臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度勞上易字第78號

上　訴　人　廖億霖
　　蔡孟宗
共　　同
訴訟代理人　黃東璧律師
被　上訴人　光泉食品股份有限公司
法定代理人　汪林祥
訴訟代理人　陳旻沂律師

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107年7月12日臺灣高雄地方法院106年度勞訴字第134號第一審判決提起上訴，本院於民國108年3月6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之請求，及訴訟費用之裁判（減縮及確定部分除外），均廢棄。

被上訴人應再給付上訴人廖億霖新台幣貳萬捌仟柒佰伍拾柒元、上訴人蔡孟宗新台幣叁萬陸仟叁佰肆拾壹元，及均自民國106年8月30日起，至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一（減縮及確定部分除外）、二審訴訟費用由被上訴人負擔十分之一，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人起訴主張：上訴人廖億霖自民國101年3月27日起受僱於被上訴人，上訴人蔡孟宗自94年3月9日起受僱於被上訴人，均在「鳳屏冷藏所」任業務專員。詎被上訴人之副理徐正雄竟於105年12月27日，向廖億霖告知自106年1月起不再安排工作，並要求馬上填寫離職單，廖億霖雖拒絕，但被上訴人無預告強迫廖億霖離職，片面非法終止雙方僱傭契約，已違反勞動基準法（下稱勞基法）之強制規定；徐正雄復於105年12月28日約談蔡孟宗，除告知自106年1月起不再安排工作外，並自斯時起降職為儲備業務員，被上訴人不

當變更雙方間之僱傭契約，亦違反勞基法之強制規定。上訴人於106 年1 月16日兩造勞資爭議調解時，以前揭情事，依勞基法第14條第1 項第6 款規定，向被上訴人終止兩造僱傭契約，經被上訴人收受。又上訴人於106 年1 月16日終止契約以前，各有未休之特別休假如附表所示，離職前6 個月平均月薪則各如附表所示，被上訴人依法應給付資遣費、特別休假未休工資各如附表所示。另上訴人受僱期間，於平日延長工時各如一審卷三第183 至200 頁之附件1 及同卷第201 至217 頁之附件2 所示，被上訴人依法亦應給付加班費各如附表所示。為此依勞基法第14條第1 項第6 款、第4 項、第17條、第24條、第38條；106 年6 月16日修正勞基法施行細則第24條之1 第2 項第1 款第2 目；勞工退休金條例第12條規定，請求判決被上訴人應給付廖億霖新臺幣（下同）591,903 元、蔡孟宗768,680 元，及均自起訴狀繕本送達翌日（即106 年8 月30日）起，至清償日止，依照週年利率5 %計算的利息。

二、被上訴人則以：

㈠伊之副理徐正雄固分別於105 年12月27、28日依序約談廖億霖、蔡孟宗，但僅係經營管理權的行使，徐正雄未解僱廖億霖，此參廖億霖於離職申請單（下稱系爭離職單）勾選原因為「主管管理方式」，可見其係自主決定離職；另徐正雄雖有意調整蔡孟宗的工作內容，惟尚屬雙方討論之階段，且事後並未調動，伊既無違反勞動法令，上訴人請求資遣費，於法無據。

㈡上訴人自106 年1 月17日起即無請假，也沒提供勞務，伊分別於106 年2 月15、17日，各以內湖江南郵局第113 號（下稱第113 號信函）、內湖西湖郵局第147 號（下稱第147 號信函）存證信函，通知因曠職3 日以上，依勞基法第12條第1 項第6 款規定終止兩造間僱傭契約，分別經蔡孟宗、廖億霖收受，故上訴人不能請求資遣費。

㈢伊未曾要求上訴人延長工時，況上訴人如有加班必要，依工

作規則之規定，應事先向伊申請，經主管核可，方能加班並請領加班費，上訴人之上、下班打卡時間，充其量係抵達、離開伊處之時間，非屬工作時間，不能請求加班費等語置辯。

三、原審判命被上訴人應給付上訴人廖億霖18,101元，給付上訴人蔡孟宗57,597元及均自106年8月30日起，至清償日止，按週年利率5%計算利息，並駁回上訴人其餘之訴。上訴人就敗訴部分，部分不服，提起上訴，於本院聲明：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，暨訴訟費用之裁判（確定部分除外）均廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人廖億霖556,925 元，上訴人蔡孟宗645,743 元及均自106 年8 月30日起至清償日止，按週年利率5%計算之法定利息。

