

臺灣高等法院高雄分院民事判決

109年度勞上易字第5號

上訴人即附 顏立富

帶被上訴人

訴訟代理人 蔡尚宏律師

被上訴人即 精誠廣告科技有限公司

附帶上訴人

法定代理人 黃堯芳

訴訟代理人 楊譜諺律師

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12月13日臺灣高雄地方法院108年度勞訴字第2號第一審判決提起上訴並為訴之擴張，被上訴人則為附帶上訴，本院於109年11月18日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

一、原判決關於駁回上訴人後開第二、三項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判（確定部分除外）均廢棄。

二、被上訴人應再給付上訴人新臺幣壹拾陸萬壹仟壹佰參拾壹元，及自民國一百零七年七月十九日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

三、被上訴人應提繳新臺幣壹拾伍萬伍仟壹佰柒拾玖元至上訴人之勞工保險局退休金專戶。

四、其餘上訴駁回。

五、被上訴人應提繳新臺幣伍萬壹仟伍佰壹拾玖元至上訴人之勞工保險局退休金專戶。

六、其餘擴張之訴駁回。

七、被上訴人之附帶上訴駁回。

八、第一（確定部分除外）、二審（含擴張之訴）訴訟費用，關於上訴及擴張之訴部分，由被上訴人負擔五分之四，餘由上訴人負擔。關於附帶上訴部分，由被上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人即附帶被上訴人（下稱上訴人）起訴主張：上訴人自

民國 97 年 3 月 13 日起受僱於被上訴人即附帶上訴人（下稱被上訴人），擔任招牌安裝及西工，然被上訴人多年來違法未替上訴人提撥勞工退休金、投保勞工保險、全民健康保險，且未給予上訴人加班費、特休假等，嗣上訴人依法請求被上訴人公司給付加班費、提撥勞工退休金及投保勞保，被上訴人卻置之不理，因被上訴人曾對上訴人重大侮辱，且持續違反勞動法令，上訴人乃於 107 年 3 月 12 日，依勞動基準法（下稱勞基法）第 14 條第 5、6 款，以存證信函（下稱系爭存證信函）通知被上訴人自 107 年 3 月 13 日起終止兩造間之僱傭關係。經上訴人向衛生福利部中央健康保險署高屏業務組、勞動部勞工保險局及高雄市政府勞工局陳情、檢舉後，經該等行政機關對於被上訴人作出行政處分，被上訴人並依該等處分內容為上訴人補辦投保全民健康保險手續、投保勞工保險及提撥勞工退休金，且因違反勞動條件遭裁處罰鍰在案，堪認被上訴人事實上已承認與上訴人間之僱傭關係存在。本件請求事由發生之當日前 6 個月之平均工資為新台幣（下同）55,628 元，工作年資為 10 年（自 97 年 3 月 13 日至 107 年 3 月 12 日），上訴人於任職期間，每週上班 6 天，每天 8 時 30 分上班，18 時下班，中午 12 時至 13 時休息，即每天工作 8 個半小時，其中週一至週五每天超時工作半小時，週六超時工作 8.5 小時，從而，上訴人得請求被上訴人給付自 102 年 3 月 13 日起之加班費 838,790 元、未休特別休假工資 139,070 元及資遣費 278,140 元。上訴人於被上訴人任職期間，自行在高雄市廣告服務職業工會投保勞保，並支付全部所需費用，被上訴人雖於 99 年 9 月 6 日至 100 年 2 月 24 日為上訴人投保勞保，然全部所需費用皆由被上訴人從上訴人薪資中扣除，堪認被上訴人並未替上訴人投保勞保，又被上訴人本應以 45,800 元為上訴人投保，每月應提撥之勞工退休金應為 2,748 元，依此計算，被上訴人應補提退休金共計 155,179 元（計算式：45,800 元 $\times$ 6% = 2,748 元；2,748 元 $\times$ 12 $\times$ 10 = 329,760 元；329,760 元 - 被上訴人公司曾提撥 174,581 元 = 155,179 元）至上訴人

01 勞工退休金專戶。爰依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第
02 12條、第31條、勞基法第24條第1項、第14條第1項、第17
03 條、第38條之規定，提起本件訴訟，並聲明：(一)被上訴人應
04 給付上訴人1,256,000元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清
05 償日止，按週年利率百分之五計算之利息。(二)被上訴人應提
06 撥155,179元至上訴人之勞工保險退休金專戶，及自起訴狀
07 繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。
08 (三)願供擔保請准宣告假執行。

