臺灣高等法院民事判決

107年度重勞上字第32號

上　訴　人　吳玲芬
訴訟代理人　姜志俊律師
被上訴人　荷蘭商荷蘭皇家航空股份有限公司台灣分公司
法定代理人　龐道安
訴訟代理人　柯莉娟律師
複代理人　龍毓梅律師

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107年3月22日臺灣臺北地方法院106 年度重勞訴字第65號第一審判決，提起上訴，本院於108年6月5日言詞辯論終結， 判決如下：

主　文

原判決關於：㈠命被上訴人給付新臺幣壹萬肆仟貳佰柒拾陸元本息部分及該部分假執行之宣告；㈡駁回上訴人後開第二、三、四項之訴，及該部分假執行之聲請；暨訴訟費用之裁判均廢棄。

確認兩造間僱傭關係存在。

被上訴人應自民國一百零五年九月一日起至上訴人復職日止，按月於當月二十五日給付上訴人新臺幣柒萬陸仟壹佰伍拾貳元，及自各期應給付日之次日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

被上訴人應自民國一百零五年九月一日起至上訴人復職日止，按月提撥勞工退休金新臺幣陸仟參佰伍拾元至上訴人勞工退休金專戶。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔百分之九十五，餘由上訴人負擔。

本判決第三項於上訴人按月以新臺幣貳萬伍仟肆佰元供擔保後，得假執行。但被上訴人如按月以新臺幣柒萬陸仟壹佰伍拾貳元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

本判決第四項於上訴人按月以新臺幣貳仟貳佰元供擔保後，得假執行。但被上訴人如按月以新臺幣陸仟參佰伍拾元為上訴人預供

擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序方面：

按法律行為發生債之關係者，其成立要件及效力，依當事人意思定其應適用之法律；當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律，涉外民事法律適用法第20條第1項、第2項定有明文。次按經依公司法第375條規定認許之外國公司 ，其性質上仍屬外國法人，不因認許而變成為中華民國法人，如在我國境內設立分公司者，分公司係本公司之分支機構（公司法第3條第2項規定參照），其本身並無獨立之人格，自為外國公司法人人格之延長，分公司在我國境內之營業行為，與外國公司間之關係言，為同一人格所為之法律行為，二者應視為同一體，負相同之責任（最高法院72年度台上字第4666號判決參照）。查荷蘭商荷蘭皇家航空股份有限公司（下稱荷航總公司）係依我國公司法上開規定認許之外國公司，並在我國設立台灣分公司即被上訴人，有外國公司認許事項變更表及外國公司分公司變更登記表足稽（原審卷二卷第72至75頁）。堪認被上訴人為荷航總公司在臺灣之分公司，屬荷航總公司之分支機構，與荷航總公司法人格同一，故本件應屬涉外私法事件至明。又兩造係因僱傭契約涉訟，且該僱傭契約之訂立地在我國，上訴人提供勞務及被上訴人給付報酬亦在我國，有職員證、合約、員工薪資所得受領人免稅額申報表可據（原審卷一第10、93至95、134頁）。 則依前揭規定，自應以我國法即中華民國法律為準據法，合先敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：伊自民國79年3月5日起受僱於被上訴人擔任內勤業務員，工作地點並在台北。被上訴人人事主管雖先於105年6月14日告知伊大中華區銷售業務將改組集中至北京，並詢問伊是否願至北京任職， 然伊已於同年6月21日回覆並無意願。 被上訴人卻於同年7月19日提出將伊調動至北京提供