被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執之事項：

㈠廖億霖自101 年3 月27日起受僱於被上訴人，蔡孟宗則自94年3 月9 日起受僱，均在鳳屏冷藏所任業務專員。又廖億霖負責家樂福鳳山店、光華店之業務，蔡孟宗負責家樂福屏東店、台糖量販店屏東店之業務。

㈡徐正雄為被上訴人之副理，分別於105 年12月27、28日依序約談廖億霖、蔡孟宗；劉威宏為徐正雄之主管。

㈢上訴人於106 年1 月16日兩造勞資爭議調解時，向被上訴人表示依勞基法第14條第1 項第6 款規定，終止兩造之僱傭契約，經被上訴人收受。

㈣上訴人如得請求資遣費，基數各如附表所示，且被證20、被證22之本薪、伙食津貼、免稅加班費，得列入平均工資範圍。

㈤兩造約定之工時，自104 年1 月1 日起至105 年3 月31日止，係8 時30分起至17時止，午休自12時起至13時30分止，為1.5 小時。自105 年4 月1 日起，自8 時起至17時30分止，午休1.5 小時。

㈥上訴人自106年1月17日起，未向被上訴人服勞務。

㈦被上訴人於106 年1 月18日寄發內湖江南郵局第55號存證信函予廖億霖；於同日寄發同局第53號存證信函予蔡孟宗，均經上訴人收受。

㈧被上訴人於106 年2 月15日寄發第113 號信函予蔡孟宗，於106 年2 月17日寄發第147 號信函予廖億霖，均通知因連續曠職3 日以上，被上訴人依勞基法第12條第1 項第6 款終止契約。蔡孟宗於106 年2 月16日收受，廖億霖於106 年2 月17日收受。

㈨上訴人的薪資是月結，發薪日期為每月5 日，是領取前一個月的本薪、伙食津貼、免稅加班費；另每月20日則領取前一個月之業績獎金。上訴人薪資中，「免稅加班費」是勞工依照被上訴人規定申請加班費之流程經被上訴人允許申請之費用。

五、兩造爭執之事項：

㈠兩造間之僱傭契約如何終止？

㈡上訴人請求被上訴人給付資遣費，有無理由？

㈢上訴人請求被上訴人給付平日加班費，有無理由？

六、本院之判斷：

㈠兩造間之僱傭契約如何終止？

1.按雇主違反勞動契約或勞工法令，致有損害勞工權益之虞者，勞工得不經預告終止契約，勞基法第14條第1 項第6 款固有規定。苟雇主無法定事由，任意終止勞動契約，或雇主任意變更勞動契約內容，雖可認係違反勞基法令之強制規定，惟上訴人主張被上訴人無故解僱廖億霖，不當調動蔡孟宗職務，構成違反勞基法令之事實，既經被上訴人執前詞否認，依民事訴訟法第277 條前段規定，上訴人就上開利己事實，自應先負舉證之責。

2.上訴人主張徐正雄為被上訴人之副理，於105 年12月27日非法解僱廖億霖之事實，無非以排班表（下稱A 排班表）、系爭離職單為據。查，證人徐正雄於本院證稱：我是和

上訴人討論106年1月年假排班的事，我要讓他們休年假，沒有安排他們出勤，因為我們是全年無休的，我是找他們談休年假這件事，沒有說106年1月起就不再安排他們工作了，我也沒有叫廖億霖寫離職同意書，廖億霖當時說「你的意思是不是要我走」，我當時沒有表示意見，他可能誤會我的意思，如果我要叫他們走，怎麼還會讓他們一直維持同樣的工作，連交接都沒交接，因為他們的客戶都很重要，而且他們沒有什麼事情的情況下，我怎麼可能叫他們走，而且我也沒有此權限等語（本院卷第44至47頁），另稽之A排班表（見一審卷一第69頁），登載分組與出勤表，而該等表格雖均無上訴人姓名，然出勤表僅列初一至初四，下方以手寫記載「六、日、一、二」，經比對106年1月行事曆（見一審卷三第144頁），核屬106年1月28日至同年月31日之期間，則A排班表充其量僅屬106年1月關於農曆春節期間之4日班表，無從遽認屬被上訴人之鳳屏冷藏所於106年1月之整月排班情況。另觀之被上訴人提供之106年1月班表（下稱B排班表，見一審卷一第136頁），日期編列自當月1日至31日，且上訴人均列名於表內，是亦足見證人徐正雄就此部分所為之證言，應屬可信，故本院尚難遽認被上訴人自106年1月起，不再為上訴人安排工作乙事為真正。

