臺灣高等法院民事判決

107年度勞上字第110號

上　訴　人　黃柄杉
訴訟代理人　魏千揂律師
　　李柏毅律師
被上訴人　凱基證券股份有限公司
法定代理人　許道義
訴訟代理人　侯俊安律師

上列當事人間請求給付退休金差額等事件，上訴人對於中華民國107年6月21日臺灣臺北地方法院106年度勞訴字第302號第一審判決提起上訴，本院於108年8月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於駁回上訴人下列第二項之訴部分，並除確定部分外，訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣貳拾玖萬參仟伍佰貳拾參元，及自民國一0六年九月七日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用除確定部分外，由被上訴人負擔百分之十七，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：上訴人自民國（下同）85年6月14日起受僱於大華證券股份有限公司（下稱大華證券公司），該公司嗣於102年6月22日與被上訴人合併而消滅，上訴人受被上訴人留用並擔任市府分公司業務經理，被上訴人則承認上訴人任職大華證券公司之年資（下稱系爭勞動契約）。上訴人於105年9月1日退休，被上訴人以平均工資新臺幣（下同）24萬3,927元、退休金基數36.5計算，發給上訴人退休金890萬3,336 元。惟被上訴人之計算有誤，短少給付上訴人退休金差額145萬4,670元、100年至105年特休未休工資25萬5,653元、加班費及誤餐費1萬1,803元。爰依系爭勞動契約、105年12月21日修正、106年1月1日公布施行前之勞動基準法（

下稱修正前勞基法）第24條、第38條、第39條、106年6月16日修正前勞基法施行細則（下稱修正前勞基法施行細則）第24條規定、105年12月21日修正、106年1月1日公布施行之勞基法（下稱修正後勞基法）第38條，及勞動基準法（下稱勞基法）第55條、被上訴人訂頒「員工出勤管理要點」第4點第3項第1款規定，求為判命：被上訴人應給付上訴人172萬2,126元本息等語（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人就其中170萬3,177元敗訴部分提起上訴，其餘敗訴部分未據聲明不服，已告確定）。並上訴聲明：　原判決除確定部分外廢棄。　被上訴人應給付上訴人170萬3,177元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。　願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：大華證券公司於84年11月30日訂頒「員工退休、資遣及撫卹辦法」（下稱系爭84年版退休辦法）後，因證券業自87年3月1日起適用勞基法而於88年4月2日修正該辦法（下稱系爭88年版退休辦法），復於100年12月22日修訂及變更名稱為員工退休準則（下稱系爭100年版退休辦法），經臺北市政府勞工局同意備查，大華證券公司已於101年3月27日以電子郵件通知上訴人，顯已對全體員工為公開揭示，上訴人援引已廢止之系爭84年版退休辦法計算退休金基數，於法不合。又大華證券公司於102年6月22日因與被上訴人合併而消滅，上訴人同意被上訴人留用並簽署同意書，已載明相關規定將依被上訴人公司內部規定為準，被上訴人以退休金基數36.5計算退休金核付上訴人，並無錯誤。被上訴人前計算上訴人退休時一個月平均工資，係以105年3月至8月所得薪資、伙食津貼及營業獎金、協銷獎金、介紹獎金及保經佣金計算，並無不合。至於特別獎金、激勵獎金，均非屬經常性給與，性質上屬恩惠性給予，不須列入平均工資計算。上訴人未休畢每年之特別休假，非可歸責於被上訴人，且上訴人就100年度之未休特休工資請求權已於106年1月罹於時效，被上訴人得拒絕給付。縱被上訴人應給付上訴人特休

未休工資，依修正前勞基法第24條規定，延長工作時間之工資均按平日每小時工資額加給，且不得加計因工作表現所發給之獎金或加班費。至於加班費應按上訴人實際加班時數計算，被上訴人並無短計加班時數。況依修正前勞基法第24條規定，加班費係以平日每小時工資額加給計算，不應加計其他獎金後計算等語，資為抗辯。並答辯聲明：　上訴駁回。

如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事項：

上訴人自85年6月14日起受僱於大華證券公司，嗣後大華證券公司為被上訴人併購，合併基準日為102年6月22日，大華證券公司因合併消滅後，上訴人受被上訴人留用並任職於市府分公司業務經理，且被上訴人承認上訴人任職於大華證券公司期間之年資。

上訴人於105年9月1日退休，被上訴人以平均工資24萬3,927元、退休金基數36.5，發給退休金890萬3,336元。被上訴人將105年3月15日至105年8月15日間所發給之底薪、伙食津貼、營業獎金、協銷獎金、介紹獎金、凱基保經佣金列入平均工資之計算；退休金基數之計算，則係以85年6月14日至87年2月28日為4個基數，87年3月1日至100年6月13日為27個基數，100年6月14日至105年8月31日為5.5個基數。

