臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度勞上字第44號

上　訴　人　黃士豪
訴訟代理人　陳盈壽律師
複　代理人　廖珮羽律師
被　上訴人　台灣小米通訊有限公司
法定代理人　林斌
訴訟代理人　李明哲律師

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108年7月25日臺灣臺中地方法院108年度勞訴字第43號第一審判決提起上訴，本院於民國109年1月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於駁回上訴人後開二至四項部分之訴暨該部分訴訟費用之裁判廢棄。

確認兩造僱傭關係存在。

被上訴人應給付上訴人新臺幣肆拾貳萬柒仟陸佰捌拾柒元。

被上訴人應自民國一０九年二月一日起至上訴人復職之日止，按月於次月五日給付上訴人肆萬壹仟柒佰元，及各期分別自應給付日之次日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

第一審（除確定部分外）、第二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序事項：

一、本件上訴人主張兩造間之僱傭關係存在，但為被上訴人所否認，則兩造間就僱傭關係之存在即屬不明確，上訴人在私法上之地位難謂無受侵害之危險，而此項危險得以確認判決除去，是上訴人提起本件訴訟自有確認利益。

二、又上訴人所請求給付復職前之每月薪資部分，其中就本件於宣判前已屆期即107年12月份至109年1月份之薪資，上訴人同意按兩造在本院所協議如認上訴人此部分請求有理，則應扣除此段期間，上訴人另在他處工作以每月新臺幣（下同）8千元計之收入，及其已領被上訴人所發之資遣費74,113元

，該段期間之遲延利息，則協議為3萬元（本院卷425、427、428頁），核屬請求與事實之補充更正，應予准許。

乙、實體事項：

壹、上訴人主張：

一、伊自民國104年3月2日起受僱於被上訴人公司，自107年8月1日起擔任體驗顧問一職，受僱期間克盡職責，各項公司考核均名列前茅，詎被上訴人卻於107年10月31日指伊因未通過考核，預告將於同年11月30日依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款不能勝任工作為由資遣伊，並以電子郵件告知資遣費計算方式及給付日期，惟被上訴人除就考核項目並未提供完整教育訓練外，考核範圍甚包含非伊本職所需或非伊權限可操作之業務，評分亦無明確標準，且僅伊一人受考核，足認該考核顯有未當，被上訴人以伊不能勝任工作為由終止勞動契約無理，且被上訴人尚有其他職務可安置伊，卻捨此不為，有違解僱最後手段性原則；又被上訴人於107年12月公布，全體人員回溯自107年11月起，每月以伙食津貼名義加薪3,100元，被上訴人應補給伊107年11月應加發之3,100元，並自107年12月1日起至伊復職日止所給付伊每月薪資41,700元（即原工資38,600元＋加薪3,100元）。爰請求確認兩造僱傭關係存在，併依僱傭契約之法律關係，請求被上訴人給付3,100元，及自起訴狀繕本送達被上訴人翌日起至清償日止，按年息5%計算之遲延利息（此部分已經原審判決上訴人勝訴確定）；並請求自107年12月1日起至伊復職之日止，按月於次月5日給付41,700元，及自各期應給付日之次日起至清償日止，按年息5%計算之遲延利息。

二、又被上訴人雖稱係因伊自取收銀機內之公款支付飲料費用，為給予伊機會始進行考核等語，惟被上訴人已將伊施以記一大過之處分，已予懲戒，其再以考核未通過為由終止勞動契約，顯係重覆處罰；又被上訴人對員工之教育訓練有欠完備，僅賴同事間彼此之經驗傳授，本次考核內容非伊所知悉，其過程並偏向主觀，顯有刁難之意等語。

