

臺灣臺北地方法院民事判決

108年度重勞訴字第11號

原告 陳俊修
訴訟代理人 陳佩慶律師
郭銘濬律師
沈以軒律師

上一人

複代理人 鄭人豪律師
被告 台灣微軟股份有限公司
法定代理人 竇立佛 (KEITH R. DOLLIVER)
訴訟代理人 張嘉真律師
張子柔律師
王之穎律師

上列當事人間確認僱傭關係存在等事件，本院於民國109年2月17日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

- 一、被告應給付原告新臺幣800元，及自民國108年4月16日起至清償日止按週年利率百分之5計算之利息。
- 二、原告其餘之訴駁回。
- 三、訴訟費用由原告負擔。
- 四、本判決第一項得假執行。但被告如以新臺幣800元為原告預供擔保後，得免為假執行。
- 五、原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序事項：

一、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項前段定有明文。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，若縱經法院判決確認，亦不能除去其不安之狀態者，即難認有受確認判決之法律上利益（最高法院52年台上字第1237號、52年台上字第1240號判

例參照）。本件原告主張兩造間僱傭關係存在，為被告所否認，則兩造間僱傭關係之存否即屬不明確，原告主觀上認其在私法上之地位有受侵害之危險，而該不安之狀態，得以本判決除去之，按諸上開說明，原告應有受確認判決之法律上利益，得提起本件確認之訴。

二次按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但請求之基礎事實同一、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第2款、第3款定有明文。又按不變更訴訟標的，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256條定有明文。原告起訴時先位聲明部分原聲明：1.確認原告與被告間僱傭關係存在。2.被告應自民國107年8月15日起至原告復職之日止，按月給付原告新臺幣（以下除另有幣別標示外，均同）183,900元，及各期給付分別自8月15日起至清償日止，按年息5%計算之利息。3.原告願供擔保請准宣告假執行。復於108年5月20日本院言詞辯論期日就上開先位聲明第2項部分補充應給付之日期，並追加請求被告於每年1月、7月1日分別給付原告183,900元及其利息（見本院卷一第425頁）。於108年7月2日再以民事訴之追加暨聲請調查證據暨準備（一）狀追加依勞工退休金條例（下稱勞退條例）第31條第1項規定請求被告給付勞工退休金（見本院卷一第434頁）。末於109年2月11日以民事言詞辯論意旨狀就先位聲明第2項就請求被告自107年8月15日起至復職日止按月給付183,900元部分之給付日更正為每月最後1個工作日；就被告於每年1月、7月1日分別給付原告183,900元給付日更正為每年1月及7月最後1個工作日，並減縮請求給付金額為181,500元，並變更聲明為：1.確認原告與被告間僱傭關係存在。2.被告應自107年8月15日起至原告復職之日止，按每月最後1個工作日給付原告183,900元，並按每年1月最後1個工作日、7月最後1個工作日分別給付原告181,500元，及各期應給付日之次日起至清償日止，按年息5%計算之利息。3.被告應自107年8月15日起至原告復職之日止，按月提繳9,000元至原告於勞工保險局

01 設立之勞工退休金專戶。4.第2、3項部分，原告願供擔保請准
02 宣告假執行（見本院卷三第6頁）。核被告上開訴之變更、追
03 加、補充及更正，核予上開規定相符，應予准許。

04 貳、實體事項：

05 一、原告主張：

06 (甲)先位之訴：

07 (一)原告於106年12月6日起任職於被告公司，擔任企業服務業務經
08 理一職，並簽立聘僱契約（下稱系爭契約），約定每月基本月
09 薪資及伙食津貼分別為181,500元及2,400元，主要業務內容係
10 向企業客戶推廣及銷售智慧型商務應用程式，使企業客戶透過
11 商務應用程式及諮詢服務以實現公司預期收益，原告於3個月
12 試用期滿考評合格後即繼續受僱於被告公司。詎料，被告公司
13 於107年6月12日透過Email向原告表示，原告自107年3月26日
14 至5月22日期間表現均不佳，且情況持續發生，為改善原告表
15 現，將安排績效改善計劃，期間自107年6月12日至107年7月31
16 日。惟在績效改善計劃期間內即107年7月26日時，宋百民即告
17 知原告並未達成績效改善計劃之目標，請原告聯繫被告公司人
18 資接洽後續事宜。嗣於107年8月8日被告公司人資通知，因原
19 告無法達成績效改善計劃之目標，將於同年8月10日終止與原
20 告的系爭契約，其後於同年8月14日終止契約並發給離職證明
21 書。

22 (二)本件被告資遣違法，兩造間僱傭關係仍存在：

23 1.被告公司僅於Email中泛稱原告表現不佳，未具體指摘原告有
24 何客觀上不能勝任此工作之情況。又，依被告公司工作規則第
25 24條第1項、第24條第3項第2款前段及第10條第1項第9款規定
26 ，被告公司得經預告終止勞動契約須具有一：「員工績效考核
27 評量結果若為員工對所擔任之工作不能勝任時」，二：「未於
28 期間內根據主管於該次績效考核評量前或之後所提出之績效改
29 善計劃書改進工作表現者」二要件。被告既依工作規則第10條
30 第1項第9款之規定終止勞動契約，自應提出相關「績效考核評
31 量」以實其說。原告否認被告公司曾做過績效考核評量，並已

01 請求被告公司提出，此評量係被告應備置之文件，然被告並未
02 依勞動事件法第35條、民事訴訟法第342條及第344條規定提出
03 被告公司績效考核結果及其相關作業辦法認定工作評量可以取
04 代績效考核，依民事訴訟法第282-1條第1項規定，實可認被告
05 未依規定對原告進行績效考核評量，是被告公司所為的資遣行
06 為即屬違法。

07 2.原告無不能勝任工作情形：

08 (1)被告公司對原告所設定的目標並未客觀合理：

09 ①被告公司並未於系爭契約及工作規則上載明原告微軟18會計年
10 度之業績目標為多少，原告是於107年1月18日收到被告公司業
11 績通知始知原告之業績目標為何。而原告甫到職，在未經教育
12 訓練下，被告公司即要求原告要在106年12月達成業績目標美
13 金569,203元（以匯率30.5計算，相當於17,360,692元），縱
14 原告有業務經驗，亦難以期待原告立即與企業客戶行銷被告公
15 司產品或服務，而隨即產生業績，故於106年12月時被告認原
16 告應達成此業績目標已非屬客觀合理。

17 ②原告之FY18年度業績目標為美金2,218,309，且此於FY18會計
18 年度終了僅約7個月餘，然原告之FY19 quota業績目標僅美金
19 1,178,635元，FY19目標僅係FY18目標之0.53倍，且FY18之年
20 度業績目標僅7個月，如以一整年計算，FY19所須達到之業績
21 目標不到FY18的一半，基此可稽被告於FY18所設定之目標並非
22 合理而須調整，至為灼然。

23 ③依被證37可知，被告公司FY18年在NWS（顧問服務合約）之業
24 績，僅有2人能夠達標，其餘含原告在內等4人均未能達標，達
25 成率分別為5.2%、23.4%、54.9%，計高達80%之人無法達標，
26 實可認被告所設定之業績目標並不合理。又由被證37之總體業
27 績目標達成率為64.3%可知，非原告1人無法達成業績目標，而
28 係整體團隊均無法達成業績目標。是整體部門因為業績過高而
29 無法達成目標，並非僅原告個人工作能力無法勝任。況證人宋
30 百民亦自承被告公司所販售之產品，成交率不到3成，故才要
31 求員工輸入300%之業績目標，被告僅以原告業績未達標為由，