上訴人之特別休假於100年有19日未休、101年有19日未休、102年有20日未休、103年有21.5日未休、104年有21日未休、105年有25日未休。被上訴人以底薪4萬3,800元及伙食津貼1,800元計算，給付上訴人105年度25日特休未休工資3萬8,000元，未給付100年至104年特別休假未休工資。

ŋ 上訴人於102年間，共於7月14日、8月3日、8月4日、8月10日、8月11日、11月24日、12月1日，計7個假日出勤加班。

ē 上訴人於103年間，共於3月15日、4月12日、5月17日、5月28日、5月29日、5月30日、5月31日、6月3日、6月4日、6月5日、6月6日、6月7日、9月1日、9月2日、9月3日、9月4日、9月5日、10月18日，合計6個假日、12個平日加班。對上

訴人上述日期之加班時數，被上訴人均按打卡紀錄計算加班時數，但加班未滿30分鐘，被上訴人不計入加班時數。對上訴人上述日期之加班費計算，上訴人均僅以底薪4萬3,800元及伙食津貼1,800元計算平日每小時工資額，未計入獎金。被上訴人將獎金計入平均每小時工資額，於105年9月補發上訴人104年10月26日、10月27日、10月28日之平日加班費共783元。

四、兩造爭執要點為：被上訴人是否應給付上訴人下列金額：退休金差額、特別休假未休工資差額、加班費差額？茲就兩造爭點及本院得心證理由分述如下：

退休金差額部分：

上訴人之退休金基數是否應依系爭84年版退休辦法計算？

－按工作規則為雇主統一勞動條件及工作紀錄，單方制訂之定型化規則。雇主公開揭示時，係欲使其成為僱傭契約之附合契約，而得拘束勞雇雙方之意思表示。勞工知悉後如繼續為該雇主提供勞務，應認係默示承諾該工作規則內容，而使該規則發生附合契約之效力（最高法院81年度台上字第2492號、91年度台上字第1625號判決意旨參照）。次按雇主制訂之工作規則，報請主管機關核備，並公開揭示於其內部網路，有拘束勞雇雙方之效力（最高法院105年台上字第1893號判決意旨參照）。蓋因現今社會業已邁入網際網路時代，電子資訊較諸紙本資訊傳遞快速、容易、廣泛，民事訴訟法及強制執行法均已規定，關於公示送達應送達之文書，以及拍賣公告，均應公告於法院網站。則雇主建構內部網站放置工作規則公告，使各員工均得以使用公司配備之電腦設備查知該公告，並留存工作規則，以取代傳統佈告欄之功用，應足以認為員工已處於得輕易查知並認識該等工作規則之狀態，符合公開揭示之要求。至於員工是否查看，則非雇主所得控制，亦不應以員工未察看而逕認雇主未為公開揭示。

—經查大華證券公司訂頒系爭84年版、88年版、100年版退休辦法後，並就系爭100年版退休辦法向臺北市政府勞工局申

請備查獲准，且於101年3月27日下午5時52分以公司內網公告予管理部、債券部、承銷部、自營部、稽核部、股務代理部、企劃部等各單位週知，有上開退休辦法、大華證券公司100年12月28日函稿、大華證券公司內網公告頁面列印資料、台北市政府勞工局101年3月14日函文影本可稽（見原審卷第22至23、74至81、104頁）。次查大華證券公司於101年3月27日所寄送電子郵件之收件人為全體公司成員，其中所謂「B00B各營業據點」，係指當時大華證券公司之所有分公司，亦即每一個分公司營業員均收到該郵件，自然包括上訴人，有該郵件影本可證（見本院卷第243頁）。且被上訴人所屬資訊部員工即訴外人盧黃生、稽核部員工即訴外人洪碧姬仍留存該電子郵件，有該等電子郵件影本可憑（見本院卷第273至281頁）。從而大華證券公司既已將系爭100年版退休辦法公告於公司內網規章公告區並通知員工，上訴人顯然已處於得知悉該辦法之狀態，則依上說明，自有拘束兩造之效力。是被上訴人辯稱：系爭100年版退休辦法業已公開揭示，系爭84年版退休辦法因此失效，上訴人仍繼續受僱於大華證券公司，至大華證券公司受被上訴人併購為止，足見上訴人默示同意系爭100年版退休辦法之內容，即應受該辦法之拘束，上訴人不得再援用系爭84年版退休辦法主張其退休金基數為36.5等語，即屬有據。上訴人雖提出訴外人李秋玉、鄭金源、簡獻春、許家騰、賴岳龍、江思庭、陳寶婕、陳良昇等員工之聲明書，聲稱不知大華證券公司修改系爭84年版退休辦法云云，固有該等聲明書影本可按（見本院卷第111至115、171至175頁）。惟查該等員工不知大華證券公司修改系爭84年版退休辦法等情，不足以證明上訴人亦不知情。且依上說明，大華證券公司既已將系爭100年版退休辦法公告於公司內部網站並通知員工，上訴人與該等員工即已處於得知悉該辦法之狀態，該辦法即生拘束兩造之效力，不因上訴人與該等員工未上網查詢該辦法而異。是上訴人此部分主張，應屬無據。