貳、被上訴人抗辯：

一、上訴人於107年8月6日從事收銀服務工作時，利用職務之便違法私取收銀機內之公款，供自己購買飲料之用，伊為給予上訴人自新機會，並未以業務侵占罪將上訴人移送法辦，並依公司工作規則將其解僱，而僅對其記一大過處分，另要求其限期進行工作改善並加以考核，已屬寬貸，記大過連同工作改善考核，其情如同留校察看或補考措施，為被上訴人所接受，非重覆處罰。然上訴人於107年9月21日進行之第1次考核並未達標，伊除將考核結果通知上訴人外，並告知其需加強改進之處，以及改善方式、重點，改善期間自107年9月22日起至同年10月6日進行第2次考核止，惟上訴人於改善期間仍未能達成店長交辦之主動協助夥伴任務，且就收銀障礙排除及服務流程亦有待加強，伊復告知上訴人將於107年10月23日第3次考核時進行收銀障礙排除及服務流程考核，惟上訴人仍未能達標，堪認上訴人確有不能勝任工作之情，是伊依勞基法第11條第5款規定終止與上訴人之勞動契約，於法並無不合。

二、又上訴人雖稱伊就考核項目並未提供相關教育訓練，且考核內容並非均為體驗顧問權限或權責範圍云云，然上訴人所接受之考核試題，均係出自過去店內實際發生之情況，且收銀障礙排除亦屬體驗顧問應熟悉之範疇，有證人姜○○、郭○○等人到庭證述可參，是伊對上訴人所為之考核內容並無不妥，足作為認定其不能勝任工作之依據等詞。

參、原審法院審理後，斟酌兩造之主張及攻擊防禦方法之結果，認上訴人依僱傭契約之法律關係，請求被上訴人給付3,100元，及自108年2月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息部分，為有理由，應予准許，並依職權宣告假執行；其餘請求則均無理由，予以駁回，而為上訴人一部勝訴、一部敗訴之判決（被上訴人就其上開敗訴部分未據上訴，已告確定）。上訴人就其敗訴部分不服，提起上訴，於本院上訴聲明為：（一）原判決不利於上訴人之部分廢棄。（二）上開廢棄

部分，確認兩造僱傭關係存在；被上訴人應自107年12月1日起至上訴人復職之日止，按月於次月5日給付上訴人41,700元，及自各期應給付日之次日起至清償日止，按年息5%計算之利息（107年12月至109年1月份於本件辯論終結前已屆期共14個月薪資，扣除此段期間內上訴人每月在他處工作，經兩造協議以8千元計之收入共112,000元，及被上訴人所發放之74,113元資遣費後，此部分遲延利息經兩造協議以3萬元計；109年2月份起之每月薪資，其應給付日為次月5日，遲延利息則分別自次月6日按月起算）。被上訴人答辯聲明為：上訴駁回。

肆、本院之判斷：

一、本件關於上訴人自104年3月2日起受僱於被上訴人公司，先後在臺北店及臺中店擔任體驗顧問及庫管工作，並自107年8月1日起在臺中店擔任體驗顧問一職；上訴人曾因於107年8月6日拿取收銀款45元支付飲料費用，遭被上訴人記一大過及要求其限期進行工作改善並考核之處分（原審卷134頁）；被上訴人分別於前述時間對上訴人進行3次考核，並於107年10月31日以上訴人不能勝任工作為由，依勞基法第11條第5款規定，預告終止勞動契約，嗣於同年11月30日資遣上訴人；被上訴人於終止與上訴人間之勞動契約時，發放74,113元之資遣費予上訴人，上訴人斯時之薪資應加入伙食津貼3,100元，合計為每月41,700元，其於107年12月1日至109年1月31日間，因在另處工作每月有8千元之收入等事實，為兩造所不爭執，堪認為真實。

二、上訴人否認伊有不能勝任工作之情，指被上訴人對伊所為考核乃對伊誤取收銀款行為之重覆處罰，考核程序並有不當，且背於解僱最後手段性原則，爰請求確認兩造僱傭關係存在，並按月給付伊薪資至復職之日止等語。被上訴人則以對上訴人所下限期工作改善並接受考核處分，乃對其挪用收銀款行為未依規予以解僱所為之替代措施，非重覆處分，上訴人經伊3次考核均未及格，確有不能勝任工作之情，伊依勞基

