

臺灣臺北地方法院民事判決

107年度勞訴字第186號

原告 蔡宗億
訴訟代理人 陳文祥法扶律師
被告 艾肯娛樂股份有限公司
法定代理人 熊玉平
訴訟代理人 石繼志律師

上列當事人間請求給付資遣費等事件，本院於民國108年2月1日
言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告應給付原告新臺幣壹拾壹萬陸仟伍佰柒拾柒元，及自民國一
百零七年七月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息
。

被告應提繳新臺幣貳萬壹仟參佰陸拾元至原告設於勞動部勞工保
險局之勞工退休金個人專戶。

被告應開立非自願離職證明書予原告。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之十五，餘由原告負擔。

本判決第一項得假執行。但被告如以新臺幣壹拾壹萬陸仟伍佰柒
拾柒元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

一、原告起訴主張：

(一)原告自民國103年3月3日起受僱於被告擔任技術部門運維組
工程師，原告自107年1月起調整後工資每月約新臺幣（下同
）57,000元（包含本薪51,600元、伙食津貼2,400元、排班
津貼3,000元，另有加班費），因被告係遊戲業者，為確保
伺服器主機、系統皆能24小時正常運作，因此運維組工程師
須於正常下班後，再接值班（待命 on call），以利快速排除
任何故障異常問題，避免造成影響。原告於103年3月入職後
，值班工作皆由技術長（宋維民）揹負此項工作，但在技術
長離職後，約自105年10月底開始，值班工作就以當下三位

01 運維人員（含原告）輪流值班。原告嗣於107年4、5月間，
02 認「排班（值班）津貼3000元」為制度上經常性給與，應納
03 入薪資結構，並計入作為加班費計算基數中，惟經向被告公
04 司人事部門反映，被告卻表示排班津貼係為額外給與，不得
05 計入作為加班費計算基數中。被告未將上開排班津貼納入加
06 班費計算基數，導致原告就依法應領取之加班費數額短少，
07 而使原告受有損害，原告與被告多次溝通無效後，爰先後於
08 107年5月2日寄發電子郵件、107年5月9日寄發存證信函，均
09 以被告計算加班費有所短少之違法事由，依勞動基準法第14
10 條第1項5款規定，不經預告終止與兩造間勞動契約，並請求
11 被告依法給付資遣費、特別休假未休工資、加班費、補提繳
12 勞退金及開立非自願離職證明書予原告，嗣兩造經勞資爭議
13 調解未成立。

14 (二)原告本件得請求之項目：

- 15 1.資遣費119,544元：原告任職被告期間（103年3月3日至107
16 年5月2日）共4年2個月，平均工資係為57,381元，依勞工退
17 休金條例第12條規定，被告應給付原告相當於2.083333（計
18 算式： $[4+2/12] \times 0.5 = 2.083333$ ）個月平均工資之資遣費
19 119,544元（計算式： $57,381 \times 2.083333 = 119,543.7$ ，元以
20 下四捨五入，下同）。
- 21 2.特別休假未休工資24,700元：原告於終止勞動契約時尚餘13
22 天特休假，依原告每月薪資57,000元，將未休畢特別休假換
23 算工資為24,700元（計算式： $57000 \times 1/30 \times 13$ ）。
- 24 3.加班費658,512元：原告正常上班時間係為早上10點到下午7
25 點，是平日待命時間為下班後晚上7點至早上10點（共15小時
26 ），休息日、例假日、國定假日待命時間則均為24小時全天
27 ），原告於105年10月至106年8月值班待命時間，共計有：72
28 天「平日」、15天「休息日」、16天「例假日」、3天「國
29 定假日」，原告當時每月薪資為49000元，「平日每小時工
30 資」則為204元，依勞動基準法有關加給倍數規定計算後，
31 原告得以請求加班費數額即係為658,512元（計算式： $204 \times [$

72平日 *73/3+ 15休息日 *166/3+ 16例假日 *102/3+ 3國定假日 *102/3]) 。

4.補提繳勞退金23,796元：被告公司尚有未依原告實質薪資提繳勞工退休金，造成短少提繳之情形，103年3月至107年5月期間，原告每月之「實領薪資數額」、「應提繳工資級距」及「被告實際提繳退休金、工資級距」間之差額累計經精算後如起訴狀附件1所示（院卷第91頁），被告應補提繳差額之金額為23,796元。

