臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度重勞上字第5號

上　訴　人　黃鈴綺
被上訴人　永豐金證券股份有限公司
法定代理人　朱士廷
訴訟代理人　宋永祥律師
複代理人　邱東泉律師

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107年5月30日臺灣臺中地方法院106年度重勞訴字第19號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於108年7月16日言詞辯論終結，茲判決如下：

主　　文

上訴及追加之訴均駁回。

第二審（含追加之訴）訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意不得為之。但請求之基礎事實同一者，不在此限。民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。次按不變更訴訟標的，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。同法第256條亦有明定。查上訴人原於原審請求：㈠確認兩造間之僱傭關係存在；㈡被上訴人應自民國106年3月4日起，按月給付上訴人新臺幣（下同）71,914元，至上訴人回復原職繼續執行職務之日止。嗣於本院審理中，就上開第㈡項請求給付薪資部分，更正為計算至上訴人復職之日止，及按月於翌月15日給付，並追加請求自每期給付翌月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息；另又追加請求被上訴人應自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,368元至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金專戶（見本院卷㈡第1頁）。經核上訴人前開更正部分，核係不變更訴訟標的，所為聲明之更正，尚無涉訴之變更問題；另追加薪資利息請求及提繳退休金部分，與其原請求之原因事實，均係基於

同一僱傭關係所衍生之糾紛，二者間請求之基礎事實相同，訴訟資料可相互為用，基於紛糾一次解決性原則，符合上開准予訴之追加之規定，應予准許，合先敘明。

貳、兩造主張

一、上訴人主張：伊自100年9月26日起任職於○○○證券股份有限公司（下稱○○○證券公司），嗣○○○證券公司於101年11月12日為被上訴人所併購，而轉任被上訴人○○分公司擔任營業櫃檯主管，職司營業櫃檯事務、審核授權及風險控管業務，每月薪資為71,914元。惟自105年10月間起，被上訴人多次毫無根據欲將伊降為「理專」之非主管職務，藉此減少伊之薪資，伊不同意配合辦理，被上訴人即刻意針對非專責業務之伊設下顯不合理之業績達成目標，進而以伊未達成業績目標，有勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款所定「所擔任之工作確不能勝任」情事為由，於106年2月2日先以口頭對伊預告將於106年3月3日終止勞動契約，再於106年2月9日以書面對伊為預告終止勞動契約之意思表示。被上訴人對伊所為之解僱，顯係因人設事，且不符合解僱最後手段性原則，不生合法終止勞動契約之效力。伊於106年2月21日向臺中市政府勞工局提出勞資爭議調解申請，請求恢復僱傭關係及回復原職務，惟兩造於106年3月8日調解不成立。又被上訴人既預示於106年3月3日終止與伊間之勞動契約，即隱含有拒絕受領伊繼續提供勞務之意思，伊依法無補服勞務之義務，並得請求被上訴人自106年3月4日起，仍依原勞動契約之約定，按月給付薪資至伊復職之日止等情，爰依兩造僱傭契約之法律關係、民法第487條前段規定，求為確認兩造間之僱傭關係存在，並命被上訴人給付伊自106年3月4日至伊復職之日止，按月於翌月15日給付伊71,914元，及自每期給付翌月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息；另自106年3月4日起至伊復職之日止，按月提繳4,368元至伊於勞工保險局設立之勞工退休金專戶。（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴，並於本院為上開訴之追

加）。並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡確認上訴人與被上訴人間之僱傭關係存在。㈢被上訴人應自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月於翌月15日給付上訴人71,914元。另追加之訴聲明：㈠被上訴人應給付上訴聲明第㈢項，自每期給付翌月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈡被上訴人應自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,368元至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金專戶。