法第11條第5款規定終止與上訴人之僱傭關係，自屬有據等詞置辯。是本件兩造之所爭，在於被上訴人就上訴人擅自取用收銀款所為記一大過及限期改善並通過考核之制裁，有無雙重處分之情形？考核程序是否合乎公正、客觀之標準？縱上訴人未能達到被上訴人所定考核標準，被上訴人以此依勞基法第11條第5款規定終止兩造之僱傭關係，是否合乎解僱最後手段性之要求？

三、按當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。又按勞基法第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，雇主得解僱勞工。其原因固包括勞工客觀行為及主觀意志，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，惟仍須雇主於其使用勞基法所賦予之各種手段，仍無法改善之情況下，始得終止勞動契約，庶符「解僱最後手段性原則」（最高法院101年度台上字第1546號判決意旨參照）。

四、查上訴人確於前述時間任職在被上訴人公司期間，發生擅自收銀機內拿取45元作為己用一事，為被上訴人公司人員清點後發現，被上訴人就此對上訴人處以記一大過及命其限期進行工作改善並接受考核之處分等情，為兩造所無爭執，並有上訴人與被上訴人公司清點收銀機人員郭○○清點過程之錄音譯文、錄音及錄影光碟、被上訴人發送予上訴人之電子郵件及上訴人據以回覆所製之工作改善計畫表（原審卷97、103、141、143頁）等件，及證人即當時分別擔任被上訴人臺中店副店長、前台體驗顧問主管兼人事之姜○○、郭○○之證言（原審卷116至120頁、本院卷162至167、357至361頁）可佐。雖上訴人辯稱被上訴人於電子郵件中僅要求伊填寫工作改善計劃表，伊已應其要求填寫，非同意被上訴人事後得再對其進行考核，被上訴人逕再對其考核，並以伊未通過考

核為由終止僱傭關係，顯係就伊上開所為施以重覆處分云云。惟查：

（一）被上訴人所發電子郵件之內容，除要求上訴人須於107年9月5日前填寫工作改善計劃表回傳給店長、副店長外，並載明「工作考善期間為107年9月3日至107年10月2日，未來將更嚴格要求工作表現，導正改善。若再有侵占公款或違反公司工作規則，公司絕不寬待，引以為鑑」，其用意同係針對上訴人上開違反公司工作規則一事，內容除要求上訴人填寫工作改善計劃表外，並明確設定工作改善期間為107年9月3日至同年10月2日，且告知未來將更嚴格要求工作表現，導正改善，堪認有限期要求其改善工作表現，並寓有將觀察其表現，以導正其觀念與作為之意，尚非僅係要求上訴人填具工作改善計劃表以示自我警惕即任其交差了事。

（二）次按被上訴人公司之工作規則第50條第2款所定，員工若有「侵占公款公物、偷竊公司財物者」，被上訴人得將之解僱，且公司不支付資遣費，並得交由法辦。而查上訴人並未否認確有於上班時間保管收銀機財物時，私自拿取收銀機款項用以支付所買飲料費，直至交接人員清點發現後始補回之事實，其情形式上難謂非已達致前揭侵占公司款項規定之要件，尚無可以公司每日均會清點收銀機營收、營收之異常增減發現容易，且收銀機內現金若有短少係由保管人自行承擔、不致損及被上訴人等情，即能使其為圖個人一時方便而擅自取用所保管收銀機財物之行為得以合理化，況收銀機之現金與個人所帶財物係得區分，爰無上訴人於上班時，將個人所攜現金放入收銀機內，致發生現金混同而不可分之可言，亦無個人金錢與收銀款混淆之可能，且被上訴人公司上開工作規則乃私人公司之規定，與刑法上侵占罪係國家刑罰權之發動，性質不同，所定構成要件，未可等同視之，自不以構成刑法上侵占罪之要件為必要，難謂負責收銀工作之上訴人擅將收銀款挪為己用之