5.開立非自願離職證明：被告公司未將排班津貼納入加班費計算基礎中，導致加班費金額計算錯誤、有所短少；且被告就原告107年3月份加班費計算亦係違反勞動基準法第24條規定，且被告嗣後亦自承有短少給付加班費而再補匯給原告之情，顯已違反勞工退休金條例第14條第1項第5款規定之規定，是原告已終止雙方僱傭契約，自得依業保險法第11條第3項規定，請求被告發給非自願離職證明書。

(三)被告於107年5月11日寄發存證信函所為解僱行為，違反勞資爭議處理法第8條規定，洵屬無效；倘法院認原告於107年5月間所為終止勞動契約不生效力，因被告解僱行為亦屬無效，兩造間勞動契約關係仍係存在，惟被告卻已違法將原告勞、健保退保，且亦未依法按月提撥勞工退休金、給付工資，原告特此依勞動基準法第14條第1項第6款、5款再為終止契約之意思表示，並以本書狀送達為意思表示之送達。又原告依民法第487前段規定，因被告不法解僱原告，認被告已預示拒絕受領原告提供之勞務，故原告縱未實際提供勞務而為被告拒絕受領，仍應認被告受領勞務遲延，原告即無補服勞務之義務，仍得請求報酬，原告亦得據此終止兩造間勞動契約。

(四)爰依兩造間勞動契約、勞工退休金條例第12條、勞動基準法第38條第4項、第32條、勞工退休金條例第14條第1項、第31條第1項、就業保險法第11條第3項等規定，提起本件訴訟，並聲明：1.被告應給付原告新台幣802,756元整，及均自起

01 訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五
02 計算之利息。2.被告應提撥23,796元至原告之勞工退休金個
03 人專戶。3被告應發給原告非自願離職證明書。4.原告願供
04 擔保請准宣告假執行。

05 二、被告則以：

06 (一)被告係代理發行娛樂遊戲之公司，技術部門運維組須負責維
07 護被告電腦系統正常運作及偶發性系統斷線、伺服器被攻擊
08 等障礙排除處理，若有系統障礙事件發生於下班時間，電腦
09 系統會自動發出警示通知給技術部門主管及運維組同仁，因
10 事件係偶發性，進行障礙排除處理之運維組同仁不須至公司
11 處理，僅須在家或任何其他地方藉由電腦遠端連線至公司電
12 腦系統處理即可。運維組同仁下班後即為其自由之時間，可
13 回家休息或至其他地方活動，行動自由不受拘束，並非處於
14 雇主指揮命令下隨時提供勞務狀態之待命時間，故本件原告
15 並無待命情形，其下班後縱有輪值，亦非屬工作時間或延長
16 工作時間，106年8月被告簡化運維組同仁於非正常上班時間
17 排除系統障礙的加班費申請，統一每月依輪值班表發給輪值
18 津貼取代（即排班津貼3,000元），當月無輪值者則不得領
19 取排班津貼，且當月輪值者必須記錄輪值時事故處理狀況，
20 於每月月底前將當月事故處理報表由技術部門主管簽核確認
21 。此外，當月如有特殊事故增加處理事件之時間或支援人力
22 ，技術部門主管亦可依職權判斷另行核准運維組同仁額外申
23 請加班費，不因有排班津貼而禁止申請加班費。原告起訴狀
24 指稱雙方約定工資每月約57,000元乃加計被告自額外獎勵發
25 給之「排班津貼3,000元」，惟該排班津貼3,000元非屬工資
26 範疇，係被告對於技術部門運維組同仁，於下班後有排輪值
27 而在家或其他地方倘收到公司系統障礙通知時，予以遠端連
28 線排除處理者，額外給予之加班費補貼，乃下班後正常工作
29 時間以外之恩惠性、獎勵性給予，不屬正常工作時間內之議
30 定工資範疇。

31 (二)原告認定被告違法造成加班費給予不而違反勞動基準法，主

張依勞動基準法第14條第1項第5款規定終止勞動契約，並請求開立非自願性離職證明書及給付資遣費等語，雖原告主張107年3月3日及3月23日加班費之計算錯誤，致被告實際給付之加班費1,658元較應給付之加班費1,807元為少，惟此係原告將同一日加班費分二次申請，導致被告之電腦薪資系統未將之歸屬在同一日致有加班費計算之誤，此電腦系統之疏漏被告業已更正，並立即將短少之加班費於107年5月7日補匯給原告，惟上開並非原告於107年5月2日以電子郵件及107年5月9日以存證信函終止勞動契約之原因，該二份終止通知均未提及此點，甚至於107年5月8日原告向臺北市政府勞動局申請勞資爭議調解申請書內亦未提及，自無從於事後再以此點而回溯主張其終止勞動契約有效。原告利用被告公司電腦系統計算錯誤而短少給付107年3月3日之加班費149元乙事，在被告補足短少之金額後，欲再以此理由起訴主張終止勞動契約，顯然已逾越誠信原則而有權利濫用之情形，並以損害他人為主要目的，違反民法第148條之規定，依民法第71條之規定，自屬無效，原告終止勞動契約之理由並不合法。

