

# 績效改善計畫應用於 解僱最後手段性原則之研究

李婉維\*

## 壹、前言

相對美國法上雇主因契約自由 (freedom of contract) 與企業自由 (freedom of enterprise) 理論之交互影響而擁有極大之終止權 (discharge right<sup>1</sup>)，對於雇主得否因勞工績效低於預期而終止勞動契約此一議題，我國在立法上，以勞工遭終止勞動契約即可能面臨生計困難之考量出發點，強調勞工保護原則<sup>2</sup>，將「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」列為我國勞動基準法 (下稱「勞基法」) 第11條列舉之法定終止事由之一，即第5款，則雇主如欲以勞工績效未達標準而終止勞動契約時，即應符合本款之規定，否則均不得經預

告而終止契約，可謂全面確立「保障僱用、限制終止<sup>3</sup>」之政策走向。我國目前司法實務與通說又進一步認為，雇主在援引本款終止勞動契約時，尚須用盡勞基法所賦予保護之各種手段，仍無法減緩勞工該當終止事由之疑慮時，在檢具相關證明下，方得據法定終止事由終止與該勞工之勞動契約<sup>4</sup>，此即「解僱<sup>5</sup>最後手段性原則」之體現。

我國法院歷年關於勞基法第11條第5款判決，最早為最高法院80年度台聲字第27號民事裁定，而臺灣臺北地方法院92年重勞訴字第20號民事判決則首次肯認勞基法第11條第5款終止事由應有解僱最後手段性原則之適用<sup>6</sup>，並逐漸成為通說見解。據此，雇主於引

\* 本文作者係國立陽明交通大學科技法律研究所在職專班碩士、執業律師

註1：焦興鎧 (1988)，〈美國法上不當解僱之概念及其救濟之道〉，《美國研究》，18卷2期，第35頁。

註2：黃程貫 (2002)，《勞動法》，修訂再版，第15-17頁，國立空中大學用書。

註3：王沛元 (2017)，《經濟性解僱效力之審查》，第14頁，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。原文用語為：「僱用保障、限制解僱」。

註4：參最高法院96年度台上字第2630號民事判決。

註5：此援引學說與司法實務上對於該原則之通常用語，然實際上，解僱或資遣實為「雇主行使終止權」之結果，內涵上應包含「終止權」此形成權之行使，故本文中所稱雇主所為之「終止」、「資遣」或「解僱」，均指「雇主行使終止權而使勞動契約消滅」之意。而「終止」應包含需支付資遣費與給予預告期之「資遣」，以及不需經預告與支付資遣費之「解僱」。

註6：本判決意旨為：「按雇主必於其使用勞動基準法所賦予保護雇主之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，此乃解僱最後手段性原則。故勞工主觀上是否有怠忽所擔任之工作，致不能完成，或有違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務等不能勝任工作情形時，自仍應兼顧此解僱最後

用此款終止事由時，如何證明其所為終止已盡解僱最後手段性原則即至為重要。針對此一難題，於臺灣臺北地方法院91年度北勞簡字第4號民事判決中，即嘗試以勞工績效考評不佳而列為績效改善計畫對象，並以此作為不能勝任工作之證明，而在臺灣新竹地方法院97年度勞訴字第10號民事判決之法院見解中，則明確認可如雇主之人事管理辦法原已明訂績效改善計畫輔導程序，即不得捨此輔導程序不為逕為終止。自此之後，人力資源管理六大職能中，開發管理（Talent Management and Development）之子功能「績效管理」（Performance Management<sup>7</sup>），即逐漸成為雇主用以證明符合解僱最後手段性原則之工具。

經本文搜尋與整理<sup>8</sup>，民事法院至2022年7月7日止，共有209則判決於理由中直接以此類績效改善計畫程序之實施作為判斷基礎，

顯知我國雇主已逐漸運用此類績效改善計畫於勞基法第11條第5款上。探其緣由，乃因在人力資源管理實務中，對於勞工的工作能力與成果表現，往往以系統性評定之「績效評估制度」（performance evaluation或performance appraisal）為基準，而面對績效明顯未達預期之勞工，在決定終止勞動契約前，往往選擇藉由開啟另一特別評估程序再給予勞工最後一次機會，即「績效改善計畫<sup>9</sup>」（或稱績效改進計畫，即Performance Improvement Plan，通常簡稱「PIP」），使勞工得以透過此程序，了解雇主對其目前勞務提供情形之評估，以及應予改善之目標暨達成改善之條件，使勞工與雇主均得再次審視彼此對於目前存續之勞動關係之期待與目標<sup>10</sup>。而於勞工無法透過改善程序以增進或改善其工作績效時，雇主即可能對該勞工已然該當「對於所擔任之工作確不能勝任」之要件產生確信，進而

手段性原則…至於工作上偶爾疏忽，乃人情之常，工作品質之高低，亦因人而異，必該勞工工作疏忽或工作品質低落之情形，達於不能勝任工作之情形，始符合勞動基準法第十一條第五款規定勞工對於所擔任之工作確不能勝任之要件，尚難僅因雇主主觀上片面認定勞工工作偶有疏忽，或工作品質比工作同仁低落，遽認不能勝任工作而准雇主終止勞動契約。」

註7：International Human Resource Certification Institute (IHRCI), Professional in Human Resources-International (PHRI) Workbook Module Three: Talent Management and Development, 2022 Edition, [https://www.ihrci.org/user/handbook\\_dl/5cf71ce010957ce0fde947e86db4783d/phri\\_preview/2022\\_PHRI\\_Workbook\\_Module\\_3\\_final.pdf](https://www.ihrci.org/user/handbook_dl/5cf71ce010957ce0fde947e86db4783d/phri_preview/2022_PHRI_Workbook_Module_3_final.pdf). last visited: 07/07/2022.

註8：本文以「勞動基準法第11條第5款&績效改善or績效改進」為全文檢索關鍵字，透過「Lawsnote七法——法學資料庫」與之搜尋系統查詢我國最高法院、高等法院與地方法院之民事判決。相關判決整理與摘要請詳參李婉維（2022），《績效改善計畫應用於解僱最後手段性原則之研究》，第40-58頁，國立陽明交通大學科技法律研究所碩士在職專班論文。

註9：觀察於文獻上，「Performance Improvement Plan」「計劃」或「計畫」並無統一用法。本文中則除了引用之原文為「計劃」外，用字均以「績效改善計畫」為準。

註10：BRIAN T. BENKSTEIN, *STRATEGIC USE OF EMPLOYEE PERFORMANCE IMPROVEMENT PLANS: HOW TO DEVELOP, IMPLEMENT, AND HOLD EMPLOYEES ACCOUNTABLE-INCLUDING AN ANNOTATED PIP*, MINNESOTA CLE, UPPER MIDWEST EMPLOYMENT LAW ESTATE INSTITUTE, 1, (2019). 文中提及：「… a PIP is a formal document that puts an employee on notice of a performance issue and it sets forth a process to give the employee an opportunity to remedy the problem.」。

終止與該勞工間之勞動契約。因此，績效改善計畫之實施，或可作為雇主勞基法第11條第5款對勞工終止勞動契約時，所應提出關於「已盡所有保護之各種手段，仍無法提升其績效以符合勞動契約債之本旨」，即符合解僱最後手段性原則之有效證明。

然而，由於績效改善計畫並非法定制度，勞基法等規範中亦未有績效改善計畫內容之明文，因此我國雇主在實施績效改善計畫以佐證合法終止勞動契約此趨勢洪流下，產生相當多元之績效改善計畫制度內容。績效改善計畫是否確得以作為符合解僱最後手段性原則之證明？如是，則績效改善計畫究應如何實施方符合我國勞基法上所肯認之解僱最後手段性原則？實際操作上勞工與雇主間又應如何合作與參與績效改善計畫方符合法律上之期待與通過司法上之審查？此時不無疑問。因此，本文欲透過我國民事法院中對於績效改善計畫於我國勞基法第11條第5款<sup>11</sup>而終止勞動契約案例中之運用情況，以類型化與系統化之方式分析並檢討我國民事法院判決中，對於績效改善計畫之審查方式與步驟，並提出本文之綜合分析以對未來解僱人事制度之進行，提出合法操作之具體建議。

## 貳、績效改善計畫之意義與功能

績效改善計畫，或稱績效改進計畫，是指用以輔導或促使勞工改善其績效表現之程序，本質上為績效考核制度之一環，因如何界定其績效表現是否必須予以輔導或促使改進，往往均以其定期或不定期所接受之「績效考核」結果為準。進行績效考核之評估步驟<sup>12</sup>，一般上包括有：定義工作（defining the job）、評估績效（appraising performance）及提供回饋（feedback sessions）等，而在回饋面談步驟中，將針對考核結果進行一次或多次的結果討論，由代表雇主行使管理權之主管與勞工進行書面或口頭說明，並使勞工得以提出意見並明確知悉雇主對於其於特定績效評估年度中之績效考核結果。因此，績效考核制度在企業實務層面上最主要功能，即是提供員工有關工作表現的回饋，而該「回饋」被視為激發工作潛能的重要來源之一，得以增進員工的工作滿足與工作動機。績效考核制度的結果一方面能夠指出員工表現的優缺點、澄清工作角色及行為，另一方面則可以促使員工利用評量結果來設定發展計畫與目標，進而改善自己的行為<sup>13</sup>。故績效評

