臺灣桃園地方法院民事判決

107年度重勞訴字第13號

原　　告　賴彥親
訴訟代理人　邱靖棠律師
複　代理人　蔡菘萍律師
訴訟代理人　程居威律師
被　　告　中華航空股份有限公司
法定代理人　謝世謙
訴訟代理人　陳金泉律師
　　李瑞敏律師
　　黃胤欣律師

上列當事人間請求確認僱傭關係存在等事件，本院於民國108 年12月31日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、確認原告與被告間僱傭關係存在。

二、被告應自民國一百零七年二月六日起至同年二月二十八日止；及自民國一百零八年六月八日起至原告復職之日止，按月給付原告新臺幣陸萬陸仟玖佰陸拾捌元，及自各期應給付之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、被告應自民國一百零七年三月一日起至同年十二月三十一日止，按月給付原告新臺幣壹萬陸仟玖佰陸拾捌元，及自各期應給付之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

四、被告應自民國一百零八年一月一日起至同年五月三十一日止，按月給付原告新臺幣陸仟玖佰陸拾捌元，及自各期應給付之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

五、被告應自民國一百零七年一月五日起至同年二月二十八日止及自民國一百零八年七月一日起至原告復職之日起，按月提繳勞工退休金新臺幣肆仟壹佰捌拾捌元至原告之勞工退休金專戶。

六、被告應自民國一百零七年三月十三日起至同年三月三十一日止，提撥勞退金差額新臺幣貳仟貳佰陸拾伍元，及自民國一

百零七年四月一日起至民國一百零八年一月三十一日止，按月提撥差額新臺幣壹仟壹佰伍拾貳元；自一百零八年二月一日起至一百零八年五月三十一日止，按月提撥差額伍佰肆拾元，暨自一百零八年六月一日起至一百零八年六月三十日止提撥差額新臺幣參仟參佰參拾柒元至原告之勞工退休金專戶。

七、原告其餘之訴駁回。

八、訴訟費用由被告負擔。

九、本判決第二項於原告按月以新臺幣貳萬貳仟參佰貳拾參元為被告供擔保，得假執行。但被告按月以新臺幣陸萬陸仟玖佰陸拾捌元為原告預供擔保後，得免為假執行。

十、本判決第三項於原告按月以新臺幣伍仟陸佰伍拾陸元為被告供擔保，得假執行。但被告按月以新臺幣壹萬陸仟玖佰陸拾捌元為原告預供擔保後，得免為假執行。

十一、本判決第四項於原告按月以新臺幣貳仟參佰貳拾參元為被告供擔保，得假執行。但被告按月以新臺幣陸仟玖佰陸拾捌元為原告預供擔保後，得免為假執行。

十二、本判決第五項於原告按月以新臺幣壹仟參佰玖拾陸元為被告供擔保，得假執行。但被告按月以新臺幣肆仟壹佰捌拾捌元為原告預供擔保後，得免為假執行。

十三、本判決第六項於原告以新臺幣陸仟肆佰貳拾柒元為被告供擔保，得假執行。但被告按月以新臺幣壹萬玖仟貳佰捌拾貳元為原告預供擔保後，得免為假執行。

十四、原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項但書第3款定有明文。原告原起訴聲明為：㈠確認原告與被告間僱傭關係存在。㈡被告應自民國107年1月5日起至原告復職之日止，按月給付原告新臺幣（下同）6萬

6,968 元，及自各期應給付之翌日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。㈢被告應自107 年1 月5 日起至原告復職之日止，按月提繳勞工退休金4,188 元至原告之勞工退休金專戶。㈣願供擔保請准宣告假執行。嗣於108 年12月16日具狀及108 年12月31日言詞辯論期日變更訴之聲明為如後述聲明所示，按諸首揭規定，均應予准許。

