# 臺灣高等法院民事判決

111年度勞上更一字第21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，經最高法院第1次發回更審，本院於112年3月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審及發回前第三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）39,390元。惟被上訴人未對伊進行任何績效改善之協助與輔導，亦未安排轉任其他職缺，逕以工作績效未達標準為由，於109年8月31日依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定終止兩造間勞動契約，違反解僱最後手段性原則，自屬無效，兩造間僱傭關係仍屬存在，被上訴人應按月給付工資。爰依兩造間勞動契約及民法第487條規定，求為確認兩造間僱傭關係存在，並命上訴人自109年9月1日起至伊復職日止，按月於當月末日給付39,390元，及自各次月1日起加計法定遲延利息。

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。惟上訴人未應伊要求提出績效改善行動計劃表，伊乃依系爭考核辦法第5條第5項第5款規定逐月考核結果，嗣上訴人同年第2季累計直接貢獻值仍為

負值，伊始依勞基法第11條第5款規定預告終止兩造間僱傭契約。又上訴人第1季績效考核不合格後，伊有提供降薪以降低績效考核合格標準之迴避解雇手段，惟遭上訴人拒絕；且上訴人得依工作規則申請調職，惟其並未申請，伊亦不負安排轉調或給予延長改善期間之義務，是伊依上開規定終止僱傭契約，無違反解僱最後手段性原則。縱認兩造僱傭關係存在，伊已給付資遣費138,188元，得與上訴人請求之工資抵銷等語，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，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39,390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。被上訴人則答辯聲明：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、兩造不爭執事實（見本院卷第68-69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39,390元（含本薪36,990元及伙食津貼2,400元）。

五、上訴人主張被上訴人於109年8月31日依勞基法第11條第5款規定終止兩造勞動契約為不合法，兩造間之僱傭關係仍存在，被上訴人應依約給付工資等語，為被上訴人否認，並以前詞置辯。本件兩造爭點：

㈠被上訴人主張依勞基法第11條第5款之規定終止與上訴人間之勞動契約是否合法？是否符合解僱最後手段性原則？

㈡上訴人主張兩造之僱傭關係存在，並請求被上訴人自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39,390元，及自各次月一日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，是否有理由？

六、本院之判斷：

㈠被上訴人主張依勞基法第11條第5款之規定終止與上訴人間之勞動契約為合法，符合解僱最後手段性原則：

1.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，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」（最高法院110年度台上字第74號、109年度台上字第1516號、86年度台上字第82號判決參照）。再按現代勞務關係中，僱主為提高人事行政管理之效率，就工作場所、內容、方式等應注意事項，及受僱人之任用、升遷、離職、退休、薪資、請假、懲戒等工作條件，訂有共通適用之規範，俾受僱人一體遵循，此規範即工作規則或員工手冊。僱主將之公開揭示，係欲使其成為僱傭契約之內容，勞工知悉後繼續為該僱主提供勞務，應認默示承諾該工作規則內容（最高法院106年度台上字第2627號民事判決要旨參照）。又按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭

句，民法第98條定有明文。

2.被上訴人抗辯上訴人有系爭考核辦法第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等語，此為上訴人所否認。經查：

⑴系爭考核辦法第5條約定：「一、考核月份：採季考核，每年1、4、7、10四個月辦理前一季度考核作業。...二、考核標準：（一）考核合格標準：淨貢獻值（直接貢獻值-本薪之二倍）為正，或直接貢獻值為正且市佔率平均達0.2%%以上（或期貨市佔率萬分之1%%以上）。（二）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。...三、改善期間：為三個月。（一）列為重度績效追蹤改善之級距式營業員，改善期間級距式營業員皆須調降三個月本薪，調降金額為前三個月累計直接貢獻值的平均數，但薪資（本薪加伙食津貼）不得低於基本工資，若其薪資已為基本工資時，則必須再調降其獎金條件，調降幅度為直接貢獻值轉為正數。...四、改善標準：（一）改善期間達第五條第二項第一款之考核合格標準者，則解除績效追蹤改善對象。...五、未達改善標準之處理：...（五）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畫表，將資料書面通知員工及留存紀錄，以書面通知該員績效改善行動計畫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，系爭考核辦法）。上訴人須於到職後一年，依系爭考核辦法進行考核，為上訴人所不爭執。

