臺灣高等法院民事判決

108年度重勞上字第62號

上　訴　人　沈依蘋
訴訟代理人　劉師婷律師
　　張嘉淳律師
被 上訴 人　網奕資訊科技股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　吳權威
訴訟代理人　康琦英
　　利兆奇
　　林蓓玲律師
上　一　人
複　代理人　洪宗暉律師

上列當事人間請求給付工資等事件，上訴人對於中華民國108年9月4日臺灣臺北地方法院107年度勞訴字第360號第一審判決提起上訴，本院於109年9月1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：伊自民國106年12月21日起任職於被上訴人公司擔任業務經理，約定試用期間為3個月，每月薪資新臺幣（下同）5萬元。伊於107年1月25日經確診懷孕，並於翌日將上情告知被上訴人公司人事經理甲○○，詎被上訴人竟於同年月29日由伊主管邱士峰通知伊離職，片面終止雙方勞動契約。被上訴人因伊懷孕而終止勞動契約，顯違反性別工作平等法（下稱性平法）第11條第1項懷孕歧視規定，自不生效力，故兩造僱傭關係仍存在，被上訴人仍有給付工資及依勞工退休金條例(下稱勞退條例)第14條第1項、第31條規定提繳勞工退休金之義務。伊已於107年8月27日發函向被上訴人表示願意繼續提供勞務，並申請產假及育嬰假，惟未獲置

理。被上訴人仍應依民法第487條規定給付伊自107年1月30日起至同年9月3日止之工資35萬6667元、依勞動基準法（下稱勞基法）第50條第2項規定給付產假8周計9萬3333元工資、依性平法第26條、就業保險法第38條第1項、第19條規定給付育嬰留職停薪津貼16萬4880元，並依勞工保險條例(下稱勞保條例)第72條第1項規定賠償伊所受勞保生育給付差額損害1萬3666元。又伊因被上訴人之懷孕歧視，遭違法解職，身心受創，致懷孕中期入院安胎22日，亦得依性平法第26條、第29條規定，請求非財產上損害30萬元，以上合計92萬8546元。爰依上開規定，求為判決：㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡被上訴人應自108年5月1日起至伊復職日止，按月給付伊5萬元，及自各期給付日次日起加計法定遲延利利息；㈢被上訴人應給付伊92萬8546元，及自起訴狀繕本送達翌日起加計法定遲延利息；㈣被上訴人應提繳2萬1657元至伊勞工退休金個人專戶；並自108年5月1日起至伊復職日止，按月於每月最後工作日提繳3036元至伊勞工退休金個人專戶。

二、被上訴人則以：兩造於106年12月21日簽訂「網奕資訊科技股份有限公司聘僱暨保密合約書」（下稱系爭合約），約定試用期間3月，伊得於試用期間內，考核上訴人是否適任或忠誠執行職務，作為是否繼續僱傭關係之考量；上訴人則應遵守伊公司內部規章及相關法規，以執行職務、維護公司利益及忠誠履約義務。因上訴人於試用期間之107年1月17日下午、107年1月26日均有打卡後於上班時間內不假外出，未經准許即擅離職守行為，且經直屬長官就其業務能力、業績表現等給予考核評量分數僅23分，未能通過考核，伊乃依系爭合約第2條、第8條第2項約定，及勞基法第11條第5款規定，於107年1月29日終止兩造間勞動契約。伊並非因上訴人告知懷孕，始終止兩造間勞動契約。兩造間勞動契約既經伊於107年1月29日合法終止，上訴人請求確認僱傭關係存在，及請求給付工資、產假工資、育嬰留職停薪津貼、勞保生育給付

