臺灣高等法院臺中分院民事判決

110年度重勞上更一字第1號

上　訴　人　黃鈴綺
被上訴人　　永豐金證券股份有限公司
法定代理人　朱士廷
訴訟代理人　宋永祥律師
複代理人　　鄭志誠律師

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5月30日臺灣臺中地方法院106年度重勞訴字第19號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，經最高法院第一次發回更審，本院於110年7月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

確認兩造間之僱傭關係存在。

被上訴人應自民國106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月於翌月15日給付上訴人新臺幣71,914元。

被上訴人就上開第三項給付，另應給付自每期給付翌月16日起算，按週年利率5%計算之利息。

被上訴人並應自民國106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月提繳新臺幣4,368元至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金專戶。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用由被上訴人負擔。

本判決主文第三、四、五項所命給付，於各期清償期屆至後，得假執行；但被上訴人如就主文第三、四項按月以新臺幣71,914元、就主文第五項按月以新臺幣4,368元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、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者，不在此限。民事訴訟法第446條第1

項、第255條第1項第2款定有明文。次按不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加。同法第256條亦有明定。上訴人於原審原請求：㈠確認兩造間之僱傭關係存在；㈡被上訴人應自民國106年3月4日起，按月給付上訴人新臺幣（下同）71,914元，至上訴人回復原職繼續執行職務之日止。嗣於本院審理中，就上開第㈡項請求給付薪資部分，更正為計算至上訴人復職之日止，及按月於翌月15日給付，並追加請求自每期給付翌月16日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；另又追加請求被上訴人應自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,368元至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金專戶（見發回前本院卷三第1頁）。經核上訴人前開更正部分，核係不變更訴訟標的，所為聲明之更正，尚無涉訴之變更問題；另追加薪資利息請求及提繳退休金部分，與其原請求之原因事實，均係基於同一僱傭關係所衍生之糾紛，二者間請求之基礎事實相同，訴訟資料可相互為用，基於紛爭解決一次性原則，與上開規定並無不合，應予准許。

乙、實體方面：

壹、上訴人主張：伊自100年9月26日起任職於太平洋證券股份有限公司（下稱太平洋證券公司），嗣太平洋證券公司於101年11月12日為被上訴人所併購，而轉任被上訴人中盛分公司擔任營業櫃檯主管，職司營業櫃檯事務、審核授權及風險控管業務，每月薪資為71,914元。惟自105年10月間起，被上訴人多次毫無根據欲將伊降為「理專」之非主管職務，藉此減少伊之薪資，伊不同意配合辦理，被上訴人即刻意針對非專責業務之伊設下顯不合理之業績達成目標，進而以伊未達成業績目標，有勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款所定「所擔任之工作確不能勝任」情事為由，於106年2月2日先以口頭對伊預告將於106年3月3日終止勞動契約，再於106年2月9日以書面對伊為預告終止勞動契約之意思表示。被上訴人對伊所為之解僱，顯係因人設事，且不符合解僱最後手

段性原則，不生合法終止勞動契約之效力。又被上訴人拒絕受領伊繼續提供勞務，伊無補服勞務之義務，爰依兩造僱傭契約、民法第487條前段規定之法律關係，求為確認兩造間之僱傭關係存在，並命被上訴人給付伊自106年3月4日至伊復職之日止，按月於翌月15日給付伊71,914元，及自每期給付翌月16日起至清償日止，按週年利率5%計算之遲延利息；另自106年3月4日起至伊復職之日止，按月提繳4,368元至伊於勞工保險局設立之勞工退休金專戶等語。（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，並於本院為訴之追加）。並上訴聲明：㈠、原判決廢棄。㈡、確認兩造間之僱傭關係存在。㈢、被上訴人應自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月於翌月15日給付上訴人71,914元。另追加之訴聲明：㈠、被上訴人應給付上訴聲明第㈢項，自每期給付翌月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈡、被上訴人應自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,368元至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金專戶。