(三)原告依勞動基準法第14條第1項第5款終止勞動契約不合法，則其請求給付資遣費自無所依據，且依原告起訴狀附件1第2頁計算之平均工資57,381元亦有錯誤，其未依行政院勞工委員會83年4月9日台(83)勞動二字第25564號函解釋令，以勞工退休或資遣前6個月工資總額直接除以6計算，而卻以83年4月9日解釋令公佈前之6個月工資總額除以180日後之日平均工資，再乘以30計算月平均工資，顯然有誤。

(四)原告將特休未休工資以月薪57,000元為計算基礎顯然有誤，其特休未休工資應以54,000元為計算基礎，原告尚餘13天特休假得請求之未休工資應為23,400元($54,000/30 \times 13 = 23,400$)，被告並已併同於原告離職後之107年5月份薪資內發放完畢。

(五)原告主張之排班津貼非屬工資範疇，倘被告未依勞工退休金條例第15條規定申報或調整原告之月提繳工資，而有不足之

情形，勞工保險局查證後會逕行更正或調整之，並通知被告補提撥。故在原告尚未證明其受有何項損害之前，原告請求被告依其附件1請求計算表第3頁自行計算之金額，向勞工保險局存入23,976元云云，顯然欠缺權利保護之要件。

(六)原告雖主張其係依勞動基準法第14條第1項第5款之規定終止勞動契約，然其終止勞動契約之事由並不成立，其以該款規定終止勞動契約並不合法，則原告請求被告開立「非自願離職證明書」之要件自不合。被告願意發給原告在職期間之在職證明書，並須在離職原因詳實記載依勞動基準法第12條第1項第6款終止勞動契約之事由。

(七)並聲明：1.原告之訴及假執行聲請駁回。2.如受不利之判決，願提供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項（院卷第565、566頁）：

(一)原告於103年3月3日起受僱於被告，擔任技術部門運維組工程師，試用期間每月薪資42,000元，在職期間陸續調薪，自107年1月起原告每月領取57,000元（基本薪資51,600元、伙食津貼2,400元、排班津貼3,000元，共計57,000元）。

(二)被告公司於106年9月起，就運維組工程師有輪值班人員，每月均固定發給排班津貼3000元。

(三)原告分別於107年5月2日、107年5月9日寄發電子郵件（見原證1）、存證信函（見原證2），二度依勞動基準法14條第1項第5款終止兩造勞動契約，被告於107年5月10日即收受原證2存證信函。

(四)被告公司人資專員蕭雅萍於107年5月7日寄發電子郵件予原告，告知原告已將重新核算加班費差額部分補匯至原告帳戶，並請原告返回工作崗位，或完成請假程序，以免曠職（見原證4）。

(五)被告公司於107年5月11日寄發存證信函，依勞動基準法第12條第1項第6款規定，終止兩造間勞動契約，原告於107年5月14日收受（證物十一）。

(六)原告於107年5月8日或9日向臺北市政府勞動局申請勞資爭議

調解，後兩造於107年5月29日調解期日調解不成立（見原證3）。

四、爭執事項：

(一)被告公司於106年9月起，發給技術部門運維組工程師當月有輪班人員排班津貼3,000元，該津貼性質上是否為工資？於計算加班費時是否需將其納為計算基礎？

(二)被告公司技術部門運維組工程師是否於105年10月起輪值排班？下班後輪值班時間，是否屬於加班時間，得依勞動基準法規定請求被告公司給付加班費？

(三)兩造間勞動契約是否已終止？如已終止，係於何時終止？

由被告或原告何者依法為終止意思表示而發生終止效力？

(四)承上，如係因原告依勞動基準法第14條第1項第5款、6款合法終止兩造間勞動契約，原告請求被告給付資遣費119,544元、未休特休工資24,700元、加班費658,512元、補提勞工退休金23,796元、及開立非自願離職證明書，是否有理由？

