臺灣新北地方法院民事判決

109年度勞簡字第53號

原　　告　林依雯
訴訟代理人　陳信翰律師(法扶律師)
被　　告　鴻卓保全股份有限公司
法定代理人　張証棕
訴訟代理人　何坤錠

上列當事人間請求請求給付資遣費等事件，經本院於民國109年8月3日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應給付原告新臺幣（下同）壹拾肆萬陸仟伍佰捌拾壹元，及其中伍萬參仟肆佰肆拾壹元自民國（下同）一百零九年二月六日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息，及其中玖萬參仟壹佰肆拾元自一百零九年六月二十三日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息。

被告應提繳貳萬貳仟柒佰肆拾參元至原告勞工退休金個人專戶。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由原告、被告各負擔二分之一。

本判決第一項得假執行，但被告如以壹拾肆萬陸仟伍佰捌拾壹元為原告供擔保後，得免為假執行。

本判決第二項得假執行，但被告如以貳萬貳仟柒佰肆拾參元為原告供擔保後，得免為假執行。

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。查原告起訴之聲明為：「被告應給付原告218,955元及自本起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年利率百分之5計算之利息」等語（見本院109年度勞簡專調字第3號卷第11頁），嗣原告於109年6月22日擴張聲明為「1.被告應給付原告266,609元，及其中173,469元自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年利率百分之五計算之

利息，及其中93,140元自109年6月23日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息。2.被告應提繳45,486元至原告勞工退休金個人專戶。」等語（見本院卷第43頁），原告上開所為，符合法律規定，自應准許。

貳、實體方面：

一、原告主張：

原告自107年3月1日起受僱於被告，擔任社區保全人員職務。原告於108年8月至9月間曾有3次未到勤紀錄，即108年8月15日不慎因睡眠而未到勤、108年8月16日因被告公司主管通知無庸到班而未到、108年9月12日請病假而未到勤。不料於108年9月12日以後，被告竟拒絕原告於新北市三重區之原社區繼續提供勞務，甚至於108年10月4日以函文通知：「甲○○乙員於108年08月15、16日、9月12日曠職三日未到班服勤…應予記大過三次立即開除」，惟原告於108年8月16日、108年9月12日未到勤部分，已有事前向被告公司主管乙○○請假，並非曠職。至於108年8月15日因故未到勤部分，被告公司直到108年10月4日前均未有懲處，卻於108年10月4日函文中，直接對原告記大過三次而解僱，完全未給予原告懲處後改進之機會，亦明顯違反勞動基準法（下稱勞基法）解僱最後手段性原則，且該三日並非連續三日，不合勞基法第12條第1項第6款規定，故被告解僱原告應屬無效。因此，兩造間勞動契約關係仍存續，但因被告於108年9月份發放工資時，不僅未發給原告該三日工資，並額外扣薪9,000元，被告既然未依勞動契約給付工資，原告自得依照勞動基準法第14條第1項第5款規定，終止與被告間之勞動契約，故原告主張以起訴狀繕本送達被告之日，終止與被告間之勞動契約關係。為此，依勞動契約、勞基法第22條第2項、第38條、勞工退休金條例第12條第1項、第31條等規定，請求被告給付108年9月份扣除之薪資9,000元、資遣費28,069元、未休特休10日之工資10,667元、提繳勞工退休金45,486元、108年9月至12月之工資115,200元、病假折半工資533元、及任職期間

時薪低於基本工資的工資差額103,140元。併聲明：㈠被告應給付原告266,609元，及其中173,469元自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息，及其中93,140元自109年6月23日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息。㈡被告應提繳45,486元至原告勞工退休金個人專戶。

