

臺灣高等法院民事判決

108年度勞上字第55號

上訴人 艾肯娛樂股份有限公司

法定代理人 熊玉平

訴訟代理人 石繼志律師

被上訴人 蔡宗億

訴訟代理人 陳文祥律師

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3月8日臺灣臺北地方法院107年度勞訴字第186號第一審判決提起上訴，本院於108年8月7日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於(一)命上訴人給付本息、(二)提繳勞退金、(三)開立非自願離職證明書，及假執行之宣告，暨該等訴訟費用部分，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均駁回。廢棄改判部分第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：伊自民國103年3月3日起受僱上訴人擔任技術部門運維組工程師，於107年1月起調整工資每月約新臺幣（下同）5萬7,000元（包含本薪5萬1,600元、伙食津貼2,400元、排班津貼《即輪班津貼》3,000元，另有加班費），因上訴人係遊戲業者，為確保伺服器主機、系統皆能24小時正常運作，因此運維組工程師須於正常下班後接值班（待命on call），以利快速排除任何故障異常問題，避免造成影響；伊於103年3月入職後，值班工作皆由技術長（宋維民）揹負，但技術長離職後自105年10月底，值班工作由運維人員輪值，詎上訴人未將排班津貼3,000元納入加班費計算基數，致伊應領取之加班費短少，經多次溝通無效後，伊於107年5月2日電子郵件、107年5月9日存證信函以上訴人計付加班費有短少之違法事由，依勞動基準法（下稱勞基法）第14條第1項5款規定，不經預告終止勞動契約，請求上訴人給付資遣費、特別休假未休工資、加班費、補提繳勞退金及開立非自願離職證明書予伊，嗣經勞資爭議調解未成立。因上訴人於

01 107年5月11日所為解僱行為違反勞資爭議處理法第8條規定
02 無效，兩造間勞動關係仍存在，而上訴人預示拒絕受領伊之
03 勞務給付，伊無補服義務，仍得請求報酬，上訴人違法將伊
04 勞健保退保，未依規定按月提撥足額勞工退休金、給付工資
05 ，伊得依勞基法第14條第1項第6款、第5款以民事準備(一)狀
06 之送達為終止契約之意思表示。爰依勞動契約、勞基法第38
07 條第4項、第32條、勞工退休金條例第12條、第14條第1項、
08 第31條第1項、就業保險法第11條第3項等規定，提起本件訴
09 訟，聲明：上訴人應給付被上訴人80萬2,756元，及自起訴
10 狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息、上訴
11 人應提撥2萬3,796元至被上訴人之勞工退休金個人專戶、上
12 訴人應發給被上訴人非自願離職證明書。原審判決上訴人應
13 給付被上訴人11萬6,577元，及自107年7月13日起至清償日
14 止，按年息5%計算之利息，並應提繳2萬1,360元至被上訴人
15 設於勞動部勞工保險局之勞工退休金個人專戶，暨上訴人應
16 開立非自願離職證明書予被上訴人，駁回被上訴人其餘之訴
17 。上訴人不服，提起上訴。被上訴人之答辯聲明：上訴駁回
18 （被上訴人就其餘敗訴部分，未聲明不服）。

19 二、上訴人則以：伊為代理發行娛樂遊戲之公司，技術部門運維
20 組須負責維護電腦系統正常運作及偶發性系統斷線、伺服器
21 被攻擊等障礙之排除處理，若系統障礙事件發生在下班時間
22 ，電腦系統會自動發出警示通知技術部門主管及運維組同仁
23 ，因事件係偶發，運維組同仁不需回公司處理障礙排除，僅
24 在家或其他地方藉由電腦遠端連線至電腦系統處理即可，行
25 動自由不受拘束，非處於雇主指揮命令下隨時提供勞務狀態
26 之待命時間，縱被上訴人下班後有輪值，亦非屬工作時間或
27 延長工作時間。伊為簡化運維組同仁於非正常上班時間排除
28 系統障礙之加班費申請，自106年8月起統一每月依輪值班表
29 發給輪值津貼，當月無輪值者不得領取，當月輪值者須記錄
30 輪值時事故處理狀況，於月底前將當月事故處理報表交由技
31 術部門主管簽核確認，當月如有特殊事故增加處理事件時間