⑵上訴人因109年第1季績效考核結果為累計直接貢獻值為-13,032元、淨貢獻值為-234,972元，而未達系爭考核辦法第5條第2項第2款考核合格標準，經被上訴人列為重度績效追蹤改善對象一節，此有上訴人109年1至3月貢獻值表在卷可稽（見原審卷第85頁），自堪認為真實。而以上訴人109年第1季之直接貢獻值及淨貢獻值均為負數，依系爭考核辦法第5

條第2項第2款之考核標準及第5條第3項之改善期間，自屬應列為重度績效追蹤改善對象，故被上訴人將上訴人列為重度績效追蹤改善對象，改善期間為3個月，自符合系爭考核辦法之約定。

⑶被上訴人之經理人蘇賢文於109年4月14日告知上訴人經列為重度績效追蹤改善對象，並要求上訴人於109年4月30日回簽績效改善行動計畫表予被上訴人，然經上訴人拒絕一事，業經證人蘇賢文於前審證稱：「因為總公司轉知我，上訴人109年第1季績效考核未達標準，我將此事告知上訴人，並再次告知總公司的考核標準，希望上訴人能夠改善，因為上訴人過去業績不是很好，最主要的原因還是無法開發新的客戶，所以我告知上訴人在下1季要加強新客戶的開發以及與原有客戶的互動來提升業績。從主管角度告知上訴人，他能與原有已經成為靜止戶的客戶多聯繫，並透過舊客戶再介紹新客戶，另外可以多參加社團，擴展人脈爭取客源，另外也可透過臉書等社群開發新的客戶，但這方面上訴人可能比較不在行。上訴人擔任營業員有一段時間了，如何開發客戶，他應該都知道，重點在於他願不願意做而已。我記得有一次訪談（不確定是否是109年4月27日），上訴人就直接告訴我，他沒有辦法開發新的客戶。我事前就有列印回復績效改善行動表給上訴人，當天訪談時希望他能夠於4月30日之前填載交還，上訴人當場拒絕，到了4月30日也沒有給我。上訴人拒絕填載的原因，據上訴人告稱是因為曾於104年間被要求績效改善，並且被扣薪，後來績效改善後沒有回復原薪資，所以上訴人說是否填寫績效改善行動表結果都一樣，因為當時我並非大安分公司主管，我不清楚實際情形，但我後來查證的結果是有補回原來的薪資。」等語（見前審卷第120-121頁），並有電子郵件及所附績效改善行動計畫表在卷可稽（見原審卷第77-79頁），故可知上訴人確有因109年1至3月貢獻值未達標準，而經被上訴人通知填寫績效改善行動計畫表而未填寫之情形。

⑷依系爭考核辦法第5條第3項、第4項之約定，列為重度績效追蹤改善之級距式營業員，其改善辦法，其一即為調降本薪3個月，使其直接貢獻值轉為正數，或於改善期間達考核合格標準者，均可解除績效追蹤改善對象，然上訴人並不爭執其不願填寫績效改善行動計畫表亦不願降薪等情在卷（見本院卷第98頁），故自已符合系爭考核辦法第5條第5項第5款「如改善期間未依本辦法規定辦理改善措施者，則由分公司經理人改採逐月考核」之情形，而應於改善期間由分公司經理人改採逐月考核。

