臺灣新北地方法院民事判決

108年度勞訴字第108號

原　　告　陳萬程
　　溫春媛
共　　同
訴訟代理人　詹素芬律師
被　　告　狀元京城一期公寓大廈管理委員會
法定代理人　錢建生
訴訟代理人　張慶林律師

上列當事人間請求給付資遣費等事件，經本院於民國108年2月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應給付原告陳萬程、溫春媛如附表所示之金額及自民國一百零八年五月二十四日起至清償日止,按年息百分之五計算利息。

被告應各為原告陳萬程、溫春媛提撥如附表所示之金額至原告陳萬程、溫春媛之勞工退休金個人專戶。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之七十二，餘由原告負擔。

本判決第一項、第二項得假執行，但被告各以附表所示之金額為原告供擔保後得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序上理由

被告之法定代理人於訴訟中已變更為錢建生，並具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

貳、實體上理由

一、原告起訴主張：原告陳萬程於民國（下同）100年1月1日起受雇於被告，擔任守衛，103年7月至104年12月約定月薪為新台幣（下同）2萬1500元、105年1月至107年12月約定月薪為2萬2000元、108年1月約定月薪為2萬3100元。原告溫春媛自103年9月10日起受雇於被告，擔任清潔員，103年9月至104年12月約定月薪2萬1000元、105年1月1日至107年12月約

定月薪為2萬2000元、108年1約定月薪為2萬3100元。被告為依公寓大廈管理條例規定成立報備之管理委員會，於103年7月1日起適用勞動基準法（下稱勞基法），被告於108 年1月14日通知自同年月16日起改聘保全，原告二人均不須再來上班，故原告陳萬程及溫春媛之最後工作日分別為108年1月15日及16日，惟被告未依法給付原告陳萬程預告期間工資2萬3100元及資遣費5萬167元、原告溫春媛預告期間工資2萬3100元及資遣費4萬8094元。原告二人於任職期間，均須超時工作，被告應給付原告陳萬程加班費20萬3711元、原告溫春媛加班費13萬1195元。被告未讓原告二人請完特別休假，原告陳萬程及溫春媛分別有應休未休之特別休假天數28天及25天，是被告應給付原告陳萬程特休未休工資2萬0412元、溫春媛1萬8094元。另被告因未依規定為原告溫春媛申報勞工保險，使原告溫春媛勞保年資短少3年6月，致其申請失業給付時遭勞工保險局駁回，被告應賠償原告溫春媛未能請領之失業給付7萬9200元。再者，被告自103年7月起至107年2月止，共計44個月未替原告陳萬程提繳勞工退休金，自103年9月起至107年2月止，共計42個月，未替原告陳萬程、溫春媛提繳勞工退休金，則被告應分別提撥5萬9124元及5萬5632元至原告陳萬程及溫春媛之勞工退休金專戶。爰依勞基法第16條第1項、第3項、勞基法第38條、第39條、勞基法施行細則第24條第1項第3款、修正後勞基法第38條第1項、第4項、勞工退休金條例第6條第1項、第12條第1項、勞工保險條例第72條、勞基法第30條、第24條、就業保險法第38條之規定，提起本訴，並聲明：被告應給付原告陳萬程、溫春媛各29萬7390元、29萬9683元及均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。被告應各提撥5萬9124元、5萬5632元至原告陳萬程、溫春媛之勞工退休金個人專戶。原告並願供擔保請准宣告假執行

二、被告則以：

(一)原告陳萬程之工作屬於保全業，為監視性或間歇性之工作，

而保全業之保全人員業經行政院勞工委員會於87年7月27日核定公告得適用勞基法第84條之1規定；原告溫春媛之清潔工作屬間歇性工作，依前揭勞基法第84條之1第1項規定，自不受勞基法第30條、第32條、第36條、第37條、第49條之限制，即被告自得與原告訂定勞動條件。而勞基法上開規定之立法目的，無非係就特殊工作者，因考量自身工作時間之性質，允許勞僱雙方得調整工作時間，不受勞基法相關規定之限制，是雙方自可彈性約定工作時間及時數。從而，兩造分別合意簽訂被證1「狀元京城守衛契約書」、被證2「狀元京城僱員契約書」（以下合稱系爭契約書），約定原告二人之工作時間、工資、休假與請假等事宜，並以口頭合意前開工資係包含每月之勞、健保及勞退費用。且由系爭契約書第10條後段約定「契約有效期限為一年」可知，原告二人分別為被告所聘用之社區守衛及社區清潔人員，該聘用期間均為一年之定期契約，期間屆滿後，契約當然終止，被告得隨時終止，不核發資遣費，

(二)被告社區於99年12月11日之第十六屆管理委員會住戶大會會議「第四提案」關於社區員工聘任規則，由全體區分所有權人決議，為防止突發狀況反應不及，是超過65歲者管委會不再聘用。系爭契約書第1條「試用期間」可知，原告二人於聘用試用期間為二個月，倘試用期間未達被告之考核標準時，被告得隨時終止契約，並不發給資遣費。承上，原告陳萬程於103年間即年滿65歲，則依前開被告社區全體區分所有權人決議，應不再聘用為社區守衛，是自108年起，在社區守衛之試用期間（二個月內），原告陳萬程對於其所擔任之工作確實不能勝任，被告得隨時終止契約，而不發給資遣費、預告工資。再者，狀元京城一期社區於107年12月26日之第25屆臨時會議紀錄區分所有權人會議決議「議題一」，將社區守衛及清潔人員工作交由委外的保全公司承攬並於108年1月16日接任，是若原社區守衛及清潔人員有意留任者，得轉由保全公司聘用，並於107年12月28日公告，並未違反

10日之預告期間，原告陳萬程自投保勞工保險之日起，預告期間為10日，被告於107年12月28日公告，於108年1月15日終止，並未違反預告期間，原告陳萬程請求預告工資，並無理由。如原告陳萬程請求預告工資有理由，被告於107年12月28日公告，原告僅得請求11日預告工資7612元。如原告陳萬程得請求資遣費，自107年3月2日投保勞工保險起算，平均工資為2萬1222元，僅得請求資遣費9213元。又被告已於107年12月28公告，將社區守衛及清潔人員轉由保全公司承攬，並自108年1月16日接任，原告溫春媛知悉上情，仍於108年1月16日到職上班，足證，原告溫春媛同意由飛龍保全公司雇用，卻於108年1月17日無故曠職，並非由被告依據勞基法第11條之規定，或由原告依據勞基法第14條之規定，終止勞動契約，自不得請求資遣費及預告工資。原告溫春媛得請求資遣費，自107年3月2日投保日起算，離職前6個月，平均工資2萬10104元，資遣費應為9190元，被告於107年12月18日已公告，原告僅得請求10日預告工資6880元。