貳、被上訴人則以：上訴人擔任營業櫃檯主管，主要工作內容除達成自身之業績外，更重要的是「管理、執行、輔導、推動、規劃、舉辦及處理」公司所交付之任務等，惟上訴人工作態度消極，歷任主管對其工作態度均有不滿。又伊對全國所有分公司營業科主管之業績，不論是在目標項目、達成率等之要求均相同，並未因人設事，對上訴人特別嚴苛；上訴人所帶領之營業科業績趨勢，一年不如一年，甚至到105 年度所有項目之營業目標均無法達成，其在主管工作客觀上所顯示之數據長期不符伊之需求與期待。再上訴人非一般行政人員，伊以上訴人所帶領之營業科整體業績表現評估其是否勝任工作，並無不當。而伊已依公司工作規則第76條規定給予2次工作績效改善計畫，計給予上訴人4個月期間之改善與觀察，惟終究無法改善，伊乃請上訴人轉任理專，因上訴人拒絕，伊不得已始終止與上訴人之勞動契約，符合勞基法第11條第5款規定，亦符合解僱最後手段性原則，兩造間勞動

契約自已合法終止等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

參、本件經兩造整理並簡化爭點，兩造不爭執事項如下（見原審卷第223-224頁、發回前本院卷三第39頁反面-40頁、本院卷第94-95頁）：

一、上訴人於100年9月26日起，任職太平洋證券公司，嗣於101年11月12日太平洋證券公司為被上訴人所併購，而轉任被上訴人中盛分公司擔任營業櫃檯主管，月薪71,914元。

二、上訴人102、103、104、105年度績效考核彙總表個人考績均為乙等。

三、被上訴人於105年10月12日向上訴人提出工作改善通知，給予自105年10月12日起至105年11月30日止，進行為期2個月的第1次工作改善計畫，惟改善期間屆滿，被上訴人認為上訴人未能達成改善目標，經評核結果決議延長改善。

四、被上訴人於105年12月1日起至106年1月31日止，進行為期2個月的第2次工作改善計畫，惟改善期屆滿，被上訴人認為上訴人仍未達成改善目標，未通過第2次工作改善之要求。

五、被上訴人於106年2月3日召開工作改善結果評核會議，就上訴人部分評核結果建議上訴人：1.轉任理專、2.資遣。惟上訴人拒絕轉任理專。

六、被上訴人於106年2月9日以終止勞動契約通知書通知上訴人，上訴人有勞基法第11條第5款「所擔任之工作確不能勝任」之情事，將於106年3月3日辦理資遣。

七、106年2月15日有召開工作改善結果勞資調解會，上訴人、工會代表及被上訴人代表進行協商，希望上訴人能接受轉任理專，免任營業櫃檯主管，惟上訴人仍堅持拒絕轉任理專。

八、被上訴人於106年3月3日資遣上訴人，資遣費214,459元，併於106年3月31日發放上訴人106年3月份薪資時一併發放。

九、兩造所提證物形式上均為真正。

肆、本院得心證之理由：

一、上開兩造不爭執事項為兩造所不爭執，且有相關證據在卷可

稽，堪信屬實。又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項前段定有明文。又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之者而言（最高法院42年台上字第1031號判決意旨參照）。上訴人主張兩造間僱傭關係存在，為被上訴人所否認，則兩造間之僱傭關係是否存在，陷於不明確，致上訴人之法律上地位有受侵害之危險，上訴人提起本件確認之訴部分，自有即受確認判決之法律上利益。

二、按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，勞動基準法第11條第5款固有明文。惟勞動契約為一繼續性及專屬性契約，勞雇雙方間非僅存有提供勞務與給付報酬之權利義務存在關係，其他如雇主之照顧義務、受雇人之忠誠義務，亦存在於契約間，是故勞動契約不應只有契約自由原則之適用，其他之正當信賴原則、誠實信用原則、手段正當性及社會性因素亦應顧慮之，準此，雇主終止契約時，對於勞工既有工作將行喪失的問題，當屬勞工工作權應予保障核心範圍，因此雇主解僱勞工時，應要求雇主對終止契約之採用是為對勞工之最後手段，處於不得不如此實施之方式，倘尚有其他方式可為，即不應採取終止契約方式為之。申言之，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，以符合「解僱最後手段性原則」（最高法院96年度台上字第2630號判決意旨參照）。且雇主在解僱員工時，亦應符合憲法比例原則及平等原則之保障，即應符合為追求正當目的、為達成此一目的所必要、與目的之價值成適當比例之比例原則（大法官會議釋字第369號解釋意旨參照）。再憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障，惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障（司法院大法官會議釋字第443號解釋理由之層級化法律