09 二、被上訴人則以：因上訴人具有焊接專長技能，乃自97年3月
10 13日開始至被上訴人公司承攬焊接工作，於有焊接、招牌安
11 裝施工人力需求時，被上訴人才會請上訴人前來工作，又被
12 上訴人係與上訴人約定按日計酬，並無固定工作日數之限制
13 ，被上訴人保有是否通知上訴人上工之權利，上訴人亦保有
14 上工與否之自由，彼此不受拘束，即業界俗稱之「點工」，
15 被上訴人依據上訴人實際上工日數計算承攬報酬（每點工乙
16 日固定為2,300元，內含稅捐及勞、健保費，並未另外發放
17 工作獎金），且上訴人承攬被上訴人之工作後，只需於被上
18 訴人公司營業時間前來，完成工作告知被上訴人公司人員後
19 即可離開，並無所謂固定上、下班時間，足見兩造間不具備
20 上命下從之指揮監督關係，與勞動契約特徵並不相符，是兩
21 造間屬承攬契約關係，並無勞動法規之適用，上訴人請求被
22 上訴人提撥勞工退休金、給付加班費、資遣費、特休假未休
23 工資等等，自屬無據。縱認兩造間為勞動契約，上訴人之月
24 平均工資應為52,227元（按午餐費80元部分屬被上訴人額外
25 補助之恩惠性給與，並不具勞務對價性，非屬工資），又被
26 上訴人公司通常係採週休二日，原則僅週一至週五上班，每
27 日8時30分上班，18時下班，除中午12時至1時休息以外，下
28 午也會請員工視時間及進度，自行調配半小時之休息時間，
29 故每日上班時數僅為8小時，並無上訴人所稱每週一至五每
30 日超時工作半小時情事，又106年1月1日「一例一休」政策
31 施行以前，勞基法中並無所謂「休息日」之制度，勞工縱於

週六出勤，實非必然為加班，況上訴人因自身債務以及經濟問題，向被上訴人請求盡可能多予點工，縱週六有出勤，亦非被上訴人主動要求上訴人於週六加班，且兩造係按日計付工錢，無論被上訴人係平日或休息日向上訴人點工，均已給付2,300元完畢，故上訴人請求被上訴人給付短少加班費云云，實非有據。復查，被上訴人於107年3月12日收受系爭存證信函後，即發函告知上訴人可隨時前來公司上班，未曾拒絕其出勤，足見被上訴人未曾要求上訴人自行離職，是上訴人依勞基法第14條第1項第5、6款規定終止勞動契約，顯屬無據，非得請求被上訴人給付資遣費，縱認上訴人得請求資遣費，惟依勞退條例第12條規定，工作年資10年之勞方得請求之資遣費至多僅為261,135元【計算式：52,227元×10×1/2＝261,135元】，亦非614,830元。兩造已將勞基法第36條所定例假日、休息日、第37條所定休假及第38條所定之特別休假雇主應照給之工資，包含於約定之每日工資中，足見被上訴人無另行給付特別休假工資之必要，且106年1月1日施行前之勞基法，並無強制要求雇主應就特休假未休部分折算工資規定，又雇主就勞工不能行使特別休假權利如無可歸責之原因，實無令雇主以工資賠償勞工不能休假之損害。再者，上訴人乃點工性質，並非週一至週六均日日出勤，被上訴人於上訴人出勤日均已支付其日薪，則上訴人於未出勤時，即屬休假日，自不得再向被上訴人主張特別休假折算工資之補償，況一般加班費與特休假折算工資，均應依加班或特休假未休發生時之工資計算，縱上訴人有加班或特休假未休之情事，惟上訴人逕以離職前6個月之平均工資，作為任職期間之全部加班費，特休假折算工資之計算基礎，亦有違誤。因上訴人係所謂「點工」，並無一定之僱主，屬「自僱者」，應自行加保勞、健保，以及提撥勞工退休金，且被上訴人與上訴人約定之每日2,300元工錢中，已內含被上訴人對上訴人應自行加保勞、健保費用以及勞工退休金提撥金額之相關費用補助，上訴人因而自行於高雄市廣告服務職業

工會投保勞保，並非被上訴人公司不願替上訴人投保。是以，上訴人請求被上訴人提撥勞工退休金至其個人專戶乙節，實屬無據。另上訴人依衛生福利部中央健康保險署高屏業務組、勞動部勞工保險局、高雄市政府勞工局之相關資料，逕認被上訴人事實上已承認兩造間為僱傭關係云云，惟查被上訴人係為避免延誤期限，而被追徵滯納金或被科以怠金，始暫先依旨繳納，惟被上訴人已對勞動部之行政處分提起訴願，自不能以上開事實，遽謂兩造間為僱傭關係。況雇主雖依勞工退休金條例規定有為勞工提繳退休金至其個人專戶之義務，惟勞工於符合上開條例第24條規定之請領條件前，仍難謂對雇主提繳之退休金已有請領之權利，可見雇主只要在勞工符合請領條件前完成提撥，對勞工而言，即不生給付遲延之問題，是以，上訴人就被上訴人提撥退休金部分，尚請求「按年息5%計算之利息」即屬無據等語置辯。

三、原審判決：(一)被上訴人應給付上訴人408,800元，及自107年7月19日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。(二)上訴人其餘之訴駁回。上訴人就原審駁回部分不服，提起一部上訴，並為訴之擴張，於本院上訴及擴張聲明：(一)原判決關於駁回上訴人後開第二項、第三項部分廢棄。(二)被上訴人應再給付上訴人233,635元，及自107年7月19日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。(三)被上訴人應提繳155,179元至上訴人之勞工保險局退休金專戶。(四)被上訴人應提繳51,840元至上訴人之勞工保險局退休金專戶。被上訴人答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。並附帶上訴聲明：(一)原判決不利於被上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，上訴人於第一審之訴暨假執行之聲請均駁回。上訴人答辯聲明：附帶上訴駁回（上訴人就其餘敗訴部分，未聲明不服而告確定）。