註11：至若勞基法第12條第1項第4款「違反勞動契約或工作規則，情節重大者。」之終止情事，雖然人力資源實務上常有針對懲戒性終止事由（即勞基法第12條第1項各款事由）亦可透過實施改善計畫以證明其情節已然重大，但本文認為若違反情事已達情節重大而動搖僱傭關係之存續可能，客觀上已難期待採用終止以外之手段，本即無須再透過改善計畫之實施促使其改善；且懲戒性終止事由著重於未忠誠履行勞務給付義務之情事，與績效改善計畫為促使勞務給付符合債之本旨之目的不符，故本文仍僅著重於勞基法第11條第5款「勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」與績效改善計畫、解僱最後手段性原則間之探討，特此敘明。

註12：Gary Dessler（著），方世榮（譯）（2001），《Human Resource Management現代人力資源管理》，第8版，第341頁，華泰文化事業公司。

註13：范傑倫（2001），《360度回饋與績效改善之縱貫性實證研究》，第2頁，國立政治大學心理學研究所碩士論文。

估制度之結果，往往與雇主對於勞工之薪給、獎懲、異動等，有著密不可分之關係。

是若於績效考核實施成果後，已然確定其績效落後其目標設定甚多，甚或已實然無法符合其職位之應有職能水準與工作貢獻之勞工，雇主即往往先行確認該勞工是否對於其勞務給付之短缺有所認識，即雇主對勞工所為之薪資給付，已然無法獲得勞工提供相等或令人接受之勞務給付水準；且亦會探詢勞工是否願意再加穩固彼此僱傭關係之意欲。如勞工實然已無維持僱傭關係之意，亦對於其績效缺失不予認可，其績效顯然係反映其已無意繼續受僱之想法，且因勞工無意配合故無糾正或改善之可能，則雇主多將思索是否須繼續容忍該勞工之不良績效，如評估後其不良之績效已然無法帶給組織具體利益甚或有害，即多予已解僱；如勞工對其績效缺失確有認識，亦有終止勞動關係之想法，則在組織活絡之考量下，雇主即會與勞工彼此尋求合意終止之可能；但若勞工有繼續維持僱傭關係之意思，不論其對於所提供之勞務有所缺失是否有所認識，此時勞雇雙方對於勞務給付之標準即已失衡，為免日後勞雇關

係漸行惡化或欲加以改進，此時即應給予雙方再次審視勞務給付之預定目標與評價標準之機會，雇主與勞工須共同擬定矯正此不滿意結果之行動計畫，此即「績效改善計畫」。

依照美國人力資源管理學會（Society of Human Resource Management，即「SHRM」）對於績效改善計畫的定位<sup>14</sup>，可為存在績效缺陷的員工提供成功機會，用於解決未能滿足特定工作目標或改善與行為相關的問題。適用結果可能會有所不同，包括整體績效的改善、技能或培訓差距之認定，或可能的人事措施行為，例如調動、降級或終止僱傭關係<sup>15</sup>。而在績效改善計畫實際實施方法上，上開學會則以美國喬治亞理工學院（Georgia Institute of Technology）於2008年所制定之 Performance Improvement Plan Guideline/Processes（績效改善計畫指南／流程，下稱本指南）<sup>16</sup>為例，基本上應含有以下部分：

第一、績效標準／期望之設定（Performance Standards/Expectations）。亦即應遵循 S.M.A.R.T 準則訂立具體（Specific）、可衡量（Measurable）、可達成（Attainable）、相關

註14：SHRM, *Performance Improvement Plans (PIP)*,

<https://www.shrm.org/resourcesandtools/tools-and-samples/exreq/pages/details.aspx?erid=586>, last visited : 07/07/2022.

註15：Id. “A performance improvement plan (PIP), also known as a performance action plan, is a tool to give an employee with performance deficiencies the opportunity to succeed. It may be used to address failures to meet specific job goals or to ameliorate behavior-related concerns. Outcomes may vary, including improvement in overall performance; the recognition of a skills or training gap; or possible employment actions such as a transfer, demotion or termination.”

註16：Georgia Institute of Technology, *PERFORMANCE IMPROVEMENT PLAN GUIDELINES/PROCESSES, GEORGIA INSTITUTE OF TECHNOLOGY*, [https://ohr.gatech.edu/sites/default/files/documents/pip\\_guidelines\\_process.pdf](https://ohr.gatech.edu/sites/default/files/documents/pip_guidelines_process.pdf), last visited : 07/07/2022.

(Relevant)、及時(Timely)之目標。

第二、績效落差之確認(Performance Discrepancies)。應清楚定義特定員工所存有之績效問題，各個落差情況均應有單獨之說明(separate statement)並應清楚陳述，並儘可能適當舉例並提出適當文件為證明，例如「員工經常性無法於截止日期前完成工作(Employee frequently fails to complete assignments by the deadline date.)」。

第三、行動計畫之制定(Action Plan)。用人主管應制定用以改善員工績效之相關計畫，若需要額外之培訓(additional training)，即應明確指定培訓內容以及完成培訓之時間表。如本次績效改善計畫必須由用人主管提供支援或員工自行提出所需特殊協助，即在制定行動計畫時應一併加以考慮以實現所設定之目標。

第四、追蹤審視(Follow Up Review)。於此部分中，主管應綜合評價於績效改善期間內所觀察之績效成果。應保留審查期間內每次關於績效討論之書面文件，內容應包含討論日期、討論細節(summarizing dates and details of each discussion or meeting)，最終由用人主管諮詢人力資源部門擬定最終結果。若員工無法依據績效改善計畫之要求提高績效，則應依據本指南明文所示之流程圖執行後續步驟(即考慮終止勞動契約)。

由上述程序可知，績效改善計畫實際上乃雇主與勞工雙方於合理期限內，藉由實施此特別程序，以改善勞雇任一方所認定給付不

平衡之情形，並繼續維持彼此僱傭關係。據此可知，績效改善計畫之開啟以績效勞雇雙方對於繼續盡量維持僱傭關係存在之合意為立基，績效改善計畫之本質應屬勞雇雙方為了避免終止契約、針對有瑕疵之勞務給付情況所為之補救措施，故績效改善計畫實施結果，理論上應可形成雇主已盡所有手段仍無法迴避終止之確信，亦即，符合解僱最後手段性原則。

## 參、解僱最後手段性原則與勞工績效之關係

### 一、解僱最後手段性原則之內涵

關於解僱最後手段性原則之內涵，乃源自於終止保護制度，即雇主任使其對於勞動契約終止自由時，往往將直接致使勞工工作喪失，並造成勞工與其工作職位之關係被切斷，因此終止之決定顯僅片面有利於雇主，對於勞工則甚為不利，將造成勞雇雙方之極端不公平之影響，故我國立法者為了調和契約自由與勞動權此二基本權衝突，即以法律保留原則對雇主終止權為限縮，即除非有法律明訂之正當終止事由，否則雇主不得任意為勞動契約之終止，即透過此終止保護制度限制雇主之任意終止權，藉此保障勞工之權利<sup>17</sup>。故在終止保護制度中正當事由說架構下，即應以正當事由作為雇主終止自由權之內在制約<sup>18</sup>。學者林更盛認為：「在解僱時，因涉及勞工既有的工作將行喪失的問

註17：黃程貫(2005)，〈我國勞動法終止保護制度重新建構之研究〉，計畫編號：NSC94-2414-H-004-056，第6-7頁，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告。

註18：黃越欽(2006)，《勞動法新論》，4版，第206頁，翰盧文化圖書出版有限公司。

題，當屬工作權保障之核心範圍。因此，在決定得否解僱時，法律上要求雇主於可期待之範圍內，捨解僱而採用對勞工權益影響較輕之措施，可認為是在符合憲法工作權保障之價值判斷<sup>19</sup>。」故認為解僱最後手段性原則實然扮演於比例原則（即相當性原則）所派生之其一子原則中，最重要之「必要性原則」角色。並且其更進一步認為，解僱最後手段性原則應與勞基法第1條第1項之立法目的「保障勞工權益」，以及勞基法第11條、第12條以限定列舉所欲達成限制雇主終止權限之立法目的相吻合，並與勞基法制定時所欲呈現之價值判斷相呼應。然學者黃程貫對於解僱最後手段性之法理來源則不採此見解，其認為，解僱最後手段性原則概念下只能「負面指示」出最激烈之手段，「無法處理衡量性審查意義下之利益衡量問題」，即無法如相當性原則下之必要性原則就該手段與其他較溫和之手段衡量下，是否具有相同達成目的之有效性為處理<sup>20</sup>。但黃氏仍認為應以勞基法第11條第4款「有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置」之明文為出發，強調此類逼不得已的最後手段，應是所有終止事由的共通原則，故應將此提升為勞基法第11條各款之共通要件<sup>21</sup>。

於實務上，最早於最高法院92年台上字第353號民事判決，即已肯認「解僱最後手段性

原則」於雇主終止勞動契約時之適用，而在最高法院96年台上2630號民事判決中，最高法院更首次就解僱最後手段性原則為明確解釋：「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』。」於最高法院97年台上字第920號民事判決中則進一步認：「在可期待雇主之範圍內，若有捨解僱而得採用對勞工權益影響較輕之措施者，應係符合憲法保障工作權之價值判斷，故解僱係雇主終極、無法迴避、不得已的手段，即『解僱之最後手段性』。」因此，吾人可知，解僱最後手段性原則乃基於保護勞工原則所生，而課以雇主必須於踐行所有合理正當之改善手段後，方得合法取得終止僱傭契約之權利。故雇主所為之最後手段是否合理正當，即與其終止契約之合法性息息相關<sup>22</sup>。