．次查改制前之行政院勞工委員會（下稱勞委會）於87年2月5日以台87勞動2字第002686號公告，指定證券業自87年3月1日起適用勞基法，大華證券公司因此於88年4月2日修正系爭84年版退休辦法，為兩造所不爭執。則大華證券公司既因經勞委會指定適用勞基法，因此修正系爭84年版退休辦法，其變更工作規則即具有正當合理性。系爭84年版退休辦法即因系爭88年版退休辦法之制定而失效，上訴人自無從援引已失效之系爭84年版退休辦法計算退休金基數。上訴人主張：依系爭84年版退休辦法第11條第1項第1款規定，員工年資達17年者，給與35個基數（見原審卷第22頁反面、23頁反面），該項計算方式優於勞基法第55條規定，自應優先適用，大華證券公司變更退休金計算方式而制定系爭88年版退休辦法，不具合理正當性，不得拘束上訴人云云，並不足採。

j上訴人雖主張退休金基數之計算攸關員工退休晚年生活保障，未經其同意，大華證券公司不得修正系爭84年版退休辦法而使其適用較不利之退休辦法，否則即係違反誠信原則云云。經查大華證券公司並未利用勞工之事前概括同意而修訂系爭84年版退休辦法，所為修訂係因應勞基法適用於證券業之故，且曾經公告系爭100年版退休辦法予員工知悉，已如前述。該項修訂係針對所有員工一體適用，無法區分個別員工有利者才適用、不利者即不適用，故未違誠信原則。至於最高法院91年度台上字第1040號判決意旨，在於說明雇主非得以勞工之事前概括同意而單方變更勞工勞動條件之工作或退休有關事項，顯與本件所示情形不同，無從比附援引。是其此部分主張，亦不足採。

LL又按併購後存續公司、新設公司或受讓公司應於併購基準日30日前，以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定留用之勞工。該受通知之勞工，應於受通知日起10日內，以書面通知新雇主是否同意留用，屆期未為通知者，視為同意留用。留用勞工於併購前在消滅公司、讓與公司或被分割公司之工作年資，併購後存續公司、新設公司或受讓公司應予以承認。又

公司進行併購，未經留用或不同意留用之勞工，應由併購前之雇主終止勞動契約，並依勞基法第16條規定期間預告終止或支付預告期間工資，並依法發給勞工退休金或資遣費。前項所定不同意留用，包括經同意留用後，於併購基準日前因個人因素不願留用之情形。企業併購法第16條、第17條分別定有明文。經查上訴人於被上訴人併購大華證券公司而經被上訴人公司留用時，被上訴人曾經交付留用通知書，第4條記載：「其他規定與辦法以公司制度為標準。」，其上並有「接受凱基證券留用」、「不接受凱基證券留用」之欄位以供上訴人勾選（見原審卷第18、144頁）。則上訴人於大華證券公司遭併購而為被上訴人留用時，依上開企業併購法規定，既得於受被上訴人通知之日起10日內決定是否同意留用，即得斟酌各種待遇、福利措施、工作規則內容而本於自由意志決定是否同意被上訴人之留用，抑或不同意留用而由大華證券公司終止勞動契約，並受領大華證券公司給付之資遣費、預告期間工資。且依上訴人擔任業務經理之智識程度，應可充分理解所謂「其他規定與辦法以公司制度為標準」之意義。故被上訴人辯稱：上訴人同意適用系爭100年版退休辦法等語，應屬有據。至於被上訴人雖然同意承認上訴人於大華證券公司服務年資，但據此不足以證明被上訴人同意適用系爭84年版退休辦法規定。是上訴人主張應適用系爭84年版退休辦法云云，亦不足採。

ll又查系爭88年版退休辦法第9條、系爭100年版退休辦法第5條、被上訴人於104年9月25日核定之「員工退休辦法」（下稱系爭104年版退休辦法）第7條，均規定員工符合退休制度者，按服務年資計算，前15年，每年發給2個基數，以後每增1年發給1個基數，最高以發給45個基數為限，未滿半年者以半年計，滿半年者以一年計，亦相同，經核均與勞基法第55條規定相同，為兩造所不爭執，並有上開版本退休辦法與準則影本可證（見原審卷第75、78、82頁反面）。則被上訴人以85年6月14日至87年2月28日（即證券業適用勞基法

之前日）計算為4個基數，87年3月1日至100年6月13日為27個基數，100年6月14日至105年8月31日為5.5個基數，共計36.5個基數給付退休金予上訴人，即為適法，並無短少。從而上訴人主張：依系爭84年版退休辦法計算其退休金基數為39.5個，被上訴人計算之退休金基數有誤云云，應屬無據。上訴人之平均工資為若干？

