臺灣高等法院民事判決

92年度勞上字第10號

上　　訴　　人　馥豐企業股份有限公司
即附帶被上訴人
法 定 代 理 人　陳清海
訴 訟 代 理 人　鄭洋一律師
複　　代 理 人　李文欽律師
被　　上 訴 人　李國義
即　附帶上訴人
訴 訟 代 理 人　邱碩松律師

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九十二年一月二十八日臺灣臺北地方法院九十一年度勞訴字第二四號第一審判決提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，本院於九十二年十一月十一日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於確認兩造間僱傭關係存在，及原判決主文第二項命馥豐企業股份有限公司給付超過新台幣柒拾捌萬叁仟柒佰伍拾陸元暨自民國九十一年二月七日起算之法定遲延利息部分，並該部分假執行宣告及訴訟費用之裁判均廢棄。

右開廢棄部分，李國義在第一審之訴及假執行聲請均駁回。

馥豐企業股份有限公司其餘上訴駁回。

原判決關於駁回李國義後開第二項之附帶上訴部分，及假執行之聲請暨訴訟費用之裁判均廢棄。

馥豐企業股份有限公司應給付李國義自民國九十二年一月一日起至復職日止，按月於每月五日給付新台幣叁萬肆仟叁佰伍拾元。

李國義其餘附帶上訴駁回。

第一審訴訟費用由馥豐企業股份有限公司負擔三分之二，餘由李國義負擔。

第二審訴訟費用由關於上訴部分，由馥豐企業股份有限公司負擔三分之一，餘由李國義負擔。第二審訴訟費用關於附帶上訴部

分，由馥豐企業股份有限公司負擔二分之一，餘由李國義負擔。
本判決第五項於李國義以新台幣肆拾伍萬元供擔保後，得假執行；馥豐企業股份有限公司如以新台幣玖拾萬元預供擔保後，得免為假執行。
李國義其餘附帶上訴假執行之聲請駁回。

事　　實

甲、上訴人即附帶被上訴人方面（以下稱馥豐公司）：

一、聲明：（一）原判決不利於馥豐公司部分廢棄。（二）右開廢棄部分，駁回被上訴人即附帶上訴人（以下稱李國義）在第一審之訴。（三）駁回李國義之附帶上訴。（四）如受不利之判決，願供擔保免為假執行。

二、陳述：除與原判決記載相同者茲以引用外，並補稱略以：

（一）李國義自進入馥豐公司即專注於女鞋打樣，而台中樣品室復以女鞋佔絕大多數，其公司因當時委請名設計師來台設計九十年度世界鞋展，為期約二個月，屬於季節性之因素，故選派李國義前往台中樣品室支援，故其公司調派李國義至台中樣品室之行為，係基於企業經營之必要性，並無違失。而李國義竟連續曠工三日，其公司乃依據勞動基準法（以下稱勞基法）第一項第六款規定，終止兩造間勞動契約，自屬有據。

（二）縱退步言之，鈞院認兩造間僱傭關係存在，李國義九十年度於洪銘貿易股份有限公司服務，獲致薪資所得新台幣（下同）四萬四千五百十七元，依法自應自給付薪資中扣除，始符法理。

（三）關於李國義附帶上訴部分之抗辯：馥豐公司於八十七年三月一日起始有勞基法之適用，則於此之前關於李國義加班費之給付，自應以兩造間僱傭契約之約定為準據，而無勞基法第二十四條延長工時工資之適用，是其公司每小時給付李國義一百元之加班費，於法並無違誤。

三、證據：除援用原審所提出證據外，並補提公司變更登記表、邀請函、報名單、攤位收據德文影本及中譯文節本等件為

證，暨聲請函財政部台北市國稅局。

乙、被上訴人即附帶上訴人方面（以下稱李國義）：

一、聲明：（一）駁回馥豐公司之上訴。（二）原判決關於駁回伊附帶上訴後開之訴部分廢棄。（三）馥豐公司應再給付伊七十二萬七千三百四十六元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。（四）馥豐公司應自九十二年一月一日起至復職日止，按月於每月五日給付李國義五萬零七百三十元。