二、被上訴人則以：上訴人任職於伊○○分公司，擔任營業櫃檯主管，主要工作內容為：㈠管理營業人員，並確保每日業務各項流程正常運作；㈡執行及維護客戶風險控管；㈢輔導營業人員業績達成與成長；㈣推動公司各項行銷活動；㈤規劃及執行營業人員教育訓練；㈥舉辦各式客戶講座活動；㈦處理各種突發問題與客訴。是上訴人身為營業櫃檯主管，除自身之業績達成外，更重要的是「管理、執行、輔導、推動、規劃、舉辦及處理」公司所交付之任務等工作事項，惟上訴人工作態度消極，歷任主管對其工作態度均有不滿，上訴人實為主觀上能為而不為，可以做而無意願做。又伊對全國所有分公司營業科主管之業績要求，不論是在目標項目、達成率等之要求均相同，並未因人設事，對上訴人特別嚴苛；上訴人所帶領之營業科業績趨勢，一年不如一年，甚至到105年度所有項目之營業目標均無法達成，其在主管工作客觀上所顯示之數據長期不符伊之需求與期待，實為其個人專業能力不足，不能勝任工作之情形自明。再上訴人為營業櫃檯主管，非一般行政人員，伊以上訴人所帶領之營業科整體業績表現評估其是否勝任工作，並無不當。而上訴人上開不能勝任工作情事，經伊依公司工作規則第76條給予2次工作績效改善計畫，併給予上訴人4個月期間之改善與觀察，惟終究無法改善；伊請上訴人轉任理專，上訴人亦嚴詞拒絕，伊不得已始終止與上訴人之勞動契約，此符合勞基法第11條第5款規定，亦符合解僱最後手段性原則，兩造間勞動契約自已合法終止。上訴人提起本件訴訟，請求確認兩造間之僱傭關

係存在，並請求伊給付薪資及提繳退休金等，均屬無據等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

參、本件經兩造於原審及本院整理並協議簡化爭點如下（見原審卷第223-224頁、本院卷㈢第39頁反面-40頁）：

一、兩造不爭執之事項：

㈠上訴人於100年9月26日起，任職○○○證券公司，嗣於101年11月12日○○○證券公司為被上訴人所併購，而轉任被上訴人○○分公司擔任營業櫃檯主管，月薪71,914元。

㈡上訴人102、103、104、105年度績效考核彙總表個人考績均為乙等。

㈢被上訴人於105年10月12日向上訴人提出工作改善通知，給予自105年10月12日起至105年11月30日止，進行為期2個月的第1次工作改善計畫，惟改善期間屆滿，被上訴人認為上訴人未能達成改善目標，經評核結果決議延長改善。

㈣被上訴人於105年12月1日起至106年1月31日止，進行為期2個月的第2次工作改善計畫，惟改善期屆滿，被上訴人認為上訴人仍未達成改善目標，未通過第2次工作改善之要求。

㈤被上訴人於106年2月3日召開工作改善結果評核會議，就上訴人部分評核結果建議上訴人：1.轉任理專、2.資遣。惟上訴人拒絕轉任理專。

㈥被上訴人於106年2月9日以終止勞動契約通知書通知上訴人，上訴人有勞基法第11條第5款「所擔任之工作確不能勝任」之情事，將於106年3月3日辦理資遣。

㈦106年2月15日有召開工作改善結果勞資調解會，上訴人、工會代表及被上訴人代表進行協商，希望上訴人能接受轉任理專，免任營業櫃檯主管，惟上訴人仍堅持拒絕轉任理專。

㈧被上訴人於106年3月3日資遣上訴人，資遣費214,459元，併於106年3月31日發放上訴人106年3月份薪資時一併發放。

二、兩造爭執之事項：

㈠上訴人對所擔任之工作有無勞基法第11條第5款「所擔任之工作確不能勝任」之情事？

㈡被上訴人依勞基法第11條第5款終止兩造間之勞動契約，是否合法？

肆、本院得心證之理由

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，係指因法律關係之存在與否不明確，致原告主觀上認為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年台上字第1240號判例意旨參照）。本件上訴人主張兩造間之僱傭關係存在，已為被上訴人所否認，則兩造間之僱傭關係是否存在，即陷於不明確，致上訴人於僱傭契約之法律上地位有不安之狀態存在。而此種狀態得以本件確認判決將之除去，揆諸前揭說明，上訴人提起本件確認僱傭關係存在之訴，即有受確認判決之法律上利益。

二、上訴人對於其所擔任之工作是否確無法勝任？

㈠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。惟須雇主於其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）。又雇主為其事業之發展及永續經營，對於所僱用之業務人員制訂一定量能之業績目標，倘所定業績目標與業務人員之職級、薪級相當，並無顯然高估，致業務人員無法達成之情形，且其業績表現與其附隨工作所提供客戶之專業服務息息相關，則業務人員長期無法達成業績目標，經雇主給予相當改善