－按勞基法第2條第3款規定：勞工因工作而獲得之報酬謂工資，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。次按勞基法第2條第3款規定之工資，應視是否屬勞工因提供勞務而由雇主獲致之對價而定，亦即工資須具備「勞務對價性」要件，而於無法單以勞務對價性明確判斷是否為工資時，則輔以「經常性給與」與否作為補充性之判斷標準（最高法院106年度台上字第1215號判決意旨參照）。

—經查上訴人主張：被上訴人所計算上訴人之平均工資僅為24萬3,927元，漏列上訴人於105年3月10日受領之特別獎金7萬6,099元、105年4月15日營業獎金之錯帳扣款539元、105年6月15日激勵獎金1萬3,000元、105年9月14日激勵獎金1萬元、2,400元、105年10月14日激勵獎金4,998元，實際平均工資應為26萬1,766元云云。被上訴人則辯稱：上訴人之薪資與伙食津貼部分為當月給付，故以上訴人自105年3月起至8月止所領取之金額計算。相關獎金部分因屬當月結算次月發給，故以上訴人自105年4月起至9月止所領取之獎金計算。從而上訴人之平均工資為23萬9,617元。至於被上訴人先前計算上訴人之平均工資為24萬3,927元，係因被上訴人於105年8月核算上訴人退休金時，上訴人於105年8月之獎金須於9月始得以結算，故以105年3月至105年8月所實領之工資（含當月薪資、伙食津貼及前一個月結算至當月領取之獎金）計算月平均工資云云。

·105年3月10日特別獎金7萬6,099元部分：

經查被上訴人之客戶，若因下單數量大而要求高比例手續費

折讓時，將影響營業員之營業獎金。為鼓勵營業員提升被上訴人之經紀業務市佔率，被上訴人因此依個案情形發放特別獎金以茲獎勵，為兩造所不爭執。其發放程序為：先由營業員填寫手續費折讓申請單，該折讓單上關於特別獎金之數額欄均為空白，再經公司經理人簽核，關於特別獎金部分，另需經亞太經紀業務主管簽核通過後始得生效，有手續費折讓申請單影本可證（見原審卷第183頁）。再查上訴人於受僱被上訴人期間，共受領4次特別獎金，分別為103年9月10日3萬3,443元，103年10月9日1萬4,842元，103年11月10日2,740元，105年3月10日7萬6,099元，有薪資明細影本可稽（見原審第168至169頁反面）。其中105年3月10日特別獎金部分，係由被上訴人於105年2月間，經電子簽核系統以單獨記載金額方式，於105年3月發給上訴人特別獎金7萬6,099元，亦有電子表單列印影本可稽（見原審卷第154至155頁）。則據此足證特別獎金係因折讓而生，金額不固定，且非必等同於業務員因折讓手續費所減少之獎金數額，核其性質屬於被上訴人單方決定是否給予及其數額之恩惠性給付。

次查被上訴人計算上訴人之105年2月份業績及營業獎金時，已將康和綜合證券股份有限公司（下稱康和證券公司）於該月經由被上訴人下單之業績，計入上訴人當月業績中，被上訴人並以上訴人當月全部業績，計算上訴人該月之營業獎金為2萬6,955元，有105年2月營業員業績查詢表影本可證（見原審卷第128至129頁）。則康和證券公司交易所生業績，既已計入上訴人之業績，且上訴人於105年2月之營業獎金金額僅為2萬6,955元，遠低於上訴人於該月所受領之特別獎金7萬6,099元，足證該特別獎金並非上訴人為康和證券公司服務而取得之現貨營業獎金即接單費。是被上訴人辯稱：105年3月10日給付之特別獎金，為其單方面之獎勵性給予，不具勞務對價性，亦非經常性給付等語，應為可採。

上訴人雖提出訴外人陳君妮、吳健禎、周藤村、林大業、李秋玉即被上訴人所屬前任業務員、經理人、結算主管出具之

聲明書影本（見本院卷第117至121頁），證明特別獎金即為接單費，與業務員之工作有對價關係；另提出103年9月10日受領特別獎金3萬3,443元，103年10月9日受領1萬4,842元，103年11月10日受領2,740元之獎金計算表、業績表影本（見本院卷第221至228頁），主張特別獎金是依照業績比例以公式計算得出，故特別獎金確實具有勞務給付之對價性，而屬工資，應納入平均工資計算云云。惟查被上訴人發給特別獎金之目的，在於補貼營業員因客戶下單手續費之折讓所受營業獎金之損失，已如前述，則特別獎金之數額，雖係依業績比例計算而得，仍與勞務提供並無對價性，不應列入平均工資之計算。是上訴人所提出上開證據，均不足以為有利於上訴人之認定。上訴人聲請訊問證人賴岳龍、林大業、江思庭，以證明特別獎金簽報申請、發放流程與標準等情，即無必要，附此敘明。是上訴人主張：應將其於105年3月10日受領之特別獎金7萬6,099元列入平均工資計算云云，應屬無據。

