

日本非法解僱期間工資與 中間收入扣除之發展與啟示*

侯 岳 宏**

要 目

壹、前 言	參、日本工資請求權與中間收入扣除 之理論與實務
貳、日本非法解僱與工資請求權之相 關法規範	一、工資請求權
一、解僱相關法規範與解僱無效之 效果	二、中間收入扣除之理論發展
二、非法解僱與民法第五三六條	三、學者的檢討
三、民法第五三六條與勞基法第二 十六條	肆、我國非法解僱期間工資與中間收 入扣除問題之檢討

* 本文一部分曾於2010年11月26日，以「非法解僱期間工資問題的處理——臺灣與日本之比較」為題，於臺北大學法律學院所主辦，99年度「勞動基準法實務爭議」學術研討會中報告。後於2011年4月30日國立政治大學勞動法與社會法研究中心所主辦，「個別勞動法學術論壇」中報告。本文以上述報告內容為基礎改寫而成。感謝研討會兩位評論人劉士豪教授、黃馨慧律師以及個別勞動法學術論壇與會法學先進給予的指正與鼓勵。另感謝匿名審稿委員提供之寶貴意見，由於作者才疏學淺，尚祈各界不吝指正。

** 臺北大學法律學系副教授，日本一橋大學法學博士。

投稿日期：一〇〇年九月七日；接受刊登日期：一〇〇年十二月十五日

責任校對：蘇淑君

一、非法解僱與工資請求權

(一)我國解僱之規範

(二)勞務給付的受領遲延

二、勞工所得請求之報酬及扣除問題

(一)規範的理由

(二)勞工之報酬請求權

(三)雇主得扣除報酬額

伍、比較與檢討——代結論

一、兩國法律處理之異同

(一)解僱的規範與工資請求權

(二)工資請求與中間收入等之扣除

二、對臺灣之啟示

(一)中間收入扣除理論之檢討

(二)勞基法第二十一條第一項的運用可能性

摘 要

當勞工對於雇主解僱的合法性產生爭執提起訴訟，法院認定解僱為非法時，解僱為無效，勞動契約關係仍然存在。此時，被解僱日至復職日這段期間的工資要如何計算及處理，常為訴訟上的重要爭點。特別是若在此期間，勞工在他處提供勞務取得利益，此部分該如何計算，亦是訴訟實務上重要的問題。此問題在日本也受到相當之討論，該國最高法院也做出幾件重要判決，形成判例法理。本文首先整理日本非法解僱與工資請求權之相關法規範，以瞭解其處理相關問題的理論與法律基礎；其次，再介紹該國工資請求權與中間收入扣除之理論與實務發展，以確認其目前實際處理、運作之方式。再者，整理臺灣目前法院判決的傾向，考察非法解僱期間工資與中間收入扣除問題之處理狀況；最後，比較兩國在非法解僱期間工資問題處理的方式，特別是中間收入如何從報酬額內扣除之問題，以提供我國理論與實務之參考。

關鍵詞：解僱、工資、中間收入、受領遲延、給付不能

壹、前言

勞工受雇主僱用，在雇主的指揮監督下提供勞務，獲取工資報酬，以維持生活並追求自我的實現。當雇主透過解僱這種單方意思表示終止勞動契約，勞工賴以維持生活的工資報酬也會因此中斷，生活的基盤受到極大的影響。因此各國多會透過法令，對於解僱進行某種程度的規範。

在臺灣，除了勞動基準法第十一條、第十二條對於勞動契約之終止加以規制之外，其他勞動法令，例如，舊工會法第三十五條第一項（新法第三十五條亦同）亦有限制雇主行使解僱之規定。勞工對於雇主解僱的合法性產生爭執提起訴訟，當法院認定解僱非法時，解僱為無效，勞動契約關係仍然存在。此時，被解僱日至復職日這段期間的工資要如何計算及處理，常為訴訟上的重要爭點。特別是若在此期間，勞工在他處有提供勞務取得利益，此部分該如何計算，亦是訴訟實務上重要的問題。

目前法院實務對於非法解僱期間工資的計算，主要是以民法第四八七條之規定作為依據。首先，對於報酬請求權的部分，同條前段規定：「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」。例如，最高法院九十五年度臺上字一一六三號判決指出：「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，民法第四百八十七條前段定有明文。又雇主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務而受領遲延」。其次，解僱期間，若勞工在他處有提供勞務獲取報酬等之情形，民法第四八七條但書規定：「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」。

解僱非法無效導致勞動契約關係繼續存在時，被解僱勞工復職

前工資處理的問題，過去也受到學者的關心。特別是同條但書所規定轉向他處服勞務所取得或故意怠於取得之利益，如何從報酬額內扣除之問題，也受到相當之檢討。有學者從與德國法比較之角度，體系化檢討民法第四八七條之理論基礎與要件，對於同條但書扣除的方式亦提出批評¹。亦有學者從日本法的角度進行介紹，對於國內的處理方式進行檢討²。

事實上，非法解僱期間工資如何處理的問題，在日本也受到相當的討論。處理此問題時，該國主要是依據民法第五三六條第二項之規定進行處理。其內容為：「因可歸責於債權人之事由致債務人不能履行債務者，債務人不失受對待給付之權利。如債務人因免除債務而獲得利益者，該利益應償還給債權人」³。雖然該規定在民法上的定位是屬於危險負擔之規範，與我國採取受領遲延之理論不同，不過，在解僱期間，勞工在他處提供勞務獲取工資報酬等利益時，要如何處理之問題，在日本也同樣受到許多檢討。對此問題，該國最高法院也作出幾件重要判決，形成判例法理，影響目前的實務運作。

國內相關研究在討論非法解僱期間工資與中間收入扣除如何處理之問題，學者多從與德國法比較的角度進行檢討，雖偶有提及日本之處理方式，但尚未受到完整介紹與討論⁴。其次，近年來日本

¹ 請參見劉士豪，勞動關係中雇主受領勞務遲延之研究，臺北大學法學論叢，57期，頁121-168，2005年12月；黃程貫，解僱無效時雇主受領遲延問題，載：勞動法裁判選輯(二)，頁127-191，1998年9月。

² 請參見劉志鵬，勞動法解讀，頁175-177，2000年3月。

³ 日本民法於2004年為改成口語化曾進行修法，並且於2005年4月1日施行。在此次修法時將民法第536條第2項本文、但書之規定，變更為前段、後段之規定。2005年以前的日本法院判決內容在用語上會採用本文、但書之用法，核先敘明。

⁴ 請參見劉志鵬，同註2，頁177；黃程貫，同註1，頁154-155亦提及日本法的處

判決亦有新的發展，且日本與我國在民法的定位上採取不同立場，在比較法研究上亦具有意義。再者，近年來在勞動三法修正後，參考日本導入不當勞動行為制度，在處理不當勞動行為解僱時亦會產生該期間工資如何處理之問題⁵。基於上述理由，有必要就日本對於相關問題的處理方式，進一步考察。

因此，本文基於上述問題意識，首先，整理日本非法解僱與工資請求權之相關法規範，以瞭解其處理相關問題的理論與法律基礎，其次，再介紹該國工資請求權與中間收入扣除之理論與實務發展，以確認其目前實際處理、運作之方式。再者，整理臺灣目前法院判決的傾向，考察非法解僱期間工資與中間收入扣除問題之處理狀況。最後，比較兩國在非法解僱期間工資問題處理的方式，特別是中間收入如何從報酬額內扣除之問題，並且透過與日本法之比

理。

- 5 日本對於不當勞動行為之救濟，存在著透過勞動委員會來救濟的行政救濟，與直接向法院提起民事訴訟的司法救濟兩種方式。行政救濟與司法救濟之內容，在不當勞動行為解僱事件中可明顯見到其差異。例如，當解僱被認為構成不利益待遇的不當勞動行為時，勞動委員會除了發布雇主應使勞工復歸原職之命令外，也會伴隨著發布雇主應支付自解僱起至復歸原職時之工資相當額（日文稱作バックペイ）。關於勞工在解僱期間，在他處工作所得的收入（中間收入）是否扣除之問題，在其國內也引起相當討論，最高法院在第二鳩タクシー事件判決（最大判昭和52年2月23日民集31卷1号頁93）指出，中間收入是否扣除之問題，應考量被解僱勞工個人的被害與解僱對於工會活動之侵害的觀點。並且說明依照前者之觀點，原則上中間收入應扣除，但是仍應考量再就職的難易、工作地勞務的性質與內容、工資的多寡，以及解僱對於工會活動之影響等，來加以判斷。在司法救濟裡，法院主要則是依據民法第536條第2項之規定進行處理。本文主要針對司法救濟的處理進行討論，勞動委員會進行救濟的部分，留待下次機會再進行詳細檢討。此外，日本不當勞動行為行政救濟與司法救濟之差異，亦可參考侯岳宏，不當勞動行為裁決機制的「行政」救濟與「私法」決定之檢討——以日本制度為借鏡，臺北大學法學論叢，76期，頁95-145，2010年12月。

較，以提供我國理論與實務之參考。

貳、日本非法解僱與工資請求權之相關法規範

解僱被認定非法時，其工資問題的處理，法院判決上，主要是依據民法第五三六條第二項之規定，來處理工資請求權的問題。理論上，進行這樣處理的前提至少須符合兩種要件：一為非法解僱無效，不生效力，因此僱傭關係或勞動關係仍然繼續存在；另一為雇主解僱勞工拒絕勞務是受領遲延⁶。以下，先簡單介紹日本在解僱的相關規範以及違反時的法律效果之後，再進一步說明民法第五三六條第二項規定，以及與其有相關的勞動基準法（下稱「勞基法」）第二十六條規定。

一、解僱相關法規範與解僱無效之效果

日本民法在僱傭章第六二七條第一項對於未定期限契約，規定契約當事人「得隨時終止契約」。根據此規定，過去一般認為雇主有解僱的自由。不過，由於解僱會動搖到勞工的經濟基礎，影響其生活，因此在勞基法上也透過解僱預告制度進行規制。此外，在最高法院判例法理上也形成解僱權濫用法理。該判例法理認為：「雇主解僱權的行使，假如在客觀上無合理的理由，不能認為在社會通念上具有相當性時，為權利濫用，因而無效」⁷。最高法院在另一事件，也認為即使具有普通解僱事由，在事件的具體情事之下，「若解僱有顯著的不合理，不能認為在社會通念上具有相當性時，

⁶ 盛誠吾，違法解僱と中間収入，一橋論叢，106卷1号，頁21，1991年7月。

⁷ 日本食塩製造事件，最二小判昭和50年4月25日民集29卷4号頁456。

該解僱為權利濫用而無效」⁸。此解僱權濫用的法理於二〇〇三年勞基法修正時，明文化於同法第十八條之二，因此也可以說日本正式修正過去解僱自由的原則⁹。而二〇〇七年勞動契約法立法時，為使體例完整，解僱權濫用規定被調整至同法第十六條¹⁰。

目前日本在法律上對於解僱權的規制，大致可整理如下：(一)解僱事由要在工作規則明定（勞基法第八十九條第三款）、(二)解僱預告期間及解僱理由書的交付（勞基法第二十二條）、(三)特定期間解僱之禁止（例如，職業災害療養中，勞基法第十九條）、(四)不利益待遇或勞工權利行使確保等相關規定（例如，勞動組合法第七條）、(五)解僱權的一般限制規定（勞動契約法第十六條、第十七條）¹¹。

