臺灣臺北地方法院民事判決

107年度勞訴字第255號

原　　告　黃偉志
訴訟代理人　詹豐吉律師
複　代理人　陳彥佐律師
被　　告　怡群科技股份有限公司
法定代理人　林宗享
訴訟代理人　陳金泉律師
　　葛百鈴律師
　　黃胤欣律師

上列當事人間確認僱傭關係存在等事件，本院於民國109年1月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

確認兩造間僱傭關係存在。

被告應給付原告新臺幣肆拾肆萬參仟參佰參拾肆元，及其中如附表二「原告得請求之工資數額」欄所示之金額自「遲延利息起算日」欄所示之日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

被告應自民國一百零八年八月一日起至准許原告復職之日止，按月於次月五日給付原告新臺幣參萬壹仟元，暨自各應給付日之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

被告應提繳新臺幣貳萬柒仟壹佰貳拾捌元，及自民國一百零六年十月一日起至准許原告復職之日止，按月提繳新臺幣壹仟玖佰零捌元至原告於勞動部勞工保險局之勞工退休金專戶。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用（除減縮部分外）由原告負擔百分之二十，餘由被告負擔。

本判決第二項得假執行；惟如被告以新臺幣肆拾肆萬參仟參佰參拾肆元為原告預供擔保，得免為假執行。

本判決第三項得假執行；惟如被告按月以新臺幣參萬壹仟元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者。民事訴訟法第255條第1項第3款定有明文。本件原告原依兩造間僱傭契約及勞動基準法（下稱勞基法）提起本訴，聲明：（一）確認兩造間僱傭關係存在；（二）被告應給付原告新臺幣（下同）21,067元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息；另自民國106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月於次月5日給付原告39,500元，及自各期應給付日翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息；（三）被告應給付原告842,250元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息；（四）被告應補提繳81,417元，及自106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月提繳2,406元至原告於勞動部勞工保險局（下稱勞保局）之勞工退休金專戶（下稱勞退金專戶）；（五）第2、3項聲明，願供擔保，請准宣告假執行（見本院卷一第7至8頁）。嗣於109年1月15日當庭減縮訴之聲明為：（一）確認兩造間僱傭關係存在；（二）被告應給付原告18,133元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息；另自106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月於次月5日給付原告34,000元，及自各期應給付日翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息；（三）被告應給付原告420,290元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息；（四）被告應補提繳74,053元，及自106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月提繳2,088元至原告之勞退金專戶；（五）第2、3項聲明，願供擔保，請准宣告假執行（見本院卷三第443頁）。核原告所為聲明之減縮合於前開規定，應予准許，合先敘明。

二、次按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利

益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項定有明文。而所謂有即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言，故確認法律關係成立或不成立之訴，苟具備前開要件，即得謂有即受確認判決之法律上利益，最高法院42年台上字第1031號、52年台上字第1237號、52年台上字第1240號判決參照。經查：原告主張兩造間之僱傭關係仍存在，為被告公司所否認，則兩造間是否有僱傭關係存在，即陷於不明確之狀態，致原告可否依勞動契約行使權利負擔義務之法律上之地位有不安之狀態存在，而此種狀態得以本件確認判決予以除去，揆諸上開說明，原告提起本件確認之訴即有受確認判決之法律上利益，亦應陳明。

貳、實體方面：

一、原告起訴主張：

（一）伊自99年4月19日起任職被告公司，擔任客服人員，雙方口頭約定每月工資30,000元，後經合意多次調升，迄101年5月起每月工資為34,000元。被告公司經常短少發給薪資，或未發給延長工時工資（即俗稱加班費，以下同）、特別休假未休工資（下稱特休工資），更有高薪低報之情，伊於106年8月間向臺北市勞動局（下稱勞動局）申請勞資爭議調解，詎被告公司不願協調，更於調解時欲口頭資遣伊，甚至於翌日寄發存證信函要求伊於106年9月14日離職。被告公司以勞基法第11條第2款「公司虧損或業務緊縮」為由終止勞動契約，惟伊申請調解時，尚有延長工時需求，被告公司亦於網路持續徵才，業務並無減縮，且被告公司前揭終止勞動契約違反勞資爭議處理法第8條第1項規定，自屬違法，兩造間僱傭關係仍存在，爰提起本訴，依兩造間勞動契約約定請求被告公司給付101年6月起至106年9月止工資差額127,184元；依兩造間勞動契約、民法第487條前段規定請求確認兩造間僱傭關係存在，請求