五、得心證理由：

(一)被告公司自106年9月起，每月發給技術部門運維組輪班人員3,000元值班津貼，性質上為工資之一部，而為延時工資之計算基礎：

1.按工資：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付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之，勞動基準法第2條第3款定有明文。準此，勞動基準法所稱之工資，乃指勞工因工作而獲得之報酬，則雇主給付勞工之各項費用，是否係屬工資，自應以雇主給付之費用，與勞工所提供之勞務間，是否具有對價關係，及在制度上是否有經常性者，以資判斷，尚不因雇主形式上所用名稱為何而受影響。故勞工因工作所得之報酬，倘具有「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。亦即，工資之認定應依一般社會交易觀念，判斷是否具備勞工因提供勞務，而由雇主獲致對價之「勞務對價性」要件，及有無於固定常態工作中

01 可取得具有制度上「經常性給與」之要件。

02 2.查，依被告技術部門運維組主管唐政霖於106年8月22日間提
03 供該部門105年11月至106年7月止之值班資料，經人資部門
04 主管徐凱西（徐鈺鑫）彙整向營運長曾宥澈及負責人熊玉平
05 報告，顯示當時共有三位工程師參與輪班即原告、「順子」
06 「培倫」3人，公司支付「ON CALL加班費」共約7萬元，
07 每月938元至12,176元不等，以平均每人每月應支付2,500元
08 以上加班（僅計算事故發生需處理時間），自106年2月狂暴
09 上線起，平均每月事故處理應支付加班費，每人約2700元至
10 4000元不等，且據唐政霖表示，下半年預計有新品上線，加
11 上WECAN也由運維協助，工作時間會較上半年吃重，唐政霖
12 綜合上半年度數據及下半年遊戲排程規劃，建議津貼每人每
13 月3千元，也貼近實際應支付加班費。經上開公司主管內部
14 會商，針對運維部值班津貼，最後統整總結：「1.自9月起
15 ，每月於25日前，由運維每月提供輪值班表（部門主管簽核
16 確認）給HR做為發放依據，當月無輪值者不得領取。2.當月
17 安排須輪值者，須記錄輪值當日事故處理狀況，並於每月月
18 底（最晚隔月5日前），將當月事故處理報表（部門主管簽
19 核確認）提交HR存檔。3.HR每月依輪值班表於每月薪資中統
20 一發給輪班津貼3,000元。...5.如有特殊事故，由部門主管
21 另行判斷是否可申請加班費，不因有值班津貼而禁止加班費
22 。」，其後由唐政霖以口頭向運維組同仁布達即付諸實施，
23 原告自106年9月至107年4月間薪資中即按月受領3000元排班
24 津貼等情，此有106年8月22日至23日間標題為「技術部-運
25 維Oncall記錄整理」電子郵件串（院卷第221至223頁）、
26 106年9月至107年3月經部門主管唐政霖簽核之技術部各月份
27 輪值表（院卷第225至231頁）及原告106年9月至107年4月份
28 員工薪資單（院卷第177至191頁）、電子薪資袋（院卷第73
29 至85頁）可稽，另據證人唐政霖到庭陳述在卷（院卷第432
30 、439頁），足見被告上開「值班津貼」之設計目的，即在
31 對照先前應付臨時性、特殊性之任務或業務需求偶而為之的

01 加班，使已為原告等運維組人員既定工作內容加以制度化，
02 而以實際從事輪值工作同仁為發給對象，由包括原告在內之
03 同仁排定輪值表，在值班期間負有為公司處理事故狀況，並
04 盡陳報輪值記錄或報表之義務，另相關值班表、事故處理報
05 表亦需經過部門主管簽核確認，其後該輪值工作內容顯已呈
06 制度化、一貫性、常態性的工作型態。再，原告等人領取津
07 貼金額不因實際輪值期間長短、執行工作內容繁簡、輪值人
08 員職階或薪資條件不同而有差別，原則上每人按月發給3千
09 元，亦明定無輪值者不得領取，該3千元之支付顯係針對此
10 一輪值工作條件而為，堪認值班津貼係因原告等同仁於特殊
11 性質工作，而自被告獲致之給付，其本質為原告於該時段從
12 事上開輪值工作內容所獲得之報酬，自合於「給與經常性」
13 「勞務對價性」2項要件，核屬勞動基準法第2條第3款所
14 稱之工資。