上述規定中，勞動契約法第十六條解僱權濫用法理乃對於雇主解僱權的一般性限制規定。其內容為：「解僱欠缺客觀上合理之理由，在社會通念上無法認為相當時，則為濫用其權利而無效」。依據該規定，在判斷解僱有效與否時，主要是從是否具有客觀上合理之理由，以及在社會通念上是否認為相當之兩要件所構成。該規定所稱「客觀上合理之理由」，根據學者的整理，大概可分為四類¹²：其一為勞工提供勞務的不能或勞動能力的欠缺或喪失；其二

⁸ 高知放送事件，最二小判昭和52年1月31日勞判268号頁17。

⁹ 浅倉むつ子等，労働法，頁188，2008年5月3版。

¹⁰ 在勞基法第18條之2規定解僱的原則時，在當時就有學者認為此規定是關於勞動契約之規定，與勞基法之體例不合。關於此問題，可參照野川忍，わかりやすい労働契約法，頁40，2007年12月。

¹¹ 浅倉むつ子等，同註9，頁188。此外，日本對於解僱權之規範，中文文獻可參見王能君，日本「解僱權濫用法理」與「整理解僱法理」，臺灣勞動法學會學報，3期，頁43-67，2004年6月。

¹² 菅野和夫，労働法，頁481-483，2010年4月9版。

為勞工違反規定或法律的行為；其三為基於經營的必要性；其四為基於工會工廠協定（union shop）之解僱。根據勞動契約法第十六條之規定，解僱若被認為欠缺上述客觀上合理的理由，該解僱被認為是濫用而無效。當然，縱使解僱被認為具有客觀上合理的理由，但是在社會通念上無法認為相當時，根據同法第十六條之規定仍為濫用權利而無效。

值得注意者，非法解僱的效果，在日本，學說及判例上，一般認為解僱無效。勞工得以解僱非法無效，向法院確認勞動契約關係存在。學者研究指出，在解僱的救濟上，各國有多樣不同的處理方式。例如，德國原則上採取解僱無效之方式，但例外可透過補償金之方式進行解決；法國原則上採金錢賠償，在違反法律所禁止的歧視性解僱等特別事由，解僱才會無效¹³。學者更進一步闡述說明，在上述國家中，非法解僱較常見的是要求雇主負金錢的補償責任，只限於在歧視性解僱等特殊情形，才會使勞動契約關係產生存續之效果，因此，相較之下，使非法解僱一律產生無效效果這一點上，可以說是日本解僱法理的特徵之一¹⁴。

二、非法解僱與民法第五三六條

解僱被認定非法時，在日本主要是依據民法第五三六條第二項之規定來處理工資問題。日本民法第五三六條第二項前段規定：「因可歸責於債權人之事由致債務人不能履行債務者，債務人不失受對待給付之權利」。適用此項規定，其要件：一個是勞動義務變

¹³ 荒木尚志等，諸外国の労働契約法制に関する調査研究（労働政策研究報告書NO.39），頁13，2005年8月。該資料可在下列網址下載，<http://www.jil.go.jp/institute/reports/2005/documents/039.pdf>，最後瀏覽日：2012年2月6日。

¹⁴ 荒木尚志，労働法，頁263，2009年7月；盛誠吾，同註6，頁22亦採同見解。

成履行不能（相當於我國法上給付不能）¹⁵；另一個要件是履行不能是因可歸責於雇主之事由¹⁶。

首先，在此的履行不能，並不只限於工廠燒燬等物理性或客觀上的履行不能，在社會通念上的不能亦包括在內。因此像雇主解僱勞工，勞工提供勞務是社會通念上不能時，也評價為履行不能¹⁷。會將此問題定位為履行不能，學者提出主要是著重於勞務提供的特殊性。換言之，某一時點的勞務（勞動力），假如雇主沒有受領的話，在那個時點就會消失，而構成不能¹⁸。

其次，履行不能必須是因可歸責於雇主之事由。此規定之「歸責事由」，民法學者一般是將其理解為「債權人的故意、過失或是與誠信原則同視之事由」¹⁹。在勞動法學界，對於歸責事由的理解一般與上述民法理論相同，但是在歸責的具體範圍，學者的見解有分歧。有認為歸責事由是指「債權人的故意、過失或是與誠信原則同視之事由」，因為經營管理上障礙（例如，因為母公司營運困難使得資金或材料難以入手）導致勞務的提供變成不能的情形，不該當於雇主的歸責事由。不過在此見解之下，認為下述勞基法第二十六條所規定的「應可歸責於雇主之事由」是包含起因於雇主的經營管理上障礙²⁰。相反地，有見解認為民法第五三六條第二項之歸責

¹⁵ 有鑑於國內文獻，在介紹日本債務不履行之態樣時，有採用「履行遲延」、「履行不能」、「不完全履行」之用語，因此，本文亦援用之。關於日本債務不履行的介紹，可參見加賀山茂著，陳洸岳譯，日本「債務不履行」的新開展，月旦法學雜誌，99期，頁57-64，2003年8月；陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，頁273-303，2011年4月。

¹⁶ 荒木尚志，同註14，頁106-107。

¹⁷ 菅野和夫，同註12，頁226；荒木尚志，同註14，頁106。

¹⁸ 盛誠吾，同註6，頁22-23。

¹⁹ 例如，我妻榮，債權各論上卷，頁111，1961年1月。

²⁰ 菅野和夫，同註12，頁252-253；荒木尚志，同註14，頁108-109。

事由是指「債權人的故意、過失或是與誠信原則同視之事由」，但是在具體範圍上，認為因為原料不足導致不能就勞，是屬於雇主的責任，因為經濟上的原因導致在家等候（自宅待機），有時亦為雇主的責任²¹。比起民法學者，勞動法學者在民法第五三六條第二項歸責事由的解釋上，會意思到勞基法第二十六條的影響²²。

此外，在適用民法第五三六條第二項時，因為債務人並未被免除債務的提供，因此，勞工是否按照債務的本旨提供勞務，有時也成為重要爭點²³。不過，在解僱的情形，假如雇主拒絕受領的意思很明確，就不考慮實際上是否有提供勞務，只要勞工有按照雇主的要求為就勞的準備，並且將此意旨進行通知即可。對於就勞的準備及通知，一般而言，只要勞工提出就勞的要求，或是提起訴訟爭執解僱的效力就足夠²⁴。不過，近年來在少數判決裡亦可見到在民法第五三六條第二項的適用要件上，認為僅以雇主拒絕勞工提供勞務尚有不足，要求勞工須證明在客觀上有就勞的意思與能力²⁵。此項要件，雖然可見到學者支持的見解²⁶，但是亦受到不少學者的批評。例如，有學者指出在雇主拒絕受領的時候，勞工因為生病入院，在客觀上失去勞動能力，因為勞務的遂行是不可能，因此在此期間不發生工資請求權，除此情形之外，將勞工履行勞務的意思與

21 西谷敏，勞働法，頁252-254，2008年12月。

22 杉本好央，民法改正論における賃金債權と危険負担，勞働法律旬報，1728号，頁11，2010年9月。

23 例如，荒木尚志，同註14，頁107，提及此問題是屬於歸責問題。

24 荒木尚志，同註14，頁107；盛誠吾，賃金債權の發生要件，載：講座21世紀の勞働法5・賃金と勞働時間，頁77，2000年10月。

25 例如，東京ペンション經營研究所事件，東京地判平成9年8月26日勞判734号頁75。

26 支持見解，請參見菅野和夫，同註12，頁227。

能力，當作獨立的要件事實是不適當²⁷。並且指出勞工為了確保生活費在他處就職，亦不能依此便認定其放棄就勞的意思，且提及會產生中間收入扣除的討論，便是以勞工在他處就職為基本前提²⁸。

最後，值得留意者，在判斷雇主是否可歸責時，主要是根據解僱是否有正當的理由來進行判斷²⁹。學者指出，法院實務實際上在認定是否有歸責事由時，一般而言，當解僱被認為非法時，便會認為存在可歸責事由。在此傾向向下，解僱被認定為違反法令或權利濫用而非法無效時，事實上法院很少會再進一步判斷有無歸責事由，幾乎自動地認定有工資請求權³⁰。

三、民法第五三六條與勞基法第二十六條

在討論民法第五三六條時，尚須留意者乃日本勞基法第二十六條之規定。該條規定：「因可歸責於雇主之事由而停工（日文原文為「休業」）時，雇主對停工期內的勞工應支付其平均工資60%以上之津貼」³¹。並且透過罰則（勞基法第一二〇條）以及附加金（勞基法第一一四條）³²之規定來確保其效果。此條之規定主要是基於對於勞工生活之保障所制定³³。此乃因雖然有民法第五三六條

²⁷ 盛誠吾，同註24，頁78；此外，荒木尚志，同註14，頁107-108；土田道夫，勞働契約法，頁217，2010年2月，亦採批評見解。

²⁸ 盛誠吾，同註24，頁78。

²⁹ 菅野和夫，同註12，頁226。

³⁰ 盛誠吾，同註6，頁22-23。

³¹ 平均工資是指算定事由發生日前3個月間工資總額除以該期間的總日數所算出（日本勞基法第12條第1項、第2項）。

³² 根據日本勞基法第114條之規定，對於不給付一定的工資或津貼，法院可根據勞工之請求，命令雇主除給付未給付的金額外，另外給付同一額度的附加金。

³³ 厚生労働省労働基準局編，労働基準法（上），頁359-360，2005年3月。關於

第二項之規定，但該規定可能會因當事人的合意而被排除，再者，在經營障礙等不可歸責於勞工之停業時，民法之規定對於勞工的保護有不足，因此產生勞基法第二十六條之規定³⁴。而停工津貼之額度之所以定為平均工資之六成，乃因遵從國際習慣所定³⁵。此外，基於保護勞工之目的，立法當時在討論上雖然有認為「不可歸責於勞工之事由」導致停工時亦應該加以保障，不過後來認為在不可抗力之情形下亦課予雇主停工津貼之義務並不妥當，因此才如同現行規定僅規範「因可歸責於雇主之事由而停工」之情形³⁶。

條文中所規定之「停工」的意義，係指勞動契約上有勞動義務之時間變成不能勞動，不問是集體的停工還是僅個人的停工³⁷。其事由，例如，因為檢查機械、原料不足或是因為主管機關之勸告而停工。不僅事業的全部或一部停止的情形，對於特定勞工的勞務拒絕受領亦包含在內³⁸。

此規定與民法第五三六條第二項之關係，從過去以來就受到討論。特別是兩規定的適用關係，以及可歸責事由的意義與範圍為討論的核心。

首先，在適用上，目前一般認為並無排斥關係，亦即適用勞基法第二十六條時，並沒有排除民法第五三六條之適用。也因此依照

日本勞基法第26條與民法第536條第2項之關係的中文文獻，亦可參見邱駿彥，僱用調整目的下勞動契約變動之法律問題探討（上），華岡法粹，43期，頁197-199，2009年3月。

34 厚生労働省労働基準局編，同前註，頁360。

35 厚生労働省労働基準局編，同註33，頁360。

36 菅野和夫，同註12，頁252；荒木尚志，同註14，頁108。

37 菅野和夫，同註12，頁252。

38 厚生労働省労働基準局編，同註33，頁369；盛誠吾，同註6，頁24；東京大学労働法研究会編，注釈労働基準法（上），頁430，2003年9月。

民法第五三六條第二項所應支付的工資之中，相當於平均工資的60%的部分，也受到勞基法第二十六條的規範，可透過罰則之規定加以確保。

其次，勞基法第二十六條所規定的「因可歸責於雇主之事由」，學界一般認為比民法第五三六條第二項所規定的歸責事由（故意、過失或在誠信原則上可與之同視之情形）還廣，因起因於雇主之經營管理上障礙這種在民法上不認為是歸責事由，也被包含在內³⁹。實務上，最高法院也曾在判決指出，勞基法第二十六條所規定的「因可歸責於雇主之事由」，比民法第五三六條第二項所規定的歸責事由還廣，起因於雇主之經營管理上障礙亦包含在內⁴⁰。