(三)承前，原告二人既非適用勞動部公告為勞基法第84條之1工作者，每日正常工時自不受勞基法第30條所定每日8小時規定之限制，是原告二人不得主張應就每日約定工時超過逾8小時部分，另行給付加班費。退步言之，縱令原告二人得主張每日約定工時超過逾8小時部分，另行給付加班費，惟原告二人既主張渠等自103年至106年之休假天數，如原證2及原證4之表格所示，則依民事訴訟法舉證責任分配原則，應由原告二人提出證明以實其說，原告二人打卡單業經被告於108年6月21日向新北市政府警察局土城分局報案遺失，並經證人藍慧敏證述屬實，否則原告二人恣意主張被告應分別給付加班費20萬3711元、13萬1195元云云，自屬率斷，不足為採。又被告於107年3月前每年均發給原告陳萬程年終獎金共7萬9100元、端午獎金1萬2000元、中秋獎金1萬4000元，溫春媛年終獎金3萬600元、端午獎金6000元、中秋獎金6000元，獎金具有補償例假日、國定假日、特休未休工資之意思，

如原告主張加班費及特休未休有理由，自應扣除之。同理，原告二人主張被告應給付特休未休折算工資部分，亦應由原告二人提出證明以實其說，否則應駁回原告之請求。

(四)再退步言之，縱令原告二人依法得請求資遣費、預告期間工資，惟依勞基法及勞工退休金條例之規定，被告對於原告二人請求資遣費之金額不爭執，然關於請求預告期間之工資，原告陳萬程部分應為2萬1785元、原告溫春媛部分應為2萬1795元。

(五)被告經新北市勞動檢查處於107年1月26日實施社區勞動檢查，並提供改善方案，就基本薪資與休假，已達成和解，被告已給付完畢，107年2月6日有關特別休假、例假日、國定假日之補償薪資部分因和解而消滅。兩造已簽訂被證1、2之契約，已約定兩造之工時、休假、請假，並以口頭約定包含勞保及健保費用、提撥勞退費用，原告自不得再主張該部分賠償，且被告未提撥僅為行政法規之違反，原告已將提繳工資之金額，於發放工資時給付完畢，原告請求提繳工資部分，並無理由。

(六)原告溫春媛主張聲請失業給付遭駁回，並未舉證以實其說，，原告於107年1月17日曠職，並不合法就業保險法第11條非自願離職之情形，原告聲請失業給付被駁回，自不得歸責於被告，原告溫春媛請求失業給付，並無理由。

(七)聲明：原告之訴駁回，如受不利判決，請准供擔保免為假執行。

三、兩造不爭執之事項（見108年8月3日筆錄，本院卷第99-100頁）：

(一)原告陳萬程自101年1月1日起受雇於被告擔任守衛，103 年7月1日起至104年12月止，月薪2萬1500元，105年1月1日起至107年12月月薪2萬2000元，108年1月起月薪2萬3100元。

(二)原告溫春媛自103年9月10日起受雇於被告擔任清潔員，103年9月1日起至104年12月止，月薪新台幣（下同）2萬1000元，105年1月1日起至107年12月月薪2萬2000元，108年1月起

月薪2萬3100元。

(三)被告為依據公寓大廈管理條例規定成立報備之管理委員會，於103年7月1日起適用勞動基準法。

(四)被告於108年1月14日終止與原告陳萬程間之勞動契約，最後工作日為108年1月15日。

(五)被告於108年1月14日終止與原告陳萬程間之勞動契約，最後工作日為108年1月16日。

(六)果原告二人得請求資遣費，被告對於原告陳萬程請求資遣費5 萬1067元、原告4萬8094元之金額不爭執。

(七)被告自107年3月起至108年1月止，按月為原告陳萬程提繳工資金額如本院卷第23頁。

(八)被告自107年3月起至108年1月按月為原告溫春媛提繳工資如本院卷第25至26頁所示。

四、原告起訴主張陳萬程、溫春媛均於前開期日受雇於被告，分別擔任守衛及清潔員，然被告告知原告二人自108年1月16日起即不用再來上班，惟被告並未依法給付預告期間工資、資遣費，且被告尚未給付原告二人加班費、特休未休工資，亦未替原告二人提撥勞工退休金，且未為溫春媛投保勞工保險，致溫春媛受有失業給付之損失，爰依據前開規定，請求如訴之聲明，被告則以前詞置辯，因此，本件爭點應為：(一)原告陳萬程、溫春媛，依序請求被告給付資遣費5萬167元，4萬8094元，是否有理由？(二)原告陳萬程、溫春媛依據勞基法第16條第1項、第3項之規定，依序請求被告給付預告工資2萬3100元，是否有理由？(三)原告陳萬程、溫春媛依據勞基法第39條、修正前第38條、勞基法施行細則第24條第1項第3款、修正後勞基法第38條第1項、第4項之規定，依序請求被告給付特休未休工資28日共1萬5393元、1萬3194元，是否有理由？(四)原告陳萬程、溫春媛依據勞工退休金條例第12條第1項之規定，依序請求被告提撥勞退金5萬9124元、5萬5632元，是否有理由？(五)原告溫春媛依據勞工保險條例第72條之規定，請求被告給付未能給付之失業給付7萬

9200元，是否有理由?(六)原告陳萬程、溫春媛依據勞基法第30條、第24條之規定，依序請求被告給付加班費20萬3711元、13萬1195元，是否有理由？茲分述如下：

(一)兩造是否成立雇傭契約？

1.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。」、「稱承攬者，則謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約」，民法第482條及第490條第1項分別定有明文。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。而承攬契約之當事人則以勞務所完成之結果為目的，承攬人只須於約定之時間完成一個或數個特定之工作，與定作人間無從屬關係，可同時與數位定作人成立數個不同之承攬契約，二者性質並不相同。

2.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，應以渠等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。

3.被告抗辯兩造間之契約為承攬契約，然為原告所否認，經查：

⑴證人楊慶麒於本院審理時證述:「（被告訴訟代理人問:原告陳萬程在禮拜六日、國定假日都需要上班嗎？）（庭呈證物），從106年5月以前原告陳萬程隔週才休息一天星期日，等於一個月月休兩日，106年5月1日以後到106年12月31日止，依照庭呈證物資料，改成月休4日，星期日固定為休息日，國定假日視是否輪值到他上班，如果輪值到國定假日還是需要上班，包括農曆年節。」「（被告訴訟代理人問:原告陳萬程休假時候，會不會影響社區人車進出？）如庭呈證物，休假日各住戶持有遙控器自行進出，包含現在聘請的保全公司也是如此，在守衛沒人輪值時也是如此。」「（被告訴訟代理人問:原告溫春媛清潔人員工作內容為何？有無必要留在工作地點？還是隨時可以出入？）每日公共區域打掃，每月在每棟建物樓層拖地擦拭，每月會輪值到一棟建物兩次，從頂樓到一樓，徹底打掃包含掃跟拖，以及一個禮拜兩次打掃地下室，看到垃圾就要掃起。不可以隨時出入，午休前後都要打卡，107年出勤資料都有紀錄。」「（被告訴訟代理人問:原告陳萬程工作內容為何？是否需要負責社區人員安全？信件包裹是否由原告陳萬程代為收取？）（庭呈證物二），從98年至今，社區指導作業書上有詳述指揮交通工作內容，地下室電燈會有壞掉也需要處理，臨時性異常問題住戶若有反應，亦要聯絡廠商處理，車道會管控，陌生人進出社區守衛需要詢問來意，不一定全由原告陳萬程代收。」「（被告訴訟代理人問:原告二人上下班一直以來都要打卡？107年3月之前都要打卡？打卡單放置何處由何人管理？）1.是。2.是。3.打卡單在我任內期間由財務委員國日梅小姐保管，按月來收取，並於每月5日發薪水。」等語（見本院卷第262頁、108年12月31日筆錄）。

