

臺灣新北地方法院民事判決

108年度重勞訴字第14號

原告 謝元明
訴訟代理人 蕭棋云律師
廖孟意律師
彭彥植律師
被告 藍天電腦股份有限公司
法定代理人 許崑泰
訴訟代理人 陳金泉律師
李瑞敏律師
康立賢律師

上列當事人間請求確認僱傭關係存在等事件，經本院於民國109年12月29日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

確認兩造間僱傭關係存在。

被告應給付原告新臺幣伍拾萬參仟參佰肆拾伍元，及自民國一百零八年九月十日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

被告應自民國一百零八年三月五日起至原告復職之日止，按月於給付原告如附表「原告得請求之工資」欄所示之金額，及自各期應給付日之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

被告應自民國一百零八年三月五日起至原告復職之日止，按月提繳如附表「被告應提繳勞工退休金」欄所示之金額至原告申設於勞動部勞工保險局之勞工退休金個人專戶。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔五分之三，餘由原告負擔。

本判決第二項得假執行。但如被告以新臺幣伍拾萬參仟參佰肆拾伍元為原告預供擔保，得免為假執行。

本判決第三項已到期部分各得假執行。但被告每期各以如附表「原告得請求之工資」欄所示之金額為原告預供擔保，各得免為假執行。

01 本判決第四項已到期部分得假執行。但被告每期各以如附表「被
02 告應提繳勞工退休金」欄所示之金額為原告預供擔保後，各得免
03 為假執行。

04 原告其餘假執行之聲請駁回。

05 事實及理由

06 壹、程序方面：

07 按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但擴張或
08 減縮應受判決事項之聲明者，不在此限。民事訴訟法第255
09 條第1項但書第3款定有明文。查本件原告起訴時，其訴之
10 聲明原為：「一、確認原告與被告間僱傭關係存在。二、被
11 告應自民國108年3月5日至原告復職日止，按月給付原告
12 新臺幣（下同）18萬2,000元，及自各期應給付日之次日起
13 至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。三、被告應
14 給付原告95萬2,039元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償
15 日止，按週年利率百分之5計算之利息。四、被告應自108
16 年3月5日起至原告復職日止，按月提繳1萬0,920元至原
17 告於勞動部勞工保險局（下稱勞保局）之勞工退休金個人專
18 戶（下稱勞退專戶）。」等語（見本院卷(一)第11頁），嗣於
19 109年3月19日具狀將訴之聲明變更為：「一、確認原告與
20 被告間僱傭關係存在。二、被告應自108年3月5日至原告
21 復職日止，按月給付原告18萬2,000元，及自各期應給付日
22 之次日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。三
23 、被告應給付原告101萬8,000元，及自起訴狀繕本送達翌
24 日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。四、被
25 告應自108年3月5日起至原告復職日止，按月提繳1萬0,
26 920元至原告於勞保局之勞退專戶」等語（見本院卷(一)第28
27 0頁），原告上開所為核屬擴張應受判決事項之聲明，揆諸
28 前揭說明，並無不合，應予准許。

29 貳、實體方面：

30 一、原告主張：

31 (一)兩造於104年10月29日、104年11月3日分別簽立員工聘僱

01 契約、派遣人海外人員合約書，約定原告自104年11月9日
02 起任職被告，部門為百腦匯商場營運中心，在臺擔任高級總
03 監之職務，每月工資（即本薪）為14萬元（包括基薪13萬7,
04 600元、伙食津貼2,400元），原告自報到日至服務滿2年
05 內，員工分紅（保障最低）以7.4個月本薪乘以任職比例為
06 基礎，爾後之分紅、獎金、津貼依照被告章程規定及相關作
07 業辦法辦理；及約定被告派遣原告自104年11月9日起至中
08 國大陸各區任職，負責百腦匯商場營運、招商及企劃等各項
09 管理工作，除上述工資給付外，另加給派外津貼4萬2,000
10 元（即人民幣1萬6,000元）。原告自104年11月9日任職
11 時擔任被告中國大陸廣州店之副店總，於106年7月1日調
12 任至廈門店擔任店總，復於107年3月1日調任至上海店擔
13 任店總，於107年6月25日再調任至廈門店擔任店總。嗣被
14 告於108年3月4日依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第
15 5款規定，以原告不能勝任工作為由終止兩造間勞動契約，
16 並開立離職證明書與原告收受。原告復於108年4月29日向
17 新北市政府申請勞資爭議調解，惟因被告不同意調解方案而
18 致調解不成立。

- 19 (二)又原告擔任廈門店之店總，表現向來傑出，而在原告經營、
20 管理之下，該店績效在大陸地區百腦匯商場各店中，亦屬名
21 列前茅，原告並無任何不能勝任工作之情形。況縱原告確有
22 不能勝任工作之情形，惟被告未曾告誡原告如何「不能勝任
23 工作」，亦未給予原告任何改善之機會，即遽為終止兩造間
24 之勞動契約，顯與解僱最後手段性原則有違，其終止應屬無
25 效，兩造間之僱傭關係應仍繼續存在甚明。且因被告未再對
26 原告表示受領勞務之意或為受領給付作必要之協力，應認被
27 告已經受領勞務遲延，原告無補服勞務之義務，自仍得依兩
28 造間之勞動契約，以及民法第487條規定，請求被告自108
29 年3月5日起至其復職日止，按月給付工資18萬2,000元。
30 (三)被告辯稱原告有不能勝任工作之情事存在云云，其表示意見
31 如下：

- 01 1.原告於107年6月25日自上海店調回廈門店後，即配合被告
02 政策，將地下1樓及3樓進行樓層整層空租後進行招商規劃
03 ，在減少兩層樓租金收入情況下，廈門店於百腦匯全部17間
04 店中，仍是唯4家營業收入成長店之一，更為成本費用控制
05 排名第2名、單店創收排名第2名、人流量成長率前3名。
06 且觀諸原告遭資遣前1個月（即108年2月）之全國各店人
07 流量資料，廈門店與同期相比成長18%，KPI（即營業收入
08 、IT商場損益等項目之預算）達成率為107%，均在全國分
09 店中排名第3；而再前1個月即108年1月之全國各店人流
10 量資料，廈門店與同期相比成長15%，KPT達成率為104%
11 ，均在全國分店中排名第2，顯見原告在人流量衰退之大環
12 境下，且面臨廈門店3樓尚處於未營業狀態，仍繳出優異的
13 人流量績效，甚至被指定為少數示範店之一，足證原告績效
14 甚佳。
- 15 2.廈門店之KPI指標，係於106年9月間起，由各店店總，及
16 直屬於財務部門管理（非受店總管理）之店財務長共同預估
17 ，且由財務長向總部報告，各店提出預算後，需經各部門高
18 階主管審核，包含營運部門主管即副總裁甲○○及其財務部
19 門主管等，故預算版本會有來回數版修正，足見預算並非店
20 總可自行決定預算金額。嗣由副總裁、總裁特助、行銷中心
21 總經理及人力資源中心總經理決定，彙整全部預算並於106
22 年12月26日提出簽呈，且各店（包含廈門店）之「預算損益
23 概況」特別經副總裁甲○○簽准，未經總裁蔡明賢於107年
24 1月12日核准發布107年之預算。可見KPI指標之訂定過程
25 甚為嚴謹，經原告與主管多次來回審議，費時兩個半月始由
26 原告主管決定，再經總裁拍板定案，豈容原告任意訂定不足
27 以反應工作表現之指標，被告辯稱原告逐年調降KPI指標以
28 創造績效良好假象云云，並不可採。
- 29 3.又總裁早於107年1月17日即指示將原本業種為IT之3樓，
30 重新規劃為「健身、美體、餐廳、電玩」方向，原告於107
31 年2月間獲悉即將調任上海店店總後，遂回報廈門店營運現

01 況，3樓定位仍在規劃中，暫訂業種之大概方向為「美麗／
02 時尚／品味／生活」。原告調任上海後，並由繼任廈門店之
03 店總廖文邦、伍宜進行設計規劃、定標等相關事宜，嗣於伍
04 宜任內確定3樓之業種規劃。是以，原告係依照公司指示提
05 議變更3樓業種，且3樓業種是在原告調任上海店期間，由
06 接任店總及被告公司高層所規劃確定。況業種規劃並非店總
07 1人獨自決定，是經過總裁、副總裁及高級主管開會決議通
08 過。既然業種變更並非店總起意，亦非店總1人決定，被告
09 自不得據此將3樓招商受挫之責任，全數歸責於原告。

