臺灣高等法院民事判決

107年度勞上字第38號

上　訴　人　張國業
訴訟代理人　鄧翊鴻律師
被上訴人　福克斯保全股份有限公司
法定代理人　游功權
訴訟代理人　湯其瑋律師

上列當事人間確認僱傭關係存在事件，上訴人對於中華民國107年2月6日臺灣新北地方法院106年度勞訴字第226號第一審判決提起上訴，本院於108年10月9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：其自民國106年7月28日起受雇於被上訴人，擔任保全員工作，薪資為每月新臺幣（下同）3萬1,000元。詎被上訴人於106年8月24日，以上訴人任職期間常有於上班時間打瞌睡之情事，依勞動基準法（下稱勞基法）第11條第5款規定終止兩造間之僱傭契約。惟上訴人僅於上班時間打瞌睡一次，並非屢犯不改，被上訴人終止兩造間之僱傭契約不符合勞基法第11條第5款規定，亦與解僱最後手段原則相違。且上訴人業於106年8月11日申請勞資爭議調解，依勞資爭議處理法第8條規定，被上訴人不得於勞資爭議處理期間終止兩造間之僱傭契約。是被上訴人所為之終止為不合法，兩造間之僱傭關係仍屬存在。爰依民事訴訟法第247條規定、兩造間僱傭契約約定，請求確認兩造僱傭關係存在，被上訴人應自106年8月25日起至上訴人復職之日止，按月於每月15日給付上訴人3萬1,000元，並加計自各該給付日之翌日起算之法定遲延利息等語。（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴。至上訴人請求超逾上開部分，未據上訴人聲明不服，該部分非本院審理之範圍）。並於本院上訴聲明：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二、三

項之訴部分廢棄。㈡確認兩造間之僱傭關係存在。㈢被上訴人應自106年8月25日起至上訴人復職之日止，按月於每月15日給付上訴人3萬1,000元，及自各該給付日之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算利息。

二、被上訴人則以：上訴人自106年7月28日起任職被上訴人公司，約定自106年7月28日起至106年8月27日止為試用期間。上訴人於試用期間遭督察主管查到於執勤時間打瞌睡，無法切實地執行應注意工作地點之出入人車身分，以防止不肖份子或不明人士闖入或隨意進出，維護工作環境之一般安全等任務，違反被上訴人公司工作規則第64條第7款規定。經被上訴人公司處以小過乙次，上訴人仍不知警覺，又遭督察主管查到多次於執勤時間打瞌睡、擅離職守與他人聊天。上訴人於試用期間工作漫不經心，亦不尊重其應負之職務，經被上訴人公司評估、考核上訴人之職務適格性及能力，認上訴人並不適任，而未與上訴人締結正式僱傭契約，並於106年8月24日終止兩造間之僱傭契約。上訴人仍於試用期間，被上訴人公司本得隨時終止兩造間之僱傭契約，不以具備勞基法所定法定終止事由為必要，亦無解僱最後手段原則之適用。上訴人既不適任，被上訴人公司依勞基法第11條第5款規定終止兩造間之僱傭契約，自為合法等語，資為抗辯。並於本院聲明：上訴駁回。

三、兩造不爭執事項：

㈠兩造於106年7月27日簽訂服務同意書，約定上訴人自106年7月28日起受僱於被上訴人公司，擔任保全人員，工作地點在新北市果菜市場，試用期間為1個月，薪資為每月3萬元，試用合格後，薪資調整為每月3萬1,000元（原審卷第71-75頁）。

㈡被上訴人於106年8月8日以上訴人於值勤時間打瞌睡為由，依工作規則第64條第7款規定予以小過乙次之處分（原審卷第81頁）。

㈢被上訴人於106年8月24日以上訴人不能勝任工作為由，依勞

基法第11條第5款規定終止兩造間之僱傭契約（原審卷第69頁）。

四、上訴人主張被上訴人於106年8月24日終止兩造間之僱傭契約並不合法，兩造間僱傭關係應仍繼續，被上訴人負有按月給付薪資予上訴人之義務，為被上訴人所否認，並以前詞置辯，經查：

