臺灣臺北地方法院民事判決

108年度勞簡上字第26號

上　訴　人
即被上訴人　邱淑貞
訴訟代理人　廖蕙芳律師
被上訴人
即上訴人　　大同股份有限公司
法定代理人　林郭文枌
訴訟代理人　陳玫瑰律師
　　陳君漢律師
　　卓素芬律師
　　林婉婷律師

上列當事人間請求給付退休金等事件，上訴人對於民國108年3月27日本院臺北簡易庭108年度北勞簡字第11號第一審判決提起上訴，本院於108年10月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴人甲○○之上訴駁回。

上訴人甲○○上訴部分之訴訟費用由上訴人甲○○負擔。

原判決關於命上訴人大同股份有限公司給付被上訴人甲○○新台幣145,946元之部分、假執行宣告之裁判、以及以新台幣125,081元所計算自108年1月30日起至清償日止按年息5%計算利息之部分，均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人甲○○於原審之訴駁回。

上訴人大同股份有限公司其餘上訴駁回。

原判決關於命上訴人大同股份有限公司負擔第一審訴訟費用6/10之部分，於命其負擔第一審訴訟費用5/10之範圍廢棄，該廢棄部分由被上訴人甲○○負擔（其餘命上訴人大同股份有限公司負擔第一審訴訟費用1/10部分未廢棄）。

上訴人大同股份有限公司上訴部分之訴訟費用，由上訴人大同股份有限公司負擔1/10，餘由被上訴人甲○○負擔。

事實及理由

壹、程序部分：按於第二審為訴之變更或追加，除有民事訴訟法

第255條第1項第2款至第6款情形外，非經他造同意，不得為之。民事訴訟法第255條第1項第2款、第3款、第446條第1項分別定有明文。經查，上訴人即被上訴人甲○○(下稱甲○○)於原審係請求被上訴人即上訴人大同股份有限公司(下稱大同公司)給付新台幣(下同)249,800元，而原審判決應給付145,946元，是原審駁回甲○○請求103,854元部分，而甲○○上訴請求大同公司應再給付110,340元，是其請求之金額已有擴張，經核與民事訴訟法前揭規定相符合，應予准許。

貳、實體部分：

一、甲○○於原審之請求暨上訴及答辯之部分：

甲○○於原審主張略以：甲○○自民國76年6月24日起受僱於大同公司，至107年9月26日退休，擔任事務技術員之職，而所領取工資結構為本薪(每月31日領5,584元，每月30日領5,403元)、職務加給(每月31日領17,043元，每月30日領16,493元)、皆勤津貼(每半月皆勤給半日薪資，整月皆勤給一日薪資)、久任津貼(每月31日領2,584元，每月30日領2,500元)、B項獎金(每月6,000元)、加班費及特休津貼等項目，但大同公司短付特休津貼2,572元、皆勤津貼18,000元、退休金229,228元，合計249,800元。（原審判決大同公司應給付145,946元及遲延利息，而甲○○係就原審駁回特休津貼列入平均工資之部分提起上訴。）

原判決理由就甲○○平均工資部分以：「至原告(即甲○○)認其平均工資應加計特休津貼云云，惟按勞動基準法第38條規定，特別休假為勞工依任職年資，按年得享有之休假權利，其日數因勞工任職期間之久暫而有差異，此乃為獎勵勞工繼續在同一雇主或事業單位工作滿一定期限而設，具有免除勞務之恩惠性質。又按第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；特別休假日期應由勞雇雙方協商排定之。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，勞動基準法第39條、施行細則第24條第2、3款分

別定有明文。是勞工之特別休假日未工作，雇主仍應給付工資，如勞工已排定休假，但經雇主徵得勞工同意於該特別休假日工作者，依勞動基準法第39條規定，雇主應加倍發給工資；但如勞工未排定休假，致年度終結仍未能休畢，則屬勞動基準法施行細則第24條第3款之情形，雇主應按勞工未休日數發給日薪，此易言之，勞工於該年度既未排定特別休假，其繼續工作僅能認為係在正常工時內提供勞務，不能指為在特別休假日工作，而雇主既已依勞動契約給付勞工薪資，其於年度終了，再就勞工未休畢特別休假給與之金錢，當非勞工於年度內繼續工作之對價，僅能認係補償勞工未能享受特別休假所給與之代償金；況且勞工於每一年度終結，是否均有未休畢之特別休假而得支領代償金，未必每年相同，顯見勞工因年度終結未休畢特別休假而受領之給付，不具備經常性之給與要件；酌以特別休假之設計，旨在提供勞工休憩、調養身分之機會，並有餘暇充實文化、社會生活、增進生活品質，並非用以換取工資，更非藉以增加平均工資，是雇主因勞工未休特別休假所給付之金錢，無論名稱及設計標準為何，均非勞工因工作而獲得之報酬，也不具經常性，與勞動基準法所規定得算入平均工資之工資意義不同，自非屬工資性質。」，然甲○○在107年8月領取年度終結之106年特休津貼13,602元，就是依勞動基準法第38條第4項規定之工資，且是發生在計算平均工資期間之內，依法自應計入平均工資。同理，依被證3離職結帳明細單甲○○領取契約終止之「107特休津貼」10,461元，因領取日期未在計算平均工資期間之內，自無計入平均工資。原判決不適用勞動基準法第38條第4項之規定，又未在判決書說明為何不能適用該條之規定，顯是違法。再者，原判決理由將特休津貼認定為：「具有免除勞務之恩惠性質」（原判決第7頁第17行）；「當非勞工於年度內繼續工作之對價，僅能認係補償勞工未能享受特別休假所給與之代償金」（原判決第7頁31行起）顯然違反勞動基準法第38條第4項「雇主應發給工資」之規定

