臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度勞上字第28號

上　訴　人　白瑞蘭
訴訟代理人　萬維堯律師(法扶律師)
被上訴人　　威務股份有限公司
法定代理人　曾昭豐
訴訟代理人　洪銘徽律師

上列當事人間請求確認僱傭關係存在等事件，上訴人對於民國107年6月14日臺灣橋頭地方法院106年度勞訴字第104號第一審判決提起上訴，本院於108年10月23日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：上訴人自民國106年4月1日起受僱於被上訴人，經被上訴人派遣至高雄榮民總醫院（下稱高雄榮總）擔任勤務工作，並與被上訴人簽訂勞動契約（下稱系爭勞動契約），約定月薪為新臺幣（下同）23,000元。詎被上訴人於106年5月10日竟以上訴人不能勝任工作為由，預告終止系爭勞動契約，並於同年月23日依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定，正式終止系爭勞動契約。然上訴人未曾違背高雄榮總之規定，亦未違反被上訴人各級主管之指揮監督，並無被上訴人所述發錯餐點、帶錯病人接受檢查、補點滴工作散漫，或與主管口角爭執、不聽幹部指示、頂撞幹部等違規情事。縱認被上訴人所述屬實，亦僅應受告誡處分，未達免職或懲戒解雇之重大程度。況上訴人未曾接受現場員工管理辦法及高雄榮總傳送勤務獎懲辦法（下稱系爭獎懲辦法）之訓練課程，被上訴人亦未告知有系爭獎懲辦法存在，自不得做為工作規則。被上訴人違反解雇最後手段性原則終止系爭勞動契約，並無理由。又被上訴人於107年1月17日另依勞基法第12條第1項第4款規定終止勞動契約，已罹於30日

除斥期間，亦不合法。為此，爰依系爭勞動契約及民法第487條之規定提起本件訴訟，求為判命：㈠確認兩造間僱傭關係存在。㈡被上訴人應自106年5月23日起至復職日止，按月給付上訴人23,000元。

二、被上訴人則以：上訴人自106年4月1日起受僱於被上訴人，經被上訴人派遣至高雄榮總工作，系爭勞動契約終止日為106年12月31日。上訴人到職時即參與員工訓練，並獲知悉員工管理辦法及系爭獎懲辦法，自應予遵守。詎上訴人自106年4月1日起派至高雄榮總營養室服務後，未按高雄榮總營養室制訂之作業程序執行職務，不聽從領班與教導員之教導管理方式致發錯餐點，又對領班、同事、營養師抱怨其工作程序，上訴人工作態度消極，與同仁難以共事，違反系爭獎懲辦法第3條第20項規定。高雄榮總營養室隨即於同年月4日將上訴人退回被上訴人高雄榮總勤務中心，由被上訴人另行指派在勤務中心擔任勤務員。然上訴人於106年4月26日下午4時58分許，原應負責帶領102號病房第52床病患至放射線部作電腦斷層檢查，該病患為應攜帶氧氣而需隔離之患者，依正常作業程序，接送病患應事先簽到確認後，始能執行傳送病患檢療業務，上訴人未遵守上開程序，錯帶第36床病患，經告誡後仍漠視上開行為，未向勤務中心作任何回報或交代，違反系爭獎懲辦法第3條第43項規定。嗣於106年5月2日12時許，上訴人向被上訴人派駐高雄榮總勤務中心管理幹部（下稱管理幹部）稱其發燒不舒服，因應醫院感染管制規定，管理幹部告知上訴人需測量體溫監測竟遭拒絕，並與管理幹部發生口角爭執，違反系爭獎懲辦法第3條第6項、第27項規定。同年5月10日，上訴人於經管理幹部示範2日病房作業程序中之補點滴流程後，開始實際操作補點滴作業時，仍對單位倉庫之位置、補點滴流程全然不知，且不服管理幹部糾正，與管理幹部發生爭執，違反系爭獎懲辦法第3條第20項規定。上訴人一再違反工作規則，不服從指揮監督而未改善，顯不適任工作，被上訴人乃於106年5月