3.又稽之系爭離職單（見一審卷一第177頁），申請項目係勾選「辭職」，離職原因則勾選「主管管理方式」，廖億霖於申請人欄雖有簽名，但其餘欄位均空白，且離職日填載106年1月31日。徐正雄於105年12月27日約談廖億霖時，苟已向廖億霖為解僱之意思表示，並要求廖億霖即刻填寫離職單，豈有可能容允離職日拖延至1個月後之106年1月31日，且申請項目亦無忽略「解僱（請主管說明違反之事實）」選項之必要。況依高雄市政府勞工局107年1月12日函所附兩造勞資爭議調解資料（見一審卷二第39至54頁），其中調解申請書所載爭議要點（見一審卷二第

53頁反面），僅提及「徐正雄片面將蔡孟宗降職」，對廖億霖部分則隻字未提；106 年1 月16日會議紀錄之勞方主張欄（見一審卷二第44頁），亦無涉及被上訴人解僱廖億霖之情形；且上訴人廖億霖亦於本院陳稱：其與徐正雄談話時對徐正雄表示：「我說你（徐正雄）的意思是叫我寫離職書，他沒有回答是或不是」（本院卷第45頁反面），另參諸前開徐正雄之證言，可見有關寫離職同意書係廖億霖自己猜測徐正雄之意思，徐正雄並未叫廖億霖去寫離職同意書，且依光泉牧場股份有限公司授權規定（見一審卷二第62、63頁），徐正雄為鳳屏冷藏所主管，核屬三級單位主管，尚無決定員工之離職、解僱之權限；參以廖億霖復無提出其他具體證據足供認定徐正雄於105 年12月27日所談內容即解僱廖億霖，本院尚難僅憑系爭離職單遽為有利廖億霖之認定。

4.再者，觀之廖億霖提出之陳訴狀（見一審卷二第46頁、卷三第168 頁）敘明「105 年12月27日徐正雄約談時，表明1 月份未安排工作，廖億霖詢問是要寫離職單？他（指徐正雄）即表明：對。故廖億霖就離開辦公室去向會計拿取離職單，當下陳主任與廖億霖長談，並逐一指導離職單之填寫，且問及約談為何如此快速，…廖億霖未填寫離職原因…105 年12月30日早上8 時30分，廖億霖、蔡孟宗到高屏區辦事處找劉威宏經理告知此事，經理會談中提出調離營所並晉升幹部，慰留我們2 人…但我們希望公司資遣…」等語；另依廖億霖出勤紀錄及陳述（見一審卷一第85頁反面、第129 頁、卷二第33頁），其自105 年12月27日下班後，於105 年12月30、31日、106 年1 月1 、2 、3 、6 、7 、8 、10、13、14日均正常上下班；參以廖億霖係負責配送家樂福鳳山店、光華店等大型量販店之業務，苟被上訴人於105 年12月27日曾片面為解僱廖億霖之意思，衡情，徐正雄於約談之際，應併安排廖億霖之後手員工辦理交接量販店之業務，否則廖億霖所屬業務區恐淪於無人