被告公司給付自106年10月1日起迄准許伊復職日止之每月工資34,000元及法定遲延利息；另依勞基法第39條、第24條規定請求給付例假日、平日之延長工時工資212,640元；依勞基法第38條第1項規定給付特休工資80,466元，並依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第6條第1項、第14條第1項規定請求被告公司補提繳勞退金差額74,053元（以上各項細目均詳如附表A、B），及按月提繳勞退金2,088元等語。

（二）聲明：

1、確認兩造間僱傭關係存在；

2、被告應給付原告18,133元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息。另自106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月於次月5日給付原告34,000元，及自各期應給付日翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息；

3、被告應給付原告420,290元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5% 計算之利息；

4、被告應補提繳74,053元，及自106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月提繳2,088元至原告之勞退金專戶。

5、第2、3項聲明，願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告抗辯略以：

（一）兩造約定工資為原告102年1月至106年8月薪資單中，「底薪」及「職務津貼」項目，原告之業績獎金則須視是否有銷售產品、是否達業績目標而給付，且金額並非固定，非屬工資，是原告102年1月起每月工資25,500元、105年6月起為29,000元、106年3月起為31,000元，伊公司並無短付原告工資，亦未短少提繳勞退金；縱原告之請求有理由（伊公司否認），就原告102年5月22日以前之短付工資部分，伊公司依民法第126條規定為時效抗辯。

（二）伊公司工作規則第19、20條規定，如勞工需延長工時應事先經部門主管核准後始得為之，原告到職時既已簽署服務

自願書同意遵守伊公司工作規則，如需延長工時亦應依工作規則前揭規定辦理。且伊公司為維護勞工下班後完整休息權益，亦時常提醒勞工，下班後不須接聽、回覆客戶電話，請實際休息，事實上原告之工作內容亦無庸延長工時，原告復未向其主管即伊公司法定代理人林宗享（以下逕稱其名）申請延長工時，是其請求伊公司給付延長工時工資，實無理由；況依原告提出之GPS紀錄，許多時間原告1日工作未滿8小時，卻稱其有延長工時，或將上、下班通勤時間計入工時，且從原告提出之業務日報表可知，原告主要工作內容為客戶致電原告，原告以電話回覆問題，完全看不出原告有至客戶處服務之情事，實難認附表B所示延長工時之時間為真實。

（三）伊公司主要業務為辨識系統等商品之販售，原辦公地點有臺北、高雄兩處，近年來因市場大環境不景氣影響，銷售額下滑，伊公司遂決定裁撤臺北世貿一館3A33駐點，於106年9月11日通知訴外人財團法人中華民國對外貿易發展協會（下稱貿協）將自同年9月30日起終止租賃契約，並經貿協回函確認，因伊公司已無臺北辦公地點可供原告使用，且勞工人數已逐年減少，故林宗享於106年9月14日兩造勞資爭議調解結束後，詢問原告是否願意赴高雄任職，伊公司將提供住宿及必要協助，然原告明確表示不同意，伊公司不得已而於當日預告通知原告伊勞基法第11條第2款規定終止勞動契約（最後工作日為106年9月25日），伊公司並已給付原告資遣費134,176元、預告期間工資36,223元、106年9月1至14日工資14,462元及業務獎金1,453元、106年度特休工資17,591元，扣除勞健保費後，合計202,842元。

（四）原告於106年度尚有15日特別休假未休，伊公司業已給付特休工資17,591元；至106年度以前之特別休假，依106年1月1日修正前勞基法第38條實務見解，特別休假如可歸責於勞工而未休，雇主無給付特休工資之義務，是否可歸責

於雇主，應由勞工負舉證責任，原告未舉證證明其特別休假未休畢係可歸責於伊公司，是其此部分請求法律上顯無理由。

（五）如本院認兩造間僱傭關係存在（伊公司否認），伊公司先依民法第487條但書規定扣抵原告於遭伊公司資遣後自行開設訴外人永崴數位網路有限公司（下稱永崴公司）之108年1、2月營業所得22,800元及同年3、4月所得115,836元，另原告前受領伊公司之資遣費及預告期間工資共計170,399元屬不當得利，伊公司再依民法第179條、第334條規定主張就前揭金額為抵銷。

（六）聲明：

1、原告之訴及假執行之聲請均駁回；

2、如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事實（見本院卷一第537至539頁）：

（一）原告自99年4月19日起任職被告公司，約定工作時間為週一至週五上午9時許起至下午6時許（中午12時至下午1時為休息時間），工作地點在臺北市世貿一館3A33。