期間仍無法達到，且無法轉任其他職缺者，雇主即非不得以業務人員之業績表現不佳，不能勝任工作為由，終止雙方之勞動契約（最高法院103年度台上字第1254號判決意旨參照）。

㈡上訴人於客觀上已屬不能勝任工作：

1.上訴人原為被上訴人○○分公司之營業櫃檯主管，主要工作職責為：「①管理營業人員，並確保每日業務各項流程正常運作；②執行及維護客戶風險控管；③輔導營業人員業績達成與成長；④推動公司各項行銷活動；⑤規劃及執行營業人員教育訓練；⑥舉辦各式客戶講座活動；⑦處理各種突發問題與客訴」；該職位設立之工作目標為「協助分公司經理人達成預定營業目標，並承擔分公司相關業務發展責任，落實營業櫃檯風險管控，以達成分公司業務成長規劃」，此有職位說明書附卷可參（見原審卷第57頁），並為上訴人所不爭執，足見上訴人所擔任之營業櫃檯主管，除管理下層單位外，並有協助分公司經理人達成預定營業目標之責，故上訴人主張伊之主要工作僅為風險控管，伊並非專責業務人員，被上訴人要求伊達成業務績效，並非合理云云，尚非可採。

2.上訴人任職期間，於102至105年度個人考績均為乙等，此為兩造所不爭執，並有被上訴人提出之績效考核彙總表在卷可稽（見原審卷第59-69頁）。且上訴人身為營業櫃檯主管，自以營業為主要目標，惟依上開績效考核彙總表所示，上訴人於102、103、104、105年度之營業目標達成率依序為79%、84%、49%、26%。由前揭營業目標達成率可知，上訴人所帶領之營業科業績趨勢，一年不如一年，甚至到105年度所有待考核項目之營業目標均無法達成。衡諸上訴人既為營業櫃檯主管，非一般行政管理人員，則被上訴人以上訴人所帶領之營業科整體業績表現評估其是否勝任工作，尚無不當。又參諸被上訴人全台分公司自105年6月起至106年12月止之KPI成績評分月總表（見原審卷第

184、185頁），於全台55個分公司營業科業績比序（部分期間未達55個分公司），上訴人所屬之○○分公司，於105年6月至11月，業績全國排名第45至52名不等，實屬落後，雖於105年12月至106年2月有稍微上升至第37、24、35名，然仍屬中後段。而於被上訴人資遣上訴人，另覓新的營業櫃檯主管之後，○○分公司之業績排名於106年5月後即向上攀升到全國第19名，足見上訴人任內業績於被上訴人全台分公司之排名確有低落之情形。是以，被上訴人辯稱：依客觀上所顯示之數據，上訴人就伊要求之營業目標，長期均不符伊之需求與期待，其專業能力不足，有不能勝任工作之情形等語，難謂無據。

3.至上訴人主張：被上訴人對伊所做連續幾年考績乙等，是被上訴人因人設事所為的結果等語；已為被上訴人所否認，並辯稱：伊為上市公司永豐金融控股股份有限公司旗下證券子公司，其下復設有50餘個分公司，就內部管理之一致性而言，自不允許各分公司有不同之標準等語，並據提出其中區其他分公司營業櫃檯主管於103至105年度之績效考核彙總表（見原審卷第81-127頁，即原審被證10-12）及非中部分公司營業櫃檯主管於103至105年度之績效考核彙總表（見本院卷㈡第9-326頁，即被上證4、5、6）為證。而參諸上開中區及非中部分公司及營業櫃檯主管績效考核彙總表，可見被上訴人所有制度於全國各分公司均一體適用，且對全國所有分公司營業科主管之業績要求，不論是在目標項目、達成率等之要求均相同，並未對上訴人特別嚴苛，上訴人空言因人設事，實屬無稽。另被上訴人辯稱：關於各分公司經理人於年度績效考核彙總表有關數據之填寫方式，伊並未有統一之規定，而係授權由各分公司經理人依其管理模式填寫，並充分尊重及信任分公司經理人對各級下屬之考核，畢竟分公司經理人係最後負分公司經營責任之人等語，尚符合公司分層管理之事理，應可採信。又觀諸前開各績效考核彙總表，絕大部分經理人仍就