二、被告抗辯：

㈠資遣費、108年9月至12月工資部分：

原告於108年8月15、16日及9月12日未到勤，該勤區乙○○課長曾於108年9月12日與原告溝通協調結果，並達成共識：「原告不離職，之前所發生事件，不再究責，並自108年9月17日起按新排定班表到勤」，原告並以LINE對話記錄回應「災（接受班表意思）」。廖課長並到庭作證表示108年10月4日之函文屬「曠職時間誤判」，而原告於108年9月17、18、19日無正當理由連續三日拒絕到勤，亦未依規定程序請假，顯視工作秩序如無物，違反忠誠勤勉義務，並嚴重破壞勞資雙方信任關係，被告自得依同法第12條第1項第6款規定，不經預告終止契約，並無不合。姑且不論被告公司後於108年10月4日發函「曠職日期誤載」是否合法，惟原告無法免除連續曠職三日之事實，其在108年9月17、18、19日無正當理由連續三日拒絕到勤的舉動，亦為終止勞動契約之意思表示。因此，原告請求被告公司給付資遣費、108年9月至12月工資，為無理由。

㈡108年9月份扣除之薪資9,000元部分

被告就原告曠職日期為108年9月17、18、19三日扣薪9,000元，非原告所述扣款時間為108年8月15、16日及9月12日三日，此有108年8月份薪資無扣款可證。另原告於108年10月9日回公司領取薪資時，被告明確表示並經原告本人同意，上開曠職三日合計9,000元由9月薪資中扣除，此有原告簽名可證。

㈢未休特休工資部分

原告之特別休假，依兩造保全人員約定書勞動契約第六條約定，原告得以輪休方式行之，惟原告未於任職期間自行排休，屬勞工應休能休而不休者，即勞工拋棄特別休假之權利，勞工既然拋棄特別休假之權利，則雇主可不發給未休完特別休假日數之工資。

㈣提繳勞工退休金部分

原告於107年3月10日在自由意願下，立下切結書載明已在其他私人機構投保勞保、健保、勞退，請公司切勿幫本人投保。而原告於108年10月18日調解時，亦稱因有前科、卡債，所以告知公司不加勞健保。惟公司亦有主動將其加入二代健保、意外險、壽險等保障其權益。退步而言，以108年度最低投保薪資23,100元，提撥6%為1,386元，提撥金額應為24,948元（1,386元x18個月）

㈤請假一日折半工資533元部分

原告未依勞基法勞工請假規則第10條規定辦理，應無理由。

㈥時薪低於基本工資部分

原告於107年2月28日受雇被告公司，於自由意願下兩造合意給付時薪為120元，並於人員資料卡上親自簽名，原告於受僱時既明知其所簽訂之勞動契約，約定之工作時間業如保全約定書84條之1，且於任職1年6個月期間，並無任何異議或舉證證明被告有違反勞基法第14條第1項第6款但書情事。原告從事保全業之監視性之工作，得由契約當事人自由約定勞雇條件，而不受上開勞基法條文之拘束。且依據勞基法施行細則第7條，原告不得捨雙方約定不論，逕自依同法之相關規定另對被告請求給付差額。何況，勞動契約是雙方當事人合意而生法律上效果之行為，原告背棄契約誠實及信用關係、出爾反爾行為，被告難以接受。

㈦併聲明：駁回原告之請求。

三、雙方不爭執的事實：

㈠原告自107年3月1日起受僱於被告，擔任社區保全人員職務。一開始以每小時120元計算，每日工作12小時，每月休息

6天，自108年8月1日起，改以月薪32,000元計算。

㈡原告曾於108年8月15日不慎因睡眠而未到勤、108年8月16日因被告公司主管通知無庸到班而未到、108年9月12日請病假而未到勤，及於108年9月17、18、19日連續三日未到勤。

㈢被告於108年10月4日以函文通知：「甲○○乙員於108年08月15、16日、9月12日曠職三日未到班服勤…應予記大過三次立即開除」。

㈣被告於108年9月份發放工資時，曾扣薪9,000元。

四、本件爭執點：

㈠雙方的勞動契約關係是否已經合法終止？原因為何？

㈡原告各項請求有無理由？金額為何？

以下分別說明

五、就雙方的勞動契約關係而言：

㈠原告雖曾於108年8月15、16日及9月12日未到勤，但被告公司勤區乙○○課長於108年9月12日與原告溝通協調結果，並達成共識：「原告不離職，之前所發生事件，不再究責，並自108年9月17日起按新排定班表到勤」，原告並以LINE對話記錄回應「災（接受班表意思）」等事實，為雙方所不爭執（見本院調解卷第81頁、本院卷第44頁），足見當時雙方並無終止勞動契約之情形存在。

