，被告提撥勞退金是額外給予原告陳文欽的福利，故無提撥金額不足之問題。

㈢併聲明：1.原告之訴駁回。2.若受不利益判決願供擔保宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：（見本院卷第133-134、151、158頁）

㈠原告林金生、陳文欽分別自103年1月1日、102年8月13日起於被告公司擔任工地主任，每月薪資分別為56,500元、66,500元（均含每月固定伙食津貼1,500元），106年3月31

日原告林金生自請離職、107年4月12日被告以勞基法第11條第4款資遣原告陳文欽。

㈡原告二人任職期間，並未與被告訂立書面契約，且上下班時間均不用打卡。

㈢依勞基法規定計算，原告林金生任職期間應有28日特別休假、原告陳文欽任職期間應有42日特別休假。被告並未給予原告二人上述特別休假。（被告爭執原告二人不適用勞基法）

㈣依勞基法規定計算，原告林金生任職期間有40日國定假日未休假、原告陳文欽任職期間應有53日國定假日未休假。

四、本件爭執點：

㈠兩造間為委任或勞動（僱傭）關係？

㈡原告二人請求被告給付平日延長工時及例假休息日、國定假日、特別休假之相關工資，是否有理由？

㈢原告陳文欽請求補提撥勞工退休金，是否有理由？

以下分別說明

五、就兩造間是委任或勞動（僱傭）關係而言：

㈠按「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」、「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」，民法第482條及第528條分別定有明文。參酌勞基法規定之勞動契約，指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約。可知，僱傭契約乃當事人以勞務之給付為目的，受僱人於一定期間內，應依照僱用人之指示，從事一定種類之工作，且受僱人提供勞務，具有繼續性及從屬性之關係。而委任關係之當事人則以委託處理事務為目的，受委任人主要目的係處理受託事務，勞物之給付僅為完成事務之手段，並無繼續性與從屬性可言，二者性質並不相同。又基於私法自治原則，當事人有契約形式及內容之選擇自由，但其選擇之契約類型是否為勞動契約，仍應就個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判

斷之（司法院大法官釋字第740號意旨參照）。

㈡次按，勞動契約之從屬性，具有下列內涵：1.人格從屬性：即受僱人在雇主企業組織內，對自己作息時間不能自由支配，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決定，而是由勞務受領者決定，受僱人需服從雇主權威，並有接受懲戒或制裁之義務。2.經濟上從屬性：即受僱人並非為自己之營業勞動而是從屬於他人，為該他人之目的而勞動，受僱人不能用指揮性、計劃性或創作性方法對自己所從事工作加以影響。3.組織上從屬性：受僱人完全被納入雇主之生產組織與經濟結構體系內，並與同僚間居於分工合作狀態（最高法院81年台上字第347號、88年台上1864號判決意旨參照）。又公司之員工與公司間係屬僱傭關係或委任關係，應以契約之實質關係為判斷。（最高法院90年度台上字第1795號判決要旨參照）。換言之，是否屬於勞動契約，應以雙方間勞務供給契約於提供勞務時有無時間、場所之拘束性，及對勞務給付方法之規制程度，雇主有無一般指揮監督權等因素，作一綜合判斷。又基於保護勞工之立場，一般就勞動契約關係之成立，均從寬認定，只要有部分從屬性，即足成立（最高法院92年度台上字第2361號判決參照）。

㈢本件關於從屬性之判斷如下：

1.人格上從屬性：

⑴查工地主任一職，須負責與分包商協商，確定施工計畫、水準及程序；在施工期間，須應用建築原理與施工知識，進行實際檢核及測試，並監督工程使其符合設計規格及工料標準；也須向建築師或土木工程師報告進度及施工狀況；另須轉達施工要領，矯正不良施工，並協助解釋施工規範問題，協助辦理工程變更設計，以及現場安衛執行及查核等工作。

