裁判字號：臺灣高等法院 90 年勞上字第 17 號民事判決

裁判日期：民國 91 年 10 月 29 日

裁判案由：給付薪資等

臺灣高等法院民事判決　九十年度勞上字第一七號

上　訴　人　卓利電子股份有限公司

法定代理人　吳文士

訴訟代理人　謝介生

被上訴人　　甲〇〇

右當事人間給付薪資等事件，上訴人對於中華民國九十年二月二十一日臺灣士林地方法院八十八年度勞訴字第一八號第一審判決提起上訴，本院判決如左：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事　　實

甲、上訴人方面：

壹、聲明：

□原判決廢棄。

□駁回被上訴人在第一審之訴。

貳、陳述：除與原判決記載相同者，茲引用之外，補稱：

□被上訴人於受雇之初即同意試用期為三個月，依民法契約自由原則，不應認該約定因違反民國八十六年六月十二日勞動基準法（下稱勞基法）施行細則修正前第六條第三項所定四十日試用期間之規定而無效，並因而認為伊與被上訴人成立不定期之僱傭契約。

□勞基法第十一條規定「勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」，雇主得不經預告予以終止勞動契約，其所謂「不能勝任工作」，應參考雇主業務之特性，伊公司業務上特別需要員工主動發現、解決問題，能否瞭解公司運作與投入公司經營體系，此為伊決定是否聘僱員工之準則，被上訴人主管既經考評後認被上訴人「不夠投入、不會主動發現問題、解決問題」，伊以被上訴人「不能勝任工作」為由將其解雇，於法並無不合。

□伊公司一向對於女性員工妊娠期間之待遇甚為優渥，並非因被上訴人懷孕而刻意解雇。

叁、證據：除援用原審提出者外，並聲請訊問證人鄧敏華、林玉華。

乙、被上訴人方面：

壹、聲明：駁回上訴。

貳、陳述：除與原判決記載相同者，茲引用之外，補稱：

□伊任職於上訴人期間，工作出席狀況正常，並無遲到早退或怠職之行為，且主管交付之工作均能完成，從無不服從指示之情形，無論於主觀或客觀上均不符合勞基法第十一條所定「勞工對於所擔任之工作確不能勝任時」之解僱要件。

□上訴人前所僱用之員工黃毓秀、鄧敏華均因懷孕、生產遭上訴人不公平對待，足見

上訴人對於女性員工懷孕、生產時均為不公平之對待。

叁、證據：除援用原審提出者外，補提台北市政府勞工局八十八年十月八日、二十八日談話記錄表、考評表各一份為證。

理　　由

□被上訴人主張：伊於八十五年九月二十三日受雇為上訴人業務助理，每月薪資新臺幣（下同）二萬五千元，詎上訴人知悉伊懷孕後，即以試用期間伊不能勝任工作為由，於同年十二月二十一日將伊解僱，然斯時既已逾法定之四十日試用期間，兩造間已成立不定期僱傭契約，且伊並無不能勝任工作情形，上訴人顯係歧視懷孕婦女藉故將伊解僱，雖經伊一再要求回復原職提供勞務，上訴人仍拒絕受領勞務，伊乃於八十八年十月七日函請上訴人於七日內安排伊工作，否則自催告翌日起二十日終止兩造間僱傭關係，上訴人竟仍拒絕回復伊職務，兩造間僱傭契約自同年月三十一日已告終止，又上訴人歧視懷孕婦女，故意不法侵害伊工作自由權，對伊造成精神上之損害等情，爰依僱傭關係，請求判命上訴人應給付㈠自伊遭非法解僱之日起至僱傭契約終止日止之薪資八十五萬八千三百三十三元；㈡自伊到職日起至終止契約日止，應得之資遣費七萬九千一百六十七元；及依民法第一百八十四條、第一百九十五條，請求判命上訴人給付伊非財產上之損害賠償十萬元，並均自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按法定利率計算遲延利息之判決。

□上訴人則以：伊經考核評比後，認被上訴人工作表現不佳，不能勝任工作，始於八十五年十二月十日終止兩造間僱傭契約，與被上訴人是否懷孕無涉，其後被上訴人亦未曾要求回復職務或提供任何勞務，雙方僱傭關係業已於前開時日終止，被上訴人遲至八十八年十月七日始以兩造勞動契約存在為由要求其安排職務，然在前述期間內被上訴人均未依規定請假，視同曠職，故僱傭契約亦視為自然終止，伊無需給付被上訴人薪資及資遣費，又上訴人主張之侵權行為縱令屬實，其損害賠償請求權亦已罹於時效而消滅等語，資為辯解。

