

貳、特定領域專題報告

論勞基法第 11 條第 5 款「確不能勝任」之意涵

—以臺灣高等法院臺中分院 97 年度勞上易字第 35 號為例

中國文化大學法律學系四年級

陳可樺

目次

零、 前言.....	2
壹、 研究動機.....	2
貳、 研究目的.....	3
參、 研究方法.....	3
肆、 研究過程.....	3
一、 案例事實.....	3
二、 勞基法第11條第5款之「確不能勝任」之意涵.....	4
三、 實務判決爭議.....	4
(一) 僅論客觀上確不能勝任.....	4
(二) 客觀、主觀皆確不能勝任.....	5
四、 學說爭議.....	5
(一) 體系解釋.....	5
(二) 折衷說.....	6
五、 小結.....	6
六、 最後解雇手段性原則.....	6
(一) 須公告考績標準.....	7
(二) 工作表現不符績效之證明.....	7
(三) 警告前置性原則.....	7
(四) 須於職前、職中實施教育訓練.....	7
(五) 職務調動原則.....	8
(六) 小結.....	8
七、 解雇原因內容分析.....	8
伍、 研究結果.....	10
一、 薪資待遇和其所應負的責任應成正比.....	10
二、 設立客觀的拔擢人才機制.....	10
伍、 問題討論與建議.....	10
陸、 參考文獻.....	11

零、前言：

勞動法是一門社會科學，主要是透過政府、資方和勞方所形成的三角形結構，資方和勞方分別在三角型底部的兩端，而政府在三角型的頂端。藉由資方和勞方之間的溝通協商，再加上政府進來制定好相關政策措施，來促使勞動環境更加和諧。

壹、研究動機：

我國於 2018 年正式步入高齡社會¹，預計到 2025 年會邁向超高齡化社會，亦即每五人當中就有一位超過 65 歲以上的長者。據國家發展委員會統計²，2022 年 15-64 歲工作年齡人口蓋估為 1,630 萬人，至 2030 年工作年齡人口預期將降為 1,507 萬人，其中，45-64 歲中高齡者占工作年齡人口比率為 43.3%，將提高至 48.8%，這一變遷將會對於社會造成深遠的影響，特別是中高年齡勞工的失業問題，可能會因為面臨再次尋職困難而頓失經濟，產生更多的社會問題。

蓋因我國中小企業發展興盛，占全體企業比高達 98.90%，理應是一個適合孕育新創公司發展的搖籃，但往往這些中小企業，因為規模小、組織小、且在經營人事成本過高，利潤沒有跟著提升的情形下，中小企業就很容易倒閉。為避免有倒閉的情況發生，公司就會找尋很多的藉口，從中高階的勞工下手，辭退他們來減少公司的開支，稱「經濟型解雇」。

勞動基準法（下稱勞基法）作為我國勞動立法上的重要起步，於實務上具有深切的影響。資方經常將勞動基準法第 11 條第 5 款作為解雇事由，且不論其無法勝任工作之原因是否可歸責於勞工，而逕以「勞工不能勝任為由終止勞動契約」，對此最高法院於判決中曾數度表達其見解，學界也多次提出其論點。惟此爭議在於，勞動基準法第 11 條第 5 款之勞工對於其所擔任之工作「確不能勝任」，此定義究竟為何？從而衍生出雇主資遣勞工時，是否有符合最後解雇手段性原則？而雇主最常用的違法解雇理由

¹ 今周刊，台灣再 2 年就全面進入超高齡社會！長照是危機也是轉機，2023 年 09 月 19 日，載於：<https://www.business today.com.tw/article/category/183016/post/202309150020/>（最後瀏覽日：2024/09/16）。

² 國家發展委員會人口推估系統，「中華民國人口推估（2022 年至 2070 年）」新聞稿，2022 年 8 月 22 日，載於：<https://pop-proj.ndc.gov.tw/News.aspx?n=3&sms=10347>（最後瀏覽日：2024/09/16）。