⑵原告二人擔任被告公司工地主任一職，處理上述事項，均須依被告公司規定上班親自履行，並接受被告公司之工作指派調度，並按照公司規定的時間完成工程進度，

就營造事項對公司及建築師負監工責任。又原告二人任職期間，僅能依被告公司規定七天休一天，須按時填寫報表交給公司審核，請假時雖不需填寫假單，仍須以ＬＩＮＥ向被告公司實際負責人王思銘請假，業經證人王思銘證稱屬實（見本院卷第150－151頁）。另外，原告二人每月提供勞務而受領固定薪資，有原告所提出被告公司固定月薪、端午、中秋、年終獎金轉帳記錄存摺，及被告公司提出之原告二人報酬領取明細表可稽（見本院卷第33-66、205-207頁），且證人王思銘也證稱原告二人年終獎金依工作表現而定，另外有結案獎金，也是依表現而給予（見本院卷第152頁），顯然該等獎金是由被告公司片面決定，即視原告二人之工作表現優劣與否而決定，足見被告對原告二人具有獎懲的權利。由上述工作事項及獎懲與否，足證被告公司對原告二人確實有指揮監督權限，應認定兩造間具有人格上從屬性。

2.經濟上從屬性：

查原告二人擔任工地主任是為被告所承攬工程而進行服務管理，即為被告營業目的而勞動。而原告二人於任職期間，為每月固定薪資之月薪制，已如前述，證人王思銘也證稱：「（請問證人，你們除了上面的薪水外，有無所謂年終獎金、結案獎金？）工地結束都有，年終獎金就看工作表現，最少都有一個月…」（見本院卷第152頁），該情形即與社會上一般受薪勞工領取月薪，並將隨其年資、考績評等而調整獎金者相同，足證原告取得報酬是為被告之經濟活動，並以原告提供勞務之多寡而決定其收入，顯然原告二人是為被告之營利而勞動無疑，自具有經濟上之從屬性。

3.組織上從屬性：

原告二人擔任工地主任一職，雖實際上負責案場之營造相關事項，然在被告企業組織內，仍須服從雇主權威（即受公司實際負責人王思銘指揮監督），也須與其他同事互相

配合（例如與公司特助劉言奎、會計等人），並非為自己之營業勞動，且納入被告公司之生產組織體系（被告公司至少仍有十幾位工地主任，見本院卷第222頁），就所負責的案場並無完全獨立處理事務權限，顯見其具有組織上之從屬性。

4.綜上說明，兩造間具有人格上、經濟上及組織上從屬性，即屬於勞動契約性質無疑，而非委任關係，自應適用勞動基準法相關規定。

六、就原告二人請求被告給予平日延長工時、例假休息日、國定假日、特別休假之相關工資而言：

㈠關於原告二人平日延長工時、例假休息日及國定假日部分：

1.按勞基法第84條之1第1項規定，經中央主管機關核定公告之監督、管理人員或責任制專業人員，監視性或間歇性之工作，其他性質特殊之工作者，得由勞雇雙方另行約定工作時間、例假、休假、女性夜間工作，並報請當地主管機關核備，不受第30條、第32條、第36條、第37條、第49條規定之限制，其立法目的無非係就特殊工作者，因具自由裁量自身工作時間之性質，允許勞雇雙方得調整工作時間，不受勞基法相關規定之限制。

2.上開勞動基準法第84條之1有關勞雇雙方對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作有另行約定時，應報請當地主管機關核備之規定，係強制規定，如未經當地主管機關核備，該約定尚不得排除同法第30條、第32條、第36條、第37條及第49條規定之限制，除可發生公法上不利於雇主之效果外，如發生民事爭議，法院自應於具體個案，就工作時間等事項另行約定而未經核備者，本於落實保護勞工權益之立法目的，依上開第30條等規定予以調整，並依同法第24條、第39條規定計付工資（司法院大法官會議第726號解釋文參照）。