10 4.承上，總裁既已於107年1月間指示將原本業種為IT之3樓
11 重新規劃，且原告及繼任之廖文邦、伍宜店總即依指示陸續
12 完成規劃，並經被告開會決議變更為「女性時尚」業種，原
13 告於107年6月25日調回廈門店擔任店總，即按照該業種規
14 劃，接續進行招商。然因百腦匯商場向來以販售資訊科科技
15 商品（即IT商品）為主，來客自以男性為大多數，如欲將其
16 中1樓層重新規劃為「女性時尚」業種，需花費更多心力與
17 資源吸引、說服女性時尚業者進駐商場，招商困難度顯較原
18 本IT商品業種高上許多。原告雖有招攬到數家商家進駐，但
19 招商進度仍未能達到被告所要求之家數。而原告回任後即針
20 對女性時尚業種全力招商，但在被告預計開業之107年12月
21 底線屆至前，被告卻提前於107年10月間，自行推翻107年
22 8、9月間堅持之「女性時尚」方向，改走回原本的「類IT
23 、維修專區」路線，故原告就3樓女性時尚招商所投入之成
24 果，即因被告公司朝令夕改，一切歸零須重新開始。

25 5.而因被告於107年10月間再次重新規劃3樓業種為「類IT、
26 維修專區、異業」，且依據原告108年2月14日之「3樓招
27 商進度匯報」所表列之進度及商家明細，其中維修專區部分
28 ，共有31個席位，當時已有16家商家確定進駐、10家商家預
29 計進駐、5家正在接洽中，預計於108年3月15日前完成；
30 異業及類IT區域部分，共有10個席位，當時已有6家商家確
31 定進駐或繳納意向金、並持續接洽另1家餐廳及音響店家，

預計於108年3月10日完成，對比原告於108年3月4日遭資遣後，3樓共41個席位，其中34個席位之承租店家為原告所開發、招攬，僅3個店家為繼任原告之林秉洋店總所招攬，且開幕時仍有4個席位未招商完成。是以，廈門店3樓開幕時有8成以上商家為原告所開發、招募，足證原告並無招商不力而不能勝任工作之事實。

6.再者，上海店於106年10月13日已與商家更新租約，原告於107年3月1日到職時尚無商家承租之席位，實係自106年10月13日退租起，迨至原告到職前仍未招商完成，而導致商場收入減少，顯示面臨招商困難已長達5個多月。又招商需要時間，尤其原告剛從廈門調任上海店，更需要時間建立與當地商家之關係，自不得僅以原告任職3個月之績效，而認定原告不能勝任工作。甚且，被告解僱原因未曾提及原告有職場性騷擾或與女性員工過從甚密等行為（原告否認之），卻於案件審理歷時近1年始增加原告有前開不當行為構成原告不能勝任工作之理由，被告自應提出申訴紀錄、調查紀錄及附理由決議等證明文件，以實其說，否則僅為空言指涉，不足採信。

(四)被告雖辯稱原告得請求之工資僅限於本薪14萬元，派外津貼4萬2,000元並非工資性質，不在請求給付之範圍內云云，惟原告自104年11月間受僱於被告起，即被指派擔任大陸地區百腦匯商場店總之職務，約定除每月基本薪資14萬元，且因派駐大陸地區每月亦可獲得派外津貼4萬2,000元，因此派外津貼係被告補償原告離鄉背井遠赴大陸地區工作，在特殊環境辛勞工作及生活上之不便，被告所定期給予之報酬，其性質具有經常性及勞務對價性，應屬勞基法第2條第3款所定之經常性給與，屬工資之性質。且如前所述，兩造間之僱傭關係既仍存續，原告自應恢復其原本受指派且同意擔任之職務，即大陸地區百腦匯商場店總之職務，被告自應全額給付原告該職務之薪資。併參以被告計算予原告之資遣費及預告期間工資，亦係以基本薪資14萬元加上派外津貼4萬2,

000 元共 18 萬 2,000 元作為原告之平均工資，足見兩造勞動契約之真意，派外津貼之性質亦屬於原告之工資甚明。被告雖提出薪資管理辦法、派駐人員管理辦法為依據，惟前揭辦法均係被告單方所制訂，未經原告同意，亦未依勞基法第 70 條規定報經主管機關核備及公開揭示而使原告有知悉之機會，自不得拘束原告。

(五)原告任職期間即 104 年度至 106 年度所領取之員工分紅金額各為 15 萬 5,400 元（稅後 14 萬 7,630 元）、103 萬 3,600 元（稅後 98 萬 4,200 元）、100 萬元（稅後 95 萬元）。而被告前揭終止行為既屬違法，原告自得依員工聘僱契約第 3.2 條後段約定，請求被告給付其 107 年度之分紅。又被告所寄發之 107 年度員工現金酬勞暨獎金發放通知函即屬前揭約定之有關分紅、獎金、津貼等之公司章程規定及相關作業辦法。而依據該通知函所載之發放對象，只要係 107 年 12 月 31 日前到職且發放日仍在職者，即符合前揭通知函之發放資格。原告於 107 年整年度均任職被告，自應按全額發給，原告因無詳細資料可供參照，故暫以 105 年度及 106 年度之金額平均計算為 101 萬 8,000 元。且參以 107 年度全公司績效考核暨員工酬勞月數原始資料，考核成績 A- 者之分紅月數最多可達 10.57 個月，另多位隸屬於百腦匯商場事業群之 A- 員工，均獲得 5.69 個月以上之分紅，原告擔任百腦匯商場之店總職務，長年派駐大陸，且 107 年度績效考核之成績為 A-，至少可獲得 5.69 個月之分紅，而原告僅請求 101 萬 8,000 元，僅相當於 5.59 個月分紅，應屬有據。

(六)被告於 108 年 3 月 4 日資遣原告前，每月為原告提繳勞工退休金 8,588 元，惟原告每月工資為 18 萬 2,000 元，依據勞工退休金月提繳分級表，被告應按月為原告提繳勞工退休金 9,000 元，然被告自違法解僱原告後即未再按月提繳勞工退休金，原告自得依勞退條例第 14 條第 1 項、第 31 條第 1 項規定，請求被告自 108 年 3 月 5 日起至其復職日止，按月提繳勞工退休金 9,000 元至原告於勞保局之勞退專戶。又原告自 10

01 8 年 11 月 4 日 起 受 僱 於 串 點 科 技 股 份 有 限 公 司 ， 每 月 工 資 12
02 萬 元 ， 每 月 經 雇 主 提 繳 勞 工 退 休 金 7,254 元 。

03 (七) 被 告 係 於 109 年 12 月 29 日 最 後 言 詞 辯 論 期 日 始 提 出 抵 銷 抗 辯
04 ， 惟 原 告 認 為 本 件 已 開 過 多 次 庭 期 ， 且 經 兩 造 為 爭 點 整 理 程
05 序 ， 該 抗 辯 應 已 逾 越 時 效 。 又 原 告 固 確 實 有 收 到 資 遣 費 48 萬
06 4,322 元 ， 然 特 休 未 休 工 資 、 返 臺 假 工 資 縱 然 係 僱 傭 關 係 存
07 在 ， 仍 應 給 付 ， 並 無 抵 銷 之 問 題 。 且 返 臺 假 係 依 據 派 駐 人 員
08 管 理 辦 法 第 14 條 第 4 項 規 定 ， 未 使 用 完 畢 者 ， 得 換 算 代 金 ，
09 雖 係 優 於 法 令 的 假 ， 但 是 否 可 以 折 算 工 資 ， 仍 需 以 兩 造 間 之
10 工 作 規 則 決 定 。

11 (八) 並 聲 明 ：

- 12 1. 確 認 原 告 與 被 告 間 僱 傭 關 係 存 在 。
- 13 2. 被 告 應 自 108 年 3 月 5 日 至 原 告 復 職 日 止 ， 按 月 給 付 原 告 18
14 萬 2,000 元 ， 及 自 各 期 應 給 付 日 之 次 日 起 至 清 償 日 止 ， 按 週
15 年 利 率 百 分 之 5 計 算 之 利 息 。
- 16 3. 被 告 應 給 付 原 告 101 萬 8,000 元 ， 及 自 起 訴 狀 繕 本 送 達 翌 日
17 起 至 清 償 日 止 ， 按 週 年 利 率 百 分 之 5 計 算 之 利 息 。
- 18 4. 被 告 應 自 108 年 3 月 5 日 起 至 原 告 復 職 日 止 ， 按 月 提 繳 1 萬
19 0,920 元 至 原 告 於 勞 保 局 之 勞 退 專 戶
- 20 5. 第 二 、 三 項 部 分 ， 原 告 願 供 擔 保 ， 請 准 宣 告 假 執 行 。
- 21 6. 訴 訟 費 用 由 被 告 負 擔 。

22 二 、 被 告 則 以 ：

23 (一) 原 告 自 104 年 11 月 9 日 受 僱 於 被 告 ， 一 開 始 係 任 職 於 百 腦 匯
24 商 場 營 運 中 心 部 門 ， 擔 任 高 級 總 監 職 務 ， 約 定 每 月 工 資 14 萬
25 元 ， 派 外 津 貼 4 萬 2,000 元 ， 另 於 104 年 11 月 3 日 簽 訂 派 遣
26 人 海 外 人 員 合 約 書 ， 約 定 由 被 告 將 原 告 派 遣 至 中 國 大 陸 各 區
27 任 職 ， 負 責 百 腦 匯 商 場 營 運 、 招 商 及 企 劃 等 管 理 工 作 。 又 原
28 告 自 104 年 11 月 9 日 起 擔 任 廣 洲 店 副 店 總 ， 復 於 106 年 7 月
29 1 日 調 任 至 廈 門 店 擔 任 店 總 ， 總 管 該 據 點 商 點 之 百 腦 匯 自 營
30 通 路 門 市 之 管 理 執 行 、 營 運 執 行 、 商 場 活 動 執 行 、 商 品 上 下
31 架 陳 列 、 客 戶 服 務 與 會 員 經 營 、 人 力 召 募 與 訓 練 、 銷 售 業 績