主張原告有工作能力不能勝任，有主觀能為而不願為之情，顯屬率斷。

④原告之試用期期間為106年12月6日起至107年3月5日止，原告既已通過試用期考核，顯見被告應已綜合評估原告所具備之職能係符合資深企業服務業務經理一職。至於試用期期間之未達業績一事，必也納入試用考核之評價中，原告不能達成此業績一事既經被告作為試用期考核之標準，被告自不得於原告成為正式員工後，反執前開試用期間內所生之事由而指原告有不能勝任工作之情。

(2)縱認原告有表現不佳而須對原告進行績效改善計劃，惟被告所設定之績效改善目標並不合理，且其片面提前終止績效改善計劃，難認原告有工作能力不能勝任之情：

①原告主管宋百民所設定之績效改善計劃期間係自107年6月12日至同年7月31日，期間共計49天，依績效改善計劃，原告須於49天內完成原告於107年在商機管理系統（MSX）內所輸入的4項案件，分別係1.長榮航空New Cargo Wing Web平台維護、2.中油裝置業務系統、3.亞洲水泥設備保養預測及4.特力和樂APIM等4項指定計劃。惟被告明知原告所從事之業務多係新興技術（如AI人工智慧運用、機器學習等），依經驗須耗費相當之時間與企業單位說明並展示，才能說服企業單位簽約，且被告係國際知名企業，所提供之服務價格也高出其他廠商許多，經原告反應實難以於短時間完成，被告仍執意要求原告完成實強人所難，且原告已經盡力完成第1項任務，被告僅以績效考核未達標準為由，終止與原告之聘僱契約，益徵被告濫用考核權限。

②若專案完成日不能如業務初始所預期之完成日簽約，實際完成之日是在業務原先所預測的下一個季度或年度，即係滑單。而因原告所負責之專案金額都相當龐大，須嗣企業客戶同意並簽約後始算完成專案計劃，原告才能獲得業績。原告到職後，因為發現其他人都有滑單之情，故原告有向大主管反應業績是否應調整，惟未正面獲得回應。以華航公司智能客服專案為例，

被告稱105年即已開始著手，自原告接手後於107年5月9日始告完成，期間至少約莫兩年。縱自原告接手開始起算，從106年12月7日列入商機至107年5月9日完成簽約，原告也花費了至少有5個月。故各項專案實難在兩、三個月內完成，被告卻要求原告要在49天內完成績效改善目標，顯屬無理。

③被告公司於原告到職後，從未告知案件跟催之標準為何，而被告公司同仁之習慣，選在微軟會計年度之一開始即7月放假，以儲備接下來整年度的戰力，原告亦同與其他同仁選擇在7月時休息，當時被告有核准原告休假，被告豈能以同意原告休假為由，又反指原告不積極跟催案件，顯違禁反言與誠信原則。

④被告濫用權利違法啟動績效改善計劃在先，後又未敘明任何理由片面提前無故於107年7月26日提前終止績效改善計劃，恣意剝奪原告本有之期限利益，實係被告權利濫用之鐵證。

⑤原告否認鍵入商機管理系統（MSX）有何輸入不確實、不具品質情形，且被告亦未曾於任職期間提出質疑或指摘；另案件進度報告上（Close Plan），原告有確實鍵入各該階段所應執行之事宜。縱原告於商機管理系統（MS X）或案件進度報告（Close Plan）撰寫有疏漏或違誤之情，然被告未對原告進行輔導改善或進行教育訓練，或告知原告應如何填寫始符合被告之標準，實無法據此認定原告有不能勝任工作之情。

3. 被告解僱違反最後手段性原則：

(1) 被告於107年6月26日發信予微軟公司員工時，尚有許多可供原告任職之職缺，其中依原告之經歷，於上海、北京或臺灣等地均有原告得以任職之職位（如於上海或北京之業務經理）；至少在臺灣本地，尚有資深業務經理或專案經理可供原告轉任，且專案經理即與業績毫無相干，然原告主管宋百民卻向原告以：除非另有通知，您於本計劃書期間不能申請異動到其他微軟職位等語，表明不可以轉任其他職位，是被告之手段顯係與最後手段性有違。

(2) 縱原告有被告所稱有種種不適任之情，被告均未予以懲戒，是如原告確有疏失，或有貽誤案件進行，被告自應先透過扣薪、

警告、記過等懲處方式，督促原告改善，惟被告未循此程序，逕行資遣原告，自不符合解僱最後手段性原則。

(三)兩造約定工資為每月基本月薪資181,500元及伙食津貼2,400元外，另每年1月及7月加發固定獎金181,500元。被告於107年8月14日依勞基法第11條第5款規定終止兩造之勞動契約於法無據，不生終止效力，足徵被告公司有預示拒絕受領原告提供勞務之意思表示，而原告在被告公司違法資遣前，主觀上並無任意去職之意，於107年8月23日及同年9月30日尚有聲請勞資爭議調解並請求恢復僱傭關係，應認原告已將準備給付之事情通知被告，然遭被告公司所拒絕，被告公司應負受領遲延之責，原告無須催告被告公司受領勞務，被告仍應給付薪資予原告。故被告公司應自107年8月15日起至原告復職之日止，於每月最後1個工作日給付原告薪資183,900元，及每年1月及7月最後一個工作日分別給付固定獎金181,500元，暨自各期應給付日之次日起至清償日止之法定遲延利息。爰依民法第487條、第235條、第234條規定及勞動契約請求給付之。

(四)原告之每月工資為183,900元，按勞工退休金月提繳工資分級表，原告之級距應為第61級級距（即月提繳工資數額為150,000元），被告本應按勞退條例第14條第1項為按月原告提繳勞退金即9,000元（ $150,000 \times 6\%$ ），兩造間之勞動契約關係既繼續存在，被告自仍應依法自107年8月15日起繼續按月為原告提繳勞退金9,000元至原告之勞退專戶，爰依勞退條例第31條第1項請求之。

(五)備位之訴：

若認原告先位部分無理由，被告雖有給付預告工資，原告之工資應為183,900元而非181,500元。伙食津貼係原告依契約自被告處所受領之給付，且被告亦無舉證得推翻伙食津貼不具工資性質，依勞動事件法第37條之規定應推定為工資。被告計算預告工資時，未加計伙食津貼2,400元，被告公司應給付短給之差額800元予原告，爰依勞基法第16條規定請求之。

(六)先位聲明：1.確認原告與被告間僱傭關係存在。2.被告應自10

7年8月15日起至原告復職之日止，按每月最後1個工作日給付原告183,900元，並按每年1月最後1個工作日、7月最後1個工作日分別給付原告181,500元，及各期應給付日之次日起至清償日止，按年息5%計算之利息。3.被告應自107年8月15日起至原告復職之日止，按月提繳9,000元至原告於勞工保險局設立之勞工退休金專戶。4.第2、3項部分，原告願供擔保請准宣告假執行。備位聲明：被告應給付原告800元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

二、被告則以：

(甲)先位之訴：

(一)原告對所擔任之工作確有不能勝任之情：

1.被告於106年對外公告招聘，人事公告載明此職缺需具有「達成或是超越您的業績及其他優先目標」、「在Azure應用程式與基礎架構解決方案之銷售上確實達成銷售實績與專業能力」、「交易企畫者-組織虛擬團隊來經營商機，負責從開始到結束的銷售週期，且借重可重複使用的微軟支援解決方案加速進行並贏得交易」等能力條件，原告應徵時表明其具有近10年於外商相同領域擔任業務主管人員資歷（如Oracle、IBM及SAS等外商公司），亦有本土電子科技公司10多年之業務經歷，被告信賴其具有該職缺所需之能力及資歷，乃以資深企業服務業務經理之職務及月薪181,500元之極優渥條件聘用，並敘以所屬之企業服務事業群業務銷售人員之最高職級（61級）。又，系爭契約第9條、第11條、工作規則第10條、第24條等，都再三規定員工績效考核之重要性，新進員工說明會，亦首先強調員工績效考核之重要性。此外，被告針對業務人員之業績管理，於全球統一設置Mint系統，原告到職後，即由原告主管立刻告知FY18年度（從原告106年12月6日到職日至107年6月底FY18年度終了期間約7個月）之業績目標美金2,218,309元，及每月/季應達業績目標，原告隨時得透過系統查看業績達成率，原告亦可從其所屬部門之業務人員隨時造訪部門線上資料夾存取當週（及先前各週）之業績管理檔案，查得其個人及其他部門同

