

企業績效評估制度 對勞動權益之衝擊研究*

傅柏翔**、王惠玲***

目 次

- 壹、緒 論
- 貳、企業績效評估制度設計、操作上之不足和運用之界限
 - 一、企業績效評估制度之設計和執行問題
 - 二、企業績效評估制度深度訪談
 - 三、企業經營自由權之雙重界線－勞動法和法院實務
- 參、績效評估制度對工資之影響
 - 一、績效獎金在勞動法上之定性爭議－是否為工資？
 - 二、績效評估和績效獎金之不穩定因素對工資之影響
- 肆、績效評估制度對工時制度之影響
 - 一、績效評估之運用對工時和加班時數上限之挑戰
 - 二、責任制工作濫用和自願加班問題之處理
 - 三、績效評估制度是否影響工時制度之保障意旨？
- 伍、績效評估制度對解僱保護制度之影響
 - 一、以績效評估篩選最後比例勞工解僱之合理性？
 - 二、績效評估結果可否證明勞基法第 11 條第 5 款之「勞工確不能勝任工作」？
 - 三、績效評估制度運作下，解僱保護如何因應？
- 陸、績效評估制度對母性保護制度之影響
 - 一、績效評估制度可能構成母性保護之歧視
 - 二、績效評估之衝擊凸顯了孕婦獨立考績之必要性
- 柒、結論與建議

* 本文由政治大學勞工研究所碩士論文修改而成

** 國立政治大學勞工研究所碩士

*** 國立政治大學勞工研究所副教授

投稿日期：99 年 8 月 31 日；接受刊登日期：99 年 12 月 7 日

摘 要

績效評估制度為企業激勵工作效率、考核勞工表現之常見工具，向來給予社會無害、中性的印象，一般的討論也多集中於如何使用以及其運用之利益，惟對於其運作是否會對勞工產生直接或間接的權益影響，則較少討論有涉及。直至近年金融風暴後，勞動權益漸受重視，由績效評估衍生出的解僱保護、工資、工時基準和母性保護議題遂逐一浮現，相關爭議不斷；於此，一般社會概念上被認為屬於企業經營自由權限之績效評估制度之運用，其運用上是否毫無限制？若有，則企業經營自由權和勞動法強制力的界線又應如何劃分？本文將針對以上爭點和議題，試著進行分析探討。

本文首先透過文獻分析，統整現行之勞動制度和法令內容，並分析績效評估制度之原理和潛在問題，再透過十一家企業之深度訪談，以理解現行實務界對於績效評估制度之運用現況和方式，最後將勞動法以及制度和實務績效運作逐一進行連結，並輔以現行法院判決實務，檢視績效評估的使用是否會衝擊勞動制度之保障意旨，若有不利之影響，績效制度和勞動法令要如何調整、因應，最後針對有衝擊勞動權益、影響勞資和諧的爭議處，試者提出研究建議，以追求勞動權益和企業經營利益雙贏的最適平衡點。

關鍵詞：績效評估、勞動權益、工時、工資、績效獎金、責任制工作、自願加班、解僱保護、母性保護

壹、緒論

績效評估制度一向給予勞工一種無害的印象，即便有所爭議，也僅及於考核是否公正準確之討論，但對於勞動權益之衝擊影響，較少有人論及。但於近年之金融風暴席捲之際，企業開始大量以績效不佳為由，陸續進行裁員，方使勞工開始正視績效評估制度之性質和其潛存之衝擊影響。

若從企業之角度出發，組織當以獲取最大合法利潤為主要目標，因此在其經營自由權限內，勢必以各類企管和人力資源措施來提升勞工工作效能和品質，並試圖準確衡量企業支出之薪資給付和勞工勞務表現間之對價關係是否平衡，而績效評估制度即屬最為廣泛使用之類型。相對的，從勞工之觀點出發，基於勞資雙方地位天生之不對等，以及人性尊嚴、社會正義維護之宗旨，勞動法針對勞工切身相關之重大權益，亦多以勞動法予以明文化，並產生強制保護之效力。

當企業之績效評估制度和勞動法令於工作場所交會時，此二追求目標不同、保障對象相異、著重方面有間的制度，在實際運用上是否會產生衝突或扞格？有無造成勞動法保障勞工權利之意旨減損或落空？若有，則是以何方式造成影響？有無可避免或降低損害之措施？皆值得深入探討。

本文透過文獻分析、實務深度訪談以及比較分析後，試圖結合企業管理策略、人力資源措施以及勞動法令之觀點，探求「企業經營自由權」和「勞動法強制介入」兩者之間的界限，並探討勞動相關制度和權益保護於績效評估制度之運作下，是否會出現保障意旨之落差，使企業在運用績效評估制度時，能兼顧經營需求和合法性，開創勞資和諧的工作環境。

在研究脈絡上，首先探討職場內績效評估制度之運用，藉由實務

訪談引導出潛在之爭議現象，以及和績效評估制度之關聯性；進而，以法院實務之角度進行分析，檢視相關案件若進入司法程序，現行法院之標準是否會導向不同結果，司法審查是否能有效保障勞動權益。蓋績效評估制度之運用，基於經營管理自由在企業內或有其正當性，但爭議若被提訴至法院，礙於對證據證明力之高度要求，可能出現不同結果，因此本文討論上將分別從職場上、法院救濟兩方面個別討論，進而思索如何妥善、合法運用績效評估制度。

本文之研究目的有三，探討(一)績效評估制度是否為準確、公正之能力評估工具；(二)績效評估之運作，是否有可能衝擊勞動法令和制度；(三)針對績效評估之衝擊要如何因應。研究之範圍則包括現行勞動法令和相關制度保障，並將其逐一連結至績效評估制度，檢視其衝擊影響。最後，本文僅針對訪談中有訪及爭議之部分進行分析，因此關於工會成員或其他潛在影響對象，並未予以分析，此為研究限制。

貳、企業績效評估制度設計、操作上之不足和運用之界限

第二章部分，本文先分析績效評估制度之本質，以理解其準確度和可能缺陷，再以企業之深度訪談內容為核心，勾勒出現行企業對績效評估制度之運用方式和可能遭遇之問題，以及對於現有勞動權益和制度可能造成之衝擊。最後，討論企業之經營自由權下，其對於績效評估制度和評估結果之運用，和勞動法之強制力可能如何交錯，怎麼劃分界線，並提出企業經營自由權之雙重界線。

一、企業績效評估制度之設計和執行問題

企業內常見的常見的績效評估方式，有交替排序法（Alternative Ranking Method）、強迫分配法（Forced Distribution Method）、評等

尺度圖法（Graphic Rating Scale）¹、重要事蹟法（Critical Incidents Method）²、目標管理法（Management by Objectives, MBO）³ ………等，但在實際運用上，則分別有標準過於單一、難以確實考核勞工能力⁴；硬性排名忽略個別勞工工作內容和特定表現之差異性⁵；以及指標設計不公、考核者主觀因素比重失衡……等等疑慮。

而經過文獻之分析和企業深度訪談，可得知績效評估制度本身，應有兩種面向之潛在限制，從客觀的制度設計可得知，績效評估指標設計、比重以及著重領域，是可依照企業特性所需來調整的，這使得績效評估制度只能呈現出他設定考核的該些事項的表現，以及勞工的當期水準，而非被考核者全面性的能力表現；而從主觀的人工的考核程序來說，亦可能因為考核者之刻板印象、人際關係因素或者如月暈效應⁶（Halo Effect）⁷、趨中傾向⁸（Central Tendency）⁹、寬容或苛刻

¹ Jeffrey A. Mello, *Strategic Human Resources Management*, p454, Thomson South-Western, 2006.

² Wendell French, *Human resources Management*, p346, Houghton Mifflin Company, 1994.

³ Wendell French, *Human resources Management*, p349, Houghton Mifflin Company, 1994.

⁴ John Edward Davidson, *The Temptation Of Performance Appraisal Abuse In Employment Litigation*, p1612, *Virginia Law Review*, Vol. 81, No. 6 (Sep., 1995), pp.1605-1629.

⁵ John Edward Davidson, *The Temptation Of Performance Appraisal Abuse In Employment Litigation*, p1613, *Virginia Law Review*, Vol. 81, No. 6 (Sep., 1995), pp.1605-1629.

⁶ 意指評估者僅以特定少數指標的表現或者突出特質，就延伸推論受評估者其他多數考核指標和工作表現的應該也是相同的好壞。例如某勞工差勤表現良好，即推論他其它業績和工作成果應該也很好。

⁷ William B. Werther, Jr., Keith Davis. *Human Resources and Personnel management*, P309, McGraw-hill, 1989.

⁸ 保守的評估者有時為了避免爭議或者維持內部和諧，而將多數員工的績效都評定為「中等」或者「平均分數」。

⁹ 周瑛琪著，*人力資源管理*，頁 185，全華圖書出版，2006 年二版。

偏差 (Leniency/Strictness)¹⁰ ……等等常見偏誤，而導致績效評估之公正性出現疑慮，這些因素使得勞資雙方皆擔憂其績效評估將充斥著故意或者無意造成的誤差和衝突，雖理應設置有上訴或再複查制度，以資救濟，但根據文獻顯示，75% 的企業並未有績效上訴的管道¹¹，這將使得不正確的績效結果沒有修正的機會，再次降低了績效評估制度的可信度和客觀性，這些因素，都將導致績效評估之結果，其可信度和公正性下降，亦可能使企業無法準確的評價企業支付的薪資和勞工表現之對價關係，相對的，企業之決策和措施亦可能失所依據。

舉例而言，客觀指標設計之不良，會導致該指標的考核能力降低，甚至失去績效評估制度原先促進企業獲利之初衷。以文獻提到之案例為例，當醫院以住房時間作績效指標時，員工即會刻意延長病患住院期間，如果改以病床更替率作指標，員工就會將病人不斷調換病床來衝業績，如此之指標設計不良，導致績效好不一定是真實的業績成果，員工只是單純追逐績效，卻無法達成使醫院實體獲利的目標¹²。

而考核者主觀上之偏誤，除了上述提到的各種可能之外，期刊之案例分析亦提及人際關係對於績效評估的影響，其表示職場之人際關係對績效評估之影響，可能遠大於實際工作表現，除了主觀之指標比重問題之外，由於考核者往往會對於對其較友善之被考核者較為寬容，導致獲得較佳績效之勞工未必是真正的工作績效最佳，而可能僅是較獲評估者之青睞¹³，此外，主管不願作壞人之容忍、包庇心態，

¹⁰ William B. Werther, Jr., Keith Davis. Human Resources and Personnel management, P310, McGraw-hill, 1989.

¹¹ John Edward Davidson, The Temptation Of Performance Appraisal Abuse In Employment Litigation, p1613, Virginia Law Review, Vol. 81, No. 6 (Sep., 1995), pp. 1605-1629.

¹² Frank Burchill, Labour Relations, p174, Macmillan Business, 1997.

¹³ Sharon Narcisse and Mark Harcourt, Employee fairness perceptions of performance appraisal: a Saint Lucian case study, P1165, The international Journal of Human Resource Management, Vol. 19, NO. 6, June 2008.