□兩造不爭之事實經過為：

㈠被上訴人自八十五年九月二十三日起受僱於上訴人為業務助理，約定每月薪資為二萬三千五百元，試用期間為三個月，於同年十二月十日遭上訴人解僱。

㈡上訴人於八十五年九月間雇用被上訴人時，上訴人所營事業為電子計算機、電子鐘及各種電子主件、組件、配件等之設計、製造、裝配、加工、修理及銷售等業務，且領有工廠登記證，故其從事之事業屬製造業中之電力及電子機械器材製造配修業，應有勞基法適用。

㈢被上訴人向台北市政府勞工局申訴，台北市政府就業歧視評議委員會評議結果，函告上訴人已違反就業服務法第五條性別歧視規定，應依同法處以罰鍰，並命上訴人應自即日起恢復被上訴人原職，給付產假期間工資。上訴人就該函提起訴願、再訴願，均遭駁回，上訴人再提起行政訴訟，經行政法院以該函僅係行政機關作成行政處分前先就本件是否構成就業歧視所為之評議，尚非直接發生課予上訴人罰鍰處分之效果，並非行政處分，而於八十八年九月二十三日裁定駁回上訴人之行政訴訟。

㈣被上訴人於八十八年十月七日函請上訴人七日內回復其原職並支給薪資，否則自函到二十日後雙方僱傭關係歸於終止，上訴人於同年月十一日收受上開存證信函。

㈤上訴人於同年月十二日覆函稱因向行政法院提起行政訴訟目前繫屬中，爭議仍待法律釐清，要求恢復原職一事，仍以靜待終局判決為宜。被上訴人乃於同年十二月十日提起本件訴訟。

㈥兩造合意如上訴人應給付薪資及資遣費時，按每月薪資二萬三千五百元之標準，以三十四又三分之一個月之基數計算薪資；及以三又十二分之二個月之基數計算資遣

費。

□本件爭點及本院判斷

㈠兩造約定之試用期間為三個月，超過八十六年六月十二日勞基法施行細則修正前第六條第三項所定四十日試用期間之效力如何？

⑴按關於人民之權利、義務事項，又應以法律定之，應以法律規定之事項，不得以命令定之，中央法規標準法第五條第二款、第六條分別定有明文。但法律之內容不可能鉅細靡遺，立法機關自得授權行政機關發布命令為補充規定，如法律之授權涉及限制人民自由權利者，其授權之目的、範圍及內容符合具體明確之條件時，固為法之所許，若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，固亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制。查：八十六年六月十二日修正前勞基法施行細則第六條第三項規定：「勞工之試用期間，不得超過四十日。」惟該施行細則第六條係針對勞基法第九條所為行政上之補充規定，而勞基法第九條之內容，係就勞動契約之種類加以定義，並未就勞工之試用期間為任何規定，亦無任何授權施行細則得訂定有關勞工試用期間之意旨。是上開試用期間之規定，並未經母法符合授權明確性原則之授權，亦非就執行母法（勞基法第九條）有關細節性、技術性事項所為之補充規定，自屬逾越母法所為之規定。

⑵次按人民有自由締結契約之權利，此契約自由原則為近代民主法治國家之重要原則，亦屬憲法上自由權之環，國家若欲以強制力介入人民之間有關契約自由之事項，自需以法律定之或以經法律明確授權之行政命令為之，始符憲法保障人民權利之意旨。而勞動契約之種類繁多，勞動內容之差異性常屬天壤之別，就各種不同性質之勞動性質，其所需之勞動能力多屬不同，僱主需多久之試用期間始能考核確定所僱用勞工是否適任，尤難以一定之標準日數相繩。此一高度歧異化、個案化之情狀，本應委由當事人依其個別情形加以約定，故勞動契約有關試用期間之約定，應屬勞雇間契約自由之範疇，若其約定符合一般情理，並未違反公序良俗、誠信原則或強制規定，其約定應生契約法上之效力，而得拘束當事人，此觀勞基法施行細則原來有關試用期間不得超過四十日之規定，嗣後已遭刪除，並不再就試用期間之長短為規定等情，更足為證。

⑶查：上訴人為從事電子材料製造之公司，惟工廠已遷往中國大陸，位於台灣之總公司主要負責國際貿易之工作，員工之主要工作為接洽國外訂單及處理等相關業務，因之需具備英語、國貿等專長，就新進人員均需試用三個月等情，業據證人鄧敏華、林玉華證述在卷，並為兩造所不爭。是上訴人公司所需僱用之人員既需具備英語、國貿等專業技能，平日需處理客戶之訂單等事宜，顯需就新進員工加以相當之訓練後始能令其實際參與工作，且於正式參與工作後尚需經過一段摸索期始能就員工之工作能力加以考核，以評判其適任與否。因之，兩造於締約之際，約定以三個月為期之試用期間，衡諸上訴人公司業務性質及被上訴人受僱為業務助理性質，尚屬合理，並無何違背公序良俗、誠信原則，或對勞工有何重大不利或不公平之情事，該約定應屬合法有效。被上訴人雖主張依當時勞基法施行細則第六條第三項規定，試用期間不得超過四十日，本件試用期間超過四十日之約定即為無效云云，惟其所據之規定為行政機關逾越母法所制定，並已限制人民締約之自由，如前述，因之，尚難以上開規定逕認本件兩造間三個月試用期之約定為無效，被上訴人前開主張，尚非可採。