01 仁之當週業績目標及達成率。

02 2.原告到職後績效表現不如預期，自106年12月起至107年4月份
03 每月結案簽回契約金額均為0元，業績達成率為0，遲至107
04 年5月簽回由被告交辦與其他部門協同爭取之華航Chatbot契約
05 計3,800,000元，及於107年6月簽回之被告既有客戶長榮航空
06 之系統維護續約合約計450,000元等共2案。其金額仍遠遠低於
07 被告所定目標，業績達成率僅有個位數6.98%（加權前為6.37%
08 ），嚴重落後同部門且職級較低之其他業務人員之業績達成率
09 為126%、47%及50%，原告績效表現不佳，至為顯然。原告雖稱
10 被告對其設定之目標並未客觀合理，且未對其進行教育訓練，
11 並有滑單情形云云，惟：

12 (1)原告應徵當時若自認業績目標太高、力有未逮，本應自請離職
13 殊不能坐享每月181,500元之高薪及最高職級61級之待遇，
14 卻隱瞞其業務能力不足而無法達標之事實欺騙被告。原告主張
15 業績目標不合理云云，益證原告於主觀上顯無忠誠履行達成資
16 深業務經理之業績目標義務之意願，而有主觀上確不能勝任工
17 作之情。倘若原告於面試系爭職位時，本就存有不願理會被告
18 指派業績，或自知其能力無法達到被指派業績目標，卻刻意隱
19 而未宣，則有隱瞞其業務能力不足，卻詐欺被告誤信原告之業
20 務能力可以達標，而錄取原告簽訂聘僱契約之行為。是鈞院若
21 認本聘僱關係仍繼續存在，被告茲以民事答辯(一)狀繕本送達原
22 告，作為撤銷被告先前於106年12月6日對原告所提出締結系爭
23 契約之意思表示。

24 (2)原告承認滑單情況為業界所常見，益徵其他業務人員都會面臨
25 所謂「滑單」，但其他業務員達成之業績目標非如原告只有個
26 位數字。況原告還自承其唯二接到之華航案等業績，也屬前人
27 滑單之結果而獲利，但其業績最後竟只為6.98%，其餘商機均
28 已消失，足見所謂之滑單，絕非可作為其無法達成業績目標、
29 無法勝任工作之卸責原因。

30 3.原告對外報價未經公司內部程序確認，甚至報價金額少一個0
31 未能積極跟催案件等情，而有不能勝任工作之事由。

- 01 4. 原告在職期間，時常無法與其他支援部門順暢合作，原告於10
02 7年3月26日之工作評量內已自承應加強與AM（即客戶經理）、
03 TAM（技術客戶經理）及其他資源的協同合作，而有多次遭合
04 作同仁給予負面反饋之情，並經被告評價原告之團隊協作能力
05 不佳，心態固定僵化（fixed mindset）。就其業績長期低落
06 ，主管所給予之輔導建議，亦不見其尋思改善，仍固執己見，
07 難以接納他人之意見，以致業務無法推展，業績無起色，經時
08 時提醒，卻未見其有改善之意願及行為，其確有不能勝任工作
09 之情。再者，原告於107年7月獲悉其無法達成績效改善計劃所
10 要求之改善事項後，工作態度丕變，於107年8月13日與主管進
11 行一對一會議時開始錄音，導致主管錯愕而無法進行業務聯繫
12 ，其後即使被告員工明確告知原告不同意錄音，原告仍堅持己
13 見進行錄音，此舉不僅違反被告員工之隱私及意願，亦傷害被
14 告保護其營業秘密之日常努力，更可彰顯原告我行我素的僵化
15 心態，不僅無法接納他人意見，對其主管及同仁之不友善態度
16 不言可喻，終將勞雇雙方間之信賴破壞殆盡。
- 17 5. 原告明知自身業績低落，卻不思積極進取，努力推進案件進程
18 ，舉例而言，原告主管宋百民於107年7月5日陪同原告面見客
19 戶中租迪和，協助其洽談穩固商機，該次會面成效良好，且經
20 客戶要求安排後續會議，隔天107年7月6日仍為工作日，卻對
21 案件不管不顧，逕自在績效改善期間（107年6月12日至107年7
22 月31日）中選擇請假長達6天出國度假（即107年7月17日至22
23 日），回國後更以「團隊人員都還在休假」為由，持續對案件
24 置之不理，拖延至將近1個月後即8月3日才稱「有空」向客戶
25 確認開會時間，當客戶同意於107年8月3日召開後續會議後，
26 原告也未對客戶寄送電子會議通知，藉此穩固面見客戶、可努
27 力推進商機的重要時段，而由原告主管於107年8月1日自行寄
28 出給客戶，足證原告呈現「能為而不為」、「可以做而無意願
29 做」的主觀上工作表現不適任之情事。原告雖稱被告未告知如
30 何跟催案件云云，惟原告所屬之企業服務事業群業務銷售人員
31 之最高職級（61級），更應比一般人更積極拓展業務、主動推

動案件之進行，其竟不知道「如何跟催案件」等業務之最基本能力。

6. 原告於106年12月6日到職，雖試用期為3個月，其業績於到職5個月之107年4月底仍掛「0」，並未通過試用期，且試用期間表現亦非良好。被告基於重視員工、鼓勵員工改善、學習、成長之立場，考量原告過去之資歷，認為原告或許還有改善空間而願意給予機會，原告卻曲解且罔顧被告半年以來不斷持續指正，期待原告改正，堅守解僱為最終手段之善意。

- (二) 被告依勞基法第11條第5款資遣原告，應無再次適用解僱最後手段性原則保護勞工之必要，無最後手段性適用。縱有適用，被告解僱亦無違最後手段性：

1. 從原告到職後，被告時常提醒與督促原告應改善工作表現，由原告之主管持續以週會（weekly report）、一對一會議或部門會議之方式對原告業績進行檢討，每月亦會就原告業績達成率及工作表現進行評核，與原告共同討論無法爭取到業績之原因，提供協助及指導。被告並於107年3月26日對原告進行工作評量，與原告共同檢討原告自106年12月至107年3月期間之工作表現，及對未來之工作業績改善提出具體建議，包括1.進行每週檢討以使交易得以實現。2.紮實地進行業務，於6月及7月時贏回4個主要交易。3.對於具優先性的客戶採取策略性思維。該次評量也讓原告自我反省及自己提出如何達成的重要工作成果及預期完成的業務成果。原告於當時也自承應專注努力達標業績，快速開展主要的專注領域的商機，找出做目標客戶等，惟截至107年6月卻只於107年5月簽回由被告交辦由其他部門協同爭取，原訂應於3月簽回之華航Chatbot契約3,800,000元，足見原告對被告交辦之既有客戶可成交之案件亦消極被動，毫無資深業務人員應有之積極進取、努力拓展業績及新客戶的工作態度。
2. 被告於107年3月26日實施一對一工作評量改善無果，最後不得已於107年6月12日以績效計劃書實施業績改善計劃，依績效計劃書內容，原告需於績效改善期間（107年6月12日起至107年7