亦是造成績效評估無法確實地篩選出不良員工之因素之一。

績效評估制度既然有前述之潛在問題，將產生企業內程序正義以及公平性的爭議，特別是當企業以績效評估結果，作為勞工在企業內之身分、獎懲、升遷以及去留之參考和依據時，基於其本質之不完美，若僅作為參考依據之一，尚屬可接受，但若作為決定性之關鍵因素，或者以績效結果不佳作為勞基法解僱事由存在之證明，則在職場恐有職場公平性的糾紛，於法律上則有證明力度不夠充分的疑慮，本文將於後文逐一分析。

二、企業績效評估制度深度訪談

本研究之企業訪談，一共訪談了 11 家企業，包含高科技電子業、消費電子業、製造業、銀行業、證券業、投信業、房仲業以及保險業，其中包含本國商和外國商。被訪談者主要找尋對於績效評估制度有充分了解或實際操作者，包含總經理、人資部門人員、高階管理人和業務……等等；而訪談內容往往包含該公司各類型的員工，本研究僅挑選訪談中有出現，並且其工作類型對於績效評估制度有顯著關連性的員工族群作為被評估者，例如電子業中負責研發的工程師、負責銷售的業務、第一線的銀行行員、基金經理人、股市交易員、房仲業務員和保險業務員，這些族群有別於行政人員，其績效評估結果和其工作表現好壞之關聯性較顯著，因此作為本研究之被評估者。

而企業訪談問卷中的題目，內容包含勞資雙方簽定的契約類型、員工結構、績效評估制度之運作模式、績效評估制度影響項目、績效評估制度運作後效果、是否為特定族群建立獨立的績效評估制度、是否有固定淘汰績效最差比例的員工、是否宣稱責任制工作、有無出現自願加班現象、以及對於現行勞動法是否有修正的建議。本文將其中關於績效評估制度對勞動法令有直接或間接衝擊可能的部分，製成企業深度訪談概況表（見表 1），以供比較參考。

表 1 企業深度訪談內容概況

行業別	被評估者	勞僱雙方 所簽訂之 契約類型	績效評估之 影響項目					企業主 是否宣稱 自願加班 現象	是否出現 給特殊對 象(特定 族群)制 定特別考 績制度*	績效低落 勞工改善 機會(改 善計畫)	績效低落 勞工之容 忍、改善 期間	
			升 遷	排 序	去 職	獎 佣	分 紅					
電子業 A (本國)	工程師	勞動契約	◎	◎	◎	◎	◎	◎	×	視年度情況	不一定	
電子業 B (本國)	工程師	勞動契約	◎	×	◎	◎	◎	◎	×	◎	約 6 個月	
電子業 C (本國)	業務	勞動契約	◎	×	◎	◎	×	◎	×	◎	約 3 個月	
電子業 D (外國)	業務	勞動契約	◎	×	◎	◎	◎	◎	×	◎	約 6 個月	
製造業 E (本國)	業務	勞動契約	◎	×	◎	◎	◎	◎	×	◎	約 3 個月	
銀行業 F (本國)	行員	勞動契約	◎	×	△	◎	×	◎	◎	◎	多半持續 輔導	
證券業 G (本國)	交易員	勞動契約	◎	×	◎	◎	×	◎	×	◎	約 6 個月	
投信業 H (本國)	基金 經理人	勞動契約	◎	×	◎	◎	◎	◎	×	×	◎	約 6 個月
房仲業 I (本國)	業務	勞動契約	×	×	◎	◎	×	◎	◎	×	◎	約 6 個月
房仲業 J (本國)	業務	承攬契約	×	×	◎	◎	×	◎	◎	×	◎	約 6 個月
保險業 K (本國)	業務	混合型契 約(僱傭 和承攬契 約)	◎	×	◎	◎	×	◎	◎	×	◎	約 3 個月

資料出處：本研究自行整理自訪談內容問卷

◎：有，或者有直接或間接的關連

×：沒有，或者無關聯性

△：原則沒有，極少數例外情形可能有

*：例如孕婦、職災復職勞工

(一)就績效評估制度可能影響的事件來看

績效評估的結果對於升遷機會、獎金、佣金或者分紅的發放都是重要參考指標之一（少數企業無升遷結構例外）；而對於大多數企業來說，績效不佳最終皆有可能導致員工去職。

此外，績效之排序功能，即利用績效評估制度之結果，將勞工進行排名的效果，於企業中不一定會被運用，只有在需要參考依據時，例如解僱或發放特定獎金時，才會被利用來作為依據。例如從排序功能和固定淘汰比例從訪談來看，就有著絕對的連結，因為必須用績效做出排名，才能進行強制解僱績效最差的固定比例員工。

而固定淘汰比例部分，即利用績效評估制度作為篩選工具，篩出最後一定比例的員工，並固定淘汰的作法，本次訪談時一家企業中只有一家有此規定。

(二)從企業主是否宣稱「責任制工作」觀察

全數受訪企業不論其工作類型或者產業差別，一律皆宣稱其員工適用責任制，應負責完成其份內被交辦的工作。

但同時發現的問題是，雇主和勞工間普遍對責任制工作出現誤解，認為由雇主自行宣稱責任制工作，即代表可以任意支使或任由勞工加班，資方不必給予加班費，而且工時亦無限制。此顯然是對於所謂責任制工作之誤解，也未認知到可合法排除工時基準之責任制工作，尚須經中央主管機關核可，方可運用。

(三)從企業是否出現自願加班現象觀察

若將自願加班現象，解釋為「未受雇主要求，不主張加班費」的加班，則從表中可明確發現，宣稱使用責任制工作型態似乎並不完全等於會出現自願加班現象，本文所訪談之 11 家全數主張責任制工作，

但只有 9 家出現了自願加班的現象，造成此現象的因素，可能是因為行業工作特性之差異。

依據訪談整理，可知大多數的情形下，責任制工作多半會導向自願加班的出現。例如於責任制工作框架下，工作量即使過量，為避免遭受不利考績處理，勞工往往仍會自願加班；或者當指標設計失衡時，例如主觀比重過大，亦容易出現勞工為追求特定印象績效而自願加班的問題。

少數兩家訪談中，其宣稱運用責任制工作但未出現自願加班，本文認為有其特殊原因，例如銀行業本身有結帳之業務，該業務需要各部門一起完成，若有帳務問題，各單位皆須留待癥結解決方可離去，此為必要性的加班，和責任制工作無關；而證券業因為交易時間固定，因為下班之後未必有業務可執行，因此責任制和自願加班亦無太大關聯性。

(四) 對特定族群（孕婦、職災）勞工的績效評估制度觀察

僅有一家企業表示，對於孕婦考績應分別處理，考慮給予生產前一定期間之平均績效等級，其他企業多半未給予、也不認為應給予孕婦或特殊族群勞工（例如職災勞工）特別考績制度。

(五) 對績效不良勞工的處理態度

絕大多數企業，不會僅因為一時的績效不良就資遣員工，皆會由主管或相關部門介入，了解績效低落原因並給予協助，亦會給其改善調整的時間和機會。

以上整理出之績效評估運用和衍生現象，本文將與之和現行勞動法令和制度進行分析，檢視其是否有衝擊勞動權益之處，並探討應如何調整和因應，以確保勞資雙方之平衡和和諧，分述於後。

三、企業經營自由權之雙重界線－勞動法和法院實務

首先應說明的是，許多績效評估衍生之爭議，雖可推論出其有不合理或不當之處，但是基於企業對其內部之經營管理權限，如果沒有違反現行法令，並且提訴至法院請求救濟，法律並無強行介入和禁止之空間，此為績效評估爭議事件之特質。因此，本文論述時，會試圖區分績效制度在職場內之影響，以及若提到法院救濟後是否會有不同之結果。

而本文整理文獻、深度訪談資料和我國法院判決後發現，企業之經營自由權，其實並非毫無限制而得由企業無限延伸，而是有受限於雙重界線之可能。第一重為勞動法令之明文規定，第二重則是法院就相關案例之見解，形成之隱性限制，分述如下：

(一)企業之經營管理權限和績效評估制度

企業作為以營利為主要目的之法人，為求獲利目標之達成，我國法令允許企業可藉由董事會、經理人等機關之運作，依照企業之特性和目標來制定其經營管理之措施，除了公司法明文劃分給股東會之權限事項之外，企業就如何來經營企業、管理促進勞工之工作效率應有其自主權，此自主權力不受他人箝制，於法亦無事前需經勞方同意之義務。

在企業獲利之前提之下，績效評估制度作為評估工具被大量使用，用來檢視勞工於各不同領域之表現，並做為激勵工作效率、促進組織發展的措施。績效評估制度之產出結果，可能連結至許多方面，有連結至教育訓練，以了解勞工之訓練技能水準者；亦有連結至薪資系統的，使勞工之薪資和其特定表現有所牽連；也有連結至定期工作表現者，將績效成果和工作表現掛勾；近年來，以績效評估結果作為去職解僱與否之考量，例如最後 5% 解僱之作法亦非少數。

企業會視其行業特性和需求，將績效評估制度連結到必要的項目上，並以績效評估之結果，作為勞工在企業內之身分、權益之依據，同時也以績效結果檢驗企業之薪資支出和勞工之勞務給付之間，是否有著相當的對價關係。

(二) 勞動法令強制規範之勞動權益

現行勞動法令則是在保障勞工之意旨下，對於勞工之工時、工資、解僱保護、母姓保護、退休制度……等等重大權益皆做出強制規範，這些規範在遭遇以增進勞工效率和表現為主要目的之績效評估制度時，兩者自然會產生扞格，而導致相關之糾紛和勞資爭議。

(三) 企業經營自由權之雙重界線—勞動法和法院實務

從法律上之強制力和社會正當性來說，具有法律性質、由國會透過合法程序制定之勞動法令，其實質效力顯強於企業經營上之權限，因此當兩者出現衝突時，必然是以勞動法令作為企業不得跨越之底線，企業之一切措施須以不違反勞動法令為前提，此為第一層之底線。

而法院之實務見解則是第二層之底線，蓋我國勞動法之立法設計，多有不確定法律概念之存在，而不論勞資雙方如何解釋，行政主管機關採何種見解，最終掌握解釋和判決之權者仍為司法機關，因此若勞工願意透過法院途徑救濟，則法院之判決，亦可形成企業經營自由權之非法律性質、但有實質影響效力之另一個底線。

例如已被最高法院廣泛採用的「解僱最後手段性」即為顯例，法律雖未明文，但透過法院之見解公開，已成為企業進行解僱措施時，一種不得忽略之隱性考量，否則勞工若提出訴訟，企業在法院見解標準下仍將敗訴，法院見解之影響力，對於企業已產生了實質之限制。

參、績效評估制度對工資之影響

討論績效評估制度對於工資之影響，首先應確認績效獎金之定性，確認其是否為勞基法上之工資，若是，再透過實務訪談檢驗實務績效評估制度運作下，衍生出之績效獎金是否確實具備相關條件，以及績效評估之運作是否衝擊到工資制度之基本理念。

本部份透過判決之整理，歸納出現行績效獎金是否為工資之認定標準，再藉由深度訪談之整理，呈現出績效評估制度和績效獎金發放之不穩定因素，討論這些因素對工資之性質有無影響，最後討論訪談中出現的純績效導向零底薪勞動契約類型，對基本工資制度之影響。

一、績效獎金在勞動法上之定性爭議－是否為工資？

現今之學說見解，多認為決定特定給付是否為工資時，應以給付是否具有勞務之對價性，即是否屬於「因工作獲得之報酬」為主要判斷標準¹⁴，僅於對價性的有無難以認定時，方輔以「給付經常性」之判斷¹⁵。相關論述整理如下：

(一) 認為績效獎金非工資者

此說主要認為績效獎金若為雇主在工資之外，另行為了激勵生產效率和工作品質而發放之經營激勵獎金或者營利分享，則勞工未必能定期獲得，其金額亦不固定，會隨雇主獲利程度以及勞工表現水準而浮動，則其應非所謂之具「經常性」和「因工作所得之報酬」，亦非勞基法第 70 條之工資。

¹⁴ 林更盛著，勞基法對工資之定義，載於勞動法裁判選輯(-)，頁 7，元照出版社，1998。

¹⁵ 林更盛著，勞動法案例研究(-)，頁 45，中原財經法學叢書，翰蘆出版社，2002 年。

1. 績效獎金屬於獎勵措施，非工資之實務見解

台北地方法院 96 年勞訴字第 176 號判決意旨¹⁶，即表示員工可否領取績效獎金，尚應視是否達成各單位達成之績效評估標準比率、個人獎懲及勤惰而定，且各單位之績效非必均可以數據化，足見被告給付績效獎金，額度和發放與否尚待上級同意，非僅單純依勞工提出之勞務即可取得。法院進而表示，此績效獎金既非屬勞基法第 2 條第 3 款規定之工資，則原勞工主張其公司修改績效評估及考核辦法中關於績效獎金之計算方式，屬違反勞基法第 21 條第 1 項之片面變更薪資行為，應無理由。