各個考核項目之目標及結果詳實記載，僅極少數分公司記載較為簡略，惟不能因此即認該分公司經理人之考核數據有偏頗，甚至認為係假造。上訴人僅以極少數分公司經理人與其所任職之○○分公司比較，就記載較為簡略部分，即認被上訴人是刻意針對上訴人所為，實不足採。縱使各該年度績效考核有關質化目標之權重，各分公司有所不同，此乃因各分公司所在區域、負責之行政區範圍、人口結構、經濟環境、同業競爭等因素各有不同，被上訴人總公司與分公司經理人於考量各分公司之區域特性及對分公司之定位後，基於總體考量而訂定不同之營業目標；況各分公司經理人對不同項目重視程度不同所給予之不同權重，屬經理人裁量之範圍，惟此並未脫離考核範圍，非可因此即認自始考核不客觀，或係刻意利於或不利於特定人。另參諸○○分公司理財科主管謝○○之績效考核彙總表（見本院卷㈡第327-332頁，即被上證7），益徵其於103年度至105年度質化目標各考核項目之權重分配均與上訴人同，皆非各考核項目平均分配，顯見被上訴人○○分公司經理人對質化目標之重視項目，於每位科級主管均相同，難謂有何因人設事或為差別對待之情形。

4.上訴人再主張：業務績效目標，在客觀上乃受國內整體經濟環境、被上訴人金融商品於市場上之競爭力等不確定因素影響，任何人均無從擔保於特定時間內，必能達成一定之業務績效目標，難以伊無法達成業務績效目標，即認伊不能勝任工作云云。惟上訴人自陳伊自77年間起即於各大證券公司任職，對於證券業工作內容之熟悉度，當可謂少有人及，此亦為被上訴人授與伊主管職務之原因等語（見原審卷第3頁）。而衡諸上訴人身為被上訴人○○分公司營業櫃檯主管，其主管績效排序落後其他分公司營業櫃檯主管甚多，皆為倒數一情，有被上訴人提出之103至105年度中區業務主管績效排序彙總表在卷可考（見原審卷第81、93、112頁）。上訴人所屬之○○分公司，於105年6月

至11月，在全國分公司中，業績排名第45至52名不等（見原審卷第184頁），亦屬落後。且參諸○○分公司理財科主管謝○○於105年度之量化目標整體表現，亦較上訴人為佳（見原審卷第67-68頁、本院卷㈡第331頁），並非如上訴人所主張係因整體經濟環境不佳而受影響。上訴人身為營業櫃檯主管，負有協助分公司達成營業目標之責，已如前述，自無由以國內整體經濟環境不佳、被上訴人公司金融商品欠缺競爭力為由，規避自身提振業務之責。

5.上訴人復主張：被上訴人年度績效考核標準，難認為客觀，且最終仍受單位主管主觀好惡影響，不足以反映員工工作能力優劣，難執此認定是否已達不能勝任工作云云。惟雇主為其事業之發展及永續經營，對於所僱用之業務人員制訂一定量能之業績目標，乃屬事理之常。上訴人身為營業櫃檯主管，工作目標即是達成業績目標，故被上訴人制訂各分公司應達成之業績目標，並以達成率，作為評斷分行主管能否勝任工作之標準，核屬相當適切之評核指標，難認有以偏蓋全之情形。再者，被上訴人已擬定相對應之KPI指標予以評核，分為量化分數與質化分數，而評核之結果，於全國分公司科級主管考績等第排比，分為優、甲上、甲、甲下、乙。被上訴人於102年度至105年度，綜合各項評核結果，對上訴人所為績效考核皆屬乙等，堪認上訴人之工作表現確未臻理想。且績效目標本由公司擬定，而各分公司經理人，考量各分公司經營環境、特性及經理人對不同考核項目之重視程度給予不同項目之權重，亦難認有違常情之處。上訴人並未舉證證明被上訴人所訂目標有何不合理之處，僅空言指稱考核標準難認為客觀云云，難認可採。

6.上訴人另主張：被上訴人內部舉辦之105年度全國卓越菁英獎勵活動科級主管獎排名結果，中區共列有11名科主管，伊排在第5位，以全國77名科級主管排名而言，伊亦位居第44名，尚有33位排名在伊之後，包括同分公司理財科