月31日)內，達成兩項具體目標，藉以判定改善其業績表現，即：1.原告應將3倍於業績目標約2,200,000美金且合乎品質要求之商機(即約6,600,000美金)鍵入MSX商機管理系統供主管監督查核。2.原告應完成原告已於107年2月至5月初填入MSX商機管理系統之4個案件(長榮航空NewCargoWin gWeb平台維護、中油裝置業務系統、亞洲水泥設備保養預測及特力和樂APIM)之簽約程序。於107年3月間被告對原告進行工作評量時，即已要求原告應於同年6月及7月間完成4個主要案件之簽約。被告於107年7月2日以電子郵件提醒原告，惟原告竟置之未理，完全未予以回應，經被告於107年7月11日再度發信提醒，方姍姍於7月12日回信表示其已完成鍵入3倍業績目標(美金2,000,000元)商機之項目云云。原告於時程上遲延提出，已有未能忠誠履行此項重要義務之主觀上工作表現不適任之情。且經被告逐筆檢視原告提出之45件商機，大多有虛誇金額、知名客戶或未正確判斷商機、無專業能力了解客戶需求進行開發等不具品質商機之問題，以附表2之1「亞東石化股份有限公司」之產品品質預測案件3,000,000元為例，原告竟完全未能掌握客戶之預算以及客戶就此專案預計開標及施作之時程，亦未了解客戶最主要問題癥結或主要需求，更無足夠解決方案之知識，即將此所謂3,000,000元之知名客戶商機予以鍵入。再者，原告所填入之商機狀況，除在職完成簽約之華航Chatbot、長榮航空系統維護續約案2案，及台灣大哥大之6,000,000元於107年8月透過微軟合作夥伴碩網資訊股份有限公司簽署共計800,000元之顧問服務專案契約外，原告離職前所填入之商機只剩一件台中商銀AI案仍可由交接同仁勉力持續經營，其他入41件商機已確定消失「Lost」，無一可成功簽約收案，足認原告虛填浮誇、不實商機、或未能正確判斷商機，以原告擔任之資深業務經理所應具備之能力而言，上開缺失實殊難想像，其確屬不能勝任工作。

3.原告主張績效改善計劃不合理，亦未進行適當的輔導改善措施云云，惟原告於績效改善期間本應更加兢兢業業，戮力於指定

01 期間內完成2項指定目標，豈料原告反而自行決定放假長達6天
02 出國度假（即107年7月17日至22日），臨訟忽稱改善期限太短
03 云云。又績效計劃書中所指定原告應於期限內完成之4項專案
04 ，均為原告於107年2月及5月初填入之既有且已經營相當時期
05 之案件，並非要求其自107年6月12日才從0開始推展此等案件
06 ，況其中長榮航空之案件係屬「續約」性質之維護案，僅需接
07 洽既有客戶續約即可，故原告主張案件目標過於艱澀、只給他
08 1個月18天根本無法完成目標云云，僅係意圖誤導視聽，洵不
09 足採。縱其果因為客戶需要更久時間才願意簽署契約，被告亦
10 已表示其得以其他案件之業績取代上開4案件，惟原告仍於期
11 限前未完成任何目標，或找尋任何其他案件成交。是原告所稱
12 被告績效計劃不合理、時間太短云云，並非實情，而純屬藉詞
13 。

14 4. 原告另主張被告提前終止系爭績效改善計劃，不得依此終止與
15 原告間之聘僱契約云云，惟系爭績效計劃書明載主管可視情形
16 調整改善期間之長短，被告於107年7月26日以電子郵件即告知
17 原告認定之結果，惟當時已係週四晚間6時36分，期限屆至前
18 僅餘3個工作天（7月27日、30日及31日），實際上原告亦無將
19 目標完成之可能，績效計劃書內載明之「中油裝置業務系統」
20 、「亞洲水泥設備保養預測」、「特力和樂APIM」3個專案商
21 機，也均於績效改善期間之內或其後消失，足證無礙於原告未
22 通過績效改善計劃事實之認定。

23 5. 原告又稱被告未按工作規則第10條第1項第9款規定辦理系爭績
24 效改善計劃，且於FY18年度對原告並未有過任何績效考核評量
25 結果，被告違反工作規則第24條第1項云云。惟：依被告工作
26 規則第10條第1項第9款規定，績效計劃書既於績效考核評量之
27 「前」或「後」均可以進行，原告所稱如未先依工作規則第24
28 條對原告進行年度績效考核，被告即不能依工作規則第10條第
29 1項第9款進行績效計劃書云云，與工作規則第10條第1項第9款
30 所定不符。又，原告主管於107年5月底為其進行績效考核時，
31 對其工作表現紀錄為：「業績達成率低於10%」、「現代化應

01 用程式 (ModernApp lication) 領域無成果，案件處理能力有
02 問題」、「因僵化思維，只能產生少數的商機 (Leads)」、「
03 「與ATU有合作協同問題且有負面意見反饋」等，認為其表現
04 「不符期待」(原文：Below Expectation)，被告進行績效計
05 劃完全符合工作規則第10條第1項第9款及第24條規定情形。

06 6.原告主張被告於績效改善期間不准他另轉其他職位，故不符解
07 僱最後手段性原則云云，惟績效改善計劃，乃為了輔導工作表
08 現低落的員工回歸該等職務原本該有的工作要求及表現，故要
09 求原告應專心於原本職位之工作績效改善，不要心有旁騖或心
10 存僥倖，故被告於改善計劃內，當然要提醒原告於改善期間10
11 7年6月12日至107年7月底不得申請職務異動(轉調他職)，此
12 乃對進行績效改善員工的基本要求，合情合理，且由此益證原
13 告於主觀上對其享有之高職級高薪水之資深業務經理之工作，
14 並無忠實履行之誠意及信心，客觀上亦確實無法達成業績目標
15 ，所填商機亦無品質。況於107年8月14日聘僱契約終止時，被
16 告人事適逢緊縮階段，並無任何適當工作職缺存在。

17 7.原告以原證10主張被告尚有其他職缺可供安置，被告終止與原
18 告之聘僱契約，違反最後手段性云云，惟依原證10電子郵件所
19 載日期可知，該等職缺之招募日期為107年6月26日，被告係於
20 107年8月14日始終止與原告間之僱傭契約，故從職缺招募日期
21 視之，不能證明係被告於107年8月14日終止時仍開放由員工自
22 行前往應徵之職缺。尤其，該等職缺必須由員工自行於期限內
23 提出履歷申請，於公平競爭下，由需用單位從應徵之內部員工
24 之履歷經驗，錄取一最適當之人員上任，該等開放給被告員工
25 公平競爭之職缺，其性質上絕非所謂可供安置不適任員工之職
26 缺，原告無異主張被告須將所有公司內部之職缺，開放優先由
27 原告自行挑選，顯有違常理，更對其他需透過自由競爭始可獲
28 取錄用職缺之員工甚不公平。又若該等原證10之職缺迄至原告
29 績效計劃終止後之107年8月間仍繼續存在，惟被告既未禁止原
30 告於107年7月底績效改善期間結束後得應徵該等職缺，原告如
31 有意應徵，且認職務適當並有能力可獲錄取，當會自行申請該

01 等職缺，原告自己不願意申請內部職缺，嗣後轉而指摘被告未
02 予安置原證10號之職缺，乃有違解僱最後手段性云云，顯不可
03 採。況原告工作表現明顯不佳，績效計劃二事項，無一達成，
04 卻空言佯稱其於當時有能力可勝任其他開放予被告員工自由競
05 爭之職缺，主張被告未將其安置至其他職缺云云，要屬荒謬而
06 不足採。