01 目標達成等，身居高階主管之責而轄下並管領當地數百名員
02 工。其後於107年3月1日從廈門店調任至上海店擔任店總
03 ，同樣為被告在上海據點之最高主管而綜管被告重要上海百
04 腦匯商場之營運。惟因原告在上海店之工作表現並不如預期
05 ，故被告再於107年6月25日將原告調任回廈門店擔任店總
06 。

07 (二)詎料，原告自調任回廈門店後仍未思改進，除該店經營績效
08 表現持續也未能達到被告之要求外，且甚至連商場空間招租
09 與招商亦因原告消極態度、工作不力而致廈門店3樓招商進
10 度嚴重延宕，致使被告每月受有高達百萬餘元之租金收入損
11 失。被告眼見廈門店原經營績效已屬不彰、連招商一事也毫
12 無進展，心急如焚並多次催促、叮囑原告應積極招商但仍毫
13 無改善，招商延宕期間竟高達8個月之久，致使被告蒙受相
14 當於1,080萬元之鉅額損失，原告如此消極不作為，顯已無
15 法勝任店總工作，而與接任原告工作之後手，積極任事，旋
16 即以不到1個月期間即將廈門店3樓整層出租，兩相對照，
17 明顯可見原告確實已無法符合被告僱用其所欲達成之合理經
18 濟目的而確有不能勝任工作之情事。

19 (三)原告確實有主、客觀不能勝任工作之情事，分述如下：

20 1.原告確有客觀上不能勝任工作情事：

21 (1)被告之店總職務、係一店之總而屬於該據點商場之最高管理
22 主管，並擁有獨立之人事行政權，與自定營業收入與商場損
23 益作為KPI指標之權利，當然就要有達成自定目標的義務，
24 無法與別間店排序比較績效之好壞。各店店總均會自己於前
25 1年10月訂定下1年度之KPI指標，雖訂定之KPI指標會與
26 總管理部討論，但最終KPI指標要訂多高，還是由各店店總
27 做最後定奪。又被告為訓練管理人才，亦會將員工於分店間
28 調任，原告於104年11月9日至廣州店擔任副店總，表現僅
29 屬一般，甚至亦曾被點評為表現不佳、進度太慢等，被告當
30 時更指派另名臺籍幹部王明俊經理協助招商，後續於106年
31 7月調任至廈門店擔任店總，希望其發揮招商、調整業種之

經驗，並將王明俊經理一併調往廈門店協助原告，並規劃電影院與餐飲，堪認原告於廈門店之表現仍係差強人意，而需被告給予不同於其他店總之額外資源之協助。

(2) 又因上海店轉型為複合式商場，可能需要有異業合作之機會，故被告於107年3月1日再將原告調任至上海店擔任店總、委以原告重責，期待原告能將與王明俊經理當時一起在廈門招商之經驗複製到上海店，未料原告在上海店任職期間，表現並不如預期，即上海店在原告擔任店總期間（107年3月至107年6月間），客流量達成率由86%、79%，降至78%，短短3個月內下滑將近1成，這對被告之指標性店家而言完全無法接受，且除客流量未達標外，店家損益亦未達到指標，3個月就短少約人民幣93萬元，因上海為中國最重要城市，各企業商家都會在此相互競爭，倘若上海店之KPI指標（客流量、營收損益）均無法達成，對被告整個集團營運而言會造成重大損害，且原告亦遭數位女性職員反應有不妥之適之職場性騷擾問題，以及與負責財務之女職員有不恰當之互動關係，領導統御能力亦顯有問題，難以擔任上海店店總，故將原告調回廈門店，同時也是再次給予原告改善之機會，使其回到業務較為熟稔之店家，期待原告能重回軌道。

(3) 豈料，原告自上海店調回廈門店後，原告之績效表現竟也未見改善，廈門店之營運狀況更是差強人意，各項KPI指標在107年7月至12月（107年下半年）之表現，比上半年經營績效更為不佳，且與原告同樣擔任廈門店店總之107年1、2月及108年1、2月相較，原告在108年度擔任廈門店店總之績效亦更為疲弱不振。

(4) 尤有甚者，廈門店3樓席位於107年6月14日原訂廠商租約屆期，而自原告調回廈門店後，被告即要求原告就3樓整層空租後進行招商規劃，而按規劃於107年10月廈門店3樓即應可整改完畢重新開業，原告卻於訂定招商目標後遲遲無法實行，無法談妥招進商家，一再拖延，被告雖於107年7月至11月之主管會議內檢討廈門店3樓之招商規劃與進度，惟

原告不僅不積極處理空租情形，一再放任不執行招商規劃，致使被告公司廈門店3樓自107年6月起即處於空租狀態，造成被告每月受有高達人民幣30、40萬元租金收入之損失，而原告招商嚴重延宕整整8個月，此段空租期間使被告公司蒙受人民幣293萬元。而被告108年3月資遣原告後，接任廈門店店總職務之後手旋即於108年4月將廈門店3樓席位出租，且於108年4月27日順利開業，顯見原告確實不具備身為店總所應具備之觀察市場變化之敏銳度、能快速因應市場動向之應變能力，而有客觀上能力不足而無法勝任工作之情形。

2. 原告確有主觀上不能勝任工作情事：

- (1) 被告於107年6月將原告自上海店調回廈門店後，原告之績效表現也未見改善，原告無心致力於經營廈門店，各項營運績效指標都差強人意。不論是在前揭廈門店107上下半年度之差異上，廈門店在原告之管理下均有經營績效明顯下滑之趨勢外；於同樣都是原告擔任廈門店店總之「107、108年度同期」相較下，原告在108年度擔任廈門店店總之績效也更為疲弱不振，已如前述。亦即，同樣都是原告於廈門店之績效，竟於調任上海店前後表現截然不同，原告不僅未能維持其先前於廈門店之營運績效，表現甚至更為低落，顯見原告無心於廈門店之營運，主觀上可為卻怠而不為。
- (2) 又被告廈門店3樓席位於107年6月14日原訂廠商租約屆期，而自原告調回廈門店後，被告即要求原告就3樓整層空租後進行招商規劃，然而原告就招商規劃均遲遲不實際進行，導致招商進度不彰。甚至，被告公司更於每月紀錄上檢討廈門店3樓之招商規劃與進度，而原告也不積極處理空租情形，就一再放任3樓IT席位空租，致令被告公司受有每月約人民幣30、40萬元之租金損失，原告對此竟也無動於衷繼續消極放任被告持續擴大損失，原告招商延宕8個月空租使被告蒙受人民幣293萬元之鉅額損失。
- (3) 而被告於108年3月資遣原告後，接任廈門店店總職務之後

手旋即於108年4月將廈門店3樓席位出租，顯見原告除有客觀上能力不足而無法勝任工作之情形外，且或因個人不認同被告之目標，但在被告給予發揮空間時，其亦無法完成自身設定之女性時尚之業種；然當原訂計劃顯已不可行，甚至嚴重延宕已造成財務損失持續擴大後，原告仍無視主管給予之督導建議，也不接受、不願改變，完全不具備身為店總所應具備之觀察市變化之敏銳度、能快速因應市場動向之應變能力，主觀上也怠於處理，即使主管於週會、月會上一再提醒，原告仍一直無法完成，堪認其主觀上確亦有不能勝任工作之情事。

(四)原告主張被告解僱原告不符合解僱最後手段性原則，惟被告曾給予原告下列輔導改善措施，然原告仍固執己見未能改善，甚至放任空租損失一再擴大，況被告於中國只有高階管理職才會派臺籍幹部，也再無其他適合之位置可再調任，僅能依法將原告予以資遣，此與資遣最後手段性並無相悖。