不同，自屬違法。

原審判決理由又以：「是勞工之特別休假日未工作，雇主仍應給付工資，如勞工已排定休假，但經雇主徵得勞工同意於該特別休假日工作者，依勞動基準法39條規定，雇主應加倍發給工資；但如勞工未排定休假，致年度終結仍未能休畢，則屬勞動基準法施行細則第24條第3款之情形，雇主應按勞工未休日數發給日薪，此易言之，勞工於該年度既未排定特別休假，其繼續工作僅能認為係在正常工時內提供勞務，不能指為在特別休假日工作，而雇主既已依勞動契約給付勞工薪資，其於年度終了再就勞工未休畢特別休假給與之金錢，當非勞工於年度內繼續工作之對價，僅能認係補償勞工未能享受特別休假所給與之代償金」，然依勞動基準法第38條第4項自106年1月1日起施行，依其規定只要在年度終結或契約終止時，勞工有應休而未休之特別休假，雇主即應核算日數發給工資。也就是說，如果勞工本已排定之特別休假，但經雇主徵得勞工同意後，在特別休假日工作，而沒有休假者；或是勞工沒有排定特別休假者。不論何者，只要在年度終結或契約終止時，雇主均應按未休日數發給工資。此即勞動基準法106年1月1日起實施的條文：「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。」而原判決不查勞動基準法第38條第4項的規定，強將雇主給付的特別休假工資，分為勞工本已排定者，以及勞工沒有排定的情形。前者的情形：即勞工本已排定，但經雇主徵得勞工同意於該特別休假日工作者，雇主的給付是依勞動基準法第39條規定「加倍發給」此是屬於工資。至於後者的情形：即勞工沒有排定，致年度終結仍未能休畢，則屬勞動基準法施行細則第24條第3款之情形，則雇主之給與，「僅能認係補償勞工未能享受特別休假所給與之代償金。」云云。不但將勞動基準法第38條第4項規定棄之不論，更是將本項規定：「雇主應發給工資」的規定，強為分類適用，已經超過法律的規定。再者，現行勞動基準法第38條第4項規定，固係引自

原勞動基準法施行細則第24條舊規定，此可詳在106年6月16日修正前的105年10月7日舊勞動基準法施行細則第24條規定：「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。」但勞動基準法第38條第4項新規定已將原施行細則的條文，明訂為法律，且自106年1月1日起施行，但原判決沒有察覺勞動基準法施行細則106年6月16日、107年7月27日已經2次修正，仍引用105年10月7日舊施行細則第24條的規定，更是錯誤。

ŋ 判決理由又以：「是本件原告於其退休日前一個月所得領取之特別休假未休工資，係原告未排休而被告所應給予原告之不休假代金，並非勞動基準法第39條所規定雇主經徵得勞工同意於排定休假日工作之情形，與勞動基準法施行細則第24條第3款規定相當，依前開說明並非原告工作之對價」（第8頁第11行起）同是援引舊規定，而沒有察覺勞動基準法第38條第4項，以及勞動基準法施行細則第24、24-1條均已修正，顯是違法判決甚明。

ē 又必須列入平均工資計算之項目，係以勞工所取得之特休工資請求權是否在事由發生之當日前六個月內，為認定之標準。勞動部認為『勞工並未排定之特別休假日數，於年度終結雇主發給之未休日數工資，因係屬勞工全年度未休假而工作之報酬，於計算平均工資時，上開工資究竟有多少屬於平均工資之計算期間內，法無明定，由勞雇雙方議定之』，此見解可能對於特別休假之法性質有所誤解。按特別休假行使期間，縱使勞工未排定，其可能行使期間亦隨著時間經過而被壓縮，例如勞工於前11個月皆未排定者，該年度之特別休假自然被壓縮於最後一個月（12月份）有權排定，不致於產生『究竟有多少未休日數之工資應列入平均工資計算，法無明文』之疑義。因此，只要『原特別休假年度』終結時點在平均工資計算事由發生之當日前6個月內者，原特別休假年度