## 二、績效改善計畫之定位

綜上可知，解僱最後手段性原則不論在學說或是在實務上之闡釋，均認為雇主之終止，應屬最後、終極、無法避免、無法迴避、不得已之手段，並且不論何終止事由，均有其適用。因此，就司法實務與通說上，對於雇主終止權解僱最後手段性原則之法理闡釋而言，均認為雇主應窮盡所有手段，包含調職、降薪以降低績效標準或實施進一步

註19：林更盛（2000），〈評台北地院八六年度勞訴字第五四號判決——解僱之最後手段性原則〉，《律師雜誌》，第245期，第100-101頁。

註20：王沛元（2017），前揭註3，第79頁。

註21：黃程貫（2002），前揭註2，第486頁。

註22：相關見解亦可參林氏其他文章，如林更盛（2000），〈論廣義比例原則在解僱法上之適用〉，《中原財經法學》，第5期，第83-84頁。

之教育訓練等非終止之改善手段後，均無法使員工之績效與行為改善至原勞動契約下所期待之勞務給付之標準，方得以考量是否得以終止勞動契約。故在不能勝任工作之終止事由上，如何透過客觀、具體並量化之標準以證明該勞工的確已達績效不彰且無法勝任工作，即無法再就其勞務給付之瑕疵為補正之程度，並作為解僱最後手段性原則之體現，即為我國雇主開始實施績效改善計畫之動機之一。

績效改善計畫往往以其定期或不定期所接受之「績效考核」結果為準，績效考核制度，則為「雇主對於所僱用之勞工在過去某段時間之工作表現或完成某一工作後，所做貢獻度之考核，並對勞工具具有之潛在發展能力作一評估，以瞭解勞工將來執行業務之配合性、完成度及前瞻性，屬人力資源管理體系中開發管理之一環。一般而言，雇主對所僱用之勞工多設有績效考核制度，對於雇主而言，不但可以作為獎懲、人事異動、薪資調整、獎金給付、教育訓練及業務改善等之依據，亦可以作為激勵員工工作情緒，進而提高組織士氣，推動組織發展及發揮企業之精神<sup>23</sup>。」績效改善計畫既為績效考核制度之一環，在討論其實施結果是否得以作為終止事由之依據之前，本文認為應先討論績效不佳是否即可認為係未符合僱傭契約債之本旨之勞務給付。學者黃越欽認為，依據勞動契約

之法理，雇主應有容忍勞工工作效率遲緩之義務，因勞工不應全然承擔因其工作效率之不穩定所造成之雇主經濟成果風險，否則無法達成勞動契約下保障勞工之原則<sup>24</sup>。然而本文認為，在勞工享有自由處分其勞動力，並可自由選擇出賣其勞動力對象（即雇主）之權利情況下，勞動力實為市場上得以作為價值交換之「商品」，而在雇主對於勞動力為估價時，本即對此享有評價之權利，包含其預期該勞動力對於組織所提供之貢獻度，並藉此裁量決定工資或獎金。因此，在勞動契約下，勞工對於雇主期待之組織目標利益負有誠實義務，則雇主亦相對負有適當確認勞工工作、操行、學識、才能等之附隨義務，即為績效考核。而我國多有法院判決亦指出：「在企業組織內，為發揮勞動力最大效果，創造企業最大利潤，將個別勞動者之勞務給付予以組織、編成，即為不可欠缺之措置，此種勞動力之組織化，應認為屬雇主依勞動契約當然取得之裁量權，而此裁量權之行使一般稱之為人事權，亦即企業實務上，員工之採用、配置、人事異動、**人事考核**<sup>25</sup>等」，是以，績效考核制度在我國實務上之定位應為雇主人事權之一，並由與勞工所簽訂之勞動契約中所生。因此，雇主對勞工績效之考核乃屬其本於勞動契約之法律行為<sup>26</sup>，亦即雇主得以藉此單方面檢視、確認與要求勞工所給付之勞務是否符合債之本旨。

註23：參勞動部不當勞動行為裁決109年勞裁字第13號、108年勞裁字第13號、107年勞裁字第18號等決定書。

註24：黃越欽（2006），前揭註18，第180頁。

註25：粗體字為本文為突顯重點所為標示，原文未有粗體標示。

註26：張義德（2018），〈對於績效考核之司法審查〉，《月旦會計實務研究》，第12期，第42頁。

### 三、績效改善計畫之法律性質

依據前述雇主人事權內涵，本文認為，在雇主確認勞工未提供符合僱傭契約債之本旨之勞務時，雇主應有權要求勞工停止該違反情狀之繼續，並要求勞工補正而為正確之給付。依照學者通說此時雇主必須在能充分舉證勞工客觀不能勝任，且可歸責於己所致主觀不能勝任且情節重大之時，方得主張消滅僱傭關係<sup>27,28</sup>。故在法理上，應屬民法第227條第1項不完全給付涵蓋之範圍，而依據民法第487條雇主遲延受領勞務之當然解釋，法律上既肯認雇主怠於行使權利使用勞動力之情形係屬勞務之「受領遲延」，則反面而言，勞工如無法持續提供符合勞動契約所預期之勞動力時，自可認屬勞務之「給付遲延」。因此，在勞務之「給付遲延」之情形下，本文認為，雇主應得依關於遲延給付之規定行使其權利，即法第254條與256條之規定，踐行相關程序後（如催告等）以停止給付遲延之情形再為惡化。而在績效不佳之情況下，因仍有再次給付之可能，故雇主應再次給予勞工補正之機會，是雇主應依據民法第254條之規定，定相當期限催告勞工履行符合債之本旨之勞務給付，然若勞工於所稱期限內仍未依債之本旨而履行者，且達到勞基法第11

條第5款所訂「對於所擔任之工作確不能勝任」之程度時，雇主即得據此消滅其與勞工間之僱傭契約。是知，改善績效之要求期間，即可解釋雇主為對於未依債之本旨給付勞務之勞工所給予之催告機會，如勞工仍未於該相當之催告期間內完成依據勞雇雙方之僱傭契約為給付，雇主據此即取得消滅僱傭關係之權利。至於催告改善績效應如何實施，本文認為亦應類推對於民法第254條所稱「相當之催告」判斷方式，而認為「當事人所定期限是否相當，應依一般觀念為衡量之標準，若就一般人遇此情形，皆揆諸實際，皆勢所難能，其所定期限即屬顯不相當，自不能解此而謂契約業已合法解除<sup>29</sup>。」

在不完全給付適用遲延給付而消滅契約關係之實踐方式上，依照民法第254條規定應以解除契約為之。然查僱傭契約在契約實現期間中，屬於持續性發生新給付義務與保護義務<sup>30</sup>，相對於一次給付即可實現之一時性契約，應為固有意義之繼續性契約<sup>31</sup>，如仍以解除契約此溯及既往失效之方式為消滅，恐將導致回復法律關係上之困難，故在債編各論之僱傭章節中，即明訂以相關法定終止權以消滅契約關係。就此，於民法第254條至256條未有法定終止權適用之情形下，學者史

註27：鄭津津（2007），〈「勞工確不能勝任工作」爭議問題之研究——評最高法院九十五年台上字第一八六六號判決〉，《月旦法學雜誌》，第144期，第244頁。

註28：此即「主客觀混合說」。黃子珊（2022），《勞動基準法第十一條「無適當工作可供安置」於解僱保護法制中發展之研究——以我國法院判決之分析為中心》，第36頁，國立陽明交通大學科技法律研究所碩士論文。

註29：參臺灣臺中地方法院89年度重訴字第207號判決。

註30：向明思（2012），〈繼續性供給契約與終止權之發生 / 最高院100台上785判決〉，《台灣法學雜誌》，第205期，第235頁。

註31：王澤鑑（2012），《債法原理：基本理論債之發生》，增訂版，第145-146頁，2012年3月增訂版。



尚寬亦認為於給付遲延或給付不能時，亦可發生終止權<sup>32</sup>。因此，在勞工未依照債之本旨給付勞務而績效低落、確不能勝任工作，且無法經由最後一次催告期間即績效改善計畫以回復或達成應有勞務時，雇主得以據此績效改善計畫之實施結果而終止與該勞工間之僱傭契約。因此，合理正當之績效改善計畫結果於法理解釋上，確得作為解僱最後手段性原則之實踐立基。

#### 肆、績效改善計畫於勞基法第11條第5款民事判決趨勢分析

在法理上，應可認定績效改善計畫得以作為解僱最後手段性原則之實踐後，最核心的問題即為如何將績效改善計畫如何實際應用於勞基法第11條第5款終止事由中，而達到「已盡解僱最後手段性原則」此一要件，本文試分析歸納我國各級民事法院之相關判決，分析法院對於績效改善計畫審查內容與項目之架構，以試圖建構目前民事法院對於績效改善計畫應用於解僱最後手段性原則之審查程序與原則，以下將就所搜尋而得之重要判決為分析，以勾勒出目前法院判決之見解概況。

#### 一、績效改善計畫制定情況之審查

在法院確認個案事實中，雇主所訂工作規則或其他內部規定（如臺灣新竹地方法院90年度勞簡上字第5號案件中之「員工績效改善考核辦法」、臺灣臺北地方法院95年度勞訴字第146號案件中之「員工手冊」等）已有績效改善計畫之相關內容，例如敘及勞工未達績效或具有不能勝任工作之情事時，應先進行績效改善計畫等。