（五）願供擔保請准宣告假執行。

二、陳述：除與原判決記載相同者茲以引用外，並補稱略以：

（一）工資為勞工勞動之對價，因此是否屬於工資之範圍以是否有「經常性給與」為斷，而平均工資係合理考量一定期間工作報酬之計算方式，得以評價勞動之平均價值，此之所以勞動基準法有關退休及資遣費之計算，均以平均工資為計算基礎。準此，李國義得請求給付之工資應類推適用勞基法關於「平均工資」之計算方式，而非如原審僅以底薪加上房屋津貼為計算標準。

（二）參照勞基法第三十條第一項前段、第四十二條規定，勞工於正常工時外，原則上並無加班之義務，至於勞工加班，除可調節雇主對業務淡、旺季之工作需求外，亦可解決雇主須另僱勞工之問題，於企業經營言，係有利於雇主，因此多數行業在適用勞基法前，即已高於時薪給付勞工加班費。據李國義自八十四年起時薪即有一百三十九元，如依馥豐公司所稱，則伊於八十四年至八十七年三月間之加班時薪，因未適用勞動基準法之故，僅得領取一百元時薪加班費，則李國義加班尚被減薪，不但未受獎勵，反受懲罰，其不合情理甚明。縱使馥豐公司於八十七年三月前，尚未適用勞基法，然至少應維持原時薪標準給付加班費，始符合勞務給付之對價。

三、證據：援用原審所提出之證據。

理　　由

一、按「本法所稱勞資爭議，為勞資權利事項與調整事項之爭議。」、「權利事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。」勞資爭議處理法第四條第一項、第二項分別定有明文。又，勞資爭議調解委員會之調解方案，經爭議當事人雙方同意在調解紀錄簽名者，調解為成立，同法第十七條亦定有明文。準此，勞資爭議經調解成立者，視為爭議當事人間之契約，當事人對該等契約發生爭議向法院起訴時，法院應以其訴無保護之必要，以判決駁回之（法院辦理勞資爭議事件應行注意事項第八點參照）。經查：

（一）本件李國義起訴主張伊原任職於馥豐公司台北樣品室擔任女鞋樣品剪裁技術員，馥豐公司竟未經伊同意，即任意於八十九年三月二十七日將伊調往台中梧棲樣品室工作，違反勞動契約，伊因家庭因素，無法至台中梧棲室工作，馥豐公司即以伊連續曠職三日為由，於同年月三十一日予以解僱，爰依法請求確認兩造間僱傭關係存在云云，固據提出派令及免職函為證（見原審九十一年度北勞調字第一號卷（以下稱原審調解卷）原證一、原證二）。然查，馥豐公司於八十九年三月三十一日將李國義解僱，李國義乃向台北市政府勞工局申請調解，並於同年十月十一日兩造成立調解如下：「一、勞方（指李國義）回公司（指馥豐公司）繼續服務，日後公司如欲調動勞方需先徵得勞方之同意。二、勞方離職迄今之薪資請勞資雙方自行核算。三、資方同意補發加班費。但需扣除用餐時間半小時，金額則由勞資雙方自行核算。」此有台北市政府勞資爭議調解紀錄在卷足憑（見原審調解卷原證三），並為馥豐公司所自陳（見本院卷二四頁），雖馥豐公司以：該調解意旨是指同意李國義回公司至台中梧棲室工作云云置辯，但參照上開調解紀錄以觀，李國義於申請調解時，即陳述因馥豐公司藉故將伊調往台中，伊因家有年邁父親，無法配合，馥豐公司即將伊免職等語，再參酌兩造達成勞資爭議調解內

容為「一、勞方（指李國義）回公司（指馥豐公司）繼續服務，日後公司如欲調動勞方需先徵得勞方之同意。」可證，馥豐公司是同意李國義回任原職繼續服務，否則李國義既因家有年邁父親需要照顧，而無法至台中梧棲室任職致生本件勞資爭議事項，伊焉會應允回馥豐公司任職卻至台中梧棲室之可能？是馥豐公司上開抗辯顯與調解紀錄內容不符，自無可取。準此可知，兩造間就僱傭契約是否存在乙節，既經勞資爭議調解委員會調解成立在案，即兩造間僱傭契約仍屬存在，且該調解紀錄亦無不明確之處，足見兩造間僱傭契約之法律上關係，亦無陷於不確定之狀態存在至明。則揆諸右揭說明，李國義起訴請求確認兩造間僱傭契約存在云云，即屬欠缺權利保護必要，此部分依法應予駁回之。