（二）被告公司於106年9月11日通知貿協自106年9月30日起終止臺北市世貿一館3A33租約，並經貿協同意。

（三）原告於106年8月2日申請勞資爭議調解，於同年9月14日上午調解不成立。

（四）被告公司於106年9月15日寄送存證信函予原告，主張已於同年9月14日調解後口頭資遣原告，於同年9月15日再以電子郵件及電話告知資遣原告。

（五）被告公司於106年9月給付原告資遣費134,176元、預告期間工資36,223元、106年9月1至14日工資14,462元及業務獎金1,453元、106年度特休工資17,591元，扣除勞健保費後，合計202,842元。

（六）被告公司於106年11月補提繳原告之勞退金26,946元。

（七）如本院認兩造間僱傭關係存在，原告就被告公司於106年9月給付原告資遣費134,176元、預告期間工資36,223元，

總計170,399元同意扣抵。

四、本件爭點（見本院卷一第538至539頁，並依判決論述方式略作文字修正）：

（一）原告依兩造間約定請求工資差額是否有理由？金額若干？被告公司就102年5月22日前之工資為時效抗辯是否有理由？

（二）原告依勞基法第30條、第24條、第39條規定請求被告公司發給平日、例假日之延長工時工資工資是否有理由？金額若干？

（三）原告依勞基法第38、39條規定請求被告公司發給特休工資是否有理由？金額若干？

（四）原告依勞退條例第14條第1項規定請求被告公司提繳勞退金差額是否有理由？金額若干？

（五）被告公司依勞基法第11條第2款規定終止勞動契約是否有理由？如有理由，被告公司前揭終止契約是否違反勞資爭議處理法第8條規定？

（六）兩造間僱傭關係是否仍存在？

（七）原告依兩造間勞動契約約定請求被告應自106年10月起至准許原告復職之日止，按月給付原告工資是否有理由？金額若干？

（八）原告依勞退條例第14條規定，請求被告自106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月提繳2,088元之原告之勞退金專戶，是否有理由？

五、得心證之理由：

（一）原告依兩造間約定請求工資差額是否有理由？金額若干？被告公司就102年5月22日前之工資為時效抗辯是否有理由？

1、101年6月至102年5月22日前之工資差額：

（1）按利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。時效完成後，債務人得拒絕給付，民法

第126條、第144條第1項分別定有明文。民法第126條所稱之「其他一年或不及一年之定期給付債權」者，係指基於同一債權原因所生一切規則而反覆之定期給付而言，諸如年金、薪資之類，均應包括在內（最高法院97年度台上字第2178號判決意旨參照）。故工資請求權消滅時效期間只有5年，且自勞工對雇主之工資債權成立得請求時起算，如勞工自得請求時起逾5年未請求雇主給付，雇主即得為時效抗辯並拒絕給付。

（2）經查：

原告前揭工資差額之請求係基於本件勞動契約所生按月定期給付之工資，依前揭說明，有民法第126條之適用，原告遲至107年6月1日始向本院遞狀請求被告公司為前開給付，有本院收狀戳在卷可稽（見本院卷一第7頁），依前揭說明，原告之工資請求權已罹於5年時效，故被告公司為時效抗辯拒絕給付，即屬有據。

2、102年5月22日以後之工資差額：

（1）按工資由勞雇雙方議定之，勞基法第21條第1項本文定有明文。所謂議定，即由勞雇雙方商約協議定之，必雙方互相表示意思一致，其合意始告達成，而該合意之表示方法，無論其為明示或默示之意思表示，均不影響該議定之成立（最高法院101年度台上字第228號判決意旨參照）。又所謂默示之意思表示，係指依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其效果意思者而言（最高法院29年上字第762號判決意旨參照）。

（2）原告雖主張：99年間兩造約定工資為30,000元，經兩造合意多次調升，於100年1月為31,000元，101年2月調升為32,500元，101年5月為34,000元云云，並有被告公司於調解時提供之薪資清冊及原告與林宗享於104年3月5日之對話錄音為證（見本院卷一第45至48頁、第491至至498頁），然為被告公司所否認，並辯稱：兩造約定工資為「底薪」、「職務津貼」加總，業績獎金則需視

