最高法院民事判決

110年度台上字第3158號

上　訴　人　顏孟郁
訴訟代理人　魏大千律師
被 上訴 人　臺北市政府工務局新建工程處
法定代理人　黃立遠
訴訟代理人　陳業鑫律師
　　普若琦律師

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110年8月17日臺灣高等法院第二審判決（109年度勞上字第179號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件上訴人主張：伊自民國108年7月15日受僱於被上訴人，擔任技工，訂有勞動契約（下稱系爭契約），約定試用期3個月，每月薪資新臺幣（下同）3萬2195元。被上訴人於同年10月25日召開108年第7次職工考核委員會（下稱系爭考核委員會）決議伊試用不及格，於同年11月5日通知依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款預告於同年11月15日終止勞動契約。惟伊並無不能勝任工作，被上訴人之解僱不符最後手段性原則，且伊已於同年10月24日向臺北市政府勞動局（下稱勞動局）申請勞資爭議調解，被上訴人於勞資爭議調解期間終止勞動契約，違反勞資爭議處理法第8條規定而無效等情。爰依系爭契約，求為：㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡被上訴人給付8萬488元（108年11月16日至109年1月31日期間之薪資），及其中1萬6098元自108年11月2日、3萬2195元自108年12月2日、其餘3萬2195元自109年1月2日起，加計法定遲延利息；㈢被上訴人自109年2月1日起至回復伊職位之日止，按月於每月1日前給付3萬2195元，暨自各應給付之翌日起，加計法定遲延利息之判決。

二、被上訴人則以：系爭契約約定試用3個月，期滿成績合格者

，予以正式僱用，試用期間不能勝任或品行不端者，得隨時停止試用，屬附保留終止權之約定。上訴人於108 年10月14日試用期滿，經直屬主管即分隊長蔡府剛考核成績不及格，伊於同年10月25日召開系爭考核委員會，通知上訴人及蔡府剛列席說明，經委員會決議上訴人試用不及格。伊以其試用3 個月考核成績不及格為由，終止勞動契約，並無權利濫用。上訴人於試用期間確有不適任情事，已達大致不能勝任程度，試用期間無解僱最後手段性原則之適用，縱伊係通知以勞基法第11條第5 款規定，作為終止契約之事由，亦為合法。伊於兩造調解期間前已表明終止權之行使，且非因上訴人提起之勞資爭議調解事件終止勞動契約，未違反勞資爭議處理法第8 條規定。上訴人請求確認兩造僱傭關係存在及伊繼續給付薪資，為無理由等語，資為抗辯。

三、原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，無非以：依系爭契約第4條、第8條約定，及臺北市政府工務局新建工程處工友工作規則（下稱系爭工作規則）第4條第4項規定，可知兩造約定上訴人須經3 個月試用期，期滿成績合格，始予以正式僱用，如試用期成績不合格或不能勝任，被上訴人得終止勞動契約，此屬附保留終止權約定。上訴人自108年7月15日起受僱於被上訴人，至同年10月14日試用期滿，經蔡府剛考核後，於試用成績考核紀錄表勾選不及格，送請被上訴人法定代理人於核定結果欄批示可，被上訴人於同年10月22日通知上訴人試用成績不及格，未為終止契約之表示；並依考核紀錄表記載之程序，於同年10月25日召開系爭考核委員會，由上訴人、蔡府剛列席說明後，經委員會決議通過上訴人試用不及格，簽請被上訴人之法定代理人核示批可。被上訴人以108年11月5日函（下稱系爭函文）通知上訴人，於該函主旨欄記載：上訴人經試用3 個月考核成績不及格將於同年11月15日起終止勞動契約，於說明欄除羅列勞基法第11條、第16條、第17條及系爭工作規則第63條至第65條規定內容外，且表示上訴人經試用3 個月考核成績不及格，應

