臺灣高等法院民事判決

109年度重勞上字第40號

上　訴　人　何美慧

訴訟代理人　詹素芬律師(法扶律師)

被 上訴 人　特力股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　李麗秋

訴訟代理人　俞大衛律師

上列當事人間請求確認僱傭關係等事件，上訴人對於中華民國109年6月15日臺灣士林地方法院108年度重勞訴字第11號第一審判決提起上訴，本院於109年12月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊自民國86年11月3日起受僱於訴外人特力屋股份有限公司（下稱特力屋公司），於99年7月1日轉調至同集團之被上訴人公司，擔任稽核室之專案副理，每月薪資經陸續調整後為新臺幣（下同）6萬3000元，於次月5日前給付。詎被上訴人於108年1月31日以伊未通過績效改善計劃為由，依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定終止兩造間之勞動契約。惟伊於任職期間並無被上訴人所指不能勝任工作之情事，被上訴人復未以調職等方式保障伊之工作權而逕予資遣，不符合解僱之最後手段性原則，其終止勞動契約為不合法，兩造間之僱傭關係繼續存在。被上訴人終止勞動契約，有拒絕受領伊提供勞務之意，伊無補服勞務之義務，被上訴人應自108年2月1日起至伊復職之日止，按月給付伊原領薪資等情。爰依兩造勞動契約、民法第487條規定，求為確認兩造間僱傭關係存在，命被上訴人給付伊12萬6000元，其中6萬3000元自108年3月6日、其餘6萬3000元自108年4月6日起算法定遲延利息，暨自108年5月1日起至伊復

職之日止，按月於每月5日前給付伊6萬3000元及各期法定遲延利息之判決。

二、被上訴人則以：上訴人於106年度、107年度之績效考核均為待改善，伊遂依集團績效計劃與管理辦法（下稱系爭管理辦法），自107年12月10日起至108年1月25日對之進行7週之績效改善計劃，並表明若無法通過此計劃之要求，將終止僱傭關係。上訴人於績效輔導期間屆至，仍未能達成其自訂之預定目標，已達不能勝任稽核工作之程度。伊曾在進行績效改善計劃前詢問上訴人有無調職之意願，惟上訴人表示無意願，伊乃於108年1月31日終止兩造勞動契約，並給付資遣費及預告工資共113萬1375元，符合解僱最後手段原則。如認伊應給付上訴人薪資，亦得以伊已給付之資遣費及預告工資為抵銷等語，資為抗辯。

三、原審判決上訴人全部敗訴，上訴人不服，提起上訴，其聲明：㈠原判決廢棄。㈡確認兩造間僱傭關係存在。㈢被上訴人應給付上訴人12萬6000元，其中6萬3000元，自108年3月6日起至清償日止，按年息5%計算之利息；其餘6萬3000元，自108年4月6日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈣被上訴人應自108年5月1日起至上訴人復職之日止，按月於每月5日前給付上訴人6萬3000元，暨各應給付日之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈤願供擔保請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、下列事項為兩造所不爭執，應可信為真實（見本院卷第86至87、89頁、原審卷第14頁，並依判決格式增刪修改文句）：

㈠上訴人自86年11月3日受僱於特力屋公司，並在99年7月1日轉調至同集團之被上訴人公司，在稽核室依序擔任資深專員、專案副理，每月薪資經陸續調整後，為6萬3000元。有內部轉調申請單、關係企業員工調任單為證（見原審卷第26至27頁、本院卷第125頁）。

㈡上訴人實施績效改善計劃情形：

1.上訴人106年度績效評估有85%為未達成目標（評等N，指待改善，見原審卷第104頁），107年度績效評估為100%未達成目標（評等N），依系爭管理辦法第4.5條第⑶項第01款規定，於107年12月10日至108年1月25日實施績效改善計劃。有上訴人106、107年度績效表單、績效改善計劃表-績效改善通知書為證（見原審卷第28至42頁）。

