最 高 行 政 法 院 判 決

108年度判字第385號

上　訴　人　何業芳
訴訟代理人　張譽尹　律師
被 上訴 人　勞動部
代　表　人　許銘春
訴訟代理人　張國璽　律師
參　加　人　臺灣證券交易所股份有限公司
代　表　人　臺灣銀行股份有限公司（代表人：許璋瑤）
訴訟代理人　郭哲華　律師

上列當事人間不當勞動行為爭議事件，上訴人對於中華民國107年1月18日臺北高等行政法院106年度訴字第375號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、被上訴人代表人由林美珠變更為許銘春；參加人代表人由兆豐國際商業銀行股份有限公司變更為臺灣銀行股份有限公司，分據新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

二、上訴人為參加人員工，於民國103年輪調至市場推廣部，上訴人以其至105年5月12日，參加人公告104年度績效等級並發放員工績效獎金入帳時，方獲悉其績效評核為第3級，上訴人亦在當日始可推知其考績雖為甲等，惟被排為後段，始知悉受到參加人不利益待遇。上訴人主張參加人自承年度考績與績效評核為兩種不同制度，兩者間未必有等同關係，與前者考績相關者乃「考績獎金」，與後者績效評核結果相關者則為「績效獎金」；再者，員工績效評核第2級或第3級所能領取之績效獎金金額不同，若績效評核應得到第2級，但因雇主不當勞動行為而僅得到第3級，此際，員工權益已受到損害，遂向被上訴人申請裁決。經被上訴人於106年1月6

日以105年勞裁字第25號不當勞動行為裁決決定書（下稱原裁決）之裁決結果為：「一、申請人（即上訴人）請求確認相對人（即參加人）指派申請人市場推廣部推廣組如附件所示之工作職務內容，構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為部分不受理。二、申請人其餘裁決申請駁回。」上訴人對於第2項部分之裁決決定（即申請人請求相對人核給申請人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，構成工會法第35條第1項第1款不當勞動行為）不服，向原審提起行政訴訟，聲明請求原裁決主文第2項撤銷；前項撤銷部分，被上訴人應作成「㈠參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，構成工會法第35條第1項第1款不當勞動行為。㈡參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，應予撤銷，另為適當之考評。」之裁決決定。原審依職權命參加人獨立參加訴訟，嗣原審以原判決駁回上訴人在原審之訴。上訴人不服，遂提起本件上訴。

三、上訴人起訴主張、被上訴人及參加人於原審之答辯均引用原判決之記載。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據結果，略以：㈠按勞資爭議處理法第46條第1項規定，係以「○號○區○○○○段文字，前段文字係規範「作成裁決決定時」之裁決委員出席與同意裁決決定之門檻，後段則係規範作成裁決決定前，應踐行由當事人以言詞陳述意見之程序，並無要求裁決決定前之當事人言詞陳述意見程序與裁決決定作成程序，均需由完全相同之委員出席及進行表決。又參立法理由，可知立法者並未將作成裁決決定之程序，與當事人言詞陳述意見之程序，認定必屬相同之程序。故若能就當事人言詞陳述之意見，以書面或是其他（如影音）方式，提供出席作成裁決決定之委員作為審理之資料，據以參與作成裁決決定，實質上應已落實裁決程序之程序保障。再者，裁決委員會為多數決之會議程序，參之原裁決決定書作成之裁決委員共計11名，已達規定