原告是否有銷售產品、是否達業績目標而給付，金額並非固定，原告102年1月起每月約定工資為25,500元、105年6月起為29,000元、106年3月起為31,000元等語，審酌兩造不爭執勞動局108年12月25日北市勞動字第1086115765號函附被告公司於106年9月14日調解時提供之原告薪資清冊形式上真正（見本院卷三第444頁），本院認應以該薪資清冊為認定標準，故99年4月至8月兩造約定工資為29,000元（固定工資部分，不包含業績獎金，以下同，見本院卷三第397至400頁），100年1月至101年1月兩造約定工資為31,000元（見本院卷三第401頁），101年4月至104年3月約定工資為25,500元（見本院卷第403至407頁），104年4月至105年5月約定工資為27,500元（見本院卷三第407頁），105年6月至12月約定工資為29,000元（見同上頁），至99年9月至12月約定工資，原告並未提出薪資單，而按雇主應置備勞工工資清冊，將發放工資、工資各項目計算方式明細、工資總額等事項記入，工資清冊應保存五年，勞基法第23條第2項定有明文。原告於107年6月1日向本院提起本訴，依前揭勞基法第23條第2項規定，被告公司並無保存原告102年5月31日前工資清冊之義務，原告復未舉證證明99年9至12月之約定工資為何，依前揭說明，僅能比照99年4至8月之約定工資29,000元計算。再上述固定工資加計業績獎金後即為原告附表A「實領工資」欄之總額，是被告公司並未短付工資。又原告提出之104年3月5日其與林宗享對話錄音譯文雖提及：「…你就說啊，我也是多2000給你了…」、「…你那個薪水講，我也講要給你加薪2000，去年我也給你加薪…那是基本薪資！業務就是有業務獎金，你說乘龍說，有少給他，我也不知道，叫秀玉來，秀玉弄錯寫成30% ，結果寫成加30，事後也補給乘龍，也沒少掉任何一筆獎金，說真的，有少掉嗎？少掉隨時可以講，…」等語（見本院卷一第493

、496頁），然比對前後文，實難依此錄音譯文認定兩造有明確約定調升工資之時間及金額，是原告關於歷年來工資調升之主張實難遽採。

（二）原告依勞基法第30條、第24條、第39條規定請求被告公司發給延長工時工資是否有理由？金額若干？

1、按雇主延長勞工工作時間者，其延長工作時間之工資依左列標準加給之：一、延長工作時間在2小時以內者，按平日每小時工資額加給3分之1以上。二、再延長工作時間在2小時以內者，按平日每小時工資額加給3分之2以上。又勞工每日正常工作時間不得超過8小時，每2週工作總時數不得超過84小時。第36條所定之例假、休息日、第37條所定之休假及第38條所定之特別休假，工資應由雇主照給。雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給。勞基法第24條第1、2款、第30條第1項、第39條固分別有明文。惟所謂延長工作時間，須雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要，經工會或勞工之同意後，勞工始有於延長工作時間提供勞務之義務，雇主亦方有依勞基法第24條規定給付延長工作時間工資之義務。延長工作時間既係雇主經勞工同意方得行使之權利，是若雇主未曾要求勞工在正常工作時間以外延長工作時數工作（即未經勞雇雙方合意），勞工亦未舉證證明確有在正常工作時間以外延長工作時數工作之需要與事實，僅為求妥速完成任務或出於其他因素考量，自行提早到班或逾時停留在公司內部，應認此舉僅係勞工單方片面之延長工時，核與勞基法第24條所定雇主應加給工資之要件未符，亦不得據此要求雇主給付延長工時工資。

2、經查：

（1）觀諸被告公司工作規則第19、20條分別規定：「（加班指派）本公司之員工以專案負責，需於專案時間內完成所負責之任務，如需延長時間工作，需以特案申請。」、「（加班申請）本公司員工如因服務單位之需求而須

加班，須事先填寫『加班申請單』並經部門主管核准後，始得加班。各單位的『加班申請單』應於次月五日前由部門主管複合無誤後，彙集交人事人員查核後，統計加班時數。」等語（見本院卷一第275至277頁），原告於99年4月19日任職始日並簽立服務自願書表示願遵守被告公司工作規則（見本院卷一第291頁），況被告公司曾於106年2月9日發佈公告，內容略以：「…公司十多年前早已實行週休二日，也早已配合政府一例一休、給予員工多休息時間，公司規定上班時間為星期一至星期五上午9：00～18：00中午休息一小時，下班時間即不須接收與回覆客戶電話讓員工實際休息。…」等語，原告並簽名於其上（見本院卷一第293頁），堪認被告公司確有加班申請制度，得事前填寫加班申請單送主管簽核，原告未舉證證明其於任職被告公司期間有填寫加班紀錄表申請加班之事實，則其主張有於如附表B所示之時間延長工時之情事，即屬無據。