2.績效改善計劃分4階段，依序為：規劃期、資料比對驗證、產出期中報告、製作底稿完成報告。有證人即上訴人主管郭羿姍、吳蓓蘭證述為證（見原審卷第204、211頁）。

3.上訴人實施之績效改善計劃，依序為：107年12月10至12日之規劃期、107年12月13至27日資料比對產出稽核發現、107年12月28日至108年1月10日期中報告撰寫、108年1月11至24日完成結案報告暨底稿完成。有績效改善計劃表-目標設定表為證（見原審卷第43頁）。

㈢被上訴人以上訴人經績效改善計劃特別輔導後，仍未達預定目標為由，於108年1月31日依勞基法第11條第5款終止兩造勞動契約，並給付上訴人資遣費及預告工資共113萬1375元。有績效改善計劃表-輔導期終建議表、資遣通知單、存入憑證為證（見原審卷第51、24至25頁）。

五、兩造之爭點如下：

㈠上訴人是否無法勝任工作？

1.上訴人客觀上是否無法勝任工作？

2.上訴人主觀上是否無法勝任工作？

㈡被上訴人終止勞動契約，是否符合解僱最後手段性？

六、茲就兩造之爭點，說明本院之判斷如下：

㈠按勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主得預告終止勞動契約，勞基法第11條第5款定有明文。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」、「可以做而無意願做」，違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務，在

雇主於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」（參照最高法院109年度台上字第1516號、86年度台上字第82號判決意旨）。

㈡上訴人客觀上無法勝任工作：

1.上訴人自99年7月1日轉調至被上訴人公司後，即在稽核室任職，依序擔任資深專員、專案副理（見不爭執事項㈠），於106年3月27至30日參加被上訴人提供之稽核軟體Arbutus培訓，領有合格證書（見原審卷第168頁），此據被上訴人陳明在卷，且未為上訴人爭執（見原審卷第154頁），則上訴人提供之勞務內容，應符合兩造約定之勞務內容即稽核工作，其理自明。上訴人於106、107年度之績效評估之評等為N（指待改善，見不爭執事項㈡），觀諸上訴人106、107年度績效表單上，其主管吳蓓蘭評語謂：「（西元）2017年整體運作失常，未如往年之工作水準；期許能重新檢視個人每項工作之運作目標，定位好自我角色，重新出發，積極面對現況，強化稽核專業職能。」、郭羿姍評語謂：「1.同仁對於大型通路門店、裝修通路門店負責之查核報告仍無法達成部門要求之正確率，要求彙總之中小型年度報告亦無法提出有效益之分析，且時程規劃上仍顯不足而影響團隊整體運作。2.配合執行2019年大型通路規劃，於撰寫稽核重點及查核方式等項目，無法將以往學習經驗有效發揮及應用，而影響團隊整體運作時效。3.主導2019年裝修通路稽核提案，無法有效發揮以往稽核知識及經驗提出有效之運作方案供團隊採納。4.擔任稽核工作多年，工作品質及時效掌握仍有不足，需要團隊其他成員的協助、覆核或補位，致影響成效。」等語（見原審卷第34、41頁）。佐以被上訴人實施上開績效評估目的，在於針對員工年度目標達成實際成果進行正式評估，給予績效等級，並以此作為調薪、獎金發放、晉升、培訓、獎勵、轉調或績效改善計劃等人事決策之依據（參系爭管理辦法第4.4條第⑴項規定，見原審卷第103

