臺灣高等法院高雄分院民事判決

108年度勞上字第20號

上　訴　人　黃惠敏
訴訟代理人　林威谷律師
被上訴人　　國巨股份有限公司
法定代理人　陳泰銘
訴訟代理人　王正宏律師

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4 月16日臺灣橋頭地方法院107 年度勞訴字第50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：上訴人自民國105 年12月19日起受雇於被上訴人，於任職時即懷有2 個月身孕，詎上訴人之部門主管即訴外人蘇瓊娥對上訴人存有懷孕歧視，不斷要求上訴人加班，致上訴人經常性加班，終致身體不堪負荷，於106 年4 月7 日剖腹產下一名女嬰，該女嬰翌日即死亡。又上訴人未有不能勝任工作情事，詎蘇瓊娥竟於106 年6 月15日寄發電子郵件通知上訴人翌日進行第2 次考核，因上訴人未收到該電子郵件，而未進行。嗣後上班期間，被上訴人均未對上訴人為第二次考核，即逕予解僱，違反勞動基準法（下稱勞基法）第74條第2 項、性別工作平等法（下稱性平法）第11條第1 項規定，其解僱行為無效，況且解僱當時仍有其他職缺，被上訴人卻未先採取調職、懲戒等手段，有違解僱最後手段性原則。而上訴人試用期為3 個月，嗣延長1 個月，應於106 年4 月8 日屆滿，故被上訴人解僱權於106 年5 月8 日後即因除斥期間經過而消滅，上訴人應已實任。則被上訴人於106 年7 月3 日依勞基法第11條第5 款規定通知上訴人於7 月13日終止兩造間勞動契約，並不合法，不生終止勞動契約之

效力。從而，兩造間僱傭關係仍存在，且依民法第487 條前項規定，上訴人無補服勞務之義務，仍得請求報酬等情。為此，爰依民事訴訟法第247 條、民法第487 條第1 項、第229 條第1 項、第233 條第1 項前段、勞工退休金條例第6 條第1 項、第14條第1 項、第2 項、第31條第1 項規定，聲明：㈠確認兩造間僱傭關係存在；㈡被上訴人應自106 年7 月13日起至上訴人復職前一日止，按月於每月4 日前給付上訴人新台幣（下同）4 萬元，並各自應給付日之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈢被上訴人應自106 年7 月13日起至上訴人復職前一日止，按月提撥2,406 元至上訴人勞工退休專戶。

二、被上訴人則以：伊未因上訴人懷孕而拒絕僱用，僱用後係依據母性健康風險評估表建議而交付上訴人下單工作，又上訴人未曾填寫加班單經被上訴人核准後加班。被上訴人於106 年3 月9 日第1 次考核後延長1 個月試用期間，原至106 年4 月8 日試用期屆滿，然因上訴人自106 年3 月31日住院請假起，陸續請產假及喪假，直至106 年6 月6 日才銷假上班，之後又陸續突然請假以規避考核，且於106 年6 月工作期間屢次發生誤訂單下單數量錯誤、重複下單嚴重錯誤，被上訴人在上訴人試用期滿考核不合格時，選擇延長試用期，上訴人仍屬試用期間員工，解僱並未違反最後手段性原則，上訴人請求無理由等語，資為抗辯。

三、原審經審理後，駁回上訴人之請求。上訴人提起上訴，於本院聲明：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106 年7 月13日起至上訴人復職前一日止，按月於每月4 日前給付上訴人4 萬元，並自各應給付日之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈣被上訴人應自106 年7 月13日起至上訴人復職前一日止，按月提撥2,406 元至上訴人勞工退休專戶。被上訴人聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項

㈠兩造於105 年12月19日簽立聘僱契約，由被上訴人僱用上訴

人擔任高雄廠區計畫部門專員，月薪4 萬元，勞工退休金提撥金額每月2,406 元。

㈡上訴人於105 年12月8 日在高雄市立小港醫院進行勞工體格及健康檢查，檢查結論貧血、尿蛋白。

㈢被上訴人自105 年12月19日起以投保薪資40,100元為上訴人投保勞保，迄106 年7 月13日退保。

㈣105 年12月19日被上訴人新進人員訓練紀錄表之簽名為上訴人親簽。

㈤被上訴人於105 年12月21日為上訴人進行母性健康風險評估，其評估表記載：上訴人受僱時懷孕8 週。

㈥被上訴人於105 年12月27日為上訴人安排妊娠及分娩後勞工之健康危害評估及工作適性建議。醫師評估結果為第一級管理（經醫師評估無害母體、胎兒或嬰兒健康），綜合建議：可繼續從事原來的工作。

