臺灣高等法院民事判決

109年度勞上字第12號

上　訴　人　崔淑媛

訴訟代理人　賴中強律師

　　林姿妤律師

被上訴人　　兆豐證券股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　陳佩君

訴訟代理人　張清浩律師

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12月20日臺灣臺北地方法院108年度重勞訴字第2號第一審判決提起一部上訴，本院於110年1月19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項請求部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用部分（除確定部分外）之裁判，均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣參萬貳仟陸佰零柒元，及自民國一百零七年八月二日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。

上訴人其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用（確定部分除外）由被上訴人負擔千分之五，餘由上訴人負擔。

本判決主文第二項所命給付部分，得假執行。但被上訴人如以新臺幣參萬貳仟陸佰零柒元為上訴人預供擔保後，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：伊自民國106年11月16日起受僱於被上訴人，擔任被上訴人復興分公司之櫃檯主管（職稱為副經理），約定每月薪資新臺幣（下同）6萬9,615元。伊於107年5月25日在辦公室走廊施工處不慎遭絆倒，受有左側足部挫傷之職業災害（下稱系爭職業災害），自同年5月27日至同年11月8日間持續至佛教慈濟醫療財團法人台北慈濟醫院（下稱台北慈

濟醫院）就醫治療，詎被上訴人竟於伊職業災害醫療期間即107年6月30日以伊因試用考核不合格為由終止勞動契約，違反勞動基準法（下稱勞基法）第13條前段及職業災害勞工保護法（下稱職災勞保法）第23條規定，其終止不生效力。況伊已達試用考核合格標準，無不能勝任工作情事，被上訴人未經考核，逕以伊試用不合格為由終止勞動契約，亦不生終止效力。又試用期屆滿後，應類推適用勞基法第12條第2項之終止契約應於30日內規定，伊試用期於107年5月15日屆至，被上訴人卻遲至同年6月30日始終止契約，已逾30日除斥期間，被上訴人終止勞動契約，亦非適法。是兩造間勞動契約關係仍存在，伊於107年7月16日以存證信函向被上訴人表達繼續提供勞務之意思，被上訴人拒絕並已受領遲延，伊無補服勞務之義務，而得請求被上訴人自107年7月1日起按月給付薪資6萬9,615元及自107年8月1日起按月提繳勞工退休金4,188元至伊之勞工退休金專戶，且被上訴人於107年7月亦短少提繳退休金1,382元，爰依民法第487條前段、兩造間勞動契約、勞工退休金條例（下稱勞退條例）第6條第1項、第14條第1項規定提起本件訴訟等語。並聲明：㈠確認兩造間僱傭關係存在。㈡被上訴人應自107年7月1日起至伊復職之前一日止，於次月1日，按月給付伊6萬9,615元，及自各期應給付日之次日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢被上訴人應提繳1,382元及自107年8月1日起至伊復職之日止，按月提繳4,188元至伊退休金專戶。（原審為上訴人全部敗訴之判決，上訴人逾上開範圍之請求，未據聲明不服，非本院審理範圍，下不贅述）。並上訴聲明：㈠原判決關於駁回後開㈡至㈣項部分廢棄。㈡確認兩造間僱傭關係存在。㈢被上訴人應自107年7月1日起至上訴人復職之前一日止，於次月1日，按月給付上訴人6萬9,615元，及自各期應給付日之次日起至清償日止，按週年利率5%計算之遲延利息。㈣被上訴人應補提繳1,382元及自107年8月1日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,188元至上訴人設於勞保局之勞

工退休金個人專戶。㈤第㈢、㈣項聲明，願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：上訴人自106年11月16日起任職於伊之復興分公司櫃檯主管，試用期6個月，107年5月15日試用期滿，經伊按上訴人所簽認「復興分公司新進業務部主管（櫃管）考核項目、各項配分百分比、試用合格與延長試用考核標準」（下稱系爭考核標準）考核為試用不合格，伊於107年7月12日以資遣通知單預告上訴人於同年月21日依勞基法第11條第5款終止勞動契約，並於同年8月21日發給資遣費2萬2,683元、特休假未休工資4,508元及107年7月1日至同年月21日薪資1萬2,788元與上訴人，兩造勞動契約已合法終止。上訴人雖於107年5月26日因系爭職業災害後請假休養，然於同年6月27日主動復工，出勤時行動自如，已恢復勞動能力，可正常提供勞務，職業災害醫療期間應至該日為止，伊於107年7月21日終止勞動契約並未違反勞基法第13條或職災勞保法第23條規定。又伊於107年7月21日終止勞動契約，扣除伊於上訴人職業災害醫療期間不得終止勞動契約天數，並未逾越勞基法第12條第2項規定30日除斥期間。另如認伊終止勞動契約不合法，伊所給付上訴人之資遣費、特休未休薪資及107年7月1日至同年月21日之薪資合計3萬9,979元為主動債權，與上訴人請求之薪資為抵銷等語，資為抗辯。並答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：（本院卷一第73頁）