⑵證人周招治於本院審理時證述:「（法官問:是否有為社區聘用守衛及清潔人員？分別是聘用任人？）清潔人員我知道是請原告溫春媛，守衛是請原告陳萬程。」「（法官問:你聘用上開人員時，關於勞建保、加班費、不休假補助費、退休金提撥費等，雙方是如何約定？請詳述之。）103年時我告訴原告溫春媛一個月領取2萬3千元，包括全部勞健保、特休費、加班費、特休未休、提撥退休金等全部包括裡面，我又問她要不要做，她同意。原告陳萬程情形與原告溫春媛相同。」（見本院卷第263頁、108年12月31日筆錄）。

⑶證人藍慧敏於本院審理時證述:「（法官問:是否有為社區聘用守衛及清潔人員？分別是聘用任人？）照107年沿用，守衛是原告陳萬程，清潔人員是原告溫春媛。」「（法官問:你聘用上開人員時，關於勞建保、加班費、不休假補助費、退休金提撥費等，雙方是如何約定？請詳述之。）薪水包括全部勞健保、特休費、加班費、特休未休、提撥退休金等全部包括裡面，原告二人都相同。」「（被告訴訟代理人問:國定假日或例假日時原告需不需要請假？）照固定排班，不需要找人代班，107年有排班表。在我任內期間，已經由保全公司處理，不清楚要不要請假。」「（被告訴訟代理人問:打卡單是不是從99年開始至108年1月15日都要打卡？打卡單由何人保管？）1.有。2.照理都要放在會議室鐵櫃內，國日梅只交給我106年12月跟107整年度，之前的都不見了。」「我在108年3月15日勞工局調解時，我有看到原告溫春媛拿了一疊打卡片，我又問她是社區卡片為何可以拿走？她回答我放在那邊沒有人拿，所以我就拿走，當時我沒有把它要回來。」「（被告訴訟代理人問:一年三節會不會給原告任何費用？）三節會給一人兩千元，年終獎金視年資給一個月約1萬1千、1萬2千元。」等語（見本院卷第264頁、108年12月31日筆錄）。

⑷原告陳萬程主張其上班時間為早班上午7時至下午3時，晚班為下午3時至晚上11時，106年4月30日以前為隔周休1日，

106年5月1日起為每周休一日，並為被告所不爭執（見民事準備二狀本院卷第107頁、民事答辯二狀第117頁）。原告溫春媛主張其上班時間為上午8時至中午12時，中午休息1小時，下午1時至5時，每周休一日（見本院卷第頁、109年2月18日筆錄），

⑸本件就人格上從屬性而言：

㈠就勞務給付內容而言:原告二人上下班均需打卡，並須遵守被告社區提出之員工制度等工作規則，有原告陳萬程於上班時間不得私自離開社區、或工作崗位，並須按時巡邏三次，需至車道出口指揮交通，並按時開啟地下室抽風機，發電機，如有私自離開社區，並須受管理委員會嚴格懲處，有證人楊慶麒所提出之被告員工制度守衛守則可按（見本院卷第283頁）。原告溫春媛則規定需於早上打掃社區四周及地下室，及電梯，整棟樓之打掃，上班時間為8時至12時，午休時間為中午12時至13時，下班時間為下午5時，上下班及午休時間均需打卡，休假日期訂有每周星期日休假，有證人楊慶麒提出之員工制度清潔員工手則可按（見本院卷第287頁），參以證人楊慶麒證述原告二人上下班需打卡，並受社區之指揮監督，陳萬程需從事被告社區指定之守衛工作內容，原告溫春媛須從事被告社區指定之清潔工作，原告係否受被告之指示工作，並按月受領固定薪資，由此可知，原告係以提供「一定」勞務為而請求給付「一定」薪資之情形，自屬僱傭契約。

㈡就上下班是否打卡而言:原告二人均需打卡上下班，有固定上下班時間，無法自行決定上下班之時間，且固定排班工作，並受雇主只是執行工作內容，不得擅自離開工作場所，與一般員工需受僱主指揮上下班時間相同。

㈢就計算報酬之方法而言:被告僅給付固定薪資，原告於一定時間內從事一定之勞務內容，由雇主決定執行職務方法，每日工作時間以工時計酬之情形，自屬雇傭契約。

㈣就投保勞工保險而言:被告自107年3月2日起為原告二人投保

勞工保險，並提撥勞工退休金，足見，原告受僱於一定之僱主，僅為同一雇主工作，而由僱主為勞工投保勞工保險之情形。

㈣綜上，原告之薪資為固定薪資，並從事雇主指定之工作內容，遵守被告社區規定之工作規範，並投保勞工保險、提撥勞工退休金，無法任意自行決定在他處工作，自屬於雇傭關係體制內一般執行事務之員工，須服從管理階層人員之權威，並有接受懲戒或制裁之義務等情，以上諸情即足以認定原告與被告間具有人格上之從屬性。

2.就經濟上從屬性言之，原告提供固定之勞務，每月薪資為固定，且由被告按月給付，自屬於一般員工之薪資，原告之薪資仍為從屬於雇主，薪資即為原告提供勞務之對價，具有經濟上之從屬性。

3.再就組織從屬性而言，依據原告之薪資，係其提供勞務之對價，並須與其他排班之警衛共同協調排班日期。原告與其他警衛間具有組織上之從屬性。

4.原告主張原告與被告成立雇傭契約，自屬可信。被告抗辯兩造成立承攬契約，自無足取。

(二)兩造是否為不定期之雇傭契約？

.按「勞動契約，分為定期契約及不定期契約。臨時性、短期性、季節性及特定性工作得為定期契約；有繼續性工作應為不定期契約。定期契約屆滿後，有左列情形之一者，視為不定期契約：一、勞工繼續工作而雇主不即表示反對意思者。二、雖經另訂新約，惟其前後勞動契約之工作期間超過九十日，前後契約間斷期間未超過三十日者。前項規定於特定性或季節性之定期工作不適用之。」勞基法第9條定有明文。不定期勞動契約所需具備之「繼續性工作」，係指勞工所擔任之工作，就該事業單位之業務性質與營運而言，具有持續性之需要者，並非只有臨時性、短期性、季節性之一時性需要或基於特定目的始有需要而言。換言之，工作是否具有繼續性，應以勞工實際從事工作之內容及性質，對於雇主事業