勞務之相關條件，並於同年7月26日以存證信函要求伊應於同年9月1日至北京提供勞務，並表示如伊不接受調動或連續曠職3日，被上訴人將終止勞動契約。伊乃於同年8月8日以電子郵件及存證信函回覆因被上訴人調動不合法，伊無法配合。被上訴人竟於同年8月18日以伊無法勝任工作為由，依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定通知於同年8月31日終止兩造勞動契約。惟依被上訴人頒定應視為兩造勞動契約一部之2011年1月版之員工手冊（Staff Handbook，下稱系爭員工手冊）第3.20條規定，被上訴人需因營運所需要，始有權變更所屬地勤人員工作地點，且調動地點僅以臺灣地區為限。被上訴人要求伊調職北京，已違反上開約定。且被上訴人未提供住宿，未提供返鄉探親假，且僅提供有限制使用條件之機票，致伊須另購機票始得返鄉，顯然增加伊諸多額外費用，形同減薪，對勞工工資及其他勞動條件已為不利之變更；且調動工作地點過遠，未予以必要之協助；又未顧及伊尚有高齡80歲之父親需每日陪伴照料之家庭生活利益。所為調動明顯違反勞基法第10條之1規定，伊自無配合義務。是被上訴人終止勞動契約，顯非適法，且違反誠信原則，亦不符合解雇最後手段性原則，兩造間勞動契約應仍有效存續。然被上訴人卻令伊於105年年8月31日辦理離職手續，繳回職員證、門禁卡、員工手冊、名片等物品，伊自次日起至同年9月9日止至被上訴人公司提供勞務，均遭拒絕。爰先位聲明請求：㈠確認兩造間之僱傭關係存在；㈡依民法第487條及兩造勞動契約請求被上訴人自105年9月1日起，按月給付薪資9萬9581元【（底薪75,985元x 12個月）＋（節慶獎金2,000元x 2次）＋春節獎金即2個月底薪151,970元＋浮動績效獎金91,182元/12個月】，暨各期應給付日之次日起至清償日止，按年息5%計算之利息；㈢提撥以底薪7萬5985元，按8.3% 之勞工退休金即6350元至伊設於勞工保險局之個人專戶。㈣願供擔保請准宣告假執行。又縱認兩造勞動契約業經終止，因伊於105年之特別休假為30日，扣除已休假8天

，尚有22天未休假之薪資補償為5萬5722元（75,985元x 22/30），被上訴人僅支付4萬1446元， 則伊亦得依兩造勞動契約，以備位聲明請求：㈠被上訴人應給付上訴人1萬4276元（55,722－41,446），及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息5%計算之利息；㈡願供擔保請准宣告假執行。【原審判決駁回上訴人先位之訴，另就備位之訴判決上訴人全部勝訴，並為准、免假執行之宣告。上訴人就其先位之訴敗訴全部不服上訴；被上訴人就其敗訴之備位之訴則未聲明不服（本院卷四第155頁）】。 並於本院上訴聲明：（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。（二）上開廢棄部分，1.確認兩造間僱傭關係存在。 2.被上訴人應自105年9月1日起至上訴人復職之日止， 按月於每月25日給付上訴人9萬9581元，暨各期應給付日之次日起至清償日止， 按年息5%計算之利息。 3.被上訴人應自105年9月1日起至上訴人復職之日止，按月提繳6350元至勞工保險局設立之上訴人退休金個人專戶。4.上開聲明第2、3項部分，願供擔保聲請宣告假執行（本院卷四第154頁）。

二、被上訴人則以：上訴人係受僱於荷航總公司。且荷航為求永續經營及配合大中華區市場發展，以樞紐重組方式重整全球經營模式，乃將大中華區之財務、業務銷售、市場銷售支援部門等營運單位及人力全數集中於北京， 並由主管於105年初以口頭或公司資訊分享系統通知所有員工。故伊公司確有營運上之必要，須將上訴人之內勤工作調至北京，並已告知上訴人於同年9月1日起移至北京工作。兩造之勞動契約從未載明上訴人工作地點僅限於臺灣，系爭員工手冊第3.20.b條更明定為因應營運需要，伊公司可以變更上訴人勞務提供地點。因此伊公司根據勞基法第10條之1規定與前開約定， 與上訴人洽商調動到北京提供勞務事宜，除維持臺灣的勞動條件、更增加大陸保險及額外工作日加班費，於法並無不合。又伊公司為使上訴人理解調職北京之必要性，屢經大中華區人事主管、人事主管Ms.Miranda Lau、上訴人直屬主管與上