二、按當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人，承受其訴訟以前當然停止；又第168 條至第172 條及前條所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明，他造當事人亦得聲明承受訴訟；聲明承受訴訟，應提出書狀於受訴法院，由法院送達於他造，民事訴訟法第170 條、第175 條、第176 條分別定有明文。經查，被告之法定代理人於訴訟繫屬中業由何煖軒變更為謝世謙，有被告臨時董事會會議紀錄在卷可參（見本院卷一第408 至409 頁），並經其變更後之法定代理人具狀向本院聲明承受訴訟（見本院卷一第404 至405 頁），核於上開法律之規定相符，應予准許。

三、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 項前段定有明文。而該條所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去者而言。原告主張兩造之僱傭關係存在，為被告所否認，則兩造間之僱傭關係是否存在，原告法律上之地位確有不安之狀態，且此不安狀態得以本件確認訴訟予以除去，堪認原告提起本件訴訟係有確認利益。

貳、實體方面：

一、原告主張：

㈠原告於104 年4 月26日起受僱於被告擔任空服員，因空服員工作性質具有時差調整、長時間服務及飛安壓力，致原告身體健康產生警訊而有就醫之必要，惟原告雖因身體健康因素

而有就醫或休養之需求，然依原告105 年度請假紀錄顯示，計有未住院傷病假25天、生理假12天、事假11天，均符合法定天數及被告之規定。而被告嗣後竟將原告105 年度之考績評為「丙」等，而所據理由為原告於航班表現達一般水準，然因請假天數過多，經整體評比，考績列為丙等，其後被告亦僅於面談時表明出勤紀錄將會影響年度考績等情；經被告告知上情後，原告於106 年度全年請假計有未住院傷病假12天、生理假12天、事假3 天，與105 年度全年請假天數相較下自48天降至27天，堪認堪認原告請假情形確實有所改善；又觀原告106 年度之獎懲紀錄可知，原告再經被告多次評為最佳服務，並給予優點之獎勵。

㈡被告無視原告請假情形之改善、工作表現之優良，於評定原告105 、106 年度考績時，未說明明確評定標準而給予原告丙等之考績，並於107 年1 月5 日以台北北門郵局存證號碼00046 號存證信函終止兩造間之僱傭關係，其所執之理由係被告人事業務手冊第二篇第四章不適任人員處理規定之規範：「2.不適任人員類別：2.1考績類：年度考績經評定連續兩年丙等者・・・及其他相關佐證資料，依員工工作規則與相關規定，由單位按相關規定，辦理資遣。」然被告顯係以勞動基準法所無之規定，即連續兩年考績為丙等為由，終止兩造間之僱傭關係，此顯係違反法定終止事由之限制，是以被告單方終止僱傭關係之行為，因違反強制規定，故其終止行為，顯屬違法而無效。

㈢如被告係因原告工作能力不能勝任為由，依勞動基準法第11條第5 款之規定，終止兩造間之僱傭關係。然原告除從未接獲被告以此主張終止外，原告任職期間工作表現良好，並多次獲被告之嘉獎，並無任何無法勝任之情事。故被告倘有以勞動基準法第11條第5 款為由終止兩造間之僱傭關係，亦屬無由，而屬違法；縱認原告有工作能力不能勝任之情形，然被告僅於面談時告知原告出勤情形會影響考績，並且就原告多次病假之情形表達關懷之意，而並未提供任何協助、改善

措施或建議，嗣後亦未有任何懲戒。故被告無視於原告於面談後改善之情事，且於終止兩造僱傭關係前，並無任何協助原告改善、或對原告進行調職，及任何輔助原告情況之行為，顯已違反解僱最後手段性，故其終止行為，自屬違法無效。

㈣況原告遭被告非法解僱前，主觀上並無任何去職之意，並明確向被告表達欲繼續對被告提供勞務，且被告迄今仍拒絕受領原告所願提供之勞務，其自應依法給付原告遭被告違法終止僱傭關係前之平均工資為66,968元。故被告非法解僱原告期間，依法仍應按兩造間之約定，按月給付每月工資66,968元予原告；按勞工退休金條例第6條第1項及第14條第1項規定，被告既係違法終止兩造間之僱傭關係，則其終止行為無效，兩造間之僱傭關係自始均未消滅。故依原告每月平均工資為6萬6,968元，按勞工退休金級距表以觀，投保級距金額為6萬9,800元。從而，被告應依法按月提撥4,188元至原告之勞工退休金專戶。