（二）次按「勞資爭議經調解成立或仲裁者，當事人之一方不履行其義務時，他方當事人得向該管法院聲請裁定強制執行並免繳裁判費；於聲請強制執行時，並免繳執行費。」勞資爭議處理法第三十七條第一項有明文規定。「前條之聲請強制執行，非有左列各款情形之一者，法院不得為駁回之裁定：一、調解或仲裁內容，係使當事人為法律上所禁止之行為者。二、調解或仲裁內容，與爭議標的顯屬無關或性質不適於強制執行者。三、依其他法律不得為強制執行者。四、違反本法調解、仲裁之規定者。」同法第三十八條亦有規定。經查，李國義除提起確認兩造間僱傭關係存在之訴外，並起訴請求馥豐公司給付伊八十九年四月一日至九十年十二月三十一日薪資共計一百零六萬五千三百三十元（原判決誤載為一百零三萬一千三百十元，見原審卷一〇九頁）、八十四年四月至八十九年三月止之加班費差額三十九萬八千一百零九元，有卷附起訴狀可憑（見原審調解卷起訴狀五頁、原審卷一〇九頁），因兩造間於右開調解成立時，僅約定關於李國義離職至調解日（即八十九年十月十一日）止薪資、補發加班費部分，由兩造自行

核算，但因兩造間既對於薪資及補發加班費差額之計算方式有爭執，自無法確定該薪資及補發加班費金額，則依上開勞資爭議處理法第三十八條第二款規定，系爭調解記錄第二點及第三點部分，顯無法為強制執行之標的，準此，李國義就上開薪資及補發加班費部分，因調解內容為兩造自行核算，無法聲請法院為強制執行，自有提起給付薪資及加班費差額之訴訟上權利保護必要情形存在，合先陳明。

二、李國義起訴主張：伊自七十七年起至馥豐公司服務，擔任台北樣品室之女鞋樣品剪裁技術員，八十九年三月二十七日突接馥豐公司之調職通知，將伊調至台中梧棲樣品室，因馥豐公司並未徵詢伊同意，竟於同年月三十一日以伊拒不赴新職為由，予以解僱。嗣兩造經台北市政府勞工局調解，並於同年十月十一日達成調解成立，但馥豐公司拒不同意伊回任原職，請求上訴人給付八十九年四月一日起至九十年十二月三十一日止之薪資一百零六萬五千三百三十元、八十四年四月起至八十九年三月止加班費之差額三十九萬八千一百零九元，及自九十二年一月一日起至復職之日止，按月與每月五日給付伊五萬零七百三十元等語（關於李國義請求確認兩造間僱傭關係存在部分，已詳如前理由一、㈠所示）。

三、馥豐公司則以：其公司於八十九年三月二十七日將李國義調往台中梧棲樣品室，於調派前十日以口頭告知，其公司因委請國外名設計師來台設計九十年度世界鞋展，為期約二個月，李國義之技術及體能較能勝任，故選派伊前往暫時性支援，且有關支援期間之食、宿費用，其將另行補助，詎李國義竟拒絕到任，且伊連續曠工三日，故其公司乃依法予以解雇，且其公司自八十七年三月一日起始適用勞基法，是八十七年三月一日前之加班費應以兩造間僱傭契約約定給付，即每小時一百元，而無勞基法第二十四條規定適用云云，資為抗辯。

四、本件兩造所爭執者為（一）馥豐公司是否有給付薪資予李國

義之義務？應給付之薪資為何？（二）加班費差額部分，應如何計算？茲分別論述如下：

（一）馥豐公司是否有給付薪資予李國義之義務？應給付之薪資為何？

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（民法第四百八十七條前段規定參照）。又，雇主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務之受領勞務遲延。勞工無補上開期間服勞務之義務，並得依原定勞動契約請求該期間之報酬（最高法院八十九年度台上字第一四〇五號判決意旨參照）。承前所述，兩造間僱傭契約關係既已經調解成立，而確認兩造間僱傭關係仍屬存在，則馥豐公司依據僱傭契約本有給付薪資之義務，但因馥豐公司對於薪資給付金額與李國義核算有異，是李國義乃起訴請求馥豐公司給付八十九年四月一日起至九十一年十二月三十一日止之薪資部分，即屬有據。且，馥豐公司至今仍未依前開調解內容使李國義回復原職，有卷附台北郵局第一一五支局第六九號存證信函足參（見原審卷八四至八六頁），堪認馥豐公司顯拒絕依兩造間僱傭契約受領勞務，則李國義自無從履行受僱人之勞務給付義務，顯可歸責於馥豐公司，李國義自得依據兩造間仍存在有效之僱傭契約，請求給付薪資。