是什麼？在實務判決上又是如何評斷的？以上種種問題值得我們來加以探討。

貳、 研究目的：

觀乎我國勞基法第 11 條、12 條，全是雇主用來解雇勞方的事由，不過雇主卻很少知道每條事由的實際區別。本文嘗試以雇主最常誤用的勞基法第 11 條第 5 款作為解雇事由³，來分析其中的內涵。

參、 研究方法：

本文所採取之研究方式為「判決分析法」、「文獻分析法」和「內容分析法」作為研究的主軸。具體來說，首先透過臺灣高等法院臺中分院 97 年度勞上易字第 35 號的案例來剖析勞工和雇主之間各自的主張，法院論斷的標準為何？其次查詢國內相關的書籍及期刊論文，概述勞動基準法第 11 條第 5 款規定之勞工對於其職務「確不能勝任」之定義與要件，輔以最後解雇最後手段性原則之適用，再針對本文內容來分析實務上最常出現爭議的解雇原因，透過本人所設計的「解雇原因分析量表」，統計出勞工被合法解雇的機率有多高？最後在爬梳和歸納這些資料後，嘗試提出本文之見解，期能夠更精確的掌握現行實務發展的趨勢，使勞基法第 11 條第 5 款之事由更能夠被清楚的認定。

肆、 研究過程：

一、 案例事實：

臺灣高等法院臺中分院 97 年度勞上易字第 35 號之案例事實(下稱系爭案例)，被上訴人之工作內容為開發適合網路購物之新商品，其工作方式為：1. 由被上訴人依照商品別，參照市場行情及上訴人公司既有之利潤成數，與廠商初步洽談利潤成數與結帳方式。2. 由上訴人指派專人與廠商洽談採購方案，待大致談妥時，將該案交由被上訴人。95 年 10 月中、下旬，上訴人突然要求被上訴人簽署經理人委任契約書，且被上訴人同意半年內，將公司業績自當時每月不到 1,000,000 元提高到每月 5,000,000 元以上，且公司之業績必須逐月提昇 10%。

上訴人則抗辯，於簽訂上開契約書至離職之前，不僅業績未達成所約

³ 經搜尋司法院法學資料檢索系統所公開之判決書後，輸入勞基法第 11 條、第 12 條、第 13 條之各款事由，比對之後發現勞基法第 11 條第 5 款之法院判決數量最多，從而可以得知雇主最常以此事由解雇勞工，卻造成違法解雇的結果，顯然對於其要件和手段容有誤會。

定之目標，更較於去年同時期各月為差。經兩造懇談後，被上訴人自認無力改善云云，予以解雇。

法院最後判決上訴人即資方敗訴，因為被上訴人對於其工作項目已竭盡全力去完成，仍無法達到雇主之標準，且雇主在資遣被上訴人時，也未符合最後解雇手段原則，致使被上訴人面臨中年失業危機。惟此爭議在於，法院在判斷勞基法第 11 條第 5 款之「確不能勝任」之要件與最後解雇手段性原則具體的實施措施為何，均有加以探討之必要。

二、 勞基法第 11 條第 5 款之「確不能勝任」之意涵：

參照現行的勞動基準法第 11 到 13 條規定，對於終止事由採取列舉的方式，無非是希望解雇事由能夠給予更明確的定義。惟社會上雇主能夠輕易地解僱勞工的理由卻包羅萬象，不可同日而語。因此立法者於此列舉型態下不得不採用不確定之法律概念，而此不確定法律概念，也是經常引發糾紛的來源。

其中最大的爭議就是勞基法第 11 條第 5 款之勞工對於所擔任之工作「確不能勝任時」，與勞基法第 12 條第 4 款勞工違反工作規則「情節重大者」的不確定法律之概念，容易造成各自解讀，使得雙方誤解而發生衝突。