保留原則意旨參照）。衡諸社會通念，鑑於部門主管職務，其職責恆須領導部門其他員工，且與其他部門密切配合，除個人工作表現外，尚有部門團隊員工整體工作表現與營運績效考量，自應給予雇主整體性考量之較大自主空間，然勞工身分之保障，與其是否擔任主管職務之職位保障，二者受工作權保障之規範密度應有不同，雇主亦不能以擔任部門主管之勞工無法勝任部門主管職務，而於勞工尚有其他職務可資安排時，即認勞工已無法勝任工作，逕行將之解僱，否則即與前揭「解僱最後手段性原則」有違，先予敘明。

三、查上訴人自101年11月12日起轉任被上訴人中盛分公司營業櫃檯主管，嗣於105年10月12日，被上訴人以上訴人個人及營業科長期財富管理業務績效未達標準，向上訴人提出工作改善通知，給予自105年10月12日起至105年11月30日止，進行為期2個月的第1次工作改善計畫，惟改善期間屆滿，被上訴人認為上訴人未能達成改善目標，經評核結果決議延長改善，再於105年12月1日起至106年1月31日止，進行為期2個月的第2次工作改善計畫，惟改善期屆滿，被上訴人認為上訴人仍未達成改善目標，未通過第2次工作改善之要求，乃於106年2月9日以記載「您（按指上訴人）於民國106年2月2日出具的工作改善結果評核表暨其指定期間內之改善作為，經所屬主管評核尚有部分改善內容未符公司需求，顯有勞動基準法第十一條第五款所稱：『所擔任之工作確不能勝任』之情形」等語之終止勞動契約通知書，通知上訴人將於106年3月3日辦理資遣，復於106年2月15日召開工作改善結果勞資調解會，由上訴人、工會代表及被上訴人代表進行協商，希望上訴人能接受免任營業櫃檯主管轉任理專，因上訴人拒絕，被上訴人即於106年3月3日資遣上訴人乙節，為兩造所不爭執，且有上訴人所提終止勞動契約通知書（見原審卷第13頁），被上訴人所提上訴人105年10月12日第一次工作改善通知函申請表、被上訴人105年12月1日第一次工作改善結果評核表、上訴人105年12月1日第二次工作改善通知函申請

表、被上訴人106年2月2日第二次工作改善結果評核表及被上訴人中盛分公司106年2月3日工作改善結果評核會議紀錄、106年2月15日工作改善結果勞資調解會會議紀錄（見原審卷第70-75頁）等件在卷可稽，當信屬實。

四、被上訴人主張上訴人102、103、104、105年度績效考核彙總表個人考績均為乙等，而有長期業務績效未達標準乙情，固據提出上訴人102、103、104、105年度績效考核彙總表（見原審卷第59-69頁）為證。惟依被上訴人工作規則第76條規定員工考核之考績等第及評分說明可知，被上訴人員工考核之等第分為優等、甲等、乙等、丙等，其評等分別為傑出、適任、可接受、不適任或應辭退（見原審卷第30頁反面），亦即乙等之評等仍為可接受，尚非如同丙等之評等為不適任或應辭退。故雖上訴人於102至105年考核成績均列乙等，然依上開工作規則之規定，上訴人之工作表現雖不理想，但仍屬可接受範圍，亦即上訴人102至105年度之考績雖經被上訴人評等為乙等，然依被上訴人之工作規則，仍為可接受之程度，並未達丙等之評等為不適任或應辭退之程度，自難認上訴人之工作表現，業已符合勞基法第11條第5款「所擔任之工作確不能勝任」之情形。

五、上訴人主張被上訴人中盛分公司設有營業科、理財科、管理科，營業科櫃檯主管之工作目標為「協助分公司經理人達成預定營業目標」，主要工作執掌為「管理營業人員，並確保每日業務各項流程正常運作」、「執行及維護客戶風險控管」、「輔導營業人員業績達成與成長」等；不同於理財科科長之工作目標為「透過招募、訓練、考核、培養與激勵業務人員，以達成公司交付之業務目標・・・」，主要工作職掌為「掌握追蹤理專業績進度」、「VOT檢討理專」、「輔導未達業績理專」等，亦即上訴人主要業務為證券交易營業之正常運作與客戶風險控管等，以協助分公司經理人達成預定營業目標，至於有關基金、保險等財富管理業務，並非其主要專責業務乙節，確有被上訴人之營業櫃檯主管、理財科