主管謝○○在內，足見就被上訴人額外附加的財富管理業績要求，伊表現尚不俗，應列為年度績效考核之參考等語；惟為被上訴人所否認，並辯稱：伊內部舉辦之「105年度卓越菁英獎勵活動」，為單次之競賽活動，其競賽項目及獎勵辦法均與年度績效量化目標考核項目不同等語，且據提出該次競賽活動之公告及辦法為證（見本院卷㈠第63-64頁，即被上證1）。參諸該次競賽活動之辦法，並未將該次競賽活動之競賽成果列入年度績效考核項目內，是無論該次活動競賽成績如何，均與年度績效考核無涉。況依被上訴人函覆原審之函文可知，該次競賽活動全國科級主管財富管理收入之平均值為484,282元，而上訴人僅206,260元，名列全國第44名，為平均值以下，甚位處倒數7%之範圍，表現亦列於後段而屬不佳（見原審卷第180-183頁）。是以，上訴人主張伊於該次競賽活動表現尚不俗，應列為年度績效考核之參考，伊並無不能勝任工作之情形云云，實無足採。

7.上訴人並主張：被上訴人於2017年2月通路區督導會議對伊所訂之考核標準並不公平等語；然依該次會議紀錄所示，該次會議議程為人資、投顧、業管、數金及商整等部門作各項業務報告，並決議如何推動業務，會議中並未針對特定人或特定分公司為業務指導或訂立年度績效考核標準（見本院卷㈠第65、66頁，即被上證2），上訴人對該次會議內容，容有誤會，則其此部分主張，亦難採信。

8.上訴人雖主張：從上證34、上證35之資料可證張○芝確實是營業員許○○的客戶，但該業績卻被移轉為理專洪○○所有，可見○○分公司有將營業科之業績移轉給理財科之情形等語（見本院卷㈡第38頁反面）。然據被上訴人辯稱：依上證20、上證35之資料，該筆保單為徐○○與洪○○二人所共同招攬，而理專洪○○為該筆保險之主要服務人員，但該筆保單掛名於何人名下，涉及保險佣金之分配，故被上訴人並不會介入，只要雙方合意即可等語（見本院

卷㈢第95頁反面至第96頁）後，上訴人則改稱：許○○與洪○○招攬的保單金額很大，掛在洪○○名下，許○○可以少繳稅金，但該業績可掛在營業科，卻偏偏掛在理財科，這是她們私下協議或是有受到經理人的指示，伊不得而知，所以被上訴人說伊業績不好，是否與業績被移轉有關，伊也不得而知等語（見本院卷㈢第39頁），可見上訴人對於營業科之業績有遭被上訴人移轉至理財科乙節，未能舉證以實其說，尚難遽採。

9.而上訴人因其個人及營業科長期財富管理業務績效未達標準，被上訴人於105年10月12日向上訴人提出工作改善通知，給予自105年10月12日起至105年11月30日止，進行為期2個月的第1次工作改善計畫，惟改善期間屆滿，被上訴人認為上訴人未能達成改善目標，經評核結果決議延長改善。被上訴人再於105年12月1日向上訴人提出工作改善通知，給予自105年12月1日起至106年1月31日止，進行為期2個月的第2次工作改善計畫，惟改善期間屆滿，被上訴人認為上訴人仍未達成改善目標，未通過第2次工作改善之要求，有各該「同仁工作改善通知函申請表」及「工作改善結果評核表」影本在卷足憑（見原審卷第70-73頁），足見被上訴人主張上訴人之業績表現長期未達標準，經以定期要求改善，仍未見成效等情，洵屬有據。而參諸上開工作改善通知函可知，係以營業科整體業務績效的達成為工作內容，提報原因則為上訴人個人及營業科長期財富管理業務績效未達標準。而此之財富管理業務，即是年度績效考核表之現貨、期貨、其他收入及各項競賽之總稱，亦是KPI之項目，並非上訴人所認知狹義之財富管理。是上訴人績效不如預期，被上訴人提出就財富管理中之部分項目為改善之考核項目，自屬正當。另上訴人主張伊第一次工作改善結果，雖於科別部分尚未能達標，然在兩項業務個人銷售目標均達成100%以上，理應在第二次改善通知函中剔除個人財富改善部分，詎被上訴人竟變本加厲，除就