㈦上訴人106 年3 月9 日面談紀錄表。面試人員蘇瓊娥，結論：學習狀況落後，延長適用1 個月再做評估。經參與面談人員簽名：蘇瓊娥、上訴人。

㈧上訴人於106 年3 月31日因妊娠24週併子癲前症、子宮內胎兒生長遲滯至長庚醫院住院治療，106 年4 月7 日剖腹產下一名女嬰，106 年4 月12日出院。

㈨上訴人於106 年3 月31日上午8 時21分以住院為由，向被上訴人電話請假，並於106 年4 月5 日申請延長病假，被上訴人均予准許。

㈩上訴人產下之女嬰於106 年4 月8 日因早產重度呼吸窘迫合併多重器官衰竭、瀰漫性出血而死亡。

(十一)被上訴人給與上訴人產假8 週，至106 年6 月1 日止，上訴人於106 年6 月2 日、3 日、5 日請喪假，106 年6 月6 日上班。

(十二)上訴人於106 年6 月3 日申請勞資爭議調解，經經濟部加工出口區管理處（下稱管理處）於106 年6 月19日、106 年6 月29日召開勞資爭議調解會議。

㈣被上訴人106年3月31日發佈社會責任聲明公告形式真正。
㈤被上訴人於106年7月3日以新店寶橋郵局100號存證信函，依勞基法第11條第5項規定，通知上訴人於106年7月13日，終止兩造勞動契約。
㈥上訴人於106年7月12日以高雄宏平郵局4178號存證信函回覆。
㈦被上訴人於106年7月20日以新店寶橋郵局111號存證信函回覆。
㈧上訴人於106年7月28日以高雄宏平郵局196號存證信函回覆。
㈨被上訴人於106年8月2日以新店寶橋郵局122號存證信函回覆。
㈩上訴人於106年7月5日申請勞資爭議調解。經管理處於106年7月14日召開勞資爭議調解會議。
㈠管理處以被上訴人涉嫌違反勞基法，於106年7月6日派員至被上訴人處實施勞動檢查，於106年8月10日以被上訴人未置備勞工出勤紀錄並保存5年，處以罰鍰。
㈡上訴人出勤明細表形式真正。
㈢106年2月17日、106年2月14日、106年3月8日、106年3月9日、106年3月28日、106年3月29日、106年4月10日、106年4月27日、106年6月9日、106年6月12日、106年6月12日、106年6月16日、107年5月11日電子郵件形式真正。
㈣Gina Huang為上訴人之英文名。
㈤原證12電子郵件形式真正不爭執。

五、兩造爭執事項：

㈠上訴人請求確認兩造間僱傭契約存在，是否有據？
㈡上訴人請求被上訴人自106年7月13日起至上訴人復職之前一日止，按月於每月4日前給付上訴人4萬元及法定遲延利息，是否有據？
㈢上訴人請求被上訴人應自106年7月13日起至上訴人復職之

前一日止，按月為上訴人提撥勞工退休金2,406元，是否有據？

六、上訴人請求確認兩造間僱傭契約存在，是否有據？

上訴人主張：伊並無不能勝任工作之情事，且被上訴人未以懲戒、調職等其他懲處方式，逕以勞基法第11條第5 款規定，終止兩造間勞動契約，有違解雇最後手段性原則，並不合法云云。惟被上訴人予以否認，並抗辯：上訴人為試用期員工，其有不能勝任工作之情事，故於試用期間屆滿後30日內，依勞基法第11條第5 款規定解僱上訴人，係屬合法等語。