07 (三)被告依勞基法第11條第5款規定終止兩造契約，於法有據，兩
08 造之勞動契約業經終止。從而，原告依確認僱傭關係存在之法
09 律關係請求被告應自終止之次日107年8月15日起至其復職之日
10 止，按月給付181,500元之薪資及伙食津貼2,400元之本息云云
11 ，顯無理由。又依民法第487條規定及其立法理由可知，於僱
12 用人受領遲延時，僱用人固仍應給付報酬，但受僱人轉向他處
13 服務所取得之利益，得由報酬額內扣除，以平衡雙方間之利益
14 。倘鈞院認兩造間之僱傭關係存在，則被告主張依民法第487
15 條但書規定，就原告在他處服勞務獲得報酬，自原告請求之報
16 酬中扣除之。

17 (四)備位之訴部分：

18 被告已依法給付原告預告工資60,500元，原告主張被告漏未計
19 入伙食津貼計算預告工資云云，恐有誤會，蓋因伙食費津貼係
20 在補助出勤員工之伙食，需以在職員工為補助對象，而原告自
21 離職日起已喪失員工資格，已非被告伙食津貼所欲補助對象，
22 原告自無從請求將伙食津貼納入預告薪資之計算。

23 (五)聲明：1.原告先位、備位之訴均駁回。2.如受不利判決，願供
24 擔保請准宣告免為假執行。

25 三、兩造不爭執事項（見本院卷二第352至354頁、卷三第16至19頁
26 ）：

27 (一)原告於106年12月6日起受僱於被告公司，擔任資深企業服務業
28 務經理，所屬部門為企業服務事業群，每月基本月薪資為
29 181,500元，另有每月伙食津貼為2,400元、每年1月及7月另發
30 放固定獎金為181,500元。

31 (二)被告針對業務人員之業績控管，採用美國微軟總公司於全球統

一設置之Mint系統，原告到職後，由Mint系統自動發信通知原告於今年度應達成之微軟會計年度（即FY18年度，自106年12月6日到職日至107年6月底7個月期間）業績目標美金2,218,309元，及每月/季應達業績目標，原告隨時得透過該系統查看業績達成率；另原告亦可從其所屬部門業務人員得隨時造訪部分線上資料夾存取當週（及先前各週）之ES Sales Flash業績管理檔案，查得其當週業績目標及達成率，並有業績（MSX）系統資料可稽（見本院卷一第249頁）。

(三)自原告106年12月6日到職起，原告所屬部門（即企業服務事業群）即會定期於每週五開會並於會後撰寫會議紀錄。

(四)原告於107年6月12日經被告公司主管宋百民通知因績效不佳，須依照績效計劃書進行改善，績效改善計劃期間係自107年6月12日至107年7月31日。原告主管宋百民於107年7月26日告知原告評量結果。

(五)原告於107年8月14日離職之業績達成率為6.98%，原告於106年12月6日至107年8月14日任職期間，於107年5月簽回由被告交辦之華航顧問服務專案契約計38,000,000元；於107年6月透過微軟合作夥伴精誠軟體服務股份有限公司簽回之被告長榮航空「New CargoWing Web平台維護專案」之續約維護合約計454,870元共2案。

四 本院判斷：

(甲)先位之訴：

(一)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，勞動基準法第11條第5款定有明文。又按勞動基準法所規定之勞動契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，而勞動基準法第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

01 所稱之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」者，舉凡勞工客
02 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
03 均應涵攝在內；勞工因個人專業能力不足或體力不足，固屬不
04 能勝任工作，即勞工雖具備能力，但工作態度消極、怠惰敷衍
05 以致客觀上呈現出無法完成其工作時，亦屬之；且須雇主於其
06 使用勞基法所賦予保護之各種手段後，仍無法改善情況下，始
07 得終止勞動契約，以符「解僱最後手段性原則」（最高法院96
08 年度台上字第2630號、95年度台上字第1866號判決要旨參照）
09 。次按僱用人為其事業之發展及永續經營，對於所僱用業務人
10 員制訂一定量能之業績目標，倘所訂業績目標與受僱人之職級
11 、薪級相當，並無顯然高估，致受僱人無法達成之情形，且其
12 業績表現與其附隨工作所提供客戶之專業服務息息相關，則受
13 僱人長期無法達成業績目標，經僱用人給予相當改善期間仍無
14 法達到，僱用人即非不得以受僱人之業績表現不佳，不能勝任
15 工作為由，終止雙方之勞動契約。又，被告工作規則第10條第
16 1項第9款規定：「員工之績效考核評量結果若為員工對所擔任
17 之工作不能勝任時，且未於期間內根據主管於該次績效考核評
18 量前或之後所提出之『績效計劃書』...改進工作表現者，公
19 司得經預告終止聘僱契約。」。

20 (二)原告主張依勞基法第11條第5款規定解僱原告不合法，不生終
21 止契約之效力，爰請求確認兩造間僱傭關係仍存在，及給付薪
22 資等語，均為被告所否認，並執上詞置辯。是本件首應審究者
23 為：被告依勞基法第11條第5款終止兩造間僱傭關係，是否合
24 法？經查：

25 1.原告是否不能勝任工作？

26 (1)被告抗辯該公司於106年對外公告招聘職缺時，即已載明需具
27 有「達成或是超越您的業績及其他優先目標」、「在Azure應
28 用程式與基礎架構解決方案之銷售上確實達成銷售實績與專業
29 能力」、「交易企畫者-組織虛擬團隊來經營商機，負責從開
30 始到結束的銷售週期，且借重可重複使用的微軟支援解決方案
31 加速進行並贏得交易」等能力條件；原告應徵時自述具有近10

01 年於外商相同領域擔任業務主管人員資歷（如Oracle、IBM及
02 SAS等外商公司），亦有本土電子科技公司10多年之業務經歷
03 ；被告嗣以資深企業服務業務經理之職務及月薪181,500元之
04 條件聘用原告，敘以所屬之企業服務事業群業務銷售人員之最
05 高職級（61級）；原告入職後，已通知原告參加新進員工說明
06 會，除強調員工績效考核之重要性，並向其說明如何管理商機
07 及檢視業績等教育訓練；原告亦曾向被告公司人員游楨詢問
08 106年12月業績目標數額等情，業據提出聘僱契約、原告之履
09 歷表、職級證明資料、工作規則、徵才職缺說明書、新員工說
10 明會內容等為證（見本院卷一第161-163、209-223、231、235
11 、237-248頁），並據證人游楨作證在卷（見本院卷二第270-2
12 73頁）。又，被告抗辯該公司針對業務人員之業績控管，採用
13 美國微軟總公司於全球統一設置之Mint系統；原告於106年12
14 月6日到職後，即由Mint系統自動發信通知原告應達成之微軟
15 會計年度FY18年度（自106年12月6日到職日至107年6月底7個
16 月期間）業績目標美金2,218,309元等語，原告嗣已表示不再
17 爭執（見本院卷二第547頁），堪認被告上揭所辯各節屬實，
18 是原告入職時應已明知自己所被賦予FY18年度之業績目標為美
19 金2,218,309元。然原告於107年8月14日離職前，僅於107年5
20 月簽回由被告交辦之華航顧問服務專案契約計38,000,000元，
21 及於107年6月簽回之長榮航空「NewCargo Wing Web平台維護
22 專案」之續約維護合約計454,870元2案，業績達成率經加權後
23 僅為6.98%，亦有原告業績管理（MSX）系統資料可參（見本院
24 卷一第249-251頁），原告亦無爭執。是被告抗辯原告領取高
25 薪，坐享該事業群之最高職級職位，卻無法達成預定之業績目
26 標，其工作表現不佳，而有難以勝任工作之情事等語，應屬可
27 採。