可推知本案法院認為此績效獎金之定性，因欠缺勞基法工資之經常性，而非屬工資之性質，應屬於企業之獎勵措施。

2. 績效獎金來源若為盈餘，為分紅，非工資之實務見解

有些判決則是不宥於形式上的名稱，而是針對績效獎金的支出來源進行實質認定，如果是來自於盈餘部分的分派，則認定其屬於分紅的性質，而非勞基法的工資。

最高法院 81 年度台上字第 2221 號判決即認為，產銷獎金如係該月有盈餘方發放者，因為獎金來自於盈餘分配，欠缺經常性之要件，因此並非工資¹⁷。最高法院 88 年度台上字第 1638 號判決亦認為，「……系爭獎金既屬於公司盈餘而抽取部分分配予員工，自與經常性給與有殊……」¹⁸，若是獎金屬於公司的盈利分配，則欠缺工資應有的給付經常性，亦非因工作獲得之報酬，不得認定是工資，亦採此說。

¹⁶ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2010/01/09。

¹⁷ 黃程貫著，勞動法案法院裁判之研究分析，勞動基準法，頁 18，勞工委員會委託研究報告，2001。

¹⁸ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2009/12/21。

(二) 認為績效獎金屬於工資者

行政院勞工委員會台勞動二字第 035198 號函認為，績效獎金如果以勞工工作達成預定目標而發放，則具有因工作而獲得之報酬之性質，符合勞基法對於工資之定義，應屬於工資。

最高法院 95 年度台上字第 621 號判決亦認為¹⁹，工資係勞工之勞力所得，為其勞動之對價，凡因勞力所得之經常性給與，均屬工資。而績效獎金金額已列入年度預算，矣部門或個人達成預定目標即可發放，和盈餘無關，實屬於因工作而獲得之報酬，並具經常性給與之性質，屬於工資範圍。

(三) 小結：績效獎金是否為工資之定性標準

準此，綜合實務以及學說之見解，績效獎金是否為工資，其認定之標準應可區分出三個階段。

1. 不得源自於企業之盈餘分配

首先應實質認定該項給付之支出來源為何，根據上述之實務見解意旨，績效獎金之發放，其預算不得為企業之盈餘，若屬該企業該年之盈餘分配，則該項給付之定性為「分紅」，不是工資。

因此工資認定之第一階段，應先排除給付來源出自於盈餘的給付類型。

2. 是否為「因工作獲得之報酬」

學說見解認為，勞基法關於工資之規定，其應先就是否為「因工作獲得之報酬」進行認定，如是，則可認定其為工資。因此應認定該

¹⁹ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2009/12/28。

項給付是否是在雇主之指揮監督之下進行（因工作），而其發放是否是以勞工工作達成預定目標而發放（工作報酬），只要符合此二條件，就具有因工作而獲得之報酬之性質，而可認定為工資。

3. 是否具備「給付之經常性」

而若該項給付無法以是否為「因工作獲得之報酬」之性質來確認時，方進一步以是否具備「給付之經常性」來認定。而經常性之認定，其不應限非得每月或固定週期得以領取，只要在一般情形下經常可領取，即具備「經常性」，而可被認定為工資。

二、績效評估和績效獎金之不穩定因素對工資之影響

「就考績比例而言，就重要性來說 主觀印象（幾乎全部）>工作表現>差勤（幾乎不重要），有 PMD format，各指標自己評一個分數，長官也打一個。還要寫 goal，自己設定目標，但是達到目標，不一定代表考績會好，因為目標達成率好不好，完全看主官評定，若他認為你的達成率不好或不夠快，就算目標達成一樣考績會差。指標分數的認定，也是主觀印象影響最大。」

訪談紀錄－電子業 A

「……本公司的年資也是個特色，因為每三年會升一次職等，而該年輪升的人，往往部門會把考績作給他……主管會傾向把他考績打高一點，其他人低一點，讓他升遷，但是明年輪到其他人升遷年時，也會同樣的把一些績效灌給他，這是年資和績效的一種隱性牽連。……須說明的是，的確這是個有很重主觀意識的制度，和主官很有關係……」

「……就分紅來說，新人考績一定是最後，但是依然有分紅，多少而已……」

訪談紀錄－電子業 B

從訪談紀錄呈現的實務運作觀察，績效評估制度和其衍生之績效獎金，並非單純的僅會根據勞工之工作表現、勞務給付水準而變化，根據不同之企業制度和文化的考核者之主觀印象偏誤，尚有許多不穩定之因素會影響績效評估結果和以之為給付依據的績效獎金。

本文訪談發現者有考核者主觀認知、企業年資文化和菜鳥犧牲文化皆會導致績效評估結果所呈現者，並非僅為對勞工勞務給付之評價，尚混雜了職場人際政治關係之不穩定因素。分述如下：

(一) 考核者主觀認知之影響

從電子業 A 的訪談可明確發現，考核者是否能公正評價被考核者的工作表現，並給予適當的指標分數，為勞工能否獲得考績和績效獎金之重要因子，但因為該企業績效制度對主管主觀印象指標的偏重，致使被考核者認為績效評估非單純其勞務給付成果之評價，而偏向主管單方面認定的表現。

(二) 企業年資文化

電子業 B 出現的年資文化，在我國企業並不少見，在此類企業文化下，績效評估和績效獎金呈現的，亦不單純僅是對勞務給付之評價，再次參酌了「職場升遷倫理」的人際政治關係因素，該年輪升的前輩將有機會獲得較其工作表現更佳的績效點數評價，而該績效可能來自於部門內其他人績效之扣減，部門主管以職場倫理和「公平的輪流」為由，操作著績效評估制度。

此類企業之勞工，對於績效評估以及衍生的績效獎金之取得，除

須努力工作之外，尚要服膺一定之職場潛規則，這將導致其績效獎金和工資之獲得和多寡，可能處於不穩定之狀態。

(三) 菜鳥文化

同上之論述，菜鳥考績一定最後，亦為我國職場常見的現象，考量的因素多半依然是職場倫理、公平輪流等等人際政治關係，對勞工而言，因為其績效評估將受影響，搭配的績效獎金自也會出現不同，進而工資之額度也因此有牽連影響。

(四) 小 結

將實務上操作下，績效評價和績效獎金獲得之過程以及決定因素進行分析之後，可以發現的是除了勞務給付之外，績效評估制度尚參雜績效制度本身設計缺陷、考核者主觀偏誤、職場人際政治關係...等等多重複雜因素，以之為依據給付的績效獎金，也將因此有給付與否和數額不穩定之疑慮。

而因為績效獎金有機會透過前述之標準被認定為工資之一部分，因此若因為績效評估制度之制度缺陷和其他干擾因素，導致績效獎金之給付不穩定或難以期待，則其有間接的影響到工資給付的可能性。

應如何來面對這種現象，從企業職場內的角度來說，由於勞資爭議較少經由法院途徑處理，且此類績效評估影響薪資之案件，除非涉及侵害基本工資之程度，否則亦難於法律上尋得可資主張之請求權基礎，是故多由勞工默默承受，較少提訴至法院。

但企業內之績效評估制度若長期有不公平、不合理之問題存在，現行法律上雖難以非難，但實質上對於職場之士氣、人力資源管理和人才流動將有不利之影響，因此企業仍應循企管或人力資源之角度，例如考績申訴制度、複查機制來補強績效評估制度之不足，並定期檢

討制度和指標設計之合理性，以維持職場公平性，提升勞工工作氣氛和效率。

此外，勞資對談的機制亦十分重要，以讓勞資雙方能充分溝通，避免爭議，現行法可藉由勞基法規定之勞資會議，或者甫通過尚未施行之團體協約法進行團體協商，以事先的談判和協調，降低事後發生爭議之可能。

肆、績效評估制度對工時制度之影響

我國現行之勞工工時制度，主要規範於勞動基準法第四章內，包含有工作時間、休假、休息時間……等規定，勞基法僅針對工時的長短加以規範，並未對於何謂「工作時間」作定義，因此工作時間的起算和終點並不明確²⁰，可能會因產業習慣的不同而相異。

而從訪談內容可以得知，受訪之全部雇主皆表示其工作類形屬於「責任制工作」，而絕大多數的勞工亦產生了「自願加班現象」，此兩著皆屬於工時制度之內涵，因此本部分將透過深度訪談資料，呈現一、績效評估制度如何地挑戰著工時限制以及加班時數的上限，再討論二、這兩種現象衍生出之爭議要如何處理，最後探討三、現行之工時制度是否有被實質的放寬。

一、績效評估之運用對工時和加班時數上限之挑戰

「績效評估是否造成自願加班？當然有。我們不打卡。不過原則上沒工時限制，沒加班費。會說：有分紅阿，如果不來，排名將因此較後面或者領不到分紅。不要在意小錢，好好作，領分紅就是了。分紅變成一種加班費的變相補償。在主觀印

²⁰ 鄭津津著，職場與法律，頁 153，新學林出版社，2007 年。

象掛帥，工程師同僚競爭激烈的情形下，自願加班、責任制無上限工作都是必要的。」

「和你一起工作的同事，就是你的比較和競爭對手，職級差不多的就是你升遷和分紅的直接對手，而且照剛剛的排序制度來排，會差非常多，所以會殺紅眼，所以實際上工作環境的氣氛很緊張，很不友善。同時也會加強被奴役性，因為即是再凹、再辛苦，一樣會因為分紅而獲得心理上彌補。所以是正面和負面影響都有。」

訪談紀錄－電子業 A

「我們亦採取責任制工作。自願加班的問題也滿嚴重的，公司內自願加班因素很多，有時候是不好意思走，或做做樣子，不一定是真的工作做不完。很多人故意加班給老闆看，希望給老闆工作努力的印象，所以這裡面有很多因素，不過勞基法上面的權益，通常不是大家會注意的地方。因為老闆的印象和評價很直接的會影響薪資以及去職，所以自願加班往往是有搏取上級好評的目的，老闆覺得你常加班，自然會覺得你努力，給你加薪，這時候績效評估制度確實有強化了自願加班現象。」

訪談紀錄－製造業 E

「而且因為有領底薪，所以被凹更兇。光明正大要我事情做完才可以走，不管多晚。就算沒事，只要同事和店長還在，也沒人敢先走，都要待到其他人走後，約快 11 點才敢走。在這個情況之下，一定會有自願加班的問題發生。」

訪談紀錄－房仲業 I

從這些訪談之內容中，可以觀察到的是，績效評估制度在工作現場代表的人際政治上意涵。績效評估制度，如前面章節所述，不可避免的要面對考核者主觀印象的偏好影響，除非進入法院進行實質審理，否則在職場上其考核結果將成為勞工升遷、薪資調整以及其他身分地位的重要影響因素，而在這前提之下，勞工為求生存和表現，取得好的績效，往往以戮力工作和人際政治維持兩方面著手。

就戮力工作部分而言，除努力完成交辦工作之外，尚要提升工作之品質以及效率，以在績效競賽中取得領先地位，方有機會獲得較多之獎金、分紅或者升遷之機會，也避免自己因為績效排序不佳，被列入最後一定比例的潛在淘汰名單。工作不只是做完就好，還要做得比別人更快更好，才能在高績效導向之行業內生存。

就人際政治關係維持而言，則是和上述工作表現之評核有牽連關係，因為交辦工作完成後，是否達成上級目標？達成度多少？效率是否足夠？尚需由他考核者評核，其中必包含一定比例之個人主觀印象偏誤（例如第二章提及之月暈效應²¹、趨中傾向²²、近因影響問題²³……等等），其中近因影響問題對績效評估之干擾可能最大，藉由不斷地給予考核者戮力為公、為公司鞠躬盡瘁的印象，以確保自己在企業主心中的地位，這雖然未必有效，但卻是勞工這場績效遊戲中²⁴，少數

²¹ 意指評估者僅以特定少數指標的表現或者突出特質，就延伸推論受評估者其他多數考核指標和工作表現的應該也是相同的好壞。例如某勞工差勤表現良好，即推論他其它業績和工作成果應該也很好。