訴人會談。上訴人直屬主管於105年7月19日與上訴人進行協商會議，除對上訴人重申須將其調到北京的經營上原因，及告知上訴人於北京仍從事客運銷售員之內勤工作，並提供調動之勞動條件及各項協助，並告知倘上訴人不願去北京任職，伊公司亦將提供合意終止勞動契約的條件。 惟兩造於105年8月12日再度進行協商會議時 ，上訴人仍拒絕簽署接受調動文件，亦拒絕提出辭職信；經伊公司提出上訴人領取高於法定資遣費之離職金79萬0796元作為合意終止勞動契約之條件後， 上訴人仍於同年8月17日表明不願接受調動，堅持「非自願提早退休」 ，要求伊公司給付退休金500萬元及退休人員優惠機票。伊公司已與上訴人多次勸籲溝通，亦提供合意終止勞動契約之選擇，全遭上訴人拒絕；且伊公司基於企業經營需要且無不當動機及目的，合法調動上訴人之職務，調動後工作仍為勞工體能及技術可勝任，伊公司亦有提供必要之生活協助，對上訴人之工資及其他勞動條件未作不利之變更，上訴人卻仍拒絕調動，足認已有不能勝任工作之情事。 又因北京之人員須於105年9月1日就位，為使北京之空缺員額招聘新人， 伊公司不得不依勞基法第11條第5款通知於105年8月31日終止勞動契約，並電匯法定資遣費及預告期間工資23萬6586元予上訴人，應已符合解僱最後手段性原則。另因上訴人的勞動契約已於105年年8月31日終止，且上訴人於同9月1日至3日期間未到北京提供勞務， 則上訴人縱曾於105年9月1日後自行到被上訴人處表示提供勞務 ，伊公司仍得拒絕受領。從而上訴人訴請確認僱傭關係，請求給付薪資及提撥勞退金，皆無理由；縱有理由，上訴人每月薪資應僅為7萬5985元等語，資為抗辯。並答辯聲明： （一）上訴駁回。（二）如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、查上訴人主張：伊自79年3月5日起受僱於被上訴人，擔任客運銷售支援助理員， 勞務提供地點在臺北，自105年1月至8月起每月底薪（Basic salary）為7萬5985元； 又被上訴人雖於105年7月19日通知伊調至北京任職之相關條件，並於10

5年7月26日以存證信函通知伊應於105年9月1日到北京提供勞務，然伊已表明拒絕調動；被上訴人則於105年8月18日以台北體育場郵局第1086號存證信函通知伊依勞基法第11條第5款規定終止兩造間勞動契約，並於105年9月23日匯款47萬1684元至伊帳戶等情，有職員證、勞動契約、存證信函、105年1月至8月份薪資單、資遣費給付明細、簽署結算舊制退休金年資之協議書、計算明細（上載Date of joining 3/5/1990）、簽收職務調動通知等件（原審卷一第10、12至17、23至27、68至76、93至99、103頁，本院卷二第149頁）為證，且為被上訴人所不爭（原審卷一第156頁），應認與事實相符。

四、又上訴人主張：被上訴人違反勞動契約及勞基法第10條之1規定將伊調職至北京，伊自得拒絕該工作地點之變更，被上訴人於105年8月31日終止兩造勞動契約並非適法，兩造間僱傭關係仍然存續，被上訴人並應給付薪資及提撥勞退金等語，為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。茲查：

（一）關於本件僱傭契約之主體：

按勞動契約係當事人之一方，對於他方在從屬關係下提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。是勞工之僱傭關係究竟存在何者之間，自應視勞工人格、經濟及組織從屬之對象而定，非得僅以簽署書面契約之當事人為斷。查被上訴人雖抗辯：與上訴人簽約成立僱傭關係者為荷航總公司，並非台灣分公司即被上訴人云云，並援引上訴人於79年3月15日所簽署之英文勞動契約、上訴人於99年12月27日簽署之系爭員工手冊，以及上訴人之薪資明細說明單為證（原審卷一第93頁至第95頁、第128頁、第129頁、第68頁至第75頁）。然查：

①經檢視上訴人於任職期間所取得薪資明細說明單上方雖有荷航之印記「KLM」；然審酌被上訴人既為荷航總公司在臺之分支機構，因而於相關書件上使用荷航之印記，尚無從憑以認定上訴人並非受僱於被上訴人。另上開英文勞動