（2）原告固提出GPS紀錄及電子郵件等為證（見本院卷二第109至660頁、卷三第5至381頁），主張有於前揭時間內延長工時云云，然以：觀諸原告提出之103年2月10、11、13、14、17、20、21、25、26日、3月3、4、5、6、7、11、12、13、14、17、18、19、20、21、25、26、27、28日GPS紀錄（卷二第111至138頁），其於1日內工作時間均未滿8小時，且其依GPS紀錄製作之附表B，將上下班通勤時間計入工時，已乏依據（卷三第416至417頁），另依被告公司106年2月9日公告：「…下班時間即不須接收與回覆客戶電話讓員工實際休息。…」等語（見本院卷一第293頁），原告並簽名於其上，是原告如有延長工時之需求，應於事前向被告公司申請延長工時，惟其始終未舉證證明有向被告公司申請延長工時，則前揭資料自不足為原告有延長工時之依據。

（三）原告依勞基法第38、39條規定請求被告公司發給特休工資

是否有理由？金額若干？

1、按修正前勞基法第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，每年應依左列規定給予特別休假：……四、10年以上者，每1年加給1日，加至30日為止。」，第39條規定：「第36條所定之例假、第37條所定之休假及第38條所定之特別休假，工資應由雇主照給。雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給。因季節性關係有趕工必要，經勞工或工會同意照常工作者，亦同。」修正前勞基法施行細則第24條則規定：「本法第38條之特別休假，依左列規定：一、計算特別休假之工作年資，應依第5條之規定。二、特別休假日期應由勞雇雙方協商排定之。三、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。」次按特別休假應按年度計算，勞工應休之特別休假日於年度終結時，如有未休完日數，且可歸責於雇主時，勞工始得請求雇主發給未休特別休假日數之工資（最高法院103年度台上字第1425號判決意旨參照）。則於105年12月31日勞基法修正前，勞工應休之特別休假日於年度終結時，如有未休完日數，且因可歸責於雇主之事由所致時，勞工始得請求雇主發給未休特別休假日數之工資。

2、經查：

原告雖主張：伊於任職期間，被告公司從未給予特別休假云云，惟其未舉證證明曾向被告公司申請特別休假而遭拒絕，或未休之特別休假係可歸責於雇主而未休畢，且觀諸前揭106年2月9日公告提及：「…希望各位同仁可利用特休假到國外旅行，增廣見聞，在公司工作2年以上員工，只要利用特休假到國外旅行，公司補助1萬元旅費，…」等語（見本院卷一第293頁），足見被告公司確有給予勞工特別休假，依前揭說明，其請求105年12月31日前之特休工資，即乏依據。至其請求106年度特休工資部分，兩造不爭執原告於106年度應休特別休假為15日均未休（見

本院卷一第153頁），被告公司業已於106年9月給付17,591元（見不爭執事項（五）），前揭金額係以106年8月工資35,182元（見本院卷一第309頁）為基準發給（計算式：35,182÷ 30× 15＝17,590.9，元以下四捨五入），是其再請求被告公司給付，亦無理由。

（四）原告依勞退條例第14條第1項規定請求被告公司提繳勞退金差額是否有理由？金額若干？

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6%，前項規定月提繳工資分級表，由中央主管機關擬定，報請行政院核定，勞退條例第6條第1項及第14條第1項、第2項規定參照。

2、經查：

（1）99年4月至103年4月勞退金部分：

99年4月至12月兩造約定工資為29,000元（固定工資部分，不包含業績獎金），100年1月至101年1月兩造約定工資為31,000元，101年4月至104年3月約定工資為25,500元，已如前述；而觀諸原告附表A「實領工資」、「應領工資」欄位亦僅計算每月工資中固定部分，不包括業績獎金，依勞工退休金月提繳工資分級表級距得出每月應提繳金額，扣除「已提繳金額」欄之金額後即為被告公司於前揭其間應補提繳之金額，被告公司尚應補繳27,128元（詳如附表三）。

（2）103年5月至106年9月勞退金部分：

勞保局已逕予調整、更正原告103年5月至106年9月之月提繳工資，有勞保局106年11月27日保退二字第10660286410號函在卷（見本院卷一第363至369頁），被告公司並於106年11月已補提繳原告前揭時期之勞退金26,946元（見不爭執事項（六）），是原告再行請求，即無理由。