2、次查，本件李國義主張每月薪資應以平均工資計算，即五萬零七百三十元云云，但為馥豐公司所否認。經查，李國義遭馥豐公司八十九年三月三十一日違法解僱時，每月固定薪俸為三萬三千七百五十元、房屋津貼每月為六百元，合計每月薪資為三萬四千三百五十元，此有卷附李國義八十八年十月至八十九年三月止之各月薪資明細表可稽（見原審卷九七至一〇二頁），雖李國義主張關於加班費、職務加給、全勤獎金均應列入平均工資內云云，但查兩造間之勞動契約繼續存在，馥豐公司即應自八十九年四月一日起，仍依照原勞動契約約定支付薪資報酬（即依照八十九

年三月三十一日止之薪資為準據）與李國義，而勞基法就雇主依約定應付而未給付之工資，並未規定按同法第二條第四款規定計算平均工資後定其應付金額，準此，李國義主張以六個月平均工資計算馥豐公司應付之每月薪資數額，於法顯屬無據。又加班費（即延長工工資）係以李國義有加班之事實，馥豐公司始有給付之義務，並非李國義每月必然可取得之報酬，則此部分顯非屬於雇主經常性給與，況李國義既自八十九年四月一日起因馥豐公司不受領伊所提供之勞務，則無從認為伊必然可加班提供勞務而獲取加班工資。另職務加給部分，馥豐公司自八十九年一月起即未再發給員工該部分金額，此有上開薪資明細表可稽，而李國義既自八十九年二月一日起未曾領取職務加給，則此部分自不得列入李國義所得請求之薪資。又全勤獎金是指馥豐公司員工須當月全勤其公司才計發相當於一天之工資一節，為兩造所不爭，馥豐公司自八十九年起即不再支付員工全勤獎金，亦據馥豐公司陳明在卷（見原審卷一二八頁），可知全勤獎金並非屬於李國義依照原勞動契約所得領取之薪資。是李國義主張自八十九年四月一日起馥豐公司應給付伊每月平均工資五萬零七百三十元云云，顯無可取。準此，李國義自八十九年四月一日起至九十年十二月三十一日止共二十一個月，每月薪資為三萬四千三百五十三元，共計七十二萬一千三百五十元，則李國義請求薪資，於七十二萬一千三百五十元及自起訴狀繕本送達翌日（即九十一年一月五日，而原審誤為九十一年二月七日，但此部分未經李國義聲明不服）起至清償日止按年息百分之五計算之利息之範圍內，自屬有據，逾此範圍部分，則難認為有理由。

3、另李國義主張自九十二年一月一日起至復職日止，按月於五日給付薪資五萬零七百三十元部分，因馥豐公司自九十二年一月一日起至今，仍拒絕受領李國義所提出之勞務給付，則依據民法第四百八十七條前段規定，李國義自無補

服勞務之義務，仍得請求給付報酬。且若契約之標的，若依其情形為可得確定時，則仍得為債之請求標的（最高法院五十一年度台上字第二四四六號判決意旨參照），是李國義請求自九十二年一月一日起復職日止，按月於五日給付薪資三萬四千三百五十元部分，因李國義至馥豐公司之回復原職之「復職日」依其情形為可得確定之狀態，準此，李國義依據民法第四百八十七條第一項規定，請求馥豐公司自九十二年一月一日起至復職日止，按月於五日給付薪資三萬四千三百五十元之薪資報酬，於法自屬有據，應予准許。至李國義逾上開請求部分，即屬無據，應予駁回。另原審引用最高法院四十六年臺上字第七四五號判例及同院八十六年臺上字第一三八五號判決意旨部分，應係指當事人請求不可確定之未到期之將來薪資部分，與本件李國義請求至馥豐公司給付至同意伊復職之日止之薪資部分，依上說明，是屬於可得確定之契約標的，二者容有不同，故原審誤引上開判例及意旨而駁回李國義此部分之請求部分，容有誤會，併予敘明。