全年度未休假工作所得之報酬，即應全部列入平均工資計算始為合理。」

原判決認定甲○○日薪為1,007元，而甲○○在107年8月份原應領取特別休假津貼即1,007*14.61=14,712元【原證2-去年特休餘額為14.61】，因原判決就平均工資部分沒有將雇主在107年8月（即退休前一個月）給付的特別休假津貼計入平均工資之內，即屬違法，已如上述。則甲○○在退休前六個月所領取的工資為：107年3月：32,218元，4月：31,403元，5月：32,218元，6月：31,403元，7月：32,218元，以及8月：47,920元（32,218元+加班費990元+特休津貼14,712元）。則月平均工資應為：34,563元，依此計算甲○○退休金應為：34,563*45=1,555,335元，但大同公司僅給付1,317,647元（先給付1,310,220元+台北市政府調解給付7,427元），則應給付237,688元，但原判決僅准許127,348元，大同公司應再給付短少110,340元，即為甲○○上訴聲明第2項之請求。

ě就大同公司上訴部分，大同公司上訴理由略以：大同公司通告之「工程師簽約辦法」，甲○○是否可領取久任津貼，乃繫屬於甲○○前一年度考核結果是否符合簽約或續約資格，並簽署承諾書，承諾將於簽約期間內繼續任職被大同公司…足見久任津貼乃大同公司為鼓勵優秀之員工久任，並以該等員工簽署承諾書，同意於簽約期間內持續任職為條件所給付之對價，屬於大同公司為其單方之目的，且有勉勵、恩惠性質之給付，要與兩造勞動契約持續提供勞務即可穩定獲得之工作對價有別，故縱使大同公司選擇將久任津貼按月與甲○○薪資同時發放，而形成經常性之外觀，惟因為久任津貼並非工作之對價，揆諸上開判決意旨，自不應遽認其屬於工資。次按大同公司工作規則第26條以下規定…故甲○○於任職期間應遵守廉潔、保密及競業禁止規定，並非甲○○簽署承諾書始創設之契約義務。原審未查…逕認為久任津貼屬甲○○工作對價而應納入工資計算，自有違誤而應予撤銷。然查

：久任津貼是甲○○每個月都可以固定領取的金額，且由通知單內容記載，須考核良好才可領取，另由承諾書上更記明是任職於某特定部門才可領取等情節可知，久任津貼即是工作的對價。原判決理由即以：由通知單及承諾書上之約定內容，除上述久任津貼之約款外，並載有關於簽約員工在任職某特定部門期間，不利用職務收受利益、不洩漏職務上知悉之秘密、競業禁止等約定，且有不得於簽約後一年內離職之規定，可見該筆給付，是在甲○○符合一定考核條件、在約定職位上，經常性可領取之經常性給付，即屬工作對價而應納入工資計算。再者，大同公司主張，員工具有保密及競業禁止之義務，係依據其工作規則之規定，而不是系爭承諾書所創設等語。然查，不論員工具有保密及競業禁止義務之規定是否源自於承諾書所規定，都不影響久任津貼屬於工資之性質。大同公司主張顯不可採。

大同公司復以：本件僅有甲○○所領取之本薪、職務加給、皆勤津貼、B項獎金、加班費等項目應計入平均工資，計算退休金。而皆勤津貼之金額，應由領取之本薪、職務加給、B項獎金加總後，再除以31日，得出每日923元…綜上，甲○○退休前6個月之平均工資為29,471元…退休金為1,326,195元…原本給付1,310,220元…又再給付7,425元…匯款21,000元，共計1,338,645元，大同公司尚溢付12,450元云云，然查：大同公司在原審2月12日答辯狀卻寫明：「故本案中，原告之日薪應為930元（即大同公司同意每月以30日計算）…原告每月皆勤可領得之皆勤津貼為一日薪930元，被告實際支付730元，每月短少200元，茲以請求時效5年計算，係雙方不爭執，故被告短付原告共12,000元…原告每月平均工資為29,479元…故原告之退休金總額為…1,326,555元…短少16,335元…被告短付原告金額為皆勤津貼12,000元，退休金16,335元，總計28,335元，另有關原告107年8月份加班費，被告漏未算入平均工資內…被告已將該筆短付金額7,425元匯入原告帳戶內，此係雙方不爭執事實，故被告迄今短少