頁）。是由上訴人績效評估之評等及其主管評語觀之，上訴人客觀上是否能勝任其所擔任之稽核工作，已非無疑。

2.其次：

⑴經臺北市政府勞動局核備之被上訴人工作規則第44條績效管理、考核與輔導規定：「為建立績效導向之管理信念以及高績效之工作文化，經由主管與員工定期的溝通與檢討，管理員工的具體工作貢獻與行為表現，使員工績效目標設定方法有所依據，達到結合並提升個人及組織整體績效之目的，得以符合公司發展方向。本公司員工皆須遵循績效管理制度，考核成績不佳者，應進行績效特別輔導。績效特別輔導期間，當事人不得……轉職……。經績效特別輔導後，……表現仍未達要求者，公司得終止僱用關係，並依資遣規定辦理。」（見原審卷第143至144、145頁）；系爭管理辦法第4.4條第⑶項第01款、第4.5條第⑴項、第⑶項第01款規定，被上訴人對所屬員工之績效評估分為五個等級：表現傑出（O）、超出預期（E）、達成目標（S）、待改善（N）、不勝任（I）；若員工績效等級為不勝任（I）或連續2年為待改善（N），主管須實施績效改善計劃，以輔導並明確要求員工於議定期間內立即且明顯的改善績效（見原審卷第104至105頁）。參以上開工作規則之性質，係被上訴人提出之勞動條件，因上訴人明示或默示繼續提供勞務而成為兩造勞動契約之內容，上訴人自應受其拘束。查，上訴人於106、107年度之績效評估之評等為N，被上訴人依上開規定，於107年12月10日至108年1月25日對上訴人實施績效改善計劃，即屬有據。上訴人主張：伊係遭被上訴人片面要求參加績效改善計劃，伊為繼續留在被上訴人公司，根本無從拒絕云云，自不足取。

⑵觀諸上訴人之績效改善計劃表-績效改善記錄表（下稱記錄表）中「工作情形及觀察記錄欄」之記載略謂：⑴107年12月14日：「12/12所提出17個查核重點，有8個無法執行，規劃簡報修改了四次，顯示本次稽核規劃簡報之製作及思維欠

缺嚴謹」。⑵107年12月25日記載：「未先確定本次查核之驗證範圍，致無法有效使用稽核軟體執行資料分析，且資料態樣及欄位未進行瞭解及確認其完整性，致無法正確達到該項查核重點之目的，亦增加資料比對處理時間。」、「截至目前僅進行一份底稿C1-2之資料比對，且比對邏輯及方式有誤，造成耗費時間核對驗算；另與原規劃同期間應完成底稿B1（優先完成，完成時間：2日）已有時間上差異。」。⑶108年1月2日記載：「交出4份稽核底稿，僅有1份底稿完成查核，另3份底稿有以下問題：……。綜上，專案截至2018/12/27應完成至第二階段產出稽核發現，目前完成率僅11%。」。⑷108年1月7日記載：「01/02-01/04無新的工作進度」。⑸108年1月22日記載：「01/07-01/11未提出工作進度報告，故無法給予指導」、「截至2019/01/18止，依規劃進度應進行至第四階段（底稿完成及撰寫結案報告），惟目前進度已嚴重延遲，原因如下：1.未完成第二階段（稽核發現之資料比對），完成率僅11%。2.基於未完成正確之稽核發現，亦無法完成規劃之第三階段（撰寫稽核期中報告）。3.無正確之稽核發現，即無法進入第四階段（編制完整之工作底稿）。」、「2019/01/14-01/18：當週交出3份稽核底稿，說明如下：……1.未確認欄位資料格式，致所寫之判斷式無法找出異常資料……2.查核作法已指導過，同仁仍未用其方法執行資料比對……。」等語（見原審卷第44至49頁）。依上記載內容，可認上訴人於績效改善計劃過程中，其能力仍不足以處理所設定之題目及內容，並造成進度延宕，最後使原設定之目標未完成（參績效改善計劃表-輔導期終建議表，見原審卷第51頁）。

⑶上訴人自陳：伊原要做店務稽核，但吳蓓蘭說店內稽核已經結束，他要伊做之前已經做過的一個專案，重新再做一次，該專案伊之前是組員，曾做過局部內容等語（見本院卷第89頁）。證人即上訴人直屬主管郭羿姍、二階主管吳蓓蘭（見原審卷第51頁）證稱：上訴人實施績效改善計劃的題目，是