單位是否具有持續性之需要而定，亦即與雇主過去持續不間斷進行之業務有關，且此種人力需求非屬突發或暫時者，該工作即具有繼續性。又勞工實際從事之工作內容，如與其所簽訂定期勞動契約之約定不符，即難認雇主係因該定期勞動契約所定特定性工作之需求而簽訂該契約，應認不符勞基法第9條第1項所定因特定性工作得簽訂定期契約之情形（最高法院103年度台上字第2066號判決參照）。查原告陳萬程自100年1月1日起至108年1月15日止均受僱於被告，擔任被告社區守衛，原告溫春媛自103年9月10日起至108年1月16日止均受雇於被告，擔任被告社區清潔員，兩造雖於每年均簽訂為期一年之勞動契約如被證1、2所示（見本院卷第49-51頁），然大樓守衛、及清潔員乃被告社區不可或缺之人力，並非臨時性、短期性、季節性之一時性需要或基於特定目的始有需要，且自原告受僱日起至108年1月15日聘僱期滿，期間兩造間之勞動契約接續簽訂未曾中斷長達8年以上、5年以上，應屬繼續性工作無疑，揆諸前開說明本件勞動契約應視為不定期契約。被告抗辯兩造間之定期聘僱契約已於108年1月15日定期期滿而終止契約云云，自非可取。

(三)原告陳萬程、溫春媛，依序請求被告給付資遣費5萬167元，4萬8094元，是否有理由？

1.按勞工依勞基法第11條之規定終止勞動契約時，雇主應發給勞工資遣費，勞基法第16條第1項、第17條定有明文。又勞工退休金條例第12條第1項規定：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，於勞動契約依勞動基準法第11條、第13條但書、第14條及第20條或職業災害勞工保護法第23條、第24條規定終止時，其資遣費由雇主按其工作年資，每滿一年發給二分之一個月之平均工資，未滿一年者，以比例計給；最高以發給六個月平均工資為限，不適用勞基法第17條之規定。被告以原告陳萬程已年滿65歲以上，違反被告社區之區分所有權人決議，不能勝任工作為由，而終止勞動契約，並未舉證原告陳萬程有何不能勝任工作之事實

，自非適法。又被告於99年12月11日住戶大會已決議不再雇用65歲以上之守衛，然原告陳萬程於00年0月00日出生，於103年7月26日已屆滿65歲，被告仍於104年、106年2月27日簽訂如被證1契約、原告提出之契約（見本院卷第49、367、369頁），足見，被告雇用65歲以上之原告，已行之有年，並無不能勝任工作之事由。又兩造已於新北市勞資爭議調解時，被告同意於108年1月31日開立依據勞基法第11條第1款規定之非自願離職證明書，有原告提出原證7之新北市政府勞資爭議調解紀錄可按（見本院卷第83-84頁），則原告陳萬程依據前開規定，請求資遣費為有理由。

2.被告抗辯經被告社區區分所有權人會議將社區守衛及清潔工作委外保全公司擔任，得轉由保全公司聘用，原告溫春媛於108年1月16日仍正常到職，應認原告溫春媛已轉由保全公司聘任，原告溫春媛無故曠職云云。兩造已於新北市勞資爭議調解時，被告於108年1月31日同意開立勞基法第11條第1款規定之非自願離職證明書，有原告提出原證7之新北市政府勞資爭議調解紀錄可按（見本院卷第83-84頁），則原告溫春媛依據前開規定，請求資遣費，為有理由。

3.平均工資係指計算事由發生之當日前六個月內所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額。工作未滿六個月者，謂工作期間所得工資總額除以工作期間之總日數所得之金額。工資按工作日數、時數或論件計算者，其依上述方式計算之平均工資，如少於該期內工資總額除以實際工作日數所得金額百分之六十者，以百分之六十計，勞基法第2條第4款載有明文。又由於勞基法暨施行細則對於「一個月平均工資」並無定義，該法第二條第四款雖有「平均工資」定義，惟係屬「日平均工資」之意，該法施行之初，前主管機關內政部曾於七十四年函釋：「一個月平均工資，係指日平均工資乘以三十所得之數額」。二惟該函執行以來，迭有反映有欠合理，因計算事由發生之當日前六個月之總日數，由於大月小月不同，分別為一八一天至一八四天，而非一八〇天，平均每月

之日數應為三〇．一七天至三〇．六七天而非三〇天，故一律以三〇天計算，將使勞工應得之資遣費、退休金、職業災害補償費減少，故改以「日平均工資」乘以計算期間每月之平均日數為計算標準，等於以勞工退休前六個月工資總額直接除以六，較為簡易、準確及合理。三新修正之一個月平均工資計算標準自八十三年四月十一日起適用，原內政部七十四年十二月二十一日(74)台內勞字第三七一六七八號釋示，同時停止援用。凡八十三年四月十一日以後退休或資遣者，雇主應以新規定之月平均工資計算勞工之退休金或資遣費，惟在八十三年四月十日以前退休或資遣者，仍依內政部七十四年十二月二十一日台內勞字第三七一六七八號之函規定辦理（行政院勞工委員會83年4月9日（83）台勞動二字第25564號函釋）。依照勞基法第二條第四款規定計算平均工資時，如因普通傷病假或留職停薪致工資折半發給或不發給期間，應不列入計算平均工資，前經內政部74.11.21(74)台內勞字第三五七二二四號函釋在案；計算平均工資時，應將上開期間扣除，往前推計（行政院勞工委員會76年9月17日發文字號：（76）台勞動字第2255號函釋）。

4.原告陳萬程自108年1月15日離職日起算（該日不計入），往前回溯6個月止，其離職當月、前第1、2、3、4、5、6月份之薪資，經扣除勞基法施行細則第10條各款所規定之各項給付後，分別為1萬1000元、2萬2,000元、2萬2000元、2萬2000元、2萬2,000元、2萬2,000元、1萬1,550元，將前第6個月份之薪資按屆滿6個月之日起算至該月末日止所占該月份之比例計算後，加總除以6，即為原告之月平均薪資。據此計算，原告之月平均薪資應為2萬1,222元（計算式：(11000+22000+22000+22000+22000+22000+(11550× 17÷ 31))÷ 6=21222，元以下四捨五入）。原告之平均工資為2萬1222元，其自103年7月1日開始任職於至108年1月15日離職日止，自94年7月1日勞退新制施行日起之資遣年資為4年6個月又14天】，新制資遣基數為2+25/93（新制資遣基數計算公式

：((年+(月+日÷當月份天數)÷ 12)÷ 2），原告得請求被告公司給付之資遣費為4萬8,149元（計算式：月薪x資遣費基數，元以下四捨五入），逾此部分，應予駁回。

5.原告溫春媛自108年1月16日離職日起算（該日不計入），往前回溯6個月止，其離職當月、前第1、2、3、4、5、6月份之薪資，經扣除勞動基準法施行細則第10條各款所規定之各項給付後，分別為【11,355、22,000、22,000、22,000、22,000、22,000、12,350】元，將前第6個月份之薪資按屆滿6個月之日起算至該月末日止所占該月份之比例計算後，加總除以6，即為原告之月平均薪資。據此計算，原告之月平均薪資應為2萬1,288】元（計算式：(11355+22000+22000+22000+22000+ 22000+(12350× 16÷ 31))÷ 6=21288，元以下四捨五入）。原告之月薪為2萬1,288元，其自103年9月10日開始任職於被告公司至108年1月16日離職日止，自94年7月1日勞退新制施行日起之資遣年資為4年4個月又6天，新制資遣基數為【2+65/372】（新制資遣基數計算公式：((年+(月+日÷當月份天數)÷ 12)÷ 2），原告得請求被告公司給付之資遣費為4萬6,296元（計算式：月薪x資遣費基數，元以下四捨五入）。