差額、提繳退休金至其勞工退休金個人專戶，及非財產上損害，均非有據等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，並聲明：㈠原判決廢棄。㈡確認兩造間僱傭關係存在。㈢被上訴人應自108年5月1日起至上訴人復職日止，按月給付上訴人5萬元，及自各期給付日次日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈣被上訴人應給付上訴人92萬8546元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈤被上訴人應提繳2萬1657元至上訴人勞工退休金個人專戶；並自108年5月1日起至上訴人復職日止，按月於每月最後工作日提繳3036元至上訴人勞工退休金個人專戶。㈥上開第㈢、㈣項聲明願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四、查兩造均不爭執上訴人自106年12月21日起任職被上訴人公司，擔任業務經理，雙方簽立系爭合約，並約定月薪為5萬元，試用期間為3月，嗣被上訴人於107年1月29日終止兩造勞動契約，並給付資遣費2778元予上訴人之事實，復有兩造各自提出之報到通知書、離職交接清單、離職證明書、資遣費計算明細、系爭合約書為證（原審卷第15至24頁、第111至114頁），堪認此部分事實為真實。次查上訴人主張被上訴人上開終止勞動契約，並非合法，為被上訴人所否認，則兩造僱傭關係之存否乃處於不明確之狀態，且使上訴人在法律上地位有不安之狀態，而此不安之狀態得以確認訴訟予以除去，故應認上訴人提起本件確認之訴，有即受確認判決之法律上利益，依民事訴訟法第247條第1項規定，應予准許。至被上訴人終止勞動契約是否合法？兩造僱傭關係是否存在？則判斷如下：

㈠上訴人雖執臺北市政府勞動局性別工作平等會審定書（下稱系爭審定書）、臺北市政府府訴二字第1086101264號訴願決定書（下稱系爭訴願決定書）為證(見原審卷第34至41頁、本院卷第41至45頁），主張被上訴人於107年1月26日知悉其

懷孕後，旋於107年1月29日終止兩造間勞動契約，顯係因其懷孕始終止勞動契約，有違性平法第11條第1項懷孕歧視規定，其終止並非有效，兩造僱傭關係仍存在云云，惟為被上訴人所否認，並以前詞置辯。查系爭審定書及訴願決定書雖以被上訴人不能證明其終止兩造間勞動契約符合勞基法規定，故認上訴人所為被上訴人因其懷孕始終止勞動契約之主張為可取，而審定被上訴人違反性平法第11條第1項（懷孕歧視）規定及駁回被上訴人之訴願。惟按民事法院法官依法獨立審判，本不受行政機關或行政訴訟判決認定事實之影響，仍應依調查證據、本於辯論結果，以其自由心證而為認定。況被上訴人就上開審定及駁回訴願之處分已聲明不服，提起行政訴訟，現由臺灣高等行政法院審理中(案列108年度訴字第622號)，此亦為上訴人所不爭，故尚難逕據該審定書及訴願決定書認定被上訴人係因上訴人懷孕始終止勞動契約。此外，上訴人並不能提出其他積極證據證明被上訴人係因其懷孕，始終止勞動契約之事實，則其此部分之主張，難認可取。被上訴人既非因上訴人懷孕而終止兩造勞動契約，則上訴人依性平法第26條、第29條規定，請求被上訴人給付非財產上損害30萬元，自非有據。

㈡上訴人主張其並無被上訴人所指不能勝任工作情事，被上訴人依系爭合約第2條、第8條第2項約定及勞基法第11條第5款規定終止勞動契約並不合法云云，惟亦為被上訴人所否認，並抗辯係因上訴人於試用期間有二次不假外出，且工作表現未通過考評，有不能勝任工作情形，始予以終止契約等語。查：

1.系爭合約第2條約定：「乙方(指上訴人)之試用期間為三個月，…。於試用期間，乙方不能勝任其職務，經甲方(指被上訴人，下同)考核不合格者，…甲方得終止本合約」，第8條第2項約定：「乙方違反本合約規定時，甲方得不經預告終止本合約，此外，甲方亦得依勞動基準法或相關法令之規定終止本合約」（見原審卷第111、113頁）。又勞工對於所

擔任之工作確不能勝任時，雇主得預告終止勞動契約，勞基法第11條第5款亦定有明文。惟勞基法第16條關於預告期間之規定，僅針對繼續工作三個月以上者為規定，則解釋上對於繼續工作未滿三個月者，並無預告期間之問題，故被上訴人於上訴人服務未滿三個月，以上訴人有勞基法第11條第5款規定事由，不經預告終止勞動契約，尚難認有違反上開預告期間之規定，先予敘明。

