臺灣高等法院臺中分院民事判決

109年度勞上易字第15號

上　訴　人　陳巧芬
訴訟代理人　陳思成律師
　　鄭堯駿律師
被　上訴人　豐源育樂有限公司
法定代理人　幸田千穗
訴訟代理人　王仁祺律師

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109年1月15日臺灣臺中地方法院107年度勞訴字第247號第一審判決提起上訴，並為訴之追加及聲明之減縮，本院於民國109年5月5日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項本息之請求暨訴訟費用（確定部分除外）之裁判均廢棄。

被上訴人應再給付上訴人新台幣貳拾貳萬參仟柒佰參拾貳元及自民國一0七年十二月六日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

被上訴人應另給付上訴人新台幣肆萬伍仟元。

其餘上訴及追加之訴均駁回。

第一審（除確定部分外）、減縮後第二審（含追加之訴）訴訟費用均由被上訴人負擔十分之三，餘由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序事項：

一、按減縮應受判決事項之聲明，或不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第255條第1項但書第3款、第256條各有明文，並依同法第463條，於第二審程序準用之。查本件上訴人於原審計算其勞工退休金新制年資時表示「民國105年3月4日起至107年10月18日勞動契約終止時之年資為2年8月（未滿1個月者以1個月計），資遣費基數為1.33」，連同舊制基數14.42，以月薪新臺幣（下同）36,000元計，進而向被上訴人請求資

遣費567,000元（36,000× 15.75，原審卷3頁）。然新制年資實無未滿1個月者以1個月計之規定，其上訴時雖先稱新制年資應為2年7月又19日，此部分基數為1.32，總基數為15.74依此請求資遣費566,640元（本院卷18頁）；嗣發現新制年資應為2年7月14天，此部分基數為1.31，連同舊制基數合為15.73，依相同月薪，而改向被上訴人請求資遣費566,280元，加計非財產上損害賠償20萬元（詳後述），隨同將其上訴第二項聲明減縮為「上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人754,062元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息」（本院卷171、172頁）。核其前後訴訟標的並未變更，僅係更正前者事實上或法律上之陳述，並減縮其聲明，與上揭規定相符，應予准許。

二、按第二審程序中為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性及關聯性，而就原請求所主張之事實及證據資料，於變更或追加之訴得加以利用，且無害於他造當事人程序權之保障，俾符訴訟經濟者稱之（最高法院91年度台抗字第648號裁定意旨參照）。查本件上訴人於原審僅請求被上訴人給付資遣費及非財產上損害賠償，嗣於本院追加請求預告工資36,000元及產假期間薪資72,000元。經核其追加之主張，乃以被上訴人未給予預告期間及產假8周，故請求該等期間之工資，與原訴之訴訟標的雖不同，而屬訴之追加，然此追加與原訴之原因事實皆以兩造勞動關係之存在為基礎，具有社會事實上之共通性及關聯性，就原請求所主張之事實及證據資料，於追加之訴亦得加以利用，符合訴訟經濟且無害於被上訴人之程序權保障，屬請求之基礎事實同一，依前開說明，上訴人所為訴之追加，應予准許。

乙、實體事項：

壹、上訴人主張：

一、伊自90年12月20日起受僱於被上訴人公司擔任會計一職，月薪至104年12月已調高為36,000元；另伊亦為被上訴人公司股東，然被上訴人雖有獲利，卻未曾對伊為任何盈餘分派，兩造為此涉訟，被上訴人因而對伊心懷不滿，欲逼退伊，遂無故自106年3月1日起將伊薪資調降為低於法定基本工資之15,000元，又於伊懷孕期間即107年5月30日將伊健保轉出，復於伊甫生產後2天即107年7月4日將伊勞保予以退保。被上訴人對伊不當調薪及退勞健保之行為顯已違反勞動契約、勞工保險條例（下稱勞保條例）第6條、第10條、勞動基準法（下稱勞基法）第21條等規定，伊遂於107年10月17日依勞基法第14條第1項第6款規定，不經預告逕以臺中法院郵局存證號碼002759號存證信函向被上訴人為終止勞動契約之意思表示，故兩造間勞動契約已於107年10月18日終止，爰請求被上訴人給付資遣費、非財產上損害賠償、預告期間工資及產假期間薪資共874,280元。請求細項詳分述如次：