28 (2)原告雖稱：其甫到職，未經教育訓練，被告設定上述業績目標
29 ，並不合理等語，惟查：

30 ①承前所述，被告公司招募企業服務業務經理，係為尋找具有豐
31 富業務經驗，能為被告公司創造更多業績，替公司帶來更大的

01 商業利益條件之人，而基於原告應徵時所自述之前述工作資歷
02 符合其所擬定之目標，因而用意任用原告，並給予被告公司
03 該企業服務事業群業務銷售人員之最高職級（61級）職位，及
04 優渥之薪資。原告並非甫從學校畢業之社會新鮮人，被告公司
05 既以上述高薪、最高職級之職位聘僱原告，自係希藉由原告所
06 自述之過往豐富業務經驗，為被告公司創造更多業績，替公司
07 帶來更大的商業利益，原告知悉自己所被賦予之業績目標，而
08 仍決定接受該項職務時，即應立即為被告公司提供與其所獲得
09 之薪資、職級相應的勞務價值，而非希冀被告公司給予類於新
10 鮮人的教育訓練後，才能開始為被告提供其相應之勞務，創造
11 業績。況依證人游楨證詞，渠時企業服務事業群僅原告一位新
12 進員工，該公司單獨為原告進行包括1.訓練業務怎麼利用微軟
13 全球的系統MINT，怎麼用這個系統檢視業績目標及達成狀況。
14 2.教業務怎麼用商機管理系統MSX去輸入跟管理商機。3.教業
15 務怎麼存取企業服務事業群每個禮拜業務例會會使用的到的報
16 表。4.教業務合約管理工具COMPASS ONE去完成合約審議流程
17 （見本院卷二第271頁），是原告以其甫到職，未經教育訓練
18 ，被告所設定之業績不合理，非不能勝任工作云云，難認有理
19 。

- 20 ②況查，原告任職期間之業績達成率僅6.89%，嚴重落後於同樣
21 期間、同部門，且職級較低之其他業務人員之平均業績達成率
22 126%、47%及50%，亦有被告提出之其他同期間、同部門同仁之
23 業績系統資料可據（見本院卷一第655頁）。另依被告提出之
24 該公司FY18年度業績紀錄，在NWS（顧問服務合約）之業績紀
25 錄中，原告所在之企業服務事業群共計7人，販售NWS有6人，
26 被告公司賦予各從業人員之業績目標分別為1,149K美金、2,20
27 0K美金、2,218K美金（原告）、2,604K美金、3,329K美金、25
28 2K美金，原告的職級雖為最高，但被告公司為其設定之業績目
29 標僅排第3，並非最高者，且被告為其所設定之業績目標僅為
30 業績最高者的67%。而該6人於該年度之業績達成率分別為5.2%
31 、68.8%、3.2%（原告）、45.8%、155.8%、108.4%，達成率6

01 成以上的有3人，其中2人的業績目標均高於原告，6人平均總
02 體業績目標達成率（Quota Atten%）為64.3%，若不計入原告
03 的業績達成率，其餘5人的平均總體業績目標達成率高達76.8%
04 ，為原告的業績達成率的24倍，顯見原告之無法達成預定業績
05 目標，並非係因被告設定之目標不合理所致。

06 ③至於原告另指業務人員會有「滑單」情況等語，然縱令屬實，
07 該情況既為業界所常見，衡諸常情其他業務人員亦會面臨相同
08 情況，但承前述，與原告同時任職之其他職級低於原告、業績
09 目標高於原告之其他同仁，均仍可達到前述業績，而非如原告
10 之表現，平均達成率只有個位數的6.89%，是被告抗辯「滑單
11 」絕非原告無法達成業績目標、無法勝任工作之原因等語，應
12 屬可取。

13 (3)原告另稱：其已通過試用期考核，被告不得再指正其試用期業
14 績不足之問題等語。查，兩造固不爭執雙方約定試用期3個月
15 ，以及原告於試用期滿後，經被告正式僱用之情，惟實際上
16 原告自106年12月6日到職後至107年4月底，5個月之任職期間
17 ，其業績掛「0」，即並無任何實績可言，是被告抗辯該公司
18 係基於考量原告過去之資歷，認為或許還有改善空間而願意給
19 予機會，仍予以僱用，並非因原告試用期業績表現良好，而通
20 過試用等語非虛。因此，原告執其嗣經被告正式聘用為由，主
21 張其並無不能勝任工作之情形，亦無可採。

22 (4)綜上，被告抗辯原告具勞基法第11條第5款不能勝任工作之解
23 僱事由等語，核屬有據。

24 2.本件原告任職後，業績始終未見起色，任職前5個月（即至107
25 年4月底前）均呈現業績「0」之狀態，離被告公司原設定之目
26 標可謂相差甚遠，其所呈現之業務能力表現，猶不及該公司同
27 單位、職級較低階之從業人員，顯未能符合被告公司初始聘僱
28 原告之經濟目的。但被告並未逕將原告解僱，而接續為原告進
29 行下列輔導及改善措施：

30 (1)除提醒與督促原告應改善工作表現，原告主管並與原告進行一
31 對一會議等方式進行檢討，首先於107年3月26日對原告進行工

作評量 (Connect for Eric Chen)，檢討原告自106年12月至107年3月期間之工作表現，及對未來之工作業績改善提出具體建議，包括1.進行每週檢討以使交易得以實現。2.紮實地進行業務，於6月及7月時贏回4個主要交易。3.對於具優先性的客戶採取策略性思維，亦有被告提出之107年3月26日評估報告可參（見本院卷一第175-195頁）。換言之，僅要求原告在6月及7月時「贏回4個主要交易」的業績目標。但原告於該期間業績仍無起色，宋百民接替原告原來主管之位後，再於107年5月22日與原告進行一對一業績討論，其後並於同年月31日對原告作出「不符期待」之考評，包括1.業績達成率低於10%、2.現代化應用程式 (Modern Application) 領域無成果，案件處理能力有問題」、3.因僵化思維，只能產生少數的商機 (Leads)、4.與ATU有合作協同問題且有負面意見反饋等具體考評意見，亦據證人宋百民作證在卷（見本院卷二第212頁），且有107年5月31日評估資料可考（見本院卷一第197頁、譯本見653頁）。原告於約3個月考評期間，僅於107年5月簽回華航Chatbot契約計3,800,000元，並未達成前述所設定之「贏回4個主要交易」之業績目標。

- (2) 原告雖未完成前揭目標，被告仍未因此予以解僱，而續依被告工作規則第10條第1項第9款規定，為原告擬定「績效改善計劃書」，並於107年6月12日通知原告需於績效改善期間（107年6月12日起至107年7月31日）內達成兩項具體目標，包括1.原告應將3倍於業績目標約2,200,000美金且合乎品質要求之商機 (Qualified Pipeline)（即約6,600,000美金）鍵入MSX商機管理系統供主管監督查核。2.完成原告於107年2月至5月初填入MSX商機管理系統之4個案件（長榮航空New Cargo Wing Web平台維護、中油裝置業務系統、亞洲水泥設備保養預測及特力和樂AP IM）之簽約程序等情，亦有被告提出之107年3月26日評估報告、績效改善計劃書、及往來電子郵件為證（見本院卷一第199-208、291-321頁），及經證人宋百民作證在卷（見本院卷二第211-213頁）。