三、 實務判決爭議：

緣我國勞基法第 11 條第 5 款為不確定之法律概念，因此社會制度的發展時常倚重實務判決為依歸，以下將分析實務判決，來論述何謂「確不能勝任」工作？

（一） 僅論客觀上確不能勝任：

早期臺北地方法院 88 年度勞訴字第 109 號判決認為，第十一條第五款所定勞工對於所擔任之工作確不能勝任時之解僱事由，係指不可歸責於勞工之情形者。亦即指勞工於勞動契約存續期間，因不可歸責於其之事由，其學識、能力、技術等在客觀上已無法勝任其工作之情形而言。至勞工怠忽所擔任之工作，致不能完成，或違反應忠誠履行勞務給付之義務，既為可歸責於勞工之事由，應不屬勞基法第十一條第五款雇主可隨時資遣之事由，而應視勞工行為，認定是否該當同法第十二條第一項所列舉雇主得單方終止勞動契約之事由。

此說的立基點在於，客觀上勞工是否依其知識技能原不能勝任工作，而不論其主觀上是否能為而不為。舉例來說，雇主是以徵求

除草工為目的而錄取該勞工，隨後因為內部職務調動，在老闆的脅迫之下，告訴勞工如不肯調動至新職務就先解雇或安撫勞工如願意至新職務會施予教育訓練學會電焊，致勞工在半推半就之下，同意將其調動至電焊工的位置。結果該名勞工調至新職務後適應不良，雇主認為該名勞工確無法勝任工作而將予免職。故對於勞工客觀上而言，本就不具有電焊之專業證照，所以根本就不會電焊之工作，從而雇主就會以其客觀上不能勝任該工作為由加以解雇。

(二) 客觀、主觀皆確不能勝任：

按最高法院 86 年度台上字第 82 號民事判決指出，勞動基準法第十一條第五款所謂「不能勝任工作」，不僅指勞工在客觀上之學識、品行、能力、身心狀況，不能勝任工作者而言，即勞工主觀上「能為而不為」，「可以做而無意願做」，違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務者亦屬之。此由勞動基準法之立法本旨在於「保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展」觀之，為當然之解釋。原審以所謂不能勝任工作，係指勞工之學識、能力在客觀上不能勝任其工作者為限，縱被上訴人有能為而不為之情形，亦僅是否違反勞動契約應予懲處之問題，而非是否勝任記者工作之問題，其法律上見解，即有可議。

隨後，最高法院變更其見解，對於勞工是否能夠勝任的標準，從客觀上來看，必須具備一定的知識水準，主觀上，不能有能為而不為，可以做卻無意願、態度消極等，才符合勞基法第 11 條第 5 款「確不能勝任」。

四、 學說爭議：

(一) 體系解釋：

有學者主張，勞基法第 11 條第 5 款之事由應屬於技術性或組織性，即因市場條件、國際競爭、技術革新等所造成作業過程改變，而引起之勞動力削減⁴。此說法係因同條其他款之客觀情形使然，勞工本身並沒有錯誤，因於勞基法第 12 條作出體系上之區別。另有認為⁵，勞基法第 11 條第一至四款規定，皆很清楚為非因可歸責勞

⁴ 黃越欽，勞動法新論，頁 224，翰蘆，初版，2000 年 7 月。

⁵ 鄭津津，「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度台上第一八六六

工之事由，故從立法體系解釋上來闡釋勞基法第 11 條第五款內涵，仍屬於不可歸責於勞工的事由才可預告終止勞動契約。

(二) 折衷說：

另有學者認為⁶，基本上勞基法第 11 條所定之法定解雇事由之產生，勞工均無可歸責原因；第 5 款所指者乃是可歸責於勞工之事由，例如勞工因病無法勝任工作⁷，或因事業單位業務性質變更致勞工無法勝任工作。惟若單純只從「可歸責於當事人」來判定，可能會導致勞工的權益受損，因此還是要依個案，做各別情況的處理，來保障勞工的權益。

五、 小結：

本文以為，若單純只以客觀的層面去斷定勞工因其智識經驗不足，而無法去從事這個行業類別，其缺點在於雇主任意調動職務，容易造成勞工無法勝任的情形發生，如果要避免此情形發生，那當初就應該在招募員工的簡章中詳細載明，而不是等到新員工進來後，才以這個理由解雇他。因此調動職務時，最好要輔以主觀上勞工是否能為而不為，不願去從事調職後的工作，而產生不能勝任的情形發生。當然，實務上不排除還是有些勞工會以投機取巧的方式，去規避雇主任安排的工作，使得在判斷勞工是否有違反勞基法有關於解雇的規定，處於灰色地帶。

