

臺灣高等法院高雄分院民事判決

111年度勞上字第5號

上訴人 吳先凱

訴訟代理人

(法扶律師) 黃建雄律師

被上訴人 裕榮食品股份有限公司

法定代理人 洪俊良

訴訟代理人 葉凱禎律師

曾嘉雯律師

上列當事人間請求給付工資事件，上訴人對於中華民國110年11月24日臺灣高雄地方法院110年度勞訴字第74號第一審判決提起上訴，本院於111年8月17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第(二)、(三)、(四)項之訴部分，及該部分訴訟費用（除確定部分外）之裁判，均廢棄。

確認兩造僱傭關係存在。

被上訴人應給付上訴人新臺幣參拾玖萬壹仟參佰捌拾捌元，及自民國一一一年七月一日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，並應自民國一一一年七月一日起至上訴人復職前一日止，按月於次月一日前給付上訴人新臺幣伍仟元，及自各期應給付日之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

被上訴人應補提繳新臺幣貳萬參仟肆佰捌拾參元至上訴人勞工退休金專戶，並自民國一一一年七月起至上訴人復職前一日止，按月補提繳新臺幣參佰壹拾捌元至上訴人之勞工退休金個人專戶第一（除確定部分外）、二審訴訟費用，均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分

被上訴人之法定代理人原為洪宗喜，嗣於民國110年11月12日變更為洪俊良，並於111年2月11日具狀聲明承受訴訟，有

被上訴人變更登記表在卷可稽（見本院卷第67頁至第69頁），核無不合，應予准許。

貳、實體部分

一、上訴人主張：上訴人於109年6月29日受僱於被上訴人，擔任人事人員，每月工資新臺幣（下同）33,000元，試用期間自109年6月29日起至同年12月28日止，期間之考核皆通過，詎上訴人主管於110年1月8日突以上訴人不能勝任工作為由，於同年1月21日資遣上訴人，並稱係因發生員工相互代為打卡事件，上訴人未能掌握現況，不能勝任工作云云。惟上訴人到職後，主管從未向上訴人表示需查核員工是否相互代為打卡，且被上訴人只有上訴人一位人事人員，員工打卡機放置在警衛室，上訴人根本無法查核，被上訴人資遣上訴人，於法不合，上訴人自得依民法第487條前段規定提起本件訴訟等語。聲明求為判命：(一)確認兩造間僱傭關係存在。(二)被上訴人應自110年1月22日起至上訴人復職前一日止，按月於次月10日給付上訴人33,000元，及自各期應給付日之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(三)被上訴人應自110年1月22日起至上訴人復職前一日止，按月提繳1,998元至上訴人之勞工退休金個人專戶。(四)被上訴人應給付上訴人4,284元。

二、被上訴人則以：上訴人擔任人事人員期間，未妥適管理員工出勤，導致109年10月間發生員工違反規定代打卡事件，自屬不能勝任工作。又試用期間被上訴人得隨時終止契約，無須具備勞基法所規定之法定終止事由，故被上訴人資遣上訴人並無不法，且上訴人亦已接受被上訴人資遣。縱認上訴人請求有理由，上訴人已另至訴外人東慧國際諮詢顧問股份有限公司（下稱東慧公司）及五鮮及國際餐飲股份有限公司（下稱五鮮級公司）任職，自應扣除所領得之報酬等語為辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，上訴聲明：(一)原判決關於駁回上訴人後開之訴部分廢棄。(二)確認兩

01 造僱傭關係存在。(三)被上訴人應給付上訴人391,388元，及
02 自111年7月1日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。
03 (四)被上訴人應自111年7月1日起至上訴人復職前一日止，按
04 月於次月1日前給付上訴人5,000元，及自各期應給付日之翌
05 日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(五)被上訴人應
06 補提繳23,483元至上訴人勞工退休金專戶，並自111年7月起
07 至上訴人復職前一日止，按月補提繳318元至上訴人之勞工
08 退休金個人專戶（上訴人其餘敗訴部分，未據上訴人聲明不
09 服，已告確定）。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