從上訴人曾經做過的案子中，採取顧客退換貨的案子執行，裡面的項目和內容都是上訴人自己去規劃執行；上訴人在每一個規劃的時間排得比較緊，吳蓓蘭都在每個期間追加一到兩天的時間給她，最後議定的時間是108年1月24日；執行規劃期間，上訴人提出的內容在執行時做不出來，要求排除該部分內容，郭羿姍、吳蓓蘭亦同意排除等語（見原審卷第204、211頁）。依上，上訴人實施績效改善計劃的題目及時程，既係上訴人與其主管討論後選定及議定，且題目是上訴人曾經執行的專案，可見績效改善計劃的工作內容及期間，符合系爭管理辦法第4.5條第⑶項第04、05款規定：績效改善計劃之目標係具體且可達成，期間為1至3個月（見原審卷第105頁），惟上訴人仍無法於時程內完成績效改善計劃預定工作內容，足見上訴人對於其所從事之稽核工作客觀上有不能勝任之情事。

㈢上訴人主觀上不能勝任工作：

1.揆諸前述工作規則第44條、系爭管理辦法第4.5條第⑴項規定，績效改善計劃目的在於輔導改善員工工作表現，以達其職務之基本要求，最終仍應由員工以自身之努力證明自身足以勝任工作，其理自明。又依被上訴人交付上訴人於107年12月10日收受之績效改善計劃表-績效改善通知書記載內容（見原審卷第42頁），上訴人當知其因績效等級連續2年為待改善而需進行績效改善計劃，如未能通過此一特別輔導，被上訴人得終止兩造僱傭關係。則績效改善計劃執行結果既攸關上訴人得否繼續工作，上訴人主觀上自應積極執行績效改善計劃工作內容、努力證明自身具有擔任稽核工作之基本要求。惟查：

⑴證人郭羿姍證稱：在第一階段規劃期，上訴人的規劃簡報就來來回回就被改了4次，為何會被改4次，因為上訴人抄了前人做的所有內容，但沒有去思考這次的時間限制或者是有無其他範圍的限制，導致跟上訴人確認的過程中，有些項目其實是做不到的，所以這樣修改了多次；第二階段進行資料比

對的過程中，上訴人並沒有針對所進行的內容對他們提出任何的問題或者反應不會的地方，所以伊就會認為上訴人是會自己完成的，但到了開會前一天，伊針對上訴人繳交的資料進行核對及驗證，發現很多邏輯都是有問題及錯誤的，這些都有在會議上口頭跟上訴人說明，並且請上訴人回去要進行修正，但上訴人似乎聽不懂或是不曉得，會後也沒有提出疑問或問題反映，再交出來的東西還是跟前次的問題相同，所以到了12月底，進度應該要完成第二階段，但上訴人的資料比對還是只有達到第二階段11%的程度；到了隔年1月2日開始，上訴人就沒有很想要面對這些問題，甚至沒有新的工作進度，導致整個績效改善的進度停留在第二階段，經過這些時間，其實他們一直都有再給上訴人機會，不然也不會別在上訴人每一次繳交資料後，還特別花時間去核對資料的完整性及正確性，甚至幫上訴人找出問題，但似乎上訴人沒有很想要接受給她的建議，所以導致這些問題一直存在，伊會覺得有一點浪費時間，甚至上訴人要求做給她看，伊會覺得如果要做給她看，就伊自己做就好了，就不用上訴人來做；再來，稽核員項目之假設或情形，都是自己要去驗證的，如果稽核員自己都無法去驗證這些邏輯關係，那上訴人真的不適合做稽核員等語（見原審卷第204至205頁）。

