臺灣高等法院民事判決

109年度重勞上更一字第13號

上　訴　人　台灣之星電信股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　林清棠

訴訟代理人　蕭炳旭律師

被上訴人　　郭仲薇

訴訟代理人　孫志堅律師（法扶律師）

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23日臺灣士林地方法院105年度重勞訴字第11號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院於110年7月6日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於命上訴人給付逾附表二A欄所示本息，及該部分假執行之宣告，暨除減縮及確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

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。

其餘上訴駁回。

第一審、第二審及發回前第三審訴訟費用（除減縮及確定部分外）由被上訴人負擔百分之十五，餘由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

按於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、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，為民事訴訟法第446條第1項所明定。查被上訴人於原審主張上訴人未合法終止兩造間之勞動契約，乃依兩造間之勞動契約，請求「上訴人應自民國105年1月3日起至被上訴人復職之日止，按月於當月最後之工作日給付被上訴人新臺幣（下同）57,500元，及自各應給付日之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息」（見原審卷㈡第535頁）。被上訴人嗣於本院變更前開聲明為：「上訴人應自105年1月3日起至被上訴人復職之日止，按月於次月5日前給付

被上訴人57,500元，及自各應給付日之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息」（見本院卷第436頁）。被上訴人所為訴之變更，與原訴係本於相同之基礎事實且僅係減縮應受判決事項之聲明，與前開規定無違，應予准許。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：伊自民國103年12月1日起任職於上訴人，擔任行銷事業部－終端及手機暨平板開發管理部高級管理師，月薪57,500元，詎上訴人於104年12月25日以伊不適任為由，依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定將伊資遣。然上訴人未具體指明伊有何不符公司工作要求之情事，亦未曾對伊為任何懲處，縱伊工作不力、績效考評不合格，上訴人亦未依其所訂工作規則（下稱工作規則）第58條規定給予伊改善機會，復未調整伊之職務，其終止兩造間勞動契約關係（下稱系爭勞動契約關係），不符解僱最後手段性原則，爰依民法第487條、第235條及第234條規定，求為確認系爭勞動契約關係存在，及命上訴人自105年1月3日起至伊復職之日止，按月於次月5日前給付57,500元，及自各應給付日之翌日起加付法定遲延利息之判決等語（被上訴人逾上開範圍之請求，業受敗訴判決確定，不予贅述）。

二、上訴人則以：被上訴人任職期間，工作錯誤頻繁，經其主管甲○○多次勸導、嚴重口頭申誡及要求改善均未見成效，造成伊資源耗費，增加主管及同事額外負擔，明顯影響業務部門整體績效，且引發客訴、損害公司信譽、形象，迨至104年12月間，被上訴人之工作績效已降至「員工績效評估管理辦法」（下稱績效評管辦法）所訂工作評等最劣等，顯見其主觀上違反忠誠履行勞務給付義務，客觀上不能勝任工作，且無法調任其他部門，伊乃依勞基法第11條第5款、工作規則第14條第1項第5款規定，終止兩造間勞動契約關係，自屬合法。縱認伊未合法終止系爭勞動契約關係，系爭勞動契約亦經兩造合意終止。更退步言，如鈞院認系爭勞動契約關係存在，伊負有按月給付被上訴人薪資之義務，針對附表一所

列不符合民法第487條但書規定之費用，應適用或類推適用民法第216條之1、第267條及公平信用原則予以扣除等語，資為抗辯。

三、原審為被上訴人一部勝訴、一部敗訴之判決，即判決：㈠確認系爭勞動契約關係存在；㈡上訴人應自105年1月3日起至被上訴人復職之日止，按月於當月最後工作日給付57,500元，及自各應給付日之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，另駁回被上訴人其餘之訴。上訴人全部不服，提起上訴，本院前審廢棄原審所為被上訴人上開部分勝訴之判決，改判駁回被上訴人該部分之訴。最高法院將本院前審判決廢棄發回，上訴人上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄；㈡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；㈢如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執之事項：

㈠被上訴人自103年12月1日起任職於上訴人，擔任行銷事業部－終端及手機暨平板開發管理部高級管理師，工作內容為手機產品管理，月薪57,500元（見原審卷㈠第6頁）。