j 105年4月15日營業獎金之錯帳扣款539元部分：

按大華證券公司訂頒「經紀業務人員錯帳及違約損失獎金折減要點」第2條第1項第2款第9點規定：「營業員發生錯帳損失時，該營業員應負擔之錯帳損失即計入『經記業務營業員獎金辦法』不錯帳暨違約金之減項，不足部分則自發放當月該營業員之所有獎金中折減，當月獎金不足折減時，次月繼續折減，折減至全數應負擔金額處理完畢為止。若辦理離職時，尚有未清償之金額，須於離職時一次全數清償。」（見原審卷第149頁）。則據此足證營業獎金之目的，既然在於鼓勵員工、加強工作績效，則其計算即應先扣除錯帳暨違約金，始足當之。員工無從請求先計算營業獎金後，再扣除錯帳暨違約金，否則即失其獎勵之意義。

經查上訴人於105年3月22日發生錯帳事件，當時客戶變更股票買賣價格，但上訴人忘記取消改價，造成客戶損失 1,349元，有錯帳通知單影本可稽（見原審卷第147頁），應適用上開「經紀業務人員錯帳及違約損失獎金折減要點」第2條

第1項第2款第1點規定（見原審卷第149頁），由被上訴人分擔60%，上訴人分擔40%，故上訴人應負擔錯帳損失539元，為兩造所不爭執。次查上訴人之營業獎金計算，既應先行扣除不錯帳暨違約金，已如前述，則該部分錯帳金額並非上訴人所得領取之營業獎金，並非勞務之對價，不得列入平均工資之計算。又查上開規定所謂「錯帳不足部分可由當月所有獎金折減」，核其性質雖屬於被上訴人以其對上訴人所負有之獎金給付債務，與上訴人對被上訴人所負有之錯帳損失賠償債務相抵銷，但據此並不足以認定該部分錯帳金額為勞務之對價。是上訴人主張，因錯帳被扣之營業獎金539元，應計入平均工資計算云云，應屬無據。

LL105年6月15日激勵獎金1萬3,000元、105年9月14日激勵獎金1萬元部分：

按勞委會87年08月20日（87）台勞動二字第035198號函釋略謂：「績效獎金如係以勞工工作達成預定目標而發放，具有因工作而獲得之報酬之性質，依勞動基準法第2條第3款暨施行細則第10條規定，應屬工資範疇，於計算退休金時，自應列入平均工資計算。」。

經查被上訴人於105年3月7日發布「保險商品105年第一季保險營收排名獎勵公告」，載明：「一、為提升105年第一季保險營收動能，期望透過營業員保險營收獎勵辦法，提升營業戰力與營收貢獻。二、內容，活動期間：　獎勵計算期間105/01/01～105/03/31（以『保單受理日』作為計算基準日）。　保險公司最後核保日：105/04/30（含）以前。……獎勵方式：以營業員Q1保險營收金額排名，取前30名依排名給予現金獎勵。獎勵方式如下：保險營收排名第1～2名，每人獎勵1.5萬元；保險營收排名第3～5名，每人獎勵1.3萬元；保險營收排名第6～10名，每人獎勵1萬元；保險營收排名第11～20名，每人獎勵7千元；保險營收排名第21～30名，每人獎勵5千元。……」（見原審卷第84頁）。

次查被上訴人係每年每季定期舉行上開獎勵活動，為兩造所

不爭執，自具有制度經常性。且被上訴人既發布上開公告並定期舉辦獎勵活動，為期長達3個月，就排名列於30名以內者給予固定金額之獎勵，則據此足證該項激勵獎金不僅為激勵員工士氣，加強工作績效而發給之競賽獎金，同時具有勞務對價性與經常性，亦即營業員只須從事工作，努力推廣保險營收，排名列於30名內必可獲致每季穩定、經常性之激勵獎金，其性質上屬於工資。次查上訴人於105年6月15日受領激勵獎金即105年第1季保險營收排名獎勵1萬3,000元、105年9月14日受領激勵獎金即105年第2季保險營收排名獎勵1萬元，有薪資明細表影本可證（見原審卷第28頁反面、31頁），並為兩造所不爭執。則上訴人主張上開激勵獎金應列入平均工資計算等語，應屬有據。被上訴人辯稱：上開獎勵活動並非制度上經常之活動，且前述活動就排名第31名以後之業務員而言，其付出亦無相對應之回報，是該激勵獎金不具有勞務對價性云云。惟查上開獎勵活動為期長達3個月，且排名30名內之員工必須努力工作、提升績效，始能獲得該等獎金，依其性質自屬於勞務之對價，不因排名30名外之員工未獲獎而異。是被上訴人此部分所辯，並不足採。