㈤為此，爰依兩造之勞動契約法律關係，提起本件訴訟等語。並聲明：1.確認兩造間僱傭關係存在。2.被告應自107年2月6日起至107年2月28日止；及自108年5月15日起至原告復職之日止，按月給付原告66,968元，及自各期應給付之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。3.被告應自107年3月1日起至107年12月31日止，按月給付原告16,968元，及自各期應給付之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。4.被告應自108年1月1日起至108年5月31日止，按月給付原告6,968元，及自各期應給付之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。5.被告應自107年1月5日起至107年2月28日及108年5月15日起至原告復職之日止，按月提繳勞工退休金4,188元至原告之勞工退休金專戶。6.被告應分別自107年3月13日至107年3月31日止，提撥2,265元；自107年4月1日起至108年1月31日止，按月提撥1,152元；108年2月1日

起至108 年5 月15日止，按月提撥540 元至原告之勞工退休金專戶。7.就訴之聲明第2 至6 項，願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：

㈠原告於被告處任職期間，多次因態度不佳遭旅客投訴、抱怨，且有不聽指揮、破壞紀律、逾期未完成客艙組員電子化訓練等情。經被告予以面談，提醒應注意服務態度及保持優質服務形象，然原告工作表現不佳之情仍未改善，其所提供之勞務品質，已無法達成被告所支付薪資予原告之經濟目的，並已嚴重損害被告之商譽。且原告105 年度共執勤90趟次，總分竟僅643 分，平均為7.14分，明顯低於空服員平均分數7.61分，經被告多次面談輔導後，原告106 年度表現仍不佳，共執勤102 趟次，總分738 分，平均7.24分，仍低於空服員平均分數7.65分，足見原告工作表現不佳之情皆未改善；又原告於104 年12月18日執勤之日未報到，被告依據客艙組員獎懲規定3.1.2.4.第一次未報到予以記申誡兩次，經被告予以面談輔導，原告卻未警惕改善，復於105 年5 月18日第二次未於執勤時報到，被告乃依照客艙組員獎懲規定3.1.2.5 予以記過二次，足見原告一再違反被告規定，違規情節實屬重大。基此，原告連續兩年表現不彰，已達不能勝任工作程度，經被告多次面談輔導，仍未見明顯改善，又空服員之服務表現攸關旅客飛航權益，且對被告之商譽及形象影響十分重大，是為維護旅客飛航安全及公司整體紀律，被告依勞動基準法第11條第5 款之規定資遣原告，洵屬合法有據。

㈡被告係審酌原告執勤時之服務表現、獎懲事蹟等各項標準為綜合考評，絕非如原告所述係單憑請假之因素而將原告兩年之考績列為丙等。而就原告所提就診紀錄部分，其中內容多有不詳之處，尚不得證明原告之請假就醫資料是否完全正確；又原告稱被告未依勞動基準法第11條第5 款規定通知資遣云云，然依兩造勞動契約第一條約定：「乙方願恪守本契約及甲方所訂之員工工作規則與相關規定。」及最高法院92年

度台上字第353 號判決意旨，被告之不適任人員處理規定亦為勞動契約之一部，原告有遵守義務，被告依「不適任人員處理規定」第4.1 規定將原告予以資遣，係屬合法。且由前揭被告通知終止勞動契約之規定觀之，亦與勞動基準法第11條第5 款規定相符。

㈢退步言之，縱認兩造僱傭關係存在，依被告「台灣地區工資定義辦法」，業已明文規定空勤旅費，不列入平均工資計算，並成為工作規則之一部，又依實務見解認定空勤旅費（Perdiem ）係為補貼其滯留國外之相關食宿費用，原告滯留在國外期間休息用餐、睡覺、個人休閒等，完全未提供任何勞務之期間，被告仍會按時數給付，與原告提供勞務間顯不具對價關係，性質上自非工資，原告無由向被告請求，故原告之月平均工資應為46,008元，且應扣除原告轉往他處服勞務所得及被告已經給付原告之預告工資及資遣費。