10日告知上訴人不能勝任工作並通報資遣，於106年5月23日勞資爭議調解時，依勞基法第11條第5款規定終止勞動契約。又上訴人所為違反勞動契約及系爭獎懲辦法情節重大，被上訴人亦另得依勞基法第12條第1項第4款規定終止勞動契約等語為辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決。上訴人不服提起上訴，聲明：㈠㈠原判決廢棄。㈡確認兩造間僱傭關係存在。㈢被上訴人應自106年5月23日起至復職日止，按月給付上訴人23,000元。被上訴人則答辯聲明如主文所示。

四、兩造不爭執事項：

㈠上訴人自106年4月1日起受僱於被上訴人，兩造簽訂系爭勞動契約，上訴人則經被上訴人派遣至高雄榮總，先後在高雄榮總營養室擔任供膳人員及勤務中心擔任勤務員。

㈡上訴人有在系爭勞動契約及ETM訓練員工簽到表上簽名。

㈢被上訴人於106年5月10日告知上訴人其不能勝任工作，預告終止勞動契約，並於106年5月23日勞資爭議調解時，依勞基法第11條第5款規定，終止系爭勞動契約。

㈣上訴人每月薪資結構為本薪18,609元、伙食費2,400元、全勤獎金500元、績效獎金原則上1,491元，合計23,000元，且應自每月薪資扣除勞保及健保費用自負額504元、338元。全勤獎金即為不休假獎金，績效獎金則為無遲到早退之獎金，不論員工工作有無發生錯誤，亦不論其工作態度，均發給之。

㈤被上訴人於106年5月5日匯予上訴人4月份薪資21,280元，於同年6月5日匯予上訴人5月份薪資19,822元。

㈥上訴人離職後於106年9月3日至9月5日受僱亞瑟環境清潔公司領取薪資3,235元，106年11月1日至17日受僱萬士潔環境維護公司領取薪資24,000元，106年1月8日至106年7月31日受僱老四川餐廳南屏店，擔任兼職夜班人員，上班時間晚上10時至凌晨2時，共領取87,070元。

五、本件之爭點為：㈠上訴人提起本件訴訟有無確認利益？㈡被

上訴人依勞基法第11條第5款或同法第12條第1項第4款之規定終止勞動契約是否合法？上訴人請求被上訴人自106年5月23日起至復職日止，按月給付上訴人23,000元，有無理由？

六、經查：

㈠上訴人提起本件訴訟有無確認利益？

①按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項前段定有明文。而該條所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言（最高法院42年台上字第1031號判例意旨參照）。又勞動契約，分為定期契約及不定期契約，臨時性、短期性、季節性及特定性工作得為定期契約，有繼續性工作應為不定期契約。又臨時性工作係指無法預期之非繼續性工作，其工作期間在6個月以內者；短期性工作：係指可預期於6個月內完成之非繼續性工作；季節性工作：係指受季節性原料、材料來源或市場銷售影響之非繼續性工作，其工作期間在9個月以內者；特定性工作：係指可在特定期間完成之非繼續性工作。其工作期間超過1年者，應報請主管機關核備，勞基法第9條第1項及勞基法施行細則第6條分別定有明文。另按不定期勞動契約所需具備之「繼續性工作」，係指勞工所擔任之工作，就該事業單位之業務性質與營運而言，具有持續性之需要者，並非只有臨時性、短期性、季節性之一時性需要或基於特定目的始有需要而言。換言之，工作是否具有繼續性，應以勞工實際從事工作之內容及性質，對於雇主事業單位是否具有持續性之需要而定，亦即與雇主過去持續不間斷進行之業務有關，且此種人力需求非屬突發或暫時者，該工作即具有繼續性（最高法院103年度台上字第2066號判決意旨參照）。至於「短期性工作」與「特定性工作」如何認定疑義，就勞基法之立法原旨，該法第9條所稱「短期性工作」是謂工作

標的可於預見期間完成，完成後別無同樣工作標的者。「特定性工作」是謂某工作標的係屬於進度中之一部份，當完成後其所需之額外勞工或特殊技能之勞工，因已無工作標的而不需要者（行政院勞工委員會〈89〉台勞資二字第0011362號函參照）。準此，勞動契約除具有臨時性、短期性、季節性或特定性，且非繼續性工作者，得為定期契約外，其餘均為不定期契約。僱傭契約究屬定期契約或不定期契約，應依契約內容及性質，是否具繼續性為判斷標準，不受勞動契約簽訂之書面形式拘束。