或支援人力，技術部門主管亦可依職權判斷另行核准額外加
班費，不因排班津貼禁止申請加班費，是排班津貼3,000元
為恩惠性、獎勵性給與，固有加班費之性質，但不屬本薪之
工資範疇，不應列入計算加班費，因被上訴人將同一日加班
費分2次申請，致電腦薪資系統未歸屬同一日致加班費計算
有誤，伊已更正補匯107年3月3日及3月23日之加班費差額（
1,807元－1,658元＝149元），而被上訴人終止勞動契約時
均未提及此點，不能事後回溯主張，且逾越誠信原則，為權
利濫用，違反民法第148條規定，依民法第71條規定，是其
依勞基法第14條第1項第5款終止勞動契約不合法，請求資遣
費自無依據，且其主張平均工資為5萬7,381元有誤，應是5
萬4,000元，其尚餘13天特休假得請求工資為2萬3,400元，
伊已併同離職後之107年5月份薪資給付。勞動部勞工保險局
於107年6月29日逕予調整被上訴人月提繳工資，伊就短計之
勞工退休金已於107年6月份補足，無未提繳之事，因被上訴
人終止勞動契約之事由不成立，其請求開立「非自願離職證
明書」不合法等語，資為抗辯。上訴聲明：(一)原判決不利於
上訴人部分廢棄。(二)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。

三、查被上訴人於103年3月3日起受僱上訴人擔任技術部門運維
組工程師，自107年1月起領取5萬7,000元。上訴人於106年9
月起，每月發給運維組工程人員排班津貼3,000元，被上訴
人於107年5月2日、107年5月9日依勞基法14條第1項第5款終
止勞動契約；上訴人於107年5月7日已將加班費差額補匯，
通知被上訴人返回工作崗位或完成請假程序，以免曠職，嗣
107年5月11日依勞基法第12條第1項第6款規定終止勞動契約
，被上訴人於107年5月29日申請勞資爭議調解不成立等，有
新進人員面談紀錄表、薪資明細表、105年1月至107年5月薪
資單、電子郵件、存證信函、勞資爭議調解申請書及紀錄可
稽（見原審卷第19、21至25、27至29、31、57至85、129、1
33至135、137至193、205至206、211至215頁），且為兩造

所不爭（見本院卷第129頁），可信為真。

四、被上訴人主張上訴人未將排班津貼3,000元計入薪資計算，致短少給付加班費，伊於107年5月2日、5月9日依勞基法第14條第1項5款規定終止勞動契約，倘認終止不生效力，因上訴人預示拒絕受領勞務，伊無補服義務，上訴人違法將伊之勞健保退保，未按月提撥勞工退休金、給付工資，伊亦得依勞基法第14條第1項第6款、第5款規定終止契約請求資遣費、特別休假未休工資、加班費、補提繳勞退金及開立非自願離職證明書等；為上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：

（一）工資：謂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之經常性給與均屬之，勞基法第2條第3款定有明文。依上訴人公司主管內部會商，針對運維部值班津貼，最後統整總結「1.自9月起，每月於25日前，由運維組每月提供輪值班表（部門主管簽核確認）給HR做為發放依據，當月無輪值者不得領取。2.當月安排須輪值者，須記錄輪值當日事故處理狀況，並於每月月底（最晚隔月5日前），將當月事故處理報表（部門主管簽核確認）提交HR存檔。3. HR每月依輪值班表於每月薪資中統一發給輪班津貼3,000元。…5.如有特殊事故，由部門主管另行判斷是否可申請加班費，不因有值班津貼而禁止加班費。」，並由唐政霖於事後以口頭向運維組同仁布達付諸實施，被上訴人自106年9月至107年4月間於薪資中按月受領排班津貼3,000元等，有106年8月22日至23日間標題為「技術部-運維 On call記錄整理」電子郵件、106年9月至107年3月經部門主管唐政霖簽核之技術部各月份輪值表、被上訴人106年9月至107年4月份員工薪資單、電子薪資袋等可稽（見原審卷第221至223、225至231、177至191、73至85頁），並為證人唐政霖所證實（見原審卷第432、439頁），是「排班津貼」之設計目的，對照先前應付臨時性、特殊性之任務或業務需求偶而加班，使成為運維組人員（包括被上訴人）既定工作內容予以制度化，以排

