

臺灣新北地方法院民事判決

109年度勞簡上字第14號

上訴人 呂柏諺
訴訟代理人 吳榮達律師
(法扶律師)

被上訴人 權薪實業有限公司
法定代理人 羅方鎡
訴訟代理人 葛彥麟律師

上列當事人間請求給付資遣費等事件，上訴人對於民國109年2月13日本法院板橋簡易庭108年板勞簡字第39號第一審判決提起上訴，經本院於109年12月4日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決（除確定部分外）關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，並訴訟費用之裁判廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣壹萬玖仟玖佰捌拾肆元，及自一百零八年七月四日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一審（除確定部分外）、二審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之九，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人起訴主張：其自民國（下同）107年6月7日受僱於被上訴人，擔任高空外牆清洗工作，約定薪資為日薪新臺幣（下同）1,800元。嗣上訴人於107年11月16日遭被上訴人以上訴人整天抱怨公司、向其他員工說三道四等理由，依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定違法解僱，被上訴人自應給付上訴人資遣費8,064元及10日預告工資1萬8000元。且因上訴人係屬非自願離職，得請求失業給付，因被上訴人未投保勞工保險，致上訴人無法聲請失業給付12萬9816元。被上訴人未給付上訴人休息日及例假日加班費5萬4201元及例假日上班未補假之9日工資1萬6200元。且未依法提繳勞工退休金1萬1096元，爰依兩造間勞動契約、勞工退休金條例

第12條第1項、勞基法第16條、就業保險法第16條、勞工退休金條例第6條規定，提起本訴，並聲明：被上訴人應給付上訴人22萬6281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。被上訴人應向勞動部勞工保險局為上訴人提撥勞工退休1萬1096元。並願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：

(一)本件工作地點在林口區，屬台地地形，冬天有東北季風，風勢甚大，民眾清潔掃除時發生墜樓意外，冬天皆不會委託公司進行大樓窗戶、外牆高空清潔工作，被上訴人僅在特定的時期、季節，才會接案並通知上訴人工作，並約定若有派案給上訴人，每日工資為1,800元，上訴人是有工才來上班，兩造間勞動契約應為定期契約。

(二)兩造間既屬定期契約，上訴人於107年11月25日在LINE通訊軟體上向被上訴人表示不願繼續工作，要求離職，並請被上訴人配合開立非自願離職書，上訴人自願離職，並非遭被上訴人解雇，故上訴人請求資遣費8,064元、預告工資1萬8000元，自無理由。亦不得聲請失業給付12萬9816元。另上訴人並未舉證有加班及未補假之事實，上訴人請求加班費5萬4201元及未補假工資1萬6200元部分，並無理由。

三、原審判命被上訴人應提撥1萬1096元至上訴人設於勞工保險局之退休金專戶，並依職權宣告假執行，駁回上訴人其餘之訴，上訴人不服提起上訴，其上訴聲明：(一)原判決不利於上訴人之部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人22萬6281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。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。(上訴人請求被上訴人提繳勞工退休金1萬1096元部分，因被上訴人未上訴而確定)

四、上訴人起訴主張其遭被上訴人以勞基法第11條第5款規定解僱，爰依據兩造間勞動契約、勞工退休金條例第12條第1項、勞基法第16條、就業保險法第16條之規定，請求如訴之聲

明，被上訴人則以前詞置辯，因此，本件爭點應為：（一）兩造為定期契約或不定期契約？（二）如兩造為不定期契約，被上訴人依據兩造間勞動契約、勞工退休金條例第12條第1項、勞基法第16條、就業保險法第16條之規定，請求被上訴人給付其資遣費8,064元、預告工資1萬8000元、失業補助津貼差額12萬9816元、休息日及例假日加班費5萬4201元、例假日上班工資1萬6200元，是否有理由？茲分述如下：

（一）兩造為定期契約或不定期契約？

1.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90日，前後契約間斷期間未超過30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。再所謂「繼續性工作」，係指雇主有意持續維持之經濟活動所衍生之相關職務工作，亦即「雇主持續性有人力需求之工作」。是以，自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需要而定，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（最高法院103年度台上字第2066號民事判決意旨參照）。惟按勞動契約除具有臨時性、短期性、季節性或特定性，且非繼續性工作者，得為定期契約外，其餘均為不定期契約，此觀勞基法第9條第1項、第2項及勞基法施行細則第6條規定自明。所稱之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，應以相關法令及勞工實際從事工作之內容與性質，對於雇主事業單位是否具有持續性之需要而定，不受勞動契約簽訂之書面形式拘束（最高法院

109年度台上字第1156號判決意旨參照)。準此以解，是勞動契約究屬定期契約或不定期契約，應以契約之內容及性質是否具有繼續性為準，不受勞動契約簽訂之形式所拘束。

2.上訴人自107年6月7日起受雇於被上訴人擔任高空外牆清洗工作，並未簽訂定期契約，為兩造所不爭，上訴人自107年6月7日受僱日起至離職日止，依據其提出工作地點遍佈於新北市汐止區、中和區、台北市中正區、大安區、內湖區、北投區，新竹縣新竹市、並非僅限於林口區，亦無季節性、臨時性、短期性、臨時性、特定性，且為繼續性之人力需求之工作，揆之前開說明，高空外牆清洗工作，具有繼續性之性質，本件之勞動契約應為不定期契約，應可認定。被上訴人前開抗辯，委無可取。

