

臺灣高等法院臺中分院民事判決

109年度勞上字第14號

上訴人 郭榮振

訴訟代理人 陳柏宏律師

被上訴人 李孟倪

訴訟代理人 洪政國律師

上列當事人間請求給付資遣費等事件，上訴人對於中華民國108年11月29日臺灣彰化地方法院第一審判決（107年度斗勞訴字第1號），提起上訴，本院於109年6月16日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於命上訴人給付超過新臺幣27萬0098元本息部分，及該部分假執行之宣告，並訴訟費用之裁判除確定部分外均廢棄。上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請駁回。其餘上訴駁回。

第一審除確定部分外及第二審訴訟費用由被上訴人負擔百分之34，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：

（一）被上訴人自民國102年12月12日起受雇於上訴人獨資開設之彰化縣私立鼓山幼兒園（下稱鼓山幼兒園）擔任幼教老師，每月薪資新臺幣（下同）2萬1000元，被上訴人於每日上午7時前到園，先行準備開園工作或隨車接送幼童到園上課，而待幼童到園後即開始上午之課程活動，中午下課午餐時間則須隨班處理幼童用餐事宜，並照料教導幼童飯後刷牙、鋪設棉被並督促幼童午睡後，再批改作業及聯絡簿或參加園務會議等工作，中午時間實際上並無休息，幼童起床後即開始下午課程直到下午4時放學後，被上訴人須再隨車接送幼童返家或在園內照顧幼童等待家長接回，並再打掃教室、設計課程等，直到每日下午6點多始下班，被上訴人每日工作工時均超過11小時，但上訴人並未依勞動基準法（下稱勞基法）第24條之規定給付延長工時之工資。

- 01 (二)上訴人主張被上訴人上班時間為上午8時，中午輪值者之下
02 班時間為下午4時（未隨車），而非中午輪值者之下班時間
03 為下午6時（有隨車），每日工時僅為8小時云云，惟：
- 04 1.依鼓山幼兒園幼生入學須知所載之到校時間為7點10分至8點
05 30分，足證被上訴人於每日上午7點左右即需到園上班，上
06 訴人所辯顯不可採。且證人陳○○亦證稱幾乎每天都要忙到
07 6點多才會下班，如果辦活動的時候晚上會再留下來加班等
08 語。
- 09 2.又鼓山幼兒園104年2月18日103年度第二學期會議紀錄（下
10 稱系爭會議紀錄）係上訴人因彰化縣政府勞工處勞動檢查，
11 而要求被上訴人簽署，且由證人陳○○、蘇○○之證詞可知
12 ，渠等並未參加該次會議，是系爭會議紀錄之真實性已有存
13 疑。再依證人甲○○之證詞，亦證鼓山幼兒園於午休時間並
14 無每週特別安排輪值人員負責照顧幼童安全及接聽電話，且
15 鼓山幼兒園之幼教老師亦不會因為中午是否輪值而有不同之
16 下班時間。至鼓山幼兒園104年3至7月份教職員簽到表（下
17 稱系爭簽到表），其上之上午簽到欄位均為「8：00」下午
18 簽退欄位均為「16：00」或「18：00」，顯然有違常理。
- 19 3.上訴人另主張應扣除午餐及午休時間始為被上訴人之工作時
20 間，然由證人甲○○之證詞可知被上訴人於中午12點至下午
21 2點尚需與其他鼓山幼兒園之幼教老師在教室內一同照顧幼
22 童，且如欲外出仍需向園長報備並取得園長之同意，是被上
23 訴人午餐及午休時間仍需在教室內，因幼童年齡尚小，難免
24 用餐及午休時會突發諸多事情，均待幼教老師即被上訴人一
25 一處理，縱未有突發情況，被上訴人亦需投注相當之心力仔
26 細觀察小朋友午餐及午休之一舉一動，防患於未然，未必身
27 心能獲得真正之休息，因此被上訴人在午餐及午休時間仍難
28 避免在原工作場所，從事與僱傭契約約定之同一勞務給付，
29 自仍屬勞基法所稱之工作時間，無從將被上訴人午餐及午休
30 時間自工作期間內加以扣除。
- 31 (三)上訴人另主張被上訴人未能證明106年1月1日勞基法修正實

01 施後之任職期間，未請特別休假係可歸責於上訴人，是被上
02 訴人自不得請求上訴人給付上開期間之特別休假未休之工資
03 云云。然勞工之特別休假，因年度終結或契約終止而未休之
04 日數，雇主應發給工資，勞基法第38條第4項定有明文，是
05 被上訴人自得請求上訴人給付該期間之特別休假未休假工資
06 。

07 (四)被上訴人得請求上訴人給付延長工時之工資、特別休假應休
08 而未休之工資、資遣費，分述如下：

09 1.延長工時工資34萬4660元部分：

10 被上訴人自102年12月12日起至106年7月31日止每日加班3小
11 時，依行政院核定之基本工資，自106年1月1日起為每月2萬
12 1009元，每小時工資為87.5元，每日以加班3小時計算，每
13 日延長工時工資應為380元，而除102年12月工作14日外，10
14 3、104、105、106年工作日各為251日、250日、250日、142
15 日，是上訴人應給付延長工資費用共計34萬4660元。倘認被
16 上訴人於102年12月12日受僱於上訴人時已約定月薪2萬1000
17 元，該薪資包含延長工時工資，則被上訴人可請求之加班費
18 如下：

19 (1)102年12月12日至103年6月30日之最低工資為1萬9047元，
20 每小時工資為79.3625元，此期間短少之加班費為3萬2904
21 元。