支付之金額為20,910元，被告同意以整數21,000元計算。」，且大同公司108年6月10日上訴理由狀第8頁再主張「又上訴人（即大同公司）已同意按930元計算被上訴人（即甲○○）日薪（即大同公司同意每月以30日計算）」則大同公司前後主張金額矛盾，又所謂溢付12,450元，並未扣除其計算之短付皆勤津貼12,000元，亦屬有誤。

並聲明：

－原判決關於駁回後開第二項之請求部分，及該部分訴訟費用之裁判均廢棄。

－大同公司應再給付甲○○110,340元及自108年1月30日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

二、大同公司之答辯及上訴部分：

甲○○主張其自76年6月24日任職起至107年9月26退休止退休前六個月之薪資結構為：本薪（每月31日領5,584元，每月30日領5,403元）、職務加給（每月31日領17,043元，每月30日領16,493元）、皆勤津貼（每半月皆勤付半日薪資，整月皆勤付一日薪資）、久任津貼（每月31日領2,584元，每月30日領2,500元）、B項獎金（每月6,000元）、加班費及特休津貼等項目。因甲○○認為，大同公司未將皆勤津貼、久任津貼及其退休前六個月所領取之特休津貼列入甲○○工資，因此短付甲○○特休津貼2,572元，皆勤津貼18,000元與退休金229,228元，總計24萬9,800元，乃提起本件訴訟，經原審認為皆勤津貼及久任津貼均屬其工資，故判決大同公司應再支付甲○○特休津貼1,978元、皆勤津貼16,620元及退休金127,348元，共145,946元。因原審誤將久任津貼認為係勞動基準法第2條第3款規定之工資，大同公司提起上訴，又大同公司於原審已同意依甲○○所領取之本薪、職務加給與B項獎金加總，重新計算且無條件進位至十位數，得出甲○○之日薪為930元，並願給付按此日薪計算之皆勤津貼差額12,000元及退休金差額16,335元，共計20,910元，大同公司已於108年5月31日匯款21,000元至甲○○銀行帳戶。

大同公司99年9月1日通告之「工程師簽約辦法」，其目的是為了吸引優秀人才長期任職，在員工符合最近一次考核須為A或最近一年考核累積8分(含)以上，且不得有C，始具有簽署承諾書以領取久任津貼之資格。其後將根據簽約人最近一年之考核成績，累積九分(含)以上給予晉級續約；累積八分，則維持原簽約等級續約；累積七分(含)以下，不予續約。若簽約人符合續約資格而不欲續約，久任津貼將自動取消。又簽約人如在簽約期間內離職或因重大過錯被免職時，尚須賠償久任津貼十倍之違約金。此參大同公司「工程師簽約辦法」二、第3點及第4點一，及承諾書第六條自明。亦即，甲○○是否可領取久任津貼，乃繫屬於其前一年度考核結果是否符合簽約或續約資格，並簽署承諾書，承諾將於簽約期間內繼續任職大同公司。否則，大同公司不僅得取消其久任津貼，甚至甲○○若於簽約期間內主動離職或因重大過錯遭大同公司免職時，大同公司仍可向甲○○請求違約金。足見久任津貼乃大同公司為鼓勵優秀之員工久任，並以該等員工簽署承諾書，同意於簽約期間內持續任職大同公司為條件所給付之對價，屬於大同公司為其單方之目的，且有勉勵、恩惠性質之給付，要與甲○○依兩造勞動契約持續提供勞務即可穩定獲得之工作對價有別，故縱使大同公司選擇將久任津貼按月與甲○○薪資同時發放，而形成經常性之外觀，惟因為久任津貼並非甲○○工作之對價，揆諸實務判決意旨，自不應遽認為其屬於工資。

次按大同公司工作規則第26條以下規定：「本公司同仁須遵守下列勤務守則規定：一、…為本公司服務，不為他公司服務…四、不得藉職務上便利營私舞弊或收受他人餽贈。不得兼任公司以外職務，但經董事會通過核准者，不在此限。五、…本公司各項技術及業務內容，無論是否經管事項均不得對外洩漏…」，已揭示大同公司員工於在職期間均應遵守廉潔、保密及競業禁止之規定，而工作規則乃勞動契約之一部分，甲○○於任職大同公司期間，本應遵守，故甲○○於任

職大同公司期間應遵守廉潔、保密及競業禁止規定，並非甲○○簽署承諾書始創設之契約義務。原審未察，以系爭承諾書「載有關於簽約員工在任職某特定部門期間，不利用職務收受利益、不洩漏職務上知悉之秘密、競業禁止等約定，且有不得於簽約後一年內離職之規定。」逕認久任津貼屬工作對價而應納入工資計算，自有違誤而應予撤銷。

