臺灣高等法院民事判決

109年度重勞上更一字第10號

上　訴　人　永慶房屋仲介股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　孫慶餘

訴訟代理人　張炳煌律師

被 上訴 人　陳史翎

訴訟代理人　許英傑律師

　　彭之麟律師

上列當事人間請求確認僱傭關係存在等事件，上訴人對於中華民國106年10月18日臺灣臺北地方法院106年度重勞訴字第2號第一審判決提起上訴，經最高法院發回更審，被上訴人為訴之追加，本院於110年12月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決關於：㈠確認兩造間僱傭關係存在、㈡命上訴人給付逾民國一百零五年五月二十七日起至一百零五年七月二十七日止，按月於次月十日給付被上訴人新臺幣柒萬捌仟貳佰元各本息，並該部分假執行之宣告，暨該訴訟費用之裁判均廢棄。

二、上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、上訴人應給付被上訴人新臺幣貳佰陸拾玖萬柒仟玖佰元，及自民國一百零九年九月十二日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

四、其餘上訴及其餘追加之訴均駁回。

五、廢棄部分之第一審訴訟費用由被上訴人負擔；第二審（除確定部分外）及發回前第三審訴訟費用由上訴人負擔百分之二，餘由被上訴人負擔。追加之訴訴訟費用，由上訴人負擔百分之二十六，餘由被上訴人負擔。

六、本判決主文第三項所命給付部分，於被上訴人以新臺幣捌拾玖萬玖仟參佰元為上訴人供擔保後，得為假執行；但上訴人

如以新臺幣貳佰陸拾玖萬柒仟玖佰元為被上訴人預供擔保，得免為假執行。

七、被上訴人其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

甲、程序方面：

按在第二審為訴之變更或追加，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。本件被上訴人於原審主張其遭上訴人非法解僱，請求確認兩造間僱傭關係存在並給付工資（見原審卷㈠第3至7頁），嗣於本院審理中，以法院審理結果如認上訴人合法終止勞動契約，追加備位之訴請求上訴人給付退休金（見本院卷㈠第35至49頁）。雖上訴人不同意訴之追加（見本院卷㈠第160頁），惟被上訴人追加之訴與原訴均係基於兩造間因勞務關係所生爭執之同一基礎事實，核符上開規定，應予准許。

乙、實體方面：

一、被上訴人主張：伊自民國80年7月24日起受僱於上訴人，嗣伊於105年1月30日就請求給付薪資差額、獎金等事項聲請勞資爭議調解時，上訴人以伊於95年1月1日起轉任鴻運通股份有限公司（下稱鴻運通公司），且鴻運通公司於105年5月26日以伊於大陸工作期間有收受廠商回扣、教唆煽動員工對公司及永慶集團不實汙衊使公司信用商譽受損等行為，違反永慶集團工作規則（下稱工作規則）及勞動基準法（下稱勞基法）第12條第1項第4款之規定，終止與伊之勞動契約，而否認兩造間之僱傭關係存在，然伊未同意轉任至鴻運通公司，且鴻運通公司之終止契約亦不合法，兩造間僱傭關係仍然存在，上訴人應給付積欠之薪資。如認上訴人合法終止勞動契約，伊自80年7月24日任職，已符合自請退休要件，上訴人即應依勞基法第53條第2款、第55條規定，給與41.5個基數計算之退休金，以伊平均工資25萬元計算，應給付退休金1037萬5000元等情。爰先位聲明求為確認兩造間僱傭關係存

在；上訴人自105年5月27日起至伊復職日止，按月於次月10日給付7萬8200元本息。備位聲明求為命上訴人給付1037萬5000元本息之判決（被上訴人先位聲明逾上開範圍之請求，業經判決敗訴確定，非本院審理範圍）。

二、上訴人則以：伊得調動被上訴人至所屬關係企業，自95年1月1日起即將被上訴人改派至鴻運通公司任職，由該公司給付薪資、為其投保勞工保險等，接受該公司指揮監督，應認兩造間僱傭關係業於94年12月31日終止。退步言，如認鴻運通公司向被上訴人終止勞動契約之效力應一併及於伊，被上訴人既有收受廠商回扣，並涉嫌教唆、煽動大陸員工對公司及永慶集團為不實污衊，另處理上海台慶公司承租辦公地點事宜出現重大疏失等情，違反工作規則致伊受重大損害，鴻運通公司於105年5月26日當日經由人評會決議確認有違反工作規則之行為，並解僱被上訴人，未逾30日除斥期間，伊終止勞動契約，要屬合法。又其於105年間部分時間無故曠職，該當勞基法第12條第1項第6款之事由，業經伊以106年7月26日民事答辯㈥狀繕本當庭送達之日，終止兩造間勞動契約。伊於107年4月間，查知被上訴人多次未經伊同意，由其配偶即訴外人高翠屏代服勞務，依民法第484條第2項規定，以107年5月3日民事準備書㈡狀之送達，再次終止兩造間勞動契約。如認兩造間僱傭關係存在，被上訴人於105年1月30日聲請勞資爭議調解請求給付退休金，復於同年7月28日至大陸地區北京市定居，並在北京麗茲行房地產顧問有限公司（下稱麗茲行公司）工作，難認其有繼續提供勞務之意願，縱其得請求給付薪資，亦應扣除其自該公司取得之報酬。另被上訴人之平均工資僅為7萬8200元，且係房仲業適用勞基法前即已受僱之人員，其得請求退休金之基數，應自房仲業於87年4月1日適用勞基法時起算等語，資為抗辯。