²² 保守的評估者為了避免爭議或者維持內部和諧，而將多數員工的績效都給予「中等」或者「接近平均分數」。

²³ 評估者容易受到被考核者於考評基準日前後之表現影響，而留下好或壞的印象，並以該印象直接、間接的連結到即將考核的績效評估中，越接近考核基準日的印象往往越深刻，偏誤也就越為嚴重。

²⁴ 將勞工於職場內的績效制度視為一種趕工遊戲之說法，已見於勞動社會學之製造甘願理論（manufacturing consent）中，相關論著請參照 Michael Burawoy 著，林宗弘

自己能夠掌握並徹底發揮的因子²⁵。

「就考績比例而言，就重要性來說 主觀印象（幾乎全部）>工作表現>差勤（幾乎不重要）。有 PMD format，各指標自己評一個分數，長官也打一個。還要寫 goal，自己設定目標，但是達到目標，不一定代表考績會好，因為目標達成率好不好，完全看主官評定，若他認為你的達成率不好或不夠快，就算目標達成一樣考績會差。指標分數的認定，也是主觀印象影響最大。」

訪談紀錄－電子業 A

綜上所述，透過訪談之分析，可以發現除了工作類型必須之外²⁶，

等譯，製造甘願（Manufacturing Consent），頁 217 以下，群學出版社，2009 年。

²⁵ 製造甘願理論關於勞工參與趕工績效遊戲最大的疑問之一，在於為何勞工會自願地，為雇主之利益努力投入工作並趕工，而不起身為自身權利反抗。經由作者之田野調查，其發現工作現場之計件制趕工遊戲乃是雇主和勞工共同投入的一場績效生產遊戲，此績效機制產生了勞資雙方共同之利益，使得勞工亦自願的，為了達成一定績效而投入緊張疲憊的趕工機制中，有如一場遊戲一般。

而在此過程中，勞工原本對於工作量加重、工時延長……等等對雇主之垂直結構不滿情緒，可能有效的被移轉成同僚間的水平績效競爭鬥爭，因此勞工將把工作負荷變重的怨氣轉移成勞工間競爭的衝突，此現象可解釋為何勞工並未挺身為自己權利奮戰，反而自願地投入雇主設計的工作績效遊戲機制中。

²⁶ 此類型之工作是基於工作必要。例如銀行業，基於行業需要必須輪流配合結帳，或者有負責國外業務之人員。因屬於較特別之類型，非本文主要討論範圍，列於註解供參考，訪談紀錄如下：

「有時候加班是必需的，例如歐洲或美洲的客戶，基於時差問題，有時候必須早點到公司或者晚一兩個小時下班，以麵和客戶直接連線作線上對談或者開會，但這不是每天，不過因為是我的責任客戶，自然要加班來服務，也不要有要加班費的想法，但這種自願加班不是為了績效，而是為了滿足客戶需求，服務好，日後業績才會好。」

深度訪談－製造業 E

「對於自願加班問題，因為銀行是屬於團隊工作，所以結帳時，各部門都要派人留下來負責對帳，只要一個環節出錯，所有部門的人都得加班核算，要等大家都 ok

由於績效評估制度結合客觀工作表現以及主觀印象考核的特性，勞工除了完成工作之外，尚要完成的較同僚更快更好，此外，也要避免人際政治之不調導致自己工作評價不能被充分認同，在這種情境和壓力下，勞工對於不當的勞動條件和雇主要求，恐難有拒絕或以之斡旋抗衡之空間，多半僅能藉由容忍雇主不當地宣稱責任制工作（可能不合勞基法規定）、以及自願加班的方式，來換取雇主和考核者的認同，希冀能因此獲得較好之績效，或至少保住工作。

績效評估制度在此面向下，對於責任制工作的濫用以及自願加班現象之加劇，應存有著間接的推波助瀾效果。

二、責任制工作濫用和自願加班問題之處理

責任制工作之濫用以及自願加班問題，是近年來十分常見的爭議，並且在現代企業多採績效導向之後，更為氾濫，本部分即針對此二議題，進行分析，並從勞動法之角度，提出處理之建議。

(一) 責任制工作之爭議—法令和雇主對「責任制工作」之各自表述

訪談過程中，筆者發現所有被訪者皆表示，其公司皆宣稱其員工為「責任制工作」之對象，不論其是否為勞基法第八十四條之一中經中央主管機關核可的行業皆然，因此其雇主所謂的「責任制工作」是否就等同勞基法的「責任制專業人員」，就有討論區別的必要。

1. 勞基法第 84 條之 1 之「責任制專業人員」和規範效力

勞基法 84 條之 1 提及之「責任制專業人員」，其定義依據勞動

才能走，因此這種加班是屬於工作性質所必需的，我們也有編列加班費。不過因為加班費有限，再加上一般性工作可能的加班，往往可能會出現加班時數超過加班費的問題，產生自願加班，不過多半這是工作性質使然，不是為了績效。」

深度訪談—銀行業 F

基準法施行細則第 50 條之 1 規定，為以專門知識技術完成一定任務並負責其成敗之工作者；目前經核定為責任制專業工作者有資訊業之研發、維護工程師、法務、廣告創作人員²⁷、生技業研發人員……等等²⁸。

上列類型之人員，其依據勞基法第 84 條之 1 規定，得合法排除勞基法工時基準的約束，不受同法第 30 條正常工時、第 32 條延長工時、第 36 條例假、第 37 條休假和第 49 條女性夜間工作的限制約束，而得透過中央主管機關的核定，以及和勞工簽定的書面約定的方式，另行約定適合該行業的工時規範。

不過揆諸勞基法立法意旨，勞工之工作條件以及環境為其主要目標，因此縱使在特定情形下允許勞工部適用工時基準規定，而得由勞資雙方自行約定，並不同雙方的約定毫無限制。勞委會曾表示，排除例假規定適用，並非得不給予例假，仍應約定例假；即使不受女性夜間工作限制約束，基於保障勞工、母性保護原則，妊娠中以及哺乳中婦女不得約定於午後 10 點至早上 6 點間工作²⁹，由此可見勞資雙方之約定並非得漫無目的或純為資方利益設計，仍應於保障勞工的前提下為之。

2. 企業自行定義之「責任制工作」

從訪談資料觀察，本文訪談對象中，未經勞基法第 84 條之 1 由主管機關核可的企業主竟皆宣稱其員工為「責任制工作」，其自行宣

²⁷ 劉志鵬著，論工作時間等規則之除外適用，勞動法理論與判決研究，頁 253，元照出版社，2000。

²⁸ 侯岳宏著，勞動基準法第八十四條之一之探討，頁 7，勞動基準法實務爭議問題學術研討會，行政院勞工委員會，2008。

²⁹ 侯岳宏著，勞動基準法第八十四條之一之探討，頁 4，勞動基準法實務爭議問題學術研討會，行政院勞工委員會，2008。

稱的責任制工作究竟內涵和法定的責任制專業人員有無差異，本文作出以下論證。

「業務要全權對客戶負責，因此是責任制。他要負責的客戶如果因為時差或者其他因素而在非上班時間有需求時，業務過去工作是合理且必要的。例如很多討論或參展也是在假日或下班後，要顧好自己的客戶，並不是單純在上班時間打打電話就好，要能隨時滿足對方要求才行。」

深度訪談－電子業 D

「我們銀行也是宣稱責任制的，員工應完成其分內被分配的工作內容。」

深度訪談－銀行業 F

從訪談內容中可知，原則上企業主認定的「責任制工作」並不完全就等同勞基法所謂的「責任制專業人員」，往往雇主所欲傳達的僅僅是員工應完成職位責任內應完成的工作內容，例如份內之文書作業、責任客戶……等等，並非意指其員工屬於勞基法第 84 條之 1 的對象，因此其員工並非得排除勞基法工時基準相關規定的對象，如有超過工時工作之現象，雇主自應依法給予超時工作部分加班費，此外相關的例、休假、女性夜間工作規範雇主自亦受拘束。

綜言之，企業自行宣稱使用之責任制工作，其並無勞基法責任制專業人員之效力，其仍適用勞基法關於工時之一切規範，就超過法定工時之工時，雇主應給予加班費。現行企業實務普遍認知謂企業自行宣稱使用責任制工作後，雇主就超時之工時並無加班費給付，應屬對勞基法規範之誤解。

3. 小結—兩者效力並不相同，應予區分

由上可知，雇主自己宣稱的「責任制工作」和勞基法第 84 條之 1 所謂「責任制專業人員」之意義完全不同，效力也不一樣。

企業若欲其勞工可排除工時基準適用，應符合勞動基準法第 84 條之 1 和勞基法施行細則第 50 條之 1 之規定，並經中央主管機關核准後，方成為勞基法上之「責任制專業人員」，而得排除工時基準的適用，其工作時間和例假改依勞雇雙方自行約定，因此在約定的工作時間內，不論有無超過 8 小時，皆屬合法工作時間，無所謂之加班和加班費之請求問題。但如果工作超過其約定之工時，則超過約定工時之部分，勞工即有加班費請求的權利³⁰。

若為企業主自行宣稱之「責任制工作」，其並非得合法排除工時基準規定的對象，因此仍受勞基法工時、例假、休假……等等規定約束，準此，若是雇主以自行宣稱的「責任制工作」為由，主張勞工不得向其請求超時工作之加班費，加班時數亦無上限，其主張自屬無據，勞工得依法向雇主主張超時工作的加班費，亦應有權拒絕超過法定每日工時之加班。

(二) 自願加班衍生之加班費請求爭議

自願加班現象所衍生出的爭議，主要集中於針對自願加班之情形，勞工有無主張加班費給付之的權利？雇主有無給付加班費之義務？雇主未同意但沉默不積極反對時，是否屬於合法加班？本文試從下列角度來予以討論分析之

³⁰ 侯岳宏著，勞動基準法第八十四條之一之探討，頁 4，勞動基準法實務爭議問題學術研討會，行政院勞工委員會，2008。

1. 自願加班期間是否為工作時間

學者認為，上述爭論之核心問題為勞工自願加班之期間，是否屬於工作時間。如屬於工作時間，且為正常工時之外之加班，則依勞基法第 24 條規定，雇主應給予加班費，勞工亦有主張之法律權源³¹。

就工作時間起、終點難以計算的問題來說，有學者表示³²，若有勞動習慣，例如打卡制，則依上下班打卡時間為準；若無習慣，則解釋上採取「勞工處於雇主指揮命令下之時間，或勞工在雇主明示、默示下從事業務之時間」為標準，來計算其工作時間。另有學者提出³³，雇主的指揮命令範圍，除一般的工作場所和實際從事工作時間之外，尚可能擴張範圍，例如勞動者為滿足雇主之需求，可能處於隨時可動工的待命、備勤狀態，這些範圍內的工作時數，也應一併列入總工作時數計算。採此見解之主要理由，是因為依勞動契約法理，當勞工將勞動力提交給雇主時（例如備勤時間），其勞動力已屬於雇主得支配的狀態，勞務給付義務已完成，雇主是否實際上支配該勞動力，則非所問³⁴。而亦有介紹日本學說³⁵，主張因勞務型態之改變，除檢視勞工是否處於雇主指揮監督下之外，尚要該勞工之活動具有業務性，使得計算成工作時間。

至於自願加班期間所作之工作，究竟是否要以從事「職務上相關工作」為必要，依據最高法院 81 年度台上字第 2881 號意旨可知，只要是基於雇主之要求進行的加班，即有加班費給與之義務，與加班工

³¹ 劉志鵬著，勞動法解讀，頁 33，元照出版社，2000 年。

³² 劉志鵬著，勞動法解讀，頁 32，元照出版社，2000 年。

³³ 黃越欽著，勞動法新論，頁 315，翰蘆出版社，2006 年三版。

³⁴ 王惠玲著，工作時間概念之探討，頁 9，萬國法律第 98 期，1998 年。

³⁵ 侯岳宏著，日本工作時間與待命時間之認定的發展與啓示，頁 181，臺北大學法學論叢，第 75 期，2010 年 9 月。

作之工作性質和一般職務工作是否有關聯無涉³⁶。

2. 自願加班有無經雇主明示或默示同意

另一個自願加班之加班費可否請求的關鍵，在於加班是否有經過雇主明示或默示之同意。

(1) 未經雇主同意之加班

這種情形，為勞工主動要求加班，而雇主予以拒絕或未予同意，此時依據勞基法第 32 條規範，延長工時應要經勞資雙方同意之意旨，既然雇主並未認同，則加班之意思表示在勞資雙方並未合致，將導致勞工縱使有加工之行爲，但並無勞基法第 24 條加班費主張之空間。