㈠按勞工對於所擔任之工作確不能勝任時，雇主得預告勞工終止勞動契約：其預告期間，繼續工作3 個月以上1 年未滿者，雇主於10日前預告之。勞基法第11條第1 項第5 款、第16條第1 項第1 款分別定有明文。次按我國勞基法並未就試用期間或試用契約制定明文規範，而一般企業雇主僱用新進員工，亦僅對該員工所陳之學、經歷為形式上審查，未能真正瞭解該名員工是否能勝任工作，因此，在正式締結勞動契約前先行約定試用期間，藉以評價新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勞動契約之考量，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，基於契約自由原則，倘若勞工與雇主間有試用期間之合意，且依該勞工所欲擔任工作之性質，確有試用之必要，自應承認試用期間之約定為合法有效。而試用之目的，旨在評價受僱人之職務適格性及能力，作為試用期滿後僱用人是否繼續維持僱傭契約之考量，故考核能否勝任，應以試用期間之表現為依據（最高法院95年度台上字第2727號判決要旨參照）。又按試用期間之目的，既係僱用人用以評價受僱人之職務適合性及能力，作為是否於期滿後締結僱傭契約之考量，僱用人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，應以僱用人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，僱主得不經預告終止

契約之規定，其終止權之行使，以僱主自知悉其情形之日起30日內為行使期間。本件被請求人於請求人試用期間屆滿，其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年度台上字第74號判決要旨參照）。再按試用期旨在保留較大之解僱勞工權利，並減輕其解僱事由之證明程度，試用期間屆滿後是否正式僱用，即應視試驗、審查之結果而定，且在試用期間因仍屬於締結正式勞動契約之前階（試驗、審查）階段，是雙方當事人原則上均應得隨時終止契約，並無須具備勞動基準法所規定之法定終止事由。準此，除非雇主有權利濫用之情事，否則，法律上即應容許雇主在試用期間內有較大之彈性，以所試用之勞工不適格為由而行使其所保留之解僱權。

㈡兩造於105 年12月19日簽立聘僱契約（下稱系爭契約），由被上訴人僱用上訴人擔任高雄廠區計畫部門專員，月薪4 萬元，為兩造所不爭執，並據上訴人提出聘雇契約書附卷（見原審橋補卷第7 至8 頁）為證，堪認屬實。其次，依系爭契約第2 條記載：「試用考核：乙方（指上訴人）同意就職之日起，須經甲方（指被上訴人）為期參個月之試用考核。．．」等語（見原審橋補卷第7 頁），堪認兩造約定試用期為3 個月，而兩造既約定試用期為3 個月，其試用期本應至106 年3 月18日屆滿，惟被上訴人於106 年3 月9 日對上訴人為考核，依考核結果之面談紀錄表（原審審勞訴卷第73頁）結論記載：「學習狀況落後，延長試用一個月再做評估，確定是否留任」等詞，堪認被上訴人於106 年3 月9 日對上訴人考核後，兩造合意延長上訴人試用期1 個月。

㈢上訴人主張：兩造於106 年3 月9 日合意延長試用期1 個月，故上訴人試用期應於106 年4 月8 日屆滿，被上訴人尚未為第二次考核，則依系爭契約第2 條約定，上訴人應已通過試用期，而屬實任，且上訴人並無不能勝任工作之情事，參以被上訴人尚有其他懲處方式可資行使，卻逕行解雇上訴人，有違最後解雇手段，不生終止勞動契約效力云云。惟被上

訴人予以否認，並抗辯：兩造合意延長試用期1 個月，故上訴人試用期應至106 年6 月14日屆滿，被上訴人於7 月3 日類推適用勞動基準法第12條第2 項規定30日內逕為考核，並終止勞動契約，可認係於相當時間內行使考核權及終止權，且上訴人確有不能勝任工作之情事，故終止勞動契約應屬合法等語。經查：

1.兩造於106 年3 月9 日合意延長試用期1 個月，就上訴人延長試用期限應至106 年4 月8 日屆滿，為兩造所不爭執（見本院卷㈠第423 頁）。而上訴人自106 年3 月31日至長庚醫院住院請假起，直至106 年6 月6 日始銷假上班乙節（見不爭執事項㈧至㈩），亦為兩造所不爭執（見本院卷㈠第423 頁），同堪認定。其次，上訴人106 年6 月之請假及工作情形，其中6 月1 日產假屆滿（自同年3 月31日住院請假至6 月1 日止），另上訴人請喪假期間自106 年6 月2 日起至106 年6 月9 日，後於同年6 月6 日銷假上班，6 月15日請生理假1 天，6 月16日請喪假1 天，同年6 月17、18日為例假日，6 月19日請事假1 天，6 月20日請喪假1 天，6 月21日至23日原本請事假3 天，後於23日當天銷假上班，請假天數為6 月21日、22日，同年月24日、25日為例假日，6 月26日請事假1 天，同日又銷假，6 月27至29日原本請事假3 天，但於27日銷假上班，28日亦上班，6 月29日請事假1 天，6 月30日請事假1 天，當日又銷假，7 月1 日、2 日為例假日等節，為兩造所不爭執（見本院卷㈠第243-244 頁，卷㈡第66頁），並有上訴人電腦出勤明細表附卷（見原審卷㈠第140 頁）為證，亦堪認定。