四、兩造不爭執事項如下：

(一)被上訴人公司業務為設計、製作及裝設廣告招牌，上訴人自97年3月13日起至107年3月12日止為被上訴人工作，上訴人的工作內容是焊接招牌及外出安裝招牌，上開工作期間，上

01 訴人是按日計酬。

02 (二)上訴人於107年3月12日，依勞基法第14條第5、6款規定，以
03 系爭存證信函通知被上訴人自107年3月13日起終止兩造間之
04 契約關係。

05 (三)被上訴人已提繳174,581元至上訴人之勞工退休金專戶。

06 五、兩造爭執事項如下：(一)兩造間究為承攬契約或為勞動契約？

07 (二)上訴人請求被上訴人給付與提撥之各項金額，有無理由？

08 茲將本院判斷分述如下：

09 (一)兩造間為僱傭關係之勞動契約：

10 1.按「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內
11 為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」、「稱承攬者，則
12 謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完
13 成，給付報酬之契約」，民法第482條及第490條第1項分別
14 定有明文。參酌勞基法規定之勞動契約，指當事人之一方，
15 在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給
16 付報酬之契約。可知，僱傭契約乃當事人以勞務之給付為目
17 的，受僱人於一定期間內，應依照僱用人之指示，從事一定
18 種類之工作，且受僱人提供勞務，具有繼續性及從屬性之關
19 係。而承攬契約之當事人則以勞務所完成之結果為目的，承
20 攬人只須於約定之時間完成一個或數個特定之工作，與定作
21 人間無從屬關係，可同時與數位定作人成立數個不同之承攬
22 契約，二者性質並不相同。

23 2.又勞工與雇主間之從屬性，通常具有：①人格上從屬性：此
24 乃勞動者自行決定自由權之一種壓抑，在相當期間內，對自
25 己之作息時間不能自行支配，亦不能自行決定提供勞動力之
26 場所、設備，或任意聘用助手，而勞務給付內容之詳細情節
27 亦非自始確定，勞務給付之具體詳細內容非由勞務提供者決
28 定，而係由勞務受領者決定。人格上從屬性之重要特徵在於
29 ：指示命令權，已經發展成為一種規範形式（勞基法稱為工
30 作規則），內容甚為廣泛，舉凡企業之管理規則，勞動力之
31 通盤調配，工作職場、工時、工作地點、工作方法及程序，

勞務受領者享有懲戒權等皆在內；②經濟上從屬性：勞務提供者完全被納入勞務受領者之經濟組織與生產結構之內，重點在於勞務提供者非為自己而為營業勞動，而是從屬於他人，為該他人之目的而為營業勞動，勞務提供者非以自己之生產工具為之，亦不能以指揮性、計劃性或創作性之方法對自己所為工作加以影響。析言之，生產組織體系屬於勞務受領者所有，生產工具或器械屬於勞務受領者所有，原料亦由勞務受領者所供應，責任與危險均由勞務受領者承擔；③組織上從屬性：在現代企業組織型態下，勞務受領者要求之勞動力，必須編入其生產組織內並遵循一定生產秩序，始能成為有用之勞動力，因此勞動提供者必須依據企業組織予以編制。故若當事人間具備上開從屬性內涵，即堪認其間存在勞基法所規範之勞雇關係。又公司之員工與公司間係屬僱傭關係或委任關係，應以契約之實質關係為判斷（最高法院90年度台上字第1795號判決要旨參照）。換言之，是否屬於勞動契約，應以兩造間關於勞務供給契約於提供勞務時有無時間、場所之拘束性，及對勞務給付方法之規制程度，雇主有無一般指揮監督權等因素，綜合判斷之。

3. 經查：

- (1) 被上訴人公司業務為設計、製作及裝設廣告招牌，上訴人自97年3月13日起至107年3月12日止為被上訴人工作，上訴人之工作內容是焊接招牌及外出安裝招牌，為兩造所不爭執，堪以認定。又被上訴人自陳上訴人的工作內容是焊接招牌及外出安裝招牌，有焊接、招牌安裝施工人力需求時，才會請上訴人前來工作，被上訴人並於上訴人提供勞務期間，按上訴人實際工作之日數計算報酬，再由被上訴人將每月工資核算後，匯款至上訴人指定之帳戶等情（原審卷第39頁背面、第199頁），有上訴人之薪資表及打卡記錄等件可稽（審勞訴卷第113至123頁），上訴人對於被上訴人按日計薪之事實及上開證物真正亦未爭執；而由上開薪資表之記載，凡經被上訴人通知提供勞務之工人（含上訴人），被上訴人按其施