㈠上訴人於106年11月16日起受僱於被上訴人，擔任櫃檯主管，職稱為副經理，每月薪資6萬9,615元，試用期6個月，得延長試用期，以2次為限，每次3個月。（原審卷一第63、131頁）

㈡上訴人於107年5月25日發生系爭職業災害，自同年月28日起至30日期間請病假，自107年5月31日起至6月27日止請公傷病假。（原審卷一第221頁）

㈢上訴人於107年6月25日以Line通訊軟體向主管李子青表示將於同年6月27日上班。（原審卷一第333、404頁）

㈣107年6月27日、同年月28日李子青告知上訴人試用期不合格，詢問上訴人是否願意延長試用期3個月，然需先填寫好107年8月15日之離職申請書，若不同意此條件，則「就到6月30日」，經上訴人拒絕，上訴人於107年6月29日上午有出勤，同日下午2時25分收拾物品後離開。

㈤李子青於107年7月2日起陸續傳送訊息與上訴人，要求上訴人至公司完成離職手續、請假手續等內容，經上訴人於7月9日回覆稱李子青於6月28日已多次稱「到6/30」，並要求被上訴人公司開立服務證明及非自願離職證明。（原審卷一第117至121頁）

㈥李子青107年7月11日以Line通訊軟體通知上訴人已於7月10日啟動資遣程序，被上訴人於同年月12日以資遣通知單通知上訴人將於107年7月21日終止聘僱關係。（原審卷一第105、122頁）

㈦被上訴人於107年8月21日給付資遣費2萬2,683元、特休假未休工資4,508元與上訴人。

四、上訴人主張被上訴人終止勞動契約不合法，依民法第487條前段、兩造間勞動契約、勞退條例第6條第1項、第14條第1項規定，請求確認僱傭關係存在、自107年7月1日起至上訴人復職日按月發給上訴人薪資6萬9,615元本息、補提繳1,382元退休金及自107年8月1日起按月提繳退休金4,188元至上訴人勞工退休金專戶，已為被上訴人否認，並以前揭情詞置辯。本件爭點應為：㈠被上訴人是否在系爭職業災害醫療期間終止勞動契約？㈡被上訴人以上訴人未通過試用期考核，依勞基法第11條第5款規定終止勞動契約，有無理由？㈢上訴人請求確認僱傭關係存在，並請求被上訴人自107年7月1日起至上訴人復職日按月發給上訴人薪資6萬9,615元本息、應提繳1,382元退休金及自107年8月1日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,188元退休金至上訴人設於勞保局之勞工退

休金個人專戶，有無理由？

㈠被上訴人是否在系爭職業災害醫療期間終止勞動契約？

⑴按非有下列情形之一者，雇主不得預告終止與職業災害勞工之勞動契約：一、歇業或重大虧損，報經主管機關核定。二、職業災害勞工經醫療終止後，經公立醫療機構認定身心障礙不堪勝任工作。三、因天災、事變或其他不可抗力因素，致事業不能繼續經營，報經主管機關核定。勞工在第59條規定之醫療期間，雇主不得終止契約。但雇主因天災、事變或其他不可抗力致事業不能繼續，經報主管機關核定者，不在此限。職災勞保法第23條、勞基法第13條定有明文。又勞基法第59條所稱之職業災害，包括勞工因事故所遭遇之職業傷害或執行職務所罹患之職業病（最高法院100年度台上字第1191號判決意旨參照）。另勞基法第59條規定所稱職業災害醫療期間係指「醫治」與「療養」。一般所稱「復健」係屬後續之醫治行為，但應至其工作能力恢復之期間為限。勞工如未能從事勞動契約約定之工作，均屬醫療中不能工作之情形（勞動部103年5月2日勞動條2字第1030130770號函意旨參照）。是勞基法第59條規定之醫療期間，係指勞工因職業災害致未能從事勞動契約約定工作之醫療期間。而勞工因職業災害經治療後已回復工作能力者，即非屬職災勞保法第23條所規範之職業災害勞工。

⑵上訴人主張其於107年5月25日在辦公室走廊施工處不慎遭絆倒，受有系爭職業災害之情，已為被上訴人所不爭執（本院卷一第75頁），並有台北慈濟醫院107年6月13日診斷證明書（原審卷一第159頁）、上訴人請假紀錄（原審卷一第221頁）可據，自可信為真實。而上訴人主張其因系爭職業災害，自107年5月27日至同年11月8日間持續至台北慈濟醫院就醫治療，被上訴人竟於其職業災害醫療期間終止勞動契約之情，固據提出上開台北慈濟醫院診斷證明書、台北慈濟醫院醫療費用收據（原審卷一第157、343至385頁）、勞動部勞工保險局（下稱勞保局）109年5月4日函（本院卷一第185

