臺灣高等法院民事判決

112年度勞上字第102號

上　訴　人　吳霖杰

0000000000000000

訴訟代理人　楊子敬律師

　　翁瑋律師

被　上訴人　米菲多媒體股份有限公司

0000000000000000

法定代理人　盧俊諺

訴訟代理人　黃柏元

　　簡榮宗律師

　　許寶仁律師

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112年5月12日臺灣臺北地方法院111年度勞訴字第352號第一審判決提起上訴，本院於113年4月9日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴及追加之訴均駁回。

第二審訴訟費用（含追加之訴）由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

按在第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限；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，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款、第256條分別定有明文。上訴人於原審聲明請求：㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡被上訴人應給付上訴人新臺幣（下同）14萬7900元【即民國（下同）110年8、9、10月薪資，扣除被上訴人已給付110年8月薪資5100元】，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年利率5%計算之利息；㈢被上訴人應自起訴狀繕本送達翌日（即110年12月2日，見原審卷第55頁）起至上訴人復職之日止，按月於次月10日給付上訴

人5萬1000元，及各自次月11日起至清償日止，按年利率5%計算之利息；㈣被上訴人應提繳2862元（即110年8月勞工退休金差額）至上訴人之勞工退休金個人專戶（下稱系爭勞退專戶），並自110年9月1日起至上訴人復職之日止，按月提繳3180元至系爭勞退專戶（見原審卷第277-278頁）。原審判決上訴人敗訴，上訴人聲明不服，提起上訴後，更正上開聲明㈢為：被上訴人應給付上訴人4萬9359元（即110年12月2日至110年12月31日薪資），及自111年1月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，暨自111年1月1日起至上訴人復職之日止，按月於次月10日給付上訴人5萬1000元，及各自次月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（見本院卷第464頁），乃更正事實上之陳述，非為訴之變更或追加。又上訴人於本院追加請求：被上訴人應給付上訴人110年12月1日薪資1645元，及自111年1月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（見本院卷第102、464頁），核係擴張應受判決事項之聲明，依前開規定，並無不合，應予准許，先予敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：伊自108年2月11日起受僱於被上訴人，擔任Unity工程師，自109年11月起每月薪資5萬1000元。伊工作內容為程式設計業務，然被上訴人於110年4月間突然指派伊從事室內建築裝潢擺設及美學上光線與陰影掌控技巧等美術設計業務，已逾兩造約定之程式設計業務範圍，被上訴人復於110年6月2日要求伊完成玉霖專案室內設計場景視覺效果調整及快捷鍵功能，伊均如期完成並達到預期效果，被上訴人卻於110年7月13日以伊工作狀況不佳、能力不足為由，預告於同年7月31日終止兩造間之勞動契約，惟被上訴人為終止前，未表明給予1個月觀察期，亦未給予教育訓練、績效改善計畫，或為獎懲、職務調整等迴避解僱措施，不符合解僱最後手段性。又依被上訴人訂定之員工年度考績辦法（下稱系爭考績辦法）規定，必連續兩年考績為D或當年考績為E，

始得依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定終止勞動契約，被上訴人未依系爭考績辦法評定伊109年度考績，自不得依勞基法第11條第5款規定終止兩造間之勞動契約，被上訴人所為終止不合法，兩造間僱傭關係仍存在，爰依民事訴訟法第247條第1項前段、兩造間之勞動契約、民法第487條前段、勞工退休金條例第6條第1項、第14條第1項、第31條規定，請求確認兩造間僱傭關係存在，被上訴人應給付伊14萬7900元本息，及自起訴狀繕本送達翌日即110年12月2日起至上訴人復職之日止，按月給付伊5萬1000元本息，暨提繳2862元至系爭勞退專戶，並自110年9月1日起至伊復職之日止，按月提繳3180元至系爭勞退專戶等語。原審判決上訴人敗訴，上訴人聲明不服，提起上訴，並於本院更正上訴聲明及為訴之追加。上訴及追加之訴聲明：㈠原判決廢棄；㈡確認兩造間僱傭關係存在；㈢被上訴人應給付上訴人14萬7900元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈣被上訴人應給付上訴人4萬9359元（即110年12月2日至110年12月31日薪資），及自111年1月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈤被上訴人應自111年1月1日起至上訴人復職之日止，按月於次月10日給付上訴人5萬1000元，及各自次月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈥被上訴人應提繳2862元至系爭勞退專戶，並自110年9月1日日起至上訴人復職之日止，按月提繳3180元至系爭勞退專戶；㈦被上訴人應給付上訴人1645元（110年12月1日薪資），及自111年1月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（追加之訴）。