01 (3) 被告抗辯於制定績效改善計劃書後，曾先後於107年7月2日、
02 11日發信提醒原告回報績效改善計劃進度，但原告迄於7月12
03 日始回信表示其已完成鍵入3倍業績目標（美金2,000,000元）
04 商機之項目等情，亦據提出往來電子郵件為證（見本院卷第29
05 1-295頁）。而於績效改善計劃期間，原告除於6月簽回長榮航
06 空系統維護續約案外，並未簽回其他3案；另原告所鍵入之45
07 件商機之其他43案，除台灣大哥大之6,000,000元案，於107年
08 8月間透過微軟合作夥伴碩網資訊股份有限公司簽署共計800,0
09 00元之顧問服務專案契約；台中商銀AI案由交接同仁持續經營
10 外，其餘41案商機均確定消失「Lost」，無一可成功簽約收案
11 等情，亦據提出原告鍵入商機彙整表為據（即附表2-1，見本
12 院卷二第229-233頁），且經證人宋百民證述：當初為了要把
13 業績數字做到，有兩個指標，第一個是因為案件創建後到成交
14 率約為30%，如要做到100%業績要求業務做到創建3倍的金額才
15 可能做到他的成交金額達到100%。第二個是5月22日與原告聊
16 完後，依據他當初的規劃、預期在6月底之前有4個案子有機會
17 成交，所以設定在6月底前希望他把這4個案子拿回來。（以原
18 告任職期間這個附表2-1的創建及成交比例大約如何？）不足
19 10%；績效改善計劃的二個目標，第一個目標他鍵了300%，但
20 是裡面很多專案尚未明確，這個商機不是紮實的。後手去接的
21 時候發現都只是還在與客戶訪談的階段；第二個目標4個專案
22 金額300K(美金)最後只成交一個專案金額15K(美金)等語在卷
23 （見本院卷二第213-219頁）。是被告抗辯原告虛填浮誇不實
24 商機、未能正確判斷商機等語，亦非子虛。

25 (4) 因原告未能達成績效改善計劃書所要求之結果，被告乃於107
26 年7月26日以電子郵件告知原告績效改善之認定結果等情，亦
27 有電子郵件可佐（見本院卷一第325頁），則被告依該公司所
28 訂定之前揭工作規則第10條第1項第9款規定，以原告未於期間
29 內根據主管所提出之「績效計劃書」改進工作表現，而預告終
30 止聘僱契約，自屬有據。

31 3. 原告雖另執上詞主張被告終止契約違法，惟查：

- (1) 原告稱：被告從未告知案件跟催之標準，且改善期間只有49天，並不合理等語。被告則以：原告於績效改善期間請6天假期出國度假（即107年7月17日至22日），顯見其態度消極，能為而不為等語置辯。查，原告是該部門最高職級人員，對於自己之任務、工作，主動了解、跟催應為其本分，豈能要求被告耳提面命的提醒。再者，原告明知自己之績效不佳，已遭被告多次要求檢討，被告公司並因此依工作規則為其擬定績效改善計劃書，給予改善期間，其明知自己依工作規則規定，若未能於績效改善期間完成目標，可能會面臨解僱之不利處分，而理應於改善期間內更加兢兢業業，戮力於指定期間內完成2項指定目標，充分把握公司所給予的機會。但原告卻在績效改善計劃執行期間，請6天長假，減少自己可以應用的時間，使自己錯失改善的可能性。原告雖另稱：自己只是遵循被告公司其他同仁之習慣，選在微軟會計年度之一開始即7月放假，以儲備接下來整年度的戰力，當時被告有核准原告休假，豈能以同意原告休假為由，反指原告不積極跟催案件云云。惟承前述，原告當時係在進行績效改善計劃執行期間，與其他同仁之正常工作狀態豈能謂相同，原告若有把握在期限內完成績效改善計劃所擬定之前述2項目標，其請假本無不可。而是否請假，以及請假是否會造成自己的績效改善計劃無法達成，本悉由原告自行判斷，被告公司基於對員工請假權利之尊重，而予以准假，原告豈能事後一方面質疑被告給予的改善期間只有49天，過短而不合理，另一方面卻又要求援其他同仁之過往休假慣例，堅持在績效改善期間休假，致使自己因錯失或減少得進行改善之時間，再將其無法改善之結果，歸因於被告給予的時間不足，或被告公司准其請長假等情由。是原告上揭主張不惟無可採酌，且益徵被告抗辯原告有工作態度消極、能為而不為之情等語，並非無由。
- (2) 原告又稱：被告提前終止系爭績效改善計劃，自不得以原告未能達到目標，終止與原告間之聘僱契約云云。惟被告則以：當時已係週四晚間6時36分，期限屆至前僅餘3個工作天（7月27

01 日、30日及31日），實際上原告亦無將目標完成之可能等語置
02 辯。經查，被告確實係於107年7月26日即以電子郵件提前告知
03 原告，該公司對原告之績效改善之認定結果，業如前述，惟被
04 告僅是告知原告其所認定之結果，但在被告公司於107年8月14
05 日正式通知原告解僱前，被告並未禁止原告繼續其原有工作，
06 亦從未阻止原告繼續努力達成績效改善計劃所擬定之前揭目標
07 ，原告如希望為自己爭取留任之機會，在被告公司正式通知解
08 僱前，其仍可繼續努力為自己爭取業績。然在被告公司正式通
09 知原告解僱前，原告始終未再達成績效計劃書內載明之「中油
10 裝置業務系統」、「亞洲水泥設備保養預測」、「特力和樂AP
11 IM」等3個專案，且該3個專案之後均已「lost」，亦為兩造所
12 不爭執，故被告雖提前3個工作天於7月26日通知原告該公司對
13 原告所進行之績效改善計劃之認定結果，並無礙於原告確實於
14 107年7月底仍未能達成績效計劃要求之兩項主要目標之結果，
15 原告執此主張被告違反績效改善計劃期限，解僱不合法云云，
16 亦無可取。

17 (3) 原告再稱：被告未按工作規則第10條第1項第9款規定辦理系爭
18 績效改善計劃，且於FY18年度對原告並未有過任何績效考核評
19 量結果，被告違反工作規則第24條第1項云云。惟被告之工作
20 規則第10條第1項第9款規定「員工之績效考核評量結果若為員
21 工對所擔任之工作不能勝任時，且未於期間內根據主管於該次
22 績效考核評量前或之後所提出之『績效計劃書』（Performance
23 Memorandum)改進工作表現者，公司得經預告終止聘僱契約。
24 」，是依上揭規定，績效計劃書於績效考核評量之「前」或「
25 後」均可以進行。況承前述，被告公司在107年5月31日曾對原
26 告作出「不符期待」之考評，是原告執此主張解僱不合法等語
27 ，亦無可採擇。

28 (4) 原告復稱：被告於107年6月26日發信予微軟公司員工時，尚有
29 其他職缺如資深業務經理或解決方案專家、專案經理工作，前
30 者原告在SAS有豐富的銷售代表經驗，中者工作職缺與原告當
31 時工作相同，其得適任可供安置被告，但被告以原告尚於績效