㈡被告解僱不合法

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，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。被告於108年10月4日以函文通知：「甲○○乙員於108年08月15、16日、9月12日曠職三日未到班服勤…應予記大過三次立即開除」（見本院調解卷第31頁），但該三日並非連續三日，且原告於108年8月16日因公司主管乙○○通知無庸到班而未到、108年9月12日因請病假經主管乙○○同意而未到勤，有LINE對話紀錄可稽（見本院調解卷第25、30頁），顯然非「無正當理由繼續曠工三日」，故被告所為解雇行為並不合法，應屬無效。

2.再者，「勞基法第11條、第12條雖分別規定雇主之法定解僱事由，然勞工屬於僱傭關係中經濟及地位弱勢之一方，為保障勞工之工作權，避免雇主恣意解僱勞工，則雇主在通知解僱勞工時，有明確告知解僱勞工事由之義務，使勞工適當地知悉其面臨遭解僱之事由及相關法律關係之變動。況且，基於誠信原則暨防止雇主恣意解僱勞工，雇主更不得事後隨意改列或增列其解僱事由，同理，雇主亦不得於原先列於解僱通知上之事由，於訴訟上再加以變更或增列主張，或將解僱後所發生之事由於訴訟中併為主張（最高法院101年度台上字第366號判決、95年度台上字第2720號判決意旨參照）。故雇主於解僱勞工時，基於勞動契約之誠信原則，應告知勞工被解僱之具體事由，且不得隨便改列其解僱事由，以供法院審查雇主之解僱行為是否合法有據。本件中，證人乙○○雖到庭證稱：108年10月4日之函文屬「曠職時間誤判」，實際上原告於108年9月17、18、19日無正當理由連續三日拒絕到勤，亦未依規定程序請假等情（見本院卷第28頁），但依照上述最高法院見解，被告不得於原先列於解僱通知上之事由，於訴訟上再加以變更或增列主張，故此部分抗辯，無法作為合法解雇的事由，也不足以作為有利被告之認定依據。

㈢原告終止勞動契約合法

依據被告提出的薪資表、現場執勤人員時數表可知（見本院調解卷第113、189頁），原告於108年9月1至12日，共值勤8日96小時，本應領取工資10,667元，但卻遭被告以「曠職扣款」為由，扣款9,000元，而只領得1,467元。被告此項扣款，不僅無提出法律上的依據，且縱使依其所述是因「9月17、18、19日無正當理由連續三日拒絕到勤」，則為何可扣款9,000元，也無任何說明。被告既然無法律上正當理由扣款9,000元，即構成勞基法第14條第1項第5款「不依勞動契約給付工作報酬」的事由，原告自得合法終止勞動契約。

㈣從而，原告主張依勞動基準法第14條第1項第5款規定，終止

與被告間之勞動契約，並以起訴狀繕本送達被告之日即109年2月5日（見本院卷第59頁），終止與被告間之勞動契約關係，符合法律規定，應可採信。

六、就原告各項請求而言：

㈠108年9月份扣除之薪資9,000元部分：

如前所述，被告既然無法律上正當理由扣款9,000元，顯然構成勞基法第14條第1項第5款「不依勞動契約給付工作報酬」的事由，原告自得依勞動契約、勞基法第22條第2項規定，請求被告給付本應給付108年9月份薪資中所扣除的9,000元。

㈡108年9月至12月之工資115,200元部分：

1.按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬，此觀民法第487條前段之規定自明。

2.原告主張被告於108年10月4日違法解僱原告並不生解僱效力，故被告仍應於兩造勞動契約存續期間，繼續負擔給付工資之義務，故原告應得向被告請求108年9月13日至30日之工資19,200元（計算式：32,000元÷ 30日x18日=19,200元），及108年10至12月工資96,000元（32,000x3＝96,000），共計115,200元（19,200＋96,000）。