2.上訴人主張：兩造於106 年3 月9 日第一次考核合意延長試用期1 個月，故上訴人試用期應至106 年4 月8 日屆滿，則依契約第2 條約定，上訴人已通過試用期，而屬實任云云，固舉系爭契約第2 條內容為據。然被上訴人予以否認，並抗辯：上訴人試用期間應至106 年6 月14日止等語。審酌系爭契約第2 條記載：「試用考核：乙方（指上訴人）同意就職

之日起，須經甲方（指被上訴人）為期參個月之試用考核。考核期間內，任何一方得不經預告通知他方而終止本契約或雙方經協議後另為職務之調派，調派次數，以一次為限。經調派者，考核期間重新計算。乙方是否通過考核，須以甲方書面通知為準。惟如甲方逾前述考核期間仍未核發通知予乙方者，視為乙方通過考核，甲方日後不得以此為藉口，無故終止本聘僱契約。」（見原審橋補卷第7頁）等語，依其文義，係規範考核期間內任一方得終止勞動契約，或經勞雇雙方協議得另為職務調派並考核期間重新計算之，以及約定若逾越考核期間而未核發考核通過與否之通知，被上訴人不得逕為終止聘雇契約，此與本件經兩造合意延長試用期間尚無直接關連，已難逕認系爭契約第2條約定，即可直接適用於延長試用期間。況縱認本件於延長試用期間，仍應適用系爭契約第2條後段約定：「．．如甲方逾前述考核期間仍未核發通知予乙方者，視為乙方通過考核．．」等語，惟其中所謂被上訴人逾考核期間（即延長試用1個月期間），仍未核發通知予上訴人亦應以可歸責於被上訴人事由所致，反之，倘係因為上訴人之事由，致被上訴人無法順利完成核發書面通知，自不得執此視為上訴人已通過考核，而成為被上訴人之正式員工。其次，上訴人試用期原應至106年4月8日屆滿，然當日適逢上訴人請產假期間，實際上無從對上訴人進行第二次考核，自難逕認上訴人試用期於106年4月8日屆滿，而被上訴人未於4月8日為考核之通知，遽認上訴人已從試用期員工轉成正式員工，故上訴人主張：上訴人試用期於106年4月8日屆滿後，已成正式員工云云，尚難逕採。反之，被上訴人抗辯：自106年3月31日上訴人住院後，迄至上訴人延長試用期間屆滿之日即106年4月8日尚有9日，即第二次試用期間屆滿應自上訴人銷假上班之日即106年6月6日往後順延9日，而算至106年6月14日止等語，應屬可採。

3.上訴人又主張：被上訴人並未對上訴人進行第二次考核，竟

於106年7月3日單方終止勞動契約，顯屬違法云云。惟被上訴人予以否認，並抗辯：兩造合意延長試用期應至106年6月14日屆滿，被上訴人曾於109年6月15日寄發第二次考核通知之電子郵件，且上訴人於6月6日銷假上班後，陸續臨時請假、事後補假單或突然銷假上班，導致被上訴人實際上難以安排考核或分派任務等語。並提出電腦出勤明細表及電子郵件為證（見原審卷㈠第140-141頁）。經查：