若有此類規定，則法院原則上均認定，雇主對勞工實施工作規則等所訂績效改善計畫，應為合法終止勞動契約之基礎且必要的要件，例如最高法院98年度台上字第1088號判決。而若雇主未依工作規則實施之，即逕予解僱勞工，即雇主於終止勞動契約前未提供績效改善計畫，法院大多認定雇主所為終止不符合解僱最後手段性原則，例如最高法院108年度台上字第1078號裁定<sup>33</sup>。如雇主恣意決定執行績效改善計畫與否，置此明文保障勞工之輔導或改善程序而不顧，所為終止將難以符合解僱最後手段性原則<sup>34</sup>。另一方面，若雇主於解僱勞工前未依工作規則實施績效改善計畫，乃因勞工不配合之故，法院多會進一步探究勞工不配合之原因，此時解僱仍符合解僱最後手段性原則之理由，如勞

註32：史尚寬（1990），《債法總論》，第550頁。

註33：本號裁定意旨：「上訴人員工績效考核管理辦法第8.4點規定，員工績效如為「D」等第（69分以下）連續2次，主管給予限期改善機會1次，逾期仍未達標，將予資遣汰換；上訴人工作規則第68條、第69條亦有申誡、記過等處分規定。依被上訴人104年度績效考核加權總分為「78.52」，周○一對其工作表現評價「誠信正直，專業技能足」、「表現已達標準」，則被上訴人未經任何懲戒處分，上訴人復未證明解僱之最後手段性，其依勞動基準法第11條第5款規定終止系爭勞動契約，於法不合。」

註34：參臺灣新北地方法院104年度勞訴字第4號判決，本案並經臺灣高等法院勞上字第12號判決引用、維持，無後續判決。

工不配合之原因已明顯展現出欠缺績效改善之主觀配合度與積極度，而無「忠誠履行勞務給付之意願<sup>35</sup>」時，惟因此而肯認雇主解僱合法者，究屬少數<sup>36</sup>。

然而，如工作規則等並未有績效改善計畫之明文時，由於勞雇雙方均無事先之約定可供參酌，此時在判斷該次績效改善計畫之實施結果是否得以作為解僱最後手段性原則之依據時，法院則著重勞工於該次績效改善計畫中之實質參與程度，並以數項判斷標準加以判斷，詳見本章第三點之論述。

## 二、績效改善計畫進行情況之審查

在工作規則已有明文規範績效改善計畫下，然雇主並非有實施即屬合法，而是受到自行事先明訂之程序的拘束，法院通常亦會審查雇主有無符合工作規則所訂內容進行，而實務上常見之程序上之爭點：

### （一）特定必要程序

績效改善計畫內容往往含有進行方式、內容格式、結果做成之必要程序等內容，然如

雇主進行績效改善計畫時並未遵循所列程序，亦有被認定不符合解僱最後手段性原則之可能。綜觀目前法院審查情況，略有三類：

其一與勞工有關之特定必要程序。例如勞工未於績效改善計畫之相關書面文件中簽名，以表明知悉績效改善計畫之進行情形、內容或結論<sup>37</sup>，或雇主未於每次實施時，均使勞工填寫績效改善計畫之評估表<sup>38</sup>，又或是績效改善會談紀錄等未交付予勞工<sup>39</sup>等。

其二為與績效改善計畫開啟、終止等有關之特定必要程序。例如工作規則規定應進行正式之績效評估程序，安排面談，確使該勞工認知其績效已評定為不及格等，方進入工作績效限期改善階段，但雇主僅以口頭告知開啟改善計畫<sup>40</sup>；工作規則規定若該勞工為經理級員工，則在終止聘僱關係前，必須先與高階管理階層討論，但雇主終止改善計劃前未經與高階管理階層討論<sup>41</sup>；工作規則規定應踐行獎懲委員會程序，但雇主未踐行即行使終止權<sup>42</sup>；雇主未依工作規則規定每星

註35：參臺灣高雄地方法院110年度勞訴字第84號判決，無後續判決。

註36：經本文觀察，僅有3案即臺灣臺南地方法院104年度重勞訴字第11號判決（本案無後續判決）、臺灣臺北地方法院109年度勞訴字第339號判決（本案經臺灣高等法院110年度勞上字第118號判決認定，勞工縱使不同意簽署績效改善行動計劃表，雇主既已改採逐月考核，勞工即無於改善期間3次未配合改善情形，故改判廢棄原判決），與臺灣高雄地方法院110年度勞訴字第84號判決（本案無後續判決）符合。

註37：參臺灣高雄地方法院94年度勞訴字第13號判決，本案上訴後，經臺灣高等法院高雄分院96年度勞上字第1號判決引用、維持，無後續判決。

註38：參臺灣臺北地方法院99年度勞訴字第10號判決，無後續判決。

註39：參臺灣高等法院108年度重勞上字第31號判決，本案上訴後，最高法院111年度台上字第48號裁定維持原判決。

註40：參最高法院109年度台上字第2206號判決。

註41：參臺灣高等法院97年度重勞上字第12號判決，本案上訴後，經最高法院98年度台上字第1173號判決引用、維持。

註42：參最高法院103年度台上字第341號判決。

期、每月與勞工開會討論，並由人資參與正式會議，於會後將討論及會議內容寄予勞工，並賦予勞工說明及表達意見的機會等後，方得終止兩造間勞動契約<sup>43</sup>；工作規則規定應先為人評會審議，但雇主未為人評會審議<sup>44</sup>等情形。

其三則為與績效改善計畫進行次數與時間有關之特定必要程序。例如實施日與評價日同天，顯與工作規則規定之先有績效改善計畫再有績效追蹤評鑑不同<sup>45</sup>、未依明文實施第2次或第3次績效改善計畫完成，即終止契約<sup>46</sup>、或一次績效改善計畫期間竟不符一般實施慣例而長達1年<sup>47</sup>等。

承上分析可知，法院相當程度尊重各雇主對於其經營需求所設計之績效考核制度與相關內容（含績效改善計畫），僅在雇主欲進一步以績效考核制度對勞工之重要勞動條件進行調整，調整過程是否適法時，方會加以

介入為審查<sup>48</sup>。故如工作規則已就績效改善計畫內容，含實施程序、內容、程式、應備文件、實施時間與次數等相關要求，雇主即應遵守之，上述情形之所以被法院認為欠缺不可缺少之程序，其有如此高之重要性，乃基於保護勞工之意旨，雇主就片面終止勞動契約之原因、事由、程序等，均應負有事先告知並如實踐行之義務，始符合解僱最後手段性原則，方屬適法。

## （二）績效改善計畫進行期間

在本文研究後發現，縱論法院認為若工作規則或其他明文中對於已訂明對於績效改善之處理準則，勞資雙方即應予以遵守，「始足兼顧勞工權益之保護及雇主事業之有效經營及管理<sup>49</sup>」，似就績效改善計畫之任何明文程序，應認為均需一視同仁而予以尊重。然而，於進行該績效改善期間之形式上審查時，仍有少數判決是參照最終執行結果以認

註43：參前揭註40。

註44：參臺灣高等法院109年度重勞上字第2號判決，本判決說明既無人評會審議之設置與制度，即無須經此程序。最高法院110年度台上字第559號裁定維持原判決，但並未針對是否遵守工作規則所訂程序為論述。

註45：參臺灣高等法院100年度重勞上字第23號判決，本案涉及渣打國際商業銀行股份有限公司與多位勞工間關於確認僱傭關係存在之爭議，本文此處僅針對其與理財專員彭○仁部分為論之。本案上訴後，經最高法院103年度台上字第1254號判決引用、維持確定。

註46：參臺灣高等法院100年度重勞上字第23號判決及其後續歷審判決，本案涉及渣打國際商業銀行股份有限公司與多位勞工間關於確認僱傭關係存在之爭議，本文此處僅針對其與理財專員彭○仁部分為論之，如前註，但最高法院並未針對實施次數部分為論述。另參臺灣高等法院103年度重勞上更（一）字第5號判決中，渣打國際商業銀行股份有限公司與其理財專員蔣○鼎關於確認僱傭關係存在之爭議部分，本判決經後續判決即最高法院105年度台上字第1184號判決、臺灣高等法院105年度重勞上更（二）字第5號判決、最高法院106年度台上字第2627號判決引用、維持確定。

註47：參臺灣高等法院100年度重勞上字第23號判決，同前揭註47，但最高法院並未針對實施期間為論述。

註48：陳文智（2018），〈台灣勞動法令最前線——從台灣勞動法令觀察員工績效考核事宜〉，《萬國法律》，第219期，第103頁。

註49：參最高法院98年度台上字第1088號判決。

定是否已給予合理之改善期間，而非全然以勞雇雙方原先約定之期間論之。例如預定績效改善計畫期間應達89日，但雇主於計畫開始後74日即通知終止僱傭關係，法院仍以該提前終止為因勞工未配合完成績效改善計畫所致，且進行比例已達一定程度以上，故認定雇主得據此提前終止績效改善計畫而發出終止通知<sup>50</sup>。反面而言，亦有判決指明，縱論雇主給予勞工60日之改善期間，亦於期限屆至後方依據所稱改善結果為僱傭關係之終止，然法院於判斷上仍認為「況60日是否為長期…擔任雇主之被告公司尚不符有長期客觀之觀察判定<sup>51</sup>…」，而以績效改善期間此一要件未達，作為認定終止不合法之原因之一，因此，針對績效改善是否過短此一要件，縱已有事先約定績效改善期間，部分法院仍可能依據績效改善計畫之結果而介入審查，以確認該績效改善期間是否確實過短。