1.原告任職廣州店時期（104年11月9日至106年6月30日）：

指派另名臺籍主管王明俊經理協助原告處理招商。

2.第1次廈門店時期（106年7月1日至107年2月28日）：再將臺籍主管王明俊經理調往廈門店協助原告處理招商。

3.上海店時期（107年3月1日至107年6月24日）：

人事主管乙○○接獲員工反應原告有不當行為（拍女性員工屁股或摸手）。另范副總裁及總裁均善意提醒原告要注意不當言行，勿與女性員工過從甚密。

4.再次回到廈門店時期（107年6月25日至108年3月4日）：

(1)姑且不論3樓招商，原告調回後表現與去年同期比較，亦屬嚴重衰退。但被告也持續同意原告下修目標，已多次給予原告機會。

(2)范副總裁從107年7月就開始每月於主管會議叮嚀3樓招商進度。

01 (3) 被告10月份時指派總部吳先生協助原告規劃售後維修之招商
02 手冊。

03 (4) 12月份時，又因原告招商過慢，派特助吳先生及公關吳小姐
04 ，到廈門實地調研與商家訪談，希望協助原告盡速把3樓維
05 修區招滿。

06 (5) 108年2月初開工時，總裁也親自與原告溝通3樓招商進度
07 ，以及地下1樓超市不符預期等，明白點出原告表現不佳，
08 亟待改善。

09 (五) 依據被告之薪資管理辦法第3條規定，薪資結構中之底薪加
10 上伙食津貼為本薪，即為勞基法所規範之工資。故縱認原告
11 請求為有理由，則原告得按月請求工資之數額應限於本薪部
12 分，而關於外派津貼部分，依據派駐人員管理辦法第11條第
13 11項規定，如客觀上人不在大陸，不在派駐地即無法領取，
14 是原告在職期間每月所領取之4萬2,000元派外津貼，性質
15 上並非為工資。

16 (六) 對於原告請求被告給付107年度分紅101萬8,000元云云，
17 並無理由，分述如下：

18 1. 觀諸員工聘僱契約第3.2條約定，員工於服務滿2年內分紅
19 （保障最低）以7.4個月本薪乘以任職比例為基礎，可知服
20 務滿2年後即不適用前揭約定，而係依績效核給，亦即依各
21 員工之年度考核成績，並經主管再為核定後決定核發之月數
22 ，原告既係於104年11月8日到職，至106年11月7日即服
23 務滿2年，自不得主張依據前揭約定領取員工分紅。再參照
24 被告108年7月10日就107年度員工分紅之通知函可知，10
25 7年度員工分紅之發放對象係須107年12月31日前到職，且
26 於107年度分紅發放日（即108年7月10日）仍在職者，始
27 得領取107年度員工分紅。然原告於108年3月4日起即與
28 被告無僱傭關係存在，原告自不符合前揭要件，故並無請求
29 107年度員工分紅之權利甚明。

30 2. 原告所謂分紅即為員工酬勞，依據薪資管理辦法第12條規定
31 ，清楚定義其性質上並非工資，且員工酬勞乃係依據公司法

第235之1條規定辦法，故數額上並非固定，原告遽然主張被告有給付其101萬8,000元分紅之義務，誠無道理可言。更何況，依據勞基法第29條明文，獎金或紅利內容之決定乃屬雇主之企業自治權限，雇主並無給付之義務，可視情況不予核發，甚屬明確。又因勞基法第29條規定之分紅，屬於恩惠、勉勵性質之給與，並非勞工工作之對價而非屬工資，且屬公司內部自治事項。是雇主對於是否核發員工紅利、如何分配、分配之對象、條件以及分配之數額、內容、方式及時間等事項，具有完全之裁量權限。從而，受僱人對於此等恩惠、勉勵性質之給與是否給與、乃至給與之數額及給與之條件，並無置喙之餘地，遑論有權得請求給付獎金或紅利。

- 3.再者，參照被告於108年所發放之107年度分紅，被告所平均發放給不同考績員工之分紅月數，考績A+之員工平均分紅月數為5.84、考績A之員工平均分紅月數為4.95，而考績B-之員工平均分紅月數則為2.55、考績C之員工平均分紅月數為2.54。依據原告107年考核表所示，可發現原告考核分數（88.8分、等級A-）已較前次（91.9分、等級A-）退步，並於主管綜合評語之處，更註記對於3樓整改招商很不順利，影響總營收，並提醒要3樓盡快滿租，顯見被告所述原告於廈門店3樓招商不力乙事為真，惟因店總貴為全店最高主管，身為管理職，基於情理並顧乃其管理主管之顏面，被告不可能將評語寫得太直接，都會以鼓勵之方式包裝對於原告不足之處的督促，更不可能給予太過低考核等第，此乃係因被告仍尊重原告係擔任店總職務之故，絕非係肯認其工作能力。被告既以勞基法第11條第5款不能勝任工作為由終止與原告間之勞動契約關係，倘原告即使仍在職考績亦不可能高於C。是以，縱退千萬步而言，原告即使得請求107年度分紅，亦不可能超2.54個月，故原告請求107年度分紅101萬8,000元，並無理由。
- 4.此外，考績表上之考績與是否能領取員工酬勞並無關聯，且也無一定之發放基準，蓋因各店總經理、主管薪資均有所差

距，加上各城市賺錢獲利均不同，更需考量各店總經理之領導統御、是否能讓商場變更好的未來性，以「年薪」之方式作為高階主管之薪酬，並非係以「底薪乘以幾個月」為原則。而原告工資名列全臺籍幹部前10%，而於其表現如此不佳，甚至造成公司嚴重空租損失之情形下，豈可能再給予與其他人同樣月數之分紅，完全不合理。

(七)對於原告請求按月提繳勞工退休金1萬0,920元云云，惟勞工退休金提繳金額應以「工資數額」對應勞工退休金月提繳分級表，計算每月應提繳之數額。縱認被告終止契約為不合法（假設語氣），被告應為原告提繳之勞工退休金應以第60級計算被告每月應提繳6%之金額為8,550元。況勞工退休金提繳係按勞保局所公告勞工退休金月提繳分級表，設有最上限15萬元，亦即雇主所負擔勞工退休金之提繳金額最高也僅9,000元，原告請求按月提繳1萬0,920元，顯於法無據。

(八)更何況，倘認被告有給付之義務，惟被告前已給付原告資遣費48萬4,322元、特休未休工資10萬0,100元、返臺假工資3萬0,333元，金額共計為61萬4,755元，被告自得依不當得利之法律關係請求返還，並據以抵銷被告所應給付之金額，而抵銷順序為先行抵銷分紅，倘有剩餘，再行抵銷工資。又原告雖辯稱倘僱傭關係存在，特休未休工資，返臺假工資亦需給付，自無抵銷之問題云云，惟特休未休工資、返臺假工資均係年底結算，被告係因兩造間之勞動契約已終止，才會提前給付，倘認終止不合法，自無前揭款項之結算，原告自無受領前開金額之權利，被告自得請求返還。

(九)並聲明：

- 1.原告之訴及假執行之聲請均駁回。
- 2.訴訟費用由原告負擔。
- 3.如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、本件經法官試行整理並簡化爭點，結果如下（見本院卷(一)第91頁、第92頁、本院卷(二)第59頁、第60頁）：

01 (一)兩造不爭執事項（並採為本判決之基礎）：

02 1.兩造於104年10月29日、104年11月3日分別簽立員工聘僱
03 契約、派遣人海外人員合約書，約定原告自104年11月9日
04 起任職被告，部門為百腦匯商場營運中心，在臺擔任高級總
05 監之職務，每月工資（即本薪）為14萬元（包括基薪13萬7,
06 600元、伙食津貼2,400元），原告自報到日至服務滿2年
07 內，員工分紅（保障最低）以7.4個月本薪乘以任職比例為
08 基礎，爾後之分紅、獎金、津貼依照被告章程規定及相關作
09 業辦法辦理；及約定被告派遣原告自104年11月9日起至中
10 國大陸各區任職，負責百腦匯商場營運、招商及企劃等各項
11 管理工作，除上述工資給付外，另加給派外津貼4萬2,000
12 元（即人民幣1萬6,000元）。

13 2.原告自104年11月9日任職時擔任被告中國大陸廣州店之副
14 店總，於106年7月1日調任至廈門店擔任店總，復於107
15 年3月1日調任至上海店擔任店總，於107年6月25日再調
16 任至廈門店擔任店總。

17 3.被告於108年3月4日依勞基法第11條第5款規定，以原告
18 不能勝任工作為由終止兩造間勞動契約，並開立離職證明書
19 與原告收受。

20 4.原告任職期間即104年度至106年度所領取之員工分紅金額
21 各為15萬5,400元（稅後14萬7,630元）、103萬3,600元
22 （稅後98萬4,200元）、100萬元（稅後95萬元）。

23 5.被告於108年3月4日資遣原告前，每月為原告提繳勞工退
24 休金8,588元。

25 6.原告自108年11月4日起受僱於串點科技股份有限公司，每
26 月工資12萬元，每月經雇主提繳勞工退休金7,254元。

27 (二)兩造爭執事項：

28 1.被告於108年3月4日依勞基法第11條第5款規定終止兩造
29 間之勞動契約，有無理由？

30 2.原告請求確認兩造間之僱傭關係存在，有無理由？

31 3.原告依兩造間勞動契約、民法第487條規定，請求被告自10

8 年 3 月 5 日起至其復職之日止，按月給付工資 18 萬 2,000 元，有無理由？

4. 原告依兩造間勞動契約第 3.2 條約定，請求被告給付其 107 年度分紅 101 萬 8,000 元，有無理由？

5. 原告依勞退條例第 14 條第 1 項、第 31 條第 1 項規定，請求被告自 108 年 3 月 5 日起至其復職日止，按月提繳勞工退休金 1 萬 0,920 元至原告於勞保局之勞退專戶，有無理由？