（五）被告公司依勞基法第11條第2款規定終止勞動契約是否有理由？被告公司前揭終止契約是否違反勞資爭議處理法第8條規定？

1、按雇主依勞動基準法第十一條第二款規定，以業務緊縮為由，預告勞工終止勞動契約者，必以雇主確有業務緊縮之事實，而無從繼續僱用勞工，始足當之，倘未產生多餘人力，或僅一部歇業，而他部門依然正常運作，甚或業務增加，仍需僱用勞工時，即不得依上開規定終止勞動契約。（最高法院100年度台上字第2024號裁判意旨參照）所稱業務緊縮，係指雇主在相當一段期間營運不佳，生產量、銷售量明顯減少，或營業收入長期遞減，其整體業務應予縮減而言；雇主依勞基法第11條第2款規定以虧損或業務緊縮為由終止勞動契約，應具備最後手段性之要件，即必須雇主業務緊縮或虧損之狀態已持續一段時間，且無其他方法可資使用，雇主為因應景氣下降或市場環境變化，方可以虧損或業務緊縮為由終止勞動契約，合先敘明。

2、經查：

（1）觀諸被告公司提出之營業人銷售額與稅額申報書，被告公司固於105年11、12月銷售額為5,100,000餘元，106年1、2月、106年3、4月、106年5、6月、106年7、8月陸續降至4,390,000餘元、4,400,000餘元、3,020,000餘元、3,640,000餘元（見本院卷一第301至306頁），復於106年9月11日通知貿協，自同年9月30日起終止臺北市世貿一館3A33租約，並經貿協同意（見前述不爭執事項（二）），且被告公司之勞保投保人數自106年8月之13人陸續減少至8人（包含林宗享在內，見勞保局投保單位人數資料表，即本院卷三第425頁），堪認被告公司因業績下滑而裁撤臺北駐點，客觀上確有業務緊縮之情事。

（2）惟就被告公司是否違反解僱最後手段性原則乙節，被告公司抗辯：106年9月14日調解後、106年10月24日原告

第2次申請調解翌日，林宗享有詢問原告是否願意至高雄任職，伊公司將提供住宿及必要之協助云云，則為原告所否認，而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條前段定有明文，被告公司未舉證證明林宗享確有於前揭時間詢問原告是否願接受被告公司相關協助赴高雄任職，亦未舉證證明現已無原告得勝任之工作，難謂被告公司除解僱原告外，已無其他方法得使用，被告公司此部分抗辯不足採信。

（3）綜上，被告公司依勞基法第11條第2款規定終止勞動契約，因違反解僱最後手段性原則而不合法。

（六）兩造間僱傭關係是否仍存在？

被告公司依勞基法第11條第2款規定終止契約不合法，已如前述，則兩造間僱傭關係仍存在。

（七）原告依兩造間勞動契約約定請求被告應自起至准許原告復職之日止，按月給付原告工資是否有理由？金額若干？

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；債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之行為者，債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任，民法第487條前段、第235條及第234條分別定有明文。次按債權人於受領遲延後，需再表示受領之意，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，其受領遲延之狀態始得認為終了。在此之前，債務人無須補服勞務之義務，仍得請求報酬（最高法院92年度台上字第1979號判決意旨參照）。本件被告公司依勞基法第11條第2款規定終止勞動契約不合法，已如前認定，則兩造間僱傭關係仍存在，被告公司前揭終止行為雖不生終止契約之效力，然已足徵被告公司有為預示拒絕受領原告提供勞務之意思表示，而原告在被告公司違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供

勞務，堪認原告已將準備給付之事情通知被告公司，為其所拒絕。則被告公司拒絕受領後，即應負受領遲延之責，原告無須催告被告公司受領勞務，被告公司復未再對原告表示受領勞務之意或為受領給付作必要之協力，依前揭說明，應認被告公司已經受領勞務遲延，仍應給付工資與原告。

2、經查：

（1）原告在經被告公司終止勞動契約前，每月工資為31,000元（詳如前述），兩造就被告公司每月工資於次月5日發放不爭執（見本院卷三第444頁），從而，原告主張兩造間僱傭關係繼續存續，被告公司應給付自106年9月15日至30日之工資16,533元（計算式為：31,000÷ 30×16＝16,533.3，元以下四捨五入），及自106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月於次月5日給付每月工資31,000元，及自各自應給付之翌日起至清償日止按週年利率5% 計算之利息，即屬有據，逾此範圍，應予駁回。