契約雖以「荷蘭皇家航空公司」為名出具，然確載有「我們期待荷航臺灣團隊彼此間為富有成效的關係（ We are looking foward to a fruitful relationship with in our KLM Taiwan team.）」，合約下方並印製有「TAIPEI OFFICE」、「KAOHSUNG OFFICE」，且由臺北分公司總經理具名簽署（原審卷一第93、94頁）；另系爭員工手冊雖載有「這將構成我與荷蘭商荷蘭皇家航空股份有限公司聘僱契約的一部分（This will form part of my Contract of Employment with KLM Royal Dutch Airlines as from 01 January 2011）」；然該員工手冊卻係用以規範臺灣員工勞動條件之「Condition of Employment Taiwan」（原審卷一第130頁）。上情堪認上開書件雖以荷航總公司為名，然實際執行聘僱上訴人、及上訴人受僱後所歸屬之組織，應為荷航台灣分公司即被上訴人至明。

②再審酌上訴人自79年3月間受僱起，均由被上訴人給付薪資、為上訴人投保勞保、與上訴人結算年資；相關文件諸如通知職務調動、終止僱傭契約之意思表示均以被上訴人名義為之；被上訴人並於職務調動通知中稱：「此份職務調動合約仍繼續妳與荷蘭航空臺灣分公司的勞動契約（This agreement is made by and between KLM Royal Dutch Airlines, Taiwan Branch and Wu,Ling-Fen）」等語，有合約、離職證明書、職務調動通知、存證信函、員工薪資所得受領人免稅額申報表可據（原審卷一第26、27、28、97、98、100至103、134頁）。更堪認上訴人於受僱後，無論於人格、經濟及組織上，均從屬於被上訴人無疑。從而上訴人主張：實際聘僱伊且與伊成立勞僱從屬關係者應為被上訴人等語，洵堪採取。

（二）關於兩造間僱傭契約是否有效存續：

1. 按勞基法施行細則第7條第1款規定，工作場所及應從事之工作有關事項應於勞動契約中由勞資雙方自行約定。嗣後資方如因業務需要而變動勞方之工作場所及工作有關事項

時，除勞動契約已有約定，應從其約定外，資方應依誠信原則為之，否則應得勞方之同意始得為之（最高法院77年度台上字第1868號判決意旨參照）。 次按104年12月16日新增勞基法第10條之1亦明定：「雇主調動勞工工作， 不得違反勞動契約之約定，並應符合下列原則：一、基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但法律另有規定者，從其規定。二、對勞工之工資及其他勞動條件，未作不利之變更。三、調動後工作為勞工體能及技術可勝任。四、調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。五、考量勞工及其家庭之生活利益」。是雇主對勞工有關工作場所之調動，除勞資雙方合意於勞動契約約定，或於調動前經勞資雙方商議決定外，須就雇主之企業上必要有利性與勞工因調職蒙受之不利益進行比較衡量，以勞基法第10條之1規定作為判斷雇主調動並無權利濫用、 違反誠信原則之具體化基準，始得謂係合法之調動。

2. 被上訴人並不爭執將上訴人工作地點自臺北市變更至北京，係屬工作地點之調動（原審卷一第156頁）；惟抗辯：依上訴人簽署同意遵守之系爭員工手冊第3.20條規定，上訴人已同意在荷航經營所必需之前提下，可調動到任何地點，上訴人自有義務配合雇主因經營必要而變更工作地點，故伊所為調動乃合法云云。然查：

①系爭員工手冊第3.20條「Locations of Employment（ 勞務地點）」第a.項既規定：「地勤人員之工作地點可能位於臺灣任何地方（ For ground staff, the location of work might be situated anywhere in Taiwan.）」（原審卷一第41頁、第130頁）， 顯然已考量因荷航營運地點遍布全球，因而明訂被上訴人所僱用包括上訴人在內之地勤人員，其工作地點應以臺灣為範圍，用以保障員工之權益之旨趣。