2.被上訴人抗辯上訴人不能勝任工作，業據其提出考核表為證（見原審卷第249頁），且上訴人就該考核表形式上真正並不爭執(見本院卷第135頁)。而依上開考核表所載，上訴人自106年12月21日至107年1月26日間評比項目總分數為23分（滿分應為50分），被上訴人之綜合評語為「1.學習狀況緩慢，未達業務團隊標準。2.業務特質不足，開發市場能力有限。3.不適合做業務開發工作。」（見原審卷第249頁）。此項評分及綜合評語內容，係由最直接且最頻繁接觸上訴人之直屬主管邱士峰所為，再經被上訴人公司副總經理、總經理核閱後簽章(見原審卷第249頁)，故其評分係經過多人考量之結果而具有相當客觀性。上訴人雖主張被上訴人並未告知其考核項目及標準，爭執考核表之公正客觀性。惟查被上訴人向來就新進人員於試用期間均以上開考核表所載項目進行考核，並由主管為評語，業據被上訴人提出被上訴人公司內部留存其他新進人員考核表檔案列表及考核表可稽(見原審卷第431至437頁)。且兩造既於系爭合約第2條約定試用期間3月，堪認上訴人對被上訴人於試用期間會對其進行各種考評，以試驗、審查其是否具備勝任工作之能力及是否適應所司職務，亦有所認識，而試用期間之約定乃基於契約自由原則，勞僱雙方關於保留契約終止權之約定，故除非雇主有權利濫用之情形外，應尊重雇主基於考核員工不能勝任工作之判斷。被上訴人依系爭合約試用期間之約定，即有權進行考核上訴人，並依據考核為是否繼續勞動契約之認定。次查該考核表所載之考核評分項目，係就員工處理業務之知識及專

業技能、工作態度、品質及效率、研究創新、責任心及信賴度、操守及品格、領導溝通能力、團隊精神及向心力、服務態度等項目為考核，均與職業適格性有連關性，且為上訴人在職場提供勞務本應注意之面相及具備之職能，難謂有何不當，自不因上訴人事前是否知悉考核表上所列考核評比項目及標準，而影響其公正及客觀性。上訴人既不能舉證說明該考核表所列評比分數有何不當，則其泛以不知該考核表項目及標準，主張考核不實，自非可取。被上訴人針對上訴人試用期間服勞務之表現做出考評，並據以判認上訴人不能勝任工作，則其依此做成終止勞動契約之決定，難認有何權利濫用之情形。

3.又上訴人於試用期間，除法令另有規定外，本應依被上訴人之指示上下班及遵守被上訴人公司請假之相關規定，此屬勞工對雇主應盡之忠實服勞務義務。系爭合約第4條第1項亦約定，上訴人應於被上訴人指派之職務，遵守被上訴人內部規章(見本院卷第111頁)。而被上訴人之人事管理規章第3章第1條規定，員工每日工作時間為8小時，工時為上午9時至下午6時，中午休息時間為1小時(即中午12時至下午1時)；第2章第2條規定「同仁除例假日、休息日，因公出差或因故請假外，各職等同仁均應按照規定時間工作，不得任意遲到、早退」；第2章第3條規定「同仁一經上班未經准許，不得擅離職守，並接受上級之監督及指揮」；第3章第3條第1款規定「同仁有請假除因急病或情況緊急致不能事先呈准外，未經事先請准，而擅自缺勤者，以曠職論」；第5章規定病假或臨時性之事假，應於當天打電話告知主管，並於假後上班當日完成補假手續，否則視同曠職（見原審卷第289至291頁、第297頁）。查上訴人曾於107年1月17日下午約5時40分許，未事先請假即離開辦公室，致其部門主管有業務急需尋找上訴人時，同部門人員均無人知其去向，經撥打上訴人手機，亦無人應答，直至該日下午7時許仍未獲上訴人回應，有被上訴人所提出之LINE對話紀錄可稽（見原審卷第117至1