(二)如兩造為不定期契約，上訴人依據兩造間勞動契約、勞工退休金條例第12條第1項、勞基法第16條、就業保險法第16條、勞工退休金條例第6條第1項之規定，請求被上訴人給付其資遣費8,064元、預告工資1萬8000元、失業補助津貼差額12萬9816元、加班費5萬4201元、例假日上班工資1萬6200元，是否有理由？

1.本件終止勞動契約之法律上依據為何？

上訴人主張被上訴人於107年11月25日係以其上班遲到早退、臨時請假、工作態度不佳、對本公司並無所幫助為由，依據勞基法第11條第5款之規定，終止勞動契約，並提出上證2之非自願離職證明書為據（見本院卷第91頁），被上訴人則以上訴人自願離職，並提出原審被證2之line對話為證，然查，依據上證2之真正，為被上訴人所不爭，被上訴人係以上訴人工作不力不能勝任工作為由終止勞動契約，且觀之被上訴人於原審提出被證2之line之對話記載「據我所知，你每天遲到早退...，因為你的怠工」（例如玻璃沒洗乾淨，提早下班，施工進度延滯），導致我被案常求償」等語（見原審板簡卷第127~131頁），互核相符，自應認上訴人之主張為真正。至於被上訴人於原審提出被證2之line對話，上

01 訴人稱「星期一麻煩我的證照方面我要用，還有我的時數卡
02 星期一要簽好」「那麻煩你寫一張我非自願離職書」「我星
03 期一就要感謝」等語（見原審卷第129頁），依據line之對
04 話，上訴人並無自願離職之意思表示，且因被上訴人以上訴
05 人工作態度不佳為由終止勞動契約，上訴人因此要求被上訴
06 人開立非自願離職證明書，應為真實，被上訴人前開抗辯，
07 並非可取。

08 2.上訴人得請求之金額為何？

09 (1)資遣費：

10 (㊦)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
11 額除以該期間之總日數所得之金額。工作未滿六個月者，
12 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
13 額。工資按工作日數、時數或論件計算者，其依上述方式
14 計算之平均工資，如少於該期內工資總額除以實際工作日
15 數所得金額百分之六十者，以百分之六十計，勞基法第2條
16 第4款載有明文。由於勞基法暨施行細則對於「一個月平均
17 工資」並無定義，該法第二條第四款雖有「平均工資」定
18 義，惟係屬「日平均工資」之意，該法施行之初，前主管
19 機關內政部曾於七十四年函釋：「一個月平均工資，係指
20 日平均工資乘以三十所得之數額」。二惟該函執行以來，
21 迭有反映有欠合理，因計算事由發生之當日前六個月之總
22 日數，由於大月小月不同，分別為一八一天至一八四天，
23 而非一八〇天，平均每月之日數應為三〇．一七天至三〇
24 ．六七天而非三〇天，故一律以三〇天計算，將使勞工應
25 得之資遣費、退休金、職業災害補償費減少，故改以「日
26 平均工資」乘以計算期間每月之平均日數為計算標準，等
27 於以勞工退休前六個月工資總額直接除以六，較為簡易、
28 準確及合理（行政院勞工委員會83年4月9日（83）台勞動
29 二字第25564號函釋）。上訴人於聲請勞資爭議調解時主張
30 107年11月15日遭被上訴人解雇，有上訴人於原審提出之新
31 北市政府勞資爭議紀錄可按（見原審三重院卷第27-28頁）

，因此，上訴人自107年6月7日起至107年11月15日離職日止，工作日數合計為162天，尚未滿6個月，另上訴人於107年11月間工作日數為8日，每日薪資報酬為1800元，上訴人於11月薪資為1萬4400元。上訴人自107年6月7日起至107年11月15日止，依序薪資為2萬8800元、4萬5000元、4萬3000元、1萬4800元、4萬5700元、1萬4440元，合計為19萬4700元，除以162日，每日工資為1202元（元以下四捨五入），每月平均工資為3萬6060元，應可認定。

(2) 雇主依勞基法第11條第1項之規定，終止勞動契約者，應依下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，每滿一年發給相當於一個月平均工資之資遣費。二、依前款計算之剩餘月數，或工作未滿一年者，以比例計給之。未滿一個月者以一個月計，為勞動基準法第11條、第17條所明定。又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，不適用勞動基準法第17條之規定，勞工退休金條例第12條第1項亦有明定。所稱「以比例計給」於未滿一年之畸零工作年資，以其實際工作日數分月、日比例計算。如：勞工適用勞工退休金條例之工作年資為3年6個月15天，則資遣費基數為 $3 \times 0.5 + ((6 + 15/30) / 12) \times 0.5 = 1.77$ 個基數。（見行政院勞工委員會101年9月12日勞動4字第1010132304號函）。原告107年6月7日起至107年11月15日終止勞動契約日止，平均工資為3萬6060元，上訴人得請求資遣費為7964元，有勞動部資遣費試算系統可按，逾此部分，應予駁回。