⑸依證人蘇賢文於前審證稱：「在109年5月15日下午又再次訪談，告知4月份的考核數據，要求上訴人更努力改善績效。因為上訴人在5月份有改善，但還是沒有達到考核標準，我於109年6月11日再度訪談（如原審卷第85頁電子郵件），希望他能夠再加油提升績效，並表示改善行動表3次未配合改善，公司會做適當的處理，包括資遣，因為我們的考核是有累計的，上訴人在第1季的考評是屬於重度績效改善者，依照規定我們必須第2季逐月考核，上訴人的直接貢獻值於4月份是負數，5月份有翻正，只要6月份多加油就可以去補4月份的負數，這樣就可以提升績效。」等語（見前審卷第121頁），故可知被上訴人確由分公司經理人蘇賢文進行逐月考核，而由蘇賢文分於4、5、6月份進行訪談，並以電子郵件通知上訴人在案，此亦有電子郵件在卷可稽（見原審卷第81-88頁）。而依電子郵件內所示上訴人於109年4月至6月之業績貢獻值，足見上訴人109年4至6月之累計直接貢獻值為-14,136元，累計淨貢獻值為-236,076元，市佔率為0.1830％％，而未達系爭考核辦法之考核合格標準自明。

⑹至上訴人雖主張系爭考核辦法第5條第5項第5款並未規定須採累計考核不合格，且其109年5月有達標準，未有3次未配合改善之情形云云。然依系爭考核辦法第5條第1項、第2項第2款即已約明「考核月份採季考核」、「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。」，顯見

系爭考核辦法中對於考核之期間及是否考核合格之約定，均係以1季3個月累計之貢獻值為認定之基準。此觀之蘇賢文於109年5月18日、109年6月11日、109年7月13日寄送予上訴人之電子郵件分別記載：「亮萍，經查妳在4月份績效市占0.1289，直接貢獻-23,733元，淨貢獻-97,713元，未達績效考核標準。已於5/15下午再告知請妳需更努力改善績效，如依公司規定改善行動計畫表三次未配合改善者，將會同時提報適當處理報告。」、「亮萍，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。惟合計4月5月績效，市占0.2，直接貢獻-6,609，仍未達績效考核標準，請於6月份更加油，提升績效。如依公司規定改善行動計畫表三次，未配合改善者，將會同時提報適當處理報告（如資遣）。」、「亮萍，經查6月份績效市占0.155，直接貢獻-7,527元，淨貢獻-81,507元，單月未達考核標準，累計第二季市占0.183，直接貢獻-14,136元，淨貢獻-236078元，仍未達考核標準，已連續4、5、6三個月（三次）未配合改善績效，已於7/10下午訪談告知績效考核結果（如下）及無法配合改善績效後已告知孫員會提報『以對於所擔任之工作確定不能勝任』為由予以資遣處理並同意以7/10為預告資遣日，資遣日期為8/10。」（見原審卷第83-88頁），亦係以4月份、累計4、5月份、累計4、5、6月份之績效、貢獻值為是否合格之通知，可認考核結果係採累計判斷一節確為系爭考核辦法之約定。再參以依系爭考核辦法第5條之內容整體觀之，有配合依系爭考核辦法進行改善措施之營業員，係以累計3個月之貢獻值是否達考核合格標準為判斷依據，而未配合依系爭考核辦法辦理改善措施者，若反得以每個月是否達考核合格標準判斷，而不以累計之貢獻值為判斷，則其輕重顯然失衡，自顯非系爭考核辦法約定之真意，故上訴人主張系爭考核辦法並未約定累計計算認定考核是否合格，自應以109年4、5、6月各個月份分別判斷，須各月份均未達合格標準3次始符合系爭考核辦法第5條第5項

第5款之約定云云，尚不足採。

⑺再查上訴人係自己不願為填寫績效改善計畫表等改善措施，則系爭考核辦法第5條第5項第5款「並逐月提報其無法勝任工作於該員績效改善行動記劃表，將資料書面通知員工及留存紀錄，以書面通知該員績效改善行動計劃表三次未配合改善者」之約定，於營業員不願填具績效改善計劃表之情形下，自應以經理人有將資料書面通知員工及留存紀錄，以書面通知三次未配合改善時，即可認符合系爭考核辦法第5條第5項第5款之約定。而依蘇賢文前開於109年5月18日、109年6月11日、109年7月13日寄送予上訴人之電子郵件記載，均已將貢獻值之資料通知上訴人，並告知該次累計仍未達合格標準，此有上開電子郵件在卷可稽（見原審卷第83-88頁），則被上訴人既先後於上開時間通知上訴人109年4月、累計109年4、5月、累計109年4、5、6月，未達合格標準，而有未配合改善達3次之情形，應已符合系爭考核辦法「逐月提報其無法勝任工作於該員績效改善行動記劃表，將資料書面通知員工及留存紀錄，以書面通知該員績效改善行動計劃表三次未配合改善者」之約定。