四、得心證之理由：

(一) 被告於 108 年 3 月 4 日依勞基法第 11 條第 5 款規定終止兩造間勞動契約，有無理由？

1. 按勞基法第 11 條第 5 款規定，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。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，雇主始得解僱勞工。其造成此項合理經濟目的不能達成之原因，應兼括勞工客觀行為及主觀意志，是該條款所稱之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」者，舉凡勞工客觀上之能力、學識、品行及主觀上違反忠誠履行勞務給付義務均應涵攝在內。且須雇主於其使用勞動基準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「解僱最後手段性原則」（最高法院 96 年度台上字第 2630 號、103 年度台上字第 1921 號判決意旨參照）。

2. 查原告自 104 年 11 月 9 日任職時擔任被告中國大陸廣州店之副店總，於 106 年 7 月 1 日調任至廈門店擔任店總，復於 107 年 3 月 1 日調任至上海店擔任店總，於 107 年 6 月 25 日再調任至廈門店擔任店總等情，為兩造所不爭執，被告辯以原告任職上海店期間及之後調任廈門店期間有主觀上、客觀上不能勝任工作之情形，固據其提出 107 年 5 月主管會議紀錄、107 年 3 月至 6 月客流量、107 年度上下半年各項 KPI 指標比較表、107 年上下半年 IT 商場損益比較表、107 年上下半年店直接損益比較表、107 年、108 年同期 IT 商場損益比

較表、107 年108 年同期店直接損益比較表、廈門店3 樓空租情形及租金損失、廈門店3 樓席位出租紀錄、107 年7 月至11月主管會議紀錄為證（見本院卷(一)第65頁至第87頁、第173 頁至第232 頁），然原告於上海店擔任店總期間僅短短不到4 個月，即使以上海店107 年3 月至6 月客流量之數據觀之，差距甚微，且顯比107 年2 月客流量提升很多，被告所提之107 年5 月主管會議紀錄內容亦無關於原告有何不能勝任工作之情事，是被告辯稱原告任職上海店期間不能勝任工作，應屬無據。又被告係以原告於107 年6 月25日調至廈門店擔任店總後，經營績效明顯下滑，且3 樓招商進度不彰等情而認其不能勝任工作等情，依證人甲○○於本院審理時證稱：店總之績效主要是看IT商場指標有無達成，比較沒有用BN損益、店直接損益。原告於107 年6 月25日回任廈門店店總時，廈門店總共有6 個樓層，當時除3 樓在重新規劃，地下1 樓也有招商工作，主要就是在召天虹超市，這兩個樓層重新規劃之因素當然會影響廈門店之損益等語（見本院卷(一)第124 頁至第125 頁），可知原告擔任店總職務，其績效雖得視其IT商場損益，然因廈門店當時之3 樓、地下1 樓都有重新規劃而在招商之情形，對於該店之IT商場損益結果確有影響，本院即無從憑被告所提出之廈門店107 年上下半年IT商場損益比較表而為原告任職期間經營績效明顯下滑之認定。

- 3.再者，證人甲○○於本院審理時雖證稱：原告調回廈門店當時要3 樓整層大改造，當時業種是女性時尚方面，包含美甲、美容、SPA 等，公司底線是不能超過12月，原告負責這個廈門店的任務，無法完成既定招商行程，造成公司每個月租金收入缺口30幾萬人民幣，後來一直到原告離職都無法達成，後來有派大慶店林店總接手廈門店之店總職務，到108 年4 月27日就順利招商完成。廈門店3 樓招商遲遲無法完成上開業種之定標，伊和原告及其團隊都有召開月會、週會，都會叮嚀、督導原告，如果這個女性時尚的業種招商不順利，

01 應該要及時考慮改變為IT或類IT的業種，但原告堅持把女性
02 時尚業種完成等語（見本院卷(一)第119頁至第120頁），然
03 依107年7月至11月主管會議紀錄關於廈門店之會議記要，
04 各月分別記載「目前最重要的工作為3個樓層的招商，3樓
05 為重中之重。……現在跟時間賽跑，要能再10/15跟B1F超
06 市同時開業很挑戰，在定標招商要再加油」、「3樓定標招
07 商，無法回頭再找IT商家，8/31前須完成定標招商80%至90
08 %以上」、「3樓為重中之重，現在最大的問題點在3樓的
09 定標招商，9月底要確定發包／不發包，現在要回頭找IT或
10 類IT很難，只有往前衝，定標後團隊就努力招商，3樓不去
11 發包，一個月會損失很多，要加油，很挑戰」、「3樓維修
12 區域+IT複合式規劃，3樓已空4、5個月，維修要做就要
13 做大，不是將原本樓下的維修廠商挪到樓上，要做大、做好
14 、做強。至少1000平方米以上」、「3樓類IT+異業招商落位
15 ，收意向金的時間未確定影響發包，維修專區要趕緊談……
16 3樓分兩塊，維修區域可收意向金的先收，右邊異業+類IT
17 盡快談定收網」等語（見本院卷(一)第193頁、第205頁、第
18 211頁、第218頁、第225頁），是原告於107年6月25日
19 甫調任至廈門店擔任店總時，被告既於107年7月主管會議
20 時表示該店3樓定標招商要加油，則當時廈門店3樓招商是
21 否業已定標，並非無疑；又被告於107年8月、9月主管會
22 議時明確表示廈門店3樓招商已經定標，無法再回頭找IT商
23 家，卻於107年10月、11月主管會議表示廈門店3樓招商業
24 種為維修區域、IT複合式規劃，足見被告對於廈門店3樓招
25 商業種確於數月內即自女性時尚變更為維修區域及IT複合式
26 規劃，且依該會議紀錄內容，被告並無告知原告若3樓之女
27 性時尚的業種招商不順利，應該要及時考慮改變為IT或類IT
28 的業種等語，反而一再表示無法回頭找IT商家，除與證人甲
29 ○○前開證稱內容不符外，益徵原告於廈門店招商進度不佳
30 ，實無法排除被告事後變更廈門店3樓業種所致。另觀諸被
31 告所提出原告107年度考核表（見本院卷(二)第125頁），所

載主管甲○○於107年12月19日對原告之評語為「Paul今年3月從上海店調任廈門店，總收入和IT損益達成率為91%/80%表現中上，廈門店今年換約成功引入天虹超市，目前正積極對3F整改招商但很不順利，影響總營收，Paul經驗豐富對商場經營有經驗，期待3F盡快滿租，挑戰達成目標」等語，可證被告在廈門店所為招商行為，並引進天虹超市，仍有建樹，且主管審酌其經營之績效表現亦給予正面之評價。至證人乙○○雖於本院審理時證稱：以伊彙整其他員工考核表之印象，原告考核表上所提到「總收入和IT損益達成率為91%/80%表現中上」、「目前正積極對3F整改招商但很不順利」等評語是不好的。多數總經理會用比較有未來性的表達方式寫評語，今年的績效表現持平，期待明年有更好的表現，而部會具體寫多少比率表現中上，招商偏慢等具體事實等語（見本院卷(二)第134頁至第135頁），然證人乙○○非為原告直屬主管，且未參與原告考核之過程，其僅係以自己認知對於該考核表上評語之內容提出看法，顯非得以據此認定原告考核表現不佳。復就原告所提簽呈內容（見本院卷(二)第69頁至第77頁），可知被告於中國大陸地區各店之KPI指標（即營業收入、IT商場損益等預算），係經原告提出後，經其主管即營運中心副總裁甲○○、總裁辦公室特助李文華、行銷中心總經理高偉倫、人力資源中心乙○○總經理會簽，再經總裁蔡明賢核准後所發布，是該KPI指標既經過層層高階主管簽核，甚而經過被告總裁之核准，顯非原告得以自行調降之可能，又被告並無提出相關證據證明原告得以自行調降KPI達成率以造成績效良好之假象，則其以此辯稱原告並未達成被告預期之工作標準，顯非公允。基此，被告所提相關事證均無從證明原告主觀上或客觀上不能勝任工作之情事。

4. 至被告抗辯：被告於中國大陸地區僅有高階管理職務才會派臺籍幹部，也無其他適合之位置可調任原告，又多次給原告機會，一再提點原告廈門店3樓招商要有所改善，原告仍固