01 工日數計算工資，每日以2,300元計算工資，堪信被上訴人
02 抗辯上訴人係按日計薪，應屬真實。

03 (2) 參以，被上訴人對上訴人之上、下班之工時及出缺狀況，既
04 均有前揭打卡紀錄可憑，觀之該等打卡紀錄，可看出上訴人
05 幾乎每工作6日休息1日，每天上班打卡時間約上午8點多至
06 下午6點多，由此可認上訴人在被上訴人公司之工作時間與
07 一般勞工相似，而與一般承攬人具有彈性之工作時間，大異
08 其趣。且從上訴人提出之106年12月之薪資單（司勞調卷第
09 11頁）更可看出，其中有上訴人請事假1小時扣薪288元之記
10 載，益見被上訴人對上訴人之工作時間有指示命令權，被上
11 訴人（勞務受領者）亦享有懲戒權。據上足見被上訴人於上
12 訴人提供勞務期間，對其所提供之勞務有指示及受領權，且
13 於其提供勞務期間，上訴人對勞務給付內容及提供勞務之場
14 所，無拒絕之自由及決定權，並均須依從被上訴人之指示為
15 之，揆諸上開說明，兩造間顯然已具有勞動契約之人格從屬
16 性質。

17 (3) 再據證人即被上訴人公司員工蔡登良證稱：上訴人是做鐵工
18 的，我各項庶務都有做，像是修理燈、開吊車等等，工作所
19 需的工具，公司有分配每人一組工具；通常一天工作八小時
20 ，如果做不完就會隔天再做。如果工作比較趕的話，超過八
21 小時，老闆會給加班費等語（原審卷第187頁），足認上訴
22 人必須使用被上訴人提供之設備提供勞務，對該設備並無任
23 何支配管理之權，另須配合被上訴人之組織運作（例如：打
24 卡簽到），並係按日計酬，無需負擔勞務之盈虧及風險，益
25 見兩造間具有前述經濟上從屬性及組織上從屬性之特質。

26 (4) 綜上，上訴人自97年3月13日起至107年3月12日止為被上訴
27 人工作期間，其所提供之勞務給付內容，既具有上述從屬性
28 之特質，堪認應屬勞基法所規範之勞動契約，兩造自具有勞
29 雇關係存在。被上訴人抗辯兩造間為承攬關係，無僱傭之勞
30 動契約存在，不足採信。

31 (二) 上訴人請求資遣費部分：

01 1. 按「有下列情形之一者，勞工得不經預告終止契約：…五、
02 雇主不依勞動契約給付工作報酬，或對於按件計酬之勞工不
03 供給充分之工作者。六、雇主違反勞動契約或勞工法令，致
04 有損害勞工權益之虞者」、「勞工依前項第1款、第6款規定
05 終止契約者，應自知悉其情形之日起30日內為之。但雇主有
06 前項第6款所定情形者，勞工得於知悉損害結果之日起，30
07 日內為之」、「第17條規定於本條終止契約準用之」。勞基
08 法第14條第1項第5、6款、第2項及第4項定有明文。準此，
09 雇主於勞工依勞基法第14條第1項各款所定事由終止勞動契
10 約者，亦應發給勞工資遣費。又依勞退條例第12條第1項規
11 定，勞工適用本條例之退休金制度者，適用本條例後之工作
12 年資，於勞動契約依勞基法第11條、第13條但書、第14條及
13 第20條或職業災害勞工保護法第23條、第24條規定終止時，
14 其資遣費由雇主按其工作年資，每滿1年發給1/2個月之平均
15 工資，未滿1年者，以比例計給；最高以發給6個月平均工資
16 為限，不適用勞基法第17條之規定。再按雇主違反勞工法令
17 ，未為勞工投保勞保、提繳勞退金或有提繳勞退金不足情形
18 ，如在持續進行中，則在該侵害行為終止前，因損害仍繼續
19 發生，勞工自無從知悉實際損害結果，是依勞基法第14條第
20 2項但書規定，勞工自得於持續侵害行為終止之時（即知悉
21 損害結果確定之日）起算30日內，行使勞基法第14條第1項
22 第6款之終止權。

23 2. 查，被上訴人僱用上訴人期間，未為其投保勞保、健保、提
24 繳勞退金，為被上訴人自陳在卷（原審卷第41頁），且被上
25 訴人前揭作為持續至107年3月間，上訴人乃據此於107年3月
26 12日，行使勞基法第14條第1項第6款之終止權（被上訴人係
27 於107年3月13日收受意思表示通知），揆諸前開規定，於法
28 有據。堪認上訴人已於法定期間內行使終止權，兩造勞動契
29 約業經上訴人於107年3月13日合法終止，兩造自斯時起再無
30 勞動契約關係存在。被上訴人依勞退條例第12條規定，應發
31 給上訴人資遣費。