參、日本工資請求權與中間收入扣除之理論與實務

一、工資請求權

當解僱無效時，因解僱而導致勞工不能就勞的期間，為民法第五三六條第二項裡可歸責於債權人（雇主）之事由而導致履行不能，因此債務人（勞工）不失其反對給付的權利。換言之，勞工此段期間的工資請求權受到承認。其額度，一般是指假如該勞工沒有被解僱的情形在勞動契約上所應該要受到支付的工資合計額⁴¹。這些工資一般是指基本薪資、各種津貼或獎金等，通勤費與加班費則被排除。因為通勤費是實支實付，加班費是實際加班才產生此請求

³⁹ 菅野和夫，同註12，頁253；荒木尚志，同註14，頁109；盛誠吾，同註6，頁24。

⁴⁰ ノース・ウェスト航空事件，最二小判昭和62年7月17日民集41卷5号頁1283。

⁴¹ 菅野和夫，同註12，頁486。

權⁴²。不過，由於在計算上並未有確定的方式，因此亦可見到有根據勞基法第十二條平均工資來計算的判決⁴³。

再者，如果非法解僱的期間較長時，這段時間所應該支付的各種津貼、獎金要如何計算也成為問題。在判決上對於獎金的計算，有依最低評價額進行計算之例⁴⁴，亦有因為獎金須經過考核才給予，因此否定其請求之例⁴⁵，按照案件的不同有不同的處理方式⁴⁶。對此，學者則有主張採用蓋然率較高的基準（例如，最低評價額或是該勞工在解僱前的績效等）來進行計算之見解⁴⁷。

二、中間收入扣除之理論發展

由於民法第五三六條第二項後段規定：「如債務人因免除債務而獲得利益者，該利益應償還給債權人」。因此，勞工在解僱期間，在他處工作所得的收入（日本一般稱中間收入），是否為民法第五三六條第二項後段所規定的「應償還給債權人之利益」，過去就受到學者討論。償還肯定說認為勞工因解僱免除勞務的提供，與在他處提供勞務取得中間收入之間具有相當因果關係，因此須依民法第五三六條第二項後段之規定償還給雇主。償還否定說則認為中間收入乃解僱期間中勞工基於與其他雇主所締結之新的勞動契約所得，因此否定有相當因果關係的存在，勞工所應償還之利益僅限於

⁴² 菅野和夫，同註12，頁486。

⁴³ 野田進，事例判例労働法，頁149，2011年3月；東京大学労働法研究会編，同註38，頁339-340。

⁴⁴ 在獎金的計算上，採用最低評價額來計算之判決，例如，武富士事件，東京地判平成6年11月29日勞判673号頁108。

⁴⁵ トーココ事件，東京地判平成16年3月1日勞判885号頁75。

⁴⁶ 東京大学労働法研究会編，同註38，頁340。

⁴⁷ 菅野和夫，同註12，頁486。

交通費等因免除提供勞務所直接免除之費用⁴⁸。

對此問題，後來，最高法院也形成判例法理。首先，在米軍山田部隊事件中⁴⁹，最高法院認為：「因可歸責於雇主之事由，而被解僱的勞工於解僱期間內在他處就職有獲得利益時，除非該利益為副業，有即使沒有解僱也當然得取得的特殊情事，否則基於民法第五三六條第二項但書（作者按：即現行法第二項後段），該利益應償還給雇主」。並且進一步在判決要旨指出：「因可歸責於雇主之事由，而被解僱的勞工於解僱期間內在他處就職而獲得利益時，雇主在支付該勞工解僱期間的工資時，得從工資額度中扣除該利益，但是其上限應該僅止於平均工資的四成內。」

其次，在あげぼのタクシー（taxi）事件中⁵⁰，最高法院引用上述米軍山田部隊事件，判決指出：「因可歸責於雇主之事由，而被解僱的勞工於解僱期間內在他處就職而獲得利益時（判決稱中間利益），雇主在支付該勞工解僱期間的工資時，得從工資額度中扣除該利益，但是該工資額度當中勞基法第十二條第一項所規定平均工資六成部分，不為利益扣除之對象」。並且說明：「雇主對勞工負有支付解僱期間工資之債務中，可從超過平均工資額度六成之部分，扣除對應該工資支付對象期間所得到的中間利益額度」，「該利益的額度超過平均工資的四成時，得進一步以不被算入平均工資計算基礎的工資（勞動基準法第十二條所規定的工資）全額，扣除該利益額度」。換言之，雇主對於平均工資四成的部分可扣除中間收入，當中間收入的金額大於平均工資的四成時，可更進一步針對

⁴⁸ 學說的討論，請參見盛誠吾，同註6，頁26；小宮文人，解雇期間中の賃金と中間収入，載：労働判例百選（別冊ジュリスト165号），頁180-181，2002年11月7版。

⁴⁹ 最二小判昭和37年7月20日民集16卷8号頁1656。

⁵⁰ 最一小判昭和62年4月2日判例時報1244号頁126。

不計入平均工資計算基礎的工資（勞基法第十二條第四項，例如，年終獎金）進行扣除。值得留意者，該判決也提及：「得從工資加以扣除的中間利益，其發生的期間須與得成為扣除對象的工資支付期間，在時間上相對應」。

再者，最近，在社会福祉法人いずみ（izumi）福社会事件中⁵¹，高等法院對於不計入平均工資基礎的期末津貼也認為適用勞基法第二十六條，結果期末津貼的「六成部分」不成為扣除對象，最高法院引用米軍山田部隊事件與あげぼのタクシー事件之法理，認為此處理方式有誤。並且指出，中間收入的額度有大於平均工資的四成之情形時，期末津貼這種不被算入平均工資計算基礎的工資，也應該以「全額」為對象進行扣除。

依據這些判決所表顯示的法理，舉例而言，當雇主所應支付解僱期間之工資為500萬日圓，在該期間勞工有中間收入300萬日圓時，此時並非將300萬日圓全部扣除，而是保障500萬日圓中六成（300萬日圓）的部分，亦即僅能扣除其中四成（200萬日圓）部分。

三、學者的檢討

上述判決所形成的法理重點大概可整理如下⁵²：

(一)因違法、無效解僱的拒絕受領勞務，並非是債務的受領遲延，而是因雇主（債權人）的「可歸責事由」導致履行不能。依據民法第五三六條第二項，勞工（債務人）不失作為對待給付的工資請求權。

(二)勞基法第二十六條因可歸責於雇主之事由導致停工時，雇主

⁵¹ 最三小判平成18年3月28日勞判933号頁12

⁵² 此部分的整理，參考盛誠吾，同註6，頁19-21。

負有須支付平均工資六成以上義務之規定，在民法第五三六條第二項因可歸責於雇主之事由而解僱的情形亦有適用。

(三)解僱期間中，勞工在他處工作所得的工資（中間收入），假如沒有特別的情事，該工資為民法第五三六條第二項後段所謂「債務人因免除債務」而獲得利益，應償還給雇主（債權人）。

(四)雇主對於平均工資四成的部分可扣除中間收入，當中間收入的金額大於平均工資的四成時，可更進一步針對不計入平均工資計算基礎的工資（勞基法第十二條第四項，例如，年終獎金）的全額進行扣除。

(五)得從工資加以扣除的中間利益，其發生的期間須與得成為扣除對象的工資支付期間，在時間上相對應。

對於上述判例法理關於中間收入扣除部分，有學者提出批評。例如，西谷敏教授提及判例的立場，尚不能說具有說服力。其理由為：「原本民法第五三六條第二項後段所規定的『因免除債務而獲得利益』，應該是指出賣人所保管的建築物因為火災而燒燬時出賣人因此獲得的火災保險金，是這種與不能履行有同一原因所產生的利益。解僱期間中，受到其他雇主的雇用，主要是依據勞動者自己意思的判斷，通常也會伴隨著新的負擔，不能與上述利益同視」⁵³。

土田道夫教授認為判例法理將中間收入都列為利益償還的對象，從利益償還的觀點，存有疑義。其理由為：「民法第五三六條第二項後段所定的利益償還制度，是以債務人因免除自己的債務與所得利益間要有相當因果關係為要件。因此也需依照危險負擔制度的旨趣（伴隨著債務不履行的損害，債權人與債務人間公平的分配）進行個別且實質的判斷。因此，勞工因為不當解僱被迫到惡劣

⁵³ 西谷敏，同註21，頁253。

的勞動條件及環境下就勞，解釋上很難認為在那裏所得到的工資（中間收入）全額與免除就勞（債務）之間具有相當因果關係，成為償還的對象」⁵⁴。

對於判例法理的產生，學者分析指出，償還肯定說與償還否定說皆是立於民法第五三六條第二項後段債務人獲得利益與免除債務間要有相當因果關係，不過在對於相當因果關係的具體評價，產生對立。並且指出對立的理由，除了相當因果關係的評價之外，主要是立於對於債權人與債務人間的利益衡量與利益調整之目的下，對於如何調整的觀點不同，並且認為在此對立下，才會產生目前的判例法理。詳言之，償還肯定說，主要認為非法解僱之下，雇主要負工資的支付義務，而本來是雇主應該受領的勞務，如果勞工免除債務，因此取得中間收入，會變成雙重得利，因此須進行利益調整。償還否定說，則認為因違法解僱而收入受到斷絕的勞工，為了維持生活並且透過訴訟爭執解僱合法性，因此在他處服勞務，為得到此中間收入，須付出更多的努力或勞力。如果中間收入要扣除，對雇主而言反而得利。且有時中間收入的取得，受到勞工資產的狀況或是工會的協助之影響，扣除中間收入，在追究雇主的責任時，反而會受到勞工個人事由的影響，而導致有取得中間收入與無取得中間收入勞工間，產生不公平的結果。由於償還肯定說的立場，從勞資間公平的角度來看，比起償還否定說，存有更多問題。也因此產生判例，透過勞基法第二十六條之規定，限定扣除範圍的立場⁵⁵。

對於判例法理，雖然可見到上述批評的見解⁵⁶。不過亦有見解

⁵⁴ 土田道夫，同註27，頁601。

⁵⁵ 此段落之見解，整理自盛誠吾，同註6，頁28。

⁵⁶ 此外，上述社会福祉法人いずみ福社会事件判決出現後，也有學者指出中間收入所發生的期間，與成爲一時性津貼（例如，年終獎金）支給對象的期間，在對應上未必明確。因爲理論上，以民法第536條第2項爲依據的話，因

認為此法理對於困難的法律問題編織出具有衡平性的簡單基準，因此給予支持肯定的評價⁵⁷。實際上，上述一連串的判例法理也可說是確定，目前已成為日本處理解僱期間工資問題的重要基準。

肆、我國非法解僱期間工資與中間收入扣除問題之檢討

與日本進行比較與檢討之前，有必要先瞭解我國相關問題的處理狀況。因此，以下，先介紹我國非法解僱與工資請求權處理的法律規定與理論基礎；其次，再確認目前非法解僱期間報酬請求與扣除問題法院實務的處理狀況；最後，再針對中間收入扣除問題進行檢討。