(二)原告陳萬程、溫春媛依據勞基法第16條第1項、第3項之規定，依序請求被告給付預告工資2萬3100元，是否有理由？

1.按雇主依第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：一、繼續工作三個月以上一年未滿者，於十日前預告之。二、繼續工作一年以上三年未滿者，於二十日前預告之。三、繼續工作三年以上者，於三十日前預告之。雇主未依第一項規定期間預告而終止契約者，應給付預告期間之工資。有左列情形之一者，勞工不得向雇主請求加發預告期間工資及資遣費：一、依第12條或第15條規定終止勞動契約者。二、定期勞動契約期滿離職者，勞基法第16條、第18條分別定有明文。原告陳萬程任職期間自100年1月1日起至108年1月14日，原告溫春媛任職期間自103年9月

10日起至108年1月16日，均為繼續工作滿三年以上，且非定期契約，已如前述，原告請求被告給付原告二人預告工資，為有理由。

2.當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。當事人於自認有所附加或限制者，應否視有自認，由法院審酌情形斷定之。自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之。被告於本院108年8月13日言詞辯論筆錄，已自認於108年1月14日同時終止原告陳萬程、溫春媛之勞動契約，最後工作日為108年1月15日、108年1月16日（見本院卷第100頁、108年8月13日筆錄），嗣於108年2月13日卻具狀於107年12月28日公告週知與原告二人終止勞動契約云云，並未舉證被告於108年8月13日之自認有何與事實不符之處，亦未舉證於107年12月26日公告周知之事實，或於107年12月28日已通知於告二人之終止契約之意思表示。況被告提出被證4之被告社區第25屆臨時會議紀錄，記載開會日期為107年12月26日，當時雖決議由飛龍保全公司承攬，但並未決議簽約之日期，焉有可能於107年12月28日立即公告週知?自無法證明被告已於107年12月28日預告終止本件勞動契約，被告抗辯，顯不足採。

3.又原告陳萬程自其108年1月15日離職日起算（該日不計入），往前回溯6個月之總日數為184日，核計其平均工資（日薪）為【692.02】元（計算式=月薪x 6÷　　6月總日數）。，原告於被告繼續工作三年以上，被告公司應給付30日之預告工資，被告已於107年1月14日預告，於108年1月15日終止勞動契約，則原告得請求被告公司給付之29日預告工資為2萬69元，為有理由，逾此部分，應予駁回。

4.原告溫春媛自108年1月16日離職日起算（該日不計入），往前回溯6個月之總日數為184日，核計其平均工資（日薪為694.17元（計算式=月薪x 6÷　　6月總日數）。而原告於被告公司繼續工作三年以上，被告公司應給付30日之預告工

資，被告已於108年1月14日預告於108年1月16日終止。則原告得請求被告公司給付之28日預告工資為1萬9437元，為有理由，逾此部分，應予駁回。

(三)原告陳萬程、溫春媛依據勞基法第39條、修正前第38條、勞基法施行細則第24條第1項第3款、修正後勞基法第38條第1項、第4項之規定，依序請求被告給付特休未休工資28日共1萬5393元、1萬3194元，是否有理由？

1.修正前規定：105年12月21日修正前勞基法第38條、勞基法施行細則第24條分別規定：「勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應依左列規定給予特別休假：一、一年以上三年未滿者七日。二、三年以上五年未滿者十日。三、五年以上十年未滿者十四日。四、十年以上者，每一年加給一日，加至三十日為止。」、「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」。

2.修正後規定：106年1月1日修正後施行之勞基法第38條規定：「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、六個月以上一年未滿者，三日。二、一年以上二年未滿者，七日。三、二年以上三年未滿者，十日。四、三年以上五年未滿者，每年十四日。五、五年以上十年未滿者，每年十五日。六、十年以上者，每一年加給一日，加至三十日為止。」（第1項）、「前項之特別休假期日，由勞工排定之。但雇主基於企業經營上之急迫需求或勞工因個人因素，得與他方協商調整。」（第2項）、「雇主應於勞工符合第1項所定之特別休假條件時，告知勞工依前二項規定排定特別休假。」（第3項）、「勞工之特別休假，因年度終結或契約終止而未休之日數，雇主應發給工資。」、「但年度終結未休之日數，經勞雇雙方協商遞延至次一年度實施者，於次一年度終結或契約終止仍未休之日數，雇主應發給工資。」（第4項，但書增列部分自107年3月1日施行）、「雇主應將勞工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通知勞工。」（第5項）、「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。」（第6項）。另勞基法施行細則第第24-1條規定「本法（即勞基法）第三十八條第四項所定年度終結，為前條第二項期間屆滿之日。本法第三十八條第四項所定雇主應發給工資，依下列規定辦理：一、發給工資之基準：（一）按勞工未休畢之特別休假日數，乘以其一日工資計發。（二）前目所定一日工資，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。（三）勞雇雙方依本法第三十八條第四項但書規定協商遞延至次一年度實施者，按原特別休假年度終結時應發給工資之基準計發。」。

3.原告陳萬程自被告適用勞基法之規定即103年7月1日起至終止勞動契約之日即108年1月15日止，依據新舊制計算，共有28日特別休假日，然兩造已於107年2月6日就106年1月起至106年12月止之15日特別休假達成和解，被告給付1萬995元（22000/30X7=10995），有被告提出之被告一期改善方案可按（見本院卷第275頁），經扣除後，原告陳萬程得請求13日特休未休工資1萬10元（23100/30X13=10010），為有理由，應予准許，逾此部分，應予駁回。

4.原告溫春媛自103年9月10日起至108年1月16日終止勞動契約之日止，依據新舊制計算，共有28日特別休假日，應有應休未休之特別休假日28日，然兩造已於107年2月6日就106年1月起至106年12月止之10日特別休假達成和解，被告給付7330元（22000/30X10=7330），有被告提出之被告一期改善方案可按（見本院卷第275頁），經扣除後，原告溫春媛自認另已請特休未休3日，經扣除後，請求15日特休未休工資1萬1550元（23100/30X15=11550），為有理由，應予准許，於此部分，應予駁回。

5.被告抗辯兩造以口頭約定薪資已包括特休未休工資，顯已違反前開強制規定，自屬無效。另被告抗辯兩造已於107年2月6日達成和解，原告已就107年2月6日之前債權達成和解，自不得再請求云云，然查，被告提出之被告一期改善方案，僅就106年1月至12月特休未休工資達成和解，兩造並無就全部特休未休之工資達成和解之意思表示，從而，被告前開抗辯，自無可採。

6.被告抗辯原告並未向被告聲請特別休假，自不得歸責予被告，亦不得請求特休未休工資云云，然查，被告並未舉證有賦予原告二人聲請特別休假之權利。況依據被告提出被證4之107年12月26日會議記錄記載「因目前社區支付守衛、清潔員的費用，和交給保全公司承攬其費用相差不多，且保全員每日上班為早上7點至下午7點，並全年無休，方可改善其見紅就休之離譜休假方式，已減少對各住戶之不便，然社區現有守衛、清潔員將轉入保全公司聘用」等語，足見依據被證4之記載，被告社區對於原告二人對例假日、國定假日即休假之方式，感到不便，始將被告社區之守衛及清潔員之工作轉由保全公司承攬等情，足見，被告社區並未提供原告有申請特別休假之權利，應可認定，被告前開抗辯，自無足取。