定輪值表之同仁於值班期間負有為公司處理事故狀況，並盡陳報輪值記錄或報表之義務，相關值班表、事故處理報表亦需經部門主管簽核確認，即以輪值工作同仁為發給津貼之對象，輪值工作內容及值班津貼已呈制度化。運維組員工領取津貼金額不因實際輪值期間長短、執行工作內容繁簡、輪值人員職階或薪資條件不同而有差別，明定無輪值者不得領取，原則上輪值者每人按月發給3,000元，是排班津貼係因運維組員工之工作性質特殊，由上訴人給付該輪值工作者之報酬，合於「勞務對價性」。而上訴人亦不爭執「排班津貼3,000元」是加班費之性質，可計入平均工資計算（見本院卷第88頁），是被上訴人自106年9月起輪值時按月領取排班津貼3,000元，屬於勞基法第2條第3款之工資。

(二)按雇主延長勞工工作時間者，其延長工作時間之工資，依下列標準加給：一、延長工作時間在二小時以內者，按平日每小時工資額加給三分之一以上。二、再延長工作時間在二小時以內者，按平日每小時工資額加給三分之二以上。三、依第32條第4項規定，延長工作時間者，按平日每小時工資額加倍發給，為勞基法第24條第1項所規定。是加班費係指勞工於正常工作時間（每日8小時或每週40小時）之外，因特殊情形，有繼續工作之必要，經依勞動基準法第32條及第33條之規定予以延長工作時間，並依同法第24條之規定，按平日每小時工資額加給三分之一至一倍之工資而言。此參照78年2月25日司法院第14期司法業務研究會期亦認「勞動基準法第24條所稱『平日每小時工資』與同法第2條第4款之『平均工資』名詞各異，依第24條延長工作時間之工資，乃犧牲休息之所得，因此『平日每小時工資』之計算，應依當日所得之工資，除以當日正常工作之時間，即為『平日每小時工資』」。是所稱「平日每小時工資額」係指勞工在每日正常工作時間內每小時所得之報酬，而其他各項獎金、津貼如確係勞工因工作而獲得之報酬，仍屬勞基法第2條第3款所稱工資，計算延時工資時固應併入計算，但加班費並非每日正常工作

01 時間每小時所得之報酬，自不得再計入平日每小時工資額做
02 為加班費之計算基準。被上訴人自106年9月起輪值時按月領
03 取排班津貼3,000元，固屬勞基法第2條第3款之工資，但依
04 上開說明，排班津貼3,000元係勞工於正常工作時間（每日8
05 小時或每週40小時）之外，因特殊情形有繼續工作之必要，
06 依勞基法第32條及第33條規定予以延長工作時間所得之工作
07 報酬，並非同法第24條所稱延長工作時間所計算之正常工時
08 工資，不應計入「平日每小時工資」計算，故被上訴人主張
09 值班津貼3,000元為工資，固屬無誤，但主張應計入「平日
10 每小時工資」總額內計算加班費云云，則有誤認。

11 (二)被上訴人主張伊於107年5月2日以電子郵件通知上訴人因未
12 足額給付加班費，依勞基法第14條第1項第5款規定，或於同
13 年9月10日依同法第14條第1項第6款規定終止勞動契約，並
14 請求給付資遣費，為上訴人所否認。查：