二、被上訴人則以：上訴人應徵Unity工程師時，表明有Unity 3D內容開發3年工作經驗，並有Shader電腦程式之修改與查找經驗，伊乃僱用上訴人擔任Unity工程師，且伊指派予上訴人之工作多數係使用Shader程式處理，屬上訴人業務範圍，並無交辦新型業務，惟上訴人自受僱第3個月起，因對Unity基礎開發能力及使用Shader程式之專業知識及能力不足，時

常發生重要、重複之缺失，經伊透過告誡、溝通、輔導、調整上訴人工作內容或將上訴人之工作交付他人等方式給予改善機會，上訴人工作表現仍不符預期，伊遂於110年6月2日告知給予1個月改善期，惟上訴人工作表現仍未改善，伊乃於110年7月13日依勞基法第11條第5款規定向上訴人預告於同年7月31日終止兩造間之勞動契約，符合解僱最後手段性原則。另依伊訂定之「員工工作守則與公司制度」第7條第5項規定，員工對於所擔任之工作確不能勝任時，伊即得終止勞動契約，上訴人既有不能工作之情事，伊據此終止兩造間勞動契約，即屬合法等語，資為抗辯。答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

三、兩造不爭執之事項（見本院卷第251-252頁）：

㈠上訴人自108年2月11日起受僱於被上訴人，擔任Unity工程師，約定每月薪資5萬元，按月於次月10日發放，自109年11月起每月薪資5萬1000元，有錄取通知單、居家辦公合約書、薪資明細等影本可憑（見原審卷第21、33、267、273頁）。

㈡被上訴人自108年3月起至109年10月止，依月提繳工資5萬600元（月提繳分級表第36級4萬8201元至5萬600元）按月提繳3036元；自109年11月起依月提繳工資5萬3000元（月提繳分級表第37級5萬601元至5萬3000元）按月提繳3180元至系爭勞退專戶，有勞工退休金提繳異動明細表、勞工退休金個人專戶明細資料影本可憑（見原審卷第29-32頁）。

㈢被上訴人部門主管黃柏元於110年7月2日約談上訴人，討論上訴人之工作表現及是否適任，有錄音譯文可憑（見原審卷第101-147頁）。

㈣被上訴人於110年7月13日以電子郵件通知上訴人：因上訴人工作狀況不佳及能力不足，而安排資遣，工作至同年7月31日止等語，有電子郵件影本可憑（見原審卷第24頁）。

㈤被上訴人於110年8月3日發函向上訴人表示：上訴人經被上訴人依勞基法第11條第5款規定資遣，雙方勞動契約終止，

上訴人110年7月份工資5萬1000元、8月份工資5100元、加班費411元、特別休假未休工資2019元、資遣費6萬3325元，扣除勞健保等費用2250元後，於同年8月10日匯款11萬9605元至上訴人帳戶等語，有上開函文影本可憑（見原審卷第149頁）。

四、本院得心證之理由：

㈠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項定有明文。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否不明確，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言（最高法院52台上字第1240號判決先例意旨參照）。查上訴人主張被上訴人違法終止兩造間勞動契約，兩造間僱傭關係仍然存在等情，為被上訴人所否認，可見兩造就勞動契約是否合法終止確有爭執，致上訴人法律上地位有不安之狀態，且該不安狀態得以本件確認判決除去，是上訴人起訴請求確認兩造間僱傭契約關係存在，應有即受確認判決之法律上利益，先予敘明。

㈡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86年度台上字第82號、109年度台上字第1516號判決意旨參照）。