㈡105年9月14日激勵獎金2,400元、105年10月14日激勵獎金4,998元部分：

經查被上訴人於104年11月間辦理「證券交割帳戶推廣活動」，並發布公文載明：「一、推廣目的：　鼓勵營業員辦理凱基銀行共同行銷台幣存款帳戶開戶業務。　集中客戶證券交易帳戶於凱基銀行，以利後台作業整合，減輕後台作業負擔，並提升對客戶服務品質。二、獎勵內容：　活動期間：溯至2015年9月1日起，並視專案執行狀況決定終止日期。……　獎金計算：計算標準：依業務員別，每成功推廣1戶即獲得獎勵基數300點。獎勵基數每點換算為新台幣1元。計算公式：當月獎勵金額＝當月獎勵基數總數x（當月財務指標獎金比例＋當月非財務指標獎金比例）……」（見原審卷第157頁）。

次查被上訴人於105年4月間訂定「證券戶移轉及深耕獎勵專案要點」，於第4點「獎勵說明」規定：「　基本要件：凡推廣活動期間前已為凱基證券客戶者於本行開立證券款項劃撥存款戶（以下簡稱『交割帳戶』），並完成『客戶款項劃撥帳號變更申請暨股息劃撥同意書』連結啟用之交割帳戶，始納入獎勵計績之範圍。　計績方式：依據凱基證券營業員所推廣之交割帳戶月平均往來總資產規模（以下簡稱『AUM』），每壹佰萬元AUM提供獎勵金300元（AUM不足壹佰萬元不計入），採每月計績，連續6個月獎勵。　獎勵限制：帳戶自動化服務比例須達70%以上：（本項指標最高10分）……　作業規定遵循/稽核缺失：專案期間經查有明顯作業品質缺失，致違反相關內、外部規定者，每件扣1分。……　客戶紛爭：專案期間，如遇客戶紛爭，並可明確歸責凱基證券營業員者，每件扣2分。……以上非財務指標依照下列總分達成狀況之級距，調整可領取獎金比率，惟非財務性指標為0分者不得領取。……」（見原審卷第159頁）。則被上訴人既然每年定期辦理證券交割帳戶推廣活動，並設定勞務給付目標，營業員達成目標後，即獲得激勵獎金，則依前述勞委會87年08月20日（87）台勞動二字第035198號函釋意旨，應認為上開激勵獎金係以營業員工作達成預定目標而發放，具有因工作而獲得報酬之性質，具有勞務對價性與經常性。亦即營業員只須從事工作，努力推廣證券交割帳戶，每成功推廣1戶或依所推廣之交割帳戶月平均往來總資產規模每百萬元計算，必可在每年激勵活動期間獲致穩定、經常性之激勵獎金，其性質上屬於工資。被上訴人辯稱：前述二項專案均係為使業務員於專案期間，努力配合被上訴人與同一金控集團所屬銀行即凱基銀行之共同行銷，推廣其客戶將原有之證券劃撥交割帳戶轉為凱基銀行帳戶所設，獎金核發標準含括財務性指標及非財務性指標，因此發放之激勵獎金均不具經常性，而屬雇主之獎勵性、恩惠性給予，非勞務對價，並非工資云云，並不可採。上訴人主張：105年9月14

日受領激勵獎金2,400元、105年10月14日受領激勵獎金4,998元，屬其工作所得之報酬，具勞務對價性，應列入平均工資計算等語，應屬有據。

從而上訴人之退休金基數應為36.5，平均工資之計算則應加計105年6月15日激勵獎金1萬3,000元、105年9月14日激勵獎金1萬元、2,400元、105年10月14日激勵獎金4,998元。其中關於105年9月14日、105年10月14日激勵獎金部分，為上訴人於105年8月提供勞務之對價，但須於108年9月始得以結算並發放，故應列入105年8月工資計算。是上訴人之平均工資為24萬8,993元（計算式如附表一所示）。則上訴人之退休金應為908萬8,245元（計算式：248,993× 36.5＝9,088,245，元以下四捨五入）。惟被上訴人僅發給890萬3,336元，故上訴人請求被上訴人給付退休金差額18萬4,909元本息（計算式：9,088,245－8,903,336＝184,909，元以下四捨五入），應屬有據。

特別休假未休工資差額部分：

自100年起至104年止部分：

- 按修正前勞基法第38條規定：「勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應依左列規定給予特別休假：……四、10年以上者，每1年加給1日，加至30日為止。」，第39條規定：「第36條所定之例假、第37條所定之休假及第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。因季節性關係有趕工必要，經勞工或工會同意照常工作者，亦同。」，修正前勞基法施行細則第24條則規定：「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。」。次按特別休假應按年度計算，勞工應休之特別休假日於年度終結時，如有未休完日數，且可歸責於雇主時，勞工始得請求雇主發給未休特別休假日數之

工資（最高法院103年度台上字第1425號判決意旨參照）。則於105年12月31日勞基法修正前，勞工應休之特別休假日於年度終結時，如有未休完日數，且因可歸責於雇主之事由所致時，勞工始得請求雇主發給未休特別休假日數之工資。