27頁），上訴人雖陳稱其並未離開辦公室，雖有離開座位，惟係在公司內其他處所與江姓經銷商會議，及進行跨部門協調，其上、下班打卡時間均正常，並無擅自離開公司云云，並提出打卡資料為證(見原審卷第213至227頁)。惟上開上下班打卡資料充其量僅能證明上訴人有於所指打卡時間在公司打卡，並不能證明其於107年1月17日下午5時40分許至下班打卡前，確有在公司內部之事實。況如上訴人所云其確在公司內部，僅離開座位而已，則依常情，其主管應無長達2小時找不到人之情，且撥打上訴人手機全無回應之可能，故上訴人上開所陳，與常情尚有出入，尚難信取。次查上訴人於同年月26日上午又未請假擅自外出離開辦公室，經被上訴人管理部經理甲○○查覺，並撥打上訴人行動電話詢問上訴人去向，上訴人亦自陳有外出購物(見原審卷第129頁之通話譯文）。上訴人雖稱其係因懷孕不舒服，先上廁所後，暫時離開公司去便利商店買酸梅等語。惟由其仍可獨自上廁所且外出之事實，堪認其尚非病況急切致無法事先請假、或告知其同仁或主管上情，由其等代為購物或協助其請假，自難認其不假外出具有正當性。上訴人於試用期間未滿2月，即有2次未事先告知或請假擅自離開公司之行為，致被上訴人之部門主管無法順利聯繫上訴人，即時指派工作，被上訴人指稱其有違反服勤規定，應為可取。則被上訴人於約定之試用期間，觀察上訴人之出勤屢有違反公司規定之情形，進而判斷上訴人對公司管理規章之遵守及勞務給付之敬業態度，而認其有違反勞工應忠誠履行勞務給付義務之不適任工作情形，並為不繼續維持僱傭契約之決定，亦難認有何權利濫用之情形。

4.綜上，被上訴人以上訴人不假外出2次、考核不合格，而有系爭合約第2條及勞基法第11條第5款規定不能勝任工作之事由，於107年1月29日不經預告終止兩造間勞動契約，自屬有據。上訴人雖主張被上訴人若認其不適任，應先調整其職務或調任他職，且不假外出依被上訴人之人事規章規定應視為

曠職，惟需曠職6次始得免職，尚不得立即終止勞動契約，故被上訴人違反最後手段性原則，其終止勞動契約不合法云云。按勞動契約附有試用期間條款者，當事人間勞動契約之效力雖自試用期間始即發生效力，並有勞基法之適用。即於勞工試用期間，雇主仍應於符合勞基法第11條、第12條規定情形，始可終止勞動契約。惟勞、雇雙方約定試用期間之目的既在於試驗、審查勞工是否具備勝任工作之能力及對於所司職務之適用與否，勞工就其於試用期間若表現不佳可能遭解雇一事已有預見，是雇主依勞基法第11條、第12條規定終止勞動契約，自無以符合解雇最後手段性原則為必要，否則將使試用期用之約定失其意義。本件被上訴人終止勞動契約時，上訴人既仍在試用期間，則除被上訴人之終止勞動契約有權利濫用之情形外，對於被上訴人依其審查及試驗結果判認上訴人不適任其職務，即不得再主張適用最後手段性原則。上訴人既不能舉證證明被上訴人於試用期間終止勞動契約有何權利濫用情事，則其以被上訴人違反最後手段性原則，主張被上訴人終止勞動契約不合法，亦難認可取。