⑵證人吳蓓蘭證稱：在績效改善期間，伊特別將部門內2台專用電腦中，調動1台電腦給上訴人單獨使用；伊會跟郭羿姍一起檢核上訴人所提之進度，郭羿姍也會將進度提早給伊，有時內容較多會安排一個會前會，因為伊希望在會議時能夠有機會可以換一種方式講給上訴人聽；召開會議過程中，郭羿姍做相關說明，伊會再次確認所核對之內容，在會議之後，伊會與郭羿姍核對指導的內容，並將內容整理書面以電子郵件方式寄給上訴人；績效改善四階段預定是七個工作週，除規劃期是一個工作週外，剩餘三階段是各兩個工作週，在第一週跟第二週時，上訴人有依進度在執行，並在績效改善計劃表上有簽名，第三週開始進度就有落後，有時第

四、五週還沒交進度，在輔導過程中，會議時會詢問上訴人績效改善之內容，比對驗證邏輯基礎是什麼，有時上訴人會回答不出來或說不會，伊會問不會為什麼平時不問，上訴人就會沒有反應，沒有回答，所以才會最後看到績效改善進度只有11%；稽核員上屬單位是董事會，以上訴人在執行專案過程中的態度，第四、五週沒有交進度，視同怠工，如此是沒有辦法跟主管及上屬單位陳報的等語（見原審卷第210至212頁）。

2.由證人郭羿姍、吳蓓蘭上開證述內容，可知上訴人在執行績效改善計劃期間，態度消極，並無積極尋求方法改善工作績效，當改善進度落後，即無心參與績效改善計劃過程。次依記錄表內容，上訴人於108年1月2至4日無新的工作進度，上訴人則註記因身體不適等語，惟上訴人在同年月7至11日仍未提出工作進度報告（見原審卷第46至47頁），更違反前述工作規則第44條規定，於108年1月11日績效改善計劃期間，以電子郵件向被上訴人表示：「職仍傾向『調整職務（不降薪）』」等語（見原審卷第50頁），為調整職務之請求，足見證人郭羿姍、吳蓓蘭上開證述上訴人無心參與績效改善計劃過程等節，應為可採，上訴人主張證人郭羿姍、吳蓓蘭仍在被上訴人公司任職，其證詞偏頗云云（見本院卷第23頁），洵無可取。被上訴人於108年1月24日向上訴人告知其經輔導後，因仍未達預定目標，將終止僱傭關係後，上訴人反稱：「我贏了」等語，此為上訴人不爭執（見本院卷第88頁），由此益證上訴人已無意願繼續從事所任之稽核工作。上訴人雖稱：因伊欲向被上訴人申訴，惟遭拒絕且資遣伊，伊就說伊贏了，可以去向勞工局反應了云云（見本院卷第88頁），惟如上訴人有意願繼續在被上訴人公司工作，焉會以此表達其遭解僱後之感受？依上各節，足見上訴人主觀上已無意願忠誠履行勞務給付之義務，而有不能勝任工作之情事。

㈣上訴人主張：107年之績效評核應至107年12月31日後才能具

體檢視，被上訴人提早至107年11月30日即完成107年之評核，可知被上訴人無意客觀評估上訴人績效，致上訴人迫於主管強勢，擔憂不於績效改善計劃表簽名，可能會被資遣，方於績效改善計劃表簽名云云。惟被上訴人的績效評估過程，每1年都是從1月1日至年底，但績效的結果會作為績效獎金發放的依據，而績效獎金會在過年前發給員工，所以基本上人資作業需要時間，所以就會依照過年的區間來截止計算期間，但人資事先都會發公告說結算到何時，所以年底的區間是會浮動的乙節，業據證人郭羿姍、吳蓓蘭證述在卷（見原審卷第206、212頁），佐以被上訴人所提105至108年之各年度績效啟動通知公告之截圖所載內容（見原審卷第136至139頁），已明確記載績效考核（員工完成自評）截止日期（上開年度之截止日期，依序為105年12月2日、106年12月8日、107年11月26日、108年11月11日），則被上訴人辯稱：每年度績效評核之截止日因次年農曆年日期不同而有變化，且由人力資源部事先公告，對所有員工一體適用等語，堪為可採。況本件上訴人之評核截止日係107年11月30日，並無特別提早之情事，是上訴人據此論斷被上訴人無客觀評估上訴人績效一事，並不可採。