②本件兩造簽訂之系爭勞動契約，雖載明上訴人之工作期間係自106年1月1日起至同年12月31日止（見原審審勞訴卷第30頁）。惟被上訴人自104年9月30日起即與高雄榮總簽訂勞務服務工作採購契約（見原審勞訴卷第29頁至第31頁，下稱系爭採購契約），依系爭採購契約第2條履約標的所載，被上訴人應給付之標的，係包括汽車停車場收費、家屬休息區管理、尊榮病房勤務、勤務中心機動勤務、動物實驗室勤務、急診內外勤勤務、臨櫃服務、營養室營養人員、手術室（恢復室）內外勤勤務、醫療單位勤務、病歷管理、急診護理佐理員、身心科病房勤務等常態型繼續性工作，非屬臨時性、短期性、季節性或特定性之非繼續性工作。且系爭採購契約第8條關於履約管理部分，亦於第8項載明，被上訴人應給予派至高雄榮總之人員考核，考核合格者，被上訴人即應繼續指派工作。再參以上訴人係經被上訴人依系爭採購契約，於106年4月1日派遣至高雄榮總，先後在高雄榮總營養室擔任供膳人員及勤務中心擔任勤務員乙節，為兩造所不爭執（見本院卷第157頁），依上訴人之工作性質，核與前述被上訴人應繼續給付之勞務相關，則揆諸首揭說明，系爭勞動契約，應認有繼續性而屬不定期契約，不受系爭勞動契約簽訂之書面形式所拘束。是系爭勞動契約是否業經被上訴人於106年5月23日合法終止，攸關上訴人得否基於該契約關係請求被上訴人給付薪資之權利，其私法上不安之地位，

得以透過本件確認判決予以除去。上訴人提起本件確認之訴，訴請確認兩造間僱傭關係存在，即有確認之利益。

㈡被上訴人依勞基法第11條第5款或同法第12條第1項第4款之規定終止勞動契約是否合法？上訴人請求被上訴人自106年5月23日起至復職日止，按月給付上訴人23,000元，有無理由？

①本件上訴人主張其未曾接受現場員工管理辦法及系爭獎懲辦法之訓練課程，被上訴人亦未告知有系爭獎懲辦法存在，自不得做為工作規則等云云，為被上訴人所否認。查上訴人確在ETM訓練員工簽到表上簽名乙節，為上訴人所不爭執（見本院第157頁），而上開ETM訓練課程內容，包括介紹員工管理辦法、性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法、獎懲辦法、請假管理辦法及薪資及福利說明等節，亦有ETM訓練員工簽到表影本在卷可稽（見原審審勞訴卷第31頁）。又被上訴人管理幹部陳志全於原審到庭證稱：上訴人於遭高雄榮總營養室退回勤務中心後，有進行教育訓練，員工管理辦法及系爭獎懲辦法等相關法令都會上課，因為上訴人是106年4月1日到職，所以ETM訓練員工簽到表上之簽到日期，才請上訴人填寫106年4月1日，訓練時有拍照等語（見原審勞訴卷第91頁至第92頁），並有現場照片3幀附於原審卷可按（見原審勞訴卷第20頁至第22頁）。被上訴人則於本院審理時，亦自承記得有上過證人陳志全的課及感染科一位小姐的課等語（見本院卷第69頁）。此外，上訴人於被上訴人施以訓練測驗時，得到滿分之成績，亦有被上訴人提出上訴人訓練測驗卷影本可佐（見本院卷第100頁），是應足認被上訴人確實有對上訴人實施包括介紹員工管理辦法及系爭獎懲辦法等教育訓練，員工管理辦法及系爭獎懲辦法自屬工作規則，而有拘束勞工與雇主雙方之效力。