㈡上訴人於104年12月25日以被上訴人無法勝任工作為由，向被上訴人為終止系爭勞動契約關係之意思表示，並計薪至105年1月3日（見原審卷㈠第7頁、卷㈡第41頁）。

㈢被上訴人於104年12月28日申請勞資爭議調解（見原審卷㈡第42-43頁）。

㈣兩造曾於105年1月12日、105年1月26日進行勞資爭議調解，調解不成立（見原審卷㈠第9-10頁、卷㈡第44-45頁）。

㈤被上訴人於105年1月20日致函上訴人，要求恢復職務（見原審卷㈠第8頁）。

五、按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項定有明文。本件被上訴人主張上訴人違法將伊解僱，系爭勞動契約關係仍存在，為上訴人所否認，則系爭勞動契約關係是否存在，即為

不明確，致被上訴人依勞動契約行使權利、負擔義務之法律上之地位有不安之狀態存在，此種不安狀態得以本件確認判決除去之，故被上訴人提起本件確認之訴，具確認利益，即無不合。

六、查上訴人以被上訴人無法勝任工作為由，依勞基法第11條第5款、工作規則第14條第1項第5款規定，於104年12月25日向被上訴人為終止系爭勞動契約關係之意思表示；被上訴人則認上訴人終止權之行使，違反解僱最後手段性原則，並非適法。本院認上訴人並未合法終止系爭勞動關係，被上訴人求予確認系爭勞動關係存在，為有理由，茲詳論如下：

㈠按勞基法第11條第5 款規定，勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主得預告勞工終止勞動契約，揆其立法意旨，重在勞工提供之勞務，如無法達成雇主透過勞動契約所欲達成客觀合理之經濟目的，不論基於因勞工客觀上學識、能力、身心狀況不能勝任工作，或主觀上能為而不為，在雇主於其使用勞基法所賦予之各種手段後，仍無法改善情況下，始應允雇主給付資遣費終止勞動契約，以符「解僱最後手段性原則」（最高法院109年度台上字第2206號判決參照）。又工作規則中倘就勞工平日工作表現訂有考評標準，並就不符雇主透過勞動契約所欲達成客觀合理之經濟目的者，亦訂明處理準則，且未低於勞基法就勞動條件所規定之最低標準，勞資雙方自應予以尊重並遵守，始足兼顧勞工權益之保護及雇主事業之有效經營及管理（最高法院103年度台上字第341號判決參照）。申言之，倘工作規則中對於勞工之工作表現訂有考評標準及處理流程，雇主須依工作規則所定對勞工為工作表現為忠實客觀之評價及處理，確認勞工無法達到雇主透過勞動契約所欲達成之客觀合理經濟目的，始得以勞工不能勝任工作為由終止勞動契約關係，俾符「解僱最後手段性原則」。

㈡兩造均同認上訴人已訂立工作規則，報請主管機關核備在案（見原審卷㈡第426、462頁、本院重勞上字卷第249頁）。

而上訴人之工作規則第2章第14條（終止勞動契約）第1項規定：「本公司發生下列情事之一者，得經預告員工終止勞動契約：五、員工對於所擔任之工作確不能勝任時」；第8章第58條（績效評估方式）第7項第5款、第8至11項規定：「年度考績分五等次評分：五、丙等：服務成績僅少部分達到要求標準，大部分未達到要求標準，經警告而未改善，成績未滿60者。本公司主管平時應注重所屬員工之日常工作表現，並隨時提醒改善；如發覺員工之工作績效有顯著低落且大部分未達到要求標準，應即進行正式之績效評估程序，安排面談（不必等到公司規定時間才評估），確使該員工認知其績效已評定為丙等（即不及格），須進入工作績效限期改善階段。工作績效改善計劃將明訂在確定期間內（不超過90天）之明確、可衡量的績效改善目標與事項；主管與員工並設定檢討改善時間表、定時檢討績效改善情形。有關主管將儘量提供協助予該員工；員工必須被告知其應在規定時間內使該限期改善計劃獲致至少乙等以上之評估，才可通過是項績效限期改善計劃；通過績效限期改善計畫者，主管與員工應訂定新的工作計劃，回復至正常績效評估系統。主管如認定員工在績效限期改善計劃期間內無立即改善現象，主管應彙集所有證據，評定其未能通過是項績效限期改善計劃後送人力資源處」（見原審卷㈡第178、184頁）。另上訴人之績效評管辦法第3條（作業內容）內則規定：「㈤績效評估等第：1.績效評估分五等第「1 ～5」評分：「5 」不合格：工作表現未能符合預期，明顯落後同層級同仁水準。2.績效評估不佳之員工，公司得視情況依照勞動基準法及工作規則終止勞動契約」（見原審卷㈡第240、241 頁）。再參諸證人即上訴人人力資源管理處處長韋美西於原審證稱：績效評管辦法是基於員工工作規則為母法而訂定出來，是符合工作規則而因應不同時期的管理需求而修訂的，績效評管辦法不可以抵觸工作規則；工作規則為上訴人所有規範的母法，依照這個母法，會訂定適於現況執行的規則，上訴人在103年