三、原審就前開先位聲明部分為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，被上訴人在本院為訴之追加。上訴人聲明：㈠原判決（除確定部分外）廢棄；㈡被上訴人在第一審之訴

及假執行之聲請均駁回。㈢被上訴人追加之訴駁回。㈣追加之訴如受不利判決，願供擔保請准宣告免假執行。被上訴人答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡（追加備位之訴）上訴人應給付被上訴人1037萬5000元，及自109年9月12日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。㈢追加之訴願供擔保請准宣告假執行。

四、下列事項為兩造所不爭執，應可信為真實（見本院卷㈡第145至146頁，並依判決格式增刪修改文句）：

㈠上訴人與鴻運通公司係關係企業。鴻運通公司係作為永慶集團在組織上所設立專門辦理海外營運事務，設立之目的即係將永慶集團轄下各關係企業及加盟事業品牌授權、海外營運事務予以集中管理，藉以提高管理效率。

㈡被上訴人自80年7月24日起任職於上訴人，兩造於94年7月18日簽訂勞動契約書（下稱系爭契約），其中第1條第1款約定：被上訴人工作場所在上海，被上訴人同意上訴人有權調動工作地點（見原審卷㈠第231至232頁）。

㈢被上訴人自80年8月6日起勞工保險投保單位為上訴人，自95年1月1日起變更為鴻運通公司，並於105年5月26日辦理退保。有被上訴人勞工保險投保資料表為證（見原審卷㈠第43至47、83頁）。

㈣被上訴人於105年1月30日就其與上訴人間請求給付退休金爭議向臺北市政府勞動局（下稱臺北市勞動局）聲請勞資爭議調解，會議中被上訴人變更為請求薪資差額、獎金等事項，撤回退休金權益之請求。上訴人抗辯被上訴人於95年1月1日起轉任鴻運通公司，兩造間並無僱傭關係；被上訴人主張其目前服務單位為永慶集團所屬的鴻毅公司，鴻運通公司的發薪變更與鴻毅公司服務的組織變更都未通知被上訴人，其亦未同意變更。有中華民國勞資關係服務協會勞資爭議調解紀錄、開會通知單、臺北市勞動局函為證（見原審卷㈠第12至18頁、卷㈡第141至159頁）。

㈤被上訴人於105年5月26日收受鴻運通公司之解僱通知書，鴻

運通公司以被上訴人於大陸工作期間涉嫌收受中國大陸IP電話廠商回扣，並有教唆、煽動大陸員工對公司及永慶集團為不實之污衊而造成公司信用及商譽受損之行為，依工作規則第47條第8項第5、6款規定及勞基法第12條第1項第4款規定終止勞動契約。有通知書為證（見原審卷㈠第19頁）。

㈥上訴人於105年6月3日以臺北安和存證號碼001051號存證信函否認兩造間有僱傭關係存在（見原審卷㈠第20頁）。

㈦被上訴人依上訴人之行業別，適用勞基法之日期為87年4月1日。

五、兩造之爭點如下：

㈠被上訴人主張上訴人為其雇主，有無理由？

㈡上訴人以被上訴人有工作規則第47條第8項第5、6款規定及勞基法第12條第1項第4款規定之情形，於105年5月26日終止勞動契約，有無理由？

㈢上訴人以被上訴人有勞基法第12條第1項第6款規定之情形，於106年7月26日終止勞動契約，有無理由？

㈣上訴人以被上訴人違反民法第484條第1項規定，於107年5月3日以民事準備書㈡狀之送達，終止勞動契約，有無理由？

㈤被上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，並請求上訴人應自105年5月27日起至其復職之日止，按月於次月10日給付7萬8200元本息，有無理由？

㈥被上訴人請求上訴人給付退休金，有無理由？如為肯定，被上訴人得請求退休金之數額若干？

六、茲就兩造之爭點，說明本院之判斷如下：

㈠被上訴人主張上訴人為其雇主，為有理由：

1.按勞基法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約（參照最高法院96年度台上字第2630號判決意旨）。此勞動契約究竟存於何者間，應推求當事人真意及究係受何人指示而從屬服勞務，當事人間就勞動契約成立對象如有爭議，法院應綜合一切事證綜合判斷，勞保之投保事業單位固

為重要參考依據，但並非唯一標準。又按因企業之集團化及多角化經營方式，關係企業間對勞工職務之調動已難避免，其職務調動之目的、機能及規模，亦因企業之現代化而隨之大幅改變，更已盛行多年，倘勞雇雙方對關係企業間職務調動已有意思表示合致，即屬契約變更，尚非法所不許（參照最高法院106年度台上字第75號判決意旨）。

2.經查，上訴人與鴻運通公司為關係企業，被上訴人自80年7月24日起受僱於上訴人，兩造於94年7月18日簽訂系爭契約，依系爭契約第1條約定，被上訴人工作場所在上海，同意上訴人有權調動工作地點，若未達成每季公司公佈之年度業績及目標，可接受上訴人調整職務、職位之安排，並接受上訴人之指揮監督，在上訴人指定之工作場所擔任各項指派工作，輪調辦法則由上訴人另訂立之乙節，為兩造不爭執（見不爭執事項㈠），並有系爭契約可參（見原審卷㈠第231頁）。其次，兩造成立勞動契約關係後，上訴人依系爭契約、工作規則第16條規定，調派被上訴人至鴻運通公司任職，此據上訴人陳明在卷（見原審卷㈠第111、179頁）。上訴人不爭執兩造間僱傭關係於95年1月1日後仍繼續存在（見本院卷㈠第181頁），可見被上訴人於95年間由上訴人調派至關係企業鴻運通公司任職時，並未辦理離職，與上訴人間之僱傭關係並未消滅（參照最高法院93年度台上字第939號裁定意旨）。被上訴人主張上訴人為其雇主，堪為可採。