長之職務說明書在卷可按（見原審卷第57頁、發回前本院卷二第335頁），信屬為真。則被上訴人以非上訴人主要專責業務之「個人及營業科長期財富管理業務績效未達標準」為由，第一次要求其對1.基金業務2.保險業務為工作改善（見原審卷第71頁），第二次要求其對1.基金業務2.保險業務3.複委託業務為工作改善（見原審卷第72頁），進而以上訴人非專責業務改善未符標準為由，即認上訴人符合勞基法第11條第5款所定「所擔任之工作確不能勝任」情事，對上訴人終止勞動契約（見原審卷第13頁），顯與上開被上訴人依營業櫃檯主管職務說明書課予上訴人之主要專責業務目標與職掌不符，當不符比例原則，已難認合理。況被上訴人依工作規則第76條規定對上訴人發2次改善通知，上訴人就第1次改善結果（見原審卷第71頁），其中個人基金銷售、保險佣收業務均已達標，僅科別未達標，足見上訴人就被上訴人公司期望之業績，已盡力達成目標，難認有消極不配合情形，雖仍有部分未達標，但被上訴人接續再發第2次改善通知，又將上開目標均提高甚多，其中個人、科別基金銷售由261萬元、2349萬元，增加為349萬402元、3141萬3618 元；保險個人、科別佣收由4萬5000元、40萬5000元，增加為6萬元、54萬元，甚且再增加之前所無之複委託項目為個人、科別改善項目。雖被上訴人辯稱上開目標數較諸106年1月中盛分公司KPI績效表計算得出之年度預算數低等語。惟就此上訴人稱：被上訴人係以理財科及營業科2個月平均預算數充當營業科的改善項目預算數，做為其改善項目預算數，尤其其中複委託項目部分，被上訴人係於106年2月通路區督導會議臨時動議時，始同意科主管掛複委託客戶等語，確有其所提被上訴人2017年2月通路區督導會議紀錄（見發回前本院卷一第65-66頁）、預算數與改善函目標數比較表（見發回前本院卷三第16頁）在卷可按。對此被上訴人亦不爭執上開改善函目標數為其就總公司發給中盛分公司之105年度KPI預算數（見本院卷第205頁），按中盛分公司負責業務之主管及理

專人數共17人（包含營業科9人及理財科8人）所為之平均值所計算得出，且第二次改善通知函記載基金業務之改善項目目標值，個人部分為349萬0,402元、科別部分為3,141萬3,618元，係當時之主管計算錯誤所致，正確之金額，個人部分應為314萬8,614元、科別部分應為2,833萬7,526元等語（見本院卷第178-181頁）。則被上訴人未考量理財科與營業科之主要專責工作不同，逕以理財科及營業科之人數平均後，充當營業科的改善項目預算數，做為上訴人改善項目預算數，並增列事後始同意科主管掛複委託客戶之複委託業務項目為上訴人個人之改善項目，亦未盡合理。再者，上訴人稱：被上訴人內部舉辦之105年行銷活動卓越菁英獎勵活動全省科級主管獎排名結果，中區有11名科主管，上訴人排在第5位，以全國77名科級主管排名，伊亦位居第44名等語，確與被上訴人107年2月22日（107）永豐金證法令遵循處字第16號函及附件一相合（見原審卷第180-183頁），堪認上訴人於上開105年競賽項目之績效在被上訴人公司之排名非差，雖業績屬倒數7%之範圍，但尚有33名主管排名在其後，且同為中盛分公司理財科主管謝錫勳亦在其排名之後。依上開說明，實難認上訴人確屬不能勝任工作、工作態度消極已達解僱之標準。

六、被上訴人雖復稱上訴人為營業櫃檯主管，該職位設立之工作目標為協助分公司經理人達成預定營業目標，上訴人營業櫃檯主管之職務內容，自以帶領營業科全體營業員達成分公司營業目標為主要職責，然上訴人所帶領的營業科業績趨勢，一年不如一年，依上訴人107年2月22日（107）永豐金證法令遵循處字第16號函附件二所示全台分公司自105年6月起至106年12月止之KPI成績評分總表，於全台55個分公司營業科業績比序，中盛分公司與其他分公司相比實屬落後，至資遣上訴人，另覓新的營業櫃檯主管後，於106年5月後即向上攀升到全國第19名，足見上訴人任內業績於全國之排名確有低落無訛，可認上訴人確有不能勝任工作之情形，再上訴人非