15 (1)被上訴人以上訴人人資部門主管蕭雅萍回覆伊表示107年3月
16 份排班津貼(OP)部分不算在「全薪」內，不計入加班費計算
17 基礎之說法，伊不能接受，認經常性給與應包含津貼，公司
18 違法未足額支付加班費，於107年5月2日15時以電子郵件通
19 知上訴人法定代理人熊玉平及執行長曾宥澈，依勞基法14條
20 第1項第5款終止勞動契約，請求上訴人支付資遣費及開立非
21 自願離職證明，並於當日自公司離職，為最後實際工作日等
22 （見原審卷第19、199頁）。而蕭雅萍於107年5月7日以電子
23 郵件通知被上訴人，告知已重新核算加班費差額部分補匯至
24 被上訴人帳戶，請被上訴人返回工作崗位，或完成請假程序
25 ，以免曠職（同上卷第31、203頁），然為被上訴人拒絕，
26 被上訴人並於107年5月9日以存證信函重申終止勞動契約之
27 意思表示（同上卷第21至25頁），嗣上訴人以被上訴人於10
28 7年5月3日至10日間曠職已達6日，依勞基法第12條第1項第6
29 款規定，於107年5月11日終止兩造間勞動契約，被上訴人於
30 107年5月14日收受通知，有存證信函可稽（見原審卷第211
31 至215頁），並為兩造所不爭。

- 01 (2) 按雇主不依勞動契約給付工作報酬者，勞工得不經預告終止
02 契約，勞基法第14條第1項第5款固有明定。被上訴人主張上
03 訴人支付伊107年3月份加班費1,658元，有短少支付云云。
04 然經上訴人計算被上訴人107年3月3日假日加班費，因公司
05 電腦系統設定疏漏錯誤短少149元，於107年5月7日補匯給被
06 上訴人（見原審卷第363頁），是上訴人並無短少給付加班
07 費之情事。至於被上訴人以電子郵件、存證信函或於勞資爭
08 議調處程序中表示應以「全薪」即加計排班津貼3,000元做
09 計算加班費之工資總額，但依上開說明，排班津貼3,000元
10 固屬工資，但為加班費，不應計入正常工作時間之工資計算
11 加班費，經計算後，上訴人並無短少給付加班費之事，則被
12 上訴人於107年5月2日表明「對於三月份加班費算法有疑慮
13 」、「對人資代表公司說排班津貼不算在全薪裡，不會算在
14 加班費內來算時薪，我沒辦法接受」、「認為本薪＝底薪＋
15 伙食費＋排班津貼」、「公司違法，造成加班費給不足」等
16 事由，以電子郵件表示依勞基法第14條第1項第5款不經預告
17 為終止勞動契約，即非正當。
- 18 (3) 上訴人於107年5月7日通知被上訴人已將加班費差額補匯至
19 被上訴人帳戶，請被上訴人返回工作崗位或完成請假程序，
20 以免曠職，有電子郵件可稽（見原審卷第31頁），因被上訴
21 人並未返回工作或請假，上訴人乃於107年5月11日以存證信
22 函通知被上訴人依勞基法第12條第1項第6款規定終止勞動契
23 約，經被上訴人於同年5月14日收受通知，有存證信函及收
24 件回執可參（見原審卷第211至213、214頁），是兩造間之
25 僱傭契約已經上訴人於107年5月14日合法終止。則被上訴人
26 稱因上訴人逕自將伊之勞工保險辦理退保，且未依規定按月
27 提撥足額勞工退休金、給付工資，伊於107年9月10日以民事
28 準備(一)狀（見原審卷第331至345頁）送達依勞基法第14條第
29 1項第6款、第5款終止勞動契約云云，係就已終止之僱傭契
30 約復為終止，應不足取，是被上訴人終止勞動契約既不合法
31 ，則其請求上訴人給付資遣費，自屬無據。