㈡上訴人於試用期間三個月內，對被上訴人終止僱傭契約，是否合法？

⑴按勞雇間關於試用期間之約定，其法律上性質，學說上有所謂預約說、停止條件說、解除條件說或附保留終止權契約說等不同見解，而從國內企業界僱用員工之初，通常定有試用期間，使雇主得於試用期間內觀察該求職者關於業務之能力、操守、適應企業文化及應對態度，判斷該求職者是否為適格員工，本院認為試用期間約定，應屬附保留終止權之約定，即雇主於試用期間內綜合判斷求職者對企業之發展是否適格，如不適格，雇主即得於試用期滿前終止勞雇契約，而勞工於試用期間內，亦得評估企業環境與將來發展空間，決定是否繼續受僱於該企業，若勞雇雙方於試用期間內發覺工作不適於由該勞工任之，或勞工不適應工作環境，應認勞資雙方於未濫用權利情形下，得任意終止勞動契約。而上訴人主要業務為國際貿易，被上訴人受僱為業務助理，主要工作為接洽國外訂單及處理等相關業務，該項業務需具備英語、國貿等專長，如前述，被上訴人之英語能力不佳，尚需於下班後自行補習英文等情，為其所自認，上訴人於試用期間屆滿前，認被上訴人不能適任業務助理工作而為終止勞動契約表示，尚難認有濫用權利情形，應認兩造間勞動契約已經合法終止。

⑵被上訴人雖主張：伊於八十五年十一月九日初診證實懷孕，於同年十二月十日因懷孕身體不適，請假至醫院檢查治療，上訴人知悉伊懷孕後，即於同年月二十日對伊為終止僱傭契約表示，此項解僱違反禁止性別歧視原則，應屬無效云云，並提出中山醫院產科檢查紀錄（附原審卷六一頁）及台北市政府勞工局（下稱勞工局）函為證，惟上訴人否認係因被上訴人懷孕而為解僱，依民事訴訟法第二百七十七條規定，應由被上訴人就其主張事實，負舉證責任。而產科檢查紀錄僅能證明被上訴人於八十五年十一月九日已證實懷孕，尚不能證明上訴人已確知被上訴人懷孕事實，且該檢查紀錄並無被上訴人於同年十二月十日就診記載，所主張上訴人因伊於同年十二月十日就診而知被上訴人懷孕，自不足採，而勞工局函僅為其內部評議結果之通知，被上訴人並未證明上訴人確曾因性別歧視而受科處罰鍰之行政處分，自不得僅以勞工局內部決議，即認上訴人有性別歧視行為。又上訴人公司以女性員工居多，其中不乏多次懷孕之員工，從未因而遭上訴人終止僱傭契約等情，已經證人即上訴人女性員工鄧敏華、林玉華到庭證述屬實，並為兩造所不爭，被上訴人亦未提出其餘足資證明上訴人確有性別歧視之證據，所主張係受性別歧視遭解僱云云，尚非可採。

㈣被上訴人請求侵權行為損害賠償是否有理由？

上訴人既係於試用期間內合法對被上訴人終止僱傭契約，亦無性別歧視之實據，則上訴人之解僱行為並非「不法」侵害被上訴人之權利，自與民法上侵權行為之要件有間，不能認上訴人所為構成侵權行為。是被上訴人主張上訴人之解僱行為已侵害其工作之自由權云云，即無可採。

□綜上所述，被上訴人主張上訴人對其性別歧視所為解僱不合法，並侵害其工作之自由權云云，為無可採，上訴人於試用期間內以被上訴人不適所任職務，行使所保留之終止權，並無不合，兩造之勞動契約既經合法終止，被上訴人依僱傭契約及侵權行為之法律關係請求上訴人給付一百零三萬七千五百元及法定遲延利息，暨假執行之聲請，即屬無據，不應准許。原審未查，為上訴人敗訴判決，尚有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院廢棄原判決，並駁回被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請。

□據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百五十條、第七十八條，判決如主文。

中　華　民　國　九十一　年　十　月　二十九　日

民事第五庭

審判長法　官　黃　熙　嫣

法　官　陳　介　源

法　官　鄭　傑　夫

右正本係照原本作成。

不得上訴。

中　華　民　國　九十　年　十一　月　六　日

書記官　劉　家　聲

資料來源：司法院法學資料檢索系統