7.被告抗辯被告歷年給付原告年終及三節獎金，應抵充原告之特休未休工資云云，然查，被告給付獎金係屬於被告恩惠性給予，並非工資之一部分，自無從已恩惠性給予抵扣被告應給付之特休未休工資，被告抗辯，自不足取。

(四)原告陳萬程、溫春媛依據勞工退休金條例第12條第1項之規定，依序請求被告提撥勞退金5萬9124元、5萬5632元，是否有理由？

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，勞退條例第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。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（最高法院101年度台上字第1602號裁判要旨參照）。

2.經查，原告陳萬程103年7月1日起至104年12月止共18月，原告陳萬程薪資為21500元，應依據勞工退休金月提繳工資分級表第3組第19級21900元之工資提繳，按月應提繳1314元（21900X0.06=1314），105年1月起至106年12月止共24個月，原告陳萬程薪資2萬2000元，依據勞工退休金月提繳工資分級表第3組第20級2萬2800元，按月應提繳1368元，107年1月起至同年2月止，共2個月，依據勞工退休金月提繳工資分級表第3組第18級，2萬2000元，應按月提繳1320元，合計應提繳5萬9124元，被告於103年7月起至107年2月均未依法提繳，原告請求被告應提繳5萬9124元至原告陳萬程之勞工保險局之勞工退休金專戶（1314X18+1368X24+1320X2=59124），為有理由。

3.經查，原告溫春媛103年9月1日起至104年12月止共16月，原告溫春媛薪資為21000元，應依據勞工退休金月提繳工資分級表第3組第18級21000元之工資提繳，按月應提繳1260元（21000X0.06=1260），105年1月起至106年12月止共24個月，原告溫春媛薪資2萬2000元，依據勞工退休金月提繳工資分級表第3組第20級2萬2800元，按月應提繳1368元，107年1月起至同年2月止，共2個月，依據勞工退休金月提繳工資分級表第3組第18級，2萬2000元，應按月提繳1320元，合計應提繳5萬5632元，被告於103年7月起至107年2月均未依法提繳

，原告請求被告應提繳5萬5632元至原告陳萬程之勞工保險局之勞工退休金專戶（1260x16+1368X24+1320X2=55632），為有理由，應予准許。

4.被告抗辯兩造以口頭約定薪資已包括勞退提撥金，顯已違反前開強制規定，自屬無效。

5.被告抗辯被告給付之年終、三節獎金，得抵扣提繳之勞退金云云，然查，年終獎金、三節獎金為恩惠性給與，並不具有工資之性質，除兩造事先約定外，或經被告同意外，自不得抵充原告得請求之勞退提撥金，被告抗辯，委無足採。

(五)原告溫春媛依據勞工保險條例第72條之規定，請求被告給付未能給付之失業給付7萬9200元，是否有理由？

1.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三年內，保險年資合計滿一年以上，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，自求職登記之日起十四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六個月平均月投保薪資百分之六十按月發給，最長發給六個月。」、「失業給付自向公立就業服務機構辦理求職登記之第十五日起算」、「投保單位違反本法規定，未為其所屬勞工辦理投保手續者，按自僱用之日起，至參加保險之前一日或勞工離職日止應負擔之保險費金額，處十倍罰鍰。勞工因此所受之損失，並應由投保單位依本法規定之給付標準賠償之。」就業保險法第11條第1項第1款、第16條第1項、第20條及第38條第1項分別定有明文。次按就業保險法第5條第1項規定：「年滿十五歲以上，六十五歲以下之下列受僱勞工，應以其雇主或所屬機構為投保單位，參加本保險為被保險人。」，查原告溫春媛為00年0月00日生，被告於108年1月15日終止勞動契約，被告於107年3月2日起始為原告溫春媛加保，有原告提出之勞工保險被保險人投保資料表可按（見本院卷第30頁），致保險年資未達一年以上，不合於前開聲請失業給付之要件，受有損害，原告

溫春媛無從聲請失業給付時，勞工保險局108年8月19日保普就字第10810176280號函可按（見本院卷第167頁）。原告於離職退保前6個月之平均投保薪資為2萬2000元計算，原告得請求6個月失業給付7萬9200元（22000X0.6X6=79200），應屬有據。

2.被告抗辯兩造約定薪資包括勞保費用云云，然為勞工投保勞工保險為強制規定，自不以約定排除之，況被告自107年3月起亦為原告溫春媛投保勞工保險，有原告提出之勞工保險被保險人投保資料表可按，被告前開抗辯，亦無足採。

(六)原告陳萬程、溫春媛依據勞基法第30條、第24條之規定，依序請求被告給付加班費20萬3711元、13萬1195元，是否有理由？

原告主張被告應給付原告陳萬程加班費20萬3711元、溫春媛加班費13萬1195元，然為被告所否認，並以兩造約定薪資已包括加班費，且原告為監視性工作，屬於勞基法第84條之1之工作，每日正常工時不受約定工時超過8小時，且原告亦未舉證其休假日數云云，並以證人周招治、藍慧敏之證詞為據，經查：

1.按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條前段有明文規定。次按民事訴訟如係由被上訴人主張權利者，應先由被上訴人負舉證之責，若被上訴人先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則上訴人就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回被上訴人之請求（最高法院17年上字第917號判例可資參照）。按聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出。前項聲請，應表明下列各款事項：一、應命其提出之文書。二、依該文書應證之事實。三、文書之內容。四、文書為他造所執之事由。五、他造有提出文書義務之原因；法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定命他造提出文書；下列各款文書，當事人有提出之義務：一、該當事人於訴訟程序中曾經引用者。二、他造依法

律規定，得請求交付或閱覽者。三、為他造之利益而作者。四、商業帳簿。五、就與本件訴訟有關之事項所作者；當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之機會，民事訴訟法第342條第1項、第2項、第343條、第344條第1項及第345條分別定有明文。

2.104年6月3日修正後勞基法第30條第5項規定「雇主應置備勞工出勤紀錄，並保存五年。前項出勤紀錄，應逐日記載勞工出勤情形至分鐘為止。」，並於105年1月1日施行，然104年6月3日修正前勞基法第30條第5項規定「雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡，逐日記載勞工出勤情形。此項簿卡應保存一年。」，此規定並無溯及既往之規定，依據104年6月3日修正前勞基法之規定，被告僅負有保存1年出勤記錄之義務，即自103年6月3日起雇主有備置勞工之出勤卡1年之義務，是勞工之出勤紀錄該等資料既係被告依法本應設置及保管，且出勤紀錄攸關原告之加班狀況，是僱主於預見將來有與勞工就工作時數有訟爭可能性時，即應就勞工之出勤紀錄於法令規範之限制內予以保存，綜上所述，被告自103年7月1日適用勞基法，自應保存103年7月1日起出勤紀錄1年，並自105年1月1日起保存原告之出勤紀錄5年之義務，被告抗辯原告之出勤紀錄應由原告舉證以實其說云云，顯無可採。證人藍慧敏雖證述原告溫春媛之出勤卡已由原告取走等語，然為原告所否認，自難為有利於被告之認定。因此，被告並未提出原告之出勤紀錄，自屬於民事訴訟法第345條第1項規定之「無正當理由不從提出文書之命者」之情事，自應認原告之主張為真實，被告抗辯已於108年3月1日向新北市政府警察局土城分局金城派出所報案，打卡紙遺失云云，並提出被證6之新北市政府警察局土城分局金城派出所受理案件登記表可按（見本院卷第147頁），然原告二人於108年1月17日聲請勞資爭議調解，並於108年1月24日進行勞資爭議會議，原告