②至於被上訴人雖援引同條第b.項規定：「KLM 為營運所必需，可以變更員工勞務提供地點。這在一定程度上是為了

業務上的需要，在一定程度上也是為了發展員工在其他地方的潛力，使他/ 她能夠獲得其他領域的經驗，以此發展職業技能。除非適當，否則改變工作地點不需要改變薪資或福利情形（KLM can change the location of employment if so required in operation. This is, in part, for operational exigencies and, in part, to realise employee's potential elsewhere, allowing him/her to gain experience in other areas as a way to develop his/her skills for career advancement . Change of location does not necessitate a change in wage and benefits status, unless appropriate.）」（原審卷一第41頁、第130頁），抗辯：該條項已賦予伊公司得為營運必需變更員工勞務提供地點至臺灣以外之任何地區云云。然檢視系爭員工手冊第3.20條第b.項乃連接於第a.項之後；且第a.項既謂「地勤人員之工作地點可能位於臺灣任何地方」，而第b.項卻未對應說明「KLM為營運所必需，可以變更員工勞務提供地點」包括臺灣以外之其他地區；則依前後條款所延續之文義解釋，自非不能認為被上訴人依該條項可得進行之員工調動，亦應以在「臺灣任何地方」為限。

③況上訴人既受僱於荷航總公司在臺設立之被上訴人，業如前述；且系爭員工手冊（Staff Handbo ok Taiwan）亦載明係「臺灣勞動契約條款（Condition of Employment of Taiwan），第2.2條第2項並約定：「本條款適用於荷航在臺灣聘僱的所有員工（The Conditions apply to all employees of KLM in Taiwan.）」，且適用勞動基準法及勞工退休金條例。實難認包括上訴人在內之在臺受僱員工，有何預期將由被上訴人為營運之目的任意調動至臺灣以外之其他地區。又細繹系爭員工手冊第3.20條第b.項約定：「KLM為營運所必需，可以變更員工勞務提供地點。...。除非適當，否則改變工作地點不需要改變薪資或福利情

形（KLM can change the location of e mployment if so required in operation）（Change of location does not necessitate a change in wage and benefitss tatus, unless appropriate.）」（原審卷一第41頁、第130頁）；核竟規定變更員工工作地點以不需改變薪資或福利為原則，此對於被調動至臺灣地區以外之員工而言，實明顯不合情理。再對照系爭員工手冊第3.22條規定：「a. The costs of daily transportation betw een home and work are for theaccount of the employee unless otherwise agreed as per chapter 8.3」（除非根據第8.3條另有約定，否則住家與工作地點之間的日常交通費用由員工負擔）；第8.3條則規定：「Transpo rtation to and from the place of workis for the ac count of the employee. Except forground staff working at airport and/or cargoterminal, KLM will reimb urse the employee afixed monthly amount, based on their job function,being a partial subsidy to the transportation expenses incurred.（See Annex 2 for allowanceamount.）」（往返工作地點的交通費用由員工負擔。除了在機場及/或貨運站工作之地勤人員外，荷航將根據工作職能補償員工每月固定之金額，作為對所產生之交通費用的部分補貼。（補貼金額見附件二）」（本院卷一第671頁、卷二第425頁）；明顯均與調動至臺灣以外地區之員工交通補貼措施無關。即被上訴人亦自承：系爭員工手冊並無調動至臺灣以外地區之補助規定；且之前亦無依系爭工作手冊將員工調至臺灣以外地區之案例等語（本院卷四第156頁）。據上各節，並審酌荷航雖為國際航空運輸業，惟將員工調動至臺灣以外地點，攸關公司政策及員工權益，然被上訴人竟未將相關政策及補助標準訂明於系爭員工手冊內，俾被上訴人全體員工知悉遵守；益見被上訴人於制定系爭員工手冊時，亦無將員工調動至臺灣以外

地區之主觀預期。則兩造自無可能以系爭員工手冊第3.20條第b.項合意被上訴人得以營運為名任意調動上訴人至臺灣以外地區，其理至明。從而被上訴人援引系爭員工手冊第3.20條規定，抗辯：上訴人已事前同意系爭調動云云，自不足採。