⑴上訴人自106年3月31日住院請產假8週至同年6月1日屆滿，上訴人先請喪假期間為同年6月2日至106年6月9日，後於同年6月6日銷假上班，6月15日請生理假一天，6月16日請喪假一天，同年6月17、18日為例假日，6月19日請事假一天，6月20日請喪假一天，6月21日至23日原本請事假三天，後於23日當天銷假上班，即請假天數是6月21日、22日，同年月24日、25日為例假日，6月26日請事假一天，但同日又銷假，6月27至29日原本請事假三天，但於27日銷假上班，28日亦上班，6月29日請事假一天，6月30日請事假一天，當日又銷假，7月1、2日為例假日乙節，經本院認定，如前所述。其次，參酌自上訴人主管蘇瓊娥於106年6月15日下午6時寄送予上訴人之電子郵件（見原審卷㈠第141頁）所示，可徵被上訴人有通知上訴人於翌日（6月16日）下午4時進行第二次考核，上訴人雖否認當日有收受該電子郵件，惟上訴人於6月15日當日請假1天，自承有發送訊息予蘇瓊娥告知請假一事，核與其提出6月15日上午6時52分訊息內容，載有：「．．今天身體狀況不佳頭暈目眩，擬請病假一天休養．．」等語（見原審卷㈡第25頁）相符，足見上訴人有收到蘇瓊娥通知於6月16日進行第二次考核之事。嗣蘇瓊娥續於同日下午9時10分回覆上訴人並告以翌日即6月16日補假單，但上訴人於6月16日上午7時10分又發送訊息通知蘇瓊娥，當日請喪假1天，蘇瓊娥亦回覆上訴人上班再請假，暨上訴人於6月20日上午9時7分以訊息向蘇瓊

娥請假喪假1天，蘇瓊娥則回覆：「收到請問你明天會不會上班我們要安排蘇州排單跟planner工作明天上班再補假單」等詞（見原審卷㈡第26頁）相互以觀，足見上訴人自6月6日銷假上班迄至被上訴人於7月3日通知上訴人終止勞動契約止，屢次欲於請假之當日上午始臨時請假，或先請假多日又事後突然銷假上班之情事，則被上訴人抗辯上訴人自106年6月6日銷假上班後，有陸續臨時請假、事後補假單或突然銷假上班情事，洵屬有據。

⑵上訴人主張：被上訴人除於106年6月15日以電子郵件通知於隔日進行考核外，皆未以口頭或書面對上訴人通知為第二次考核，此參諸被上訴人自承未進行第二次考核可知云云（見本院卷㈡第125頁）。惟被上訴人予以否認，抗辯：上訴人有規避考核之行為，被上訴人以其平時表現作為考核基礎，決定終止兩造僱傭關係合法有理等語（見本院卷㈡第117頁），並舉蘇瓊娥之證詞為據。經查，依蘇瓊娥證述：上訴人於106年6月20日午休後出現在公司，伊請上訴人準備一下，當日（即6月20日）下午進行補考核，但上訴人沒有回答。伊就走回座位，後來發現上訴人不見了，伊問上訴人旁邊的同事鄭靜怡，鄭靜怡回答稱上訴人敲一敲電腦之後關機就走了，伊看自己的電腦發現上訴人送了一堆假單給伊，並將上班日可請到月底的假都請了等語（見本院卷㈡第94-96頁），而蘇瓊娥證述上訴人於6月20日請假當日竟現身於被上訴人處，並一次將至月底之請假單送出乙節，核與電腦出勤紀錄相符。復參以上訴人於6月20日上午9時7分以簡訊向蘇瓊娥當日請喪假一天（見原審卷㈡第26頁），且自當日電腦出勤紀錄（見原審卷㈠第140頁）以觀，上訴人於同年6月20日下午2時47分至2時58分間陸續送出假單6筆，總計有0月00日生理假、6月16日喪假、6月21日至6月23日事假、6月26日事假、6月27日至6月29日事假、6月30日事假（其中6月17日、18日及同年月24日、25日為例假日），堪認

上訴人確有規避被上訴人試用期考核之行為。又據蘇瓊娥證述：上訴人於106年6月23日早上來上班，伊怕上訴人又跑掉，所以就約VICKY（鄭靜怡英文名，為被上訴人員工）會同考核，坐在上訴人旁邊，伊請上訴人寫（料號考卷），但上訴人沒有理會伊，就把料號考卷往旁邊的紙堆丟，伊將人事部門告知考核工作還是要完成之事告知上訴人，請鄭靜怡把工作清單確認，其中有教上訴人的部分，就請上訴人簽字，然後伊就回座位了，後來到中午，上訴人沒有交卷，鄭靜怡回報說上訴人提及不會再簽任何我們所準備的文件等語（見本院卷㈡第96-97頁），佐以6月23日當日上訴人原本即請假，卻突然於當日銷假上班乙節以觀，暨參諸蘇瓊娥上開證詞，可認上訴人自被上訴人以6月15日電子郵件通知於翌日進行考核後，期間內或曾臨時請假再突然現身於辦公室或當日原請假又突然銷假上班，致使被上訴人欲通知考核遭拒，以致無從進行第二次考核，則被上訴人抗辯自被上訴人第二次考核電子郵件通知上訴人後，係因上訴人屢有臨時請假事後補假單或突然銷假上班而有規避考核之情事，致考核無從進行等語，益堪採信。