3.上訴人雖辯稱：被上訴人自95年1月1日起調派至鴻運通公司後，均係向該公司董事長廖本勝報告上海事業處（即上海台慶公司）業務執行內容，就人事管理所為之會簽意見或決策，均由廖本勝核決，且被上訴人受領鴻運通公司給付之薪資，其勞保、全民健保（含子女）之投保單位均為鴻運通公司，並將該公司開立之薪資所得稅扣繳憑單向稅捐機關申報薪資所得稅，其他台籍幹部簡政彥、吳柏諺、楊姍珮、陳岱佑等4名員工之離職申請書均係由廖本勝核決，另2名台籍幹部分別與鴻運通公司簽訂合意終止勞動契約，可見被上訴人

之雇主為鴻運通公司云云。惟查，上訴人與鴻運通公司為關係企業，衡酌鴻運通公司設立目的係將永慶集團轄下各關係企業及加盟事業品牌授權、海外營運事務予以集中管理，藉以提高管理效率（見不爭執事項㈠），徵以公司法第369條之1第1款：關係企業，指獨立存在而相互間具有控制與從屬關係之公司之規定，可見上訴人與鴻運通公司間具有控制與從屬關係。其次，兩造成立勞動契約關係，上訴人基於其對被上訴人之指揮監督，及管理監督鴻運通公司之業務，指派被上訴人至鴻運通公司提供勞務，並由鴻運通公司給付被上訴人之薪資，實屬上訴人基於其對鴻運通公司在法人格及經濟上之控制從屬性，讓與其對於被上訴人之勞務請求權予鴻運通公司，使被上訴人在鴻運通公司提供勞務，向廖本勝報告業務執行內容，由廖本勝核決其提供之會簽意見或決策。鴻運通公司按月給付被上訴人薪資，核屬為上訴人履行其雇主義務，當屬上訴人基於兩造勞動契約給付之工資，至為明確，自不得僅因被上訴人之勞保及健保之投保單位變更為鴻運通公司（見不爭執事項㈢、本院前審卷㈡第247、277至278頁），逕認兩造業已終止勞動契約關係，上訴人非被上訴人之雇主。至於上訴人提出台籍幹部簡政彥等4人之離職申請書、另2名台籍幹部分別與鴻運通公司簽訂之合意終止勞動契約（見本院前審卷㈠第253至263頁），充其量僅能證明簡政彥等4人之離職申請書係由廖本勝核決，另2名台籍幹部係與鴻運通公司合意終止勞動契約，均無足推認被上訴人之雇主因調派而變更為鴻運通公司。是則上訴人上開抗辯，均無可採。

㈡上訴人以被上訴人有工作規則第47條第8項第5、6款規定及勞基法第12條第1項第4款規定之情形，於105年5月26日終止勞動契約，為無理由：

1.按勞工違反勞動契約或工作規則，情節重大者，雇主得不經預告終止契約；雇主依上開規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，30日內為之；勞基法第12條第1項第4款、第2項

分別定有明文。又工作規則第47條第8項第5、6款規定：「經勞資會議同意，員工有下列情事之一經查證屬實者，公司得不經預告予以免職：……八、違反勞動契約或工作規則，情節重大者：……㈤有營私舞弊、收取回扣、圖利他人之行為。㈥利用公司名義在外招搖撞騙、言行不當或散播不利公司之謠言，致使公司遭受嚴重損失、嚴重敗壞公司信譽或善良風俗之行為者」（見原審卷㈠第67頁）。

2.上訴人雖抗辯鴻運通公司於105年5月26日以被上訴人於大陸工作期間涉嫌收受中國大陸IP電話廠商回扣，並有教唆、煽動大陸員工對公司及永慶集團為不實之污衊而造成公司信用及商譽受損之行為（下稱第一次解僱事由），依工作規則第47條第8項第5、6款規定及勞基法第12條第1項第4款規定終止勞動契約（見不爭執事項㈤），固提出錄音檔及譯文、上海台慶公司遭遇大陸員工幹部圍堵等抗爭事件之資料、調查報告等件為憑（見原審卷㈠第143至155、156至166頁、卷㈡第136至140頁）。惟查：

⑴觀諸上訴人提出之錄音檔及譯文，其上記載該對話內容係依序於104年10月19日上午8時許、同年月23日中午，各在被上訴人之公務車（別克）、公司面談室，所錄製被上訴人分別與訴外人張利、杜冰之對話內容（見原審卷㈠第143至155頁）。上訴人稱：上開錄音檔乃第三人於104年11月間提供予鴻運通公司，以檢舉被上訴人收取回扣乙事（見本院前審卷㈡第230至231頁）。惟被上訴人否認上開錄音檔及譯文內容之真正，上訴人復未舉證上開錄音檔究係由何人提供，亦未舉證錄音譯文所示內容確係被上訴人分別與張利、杜冰之對話內容，則上開錄音檔及譯文自不具形式之證據力，而不可採。其次，細繹上訴人所提上海台慶公司遭遇大陸員工幹部圍堵等抗爭事件之資料（見原審卷㈠第156至166頁），僅能證明上海台慶公司曾遭遇大陸員工幹部圍堵等抗爭，但無從據此推認該抗爭事件係被上訴人教唆、煽動大陸員工所為。再者，遍觀上訴人所提調查報告（見原審卷㈡第136至1