因此，在解僱最後手段性原則內涵中，「最後」此一時間要件而言，法院通常會就勞雇雙方之約定，以判斷是否已給予合理認定為「長期」之「合理改善期間」，但在少數個案實踐中可知，如依個案之實施情況判斷，並未給予合理之績效改善期間，仍有可能會因被認定該績效改善計畫實施未完全而不符合解僱最後手段性原則。

### （三）建議與教知終止警示

就是否確實實施績效改善計畫之判斷，部

分法院尚會以雇主是否已就其實施後可能結果為教示，作為審查上的具體要求。相關見解可參：「…僅告知勞工應行檢討目標成效之期限、未達成目標時將行懲處之事，漏未告知勞工下次檢討時間是否即為員工手冊所定『最後改善階段』之期限，亦未教知懲處警示意謂『終止系爭契約』之方式，核與員工手冊所定要件有別，悖於源自憲法工作權保障意旨之解僱最後手段性要求<sup>52</sup>…」可稽。核其原因，應與終止勞動契約為最終手段有關，因終止勞動契約為勞工身分之剝奪，則如以績效改善計畫結果作為剝奪決定，自應於實施績效改善計畫前，先給予實施結果之教示，以作為終止勞動契約之示警，使勞工得有機會盡其努力繼續僱傭關係，或有機會選擇停止繼續績效改善計畫並先行退出此僱傭關係。

然依照本文研究分析之範圍，提及本項要件之判決數明顯較少，本文認為，此應與實施績效改善計畫之動機有關。查，如實施績效改善計畫之出發點，即欲以此充作解僱最後手段性原則之證明，則雇主於實施之始即會為明確之終止教示；然若實施之初始目的僅為了協助勞工改善其績效，但在實施途中竟確認勞工已無改善可能、非以終止契約無法排除雇主因僱傭繼續所受之損害（即人事成本已遠超出原僱傭之目的等），而遽做出終止勞動契約之決定，則此時雇主有極大可

註50：參臺灣臺北地方法院99年度重勞訴字第29號判決意旨：「績效改善計畫已進行74日，至預定終止日僅餘15日，進行比例超過80%，已足以評估原告是否得通過績效改善計畫。」本案無後續判決。

註51：參臺灣高雄地方法院95年度重勞訴字第8號判決。本案無後續判決。

註52：參臺灣臺北地方法院95年度勞訴字第146號判決，經上訴後，臺灣高等法院97年度重勞上字第12號判決與最高法院98年度台上字第1173號判決均引用、維持。

能疏未檢視此要件之達成與否，致使未通過本要件之審查。

### 三、未訂立績效改善計畫之實施方式審查

另於未有明文績效改善計畫，但雇主仍實施績效改善計畫，並以其實施結果作為終止契約理由之情形下，法院於審查該終止是否合法時，如何確認該個案事實已符合解僱最後手段性原則中對於保障勞工權利之要求，吾人可綜合臺灣臺北地方法院107年度重勞訴字第9號判決<sup>53</sup>以及臺灣臺北地方法院109年度勞訴字第70號判決<sup>54</sup>所見採用之基準參照審查。在此二個案中，法院即係因(1)勞工客觀上已於績效評量表上簽名，已表示知悉應擬定績效改善計畫；(2)勞工於績效改善期間與雇主即用人主管聯繫有關績效改善期間勞工工作情形等，或勞工合意進行第二次績效改善計畫；且(3)雇主即用人主管已對其為面談、績效跟催與實際建議，故認為該個案事實中勞工已實質參與績效改善計畫。因此，依照此二判決所建立之審查基準，應著重(1)勞工主觀上是否已應允實施（即勞工已主觀配合績效改善計畫）、(2)客觀上可證明勞工已知悉其已列於，或將列於績效改善計畫之實施名單（即勞工已客觀上知悉），以及(3)

雇主是否給予勞工具體之輔導與教導而進行績效改善計畫等，以作為勞工實質參與績效改善計畫之程度判斷標準。

然而，針對雇主據上述第(1)個判斷標準，即以勞工拒絕接受績效改善計畫，進而終止契約之案件時，法院並未必全然接受雇主所認定「勞工主觀上拒絕接受績效改善計畫」之說法，反而是會進一步探求勞工拒絕之理由，而認為仍有再施以績效改善計畫之必要<sup>55</sup>。如勞工拒絕雇主所擬定之績效改善計畫即係因內容過於「模糊抽象存有疑慮」方為拒絕，故雇主不得僅因勞工之拒接受績效改善計畫即稱勞工拒卻改善而不能勝任工作等<sup>56</sup>。甚之，縱論勞工已明確表示不同意參與績效改善計畫，但於勞工之事後行為（如申請勞動調解<sup>57</sup>）如可推斷其是否願意參與績效改善計畫之「原意」，亦不得僅就書面上之同意或拒絕參與績效改善計畫即率論雇主之終止勞動契約不合法。

並且，在操作此項審查基準時，法院主要仍係以「勞工客觀是否知悉」、「勞工主觀是否配合」兩者為主要審查項目，僅有少數判決進一步論述「雇主是否給予具體輔導」此審查項目，且未有判決認為「雇主已給予具體輔導」可為單一審查要件，而不再對於勞工是否主觀配合與客觀知悉再為審查，故

註53：本案經上訴後，雖經臺灣高等法院108年度重勞上字第36號判決改判，但乃因臺灣高等法院認定本案雇主開啟績效改善計畫標準並未具體客觀，故認為該PIP不符合解僱最後手段性原則，並未否認該PIP之實施程序，而最高法院110年度台上字第2707號裁定則未再探討勞基法第11條第5款之事由。故本文認為在未有績效改善績效之實施明文情形時，本案所闡釋之相關基準仍應有參考價值。

註54：本案無後續判決。

註55：參臺灣高等法院105年度勞上字第12號判決，經查本案無後續判決。

註56：參臺灣臺北地方法院103年度勞訴字第225號判決，經查本案已於上訴審時調解成立。

註57：參最高法院110年度台上字第42號判決。

「雇主是否給予具體輔導」應僅係一補強之程度項目。本文認為，此應係因縱未有明文規範，但勞工仍有對績效改善計畫之進行方式有所預見之要求，為了達成勞資雙方之「武器平等」，方加諸雇主必須於績效改善期間時除原有指示、監督之責任外，尚應盡「勞動契約之終止」之防免義務，故本文認為，雇主於工作規則未訂立績效改善計畫之明文時，仍應透過中途檢討、具體輔導等方式，使勞工得以實質參與之責任。

#### 四、績效改善計畫實施內容之審查

在對於個案中解僱最後手段性原則之審查上，不論是否已有相關明文約定，只要以績效改善計畫之實施結果作為終止契約之依據者，本文發現法院在判斷上通常均會依據績效改善計畫之開啟、進行與結果等各項進程，參以特定理論基礎再為審查，應可謂此為「共通實體要件」。本文即依據績效改善計畫之進行步驟，分別就「開啟改善計畫」、「設定改善內容」以及「評估最終結果」此三項共通實體審查要件為分析。

##### （一）開啟改善計畫

實務上，雇主多以其內部績效考核結果<sup>58</sup>或雇主對於勞工績效合理之評價<sup>59</sup>作為其決

定應對於特定勞工執行績效改善計畫之依據，而縱使勞工在訴訟中主張雇主似有濫用裁量權限之餘，法院往往仍會尊重雇主對於勞工績效表現之主觀意見。對此，學者張義德即認為，法院在對於勞工績效考核之審查時，僅有部分見解肯認法院得以實質審查妥當性，多數見解均認為雇主取得廣泛裁量權，抑或僅肯認法院對此為合法性之形式上審查<sup>60</sup>。

然而在本文觀察範圍中，仍有少部分法院判決逕以雇主揀選標準不客觀或開啟計畫動機有疑義為由，而認定雇主有濫用裁量權限之虞，並作成雇主未盡解僱最後手段性原則之結論。例如雇主於揀選進行績效改善計畫名單時，如未以符合其績效改善計畫相關辦法，而決定或揀選勞工進行績效改善計畫時，其開啟計畫之動機即有疑義，非不得謂雇主是未符目的甚而濫為績效改善計畫之開啟。如個案績效改善計畫相關辦法中，已明文必須達到「有連續六個月績效評等四 / 或展現價值評等D」時，方屬表現不佳、必須進入績效改善計畫程序之規定，故在該勞工為績效改善計畫程序前，並無「連續六個月績效評等『四』之情事」時，即未能就此寬認雇主之裁量權限，故法院將限縮其裁量餘地且得為實質上之審查<sup>61</sup>。

註58：參最高法院108年度台上字第560號裁定。

註59：參最高法院110年度台上字第559號裁定。

註60：張義德（2015），〈對於績效考核之司法審查與解僱最後手段性原則之適用——評臺灣高等法院九十三年度勞上字第五十號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第241期，第285-290頁。

註61：參最高法院105年度台上字第1184號判決。本案涉及渣打國際商業銀行股份有限公司與多位勞工間關於確認僱傭關係存在之爭議，本文此處僅針對渣打國際商業銀行股份有限公司與其理財專員徐○芬（即徐○好）部分為論之。本案經發回後，後續判決如臺灣高等法院105年度重勞上更（二）字第5號判決以及最高法院110年度台上字第1396號裁定之論述中，均依本號最高法院判決再次為事實確認。