3.又工資由勞雇雙方議定之，但不得低於基本工資，勞基法第21條第1項定有明文。依上開第726號解釋文及解釋理由

書可知，若勞雇雙方未經報請當地主管機關核備，即對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作另行約定，並約定薪資包含本薪、例休假工資及延時工資等在內為定額給付而不另支付加班費，僅就工作時間之約定不排除勞基法第30條、第32條、第36條、第37條及第49條規定之限制，並非逕認其約定違反強制規定而無效，仍應於具體個案審視約定內容，就整體而言是否不利於勞方而定。若勞雇雙方約定薪資之數額高於勞基法保障之最低基本工資，亦即高於法定基本薪資依勞基法第24條、第39條規定加計之延時、例休假工作之加倍工資總合時，既優於勞基法保障最低勞動條件，自無損害勞工之權益，應認其薪資之約定有效。否則將勞雇雙方未依勞基法第84條之1規定經主管機關核備之另行約定，一概解釋為無效，實際上將發生雇主改按勞基法法定基本薪資支付本薪，再依基本薪資加計延時、例休假加班費，反造成勞工領取之薪資數額降低之不利結果，自非前揭大法官會議解釋文涵攝之意旨。

4.我國法院歷年來也認為，若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，更行請求延時工資或例假日之加班工資。故關於勞工應獲得之工資總額，原則上得依工作性質之不同，任由勞、雇雙方予以議定，僅所議定之工資數額不得低於行政院勞工委員會所核定之基本工資，此種工資協議方式並不違背勞基法保障勞工權益之意旨，且符合公平合理待遇結構，則雙方一旦約定即應依所議定之工資給付收受，不得於事後反於契約成立時之合意主張更高之勞動條件。（最高法院

82年度台上字第293號、85年度台上字第1973號、100年台上字第1899號、第1256號、102年台上字第1660號、台灣高等法院暨所屬法院99年法律座談會民事類提案第15號提案意旨參照）。準此，倘兩造就工資已有協議，且該協議之工資總額不低於基本工資，及以基本工資為基準計算出之延時工資、國定假日未休工資等之總和，則該工資之協議，自與勞基法之規定無違，基於勞雇雙方整體利益及契約自由原則，勞雇雙方自均應受勞動契約約定之拘束，並無區分何種行業始有此實務見解所揭示之原理原則之適用。

5.本件中，原告二人所擔任的「工地主任」一職，性質上屬於「工地監造人員」，依照前勞工委員會90年5月15日勞動二字第0022157號函文，屬勞基法第84條之1工作者。而兩造間既無簽訂任何書面契約，自無可能依勞基法第84條之1規定報請主管機關核備，故兩造間有關工時及薪資之約定，依照上述說明，並非逕認其約定違反強制規定而無效，仍應審視其約定內容，就整體而言是否不利於原告而定。

6.經查，原告陳文欽自陳：「我之前做營造業十幾年，我都是當監工，我都是在工地工作，我待過好幾家公司，大約四、五家公司，之前擔任監工時，薪水大概都六、七萬元，而且我們假都依照勞基法的規定放假，也有五、六萬元的情形，每一家都是按照勞基法的規定。大部分大家都照勞基法給加班費和放假，我們不是委任關係，而且工地主任也都是跟監工一樣。」；原告林金生也陳稱：「我任職已經三、四十年了，待過五、六家公司，年輕的時候擔任監工，後來擔任工地主任，工地主任做二十幾年了，也待了五、六家公司，這幾家公司都有按照勞基法給加班費及休假。」等語（見本院卷第153頁），足見原告二人從事工地相關事務已達十幾、二十年，且均先後任職五、六家公司以上，具有相當工作經驗，故於本件勞動契約成立之