10 四、兩造不爭執事項：

11 (一)上訴人於109年6月29日受僱於被上訴人擔任人事人員，每月
12 工資33,000元，兩造並簽立培訓養成契約（下稱系爭契
13 約），約定培育養成期間自109年6月29日起至同年12月28日
14 止。

15 (二)被上訴人於110年1月8日以上訴人不能勝任工作為由，於110
16 年1月21日資遣上訴人。

17 (三)上訴人擔任人事人員期間，被上訴人於109年10月間發生員
18 工代打卡之違紀行為，涉案員工均有遭被上訴人懲處。

19 (四)上訴人提起本件訴訟有確認利益。

20 (五)上訴人在東慧公司合計受領薪資金額為57,412元。

21 (六)上訴人自111年2月間起至同年6月間止，由五鮮級公司受領
22 薪俸合計123,200元。

23 (七)如上訴人請求有理由，自110年1月21日起111年6月底為止薪
24 資差額為391,388元。

25 (八)上訴人自111年7月開始每月薪資差額為5,000元。

26 (九)如上訴人請求有理由，被上訴人應補提繳23,483元至上訴人
27 勞工退休金專戶，並自111年7月起按月補提繳318元。

28 五、本件爭點：被上訴人以上訴人未通過系爭契約不能勝任工作
29 為由，依勞動基準法第11條第5款規定資遣上訴人，是否合
30 法？上訴人訴請確認兩造僱傭關係存在，並請求被上訴人給
31 付薪資差額及提繳勞工退休金差額，有無理由？

01 六、經查：

02 (一)按我國勞基法並未就試用期間或試用契約制定明文規範，而
03 一般企業雇主僱用新進員工，亦僅對該員工所陳之學、經歷
04 為形式上審查，未能真正瞭解該名員工是否能勝任工作，因
05 此，在正式締結勞動契約前先行約定試用期間，藉以評價新
06 進勞工之職務適格性與能力，作為雇主是否願與之締結正式
07 勞動契約之考量，而勞工於試用期間內，亦得評估企業環境
08 與將來發展空間，決定是否繼續受僱於該企業，基於契約自
09 由原則，倘若勞工與雇主間有試用期間之合意，且依該勞工
10 所欲擔任工作之性質，確有試用之必要，自應承認試用期間
11 之約定為合法有效。次按試用之目的，旨在評價受僱人之職
12 務適格性及能力，作為試用期滿後僱用人是否繼續維持僱傭
13 契約之考量，故考核能否勝任，應以試用期間之表現為依
14 據。勞動契約附有試用期間之約款者，雇主得於試用期間內
15 觀察該求職者關於業務之能力、操守、適應企業文化及應對
16 態度，判斷該求職者是否為適格員工，如不適格，雇主即得
17 於試用期滿前終止勞動契約，於雇主未濫用權利之情形下，
18 其終止勞動契約應具正當性（最高法院95年度台上字第2727
19 號、109年度台上字第2205號判決要旨參照）。故適用期間
20 內之解僱事由，原則上應尊重當事人之約定，但如約定雇主
21 可任意解僱試用勞工，解釋上應認為違背公序良俗而無效。
22 以不能勝任工作為由解僱試用勞工時，不必要求至確不能勝
23 任之程度，只要雇主能合理證明勞工大致不能勝任工作之程
24 度，即可許之（臺灣高等法院暨所屬法院109年法律座談會
25 民事類提案第11號座談會結論參照）。

26 (二)本件上訴人於109年6月29日受僱於被上訴人擔任人事人員，
27 每月工資33,000元，兩造並簽立系爭契約，約定培育養成期
28 間自109年6月29日起至同年12月28日止。上訴人擔任人事人
29 員期間，被上訴人於109年10月間發生員工代打卡之違紀行
30 為，涉案員工均有遭被上訴人懲處。嗣於110年1月8日被上
31 訴人以上訴人不能勝任工作為由，於110年1月21日資遣上訴