補貨、收貨之窘境，恐將引發量販店等客戶之客訴，惟依廖億霖陳訴狀之記載及其嗣後之出勤情形，無法認定徐正雄於105 年12月27日曾安排後手與其辦理交接，此顯悖於雇主解僱之常情。遑論，被上訴人之高屏區辦事處經理劉威宏於105 年12月30日會談廖億霖時，尚表達晉升其為幹部之意見，若被上訴人於105 年12月27日已解僱廖億霖，豈可能容允劉威宏擅自違背被上訴人之決策，更留任廖億霖持續提供勞務至106 年1 月中旬止；況依廖億霖勞保投保資料所示（見一審卷二第108 頁反面），其自被上訴人處退保日為106 年2 月17日；且被上訴人不曾向勞動部勞動力發展署資遣通報系統，通報解僱廖億霖（見一審卷二第109 頁），可以佐證被上訴人抗辯於105 年12月27日由徐正雄約談廖億霖，僅為經營管理權之正當行使，並無解僱廖億霖之行為為可採。

5.上訴人蔡孟宗雖主張徐正雄於105 年12月28日，將伊違法降職云云，並以A 排班表、105 年12月28日與徐正雄對話之錄音與譯文為憑。惟A 排班表無從遽認被上訴人106 年1 月之排班情形，已如前述；另依前揭對話譯文所示（見一審卷一第179 至183 頁），雖記載「徐（即徐正雄）：我覺得你再這樣下去也不是辦法，…主要是跟我這邊拉，…我發你的賴（Line）你也都不回我，那我怎麼辦？…我儲備這邊一月份這邊就先把你儲備…」，惟亦記載「徐：一月份怎麼安排？蔡（即蔡孟宗）：什麼怎麼安排？…徐：可能區域的部分我沒有把你安排有接區了。蔡：喔？是什麼意思？徐：就是可能就是儲備啦，因為我要安排一月份的出勤、一月份的假，…我不知道你這邊的狀況是怎麼樣？…蔡：啊你可以把我降儲備喔？直接降儲備喔？徐：我不能把你降儲備喔，蔡：你可以這樣喔…徐：那你現在要怎樣？…蔡：對啊，我是疑問句阿，你怎麼一直問我要怎樣勒？徐：啊不然現在是要怎樣處理啊？…徐：如果你有你要安排休假，你就安排休假，不然我根本沒辦法，還

是你要照我的安排？…徐：你要照我的安排，我現在就是要排一月份啊，所以我才要知道你有什麼想法啊，我要問你你又不跟我講，然後你又…」，可見徐正雄於105年12月28日與蔡孟宗約談內容，無非係徐正雄感受到蔡孟宗未理會其相關指示，為處理雙方間緊張、不和諧之上下隸屬關係，徐正雄於安排將來工作前，預先聽取蔡孟宗之想法，以達溝通、協調之目的，進而有機會改善彼此間僵局之存在，故本院尚難僅以上開對話譯文，逕認徐正雄已決定降調蔡孟宗之處置。

6.遑論，依據蔡孟宗與被上訴人所屬主任即訴外人陳彥銘間之Line聯繫內容（見一審卷一第131、135頁），顯示「（陳彥銘）阿宗你1/1，1/2（日，一）的預定沒定到，今天回來補訂到禮拜二一下，我才能匯總…（蔡孟宗即阿宗）主管說我下個月是儲備還需要訂貨嗎？（陳彥銘）副理沒給我這個訊息，我手邊營所相關工作請你們照正常操作就好，謝謝。（蔡孟宗）收到，謝謝主任…【1月14日週六】…（陳彥銘）阿宗你星期二（預定）沒訂到貨，億霖有先幫你大概訂一下，你晚上再修改一下…」，益見徐正雄於105年12月28日與蔡孟宗約談後，並未向其下級（即蔡孟宗上級）即陳彥銘布達異動蔡孟宗職務內容之決定，且依前揭Line之聯絡情形，蔡孟宗迄至106年1月14日止，亦無變動實際之工作內容，縱認徐正雄有意調動蔡孟宗之職務，本院尚難僅憑徐正雄於決定調職前，先於105年12月28日與蔡孟宗溝通之過程，即遽認被上訴人已對蔡孟宗違法調職而違反勞基法之相關規定。此外，蔡孟宗就被上訴人於105年12月28日對之違法調職，已構成違反勞基法令之事實，並未提出其他積極證據相佐，則蔡孟宗主張被上訴人將之非法調職云云，自難採信。

7.至上訴人雖主張徐正雄於105年12月27、28日分別對廖億霖、蔡孟宗有解僱之虞、調職之虞，因而構成勞基法第14條第1項第6款規定云云，然縱認被上訴人於斯時有解僱