22 (2)103年7月1日至104年6月30日之最低工資為1萬9273元，每
23 小時之工資為80.3元，此期間短少之加班費為6萬6526元
24 。

25 (3)104年7月1日至105年12月31日之最低工資為2萬0008元，
26 每小時工資為83.3元，此期間短少之加班費為11萬9704元
27 。

28 (4)106年1月1日至106年7月31日之最低工資為2萬1009元，每
29 小時工資為87.5元，此期間短少之加班費為5萬3643元。

30 (5)以上合計27萬2777元。

31 2.特別休假應休而未休之工資9804元部分：

被上訴人於106年度工作年資已逾3年，依勞基法第38條，有14日特別休假，被上訴人未休此14日特別休假，上訴人應給付被上訴人之特別休假未休工資為9804元。

3. 資遣費部分5萬3394元：

(1) 被上訴人自102年12月12日起受僱於上訴人，雙方之勞動契約經上訴人於106年7月31日終止，計算事由發生之當日前6個月，被上訴人每月平均工資應以被上訴人自106年2月1日起至106年7月31日止6個月內所得工資平均計算之，被上訴人自106年2月1日起至106年7月31日止連同加班費薪資應分別領取2萬7849元、3萬2740元、2萬7849元、2萬8989元、2萬9749元、2萬8989元，是被上訴人於終止勞動契約前6個月之平均工資為2萬9361元。

(2) 依勞基法第17條、勞工退休金條例（下稱勞退條例）第12條第1項之規定，以被上訴人之月平均薪資2萬9361元為基準，被上訴人年資為3年7月又20天，被上訴人自得主張上訴人應發給資遣費5萬3394元【 $29361 \times (43 + 20/30) \div 12 \times 1/2 = 53421$ 】。

(五) 爰求為命上訴人給付40萬7858元，及自起訴狀繕本送達翌日（即106年11月9日）起算法定遲延利息之判決（被上訴人原起訴請求上訴人給付延長工時工資34萬4660元、特別休假應休而未休之工資2萬3090元、預告期間謀職假工資5600元、資遣費5萬3394元，合計42萬6744元本息，原審判決命上訴人給付延長工時工資34萬4660元、特別休假應休而未休之工資9804元、資遣費5萬3394元，合計40萬7858元本息，駁回被上訴人其餘請求，被上訴人就其敗訴部分，未聲明不服，此部分應已確定）。

二、上訴人則以：

(一) 上訴人所經營之鼓山幼兒園自102年間起入園幼童數，每學期均僅有個位數，教師為被上訴人及陳○○，二位教師工作負擔均不重，且鼓山幼兒園已實施週休二日，星期六、日均放假。鼓山幼兒園每日上課時間為上午7時45分由上訴人駕

車接幼童到園上課，被上訴人及陳○○須輪流跟車接送幼童上課，跟車接送幼童之教師於每日上午7時30分上班至下午4時30分下班，未跟車接送幼童之教師則於每日上午8時上班至下午4時下班，中午均休息2個小時，跟車接送幼童之教師每日僅需工作6小時35分，未跟車接送幼童之教師每日僅需工作6小時，被上訴人並未於每日上午7時前即到園上班。而被上訴人工作內容為例行教學、生活常規教導、生活自理訓練等學校工作，均係於每日正常工時內即可完成之工作，不須延長每日工時即可完成，被上訴人主張其每日均有加班3小時，並未提出具體證明以實其說。

(二)證人陳○○受僱上訴人期間，因薪資爭議致不歡而散，自難期待其本於客觀、公正之立場為證。且由其所證內容，並無法證明被上訴人自102年12月12日起至106年7月31日止每日加班3小時之情事，自不足為有利被上訴人之認定。且由證人郭○○之證詞可知中午12時至下午2時期間乃係午餐及午休時間，並非被上訴人實際上從事勞動之時間。至鼓山幼兒園幼生入學須知其內容雖載幼兒每天到校時間為7點10分至8點30分，惟核其內容亦僅係多年例稿文字用語，並非鼓山幼兒園學童實際到校時間，是實無從由前揭入學須知推論出被上訴人每日工作時間為上午7時10分。另鼓山幼兒園正式課程上課時間為上午9時，由幼童家長親自接送幼童上學之最早到校時間約莫上午8時前後，其餘則約莫於正式課程上課時間即上午9時前接送幼童到校。而由幼童家長親自接送之幼童亦約於下午5時前後則均由家長接受幼童返家，非家長親自接送之幼童則係由上訴人分別於上午7時45分至8時、8時30分駕車接送到校上課，而隨車接送幼童之幼教老師約莫同時到校，另幼童之幼教老師則於每日上午8時至校即可，亦有證人甲○○之證詞可佐。

(三)系爭會議紀錄所載時間104年2月18日為除夕，係誤載，並非未曾開會。另鼓山幼兒園員工原以打卡記錄出勤時間，該打卡機於103年年底損壞後，改以簽到方式記錄出勤時間，亦

01 經甲○○證述屬實，故上訴人提出之系爭會議紀錄及系爭簽
02 到表，並非因應彰化縣政府勞工處之勞動檢查所為。

03 (四)縱認被上訴人存有延長工作時間之情事，惟上訴人並無使被
04 上訴人在正常工作時間以外工作之必要，且依系爭會議紀錄
05 所載「教職員如須加班時，需經主管核可。」，被上訴人並
06 未依規定申請加班，其自行逾時停留於鼓山幼兒園內部，自
07 不得請求延長工時之工資。

08 (五)被上訴人未能證明106年1月1日勞基法修正實施後之任職期
09 間，未能在各該年度終結前，休完特別休假之原因，係其曾
10 請求上訴人給付特別休假而因上訴人經營需要或業務繁忙遭
11 拒，或客觀上有不可能使用該特別休假之可歸責於雇主即上
12 訴人之原因，而非被上訴人個人之原因或主觀慮及上訴人可
13 能不准假而未自行提出特別休假之請求，則被上訴人未於10
14 6年度休畢之特別休假，不得請求上訴人給付未休假工資。