⑻據上，被上訴人抗辯上訴人有系爭考核辦法第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，自屬可採。

3. 查上訴人於109年1至3月間，其累計直接貢獻值為-13,032元，淨貢獻值為-234,972元，市佔率為0.1890％％，經被上訴人列為重度績效追蹤改善對象，並給予上訴人改善機會，依系爭考核辦法第5條第3項第1款之約定，上訴人本得以降低本薪3個月、填寫績效改善行動計劃表等方式使其易於達成考核標準，然上訴人卻不願以此方式為改善措施。而於109年4月至6月之改善期間，經分公司經理人蘇賢文進行逐月考核，並多次訪談給予意見，此亦經蘇賢文證述如前，則上訴人於109年1至3月間，已因貢獻值未符合標準而列為重度績效考核列管對象，且於109年4至6月改善期間，亦不願依系爭考核辦法之約定為改善措施，且於109年4月至6月累計3

次之貢獻值復均未達考核合格標準，則被上訴人主張上訴人有違反系爭考核辦法第5條第5項第5款約定情形而有不能勝任工作之情形，自屬有據。

4.再以上訴人不願簽署績效改善行動記劃表，亦不願依改善計劃予以減薪3個月，以使其容易達成考核合格之標準，而經109年4至6月之改善期間後，上訴人之累計直接貢獻值為-14,136元，淨貢獻值為-236,076元，市佔率為0.1830％％，不論直接貢獻值、淨貢獻值及市佔率，均較改善期間前之109年1至3月為差，與改善之合格標準相去甚遠，則被上訴人在上訴人之績效狀況不佳之情況下，既已給予上訴人3個月之績效改善機會，且已由經理人對上訴人進行約談給予意見等協助，而上訴人仍未能達成被上訴人所設定之經濟目的，足認上訴人提供之勞務，客觀上無法達成被上訴人透過勞動契約所欲達成客觀合理之經濟目的，且被上訴人已使用勞基法及工作規則所賦予上訴人選擇績效制度及輔導改善等保護之各種手段後，仍無法改善情況，應認兩造間僱傭關係之信賴基礎已經動搖，難以期待被上訴人採用解僱以外之方式繼續僱傭關係，被上訴人抗辯上訴人於客觀上學識、能力有不能勝任工作之情形，自屬可採。從而，被上訴人以上訴人對其所擔任之工作確有不能勝任情事，於109年8月24日依勞基法第11條第5款規定，預告於109年8月31日終止兩造間之勞動契約，並未違反解僱最後手段性原則，自屬合法。至上訴人所稱其他職缺，均係被上訴人合法終止兩造勞動契約後所生（見勞上卷第205-209頁），上訴人執此主張被上訴人仍有其他工作可供安置上訴人云云，並無可採。

㈡查被上訴人主張依勞基法第11條第5款之規定於109年8月31日終止與上訴人間之勞動契約為合法，符合解僱最後手段性原則，而兩造間僱傭關係既經被上訴人合法終止，則上訴人主張兩造之僱傭關係存在，並請求被上訴人自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39,390元，及自各次月一日起至清償日止，按週年利率5％計算之

利息，自屬無據，應予駁回。

七、綜上所述，上訴人依兩造間勞動契約及民法第487條規定，求為確認兩造間僱傭關係存在，並命上訴人自109年9月1日起至伊復職日止，按月於當月末日給付39,390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，為無理由，不應准許。從而原審所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

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，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　25　　日

勞動法庭

審判長法　官　李慈惠

法　官　吳燁山

法　官　鄭貽馨

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。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　25　　日

書記官　郭晉良