之出席門檻，且獲得全體出席委員一致贊同，縱然扣除上訴人爭執未出席詢問會議之蘇委員，亦已達作成裁決決定之出席與表決門檻，原裁決依法仍可成立生效。㈡上訴人104年度之考績排序及績效等級參加人何以核給甲等第3級，經被上訴人裁決委員會於原裁決程序通知證人即上訴人直屬主管王麗真於第4次調查會議到場，王麗真證述略以：「針對同仁的考績績效等考評，最主要分為3個主要部分：第1個是工作績效，第2個是工作職能，第3個是工作配合度與工作態度。」並提出其製作之「市場推廣部推廣組104年度績效面談申請人之紀錄總表」（下稱紀錄總表），其中關於「104年度承辦公文件數」部分，記載：「申請人計166件，較103年度81件為多，但同組同仁多數亦同，因為配合公司政策加強對外推廣業務，全部門同仁工作量均增加所致。本部重要業務之一為接待參訪團體，但實際簽辦公文需求不多，何員辦理本項業務公文件數占68%，惟多數是參訪套公文」；其次，關於「本部各項業務多需其他同仁相互協助始能完成」部分，記載：「申請人主要業務1.接待國內學術團體參訪2.社區大學講座3.網路闖關遊戲有獎徵答活動，除有委外事項外，均需組內其他同仁或跨部門之合作」；再關於「申請人在職能及工作配合度上之紀錄」部分，記載：「例1.主辦網路闖關遊戲卻請假。例2.對幹部交辦工作並非全力配合。例3.市場推廣部主辦公司活動未能積極參與。例4.主辦申訪系統卻與承辦廠商在溝通協調上多所齟齬。最後由同仁及幹部協助完成。例5.104年績效面談情形。例6.申請人在組內對協助同仁業務之推廣並不積極，但除網路學習英語外，參與教育訓練時數122小時，超過公司所訂最低門檻之30小時」。而上訴人代理人張譽尹律師於該日之調查會議中稱：「證人在手札記錄組員平日特殊表現的時候，除了表現比較不好的情況外，應該也有表現比較好的情況，而且相證10第1頁的紀錄總表，以評價而言，似乎為負面評價，但是看附件例如附件5，與廠商的溝通聯繫，應該是作成正面評價才對」等

語。經查，上開紀錄總表係由證人王麗真組長與陳副組長彙整製作，該等附件對於上訴人之工作負面評價部分，除附件5是否能援引為對上訴人負面評價之資料兩造有爭執外，其餘尚屬具體有據。又依參加人考績作業相關規定，員工績效目標達成情形占考績分數之50%，至於職能及綜合考評項目合計50分部分，尚須考量團隊和諧、溝通協調及工作態度等，尚難僅以工作績效項目表現良好而推論最終考績成果。而依紀錄總表，上訴人104年度承辦公文件達166件，較103年度81件為多，但同組同仁多數亦同；其次，上訴人所隸屬組別，職務上需與組內其他同仁或跨部門之合作，故工作成果尚難單獨歸功於上訴人；又關於「申請人在職能及工作配合度上之紀錄」部分，對於上訴人表現不足部分亦有具體記載。綜合觀之，參加人所屬市場推廣部104年度可評核甲等以上人數為16人，上訴人考績排序為第15，而參照參加人績效評核表，列為第2級者為7人，列為第3級者為11人，上訴人於第3級中排序第9，自此以觀，上訴人若欲改列為第2級，則同屬第3級而排序在上訴人前面的8人，勢必將順延往後排序，是若無相當理由支持上訴人於績效目標表現外，職能及綜合考評也有良好表現，似難認上訴人主張應改列為第2級之請求有理由。據此，被上訴人因認參加人所稱，經管理部通知市場推廣部104年度可評核甲等以上人數為16人，經理核予上訴人考績在部內排序第15，為其所屬組（推廣組）第5，排序在其前者計有副理1人、國際組5人、傳媒組4人、推廣組4人，已屬公允等語，尚屬可採。㈡參加人自80年工會設立至今，參加人自副理級以下員工均屬工會會員，上訴人所屬之同組員工亦均為會員，參加人對員工之考評係遵循公司考績相關作業規定，不論是否工會會員或幹部，一體適用。從歷來曾擔任工會幹部者觀之，考績分別列優等至乙等均有，而目前公司組長級至副總級人員亦有多人曾擔任工會幹部，甚至從優給予工會理事長考績不列入部門比例計算。又參加人之年度績效評核作業訂有明確規範，以考績之考評為