六、 最後解雇手段性原則：

所謂的最後解雇手段性原則，有學者指出：「就文意言之，係指解雇須為終極、無法迴避，不得已的手段。」⁸在僱傭契約中，勞工對於雇主任具有人格從屬性，有服從雇主任之指揮監督、遵守雇主任所訂工作規則，並有接受懲戒之義務。雖然對勞工具具有懲戒權，但是需要搭配客觀上，雇主任是否有積極的提供員工教育訓練等條件，參照最高法院長久以來判決形成的判斷標準，最後解雇手段性原則，大致可分為如下：

號判決，月旦法學雜誌，第 144 期，頁 244，2007 年 04 月 15 日

⁶ 黃程貫，勞動法，頁 483~484，空大，修訂再版，1997 年。

⁷ 參照內政部(74)台內勞字第 337966 號函指出，一、依勞工請假規則第五條規定，勞工普通傷病假超過規定之期限，經以事假或特別休假抵充後仍未痊癒者，得予留職停薪。二、上開留職停薪期限屆滿仍未痊癒者，雇主任可依勞動基準法第十一條第五款規定預告勞工終止勞動契約，其符合同法第五十三條或第五十條規定者，並應准其自請退休或強制其退休。

⁸ 林更盛，勞動法案例研究(一)，頁 239，五南，初版，2018 年 10 月。

(一) 須公告考績標準：

雇主雖然可以訂定獎懲規則，不過在處理勞工績效考核時，要注意不能低於勞基法所給予勞工最基本的保障。雇主應在勞工進入這個職場時，給予勞工公司內部的工作守則，並告以要旨，哪些工作上的事情，如有違反，可能或受到何種的不利處分，並且應張貼於公司的佈告欄上，使得每位勞工皆可清楚知悉其所要負擔的權利義務。雇主若在勞工任職期間，修改勞工的考績標準，為了避免勞工受到突襲性裁判，雇主應於公布之後一定的時間後施行，即時的通知每位勞工，並且公告周知。

(二) 工作表現不符績效之證明：

犯錯被懲戒的原因，都需要證據去證明，確有其事發生，而雇主依內部工作懲戒規則，施予處罰勞工才具正當性。雇主不能因為自己個人的好惡，覺得這個員工跟自己合不來，就處處在工作上針對他。舉例來說，櫃檯的業務人員，雇主認為該員工的服務態度不佳，將施予考績不利之處分。惟該公司會對於前來洽公的民眾提供服務滿意度的回饋，而該員工卻連續三個月都得到服務滿意度第一的殊榮，因此雇主要以該員工表現不佳而予以懲戒應無所本。

(三) 警告前置性原則：

當勞工不慎於工作上犯錯時，雇主雖可依內部公告之懲戒規定予以處罰。惟不得僅憑勞工因為在工作上出現錯誤或者雇主認為其態度不佳等情事，沒有受到內部的任何處分，就直接予以解雇，此原則是為了避免勞雇雙方對於工作事項認知有所落差或僅因一時疏忽造成的錯誤，而對於平日戰戰兢兢努力工作的員工斷然解雇，造成勞雇雙方的損失，蓋培養一名新進的員工所花費的成本不貲，理應慎重。

(四) 須於職前、職中實施教育訓練：

按職業安全衛生法第 32 條第 1 項規定，雇主對勞工應施以從事工作與預防災變所必要之安全衛生教育及訓練。同條第 2 項授權制定職業安全衛生教育訓練規則。依職業安全衛生教育訓練規則第 17 條及附表 14 規定，雇主對新僱勞工或在職勞工於變更工作前，應使其接受至少 3 小時適於各該工作必要之一般安全衛生教育訓練。接受雇主的教育訓練，有時候也是在告訴勞工，雇主的標準以及勞工要怎麼做才能符合其要求。因此用法規來強制雇主必須要做教育訓練，避免