01 3. 又按平均工資指計算事由發生之當日前六個月內所得工資總
02 額除以該期間之總日數所得之金額，勞基法第2條第4款定有
03 明文。則依上訴人終止勞動契約事由發生前6個月為106年9
04 月13日至107年3月12日，該期間上訴人之工資總額為323,67
05 6元（106年9月35,700元＋106年10月52,072元＋106年11月
06 60,074元＋106年12月59,212元＋107年1月59,498元＋107年
07 2月42,840元＋107年3月14,280元＝323,676元，餐費80元為
08 出勤日經常性給與，應屬工資，審勞訴卷第116至123頁），
09 除以6個月，計得月平均工資為53,946元，按其工作年資10
10 年，計算資遣費為269,730元（即 $[53,946 \times 1/2] \times 10 = 269,$
11 730），是上訴人請求上開金額之資遣費，即有理由。被上
12 訴人雖抗辯餐費非屬工資，然本院審酌餐費80元係於上訴人
13 全日出勤時固定給與之午餐費，此由證人蔡登良證稱：被上
14 訴人發給之薪水會有包含餐費，做一整天就會有餐費等語可
15 憑（原審卷第185頁），足認被上訴人給付全日工之午餐費
16 80元，應屬於工資之一部，非僅為恩惠性給與。被上訴人此
17 部分抗辯不可採。

18 (三) 上訴人請求特休未休折算工資139,070元部分，為有理由：

19 1. 按「本法第38條之特別休假，依左列規定：一、計算特別休
20 假之工作年資，應依第5條之規定。二、特別休假日期應由
21 勞雇雙方協商排定之。三、特別休假因年度終結或終止契約
22 而未休者，其應休未休之日數，雇主應發給工資」，106年6
23 月16日修正前之勞基法施行細則第24條定有明文。修正後之
24 勞基法施行細則第24-1條則規定：本法第三十八條第四項所
25 定年度終結，為前條第二項期間屆滿之日。本法第三十八條
26 第四項所定雇主應發給工資，依下列規定辦理：一、發給工
27 資之基準：(一)按勞工未休畢之特別休假日數，乘以其一日工
28 資計發。(二)前目所定一日工資，為勞工之特別休假於年度終
29 結或契約終止前一日之正常工作時間所得之工資。而「勞工
30 之特別休假，因年度終結或契約終止而未休之日數，雇主應
31 發給工資。雇主應將勞工每年特別休假之期日及未休之日數

所發給之工資數額，記載於第23條所定之勞工工資清冊，並每年定期將其內容以書面通知勞工。勞工依本條主張權利時，雇主如認為其權利不存在，應負舉證責任。」105年12月21日修正之勞基法第38條第4項至第6項規定甚明。又「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。雇主應將勞工每年特別休假之期日及未休之日數所發給之工資數額，記載於第23條所定之勞工工資清冊，並每年定期將其內容以書面通知勞工。勞工依本條主張權利時，雇主如認為其權利不存在，應負舉證責任。」，現行勞基法第38條第4項至第6項亦有明文。

2. 經查：

- (1) 上訴人主張其受僱期間均未休特別休假，故請求終止勞動契約前五年即自102年3月起之特休假未休共75日之工資139,070元，被上訴人則以前詞抗辯，但依前述規定，105年12月21日修正勞基法第38條第4項至第6項以後，應由雇主舉證勞工特休假之權利不存在，而在105年12月21日修正勞基法第38條第4項至第6項之規定前，雖無此舉證責任之規定，但當時勞工之特別休假權利是否可以落實，仍待與雇主「協商排定」，倘雇主未能積極配合「協商排定」，則上開勞工特別休假之權利，徒為具文而已，因此解釋上，105年12月21日修正勞基法第38條第4項至第6項前，依照勞基法施行細則第24條第3款「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。」之規定，即係「推定」之規定，即勞工主張有應休之特別休假未休，除非雇主可以證明勞工已休完特別休假，或勞工未休特別休假不可歸責於雇主外，即應按該日數發給工資。況上訴人於受僱期間，是否已有休特別休假，被上訴人可以提出勞基法第23條、第30條規定被上訴人應保存5年之勞工工資清冊、勞工出勤紀錄，以為核對釐清，但被上訴人僅空言執前詞抗辯，並無提出

01 上訴人已休特別休假或未休特別休假不可歸責於被上訴人之
02 具體證據，依上開說明，應認上訴人主張為真實。又勞基法
03 第38條有關特別休假之給與乃屬強制規定，雇主給與特別休
04 假之方式不得低於上開第38條之規定，遑論不給予勞工特別
05 休假，是被上訴人抗辯採日薪制無庸給付特別休假云云，自
06 無可採。

07 (2) 上訴人主張勞動契約終止前5年之未休特別休假工資，即自
08 102年3月12日至107年3月12日止，每年有15日特別休假計算
09 ，5年總計得請求被上訴人給付139,070元。而105年12月21
10 日修正後勞基法第38條第1項規定：「勞工在同一雇主或事
11 業單位，繼續工作满一定期間者，應依下列規定給予特別休
12 假：一、6個月以上1年未滿者，3日。二、1年以上2年未滿
13 者，7日。三、2年以上3年未滿者，10日。四、3年以上5年
14 未滿者，每年14日。五、5年以上10年未滿者，每年15日。
15 六、10年以上者，每1年加給1日，加至30日為止」（106年1
16 月1日施行）；105年12月21日修正前勞基法第38條規定：勞
17 工在同一雇主或事業單位，繼續工作满一定期間者，每年應
18 依左列規定給予特別休假：一、1年以上3年未滿者7日。二
19 、3年以上5年未滿者10日。三、5年以上10年未滿者14日。
20 四、10年以上者，每1年加給1日，加至30日為止。」，是10
21 6年1月1日前特別休假日數應按修正前勞基法第38條計算，1
22 06年1月1日後特別休假日數應按修正後勞基法第38條計算。
23 依此計算，則上訴人自102年3月起至105年12月31日止，特
24 別休假日數應為56日（ $14 \times 4 = 56$ 日）；106年1月1日起至10
25 7年3月12日止，特休日數為15日（ $15 \times 1 = 15$ 日），上訴人
26 於107年3月13日已經離職，合計為71日。以上訴人每日薪資
27 2,380元計算，則被上訴人應給付上訴人特休未休之薪資為
28 168,980元（ $2,380 \times 71 = 168,980$ ），而上訴人僅請求
29 139,070元，故有理由，應予准許。