（一）資遣費：566,280元

依勞基法第14條第4項、第17條規定，伊自90年10月20日起任職於被上訴人公司，至105年3月4日遭被上訴人違法移出勞保前之舊制年資為14年5月（未滿1個月者以1個月計），基數為14.42；而自105年3月4日起至107年10月18日勞動契約終止時之新制年資為2年7月14日，依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第12條規定，基數為1.31，新舊制資遣基數合計為15.73，依伊原月薪36,000元計算，伊得請求被上訴人給付之資遣費為566,280元（計算式：36,000× 15.73＝566,280）。

（二）非財產上損害賠償：20萬元

被上訴人以前述手段逼退伊，屬差別待遇之不利處分，對伊造成極大精神痛苦，爰依性別工作平等法（下稱性平法）第11條第2項、第21條第2項、第26條、第29條規定，請求被上訴人給付非財產上之損害賠償20萬元。

（三）預告期間工資：36,000元

伊係依勞基法第14條第1項第6款規定終止兩造勞動契約，屬可歸責於雇主之事由所致，為求公平，應得請求被上訴人發給預告期間工資，又伊工作年資已逾3年，爰類推適用同法第16條第1項第3款、第3項規定，請求被上訴人給付預告期間30日之工資36,000元。

（四）產假期間薪資：72,000元

伊依勞基法第50條第1項、第2項規定，自107年5月15日開始請產假8周，被上訴人自應給付產假期間之工資72,000元。

二、又伊並未自請離職，伊自105年7月16日起至106年2月28日止係請產假，此由被上訴人於105年3月4日即將伊勞保予以退保，又於同年9月9日再次加保，以及伊於105年9月及11月仍為被上訴人公司替員工投保勞保之經辦人足資證明，實則被上訴人為使公司在勞退新舊制轉換之計算上能夠支出較少金額，陸續於105年3月間將包含伊在內多名資深員工之勞保移轉至訴外人芳藝技術有限公司名下，復於105年9月間轉回被上訴人公司，是伊確實自90年12月20日起至107年10月18日止均任職於被上訴人；另被上訴人於伊106年3月1日回公司上班時僅願給付月薪15,000元，而每日工作3小時亦係由被上訴人片面決定，伊就此並未與被上訴人合意；至被上訴人雖稱伊自107年5月15日起連續曠職3日云云，然伊實已依被上訴人指示提出媽媽手冊而以口頭請產假等情。

貳、被上訴人抗辯：

上訴人固曾於90年12月20日起到伊公司任職，惟其至105年7月15日即自請離職，年資因而中斷，上訴人雖以其係請產假等詞抗辯，惟該期間長達7個月，上訴人亦未能提出已請產假之證明，自不足採；嗣上訴人於106年3月1日再返回伊公司任職時，因有照顧子女之需要，只能以每日上班3小時之兼職方式工作，兩造因此重新議定每月工資15,000元，上訴人雖稱伊係因股利分配一事調降其薪資等語，然上訴人係於107年5月16日提起給付股利訴訟，二者顯無關聯；另否認有

因上訴人懷孕而為差別待遇之不利處分，上訴人請求非財產上損害賠償，亦無理由等詞。

參、原審法院審理後，斟酌兩造之主張及攻擊防禦方法之結果，以兩造間勞動契約已於107年10月18日經上訴人依勞基法第14條第1項第6款規定合法終止，認上訴人以月薪15,000元、受僱期間自106年3月1日起至107年10月18日止為基準，請求被上訴人給付資遣費12,218元，及自107年12月6日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許，並依職權及聲請，分別為假執行及免假執行之宣告；逾此部分之其餘請求，則認屬無理，予以駁回，而為上訴人一部勝訴、一部敗訴之判決。上訴人就其敗訴部分不服，提起上訴，並為訴之追加及聲明之減縮。於本院上訴、追加之訴及減縮聲明後請求：（一）原判決下開不利於上訴人之部分廢棄。（二）上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人754,062元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。（三）被上訴人應另給付上訴人108,000元。被上訴人答辯聲明為：上訴及追加之訴均駁回（原審判命被上訴人給付12,218元本息部分，未具上訴，已告確定）。