頁）為據，然被上訴人已否認107年6月27日以後仍屬系爭職業災害醫療期間。經查，台北慈濟醫院107年6月13日診斷證明書係載上訴人因左側足部挫傷，醫師囑言：「病人於107年5月30日，107年6月6日，107年6月13日骨科門診，宜門診追蹤治療，應避免劇烈及碰撞運動，應休養4週」等語，參以本院前函詢勞保局有關上訴人至107年11月8日工作能力是否因系爭職業災害尚未完全恢復，經勞保局以109年7月16日函覆：「崔君（即上訴人）以因107年5月25日職災事故致『左足發炎疼痛，疑似挫傷引起、左側足部挫傷、右側肘部外側上髁炎』等症，申請107年5月28日至107年6月27日及107年6月29日至107年7月21日期間職業災害傷病給付，案經本局將崔君就診相關病歷資料，併同全案送請專科醫師審查，據醫理見解，所患『左足發炎疼痛，疑似挫傷引起、左側足部挫傷』合理休養至107年7月11日可恢復工作。另所患『右側肘部外側上髁炎』與107年5月25日事故無關，屬於普通傷病。據此，本局依據上開醫理見解及相關資料審查，核定崔君所請職業傷害傷病給付應自不能工作之第4日起即107年5月31日給付至107年6月27日及107年6月29日給付至107年7月11日止，餘所請期間應不予給付」等語，有上開勞保局函可據（本院卷一第285、286頁），足認上訴人因系爭職業災害之醫療期間經評估至107年7月11日為止，要與上訴人主張迄至107年11月8日仍屬系爭職業災害醫療期間不符。另佐以上訴人因系爭職業災害而請「公傷病假」迄至107年6月27日，上訴人已於同日出勤之事實，則有上訴人出勤紀錄（原審卷一第219頁）、請假紀錄（原審卷一第221頁）可據，並有被上訴人並已提出上訴人107年6月27日至同年月29日上班簽章之更改交易類別申報表、請假單電子簽章紀錄可稽（原審卷一第277至282頁），且為上訴人所未否認，故被上訴人抗辯上訴人雖受系爭職業災害，然其已於107年6月27日因工作能力恢復已能從事兩造約定工作內容等語，即非無據。

⑶上訴人雖以其於107年6月27日上班，係因遭受被上訴人及主

管李子青極大精神壓力，始不顧公傷病假已請假至107年6月27日及更改台北慈濟醫院回診時間至同年月29日，忍痛負傷進辦公室，且其工作內容需長時間在外奔波，進行業務開發或四處前往拜訪新舊客戶，尚未回復工作能力云云。然依被上訴人所提上訴人與主管李子青間Line軟體對話紀錄，李子青係於107年6月14日詢問「端午節連續假期後，可以回來上班了？！」，上訴人於同年月15日傳送診斷台北慈濟醫院證明書與李子青，李子青則回覆「診斷證明上寫『應休養四週』，請問是6/25㈠上班！？請說明清楚」，上訴人未回覆，嗣李子青於同年月22日詢問「請儘速回報腳傷復原狀況，以利回覆致全副總！」，上訴人於同年月23日回覆「asap」，續於同年月25日回覆「後天復工」等語，有上開Line軟體對話紀錄可據（原審卷一第403、404頁），李子青所為上開對話內容僅是請上訴人回報腳傷狀況，並無上訴人所主張給與精神壓力情事，且上訴人已於同年月27日上班，且未穿戴或使用任何醫療輔具用品之情，業據被上訴人陳述在卷，上訴人並未否認，又上訴人於同年月27日上班後，與李子青間Line軟體對話紀錄或錄音對話紀錄，均未提及有工作能力尚未恢復情事（原審卷一第189至199頁、第333至341頁），足證上訴人係自行審酌系爭職業災害經醫療已回復工作能力，而於同年月27日上班，且上訴人上班後並無不能為原來工作之情狀，故縱使上訴人後續仍有定期門診就醫情形，已非屬系爭職業災害醫療期間，是上訴人上開主張並未可採。

⑷又李子青係於107年7月11日以Line通訊軟體通知上訴人已於7月10日啟動資遣程序，被上訴人則於同年月12日以資遣通知單通知上訴人將於107年7月21日終止聘僱關係，被上訴人並於107年8月21日給付上訴人資遣費2萬2,683元、特休假未休工資4,508元及結算至107年7月21日薪資9,254元之情，有Line軟體對話紀錄（原審卷一第122頁）、資遣通知單、資遣費結算表、離職程序單、移交清單、中華郵政掛號郵件收