30 (四) 上訴人請求自106年1月1日起至107年3月12日期間，於休息
31 日（星期六）出勤加班費部分：

上訴人依現行勞基法第36條規定請求，自106年1月1日起至107年3月12日止之週六出勤加班費，被上訴人則抗辯兩造已經議定日薪計酬，上訴人不得事後再主張週六加班費云云。

1. 按勞基法為勞動條件最低標準之規定，故於勞工延長工作時間、休假及例假日照常工作者，雇主應依勞基法第24條規定標準發給延長工作時間之工資及依同法第39條規定加倍發給工資，乃屬強制規定，除非有法律明文規定，如勞基法第84條之1規定之情形，並經中央主管機關核定公告之勞工外，勞雇雙方均應遵守。勞雇雙方所簽訂之薪資給與辦法違反上開強制規定，自屬無效（最高法院106年度台上字第824號、1824號判決意旨參照）。查，上訴人非屬適用勞基法第84條之1之勞工，且就廣告公司安裝招牌及西工之員工，就其延長工作時間、休假及例假日照常工作，勞基法並無排除上開規定之適用，則上訴人如有於例休假日照常工作之情形，被上訴人短付休假日工作之工資，即屬違反上開規定。且勞基法第36條第1項一例一休之規定係於105年12月21日修正公布，而被上訴人自陳上訴人每日薪資自105年9月起調整為2,300元（不含餐費80元），迨上訴人於107年3月13日離職止，均未調整，可見上訴人於平日及休息日（週六）出勤之工資均相同，顯不符合勞基法第24條第2項就休息日（週六）工作應加給工資之規定。是被上訴人抗辯兩造既已約定週六出勤亦以日薪2,300元計算，且該日薪既不低於基本工資及以基本工資為基準計算出之例休假工資、延長工時工資等之總和，則該工資之約定，自不違反勞基法之規定，雙方均應受其拘束，上訴人不得事後翻異，再請求給付週六之加班費云云，並不足採。至於被上訴人所援引之其他實務判決（本院卷第250至262頁、第281至287頁）均屬個案見解並無拘束本院之效力，附此說明。

2. 查，上訴人於106年1月1日起至107年3月12日止，各週六之日期及出勤之情況，經本院核對被上訴人提出之上訴人打卡紀錄（審勞訴卷第56至58頁）後，詳如附表甲所示。依前開

勞基法第36條規定，上訴人每工作七日中應有兩日休息，其中一為休息日，一為例假日之標準，惟按勞基法第39條規定經徵得勞工同意後得於該假日工作，亦可經勞資雙方協商同意後，與其他工作日對調，應放假之日與其他工作日對調後，原放假日即為應工作之日，勞工於該工作日工作，應無加倍發給工資問題。依勞基法第37條暨同法施行細則第23條所定之應放假之日，雖均應休假，惟該休假日得經勞資雙方協商同意與其他工作日對調。調移後之原休假日（紀念節日之當日）已成為工作日，勞工於該日出勤工作，不生加倍發給工資問題（行政院勞工委員會（現改制勞動部）86台勞動二字第028692號、87台勞動二字第005056號函示參照）。而觀之上訴人出勤情形，其於週六出勤時，並未全部符合當週連續工作五日（週六應為休息日）之情形，如其中106年2月4日（該週僅出勤3日）、同年3月4日（該週僅出勤4日）、同年4月22日（該週含週六共出勤5日）、同年5月20日（該週含週六共出勤5日）、同年9月9日（該週僅出勤2日）、同年10月14日（該週僅出勤4日）、107年2月24日（該週出勤3日），另外於106年2月18日【和平紀念日2/28逢星期二，調整2月27日（一）放假，於2/18（六）補班】及9月30日（10月9日彈性放假，9月30日補上班）補班。則均為政府公告之補上班日，則上開週六出勤日自不得請求加班費。是上訴人得請求之週六（休息日）出勤之加班費應如附表乙所示之金額161,131元，逾此金額所為請求，則無理由。

(五)上訴人請求被上訴人補提繳勞保退休金部分：

- 1.按雇主應為適用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞退金個人專戶；雇主為本國籍勞工負擔提繳之退休金，不得低於勞工每月工資6%；雇主未依本條例之規定按月提繳或足額提繳勞退金，致勞工受有損害者，勞工得向雇主請求損害賠償，雇主未依本條例之規定按月提繳或足額提繳勞退金，致勞工受有損害者，勞工得向雇主請求損害賠償，勞退條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項分