時，應可認定是基於平等之地位，得依雇主即被告公司所提出之勞動條件決定是否成立契約。

7.就原告二人簽訂契約過程，據證人即被告公司實際負責人王思銘證稱：「原告陳文欽先來公司，他應該是看徵人啟事進來應徵工地主任，有跟他說工地主任的工作內容就是調度、簽收、領款、派工、控制工作進度。上班七天休一天，是自己排休的。上下班時間以及工人上下班時間都是由他們工地主任來安排的，上下班不需要簽到打卡。」、「一般工地主任全部包含在內，七天休一天，中午用餐補貼1,500元，三節獎金各5,000元，月薪6,5000元。『全部包括在內』的意思就是工地的進度、派工等等都是由他們全權去處理。上下班時間也都由他們自己去處理，加班費也都含在內。國定假日或者例假日也都包含在內，就是七天休一天，因為我也都不要求打卡，我也不會去管理，都是全權交由他們處理，我頂多一個禮拜或半個月才去工地一次，而且國定假日有時候小包也都不上工，他們也可以不用上班，這一切都是他們自己去安排，原告二人也都是如此。」、「（公司當時對工地主任有發給加班費或者是除了剛才說的以外其他津貼嗎？）沒有加班費的制度，也沒有其他的津貼，有施工或者沒有施工都由他們自己去安排進度。」等情（見本院卷第150頁）。原告二人雖否認月薪有包含每天延長工時及例假日、國定假日上班之加班費在內，惟據原告陳文欽陳稱：「（如果之前(任職)的公司都有按照勞基法放假及給加班費，為何從任職到離開這三、四年都沒有跟被告公司反應？）我們敢怒不敢言，因為怕沒有工作，之前有跟公司王秘書提過，但是公司說，如果你要就到法院告我，這是任職後期的事情。」、原告林金生也陳稱：「我的情形跟陳文欽一樣，我年紀也大了，另外找工作也不好找。」等語（見本院卷第154頁），由此可知，原告二人既分別有擔任工地監工、主任十幾、二十幾年經驗，且之前所任職的公司均有依勞基法核發加

班費及放假，則原告林金生任職被告公司三年，原告陳文欽任職被告公司近五年，如果兩造間無此項約定，衡諸常情，原告二人顯無可能長期任職卻不就此有無加班費一事向被告公司提出異議之理。再參照原告陳文欽也陳稱：「（有無問過其他工地主任？）沒有回過公司開會過，公司一直提責任制，我們也期待跟公司其他股東一樣有工程完工獎金，因為那些股東完工獎金有七、八十萬元，所以他們不會去提到加班費什麼的」一語（見本院卷第154頁），且原告陳文欽離職時也確實受領被告公司另外給付的3個月完工獎金195,000元（見本院卷第154、207頁），足見原告二人是以「被告公司慣例上會發放工程完工獎金」一節，取代「延長工時無加班費」一事。從而，依照上述客觀情事，應認定兩造間約定之勞動契約內容應為「每周七天休一天、上下班不打卡、有月薪、午餐補貼及三節獎金、月薪包含平日加班費、例休假日、國定假日加班費在內」。

8.兩造間雖認定有約定「月薪包含平日加班費、例休假日、國定假日加班費在內」，但如前所述，該協議之工資總額必須不低於基本工資，及以基本工資為基準計算出之延時工資、國定假日未休工資等之總和，才符合前述大法官會議解釋文及最高法院歷年之見解。經查：

⑴原告陳文欽主張

1.102年8月13日至105年12月20日期間每週加班11小時，共計172週（扣除農曆年假）、1,892小時(172X11=1,892)，又於105年12月21日至107年4月12日止，每週加班2.5小時，共計66週、165小時(66X2.5=165)，總計2,057小時(1,892+165=2,057)，依每小時加給三分之一計算，原告得請求之延長工時工資應為759,947元(66,500÷ 30÷ 8X1 X2 ,057=759,947，元以下四捨五入，下同)。