40頁），乃係其根據上開錄音檔及譯文、上海台慶公司遭遇大陸員工幹部圍堵等抗爭事件之資料，並以臆測之詞推論被上訴人有第一次解僱事由之行為，而片面製作之調查報告，且被上訴人復否認其內容之真正，仍無足佐證上訴人之抗辯為真，而為有利於上訴人認定之依憑。

⑵依證人即上訴人法務專案經理邱瑞文證稱：上海台慶公司於103年間向上海澍品公司採購「建置IP電話專案」，該專案係被上訴人提議並主導，張利是上海澍品公司之業務，杜冰及許善慧分別是上海台慶公司資訊課的課長、專員，負責維護管理台慶公司電話、電腦、網路等事項；104年農曆年前，杜冰向伊表示因父親生病要請長假，留職停薪約2個月，許善慧也突然說要離職，伊向許善慧表達慰留，並提及杜冰父親病情時，許善慧突然稱：「你真的以為杜冰是爸爸生病才要留職停薪，這裡面是有些問題的，……，IP電話這個專案，你有看到被上訴人這樣的高管，盯著一個採購案盯著這麼緊，這裡面一定有一些問題，所以杜冰才找理由不來」，又說被上訴人曾經當著他們兩人的面這樣說這個專案一定要過，許善慧說這裡面一定有問題，她不能留下來，不要勸她等語（見本院前審卷㈡第61至63頁）。可見邱瑞文僅係聽聞許善慧傳述被上訴人緊盯IP電話專案，而臆測其中一定有問題，已難執此推論被上訴人有收受廠商之回扣之情事。參以證人邱瑞文所證上海台慶公司款項支出流程，乃係經辦先簽，送給行政主管即邱瑞文，簽核之後再送台慶公司副總經理李維鎮，再送給總經理葉凌棋簽字，葉總簽准後就交給上海財務等情（見本院前審卷㈡第64至65頁），佐以上訴人所提被上訴人圖利廠商之請款單（見原審卷㈠第142頁），上訴人並未核准付款，可見被上訴人並無最後簽准之權限，是該請款單上縱有被上訴人之簽名，亦難認以此推論被上訴人有圖利廠商之行為。

⑶基上，上訴人抗辯被上訴人有第一次解僱事由之行為，洵不足採。上訴人復未舉證被上訴人處理上海台慶公司承租辦公

地點事宜出現重大疏失乙事，則其以被上訴人有工作規則第47條第8項第5、6款規定及勞基法第12條第1項第4款規定之情形終止勞動契約，即為無理。上訴人上開終止勞動契約既無理由，即毋庸再予論述上訴人或鴻運通公司終止勞動契約是否已逾勞基法第12條第2項規定之30日除斥期間，附此敘明。

㈢上訴人以被上訴人有勞基法第12條第1項第6款規定之情形，於106年7月26日終止兩造勞動契約，為有理由；被上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，為無理由：

1.按勞工無正當理由繼續曠工3日，情節重大者，雇主得不經預告終止契約。此項終止契約，應自知悉其情形之日起，30日內為之，勞基法第12條第1項第6款、第2項定有明文。該所謂「繼續曠工」，係指勞工實際應為工作之日無故繼續不到工者；所稱「知悉其情形」，係指對勞工無正當理由繼續曠工3日，有所確信者而言（參照最高法院109年度台上字第1619號判決意旨）。

2.經查，被上訴人於104年10月間，經上訴人調派回臺灣擔任顧問職，約定每個月在雙北市看40個預售建案，進行市調工作乙節，為兩造不爭執，並有被上訴人與訴外人葉凌棋之對話紀錄可稽（見本院卷㈠第257至259頁、原審卷㈡第192、196至198頁）。觀諸系爭契約第2條約定：「1.特休假、休假、例假及請假依工作規則之規定。2.乙方（指被上訴人）之工作性質為責任制，經中央主管機關公告不受勞基法第30、32、36、37、49條（指工作時數、延長工時、例假、休假、女工工作等規定）之限制，以完成甲方（指上訴人）交付之工作為目的，其工作時間在甲方之監督下自行安排調配。」（見原審卷㈠第231頁）。次依工作規則第25條規定：「員工未經辦妥請假手續或假滿未經主管核准續假，而擅不出勤者；或在工作時間內未經主管准許或辦妥請假手續而擅離工作場所或外出者，以曠職論。」（見原審卷㈠第63頁）。被上訴人於104年10月30日向訴外人葉凌棋確認工作

內容與考勤後，約定：「1.每月看40指定重點樓盤每周10個（填寫日報傳給明棻），及每周一店信X秘密客暗訪。2.休假部分除周休2日，以後若有特休假要請，老高代請。看房市調不用進公司打卡，每兩周回公司報告看房內容成果，會議時間不特定哪一天，葉總決定後明芬再通知我。若有其他任務需要時另行通知出席或工作任務有改變時另行派任。」等語（見原審卷㈡第198頁）。證人即上訴人資深經理白雅婷（主要工作內容人力資源主管）證稱：被上訴人當初是從大陸回來臺灣做市調的工作，葉凌棋總經理告知伊被上訴人不用打卡，用特案處理，他會交工作日報，要請假的話，被上訴人會請假，就是在通訊軟體向葉凌棋請假，葉凌棋回覆可以，就以這個訊息交給秘書或考勤承辦去做登錄等語（見本院前審卷㈡第69至70頁）。依上，被上訴人陳稱兩造並無約定每日上班時間，其無需打卡進辦公室，得自行安排工作進度乙節，固非無憑，惟被上訴人既經上訴人調派回臺灣擔任顧問職，其工作內容係在雙北市看房市調，並有週休2日，且其特休假需依請假程序辦理等情觀之，可見被上訴人除週休2日及經辦理請假手續之特休假外，均應在臺灣地區履行勞務內容，始符兩造勞動契約之本旨，其理自明。