別定有明文。故雇主有為勞工按月提繳勞退金之義務，屬強制規定，雇主倘未依規定為勞工按月提繳，致勞工受有損害，勞工自得向雇主請求損害賠償。

2. 上訴人主張：被上訴人於僱傭上訴人期間，從未為其提撥勞退金，其每月之投保薪資應為53,000元，被上訴人每月應提撥之退休金應為百分之六即3,180元，上訴人任職10年，被上訴人應提撥之退休金總額應為381,600元，扣除被上訴人已補提之勞退金174,581元，被上訴人應再為上訴人補提繳207,019元（即原審主張敗訴之155,179元+擴張請求之51,840元）等語（本院卷第115頁），然為被上訴人否認，並抗辯：上訴人為按日計薪，97年至104年7月間日薪為2,100元，104年8月至105年8月間日薪為2,200元，105年9月起至107年3月間日薪為2,300元（本院卷第217頁），其任職10年期間，足見其薪資是逐步調漲，故其主張任職期間之投保薪資一律以53,000元計算並不合理。經查：

(1) 上訴人主張任職期間即97年3月13日起至107年3月13日離職為止，其每月投保金額應均以53,000元計算，業經衛生福利部中央健康保險署（下稱健保署）審認在卷，有健保署書函可憑（本院卷第195頁），本院審酌勞工退休金月提繳分級表就月提繳工資53,000元之級距為實際工資/執行業務所得金額介於50,601至53,000元之間（本院卷第121頁），兩造均不爭執上訴人係以日薪計酬，被上訴人復稱上訴人於97年至104年7月間日薪為2,100元，104年8月至105年8月間日薪為2,200元，105年9月起至107年3月間日薪為2,300元（不含餐費在內，本院卷第217頁），上訴人亦不爭執其日薪係逐漸調整為日薪2,380元（含餐費80元在內），是若以最低日薪2,100元計算每月平均工作25日（上訴人星期六有出勤之狀況），則其工資為52,500元（2,100元×25），而依現存上訴人自106年1月1日起至107年3月12日打卡出勤紀錄顯示其各月所領薪資為49,116元、52,072元、63,108元、57,120元、61,304元、61,304元、60,362元、52,360元、45,796元

、52,072元、60,074元、59,212元、59,498、42,840元、14,280元（107年3月上班6天），有上開各月份薪資表可參（審勞訴卷第116至123頁、原審卷第207至208頁，本院卷第223頁），以前開106年1月起至107年2月份整月份之月薪資平均為55,446元【計算式：（49,116元+52,072元+63,108元+57,120元+61,304元+61,304元+60,362元+52,360元+45,796元+52,072元+60,074元+59,212元+59,498+42,840元=776,238元）÷14=55,446元，元以下四捨五入。】，被上訴人自106年1月起至107年2月間係以57,800元月工資之級距提繳3,480元（原審卷第247頁）。是以，上訴人主張以平均每月工資53,000元，計算勞工退休金月提繳金額為3,180元（本院卷第121頁），應屬合理可採。則依此計算，①上訴人（97年3月13日到職）自97年4月起至107年2月份間之全月份（共計119個月）在職之應提繳之金額共為378,420元（3,180元×119）。②上訴人97年3月13日到職，因無出勤紀錄可參，故以被上訴人當初提繳之金額比例計算應提繳金額為1,909元（3,180元×659/1098=1908.5，元以下四捨五入，見原審卷第247頁），另107年3月工資為14,280元，則應依此工資級距（15,840元，本院卷第121頁）提繳950元，是該部分上訴人於97年3月及107年3月任職之未滿全月部分之提繳金額共為2,859元（1,909元+950元）。綜上合計①+②即被上訴人應提繳總金額共為381,279元（378,420+2,859元）。

(2)而被上訴人已為上訴人補提勞退金總計174,581元，為兩造所不爭，並有勞工退休金計算名冊及被告提繳勞工退休金明細等資料在卷可參（審勞訴卷第183-185頁、原審卷第247頁），是以，被上訴人應提繳之381,279元扣除已提繳之174,581元後，尚應提繳206,698元（381,279元-174,581元），故上訴人請求被上訴人應提撥勞退金於206,698元之範圍內，應予准許，逾上開金額部分，則無理由，不應准許。是原審駁回上訴人請求提繳之155,179元，尚有未洽，另上訴人於本院擴張訴之聲明請求51,840元部分，其中差額部分51,5