㈡就甲○○上訴部分：至甲○○主張原審判決未將特休津貼列入甲○○退休前六個月之平均工資，係違反勞動基準法第38條第4項規定。惟原審判決理由乃認為：「按勞動基準法第38條規定，特別休假為勞工依任職年資，按年得享有之休假權利，其日數因勞工任職期間之久暫而有差異，此乃為獎勵勞工繼續在同一雇主或事業單位工作滿一定期限而設，具有免除勞務之恩惠性質。又按第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；特別休假日期應由勞雇雙方協商排定之。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，勞動基準法第39條、施行細則第24條第2、3款分別定有明文。是勞工之特別休假日未工作，雇主仍應給付工資，如勞工已排定休假，但經雇主徵得勞工同意於該特別休假日工作者，依勞動基準法第39條規定，雇主應加倍發給工資；但如勞工未排定休假，致年度終結仍未能休畢，則屬勞動基準法施行細則第24條第3款之情形，雇主應按勞工未休日數發給日薪，此易言之，勞工於該年度既未排定特別休假，其繼續工作僅能認為係在正常工時內提供勞務，不能指為在特別休假日工作，而雇主既已依勞動契約給付勞工薪資，其於年度終了再就勞工未休畢特別休假給與之金錢，當非勞工於年度內繼續工作之對價，僅能認係補償勞工未能享受特別休假所給與之代償金；況且勞工於每一年度終結，是否均有未休畢之特別休假而得支領代償金，未必每年相同，顯見勞工因年度終結未休畢特別休假而受領之給付，不具備經常性之給與要件；酌以特別休假之設計，旨在提供勞工休

憩、調養身分之機會，並有餘暇充實文化、社會生活，增進生活品質，並非用以換取工資，更非藉以增加平均工資，是雇主因勞工未休特別休假所給付之金錢，無論名稱及計算標準為何，均非勞工因工作而獲得之報酬，也不具經常性，與勞動基準法所規定得算入平均工資之工資意義不同，自非屬工資性質。是本件原告於其退休日前一個月所得領取之特別休假未休工資，係原告未排休而被告所應給予原告之不休假代金，並非勞動基準法第39條所規定雇主經徵得勞工同意於排定休假日工作之情形，與勞動基準法施行細則第24條第3款規定相當，依前開說明，並非原告工作之對價，而屬被告勉勵原告長期繼續工作之恩惠性給與，非屬勞動基準法第2條第3款所稱工資，自不能計入核算原告退休金之平均工資內。故原告主張特別休假未休工資計入平均工資計算，即屬無據。」是原審判決乃基於勞動基準法第38條之立法目的，旨在提供勞工休憩、調養身分之機會，並有餘暇充實文化、社會生活，增進生活品質，並非用以換取工資，或藉以增加平均工資，加上勞工每年可領取之特別休假代償金並不確定，不具經常性，因此認定特休津貼與勞動基準法所規定得算入平均工資之工資意義不同，自非屬工資性質，而前開見解本不因勞動基準法第38條於106年修正前後，而有不同，故甲○○以原審未正確適用修正後勞動基準法第38條第4項規定為由，主張廢棄原審判決，洵屬無據。

ē 本件僅有甲○○所領取之本薪、職務加給、皆勤津貼、B項獎金、加班費等項目應計入平均工資，計算退休金。而甲○○之每日薪資為930元（以甲○○107年4月份薪資計算得出：5,403+16,493+6,000=27,896，27,896/30=930，元以下四捨五入）：

- 特休未休津貼：甲○○106年度及107年度之特休未休日數為25.86日，以日薪930元計算，可領取24,050元特休未休津貼，此部份大同公司已給付24,063元，尚溢付13元。

— 皆勤津貼：以日薪930元計算，皆勤獎金即為930元，而大同

公司每月給付730元，故退休前五年短少之皆勤津貼，共計12,000元【計算式：(000-000)元x 12個月x 5年】，此部份大同公司業於108年5月31日支付予甲○○。

· 退休金：甲○○於107年9月26日退休前6個月之工資應分別為：107年3月29,557元（本薪5,584元、職務加給17,043元、皆勤津貼930元、B項獎金6,000元）、107年4月28,826元（本薪5,403元、職務加給16,493元、皆勤津貼930元、B項獎金6,000元）、107年5月29,557元（本薪5,584元、職務加給17,043元、皆勤津貼930元、B項獎金6,000元）、107年6月28,826元（本薪5,403元、職務加給16,493元、皆勤津貼930元、B項獎金6,000元）、107年7月29,557元（本薪5,584元、職務加給17,043元、皆勤津貼930元、B項獎金6,000元）、107年8月30,547元（本薪5,584元、職務加給17,043元、皆勤津貼930元、B項獎金6,000元、加班費990元），平均為29,478元（【29,557+28,826+29,557+28,826+29,557+30,547】÷ 6=29,478）。是退休前6個月之平均工資為29,478元，依舊制勞動基準法第55條第1項第1款規定乘上45個基數，則應得之退休金為1326,510元（29,478× 45=1,326,510），大同公司原給付1,310,220元，於台北市政府調解後給付7,425元，及108年5月31日再支付9,000元，共計1,326,645元，大同公司尚溢付135元。

j 經計算後，大同公司已毋庸再支付任何差額。

並聲明：

- 上訴部分：原判決不利大同公司部分廢棄；前項廢棄部分，甲○○第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