一般行政人員，伊以上訴人所帶領之營業科整體業績表現評估其是否勝任工作，並無不當等語。然被上訴人上開主張，充其量僅足以證明上訴人無法勝任營業櫃檯主管，尚不能認為上訴人已無法從事被上訴人其他工作，此觀被上訴人於對上訴人為二次工作改善計劃，認上訴人未能達成改善目標後，建議上訴人1.轉理專2.資遣，有中盛分公司106年2月3日所召開之工作改善結果評核會議紀錄記載在卷可稽（見原審卷第74頁），及被上訴人於106年2月15日召開工作改善結果勞資調解會，上訴人、工會代表及被上訴人代表進行協商，被上訴人希望上訴人能接受轉任理專，免任營業櫃檯主管（見兩造不爭執事項㈦）自明。又依被上訴人營業櫃檯主管職務說明書（見原審卷第57頁）及人力資源管理系統中盛分公司部門及工作性質名冊（見發回前本院卷一第128頁）可知，被上訴人營業科轄下所屬，尚有營業員8人及輸單員1人、公庫接單員2人，被上訴人亦未證明上訴人除營業櫃檯主管外，亦不能勝任原營業科轄下業務人員。則縱上訴人確已無法勝任營業櫃檯主管職務，被上訴人亦曾提議上訴人可免兼營業櫃檯主管，轉任理專，而被上訴人亦非已無其他工作可安排上訴人，且稽之首揭說明，勞工身分之保障，與其是否擔任主管職務之職位保障，二者受工作權保障之規範密度應有不同，被上訴人自不能以上訴人已無法勝任營業櫃檯主管職務，而於尚有其他職務可以安排時，即逕推認上訴人已符合勞基法第11條第5款「所擔任之工作確不能勝任」之解僱事由。

七、基上、本件應認被上訴人將上訴人解僱，不符比例原則且違反解僱最後手段性原則，上訴人並未達勞基法第11條第5款「所擔任之工作確不能勝任」之解僱事由，故被上訴人依該款規定，終止兩造間之勞動契約，並不合法。則被上訴人既未合法解僱上訴人，兩造間之僱傭關係當仍存在。從而，上訴人據此請求確認兩造間之僱傭關係存在，當屬有據。

八、本件應認被上訴人未合法解僱上訴人，兩造間之僱傭關係仍

屬存在，已據本院認定如前。又上訴人之請求如有理由，被上訴人對於上訴人得請求被上訴人給付自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月於翌月15日給付上訴人71,914元，及自每期給付翌月16日起算，按週年利率5%之計算之法定遲延利息，及自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,368元至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金專戶，並不爭執（見本院卷第94頁），則上訴人另依兩造間勞動契約，請求被上訴人給付及提繳上開金額，亦屬有據。

九、綜上所述，上訴人依兩造間之僱傭契約及民法第487條前段等法律關係，請求確認兩造間之僱傭關係存在，並請求被上訴人應自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月於翌月15日給付上訴人71,914元，為有理由，應予准許。原審為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二、三項所示。又上訴人於本院追加㈠、被上訴人應給付上訴聲明第㈢項，自每期給付翌月16日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈡、被上訴人應自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,368元至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金專戶，亦有理由，應予准許，爰判決如主文第四、五項所示。再本判決所命上開給付，應依勞動事件法第44條第1項規定，依職權宣告假執行，並依同條第2項規定宣告被上訴人供擔保後，得免為假執行。

伍、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院斟酌後，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐一詳予論駁。

陸、據上論結，本件上訴及追加之訴為有理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　17　　日

勞動法庭　　審判長法　官　張瑞蘭

法　官　林孟和

法　官　洪堯讚

正本係照原本作成。

被上訴人得上訴。

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。

如委任律師提起上訴，發回更審後為訴之變更（追加、擴張）部分應一併繳納上訴裁判費。

書記官　賴玉芬

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　17　　日