為了系統上線，修改了績效評管辦法，方便系統判別，所以將五等第特等、優等、甲等、乙等、丙等等同於1 、2 、3 、4 、5 ，所以是不抵觸母法等語（見原審卷㈡第211、213頁），可知上訴人之工作規則（母法）及績效評管辦法（子法）就上訴人員工之績效考核，訂有一定程序及標準，且績效評管辦法中之「績效評估五等第」實等同於工作規則中之「年度考績五等次評分」（亦即「5 」不合格等同於「丙等」），並未抵觸工作規則，而績效評估不佳之員工，上訴人得視情況依照勞基法及工作規則終止勞動契約。

㈢上訴人訂定之工作規則，既經主管機關核准備查，且無明顯重大瑕疵，構成系爭勞動契約關係之一部，對兩造均有拘束力。又上訴人之工作規則第58條第8至11項規定之「工作績效限期改善計劃」，係為在年終績效評估前，即有工作績效顯著低落且大部分未達到要求標準之員工，所設之輔導改善機制；再由該計畫開啟前，主管須安排面談該受輔導員工，確使該員工認知其績效已達不及格程度，須進入工作績效限期改善階段，通過績效限期改善計畫者即回歸正常績效評估系統，未通過者再交由人事部門處理，亦可知此制度之設計目的，乃積極輔導績效表現不及格之員工，使其等在遭解雇前，有努力提升績效避免解雇之機會，堪認「工作績效限期改善計劃」之制度，為「解僱最後手段性原則」於工作規則中之具體實踐，應嚴格執行，不容上訴人任意規避該制度之適用。

㈣查上訴人主張被上訴人於104年3月17日至同年5月11日請產假，嗣於該年 6月至11月期間，工作上出現對外提供錯誤之Sony Xperia Z3+手機專案價格、手機採購數量有誤、於上訴人出版之T報內提供錯誤之Huawei Honor 4X手機規格、未釐清Sony新機上架日期等嚴重錯誤，須由同事幫忙處理後續事宜，始未造成上訴人之重大損害等情，固據證人即被上訴人之主管甲○○證述明確（見原審卷㈡第145-150頁），然甲○○另證稱：被上訴人產假回來後，小錯不斷，後來又

發生T報的事，導致伊認為必須正式約談她，約談時伊有先了解被上訴人在工作、家庭是否有什麼樣的問題，導致無法認真工作，印象中，被上訴人好像有說因為是新手媽媽有些不熟悉的狀況，伊有告知被上訴人最近犯了什麼錯誤，也告訴她因為T報的事，公司內部做了什麼解決方案，及對公司的影響，並要求被上訴人一定要改善，至少上班的時候一定要全心工作。伊第二次約談被上訴人，是因為Sony旗艦機發表會的問題，約談的內容和第一次大同小異。伊這兩次約談被上訴人都沒有跟她提到績效被評定為不及格，因為當時還不是年底，公司還沒有開始進行大考評。伊在這兩次約談被上訴人都有告訴她犯了什麼錯，並且具體告訴她下次不可以再犯。另提醒被上訴人她身為手機PM應盡的職責。第一次約談後，被上訴人仍然錯誤不斷，所以才會約談第二次，第二次約談完，被上訴人仍然犯錯，伊認為被上訴人已經不適任這份工作，所以在年底考評的時候，伊就把被上訴人的考評列為最差的等級，並上簽呈給人資部門，表明要資遣被上訴人等語（見本院卷第196頁），顯然甲○○在被上訴人工作上多次出錯時，雖曾面談被上訴人並告誡不得再犯，惟未曾依工作規則之規定，明確告知被上訴人其已被評定為績效不及格，須啟動「工作績效限期改善計劃」，則上訴人未依工作規則給予被上訴人藉由「工作績效限期改善計劃」提升績效避免遭解僱之機會，即逕以被上訴人年終績效評估不及格即屬不能勝任工作為由，片面終止系爭勞動契約關係，不符「解僱最後手段性原則」，即非適法，不生終止契約之效力。被上訴人請求確認系爭勞動契約關係存在，即屬有據。