㈤上訴人復主張：被上訴人所為輔導及考核成果評估均採抽象，無客觀標準之方式為之，伊欲以此提起申訴時，卻遭拒絕，足見被上訴人並無綜合考量伊之工作能力、身心狀況、學識品行等積極客觀方面及主觀上是否有能為而不為，可以做而無意願之消極不作為情形，即逕行認定伊無法勝任工作，更證被上訴人確有偏頗云云。惟徵諸前述記錄表上「工作情形及觀察記錄欄」，均逐項具體載明上訴人於績效改善計劃之工作表現，並非僅以抽象主觀意見而為評斷。另依系爭管理辦法第4.6條：「員工針對績效等級、主管回饋及其後續之處理方案有異議時，可向員工之上二階主管或人力資源單位提出申訴；如情節特殊，得向單位最高主管或公司最高主管提出申訴……。」規定，上訴人得申訴之客體為績效

等級、主管回饋及「其」之後續處理方案，惟本件之績效改善計劃結果非為該條列舉得申訴之項目，是上訴人主張其於108年1月24日被告知資遣後，被上訴人拒絕其所提申訴，而認解僱行為不合法云云，洵無足取。

㈥上訴人又主張：伊於績效改善計劃過程中，被上訴人指定之輔導員（郭羿姍、吳蓓蘭）未給予協助，且伊欲使用公用空白範本執行績效改善計劃時，發現空白範本遭蓄意移除，詢問後始知悉係吳蓓蘭要求伊獨立完成；吳蓓蘭未特別挪出電腦供伊使用，伊使用的電腦老舊，使用的軟體跑大量數據時易當機；伊於108年1月24日仍積極分析數據資料，可見伊已積極執行績效改善計劃云云，並提出上訴人與郭羿姍、吳蓓蘭108年1月22、23日開會錄音譯文、現檔案遭移除，無法取得空白範本之證明資料、上訴人積極分析數據資料之相關檔案及修改存檔日期影本等件為證（見原審卷第111至120頁、本院卷第123、127至137頁）。惟績效改善計劃本應由上訴人自行完成，以證明其具有兩造勞動契約約定工作內容之資格及能力，已如前述，況吳蓓蘭並非被上訴人指定之輔導員，被上訴人指定之輔導員郭羿姍，係於輔導期間進行上訴人工作觀諸與記錄其於輔導期間之表現，此觀績效改善計劃表-績效改善通知書記載明確（見原審卷第42頁），則郭羿姍及吳蓓蘭本無協助上訴人執行績效改善計劃之義務，上訴人既未能提出及舉證被上訴人應給予協助之相關依據（見本院卷第88頁），且由上開錄音譯文，可見郭羿姍、吳蓓蘭已從旁指導上訴人執行績效改善計劃，自應由上訴人自行找出問題癥結與得出解答，惟上訴人仍無法意識問題之所在，反要求郭羿姍示範說明，此觀上訴人稱：「那現在的差異點在哪裡，我不懂」、「那為什麼在上次的時候，你沒提醒我這個」、「因為我是聽不懂，我不是不聽」、「（不懂，你不會問嗎）因為我不知道怎麼問啊」、「能不能說請你DEMO讓我知道一下狀況。」等語即明（見原審卷第111至112頁），可見上訴人已欠缺回應郭羿姍及吳蓓蘭提出問題之專業能