行為未符前揭工作規則所定之要件。是上訴人以其未有侵占之意為辯，委無可採，則被上訴人就其所為依規予以懲處，難稱無由。

（三）又依前揭被上訴人公司工作規則之規定，上訴人上開所為，被上訴人依規本得將上訴人解僱、無庸給付資遣費、並移送法辦，已如前述。然被上訴人酌情，僅對上訴人施以記一大過及限期令其進行工作改善並接受考核之處分，相較於前揭工作規則之規定，顯為寬貸。雖上開處分方式未在被上訴人公司工作規則規定之內，然侵占公款數額、情節不一，若僅得依前揭工作規則予以處分，而一概逕予解僱，顯失衡平，應將前揭規定解為被上訴人最重得予以解僱，而非必予解僱，使被上訴人得保留在解僱之限度內，決定替代性之合理處分方式，始稱妥適。是被上訴人考量其情，對上訴人施以記一大過及命其限期改善工作並接受考核之處分，尚無不合。

（四）再查上開處分之方式，雖為複數，但均係針對上訴人前開所為，已據被上訴人陳述明確，並經證人姜○○在原審證述在卷（原審卷118頁）；且審諸處分之內容，一為記一大過，一為限期改善工作並接受考核，考其目的，前者乃單純對行為人之行為所施之直接制裁，目的側重在剝奪行為人之在群體間之榮譽感，以作為其該年度考績結果之累計與職場生涯有關個人品格、工作態度評價之紀錄；後者則著重在督導行為人修正其偏差行為，促其遵守公司規範，具積極之教育性，屬附帶性處分。故形式上雖係就上訴人擅用公款之舉施加兩種處分，但核其處分均未逾前揭所定解僱之程度，不僅有助於企業內部秩序之控管，亦有利於勞工工作權之保障，堪認適當，且就同一違規行為非不能加以兩種處分，與所謂一事二罰係指已經處罰後，再針對同一行為另行懲處之情形，亦屬有間，尚不能逕將複數處分與重覆處罰等同視之。至被上訴人嗣以上訴人未通過其附帶性限期改善工作之考核為由，認上訴人之能力無法

勝任工作，而予解僱，其程序是否公平、合理，應另行獨立審視、認定，與被上訴人對其上開所為有無重覆處罰之情形，係屬二事，不能混為一談。是上訴人指被上訴人重覆處罰其所為，難謂有據。

五、其次，被上訴人於執行前述令上訴人限期改善工作表現並接受考核之處分後，於107年9月7日由副店長姜○○發送予上訴人之工作改善計畫表（原審卷145、147頁）中，列舉改善方式為「1.銷售積極度提升2.主動熱情服務顧客，解決顧客疑問3.主動協助夥伴，不得散佈謠言影響團隊合作4.恪守公司規範不得再犯5.執行主管交辦的各項事務」等5項目標，並提出改善重點「1.主動探詢顧客需求，提供完整的服務流程2.加強門市禮儀提高顧客滿意度3.主動協助夥伴，不得製造謠言影響團隊合作4.恪守公司規範，執行主管交辦的各項事務」等4點要求，並訂定107年9月8日至10月23日為限期改善期間，期間並先後就工作態度與顧客滿意度、主動協助夥伴觀念之改善、收銀障礙排除及服務流程能力之提升等項，分別以電話訪談、口頭詢問、實際模擬演練（服務流程）與筆試（收銀障礙排除）等方式，分階段（107年9月8日至14日、同年月22日至10月6日及同年23日）對上訴人進行3次考核，3次均認上訴人之表現未達被上訴人所定標準，最終評定上訴人考核不及格，並以之為由，認定上訴人無以勝任工作而依勞基法第11條第5款規定終止兩造之僱傭契約，有被上訴人所製工作改善記錄表、服務流程及收單考核成績單、收銀障礙排除考卷（原審卷87至91、本院卷143至145頁）等件附卷為佐，並經證人姜○○、郭○○證述在卷（原審卷116至120、本院卷164至167、358至361頁），雖非無由。然查：