另外，縱若雇主係符合績效改善計畫相關辦法而揀選名單，亦有法院傾向進一步依據勞工之爭執內容，對揀選名單之過程為實際介入檢視。如雇主主張勞工因評分績效低至1.31分，故依據「績效評分標準說明表」執行績效改進計畫，然法院於審查相關事實後，卻以勞工之績效評分評定標準與評定結果「尚不公允」而實質不予認可其揀選標準<sup>62</sup>。再觀另一案件中，雇主因勞工「同一店面交易客數平均大幅衰退5.85%」，而於97年績效評等為Inadequate（不適任），而依據績效規劃與管理辦法實施績效改善計畫，但法院以「…顧客光顧頻率下降與經濟是否景氣、商品、價格、服務品質有關…，是被告以此謂原告有工作不能勝任之情，即非足採…」等，例外依據勞工抗辯實質審查雇主之揀選標準是否客觀、揀選結果是否妥當，並認為雇主審酌勞工有工作不能勝任之情並無足採<sup>63</sup>。

由此可知，法院執行此項內容之審查時，多有隱含民法第148條第1項「禁止權利濫用原則」所揭櫫之具體內涵。不論是學者施啟揚所採取之客觀說即「權利人是否為損害他人之行為，有無發生損害的可能，以及權利人的利益與相對人的損害是否平衡（法益平衡原則），應依社會客觀標準訂之<sup>64</sup>…」，抑或最高法院103年台上字第2521號判決所

採之折衷說即「…權利之行使有無濫用，應依主觀及客觀要件一併判斷。主觀要件乃權利人行使權利是否以加害相對人為主要目的，客觀要件則應依當事人及一般社會利益狀況比較衡量之…」，均認法院於審查行為人是否構成權利濫用時，得以相當程度地為實質上之比較、考量。

應用此原則於績效改善計畫開啟上，雇主於擇選績效改善計畫人選時，倘客觀第三人並無法預見特定勞工有績效明顯低落且將實施績效改善計畫，或雇主顯有與欲改善勞工績效無關之動機時，則雇主恐以不符誠信原則之方式開啟本次績效改善計畫，而可認定違反權利禁止濫用原則。具體實例可觀諸雇主似乎有意略過績效更為不佳、更需進行績效改善計畫之其他勞工，反而給予差別待遇，而主張特定勞工應有需績效改善計畫必要之情況<sup>65</sup>。此時，法院雖原則上尊重雇主對於績效評等結果以及對於勞工績效合理評價之權限，但在勞工對此為抗辯或表示反對，且該績效考核或對於勞工之評價將影響到僱傭關係存續時，仍將可能例外介入審查，並進一步探究原考核與評價結果對勞工而言是否有失公平，即針對性地未與其他勞工以相同標準為績效評等而缺乏正義，若認定屬實，即認為雇主所為之績效改善計畫實施決

註62：參臺灣臺北地方法院96年度重勞訴字第20號判決：「…僅以『市場部經理曾向戊○○報怨』之事實，即推認原告有不配合提供檔案之消極工作態度，尚不公允。…」，後續判決未再針對本「是否配合提供檔案」之事實為著墨。

註63：參臺灣臺北地方法院99年度勞訴字第10號判決，本案無後續判決。

註64：施啟揚（2005），《民法總則》，6版，第368頁，三民書局。

註65：參最高法院109年度台上字第2717號判決、臺灣高等法院臺中分院110年度重勞上更一字第1號判決之案例事實。

定應缺乏解僱最後手段性原則而並非有效。

## （二）設定改善內容

針對改善項目，法院判斷上多以改善項目內容是否客觀具體、改善目標與其職掌內容業務是否相關且合理等為判斷依據，因此可論在設定改善內容上，法院判決上多以比例原則為審查方式。雖依學說上對於比例原則之應用，認為應可再分為有效性、必要性以及狹義比例原則三個子原則<sup>66</sup>，但本文認為，狹義比例原則之概念應用於設定改善內容此項目時，將高度與另兩個子原則之應用重疊，因在設定改善項目與目標時，內容上必須與勞工原有執掌明顯相關，方得以作為已回復原勞動契約債之本旨或確實無法勝任工作結論之證明，應有必要性與狹義比例原則合併適用之情況；另為達成有效性，改善項目與目標亦必須具體、客觀且可執行，而在「可執行」部分，即以最基本之改善要求以達成回復應有績效之目的<sup>67</sup>，則此亦與狹義比例原則不謀而合。基此，本文就改善內容之比例原則部分，認為應著重於必要性即「指標制定是否合理相關」與有效性即「改善項目是否客觀具體」，並以此二者為主要審查內容，如無法通過此二要件之審查，即難論該績效改善計畫之執行業已符合解僱最後手段性原則。

關於如何制定客觀具體之改善內容，本文認為可參考相關法院判決中所闡釋「…除第1.項之目標外，其餘目標內容均概括含糊，欠缺具體客觀之標準，容易淪為被告單方主觀之判斷，故原告主張PIP內容抽象模糊、難以遵循，並非無據<sup>68</sup>」；以及「被告公司究竟經過幾次會議討論，評分標準為何均不明確，則原告於60日內縱未有明顯改善，然應改善至何程度，應如何評估並未見被告有具體之規範<sup>69</sup>…」等做為借鏡，即改善之目標內容與程度，基本上均須有具體、客觀之標準，作為提出改善目標得以實施之標準，方得通過有效性之檢驗。

至於改善目標之合理相關上，則可參考另一案例事實<sup>70</sup>，該案勞工為營業櫃檯主管，卻於實施績效改善計畫時，要求勞工對於非其主要專責目標與職掌之理財相關職務（如基金業務、保險業務等）加以改善，該改善目標已明顯超出勞工原有職掌範圍，亦不包含於其勞動契約債之本旨之內，故以此改善項目所為之績效改善計畫，即因指標制定未合理相關而無法符合必要性之要求。另外，如所為之改善目標實行上會造成實施績效改善計畫之勞工與其他勞工產生差別待遇，例如同樣工作內容之勞工無須打卡，但卻將準時打卡列為應改善之內容<sup>71</sup>等情形，亦無法

註66：林更盛（1999），〈論廣義比例原則在解僱法上之適用〉，《中原財經法學》，第5期，第61頁。

註67：參臺灣新竹地方法院99年度重勞訴字第3號判決要旨：「然仍不得為達此目的，於目標設定時故意降低原應有目標使勞工得以輕易達成。因績效改善制度本即係用以協助提升勞工之績效，如為了使勞工輕易通過績效改善即調降應有目標，則此績效改善不啻僅流於形式，疏論達成提升績效之目標，故仍應以達成『應有』之績效為妥。」

註68：參臺灣臺北地方法院103年度勞訴字第225號判決，本案無後續判決。

註69：參臺灣高雄地方法院95年度重勞訴字第8號判決，本案無後續判決。

註70：參臺灣高等法院臺中分院110年度重勞上更一字第1號判決。本案上訴後，最高法院110年度台上字第3154號裁定仍予以引用、維持。



認為該目標之制定已達合理必要。

### （三）評估最終結果

在最終結果之評估上，法院判決上多著重於勞工主觀上是否已盡改善，以及客觀上是否確有具體不能勝任之情事，並且均以雇主對於所為評估是否流於主觀為主要判定標準。於本文研究分析之判決範圍內，僅有極少數判決並未針對最終結果為闡述，可知此要件顯為終極且必要之審查項目。亦由於此為最直接認定改善結果得否作為終止理由之標準，亦多為雇主首要作為解僱最後手段性原則之履行證明。

針對勞工主觀是否已盡改善部分，法院判斷上會以個案事實中，勞工於績效改善計畫進行前與進行後之成果為比較，如確已完全符合績效改善計畫所設目標，則即應認定通過績效改善計畫而繼續僱傭關係，自屬當然<sup>72</sup>。然如有明顯大幅度較績效改善前有績效進步之情況，不論是否已達設定之改善目標，即應認勞工以盡其相當程度之努力促成僱傭關係之持續，則此時該僱傭關係即不得貿然僅因未全然符合原改善之目標而終止。類似案例如績效改善計畫結果雖然呈現：「…原告2

人105年度之KPIs成績，均為全國排名倒數…」，然法院於審酌個案事實後發現，其中之一勞工經「輔導後已有顯著進步」，而另一勞工雖僅符合一項目標，但因達成率超過預期目標三倍以上，可見「仍有盡相當程度之努力」，故認此二人對其所擔任之工作尚非全然不能勝任<sup>73</sup>。因此，不論其改善情狀是否完全達成改善目標，法院於判斷上仍將斟酌勞工於績效改善期間所盡之努力，如其已確有改善情事，即不得遽然認定勞工對其工作不能勝任<sup>74</sup>。

在是否有客觀具體不能勝任之情事判斷上，則如同前二款所述審查要件，法院會視具體個案實際情狀、且於必要時不受當事人陳述之拘束，再為一次實體上之具體判斷。首先則會先以是否已勞工之績效表現是否仍能符合「客觀合理之經濟目的」為標準<sup>75</sup>。關於此標準，學者林更盛認為由於勞動契約之特性首重勞工對於勞務提供之主觀態度，雇主亦係藉由勞動契約對其產生信賴，即信任勞工將如實給付勞務以達成其客觀上之經濟目的<sup>76</sup>。是如勞工主觀上已不欲提供符合雇主所合理期待之勞務時，則勞雇間之信任