㈢上訴人任職Unity工程師，工作表現不佳，經被上訴人多次溝通、輔導，並給予改善期，迄至110年7月2日仍未改善，確有不能勝任工作之情形：

1.被上訴人辯稱：上訴人自受僱第3個月起，因對Unity基礎開

發能力及使用Shader程式之專業知識及能力不足，時常發生重要、重複之缺失，經伊透過告誡、溝通、輔導、調整上訴人工作內容或將上訴人之工作交付他人等方式給予改善機會，上訴人工作表現仍不符預期等情，業據證人即被上訴人專案開發經理黃柏元於本院證稱：伊是上訴人的主管，Unity工程師工作內容為進行軟體開發及維護，將軟體上架在手機IOS及Android平台上，包含程式撰寫及數位多媒體素材匯入Unity的調整與整合，以完成客戶或專案的需求開發，Unity工程師會使用Shader程式，該程式提供電腦決定如何將內容呈現在螢幕上，Unity工程師在平常的開發撰寫上就會接觸Unity提供的Shader程式，資遺上訴人的主要原因是交付上訴人開發的內容無法完全達成、程式開發能力不足及回報事項有不實在的情況，在玉霖專案中伊有請上訴人將伊已做好之軟體設定進行整合，上訴人向伊說有完成，但後續檢查時發現不完整或沒有達成；上訴人任職後第一個開發工作是被上訴人的主力產品，當時需要與其他工程師進行共同協作，上訴人任職約3個月時，伊有約談上訴人，因為上訴人與他人進行開發時忽略共同開發的準則或習慣，例如開發時會基於一個大家共同討論出的結構，上訴人在開發時無法依循這個結構，結果導致程式的維護較為混亂或效能降低，另外上訴人程式錯誤，解決能力有所不足，均造成其他人的困擾；依伊兩年半期間的觀察，上訴人無法獨自完成所交付的專案事項，多數需要主管陪同協助處理，上訴人工作表現不佳或需要改善時，由伊溝通引導，在上訴人尚未改善的情況下，會將上訴人的工作拆分給其他人，或爭取更多的工作時間，或替其安排負擔較輕的工作事項，但在比較關鍵的項目改善效果有限，例如錯誤解決能力，上訴人無法基於程式軟體記載的錯誤紀錄（log）找到妥善的處理措施與解決方式，另外上訴人過於依賴網路資源，網路上有所謂套件提供給程式開發人員快速進行軟體開發，上訴人會傾向在網路上尋找套件完成工作，但如果套件無法達成一定功能，上訴人

就會誤判為功能無法達成，但其實不使用套件，還是有其他方式可以達成所需要的功能；上訴人在職期間共執行約5個專案，幾乎每個專案都會有1至2個比較重要的缺失，重複出錯的部分是除錯能力，時程評估及網路套件依賴所導致的錯誤判斷；上訴人在玉霖專案之前的一個專案，因為沒有按照流程進行製作，導致與專案流程有所出入，遭被上訴人負責人及業務主管進行約談，時間是在109年末至110年初，在那個時候開始關注上訴人的表現，並已有討論及觀察上訴人是否適任等語明確（見本院卷第270、272-277頁），可見上訴人受僱於被上訴人擔任Unity工程師期間，確實有因程式開發及錯誤解決能力不足，並過度依賴網路套件資源，致無法獨自完成交辦事務，且無法正確評估專案時程及回報工作事項不確實之缺失，經主管黃柏元多次溝通、輔導後，仍無法改善之情形。

2.被上訴人抗辯：伊於110年6月2日告知上訴人給予1個月改善期，惟上訴人工作表現仍未改善等語，業據提出黃柏元與上訴人於110年6月2日通訊軟體Slack（下稱Slack）對話紀錄為憑（見原審卷第93頁、本院卷第79頁）。依上開Slack對話紀錄，黃柏元於110年6月2日向上訴人表示：「這邊做個記錄，根據剛剛在meet上的討論，預計可以於明天（06/03）看到玉霖專案中，正式使用於室內設計場景的視覺效果調整（各種光影調整、日夜變化套裝性的調整）、emission效果，並完成與編輯器的整合。再者，可於下一週（06/07）下午，看到玉霖專案中快捷鍵功能的調整完成。若兩個時間點的開發內容有不如預期的情況，我會找你聊工作情況以及後續是否適任的問題」等語（見原審卷第93頁、本院卷第79頁），證人黃柏元復於本院證稱：伊於110年6月2日先與上訴人進行約談，當時提到如上訴人的表現沒有改善，後續會再約談是否適任，上訴人於110年6月3日、同年6月7日完成的工作沒有達到預期結果，所以持續輔導，並在110年7月2日進行約談等語（見本院卷第273、280頁），參以上訴