一經查被上訴人訂頒「員工請假休假辦法」，依該辦法第3條規定所示，特別休假無需提出請假原因，亦無需檢附文件，有該辦法影本可稽（見原審卷第85頁）。且被上訴人曾於公司人力資源網發布公告：「各位同仁，謹提醒您，請妥善運用個人之年度特別休假與補假，維持工作與生活的平衡，同時追求健康生活及工作效率。……時序進入第4季，請同仁善加運用個人之年度特別休假與補休假，謝謝。」，有公告影本可按（見原審卷第90、105頁）。次查上訴人受僱期間申請特別休假，均經被上訴人同意，有電子系統假單紀錄影本可證（見原審卷第91頁）。則據此足證上訴人自100年起至104年止，未將特別休假使用完畢，不可歸責於被上訴人。被上訴人此部分所辯，應屬有據。上訴人雖主張：被上訴人市府分公司經理人有恣意不准假之情形，並提出訴外人彭兆源、陳寶婕申請特休未獲准之請假單影本為憑（見原審卷第134頁、本院卷第181頁）。惟查據此僅足以證明彭兆源、陳寶婕申請特休未獲准，但不能證明上訴人曾經申請特休未獲准。上訴人又主張：因業績壓力、業績檢討及退休將屆之壓力，導致身為業務經理的上訴人，平時非不得已不敢請假云云，並提出訴外人許裕嘉、賴文頤、陳良昇、鄭心怡、吳威蒔、陳寶婕之聲明書為據（見本院卷第123至128頁）。惟查被上訴人營運以獲利為目標，對於員工要求業績表現，自屬當然，上訴人若因業績不佳而不敢請假，無從認為係因可歸責於被上訴人之事由所致。是上訴人請求被上訴人給付自100年起至104年止之特別休假未休工資云云，即屬無據。

105年部分：

－按修正後勞基法第38條第1項規定：「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：……五、5年以上10年未滿者，每年15日。六、10年以上者，每1年加給1日，加至30日為止。」，第2項規定：「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。」，第3項規定：「雇主應於勞工符合第1項所定之特別休假條件時，告知勞工依前二項規定排定特別休假。」，第4項規定：「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。」，第6項規定：「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。」。經查上訴人於105年有25日特別休假未休，被上訴人僅給付特休未休工資3萬8,000元予上訴人，為兩造所不爭執。則上訴人依上開規定主張被上訴人短少給付特休未休工資9萬7,511元，被上訴人如認其權利不存在，應負舉證責任。

一次按勞基法第2條第3款規定之工資，應視是否屬勞工因提供勞務而由雇主獲致之對價而定，已如前述。經查上訴人於105年8月領取本薪4萬3,800元、伙食費1,800元、營業獎金326元、協銷獎金159元、介紹獎金1,479元、凱基保經佣金11萬5,103元，總計為16萬2,613元，有上訴人提出之工資計算表可稽（見原審卷第12頁），並為被上訴人所不爭執。則被上訴人應給付特休未休工資13萬5,511元予上訴人（計算式：162,613× 25/30＝135,511，元以下四捨五入）。惟被上訴人僅給付3萬8,000元予上訴人，則上訴人尚得請求被上訴人給付9萬7,511元（計算式：135,511－38,000＝97,511）。被上訴人如認為其權利不存在，應負舉證責任。然被上訴人並未舉證證明上訴人之權利不存在，則上訴人請求被上訴人給付9萬7,511元本息，即屬有據。

加班費差額1萬1,103元部分：

按修正前勞基法第24條規定：「雇主延長勞工工作時間者，其延長工作時間之工資依左列標準加給之：一、延長工作時

間在2小時以內者，按平日每小時工資額加給1/3以上。二、再延長工作時間在2小時以內者，按平日每小時工資額加給2/3以上。三、依第32條第3項規定，延長工作時間者，按平日每小時工資額加倍發給之。」。次按勞委會於87年9月14日發布勞動部（87）台勞動二字第039675號函釋意旨略謂：「勞基法第39條規定勞工於休假日工作，工資應加倍發給。所稱『加倍發給』，係指假日當日工資照給外，再加發1日工資，此乃因勞工於假日工作，即使未滿8小時，亦已無法充分運用假日之故，與同法第32條延長每日工時應依第24條按平日每小時工資額加成或加倍發給工資，係於正常工作時間後再繼續工作，其精神、體力之負荷有所不同。至於勞工應否延長工時或於休假日工作及該假日須工作多久，均由雇主決定，應屬於事業單位內部管理事宜，尚難謂有不合理之處。故勞工假日出勤工作於8小時內，應依前開規定辦理；超過8小時部分，應依同法第24條規定辦理。」等語，有該函文影本可稽（見原審卷第15頁）。則依上說明，上訴人主張其於假日加班，應以每日8小時計算加班時數，平日加班未達半小時之部分，應核實計入加班時數，應屬有據。被上訴人雖辯稱：該函文僅為行政函釋性質，並非法律強制規定云云。經查主管機關之行政函釋，其性質上固然僅屬於觀念通知。惟基於保護勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展之目的，應認為上開行政函文就加班時數計算之解釋，既然有利於勞工，即應發生促使雇主依照函釋辦理之效力。且查上開函釋係於87年間發布，被上訴人已有足夠時間因應，配合修正其內部規定，以計算並發給上訴人關於自102年起至104年止之加班費。故被上訴人辯稱並無短計加班時數云云，並不足採。