原已達標之基金、保險業務再提高個人銷售目標外，另又增加複委託業務之個人目標部分，顯係因人設事，此由被上訴人2017年2月通路區督導會議紀錄第陸項第一點載稱「複委託假日精進班第一班已於2月4日完成」及第柒項載稱「擬同意科主管掛複委託客戶」，即可證明於105年度科主管業掛複委託業績，且被上訴人於106年初才對業務員密集開班上課，卻於105年12月1日對伊核發第二次改善通知函突再增加複委託業務改善項目，頗不合理等語。就此，被上訴人則辯稱：依2017年2月通路區督導會議紀錄，其中第陸項第一點係記載「複委託假日精進班第一班已於2月4日完成」，是2月4日之訓練班是假日「精進班」，至有關複委託之「基礎班」早已訓練完畢，上訴人顯有將「精進班」之訓練時程混淆為起步訓練之始等語，經核該次會議紀錄第陸項會議決議及指示事項第一點確係記載「複委託假日『精進班』第一班已於2月4日完成」（見本院卷㈠第65-66頁），而非「基礎班」，上訴人就此容有誤認。再者，被上訴人對上訴人所發第二次工作改善通知函所要求之改善內容，較諸2017年1月○○分公司KPI績效表（見本院卷㈠第67-74頁）計算得出之年度預算數，顯然為低，自無上訴人所稱工作改善通知函所設目標高於專責業務員之目標數之情形。況且，被上訴人對上訴人發出工作改善通知函後，上訴人於第一次（105年12月1日）改善結果，除個人基金銷售及保險佣收達成改善目標外，對整體營業科之目標達成率均偏低；第二次（106年2月2日）改善結果，除營業科保險佣收達成改善目標外，其餘改善計畫之項目均距改善目標差異甚大，顯亦未達成被上訴人之改善要求（見原審卷第71、73頁）。又被上訴人就KPI計算評分，係以分攤前損益、現貨市佔、融資餘額、期貨市佔、泛財富管理收入、複委託收入、人保收入、基金收入、基金存量、基金銷量、ELN收入、新增信託有效戶及新增複委託有效戶等13個項目綜合評分（見本院卷㈠第67

-74頁）。○○分公司KPI績效排名，雖於106年1月有顯著上升，然上訴人所達成改善者僅營業科之保險佣收單一項目而已，其餘項目均較各該目標落後甚多，益見○○分公司於106年1月KPI績效排名上升之主因，主要係○○分公司理財科努力之成果，並非上訴人所帶領之營業科績效優異所致。則上訴人僅以106年1月○○分公司KPI成績評分為據，認其之表現並無不能勝任工作，難認有據。

10. 上訴人雖主張：伊單位主管唐○○到職不到3個月即要求伊進行工作改善，未待伊工作改善結果，立即要求伊轉任理專，足見被上訴人自始有意拔除伊主管職務，並非伊不能勝任工作云云。惟證人即上訴人之單位主管唐○○證稱：伊於105年8月1日調任○○分公司後，經過一段時間對上訴人的觀察，並因上訴人於前三年的考績都是乙等，基於主管的立場，會對上訴人特別注意及關心，乃與伊之主管區督導共同決定對上訴人做出工作改善之要求，但經過一段時間，上訴人並沒有達成工作改善的標準，伊與伊之主管區督導最後才共同決定將上訴人資遣等語（見原審卷第149頁反面），足見上訴人係因業績不佳，長時間未能達成公司所訂業績目標，且與其所帶領之營業科同仁互動不佳，在輔導、陪訪、領導屬下等方面均有很大的改善空間，故經被上訴人進行改善計畫，難認有何針對性或故意為差別待遇之不公平情形。再者，上訴人之單位主管唐○○於86年以前即從事證券業務，於86年進入被上訴人公司服務，於92年起擔任被上訴人分公司經理人職務，於105年8月則調至○○分公司擔任經理人乙情，已為兩造所不爭執，足見證人唐○○在證券業及在被上訴人公司工作之經驗豐富，自不需長時間觀察，便能瞭解部屬之情況。且證人唐○○身為分公司經理人，其當務之急乃執行追蹤分公司各項業務達成目標，分公司業績之達成與成長始為其關注之目標，是對於營業科與理財科之業績劃分、資源分配，實無由區分輕重及優先分配。是以，上訴人之單位主