陳萬程、溫春媛二人已分別請求被告給付加班費22萬8799元、15萬1066元，有原告提出原證7之新北市政府勞資爭議調解紀錄可按（見本院卷第83頁），被告既有保存原告二人出勤卡之義務，被告當時應立即保存出勤卡之必要，作為日後訴訟之證據，卻於108年3月1日始發現原告二人之出勤卡遺失，揆之前開說明，此舉證責任之不利益，自應由被告承擔。

3.按勞基法第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，司法院大法官釋字第726號解釋文可資參照。又按勞基法之立法目的在於保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，而為勞動條件最低標準之規定（勞基法第1條參照），故於勞工延長工作時間、休假及例假日照常工作者，雇主應依勞基法第24條規定標準發給延長工作時間之工資，乃屬強制規定，除非有法律明文規定，如勞基法第84條之1規定之情形，並經中央主管機關核定公告之勞工外，勞雇雙方均應遵守。依民法第71條規定「法律行為違反強制或禁止之規定者，無效。」，勞雇雙方所簽訂之薪資給與辦法違反上開規定，自屬無效（最高法院97年度台上字第2505號判決參照）。準此，勞雇雙方並非不得就延長工作時間、休假及例假日照常工作等情另為約定，然其約定之薪資總額，不得低於基本工資加計延時工資、假日工資之總額，且須經當地主管機關核備，始得排除同法第30條、第32條、第36條、第37條及第49條規定之限制，合先敘明。被告並未舉證兩造之勞動契約，業經主管機關核備，從而，被告抗辯原告工

時不受勞基法第30條、第32條、第36條、第37條、第49條之拘束云云，自有誤解。

4.按勞僱雙方約定之工資，不得低於基本工資，勞基法第21條第1項定有明文。從事監視性、斷續性工作之警衛工作者，與必須持續密集付出勞力之生產線上勞工，二者工作性質有別，為顧及勞雇雙方整體利益及契約自由原則，並落實勞基法第21條及第32條第4項但書之規定，職司守衛之勞工，如已同工資加計延時工資、假日工資之總額時，並不違反勞基法之規定，勞雇雙方自應受其拘束。換言之，勞工能否再請求例休假之加班及備勤各項工資，應以其實領月薪是否低於基本工資為斷。倘勞僱雙方約定之工資，低於基本工資加計延時工資、假日工資之總和，則該工資之約定，已違反勞基法之規定，勞方自得更行請求短少之差額（最高法院85年度台上字第1973號判決意旨參照）。另行政院勞工委員會98年5月26日以勞動2字第0980013030號函釋：「勞動基準法第84條之1之工作者其基本工資係以法定正常工時每2週工作總時數84小時之上限為計算基礎，如約定工作時數超過此法定正常工作時數時，工作者之基本工資應按時數增給」。準此，勞工應獲得之薪資報酬，除不得低於行政院核定基本工資標準，及違反勞基法保障勞工權益本旨外，原則上得由勞雇雙方就不同工作性質，另行約定公平合理待遇結構之計算方式，勞雇雙方自應受勞動契約之拘束。

5.104年6月3日修正前之勞基法第30條第1項規定:「勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每二週工總時數不得超過八十四小時」，104年6月3日修正、105年1月1日施行之勞基法第30條第1項之規定「勞工正常工作時間，每日不得超過八小時，每週不得超過四十小時」，改採周休2日，每週工時不得超過40小時，每日不得超過8小時。103年7月1日起至04年6月30日基本工資為1萬9273元，104年7月1日起至105年12月31日止基本工資為2萬8元，106年1月1日起至106年12月31日止基本工資為2萬1009元。

6.原告陳萬程部分：

原告陳萬程主張其自100年1月1日起至106年4月30日止，一周輪早班、一周輪晚班，採隔周休假一日，早班為周一至周日，上午7時至下午3時，晚班為周一至周六，為下午3時至晚上11時，106年5月1日起至108年1月15日止，一周輪早班，一周輪晚班，早班為周一至周六，晚班為周一至周六，早班、晚班時間同前，每日上班時數均為8小時，為被告所不爭執，合先陳明。

⑴103年7月1日起至103年12月31日止，共184日，共26周，應有26周例假日加計原告請求國定假日2日，又當時法定工時每二周為84小時，亦即每周應上班5日又2小時（5X8+2=42），然原告每周上班6日或7日，每日均8小時，原告隔週休1日，每周得請求6小時之加班費，合計為19.5日（6X26/8=19.5），共應休假47.5日（26+2+19.5=47.5），原告僅休假13日，故加班34.5日，依據基本工資1萬9273元計算，得請求2萬2164元（19273/30X34.5=22 164），原告此段時間每月僅給付2萬1500元，每月較基本工資多2227元，6個月合計僅支付加班費1萬3362元，因此，原告得請求加班費8802元（00000-000 00=8802）。

②104年1月1日起至104年6月30日止，共184日，共26周，應有26周例假日加計國定假日7日，又當時法定工時每二周為84小時，亦即每周應上班5日又2小時，然原告每周上班6日或7日，每日均8小時，因此，得每周請求6小時之加班費，合計為19.5日（6X26/8=19.5），共應休假52.5日（26+7 +19.5=52.5），原告僅休假13日，故加班39.5日，依據基本工資1萬9273元計算，得請求2萬5376元（19273/30X39.5=25376），原告此段時間每月僅給付2萬1500元，每月較基本工資多2227元，6個月合計僅支付加班費1萬3362元，因此，原告尚得請求加班費12014元（00000-00000=12014）。

③104年7月1日起至104年12月31日止，共184日，共26周，應有26周例假日加計國定假日12日，又當時法定工時每二周為

84小時，亦即每周應上班5日又2小時，然原告每周上班6日或7日，每日均8小時，因此，得每周請求6小時之加班費，合計為19.5日（6X26/8=19.5），共應休假57.5日（26+12+19.5=57.5），原告僅休假13日，故加班44.5日，依據基本工資2萬8元計算，得請求2萬9679元（20008/30X44.5=29769），原告此段時間每月僅給付2萬1500元，每月較基本工資多1492元，6個月合計僅支付加班費8952元，因此，原告尚得請求加班費20817元（00000-0000=20817）。