註71：參臺灣新北地方法院109年度勞訴字第98號判決。本案目前上訴至臺灣高等法院審理中。

註72：參臺灣桃園地方法院107年度重勞訴字第29號判決。本案上訴後，經臺灣高等法院109年度重勞上字第35號判決以勞雇雙方已合意終止而認定僱傭關係以合法終止。

註73：參臺灣臺北地方法院106年度重勞訴字第19號判決。本案涉及凱基商業銀行股份有限公司與多位勞工間關於確認僱傭關係存在之爭議，本文此處針對其與一般櫃員廖○雯與黃○美部分為論之。

註74：本案上訴後，二審法院反認該改善結果得做為勞工主觀上長時間不願改善之佐證，而改認本案最終結果之評估未有違誤。但其後續判決即最高法院109年度台上字第1516號判決、臺灣高等法院109年度重勞上更一字第12號判決與最高法院110年度台上字第1396號裁定均肯認一審之見解。

註75：參臺灣高等法院101年度勞上字第19號判決，本案上訴與提起再審後，最高法院103年度台上字第863號裁定、臺灣高等法院103年度重勞再字第2號判決成予以引用與維持。

註76：林更盛（1998），〈論作為解雇事由之「勞工確不能勝任工作」〉，《中原財經法學》，第4期，第105頁。

關係即產生危機，此時應給予雇主得以使其終止契約之權能。

此概念於臺灣臺北地院92年度勞訴字第20號判決首次被引用時，進一步突破林氏原預設之勞工「主觀」態度對於雇主「客觀」合理經濟目的所造成之影響，而認為在勞工無法提供勞務而達成雇主透過勞動契約所欲達成之客觀上合理經濟目的時，雇主均應得以解僱勞工，「故該勞工是否對於所任工作不能勝任，與可否歸責於勞工無必然關係<sup>77</sup>」。而所稱「與可否歸責於勞工無必然關係」已然不將勞工不能勝任工作之情狀僅限於肇自勞工之主觀不為，而進一步擴張至勞工之客觀不能。而依照本文對於後續法院判決之觀察，此標準在其他法院判決中縱未逐字引用，卻多隱含此概念<sup>78</sup>。因此，如以此「客觀合理經濟目的」之角度出發討論績效改善計畫之實施結果是否有具體不能勝任之情事時，常可見法院判斷上會以客觀第三者角度審視雇主原先欲達成之客觀合理經濟目的，再以實際上勞工經績效改善後所能或所為提供之勞務相比較，如所提供之勞務確實無法與雇主原欲達成之經濟目的的相當時，由於此時雇主業已給予勞工輔導、改善、再訓練等提升勞務績效之程序，故如仍無法達成原雇主所設定之客觀合理經濟目的時，即應認雇主所為之終止已符合解僱最後手段性原則。

本文認為，此時應認雇主已為穩固勞雇間信任關係盡最大努力，且若不給予雇主得以透過終止契約以停止人事資本之耗費加劇，則其更無法達成原欲想之客觀合理經濟目的。

反面而言，亦可從臺灣桃園地方法院107年度重勞訴字第27號判決案例事實看到「客觀合理經濟目的」在「未符合解僱最後手段性原則」案件上之應用，於該案件中，擔任業務部副總經理之勞工縱然未達成業績，然因商品銷售之業績並非僅與業務能力相關，尚有可能因為其他造成「毛利率大幅衰退」之變因，如「消費者消費習慣改變、政府政策、其他競爭廠商等因素均有相關性」，故不得僅以業績達成率論該勞工擔任業務副總經理之能力，否則在客觀上已未公允。而臺灣新北地方法院109年度勞訴字第98號判決之案例事實更得體現此判斷標準之適用：「…縱使證人余○璘曾抱怨原告的一些做法，但原告整體的表現及服務客戶的態度，仍讓證人余○璘十分滿意，並且婉拒與德州儀器公司的直接交易，仍選擇與被告公司交易，繼續創造被告公司的業績與利潤，而讓證人余○璘在原告遭解僱後有重新考量，足證原告顯有能力勝任○○團隊的業務工作。…」益可證明法院於判斷上係針對實際個案事實，以公正第三者之角度為出發，依據「客觀合理經濟目的」重新判斷勞工是否具有不能勝

註77：劉育承（2022），《勞動基準法第十一條第五款解僱事由之研究——以「不能勝任工作」之判斷標準為中心》，第42頁，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

註78：如最高法院108年度台上字第2763號裁定摘要：「…顯違反忠誠履行勞務給付義務，被上訴人因認上訴人對其所擔任之工作確有不能勝任之情事上訴人上開行為已對被上訴人所營事業產生嚴重影響，兩造間僱傭關係之誠信基礎已難維持，實難期待被上訴人採用解僱以外之方式繼續僱傭關係，被上訴人終止兩造間僱傭關係，並未違反解僱最後手段性原則。」

任工作之情事，而不受雇主主觀上對於其工作與勞務提供評價之拘束，進一步作為確認該績效改善計畫是否符合解僱最後手段性原則之立論。

## 伍、績效改善計畫審查與實務之觀察與建議

### 一、績效改善計畫審查原則與步驟

綜合以上分析結果，本文觀察歸納法院審查績效改善計畫於解僱最後手段性原則之適用上，應有如下原則：

#### (一) 程序要件以形式審查合理性

程序正當性之審查首重績效改善計畫是否已合理踐行必要程序。在已有績效改善計畫明文之情況下，法院在審查時多著重是否已遵循明文之程序踐行績效改善計畫，並視個案中績效改善計畫之明文，確認是否需進行期間、特別明文程序、給予明確建議與教知終止警示等之審查。亦即個案所適用之績效改善計畫如有特定明文但於事實上卻未符合，或勞工主張雇主於實施績效改善計畫時並未給予明確建議或教示，法院多會於解僱最後手段性原則之審查時針對所爭項目表示意見，但基本上均著重於形式上之審查，即並無參酌相關原理原則，僅就約定事項進行之有無或達成程度為判斷。

但在未有明文之情形下，由於勞雇雙方對於績效改善計畫之進行均未有事前之可預見性，則此時因應個別案件所為之績效改善計畫是否合理正當，可考慮綜合前述臺灣臺北地方法院107年度重勞訴字第9號判決以及臺

灣臺北地方法院109年度勞訴字第70號判決內涵建構「勞工參與程度」審查模板，即以勞工是否主觀配合、勞工是否客觀知悉以及雇主是否給予勞工具體之輔導與教導等三要素為判斷標準。然就審查之進行，法院判決上仍僅以事實之有無以及程度之高低為是否達成之準繩，即並未擴張法院之審查權限、以相關原理原則介入予以程序上事實之驗證。

#### (二) 共通實體要件以實質審查正當性

觀察判決後可知，法院在為共通實體要件審查時，並未必然受勞工主張或雇主評斷結果之拘束，而可能在某些個案中採取適用之理論與原則為該項實體要件之檢驗，如在審查改善開啟裁量權限時，援引權利濫用禁止原則，以進行雇主開啟計畫之動機疑義之審查或揀選標準不客觀之認定；在改善內容部分，即採用比例原則中必要性與有效性之判斷標準，以決定個案中指標制定是否合理相關、改善項目是否客觀具體；而在最終結果之評估上，即適用勞工之績效是否已達成雇主「客觀合理之經濟目的」，以證明其是否有具體不能勝任之情狀。因此，相較於明確具體之形式審查要件，法院在審查實質要件上較易採用以上理論與原則突破兩造當事人主張而自為判斷。是知，法院擬透過此類特定理論基礎之引用，調和勞雇雙方地位上之不平等。此因與績效改善計畫實施之前階段即績效考核制度，無論在法律層面或企業層面上，均與基於勞雇所簽訂勞動契約所賦予雇主之人事權的應用有關。

本文觀察發現，法院在績效改善計畫已通過形式要件審查後，方認為實體要件在審查「雇主」之主觀見解時，如仍依據一般審查

方法囿於當事人主張之事實內容為審酌，往往將使較不易對於其績效成果為舉證，以及對於績效改善計畫較為被動參與之勞工陷於不利，故為達成勞雇雙方武器之平等，此時方採取較為客觀之理論與原則審查雇主於績效改善計畫各階段是否符合解僱最後手段性原則。在美國法契約自由原則之影響下，由於績效改善計畫出發點並非「終止」，而僅是為了「改善」，故並無必要特別平衡勞雇高低關係。但績效改善計畫實踐於勞基法第11條第5款之勞工不能勝任工作時，既有可能造成僱傭關係之終止，則在終止保護制度之作用下，法院即認有必要於審查與權利義務相關之實體上審查內容時，透過特定理論基礎為解僱最後手段性原則之實質審查，藉以促成勞雇雙方之武器平等。

綜上所述，依照本文所分析之法院判決，對於解僱最後手段性原則應用於績效改善計畫之判斷趨勢後，可知其應如下圖一所示，即：若工作規則等已訂有明文，即形式審查是否均遵守程序要件之約定，包含特定必要程序、進行改善期間、教知終止警示等；若

工作規則等未有明文，則形式審查是否已使勞工實質參與，然而工作規則不論是否有明文，以上形式審查之答案若為否，即審查不通過，無法認定該績效改善計畫已符合解僱最後手段性原則。然而若答案為是，則均進一步實質審查是否符合共通實體要件，答案若為是，即審查通過，足認該次績效改善計畫符合解僱最後手段性原則之要求；然而答案若為否，即為審查不通過，即不符合解僱最後手段性原則。