勞工在工作的過程中受到不利益。

舉例來說，勞工應徵上公司專辦採購業務的人員，雇主應該要在職前對勞工上有關於採購法的專業課程，並且告知在實際運作上可能會有什麼情形發生該如何應對；職中，專辦採購業務的人員可能會因為法規制度的更迭或主管機關函釋的說法而產生影響，故雇主應該要培育該員工接受職中的教育訓練，藉此來補充新的知識。

(五) 職務調動原則⁹：

雇主如因公司內部業務調整需要欲調動勞工，尚須符合勞基法第10-1條規定，要件包括：1. 基於企業經營上所必須，且不得有不當動機及目的。但法律另有規定者，從其規定。2. 對勞工之工資及其他勞動條件，未作不利之變更。3. 調動後工作為勞工體能及技術可勝任。4. 調動工作地點過遠，雇主應予以必要之協助。5. 考量勞工及其家庭之生活利益。

而且倘若勞工同意調動職務，原有的勞動條件不能改變，且雇主應注意工作地點不宜過遠，且要符合勞工確實能勝任的工作若超出一定的距離，需要給予交通費用以及住宿費用的補助，使勞工能夠到新的環境的安心的工作。

故勞基法第10-1條規定，就能避免勞工因職務調動，而產生不能勝任工作、工資報酬減少、通勤時間增加等勞動條件片面改變的情況發生。

(六) 小結：

上述說明了最後解雇手段性原則，顯示雇主至少要提出這些替代解雇方法，直到勞工仍無法達到雇主的要求，雇主才採取最嚴厲的手段將其解雇。

七、 解雇原因內容分析：

雇主在解雇勞工時常因其勞動法之知識不足，而將勞基法第11條第5款和第12條第4款混為一談，需仰賴實務的判決來分別論斷，下表是學生從法院實務上常判斷的基準，可提供勞雇雙方先行自我檢核的工

⁹ 有學者亦認為：「應類推適用勞基法第11條第4款，要求雇主就其調職權限內、在現有之工作職位下，若有適當工作可供安置勞工，則不得解僱該勞工；此於得勞工同意、於變更勞動條件後仍有繼續僱用可能，亦同。」林更盛，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，頁102，1998年12月。

具，從而判斷解雇理由是否正當。

分類	類型	分數	
客觀上的知識技術水準	知識體能不佳	-5	
	業務操作不熟悉，績效不彰	-10	
主觀上的工作態度	顯無意願	-20	
	視心情而做	-15	
	怠於改善	-10	
情節是否重大	公司營業祕密外洩	核心製程	-15
		客戶資料	-10
	違反風險通報	-5	
	偽造他人名義為法律行為	-15	
	怠於保養導致機械設備受有損害	-10	
	填載不實資訊之行為	-10	
	出勤不正常	-5	
	員工態度不佳	-5	
	對於雇主影響層面	財務上損失	-20
公司名譽受損		-15	

來源：本列表由學生整理，歸納法院實務判決最常見之解雇事由。¹⁰

本列表的認定標準是以勞工為出發點，原始分數為 100 分，而勞工違反上述所列之標準，如分數被扣到未滿 70 分，勞工就會有被解雇的風險存在。換言之，雇主對於勞工在工作上之表現，依其上述判斷基準來評分，可得出員工是否有達到雇主理想的狀態。本表可提供勞雇雙方對於勞工「是否勝任工作」的參考價值，雇主也可以做為判斷該名勞工留用或解雇的依據，方能達到有效的運用公司人力。

舉例來說，依系爭案例所示：被上訴人自評，在商品缺貨控管尚無法有效掌握，另對整體業績尚未有效提昇；而本件證人供述，被上訴人在商品開發持續努力中，產品別不平衡改善中，態度亦能配合，亦無怠於改善的態度。雇主方面卻以銷售業績未達要求，期間未實施最後解雇手段性原則，逕以銷售業績不佳為由解雇。依照上面表格判斷，勞工主觀上和客觀上皆沒有知識不足或顯無意願要做