㈠被上訴人於106 年8 月24日依勞基法第11條第5 款規定終止兩造間之僱傭契約，是否合法？

1.按我國勞基法雖未就試用期間或試用契約設有規範，然因事業單位僱用新進員工，僅對該員工之學經歷為形式上審查，並未能真正瞭解該名員工是否適合僱傭，事業單位有必要與新進員工約定試用期間，以保障企業之利益。是以，約定有試用期間之勞動契約，乃雇主藉由評價試用勞工之職務適格性及能力，作為考量締結正式勞動契約與否之約定。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，在試用期間屆滿後是否受雇主正式僱用，應視試驗、審查之結果而定。且試用期間因仍屬正式勞動契約之前階試驗、審查階段，勞雇雙方當事人原則上均應得隨時終止契約，無須具備勞基法所規定之法定終止事由。又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，勞基法第11條第5 款定有明文。揆其立法意旨，重在勞工提供之勞務，如無法達成雇主透過勞動契約所欲達成客觀合理之經濟目的，雇主始得解僱勞工，其造成此項合理經濟目的不能達成之原因，應兼括勞工客觀行為及主觀意志，是該條款所稱之「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」者，舉凡勞工客觀上之能力、學識、品行及主觀上違反忠誠履行勞務給付義務均應涵攝在內。所謂「不能勝任工作」，不僅指勞工在客觀上之學識、品行、能力、身心狀況，不能勝任工作者而言，即勞工主觀上「能為而不為」，「可以做而無意願做」，違反勞工應忠誠履行勞務給付之義務者亦屬之。此由勞基法之立法本旨在於「保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與

經濟發展」觀之，為當然之解釋。

2.上訴人自106年7月28日起受僱於被上訴人公司，擔任保全人員，工作地點在新北市果菜市場，試用期間為1個月，有服務同意書契約在卷可憑（原審卷第71頁）。而上訴人於試用期間之106年8月8日經督察主管查到值勤時間打瞌睡，被上訴人公司予以記小過之處分，上訴人復於106年8月10日未經報告即離哨，業經被上訴人公司課長即證人張振峰於原審審理時證述：「（你是否知悉原告無通過試用期之原因？）原告在8月8日睡覺被公司懲處，原告在8月10日沒有報告離哨去聊天，原告應該向副組長報告要做什麼事情，才能離開，這樣才能讓預備人力去補他的位子，因為8月8日已經勸導過，後來8月10日又再犯，所以我們覺得不適用」「（依據你擔任之督察職務？你認為原告是否適任『保全』工作？理由為何？）我們是駐衛警，如果不報告就離哨，如果被業主發現會影響公司形象」「（對於原告在值勤中睡覺這件事情，是否適任保全工作？）不適任，我們是堅守崗位，如果有貨車跑出去，會讓公司有損失，所以原告在值勤中睡覺是不適任保全的」等語（原審卷第186-187頁），並有人事獎懲公告、證人張振峰所提之錄影光碟在卷可憑（原審卷第81頁、第241頁）。經本院勘驗上開錄影光碟結果，畫面顯示2017年8月10日13時12分12秒，上訴人騎乘機車自遠處過來，與坐在椅子上之保全人員對話，畫面顯示2017年8月10日13時14分10秒，上訴人騎乘機車離開，畫面結束為2017年8月10日13時14分14秒，亦有本院107年12月19日準備程序筆錄在卷可憑（本院卷第187頁）。足認上訴人確有於試用期間在值勤時間打瞌睡、未經報告即離哨之情事。上訴人雖主張其僅於106年8月8日上班時間打瞌睡一次，非屢犯不改。因果菜市場郭經理要求其至辦公室解釋106年8月6日未依指示讓人員出去之事，其始離哨至三哨詢問證人塗樹森果菜市場經理辦公室所在位置，其並無不能勝任工作之情事等語。惟關於上訴人是否於106年8月10日離哨至三哨