- 15 3. 被告固抗辯運維組輪值者是責任制，輪值期間不必然有系統
16 障礙事故發生，值班津貼為支付輪值者處理事故之加班費及
17 獎勵運維組同仁在家遇事處理事故之辛勞目的而設，非正常
18 工作時間之薪資結構範疇云云。惟被告係代理線上遊戲公司
19 ，運維組所負責維護者為被告電腦伺服器之正常運作，提供
20 客戶或消費者不間斷服務，運維組於下班時間排班輪值，對
21 於被告業務續行至為重要，係為雇主即被告利益提出勞務，
22 且排除電腦系統障礙之工作內容與上班時間所負擔業務相同
23 ，當屬運維組正常上班工作內容之延續，況輪值班須由公司
24 部門主管簽核確認，並作為發放津貼之依據，已如上述，自
25 不因輪序由輪值人員自行協調安排，而變更其為被告值班之
26 業務性質。又輪值者下班後值班期間主要工作內容為可在家
27 透過手機等電子設備遠端監看伺服器狀況或隨時注意告警簡
28 訊、電子郵件，如有異常需及時處理，若遇緊急狀況尚須親
29 赴基隆路機房處理。運維人員沒有值班，可以完全安排下班
30 時間自由運用，值班的話，雖可睡覺、吃飯外出，但需要隨
31 時查看伺服器，如有異常需及時處理，確實會造成心理上的

01 壓力，並影響睡眠等情，此有同與原告在運維組任職之證人
02 黃均耀證詞可佐（院卷第420至429頁），故輪值者於輪值期
03 間須待命應變，仍需付出時間成本、專業技術勞務，更有身
04 繫公務之心理負擔壓力，無法達到完全拋開工作而使身心休
05 養的狀態，與勞工得以自由安排作息、不受公務羈絆的休息
06 時間終究有別，更不因實際遇到事故頻率、其他同仁協處互
07 助等情，而否定該輪值工作具有勞務對價之性質。至於被告
08 以證人唐政霖證詞，認為值班人員不須隨時待命監看伺服器
09 狀況，仍可自由作息、安心休息云云，惟唐政霖是部門主管
10 ，不具全部障礙事件排除之處理能力，亦不須排入輪值，不
11 會收受電腦系統告警通知，也不知值班者實際監控情形，同
12 據其證述在卷（院卷第432、435頁），所辯即不足採信。再
13 者，被告於106年9月發放值班津貼後，輪值人員遇有特殊事
14 故之處理，由部門主管另行判斷可否申請加班費，不因有值
15 班津貼而禁止加班費，亦如上述，兩者同時併存，值班津貼
16 按月定額發給輪值者，加班費則另由輪值人員遇案申請由主
17 管判斷後發給，此同據證人黃均耀於審理結證：「（問：
18 106年9月後開始有排班津貼是否就是為了簡化剛剛那些沒有
19 每件報到的加班費補貼？）我認知是不太一樣，因值班津貼
20 相當於我要隨時去觀察伺服器是否有問題，而加班費是發生
21 問題時處理的申報。」（院卷第427頁）、證人唐政霖證述
22 ：「（問：發給排班津貼之目的是否為簡化下班後處理電腦
23 系統障礙事件之加班費申請程序？）也不太算，半夜起床要
24 跑到機房會拖很久，那一定要報加班，如果是起來看手機簡
25 訊幾分鐘的事，一般就是不會特別報加班。」、「（問：
26 106年9月開始發給運維組同仁排班津貼後，運維組同仁是否
27 仍有申請加班費之情形？）因還是會有處理很久的事件，基
28 本上還是要報加班。」（院卷第433頁），可知值班津貼、
29 加班費為併行存在的給付項目，原告領取值班津貼，並不影
30 響遇案申請加班費，是被告稱值班津貼係支付輪值者處理事
31 故的加班費，或將之定性為獎勵運維組同仁值班辛勞之恩惠

性給與，均不足採，仍應認為屬原告等運維組同仁工資之一環。

- 4.是以，被告自106年9月起按月支付原告3千元之值班津貼，其性質既符合勞動基準法第2條第3款解釋之工資定義，依體系解釋，自為同法第24條所稱延長工作時間工資計算的基準。

(二)原告於107年5月2日以電子郵件通知被告法定代理人等主管，以被告未足額支付加班費為由，依勞動基準法第14條第1項第5款規定，終止兩造勞動契約，為有理由：

- 1.按雇主不依勞動契約給付工作報酬者，勞工得不經預告終止契約，勞動基準法第14條第1項第5款定有明文。又此開條文規範意旨，在於保障勞工權益不受損害，並非在處罰或追究違反勞動契約之雇主侵權行為責任，又兩造間係屬於勞動契約關係的當事人，原告提前終止契約之解僱作為，僅屬是否履行契約之問題，自不以雇主對於義務之違反有故意或過失為要件。又勞工終止勞動契約時，亦無須將其據以終止之具體事由（如雇主有何違反勞動契約之情節、並如何有損害勞工權益之虞）告知雇主，亦不以書面為之為必要。另此一終止契約之形成權，並非一時性之權利，而係具有繼續性之權利，於雇主停止其違反勞工法令或勞動契約之行為前，勞工均有依法終止契約之形成權。