3.依被上訴人105年間之入出境資料，被上訴人於105年1月13日出境、15日入境，2月15日出境、19日入境，3月16日出境、21日入境，4月13日出境、19日入境，5月19日出境、25日入境（見原審卷㈡第44頁），扣除上訴人所稱被上訴人2月16、17日請特休假（此為被上訴人未爭執）、3月19、20日、4月16、17日、5月21、22日為周六、日（見本院前審卷㈠第331頁），上訴人辯稱其餘日期均未經被上訴人依程序辦理請假手續乙節，為被上訴人未爭執（見本院卷㈡第277至279頁），佐以被上訴人之工作地點在臺灣地區，則被上訴人於105年1月13、14、15日、2月15、18、19日、3月16、17、18、21日、4月13、14、15、18、19日、5月19、20、23、24、25日出境國外，難認其得依兩造勞動契約之本旨提

供勞務。被上訴人雖主張：伊工作內容除至現場看屋、蒐集文宣及建案資料，向銷售人員表達購買意願，查知銷售價格外，尚包括事後以電話反覆溝通、議價以探詢底價，縱伊當時在國外，亦得以電話探詢底價以完成工作報告，無須每天看預售建案，且當天完成底價確認之市調表云云（見本院卷㈡第277至279頁）。惟被上訴人並未舉證兩造約定其得在出境國外期間提供勞務，且有依兩造勞動契約意旨履行，則上訴人抗辯被上訴人於上開期間有連續曠職3日之情事，即非無憑。至於臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第2843號不起訴處分書，乃係不能認定被上訴人及配偶高翠屏虛偽填載工作日報表之內容，渠等所為與刑法業務登載不實罪之構成要件有別，而為不起訴處分（見本院卷㈠第93至99頁），而與本件被上訴人於上開出境國外期間有連續曠職3日之情事之基礎事實不同，自不足為被上訴人有利之認定，併此敘明。

4.被上訴人主張：上訴人於106年5月23日閱卷查知原審調得伊入出境資料，並於同年6月1日具狀表示意見，惟於106年7月26日始行終止勞動契約，顯逾勞基法第12條第2項之30日除斥期間，其解僱為不合法云云。惟查：

⑴原審於106年1月5日、同年4月19日查得伊102年至106年4月19日之入出境資料，上訴人訴訟代理人於同年5月23日向原審閱卷後，其訴訟代理人葛百鈴律師於同日以電子郵件將被上訴人之入出境資料傳送予上訴人法務經理秦柏基，並謂：「秦經理好：附檔為今日去法院閱卷關於乙○○的出入境紀錄，因涉及個資問題，煩請資料妥善保存，明天下午五點開會一起討論，謝謝，葛律師敬上」等語，嗣上訴人於同年6月1日具狀就被上訴人入出境資料表示意見乙節，為兩造不爭執（見本院卷㈡第146頁），並有電子郵件可稽（見本院前審卷㈠第95頁）。其次，證人即上訴人法務經理秦柏基證稱：伊於106年5月23日收到葛百鈴律師以電子郵件傳送之被上訴人的出入境紀錄，伊即向葛律師聯繫確實看起來有頻繁出入境的事實，請他向法院具狀陳報應該是出差；伊於106

年7月19日向集團總經理葉凌棋報告此事，並將被上訴人的入出境資料交給葉凌棋看，葉凌棋質疑為何被上訴人回到臺灣後，還會頻繁出境，但沒有印象被上訴人有請假，會請人事調查這件事情，嗣葉凌棋於同年月21日告知伊，被上訴人是曠職出境，要伊去向人事單位要他們比對的資料，並向律師報告這件事情，看要如何處理，伊即於同年月24日向人事主管白雅婷詢問此事，並索取出勤紀錄及出入境紀錄比對後之資料後，以電子郵件寄送告知上訴人訴訟代理人葛百鈴律師等語（見本院前審卷㈡第72至74頁）。證人白雅婷證稱：106年7月19日接近下班時，葉凌棋交辦比對被上訴人之出入境資料及出勤記錄，伊交予下屬辦理，於翌日下屬完成比對，伊覆核後，21日交予葉凌棋，秦柏基在24日（週一）向伊要資料等語（見本院前審卷㈡第69頁）。證人秦柏基於106年7月24日上午寄給葛百鈴律師之電子郵件記載：「葛律師：就出入境資料，我們上週比對陳（即被上訴人）出勤資料，發現陳多次未請假紀錄，如附件所示。請您想想如何利用此筆資料？1.追加連續曠職三日解雇事由，…」（見本院前審卷㈠第97頁）等語。

⑵上訴人固於取得被上訴人之出入境資料後，於106年6月1日具狀就出入境資料表示意見，謂被上訴人自103年5月至104年5月間入出境紀錄合計達25次，顯與派駐大陸期間每3個月有1次返台假不同，顯見係出差等語，參以上訴人於同年月28日答辯㈤狀，均僅針對第一解僱事由為爭執（見原審卷㈡第89至91、109頁），徵以被上訴人係自大陸地區返臺工作，且毋庸每日打卡，上訴人須經比對考勤資料始能知悉被上訴人實際工作日之到工情形，且須調查其未到工有無請假等正當理由，自難認上訴人於取得被上訴人之出入境資料後，即能獲知被上訴人有曠職之情形，而有違反勞動契約或工作規則之確信。被上訴人主張上訴人於106年5月23日取得出入境資料後，經過上訴人之訴訟團隊討論確認，於同年6月1日具狀表示意見時，當已知悉其出缺勤紀錄云云（見本