改善期間，而不准原告另轉其他職位，不符解僱最後手段性原則云云，並提出原證10（10-1譯本，見本院卷一第505-532、697-712）為證。被告固不爭執上情，惟執上詞置辯。經查，員工在職期間請求調職，本須經雇主之同意，況被告為原告擬定績效改善計劃，本係為了輔導工作表現低落的原告回歸該等職務原本該有的工作要求及表現，該計劃既尚在執行中，被告不同意原告於績效改善期間聲請調動，難認有何違反法令情事。再者，原告所提出之該等職缺之招募日期為107年6月26日，此時原告尚在績效改善計劃期中，且依原告應徵時所提出之履歷，原告之專業均係在業務推展方面，被告亦係著眼於原告之業務經歷而以高職級、高月薪聘僱，原告雖稱被告所招募之上述工作，其得適任等語（見本院卷一第531頁），然原告自認其並未依規定流程，向被告公司提出轉調之申請（見本院卷三第402頁），且承前述，原告不適任之原因，本即是因原告無法達成被告公司對其所設定之業績目標，於績效改善計劃期間，亦未能完成擬定之目標，而上述涉及業務方面的工作既仍具業務性質，亦同有業績目標應達成之問題。況依原告所提出之上開資訊可證，被告公司會將職缺傳送員工，並透過公開徵求，由員工自行於期限內提出履歷申請，於公平競爭下，由需用單位從應徵之內部員工之履歷經驗，錄取一最適當之人員上任。是被告抗辯該等開放給被告員工公平競爭之職缺，其性質上並非供安置不能勝任工作之不適任員工之職缺，原告之主張無異是要求被告須將上述職缺優先供不能勝任工作之原告調動，則對於其他並無不能勝任工作狀況之員工而言，卻反需透過自由競爭始可獲取錄用職缺之員工，是被告抗辯原告之要求不公平等語，亦非無據。從而，原告以被告未優先安置其至上述職缺主張解僱不合法，亦無可採。

(二)綜上，原告確有不能勝任工作之情事，經被告先後為其進行輔導、工作評量及依被告工作規則第10條第1項第9款規定擬定績效改善計劃，均未獲改善，核已達無法期待被告與其繼續維持僱傭關係之程度，被告依勞基法第11條第5款規定，於107年8

01 月14日終止勞動契約合法，而生勞動契約終止之效力，兩造間
02 之僱傭契約關係即不存在。原告主張被告終止勞動契約為不合
03 法，請求確認兩造間之僱傭關係存在，為無理由。原告進而依
04 據民法第487條、第235條、第234條規定及勞動契約，請求被
05 告給付自107年8月15日起至原告復職之日止，於每月最後1個
06 工作日給付原告薪資183,900元，及每年1月及7月加發固定獎
07 金181,500元暨法定遲延利息；依勞退條例第31條第1項規定，
08 請求被告自107年8月15日起至原告復職之日止繼續按月為原告
09 提繳勞退金9,000元至原告之勞退專戶，同屬無據，應予駁回
10 。

11 (2) 備位之訴部分：

12 (一) 按雇主依第11條或第13條但書規定終止勞動契約者，其預告期
13 間依左列各款之規定：一、繼續工作3個月以上1年未滿者，於
14 10日前預告之；雇主未依第1項規定期間預告而終止契約者，
15 應給付預告期間之工資，是依上開規定，雇主依勞基法第11條
16 規定終止契約而預告期間不足時，雇主方有給付預告工資之義
17 務。勞基法第16條第1項第1款、第3項定有明文。惟勞基法第1
18 6條及施行細則對於預告工資之計算並無明文規定。但參酌勞
19 基法施行細則第24條之1第2項第1款第2目規定：前目所定1日
20 工資，為勞工之特別休假於年度終結或契約終止前1日之正常
21 工作時間所得之工資。其為計月者，為年度終結或契約終止前
22 最近1個月正常工作時間所得之工資除以30所得之金額之相同
23 法理，預告期間之1日工資，應以契約終止前最近1個月正常工
24 作時間所得之工資除以30所得之金額計算。

25 (二) 經查：

- 26 (1) 原告係自106年12月6日起任職被告公司，計至107年8月14日遭
27 被告依勞基法第11條第5款解僱時為止，任職期間未滿1年，依
28 上揭規定，被告解僱時應於10日前預告；被告未於10前預告，
29 自應給付10日預告工資。
- 30 (2) 兩造不爭執終止契約前，原告每月薪資為183,900元，包括基
31 本月薪181,300元及伙食津貼2,400元，惟就伙食津貼應否計入

01 平均日工資存有爭議。而按工資，乃勞工因工作而獲得之報酬
02 勞基法第2條第3款前段定有明文。是工資應視是否屬勞工因
03 提供勞務而由雇主獲致之對價而定，亦即工資須具備「勞務對
04 價性」要件，而於無法單以勞務對價性明確判斷是否為工資時
05 則輔以「經常性給與」與否作為補充性之判斷標準。而查，
06 依兩造之約定，原告每月正常工作即可同時領得上開基本月薪
07 及伙食津貼，堪認伙食津貼係被告伴隨基本月薪每月同時定期
08 給付原告，與原告勞務工作有對價性、經常性，且金額固定，
09 自屬勞基法第2條第3款所稱工資。是原告主張計算預告工資額
10 時，應將伙食津貼計入，應屬可採。則依上揭規定，被告應給
11 付原告預告工資61,300元（183,900元÷30×10），被告僅支
12 付60,500元，為被告所是認，是原告依上揭規定，請求被告給
13 付差額800元，自屬有據。

14 (二)按依本法終止勞動契約時，雇主應即結清工資給付勞工。勞基
15 法施行細則第9條定有明文。又按給付有確定期限者，債務人
16 自期限屆滿時起，負遲延責任。應付利息之債務，其利率未經
17 約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之5；遲延之債務，
18 以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利
19 息，民法第229條第1項、第203條、第233條第1項前段分別定
20 有明文。原告於107年8月14日遭被告解僱，被告應依上揭規定
21 支付預告工資，被告短付800元，經原告起訴迄今仍未給付，
22 應負遲延給付之責。原告請求被告自起訴狀繕本送達翌日即10
23 8年4月16日（見本院卷一第97頁）起至清償日止，按週年利率
24 5%計算之利息，尚在得請求之範圍，核屬有據，應予准許。

25 五、綜上所述，本件原告先位請求確認兩造間僱傭關係存在，及依
26 民法第487條、第235條、第234條規定及勞動契約請求被告自1
27 07年8月15日起至原告復職之日止，按每月最後1個工作日給付
28 原告183,900元，並按每年1月最後1個工作日、7月最後1個工
29 作日分別給付原告181,500元，及各期應給付日之次日起至清
30 償日止，按年息5%計算之利息；暨依勞退條例第31條第1項規
31 定請求被告自107年8月15日起至原告復職之日止，按月提繳9,

000元至原告於勞工保險局設立之勞工退休金專戶，為無理由；其備位依勞基法第16條規定，請求被告給付800元及自108年4月16日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息部分，為有理由，應予准許。

六、本件係勞動事件法施行前繫屬，而於勞動事件法施行後辯論終結之勞動事件，且係就勞工即原告為部分勝訴判決，爰就原告勝訴部分，依勞動事件法第51條第1項、第44條第1項規定職權宣告假執行；並依同條第2項規定，同時酌定相當之金額宣告雇主即被告得供擔保而免為假執行。另原告敗訴部分，其假執行之聲請失所依附，應併予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及其他所為之舉證，經審酌後認對於本件判決結果不生影響，爰不一一論述。

八、訴訟費用負擔之依據及理由：按各當事人一部勝訴、一部敗訴者，其訴訟費用，由法院酌量情形命兩造以比例分擔或命一造負擔，或命兩造各自負擔其支出之訴訟費用，民事訴訟法第79條定有明文。查，本件原告係以先、備位之訴起訴，其先位之訴之訴訟標的價額經核定為25,855,600元（見本院卷一第546頁），另備位之訴之訴訟標的金額僅800元，且因二訴訟標的具有選擇關係，而僅以原告先位之訴計算本件訴訟標的價額，備位之訴不併計算訴訟標的價額。茲原告先位之訴既全部敗訴，雖其備位之訴獲得全部勝訴判決，但原告勝訴之金額僅800元，因認本件訴訟費用應由原告全部負擔之。

中 華 民 國 109 年 3 月 26 日
勞 動 法 庭 法 官 李 桂 英

以上正本係照原本作成。

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。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 3 月 26 日
書 記 官 郭 書 好