④105年1月1日起至105年12月31日止，共365日，共52周，應有52周例假日、休息日加計國定假日17日，共121日，原告僅休假26日，故加班95日，依據基本工資2萬8元計算，得請求6萬3359元（20008/30X95=63359），原告此段時間每月僅給付2萬2000元，每月較基本工資多1992元，12個月合計僅支付加班費23904元，因此，原告尚得請求加班費39455元（00000-00000=39455）。

⑤106年1月1日起至106年12月31日止，共365日，共52周，應有52周例假日、休息日加計國定假日12日，共116日，原告僅休假49日，故加班67日，依據基本工資2萬1009元計算，得請求4萬6920元（21009/30X67=46920），原告此段時間每月僅給付2萬2000元，每月較基本工資多991元，12個月合計僅支付加班費11892元，因此，原告尚得請求加班費35028元（00000-00000=35028）。另原告與被告就106年12月及107年1月例假日、國定假日補償金已和解，被告已給付1萬1182元，有被告提出之被告一期改善方案可憑（見本院卷第275頁），就106年12月部分之國定假日及例假日之請求合計5805元（1161X5=5805）應屬重複，經扣除後，原告得請求29223元（00000-0000=29223）。

⑥綜上述，原告陳萬程得請求加班費11萬311元（8802+12014+20 817+39455+29223=110311），為有理由，逾此部分，應予駁回

7.原告溫春媛部分：

原告溫春媛主張其每日上班時間為早上8時至下午5時，每周上班6日，中午休息一小時，為被告所不爭，應為真實。

⑴103年9月1日起至103年12月31日止，共121日，共16周，應原告請求國定假日2日，又當時法定工時每二周為84小時，亦即每周應上班5日又2小時，然原告每周上班6日，每日均8小時，因此，每周得請求6小時之加班費，合計為12日（6X16/8=12），共應休假14日（16+12+2=30），原告僅休假16日，故加班14日，依據基本工資1萬9273元計算，得請求8994元（19273/30X14=8994），原告此段時間每月僅給付2萬1000元，每月較基本工資多1727元，6個月合計已支付加班費1萬362元，因此，被告已多支付1368元之加班費（0000-00000=-1368），原告自不得再請求加班費。

⑵104年1月1日起至104年6月30日止，共184日，共26周，應有26周例假日加計國定假日7日，又當時法定工時每二周為84小時，亦即每周應上班5日又2小時，然原告每周上班6日，每日均8小時，因此，得每周請求6小時之加班費，合計為19.5日（6X26/8=19.5），共應休假52.5日（26+7+19.5=52.5），原告僅休假31日，故加班21.5日，依據基本工資1萬9273元計算，得請求1萬3812元（19273/30X21.5=13812），原告此段時間每月僅給付2萬1000元，每月較基本工資多1727元，6個月合計僅支付加班費萬10362元，因此，原告尚得請求加班費3450元（00000-00000=3450）。

⑶104年7月1日起至104年12月31日止，共184日，共26周，應有26周例假日加計國定假日12日，又當時法定工時每二周為84小時，亦即每周應上班5日又2小時，然原告每周上班6日，每日均8小時，因此，得每周請求6小時之加班費，合計為19.5日（6X26/8=19.5），共應休假57.5日（26+12+19.5=57.5），原告僅休假26日，故加班31.5日，依據基本工資2萬8元計算，得請求2萬1008元（20008/30X31.5=21008），原告此段時間每月僅給付2萬1000元，每月較基本工資多992元，6個月合計僅支付加班費5952元，因此，原告尚得請求加班

費1萬5056元（00000-0000=15056）。

④105年1月1日起至105年12月31日止，共365日，共52周，應有52周例假日、休息日加計國定假日17日，共121日，原告僅休假59日，故加班62日，依據基本工資2萬8元計算，得請求4萬1350元（20008/30X62=41350），原告此段時間每月僅給付2萬2000元，每月較基本工資多1992元，12個月合計僅支付加班費23904元，因此，原告尚得請求加班17446元（00000-00000=17446）。

⑤106年1月1日起至106年12月31日止，共365日，共52周，應有52周例假日、休息日加計國定假日12日，共116日，原告僅休假63日，故加班53日，依據基本工資2萬1009元計算，得請求3萬7116元（21009/30X53=37116），原告此段時間每月僅給付2萬2000元，每月較基本工資多991元，12個月合計僅支付加班費11892元，因此，原告尚得請求加班費25224元（00000-00000=25224）。另原告與被告就106年12月及107年1月例假日、國定假日補償金已和解，被告已給付1萬1182元，有被告提出之被告一期改善方案可憑（見本院卷第275頁），就106年12月部分之國定假日及例假日之請求合計5805元（1161X5=5805）應屬重複，經扣除後，原告得請求19419元（00000-0000=19419）。

⑥綜上述，原告溫春媛得請求加班費5萬4003元（-1368+3450+15056+17446+19419=54003），為有理由，逾此部分，應予駁回。

8.綜上述，兩造約定工資，顯低於勞基法所規定之基本工資加計假日、延長工時工資總額之最低勞動條件，被告仍應依勞基法規定給付加班費等費用予原告。

9.被告抗辯被告給付之年終、三節獎金，得抵扣加班費云云，然查，年終獎金、三節獎金為恩惠性給與，並不具有工資之性質，除兩造事先約定外，或經被告同意外，自不得抵充原告得請求之加班費，被告抗辯，委無足採。

(四)按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其

催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息，民法第229條第2項、第233條第1項前段分別定有明文。又應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%，亦為同法第203條所明定。被告於108年5月23日收受起訴狀繕本，有卷附之送達證書可按（見調字卷第87頁），原告請求被告應自108年5月24日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，應屬有據。

五、綜上述，原告依據勞基法第16條第1項、第3項、勞基法第38條、第39條、勞基法施行細則第24條第1項第3款、修正後勞基法第38條第1項、第4項、勞工退休金條例第6條第1項、第12條第1項、勞工保險條例第72條、勞基法第30條、第24條、就業保險法第38條之規定，請求被告應給付原告陳萬程、溫春媛如附表所示之金額及自起訴狀繕本送達翌日即108年5月24日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，被告應提撥如附表所示之金額至原告之勞工退休金專戶，為有理由，逾此部分，應予駁回。

六、法院就勞工之給付請求，為雇主敗訴之判決，應依職權宣告假執行，前項請求，法院應同時宣告雇主得供擔保或將請求標的物提存而免假執行，為勞動事件法第44條第1項、第2項所明定。本件判決為被告即雇主敗訴之判決，依據前開規定並依職權宣告假執行及免為假執行之宣告。原告其餘假執行之聲請，因訴之駁回，而失所附麗，併予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及其餘爭點，核與判決結果無涉，爰不一一論述。

八、據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第79條、勞動事件法第44條第1項、第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　3　　日

勞動法庭

法　官　徐玉玲

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。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　　3　　月　　3　　日

書記官　李隆文

附表：

原告	陳萬程	溫春媛
預告期間工資	20,069元	19,437元
資遣費	48,149元	46,294元
加班費	110,311元	54,003元
特休未休工資	10,010元	11,550元
失業給付	x	79,200元
以上合計	188,539元	210,486元
被告免為假執行供擔保金額	188,539元	210,486元
被告應提撥勞工退休金額	59,124元	55,632元