（一）關於第1次、第2次考核部分，固有上訴人所提工作改善記錄表（原審卷87頁）、證人即執行考核者姜○○、郭○○之證詞（原審卷117至120、本院卷164至167、358至361頁）及上訴人和其2人、店長之談話錄音（本院卷77至93、2

91至297頁）等為證。但被上訴人並不否認第1次考核係以電話訪問顧客對上訴人服務有無印象為斷（本院卷425頁），其間雖發現上訴人有灌單即將工讀生之成交紀錄計入個人業績之情形，上訴人亦未爭執有灌單情事，然查被上訴人公司並無業績制度（原審卷117頁），故上訴人縱有前述灌單不實之情事，亦非本次考核期待上訴人改善之重點；而該次考核乃針對上訴人之服務表現，並以顧客對其銷售服務之滿意度做為評比，經被上訴人電話訪談顧客結果，顧客對上訴人之服務雖乏特別印象，但也未反應對其有何不良印象，業據證人姜○○證述明確（原審卷117頁），是能否以顧客未特別陳述對上訴人服務之印象，即得推認上訴人工作表現未及格，容非無疑，況被上訴人就所稱電話訪談並未能提出錄音等直接證據，自無從於事後確認顧客對上訴人之服務印象究係如何陳述，難認被上訴人就第1次考核之結論有據。

（二）次有關第2次考核所要求上訴人主動協助工作夥伴部分，被上訴人亦係以私下詢問同仁有無接受上訴人協助為判，而無其他紀錄可參（本院卷166、167頁），無以排除執行考核者之主觀認知，為被上訴人所自認（同卷425頁），且因欠缺所稱詢問同仁過程之直接證據，亦無以檢驗執行考核者所為評定之確切依據為何，自難僅以考核者主觀認知即得論斷其評分是否允當，況查被上訴人每月均有對各員工平日之表現進行評比，乃兩造所無爭執，並有上訴人所提其個人107年1至6月工作表現評分表1紙（本院卷299頁）可參，而觀其上開各月工作表現評分平均為93.37分（總分為100分，小數2位以下4捨5入，下同），其中於前（後）台主管所占評分20%中，其所得平均分數為18.22，獲有91%（18.22÷ 20）之分數；於店長所占評分25%中，其所得平均分數為21.58，亦獲有86%（21.58÷ 25）之分數；且於主管評語中，對其個人之工作表現，大致亦予以肯定，僅就其與同事間之溝通、協調方面認有待提升，顯

見上訴人於107年6月前，在被上訴人公司臺中店之工作表現，並無異常，何以在其於同年8月6日被發現有擅自取用收銀款而附帶要求其改善工作表現並對其施以考核後，於未再發現上訴人有何具體違紀之情況下，其工作表現成績於短期內即淪為未達所要求80分之不及格程度，在未見被上訴人提出確切事證之情況下，顯無輕採之理。