15 (六)上訴人願依法給付資遣費予被上訴人，然被上訴人任職鼓山
16 幼兒園期間，上班日均在幼兒園內由園方供餐，此部分上訴
17 人從未同意不計算餐費，餐費以每日60元計算，被上訴人任
18 職期間共應給付上訴人餐費5萬8500元，上訴人併為主張抵
19 銷資遣費後，被上訴人亦無權請求任何資遣費等語，資為抗
20 辯。

21 三、以下之事實為兩造所不爭執：

22 (一)被上訴人自102年12月12日起至106年7月31日止，以每月2萬
23 1000元受僱於上訴人經營之鼓山幼兒園，自102年12月12日
24 起至103年6月30日止，上訴人為被上訴人投保勞工保險（下
25 稱勞保）之薪資為1萬9047元；自103年7月1日起至104年6月
26 30日止，投保薪資為1萬9273元；自104年7月1日起至105年
27 12月31日止，投保薪資為2萬0008元，自106年1月1日起至10
28 6年7月31日止，投保薪資為2萬1009元。

29 (二)被上訴人受僱期間之年資總計3年7月又20天。

30 (三)被上訴人受僱期間曾應鼓山幼兒園即上訴人要求為上、下午
31 隨車接送園童，但並非每日都有隨車接送。隨車接送之時間

01 上午是7點40分出發。下午隨車接送的班次有分成二個梯次
02 第二個梯次結束時間通常約下午5點40分，二個梯次都是
03 同一車的司機及隨車老師。

04 (四)鼓山幼兒園於106年7月31日停止營運。

05 (五)被上訴人及鼓山幼兒園其他教職員103年年底後上、下班並
06 無打卡紀錄。

07 (六)鼓山幼兒園之幼生入學須知載明「幼兒每天到校時間為7：
08 10～8：30；放學時間為16：00。」、「請假手續請於上午8
09 ：00前，以電話、書面或口頭請假（搭車幼兒請務必於上午
10 7：30前通知本園）。」、「上課時間如有交辦事項，請於
11 16：30後來電，以便有良好品質的親師溝通。」等語。

12 (七)系爭會議紀錄有經被上訴人、陳○○、甲○○及蘇○○等4
13 人（下稱被上訴人等4人）簽名，其上記載召開時間為104年
14 2月18日，主題為調整新學期教職員上下班時間及午休輪值
15 時間。並決定1.上班時間：上午8：00～12：00，下午14：0
16 0～18：00；2.午休時間：中午12：00～14：00；3.輪值人
17 員下班時間16：00，非輪值人員：18：00；4.每週輪值人員
18 需負責照顧幼兒午休安全及接聽電話。

19 (八)被上訴人等4人有在鼓山幼兒園104年3至7月份系爭簽到表簽
20 到退，上午簽到時間均為8：00，下午簽退時間均為16：00
21 或18：00。

22 (九)鼓山幼兒園於104年8月14日為彰化縣政府勞工處實施勞動條
23 件檢查，查獲自104年3月起未依規定置備勞工出勤紀錄表，
24 涉及違反勞基法第30條第5項之規定，經彰化縣政府於104年
25 8月28日請上訴人提出陳述書說明，上訴人於104年9月16日
26 檢送系爭會議紀錄及系爭簽到表予彰化縣政府。

27 (十)被上訴人於106年度依勞基法之規定，應有14日之特別休假
28 至被上訴人離職時，14日之特別休假均未休。

29 (十一)上訴人同意給付被上訴人資遣費。

30 (十二)被上訴人服務鼓山幼兒園期間，每日中午均由上訴人供餐在
31 園內用餐。

01 (三)與被上訴人同時自鼓山幼兒園離職之幼教老師陳○○，請求
02 上訴人給付資遣費、加班費、特休未休工資共72萬2272元，
03 申請彰化縣勞資關係協進會調解，雙方於106年8月31日達成
04 和解，上訴人同意給付26萬元，自106年9月15日至107年9月
05 15日按月給付2萬元。

06 四、本件兩造爭執之重點：

07 (一)被上訴人任職於鼓山幼兒園之每日上下班時間為何？中午園
08 童用餐及休息之2小時應否算入被上訴人之工作時間？

09 (二)系爭會議紀錄及系爭簽到表是否上訴人為應付彰化縣政府勞
10 動條件檢查所製作，其上所載被上訴人上下班及簽到退時間
11 是否真實？

12 (三)被上訴人請求上訴人給付106年特別休假應休而未休之工資
13 ，是否應有可歸責上訴人之事由？

14 (四)被上訴人請求上訴人給付延長工時之工資34萬4660元、特別
15 休假應休而未休之工資9804元，及資遣費5萬3394元，有無
16 理由？

17 五、本院得心證之理由：

18 (一)被上訴人任職於鼓山幼兒園之每日上下班時間為何？中午園
19 童用餐及休息之2小時應否算入被上訴人之工作時間？

20 1.被上訴人自102年12月12日起至106年7月31日止受僱於上訴
21 人經營之鼓山幼兒園，被上訴人主張其受僱期間每日之上下
22 班時間為上午7時上班，下午6時下班，中午不休息，每天工
23 作時間11小時，超過勞基法所定每日8小時之基本工時等情
24 ，上訴人則抗辯被上訴人每日之上下班時間為上午8時上班
25 ，中午輪值照顧園童時下午4時下班；中午未輪值時下午6時
26 下班，每天工作時間未超過勞基法所定之基本工時8小時云
27 云。查被上訴人在鼓山幼兒園為幼教老師，其工作即在照顧
28 園童，由於園童年紀尚小，生活無法自理，即須有人在旁照
29 顧，以免發生意外，被上訴人即必須早於園童到園，晚於園
30 童離開，其上下班時間即應係第一位園童到園之前，最後一
31 位園童離開之後。而觀鼓山幼兒園之幼生入園須知，載明「