免除債務在他處服勞務所得到中間收入的期間，與成爲一時性津貼計算對象的應就勞期間（計算期間）在時間上應該要相對應。但是在上述いずみ福祉社会事件並未考量中間收入的發生期間與津貼算定對象之就勞期間的對應關係，反而可以說只要是在他處服勞務期間內所對應的期間所取得的津貼就可成爲扣除對象。例如，在12月至5月期間就勞，6月收到一筆期中獎金，如果該勞工在5月底被解僱，在6月受僱於他人並取得中間收入，此時在6月所得到的獎金會成爲中間收入的扣除對象。相反地，假如1月至5月、7月至11月至他處提供勞務，在6月沒有在他處提供勞務時，6月在原公司所收到的獎金反而不會成爲扣除的對象。批評見解，請參見柴田洋二郎，期末手当等からの中間収入の控除の可否，日本労働法学会誌，109号，頁137，2007年5月；野川忍，解雇無効の場合の解雇期間中の賃金支払における中間利益の控除の基準，ジュリスト，1329号，頁122，2007年3月。不過，也有學者認爲，獎金算定對象的期間並不一定會特定，即使可以特定在處理上也相當繁瑣，因此考量扣除中間收入的法理，原本就是爲了簡便處理所形成的法理，在結論上，認爲法院判決的處理，應該算是妥當。此論點，請參見荒木尙志，同註14，頁265。

⁵⁷ 菅野和夫，同註12，頁487；盛誠吾，同註6，頁20。

一、非法解僱與工資請求權

當解僱被認定為非法時，工資問題的處理，目前我國法院主要是依據民法第四八七條之規定。其內容為：「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」。換言之，因為雇主非法解僱拒絕受領勞工的勞務時，此時為同條所規定的僱用人受領勞務遲延，因此受僱人不用再補服勞務，仍然可以請求該段時間之報酬。且在效果上，勞工請求報酬時，僱用人可按照同條但書之規定進行扣除。

以下，針對我國解僱之規範以及民法第四八七條規定說明之。

(一)我國解僱之規範

為保障勞工，勞基法在第十一條以下對於勞動契約之終止也加以規制。同法規定雇主終止勞動契約之方式可區分為兩種：一種是應經預告之終止（勞基法第十一條）；另一種是不經預告之終止（勞基法第十二條）。其中，雇主依勞基法第十一條規定終止勞動契約者，負有給付資遣費之義務（勞基法第十七條）。此外，對於終止的事由，從勞基法第十一條：「非有左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約……」之規定可知，該條乃採完全列舉的方式⁵⁸。

⁵⁸ 勞基法第11條第1項規定，在立法當時行政院原草案為「有左列情事之一者，雇主得預告勞工終止勞動契約」，在審查會經過討論後，才修正為「非有左列情事之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約」。草案立法當時主要是參考工廠法第30條規定「有左列各款情事之一者，縱於工作契約期滿前，工廠得終止契約……」。但是由於曾發生雇主未依工廠法第30條解僱勞工之事件裡，地方法院以該條雖作列舉規定，但是未排除其他其他因素，判決雇主勝

在解僱之問題，對於勞工之保障，除了上述規定外，其他勞動法令亦有相關之規定⁵⁹。有些禁止雇主行使解僱之期間，例如，勞基法第十三條就雇主對於產假期間、職災醫療期間的勞工，作嚴格之限制；舊勞資爭議處理法第七條（新法第八條）對於勞資爭議在調解或仲裁期間，禁止雇主終止勞動契約；有些則規定特定情事不得作為終止事由，例如，舊工會法第三十五條第一項（新法第三十五條第一項亦同）之規定。

此外，解僱問題的處理，近年來由於學者的提倡，法院實務在判斷勞基法第十一條與第十二條所規定的解僱事由時，有適用解僱最後手段性原則之傾向。所謂解僱之最後手段性原則，學者指出：「就文義而言，指解僱應為雇主終極、無法迴避、不得已的手段」⁶⁰。並且主張，可以以解僱最後手段原則作為適用解僱事由的標準之一，其次則可作為控制解僱的依據；對此並進一步提出：「若雇主之解僱行為已明顯重大地違背最後手段原則，符合向來所認定之權利濫用的類型時，則可直接認定為權利濫用；否則，在其他情形下，則可獨立地認為最後手段原則是一種獨立的勞動契約內容控制的標準，而逕以該解僱違反最後手段原則，否認其效力」⁶¹。此原則的運用目前亦可見於最高法院之判決，例如，最高法院九十六年度臺上字第二六三〇號判決指出，「勞基法第十一條第五款規定，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

訴。因此在審查會時，乃作強硬規定，使雇主非有第11條各款之情形，不得預告勞工終止勞動契約。參照立法院公報，73卷53期，頁23（謝深山委員發言）。

⁵⁹ 關於此點，參照黃程貫，勞動法，頁497-498，1997年10月。

⁶⁰ 林更盛，勞動法案例研究(一)，頁261，2002年5月3版。

⁶¹ 林更盛，資遣解僱，載：勞動基準法釋義，頁272，2009年9月2版。

成雇主透過勞動契約所欲達成客觀合理之經濟目的，雇主始得解僱勞工，其造成此項合理經濟目的不能達成之原因，應兼括勞工客觀行為及主觀意志，是該條款所稱之『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基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，以符『解僱最後手段性原則』。

值得留意者，當雇主的解僱被認定違反上述規定為非法時，在我國學理及法院實務上，認為解僱的效果不生效力，僱傭關係或勞動關係仍然繼續存在⁶²。例如，上述最高法院九十六年度臺上字第二六三〇號判決指出：「上訴人終止兩造間之系爭契約，與勞基法第十一條第五款最低終止勞動契約之規定有違，更與系爭契約第八條第一項第二款約定不符，自不生合法終止之效力」。又例如，最高法院八十七年度臺上字第二五五九號判決指出，現行工會法第三十七條「之立法目的，在於保護勞工，避免僱主動輒以工人參加勞資爭議行為為由，解僱勞工，造成社會問題。該項規定，係屬強行規定，違反者，其解僱行為當屬無效」。在非法解僱之法律效果為無效的這一點上，我國可說與日本之制度相同。

(二)勞務給付的受領遲延

非法解僱期間工資問題的處理，我國主要是依據民法第四八七條雇主受領遲延之規定。與日本處理上方式不同，我國認為非法解僱為受領遲延。對於勞務給付，一般認為為定期行為，理論上雇主拒絕受領或不能受領勞工已經提出的給付，因為勞務無法像一般的物品保留或提存，結果給付變成不能，因此有透過關於雙務契約給

⁶² 解僱無效之效果及相關救濟，可參見黃程貫，同註59，頁494。

付不能之民法第二六六條及第二六七條規定處理的可能性，不過在我國立法者已意識到勞務給付特殊性，以及勞務給付的受領遲延與給付不能區分的困難，因此訂定民法第四八七條之規定⁶³。且依據我國民法第二三四條以下關於受領遲延之規定，一般債權人受領遲延，債務人的債務仍然存在，僅債務人的責任受到減輕而已。但是由於勞務給付並不像一般物品，無法提存⁶⁴，今日所提出的勞務雇主不受領，無法明日再提出雙倍的勞務⁶⁵。因此民法第四八七條規定債務人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。

由於民法第四八七條僅規定受領遲延的法律效果，因此法院實務上在檢討此規定時，也會一併適用民法第二三四條以下一般債權人受領遲延之規定⁶⁶。學者認為雇主受領勞務遲延的要件應該有：
1. 有需要雇主受領的勞務存在； 2. 需勞工已合法提出勞務給付； 3.

63 關於此點，請參見劉士豪，同註1，頁126-133。

64 鄭玉波，民法債編各論（上），頁340-341，1995年4月16版。

65 林誠二，民法債編各論（中），頁26，2008年4月。

66 例如，臺灣桃園地方法院97年度壠勞簡字第12號判決指出：「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。又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。」又例如，臺灣臺中地方法院98年度勞訴字第63號判決指出：「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條第1項固有明文。然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235條及第234條分別定有明文。故受僱人請求報酬，必先依債務本旨提出給付或通知準備給付之事情後，僱用人始負受領勞務遲延之責任」。

需雇主拒絕受領或不能受領該提出的勞務給付⁶⁷。

上述要件中，後兩項常成為實務上的爭點。首先，依據民法第二三五條之規定：「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」。一般而言，雇主解僱勞工時，所為終止的意思，即係同條但書之債權人預示拒絕受領之意思⁶⁸。此時債務人勞工得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。在此準備給付之事情，一般而言係指勞工必須有給付能力和意願⁶⁹。通常，勞工只要在遭受雇主解僱時向法院起訴，即構成以準備給付勞務之事情通知雇主。例如，最高法院九十一年度臺上字第二三七六號判決指出：「上訴人發布公告解僱與被上訴人間之勞動契約，顯已預示拒絕受領勞務之意思，而被上訴人提起本件訴訟，則堪認已將準備給付之情事通知上訴人」。此判決之內容，便是意識到要符合民法第二三五條但書所規定「預示拒絕受領之意思」與「以準備給付之事情通知債權人」之要件。

其次，雇主拒絕受領或不能受領該提出的勞務給付，在雇主非法解僱的情形，法院實務在判斷上一般認為雇主不法解僱勞工，解釋上視同拒絕受領勞工提供勞務，故受領遲延。例如，最高法院九十五年度臺上字第一一六三號判決認為：「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，民法第四百八十七條前段定有明文。又雇主不法解僱勞工，應認其拒絕受領勞工提供勞務而受領遲延」⁷⁰。

⁶⁷ 劉士豪，同註1，頁133-150。

⁶⁸ 黃程貫，同註59，頁494；劉士豪，同註1，頁135；郭玲惠，僱傭，載：民法債編各論（上），頁566，2004年10月。

⁶⁹ 黃程貫，同註59，頁138-144；劉士豪，同註1，頁138-139。

⁷⁰ 又例如，臺灣屏東地方法院98年度訴字第165號判決指出：「本條所稱之受領

二、勞工所得請求之報酬及扣除問題

雇主受領勞務遲延者，其法律效果，依民法第四八七條規定，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。不過，同條但書規定，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。

(一) 規範的理由

民法第四八七條之立法理由乃因：「謹按僱用人怠於領受受僱人所服勞務，與受僱人無故不為服務不同，故無論受僱人已否服畢，應以已為服務論，均應有請求報酬之權。然受僱人因此所得之利益，乃屬不當利益，故對於受僱人因不服勞務所節省之費用，或轉向他處服勞務所取得之利益，及可取而不取之利益，均許僱用人自其報酬額內扣除之，以昭平允。此本條所由設也」⁷¹。

在此種處理方式中，雇主得扣除的報酬額之部分，如同上述立法理由所指，一般認為係為免受僱人取得不當利益。而其法理，過去便有學者指出：「所以如此者，免受僱人取得不當利益也。此之規定與民法第二六七條之規定，趣旨相同」⁷²。並且進一步說明此規定，係從損益相抵而來⁷³。法院判決中亦有提出依損益相抵扣除

遲延，只要雇用人預示拒絕受領受雇人給付之意思，例如通知受雇人遭解僱，或不提供受雇人受勞務之必要輔助或必要行為，例如未列入排班，皆已構成受領遲延，受雇人無須有事實上之勞務提出，合先說明」。

⁷¹ 在法源法律網的法規查詢，可閱覽該條立法理由：<http://www.lawbank.com.tw/>，最後瀏覽日：2011年8月10日。

⁷² 鄭玉波，同註64，頁340-341。

⁷³ 鄭玉波著，陳榮隆修訂，民法債編總論，頁316，2002年6月修訂2版，亦提及民法第267條及第487條規定，與損益相抵係出於同一機杼。目前許多學者則直接說明此規定係損益相抵的具體化，例如，邱聰智，新訂債法各論（中），頁22，2008年8月；林誠二，同註65，頁27；劉春堂，民法債編各論

之見解。例如，最高法院九十六年度臺上字第二六三〇號判決指出：「又王〇〇於遭上訴人不合法解僱後，九十五年間於他處服勞務所得為八萬七千元……另蔡〇〇在九十五年於他處服勞務所得為三千七百元……依損益相抵之法則，應予扣除」。