詢問證人塗樹森果菜市場經理辦公室所在位置一節，證人塗樹森於本院準備程序證稱：「我沒有印象了，時間太久了」等語（本院卷第219 頁）。且經本院依上訴人聲請訊問其所稱之「郭經理」即證人郭榮瑞，郭榮瑞證稱：「我印象中沒有，因為我上班時不會帶對講機，而且時間已經很久了，我印象中沒有叫保全員到我辦公室解釋事情，是否是上訴人記憶錯誤，基本上我也不會叫保全員到我辦公室，我會直接到崗哨去找保全員」等語（本院卷第260-261 頁）。上訴人就郭榮瑞上開證言亦表示：「叫我到辦公室解釋事情並不是證人（即郭榮瑞）」等語（本院卷第261 頁）。則上訴人就其係因果菜市場經理要求其至辦公室解釋事情始離哨一節，顯未舉證證明之。又上訴人除於106 年8 月8 日經督察主管查到打瞌睡，並於106 年8 月10日經錄影查到未經報告離哨外，證人塗樹森於本院準備程序亦證稱：「我站三哨，上訴人站四哨，上訴人有時會騎機車過來和我聊一下天」「一下子而已，講一下就走了，最多五、六分鐘，有時講三、四分鐘就走了」「應該是講一下就走了，次數最多三、四次，時間大約三、四分鐘是我大約估算的，也有可能兩、三分鐘，反正就是講一下就走了」等語（本院卷第218-219 頁），足見上訴人於試用期間時有在值勤時間打瞌睡、未經報告即離哨之情形，非僅打瞌睡一次而已。雖上訴人離哨之時間僅二至三分鐘，然上訴人受僱於被上訴人擔任保全人員，負責新北市果菜市場之門禁，倘其確有離哨之必要，非不得先行報告，由他人暫代站哨後再行離哨，其於值勤時間打瞌睡、未經報告即離哨，縱時間僅數分鐘，亦將使一般人車無法正常出入，影響作業程序，更可能造成門禁漏洞，無法確切執行查核出入之人車身分，而使不肖份子或不明人士闖入或隨意進出，其所為已違反忠誠履行保全人員勞務給付義務，顯屬主觀上能為而不為之行舉，經被上訴人予以記小過處分，上訴人仍未改正，應已合於主觀上不能勝任之程度。是被上訴人抗辯經試用、評核結果認上訴人對於所擔任之工作不能勝任

，應屬有據。

3.上訴人固主張被上訴人逕將上訴人解僱，違反解僱最後手段性原則，其終止為不合法等語。然試用期間乃雇主藉由評價試用勞工之職務適格性及能力，屬正式勞動契約之前階試驗、審查階段，勞雇雙方原則上均得隨時終止契約。兩造所簽訂之服務同意書契約訂有試用期間，上訴人於試用期間時有在值勤時間打瞌睡、未經報告即離哨之情形，已如前述。被上訴人本得以其經試用、評核結果，認上訴人對於所擔任之工作不能勝任為由，隨時終止兩造間之僱傭契約，並無解僱最後手段性原則之適用。且上訴人擔任保全人員，主要職務在於查核新北市果菜市場出入之人車身分，其於值勤時間打瞌睡、未經報告即離哨，未能落實安全維護業務，將使被上訴人公司對於新北市果菜市場構成債務不履行，影響被上訴人公司之形象及所營事業，經被上訴人予以記小過處分，上訴人仍未改正，其主觀上「能為而不為」「可以做而無意願做」，兩造間僱傭關係彼此信賴之誠信基礎及緊密關係已難維持，實難期待被上訴人採用解僱以外如將上訴人調至他職之方式繼續其僱傭關係，應認被上訴人之解僱與上訴人上開所為間亦屬相當，符合比例原則，與解僱最後手段性原則無違。是上訴人主張被上訴人終止兩造間之僱傭契約，違反解僱最後手段性原則，亦無可採。