（2）惟按民法第487條後段亦規定，受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。查原告經被告公司終止勞動契約後，自行開設新公司即永崴公司（見本院卷一第427頁），永崴公司108年1、2月營業所得為22,800元、同年3、4月所得為115,836元，有永崴公司108年1至4月營業人銷售額與稅額申報書影本在卷（見本院卷一第501至503頁），揆諸前揭規定，前述營業收入乃原告轉向他處服勞務所得收入，即應自原告得向被告公司請求之當月分工資中扣除。

（3）另按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限。前項特約，不得對抗善意第三人。又抵銷，應以意

思表示，向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按照抵銷數額而消滅，民法第334條、第335條第1項定有明文。查本件原告對被告公司有上述薪資債權，已如前述，又如本院認兩造間僱傭關係存在，原告就被告公司於106年9月給付原告資遣費134,176元、預告期間工資36,223元，總計170,399元同意扣抵（見不爭執事項（七）），且被告公司終止勞動契約不合法，兩造僱傭契約繼續存在，被告公司並無給付原告資遣費之義務，本得請求原告返還，是被告公司依前述規定主張就原告請求前述薪資債權與原告已受領之資遣費、預告期間工資為抵銷乙節，為有理由。

3、綜上，經抵銷資遣費、預告期間工資170,399元及扣除轉向他處服勞務所得後，原告請求被告公司應給付443,334元（詳如附表一），及其中如附表二「原告得請求之工資數額」欄所示之金額自「遲延利息起算日」欄所示之日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，暨自108年8月1日起至准許原告復職之日止，按月於次月5日給付31,000元，暨自各應給付日之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息之範圍內為有理由，逾此部分之請求，即屬無據。

（八）原告依勞退條例第14條規定，請求被告自106年10月1日起至准許原告復職之日止，按月提繳2,088元之原告之勞退金專戶，是否有理由？

原告受僱被告公司期間，被告公司應依勞退條例規定，按月依月提繳工資分級表規定為原告提繳勞退金。原告遭被告公司違法資遣前每月工資31,000元，依勞工退休金月提繳分級表，月提繳工資為31,800元（見本院卷一第118頁），故被告應按月為原告提繳勞退金1,908元（計算式：31,800× 0.06＝1,908），而原告主張被告公司自違法解僱原告後即未再按月提繳勞退金，被告公司亦未爭執，因而原告請求被告公司自106年10月1日起至准許原告復職之

日止，按月提繳金額1,908元至原告之勞退金專戶內為有理由，應予准許，逾此範圍，即乏依據。

六、綜上所述，原告依兩造間勞動契約請求確認僱傭關係存在，被告公司應給付工資443,334元，及其中如附表二「原告得請求之工資數額」欄所示之金額自「遲延利息起算日」欄所示之日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，暨自108年8月1日起至准許原告復職之日止，按月於次月5日給付31,000元，暨自各應給付日之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，另依勞退條例第6條第1項、第14條第1項規定，請求被告公司提繳99年4月至103年4月勞退金差額27,128元，並按月提繳勞退金1,908元至原告之勞退金專戶之範圍內，均為有理由，應予准許，逾此部分之請求，即為無理由，應予駁回。

七、本件係勞動事件法施行前繫屬之勞動事件，就勞工即原告勝訴部分，應依勞動事件法第51條第1項、第44條第1、2項規定，依職權宣告假執行；同時宣告雇主即被告公司得供擔保而免為假執行，並酌定相當之金額。至原告敗訴部分，其假執行之聲請即失所附麗，應併予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘主張與攻擊防禦方法，經核均與本件判決結果無影響，爰不一一予以審酌，附此敘明。

九、據上論結，本件原告之訴一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第79條、勞動事件法第51條第1項、第44條第1、2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　12　　日

勞動法庭　法　官　方祥鴻

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　　2　　月　　12　　日

書記官　黃文誼

（以下表格幣別均為新臺幣，日期均為民國）

附表一：

應給付薪資月份	原告工資債權數額	原告轉向他處服勞務取得之利益	被告得抵銷之債權數額	原告可請求之工資數額
106年9月	16,533元	0元	16,533元	0元（資遣費、預告期間工資共170,399元，被告可抵銷數額尚餘153,866元）
106年10月	31,000元	0元	31,000元	0元（被告可抵銷數額尚餘122,866元）
106年11月	31,000元	0元	31,000元	0元（被告可抵銷數額尚餘91,866元）
106年12月	31,000元	0元	31,000元	0元（被告可抵銷數額尚餘60,866元）
107年1月	31,000元	0元	31,000元	0元（被告可抵銷數額尚餘29,866元）
107年2月	31,000元	0元	29,866元	1,134元
107年3月	31,000元	0元	0元	31,000元
107年4月	31,000元	0元	0元	31,000元
107年5月	31,000元	0元	0元	31,000元