(2) 雇主雖未明示同意，但默示同意或接受

較為有爭議者為這種情形，倘若雇主就勞工主動之加班雖未核准表示同意，但也未明確拒絕，反而是沉默的不表意見，或者是拒絕後，對於勞工仍自願加班的現象明知但不予制止，例如勞工提出加班請求後，雇主未予同意，但勞工卻仍加班，並被雇主發現，此時雇主若未積極的制止勞工之自願加班行爲，而沉默的任其繼續進行加班，則應視為雇主對於勞工之加班有一「默示之同意」，雇主系默示的接受勞工之延長工時勞務給付。

因此，此時之自願加班其實已因為雇主之默認而具備勞資雙方之同意³⁷，符合勞基法第 32 條之規範意旨，雇主有支付加班費之義務，勞工亦有請求之權利。

³⁶ 黃程貫著，勞動法，頁 417，國立空中大學出版，1997 年。

³⁷ 劉志鵬著，勞動法解讀，頁 34，元照出版社，2000 年。

3. 法院實務見解

法院實務見解則認為，原則上，勞工之自願加班，應經雇主之同意後，方有加班費之討論空間；例外時，雇主之沉默不反對，應視為對於勞工加班之默示同意，勞工對雇主因此亦產生加班費請求權。

(1) 原則－勞工自願加班應經資方同意

根據臺中高等行政法院 93 年度簡字第 208 號判決意旨，其認為企業之工作規則如有訂立勞工加班應經申請，並經雇主同意之程序，勞工自應遵循，並作為加班是否合法之認定依據，至於差勤表之記錄僅為參考，而非認定是否合法加班之根據³⁸，可資參照。

(2) 例外－雇主默示同意

此外，關於雇主之默示同意加班情形，臺中高等行政法院 93 年度簡字第 208 號判決（同上判決）亦提及，勞工於正常工時之外之延長工時期間工作，因為其主管於該段期間亦和其共同處理案件簽約事宜，而主管並未拒絕其勞務給付，因此可認為勞工之加班已獲得主管之默示同意，不以書面申請之批核為必要，而為合法之加班，雇主應有加班費之給付義務³⁹。

台北地院 92 年勞訴字第 44 號判決亦認為，勞工長期自願加班之情形雖未經雇主同意，但眾多勞工為雇主之利益長期加班之事實，雇主難以推諉不知情，應視為雇主已默示同意勞工之加班⁴⁰，可資參照。

³⁸ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2010/03/29。

³⁹ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2010/03/29。

⁴⁰ 法院審理勞資爭議訴訟案件之分析，頁 124，行政院勞工委員會編印，2007 年。

三、績效評估制度是否影響工時制度之保障意旨

值得關注的是，在現代企業廣泛使用績效評估制度之運用下，勞工普遍會出現自願加班現象，這種未經雇主要求、亦不主動請求加班費的自願加班，是否為勞工自願放棄工時制度的保障？績效評估制度之運作是否間接的使工時制度無法確實發揮保障的效果？分述如下：

(一)勞基法之規範和保障，尚非勞工可自願放棄

查勞基法屬公法性質，其是課以雇用人對國家負有一定之公法上義務，以保護勞動者⁴¹，因此勞基法規範之雙方當事人實為雇主和國家，勞動者於此僅為具有反射利益之第三人，勞基法所規定之各項權利義務，連受法令約束之當事人雇主都無權自行放棄，更遑論僅為反射利益第三人之勞工可自願放棄。

準此，若雇主有未依法給予加班費之情事，不論勞工有無主張加班費，只要行政機關查有實據，即可依法開罰，勞工消極的不主張權益，不影響雇主行為之違法性。

(二)工時制度之實質問題為主管機關執法強度和舉證問題

承上所述，雇主是否依法發放加班費，實則為行政機關應查核的事件，不論勞工是否主張相關權利皆然，因此此類加班費爭議實為主管機關執法強度之問題，勞工之主張僅為主管機關發動調查之因素之一，縱使勞工消極不請求，主管機關依然可依法檢查和認定。

而是否應發放加班費，主管機關在查核時之關鍵問題，則為該段期間是否屬於工作時間，如是，則超過法定工時上限之部分，自有加班費發放之必要。

⁴¹ 黃越欽著，勞動法新論，頁 101，翰盧出版社，2006 年三版。

因此，勞工是否主動要求或申訴，抑或是消極不主張，造成之影響應為是否為加班之舉證上困難，使系爭時段是否為所謂「工作時間」難以區分，若無勞工之主動申訴，單以主管機關之勞動檢查實難以全面發現此類情形，即便發現也恐有證據不足之可能。

法院依前所述，針對舉證責任之困難，已有採取實質認定之方式，認定某些情形下，勞工之自願加班應視為已經經過雇主的默示同意，屬於工作時間，亦為合法之加班，雇主未給予加班費為違法，這在某種程度上或可扶正勞工消極不主張權利的影響。

(三)績效評估制度促進自願加班現象，使勞工消極的不主張權利，導致舉證和執法困難，造成工時制度之實質放寬，間接衝擊工時制度保障意旨

綜上所述，績效評估制度之大量運用，確實有促使勞工自願加班之現象，這使得勞工傾向消極的不主張權利，使得主管機關在調查違法加班之情形時，將遭遇難以舉證或發掘的困難，而在公權力無法有效介入，勞工個人亦無意願爭取權益之情形之下，實質上造成工時制度變相放寬的情形。

蓋於勞資不和諧的前提下，當雇主運用績效評估制度之影響力，取巧的利用勞工自願加班的心理時，我國之工時制度恐形同虛設，雇主可任意以績效評估作為甜頭或者壓力，促使勞工超出工時限制持續工作，在勞工消極的不主張權利的情況下，其違法加班之行為被有效隱蔽，主管機關亦難以發掘。

職是之故，本文認為，績效評估制度在促進了責任制工作的使用和勞工自願加班現象之後，兩者結合之結果，造成了工時制度之實質上放寬，使有心人士可藉由績效評估之運作規避工時基準之要求，有違強制保護勞工之規範初衷，亦可能使勞基法對勞工之保障出現了落差，準此，績效評估制度實有可能對我國工時制度之保障意旨造成衝

擊，形同間接的放寬。

伍、績效評估制度對解僱保護制度之影響

一、以績效評估篩選最後比例勞工解僱之合理性？

基於績效評估制度本身設計以及操縱上的不穩定性，績效評估之結果是否能確實的篩選出不良勞工，不無疑問，從訪談之內容即發現，在不恰當的績效制度運作下，最後 5% 的勞工，可能未必是能力最差的 5%，因此更無法僅以該績效評估的結果，認定勞工是否符合「不能勝任工作」的解僱事由。

(一) 訪談案例分析

「本公司的考績制度問題很大。他的考績排序功能是很不對勁的一個方式。怎麼會有這麼奇怪的績效評估制度？……這個排序制度，可能使個人考績分數較高的，在全企業的績效等級排名順位卻較落後，獲得較差的評價等級。」

訪談紀錄－電子業 A

針對電子業 A 訪談時獲得之績效評估制度運作方式，本文發現 A 公司之績效評估制度設計有所疑慮，其先將各部門內年資、工作近似者列為比較單位，由主管考核決定其績效分數，在以該分數送交全企業進行排序，以該分數在全企業內所佔之順位比例，給予績效等級（傑出，優良，擬改進，淘汰 5%）。

但此排序制度卻造成問題，分析如下：

首先，各部門內之主管給予之分數，充滿主觀印象（見前電子業 A 之訪談內容），因此其給予的分數並不完全等同工作表現之水準。

其二，比較之對象僅為同部門內職等、工作相近之同事，兩者對比下產生之分數，僅為相對分數，若於部門內其他員工相比，未必會獲同樣評價，遑論和全企業中不同工作性質、不同工作內容、不同工作能力之部門一起排序排名，更難以獲得實質之比較，該績效順序之排列，僅具有數字大小之意義，卻無實質表現能力好壞的呈現力。

最後，此績效制度呈現出的績效排序順位，以及其對應的績效等級，僅具有相對的參考意義，對於勞工工作實力和表現之關聯度可能已較低，但是企業卻以淘汰不適勞工為由，把績效等級最後 5% 作為淘汰潛在對象，然此制度下篩選出之最後 5% 卻不必然是最弱之勞工，此一危機效制度之潛在問題之一。

由此可見此企業之績效評估制度若有缺失，其不但無法準確的評比出勞工之間表現之優劣差距，篩選出之最後 5% 勞工的能力也未必是較差的，若以此績效評估制度之結果作為升遷、獎金發放甚至於解僱之依據，恐怕有欠說服力。

(二) 雇主應不宜僅以「績效最後一定比例」作為解僱事由

績效評估制度之運作，對於解僱保護之影響所及十分廣泛，而於去年之金融風暴時，最常見的爭議，即為企業以汰弱留強為目的，用績效不佳為由之解僱是否適當？此問題之核心爭議，爭點在於可否自行增加諸如「績效不佳」或者「績效排序最後最後一定比例」此類勞基法第 11 條之外的解僱事由，以及績效評估制度是否確實得篩選出較弱之勞工，分述如下：

1. 績效最後一定比例作為解僱事由之合法性

本文認為雇主不可於現行解僱法定事由之外，自行制定或約定以「績效不佳」作為解僱事由，蓋從我國勞基法之立法過程以及部會之立法紀錄觀察，勞基法第 11 條之立法初衷以及條文文字設計「非有

左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約」，明白的顯示出我國就解僱之事由，僅限於第 11 條明文列舉出之五款，不容許另行增加事由⁴²，採取法定事由說，本文亦採取此見解為論述之依據⁴³。

因此，則若企業自行規定，例如訪談中之電子業 A，績效評估制度規定每年年度績效評估之最後 5% 勞工將予以資遣淘汰，該規定解僱事由係屬於勞動基準法第 11 條法定事由以外之事項，以之為由進行的解僱，於法不合，應認為其違反勞基法規定，屬無效之約定。

2. 從績效評估制度之設計觀察

績效評估制度客觀上即存有可能的設計偏誤，或主觀上考核者的刻板印象、常見偏差，皆已於第二章予以論及，這種不穩定、人為可操縱性高的制度，即便得出勞工工作能力差的績效評估結果，應該也只能當作企業內計算勞工身分以及給付時之參考而已，若要因此做為解僱勞工之依據，恐有欠說服力；另於訴訟上，基於對證據之證明能力的高度要求，績效評估結果之證明力度恐怕也不夠充份。

3. 小結

區分職場內以及法院上兩種情形而言，在職場上績效評估制度雖有缺陷，但因為其屬於企業經營管理權限體現之範圍，因此依然被作為雇主進行管理行為時之依據，甚至可能導致勞工被解僱。

但若相關案件進入法院救濟，形式上來說，另行約定勞基法第 11 條之外的解僱事由，並不合乎我國法規範；而實質上來說，雇主單純以績效評估不佳為由要解僱勞工，或者僅以以績效不佳證明勞工不能

⁴² 林更盛著，以勞務給付專屬性之違反作為解僱事由，勞動法案例研究(-)，頁 250-251，中原財經法學，2002。

⁴³ 學說於此另有契約終止權保留、合意解僱事由……等等議題之討論，因與本文意旨較無關聯，因此僅就本文採取之法定事由說進行分析。

勝任工作，則因為績效制度本身之不確定性和可操縱性，其實已不可為，法院將針對案件中之績效事件的進行實質嚴格檢驗，此外，解僱最後手段性的要求，已經另外於法律之外再畫出了一條界線，雇主欲單以績效不佳逕行解僱勞工，在訴訟時恐難以獲得勝訴判決。