㈣綜上，因原告一再濫請病假、散漫及怠忽職守，已屬違反勞動契約最核心的忠誠義務，故被告依其不適任人員處理規定第3.1 及4.1.1 規定提報資遣，並依勞動基準法第11條第5 款規定通知資遣原告，應屬有據等語，資為抗辯。並聲明：1.原告之訴及假執行聲請均駁回。2.如受不利益判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、被告終止勞動契約之意思表示是否合法生效？

㈠被告是否已依據勞動基準法第11條第5 款終止勞動契約？

經查：被告以甲證10存證信函所為終止契約之意思表示固未明列法條（本院卷一第53頁），然被告以乙證42右上方簡訊所為終止契約之意思表示已有列出法條（本院卷二第187 頁），原告亦自陳已於107 年1 月9 日或10日收到上開簡訊（本院卷二第240 頁），是被告已有表明依據勞動基準法第11條第5 款終止勞動契約。

㈡原告是否有勞動基準法第11條第5 款對於所擔任之工作確不能勝任之情事？

1.勞動基準法第11條第5 款所稱之「勞工對於所擔任之工作確

不能勝任」者，舉凡勞工客觀上之能力、學識、品行及主觀上違反忠誠履行勞務給付義務均應涵攝在內，且須雇主於其使用勞動基準法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約。又同法第11條、第12條分別規定雇主之法定解僱事由，為使勞工適當地知悉其所可能面臨之法律關係的變動，雇主基於誠信原則應有告知勞工其被解僱事由之義務，並基於保護勞工之意旨，雇主不得隨意改列其解僱事由，始符「解僱最後手段性原則」。倘資遣通知書並無明載任何具體事由，僅於事先印製之「離職原因」欄位勾選「勞動基準法第11條第5 款」，難認已合法告知解僱事由（最高法院101 年台上字第366 號民事判決意旨參照）。雇主亦不得於原先列於解僱通知書上之事由，於訴訟上為變更再加以主張（最高法院95年台上字第2720號民事判決意旨）。

2. 被告雖於本件訴訟中提出諸多其認為原告不適任之理由，然依照甲證10被告所為終止勞動契約之存證信函（本院卷一第53頁），及乙證8 不適任人員處理建議表（本院卷一第109頁）所載，被告資遣原告之實質依據乃原告105 、106 年兩年考績評定連續丙等，其正式規定在被告公司「不適任人員處理規定」（參乙證30，本院卷一第209-211 頁）中之「考績類」：「2.不適任人員類別：2.1 考績類：年度考績經評定連續兩年丙等者，或依『人事業務手冊國內員工考績規定』第2.5 條年度考績結果之運用：由各單位考績結果分數高低依序排列，排序在最後某依百分比之員工，列入檢討名單。」、「3.不適任人員之認定：3.1 不適任類別數考績類者，認定方式以年度考績為依據；年度考績經評定連續兩年丙等或由各單位依考績結果分數高低依序排列，排序在最後某依百分比之員工，列入檢討名單。」、「4.不適任人員後續處理方式：4.1 屬考績類者：4.1.1 員工年度考績經評定連續兩年丙等者，於考績評定後一個月內，由用人單位提報資遣，檢附『年度考績表』（或『面談紀錄表』或『績效面談表』）、『不適任人員處理建議表』及其他相關佐證資料，

依員工工作規則與相關規定，由單位按相關規定，辦理資遣。」，洵非同一辦法規定之其他類別（例如：第4.2 條「工作能力或職能類」、第4.3 條「工作態度類」、第4.4 條「身心類」）。且上開辦法第3.1 條亦明文揭載「不適任類別屬考績類者，認定方式以年度考績為依據」，執此，被告公司既主張資遣事由屬「考績類」者，不得於原先列於解僱通知書上事由之外，於訴訟上為變更、追加再加以主張，合先敘明。