19元（206,698元-155,179元），亦應准許，逾該金額以外，則屬無據（即擴張之訴為一部有理由，一部無理由）。

六、綜上所述，上訴人依勞退條例第12條、第31條、勞基法第38條、第24條、第14條、第17條之規定，請求被上訴人給付776,629元（資遣費269,730元+特休未休工資139,070元+週六即休息日出勤加班費161,131元+勞保退休金提繳金額206,698元=776,629元），及自107年7月19日（司勞調卷第25頁）至清償日止，按週年利率5%之法定遲延利息，即屬正當，應予准許，逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回該部分之訴及上訴。從而原審就上開應准許部分駁回上訴人請求部分（週六即休息日出勤加班費161,131元+勞保退休金提繳金額155,179元），尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，於法有據，爰由本院廢棄原判決此部分改判如主文第二、三項所示；至於原審判命被上訴人給付部分（並為准免假執行之宣告），及就上開不應准許部分駁回上訴人之訴，均無不合，上訴人上訴及被上訴人附帶上訴各自指摘原判決為其不利判決部分為不當，求予廢棄改判，均無理由，應駁回其上訴、附帶上訴。上訴人於本院所為擴張之訴則一部有理由，一部無理由，該無理由部分應併予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及未經援用或調查之證據，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴及擴張之訴均為一部有理由、一部無理由，被上訴人之附帶上訴為無理由，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 12 月 16 日

勞動法庭

審判長法官	蘇姿月
法官	郭宜芳
法官	謝雨真

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

01 中 華 民 國 109 年 12 月 16 日
 02 書記官 黃旭淑
 03

附表甲：

發薪月份	顏立富工資		顏立富週六出勤狀況			休息日（週六）
	日薪	換算時薪	當月週六日期	出勤日期	出勤時數	加班費計算
106/01	2380	297.5	7、14、21、28	7、14、21	24	$8 \text{ 小時} : 297.5 \times 2 \times 4 \div 3 + 297.5 \times 6 \times 5 \div 3 = 3768。$ $7 \text{ 小時} : 297.5 \times 2 \times 4 \div 3 + 297.5 \times 5 \times 5 \div 3 = 3272。$ $6 \text{ 小時} : 297.5 \times 2 \times 4 \div 3 + 297.5 \times 4 \times 5 \div 3 = 2777。$ $4 \text{ 小時} : 297.5 \times 2 \times 4 \div 3 + 297.5 \times 2 \times 5 \div 3 = 1785。$ 元以下四捨五入
106/02	2380	297.5	4、11、18（補班）、25	4、11（-1）、18補班、25 其中4日（8小時）及18日補班（8小時）不應計算加班費。	31	
106/03	2380	297.5	4、11、18、25	4（-2）、11、18、25 其中4日（6小時）不應計算加班費	30	
106/04	2380	297.5	1、8、15、22、29	1、8、15、22、29 其中22日（8小時）不應計算加班費	40	
106/05	2380	297.5	6、13、20、27	6（-1）、13（-1）、20、27 其中20日（8小時）不應計算加班費	30	
106/06	2380	297.5	3、10、17、24	3、10、17、24	32	
106/07	2380	297.5	1、8、15、22、29	1、8、15、22（-4）、29（-1）	35	
106/08	2380	297.5	5、12、19、26	5、12、19	24	
106/09	2380	297.5	2、9、16、23、30（補班）	9、16、23、30 其中9日（8小時）、30日補班（8小時）不應計算加班費	32	
106/10	2380	297.5	7、14、21、28	14、21（-1）、28 其中14日（8小時）不應計算加班費	23	
106/11	2380	297.5	4、11、18、25	4、11（-1）、18（-4）、25（-1）	26	
106/12	2380	297.5	2、9、16、23、30	2、9、16、30	32	
107/01	2380	297.5	6、13、20、27	6、13、20、27（-2）	30	
107/02	2380	297.5	3、10、17、24	3、10、24 其中24日（8小時）不應計算加班費	24	
107/03	2380	297.5	3、10	-	0	
合 計			62		413	

(續上頁)

雇主使勞工於第36條所定休息日工作，工作時間在2小時以內者，其工資按平日每小時工資額另再加給一又三分之一以上；工作2小時再繼續工作者，按平日每小時工資額另再加給一又三分之二以上。
勞基法第24條第2項定有明文。

附表乙

時間	計算加班費時數	加班費
106/01	24 (8+8+8)	11,000 (0000 × 3)
106/02	15 (7+8)	7,000 (0000+3768)
106/03	24 (8+8+8)	11,000 (0000 × 3)
106/04	32 (8+8+8+8)	15,000 (0000 × 4)
106/05	22 (7+7+8)	10,000 (0000 × 2+3768)
106/06	32 (8+8+8+8)	15,000 (0000 × 4)
106/07	35 (8+8+8+4+7)	16,000 (0000 × 3+1785+3272)
106/08	24 (8+8+8)	11,000 (0000 × 3)
106/09	16 (8+8)	7,000 (0000 × 2)
106/10	15 (7+8)	7,000 (0000+3768)
106/11	26 (8+7+4+7)	12,000 (0000+3272+1785+3272)

(續 上 頁)

106/12	32 (8+8+8+8)	15,000 (0000 ✕ 4)
107/01	30 (8+8+8+6)	14,000 (0000 ✕ 3+2777)
107/02	16 (8+8)	7,000 (0000 ✕ 2)
107/03	0	0
合 計	343	161,131

計 算 式：11304+ 7040+ 11304+ 15072+ 10312+ 15072+ 16361+
11304+7536+7040+12097+15072+ 14081+ 7536= 161,131。