根據學者之見解：「損益相抵，乃損害賠償請求權人因同一賠償原因事實，受有損害並受有利益時，應將所受利益由所受損害中扣除，以定賠償範圍者是也」。並且認為：「損益相抵不以適用於損害賠償之債為限，其他債務亦均應有適用」⁷⁴。事實上，我國民法在一九九九年四月修訂前並無關於損益相抵之規定，但學說與實務均承認之⁷⁵。新修訂民法第二一六條之一時，才增訂：「基於同一原因事實受有損害並受有利益者，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益」。

對於被害人所獲得之何種利益，加害人可主張損益相抵而減輕賠償金額，學者一般認為利益與損害均以與責任原因之事實有相當因果關係者為限⁷⁶。而民法第四八七條但書的適用上，雖然未見學者討論對於受僱人所獲得之何種利益，僱用人可主張損益相抵而扣除，基於同條係損益相抵之具體化，因此本文認為在判斷上應該亦要立於具有相當因果關係為限。此外，學者也指出損益相抵的利益不以積極增加的利益為限，消極應減少而未減少之利益亦包括在

（中），頁10，2009年8月。

⁷⁴ 鄭玉波著，陳榮隆修訂，同前註，頁315。

⁷⁵ 例如，最高法院27年滬上字第73號判例。

⁷⁶ 林誠二，民法債編總論（上），頁469，2008年9月；孫森焱，民法債編總論上冊，頁448，2010年5月；王澤鑑，民法概要，頁244-245，2009年8月。黃立主張損害事件與利益取得間須有因果關係，但不以有相當因果關係為必要。其理由為相當因果關係說之範圍，係應負責任之法定要件，而非免除責任之要件。黃立，民法債編總論，頁399，2006年11月修正3版。

內⁷⁷。此部分也反映在民法第四八七條但書規定：「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」。

法院實務在處理解僱期間受僱人所得請求之報酬時，一方面會先計算民法第四八七條前段勞工所得請求的報酬額度，其次會再依據同條後段進行扣除，最後，對於所請求的報酬亦會計算利息⁷⁸。以下，針對勞工所請求的報酬額度，以及雇主所得扣除報酬額之實務處理狀況，分別說明之。

(二)勞工之報酬請求權

當雇主受領勞務遲延，受僱人仍得請求「報酬」。在此所指的報酬，由於法律並未明確規定，因此法院實務一般而言係依據勞基法第二條第三款所定義之工資作為依據。亦即原則上以經常性給付為限⁷⁹。例如，最高法院八十一年度臺上字第六八二號判決指出：「按工資，謂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（下稱勞基法）第二條第三款定有明文。查原審認定依被上訴人製作之各類所得扣繳暨免扣繳憑單記載，自七十七年十二月至七十八年十月間，上訴人每月平均所得為二萬三千餘元，被上訴人復自認超過一萬五千元薪津部分為加班費及獎金（見二審卷一五九頁）。則被上訴人所謂之獎

⁷⁷ 林誠二，同前註，頁469；孫森焱，同前註，頁448。

⁷⁸ 例如，臺灣高等法院98年度勞上字第17號判決指出：「被上訴人請求上開薪資遲延利息之計算，係自起訴狀繕本送達之翌日即97年7月30日起至清償日止，按週年利率5%計算利息，係在上開薪資應給付之日期後，並符合法定利率，自應允許」。

⁷⁹ 劉志鵬，同註2，頁176。

金是否包括勞基法第二條第三款所指之經常性給與獎金而言，未據原審說明，遽以『每月薪津』一萬五千元一項作為上訴人請求給付例假日、休假日及特別休假日加倍工資之計算標準，不免速斷」⁸⁰。不過值得留意者，有時法院亦會以勞基法第二條第四款所規定之平均工資作為計算基礎。例如，最高法院九十三年度臺上字一〇八五號判決指出：「被上訴人於上訴人違法解僱後，依法並無補服勞務之義務，應視同未缺勤，且被上訴人在遭解僱前六個月之每月平均工資為新臺幣二萬九千六百九十九元，自得請求上訴人按月給付上開金額」⁸¹。

以經常性給付作為計算基礎，其實際範圍為何，依個案不同，結果也會不同。一般而言，基本薪資的部分爭議不大，因應每人工作表現而得領取之獎金、各項津貼及加班費，因未實際服勞務，因此較難被計入⁸²。不過，年終獎金的部分，曾有公司規定依端午、

80 又例如，臺灣士林地方法院93年度勞訴字第47號判決：「按所謂工資，乃指勞工因工作而獲得之報酬。勞動基準法第2條第3款前段定有明文。是工資係勞工之勞力所得，為其勞動之對價，且工資須為經常性給與，始足當之。倘雇主為改善勞工之生活所為之給與，或雇主為其個人之目的，具有勉勵、恩惠性質之給與，即非經常性之給與，此與工資為契約上經常性之給與，自不相同，應不得列入工資範圍之內。經查……獎懲獎金5,615元，應屬雇主為獎勵或懲處原告所為之給與或扣款，因其給付原因在於勞工有無特定獎懲事由之發生，故性質上非屬於經常性」。

81 又例如，臺灣士林地方法院93年度勞小上字第2號判決指出：「經查，被上訴人之薪資項目除底薪外，尚有伙食津貼、安全服務獎金、逾時津貼、差旅津貼、特殊功績、假日加給、單延津貼等項，且除底薪及伙食津貼係屬固定數額外，其餘各項均視當月營收情形作為計算基礎，故每月薪資金額均因營收情形影響津貼獎金發放數額而非固定，且被上訴人因留職停薪未實際服勞務，亦乏計算薪資之數據，故僅以被上訴人留職停薪前6月平均薪資作為計算基礎」。

82 例如，臺灣高等法院96年度勞上更(二)字第6號判決指出：「本件因上訴人受領勞務遲延，被上訴人實際上並未服勞務，自無從領取上開因應每人工作表現

中秋、春節，三節發放，因此法院認為亦屬於報酬⁸³。其次，清潔獎金亦曾被計入報酬之中⁸⁴。再者，特別休假應休而未休之工資，亦有判決算入民法第四八七條之報酬⁸⁵。此外，專業加給或學術研究費的部分，法院判決則有分歧。有判決認為該費用為原得領取之各種項目之給付，但是也有判決認為該費用須有現實勞務行為始得領取⁸⁶。

而得領取之獎金、各項津貼及加班費，始符公允」。

83 例如，最高法院89年度臺上字第2267號判決指出：「年終獎金部分：依卷附兩造不爭之『圓山大飯店員工年終獎金頒發辦法』第二條：『本飯店年終獎金採三節發放，分別於端午節發放半個月、中秋節發放半個月、農曆春節發放一個月，合計兩個月』之規定，被上訴人請求自八十六年八月二十八日起至復職日止，每年端午節、中秋節各給付半個月即三萬六千九百八十六元，另每年農曆春節給付一個月即七萬三千九百七十二元及各該法定遲延利息部分，亦屬有據」。

84 例如，新竹地方法院91年度重勞訴字第4號判決指出：「清潔獎金係既如被告所言為實質有工作者始得支付，自為勞工因工作而獲得之報酬，為勞動基準法第二條第三款之工資，原告請求並無不合，被告所辯無可採信」。

85 例如，最高法院96年度臺上字第5號判決指出：「查勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作滿一定期間者，每年應依規定給予特別休假（勞動基準法第三十八條），該條所定之特別休假，工資應由雇主照給（同法第三十九條）。如特別休假因年度終結或終止契約而未休者，其應休未休之日數，雇主應發給工資（同法施行細則第二十四條第三款）。查中油公司解僱高○○不合法，兩造之僱傭關係存在，高○○無法為中油公司服勞務，咎不在高○○，倘中油公司未予解僱，高○○必可依其服務年資而受有特別休假之保障。果爾，則能否遽認高○○不得請求給付特別休假之工資，即非無再進一步推求之必要」。

86 臺灣高等法院高雄分院98年度上字第190號判決指出：「被上訴人以往服勞務得按月領取包含本薪34,360元、專業加給24,870元，合計59,230元之薪資，上訴人拒絕被上訴人提供勞務，即拒絕上訴人以往所服各種項目或內容之勞務，其依法應補給被上訴人之報酬，即應包含被上訴人原得領取之各種項目之給付。……上訴人抗辯被上訴人就97年8月1日起至15日之暑期輔導期間僅得領取本薪，不得領取專業加給，要無可採」；反之，臺灣高雄地方法院92

(三) 雇主得扣除報酬額

民法第四八七條但書規定：「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」。雇主得扣除報酬額，茲分述如下：

1. 所減省之費用

因不服勞務所減省之費用，為雇主首先能扣除的部分。此種扣除，最常見者乃交通費，例如，臺灣高等法院臺中分院九十八年度重勞上字第一號判決指出：「同意以被上訴人在加興公司之九十八年五月之薪水五萬六千一百五十二元及車資一千四百元為被上訴人至復職日止依民法第四百八十七條但書規定之扣除依據，準此，本件被上訴人得請求上訴人給付之」⁸⁷。也曾經有判決對於所減省之祿母費加以扣除。例如，臺灣高等法院九十四年度勞上易字第五號判決認為：「上訴人主張已支付被上訴人之預告工資32,087元、資遣費52,943元、及被上訴人因而節省之祿母費210,000元應予扣除部分，被上訴人於原審即不爭執，原審亦依上訴人主張判決，被上訴人對其敗訴部分亦未上訴或爭執，自毋庸再予審酌，核先敘明」。

2. 轉向他處服勞務所取得

雇主所能扣除者，其次，乃勞工在他處服勞務所取得之利

年度勞訴字第33號判決認為：「年終獎金係僱用人於一年之終了為酬勞受僱者一年來從事工作之辛勞而為之恩給，與須到工服勤始得之領之學術研究費均不失為工作補助費用，原告因遭被告違法不續聘而於該不續聘期間既有不到公不服勤之事實，其就此須有現實勞務行為始得領取之學術研究費及年終獎金之給付，於補發薪資時自應予以扣除（教育部臺九〇人工字第九〇〇一三〇一九號書函附卷參照）」。

⁸⁷ 又例如，臺灣高等法院95年度勞上字第78號判決認為：「上訴人不爭執被上訴人每日上下班交通費合計88元（本院卷一第76頁），則被上訴人於上開期間，因不服勞務所減省之費用合計2萬1,032元……應自上開薪資中扣除之」。

益⁸⁸。法院實務上，一般而言，雇主若能證明勞工有在他處勞務所取得之利益，法院便會扣除。例如，最高法院九十六年度臺上字第二六三〇號判決提及原審之論述：「又王〇〇於遭上訴人非法解僱後，九十五年間於他處服勞務所得為八萬七千元，業據提出財政部臺北市國稅局中北稽徵所九十五年度綜合所得稅結算申報所得資料參考清單可按。另蔡〇〇在九十五年於他處服勞務所得為三千七百元，亦據提出九十五年度各類所得扣繳暨免扣繳憑單等件足憑，依損益相抵之法則，應予扣除」⁸⁹。服勞務的內容上，法律並無規定，法院依照個案進行認定。參加政府短期救濟方案所獲取之報酬，亦可見到將其扣除之判決⁹⁰。亦曾有勞工離職後，在家種植生薑，法院認為：「所稱倘非虛妄，其因服勞務所得利益，即非不得自應得報酬中扣除」⁹¹。