件回執（原審卷一第105至116頁）、薪資單（原審卷一第213頁）可據，被上訴人係於107年7月11日通知將於107年7月21日終止兩造勞動契約，顯非於系爭職業災害醫療期間內，上訴人主張被上訴人於系爭職業災害醫療期間終止勞動契約，並未可採。

⑸上訴人雖另主張其係於107年6月28日遭被上訴人片面於同年月30日終止勞動契約，非被上訴人所抗辯於107年7月21日終止，且系爭職業災害之醫療期間迄至107年7月11日止，該終止勞動契約係在上訴人職業災害醫療期間，該終止勞動契約無效云云。然上訴人因系爭職業災害經治療已回復工作能力，並於同年6月27日上班，自該日起已非屬系爭職業災害醫療期間，且被上訴人係於同年7月21日終止勞動契約，已如上述，故上訴人主張被上訴人係於107年6月30日終止勞動契約，不僅與上開事證不符，亦顯非系爭職業災害醫療期間。是上訴人於此所主張被上訴人在系爭職業災害醫療期間終止勞動契約，自屬無據。

㈡被上訴人以上訴人未通過試用期考核，依勞基法第11條第5款規定終止勞動契約，有無理由？

⑴按試用期間，係基於勞雇雙方同意，於進入長期正式關係前嵌入一段彼此觀察猶豫期間，讓雇主能藉此期間觀察勞工之工作態度、性格、技術、能力等有關工作之特質，再藉以決定是否在試用期間後繼續僱用該勞工。從勞工的角度，則是給予勞工實際進入職場瞭解、熟悉工作環境、企業文化的機會，讓勞雇雙方確知彼此情況，再詳實考量是否願與對方進一步締結永續性之勞動關係，故係雙向、平等，依契約自由原則，如勞工所擔任工作之性質，有試用之必要，且勞工與雇主間有試用期間之約定，自應承認試用期間之約定為合法有效（最高法院109年度台上字第2374號判決意旨參照）。又我國勞基法未對試用期間或試用契約制定明文規範，勞雇雙方當得本於締約自由原則自行議定試用期間，若其約定並未違反公序良俗、誠信原則或強制規定，該約定應為合法有

效，然審酌試用期間之目的，在於試驗、審查勞工是否具備勝任工作之能力，屬於正式勞動契約之前階試驗、審查階段，其法律上性質乃附保留終止權之約定，雇主以試用勞工不適格為由行使所保留之終止權，法律上容許較大之彈性，勞工權利不若正式任用受一般勞動契約保護，故試用期間不宜漫無限制，應以足以審認勞工是否具備勝任工作能力必要範圍內為限，3至6個月試用期間應屬合理範疇。查上訴人自106年11月16日起任職於被上訴人復興分公司櫃檯主管，約定試用期6個月之情，有考核標準在卷可據（見原審卷一第131頁），且為上訴人所不否認，而按系爭考核標準「提前中止試用期及試用期延長申請規範」欄所載：「1.報到後得有6個月試用期，但如試用期間各項承諾引進業務不如預期，且嚴重落後，公司得於提前中止試用。2.試用期滿未達正式任用考核標準，如因外在因素整體證券市況不佳，或引進業務績效不如預期，但仍保持有積極的業務動能（如各項業務開戶動能……等），得由區主管申請，經本部主管核准延長試用期，延長試用期以2次為限，每次3個月」內容，試用期間約定6個月，衡諸社會一般標準，該試用期間應未逾審認勞工是否具備勝任工作能力之必要範圍，且系爭考核標準既經上訴人於受僱前即106年6月3日審認後所接受而受僱，故兩造間所約定6個月試用期間，自屬合法有效約定，有拘束兩造效力。

⑵次按勞動契約附有試用期間之約款者，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，如不適格，雇主即得於試用期滿前終止勞動契約，於雇主未濫用權利之情形下，其終止勞動契約應具正當性（最高法院109年台上字第2205號判決意旨參照）。是試用期間之法律上性質既為附保留終止權之約定，雇主於試用期間拒絕與勞工繼續維持勞動契約，通常採較寬鬆之認定標準，除非雇主有權利濫用之情事，例如解僱事由顯與職業適格性或勞務內容並無關連者，