⑶綜上所述，被上訴人抗辯上訴人於請產假期滿上班後，陸續因臨時請假、事後補假單或突然銷假上班，導致被上訴人無從安排對其考核或分派任務乙節，洵屬有據。

㈣上訴人再主張：上訴人並無不能勝任工作之情事，被上訴人以其試用期間有不能勝任工作之情事，而於試用期間屆滿後，依勞基法第11條第5款規定解僱上訴人，並不合法云云。惟被上訴人予以否認，並抗辯：上訴人為試用期員工，其有不能勝任工作之情事，且考核未能通過，依勞基法第11條第5款規定逕予解僱上訴人係屬合法等語，並提出電子郵件（見原審審勞訴卷第89-209頁）為據。經查：

1.被上訴人於106年3月9日對上訴人為考核結果，兩造合意延長上訴人試用期1個月，為兩造所不爭執，而被上訴人既

同意延長上訴人試用期間，則其主張上訴人不能勝任工作之事由，其中發生於000 年0 月0 日時點之前之事由，被上訴人不得再執為解雇上訴人之理由，合先敘明。

2.被上訴人提出上開電子郵件內容顯示：編號⑥（即附件六）106 年3 月30日下單料號錯誤，導致客戶需求料件未排入製程，客戶追貨中（見原審審勞訴卷第141-143 頁）；編號⑦（即附件七）106 年4 月10日上訴人產假前取消訂單，但未修正電腦系統，致臺灣廠認已經下單（見原審審勞訴卷第145-149 頁）；編號⑩（即附件十）106 年6 月12日誤20K 為20,000K 而下單（見原審審勞訴卷第161-165 頁）；編號⑫（即附件十二）106 年6 月14日誤40K 為40,000K 而下單（見原審審勞訴卷第179-187 頁）；編號⑬（即附件十三）106 年6 月16日主管告知上訴人重複下單請上訴人確定（見原審審勞訴卷第189-205 頁）等情，為上訴人不爭執（見本院卷㈠第13-16 頁），堪予認定。上訴人主張雖有上開工作上之錯誤，然未造成被上訴人任何損害云云。惟查上訴人之工作內容主要為下單，倘若上訴人無法將散料、套裝及尺寸相對應，或將「20K 」、「40K 」誤為「20,000K 」、「40,000K 」，自屬重大疏失，且上訴人為主要輸入下單內容之人，而上級主管固可審核上訴人工作內容，然如上訴人主要工作多數均需由他人為再度審核把關，顯與公司內部分工合作制度有違，是以上訴人主張此部分不構成工作疏失，並無不能勝任工作之情事云云，尚非可採。

3.綜上，上訴人有前述不能勝任工作之事由，揆諸前揭說明，上訴人為試用期員工，而試用之目的，旨在評價受僱人之職務適格性及能力，作為試用期滿後僱用人是否繼續維持僱傭契約之考量，故考核能否勝任，應以試用期間之表現為依據，且試用期間表現評估為雇主是否願與勞工締結正式勞動契約之考量，除非雇主有權利濫用之情事，否則，法律上即應容許雇主在試用期間內有較大之彈性，以所試用之勞工不適格為由而行使其所保留之解僱權，基此，被上訴人以上訴人