01 (四) 未休特休工資差額部分：勞工之特別休假，因年度終結或契
02 約終止而未休之日數，雇主應發給工資，勞基法第38條第4
03 項定有明文。被上訴人於107年5月7日離職前尚餘13天特別
04 休假未休畢，而被上訴人之月薪為5萬4,000元（即基本薪資
05 5萬1,600元＋伙食津貼2,400元），是其未休畢之特別休假
06 以月薪換算後為2萬3,400元（ $54,000 \div 30 \times 13$ ），上訴人已
07 併同被上訴人107年5月份薪資，於107年6月8日匯款3萬0,72
08 9元入被上訴人薪資帳戶，有中國信託銀行整批檔案查詢、
09 被上訴人107年5月份員工薪資單可參（見原審卷第251頁、
10 第193頁），是上訴人已無短少給付被上訴人未休畢特別休
11 假工資。

12 (五) 未足額提撥之勞工專戶退休金：雇主應為適用勞工退休金條
13 例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞工保險局設立之勞工
14 退休金個人專戶。雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得
15 低於勞工每月工資百分之六，勞退條例第6條第1項、第14條
16 第1項定有明文。依同條例第31條第1項規定，雇主未依該條
17 例之規定按月提繳或足額提繳勞工退休金，致勞工受有損害
18 者，勞工得向雇主請求損害賠償。該專戶內之本金及累積收
19 益屬勞工所有，僅於未符合同條例第24條第1項所定請領退
20 休金規定之前，不得領取。是雇主未依該條例之規定，按月
21 提繳或足額提繳勞工退休金者，將減損勞工退休金專戶之本
22 金及累積收益，勞工之財產受有損害，自得依該條例第31條
23 第1項規定請求損害賠償；於勞工尚不得請領退休金之情形
24 ，亦得請求雇主將未提繳或未足額提繳之金額繳納至其退休
25 金專戶，以回復原狀（最高法院101年度台上字第1602號裁
26 判要旨參照）。兩造約定被上訴人薪資自103年3月起至107
27 年5月止經調整如原審判決附表「實際薪資（未扣勞健保）
28 」欄所示，有薪資明細表、105年1月至107年5月員工薪資單
29 、106年1月至107年3月電子薪資袋為憑（見原審卷第57至85
30 、133至193頁），上訴人應按月依勞工退休金條例第14條第
31 1項、第4項及勞工退休金月提繳工資分級規定，以該約定薪

資之6%為被上訴人提繳勞工退休金。上訴人因短報被上訴人薪資應補繳勞工退休金，經勞動部勞工保險局函令補正，上訴人已補繳完畢，有勞保局107年6月29日保退二字第10710097991號函及月提繳工資明細表可參（見本院卷第75至78頁），是被上訴人已無受有短少提撥勞退金額之損害，則被上訴人依勞工退休金條例第31條第1項規定，請求上訴人如數提繳至被上訴人勞退金專戶，應屬無據。

(六)非自願離職證明書部分：按勞動契約終止時，勞工如請求發給服務證明書，雇主或其代理人不得拒絕，勞基法第19條定有明文；另依就業保險法第11條第3項規定，該法所稱非自願離職，包括被保險人因勞基法第14條所定各款情事離職。本件被上訴人主張於107年5月2日依勞基法第14條第1項第5款及同年9月10日依同法第14條第1項第6款規定終止僱傭契約並不合法，已如上述，則被上訴人依就業保險法第11條第3項規定請求上訴人交付非自願離職證明書，自無依據。

五、綜上所述，被上訴人依勞動契約、勞工退休金條例第12條第1項、勞基法第38條第4項、勞工退休金條例第31條第1項、就業保險法第11條第3項規定，請求上訴人給付11萬6,577元本息（資遣費為11萬5,277元、特休未休工資1,300元），及提撥2萬1,360元至被上訴人設於勞工保險局之勞工退休金專戶，並請求上訴人開立非自願離職證明書，於法不合，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，容有未洽。上訴人上訴論旨指摘原判決該部分不當，求予廢棄改判，非無理由，爰由本院予以廢棄，並改判如主文第二項所示。

七、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。

八、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 8 月 28 日
勞 工 法 庭

審判長法官 魏麗娟
法官 朱耀平
法官 潘進柳

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中華民國 108 年 8 月 29 日
書記官 廖婷璇

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。