否則即應容許雇主在試用期間內享有較大之彈性，不以嚴格符合勞基法所明定終止事由之要件為必要，如無權利濫用，其終止勞動契約即屬正當。查被上訴人以上訴人試用期滿未通過考核，依勞基法第11條第5款規定終止勞動契約之情，業據被上訴人提出系爭考核標準（原審卷一第131頁）、「復興分公司（崔淑媛）業務部主管（櫃管）考核項目、各項配分百分比、試用合格與延長試用考核結果」（下稱系爭考核結果，原審卷一第133頁）、試用期滿考核表（本院卷一第373頁）、試用期滿考核表歷史簽核紀錄圖（本院卷二第47至66頁）、試用期滿考核表歷史簽核紀錄表（本院卷二第67、68頁）、試用期滿考核表電子表單影片光碟（本院卷二第5頁）為證，被上訴人並以系爭考核結果係依上訴人自行整理之試用期各項考核項目達成數據（原審卷一第253、305、307頁）進行試用期考核，系爭考核標準「（考核項目）一、資源引進」、「（配分）50」、「（考核內容/按比例配分）證券業務引進平均達證券市占率達0.6/萬以上」，上訴人於106年11月至107年4月間達成之單月增加市占率分別為0.211/萬、0.634/萬、0.473/萬、0.327/萬、0.311/萬、0.261/萬，平均值為0.37/萬，未達考核內容要求之0.6/萬，按上訴人達成情形計分為30.8分【（0.37/0.6）×50＝30.8）；「（考核項目）二、市占率的增長」、「（配分）10」、「（考核內容/按比例配分）以到任前該分公司前六個月平均值為基礎，到任後平均成長10％以上」，上訴人達成之各月市占率與基期（106年5月至同年10月之平均市占率）對比，其增減數字為-4％、+9％、+26％、-16％、+4％、-12％，平均值為+1.167％，未達考核內容要求之+10％，按上訴人達成情形計分為1.2分【（1.167/10）×10＝1.2）；「（考核項目）三、融資額度淨成長」、「（配分）15」、「（考核內容/按比例配分）㈠新引進融資達1000萬以上；㈡或原客戶成長10％以上（以到任前該分公司前六個月平均值為基礎，到任後平均成長10％以

上）或結構上的改善」，上訴人引進客戶為「林沛盈」（有融資）、「聯眾國際」（無融資），新引進融資為332.308萬元（林沛盈），未達考核內容要求之1,000萬元，且融資餘額增減比率為+5.5%、+6.7%；+6.3%、+4.2%、-0.7%、-4.6%，平均值為+2.9%，亦未達原客戶成長10%以上或有結構上的改善，按上訴人達成情形，就新引進融資332.308萬元部分，計分為5分【（332.308/1000）×15＝5）】，就融資餘額增減比率+2.9%部分，計分為4.4分【（2.9/10）×15＝4.4）】；上訴人上開3項考核項目得分計為37分（30.8＋1.2＋5＝37），縱加計「（考核項目）四、各項商品達成率」、「（配分）15」、「（考核內容/按比例配分）㈠基金㈡期權㈢複委託㈣ELN㈤其它專業項目或共同行銷商品達成目標」及「（考核項目）五、風控作業管理」、「（配分）10」、「（考核內容/按比例配分）㈠依公司作業管理SOP為原則。㈡管理問題以公司立場制定之方式處理。㈢其他稽核查核報告合乎公司作業標準」滿分15分、10分，上訴人僅得62分，客觀上未達系爭考核標準「試用合格考核標準」欄所載70分之試用合格考核標準，上訴人亦未符合該欄位所載「新引進證券市占率達0.6/萬以上」，且上訴人於試用期並未引進營業員，亦無該欄位所載「新引進營業員整體淨貢獻值累積為正值」情形，據此核定上訴人未通過試用考核標準之情，自屬有據。

⑶上訴人雖否認系爭考核結果、試用期滿考核表、試用期滿考核表歷史簽核紀錄圖、試用期滿考核表歷史簽核紀錄表之真正，主張系爭考核標準之考核項目不合理，且其到職滿3個月已經提前通過試用期考核，又其於106年12月新引進證券市占率達0.6/萬以上，已達「（考核項目）一、資源引進」、「（配分）50」、「（考核內容/按比例配分）證券業務引進平均達市占率達0.6/萬以上」標準，且「㈠新引進融資達1000萬以上；㈡或原客戶成長10%以上或結構上的改善」部分，應以分公司整體達成業績目標為計算基礎，上訴