二、績效評估結果可否證明勞基法第 11 條第 5 款之「勞工確不能勝任工作」？

勞動基準法第 11 條乃採「法定理由說」，如無該條所規定之理由時雇主不得任意終止勞動契約，因此若有第五款之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」情形出現，法理上雇主即可單方面主張勞動契約之終止。

然問題在於，企業廣泛使用之績效評估制度，其產出的績效評估結果，能否用來證明勞基法第 11 條第 5 款之「勞工確不能勝任工作」，實有爭議。本文認為，績效評估制度之結果不佳，並不適合來推論或證明勞工之能力可否勝任，雇主若單純欲以績效結果不佳為由，主張第 11 條第 5 款解僱，在法院訴訟實務上，恐會因為欠缺足夠之證明力和說服力，而有被認定為違法解僱之可能性，理由分述如下。

(一)從現行法院實務見解立場觀察

若相關案件進入法院救濟，則雇主以績效不佳為由，再以之作為勞基法第 11 條第 5 款不能勝任工作為依據予以解僱時，法院實務於此多會針對績效不佳之背景事實進行實質審查，檢視給予不佳考績和處置是否合理或符合比例原則，同時亦提出「解僱之最後手段性」原則，認為解僱必須為雇主在用盡一切輔助措施之後，勞工仍無法提升、改善表現時，不得已下方可為之最後手段。

最高法院民事判決 98 年度台上字第 652 號⁴⁴ 即認為「……僅以伊連續二年考績列丙，不能勝任工作為由將伊資遣，然並未舉證伊有何勞動基準法第十一條第五款所定不能勝任之情形……復未徵詢伊是否願受安排至其他部門任職，即予資遣，有違解僱最後手段性原則……」。

最高法院民事判決 99 年度台上字第 838 號⁴⁵ 亦表示，解釋勞基法第十一條時，應要求雇主對終止契約之採用是為對勞工之最後手段，處於不得不如此實施之方式，倘尚有其他方式可為，即不應採取終止契約方式為之……以符解僱最後手段性原則。最高法院民事判決 98 年度台上字第 1088 號⁴⁶ 亦採相同見解。

從最高法院之見解可知，法院除要求解僱最後手段之外，針對績效不佳，亦要求雇主做出充分的證明，考量是否給予勞工績效複查、申訴機會、勞工之工作狀態和考績、企業考績制度是否合理……等因素，此皆為法院實質審查「勞工是否不能勝任工作」之對象，單以績效不佳為由論證不能勝任，顯然已不足以滿足法院要求之證明程度。

(二)從績效評估制度之設計觀察

退萬步言，暫不論學理上績效評估制度之結果可否作為「勞工確不能勝任工作」之證明，從績效評估制度的設計來說，其先天上之缺陷已於本文前段提及，績效評估之結果實難作為有力之證明工具。蓋績效評估制度具有可操作、可調整的特性，其考核過程亦難以避免考核者之主觀刻板印象以及偏誤，指標設計也會根據企業之需求和特性來調整，因此本文認為，其產出結果應該僅能作為企業內部獎懲和升

⁴⁴ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2010/06/01。

⁴⁵ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2010/06/01。

⁴⁶ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2010/06/01。

遷的參考依據，若要在法律層面證明勞工不能勝任工作，恐有說服力不足的隱憂。

有鑒於績效評估制度之不穩定性和可操控性，法院實務亦不直接採用企業提供之績效評估制度結果作為論證「勞工不能勝任工作」之依據，而會進行實質審查，就勞工所作所為和整體表現來認定，臺北地方法院 96 年度勞訴字第 26 號判決⁴⁷：「……被告並未能舉證證明原告有何違反法律或工作規則且情節重大，而無需先予懲處示警即逕行予以年度考績考評丁等之具體事由……被告抗辯原告考績丁等即足證係不能勝任工作云云，同無可採……」可資參照。

三、績效評估制度運作下，解僱保護如何因應？

(一)以績效評估作為「篩選裁員對象工具」之合法性？

既然難以單純用績效結果不佳作為證明勞基法第 11 條第 5 款之解僱事由，則是否可以績效評估制度評價出之結果，作為同法第 11 條第 1 到 4 款裁員時，篩選欲裁員對象之工具，則為進一步應思考之問題。

本文認為，於勞基法第 11 條第 1 到 4 款之事由中，於企業遭遇歇業轉讓、虧損或業務緊縮、不可抗力停工 1 個月以上、業務性質變更有減少勞工之必要且無適當職務可安排之情形時，由於企業已符合勞基法之合法解僱事由之一，原則上企業有權進行解僱，蓋我國現行法令並未針對解僱對象之挑選進行一般性之規定，僅於特定法令例如工會法、性別工作平等法……等等有特別規定。

易言之，我國現行法中，於勞基法第 11 條第 1 到 4 款之情形，除基於對工會幹部之保障、禁止歧視之法理……等給予特定對象保障

⁴⁷ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2010/03/15。

之外，並無就解僱之對象選擇設限，準此，則若以績效評估制度之結果，作為篩選裁員對象之工具，尚無牴觸現行法令問題。

雖然基於解僱對勞工以及社會之重大影響性，學者有提及德國之終止保護法中的社會性原則，應斟酌年齡、婚姻與否以及扶養義務等因素，決定解僱之對象和順位⁴⁸，我國實務上地方法院亦出現過採類似理念的判決⁴⁹，但是一來其尚非我國法令，僅為外國法理，二來實務法院於同情形下之解僱似未皆採相同見解，因此就法制面以及法院實務之導正面觀察，績效評估作為篩選裁員對象之工具，雖可能隱含不公平之處，但未達違法不得使用之程度。

再者，於此績效評估制度僅為篩選裁員工具之一，未必具有決定性之影響，尚有其他考量因素並由企業主做最終決策，此和前述以績效評估作為裁員直接依據之爭議並不相同，因此若其單純作為篩選工具，應屬企業之經營管理權限，本文認為尚屬合法。

(二)以人力資源措施取代解僱

以勞動契約而言，若勞工已戮力提出相應的勞務給付，但是未達企業設定之特定目標或成果時，應已無勞動契約給付不完全之問題，而不應以勞基法進行解僱，相對的，而是應經由人力資源措施之途徑，針對工作效率和績效之提升幅度要求，進行技能訓練和鼓勵性之措施，例如獎金、福利金之增減、教育訓練或者職位、權責的調整，對勞工進行輔導和激勵，方為合法且合適之解決對策。

⁴⁸ 林更盛著，論解僱的一般問題以及勞基法第 11 條之事由，頁 322，勞動法案例研究(二)，五南出版社，2009 年。

⁴⁹ 如台北地院 97 年勞訴字第 79 號意旨：「……另雇主解僱勞工之次序，亦應慎重為之，並應考量各種因素，例如各勞工間之家庭狀況、年資、所得、職位高低、職位是否相同、所受訓練教育是否相類似等。綜合上述衡量因素，其考量之本質實不外「比例原則」下之必要性原則之適用，另亦須適用平等原則……」可資參照。

1. 企業對於「工作績效不佳之勞工」之合法促進措施為何？

但衡心而論，就企業管理和經營之角度觀察，若不允許企業就工作績效進行考核和要求，則根本性的違反企業追求利潤、生產極大化的最終目的，亦不符合當前資本主義社會之運作脈絡，是故仍應使企業有一定之措施和手段，以追求勞資權益之平衡點。透過訪談之整理，可知企業內常見之合法激勵和調整方式有：

(1) 調職

勞工之工作效率或績效不佳，往往是人力資源配置不當所造成，企業若不能依據勞工之能力和特性來分派工作職位，又未給予必要之訓練以及支援，則勞工之表現不佳和效率低落，實屬正常。

此種現象，應屬於企業人力資源管理上之不當，自無因此解僱或懲戒勞工之道理，企業應由相關單位進行了解，檢視有無人力錯誤配置或教育訓練不足之現象存在，若該勞工之人格特質和客觀條件卻不符合當前職位所需，則應將其改調至適當之職缺，並給予必要之訓練和協助，不應逕予解僱。

(2) 進入輔導計畫，給予改善期間

此外，若勞工之工作績效無法提升至雇主之要求，雇主亦不應直接思索如何淘汰該員勞工，而應給予改善之協助和期間，本文之訪談整理亦顯示，受訪企業皆會使未達標準勞工進入輔導計畫，給與改善表現之必要協助，並且另給與 3~6 個月不等之改善期間，以人力資源之措施協助勞工提升其技能和表現，如此應可促進勞工之作效率以及表現。

再者，採行輔導計畫，給予勞工改善空間之必要性，亦可見於現行法院普遍採納之「解僱之最後手段性」概念，基於雇主終止勞動契

約，將使勞工之生計因而蒙受重大之不利益，因此應認為雇主仍須於其使用勞動基準法所賦予保護勞工之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約，最高法院 96 台上 2630 號判決⁵⁰ 可資參照。因此，若雇主對於績效不佳之勞工，未先採取協助或調職等措施，亦未給予改善之資源和期間，而逕予解僱，依法院見解將違反「解僱之最後手段性」，而為違法解僱。

陸、績效評估制度對母性保護制度之影響

母性保護制度之保障意旨，是在建構一個完善、健康、公平的環境，確保女性勞工能完成次世代勞動力再生產的天賦⁵¹，並能安心且不必擔憂遭受歧視或難以重返職場之不利益對待。其制度起源，應來自於平等權「等者等之，不等者不等之」之原則，在男女共通之事項，自應秉持原則一律平等處理（例如同工同酬、僱用機會平等以及升遷機會平等），但是在於男女不共通之事項，則應針對婦女之性別特質和實際需求，給予不同之待遇，必要時得為異於男性之處理，如此方能發揮平等之積極意義⁵²。

女性勞工基於生理上之特性，其保障可區分為「母性機能的保護」，即關於對懷孕、生產、哺育等母性機能的保護；以及對「一般女性機能的保護」⁵³，即著重於對女性一般先天體能等因素而加以保護，例如延長工時的限制、夜間工作的限制及禁止女性從事危險有害性工作的保護，而關於「母性機能保護」的部分，即為所謂之母性保

⁵⁰ 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日期：2010/06/01。

⁵¹ 劉梅君著，兩性工作平等法與母性保護之關聯，頁 37，律師雜誌，11 月號，第 242 期，1999。

⁵² 郭玲惠著，兩性工作平等—法理與判決之研究，頁 9，五南出版社，2005。

⁵³ 郭玲惠著，兩性工作平等—法理與判決之研究，頁 10，五南出版社，2005。

護⁵⁴。

又因為母性之職能，屬於所謂「與生俱來，無法改變」之特性⁵⁵，因此，若以「懷孕」與否作為不合理差別待遇之理由，應屬於對母性之歧視，而構成懷孕歧視，和以「性別」作為差別待遇理由之性別歧視者，並不相同，應予區分⁵⁶。

準此，企業績效評估之運用，是否會故意或無意中對母性保護制度造成衝擊，即為值得關注的爭議，本文以訪談出現的案例，做為分析之核心。

一、績效評估制度可能構成母性保護之歧視

(一)績效評估之運用，對母性制度的衝擊

1. 訪談案例事實

「在本公司，孕婦的話，考績的確會較他人來的差，但不是因為她懷孕或請假而把他打比較低，而是因為他的工作有幾個月是他人額外幫忙分攤的，所以基於公平起見，應該把幫她忙的人打高一點，至於孕婦因為沒被加到分，相較來說就是考績差，不過原因不是懷孕請假缺勤被扣分，而是其他人幫忙分攤被加分。」

訪談紀錄－電子業 B

⁵⁴ 周玟琪著，從勞工階級動員觀點看母性保護立法－台灣與瑞典之比較，頁 134，勞資關係論叢第四期，1996。

⁵⁵ 鄭津津著，就業上年齡歧視之探討，頁 36，98 年我國禁止就業上年齡、性傾向及出生地歧視制度之探討學術研討會，行政院勞工委員會，2009。

⁵⁶ 林更盛著，性別歧視與母性歧視之禁止，勞動法案例研究(一)，頁 129，中原財經法學叢書，2002。

在訪談中，發現有企業對於孕婦之考績給與，並未因為其是孕婦身分而扣減績效，亦未因此影響到其全勤等事項，但是因為同部門中之其他員工在該員工懷孕之前期和後期產假期間皆分攤了其一定之工作量，因此在年終之考核時，獲得了增加績效的獎勵，因此結果上來說，該孕婦之年度考核雖未被扣分，但因為除了他以外之勞工皆獲得加分，所以懷孕勞工依然是該部門績效之最後一名。