01 執已見未能改善，僅得依法資遣原告，並無違反解僱之最後
02 手段性原則云云。但查，被告係以於104年11月9日起至10
03 6年6月30日在廣州店另行指派臺籍主管王明俊經理協助原
04 告招商、106年7月1日起至107年2月28日在廈門店亦指
05 派王明俊經理協助原告招商、107年3月1日起至107年6
06 月24日止經被告總裁、副總裁善意提醒原告注意不當言行及
07 勿與女性員工過從甚密、107年6月25日起至108年3月4
08 日止持續同意原告下修目標，及107年7月起每月主管會議
09 叮嚀廈門店3樓招商進度，107年10月指派總部吳先生協助
10 原告規劃售後維修之招商手冊，107年12月指派特助吳先生
11 與公關吳小姐協助原告盡速將3樓招滿，108年2月初總裁
12 與原告溝通3樓招商進度不佳、地下1樓超市不符預期，而
13 辯稱給予原告多次輔導改善措施，然觀諸被告前揭所述，多
14 為被告指派人力協助原告進行招商，或僅為空泛之溝通、提
15 醒，而未有輔導原告應如何改善其不足處之具體意見，本院
16 自難僅憑被告前揭所辯而認被告業已落實資遣原告前之輔導
17 改善措施，且被告並未主動評估將原告調至其他合適之工作
18 ，亦未曾對原告降薪或為其他具體懲處行為，而任由原告於
19 其所認為不適任之原職，實難認被告有對原告施以輔導、教
20 育訓練或相關改進措施。況依被告自承原告於104年11月9
21 日至廣州店擔任副店總時，被告曾指派臺籍幹部王明俊經理
22 協助招商，可知臺籍員工至中國大陸地區除店總、副店總之
23 職務外，確實仍有其他職務可擔任，而被告既未曾主動評
24 估現行職缺，亦未就其他職務可能性與原告溝通，被告所為
25 資遣原告之行為，顯未盡解僱之最後手段性原則。再者，依
26 被告所提之員工績效評估辦法（見本院卷(二)第107頁至第10
27 8頁），其中第6條第2項規定「員工在職期間如有調遷或
28 派駐其他部門情形者，其考核原則上由現職部門主管評核，
29 為求評核之公正，可詢問原部門所屬主管之意見；必要時上
30 一級主管或人資單位得主動參與協調」等語，可知被告員工
31 於調遷或派駐其他部門時，其考核於必要時尚需由上一級主

管或人資單位參與協調，惟原告經被告為解僱，顯係較調遷更為不利益之處分，然除經被告提出前開107年度考核表外，未見被告有召集各級主管及人資單位與原告為協調或討論，亦難認其資遣行為有依照相關程序辦理。是以，被告抗辯已盡解僱之最後手段性原則，其終止兩造間勞動契約為合法云云，洵不足採。

5. 據上，尚難認原告於中國大陸地區從事店總工作已達主觀上或客觀上不能勝任其工作之情事。且被告果認原告有營運績效低落、招商不利而無法達到其期望之工作標準，仍應先對原告施以教育訓練，並以獎懲之方式促其注意改善，始符情理。然被告僅於形式上在考核表上記載「目前正積極對3F整改招商但很不順利，影響總營收」等語，並未見對原告施以具體之輔導內容，亦未見以如懲戒之方式促其改進，卻於108年3月4日即逕行解僱原告，尚難認符解僱最後手段性原則。是被告所辯其已依勞基法第11條第5款之規定終止兩造間勞動契約，非屬合法。

(二) 被告雖於本院審理時復以原告於107年3月至6月調任上海店擔任店總期間，曾遭投訴其身為有婦之夫卻與女性員工間有不正常交往關係，違反其簽署之「派駐大陸Buynow同仁生活公約」第2條之約定事項而有不能勝任工作之情事，然查，原告於108年4月29日向新北市政府申請勞資爭議調解後，兩造於108年5月8日、同年月13日、同年月28日至新北市政府進行勞資爭議調解期間，被告均以原告調回廈門後績效未達預期，被告不斷開會及調整仍未見改善，故依勞基法第11條第5款規定資遣原告，且不同意恢復僱傭關係，兩造最終調解不成立，復經原告於108年8月26日提起本件訴訟後，被告於108年11月6日所提民事答辯狀、108年12月4日所提民事答辯二狀、109年2月12日民事答辯三狀、109年3月4日民事答辯四狀，及本院於108年11月11日、108年12月10日、109年1月13日、109年3月23日進行言詞辯論時，均未提及原告有其上所稱違反同仁生活公約之情形，

01 有新北市府勞資爭議調解紀錄、上開答辯狀及言詞辯論筆
02 錄等件在卷足稽（見本院卷(一)第27頁至第28頁、第47頁至第
03 58頁、第91頁至第93頁、第99頁至第102頁、第109頁至第
04 111頁、第117頁至第127頁、第161頁至第171頁、第24
05 1頁至第249頁、第277頁至第278頁），是被告所述前情
06 ，是否為臨訟之詞，已非無疑。又證人乙○○於本院審理時
07 雖證稱：原告於107年3月調任上海後，就陸續有員工向伊
08 反應一些原告行為不當之地方，如他會拍女員工屁股，摸女
09 員工手，107年4月被告有開一個全國主管大會，當時總裁
10 也會提醒原告聽到他與一些女性員工過從甚密之傳言，希望
11 他可以有效改善這些不當行為舉止，原告直屬主管甲○○副
12 總裁也有提醒他這件事，107年5月時有一位女性員工就因
13 為這件事情而自動離職，故我們希望他到上海複製廈門經驗
14 ，讓上海店更好的想法只好做調整，因而於107年6月25日
15 將原告調回他熟悉之廈門店，再給他一次機會等語（見本院
16 卷(二)第132頁至第133頁），然此與證人甲○○於本院審理
17 時證稱：原告從調任上海店開始，107年3月至5月之績效
18 表現不彰，107年4月收入短少40萬元人民幣，1至4月損
19 益營收總共短少93萬元人民幣，最重要的是客流量……當時
20 的目標平均每日是13,500人，3月僅達到11,600人，達成率
21 百分之86，4月下滑日均10,500人，達成率下滑到百分之79
22 ，5月客流量為10,000人，達成率下滑百分之78，比106年
23 同期比較下滑了百分之7，故認為原告表現非常不好，所以
24 被告當時才會於同年6月把原告調回百腦匯廈門店等語（見
25 本院卷(一)第119頁）顯不相符，再者，原告自107年6月間
26 調至廈門店後，並無被告所稱不能勝任工作之情事，業如前
27 述，本院自無從以證人乙○○上開證述內容而為原告不利之
28 認定。況按勞資爭議處理法第8條規定：「勞資爭議在調解
29 、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停
30 工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為；勞方不得因
31 該勞資爭議事件而罷工或為其他爭議行為」。上開立法之目

01 的旨在保障合法之爭議權，並使勞資爭議在此期間內得以暫
02 為冷卻，避免爭議事件擴大，則被告於本件訴訟進行期間，
03 再行以原告違反前揭同仁生活公約等工作規則為由終止勞動
04 契約或為其他不利於勞工之行為，顯然違反上開勞資爭議處
05 理法第8條之規定，是其於本件訴訟期間再行以上開事由為
06 終止勞動契約意思表示，於法有違，實不生效力。故被告此
07 部分抗辯，亦無理由。

08 (二)兩造間僱傭關係是否仍存在？原告請求確認兩造間僱傭關係
09 存在，並請求被告按月給付工資，是否有理由？

10 1.被告108年3月4日終止勞動契約之意思表示不生效力，已
11 如前述，兩造間僱傭關係自仍存在，原告請求確認兩造間僱
12 傭關係存在為有理由。

13 2.按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得
14 請求報酬；債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出
15 之效力。但債權人預示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之
16 行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人以代提出
17 ；債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提
18 出時起，負遲延責任，民法第487條本文、第235條及第23
19 4條分別定有明文。次按債權人於受領遲延後，需再表示受
20 領之意，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，
21 其受領遲延之狀態始得認為終了。在此之前，債務人無須補
22 服勞務之義務，仍得請求報酬。查：

23 ①被告於108年3月4日依勞基法第11條第5款規定，以原告
24 不能勝任工作為由終止兩造間勞動關係，並非合法，已如前
25 述，則被告之終止行為雖不生終止契約之效力，但已足認被
26 告有為預示拒絕受領原告勞務之意思表示。而原告在被告違
27 法解僱前，主觀上並無任意去職之意，原告並於108年4月
28 29日申請勞資爭議調解請求被告恢復僱傭關係，而經被告於
29 勞資爭議調解拒絕恢復兩造間僱傭關係，此有新北市政府勞
30 資爭議調解紀錄附卷可稽（見本院卷(一)第27頁至第28頁），
31 堪認原告已將準備給付之事情通知被告，為被告所拒絕，則

被告拒絕受領後，即應負受領遲延之責，原告無須催告被告受領勞務，況被告復未再對原告表示受領勞務之意或為受領給付作必要之協力，應認被告已經受領勞務遲延。故原告請求被告應自108年3月5日起至原告復職之日止按月給付工資等語，即為可取。