肆、本院之判斷：

一、本件關於上訴人於90年12月20日起至105年7月15日、106年3月1日起至107年10月18日之期間均受僱於被上訴人公司（本院卷139、141頁）； 上訴人於105年7月15日前之月薪為36,000元，約定每日工作8小時；其自105年7月16日即第一胎於同年0月00日生產前起至106年2月底生產後之期間並未至公司上班；上訴人自106年3月1日起至107年5月14日間改領月薪15,000元，每日工作時數則減為3小時；上訴人自107年5月15日即其第二胎000年0月0日生產前起未至公司上班；其前開2次未到公司上班均有提出媽媽手冊予公司（同卷180頁），且2次未到公司上班期間，皆有協助洽訂電影片源（同卷182頁）；被上訴人分別於107年5月30日、7月4日將上訴人之健保、勞保辦理退保等事實，為兩造所不爭執，堪認

為真實。

二、上訴人主張因被上訴人有違反勞動約定及法令等情，伊於107年10月18日依勞基法第14條第1項第6款規定終止兩造間勞動契約，爰請求被上訴人應再給付及追加請求上開各項費用共計874,280元等語。被上訴人則以上訴人曾於105年7月15日自請離職，原年資因此中斷，且上訴人自106年3月1日起領取月薪15,000元係兩造所合意，自應以此為計算基準，並否認因上訴人懷孕而為差別待遇之不利處分等詞置辯。是本件兩造之所爭，在於其等間原勞動契約是否因上訴人自105年7月16日至106年2月底間未到公司上班而終止？年資是否因而中斷？其自106年3月1日改領15,000元月薪，有無經兩造合意？上訴人主張終止兩造勞動契約，請求被上訴人給付資遣費是否有據？所得請求資遣費之數額為何？又上訴人得否依性平法等規定向被上訴人請求非財產上損害賠償？如是，所得請求之數額為幾？再其主張類推適用勞基法第16條第1項第3款、第3項等規定，請求被上訴人給付預告期間工資36,000元，是否有憑？其另依勞基法第50條第1項、第2項等規定，請求被上訴人給付產假期間薪資72,000元，是否有理？

三、按當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文；是原告對於自己主張之事實已盡證明之責後，被告對其主張，如抗辯其不實並提出反對之主張者，則被告對其反對之主張，亦應負證明之責，此為舉證責任分擔之原則（最高法院18年上字第2855號判決意旨參照）。次單純之沉默，除有特別情事，依社會觀念可認為一定意思表示者外，雖不得謂為默示之意思表示，然若依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其效果意思者，即得謂屬默示之意思表示（同法院29年上字第762號判決意旨參照）。

四、查上訴人於90年12月20日起至105年7月15日間乃受僱於被上訴人，然其自105年7月16日起即其前述第一胎生產前至生產

後到106年2月底，及自107年5月15日起即其上開二胎生產前起至生產後到其於同年10月18日終止兩造僱傭關係前，分別未親至公司上班，但均有以上訴人名義，為被上訴人向電影片商洽訂片源，並幫忙安排被上訴人所經營影城之電影檔期等情，為兩造所無爭執。然上訴人主張前述兩次未親至公司上班期間，均係因生產之故而請產假，伊有向伊兄即時任被上訴人公司法定代理人陳昱先提出媽媽手冊，並口頭向其請產假等語；被上訴人就此雖未爭執其有提出媽媽手冊一情，但否認上訴人有完成請產假之手續，辯稱上訴人當時係為生產而自行離職，且第二次未上班並有曠職之嫌（本院卷162頁）云云。惟查：

（一）被上訴人並未否認上訴人於前述未親至公司上班期間，仍有協助被上訴人與電影片商洽訂片源並幫忙安排檔期之事實，已如前述，且其自原審起即辯稱上訴人至少自106年3月1日起，主要工作即在負責聯繫相關電影片源（原審卷132頁、本院卷181頁）等情，可見上訴人當時縱在待產或產後休養，仍未完全置公司業務於未理，是雖上訴人並未每日按時依通常情況親至公司上班，仍難以其係自行離職、甚為曠職視之。

（二）又被上訴人亦坦認伊公司當時之負責人係上訴人之兄長，應知其即將生產之情，是倘上訴人當時係出於自請離職之意，即無提出媽媽手冊予負責人之必要，而以請產假通常係以媽媽手冊作為證明之一般情況而言，堪認上訴人應係為請產假而提出，始合乎情理。故縱上訴人未完成請產假之形式，但以其即將生產之情況，並已提出媽媽手冊為證之所為，當已足使被上訴人負責人得以知悉其請產假之意，被上訴人於當下也未為反對之表示（本院卷162頁），甚承稱乃考量上訴人股東之身分及與其負責人為家人之特殊情誼，而任其便宜請假等情（同卷138頁），所陳於情並無不合，尚不能因事後之改口即得輕易推翻所承便宜請假事實之存在。