院卷㈡第283至287頁），即無可採。上訴人之人事單位比對覆核被上訴人之考勤紀錄及出入境資料後，直至106年7月21日始知其確係無正當理由繼續曠工3日之情形，該30日之除斥期間自應以該時起算。則上訴人於106年7月26日到庭陳稱被上訴人於上開期間未經請假，擅自曠職逾3日，因以答辯㈥狀之送達，依勞基法第12條第1項第6款規定終止勞動契約（見原審卷㈡第161、181頁），未逾30日之除斥期間，自屬合法。被上訴人主張上訴人終止勞動契約已逾30日除斥期間，其解僱為不合法云云，自不足取。

5.綜上，上訴人於106年7月26日以被上訴人有勞基法第12條第1項第6款規定之情形，合法終止兩造勞動契約，應堪認定。則被上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，為無理由。又上訴人已於106年7月26日合法終止勞動契約，則兩造關於上訴人以被上訴人違反民法第484條第1項規定，於107年5月3日以民事準備書㈡狀之送達終止勞動契約有無理由之爭點，即無再予論述之必要，併此敘明。

㈣被上訴人請求上訴人應自105年5月27日起至105年7月27日止，按月於次月10日給付7萬8200元本息，為有理由，逾此範圍之請求，為無理由：

1.按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人以代提出。債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。民法第487條、第235條及第234條分別定有明文。次按債權人於受領遲延後，需再表示受領之意，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，其受領遲延之狀態始得認為終了。在此之前，債務人無須補服勞務之義務，仍得請求報酬（最高法院92年度台上字第1979號

裁定要旨參照）。又給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五，民法第229條第1項、第233條第1項前段、第203條分別定有明文。

2.經查，上訴人於105年5月26日終止勞動契約為不合法，業如前述，被上訴人於同年6月1日以台北松江路郵局1061號存證信函，通知上訴人應回復其原職務及薪資，惟遭上訴人於同年月3日以台北安和郵局1051號存證信函為反對之意，有上開存證信函可稽（見本院卷㈡第215至219頁、原審卷㈠第20頁），顯見被上訴人主觀上並無去職之意，並以準備給付之情事通知上訴人。又被上訴人服勞務須依上訴人之指示，此觀系爭契約第1條第4項規定即明（見原審卷㈠第231頁），堪認上訴人拒絕受領勞務，陷於受領遲延，則被上訴人依兩造勞動契約、民法第487條規定，請求上訴人自105年5月27日起按月給付工資，即屬有據。上訴人辯稱被上訴人並無以上開存證信函通知上訴人準備給付勞務，且已在麗茲行公司工作，行使同時履行抗辯拒絕給付薪資云云，自不足取。

3.其次，兩造勞動契約已於106年7月26日終止，被上訴人請求上訴人給付106年7月27日起至復職之日止，按月給付工資，難謂有理。再者，上訴人辯稱：被上訴人自105年7月28日起即轉向麗茲行公司服勞務，則伊應給付被上訴人是日起至106年7月26日止之報酬額，應扣除其自該公司所取得等語。查：

⑴觀諸被上訴人之出入境資料，被上訴人於105年7月9至12日（4日）、同年月28日至11月6日（102日）、同年月11日至106年1月23日（74日）、同年2月2日至106年5月9日（97日）、同年月13日至7月26日（75日）期間出境國外（見原審卷㈡第44頁、本院卷㈠第117頁）。被上訴人於105年7月9日出境後，3日後即返國，直至同月28日始出境，則上訴人

原稱被上訴人於105年7月9日起即至麗茲行公司工作云云（見本院卷㈡第148頁），尚無可採。又被上訴人於105年7月28日起出境國外，停留境外期間非短，僅入境停留本國3至9日不等旋即出國。堪認被上訴人自105年7月28日起已長期滯留境外。

⑵觀諸上訴人提出其自大陸地區好看視頻下載標題為「麗茲行風雨十二載」、全長23分34秒之影片（下稱系爭影片），其起始畫面為「麗茲行」，並在影片9分26秒至9分55秒、14分34秒至14分45秒、15分7秒至16分36秒、22分32秒至22分52秒處，出現標註「乙○○」之人，詳述麗茲行公司之相關業務執行狀況，此據本院勘驗在卷（見本院卷㈡第148至150、153至184頁）。其次，系爭影片乃上訴人訴訟代理人於110年8月6日大陸地區百度搜尋網站以「麗茲行 乙○○」（簡體字）搜尋後，指示其助理甲○○再度搜尋下載取得乙節，業據證人甲○○證述在卷（見本院卷㈡第224至225頁）。上訴人訴訟代理人復於110年8月14日在大陸地區百度搜尋網站以「麗茲行 乙○○」（簡體字）搜尋，結果仍有以「麗茲行風雨十二載」為標題之影片，其內容如系爭影片所示，有上訴人提出側錄搜尋過程之影片為證，並經本院勘驗在卷（見本院卷㈡第99至106、150頁）。又上訴人於本院審理時，當庭以其平板電腦連接至大陸優酷平台，亦有以「麗茲行風雨十二載」為標題之影片，其內容如系爭影片所示（見本院卷㈡第121、125、127頁）。徵以麗茲行公司為地產經紀/中介業（見本院卷㈡第44頁），系爭影片內容標註「乙○○」之人，其面貌與被上訴人本人相近，有被上訴人本人照片為證，並經本院勘驗在卷（見本院卷㈡第107、122頁）。又該標註「乙○○」之人，講述關於麗茲行公司之職業訓練、建立客服部門及客戶資料分析等之業務執行情形，亦與被上訴人自陳其在上訴人公司所任職務內容，含督導及創造業績、人才留任與培育、建立各部門功能與組織（見原審卷㈠第81至82頁）大致相同。依上各節，堪認系爭影片應