前述試用期間表現有重大疏失，有不能勝任工作之情事，依勞基法第11條第1 項第5 款規定終止兩造勞動契約，即屬有據。

㈤又關於被上訴人是否於法定期間內，行使終止權乙節，被上訴人抗辯：伊於106 年7 月3 日以上訴人有前述不能勝任工作之情事，逕為考核並終止勞動契約，依類推適用勞基法第12條第2 項規定，自試用期滿起未逾30日，係於相當時間內行使考核權及終止權等語。經查，被上訴人抗辯於106 年7 月3 日通知上訴人於同年7 月13日終止兩造勞動契約乙節（見本院卷㈠第424 頁），有其提出電子郵件及存證信函（見原審橋補卷第16頁、原審卷㈠第142 頁）為證，上訴人對被上訴人於106 年7 月3 日為終止勞動契約意思表示不予爭執（見本院卷㈠第448 頁），距本件兩造合意延長試用期間屆滿日106 年6 月14日（經本院認定如前），並未逾30日期間，揆諸前揭說明，被上訴人係於相當期間行使考核及終止權，故被上訴人此部分抗辯，應屬可採。

㈥至於上訴人固主張：被上訴人於106 年7 月3 日解僱上訴人，違反勞基法第74條第2 項、性平法第11條第1 項規定，其解僱行為應屬無效云云。惟被上訴人予以否認，經查：

1.按雇主不得因勞工為前項申訴，而予以解僱、降調、減薪、損害其依法令、契約或習慣上所應享有之權益，或其他不利之處分。雇主為前項行為之一者，無效；勞基法第74條第2 項定有明文。查本件被上訴人主張以上訴人試用期間有不能勝任工作之情事，依勞基法第11條第1 項第5 款規定終止兩造勞動契約，應屬可採，非因上訴人申訴而予以解僱，業經本院認定如前，故上訴人主張被上訴人解僱行為違反勞基法第74條第2 項規定云云，難謂有據。

2.其次，上訴人主張被上訴人部門主管蘇瓊娥以言詞向上訴人表明雇用孕婦是公司決定而非其意願，甚至以孕婦造成其工作困擾等歧視言語霸凌上訴人云云。然按雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇

。工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力，固為性別工作平等法第11條所明定。惟審酌蘇瓊娥於106 年2 月14日寄予上訴人之電子郵件記載：「…有貨，…你應該追PO入貨，你想一張單交期2-8 ，在延到3-22，那planner function在哪裡，、我們備料是不是有問題？…你的Job function比任何一個planner 都高，薪水也比別人高太多的，且工作經驗他們也都有10幾年了，不輸你，因為你再來又要請產假，又會增加他們的loading ，要趕快成長超越他們的腳步．．」等語，有電子郵件在卷（見原審卷㈠第25頁）可佐。依該內容所示，蘇瓊娥告知上訴人相關業務應有之作為，並告知上訴人之職務功能、薪水較其他同仁為高，以及趕快成長超越其他同仁，應屬主管教導下屬之用語，其中蘇瓊娥雖提及上訴人將請產假，會增加其他同仁的負荷等詞，然因上訴人請產假期間之工作須由其他同仁代勞，增加他人工作量等語，確屬事實。另「要趕快成長」則屬主管期許上訴人儘快進步，自難遽論有何性別歧視可言。再佐以上訴人於106 年3 月9 日第一次考核時，經主管面談後，認上訴人對下單儲位仍然不清楚，料號無法熟練辨識，於電子郵件通知後還是作成錯誤判斷，學習狀況落後，而決定延長試用一個月再做評估確定是否留任，有面談紀錄表可稽（見原審審勞訴卷第73頁），依其內容可認上訴人第一次考核內容，與上訴人之性別或懷孕一事無關。而上訴人確有工作疏失，並經本院認定如前，足見被上訴人對上訴人所為不能勝任之判斷標準，係就上訴人工作適任與否表現為之，自難認係因上訴人為女性並懷孕生產所致。復參以被上訴人於知悉上訴人懷孕時，仍給予上訴人工作之機會，試用期間屆滿第一次考核未通過時，仍給與延長一個月試用期間，益難認上訴人此部分主張難予採信。此外，上訴人並未舉證證明被上訴人係因上訴人生產而將