3.被告雖辯稱原告於104 年11月2 日曾遭客訴及104 年12月18日未報到，然上開事由係發生在104 年間，應於104 年度當年考績中已反映完畢。本件被告公司資遣原告之原因既為105 、106「兩年連續丙等」，則104 年所發生之過失，自不應作為資遣之事由或評斷因素列入評價。被告雖辯稱其105 年考績年度為104 年11月至105 年10月期間（本院卷二第231 頁），然就此並未舉證以實其說。況就乙證12之104 年11月2 日旅客投訴內容：「比如：一路向乘客說抱歉走到前端，什麼事情讓她這麼著急？其二…讓乘客下機的空服員整段過程雙手交叉於前，並露出不耐煩的表情…」等語（本院卷一第122 頁），可知該乘客就連空服員借過前行也有所抱怨，其客訴之正當性已有疑慮，且人之表情是否不耐煩，其判讀亦屬個人主觀評價，僅憑單一乘客之客訴，實難評價原告工作態度即為不佳。被告公司對該客訴之處理，亦認為原告平日表現良好，近一年並未接獲客訴案，僅做成「註記」以示警惕，並無記過、申誡等不利處分，可知該客訴對原告之考績並無特別不利。

4.兩造雖對105 年5 月18日原告究竟係遲到而仍有上機服務或未報到各執一詞，然該次以後原告即未再有遲到或未報到之記錄。且由甲證9 之面談記錄：「賴員（即原告）2016年度病假共計25天、事假11天；『平日工作表現』共執行90趟次任務/ 總得分643 ，每班次平均7.144 分；BestPerformance3次，Best Appearance4次，嘉獎1 次，函優2 次；缺點1

次（未於期限內完成E-learning），申誡2 次、記過2 次（任務未報到2 次）。基本上賴員於航班表現達一般水準，然因請假天數過多，經整體評比，考績列為丙等。」（本院卷一第52頁）可知原告105 年考績遭列為丙等之實際原因實為被告認為原告請假天數過多。

5.被告雖又辯稱原告有於106 年1 月16日販賣機上商品時短收美金10元、未於106 年4 月30日以前完成客艙組員電子化訓練E- learning 課程、106 年5 月12日誤開廁所門等情，然經核均僅係零星偶發事件，於乙證8 不適任人員處理建議表（本院卷一第109 頁）「不適任具體事實說明」中均未敘明，且原告之106 年度線上考核表所載，原告一共102 航班，7-8 分「高於標準」共86次，占比84.31%；其餘皆屬4-6 分「符合標準」，至於1-3 分「低於標準，敘述不良事蹟」則無記錄（本院卷一第105-106 頁）。且觀甲證6 原告106 年之獎懲紀錄亦可知，原告再經被告多次評為最佳服務，且多次給予優點之獎勵，被告公司更稱原告為優秀之空服人員：「Z2組員協助處理廚房事務清晰有條理，服務旅客笑容甜美，親切有禮，於餐點服務結束後，立即前往清潔洗手間，認真負責，該員實為優秀空服人員。」（本院卷一第41、42頁），實難認原告於所擔任之工作確不能勝任。

6.由乙證8 不適任人員處理建議表之記載（本院卷一第109 頁）及被告於本件訴訟中不斷抗辯原告濫用請假權利等情，堪認被告念茲在茲、將原告考績連續兩年評為丙等、最終決定解雇原告之真正原因實為被告認為原告請假天數過多。然原告均係按照被告規定之流程請假並經被告核准，天數亦未超過被告規定之上限，為被告所不爭執（本院卷二第41、126頁），被告准假在先，嗣後卻又執此解雇原告，顯違禁反言與誠信原則，且原告於106 年度之請假日數病假12日、事假3 日，亦已較105 年度減少21日（本院卷一第109 頁）。原告既係依法及被告公司內部規定而請假，其請假期間原來工作需由被告其他員工接替，自屬被告內部之人事調度、管理

之問題，當不能歸責於因正當事由而請假之原告，否則勞動基準法關於勞工請假之相關規定將形同具文，是被告公司自不得以原告請假過多為由而認原告有不能勝任工作之情事，且被告於終止勞動契約前亦未對原告進行排班或工作調整、因病留職停薪等其他措施，自屬違反解僱最後手段性，是被告終止行為即屬違法而無效，兩造間之僱傭關係仍然繼續存在。