## 二、對於現行績效改善計畫審查原則之檢討與建議

對於上揭現行績效改善計畫審查步驟，本文認為，在共通實體要件之審查階段，在法院透過特定理論基礎實體審查該績效改善計畫之開啟、內容與結果是否正當後，確實得達成勞雇雙方之武器平等，進而建立績效改善計畫應用於僱傭契約終止之正當性。而在績效改善計畫結果程序要件審查上，目前實務上多仍以形式審查方式為主軸，僅在績效改善期間是否過短之要件下，部分法院參酌

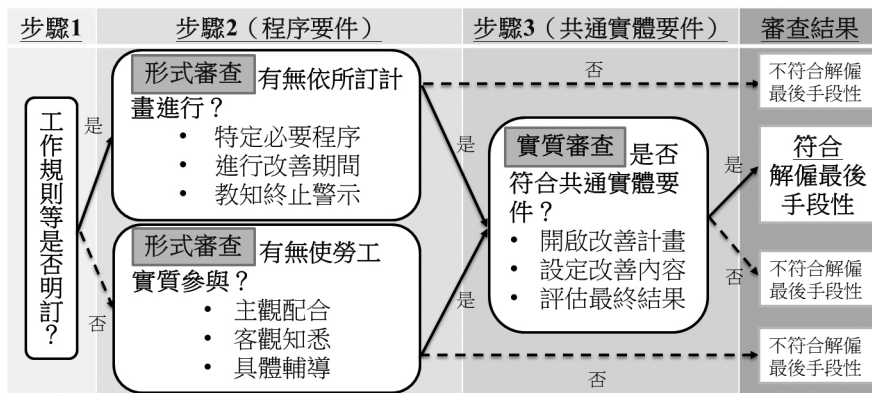


圖1：績效改善計畫應用解僱最後手段性原則之審查流程

(來源：本文自製)

績效改善計畫之結果而實質上為審查，但對於其他程序上之要件，則基本上均尊重勞雇雙方之明文。而在未有明文而實施績效改善計畫之情況下，亦僅以勞工實質參與之角度為出發，創設出「應實施之程序」相關概念，即在一般通念下，如欲達成勞工實質參與績效改善計畫，外觀上應符合何種應盡程序之要求，並據此應用於解僱最後手段性原則之審查上。因此，原則上，法院在為績效改善計畫相關程序要件之審查時，仍係以形式上審查為之。

然而，如同本文前文所述，績效改善計畫本非法定制度，亦無相關法律規定為其要件，在法院多僅以「勞雇雙方事前明文」作為程序上審查之依歸時，對於其審查之「合法性」結果是否有足夠之法理或法律規定加以支撐，即不無疑問。就勞方角度而言，在勞方對於相關績效改善辦法之訂定如欠缺談判籌碼或根本無置喙餘地時，若績效改善計畫程序合法性上僅以雇主所提出之「明文內容」僵化判斷，而未就個案是否確實符合原明文程序內容而具體判斷，則不啻使法院之審查流於橡皮圖章，恐無法確實達成勞基法第1條所闡述「保障勞工權益，加強勞雇關係」之立法意旨。另就資方角度而言，在前揭「客觀合理之經濟目的」原則之概念下，雇主在決定是否單方終止僱傭契約時，多基於其客觀經濟目的考量，亦即，如勞工業經所有績效改善計畫等迴避終止手段之實施後，仍無法達成原有僱傭契約所欲達成之經

濟目的，甚或可能受限於明文程序，而為無法即時為終止，反而造成雇主人事上之不必要負擔，甚或使雇主更無意願實施績效改善計畫，而鋌而走險逕行終止，致使勞資關係衝突加劇。

就此，本文認為，如欲將績效改善計畫作為終止事由而確認其是否符合解僱最後手段性原則時，在審查時即應回歸其法理基礎，即應視其為僱傭契約不完全給付下之「催告」程序而為檢視。同前所述，繼續性契約之不完全給付，在債權人定相當期限催告債務人履行未果之情形下，得主張契約終止。而催告是否「相當」之判斷方式，雖實務上多著墨於「所定期限是否相當」之評斷方式，但吾人仍能藉由相關判決窺探法院對於「催告程序上是否相當」之審查方式。相關判決誠如最高法院69年台上字第1590號判決：「債權人所定催告期限雖不相當，或未定期限催告，但若自催告後經過相當期限債務人仍不履行者，**基於誠實信用原則**<sup>79</sup>，應認債權人已酌留相當期限，以待債務人履行，而難謂不發生該條所定契約解除權。」以及臺灣臺中地方法院89年度重訴字第207號民事判決：「當事人所定期限是否相當，**應依一般觀念為衡量之標準**<sup>80</sup>，若就一般人遇此情形，皆揆諸實際，皆勢所難能，其所定期限即屬顯不相當，自不能解此而謂契約業已合法解除。」等，均強調法院得以不受限於債權人所訂之催告期限，而視個案實際需求而實質介入審查。

註79：粗體字為本文為突顯重點所為標示，原文未有粗體標示。

註80：同上註。

故，就以上判決對於催告程序要件之審查操作方式可知，法院並未全然窠臼於法律明定債權人得全權決定之催告期限，反而亦會依據個案事實之具體情狀，適時基於相關原理原則與一般觀念等，介入實施實質上審查，並據此確認債權人是否已獲得解除或終止契約之權限。因此，在已有法律明文、法定程序上亦賦予債權人裁量權限之催告程序上，法院仍得不拘泥於債權人之主張以及債權人書面所訂之期間等，而為催告程序要件之實質審查，本文認為舉重以明輕，法院更得實質介入審查未有法律明文亦非法定程序之績效改善計畫。故，本文建議，為達成解僱最後手段性原則之目的，現行法院之審查方式應加強修正為以下圖二之模式，方得確實發揮績效改善計畫之意義與功能。亦即，若工作規則等已明訂，即原則上形式審查、例外採取實質審查進行情況是否均依照所定計畫，包含特定必要程序、進行改善期間、教知終止警示等；若工作規則等未有明文，亦原則上形式審查、例外採取實質審查是否已使勞工實質參與。以上形式審查之答案若為

否，即審查不通過，不足以認定該績效改善計畫已符合解僱最後手段性原則。然如答案為是，均進一步實質審查是否符合共通實體要件，答案若為是，即審查通過，該次績效改善計畫應可認符合達解僱最後手段性原則；若答案若為否而審查不通過，則較無法判認雇主之終止已符合解僱最後手段性原則。

### 陸、結論

績效改善計畫雖就法理與人力資源理論上而言，均有可能有助於達成解僱最後手段性原則之目的，故實務上確有雇主趨之若鶩欲透過實施績效改善計畫以合法終止勞工之情形。然探其本質，一非為本國法制所要求，而無法定之程序或內容，二則源於任意終止論下之美國人力資源實務，對於如何應用於限制終止之我國實務，往往使得雇主無所適從而進一步卻步。本文認為，透過我國判決中對於績效改善計畫之明確態度，已得作為雇主在應用績效改善計畫之明確指標。具體而言，在審查績效改善計畫是否符合解僱最

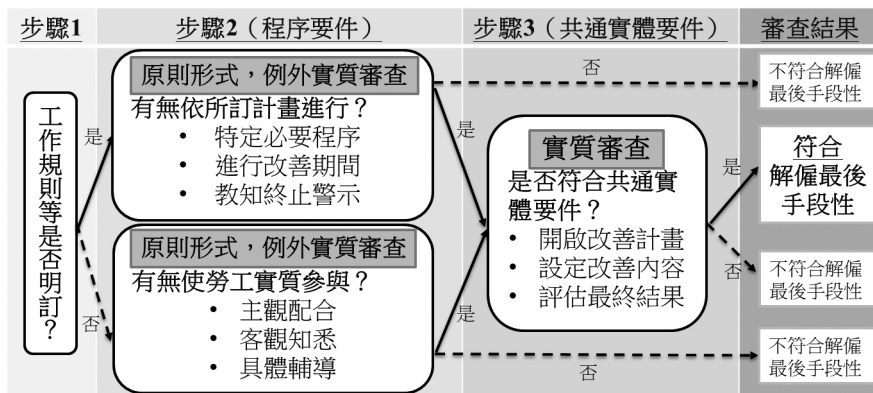


圖2：本文提出績效改善計畫之於解僱最後手段性原則之審查步驟

(來源：本文自製)

後手段性原則時，首要區分為已有績效改善計畫之明文或未有績效改善計畫之明文，並為個別之程序上審查，如通過後即再針對績效改善計畫之各階段（即開啟改善計畫、設定改善內容、評估最終結果）為共通性之實質審查，方可知悉該次績效改善計畫在我國現行法中，應如何評價其得否作為不能勝任工作之證明，即應如何實施績效改善，方使其結果符合解僱最後手段性原則。因此，本文建議，我國企業於應用績效改善計畫之時，如能參酌我國司法之審查實務，以較貼近勞雇雙方平等之目標踐行績效改善計畫，

並據此設計並實施符合我國司法實務見解之績效改善計畫，方能大大增加績效改善計畫作為解僱最後手段性原則具體證明之效。然而，在法院審查部分，本文認為仍應參酌績效改善計畫之原生理即民法第254條關於催告之相關規定與目前實務上之操作，不僅於實體要件上介入具體實質上審查，在程序要件上，不拘於僵化而僅形式上審查，反而必須參酌個案之實際情狀，適時介入而改為實質上審查，方得使勞工與雇主之權益確實獲得雙重保障。

（投稿日期：2022年5月10日）