㈤上訴人雖辯稱：甲○○於原審證稱約談被上訴人時有告知其表現未達公司預期、要好好改善否則無法留在部門，且有要求被上訴人在接下來的60天內做改善，證人韋美西亦證稱解僱被上訴人前，已向甲○○及該事業部副總確認有做過績效改善和指導的作業，足認其有啟動「工作績效限期改善計劃」，係被上訴人仍一再犯錯始遭資遣云云，惟查：

1.甲○○雖證稱其在上訴人任職時，熟悉工作規則及績效評管辦法之規定，然其另證稱：針對在年度中就有員工表現不好的情況，伊不記得人資部門針對這樣的狀況有無制訂相關的SOP要求主管如何處理，但伊遇到這樣的情況，會約談該出問題的員工，先釐清他是否有犯錯，如果有的話，會告訴他所犯的錯誤何在，及會衍生何種後果，並明確要求他下次不可再犯（見本院卷第195頁），顯然甲○○並不熟稔工作規則所明定「工作績效限期改善計劃」制度之執行程序，而係以自創之約談、告誡等方式，為其平時管理、監督所屬員工之作法，而此核與其所證述對被上訴人所進行之管理、監督方式相同，可知甲○○二度約談被上訴人，並非在執行工作規則所定之「工作績效限期改善計劃」。

2.此外，上訴人制訂之績效評管辦法另附有針對員工績效改善計劃所設計之制式表格（見原審卷㈡第241頁、本院卷第209頁），正式之績效改善計劃表須詳列「員工須改善事項與改善計畫」、「達成期限」、「實際結果」、「檢討結果」等項，並經受晤談員工、上一階、上二階主管簽名確認，程序極為慎重，亦與甲○○僅對被上訴人進行面談、加以告誡之情形有別。再佐以甲○○於原審作證時，在被告知工作規則第58條第8項規定之情形下仍明確證稱：其並未做工作績效限期改善階段（見原審卷㈡第165頁），更顯示甲○○事實上並未依工作規則之規定，對被上訴人啟動「工作績效限期改善計劃」，上訴人以前詞置辯，並非可取。

3.況證人韋美西於原審證稱：上訴人雖年終會進行全年的績效總評核，但是為了預防主管沒有善盡管理督導之責，在年中5、6月的時候也會請主管進行評核，那時候如果員工考績4或5，我們會進行績效改善計畫，如果那時候考績是3，人力資源處不會要求提供相關的資料，但是如果在年中評核完後，員工開始工作績效不彰，依工作規則第58條各部門主管對於所屬員工平時工作表現必須觀察以及評估，同時隨時進行績效改善，因此，被上訴人在104年年中考核是3，所以我

們不會要求提供任何的資料，但是過程中，如果主管判定為5，主管就必須在日常管理中，協助員工提升績效，據我們在104年終收到行銷事業部的考核汰弱名單，那時候看到如果是5的同仁，人力資源處會打電話詢問以及要求事業部單位提供日常在年中之後主管與員工要求的改善紀錄，同時，會與該單位事業部副總確認上述事實是否無誤，經整個流程確認完備，總經理核可後，人力資源處就進行汰弱的作業等語（見原審卷㈡第216頁），顯然上訴人各部門主管對於所屬員工平日工作績效表現須隨時加以留意並督導，在年中考核後經主管認定績效表現不及格者，仍須開啟「工作績效限期改善計劃」，而關於主管是否有依工作規則啟動改善計劃乙節，上訴人之人資部門僅依部門主管所提供之說詞及資料加以認定，其認定之基礎未必與工作規則所定相合，故由韋美西之證詞，亦無從認定上訴人在解僱被上訴人前，已完備「工作績效限期改善計劃」之程序，併予指明。