（三）再參以被上訴人若認上訴人當時係未經其同意而未親到公司上班，衡情，理應通知上訴人履行其受僱人之義務，然並未見其有何催告上訴人履行義務之舉，於上訴人第一次未到公司上班期間，甚在原已將其勞保遷出之情況下，又於105年9月9日將上訴人勞保遷回被上訴人公司（本院卷25頁），與其所辯已任由上訴人自請離職之說法顯相矛盾，尚非得以照顧家人、股東一語可解；至其另所辯於發現上訴人第二次未上班時，即於107年5月30日、7月4日及10月19日三度發函上訴人表達資遣或以曠職為由解職（原審卷53、54頁）之意，均為上訴人所否認，並未見其就其有送達上開通知予上訴人之事實有何舉證，自無以憑採。

（四）另按勞基法第50條第1項前段所定雇主依法應給勞工之產假期間雖僅8周，然查勞基法所定乃最低程度之勞動標準，為同法第1條立法目的所揭櫫，是若勞、資雙方之約定有高於勞基法所定之情形，當為該法所樂見，本無禁止之理由。故上訴人兩度產假雖均超出勞基法上開所定，但因未見資方之被上訴人於當時有何反對之表示，甚仍於產假期間，繼續透過上訴人洽訂片源未停，已如前述，是上訴人請假期間實仍有為被上訴人執行業務之情形，故雖上訴人因生產前後所需，未依正常情況親至公司上班，然以其仍有執行公司業務之事實，且被上訴人並未為反對之表示，甚曾自承係基於上訴人股東身分及與其負責人之家人關係而有通融之情形，依前揭說明，堪認被上訴人業有默示容許上訴人以前述方式續請產假之意，自不得於事後再執此指上訴人乃自行離職甚曠職，或有違前揭違反勞基法產假期間之情，其所辯，委無可採。

五、是上訴人二次產假，均無不法，其原工作年資即無中斷可言，亦難認被上訴人因此有何得依法解僱或資遣上訴人之正當事由。然查其竟於前述時間，先後將上訴人之勞保與健保逕行退保，顯屬無據，自已違反雇主應依勞工保險條例第6條第1項第2款、全民健康保險法第15條第1項第1款、第6項等

規定，為勞工投保上開保險之義務，其無故將上訴人勞、健保辦理退保後，在其未停止其違反勞工法令之行為或兩造僱傭關係解消前，其違反雇用人為受僱人即上訴人辦理投保義務之狀態即繼續發生，相對而言，上訴人因此得依勞基法第14條第1項第6款規定以其違反勞工法令主張不經預告而終止雙方勞動契約之權利即隨之尚存，是上訴人在兩造僱傭關係尚未解消，且被上訴人仍未履行為其投保之義務前，於107年10月18日依前揭勞基法規定終止兩造間之勞動契約關係，即無已逾該條所定除斥期間之虞，其終止自無不法。

六、又兩造間勞動契約既為上訴人依法終止，爰就其各本於勞基法、類推適用同法第16條第3項及依同法第50條第1、2項等規定，分別請求上訴人給付資遣費、預告工資及8周產假薪資各項，說明如下：

（一）上訴人依法終止兩造勞動契約時之月薪為何？

上訴人以其自104年間起，其月薪平均已達36,000元，請求以此計算其各項請求，就此提出其104年12月、105年2、5月份之薪資條（本院卷47頁）為據。被上訴人雖未爭執其數額，但認應以其106年3月1日第一次產假後回任時，雙方基於上訴人產後因照顧其子所需，每日僅能上班3小時之境況，所重新議定之月薪即15,000元計等語。而上訴人對此並未否認伊於第一次產假後回被上訴人公司上班時數減為每日3小時，月薪亦降成15,000元之事實，惟辯稱係被上訴人未經合意，片面將其月薪降為15,000元，伊始被迫將每日工作時數調為3小時以因應云云。然查被上訴人就所駁係因配合上訴人生產後照顧小孩之便，而合意減少其每日工作時數及薪水一情，雖未能舉證以實其說，惟查雙方均不否認自106年3月1日至107年5月14日期間，兩人之勞動契約關係均依照一方之每日工作時數為3小時，另一方則給付15,000元之月薪之模式運作，且核其前後每日工作時數各為8小時與3小時之比例，上訴人每日工作3小時領取月薪15,000元，相較而言，並未對其不利（36,