3. 又被上訴人抗辯：因總公司人力重整計畫係將大中華區之財務、市場銷售支援部門、運價部門等營運單位全數集中於北京，故伊調動上訴人至北京係基於企業經營上所必須；且上訴人調至北京之工作內容不變，勞動契約仍在臺灣，伊並未變更其薪資與福利等情，固據提出調動職務通知、勞資會議紀錄、被上訴人大中華地區負責人於105年6月6日製作之說明 、網路新聞、短片網頁、問卷、改組後北京市場銷售支援中心工作內容、會議錄音譯文等件（原審卷一第12至17、104至109、119至122、169至171頁、卷二第9、23至30頁，本院卷一第237至265頁、卷二第509至519頁、卷三第245至425頁）為證。惟按勞基法第10條之1第2款所謂勞動條件係指工資 、工時、工作內容、工作地點等勞動契約內容而言； 第4款所謂「調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助」，其旨係為減少勞工於雇主基於經營管理正當性下行使之合理調動勞工工作，所致勞工需易地服勞務時之困難，諸如補償增加通勤成本、房屋租賃費用、生活津貼、安家費等等，至其是否必要、合理之認定，應在符合社會通認之客觀標準下判斷之。經查：

①被上訴人將上訴人工作地點由臺北調動至中國北京，非一日生活圈範圍內，一般人實無法繼續以通勤方式上下班，而有搬遷至北京之必要，須於當地租屋或買屋，及購買機票返回臺灣探親。又依上訴人所提出燦星旅遊機票預定表及機場接送費用表（本院卷一第95、97頁），臺北北京機票約1萬8562元（含稅）， 加上機場往返交通費，上訴人往返一趟之交通費用已佔上訴人每月薪資約五分之一。又被上訴人所提供之條件並未包含租屋之補貼，則上訴人尚

須另行負擔長期居住北京之租屋費用。而據上訴人所提出之陽光100國際公寓住宿資料（本院卷一第101頁），北京市區約48平方米房屋，每月房租為人民幣7500元，占上訴人每月薪資已逾四成。足見上訴人每月薪資縱在北京薪資水平排名前6%，仍導致上訴人實際上可支配之收入大幅減少。上訴人主張形同減薪，要非無據。堪認系爭調動對上訴人勞動條件已造成明顯不利之變更。

②又自臺北調動至北京，客觀上已屬調動工作地點過遠。且被上訴人雖抗辯：伊參考國內企業調動員工到大陸工作提供之協助後，已提供上訴人四天三夜與家人一起到北京覓屋之機票及住宿 、一次性搬家津貼人民幣1萬7200元及限額之行李搬遷費用、每年四張往返北京機票以探視家人等必要協助云云，並援引存證信函、職務調動通知（原審卷一第20頁）為憑。惟審酌兩造締結勞動契約時，本均無調動至臺灣以外地區之預期，業經認定。且上訴人自79年間起均在臺北市擔任客運銷售協助之內勤工作，與北京無任何地緣關係，系爭調動使上訴人遠離家人、無法維持原有生活態樣，對上訴人之家庭生活、平日作息勢必造成極大之變動，所承受生活上之不利益顯然遠大於臺灣地區內之調動。且上訴人往返臺北北京之交通費用及租屋費用合計佔上訴人每月薪資比例甚鉅，已如前述，被上訴人卻未給予租屋津貼及交通津貼，由上訴人自行吸收前開成本，另衡以臺北、北京兩地之交通費用、租屋住宿費用與消費水準之差異，難認被上訴人就上訴人因此增加之生活不便及費用支出已為必要且相當之補償。況上訴人尚有高齡父親須照顧。堪認此調職對上訴人所產生之不利益，已明顯超出一般社會通念所認勞工應忍受之程度，且難認被上訴人對於上訴人因系爭調動蒙受之不利益已予必要之協助至明。

③據上，被上訴人所提供之工作條件與原勞動契約存有極大差距，而未能為上訴人所接受，被上訴人所為之片面變更

工作地點之行為，已然違反兩造原簽立之勞動契約，並且將對上訴人之權益造成重大損害，堪可認定。從而上訴人主張：被上訴人未經伊同意變更伊工作地點至北京，違反勞基法第10條之1規定及兩造勞動契約， 並不合法等語，應堪採取。