2. 預告工資部分：

按雇主依第11條或第13條但書規定終止勞動契約者，其預告期間依下列各款之規定：一、繼續工作三個月以上一年

未滿者，於10日前預告之。二、繼續工作一年以上三年未滿者，於20日前預告之。三、繼續工作三年以上者，於30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，勞基法第16條定有明文。經查：原告自107年6月7日起至107年11月15日，已繼續工作3月以上，應於10日預告終止勞動契約，應給付預告工資1萬2020元（ $36060 \div 30 \times 10 = 12020$ ），自屬有據，應予准許，逾此部分，應予駁回。

3.失業給付部分：

(甲)按年滿15歲以上，65歲以下具有中華民國國籍之受僱勞工，應以其雇主或其所屬機構為投保單位，參加就業保險，投保單位不依本法之規定辦理加保手續者，勞工因此所受之損失，應由投保單位依本法規定之給付標準賠償之，另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，就業保險法第5條、第38條、第11條第1項第1款定有明文。準此，請領失業給付之要件為（一）為非自願離職退保前三年，保險年資合計滿一年以上。（二）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，始得請領失業給付，先為敘明。

(乙)經查，上訴人於107年6月7日任職，於107年11月16日止，其非自願離職退保前3年內（即104年11月17日起至107年11月16日止），其就業保險年資僅92日，未達於1年，不符合失業給付請領條件，有勞動部勞工保險局109年10月15日保費資字第10960255630號函可按（見本院卷第115頁），則上訴人不得請求失業給付，從而，上訴人依據就業保險法第38條第1項之規定，請求上訴人給付因未投保就業保險所生之失業給付賠償，並無理由，應予駁回。

01 4. 休息日及例假日加班費5萬4201元、例假日上班工資1萬6200
02 元部分：

03 勞基法並未排除按時計酬者適用休息日工資照給之規定。然
04 而，基本工資審議委員會在審議每小時基本工資時，已考量
05 部分工時工作之特性，將例假日及因法定正常工時縮減所產
06 生之休息日（勞動基準法第36條所定之休息日）應獲得之工
07 資，納入計算；易言之，按時計酬者享有例假及休息日照給
08 工資之權利，該工資已分別折算到「每小時基本工資」中。
09 因此，按時計酬者，勞資雙方如以不低於158元（110年1月1
10 日起，調整為160元）約定每小時工資額，其實就已經給付
11 了勞動基準法第39條所定例假及休息日照給之工資，遇到例
12 假或休息日未出勤，毋須再行加給。至於按日計酬約定之日
13 薪，於法定正常工作時間內，如不低於每小時基本工資數額
14 乘以工作時數之金額，比照按時計酬者辦理，有勞動部網站
15 資料可按，準此，上訴人為按日計酬，每日工資為1800元，
16 為兩造所不爭，則以每日工作8小時計算，每小時工資為225
17 元，不低於107年度基本工資每小時工資140元，上訴人請求
18 例假日、休息日、國定假日之加班費，均無理由，應予駁回
19 。

20 (三) 按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其
21 催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人
22 起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相
23 類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金
24 錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息，民
25 法第229條第2項、第233條第1項前段分別定有明文。又應付
26 利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率
27 為5%，亦為同法第203條所明定。被上訴人於108年7月3日收
28 受起訴狀繕本有卷附之送達證書可按（見原審卷第19頁），因
29 此，上訴人請求被上訴人應自108年7月4日起至清償日止，
30 按年息百分之五計算之利息，應屬有據。

31 五、綜上所述，上訴人本於勞基法第11條第5款、第16條、勞工

01 退休金條例第12條第1項之規定，請求被上訴人應給付上訴
02 人1萬9984元(資遣費7964元+預告工資1萬2020元)及自起訴
03 狀繕本送達翌日即108年7月4日起至清償日止，按年息百分
04 之五計算之利息，為有理由，應予准許，逾此所為請求，為
05 無理由，應予駁回。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴
06 之判決，並駁回其假執行之聲請，尚有未洽，上訴意旨求予
07 廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第2項
08 所示。至於上訴人之請求不應准許部分，原判決為上訴人敗
09 訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核於法並無不合，上
10 訴意旨求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

11 五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及其餘爭點，核
12 與判決結果無涉，爰不一一論述。

13 六、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴
14 訟法第436條之1第3項、第450條、第449條第1項、第79條、
15 第463條，判決如主文。

16 中 華 民 國 109 年 12 月 18 日
17 勞 動 法 庭 審 判 長 法 官 張 誌 洋
18 法 官 潘 曉 玫
19 法 官 徐 玉 玲

20 以上正本證明與原本無異
21 不得上訴。

22 中 華 民 國 109 年 12 月 18 日
23 書 記 官 李 隆 文