01 幼兒每天到校時間為7：10～8：30；放學時間為16：00。」
02 「請假手續請於上午8：00前，以電話、書面或口頭請假
03 （搭車幼兒請務必於上午7：30前通知本園）。」、「上課
04 時間如有交辦事項，請於16：30後來電，以便有良好品質的
05 親師溝通。」等語（見原審卷第31頁），由該幼生入學須知
06 可見家長得將園童於每天上午7時10分送至鼓山幼兒園，幼
07 教老師即必須於上午7時10分到園，且必須在上午7時30分前
08 在園內接聽家長欲請假之電話，被上訴人即非上午8時上班
09 ；至下午4時園童下課，幼教老師亦非可立即下班，在下午4
10 時30分後仍須留在園內接聽家長聯繫交辦事項之電話，被上
11 訴人亦非可下午4時下班。查該幼生入學須知係告知園童家
12 長之注意事項，方便家長與鼓山幼兒園聯繫，由園童連同親
13 師聯絡簿帶回供家長觀看，鼓山幼兒園當然必須遵照該幼生
14 入學須知所定內容履行，上訴人雖稱鼓山幼兒園幼生入學須
15 知之內容係多年例稿文字用語，並非鼓山幼兒園學童實際到
16 校時間，無從由該幼生入學須知推論出被上訴人每日工作時
17 間為上午7時10分云云。但該幼生入學須知既未修改，家長
18 即得於上午7時10分送園童入園，被上訴人即必須於上午7時
19 10分到園準備迎接園童入園，即使園童未實際於上午7時10
20 分到園亦同，上訴人此部分所辯，委無可採。又被上訴人受
21 僱期間曾應上訴人要求為上、下午隨車接送園童，隨車接送
22 之時間上午是7時40分出發，下午隨車接送的班次有分成二
23 個梯次，第二個梯次結束時間通常約下午5時40分之事實，
24 為兩造所不爭執，故被上訴人若輪到必須接送園童時，上午
25 應於7時40分隨車出發，下午5時40分始回到園內。至若未輪
26 到必須接送園童時，被上訴人於上午應照顧由家長親自送來
27 之園童，下午應照顧尚未為家長接走及第二梯次之園童，上
28 訴人所辯被上訴人於上午8時上班即可，下午若未隨車照顧
29 園童，可於4時下班，均與事實不符。

30 2.證人即與被上訴人同時自鼓山幼兒園離職之幼教老師陳○○
31 ，於原審107年4月17日審理時證稱：「我跟被上訴人於105

年到106年間上班的時間是一樣的，時間是從早上7時10分到校，我們跟車回來大概5點40分。」、「小朋友最早有7時25分家長送來學校。」、「教師要隨車接送，都是每天接送，都是由我跟被上訴人兩個人輪流，我們是採一個禮拜輪流一次，該週的上下午接送幼兒都是由同一個人負責。所以要接送幼兒都要7點10分到，另外一個值週也都要7時10分到。」、「如果有送幼兒回家，隨車返校後都已經5點40分了，值週的另外一個同事就必須在另外一個接送幼兒上下學的時候在校值週處理臨時狀況。」、「不跟車的人在學校負責家長到校接送小孩，第一趟車出去的時候，在校的老師會照顧留在學校等第二趟車的小孩。家長自行接送的小孩這時候才回家。」、「接送回去時間不一定，最晚有的到5點半，有時候家長會打電話會晚點到。」等語（見原審卷第245至248、250至251頁），依陳○○之證言可知鼓山幼兒園於停止營運時僅有被上訴人與陳○○二位幼教老師，被上訴人與陳○○上下班時間均相同，不論有無輪到必須隨車照顧園童上下學，均應於上午7時10分到園，下午應於第二梯次5時40分回到園內後始可離開。查陳○○與被上訴人係同事，就被上訴人在鼓山幼兒園工作之上下班時間知之甚詳，陳○○於離職後雖有向上訴人請求給付資遣費、加班費、特休未休工資共72萬2272元，申請彰化縣勞資關係協進會調解，雙方於106年8月31日達成和解，上訴人同意給付26萬元，自106年9月15日至107年9月15日按月給付2萬元，此固有上訴人所提出之勞資爭議調解紀錄為證（附本院卷第77頁），惟陳○○為上開證言時已與上訴人達成和解，上訴人應按月給付2萬元之期間尚未屆滿，陳○○對被上訴人本件請求已無利害關係，自無反於事實而為偏袒被上訴人陳述之理，而有遭致上訴人拒絕依約履行和解條件之虞，自仍會為客觀公正之證言，上訴人以其與陳○○有勞資爭議，遽予否定陳○○證言之真實性，核無足取。

3.另證人即曾在鼓山幼兒園服務之上訴人女兒郭○○、郭○○

於原審107年4月17日審理時證稱：「有輪值的話（指輪值隨車服務），當週上班時間是早上8點到下午6點，扣掉中午2個小時的休息時間，如果沒有輪值，是早上8點到下午4點」、「老師隨車是0點40分到校，到下午6點才會下班。」（見原審卷第252、253、257頁）；證人即曾為鼓山幼兒園幼教老師之甲○○於本院109年4月8日準備程序時證稱：「我們上班是8點，早上8點隨車接小孩。」等語（見本院卷第121頁）。但郭○○、郭○○、甲○○上開所證，多與鼓山幼兒園幼生入學之內容不符，且郭○○、郭○○係上訴人之女兒，甲○○已離開鼓山幼兒園多時（104年離職），渠等證言自不如陳○○證言客觀公正，即為本院所不採。