人與黃柏元於110年7月2日會談錄音譯文記載：「（05：27）黃柏元：……發生過幾次……你跟我很肯定的講說，你看過了，例如……模型處理器的數值…你跟我說完全一樣，但是實際上不一樣，這件事情，之前發生、提出，在6月2日之後其實有希望注意一下這個狀況，但是其實現在我覺得陸續還是有這個狀況發生」、「（06：10）我會比較在意的原因是…長久發生下來，我會不知道…我到底該…怎麼判斷你跟我講的訊息，我該怎麼樣派東西給你」、「（59：42）黃柏元：熱鍵系統我記得……也是有發生一些問題嘛」、「（59：48）黃柏元：對啊，你要提熱鍵我記得當初在設定的時候，好像……寫入還幹嘛，好像還有影響到整體系統架構」、「（59：59）上訴人：是啊」、「（01：12：51）黃柏元：然後……你說項目，其實項目我並沒有特別再加你什麼啊。從這個專案開始製作，我記得應該是4月開始請你打光，打到5月多這件事情發生之後，我大部分都是自己做啊」等語（見原審卷第103、126、131頁），足見黃柏元已於110年6月2日明確告知上訴人倘無法於指定期限內完成交辦工作，將與上訴人討論是否適任之問題，惟上訴人仍未能依限完成交辦工作內容，表現不符預期，無法達到應具備之專業能力，且經黃柏元輔導後，上訴人仍未能將模型處理器執行情形正確回報黃柏元，亦未能完成熱鍵系統功能，可見上訴人迄至110年7月2日止之工作表現仍未改善。

3.上訴人主張：被上訴人於110年6月2日要求伊完成玉霖專案室內設計場景視覺效果調整及快捷鍵功能，伊均如期完成並達到預期效果云云，並提出其與黃柏元於110年6月3日、同年6月7日、同年6月8日Slack對話紀錄為證（見本院卷第304-305頁）。上訴人雖於110年6月3日表示：「全體人員共享/1-1_專案（外部）/P109028玉霖建設-室內設計編輯器/程式/InteriorCreator_0603.rar好了」，黃柏元回稱：「好，謝拉」等語（見本院卷第304頁），然黃柏元於同年6月8日向上訴人表示：「天花板燈不能被納入日夜模式裡

面，因為如果空間很大，他的燈還是得開，所以之前說的ABC都關不成立，就跟我們在辦公室上班白天會開燈一樣，但是他晚上的時候又希望天花板登（應為「燈」之誤）可能是關或開的」、「你打算怎麼改」」，上訴人則回答：「就先把天花板燈選項加回來吧」等語（見本院卷第306頁），顯見當時室內設計場景視覺效果調整之工作尚在調整中，尚未達到預期效果。又上訴人於110年6月8日固向黃柏元表示：「熱組合功能推上去了 可以的話順便測試」等語（見本院卷第305頁），惟上訴人於110年7月2日與證人黃柏元會談時承認其所設計之快捷鍵於設定時影響到整體系統架構，已如前開2.所述，自難認上訴人於110年6月8日已完成快捷鍵之功能。上訴人此部分主張，尚難採信。

4.上訴人主張：被上訴人於110年4月間突然指派伊從事室內建築裝潢擺設及美學上光線與陰影掌控技巧等美術設計之業務，逾兩造約定之程式設計業務範圍云云。惟查，上訴人求職履歷「Unity 3D前後端經驗」及「Unity 3D其餘經驗」欄分別記載：「3年以上Unity3D之於VA/VR工作經歷」、「Shader修改與查找：使異常狀況減少或使用較佳的現成Shader」等語（見本院卷第127頁），可見上訴人應徵時表示其具有使用Shader程式之能力，又Shader（中文為著色器）為一種電腦程式，用於進行圖像的濃淡處理（計算圖像中的光照、亮度、顏色等），亦被用於完成很多不同領域的工作，比如處理CG特效、進行與濃淡處理無關的影片後期處理、甚至用於一些與電腦圖學無關的其他領域（參見維基百科，見本院卷第137頁），可知Shader屬於Unity3D工作之範疇，為程式設計業務，而非美術設計業務，使用Shader處理圖像之光線及陰影，乃屬Unity工程師之工作內容，參以證人黃柏元於本院證稱：伊不是請上訴人進行室內裝潢擺設，而是請上訴人將客戶或專案所提供的多媒體素材匯入至Unity當中進行開發檢測使用，光線與陰影也是屬於檢測與調整校正的一環，上述工作並沒有涉及創作行為，僅是依靠公司內外部