為真正，且系爭影片中記載「乙○○」之人，即為被上訴人無訛，自不因事後無法再搜尋取得系爭影片（見本院卷㈡第151頁），遽謂系爭影片內容不實。被上訴人否認系爭影片之真正，且否認系爭影片記載「乙○○」之人為被上訴人，洵無可取。

⑶依系爭影片所示，被上訴人擔任麗茲行公司之副總經理，並稱：「17年（指西元2017年）開始，我們希望把交易部，從安全的把關，提升為針對內外部客戶的服務團隊，客服部是我們17年新成立的單位」、「那今年上半年，我們總共完成了3588筆的客戶資料分析，還申請了1750筆的客戶資料，這其中，我們送了，預計會送7次的禮物，是希望能夠綁住客戶，隨時跟客戶保持接觸，來創造未來成交的機會，目前我們現在在規劃的是老客戶忠誠計劃，範圍是涵蓋交易前客戶、交易中客戶、成交後客戶」、「上半年我們針對神秘客戶調查，我們換了廠商，然後有提升了一些優化的一些方案，那目前大概有找到10個左右的缺點，可以作為運營、銷售中心改善的一個方向，那我覺得最好的一個銷售方式是建立在信任的基礎裡面，那我想客服部，就是在人員跟客戶之間的信任關係的建立上，我們能夠盡上一點力，再加上顧問的努力，然後我們的顧問跟我們的客戶更像朋友關係，然後降低交易的難度」等語（見本院卷㈡第149至150、162至180頁），佐以被上訴人自105年7月28日起即長期出境國外，足見被上訴人斯時已至麗茲行公司任職，始能詳為瞭解106年新成立客戶部之業務目標及相關計畫。是上訴人抗辯被上訴人於105年7月28日起，轉向麗茲行公司服勞務乙節，堪為可採。被上訴人否認其至麗茲行公司服勞務云云，自不足取。

⑷再觀諸上訴人提出，被上訴人不爭執真正之麗茲行公司工資資料（見本院卷㈡第45、148頁），麗茲行公司招聘產品經理之薪資為人民幣3萬6782元，以上訴人提出、被上訴人未爭執之1元人民幣兌換4.3元新臺幣（見本院卷㈡第148頁）計算，衡以被上訴人所任副總經理之薪資，當較產品經理之

薪資為高，則上訴人辯稱被上訴人轉向麗茲行公司服勞務按月取得15萬8163元（即：3萬6782元x4.3＝15萬8163元，元以下四捨五入，下同），信為可取。基上，上訴人自105年7月28日起至106年7月26日止，按月給付被上訴人7萬8200元，扣除被上訴人於上開期間轉向麗茲行公司服勞務，按月所取得15萬8163元後，已無剩餘（計算式見附表一），則被上訴人請求上訴人於上開期間按月給付7萬8200元本息，即為無理。

4.綜上，被上訴人請求上訴人自105年5月27日起至105年7月27日止，按月於次月10日給付工資7萬8200元（見本院卷㈡第145頁），並自各應給付日之翌日起加計法定遲延利息，為有理由，逾此範圍之請求，洵屬無據，不應准許。

㈤被上訴人請求上訴人給付退休金269萬7900元本息，為有理由，逾此範圍之請求，為無理由：

1.按勞工工作25年以上者，得自請退休，勞基法第53條第2款定有明文。勞工一旦符合法定退休要件，即已取得自請退休並請求給付退休金之權利，此為其既得權利，不因雇主終止勞動契約而喪失（參照最高法院92年度台上字第2152號判決意旨）。經查，被上訴人於80年7月24日受僱於上訴人（見不爭執事項㈡），於上訴人106年7月26日合法終止勞動契約時，工作25年以上，符合自請退休之要件並得請求給付退休金乙節，為兩造不爭執（見本院卷㈡第382、374頁），則被上訴人請求上訴人給付退休金，即屬有據。

2.又勞工退休金之給與標準，係按其工作年資，每滿1年給與2個基數。但超過15年之工作年資，每滿1年給與1個基數，最高總數以45個基數為限。未滿半年者以半年計；滿半年者以年計。前開退休金基數之標準，係指核准退休時一個月平均工資。平均工資指計算事由發生之當日前六個月內所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額。勞基法第55條第1項第1款、第2項、第2條第4款分別定有明文。茲就被上訴人得請求之退休金數額，分述如下：

⑴被上訴人原審起訴請求上訴人應按月給付薪資12萬元本息，本院前審判決則命上訴人應按月給付薪資7萬8200元本息，並駁回被上訴人其餘請求，被上訴人就其敗訴部分未據聲明不服（見本院前審卷㈡第323、339至341頁、本院卷㈠第7至11頁），且兩造於本院審理時不爭執上訴人自105年5月27日起應按月給付薪資7萬8200元（見本院卷㈡第145頁），則上訴人抗辯被上訴人於106年7月26日退休之日止，其平均工資為7萬8200元（計算式見附表二），即為有理。被上訴人主張其遭上訴人違法調動，平均工資為25萬元云云，自不足取。