四、空勤旅費（美金旅費、Perdiem）是否應列入平均工資計算？

㈠被告雖稱依其單方制定且公告之「台灣地區工資定義辦法」，兩造間就空勤旅費已有約定不列入平均工資計算云云。然依據勞動基準法第1條規定，該法所定勞動條件，乃勞動條件之最低標準，即雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於勞動基準法所定之最低標準，此為強制規定，倘有違反，依民法第71條規定，該法律行為無效，是如空勤旅費符合勞動基準法第2條第4款就平均工資之定義，兩造間縱有以定型化契約為相異之約定，亦屬無效。

㈡所謂工資，乃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，勞動基準法第2條第3款定有明文，是工資為勞工之勞力所得，為其勞動之對價，故只須為勞工因工作獲得之報酬，且為雇主制度上經常性給與者即應屬於勞工之工資，必如此解釋始足以保障勞工。而依該勞動基準法第2條第3款就工資之定義觀之，於認定何項給付內容屬於工資，係以是否具有「勞務之對價」及「經常性之給與」之性質而定，而於判斷給付是否為「勞務之對價」及「經常性之給與」，應依一般交易觀念決之，至於其給付名稱如何，並非所問。又所謂經常性之給付，祇要在一般情形下經常可以領得之給付即屬之，而與固定性給與不同，僅須在一般情況下經常可領取，即屬經常性給付。倘係按月支領，從無間斷，且每個勞工每個時期、或每

個月均能拿到領取，則此等津貼實質上即屬於勞工之勞力所得，為其勞動對價而給付之經常性給與甚明。以防止雇主對勞工因工作而獲得之經常性報酬，不以工資之名義而改用其他名義，規避該給付計入平均工資內。故是否屬工資應視每個個案之具體工作內容與性質來判斷，不可以辭害意單以發給之名義、形式上之名稱、或就不同案例事實與工作內容之判解函釋中摭取片斷逕為比附援引。是被告逕以「空勤旅費」之名稱類似勞動基準法施行細則第10條第9款「差旅費、差旅津貼」而辯稱其不屬工資範疇云云，尚難憑採。

㈢依甲證2原告之薪資結構可知（本院卷一第28頁）。空勤旅費（美金旅費、Perdiem）之發給乃係被告依原告之航線時間按時計算（本院卷一第28頁），被告亦稱是從飛機離開陸橋才開始起算至飛機回陸橋止，每趟航程都會計算（本院卷二第123-127頁），而原告之工作為被告之空服員（客艙組員），因應民用航空運輸業之特性，空服員（客艙組員）具有確保飛航安全、緊急情況時協助人員撤離之職責，故民用航空法及航空器飛航作業管理規則就空服員（客艙組員）之人數及其職責皆訂有規範。民用航空法第41之1條第2項前段規定：「航空器飛航作業、飛航準備…客艙組員…應遵行事項之規則，由交通部定之。」，交通部並依該條訂定航空器飛航作業管理規則。航空器飛航作業管理規則第2條第1項第11款規定：「本規則用詞，定義如下：…客艙組員：指由航空器使用人或機長指定於飛航時，在航空器內從事與乘客有關安全工作或服務之人員。但不能從事飛航組員之工作。」同規則第189條第4項規定：「航空器使用人應於客艙組員手冊內訂定航空器於飛航中發生緊急、意外、火災或系統操作故障損壞報告之程序，並應訓練客艙組員熟悉作業，適時向機長報告，俾供機長評估以採取適當行動。」同規則第190條第3項規定：「航空器使用人應執行客艙組員定期複訓，以確使客艙組員熟練下列事項：一、在飛航中發生緊急情況或需緊急撤離時之職責及工作，包括對行動不便之身