或調職上訴人之虞，惟被上訴人既未正式向上訴人表示解僱或調職之意思，尚難遽認被上訴人已合於「非法解僱」、「非法調職」之行為，而該當勞基法第14條第1項第6款之要件，附此敘明。

8.上訴人於106年1月16日兩造勞資爭議調解時，向被上訴人表示依勞基法第14條第1項第6款規定，終止兩造之僱傭契約，經被上訴人收受；上訴人自106年1月17日起，未向被上訴人服勞務；被上訴人於106年2月15日寄發第113號信函予蔡孟宗，於106年2月17日寄發第147號信函予廖億霖，均通知連續曠職3日以上，被上訴人依勞基法第12條第1項第6款終止契約。蔡孟宗於106年2月16日收受，廖億霖於翌日（17日）收受等節，均為兩造所不爭執，顯見被上訴人自106年1月17日起至106年2月15日止，均未向被上訴人提供勞務，而承前述，既認上訴人於106年1月16日依勞基法第14條第1項第6款規定，向被上訴人終止僱傭契約，並非適法，兩造之僱傭關係仍屬存在，惟上訴人自106年1月17日起至106年2月15日止，無正當理由未提供勞務，顯已繼續曠工3日以上，則被上訴人分別以第113、147號信函，依勞基法第12條第1項第6款規定，向上訴人終止契約，核屬有據。

㈡上訴人請求被上訴人給付資遣費，有無理由？

1.按第17條（資遣費）規定於本條終止契約準用之；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…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，勞基法第14條第4項、勞工退休金條例第12條第1項雖均有明文。

2.然承上論，兩造之僱傭契約係因勞基法第12條第1項第6款規定而終止，則上訴人依勞基法第14條第4項、勞工退

休金條例第12條第1 項規定，請求被上訴人給付資遣費，難認有據。

㈢上訴人請求被上訴人給付特別休假未休工資部分：

上訴人於原審分別請求被上訴人給付特別休假未休工資如附表「特別休假未休工資請求額」欄所示，經原審就此部分准上訴人廖億霖請求18101 元本息，准上訴人蔡孟宗請求57,597元本息，而駁回其二人超過部分之請求，上訴人就敗訴部分，並未聲明不服，故此部分不予論述。

㈣上訴人請求被上訴人給付平日加班費，有無理由？

1.按雇主延長勞工工作時間者，其延長工作時間之工資應加給之；雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將工作時間延長之，勞基法第24條、第32條第1 項雖分別有明文。惟勞工有在正常工作時間以外工作之必要，須雇主經工會或勞工同意後，方得於同法第30條所規定之工作時間延長之，如未經雇主及勞工雙方同意，由勞工片面延長工時，則非合於規定之加班，勞工自不得以此依同法第24條之規定向雇主請求加給工資。況且民法上僱傭契約為雙務契約，由僱用人與受僱人雙方約定，由受僱人於一定或不定期限內為僱用人服勞務，僱用人則給付報酬為要件，而所謂受僱人於一定或不定期限內提供勞務，自應依僱傭契約之性質而定，除非一些特殊性質之工作，一般情形而言，受僱人所提供之勞務應於正常上班時間為之，是受僱人如有於正常上班時間無法完成工作，須再延長工時，自須與僱用人另行約定，由受僱人加班，僱用人再予支給加班費，否則，不問受僱人於正常時間之工作效率或生產力，受僱人無須僱用人之同意，自行加班，即得逕向僱用人請求支給加班費，不惟與民法上僱傭契約之本旨相背，亦有違勞基法之上開規定。因而雇主為管理需要，規定員工延長工時應事先申請經同意後始予准許，於法並無不合。倘若雇主並無使勞工在正常工作時間以外工作之