2.自105年12月21日起至107年2月28日止，總計62週，

被告每週僅讓原告休1天，從而有62天之勞基法第36條之休息日未休，以原告陳文欽時薪277元(66,500/30/8=277)、每日工時8.5小時計算，依勞基法第24條第2、3項之規定，可請求未休之休息日每日工資為6,463元｛277x (1(1)/3x2)+(1(2)/3x6)+(2(2)/3x4)=6,463∨｝，則此段期間可請求工資為400,706元(6,463x62=400,706)。

3.自107年3月1日至107年4月12日，原告有6日之休息日未休，依修正後勞基法第24條規定，可請求休息日未休之每日工資為3,878元 277x (11/3x2)+(12/3x6)+(22/3x0.5)=3,878∨，則此時期可請求工資為23,268元(3,878X6=23,268)。

4.原告計有53日之國定假日未休，則原告得請求該等未休之國定假日工資為117,484元 66,500÷ 30x(53)=117,484∨。

5.以上4項金額總計1,394,505元(93,100+759,947+423,974+117,484=1,394,505)。

⑵原告林金生主張：

1.原告每月月薪為56,500元，原告合計有28日特別休假未休，則其特休假未休工資為52,733元(56,500÷30x28=52,733)。

2.原告於103年1月1日至105年12月20日期間每週平日加班11小時，共計152週（扣除農曆年假）、1,672小時(152X11=1, 672)，又於105年12月21日至106年3月31日止，每週加班2.5小時，共計13週、32.5小時(13X2.5=32.5)，總計1,704.5小時(1,672+32.5=1,704.5)，依每小時加給三分之一計算，原告得請求之延長工時工資應為535,024元(56,500÷ 30÷ 8X1 X1,704.5=535,024)。

3.原告林金生自105年12月21日起至106年3月31日止，總計14週，被告每週僅讓原告休1天，從而原告應有

14天之勞基法第36條之休息日未休，以時薪為235元(56,500÷ 30÷ 8=235)、每日工作8.5小時計算，依上揭勞基法第24條第2、3項之規定可請求之每日工資為5,483元｛235x (11/3x2)+(12/3x6)+(22/3x4) =5,483∨｝，原告共得請求休息日工資為76,762元(5,483x14=76,762)。

4.原告有40日國定假日未休，則原告得請求該等未休假之工資為75,333元 56,500÷ 30x(40) =75,333∨。

5.上列4項金額總計739,852元(52,733+535,024+75,762 + 75,333=739,852)。

⑶然而，

1.原告陳文欽主張其於102年8月13日至105年12月22日每周加班11小時，則依勞委會核定之基本工資，如以105年當時之每月基本工資20,008元為基礎（平均每小時工資83,37元，2小時內之加班費每小時時薪110元(83X1.33＝110元)，國定假日未休加倍1日工資為666.93元），每周加班11小時，一個月總計加班44小時，依每小時加給三分之一計算，每個月應可領取之工資為24,887元{計算式：20,008＋（20,008÷30÷8X1.33X44）}，與原告每月實際領取薪資為66,500元相較，超過41,613元，縱使加計週六加班、國定假日加班費用，被告每月實際給付工資仍遠高於基本工資，及以基本工資為基準計算出之延時工資、國定假日未休工資等之總和。

2.自106年1月1日起實施所謂「一例一休」制度後（106年1月1日起至107年2月28日止，依照勞基法第24條第3項規定，休息日之工作時間及工資之計算，4小時以內者，以4小時計；逾4小時至8小時以內者，以8小時計；逾8小時至12小時以內者，以12小時計。自107年3月1日起，取消該第3項規定），基本工資分別調整