上訴人解僱，或其他有何被上訴人違反性別工作平等法第11條各項規定之情事，尤見上訴人此部分主張，洵非可採。

3.又上訴人主張任職期間，蘇瓊娥屢屢要求上訴人加班，造成上訴人任職期間有1/2 以上工作日工作時數均逾12小時，已超過法定加班時數上限，被上訴人不准報加班，亦違法未給付加班費，致積勞成疾，於106 年3 月30日晚上9 時許下班途中，血壓飆高造成身體嚴重不適等語，固提出電子郵件（見原審卷㈠第150 至157 頁）為據。然依上訴人提出之電子郵件顯示，上訴人於106 年2 、3 月間，多於下午6 、7 時，抑或8 時許始寄發電子郵件（見原審卷㈠第150 至157 頁），雖可證明上訴人於該時間仍於公司，然尚難以此逕認係被上訴人要求上訴人加班完成，並不足為有利於上訴人之認定。另上訴人雖提出蘇瓊娥寄發之電子郵件（見原審卷㈠第158 至160 頁），顯示蘇瓊娥多於晚上9 時至11時始寄出電子郵件，然受文者不僅為上訴人，同時包含其他同仁，內容則為對各單位同仁之交辦事項，亦難逕謂被上訴人有屢屢要求上訴人加班之情事。此外，上訴人並無提出其他蘇瓊娥於夜間發信後，上訴人即在夜間加班趕工之證據，難認上訴人此部分主張有據。從而，上訴人主張106 年3 月30日下班時送醫急救之原因，均來自主管刁難指派工作壓力所致云云，尚難採信。

4.至於上訴人主張被上訴人未經公立醫療機構認定身體殘廢不堪勝任工作下，強行解僱上訴人違反職業災害勞工保護法第23條第2 款規定而無效云云。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：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。固為職業災害勞工保護法第23條第2 條所明定。惟查，上訴人妊娠24週併子癲前症、子宮內胎兒生長遲滯，於106 年3 月31日住院治療，106 年4 月7 日剖腹產，於106 年4 月12日出院，於106 年6 月2 日產假結束回復工作，為兩造所不爭執，如前所述。其次，上訴人主張任職期間被上訴人

要求上訴人加班，超過法定加班時數上限，被上訴人復不准報加班，係屬違法未給付加班費，致積勞成疾云云，難謂有據，亦如前述。此外，被上訴人係以上訴人不能勝任工作為終止契約事由，既非以上訴人身體殘廢不能勝任工作為據，自無證明上訴人身體殘廢致不能勝任工作之必要，即無職業災害勞工保護法第23條第2 款規定適用之情形。從而，上訴人此部分主張，並無依據。

七、上訴人請求被上訴人自106 年7 月13日起至上訴人復職之前一日止，按月於每月4 日前給付上訴人4 萬元及法定遲延利息，是否有據？

承前所述，被上訴人抗辯上訴人有勞基法第11條第5 款規定對於所擔任工作確不能勝任情形，係屬可採，則上訴人於106 年7 月3 日依勞基法第11條第5 款，通知上訴人於106 年7 月13日終止兩造間勞動契約，自屬合法。從而，上訴人主張兩造間僱傭關係仍然存在乙節，即非有據。是上訴人主張被上訴人拒絕上訴人提供勞務給付，應自106 年7 月13日起至上訴人復職之前一日起，按月給付上訴人40,000元及法定遲延利息，亦屬無據。

八、上訴人主張被上訴人應自106 年7 月13日起至上訴人復職之前一日起，按月為上訴人提撥勞工退休金2,406 元，是否有據？

承前所述，上訴人主張兩造間僱傭關係仍然存在乙節，既非有據，則上訴人主張被上訴人應自106 年7 月13日起至上訴人復職之前一日起，按月為上訴人提撥勞工退休金2,406 元，亦屬無據。

九、綜上所述，上訴人依民事訴訟法第247 條、民法第487 條第1 項、第229 條第1 項、第233 條第1 項前段、勞工退休金條例第6 條第1 項、第14條第1 項、第2 項、第31條第1 項規定，請求確認兩造間僱傭關係存在；被上訴人應自106 年7 月13日起至上訴人復職之日起，按月於每月4 日前給付上訴人4 萬元，並自各應給付日之翌日起至清償日止，按週年

利率5%計算之利息；被上訴人應自106 年7 月13日起至上訴人復職之前一日起，按月為上訴人提撥勞工退休金2,406 元至勞工退休金專戶，非屬正當，不應准許。從而，原審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，應駁回上訴。

十、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

勞工法庭

審判長法　官　李昭彥

法　官　楊淑珍

法　官　郭慧珊

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　　109　　年　　9　　月　　29　　日

書記官　謝佳育

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。