⑵被上訴人自87年4月1日房仲業適用勞基法前即受僱於上訴人，並於勞基法適用後始退休，就被上訴人適用勞基法前年資之退休金，當時並無法令可資適用，上訴人無自訂之規定，兩造復未協商乙節，為兩造不爭執（本院卷㈡第317、375頁），依勞基法第84條之2規定，被上訴人適用勞基法後之工作年資，始得計算退休金。被上訴人雖主張其適用勞基法前之工作年資，應類推適用勞基法第55條規定計算退休金云云，惟上訴人於適用勞基法前非該法適用範圍內之事業單位，自無類推適用勞基法第55條之餘地，否則無異係對原無規定給付員工退休金之事業單位，追溯創設給付員工退休金之義務（最高法院86年度台上字第17號判決、87年度台上字第724號判決同此意旨），被上訴人上開主張，並不可採。

⑶又按勞基法第55條第1項第1款之工作年資，應自受僱之初起算，其「每滿1年給與2個基數」之15年工作年資，亦應自受僱之初起算；故勞工工作年資跨越勞基法公布施行前後，而於勞基法施行後始退休者，勞基法施行後退休金之給與標準依該法第55條規定計算，其工作年資於勞基法施行未滿15年者，就勞基法施行後之工作年資部分，在補足15年之差額部分為每年2個基數，其餘為每年1個基數（參照最高法院107年度台上字第2444號判決意旨）。被上訴人於80年7月24日任職，87年4月1日適用勞基法後年資之退休金給付，本應於

補足15年之差額即自斯時起至95年7月23日（即任職滿15年）止，為每年給與2個基數，其餘為每年1個基數，惟上訴人同意自被上訴人87年4月1日適用勞基法時起至102年3月31日之工作年資15年，每年給與2個基數，其餘為每年1個基數（見本院卷㈡第376頁），自無不可。兩造於106年7月26日終止勞動契約，則被上訴人之工作年資應計算至106年7月26日止，上訴人抗辯應計算至105年7月24日止云云，即無可取。則依被上訴人之退休金基數34.5計算結果，被上訴人得請求上訴人給付之退休金為269萬7900元（計算式見附表三），逾此範圍之請求，為無理由。

3.末依勞基法第55條第3項前段規定，雇主應於勞工退休之日起30日內給付退休金。則被上訴人請求上訴人給付退休金部分，請求上訴人應自民事答辯狀繕本送達之翌日即109年9月12日（兩造不爭執該書狀繕本送達日期為109年9月11日，見本院卷㈡第120頁）起，計付法定遲延利息，亦屬有據。

七、從而，被上訴人依兩造勞動契約，請求上訴人自105年5月27日起至105年7月27日止，按月於次月10日給付7萬8200元，及自應給付之翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。原審就超過上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院將此部分予以廢棄，改判如主文第2項所示。就上開應准許之部分，原審判命上訴人如數給付，並為准、免假執行之宣告，核無不合。上訴人就該部分提起上訴，指摘原判決該部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。另被上訴人依勞基法第55條規定，追加請求上訴人給付269萬7900元，及自109年9月12日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。就被上訴人追加之訴勝訴部分，兩造陳明願供擔保，聲請宣告准免假執行，均核無不合，爰各酌定相當之擔保金額准許之；至被上訴人敗訴

部分，其假執行之聲請，已失所附麗，應予駁回。並依民事訴訟法第79條規定，為訴訟費用負擔之判決。

八、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，附此敘明。

丙、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，被上訴人追加之訴為有一部有理由、一部無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　18　　日

勞動法庭

審判長法　官　胡宏文

法　官　楊雅清

法　官　陳心婷

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項所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　18　　日

書記官　黃麒倫

附表一：

一、105年7月28至31日：

上訴人應給付被上訴人薪資為1萬90元（即：7萬8200元x4/31＝1萬90元）。被上訴人轉向麗茲行公司服勞務所取得為2萬408元（即：15萬8163元x4/31＝2萬408元）。

二、105年8月至106年6月：

上訴人應按月給付被上訴人薪資7萬8200元。被上訴人轉向麗茲行公司服勞務按月所取得為15萬8163元。

三、106年7月1至26日：

上訴人給付被上訴人薪資為6萬5587元（即：7萬8200元x26/31＝6萬5587元）。被上訴人轉向麗茲行公司服勞務所取得為13萬2653元（即：15萬8163元x26/31＝13萬2653元）。

附表二：

一、106年1月27至31日之薪資為1萬2613元（即：7萬8200元x5/31＝1萬2613元）。

二、106年2至6月之薪資為39萬1000元（即：7萬8200元x5月＝39萬1000元）。

三、106年7月1至26日之薪資為6萬5587元（即：7萬8200元x26/31＝6萬5587元）。

四、106年1月27日至106年7月26日所得工資總額為46萬9200元（即：1萬2613元＋39萬1000元＋6萬5587元＝46萬9200元），除以上開工作期間之總日數181日，再依民法第123條第2項規定，按每月為30日計算後，被上訴人之平均工資原應為7萬7768元（即：46萬9200元÷181日x30日＝7萬7768元），惟上訴人不爭執被上訴人之平均工資為7萬8200元（見本院卷㈡第376頁），自應以7萬8200元為被上訴人退休金基數之標準。

附表三：

一、87年4月1日至102年3月31日：共15年，退休金基數為30。

二、102年4月1日至106年7月26日：共4年3月又25日，退休金基數為4.5。

三、被上訴人之退休金基數合計為34.5，得請求退休金之數額為269萬7900元（即：7萬8200元x34.5＝269萬7900元）。