臺灣高等法院民事判決

110年度勞上字第118號

上　訴　人　孫亮萍

被 上訴 人　兆豐證券股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　陳佩君

訴訟代理人　張清浩律師

上列當事人間請求確認僱傭關係事件，上訴人對於中華民國110年4月23日臺灣臺北地方法院109年度勞訴字第339號第一審判決提起上訴，本院於111年2月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、原判決廢棄。

二、確認兩造間僱傭關係存在。

三、被上訴人應自民國一０九年九月一日起至上訴人復職之日止，按月於當月末日給付上訴人新臺幣參萬玖仟參佰玖拾元，及自各次月一日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。

四、第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

五、本判決所命給付部分得假執行；但被上訴人如於各期以新臺幣參萬玖仟參佰玖拾元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：伊自民國102年12月26日起受僱被上訴人擔任證券營業員，每月工資新臺幣（下同）3萬9390元，於任職期間未有不能勝任工作之情，詎被上訴人以伊工作績效未達標準為由，依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定，於109年8月31日終止與伊間之勞動契約，並不合法。況被上訴人未對伊進行任何績效改善之協助與輔導，亦未安排伊轉任其他職缺，即逕行終止勞動契約，不符解僱最後手段性原則，兩造間僱傭關係仍屬存在。被上訴人預示拒絕受領伊提供勞務，仍應按月給付工資等情。爰依兩造間勞動契約

及民法第487條之規定，求為確認兩造間僱傭關係存在；命被上訴人自109年9月1日起至伊復職日止按月於當月末日給付伊3萬9390元，及加付自各次月1日起算法定遲延利息之判決。

二、被上訴人則以：上訴人於109年第1季（1至3月）工作績效未達伊訂頒之經紀業務本部營業員績效考核管理辦法（下稱系爭考核辦法）所定考核合格標準，經列為重度績效追蹤改善對象，並給予3個月改善期。伊要求上訴人填寫績效改善行動計劃表，未據其提出，遂依系爭考核辦法第5條第5項第5款規定逐月考核，經逐月考核結果，上訴人同年第2季累計直接貢獻值仍為負值，無法改善，伊不得已始依勞基法第11條第5款規定，預告終止兩造間之勞動契約。伊於上訴人第1季績效考核不合格後，曾徵詢上訴人是否同意降低薪資以降低績效考核合格標準，遭其拒絕，且伊不負有安排轉調義務，並自上訴人未達績效考核合格標準至伊預告終止勞動契約，已留有供其申請轉調合理期間，上訴人未為調職之申請，伊依勞基法第11條第5款規定終止勞動契約，並無違反解僱最後手段性原則等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，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被上訴人應自109年9月1日起至上訴人復職之日止，按月於當月末日給付上訴人3萬9390元，及自各次月1日起至清償日止按週年利率5%計算之利息。㈣就金錢給付部分，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76至77頁）：

㈠上訴人自102年12月26日起受僱於被上訴人擔任證券營業員，並簽訂營業員接單獎金條件，約定每月薪資於當月末日發給，到職1年後依系爭考核辦法進行考核。

㈡被上訴人以上訴人於109年1至3月工作績效未達系爭考核辦

法所定標準為由，於同年4至6月間對其實施績效改善計劃，嗣以上訴人仍未達考核標準為由，於同年7月10日依勞基法第11條第5款規定預告於同年8月10日終止僱傭契約。

㈢上訴人於109年8月4日申請勞資爭議調解，請求被上訴人恢復僱傭關係，被上訴人於同年月7日收受調解通知，俟兩造於同年8月21日調解不成立後，被上訴人於109年8月24日依上開規定預告於同年8月31日終止僱傭契約。