必要，勞工自行逾時停留於公司內部，或未依雇主規定之程序申請加班，因雇主無法管控勞工是否確為職務之需而有延長工時之情形，勞工自不得向雇主請求給付加班費。

2.次按雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡，逐日記載勞工出勤情形。此項簿卡應保存1 年，勞基法第30條第5 項雖有明文。然此係針對雇主所制定之作為義務，勞工或可要求雇主提出勞工簽到簿或出勤卡，抑或請求法院命雇主提出，然勞工亦不因此而得解免其應負之舉證責任。兩造約定之工時，自104 年1 月1 日起至105 年3 月31日止，係8 時30分起至17時止，午休自12時起至13時30分止，為1.5 小時。自105 年4 月1 日起，自8 時起至17時30分止，午休1.5 小時乙節，為兩造所不爭執，故上開時段為兩造約定工時之範圍，應堪認定。上訴人主張除兩造約定工時外，自104 年1 月1 日起至105 年12月31日止之週一至週五期間，每日約定工時之前、之後，均延長工時如一審卷三第183 至200 頁之附件，及同卷第201 至217 頁之附件2 所示之事實，經被上訴人執前詞為辯，則上訴人就前揭約定工時範圍外，有依被上訴人要求而延長工時之事實，自應先盡舉證之責。

3.查，上訴人廖億霖負責家樂福鳳山店、光華店之業務，蔡孟宗負責家樂福屏東店、台糖量販店屏東店之業務一情，為兩造所不爭執，應堪認定。另據證人徐正雄證稱：如果要趕工作，伊會要求員工提早半小時，但員工提早上班後，如果要申請加班費，還是要事先申請，但是沒有人申請過，員工認為那是他自己應該要做好的部分，伊沒有勉強員工，那是員工自己認為要提早來做，這不是硬性規定，伊需要排時間，伊之單位空間不能同時有很多人在場處理，因為空間有限，早上只能停十幾輛車子，但是伊之單位有20輛車等語（本院卷第46至48頁），可見上訴人所服務之單位因停車空間有限需提早到班，且徐正雄副理亦要求員工需提早上班以處理貨物，故此種情形，應認上訴人係

為處理貨物，並應主管之要求有加班之必要，基此，若認仍須事先申請始能請領加班費，自不合理，故本院認此種情形，上訴人自仍得請求加班費。又參諸勞基法第24條有關延長工作時間工資加給之計算方法，有關延長工作之時間自應以「時」為單位始能請求延長工時之加給（即加班費），基此，上訴人所得請求之加班費時數自以如本院卷第67至82頁，「時數」欄所載之時數為準，即上訴人廖億霖得請求此部分（上午）加班費之時數為229 小時，上訴人蔡孟宗得請求（上午）加班費之時數為277 小時。

4.另有關上訴人於平日每日下午打卡時間雖如前述一審卷三第183 至200 頁之附件1 及同卷第201 至217 頁之附件2所示，且上訴人所舉之證人謝慶瑞於原審證述：伊出車至各一般點通路後，要巡貨、補貨，讓店家點貨後上架，回收過期食品，再跑新點開發新客戶。原告（上訴人）跑賣場，工作量更多，下班時，要去賣場叫賣，伊曾在法定假日時，跟原告一起至賣場叫賣，但平常日沒有。伊完成通路工作，約17時至17時30分回公司，尚需整理當日未賣出去的貨與過期品，打PDA 給庫務點貨，之後將貨品再重新分類，如過期品則重新排好，由庫務處理；如良品則直接推到庫務指定地點，翌日再領。接著上傳PDA ，如上傳錯誤，要重新修正，找出問題所在，方可結帳、投庫，最後要預定二天至三天之貨量，如貨量確定，即可下班。另外，每週一下班後之固定開會，甚至到22時30分。…業務員所開發之新客戶，如未達公司要求，會影響業績獎金，開發新客戶之時限，由業務員自行安排。業務員每日都要結帳，如當日遇特殊情形沒做到，就等隔天早上有時間再解決，但公司會處罰，即剝奪工作權，…惟公司無規定發生幾次始收回工作權。業務員送貨回公司後之工作內容，公司無書面規範，皆按主管之口頭指示…，當天如未完成預訂貨品，可於隔天處理，…每週一之固定開會，業務員如請假、未參與，公司沒處罰，僅直接將開會事項或紀錄通