為21,009元（自106年1月1日起）、22,000元（自107年1月1日起）、23,100元（自108年1月1日起），即使以最高之23,100元為基準，依原告陳文欽所主張每週平日加班2.5小時、每週六休息日未休（休息日工作8.5小時，採「逾8小時者應以12小時計」較高方式計算），依照勞動部加班費試算系統結果（https://labweb.mol.gov.tw/），每周得請求平日加班費321元、休息日加班費2,246元，總額為2,567元，每月四周共得請求加班費10,268元，連同基本工資併計為33,368元（23100+10268=33368），與原告每月實際領取薪資為66,500元相較，仍超過33,232元；縱使加計國定假日加班費用（每日另給付770元），被告每月實際給付工資仍遠高於基本工資，及以基本工資為基準計算出之延時工資、休息日、國定假日未休工資等之總和。

3.原告林金生每月實際領取薪資為56,500元，也遠高於前述1.2.計算所得之金額24,887元、33,368元，縱使加計國定假日加班費用，被告每月實際給付原告林金生之工資仍遠高於基本工資，及以基本工資為基準計算出之延時工資、休息日、國定假日未休工資等之總和。

⑷綜上，兩造間工資協議方式，並不違背勞基法保障勞工權益之意旨，且符合目前社會上此行業一般合理待遇結構，原告二人即應依所議定之工資給付收受，不得於事後違反契約成立時之合意而請求本件加班費。

9.更何況，勞工請求延長工作時間之工資，依勞基法第24條規定，須雇主認有延長工作時間之必要，而要求勞工延長工作時間，且勞工確有延長工作時間時，始得為之。若勞工自行將下班時間延後，須舉證證明其延後下班時間係因工作上之需要，方能請求延長工作時間之工資（最高法院101年度台上字第792號裁判意旨參照）。如前所述，兩造

約定原告二人擔任工地主任一職，上下班都不需要打卡，並得自行管理工程進度，下雨時非均要上班，請假亦僅需以Line告知也不用填寫假單等情，則原告二人既無任何出勤打卡紀錄留存，上下班又為彈性，本院實難以判斷原告二人上班時間為何，進而難認定有加班之事實及必要性存在。換言之，倘如原告所言，工地主任有加班之需求，且加班之需求又在勞動條件所約定之外，自應提出延長工時之證明並應得雇主同意始得為之。原告二人既未舉證證明其確有加班之事實及必要性，即難認原告此部分主張為真實。

㈡關於原告二人特別休假未休之薪資：

1.按勞基法第38條第6項規定：「勞工依本條主張權利時，雇主如認為其權利不存在，應負舉證責任」。該項規定於105年12月21日修訂並於106年1月1日施行後，倘雇主抗辯勞工「無此權利」者，應由執此抗辯之雇主舉證以期事理之平。且本於「程序從新原則」，當不受實體法不溯及既往規範之限制（最高法院79年台上字第2219號判例參照），故勞基法第38條第6項規範之修訂前之特別休假未休工資之請求，亦有本條規定之適用。

2.何況，勞基法第38條第6項規定之立法，依照立法院議案關係文書（院總第1121號、委員提案第19878號、第19903號)記載，立法委員於提案修正勞動基準法第38條規定時已經說明：「若特別休假因年度終結或終止契約而未能休畢者，勞工應休未休特別休假之日數，雇主或事業單位均應發給工資。然實務運作上，勞工需舉證證明可歸責於雇主，致未能休畢特別休假之情形，始能請求工資，對弱勢勞工過於嚴苛。爰提案規範雇主就勞工特別休假未能於年度終結或終止契約休畢，原則應按勞工未休畢之特別休假日數給付勞工工資。但雇主或事業單位能舉證特別休假未能休畢係可歸責勞工，例如：雇主已請勞工指定特別休假期日，勞工仍未指定、或指定後拒絕休假等情況，方無庸