2. 案例於性別工作平等法第 21 條所涉之爭議

訪談案例之問題點在於，企業之措施雖未必出自於母姓歧視而有其理由，但是卻有心或者無意間的，使得孕婦之考績落入該部門之最後一名。

企業之作法在單純法律文字之解釋下，並未違法，但結果上卻出現法律所欲避免發生之結果，似乎有違性別工作平等法促進母性保護之立法意旨之疑慮，則企業之措施是否合宜，有無間接衝擊法規範，不無疑問。應進入有無直接、間接歧視的檢驗過程，進行深入分析。

(二) 案例檢討分析—企業績效評估作法是否構成歧視？

所謂之禁止歧視，並非指對於所有人皆不可以給予差別待遇，而是要檢視給與差別待遇之原因，如差別待遇之行爲源自於他人「與生俱來，無法改變」之特質，例如性別、種族，則屬於法所禁止之歧視；相對的，若差別待遇之給予有合理之原因，則並不會構成禁止歧視之違反。性別工作平等法第 7 條但書、第 10 條但書規定意旨，可資參照，若差別待遇之原因具有正當事由，則不屬於歧視。

訪談中，企業不扣孕婦績效，但是給予分攤工作勞工績效加分，使得孕婦最終考績仍為最後一名，和扣其考績之結果無異之行爲，是否屬於一種性別歧視，亦應以前述之標準來檢驗之。

1. 檢驗有無差別待遇歧視（直接歧視）

(1) 企業不扣孕婦績效，持平其考績之作法

就此措施而言，倘若孕婦該段期間內因為生理之變化或必要性之請假，而影響到其工作表現水準，此時在考績上正常來說應該會出現扣減之現象，方屬公平，否則一般勞工表現不佳被扣考績，孕婦則持平，明顯出現了差別待遇，獨厚孕婦族群。

但在母姓保護之概念下，孕婦之工作表現出現起伏不但是可以預見，亦是理應被容忍的，因為生兒育女屬國家大事，短期內之不方便不應以責怪孕婦、扣其考績之方式轉嫁至單一勞工身上，因此本文認為，此處企業持平孕婦考績之作法，屬於母姓保護措施之呈現，其差別待遇有其正當事由，而非起因於勞工「與生俱來，無法改變」之特質，因此不構成歧視。

(2) 企業給幫忙分攤工作之勞工加分之作法

企業給予分攤孕婦工作之勞工績效上之加分，其是基於工作量之增加，為慰勉多勞之勞工之獎勵，其並非基於勞工「與生俱來，無法改變」之因素，而且具有企業內部管理公平性作為其正當的事由，因此本文認為，亦不屬於歧視。

就直接歧視而言，必須直接的因為對方某種「與生俱來，無法改變」的因素，給予不合理的措施和待遇方成立。本案就此標準來說，不扣孕婦考績，雖屬優惠性待遇，但有母性保護作為其合法理由；給予幫忙分攤之勞工績效加分，亦為公司治理公平性的合理手段，因此本案應無直接歧視之情事。

2. 檢驗有無差別影響歧視（間接歧視）

此類的歧視，雇主是以其他形式上公正之標準作為區分依據，營造形式上公平公正的假象；但實際上，因為該標準而遭受不利對待之對象中，可能以特定性別或族群為多數⁵⁷。因此，除非雇主能證明該差別待遇和其業務有必要關聯性，而且屬於最後之手段，否則構成歧視⁵⁸。

(1) 形式上之標準造成差別待遇

本案中，造成差別待遇者為公司之績效評估制度，其區分標準為多勞者可加分，因此替孕婦分攤工作者因為工作量增加，因此績效被增加。

(2) 遭受差別待遇對象集中特定族群

但是，因為此規定而產生出的績效加分差別待遇，而導致整體排名遭受影響的，卻以特定的孕婦族群為主要對象，其他勞工並不會因此遭受不利益的待遇。

(3) 該措施之業務關聯和最後手段性

該措施因為會造成特定族群陷入不利益之處境，因此除非和其業務有必要關聯並且屬於退無可退之最後手段，否則會構成間接歧視。

本案中，績效評估制度和業務表現具有直接的關聯性，其做法和職場工作公平性也有連結，本文認為尚具有必要關聯。

⁵⁷ 林更盛著，性別歧視與母性歧視之禁止，勞動法案例研究(一)，頁 124，中原財經法學叢書，2002。

⁵⁸ 焦興鎧主編，歐美兩性工作平等制度之比較研究，頁 98，中央研究院歐美研究所，1996。

但是其手段應不是無其他替代方案可用的最後手段，對於多勞者的嘉賞，尚可用獎金、獎品、分紅等其他可達到鼓勵目的，但不會影響到孕婦族群的替代手段，何以偏偏採用績效加分這種會間接惡化孕婦族群地位的措施，運用績效評估的措施，應尚非公司可運用的最後手段，應欠缺最後手段性。

本文認為，本案中公司運用績效評估制度做為差別待遇之區分標準，於形式上公正，但實質上卻僅單獨會造成孕婦族群之地位惡化，公司雖謂其目的在於職場公平性以及多勞者加分，但是欲達此目的地尚有許多替代措施可資運用，公司捨影響較小之措施不用而採取對孕婦族群不利之手段，其措置顯欠缺最後手段性，應成立間接歧視。

3. 檢驗有無混合動機歧視（間接歧視）

混合動機歧視，即雇主之措施兼具合法以及非法之動機，可能有已合法事由掩飾非法目的之可能。學者表示，對於母性保護的影響中，直接的威脅已透過相關法律之禁止規定，應可獲得一定之改善，但間接的威脅部份，例如不言明因懷孕為由解僱，而改以績效考核不佳解僱之懷孕解僱類型，此種同時具有不法和合法意圖之混合動機案件，其雇主之可非難處往往難以聚焦，勞工在舉證責任上也居於劣勢，形成保障上之灰色地帶⁵⁹。

(1) 有無合法之事由

本文中，形成差別待遇之理由，在於績效評估制度之設計，對於多勞者就應給予較高考績，此標準有利於維持職場公平性，應屬於合法事由。

⁵⁹ 焦興鎧著，我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析，頁 30，臺大法學論叢第三十一卷第二期，2002。

(2) 有無非法之動機

就此類型歧視之認定而言，關鍵應在於雇主之動機應如何證明。本文認為，此公司雖給分攤孕婦工作者加分，造成實質上孕婦考績落後之現象，但是對於孕婦其並未因為勞務給付較差而給予扣分，而是持平其績效，就此措施觀察，雇主應無惡意想對孕婦不利之不法意圖。

若雇主具有藉此逼孕婦離職或降等之不法意圖，則其基於績效評估之理念，除了替分攤者加分之外，尚會對表現降低的孕婦予以績效扣分，以達其目的。

因此，衡酌上列事實，本文認為，雇主於此應無對孕婦逼退或降等之不法之意圖。

承上所述，本案雖具有合法之事由給予孕婦差別待遇，實際上亦形成該族群之不利對待，但是其後並無不法之動機存在，因此不構成混合動機歧視。

4. 結論—構成差別影響歧視（間接歧視）

綜合以上論述，本文認為本文中，公司對於孕婦和為其分攤工作之勞工之對待出現了差別待遇，其區分標準為合法之績效評估制度，但實際上卻僅對懷孕勞工族群造成不利益之結果，符合差別影響歧視之定義，公司對孕婦考績持平，給分攤工作勞工考績加分之措施，應屬於一種間接歧視。

(三)如何兼顧企業經營公平性以及孕婦地位保障

企業持平孕婦考績，但給分攤工作者加考績之行爲，使孕婦仍落入部門績效最後一名，和被扣考績無異，於前所述應屬於間接歧視行爲，但是從目前企業之績效評估運作以及職場公平性維持來說，實屬難以避免之事，因此，要如何來進行調整或變更，才能使企業在確實

考核勞工貢獻，維持工作場所公平和秩序時，不會構成直接或間接之歧視，為最重要之課題。

本文認為，釜底抽薪之作法為將孕婦族群獨立於一般勞工之外，另行進行績效評估或者根本停止績效評估考績，至於獎勵性措施可考慮按比例或定額發放。此外，因應績效評估制度對孕婦造成之解僱順位衝擊，本文認為應於勞基法第 13 條但書之合法解僱事由中，增列解僱順位之規範，將孕婦明列為解僱之較後順序，使之不會被列入最優先解僱之順位；亦應將解僱保護期間延長，從產前一定期間到復職之後一定期間，以確保女性勞工能安心完成生育以及之後的哺育工作，如此方能真正落實母性保護制度之保障意旨。

二、績效評估之衝擊凸顯了孕婦獨立考績之必要性

績效評估制度對於母性保護之衝擊，其實關鍵原因在於，績效評估制度是「以勞務給付為主要評估對象」的一種制度，但是孕婦族群於該段期間內，其「並非以勞務給付為主要目的，而是生育」，所以嚴格來說，孕婦族群是一個根本不應該被進行考核的族群。

若是企業未加思量的一視同仁，一起進行同一標準的績效評估考核，則這種考核看似具備形式上之公平，但實質上未考量先天個別差異性的做法，完全欠缺實質上之平等。

因此本文認為，懷孕勞工屬於一特定族群，其勞務給付之水準和方式，因為其生理上之特性在運作而有別於一般勞工，因此若要運用績效評估工具求得一個客觀公平的績效考核結果，供企業做為升遷、獎金發放甚至人力調整的參考依據時，若未根據勞工族群之特性調整其考核指標和方式，實難做出一個客觀、準確的評估；僅以一套標準適用所有類型之勞工，誠難以期待其結果具有準確度和參考性。

欲避免上述之偏差和疑慮，釜底抽薪的方式就是針對孕婦之特

質，根本的將其獨立於一般勞工之外，再進行考核⁶⁰，而獨立考核之期間、如何考核、相關獎金給付如何發放，將於下文一一論述。

(一)獨立考核期間包含產前、生產期、產後復職後一定期間

獨立考核之原因，是因為特定期間內，孕婦和一般勞工所能承受的工作強度不同，給付勞務之類型因為體力問題可能也會調整至較為輕鬆之工作，所以和一般勞工一起考核不但不公平，而且會影響績效評估結果的正確性，對需要績效制度作為經營參考之資方以及接受考核的勞方，都不合理。

也因為如此，如果要將孕婦獨立於一般勞工給予考績，其獨立考核之時間應至何時起算、何時終止？本文認為，從勞工發現有懷孕之情事時起，至員工產後並完成必要之恢復、哺乳時為止，此段期間內因為生育天賦之行使，女性勞工無法全力提供正常的勞務給付，因此不該和一般勞工等同標準考核之，否則必然淪為績效落後之一群，顯有欠公平。

(二)孕婦獨立後績效要如何考核？獎勵性措施如何發放？

而獨立進行績效評估之後，隨之而來的即為該特定族群之間應如何進行績效考核。究竟應另行準備一套制度，在孕婦之間再進行評估排序，還是根本暫停績效考核，獎勵措施亦暫停發放呢？分述如下：

1. 參酌過往平均績效表現，給予持平績效，獎勵性措施依比例或定額發放

- (1) 參酌以往平均績效做為懷孕期間之考績，不進行排序

⁶⁰ 李玉春著，懷孕歧視法院判決之解析，頁 6，性別工作平等法制學術研討會，行政院勞工委員會，2009。

「理論上是應該要做出不同處理，但是難免會有人眼紅說話。你提到的孕婦考績，可以考量從其前幾年的考績平均來看，如該勞工確實懷孕當年考績下降，應當可以直接給予其前幾年的考績水準，因為既然該勞工前幾年平均表現均佳，只有懷孕當年下降，可知是因為懷孕導致，則自然可以考慮以以往平均績效來考核，這樣也能使勞工安心生產，也能留的住好人才。」