七、上訴人另辯稱被上訴人已於終止勞動契約確認書（下稱系爭確認書）簽字並辦妥離職手續，且受領其所支付之資遣費、預告工資等離職給付，且申請勞資爭議調解時並未主張不同意資遣，且已另謀新職，足證兩造已合意終止系爭勞動契約關係云云。本院基於下列理由，認上訴人所辯無理：

㈠按當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立，民法第153條第1項固定有明文。然意思表示無論其為明示或默示表示，均須表意人有為該法律效果之意思者，始足以該當該法律效果規定（最高法院101年度台上字第842 號判決意旨參照）。又契約合意終止，係契約雙方當事人，依合意訂立契約，使原有契約之效力向後歸於無效，亦即以第二次之契約終止原有之契約（第一次之契約）。依契約自由原則，契約之雙方當事人雖得再訂契約，使原屬有效之契約向將來歸於無效，惟其成立要件仍應依民法第153條之規定定之。而依該條規定，當事人對於契約必要之點必須意思一致，契約始能立。所謂必要之點通常固指契約之要

素，但對於契約之常素或偶素，當事人之意思如特別注重時，該常素或偶素亦可成為必要之點（最高法院99年度台上字第60號判決意旨參照）。

㈡查系爭確認書右下角手寫之文字為被上訴人所書寫，記載：「上一份工作薪資82,000月薪，TST 面試時以公司制度為由提供57,500月薪＋獎金為package ，故我跳至此公司，現年底終止勞動契約希望依比例撥發原應得薪資，Rachel」等文字等情（見原審卷㈡第41頁），為兩造所不爭。證人韋美西並於原審證稱：被上訴人有簽署系爭確認書，被上訴人在右下角有確認簽了她的英文名字Rachel，被上訴人對於有條件的年度激勵獎金是有疑慮的；TST 是指上訴人公司，被上訴人英文字寫錯，應該是T star，看得出來是指上訴人公司等語明確（見原審卷㈡第200、206頁）。故依上開文字記載之脈絡及意涵，可推知被上訴人在系爭確認書加註上開文字，係表達若上訴人依面試時所述之57,500元月薪加年度激勵獎金，比例撥發被上訴人原應得薪資，被上訴人始願接受以資遣方式終止勞動契約之意。又被上訴人於系爭確認書右下角既特別強調該點，依上說明，其應已成為必要之點，而上訴人始終不願依比例給付被上訴人5個月年度激勵獎金，為兩造所不爭，依上說明，兩造對於該必要之點顯未達成合致之意思表示，難認兩造已合意終止系爭勞動契約關係。

㈢被上訴人雖於104年12月25日辦理工作交接手續，且於移交程序單「離職人員簽名」欄簽名（見原審卷㈡第95頁），然此僅屬因遭上訴人資遣之後續問題處理，並係應上訴人要求而為，尚難憑以認定兩造間有終止勞動契約之合意。又上訴人給付預告工資及資遣費予被上訴人，乃其自以為解僱合法而為給付，與兩造是否合意終止勞動契約無涉。況本件被上訴人屬受薪階級，衡諸常情，其家庭日常開銷泰半靠薪資支用，今突遭上訴人資遣，其若拒絕受領預告工資及資遣費，將使家庭經濟頓失依靠，自不得解為其同意資遣而與上訴人有合意終止勞動契約之意；且被上訴人在上訴人未給付薪資

之情形下，已無薪資收入，有危及生活之虞，是縱其另謀新職，亦屬事理之常，難認其有合意終止與上訴人間勞動契約之意。至被上訴人是否將已領取之預告工資及資遣費退回，要屬另一問題，要難據此斷言被上訴人有同意終止系爭勞動契約關係之意思表示。另被上訴人於104年12月28日向新北市政府提出勞資爭議調解申請，並於105年1月12日在社團法人新北市勞資權益維護促進會進行協調時，主張上訴人應依被上訴人在職比例給付保障年薪5個月及依此計算不足之資遣費、預告工資及加班費等情（見原審卷㈠第9頁），核其僅係再次表達若上訴人依面試時所述之57,500元月薪加年度激勵獎金，比例撥發被上訴人原應得薪資，被上訴人始願接受以資遣方式終止勞動契約之意而已，並非同意上訴人片面資遣之舉，尤不代表兩造間已達成以資遣之方式終止勞動契約之合意。此外，上訴人復未舉出其他相當之證據證明兩造經溝通、協調結果已達成共識，被上訴人有明示或默示與上訴人合意終止勞動契約之事實，無從認定兩造確已合意終止系爭勞動契約關係。