設計師提供的設計圖進行軟體的功能檢測，不屬於美術設計的範疇，交付給上訴人的工作項目比較像是交付上訴人一個樣品圖片，對於所開發的軟體進行檢測，看軟體是否能呈現出與樣品圖片一樣的效果（見本院卷第271-272頁），足見被上訴人交予上訴人之工作，與圖像編輯、打光及光影調整有關部分，其重點在於程式之圖像編輯功能是否完善，而非圖像成品之美術設計，自難謂已逾上訴人之業務範圍，上訴人此部分主張，要不足採。

5.綜上，上訴人受僱於被上訴人擔任Unity工程師期間，工作能力不佳，無法達到應具備之專業能力，且無法獨自完成交辦事務，經黃柏元多次溝通、輔導後，仍無法改善工作表現，黃柏元遂於110年6月2日告知上訴人應於指定期限內應完成交辦工作，惟上訴人未能依限完成符合預期之工作，迄至110年7月2日止，上訴人仍未改善工作表現，堪認上訴人於客觀上無法達成被上訴人透過勞動契約所欲達成之經濟目的，確有不能勝任工作之情形。

㈣被上訴人以上訴人對於所擔任之工作確不能勝任為由，於110年7月13日預告依勞基法第11條第5款規定於同年7月31日終止兩造間之勞動契約，應屬合法：

1.上訴人主張：被上訴人終止勞動契約前，未表明給予1個月觀察期，亦未給予教育訓練、績效改善計畫，或為獎懲、職務調整等迴避解僱措施，不符合解僱最後手段性云云。惟查，被上訴人係於110年2月間將玉霖專案交付上訴人乙節，業據證人黃柏元於本院證述明確（見本院卷第277頁），參諸上訴人與證人黃柏元之Slack對話記錄所示，黃柏元於110年4月8日向上訴人表示：「也因此在考慮之後放上燈光類的傢俱時，可能會需要有燈光物件，所以需要看別人怎麼調整囉」、「runtime烘焙是一種選項，其他還是取決於設定，影響unity光照現在有哪些選項可以調整？」、「那我換個問法好了，我們要動態可以達到比較好的視覺效果的話，有哪些方法和做法可以選 不管是光、模型、材質等」、「就

先看我們unity有哪些選項可以搭配好了，然後再看怎麼去選擇比重，我想他不會是單一一種設定可以達到效果的」、「……所以才需要去研究unity有哪些是會影響光照、哪些可以即時、哪些是需要事先做好、可能會需要一部分的預先設定搭配動態生成與運算等等的」等語（見本院卷第201、203、205頁），於110年4月17日向上訴人表示：「應該說……我們其實應該是在找unity能處理的方式對吧？……」、「我不太知道現在講這個對於unity作法或者是這個專案的影響是什麼」、「正常都要用realtime GI，正常3D作法都會烘焙，所以我們走另一種方法才需要更多的嘗試，看看不同軟體差異是什麼以及可以怎麼去做到補償」等語（見本院卷第209頁），於110年4月21日向上訴人表示：「我把昨天調整的unity包放在NAS上了，名字是…，主要設置如下……」等語（見本院卷第219頁），參酌黃柏元於110年6月2日要求上訴人限期完成交辦工作，並於110年7月2日檢討上訴人之工作表現，已如前述，可見在上訴人執行玉霖專案期間，黃柏元就上訴人工作上之困難，持續提供指導及解決方法，因上訴人工作表現未見改善，始於110年6月2日要求上訴人限期完成使用於室內設計場景的視覺效果調整及快捷鍵功能之整合，並於110年7月2日檢討上訴人之工作表現，參以黃柏元於本院證稱：在上訴人工作尚未改善的情況下，會將上訴人的工作拆分給其他人，或爭取更多的工作時間，或替其安排負擔較輕的工作事項；如果上訴人未能完成軟體開發工作，會交付其他Unity工程師接手執行，通常無法改善的問題就會由伊接手處理，軟體開發是依合約與時程進行，上訴人無法達成工作時，交付給其他人執行會造成其他人的工作負擔，也會導致時間成本增加，向客戶延後時程也會導致公司形象減損，甚至面臨罰款；上訴人工作表現不佳時，伊曾試圖安排Unity工程師以外的工作，但就上訴人的工作履歷與公司內部職位進行比較，沒有適合上訴人的職位等語（見本院卷第274-277頁），可知被上訴人於

解僱前，已透過輔導、分拆工作予其他人、安排負擔較輕之工作或交由他人代為完成等方式，給予上訴人改善機會，以避免解僱上訴人，惟上訴人工作表現仍未能符合被上訴人之預期，應認被上訴人終止兩造間勞動契約，已符解僱最後手段性原則，上訴人此部分主張，尚不足採。