②被上訴人主張上訴人於派至高雄榮總營養室服務期間，未按高雄榮總營養室制訂之作業程序執行職務，不聽從領班與教導員之教導管理方式致發錯餐點，又對領班、同事、營養師

抱怨其工作程序，上訴人工作態度消極，與同仁難以共事，有系爭獎懲辦法第3條第20項「勤務員工作配合差、不聽指揮者，經舉發有實證者」之疏失等節，為上訴人所否認，並抗辯稱證人證詞不實等云云。查高雄榮總營養師施水鳳於原審到庭證稱：伊在營養室工作，負責人力管理，上訴人在營養室工作期間，領班及副領班回報說上訴人發錯餐，上訴人算是廚工，送餐到各病床，假設送錯餐容易導致病患用錯餐，可能導致客訴，還有錢跟治療問題，因為訂的餐點層次不同，費用不一樣，治療部分，萬一病人是要禁食的，卻送餐給他導致後面治療無法做，這會是一個很嚴重的治療問題，所以伊等很重視發錯餐的問題。領班也反應說有要教上訴人工作流程，教他要怎麼做，可是上訴人都說知道，最後還是做錯了。上訴人送錯餐1到2次，通常新人伊等會採較寬容態度，但上訴人會跟副領班吵架，領班說無法跟他相處，沒辦法帶領他，上訴人不聽領班的，領班有教上訴人，可是上訴人拒絕，態度不好、工作配合度不好，伊當下認為上訴人在伊團隊裡算是不適任，就直接退回勤務中心，伊負責人力管理二年多，上訴人是第一個3天就被伊辭退的等語（見原審勞訴卷第99頁至第100頁）。另被上訴人派駐高雄榮總營養室外場人員湯芷琳亦於原審到庭證稱：伊與上訴人在營養室工作，發餐時領班會給路線圖，副領班要教上訴人如何發餐時，上訴人說他不需要教，看那張就會，但事後還是出了很多狀況，就是發錯餐，病床、床號、病人的名字伊等要一一核對，伊不知道上訴人有無一一核對，但上訴人發錯餐，客人投訴到樓下營養室，後來副領班要教他看路線圖，上訴人卻說副領班沒有教他他怎麼會，前面副領班要教他，他說不需要教，事情發生後就說副領班沒教他，上訴人與副領班發生爭執時，伊在旁邊聽到。上訴人經常抱怨領班、副領班沒有好好教、教也不教完全，他聽不懂，但他沒有提出問題，而且領班訓練新人，會實際帶過一遍跟詳細解說，伊有看到副領班在帶上訴人等語（見原審勞訴卷第103頁至第106

頁）。又被上訴人派駐高雄榮總營養室領班歐小花於本院審理時到庭證稱：上訴人發錯餐，重症病房的餐發到51病房。伊有跟主管營養師講，上訴人是新人，一開始有人陪同發餐，但上訴人不配合，不理別人，不聽安排。發錯餐那天應該沒有人帶了，後來就有人打電話來投訴，如果安排上訴人路線，叫上訴人要對每個病房、病床的餐號，可是每次都發錯，別人就投訴，但忘了有沒有投訴單，一開始誰帶上訴人去發餐，排班表還有沒有等都已經忘了等語（見本院卷第89頁背面至第91頁）。雖證人湯芷琳、歐小花為被上訴人員工，惟證人施水鳳為高雄榮總受僱人，且互核上開3 位證人之證詞，其等就上訴人發放餐點錯誤、消極拒絕配合主管指揮，並與主管發生爭執等節大致上為相同之陳述，應屬可採。從而上訴人抗辯稱並無發錯餐點，亦無消極拒絕配合主管指揮及與之發生爭執，證人證詞不實等云云，並不足採。被上訴人主張上訴人有系爭獎懲辦法第3 條第20項之疏失，自難認無據。