— 二審答辯部分：甲○○之上訴駁回。

三、得心證之理由：

按「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：…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。…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。」勞動基準法第38條第1至4項定有明文，而該規定乃以依工作年資所給予之特別休假，由勞工排定特別休假期日，勞雇雙方並得協商調整特別休假期日，於年度終結未休之特別休假，勞雇雙方亦得協商遞延，於年度終結契約終止而未休日數，雇主應發給工資，換言之，依照勞動基準法第38條文之體系架構以觀，該條文係規定雇主應給勞工特別休假，而就勞工得自行決定特別休假之期日，或決定不休特別休假而由雇主發給工資之方式為之，所以，勞動基準法第38條第4項所稱之工資，乃係以工資計算之「未休特別休假之折算替代款項」，此與勞動基準法第2條第3款所規定「工資：指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」，必須具備「因工作而獲得之報酬、經常性給與」之要件，並不相同，是該「未休特別休假之折算替代款項」，尚難認為係屬勞動基準法第2條第3款所規定之工資，應堪確定。

次按「平均工資：指計算事由發生之當日前6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6個月者，指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60者，以百分之60計。」勞動基準法第2條第4款訂有明文，而勞動基準法第38條第4項規定未休特別休假所發給工資，因屬「未休特別休假之折算替代款項」，並非屬勞動基準法第2條第3款工資，即無從計入勞動基準法第2條第4款所稱平均工資之計算範圍。

再按「依本法第2條第4款計算平均工資時，下列各款期日或期間均不計入：一、發生計算事由之當日。二、因職業災害

尚在醫療中者。三、依本法第50條第2項減半發給工資者。四、雇主因天災、事變或其他不可抗力而不能繼續其事業，致勞工未能工作者。五、依勞工請假規則請屺通傷病假者。六、依性別工作平等法請生理假、產假、家庭照顧假或安胎休養，致減少工資者。七、留職停薪者。」勞動基準法施行細則第2條訂有明文，而其制訂理由乃為「有關勞工依勞工請假規則請屺通傷病假、依性別工作平等法請生理假、產假、家庭照顧假或安胎休養致減少工資，以及留職停薪者，均屬於非常態工作情形，為保障勞工權益，前已透過相關行政函釋予以解釋，因該等期間勞工僅得領取折半或無法領取工資，故減少工資期間，不計入平均工資期間之計算」等語，換言之，勞動基準法第2條第4款計算「平均工資」，乃係以「常態工作情形」作為計算之依據，藉以取得平均之工資，如果將「非常態工作情形」列入計算，則該計算之結果，乃為「非常態工作工資」之平均工資，而非勞動基準法第2條第4款規定平均工資之目的，應可確定；是依此以觀，勞動基準法第38條第4項係以工資計算之「未休特別休假之折算替代款項」，並得由勞方自行決定是否休假或不休假，範圍亦包含全年度之未休特別休假，此情形顯然並非屬於「常態工作情形」之情形，且係得由勞雇雙方協商改變，或由勞方一方規劃決定而得影響結果，若將之作為「平均工資」計算之基準，即屬違背勞動基準法第2條第4款、勞動基準法施行細則第2條將「常態工作情形」作為平均工資計算之意旨，自不應將之採入。

ŋ 況且，依照勞動基準法第38條第4項「勞工之特別休假…。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。」之規定以觀，所取得「未休特別休假之折算替代款項」之款項，係可以包含之前年度之未休特別休假，如果將之納入計算，違背勞動基準法第2條第4款所規定「平均工資：指計算事由發生之當日前6個月…」之立法意旨，更可