01 人等節，為兩造所不爭執（見本院卷第168頁），並有系爭
02 契約、懲處公告、資遣員工通報名冊在卷可稽（見原審卷第
03 57頁至第62頁、第65頁、第67頁），自堪信為真實。而系爭
04 契約第一條約定：「培訓養成期間：自109年6月29日起至10
05 9年12月28日期滿。本契約期滿前，甲方（即被上訴人）得
06 就乙方（即上訴人）工作表現進行考核評估：一、如乙方未
07 能通過考核，經雙方協商同意後得延長試用期，延長試用以
08 一次為限，如乙方經延長試用仍未通過考核，雙方契約自延
09 長試用期滿時終止。二、於乙方通過考核後，得聘為正式員
10 工，由甲方另與乙方簽訂勞動契約，雙方權利與義務自簽訂
11 新約時起適用新約之約定」，故兩造訂有試用契約，試用期
12 間為6個月，其約定並未違反公序良俗、誠信原則或強制規
13 定，系爭契約自為合法有效。又兩造於系爭契約第十條約
14 定：「一、非有左列情事之一者，甲方不得經預告終止本契
15 約：5. 乙方對於所擔任之工作確不能勝任時」，故依其文
16 義，倘被上訴人認上訴人於試用期間內對所擔任之工作不能
17 勝任時，始能提前終止試用契約，且應依系爭契約第一條之
18 規定辦理，即上訴人如未能通過考核，兩造得協商延長試用
19 期，如經延長試用仍未通過考核，試用契約於延長試用期滿
20 時終止，如通過考核，則聘為正式員工，由兩造另行簽訂勞
21 動契約。

22 (三)查上訴人主管謝建平於原審到庭證稱：伊有通過上訴人成為
23 正式人員的考核，之後送董事長核定，但董事長並未核定，
24 董事長說上訴人在工作上並不適任，但未清楚說明不適任的
25 原因，上訴人擔任人事工作在伊認為是合格的，但董事長認
26 為不合格。員工出缺勤作業管理屬於人事工作執掌，是上訴
27 人工作內容，出勤作業管理分為動態及靜態作業，靜態作業
28 是以加班單及請假單、員工打卡紀錄產生出勤月報表以作為
29 薪資發放之基準，動態作業是根據副廠長的派工單去現場巡
30 視員工是否有依照派工單工作。打卡機是放在守衛室，代打
31 卡事件是發生在109年10月，伊沒有告知上訴人有員工會代