八、被上訴人另依系爭勞動契約，請求上訴人自105年1月3日起至回復被上訴人職務之日止，按月給付上訴人薪資57,500元及法定遲延利息，亦為上訴人所否認，並以前開情詞置辯。經查：

㈠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、第234條分別定有明文。又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號判決意旨參照）。再按給付有確定期限者，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5%，民法第229條第1項、第233條第1項前段、第203條亦分別定有明文。

㈡上訴人於104年12月25日通知被上訴人自105年1月3日起終止系爭勞動契約關係，已明示拒絕受領被上訴人提供勞務，被上訴人於105年1月20日致函上訴人請求回復工作權並給付薪資遭拒（見原審卷㈠第8頁），堪認上訴人自105年1月4日起受領勞務遲延，且被上訴人並無補服勞務之義務，而得請求報酬，被上訴人自得基於系爭勞動契約，請求上訴人自105年1月4日起至被上訴人復職日止，按月於兩造均不爭之發薪日（即次月5日，見本院卷第436頁）前，給付薪資57,500元，及自各應給付日翌日起至清償日止，按年息5%計算之遲延利息。

㈢至上訴人抗辯針對附表一所列不符合民法第487條但書規定之費用，應適用或類推適用民法第216條之1、第267條及公平信用原則予以扣除部分，茲說明如下：

1.編號1.、4.、6.、7.

①上訴人主張被上訴人於該段期間內故意怠於就業，顯係故意怠於取得利益，該利益應以被上訴人至岡菘公司任職之月薪45,800元計算；縱認被上訴人未就業並非故意怠於取得利益，惟被上訴人未就業在家育嬰，減省托育費用（依新北市板橋區及中和區之全日托育費用為每月25,000元），應認係不服勞務所減省之費用或其轉向他處服勞務所取得，至少應扣除每月25,000元以符公平原則並免被上訴人不當得利（見本院卷第390、392、393、394頁）。

②惟被上訴人業已提出求職未果之相關證明（見本院卷第309-316頁），足證其遭上訴人非法解僱後未再能順利就

業，乃無法覓得合適工作，而非故意怠於就業所致，上訴人主張應自其應給付之薪資中扣除每月45,800元之利益，顯屬無據。

③再者，民法第487條但書之規定，係為避免受僱人取得不當利益，規範性質上為損益相抵之具體事例（參邱聰智著，債法各論中冊，85年10月2刷，第23頁）。而損益相抵，係指損害賠償之債權人基於與受損害之同一原因事實並受有利益，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益而言，此觀民法第216條之1規定自明；債權人倘非基於與受損害同一原因事實並受有利益，自無上開規定之適用（最高法院92年度台上字第803號裁判意旨參照）。準此，僱用人固得依民法第487條但書規定，扣除受僱人因不服勞務所減省之費用，惟參以民法第216條之1損益相抵規定及上開裁判意旨，倘受僱人減省之費用，非因受僱人不服勞務所致者，即非屬僱用人依民法第487條但書規定得扣除之費用；換言之，民法第487條但書規定，得自報酬扣除之減省費用，實為受僱人為服勞務所支出之必要費用，倘該等費用與受僱人服勞務之必要性無關，縱因受僱人未服勞務而有減省，仍非屬民法第487條但書規定，僱用人得扣除之費用。故縱認被上訴人確有因遭上訴人非法解僱，未服勞務而得在家自行照顧子女而減省托育費用之事實，該等托育費用並非被上訴人基於履行其服勞務義務所支出之必要費用，揆諸前開說明，該等費用並不得自上訴人應給付之報酬額中扣除。

2.編號2.