③被上訴人主張上訴人於106 年4 月26日下午4 時58分許，原應負責帶領102 號病房第52床病患至放射線部作電腦斷層檢查，惟上訴人未遵守程序，錯帶第36床病患，有系爭獎懲辦法第3 條第43項「勤務員於推送病患者，未依規定確認病患姓名、床號及手圈而帶錯病患者」之疏失等節，為上訴人所否認，抗辯稱當日護理站係交給36床病歷等云云。惟高雄榮總護理長楊斐卿於原審到庭證稱：106 年4 月26日下午2 點左右，伊去開院務會議，大約下午5 點回來病房時，病室助理員跟伊說有一個勤務人員白瑞蘭帶錯病人，52床病人要做電腦斷層，他打了派工單，之後上訴人過來護理站，助理員給上訴人檢查申請單，請上訴人帶病人，上訴人就把36床的病人帶到一樓做電腦斷層，帶到那邊技術員發現不是52床病人，上訴人就把36床病人帶回來，再帶52床病人去做電腦斷層。當時伊就有找上訴人過來問為什麼帶錯病人，上訴人沒有特別說什麼就離開了，伊有跟上訴人說帶錯病人是很危險

的事，也有打電話給勤務中心管理員說帶錯病人的事。上訴人來就是做病人辨識，他們來的時候有手機，用手機在病房刷報到，手機上有床號，病房會設有一個本子，會貼病人標籤在上面，助理員也確實貼52床標籤，寫CT就是斷層掃瞄，伊等單子上確實沒有打錯床號，打的是52床，且36床當天也沒有安排電腦斷層掃瞄，護理站的檢查單及派工單都對的。病人如做了不該做的檢查，可能對病人造成傷害，例如病人要做斷層掃瞄，是高劑量的輻射，病人可能受顯影劑的傷害，可能有醫療糾紛等語（見原審勞訴卷第113 頁至第117 頁）。又高雄榮總病房助理鍾瑞麗於本院審理時到庭證稱：伊是管護理站，當天不可能拿到36床的病歷，因為病歷拿出來才可以拿到病人姓名貼紙然後貼在本子上讓他簽名，而且那天36床沒有什麼檢查，我們不會去動到他的病歷。上訴人拿52床的病歷與檢查排查單，還要簽名，就是要核對病人的手圈，病人的手圈上都有病人的床位、名字、病歷號、出生年月日、及性別都有等語（見本院卷第96頁至第98頁）。此外，被上訴人派駐高雄榮總勤務中心管理員查臺桂於原審到庭證稱：伊隔天有在勤務中心跟上訴人講，上訴人說他沒有帶錯病人，上訴人說那些資料是護理人員給她的，他是照著護理人員給他的資料去帶病人，所以錯不在他，伊跟上訴人說，伊指的是派工給上訴人的資料，上訴人要上去病房報到，並要去找病房護理員核對所要帶病人、核對病人身分、做何檢查，核對完後才可以帶這個病人去做檢查，上訴人這個動作沒有做到，上訴人直接說護理站的人給他幾床，他就帶幾床等語（見原審勞訴卷第119 頁至第120 頁）。再觀諸原審卷附106 年4 月25日勤務任務執行簽到本內容（見原審審勞訴卷第18頁），上訴人於事發前一日即曾推送57床病患進行CT電腦斷層檢查並簽名，對此病患程序知之甚詳，而106 年4 月26日勤務任務執行簽到本上確有「W102-052」之床號、病患姓名資料標籤及「CT」（即電腦斷層掃瞄）之記載（見原審勞訴卷第164 頁），且無36床病患進行電腦斷層掃瞄檢

查之標籤，足認當日確係52床病患應進行電腦斷層掃瞄，而上訴人確實未在簽到本上52床病患處簽名，故縱認當日高雄榮總護理站曾交付上訴人錯誤病歷，上訴人亦顯未於推送病患前往受檢前，踐行身分確認即確認病患姓名、床號及手圈之程序，導致帶錯病患，自有系爭獎懲辦法第3 條第43項「勤務員於推送病患者，未依規定確認病患姓名、床號及手圈而帶錯病患者」規定之疏失。上訴人否認疏失，自不足採。