01 打卡並指導應如何查核或防止代打卡情事，因為並沒有發生
02 過代打卡的事情；公司工作規則有規定上下班需親自打卡，
03 該規定是人事人員要知道的，董事長用此事認為上訴人不適
04 任而資遣上訴人等語（見原審卷第172頁至第176頁）。嗣於
05 本院審理期間，謝建平復到庭證稱：上訴人到職前不曾發生
06 代打卡情形，所以人事部門不曾查核員工有無親自打卡，也
07 沒有要求上訴人去查核，代打卡事件發生後，雖有另外張貼
08 公告要求員工不得代打卡，但並沒有裝監視器或其他監控設
09 備，現在有要求人事人員要去跟守衛人員瞭解有無代打卡情
10 形等語（見本院卷第98頁至第99頁）。依證人謝建平所述，
11 109年10月間被上訴人員工代打卡事件發生前，被上訴人人
12 事人員之工作內容，並不包括查核員工有無親自打卡，上訴
13 人到職後，其主管亦未曾要求上訴人查核員工有無親自打
14 卡，且上訴人之主管即證人謝建平係認上訴人足以勝任人事
15 人員之工作，堪予認定。至被上訴人工作規則第15條雖規定
16 員工上下班須親自打卡，惟此係針對被上訴人全體員工所之
17 規定，與上訴人於代打卡事件發生前是否需查核員工有無親
18 自打卡無涉，並無從執此為不利上訴人之認定。故本件自難
19 以上訴人到職後，曾發生員工代打卡事件，即執此單一事
20 件，遽將責任歸究於尚屬新進人員之上訴人，並進而認上訴
21 人不能勝任工作。被上訴人抗辯稱上訴人未妥適管理員工出
22 勤，導致109年10月間發生員工違反規定代打卡事件，屬不
23 能勝任工作云云，尚不足採。況縱認上訴人有不能勝任工作
24 之虞，依兩造於系爭契約之約定，尚需於上訴人未能通過考
25 核後，經協商延長試用期仍未通過考核，方得予以資遣，業
26 如前述，而本件被上訴人未經與上訴人協商延長試用期，即
27 逕予資遣，與兩造於系爭契約之約定不符，自難認被上訴人
28 資遣上訴人為合法。另上訴人於被告知將受資遣時，未即時
29 表示異議，並辦理離職手續，與被上訴人資遣是否合法無
30 涉，並不能因此即能認上訴人同意被上訴人資遣，被上訴人
31 抗辯上訴人亦已接受被上訴人資遣云云，難認有憑。上訴人

01 訴請確認兩造僱傭關係存在，自有所據。

02 (四)按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得
03 請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處
04 服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額
05 內扣除之，民法第487條定有明文。本件被上訴人資遣上訴
06 人為不合法，上訴人訴請確認兩造僱傭關係存在，為有所據
07 等節，業經本院審認如前述，且被上訴人始終拒絕上訴人回
08 任，受領勞務遲延，則上訴人依上述規定無補服勞務之義
09 務，自得向被上訴人請求報酬。又上訴人於遭被上訴人資遣
10 後，曾至東慧公司任職，合計受領薪資57,412元，且現仍在
11 五鮮級公司任職，自111年2月間起至同年6月間止，自五鮮
12 級公司受領薪資合計123,200元，經計算後，自110年1月21
13 日起111年6月底為止薪資差額為391,388元，自111年7月開
14 始每月薪資差額為5,000元，且被上訴人應補提繳23,483元
15 至上訴人勞工退休金專戶，並自111年7月起按月補提繳318
16 元等節，為兩造所不爭執（見本院卷第168頁至第169頁），
17 並有東慧公司、五鮮級公司薪資明細表在卷可稽（見原審卷
18 第185頁至第205頁、本院卷第111頁、第141頁至第144
19 頁），則上訴人請求被上訴人給付薪資差額391,388元、自1
20 11年7月開始每月薪資差額5,000元，且應補提繳23,483元至
21 上訴人勞工退休金專戶，並自111年7月起按月補提繳318
22 元，即有所據。

23 七、綜上所述，上訴人求為判命確認兩造僱傭關係存在，被上訴
24 人應給付上訴人391,388元，及自111年7月1日起至清償日
25 止，按週年利率5%計算之利息，並應自111年7月1日起至上
26 訴人復職前一日止，按月於次月1日前給付上訴人5,000元，
27 及自各期應給付日之翌日起至清償日止，按週年利用5%計算
28 之利息，暨應補提繳23,483元至上訴人勞工退休金專戶，並
29 自111年7月起至上訴人復職前一日止，按月補提繳318元至
30 上訴人之勞工退休金個人專戶，為有理由，應予准許。原審
31 就上開應准許部分，判決上訴人敗訴，尚有未洽，上訴意旨

指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第二、三、四項所示。

八、本件為判決基礎之事實已明，兩造其餘攻擊或防禦方法於訴訟結果不生影響，不逐一論述，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 111 年 9 月 14 日
勞動法庭

審判長法官 蘇姿月

法 官 郭宜芳

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 111 年 9 月 14 日
書記官 林家煜

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。