人自106年11月至107年1月新引進融資客戶共有「劉國治」等15位，融資金額達1,408萬元，亦達「（考核項目）三、融資額度淨成長」、「（配分）15」、「（考核內容/按比例配分）㈠新引進融資達1000萬以上；㈡或原客戶成長10%以上（以到任前該分公司前六個月平均值為基礎，到任後平均成長10%以上）或結構上的改善」標準，加計被上訴人所計算其他考核項目之得分，上訴人之考核總分已超過70分，另被上訴人所據為考核之業績數據，乃為上訴人自行留存，迄至本件訴訟時方提出於原審，可見被上訴人並未進行考核，被上訴人抗辯以該數據評估認定上訴人試用不合格，顯不可採云云。然系爭考核標準既經上訴人於到職前所簽認，有系爭考核標準可據（原審卷一第131頁），可見上訴人已同意受該考核標準所拘束，且上訴人更陳明其於106年11月至107年1月期間相關數據曾達考核標準之情，並提出相關考核數據為據（原審卷一第248至251頁），可見系爭考核標準非客觀不可達標，上訴人事後再爭執系爭考核標準合理性，自未可採。又上訴人主張其到職滿3個月已經提前通過試用期考核之情，則為被上訴人所否認，且與系爭考核標準所載試用期為6個月相悖，上訴人亦未舉證以實其說。另被上訴人係依上訴人自行整理之試用期各項考核項目達成數據（原審卷一第253、305、307頁）進行試用期考核，而該數據乃上訴人於試用期即將屆滿之際，主動提供與李子青等人，敦促李子青等人盡早做出試用結果之評定等語，業據上訴人陳述在卷（本院卷二第22、23頁），此核與被上訴人陳述於107年4月26日以後收到數據（本院卷二第16頁），被上訴人電腦考核系統於107年4月25日06：00：01即試用期滿前20天自動產生表單傳送至第一關之考核主管李子青，李子青嗣於107年5月7日第一次簽核傳輸至下一關，最後經被上訴人職員蔡瓊芳於107年5月24日簽核意見：「所有指標均未達標準，業務單位建議在延長試用三個月至107（誤載為106）年0815」；被上訴人總經理於同日簽核意見：「請經本部敘明延

長試用之合理性」；被上訴人職員黃國書於107年5月29日簽核意見：「五、綜合上述，崔員試用期間考核分數雖未達70分，但也有60有餘，擬再給予延長試用三個月，期間單月份考核分數達70分以上，既（即之誤）予以正式任用」內容（見本院卷二第33、37、67、68頁）相符。李子青則於107年6月12日曾以手機iMessage軟體傳送：「淑媛，關於妳的試用期5月15日到期考核沒有通過，這個月以來督導和我都一直在幫妳向上溝通。目前，爭取讓妳再努力到8/15，引進業績資源（業代1位）平均市佔率0.6%%，為正貢獻度，等妳上班後再附上8/15後的離職申請書後才定案，達到考核才能撤銷離職！截至今日國書副總還特別交代我，請妳儘快跟他或我聯絡！」等語（本院卷二第11頁），復於107年6月28日再度告知上訴人試用期沒有達標等情（原審卷一第196頁），堪信被上訴人進行考核之數據確為上訴人自行整理之試用期各項考核項目達成數據，且確已進行考核程序，況審酌被上訴人所為上開考核結果說明，核與上開數據及系爭考核標準相符，已如上述，其所為考核結果既屬有據，上訴人單純否認系爭考核結果、試用期滿考核表、試用期滿考核表歷史簽核紀錄圖、試用期滿考核表歷史簽核紀錄表之真正，主張其已通過試用期考核，自未可採。

⑷另按試用期間之目的，既係雇主用以評價勞工之職務適合性及能力，作為是否於期滿後締結勞動契約之考量，雇主於試用期間屆滿後未立即考核，是否不得再為考核及終止契約，應以雇主行使其考核及終止權之期間是否相當為斷，參以勞基法第12條第4款有關違反勞動契約或工作規則，情節重大者，雇主得不經預告終止契約之規定，其終止權之行使，以雇主自知悉其情形之日起30日內為行使期間，勞工試用期間屆滿，雇主終止權之行使類推適用上開規定之30日內行使，即屬相當（最高法院93年台上字第74號判決意旨參照）。又勞工在職災勞保法第23條、勞基法第13條規定之期間，雇主不得終止契約，雇主之勞動契約終止權，在上開期間內依法

被限制暫時不得行使，該不得行使終止權期間不應計入30日除斥期間，應待該期間結束後，雇主終止權可行使之情況，再將之前所經過之時間合併計算（最高法院99年台上字第2054號判決意旨參照）。查上訴人係於106年11月16日到職，試用期間6個月至107年5月15日屆滿，上訴人係於107年5月25日受傷，當日正常上下班，有上訴人出勤紀錄可據（原審卷一第219頁），故系爭職業災害醫療期間應自次日即107年5月26日起迄至107年6月27日上班前一日即同年月26日止，該期間不應計入上開類推適用勞基法第12條第2項規定之30日除斥期間內，而107年5月16日至107年5月25日期間為10日，則自107年6月27日起至同年7月16日止為20日，是被上訴人終止權應於107年7月16日方屆滿30日，而李子青已於107年7月11日以Line通訊軟體通知上訴人有關被上訴人人資部門於7月10日啟動資遣程序，復於107年7月13日以Line通訊軟體通知上訴人有關資遣程序已經通報勞工局，李子青更於107年7月16日傳送資遣通知單、資遣費計算明細表與上訴人，而上訴人曾於107年7月11日回復之情，有Line對話紀錄可據（原審卷一第122、123、124頁），是被上訴人終止勞動契約意思表示於107年7月16日前已經送達上訴人而發生效力，顯未逾越類推適用勞基法第12條第2項規定之30日除斥期間，其終止勞動契約自屬合法有效，可資確認。