④被上訴人另主張上訴人於106 年5 月2 日12時許，向管理幹部稱其發燒不舒服，卻拒絕測量體溫而與管理幹部發生口角爭執，有系爭獎懲辦法第3 條第6 項、第27項規定之疏失等節，為上訴人所否認，抗辯稱並未拒絕量體溫等云云。對此，證人陳志全於原審到到庭證稱：當時是中午休息時間，大家都聽到這件事，伊有聽到上訴人跟管理員說要請假，過程中上訴人的口氣越來越不好，高雄榮總有做體溫管控措施，體溫超過37.5度時要回報醫院，怕有流感，因勤務人員要送病人所以要嚴格把關，如超過38度會強制要求員工回家休息，上訴人說他發燒要請假，管理人員要求上訴人量體溫，但上訴人不讓管理人員量，後來上訴人就請假回家等語（見原審勞訴字卷第93頁）。被上訴人派駐高雄榮總勤務中心現場主管黃姿惠則於原審到庭證稱：上訴人曾因發燒不舒服跟管理員查臺桂說要請假，依請假流程，一定要量體溫確定有無發燒才能通報榮總，上訴人不配合伊等量體溫，伊等跟上訴人說你不量體溫怎麼請病假，因請病假要有證明，不然只能請事假，上訴人說他人不舒服要回家睡覺，幹嘛還要看醫生，看醫生病就會好嗎，當時伊認為員工要請假可以好好講，態度為什麼是這樣，伊跟上訴人說注意一下你講話的態度，上訴人就說我要注意什麼，我的態度怎麼樣，不然要跟你下跪嗎。如果上訴人不讓我們勤務中心量體溫也沒有關係，可以去護理單位請他們幫忙量一下，上訴人也不要，管理員要用手去摸上訴人額頭量體溫，上訴人不願意，就請其他同仁去摸，其他同仁摸完後說根本沒有發燒。事後上訴人沒有提

出診斷證明來請病假，所以就以請事假辦理等語在卷（見原審勞訴卷第109頁至第110頁）。證人查臺桂亦於原審證稱：當時是用餐完，上訴人跟伊說身體不舒服，發燒要請假，因在醫院發燒要通報，怕有流感事件發生，伊說要量體溫，上訴人說不要，伊跟上訴人說要請病假要去看醫生，有證明才能請病假，上訴人就說他不會去看醫生，是要回家休息睡覺，黃姿惠跟她說不能用這種口氣跟伊說話，上訴人就說不然我是怎麼說，我要跟你跪下等語在卷（見原審勞訴卷第120頁）。另被上訴人派駐高雄榮總勤務中心現場主管黃姿雲亦於本院審理時到庭證稱：當天上訴人拒絕量體溫，所以查臺桂請她旁邊去摸，然後摸了之後，說根本沒有發燒，但上訴人說不管，她就是要請假等語（見本院卷第92頁至第93頁背面）。上訴人亦自承當天頭部暈眩不舒服想要請假，管理幹部確有口頭告知要量體溫等語（見本院卷第53-1頁、第148頁），足認上訴人於106年5月2日，確曾因身體不舒服要求請假，經管理幹部要求量體溫未果。而上訴人派駐工作地點既為高雄榮總，病患抵抗力非佳，勤務員又負責傳送病人等工作，出入病房頻繁，常與病患接觸，倘因流感或傳染病發生群聚感染，後果嚴重，高雄榮總及被上訴人對於感染控管較為嚴格，於勤務員身體不適時要求量測體溫確認有無發燒，應為合理必要。上訴人既以身體不舒服為由要求請假，經管理幹部要求量體溫未果，顯不願配合院內感染管控，堪認上開證人之證詞為真正。上訴人疏於考量醫院病患健康，其所為已悖於作為勤務員之基本要求。被上訴人主張上訴人有系爭獎懲辦法第3條第6項「言詞不當，有損同仁情誼，破壞辦公倫理秩序情節尚輕者」，及系爭獎懲辦法第3條第27項「違抗職務上合理命令情節嚴重者」之疏失，自屬有據。

⑤被上訴人主張上訴人於106年5月10日，經管理幹部示範2日病房作業程序中之補點滴流程後，開始實際操作補點滴作業時，仍對單位倉庫之位置、補點滴流程全然不知，且不服