上訴人主張被上訴人於此段期間任職於岡菘公司，每月薪資45,800元等事實，為被上訴人所是認，並有岡菘公司回函及檢付之薪資條為憑（見本院重勞上字卷第157-169頁），該筆費用為民法第487條但書所指「受僱人轉向他處服勞務所取得之利益」，應自上訴人給付之報酬額中扣除。

3.編號3.

①上訴人主張被上訴人於此段期間任職於岡菘公司，但請育嬰假，若其仍在上訴人任職，亦因請育嬰假而無繼續工作之可能，應扣除每月薪資57,500元。退步言，被上訴人在此段期間領有育嬰留職停薪津貼325,200元，應予扣除；更退步言，前開期間至少應扣除被上訴人減省之托育費用每月25,000元（見本院卷第391、392頁）。

②被上訴人否認若前開期間仍在上訴人任職亦會請育嬰假（見本院重勞上字卷第209-210頁），上訴人對此復未能舉證證明，其抗辯被上訴人在該段期間不能工作而全無收入，至為無稽。又育嬰留職停薪津貼，係依就業保險法由保險人即勞工保險局所為給付（參見就業保險法第4條、第10條），其給付請求權的發生係以參加就業保險並符合一定條件為基礎，與勞務之提供並非出於同一原因，尚非民法第487條但書所指應扣除之報酬額。至於托育費用亦不屬於得依民法第487條但書扣除之報酬額，前已詳論，於茲不贅。

4.編號5.

①上訴人主張被上訴人於該段期間內故意怠於就業，顯係故意怠於取得利益，該利益應以被上訴人至岡菘公司任職之月薪45,800元計算；縱認被上訴人未就業並非故意怠於取得利益，惟被上訴人未就業在家育嬰，減省托育費用，至少應扣除每月25,000元以符公平原則並免被上訴人不當得利（見本院卷第393頁）云云，其此部分之主張非有理由，如前述。

②上訴人又稱被上訴人於此段期間承攬岡菘公司發包之工作，受領報酬18萬元，有岡菘公司覆函可佐（見本院卷第279頁），此筆費用亦屬民法第487條但書所指「受僱人轉向他處服勞務所取得之利益」，上訴人主張應自報酬額中扣除，堪可採取。

5.編號8.

上訴人主張被上訴人於此段期間未實際對其提供勞務，減省

交通費之支出，為被上訴人所不爭執（見本院卷第364頁），該筆費用為民法第487條但書所指「受僱人因不服勞務所減省之費用」，應自上訴人給付之報酬額中扣除。

6.編號9.

上訴人主張被上訴人於此段期間內有投資所得利益5,378元，固與被上訴人之財產所得資料相合（見本院重勞上字卷第147、151頁、本院卷第119、123頁），惟該等收益並非民法第487條但書所列舉應自報酬額中扣除之費用，又與受僱人對雇主提供之勞務毫無相關，上訴人主張應自報酬額扣除該筆費用，誠屬無理。

7.編號10.

上訴人主張前已給付被上訴人預告工資、資遣費各21,083元、31,338元，為被上訴人所是認。因上訴人未合法終止系爭勞動契約關係，依法無給付被上訴人預告工資及資遣費之義務，被上訴人受領該等款項無法律上之原因，上訴人得依民法第179條規定請求被上訴人返還之，其主張以該債權與其所負之給付薪資債務抵銷，於法有據。

㈣爰依上開說明，計算被上訴人得請求上訴人給付之薪資本息如附表二A欄所示；被上訴人逾此範圍所為之請求為無理由，不應准許。

九、綜上所述，被上訴人訴請確認系爭勞動契約關係存在，及依兩造間之勞動契約，請求上訴人給付如附表二A欄所示款項，洵屬有據，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。從而原審就超過上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決，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，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至於上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴人仍執陳詞，指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。又本件事證已臻明確，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。

十、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　7　　月　　20　　日

勞動法庭

審判長法　官　李慈惠

法　官　趙雪瑛

法　官　陳婷玉

正本係照原本作成。

被上訴人不得上訴。

上訴人如不服本判決，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　　110　　年　　7　　月　　20　　日