給付工資。」、「行政機關與法院判決中判斷特休可否改發工資多以『歸責原因說』為條件，即若勞工無法行使特休之原因係不能歸責於雇主，則縱有未修完之特休時，雇主亦無改發金錢之義務。然若勞工特休係因終止契約而導致未能休畢，此時若以『可否歸責雇主』為判斷依據，無疑係認為勞工有可歸責事由則無法享有特休，與特休係為保障勞工身心健康之目的有所扞格，應修正為若係終止契約則不論勞工是否可歸責均應發給工資較為妥適。」，顯見立法者考量勞資雙方地位上不對等、勞工常處於弱勢，以及特別休假係為保障勞工身心健康之目的等情，而採取舉證責任轉換立法方式，將舉證責任明文改由雇主負擔，而不採以往「勞工須舉證可歸責於雇主」之「歸責原因說」見解。此從原行政院勞工委員會（79) 台勞動二字第17873 號、第21827 號見解（即「勞工未於年度終結前休完特別休假係不可歸責於雇主之原因時，則雇主可不發給未休完特別休假日數之工資」、「如係勞工個人之原因而自行未休時，則雇主可不發給未休日數之工資」），業經勞動部以106 年1 月18日勞動條3 字第1060130075號令，廢止並自即日生效，更足以佐證。

3.如前述不爭執之事項所載，被告對於依勞基法規定計算，原告林金生任職期間有28日特別休假未休、原告陳文欽任職期間應有42日特別休假未休一節，並不爭執，故依照勞基法第38條第4項規定，自應發給未休日數之工資。被告雖抗辯原告二人無此項權利存在，但未能舉證證明，自無法採信。何況，證人王思銘也證稱「被告公司沒有特別休假制度」一語（見本院卷第151頁），更可見原告二人未能行使特別休假權利，是因可歸責於被告公司所致。

4.從而，原告陳文欽依任職當時之工資66,500元計算，其可領取之特休未休工資金額為93,100元(計算式：66500/30X42＝93100)，原告林金生依任職當時之工資56,500元計算，可領取之特休未休工資金額為52,733元(計算式：

56500/30×28＝52733)。

㈢原告陳文欽主張提撥勞工退休金差額部分：

1.按雇主應為適用勞工退休金條例之勞工，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百分之六，勞工退休金條例第6條第1項、第14條第1項定有明文。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。

2.經查，兩造間屬勞動基準法之勞動關係，被告依法有於勞工任職期間按月提繳勞工退休金之義務。原告陳文欽每月薪資為66,500元，則參照勞工退休金條例第14條第1項及勞工退休金月提繳工資分級表規定（見本院卷第75頁），被告每月須為原告提繳之勞工退休金金額應為4,008元（計算式：66,800× 6%＝4,008元）；而被告於原告陳文欽任職期間僅共提撥134,485元（見本院卷第77-81頁），是原告請求被告補提繳未足額之89,963元至其在勞工保險局之勞工退休金專戶{計算式：102年8月13至107年4月12日應共提撥56個月共224,448元（66,800元×6%×56＝224,448元）；224,448元－134,485元＝89,963元}，以補償其所受損害，為有理由，應予准許。

七、綜上所述，原告林金生、陳文欽依據勞動契約、勞基法第38條及勞工退休金條例第14條等規定，請求被告分別給付特別休假未休工資52,733元、93,100元，及均自起訴狀繕本送達翌日即107年10月19日起（見本院卷第93頁）至清償日止按年息百分之五計算之利息，及提撥89,963元至原告陳文欽之勞工退休金個人專戶部分，為有理由，應予准許，逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。

八、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法及爭點，核與本件判決結果無涉，爰不一一論述。

九、本判決第一、二、三項所命給付之金額均未逾50萬元，依民

事訴訟法第389條第1項第5款規定，應依職權宣告假執行，並依被告之聲請，酌定相當供擔保金額後准許免為假執行。至於原告其餘假執行之聲請，因訴之駁回而失所依據，不予准許。

十、訴訟費用負擔的依據：民事訴訟法第79條、第85條第1項。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　8　　日

勞工法庭　　法　官　劉以全

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　8　　日

書記官　蔡忠衛