管理幹部糾正，與管理幹部發生爭執，有系爭獎懲辦法第3條第20項規定之疏失等節，亦為上訴人所否認，抗辯稱因剛受訓點滴之種類，尚無法迅速分辨種類，並無管理幹部糾正之情，證人所述不實等云云。惟被上訴人派駐高雄榮總勤務中心指導員王慧雯於原審到庭證稱：伊負責新進人員訓練，伊指導上訴人工作內容包含外勤工作如帶病人檢查、接病人回來，內勤就是病房的拿藥、補充點滴、做基本清潔工作、審藥。因每天都需要補點滴，點滴是要去庫房拿整箱來補，點滴是在架上，它有很多種類，看哪一樣缺就拿哪一樣，就是拿樣品去庫房將整箱拿過來補，伊帶上訴人第三天時，有請上訴人將現在架上缺哪一種點滴記下來，再去庫房領，到了庫房門口，上訴人居然問伊庫房在哪裡，已經是第三天了，伊說庫房就在你眼前，庫房的鎖匙要找書記拿。因點滴是30包一箱很重，需要車子去輔助搬上來。要記好架上缺哪一種類，再去庫房搬，伊當天跟上訴人講缺什麼要記下，到庫房時上訴人說他沒有記完全，伊跟他說如果沒有記完全如何去庫房搬，因伊等送的點滴不可能每一樣都搬過來補，上訴人就說伊態度不好，伊跟上訴人說教病房已經教三天，他對這個情形還不是很清楚，他的學習態度不是很好，上訴人就指責伊態度不好。補點滴的原則就是看架上哪一種點滴沒有，就拿一包下去核對，去庫房找到補進去，而且要補的點滴也只有三、四種，把架上剩下的點滴拿去庫房比對，絕不是很困難的事，任何人都可以做的到等語在卷（見原審勞訴卷第126 頁至130 頁）。依前開證言可知，所謂補點滴係將把架上剩下之點滴帶至庫房比對搬回補充，證人王慧雯並非要求上訴人於三天內即將點滴外觀、種類強記背誦，既可以實物比對補充點滴，此工作實非困難，上訴人即便主張因剛受訓點滴之種類，尚無法迅速分辨種類，至少亦應依指示記錄缺少點滴種類，證人王慧雯之證稱上訴人工作情況及對指導員指導之回應不佳，應可採信。被上訴人主張上訴人有系爭獎懲辦法第3 條第20項規定之疏失，難認無據。

⑥本院審酌上訴人工作地點為醫學中心，治療、檢查項目非一般醫療院所可比擬，不論擔任供膳人員或勤務員，確認病人身分均為重要且必需之工作，再參諸上開多位證人所證述上訴人之工作內容，即送餐、推送病人進行檢查、補點滴等工作，均非困難之工作，只要上訴人能確實依照流程及上級主管之指導執行，應均能順利完成，然上訴人卻未能盡其義務，未確實核對餐點、確認病人身分，怠忽所擔任之工作，而可能影響後續治療流程、病患健康，甚至造成醫療糾紛，被上訴人係承攬高雄榮總勞務服務工作，須受業主高雄榮總監督，上訴人前開疏失亦可能導致被上訴人須負違約責任。況上訴人因送餐錯誤經營養室退回，被上訴人仍予留用擔任勤務員，指派指導員繼續指導病房內外勤工作，並非立即將其辭退，然上訴人於自106年4月1日起至同5月10日止之工作期間，多次執行職務疏失，工作態度消極，態度不佳且不配合指導，於本件審理期間，對自己執行職務之疏失，仍無認知感，本院綜合上開各情，認上訴人確有不能勝任工作之情形，被上訴人於106年5月23日依勞基法第11條第5款規定，終止兩造間勞動契約，自屬有理。如此自亦無庸再行審酌被上訴人是否另得依勞基法第12條第1項第4款規定，終止勞動契約。

七、綜上所述，本件被上訴人依勞基法第11條第5 款規定終止勞動契約，為有理由，上訴人請求確認兩造間之僱傭關係存在，並無理由，應予駁回。兩造間僱傭關係既於106 年5 月23日經被上訴人合法終止，上訴人請求被上訴人自106 年5 月23日起至復職日止，按月給付上訴人23,000元，亦無從准許，應併予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，於法並無不合。上訴意旨指摘原審判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

八、據上論結，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　13　　日

勞工法庭

審判長　謝靜雯
法　官　邱泰錄
法　官　劉傑民

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　13　　日

書　記　官　吳璧娟

附註：

民事訴訟法第466條之1：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。