例，全體員工均一體適用「年度考績辦法」規定，其中年度考績評核係按「1.績效計畫評核、2.職能評核、3.綜合評量，含同仁互評、出勤、獎懲及工作配合度。」等項目分別評定之。至考績評核方式，係由同組排序後，再由部門經理跨組排序、綜合評比。此外，各部室考列各等人數比例設有規定，考績優等10%，甲等60%、乙等（含以下）為30%。尚無證據顯示參加人對於工會幹部給予不利待遇，或將員工是否為工會會員或擔任工會幹部，作為考績或績效評核之考量。又上訴人於101-104年亦為工會幹部，其考績連續4年考列甲等，而參加人給予上訴人104年度甲等考績，亦係依部門經理綜合考量同仁KPI（即key performance indicators之縮寫，意指「關鍵績效指標」）之執行、自評及職能之自評、組長及副經理之排序建議，併綜合評量項目予以決定之結果。尚無證據顯示參加人因上訴人擔任工會幹部或參加工會活動，而對其為不利待遇或以之作為主管考評裁量因素。據此，原裁決認為本件並未構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為，核無違誤。㈣雙重動機理論係在探究雇主依勞動契約或工作規則之規定，對勞工所為之「懲戒處分」，是否會同時存在不當勞動行為及權利行使之雙重動機競合，亦即需是勞工涉有違反勞動契約或工作規則，而雇主依據上開法令或工作規則，對勞工施以懲戒性質之權利行使行為時，始有適用之餘地。查上訴人起訴事實所涉104年度甲等考績排序及績效等級第3級，係參加人對上訴人104年度工作表現而為考評，本件並無參加人對上訴人為懲戒處分之情形，故應無雙重動機理論之適用。依勞動部考察日本不當勞動行為救濟機制報告，核屬法律制度之研究意見，在法無規定之情形，尚無要求裁決委員會以為援引之法據。㈤參加人市場推廣部104年度可評核甲等以上人數為16人，經理核予上訴人考績在部內排序第15，為其所屬組（推廣組）第5，排序在其前者計有副理1人、國際組5人、傳媒組4人、推廣組4人，可見並非「推廣組」即無法獲得考績甲等以上。又與上訴人

同屬企業工會之理監事，亦有104年度考績乙等之情形（兩名），原裁決決定認為參加人所為之104年度考績，並無不利益待遇之針對性，亦無理由不備之情事。參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，並未構成工會法第35條第1項第1款不當勞動行為，上訴人申請予以撤銷，原裁決主文第2項予以駁回，並無違誤，上訴人訴請如其聲明所示為無理由等語，駁回上訴人在原審之訴。

五、上訴意旨略謂：㈠不當勞動裁決制度採言詞陳述、直接審理原則。被上訴人亦明示不當勞動裁決制度為準司法程序，即應類推適用民事訴訟法及行政訴訟法，受直接審理原則之拘束。勞資爭議處理法裁決決定前之當事人言詞陳述意見程序與裁決決定作成程序，若非由完全相同之委員出席及表決，言詞陳述所具備之雙向意見交流功能將被架空。所有的輔助或準備程序諸如調查計畫書、調查報告書、詢問會議記錄或影片，僅為裁決委員單向聽取資訊，均無法取代當場的雙向意見交流。原判決就上訴人於原審所提出裁決委員未出席詢問會議，僅能單向聽取資訊，無法取代當場的雙向意見交流乙節，並未說明何以保障裁決申請人之程序正當性，其法律見解顯有違誤。蘇衍維委員已列名於原裁決中，自應對於原裁決之程序合法性及實質合法性負責，然其卻未親自出席任何1次會議，從未見過上訴人、未曾聽取證人證詞、未曾參與調查程序，顯已違反直接審理原則及勞資爭議處理法第46條第2項、第47條第1項第6款規定。出席表決權數係不當勞動裁決委員會作成裁決決定時，組織是否合法的問題；直接言詞審理則是不當勞動裁決委員會審理案件時應遵守的程序原則。出席表決權數合法並不能治癒違反直接審理的違法。原判決將勞資爭議處理法第46條第1項前段（出席表決權數）與同條第2項（直接言詞審理）混為一談，顯有適用法規不當之違法。㈡依工會法第35條第1項、團體協約法第6條第1項、第2項可見，不當勞動行為及不當勞動裁決程序，並不限於「懲戒解僱」單一類型，尚有拒絕僱用、降調、減薪、