②原告主張其薪資結構為本薪14萬元加計派外津貼4萬2,000元等情，為被告所否認，並以前詞置辯，爭點即在於派外津貼應否納入工資計算？經查：

(1)按勞基法第2條第3款規定，工資謂勞工因工作而獲得之報酬，包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義經常性給與均屬之。該所謂「因工作而獲得之報酬」者，係指符合勞務對價性而言、所謂「經常性之給與」者，係指在一般情形下經常可以領得之給付（最高法院100年度台上字第801號判決意旨參照）。故勞工因工作所得之報酬，倘符合「勞務對價性」及「給與經常性」二項要件時，依法即應認定為工資。而於判斷某項給付是否具「勞務對價性」及「給與經常性」要件之際，則應依一般社會交易之健全觀念以為決定，至於其給付之名稱如何，在非所問。是以，勞基法第2條第3款所稱之「其他任何名義之經常性給與」，法令雖無明文解釋，但應指雇主非臨時起意且非與工作無關之給與而言，其立法原意在於防止雇主對勞工因工作獲得之報酬不以工資之名而改用其他名義，故特於該法明定應屬工資，以資保護勞工（行政院勞工委員會85年臺勞動二字第103252號函意旨參照）。

(2)觀諸兩造於104年10月29日、104年11月3日分別簽立員工聘僱契約、派遣人海外人員合約書（見本院卷(一)第61頁至第63頁），可知原告自104年11月9日起任職被告時，即經被告派遣至中國大陸各區，負責百腦匯商場營運、招商及企劃等各項管理工作，並於聘僱契約約定每月工資（即本薪）為14萬元（包括基薪13萬7,600元、伙食津貼2,400元）外，

，另加給派外津貼4萬2,000元（即人民幣1萬6,000元）；復依被告所提出與原告之離職員工資遣費計算文件（見本院卷（一）第23頁），亦將原告每月工資以本薪14萬元加計派外津貼4萬2,000元，共計為18萬2,000元，依此計算原告前6個月平均工資為每月18萬2,000元，則被告顯將派外津貼列入原告每月工資內計算，此項給付應屬勞動之對價。再者，依被告制定之派駐人員管理辦法第1條規定「目的：為因應被告『Buynow事業群』中國大陸地區經營發展需要，遴派適當人員常駐大陸地區，規範派駐人員權利義務與相關作業管理，特訂本辦法」，第2條規定「適用範圍：凡被告『Buynow事業群』台籍幹部派駐大陸地區時均適用之」，第6條第1項規定「薪資、貨運郵寄費與其他補助：派駐津貼之計算，乃以派駐大陸人員之在台本薪（在台底薪＋伙食津貼）總額核定出不同級距之『核算標準』，再以核算標準乘以30%所得之數額作為『派駐津貼』；惟派駐津貼最高以5萬元為限。……」（見本院卷（一）第579頁），益見被告依上開管理辦法對於派駐中國大陸地區之員工，在派駐期間負有給付派駐津貼之義務，且該項給付由被告按派駐人員在臺灣地區薪資固定比例匯給，應屬經常性給付，實無疑義。

- (3) 被告固辯稱：依派駐人員管理辦法第11條第11項規定，如客觀上人不在大陸，不在派駐地即無法領取，是原告在職期間每月所領取之4萬2,000元派外津貼，性質上並非為工資云云，惟依派駐人員管理辦法第11條第11項所載「派駐大陸人員，每次或每月離開派駐地之請假（含返台假）總天數累計超過15天者，自第16天起須依請假天數（含假日）扣除『派駐津貼』。」（見本院卷（一）第583頁），可知其規定係對於派駐大陸地區之員工有自行請假超過15天，應依該辦法扣除派駐津貼，與原告遭被告資遣而離開派駐地點之情形顯不相符，又原告自104年11月9日任職被告時起，即經被告派遣至中國大陸各區擔任副店總、店總之職務，至被告於108年3月4月資遣原告前，按月給付原告加計上開派外津貼4萬

2,000 元工資共計18萬2,000 元，堪認被告給付原告之派外津貼，係基於原告為被告提供勞務之對價，而非單方之恩惠性或勉勵性給與，並具有制度上之經常性，自屬工資性質，是被告所辯前情，尚難採信。再者，原告任職被告時起即約定其至中國大陸各區任職，依上開派駐人員管理辦法本得請領派外津貼4 萬2,000 元，被告對其所為資遣行為既然不合法，如前所述，卷內復無被告將其調任派駐地點或單位之相關事證，則原告請求兩造間僱傭關係存在，被告應依兩造約定每月給付其如附表「原告工資債權數額」欄所示之工資金額，即屬有據。

- (4) 另原告已於108 年11月4 日起受僱於串點公司，每月工資為12萬元等情，為被告所不爭執，並有原告所提出之薪資條、薪資明細表等件為憑（見本院卷(二)第79頁至第93頁），堪信為實。而接受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之，民法第487 條後段亦有明定，茲原告既已自串點公司任職而獲取報酬，則被告抗辯應予扣抵等語，應屬可採。準此，原告於108 年11月起至其復職之日止得向被告請求之工資，應扣抵附表所示「原告轉向他處服勞務取得之利益」欄所載之金額，是原告自108 年3 月5 日起至其復職之日止，各月得向被告請求之工資數額即如附表「原告得請求之工資」欄所示之金額；逾此範圍之請求，則屬無據。

(四) 原告是否可領取107 年度員工分紅？

1. 按勞基法旨在規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，此觀該法第1 條之規定自明。勞基法第29條既規定「事業單位於營業年度終了結算，如有盈餘，除繳納稅捐，彌補虧損及提列股息、公積金外，對於全年工作並無過失之勞工，應給予獎金或分配紅利。」則事業單位依本條規定決定以盈餘分配員工紅利，如勞工於事業單位營業年度終了結算時在職，且當年度工作並無過失，即具備分配紅利之要件，對符合上述要件之勞工，事業單

位非可任意不予發給（最高法院103年度台上字第588號判決意旨參照）。

2. 查被告107年度確有盈餘，且於108年7月10日以電子信件發布107年度員工現金酬勞暨獎金發放通知函與員工，其內記載發放對象為107年12月31日以前到職及發放日仍在職者，並依107年任職比例及績效核給，發放日為108年7月10日，此觀諸被告所提108年7月10日通知函可明（見本院卷(一)第105頁至第106頁）；復參以兩造間簽訂員工聘僱契約第3條第2項約定：「員工自報到日至服務滿2年內：員工分紅（保障最低）以7.4個月本薪乘以任職比例為基礎，…。爾後之分紅、獎金、津貼等，悉依甲方（指被告）公司章程規定及相關作業辦法辦理」（見本院卷(一)第61頁），被告就此並未提出相關分紅規定或作業辦法，惟依其所提出上開通知函、薪資管理辦法第12條（見本院卷(一)第105頁至第106頁、第439頁至第440頁），可知員工酬勞發放對象為前一年度12月31日前到職且當年度發放日仍在職，並績效表現符合公司標準之同仁，發放標準為視公司當年度營運狀況及綜合考量個人薪資、考績、獎懲、到職日期等因素核發。又參酌被告所提出之員工績效評估辦法及原告107年度考核表（見本院卷(二)第107頁至第108頁、第125頁），原告107年度經主管核定分數為88.8，評等為A-，對照該績效評估辦法，為前百分之25之員工，且兩造間勞動契約既未經被告合法終止，兩造間僱傭關係仍存在，原告仍係被告之員工，業如前述，則基於原告上述107年度之績效表現及於108年7月10日仍在職之情形，自有領取該分紅之權利。

3. 再者，依據被告所提出之107年度被告全公司績效考核暨員工酬勞月數原始資料（見本院卷(二)第109頁至第123頁），可知經評定為A-之員工所得領取分紅核定月數自1.84個月至10.57個月不等，考量原告擔任職務之內容，及兩造不爭執原告任職期間即104年度至106年度所領取之員工分紅金額各為15萬5,400元（稅後14萬7,630元）、103萬3,600元

（稅後 98 萬 4,200 元）、100 萬元（稅後 95 萬元）等情，並參以原告於 106 年度考核亦經評定為 A-，此觀原告 107 年度考核表所載上次考核欄位內容可知（見本院卷(二)第 125 頁），則原告 106 年度、107 年度經考核後之評定既然相同，被告復無提出與原告相同職務之其他員工領取 107 年度分紅金額等情，本院認原告主張被告應給付其 101 萬 8,000 元分紅（即 7.2 個月本薪，計算式：1,018,000 元 ÷ 140,000 元 = 7.2 個月），尚與其經評定之考績表現相當，且合於兩造間員工聘僱契約原約定之服務 2 年內保障分紅最低 7.4 個月本薪之情形，故原告請求被告給付 101 萬 8,000 元，應屬合理。