（續上頁）

107年6月	31,000元	0元	0元	31,000元
107年7月	31,000元	0元	0元	31,000元
107年8月	31,000元	0元	0元	31,000元
107年9月	31,000元	0元	0元	31,000元
107年10月	31,000元	0元	0元	31,000元
107年11月	31,000元	0元	0元	31,000元
107年12月	31,000元	0元	0元	31,000元
108年1月	31,000元	0元	0元	31,000元
108年2月	31,000元	22,800元	22,800元	8,200元（1、2月份營業所得22,800元）
108年3月	31,000元	115,836元	31,000元	0元（3、4月份份營業所得115,836元 ）
108年4月	31,000元	115,836元	31,000元	0元（3、4月份份營業所得115,836元 ）
108年5月	31,000元	0元	0元	31,000元
108年6月	31,000元	0元	0元	31,000元
108年7月	31,000元	0元	0元	31,000元

（續上頁）

原告尚得請求之工資數額合計	443,334元

附表二：

編號	工資年月份	原告得請求之工資數額	遲延利息起算日
01	107年2月	1,134元	107年8月9日（註1）
02	107年3月	31,000元	107年8月9日
03	107年4月	31,000元	107年8月9日
04	107年5月	31,000元	107年8月9日
05	107年6月	31,000元	107年8月9日
06	107年7月	31,000元	107年8月9日
07	107年8月	31,000元	107年9月6日
08	107年9月	31,000元	107年10月6日
09	107年10月	31,000元	107年11月6日
10	107年11月	31,000元	107年12月6日
11	107年12月	31,000元	108年1月6日

（續上頁）

12	108年1月	31,000元	108年2月6日
13	108年2月	8,200元	108年3月6日
14	108年5月	31,000元	108年6月6日
15	108年6月	31,000元	108年7月6日
16	108年7月	31,000元	108年8月6日

註1：原告僅請求自起訴狀繕本送達翌日即107年8月9日起之遲延利息，故107年7月以前之薪資遲延利息起算日為107年8月9日。（見本院卷一第69頁）

附表三：被告公司應補提繳之勞退金差額：（原告僅請求工資中固定薪資）

年月日	工資金額	提繳級距	應提繳金額	已提繳金額	應補提金額
99年4月	29,000元	30,300元	727元（註2）	146元	581元
99年5月	29,000元	30,300元	1,818元	1,098元	720元
99年6月	29,000元	30,300元	1,818元	1,098元	720元
99年7月	29,000元	30,300元	1,818元	1,098元	720元
99年8月	29,000元	30,300元	1,818元	1,098元	720元
99年9月	29,000元	30,300元	1,818元	1,098元	720元
99年10月	29,000元	30,300元	1,818元	1,098元	720元

（續上頁）

99年11月	29,000元	30,300元	1,818元	1,098元	720元
99年12月	29,000元	30,300元	1,818元	1,098元	720元
100年1月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年2月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年3月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年4月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年5月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年6月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年7月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年8月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年9月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年10月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年11月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
100年12月	31,000元	31,800元	1,908元	1,098元	810元
101年1月	31,000元	31,800元	1,908元	1,127元	781元
101年2月	31,000元	31,800元	1,908元	1,127元	781元
101年3月	31,000元	31,800元	1,908元	1,127元	781元
101年4月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
101年5月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元

（續上頁）

101年6月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
101年7月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
101年8月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
101年9月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
101年10月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
101年11月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
101年12月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
102年1月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
102年2月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
102年3月	25,500元	26,400元	1,584元	1,127元	457元
102年4月	25,500元	26,400元	1,584元	1,152元	432元
102年5月	25,500元	26,400元	1,584元	1,152元	432元
102年6月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
102年7月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
102年8月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
102年9月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
102年10月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
102年11月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
102年12月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元

（續上頁）

103年1月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
103年2月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
103年3月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
103年4月	25,500元	26,400元	1,584元	1,368元	216元
合計					27,128元

註2：依任職期間比例