確定。

ē 又按「本法第38條第4項所定雇主應發給工資，依下列規定辦理：…二、發給工資之期限： 年度終結：於契約約定之工資給付日發給或於年度終結後30日內發給。 契約終止：依第9條規定發給…」、「依本法終止勞動契約時，雇主應即結清工資給付勞工。」勞動基準法施行細則第24-1條第2項、第9條定有明文，是就勞動基準法第38條第4項所規定未休特別休假所發給工資，係應於工資給付日、年度終結後30日內、契約終止日發給，應可確定；其次，「平均工資：指計算『事由發生之當日前』…」、「依本法第2條第4款計算平均工資時，下列各款期日或期間均不計入：一、發生計算事由之當日。…」勞動基準法第2條第4款、勞動基準法施行細則第4款第2條第1款訂有明文，因此，勞動基準法第38條第4項所規定未休特別休假所發給工資，既然為「事由發生之當日」、「事由發生之後」所應支付之款項，即非屬於勞動基準法第2條第4款計算期間之範圍，並無從作為平均工資計算之依據，亦堪確定。

從而，原審判決理由所認：「…於年度終了再就勞工未休畢特別休假給與之金錢，當非勞工於年度內繼續工作之對價，僅能認係補償勞工未能享受特別休假所給與之代償金；況且勞工於每一年度終結，是否均有未休畢之特別休假而得支領代償金，未必每年相同，顯見勞工因年度終結未休畢特別休假而受領之給付，不具備經常性之給與要件；酌以特別休假之設計，旨在提供勞工休憩、調養身分之機會，並有餘暇充實文化、社會生活，增進生活品質，並非用以換取工資，更非藉以增加平均工資…不能計入核算原告退休金之平均工資內。故原告主張特別休假未休工資計入平均工資計算，即屬無據。」等語，與本院前揭認定，並無二致，應可確定，是大同公司主張：甲○○以原審違反修正後勞動基準法第38條第4項規定為由主張廢棄，為無理由等語，應堪採據。

ě 就大同公司上訴部分：

－按勞動基準法所稱之工資，係指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。而所稱之其他任何名義之經常性給與，並不包含久任獎金。勞動基準法第2條第3款、勞動基準法施行細則第10條分別定有明文。

㈡經查，大同公司於99年9月1日之工程師簽約辦法記載略以：「2.適用對象：(同時具備下列條件，並將單位主管推薦者)－資位等級：工程師、專員。㈡職位等級：組長(含)以下。．學歷：大學…以上。ｊ年資：服務3個月(含)以上，15年(含)以下。」、「3.簽約續約資格：－最近一次考核須為A或最近一年考核累積8分(含)以上，且不得有C。㈡續約考核：最近一年考核累積七分(含)以下，不予續約。最近一年考核累積八分給予續約，惟維持原簽約等級。最近一年考核累積九分(含)以上給予晉級續約。．簽約同仁於簽約期間內，經單位主管專案提出不適合簽約者，即取消久任津貼…」、「4.簽約權利：簽約等級第一級，久任津貼2,500元/月…第二級3,500元/月…－所有同仁不論年資，均由一級開始簽約，第一級簽約滿一年，才可以參加第二級，依此類推。㈡若不續約，久任津貼自動取消，取消後再簽約，不論累積到第幾級，一律重新申請，並由第一級開始簽約。」、「6.簽約注意事項：簽約同仁經單位主管推薦及單位人事審核合格後，由單位人士窗口彙總並列出單位姓名…擬久任津貼等各項資料後，再擲人事處薪資管理課呈准後辦理。」、「三、作業流程：1.申請表格：簽約同仁推薦表…」：等情，此有工程師簽約辦法在卷可按（原審卷第49頁），是依照該辦法之約定，乃以大同公司任職3個月以上之工程師、專員之前一年度考核結果符合要件，由其提出久任津貼之申請，經單位主管推薦及單位人事審核合格，並承諾於簽約期間繼續任職及簽署承諾書後，於所承諾之簽約期間發放久任津貼，而久任津貼之金額分為四級，依照簽約辦法規定晉級而異其金額，

與申請人之職務等級及薪水無關，之後申請人亦可自行決定是否再續約，若不再續約則久任津貼自動取消，若要再取得久任津貼，則需要重新申請，並從第一級開始計算等情，應堪確定；是大同公司主張久任津貼乃為鼓勵優秀員工久任，經員工簽署承諾書，同意於簽約期間內持續任職為條件而支付，與勞動契約之工資取得並無關係，並非勞務工作之對價，且得隨時終止，員工亦可決定不申請或決定不再續約，而非具有經常性可領取之經常性給付要件，並非屬於工資等語，應可確定，是大同公司就久任津貼部分之上訴，主張久任津貼並非工資，應予扣除等語，應可確定；是原審將久任津貼列入工資並以此計算甲○○得領之退休金容有錯誤，所命大同公司應給付此部分退休金差額以及遲延利息暨訴訟費用負擔之部分，即應廢棄並駁回甲○○於原審此部分請求。