為一定之僱用條件（黃犬契約）、不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動、無正當理由拒絕協商、或其他不利之待遇。復依勞資爭議處理法第39條、第51條之規定，均為不當勞動裁決爭議處理機制所規範，其法律理論自應一體適用。雇主基於雇主權對勞工所為考績、調職、懲戒、解雇等行為，皆可能係基於企業經營之「正當動機」，也可能係基於勞工從事工會活動、擔任工會職務之「不當動機」，雙重動機理論應包括但不限於勞工有違反勞動契約或工作規則、雇主對勞工為懲戒處分之情形。在不當調職、不調薪資、不當資遣等不當勞動行為，亦有雙重動機理論之適用。再依本院106年度判字第223號判決，可見對於雇主對個別勞工不當考評之行為，肯認構成工會法第35條第1項之不當勞動行為，並在判斷雇主是否構成不當考評時，可以就雇主的外顯行為推論其主觀要件，採取較為寬鬆的認定標準。雖未明示採取雙重動機理論的適用，但就個案審查認事用法方式與結論而言，亦未排除雙重動機理論適用於考績爭議不當勞動裁決事件的可能性。詎原判決嚴格限縮雙重動機理論於「懲戒解僱」之案例，始有適用，顯有未恰。㈢原判決採取參加人之考績相關規定、證人王麗真之證詞及其製作之紀錄總表，認定參加人並無不當勞動行為云云。惟紀錄總表之製作違反參加人自訂且公告之績效考核作業程序規定，其內容從未於上訴人104年度被考核進行中告知上訴人，亦未依該作業程序予上訴人溝通意見之機會，應不能列為本件證據。紀錄總表確為王麗真組長於104年度中各項工作進行中，依據日常觀察上訴人之團隊精神及工作配合度所彙整，則王麗真組長理應依據參加人公司之規定，於104年與上訴人之年中及年度面談時，將紀錄總表之事項提出，與同仁充分溝通，並應將其於紀錄總表之事項，於104年度績效評核時，詳實填寫於上訴人104年績效評核表之主管評核意見欄位。參加人主管所稱就其日常觀察到紀錄總表之上訴人諸多缺乏團隊合作精神事例，僅私下記載保存，平常未予告知，104年7月之年中

面談亦未提及，至年末面談仍噤口不語。且製作已違反參加人自訂且公告之績效考核作業程序規定，並未確實落實其面談制度，屬於事後補述，不能作為參加人對上訴人104年度考績實際評核過程之舉證。又有關紀錄總表附件1「104年度推廣組同仁公文承辦量」部分，公文數統計之標準不明，該項統計表為參加人自行製作，統計基準不明。其中所列上訴人104年公文承辦件數為166，與上訴人自參加人公文系統查詢所得之210件並不相同。參加人於另案臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）100年度勞訴字第265號所提示之組長及副組長承辦公文數，大多為0件，本附件中之組長及副組長竟均承辦百件以上公文，甚至超過千件，顯然王麗真組長，係將其所有批示之公文均予計入，如按此標準，參加人主管層級越高，承辦公文數越多，考績必定最佳，恐與市場推廣部全體員工考績排序表並不相符。即使依據參加人所提示之公文數統計，同組其他3位同仁中有2人係較103年減少，其中1位甚至減少一半，與上訴人同期係增加1倍，並不相同。再查，依據上訴人查詢之實為210件公文承辦數，該3位同仁中亦有2人較上訴人為少，被上訴人顯然認知錯誤。且依參加人於原裁決程序所提原裁決卷相證11，指稱市場推廣部推廣組是有3人乙等，本附件卻說是2位乙等，亦有出入。原裁決同意參加人以市場推廣部推廣組同仁公文承辦量，判斷與考績之正向關聯性，則應進一步調查市場推廣部全員之考績等第排序表附註欄，要求參加人載明每人之公文承辦量，尤其是位列績效第2級的7位同仁，其公文承辦量是否都超過千件？並應說明其統計「公文」數時所採之標準及所納入之種類及範圍。但原裁決與原判決均未注意及此，顯然未盡充分調查之責。且該附件並指出上訴人辦理104年度參訪之公文均為套稿，惟上訴人於原裁決案即主張所被指派之國內學校接待工作為庶務行政工作，參加人卻辯稱其為重要工作，一向指派資深同仁辦理云云，顯然已自相矛盾。又參加人應舉證其他承辦公文件數超過上訴人之公文內涵均不是套稿，方可