㈣上訴人於109年8月25日去函被上訴人表示於同年9月1日起將繼續提供勞務。

㈤上訴人於109年8月31日遭資遣前每月薪資為3萬9390元（含本薪3萬6990元及伙食津貼2400元）。

五、本件爭點如下：

㈠上訴人是否有勞基法第11條第5款規定之情形？

㈡被上訴人資遣上訴人是否符合解僱最後手段性原則？

六、茲就兩造之爭點，說明本院之判斷如下：

㈠上訴人並無系爭考核辦法第5條第5項第5款規定於改善期間3次未達合格標準之情形，被上訴人執此為由，依勞基法第11條第5款規定終止勞動契約為不合法：

1.按依勞動基準法第11條第5款規定，勞工對於所擔任之工作確不能勝任者，雇主固得預告勞工終止勞動契約。惟勞工對於所擔任之工作是否確不能勝任？應就勞工之學識、品行、能力、身心狀況及其工作態度與敬業精神等客觀情事及主觀意志為綜合之觀察，並本於誠信原則加以判斷該勞工所提供之勞務，是否確已無法達成雇主基於其與勞工之勞動契約，所欲達成客觀上合理之經濟目的（最高法院102年度台上字第2548號判決意旨參照）。

2.被上訴人抗辯：上訴人因109第1季績效考核結果不合格，列為重度績效追蹤改善對象，經第2季3個月改善期間，累計直接貢獻值仍為負數，未能達到合格標準，沒有改善，始予以資遣等語，經查：

⑴被上訴人抗辯：上訴人於109年第1季績效考核結果，累計直

接貢獻值為負1萬3032元、淨貢獻值為負23萬4972元，未達系爭考核辦法第5條第2項第2款考核合格標準，故列為重度績效追蹤改善對象等情，有上訴人109年1至3月營業員淨貢獻報表可稽（見原審卷第85頁、本院卷第99頁），且經證人即時任被上訴人大安分行經理蘇賢文證述屬實（見本院卷第120頁）。依系爭考核辦法第5條第2項第2款規定：「近三個月累計直接貢獻值為負值者，列為重度績效追蹤改善對象」（見原審卷第74頁），足認被上訴人將上訴人列入績效追蹤改善對象，核符上開規定。

⑵蘇賢文於109年4月14日要求上訴人填寫績效改善行動計劃表並附上109年第1季績效成果，復於同月27日訪談要求上訴人於同月30日前填載交還，遭上訴人拒絕，表示是否填寫該表格結果都一樣，蘇賢文遂告知將依系爭考核辦法第5條第5項第5款規定自109年4月起改採逐月考核各節，亦有蘇賢文分別於109年4月14日、4月27日寄送之電子郵件可稽（見原審卷第77至79頁、第81頁），且經證人蘇賢文證述在卷（見本院卷第120至121頁）。依系爭考核辦法第5條第5項第5款規定：「營業員改善期間未依本辦法規定辦理相關改善措施者，分公司經理人須改採逐月考核，並逐月提報其無法勝任工作情形於該員績效改善行動計劃表，將資料書面通知員工及留存記錄，以書面通知該員績效改善行動計劃表三次未配合改善者，須同時提報適當處理報告」（見原審卷第74、75頁），被上訴人亦自承上訴人改善期間為3個月，須達系爭考核辦法第5條第2項第1款規定之合格標準（見原審卷第74頁、本院卷第66頁），可見上訴人於109年4至6月之改善期間，須逐月考核3次均未達上開標準，被上訴人始得為進一步處置。

⑶依系爭考核辦法第5條第2項第1款規定，正式任用營業員之考核合格標準為：淨貢獻值（直接貢獻值-本薪之2倍）為正，或直接貢獻值為正且市占率平均達萬分之0.2以上（見原審卷第74頁），祇要兩者具備其一即為合格，並經證人蘇

賢文證述在卷（見本院卷第122頁）。而上訴人於109年4月份績效淨貢獻值為負9萬7713元，直接貢獻為負2萬3733元且市占率萬分之0.1289（見原審卷第83、86頁）；109年6月份淨貢獻值淨貢獻值為負8萬1507元，直接貢獻值為負7527元且市占率萬分之0.155（見原審卷第87、88頁），固均未達淨貢獻值為正，或直接貢獻值為正且市占率平均達萬分之0.2之合格標準。然上訴人於109年5月份直接貢獻1萬7124元且市占率達萬分之0.2641，縱該月份淨貢獻值為負5萬6856元（見原審卷第85、88頁），仍應符合上開規定之合格標準，此觀蘇賢文於109年7月11日寄發電子郵件記載：「經查妳在5月份績效市占0.2641，直接貢獻17,124元，淨貢獻-56,856元，單月有達績效考核標準…」等詞即明（見原審卷第85頁）。顯然上訴人於上開改善期間並無3次未達系爭考核辦法第5條第2項第1款之考核合格標準之情形。