管唐○○參考上訴人於前三年之工作績效考核，認定上訴人需要工作改善，被上訴人並給予上訴人2次工作改善計畫，自105年10月12日起至106年1月31日止長達3個多月期間，上訴人仍未能改善績效，被上訴人方於106年2月3日召開工作改善結果評核會議，建議上訴人轉任理專，是上訴人此部分主張，尚非可採。

11.據上，堪認上訴人於近幾年來之工作績效不彰，專業能力尚有不足，難以勝任所擔任之營業櫃檯主管職務，其於客觀上確有不能勝任工作之情事。

㈡上訴人於主觀上亦屬不能勝任工作：

1.上訴人之主要工作職責，包括「管理」、「執行」、「輔導」、「推動」、「規劃」、「舉辦」及「處理」公司所交付之任務等工作事項，其中亦包含業績之達成與成長，已如前述。然由上訴人於102年度至105年度之績效考核彙總表關於第四欄：「綜合評量─單位主管」及第六欄：「主管意見」之記載，其中102年度「綜合評量─單位主管（黃○○）：……2.業績欲成長仍需有競爭力的業務員加入，與新有實力的客戶進來，才能成長，需付諸更多心力尋找有戰力營業員。3.多給同仁打氣，多關心同仁日常工作，提早發現同仁問題及早解決」、「主管意見：1.營業科主管最重要的工作需要帶頭做業績，開疆闢土，為分公司注入新客戶與新具戰鬥力業務員，這部分仍待努力。……」；103年度「綜合評量─單位主管（黃○○）：……業務員需要更多的協助與激勵，平時能多些主動關懷，業績與管理應該會更好」；104年度「綜合評量─單位主管（黃○○）：考績量化部分有統一標準，唯有加強同仁財管業績，才能脫穎而出，營業同仁觀念修正需及時與儘早，業績自然浮現」；105年度「綜合評量─單位主管（唐○○）：面對公司和個人業務轉型的迫切性，請積極轉換心態和行動力……」（見原審卷第60、63、66、69頁），顯見依上訴人之歷任單位主管黃○○及唐○○等人之觀察

，上訴人之工作態度甚為消極。

2.參以證人唐○○證稱：上訴人擔任營業科主管，在質化與量化都需接受考核，在質化部分有很大的改進空間，從營業科同仁互動關係觀察，科主管需要輔導、陪訪、領導屬下，上訴人在這幾個部分都有很大的改善空間；因為很多同仁跳過上訴人的層級來向伊請示或請求協助，伊告訴他們可以找上訴人處理，但是同仁都說算了。例如，有一位同仁說客戶需要婚喪喜慶的陪訪，但是上訴人都拒絕；還有，於營業時間，期貨的風險控管，是營業櫃檯主管的主要工作之一，但是上訴人說她不做這種事情，所以委由後段同仁做；另公司有很多營業活動，需要主管與同仁一起努力開展業務，但是上訴人不會主動跟同仁互動，同仁也不喜歡找她，她在這方面都是空白；伊與上訴人私下有談論如何與屬下溝通、搭配，但業務同仁幾乎不與上訴人互動，所以伊對上訴人這方面的期待是落空的；伊是考量很多面向及很多人的說法，才認定上訴人不能勝任工作，其業績不佳只是一部分的原因等語（見原審卷第150-151頁）。顯見上訴人對其職掌，工作態度消極，敬業精神不足，與其職務轄下之營業員互動不佳，無法有效領導及管理所屬營業員，且經唐○○提醒上訴人如何與屬下溝通、搭配後，上訴人就此仍未為改善，堪認上訴人主觀上確有「能為而不為」，「可以做而無意願」之消極不作為情形，致其有前述客觀目標無法達成之情形，其於主觀上亦有不能勝任工作之情事。

㈣綜合上開客觀資料及證人即上訴人單位主管唐○○之證述，上訴人主觀上未有積極發揮主管職務功能之意願，客觀上無法提升業績表現，上訴人所提供之勞務已不能達成雇主所欲達成客觀合理之經濟目的，實難以期待被上訴人繼續任用上訴人為其分公司管理營業櫃檯。被上訴人據此認定上訴人有勞基法第11條第5款不能勝任工作之情事，核屬有據。