全面比較。有關紀錄總表附件2「本部各項業務均需其他同仁合作始能完成」部分，以附件2之標準，等同參加人自承其所有員工均需仰賴其他同仁之合作，且附件2可協助舉證上訴人的工作效率較其前手更高。有關紀錄總表附件2第3點例1及附件3「主辦網路闖關活動日卻請假」部分，上訴人前一日即已加班完成所有安排，嗣後亦給予上訴人嘉獎，參加人卻以此即全盤否定上訴人之工作表現，顯然矛盾。有關紀錄總表附件2第3點例2及附件4「推遲製作網路闖關活動工作時程表」部分，該項工作係在活動已開始後，始由副組長交辦，並不具急迫性，且上訴人當時確有整日工作極為忙碌難得稍歇之事實，自難認為推遲工作。有關紀錄總表附件2第3點例3「推辭擔任證券市場博覽會工作人員及參與對外宣導機會」部分，乃王麗真組長不希望上訴人擔任博覽會工作人員，而指派上訴人擔任定點打卡標兵（已委託外部公司而無必要由參加人員工擔任之工作）。有關紀錄總表附件2第3點例4及附件5「與申訪系統廠商屢屢溝通出問題，需直屬長官善後溝通解決」部分，詳閱其內容，乃上訴人與承包商的正常意見溝通，竟被參加人曲解為溝通出問題。上訴人對於紀錄總表逐一爭執其證據能力及證明力，在原審也逐一爭執。詎原裁決認為上訴人僅爭執紀錄總表附件5，逕採參加人一面之詞，原判決並未交互詢問核實，逕予照抄，顯然違誤。

㈣原判決略謂參照參加人對其他工會理監事未有不利益待遇，亦可佐證並未對上訴人有不利益待遇云云。但兩者其實並無關聯，參加人亦未舉出其他工會理監事之工作情形與工會活動之程度。況縱使為工會參與程度高之工會理監事，其考績結果是否合理、是否有不利待遇，須視其實際工作表現與考績結果是否一致而定，並非能僅以考績等第為判斷。參加人並未提出各工會理監事之歷年工作表現、考績、工會活躍程度等，逐一說明，故僅就原審參證7號，無從舉證參加人是否對特定工會幹部無不利待遇。況上訴人已舉證另一位工會理事林景深曾與上訴人同時因考績乙等向臺北市勞動局申

請調解，卻於調解會議前夕被勸退，林景深於退出調解的次年即晉升副組長，益可證參加人藉由對於服從及不服從工會幹部之差別待遇，遂行其操控工會之目的。原判決對此未予說明，亦未依上訴人聲請調查證據，自有判決理由不備之違法等語，並聲明請求原判決廢棄；上開廢棄部分，撤銷原裁決主文第2項，並命被上訴人應作成「㈠參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為。㈡參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為應予撤銷，另為適當之考評。」之裁決決定，或發回原審更為審理。

六、本院經核原判決駁回上訴人在原審之訴之結論，尚無不合。茲論斷如下：

(一)工會法第35條第1項第1款規定：「雇主或代表雇主行使管理權之人，不得有下列行為：一、對於勞工組織工會、加入工會、參加工會活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。……」勞工因工會法第35條第1項規定所生爭議，得向中央主管機關申請裁決，中央主管機關於收到裁決申請後，召開裁決委員會並作成裁決決定，再按課予義務訴訟制度之設計，旨在對於人民依法向行政機關申請而未獲准之案件提供救濟之管道；所著重者，在於人民就其依法申請案件最終是否能獲准許，而達到權利保護之功能。是以，如勞工依工會法第35條第1項規定所為之裁決申請，經裁決委員會作成不利之裁決決定，勞工自得提起課予義務訴訟以資救濟。另依行政訴訟法第200條規定：「行政法院對於人民依第5條規定請求應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，應為下列方式之裁判：一、原告之訴不合法者，應以裁定駁回之。二、原告之訴無理由者，應以判決駁回之。三、原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分。四、原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成