3.查原告與被告該勤區乙○○課長曾於108年9月12日達成共識，雙方勞動契約仍然繼續存在，原告並無離職等情，已如前述。但原告自108年9月13日起，均未依所排定的班表出勤提供勞務，也無任何請假程序，為原告所不否認，顯然已構成「拒絕提供勞務」的情形，則原告既然未提供勞務，又如何能依照勞動契約請求被告給付報酬？之後，被告於108年10月4日所為的解僱行為，雖然違法而不生解僱效力，但原告既然拒絕提供勞務在前，之後也無再將願意提供勞務的意思表示通知被告，即使於108年11月15日新北市勞工局進行勞資爭議調解時，亦無任何提供勞務的表示，反而是請求被告給付資遣費（見本院調解卷第23頁），顯然原告是屬於「持續拒絕提供勞務」的狀態，依法被

告並不成立「受領勞務遲延」的情形，並不合於前述民法第487條前段規定的要件。故原告此部分請求，不合於法律規定，無法准許。

㈡資遣費28,069元部分：

1.查「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，不適用勞動基準法第17條之規定。」勞工退休金條例第12條第1項定有明文。此所稱「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、日換算成年之比例計算。所得之基數以分數（分子／分母）表示（行政院勞工委員會101年9月12日勞動4字第1010132304號令參照）。

2.按「平均工資：謂計算事由發生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」，勞動基準法第2條第4款定有明文。又「一個月平均工資」等於勞工退休或資遣前六個月工資總額直接除以六(行政院勞工委員會83年4月9日(83)台勞動二字第25564號函參照）。又於計算時，應以勞工於契約終止前有實際提供勞務、領取薪資的期間作為計算基礎。經查，依被告提出的薪資表所載（見本院卷第113頁），原告於契約終止前六個月即108年3-8月薪資分別為34,560元、34,560元、33,420元、27,360元、23,760元、28,222元，總額為181,882元，月平均工資應為30,314元（181,882元÷ 6=30,314元，元以下四捨五入）。

3.原告既然是依勞基法第12條第1項第5款規定合法終止勞動契約，被告自應發給原告資遣費。故依上開勞工退休金條例第12條規定，原告之平均工資為30,314元，其自107年3月1日開始任職於被告公司，至108年9月12日最後提供勞

務日止，勞退新制之資遣年資為1年6個月又12天，資遣基數為23/30（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23,241元（計算式：30314× 23/30，元以下四捨五入）。原告逾此金額所為的請求，無法准許。

㈣未休特休之工資10,667元：

1.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。」（第4項）、「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）。

2.原告主張於任職期間，從未休特別休假，107年間應有特別休假3日、108年間應有特別休假7日，合計10日等情，為被告所不爭執（見本院卷第40-41頁），故原告依上述勞基法第38條第1、2、4項規定，請求被告給付10日未休特別休假之工資10,667元（32,000÷ 30x10= 10,667），於法有據，應予准許。

3.被告雖抗辯原告得以輪休方式休特別休假，但原告未於任職期間自行排休，屬勞工應休能休而不休者，即勞工拋棄

特別休假之權利，勞工既然拋棄特別休假之權利，則雇主可不發給未休完特別休假日數之工資云云。但此項抗辯，顯然違反上述勞基法第38條相關規定，自不足採信。

㈤提繳勞工退休金45,486元部分：

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.原告主張於任職期間，被告均未依法為其提繳勞工退休金，其中107年3月1日至108年7月31日，被告應為原告提繳35,496元（2,088x17），108年8至12月，被告應為原告提繳9,990元（1,998x5），故原告得依上述規定，請求被告應為原告提繳共45,486元。

3.被告對於原告上開計算式及金額並不爭執（見本院卷第41頁），但辯稱原告於107年3月10日在自由意願下，立下切結書載明已在其他私人機構投保勞保、健保、勞退，請公司切勿為其投保勞保、健保及勞退提撥，且原告於108年10月18日調解時，亦稱因有前科、卡債，所以告知公司不加勞健保，惟公司亦有主動將其加入二代健保、意外險、壽險等保障其權益，原告事後再提出訴訟，其心可議，也違誠實等情，並提出原告書立的「不參加勞健保切結書」為證（見本院調解卷第86-87、109頁）。