書記官　張永中

附表一：

編號	期間/被上訴人就業狀況	應扣除之項目、金額
1.	104年12月25日至105年10月31日（未就業）	每月扣除45,800元，相當於被上訴人任職岡菘股份有限公司（下稱岡菘公司）之月薪。
2.	105年11月1日至106年4月30日（任職岡菘公司）	每月扣除45,800元，被上訴人任職岡菘公司之月薪。
3.	106年5月1日至107年4月30日（任職岡菘公司，但請育嬰假）	每月扣除57,500元，相當於被上訴人任職上訴人之月薪。
4.	107年5月1日至107年12月31日（未就業）	每月扣除45,800元，相當於被上訴人任職岡菘公司之月薪。
5.	108年1月1日至108年12月31日（自稱未就業）	每月扣除45,800元，相當於被上訴人任職岡菘公司之月薪。
6.	109年1月1日至109年12月31日	每月扣除45,800元，相當於被上訴人任職岡菘公司之月薪。
7.	110年1月後迄服勞務止	每月扣除45,800元，相當於被上訴人任職岡菘公司之月薪。

8.	105年至110年5月18日	因未至上訴人任職而減省之交通費用計106,880元。
9.	105年度至108年度	投資所得利益計5,378元。
10.		被上訴人已領而應返還之預告工資21,083元、資遣費31,338元，上訴人主張抵銷。

附表二：

編號	A：給付金額	B：說明
1.	被上訴人應給付上訴人55,498元，及自105年3月6日起至清償日止，按年息5%計算之利息。	1.上訴人主張被上訴人減省之交通費為每日80元，為被上訴人所不爭執，應依此標準計算應自報酬額扣除之交通費。 2.105、106年度上班日均為249日（見本院卷第261-263頁），平均每月上班日為20.75日，應扣除交通費1,680元（80*21=1,680）。 3.105年1月4日至105年2月29日期間，上訴人本應給付被上訴人薪資111,167元（57,500*28/30+57,500=53,667+57,500=111,167，小數點以下四捨五入），扣除交通費3,248元（1,680*28/30+1,680=3,248）及上訴人據以抵銷之21,083元、31,338元，被上訴人尚得請求上訴人給付55,498元（111,167-3,248-21,083-31,338=55,498），及自105年3月6日起算之法定遲延利息。
2.	上訴人應自105年3月1日起至105年10月31日止，按月於次月5日前給付被上訴人55,820元，及自應給付日翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。	上訴人於此段期間每月應給付被上訴人薪資57,500元，扣除交通費1,680元，尚應給付被上訴人55,820元（57,500-1,680=55,820）。
3.	上訴人應自105年11月1日起至106年4月30日止，按月於次月5日前給付被上訴人10,020元，及自應給付日翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。	上訴人於此段期間每月應給付被上訴人薪資57,500元，扣除交通費1,680元、於岡菘公司任職之薪資45,800元，尚應給付被上訴人10,020元（57,500-1,680-45,800=10,020）。
4.	上訴人應自106年5月1日起至108年3月31日止，按月於次月5日前給付被上訴人55,820元，及自應給付日翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。	1.107、108年度上班日均為250日（見本院卷第265、267頁），平均每月上班日為20.83日，應扣除交通費1,680元（80*21=1,680）。 2.上訴人於此段期間每月應給付被上訴人薪資57,500元，扣除交通費1,680元，尚應給付被上訴人55,820元（57,500-1,680=55,820）。
5.	被上訴人應給付上訴人43,280元，及自108年8月6日起至清償日止，按年息5%計算之利息。	108年4月1日至108年7月31日期間，上訴人本應給付被上訴人薪資23萬元（57,500*4=230,000），扣除交通費6,720元（1,680*4=6,720）及上訴人主張得自108年4月起扣除之18萬元（見本院卷第436頁），被上訴人尚得請求上訴人給付43,280元（230,000-6,720-180,000=43,280），及自108年8月6日起算之法定遲延利息。
6.	上訴人應自108年8月1日起至被上訴人復職之日止，按月於次月5日前給付被上訴人55,820元，及自應給付日翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。	1.109、110年度上班日均為249日（見本院卷第269、271頁），平均每月上班日為20.75日，應扣除交通費1,680元（80*21=1,680）。 2.上訴人於此段期間每月應給付被上訴人薪資57,500元，扣除交通費1,680元，尚應給付被上訴人55,820元（57,500-1,680=55,820）。