4. 按勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主固得不經預告勞工終止勞動契約，勞基法第11第5款固有明文 。然被上訴人所為系爭調動既不合法，則其以上訴人無正當理由拒絕調動至北京，而謂上訴人有不能勝任工作，破壞勞動契約從屬性與忠誠性之情形云云，自乏所據。從而，被上訴人於105年8 月31日依勞基法第11條第5款終止與上訴人間之勞動契約，並非合法，所為終止應不生效力。至於被上訴人另抗辯：兩造雖無法合意終止勞動契約，惟上訴人既曾於105年8月8日要求合意終止， 可視為已依勞基法第14條第1項及第3項規定終止勞動契約並請求資遣費云云。然合意終止與單方終止於當事人意思表示及法律效果而言，均截然不同，本無從違背當事人之意思任作解釋。且審酌上訴人於收受被上訴人終止勞動契約之存證信函後，即於105年8月29日寄予被上訴人之存證信函明確表示：「主張貴公司違法解雇，並請求恢復雇傭關係，繼續於台北工作」等語，並於同日向臺北市政府勞動局申請勞資爭議調解，請求恢復僱傭關係等情，有存證信函、勞資爭議申請書、調解紀錄可據（原審卷一第34至40頁）。更難認上訴人有依勞基法第14條規定終止系爭勞動契約之意。則被上訴人上開抗辯，亦難憑採。兩造間僱傭契約既未經合法終止。則上訴人請求確認兩造間之僱傭關係存在，於法自無不合。

（三）關於上訴人請求被上訴人給付各項有無理由：

1. 上訴人請求按月給付薪資部分：

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487條前段定有明文 。是雇主不法解

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89年度台上字第1405號判決要旨參照）。查被上訴人終止兩造間僱傭契約並不合法，已如前述，自應認被上訴人已預示拒絕受領上訴人提供勞務之意思表示，又上訴人在被上訴人違法解僱前，主觀上並無去職之意，客觀上亦有繼續為被上訴人提供勞務之意願，其於被通知終止後隨即申請調解請求恢復僱傭關係得以繼續提供勞務，已充分表明準備繼續提供勞務之意願，惟仍遭上訴人拒絕。揆諸前揭說明，上訴人自得依兩造僱傭契約請求被上訴人給付薪資。

②次按所謂「工資」，係指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，此觀勞基法第2條第3款規定即明。而所謂「其他任何名義之經常性給與」，係指年終獎金、競賽獎金、研究發明獎金、特殊功績獎金、久任獎金、節約燃料物料獎金及其他非經常性獎金暨春節、端午節、中秋節給與之節金以外之給與，勞基法施行細則第10條第2款、第3款亦有明定。又工資應係勞工之勞力所得，為其勞動對價而給付之經常性給與，倘雇主為改善勞工生活而給付非經常給與，或為其單方之目的，給付具有勉勵、恩惠性質之給與，即非因勞工之工作給付之對價，無論其係固定發放與否，倘未變更其獎勵恩惠給與性質，即非為勞工之工作給付之對價，自非勞基法第2條第3款所指工資，應不得列入工資之範疇（最高法院79年台上字第242號判決 、91年度台上字第897號判決意旨參照）。至於績效獎金 ，乃雇主為激勵員工士氣，按績效由盈餘抽取部分而發給，屬於獎勵、恩惠性之給與，非經常性給與，即非屬工資（ 最高法院100年度台上字第170號 、103年度台上字第682號判決意旨參照）。

③查上訴人每月底薪（Basic salary）為7萬5985元為 ，已如前述。另檢視系爭員工手冊已區分第七章薪資、第八章獎金；且其中第八章獎金第8.1.a條約定：「Employees will recieve a Chinese New Year Bonus of two（2） months of monthly basic salary at the end of January of each year」（員工將在每年1月底獲得兩個月基本工資之農曆春節獎金）。第8.2.a條約定：「All permanent employees participate in the KLM Variable Performance Bonus system.Under this system a variable bonus of maximum two（2）months of monthly basic salary is payable after the end of each KLM fiscal year based on previously agreed targets.The targets are partly personl,partly divisional and partly corporate.The percentage split of this parts may vary from year to year」（全部正職員工皆參與荷航之浮動績效獎金制度。於此制度下，根據先前議定之目標，在每個荷航會計年度結束後支付每月基本工資最多兩個月之可變獎金。目標部分屬於個人、部分屬於部門、部分屬於公司。各該部分之百分比分配可能每年度都有所不同）；第8.2.d條約定「The Variable performance Bonus shall not be deemed as"salary"」（浮動績效獎金不得視為「薪資」）。第8.5條約定：「 All staff will recieve a festival bonus around Dragon boat festival and Moon festival.The festival bonus shall not be deemed as"salary"」（所有工作人員將在端午節和中秋節期間獲得節慶獎金，節慶獎金不得視為「薪資」）。足見被上訴人所制定員工手冊已有意將員工薪資及獎金區隔，且明文各項獎金均非勞務對價之薪資，其中浮動績效獎金更非必然發放，亦無一確定之數額，自均無從以薪資視之。惟被上訴人既同意將端午節獎金列入工資計算（本院卷三第465頁）。另依系爭員工手冊第7.1.c條約定，被上訴人應