4. 另按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷，民法第 334 條第 1 項前段定有明文。且按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，同法第 179 條前段亦有明定。查原告前已受領被告給付之資遣費 48 萬 4,322 元、返臺假 3 萬 0,333 元等情，為兩造所不爭執（見本院卷(二)第 327 頁至第 328 頁），並有 108 年 3 月份離職員工資遣費、108 年 3 月薪資明細表在卷為憑（見本院卷(一)第 23 頁、本院卷(二)第 331 頁），惟依前述，被告終止兩造間勞動契約並不合法，兩造之僱傭關係仍然存在，則原告受領上開資遣費、返臺假工資，即無法律上之原因，致被告受有損害，故被告依不當得利之法律關係，自得請求原告返還。原告雖主張返臺假工資依派駐人員管理辦法第 11 條規定，未使用完畢得換算代金，兩造間僱傭關係仍存在，並無抵銷問題等情，然依該派駐人員管理辦法第 11 條關於休假、請假內容（見本院卷(一)第 582 頁至第 583 頁），並無關於在職人員得請求未休完畢之返臺休假工資，而係於該條第 4 項規定「有關派駐大陸地區人員之返台假與返台機票補助，若該人員逾申請年度或開始進行離職（自願性離職）程序時而未使用完畢者，不得遞延至次一年度使用或折現。若為非自願離職者，前述則依本辦法第 17

條所載附表認定後，如有未使用完畢者，則得換算代金」等語，足見被告係因資遣原告，而依該辦法將原告依規定得請返臺休假換算工資與原告，又兩造間僱傭關係既經認定存在，縱使原告未使用完畢其返臺假，依上開辦法仍不得將其折現，故原告主張返臺假工資部分不得經被告抵銷等情，與兩造間工作規則不符，並非可取。又被告抗辯該資遣費先抵銷分紅，再抵銷薪資，該抵銷次序為原告所未爭執，是被告以上開資遣費48萬4,322元、返臺假工資3萬0,333元，與本院所認被告應給付原告之101萬8,000元分紅抵銷，於法有據，應予准許。經抵銷後，原告前揭得請求被告給付分紅50萬4,655元（計算式：484,322元 + 30,333元 = 514,655元）部分因被告為抵銷抗辯而消滅，尚得請求被告給付分紅50萬3,345元（計算式：1,018,000元 - 514,655元 = 503,345元），逾上開應抵銷金額範圍內之請求，則無理由。至被告辯稱其有給付原告特休未休工資10萬0,100元，並據此依序與原告所得請求之分紅、工資為抵銷抗辯云云，但查，原告本得依法向被告請求之特別休假，均因被告拒絕受領其提供勞務而無法實施，是被告業已給付原告特休未休工資10萬0,100元，不得請求原告歸還，準此，被告此部分所為抵銷抗辯，即非有據。

(五)原告請求被告按月提繳勞工退休金至其勞保局之勞退專戶，有無理由？

- 1.按雇主應為適用勞工退休金條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞工保險局設立之勞工退休金個人專戶，雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得低於勞工每月工資百分之6，前項規定月提繳工資分級表，由中央主管機關擬定，報請行政院核定，勞退條例第6條第1項及第14條第1項、第2項規定參照。依同條例第31條第1項規定，雇主未依該條例之規定按月提繳或足額提繳勞工退休金，致勞工受有損害者，勞工得向雇主請求損害賠償。該專戶內之本金及累積收益屬勞工所有，僅於未符合勞退條例第24條第1項所定請領退休

01 金規定之前，不得領取。是雇主未依該條例之規定，按月提
02 繳或足額提繳勞工退休金者，將減損勞工退休金專戶之本金
03 及累積收益，勞工之財產受有損害，自得依該條例第31條第
04 1項規定請求損害賠償。然於勞工尚不得請領退休金之情形
05 ，亦得請求雇主將未提繳或未足額提繳之金額繳納至其退休
06 金專戶，以回復原狀（最高法院101年度台上字第1602號判
07 決意旨參照）。故倘勞工尚未符合勞退條例請領退休金之要
08 件，勞工應請求雇主向其勞保局之退休金個人專戶補足提繳
09 。且本條規定，目的僅在於填補違法解僱期間，勞退休金帳戶
10 內未能依原有勞動條件，獲得足額退休準備利益而設。倘勞
11 工另行就業，新雇主已有部分之提撥，則其原有退休準備利
12 益之損失即已減少，當不得再要求原雇主，再於新雇主提撥
13 之金額內，重複再為提撥，而讓勞工獲得超過原勞動契約條
14 件之額外利益。

15 2.經查，原告每月工資應為18萬2,000元，已如前述，依勞工
16 退休金提繳工資分級表所載（見本院卷(一)第553頁），其月
17 提繳薪資應為第11組第62級15萬元，是以雇主每月負擔之提
18 繳率百分之6計算，被告每月應為原告提繳之金額為9,000
19 元（計算式： $150,000 \times 6\% = 9,000$ 元）。原告主張被告
20 自違法資遣原告後即未再按月提繳勞退休金，被告未予爭執，
21 又原告於108年11月4日任職串點公司後，獲該公司每月提
22 繳勞工退休金7,254元，亦為兩造所不爭，則扣除如附表「
23 原告轉向他處服勞務所提繳之勞工退休金」欄所示金額後，
24 被告自108年11月起至原告復職之日止，應為原告每月補提
25 繳之差額為1,746元（計算式： $9,000$ 元－ $7,254$ 元＝ $1,746$
26 元），故被告自108年3月5日至復職之日止，各月應為
27 原告提繳之勞工退休金金額即如附表「被告應提繳勞工退休
28 金」欄所示之金額；逾此範圍之請求，即無理由。

29 (六)未按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責
30 任；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法
31 定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定

，亦無法律可據者，週年利率為百分之5，民法第229條第1項、第233條第1項分別定有明文。兩造約定應給付工資之日期於各該工作月份次月之5日，此觀諸被告所提薪資管理辦法第10條規定即明（見本院卷(一)第439頁），核屬有確定期限之給付，故原告請求被告自108年3月5日起至原告復職之日止，按月給付其如附表「原告得請求之工資」欄所示之金額，及自各期應給付次日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，即屬有據。又原告請求被告給付分紅部分，核屬未定期限之給付，而本件起訴狀繕本既於108年9月9日送達被告，有本院送達證書1紙在卷為憑（見本院卷(一)第39頁），則原告請求自起訴狀繕本送達被告翌日即108年9月10日起算前揭法定遲延利息，亦屬有據。

五、從而，原告請求①確認兩造間僱傭關係存在，②被告應給付原告50萬3,345元，及自108年9月10日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，③被告應自108年3月5日起至原告復職之日止，按月給付原告如附表「原告得請求之工資」欄所示之金額，及自各期應給付次日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，④被告應自108年3月5日起至原告復職之日止，按月提繳如附表「被告應提繳勞工退休金」欄所示之金額至原告申設於勞保局之勞退專戶，均有理由，應予准許。逾此部分之請求，則無理由，應予駁回。

六、本件除確認之訴部分，其性質不適合假執行外，其餘就勞工之給付請求而為雇主敗訴之部分，依勞動事件法第44條第1項規定，應依職權宣告假執行，原告之聲請僅在促使本院依職權發動，故無庸另為准駁之諭知。至原告敗訴部分，其假執行之聲請即失其依據，應予駁回。另被告陳明願供擔保，聲請宣告免為假執行部分，由本院依勞動基準法第44條第2項規定，職權宣告被告預供擔保後，得免為假執行。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不一一論述，

附此敘明。

八、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

中華民國 110 年 2 月 23 日
勞動法庭 法官 潘曉玫

附表：（新臺幣）

應給付工資 月份	原告工資債權 數額	原告轉向他處 服勞務取得之 利益	原告得請求之 工資	原告轉向他處 服勞務所提繳 之勞工退休金	被告應提繳 勞工退休金
108年3月	158,516元		158,516元		9,000元
108年4月	182,000元		182,000元		9,000元
108年5月	182,000元		182,000元		9,000元
108年6月	182,000元		182,000元		9,000元
108年7月	182,000元		182,000元		9,000元
108年8月	182,000元		182,000元		9,000元
108年9月	182,000元		182,000元		9,000元
108年10月	182,000元		182,000元		9,000元
108年11月	182,000元	104,516元	77,484元	7,254元	1,746元
108年12月 起至原告復 職之日止 （各月）	182,000 元	120,000元	62,000元	7,254元	1,746元
備註： 一、原告每月工資債權數額為本薪14萬元＋派外津貼4 萬2,000 元＝18萬2,000 元。 二、108 年3 月份為該月工資÷ 31日× 27日（自108 年3 月5 日起至108 年3 月31日止） 即15萬8,516 元（計算式：182,000 元÷ 31日× 27日＝158,516 元）。 三、原告轉向他處服勞務取得之108 年11月份工資為該月工資÷ 31日× 27日（自108 年 11月4日起至108 年11月30日止）即10萬4,516 元（計算式：120,000 元÷ 31 日 × 27日＝104,516元）。 四、依據勞工退休金月提繳分級表所載，月提繳工資上限為15萬元，每月應提繳金額為9, 000 元（計算式：150,000 元× 6 %＝9,000 元）					

01 以上正本係照原本作成。
02 如對本判決上訴，須於判決送達後20日內，向本院提出上訴狀，
03 上訴臺灣高等法院（應按他造人數提出繕本）。
04 中 華 民 國 110 年 2 月 23 日
05 書記官 王元佑