心障礙者處理作業程序。二、各項緊急及求生裝備之使用與緊急程序，如救生背心、救生艇、緊急出口及滑梯、便攜式滅火器、氧氣裝備、急救箱、醫療箱及衛生防護箱等之使用方法。三、具有於一萬呎以上飛航缺氧及艙壓失效時之生理現象知識。四、緊急情況時，其他組員之職責及工作。五、與客艙安全有關之人為因素表現，包括飛航組員與客艙組員之協調。」而就空服員（客艙組員）之配置人數，航空器飛航作業管理規則第188條第1至3項規定：「航空器載客座位數為二十座至五十座時，應派遣一名以上之客艙組員。載客座位數為五十一座至一百座時，應派遣二名以上之客艙組員，於每增加五十座載客座位數時，增派一名以上之客艙組員，以確保飛航安全及執行緊急撤離功能…航空器使用人應將前項客艙組員人數訂定於營運規範內。乘客登機與離機時，航空器使用人應留置符合第一項規定之客艙組員於客艙內執行安全相關事宜。」故原告之日常規律工作本即係於飛航時，在航空器內從事與乘客有關安全工作或服務，每趟航程均係原告提供勞務經常性之工作，並非額外或不定時之出差，空勤旅費既係以各航線飛行時間計算而由被告按月發給原告者，原告主張此為勞務對價且具經常性，而屬工資等語，洵屬有據。被告稱此為勞基法施行細則第10條第9款所稱差旅費，而抗辯非為工資云云，洵屬無據。

㈣是空勤旅費應納入原告平均工資之計算，另原告亦同意扣除被告發給之三節禮金後進行計算，即應扣除106年9月份發給之三節禮金5,000元，經扣除後再行計算每月平均工資，金額應為66,968元。｛計算式：（38,915+35,922.181）+（38,295+21,768.3）+（44,725+25,629.373）+（40,239+20,806.11）+（43,907+28,573.799）+（39,456+28,573.799-5,000）∨/6=401,810.562/6=66,968.427元，四捨五入後為66,968元。｝（本院卷一第29-33頁薪資條、第34-39頁存摺影本參照）。

五、被告之扣抵抗辯是否有理由？可扣抵之金額為多少？

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條及第234條分別定有明文。而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號判決意旨參找）。

㈡被告上開終止行為雖不生終止契約之效力，但已足徵被告有為預示拒絕受領原告提供勞務之意思表示，而原告在被告違法解僱前，主觀上並無任意去職之意，客觀上亦繼續提供勞務，堪認原告已將準備給付之事情通知被告，為被告所拒絕，則被告拒絕受領後，即應負受領遲延之責，原告無須催告被告受領勞務，被告復未再對原告表示受領勞務之意或為受領給付作必要之協力，依上開規定，應認被告已經受領勞務遲延。被告復未證明其於受領遲延後，曾對原告表示受領勞務之意或為受領給付作必要之協力，依前揭說明，原告自無須再行催告被告受領勞務，且無須補服務，而得請求給付報酬，惟應扣除原告轉向他處服勞務所取得之利益，應堪認定。兩造約定之月薪應將空勤旅費納入計算為66,968元，業據認定如前，而原告於107年3月起至108年6月7日任職於訴外人台灣米高蒲志國際股份有限公司，平均月薪5萬元，自108年1月起調整為6萬元等情，有勞工保險被保險人投保資料表、薪資轉帳明細附卷可稽（本院卷二第282-299頁），則原告請求被告給付上開期間之薪資差額即主文第3項（原告在被告任職的平均工資66,968元扣除107年5萬元的

差額）、第4項（原告在被告任職的平均工資66,968元扣除108年6萬元的差額），即屬有據。

㈢另被告已給付原告預告工資與資遣費共計78,109元，為原告所不爭執並同意從107年1月5日至2月5日裡面的薪資中扣除（本院卷二第279頁）。是原告求為如主文第2項亦屬有據。逾此部分之請求則屬無據，應予駁回。