決定。」按否准處分之課予義務訴訟類型乃人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後（本件依勞資爭議處理法第51條第4項規定乃無須經訴願程序），得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或特定內容行政處分之訴訟。其訴訟目的在於取得其依法申請之行政處分或特定內容之行政處分，而非在於撤銷否准處分，故其訴之聲明通常除請求判命被告機關應作成原告所申請內容之行政處分外，另附屬聲明請求將訴願決定及否准處分均撤銷，但不構成撤銷訴訟與課予義務訴訟之合併。當原告所提起之課予義務訴訟具備訴訟成立要件，行政法院即應先實體審理課予義務訴訟本案聲明有無理由，並以原告所主張之請求權基礎於裁判時是否有效存在為斷。倘課予義務訴訟無理由時，原告所主張之公法上請求權基礎既不存在，行政法院應依行政訴訟法第200條第2款規定，以判決駁回原告之訴，其附屬聲明請求撤銷訴願決定、否准處分，應一併予以駁回。是本件上訴人所請求係課予義務訴訟，應先實體審究課予義務訴訟本案聲明是否有理由，並以上訴人所主張之請求權基礎於裁判時是否有效存在為斷，如課予義務訴訟本案聲明無理由時，其附屬聲明請求撤銷原否准處分，自應一併予以駁回。

(二)又事實認定乃事實審法院之職權，苟其事實之認定符合證據法則，不違經驗法則及論理法則，縱其證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，亦不得謂為判決有違背法令之情形。經查，上訴人為參加人員工，於103年輪調至市場推廣部，上訴人以其至105年5月12日參加人公告104年績效等級並發放員工績效獎金入帳時，方獲悉其績效評核為第3級，上訴人亦在當日始可推知其考績雖為甲等，惟被排為後段，始知悉受到參加人不利益待遇。故向被上訴人申請裁決參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，構成工會法第35條第1項第1款不當勞動行為等，經被上訴人以原裁決就前開部分

之申請予以駁回，為原判決依法確定之事實。本件關於上訴人有無請求被上訴人作成㈠參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，構成工會法第35條第1項第1款不當勞動行為。㈡參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，應予撤銷，另為適當之考評，係上訴人依工會法第35條第1項規定所為之裁決申請，經裁決委員會作成不利之裁決決定，上訴人自得提起課予義務訴訟以資救濟。原審經調查證據結果暨斟酌全案辯論意旨，敘明上訴人104年度之考績排序及績效等級，參加人何以核給甲等第3級，經被上訴人裁決委員會於原裁決程序通知證人即上訴人直屬主管王麗真於調查會議到場，據該證人到場所為證述意旨表示針對同仁的考績績效等考評，最主要分為3個主要部分：第1個是工作績效，第2個是工作職能，第3個是工作配合度與工作態度等情；審酌由王麗真提出、製作之紀錄總表所載內容，及參酌卷內相關證據資料後，就前開紀錄總表所引附件，對於上訴人之工作負面評價部分，除附件5是否能援引為對上訴人負面評價之資料，上訴人與參加人有爭執外，其餘尚屬具體有據。復詳述依參加人考績作業相關規定，員工績效目標達成情形占考績分數之50%，縱如上訴人主張，其工作項目倍增，工作效率達3倍，甚獲好評等情，惟工作績效項目最多為50分，至於職能及綜合考評項目合計50分部分，則尚需考量團體和諧、溝通協調及工作態度等，故認尚難僅以工作績效項目表現良好而推論最終考績成果。並說明依前開紀錄總表所載內容綜合觀之，參加人所屬市場推廣部104年度可評核甲等以上人數為16人，上訴人考績排序為第15，而參照參加人績效評核表，列為第2級者為7人，列為第3級者為11人，而上訴人於第3級中排序為第9，以此觀之，上訴人若欲改列為第2級，則同屬第3級而排序在上訴人前面有8人，若無相當理由支持上訴人於績效目標表現外，職能及綜合考評也有良好表現，似難認上訴人主張應改列為第2級之請求有理由。復依參加人所稱，經