力，自不能因郭羿姍、吳蓓蘭未協助上訴人完成績效改善計劃，而認上訴人客觀上、主觀上無不能勝任工作之情事。再者，細譯錄音譯文全文及上訴人執行績效改善計劃期間之記錄表，上訴人未曾以空白範本遭移除、使用的電腦老舊為由，向郭羿姍、吳蓓蘭反應其因此無法完成績效改善計劃，上訴人事後再以此茲為其無法完成績效改善計劃之理由，實不可取。況由上訴人提出之相關檔案及修改存檔日期影本（見本院卷第127至137頁），亦無足認定其主觀上無不能勝任工作之情事。上訴人以前揭情詞，主張其已積極執行績效改善計劃云云，即不可採。

㈦上訴人再主張：伊任職被上訴人公司近22年，累積豐富之工作經驗及能力，縱被上訴人認定伊無法從事稽核職務，自可安排有經驗並能適任之工作，而非在伊要求調整職務時，即逕將伊資遣，顯不符合解僱最後手段性原則云云。惟被上訴人在107年12月10日進行績效改善計劃前，吳蓓蘭已於同年月4日先行詢問上訴人是否要調去其他部門，經上訴人拒絕，表示要留在稽核室，次日上訴人再一次表達想留在稽核室乙節，業據證人吳蓓蘭證述在卷（見原審卷第211至212頁），且核與證人郭羿姍證稱：在進行績效改善計劃前，吳蓓蘭有詢問上訴人是否願意以其之前經歷調去其他公司部門等節（見原審卷第208頁）大致相符，足認被上訴人於上訴人進行績效改善計劃前，已徵詢上訴人是否有調任其他職務，惟遭拒絕。上訴人雖否認上情，主張：吳蓓蘭於107年12月4日告知伊，要嘛就作到今天，要嘛就行績效改善計劃云云（見本院卷第89頁），惟未據提出證據以實其說（見本院卷第89頁），自不可採。又上訴人於108年1月11日要求調整職務，乃在不得調職之績效改善計劃期間，已如前述，且徵以任何職務調動，均伴隨薪資調整，上訴人復要求不降薪（見原審卷第50頁），實屬無理。上訴人據此主張被上訴人違反解僱最後手段性云云，亦無可取。

㈧綜上，上訴人因連續2年之績效評估評等為待改善，經被上

訴人詢問是否轉調其他部門惟遭上訴人拒絕，可見被上訴人已給予上訴人調職之機會；又被上訴人於107年12月10日交付上訴人績效改善計劃表-績效改善通知書，通知其應進行績效改善計劃，預定輔導期間為自是日起至108年1月25日止、共7週，由上訴人與其主管郭羿姍、吳蓓蘭選定績效改善計劃題目及工作，堪認被上訴人已給予上訴人充足之時間改善其工作之表現，以達其擔任稽核職務之基本要求，惟上訴人經過績效改善計劃之特別輔導後，仍未達預定目標，則被上訴人於108年1月31日以上訴人無法勝任工作為由，依勞基法第11條第5款規定，終止兩造僱傭關係，符合解僱最後手段性原則。上訴人主張：被上訴人或因不願讓伊任職滿25年，始以各種不當方式提前資遣云云，誠屬臆測之詞，並不可採。至上訴人提出之本院108年度重勞上字第43號民事判決，核其內容與本件情節尚屬有間（見本院卷第63至71頁），自不足為上訴人有利之認定，併此敘明。

七、綜上，被上訴人依上訴人無法勝任工作為由，依勞基法第11條第5款規定終止兩造勞動契約，於法並無不合。上訴人請求確認兩造僱傭關係存在，並依兩造勞動契約、民法第487條規定，請求被上訴人給付12萬6000元本息，暨自108年5月1日起至上訴人復職之日止，按月給付6萬3000元本息，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，核無不合。上訴人上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。並依民事訴訟法第78條規定，為訴訟費用負擔之判決。

八、末本件事證已臻明確，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，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　29　　日

勞動法庭

審判長法　官　胡宏文

法　官　陳筱蓉

法　官　陳心婷

正本係照原本作成。

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（詳附註）所定關係之釋明文書影本。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　　12　　月　　29　　日

書記官　黃麒倫

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。