在每個月25日支付當月工資。從而，上訴人依兩造間勞動契約及民法第487條前段規定，請求被上訴人自105年9月1日起至其復職日止，按月於每月25日給付工資數額為7萬6152元【（底薪75,985元x 12個月）＋端午節獎金2,000元/12個月，元以下四捨五入】，自屬有據，應予准許；逾上開金額之薪資請求，即非有理。

2. 上訴人請求按月提撥勞工退休金至勞退專戶部分：

①按雇主應為適用勞退條例之勞工按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞工退休金個人專戶；雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得低於勞工每月工資6%； 雇主未依勞退條例之規定按月提繳或足額提繳勞工退休金，致勞工受有損害者，勞工得向僱主請求損害賠償，勞工退休金條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項分別定有明文。又依系爭員工手冊第14.1.b條約定：被上訴人為持續於荷航工作超過5年之員工以8.3%之固定百分比提撥準備金，亦有系爭員工手冊可稽。

②查被上訴人自105年9月1日起至復職之日止， 仍應給付上訴人前述薪資，既如前述，則被上訴人即有依上揭規定為上訴人提撥勞退金之義務，洵無疑義。又上訴人受僱於被上訴人已逾5年，每月底薪為7萬5985元，已如前述，參照勞動部所定「勞工退休金月提繳工資分級表」（本院卷二第467頁），其月提繳工資為7萬6500元，是被上訴人應按月為被上訴人提撥6350元 （即月薪76,500元x 8.3%）之退休金。 則上訴人依勞退條例第6條第1項、第14條第1項第31條第1項規定，請求上訴人自105年9月1日起至復職日止，按月提繳6350元至被上訴人之勞退專戶，核屬有據，亦應准許。

3. 上訴人請求遲延利息部分：

按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任；給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任，其經

債權人起訴而送達訴狀，與催告有同一之效力；又遲延之債務，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5%；又以日、星期、月或年定期間者，其始日不算入，民法第229條第1項、第2項、第233條第1項前段、第203條及第120條第2項分別定有明文。本件薪資債權為定有期限之給付；則上訴人主張：被上訴人應自各期薪資應給付日之次日起給付遲延利息等語，於法即無不合，亦應予准許。

五、綜上所述，上訴人依兩造間僱傭契約關係，以先位之訴請求確認兩造間之僱傭關係存在； 及被上訴人應自105年9月1日起至上訴人復職之日止，按月於當月25日給付上訴人7萬6152元，及自各期應給付日之次日起至清償日止按年息5%計算之利息；暨按月提繳6350元至上訴人退休金個人專戶，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。原審就上開應准許部分，判決上訴人敗訴，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，爰由本院予以廢棄改判如主文第2、3、4項所示， 並就命給付金錢部分酌定擔保為准、免假執行之宣告。至於上開不應准許部分，原審判決上訴人敗訴，於法並無不合；上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。又上訴人對於原審以先位聲明所為上開請求之上訴既部分有理由，即毋庸再就不能併存之備位之訴為審質審認，自應將原判決備位部分併予廢棄，以符先、備位之訴合併審理以「先位之訴有理由，為預備之訴之解除條件；先位之訴無理由，為預備之訴之停止條件」之旨趣。

六、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。

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449條第1項、第450條、第79條、第463條、 第390條

第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　26　　日

勞工法庭

審判長法　官　李瑜娟

法　官　蕭清清

法　官　沈佳宜

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　　6　　月　　26　　日

書記官　蕭麗珍

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。