查管理部通知市場推廣部104年度可評核甲等以上人數為16人，經理核予上訴人考績在部內排序為第15，為其所屬組（推廣組）第5，排序在其前者有副理1人，國際組5人，傳媒組4人，推廣組4人，已屬公允等語。又說明參加人對員工考評係遵循公司考績相關作業規定，不論是否工會會員或幹部，一體適用，依歷來曾擔任工會幹部者觀之，考績分別列優等至乙等均有等情，而參加人之年度績效評核作業訂有明確規範，全體員工一體適用「年度考績辦法」規定，其中年度考績評核係按「1.績效計畫評核、2.職能評核、3.綜合評量，含同仁互評、出勤、獎懲及工作配合度。」等項目分別評定。至考績評核方式，係由同組排序後，再由部門經理跨組排序、綜合評比。此外各部室考列各等人數比例設有規定，考績優等10%、甲等60%、乙等（含以下）為30%。參加人之企業工會理監事同仁之104年度考績優等、甲等、乙等皆有，尚無證據顯示參加人對於工會幹部給予不利待遇，或將員工是否為工會會員或擔任工會幹部，作為考績或績效評核之考量。參加人給予上訴人104年度甲等考績，亦係部門經理綜合考量同仁KPI之執行、自評及職能之自評、組長及副經理之排序建議，併綜合評量項目予以決定之結果。且對於上訴人主張何以不足採之理由詳述並予指駁，難認有證據顯示參加人因上訴人擔任工會幹部或參加工會活動，而對其為不利待遇或以之作為主管考評裁量因素。據上，原判決肯認原裁決認為本件並未構成工會法第35條第1項第1款之不當勞動行為，乃屬有據，經核與卷證資料相符，亦與經驗法則及論理法則無悖，並無違誤。上訴意旨猶執詞指摘紀錄總表之證據能力及證明力暨原審未交互詢問核實，有判決違誤之情云云，無非重述其在原審業經提出而為原判決摒棄不採之主張，並執其個人歧異之法律見解，就原審所為論斷、證據取捨及事實認定職權之行使為指摘，委無可採。至上訴意旨以其承辦之公文數、參加人於另案臺北地院100年度勞訴字第265號所提示之組長及副組長承辦公文數等，據以指摘原裁

決、原判決未盡調查之責云云，惟上訴人承辦文公文數目，縱與紀錄總表所載略有差距情形，原判決就此已敘明依參加人考績作業相關規定，員工績效目標達成情形占考績分數之50%，惟職能及綜合考評項目合計50分部分，尚需考量團體和諧及工作態度等，故難以此推論最終考績成果，是綜合觀之，難認上訴人主張應改列為第2級請求有理由等情甚詳，業已說明上訴人主張不足採之理由；又上訴人執另案民事案件處理上訴人不同考績年度之組長及副組長承辦之公文數，據以爭執參加人核給上訴人有關本件104年度之考績，難認有何直接關聯，上訴意旨據此指摘原判決未盡調查義務云云，亦難認可採。

(三)再者，本件原審依相關事證，認並無證據顯示參加人因上訴人擔任工會幹部或參加工會活動，而對其為不利待遇或以之作為主管考評裁量因素，是上訴人此部分主張不足採，至上訴人所稱原裁決並未採雙重動機理論及舉證責任減輕理由，並非有據及原裁決並無違反大量觀察法等情，據原判決詳述其理由及認定依據，並無不合，核無上訴人所指有不適用雙重動機理論之違誤暨判決不備理由之情，上訴人據此指摘原判決違背法令，亦難認有據。另上訴人主張參加人未舉出其他工會理監事之歷年工作情形與工會活動之程度等逐一說明，無從舉證參加人是否對特定工會幹部無不利待遇；復舉另一工會理事林景深之個案情形，據以指摘參加人對藉由服從及不服從工會幹部之差別待遇，遂行操控公會之目的等情，惟參加人核給上訴人本件考績之標準及依據，業如前述。上訴人此部分主張，與參加人核給上訴人本件104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，是否構成工會法第35條第1項第1款不當勞動行為之認定，難認相涉，上訴意旨據此指摘原判決未予調查暨有判決不備理由之違法云云，亦不足採。據上，上訴人請求本件課予義務訴訟之聲明，原判決經審理結果，肯認參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，並未構成工會法第35條第1項第1