2.上訴人主張：依系爭考績辦法規定，必連續兩年考績為D或當年考績為E，始得依勞基法第11條第5款規定解僱員工，被上訴人未依系爭考績辦法評定伊109年度考績，自不得依勞基法第11條第5款規定終止兩造間之勞動契約，被上訴人所為終止不合法云云。經查，系爭考績辦法第5條、第10條固規定：「考績評分，共分為五等次A、B、C、D、E評定，年度評分內容如下：1.40% KPI工作績效（由各部主管進行考核）；2.30% 出缺勤考核；3.30% 360評估：自評＋複評（每年12月進行年終考核）」、「連續兩年考績D及當年考績E（均屬不能勝任工作者），則依勞動基準法第11條第5款規定資遣」（見本院卷第85-86頁），惟證人黃柏元於本院證稱：伊不確定系爭考績辦法有無向全體員工進行公告，伊有看過也知道有系爭考績辦法，於109年初有依系爭考績辦法評定上訴人108年度考績，被上訴人係第1次施行系爭考績辦法，後來發現無法公正評定，例如員工自行評價過高，整體無法有較低的評價，始於109年告知主管暫停適用，不確定有無另外公告，系爭考績辦法規定不完整，所以108年度的考績評分實質上對員工沒有任何影響，全體員工109年度表現都沒有進行考績評定等語（見本院卷第281頁），可見被上訴人於進行108年度考績評定後，發現系爭考績辦法內容存有瑕疵，故並未再依系爭考績辦法對全體員工109年度之工作表現為考績等次之評定，參諸被上訴人108年度員工考核結果所示（見本院卷第151頁），上訴人於主管考核項目之分數為79分，為該部門人員倒數第二，可見表現並非良好，上訴人109年度工作表現既無考績等次之評定，則上訴人於109、110年是否有不能勝任工作之情形，自應以其實際

工作表現為據，況被上訴人之「員工工作守則與公司制度」第7條5款亦規定：「非有下列情事者，本公司不得預告員工終止契約：……五、員工對於所擔任之工作確不能勝任時」（見本院卷第447頁），並不限於連續兩年考績為D或當年考績為E者，始能認為有不能勝任工作之情形，自不能以上訴人無連續兩年考績D或當年考績E之情形，即謂被上訴人不得依勞基法第11條第5款規定終止兩造間之勞動契約。上訴人此部分主張，不足採憑。

3.綜上，上訴人擔任Unity工程師期間，工作能力不佳，無法獨自完成交辦事務，被上訴人於解僱前，透過輔導、分拆工作予其他人、安排負擔較輕之工作或交由他人代為完成等方式，給予改善機會，上訴人仍無法改善工作表現，業如前述，上訴人對於所擔任之工作確有不能勝任情事，被上訴人於110年7月13日依勞基法第11條第5款規定預告於同年7月31日終止兩造間之勞動契約，符合解僱最後手段性原則，應屬合法。從而，上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，為無理由，不應准許。又兩造間勞動契約既經被上訴人合法終止，則上訴人請求被上訴人繼續給付薪資及提繳勞退金，亦屬無據。

五、綜上所述，上訴人依民事訴訟法第247條第1項前段、兩造間之勞動契約、民法第487條前段、勞工退休金條例第6條第1項、第14條第1項、第31條規定，請求：㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡被上訴人應給付上訴人14萬7900元，及自起訴狀繕本送達翌日即110年12月2日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈢被上訴人應給付上訴人4萬9359元，及自111年1月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈣被上訴人應自111年1月1日起至上訴人復職之日止，按月於次月10日給付上訴人5萬1000元，及各自次月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈤被上訴人應提繳2862元至系爭勞退專戶，並自110年9月1日日起至上訴人復職之日止，按月提繳3180元至系爭勞退專戶，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。又上訴人於本院提起追加之訴，依兩造間之勞動契約、民法第487條前段規定，請求被上訴人應給付上訴人110年12月1日薪資1645元，及自111年1月11日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，亦為無理由，應予駁回。

六、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。

七、據上論結，本件上訴及追加之訴均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　華　民　國　113　年　6　月　7　日

勞動法庭

審判長法　官　鍾素鳳

法　官　陳心婷

法　官　郭俊德

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　113　年　6　月　7　日

書記官　鄭信昱