⁸⁸ 例如，臺灣高等法院91年度勞上字第58號判決、臺灣高等法院99年度勞上字第17號判決、臺灣屏東地方法院98年度訴字第165號判決。

⁸⁹ 又例如，最高法院89年度臺上字第1405號判決認為：「按勞工保險條例第十四條第一項所稱月薪總額，以勞動基準法第二條第三款規定之工資為準，勞工保險條例施行細則第三十二條第一項前段定有明文。又勞動基準法上開法條明定工資係勞工因工作而獲得之報酬。查陳〇〇自八十五年六月二日起申報月投保薪資為一萬八千三百元，為原審認定之事實，且由陳天生綜合所得稅申報資料以觀，其於八十五年度似有薪資所得十七萬五千零七十元（見原審卷五〇頁），依上說明，品聚公司抗辯陳天生於他處工作獲得薪資報酬一節，是否全不足採，即有再推求之餘地。……原審均未詳予審究，遽以投保單位申報之投保薪資與被保險人實際獲得薪資報酬並無對等關係，及依綜合所得稅申報資料，無法得知鄭順孝及吳岳龍於八十六年二月二十一日以前有在他處工作獲取薪資報酬及其數額等由，而為品聚公司不利之判斷，自屬可議」。

⁹⁰ 例如，臺灣臺北地方法院98年度勞簡字第2號判決認為：「原告請求被告給付該期間之薪資……扣除因參加政府短期救濟方案而獲取之報酬96,000元後之154,087元，洵屬有據」。

⁹¹ 最高法院81年度臺上字第2329號判決認為：「被上訴人既謂上訴人離職後，

其次，他處服勞務所得利益若為副業，是否扣除之問題，臺灣高雄地方法院九十二年度勞訴字第三十三號判決指出：「原告於遭被告不續聘處分前既為被告『夜間部』補校之教師，依前述其本得於任職或該不續聘期間至與其原授課時間不相衝突之他處兼課，且兼課所得亦無庸於被告核給之薪資內逕行扣除，惟原告於左營高中夜間部之兼課所得，因與其先前在被告夜間部補校之授課期間相衝突而屬轉向他處服勞務所取得之利益，依前開與其聘任關係不抵觸之僱傭章節之規定，自應由被告應給付予原告之薪資內扣除」。換言之，此判決似乎意味著，在他處服勞務所得利益若為副業，即使沒有解僱也當然得取得的情形，則不為扣除之對象。

再者，參加行政院勞工委員會職業訓練局所辦理之職業訓練課程並且領取職業訓練生活津貼，法院有認為應該扣除之見解⁹²。而向勞工保險局請領失業給付能否扣除，則有法院採取否定見解⁹³。理論上，職業訓練生活津貼或是失業給付，係為保障勞工職業訓練

即在家種植生薑十餘甲迄今云云（見一審卷七八頁），所稱倘非虛妄，其因服勞務所得利益，即非不得自應得報酬中扣除。所辯是否可採，攸關上訴人得否請求被上訴人給付工資及其數額之多寡，有待原審調查認定，本件事實未臻明瞭，本院尚無從為法律上之判斷」。

92 例如，臺灣板橋地方法院98年度勞訴字第123號判決認為：「原告於遭被告違法解僱後，曾依職訓局安排至私立景文科技大學受訓上課，並領取2個月之津貼計24,210元（計算式：12,105元×2個月=24,210元），……復為兩造所不爭執，是前開24,210元原告願意自應於得預為請求之98年8月及9月工資扣除之，應屬足取」。

93 例如，臺灣士林地方法院93年度勞訴字第47號判決：「查被告於93年5月17日至93年10月15日期間，係參加行政院勞工委員會職業訓練局泰山職業訓練中心委託辦理之……網路工程師班，且另向勞工保險局請領失業給付等情，有結業證書、申請收執聯在卷可憑，故其於前開期間因受職業訓練而依勞工保險條例第6條第1項第6款投保勞工保險之投保薪資，自不得視為原告轉向他處服勞務之所得」。

及失業一定期間之基本生活（就業保險法第一條），其給付請求權的發生係以參加就業保險並且符合一定條件為基礎，與勞務的提供，並非出於同一原因，因此應該不得扣除較為適當。

此外，在計算上，法院實務一般是以月為單位來計算報酬及扣除額。例如，臺灣高等法院九十九年度勞上字第十七號判決指出：「查上訴人92年9月份於被上訴人公司上班之薪資所得為43,781元（見原審卷第204頁），應扣除上訴人自鑫○公司每月所領得之薪資36,000元（見原審卷第17頁）後之差額，即系爭期間每月給予上訴人之薪資應為7,781元（43,781元－36,000元＝7,781元），是被上訴人於97年11月17日至98年7月14日止之系爭僱傭期間，應給予上訴人之薪資差額為61,612元（7,781元×14/30＋7,781元×7＋7,781元×14/31＝61,612.13元，元以下四捨五入）」。

不過，他處服勞務所得利益之扣除，亦可見到學者批評之見解。有學者認為：「我國民法第四八七條但書之扣除規定有鑑於其所造成之極不公平的結果，實應將之排除在雇主之解僱為非法無效時的工資給付之外，雇主在依受領遲延規定給付工資時，應不得主張扣除」⁹⁴。其次，亦有學者對於實務上報酬額與扣除額的計算範圍不同提出檢討，主張轉向他處服勞務所取得應與勞工報酬請求權範圍的計算相當⁹⁵。此外，亦有學者認為，雇主扣除勞工之中間收入於法並非說不通，但慮及解僱期間中勞工維生之窘境，如能保障一定範圍內之中間收入免於遭雇主扣除，應可促使雇主更謹慎地解僱勞工，並且提出日本的處理方式，作為參考⁹⁶。事實上，學者的批評也無非是試圖從公平的角度，對於勞工與雇主之利益進行分

94 黃程貫，同註1，頁153。

95 劉士豪，同註1，頁164。

96 劉志鵬，同註2，頁176-177。

配。因此，如何細緻處理此問題，確實值得進一步思考，此將於比較與檢討時進行說明。

3. 故意怠於取得之利益

故意怠於取得之利益的部分，大概可分為已向他處服勞務而應有所取得報酬，但卻故意不取得，以及他處有勞務的機會卻故意不服勞務之情形。前者，可扣除，較無爭議⁹⁷；後者，則存有爭議。

有學者認為：「所謂『故意怠於取得利益』，不僅指已向他處服勞務而應有取得之報酬，卻故意不取得而言，尚包括有服勞務之機會，而故意不服勞務，以致未能取得報酬之情形」⁹⁸。但是有學者則持否定見解，認為：「如係以單純不作為而不於他處服務，應不得認為係故意怠於取得利益」⁹⁹。亦有學者介紹德國之處理情形，並提出若勞工確有拒絕在他處工作之明確、正當理由，則其拒絕應不構成所謂故意怠於取得之利益¹⁰⁰。此外，也有學者認為：「必須是有具體的事實存在，也就是有其他雇主主動向勞工要約，於被原雇主拒絕受領勞務期間雇用該勞工，而扣除額之計算自然以該其他雇主所提出之勞動條件為依據」¹⁰¹。

實務上，對於雇主主張勞工怠於取得利益時，多因無法舉證而不被法院所採。例如，最高法院九十四年度臺簡上字第五號裁定指出：「原第二審就被上訴人轉向他處服勞務取得之利益，已依民法第四百八十七條第一項但書規定，於上訴人應給付之薪資中扣除，並說明因兩造訂立系爭選手契約，被上訴人之工作機會受有限制，既無證據證明其有工作機會而故意怠於取得利益，自不得逕按台灣

⁹⁷ 請參見林誠二，同註65，頁27；劉春堂，同註73，頁10。

⁹⁸ 劉春堂，同註73，頁10。

⁹⁹ 林誠二，同註65，頁27。

¹⁰⁰ 黃程貫，同註1，頁152-153。

¹⁰¹ 劉士豪，同註1，頁39。

地區勞工平均薪資扣除等語，經核並無適用法規不當或消極未適用法規之情形」。又例如，臺灣士林地方法院九十六年度勞訴字第三十三號判決指出：「查本件被告雖主張原告有故意怠於取得利益之情形，故應自其得請求之薪資中，按月扣除最低基本工資17,280元，然並未提出任何證據證明原告有何本可獲取利益，卻故意怠於取得之情事，則其空言主張應扣除最低基本工資云云，自無從置採」。

不過，值得留意者，近年來曾有法院判決認為他處有勞務的機會卻故意不服勞務，構成故意怠於取得利益，並肯認雇主得依基本工資扣除。例如，臺灣高等法院九十六年度勞上更(二)字第六號判決認為：「斟酌本件被上訴人係57年5月18日生，自87年迄今均處青壯年時期，又經上訴人審查具有報考系爭第13次考試之資格，並評定為備取第1名，客觀上至少具有一般勞工之勞動能力，應無疑義。其於覓找工作後認為均不符其意，致實際上均未工作，堪認被上訴人有可取得一般人基本勞動能力之利益而怠於取得之情事，應許僱用人自89年3月3日起應給付之報酬內予以扣除，以衡平兩造間利益。參考行政院勞工委員會公告之一般人基本工資計算為被上訴人可取得而怠於取得之利益……」。

理論上，勞工工作之意義，除了取得報酬維持生活外，經由勞務之提供，發展職業能力，建立群體生活，實踐工作價值及保持人格尊嚴，亦是其重要目的¹⁰²。上述高等法院判決根據其尋覓工作後認為均不符其意，致實際上均未工作，便推論勞工具有取得一般

¹⁰² 最高法院89年度臺上字第2267號判決亦曾提及：「工作權為憲法保障之基本權利，工作權之內容不僅使勞工有工作之機會，且由於勞動契約之社會化，勞工經由勞務之提供，得以發展職業能力，建立群體生活，實踐工作價值及保持人格尊嚴」。

人基本勞動能力之利益而怠於取得之情事，似乎也有不妥。畢竟並非隨便一個工作就能夠讓勞工發展職業能力，實踐其工作價值，有時亦須考慮其個人之能力與規劃。因此，從此觀點而言，若勞工確有拒絕在他處工作之明確、正當理由，則其拒絕應不構成所謂故意怠於取得利益之見解，應該較值得支持。

伍、比較與檢討——代結論

以下，根據上面的整理，先比較日本與臺灣在非法解僱期間工資與中間收入扣除在法規範與實務處理之的異同，並且考察相關問題之理論基礎與背景。其次，再從日本的理論與經驗中，考察值得我國參考之處。

一、兩國法律處理之異同

(一)解僱的規範與工資請求權

首先，在解僱的規範上，日本透過勞動契約法第十六條之規定，禁止解僱權濫用，我國則是在勞基法第十一條、第十二條對於解僱的事由進行規範。兩國對於解僱都進行相當程度的規範，雖然規範的方式略有不同，不過在解僱非法無效之法律效果上，兩國均是使解僱無效，僱傭關係或勞動關係仍然繼續存在。因此，兩國解僱規範所扮演之角色，可說一方面限制雇主的解僱權，在法律效果上使解僱無效讓僱傭關係繼續存在，另一方面亦有肯定工資請求權存在之效果。

其次，對於工資請求權之依據，臺灣定位為受領遲延，依據民法第四八七條進行處理。日本則定位為履行不能，亦即因非法、無效解僱的拒絕受領勞務，並非是債務的受領遲延，而是因雇主（債權人）的「可歸責事由」導致履行不能，依照民法第五三六條第二