三、系爭勞動契約是否業經被上訴人合法終止？

上訴人主張：倘伊真有不能勝任工作之情事，被上訴人亦應對伊施以輔導改善之措施，被上訴人應將伊調往其他主管職，且被上訴人未召開獎懲委員會即將伊解僱，違反工作規則第79條及第85條云云。然上訴人於任職期間，確有勞基法第11條第5款之不能勝任工作之情事；且被上訴人已對上訴人發出二次工作改善通知函，上訴人之單位主管唐○○亦曾與上訴人談論如何與屬下溝通、搭配，期待上訴人就此方面有所改善，然上訴人最終仍無法改善，被上訴人始於106年2月3日召開工作改善結果評核會議，就上訴人部分評核結果建議上訴人：1.轉任理專、2.資遣，惟上訴人拒絕轉任理專，均如前述。足見被上訴人並非未對上訴人施以輔導改善措施，僅成效不佳而已。且上訴人於主管職務之表現，已不符被上訴人之期望，實難期待被上訴人將上訴人調往其他主管職。而被上訴人希望上訴人能接受轉任理專，免任營業櫃檯主管，既為上訴人所拒絕，被上訴人乃於106年2月9日對上訴人核發勞動契約通知書，以上訴人有勞基法第11條第5款「所擔任之工作確不能勝任」之情形，將於106年3月3日終止兩造間之勞動契約（見上開兩造不爭執之事項㈥），堪認被上訴人已盡迴避解僱之能事。因此，本件在主觀上及客觀上，均已難期待兩造繼續維持僱傭關係。揆諸上開說明，被上訴人依勞基法第11條第5款規定，於106年2月9日通知上訴人將於106年3月3日終止兩造間之勞動契約，並未違反最後手段性原則，自屬合法，則兩造間之勞動契約業於000年0月0日生終止之效力。至上訴人倘若轉任理專，底薪加計各種業績獎金後，薪資有可能高於營業科主管之薪資一節，為上訴人所不爭執，是上訴人主張被上訴人將上訴人降為理專，係為減少上訴人薪資云云，容非可採。另被上訴人工作規則第79條及第85條係指懲戒種類之解僱需召開獎懲委員會，與本件被上訴人以上訴人不能勝任工作為由，終止兩造間之僱傭契約，並非相同，上訴人主張被上訴人違反工作規則程序正當性云云，亦屬無據。

四、上訴人得否依民法第487條前段請求被上訴人給付自106年3月4日至上訴人復職之日止之薪資及法定遲延利息？

兩造間之勞動契約業於106年3月3日經被上訴人合法終止，已如上述，被上訴人自斯時起已無給付薪資予上訴人之義務，故上訴人依民法第487條前段請求被上訴人給付自106年3月4日至上訴人復職之日止之薪資及法定遲延利息，自無理由，應予駁回。

五、上訴人得否依勞工退休金條例規定，請求被上訴人提撥退休金至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金個人專戶以為賠償？

按雇主應為適用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞工退休金個人專戶；雇主應為勞工負擔提繳之退休金，不得低於勞工每月工資百分之六；雇主未依本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，勞工退休金條例第6條第1項、第14條第1項、第31條第1項固分別定有明文。然自以勞動契約有效存在為前提，勞動契約經終止後，雇主即無上開提繳退休金之義務至明。查兩造間之勞動契約業於106年3月3日經被上訴人合法終止，前已敘明，被上訴人自斯時起已無給付薪資予上訴人之義務，自無為上訴人提撥退休金至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金個人專戶之義務，故上訴人依勞工退休金條例規定，請求被上訴人提撥退休金至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金個人專戶以為賠償，亦無理由。

六、綜上所述，兩造間之勞動契約業經合法終止，上訴人訴請確認兩造僱傭關係存在，及依民法第487條前段請求被上訴人自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月給付71,914元，均為無理由，應予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，於法並無不合。上訴意旨仍執陳詞指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回其上訴。又上訴人於上訴後，復追加請求被上訴人應給付上訴聲明第㈡項之金額，自每期給付

翌月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息；及依勞工退休金條例規定，請求被上訴人自106年3月4日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,368元至上訴人於勞工保險局設立之勞工退休金專戶，亦無理由，應予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所提證據，均與本院心證之形成，不生影響，爰不一一再加以論述，併此敘明。

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

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　6　　日

勞工法庭

審判長法　官　吳惠郁

法　官　顏世傑

法　官　許秀芬

上正本係照原本作成。

上訴人得上訴。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十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四百六十六條之一第一項但書或第二項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　吳麗琴

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　6　　日