- 2.查原告於107年4月27日先以電子郵件向蕭雅萍（人資部門主管）表明其107年3月份加班費計算有疑慮，嗣因對蕭雅萍所稱：排班津貼（OP）部分不算在「全薪」內，不計入加班費計算礎的說法，原告不能接受，主張應包含經常性給與的津貼部分，認定公司違法未足額支付加班費，乃於107年5月2日15時25分寄發電子郵件通知被告公司負責人熊玉平及執行長曾宥澈，依勞動基準法14條第1項第5款終止兩造勞動契約，並請求被告支付資遣費及開立非自願離職證明，當日即自公司離職，為最後實際工作日。經蕭雅萍於107年5月7日寄發電子郵件予原告，告知已重新核算加班費差額部分補匯至原

告帳戶，並請原告返回工作崗位，或完成請假程序，以免曠職，惟為原告所拒，原告並於107年5月9日再以台北金南郵局0218號存證信函重申上開終止勞動契約等意思，被告於107年5月10日收受原告存證信函，再於107年5月11日寄發台北市政府郵局0293號存證信函與原告，以原告於107年5月3日至10日間曠職已達6日，依勞動基準法第12條第1項第6款規定，終止兩造間勞動契約，原告於107年5月14日收受被告存證信函等情，有兩造間上開電子郵件、存證信函在卷（院卷第19至25頁、第31頁、第195頁、第211至215頁），或為兩造間所不爭執，應堪認屬實。

- 3.再者，原告當時按月領取3千元值班津貼，其性質既符合勞動基準法第2條第3款解釋之工資定義，構成工資之一部分，應計入延時工資計算之基準，已如上述。查原告主張被告就107年3月份加班費僅支付1,658元，有短少支付情事，被告則不爭執係以54,000元（基本薪資51,600元、伙食津貼2,400元之和）為月薪計算基礎，另自承在計算原告107年3月3日假日加班費時，因公司電腦系統設定疏漏有錯誤短少149元，而於107年5月7日事後補匯給原告之事實（參院卷第363頁書狀內容），況經原告數度以電子郵件、存證信函或於勞資爭議調處程序中表明以「全薪」計算加班費之立場，但被告仍堅持值班津貼非經常性給與，不計入加班費計算基礎，揆諸上開說明，被告確有未依勞動契約給付原告工作報酬之情事，其違反義務亦不因是否出於主觀不法所致，原告於107年5月2日業具體述明「對於三月份加班費算法有疑慮」、「對人資代表公司說排班津貼不算在全薪裡，不會算在加班費內來算時薪，我沒辦法接受」、「認為本薪＝底薪＋伙食費＋排班津貼」、「公司違法，造成加班費給不足」等事由，以電子郵件通知被告總經理熊玉平、執行長曾宥澈，依勞動基準法第14條第1項第5款，不經預告為終止勞動契約之表示，自己發生終止勞動契約之效力。

(三)原告合法終止勞動契約，所主張請求項目，分述如下：

01 1.資遣費：

02 ①按勞工適用勞工退休金條例後之工作年資，於勞動契約依勞
03 動基準法第14條規定終止時，其資遣費由雇主按其工作年資
04 ，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
05 計給，最高以發給6個月平均工資為限，不適用勞動基準法
06 第17條之規定，勞工退休金條例第12條第1項定有明文。

07 ②查兩造間勞動契約既經原告依勞動基準法第14條第1項第5款
08 規定合法終止，已如前述，則原告自得請求被告給付資遣費
09 。又原告於103年3月3日起受僱於被告，最後工作日為107年
10 5月2日，工作年資計4年2月。原告於勞動契約終止前六個月
11 即106年11月至107年4月所得薪資（工資結構應包括基本薪
12 資、伙食津貼、排班津貼。至免稅加班費係原告於輪值期間
13 偶遇突發狀況，實際從事系統障礙處理工作，經專案報請主
14 管核可後始能發給，雖屬工作報酬，惟非確定、經常性發生
15 ，尚難認係經常性給與，不計入平均工資之範疇），金額分
16 別為52,000元、52,000元、57,000元、57,000元、57,000元
17 、57,000元，有原告各月薪資資料在卷可稽（院卷第77至85
18 頁、院卷第181至191頁），原月平均薪資為55,333元（計算
19 式： $[52,000 \times 2 + 57,000 \times 4] \div 6 = 55,333.333$ ，元以下四
20 捨五入），是原告得請求之資遣費為115,277元（計算式：
21 $55,333 \times 0.5 \times [4 + 2/12] = 115,277.083$ ）。