⑸據上所述，被上訴人於上訴人試用期間終止勞動契約，既係本於系爭考核標準參照上訴人所提數據進行考核所得上訴人未通過試用考核標準結果，且在類推適用勞基法第12條第2項所規定30日除斥期間內，並無權利濫用之情，是兩造間勞動契約業於107年7月21日經被上訴人合法終止。

㈢上訴人請求確認僱傭關係存在，並請求被上訴人自107年7月1日起至上訴人復職日按月發給上訴人薪資6萬9,615元本息、提繳1,382元退休金及自107年8月1日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,188元退休金至上訴人設於勞保局之勞工退休金個人專戶，有無理由？

⑴查兩造間勞動契約既經被上訴人於107年7月21日合法終止，兩造間已無僱傭關係存在，已如上述，則上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，及請求被上訴人應給付107年7月22日起至上訴人復職日按月發給上訴人薪資6萬9,615元之本息、及自107年8月1日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,188元至上訴人設於勞保局之勞工退休金個人專戶，自屬無據。又被上訴人已為上訴人提繳107年7月1日至同年月21日應提繳退休金2,806元至上訴人設於勞保局之勞工退休金個人專戶，有上訴人薪資單（原審卷一第213頁）、勞工退休金計算名冊（本院卷二第69頁）可據，是上訴人再請求被上訴人補提繳107年7月之退休金1,382元，亦屬無據。

⑵至於上訴人請求被上訴人給付107年7月1日至同年月21日之薪資，被上訴人則以已經給付9,254元，其餘薪資已經因上訴人曠職扣款，已無給付義務云云資為抗辯。然按僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。民法第487條前段定有明文。又債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。民法第234條亦有規定。是雇主如已為預示拒絕受領勞務之意思表示，即應負受領遲延之責，勞工無須補服勞務，但仍有報酬請求權。查上訴人主張主管李子青曾於107年6月27日、同年月28日告知上訴人試用期不合格，詢問上訴人是否願意延長試用期3個月，然需先填寫好107年8月15日之離職申請書，若不同意此條件，則「就到6月30日」，經上訴人拒絕；李子青又於107年7月2日起陸續傳送訊息與上訴人，要求上訴人至公司完成離職手續、請假手續等內容，經上訴人於7月9日回覆稱李子青於6月28日已多次稱「到6/30」，並要求被上訴人公司開立服務證明及非自願離職證明等情，已如不爭執事項㈣、㈤所示；被上訴人既主張兩造間勞動契約迄至107年7月21日始終止，則李子青於107年6月27、同年月28日要求上訴人應同意延長試用並填具107年8月15日離職申請書，否則「就到6月30日」，顯係告知上訴人如不同意其提議，

則預示將自同年月30日起拒絕受領上訴人之勞務給付；而李子青於上訴人拒絕同意延長試用期間及拒填具107年8月15日離職申請書後，更於其後陸續以Line軟體傳送訊息與上訴人，要求上訴人至公司完成離職手續或請假手續等內容，更顯見李子青持續要求上訴人應同意延長試用並填具107年8月15日離職申請書，或如不同意即應自行辦理離職手續，此更足證持續告知上訴人如拒絕延長試用期間及不提出107年8月15日離職申請書，被上訴人將拒絕受領勞務事實；而上訴人既已拒絕同意延長試用並拒填具107年8月15日離職申請書，並於107年6月29日告知李子青其非自願離職，李子青則告知被上訴人要依勞基法終止勞雇關係等語，有上訴人與李子青間Line軟體對話紀錄可據（見原審卷一第337頁），更可稽李子青確已為預示拒絕受領勞務之意思表示，被上訴人應負受領遲延之責，則自107年7月1日起至107年7月21日期間，上訴人已無須補服勞務，然仍得請求被上訴人給付報酬。另被上訴人既已預示拒絕受領勞務，自無從期待上訴人接受李子青所提建議繼續出勤，故107年7月1日以後迄至被上訴人終止兩造間勞動契約為止，上訴人即有正當理由未到勤，自不構成被上訴人員工考勤管理辦法（見本院卷一第367至371頁）規範之曠職，被上訴人不得以曠職而扣減上訴人未到勤期間之薪資。