- 4.按勞基法並未對「工作時間」做定義性規定，而僅就每日及每週工時、工時變更原則、特殊工時、休息及延長工時之給付等為規定（勞基法第24、30-35條參照）。而就勞動契約為勞工提供勞務以換取雇主提供報酬之性質而言，工作時間應可解釋為勞工處於雇主指揮監督支配下提供勞務之時間，並包括勞工在雇主明示、默示下提供勞務之時間。就此意義而言，工作時間不僅包括勞工實際提供勞務之時間，亦應包括勞工係處於雇主得隨時指揮監督命令其提供勞務狀態之時間在內，較為合理。但勞工在工作一定時間後，需有休息時間（勞基法第35條參照），而休息時間係指勞工得自由活動，不受雇主指揮監督支配之時間，故休息時間並非工作時間。另待命時間應具有與工作時間所從事工作內容相同或大致相同之特性，亦即勞工仍處於雇主指揮監督支配下受拘束之狀態，而雖並未實際提供勞務，但雇主得隨時要求其提供與正常工作時間相同之勞務，故待命時間仍屬於工作時間。被上訴人在鼓山幼兒園服務，中午園童會用餐及休息，該中午2小時究屬被上訴人休息時間或工作時間？經查證人陳○○證稱：「中午休息時間兩班會集合在一間寢室裡面共同管理這些孩子，午餐會在另外一個教室用餐，用完餐之後才集中到另一個寢室睡午覺，這些都是我和被上訴人共同管理。」

01 等語（見原審卷第246頁），證人甲○○證稱：「（你們中
02 午休息的狀況，如何休息？）大約11點半阿姨推餐一起吃完
03 。大約12點左右會吃完、陸續帶小孩去上廁所然後睡覺。」
04 、「（午休時候的小朋友誰顧？）我們老師一起顧。」、「
05 中午老師外出的話要先講一下，外出要報備取得園長同意。
06 」、「午休時間可以自由活動，也可以休息，跟孩子一起睡
07 。」等語（見本院卷第120、121頁），由上開證言可知鼓山
08 幼兒園幼教老師於中午園童用餐及午睡時，必須共同照顧園
09 童，並無輪值，中午必須向園長報備並取得同意始可外出，
10 於園童睡覺時始可自由活動（不得任意外出），並利用與園
11 童同睡時休息。顯然中午午休時間係園童休息時間，而非被
12 上訴人之休息時間，被上訴人在園童午休時應在旁照料，此
13 係因園童年紀尚小，難免用餐及午睡時會有突發狀況發生，
14 需幼教老師處理，縱未有突發狀況，幼教老師亦應投注相當
15 心力觀察園童動靜，防患於未然，園童午休時間即非被上訴
16 人可以任意自由活動，不受上訴人指揮監督，該段時間即仍
17 屬被上訴人工作之時間。證人郭○○於彰化縣政府勞工處10
18 4年8月14日對鼓山幼兒園實施勞動條件檢查時亦向勞檢員表
19 示「休息時間因須陪伴小朋友用餐午休，故該休息時間計入
20 工作時間。」等語（談話紀錄附原審卷第487、488頁），故
21 本院認中午園童用餐、午休時間仍係由被上訴人提供勞務，
22 應算入被上訴人之工作時間，鼓山幼兒園並無上訴人所稱中
23 午輪值照顧園童之情事，上訴人認為被上訴人於中午12時至
24 下午2時係午餐及午休時間，並非被上訴人實際上從事勞動
25 之時間，被上訴人之工作時間應扣除此2小時云云，尚無可
26 採。

- 27 5.被上訴人於隨車服務時係至下午5時40分回到鼓山幼兒園，
28 此時應可立即下班。證人陳○○雖證稱：回到鼓山幼兒園後
29 ，尚須打掃教室，通常都到6點或6點多才下班等語（見原審
30 卷第247頁），惟陳○○亦證稱：在上午7時10分到校，至7
31 時40分隨車出發之此段時間，會與被上訴人先負責打掃園區

等語（見原審卷第248頁），另本院認未隨車服務之幼教老師亦得在留園時打掃環境，應無必要於隨車服務回到園內後再為打掃，因此於下午5時40分被上訴人應即可下班，被上訴人於下午5時40分以後始下班，即非上訴人依勞動契約要求被上訴人提供勞務之工作時間。則被上訴人之工作時間應為上午7時10分上班，下午5時40分下班，中午不休息，應為10小時30分。按勞工正常工作時間，每日不得超過8小時，勞基法第30條第1項定有明文。被上訴人每日工作時間10小時30分，即有超過勞基法所定之正常工時8小時，超過之2小時30分即屬上訴人延長被上訴人之工作時間。被上訴人依勞動契約每日應提供2小時30分之延長工時服務，被上訴人在延長工時提供勞務應認已得上訴人之同意，上訴人主張伊並無使被上訴人在正常工作時間以外工作之必要，被上訴人自行逾時停留在園內，及未依規定程序申請加班，伊無法管控是否確為職務之需而延長工時之情形，被上訴人不得向伊請求給付加班費云云，委無可採。

(二)系爭會議紀錄及系爭簽到表是否上訴人為應付彰化縣政府勞動條件檢查所製作，其上所載被上訴人上下班及簽到退時間是否真實？

1.系爭會議紀錄有經被上訴人等4人簽名，其上記載召開時間為104年2月18日，主題為調整新學期教職員上下班時間及午休輪值時間。並決定1.上班時間：上午8：00～12：00，下午14：00～18：00；2.午休時間：中午12：00～14：00；3.輪值人員下班時間16：00，非輪值人員：18：00；4.每週輪值人員需負責照顧幼兒午休安全及接聽電話。被上訴人等4人有在鼓山幼兒園104年3至7月份系爭簽到表簽到退，上午簽到時間均為8：00，下午簽退時間均為16：00或18：00等情，有系爭會議紀錄及系爭簽到表在卷可稽（附原審卷第283至291、473至483頁）。被上訴人雖承認伊有在系爭會議紀錄及系爭簽到表簽名，但否認鼓山幼兒園有於104年2月18日召開系爭會議，系爭會議紀錄及系爭簽到表所載上下班時間