22 2.未休特休工資：按勞工之特別休假，因年度終結或契約終止
23 而未休之日數，雇主應發給工資，勞動基準法第38條第4項
24 定有明文。查原告主張於離職前，尚餘13天特別休假未休畢
25 ，其契約終止時每月工資57,000元，尚未休畢之特別休假換
26 算成工資後為24,700元（計算式： $57,000 \div 30 \times 13$ ）。惟被
27 告係以54,000元為月薪計算基礎，換算原告尚未休畢特休工
28 資為23,400元（計算式： $54,000 \div 30 \times 13$ ），併同原告107
29 年5月份薪資，業於107年6月8日共匯款30,729元入原告薪資
30 帳戶乙節，有中國信託銀行整批檔案查詢、原告107年5月份
31 員工薪資單在卷（院卷第251頁、第193頁），是原告尚得請

求未休畢之特別休假工資差額1,300元（計算式：24,700－23,400）。

3.未足額提撥之勞工專戶退休金：

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，兩造約定原告薪資自103年3月起至107年5月止經漸次調整如附表「實際薪資（未扣勞健保）」欄所示，並有原告薪資明細表、105年1月至107年5月員工薪資單（院卷第133至193頁）、106年1月至107年2月電子薪資袋為憑（院卷第57至85頁），則被告應按月依勞工退休金條例第14條第1項、第4項及勞工退休金月提繳工資分級規定，以該約定薪資之6%為原告提繳勞工退休金。然被告於上開期間為原告申報如附表「投保薪資」欄所示月投保薪資，所提撥金額亦僅如附表「雇主提繳金額」欄所示，有勞工退休金個人專戶資料明細（院卷第33至39頁）為憑，是原告因此所受之損害即如附表「短少提撥金額」欄所示，共計21,360元，故原告自得依勞工退休金條例第31條第1項之規定，請求被告如數提繳至原告勞退休金專戶。

③未按給付之訴，只要訴訟標的請求權已屆清償期，被告仍未

履行，即有受保護之必要。查被告於原告任職期間未按月為原告提繳足額勞工退休金，迄今仍未補為提繳，原告既未取得其他執行名義，仍有受判決之法律利益，被告稱原告就此欠缺權利保護要件，自無理由。

- 4.非自願離職證明書部分：按勞動契約終止時，勞工如請求發給服務證明書，雇主或其代理人不得拒絕，勞動基準法第19條定有明文；另依就業保險法第11條第3項規定，該法所稱非自願離職，包括被保險人因勞動基準法第14條所定各款情事離職。查兩造間之僱傭契約，既經原告於107年5月2日依勞動基準法第14條第1項第5款規定終止，則原告依就業保險法第11條第3項之規定，請求被告交付非自願離職證明書，為有理由。

(四)原告請求105年10月至106年8月間加班費部分：

- 1.原告主張被告前任技術長離職後，約自105年10月底由原告等三位運維人員輪流值班，平日待命時間為晚上7點下班後至隔日早上10點(共15小時)，休息日、例假日、國定假日待命時間則為24小時全天，原告於105年10月至106年8月值班待命時間計有：平日72天、休息日15天、例假日16天、國定假日3天，依勞動基準法第24條計算延時工資，平日前2小時係為4/3倍、後13小時係為5/3倍，平日1天為73/3倍(計算式： $2 \times 4/3 + 13 \times 5/3$)，休息日1天則為166/3倍、例假日則為102/3倍、國定假日則為102/3倍(見院卷第87頁原告加班費請求計算表)，而原告當時每月薪資為49,000元，每小時工資為204元，故可請求加班費數額658,512元(計算式： $204 \text{元} \times [72 \text{平日} \times 73/3 + 15 \text{休息日} \times 166/3 + 16 \text{例假日} \times 102/3 + 3 \text{國定假日} \times 102/3]$)。
- 2.按當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立，民法第153條第1項定有明文；又所謂默示之意思表示，除依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其有承諾之效果意思者外，倘單純之沉默，依交易上之慣例或特定人間之特別情事，在一般社會之通念，可認為有一定之意思