款不當勞動行為。上訴人訴請被上訴人應作成「㈠參加人核給申請人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，構成工會法第35條第1項第1款不當勞動行為。㈡參加人核給上訴人104年度之甲等考績排序及績效等級第3級之行為，應予撤銷，另為適當之考評。」之裁決決定，為無理由，故而駁回上訴人於原審之訴，經核於法並無不合。

(四)至上訴人據以指摘原裁決之裁決委員蘇衍維未參與詢問程序，卻參與原裁決之作成，則裁決委員會所踐行之程序不符正當法律程序之原則而有瑕疵部分，查依勞資爭議處理法第46條之立法理由載明「……二、第1項規定裁決決定之作成，裁決會應出席人數及同意人數門檻。另考量裁決決定影響勞資雙方權益甚鉅，明定裁決決定前，應由當事人以言詞陳述意見（此陳述意見程序另於第43條第3項授權子法規範，非屬民事訴訟或行政訴訟之聽證程序）。三、又裁決決定事涉專業性，為確保裁決決定之公信力，爰於第2項明定委員應親自出席，不得委任他人代理之規定。……」足認裁決委員會作成裁決決定前之言詞陳述為法定必要之程序；且委員應親自出席，不得委任他人代理。因此若未參加言詞陳述程序之委員，本不應參與作成裁決決定，如任由未參與言詞陳述程序之委員參與裁決決定之作成，將使言詞陳述程序、辯論程序流於形式、空洞化，明顯違反勞資爭議處理法第46條第2項規定裁決委員應親自出席之意旨，且有違法律正當程序。又裁決委員會關於程序之進行是否符合法律規定之正當性，應一體觀之而屬不可分，苟有委員未參加言詞陳述程序卻參與裁決決定之作成，所進行之程序即有違法律規定之正當性，縱將之扣除，仍符合勞資爭議處理法第46條第1項所定之「3分之2以上委員出席，經出席委員2分之1以上同意」之表決數，亦同。本件經原審認定原裁決係裁決委員會於106年1月6日由11位委員出席而作成，作成之前於同日下午2時至3時1分召開裁決前之詢問程序（即言詞陳述程序），其中裁決委員蘇衍維並未參與該詢問程序，惟卻參與原裁決之作成，則

裁決委員會所踐行之程序不符正當法律程序之原則而有瑕疵，原判決認為原裁決之裁決委員共11人，扣除未參與裁決前詢問程序之蘇衍維委員，已達勞資爭議處理法第46條第1項規定之出席門檻，且本件之裁決決定係獲得全體出席委員之一致贊同，是以縱然扣除上訴人爭執未出席詢問會議之蘇委員，亦已達作成裁決決定之出席與表決門檻，原裁決依法仍可成立生效，所持法律見解固有違誤。惟如前所述，上訴人於本件所提起之課予義務訴訟，基於課予義務訴訟之判斷基準時點，以事實審言詞辯論終結前之事實狀態及法律審裁判前之法律狀態為據，行政法院係針對「法院裁判時原告之請求權是否成立、行政機關有無行為義務」之爭議，作成法律上判斷。因而，行政法院應先實體審理課予義務訴訟本案聲明有無理由，並以上訴人所主張之請求權基礎於裁判時是否有效存在為斷。倘課予義務訴訟無理由時，上訴人所主張之公法上請求權基礎既不存在，行政法院應依行政訴訟法第200條第2款規定，以判決駁回上訴人於原審之訴，其附屬聲明應一併予以駁回，並不因前開違誤之法律見解而有影響。是如前所述，本件上訴人所請求之課予義務訴訟聲明，既無理由，其附屬聲明【請求撤銷原裁決主文第2項（即原否准處分）部分】，自應併予駁回。

(五)綜上所述，原判決駁回上訴人在原審之訴之理由，固未臻妥適，惟與判決之結論尚無影響。上訴意旨猶指摘原判決違法，請求廢棄，並無理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　31　　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　侯　東　昇

法官　蕭　惠　芳

法官　沈　應　南

法官　蘇　嫊　娟

法官　陳　秀　嫈

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　108　年　　8　　月　　1　　日

書記官　陳　映　羽