五、上訴人主張被上訴人終止勞動契約不合法，並非可採，則其請求確認兩造間僱傭關係仍存在，即非有據，不應准許。兩造勞動契約既已於107年1月29日合法終止，則被上訴人自107年1月30日起即無給付上訴人薪資及為其提繳勞工退休金之義務。故上訴人依民法第487條、勞基法第50條、勞退條例第14第1項、第31條規定，請求被上訴人給付自107年1月30日起至107年9月3日止工資35萬6667元，及自107年9月4日至107年10月30日產假期間工資9萬3333元，並提繳2萬1657元至上訴人勞工退休金個人專戶，以及自108年5月1日起至復職日止之按月給付薪資5萬元及法定遲延利息，暨按月提繳3036元至上訴人勞工退休金專戶，均屬無據。次按就業保險法第11條第1項第4款規定育嬰留職津貼之請領條件為被保險人（即同法規定之受僱勞工）之保險年資合計滿1年以上，子女滿3歲前，依性別工作平等法之規定，辦理育嬰留職停

薪。同法第19條之2亦明定育嬰留職停薪津貼，以被保險人育嬰留職停薪之當月起前6個月平均月投保薪資百分之60計算，於被保險人育嬰留職停薪期間，按月發給津貼。又受僱者任職滿6個月後，於每一子女滿3歲前，得申請育嬰留職停薪，期間至該子女滿3歲止，但不得逾2年。由上開規定可知，關於育嬰留職停薪津貼，須以上訴人為被上訴人員工，始得請求。本件被上訴人已於107年1月29日合法終止兩造間僱傭關係，並無違反性平法第11條規定，已如前述。則依上開說明，上訴人於107年8月27日向被上訴人申請育嬰假，自非有據，其請求被上訴人給付育嬰留職停薪期間津貼16萬4880元，不應准許。

六、上訴人主張依其月投保薪資額4萬5800元計算，其原得領取60日之生育給付9萬1600元（計算式：45,800x2），因被上訴人非法解雇，其僅領取7萬7934元，其受有差額損害1萬3666元（計算式：91,600－77,934），被上訴人應賠償其該差額之損害云云。按其他現金給付之平均月投保薪資按被保險人發生保險事故之當月起前6個月之實際月投保薪資平均計算；其以日為給付單位者，以平均月投保薪資除以30計算；被保險人參加保險滿280日後分娩者，得請領生育給付；次按被保險人分娩者，按被保險人平均月投保薪資一次給與生育補助費60日；投保單位不依本條例之規定辦理投保手續者，勞工因此所受之損失，應由投保單位依本條例規定之給付標準賠償之，勞保條例第19條第3項第2款、第31條第1項第1款、第32條第1項第2款、第72條第1項固定有明文。又上訴人係於107年9月4日分娩(見本院卷第553頁)，距其94年11月9日參加勞工保險起已滿280日，有上訴人之勞工保險被保險人投保資料表可稽（見原審卷第55至56頁），故上訴人符合請領勞保生育給付之資格。惟上訴人不爭執於107年1月29日被上訴人為上訴人辦理勞工保險退保(見原審卷第53頁之勞工保險退保申報表）後，其未續以前述薪資投保，則上訴人申請生育給付，經勞工保險局審查後，於107年10月16日

發放勞工保險生育給付7萬7934元予上訴人，即難認有何差額損害（見原審卷第57頁之郵政存簿儲金簿）。況如前述，兩造間勞動契約已於107年1月29日由被上訴人合法終止，被上訴人自107年1月30日起並無再為上訴人繼續投保勞工保險之義務，故上訴人依勞保條例第72條第1項規定，請求被上訴人賠償上開差額，洵屬無據。

七、綜上所述，上訴人請求：㈠確認兩造間僱傭關係存在。㈡被上訴人應自108年5月1日起至上訴人復職日止，按月給付上訴人5萬元，及自各期給付日次日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢被上訴人應給付上訴人92萬8546元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈣被上訴人應提繳2萬1657元至上訴人勞工退休金專戶；並自108年5月1日起至上訴人復職日止，按月於每月最後工作日提繳3036元至上訴人勞工退休金專戶，均非有據，不應准許。從而原審所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由。

八、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。

九、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　9　　月　　29　　日

勞動法庭

審判長法　官　謝碧莉

法　官　林晏如

法　官　陳月雯

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20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20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466 條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　9　　月　　29　　日

書記官　侯雅文

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。