表示者，亦非不得謂為默示之意思表示（最高法院21年上字第1598號、29年上字第762號判例參照）。就勞動契約而言，薪資為勞工之主要權益，若雇主不依勞動契約或勞動基準法規定給付工作報酬，勞工本具有依約請求給付工作報酬或終止勞動契約及請求資遣費之權利，若勞工捨此不為，而長期領取其所認之較少薪資，並未為一部清償之保留表示，自足以間接推知該勞工經權衡自身利益後，已默示同意領取雇主所核給之薪資，而與雇主繼續勞動契約關係，此與單純之沈默，尚屬有別。（臺灣高等法院暨所屬法院99年法律座談會民事類提案第15號意見參照）。

3.查，被告下班期間電腦伺服器正常維護運作及障礙事件排除之處理前於技術部門主管宋維民在職期間，係其基於主管責任制進行運作維護。嗣宋維民於105年10月底、11月間離職，由開發組唐政霖接任主管職位（嗣於107年2月離職始由唐鵬鈞【唐小米】接任），因唐政霖無力處理此部分運維事務，改由原告等運維組同仁自行排班處理，唐政霖認同仁有值班需要，於106年8月間建議公司發給運維組值班（ON CALL）人員每人每月3,000元，經與公司討論同意，即從106年9月開始按月支付運維組同仁值班津貼。至於運維組同仁於106年8月以前下班期間值班遇有電腦系統障礙事件處理，則經其核可後依工作規則向公司申請加班費或補休等節，業據證人唐政霖（院卷第429至433頁、第437頁）、證人黃均耀（院卷第425、426頁）證述明確，另有上開106年8月22日電子郵件（院卷第221頁）、被告運維組同仁105年6月至107年5月間加班補休資料（院卷第447至451頁、第527至531頁）、被告公司工作規則手冊及主管機關核備函（院卷第535至553頁）在卷可佐，可見，原告、證人黃均耀及翁培倫等運維組人員係於105年10月底、11月唐政霖接任主管後，始開始輪值排班，處理下班時間伺服器運維業務，並就遇有障礙排除事件，得專案向被告申請加班費或補休。

4.再查，被告自105年10月30日起，數度因於下班時間至IDC機

房更換主機硬碟或設備、UA1服務異常、狂暴DDOS處理等事由，均向被告申請時數不等的加班費或申請補休假，然其他值班時間並未以輪值排班為由，同時申請加班費或補休假，其後對於被告於106年9月起按月發給3千元值班津貼亦如數支領，期間遇有電腦障礙排除事件尚併行領取加班費，在任職期間內均無異見，依前揭說明，原告對被告向來薪資給付內容及方式，顯非單純沈默，而應有默示同意以此勞動條件，與雇主繼續維持勞動契約關係，認兩造合意上開工資計算方式，原告自應受其拘束，是其本件就被告於106年9月實施值班津貼制度前之運維組值班，主張平日待命時間為晚上7點下班後至隔日早上10點長達15小時；休息日、例假日、國定假日待命時間更為全天候24小時，均屬延長工作時間，並請求延時工資，即無理由，礙難准許。

六、綜上所述，原告依勞工退休金條例第12條第1項、勞動基準法第38條第4項、勞工退休金條例第31條第1項、就業保險法第11條第3項及兩造間之勞動契約關係，請求被告給付116,577元（資遣費為115,277元、特休未休工資1,300元），及自起訴狀繕本送達被告翌日即107年7月13日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，暨提撥21,360元至原告於勞工保險局之勞工退休金專戶，暨請求被告開立非自願離職證明書，為有理由，應予准許，逾上開範圍之請求，即非有據，應予駁回。

七、本判決主文第1項所命給付金額未逾50萬元，爰依民事訴訟法第389條第1項第5款規定依職權宣告假執行；並依被告聲請准供相當擔保金後，得免為假執行。至本判決主文第2項、第3項，為命被告為一定行為，並非為財產上之請求，與民事訴訟法第390條第1項規定得為假執行宣告者為財產上之請求不符，自不能准許；另原告敗訴部分，其假執行之聲請亦失其附麗，應併駁回之。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，核與本件判決結果不生影響，爰不另一一論述，併予敘明。

01 九、據上論結，本件原告之訴為一部有理由、一部無理由，依民
02 事訴訟法第79條、第389條第1項第5款、第392條第2項，判
03 決如主文。

04 中 華 民 國 108 年 3 月 8 日
05 勞工法庭 法官 林瑋桓

06 以上正本係照原本作成。

07 如對本判決上訴，須於判決送達後二十日內向本院提出上訴狀。

08 如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

09 中 華 民 國 108 年 3 月 8 日
10 書記官 江慧君