⑶被上訴人雖抗辯李子青只是為激勵上訴人簽署延長試用同意書，並無預示拒絕受領勞務云云。然李子青為上訴人主管，其於107年6月28日與上訴人之對話，先明確告知：「副總特別要我再跟你確認一下，如果真的是這樣子的話，副總昨天也明確告訴我了，那我們就到6月30日」等語（見原審卷一第189頁），明確告知上級長官要其轉達上訴人如不同意延長試用期3個月及填寫107年8月15日之離職申請書，則「就到6月30日」，李子青更曾以Line軟體要求上訴人至公司完成離職手續或請假手續等內容，已見前述，李子青更曾以Line軟體告知上訴人如欲繼續完成研訓院107年7月4日、同年

月11日課程，應由上訴人自行付費等語（見原審卷一第118頁），此與上訴人主張被上訴人已通知研訓院因上訴人離職而取消受訓課程之情相符，更顯見被上訴人明確拒絕上訴人給付勞務事實。況且，上訴人拒絕延長試用期及拒填寫107年8月15日之離職申請書後，被上訴人既未立即終止勞動契約，亦未告知其已不要求上訴人應同意延長試用期及填寫107年8月15日之離職申請書，李子青僅陸續以Line軟體為「善意提醒」上訴人應為請假手續、將職章證照繳回、針對試用延長至8月15日的考核來研議等情（見原審卷一第117至125頁），不斷告知上訴人應接受延長試用期間或即自行辦理離職手續等，李子青上開行為乃持續告知如不接受被上訴人之延長試用期及拒填寫107年8月15日之離職申請書，上訴人應自行離職，被上訴人將拒絕受領勞務之意顯而易見，是被上訴人上開抗辯，實屬無據。

⑷上訴人107年7月1日至107年7月21日薪資遭被上訴人以曠職而扣薪之情，已如上述，被上訴人已陳述上訴人107年7月（7月1日至7月21日）薪資為本薪4萬0,791元、主管加給3,387元、伙食津貼406元、交通津貼1,355元，合計為4萬5,939元，扣除勞保673元、福利基金55元、曠職扣款3萬3,151元、勞退自提2,806元，扣除金額合計3萬6,685元，扣除後實發金額為9,254元，有被上訴人所提上訴人107年7月薪資單可據。又被上訴人已陳述曠職扣款3萬3,151元係以上訴人之全月本薪（6萬0,215元）及主管加給（5,000元）除以30再除以8小時後計算時薪，再以曠職122小時（107年6月29日曠職2小時、107年7月1日至同年月21日曠職120小時）計算扣款金額為3萬3,151元【（6萬0,215元＋5,000元）÷30÷8×122＝3萬3,151元，元以下4捨5入】（見本院卷一第256、257頁），是上訴人107年7月遭曠職扣款金額應為3萬2,607元【（6萬0,215元＋5,000元）÷30÷8×120＝3萬2,607元，元以下4捨5入】，據此計算，上訴人仍得請求107年7月薪資差額應為3萬2,607元，此部分乃上訴人仍得請求被上訴人給付之

107年7月薪資，是上訴人請求被上訴人給付薪資差額3萬2,607元及法定遲延利息，自屬有據。

五、綜上所述，上訴人請求被上訴人應給付107年7月1日至107年7月21日薪資差額3萬2,607元及自107年8月2日起至清償日止按週年利率5%計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。原審駁回上訴人上開請求部分，顯有未洽，上訴意旨求為廢棄，自屬有據，爰判決如主文第1項、第2項所示。而兩造間勞動契約已於107年7月21日合法終止，且被上訴人已為上訴人提繳107年7月1日至同年月21日之退休金2,806元至上訴人設於勞保局之勞工退休金個人專戶，已如上述，則上訴人本於民法第487條前段、兩造間勞動契約、勞退條例第6條第1項、第14條第1項規定，請求確認兩造間僱傭關係存在，及請求被上訴人應給付107年7月22日起至上訴人復職日按月發給上訴人薪資6萬9,615元之本息、補提繳107年7月之退休金1,382元及自107年8月1日起至上訴人復職之日止，按月提繳4,188元退休金至上訴人設於勞保局之勞工退休金個人專戶，均屬無據，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決及駁回請求按月給付薪資及提繳退休金部分假執行之聲請，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，應予駁回。另本判決所命被上訴人給付部分，應依勞動事件法第44條第1項規定職權宣告得為假執行，並按勞動事件法第44條第2項規定應宣告被上訴人得預供擔保免為假執行。兩造聲請供擔保准為假執行或免為假執行均無必要，在此敘明。

六、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。

七、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、勞動事件法第44條第1項、第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　2　　月　　9　　日

勞動法庭

審判長法　官　方彬彬

法　官　周群翔

法　官　陳杰正

正本係照原本作成。

被上訴人不得上訴。

上訴人如不服本判決，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　　110　　年　　2　　月　　9　　日

書記官　林雅瑩