000× 3／8＝13,500元），又衡以上訴人斯時確係處於甫經生產之後，無論係基於個人身體調養、避免過度勞累，仰或有哺育幼兒之所需，在個人、家庭與工作間，勢必須有所抉擇與調適，難謂被上訴人上開所辯全然無據，況上訴人當時若認此係被上訴人片面變動此部分勞動條件而無法苟同，理應即時異議，然並未見其當下對此有何反對之表示，而繼續工作領取該月薪，難認其未已接受上開調整後之勞動條件，依上開說明，亦無以排除上訴人未已默示同意其情，自不能再主張應以原薪資作為其各項請求之計算基礎。

（二）次按勞動契約經勞工依勞基法第14條第1項規定終止後，勞工得向雇主請求資遣費，乃同法第14條第4項準用同法第17條所明定，則上訴人依此請求被上訴人給付資遣費，即屬有據。而依該法第17條所定，先將上訴人工作年資換算為基數，即其舊制年資即90年10月20日至105年3月4日核為14年5月（未滿1個月者以1個月計），所得基數為14.42；另新制年資乃自105年3月4日起至107年10月18日共2年7月14日，依勞退條例第12條規定，基數為1.31；則其新舊制資遣基數合為15.73；再以終止前之月薪15,000元計算，則上訴人所得請求之資遣費應為235,950元（計算式：15,000× 15.73＝135,950），被上訴人就此計算方式，亦無爭執（本院卷141頁），堪謂合理；逾此數額，則無理由。

（三）又關於上訴人上訴後追加請求被上訴人給付其依法終止後之1個月預告工資及2個月之第二胎產假薪資部分，業經本院認其追加有據，已如前述。被上訴人對上訴人此2項請求，除認應以月薪15,000元為計外，別無爭執（本院卷181頁）。是上訴人此2項請求各為15,000元、3萬元，合計共45,000元，即可准許。

七、至上訴人另以被上訴人於其第一次產假復職後違法將其片面減薪，且第二次產假期間違法將其勞、健保退保，等同將其

解僱等作為，造成其精神上痛苦，請求被上訴人賠償其非財產上損害20萬元部分，因其第一次產假後每日工作時數及月薪之調整，乃經兩造當時默示合意，並無不法，已如前述；而被上訴人雖有於前述時間，分別將上訴人之勞、健保退保，但查其並未合法將上訴人遣資或解僱，為上訴人所自陳，且本件也未見兩造勞動契約有受僱者倘有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪之規定或事先約定，自無所稱違反性別工作平等法第11條第2項及第29條等規定之情事；又違法將上訴人之勞、健保辦理退保，與解僱尚屬有間，且被上訴人主要乃抗辯上訴人未完成請產假程序及產假超出勞基法所定，已如前述，並未見其有何以上訴人懷孕、分娩或育兒為由將上訴人解僱之情，難認有該法第29條適用之餘地，上訴人此部分請求，即失所憑。

八、綜上所述，上訴人依勞基法第14條第1項第6款規定，終止兩造勞動契約關係後，依前揭規定，請求上訴人給付其資遣費235,950元及自107年2月6日（原審卷23頁）起至清償日止按年息5%計算之利息，另上訴後追加請求預告工資15,000元、第二胎產假薪資3萬元部分，洵屬有據，應予准許；逾此部分之請求，則無理由，應予駁回。從而，原審所命給付不足部分（即235,950－12,218元＝223,732元），尚有未洽，爰由本院廢棄後改判如主文第二項所示。至於上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，於法並無不合；上訴人仍執陳詞，指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由；且其於本件得請求之金額未逾150萬元，經判決後即告確定，無宣告假執行之必要，原審駁回其假執行之聲請，所持理由與本院雖有不同，但結論並無二致，併駁回其上訴。其上訴後追加請求超出上開所命部分，亦非有理，爰併予駁回。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，併此敘明。

十、據上論結，本件上訴及追加之訴均一部有理由、一部無理由

，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　19　　日

勞動法庭

審判長法　官　謝說容

法　官　林慧貞

法　官　葛永輝

正本係照原本作成。

不得上訴。

書記官　黃湘玲

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　19　　日