⑷被上訴人雖抗辯：系爭考核辦法第5條第1項規定績效考核標準以1季（3個月）為考核期，縱使單月達到標準，但該季未達考核標準，仍應認為未達考核標準云云，證人蘇賢文亦附和其詞（見本院卷第121頁）。惟：系爭考核辦法第5條第1項係針對正式任用營業員之一般考核採季考核，每年1、4、7、10月辦理前1季考核作業，上訴人因109年第1季累計直接貢獻值為負值，列為重度績效追蹤改善對象，復未依系爭考核辦法規定辦理相關改善措施，填具績效改善行動計劃表，經分公司經理蘇賢文依同辦法第5條第5款規定改採逐月考核，而該款規定改善期間3次未配合改善者，並未明文績效改善期間各項考核數據應予累計；至於系爭考核辦法第5條第2項第2、3款係分別定義重度或輕度績效追蹤改善對象，作為改善期間是否調降本薪（同條第3項第1款）、調整獎金（同條第5項）之依據（見原審卷第74至75頁），尚難作為績效改善期考核合格標準應逐月累計之依憑。則被上訴人以上訴人累計第2季市占率萬分之0.1283，直接貢獻值負1萬4136元、淨貢獻值負23萬6037元，仍未達考核標準，已於109

年4、5、6月連續3個月（3次）未配合改善績效，提報「以對於所擔任之工作確定不能勝任」為由，予以資遣之處置（見原審卷第87頁），增加系爭考核辦法第5條第2項第1款、第5項第5款關於改善期間考核合格標準所無之限制，而有權利濫用之情形。被上訴人此部分辯解，殊無可採。

3.參以兩造不爭執上訴人109年1至3月總業績為4億4481萬8305元，經被上訴人要求改善後，同年4至6月業績依序為1億576萬8956元、2億4406萬7190元、1億5946萬7782元，總業績提升至5億930萬3928元，且有109年1至6月營業員獎金計算明細表為憑（見原審卷第37至39頁，本院卷第95頁），足見上訴人於改善期間已盡其能力提升業績，並無主觀上能為而不為改善績效意願之情形；縱上訴人不同意簽署績效改善行動計劃表，被上訴人既已依系爭考核辦法第5條第5項規定改採逐月考核，上訴人復無於改善期間3次未配合改善情形，自難執此遽謂其客觀上學識、能力、身心狀況不能勝任工作，或主觀上能為而不為，而有不能勝任工作之情。準此，被上訴人依勞基法第11條第5款規定終止勞動契約（見原審卷第35頁），應非合法。

㈡被上訴人依勞基法第11條第5款規定終止勞動契約，既非合法，本院即無庸審酌其資遣上訴人是否符合解僱最後手段性原則之爭點，附此敘明。

七、綜上所述，上訴人依兩造間勞動契約及民法第487條之規定，請求確認兩造間僱傭關係存在，命被上訴人自109年9月1日起至上訴人復職日止按月於當月末日給付3萬9390元，及加付自各次月1日起算法定遲延利息，自屬正當，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2、3項所示。並就命給付金錢部分，依勞動事件法第44條第1項依職權宣告假執行，及依同條第2項宣告被上訴人供擔保免為假執行。另依民事訴訟法第79條規定，為訴訟費用負擔之判決。

八、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，本件上訴為有理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　3　　月　　1　　日

勞動法庭

審判長法　官　胡宏文

法　官　陳心婷

法　官　楊雅清

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　　111　　年　　3　　月　　1　　日

書記官　林初枝