最高法院民事判決

110年度台上字第2855號

上　訴　人　台灣之星電信股份有限公司

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

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110年7月20日臺灣高等法院第二審更審判決（109 年度重勞上更一字第13號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人對命其給付原判決附表二A 欄所示本息之其餘上訴，及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用關於駁回上訴部分，由上訴人負擔。

理　由

一、本件被上訴人主張：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，月薪為新臺幣（下同）5萬7500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 款規定資遣伊。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，不符解僱最後手段性原則，兩造間勞動關係仍存在等情。爰依民法第487條、第235條及第234 條規定，求為確認兩造間勞動關係存在，暨命上訴人給付原判決附表（下稱附表）二A 欄所示本息之判決（其餘未繫屬本院者，不予贅述）。

二、上訴人則以：被上訴人任職期間，工作錯誤頻繁，經其主管夏曉薇多次勸導、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，伊自得依勞基法第11條第5 款、工作規則第14條第1項第5款規定，終止兩造間勞動關係。縱認伊未合法終止，系爭勞動關係亦經兩造合意終止。如仍認系爭勞動關係存在，伊負有按月給付被上訴人薪資義務，就附表一所列費用，應適用或類推適用民法第487條但書、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、原審就被上訴人上開聲明，維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，無非以：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，月薪5萬7500元；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關係之意思表示，並計薪至105 年1月3日；被上訴人於105年1月20日致函上訴人，要求恢復職務等情，為兩造所不爭。上訴人所訂工作規則，業經主管機關核准備查，如無明顯重大瑕疵，即為系爭勞動契約之一部，對兩造均有拘束力。依工作規則第2章第14條第1項規定、第8章第58條第7項第5款、第8至11項規定及績效評管辦法第3 條內則規定，暨證人即上訴人人力資源管理處處長韋美西、被上訴人主管夏曉薇之證述，可知上訴人就員工之績效考核，訂有一定程序及標準。被上訴人固於104年6月至11月期間，工作上出現提供錯誤手機專案價格、採購數量、規格及新機上架日期等嚴重錯誤，夏曉薇並因此兩度約談被上訴人。惟夏曉薇約談時，僅告誡被上訴人不得再犯，並未明確告知被上訴人已被評定為績效不及格，須啟動「工作績效限期改善計劃」。上訴人既未依上開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，為不能勝任工作，片面終止系爭勞動關係，不符「解僱最後手段性原則」，不生終止契約之效力。被上訴人請求

確認系爭勞動關係存在，自屬有據。又被上訴人遭上訴人片面終止系爭勞動契約後，於上訴人所提終止勞動契約確認書上，親筆書寫表達上訴人應依面試時所述之月薪加年度激勵獎金，比例撥發其原應得薪資，始願接受以資遣方式終止勞動契約之意，嗣於勞資爭議調解時復為相同主張，而該主張既始終未獲上訴人同意，自難認兩造合意終止系爭勞動關係。不因被上訴人辦妥離職手續、受領資遣費、預告工資、另謀新職等而生影響。被上訴人已於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，無補服勞務之義務，仍得請求上訴人自其於105 年1月3日非法終止系爭勞動關係之翌日即同年月4日起至其復職日止，按月於次月5日前給付薪資5萬7500元之本息。被上訴人就附表一編號1、4至7所示期間，已提出其求職未果之證明，足證被上訴人非故意怠於就業。被上訴人於上開期間及附表一編號3 所示期間得自行照顧親子，因而減省托育費用部分，亦非被上訴人原為上訴人服勞務所支出之必要費用，是上訴人抗辯被上訴人所得請求之薪資應扣除相當於其至岡菘股份有限公司（下稱岡菘公司）任職所應得之薪資及托育費用，顯屬無據。又被上訴人於附表一編號3 所示任職岡菘公司期間請育嬰假，上訴人並未舉證證明若被上訴人任職於上訴人處亦會請育嬰假，其抗辯被上訴人於該期間不能工作云云，已不足採。至附表一編號 3所示期間請領育嬰留職停薪津貼32萬5200元及編號9 所示期間獲利5378元，分別為勞工保險局依就業保險法第4 條、第10條規定所為之給付，及被上訴人自行投資所得，則均非民法第487 條但書所定應扣除之項目。被上訴人不爭執其於附表一編號2、5所示期間，各因任職岡菘公司每月受領薪資 4萬5800元及承攬岡菘公司發包之工作受領報酬18萬元，暨於附表一編號8 所示期間因未實際為上訴人服勞務而每日減省交通費80元，依民法第487 條但書規定，前開報酬、費用均應自被上訴人請求給付之薪資中扣除。又被上訴人前自上訴人處受領之預告工資及資遣費，應返還予上訴人，上訴人執

此與被上訴人之薪資債權抵銷，亦屬有據。經扣除、抵銷後，計被上訴人尚得請求上訴人給付附表二A 欄所示之金額。從而，被上訴人訴請確認系爭勞動關係存在，及依系爭勞動契約，請求上訴人給付如附表二A 欄所示款項，洵屬有據，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

四、本院判斷：

（一）廢棄發回部分（即判命上訴人給付附表二A欄所示本息）

按民法第487 條規定，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。是受僱人依上開規定請求者，仍以其於所請求給付報酬期間內，有繼續為僱用人服勞務之可能及主觀意思為要。查上訴人於104 年12月25日所為終止系爭勞動關係之意思表示不生效力，系爭勞動關係自105年1月3日以降仍繼續存在。被上訴人於105年1月20日向上訴人為願服勞務之表示遭拒後，自105年11月1日起任職於岡菘公司，嗣於106年5月1日起至107年4月30日止於岡菘公司處辦理育嬰假留職停薪，嗣於107月5月1 日自岡菘公司離職，回復為待業求職狀態（即附表一編號2至4所示期間），為原審所認定之事實。被上訴人既於106 年5月1日起至107年4月30日止有辦理育嬰假，何以得認被上訴人在上訴人處任職不會請育嬰假？其於該時期是否有為上訴人提供勞務之可能及主觀意思？則上訴人抗辯被上訴人於該期間不能工作等語，是否不可採？已非無疑，乃原審昧於已發生之事實，逕認上訴人未舉證證明若被上訴人任職於上訴人處亦會請育嬰假，而就此部分為上訴人不利之論斷，已嫌速斷。又被上訴人於育嬰假經過後即行離職，其離職原因為何？倘係自請離職，是否故意怠於取得利益，而應自被上訴人所得請求之報酬額內扣除？亦非無再行斟酌之餘地。乃原審未遑詳查細究，徒以上開理由，逕為上訴人不利之認定，亦有未洽。又上開事項既有

未明，此關乎被上訴人所得請求給付薪資之金額，本院自無從為法律上判斷。上訴論旨，指摘原判決此部分為不當，求予廢棄，非無理由。

（二）駁回上訴部分（即確認兩造間系爭勞動關係存在）

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以上述理由，認定上訴人於104 年12月25日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款規定終止兩造間勞動契約，不符合最後手段性原則，其終止權行使不生效力。且上訴人亦未證明兩造有終止之合意，則被上訴人請求確認系爭勞動關係存在，自屬有據，經核於法並無違背。上訴論旨，以原審認定事實、取捨證據之職權行使暨其他與判決無涉之理由，指摘原判決關此部分不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由。依民事訴訟法第第477條第1項、第478條第2項、第481 條、第449條第1項、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　11　　月　　11　　日

最高法院勞動法庭

審判長法官　袁　靜　文

法官　林　金　吾

法官　陳　靜　芬

法官　許　秀　芬

法官　石　有　為

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　11　　月　　25　　日