項，勞工（債務人）不失作為對待給付的工資請求權。日本在處理上會採取此種方式，主要原因之一，乃因為在該國民法並無相當於德國第六一五條或我國第四八七條之規定，從該國參考德國法所進行之討論，可瞭解與我國之差異¹⁰³。過去對於不能就勞時工資請求權之問題，雖然亦有學者採取德國法管領理論，依據給付障礙的原因是屬於債權人還是債務人的領域範圍作為標準，來區分給付不能與受領遲延。依據此見解，給付障礙是屬於債權人的領域範圍時（例如，工廠燒燬或材料不足），應構成受領遲延；若給付障礙是屬於債務人的領域範圍時，此時應構成給付不能。由於德國採取管領理論的前提是在受領遲延時，受僱人可依據民法第六一五條規定請求報酬，在日本並無此規定，因此僅說明是受領遲延，對於肯定其工資請求權尚不充分¹⁰⁴。此外，過去以受領遲延為根據的理論，有稱為勞動力說之學說。該說將勞動關係理解為是一種勞動力買賣，在此前提下，當勞工做好準備提供其勞動力時，置於雇主可利用的狀態便發生工資請求權¹⁰⁵。採用此見解的話，因雇主的受領遲延，亦可請求報酬，因此即使無德國民法第六一五條，透過解釋亦可產生相同結果。不過這樣的見解，受批評勞動力的概念是經濟學上的概念，不適合法律學，且即使將受領遲延的性質定位為雇主的債務不履行，其效果為發生損害賠償請求權（工資相當額），並非反對給付的請求權（工資請求權）¹⁰⁶。

¹⁰³ 德國民法第615條規定與我國民法第487條規定類似。詳細討論可參見劉士豪，同註1，頁126-133、145-150；黃程貫，同註1，頁127-155。

¹⁰⁴ 奧田昌道，受領遲滯と危険負担，法學論叢，94卷5・6号，頁213-214，1974年3月。

¹⁰⁵ 蓼沼謙一，スト不参加者の賃金請求權，季刊労働法，52号，頁21-22，1964年6月；外尾健一，労働団体法，頁507，1975年。

¹⁰⁶ 相關批評，請參見渡辺章，受領遲滯・危険負担法理からみたスト不参加者

透過民法第五三六條第二項規定處理的優點，學者指出，如此反而沒有複雜的理論，只要判斷是否具有可歸責雇主事由，便可導出工資請求權的發生或不發生。且在歸責性的判斷上，透過民法上「債權人的故意、過失或是與誠信原則同視之事由」之一般見解，可考量勞工與雇主的種種事情，使工資的紛爭柔軟的解決，因此依據此規定處理工資問題的方式才會成為固定¹⁰⁷。

(二)工資請求與中間收入等之扣除

再者，在請求工資的額度上，日本依據民法第五三六條第二項規定，債務人勞工不失取得其反對給付之權利，換言之取得工資請求權。而我國依據民法第四八七條規定，勞工無補服勞務之義務，仍得請求報酬。而在「反對給付」或是「報酬」，皆因法律並未明確規定，也因此留下空間，讓法院在判決時，依照個案參酌勞工與雇主間的種種狀況，來進行處理。而在計算方式上，有別於日本以被解僱至恢復原職之日整段期間來計算工資與扣除額，臺灣是以月為單位計算工資額與扣除額。

最後，中間收入扣除之問題，在日本勞工在解僱期間，在他處工作所得的收入（中間收入），是否為民法第五三六條第二項後段所規定的「應償還給債權人之利益」，過去有償還肯定說與償還否定說之爭議。判例則認為有民法第五三六條第二項後段的適用。再者，為了清算的便利，雇主可對於解僱期間中的工資扣除中間收入（其發生的期間須對應工資支付對象期間與時期），但是也承認有

の賃金請求權，季刊労働法別冊，4号，頁223-224，1979年4月；盛誠吾，同註24，頁63。

¹⁰⁷ 盛誠吾，同註24，頁77。亦有學者提及民法第536條第2項除了利益償還分配的機能外，也具有損益相抵的機能。本久洋一，違法解雇の效果，載：講座21世紀の労働法4・労働契約，頁206，2000年10月。

勞基法第二十六條的適用，因此僅能以平均工資的40%為限進行扣除。值得留意者，在日本即使是償還否定說，也不要求「怠於取得利益」也須扣除¹⁰⁸。在臺灣雇主得扣除的報酬額，乃依據民法第四八七條但書規定處理，不僅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，僱用人得由報酬額內扣除，甚至勞工故意怠於取得之利益，也會被扣除。

二、對臺灣之啟示

雖然日本對於解僱期間工資問題的處理，在法律及理論根據與我國相比有上述之不同。但是日本法院實務的處理方式上，亦有值得我國參考之處。特別是日本最高法院苦心思考工資與中間收入扣除的公平性與合理性，透過該國勞基法第二十六條之運用，發展判例法理進行解決之方式，值得我國省思。

(一)中間收入扣除理論之檢討

我國由於民法第四八七條但書已有明文規定，因此對於僱用人所得扣除之利益等，法院實務一般均依該規定進行處理。不過，對於這樣的處理方式，特別是扣除在他處服勞務所取得利益之部分，勞動法學者仍存有批評之見解，已如前述。事實上，我國肯定扣除的見解與批評的見解，主要是對於僱用人與受僱人間的利益衡量與利益調整之目的下，對於如何調整的觀點與立場不同。詳言之，肯定扣除之見解，主要認為非法解僱之下，雇主要負工資的支付義務，而本來是雇主應該受領的勞務，如果勞工免除債務，因此取得中間收入，會變成雙重得利，故需進行利益調整。例如，臺灣高等

¹⁰⁸ 學者提出此乃因日本並無像德國民法第324條之規定，此部分請參見盛誠吾，同註6，頁26。

法院九十六年度勞上更(二)字第六號判決亦曾引用立法理由，指出：「僱用人受領勞務遲延雖有給付報酬予受僱人之義務，惟為達利益衡平，受僱人因此節省之費用、轉向他處服勞務取得之利益及可取得而不取得之利益，均應許僱用人自受僱人可得之報酬內扣除，以免受僱人因而受有不當利益」。而採取批評的見解，則認為勞工遭雇主非法解僱時，工作權立遭剝奪，勞工及其家庭之生活頓失保障依據，對勞工之損害極大，且必將迫使勞工為求得以維持生活之故而必須再另行尋找新工作。且因為實務上報酬額的計算雇主多只會支付固定薪資，而在他處服勞務的收入卻包括固定薪資與浮動薪資，兩相扣減之下不是數額甚少，就是無法請求。其次，違法解僱勞工之雇主因而幾乎等於是完全不需為其違法行為付出代價，且反而是使無辜勞工受到重大不利，這也使得勞工認為到法院起訴亦無用，蓋縱使勝訴也是一無所得或所得甚少¹⁰⁹。

在僱用人與受僱人間的利益衡量與利益調整之目的下，調整的觀點有歧異的現狀下，也有學者提出折衷說，認為雇主扣除勞工之中間收入於法並非說不通，但慮及解僱期間中勞工維生之窘境，如能保障一定範圍內之中間收入免於遭雇主扣除，應可促使雇主更謹慎地解僱勞工，並且提出日本的處理方式，作為參考。

確實，由於民法第四八七條但書已明確規定雇主得主張扣除的種類，因此雇主主張扣除勞工之中間收入等，有其法律依據。不過，勞工在被解僱期間為了進行訴訟或維持生活，不得已而在他處服勞務獲取報酬，此部分若被扣除，反而是使勞工陷入窘境的雇主得利。此外，有時是否找新工作亦受到勞工個人的意思或其家庭環境之影響，不得已而找新工作的勞工，最後所獲得的報酬反而比起未找工作的勞工低。因此，上述折衷說之見解，應該值得支持。在

¹⁰⁹ 黃程貫，同註1，頁153。

此見解下，保障勞工的報酬，在一定範圍內不被扣除，確實有其必要。事實上，折衷說所提出的日本處理方式，所指即為日本法院判例透過勞基法第二十六條之規定來限定扣除範圍之方式。或許有論者會指出我國並無日本勞基法第二十六條之規定，因此無法參考運用，不過，應該留意者，日本判例援引該條規定，其背後理由乃是立於衡平之立場，因此保障勞工的報酬，在一定範圍內不被扣除。在此觀點下，也不禁令人聯想到我國勞基法第二十一條基本工資的規定，也能發揮類似的作用。

(二)勞基法第二十一條第一項的運用可能性

勞基法第二十一條第一項規定：「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資」。所謂最低工資制度，乃為保障經濟上處於弱勢的勞動者，對於其工資設立最低基準¹¹⁰。此制度，自立法以來，也相當程度扮演其角色，不過近年來基本工資在其原本宗旨以外發揮作用¹¹¹。特別是二〇〇八年下半年，為因應國際金融風暴所產生的無薪休假問題，勞委會於十二月二十二日發布解釋令指出：「雇主給付勞工之工資，應依勞動契約之約定發給，並不得低於基本工資。雇主若受景氣因素影響致停工或減產，經勞雇雙方協商同意，固可暫時縮減工作時間及依比例減少工資，惟為保障勞工基本生活，原約定按月計酬之全時勞工，每月給付之工資仍不得低於基本工資（數額新臺幣一萬七千二百八十元）」¹¹²。換言之，在勞雇之間對於無薪休假合意時，每月給付之工資仍不得低於基本工資。

¹¹⁰ 黃越欽，*勞動法新論*，頁295-298，2006年9月修訂3版。

¹¹¹ 黃越欽亦曾提及基本工資在勞工保險等社會法領域的作用，請參見黃越欽，*同前註*，頁298。

¹¹² 行政院勞工委員會97年12月22日勞動2字第0970130987號令。

理論上因為訂單減少等經營風險導致停工或減產，係可歸責於雇主之事由，雇主仍應依原勞動契約給付工資¹¹³。其理論構成，有從民法第四八七條之規定，亦有從民法第二六七條之規定，不過在結果上都肯認勞工有工資請求權¹¹⁴。雖然有學者指出勞雇雙方對於縮短工時，降低工資達成合意時，原本基於契約自由，可自由形成契約內容¹¹⁵。亦有學者認為無薪休假的合意僅能視為係勞工同意無薪休假期間不請求對應休假時數之工資差額¹¹⁶。不過，在上述勞委會的解釋下，縱使勞雇之間合意可暫時縮減工作時間及依比例減少工資，原約定按月計酬之全時勞工，每月給付之工資仍不得低於基本工資。在此解釋令作出後，可以說已改變基本工資的意涵，使其也成為在企業經營風險下導致的停工，確保勞工有領取基本工資之權利。勞委會之解釋似乎也意味著在適用民法第四八七條規定時，亦有勞基法第二十一條第一項之適用。換言之，受景氣因素影響致停工或減產，勞工的工資請求權，至少有勞基法第二十一

¹¹³ 例如，行政院勞工委員會98年4月24日勞動2字第0980070071號令指出：「查『無薪休假』（或行政假）並非法律名詞，更非雇主得以恣為之權利。因景氣因素所造成之停工，屬可歸責於雇主之事由，工資本應依約照付。雇主如片面減少工資，即屬違法，可依法裁罰。事業單位如受景氣影響必須減產或停工，為避免大量解僱勞工，可與勞工協商並經同意後，暫時縮減工作時間及依比例減少工資，以共度難關，惟對支領月薪資者，仍不得低於基本工資，以及逕自排定所謂『無薪休假』……」。

¹¹⁴ 詳細討論，參見吳姿慧，我國「無薪休假」之現況與爭議問題——以德國短工制度（Kurzarbeit）為參照對象，政大法學評論，120期，頁373-374，2011年4月；邱駿彥，同註33，頁196-197。

¹¹⁵ 關於此點，請參見周兆昱，無薪休假法律問題之研究，法學新論，23期，頁53-54，2010年6月；吳姿慧，同前註，頁399-402；此外，林佳和也提出「政治正確、法律無奈」的慨歎，請參見林佳和，無薪休假：社會現實與法律迷帳，台灣法學雜誌，119期，頁1-3，2009年1月。