01 及簽到退時間並非伊實際之工作時間，伊係為配合上訴人因
02 應彰化縣政府之勞動條件檢查，乃簽署系爭會議紀錄及系爭
03 簽到表云云。

04 2.系爭會議紀錄所載系爭會議召開之時間為104年2月18日，而
05 104年2月18日係除夕，被上訴人等4人均未上班，鼓山幼兒
06 園自不可能於當天召開系爭會議，證人陳○○、蘇○○亦均
07 否認鼓山幼兒園有在104年2月18日召開系爭會議（見原審卷
08 第383、386、390頁），陳○○並證稱於104年2月18日以外
09 之時間，未曾就鼓山幼兒園調整新學期教職員上下班時間及
10 午休輪值時間之議題，由被上訴人等4人及上訴人、郭○○
11 開會討論等語（見原審卷第384頁）；另證人甲○○雖證稱
12 鼓山幼兒園有召開系爭會議，惟甲○○證稱：「（為何會開
13 這個會議？）因為有一些事情還是需要布達。」、「（有什
14 麼原因要開這個會議？）園長習慣這樣。」、「（有其他會
15 議嗎？）只有這一次。」、「（是否上班時間原來就是這樣
16 ？）是，原來中午輪值的要接聽電話，後來園長說電話自己
17 來聽，所以才需要開會。」等語（見本院卷第125、126頁）
18 ，甲○○先稱上訴人習慣開會，後稱祇有召開系爭會議，前
19 後矛盾；又稱係為中午原由老師接聽電話，要改由上訴人接
20 聽電話乃開會，但系爭會議之討論結果卻是由每週輪值人員
21 接聽電話，此與甲○○所述剛好相反；再稱上班時間即如同
22 系爭會議紀錄所載，則鼓山幼兒園何需為調整103年度第二
23 學期教職員上下班時間及午休輪值時間而召開系爭會議？甲
24 ○○之證言顯有不實，要無可採。

25 3.被上訴人及鼓山幼兒園其他教職員103年年底後上、下班並
26 無打卡紀錄。而除104年3至7月之系爭簽到表外，上訴人無
27 法提出其他月份之教職員簽到表，況郭○○於104年8月14日
28 彰化縣政府勞工處實施勞動條件檢查時，已對勞檢員表示無
29 法提供被上訴人等4人104年5月至7月出勤紀錄，致鼓山幼兒
30 園被查獲自104年3月起，未依規定置備勞工出勤紀錄，此有
31 彰化縣政府所檢送之該府陳述意見通知書、勞動條件檢查會

談紀錄表、談話紀錄在卷可憑（附原審卷第485至488頁），鼓山幼兒園平常若係由被上訴人等4人自行在教職員簽到表簽到退，何以勞動條件檢查時無法提出以致為彰化縣政府認定涉有違反勞基法第30條第5項規定之嫌，而須以書面陳述意見？又何以於本件訴訟時均無法提出被上訴人等4人其他月份之教職員簽到表？系爭簽到表之被上訴人等4人簽到退時間顯有不實。且系爭簽到表若係被上訴人等4人實際之簽到退時間，被上訴人等4人理應每天按時於上下班時簽到退，每天之簽到退時間即應會有數分鐘之差異，不會完全一樣，但觀系爭簽到表之被上訴人等4人簽到退時間，長達5個月每人之簽到時間均為8：00，簽退時間均為16：00或18：00，即非被上訴人等4人實際之簽到退時間，系爭簽到表當係被上訴人等4人一次簽數個月，而非於每天上下班時按時簽到退，始會有固定之簽到退時間。

- 4.系爭會議紀錄及系爭簽到表係原審向彰化縣政府函調鼓山幼兒園勞動條件檢查資料所檢送，系爭會議紀錄及系爭簽到表自係上訴人提供予彰化縣政府，依彰化縣政府承辦人員之簽呈所載「本府104年度幼兒園專案檢查，業至鼓山幼兒園實施勞動條件檢查，發現該單位未置備勞工出勤紀錄，遂於104年8月28日以府勞動字第1040293330號書函請該單位於文到15日內以書面向本府陳述意見，該單位遂於104年9月16日鼓幼振字第10409001號函覆本府陳述意見。表示本園教職員確實按照勞基法第30條第5項相關規定簽到簽退。」等語（簽呈附原審卷第472頁），足認鼓山幼兒園於104年8月14日為彰化縣政府勞工處實施勞動條件檢查，查獲自104年3月起未依規定置備勞工出勤紀錄表，涉及違反勞基法第30條第5項之規定，經彰化縣政府於104年8月28日請上訴人提出陳述書說明，上訴人於104年9月16日檢送系爭會議紀錄及系爭簽到表予彰化縣政府。上訴人向彰化縣政府提供系爭會議紀錄及系爭簽到表，其目的即在虛偽證明其有置備勞工出勤紀錄表，被上訴人等4人之工作時間未超過勞基法所定每日正常工

01 時8小時，以規避彰化縣政府之處罰，被上訴人此部分之主
02 張即為可信，上訴人所提出之系爭會議紀錄及系爭簽到表，
03 顯係上訴人為應付彰化縣政府勞動條件檢查所製作，其上所
04 載被上訴人上下班及簽到退時間均有不實，自無法為有利上
05 訴人之認定。

