最高法院民事裁定

111年度台上字第1252號

上　訴　人　陳史翎
訴訟代理人　許英傑律師
　　陳亭熹律師
　　彭之麟律師
被 上訴 人　永慶房屋仲介股份有限公司

法定代理人　孫慶餘

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111年1月18日臺灣高等法院第二審更審判決（109 年度重勞上更一字第10號），提起上訴，本院裁定如下：

主　文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

按上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之；又判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；且提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，其依民事訴訟法第469條之1規定提起上訴者，並應具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。同法第467條、第468條、第470條第2項定有明文。是當事人提起上訴，如依同法第469 條規定，以原判決有所列各款情形之當然違背法令為理由時，其上訴狀或理由書應表明該判決有合於各該條款規定情形之具體內容，及係依何訴訟資料合於該違背法令之具體事實；如依同法第469條之1規定，以原判決有前條以外其他不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀或理由書應表明該判決所違背之法令條項，或有關大法官解釋、憲法法庭裁判，或成文法以外之習慣或法理、法則等及其具體內容，暨係依何訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理

由。上訴狀或理由書如未依上述方法表明，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已合法表明上訴理由，其上訴自非合法。本件上訴人對於原判決不利部分提起上訴，雖以該部分判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，所論斷：　上訴人自民國80年7 月24日起受僱於被上訴人，嗣於95年1月1日被上訴人依兩造簽訂之勞動契約及其工作規則，調派上訴人至其關係企業鴻運通股份有限公司（下稱鴻運通公司）任職。上訴人未辦理離職，係被上訴人讓與對上訴人之勞務請求權予鴻運通公司，兩造間僱傭關係未終止。依被上訴人所舉證據，不足認定上訴人於大陸工作期間有收受廠商回扣，教唆、煽動大陸員工為不實污衊而造成公司信用及商譽受損，暨處理上海台慶公司承租辦公地點出現重大疏失等違反工作規則及勞動基準法（下稱勞基法）第12條第1 項第4 款規定之情事，被上訴人於105年5月26日透過鴻運通公司終止兩造間勞動契約，並不合法。其次，被上訴人於104 年10月間將上訴人調回臺灣擔任顧問，約定每個月應在雙北市看40個預售建案，進行市調。依其工作內容、上訴人週休2 日，及特休假需依程序辦理請假等節觀之，可見上訴人除週休2 日及請特休假日外，應在臺灣地區履行勞務。稽諸上訴人之入出境資料顯示，其於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，扣除同年2月16、17日為請特休假，同年3月19、20日、4月16、17日、5月21、22日為周六、周日外，其餘日期均未辦理請假手續，堪認上訴人確有連續曠職3 日之情事。雖被上訴人於106年5月23日即取得其入出境資料，惟因上訴人返臺上班後毋庸打卡，被上訴人尚須比對考勤資料始能知悉其實際到工情形，並須調查未到工日有無請假事宜，難認被上訴人於取得出入境資料後，能立即獲知上訴人有無曠職情形。依被上訴人主張其取得出入境資料，經人事單位比對覆核上訴人考勤紀錄後，至106年7月21日始確知上訴人有繼續曠工3 日情形，即於同年月26日依法終止兩造勞動契約，經核未逾30日除斥期間，應認兩造勞動契約

於斯時合法終止。上訴人本得請求被上訴人給付自105年5月27日起至契約終止日，按月給付工資新臺幣（下同）7 萬8200元本息。惟上訴人自105年7月28日起即出境長期滯留境外，佐以大陸地區好看視頻標題「麗茲行風雨十二載」影片介紹內容，堪認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。觀諸被上訴人提出之麗茲行公司工資資料，對比上訴人擔任副總經理職務，足認上訴人至麗茲行公司服勞務按月可取得之薪資超過7 萬8200元。上訴人自105年7月28日起至106年7月26日止，按月得請求被上訴人給付之7 萬8200元，於扣除其轉往麗茲行公司服勞務按月所得後，已無餘額可再請求。　上訴人自80年7 月24日受僱日至被上訴人終止勞動契約時，已工作逾25年，符合自請退休要件。上訴人自105年5月27日起每月薪資為7 萬8200元，堪認上訴人於106年7月26日退休時，其平均工資同為此數。上訴人自87年4月1日房仲業適用勞基法前即受僱於被上訴人，於勞基法適用後始退休，就適用勞基法前年資之退休金，當時無法令可資適用，被上訴人亦無自訂規定，復未經兩造協商，依勞基法第84條之2 規定，僅其適用勞基法後之工作年資得計算退休金，之前之工作年資無得適用或類推適用勞基法第55條規定計算退休金之餘地。又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，據此上訴人於106年7月26日退休時，其基數為34.5，按平均工資核算，得請求給付之退休金為269 萬7900元。　上訴人先位請求確認兩造間僱傭關係存在，及除已判命被上訴人給付自105年5月27日起至同年7 月27日止，按月給付7 萬8200元各本息之部分外，被上訴人再自105年7月28日至其復職日，按月給付7 萬8200元各本息；備位請求被上訴人再給付退休金767 萬7100元本息，均為無理由，不應准許等情，指摘為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷、論斷不完備或理由矛盾、違法，而非表明依訴訟資料合於該違背法令之具體

事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。末按，勞工工作年資自受僱之日起算，適用本法前之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依其當時應適用之法令規定計算；當時無法令可資適用者，依各該事業單位自訂之規定或勞雇雙方之協商計算之。適用本法後之工作年資，其資遣費及退休金給與標準，依第17條及第55條規定計算。勞基法第84條之2 定有明文。員工於適用勞基法前即受僱，於適用後始退休，就適用勞基法前年資之退休金，倘當時無法令可資適用，事業單位亦無自訂規定，勞雇雙方復未經協商，則僅適用勞基法後之工作年資，始得依勞基法相關規定計算退休金，於適用勞基法前之工作年資並無得適用或類推適用勞基法第55條規定計算退休金之餘地，否則無異係對原無規定給付員工退休金之事業單位，追溯創設給付退休金之義務。上訴人就此所為之指摘，不無誤會，附此敘明。

據上論結，本件上訴為不合法。依民事訴訟法第481條、第444條第1項、第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　5　　月　　26　　日

最高法院勞動法庭

審判長法官　袁　靜　文

法官　林　金　吾

法官　石　有　為

法官　許　秀　芬

法官　陳　靜　芬

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　13　　日