¹¹⁶ 邱駿彥，同註33，頁195。

條第一項基本工資之保障。

既然受景氣因素影響致停工或減產時，勞工的工資請求權有上述基本工資的保障，在此情形之下，非法解僱這種明確因為雇主可歸責之事由導致雇主受領遲延時工資之處理，亦更應該保障勞工有領取基本工資的權利。因此，在處理上亦可以說在雇主非法解僱之情形，勞工的工資請求權適用民法第四八七條規定時，並不排除勞基法第二十一條基本工資之適用。換言之，僱用人受領勞務遲延，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求之「報酬」，有一部分是指受勞基法第二十一條所保障的基本工資。因此，雇主依據民法第四八七條但書進行扣除時，至少應該保障勞工得領取基本工資。透過此種方式，可避免在非法解僱期間，若勞工在他處有服勞務取得中間收入，受到扣除後，該段時間所取得之工資有時甚至會低於基本工資之情形。例如，上述臺灣高等法院九十九年度勞上字第十七號判決中，指出：「查上訴人92年9月份於被上訴人公司上班之薪資所得為43,781元（見原審卷第204頁），應扣除上訴人自鑫○公司每月所領得之薪資36,000元（見原審卷第17頁）後之差額，即系爭期間每月給予上訴人之薪資應為7,781元（43,781元－36,000元＝7,781元）」。該系爭期間是指二〇〇八年十一月十七日至二〇〇九年七月十四日，在該期間中，受解僱勞工每月僅能請求低於基本工資的7,781元。

當然以基本工資作為限制扣除的範圍也並非沒有缺點。比起日本以該國勞基法第二十六條來限定扣除範圍，在保障的比例亦有差異。且月薪較高者（例如，8萬）與月薪較低者（例如，2萬），亦都以基本工資作為扣除的最低限制，前者所能被扣除的額度較高，後者較低。不過，在我國尚無類似日本勞基法第二十六條規定時，考量僱用人與受僱人間的利益衡量與利益調整之目的，在保障勞工的基本生活上，此種計算方式應該是目前較簡便之方式。此外，此

方式保障勞工的報酬，在一定範圍內不被扣除，比起目前實務制式適用民法第四八七條規定，應該更為公平。

本文提出此種處理方式，也無非是希望透過本文的介紹與檢討，能夠拋磚引玉，促使學界與實務重新檢討非法解僱期間工資處理之問題。期盼此問題能從公平的角度，獲得更為妥善適當的處理。

參考文獻

一、中 文

1. 王能君，日本「解僱權濫用法理」與「整理解僱法理」，臺灣勞動法學會學報，3期，頁43-67，2004。
Wang, Neng-Chun, Theory of Abuse of Discharge and Arranged Discharge in Japan, Labor Law Journal, no. 3, pp. 43-67, 2004.
2. 王澤鑑，民法概要，2009。
Wang, Tse-Chien, Introduction to Civil Law, 2009.
3. 加賀山茂著，陳洸岳譯，日本「債務不履行」的新開展，月旦法學雜誌，99期，頁57-64，2003。
Kagayama, Shigeru, Chen, Guang-Yueh (trans.), Breach of Debtor's Non-Performance under Japanese Civil Law, Taiwan Law Review, no. 99, pp. 57-64, 2003.
4. 吳姿慧，我國「無薪休假」之現況與爭議問題——以德國短工制度（*Kurzarbeit*）為參照對象，政大法學評論，120期，頁339-415，2011。
Wu, Tzu-Hui, Controversies of the Current "Furlough" System and Comparison with the German *Kurzarbeit* System, Chengchi Law Review, no. 120, pp. 339-415, 2011.
5. 周兆昱，無薪休假法律問題之研究，法學新論，23期，頁47-65，2010。
Chou, Chao-Yu, The Research of Legal Problem about Unpaid Leaves: Focus on Opinion of Administration, Journal of New Perspectives on Law, no. 23, pp. 47-65, 2010.
6. 林更盛，勞動法案例研究(一)，3版，2002。
Lin, Geng-Schenq, Case Study of Labor Law I, 3d ed., 2002.
7. 林更盛，資遣解僱，載：勞動基準法釋義，頁268-292，2版，2009。
Lin, Geng-Schenq, Dismissals for Redundancy, in Explanation of Labor Standards Act, pp. 268-292, 2d ed., 2009.

8. 林佳和，無薪休假：社會現實與法律迷帳，台灣法學雜誌，119期，頁1-3，2009。
Lin, Chia-Ho, Unpaid Leave: Social Reality and Legal Puzzle, Taiwan Law Journal, no. 119, pp. 1-3, 2009.
9. 林誠二，民法債編總論（上），2008。
Lin, Cheng-Hero, Civil Code: General Principles of Obligations (I), 2008.
10. 林誠二，民法債編各論（中），2008。
Lin, Cheng-Hero, Civil Code: Kinds of Obligations (II), 2008.
11. 邱聰智，新訂債法各論（中），2008。
Chiu, Tsong-Juh, Updated Civil Code: Kinds of Obligations (II), 2008.
12. 邱駿彥，僱用調整目的下勞動契約變動之法律問題探討（上），華岡法粹，43期，頁153-204，2009。
Chiou, Jiunn-Yann, A Study on Legal Problems of Change of Labor Contracts for the Purpose of Employment Adjustment (I), Hwa Kang Law Review, no. 43, pp. 153-204, 2009.
13. 侯岳宏，不當勞動行為裁決機制的「行政」救濟與「私法」決定之檢討——以日本制度為借鏡，臺北大學法學論叢，76期，頁95-145，2010。
Hou, Yueh-Hung, An Examination Study of “Administrative” Relief and “Private Law” Decision Regarding the Dispute Resolution for the Unfair Labor Practices – Lessons from Japan, Taipei University Law Review, no. 76, pp. 95-145, 2010.
14. 孫森焱，民法債編總論上冊，2010。
Sun, Sen-Jan, Civil Code: General Principles of Obligations (I), 2010.
15. 郭玲惠，僱傭，載：民法債編各論（上），頁551-572，2004。
Kuo, Ling-Hwei, Employment Agreement, in Civil Code: Kinds of Obligations (I), pp. 551-572, 2004.
16. 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，2011。
Chen, Zi-Qiang, Taiwan Civil Code and the Modernization of Obligations in Japanese, 2011.

17. 黃立，民法債編總論，修正3版，2006。
Hwang, Li, Civil Code: General Principles of Obligations, 3d ed., 2006.
18. 黃程貫，勞動法，1997。
Hwang, Cheng-Guan, Labor Law, 1997.
19. 黃程貫，解僱無效時雇主受領遲延問題，載：勞動法裁判選輯(二)，頁127-191，1998。
Huang, Cheng-Guan, The Issue of Employer's Failure to Accept on Time When the Layoff is Invalid, in the Selections of Labor Precedents II, pp. 127-191, 1998.
20. 黃越欽，勞動法新論，修訂3版，2006。
Huang, Yueh-Chin, Theory of Labor Law, 3d ed., 2006.
21. 劉士豪，勞動關係中雇主受領勞務遲延之研究，臺北大學法學論叢，57期，頁121-168，2005。
Liu, Shih-Hao, The Employer's Default in Acceptance of the Performances under Employment Relation, Taipei University Law Review, no. 57, pp. 121-268, 2005.
22. 劉志鵬，勞動法解讀，2000。
Liu, Zhi-Peng, Explanation of Labor Law, 2000.
23. 劉春堂，民法債編各論(中)，2009。
Liu, Chun-Tang, Civil Code: Kinds of Obligations (II), 2009.
24. 鄭玉波，民法債編各論(上)，16版，1995。
Zheng, Yu-Po, Civil Code: Kinds of Obligations (I), 16th ed., 1995.
25. 鄭玉波著，陳榮隆修訂，民法債編總論，修訂2版，2002。
Zheng, Yu-Po, Chen, Rong-Long (revised), Civil Code: General Principles of Obligations, 2d ed., 2002.

二、日 文

1. 小宮文人，解雇期間中の賃金と中間収入，載：労働判例百選(別冊ジュリスト165号)，7版，2002。

2. 土田道夫，労働契約法，2010。
3. 外尾健一，労働団体法，1975。
4. 本久洋一，違法解雇の効果，載：講座21世紀の労働法4・労働契約，頁196-212，2000。
5. 西谷敏，労働法，2008。
6. 杉本好央，民法改正論における賃金債権と危険負担，労働法律旬報，1728号，頁6-17，2010。
7. 我妻栄，債権各論上巻，1961。
8. 東京大学労働法研究会編，注釈労働基準法（上），2003。
9. 浅倉むつ子等，労働法，3版，2008。
10. 厚生労働省労働基準局編，労働基準法（上），2005。
11. 荒木尚志等，諸外国の労働契約法制に関する調査研究（労働政策研究報告書NO. 39），2005。
12. 荒木尚志，労働法，2009。
13. 柴田洋二郎，期末手当等からの中間収入の控除の可否，日本労働法学会誌，109号，頁131-138，2007。
14. 菅野和夫，労働法，9版，2010。
15. 盛誠吾，違法解雇と中間収入，一橋論叢，106巻1号，頁19-41，1991。
16. 盛誠吾，賃金債権の発生要件，載：講座21世紀の労働法5・賃金と労働時間，頁60-80，2000。
17. 野川忍，解雇無効の場合の解雇期間中の賃金支払における中間利益の控除の基準，ジュリスト，1329号，頁119-123，2007。
18. 野川忍，わかりやすい労働契約法，2007。
19. 野田進，事例判例労働法，2011。
20. 渡辺章，受領遅滞・危険負担法理からみたスト不参加者の賃金請求権，季刊労働法別冊，4号，頁222-229，1979。
21. 奥田昌道，受領遅滞と危険負担，法学論叢，94巻5・6号，頁195-214，1974。
22. 蓼沼謙一，スト不参加者の賃金請求権，季刊労働法，52号，頁17-30，1964。

The Development and Lessons Related to the Calculation of Wages During the Period of Illegal Dismissal and the Deduction of Interim Incomes in Japan

Yueh-Hung Hou^{*}

Abstract

If a laborer initiates a lawsuit to argue the validity of an employer's dismissal of the terms of employment and the court rules that the dismissal is illegal, the dismissal is invalid and the employment contract shall still exist and continue to be in effect. Under this circumstance, how to calculate and deal with the wages during the period from dismissal to reassumption of duties becomes a major issue in litigation. Particularly, during such a period, if the laborer has received other income due to her or his service for other jobs, then how to deal with the income is also an important issue from the perspective of litigation practice. This question has also been discussed comprehensively and the Supreme Court of Japan has rendered several important judgments to form the precedent principles. This study, first, compiles the laws

^{*} Associate Professor, National Taipei University; Ph. D., Hitotsubashi University, Japan.

Received: September 7, 2011; accepted: December 15, 2011

and regulations of Japan related to illegal dismissal and claims of wages for the purpose of examining the theory and the legal basis. Secondly, this study introduces the theory and the development of the claims of wages and the deduction of interim income to confirm their current approaches and operations. Moreover, this study analyzes the tendency of the present judgments of Taiwan's court to discuss how to deal with the calculation of wages during the period of illegal dismissal and the deduction of interim income. Finally, this study compares the different approaches adopted by Taiwan and Japan in connection with the calculation of wages during the period of illegal dismissal, particularly the issues related to the deduction of interim income, for the purpose of presenting several proposals to improve our theory and legal system.

Keywords: Dismissal, Wages, Interim Income, Default in Acceptance, Impossibility of Payment