06 (二)被上訴人請求上訴人給付106年特別休假應休而未休之工資
07 ，是否應有可歸責上訴人之事由？

08 1.按106年1月1日修正實施之勞基法第38條第4項規定「勞工之
09 特別休假，因年度終結或契約終止而未休之日數，雇主應發
10 給工資」；第6項規定「勞工依本條主張權利時，雇主如認
11 為其權利不存在，應負舉證責任」。故勞工請求雇主給付特
12 別休假應休而未休之工資，祇要勞工在勞動契約終止時有應
13 休而未休之特別休假，即得請求，自不以勞工之未休特別休
14 假係可歸責於雇主之事由為限，此時雇主如認勞工主張特別
15 休假之權利不存在，即應負舉證責任。本件被上訴人於106
16 年度服務鼓山幼兒園之年資，自102年12月12日起算已超過3
17 年，依勞基法第38條第1項第4款之規定應有每年14日之特別
18 休假，而被上訴人之106年度特別休假均未休，此為上訴人
19 所不爭執，被上訴人請求上訴人給付未休之14日特別休假之
20 工資，即無不合。上訴人抗辯應由被上訴人證明未能在106
21 年度終結前，休完特別休假之原因，係其曾請求上訴人給付
22 特別休假而因上訴人經營需要或業務繁忙遭拒，或客觀上有
23 不可能使用該特別休假之可歸責於雇主即上訴人之原因，而
24 非被上訴人個人之原因或主觀慮及上訴人可能不准假而未自
25 行提出特別休假之請求等情事，始得請求上訴人給付未休之
26 特別休假的工資云云，要屬無據。

27 2.改制前行政院勞工委員會（下稱勞委會）79年9月15日台勞
28 動二字第21827號函釋「特別休假未休完之日數，如係勞工
29 個人之原因而自行未休時，則雇主可不發給未休日數之工資
30 。」，另最高法院90年度台上字第1017號判決意旨謂「勞工
31 應休之特別休假日於年度終結時，如有未休完日數，雇主非

01 必發給勞工未休完日數之工資，端視其原因而定。則勞工請
02 求雇主給付不休假工資，即應就其債權發生之事實，即不休
03 假原因之所在，負舉證之責。」，均與106年1月1日實施之
04 勞基法第38條第4項、第6項之規定不合，上開勞委會函復經
05 勞動部於106年1月18日以勞動條3字第1060130075號令廢止
06 ，是上開勞委會函及最高法院判決意旨均無再適用之餘地，
07 上訴人援引上開勞委會函及最高法院判決意旨之見解，主張
08 應由被上訴人證明其未休特別休假係有歸責於上訴人之事由
09 始可為本件之請求，自無可採。

10 (四)被上訴人請求上訴人給付延長工時之工資34萬4660元、特別
11 休假應休而未休之工資9804元，及資遣費5萬3394元，有無
12 理由？

- 13 1.按勞工每日正常工作時間不得超過8小時；雇主延長勞工工
14 作時間者，延長時間在2小時以內者，按平日每小時工資額
15 加給1/3以上，再延長工作時間在2小時以內者，按平日每小
16 時工資額加給2/3以上，勞基法第30條第1項、第24條第1、2
17 款分別定有明文。又工資由勞雇雙方議定之，但不得低於基
18 本工資；前項基本工資，由中央主管機關擬定後報請行政院
19 核定之，亦為勞基法第21條第1、2項所明定。而勞雇雙方於
20 勞動契約成立之時，係基於平等之地位，勞工得依雇主所提
21 出之勞動條件決定是否成立契約，則為顧及勞雇雙方整體利
22 益及契約自由原則，如勞工自始對於勞動條件表示同意而受
23 僱，勞雇雙方於勞動契約成立時，即約定延長工時之工資給
24 付方式，且所約定工資又未低於基本工資加計延長工時工資
25 之總額時，即不應認為違反勞基法之規定，勞雇雙方自應受
26 其拘束，勞方事後不得任意翻異，更行請求延長工時工資。
27 故關於勞工應獲得之工資總額，原則上得依工作性質之不同
28 ，任由勞、雇雙方予以議定，僅所議定之工資數額，不得低
29 於行政院所核定之基本工資，此種工資協議方式，並不違背
30 勞基法保障勞工權益之意旨，且符合公平合理待遇結構，則
31 雙方一旦約定即應依所議定之工資給付收受，不得於事後反

於契約成立時之合意而主張更高之勞動條件。反之，若勞雇約定之工資低於基本工資加計延長工時工資之總額時，勞工始得請求其差額（最高法院85年度台上字1973號判決意旨參照）。查依前所述，被上訴人在鼓山幼兒園每日之工作時間為上午7時10分上班至下午5時40分下班，中午不休息，共10小時30分，則其中8小時係正常工時，逾時之2小時30分自屬延長工時，上訴人即應給付被上訴人延長工時之工資，被上訴人延長工時2小時30分之工資應等同正常工時3小時30分之工資（ $1\frac{1}{3} \times 2 + 1\frac{2}{3} \times 0.5 = 3.5$ ）。而被上訴人每月工資2萬1000元，應係在鼓山幼兒園工作10小時30分所領之工資，即應包括延長工時之工資，而非約定正常工時8小時之工資，故被上訴人以2萬1000元計算延長工時之工資，即有未當。惟兩造所約定之被上訴人每日工作10小時30分之工資不得低於以基本工資所計算之正常工時及延長工時之工資，若低於基本工資加計延長工時工資之總額時，被上訴人仍得請求給付其差額。至勞工每月基本工資已經行政院分別於102年4月1日、103年7月1日、104年7月1日、106年1月1日調整為1萬9047元、1萬9273元、2萬0008元、2萬1009元，本院以每月基本工資計算被上訴人於102年12月12日至103年6月30日、103年7月1日至104年6月30日、104年7月1日至105年12月31日、106年1月1日至106年7月31日期間應領之正常工時工資及延長工時工資，與被上訴人實際所領之工資，計算如附表所示，被上訴人實際所領之工資係低於基本工資加計延長工時工資之總額，其差額有如附表所示之2萬4479元、4萬9542元、9萬3022元、4萬3506元，合計21萬0549元（ $24479 + 49542 + 93022 + 43506 = 210549$ ），被上訴人自仍得請求上訴人給付該差額之工資，被上訴人所請求之34萬4660元，在21萬0549元範圍內，並無不合，應予准許。