4.經查：

⑴損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。民法第217條第1、2項定有明文。

⑵依勞工退休金條例上述規定，雇主依法應為受僱勞工按

月提撥勞工退休金，此性質上屬於強制規定，縱使原告自願放棄被告為其提撥勞工退休金，但此項約定違反強制規定，應屬無效，被告也須依勞工退休金條例第31條規定，負賠償之責。惟原告對於被告抗辯上述曾簽立「不參加勞健保切結書」一節並不爭執，且陳稱「我之前助學貸款沒有繳納，我有告訴公司這件事，所以才寫這份書面，而且我還有通知公司說，我有前科，我並沒有拿到保全員的證照。」等語（見本院卷第30頁），顯然原告是因其個人因素而要求被告不投保勞保、健保及不提撥勞工退休金，其就損害之發生，自屬與有過失，否則所有利益（避免原告任職期間薪資按月遭銀行扣押、強制執行之利益）均歸原告享有，所有不利益（即罰鍰及賠償勞工因此所受之損害）均歸被告承擔，亦與誠實信用原則相違。本院綜合上情，認原告應負50%之過失責任，始為適當。故依與有過失之比例計算後，原告僅得請求被告賠償之金額為22,743元（45486/2=22743）。逾此金額所為之請求，無法准許。

㈥病假折半工資533元：

1.勞工請假規則第4條第1項、第3項分別規定：「勞工因普通傷害、疾病或生理原因必須治療或休養者，得在左列規定範圍內請普通傷病假。一、未住院者，1年內合計不得超過30日」、「普通傷病假一年內未超過三十日部分，工資折半發給」。

2.原告於108年9月12日提出診斷證明書向被告請病假，並經主管乙○○准假一天，有LINE對話紀錄可稽（見本院調解卷第29-30頁）。被告既未舉證已給付該日工資，故原告自得依上述規定請求被告給付該日折半的工資533元（32,000/30/2 =533）。

㈦短付工資103,140元：

1.我國基本工資規定，107年度之每小時基本工資為140元，108年度之每小時基本工資為150元，此有勞動部所頒基本

工資資料可稽（見本院調解卷第43-44頁），故採以時計薪者，自應受上述基本工資規定保障。

2.原告主張自107年3月1日起受僱於被告，擔任保全人員，一開始以每小時120元計算，每日工作12小時，每月休息6天，自108年8月1日起，改以月薪32,000元計算等情，為被告所不爭執（見本院卷第40頁）；且依被告提出的薪資表、現場執勤人員時數表可知（見本院調解卷第113、153-185頁），於原告以時計薪期間（107年3月起至108年7月止，共計17個月），其中有13個月以「原告當總值勤時數」x「120元」計算後，與原告當月「應領金」一欄所載金額完全相符，另外4個月則多領取數百元到一千多元不等，故原告此部分主張，自應認定屬實。

3.被告既然承認自107年3月起至108年7月間，以時薪120元計算原告之薪資，顯然低於上述基本工資規定，則依上述被告提出之現場值勤人員時數表所載，經統計後可知（見本院卷第45頁），原告107年工作時數合計2664小時，107年度之差額為每小時20元，合計為53,280元（2664× 20＝53,280）；108年工作時數合計1662小時，108年度之差額為每小時30元，合計為49,860元（1662× 30＝49,860），故被告公司應給付原告短付工資共103,140元。

七、綜上所述，原告依兩造間勞動契約、勞基法第22條第2項、第38條、勞工退休金條例第12條第1項、第31條等規定，請求㈠被告應給付108年9月份扣除之薪資9,000元、資遣費23,241元、未休特休10日之工資10,667元、病假折半工資533元、及任職期間時薪低於基本工資的工資差額103,140元，合計共146,581元，及其中53,441元自起訴狀繕本送達翌日即109年2月6日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息，及其中93,140元自109年6月23日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息；以及㈡被告應提繳22,743元至原告勞工退休金個人專戶部分，為有理由，應予准許。逾此部分所為之請求，為無理由，應予駁回。

八、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，勞動事件法第44條第1項、第2項定有明文。本件判決第1項為被告即雇主敗訴之判決，依據上開規定，本院並依職權宣告假執行及免為假執行。

九、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，不再一一論述。

十、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　19　　日

勞動法庭　　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。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　　8　　月　　19　　日

書記官　蔡忠衛