經查上訴人於102年間，共計7個假日出勤加班。於103年間，共計6個假日、12個平日加班。於104年間，共計3個平日加班，有加班單影本可稽（見原審卷第92至99頁），並為兩造所不爭執。次查被上訴人就上訴人上述日期之加班時數計

算，均按打卡紀錄為之，但加班未滿30分鐘者，並未計入加班時數。被上訴人就上述102年、103年之加班費計算，僅以底薪4萬3,800元及伙食津貼1,800元計算平日每小時工資額，並未計入獎金。被上訴人雖於105年9月補發上訴人於104年之3個平日加班費共783元，並已將104年10月份獎金計入平日每小時工資，但並未依實際加班時數計算，均為兩造所不爭執。則依上說明，被上訴人所給付之加班費，即有短少。上訴人請求被上訴人給付加班費差額1萬1,103元（計算式如附表二所示），應屬有據。

ŋ 從而上訴人請求被上訴人給付退休金差額18萬4,909元、105年特休未休工資9萬7,511元、102年至104年加班費差額1萬1,103元，總計為29萬3,523元（計算式：184,909＋97,511＋11,103＝293,523），並加計法定遲延利息，應屬有據。

五、綜上所述，上訴人依系爭勞動契約、勞基法第55條、修正後勞基法第38條第4項本文、修正前勞基法第24條規定，請求被上訴人應給付上訴人29萬3,523元，並自起訴狀繕本送達之翌日即106年9月7日（於106年9月6日送達於被上訴人，見原審卷第65頁之送達證書）起至清償日止，加計按年息5%計算之利息，為屬正當，應予准許。逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。上開應准許部分，原審為上訴人此部分敗訴判決，尚有未洽。上訴人之上訴為有理由，應由本院予以廢棄改判如主文第二項所示。上開不應准許部分，上訴人之請求，並非正當，原審判決上訴人敗訴及駁回假執行之聲請，經核於法並無不合，上訴人就此部分上訴求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。因本件判決主文第二項所命被上訴人給付部分未逾150萬元，不得上訴第三審，經判決後即確定，不生假執行問題，無庸廢棄原判決關於駁回假執行之聲請後，再另為駁回上訴人於原審假執行之聲請。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊、防禦方法，核與判決結果不生影響，毋庸逐一論列，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由。依民事訴

訟法第450條、第449條第1項、第79條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　17　　日

勞工法庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　高明德

法　官　邱　琦

正本係照原本作成。

兩造均不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　19　　日

書記官　廖月女

附表一：本院認定上訴人之平均工資計算式

編號	日　期	計　　算　　式
一	105年3月	薪資4萬3,800元＋伙食津貼1,800元＋營業獎金217元＋協銷獎金133元＋介紹獎金1,327元＋凱基保經佣金2萬6,955元，總計7萬4,232元，為兩造所不爭執。
二	105年4月	薪資4萬3,800元＋伙食津貼1,800元＋營業獎金1,192元＋協銷獎金133元＋介紹獎金1,303元＋凱基保經佣金43萬5,944元，總計48萬4,172元，並為兩造所不爭執。 上訴人主張應加計錯帳扣款之營業獎金539元，並無理由。
三	105年5月	薪資4萬3,800元＋伙食津貼1,800元＋營業獎金735元＋協銷獎金149元＋介紹獎金1,341元＋凱基保經佣金12萬4,372元，總計17萬2,197元，為兩造所不爭執。
四	105年6月	薪資4萬3,800元＋伙食津貼1,800元＋營業獎金16元＋協銷獎金153元＋介紹獎金1,390元＋凱基保經佣金13萬1,850元，總計17萬9,009元，為兩造所不爭執。上訴人主張加計激勵獎金1萬3,000元，為有理由，故本月工資應為19萬2,009元。
五	105年7月	薪資4萬3,800元＋伙食津貼1,800元＋營業獎金138元＋協銷獎金156元＋介紹獎金1,388元＋凱基保經佣金34萬4,054元，總計39萬1,336元，為兩造所不爭執。
六	105年8月	薪資4萬3,800元＋伙食津貼1,800元＋營業獎金326元＋協銷獎金159元＋介紹獎金1,425元＋凱基保經佣金11萬5,103元，總計16萬2,613元，為兩造所不爭執。上訴人主張應加計激勵獎金1萬元、2,400元、4,998元，為有理由，故本月工資應為18萬0,011元。
平均工資：24萬8,993元（計算式：　74,232+484,172+172,197+192,009+391,336+180,011∨÷ 6＝248,993）。		