2. 被上訴人於106年度有14日之特別休假未休，其請求上訴人給付該14日之工資，亦無不合。而被上訴人於106年度依基本工資應得領2萬1009元，高於其實際所領之工資2萬1000元

，故被上訴人請求以每月基本工資計算14日之特別休假工資為9804元（ $21009 \div 30 \times 14 = 9804$ ），即應准許。

3. 鼓山幼兒園於106年7月31日停止營運，被上訴人在鼓山幼兒園服務至106年7月31日，其服務年資總計3年7月又20天，被上訴人請求上訴人給付資遣費5萬3394元，上訴人對其應給付被上訴人資遣費亦表同意。按雇主依勞基法第11條規定終止勞動契約者，應依規定發給勞工資遣費，其計算方式為在同一雇主之事業單位繼續工作，每滿1年發給相當於1個月平均工資之資遣費；依前款計算之剩餘月數，或工作未滿1年者，以比例計給之；未滿1個月者以1個月計，勞基法第17條定有明文；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，不適用勞基法第17條之規定，勞退條例第12條第1項亦定有明文。又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經常性給與均屬之；再所謂平均工資，則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，勞基法第2條第3、4款定有明文。本件兩造之勞動契約經上訴人於106年7月31日終止，計算事由發生之當日前6個月，被上訴人每月平均工資應以被上訴人自106年2月1日起至106年7月31日止6個月內所得工資平均計算之。而被上訴人在此期間所領得之款項，其中106年4月份有筆收入4000元，觀被上訴人薪資袋所載「超人數8人 $\times$ 500=4000元」，應係被上訴人多照顧園童8人所得之補貼，且於其他月份之薪資均無此筆收入，顯然該筆4000元收入非屬經常性給與，此事實復為被上訴人所承認（見本院卷第118頁），故該4000元不應列入工資計算。被上訴人於106年2月1日起至106年7月31日應領之

工資，即為以每月基本工資加計延長工時之工資，合計應為16萬4045元（ $21009 \times 6 + 21009 \div 240 \times 3.5 \times 124 = 164045$ ），平均工資即應為2萬7341元（ $000000 \div 6 = 27341$ ）。本院再以此金額計算上訴人應給付之資遣費為4萬9745元【 $27341 \times (43 + 20/30) \div 12 \times 0.5 = 49745$ 】，被上訴人請求此範圍之資遣費，要無不合，亦應准許。

4. 被上訴人服務鼓山幼兒園期間，每日中午均由上訴人供餐在園內用餐之事實，為被上訴人所承認，上訴人因此主張被上訴人應支付每日60元之餐費，任職期間共應給付5萬8500元，伊得抵銷應給付被上訴人之資遣費云云。惟被上訴人任職鼓山幼兒園，中午園童用餐時必須在旁照顧園童之生活起居，當然必須陪同園童用餐，被上訴人不得外出用餐，被上訴人之用餐理應由上訴人供應，兩造若有被上訴人應負擔餐費之約定，上訴人早已於被上訴人每月所領取之工資中扣除，上訴人未於被上訴人所領取之工資中扣除餐費，自係同意負擔被上訴人之餐費，上訴人自不得再以被上訴人有應給付之餐費，主張抵銷其債務。

六、綜上所述，被上訴人請求上訴人給付延長工時工資34萬4660元、特別休假應休而未休之工資9804元，及資遣費5萬3394元，合計40萬7858元，在延長工時之工資21萬0549元、特別休假應休而未休之工資9804元，及資遣費4萬9745元，合計27萬0098元（ $000000 + 9804 + 49745 = 270098$ ）之範圍內，應予准許，逾此範圍之請求，洵屬無據，不能准許。原審為上訴人敗訴之判決，命上訴人如數給付，及自起訴狀繕本送達翌日即106年11月9日起算之法定遲延利息，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，就上開應准許之金額及利息，原判決核無違誤，此部分之上訴為無理由，應予駁回，其餘不應准許之金額及利息，原判決尚有未當，此部分之上訴為有理由，爰由本院改判如主文第二項所示。本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，經核均不影響本判決之結果，故不逐一論述，併予敘明。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主文。

中華民國 109 年 7 月 7 日

勞動法庭

審判長 法官 陳蘇宗

法官 葛永輝

法官 林慧貞

正本係照原本作成。

不得上訴。

書記官 盧威在

中華民國 109 年 7 月 7 日

附表：

期間	每月基本工資	工作天數	以基本工資計算之正常工時工資	以基本工資計算之延長工時工資	實際所領之工資	差額
102年12月12日至103年6月30日共6月20天	1萬9047元	135天	12萬6980元 (19047×6又20/30)	3萬7499元 (19047÷240×135×3.5)	14萬元 (21000×6又20/30)	2萬4479元 (000000+000000-000000)
103年7月1日至104年6月30日共12月	1萬9273元	250天	23萬1276元 (19273×12)	7萬0266元 (19273÷240×250×3.5)	25萬2000元 (21000×12)	4萬9542元 (000000+000000-000000)
104年7月1日至105年12月31日共18月	2萬0008元	380天	36萬0144元 (20008×18)	11萬0878元 (20008÷240×380×3.5)	37萬8000元 (21000×18)	9萬3022元 (000000+000000-008000)
106年1月1日至106年7月31日共7月	2萬1009元	142天	14萬7063元 (21009×7)	4萬3506元 (21009÷240×142×3.5)	14萬7000元 (21000×7)	4萬3506元 (正常工時之工資差額未請求)
				合計		21萬0549元