訪談紀錄—銀行業 F

訪談中，銀行業 F 之主管表示，若是該名員工以往表現皆良好，則可合理預期若無懷孕、請母姓保護假之情事，其當年績效應亦可合理維持同一水準，則此時可參酌其以往之平均績效水準，直接給予懷孕勞工和往年平均同等的考績。至於是否仍要針對孕婦給予排序，基於上段之同一理由，仍不應對已經獨立出去的孕婦族群再進行排序。

本文認為此方案亦屬合宜，不但可以維護孕婦之一定權益，同時對於女性勞工亦有長期激勵之效果，勞工可能更努力維持工作表現，因為當自己懷孕時，其前幾年之平均績效即懷孕當年之績效。

(2) 獎勵性措施之發放

獎勵性措施部分，若是維持前幾年之水準發放，如企業願意採此方式發放，實屬勞工之福祉；而若不願意，尚屬合理，由於實際上勞工並無勞務給付和績效表現，容易遭受欠缺公平性之非議，於企業之負擔亦嫌過重。

本文認為，應可考慮按其以往之平均水準扣減一定比例之後發放，或者由勞資雙方約定，固定發放定額之給付，較能兼顧勞工福利以及符合企業內之公平性。

2. 扣除因懷孕影響期間（產前一定期間和產假期間），彈性計算期間前後共一年之績效

本文則認為，應採用獨立且彈性的績效評估制度，也就是將孕婦獨立於一般勞工之績效評估制度之外，另行進行績效評估，而計算考核年度之方式採用彈性計算方式，將因為懷孕影響之期間（產前一定期間加上產假期間）扣除，往影響期間前和後之月分彈性計算，累計滿 12 個月以後，以該 12 個月之績效考核作為孕婦該年的績效成績，相關給付以及獎金亦按照該績效之水準發放。

(1) 「懷孕影響期間」中，「產前一定時間」之起算點

至於「懷孕影響期間」之起、終點設定，將有難以確定的問題。以起點之時點來說，什麼時候開始叫做「產前一定時間」，並無明確之定義，惟反思本制度之原始目的，在於許多孕婦於請產假前，因生理之原因會開始出現不適，是故此段期間應給孕婦一定之保護，所以產前一定期間之設定，宜於孕婦開始因懷孕因素導致不適時起算。

但開始不適之時點和強度因人而異，因此應以何時點開始計算之爭議，本文認為亦應尊重個人之差異性，不宜硬性規範，原則上應由孕婦備具醫生之懷孕證明，向雇主張懷孕不適情事後，即開始起算「產前一定期間」；例外時，若孕婦並未現不適或尚屬輕微，則至遲於勞基法產假開始時起算。

(2) 「懷孕影響期間」之終點設定

至於「懷孕影響期間」之終點，本文認為宜設定於勞基法規定之產假結束時，作為終點，蓋生產完畢返回工作職場後，因懷孕導致之生理上不適，應已不致影響正常工作，因此以該時點作為恢復一般性績效評估之作法，應屬合宜。

(3) 此方法可兼顧職場公平性和母性保護

此方法對勞資雙方皆有好處，就資方而言，可以解決孕婦考績潛在的歧視難題，亦提供資方一個較具有公平性基礎的孕婦績效制度，以及發放獎金的標準，同時也有保留優秀勞工的效果；對勞工也較有保障，不會因為行使母性天職而遭受不利益的待遇，且把獎金、績效和產假前後期間連結，亦可鼓勵勞工於產前產後皆努力工作，以彌補產假期間可能損失的績效以及獎金。

因此本文認為，兩種方案中，應以本方案最能兼顧企業以及勞工的權利和利益，應優先考慮採用。

柒、結論與建議

從勞工之角度出發，當我們試著將績效評估制度和上述之可能相關事項連結之後，我們確實發現許多勞動權益和制度保障之意旨有可能會被影響，端視各企業將績效評估制度和甚麼部分進行連結，以及其運用狀態。

然從企業角度觀察，企業管理之重點之一，在於如何確實評價支付之薪資和勞工勞務表現之對價關係是否平衡，若對價關係無法獲得準確之衡量，則薪資、企業職位身分給予、福利獎勵...等等重要事項恐失所依憑，進而出現勞資雙方給付對價關係的失衡，導致好人才因未被組織充分鼓勵而流失，不良人力也因未能被呈現並協助改善，不但企業效能降低，勞工本身亦失去進步的機會。

職是之故，績效評估制度於資本主義社會中，即便潛在有衝擊勞動權益之可能，但一來其運用對於企業之運行和存續，實有十分重大之必要性，再出現得替代之工具之前，恐難以因為有隱藏之風險存在，就要求企業因噎廢食不予使用；再者，相關之爭議，有可能進涉及企

業內制度之不公平或不合理，但未達違反現行法之程度，因此尚無法禁止或強制企業改善其績效評估制度；最後，我國勞工就勞資爭議向有不傾向採法院救濟途徑之特性，因此企業之績效制度爭議，除非達違法之程度，並且提訴至法院，否則法院亦難以發揮導正之功能。

準此，本文認為，既然法令之保障和法院之救濟不夠全面和直接，而企業仍有使用績效評估制度之必要，則為求勞資和諧雙贏，可行的對策為針對已知的績效制度缺失和潛在衝擊，運用必要之補強制度來輔助，使績效評估制度在發揮其效能時，潛在的衝擊和危險能同時被緩解和消弭。

至於如何妥適的運用績效評估制度，並降低其潛在之反作用力？在現行法之架構下，可資參酌的途徑有二，一為採行勞工參與之制度來調合，依據勞基法第 83 條之勞資會議規範，透過勞資會議之對談，釐清績效規則中，勞資易生爭議之工作事項和認定標準，此外再輔以完善之申訴和複查制度，作為事後救濟之補強；另一為透過團體協商之方式，依據今年甫通過但尚未施行之團體協約法第 12 條第 6 款規定，以勞資協商的方式，針對績效評估制度之運作內涵和方式與以談判並釐清，避免單方之專斷和模糊地帶，相信亦可弭平爭議，促進勞資雙方的和諧共存。

最後，若事前之協商和對談，以及事後之救濟申訴皆無法發聲工能時，針對有涉及違法之部分，再藉由法院實務判決之方式救濟，作為勞工最後之保障底線，

於勞資對談時，就績效評估制度部份，應明確界定勞動法介入和企業經營自由的界線，若涉及工作效率和績效水準之提升，其實應屬於企業人力資源管理之範疇，例如工作績效，應由人力資源管理之措施處理之，而不宜由勞動法令強行介入；而若屬於勞動契約的給付義務內容，則為勞動法運用之領域，勞工若不為完足之給付，雇主即有依勞基法予以解僱、懲戒之權；如為難以區分性質或易生紛爭之事項，

例如績效獎金發放規則、孕婦獨立考績……等等，則交由協商和對談釐清，使制度能除了能符合企業之業務特性以及其所欲追求之業務需要之外，亦可兼顧勞工之工作需求，最重要的是，還可降低勞資雙方紛爭產生之可能性，開創和諧之長期勞資關係。

上述建議，即為本文就績效評估制度對勞動權益之衝擊提出之對策，希望其對於受影響之勞動權益，能有扶正、強化之功效。實則於現代資本主義社會下，勞資雙方實屬「合則兩利，分則皆敗」的共同体，因此在作決策之際，皆不能只從單方面關注自己的利益和好處，勢必得檢視其措施是否會對他方造成不利益之影響。以績效評估制度之運用來說，企業在強化其效率、追求最高利潤時，其不能建基在損及勞工權益的做法上，否則戕害勞動權益、降低勞工工作意願的反效果，最終終將反映在企業的經營狀態上。

勞資雙方應在平等互惠的基礎上，針對企業之措施以及勞務給付的方式，追求資方和勞方利益的最適平衡點，以創造可長可久、勞資互惠雙贏的職場勞資關係。

參考文獻

一、中文部分

- Michael Burawoy 著，林宗弘等譯，製造甘願（Manufacturing Consent），群學出版社，2009 年。
- 王惠玲著，工作時間概念之探討，萬國法律第 98 期，1998。
- 李玉春著，懷孕歧視法院判決之解析，性別工作平等法制學術研討會，行政院勞工委員會，2009。
- 周玟琪著，從勞工階級動員觀點看母姓保護立法－台灣與瑞典之比較，勞資關係論叢第四期，1996。
- 周瑛琪著，人力資源管理，全華圖書出版，2006 年二版。
- 林更盛等合著：勞動法裁判選輯(一)，元照出版社，1998。
- 林更盛著，勞動法案例研究(一)，中原財經法學叢書，2002。
- 林更盛著，勞動法案例研究(二)，五南出版社，2009 年。
- 法院審理勞資爭議訴訟案件之分析，行政院勞工委員會編印，2007。
- 爭議問題學術研討會，行政院勞工委員會，2008。
- 侯岳宏著，日本工作時間與待命時間之認定的發展與啓示，台北大學法學論叢，第 75 期，2010 年 9 月。
- 侯岳宏著，勞動基準法第八十四條之一之探討，勞動基準法實務
- 郭玲惠著，兩性工作平等—法理與判決之研究，五南出版社，2005。
- 焦興鎧主編，歐美兩性工作平等制度之比較研究，中央研究院歐美研究所，1996。
- 焦興鎧著，我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析，臺大法學論叢第三十一卷第二期，2002。
- 黃程貫著，勞動法，國立空中大學出版，1997。
- 黃程貫著，勞動法案法院裁判之研究分析，勞工委員會委託研究

報告，2001。

黃越欽著，勞動法新論，翰廬出版社，2006年三版。

劉志鵬著，勞動法理論與判決研究，元照出版社，2000。

劉志鵬著，勞動法解讀，元照出版社，2000。

劉梅君著，兩性工作平等法與母姓保護之關聯，律師雜誌，11月號，第242期，1999。

鄭津津著，就業上年齡歧視之探討，98年我國禁止就業上年齡、性傾向及出生地歧視制度之探討學術研討會，行政院勞工委員會，2009。

鄭津津著，職場與法律，新學林出版社，2007。

二、英文部分

Frank Burchill, Labour Relations, Macmillan Business, 1997.

Jeffrey A. Mello, Strategic Human Resources Management, Thomson South-Western, 2006.

John Edward Davidson, The Temptation Of Performance Appraisal Abuse In Employment Litigation, p1613, Virginia Law Review, Vol. 81, No. 6 (Sep., 1995), pp. 1605-1629.

Sharon Narcisse and Mark Harcourt, Employee fairness perceptions of performance appraisal: a Saint Lucian case study, The international Journal of Human Resource Management, Vol. 19, NO. 6, June 2008.

Wendell French, Human resources Management, Houghton Mifflin Company, 1994.

William B. Werther, Jr., Keith Davis. Human Resources and Personnel management, McGraw-hill, 1989.

The Impact of Employee's Performance Evaluation on Employment Relations

*Bo-Shone Fu** & *Huei-Ling Wang***

Abstract

In modern society, most of the enterprises use performance evaluation system to evaluate employees' performance on their jobs. The results of evaluation also become a crucial indicator which may be connected with employees' wages, promotions, and discharges, which are also vital legal rights for labors.

Despite the Employee Performance Evaluation has been regarded as an effective tool to promote labor productivity, however, the abuse of this tool by enterprises in Taiwan may cause invasions to labor rights. To assess such possible impact, this research conducted a field research by interviewing several enterprises' labors and human resources managers in different industries to characterize their practical performance evaluation systems. Then the research tried to verify the legitimacy of those performance evaluations which enterprises take for granted as a harmless human resources measures. By focusing on issues of dismissal protections, wages, working hours, and prohibition of maternity discrimination, the research explored the limitation and the boundary of applying human resources measures in the labor law domain.

Keywords: Performance Evaluation, Labor Rights, Working Hours, Working Overtime, Wages, Layoff Protection, Maternity Protection, Discrimination

* Master of Industrial Relation, Institute for Labor Research, National Chengchi University, Taiwan, E-mail: boshonefu@gmail.com.

** Associate Professor, Institute for Labor Research, National Chengchi University, Taiwan.