知業務員等語（見一審卷二第147至150、153、154頁）。縱認謝慶瑞所述屬實，惟依其所言，其既未於平常日隨同上訴人一起至賣場叫賣，自無可能見聞上訴人平常日於賣場叫賣之相關情況，又業務員送完貨回公司之後，必須完成之工作亦非屬強制，舉凡結帳、預訂貨品、開會等，當日如未完成或未參與，均可於次日處理該等庶務，參以被上訴人亦無明訂相關不利罰則或處罰標準，且上述附件1、2所示下班時間亦各日有別，本院實難認上訴人於平常日，自17時起（自105年4月1日起，自17時30分起）至上開附件1、2所示打卡下班時止，屬勞基法第24條所規定之延長工時。

5.又上訴人之薪資是月結，發薪日為每月5日，係領取前一個月之本薪、伙食津貼、免稅加班費，另每月20日則領取前一個月之業績獎金。免稅加班費是勞工依照被上訴人規定申請加班費之流程經被上訴人允許申請之費用，此為兩造所不爭執之事實，並有上訴人之月薪明細表在卷可稽（一審卷二第95至98頁），依上開月薪明細表可見上訴人所領之業績獎金金額並不固定，則被上訴人對高雄市政府之行政處分亦陳述意見稱：該業績獎金係依公司之經營績效及財務狀況而定，金額不固定，對於員工申請事假、病假期間不給付工資及工資折半發給等假別，亦未將該等獎金併入扣發薪資計算之基準等語（一審卷第94頁）基此，該業務獎金應為被上訴人之依公司經營績效及財務狀況而發給，其金額不定，性質上難以作為計算時薪之依據。又有關免稅加班費金額每月不同，其性質為經核准之加班費，性質上亦難以作為計算時薪之依據，是此二項被上訴人抗辯，不能列入計算時薪之金額，堪予採取，且被上訴人長期計算時薪均以「本薪」及「伙食津貼」為基準，為上訴人所未爭執之事實，則被上訴人主張應以本薪及伙食津貼為基準計算上訴人之時薪，應堪採取。則上訴人廖億霖之時薪自104年1月至2月為86.7元　計算式：（本薪19,0

08 + 伙食津貼1,800 ）÷30÷8=86.7∨，自104 年3 月至105 年2 月為93.69 元 （20,073+2,400）÷30÷8=93.64 ），105 年3 月至105 年12月為98.32 元 （21,197+2,400）÷30÷8 =98.32∨，上訴人蔡孟宗之時薪，自104 年1 月至2 月為95.58 元 （21,138+1,800）÷30÷8=95.58 ∨，104 年3 月至105 年12月為98.64 元 （21,273+2,400）÷30÷8= 98.64∨基此，依上述本院卷第67至82頁之附件1 、2 延長工時計算結果，上訴人廖億霖得請求之平日加班費為28,757元（元以下四捨五入）上訴人蔡孟宗得請求平日加班費為36,341元（計算式：本院卷第67至82頁）。

七、綜上所述，上訴人廖億霖得依勞基法第24條規定請求平日延長工時之加班費28757元，上訴人蔡孟宗得請求36341元，及均自起訴狀繕本送達之翌日（106年8月30日）起，至清償日止，按週年利率5%計算之法定遲延利息，此部分超過部分之請求，及請求給付資遣費部分，均無理由。原審就上開應准許部分駁回上訴人之請求，自有未當，此部分上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，自應由本院將原判決此部分廢棄改判，如主文第二項所示。其餘部分，原審予以駁回，並無不合，此部分上訴為無理由，應予駁回。

八、兩造其餘攻擊防禦方法與判決之結果不生影響，爰不予論述，併此敘明。

九、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　　108　　年　　3　　月　　27　　日

勞工法庭

審判長法官　謝靜雯

法　　官　邱泰錄

法　　官　黃科瑜

以上正本證明與原本無異。

本件判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　28　　日

書　記　官　吳璧娟

附表

姓　名	資遣費之基數	資遣費之平均工資	資遣費請求額	特別休假未休日數	特別休假未休工資請求額	平日加班費每小時時薪	加班費請求額
廖億霖	2.4	53,417	128,201	23日	34,978	依一審卷三第183 至200 頁之附件1所示	428,724
蔡孟宗	舊制：0.3 新制：6	45,237	284,993	73日	122,937	依上開同卷第201至217頁之附件2所示	360,750