予解僱，自同年11月15日起終止勞動契約並發給資遣費等詞。可見被上訴人於該函係表示上訴人不能適任工作，依勞基法第11條第5 款規定預告終止兩造勞動契約。審酌上訴人係試用期間之員工，被上訴人本得以較大彈性認定上訴人是否適任工作並行使解僱權，其以上訴人不適任，依勞基法第11條第5 款規定終止勞動契約，應無解僱最後手段性原則之適用。且被上訴人於上開試用期間以合理之考核項目，觀察上訴人各方面表現，綜合判斷後，認定其試用成績不及格，終止勞動契約，此乃權利之正當行使，難認有權利濫用或違反誠信原則。上訴人於108 年10月24日申請勞資爭議調解，勞動局於同年月28日發函通知並送達被上訴人、同年12月10日召開調解會，兩造調解不成立。惟上訴人於調解申請書記載請求調解事項為：「試用期考核不通過理由未達解僱之重大事由」，並於勞資爭議發生經過記載：「資方以考核未通過試用期之理由，擬予試用不通過為由進行解僱」等語，可見其申請調解之爭議事項為爭執被上訴人可否以試用期考核不通過為由逕予解僱。而被上訴人系爭函文則係依勞基法第11條第5 款規定，以上訴人不能勝任工作為由，終止勞動契約，其既係依勞基法之法定事由，依規定預告終止勞動契約，自不發生違反勞資爭議處理法第8 條規定而無效之問題。至勞動局於同年12月10日勞資爭議調解紀錄，記載上訴人主張：「資方在超過試用期間後才以試用期間考核成績不及格為由終止契約並不合法；且資方於108 年10月4日及7日訪談內容指涉本人爭議事件之後，本人至108 年11月15日終止勞動契約止，均已確實改善之情況下，資方對本人非試用期間終止勞動契約顯然不符合勞動基準法第11條第5 款確不能勝任之解僱最後手段性原則」等語，係兩造勞動契約於同年11月15日合法終止後，亦無違反該條規定之情事。從而，兩造勞動契約已於108 年11月15日終止。上訴人請求確認兩造間僱傭關係存在，被上訴人應給付8萬488元本息，及自109年2月1 日起，按月給付薪資本息，為無理由，不應准許等詞，為

其判斷之基礎。

四、按勞資爭議在調解、仲裁或裁決期間，資方不得因該勞資爭議事件而歇業、停工、終止勞動契約或為其他不利於勞工之行為，勞資爭議處理法第8條前段定有明文。本件上訴人於108年10月22日接獲試用成績不及格之通知，於同年月24日申請勞資爭議調解，勞動局於同年月28日發函通知並送達被上訴人、同年12月10日召開調解會，兩造調解不成立，為原審認定之事實。是自108年10月24日起，至兩造確定調解不成立時，屬勞資爭議調解期間；被上訴人於同年11月5日始預告自同年月15日起終止勞動契約，自屬有違勞資爭議處理法第8條之規定。又上訴人申請調解之爭議事項為爭執被上訴人可否以試用期考核不通過為由逕予解僱；被上訴人系爭函文，主旨欄記載：上訴人經試用3個月考核成績不及格將於同年11月15日起終止勞動契約，說明欄除羅列勞基法第11條、第16條、第17條及系爭工作規則第63條至第65條規定內容外，且表示上訴人經試用3個月考核成績不及格，應予解僱，自同年11月15日起終止勞動契約並發給資遣費等詞，係以上訴人不能適任工作，依勞基法第11條第5款規定預告終止勞動契約，亦為原審所認定。被上訴人認上訴人不能適任工作之原因，即係以上訴人於試用期考核成績不及格為理由，難謂兩者係基於不同理由。原審未遑詳加審究，遽認被上訴人於108年11月5日以系爭函文預告自同年月15日起終止勞動契約，未違反勞資爭議處理法第8條規定，進而為不利於上訴人之判斷，自有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。末查，上訴人申請勞資爭議調解，勞動局於108年12月10日召開調解會，調解結果為不成立。會議中被上訴人主張其於同年11月30日將資遣費匯至上訴人提供之優存帳戶，經查被退匯，其仍會儘快重新匯款至上訴人原領薪資帳戶等語（見一審卷一第49頁），且於調解不成立後之同年月13日，被上訴人仍出具離職證明書（見同卷第27頁），被上訴人上開行為是否有再度通知上訴人終止勞動

契約之意思，斯時是否在勞資爭議調解期間，案經發回，應併予究明，以利審結，附此敘明。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　16　　日

最高法院勞動法庭

審判長法官　袁　靜　文

法官　林　金　吾

法官　石　有　為

法官　許　秀　芬

法官　陳　靜　芬

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　3　　日