4.上訴人另主張被上訴人於勞資爭議調解期間終止兩造間之僱傭契約，違反勞資爭議處理法第8條規定，其終止為不合法等語。惟按勞資爭議在調解期間，資方雖不得因該勞資爭議事件而終止勞動契約，然如非因該勞資爭議事件，而另有其他正當理由，則資方尚非不得終止勞動契約，此觀勞資爭議處理法第8條規定自明。上訴人於106年8月11日申請勞資爭議調解，經新北市政府勞工局訂於106年9月8日進行調解，被上訴人於勞資爭議調解期間之106年8月24日終止兩造間之僱傭契約，固有新北市政府勞資爭議調解紀錄在卷可憑（原審卷第23-24頁）。惟上訴人係就：⑴其於任職期間

使用對講機因機房收訊不良，被上訴人卻認其敷衍，將其解職，⑵被上訴人公司工作規則懲戒不公，違反法令相關規定，⑶現今已無試用期，被上訴人公司仍訂定試用期，已違反法令，⑷被上訴人不得片面終止勞動契約，要求恢復僱傭關係等事項申請調解，有上開調解紀錄附卷可參（原審卷第23頁）。而被上訴人公司則以上訴人於試用期間時有在值勤時間打瞌睡、未經報告即離哨之情形，經其試用、評核結果，認上訴人對於所擔任之工作不能勝任為由，終止兩造間之僱傭契約，亦詳前述。足認被上訴人並非因上開勞資爭議事件終止兩造間之僱傭契約，而係以兩造訂有試用期間，經其於試用期間評價試用上訴人之職務適格性及能力，認上訴人時有在值勤時間打瞌睡、未經報告即離哨之情形，對於所擔任之工作不能勝任，作為其終止兩造間僱傭契約之依據。被上訴人終止兩造間之僱傭契約，既非因上開勞資爭議事件，而係有其他正當理由，依上開說明，其終止自未與勞資爭議處理法第8條規定相違。是上訴人主張被上訴人終止兩造間之僱傭契約，違反勞資爭議處理法第8條規定，應無可採。

5.從而，被上訴人於106年8月24日，以上訴人於試用期間時有在值勤時間打瞌睡、未經報告即離哨之情形，經其試用、評核結果，認上訴人對於所擔任之工作不能勝任為由，依勞基法第11條第5款規定終止兩造間之僱傭契約，應屬合法。

㈡上訴人請求確認兩造間之僱傭關係存在，被上訴人應自106年8月25日起至上訴人復職之日止，按月於每月15日給付上訴人薪資3萬1,000元本息，有無理由？

被上訴人於106年8月24日依勞基法第11條第5款規定終止兩造間之僱傭契約，其終止係屬合法，已如前述，兩造間之僱傭關係應自當日起生終止之效力，上訴人依民事訴訟法第247條規定，請求確認兩造間僱傭關係存在，應屬無據。又兩造間僱傭關係既自106年8月24日起不存在，被上訴人自該日起已無給付薪資之義務，上訴人依兩造間僱約契約約定，請求被上訴人自106年8月25日起至上訴人復職之日止，

按月於每月15日給付上訴人3萬1,000元本息，亦非有據。

五、綜上所述，上訴人依民事訴訟法第247條規定、兩造間僱傭契約約定，請求確認兩造間僱傭關係存在，被上訴人應106年8月25日起至上訴人復職之日止，按月於每月15日給付上訴人3萬1,000元，及自各該給付日之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算利息，為無理由，不應准許。原審就此為上訴人敗訴之判決，核無不合。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經審酌，核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論列，附此敘明。

七、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　　108　　年　　10　　月　　23　　日

勞工法庭

審判長法　官　陳秀貞

法　官　邱景芬

法　官　林哲賢

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　　108　　年　　10　　月　　23　　日

書記官　邱品華

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。