4、又「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。」民法第四百八十七條定有明文。經查，李國義於九十年度曾至洪銘貿易股份有限公司服勞務，領得薪資所得為四萬四千五百十七元之情，業經原審依聲請向財政部台北市國稅局萬華稽徵所查明屬實，並有該所九十一年十二月十八日財北國稅萬華徵字第〇九一〇〇〇九六一九號函檢附李國義八十九年及九十年度綜合所得稅核定通知書暨結算申報書在卷可稽（見原審卷一一九至一二四頁），是馥豐公司抗辯依據上開條文但書規定，應自薪資中予以扣除等語，尚屬可採。準此可知，李國義依據兩造僱傭契約，請求馥豐公司給付八十九年四月一日起至九十年十二月三十一日止之薪資，七十二萬一千三百

五十元，應再扣除伊至洪銘貿易股份有限公司服勞務報酬四萬四千五百十七元，應為六十七萬六千八百三十三元。

（二）加班費部分如何計算？查馥豐公司營業項目包含：陶瓷器、小五金、小木器、手工藝品之買賣業務、各種皮包皮件購物袋鞋類紡織品運動器材玩具之買賣、商品進出口貿易及就進出口貿易同業間對外保證業務、國內外有關廠商之投標採購代理業務，屬國際貿易業，有經濟部公司執照、台北市政府營利事業登記證等在卷可憑（見原審卷二八、二九頁），而國際貿易業別自八十七年三月一日始為適用勞基法之行業，此為兩造所不爭執（行政院勞工委員會八十六年九月一日八十六勞動一字第〇三七二八七號函參照）。茲就馥豐公司適用勞基法之前後，審酌李國義加班費差額之請求如下：

1、馥豐公司適用勞基法之前，即八十七年三月一日以前：按勞基法為規定最低勞動條件之強制性法律，主管機關為減少對產業之衝擊，依各產業之狀況分別頒佈各行業開始適用勞基法之時期，產業於適用勞基法之後，其與勞工所訂定之勞動條件，固不得低於勞基法所定標準，惟在適用勞基法之前，既不受勞基法之規範，勞工尚不得依勞基法之規定向雇主請求勞基法所定之各項給付。本件馥豐公司自八十七年三月一日起始為適用勞基法之行業，已如前述，則於馥豐公司適用勞基法前，李國義請求馥豐公司依勞基法所定標準支付加班費，即屬無據。又雖李國義仍主張應以時薪計算加班費云云，但然如前述，因八十七年三月一日前馥豐公司並非適用勞基法之行業，則兩造間之薪資及加班費計算基準，自應依僱傭契約約定，故李國義既於七十七年即至馥豐公司任職，而馥豐公司以每小時一百元計付加班費，多年來李國義既均無異議，並經馥豐公司依約給付加班費等情，為兩造所不爭執，則應推定兩造已合意以此標準計算加班費，故李國義自不得嗣後再更為不同主張。是李國義主張八十七年三月一日以前加班費亦應以時

薪計算云云，委無可取。

2、八十七年三月一日起至八十九年三月止：

⑴、按「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、依第三十二條第三項規定，延長工作時間者，按平日每小時工資額加倍發給之」。勞動基準法第二十四條分別定有明文。

⑵、馥豐公司主張李國義自八十七年三月起至八十九年三月止，伊加班時數扣除用餐時數後，如原判決附表（以下稱附表）「扣除用餐加班時數欄」所示，李國義對此亦不爭執，又兩造對於附表所示八十七年三月至八十九年三月間每月薪資數額、平均時薪、加班時薪、已付加班費數額均不爭執（見原審卷一〇六頁），依附表所列李國義時薪及加班時薪均高於一百元，李國義主張馥豐公司未依勞基法之規定計付加班費，尚非無據。

⑶、按「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準」勞基法第一條第二項定有明文，馥豐公司給付延長工時之加班費，自不得低於勞基法第二十四條所定之標準，而附表「已付加班費」欄為馥豐公司應給付之加班費數額，「應付加班費」欄為依勞基法所定標準計算之加班費，此為兩造所不爭，則李國義請求馥豐公司給付不足勞基法所定標準之加班費，即如附表「未付加班費」欄所示之加班費共計十萬六千九百二十三元，及加計法定遲延利息，即屬正當，逾此所為請求，即非有據，應予駁回。