．就大同公司於久任津貼以外之上訴部分：　經查：如不認為久任津貼屬於工資而於計算時將之扣除時，則甲○○之日薪應為930元之部分，雙方並同意以日薪930元作為計算之依據，業據雙方陳明在卷（卷第154頁），是應以日薪930元作為計算；　就特休津貼之部分，原審認定為26,041元乃以日薪1,007元計算特休津貼日數25.86日之結果，但本件應以日薪930元計算特休津貼日數25.86日，則特休津貼應為24,050元；　就皆勤津貼之部分，原審認定為16,620元，但若以日薪930元計算，與先前用730元計算之差額，期間5年計算結果，則皆勤津貼應為12,000元；　就退休金之部分，原審認定為1,444,995元，但其係以日薪1,007元作為皆勤津貼之計算基礎，若以日薪930元計算皆勤津貼，並扣除久任津貼後，甲○○退休前6個月平均薪資為29,478元(29,557+28,826+29,557+28,826+29,557+30,547除以6月=29,478），再乘以退休金45個基數，則甲○○退休金應為1,326,510元（以上參卷第168頁）；　合計應給付甲○○為1,362,560元(計算式：24,050元+12,000元+1,326,510元)；　而大同公司先後已經給付24,063元、12,000元、1,310,220元、7,425元(於調

解後支付)、9,000元(於原審判決後支付)，合計1,362,708元，此部分為雙方所是認(本院卷第154、158頁)，是就大同公司應支付上揭款項之部分，已無差額，應可確定（其中，特休津貼以日薪930元計算並無短付， 皆勤津貼12,000元，大同公司於判決後108年5月31日支付， 退休金差額部分，大同公司於調解後支付7,425元，於判決後108年5月31日支付9,000元），則大同公司上訴主張：原審判決除久任津貼以外應給付之款項（即上揭應付本金部分），大同公司已經支付，故原審判決應予廢棄等語，即非無由，應可確定。至於原審判決命大同公司就短付金額145,946元計算，應給付自108年1月30日起至清償日止，按年息5%計算之遲延利息部分，於本院所認定大同公司短付之部分，亦即就皆勤津貼12,000元、短付退休金8,865元（應付1,326,510元-已付1,310,220元、7,425元），合計20,865元之範圍以5%利息之部分，並未據大同公司提出證據及計算用以證明其已經為清償，是就此部分上訴（就20,865元部分，自108年1月30日起至108年5月31日止，按年息5%計算之遲延利息部分），尚難認屬有據，此部分上訴應認為無理由，即應予以駁回，而就其餘遲延利息部分，亦即就125,081元部分，自108年1月30日起自清償日止按年息5%計算利息之部分，則有理由，應予廢棄，並駁回甲○○於原審之訴。

四、綜上所述，甲○○上訴部分，就其主張特休未休之工資應納入平均工資計算，為無理由，因此其主張大同公司應再給付110,340元及自108年1月30日起至清償日止，按年息5%計算之利息，即應予以駁回；就大同公司上訴部分，就其主張久任津貼非屬工資部分，為有理由，另就大同公司於原審108年5月31日判決後，再給付甲○○款項，而就應給付之特休津貼、皆勤津貼及退休金等部分之款項，亦已如數給付，是就此部分，以及就125,081元部分，自108年1月30日起至清償日止按年息5%計算利息之上訴，亦有理由，故就此部分上訴，應將原判決廢棄，並駁回甲○○此部分於原審之請求；

至於就20,865元部分，自108年1月30日起至108年5月31日止，按年息5%計算之遲延利息部分之上訴，並無從予以准許，應駁回此部分上訴。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不一一論述，附此敘明。

六、訴訟費用負擔部分：按因下列行為所生之費用，法院得酌量情形，命勝訴之當事人負擔其全部或一部：…二、敗訴人之行為，按當時之訴訟程度，為伸張或防衛權利所必要者。民事訴訟法第81條定有明文，經查，本件原審所認定，除久任津貼以外，大同公司應給付甲○○之款項部分，雖因大同公司已經支付而債權消滅，但是此部分乃屬甲○○當時伸張權利所必要之情形，且就遲延利息部分大同公司仍未給付，是審酌該部分情形，就此部分之訴訟費用，爰如主文所示，命勝訴之大同公司負擔其一部（亦即將原判決命大同公司負擔第一審訴訟費用6/10之部分，改成命大同公司負擔第一審訴訟費用1/10）。

七、據上論結，本件甲○○之上訴部分為無理由，大同公司之上訴部分為一部有理由、一部無理由。依民事訴訟法第436條之1第3項準用同法第449條第1項、第79條、第81條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　18　　日

勞工法庭　審判長法　官　林春鈴

法　官　李桂英

法　官　蘇嘉豐

以上正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　18　　日

書記官　曾東紅