¹⁰ 本列表整理自司法院法學資訊檢索系統自最高法院和高等法院（113 年～111 年間）之判決案例，輸入關鍵字「勞基法第 11 條第 5 款」、「勞基法第 12 條第 4 款」，藉此判斷法院實務上是以何種標準去區分，情節達到何等嚴重的情形下，就會以勞基法第 12 款第 4 款之事由解雇。

之情事，即使勞工客觀上績效不佳扣 10 分，主觀上無怠慢之態度，故得出 90 分之安全分數，顯無無法勝任工作之情事發生。惟歸咎原因，係上訴人未曾對他具體輔導，或盡各種改善手段，頂多也才扣 10 分，尚在安全值的範圍內，以致於被上訴人最終獲得勝訴之判決。

伍、 研究結果：

綜上所述，我國立法者在制定勞基法時，雖然在雇主的解僱事由上，清楚地依可歸責於勞工與不可歸責於勞工之事由做分開之規定¹¹，但因為雇主在做認定時不予區分，而造成勞基法第 11 條第 5 款之標準紊亂現象。是故，本文提出以下解決方式：

一、 薪資待遇和其所應負的責任應成正比：

承如系爭案例雇主要求勞工需要在短短不到半年內將每月不到一百萬之營業額提升到每月達五百萬之結果，這好比較叫員工同時開五間公司，每間公司營業額皆須達到一百萬元，如此困難達成的結果對於勞工而言顯失公平。

正因如此，公司應制定明確的待遇分級且落實權責劃分，讓薪資越高的勞工責任負的越大，薪資較低的勞工負的責任越小。員工依其待遇福利，處理好他分內應該要做的工作，而不是以薪資的高低去區分，薪資高的要做比較多，薪資低的什麼都不用做，使得薪資高的勞工疲於奔命，又達不到老闆的要求。

二、 設立客觀的拔擢人才機制：

在選才上面，公司應設置人事評選委員會，確立一套人事進用標準，讓勞工能夠適才適所。例如雇主欲調動某員工到管理階層，就應該召開委員會評選員工是否能夠勝任這個職位，而不是僅憑老闆的喜好就將他調動到管理層，以致於發生勞工「確不能勝任」之憾事。

伍、 問題討論與建議：

勞基法是我國保障勞工最低的勞動條件，而勞基法第 11 條第 5 款是以消極面切入，主要是在規範雇主不能恣意解雇勞工。但如果雇主能夠積極的提供更好的福利政策，舉例來說：提高工資、採用更彈性的工時、公

¹¹ 鄭津津，「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度台上字第一八六六號判決，月旦法學雜誌，第 144 期，頁 244，2007 年 04 月 15 日

費在職進修、優惠的分潤計畫，舒適的辦公環境等，是否會因此增加勞工工作意願？讓勞工「無法勝任工作」之情況降至最低，從而獲得勞雇關係雙贏的局面。

陸、 參考文獻：

一、 中文專書：

林更盛，勞動法案例研究（一），五南，初版，2018年10月

黃越欽，勞動法新論，翰蘆，初版，2000年7月

黃程貫，勞動法，空大，修訂再版，1997年。

二、期刊論文：

林更盛，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，頁93-111，1998年12月

鄭津津，「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度台上字第一八六六號判決，月旦法學雜誌，第144期，頁229-244，2007年04月15日

三、法院判決：

最高法院 86 年度台上字第 82 號民事判決

臺灣高等法院臺中分院 97 年度勞上易字第 35 號判決

臺北地方法院 88 年度勞訴字第 109 號判決

四、網頁文獻：

今周刊，台灣再2年就全面進入超高齡社會！長照是危機也是轉機，2023年09月19日，載於：

<https://www.businesstoday.com.tw/article/category/183016/post/202309150020/>（最後瀏覽日：2024/09/16）。

國家發展委員會人口推估系統，「中華民國人口推估（2022年至2070年）」新聞稿，2022年8月22日，載於：<https://pop-proj.ndc.gov.tw/News.aspx?n=3&sms=10347>（最後瀏覽日：2024/09/16）。

法學資訊檢索系統，判決書系統，載於：

<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx>（最後瀏覽日：2024/09/16）。