（三）至被上訴人就第3次考核部分，雖有所提出服務流程及收單考核成績單、收銀障礙排除考卷為憑，關於服務流程及收單實地演練部分，成績單上故明確指出上訴人臨場表現之缺失及各項所得分數；收銀障礙排除考卷內容，亦可看出上訴人對各題回答之見解，本次考核雖非無據。惟上訴人對此以被上訴人並未就該公司實際工作流程對員工提供完整之教育訓練等語置辯，為被上訴人所不爭執，甚自陳係由資深員工來帶領新進員工，此外僅於發生特殊狀況時，會利用各店晨會時間進行宣導等情（本院卷426頁），可見被上訴人公司並未就服務、收單、收銀程序訂定標準作業流程，亦欠缺對員工進行完整之教育訓練，而係仰賴員工彼此間之經驗傳授，自無以確認每名員工對工作內容與作業程序之瞭解程度，亦無法得知被上訴人之確切標準為何；且有關收銀障礙排除之具體特殊案例，若非本人親身經歷，或已經公司宣導，顯難期員工能憑空想像而得以解決，故縱執行考核之副店長姜○○亦不諱言，若要其臨時接受考試，其亦難有滿分之把握（同卷359頁），又如何以之對受測者相期？此應待被上訴人就其各項工作流程建立完整而標準之作業程序與教育訓練制度，始得以之作為考評之依據。於此未見被上訴人有何標準作業程序及對員工施以正式訓練之階段，即無從以單次之測驗與考試評斷上訴人之工作能力是否確有不足。

六、故雖被上訴人就上訴人擅自取用收銀款所為施以考核尚無一事二罰之情形，然其考核程序及評分標準難謂公平、合理，並有欠明確，自有未洽，無可逕以之論斷上訴人之能力是否

足以勝任工作；雖被上訴人以上訴人在公司之資歷，對其客服態度、方式、主動協助其他同事及自主學習等觀念之提升，有所期待，且衡以各公司均有其發展之目標，員工當亦須隨公司之發展而充實個人之職能，以應公司未來規劃之所需，是在合理之範圍內，難認員工有何拒絕學習與職務相關事項之餘地，然此乃就員工工作能力、態度與觀念進一步升級之要求，在職位與職務相同之情形下，若未見其有何未能完成工作以致影響公司營運之具體情事，尚不能以其提升程度不如預期，即得將之視為工作能力已達不足以勝任原工作之地步。是被上訴人以上訴人3次考核未過，即認上訴人能力不堪其工作，據以將上訴人解僱，尚嫌速斷，其解僱即非適法；又考核縱有未達被上訴人所設標準而認有懲處以督促上訴人改進之必要，亦應先再加強教育訓練後始決定為妥，並尚有績效制度、職務調動、減俸等措施可選擇，而非逕以不堪適任為由，即直接將上訴人解僱，如此非無流於嚴苛之失，也難謂符合解僱最後手段性之精神，被上訴人解僱之處分亦難認未有過度。則上訴人請求確認兩造僱傭關係存在，併請求被上訴人應自107年12月1日違法終止兩造勞動契約起至其復職之日止，按月給付其原每月薪資41,700元及利息，即屬有據。

七、至關於上訴人所得請求薪資部分，兩造就被上訴人係於次月5日前發放前月薪資一情，並無所爭，則算至本件宣判日止，已到期之薪資共14個月（107年12月至109年1月），合計為583,800元（41,700× 14），扣除上訴人所自承其於此段期間另有其他工作收入經兩造所協議以每月8千元計共112,000元（8千x 14，本院卷427頁），及被上訴人已發資遣費74,113元後，尚有397,687元（583,800－112,000－74,113），加計此部分利息經兩造協議所協議以3萬元計（同卷428頁）後，合為427,687元。

八、綜上所述，上訴人以被上訴人違法終止勞動契約，請求確認兩造間僱傭關係存在，併請求被上訴人給付自違法終止起至

其復職之日止之薪資與利息，已到期薪資之遲延利息以3萬元計，並扣除此段期間之其他工作收入與被上訴人已發之資遣費後合為427,687元；尚未屆期之薪資部分則按月於次月5日給付，並自次月6日按年息5%計算之遲延利息，皆屬正當、有理，應予准許。從而，原審就此部分為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2至4項所示。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

十、據上論結，本件上訴為有理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　18　　日

勞動法庭

審判長法　官　謝說容

法　官　林慧貞

法　官　葛永輝

正本係照原本作成。

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者，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　賴宜汝

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　18　　日