五、綜上所述，（一）馥豐公司上訴部分：⑴兩造既已於八十九年十月十三日依據勞資爭議處理法第十七條規定調解成立，依據調解紀錄所載，馥豐公司同意李國義回任原職，即兩造間僱傭契約本屬存在，則李國義仍起訴請求確認兩造間僱傭

關係存在云云，此部分起訴請求即欠缺起訴之保護要件，依法應予駁回。原審未予詳察，此部分即逕自准予確認兩造間僱傭關係存在，於法自有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，自應由本院予以廢棄改判如主文第二項所示。⑵至馥豐公司因拒絕受領李國義所提供勞務，則李國義依據民法第四百八十七條規定，請求馥豐公司給付八十九年四月一日起至九十年十二月三十一日止之薪資共計一百零六萬五千三百三十元及加計自九十一年二月七日（李國義原起訴請求此部分遲延利息自起訴狀繕本送達之翌日起算，依卷附送達證書所示（見原審調解卷）應為九十一年一月五日，但原審誤以為九十一年二月七日（此為第二次重複送達起訴狀繕本之日），但因李國義對於此部分並未聲明不服，故僅得就馥豐公司上訴部分為審理，附此陳明）起至清償日止，按年息百分之五計算之法定遲延利息部分，於六十七萬六千八百三十三元及加計自九十一年二月七日起算之法定遲延利息部分，為有理由，應予准許。至李國義逾上開請求部分，顯非有據，應予駁回。⑶李國義依據僱傭契約之法律關係，請求馥豐公司給付自九十一年一月一日起至同年十二月三十一日止之薪資，共計四十一萬二千二百元部分，於法有據應予准許。⑷另關於加班費部分：李國義請求馥豐公司應給付伊三十九萬八千一百零九元及加計法定遲延利息云云，因馥豐公司於八十七年三月一日起為適用勞基法行業，未依勞基法第二十四條規定給付延長工時工資部分，共計十萬六千九百二十三元及加計法定遲延利息，洵屬有據，應予准許。至李國義逾上開請求部分，即非有據，應予駁回。⑸從而，原審就上開不應准許部分，為馥豐公司敗訴判決，並為假執行宣告，自有未合，上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。至於上開應准許部分，原審判命馥豐公司應給付，並為假執行宣告，核無違誤，上訴意旨仍執陳詞指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。（二）李國義附帶上訴部分：⑴伊本於

兩造間僱傭契約關係仍屬存在之法律關係，請求馥豐公司給付伊自九十二年一月一日起至復職日止，按月於五日給付薪資三萬四千三百五十元部分，於法有據，應予准許，原判決此部分為伊敗訴判決，容有未洽，李國義就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。爰由本院將原判決予以廢棄改判如主文第五項所示。⑵至李國義請求依照平均工資每月給付五萬零七百三十元薪資部分，如前所述，於法無據，應予駁回。原判決為伊敗訴判決，於法亦屬有據，李國義就此部分仍指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回伊附帶上訴。⑶伊主張加班費於八十七年三月一日前仍應以時薪計算部分，因馥豐公司於八十七年三月一日前並非適用勞基法行業，仍應以兩造間僱傭契約約定為準據，是伊主張以時薪計算云云，既與僱傭契約約定不符，自無可取。是原審就此部分為伊敗訴判決，並駁回伊假執行聲請，於法亦無違誤，伊就此部分所為附帶上訴，亦為無理由，應併予駁回伊此部分之附帶上訴。（三）至李國義、馥豐公司陳明願供擔保為宣告准、免假執行之聲請，就李國義附帶上訴勝訴部分，經核於法並無不合，爰各酌定相當擔保金額宣告之。至附帶上訴敗訴部分，即失所附麗，應予駁回。

六、據上論結，本件馥豐公司之上訴、李國義附帶上訴，各為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第四百五十條、第四百四十九條第一項、第七十九條但書、第四百六十三條、第三百九十條第二項、第三百九十二條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　92　　年　　12　　月　　2　　日

勞工法庭

審判長法　官　俞慧君

法　官　黃莉雲

法　官　楊絮雲

正本係照原本作成。

上訴人即附帶被上訴人馥豐企業股份有限公司不得上訴。

被上訴人即附帶上訴人李國義如不服本判決，應於收受送達後二

十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十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四百六十六條之一第一項但書或第二項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　92　　年　　12　　月　　2　　日

書記官　王秀雲

附註：

民事訴訟法第四百六十六條之一（第一項、第二項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他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。