㈣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，勞工得向雇主請求損害賠償，勞工退休金條例第31條第1項定有明文。又雇主應為適用勞工退休金條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞工保險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％，前項規定月提繳工資分級表，由中央主管機關擬定，報請行政院核定，勞工退休金條例第6條第1項及第14條第1項、第2項規定參照。故原告受僱被告期間，被告應依勞工退休金條例規定，按月依月提繳工資分級表規定為原告提繳退休金。原告遭被告違法資遣時每月工資為66,968元，已如前述，依勞工退休金提繳工資分級表，其月提繳薪資應為69,800元，以前開雇主每月負擔之提繳率6％計算，被告每月應為原告提繳4,188元（69,800×6％＝4,188元）。而台灣米高蒲志國際股份有限公司亦有替原告提撥勞退金，此有已繳納勞工個人專戶明細資料附卷可稽（見本院卷二第285-286頁），是原告請求從107年1月5日至107年2月28日止及108年7月1日起至原告復職之日起，按月提繳勞工退休金4,188元至原告之勞工退休金專戶。及請求被告應自107年3月13日至107年3月31日止，提撥勞退金差額2,265元（4,188－1,923＝2,265），及自107年4月1日至108年1月31日止，按月提撥差額1,152元（4,188－3,036＝1,152）；暨108年2月1日起至108年5月31日止，按月提撥差額540元（4,188－3,648＝540），自108年6月1日起至108年6月30日止提撥差額3,337元（4,188－851＝3,337）至原告之勞工退休金

專戶，均屬有據。逾此部分之請求則屬無據，應予駁回。

六、請求將來給付之訴，以有預為請求之必要者為限，得提起之，民事訴訟法第246 條定有明文。故凡居於未來履行狀態有實現給付之必要者，均可先行提起將來給付之訴。繼續性給付，就判決宣示後始到期之給付，亦得提起將來給付之訴。又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 %，民法第229 條第1 項、第2 項、第233 條第1 項前段、第203 條分別定有明文。是原告請求被告自108 年6 月8 日起至其復職之日止，按月給付原告66,968元，及就訴之聲明第2 至4 項併予請求前開給付各自應給付之翌日起至清償日止，按週年利率5 %計算之利息，於法亦屬有據。逾此部分之請求則屬無據，應予駁回。

七、綜上所述，原告求為判決如主文第1 至6 項所示，為有理由，應予准許，逾此部分之請求則屬無據，應予駁回。

八、當事人聲明之證據，除認為不必要者外，法院應為調查，民事訴訟法第286 條規定甚明。所謂不必要者，係指聲明之證據中，依當事人聲明之意旨與待證之事實，毫無關聯，或法院就某事項已得心證而當事人仍聲明關於該事項之證據方法等情形而言（最高法院92年度台上字第2577號判決意旨參照）。被告雖聲請向財團法人金融聯合徵信中心函查原告在104 年11月至106 年10月13日期間所使用的所有信用卡資訊及各信用卡帳款資訊（尤其包括簽帳商家名稱及設址，購買商品及簽帳日期）以證明社會經驗及常理，原告不可能如此剛好高度集中在特定日子生病（如遇連休則生病、遇短班待命班則生病），原告105 、106 考績年度涉嫌稱病而向被告公司恣意請假，以達連續延長假期、逃避較辛苦的短班及待命

班目的，濫用病假、將辛苦航班轉嫁其他同仁，自己卻行玩樂之實云云（本院卷二第51頁），然該調查原告信用卡記錄與原告是否有工作能力不能勝任之關聯性甚為薄弱，調查出來之證據資料與被告終止勞動契約之事由亦無關連，且是新的評價事實亦不得以此回溯主張原告有被告所稱工作能力不能勝任之情形，是本院認為無調查之必要，附此敘明。

九、本件為判決之基礎已臻明確，兩造其餘主張、陳述並所提證據均與本件之結論無礙，爰不再一一論述，附此敘明。

十、本件原告勝訴部分，兩造均陳明願供擔保請准宣告假執行或免為假執行，核無不合，爰分別酌定相當之擔保金額，予以准許。至原告敗訴部分，其假執行之聲請失所附麗，應予駁回。

十一、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　30　　日

民事第二庭　　法　官　游智棋

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後 20 日內向本院提出上訴狀。

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　　109　　年　　1　　月　　31　　日

書記官　李韋樺